



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد الثاني والأربعون

2023/4

مجلة فصلية محكمة تصدر عن

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

هيئة التحرير

- العميد د. حبيب القزي
- د. خالد الخير - نائب الرئيس
- د. عصام اسماعيل المدير المسؤول -
عضواً
- د. رنا شكر - عضواً
- د. منى الباشا - عضواً
- د. عبد المجيد المغربي - عضواً
- د. مروان قطب - عضواً

الهيئة الاستشارية العليا

- د. كميل حبيب - منسقاً
- القاضي محمود مكية - عضواً
- القاضي د. علي ابراهيم
- د. عصام سليمان - عضواً
- د. جان العليه - عضواً
- الاستاذ وليد الخطيب - عضواً
- د. عدنان السيد حسين - عضواً
- د. زهير شكر - عضواً
- د. ليلي سعادة - عضواً
- د. وسيم منصورى - عضواً

المدير المسؤول

د. عصام اسماعيل

رئيس هيئة التحرير

العميد د. حبيب القزي

5 كلمة رئيس التحرير : "يتجدد العهد، ويستمر الوعد..."

- 8 دكتور غالب فرحات - والاستاذ أوس رائد سالم ، الأحكام القانونية التي
ترعى حماية العمالة الأجنبية في الاتفاقيات الدولية العامة والأساسية
- 35 الدكتور نجاه جرجس جدعون، القانون الدولي الإنساني، مفهومه ومفاعيله
والتمييز بينه وبين الشريعة الدولية لحقوق الإنسان
- 85 الدكتور هادية الشامي، جرائم المخدرات
- 153 الدكتور محمد إبراهيم قانصو، دور الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد
- 183 الدكتور عباس محمد بصار، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي الدولي ما
بين الجرائم الدولية الالكترونية ووسائل الإثبات التقنية
- 261 الدكتور يونس صلاح الدين علي ، الإختلاف بين شرط التعويض الإتفاقي
المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة
بالقانونين اللبناني والعراقي
- 327 عدنان صالح العمر و الباحثة زينة داخل عبد الله ، الأثر المترتب على
امتداد خصومة التحكيم إلى الغير "دراسة مقارنة في القانونين الأردني
والعراقي"
- 371 الدكتور عبد الله محمد عبد الله الشهواني ، تعليق على حكم المحكمة
الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية في القضية رقم 8 لسنة 16

قضايا "دستورية" بشأن تطبيق فكرة التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام
الوظائف العامة

- 402 La place des investigations scientifiques dans la justice pénale – Dr. Elie Kallas USEK & IUL.
- 483 Kuwait's Regulations on the Right to Strike :Under the Review of International Law – Dr. Thaqa S. Al-Ajmi – Dr. Turki S. Al-Mutairi KUWAIT

باحثي المستقبل

- 530 محمد عيسى المهدي، تنوع الجزاءات الجنائية وفعاليتها في التشريع القطري
- 570 أ. عبدالله محمد عيسى المهدي، التعويض عن الضرر المعنوي - دراسة مقارنة بين القانون المدني القطري والفقهاء الإسلامي
- 617 ليلى محمد أحمد السيد، الضمان العشري في القانون المدني القطري والقانون المقارن
- 660 ساره الهاجري، المطور العقاري في القانون القطري والقوانين المقارنة

يتجدد العهد، ويستمر الوعد...

فترُفد أسرة مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية في الجامعة اللبنانية بكوكبة جديدة من أعضاء الهيئة التدريسية من مختلف فروع كلية الحقوق والعلوم السياسية في الجامعة اللبنانية، لتبني على ما حققته المجلة من سمعة طيبة تخطت حدود الوطن، ولتتهل من فيض الصحافة والمهنية والحكمة التي أديرت بها خلال السنوات الماضية لتبلغ مقاماً مشهوداً له بين أقرانها، وذلك رغم كل التحديات التي اتسعت رقعة مصاعبها لتشمل كل المؤسسات في القطاعين العام والخاص والعاملين فيها.

وها هي إرادة الاستدامة تلتقي مجدداً مع العزيمة والإصرار ليستمر العطاء بخطى ثابتة نحو آفاق جديدة تُبقي المجلة في مركز التميّز لا على هامشه...

فبتوجيه وثقة من رئيس الجامعة اللبنانية البروفسور بسام البدران، تستكمل أسرة المجلة الجديدة مسار الإنجازات المحققة خلال العقد الماضي بجهود جبارة من هيئة التحرير السابقة، لتتواصل الجهود ويستمر التقدم بخطى مدروسة نحو التحديث والتطوير كلما دعت الحاجة، ومن ثم لتشريع الأبواب لكل قيمة مضافة وفائدة محققة.

وبعد توقف قسري فرضته متطلبات التحديث، تعود المجلة بحلة عصرية شكلاً (بدءاً من العدد ٤٣) و مضموناً من خلال موقع إلكتروني متكامل وشامل للمجلة يتضمن كافة المعلومات التي قد يحتاجها المهتمون بأبحاث ودراسات وتقارير وبيانات تحرص هيئة تحرير المجلة على استكمالها بكافة قواعد واشتراطات التحكيم والنشر المنبثقة من أفضل الممارسات العالمية.

ولأن شباب اليوم هم بناء المستقبل، ولأن حماسهم واندفاعهم يشكلان جسر العبور نحو حياة مفعمة بالتجديد، وانطلاقاً من أن روافد العلم متعددة ومتكاملة، تطلق أسرة تحرير المجلة مبادرة تفتح من خلالها الأفاق أمام تشجيع الشباب وتحفيزهم على نشر دراساتهم وأبحاثهم التي تحمل في طياتها رصانة البحث العلمي وروح العصر والمستقبل.

فايماناً بأن الخلف استمرار للسلف، قررت إدارة هيئة تحرير المجلة، ابتداء من العدد (42)، نشر الأبحاث العلمية لباحثي المستقبل من طلبة مرحلة الماجستير والدكتوراه بكلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية في الجامعة اللبنانية وسائر الجامعات اللبنانية الخاصة وغيرها من الخارج، واثقين من أن هذه الخطوة ستشكل إضافة جديدة لعالم النشر العلمي في العلوم القانونية والسياسية والعلوم الإنسانية الأخرى ذات الصلة.

وستبقى مجلة الحقوق والعلوم السياسية في الجامعة
البنانية، كما عهدتموها، منارة للعلم والإبداع والتجديد...

والله دوماً وأبداً وليّ التوفيق...

الأحكام القانونية التي ترعى حماية العمالة الأجنبية في الاتفاقيات الدولية العامة والأساسية

(دكتور غالب فرحات - والاستاذ أوس رائد سالم)

الملخص

ومع ظهور نظام الدولة وتطور الفكر الإنساني فقد سعت كل دولة إلى أن تضمن لمواطنيها معاملة لائقة على إقليم الدولة الأخرى وما يستوجب ذلك من ضرورة معاملة رعايا تلك الدول هذه المعاملة نفسها، وعليه فقد وجدت الدول نفسها مضطرة إلى أن تعامل الأجانب المقيمين على أراضيها معاملة لائقة تحفظ لهم كرامتهم الإنسانية وتمكنهم من تحقيق الغرض الذي من أجله دخلوا أقاليمها.

وعندما دخل العالم عصر التنظيم الدولي واشتدت عود مبادئ حقوق الإنسان وتشابكت العلاقات الدولية الخاصة منها والعامة، كل ذلك أدى إلى اقتناع الدول بوجود مصلحة دولية مشتركة في الاعتراف للأجنبي بمجموعة من الحقوق تلتزم بها سائر الدول وهو ما يعرف (بالحد الأدنى من الحقوق المقررة دولياً للأجانب).

إنّ لتشغيل العامل الأجنبي وتمتعه بالحقوق أساسين هما: . الأول، تتحدد فيه حقوق العامل الأجنبي وفقاً للقانون الداخلي للدولة وحدها، والثاني، تتحدد فيه الحقوق وفقاً للقانون الدولي العام، وكما لاحظنا في البحث

إن للعامل الأجنبي حقوقاً وفق قانون العمل تتمثل بالحق في الأجر بمختلف أنواعه والحماية القانونية المقررة له سواء في مواجهة صاحب العمل أو دائني

صاحب العمل أو في مواجهة دائني العامل، كما يتمتع العامل الأجنبي بالحقوق المتعلقة بتنظيم أوقات العمل سواء أكانت تتعلق بساعات العمل وفترات الراحة أم الإجازات بمختلف أنواعها، ويتمتع أيضاً العامل الأجنبي بالحقوق الأخرى ومنها الحق في التنظيم النقابي.

وللعامل الأجنبي حقوق وفق قانون الضمان الاجتماعي، تتمثل في خضوعهم للضمان الاجتماعي واستثناء فئات أخرى منهم من قانون الضمان الاجتماعي، وأيضاً شمولهم بالمخاطر المضمونة سواء أكانت راجعة إلى الظروف المتعلقة بالعمل والمهنة كإصابات العمل والأمراض المهنية، أم كانت راجعة إلى الحياة الإنسانية بصفة عامة كما هو الحال بالنسبة للعجز والمرض والشيخوخة والوفاة، وقر لهم قانون الضمان الاجتماعي الخدمات والمساعدات بمختلف أنواعها حيث يستحقون جميع الحقوق المقررة للعمال الوطنيين ومنها، الحق في التقاعد والحق في مكافأة نهاية الخدمة.

كلمات مفتاحية: عمال ,اجانب, عمالة مهاجرة, وافدة, قانون دولي,

Abstract

With the emergence of the state system and the development of human thought, each state has sought to ensure that its citizens receive decent treatment in the territory of other states. Therefore, states have found themselves obliged to treat foreign residents on their territories with appropriate treatment that preserves their human dignity and enables them to achieve the purpose for which they entered their territories.

The principles of human rights have become stronger with the development of international organizations, and with the intertwining of private and public international relations, leading states to recognize a common international interest in acknowledging certain rights for foreigners that other states comply with. These rights are known as "minimum internationally recognized rights for foreigners."

The two fundamental principles for employing foreign workers and granting them rights are: first, the rights of foreign workers are determined according to the domestic law of the state alone, and second, their rights

are determined according to general international law. Foreign workers have rights under labor law, including the right to wages of various kinds and legal protection against their employer or creditors of the employer. They also have rights related to regulating working hours, breaks, and various types of leave, as well as the right to unionize.

Foreign workers also have rights under social security law, including being subject to social security and being exempt from other categories of social security law. They are also covered by the guaranteed risks, whether related to work and profession, such as work-related injuries and occupational diseases, or related to human life in general, such as disability, illness, aging, and death. Social security law provides them with various services and assistance, where they deserve it

المقدمة

من المعروف أن الظهور الأول لمبادئ حقوق الإنسان كان على صعيد القوانين الداخلية إذ لم يكن الفرد في بداية الأمر شخصا أو موضوعا أو محلا للقوانين الدولية إذ أنّ حقيقة الأمر تفيد بأن القوانين الداخلية أقدم بالظهور من القوانين الدولية وأنّ حاجة الإنسان إلى إيجاد قواعد تصون حقوقه الإنسانية قديمة قدم الإنسان⁽¹⁾. كان الاعتقاد السائد العالمي قبل القرن العشرين هو أنّ معاملة الدولة لمواطنيها تخرج عن نطاق القانون الدولي لأنّ الفرد سواء كان وحده أم على شكل مجموعة، كان مجرد هدف لقانون الأمم لأحد رعاياها⁽²⁾. بالإضافة إلى غياب رغبة السياسية ضرورية لاتخاذ خطوات فعالة وقياسية وبنية القانون الدولي نفسه كانت أحد العوائق الرئيسة للتقدم في حماية الأشخاص العمال مثلا، ففي تلك الفترة كان دور القانون الدولي مقتصرًا على تنظيم العلاقة بين الدول فقط كما ذكرنا سابقا حيث كانت الدول مواضع للنظام القانوني الدولي، التقليد يشير إلى أنّ الفرد كان يعتبر هدفا للقانون، لكنه لم يكن شخصا له، فقد ثبت فعلا أنّ اتجاهات الدول واتجاهات الفقهاء ونظرياتهم لم تكن تتجه بشكل عام إلى اعتبار الفرد من أشخاص القانون الدولي العام. والفقهاء الذين كانوا يعتبرون الفرد من أشخاص هذا القانون لم يكونوا يمثلون في ذلك الوقت إلا رأي القلة⁽³⁾، وبموجب الاتجاهات المذكورة والتي كانت سائدة في القانون الدولي التقليدي، فإن الأفراد

1- علي أسود، تأثير الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان في التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، (بيروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ص33، 2014).

2- جيرهارد فان غلان، "القانون بين الأمم مدخل إلى القانون الدولي العام"، الجزء الأول، (بيروت - لبنان: دار الافاق الجديدة، 1970، ص199).

3- أسود، المرجع السابق، ص40.

كانوا أشخاصا في القوانين الداخلية لدولهم، وموضوعا للسلطة المطلقة التي لها كامل الحرية في إخضاعهم لسلطاتها وقوانينها دون أن يكون لأي جهة أجنبية الحق في التدخل في العلاقة القائمة بين السلطة ورعاياها، حتى وإن كانت تصرفات السلطة قائمة على أساس الخطأ أو الظلم⁴

ونتيجة لتضايف الاهتمام وفي مختلف أنحاء العالم، بمسألة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، عقدت المؤتمرات والندوات ووضعت المؤلفات والدراسات وأنشئت المنظمات والجمعيات وأبرمت المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية لحمايتها والدفاع عنها ومعالجة مختلف الجوانب والأوضاع والتطورات المتعلقة بها⁽⁵⁾. إن حقوق الإنسان لم تعد كما كانت في الماضي قضية فردية أو وطنية أو إقليمية تعالج في نطاق القوانين والأنظمة الداخلية، بل أصبحت قضية عالمية وإنسانية تهم كل إنسان، وتهتم بكل إنسان وتعنى المنظمات والمحافل الدولية التي ترى في احترامها وحمايتها شرطا أساسيا لممارسة الديمقراطية بالإضافة إلى زيادة عدد الأجانب الموجودين خارج أوطانهم وذلك بفعل التطور الحاصل في الحياة الاقتصادية وظهور مبادئ دعت إلى الانفتاح الاقتصادي أو الاختلاف في مدى توفير فرص العمل من دولة إلى أخرى، وهذه الزيادة في عدد الأجانب (العمال مثلا) الذين يعملون أو يقيمون في دول لا ينتمون إليها برابطة الجنسية يعني احتمال الزيادة في الانتهاكات التي من الممكن أن يتعرض لها هؤلاء الأجانب من قبل سلطات دولة الإقامة، الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بواقع العلاقات الدولية

4- سلوان رشيد، القانون الدولي لحقوق الإنسان ودراسات الدول، أطروحة دكتوراه، (بغداد - العراق: جامعة الموصل، كلية القانون، 2003، ص42).

5- د.محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان، الطبعة الرابعة، (بيروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص414).

بين الدول صاحبة الجنسية ودولة الإقامة، مما قد يستدعي تدخل الأسرة الدولية، وهناك عدة اتفاقيات ومعاهدات وأعراف دولية تمنع الاعتداء على هؤلاء الأجانب⁽⁶⁾. تلك أهم الأسباب التي تجعل العالم يوجه عناية خاصة إلى حقوق الإنسان بشكل عام، وبناءً على ما ذكر أن الجهد الدولي مستمر في مجال حقوق الإنسان ونحو تطور دائم وملحوظ عن طريق إبرام وتنفيذ عدة معاهدات واتفاقيات دولية ثنائية وجماعية من أجل تحقيق السلم الدولي، وهذا ما سوف نتناوله في المبحث التالي وهو بيان الاتفاقيات الأساسية لحقوق الإنسان بشكل عام، وأيضاً الاتفاقيات الخاصة لحماية حقوق العمال الأجانب بشكل خاص.

اهمية البحث: وتجدر الإشارة إلى أنّ أهمية هذا الموضوع لها مكانة خاصة ومتميزة في الدول كافة في قوانينها العمالية، وأيضاً في الجانب الدولي، فإن اهتمام القانون الدولي بالعمال الأجانب نراها واضحة فيه، حيث يفرض حمايته عليهم من خلال الاتفاقيات الدولية التي تنظم في قواعدها مسألة تشغيل العمال الأجانب، وذلك لأن العمال الأجانب يعتبرون فئات ضعيفة، مما يستوجب تدخل القانون الدولي لحمايتهم وإلزام الدول التي يعملون لديها أن تكفل لهم معاملة لائقة، وقد أشارت ديباجة الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم التي أبرمت في الأمم المتحدة في عام 1990 إلى ذلك، فجاء فيها أن: (الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، إذ تأخذ في اعتبارها المبادئ المنصوص عليها في هذه النصوص الأساسية للأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الإنسان... وإذ تشير إلى أن أحد أهداف منظمة العمل الدولية هو حماية مصالح العمال عند استخدامهم في بلدان غير بلدانهم إذ تضع في اعتبارها حالة الضعف التي كثيراً

6- رشيد، المرجع السابق، ص44، 45.

ما يجد العمال المهاجرون وأفراد أسرهم فيها، بسبب بعدهم عن دولهم الأصلية والصعوبات التي يمكن أن تصادفهم والناشئة عن وجودهم في دولة العمل... فإنها توافق على هذه الاتفاقية)

هيكلية البحث :

المطلب الاول : الحماية القانونية المقررة في الاتفاقيات الدولية الأساسية

الفرع الاول : الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة (1948)

الفرع الثاني: العهدان الدوليان لحقوق الإنسان لسنة 1966

المطلب الثاني : الحماية القانونية للعمالة الأجنبية وفق الاتفاقيات التي تحضر التمييز

الفرع الاول : الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله

الفرع الثاني: اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز العنصري ضد المرأة

الفرع الثالث: اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1995

الفرع الرابع : اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (بروتوكول منع وقمع الاتجار بالبشر)

مشكلة البحث:

الإشكالية الرئيسية التي دفعتنا لمعالجة هذا الموضوع هي ضعف أو انعدام التوعية للعمالة الأجنبية بشكل عام بالقوانين الداخلية والدولية التي تحميهم بشكل عام، أو بشكل خاص، لأن الكثير من العمال الأجانب يقعون ضحية الجهل بالقانون بالتالي تغتصب حقوقهم ويتاجر بهم ويخضعون للصخرة والاسترقاق دون علمهم،

بالتالي ينعدم دور القانون إذا كانت الضحية تجهل حقوقها المفروضة لها وواجباتها الملزم بأدائها. والنقطة الرئيسية في الموضوع هي معرفة مدى توفير القانون الدولي للحماية المقررة للعمال الاجانب ومعرفة ماهي الاتفاقيات الرئيسية العامة التي تغطي هذا الجانب .

المطلب الأوّل: الحماية القانونية المقررة في الاتفاقيات الدولية الأساسية

تخضع العمالة الأجنبية للقانون الدولي وتطبق عليها الاتفاقيات الدولية العامة بوصفهم بشر فتعامل كبقية الأشخاص وتتكفل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بحماية حقوقها بشكل عام. لذلك سوف نبحث في هذا المطلب الاتفاقيات الأساسية العامة التي تطبق على العمالة الأجنبية، ونبين (أولاً) الاعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، (ثانياً) العهدان الدوليان لحقوق الإنسان 1966.

أولاً: الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة (1948):

لا يمكن لأي دولة أن تتجاوز مرجعية الاعلان العالمي لحقوق الإنسان في كافة المجالات التي تهم حقوق الإنسان والعمل الدولي المشترك لحفظ السلام والأمن الدوليين وتحقيق العدالة الاجتماعية⁽⁷⁾. دستور حقوق الإنسان في العصر الحديث هذا ما يمكن أن نطلقه على الاعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي تعهدت فيه الدول الأعضاء على التعاون مع الأمم المتحدة لضمان مراعاة حقوق الإنسان والحريات الأساسية واحترامها⁸

7- مصطفى، بشير، العمال الأجانب في ظل تشريعات العمل اللبنانية، رسالة ماجستير،

(بيروت - لبنان: الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، 2014)، ص13

8- يراجع: ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 .

بدأ الاعلان بمبدأ أساسي قد يكون لمأثورنا العربي أساسا فيه حيث نص الاعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن (يولد جميع الناس أحرارا متساوون بالحقوق والحريات والكرامة وقد وهبوا عقلا وضميرا وعليهم أن يعامل بعضهم البعض بروح الإخاء)⁽⁹⁾. وهذا ما ينسجم مع ما نادى به الدين الاسلامي حيث قال عمر بن الخطاب(رضي الله عنه) (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا). يورد الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الحقوق الأساسية والتي تنطبق على كافة البشر بدون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو أصل وطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون تفرقة بين الرجال والنساء بالتالي فإن الحقوق الأساسية التي جاءت في الاعلان العالمي تنطبق على جميع البشر سواء كانوا مواطنين او اجانب أو مهاجرين نظاميين أو غير نظاميين⁽¹⁰⁾. ومن المسلم به أيضاً أن الاعلان العالمي لحقوق الإنسان يعتبر المرجع الأساس والرئيسي لدول الأطراف، و تستند عليه للوقوف في وجه التيارات والحركات والسلوكيات الرامية إلى احتقار حقوق الإنسان وإهدار كرامته¹¹

ونورد في ما يلي بعض الحقوق الأساسية التي وردت في الاعلان والتي لا يجوز المساس بها تحت أي ظرف من الظروف، ونذكر منها المتعلقة بالعمال الأجانب

⁹ - يراجع: المادة (15) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 .

¹⁰ - شيبان طاقة، الاطار القانوني لحماية العمال المهاجرين في الدول العربية،بيروت_لبنان،مءسسة المستقبل،2013 ص13، 14.

¹¹ - وسيم حسام الدين الأحمد، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان الخاصة، الطبعة الأولى، (بيروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص5).

وهو صلب موضوعنا:

1. يحضر الاسترقاق والتجارة بالرقيق بكافة أوضاعها.
 2. عدم تعريض الإنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو التي تمس الكرامة.
 3. كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق بالتمتع بالحماية ومتكافئون جميعاً دون أي تمييز، كما أنّ لهم جميعاً الحق في الحماية ضد أي تمييز أو ضد أي تحريض على التمييز.
 4. الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية.
 5. عدم جواز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفياً.
 6. لكل شخص الحق في العمل وله حرية اختياره بشروط عادلة وأجر متساوي للعمل يكفل له ولأسرته عيشة لائقة بكرامة الإنسان، تضاف إليه عند اللزوم وسائل أخرى للحماية الاجتماعية.
 7. لكل شخص بصفته عضواً في المجتمع الحق في الضمان الاجتماعي.
 8. الحق في إنشاء نقابات والانضمام إليها لحماية مصلحته، وهذا مالم تجزئه أغلب البلدان العربية مثل (الإمارات والسعودية) على عكس لبنان.
- وتجدر الإشارة إلى أنّ الاعلان العالمي لحقوق الإنسان أجاز أن يكون ممارسة هذه الحقوق والحريات خاضعة للقيود التي يفرضها القانون، أي أنّ الاعلان العالمي لحقوق الإنسان يعطي مساحة واسعة للتشريعات الوطنية التي تنظم التمتع بهذه الحقوق بما ينسجم مع النظام العام والمصلحة العامة والأخلاق، ولا يجوز بأي شكل من الأشكال حرمان الأفراد سواء كانوا مواطنين أم أجانب من هذه الحقوق¹²

¹²(12) طاقة، المرجع السابق، ص14، 15.

ثانياً: العهدان الدوليان لحقوق الإنسان لسنة 1966

أدت الخطوة المهمة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى وضع المعاهدات الدولية عرفت باسم (اتفاقات حقوق الإنسان) لكي تيرمها الدول نهاية المطاف بعبارة أخرى أن الدول التي تصادق على هذه الاتفاقيات فإنها توافق رسمياً على الامتثال لها⁽¹³⁾. وفي مقدمة هذه الاتفاقات العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽¹⁴⁾. ويعتبر العهدان مكملان للإعلان العالمي لحقوق الإنسان من إدراك المجتمع الدولي بأن الطريق لجعل البشر أحراراً متحررين من الخوف، والغاية من تهيئة ظروف الضرورية لتمكين كل الناس من التمتع بالحقوق التي جاء بها العهدان الدوليان. ومن هذا المنطلق أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛ تعهد الدول باحترام الحقوق المعترف بها في هذا العهد وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها دون أي تمييز، وبالتالي فإن هذا العهد ينص صراحة وبما لا يقبل الشك والتأويل على أن كل الحقوق الواردة فيه تنطبق على المواطنين وغير المواطنين. وفي هذا السياق وامتداداً لما جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقد كفل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة لكل الأفراد حرية تكوين الجمعيات مع الآخرين بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحهم، وتأكيداً لما ذكرناه سلفاً فإن هذا العهد لم يجر وضع قيود على ممارسة هذا الحق إلا ما ينص عليه

13 - C.Wilfred Jenks, **Social Justice In the Law of Nation London**, -
(U.S.A.: Published By Oxford University Press, 1970, p.23).

14 - د.عباس عبد الأمير وآخرون، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي، الطبعة الأولى، (بيروت - لبنان: منشورات الحلبي، 2016، ص 62).

التشريع الوطني وتشكل تدابير ضرورية لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم. من ناحية ثانية فقد أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تعهد كل دولة طرف فيه بأن يتخذ بشكل منفرد وعن طريق المساعدة والتعاون الدولي وبما تسمح به موارده المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، إضافة إلى تعهد الدول الأطراف بأن تضمن ممارسة هذه الحقوق خالية من أي تمييز أيا كان شكله أو نوعه. وقد أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الحق في العمل والذي يشمل الحق في أن تتاح للفرد مواطنا كان أم غير مواطن، إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية، والتزام الدول الأطراف باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق. ويلاحظ أن هذا النص جاء مطلقا دونما أي قيد أو شرط، بل وعلى العكس فرض على الدول الأطراف التزاما بضمان تمتع الأفراد بهذا الحق، وبالتالي فإن ما تجيزه بعض التشريعات الوطنية في المنطقة من إعطاء الحق في أن تتضمن عقود العمل النص على حرمان العامل بصورة مؤقتة من مزاولة عمل قد ينافس فيه صاحب العمل بعد انتهاء العقد إذا ما كانت طبيعة العمل تتيح للعامل التعرف على أسرار المهنة والزيائن، فإننا نرى أن مثل هذا النص يتنافى كليا مع ما جاء به العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، كما أن السماح بالنص على مثل هذا الشرط في عقود العمل يتنافى أيضاً مع التزام الدول الأطراف في العهد باتخاذ التدابير المناسبة لصون هذا الحق. كما أن هذا العهد يكفل حق الأشخاص في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على وجه الخصوص وليس الحصر مكافأة توفر لجميع العمال كحد أدنى أجرا منصفا ومكافأة متساوية لدى تساوي

قيمة العمل دون أي تمييز، وتوفر أيضاً عيشاً كريماً لهم ولأسرهم. إضافة إلى أن هذا العهد يكفل أيضاً تمتع كافة العمال بظروف عمل تكفل السلامة والصحة وتساوي الجميع في فرص الترقية داخل عملهم والاستراحة وأوقات الفراغ والتحديد المعقول لساعات العمل والإجازات الدورية مدفوعة الأجر، وبالتالي فإن ما تنص عليه بعض تشريعات المنطقة بالسماح للمواطن حصراً إذا ما انتهى عقده وخلال فترة الإشعار بالتغيب لعدد معين من الساعات أسبوعياً من أجل إتاحة الفرصة له للبحث عن فرصة عمل أخرى وحرمان غير المواطن من هذا الحق يتنافى كلياً مع ما نص عليه العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

من ناحية ثانية فقد أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حق كل شخص في تكوين النقابات وبالاشتراك مع آخرين في الانضمام إلى النقابة التي يختارها من أجل تعزيز مصالحه الاقتصادية والاجتماعية وحمايتها، وأكد هذا العهد مرة أخرى على عدم جواز إخضاع هذا الحق لأي قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحررياتهم. ومن خلال تكرار النص على هذا الحق في أكثر من وثيقة دولية يتضح لنا مدى أهميته في تحقيق الحماية لحقوق الأفراد سواء كانوا مواطنين أو غير مواطنين، وعلى الرغم من مصادقة أغلبية دول المنطقة على هذين العهدين إلا أنه ليست كل تلك الدول تلتزم بكفالة هذا الحق للعمال الاجانب او الوافدين، كما أن عدم المصادقة على هذين العهدين لا يعني مسؤولية الدول من كفالة هذا الحق، حيث إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكما أشرنا سلفاً قد كفل هذا الحق أيضاً. وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية قد كفل أيضاً

حق الإضراب شريطة ممارسته وفقاً لقوانين البلد المعني، وفي هذا أيضاً ضماناً كبيرة للدول في تنظيم التمتع بهذا الحق وليس إغائه، وبهذا الخصوص نود الإشارة إلى أن قانون العمل اليمني¹⁵ (من ضمن قوانين المنطقة التي كفلت هذا الحق ونظمت التمتع به بشكل دقيق، كما يكفل قانون العمل البحريني¹⁶) وقانون العمل اللبناني¹⁷ للعمال المواطنين أو غير المواطنين حق الإضراب دفاعاً عن مصالحهم. كما يؤكد هذا العهد على إقرار الدول الأطراف بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمينات الاجتماعية، ونود الإشارة هنا إلى أن قوانين العمل في الأردن واليمن تشمل العمال المهاجرين بالضمان الاجتماعي في حين لا تكفل باقي قوانين العمل في المنطقة للعمال المهاجرة مثل هذا الحق¹⁸). صادق العراق على هذه الاتفاقية سنة 1970 على العهد الدولي لحقوق السياسية والاجتماعية وسنة 1971 على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والثقافية، على عكس لبنان انضم إلى الاتفاقية ولكنه لم يصادق عليها.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للعمال الأجانب وفق الاتفاقيات التي تحضر التمييز

هناك الكثير من الاتفاقيات التي تحضر التمييز ولكن في هذا المطلب سوف

¹⁵ - يراجع: المواد (144، 145، 146) من قانون العمل اليمني لسنة 1995 .

¹⁶ (16) يراجع: المادة (8) من قانون العمل البحريني لسنة 2012 .

¹⁷ - يراجع: قانون العمل اللبناني لسنة 1946، وقانون العقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم اللبناني لسنة 1946.

¹⁸ - طاقة، المرجع السابق، ص15، 16.

نبحث في الاتفاقيات الأساسية التي تحظر في مضمونها التمييز والتفضيل، نقسم هذا المطلب إلى: (أولاً) الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري، (ثانياً) نتناول الاتفاقية التي تحظر التمييز ضد المرأة بكافة أشكاله، و(ثالثاً) اتفاقية حقوق الطفل التي تحظر في نصوصها التمييز القائم على أساس مركز الأولياء والأوصياء والتمييز بين الأطفال الأجانب والمواطنين كما سنبين لاحقاً في هذا المطلب.

أولاً: الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله:

اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في (1965/12/21) ودخلت حيز التنفيذ في (1969/1/4)⁽¹⁹⁾. والتي تعد أيضاً مكملاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان بما يتضمنه من حقوق.

حيث عرفت الاتفاقية التمييز العنصري بأن: "كل تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة في الميدان السياسي أو الميدان الاقتصادي أو الميدان الاجتماعي أو الميدان الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة"⁽²⁰⁾. من ناحية ثانية فقد أجازت الاتفاقية تمييز أو تقييد أو استثناء أو تفضيل تجريه أية دولة من الدول الأطراف على أساس الفصل في المعاملة بين المواطنين وغير المواطنين، ولكن هذا الاستثناء لا يشمل

P. 198. ، ph. D: op. cit.، LI. M.،() Malcolm. Shaw-19

20- المادة الأولى من الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1969 .

بأي شكل من الأشكال الحقوق والحريات الأساسية التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وفي ذات السياق فقد أكدت الاتفاقية على التزام الدول الأطراف بالاتفاقية بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله وبضمان حق كل إنسان دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الإثني في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لاسيما الحق في العمل وفي حرية اختيار نوع العمل، وفي العمل بشروط عادلة ومرضية وفي حق تكوين النقابات والانتماء إليها وحق التمتع بخدمات الصحة العامة والرعاية الطبية والضمان الاجتماعي والخدمات الاجتماعية²¹). (صادق عليها العراق ولم يصادق عليها لبنان فقط اكتفى بالانضمام إليها.

ثانياً: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة:

اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في (18) كانون الأول سنة (1979) ودخلت حيز التنفيذ في الثاني من أيلول سنة (1981).⁽²²⁾ صدرت هذه الاتفاقية كتأكيد من الأمم المتحدة على الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الفرد وقدره بتساوي المرأة والرجل في جميع الحقوق⁽²³⁾ والتي

²¹- د.إمام حسانين عطا الله، حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية، (الإسكندرية - مصر: دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص23).

²²- د.عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، (عمان - الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص31).

²³- د.سامي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، الطبعة الثالثة، (بيروت - لبنان: دار الكتب الجديدة المتحدة، 2004، ص279).

تعرف التمييز ضد المرأة على أنه: "أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة على أساس تساوي الرجل والمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية".⁽²⁴⁾ حيث يساور القلق المجتمع الدولي والأمم المتحدة لأنه ما يزال هناك تمييز واضح ضد المرأة على الرغم من وجود كثرة الصكوك الدولية المتعلقة بحمايتها إذ تشير إلى أنّ التمييز ضد المرأة يشكل انتهاكا في مبدأ المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعد العقبة أمام المشاركة على قدم المساواة مع الرجل في حياتهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية⁽²⁵⁾. إذا يحيط الخوف المجتمع الدولي وهو يرى النساء في حالات الفقر، لا ينالون إلا أدنى نصيب من الغذاء والصحة والتعليم والعمل، وإيماناً بأنّ التنمية التامة والكاملة لأي بلد ورفاهية العالم وقضية السلم تتطلب جميعا مشاركة المرأة على قدم المساواة مع الرجل وتحقيق أقصى مشاركة ممكنة في جميع الميادين، كما أكدت المادة الثانية من نفس الاتفاقية بضرورة حظر وتجنب جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وأن تتفق الدول على منهج ووسائل مناسبة دون إبطاء سياسة تستهدف القضاء على التمييز الموجود ضد المرأة وتحقيقا لذلك تتعهد الدول بالقيام بما يلي:

24 - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979 .

25- يراجع: ديباجة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979 .

1. دمج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية وتشريعاتها الأخرى إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن وكفالة للتحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة.
 2. اتخاذ المناسب من التدابير التشريعية وغير التشريعية بما في ذلك ما يناسب من عقوبات جزائية لحضر كل تمييز ضد المرأة.
 3. فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل وضمان حماية فعالة للمرأة عن طريق المحاكم ذات اختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد من أي عمل تمييزي.
 4. الامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق مع ذات الالتزام.
 5. اتخاذ جميع التدابير اللازمة للقضاء على التمييز من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة.
 6. اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريعية منها لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزا ضد المرأة.
 7. إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزا ضد المرأة²⁶).
- كما تؤكد الاتفاقية على اتخاذ الدول الأطراف في الاتفاقية جميع ما يفترض اتخاذه من تدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس تساوي الرجل والمرأة في الحقوق لاسيما حق العمل وحق التمتع

²⁶- يراجع: نص المادة (2) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979 .

بنفس فرص التوظيف، والحق في حرية اختيار المهنة والحق في المساواة في الأجر، والحق في الضمان الاجتماعي، والحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل²⁷

ونود الإشارة إلى أن كل تشريعات العمل الوطنية في المنطقة تفرد فصل خاص بتشغيل النساء وتتص على الحقوق الأساسية للمرأة والتي تضمنتها هذه الاتفاقية، ولكن غالبية الدول العربية في المنطقة تستثني العمالة المنزلية من أحكامها، كما أن غالبيتها لم تصدر أي قوانين أو أنظمة أو تعليمات خاصة بهذه الفئة من العمالة وبالتالي فهي لا تكفل الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل التي نصت عليها الاتفاقية. انظم إليها العراق سنة 1986 ولكنه لم يصادق عليها. بينما لبنان لم ينضم إلى تلك الاتفاقية.

ثالثاً: اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1995

اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في (20) تشرين الثاني سنة (1995)²⁸، وتعد اتفاقية حقوق الطفل من أكثر اتفاقيات حقوق الإنسان انضماماً، فقد انضمت إليها كل دول العالم تقريباً باستثناء دولتين الصومال والولايات المتحدة الأميركية²⁹

تتص هذه الاتفاقية على مبدأ مهم جداً تم إغفاله في غالبية التشريعات في المنطقة العربية حيث نصت الاتفاقية على أن تتخذ جميع دول الأطراف التدابير المناسبة

²⁷ - يراجع نص المادة (11) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979 .

²⁸ - علوان، المرجع السابق، ص32.

²⁹ - عطاالله، المرجع السابق، ص29.

لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائم على أساس مركز والديّ الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه، أو أعضاء أسرته أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم. كما تجدر الإشارة إلى أن كل ما تنص عليه هذه الاتفاقية من حقوق للطفل يتمتع بها كل الأطفال الخاضعين لولاية الدولة، أي كل من يوجد ضمن أراضيها سواء كانوا أجنبان أو مواطنين دون أي نوع من أنواع التمييز وبالتالي فهي تنطبق كما ذكرنا على الأطفال الذين يكونون داخل بلداهم والأطفال الأجنبان المهاجرين⁽³⁰⁾. صادق عليها لبنان ولم يصادق عليها العراق.

المطلب الثالث: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (بروتوكول منع وقمع الاتجار بالبشر)

لن نتطرق إلى الجرائم التي نصت عليها هذه الاتفاقية والبروتوكول الخاص بمنع وقمع الإتجار بالأشخاص المرفق بها، وما يعنينا هنا هو الحقوق التي نصت عليها الاتفاقية والبروتوكول والتي تكفل الحماية لضحايا هذه الجرائم.

حيث تلزم الاتفاقية الدول الأطراف على اتخاذ تدابير ملائمة وفي حدود إمكانياتها لتوفير المساعدة والحماية لضحايا الجرائم المشمولة بالاتفاقية وخصوصا في حالات تعرضهم للتهديد بالانتقام أو تعرضهم للعمل الجبري والسخرة كما تلزم الاتفاقية الدول الأطراف في وضع قواعد إجرائية ملائمة توفر لضحايا الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية سبل الحصول على التعويض وجبر الأضرار. ويكفل البروتوكول مساعدة ضحايا الإتجار بالأشخاص وحمايتهم، حيث نص على قيام

³⁰- طاقة، المرجع السابق، ص 17، 18.

الدول وبقدر ما يتيح قانونها الداخلي في صون الحرمة الشخصية لضحايا الإتجار بالأشخاص وهويتهم بوسائل منها جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك الإتجار سرية، إضافة إلى أن البروتوكول يلزم كل دولة طرف على احتواء نظامها القانوني أو الإداري الداخلي على تدابير توفر لضحايا الإتجار بالأشخاص بكافة صورها (بيع الأعضاء، العمل الجبري، الاتجار لغايات جنسية) على معلومات عن الإجراءات القضائية والإدارية ذات الصلة، ومساعدات لتمكينهم من عرض آرائهم وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية ضد الجناة، إضافة إلى تنفيذ تدابير تتيح التعافي الجسدي والنفسي والاجتماعي لضحايا الإتجار بالأشخاص، وأجاز البروتوكول أن يتم ذلك بالتعاون مع منظمات المجتمع المدني وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بتوفير السكن اللائق، والمشورة والمعلومات المرتبطة بحقوقهم القانونية بلغة يمكن لضحايا الإتجار بالأشخاص فهمها، إضافة إلى المساعدة الطبية والنفسية والمادية، وفرص العمل والتعليم والتدريب. من ناحية ثانية فقد نص البروتوكول على أن تتظر كل دولة طرف في اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير أخرى مناسبة تسمح لضحايا الإتجار بالأشخاص في الحالات التي تقتضي ذلك بالبقاء داخل إقليمها بصفة مؤقتة أو دائمة. كما نص البروتوكول على مراعاة وضع الضحية عند القيام بإجراءات الإعادة إلى بلدهم الأم⁽³¹⁾. انضم إليها العراق وصادق عليها أيضاً، أما لبنان انضم إلى الاتفاقية ولكنه لم ينفذ بنودها بل لجأ إلى الاستعاضة عنها بقانون العقوبات اللبناني حيث جرم أفعال الاختطاف والاستغلال الجنسي والعنف.

31- طاقة، المرجع السابق، ص20، 21.

الخاتمة

توصلنا في الختام الى مجموعة من النتائج :

1- لقد تم الاعتراف للأجانب بإمكانية مزاوله العمل على أقاليم الدول التي يقيمون فيها حتى وصل إلى الحالة الراهنة بعد تطورات عديدة ومن هذه التطورات:

فمن الإنكار التام لأية حقوق يتمتع الأجانب بها، حيث كان الأجنبي يعتبر مستضعفا إذا حل في مجتمع غير المجتمع الذي ينتمي إليه، كما كان يعد من قبيل الأشياء حيث يعتبر دائماً محلاً للحق لا صاحباً له، وعليه في ظل هذه الظروف لا مجال للأجنبي في القيام بمزاوله العمل في مجتمع غير مجتمعه لأن الأمر كان يفترض الاعتراف للعامل الأجنبي بالشخصية القانونية، فضلاً عن الشخصية الإنسانية وهو ما لم يكن معترفاً له سابقاً

2_ يحق للعمال المهاجرين وغيرهم من الأجانب الحصول على الحماية بموجب القانون الدولي العام لحقوق الإنسان، وهي تدخل في نطاق مواثيق حقوق الإنسان التي تم بحثها في هذه ، وعلى الأقل نظرياً، لديها معظم الحقوق التي يتمتع بها المواطنون، غير أن الإعلان الدراسة على وجه التحديد بحقوق الإنسان للأجانب هو أكثر تقييدا من القانون العام، حيث الذي يتعلق يمنح المهاجرين غير النظاميين حقوقاً أقل من الجانب الذين يقيمون على وجه قانوني في دولة ما .

3_ . اتسع مصطلح العامل المهاجر على مر السنين، ليشمل مجموعة كبيرة من الأشخاص، حيث تحتوي اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق جميع العمال المهاجرين وأف ارد اسرهم على تعريف العمال المهاجرين النظاميين وغير النظاميين والعمالين لحسابهم الخاص، مما يعكس تغير طبيعة المواثيق الدولية بدءاً من مواثيق لوالية منظمة العمل الدولية المبكرة باعتبارها نتاجاً واضحاً منظمة العمل

الدولية في معالجة مسائل العمل .

4_ . وجاءت اتفاقية الامم المتحدة لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين كمبادرة لتعزيز حماية العمال المهاجرين، لكن المشروع النهائي جاء ليعكس ما نصت عليه اتفاقيات منظمة العمل الدولية والقانون العام لحقوق الإنسان، ومع ذلك، فإن إدخال اتفاقية الأمم المتحدة للعمال 87 المهاجرين شكل تغييرا في طبيعة حماية هذه الفئة، فهي ال تؤكد فقط احترام حقوق الإنسان للعمال المهاجرين، لكنها تحدد ما هي حقوق العمال المهاجرين وأسرهم، إل أنها تحمل تمييزا بين حقوق العمال المهاجرين النظاميين وغير النظاميين، رغم أن ديباجة الاتفاقية تشير إلى "المبادئ الأساسية في ميثاق الأمم المتحدة فيما يتعلق بحقوق الإنسان"، ولم يوقع على هذه الاتفاقية سوى 45 دولة فقط .

5_ . ينطبق على العمال المهاجرين حقوق العمل وحماية العمال التي وردت في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، كما تنطبق عليهم معايير العمل الأساسية كما وردت في اتفاقيات العمل الدولية .

قائمة المصادر :

الكتب:

- 1- علي أسود، تأثير الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان في التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، (بيروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ص33، 2014).
- 2- جيرهارد فان غلان، "القانون بين الأمم مدخل إلى القانون الدولي العام"، الجزء الأول، (بيروت - لبنان: دار الافاق الجديدة، 1970، ص199).
- 3_ سلوان رشيد، القانون الدولي لحقوق الإنسان ودرساتير الدول، أطروحة دكتوراه، (بغداد - العراق: جامعة الموصل، كلية القانون، 2003، ص42).
- 4- د.محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان، الطبعة الرابعة، (بيروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص414).
- 5_ مصطفى، بشير، العمال الأجانب في ظل تشريعات العمل اللبنانية، رسالة ماجستير، (بيروت - لبنان: الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، 2014).
- 6_ وسيم حسام الدين الأحمد، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان الخاصة، الطبعة الأولى، (بيروت - لبنان).
- 7_ طاقة، شيبان، الإطار القانوني لحقوق العمال المهاجرين في الدول العربية، (بيروت - لبنان: مؤسسة المستقبل، 2013) ص 14_15.

¹_8 C.Wilfred Jenks, **Social Justice In the Law of Nation** London, (U.S.A.: Published By Oxford University Press,

1970, p.23).

⁹- د.عباس عبد الأمير العامري وآخرون، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي، الطبعة الأولى، (بيروت - لبنان: منشورات الحلبي، 2016، ص62).: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص5).

P. 198. ، ph. D: op. cit.، Li. M.، Malcolmn. Shaw¹⁰

(11) د.إمام حسنين عطا الله، حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية، (الإسكندرية - مصر: دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص23).

(12) د.عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، (عمان - الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص31).

(13) د.سامي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، الطبعة الثالثة، (بيروت - لبنان: دار الكتب الجديدة المتحدة، 2004، ص279).

الاتفاقيات :

¹- يراجع: ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 .

²- يراجع: المادة (15) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 .

³- المادة الأولى من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1969

⁴ _ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979

¹5_ يراجع: ديباجة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979 .

القوانين:

¹_ يراجع: المواد (144، 145، 146) من قانون العمل اليمني لسنة 1995

2_ يراجع: المادة (8) من قانون العمل البحريني لسنة 2012

3_ يراجع: قانون العمل اللبناني لسنة 1946، وقانون العقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم اللبناني لسنة 1946.

القانون الدولي الإنساني

مفهومه ومفاعيله والتّمييز بينه وبين الشّريعة الدوليّة لحقوق الإنسان

الدّكتورة نجاه جرجس جدعون

المقدّمة

إنّ ثمة إتّفاق عامّ على أنّ الإعلان العالميّ لحقوق الإنسان يُشكّل أساس القانون الدوليّ لحقوق الإنسان. وهذا الإعلان كان مصدر إلهام لمجموعة ضخمة من معاهدات حقوق الإنسان الدوليّة ذات الإلزام القانوني، وكذلك لموضوع تطوير حقوق الإنسان على صعيد العالم بأسره. وهو لا يزال مرجعاً نهدي به جميعاً، سواء عند التّصدّي للمظالم، أم في المُجتمعات التي تُعاني من القمع، أو عند بذل تلك الجهود الرّامية إلى تحقيق التّمتع العالميّ بحقوق الإنسان.

القانون الدوليّ الإنساني، ويُسمّى أيضاً "قانون النزاعات المسلّحة" أو "قانون الحرب"، هو جملة القواعد التي تحمي في زمن الحرب الأشخاص الذين لا يشاركون في الأعمال العدائيّة، أو الذين كفّوا عن المشاركة فيها، وتقيد استخدام أساليب ووسائل القتال. وتتمثّل غايته الأساسيّة في الحدّ من المعاناة البشريّة ودرئها في زمن النزاعات المسلّحة. ولا يقتصر الإلتزام بقواعد القانون على الحكومات وقوّاتها المسلّحة فحسب، وإنّما يمتدّ ليشمل أيضاً جماعات المعارضة المسلّحة وغيرها من أطراف النزاعات.

تُعرّف اللّجنة الدّوليّة للصّليب الأحمر³² القانون الدّوليّ الإنسانيّ بأنّه مجموعة القواعد الدّوليّة الموضوعة بمقتضى معاهدات أو أعراف، والمُخصّصة بالتحديد لحلّ المشاكل ذات الصّفة الإنسانيّة النّاجمة مباشرة عن المنازعات المسلّحة الدّوليّة أو غير الدّوليّة، والتي تحدّ - لأعتبارات إنسانيّة - من حقّ أطراف النزاع في اللّجوء إلى ما يختارونه من أساليب أو وسائل للقتال، وتحمي الأشخاص والممتلكات.

تجدر الإشارة إلى أنّ النزاع المسلّح الدّوليّ يشمل القوّات المسلّحة لدولتين على الأقلّ. النزاع المسلّح غير الدّوليّ هو مواجهة تتشبّ داخل إقليم دولة بين القوّات المسلّحة النّظاميّة وجماعات مسلّحة يمكن التّعريف على هويّتها، أو ما بين جماعات مسلّحة. الإضطرابات الدّاخلية تحدث عندما تستخدم الدّولة القوّة المسلّحة لإعادة النّظام والحفاظ عليه، دون وجود نزاع مسلّح كامل. التوتّر الدّخليّ يحدث عندما تُستخدم القوّة، في غياب الإضطرابات الدّاخلية، كتدبير وقائيّ يرمي إلى حفظ القانون والنّظام العامّ.

بالنسبة للصّكوك الأساسيّة للقانون الدّوليّ الإنسانيّ، فإنّه، سواء أكنّا بصدد نزاع مسلّح دوليّ أو غير دوليّ، فإنّ الإنسان ضحيّة هذا النزاع يحتاج إلى مساعدة وحماية إنسانيّة تكفلها قواعد القانون الدّوليّ الإنسانيّ. ولعلّ أهمّ هذه الصّكوك هي:

إعلان سان بترسبورغ لعام 1868 لحظر القذائف المتفجّرة، إتفاقيات لاهاي لعام 1907، إتفاقيّة جنيف الأولى لعام 1949 بشأن تحسين حالة الجرحى

³² : International Committee of the Red Cross للصّليب الأحمر

<https://www.icrc.org/ar>; Consulted on: 18/7/2023; 13:00 p.m.

والمرضى من أفراد القوات المسلحة في الميدان، إتفاقية جنيف الثانية لعام 1949 بشأن تحسين حالة الجرحى والمرضى والغرقى من أفراد القوات المسلحة في البحار، إتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 بشأن أسرى الحرب، إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 بشأن حماية المدنيين في وقت الحرب، البروتوكول الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف والمتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية، البروتوكول الثاني لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف والمتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية وإتفاقية الأمم المتحدة لعام 1980 بشأن حظر أو تقييد بعض الأسلحة التقليدية.

وفي السياق عينه، تجدر الإشارة إلى أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان³³ يُعتبر من بين الوثائق الدولية الرئيسية لحقوق الإنسان والتي تم تبنيها من قبل الأمم المتحدة. كما نالت تلك الوثيقة موقعاً هاماً في القانون الدولي وذلك مع العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966³⁴ والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966³⁵. وتشكّل الوثائق

³³ إعتُمِدَ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونُشِرَ على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرَّخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948. وقد شارك الدكتور شارل مالك من لبنان في صياغته وإعداده.

³⁴ إعتُمِدَ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وعُرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرَّخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966. تاريخ بدء النفاذ 23 آذار/مارس 1976، وفقاً للمادة 49. وقد أُجيز إنضمام لبنان إلى العهد المذكور بموجب المرسوم رقم 3855 الصادر بتاريخ 1972/9/1.

³⁵ إعتُمِدَ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعُرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21)

الثلاث معاً ما يُسمّى بـ "لائحة الحقوق الدوليّة" أي "الشّريعة الدوليّة لحقوق الإنسان". وفي 1976، بعد أن تمّ التّصديق على الوثيقتين من قِبَل عددٍ كافٍ من الأمم، أخذت لائحة الحقوق الدوليّة قوّة القانون الدوليّ.

وعليه، فإنّ إتفاقيّات جنيف الأربع، المؤرّخة في 12 أغسطس/آب 1949، هي معاهدات دوليّة إنضمت إليها وصادقت عليها كلّ الدول تقريباً. تكفلُ الإتفاقيّات الحماية للجرحى والمرضى من القوّات المسلّحة في الميدان، والجرحى والمرضى والغرقى من أعضاء القوّات المسلّحة في البحار، وأسرى الحرب، والمدنيّين الذين يجدون أنفسهم تحت ظلّ حكمٍ أجنبيّ في حالة نزاعٍ دوليّ.

بالنسبة لإتفاقيّة جنيف الأولى لعام 1949، فهي تتعلّق بتوفير الحماية والرّعاية لجرحى ومرضى القوّات المسلّحة في ميدان المعركة.

أمّا بالنسبة لإتفاقيّة جنيف الثّانية لعام 1949، فإنّه تؤمّن الحماية والرّعاية لمرضى وغرقى القوّات المسلّحة في البحار.

في حين تتّصل إتفاقيّة جنيف الثّالثة لعام 1949 بمعاملة أسرى الحرب. وأمّا إتفاقيّة جنيف الرّابعة لعام 1949 فهي تعالج حماية المدنيّين في أوقات

المؤرّخ في 16 كانون الأوّل/ ديسمبر 1966. تاريخ بدء النّفاذ 3 كانون الثّاني/ ديسمبر 1976، وفقاً للمادّة 27. وقد أُجيز إنضمام لبنان إلى العهد المذكور بموجب المرسوم رقم 3855 الصّادر بتاريخ 1972/9/1.

الحرب³⁶.

وأُلحقت إلى إتفاقيات جنيف ثلاثة بروتوكولات إضافية منذ عام 1949، ينصّ البروتوكول الأول لعام 1977 على حماية ضحايا النزاعات الدوليّة المسلّحة. ويحكم البروتوكول الثّاني لعام 1977 حماية ضحايا النزاعات غير الدوليّة.

أمّا البروتوكول الثّالث الذي أُلحق إلى الإتفاقيات عام 2005، فيضيف شارة جديدة للحماية هي الكريستالة (البلورة) الحمراء إلى جانب الشّارتين المعمول بهما، وهما الصّليب الأحمر والهِلال الأحمر.

ويتضمّن القانون الدوليّ الإنسانيّ سلسلة من المعاهدات التي تنظّم استخدام أسلحة أو إستراتيجيات تكتيكيّة معيّنة أو تتعلّق بالحماية الممنوحة إلى الأشخاص أو الأعيان (الممتلكات). ومن بين هذه المعاهدات:

إتفاقيّة عام 1954 بشأن حماية الملكية الثّقافيّة خلال النزاعات المسلّحة، إتفاقيّة عام 1972 بشأن الأسلحة البيولوجيّة، إتفاقيّة عام 1980 بشأن الأسلحة الثّقليديّة، إتفاقيّة عام 1993 بشأن الأسلحة الكيميائيّة وإتفاقيّة أوتاوا لعام 1997 بشأن الألغام المضادّة للأفراد.

وهنا، تُطرح الأسئلة الثّالية:

- ما هو مفهوم القانون الدوليّ الإنسانيّ؟ وما هي أبرز المبادئ التي يتضمّنها؟

³⁶ مفوضيّة الأمم المتّحدة السّامية لحقوق الإنسان The Office of The High Commissioner for Human Rights (UN Human Rights): <https://ohchr.org>; Consulted on: 18/7/2023; 13:00 p.m.

- متى يُطبَّق القانون الدوليّ الإنسانيّ؟
- كيف يوفّر القانون الدوليّ الإنسانيّ الحماية والرّعاية؟
- من هم الأشخاص المحميّون بموجب نصوص القانون الدوليّ الإنسانيّ أثناء النزاعات المسلّحة؟
- ما هي أبرز الجهات المعنيّة بتطبيق القانون الدوليّ الإنسانيّ؟
- ما هو الفارق بين الفارق بين شرعة حقوق الإنسان والقانون الدوليّ الإنسانيّ؟

إستنادًا إلى ما تقدّم، فإنّ الإشكاليّة المطروحة والمتمثّلة بمعرفة ما إذا أدت القانون الدوليّ الإنسانيّ وظيفته، ولا سيّما تلك المتعلّقة بالحماية والرّعاية، تُظهر لنا، بشكلٍ واضحٍ، مدى أهميّة هذا القانون من حيث مفهومه ومفاعيله في ضوء القواعد الدوليّة والوطنيّة لحقوق الإنسان، بحيث بات حلّ هذه الإشكاليّة ملحقًا وضروريًّا. من هنا، تبرز أهميّة هذا البحث من خلال إلقائنا الصّوء على هذه الإشكاليّة ومن خلال البحث عن حلولٍ لها. وبناءً على المبادئ السابقة، يأتي تقسيم البحث إلى قسمين على الشّكل التّالي:

- القسم الأوّل: في مفهوم القانون الدوليّ الإنسانيّ
- القسم الثّاني: في مفاعيل القانون الدوليّ الإنسانيّ

القسم الأول

في مفهوم القانون الدولي الإنساني

تمهيد وتقسيم:

لما كان الإختصاص الأصيل والأهم للأمم المتحدة، هو حفظ السلم والأمن الدوليين، فإن للأجهزة التنفيذية في منظمة الأمم المتحدة دور هام في تطبيق القانون الدولي الإنساني. وهذه الأجهزة الرئيسية للمنظمة وفقاً لنص المادة 1/7 من الميثاق هي: الجمعية العامة، ومجلس الأمن، والمجلس الإقتصادي والإجتماعي، ومجلس وصاية، ومحكمة عدل دولية وأمانة³⁷.

كما أقرّ المؤتمر الدولي السادس والعشرون للصليب الأحمر والهلال الأحمر (جنيف، 1995)، في قراره رقم 1، التوصيات التي وضعها فريق خبراء حكومي دولي لترجمة الإعلان الختامي للمؤتمر الدولي لحماية ضحايا الحرب (جنيف، أغسطس / آب - سبتمبر/أيلول 1993) إلى مقترحات باتخاذ " تدابير ملموسة وفعالة". بيد أن القرار المذكور دعا أيضاً اللجنة الدولية للصليب الأحمر والإتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، والجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر إلى العمل والإسهام في الجهد الزامي إلى تنفيذ القانون الدولي الإنساني بشكل أفضل، ولا سيما عن طريق منع حدوث الانتهاكات.

تاسيماً على ما تقدّم، تبرز أهميّة إستعراض ماهيّة القانون الدولي الإنساني

³⁷ وُقِعَ ميثاق الأمم المتحدة في 26 حزيران/يونيه 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة التولية وأصبح نافداً في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1945؛ ميثاق الأمم المتحدة منشور على الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة:

وذلك من خلال بيان أبرز المبادئ التي يتضمنها ونطاق تطبيقه. الأمر الذي سنتناوله بالدراسة في القسم الأول من هذا البحث ضمن البابين التاليين على الشكل الآتي:

الباب الأول: في مبادئ القانون الدولي الإنساني

الباب الثاني: في نطاق تطبيق القانون الدولي الإنساني

الباب الأول

في مبادئ القانون الدولي الإنساني

يتضمن القانون الدولي الإنساني مبادئ أساسية يقتضي إحترامها من قبل الدول المتنازعة³⁸. ومن أبرز تلك المبادئ، نذكر ما يلي: مبدأ التمييز، مبدأ الضرورة الحربية ومبدأ التناسب.

أولاً: مبدأ التمييز

نصت المادة 48 من البروتوكول الأول الإضافي الملحق باتفاقيات جنيف- المنعقدة في 12 آب / أغسطس 1949 - والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، على أنه تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها، وذلك من أجل تأمين إحترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية.

³⁸ نجاه جرجس جدعون، "حقوق الإنسان (نص - إجتهد - فقه) - دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، 2016، بيروت - لبنان، ص 66 وما يليها.

وعن حماية السّكان المدنيّين، فإنّ المادّة 51 من البروتوكول عينه قد نصّت على أنّه يتمتّع السّكان المدنيّون والأشخاص المدنيّون بحماية عامّة ضد الأخطار النّاجمة عن العمليّات العسكريّة ويجب، لإضفاء فعاليّة على هذه الحماية، مراعاة القواعد التّالية دوماً بالإضافة إلى القواعد الدّوليّة الأخرى القابلة للتّطبيق.

لا يجوز أن يكون السّكان المدنيّون بوصفهم هذا وكذا الأشخاص المدنيّون محلاً للهجوم. وتحظر أعمال العنف أو التّهديد به الرّامية أساساً إلى بثّ الذّعر بين السّكان المدنيّين.

يتمتّع الأشخاص المدنيّون بالحماية التي يوفّرها هذا القسم ما لم يقوموا بدورٍ مباشرٍ في الأعمال العدائيّة وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذا الدور:

تُحظر الهجمات العشوائيّة، وتُعتبر هجمات عشوائيّة:

(أ) تلك التي لا توجّه إلى هدف عسكريّ مُحدّد.

(ب) أو تلك التي تستخدم طريقة أو وسيلة للقتال لا يُمكن أن توجّه إلى هدفٍ عسكريّ مُحدّد.

(ج) أو تلك التي تستخدم طريقة أو وسيلة للقتال لا يُمكن حصر آثارها على النّحو الذي يتطلّب هذا الحقّ "البروتوكول"، ومن ثمّ فإنّ من شأنها أن تُصيب، في كلّ حالةٍ كهذه، الأهداف العسكريّة والأشخاص المدنيّين أو الأعيان المدنيّة دون تمييزٍ.

تُعتبر الأنواع التالية من الهجمات، من بين هجمات أخرى، بمثابة هجمات عشوائية:

(أ) الهجوم قصفاً بالقنابل، أيًا كانت الطرق والوسائل، الذي يعالج عددًا من الأهداف العسكرية الواضحة التّباعد والتّميز بعضها عن البعض الآخر والواقعة في مدينة أو بلدة أو قرية أو منطقة أخرى تضمّ مركزًا من المدنيين أو الأعيان المدنيّة، على أنّها هدف عسكريّ واحد.

(ب) والهجوم الذي يُمكن أن يتوقّع منه أن يُسبّب خسارة في أرواح المدنيين أو إصابة بهم أو أضرارًا بالأعيان المدنيّة، أو أن يُحدث خلطًا من هذه الخسائر والأضرار، يفرط في تجاوز ما ينتظر أن يُسفر عنه ذلك الهجوم من ميزةٍ عسكريّةٍ ملموسةٍ ومباشرةٍ.

تُحظر هجمات الردع ضدّ السّكان المدنيين أو الأشخاص المدنيين.

لا يجوز التّوسّل بوجود السّكان المدنيين أو الأشخاص المدنيين أو تحركاتهم في حماية نقاط أو مناطق مُعيّنة ضدّ العمليّات العسكريّة، ولا سيّما في محاولة درء الهجوم عن الأهداف العسكريّة أو تغطية أو تحبيذ أو إعاقة العمليّات العسكريّة. ولا يجوز أن يُوجّه أطراف النّزاع تحركات السّكان المدنيين أو الأشخاص المدنيين بقصد محاولة درء الهجمات عن الأهداف العسكريّة أو تغطية العمليّات العسكريّة.

لا يعفي خرق هذه المحظورات أطراف النّزاع من إلتزاماتهم القانونيّة حيال السّكان المدنيين والأشخاص المدنيين، بما في ذلك الإلتزام باتّخاذ الإجراءات الوقائيّة المنصوص عليها في المادّة 57.

وعن الحماية العامّة للأعيان المدنيّة، فقد نصّت المادّة 52 من البروتوكول ذاته على أنّه لا تكون الأعيان المدنيّة محلًّا للهجوم أو لهجمات الردع. والأعيان

المدنيّة هي كافة الأعيان التي ليست أهدافاً عسكريّة.

تقتصر الهجمات على الأهداف العسكريّة فحسب. وتتحصّر الأهداف العسكريّة فيما يتعلّق بالأعيان على تلك التي تسهم مساهمة فعّالة في العمل العسكريّ، سواء كان ذلك بطبيعتها أم بموقعها أم بغايتها أم باستخدامها، والتي يُحقّق تدميرها التأمّ أو الجزئيّ أو الإستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكريّة أكيدة.

إذا ثار الشكّ حول ما إذا كانت عين ما تكرّس عادةً لأغراض مدنيّة، مثل مكان العبادة أو منزل أو أيّ مسكن آخر أو مدرسة، إنّما تُستخدَم في تقديم مساهمة فعّالة للعمل العسكريّ، فإنّه يُفترض أنّها لا تُستخدَم كذلك.

وعن حماية الأعيان الثقافيّة وأماكن العبادة، فقد نصّت المادة 53 من البروتوكول عيّنه على أنّه تُحظَر الأعمال التّالية، وذلك دون الإخلال بأحكام إتفاقيّة لاهاي المتعلّقة بحماية الأعيان الثقافيّة في حالة النزاع المسلّح المنعقدة بتاريخ 14 نيسان/ مايو 1954 وأحكام الموائيق الدوليّة الأخرى الخاصّة بالموضوع:

(أ) إرتكاب أيّ من الأعمال العدائيّة الموجّهة ضدّ الآثار التاريخيّة أو الأعمال الفنيّة أو أماكن العبادة التي تُشكّل التّراث الثقافيّ أو الرّوحّي للشّعوب.

(ب) إستخدام مثل هذه الأعيان في دعم المجهود الحربيّ.

(ج) إتخاذ مثل هذه الأعيان محلاً لهجمات الرّدع.

وعن حماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكّان المدنيّين، فقد نصّت المادة 54 من البروتوكول المذكور على ما يلي:

"1- يُحظَر تجويع المدنيّين كأسلوبٍ من أساليب الحرب.

2 - يُحظَر مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السَّكَّان المدنيين ومثالها المواد الغذائيَّة والمناطق الزراعيَّة التي تنتجها والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشَّرب وشبكاتِها وأشغال الرِّي، إذا تحدَّد القصد من ذلك في منعها عن السَّكَّان المدنيين أو الخصم لقيمتها الحيويَّة مهما كان الباعث سواء كان بقصد تجويع المدنيين أم لحملهم على النَّزوح أم لأيِّ باعثٍ آخر.

3- لا يُطبَّق الحظر الوارد في الفقرة الثَّانية على ما يستخدمه الخصم من الأعيان والمواد التي تشملها تلك الفقرة:

أ) زادًا لأفراد قواته المسلَّحة وحدهم،

ب) أو إن لم يكن زادًا فدعمًا مباشرًا لعملٍ عسكريٍّ شريطة ألا تتخذ مع ذلك حيل هذه الأعيان والمواد، في أيِّ حالٍ من الأحوال، إجراءات قد يتوقَّع أن تدع السَّكَّان المدنيين بما لا يغني عن مأكَل ومشرب على نحوٍ يسبِّب مجاعتهم أو يضطرَّهم إلى النَّزوح.

4- لا تكون هذه الأعيان والمواد محلًّا لهجمات الرَّدع.

5- يُسمَح، مراعاةً للمتطلَّبات الحيويَّة لأيِّ طرفٍ في النَّزاع من أجل الدِّفاع عن إقليمه الوطنيِّ ضدَّ الغزو، بأن يضربَ طرف النَّزاع صفاً عن الحظر الوارد في الفقرة الثَّانية في نطاق مثل ذلك الإقليم الخاضع لسيطرته إذا أملت ذلك ضرورةً عسكريَّةً ملحةً."

كما نصَّت المادَّة 13 من البروتوكول الثَّاني الإضافي الملحق باتفاقيَّات جنيف- المنعقدة في 12 آب/ أغسطس 1949 - والمتعلِّق بحماية ضحايا المنازعات المسلَّحة غير الدَّوليَّة، على أنَّه يتمتَّع السَّكَّان المدنيون والأشخاص المدنيون بحمايةٍ عامَّةٍ من الأخطار النَّاجمة عن العمليَّات العسكريَّة ويجب،

لإضفاء فاعليّة على هذه الحماية، مراعاة القواعد التّالية دوّمًا.

لا يجوز أن يكونَ السّكّان المدنيّون بوصفهم هذا ولا الأشخاص المدنيّون محلاً للهجوم وتُحظَر أعمال العنف أو التّهديد به الرّامية أساسًا إلى بثّ الدّعر بين السّكّان المدنيّين.

يتمتّع الأشخاص المدنيّون بالحماية الّتي يوفّرها هذا الباب، ما لم يقوموا بدورٍ مباشرٍ في الأعمال العدائيّة وعلى مدى الوقت الّذي يقومون خلاله بهذا الدور.

وعملًا بالمادّة 14 من البروتوكول المذكور، فإنّه يُحظَر تجويع المدنيّين كأسلوبٍ من أساليب القتال. ومن ثمّ يُحظَر، توصلاً لذلك، مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد الّتي لا غنى عنها لبقاء السّكّان المدنيّين على قيد الحياة ومثالها المواد الغذائيّة والمناطق الرّاعية الّتي تنتجها المحاصيل والماشية ومرافق مياه الشّرب وشبكتها وأشغال الرّي. ووفقًا للمادّة 15 من البروتوكول عينه، فإنّه لا تكون الأشغال الهندسيّة أو المنشآت الّتي تحوي قوى خطرة، ألا وهي السّدود والجسور والمحطّات النّويّة لتوليد الطّاقة الكهربيّة محلاً للهجوم حتّى ولو كانت أهدافًا عسكريّة، إذا كان من شأن هذا الهجوم أن يتسبّب في إنطلاق قوى خطرة ترتّب خسائر فادحة بين السّكّان المدنيّين.

وسنّدًا للمادّة 16 من البروتوكول ذاته، فإنّه يُحظَر ارتكاب أيّة أعمال عدائيّة موجّهة ضدّ الآثار التّاريخيّة، أو الأعمال الفنّيّة وأماكن العبادة الّتي تُشكّل التّراث النّقائيّ أو الرّوحيّ للشعوب، وأسخدامها في دعم المجهود الحربيّ، وذلك دون الإخلال بأحكام إتفاقيّة لاهاي بحماية الأعيان النّقائيّة في حالة النزاع المسلّح والمنعقدة في 14 أيار/ مايو 1954.

كما نصّت المادّة 17 من البروتوكول عينه على أنّه لا يجوز الأمر بترحيل السّكّان المدنيّين لأسبابٍ تتصلّ بالنّزاع، ما لم يتطلّب ذلك أمن الأشخاص المدنيّين المعنيّين أو أسباب عسكريّة ملحّة. وإذا ما اقتضت الطّروف إجراء مثل هذا

التّرحيل، يجب إتّخاذ كافّة الإجراءات المُمكنة لاسْتقبال السّكّان المدنيّين في ظروف مرضية من حيث المأوى والأوضاع الصّحيّة الوقائيّة والعلاجيّة والسّلامة والتّغذية.

لا يجوز إرغام الأفراد المدنيّين على النّزوح عن أراضيهم لأسباب تتّصل بالنّزاع.

ثانياً: مبدأ الصّورة الحربيّة

الصّورة الحربيّة عرّفها فقهاء القانون الدّوليّ بأنّها "الحالة الّتي تكون ملحّة إلى درجة لا تترك وقتاً كافياً من قبل الأطراف المتحاربة لاختيار الوسائل المُستخدمة في أعمالها العسكريّة الفوريّة"؛ أو هي الأحوال الّتي تظهر أثناء الحرب وتقرض، حال قيامها، ارتكاب أفعال مُعيّنة على وجه السّرعة بسبب موقفٍ ما وبسبب الطّروف الإستثنائيّة النّاشئة لحظتها. وقد إتّفق الفقه والقضاء الدّوليّين على أنّ الصّورة العسكريّة محكومة ومقيّدة بعدّة شروط قانونيّة وهي:

1- إرتباط قيام هذه الحالة بسير العمليّات الحربيّة خلال مراحل القتال بين المتحاربين أو لحظة الإشتباك المُسلّح. ولذلك لا يُمكن الإدّعاء بتوافر الصّورة الحربيّة في حالة الهدوء وتوقّف القتال.

2- الطّبيعة المؤقتة للصّورة الحربيّة وغير الدائمة، وهي، بالنظر لطابعها الإستثنائيّ، ليست أكثر من حالة واقعيّة تبدأ ببداية الفعل وتنتهي بنهايته وزواله.

3- ألا تكون الإجراءات المُستخدمة لتنفيذ حالة الصّورة محظورة بموجب أحكام وقواعد القانون الدّوليّ، كالتدّرع باستخدام الأسلحة المحرّمة دوليّاً أو قصف وإبادة السّكّان المدنيّين أو عمليّات التّأر والإقتصاص من المدنيّين وممتلكاتهم.

4- ألا يكون أمام القوات المتحاربة في حالة الضرورة أي خيار بتحديد طبيعة ونوع الوسائل سوى التي إستُخدمت بالفعل حال قيام وتوافر الضرورة الحربية والتي تسمح باستخدام وسائل متفاوتة الضرر.

ثالثاً: مبدأ التناسب

يسعى مبدأ التناسب لإقامة التوازن بين مصلحتين متعارضتين: تتمثل الأولى في ما تمليه إعتبارات الضرورة العسكرية "الضرورة الحربية"؛ بينما تتمثل الضرورة الثانية في ما تمليه مقتضيات الإنسانية حينما لا تكون هناك حقوق أو محظورات لتعزيز كفاءة إحترام مبدأ التناسب في جميع العمليات العسكرية منعاً لمعاناة المدنيين التي لا ضرورة لها. فقد نصت المادة 51 من البروتوكول الأول الإضافي الملحق باتفاقيات جنيف - المنعقدة في 12 آب/ أغسطس 1949 - والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، على ما يلي:

"تُحظر الهجمات العشوائية، وتُعتبر هجمات عشوائية: 4 - ...

أ) تلك التي لا تُوجّه إلى هدفٍ عسكريٍّ مُحدّدٍ،

ب) أو تلك التي تُستخدَم طريقة أو وسيلة للقتال لا يُمكن أن تُوجّه إلى هدفٍ عسكريٍّ مُحدّدٍ،

ج) أو تلك التي تُستخدَم طريقة أو وسيلة للقتال لا يُمكن حصر آثارها على النحو الذي يتطلّبُه هذا الملحق "البروتوكول"، ومن ثم فإنّ من شأنها أن تُصيب، في كلّ حالةٍ كهذه، الأهداف العسكريّة والأشخاص المدنيين أو الأعيان المدنيّة دون تمييز.

5- تُعتبر الأنواع التالية من الهجمات، من بين هجماتٍ أخرى، بمثابة هجماتٍ عشوائية:

أ) الهجوم قصفاً بالقنابل، أيّاً كانت الطّرق والوسائل، الذي يعالج عدداً من

الأهداف العسكرية الواضحة التّباع والتّميّز بعضها عن البعض الآخر والواقعة في مدينة أو بلدة أو قرية أو منطقة أخرى تضمّ مركزاً من المدنيين أو الأعيان المدنيّة، على أنّها هدف عسكريّ واحد،

(ب) والهجوم الذي يُمكن أن يتوقّع منه أن يُسبّب خسارة في أرواح المدنيين أو إصابة بهم أو أضراراً بالأعيان المدنيّة، أو أن يحدث خطأ من هذه الخسائر والأضرار، يفرط في تجاوز ما ينتظر أن يسفر عنه ذلك الهجوم من ميزةٍ عسكريّةٍ ملموسةٍ ومباشرةٍ.

6- تُحظرّ هجمات الرّدع ضدّ السّكان المدنيين أو الأشخاص المدنيين.

7- لا يجوز التّوسّل بوجود السّكان المدنيين أو الأشخاص المدنيين أو تحركاتهم في حماية نقاط أو مناطق مُعيّنة ضدّ العمليّات العسكريّة، ولا سيّما في محاولة درء الهجوم عن الأهداف العسكريّة أو تغطية أو تحييد أو إعاقة العمليّات العسكريّة. ولا يجوز أن يُوجّه أطراف النزاع تحركات السّكان المدنيين أو الأشخاص المدنيين بقصد محاولة درء الهجمات عن الأهداف العسكريّة أو تغطية العمليّات العسكريّة.

8- لا يعفي خرق هذه المحظورات أطراف النزاع من إلتزاماتهم القانونيّة حيال السّكان المدنيين والأشخاص المدنيين، بما في ذلك الإلتزام باتّخاذ الإجراءات الوقائيّة المنصوص عليها في المادّة 57.

كما نصّت المادّة 13 من البروتوكول الثّاني الإضافي الملحق باتّفاقيات جنيف، المنعقدة في 12 آب/ أغسطس 1949، والمُتعلّق بحماية ضحايا المنازعات المسلّحة غير الدّوليّة، على أنّه لا يجوز أن يكون السّكان المدنيّون بوصفهم هذا ولا الأشخاص المدنيّون محلاً للهجوم وتحظرّ أعمال العنف أو التّهديد به الرّامية أساساً إلى بثّ الدّعر بين السّكان المدنيين. وأضافت المادّة عينها أنّ الأشخاص المدنيين يتمتّعون بالحماية، ما لم يقوموا بدورٍ مباشرٍ في

الأعمال العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذا الدور .

وهنا، يبرز السؤال الهام الذي يتمحور حول كيفية توفير الحماية والرعاية من قواعد القانون الدولي الإنساني؟

إن القانون الدولي الإنساني يُحظر أو يُقيّد استخدام الأسلحة الشديدة القسوة، أو تلك التي لا تميّز بين المقاتلين والمدنيين. كما يفرض على الأطراف في النزاع مراعاة ما يلي:

- التمييز بين المقاتلين والمدنيين، والإمتناع عن مهاجمة المدنيين.
- العناية بالجرحى والمرضى وحماية الموظفين الطبيين.
- كفالة احترام كرامة أسرى الحرب والمحتجزين المدنيين والسّماح لمدنوبيّ اللجنة الدوليّة للصليب الأحمر بزيارتهم.

بناءً على ما تقدّم، وإنطلاقاً ممّا سبق بيانه لجهة تحديد مفهوم القانون الدوليّ الإنسانيّ بأنّه "قانون النزاعات المسلّحة" أو "قانون الحرب"، كما أنّه جملة القواعد التي تحمي في زمن الحرب الأشخاص الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية، أو الذين كفّوا عن المشاركة فيها، وتقيّد استخدام أساليب ووسائل القتال، فإنّ السؤال الذي يثور، في هذا الإطار، يتمحور حول كيفية تطبيق القانون الدوليّ الإنسانيّ؟

الأمر الذي خصّصنا الباب التالي للإجابة عليه.

الباب الثاني

في نطاق تطبيق القانون الدولي الإنساني

إن دراسة نطاق تطبيق القانون الدولي الإنساني تتطلب بيان الحالات التي يُطبَّق فيها هذا القانون (أولاً)؛ هذا فضلاً عن بيان الأشخاص المحميين بموجب نصوص القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة (ثانياً)؛ بالإضافة إلى أبرز الجهات المعنية بتطبيق القانون الدولي الإنساني (ثالثاً).

أولاً: الحالات التي يُطبَّق فيها القانون الدولي الإنساني

يُطبَّق القانون الدولي الإنساني في حالتين:

- 1- النزاعات المسلحة الدولية التي يشترك فيها بلدان على الأقل.
- 2- النزاعات المسلحة التي تقع داخل بلد واحد (كأن تكون بين الحكومة وقوات متمردة).

ينطبق القانون الدولي الإنساني على جميع أطراف النزاع، بغض النظر عن مدى من الذي بدأ النزاع.

أما الحالات التي لا يشملها القانون الدولي الإنساني فهي حالات التوتر والإضطرابات الداخلية، مثل الشغب والمظاهرات وأعمال العنف العرصية؛ وتلك الحالات - المذكورة - تُعالج آثارها حقوق الإنسان التي تضمن المعاملة الإنسانية للموقوفين أو المعتقلين، فضلاً عما في القوانين الداخلية من حقوق وضماناتٍ جماعيةٍ وفرديةٍ.

ثانيًا: الأشخاص المحميون بموجب نصوص القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة

يحمي القانون الدولي الإنساني الأشخاص غير المشاركين في الأعمال العدائية، وأولئك الذين كفوا عن المشاركة فيها، مثل:

- أفراد القوات المسلحة الجرحى والمرضى في الميدان.
 - أفراد القوات المسلحة الجرحى والمرضى والغرقى في البحار.
 - أسرى الحرب.
 - الأشخاص المدنيين.
 - ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.
 - ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية.
- كما يمنح القانون الدولي الإنساني حماية إضافية للنساء والأطفال إقرارًا بأحتياجاتهم الخاصة.

ثالثًا: أبرز الجهات المعنية بتطبيق القانون الدولي الإنساني

من أبرز الجهات المعنية بتطبيق القانون الدولي الإنساني، نذكر، على سبيل المثال، ما يلي:

1- اللجنة الدولية لحقوق الإنسان:

تمّ تأسيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر³⁹ عام 1863. وهي منظمة مستقلة

³⁹ اللجنة الدولية للصليب الأحمر International Committee of the Red Cross :

https://www.icrc.org/ar; Consulted on: 13:00 p.m.22/7/2023;

ومحايدة وهي غير حكومية من حيث طبيعتها وتشكيلها. وتقوم هذه اللجنة بدور الوصي على القانون الدولي الإنساني. كما تقوم بمهام الحماية الإنسانية وتقديم المساعدة لضحايا الحرب والعنف المسلح. وقد أسندت إليها الدول مهمة حماية ومساعدة ضحايا النزاع المسلح من خلال إتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977.

وقد أوكلت إلى اللجنة الدولية، بموجب القانون الدولي، مهمة دائمة بالعمل غير المتحيز لصالح السجناء والجرحى والمرضى والسكان المدنيين المتضررين من النزاعات. وإلى جانب مقرها الرئيسي في جنيف، هناك مراكز للجنة الدولية في حوالي 80 بلدًا. وفي حالات النزاع، تتولى اللجنة الدولية تنسيق العمل الذي تقوم به الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر وإتحادها العام. واللجنة الدولية هي مؤسسة للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر ومصدر إنشاء القانون الدولي الإنساني، لا سيما إتفاقيات جنيف.

وتسعى هذه المنظمة إلى الحفاظ على قدر من الإنسانية في خضم الحروب. ويسترشد عملها بالمبدأ القائل بوضع حدود للحرب عينها: أي حدود لتسيير الأعمال الحربية وحدود لسلوك الجنود. وتُعرف مجموعة الأحكام التي وُضعت إستنادًا إلى هذا المبدأ، والتي أقرتها كل أمم العالم تقريبًا، بالقانون الدولي الإنساني الذي تُشكّل إتفاقيات جنيف حجر أساسه. وتشمل مهامها: زيارة أسرى الحرب والمحتجزين المدنيين، البحث عن المفقودين، نقل الرسائل بين أبناء الأسر التي شتتها النزاع، إعادة الروابط الأسرية، توفير الغذاء والمياه والمساعدة الطّبيّة للمدنيين المحرومين من هذه الصّروريّات الأساسيّة، نشر المعرفة بالقانون الإنساني، مراقبة الإلتزام بهذا القانون، لفت الإنتباه إلى الإنتهاكات والإسهام في تطوّر القانون الإنساني.

2- اللجنة الدولية لتقصي الحقائق

اللجنة الدولية لتقصي الحقائق هي أحد الأجهزة التي تتولى إجراء التحقيقات في الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني. وكما توقعتها المادة 90 من البروتوكول الأول لعام 1977 المضاف إلى إتفاقيات جنيف المنعقدة في 12 آب/ أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، فقد عدت اللجنة إضافة مهمة لإتفاقيات جنيف، بحيث يُمكن أن توفر آلية مستقلة للتحقيق في الوقائع المتعلقة "بأيّ إدعاءٍ خاصّ بانتهاكٍ جسيمٍ كما حدّدته الإتفاقيات وهذا البروتوكول"⁴⁰. يقع مقرّ عمل تلك اللجنة في برن (سويسرا).

وعملًا بالنظام الداخلي للجنة الدولية لتقصي الحقائق - الذي اعتمد في 8 تموز 1992 - فإنّه لهذه اللجنة الإختصاصات المُعترفة لها في مجالات التحقيق والمساعي الحميدة من أجل فرض مراعاة مبادئ وقواعد القانون الدولي المنطبق في المنازعات المسلحة. كما عليها أن تتخذ كافة المبادرات المناسبة، بالتعاون عند الإقتضاء مع هيئات دولية أخرى، وعلى الأخصّ مع منظمة الأمم المتحدة، من أجل أداء عملها للدفاع عن مصلحة ضحايا المنازعات المسلحة.

⁴⁰ الموقع الإلكتروني لـ "القاموس العملي للقانون الإنساني":

3- المحكمة الجنائية الدولية

أ- ماهية المحكمة الجنائية الدولية

تأسست المحكمة الجنائية الدولية⁴¹ (International Criminal Court) بصفة قانونية في الأول من يوليو/ تموز 2002 بموجب ميثاق روما، الذي دخل حيز التنفيذ في 11 أبريل/نيسان من السنة ذاتها بعد تجاوز عدد الدول المصادقة عليه ستين دولة. تُعدّ هذه المحكمة هيئةً مستقلةً عن الأمم المتحدة من حيث الموظفين والتمويل. وقد تمّ وضع إتفاق بين المنظمّتين يحكم طريقة تعاطيهما مع بعضهما من الناحية القانونية. يقع مقرّها الرئيس في هولندا لكنّها قادرة على تنفيذ إجراءاتها في أيّ مكان.

وقد يخط البعض ما بين المحكمة الجنائية الدولية ومحكمة العدل الدولية والتي تُدعى إختصارًا في بعض الأحيان المحكمة الدولية وهي ذراع تابع للأمم المتحدة، أنشئت بموجب ميثاق الأمم المتحدة عام 1945 ومقرّها لاهاي في هولندا، وهي تهدف لحلّ النزاعات بين الدول والنظر في أيّ واقعة تُمثّل إختراقًا للقانون الدولي. لذلك، لا بُدّ من التّويه إلى أنّهما نظامان قضائيّان منفصلان.

في 17 يوليو/تموز 1998، وافقت 120 دولة في إجتماع للجمعية العمومية للأمم المتحدة في إيطاليا على ما يُعرّف بميثاق روما، وأعتبرته قاعدة لإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة. وعارضت هذه الفكرة سبع دول، وأمتنعت 21 عن التصويت. وأعتبر الميثاق أنّ ملايين الأطفال والنساء والرجال في القرن العشرين

⁴¹ -المحكمة الجنائية الدولية International Criminal Court

; 20:00 p.m.3/2027/22https://www.icc-cpi.int; Consulted on:

-الذي شهد حربين عالميتين- قد وقعوا "ضحايا لفظائع لا يمكن تصوّرها هزّت ضمير الإنسانية بقوة" وأنه شهد "جرائم خطيرة تهدّد السّلم والأمن العالميّ" وأنّ مثل هذه الجرائم لا يجوز أن تمرّ دون عقاب.

وقبل ذلك، كانت لجنة خاصّة قد قدّمت - بطلبٍ من الجمعية عينها- مسودتين لنظام المحكمة الجنائية في مطلع الخمسينيات من القرن الماضي، لكنّ المشروع لم ير النور، وبقيّ معلقاً بسبب الإشكالات السياسيّة التي خيّمَت على العلاقات الدّوليّة خلال ما عُرِفَ بفترة الحرب الباردة بين المعسكر الغربيّ بقيادة الولايات المتّحدة الأميركيّة والمعسكر الشّرقِيّ بزعامة الإتحاد السّوفياتيّ السابق. وقد تأسّست المحكمة الجنائية الدّوليّة كأول محكمة قادرة على محاكمة الأفراد المتّهمين بجرائم الإبادة الجماعيّة والجرائم ضدّ الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم الاعتداء.

وعليه، فإنّ الجرائم التي يُعاقب عليها وفقاً للقانون الدّوليّ الجرائم الآتية:

- الجرائم ضدّ السّلام: وتشمل التّخطيط والإعداد وشنّ حرب عدوانيّة مخالفة للمعاهدات والإتفاقات الدّوليّة.

- جرائم الحرب: كقتل الأسرى أو سوء معاملتهم، قتل المدنيين، التّدبير المنهج للمدن والقرى والتي لا تُبرّره الصّوروات الحربيّة.

- الجرائم ضدّ الإنسانية: التّطهير العرقيّ أو الطّائفيّ للسّكان المدنيين أو الإضطهاد وإستناداً إلى أسسٍ سياسيّة أو عرقيّة أو دينيّة.

كما تعمل المحكمة الجنائية الدّوليّة على إتمام الأجهزة القضائيّة الموجودة؛ فهي لا تستطيع أن تقوم بدورها القضائيّ ما لم تبدّ المحاكم الوطنيّة رغبتها أو كانت غير قادرة على التّحقيق أو الإدعاء ضدّ تلك القضايا. فالمسؤوليّة الأوّليّة تتجّه إلى الدّول عينها. كما تقتصر قدرة المحكمة على النّظر في الجرائم المرتكبة

بعد 1 يوليو/تموز 2002، تاريخ إنشائها، عندما دخل قانون روما للمحكمة الجنائية الدولية حيّز التنفيذ.

والمحكمة الجنائية الدولية تُعتبر منظمة دولية دائمة؛ فهي تسعى إلى وضع حدّ للثقافة العالميّة المتمثلة في الإفلات من العقوبة - وهي ثقافة قد يكون فيها تقديم شخص ما إلى العدالة لقتله شخصًا واحدًا أسهل من تقديمه لها لقتله مئة ألف شخص مثلاً؛ فالمحكمة الجنائية الدولية هي أول هيئة قضائية دولية تحظى بولاية عالميّة، وبزمن غير مُحدّد، لمحاكمة مجرمي الحرب ومرتكبي الفظائع بحقّ الإنسانية وجرائم إبادة الجنس البشريّ.

بلغ عدد الدّول الموقّعة على قانون إنشاء المحكمة 121 دولة حتّى 1 يوليو 2012 "الذكرى السنويّة العاشرة لتأسيس المحكمة". وقد تعرّضت المحكمة لأنتقاداتٍ من عددٍ من الدّول منها: الصّين والهند وأميركا وروسيا، وهي من الدّول التي تمتنع عن التوقيع على ميثاق المحكمة.

ب - إختصاصات المحكمة الجنائية الدولية

تختصّ المحكمة الجنائية الدولية بمتابعة الأفراد المتّهمين بـ:

- جرائم الإبادة الجماعيّة، وتعني حسب تعريف ميثاق روما، القتل أو التّسبّب بأذى شديد بغرض إهلاك جماعة قوميّة أو اثنيّة أو عرقيّة أو دينيّة إهلاكًا كليًا أو جزئيًا.
- الجرائم ضدّ الإنسانيّة، وهي أيّ فعلٍ من الأفعال المحظورة المنصوص عليها في نظام روما، إذا ارتكبت بشكلٍ منظمٍ وممنهجٍ ضدّ مجموعة من السّكان المدنيّين، مثل القتل العمد والإبادة والإغتصاب والإبعاد والنّقل القسريّ والتّفرقة العنصريّة والإسترقاق.
- جرائم الحرب، وتعني كلّ الخروقات المُرتكبة بحقّ إنفاقيّة جنيف

لسنة 1949، وكلّ إنتهاكٍ لقوانين الحرب في نزاعٍ مُسلّحٍ دوليٍّ أو داخليٍّ.

ويُمكن للمحكمة أن تتنظرَ بقضايا أشخاصٍ متّهمين بأرتكاب هذه الجرائم مباشرة، أو آخرين لديهم مسؤوليّة غير مباشرة فيها، كالمسؤوليّة عن الإعداد أو التّخطيط، أو مسؤوليّة التّغطية عنها، أو مسؤوليّة التّشجيع عليها.

يُمكن للدول المصادقة على المحكمة أو مجلس الأمن الدوليّ أن تُحيلَ على المدّعي العام قضايا تتعلّق بالجرائم التي تختصّ المحكمة بالنظر فيها. كما يُمكنُ له أن يُبادرَ بفتح تحقيق في أيّ قضية يرى أنها تستحقّ ذلك.

ويفرض قانون المحكمة على هذه الدول أن تتعاونَ معها في التّحقيقات والمتابعات التي تباشرها، بأن تُسلّم المتّهمين إن كانوا من مواطنيها، أو تعقلهم وتسلمهم إن دخلوا أراضيها، وبأن تُوفّر كلّ الوثائق المتوفّرة لديها في أيّ قضية تفتح المحكمة التّحقيق فيها.

ج- هيكلية المحكمة

تتكوّن المحكمة من:

- رئاسة تتكفّل بالتدبير العامّ للمحكمة. وتضمّ ثلاثة قضاة يُنتخبون من هيئتها القضائيّة لولاية من ثلاث سنوات.
- شعبة قضائيّة، وتتكوّن من 18 قاضيًا متخصصًا في القانون الجنائيّ والمسطرة الجنائيّة والقانون الدوليّ.
- مكتب للمدّعي العامّ، ويختصّ بالتّحقيق في الاتّهامات بالجرائم التي تدخل في إختصاص المحكمة، ويبحث عن الدلائل والوثائق ويفحصها ثمّ يعرضها على المحكمة.
- قسم السّجل، ويُتابع كلّ الأمور الإداريّة غير القضائيّة، ويُنتخب المسؤول

عنه من قِبَل قضاة المحكمة لولايةٍ تمتدّ خمس سنوات.

بناءً على ما تقدّم، يُمكننا القول إنّ معاهدات حقوق الإنسان الدوليّة قد أصبحت أكثر تركيزاً وتخصّصاً، سواء بشأن القضايا قيد النّظر أم الفئات الاجتماعيّة التي تتوخّى حاجتها إلى الحماية. والقانون الدوليّ الإنسانيّ مستمرّ في التزايد وفي التطوّر أيضاً. إلّا أنّه يبرز التساؤل حول معرفة مفعول القانون الدوليّ الإنسانيّ، ولا سيّما لجهة النزاع المسلّح.

الأمر الذي سننوّليّ دراسته في القسم الثّاني من هذا البحث.

القسم الثاني في مفاعيل القانون الدولي الإنساني

تمهيد وتقسيم:

تحدثت عمليات إنفاذ القوانين في جميع الأوقات، في زمن السلم وزمن النزاع المسلح وفي حالات العنف الأخرى. وقد تطرأ تحديات جديدة في حالات النزاع المسلح؛ بمعنى أن الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين قد يتحولون إلى هدف. وقد يُشاركون مشاركة مباشرة في العمليات العدائية. وقد يضطرون إلى التعامل مع أشخاص يخرطون في النزاع المسلح أو يتضررون منه أو التحقيق في الانتهاكات المحتملة للقانون الدولي الإنساني أو القانون الدولي لحقوق الإنسان أو كليهما. وُقعت الإتفاقيات الأولى في ستينيات القرن التاسع عشر عقب مبادرة رجل الأعمال السويسري "هنري دونان" الذي روعته المعاناة التي كابدها الجنود الجرحى في ميدان معركة "سولفرينو". وبدأ يظهر نوعان من القانون: الأول يحكم وسائل وأساليب القتال والثاني يسعى إلى حماية ضحايا الحرب. وتطور كلا القانونين بعد الحرب العالمية الثانية؛ وتعدّ إتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وبروتوكولاتها الإضافيان لعام 1977 أبرز نتائج تلك العملية⁴².

⁴² - القواعد والمعايير الدولية التي تحكم الممارسات الشرطية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر Geneva- ، (International Committee of the Red Cross ICRC) Switzerland، حزيران/ يونيو 2015، ص 60، منشور على الموقع الإلكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر:

<http://www.icrc.org/ar>; Consulted on: 25/7/2023; 14:00 p.m.

بناءً على ما تقدّم، تبرز أهميّة بيان الضمانات المتعلقة بالقانون الدوليّ الإنسانيّ ومفاعيله لجهة النزاع المسلّح. الأمر الذي خصّصنا لدراسته القسم الحالي ضمن البابين التالين على النحو الآتي:

الباب الأوّل: في ضمانات القانون الدوليّ الإنسانيّ

الباب الثّاني: في النزاع المسلّح

الباب الأوّل

في ضمانات القانون الدوليّ الإنسانيّ

إنّ وثائق القانون اللّين⁴³ تُمثّل مصادر إضافية مهمّة للقانون الدوليّ. وربما تُستخدَم صكوك القانون اللّين لتعزيز إلتزامات الدّول بالإتفاقات الدّوليّة أو إعادة التأكيد على المعايير الدّوليّة أو إرساء أساس قانونيّ للمعاهدات اللاحقة. وتُعدّ قواعد السلوك للموظّفين المُكلّفين بإنفاذ القوانين التابعة للأمم المتّحدة⁴⁴ وأيضاً

⁴³ - يُشير مصطلح القانون اللّين (Soft law) إلى الوثائق والصّكوك شبه القانونيّة التي لا تتمتع بأيّ قوّة مُلزِمة لتنفيذها، أو تلك التي تكون قوتها المُلزِمة أضعف نوعاً ما من قوّة القانون التّقليديّ. لتوضيح الفرق بين النوعين، غالباً ما يُشار للنوع الثّاني بالقانون الصّارم أو المُلزم. ويشتمل القانون اللّين على صكوكٍ غير مُلزِمة وُضعت من خلال قرارات الجمعية العامّة للأمم المتّحدة.

"القواعد والمعايير الدّوليّة التي تحكّم الممارسات الشّرطيّة"، مرجع سابق، ص 10.

⁴⁴ -دونة لقواعد سلوك الموظّفين المُكلّفين بإنفاذ القوانين لعام 1979.

المبادئ الأساسية المتعلقة باستخدام القوة والأسلحة النارية من قبل موظفي إنفاذ القوانين⁴⁵ أمثلة على صكوك القانون اللّين لها صلة خاصة بإنفاذ القانون. وفي هذا السياق، فإننا نُشيرُ إلى مبدأ المُساءلة؛ إذ ينبغي أن يخضع هؤلاء المُكلّفون بعمليات الإنفاذ للمساءلة بشكلٍ كاملٍ وعلى جميع المستويات (القضاء والجمهور والحكومة والتسلسل القيادي الداخلي)⁴⁶.

أولاً: مدونة لقواعد سلوك الموظفين المُكلّفين بإنفاذ القوانين لعام 1979

نصّت مدونة لقواعد سلوك الموظفين المُكلّفين بإنفاذ القوانين لعام 1979، في القاعدة الأولى منها، على أنه "على الموظفين المُكلّفين بإنفاذ القوانين، في جميع الأوقات، أن يؤدّوا الواجب الذي يُلقيه القانون على عاتقهم، وذلك بخدمة

⁴⁵ -مبادئ الأساسية المتعلقة باستخدام القوة والأسلحة النارية من قبل موظفي إنفاذ القوانين: Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990.

<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>; 18:00 p.m.3/2027/30dFirearms.sapx; Consulted on:

⁴⁶ - القواعد والمعايير الدوليّة التي تحكم الممارسات الشرطيّة، مرجع سابق، ص 18.

المجتمع وبحمائية جميع الأشخاص من الأعمال غير القانونية، على نحو يتفق مع علو درجة المسؤولية التي تتطلبها مهنتهم"⁴⁷.

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

وفي البلدان التي تتولى صلاحيات الشرطة فيها السلطات العسكرية، سواء أكانت بالزي الرسمي أم لا، أو قوات أمن الدولة، يُعتبر تعريف "الموظفون المُكلفون بإنفاذ القوانين" شاملاً لموظفي تلك الأجهزة. يُقصدُ بخدمة المجتمع أن تشمل، بوجه خاص، تقديم خدمات لمساعدة أفراد المجتمع المحتاجين إلى مساعدةٍ فوريةٍ لأسبابٍ طارئةٍ، شخصيةٍ كانت أو إقتصاديةٍ أو إجتماعيةٍ أو من أي نوعٍ

⁴⁷ 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:
; 13:00 p.m.3/202730/

آخر. كما يُقصدُ بهذا الحكم ألا يقتصر على تغطية جميع أعمال العنف والسلب والأذى وحدها بل أن يتخطى ذلك ليشمل كافة مجموعة المحظورات التي تقع تحت طائلة القانون الجنائي.

وهو يشملُ أيضًا سلوك الأشخاص غير القادرين على تحمّل المسؤولية الجنائية⁴⁸.

⁴⁸ Comment

(a) the term "law enforcement officials" includes all law enforcement officials who exercise police powers, in particular powers of arrest or detention, whether appointed or elected;

(b) in countries in which police powers are exercised by military authorities, whether Uniformed or not, or state security forces, the definition of "law enforcement officials" is considered to be inclusive of the employees of those agencies,

(c) community service is intended to include, in particular, the provision of services to assist members of the community in need of immediate assistance for urgent reasons, whether personal or Economic, social, or of any other kind,

(d) This provision is intended not to be limited to covering all acts of violence, robbery and harm alone, but to go beyond that to include the entire range of prohibitions that fall under criminal law .It also includes the conduct of persons who are unable to bear criminal responsibility.

Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Adopted and made public by General Assembly resolution 169/34 of 17 December 1979;

<https://www.hrlibrary-umn-edu.translate.google/>; Consulted on: 31/7/2023; 17:00 p.m.

كما لحظت القاعدة الثانية من المدونة عينها أن يحترم المكلفون بإنفاذ القوانين، أثناء قيامهم بواجباتهم، الكرامة الإنسانية ويحمونها، ويحافظون على حقوق الإنسان لكل الأشخاص ويوطّدونها⁴⁹.

وتعليقًا على المادة الثانية، المذكورة أعلاه، فإنّ حقوق الإنسان المُشار إليها محدّدة ومحمية بالقانون الوطني والدولي. ومن الصّكوك الدوليّة ذات الصّلة: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، العهد الدوليّ الخاصّ بالحقوق المدنيّة والسياسيّة، إعلان حماية جميع الأشخاص من التّعريض للتّعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانيّة أو المهينة، إعلان الأمم المتّحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصريّ، الإتفاقيّة الدوليّة لقمع جريمة الفصل العنصريّ والمعاقبة عليها، إتفاقيّة منع جريمة الإبادة الجماعيّة والمعاقبة عليها، القواعد النموذجيّة الدّنيا لمعاملة السّجناء وإتفاقيّة فيينا للعلاقات القنصليّة⁵⁰.

⁴⁹ The article 2 of the Code of Conduct for Law Enforcement Officials, provides as follows:

“Law enforcement officials, in the performance of their duties, respect and protect human dignity, and maintain and advance the human rights of all persons”.

<https://www.hrlibrary-umn-edu.translate.goog;> Consulted on: 31/7/2023; 18:00 p.m.

⁵⁰ Comment

The human rights referred to are defined and protected by national and international law. Relevant international instruments include: the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Declaration on the Protection of All

ثانيًا: مدونة قواعد سلوك عناصر قوى الأمن الداخلي

في لبنان، إنَّ مدونة قواعد سلوك عناصر قوى الأمن الداخلي⁵¹، التي أُطلقت في احتفالٍ رسميٍّ في القصر الحكوميِّ في شهر كانون الثاني 2012، تهدف إلى تحديد واجبات عناصر قوى الأمن الداخليِّ والمعايير القانونيّة والأخلاقيّة التي عليهم الإلتزام بها أثناء أداء واجباتهم.

Persons from Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination on all forms of racial discrimination, the International Convention for the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, and the Vienna Convention on Consular Relations.

Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Adopted and made public by General Assembly resolution 169/34 of 17 December 1979; <https://www.hrlibrary-umn-edu.translate.google/>; Consulted on: 31/7/2023; 19:00 p.m.

⁵¹- "مدونة قواعد سلوك عناصر قوى الأمن الداخليِّ"، الطبعة الأولى 2011، الطبعة الثانية 2016، وزارة الداخليّة والبلديات، المديرية العامّة لقوى الأمن الداخليِّ، الأمم المتّحدة - مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان في بيروت UNOHCHR ، 2016 ، ص 9 وما يليها، منشورة على الموقع الإلكترونيِّ لقوى الأمن الداخليِّ:

; 14:00 p.m.3/2028<https://www.isf.gov.lb>; Consulted on: 2/

كما تُنظَّم علاقاتهم مع الأفراد والمجموعات وكافة السُّلطات وتسعى إلى ضمان إحترام حقوق الإنسان وحماية الحرِّيَّات العامَّة وفقاً للدستور والمعايير الدوليَّة⁵². من هنا، يجب على عناصر قوى الأمن الداخليّ إحترام القانون والتقيّد بهذه المدونة. وعليهم، قدر المستطاع، منع وقوع أيّ إنتهاكٍ لها ومواجهته بكلّ حزمٍ وصرامةٍ، وإفادة رؤسائهم المباشرين بما يتوقَّر لهم عن وقوع أو الشكِّ بوقوع إنتهاكٍ لهذه المدونة. وعلى هؤلاء كلّ بحسب الصّلاحيَّة المُعطاة له قانوناً المباشرة باتّخاذ الإجراءات اللّازمة بشأنها. ولا يجوز تعريض العناصر مقدّمي هذه الإفادات لأيّ عقوباتٍ إلّا إذا تبيّن أنّها نابعة عن مشاعر حقِّدٍ مُغرّضة ومبنيّة على أسسٍ ضعيفةٍ وواهيّة. كما يستحقُّ العناصر الذين يتقيّدون بأحكام مدونة قواعد السلوك أن ينالوا الإحترام والدّعم الكامل والتّعاون من قِبَل المجتمع ومن قِبَل رؤسائهم والتّئويه بهم ومكافأتهم. أمّا العناصر الذين ينتهكون أحكامها فتفرض العقوبات المُشدّدة بحقّهم ليكونوا عبرةً لغيرهم⁵³.

⁵² **This Code of Conduct (blog) aims to:**

Determining the duties of the security forces element and the legal and ethical standards that he must abide by while performing his duties; Organizing his relations with individuals, groups and all authorities; And Ensuring respect for human rights and the protection of public freedoms in accordance with the Lebanese Constitution and international standards.

⁵³- القاعدة التّاسعة من مدونة قواعد سلوك عناصر قوى الأمن الداخليّ، مرجع سابق، ص 14 و32.

إنطلاقاً مما تقدّم، فإنّ القواعد المتعلّقة بإنفاذ القانون التي تهدفُ إلى تقيّد الموظفين المُكلّفين بإنفاذ القانون بالقيم الإنسانيّة وبمعايير الشرف والنزاهة والعدالة والكفاءة والفاعليّة والحياديّة في أداء العمل الأمني من خلال مكافحة الجريمة وحفظ الأمن والنظام والمحافظة على الحرّيات واحترام حقوق الإنسان، لا سيّما في زمن النزاع المسلّح. وهنا، يبرز التساؤل حول معرفة ما مدى مفاعيل القانون الدوليّ الإنسانيّ لجهة النزاع المسلّح؟ الأمر الذي خصّصنا للإجابة عليه الباب التّالي.

الباب الثّاني في النزاع المسلّح

يُطبّق القانون الدوليّ الإنسانيّ في حالات النزاع المسلّح ووضِع خصيصاً من أجلها. ويُعصدّ بها النزاعات المسلّحة الدوليّة والنزاعات المسلّحة غير الدوليّة على حدّ سواء. وتندرج قواعد القانون الدوليّ الإنسانيّ، بشكلٍ رئيسيّ، ضمن إتفاقيّات جنيف الأربع لعام 1949 وبروتوكوليهما الإضافيّين لعام 1977 بالإضافة إلى القانون الدوليّ العرفيّ.

أولاً: حماية الأشخاص أثناء النزاع المسلّح

ينصّ القانون الدوليّ الإنسانيّ أيضاً على حماية فئات معيّنة من الأشخاص مثل الأطفال، النّساء، اللاّجئين والنّازحين.

1- الأطفال المتضررون من النزاع المسلح

إنَّ الأطفال المتضرَّرون من النزاع المسلَّح لهم حقّ التَّمَتُّعِ بِأَحْتِرَامٍ وَحِمَايَةٍ خاصَّةٍ بموجب القانون الدوليِّ الإنسانيِّ. فهم يَتَمَتَّعون بِحِمَايَةٍ صريحةٍ من جميع أشكال العنف الجنسيِّ؛ ويجب فصلهم عن البالغين أثناء ظروف الحرمان من الحرِّيَّة (ما لم يكونوا أفرادًا في الأسرة نفسها)؛ ويجب أن يحصلوا على التَّعليم والغذاء والرَّعاية الصَّحيَّة؛ ويجب إجلاؤهم من مناطق القتال؛ ويجب لَمْ شمل الأطفال غير المصحوبين بذويهم بأسرهم.

بالإضافة إلى ذلك، يُحظَّر القانون الدوليِّ الإنسانيِّ تجنيد الأطفال في القوَّات المُسلَّحة أو الجماعات المُسلَّحة أو مشاركتهم في الأعمال العدائيَّة. فقد نصَّت المادَّة الرَّابعة من البروتوكول الإختياريِّ لِاتِّفَاقِيَّةِ حقوقِ الطِّفل بشأن إشتراك الأطفال في المنازعات المُسلَّحة⁵⁴ على ما يلي:

"1- لا يجوز أن تقوم المجموعات المُسلَّحة المتميِّزة عن القوَّات المُسلَّحة لأيِّ دولةٍ في أيِّ ظرفٍ من الظُّروف بتجنيد أو استخدام الأشخاص دون سنِّ الثَّامنة عشرة في الأعمال الحربيَّة.

⁵⁴- إعتُمِدَ البروتوكول الإختياريِّ لِاتِّفَاقِيَّةِ حقوقِ الطِّفل بشأن إشتراك الأطفال في المنازعات المُسلَّحة وعُرِضَ لِلتَّوَقِيعِ وَالتَّصْدِيقِ وَالإِنضِمَامِ بموجب قرار الجمعية العامَّة للأمم المتَّحدة 263 الدَّورة الرَّابعة والخمسون المؤرَّخ في 25 أيار/مايو 2000. ودخلَ حيزَ النِّفاذ في 23 فبراير 2002.

2- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لمنع هذا التجنيد والإستخدام، بما في ذلك إعتقاد التدابير القانونيّة اللازمّة لحظر وتجريم هذه الممارسات.

3- لا يُؤثّر تطبيق هذه المادّة بموجب هذا البروتوكول على المركز القانوني لأيّ طرفٍ في أيّ نزاعٍ مُسلّحٍ⁵⁵.

⁵⁵ The article 4 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, (adopted and opened for signature, ratification and accession by United Nations General Assembly Resolution 263, Fifty-fourth Session of 25 May 2000, entered into force February 23, 2002), provides as follows:

“1 – Armed groups distinct from the armed forces of any State may not, under any circumstances, recruit or use persons under the age of eighteen in hostilities.

2- States Parties shall take all feasible measures to prevent such recruitment and use, including adopting the necessary legal measures to prohibit and criminalize such practices.

3- The application of this Article under this Protocol shall not affect the legal status of any party to an armed conflict”.

منشور على الموقع الإلكتروني لمكتبة حقوق الإنسان - جامعة منيسوتا:

<https://www.hrlibrary.umn.edu/arab/pro-child1.html>; Consulted on:

/8/2023; 13:00 p.m.2

2- النساء أثناء النزاعات المسلحة

تواجه النساء مخاطر أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء. يُستخدم الإغتصاب، في بعض الأحيان، كوسيلة من وسائل الحرب. ولا تقتصر أضراره على النساء والفتيات فحسب، بل تمتد أيضًا لتشمل الرجال والأولاد في أغلب الأحوال. وتُصنّف هذه الأفعال ضمن جرائم الحرب. وقد ترقى إلى مستوى الجرائم الدولية الأخرى مثل الجرائم ضد الإنسانية في الحالات التي تُستوفى فيها شروط هذه الجرائم.

3- اللاجئون والنازحون في النزاع المسلح

اللاجئون والنازحون هم في الأصل مدنيون، وبالتالي يتمتعون بحماية من الهجمات، ما لم يقوموا بدور مباشر في الأعمال العدائية وطوال الوقت الذي يقومون فيه بهذا الدور. ولا يجوز اعتبار اللاجئين وعديمي الجنسية بشكل خاص أعداءً لمجرد أنهم "أجانب".

ثانيًا: التحدّيات المفروضة في النزاع المسلح

يُعتبر الموظفون المكلفون بإنفاذ القوانين في الظروف العادية مدنيين في حالات النزاع المسلح. وبالتالي يكفل لهم القانون الدولي الإنساني حماية من الهجمات. ولكن إذا اندمجوا رسميًا في القوات المسلحة أو شاركوا بحكم الواقع مشاركة مباشرة في العمليات العدائية، فإنهم يتحولون إلى أهداف مشروعّة حسب القانون الدولي الإنساني. وعندما يُشارك الموظفون المكلفون بإنفاذ القوانين مشاركة مباشرة في العمليات العدائية، يتعيّن عليهم التصرّف إمتثالاً للقانون الدولي الإنساني. ولهذا الأمر أهميّة على سبيل المثال فيما يتعلّق باستخدام العتاد. فهناك

عتادٌ معيّن، مثل القنابل المتمدّدة أو الغاز المسيل للدموع، يُسمَح به في عمليّات إنفاذ القوانين لكنّه محظورٌ في مباشرة العمليّات العدائيّة أثناء النزاع المسلّح⁵⁶. وهناك تحدّيات كبرى تفرضها الحالات التي يُسند فيها إلى الموظّفين المُكلّفين بإنفاذ القوانين أداء مهمّتين في الوقت ذاته، أي مهامّ إنفاذ القوانين لأستعادة الأمن والنّظام أو الحفاظ عليهما من جانب والعمليّات القتاليّة ضدّ العدو من جانبٍ آخر.

قبل أن نختمَ بحثنا الحالي، لا بُدَّ من الإشارة إلى الفارق بين شرعة حقوق الإنسان والقانون الدوليّ الإنسانيّ:

لقد سبقَ وأوضحنا أنّ الإعلان العالميّ لحقوق الإنسان يُعتبرُ من بين الوثائق الدوليّة الرئيّسة لحقوق الإنسان والتي تمّ تبنيها من قبل الأمم المتّحدة. كما نالت تلك الوثيقة موقعاً هاماً في القانون الدوليّ وذلك مع العهد الدوليّ الخاصّ بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة لعام 1966 والعهد الدوليّ الخاصّ بالحقوق الإقتصاديّة والاجتماعيّة والثقافيّة لعام 1966. وتُشكّل الوثائق الثلاث معاً ما يُسمّى بـ "لائحة الحقوق الدوليّة" أي "الشرعة الدوليّة لحقوق الإنسان". يهدف كلّ من شرعة حقوق الإنسان والقانون الدوليّ الإنسانيّ إلى المحافظة على كرامة وحقوق الكائن الإنسانيّ: ضرورة حظر التعذيب وضرورة مراعاة قواعد المحاكمات الواجبة، كإعلام المتّهم بالتهمة الموجّهة إليه، وتمكينه من إعداد دفاعه.

⁵⁶- القواعد والمعايير الدوليّة التي تحكّم الممارسات الشّرطيّة، مرجع سابق، ص 63.

إلا أنّ هذين الفرعين من فروع القانون الدوليّ يختلفان من نواحٍ عديدة،
أهمّها:

- 1- من الناحية الزمنية: إذ بينما يُطبّق القانون الدوليّ الإنسانيّ أساساً وقت الحرب وبسببها، فإنّ قواعد قانون حقوق الإنسان تُطبّق وقت السلم وفي زمن الحرب أيضاً.
- 2- من الناحية الشخصية: بينما تخصّ قواعد القانون الدوليّ الإنسانيّ علاقة الدولة برعايا دولة أخرى، خصوصاً رعايا الأعداء، فإنّ قانون حقوق الإنسان يشمل كلّ المقيمين فوق إقليم الدولة، مواطنين وأجانب، ويخصّ أكثر رعايا الدولة نفسها، باعتبارهم يشكّلون السواد الأعظم من سكّانها.
- 3- من حيث الغرض: يهدف القانون الدوليّ الإنسانيّ إلى حماية ضحايا النزاعات المسلّحة، بينما قانون حقوق الإنسان فإنّه يرمي، إلى جانب حماية حقوق الإنسان، إلى تنمية هذه الحقوق وتعزيزها وتطويرها. كذلك يهدف القانون الدوليّ الإنسانيّ إلى منع السلوك التّحكّميّ للدول أثناء سير العمليّات العسكريّة بينما يهدف قانون حقوق الإنسان إلى منع أيّة إساءات تجاه الأفراد العاديين.
- 4- بالنسبة لنظم الحماية: تتمثّل نظم الحماية بالنسبة للقانون الدوليّ الإنسانيّ في عدّة وسائل منها تعيين الدولة الحامية، أو تدخّل اللجنة الدوليّة للصليب الأحمر، أو عرض الأمر على القضاء الجنائيّ المختصّ، بينما في إطار قانون حقوق الإنسان فإنّ ذلك يتمثّل في وسائل داخلية، كاللجوء إلى المحاكم والسلطات التّفيذية داخل الدولة، أو وسائل دولية، كاللجوء إلى المنظّمات الدوليّة المعنية، أو اللجان أو الأجهزة الخاصّة بتطبيق الإتّفاقيّة، أو إثارة الأمر بالطّرق الدبلوماسية، أو غير ذلك من نظم الحماية.

الخاتمة

لقد أَسْتَدَّ البَحْثُ الحَالِي إلى بِيانِ مَفْهُومِ القَانُونِ الدَّوْلِيِّ الإِنْسَانِي، وَالدَّيُّ يُسَمَّى أَيْضًا "قَانُونِ النِّزَاعَاتِ المَسْلُحَةِ" أَوْ "قَانُونِ الحَرْبِ"؛ فَهُوَ جُمْلَةُ القَوَاعِدِ الَّتِي تَحْمِي فِي زَمَنِ الحَرْبِ الأَشْخَاصَ الَّذِينَ لَا يشاركون فِي الأَعْمَالِ العَدَائِيَّةِ، أَوْ الَّذِينَ كَفَّوْا عَنِ المِشَارَكَةِ فِيهَا، وَتَقْيِدَ إِسْتِخْدَامِ أسَالِيِبِ وَوَسَائِلِ القِتَالِ. وَتَتَمَثَّلُ غَايَتُهُ الأَسَاسِيَّةُ فِي الحَدِّ مِنَ المَعَانَاةِ البَشَرِيَّةِ وَدَرئِهَا فِي زَمَنِ النِّزَاعَاتِ المَسْلُحَةِ. وَلَا يَقْتَصِرُ الإِلْتِزَامُ بِقَوَاعِدِ القَانُونِ عَلَى الحُكُومَاتِ وَقَوَاتِمِهَا المَسْلُحَةِ فَحَسْبِ، وَإِنَّمَا يَمْتَدُّ لِيَشْمَلَ أَيْضًا جَمَاعَاتِ المَعَارِضَةِ المَسْلُحَةِ وَغَيْرِهَا مِنْ أَطْرَافِ النِّزَاعَاتِ.

كَمَا أَوْضَحَ البَحْثُ أَنَّهُ فِي الوَقْتِ الَّذِي يُشْتَقُّ فِيهِ نَمُودَجُ إِنْفَازِ القَوَانِينِ مِنْ قَانُونِ حُقُوقِ الإِنْسَانِ بِصِفَةِ رِئِيسِيَّةٍ، فَإِنَّ العَمَلِيَّاتِ القِتَالِيَّةَ تَخْضَعُ لِنَمُودَجِ سَيْرِ العَمَلِيَّاتِ العَدَائِيَّةِ المُسْتَمَدَّةِ مِنَ القَانُونِ الدَّوْلِيِّ الإِنْسَانِيِّ. وَيَنْبَغِي لِلسُّلْطَاتِ تَوْخِي الحِذْرِ وَعَدَمِ طَمَسِ الخَطُوطِ الفاصلة بَيْنِ المَهْمَتَيْنِ.

وَيَجِبُ أَيْضًا إِتْخَاذُ الإِحْتِيَاظَاتِ عِنْدَ عَوْدَةِ المَوْظُفِينَ المُكَلَّفِينَ بِإِنْفَازِ القَوَانِينِ إِلَى وَاجِبَاتِ إِنْفَازِ القَوَانِينِ العَادِيَّةِ المُسَنَدَةِ إِلَيْهِمْ بَعْدَ المِشَارَكَةِ المَبَاشِرَةِ فِي العَمَلِيَّاتِ العَدَائِيَّةِ.

وَيُطَبَّقُ القَانُونُ الدَّوْلِيُّ الإِنْسَانِيُّ فِي حَالَاتِ النِّزَاعِ المُسَلَّحِ وَوُضِعَ خَصِيصًا مِنْ أَجْلِهَا. وَيُقْصَدُ بِهَا النِّزَاعَاتِ المُسَلَّحَةِ الدَّوْلِيَّةِ وَالنِّزَاعَاتِ المُسَلَّحَةِ غَيْرِ الدَّوْلِيَّةِ عَلَى حَدِّ سِوَاءِ. وَتَتَدْرَجُ قَوَاعِدُ القَانُونِ الدَّوْلِيِّ الإِنْسَانِيِّ، بِشَكْلِ رِئِيسِيِّ، ضَمْنَ إِتْفَاقِيَّاتِ جَنيفِ الأَرْبَعِ لِعَامِ 1949 وَبِروْتوكولِيهَا الإِضَافِيَّيْنِ لِعَامِ 1977 بِالإِضَافَةِ إِلَى القَانُونِ الدَّوْلِيِّ العَرَفِيِّ. كَمَا يَنْصُ القَانُونُ الدَّوْلِيُّ الإِنْسَانِيُّ أَيْضًا عَلَى حَمَايَةِ فِئَاتِ مَعْيِنَةٍ مِنَ الأَشْخَاصِ مِثْلِ الأَطْفَالِ، النِّسَاءِ، الأَجَبِيِّنِ وَالنَّازِحِينَ.

وهناك تحدّيات كبرى تفرضها الحالات التي يُسند فيها إلى الموظّفين المُكلّفين
بإنفاذ القوانين أداء مهمّتين في الوقت ذاته، أي مهامّ إنفاذ القوانين لأستعادة الأمن
والنّظام أو الحفاظ عليهما من جانب والعمليّات القتاليّة ضدّ العدو من جانبٍ آخر.
وعليه، وتأسيسًا على ما تقدّم، فبالنسبة للصّكوك الأساسيّة للقانون الدوليّ
الإنسانيّ، فإنّه، سواء أكنّا بصدد نزاعٍ مسلّحٍ دوليٍّ أو غير دوليٍّ، فإنّ الإنسان
ضحيةٌ هذا النزاع يحتاج إلى مساعدة وحماية إنسانيّة تكفلها قواعد القانون
الدوليّ الإنسانيّ.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع باللّغة العربيّة:

1- الكتب

- جدعون، نجاه جرجس، "جرائم الأحداث في القانون الدوليّ والداخليّ - دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2013.
- جدعون، نجاه جرجس، "حقوق الإنسان (نصّ - إجتهد - فقه) - دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2016.
- شمس الدين، عفيف، "أصول المحاكمات الجزائية"، طبعة جديدة مُعدّلة ومُنقّحة، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2012.
- عالية، سمير، "مبادئ علوم الإجرام والعقاب والسياسة الجزائية (أسباب الإجرام ومكافحتها جزائياً)"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2019.
- عالية، سمير، "البدائل الجزائية لعقوبة الحبس القصير المدّة (ماهية عقوبة الحبس القصير: البدائل المتاحة - الغرامة - وقف التنفيذ - العفو الخاص - العمل الاجتماعيّ - الإختبار القضائيّ - التّدريب على المواطنة - تأجيل النطق بالعقوبة - المتابعة الاجتماعيّة القضائيّة - الحبس المنزليّ)"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2023.

2- الأبحاث، الدّراسات والمقالات

- "الخطة الوطنية لحقوق الإنسان 2014-2019"، مجلس النواب- لجنة حقوق الإنسان النيابية، 2013. منشورة على الموقع الإلكتروني لمجلس النواب اللبناني: <https://www.lp.gov.lb>
- "الخدمة والحماية- حقوق الإنسان والقانون الإنساني... دليل لقوات الشرطة والأمن"، الطبعة الثانية، طباعة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ICRC ، Geneva, Switzerland، مارس 2014. منشور على الموقع الإلكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر: www.icrc.org
- "العنف واللجوء إلى القوة"، اللجنة الدولية للصليب الأحمر (International Committee of the Red Cross ICRC)، أيلول/ سبتمبر 2015.
- "القواعد والمعايير الدولية التي تحكم الممارسات الشرطية"، اللجنة الدولية للصليب الأحمر (International Committee of the Red Cross ICRC)، Geneva- Switzerland، حزيران/ يونيو 2015، منشور على الموقع الإلكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر: <http://www.icrc.org/ar>
- "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، 2016، منشورة على الموقع الإلكتروني لقوى الأمن الداخلي: <https://www.isf.gov.lb>
- "حقوق الإنسان Human Rights"، منشور على الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة:

<https://un.org/en/global-issues/human-rights>

- "صكوك حقوق الإنسان الإقليمية الرئيسيّة وآليات تنفيذها"، منشور على الموقع الإلكترونيّ لمكتب المفوضيّة السّامية لحقوق الإنسان:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Training9chapter3ar.pdf>

- "الأمم المتّحدة"، أعمال الأمم المتّحدة في ميدان حقوق الإنسان، منشورات الأمم المتّحدة.

- "قواعد الأمم المتّحدة النّمودجيّة الدّنيا لمعاملة السّجناء (قواعد نيلسون مانديلا)"، مكتب الأمم المتّحدة المعنيّ بالمُخدّرات والجريمة UNODC.

3 - المواقع الإلكترونيّة

- مركز الدّراسات والأبحاث في المعلوماتيّة القانونيّة المعروف بـ "مركز المعلوماتيّة القانونيّة"، فرع من فروع كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والإداريّة في الجامعة اللبنانيّة، cij@ul.edu.lb.

- الموقع الإلكترونيّ للأمم المتّحدة- حقوق الإنسان- مكتب المفوض السّامي:

www.ohchr.org/EN/Pages/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFireArms.aspx

- الموقع الإلكترونيّ لمكتب المفوضيّة السّامية لحقوق الإنسان:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Training9chapter3ar.pdf>

- الموقع الإلكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر:
<http://www.icrc.org/ar>
- الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة : United Nations
<https://un.org/en/global-issues/human-rights>
- الموقع الرسمي لمجلس وزراء الداخلية العرب (The Arab Interior Ministers Council AMIC)
<https://www.aim-council.org>
- الموقع الإلكتروني لمجلس النواب اللبناني : www.lp.gov.lb
- الموقع الإلكتروني لرئاسة مجلس الوزراء :
<https://pcm.gov.lb/arabic/subpg.aspx>
- الموقع الإلكتروني لقوى الأمن الداخلي :
<https://www.isf.gov.lb>

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

1- En français

- Catherine Ginestet et Thierry Garé, “Droit pénal– Procédure pénale”, Dalloz– Sirey, Paris, Edition 2019.
- Gaston Stéfani, Georges Levasseur, et Bernard Bouloc, “Procédure pénale”, 26^{ème} Edition, Dalloz– Sirey, Paris, 2017.

B- Lois et décrets

- Code de procédure pénale en France, Codifié par [LOI n° 57-1426 du 31 décembre 1957](#); Modifié par [LOI n° 2021-1729 du 22 Décembre 2021 - art. 4.](#)
- Code pénal [français](#) entré en vigueur le [1^{er} Mars 1994](#) (avec ses modifications).
- The New Code of Criminal Procedure, Law n° 328 of 7 August 2001;
[Lebanese_Code_of_Criminal_Procedure_2.5PA.pdf-](#)

Adobe Acrobat Pro.

Code de procédure pénale française LOI n° 2009-1436 du 24 Novembre 2009 pénitentiaire, [modifié par LOI n° 2009-1436 du 24 Novembre 2009 - art. 93.](#)

C-Sites Internet

- www.legfrance.gov.fr
- www.legifrance.gouv.fr

2- In English

A- works

- Alexander, Michelle, "[Opinion/The Newest Jim Crow](#)", The New York Times, . [ISSN 0362-4331](#), Retrieved 18-05-2020.

- Irvin Walker Hardcover Less Law, More Order, “The Truth About Reducing Crime (Hardcover)”, First Edition, Publisher, Prager Publishers, August 30, 2006.

B- Law and decrees

- Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Adopted and made public by General Assembly resolution 169/34 of 17 December 1979.
- The Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Adopted by General Assembly resolution 37/194 of 18 December 1982.
- The Declaration of Basic Principles for Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Adopted and promulgated by United Nations General Assembly Resolution 40/34 of November 29, 1985.

- Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990.

C- Sites Internet:

- www.lp.gov.lb
- <https://ohchr.org>
- <https://www.isf.gov.lb>
- <https://www.icc-cpi.int>
- <http://www.icrc.org/ar>
- <https://www.ar.unesco.org>
- <https://www.unescwa.org>
- <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b038.html>
- <https://www.hrlibrary-umn-edu.translate.google/>
- <https://www.hrlibrary.umn.edu/arab/b034.html>
- <https://www.hrlibrary.umn.edu/arabic/CRC196.pdf>
- <https://www.hrlibrary.umn.edu/arabic/cedaw19.html>
- <https://www.hrlibrary.umn.edu/arab/pro-child1.html>
- <https://www.ohchr.org/ar/hrbodies/hcr/pages/home.sapx>

- <https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/lljn-ldwlyw-ltqswy-lhqyq/>
- <https://www.unescwa.org/sites/default/files/event/materials/>
- <https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/relevant-lebanese-law/Lebanese Code of Criminal Procedure 2.5 PA.pdf>
- <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Training9chapter3ar.pdf>
- <https://www-ohchr-org.translate.goog/Ar/professionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAnd AbuseOfPower.aspx>
- https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/A_ebook.pdf

جرائم المخدرات

د. هادية الشامي

المقدمة

آفة المخدرات شر الآفات التي تصيب الفرد والمجتمع فهي تذهب العقول والمال وتدمر الاقتصاد والمجتمع، تلك المشكلة والمعضلة الكبيرة التي أفلقت الحكومات والمصلحين وأتعبت الوعاظ والمرشدين. وإذا ما أريد لأي قوة غاشمة أن تدمر أمة بأسرها فسلح المخدرات هو من أفتك الأسلحة التي يمكن أن يطعن بها شعب أو أبناء أمة حتى تجعلهم في مؤخرة الشعوب. تلك المشكلة التي راجت أسواقها بعد الحرب العالمية الأولى وقد تنبته دول العالم إلى خطورة الآثار التي تترتب على إنتشار المواد المخدرة فعملت على محاصرتها ومكافحتها بمختلف الطرق داخلياً وخارجياً⁽⁵⁷⁾.

شهد العالم منذ بداية النصف الثاني من القرن الماضي مظاهر سلوك إجرامية مختلفة الأشكال وكانت ظاهرة انتشار تعاطي المخدرات وتصنيعها وتهريبها والمتاجرة بها في المجتمعات العالمية أحد المظاهر الإجرامية ذات الآثار الخطيرة على المجتمع البشري من الناحية الاجتماعية والصحية والنفسية

⁵⁷- كاظم شهد حمزة، أحكام التجريم والعقاب في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50

لسنة 2017، مكتبة القانون المقارن، ط 1، 2017، ص 1.

والاقتصادية. مرت هذه الظاهرة الإجرامية الخطيرة بعدة مراحل وتطورت بتقدم العلوم والتكنولوجيا والمواصلات، أخذت تنتشر بسرعة فائقة وأصبح من الضروري ان نكافحها وذلك بسبب الأضرار الناجمة عنها حيث تدمر الفرد والمجتمع وتعيق التقدم في البلاد وتضر الاقتصاد بل حتى تؤثر على الأمن القومي للبلاد.

أن التقدم العلمي الذي حققه الإنسان المعاصر في شتى نواحي الحياة وتطبيقاته التكنولوجية المتنوعة ساهم إلى حد كبير في تخفيف معاناة الإنسان في كثير من جوانب حياته ولكنه أحدث في الوقت عينه ما لا بد منه من تحولات اقتصادية واجتماعية وثقافية لا يمكن أن تخطئها العين فقد زادت رفاهية الفرد وتلاشت كثير من القيم الإنسانية وتغير نمط علاقات الفرد مع محيطه وادت إلى الشعور بالاغتراب الفكري والثقافي بسبب عدم قدرته على التكيف مع معطيات التقدم وهذا يؤدي إلى تعاطي الفرد المخدرات لكي يهرب من واقعه وهذا أيضاً من أسباب المخدرات⁽⁵⁸⁾.

أن الخطوة الأهم في محاربة جرائم المخدرات تبدأ بوضع قواعد قانونية صارمة تحكم هذه الجرائم وتنظم التعامل الشرعي بهذه المواد، وهذه القواعد التي يجب أن تولد من خلفية اجتماعية تراعي مصلحة المجتمع والأسرة والفرد لتضع حداً لهذه الجرائم الفتاكة التي لم ولن تؤدي بضحاياها إلا إلى الهاوية⁽⁵⁹⁾.

وقد بينت القوانين هذه الأنواع من المخدرات والمؤثرات العقلية في جداول وأدرجتها بقانونها الخاص بالمخدرات ومنها قانون المخدرات والمؤثرات العقلية

⁵⁸ محمد صالح محمود أحمد، مسؤولية القضاء والمجتمع في مكافحة جرائم المخدرات، مطبعة شهاب، أبريل، ط 1، 2018، ص 5.

⁵⁹ محمد مرعي صعب، جرائم المخدرات، زين الحوقية، ط 2، بيروت، 2015، ص 13.

اللبناني رقم 673 لسنة 1998، وكذلك قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم 50 لسنة 2017 النافذ.

إن أهمية هذه الدراسة تأتي من خلال الخطورة التي تتطوي عليها جرائم المخدرات والتي تشكل بدورها تهديداً حقيقياً ليس فقط للفرد وحده وإنما للمجتمع لاستهدافها أهم فئة وهي الشباب والذي يمثل بدوره الدعامة الأساسية التي يركز عليها المجتمع، وأن خطورة المخدرات لا تتوفر فقط على المجتمع من خلال استهداف شبابه إنما تؤثر على اقتصاد البلد مما يستدعي مكافحتها.

بالنظر إلى انتشار استعمال المخدرات المتزايد في جميع أنحاء العالم بصورة عامة وفي لبنان والعراق خاصة والذي يستمر في أن يكون مصدر خطورة بالغة. أن إساءة استعمال المخدرات والإتجار بها لكارثة اتخذت أبعادا اقتصادية واجتماعية وصحية وسياسية هائلة ومن هذا المنطلق الذي يوضح انتشار المخدرات تتضح إشكالية البحث لتبيان مدى فعالية كل من قانونين المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف اللبناي والعراقي في مكافحة هذه الظاهرة من خلال سياستهم العقابية، وإذا كان القانون ليس الوسيلة الوحيدة الكافية لمواجهة هذه الظاهرة فهو على الأقل يأتي في مقدمة الوسائل التي يساهم في الحد من هذه المشكلة إذا ما نجح في التنسيق بينها، بالإضافة الى تسليط الضوء على آليات التدخل الحكومي الوقائي للحد من جرائم المخدرات.

ترمي هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف منها، معرفة أهم الأسباب المؤيدة لارتكاب جرائم المخدرات وكذلك إبراز الآثار السلبية لجرائم المخدرات، فهي تهدد الثروة البشرية في نسيجها الاجتماعي والاقتصادي واستقرارها الأمني، وترمي الدراسة أيضاً إلى توضيح التطور التشريعي لتجريم هذه الجرائم من خلال سرد الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية في مجال مكافحة المخدرات

وتسليط الضوء على أهمية اعتماد التشريعين اللبناني والعراقي لسياسة جنائية وقائية من أجل وضع حد الآفة المخدرات والجرائم المرتبطة بها والتي أصبحت بدورها مشكلة اجتماعية واقتصادية وسياسية تتطلب تعاون جميع المؤسسات سواء على الصعيد الأمني أم التعليمي أم التربوي من أجل النهوض بمجتمع قوي ومتقف لكي يركز على قضية واحدة هي حماية وطنه.

وعليه سنقسم هذا البحث إلى فصلين، سنتطرق في الفصل الأول الى تعريف المخدرات وتطورها القانوني والى أسباب ارتكاب جرائم المخدرات والأضرار الناجمة عنها. وسنخصص الفصل الثاني الى تسليط الضوء على دور الإعلام والأسرة والمدرسة في التوعية من مخاطر المخدرات.

الفصل الأول: الإطار القانوني لجرائم المخدرات

المخدرات عدو للإنسان وصفتها الشيطانية تغري الإنسان فيزرعها أو يصنعها بنفسه أو يسهم في ذلك وما هذا إلا لكي يهياً في النهاية الضرر لنفسه ولغيره⁽⁶⁰⁾.

عرف الإنسان المواد المخدرة منذ فجر التاريخ حيث وجد أزهار بعض النباتات أو أوراقها علاجاً لأمراض كثيرة ومنعشه أو مهدئة ومن هنا بدأ البحث عن كنه هذه المواد، وفي إطار دراسة هذه المواد والجرائم المرتبطة بها كان لا بد من تحديد مفهوم المخدرات والمؤثرات العقلية وذلك لأنه يساعدنا على فهم طبيعة هذه المواد وأغراض استعمالها وعلى تحديد المادة المخدرة ذاتها لأنها لم تعد نوعاً واحداً وإنما أصنافاً وكذلك فإن المنهجية العلمية تقتضي منا دراسة التطور التشريعي لجرائم المخدرات والمؤثرات العقلية⁽⁶¹⁾.

وهناك أسباب لا بد من معرفتها لجرائم المخدرات قبل الخوض في التجريم ولهذه الجرائم أضرار هي بمثابة فلسفة يعتمد عليها المشرع في تجريم هذه الجرائم. وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق في المبحث الأول عن ماهية المخدرات وتصنيفها ، أما المبحث الثاني فسننتقل إلى أسباب ارتكاب جرائم المخدرات والأضرار الناجمة عنها.

⁶⁰ كاظم عبد جاسم الزيدي، مكافحة المخدرات في القانون العراقي، مكتبة القضاء والقانون،

ط 1، بغداد، 2018، ص 7.

⁶¹ موفق حماد عبد، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، دار السنهوري، بيروت، 2018،

ص 11.

المبحث الأول: ماهية المخدرات والأسباب المؤدية إليها

في مجال البحث العلمي تقوم المصطلحات بدور لا يختلف عن الدور الذي تقوم به النقود في مجال الحياة الاقتصادية للمجتمع، ويعتبر ميدان المخدرات من أبلغ ميادين الفكر العلمي إفصاحاً عن هذه الحقيقة سواء تعلق بالتعاطي أو الإتجار، فلا غنى للعلماء سواء انصرفت اهتماماتهم إلى البحث الأكاديمي الخالص أو البحث التطبيقي عن ضبط المصطلحات المتعلقة بالمخدرات وذلك حتى يضمن الجميع سلامة المهام التي يقوموا بها سواء أكانت هذه المهام تشريعية أو قانونية شرطية أو قضائية، ومن أجل ذلك يجب أن ينظر إلى المصطلحات في العلم كما ينظر إلى النقود في الاقتصاد⁽⁶²⁾.

بناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول إلى تعريف المخدرات والتطور القانوني لجرائم المخدرات والمطلب الثاني سنتطرق فيه إلى تصنيف المخدرات.

◀ المطلب الأول: تعريف المخدرات وتطورها القانوني

أن دراستنا لجرائم المخدرات تقتضي منا أن نعرف المواد المخدرة لأن هذا يساعدنا على فهم طبيعة هذه المواد وتصنيفها والأضرار الناجمة عنها، وكذلك تقتضي منا أن نقف على التطور القانوني لهذه الجرائم لأن القاعدة القانونية هي

⁶² - مصطفى سويف، المخدرات والمجتمع، دار المعرفة، الكويت، 1996، ص 15 - 16.

انعكاس لإحساس المجتمع لظاهرة تآكل بنظامه، فالظاهرة دائماً أسبق على القاعدة القانونية⁽⁶³⁾.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول لتعريف المخدرات والفرع الثاني للتطور القانوني لجرائم المخدرات.

الفرع الأول: تعريف المخدرات في التشريعات الجزائية

إن تعريف المخدرات يختلف باختلاف الزاوية التي ينظر بها للمخدرات فمنهم من ينظرون إلى المخدرات من الزاوية اللغوية ومنهم من ينظرون إليها من الزاوية العلمية⁽⁶⁴⁾. وما يهمنا هنا هو تعريفها من منظور القانون.

أولاً: تعريف المخدرات في الفقه:

لم يتفق فقهاء القانون على تعريف جامع مانع للمخدرات حيث عرفها بعضهم أنها "مادة ذات خواص معينة يؤثر تعاطيها والإدمان عليها في غير

⁶³- صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة الأديب البغدادية، بغداد، 1984، ص 11.

⁶⁴- التعريف العلمي للمخدرات هي مادة كيميائية تسبب النعاس والنوم أو غياب الوعي المصحوب بتسكين الألم، أورد ذلك: عادل الدمرداش، الإدمان مظاهره وعلاجه، دار المعرفة، الكويت، 1982، ص 10.

وكذلك عرفت منظمة الصحة العالمية المخدرات بأنها: "كل مادة خام أو مستحضرة أو تخليقية تحتوي على عناصر منومة أو مسكنة أو مقتررة من شأنها إذا استخدمت في غير الأغراض الطبية أن تؤدي إلى حالة من التعود والإدمان مسببة الضرر النفسي أو الجسمي للفرد والمجتمع".

أغراض العلاج تأثيراً ضاراً بدنياً أو ذهنياً أو نفسياً سواء تم تعاطيها عن طريق البلع أو الشم أو الحقن أو أي طريق آخر⁽⁶⁵⁾، وكذلك ورد في إحدى التعريفات إن المقصود بالمخدرات هو أنها "مواد طبيعية أو تخليقيه يستخدم العديد منها في الأغراض الطبية والعلمية وعندما يساء استخدامها تحدث أضراراً بالصحة العامة وحصرتها الاتفاقيات الدولية في جداول قابلة للتعديل تيسيراً للرقابة عليها ومواجهة تطورها المستمر حماية للبشرية من أخطارها المدمرة"⁽⁶⁶⁾.

ويلاحظ من التعريفات السابقة إن كلاً منها يركز على جانب معين من المخدرات فتكون إما بالإيجاز المخل أو بالإطناب (المبالغة) ونرى أن تعريف المخدرات في جانبها القانوني يجب أن يركز على مصدرها وأثرها وحظر الاتصال غير المشروع بها فالمخدرات: "مواد طبيعية أو تركيبية أو تخليقيه تسبب الإدمان وتسم الجهاز العصبي لمن يتعاطاها ويحظر القانون الاتصال غير المشروع بها بأي صورة كانت"⁽⁶⁷⁾.

⁶⁵- عوض محمد، قانون العقوبات الخاص، بجرائم المخدرات والتهريب الجمركي والنقدي،

المكتب المصري الحديث، القاهرة، 1996، ص 25.

⁶⁶- سمير عبد الغني، مبادئ مكافحة المخدرات الإدمان والمكافحة، دار الكتب القانونية

ودار شتات للنشر، القاهرة 2009، ص 16.

⁶⁷- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات دراسة فقهية قضائية مقارنة، ط 1، مكتبة السنهوري،

بغداد، 2013، ص 14.

ثانياً: تعريف المخدرات في القانون:

ليس هناك تعريف محدد للمقصود بالمخدرات سواء في نطاق القانون الدولي أو التشريعات الوطنية وأن غالبية التشريعات سواء كانت دولية أو وطنية تقادت تعريف المادة المخدرة ومع هذا فإن تحديد المواد المخدرة في التشريع يكون بطريقتين⁽⁶⁸⁾:

1- أما عن طريق ذكر المواد المخدرة في نصوص القانون أو في جداول تلحق به.

2- أو عن طريق تحديد صفة المخدر التي تلحق بالمادة بحيث اذا تحققت هذه الصفة في المادة عدت من المخدرات. أي تترك للقاضي حرية التقدير في تحديد طبيعة المادة المخدرة على ضوء ما يثبت له من خلال الخبراء.

أن الطريق الأول يمتاز بالوضوح والتحديد ويمنع المتهمين من الطعن بعدم معرفتهم بطبيعة المادة ومفعولها لان مجرد أن يرد اسم المادة المحظورة في الجداول الملحقة بالقانون حتى يكون الاتصال غير المشروع بها ممنوعاً، ولكن لهذا الطريق مساوئ لأن إيراد هذه المواد في جداول تلحق بالقانون يقيد المحكمة بالحكم وفق ما ورد بالجدول فإذا كان موضوع الدعوى الجزائية مادة مخدرة غير مذكورة في الجدول وجب على المحكمة أن تحكم بالإفراج أو البراءة، كما أن هذا الطريق صعب لكثرة المواد المخدرة وظهور أنواع جديدة نتيجة التطور في العلوم الكيماوية والتي يمكن عن طريقها صنع مواد جديدة بتراكيبات مختلفة⁽⁶⁹⁾.

⁶⁸- صباح كريم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 14.

⁶⁹- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، مرجع سابق، ص 14.

أما الطريقة الأخرى التي تبين صفة المخدر التي تلحق بالمادة فإنه بمجرد ورود نتيجة التقرير الطبي العدلي بان المادة موضوع التقرير من المخدرات فإنه بإمكان المحكمة أن تستند على التقرير المذكور في إدانة المتهم وبذلك تحقق هذه الطريقة الحماية الكاملة بتجريم كل اتصال غير مشروع بالمخدرات متى ثبتت هذه الصفة، ولكن إن الذي يعيب هذه الطريقة كنه المادة المخدرة قد يكون غامضاً فبذلك يفتح باب الطعن أمام المتهم بحجة عدم معرفته بمفعول المادة التي ضبطت معه⁽⁷⁰⁾.

وتتجه الاتفاقيات الدولية والتشريعات إلى الأخذ بالطريق الأول⁽⁷¹⁾، وذلك من خلال حصر المواد المخدرة في جداول تلحق بالقانون حيث أخذت بهذا الاتجاه الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961، فقد عرفت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع والمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988 المخدرات بنصها في المادة (1/ن) بأنه يقصد بالمخدرات أي مادة طبيعية كانت أو صناعية من المواد المدرجة في الجدول الأول والثاني من الاتفاقية الوحيدة لسنة 1961 وصيغتها المعدلة ببروتوكول سنة 1972، ونصت الاتفاقية في المادة (1/ش) على أنه يقصد بتعابير الجداول (الأول والثاني والثالث والرابع) قوائم المخدرات أو المستحضرات التي تحمل هذه الأرقام والمرفقة بهذه الاتفاقية بصيغتها المعدلة

⁷⁰- صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 15.

⁷¹- عرف قانون المخدرات المصري رقم 182 لسنة 1960 تعريف الجوهرية في المادة الأولى منه (تعتبر جواهر مخدرة في تطبيق أحكام هذا القانون المبينة في الجدول رقم (1) الملحق به)، أورده: عدنان محمود الغريزي، المخدرات والسموم والمسكرات مال عاجل وموت نازل أو أجل، مكتبة صباح، بغداد، 2019، ص 39.

من حين إلى آخر وفقاً لأحكام المادة (3) من اتفاقية 1961، وكذلك فقد عرفت (اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية سنة 1988) في المادة (1/ ص) المؤثرات العقلية على أنها أي مادة طبيعية كانت أو صناعية أو أي منتجات طبيعية مدرجة في الجداول (الأول والثاني والثالث والرابع) في اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971⁽⁷²⁾.

لم يخالف المشرع اللبناني هذا النهج إذ أدرج المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في جداول ارفقها بقانون المخدرات والمؤثرات العقلية وأشار إلى ذلك في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة الثانية من قانون المخدرات⁽⁷³⁾.

فقد عرف المشرع اللبناني المادة المخدرة بأنها "قوائم المواد الطبيعية والتركيبية المدرجة في الجداول الأربعة المعتمدة في الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 المعدلة والمواد المضافة إليها تطبيقاً لهذه المعاهدة"⁽⁷⁴⁾. كما عرفت المادة (2) من قانون المخدرات اللبناني في فقرتها الأولى المخدرات بأنها جميع النباتات والمواد الطبيعية والتركيبية والمنتجات الموضوعة تحت المراقبة والخاضعة لتدابير رقابية بموجب أحكام هذا القانون"، وقد عرفت المادة (2) من قانون المخدرات اللبناني في الفقرة الرابعة المؤثرات العقلية أيضاً بأنها قوائم المواد

⁻⁷² محمد سهيل الفقي، جريمة الإتجار غير المشروع بالمخدرات، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص 18 - 19.

⁻⁷³ عادل مشموشي، المخدرات، بدون دار نشر، 2014، بيروت، ص 30.

⁻⁷⁴ غسان رياح، قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الجديد، مع دراسة مقارنة في الإدمان والإتجار غير المشروع، دار الخلود، القاهرة، 1999.

الطبيعية والتركيبية المدرجة في الجداول الأربعة المعتمدة في اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971 والمواد المضافة إليها تطبيقاً للمعاهدة المذكورة⁽⁷⁵⁾.

أما المشرع العراقي فقد سار على ما سارت عليه التشريعات الدولية والتشريع اللبناني وذلك باتباعه طريقة حصر المواد المخدرة في جداول تلحق بالقانون، فقد عرف المشرع العراقي المخدرات أو المواد المخدرة بأنها كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول (الأول) و(الثاني) و(الثالث) و(الرابع) الملحقة في هذا القانون (وهي قوائم المواد المخدرة التي اعتمدها الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 وتعديلاتها⁽⁷⁶⁾).

وبالرجوع إلى المشرع العراقي فقد عرف المخدرات في المادة الأولى/ 2 المؤثرات العقلية بأنها كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول (الخامس) و(السادس) و(السابع) و(الثامن) الملحقة في هذا القانون (وهي قوائم المؤثرات العقلية التي اعتمدها اتفاقية الأمم المتحدة للمؤثرات العقلية لسنة 1971 وتعديلاتها⁽⁷⁷⁾).

نستخلص من التعاريف الواردة في الاتفاقيات الدولية، ومما اعتمده التشريعات الوطنية أن المشرعين على اختلاف توجهاتهم قد تجنبوا اعتماد تعريف موضوعي محدد للمخدرات، بل عمدوا إلى الإشارة إلى كل ما هو مدرج في

⁷⁵ قانون المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف اللبنانية، رقم 673، الصادر في 1998/3/16.

⁷⁶ المادة (1/1) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (50) لسنة 2017.

⁷⁷ قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (50) لسنة 2017.

الجداول الملحقة بقانون المخدرات المعتمد من قبلها في ظل خضوع تلك الجداول لتعديلات وإضافات من وقت لآخر، وذلك وفق التقييمات المعتمدة بناء على المخاطر المترتبة عن تناول تلك المواد بصورة غير مشروعة والإدمان عليها. وقد تحاشى بذلك معظم المشرعين النقد عن طريق الإحالة إلى جداول اسمية وضعت فيها المواد التي يحظر التداول بها أو تعاطيها بصورة غير مشروعة على اعتبار أنها مواد مخدرة⁽⁷⁸⁾.

الفرع الثاني: التطور التاريخي لتجريم المخدرات

قبل ما يزيد على مئة عام بقليل لم يكن ينظر إلى المخدرات على أنها مشكلة إذ كانت تجارة المخدرات قانونية ومشروعة دولياً، وقد رأينا في كتب التاريخ كيف أن الدول الكبرى في منتصف القرن التاسع عشر أبرمت العديد من الاتفاقيات مع الإمبراطورية الصينية أرغمتها على تسهيل إجتار هذه الدول بالأفيون في الأراضي الصينية على أثر حربين مشهورتين بحرب الأفيون⁽⁷⁹⁾.

⁷⁸- عادل مشموشي، المخدرات، مرجع سابق، ص 30.

⁷⁹- حروب الأفيون هي حربان، سميّا بحرب الأفيون، قامتا بين الامبراطورية الصينية وبريطانيا. وفي الثانية، انضمت فرنسا إلى جانب بريطانيا. وكان السبب هو محاولة الصين الحد من زراعة الأفيون واستيراده، مما حدا ببريطانيا ان تقف في وجهها بسبب الأرباح الكبيرة التي كانت تجنيها بريطانيا من تجارة الأفيون في الصين. قامت حرب الأفيون في عام 1839م، وكان من نتائجها أن أصبحت هونغ كونغ مستعمرة بريطانية. ارتكبت في هذه الحروب مجازر وحشية من البريطانيين وحلفائهم، وخالفوا كل القيم الدينية والبشرية وعملوا على نشر تعاطي الأفيون بين الشعب الصيني، استمر هذا الداء مستشرياً في الصين حتى مطلع القرن العشرين حتى قضي على تعاطيه نهائياً في عهد

ولكن التطور العلمي ما لبث أن كشف الآثار الضارة الخطرة للمخدرات من الناحية الصحية والنفسية والاقتصادية الأمر الذي أدى إلى خلق وعي عام بالجوانب المختلفة لأضرار المخدرات وبعد أن ادركت دول العالم جميعاً خطورة الآثار المترتبة على انتشار المخدرات فقد سعت إلى تجريمها بكل الوسائل⁽⁸⁰⁾.

ولما كان التشريع من أهم آليات الحد من انتشار المخدرات والمؤثرات العقلية محلياً ودولياً فقد بدأت الدول وقبل بداية عصر التنظيم الدولي بإنشاء عصبة الأمم عام 1919 بالأنشطة والمؤتمرات والمعاهدات الدولية التي من شأنها الحد من انتشار المخدرات بعد أن ادركت هذه الدول عجزها لوحدها من مواجهة ظاهرة انتشار المخدرات والمؤثرات العقلية مهما كانت إمكانيتها بحيث أعلنت هذه الدول حرباً على الاتصال غير المشروع بهذه المواد⁽⁸¹⁾.

ونرى بأن دراسة التطور القانوني لجرائم المخدرات في الاتفاقيات الدولية لا تخلو من فائدة وتزداد فائدتها خاصة إذا علمنا بأن غالبية الدول قامت بنقل الأحكام الواردة في الاتفاقيات الدولية بشأن جرائم المخدرات إلى تشريعاتها سواء أكان ذلك راجعاً إلى التزاماتها الناشئة عن توقيع هذه الاتفاقيات أو الانضمام إليها، أو كان مجرد لمجاراتها التشريعات الحديثة التي تأثرت بهذه الاتفاقيات وفي

ماو تسي تونغ القيادي الصيني الشيوعي، أورد ذلك: أنيس جمعان الثقافية الجنوبية،

مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: تاريخ الزيارة 92019/25

[adenkbr.news/47267./](http://adenkbr.news/47267/)

⁸⁰- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 66.

⁸¹- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات، الرجوع نفسه، ص 71 - 72.

كلتا الحالتين أصبح تفسير الأحكام الواردة في هذا الشأن في التشريعات الوطنية خاضعاً لنفس المعنى الذي تفسر به الأحكام المماثلة في الاتفاقيات⁽⁸²⁾.

وبإمكاننا أن نلاحظ التطور التشريعي الدولي في مجال مكافحة المخدرات وذلك عن طريق ذكر أهم المؤتمرات والاتفاقيات التي عقدت في هذا المجال.

فقد عقد المؤتمر الدولي في شنغهاي في فبراير عام 1909م وشاركت فيه 13 دولة ووضع فيه الأساس لنظام المراقبة الدولية للمخدرات الراهن، وبعد ثلاث سنوات جسدت التوصيات الصادرة في أول معاهدة ملزمة قانوناً ومتعددة الأطراف هي اتفاقية الأفيون الدولية الموقع عليها في لاهاي في شهر يناير عام 1912م⁽⁸³⁾.

وقد عقد المؤتمر الثاني للأفيون في جنيف من تاريخ تشرين الثاني 1924م حتى شهر شباط 1925م، وكان الغرض من هذه الاتفاقية هو الحد من تهريب المخدرات وسوء استعمال المواد المخدرة⁽⁸⁴⁾.

وفي عام 1936م عقدت اتفاقية الإتجار غير المشروع بالمواد المخدرة ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 26 مارس 1939م وقد عالجت مشكلة

⁻⁸² صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 64.

⁻⁸³ محمد فتحي عيد المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية الصادرة في شأن مكافحة المخدرات، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص 3.

⁻⁸⁴ صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 67.

الإتجار غير المشروع بالمواد المخدرة والعقاقير التي أشارت لها الاتفاقيات السابقة⁽⁸⁵⁾.

إن هذه الاتفاقيات التي ذكرناها هي قبل الحرب العالمية الثانية، أما بعد انتهاء الحرب العالمية فقد استمرت الجهود الدولية إلى أن أبرمت اتفاقيات دولية معاصرة وذلك للرقابة على المخدرات والمؤثرات العقلية وهي الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961م وهذه الاتفاقية بصيغتها المعدلة وفقاً لبروتوكول عام 1972م، واتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971م، وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988م.

وتشكل هذه الاتفاقيات القانون الدولي العام المعاصر لمحاربة المخدرات والذي يستهدف فرض الرقابة الدولية على المخدرات والمؤثرات العقلية لكي يقتصر استخدامها على الأغراض الطبية والعلمية، ومنع تسريبها للاستعمال غير المشروع⁽⁸⁶⁾.

وبالإضافة إلى الاتفاقيات الثلاثة، توجد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطن لعام 2000. م وهذه الاتفاقية جاءت كرد فعل للمجتمع الدولي على أفعال المجرمين عبر العالم كإنتاج وتهريب العقاقير وغسيل الأموال المتحصلة منها، وفي عام 2003 عقدت اتفاقية للأمم المتحدة وكان

⁸⁵- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 76.

⁸⁶- سمير محمد عبد الغني، مكافحة المخدرات في عصر العولمة، دار الكتب القانونية، مصر، 2014، ص 134.

هدفها مكافحة الفساد وخاصة جرائم الاختلاس والرشوة التي يرتكبها العاملون في مجال مكافحة المخدرات⁽⁸⁷⁾.

أما فيما يخص التطور القانوني التشريعي لجرائم المخدرات في الاطار الوطني وبما أن دراستنا مقتصرة على التشريعين اللبناني والعراقي فسننظر إلى التطور التشريعي للمخدرات في لبنان والعراق.

في لبنان لم يكن المشرع اللبناني ليشذ عن القاعدة، ففي عام 1943م وضع المشرع قانون العقوبات العام وفيه مادتان فقط تتعلقان بالمخدرات، وبسبب عمومية هاتين المادتين وقصورهما عن ردع المتعاطين بالمخدرات وزراعتها وتصنيعها لذا اصبح من الضروري زيادة التفاصيل وإصدار أحكام خاصة بالمخدرات⁽⁸⁸⁾.

في العام 1946م صدر القانون المعروف بقانون المخدرات وفرضت عقوبة واحدة لجميع المخالفات من دون تفریق⁽⁸⁹⁾، وقد صدر في تاريخ 1954/9/8 المرسوم رقم 6255 وذلك بشأن تجارة المخدرات، وفي 1956/20/آب صدر قانون 1956 بشأن تنظيم زراعة القنب الشامي، وفي 1960/5/4 صدر القانون الصادر بالمرسوم رقم 4030 الذي عدل قانون

⁸⁷ عبد العال الديري، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، 2006، القاهرة، ص 60.

⁸⁸ غسان رباح، قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الجديد، مرجع سابق، ص 12.

⁸⁹ بادية حيدر، المخدرات تجتاح لبنان، مجلة معلومات، المركز العربي للمعلومات، العدد (78)، أيار / مايو 2010، ص 66.

1946، وآخرها صدور القانون رقم 673 وذلك بتاريخ 1998/3/16 بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف المعدل بالقانون رقم 318 في 2001/4/20 بشأن تبييض الأموال تبعاً لإمكانية و وقوع التبييض على الأموال القذرة الناتجة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات⁽⁹⁰⁾.

أما عن دور لبنان في المحافل الدولية فقد انضم لبنان في المؤتمر الدولي لإقرار الاتفاقية الوحيدة للمخدرات بناء على دعوة من المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الأمم المتحدة وأقرت الاتفاقية وتم التوقيع عليها من قبل الجانب اللبناني، وشاركت لبنان أيضاً في عام 1971 في المؤتمر الدولي لإقرار بروتوكول للمؤثرات العقلية وهذا المؤتمر انعقد بناءً على دعوة من المجلس الاقتصادي والاجتماعي أيضاً وتم التوقيع على هذا البروتوكول من قبل لبنان، وفي عام 1972 قامت لبنان بالمشاركة في المؤتمر الدولي لتعديل الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لعام 1961 وتم التوقيع من قبل الجانب اللبناني على هذا البروتوكول⁽⁹¹⁾.

وفي العام 1988 شارك لبنان أيضاً في المؤتمر الدولي لإقرار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية وتم التوقيع على هذا البروتوكول من قبل الجانب اللبناني⁽⁹²⁾.

⁻⁹⁰ نادر عبد العزيز شافي، نظرات في القانون، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007، ص 116.

⁻⁹² محمد مرعي صعب، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 17.

أما العراق فكان أول تشريع في العراق عالج جرائم المخدرات هو التشريع رقم 12 لسنة 1933 وذلك حين ظهرت أخطار المخدرات وأصبحت تشكل عائقاً لتقدم المجتمع وتطوره ولكن اقتصرته أحكامه على حظر زراعة نبات القنب الحشيشة. وفي العام 1938 صدر القانون رقم 44 وهذا القانون وسع دائرة تجريم المواد المخدرة وحصر هذا القانون صنع واستيراد وتصدير المواد المخدرة بالحكومة العراقية وللأغراض الطبية والعلمية. ثم صدر بعد ذلك قانون المخدرات رقم 68 لسنة 1965 وبين هذا القانون جميع المواد التي تعتبر من قبيل المخدرات وعالج مسألة كيفية التصرف بالمواد المخدرة من قبل المجازين بالمتاجرة فيها وخول هذا القانون وزير الصحة إصدار البيانات اللازمة لغرض تسهيل تنفيذ هذا القانون، وقد اجري تعديل لهذا القانون وذلك بإصدار قانون رقم 4 لسنة 1967 وبموجب هذا القانون شددت عقوبة الإتجار بالمخدرات وزراعتها وتسليمها للغير وعد صفة الجاني ظرفاً مشدداً إذا كان من موظفي الجمارك أو من الموظفين المنوطين، مكافحة المخدرات⁽⁹³⁾.

ولقصور القوانين المشار إليها في معالجة الأوجه المختلفة لجرائم المخدرات وإيمان المشرع العراقي بمدى خطورة المخدرات واضرارها على الفرد والمجتمع والتنمية القومية أصدر المشرع العراقي تعديلاً لقانون المخدرات رقم 68 لسنة 1965 بموجب القانون رقم 196 لسنة 1968، وبموجب هذا التعديل تم توسيع قاعدة التجريم لذا فإن هذا القانون يعتبر طفرة ونقطة تحول هامة في تشريع

⁹³ عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،

المخدرات⁽⁹⁴⁾. وفي عام 1970 صدر قانون رقم 11 لسنة 1970 والذي بموجبه شدد المشرع العقوبة فأجاز الحكم بالإعدام بعد أن كانت العقوبة في التعديل السابق هي الأشغال الشاقة المؤبدة، وشدد المشرع العقوبة أيضاً إلى الإعدام في حالة العود⁽⁹⁵⁾.

وفي العام نفسه صدر هذا القانون المرقم 160 لسنة 1970 وقد جاء هذا التعديل لتشديد عقوبات جرائم المخدرات اذا كان مرتكبها هو من أفراد القوات المسلحة أو لمصلحتها، فاعتبر المشرع بمقتضى هذا التعديل أن صفة العسكري أو الذي يعمل مع القوات المسلحة ظرفاً مشدداً يعاقب عليه بالإعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة⁽⁹⁶⁾.

وفي 2002 صدر القانون المرقم 38 لسنة 2002 وغرض هذا التعديل هو التشديد حيث عدل صدر المادة الرابعة عشر/ أولاً - ب من قانون المخدرات العراقي السابق وحل محلها النص الآتي "يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد وبمصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة من ارتكب بغير إجازة من السلطات فعلاً مما يأتي:

1- استورد أو صدر أو جلب بأية صورة من الصور المخدرات المذكورة في المادة الثالثة من هذا القانون أو إنتاجها أو صنعها بقصد الإتجار بها أو

⁹⁴- صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 86.

⁹⁵- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 105.

⁹⁶- صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 88 - 89.

باعها أو سلمها للغير أو تنازل عنها بأية صفة كانت ولو كان ذلك بغير مقابل أو توسط في أية عملية من العمليات.

2- حيازة المخدرات المذكورة في المادة الثالثة من هذا القانون أو إحرازها أو شراؤها أو تسليمها بأية صفة كانت بقصد الإتجار بها.

3- زراعة نباتات القنب وخشخاش الأفيون والقات وحبّة الكوكا أو نقل نبات من هذه النباتات في أي طور من أطوار نموها هي وبزورها وكان ذلك بقصد الإتجار بها⁽⁹⁷⁾.

كما أصدر المشرع العراقي القانون رقم 93 لسنة 2004 بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وقد أشار في متنته إلى أن جرائم المخدرات تعد من اخطر الجرائم التي تدر أموالاً غير مشروعة والتي تصلح لأن تكون محلاً لجريمة غسيل الأموال أو الاشتراك فيها⁽⁹⁸⁾.

وأخيراً هو صدور قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50 لسنة 2017 حيث أراد المشرع العراقي من هذا القانون أن يواكب آخر الاتجاهات الحديثة التي أقرتها التشريعات الدولية في ميدان محاربة المخدرات والمؤثرات العقلية⁽⁹⁹⁾.

⁹⁷- قانون رقم 38 لسنة 2002، الوقائع العراقية، رقم العدد 3948، تاريخ 2002/9/16.

⁹⁸- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، مرجع سابق، ص 30.

⁹⁹- نشر هذا القانون في القانون العراقية بالعدد 4446 في 2017/5/8 على أن ينفذ بعد مضي 90 يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية حسب منطوق المادة 51 من القانون.

◀ المطلب الثاني: تصنيف المخدرات

إن المخدرات بالإجمال تتسم بالتنوع والتعدد والاختلاف بين نوع وآخر، وبالطبع تساهم تلك الأمور في تأثيرها على من يتناولها، ولم يجمع المجتمع الدولي على تصنيف واحدٍ للمخدرات، وذلك لقصوره في اعتماد تعريف جامع مانع لها يمكن من خلاله تمييز المخدرات عن غيرها من المواد، وقد أدى غياب تصنيف موحد للمخدرات إلى اعتماد تصنيفات عديدة ومتنوعة تختلف باختلاف مرتكزات التصنيف، فمنهم من صنفها وفق طريقة إنتاجها بين مخدرات طبيعية ومخدرات مصنعة ومخدرات مركبة، وهناك من صنفها أيضاً وفق تأثيرها الفيزيولوجي على المتعاطي بين مواد مخدرة أو منشطة أو مهلوسة أو منبهة، والنصوص الدولية بدورها اعتمدت تصنيفاً رباعياً مبنياً على مرتكزات الاستعمال المشروع وخطورة المادة في حالة إساءة استعمالها، وقد ألحق في الاتفاقيات الدولية الوحيدة للمخدرات لعام 1961 أربعة جداول أدرجت فيها المواد المعتبرة مخدرات⁽¹⁰⁰⁾.

فقد أخضعت المادة الثانية من اتفاقية المخدرات لسنة 1961 بعض المواد للمراقبة وذلك بعد أن وزعتها على جداول أربعة وقد نصت هذه المادة على ما يلي⁽¹⁰¹⁾:

¹⁰⁰- عادل مشموشي، المخدرات، مرجع سابق، ص 31 - 33.

¹⁰¹- سمير عبد الغني، التعاون الدولي لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية، ط 1، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2011، ص 267 - 268.

1- تخضع المخدرات المدرجة في الجدول الأول لجميع التدابير الرقابية السارية على المخدرات المقصودة في هذه الاتفاقية ولاسيما التدابير المنصوص عليها في المواد 4(ج) و 19 و 20 و 21 و 29 و 30 و 31 و 32 و 33 و 34 و 37 ، إلا فيما يتعلق بالتدابير الرقابية المقصورة على مخدرات معينة.

2- تخضع المخدرات المدرجة في الجدول الثاني لذات التدابير الرقابية التي تخضع لها المخدرات المدرجة في الجدول الأول ولكن باستثناء التدابير المنصوص عليها في الفقرتين 2 و 5 من المادة 30 فيما يتعلق بتجارة التجزئة.

3- تخضع المستحضرات غير المدرجة في الجدول الثالث لذات التدابير الرقابية التي تخضع لها المخدرات التي تحتويها.

4- تخضع المستحضرات المدرجة في الجدول الثالث لذات التدابير الرقابية التي تخضع لها المستحضرات المحتوية للمخدرات المدرجة في الجدول الثاني.

5- تدرج المخدرات المدرجة في الجدول الرابع في الجدول الأول كذلك، وتخضع أيضاً لجميع التدابير الرقابية السارية على المخدرات المدرجة فيه.

وإن أساس تصنيف هذه المواد في الجداول المشار إليها هو الاستعمال الطبي، أي معنى هذا أن كل استهلاك مشروع هو استعمال لغايات طبية أو علمية، ويكون كل استهلاك لغير هذه البواعث ممنوعاً وغير مشروع، كما وينبغي التفريق بين المخدرات وبين المواد النفسية التي تخضع لمعاهدة فيينا لسنة 1971

وهذه الأخيرة تعرف باتفاقية المؤثرات العقلية وتدرج ضمن القوائم المخصصة لها⁽¹⁰²⁾.

أما المشرع اللبناني فقد صنف المخدرات ووضعا في أربعة جداول مرفقه بقانون المخدرات والمؤثرات اللبنانية وقد اقتبسها المشرع اللبناني من الجداول التي ألحقت بالاتفاقيات الدولية، فقد نصت المادة الخامسة من القانون على ما يلي "جميع النباتات والمواد المصنفة كمادة مخدرة أو مؤثرات عقلية بموجب المعاهدات الدولية أو تطبيقاً لها ومستحضراتها وجميع النباتات والمواد الخطرة على الصحة العامة بسبب النتائج الضارة التي تنتج عن سوء استعمالها تصنف في الجداول الثلاث الأولى تبعاً للجسامه خطرهما ومدى فائدتها الطبية:

- 1- الجدول الأول: النباتات والمواد الشديدة الخطورة والتي لا فائدة طبية لها.
- 2- الجدول الثاني: النباتات والمواد الشديدة الخطورة والتي لها فائدة طبية.
- 3- الجدول الثالث: النباتات والمواد الخطرة والتي لها فائدة في الطب"⁽¹⁰³⁾.

وبالإضافة إلى الجداول الثلاثة فقد خصص جدول رابع للسلائف حيث نصت المادة السادسة من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية اللبناني لسنة 1998 على ما يلي: (جميع المواد المستخدمة في صنع المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والمصنفة بموجب اتفاقية مكافحة الإتجار غير المشروع بالمواد المخدرة والمؤثرات العقلية لسنة 1988 أو تطبيقاً لها وجميع المنتجات الكيماوية الأخرى التي تستخدم

¹⁰²- عادل مشموشي، المخدرات، مرجع سابق، ص 32.

¹⁰³- قانون المخدرات والمؤثرات العقلية اللبناني رقم (673) تاريخ 1998/3/16.

في عمليات صنع المواد المخدرة والمؤثرات العقلية تعرف بالسلائف وتدرج في الجدول الرابع).

بدوره قام المشرع العراقي بتصنيف المخدرات في اربع جداول الحقها بالقانون وهي قوائم المواد المخدرة التي اعتمدها الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 وتعديلاتها وذلك في المادة الأولى فقرة (1) عندما نص بأن المقصود بالمخدرات هي كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول (1-1-2-3-4) الملحقة بقانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي وهي نفسها قوائم المواد المخدرة التي اعتمدها الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 وتعديلاتها⁽¹⁰⁴⁾.

ولكثر أنواع المخدرات أصبح من الصعب حصرها، وحتى الآن لا يوجد تصنيف حاسم متفق عليه في ميادين العلوم المختلفة بالنسبة للمواد المخدرة، إلا أنه بصفة عامة هناك تصنيف شائع ومعروف بين العلماء يستند إلى ثلاثة معايير أساسية ألا وهي معيار أصل المواد المخدرة وبدورها تقسم المخدرات إلى مخدرات طبيعية وكيميائية وصناعية، أما المعيار الثاني فهو معيار تأثير المواد المخدرة على العقل والحالة النفسية وهذا المعيار بدوره يقسم أنواع المخدرات إلى مخدرات مهبطة للجهاز العصبي المركزي ومخدرات منشطة للجهاز العصبي المركزي، أما المعيار الأخير فهو يقسم المخدرات على أساس اللون أي إلى مخدرات بيضاء

¹⁰⁴ كاظم شهد حمزة، أحكام التجريم والعقاب في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50

لسنة 2017، مرجع سابق، ص 7.

وسوداء إلا أن المعيار الأخير يفنقر إلى الدقة وذلك لأن لون المادة المخدرة يتوقف على درجة نقائها⁽¹⁰⁵⁾.

وعليه سنصنف المخدرات إلى صنفين فهي إما طبيعية أو تصنيعية، وظهر نوع ثالث جديد هو المخدرات الرقمية.

الفرع الأول: المخدرات الطبيعية

إن المقصود بالمخدرات الطبيعية هي المخدرات التي أصلها نباتي أي الموجودة في الطبيعة والتي تحتوي أوراقها أو ثمارها على عناصر مخدرة دون أن يتم إدخال أي تعديل صناعي عليها⁽¹⁰⁶⁾.

ومن أهم المخدرات الطبيعية هو (القنب الهندي أو الماريجوانا والأفيون والخشخاش والقات والكوكا).

أ- **الحشيش (القنب الهندي):** القنب الهندي هو كناية عن نبتة خضراء اللون، خشنة الملمس، ذات جذور عمودية، جذعها مجوف، وأوراقها مدينة الأطراف، ونبتة القنب من جنسين أنثى وذكر وتستخرج المخدرات من الشتلة الأنثى⁽¹⁰⁷⁾.

¹⁰⁵- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، مرجع سابق، ص 46.

¹⁰⁶- عدنان محمود الغريبي، المخدرات والسموم والمسكرات مال عاجل وموت نازل أو أجل، مكتبة الصباح، بغداد، 2019، ص 19.

¹⁰⁷- عادل مشموشي، المخدرات، مرجع سابق، ص 36.

وقد عرفت الاتفاقيات الدولية الحشيش بأنه (الرؤوس المجففة المزهرة أو المثمرة من السيقان الإناث لنبات الكنابيس ساتيفا الذي لم تستخرج مادته الصمغية أياً كان الاسم الذي يعرف به في التجارة)⁽¹⁰⁸⁾.

وإن للحشيش تأثير عام على من يتعاطى فيعمل على تشويش الجهاز العصبي المركزي وهذا ما يدرج الحشيش تحت تصنيف العقاقير المهلوسة فالجرعة الكبيرة ربما تؤدي إلى أن حالة الأحلام وقد تتحول إلى فقد كامل للوعي ويذهب الشخص في نوم عميق بعد أن كان يقظاً ومنتعش⁽¹⁰⁹⁾.

وكذلك تستخرج المارجوانا من القنب الهندي حيث تستخلص من أزهار ولباب أنثى نبتة القنب، كما وتحتوي المارجوانا على 421 مادة كيميائية تنتمي إلى 18 صنفاً كيميائياً ولكن يعتقد إن من أهم المركبات الفعالة هي تتراهيدوركانابينول (ت.ه.ك) وقد تبين أنه يمكن للمادة الفعالة (ت. ه. ك) أن تبقى لمدة طويلة في الجسم قد تبلغ 45 يوماً بعد تناولها لأول مرة⁽¹¹⁰⁾.

ب- القات: إن القات هو نبات أو شجرة دائمة الخضرة ويستعمل القات يمسغ استخلاص عصارتها وبلع اللعاب بعد أن يتم تخزينها في الفم لفترة معينة.

¹⁰⁸- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، مرجع سابق، ص 48.

¹⁰⁹- محمد سهيل الفقي، جريمة الإتجار غير المشروع بالمخدرات، مرجع سابق، ص 27.

¹¹⁰- محمد سهيل الفقي، جريمة الإتجار غير المشروع بالمخدرات، مرجع سابق، ص 27 -

ومن الآثار الضارة لتعاطي القات هو ارتفاع ضغط الدم وتليف الكبد والخمول الجنسي⁽¹¹¹⁾.

وإن من الجدير ذكره هو أن نبتة القات لم تدرج بعد في جداول المخدرات المرفقة بالاتفاقيات الدولية وبالتالي فهي غير موضوعة تحت المراقبة، ولكن مع ذلك ثمة دول أخضعتها للمراقبة بموجب قوانينها كالمملكة العربية السعودية⁽¹¹²⁾.

على الرغم من عدم إدراج القات في جداول المخدرات المرفقة بالاتفاقيات الدولية، أن منظمة الصحة العالمية قد أدرجت القات ضمن العقاقير المسببة للإدمان وذلك في عام 1973 حيث إن تكرار تعاطيه يؤدي إلى الاعتماد النفسي دون الاعتماد الجسدي⁽¹¹³⁾.

ج- **الخشخاش:** إن الخشخاش هو نبات ينتمي إلى الفصيلة الخشخاشية وزهرة الخشخاش هي ذات ألوان مختلفة فقد تكون بيضاء أو صفراء أو برتقالية أو حمراء أو زهرية اللون، وإن للخشخاش أصناف كثيرة فيستخرج من جوزة نبتة الخشخاش المنوم مادة الهيروين والأفيون والمورفين⁽¹¹⁴⁾.

د- **الأفيون:** عرفت معاهدة الأفيون الدولية الموقعة في لاهاي في 23 يناير سنة 1913 الأفيون أيضاً في الفصل الأول بما يأتي (المقصود بعبارة

¹¹¹- كاظم عبد جاسم الزبيدي، مكافحة المخدرات في القانون العراقي، مرجع سابق، ص 14

- 15.

¹¹²- عادل مشموشي، المخدرات، مرجع سابق، ص 41.

¹¹³- إبراهيم مصحح الدليمي، المخدرات والأمن القومي والعربي، مرجع سابق، ص 25.

¹¹⁴- محمد مرعي صعب، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 45 - 46.

الأفيون الخام هو العصارة المتجمدة من تلقاء نفسها والمتحصلة من حبوب أبو النوم والتي لم يطرأ عليها أي معالجة خلاف ما يلزم من الأعمال الخاصة بلغها ونقلها). ومن ثم عرفت هذه المعاهدة الأفيون المحضر في الفصل الثاني منها بقولها: (الأفيون المحضر هو ناتج الأفيون الخام المتحصل بعد مجموعة عمليات خاصة ولا سيما بعد الذوبان والغلي والتحميص والتخمير والتي يقصد بها تحويله إلى خلاصة صالحة للاستعمال)⁽¹¹⁵⁾.

يحتوي الأفيون الخام على عدد كبير من المركبات حيث يستخرج منه أكثر من 25 نوعاً أهمها الهيروين والذي يشتق من المورفين والذي حظر استخدامه في لأغراض العلاج في العلم، و المورفين والذي يستعمل كمسكن، والكودايين الذي يدخل في أدوية علاج السعال، وغيرها من المركبات التي تستعمل طبياً ولكن الأفيون بجانب استعماله طبيياً اثبت انه يسبب الإدمان والخطر على حياة الإنسان⁽¹¹⁶⁾.

ح- الكوكا: إن للكوكا استعمالات غير مشروعة فمن أوراق الكوكا يصنع الكوكايين وهي من اعنف أنواع المخدرات التي عرفها الإنسان، ويندر استعمال الكوكا يقصد القتل الجنائي أو الانتحار أو الحوادث التي تحصل

¹¹⁵- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، مرجع سابق، ص 53.

¹¹⁶- محمد سهيل الفقي، جريمة الإتجار غير المشروع بالمخدرات، مرجع سابق، ص 30.

أما عرضية نتيجة إعطاء الشخص كمية لم يتحملها أو نتيجة تعاطيه مقدار أكبر من الدوائي في حالة التكيف به⁽¹¹⁷⁾.

إذا يتبين لنا مما ذكرنا بأن للمخدرات الطبيعية تأثير كبير على صحة الإنسان وخاصةً في حالة استخدامها من قبل المتعاطين واستغلالها للترويج والسيطرة على طبقة أو فئة معينة من المجتمع، وأن على المشرع والسلطات في الدول اتخاذ كافة التدابير من أجل منع زراعة هذه النباتات الطبيعية على أرضها فالوقاية خيراً منه العلاج.

الفرع الثاني: المخدرات المصنعة

هي تلك المواد التي يتم إنتاجها وتركيبها بطريقة صناعية وتكون إما مشتقة من المخدرات الطبيعية أو غير مشتقة من المواد الطبيعية ويتم تحضيرها بطريقة كيميائية في المختبرات إلا أنها تحدث نفس الآثار التي تحدثها المخدرات الطبيعية وأهمها حالات التأثير العصبي والبدني والإدمان⁽¹¹⁸⁾. وأهم أنواع هذا النوع من المخدرات هي الهيروين والمورفين والكوكايين والعقاقير الهلوسة والمنشطات والمنبهات والمهبطات والمثبطات.

أولاً: المخدرات التي ذات اصل طبيعي (التركيبية):

¹¹⁷- عدنان محمود الغريبي، المخدرات والسموم والمسكرات مال عاجل وموت نازل أو أجل،

مرجع سابق، ص 25 - 26.

¹¹⁸- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، المرجع نفسه، ص 56.

وهي المواد المستخلصة أو الممزوجة أو المضافة أو المحضرة بطريقة صناعية من المخدرات الطبيعية من خلال إجراء عمليات كيميائية تجعلها في صورة أخرى تختلف كثيراً أو قليلاً عن صورتها الحقيقية ولها أنواع كثيرة منها المورفين والهيروين والكوكايين⁽¹¹⁹⁾.

1- **المورفين**: يعتبر المورفين أحد مكونات الأفيون والعنصر الفعال فيه، ويستخرج المورفين أما من قش الخشخاش مباشرة أو من الأفيون بعد استخلاصه، ويكون المورفين على شكل حبوب بلورية صلبة قليلة الذوبان بالماء عديمة الرائحة ذات مذاق مر. ويتم تعاطي المورفين أما عن طريق بلع الأقراص أو التدخين أو يؤخذ عن طريق الحقن تحت الجلد⁽¹²⁰⁾.

2- **الهيروين**: يقصد بالهيروين هو ذلك المخدر المصنع والمستخرج الذي ينتج عن طريق تحويل كيميائي للمورفين. ويعتبر الهيروين من أكثر المخدرات تسميةً للجسم وأخطرها على المدى القصير والبعيد حيث تبلغ قوته ضعف المورفين⁽¹²¹⁾.

وأن الهيروين يكون إما على شكل مسحوق أبيض يتم تناوله عن طريق استنشاقه أو تدويبه في الماء وحقنه في الوريد أو رشه داخل سيكاره تبغ وتدخينه،

¹¹⁹ - عدنان محمود الغريبي، المخدرات والسموم والمسكرات مال عاجل وموت نازل أو أجل، مرجع سابق، ص 27.

¹²⁰ - إبراهيم مصعب الدليمي، مرجع سابق، ص 20 - 21.

¹²¹ - فضل ضاهر، الدفاع الاجتماعي ومكافحة الجريمة، ط 1، مؤسسة بحسون، بيروت، 1994، ص 42.

أو على شكل أقراص غالباً ما تكون حمراء اللون والهيروين قادر على توليد تبعية جسمانية ونفسانية إذ بعد الحقنة الوريدية الثالثة أو الرابعة يدخل الإنسان في دوامه مقفلة وتبدأ حالات التسمم التدريجية والتبعية الرهيبة حتى الانحطاط والموت⁽¹²²⁾.

3- **الكوكايين**: وهو عبارة عن مسحوق أبيض شفاف يشبه قطع الثلج الصغيرة، ويستخرج من أوراق شجرة الكوكا، ويعتبر الكوكايين من العقاقير المسببة للإدمان⁽¹²³⁾.

ويتم تناول الكوكايين إما على شكل استنشاقه عن طريق الأنف أو الحقن أو تدخين عجينة الكوكا الممزوجة بالتبغ والمارجوانا. وإن تناول جرعات صغيرة من الكوكايين يؤدي إلى حدوث حالة التنبيه وزيادة النشاط الجسمي وقوة في نشاط المخ ولكن الجرعات الزائدة منه تتسبب بالموت الفجائي⁽¹²⁴⁾.

ثانياً: المخدرات التي ليست من أصل طبيعي:

وهي المخدرات التي يتم تخليقها أو تحضيرها بطريقة كيميائية داخل المختبرات بدون أن يكون أساس مصدرها طبيعياً ومن أمثلتها العقاقير المهلوسة والمنشطات والمثبطات⁽¹²⁵⁾.

1- **العقاقير المهلوسة**: العقاقير المهلوسة هي مواد تنتج من تركيبات كيميائية مصنعة في المعامل والمختبرات تؤثر على الوظائف فيصاب المتعاطي لها

¹²²- فضل ظاهر، الدفاع الاجتماعي ومكافحة الجريمة، مرجع سابق، ص 43.

¹²³- كاظم عبد جاسم الزيدي، مكافحة المخدرات في القانون العراقي، مرجع سابق، ص 15.

¹²⁴- إبراهيم مصعب الدليمي، المخدرات والأمن القومي والعربي، مرجع سابق، ص 22.

¹²⁵- محمد سهيل الفقي، جريمة الإتجار غير المشروع بالمخدرات، مرجع سابق، ص 34.

باضطراب في إدراكه البصري والسمعي أشياء ويسمع أصوات في الحقيقة هي غير موجودة، ومن أشهر العقاقير المهلوسة هو عقار ثنائي إيثيل أميد حمض الليسرجيك والذي يختصر (LSD) وهو مركب ويحس بأنه يرى كيميائي من مركبات حامض الليسرجيك ويؤدي هذا العقار إلى اختلالات جسمية وشخصية وبعض الهلوسة ويكون المدمن عرضه لاضطرابات نفسية قد تدفعه إلى الانتحار أو الجريمة⁽¹²⁶⁾.

2- **المنشطات:** إن المخدرات كما ذكرنا هي قسم من أقسام المكيفات التي يتعاطاها بعض من الأشخاص قد يكون ذلك بواقع اجتماعي أو نفسي أو شهواني ولا يستطيع أن يتخلص منها بسهولة دون أن تترك في نفسه اثر أو ضرر يختلف باختلاف المخدر، وعليه تعتبر المنشطات والمنبهات نوع من أنواع المخدرات التخليقيه أو الكيميائية والتي لها تأثير منشط على الجهاز العصبي والحالة النفسية⁽¹²⁷⁾، وإن المنشطات والمنبهات كثيرة فمنها الأمفيتامينات وحبوب الإكستاسي.

أما الأمفيتامينات فهي عبارة عن عقاقير تخليقيه تنتمي كيمياويا وفارماكولوجيا إلى مجموعة كبيرة من الأمينات المنشطة للجهاز السمبتاوي

¹²⁶- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، مرجع سابق، ص 60 - 61.

¹²⁷- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، المرجع نفسه، ص 56 - 57.

(العصبي) وتعتبر من أهم العقاقير التخليقية التي لجأ إليها متعاطي المخدرات إشباعاً لاحتياجاتهم الملحة لهذه المواد⁽¹²⁸⁾.

ومن المنشطات كذلك حبوب الإكستاسي والتي لها تأثير نفسي وتسمى هذه الحبوب أيضاً بحبوب النشوة أو السعادة، وتكون هذه الحبوب على شكل أقراص وكذلك يمكن أن تكون على شكل مسحوق أو كبسولة، ويتم تناولها عادة بابتلاعها بالفم عن طريق حبوب أو يستنشق أو عن طريق الحقن⁽¹²⁹⁾.

3- **المهبطات والمثبطات:** وهي نوع آخر من المخدرات التصنيعية والتي تشتمل على كل من المهبطات والمثبطات والمسكنات والمهدئات، فالمهبطات هي على شكل كبسولات أو أقراص تؤخذ بالبلع أو بالشم بعد خلطها بالهيروين وهي ذات مفعول سريع فبعد تعاطيها تجعل الشخص في حالة استرخاء أما إذا خذت بكميات كبيرة فإنها تؤدي إلى ثقل الكلام ونوم عميق وفقدان الوعي، أما المسكنات فهي تكون على شكل أقراص بيضاء مستديرة ولها مشتقات من مواد مختلفة، وأما المهدئات فيقصد بها هي مجموعة مواد كيميائية مصنعة تسبب الهدوء والسكينة أو النعاس ومن أشهرها الفاليوم أما فيما يخص المثبطات فهي تلك العقاقير التي يتم استخدامها تحت إشراف طبي ولها قدرة كبيرة في الأثير على الجهاز العصبي⁽¹³⁰⁾.

⁻¹²⁸ جعفر مشيمش، جرائم العصر، ط 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009، ص 166.

⁻¹²⁹ محمد مرعي صعب، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 80 - 81 - 82.

⁻¹³⁰ عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، مرجع نفسه، ص 58 - 59.

ثالثاً: المخدرات الرقمية:

إن قوانين المخدرات في العالم أجمعت على تصنيف المخدرات بين طبيعية وتصناعية، ولكن ما لم يكن يخطر على بال أحد أن يصبح للمخدرات نوع جديد خارج عن المألوف هو المخدرات الرقمية. ويقصد بها هي عبارة عن ملفات صوتية تحتوي على مقاطع نغمات يتم سماعها عبر سماعات بكلا الأذنين فعلى سبيل المثال يتم بث ترددات معينة في الأذن اليمنى وترددات أقل إلى الأذن اليسرى، فالدماغ عند تلقي الموجات الصوتية بترددات مختلفة يحاول جاهداً أن يوحد الترددات في الأذن اليسرى واليمنى وذلك للحصول على مستوى واحد للصوتين وهذا الأمر يجعل الدماغ في حالة غير مستقرة على مستوى الإشارات الكهربائية التي يرسلها ومن هنا يختار مروجو هذا النوع من المخدرات نوع العقار الذي يريده المتعاطي وإن للمخدرات الرقمية خطورة لا تقل عن الخطورة التي تنتج عن المخدرات التقليدية بل أكثر فهي تؤثر على استقرار عمل الدماغ، وتؤثر سلباً على نفسية المتعاطي، وتكمن خطورتها أيضاً بسهولة الوصول إليها فيمكن للمتعاطي الحصول عليها بكبسة زر ورخص سعرها مقارنة بالمخدرات التقليدية، وأنها تجعل الشخص أكثر قابلية للمخدرات التقليدية الحقيقية، وكذلك بصعوبة اكتشاف حالة التعاطي وصعوبة مكافحتها، وتقدم هذه الأصناف من المخدرات على أنها قانونية أي لا يعاقب عليها حيث لم يرد في قوانين المخدرات أي إشارة إلى المخدرات الرقمية لا في العراق ولا في لبنان⁽¹³¹⁾.

المبحث الثاني: أسباب ارتكاب جرائم المخدرات والأضرار الناجمة عنها

¹³¹- محمد مرعي مصعب، جرائم المخدرات، المرجع نفسه، ص 86 - 87 - 96 - 97.

يجب علينا أن نعرف ما هي الأسباب التي تدفع الفرد إلى القيام بجرائم المخدرات حتى يتسنى للسلطات منعها، وكذلك يجب أن نبين ما سبب تجريم المشرع لهذه الجرائم وذلك عن طريق بيان الأضرار الناجمة عن جرائم المخدرات.

◀ **المطلب الأول: الأسباب المؤدية لارتكاب جرائم المخدرات**

استعرضنا في المطلبين السابقين تعريف المخدرات وتطورها القانوني وتصنيفها وكان لا بد أن نتطرق إلى أهم الأسباب التي تدفع الإنسان إلى ارتكاب جرائم المخدرات. فالارتباط بالمخدرات والمؤثرات العقلية كان في السابق محدوداً ولكن مع التطور الذي شهدته صناعة المخدرات والمؤثرات العقلية أصبحت هذه المواد ظاهرة عالمية الانتشار وموجودة في جميع دول العالم ولكل دوافعه وأسبابه.

الفرع الأول: الأسباب النفسية:

لا شك في أن الثورة العلمية قدمت للإنسان الكثير من المنجزات ورفعت عنه الكثير من المعاناة وإن التقدم العلمي أحدث ما لا بد منه من تحولات اجتماعية واقتصادية وثقافية الأمر الذي سبب له الكثير من الضغوط والمشكلات النفسية الناجمة عن التعقيدات الحضارية والتغيرات الاجتماعية فازداد اكتئاباً وقلقاً وتوتراً. هذه والكثير من المشكلات النفسية دفعت الكثير وبخاصة الشباب إلى البحث عن التعويض والسلوى والهروب من هذا الواقع وهذه المشاكل والضغوط فكان انحدرهم في مستنقع المخدرات والمؤثرات العقلية⁽¹³²⁾.

¹³²- يوسف صالح بريك، التغيير الاجتماعي الدولي للمخدرات، بحوث المخدرات والعولمة،

جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص 67.

وتعد غريزة الجنس من مسببات اللجوء إلى المخدرات حيث ثبت من خلال الدراسات والإحصائيات أن غريزة الجنس هي من العوامل الرئيسية التي تؤدي إلى تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية وذلك بسبب الاعتقاد الخاطئ بأن تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية يؤدي إلى زيادة النشاط الجنسي⁽¹³³⁾.

كما أن لدوافع المبدعين سبب في تعاطي المخدرات حيث هناك نوع من البشر المرفه الحس من رسامون وروائيون وممثلون وملحنون يلجؤون لتعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية ظناً منهم أنها تعطيهم سعة في الأفق وخيالاً عميقاً في التفكير والإبداع والإتقان⁽¹³⁴⁾.

الفرع الثاني: الأسباب الاجتماعية:

إن المخدرات تأتي في مقدمة الآفات الاجتماعية لذا وجب علينا أن نبحث المخدرات في محيط المجتمع لأن دراسة الأسباب النفسية وجعلها السبب الوحيد في انتشار المخدرات تجعل دراستنا قاصرة وذلك لأن العلوم الإنسانية الحديثة كعلم النفس والاجتماع قد أثبتت حقيقة مفادها أن الفرد نتاج للظروف الاجتماعية والاقتصادية التي يولد وينشأ فيها⁽¹³⁵⁾.

(133) علي كمال، النفس انفعالاتها وأمراضها وعلاجها، ج 1، ط 4، دار واسط للنشر، بغداد، 1988، ص 296. صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع نفسه، ص 39.

134- عادل الدمرداش، الإدمان مظاهره وعلاجه، مرجع سابق، ص 108.

135- أمال عبد الرحيم عثمان، ظاهرة إساءة استعمال المخدرات، جامعة القاهرة، 1974، ص

إن البيئة التي يعيش فيها الفرد ليست جامدة بل متغيرة على الدوام فقد انتج العلم في العصر الحديث مخترعات عظيمة في وسائل النقل والاتصال والسفر والإعلام بحيث صارت العزلة الاجتماعية والركود غير ممكنة في أي مجتمع مهما كان نائياً⁽¹³⁶⁾.

إن الفرد هو نتاج للظروف الاجتماعية التي يولد وينشأ فيها وذلك لأن الإنسان هو اجتماعي بطبيعته لا يطيق العيش بمفرده مطلقاً، لذا يحتم علينا لكي نفهم الفرد ومشاكله أن ندرس حالة الفرد ضمن الظروف المحيطة والبيئة التي يعيش فيها لكي نقف على العوامل والأسباب التي تحمل الأفراد على إتباع سلوك معين⁽¹³⁷⁾.

وبما أن الإنسان سريع التأثير بما حوله فقد كان للعولمة⁽¹³⁸⁾ دوراً مهماً في انتشار المخدرات حول العالم فالمخدرات والمؤثرات العقلية كانت في السابق محدودة الانتشار ضمن نطاق مكاني وبشري محدود إلا أن معطيات العولمة وخصوصاً في ميدان الاتصالات والمعلومات فتحت باباً واسعاً أمام انتشار

¹³⁶- علي الوردي، لمحات إجتماعية من تاريخ العراق الحديث، ج 1، ط 2، دار دجلة والفرات، بغداد، 2009، ص 297.

¹³⁷- صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 42.

¹³⁸- العولمة تعيد معنى تعميم الشيء وتوسيع دائرته ليشمل الكل، ومن خلالها تقوم المؤسسات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية بأعمالها في اطار عالمي تحت مظلة الأقوياء اقتصاديا واعلاميا الأمر الذي حدا ببعض المفكرين الى مرادفة العولمة بالأمركة أي نشر وتعميم الطابع الأمريكي. أورد ذلك محمد عابد الجابري قضايا في الفكر المعاصر مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1997، ص 137.

المخدرات إلى مساحات واسعة وجديدة. وإذا كان انتشار المخدرات سابقاً لظهور العولمة كفكر وتطبيق إلا أن العولمة هيأت لانتشار المخدرات من خلال فلسفتها القائمة على الكسب والمال وإهمال القيم الإنسانية وتهميش الإنسان، فقد هيأت العولمة بإفرازاتها إلى ظهور مجتمعات يسودها ما يسمى باقتصاد المخدرات ينتشر فيه الفساد الأخلاقي والاجتماعي⁽¹³⁹⁾.

كما إن للحروب وعدم الاستقرار الأمني دوراً رئيسياً في انتشار المخدرات والمؤثرات العقلية وذلك لأنها تؤدي إلى عدم قدرة الدولة على إحكام سيطرتها على الأنشطة غير المشروعة لعصابات الجريمة المنظمة ومنها تجارة المخدرات⁽¹⁴⁰⁾. وكذلك فقد تستخدم المخدرات في تحطيم معنويات الشعوب فقد كان الاستعمار البريطاني هو السبب في تعاظم الملايين من الشعب الصيني للأفيون، وكذلك قيام الاستعمار الاستيطاني الصهيوني بتهريب كميات كبيرة من المخدرات إلى مصر عبر سيناء⁽¹⁴¹⁾.

الفرع الثالث: الأسباب الاقتصادية:

إن تناول المخدرات على نحو غير مشروع على الرغم من خطورتها على الفرد والأسرة والمجتمع لا يشمل مخاطرها الأساسية لأن التداول بها لأغراض الكسب المادي على نحو غير مشروع هو أخطر ما في جرائم المخدرات لأن

¹³⁹- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، مرجع سابق، ص 53.

¹⁴⁰- سمير عبد الغني، مبادئ مكافحة المخدرات، مرجع سابق، ص 178.

¹⁴¹- صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 46.

التداول بالمخدرات يتسبب في تدمير مختلف مقومات المجتمع البشري والاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي⁽¹⁴²⁾.

وإن للأسباب الاقتصادية دوراً فاعلاً في انتشار المخدرات فتجارة هذه المواد كان ينظر إليها كمشروع اقتصادي يسعى إلى تحقيق الربح فمثلا الصين التي ارتبط تاريخها الحديث بالأفيون كان الدافع الأول لانتشار الأفيون فيها هو الحصول على الأرباح الطائلة⁽¹⁴³⁾.

للعولمة دور مهم في انتشار المخدرات حيث أن العولمة يقودها فاعلون اقتصاديون من نوع جديد، فقد كان المهيمنون على الاقتصاد الحديث منذ النهضة الأوروبية هم مالكي رؤوس الأموال من تجار وصناعيين وكان نشاطهم محدوداً بحدود الدولة القومية التي ينتمون إليها أما اليوم فإن الذي يميز العولمة هو كسرها للحاجز ومنطق الدولة القومية واعتبار العالم ساحة مفتوحة لمن هو اقدر على المنافسة أي للأقوى⁽¹⁴⁴⁾. فأيدولوجية العولمة تقوم على العمل والنجاح والكسب أي تغطي فيها قيم السوق على قيم الجماعة وما يجمع البشر هو الكسب

¹⁴²- عادل مشموشي، المخدرات، مرجع سابق، ص 73.

¹⁴³- ول ديورانت، قصة الحضارة، الهند وجيرانها، ترجمة زكي نجيب محمود، ط 3، لجنة التأليف والترجمة للنشر، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 289.

¹⁴⁴- محمد عابد الجابري، قضايا في الفكر المعاصر، مرجع سابق، ص 139.

والمصلحة وليس التضامن الاجتماعي وبمعنى آخر فإن العولمة هي الداروينية الجديدة القائمة على المنافسة وبقاء الأقوى⁽¹⁴⁵⁾.

ومن الأسباب الاقتصادية التي تلعب دوراً بارزاً في انتشار المخدرات أيضاً هي الأرباح الطائلة التي يحققها تجار المخدرات والمؤثرات العقلية فالحروب المحلية والدولية على تجارة المخدرات والمؤثرات العقلية دفعت إلى انتشار السوق السوداء والتي بدورها حققت أرباحاً طائلة ومن ثم ظهرت طبقة من المتاجرين بهذه المواد ذو ثراء فاحش يطلق عليهم ملوك المخدرات، وأن المال الوفير الذي يحصل عليه ملوك المخدرات يستخدمونه في تطوير تجارة وصناعة هذه المواد وإفساد ذمم بعض القائمين على مكافحة المخدرات من السياسيين والقضاة وأجهزة الأمن والشرطة ورجال المصارف فيما يخص غسل الأموال وتهريبها⁽¹⁴⁶⁾.

هناك أيضاً دول عديدة تقوم بزراعة وإنتاج الأنواع العديدة من المخدرات وذلك للحصول على أرباح منها من خلال بيعها إلى الدول الأخرى، وقد سعت بعض الدول إلى تشريع قوانين تمنع أو تحد من زراعتها ولكنها تراجعت وشرعت قوانين تسمح بزراعتها وذلك لأسباب اقتصادية⁽¹⁴⁷⁾.

¹⁴⁵- عبد القادر عبد الله العرابي، تجارة المخدرات وعلاقة الشمال بالجنوب، من بحوث المخدرات والعولمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط 1، الرياض، 2007، ص 98 - 99.

¹⁴⁶- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، مرجع سابق، ص 58.

¹⁴⁷- محمد صالح محمود أحمد، مسؤولية القضاء والمجتمع في مكافحة جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 33 - 34.

◀ المطلب الثاني: الأضرار الناجمة عن جرائم المخدرات

إن الأضرار التي تنجم عن ارتكاب جرائم المخدرات عديدة فلجرائم المخدرات أضراراً اجتماعية واقتصادية.

الفرع الأول: الأضرار الاجتماعية والخطورة الإجرامية:

يصعب تجسيد المخاطر التي تشكلها إساءة استعمال المخدرات في اطار دون غيره، فإذا كان الإدمان على المخدرات يدفع المدمن إلى الضياع إلا أن التداول غير المشروع بها يولد لدى الأفراد الضالعين في إنتاجها أو الإتجار بها رغبة في جمع الثروات على حساب كل الأخلاقيات وبشتى الوسائل، وإن للمخدرات مزار ليس على الفرد وحده وإنما على مستوى الأسرة كالتفكك الأسرى وضياء أفراد الأسرة، وكذلك هناك مزار اجتماعية عامة أي على المجتمع فالمخدرات تقوض المفاهيم والأخلاقيات وتؤدي إلى الترويج للدعارة وارتفاع البطالة وتدني مستوى المعيشة⁽¹⁴⁸⁾.

بالإضافة إلى أنها آفة اجتماعية تهدد كيان الأسرة واستقرار المجتمعات، إن للمخدرات دورا في نشر الجريمة أيضا، فهي تدفع الفرد إلى ارتكاب الجرائم وذلك لأن المدمن غالباً ما يقع تحت تأثير الطلب على المخدرات في جرائم السرقة والترويج والسطو والقمار والديون والقتل فهي إذا ظاهرة ذات أبعاد تربية واجتماعية ونفسية ومجتمعية ودولية⁽¹⁴⁹⁾.

¹⁴⁸- عادل مشموشي، المخدرات، مرجع سابق، أنظر الصفحات من 93 إلى 102.

¹⁴⁹- داود علجية، ارتباط المخدرات بالإجرام، مذكرة تخرج مقدمة إلى المدرسة العليا للقضاء،

وزارة العدل، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2008، ص 4 - 5.

الفرع الثاني: الأضرار الاقتصادية:

يعاني من الإدمان أكثر من 180 مليون شخص، ولأن أزمة المخدرات لا تقف عن أثارها المباشرة على المدمنين وأسرهم وإنما تمتد تداعياتها إلى المجتمعات والدول فهي تكلف الحكومات أكثر من 120 مليار دولار. وأن الخسائر الاقتصادية الناشئة عن المخدرات هي إما خسائر ظاهرة كالأنفاق على مكافحة العرض وخفض الطلب، أو خسائر مستترة كالتهريب والإتجار والزراعة والتصنيع، وأخيراً الخسائر البشرية وهم العاملون في المخدرات والمدمنون والضحايا والأبرياء. وهذه كلها خسائر يصعب تقديرها أو حصرها بدقة ولكن يمكن القول إنها متوالية من الخسائر والنزف ترهق المجتمعات والدول وتدمر الأفراد والأسر⁽¹⁵⁰⁾.

إن انتشار المخدرات يؤدي إلى عجز عدد كبير من المتعاطين عن العمل وهذا يمثل قوة إنتاجية مفقودة نتيجة ضعف صحتهم وتفكك أسرهم وترديهم في مهاوي الجريمة وهذا كله يؤدي إلى انهيار الاقتصاد القومي⁽¹⁵¹⁾، حيث أن المخدرات تحرم المجتمع من أهم طاقاته وقواه الإنتاجية ألا وهو الإنسان المتعاطي

¹⁵⁰- داود علجية، ارتباط المخدرات بالإجرام، مرجع نفسه، ص 4.

¹⁵¹- عزت حسنين، المسكرات والمخدرات بيم الشريعة والقانون بدون مكان نشر، ط 1، 1986، ص 234. شوقي عبد المجيد، حجم مشكلة المخدرات وتطور إجراءات مكافحتها، المعهد العالي لضباط قوى الأمن الداخلي، 1995، ص 29 - 30.

الذي يصيبه الخمول والدمار نتيجة المخدرات وبالتالي يؤدي هذا كله إلى إهدار الأموال والثروات وزيادة البطالة وضعف موارد الدولة المالية⁽¹⁵²⁾.

هذا فضلاً عن المصاريف التي تتكبدها الدولة لعلاج مستهلكي المخدرات إلى جانب مصاريف العدالة الجنائية وذلك لإنشاء المؤسسات العقابية لإيواء مرتكبي جرائم المخدرات لمكافحة المخدرات وإن هذه الأموال تنفق في غير النواحي الإنتاجية وكان من الممكن أن توجه إلى الاستثمار في عملية الإنتاج لتعود على المجتمع بفائدة بدلاً من أن تضيع على هذا النحو وهذا يشكل عبئاً كبيراً على الدخل القومي⁽¹⁵³⁾.

مما لا يجب إغفاله أيضاً هو أثر غسيل أو تبيض الأموال⁽¹⁵⁴⁾ المتحصلة من جرائم المخدرات على الاقتصاد حيث تعد هذه العملية من أخطر المشكلات التي تواجه الأنظمة الاقتصادية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي حيث إن لهذه العملية أضرار خطيرة على اقتصاد الدول ولعل من أخطرها هو دخول

¹⁵² - محمد محمد خضر، المخدرات، فتاك العصر، دار خضر للطباعة والنشر، ط 1، بيروت، 1993، ص 136.

¹⁵³ - ميسون خلف حمد الحمداني، جرائم المخدرات في القانون العراقي، ص 17.

¹⁵⁴ - يقصد بتبيض الأموال وفقاً للمادة الثانية من قانون مكافحة تبيض الأموال في لبنان هو كل فعل يقصد منه:

أ- إخفاء المصدر الحقيقي للأموال غير المشروعة أو إعطاء تبرير كاذب لهذا المصدر بأي وسيلة كانت.

ب- تحويل الأموال أو استبدالها مع العلم بأنها أموال غير مشروعة بغرض إخفاء أو تمويه مصدرها أو مساعدة شخص ضالع في ارتكاب الجرم على الإفلات من المسؤولية.

الأموال المغسولة إلى عصب الاقتصاد من خلال الانغماس بالبورصة وشراء الأسهم والسندات وتختلط مع المال المشروع وهذا الشيء يؤثر على الثقة في السوق المالية ولهذا الشيء أثره على الاقتصاد، وإن عملية غسيل الأموال تساهم في زيادة معدلات الجريمة وذلك لأنها تظهر كأنها متحصلة من مصدر مشروع فتبعد بذلك أعين سلطات الدولة عنها⁽¹⁵⁵⁾.

الفصل الثاني: الإطار الوقائي للحد من جرائم المخدرات

حتى نتحدث عن مواجهة حقيقية للطلب غير المشروع على المواد المخدرة فلا بد في بداية الأمر من منع الأسباب والعوامل التي تؤدي إلى ارتكاب جرائم المخدرات، ومن ثم فإن الوقاية من المخدرات تعد احد التدابير العملية الناجحة في مكافحة المخدرات والحد من الطلب غير المشروع عليها، وذلك بالتنسيق بين السياسة الجنائية التي تتخذها الدول أثناء تحديد المصالح الجديدة بالحماية الجنائية، واختيار العقوبات والتدابير الكفيلة بحمايتها، والسبل الرامية إلى حل كافة المشكلات الاجتماعية التي تتسبب في الجريمة⁽¹⁵⁶⁾. ويمكن تعريف

¹⁵⁵ عادل حسن السيد، طبيعة عمليات غسيل الأموال وعلاقتها بانتشار المخدرات، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 49 - 69 - 71.

¹⁵⁶ محمد فتحي عيد جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، دار لوتس للطباعة والنشر، القاهرة، ص 503.

الوقاية على أنها (محاولة التغلب على الشروط والظروف التي تؤدي بالأفراد إلى إتباع سلوكيات منحرفة أو القيام بأعمال تعد قانوناً جرائم أو سلوكيات شاذة)⁽¹⁵⁷⁾. وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع نخصص الفرع الأول لبيان أهم آليات التدخل الحكومي للوقاية من المخدرات، أما الثاني فنخصصه للأعلام ودوره في التوعية من أخطار المخدرات، في حين نتطرق في الفرع الثالث إلى دور الأسرة والمدرسة في الوقاية من المخدرات.

إن للدولة طرق وقائية تستخدمها للحد من جرائم المخدرات، ومن هذه الطرق هي تحقيق التنمية المستدامة وفق منظار شمولي تكاملي يبدأ بتحسين الظروف المعيشية للمواطنين عامة وللقاطنين منهم في المناطق الريفية والنائية على وجه الخصوص، وتحقيق البنى التحتية وتشجيع الاستثمار في القاطع الزراعي إذ معظم الأسباب التي تدفع الأفراد للانحراف نحو زراعة المخدرات تعود إلى تردي أحوال القطاع الزراعي ومعه تشجيع الاستثمار في القطاع الحيواني لأنه يعد نشاطاً مكماً للقطاع الزراعي، وعلى الدولة أيضاً العمل على تشجيع استغلال الموارد المائية واستثمار القطار الترفيهي والسياحي⁽¹⁵⁸⁾.

ومن الأمور التي تقوم بها الدولة أيضاً على سبيل الوقاية هي الحد من فرص الحصول على المخدرات فمن المسلم به إن التقليل من فرص حصول الأفراد على المخدرات هو من أكثر الأساليب وأهمها للقضاء على مشكلة المخدرات وذلك لأن توفر المادة المخدرة بسهولة قد يشجع عليها، وفي سبيل الحد

¹⁵⁷ محمد أبو إحسان، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، عمان، مكتبة المنار،

ط 1، 1978، ص 125.

¹⁵⁸ عادل ممشوشي، المخدرات، مرجع سابق، ص 354 - 355.

من فرص الحصول على المخدرات ينبغي على الدولة أن تتخذ الإجراءات الوقائية ما يلزم لمكافحة مراحل إنتاج المخدرات كافة أو تهريبها أو الإتجار فيها أو تداولها في الأسواق المحلية⁽¹⁵⁹⁾.

أما في المجال القانوني فإن للدولة دور وقائي للوقوف بوجه جرائم المخدرات ومن هذه الأدوار هو فرض تراخيص الإجازة والتداول وقد نص كل من قانون المخدرات والمؤثرات اللبناي والعراقي على هذه الآلية، وكذلك بتحديد المساحات الخاصة بزراعة المواد المخدرة واعطاء التراخيص لراغبين في مزاوله هذه المهنة، واستخراج شهادات التصدير والاستيراد وفقاً للشروط التي تحددها الدولة، وكذلك فتح سجلات تخصص لتدوين الوارد والصادر من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية وتحديد الجهة المستلمة وتاريخ التسليم وأوجه الصرف حتى تتمكن السلطة من المراقبة. كما وقد فرض القانون على الأطباء والصيداللة قيود لاتصالهم المباشر بالعقاقير المخدرة وللحيلولة دون إساءة استعمال التراخيص الممنوحة لهم⁽¹⁶⁰⁾.

المبحث الاول: الإعلام ودوره في التوعية من أخطار المخدرات

¹⁵⁹- عبد العال الديربي، الإتجار غير المشروع بالمخدرات، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، 2016، ص 90.

¹⁶⁰- مجاهدي إبراهيم، آليات القانون الدولي والوطني للوقاية والعلاج من جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 86.

إن التوعية بأخطار المخدرات وما يترتب عليها من إدمان ومشاكل مادية ونفسية واجتماعية تعد من أحسن الوسائل في مواجهة هذه المشاكل، وتعد التوعية الإعلامية هي أفضل أنواع المكافحة باعتبارها حجر الأساس في الوقاية لأنها تخاطب عقل الإنسان وتكوينه الذاتي وخصوصاً الأفراد الذين يعانون من حالات الاكتئاب النفسي والشعور بالضيق والقلق النفسي والتي تتحول إلى حالات عقلية خطيرة بسبب المخدرات⁽¹⁶¹⁾.

وتعتبر وسائل الإعلام ذات أهمية كبيرة في الوقاية من المخدرات فبعد التطورات التكنولوجية أصبح العالم قرية صغيرة ويمكن للوسائل الإعلامية إيصال كل المعلومات في كافة المجالات للجمهور وفي أي مكان كان. وإن للإعلام دوراً إيجابياً وآخر سلبياً في إيصال المعلومات⁽¹⁶²⁾.

أما الدور السلبي الذي يقوم به الإعلام سواء أكان مقصود أم غير مقصود من خلال تأثير الأفراد خوفاً الأحداث منهم في بعض الدعايات الهابطة التي تصور بعض السلوكيات المنحرفة على إنها أعمال بطولية أو التي تدعو إلى التحرير كدعايات التدخين وأفلام الجنس ونقل بعض أساليب الجريمة أو إظهار بعض المجرمين كأبطال من خلال قدرتهم على مواجهة أفراد الشرطة أو التهرب

¹⁶¹- يوسف سطاتم العنزي، دراسة مقارنة بين مدمني الحشيش ومدمني الامفيتامين والعاديين في بعض خصائص الشخصية رسالة ماجستير في العلوم الاجتماعية مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2002، ص 10 - 11.

¹⁶²- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات بين العلاج والتجريم، مرجع سابق، ص 285.

من العقاب⁽¹⁶³⁾. فحرية الإعلام يجب أن لا تفهم بشكل خاطئ أي بما يضر المجتمع وإنما يجب أن تعرف حرية الإعلام على إنها مسؤولية اجتماعية ينبغي أن تستعمل وسائل الإعلام سواء أكانت مقروءة أو مسموعة أو مرئية في إطار حرية التعبير واعتماداً على نسق أخلاقي واجتماعي يبرز حالة التوازن بين الحرية والمسؤولية ويأتي هذا وفق التزام الإعلاميين بمجموعة من المواثيق التي تحقق التوازن بين حرية الإعلام ومصصلحة المجتمع⁽¹⁶⁴⁾.

من الأسباب الرئيسية لوصول تعاطي المخدرات للمستوى الوبائي اليوم هو فشل المصالح الحكومية والمؤسسات التربوية في دول العالم المختلفة في إيصال المعلومات الصحيحة حول خطر استخدام المخدرات على الناس والشباب والكبار، ولقد أخذت كثير من الدول والمؤسسات اليوم تعي أهمية إعطاء معلومات صحيحة ودقيقة لمساعدة الشباب في التعرف على الأمور الإيجابية في عدم تعاطي المخدرات ومن ثم التعرف على أساس هذه القيم⁽¹⁶⁵⁾.

¹⁶³- عادل مشموشي، المخدرات، مرجع سابق، ص 384.

¹⁶⁴- نزهت محمود الدليمي، فاعلية الإعلام الحر في معالجة المشكلات الاجتماعية ظاهرة تعاطي المخدرات والإدمان أنموذجاً، كلية الإعلام جامعة بغداد الباحث الإعلامي، العدد 9-10 حزيران 2010، ص 133.

¹⁶⁵- محمد صالح محمود أحمد، مسؤولية القضاء والمجتمع في مكافحة جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 123.

والذي يهمننا في وسائل الإعلام هو دورها الإيجابي في نشر ثقافة التوعية عن خطورة المخدرات والمواد المؤثرة وكيفية الوقاية منها والحلول والعلاجات والإرشادات الصحية التي يجب مراعاتها في حالات الكشف عن المخدرات⁽¹⁶⁶⁾.

وإن المؤسسات الإعلامية قد تنامت وتزايدت بصورة مطردة وذلك بسبب الثورة الهائلة في الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وأنها بصورة عامة يمكن أن تسهم في مواجهة مشكلة المخدرات من خلال وعي القائمين عليها بالمسؤولية الملقاة على عاتقهم من قبل مجتمعاتهم التي يوجهون إليها برامجهم، فيمكن نشر برامج وندوات وحوارات تعمل على نشر الوعي بأخطار المخدرات والسعي لمحاربتها. فضلاً عن ذلك تضطلع وسائل الإعلام على اختلافها بأدوار فعالة في توجيه الأفراد والأسر من خلال إعداد حملات توعية إعلامية تستهدف الوقاية من المخدرات وبتعاون وإشراف السلطات المختصة، ولاسيما في ضمان إذاعة وتعميم التحذيرات من الأضرار الناجمة عنها⁽¹⁶⁷⁾.

وكذلك يقع على عاتق وسائل الإعلام جميعها مسؤولية إنسانية كبيرة وذلك بالتعاون مع المؤسسات المعنية الأخرى لتنفيذ خطط وبرامج تتقذ المجتمع

¹⁶⁶- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات بين العلاج والتجريم، مرجع سابق، ص

¹⁶⁷- عبد العال الديري، الإتجار غير المشروع بالمخدرات، مرجع سابق، ص 91 - 92.

من الأوبئة الاجتماعية التي تنتشر في المجتمع ويكون ذلك بما يتناسب مع المصلحة العامة وخطط التنمية الوطنية⁽¹⁶⁸⁾.

ولا بد هنا من الإشارة إلى أن أجهزة الإعلام تعمل بفاعلية ونجاح وفق توافق وتزامن وتعاون مع مؤسسات الرعاية الاجتماعية والأمنية والقانونية والمؤسسات غير الحكومية وأبرزها منظمات المجتمع المدني المساندة للعمل الحكومي، ويجب أن تتواصل هذه النشاطات بجد واجتهاد وليست مجرد تغطية وقتية لضمان التوعية الدائمة، ويجب أن تغطي موضوعات تكون لها تأثيرات إيجابية على حياة المواطنين وإن نجاح الحملات الإعلامية يتأتى من دقة إدارة تلك الحملات أثناء مواجهة الأزمات والمشكلات⁽¹⁶⁹⁾.

ولنجاح عمل وسائل الإعلام في هذا المجال يجب أن تقدم مواد وبرامج رصينة وعلمية سواء كانت عبر المجالات أو المذيع أو التلفزيون وحتى باقي وسائل الاتصال وأبرزها شبكة الأنترنت وذلك لتعريف المتلقي بخطورة المخدرات وأن تكون هذه المواد مشوقة أي جذابة ضمن الفنون الصحفية والإذاعية، وكذلك

¹⁶⁸- غازي زين عوض، الإعلام والمجتمع، مطابع الهيئة المصرية للنشر، القاهرة، 1995،

ص 11.

¹⁶⁹- حميد جاعد الدليمي، إدارة الحملات الإعلامية، مجلة لباحث الإعلامي، العدد 4، كلية

الإعلام، آذار 2008، ص 83 - 84.

عليها إبراز الآراء العلمية المتخصصة للأطباء لتوضيح أسباب انتشارها ونتائجها المدمرة على الأسرة والمجتمع⁽¹⁷⁰⁾.

ولأهمية هذا الموضوع فهناك صحف متخصصة في الجرائم في دول كثيرة ومنها الدول العربية تسعى أغلبها إلى النشر الموضوعي الهادفة إلى خدمة المصلحة العامة فتسعى مثلاً بعض الصحافة إلى أداء دور فاعل في تنظيف المجتمع من الفساد عبر إبراز حالات الجرائم وكيفية ارتكابها وما أسبابها كجانب إيجابي يلاحق الفساد والانحراف وهو ما نجده بشكل واضح في المجتمعات الديمقراطية التي يهتما تسليط الأضواء على المعطيات السلبية ومحاولة علاجها أو التخفيف منها قدر الإمكان⁽¹⁷¹⁾.

وهناك رأيان في المعالجة الصحفية لشؤون الانحرافات ومنها تعاطي المخدرات وغيرها من الانحرافات الرأي الأول يرى إن نشر أخبار وموضوعات الانحراف يساعد على انتشارها ويشجع على ارتكابها لذلك يرى هذا الرأي ضرورة تقليل المساحة من تغطيتها وكذلك يدعم أصحاب هذا الرأي الدراسات والأبحاث التي تبين تأثر الشباب والمراهقين بتلك الحالات وأن البعض يقوم بالتقليد الأعمى لما شاهده على التلفزيون أو السينما. أما الرأي الثاني فيرى إن نشر مثل هكذا أخبار يؤدي إلى نتيجة إيجابية وذلك بمنع تكرارها لما يحققه النشر الصحفي من

¹⁷⁰- غازي زين عوض، الإعلام والمجتمع، مرجع سابق. محمد عبد القادر أحمد، دور الإعلام في التنمية، دار الرشيد للنشر، العراق، 1982، ص 10.

¹⁷¹- نزهت محمود الدليمي، فاعلية الإعلام الحر في معالجة المشكلات الاجتماعية ظاهرة تعاطي المخدرات والإدمان أنموذجاً، الباحث الإعلامي، العدد 9 - 10، أيلول 2010، كلية الإعلام، بغداد، ص 138.

إرشاد وتوجيه للقارئ بالمخاطر لأخذ الحذر جراء نشر العقوبة العادلة التي تجعل الشخص يفكر كثيراً قبل أن يقدم على مثل هذه الأفعال. ونجد إن الرأي الثاني هو الأكثر اعتماداً في الصحف على أساس إن نشر الأخبار والموضوعات التي تبرز حالات الانحراف والفساد ومنها تعاطي المخدرات يمكنها من خلال أدائها لوظيفتها أن تلبي احتياجات القراء في الإحاطة بما يدور من حولهم ولكن هذا بشرط أن تلتزم الصحف في عرض الحقائق والوقائع دون إضافات وعليها أيضاً تفسير الحالة وتحليل أبعادها ودلالاتها عبر اعتماد فنون التحرير المختلفة مثل المقالات والتحقيقات والحوارات حتى الإعلانات الإرشادية ويكون هذا بمضمون علني مقنع⁽¹⁷²⁾.

وتعد وسائل الإعلام أيضاً من أهم المؤسسات التربوية ولا سيما في أوساط الأطفال والشباب لأنهم يتابعون ويتأثرون بالبرامج المتنوعة التي تختلف مصادرها وذلك من خلال الإطلاقة على الفضائيات الثقافية والإعلامية التي غالباً ما تصدرها الدول المنتجة للتكنولوجيا وإن ما يزيد على 90% من حجم إنتاج البرامج والمواد التلفزيونية المقدمة عبر القنوات التلفزيونية المختلفة هي من إنتاج دول الشمال وتعكس بمضامينها ثقافة هذه الدول وتطلعاتها وغاياتها، بينما لا يتعدى إنتاجها 10%، الأمر الذي يشير إلى أننا بنتنا أهدافاً سهلة المنال لمقاصد وثقافة هذه المضامين المستوردة⁽¹⁷³⁾.

¹⁷²- زهت محمود الدليمي، فاعلية الإعلام الحر في معالجة المشكلات الاجتماعية ظاهرة

تعاطي المخدرات والإدمان أنموذجاً، مرجع سابق، ص 139.

¹⁷³- أحمد مظهر عقاب، طرق إنتاج برامج التوعية الإعلامية للوقاية من أضرار المخدرات،

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 43.

وبعد أن سردنا دور الإعلام الإيجابي للتوعية من الانحرافات وأخطار المخدرات فلا بد لنا من بيان اهم الوسائل الإعلامية التي من خلالها يمكن نشر الثقافة الوقائية بين أفراد المجتمع، ومن أهمها:

◀ **المطلب الأول: الصحافة الورقية والإلكترونية:**

على الرغم من أن الصحافة المقروءة والإلكترونية لا تتمتع بجمهور واسع لها إلا من قبل المتعلمين والذين لا يتعدون نسبة كبيرة من السكان في الدول النامية إلا أنه يمكن بيان أهميتها من خلال متابعة الأخبار والأحداث التي تحدث في المجتمع وانعكاساتها والتي تحتاج إلى المتابعة والبحث وخاصة منها ما يتعلق بتعاطي المخدرات، وكذلك من خلال نشر التوعية عن طريق إجراء بعض الرسوم الكاريكاتيري الذي يوضح فيه النتائج الخطيرة المترتبة على المخدرات، وأيضاً تبرز أهميتها من خلال إجراء بعض المقالات والتحقيقات وتخصيص برامج من خلالها يمكن بيان أبعاد ظاهرة انتشار المخدرات، إضافة إلى ذلك نشر الثقافة الخاصة بالعقوبات في حالة قيام أحد الأفراد في ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون المخدرات⁽¹⁷⁴⁾.

◀ **المطلب الثاني: الإذاعات المرئية والمسموعة:**

إذا كانت الصحافة المقروءة هي تقتصر على المتعلمين فإن يمكن لكل الأفراد الاستفادة من الإعلام المسموع سواء أكانوا متعلمين أم أميين، حيث يحتوي على المعلومات الإخبارية والتعليمية والفنية والترفيهية، وإن صحافة الراديو قد احتلت مكانة واسعة بين الجمهور في كثير من الدول وذلك لإمكانية الاستماع

¹⁷⁴ عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات بين العلاج والتجريم، مرجع سابق، ص

إليه في أي مكان سواء في المنزل أو العمل أو المقاهي، ومن خلاله يمكن نشر المعلومات المتعلقة بإجراءات الوقاية التي تجنب الأفراد من التعاطي والإدمان على المواد المخدرة⁽¹⁷⁵⁾.

أما الإذاعة فهي كغيرها من الوسائل الإعلامية التي لها دور مهم في نشر ثقافة التوعية عن الابتعاد عن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية ولكن يجب على لغة التخاطب الإذاعي من تصنيف الشرائح الاجتماعية تعليمياً وثقافياً لاختيار البرامج الموجهة لكل فئة وذلك لاختيار الكلمات والجمل والمعاني التي تتناسب مع المستوى الثقافي والتعليمي بغية إيصال الأفكار بطريقة واضحة يفهمها الجميع مع استخدام اللهجة العامية لكي يستفيد منها أهل القرى والأقضية والنواحي ممن ليس لهم تعليم وثقافة كافية⁽¹⁷⁶⁾.

وبناء على هذه المبادئ يمكن استغلال وسائل الإعلام المعاصرة بتقنياتها الحديثة في تجسيد القيم والأخلاق الإسلامية السامية كطريق للخلاص من أي انحراف يسببه تعاطي المخدرات على السلوك والصحة والتكافل الاجتماعي⁽¹⁷⁷⁾،

¹⁷⁵- يوسف متولي يوسف، الإدارة بالمبادرة للوقاية من الجريمة، لم يذكر مكان نشر، ط 1،

2009، ص 323 - 324.

¹⁷⁶- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات بين العلاج والتجريم، مرجع سابق، ص 287.

¹⁷⁷- وأن لانتشار المخدرات كما ذكرنا في أضرار المخدرات أضراراً ليست على الفرد وإنما على المجتمع لأنه سبب لارتكاب الجريمة وسبب في تدمير اقتصاد البلد والتأثير على الأمن القومي للبلاد.

حيث تشكل وسائل الإعلام الجماهيرية القنوات الرئيسية لتلقي الأخبار والمعلومات ونشر الثقافة والوعي⁽¹⁷⁸⁾.

المبحث الثاني: دور الأسرة والمدرسة ومؤسسة العمل في الوقاية من
المخدرات

◀ **المطلب الأول: الأسرة**

¹⁷⁸- أحمد مطهر عقبات، طرق إنتاج برامج التوعية الإعلامية للوقاية من أضرار المخدرات،

مرجع سابق، ص 42.

تعد الأسرة النواة الأساسية للمجتمع، فالمجتمع من خلال الأسرة يسلط على الإنسان منذ طفولته إichاءات في مختلف شؤون العقائد والقيم والاعتبارات الاجتماعية وهو بذلك يصنع تفكيره وسلوكه الشخصي في قوالب معينة بحيث يظن الإنسان أنه اتخذ تلك العقائد والميول بإرادته واختياره ولا يدري أنه في الحقيقة صنّعة أسرته وبيئته الاجتماعية⁽¹⁷⁹⁾.

وقد حظي دور الأسرة في مدى إقبال الشباب على تعاطي المخدرات أو الابتعاد عنها بالاهتمام الكبير من الباحثين والدارسين، وقد توصل الباحث هنت في أبحاثه ودراساته إلى أنه إذا كانت العلاقة بين الآباء والأبناء يسودها التفكك والتسيب ازداد احتمال إقبال الأبناء على التعاطي أما إذا كانت العلاقة تسلطية فالمرجح أن يكون إقبال الأبناء على التعاطي متوسطاً وفي حال ما كانت العلاقة متوازية أي يسودها الحب والتفاهم فأن احتمالات إقبال الأبناء على تعاطي المخدرات يكون ضعيفاً⁽¹⁸⁰⁾.

وتؤثر الرقابة الأسرية وبخاصة دور الأب في منع انحراف الشباب نحو المخدرات فهي تقلل من فرص احتكاكهم بالجماعات المنحرفة وتوجههم وترشدتهم وتدل الأبحاث والدراسات أن تعاطي المخدرات ينتشر بين أوساط الشباب الذين تكون رقابة الوالدين عليهم ضعيفة أو معدومة⁽¹⁸¹⁾.

¹⁷⁹- علي الوردي، لمحات اجتماعية من تاريخ العراق الحديث، مرجع سابق، ص 8.

¹⁸⁰- محمد صالح محمود أحمد، مسؤولية القضاء والمجتمع في مكافحة جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 124.

¹⁸¹- محمد مرعي صعب، جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 47.

لذلك فإن التربية السليمة على أساس الاهتمام المتبادل والحوار والرعاية الفكرية ضرورية جداً في تأسيس جيل بعيداً عن إغراءات الانحراف والإدمان، ثم أن المراهق إذا شعر بأنه مهمش فإنه يحاول التمرد والهروب إلى مجتمع يعطيه أهمية بعدما تكون القيم قد دمرت في داخله، ولهذا فإن التربية الصحيحة والتوعية هي من أهم عوامل الوقاية ضد الإدمان⁽¹⁸²⁾.

وكذلك للأسرة دوراً فعالاً في التأثير المباشر على نفسية الفرد في عدم الانضمام إلى الأقران والأصدقاء السيئين وإبعادهم عن البحث والركض وراء أهوائهم وإشباع رغباتهم السيئة وتجنبهم من تعاطي المخدرات أو التقرب إليها بأي شكل من الأشكال⁽¹⁸³⁾.

وإن الأب والأم هما قذوة لأبناهما حتى لو لم يفعلوا ذلك عمداً، فمن خلال تحلي الأم والأب بالخلق فإنهم يحفظون أبناءهم من السلوك المنحرف ومن تعاطي المخدرات، وإن الاستماع إلى الأبناء أيضاً في حديثهم معهم هو بداية لتكون شخصيتهم ويعطي للأبناء فرصة التزود بالثقافة. ويأتي على عائق الآباء والأمهات أيضاً تحذير أبنائهم من المخدرات⁽¹⁸⁴⁾.

¹⁸² - إلهام نجم الأنوار، 2009/2/2، مقالة منشورة في مجلة معلوماتية، بعنوان المخدرات تجتاح لبنان، العدد 78، أيار 2010.

¹⁸³ - محمد صالح محمود أحمد، مسؤولية القضاء والمجتمع في مكافحة جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 126.

¹⁸⁴ - أحمد جمال أبو العزائم، الأسرة والوقاية من الإدمان، ص 53 - 55.

قلنا بأن الأسرة هي الركيزة الأساسية في المجتمع ونجاح المجتمع مرتبط بنجاح الأسرة ولذلك للأسرة دور كبير في اتباع السياسة الوقائية من تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية، ومن أهم الإجراءات التي لا بد من الأسرة اتباعها لوقاية الأبناء من المخدرات هي تثقيف الأسرة بالمعلومات عن تعاطي المخدرات وتقوية العلاقات الأسرية⁽¹⁸⁵⁾.

◀ المطب الثاني: المدرسة

تعد المدرسة كمؤسسة اجتماعية من أقدم وأهم مؤسسات المجتمع والتي تعني بمواصلة تعليم وتثقيف الأبناء بعد خروجهم من الإطار الأسري ورعاية الوالدان⁽¹⁸⁶⁾ والتي تهتم بمواصلة التعليم والتثقيف بين أبناء المجتمع بعد أن يخرجوا من العالم الداخلي⁽¹⁸⁷⁾.

ولقد أولت المؤسسات الاجتماعية على اختلاف أنواعها والمدرسة على نحو خاص أهمية استثنائية لمعالجة هذه الظاهرة الخطيرة في مختلف المجتمعات الإنسانية وذلك بالنظر إلى دورها التربوي والتعليمي في أي مجتمع إنساني والذي

¹⁸⁵- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات بين العلاج والتجريم، مرجع سابق، ص

¹⁸⁶- مجلة كلية الآداب، العدد 77، بدون صفحة.

¹⁸⁷- سنان عبد الوهاب الكبيسي، التنشئة الاجتماعية في رياض الأطفال، أطروحة دكتوراه،

كلية الآداب، جامعة بغداد، 1996، ص 11.

يعد عاملاً مكملاً لجهود الأسرة في تربية وتنشئة الأفراد وفق قيم ومعايير وتقاليد معينة ومقبولة⁽¹⁸⁸⁾.

وعليه تعد المؤسسة التعليمية من أهم الوسائل التي تستخدم في الوقاية من المخدرات بعد الأسرة ويمكن تحقيق الوقاية من الدرجة الثانية⁽¹⁸⁹⁾ كذلك من خلال قيام كل من الإخصائيين النفسيين والاجتماعيين والصحيين بنشر الثقافة الوقائية على الطلبة وكيفية تجنب المواد المخدرة⁽¹⁹⁰⁾.

¹⁸⁸- حارث صاحب محسن، بشرى عبد الرحيم، دور المدرسة في مكافحة الإدمان على تعاطي المخدرات، مرجع سابق، بدون صفحة.

¹⁸⁹- يقصد بالوقاية من الدرجة الثانية هي التدخل العلاجي المبكر أي وقف التماهي في التعاطي لكي لا يصل الشخص إلى مرحلة الإدمان. انظر مصطفى سويف المخدرات والمجتمع، مرجع سابق، ص 209.

¹⁹⁰- يوسف متولي يوسف، الإدارة بالمبادرة للوقاية من الجريمة، مرجع سابق، ص 322.

الخاتمة

المخدرات ظاهرة بدأت بالتكاثر وبانت مهددة للمجتمعات عامة ولبنان والعراق بصورة خاصة، ودورها في تغييب العقل والحواس، وتجعل الإنسان في حالة اللاوعي، وهذا مؤثر خطير أثبتت نتائجه السلبية في المجتمع كالقتل والسرقة وزنا المحارم والاعتصاب وكسب المال الحرام وتدمير الاقتصاد فهي تنخر بكيان المجتمع.

وإن جرائم المخدرات لم تحظ بالدراسة القانونية خاصة في العراق مثل ما حظيت بها الجرائم الأخرى رغم خطورتها. فالسياسة العقابية التي اتبعتها التشريعات الوطنية في مواجهة هذه الظاهرة في العالم عامة وفي لبنان والعراق خاصة تكاد تكون متقاربة مع اختلاف بسيط في بعض المسائل وهذا الاختلاف ناتج عن رؤية كل مشرع للجريمة معتمداً بذلك على الظروف المحيطة بمجتمعه.

إعتمد كل من المشرعين اللبناني والعراقي قوائم المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية وهي الاتفاقية الدولية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 وتعديلاتها واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع والمؤثرات العقلية لسنة 1988.

رغم إن تحديد المواد المحظورة وردت في الجداول الملحقة على سبيل الحصر لكن القانونين اللبناني والعراقي وبقصد تقادي المشاكل التي تنشأ عن حصر المواد المخدرة في جداول لم يغلق الباب أمام إمكانية إضافة أو حذف في بعض المواد التي وردت في هذه الجداول لما قد ينتج من مواد مخدرة مستقبلاً إذ حولت كل من المادة (7) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية اللبناني النافذ

والمادة (49) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي النافذ وزير الصحة إصدار بيان يتضمن تعديل الجداول الملحقة بالقانون.

في مجال تشديد العقوبة إن القانون اللبناني جاء خالي من عقوبة الإعدام في حين أن قانون المخدرات العراقي النافذ ابقى على عقوبة الإعدام عن جريمة الإتجار بالمخدرات ونص على رديفتها وهي السجن المؤبد باعتبارها عقوبة تخيريته. أما على صعيد الظروف المشددة فقد استحدثت قانون المخدرات العراقي النافذ ظروفاً لم ينص عليها سابقاً وكان من بينها فعل الاشتراك في عصابة دولية ولو في الخارج من أغراضها الإتجار غير المشروع بالمخدرات وقد راعى المشرع في ذلك انتقال العمل في هذا المجال من دائرة النشاط الفردي إلى مجال المنظمات الإرهابية. وحفاظاً على أمن الدولة وسلامتها ووحدة أراضيها جعل ظرف التشديد ينصرف إلى الأفعال المجرمة متى كانت متلازمة مع أي من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي.

أولى المشرعان اللبناني والعراقي عناية خاصة في علاج المدمنين فقد شجع كل من قانون المخدرات اللبناني والعراقي النافذين المدمنين على التقدم للعلاج وأن تستبدل المحكمة العقوبة الجزائية المفروضة بحقهم بإيداعهم في دور العلاج والمصحات النفسية الاجتماعية. بخلاف قانون المخدرات العراقي السابق الذي كان ينظر إلى المتعاطي على انه مجرم يعاقب على فعله بعقوبة الجنائية. فالمشرع العراقي وضع نص خاص بالصيادلة الذين يستغلون مهنتهم وذلك حتى لا يفلتوا من العقاب.

أخذ كل من المشرعين اللبناني والعراقي بعقوبة حجز الأموال المنقولة وغير المنقولة لكل من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانونين التي يفترض إنها متأتية من الجريمة هذا في نص المادة (156) من قانون المخدرات

والمؤثرات العقلية النافذ والمادة (34/ أولاً) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي النافذ. وقد عاقب كل من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية اللبناني والعراقي النافذين على الاشتراك في جرائم المخدرات سواء بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة أو أية صورة أخرى للاشتراك بعقوبة الفاعل الأصلي للجريمة.

قائمة المصادر والمراجع

◀ المراجع

- 1- أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ط 2، السنهوري، بغداد، 2008.
- 2- حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- 1- حسين محمد مجوم، موسوعة العدالة الجنائية، الجزء الأول، جنيات وجنح المخدرات في ضوء الفقه والقضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2003.
- 2- زهير عبد الصاحب حسين العلي، جرائم المخدرات المكتبة القانونية، بغداد، ط 1، 2002.
- 3- سمير عالية وهيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- 4- سمير محمد عبد الغني، المكافحة الدولية للمخدرات عبر البحار، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2002.
- 5- سمير محمد عبد الغني جرائم المخدرات دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 6- سمير عبد الغني، مبادئ مكافحة المخدرات الإدمان والمكافحة دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر، القاهرة، 2009.

- 7- صالح عبد النوري، التعاون الدولي في مجال التسليم المراقب للمخدرات، ط 1، الاكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- 8- صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة الأديب البغدادية، بغداد، 1984.
- 9- عادل مشموشي، المخدرات، بدون دار نشر، بيروت، 2014.
- 10- عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد - القسم العام، ط 2، مطبعة الإرشاد، بغداد.
- 11- عبد اللطيف محمد أبو هدمة، الإتجار غير المشروع في المخدرات ووسائل مكافحته دولياً، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، ط 1، 2003.
- 5- عبد الأمير العكيلي، سليم إبراهيم حرباً أصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بيروت، 2015.
- 6- علي كمال النفس انفعالاتها وأمراضها وعلاجها، ج 1، ط 4 دار واسط للنشر، بغداد، 1988.
- 7- علي محمد جعفر، قانون العقوبات والجرائم المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1، بيروت، 2000.
- 8- عماد جميل الشواررة التسليم المراقب، ندوة التقنيات الحديثة في مجال مكافحة المخدرات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط 1، 2002.
- 1- عماد فتاح إسماعيل، مكافحة تعاطي المخدرات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016.

- 2- عوض محمد، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 3- عوض محمد، قانون العقوبات الخاص بجرائم المخدرات والتخريب الجمركي والنقدي، المكتب المصري الحديث، القاهرة، 1996.
- 4- غسان رياح، قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الجديد، مع دراسة مقارنة في الإدمان والإتجار غير المشروع، دار الخلود، القاهرة، 1999.
- 10- محمد صالح محمود أحمد، مسؤولية القضاء والمجتمع في مكافحة جرائم المخدرات، ط1، مطبعة شهاب، 2018.
- 11- محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 12- محمد محمد مصباح القاضي، قانون الإجراءات الجنائية منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2013.
- 13- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، بيروت، 1984.
- 1- مصطفى العوجي، دروس في العلم الجنائي، ج2، السياسة الجنائية والتصدي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017.
- 2- محمد ذكرى إدريس، جريمة جلب وتصدير المخدرات وعلاقتها بجريمة غسل الأموال، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2016.

- 1- محمد فتحي عيد، جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، دار لوتس للطباعة والنشر، القاهرة.
- 2- محمد مرعي صعب، جرائم المخدرات، زين الحقوقية، ط 2، بيروت، 2015.
- 3- مصطفى سوييف، المخدرات والمجتمع، دار المعرفة، الكويت، 1996.
- 4- مصطفى طاهر، المواجهة التشريعية لظاهرة غسيل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مطابع الشرطة للطباعة والنشر، القاهرة، 2002.
- 5- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات دراسة فقهية قضائية مقارنة، ط 1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013.
- 6- موفق حماد عبد، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، دار السنهوري، بيروت، 2018.
- 7- نادر عبد العزيز شافي، نظرات في القانون منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007.

◀ المجالات والبحوث:

- 1- إلهام نجم الأنوار، 2009/2/2، مقالة منشورة في مجلة معلوماتية، بعنوان المخدرات تجتاح لبنان، العدد 78، أيار 2010.
- 2- داود عليجه، ارتباط المخدرات بالإجرام، مذكرة تخرج مقدمة إلى المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، جانفي، 2008.

- 3- طلال عبد حسين البدراني، إسرائ يونس هادي التقتيش وأحكامه في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، مجلة الرافدين للحقوق المجلد (11)، العدد (41)، السنة 2009.
- 5- على الدين هلال، الأمن القومي العربي، دراسة في الأصول، شؤون عربية، العدد 25، القاهرة، كانون الثاني 1984.
- 6- مجاهدي إبراهيم، آليات القانون الدولي والوطني للوقاية والعلاج من جرائم المخدرات، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، 5-2011.
- 4- ميسون خلف حمد الحمداني، جرائم المخدرات في القانون العراقي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهريين، 2007.

◀ القوانين والاتفاقيات:

- 1- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، المنعقدة في فيينا، سنة 1988.
- 4- قانون العقوبات اللبناني النافذ.
- 7- قانون المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف اللبنانية، رقم 673، الصادر في 16/3/1998.

◀ القرارات القضائية:

- 1- حكم محكمة جنايات بيروت، رقم (159)، بتاريخ 13/3/2014/ مركز المعلوماتية القانونية، <http://www.legiliban.ul.lb>.

- 11- قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الأولى، رقم 2004/96، تاريخ
2004/12/13.
- 13- قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة السابعة، رقم 2013/105، تاريخ
2013/4/11.
- 14- قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 81 لسنة 27 في جلسة
1957/3/11.

دور الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد

الدكتور محمد إبراهيم قانصو

أستاذ محاضر في الجامعة الإسلامية

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان دور الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد، ومكافحته من خلال الوقوف وكشف مظاهره السلبية، من رشوة واحتيال وتزوير وانحراف في المجالات الإدارية والوظيفية والقانونية، وما إلى ذلك من وسائط تعيق تطور النظم الإدارية، وحررها عن هدفها الأساسي المتمثل في تحقيق المصلحة العامة، التي تتجسد في تقديم الخدمة العمومية، بالاعتماد على الوسائل الإلكترونية، كآلية فعالة من آليات مواجهة الفساد واستخدام التكنولوجيا الحديثة والانتقال في العمل الإداري، من النمط التقليدي في تقديم الخدمات والتحول إلى النمط الإلكتروني الذي يوفر الوقت والجهد والتكلفة، ويعزز دور الشفافية و الإفصاح، والمساواة وتفعيل الرقابة الإلكترونية القادرة على كشف كل التجاوزات والانحرافات والممارسات غير القانونية وتقليل مظاهر الفساد بأشكاله: من إداري، ومالي وسياسي حيث عجزت الأساليب الإدارية التقليدية عن مواجهة ظاهرة الفساد. وصولاً إلى تحقيق بعض الأهداف ومحاولة وضع بعض الحلول القابلة للتنفيذ وبعض الاقتراحات.

الكلمات المفتاحية: الوسائل الإلكترونية، الفساد، الرقابة القانونية، التكنولوجيا النظم الإدارية.

Abstract

This research aims to demonstrate the role of electronic means in confronting corruption, and combating it by standing up and exposing its negative manifestations, such as bribery, fraud, forgery, and deviation in the administrative, functional and legal fields, and other mediations that impede the development of administrative systems, and divert them from their primary goal of achieving the public interest. , which is embodied in the provision of public service, relying on electronic means, as an effective mechanism for confronting corruption and the use of modern technology and the transition in administrative work from the traditional style of providing services and the transition to an electronic style that saves time, effort and cost, and enhances the role of transparency and disclosure, and equality And the activation of electronic control capable of detecting all transgressions, deviations and illegal practices and reducing the manifestations of corruption in all its forms: administrative, financial and political, as traditional administrative methods failed to confront the phenomenon of corruption. Down to

achieving some goals and trying to develop some workable solutions and some suggestions.

Keywords: electronic means, corruption, legal oversight, technology, administrative system.

المقدمة

شهدت الوسائل الإلكترونية تطوراً كبيراً في العقد الأخير من القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين، وترافق ذلك مع ثورة المعلومات حيث أخذت الأنشطة الإدارية تتحول وبشكل تدريجي من الأنشطة التقليدية إلى الأنشطة الإلكترونية، وقد برزت على الساحة الدولية أنواع عديدة من الوسائل الإلكترونية، وشكل هذا التقدم الإلكتروني ثورة بحد ذاته وكان له انعكاس مباشر على المستوى المحلي والدولي لا سيما في مواجهة ظاهرة الفساد، هذه الظاهرة التي طالت الحياة بأسرها هي ظاهرة معقدة في معظم بلدان العالم، وأعاقت سيادة القانون فيها. وفوضت أركان المؤسسات الديمقراطية وأضعفت اقتصادياتها وزعزعة الاستقرار السياسي فيها. وتمثل ذلك في إساءة استعمال السلطة والرشوة والاختلاس والتدخل في نظام العدالة.

لذا فقد تصدت الوسائل الإلكترونية لهذه الظاهرة وارتبط ذلك بتعزيز النزاهة الفردية والاجتماعية لأن الفساد يعيق التنمية المستدامة ولا يحترم حقوق الإنسان، وراحت تحث الأشخاص على مكافحة الفساد إذ لكل شخص منهم دور في درئه بأن يعمل بنزاهة شخصية وبأخذ بخيارات أخلاقية، وراحت تدعو المواطنين والشباب للمشاركة في التصدي للفساد، لأن لهذه المشاركة أهمية بالغة في مكافحته. وذلك تطبيقاً لثورة تكنولوجيا المعلومات، وما أفرزته من معطيات جديدة حيث شهد تطور الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد ثورة عالمية، الأمر الذي أتاح الحرية في إعلان أي معلومات ومهما كان نوعها، وقد استفادت المؤسسات والمنظمات والحكومات من هذه التكنولوجيا، وفي مقابل ذلك كان هناك بعض السلبيات التي غالباً ما تكون سبباً ودافعاً لانتشار ظاهرة الفساد وابتكار أساليب جديدة للاحتيال والغش، وإساءة استخدام الوظيفة العامة وتحقيق مكاسب

خاصة تؤدي إلى تقويض ثقة الشعوب في حكوماتها ومؤسساتها، فالفساد يحدث تآكلاً في قدرة الحكومات على نمو الاقتصاد مما ينعكس سلباً على كل المواطنين. ويتسبب أيضاً في الحيلولة دون أن يستفيد المواطنون بشكل كامل من ثروة بلادهم الطبيعية، مما يؤدي إلى تشويه أوليات الحكومات وهذا له تأثير على فعالية الإنفاق الاجتماعي.

لذا فإن مكافحة الفساد تتطلب إرادة سياسية لخلق مؤسسات مالية قوية تشجع النزاهة والمساءلة في كل أجزاء القطاع العام. والاستثمار في رفع مستويات الشفافية والتدقيق والمراجعة وإشراف فعال على أجهزة التدقيق الداخلي والخارجي ووضع معيار للشفافية والإفصاح، وإصلاح المؤسسات حيث تزداد فرص النجاح باستخدام الوسائل الإلكترونية في معالجة الفساد ومن جميع الزوايا، ويتم بناء خدمة مدنية مهنية إذ نقل فرص الفساد في وجود ممارسات وشفافة تقوم على الشفافية في التعينات والأجور، مما يوجب على الهيئات والوزارات والمؤسسات العامة أن تشجع على السلوك الأخلاقي وتقدم قدوة صالحة وواضحة على قمة الهرم الوظيفي. إذ إن مواجهة الفساد تتطلب مواكبة التحديات الجديدة مع تطور التكنولوجيا واستخدام الوسائل الإلكترونية عن طريق تعزيز الشفافية وتحسين شروط المنافسة. وزيادة التعاون لمواجهة الفساد وهذا يبدأ بالإرادة السياسية ومواصلة نقدية المؤسسات ودعمها لتعزيز النزاهة وطرق المساءلة والتعاون الدولي في هذا المجال وهذا ما سيحاول هذا البحث الإضاءة عليه.

أهمية الموضوع

تكمن أهمية هذا البحث في أهمية موضوع "دور الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد"، إذ أصبحت تهديدات موجة الفساد تعد المهدد الأول لكيان أي دولة بالانهييار، وهنا تتجسد أهمية البحث في الكشف عن أهمية دور الوسائل

الإلكترونية في كشف ظاهرة الفساد، والحاجة الماسة لاستخدام تكنولوجيا المعلومات وتوفير الموارد البشرية المؤهلة والملائمة في متابعة التطورات التكنولوجية الحديثة التي تتماشى مع العولمة، وهنا تكمن أهمية هذا البحث من خلال:

- بيان أثر الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد والوقاية منه.
- سن تشريعات تكافح الفساد، بما يتوافق مع المعايير الدولية.
- رفع مستويات النزاهة والشفافية في الوظائف العامة.
- نظام قضائي قادر على مكافحة الفساد.
- بيان أهمية تكنولوجيا المعلومات وتأثيرها على تطوير مفاهيم المجتمع وتطوير المهارات والقدرات في التعامل مع الآخرين والتحليل الموضوعي للوقائع والأحداث في اتخاذ القرارات السليمة.
- إلقاء الضوء على أهمية التعاون الدولي وتعزيز الأجهزة الرقابية المتخصصة والفعالة في مكافحة الفساد ومواجهته.
- اتخاذ التدابير الوقائية ضد ظاهرة الفساد على مستوى جميع القطاعات.
- بيان أهمية استراتيجية وطنية لمواجهة الفساد ضمن خطة لبناء منظومة موحدة متكاملة ضد الفساد وتنفيذ ذلك على أرض الواقع.

أهداف البحث

إن للوسائل الإلكترونية، باستخدام تكنولوجيا المعلومات دوراً فاعلاً في تحقيق التطور والنمو والمساهمة في اتخاذ القرارات الصائبة، وهذا يتجلى من خلال تطوير البنية التشريعية التي تدعم مواجهة الفساد وتعمل على تطوير جهاز

إداري كفاء وفعال، وتفعيل آليات الشفافية والنزاهة، ودعم الجهات المولجة تنفيذ القانون لمواجهة الفساد والحيلولة دون استعماله، وزيادة الوعي في المجتمع ونشر ثقافة محاربة الفساد، وبيان أهمية الوقاية منه لأنه يؤثر بشكل سلبي على تحقيق التنمية المستدامة. ودعم الجهود من خلال تمكين الإطار القانوني. وتبسيط مواد القانون والتواصل والتواصل عبر وسائل التواصل مع المهتمين والتعرف إلى الاتفاقيات الدولية وما يرتبط بالجهود الرامية إلى مكافحة الفساد بما يتوافق مع العلاقات الدولية بين البلدان والاعتماد على تكنولوجيا المعلومات وتبادل الخبرات.

وبناء عليه فإن هذا البحث يهدف إلى تسليط الضوء على دور الوسائل الإلكترونية، ومدى تأثيرها على مواجهة الفساد وذلك من خلال عدة أهداف منها:

- التعرف إلى المبادئ والقوانين التي على أساسها يمكن الحد من ظاهرة الفساد.
- بيان أهمية الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد ودورها في الحفاظ على الاستقرار النقدي.
- بيان أهمية ترسيخ النزاهة وإنفاذ القانون بما يؤسس لبيئة وطنية تناهض الفساد.
- تفعيل دور الوسائل الإلكترونية من خلال تفعيل منظومة القيم السلوكية في الإدارات العامة وضمان تكاملها وتعاونها مع بعضها البعض.
- التعرف إلى أن الإدارة العامة تقدم الخدمات إلى المواطنين بأعلى جودة وبتقافة وعدالة.
- التعرف إلى مدى تطبيق الإدارة العامة للتشريعات بشفافية من خلال إطار قانوني ينظم مساءلة المسؤولين والمدققين ومتخذي القرار ومحاسبتهم.

- ضرورة التعاون في تقديم المساعدة وطلبها في مجال مواجهة الفساد والتحري عن الفساد بجميع أشكاله وألوانه، والكشف عن المخالفات والتجاوزات وإجراء التحقيقات اللازمة والسير في الإجراءات الإدارية والقانونية واللازمة.
- إلقاء الضوء على ضرورة ملاحقة المرتكبين وفق التشريعات القانونية السارية المفعول.
- التعرف إلى الصعوبات التي تحول دون مواجهة الفساد.
- التعرف إلى أسباب الفساد وآثاره السلبية، ووضع بعض الحلول الممكنة لمعالجة هذه الظاهرة، والتعرف إلى الإصلاحات التي يمكن أن تدعم الاقتصاد وتؤدي إلى النهوض بالمجتمع.
- ما مدى فعالية الاستراتيجية للوسائل الإلكترونية لمكافحة هذه الظاهرة؟

إشكالية البحث

لقي موضوع مواجهة الفساد اهتماماً ملحوظاً في السنوات الأخيرة وخصوصاً في مجال الحياة العصرية والعلاقات الدولية وفي المؤسسات والدوائر الحكومية، وهذا أوجب على الدول وحكوماتها استخدام الوسائل الإلكترونية التي تسهم في توفير معلومات ذات جودة عالية في ترشيد القرارات التي من شأنها أن تحد من جرائم الفساد، وتعزيز القدرات البشرية والتعاقد الدولي، واتباع سياسة تجديده في الأجهزة والإدارة والخدمات على أنواعها، مما أوجب عليها اهتماماً كبيراً بالمسائل التي تتعلق بالفساد وانعكاس ذلك على الاقتصاد والسياسة والاجتماع.

وهنا تكمن مشكلة البحث التي تتبلور وتتمحور في الإجابة على التساؤل الرئيس: "ما هو دور الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد؟". حيث تتفرع من التساؤل عدة تساؤلات فرعية منها:

- ما مدى تأثير البرامج والتقنيات الحديثة والحديثة والمستخدم من وسائل إلكترونية في مواجهة الفساد؟
- ما تأثير تدريب العنصر البشري على وسائل إلكترونية لمواجهة الفساد؟
- ما قدرة العاملين في مؤسسات الدولة على استخدام النظام التكنولوجي الموجود؟
- هل تحتاج الوسائل الإلكترونية إلى أشخاص مدربين ومؤهلين كفؤين على مواجهة الفساد؟
- هل تعتبر الوسائل الإلكترونية من العناصر الأساسية في صناعة القرار بين الدول في الحد من ظاهرة الفساد؟
- هل تتخذ جميع الدول إجراءات جديّة لممارسة التهديدات التي تحدثها موجة الفساد؟
- ما هي أسباب الفساد وتداعياته وما هي الاستراتيجيات التي يجب أن تُتبع لمواجهة الفساد وآثاره على المجتمع وعلى الدولة.

فرضية البحث

- الجهود المحلية والدولية قادرة على مكافحة الفساد.
- تحقيق الشفافية وتطبيقها يوصل إلى الحد من الفساد.
- مساهمة الأفراد تحد من ظاهرة الفساد.
- يعمق الفساد الظلم الاجتماعي ويقلل فرص التنمية.
- يعد الاستبداد السياسي سببا أولا من أسباب الفساد في الدول العربية.

منهج الدراسة

مما لا شك فيه أن الفساد يؤخر عملية النمو والبناء كما أنه يؤخر تحقيق الازدهار والتقدم للدولة ولمواطنيها، وبالتالي فإن مواجهته تشكل مصلحة جماعية، الأمر الذي يستدعي تضافر الجهود للوقاية من هذه الآفة بطريقة تعاونية وتشاركية بجميع القطاعات والأنشطة وللإحاطة بذلك ستعتمد هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي لبيان دور الوسائل الإلكترونية في مكافحة هذه الظاهرة ومواجهتها، وتقييم مدى فعاليتها، وتبيان أوجه الفساد، وذلك بالإضاءة على أسباب هذه الظاهرة وتحليلها وتأثير ذلك على المجتمع والمواطن. وطرح ما أمكن من أساليب لمواجهة الفساد.

وعليه سيقسم هذا البحث إلى قسمين:

القسم الأول: أهمية الوسائل الإلكترونية في مكافحة الفساد

القسم الثاني: الفساد واستراتيجيات مكافحته

القسم الأول

دور الوسائل الإلكترونية في مكافحة الفساد

أولاً: أهمية الوسائل الإلكترونية

إن الأساليب الإدارية القديمة لم تستطع مواجهة ظاهرة الفساد التي انتشرت على مستوى معظم الإدارات، وهذا الأمر أثر تأثيراً مباشراً على مستوى الخدمات التي يجب أن يحصل عليها المواطنون لأنها تعد حقاً من حقوقهم، إذ يعود انتشار ظاهرة الفساد إلى تأخر الإدارة في مكافحة الفساد وعدم فعالية الأساليب القانونية الرقابية الموجودة، كما يمكن أن تعود أسباب هذه الظاهرة لضعف الثقافة المجتمعية التي تقوم على الرشوة وتكريم من يسدي معروفاً لشخص دون آخر.

وتعد الإدارة الإلكترونية واستخدام الوسائل الحديثة أسلوباً حديثاً يعتمد على أحدث التكنولوجيات في الرقابة وأنجح السبل للحد من مظاهر الفساد الإداري، إذ إن ما حصل من تطورات في المجتمعات لم يكن وليد الحاضر، بل مر ذلك بعدة مراحل حتى وصل إلى ما هو عليه الآن ولقد أدى التطور التكنولوجي إلى التركيز على المعرفة بكل أنواعها وظهور تطبيقات الشبكة الدولية، والتي ترافقت مع ثورة المعلوماتية والاتصالات وما إلى ذلك من وسائل إلكترونية وهذا أدى إلى ظهور العديد من المفاهيم العلمية؛ مثل الإدارة الإلكترونية الحكومية الإلكترونية والتسويق الإلكتروني وغير ذلك، حيث بدأ البحث عن الإدارة الإلكترونية التي من شأنها أن تساعد المديرين والدارسين والباحثين في مواجهة تحديات العصر المختلفة، ومنها ظاهرة الفساد، وإيجاد الحلول للمشكلات التي تواجههم.

وبعد توفر الثورة المعلوماتية أخذت العديد من الشركات والقطاعات تستخدم الوسائل الإلكترونية لتيسير أعمالها وتقديم خدماتها بشكل إلكتروني بهدف تقليل تكاليف الإجراءات الحكومية وما إلى ذلك من عمليات إدارية إلكترونية، لأن الإدارة التقليدية لم يعد بمقدورها أن تستجيب لمتغيرات العصر وتلبية متطلباته بحيث بات التحول نحو الإدارة الإلكترونية حتمية لا بد منها، وقد أخذت الأنشطة تتحول تدريجياً من أنشطة تقليدية إلى أنشطة إلكترونية، وعمدت الشركات والمؤسسات إلى استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير معظم أعمالها وتقديم الخدمات بشكل إلكتروني، وهذا يسهم في التقليل من المخاطر لا سيما في الوقت الحالي الذي ينعكس بشكل إيجابي على حسن الأداء وذلك باستخدام الحاسوب والتدريب الإلكتروني والتحول نحو تكنولوجيا المعلومات، لما لذلك من دور إيجابي وفعال وأساسي كونها تتيح الفرص أمام القطاعات للوقوف في وجه المخاطر والتحديات التي تهدد الأمن والسلم، والمحافظة على ذلك من خلال الرقابة والسيطرة والجودة والإفصاح والشفافية، وهنا تتجلى أهمية الوسائل الإلكترونية في توفير الأداء الجيد، وتوفير المعلومات التي تسهم في ترشيد القرارات لتحسين القطاع العام وتحقيق الإصلاح، وهذا يتطلب بنية تحتية تقنية تتوفر فيها الحواسيب المتطورة في إدارة شؤون الدولة وتمكن مؤسسات الحكومة والشركات والمواطنين من إنجاز الأعمال وتبادل المعلومات، وتأمين الخدمات والحصول عليها باستعمال شبكات الانترنت، بحيث تصبح الدولة قادرة على إدارة الأعمال الحكومية بالوسائل الإلكترونية، وهذا الأمر يدعم الحكومة سياسياً ويمكنها من النجاح والاستمرار في ظل مقومات قانونية تعدل القوانين وتكبح جماح الفاسدين والمرتشين، لأن الفساد ظاهرة مستمرة وآثارها مدمرة وتنتهك حقوق الإنسان وتخر جسم الدولة والمجتمع، وقد عرفت هذه الظاهرة اتساعاً واسعاً، وكان لا بد من

مكافحتها والقضاء عليها ليس بالوسائل الإلكترونية فحسب بل بكل الطرق والوسائل المتاحة.

ثانياً: مفهوم الوسائل الإلكترونية

كثيرة هي تعريف الوسائل الإلكترونية والتي تتناول الصحافة الإلكترونية والإنترنت والمدونات والهواتف المحمولة والإذاعة، وهي تعرف بوسائل الاتصال الحديثة، وأنها الأدوات أو الأجهزة 459 خالناقلة للمعلومات بين الأشخاص، وقد تم تعريفها بأنها: "استخدام للوسائل والتقنيات الإلكترونية بكل ما تقتضيه العملية أو الممارسة أو التنظيم أو الإجراءات أو التجارة أو الإعلان من تسهيل وفعالية" (عاشور عبد الكريم، 2010، ص 13)

وهناك من عرفها بأنها: "عملية إدارية قائمة على الإمكانيات المتميزة لشبكة الإنترنت وشبكات الأعمال في التخطيط والتوجيه والرقابة على الموارد والقدرات الجوهرية للمؤسسة والآخرين بدون حدود من أجل تحقيق أهداف المؤسسة (عيدوني كامية وبن حجوبة حميد، 2017، ص 221)

وقد أدى تطور الوسائل الإلكترونية إلى تطوير آلية التفاعل بين الأشخاص حيث أصبحت وسائل الاتصال الرقمية أكثر وسائل الاتصال شيوعاً نظراً لإمكانية الوصول إلى مختلف المواقع الإلكترونية وذلك باستخدام الإنترنت والاتصال بالأشخاص وتبادل المعلومات ونقلها، وهي ما تزال في تطور مستمر. وهي تتيح التواصل بين الأشخاص بسهولة وسرعة، وتمتاز الوسائل الإلكترونية الحديثة بالقدرة على نشر الرسائل للعامة إذ يستطيع الجميع رؤيتها والتفاعل معها وإبداء الآراء الشخصية والتعليقات.

ويبقى نجاح الدولة أو فشلها مرهون بتوفير الإمكانيات والمتطلبات اللازمة إلى ذلك. لأن هذه الوسائل تتطلب بيئة مناسبة وتحولاً من المفاهيم والنظريات والأساليب واستخدامها يحتاج إلى خبرات وإلى رأس مال بشري للاستفادة من مزاياها العديدة ونظر لدورها الحساس والمهم في معالجة ومواجهة أخطر الظواهر على الإطلاق إلا وهي ظاهرة الفساد، التي انتشرت بشكل سريع ومريب بسبب خضوع الكثير من السلطات السياسية والإدارية لقوانين وضوابط من ممارسة سلطة الرقابة، أو لجهل المواطن في أغلب الأحيان أو خوفه.

ويبدو أن لهذه الوسائل أهمية بالغة في التحول نحو الخدمة العامة الإلكترونية وترشيد الخدمات العمومية، ولها دور كبير في الحد من الفساد الإداري الذي تعاني منه دول عديدة وبمقدور هذه الوسائل الحديثة التقليل من أعمال الفساد من خلال تحقيق رضا الموظفين وإشباع رغباتهم وتلبية مطالبهم واحتياجاتهم وهذا بعد ذاته يبعث الأمل والأمان للإدارة والمواطن من خلال استخدام هذه الوسائل في تكثيف الرقابة على العاملين والموظفين وبشكل دائم، وعلمهم بهذه الرقابة واستخدام الوسائل الإلكترونية والتكنولوجية الحديثة لتحقيق الشفافية والنزاهة والديمقراطية التي تمثل عملية النهوض وجودة الحكم وتكريس دولة القانون.

إن استخدام الوسائل الإلكترونية في تقديم الأعمال وتسييرها وتسييرها لا بد وأن يقلل من الفساد إذا ما تم تطبيق ذلك بالشكل الصحيح.

وعليه فإن ما يعيشه العالم اليوم في ظل استخدام التكنولوجيا الحديثة والمعلومات والاتصالات والتقنيات له دور كبير في تقدم الأعمال بطريقة إلكترونية متطورة، نظراً لما لهذه الوسائل من مميزات في تحسين الأداء الإداري وتوفير الوقت والجد والمال، في ظل استفحال ظاهرة الفساد على أنواعه ولا سيما الإداري منه، الذي يعد من أعقد القضايا التي تعاني منها معظم الدول وخاصة الدول

العربية، وهذا يؤثر على العمل الشفاف الإداري ويقلل من ثقة المواطن بالدولة ومؤسساتها وموظفيها.

ولهذا يلاحظ أن جميع الدول سعت إلى مكافحة ومواجهة هذه الظاهرة وبكل الوسائل المتاحة. ومع ذلك يبقى الغموض قائماً حول إمكانية الحد من ظاهرة الفساد الإداري بالوسائل الإلكترونية، أو بمعنى آخر القضاء على الفساد باستخدام التكنولوجيا وهذا يتطلب انتهاج إدارة إلكترونية في مواجهة الفساد.

ثالثاً: دور الوسائل الإلكترونية في مواجهة الفساد

بات من الواضح أن للوسائل الإلكترونية دوراً أساسياً ومهماً في مواجهة ظاهرة الفساد، حيث تقوم هذه الوسائل بأنواعها المختلفة سواء المقروءة أو المسموعة أو المرئية بتناول العلاقة بالفساد أو النزاهة أو الشفافية والمساءلة والحاكمة الرشيدة. (حسام سعدي الجميلي، ص 85).

وبذلك يتبين دور هذه الوسائل من خلال العلاقة الجدلية بينها وبين الفساد تقوم في بداية الأمر وفي الأساس على كشف الحقائق وإلقاء الضوء على الأعمال الفاسدة ومرتكبيها، لأن الفاسدين هم بارعون في إخفاء الحقائق ومحترفون في إخفاء فسادهم، وعندهم مهارة في التمويه والتضليل ونضيق الهدف. وقد يستخدمون هذه الوسائل نفسها من أجل التضليل.

ولكي تستطيع الوسائل الإلكترونية من أن تتصدى للفساد كونه يتمتع بحماية أصحاب النفوذ، وهذا يتطلب أن تكون عملية مواجهة الفساد تشاركية وبحاجة إلى تنسيق مع الجهات المعنية بمواجهة هذه الظاهرة، وتوزيع الأدوار بين الجميع الذين يهتمون بذلك، وحتى تستطيع هذه الهيئات من مواجهة الفساد لا بد من التعاون مع الوسائل الإلكترونية على أنواعها ولا بد من أن تتوفر المصادقية

والشفافية وتجنب المغالاة والمبالغة في نشر الخبر (عيسى عبد الباقي موسى، 2004، ص 42).

ويمكن دور الوسائل المذكورة في التركيز على نشر الحقائق كما هي بجدية ووضوح وكشفها دون تحيز أو تشهير والابتعاد عن تمويه الحقائق. وهذا يتطلب ما يلي:

1- التوعية والوقاية

إن دور الوسائل الإلكترونية هو دور رئيسي في التعامل مع الفساد ونشر الوقاية والتوعية، وهذه الوسائل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بثقافة الناس، نظراً لدورها في التأثير بهم وعليهم، وتوعية المجتمع على ضرورة ازدياد الفاسدين، والعمل على إيجاد بيئة رافضة للفساد، وهذا بدوره يوفر فرصة لاستنهاض الرأي العام والتأثير في أنماط السلوك. (عامر نعمة هاشم، 2008، ص 144).

مما يجعل المجتمع يرفض سلوكيات لم يكن رفضها لولا الوسائل الإعلامية التي حملتها ووجهتها إلى المجتمع والرأي العام، وأظهرت سلبياتها. وعليه فإن الوسائل الإلكترونية معنية بنشر الوعي الوقائي في كيفية إظهار أشكال الفساد وكيفية مكافحته، وآثاره السلبية على المجتمع من قبيل الرشوة وهدر المال والأضرار بمصالح الناس وسرقة المال من دون التصدي لها.

2- اهتمام الوسائل الإلكترونية بقضايا الفساد

إن بعض الوسائل الإعلامية والوسائل الإلكترونية تعطي ميزة للمسؤولين الحكوميين وتظهرهم بمظهر النجومية في محاربة الفساد، وتمكنهم من الدفاع عن أنفسهم في القضايا والاتهامات التي توجه إليهم، فيظهرون بمظهر مكافحين الفساد.

3- الرقابة

إن التقدم العلمي والتطور التكنولوجي الذي حصل في الوسائل الإلكترونية قد استحدث آليات جديدة للرقابة على الوسائل الإعلامية وذلك لحماية الأشخاص النافذين ومصالحهم، مع العلم أن حرية التعبير وحرية الكلام تستند إلى الاتفاقات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، كما في المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. حيث تهدف الرقابة إلى كبت الأصوات المنادية بالإصلاح وكشف الفساد، ومنع المنشورات التي تعد غير مرغوب فيها سياسياً أو مناقضة لمصالح المسؤولين في النظام والسلطة أو الحكومة. (عماد الأصغر وآخرون، 2020، ص 100).

وهذا الموقف له تداعيات منها: غياب الشفافية، ومجادلة السلطة الحاكمة مقابل تزوير الحقائق وعدم تقديم الأدلة الصحيحة للناس وللمجتمع، وهذا يخلق حالة من الخوف عند الكثير من الوسائل الإعلامية مما يدفع ببعض منها إلى التراجع والتردد في كشف الحقيقة ومجريات الأمور إن لم تبيض صفحة الفاسدين من المسؤولين والحكام.

وقد تقوم بعض الاستراتيجيات للرقابة وتكون سبابة في محاولة من النظام السياسي لمنع وصول المعلومات الهامة والمتعلقة بمواضيع تثير الرأي العام. (عماد الأصغر، ص 101).

ولكن في عصر العالم الرقمي فمن السهولة بمكان تسريب المعلومات، وهناك استراتيجيات لمواجهة التسريب ومنها التسريب المضاد وهذا يخلق حالة

من التشويش والفوضى لدى المتلقي ويصعب عليه بالتالي التميز بين الصواب والخطأ. حيث تقوم بعض المؤسسات الإعلامية بإيعاز من النظام السياسي الحاكم بالترويج للنظام وللطبقة الفاسدة.

وفي مقابل ذلك فإن ما حصل من تطور في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات قادر على كسر القيود الرقابية، بحيث أصبح بمقدور الوسائل الإلكترونية أن تجعل المعلومات تصل إلى جميع الناس عبر شبكات التواصل الاجتماعي وتتحدى الهيمنة على المعلومات، وأن تخلق واقعاً جديداً يكشف عيوب الفاسدين ويعريهم، لأن جرائم الفساد أصبحت جرائم عالمية وعابرة للحدود وللطوائف من حيث ارتكابها وما ينتج عنها من نتائج مدمرة.

القسم الثاني

مدخل إلى الفساد واستراتيجيات مكافحته

أولاً: مفهوم الفساد وأنواعه

إن الفساد ظاهرة خطيرة جداً تهدد المجتمع وبيئته وبنية وتؤدي إلى خلل عام في جميع مرافق الحياة، والفساد بمعناه العام يطلق على كل السلوكيات والخصال السيئة، ويطل الغش والخداع والظلم والحرمان والرشوة ومصادرة الحقوق، وهو تصرف مضاد ومعاكس ومخالف، للنزاهة والعدل والبراءة وكل ما يميّز الضمير ويقلل من الوازع الأخلاقي. وهو كل سلوك غير سوي وغير أخلاقي وغير إنساني وغير قانوني، والفساد هو نوع من التحيز العنصري والعنصري، وهو جرم يحاسب عليه القانون ولا يتقبله المجتمع.

وتعريف الفساد يختلف من مجتمع إلى آخر، وذلك تبعاً لاختلاف الثقافات والقيم السائدة في تلك المجتمعات، على الرغم من تشابه الأسباب الرئيسة لوجود هذه الظاهرة وتطورها ونموها (وليد الدسوقي، 2012، ص 192).

وقد اختلفت تعريفات الفقهاء لمعنى الفساد، باختلاف نظرتهم لهذه الظاهرة، مما أدى إلى وجود صعوبة في تعريفه مما يتطلب تحديد الظاهرة ليؤخذ منها تعريف يخدم الغرض الذي نحن بصدده . (روبيرت، 1994، ص 46).

الفساد لغة

يأتي معنى الفساد في معاجم اللغة من جذر الفعل فَسَدَ وهو ضد صَلَحَ، والفساد لغة البطلان، فيقال فسد الشيء أي بطل واضمحل، والفساد نقيض الصلاح، فَسَدَ يَفْسُدُ فساداً، ويقصد بالفساد التلف والعطب والاضطراب والخلل والجذب والقحط وإلحاق الضرر. (ابن منظور، لسان العرب، 2009).

هذا في بعض المعاجم، أما في القرآن الكريم فقد وردت لفظة الفساد في مواضع عدة منها قوله تعالى: (الذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً)، (سورة القصص، آية 83).

ووردت في قوله: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا في الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم عذاب عظيم)، (سورة المائدة، الآية 33).

لقد ذم القرآن الكريم الفساد في أكثر من موضع وجميع هذه الآيات تدم الفساد وتحرمه بشكل مطلق وإن لمرتكبه الخزي والعار في الحياة الدنيا والعذاب الشديد في الآخرة. (كامل الجابري، 2005، ص 31).

من خلال هذه التعاريف المختصرة يتضح أن الفساد في المجتمع يعني فساد تنظيمه أو قواعده، بطريقة تخرج هذه القواعد عن أسسها ووظيفتها الأصلية أو أن العناصر والعلاقات الداخلية فيه، تتحل فتختفي العناصر الموجبة فيه كقيم العدالة والتعاون والحرص على المصلحة المشتركة، وتغيب مصالح القلة النافذة على حساب عامة الناس.

- أما الفساد اصطلاحاً

كذلك تعددت التعاريف لظاهرة الفساد من ناحية الاصطلاح والتي ترتبط بمجال النشاط البشري وهذا تابع لاختلاف الثقافات والقيم السائدة وتبعاً للرؤية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والإدارية وهذا يبرر الاختلاف في تحديد مفهوم الفساد. (أحمد أبو دية، 2004، ص 3).

وعموماً لم يتم تعريف الفساد بشكل موحد وشامل، فقد عرف الفساد من الناحية الاقتصادية بأنه كل تصرف يتم على خلاف ما يقتضيه الاستغلال الأمثل للموارد. (محمود عبد السلام، السالوس، 2005، ص 10).

وعرف الفساد في السياسية أنه الذي يسود في بيئة تساند فيه السياسة العامة للحكومة نظاماً بيروقراطياً، وتتم معظم معاملاته في سرية نسبية ولا تفرض عليها جزاءات رسمية كالرشوة أو توظيف الأقارب من غير ذوي الخبرات والمؤهلات وما إلى ذلك. (لؤي إبراهيم عبد الله، 2003).

ومن التعريفات أيضاً أنه سوء استعمال السلطة العامة أو الوظيفة واستغلال ذلك من أجل الربح والكسب، أو تحقيق مكانة مرموقة أو هبة، أو منفعة لجماعة أو ما شابه وذلك بطريقة مخالفة للقانون وفيها خرق له، وقد يحدث الفساد أحياناً بتعيين الأقارب والمحسوبيات، أو سرقة أموال الدولة بعدة طرق . (حسنين المحمدي بواى، 2008، ص 13).

والفساد يعني القيام بالأعمال التي فيها خرق للقانون ومخالفة للتشريع ومعايير السلوك الأخلاقي. وهو تصرف خلاف الإصلاح والخروج على القانون وعلى المؤلف وهو عكس الدين والأخلاق والإنسانية وخرق للشرائع.

ثانياً: أنواع الفساد

إن أنواع الفساد تتغير وتتبدل حسب البلدان وحسب المجالات، ويمكن ذكر بعض الأنواع وفقاً لما يلي:

1- الفساد الإداري، وهو يتعلق بانحرافات السلطة الحاكمة والمتحكمة في رقاب الناس والعباد، ومؤسسات الدولة ونظام الحكم واستغلال النفوذ والاعتداء على حقوق الناس وحررياتهم وتجاوز مبدأ تداول السلطة، وتوجيه وسائل

الإعلام وبعض الوسائل الإلكترونية وتهيئة رأي عام يؤد السلطة وسياستها، ومحاربة أصحاب الكفاءة والنزاهة، وتهميش أصحاب المواهب والمهارات والتضييق عليها وتهجيرها من خلال الضغوط الجائرة عليها.

ومن مظاهر الفساد الإداري تدخل الحاشية التي ترتبط بالحاكم واستغلال المراكز الحساسة في السلطة لتمرير عمليات الاحتيال والتهرب الضريبي واختلاس الأموال، وتلقي الرشاوى وتفشي ظاهرة المحسوبية في معظم التعيينات داخل الدولة، وكل هذا يؤدي إلى خلل كبير في الأداء الوظيفي. وفضلاً عن ذلك أن السلطة السياسية تتمتع بالحصانة وتمنع عن تنفيذ الرقابة والأحكام أو المحاسبة على أي خطأ أو خلل يحصل . (سالم سليمان وخضر عباس عطوان، 2012، ص 12).

2- الفساد المالي

يُعرف الفساد المالي بأنه خروج عن القوانين وعدم التقيد بها، وهو يخالف النظام العام ويخالف القواعد والأحكام والتعليمات الرقابية والمالية والمصارف والمؤسسات وشركات التأمين وما يرتبط بها من منشآت، وهذا النوع من الفساد يشكل عاملاً أساسياً في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة . (سليم الحص، 2006، ص 61).

3- الفساد الأخلاقي

يظهر هذا النوع من الفساد في الانحرافات الأخلاقية والتصرفات غير السوية وغير المنضبطة، والقيام بأعمال منافية ومخلة بالحياء في أماكن العمل، وبما لا يتناسب مع معايير الوظيفة وأخلاقها، واتباع الشهوات والمحسوبيات،

وعدم الأخذ والالتزام بالشفافية والإخلاص والجدارة، والابتعاد عن المعايير الأخلاقية، والتي تتنافى مع السلوك المهني والوظيفي.

إلى ما هنالك إلى أنواع عديدة لا يتسع المجال لذكرها جميعاً كالفساد الاقتصادي، والفساد القضائي.

من خلال ما تقدم يمكن القول: إن تفشي الفساد يرجع إلى عدة عوامل أساسية ساعدت إلى انتشاره بهذا الشكل المرعب والمخيف، ومن هذه العوامل السياسية والاقتصادية والثقافية والقانونية وجميعها مع بعضها مسؤولة عن ذلك. حيث غياب سلطة القانون، وتجاهل الشروط القانونية وتداخل العلاقات الاجتماعية والرسمية في التعيينات والوظائف يضاف إلى ذلك عدم وضوح القوانين وعدم صياغتها بشكل دقيق وواضح، وانعدام الشفافية والنقص في بعض التشريعات، ووجود بعض الثغرات القانونية التي قد تتيح لبعض المسؤولين صلاحيات وحصانات مما يجعل أمامهم باب الفساد مفتوحاً دون حسيب أو رقيب. والأهم من ذلك ضعف الرقابة الإدارية والمالية وعدم وجود حوكمة فاعلة تقوم بالتدقيق الداخلي والتدقيق الخارجي وعدم إعطاء العاملين والموظفين حقوقهم المشروعة من رواتب وتأمين وضمان وما إلى ذلك مما يدفعهم إلى الغش والاحتيال والاختلاس.

وأخيراً اعتماد الأجهزة القضائية والأمنية على الأساليب التقليدية في التحقيق وعدم مواكبة التطورات والمستجدات مما يؤدي إلى الإفلات من العقاب. ومن مظاهر الفساد الأكثر شيوعاً نذكر: الرشوة، الاختلاس، الغش والتدليس، الابتزاز، التزوير، التعسف، المحسوبية، السرقة.

الفساد السياسي

هناك من عزّف الفساد السياسي بأنه إساءة استخدام السلطة العامة لأهداف غير مشروعة وعادة ما تكون سرية لتحقيق مكاسب شخصية إذ إن كل أنواع الأنظمة السياسية معرضة للفساد السياسي التي تتنوع أشكاله إلا أن أكثرها شيوعاً هي المحسوبية والرشوة والابتزاز وممارسة النفوذ والاحتيايل ومحاباة الأقارب. وقد كاد الفساد السياسي أن ينتشر في المستويات والقطاعات كافة، وحمل في طياته تهديدات للاستقرار و الأمن و فشل للسياسات التنموية وإهدار للحقوق وانتشار للظلم، وقد عرف الفساد تنوعاً في أشكاله وأنماطه، غير أن أكثرها خطورة هو الفساد السياسي نظراً لتعلقه بسياسة الدولة و ارتباطه بالقطاعات الأخرى، فكثيراً ما كان سبباً من أسباب سقوط الحضارات و محركاً للعديد من الثورات، خاصة الثورات العربية مؤخراً، و التي كشفت النقاب عن الكثير من قضايا الفساد السياسي.

ومن وجهة نظر علماء السياسة يقصد بالفساد السياسي فساد الساسة والحكام ورجال الأحزاب السياسية وأعضاء الحكومة وأعضاء المجالس الشعبية والمشتغلين في العمل السياسي أياً كانت مواقعهم أو انتماءاتهم السياسية بالاعتماد على استغلال النفوذ السياس مما يؤدي إلى اختلال منظومة الحكم في البلد،

ثالثاً: طرق وأساليب مواجهة الفساد

تُعد الإدارة العامة من أهم الأمور الحيوية في جميع البلدان وضعفها أو غيابها يؤديان إلى عدم تقديم الخدمات للمواطنين بجودة وكفاءة، وتصبح هذه الخدمات أقل من المستوى المطلوب. وهذا يؤدي إلى تعشي الفساد في هذه البلدان.

وهنا يكمن دور الوسائل الإلكترونية ودور الحركات الشعبية والمناداة بكشف الفاسدين والمطالبة بالشفافية والمساءلة وتمكين المواطن من التطلع إلى حكومة ونظام أفضل أداء وأكثر خضوعاً للمكاشفة والمساءلة والعدالة والنزاهة واحترام حقوق الإنسان.

وتفيد معظم الدراسات والبحوث أن التكنولوجيا تضيء صبغة ديمقراطية على التنمية، وتسهل المعرفة والمحاسبة ومكافحة الفساد والاحتيال، وذلك من خلال دورها في التحقيقات المالية وتسهيل الأنظمة المحاسبية في تبادل المعلومات والتنسيق بين مؤسسات مكافحة الفساد، إذ تعتبر التكنولوجيا محوراً مهماً في عملية التغيير الدقيقة والتقنيات الحديثة في تسيير المعاملات على أنواعها، إذ تصبح عملية طرح البيانات طريقاً يساعد المهتمين والمتخصصين في محاربة الفساد والكشف عن الممارسات الفاسدة ومنعها والتنبؤ بها والتي كان يتم إخفاءها والتعتيم عليها باستخدام الورق، واليوم وبسبب الرقمنة يمكن الحد من الفساد عن طريق تحويل المعاملات وفي جميع المجالات والأصعدة للعمل بالتكنولوجيا، الأمر الذي يحول الأنظمة الورقية للتفاعل مع المواطنين إلى أنظمة رقمية حديثة بحيث تصبح الخدمات العامة مفتوحة ومتحورة حول حقوق المواطن. واستخدام معظم الوسائل الإلكترونية لتسهيل الإبلاغ عن الفساد والتعرف إلى المعلومات الرسمية ورصد كفاءة الخدمات الاجتماعية ونزاهتها، ورصد الحياة السياسية مما يجعل المعلومات والبيانات المالية أكثر شفافية.

أيضاً يمكن لهذه الوسائل أن تدعم جهود الحملات والمساعدة في حث الناس وتشجيعهم على مكافحة الفساد، وحين تكون الشفافية على مستوى الحكومات، فإن ذلك يحقق تطوراً كبيراً لردع محاولات الفساد، إذ يمكن استخدام التقنيات الحديثة لتتبع حركة الأموال وتسجيل الأصول وشراء العقود وبذلك يضمن

عدم الاعتماد على الرشاوى، وهذا سبيل من سبل حفظ المال والحد من ظاهرة التسلط وقبول الرشاوى ومن السبل أيضاً عدم التعامل بالنقد المادي الذي يتسبب في خسائر فادحة. واستبدال ذلك بالدفع الإلكتروني حيث تصل الأموال إلى المستلم المقصود مباشرة.

وانطلاقاً مما تقدم يمكن القول: إن عملية مكافحة الفساد، من المفترض أن تكون عملية متكاملة وشاملة، وعلى جميع الأصعدة والمستويات؛ المستوى الأخلاقي والمهني في العمل، في نظم الإدارة في النظم التشريعية والقانونية، وتوسيع الفعاليات ومشاركة جميع مكونات المجتمع المدني والمواطنين. وإرساء المساءلة وتعزيز الشفافية وتقوية المحاسبة الفعالة وإصلاح المنظومة القانونية والتشريعية التي تتعلق بالفساد، وتكثيف الجهود الأممية التي تسعى هيئة الأمم المتحدة إلى تفعيلها. وجعل مكافحة الفساد عملية عالمية ودولية أكثر منها عملية محلية. وهذا يتطلب وضع تدابير تمنع الفساد وتجرم التصرفات الشاذة وتعزز التعاون الدولي القضائي الذي يأخذ شكل الوقاية ويعمل على ملاحقة المفسدين والمجرمين من خلال المساعدة القانونية المتبادلة وتبادل المعلومات وآليات تنفيذ الاتفاقيات، ومن الأساليب الفعالة في هذا الصدد التحقيق مع مرتكبي جرائم الفساد وإحالتهم إلى القضاء، والعمل على التوعية المجتمعية من أجل الحصول على المعلومات من خلال الوسائل الإلكترونية ونشرها وتعميمها، لأن لهذه الوسائل دوراً أساسياً وحيوياً في كشف الممارسات التي تتعلق بالفساد والمفسدين، وهذه المسؤولية هي مسؤولية حساسة ومهمة وخطيرة، ولا تقل في أهميتها عن مسؤولية الأجهزة الرسمية في محاربة الفساد ومكافحته، إذ تؤدي هذه الوسائل دوراً في البعد الاجتماعي والسياسي وقد يكون لها أثر أوسع من البعد الشعبي والجماهيري، لانعكاساته وتأثيراته على الساحة المحلية وبجميع الأبعاد التي مر ذكرها.

وفي هذا الصدد لا بد من تكوين الموارد البشرية وتأهيلها وتدريبها وتنمية قدراتها على أداء الأعمال والخدمات بشكل سليم وفعال، وإعطائهم المهارات لاستخدام هذه الوسائل وإدارة الشبكات وقواعد البيانات وما إلى ذلك من مهارات تحليل الأسلوب الإجرائي وتفسيره وما يتبع في أداء العمل وانسياب المعلومات، فضلاً عن تحديد المشكلات وتحليلها والكشف عن أسبابها. من خلال توظيف اختصاصيين مؤهلين علمياً وعملياً للتقليل من احتمال الوقوع في الخطأ أثناء العمل. وإخضاعهم للمراقبة الدائمة، وتوفير الحماية اللازمة لبيانات المستخدمين المخزنة على الأجهزة وتشفيرها وإخفائها.

ومهما يكن من أمر فقد أصبح المسؤولون والموظفون الفاسدون يتخوفون من الفضائح التي أصبح لها انتشار كبير بسبب الوسائل الإلكترونية نظراً لمواقع التواصل الاجتماعي ودورها في التأثير على بعض الممارسات التي تدخل ضمن الفساد الإداري.

الخاتمة

بالاستناد إلى ما تقدم يمكن القول: إن للوسائل الإلكترونية، والتي تمثل أحد نماذج الإدارة الحديثة دوراً مهماً في مكافحة الفساد بالإضافة إلى تحسين جودة الخدمات ونيل رضا الجمهور العريض من الناس. وقدرتها على تخطي الكثير من مشاكل نظم الإدارة التقليدية وتجاوز العديد من قضايا الفساد، وإمكانية تعقب الفاسدين وغلغ منافذ الفساد وتقوية مؤسسات العدالة، والاسهام في إدارة الشفافية والمساهمة في صناعة القرارات وترشيدها والمشاركة والتعاون عبر القنوات المتعددة والمختلفة.

وخلصه لما سبق: فإن فعالية الوسائل الإلكترونية في مكافحة الفساد يحتاج إلى إرادة سياسية تدعم إرساء المبادئ الحديثة في المؤسسات الحكومية وفي مقدمتها الشفافية ونشر المعلومات والإفصاح، وتكريس عنصر المساءلة وتعميقه داخل المرافق العامة، وهذه جميعها من المعايير التي تحد أو تقضي على الممارسات المختلفة للفساد وتكافحه.

المصادر والمراجع

- 1- عيدوني كافيه وبن حجوبة حميد، الإدارة الإلكترونية في العالم العربي وسبل تطبيقها (واقع وآفاق) مجلة الأصيل للبحوث الاقتصادية والإدارية، جامعة عباس الغرور خنشلة، العدد الثاني، ديسمبر، 2017.
- 2- عاشور عبد الكريم، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة قسنطينة، 2010.
- 3- حسام سعدي الجميلي، (دون تاريخ)، الإعلام وظاهرة الفساد من منظور اجتماعي، دراسة معاصرة، دار الكتب الحديثة، القاهرة.
- 4- عيسى عبد الباقي موسى، (2004)، معالجة الصحف لقضايا الفساد في مصر، مركز الجزيرة للدراسات.
- 5- عامر نعمة هاشم (2008)، دور الإعلام التربوي في مكافحة الفساد، منشورات الحلبي.
- 6- وليد الدسوقي، (2012)، مكافحة الفساد في ضوء القانون والاتفاقيات الإقليمية والدولية، الشركة العربية المتحدة، القاهرة.
- 7- روبرت للفارد، (1994)، السيطرة على الفساد، ترجمة على علي حسين حجاج، دار البشير للنشر والتوزيع، عمان.
- 8- ابن منظور، محمد بن علي بن مكرم، لسان العرب، 2009، دار الصادر، بيروت، ج 3، ط3.

9- كامل الجابري، سيف القيسي (2005)، كيف واجه الإسلام الفساد الإداري، دائرة الأوقاف.

10 - سالم سليمان (2012)، الفساد السياسي والأداء الإداري، بغداد.

11- سليم الحص، مشاريع الدولة لمكافحة الفساد، الدار العربية للنشر، بيروت.

12 - محمود عبد السلام السالوس (2005)، التحليل الاقتصادي للفساد، دار النهضة العربية، القاهرة.

13 - مهدي. ايناس ضياء، دور نظام الحكومة الاليكترونية في الاصلاح السياسي لمؤسسات الدولة،مجلة جامعة جيهان - اربيل للعلوم الاجتماعية والانسانية،المجلد 5، العدد 2،ص52-43).

- 14

Inas Mahdi, [The impact of the characteristics of human resources information systems in the implementation of the strategic decision of the state :Applied research in the Iraqi Ministry of Oil](#) , Journal of Kufa legal and political science, Volume1,issu30,2017.

بحث بعنوان "السلطة التقديرية للقاضي الجنائي الدولي ما بين الجرائم الدولية الإلكترونية ووسائل الإثبات التقنية"

الدكتور عباس محمد بصار

مقدمة

عاد موضوع سلطة القاضي التقديرية مؤخراً إلى الواجهة، وشهد اهتماماً كبيراً لدى الفقه على المستويين الوطني والدولي. خاصةً مع التطور التشريعي في القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الجنائي من جهة، ومع ظهور المدافعين عن حق الفرد في التقاضي أمام القاضي الطبيعي من جهة ثانية، وذلك من أجل تحقيق العدالة الجنائية الوطنية أو الدولية المنتظرة.

فعلى الرغم من ارتباط سلطة القاضي ارتباطاً وثيقاً بالسياسة الجنائية والنظام الإجرائي اللذين ينتهجهما المشرع الوطني أو الدولي، إلا أن ذلك لم يؤثر على التطور الذي لحق بالسلطة المذكورة، في ظل التطور الذي طال عالم الجريمة وأدلة الإثبات.

وبالتالي، فإن سلطة القاضي التقديرية تختلف من نظام إجرائي لآخر، ولم تعد تقف عند حدود القانون الوطني، فقد أصبحت اليوم تتسم بالصفة الدولية مع ظهور المحاكم الجنائية الدولية الخاصة والمؤقتة، وحتى الدائمة. فالمحاكم المذكورة تعد مؤسسات جامعة لثقافات قانونية مختلفة ومتنوعة، تتمثل بالدرجة الأولى في القضاة المعيّنين للعمل ضمنها. ومن هنا أصبح بالإمكان الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي الدولي.

نرى هذه الإشكالية أيضاً في المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، والتي تتألف من قضاة دوليين ووطنيين، الأمر الذي يشكل اختلافاً ثقافياً بينهما، يمتد ليطل

اختلاف السلطة التقديرية بينهما. وقد يكون لهذا الاختلاف إيجابيات على العدالة الجنائية.

لا تبدأ هذه السلطة عند تقدير العقوبة وحسب، إنما قبل هذه المرحلة. فسلطته تبدأ عند تقدير أدلة الإثبات، خاصةً الالكترونية منها، والتي لا يزال الجدل حول مدى حجيتها قائماً لغاية تاريخه. وفي تلك المرحلة المبكرة، يلعب النظام الإجرائي دوراً هاماً في التأثير على السلطة التقديرية له.

ونأتي إلى صلب موضوعنا، إن السلطة المذكورة للقضاة، أضحت اليوم أمام تحدٍ جديد مع ظهور الجرائم الالكترونية على المستوى الوطني. وقد حاول المشرع مكافحتها من أجل حماية أمنه القومي من أثارها. أما اليوم، فهذا النوع من الجرائم قد توسّع ليطال الأمن العالمي بأجمعه، ويؤثر على الاستقرار والسلم الدوليين. وقد أدى ذلك إلى ظهور جرائم دولية الكترونية مستحدثة، إذا ما أردنا أن نقاربها مع الجرائم التقليدية. مثال على ذلك؛ جريمة الإبادة الجماعية الالكترونية، الجرائم ضد الإنسانية الالكترونية وجرائم الحرب الإلكترونية الخ....

ومن هنا يهدف بحثنا إلى الإضاءة على كيفية ممارسة القاضي الجنائي الدولي سلطته التقديرية في ظل هذا النوع من الجرائم الدولية الالكترونية، والذي لم يكن معروفاً في السابق. في حين أن المشرع الدولي لغاية تاريخه لم يهتم بإدخال أي نص جديد يتناول هذه الجرائم، الأمر الذي أدى إلى ظهور الكثير من الإشكاليات التي تؤثر على العدالة الجنائية الدولية.

ومن خلال ما سبق ذكره، نطرح الإشكالية التالية: ما مدى تأثير السلطة التقديرية للقاضي الجنائي الدولي بالجرائم الدولية الالكترونية المستحدثة؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات أهمها:

ما مدى سلطة القاضي الجنائي الدولي في تقدير الدليل الالكتروني؟

ما مدى سلطة القاضي الجنائي الدولي في إقرار العقوبة على الجرائم الدولية
الإلكترونية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى مطلبين:

(أ) - مطلب أول: مفهوم وأركان الجرائم الدولية الإلكترونية.

(ب) - مطلب ثانٍ: سلطة القاضي الجنائي الدولي التقديرية في ظل الجرائم
الدولية الإلكترونية المستحدثة.

المطلب الأول: مفهوم وأركان الجرائم الدولية الالكترونية

إن تناول سلطة القاضي الجنائي الدولي في ظل الجرائم المذكورة، تتطلب وضع تعريف شامل لهذا النوع من الجرائم، فضلاً عن تحديد أركانها.

تعرف الجريمة الجزائية الدولية بأنها: "فعل أو امتناع ينطبق عليه وصف الجريمة الوارد في المواد 6، 7 و 8 من النظام الأساسي للمحكمة، سواء كانت أفعال إبادة أو أفعال ضد الإنسانية أو تلك التي تمثل جرائم حرب. على أن تصدر عن إرادة معتبرة قانوناً، وذلك بأن تكون في إطار دولي ويتبنى الفعل ضمن سياسة دولة أو سياسة منظمة غير حكومية"¹⁹¹. وهناك أيضاً جريمة رابعة، وهي جريمة العدوان المذكورة في المادة 5.

ويلاحظ من خلال الواقع الذي نعيشه اليوم في ظل التطور العلمي وتقدم عجلة النمو، وتمدد شبكة الإنترنت لتتطال كافة بقاع الأرض، بروز جرائم لم تكن معهودة في السابق. الأمر الذي شغل تفكير علماء الإجرام على الصعيدين المحلي والدولي في كيفية التعامل مع هذه الجرائم، والسبل الكفيلة لردعها والقضاء عليها. وتُعرف هذه الجرائم باسم الجرائم الالكترونية أو الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت أو الجرائم المعلوماتية الخ...

والجريمة الالكترونية كالجريمة الدولية، لا يوجد تعريف موحد لها، إلا أنه يمكن أن نعرفها بأنها "كل سلوك غير مشروع معاقب عليه قانوناً، يستهدف البيانات والمعلومات الالكترونية بواسطة إحدى وسائل تقنية المعلومات".

191- عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

2005، ص18.

وفي السياق نفسه، سعت الكثير من الدول إلى التصدي التشريعي للجرائم المذكورة، فنرى مثلاً في لبنان (القانون رقم 2018/81)، وفي دولة الامارات العربية (قانون رقم 2 عام 2006).

أما على المستوى الدولي، فقد تم إبرام الكثير من المعاهدات والاتفاقيات، نذكر منها مثلاً، الاتفاق بشأن التعاون على مكافحة الجرائم في مجال المعلومات الحاسوبية لعام 2001¹⁹².

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، ما هو موقف القضاء الدولي الجنائي من هذه الجرائم؟ وهل يمكن توظيف شبكة الإنترنت لارتكاب الجرائم الدولية؟ ومن هنا سنقسم هذه المطلب إلى فرعين. يتناول الأول الركن المادي والشرط المسبق للجرائم الدولية الالكترونية. أما الثاني، فيتناول كلاً من الركن المعنوي والدولي والشرعي للجريمة المذكورة.

الفرع الأول: الركن المادي والشرط المسبق للجرائم الدولية الالكترونية

لا بد من الإشارة أولاً إلى أنه لغاية تاريخه لم تتناول المحاكم الجنائية الدولية موضوع الجرائم الدولية الإلكترونية، ويعود السبب الأساسي في ذلك إلى حداثة القانون الدولي الجنائي من جهة، وأيضاً حداثة الجرائم الالكترونية من جهة ثانية. وفي السياق نفسه، فعلى الرغم من اهتمام الفقه بالجرائم الالكترونية على الصعيد الوطني، إلا أنها لم تلقَ أي اهتمام على مستوى الفقه الدولي. ومن خلال الواقع،

¹⁹²- بتاريخ 2002/11/22، أصدرت منظمة الأمم المتحدة قرارات بشأن التطورات الحاصلة في إطار المعلومات والاتصالات السلكية واللاسلكية في سياق الأمن الدولي، تبعه في شهر كانون أول العام نفسه قرار آخر حول إرساء ثقافة عالمية لأمن الفضاء الالكتروني (الرقمي). للمزيد أنظر: نوران شفيق، أثر التهديدات الإلكترونية على العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، 2015، ص 109.

إن التوجه نحو تجريم هذه الارتبكات والاهتمام المتزايد بها، هو من أجل حماية الأمن القومي للبلد. ولكن برأينا، إن الجرائم السالفة الذكر، إذا ما ارتكبت في إطار دولي، فإن آثارها سوف تمتد لتشمل الأمن القومي الدولي.

ونعني بذلك، أن يتم ارتكاب الجرائم الالكترونية ضمن نطاق الاختصاص الموضوعي للقضاء الدولي الجنائي. مثال على ذلك، أن يتم ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، أو الجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الحرب، عبر استخدام شبكة الإنترنت وتقنياتها المتنوعة الخ....

مع الإشارة إلى أن هذا النوع من الجرائم الدولية الالكترونية هو أخطر من الجرائم الالكترونية المرتكبة على الصعيد الوطني، فآثار النوع الأول التدميرية كبيرة، حيث بإمكانها أن تخلف آلاف الضحايا، وتدمر مدناً بحد ذاتها، وبالتالي يجب التصدي لها بجزم وجدية.

وانطلاقاً من مبدأ الشرعية العقابية في القانون الدولي الجنائي، يقتضي وضع تعريف شامل وواضح للجريمة الدولية الالكترونية، من أجل القيام بعملية إسقاط لقواعد القانون المذكور على هذا النوع من الجرائم المستحدثة.

ومن هنا، نعرّف الجريمة المذكورة أعلاه، بأنها "كلُّ سلوكٍ، فعلاً كان أو امتناعاً إنسانياً يرتكبه فرد باسم الدولة أو برضى منها، صادرٍ عن إرادة إجرامية، يترتب عليه المساس بمصلحة دولية مشمولة بحماية القانون الدولي الجنائي عن طريق الجزاء المقرر لها، ترتكب عبر الإنترنت"¹⁹³.

ومن خلال ما سبق ذكره، فإن أركان الجرائم الدولية الالكترونية لا تختلف عن الجرائم الدولية التقليدية، إلا من حيث تطلبها شرطاً مسبقاً متعلقاً بمحل الجريمة،

193 - محمود صالح العادلي، المرجع السابق، الجريمة الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص66.

وهو الانترنت. ومن هنا سوف نقسم هذا الفرع إلى بندين. يتناول الأول الشرط المسبق المذكور. أما الثاني فيتناول الركن المادي للجريمة المذكورة.

1- **العنصر المفترض أو الشرط المسبق للجرائم الدولية الالكترونية:** تتشابه الجريمة الالكترونية الوطنية مع الجرائم الدولية الالكترونية لجهة تطلبها محل جريمة خاص، وهو "شبكة الانترنت"، والبعض يطلق عليه "الشبكة العنكبوتية" الخ.... وهذا الشرط المفترض يحتوي على الكثير من العناصر التي تساهم في اكتمال الجرائم المذكورة، ومنها الفيروسات، البيانات الشخصية المعالَجة والنظام المعلوماتي الخ....

أ- **النَّظَام المعلوماتي:** نشير بداية أنه لا يوجد هناك اتفاق عام حول توحيد هذا المصطلح، حيث أن هناك الكثير من المصطلحات التي يتم استخدامها، ويراد بها نفس المعنى وهو النظام المعلوماتي. على غرار مصطلح المعالجة الآلية للمعطيات، ومنظومة معالجة كمبيوتر¹⁹⁴.

أما اتفاقية بودابست لسنة 2001 فقد استخدمت اصطلاح منظومة كمبيوتر، واعتبرت بموجبه أن أي جهاز أو مجموعة من الأجهزة المتصلة أو ذات الصلة، والتي يقوم واحد منها أو أكثر، وفقا لبرنامج معيّن، بالمعالجة الآلية للبيانات. واعتبرت في ذات الوقت أن بيانات الكمبيوتر تتعلق بعمليات عرض للحقائق

194 - ومصطلح معالجة آلية، استعمل أول مرة في فرنسا لتنظيم حماية المعلومات الاسمية عن طريق القانون 6 يناير 1976، وكان وزير المالية الفرنسي قد قدم في المعجم الأبجدي تعريفاً لفكرة النظام المعلوماتي بأنه "مجموعة تجهيزات وبرامج يحتوي على الأقل على حاسب آلي يقوم بمعالجة وارجاع البيانات"، وإن كان ما يؤخذ على هذا التعريف كونه قاصر ويهمل الروابط بين مختلف وسائل هذا المجموع الذي يشكل النظام. للمزيد أنظر: محمد خليفة، الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي، المطبعة الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 17.

أو المعلومات أو المفاهيم في صيغة مناسبة لمعالجتها عبر نظام الكمبيوتر، بما في ذلك برنامج مناسب يساعد نظام كمبيوتر في أداء وظيفة معينة¹⁹⁵. وفي السياق نفسه، فقد عرّفه القانون اللبناني بأنه "نظام للمعالجة الآلية للمعلومات، والذي هو عبارة عن المعلومات المتعلقة بعملية اتصال بواسطة نظام حاسب آلي مرتبط بشبكة معلوماتية، وتدل على مصدر الاتصال ومتلقيه وخط سير المعلومات والوقت والتاريخ والحجم والمدة الزمنية، أو ما شابه ذلك من المعلومات¹⁹⁶".

وبالتالي يُعنى بالأنظمة المعلوماتية: المعدات، الآلات المعلوماتية، الحاسبات الآلية، البرامج، القواعد وبنوك المعلومات، الملقمات، مواقع الويب، منتديات المناقشة، المجموعات الإخبارية، وكل وسيلة معلوماتية أخرى مخصصة لصناعة أو لمعالجة أو لتخزين أو لاسترجاع أو لعرض أو لنقل أو لتبادل المعلومات¹⁹⁷. ويمكننا أن نُعرّفه بأنه "مجموعة برامج وأجهزة، تستخدم لإنشاء أو استخراج المعلومات، أو إرسالها، أو استلامها، أو عرضها، أو معالجتها، أو تخزينها". ولا بد من الإشارة هنا، إلى أن المقصود بالمعلومة أي تعبير يستهدف جعل رسالة ما قابلة للتوصيل إلى الغير بفضل علامة أو إشارة من شأنها أن توصل تلك

195 - المادة الأولى من الملحق المتعلق بالنص الكامل لاتفاقية بودابست لسنة 2001 المتعلقة بالجريمة الالكترونية.

196- المادة الأولى من القانون رقم 2018/81 المتعلق بالمعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي.

197- طوني عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، منشورات صادر، بيروت، 2001، ص 178.

المعلومة للغير، وهي تشمل الصور والوثائق والبيانات أو الرسائل من أي نوع الخ...¹⁹⁸.

والصلة بين المعلومة والنظام المعلوماتي وثيقة وتكاملية، حيث يشكّل الثاني الوعاء والإيواء للأولى، ويمكننا القول بأنّ العلاقة بينهما هي عبارة عن "علاقة الجزء بالكل".

وأخيراً، فإنّ النظام المعلوماتي والمعلومة هم العناصر الأساسية لجهاز الحاسب الآلي، لأنّ النظام المذكور بدون المعلومة، يعتبر قطعة بلاستيكية ليس لها أي وظيفة.

وللنظام المعلوماتي دورٌ أساسيٌّ في إطار الجرائم موضوع بحثنا، ونعطي مثالاً على ذلك أنه قد يقوم المجرم بالولوج إلى النظام المعلوماتي الخاص بمنشأة نووية، ويقوم بالسيطرة عليه، ثم يقوم بتفجيرها.

ب- **البيانات الشخصية**: لا يوجد لغاية تاريخه تعريف موحد للبيانات الشخصية، إلا أن جميع التعريفات تصب حول معنى واحد، ألا وهو معلومات تتعلق بشخص يمكن التعرف عليه من خلالها. ومن هنا، سوف نقسم هذه الفقرة إلى نبتين: تتناول الأولى تعريف البيانات المذكورة، أما الثانية فتتناول مفهوم المعالجة للبيانات السالفة الذكر.

(1) - تعريف البيانات الشخصية: عرّفها القانون اللبناني بأنها "جميع انواع المعلومات المتعلقة بشخص طبيعي التي تمكّن من التعريف به، على نحو مباشر

¹⁹⁸- عرفتھا مقدمة المادة الأولى من القانون اللبناني رقم 2018/81 بأنها " أحرف أو ارقام أو اشكال أو رموز أو بيانات أو تسجيلات شرط أن تكون قابلة للقراءة وأن يكون لها معنى مفهوم، وذلك أياً كانت الدعامة المستعملة (ورقية أو الكترونية) وطرق نقلها".

أو غير مباشر، بما في ذلك عن طريق مقارنة المعلومات المتعددة المصادر أو التقاطع فيما بينها"¹⁹⁹.

ويقصد بها جميع المعطيات والمعلومات التي تتعلق بشخص طبيعي معروف أو قابل للتّحديد بالرجوع إلى رقم هويّته أو إلى عنصر أو أكثر، يحدّد خصائصه الجسدية أو العضويّة أو العقلية أو الاقتصادية أو الثقافيّة أو الاجتماعيّة²⁰⁰.

ولابد من الإشارة إلى أنه يوجد أنواع كثيرة من البيانات، نذكر منها:

(أ) - **البيانات الحساسة:** وتعرّف بأنها كل معلومة تكشف العرق، والإثنية، والمعتقدات الفلسفية والدينية، والآراء السياسية، والنشاطات النقابية، والصحة، والحياة الجنسية. وبذلك ترتبط هذه البيانات بحرية المعتقد، ومنع التمييز، وحرية الرأي.

وترتبط أيضاً بالجرائم الدولية الالكترونية، حيث يمكن للمجرم القيام بعملية جمع للبيانات الشخصية لأفراد بسبب آرائهم السياسية، تمهيداً لإبادتهم وتنفيذاً لسياسة دولة ما.

(ب) - **البيانات الصحية:** تعرّف بأنها جميع البيانات الطبية، الخاصة بوصف حالة المرض، وظروفه، وعلاجاته، ومسار الشفاء، وغير ذلك، مما يتعلق بمسيرة المرض والمريض.

وسوف نوضح الربط بين هذه البيانات والجرائم الدولية الالكترونية من خلال المثال التالي: كأن يقوم المجرم بجمع البيانات الصحية لأشخاص يعانون من

199- المادة الأولى من القانون رقم 2018/81 المتعلق بالمعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي.

200- المادة الثانية من الفصل الأول من التوجيه الأوروبي رقم 95/46 بشأن حماية الأشخاص أثناء المعالجة الآلية للبيانات الشخصية.

مرض معين، وينتمون إلى فئة عرقية أو دينية واحدة، تمهيداً للقيام بإعطائهم طعم أو تغيير في تركيبة الدواء من أجل إبادتهم.

(2) - معالجة البيانات الشخصية: حيث يغطي هذا المفهوم في القواعد الأوروبية الجديدة، مروحة واسعة من العمليات المادية أو الإلكترونية، التي تطاول البيانات الشخصية، بما فيها، جمع البيانات، أو تسجيلها، أو تنظيمها، أو تخزينها، أو تحويلها، أو استرجاعها، أو مراجعتها، أو استعمالها، أو الكشف عنها بنقلها، أو إذاعتها، أو توزيعها، أو إتاحتها، أو التقييد، أو المسح، أو التدمير.

وقد ورد تعريف عمليات المعالجة في قوانين أغلب التشريعات، انطلاقاً من نوعيّة العمليات التي تطال البيانات، وذلك بدءاً من عمليّة جمعها، مروراً باستلامها، وحفظها، وتنظيمها، وتخزينها، واسترجاعها، وطرق استخدامها، وتحليلها، وصولاً إلى استثمارها، وتوزيعها، ونشرها، ومحوها أو إتلافها. وقد حرصت بعض النصوص على عدم التمييز بين الوسائل التي تنشر بواسطتها هذه المعلومات، كالإرسال، أو الإذاعة أو عبر شبكة الإنترنت²⁰¹.

وتدخل في هذا المفهوم، العمليات التي تطال إدارة شؤون الموظفين، وإدارة المرتبات، والوصول إلى أو مراجعة قاعدة بيانات الاتصالات التي تحتوي بيانات شخصية، وإرسال رسائل البريد الإلكتروني الترويجية، وإتلاف الوثائق التي تحوي بيانات شخصية، ونشر صور أو بيانات الأشخاص على الإنترنت، وتخزين عناوين الأجهزة الإلكترونية IP الخ...

وقد سار القانون اللبناني على منوال التشريعات أعلاه، حيث عرّف المعالجة للبيانات بأنها "كل عملية أو مجموعة عمليات تقع على هذه البيانات مهما كانت

201 - منى جبور ومحمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية، ط1، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العرب في جامعة الدول العربية، بيروت، لبنان، 2018، ص 90.

الوسيلة المستخدمة، لا سيما عمليات التجميع والتسجيل والتنظيم والحفظ والتكيف والتعديل والاقطاع والقراءة والاستعمال والنقل والنسخ والنشر والمحو والاتلاف، وكل شكل آخر لوضع المعلومات تحت التصرف".

ونعطي مثالاً على الربط بين مفهوم الجرائم الدولية الالكترونية ومفهوم معالجة البيانات الشخصية، كأن يقوم المجرم بتجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالأمن الوطني العسكري لدولة ما، تمهيداً للقيام بعملية عدوان عليها.

ج- الفيروسات: تصنف الفيروسات بأنها من الأساليب التقنية التي تستعمل للاعتداء على سلامة البيانات المعلوماتية الداخلة في الأنظمة المعلوماتية (سبق الإشارة إليها في الفقرة الأولى)، وتهدف إلى إفساد النظام المذكور، أو إعاقة عمله، أو الدخول إلى الأجهزة والبرامج المعلوماتية أو مسح البيانات فيه الخ... ومن هنا، سوف نبين إحدى أهم وأشهر أنواع الفيروسات²⁰²، مع ربطها بالجرائم موضوع البحث²⁰³.

(1)- فيروس الدودة²⁰⁴: هي إحدى أنواع البرامج الضارة Malware التي يمكن أن تصيب الحاسوب، حيث تستغل أية فجوة في نظام التشغيل كي تنتقل من جهاز إلى آخر عبر شبكة الإنترنت، دون الحاجة إلى تدخل الإنسان. ويتميز هذا

202 - شربل القارح، قانون الإنترنت - قانونية التصرفات على شبكة التواصل الاجتماعي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 2013، ص 119.

203 - قدر عدد الفيروسات عام 2006 بـ 200 فيروس، في حين أن العدد عام 1989 كان 18.

204- يوجد الكثير من أنواع فيروسات الديدان، منها "دودة ستورم" انتشرت في عام 2007، ورجحت الشائعات أن يكون مصدرها روسيا، دودة "كونفيكر" ظهرت في عام 2008، وأصاب 15 مليون جهاز حول العالم تقريباً، منها أجهزة البحرية الفرنسية ووزارة الدفاع البريطانية والعديد من أنظمة الشرطة والمستشفيات حول العالم. دودة "دابروسي" انتشرت عام 2009، والتي أصابت 20 مليون جهاز كمبيوتر حول العالم.

النوع بسرعة الانتشار ويصعب التخلص منه نظراً لقدرته الفائقة على التلون والتناسخ والمراوغة. وبالإضافة لموضوع سرعة الانتشار، فهو يؤدي إلى الإضرار بالبيانات والملفات وصولاً إلى محوها بالكامل.

ونعطي مثالاً على ذلك، كأن يقوم المجرم أثناء الحرب بإرسال فيروس الدودة إلى غرفة التحكم لمنشأة كهرومغناطيسية، ويتسبب بمحو البيانات الخاصة بالنظام المعلوماتي، مما يؤدي إلى تدمير مدينة وقتل سكانها دون مراعاة قواعد القانون الدولي الإنساني.

(2)- **حصان طروادة:** هو أيضاً برنامج، يخدع الأشخاص بأنه غير خبيث، ولكنه يتضمن وظائف خفية يعرفها المجرم، ويمكنه أن يسمح للأخير بالتعدي على البيانات وتدمير الجهاز وخرق أنظمة الأمن والمراقبة في هذا النظام. ومع ذلك، يتم تصميم معظم أحصنة طروادة لفتح باب خلفي back door في نظام يمكن أن يستخدمه القرصنة للسيطرة والتحكم بالجهاز. وعلى عكس الفيروسات والديدان، أحصنة طروادة لا تتسخ نفسها أو تحاول الانتشار إلى أجهزة كمبيوتر متعددة، فهي توجد بشكل عام في ملف متخفي يعتمد على المستخدم لتتشيطة. ونحيل المثال هنا، إلى ما سبق ذكره أعلاه، مع استخدام حصان طروادة بدلاً من الديدان.

(3)- **القنبلة المعلوماتية:** تعرّف بأنها نوع خاص من القنابل المنطقية، وهي تعمل في ساعة محددة أو في يوم معين أو عند حدوث ظرف محدد. يؤدي هذا النوع إلى إلغاء البيانات الخ...

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم بزرع القنبلة في جهاز الحاسب الآلي لمسافر، وعندما يصل الأخير إلى منطقة تسكنها جماعة محددة، يقوم الجهاز تلقائياً بإرسال إشارة إلى قنبلة يدوية تفجر عبر اللاسلكي، وبالتالي تتسبب بقتلهم تنفيذاً لسياسة المنظمة التي ينتمي إليها.

2- الركن المادي للجرائم الدولية الالكترونية: تتفق الجرائم العادية مع الجرائم الدولية الالكترونية من حيث طبيعة أركانها، حيث أن لكل جريمة منها سواء في القانون الجنائي الوطني أو في القانون الدولي الجنائي نفس الأركان، ويضاف إلى الجرائم الدولية المذكورة ركن آخر وهو الركن الدولي، وأيضاً شرط مسبق متعلق بمحل الجريمة، وهو "شبكة الإنترنت".

وهذا التقارب يمتد ليطلق أيضاً الجرائم الالكترونية الوطنية مع الجرائم الالكترونية الدولية، وذلك من حيث تطلبهما محل الجريمة المذكور أعلاه، لكن الاختلاف هنا يكمن في تخلف الركن الدولي في الأولى.

ويقصد بالركن المادي أن تتجلى الجريمة الدولية الالكترونية بصفة عامة في مظهر مادي ملموس في العالم الخارجي، وهو السلوك أو الفعل المحظور الذي يصيب المصالح الدولية بضرر أو يعرضها للخطر²⁰⁵، وينتج عنه نتيجة جرمية ترتبط به سببياً. وبالتالي يشمل الركن المذكور للجريمة السالفة الذكر كل ما يدخل في تكوينها، وتكون له طبيعة مادية، فالجريمة ليست أمراً معنوياً، بل هي أيضاً ظاهرة مادية.

ويترتب عما ذكر أعلاه أمران: الأمر الأول، أن القانون الجنائي الداخلي أو الدولي لا يحفل بالإرادة وحدها، إذا لم تؤدّ إلى سلوك خارجي ملموس يعد انعكاساً لها في الواقع، وبعيدا عن نفسية الفاعل. أما الأمر الثاني، فهو لا يمكن تصور ارتكاب أي جريمة سوى من الإنسان نفسه، لأنها لا تعدو أن تكون سلوكاً إنسانياً إرادياً يعتد به القانون²⁰⁶.

205 - عبد الله أحمد عبد الله، دارفور الجوانب القانونية في قرار مجلس الأمن (1553) المحكمة الدستورية، دار القومية العربية للثقافة والنشر، القاهرة، 2006، ص 2.

206 - Pella Vespasien ، "la Criminalité Collective des Etats et le Droit Pénal de L' avenir" 2eme

مع الإشارة إلا أنه يوجد تمايز بين القانون الوطني والقانون الدولي فيما يخص الجريمة التامة والجريمة غير التامة. فمعظم التشريعات الوطنية تعاقب على الجريمة التامة، وهي الجريمة التي انبثق عن السلوك فيها نتيجته الإجرامية. بينما الأمر يختلف فيما يخص القانون الدولي الجنائي، فهو كما يعاقب على الجريمة الدولية التامة، يعاقب أيضاً على الجريمة غير التامة، خاصةً تلك تتعلق بالسلم والأمن الدوليين²⁰⁷.

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم بتحضير الفيروس، تمهيداً لإرساله إلى غرفة التحكم العائدة لمنشأة نووية.

وفي السياق نفسه، فالنوايا التي لا تتجسد في أفعال مادية تؤدي لارتكاب الجريمة، لا يعتد بها القانون. ومهما كانت طبيعتها، فهي لا تؤثر على المصالح الجديرة بالحماية. فالجريمة لا تقوم بمجرد تبني معتقدات أو أفكار معينة الخ... والتي تظل في أذهان أصحابها وحتى لو بلغت مرحلة العزم على تنفيذها أو الإفصاح عنها، ما دام لم تتطور إلى أعمال أو مظاهر خارجية لا يقرها القانون.

مثال على ذلك، كأن يفكر المجرم الإلكتروني بارتكاب إحدى صور الجرائم ضد الإنسانية عبر الإنترنت، دون أن يقوم بأي أعمال تحضيرية الخ....

من هنا، فالجانب المادي يعد أحد الدعائم التي تركز عليها نظرية الجريمة الداخلية وأيضاً الجريمة الدولية، بمعنى أن تخلفه كلياً أو جزئياً يشكّل مانعاً مادياً دون وجودها، ودون قيام المسؤولية الجزائية أساساً. والعناصر المادية للجرائم

éditions, Bucarest 1926, n109, p 176.

207 - فقد اعتبرت أعمال التحضير والإعداد للحرب العدوانية تصرفات معاقب عليها بموجب المادة 7 من لائحة محكمة طوكيو والمادة 6 من لائحة نورمبرغ. كذلك أقر مشروع تقنين الجرائم الدولية ضد أمن وسلم البشرية، وتشمل تلك الجرائم أيضاً "كل تهديد باللجوء إلى العدوان تقوم به سلطات دولة ضد دولة أخرى" سنداً للمادة 3/2.

الدولية الالكترونية تشمل الفعل أو السلوك الجرمي (الفقرة أ) والنتيجة الجرمية (الفقرة ب)، فضلاً عن العلاقة السببية التي تربط بينهما (الفقرة ج).

أ- السلوك الجرمي للجرائم الدولية الالكترونية: يُعتبر هذا العنصر بأنه الحاكم لنظرية الجرائم الدولية الالكترونية في ركنها المذكور أعلاه، وذلك لكون القانون الجنائي في القانونين الوطني أو الدولي، لا ينظر إلى السلوك البشري إلا في مظهر الحركة وليس في حالة السكون، باستثناء إذا ما كان الأخير مخالفاً للقانون، وهو ما يمثل سلوكاً إجرامياً يفضي إلى النتيجة الجرمية. ومن هنا، فالسلوك المذكور يمثل المظهر المادي للإرادة الجرمية.

ومن خلال ما سبق ذكره، فالمقصود بالفعل أو السلوك الجرمي للجريمة أعلاه ذلك النشاط المادي الخارجي الذي يصدر من الجاني، أيّاً كانت الصورة التي يتخذها وإيجاباً (نبذة أولى) أو سلباً (نبذة ثانية)²⁰⁸.

(1) - السلوك الإيجابي: يعد هذا السلوك بمثابة كيان مادي محسوس، يتمثل فيما يصدر عن مرتكبه من حركات الأعضاء في الجسم ابتغاء لتحقيق نتيجة معينة. وأيضاً تلعب الإرادة دوراً هاماً في هذا الكيان أو العنصر، باعتبارها القوة النفسية المدركة التي تدفع أعضاء الجسم إلى الحركة على النحو الذي يحقق الغاية التي يبتغيها²⁰⁹، مع ضرورة أن يكون السلوك في الجرائم الدولية موضوع بحثنا، قد تم عبر الإنترنت.

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم بالقيام بتجهيز وتحضير الفيروس، وإرساله إلى محطة نووية بغية القيام بجريمة دولية.

208 - أشرف توفيق شمس الدين، مبادئ القانون القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 107.

209- محمد محمود خلف، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 1983، ص 289.

والجدير بالذكر أن للسلوك الإيجابي في عالم الجريمة عدة مظاهر، فقد يكون سلوكاً إيجابياً بسيطاً كما في حالة السرقة للبيانات التي تخص الأمن القومي لدولة، وقد يكون مركباً كسوء معاملة أسرى الحرب، مثال على ذلك، كأن يأمر الرئيس مرؤوسيه عبر الإنترنت تنفيذ تجارب طبية بحق أسرى الحرب.

كما قد يكون محققاً حول مجرد المؤامرة أو الاتفاق على إتيان الفعل المحظور، وهذا ما نصت عليه محكمة نورمبرغ في حكمها حول وجود مؤامرة، وما نصت عليه أيضاً المادة الثالثة من اتفاقية تجريم إبادة الجنس البشري، وعلى أن مجرد التحريض المباشر أو العام يكون في حكم الفعل التام²¹⁰.

ونعطي مثلاً على ما ذكر، كأن يقوم المجرم باستخدام وسيلة الإنترنت في التخطيط والتنظيم والاتفاق مع غيره من المجرمين، لتنفيذ جرائم دولية معاقب عليها.

وانطلاقاً من مبدأ الشرعية العقابية في نظام روما، فإن السلوك الإيجابي للجريمة الدولية الإلكترونية يختلف باختلاف الصور وفقاً لنوع الجريمة، فإما أن يدخل ضمن جريمة الإبادة الجماعية، أو الجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الحرب أو جرائم العدوان (سنتوسع في مفهومها ضمن الركن الشرعي).

ونعطي مثلاً على ذلك، كأن يقوم المجرم المنتسب إلى منظمة إرهابية بتجهيز قنبلة تنفجر من خلال استعمال شبكة الإنترنت، ثم يقوم باستهداف وقتل مجموعة أشخاص أثناء مرورهم بجانبها، وذلك تنفيذاً للمخطط الذي وضعته المنظمة المذكورة.

210- عبد الرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 65.

وأيضاً يمكننا أن نعطي مثلاً آخر، كأن يقوم المجرم ببث خبر عبر الإنترنت أن الفئة العرقية (أ) تعاني من أمراض معدية، وذلك من أجل الدفع لإجراء تحقيق الفصل العنصري بينها وبين الفئة العرقية (ب).

(2) - السلوك السلبي (المجرد): يتحقق هذا السلوك في حالة امتناع الفرد عن القيام بعمل ما يتطلب القانون إتيانه، ويعاقب القانون على الامتناع عن تنفيذ هذه الالتزامات. بحيث يهدف القانون في هذه الحالة إلى حماية مصلحة معينة، ويمثل الامتناع عن تنفيذها اعتداء على هذه المصلحة.

وبمعنى آخر، يعني إحجام الجاني عن القيام بحركة إرادية (عضوية)، في الوقت الذي كان من الواجب عليه القيام بتلك الحركة²¹¹.

مثال على ذلك، كأن يرى الرئيس المسؤول عن مجموعة عسكرية، قيام أحد الجنود بإرسال الفيروس إلى غرفة التحكم في المطار، من أجل القيام بجريمة ضد الإنسانية، في حين لم يقر الرئيس المسؤول بأي إجراء لمنعه عن ذلك. مع العلم أنه كان بمقدوره أن يقوم بذلك. وهذا المنع هو واجب قانوني كان باستطاعته تنفيذه.

وبالتالي فالفرق بين السلوك الإيجابي والسلوك السلبي، يتجلى بكون السلوك الأول يتمثل بقيام الجاني بفعل ما كان يجب الامتناع عنه. أما السلوك الثاني، فيتجلى بقيام الجاني بالامتناع عن فعل ما كان يجب عليه فعله. مثال على ذلك تقاعس سلطات الدولة عن منع العصابات المسلحة من جعل إقليمها قاعدة للعمليات السيرانية "ضد" دول مجاورة، مما يشكل جريمة دولية²¹².

211- فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 268.

212- المادة 4/3 من مشروع تقنين الجرائم ضد أمن وسلم البشرية لعام 1996.

وأخيراً لا بد من التوضيح، بأن الامتناع يختلف ما بين الجريمة السلبية والإيجابية، وذلك في صورة النتيجة المحققة. وللمزيد من التوضيح سوف نتناول في النبذتين أدناه كل من الجريمة الإيجابية بالامتناع والجريمة السلبية بالامتناع.

(أ) - **الجريمة الإيجابية بالامتناع:** يتوسط السلوك في هذه الجريمة بين المظهرين الإيجابي والسلبي. وهو الذي يُرتكب بالترك أو بالامتناع المفضي لنتيجة، والذي يُعبّر عنه بالجريمة الإيجابية التي تقع بالامتناع.

وتتميز هذه الجريمة بأنها إيجابية، أي يتطلب القانون فيها نتيجة مادية معينة في العالم الخارجي بسبب الامتناع²¹³، وليست هي مجرد حالة امتناع سلبية معاقبة عليها كذلك.

وهذا الأمر ينطبق في الجرائم الدولية الإلكترونية، مثال على ذلك: قيام رئيس قسم حماية الأمن السيبراني في المنشأة النووية الملزم قانونياً بتأمين الحماية للنظام المعلوماتي بالنقاعس في أداء مهامه فيما يتعلق بتنفيذ برنامج الحماية، فيحصل عملية اختراق للنظام المعلوماتي الخاص بالمنشأة المذكورة وينتج عن ذلك تفجيرها الخ...

مع الإشارة إلى أن هذه الجريمة قد تقع إما قصداً أو عن طريق الإهمال.

(ب) - **الجريمة السلبية بالامتناع:** تتميز بأنها عبارة عن حالة امتناع بحتة محددة لعناصر في نص جزائي، ويعاقب القانون عليها لمجرد كونها امتناعاً فقط، ودون اشتراط أي نتيجة مادية تترتب عليها.

وهذه الجرائم أيضاً يمكن أن ترتكب في إطار الجرائم الدولية الإلكترونية، مثال على ذلك: كأن يقوم مواطن بالامتناع عن إبلاغ السلطة المختصة في الدولة بأن

213- محمد عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 80.

النظام المعلوماتي للمنشأة النووية يتعرّض للهجوم السيبراني، على الرغم من وجود نص في نظام روما يعاقب على هذا السلوك. ويلاحظ من هذا المثال أن العقاب هنا يكون مقتصر فقط على سلوك الامتاع دون تطلب اشتراط نتيجة جرمية.

وتتجلى أيضاً أهمية التفرقة ما بين السلوك السلبي والسلوك الإيجابي، بأن الشروع لا يمكن أن يتحقق في الجريمة السلبية، ذلك لأن هذه الجريمة إما أن تقع تامةً أو لا تقع. في حين أن الشروع يمكن أن يتحقق في الجريمة الايجابية.

ب- النتيجة الجرمية: وتعني التغير والتبدل في الأوضاع الخارجية التي كانت على نحو معين قبل ارتكاب الفعل، ثم أصبحت على نحو آخر بعد الجرم، وهذا التغير المادي هو النتيجة، باعتبارها إحدى عناصر الركن المادي للجريمة الدولية الالكترونية²¹⁴. وهذا التغير في العالم الخارجي هو نتيجة لما يحدثه الفعل من اعتداء على المصالح التي يحميها القانون الدولي الجنائي، ومن تهديده للأمن والسلم الدوليين.

مثال على ذلك، فقبل قيام الجاني بالولوج إلى النظام المعلوماتي لسد النهر، كانت تقطن قرب السدّ مجموعة عرقية معينة وتعيش بسلام. أما بعد قيام الجاني بالولوج للنظام وفتح السد المذكور، أُبديت تلك المجموعة، وأصبحت في عداد الموتى المذكورة فقد أصبحوا أمواتاً.

والجدير بالذكر بأن الجرائم الدولية الالكترونية تخضع للتمييز الفقهي لناحية الفرق ما بين الجرائم المادية والجرائم الشكلية، فيما يتعلق بالنتيجة الجرمية.

²¹⁴ - محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 353.

ففي الأولى يكون ركنها المادي نشاطاً أو سلوكاً قد يكون فعلاً أو امتناعاً، ويشترط أن يرتب هذا الفعل نتيجة إجرامية، مع وجود علاقة سببية بين الفعل والنتيجة. ونحيل القارئ إلى المثال الذي سبق ذكره.

أما الجرائم الشكلية، فهي تلك التي يتألف ركنها المادي من فعل إجرامي تام، أي تتحقق الجريمة بمجرد ارتكاب هذا الفعل الاجرامي دون النظر إلى نتيجته. مثال على ذلك، قيام الجاني بتحضير القنبلة اليدوية وتحضير جهاز الإرسال عبر الإنترنت الذي يستعمل في التفجير.

وبالإضافة إلى ما ورد، فقد أقر بعض الفقه بنوع ثالث، وهو ما يعرف بـ "الجرائم المترامية"، وتعني الجرائم التي يتراخى تحقق نتائجها إلى مكان أو زمان مختلفين عن زمان ومكان السلوك²¹⁵. وهذا النوع قد يحدث في الجرائم الدولية الالكترونية. مثال على ذلك زراعة القنبلة الموقوتة في لابتوب شخص معين تابع لدولة ما، والتي تنفجر في زمان أو مكان أو في ظرف معين، ويؤدي انفجارها إلى تمكن الجماعة الإرهابية من معرفة معلومات تخص الأمن القومي للدولة المتواجد على أرضها الشخص صاحب اللابتوب.

وقد اختلف الفقه، حول القانون الواجب التطبيق هنا، ففي حين يرى بعض الفقهاء وجوب تطبيق القانون النافذ لحظة ارتكاب السلوك، يرى البعض الآخر منهم أن القانون الواجب التطبيق هو القانون لحظة تحقق النتيجة الجريمة. ونحن نرى ضرورة تطبيق القانون الأشد، وذلك لأن هذا النوع من الجرائم يتسبب بدمار وقتل يفوق ما تخلفه الجريمة العادية بكثير.

215 - إسماعيل عبد الرحمن، الحماية الجنائية للحدث في زمن النزاعات المسلحة، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2000، ص 242.

ج- **الرابطه السببية:** تعبر الرابطه السببية عن الصلة بين السلوك والنتيجة، حيث أنها تسند النتيجة إلى فعل، مؤكده أن الفعل هو المسبب في إحداث تلك النتيجة. أي أن اسناد هذه النتيجة إلى شخص معين، هو بمثابة الرابطه السببية بين هذه الجريمة وفعالها. بمعنى آخر، ينبغي إثبات أن النتيجة ما كانت لتحدث في العالم الخارجي، ما لم يتم ارتكاب عمل معين أو الامتناع عن عمل محدد²¹⁶. مثال على ذلك، قيام الطائرات دون طيار (والتي يتم التحكم بها عن بُعد عبر الإنترنت) يقصف المدن والقرى بواسطة القوات المسلحة، ويترتب عليها نتيجة فورية تشمل بقتل عددٍ من السكان المدنيين الأبرياء أو إصابتهم بجروح خطيرة في أجسادهم.

الفرع الثاني: الركن المعنوي والشرعي والدولي للجرائم الدولية الالكترونية

لكي تقوم سلطة القاضي الجنائي الدولي على هذا النوع من الجرائم، لابد من توافر الشرعية العقابية والإجرائية. وهذه الشرعية تقتضي هنا أن تحتوي هذه الجرائم على أركانٍ مكتملةٍ. سبق وأن تناولنا محل الجريمة والركن المادي لها في الفرع الأول، لكن هذا لا يكفي لكي تكتمل أركان الجرائم المذكورة، وبالتالي نحتاج إلى التطرق إلى باقي الأركان الخاصة بها.

216 - ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مديرية دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1988، ص195.

وأركان الجريمة كان محل خلاف بين الفقهاء على الصعيدين الداخلي والدولي، ويمتد هذا الخلاف أيضاً ليطال الجرائم موضوع بحثنا، وقد ظهر رأيان في هذا الصدد²¹⁷، وهما التالي:

(أ) - **الرأي الأول:** يرى أصحاب هذا الرأي أنه للجريمة الدولية ثلاثة أركان فقط، وهي الركن المادي والركن المعنوي والركن الدولي²¹⁸.

(ب) - **الرأي الثاني:** يذهب أنصاره الى القول أنه للجريمة الدولية أربعة أركان، الركن المادي والركن المعنوي والركن الدولي والركن الشرعي. ويقصد به في إطار القانون الدولي الجنائي أن يكون الفعل مجرمًا بموجب قاعدة دولية جنائية أيًا كان مصدرها (معاهدة أو عرفاً أو غيرها من مصادر القانون الدولي الجنائي)²¹⁹.

ونحن هنا نميل إلى الرأي الثاني، خاصةً أننا نتكلم عن جرائم مستحدثة، تختلف عن الجرائم التقليدية في تطلبها محلاً للجريمة أو شرطاً مسبقاً. فنص التجريم هو مصدر الجريمة، ولولاه لبقِيَ الفعل مباحاً كما هي القاعدة في أفعال الانسان، والنص هو الذي يجرم الفعل، وهو الخالق للجريمة²²⁰.

217 - محمد عمر مصطفى، الجريمة وعدد أركانها، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، السنة السادسة والثلاثون، مصر، 1966، ص141.

218- علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، اهم الجرائم الدولية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص8.

219 السيد ابو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 215.

220 ضاري محمود خليل، المبادئ الجنائية العامة في النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد (2)، السنة (1)، 1999، ص6.

وأهمية ما ذكر تتبين من خلال طرح السؤال التالي: كيف يمكن للقاضي الجنائي الدولي أن يضع يده على الدعوى التي تتضمن جرائم دولية إلكترونية دون وجود نص قانوني يكرسها؟

ومن هذا السؤال، يمكننا أن نستنتج بأن سلطة القاضي في الجرائم المذكورة أعلاه، تتطلب توافر مبدأ الشرعية، أي الركن الشرعي، والذي بدوره يجب أن يحتوي النص على تعريف الجريمة وأركانها.

ونحن بصدد القيام بعملية إسقاط لسلطة القاضي في القانون الدولي الجنائي على الجرائم الدولية الإلكترونية، لا يمكننا أن نغفل عن أهمية توافر جميع الأركان، وذلك في ظل النقص التشريعي الدولي. ومن هنا سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة بنود، نتناول فيها سلطة القاضي الجنائي الدولي في ظل توافر الأركان الثلاث للجرائم المذكورة أعلاه، وهي الركن المعنوي، الشرعي والدولي.

الركن المعنوي للجرائم الدولية الإلكترونية: لا يختلف مفهوم القصد الجنائي في القانون الدولي الجنائي عنه في القانون الداخلي فيما يتعلق بالجرائم المذكورة، حيث يقوم أيضاً على عنصرَي العلم والإرادة²²¹. وبالتالي يفترض القصد المذكور العلم بوقائع معينة، ويفترض اتجاه الإرادة إلى إحداثها. وفي إطار الجرائم الدولية

221 - يعرّف العلم بأنه حالة ذهنية أو قدر من الوعي سابق على تحقق الإرادة، ويعمل على إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع، وبهذا المعنى فالعلم يحدد للإرادة اتجاهها ويعين حدودها في تحقيق واقعة إجرامية.

أما الإرادة فهي قوة نفسية تتحكم في سلوك الفرد، ونشاط نفسي صادر عن وعي وإدراك بغرض الوصول إلى غاية محددة، فإذا توجهت الإرادة الواعية لتحقيق الواقعة الإجرامية بسيطرتها على النشاط المادي للجريمة وتوجيهه نحو تحقيق النتيجة، نكون عندها إزاء القصد الجنائي. للمزيد أنظر: عبد الله سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 135.

الالكترونية، يفترض العلم أيضاً أن يشمل الوسيلة (شبكة الإنترنت)، والتي من شأنها أن تحدث تلك النتيجة.

مثال على ذلك، كأن يعلم المجرم الالكتروني أنّ من شأن ارسال الفيروس إلى غرفة التحكم للمنشأة النووية سوف يؤدي إلى انفجارها، ثم تتجه ارادته إلى تحقيق هذه النتيجة.

ويتخذ الركن المعنوي في الجريمة الدولية الالكترونية ثلاث صور: "الخطأ العمدي - القصد"، الخطأ غير العمدي، والقصد الاحتمالي.

سبق وأن تناولنا أعلاه صورة القصد العمدي. أما الخطأ غير العمدي، فيتحقق إذا ما اتجهت إرادة الجاني الى ارتكاب الفعل وحده دون قصد تحقيق النتيجة الجرمية. مع الإشارة إلى أن معظم الجرائم الدولية ترتكب عمداً، إلا أن ذلك لا يستبعد امكانية وقوع بعضها عن طريق الخطأ.

على سبيل المثال، حينما تتلقى الطائرات العسكرية أمراً خاطئاً عبر الإنترنت بقصف منشآت مدينة، مما يترتب عليه موت وهلاك الكثير من السكان المدنيين والاعيان المدنية²²².

أما القصد الاحتمالي، فان ما يميز هذه الحالة عن الخطأ العمدي، هو ان الفاعل يتوقع حدوث النتيجة التي قد تحدث أو لا تحدث، ولكنه يقبل حدوثها. بينما في الخطأ العمدي، فإنّ الفاعل يعلم مسبقاً بأن النتيجة هي أثر حتمي لسلوكه، ويسعى الى تحقيقها²²³.

222 - سالم محمد سليمان الالوجلي، احكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للنشر والتوزيع والاعلان، مصر، 2000، ص134.

223- محمد سعدي، مقال بعنوان "العدالة الجنائية الدولية، بين قوة الخطاب وخطاب القوة"، منشور على الموقع الالكتروني: <http://www.th/Arabic/majalla.com> تاريخ الزيارة:

.2023/5/18

فالطيار الذي يرسل أمراً عبر الإنترنت إلى الطائرة دون طيار، بقصف بعض المواقع والثكنات العسكرية بين مواقع مدنية، ويتوقع إصابة بعض المواقع المدنية، ولكنه يقبلها على أساس تنفيذه لأوامر رؤسائه.

بالإضافة إلى القصد العام المطلوب في الجرائم الدولية الالكترونية، قد تتطلب بعد الفئات منها القصد الخاص لكي تكتمل. فالجريمة هنا، لا تقتصر قواعدها على تحقيق نتيجة معينة من جراء القيام بسلوك معين فحسب، بل إنها تستلزم أيضاً ملاحقة الفاعل لهدف محدد يتجاوز نتيجة السلوك.

وبالتالي يعني هذا القصد انصراف نية الجاني إلى تحقيق غاية معينة أو باعث خاص، بالإضافة إلى توافر القصد العام. وفي هذا الإطار سوف نذكر بعضها:
أ- جريمة الإرهاب الإلكتروني: تتطلب القاعدة التي تجرم الإرهاب المذكور قصداً خاصاً، يتمثل زرع الرعب في نفوس السكان عن طريق القتل، أو الخطف، أو تفجير الأبنية، إلخ....

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم ببث صور لتنظيم داعش على الإنترنت، بقصد بث الرعب والخوف في قلوب الناس.

ب- جريمة الإبادة الجماعية الالكترونية: تتطلب الجريمة المذكورة قصداً خاصاً، يتمثل بأن يكون لدى الفاعل نية التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية، أو إثنية، أو عنصرية، أو دينية.

مثال على ذلك، قيام شخص بزرع قنبلة في سيارة، ومن ثم تفجيرها عبر الإنترنت في قرية تقطنها مجموعة عرقية واحدة، لكنّ الجاني كان يهدف إلى قتل شخص

مارس الزنا مع زوجته، وليس بنية إهلاك أو قتل الجماعة المذكورة، فنكون عندها ازاء جريمة قتل عادية، وليس امام جريمة ابادة جماعية الكترونية²²⁴.

ج- الجرائم ضد الإنسانية الالكترونية: تستلزم بعض فئاتها كالاضطهاد توقّر القصد الخاص، والذي يتمثل في نية الجاني بإقصاء جماعة معينة، على أساس تمييزي. ويتطلب القصد المذكور النية لاضطهاد جماعة ما، تربطهم روابط مشتركة إما دينية أو لغوية أو عرقية أو قومية، بهدف القضاء عليهم قضاءً تاماً أو جزئياً عبر الإنترنت.

مثال على ذلك، قيام شخص ببث خبر حول جماعة عرقية عبر الإنترنت، يفيد بأن تلك الجماعة سوف تتوسع ديموغرافياً وتصل إلى سدة الحكم، وبالتالي فإن الجاني يحاول من خلال الخبر شد العصب العرقي من أجل انتخابه، وليس بقصد اضطهاد الجماعة المذكورة، فنكون عندها ازاء جريمة أخرى عادية، وليس امام جريمة اضطهاد الكترونية²²⁵.

وهناك أيضاً جريمة الحمل القسري، تتطلب هذا القصد، للمزيد راجع الهامش رقم 35.

1- الركن الشرعي للجرائم الدولية الالكترونية: إن المقصود بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في إطار القانون الدولي الجنائي هو أنه (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قاعدة قانونية دولية). ولذلك يتوجب على القاضي الجنائي الدولي عندما يطلب

224 - عباس محمد بشار، إشكالية إسقاط قواعد القانون الدولي الجنائي على جريمة الإبادة الجماعية الإلكترونية، بحث منشور في مجلة الجامعة اللبنانية، العدد 41، 2023، ص403.

225 - عباس محمد بشار، الجرائم ضد الإنسانية الإلكترونية ما بين الواقع والنص، بحث منشور في مجلة الجامعة اللبنانية، العدد 43، 2023، دون صفحة (وعد بالنشر).

منه تحديد الصفة الإجرامية لفعل ما، أن يبحث في جميع مصادر القاعدة المذكورة آنفاً²²⁶.

وعلى الرغم من أن الأصل في هذا المبدأ (مبدأ الشرعية) هو القانون المكتوب، خصوصاً في القانون الوطني الذي ينص على مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد الأفعال المجرمة والعقوبات المقابلة لها، إلا أن نظام العدالة الجنائية الدولية يعتمد على المعاهدات والأعراف، وفي أحيانٍ أخرى على المبادئ العامة للقانون في إيجادها للركن الشرعي للجرائم الدولية. وهي بذلك ليست نتاجاً لجهاز تشريعي خاص، إلا بالقدر الذي يمكن أن تُعد فيه عملية صناعة المعاهدات المتعددة الأطراف عملية تشريعية دولية²²⁷.

ونحن نرى أن الجرائم الدولية التي يرد ذكرها في مختلف مصادر القانون الدولي الجنائي، تختلف في بعض جوانبها وخصائصها عما يمكن أن يرد في النظم القانونية الجنائية الوطنية الرئيسة في العالم. ويمتد هذا الاختلاف أيضاً ليشمل الجرائم الدولية الإلكترونية والجرائم الإلكترونية الوطنية.

والجدير بالذكر أن الركن الشرعي للجرائم الدولية الإلكترونية يقتضي وجود نص قانوني قانوني صادر عن المشرع الدولي بتجريم الفعل، وأن يوجد هذا النص قبل ارتكاب الجريمة. ويثير الركن الشرعي في مجال القانون الدولي إشكالية قانونية

²⁶⁶ سعيد سالم الأوجلي، تنفيذ القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص133. وأيضاً، حسام علي عبد الخالق الشبخة، المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب، جامعة القاهرة، 2001، ص205.

²²⁷ محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي، دار المستقبل، بيروت، 2003، ص37.

لا تثار في القانون الداخلي، إذ أن قاعدة التجريم في القانون الداخلي محددة في نص قانوني مسبقاً²²⁸.

ونحن بدورنا نتناول نوعاً جديداً من الجرائم الدولية، وهو الجرائم الدولية الالكترونية، وبالتالي نتساءل هل أن عدم وجود نص قانوني يعرفها ويحدد أركانها يشكل تعارضاً مع مبدأ الشرعية؟

ومن أجل ذلك سوف نقوم بعرض تعاريف الجرائم الدولية الواردة في القانون الدولي الجنائي، مع القيام بعملية إسقاط لوسيلة الإنترنت عليها، وإعطاء أمثلة على تلك التعاريف.

أ- **جريمة الإرهاب الالكتروني:** يعنى بالأعمال الارهابية جميع الأفعال التي ترمي إلى إيجاد حالة ذعر، وترتكب بوسائل كالأدوات المتفجرة والمواد الملتهبة والمنتجات السامة أو المحرقة والعوامل الوبائية أو الميكروبية، والتي من شأنها أن تحدث خطراً عاماً، والتي ترتكب عبر الإنترنت²²⁹.

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم الالكتروني بإرسال فيديو عبر الإنترنت، يعرض فيه قيام التنظيم الإرهابي بعملية إبادة لمجموعة من الأشخاص، وذلك بقصد إثارة الذعر في قلوب المواطنين.

ب- **جرائم الحرب الإلكترونية:** جريمة الحرب الالكترونية: سنداً لنص المادة 8 من نظام روما تعني جرائم الحرب الالكترونية، ارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في نص المادة المذكورة عبر الإنترنت، وتتلخص بالصور التالية:

²²⁸- حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص

38.

²²⁹ -المادة 314 من قانون العقوبات اللبناني.

(1)- الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة 12 آب/أغسطس 1949، والمتعلقة بارتكاب أيّ فعل من الأفعال التالية ضد الأشخاص، أو الممتلكات الذين تحميهم أحكام اتفاقية جنيف ذات الصلة (القتل العمد، التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية، تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو بالصحة الخ....).

(2)- الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية خلال المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي، كالقيام بأي فعل من الأفعال التالية: تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية، تعمد توجيه هجمات ضد مواقع مدنية، أي ضد المواقع التي لا تشكل أهدافاً عسكرية الخ....

(3)- الانتهاكات الجسيمة للمادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949، خلال وقوع نزاع مسلح غير دولي.

(4)- الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية أثناء المنازعات المسلحة غير الدولية في النطاق الثابت للقانون الدولي.

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم الإلكتروني بإعطاء إشارة عبر الإنترنت، تتضمن أمراً موجهاً إلى الطائرات دون طيار، بقصف مدرسة يختبئ فيها مدنيون، دون وجود ضرورة عسكرية تبرر ذلك الفعل.

ج- جريمة العدوان الإلكتروني: سنداً لكل من المادة 5 من نظام روما والتعريف الوارد في مؤتمر كمبالا لعام 2010²³⁰، يُعنى بجريمة العدوان الإلكتروني قيام شخص ما يتمتع بوضعٍ يتيح له التحكم بالفعل في العمل السياسي أو العسكري للدولة، أو توجيهه بتخطيط أو إعداد منه، أو لشن أو تنفيذ عمل عدواني من

²³⁰- راجع القرار رقم RC/RES.6 المتعلق بتعريف جريمة العدوان.

شأنه، بحكم خصائصه وخطورته ونطاقه، أن يعد انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة، عبر الإنترنت.

إن أي استعمال للقوة المسلحة من قبل دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأي صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة عبر استعمال الإنترنت، يندرج تحت مسمى العمل العدواني الإلكتروني. بالإضافة إلى وجود عدة أفعال تنطبق عليها صفة العدوانية، سواء في حالة إعلان حرب ما أو دون إعلانها، وذلك طبقاً لما جاء في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3314 (د-29):

قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو إقليم دولة أخرى أو الهجوم عليه، أو أي احتلال عسكري ولو كان مؤقتاً ينجم عن ذلك الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه باستعمال القوة، وذلك عبر الإنترنت.

قيام القوات المسلحة لدولة ما بقذف إقليم دولة أخرى بالقنابل، أو استعمال دولة ما أي أسلحة ضد إقليم دولة أخرى، وذلك عبر الإنترنت.

وغيرها من الصور الخ.....

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم الإلكتروني، والذي يمثل قائد القوات المسلحة للدولة (أ)، بإعطاء أمر للجنود السبيرانيين بضرب المنشآت النووية، من خلال إرسال فيروسات إلى غرف التحكم الخاصة بها.

د- الجرائم ضد الإنسانية الإلكترونية: سناً للمادة 7 من نظام روما، الجرائم ضد الإنسانية الإلكترونية هي "الجرائم التي يُستخدَم فيها أيُّ فعلٍ من الأفعال التآلية المرتكبة أدناه عبر الإنترنت، متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجّه، ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم: القتل العمد، الإبادة، الاسترقاق، إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان، السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد

الأساسية للقانون الدولي، التعذيب، الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة الخ...

مثال على ذلك، قيام المجرم الإلكتروني بإرسال أمر عبر الإنترنت، من أجل تدمير بقعة جغرافية أو بلدة يقطنها مجموعة مدنيين، عملاً بسياسة دولة أو منظمة ما ينتمي إليها.

هـ- جريمة الإبادة الجماعية الإلكترونية: سناً لنص المادة 6 من نظام روما، تعرّف "جريمة الإبادة الجماعية الإلكترونية"، بأنها "الجريمة التي تُستخدَم فيها أيُّ من الأفعال التّالية المرتكبة أدناه عبر الإنترنت، بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه، إهلاكاً كلياً، أو جزئياً: قتل أفراد الجماعة، إلحاق ضرر جسديّ أو عقليّ جسيم بأفراد الجماعة، إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها تدميرها أو إهلاكها كلياً أو جزئياً، فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة، نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى".

مثال على ذلك، قيام المجرم الإلكتروني بإرسال أمر عبر الإنترنت، من أجل تدمير بقعة جغرافية أو بلدة يقطنها جماعة عرقية أو إثنية معينة الخ...

2- الركن الدولي للجرائم الدولية الإلكترونية: تتميز الجريمة الدولية الإلكترونية عن الجريمة الداخلية الإلكترونية بركانها الدولي. وبالرغم من تميز الركنين المادي والمعنوي في الجريمة الداخلية بأحكام خاصة تختلف عن أحكامها في الجريمة الدولية، إلا أن ذلك لا يكفي لكي يكون للجرائم الدولية الإلكترونية استقلاليتها، وإنما يتحقق ذلك بفضل الركن الدولي وما يتميز به من أحكام²³¹.

231- أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، 179.

ومن هنا، فإنَّ الجريمة الدولية الإلكترونية تمثل عدواناً على القيم الأساسية للمجتمع الدولي، وتستمد صفتها الجنائية من العرف والاتفاقيات الدولية، وغيرها من مصادر القانون الدولي.

ونحن بصدد الحديث عن الجرائم الدولية الإلكترونية، نرفض التبرير الذي توصل إليه بعض الفقهاء، بأن الركن الدولي في الجريمة الدولية بشكل عام، يعود سبب إقراره إلى تطلب الجريمة الدولية قدرة (قوات، قدرات، أسلحة الخ...) غير موجودة عند الفرد. وذلك لأنه باستطاعة الفرد الواحد ارتكاب الجرائم الدولية الإلكترونية، دون الحاجة إلى عديد بشري ومادي كبير.

ويلاحظ بأن توافر الركن الدولي للجريمة الدولية الإلكترونية في حالة إتيان فعل أو امتناع عن فعل يمثل عدواناً على مصلحة أو حق يحميه القانون الدولي الجنائي، وعلى هذا النحو فإن الركن الدولي يستمد وجوده من نوع المصالح أو الحقوق التي يصيبها العدوان²³².

ومن هنا يمكننا أن نعطي مثلاً على أهمية الركن الدولي في التمييز ما بين الجريمة الإلكترونية الوطنية والجريمة الدولية الإلكترونية. كأن يقوم المجرم الإلكتروني بالولوج إلى النظام المعلوماتي الخاص بمستشفى ما، ويقوم بتغيير الوصفة الطبية لمريض ما، ثم يقوم الممرض بإعطاء الدواء الخاطئ للمريض مما يتسبب بوفاته. وهنا يندرج هذا السلوك ضمن القانون الوطني.

أما بالنسبة للجريمة الدولية الإلكترونية، فقد يقوم المجرم الإلكتروني بالولوج إلى النظام المعلوماتي، ويقوم بمعالجة البيانات الخاصة بفئة عرقية أو إثنية أو دينية (غريبة المعلومات)، ثم يقوم بتغيير الوصفة الطبية الخاصة بها، وذلك بقصد إبادة أفرادها، من خلال تضليل الممرض وإعطائهم أدوية خاطئة تتسبب بوفاتهم.

²³²- حسني عبيد، مرجع السابق، ص 130.

وهنا نكون بصدد الحديث عن جريمة الكترونية دولية تخضع لأحكام القانون الدولي الجنائي، وليس لأحكام القانون الوطني. بعد أن أنهينا الحديث عن أركان الجرائم الدولية الالكترونية، ننتقل إلى السلطة التقديرية للقاضي الجنائي الدولي في تقدير أدلة الإثبات وتقدير العقوبة، لهذا النوع من الجرائم المستحدثة.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الجنائي الدولي التقديرية في ظل الجرائم الدولية الإلكترونية المستحدثة

شهد موضوع سلطة القاضي الجنائي الدولي مؤخراً اهتماماً كبيراً لدى الفقه على المستوى الدولي، خاصةً مع التطور التشريعي في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وظهور المدافعين عن حق الفرد في التقاضي أمام القاضي الطبيعي. ولكن هذا الاهتمام توقف عند موضوع حقوق الأفراد، في حين أن عالم الإجرام لا يزال في تطور مستمر، وقد رأينا من خلال المطلب الأول، أنه بإمكان الفرد ارتكاب الجرائم الدولية بمفرده عبر الإنترنت، دون الحاجة إلى أي دعم من الدولة أو المنظمات الخ....

وفي ظل النقص التشريعي الدولي لمكافحة الجرائم الدولية الإلكترونية، تتصدّر هنا الأسئلة المهمة التالية: هل تطل سلطة القاضي الجنائي الدولي الجرائم المستحدثة المذكورة؟ وهل يشكل ذلك تعارضاً مع مبدأ الشرعية؟ وكيف يمكن الاستعانة بالأدلة المباشرة والدليل الإلكتروني لمعرفة الفاعل؟ وهل يتم فرض نفس العقوبات المقررة في نظام روما على المجرم الإلكتروني؟ ويتبين من خلال ما سبق ذكره، أن سلطة القاضي المذكور أعلاه لا تنحصر بتقدير العقوبة وحسب، إنما تمتد إلى سلطة تقدير أدلة الإثبات. فالعقوبة التي يحكم بها القاضي ليست انتقاماً، وإنما هدفها هو تحقيق العدالة والحكم على المتهم بالعقوبة المستحقة لا أكثر²³³، وذلك لحماية المجتمع من كل من تسول له نفسه ارتكاب الجرائم السالفة الذكر.

²³³- Julien Walther, A justice équitable, peine juste? Vue croisées sur le fondement théorique de la peine Revue de science criminelle et de droit compare, n°1, Janvier /mars 2007, p de23-29.

أما فيما يتعلق بسلطته في تقدير أدلة الإثبات، فهي تحظى بأهمية واسعة، ذلك أن الدليل هو الذي يدعم الحق ويجعل وجوده قائماً²³⁴. لأن حق المجتمع الدولي في العقاب، يتجرد من قيمته إذا لم يقدّم الدليل أمام القضاء الدولي الجنائي على وقوع الجريمة الدولية الالكترونية، وعلى نسبتها إلى المتهم مادياً ومعنوياً وإثباتها بحقه. كما تكمن أهميتها في المواد الجنائية، حيث أن الجريمة واقعة مادية تنتمي إلى الماضي، ومن غير الممكن أن تتوصل المحكمة إلى حقيقتها إلا عن طريق الاستعانة بالأدلة.

إن تناول هاتين السلطتين للقاضي أعلاه، يتطلب القيام بعملية إسقاط لقواعد القانون الدولي الجنائي على سلطته في ظل الجرائم موضوع البحث. وبالتالي سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، يتناول الأول سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات، أما الثاني فيتناول سلطته في تقدير العقوبة.

الفرع الأول: سلطة القاضي الجنائي الدولي في تقدير أدلة الإثبات التقنية

إن سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات، هي المحور الذي تدور عليه قواعد الإجراء والإثبات في القضاء الدولي الجنائي، منذ لحظة وقوع الجريمة الدولية الالكترونية إلى حين إصدار الحكم النهائي بشأنها. وهذا الحكم لا يمكن إصداره إلا من خلال العملية القضائية التي يمارسها القاضي الجنائي الدولي طبقاً للسلطات الممنوحة إليه²³⁵.

وبذلك يتمتع القاضي المذكور بحرية واسعة في تقدير الأدلة، وما يوفر له استقلالاً كاملاً لتكوين قناعته. فهو يباشر سلطته التقديرية ضمن ضوابط ومعايير يقاس

234- عماد أحمد ربيع، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1990، ص 7.

235- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 92.

من خلالها مدى سلامة تقديره، وهي تظهر بجلاء في أسباب حكمه، إذ هو حر وطلق في أن يستعين بكافة الطرق لتكوين اقتناعه اليقيني للوصول إلى الحقيقة والكشف عنها²³⁶.

وبناءً على ما سبق ذكره، فالسلطة المذكورة تشمل كل ما يؤدي إلى ثبوت إجرام المتهم الإلكتروني، من لحظة وقوع الجريمة (موضوع بحثنا) إلى حين إصدار الحكم، ومن ثم توجيه العقوبة المناسبة إليه. وتتجلى أهميتها في كونها عصب القواعد الإجرائية، إذ لا يقتصر دور القاضي على الموازنة بين الأدلة التي يقدمها الخصوم وترجيح بعضها على البعض، وإنما يتعدى ذلك إلى البحث والتحري عن الحقيقة بالطرق المشروعة، على ضوء وقائع الدعوى وملابساتها، باعتماد الطرق القانونية التي حددها القانون لإقامة الدليل.

ومن الجدير ذكره، أن القاضي الجزائي أثناء عملية ممارسة مهامه يقوم بتقدير الأدلة التي عرضت عليه، وهذا التقدير يكون بناءً على اقتناعه الشخصي. فهو ملزم بإصدار حكم مسبب، سواء تضمن إدانة أو براءة، ويختلف تقديره للأدلة بحسب نوعها.

ومن الملاحظ أن تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي المذكور أعلاه تظهر في تقدير الأدلة التقليدية من حيث دلالتها على الحقيقة التي يجرى الكشف عنها مباشرةً وبغير واسطة، لأنها تنصب على ذات الواقعة المراد إثباتها في الجرائم الدولية الإلكترونية.

²³⁶- حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية (محاولة لرسم معالم نظرية عامة)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2002، ص 16.

وهذا لا يعني أن القانون أراد حصر الأدلة التي يمكن للقاضي أن يستند إليها في حكمه، فهناك أدلة إلكترونية تلعب دوراً مهماً في مجال الإثبات الجنائي للجرائم الدولية الإلكترونية دون غيرها.

ونظراً لأهمية موضوع سلطة القاضي المذكورة، سوف نتناولها هنا، خاصة في ظل تطور الجرائم المذكورة. وبالتالي سوف نقسم هذا الفرع إلى بندين، يتناول الأول سلطة القاضي في تقدير الأدلة التقليدية الإلكترونية، أما الثاني فيتناول سلطته في تقدير الأدلة الإلكترونية الحديثة.

1- سلطة القاضي الجنائي الدولي في تقدير الأدلة التقليدية الإلكترونية: قبل البدء لابد من تعريف الدليل الإلكتروني، فهو "معلومات يقبلها المنطق والعقل ويوافق عليها العلم، ويتم الحصول عليها من خلال الإجراءات القانونية والعلمية عبر ترجمة البيانات الحسابية المخزنة في أجهزة أنظمة المعلومات وملحقاتها وشبكة الاتصال، ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة، لإثبات حقيقة فعل أو شيء أو شخص مرتبط بجريمة أو مجرم أو ضحية"²³⁷.

تقسم هذه الأدلة بطبيعتها إلى نوعين، الأدلة المباشرة والأدلة غير المباشرة. أ- سلطة القاضي في تقدير الأدلة المباشرة الإلكترونية: تقسم الأدلة من حيث علاقة الدليل بالواقعة كما سبق وذكرنا، إلى أدلة مباشرة وغير مباشرة. وتتجلى الأولى من خلال ما تنطق به الصورة الواضحة للدليل في كونه مباشراً، لأنه لا يحتاج إلى واسطة لتثبيته أو إلى استنتاج وتوافق عقلي كما في الأدلة غير

²³⁷- محمد البشيري، التحقيق في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، الطبعة الأولى، جامعة نايف

العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004، ص 235.

المباشرة. فيقوم القاضي أثناء استخدام سلطته التقديرية باستقبال الأدلة المباشرة بكل حرية، وهي ما سنورده في النذات التالية:

(1) - الشهادة الالكترونية: تعرّف شهادة الشهود الالكترونية بأنها "رواية أمام جهة قضائية، يدلي بها عما أدركه بحاسة من حواسه عن وقائع متعلقة بالقضية، يمكن الاستناد إليها لإثبات الجريمة، دون أن يحق له أن يشهد بظروف ووقائع سابقة على الدعوى²³⁸، عبر الإنترنت".

وفي السياق نفسه، تعد الشهادة بشكل عام وسيلة من وسائل الإثبات في الميدان الجنائي الدولي، فهي أولاً دليل مباشر، كونها تنصب على الواقعة بحد ذاتها. وثانياً تعدّ دليلاً شفهياً باعتبار أن الشاهد يُدلي بها شفهاً أمام المراجع المختصة التي تستمع إلى أقواله. أي أن العناصر الواقعية التي يشهد الشاهد عليها اتصلت مباشرة بحواسه (السمع أو البصر الخ...)، إلا أنه يوجد استثناء يمكن أن تكون فيه الشهادة غير مباشرة، وذلك حين تصل وقائعها إلى الشاهد من طرف آخر سماعاً، وتخضع في هذه الحالة لتقدير المحكمة.

مثال على ذلك، كأن يدلي الشاهد بأنه رأى المجرم الالكتروني أثناء قيامه بإرسال الفيروس إلى المنشأة النووية، من أجل القيام بالجريمة الدولية. ويمكن أن نطعي مثلاً آخر، كأن يدلي الشاهد أمام الجهات المختصة بأن رسالةً الكترونية وصلت من الحاسب الآلي للمجرم عن طريق الخطأ، تتضمن الإفادة لرئيسه عن ارسال فيروس الخ...

والشهادة الالكترونية قد تكون إما مسجلة، وإما عن بعد:

²³⁸ - مغيده سويدان، "نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه،

جامعة القاهرة، مصر، 1985، ص 251.

(أ) - الشهادة المسجلة²³⁹: وهي التي يتم الإدلاء بها خارج المحكمة، فتحفظ إما كتابةً أو تسجيلاً ليصار إلى تقديمها مرة أخرى أمام المحكمة. وقد أخذت بها المحكمة الجنائية الدولية، ويظهر ذلك جلياً من خلال نص المادة (2/69) والقاعدة (68) من قواعد الإجراء والإثبات الخاص بنظام روما.

(ب) - الإدلاء بالشهادة عن بعد بواسطة الوسائل التقنية²⁴⁰: إن الأصل هو حضور الشاهد، إلا أنه استثناء على ذلك، يمكن للشاهد الإدلاء بالشهادة عن بعد بواسطة أداة اتصال، إذا كان غير راغب أو غير قادر على الحضور. وقد أخذت المحكمة الجنائية الدولية بهذا النوع من الشهادة، ويظهر ذلك جلياً من خلال نص كل من المادة (2/69) من النظام الأساسي والقاعدة (67) من قواعد الإجراء والإثبات.

وبالعودة إلى دور الشهادة الالكترونية في إثبات الجرائم الدولية الالكترونية، فإنها تواجه معضلة أساسية، فهي من جهة تساعد على توفير الحماية للشاهد، ومن جهة ثانية تحرم المتهم من حق مواجهة الشاهد.

أما بالنسبة لقيمة الشهادة الالكترونية، فإنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي الدولي، الذي يحق له الأخذ بها أو إهمال أي جزء منها. إلا أنه برأينا،

²³⁹ - اعتمدت محكمة نورمبرغ على الشهادة المكتوبة بشكل واسع وذلك عوضاً عن حضور الشاهد أمام المحكمة، أما فيما يتعلق بمحكمتي يوغسلافيا وروندا فقد أخذت بهذا النوع من الشهادة. للمزيد أنظر عبد الوهاب حومد، الإجماع الدولي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1976، ص 151/القاعدة 92 من قواعد الإجراء والإثبات لهاتين المحكمتين.

²⁴⁰ - تعد محكمة يوغسلافيا من أول المحاكم التي سمحت بالأخذ بهذا النوع من الشهادة، وذلك في نص القاعدة 91 من قواعد الإجراء والإثبات.

أن حجية الشهادة الحضورية أقوى كدليل مباشر من الشهادة الإلكترونية عبر وسائل الاتصال عن بعد أو الشهادة الإلكترونية المسجلة.

(2)- الاعتراف الإلكتروني: يعد الاقرار في القضايا الجنائية نوعاً من إقرار المدعى عليه على نفسه²⁴¹، بكل أو ببعض ما نسب إليه، أي اقراره على نفسه بصدور الواقعة الجرمية عنه²⁴²، وذلك عبر استخدام الإنترنت. مثال على ذلك، كأن يعترف المتهم عبر الإنترنت أثناء جلسة المحاكمة، بأن سبب فراره من وجه العدالة، عائداً لارتكابه جريمة العدوان. وللاعتراف الإلكتروني أركان موضوعية، تتمثل بصدور الاقرار عن المتهم بنفسه، وأن تتصل هذه الواقعة بارتكاب الجريمة وينسبها إلى المتهم، ويكون من شأنها تقرير مسؤوليته أو تشديدها. وأيضاً، يوجد هناك عدة شروط للاعتداد بالاعتراف، وتتلخص بالتالي:

- (أ) - أن تكون الجريمة قد وقعت فعلاً.
- (ب) - أن يكون الاعتراف صريحاً وصحيحاً.
- (ج) - أن يكون الاعتراف صادراً عن شخص متمتع بالأهلية القانونية، أي مدركاً ومميزاً.
- (د) - أن يكون هذا الاعتراف حاصلًا أمام سلطة قضائية.
- (هـ) - أن يتمتع هذا الاعتراف بالاستمرارية.
- (و) - أن يكون الاعتراف إرادياً صادراً عن علم ومعرفة من قبل المُقرّ به.

²⁴¹- عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة، دون طبعة، منشورات عويدات، بيروت - باريس، لبنان، 1982، ص 331.

²⁴²- نجيب حسني، الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص 460.

ونضيف هنا شرطاً آخر يتعلق بالاعتراف الإلكتروني، وهو أن يُدلى به عبر الإنترنت. وقد يتم استخدام هذا النوع من الاعتراف كتدبير احترازي لحماية المتهم من أهالي المجني عليهم.

ولابد من الإشارة إلى وجود نوعين من الاعتراف، الاعتراف القضائي والاعتراف غير القضائي. فالأول يتعلق بالإدلاء به أمام هيئة قضائية، وأما الثاني فيتم الإدلاء به خارج المحكمة، أمام جهة التحقيق مثلاً. أما على صعيد المحكمة الجنائية الدولية، فقد أخذت بالاعتراف القضائي أمام الدائرة الابتدائية، وذلك سناً لنص المادة 65 من نظامها²⁴³.

وبنظرنا، إن الاعتراف الإلكتروني غير القضائي، لا يمكن الاعتداد به ضمن أدلة الإثبات، ولكن يمكن للقاضي أن يستأنس به. أما الاعتراف الإلكتروني القضائي،

²⁴³ نصت المادة 65/ب، ج، د من نظام روما على أنه ".... ب-إذا اقتنعت الدائرة الابتدائية بثبوت المسائل المشار إليها في الفقرة أ اعتبرت الاعتراف بالذنب، مع أية أدلة إضافية جرى تقديمها، تقريراً لجميع الوقائع الأساسية اللازمة لإثبات الجريمة المتعلقة بها الاعتراف بالذنب، وجاز لها أن تدين المتهم بتلك الجريمة. ج-إذا لم تقتنع الدائرة الابتدائية بثبوت المسائل المشار إليها في الفقرة، اعتبرت الاعتراف بالذنب كأنه لم يكن، وكان عليها في هذه الحالة أن تأمر بمواصلة المحاكمة وفقاً لإجراءات المحاكمة العادية التي ينص عليها هذا النظام الأساسي، وجاز لها أن تحيل القضية إلى دائرة ابتدائية أخرى. د-إذا رأت الدائرة الابتدائية أنه يلزم تقديم عرض أوفى لوقائع الدعوى تحقيقاً لمصلحة العدالة، وبخاصة لمصلحة المجني عليهم، جاز لها: 1- أن تطلب إلى المدعي العام تقديم أدلة إضافية، بما في ذلك شهادة الشهود. 2- أن تأمر بمواصلة المحاكمة وفقاً لإجراءات المحاكمة العادية المنصوص عليها في هذا النظام الأساسي، وفي هذه الحالة يكون عليها أن تعتبر الاعتراف بالذنب كأنه لم يكن، ويجوز لها أن تحيل القضية إلى دائرة ابتدائية أخرى.

فيكون له حجية أكبر، وبالتالي يرجع ذلك إلى قناعة القاضي الشخصية، وأيضاً إلى النظام الثقافي الذي ينتمي إليه ذلك القاضي الخ...

إلا أنه على الرغم من أهمية الاعتراف الإلكتروني القضائي في إثبات الجرائم الإلكترونية، لكن ذلك لا يعني ذلك أنه يحوز على القوة الثبوتية الكاملة، وذلك بسبب احتمال التلاعب بالبيانات الرقمية للاعتراف، هذه من جهة، ومن جهة ثانية قد يواجه المشتبه به إكراهاً من أجل الاعتراف بالجرم المنسوب إليه، وبالتالي يصبح بمثابة دليل ظرفي يحتاج إلى تدعيمه بدليل آخر.

مثال على ذلك، كأن يقوم رئيس المشتبه به بإرسال رسالة عبر الإنترنت، يطلب فيها من الأخير أن يعترف أمام الدائرة الابتدائية في المحكمة بأنه هو من قام بإرسال الفيروس شخصياً إلى غرفة التحكم بالمطار، وتسبب باصطدام الطائرات وقتل من فيها.

وإذا أردنا أن نقوم بمقاربة بين الاعتراف الحضوري القضائي والاعتراف الإلكتروني القضائي، نجد أن الثاني أقل قوة، ويحتاج إلى دليل آخر يعززه. مثال على ذلك أدلة أخرى تثبت تواجده في المكان، أو شهادة الشهود الخ...

مثال على ذلك، كأن يعترف المتهم عبر الإنترنت (بالصوت والصورة) أمام المحكمة بأنه ارتكب الجريمة الدولية الإلكترونية أثناء تواجده في منزله ضمن الشارع العام في مدينة لاهاي. وبالتالي يقوم القاضي باستدعاء الناظر لكي يشهد بأن ذلك المتهم كان متواجداً في منزله في لحظة وقوع الجرم فيه.

(3)- الخبرة الإلكترونية: تُعرّف الخبرة بأنها إبداء رأي فني من قبل شخص مختص فنياً في واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية. وتقوم الحاجة إليها إذا أثرت أثناء سير الدعوى الجنائية مسألة فنية يتوقف عليها الفصل في الدعوى،

ولم يكن في استطاعة القاضي البت برأي فيها، لأن ذلك يتطلب اختصاصاً فنياً لا يتوافر لديه²⁴⁴، وذلك في الأمور الالكترونية.

مثال على ذلك، كأن يقوم الخبير بالنقصي في الحاسب الآلي للمتهم، لمعرفة تاريخ ومكان ارسال الفيروس إلى غرفة التحكم للقطارات، والذي نجم عنه تصادم لأكثر من قطار الخ....

لقد اختلف الفقه والاجتهاد حول سلطة القاضي في هذا الإطار، فالرأي الأول اعتبر أن القاضي ليس مقيداً بالخلاصات التي يتوصل إليها الخبير، فإذا لم يأخذ بها عليه أن يعلل ذلك. فتقرير الخبير يخضع كباقي وسائل الإثبات الأخرى لتمحيص القاضي ورقابته، أي أنه يجب تجنب تكريس القاعدة التي تقول "أن الخبير هو القاضي الواقعي"²⁴⁵.

في حين رأى البعض الآخر بأنه لا يحق للقاضي التعدي على صلاحيات الخبير الفنية، لجهله بها، خاصةً في الشؤون الطبية، الهندسية والكيميائية الخ... ومن هنا، يمكننا القول فيما يتعلق بمهمة الخبير، بأنه صاحب الكلمة الفصل في المسألة الفنية التي يستعان به بشأنها²⁴⁶.

244- نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018، ص 927.

245- حاتم ماضي، قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 341.

246 - الياس أبو عيد، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الرابع، دون طبعة، دون دار نشر، دون دولة، 1996، ص 259.

وتندرج الخبرة الفنية أمام المحكمة الجنائية الدولية ضمن عائلة الشهادة، ويعود أمر تقييمها إلى السلطة التقديرية للمحكمة وقناعتها²⁴⁷، وبالتالي يتوجب على الخبير حلف اليمين الرسمي أثناء تقديم تقريره.

وبرأينا، أنّ هذا النوع من الأدلة ذو أهمية كبرى في إطار الجرائم الدولية الالكترونية، حيث يصعب في معظم الحالات الاعتماد على الأدلة التقليدية لإثباتها، مثل شهادة الشهود والاعتراف الخ... وبالتالي يحتاج إثباتها إلى فنيين ومتخصصين في الأمور المعلوماتية والتكنولوجية وشبكة الإنترنت الخ.... وذلك من أجل مساعدة القاضي في تكوين قناعاته الشخصية.

وأكثر من ذلك، إن الجرائم الدولية الالكترونية تحتاج إلى نوع خاص من الخبرة، أي يجب أن يكون الخبير أكثر نكاهاً من المجرم الالكتروني، خاصةً أنها تتميز بصعوبة إثباتها.

أما فيما يتعلق بحجية وقيمة الخبرة الإلكترونية في الإثبات أمام القاضي الجنائي الدولي، فهي تتمتع بالقوة الثبوتية أيضاً، لكنها لا تكفي وحدها لإثبات الجريمة، وتحتاج إلى أدلة أخرى من أجل تعزيزها، مثال شهادة الشهود والقرائن الخ.... مثال على ذلك، كأن يبين تقرير الخبير الأول أن الفيروس الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة الدولية الالكترونية قد تم إرساله أثناء تواجد المجرم الإلكتروني في الدولة (أ)، في حين أن تقرير الخبير الثاني يشير إلى أن الفيروس قد تم إرساله أثناء تواجد المجرم في الدولة (ب).

247 - في قضية "كاسيمير بيزمنكو" أمام محكمة روندا، حيث رفضت المحكمة شهادة الخبير الذي تم تقديمه على أنه خبير في القانون الدستوري الرواندي، حيث رأت المحكمة أنه ليس كذلك، وأن مجرد دراسته للقانون الدستوري كجزء من دراسته الحقوقية، وتدرسه مادة القانون الدستوري في إحدى المدارس المحلية لا يكفي لاعتباره خبيراً في القانون الدستوري، ما دام أنه ليس له أية دراسات أو منشورات في هذا الإطار. للمزيد أنظر: الحكم بقضية "كاسيمير بيزمنكو" رقم الوثيقة (T-99-50).

من خلال المثال أعلاه، يمكننا أن نستنتج أن الخبرة الفنية في تلك الحالة تحتاج إلى دليل آخر، مثال على ذلك كأن يشاهد شخص المجرم أثناء تواجده في الدولة (أ).

ب- سلطة القاضي في تقدير الأدلة غير المباشرة الالكترونية: سبق وأن تناولنا الأدلة المباشرة الالكترونية، أما النوع الثاني فيطلق عليه الأدلة غير المباشرة، وهو الذي يحتاج لواسطة لتثبيته أو إلى استنتاج وتوافق عقلي، وهي تشمل المحررات الالكترونية والقرائن الالكترونية.

(1) - المستندات (المحررات) الالكترونية: هي عبارة عن رسائل الكترونية تحمل بيانات (أي معلومات تمت معالجتها بموجب نظام معلوماتي) في شأن واقعة ذات أهمية في إثبات ارتكاب جريمة ونسبتها إلى المتهم. وقيمة هذه الرسائل أمام القضاء تتبع من ذاتها، إذا كانت لها علاقة بالجريمة أو بظروفها، فهي قد تكون جسم الجريمة، وقد تكون مجرد دليل عليها.

ومن أمثلة النوع الأول، الرسائل التي تتضمن نصاً حول نجاح عملية ارسال الفيروس الخ... وفي هذه الحالة يكفي ثبوت صدورهما من المتهم لتكون دليلاً على ارتكابه الجريمة. أما النوع الثاني، وهو الرسائل الالكترونية التي تصدر من المتهم، متضمنة اعترافه بالتهمة صراحةً أو ضمناً، أو التي تصدر من الغير، ولكنها تفيد وقوع الجريمة من المتهم. كأن يتم الحصول على إقرار من شاهد ما على واقعة معينة تتعلق بالجريمة، وفي هذه الحالة تكون تلك الرسالة الالكترونية موضع تقدير المحكمة أو المحقق، باعتبارها اعترافاً من المتهم أو شهادة عليه من الغير²⁴⁸.

248- هلالى عبد اللاه أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 1182.

وبالتالي يمكننا أن نعطي مثلاً على ذلك، كأن يقوم المجرم الإلكتروني بإرسال رسالة إلكترونية إلى رئيسه تتضمن الإفادة عن الانتهاء من تنفيذ الجريمة الدولية الإلكترونية بنجاح.

ونعطي مثلاً آخر، كأن تصل رسالة من "IP" الخاص بالحاسب الآلي للمجرم الإلكتروني، تتضمن دخوله إلى مواقع وأنظمة معلومات محظورة، تمهيداً للقيام بجريمة دولية.

ويمكن أن نعرّفها بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"²⁴⁹.

ومن هنا، يمكن القول بأنها النصوص التي يتم كتابتها بواسطة الحاسوب، ومنها الرسائل عبر البريد الإلكتروني، والبيانات المسجلة بأجهزة الحاسوب الآلي، والأوعية الإلكترونية المتضمنة للمعلومات كالأشرطة والأقراص المغنطة.

تُعتبر المحررات من ضمن الأدلة الجنائية التي يمكن أن تقود إلى برهان صحة الواقعة أو الوقائع موضوع التحقيق أو الحكم. وقد ظهر منها نوعٌ آخر أُسبغَ عليها صفة "الإلكترونية"، كدلالة على الوسط الذي يجري فيه معالجة البيانات وخبزها ونقلها بواسطة شبكة الانترنت²⁵⁰.

لقد جاء نظام روماً خالياً من النص على هذا الدليل، إلا أن نظام الإجراء والإثبات الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية نص عليها، وعلى سلطة القاضي في هذا المجال. حيث جاء فيه "مع مراعاة المواد 155، 156 و158، يجوز لغرفة

²⁴⁹- عبد التواب مبارك، الدليل العلمي في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 16.

²⁵⁰- خالد رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 196.

الدرجة الأولى أن تقبل أدلة بشكل مستند أو سجل آخر عملاً بالمادة 149/ج، د²⁵¹. وقد أعطى هذا النص للقاضي سلطة تقدير هذا الدليل، ويمكننا أن نستنتج ذلك من عبارة "يجوز لغرفة الخ...".

ونحن بدورنا، نعتقد أن هذا النوع من يدخل ضمن الأدلة الظرفية، ويعود السبب في ذلك إلى أن المعلومة المعالَجة بشكل محرّر الكتروني، يمكن إعادة معالجتها لتتخذ شكلاً آخرًا، وبالتالي تنتفي الفائدة منها في إثبات الجريمة. خاصةً وأن المجرم الالكتروني اليوم يتميز بذكاء عالٍ، بحيث من يُندُر أن يترك وراءه أثراً كالمحرر المذكور.

وفي الإطار نفسه، إذا أردنا أن نقوم بمقاربة ما بين المحرّر الالكتروني والمحرّر الورقي، لرأينا أن الثاني له قوة ثبوتية أكبر من النوع الأول. إلا أنه في النهاية يخضع تقييم المحرر الالكتروني لقناعة القاضي. ويمكن أن نعززه بدليل آخر، كما يمكن أن يكون بحد ذاته دليلاً إضافياً معززاً لدليل آخر مثل شهادة الشهود الالكترونية الخ....

(2) - القرائن الالكترونية: يُعرّف الإثبات بالقرينة الالكترونية، بأنه استنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات. وفي هذه الحالة يقال بأن إثبات الواقعة التي قام عليها الدليل، قرينةً على ثبوت الواقعة التي لم يرد عليها دليل.

ويفترض الإثبات بالقرائن الالكترونية تغيير محل الإثبات، فبدلاً من أن يرد الإثبات على واقعة ذات أهمية في الدعوى الجزائية (أي واقعة ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى المتهم)، يمكن أن يرد على واقعة أخرى مختلفة، ولكن توجد توجد بين الواقعتين صلة سببية منطقية، بحيث يمكن للقاضي وفقاً لقواعد الاستنباط المنطقي

²⁵¹ - المادة 154 من قواعد الإجراء والإثبات للمحكمة الخاصة بלבنان.

أن يستخلص من إثبات هذه الواقعة ثبوت ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى المتهم. وتبرز أهمية هذا النوع من الإثبات عند إستحالة إثبات بعض الوقائع بالأدلة المباشرة²⁵².

مثال على ذلك، كأن يستتبط القاضي من أن تواجد المجرم الإلكتروني في مركز معلوماتي خاص، دليل على قيامه بتجهيز فيروس للقيام بجريمة دولية الكترونية، كونها قد تحتاج إلى الاستعانة بمختصين.

وفي السياق نفسه، يوجد نوعان من القرائن الإلكترونية، وهما القرائن القانونية والقرائن القضائية. فالقرائن القانونية الإلكترونية تكفي بذاتها للإعفاء من عبء الإثبات. وينص المشرع على القرائن القضائية في الحالات التي يفترض فيها أن إثبات واقعة ما أمرٌ عسيرٌ جداً، واقتناعاً منه بأنه إذا حمل أحد أطراف الدعوى عبء إثباتها فسيكون ذلك تعجيزاً له، ويغلب ألا يستطيع النهوض به. ويقوم هذا الدليل على فكرة الاحتمال والرجحان، واعتبار المشرع ذلك الأمر المحتمل أمراً ثابتاً. مما يمكننا من القول إن القرينة القانونية ليست بحد ذاتها دليلاً، وإنما هي إعفاء من عبء الإثبات. وهذه القرينة القانونية إما تكون بسيطةً تقبل إثبات العكس، وإما قاطعةً لا تقبل إثبات العكس²⁵³.

أما القرائن القضائية الإلكترونية، فهي تعني الدليل غير المباشر، أي استنباط القاضي لها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات، وهي ذات صلة سببية منطقية بها. وهذه القرائن هي المصدر الأولي للقرائن القانونية، حيث أن المشرع يتبناها

252- لقد عرفت المادة 1349 من القانون المدني الفرنسي القرينة بأنها "النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة".

253- مثال على القرينة البسيطة، "وجود شخص في منزل مخصص للحريم"، يعد قرينة على ارتكابه لجريمة الزنا، ولكنها قرينة تقبل العكس، إذ يجوز له أن يثبت أن وجوده في هذا المكان كان لسبب بريء. ومثال على القرينة القاطعة، "افتراض العلم بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية، ومضي المدة التي يحددها الدستور".

عندما يستقر عليها القضاء والاجتهاد، وبالتالي تتحول هذه القرينة القضائية إلى قرينة قانونية.

وبالعودة إلى نصوص نظام روما، لا يوجد أي نص منها يتضمن القرينة القانونية، ونستشهد على ذلك في موضوع افتراض العلم بالقانون، حيث اعتبر النظام أن الغلط في القانون قد يكون سبباً من أسباب الإغفاء من المسؤولية (سبق الإشارة إلى الموضوع في المبحث الأول)، إذا نجم عنه انتفاء الركن المعنوي⁽²⁵⁴⁾. أما النوع الثاني منها، فهي القرينة التي يستخلصها القاضي بنفسه، شرط أن تكون متفقةً مع المنطق ووقائع الدعوى، وأن تربط بين الواقعتين المعلومة والمجهولة رابطةً سببية، وهي بذلك تدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي.

وفضلاً عن أنه لا يوجد في نظام روما ما يمنع الأخذ بها، فإنه قد تم تكريسها بطريقة غير مباشرة عند إثبات الركن المعنوي لجريمة الإبادة الجماعية، نظراً لصعوبة إثبات هذا العنصر.

وقد خلا نظام المحكمة الخاصة بلبنان من النص على موضوع القرائن أيضاً، وبالأخص في نظام الإجراء والإثبات. إلا أنه من خلال قراءة ما بين السطور لمواد النظام الأخير، خاصة نصّ المادة 160²⁵⁵، حيث تم استخدام بعد العبارات مثل "يجوز للغرفة..."، "لا تشترط..."، وذلك في موضوع سلطة الغرفة في تقدير

²⁵⁴ المادة 2/32 من النظام الأساسي.

²⁵⁵ نصت المادة 160 من نظام الإجراء والاثبات على موضوع المحضر القضائي:

أ- لا تشترط غرفة الدرجة الأولى إثبات الوقائع المعروفة عامة، ولكنها تأخذ علماً بها من خلال محضر قضائي.

ب- يجوز للغرفة، تلقائياً أو بناءً على طلب أحد الفريقين، وبعد الاستماع إليهما، ولغرض ضمان محاكمة سريعة وعادلة، أن تقرر إعداد محضر قضائي لوقائع جرى البت بها في دعاوى أخرى مقامة أمام المحكمة الخاصة أو أمام محاكم وطنية ودولية، ولها صلة بالدعوى قيد النظر، طالما لا تتصل بأفعال وسلوك المتهم الذي يخضع للمحاكمة.

الوقائع في المحضر القضائي، يتضح لنا مدى السلطة الواسعة المعطاة للقاضي الجنائي الدولي في هذا الإطار. وبالعودة إلى أحكام المادة 149/ج، د، فإنه يجوز للغرفة أن تأخذ بأي دليل أو أن ترفض أي دليل²⁵⁶. إن هذا الأمر مدعاة للقول بأن سلطة القاضي هنا واسعة جداً في تقدير القرينة.

وبرأينا، إن القرائن الالكترونية قد تشكل أدلة ظرفية، وبالتالي لا يمكن للقاضي الجنائي الدولي أن يحكم على المجرم الالكتروني بالاستناد إليها فقط، وإنما يمكنه اعتبارها بمثابة قرينة يستأنس بها.

وبالمقاربة ما بين القرائن العادية والقرائن الالكترونية، نحيل إلى ما سبق ذكره في موضوع المحررات الورقية والمحررات الالكترونية.

2- سلطة القاضي الجنائي الدولي في تقدير الأدلة الالكترونية الحديثة: إن مصطلح الأدلة الالكترونية الحديثة يُعنى به "الأدلة الرقمية"، والتي تعد من أبرز مظاهر العصر الحديث لملاءمة التطورات العلمية والتقنية، ولسد النقص والثغرات في نطاق الجرائم الدولية الالكترونية، والتي قد يتعذر إثباتها بدون دليل رقمي.

ويعرّف الدليل الرقمي بأنه "أي معلومات إلكترونية لها قوة أو قيمة ثبوتية، مخزنة أو منقولة أو مستخرجة أو مأخوذة من أجهزة الحاسب أو الشبكات المعلوماتية وما في حكمها، والتي يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام أجهزة أو برامج أو تطبيقات تكنولوجية خاصة".

والجدير بالذكر أن الأدلة الرقمية لها نفس قيمة وحجية الأدلة العادية أو الجنائية المادية في الإثبات متى توافرت الشروط الفنية الصحيحة لقبولها. بحيث أصبحت

²⁵⁶- للمزيد أنظر: المادة 149 مذكورة في الهامش المتعلق بسلطة القاضي في المحكمة الخاصة بلبنان في تقدير المستندات.

هذه الوسيلة شيئاً فشيئاً جزءاً مهماً في الإثبات الجنائي، وتكتسب أهمية متزايدة أمام المحاكم الجنائية الدولية، وخاصةً الحديثة منها كالمحكمة الخاصة بلبنان الخ....

وفي هذا الإطار، سوف نتناول دور كل من بروتوكول TCP/IP والهاتف النقال والصور الرقمية في إثبات الجرائم الدولية الالكترونية.

1- بروتوكول TCP/IP²⁵⁷: يُعتبر هذا النظام من أكثر البروتوكولات المستخدمة في شبكات الإنترنت، وهو جزء أساسي منها. وتبرز أهمية الاستعانة بالمعلومات

²⁵⁷- البروتوكول بالنسبة للكمبيوتر على الإنترنت، عبارة عن مجموعة القواعد التي تحدد كيف يمكن لأجهزة الكمبيوتر أن تتفاهم مع بعضها البعض عبر الشبكة التي تتواجد عليها. وشبكة الكمبيوتر تتألف من جهازي كمبيوتر أو أكثر، متصلة مع بعضها البعض وقادرة على أن تتشارك في المعلومات. عندما تتحدث أجهزة الكمبيوتر مع بعضها البعض فإن ذلك يعني تبادلها مجموعة من الرسائل. وحتى يكون في إمكانها فهم تلك الرسائل والعمل على تنفيذها، فإنه يتوجب على أجهزة الكمبيوتر الموافقة على العمل بقواعد واحدة متفق عليها. إن البروتوكول يقوم بوصف الطريقة التي يجب على تلك الأجهزة أن تتبادل فيها الرسائل وتتناقل المعلومات. البروتوكول يختلف باختلاف نوع الخدمة التي تقدمها الشبكة، وعلى سبيل المثال فإن الإنترنت تعتمد على مجموعة بروتوكولات تكوّن عائلة واحدة تدعى "TCP/IP".

يقوم بروتوكول "TCP/IP" بتحديد كيف سيتم تقسيم المعلومات إلى رزم وإرسالها عبر الإنترنت، كما يقوم بتحديد طريقة تجزئة الرسائل أو المستندات لجعلها بشكل ملفات أو رزم صغيرة Packets، بحيث تتحرك بسرعة خلال الشبكات في اتجاه مقصدها النهائي. ويتكون كل باكيت من 1 إلى 1500 بت، بما فيها عنوان الكمبيوتر المرسل والكمبيوتر المستقبل، وتساير تلك الرزم مستقلة عن بعضها البعض من كمبيوتر إلى آخر، بأي اتجاه من أجل تفادي العوائق، وكذلك بأي سرعة متوفرة.

للمزيد أنظر: مقال بعنوان "عالم الكمبيوتر - ما هو الـ TCP/IP"، منشور على الموقع

الالكتروني: <https://www.thaqafnafsak.com> تاريخ الزيارة 2023/5/22.

والمصادر والعناوين المخزّنة فيه أثناء التحقيق في الجرائم الدولية الالكترونية، حيث أنها تدل بصفة جازمة على مصدر الجهاز المُستخدم في الجريمة، وتحدّد الأجهزة التي أصابها الضرر من الفعل الإجرامي، ونوعية النشاط الاجرامي خلال الفترة الزمنية لاقتراف الجريمة.

ويمكن أن نعطي مثلاً على هذا النوع من الأدلة الإلكترونية في إثبات الجرائم الدولية الالكترونية، كأن يقوم الجاني الإلكتروني بإرسال إشارة من الحاسب الآلي الخاص به من منطقة (أ)، يطلب فيها من رؤوسيه تفجير مبنى تقطنه مجموعة عرقية أو دينية، ثم تتمكن الأجهزة الأمنية من مراقبة ومعرفة مكان مرتكب الجريمة، كما يمكن من خلال ال IP معرفة ساعة إعطاء الإشارة، الأمر الذي قد يشكل قرينة قوية بيد القاضي.

وتكمن أهمية هذا النوع من الأدلة، بأنها تتطلب خبرة الكترونية عالية للوصول إلى المجرم²⁵⁸. وأكثر من ذلك، فمن المعروف أن هذه الجرائم كثيراً ما تتم في الخارج، وبالتالي يساعد ذلك الدولة المعتدى عليها في معرفة عنوان المجرم، وبالتالي الطلب من الدولة المتواجد على أرضها اعتقاله.

258- اكتشف الخبير Rahul Kankrale ثغرة تسمح للمهاجمين بكشف معلومة حساسة تمكنه من تحديد معلومات أخرى. وأشار الخبير بأن خاصية استعراض الوصلة / الرابط بل "Whatsapp preview"، والتي تقوم بإظهار محتواها في المحادثة، تحتوي على ثغرة. وأوضح بأن المهاجم يستطيع ان يكتشف عنوان بروتوكول الانترنت الخاص بك " IP Address"، وهذا يؤدي إلى كشف مكان تواجدك حالياً، وكذلك كشف معلومات اخرى. للمزيد أنظر: مقال بعنوان "ثغرة في الواتساب تسمح بكشف معلومة حساسة"، منشور على الموقع الالكتروني:

وهنا نطرح السؤال التالي: ما مدى تأثير حجية هذا الدليل في ظل الجرائم الدولية الالكترونية؟

من خلال القراءة ما بين السطور لنصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقواعد الإجرائية والإثبات، تبين لنا أن القاضي الجزائي الدولي يتبع نظام الإثبات الحر²⁵⁹.

وبالتالي لا يوجد ما يمنع القاضي من الأخذ بهذا النوع من الأدلة، إلا ما نصّ عليه نظام روما حول الحفاظ على مشروعية الدليل²⁶⁰، أي بمعنى ألا يشكل الدليل خرقاً لحقوق الإنسان المعترف بها دولياً.

ومن هنا، على القاضي أن يدرك مدى تعارض هذا الدليل مع حق الخصوصية، كالتنصت على الرسائل الالكترونية والاطلاع عليها الخ... وإذا أردنا أن نتعمق أكثر نجد أنّ الفقه الجنائي قد انقسم حول الدليل الالكتروني وحق الخصوصية، فالبعض منه اعتبر أن حماية النظام العام الدولي هو أولى بالحماية من حق الخصوصية، وبالتالي يمكن للقاضي أن يطلع على الرسائل الالكترونية. في حين اعتبر البعض أن حق الخصوصية هو حق مقدس، وهو حق محمي قانوناً، وطنياً ودولياً، وبالتالي لا يمكن التعرض إليه.

²⁵⁹ نصت المادة 4/69 من النظام الأساسي على أنه "المحكمة أن تفصل في صلة أو مقبولية أية أدلة آخذة في اعتبارها جملة أمور، ومنها القيمة الثبوتية للأدلة، وتجنب أي إخلال قد يترتب على إهمال هذه الأدلة فيما يتعلق بإقامة محاكمة عادلة للمتهم، أو بالتقييم المنصف لشهادة الشهود، وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات".

²⁶⁰ نصت المادة 7/69 من النظام الأساسي على أنه "لا تُقبل الأدلة التي يتم الحصول عليها نتيجة أي انتهاك لهذا النظام الأساسي أو لحقوق الإنسان المعترف بها دولياً، إذا كان ذلك الانتهاك يثير شكاً كبيراً في موثوقية الأدلة، أو إذا كان قبول هذه الأدلة يمس نزاهة الإجراءات، ويكون من شأنه أن يلحق بها ضرراً بالغاً".

ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه الأول، وذلك أن الأمن القومي للمجتمع الدولي أجدر بالحماية من حق الخصوصية لشخص يريد أن يرتكب جريمة دولية. وبالنسبة لحجية هذا الدليل، فإنه بنظرنا ينتمي إلى الأدلة الظرفية، وذلك لأن البيانات الرقمية قابلة للتبديل، وبالتالي يحتاج إلى دليل آخر يعززه. مثال على ذلك، شهادة الشهود، المحررات الخ... وهذا يعني أنه لا يمكن الاعتماد عليه فقط للحكم على المجرم الإلكتروني.

2- الصورة الرقمية: وهي عبارة عن تجسيد الحقائق المرئية حول الجرائم الدولية. وفي الغالب تكون في شكل ورقي مستخرج من الطابعة، أو في شكل مرئي باستخدام الشاشة الإلكترونية. ومن المعلوم أن الصورة الرقمية تجسد التكنولوجيا كبديل عن الصورة الفوتوغرافية العادية، وهي كما هو معلوم أكثر تطوراً²⁶¹. وبدورنا، يمكن أن نعزف الصور الرقمية بأنها "مجموعة معلومات رقمية تمت معالجتها بواسطة النظام المعلوماتي، حتى أصبحت على الشكل النهائي التي وصلت إليه، أي أصبح بإمكان أي شخص أن يفهمها". وباعتبار أن الصورة الرقمية من الأدلة الإلكترونية الهامة، فقد اتجهت العديد من الدول ولاسيما الدول الغربية وبعض الدول العربية إلى استعمال أجهزة المراقبة الإلكترونية عن طريق كاميرات الفيديو الرقمية، والتي تركب في مواقع مختارة، ومن هنا تتجلى أهميتها كوسيلة إثبات إلكترونية²⁶².

²⁶¹- خالد ممدوح براهيم، الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية والمدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص 38.
²⁶²- رفاه العارضي، الدليل الإلكتروني وأثره في مجال الإثبات الجنائي، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص 60.

وهناك أيضاً وسائل أخرى مختلفة لأخذ الصور الرقمية واستخدامها في الإثبات أمام المحاكم الجنائية الدولية، كالتائرات دون طيار²⁶³، والأقمار الاصطناعية. مثال على ذلك، كأن تقوم الطائرة دون طيار بتصوير المجرم الإلكتروني وهو يضع القنبلة بجانب مدرسة تابعة لمجموعة عرقية أو إثنية من أجل تفجيرها عبر الإنترنت²⁶⁴.

ويمكننا أن نعطي مثلاً آخر، كأن يتم تصوير قائد الجيش التابع للدولة (أ) عبر القمر الصناعي، وهو يصدرُ أمراً لجنوده بالبدء بجريمة العدوان على الدولة (ب).

263- صممت شركة هولندية طائرة من دون طيار مزودة بكاميرا لتسجيل مقاطع فيديو، وصفت بأنها أصغر كاميرا طائرة في العالم، إذ يقل وزنها عن نصف أونصة ويبلغ طولها 4 سنتيمتر (1.5 بوصة). وتتألف الطائرة الكاميرا القادرة على الطيران لمدة 7 إلى 10 دقائق حتى ارتفاع 50 متراً، والتي تحمل اسم "سكاي نانو"، من نظام تحكم يعتمد على 6 محاور للطيران، تتيح للكاميرا التحليق في الهواء. وهي مزودة بمصابيح إل إي دي، كي تستطيع الطيران والتقاط الصور وتسجيل مقاطع فيديو في الظلام، وتمتلك أيضاً بطارية قابلة لإعادة الشحن تصل سعتها إلى 120 ميلي أمبير.

تقرير بعنوان "سكاي نانو" .. أصغر كاميرا طائرة في العالم لتسجيل فيديو"، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://al-sharq.com> / تاريخ الزيارة 2023/5/22

264 نشرت خدمة "إي جي بلاس"، التابعة لشبكة الجزيرة، فيلماً قصيراً بعنوان: "أربع سنوات من الحرب الوحشية دمّرت مدينةً قديمةً كاملة". مدّة الفيلم 52 ثانية. وتم التقاط صورته من الجو بواسطة طائرة استطلاع (طائرة بدون طيار). يُظهر الفيلم آثار استهداف المناطق الأثرية والمناطق المصنّفة كإرث ثقافيٍّ أو حضاريٍّ خلال الصراعات المسلحة في سوريا، وخاصةً مدينة حلب القديمة.

للمزيد أنظر: مقال بعنوان "آثار سوريا تضيع.. ومحاولات لإنقاذ ما يمكن إنقاذه"، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.suwar-magazine.org> / تاريخ 2023/5/22

وأيضاً نرى ما قام به التنظيم الإرهابي داعش، فبالإضافة إلى أن تسلحه بالمنظومات الجوية "غري" المأهولة، والتي يستخدمها كأدوات استراتيجية لتغذية آتته الدعائية المتطورة، فإن ذلك قد يساهم أيضاً في زيادة جاذبية الجماعة نفسها، وتعزيز التصورات بشأن قوتها وربما جذب مجندين جدد إلى عداها.

للمزيد أنظر: دليل بعنوان "حماية الأهداف الضعيفة من الهجمات الإرهابية ذات الصلة بالمنظومات الجوية "غري" المأهولة، مكتب الأمم المتحدة لعام 2022، ص 8.

ومن الجانب العملي، نرى مثلاً ما قامت به منظمة "هيومن رايتس ووتش"، والتي أرسلت رسالة إلى وزير دفاع روسيا حول الانتهاكات التي تحصل في منطقة حاس بسوريا، واستندت في الرسالة على صورٍ حصلت عليها من كاميرات طائرة دون طيار، حيث قالت المنظمة في رسالتها "نكتب إليكم لنطلعكم على نتائج تحليل صور الأقمار الصناعية التي أجريناها، والتي تُظهرُ الآثار التي خلفتها القنابل الجوية في "حاس" بسوريا²⁶⁵.

ومن الوقائع ما التقطته الأقمار الصناعية من صور جديدة تكشف حجم الدمار الواسع الذي لحق باثنين من القرى النيجيرية على يد جماعة بوكو حرام الاسلامية المتشددة، حيث قدمت الصور الملتقطة أدلة على قتل مئات الأشخاص، وإحراق أو هدم آلاف من المنازل في القريتين.

وذكرت وكالة "بلومبرج" أن الجماعة المسلحة هاجمت قريتي باجا ودورون باجا يوم 3 يناير الجاري، فقتلت عشرات الناس وهدمت منازلهم. وعلى الرغم من أن التقديرات المبدئية ترجح بلوغ عدد القتلى مستوى ألف شخص، لكن الجيش النيجيري اعتبر الرقم كبيراً بشكل مبالغ فيه. ونشرت منظمة العفو الدولية صور الاقمار الصناعية يوم 3 يناير، مقابل تلك التي تم التقاطها يوم 2 يناير، وأخرى التقطت يوم 7 يناير²⁶⁶.

وبعد أن ألقينا نظرة على أهمية الصور الرقمية كدليل على الجرائم الدولية بشكل عام، وتلك المرتكبة عبر الإنترنت بشكل خاص، نطرح السؤال التالي: ما هي

265 - رسالة من منظمة هيومن رايتس ووتش بعنوان "سوريا/روسيا: صور الأقمار الاصطناعية ومقاطع فيديو تؤكد الهجوم على المدارس"، منشورة على الموقع الإلكتروني: <https://www.hrw.org> تاريخ 2023/5/22.

266- أيمن عزام، مقال بعنوان "الأقمار الصناعية تلتقط صور هجوم بوكو حرام على قريتين في نيجيريا"، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://almaalnews.com> تاريخ الزيارة 2023/5/22

حجية الصور الرقمية كدليل أمام القضاء الدولي الجنائي؟ وهل يمتلك القاضي الجنائي الدولي كامل الحرية في الأخذ بها من أجل الحكم على المتهم في الجرائم الدولية الالكترونية؟

إن القوة الثبوتية للصور الرقمية في الجرائم الدولية الالكترونية ترتبط بالاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي الدولي، وهذا ما أقره نظام روما في نص المادة 67. وهذا يعني أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من الأخذ بها، سوى الشرطين اللذين ذكرناهما أعلاه، وهما مشروعية الدليل وعدم تعارضه مع حقوق الإنسان.

ونعطي مثلاً على ذلك، كأن يتم ولوج الطائرة دون طيار إلى بيت المجرم الالكتروني، ثم تقوم الطائرة بتصوير كل شيء داخل المنزل أو المسكن، هذا الأمر قد يتعارض مع حق الخصوصية المقرّر في الشريعة الدولية.

وبنظرنا، لا يمكن أن تشكل الصورة الرقمية بحد ذاتها دليلاً كافياً للحكم على المتهم، لأنه قابلة للتغيير والتلاعب ببياناتها، وفي معظم الأحيان قد تكون غير واضحة. وبالتالي يحتاج هذا الدليل إلى التعزيز بدليل آخر، وذلك من أجل تكريس العدالة الجنائية الدولية.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الجنائي الدولي في تقدير العقوبة للجرائم الدولية الإلكترونية

إن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي الدولي ليست محصورة في تقدير أدلة الإثبات للجرائم الدولية الإلكترونية فحسب، بل تمتد إلى تقدير العقوبة، والتي تعد الجزء الأهم في مسار المحاكمة وخصوصاً ما توصل إليه القاضي. وتشكل هذه السلطة أحد الأسس التي يرتكز عليها مبدأ عدم الإفلات من العقاب، في تحقيق العدالة الجنائية.

وتفرض العقوبات الجنائية الدولية في حالة انتهاك إحدى لوائح القانون الدولي الجنائي. وتتفاوت الأهداف، إما لعقاب شخص مذنب، أو لحماية النظام العام الدولي أو الأمن والسلم العالميين، أو للتأكيد من جديد رسمياً على أن حكم القانون سيسلم من الانتهاكات. أما التعويضات التي تمنح للضحايا، فلها أنواع مختلفة من الآليات التي تهدف إلى علاج ضرر ما.

وفي السياق نفسه، تبرز فعالية العقوبة من خلال الآثار المتوقعة عند إقرارها. فللعقاب دور تمهيدي ووقائي يصلح لتوجيه رسالة واضحة إلى المجتمع الدولي ككل بشأن القيم التي تسوده، وبشأن الطابع المقدس للقانون الذي يعزز ويحمي هذه القيم.

وانطلاقاً من القاعدة الشهيرة "لا عقوبة دون نص" في نظام روما، لا بد من توافر الشرعية في العقوبات التي تُفرض على مرتكبي الجرائم الدولية الإلكترونية، حيث لا يوجد عقوبة دون قاعدة عقابية توفر الشرعية لصحة هذه العقوبات.

وهنا نطرح السؤال التالي: هل يمكن إسقاط العقوبات الواردة في القضاء الدولي الجنائي على الجرائم الدولية الإلكترونية؟

وعلى الصعيد الدولي، تعد الاتفاقيات الدولية أهم مصدر لشرعية العقوبات على الجرائم الدولية. وما يميز العقوبات في القانون الدولي الجنائي هو عدم وجود مبدأ

"الإعفاء من العقوبة"، إلا أنه يمكن النظر في تخفيف العقوبة ضمن شروط معينة، مع الإشارة إلى أن تلك العقوبات لا تسقط بمرور الزمن. والجدير بالذكر أنه أثناء قيام القاضي بدوره في تقدير العقوبة، قد تعترضه عدة عوامل، البعض منها يتعلق بشخصية المتهم، والبعض الآخر يتعلق بظروفه، بالإضافة إلى العوامل المتعلقة بالقاضي نفسه.

ولدراسة سلطة القاضي في هذا الإطار، سنقسم هذا الفرع إلى بندين، نتناول في البند الأول منه أسباب امتناع المسؤولية الجنائية للمجرم الإلكتروني. ونتناول في الثاني سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في القضاء الدولي الجنائي، بالنسبة للجرائم الدولية موضوع دراستنا.

1- موانع المسؤولية الجنائية لمرتكب الجرائم الدولية الإلكترونية: فرقت الأنظمة الوطنية بين أسباب الإباحة وموانع العقاب، ومنها القانون الجزائي اللبناني. إلا أن تحديد أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية لم يتم بطريقة موضوعية في نظام المحكمة الجنائية الدولية. وقد جمع نظام روما بين أسباب الإباحة وأسباب امتناع المسؤولية الجنائية الدولية، وبالرغم من الفارق بينهما، فإن أثرهما القانوني واحد، ويتمثل في عدم معاقبة الجاني على ما ارتكبه من سلوك. وبسبب عدم وجود نص خاص بالجرائم الدولية الإلكترونية، فسوف نستعين بنظام روما باعتباره "القانون العام" في حالة عدم وجود نص خاص بجريمة ما. وفي هذا الإطار سنتناول الأسباب المتعلقة بالعوامل الشخصية والظرفية للمجرم الإلكتروني.

أ- العوامل الشخصية للمجرم الإلكتروني لدفع المسؤولية (موانع الأهلية): تشمل موانع الأهلية كلاً من صغر السن، السكر، الجنون والعاهة العقلية:

(1) - صغر سن المجرم الإلكتروني: يعد صغر السن في معظم الأنظمة القانونية مانعاً من موانع المسؤولية، في حين تختلف الدول في تحديد السن. أما نظام روما فقد حدد السن بـ 18 عاماً²⁶⁷.

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم الإلكتروني الذي لا يتعدى عمره الـ 15، من الولوج إلى النظام المعلوماتي الخاص بغرفة التحكم للسد، وذلك من أجل فتحه وإغراق القرى التي تنتشر حوله، تنفيذاً لأوامر من رئيس المنظمة التابع إليها. ومن هنا، فإن هذا المجرم الإلكتروني سوف يفلت من العقاب، وبالتالي سيشكل ذلك مانعاً أمام سلطة القاضي الجنائي الدولي لإقرار المسؤولية. علماً أن هذا النوع من الجرائم يحتاج إلى ذكاء وقدرة إدراك ووعي، وهي من خصائص المجرم المذكور، وبالتالي يقتضي تعديل موضوع العمر في نظام روما، لكي يتناسب مع قدرة المجرم السالف الذكر.

(2) - السكر في إطار ارتكاب الجرائم الدولية الإلكترونية: تعتبر المسكرات والمخدرات من الآفات الاجتماعية التي تصيب المجتمع الدولي بأفدح الأضرار، وكثيراً ما تدفع الناس إلى ارتكاب الجرائم بشكل عام، والجرائم موضوع بحثنا بشكل خاص. والبحث هنا مقتصر على فقدان الوعي أو الاختيار أو نقصانه بسبب السكر والتخدير، على المسؤولية الجنائية الدولية.

وقد فرق نظام روما بين حالتين من السكر، وهما الحالة الاضطرارية والاختيارية²⁶⁸. ففي الحالة الأولى يؤدي السكر إلى انتفاء المسؤولية الجنائية. أما في الثانية، فلا يُعدُّ السكر مانعاً من موانع المسؤولية. وتحتاج الحالة الأولى إلى

²⁶⁷ نصت المادة 26 من النظام الأساسي، على أنه "لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره عن 18 عاماً وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه".

²⁶⁸ المادة (31/1ب) من النظام الأساسي.

أن تكون الغيبوبة اضطرارية (دون علم الجاني، أو بعلم الجاني ولكن دون إرادته)، وأن يترتب عليها فقدان الشعور أو الاختيار، وأن يتزامن ذلك الفقدان مع تاريخ ارتكاب الجريمة الدولية الالكترونية.

ونعطي مثلاً على تلك الحالتين، ففي حالة السكر الاضطراري، كأن يقوم شخص ما بوضع مادة مسكرة في كوب الماء لمرتكب الجريمة، ويؤدي ذلك إلى قيامه بارتكاب الجريمة الدولية الالكترونية الخ...

أما حالة السكر الاختياري، فتتمثل بقيام المجرم الالكتروني بشرب المادة المسكرة من أجل الحصول على القوة اللازمة للقيام بالجريمة الدولية الالكترونية.

وفي حالتَي المثليين أعلاه، فإن القاضي يعفي المجرم الالكتروني في حالة السكر الاضطراري، في حين أنه لا يعفي المجرم الالكتروني في حالة السكر الاختياري.

(3) - **المجرم الالكتروني المصاب بالجنون والعتة**: بدايةً من المعلوم أن المجرم الالكتروني المجنون لا يكون مسؤولاً، لعدم أهليته لتحمل المسؤولية الجزائية، ولأنه فاقد للعقل والرشد. ومن لا عقل له لا تمييز عنده ولا إدراك، وبذلك ينتقي أحد أهم شروط هذه المسؤولية.

فإن ارتكب الجريمة الدولية الالكترونية المجرم المذكور أعلاه، فلا عدالة ولا مصلحة في عقابه، بل إن على الدولة أن تتخذ من التدابير ما يكفل لهذا المريض علاجاً، وللناس أمناً من شره²⁶⁹.

أما فيما يتعلق بالعتة، فيُعَرَّف المجرم الالكتروني المعتوه أو الشاذ بأنه المجرم نصف المجنون، الذي أصيب بخلل عقلي جزئي لم يفقده الأهلية للمسؤولية

269 - محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص 492.

الجنائية، ولكنه أنقص منها على نحو محسوس، فأقدم على الجريمة وهو يعاني من الآثار النفسية لهذا الخلل.

مثال على ذلك، كأن يقوم المجرم الإلكتروني الذي يعاني من حالة صرع، بتطبيق لعبة فيديو متعلقة بتدمير منشآت ومبانٍ، على أرض الواقع، فيقوم بإرسال الفيروس إلى محطة كهربائية من أجل تفجيرها، دون أن يكون مدركاً لنتائج فعله.

وسنداً لنص المادة (1/31/أ) من النظام الأساسي، يعفى المجرم الإلكتروني المعتوه من العقاب، عند ارتكابه للجريمة الدولية الإلكترونية.

ب- الأسباب المتعلقة بالعوامل الظرفية للمجرم الإلكتروني لدفع المسؤولية:
ذهب جانب من الفقه إلى أن الأسباب التي تنال من حرية الإختيار هي جزء من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية في القوانين الوطنية. وتتضمن الإكراه (مادياً كان أم معنوياً) وحالة الضرورة والغلط. وفي هذا الإطار سنقسم هذه الفقرة إلى ثلاث نبذات:

(1) - **الإكراه في ظل ارتكاب الجرائم الدولية الإلكترونية:** يصنف البعض الإكراه ضمن موانع المسؤولية. ويقصد به في إطار بحثنا هذا، إجبار الشخص الذي لديه إلمام بالتكنولوجيا على إتيان فعلٍ ما يعد جريمة دولية إلكترونية، سواء اتخذ هذا الفعل صورة الفعل أو الامتناع، وينقسم بدوره إلى إكراه مادي وإكراه معنوي. ويتجلى النوع الأول (الإكراه المادي)، بقوة مادية تشل الإرادة أو تعدها بصفة عارضة، أو مؤقتة، وتفقد الإنسان سيطرته على أعضاء جسمه، وقد تدفعه إلى ارتكاب ماديات إجرامية²⁷⁰. وقد يكون مصدر تلك القوة خارجياً وهو الغالب

270 - علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات العام، الطبعة الأولى، دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 128.

(مثال قوة الطبيعة أو قوة حيوان أو قوة إنسان)، كما قد يكون مصدرها داخلياً (كأن يصاب الشخص بشلل مفاجئ فيقع على الطفل فيقتله).

مثال على ذلك، كأن يقوم شخص باستعمال بنيته الجسدية القوية بوجه المجرم الالكتروني كي يقوم بإرسال الفيروس للقيام بجريمة دولية الكترونية الخ... ومثال آخر، كأن يُفقد مرتكب الجريمة وعيه، فيضغط على لوحة المفاتيح الخاصة بالحاسب الآلي وبالتالي يتسبب ذلك بإرسال الفيروس الخ...

أما النوع الثاني (الإكراه المعنوي)، فيتجلى بقوة إنسانية توجه إلى نفسية إنسان، فتضغط على إرادته وتحمله على ارتكاب جريمة تحت تأثير الخوف من خطر أو ضرر جسيم وشيك الوقوع²⁷¹.

مثال على ذلك، كأن يقوم شخص بتهديد شخص آخر بقتل عائلته إذا لم يقيم بإرسال الإشارة إلى القنبلة المزروعة في قرية تقطنها مجموعة عرقية، من أجل إبادتهم.

وبالعودة إلى نص المادة (1/31/د) من النظام الأساسي، فإن المشرع الدولي ساوى بين نوعي الإكراه المذكورين أعلاه، وينطبق ذلك على الجرائم الدولية الالكترونية، واعتبرهما من موانع المسؤولية الجنائية الدولية. وعليه، فإن الجرائم المذكورة الصادرة عن المضطر إلكترونياً، تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية.

(2) - **الضرورة في ظل ارتكاب الجرائم الدولية الالكترونية:** هي ظرف أو موقف يحيط بإنسان يجيد استعمال التكنولوجيا، ويجد فيه نفسه أو غيره مهدداً بخطر جسيم يوشك أن يقع، ولا سبيل أمامه للخلاص منه إلا بارتكاب الجريمة الدولية

271 - علي راشد، القانون الجنائي المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص 344.

الإلكترونية. والجدير بالذكر، أن الظرف أو الموقف الذي تنشأ فيه حالة الضرورة قد يكون صادراً عن قوة الطبيعة، وهذا هو الأغلب عموماً، أو يكون صادراً عن عمل السلطة أو فعل الإنسان.

مثال على ذلك، كأن يتعرض النظام المعلوماتي الخاص بغرفة التحكم في المطار لفيروس مُرسِلٍ من قبل أشخاص قاطنين في منطقة ما، فيلجأ مرتكب الجريمة الإلكترونية إلى صدِّ ذلك الهجوم عبر إرسال فيروس مضاد إلى نظام المهاجمين المعلوماتي، ما يؤدي إلى جريمة دولية إلكترونية مقابلة.

ونحيل في موضوع سلطة القاضي هنا، إلى ما سبق ذكره في النبذة الأولى، مع تطلب توافر مبدأ التناسب، والخطر المحدق والأكيد.

(3) - **الغلط في ظل ارتكاب الجرائم الدولية الإلكترونية**: يتقسم الغلط إلى نوعين، "الجهل بالقانون" و"الغلط في الوقائع".

يطلق البعض على مصطلح "الجهل بالقانون" "الغلط القانوني"، ويقصد به ذلك الذي يقع على وجود النص الجنائي الدولي، أو الجهل بتفسيره الصحيح، أو الاعتقاد بأن النص الموجود قد مرَّ عليه الزمن واندثر بعدم استعماله، في حين أنه لا يُلغى بهذه الطريقة.

وإذا أردنا أن نقوم بعملية مقارنة مع واقع الجريمة الدولية الإلكترونية، فقد يتدّرع المجرم الإلكتروني بأن نص النظام الأساسي لا يشمل هذا النوع من الجرائم، وبالتالي سوف يؤدي ذلك إلى إفلات المجرمين الإلكترونيين من العقاب.

ولكن بالنظر إلى نص المادة (2/32) من النظام الأساسي، فإن القاضي هو الذي يقرر ما إذا كان الفعل الذي يشكل جريمة دولية إلكترونية، تدّخل في اختصاص المحكمة أم لا.

أما بالنسبة للغلط في الوقائع، ويطلق عليه أيضاً الغلط المادي، فإن الفاعل الإلكتروني يقع في هذا الغلط إذ جهل حقيقة أو طبيعة الفعل المادي الذي يقدم

عليه. وهذا النوع من الغلط يُفضي إلى تخلف الركن المعنوي للجريمة لإنتفاء عنصر العلم وانتفاء القصد العام، وبالتالي إلى انتفاء الجريمة الدولية الالكترونية بالذات، وامتناع المسؤولية عنها.

مثال على ذلك، كأن يعتقد مرتكب الجريمة الدولية الالكترونية أن مصدر الفيروس هو من غرفة التحكم الخاصة بالمطار، فيرسل فيروساً مضاداً إلى تلك الغرفة، فيتسبب ذلك بانحراف الطائرات عن مسلكها ومقتل ركابها، ولكن في الواقع أن مصدر الفيروس يكون من قبل مجرمين إلكترونيين آخرين قاموا بتغيير "IP" للجهاز المعلوماتي الخاص بهم.

وبالعودة إلى نظام روما، فإن الغلط المادي يؤدي إلى انتفاء المسؤولية الشخصية بسبب انتفاء القصد العام لدى مرتكب الجريمة أعلاه.

2- سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في ظل الجرائم الدولية الالكترونية:
سبق وأن أشرنا إلى مبدأ الشرعية في نظام روما الأساسي، والذي بدوره يتضمن العقوبات والجزاء لمرتكبي الجرائم الدولية.

ومن هنا، فإن سلطة القاضي في إقرار العقوبة تستمد شرعيتها من نصوص النظام الأساسي.

ومن خلال ما سبق ذكره، تبرز الإشكالية التالية: كيف يمكن للقاضي أن يقر جزاء لجريمة لم يرد النص عليها في أنظمة المحاكم الجنائية الدولية، أو في الاتفاقيات الدولية أو حتى في الأعراف الدولية؟ وبالتالي هل يعتبر إقرار أي عقوبة من تلك المنصوص عليها في نظام روما مخالفاً لمبدأ الشرعية؟

وعليه سوف نقوم بإيراد العقوبات المنصوص عليها في كل من النظام الأساسي لنظام روما، بالإضافة إلى العقوبات الواردة في نظام المحكمة الخاصة بلبنان، باعتبارها المحكمة الأحدث في القضاء الدولي الجنائي. وبالتالي يمكننا حلّ

الإشكالية المذكورة أعلاه، من خلال القيام بعملية إسقاط للعقوبات المذكورة في النظامين ذاك على النوع الجديد من الجرائم موضوع البحث.

أ- **العقوبات المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:**
نصت المادة 77 من نظام روما على العقوبات المتاحة أمام القاضي على سبيل الحصر، وهي التالي:

(1)- السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها 30 سنة.

(2)- السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة، وبالظروف الخاصة للشخص المدان.

(3)- بالإضافة إلى السجن، للمحكمة أن تأمر بما يلي:

- فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات؛

- مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية.

ب- **العقوبات المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بلبنان:**
نصت المادة 24 من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بلبنان على العقوبات التالية:

(1)- تفرض الدائرة الابتدائية عقوبة السجن مدى الحياة أو لسنوات محددة على الشخص المدان. وعند تحديد مدة السجن للجرائم المنصوص عليها في هذا النظام الأساسي، تستأنس الدائرة الابتدائية، حسب الاقتضاء، بالممارسة الدولية فيما يتعلق بأحكام السجن، وبالممارسة المتبعة في المحاكم الوطنية اللبنانية.

(2)- ينبغي للدائرة الابتدائية عند توقيع العقوبات، أن تأخذ في الاعتبار العوامل المتعلقة بخطورة الجريمة والظروف الشخصية للشخص المدان.

ج- حل إشكالية غياب النص الخاص على عقوبة الجريمة الدولية الإلكترونية:

بالنسبة لسلطة القاضي الجنائي الدولي في فرض عقوبة ما، تتعلق بجريمة
الالكترونية معينة لا يوجد نص قانوني خاص بها، يمكننا اللجوء إلى المبدأ العام
القائل: "في حال عدم وجود نص خاص، يقتضي الرجوع إلى النص العام".
ومن خلال ما سبق ذكره، يُعتبر النظام الأساسي للمحاكم الجنائية الدولية، بمثابة
النص العام مقارنة بالقوانين الداخلية، وبالتالي يتوجب على القاضي الجنائي
الدولي أن يختار من بين العقوبات الواردة في الأنظمة المذكورة لفرضها ضد
مرتكبي الجرائم الدولية الالكترونية.

الخاتمة

من خلال ما ورد في هذا البحث، نرى أن العدالة الجنائية الدولية لا تزال تراوح مكانها في ظل التطور السريع الذي تشهده الجرائم الدولية. فبعدما تحقق حلم فقهاء القانون الدولي بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية يأتي دورنا من أجل إكمال جهودهم للوصول إلى الأهداف المنتظرة من إنشاء القضاء الدولي الجنائي.

ونظراً لارتداء الجرائم الدولية أسوأً بالجرائم الوطنية ثوب التكنولوجيا، فقد أدى ذلك إلى عرقلة العدالة الجنائية الدولية، وحصول ارتباك فقهي حول مدى سلطة القاضي على هذا النوع من الجرائم، خاصةً في ظل النقص التشريعي الدولي. ومن هنا أتى بحثنا لكي يسد النقص التشريعي الدولي المذكور، على أمل أن يصل بحثنا إلى مشرعي نظام روما والمختصين بتعديله أو تطويره، لكي يدرجوا القواعد موضوع البحث في نظام المحكمة الجنائية الدولية، وفي أنظمة المحاكم التي سوف تُنشأ لاحقاً.

وقد تطرقنا في بداية هذا البحث إلى أركان الجرائم الدولية الالكترونية، لارتباط ذلك بمبدأ الشرعية الجنائية والإجرائية المنصوص عليها في نظام روما، وأيضاً لارتباطها بسلطة القاضي بشكل وثيق. لأنه لا يمكن للقاضي أن يحكم في جريمة دولية الكترونية دون أن يعرف ما هي أركانها، أو إذا كان يجهل إمكانية القيام بعملية إسقاط لقواعد النظام الأساسي على هذا النوع من الجرائم.

وحيث أن السلطة الفعلية للقاضي المذكور تبدأ بالنظر في توافر أركان الجريمة، ثم تنتقل إلى المرحلة التحقيقية أي مرحلة تقدير أدلة الإثبات، فإننا نأمل أن يكون لهذا البحث دورٌ فعالٌ في التطرق إلى أنواع جديدة من أدلة الإثبات، لم تكن موجودة سابقاً، ولم ينص عليها نظام روما.

وفي السياق نفسه، وبما أن الجرائم الدولية الالكترونية يصعب إثباتها بوسائل الإثبات التقليدية، كان لابد من الانتقال إلى وسائل إثبات تنتمي إلى نفس عائلة

الجرائم المذكورة وهي العائلة الالكترونية. ومن هنا أجرينا عملية إسقاط للوسائل التقنية والتكنولوجية على وسائل الإثبات التقليدية. ولم نقف عند هذا الحد، بل استحدثنا نوعاً جديداً من أدلة الإثبات، وهي "الأدلة الحديثة"، والتي تشمل الصور الرقمية وبرتوكول "IP/TCP" لمساعدة القاضي على بناء قناعته الشخصية.

وقد أنهينا البحث بتناول السلطة الثانية والأساسية للقاضي المذكور أعلاه، ألا وهي سلطته في تقدير العقوبة لمرتكبي الجرائم الدولية الالكترونية. وهنا ارتأينا الرجوع إلى المبدأ العام في القانون الوطني القائل بأنه "في حال عدم وجود نص خاص يقتضي الرجوع إلى النص العام". ونكون بذلك قد أنهينا هذا البحث، آمليين أن نكون قد أضفنا شيئاً جديداً لم يتم تناوله أحد سابقاً.

الهوامش والمراجع

- 1- عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 2- نوران شفيق، أثر التهديدات الإلكترونية على العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، 2015.
- 3- محمود صالح العادلي، المرجع السابق، الجريمة الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 4- محمد خليفة، الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي، المطبعة الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 5- المادة الأولى من الملحق المتعلق بالنص الكامل لاتفاقية بودابست لسنة 2001 المتعلقة بالجريمة الالكترونية.
- 6- المادة الأولى من القانون رقم 2018/81 المتعلق بالمعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي.
- 7- طوني عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، منشورات صادر، بيروت، 2001.
- 8- المادة الأولى من القانون اللبناني رقم 2018/81.
- 9- المادة الأولى من القانون رقم 2018/81 المتعلق بالمعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي.
- 10- المادة الثانية من الفصل الأول من التوجيه الأوروبي رقم 95/46 بشأن حماية الأشخاص أثناء المعالجة الآلية للبيانات الشخصية.
- 11- منى جبور ومحمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية، ط1، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العرب في جامعة الدول العربية، بيروت، لبنان، 2018.

- 12- شربل القارح، قانون الإنترنت - قانونية التصرفات على شبكة التواصل الاجتماعي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 2013.
- 13- فُدر عدد الفيروسات عام 2006 بـ 200 فيروس، في حين أن العدد عام 1989 كان 18، وتوقع حالياً عشرات الآلاف.
- 14- يوجد الكثير من أنواع فيروسات الديدان، منها "دودة ستورم" انتشرت في عام 2007، الخ....
- 15- عبد الله أحمد عبد الله، دارفور الجوانب القانونية في قرار مجلس الأمن (1553) المحكمة الدستورية، دار القومية العربية للثقافة والنشر، القاهرة، 2006.
- 16- Pella Vespasien ,“la Criminalité Collective des Etats et le Droit Pénal de L’ avenir” 2eme éditions, Bucarest 1926, n109.
- 17- المادة 7 من لائحة محكمة طوكيو والمادة 6 من لائحة نورمبرغ.
- 18- أشرف توفيق شمس الدين، مبادئ القانون القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 19- محمد محمود خلف، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 1983.
- 20- عبد الرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- 21- فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

- 22- المادة 4/3 من مشروع تقنين الجرائم ضد أمن وسلم البشرية لعام 1996.
- 23- محمد عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
- 24- محمد محمود خلف، مرجع سابق.
- 25- إسماعيل عبد الرحمن، الحماية الجنائية للحدث في زمن النزاعات المسلحة، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2000.
- 26- ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مديرية دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1988.
- 27- محمد عمر مصطفى، الجريمة وعدد أركانها، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، السنة السادسة والثلاثون، مصر، 1966.
- 28- علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، اهم الجرائم الدولية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- 29- السيد ابو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 30- ضاري محمود خليل، المبادئ الجنائية العامة في النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد (2)، السنة (1)، 1999.
- 31- عبد الله سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 32- سالم محمد سليمان الاوجلي، احكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للنشر والتوزيع والاعلان، مصر، 2000.

محمد سعدي، مقال بعنوان "العدالة الجنائية الدولية، بين قوة الخطاب وخطاب القوة"، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.th/Arabic/majalla.com>

34- عباس محمد بصرار، إشكالية إسقاط قواعد القانون الدولي الجنائي على جريمة الإبادة الجماعية الإلكترونية، بحث منشور في مجلة الجامعة اللبنانية، العدد 41، 2023.

35- عباس محمد بصرار، الجرائم ضد الإنسانية الإلكترونية ما بين الواقع والنص، بحث منشور في مجلة الجامعة اللبنانية، العدد 43، 2023.

36- سعيد سالم الأوجلي، تنفيذ القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، مصر، 2003. وأيضاً، حسام علي عبد الخالق الشبخة، المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب، جامعة القاهرة، 2001.

37- محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي، دار المستقبل، بيروت، 2003، ص 37.

38- حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 38.

39- المادة 314 من قانون العقوبات اللبناني.

40- القرار رقم RC/RES.6 المتعلق بتعريف جريمة العدوان.

41- أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق.

42- حسني عبيد، مرجع السابق.

43- Julien Walther, A justice équitable, peine juste? Vue croisées sur le fondement théorique de la peine Revue de science criminelle et de droit compare, n°1, Janvier /mars 2007.

- 44- عماد أحمد ربيع، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1990.
- 45- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
- 46- حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية (محاولة لرسم معالم نظرية عامة)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2002.
- 47- محمد البشير، التحقيق في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004.
- 48- مفيدة سويدان، "نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1985.
- 49- عبد الوهاب حومد، الإجرام الدولي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1976/القاعدة 92 من قواعد الإجراء والإثبات لمحكمة يوغسلافيا وروندا.
- 50- القاعدة 91 من قواعد الإجراء والإثبات لمحكمة يوغسلافيا.
- 51- عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة، دون طبعة، منشورات عويدات، بيروت - باريس، لبنان، 1982.
- 52- نجيب حسني، الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
- 53- المادة 65/ب، ج، د من نظام روما.
- 54- نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018.

- 55- حاتم ماضي، قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- 56- الياس أبو عيد، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الرابع، دون طبعة، دون دار نشر، دون دولة، 1996.
- 57- الحكم بقضية "كاسيمير بيزمنكو" رقم الوثيقة (T-99-50).
- 58- هلالى عبد اللاه أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
- 59- عبد التواب مبارك، الدليل العلمي في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 60- خالد رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 61- المادة 154 من قواعد الإجراء والإثبات للمحكمة الخاصة بلبنان.
- 62- المادة 1349 من القانون المدني الفرنسي.
- 63- مثال على القرينة البسيطة، "وجود شخص في منزل مخصص للحريم"، الخ....
- 64- المادة 2/32 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 65- المادة 160 من نظام الإجراء والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية.
- 66- المادة 149 مذكورة في الهامش المتعلق بسلطة القاضي في المحكمة الخاصة بلبنان في تقدير المستندات.
- 67- مقال بعنوان "عالم الكمبيوتر - ما هو الـ TCP/IP"، منشور على الموقع الالكتروني: <https://www.thaqafnafsak.com>
- 68- مقال بعنوان "ثغرة في الواتساب تسمح بكشف معلومة حساسة"، منشور على الموقع الالكتروني:

[/https://cyber-arabs.com](https://cyber-arabs.com)

- 69- المادة 4/69 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 70- المادة 7/69 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 71- خالد ممدوح براهيم، الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية والمدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020.
- 72- رفاه العارضي، الدليل الإلكتروني وأثره في مجال الإثبات الجنائي، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019.
- 73- تقرير بعنوان "سكاي نانو"... أصغر كاميرا طائرة في العالم لتسجيل فيديو"، منشور على الموقع الإلكتروني: [/https://al-sharq.com](https://al-sharq.com)
- 74- للمزيد أنظر: مقال بعنوان "آثار سوريا تضيع.. ومحاولات لإنقاذ ما يمكن إنقاذه"، منشور على الموقع الإلكتروني: [https://www.suwar-](https://www.suwar-magazine.org) [magazine.org](https://www.suwar-magazine.org)، وأيضاً دليل بعنوان "حماية الأهداف الضعيفة من الهجمات الإرهابية ذات الصلة بالمنظومات الجوية غري المأهولة"، مكتب الأمم المتحدة لعام 2022.
- 75- رسالة من منظمة هيومن رايتس ووتش بعنوان "سوريا/روسيا: صور الأقمار الاصطناعية ومقاطع فيديو تؤكد الهجوم على المدارس"، منشورة على الموقع الإلكتروني: [/https://www.hrw.org](https://www.hrw.org)
- 76- أيمن عزام، مقال بعنوان "الأقمار الصناعية تلتقط صور هجوم بوكو حرام على قريتين في نيجيريا"، منشور على الموقع الإلكتروني: [/https://almaalnews.com](https://almaalnews.com)
- 77- المادة 26 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 78- المادة (1/31/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

- 79- محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974.
- 80- علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات العام، الطبعة الأولى، دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 81- علي راشد، القانون الجنائي المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974.

الإختلاف بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في
القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانونين اللبناني والعراقي

**The Difference between the Liquidated Damages Clause and
the Penalty Clause in the English Law/ An Analytical
Comparative Study with both the Lebanese and Iraqi laws**

د.يونس صلاح الدين علي

أستاذ القانون الخاص المساعد

كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية

جامعة جيهان الخاصة

الملخص

يعد التعويض عن الإخلال بالعقد عموماً أحد معالجات قانون الأحكام العام الإنكليزي، والذي تلجأ إليها المحاكم لجبر الضرر الذي يتعرض له المدعي نتيجة إخلال المدعى عليه بالعقد، خلافاً للمعالجات الإنصافية التي تتضمن التنفيذ العيني والأوامر القضائية. ويدخل كلاً من شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي ضمن معالجات قانون الأحكام العام للأضرار التي يتعرض لها الطرف المتضرر من الإخلال بالالتزام التعاقدية. إن شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً هو بند تعاقدي يستعمل لتحديد مقدار التعويضات التي ينبغي أن

تدفع الى الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد، ويمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد. أما الشرط الجزائي فهو أيضاً بند تعاقدى يستعمل لتحديد مبلغ معين يدفع الى الطرف غير المخل بالعقد. وهو لا يمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد، ولكنه يهدد فحسب بإنزال العقوبة بالطرف المخل بالعقد. ويتسم بسمتي فداحة التقدير ومنافاة الضمير الحي. في الوقت الذي نظم فيه كل من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932 والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الشرط (البند) الجزائي وعده مماثلاً ومرادفاً قانوناً لشرط التعويض الإتفاقي.

الكلمات الدالة: شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً، الشرط الجزائي، تعويضات قضائية غير محددة مسبقاً، معالجات قانون الأحكام العام،

Abstract

The damages for the breach of the contract are considered, in general, as one of the common law remedies for the damage and loss suffered by the aggrieved Party. As opposite to the equitable remedies including both the specific performance and injunctions. It is worth-bearing in mind that both the liquidated damages clause and the penalty clause are included within the Common Law Remedies. The liquidated damages clause is a contractual term used to specify the amount of damages to be paid to the innocent or injured party, owing to the breach of the contract. It represents a genuine pre-estimate of damages for the loss. The penalty clause is also a contractual term used to specify a particular sum to be paid to the non-breaching party. It does not represent a genuine pre-estimate of damages for the loss, but only aims at threatening to penalize the breaching party, and is featured by its extravagant and unconscionable characteristics. Whereas both the Lebanese obligations and contracts law of 1932 and the Iraqi civil law No. (40) of 1951 regulate the penalty clause, and consider it as an equivalent and synonymous legal term of the pre-estimated liquidated damages.

Keywords: Damages: Liquidated Damages clause, Penalty clause, Unliquidated Damages, Common Law Remedies,

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي بنداً تعاقدياً يستعمل لتحديد مقدار التعويضات التي ينبغي أن تدفع الى الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد، كما أنه يمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد. أما الشرط الجزائي فهو أيضاً وبالمقابل بند تعاقدي يستعمل لتحديد مبلغ معين يدفع الى الطرف غير المخل بالعقد. إلا أنه لا يمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد، ولكنه يحدد فحسب بإنزال العقوبة بالطرف المخل بالعقد. ويتسم بسمتي فداحة التقدير ومنافاة الضمير الحي. ويصنف كلا هذين النوعين من الشروط أو البنود ضمن معالجات قانون الأحكام العام العرفي والقضائي للأضرار والخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد. وعلى الرغم من وجود بعض أوجه الشبه بين هذين النوعين من البنود التعاقدية في القانون الانكليزي، إلا أن أوجه الإختلاف بينهما أكثر من ذلك. ويترتب على هذين النوعين من الشروط مجموعة من الآثار القانونية. في الوقت الذي نظم فيه كل من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932 والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الشرط (البند) الجزائي وعده لفظاً مرادفاً لشرط التعويض الإتفاقي.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: إن السبب الرئيس في اختيار موضوع البحث هو محاولة الإفادة من الإختلافات القائمة بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القانون الانكليزي وإقتراح بعض التوصيات للمشرعين اللبناني والعراقي بهذا الشأن.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في وجود نظامين قانونيين مختلفين في القانون الانكليزي هما شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي، والذين تترتب عليهما آثار قانونية مختلفة نتيجة الإختلافات الدقيقة بينهما. في الوقت الذي لا توجد فيه مثل هذه الإختلافات فيما يتعلق بالشرط (البند) الجزائي في القانونيين اللبناني والعراقي.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في القصور الذي إعتري موقف القانونيين اللبناني والعراقي بعدم وجود تنظيم أو نظام قانوني متكامل يميز بوضوح، ويبرز الإختلافات الدقيقة بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي أسوة بقانون الأحكام العام الإنكليزي العرفي غير المكتوب والمبني على السوابق القضائية. وبعبارة أخرى عدم وجود تمييز دقيق وواضح بين الشرطين اللذين يعدان شرطاً واحداً ولفظين مترادفين في هذين القانونيين. وسوف يوصي البحث المشرعين اللبناني والعراقي بتبني بعض الضوابط التي إعتدتها المحاكم الانكليزية للتمييز وبوضوح بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي وعدم الخطأ بينهما وعدهما شرط واحد ذي تسميتين مترادفتين، وذلك لغرض الإفادة من الوظائف المحددة لكل واحد منهما. ومن أبرزها ضابط تعادل أو إختلال القوة التفاوضية لطرفي العقد، وضابط مدى مصداقية التقدير المسبق للمبلغ الوارد في الشرط، وضابط مقدار المبلغ المنصوص عليه في الشرط. فضلاً عن إمكانية الإفادة من قواعد التفسير التي وضعتها المحكمة الانكليزية للتمييز بين شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي، وذلك في حكمها الصادر في قضية (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd 1915. AC 79).

خامساً: نطاق البحث: يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في مفهوم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي مقارنته بالشرط الجزائي

في نفس القانون للتعرف على أوجه الشبه والاختلاف بينهما والآثار القانونية المترتبة عليهما. ثم مقارنة موقف القانون الانكليزي من هذه المسألة بموقف القانونين اللبناني والعراقي.

سادساً: منهجية البحث: إنتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لشرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القانون الإنكليزي ومقارنتهما ببعضهما البعض، ثم مقارنة موقف القانون الإنكليزي من هذه المسألة بموقف القانونين اللبناني والعراقي.

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على مبحثين وكما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنته بالشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنتها بالشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن.

المبحث الأول

مفهوم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنته بالشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن

يرجع أصل التعويض عن الإخلال بالعقد (Damages for Breach of Contract) عموماً، والتعويض الإتفاقي أو المحدد على وجه الخصوص في القانون الانكليزي الى قانون الأحكام العام (Common Law) غير المكتوب ذي الأصل العرفي، والذي إستقى مبادئه من السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية أولاً⁽²⁷²⁾، والجهود التي بذلها قضاة المحاكم الملكية منذ الغزو النورماندي⁽²⁷³⁾، ومن قواعد العدالة والإنصاف⁽²⁷⁴⁾، ثم من التشريعات الصادرة لاحقاً⁽²⁷⁵⁾. لذا فإن دراسة مفهوم التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي تستلزم منا البحث في تعريف التعويض عن الإخلال بالعقد عموماً، ثم شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي على وجه الخصوص

²⁷²- د.حسان عبد الغني الخطيب. القانون العام. منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان. 2012. ص7.

²⁷³- د.عبد السلام الترماني. القانون المقارن المناهج القانونية الكبرى المعاصرة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. 1982. ص177.

²⁷⁴- John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Second Edition, Hart Publishing Ltd, 2013, P.4.

²⁷⁵- Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 2015. P.3

وبيان خصائصهما في القانون الانكليزي ومقارنتهما بموقف القانونين اللبناني والعراقي وكما يأتي:

المطلب الأول

تعريف شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن

قبل أن نتطرق الى تعريف شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي فإنه ينبغي علينا أن نبحث في تعريف التعويض عن الإخلال بالعقد عموماً، لأن التعويض الإتفاقي أو المحدد ليس سوى أحد أنواعه. فقد عرف جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁷⁶⁾ التعويض عن الإخلال بالعقد عموماً بأنه جبر الضرر (Compensation of Loss) الذي يتعرض له المدعي (Claimant) نتيجة إخلال المدعى عليه بالعقد (Defendant's breach of contract)، ولا يهدف إلى إلحاق العقوبة بالمدعى عليه بقدر ما يسعى إلى إعادة المدعي إلى الوضع الذي كان عليه سابقاً قبل التعاقد أو وضعه في وضع جيد. وعرفه فقيه آخر⁽²⁷⁷⁾ بأنه معالجة من معالجات قانون الأحكام العام (Common Law Remedy) تهدف إلى جبر الضرر الذي يتعرض له الطرف المتضرر (Injured Party) من الإخلال بالعقد، ويكون ذي طابع نقدي (Monetary Character) بعكس المعالجات الإنصافية التي تكون ذي طابع عيني. كما عرفه فقيه إنكليزي

²⁷⁶⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law. Sixth Edition. Palgrave macmillan. 2005. P.403.

²⁷⁷⁻ Paul Richards. Law of Contract. Fourth Edition. Financial Times, Pitman Publishing, 1999. P.301.

آخر⁽²⁷⁸⁾ بأنه مبلغ من النقود يهدف إلى جبر الضرر الذي تعرض له المدعي، والمتمثل بالخسارة (Loss) والضرر الشخصي (Personal Injury) نتيجة الإخلال بالعقد الذي يؤدي إلى نشوء المسؤولية المدنية (Civil Liability). وعرف⁽²⁷⁹⁾ بأنه مبلغ من النقود يحصل عليه الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد، ويهدف إلى جبر الأضرار والخسائر التي تعرض لها، وليس إلى معاقبة الطرف المخل بالتزامه التعاقدية. ويكون على نوعين: إما تعويضات غير محددة أو مقدرة مسبقاً (Unliquidated Damages) تتولى المحكمة تقديرها بما يناسب الضرر الذي تعرض له المدعي، أو تعويضات مقدرة مسبقاً أو متفق عليها (Liquidated Damages) ، بمقتضى شرط يعرف بشرط التعويض الإتفاقي (Liquidated Damages Clauses). وعلى هذا الأساس فإن شرط التعويض الإتفاقي أو المحدد أو المقدر مسبقاً (Liquidated Damages Clause) يعرف⁽²⁸⁰⁾ بأنه بند يدرج في العقد ويعد أحد أنواع معالجات قانون الأحكام العام (Common Law Remedies) للإخلال بالعقد، ويهدف إلى تقدير مبلغ التعويض على نحو مسبق لتفادي إنخفاض قيمة التعويض لاحقاً (Undercompensation) عند حدوث الإخلال بالعقد. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁸¹⁾ بأنه يشترط في التعويضات عموماً لكي تحمل في طياتها سمة

²⁷⁸⁻ Sir Guenter Treitel. The law of contract. Eleventh Edition. Thomson Sweet & Maxwell. 2003. P.926.

²⁷⁹⁻ Rojer Halson. Contract Law. Second Edition. Pearson Education Limited. 2013. P.459.

²⁸⁰⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law Text Cases and Materials. Fifth Edition. Oxford University Press. 2012. P.913.

²⁸¹⁻ Sir Guenter Treitel. op. Cit . P.927.

جبر الضرر (Damages are Compensatory) أن تستوفي ثلاثة شروط:
الأول ضرر أو خسارة يتعرض لها المدعي (Loss to Claimant), فالمعيار
المهم في تحديد التعويض هو مقدار الخسارة التي يتعرض لها المدعي, وليس
مقدار الربح أو الكسب الذي يحققه المدعى عليه (Gain to the Defendant).
ثانياً: يشتمل الضرر أو الخسارة على أي أذى (Harm) يصيب المدعي في
جسمه أو ماله ويسبب إلى وضعه الإقتصادي (Economic Position)
عموماً. ثالثاً: كما أن الشرط الثالث الذي يتحكم بمبدأ جبر الضرر
(Compensatory Principle) هو ضرورة أن تترتب على الإخلال بالعقد آثار
سلبية. أما إذا لم تترتب على الإخلال آثار سلبية تلحق بالمركز القانوني للمدعي
فإنه لا يستحق التعويض في هذه الحالة. فالغاية من التعويض, وكما قلنا, هي
جبر الضرر الذي يلحق بالمدعي وليس حصول الطرف المتضرر (Aggrieved
Party) على منافع مجانية (Gratuitous Benefits). أما التعويض الإتفاقي
المحدد مسبقاً (Liquidated Damages) الذي يتحدد بمقتضى هذا الشرط فهو
عبارة عن مبلغ من النقود ينص عليه الشرط التعاقدى ويدفع الى الطرف المتضرر
عند قيام الطرف الآخر بالإخلال بالعقد⁽²⁸²⁾. وعرف جانب من الفقه
الإنكليزي⁽²⁸³⁾ شرط التعويض الإتفاقي أو المحدد مسبقاً (Liquidated
Damages Clause) أيضاً بأنه بند تعاقدى يستعمل لتحديد مقدار التعويض
الذي ينبغي على الطرف المخل بالعقد دفعه الى الطرف الآخر المتضرر في
حالة الإخلال بالعقد. وغالباً ما يتمخض هذا المبلغ عن محاولة صادقة
(Genuine Attempt) لتقدير مقدار التعويض الواجب دفعه جبراً للأضرار

²⁸²- Ewan Mckendrick. Sixth Edition. op. Cit . P.438.

²⁸³-Catherine Elliott & Frances Quinn. Contract law. Tenth Edition.
Longman. Pearson Education Limited. 2015. P.382.

الناجمة عن الإخلال بالعقد. كما عُرف⁽²⁸⁴⁾ أيضاً بأنه بند تعاقدى يدرج في العقد يمكن بمقتضاه للطرف المتضرر من الإخلال التعاقدى الحصول على المبلغ المحدد والمنصوص عليه في العقد، حتى وإن كان أقل من قيمة الضرر الحقيقي أو الخسارة الحقيقية (Actual damage or Loss) المترتبة على الإخلال بالعقد. وعُرف⁽²⁸⁵⁾ بأنه بند تعاقدى يمكن بمقتضاه للطرفين المتعاقدين الإتفاق على تحديد مقدار التعويض مقدماً لجبر الأضرار الناجمة في حالة الإخلال بالعقد. ويساهم هذا الشرط في إزالة عدم اليقين الذي يكتنف مقدار التعويض، إذ يساعد أطراف العقد في معرفة مدى مسؤوليتهم مسبقاً وكيفية الحساب الأولي لمقدار التعويض. في الوقت الذي عرف فيه جانب من الفقه الانكليزي⁽²⁸⁶⁾ الشرط الجزائي (Penalty Clause) بأنه بند تعاقدى يدرج في العقد ينص على مبلغ محدد (Particular Sum) يدفع الى أحد الطرفين اذا ما أخل الطرف الآخر بالعقد، ولا يعد تقديراً مسبقاً صادقاً وحقيقياً ومسبق لقيمة أو مقدار التعويض (Not a Genuine Pre-estimate of Damages for the Loss) عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد. وعُرف⁽²⁸⁷⁾ أيضاً بأنه البند الذي يتضمن مبلغاً محدداً لا يعد تقديراً مسبقاً صادقاً وحقيقياً يعكس حجم الضرر

²⁸⁴ - Rojer Halson. op. Cit . P.513.

²⁸⁵- Neil Andrews. Contract Law. Second Edition. Cambridge University Press.2015 . p.599.

²⁸⁶- Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P.382.

²⁸⁷- John Wilman. Brown: GCSE Law. Ninth Edition. Thomson Sweet & Maxwell. 2005. P.169.

ينظر أيضاً وبنفس المعنى آدموند س ملكا. شرح القانون الإنجليزي في ثمانية أجزاء. الطبعة الأولى. مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية. 1954. . ص120.

أو الخسارة، ويهدف إلى معاقبة الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية، ضماناً لتنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً ولا يكون نافذاً. كما عُرف⁽²⁸⁸⁾ بأنه بند تعاقدى يتضمن مبلغاً نقدياً محدداً يتفق عليه الطرفان. وغالباً ما يكون المبلغ المتفق عليه مفرطاً مبالغاً فيه (Extravagant) ومنافٍ للضمير الحي (Unconscionable) ويزيد كثيراً عن قيمة الضرر أو الخسارة الحقيقية ولا يتناسب معها إطلاقاً، أو قد يقل عنها في بعض الأحيان. وعُرف⁽²⁸⁹⁾ بأنه بند يتضمن مبلغاً نقدياً يدفع في حالة الإخلال بالعقد، ودون الأخذ بنظر الإعتبار قيمة الضرر أو الخسارة الحقيقية، وما إذا كانت أكثر أو أقل من المبلغ المتفق عليه أو المنصوص عليه (Stipulated Sum) في البند. أما بالنسبة إلى القانون المقارن والمتمثل في هذه الدراسة بالقانونين اللبناني، وهو قانون الموجبات والعقود لعام 1932 والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 فقد أخذ هذان القانونان بالتعويض النقدي. فنصت المادة (252) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932 على أنه (إذا لم ينفذ الموجب بأداء العين تماماً وكماً لا حق للدائن أن يأخذ عوضاً يقوم مقام تنفيذ الموجب عيناً لعدم حصوله على الأفضل. وإذا جعل العوض مقابلاً للتخلف النهائي عن التنفيذ جزئياً كان أو كلياً سمي بدل التعويض. أما إذا كان التنفيذ عيناً لا يزال ممكناً إذ أن المديون لم يكن إلا متأخراً عن إتمام موجباته فالعوض الذي يعطى للدائن يسمى بدل التأخير). كما نصت الفقرة الثانية من المادة (209) من القانون المدني العراقي على أنه (يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل

²⁸⁸- Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. Anson's Law of Contract. 29th Edition. Oxford University Press. 2010. P.567.

²⁸⁹- Neil Andrews. op. Cit . p.610.

التعويض). ويتبين من هذين النصين بأن التعويض قد يكون عينياً أو بمقابل، والذي يكون إما تعويضاً غير نقدي أو يكون نقدياً. وطالما أن التعويض الإتفاقي هو أحد أنواع التعويض النقدي فقد عرف جانب من الفقه⁽²⁹⁰⁾ التعويض النقدي بأنه التعويض الذي يمكن تقويمه بالنقد، ويكون إما مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة، أو مقسطاً أو بإيراد مرتب مدى الحياة. وعرف⁽²⁹¹⁾ أيضاً بأنه مبلغ نقدي يمنحه القاضي للمضروب كمقابل للضرر الذي أصابه. وعرفه فقهاء آخرون⁽²⁹²⁾ بأنه مبلغ من النقود يعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب. وقد عرف نفس هؤلاء الفقهاء التعويض عموماً سواء أكان عينياً أم بمقابل بأنه مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب. ويتبين من هذه التعاريف أن التعويض هو الوسيلة التي يتبعها القضاء لجبر الضرر إما عن طريق تخفيفه أو محو آثاره نهائياً. ويتأثر بالضرر تأثيراً كاملاً فيدور معه وجوداً وعدماً، ولا تأثير لجسامة الخطأ عليه. وهو بذلك يختلف عن العقوبة التي ترمي إلى الردع سواء أكان عاماً أم خاصاً، وتتأثر بجسامة الخطأ. أما بالنسبة إلى شرط التعويض الإتفاقي في القانونين اللبناني

²⁹⁰- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. العقد- العمل غير المشروع- الاثراء بلا سبب- القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2004. ص 818.

²⁹¹- د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات. دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. 2009. ص 470.

²⁹²- د. عبد المحيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، 1980 ، ص 244.

والعراقي فقد أخذ به هذان القانونان، فنص الشطر الأول من المادة (266) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 9/3/1932 على أن (للمتعاقدين أن يعينوا مقدماً في العقد أو في صك لاحق قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه). كما نصت الفقرة الثانية من المادة (170) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام 168 و 256 و 257 و 258). إلا أن هذين القانونين مزجا، وخلافاً للقانون الإنكليزي، بين شرط التعويض الإتفاقي وبين الشرط (البند) الجزائي، وعدهما لفظين مترادفين يحملان بين طياتهما فكرتي جبر الضرر والجزاء في وقت واحد⁽²⁹³⁾. فقد أطلق عليه القانون اللبناني والفقهاء اللبناني "البند الجزائي" أو "التعيين الإتفاقي للتعويض". فنصت المادة (267) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن (البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند منافعٍ للتبعة. وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون). وعرفه جانب من الفقهاء اللبناني⁽²⁹⁴⁾ بأنه إتفاق بين الفرقاء سلفاً، سواء في العقد ذاته أو بموجب وثيقة مستقلة على تحديد قيمة التعويض المتوجب للفرق الذي لم يُنفذ الموجب العائد له أو الذي حصل التأخير في تنفيذه. وعرفه جانب من فقهاء القانون المدني

²⁹³- د.حسن علي الذنون. شرح القانون المدني أحكام الإلتزام. الطبعة الثانية. العاتك لصناعة الكتاب القاهرة. 2007. ص51.

²⁹⁴- د.مصطفى العوجي. القانون المدني الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. 2022. ص577.

العراقي⁽²⁹⁵⁾ بأنه شرط يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي ليقوم إستحقاق التعويض على أساسه, وذلك في إتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه. ففي الوقت الذي يعد فيه تعويضاً إتفاقياً للدائن عما يصيبه من ضرر, فهو فهو جزاء يفرض على المدين لإخلاله بالتزامه التعاقدية. وعرف في فقه القانون المدني العراقي⁽²⁹⁶⁾ أيضاً بأنه شرط يدرجه المتعاقدان عند إبرام العقد أو يتفقا عليه لاحقاً قبل إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدية, وذلك لتحديد مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا أخل الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بعدم تنفيذه أو تأخر في التنفيذ. كما عرف⁽²⁹⁷⁾ بأنه شرط يسمح للمتعاقدين تقدير التعويض مسبقاً بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق يعد مكملاً للعقد الأصلي. ويتبين من هذه التعاريف بأن شرط التعويض الإتفاقي هو بند تعاقدي يتفق بمقتضاه المتعاقدان مقدماً على تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه الى الدائن اذا أخل بتنفيذ التزامه⁽²⁹⁸⁾, سواء أكان الإخلال إمتناعاً عن تنفيذ الالتزام أم تأخراً في

295- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. القانون المدني العراقي وأحكام الإلتزام. الجزء الثاني. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد. 1980. ص 60.

296- د. حسن علي الذنون. مصدر سابق. ص 51.

297- د. منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء. منشورات آراس. أربيل. 2006. ص 471.

298- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله. شرح النظرية العامة للإلتزام. الكتاب الأول. مصادر الإلتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2001. ص 99.

تنفيذه. وغالباً ما يكون التقدير أكبر من الضرر الفعلي الذي يصيب الدائن، فيكون وسيلة لحمل المدين على التنفيذ⁽²⁹⁹⁾.

المطلب الثاني

خصائص شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القوانين الانكليزي واللبناني والعراقي

يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي القوانين الإنكليزي واللبناني والعراقي بالسمات والخصائص الآتية:

أولاً: يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً وسيلة لجبر الضرر الذي يلحق بالمدعي، وليس عقوبة تفرض على المدعى عليه المخل بالتزامه التعاقدية⁽³⁰⁰⁾. وذلك لأن الإخلال بالعقد ليس جريمة جنائية (Criminal Offence) وليس للتعويض غرض عقابي (Punitive Purpose)⁽³⁰¹⁾.

ثانياً: لا يعد الشرط الجزائي في القانون الانكليزي تقديراً مسبقاً صادقاً وحقيقياً ومسبق لقيمة أو مقدار التعويض (Not a Genuine Pre-estimate of Damages for the Loss) عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال

299- د.د.رع حماد. النظرية العامة للالتزامات. القسم الثاني. أحكام الالتزام. مكتبة السنهوري. بيروت. 2016. ص49.

300- Ewan Mckendrick. Sixth Edition. op. Cit . P.403.

301- Richard Stone. The modern law of contract. Ninth Edition. Routledge, Taylor&Francis group.London. 2011. P.450.

بالعقد، على الرغم من كونه بنداً تعاقدياً يدرج في العقد ينص على مبلغ محدد (Particular Sum) يدفع الى أحد الطرفين اذا ما أخل الطرف الآخر بالعقد⁽³⁰²⁾.

ثالثاً: يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً وسيلة المعالجة العرفية أو القضائية وليست الإنصافية. فهو معالجة تضمنها قانون الأحكام العام العرفي (Common Law Remedy)، كما هو الحال بالنسبة الى الشرط الجزائي. خلافاً للمعالجات الإنصافية التي تتضمن التنفيذ العيني (Specific Performance) والأوامر القضائية (Injunctions)⁽³⁰³⁾.

رابعاً: يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً بطبيعته النقدية فضلاً عن طبيعته التعاقدية، إذ يتم التعبير عنه بتعابير نقدية (Monetary Terms) تتحدد بمبلغ من النقود، فيعرف التعويض الذي يتضمنه بالتعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً (Liquidated Damages)⁽³⁰⁴⁾، كذلك الحال بالنسبة الى الشرط الجزائي. أما التعويض غير المحدد أو القضائي فيتولى القضاء تحديده (Unliquidated Damages)⁽³⁰⁵⁾.

خامساً: يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً (Liquidated Damages Clause) في القانون الانكليزي بأنه تقدير مسبق لمبلغ نقدي متفق

³⁰²- Jill Poole. Casebook on Contract Law. Thirteenth Edition. Oxford University Press.2016. P.456.

³⁰³- Paul Richards. Fourth Edition. op. Cit . P.301.

³⁰⁴- Richard Stone. op. Cit. P.481.

³⁰⁵- Paul Richards. Fourth Edition. op. Cit . P.301.

عليه ومقدر سلفاً (Pre-estimated Sum) لجبر الأضرار والخسائر التي يمكن أن يتعرض لها المتضرر من الإخلال بالعقد⁽³⁰⁶⁾.

سادساً: أما الشرط الجزائي فيتضمن مبلغاً محدداً مسبقاً يهدف الى معاقبة الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية، ضماناً لتنفيذ العقد والالتزامات الناشئة عنه تنفيذاً صحيحاً⁽³⁰⁷⁾.

سابعاً: يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً بالسمة الإستثنائية لكونه يمثل خروجاً عن المبدأ العام في المسؤولية العقدية، والذي يستلزم إثبات الأركان الثلاثة للمسؤولية وهي الإخلال بالعقد والضرر وعلاقة السببية (Causal Link or Causation) بينهما⁽³⁰⁸⁾. إذ تقضي المحاكم الإنكليزية بالتعويض الإتفاقي لمصلحة المدعي من دون أن تلزمه بإثبات الضرر الحقيقي أو الخسارة الحقيقية (Actual damage or Loss) التي تعرض لها إستثناءً من المبدأ العام. حتى وإن كان مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي أكثر أو أقل من المبلغ المحدد مسبقاً في الشرط. مما يعني إستبعاد القواعد المعمول بها في المحاكم الإنكليزية لتقدير قيمة التعويضات غير المحددة (Unliquidated Damages) وغير المنصوص عليها في العقد⁽³⁰⁹⁾. كما يعد خروجاً عن مبدأ بعد الضرر أو الضرر البعيد (or Remoteness of Damages Damage is too Remote) الذي بمقتضاه

³⁰⁶⁻ Ewan Mckendrick. Sixth Edition. op. Cit . P.438.

³⁰⁷⁻ John Wilman. op. Cit. P.169.

³⁰⁸⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law Text Cases and Materials. Fifth Edition. op. Cit. P.812.

³⁰⁹⁻ Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P.367.

لا يحصل المدعي على التعويض سوى عن الأضرار التي ليست ببعيدة عن الإخلال أو التي تكون قريبة من الإخلال بالعقد, أي الأضرار المباشرة التي تترتب مباشرة على الإخلال بالعقد⁽³¹⁰⁾. أما الأضرار البعيدة أو غير المباشرة فلا يعوض عنها⁽³¹¹⁾. إذ يمكن للأطراف المتعاقدة إستبعاد هذا المبدأ أو الإلتفاف عليه عند الإلتفاق على التعويض⁽³¹²⁾, فيحصل المدعي على التعويض المحدد أو المنصوص عليه بمقتضى شرط التعويض الإتفاقي دون الإلتفات الى مدى بعد الضرر أو قربه من الإخلال بالعقد.

ثامناً: ويتسم الشرط الجزائي في القانون الانكليزي بسمة المبالغة (Extravagance), فهو بند تعاقدى يتضمن مبلغاً نقدياً محدداً يتفق عليه الطرفان مسبقاً. وغالباً ما يكون المبلغ المتفق عليه مفرطاً مبالغاً فيه (Extravagant) ومنافٍ للضمير الحي (Unconscionable) ويزيد كثيراً عن قيمة الضرر الحقيقي ولا يتناسب معها إطلاقاً⁽³¹³⁾. كما يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً بسمة المبالغة في تقدير التعويض أيضاً إذا ما قورن بالتعويض القضائي. إذ غالباً ما يمنح الطرف المتضرر حقوقاً أو مبالغ مفرطة أو مبالغ فيها, وأكثر سخاءً من التعويض القضائي أو غير المحدد⁽³¹⁴⁾.

³¹⁰- Ewan Mckendrick. Sixth Edition. op. Cit . P.423.

³¹¹- Paul Richards. Fourth Edition. op. Cit . P.301.

³¹²- Neil Andrews. op. Cit . p.603.

³¹³- Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. op. Cit . P.567.

³¹⁴- Neil Andrews. op. Cit . p.602.

تاسعاً: ويتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي أيضاً بسمّة التبصير, فهو وسيلة تبصيرية مفيدة تمكن الطرفين المتعاقدين وقت إبرام العقد من معرفة مدى مسؤوليتهما (The Extent of their Prospective Liability), والأثر المترتب عليه والمتمثل بمقدار التعويض⁽³¹⁵⁾. كما أنه وسيلة معقولة للتبصر والتوقع المسبق لمقدار الضرر الذي سينتج عن الاخلال بالعقد⁽³¹⁶⁾.

عاشراً: كما يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي أيضاً بسمّة اليقين (Certainty) وإزالة الغموض, فيمكن الطرف المتضرر من تجنب الصعوبات التي تكتنف إثبات الضرر وتحديد مقدار التعويض المترتب عليه, فضلاً عن تجنب نفقات إثبات الضرر⁽³¹⁷⁾.

أحد عشر: ويتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي بسمّة الحث والترغيب والتشجيع على تنفيذ الإلتزام التعاقدي, فيكون حافزاً أو دافعاً مؤثراً نحو تنفيذ الإلتزام (Incentive to Performance).

إثنا عشر: يتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط (البند) الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بالسمّة الإتفاقية⁽³¹⁸⁾, فهو إتفاق بين الطرفين المتعاقدين

³¹⁵- Neil Andrews. *ibid.* p.601.

³¹⁶- Pamela Tepper. *The Law of Contract and the Uniform Commercial Code.* DELMAR. Cengage learning. 2012. P.237.

³¹⁷- Neil Andrews. *ibid.* p.601.

³¹⁸- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج 2 . مصدر سابق.

على تقدير التعويض. لذا ينبغي أن يكون مستوفياً لجميع أركان العقد. ويتم الإتفاق بين الفرقاء سلفاً على تحديد قيمة التعويض المتوجب على الفريق المخل بموجبه, سواء في العقد نفسه أو في وثيقة مستقلة⁽³¹⁹⁾.

ثلاثة عشر: يتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بسمة مزدوجة⁽³²⁰⁾, لأن القصد من ورائه قصد مزدوج: فهو تعويض يستحقه الدائن عما يصيبه من ضرر, كما أنه جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه, أو لإخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته, أو لتأخيره في تنفيذه. فإذا تبين أن البند الجزائي جرى وضعه لغرض إكراه المدين لإرغامه على تنفيذ موجباته فإنه يتسم بسمة الجزاء, وينبغي على المحكمة تخفيض قيمته إستناداً على الفقرة الثانية من المادة (266) من قانون الموجبات والعقود. إذا تبين لها أنها باهظة أو فاحشة ولا تتناسب مع الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن نتيجة الإخلال بالعقد⁽³²¹⁾.

أربعة عشر: كما يتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بسمة التهديد دون أن ينطوي على معنى العقوبة⁽³²²⁾, وذلك لأن

³¹⁹- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج1. مصدر سابق. ص577.

³²⁰- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج2. المصدر نفسه. ص60.

³²¹- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج1. مصدر سابق. ص590.

³²²- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج2. المصدر نفسه. ص60.

المبلغ الذي يتضمنه يتم تقديره عادة بأكثر من الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى أو التأخر في تنفيذه. فالبند الجزائي الفاحش إنما يوازي أو يماثل غرامة إكراهية للتأثير على إرادة المدين، تضطره تحت تأثير وطأة المبلغ الضخم الذي يتضمنه الإمتثال للعقد⁽³²³⁾.

خمس عشرة عشر: ويتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بالسمة التبعية⁽³²⁴⁾. فهو ليس إتفاق أصلي قائم بذاته بل تابع لإتفاق على التزام آخر بقصد الحث على تنفيذه. فهو شرط لا ينشأ عنه التزام أصلي بالتعويض، ولكن التزم تبعي بتقدير التعويض⁽³²⁵⁾. كما أن البند الجزائي يزول ويبطل تبعاً لإبطال العقد الأصلي⁽³²⁶⁾.

سنة عشر: ويتسم هذا الشرط في القانونين اللبناني والعراقي بأنه إتفاق مسبق على الإخلال بالموجب أو الالتزام التعاقدى وليس إتفاق لاحق على الإخلال، على الرغم من أنه قد يأتي في وثيقة لاحقة وليس في العقد نفسه⁽³²⁷⁾. إلا أنه ينبغي أن يسبق الإخلال في جميع الأحوال. إذ يحدد بمقتضاه الطرفان المتعاقدان مسبقاً مقدار التعويض. فهو يسبق الإخلال بتنفيذ العقد ويدرج ضمن شروط العقد

³²³- د. مصطفى العوجي. القانون المدني. ج1. مصدر سابق. ص587.

³²⁴- د. حسن علي الذنون. مصدر سابق. ص54.

³²⁵- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج2. مصدر سابق. ص60.

³²⁶- بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء السادس العقد. منشورات زين الحقوقية بيروت. 2020. ص181.

³²⁷- د. مصطفى العوجي. القانون المدني. ج1. مصدر سابق. ص577.

الأصلي، أو في إتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي، ولكن قبل حدوث الإخلال بالالتزام التعاقدي.

سبعة عشر: لا يعد شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط (البند) الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي، وخلافاً لموقف القانون الإنكليزي، خروجاً عن قواعد المسؤولية العقدية وإستثناءً منها ولكن تطبيقاً لها. فالتعويض الإتفاقي أو البند الجزائي لا يستحق على المدين إذا ثبت ان الدائن لم يلحقه أي ضرر نتيجة إخلال المدين بالتزامه سواء أكان ذلك بعدم تنفيذه لإلتزامه التعاقدي أم التأخر في تنفيذه أو حتى التنفيذ المعيب أو الجزئي⁽³²⁸⁾. فينبغي توفر شروط إستحقاق التعويض وهي: أ- خطأ من جانب المدين يتمثل بعدم تنفيذ التزمته التعاقدي أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو جزئياً، فلا يستحق التعويض الإتفاقي إلا إذا كان الإخلال بالعقد ناشئاً عن خطأ صادر عن المدين بالالتزام⁽³²⁹⁾. ب- ضرر يتمثل بالأذى أو الخسارة المالية وهو شرط ضروري لإستحقاق التعويض، لأن الغرض الأساسي من الشرط هو جبر الضرر بإزالته. وهو ما ذهبت إليه محكمة التمييز اللبنانية في أحكامها، إذ ألغت في أحد أحكامها البند الجزائي لعدم ثبوت ضرر أصاب من ادعى به من الفرقاء في العقد⁽³³⁰⁾. وسوف نتطرق الى حيثيات هذا الحكم لاحقاً في هذه الدراسة. وخلافاً للقواعد العامة فإن عبء الإثبات يقع على المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر. فإذا انعدم الضرر الذي يدعيه المتعاقد

328- د. منذر الفضل. مصدر سابق. ص 473.

329- د. حسن علي الذنون. مصدر سابق. ص 58.

330- د. مصطفى العوجي. القانون المدني. ج 1. مصدر سابق. ص 583.

فلا مبرر حينئذ للشرط الجزائي⁽³³¹⁾. إن إتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض الإتفاقي لا يلغي ركن الضرر من المسؤولية العقدية⁽³³²⁾, والذي ينبغي أن يكون مساوياً لما قدره المتعاقدان من تعويض بمقتضى الشرط. وبخلاف ذلك فإن القاضي يتمتع بسلطة في زيادته أو إنقاصه. ج- علاقة السببية بين الخطأ والضرر , وهي أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى أو التأخر في تنفيذه, أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو جزئياً⁽³³³⁾. فإذا إنتقت علاقة السببية لقيام السبب الأجنبي, فإن ذلك يعني إنتفاء ركن من أركان المسؤولية العقدية وبالتالي إنتفاء التعويض⁽³³⁴⁾. فلا يستحق الدائن التعويض الإتفاقي إذا كان الضرر ضرراً غير مباشر, أو ضرراً مباشراً غير متوقع ولم يرتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً.

ثمانية عشر: وأخيراً يتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط (البند) الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بالسمة الرضائية وليس الشكلية كقاعدة عامة. فهذا الشرط يعد تعبيراً عن إرادة الفريقين المتعاقدين في العقد⁽³³⁵⁾, وليس من الضروري أن يستوفي شكلاً معيناً. إلا أنه ينبغي إستثناء أن يستوفي الشكلية اللازمة اذا ورد

³³¹- د.حسن علي الذنون. المصدر نفسه. ص58.

³³²- د.منذر الفضل. مصدر سابق. ص473.

³³³- د.محمد حسام محمود لطفي. النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام. القاهرة. 2002. ص210.

³³⁴- د.حسام الدين كامل الأهواني. النظرية العامة للإلتزام. الجزء الأول. المجلد الأول. المصادر الإرادية للإلتزام. الطبعة الثالثة. بدون مكان طبع. 2000. ص628.

³³⁵- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج1. مصدر سابق. ص581.

في عقد ناقل لملكية عقار. فإذا لم يستوف هذا العقد الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون لإنعقاد العقد العقاري بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري⁽³³⁶⁾, فلا يعد العقد منعقداً إستناداً الى المادة (393) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصت على أن (بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على عقار لا يكون لها مفعول حتى بين المتعاقدين, إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري). والفقرة الثانية من المادة (1126) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن (العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً). وقد تبنت محكمة التمييز اللبنانية هذا الإتجاه أيضاً, وجاء في حكم لها⁽³³⁷⁾ بأنه (على السبب الرابع, مخالفة المادة 11 من القرار 188 والمادة 393 م.و.ع والمادة 204 من القرار رقم 3339 والمادة 835 م.و.ع, حيث أن المستدعي يأخذ على القرار المطعون فيه أنه خالف هذه المواد عندما قرر إخلاءه بناءً على طلب مقدم من مشتر لعقار لم يسجل حقه العيني الناتج عن البيع في السجل العقاري ولا يتمتع بالتالي بصفة المالك....لذلك تقرر بالأكثرية قبول التمييز شكلاً وفي الأساس ابرام القرار المطعون فيه). فيؤدي بطلان العقد الى بطلان الشرط الجزائي

³³⁶- د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الثاني في أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1965. ص 35.

³³⁷- الغرفة الخامسة لمحكمة التمييز المدنية اللبنانية. قرار رقم 106 في 16/7/2002. (الرئيس معماري والمستشاران مولوي وعيد). نقلاً عن بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء الثاني البيع. منشورات زين الحقوقية بيروت. 2020. ص 223.

الذي يتضمنه⁽³³⁸⁾. وكذلك الحال، وكما أشرنا سابقاً في القانون اللبناني، فإن إبطال العقد الأصلي يستتبع إبطال البند الجزائي وزواله تبعاً للعقد الأصلي⁽³³⁹⁾.

المطلب الثالث

المقارنة بين شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي في القانون

الانكليزي

ميز قانون الأحكام العام (Common Law) بين شرط التعويض الإتفاقي (Liquidated Damages Clauses) وبين الشرط الجزائي (Penalty Clause) وعدهما شرطين ذي طبيعتين مختلفتين، خلافاً للقانونين اللبناني والعراقي اللذين عدا شرط التعويض الإتفاقي والشرط (البند) الجزائي لفظين مترادفين يعبراً عن شرط واحد في حقيقة الأمر. ولغرض المقارنة بين شرط التعويض الإتفاقي وبين الشرط الجزائي في القانون الإنكليزي فإنه ينبغي عليها دراسة أوجه الشبه والإختلاف بينهما وكما يأتي:

أولاً: أوجه الشبه: يتشابه كل من شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي في النقطتين الآتيتين:

1. من حيث الطبيعة الإتفاقية لكل منهما: يتشابه كل من شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي في أن كليهما يعد بندا تعاقدياً يدرج في العقد، يقوم بمقتضاه أحد الطرفين المتعاقدين بدفع مبلغ معين في حالة إخلاله بالعقد

³³⁸د.حسن علي الذنون. مصدر سابق. ص53.

³³⁹بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. ج6. مصدر سابق. ص181.

(Particular Sum of Money to be paid on Breach of the Contract) , وأن كليهما يعد نوعاً من أنواع المعالجات الإتفاقية (Agreed remedies)⁽³⁴⁰⁾. وبعبارة أخرى فإن كليهما يعد إتفاقاً يبرم قبل الإخلال بالعقد على الرغم من إختلاف هديهما⁽³⁴¹⁾.

2. من حيث وقت الإتفاق على الشرط وإدراجه في العقد: كما يتشابه كل من شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي في أن كليهما يدرج في العقد وقت إبرامه وليس وقت الإخلال به (Date of the Formation of the Contract, not the Date of the Breach) فكلاهما يستبق الإخلال بالعقد على الرغم من إختلاف الأهداف⁽³⁴²⁾.

ثانياً: أوجه الإختلاف: يختلف كل من شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي في القانون الإنكليزي عن بعضهما البعض في الأوجه الآتية:

1. من حيث الهدف فإن شرط التعويض الإتفاقي المسبق، وكما أشرنا سابقاً، هو تقدير أصيل حقيقي ومسبق لمقدار التعويض (Genuine Pre-estimate of Damages) عن الضرر الذي يتعرض له أحد الطرفين المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بالعقد، والذي يتفق عليه الطرفان بمقتضى بند يدرج في

³⁴⁰⁻ Brian H. Bix. Contract Law. Rules, Theory and Context. Cambridge University Press. 2012. P.107.

³⁴¹⁻ Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P.367 and 368.

³⁴²⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. Palgrave macmillan. 2015. P.376 .

العقد⁽³⁴³⁾، ويهدف الى جبر الضرر. أما الشرط الجزائي فعلى الرغم من كونه أيضاً شرط يدرج في العقد يلزم أحد الطرفين المتعاقدين بدفع مبلغ معين إذا ما أخل بالعقد، إلا أنه لا يعد تقديراً أصيلاً ومسبقاً لمقدار التعويض (Not a Genuine Pre-estimate of Damages) عن الضرر، والذي ينبغي على الطرف المخل دفعه. ولكنه يهدف الى تهديد الطرف المخل بمعاقبته أو بإنزال العقوبة عليه (Penalisation) في حالة إخلاله بالعقد⁽³⁴⁴⁾.

2. من حيث مقدار المبلغ المنصوص عليه في العقد، فإن شرط التعويض الإتفاقي هو وسيلة لتجنب البخس في قيمة أو مقدار التعويض (Undercompensation) فيكون مبلغاً معادلاً لمقدار الضرر المتوقع قدر الإمكان. خلافاً للشرط الجزائي الذي يعد وسيلة للمبالغة (Extravagance) في تقدير المبلغ الذي يهدد بمعاقبة كل طرف متعاقد ينوي الإخلال بالتزامه التعاقدى⁽³⁴⁵⁾.

3. من حيث الأصل والإستثناء: فشرط التعويض الإتفاقي المسبق يعد الأصل العام للبنود التعاقدية المدرجة في العقد، لكونه أحد أبرز معالجات قانون الأحكام العام (Common Law Remedy) للأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد، خلافاً للشرط الجزائي الذي يعد إستثناءً من الأصل العام، بسبب طبيعته التحكيمية أو التهديدية (Threatening) أو العقابية (Penal) أو الإضطهادية

³⁴³⁻ Richard Stone. The modern law of contract. Ninth Edition. Routledge, Taylor&Francis group. London. 2011. P.481.

³³⁴⁻ Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P. 368.

³⁴⁵⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P. 3.

(Oppressive) ولا سيما عند إختلال القوة التفاوضية بين الطرفين إختلالاً كبيراً (346).

4. من حيث صدق تقدير المبلغ المنصوص عليه في الشرط: يعد البند التعاقدى شرطاً للتعويض الإتفاقي المسبق إذا ما جرى تقدير المبلغ المنصوص عليه في الشرط تقديراً مسبقاً صادقاً (Genuine Pre-estimate of the damage) للأضرار التي يحتمل أن تنشأ نتيجة الإخلال بالعقد⁽³⁴⁷⁾. مما يسمح للتعويضات أن تكون محددة مسبقاً وتتسم بقدر من المصادقية. خلافاً للشرط الجزائي الذي لا يجري فيه تقدير المبلغ المنصوص عليه في الشرط تقديراً مسبقاً صادقاً يتناسب مع حجم الضرر المتوقع. فيكون المبلغ مفرطاً في الزيادة عن حجم الضرر المتوقع، مما يجعل الشرط مبالغاً فيه ومناقب للضمير الحي أحياناً (Extravagant and Unconscionable Clause)⁽³⁴⁸⁾. وهو المبدأ الذي رسخه مجلس اللوردات في حكمه الصادر في قضية (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd 1915. AC 79) السابق ذكرها والتي تتلخص وقائعها⁽³⁴⁹⁾ بإبرام شركة (Dunlop Pneumatic

³⁴⁶⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. ibid. P. 5.

³⁴⁷⁻ Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. op. Cit . P.565.

³⁴⁸⁻ Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P.376.

³⁴⁹⁻ لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع

https://en.wikipedia.org/wiki/Dunlop_Pneumatic_Tyre_Co_Ltd_v_New_Garage_%26_Motor_Co_Ltd

Tyre Co Ltd) لعقد توريد لبيع منتجاته المتمثلة بإطارات السيارات لشركة أخرى تمارس البيع بالتجزئة (New Garage & Motor Co Ltd tyre retailer). وقد أقامت شركة (Dunlop) الدعوى على أساس إخلال الشركة المدعى عليها ببند تعاقدي يقضي بقيامها بإعادة بيع الإطارات بثمن يقل عن ثمن العقد. وتضمن العقد بنداً آخر يقضي بالتزام الشركة المدعى عليها بدفع مبلغ قدره خمسة جنيهات لكل إطار (£5 per Tyre) كشرط للتعويض الاتفاقي وليس كشرط جزائي. فقضت المحكمة الابتدائية بصحة ونفاذ الشرط بوصفه شرطاً للتعويض الاتفاقي. إلا أن محكمة الإستئناف نقضت الحكم وكيفت الشرط كشرط جزائي، وقضت للشركة المدعية (Dunlop) بتعويضات إسمية طفيفة (Nominal damages) فحسب. ولكن مجلس اللوردات نقض هذا الحكم الإستئنافي أيضاً وقضى في حكمه بتكليف الشرط كشرط للتعويض الإتفاقي، لأنه يعدّ تقديراً مسبقاً صادقاً (Genuine Pre-estimate of the damage) للأضرار التي تعرضت لها شركة (Dunlop) وليس شرطاً جزائياً. وهو شرط صحيح نافذ يمكن لشركة (Dunlop) تنفيذه ضد شركة الأخرى (New Garage).

5. من حيث النفاذ (Enforceability): يعد شرط التعويض الإتفاقي المسبق شرطاً نافذاً قانوناً لأن الفرق بين التقدير المسبق للضرر وحجم الضرر الحقيقي يمكن التسامح فيه (Generous Margin). أما الشرط الجزائي فلا يعد نافذاً قانوناً (Unenforceable) ⁽³⁵⁰⁾، لأنه يلزم أحد الطرفين بدفع مبلغ مفرط في الزيادة وبالعقد التقدير (Outrageous Overpayment). وهو ما قضت به محكمة الإستئناف (Court of Appeal) الإنكليزية في حمها الصادر في قضية

³⁵⁰⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P.376.

(Makdessi v Cavendish Square Holdings BV [2013] EWCA Civ 1539; [2014] BLR 246, [44]) بقائها⁽³⁵¹⁾ بقيام المدعي (Claimant) السيد (Makdessi) بالإتفاق مع المدعى عليه (Defendant) على أن يبيعه حصته من الأسهم (Stake of Shares). وإتفا على أن يقوم المدعى عليه بدفع مبلغ قدره (147) مليون دولاراً ثمناً لتلك الحصة، على أن يدفع بأقساط (instalments). وقد تضمن العقد تعهداً تقيدياً أو سلبياً (Restrictive Covenants) يحظر بمقتضاه على المدعي (Claimant) السيد (Makdessi) منافسة المدعى عليه في مناطق محددة في الشرق الوسط. ونص الشرط التعاقدى على أنه إذا ما أخل السيد (Makdessi) بتعهده وقام بالمنافسة فإنه سيفقد حقه في الحصول على أقساط مبلغ شراء حصة الأسهم الذي يكون المدعى عليه مدينياً بدفعه الى المدعي. وبالفعل فقد أخل السيد (Makdessi) بالتزامه بعدم المنافسة. فأراد المدعى عليه تنفيذ الشرط ضد المدعي السيد (Makdessi) والحصول على مبلغ آخر قسطين والبالغ (44) مليون دولار. فاقام المدعي الدعوى وإدعى بأن الشرط هو في حقيقته شرط جزائي (Penalty Clause) يهدف الى معاقبته. إلا أن المدعى عليه دفع بعدم وجود أية صفة عقابية أو جزائية للشرط، وأنه شرط شائع الإستعمال في العقود والصفقات التجارية (Commercial Transactions)، بسبب تساوي أو تعادل

³⁵¹- لمزيد من التفاصيل حول القضية ينظر الموقعين

<https://www.lawteacher.net/cases/makdessi-v-cavendish-square-holdings.php> و

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8a1dc924-ea88-46d6-826f-9d5ba1a41ba0>

القوة التفاوضية للطرفين (Equal Bargaining Power). فقضت المحكمة بنفاذ الشرط. فإستأنف السيد (Makdessi) الحكم الابتدائي. فجاء حكم محكمة الإستئناف لمصلحته وقضى بعدم نفاذ الشرط (Unenforceable Clause) لكونه يعد شرطاً جزائياً بمقتضى قانون الأحكام العام (Common Law). وقد صادقت المحكمة (Supreme Court) العليا على حكم محكمة الإستئناف، وجاء في حكمها بأن قاعدة عدم نفاذ الشرط الجزائي (Unenforceability of the penal clause) هي من القواعد الراسخة في قانون الأحكام العام، والتي لا يمكن الغاؤها أو تجاهلها في القضية المعروضة.

6. من حيث القوة التفاوضية: إذا تساوت أو تعادلت القوة التفاوضية (Equal or Comparable Bargaining Power) بين الطرفين المتعاقدين فإن القضاء الإنكليزي يميل تكييف البند التعاقدى كشرط للتعويض الإتفاقي المسبق، والذي غالباً ما يدرج في العقود التجارية (Commercial Contracts)⁽³⁵²⁾. أما إذا إختلفت القوة التفاوضية بين الطرفين فإن المحكمة غالباً ما تكييف البند كشرط جزائي، ولا تميل الى تكييف كشرط للتعويض الإتفاقي. فالقضاء الإنكليزي لا يبطل شرط تقدير الضرر المتفق عليه مسبقاً (Agreed Pre-estimation of Loss)، إذا ما جرى الإتفاق عليه بين طرفين متعادلين في قوتها التفاوضية⁽³⁵³⁾.

7. من حيث نية الأطراف المتعاقدة (Intention of the Parties): تلعب نية الأطراف المتعاقدة دوراً كبيراً في تحديد طبيعة الشرط وما إذا كان شرطاً

³⁵²⁻ Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P. 368.

³⁵³⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P.376.

للتعويض الإتفاقي المسبق أم شرطاً جزائياً⁽³⁵⁴⁾. فالتمييز بينهما هو مسألة موضوعية وليست شكلية (The Difference between them is a Question of Substance not Form) وهي تعتمد على نية الأطراف⁽³⁵⁵⁾. فإذا ما إتجهت نية الأطراف الى تقدير المبلغ ليكون تعويضاً عن الإخلال بالعقد. فإن البند الذي ينص على ذلك المبلغ هو بالتأكيد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً. أما إذا إتجهت نية الأطراف من وراء وضع المبلغ إلى فرض غرامة (Fine) أو جزاء (Penalty) على الطرف المخل بالتزامه التعاقدي لضمان تنفيذ العقد⁽³⁵⁶⁾, فإن البند الذي ينص على ذلك المبلغ هو شرط جزائي (Penalty Clause)⁽³⁵⁷⁾. وعلى الرغم من أهمية تلك النية في تحديد طبيعة الشرطين إلا أنها ليست عاملاً حاسماً في ذلك⁽³⁵⁸⁾. فإذا ما حدث غموض أو لبس بين الشرطين فللمحكمة سلطة اللجوء الى قواعد التفسير (Rules of Construction) للتعرف على النية الحقيقية للأطراف لمعرفة ما كان داخلاً في توقعهم من وقائع وقت إبرام العقد (The Events which were in the Contemplation of the Parties at the Time of Entry into the

³⁵⁴⁻ Mindy-chen Wishart. contract law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2012. P.557.

³⁵⁵⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P.374.

³⁵⁶⁻ شيشير فيفوت فيرمستون. أحكام العقد في القانون الإنجليزي ظواهر الإتفاق وقواعد الإيجاب والقبول، ترجمة هنري رياض. الطبعة الأولى. دار الجيل بيروت. 1981. ص23.

³⁵⁷⁻ Micheal Furmston. Fifoot & Furmston's Law of Contract. Sixteenth Edition. Oxford University Press. 2012. P.787.

³⁵⁸⁻ Robert Duxbury. Nutshells, Contract Law. Fifth Edition, Sweet& Maxwell. London. 2001. P.113.

(Contract) . وقد وضعت المحكمة الإنكليزية مجموعة من قواعد التفسير للتمييز بين شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي⁽³⁵⁹⁾ , وذلك في حكمها الصادر في قضية (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd 1915. AC 79) . ومن أبرز هذه القواعد: القاعدة الأولى: يعد البند شرطاً جزائياً إذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغاً فيه (Extravagant) ومنافٍ للضمير الحي (Unconscionable) ولا يتناسب إطلاقاً مع الضرر أو الخسارة الحقيقية⁽³⁶⁰⁾. القاعدة الثانية: هناك قرينة قضائية (Presumption) وضعتها المحكمة ومؤداها أن البند يعد شرطاً جزائياً عندما يتم تقدير المبلغ جزافاً (Single Lump Sum) أو تقديراً جزافياً يتوقف دفعه على جملة حوادث أو وقائع متباينة الأهمية, قد تترتب على بعضها أضرار جسيمة (Serious Damage) وقد تترتب على البعض الآخر أضرار طفيفة (Trifling damage). إلا أن جانباً من الفقه⁽³⁶¹⁾ يرى بأن هذه القاعدة قد تشكل مصيدة أو فخاً لعديمي اليقظة والتبصر (Trap for the Unwary), لأن في كل حالة يتم فيها الإخفاق في التمييز بين الإخلال الجدي والإخلال الطفيف أو التافه بالعقد (Serious and Trifling Breaches of Contract), فإن الشرط سيفسر حينئذٍ شرطاً جزائياً وليس شرطاً للتعويض الإتفاقي المسبق. ومن هنا جاءت القاعدة الثالثة التي تميل الى تفسير البند التعاقدى كشرط للتعويض الإتفاقي المسبق أكثر من كونه شرطاً جزائياً. وذلك بترجيح تفسير المبلغ المتفق

³⁵⁹- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit. P.374 and 376.

³⁶⁰-Paul Richards. Law of Contract. Thirteenth Edition. Pearson Education Limited. 2017. P.603.

³⁶¹-Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. ibid. P.375.

عليه في العقد كتقدير مسبق أصلي أو حقيقي للضرر الناجم عن الإخلال (Genuine Pre-estimate of Damage of the Breach) في كل حالة يستحيل معها تقريباً التمييز بين الشرطين. فالغاية الأساسية هي التوصل الى التقدير الأولي الدقيق (Precise Pre-estimation). أما القاعدة الرابعة فهي قريبة من القاعدة الأولى ومؤداها أن البند يعد شرطاً جزائياً إذا كان الإخلال لا يتوقف على دفع مبلغ من النقود. وأن المبلغ المنصوص عليه في العقد أكبر بكثير من المبلغ الذي يتوجب دفعه⁽³⁶²⁾. ويذكر جانب من الفقه الانكليزي مثلاً لهذه الحالة بالشرط الذي يلزم المدين ويجعله مسؤولاً عن دفع مبلغ قدره (1000) جنيه، إذا تأخر في موعد الإستحقاق عن الوفاء بمبلغ الدين الذي قدره (50) جنيهاً فحسب⁽³⁶³⁾.

8. من حيث طول المدة الزمنية التي ينبغي على الطرف المخل دفع المبلغ المنصوص عليه في الشرط بعد الإخلال بالعقد: فإذا ما نص البند التعاقدى على قيام الطرف المخل بالتزامه بدفع مبلغ معين متفق عليه (Agreed Sum)، إذا لم ينفذ الالتزام أو تأخر في تنفيذه بعد مضي مدة معينة، فإن هذا المبلغ يعد، ودون شك، تعويضاً إئتفاقياً (Liquidated Damages)، والشرط الذي يتضمنه شرطاً جزائياً. أما إذا نص البند على دفع مبلغ إضافي (Further Sum) في حالة تأخر المدين في دفع مبلغ التعويض المتفق عليه بعد الموعد المحدد، فإن المبلغ الإضافي يعد، ومن دون أدنى شك، غرامة أو جزاء يفرض على

³⁶²- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. ibid . P.374.

³⁶³- Edwin Peel and .G. H. Treitel. Treitel on The law of contract. Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010. P.1076.

المدين⁽³⁶⁴⁾. لأن قصر طول المدة الزمنية بين إستحقاق مبلغ التعويض الإتفاقي (Short Delay in Payment) وفرض المبلغ الإضافي لا تدل على وجود ضرر جسيم أصاب الدائن, مما يببرر فرض المبلغ الإضافي⁽³⁶⁵⁾.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنتها بالشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن

إن دراسة الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنتها بالشرط الجزائي تستلزم منا البحث في هذه الآثار في القانون الانكليزي ثم مقارنتها بموقف القانون المقارن المتمثل في هذه الدراسة بالقانونين اللبناني والعراقي وكما يأتي:

المطلب الأول

الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنتها بالشرط الجزائي في القانون الانكليزي

يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً شرطاً صحيحاً نافذاً (Valid and Enforceable Clause) بمجرد إدراجه في العقد, خلافاً للشرط الجزائي الذي يعد شرطاً غير صحيح وغير نافذ (Invalid and

³⁶⁴د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهدين، 2001، ص206.

³⁶⁵- Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition, Clarendon Press, Oxford, 2005, P.392.

(unenforceable Clause) عند إدراجه في العقد⁽³⁶⁶⁾. وتترتب على ذلك بعض الآثار القانونية لكل واحد منهما. وسوف نناقش هذه الآثار في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي أو المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي

يترتب على شرط التعويض الإتفاقي في القانون الانكليزي أثرين مهمين، الأول هو في حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة التعويض المتفق عليه أو قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي. والثاني هو زيادة قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي على قيمة الضرر الحقيقي. وسوف نبحث في هذين الأثرين وكما يأتي:

أولاً: حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي: ففي هذه الحالة إذا ما زادت قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي، فإن الشرط يعد صحيحاً نافذاً ويلزم الطرف المتضرر من الاخلال بالعقد بقبول القيمة المحددة في شرط التعويض الاتفاقي حتى وإن كانت أقل من قيمة الضرر الحقيقي⁽³⁶⁷⁾. ولا يحق له في هذه الحالة إقامة دعوى التعويض القضائي بمقتضى قانون الأحكام العام للحصول على بقيمة المبلغ لكي يعادل قيمة الضرر الحقيقي.

³⁶⁶⁻ Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit. P.373 and 377.

³⁶⁷⁻ Neil Andrews. op. Cit . p.609.

وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widnes Foundry Ltd [1933] AC 20) التي تتلخص وقائعها⁽³⁶⁸⁾ بإبرام عقد بناء مصنع (Contract of the Construction of a factory), وقد أدرج في العقد بند يقضي بالتعويض عن التأخير في بناء المصنع وبقيمة عشرين جنيهاً للأسبوع الواحد (£20 Per Week). وعلى أساس هذا الشرط فإنه ينبغي على المدعى عليه أن يدفع مبلغاً قدره عشرين جنيهاً للأسبوع الواحد كتعويض إتفاقي عن كل أسبوع يتأخر فيه عن إكمال البناء. وكان من المقرر أن يستمر بناء المصنع لمدة ثمانية عشر أسبوعاً كحد أقصى. إلا أن إكمال البناء لم يكتمل إلا بعد مضي ثمانية وأربعين أسبوعاً. أي بعد ثلاثين أسبوعاً (Thirty-week Delay) من الموعد المقرر أو المتفق عليه. وقد بلغت قيمة أضرار وخسائر المدعي (£5,850) جنيهاً نتيجة ذلك التأخير. فأقام المدعي الدعوى وطالب بقيمة الأضرار الحقيقية، فدفع المدعى عليه بعدم حق المدعي بالحصول على التعويض الكامل عن الأضرار الحقيقية والبالغ (£5,850) جنيهاً. فصدر حكم المحكمة لمصلحة المدعى عليه، وقضت في حكمها بالمبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي والبالغ (£600) عن التأخير لمدة ثلاثين أسبوعاً من الموعد المقرر أو المتفق عليه. كما صادق مجلس اللوردات (House of

لمزيد من التفاصيل حول القضية ينظر الموقع
-368
<https://www.lawteacher.net/cases/cellulose-acetate-v-widnes-foundry.php>

Lords على هذا الحكم، وذكر اللورد (Atkin) بأن البند المدرج في العقد هو شرط للتعويض الاتفاقي وليس شرطاً جزائياً. وقد إتجهت نية الطرفين الى الإتفاق على هذا المبلغ، على الرغم من أنه بخس تعويض الطرف المتضرر (Under-compensation of the Innocent Party) عندما حدد مقدار أو قيمة التعويض بالحد الأدنى، علماً أن قيمة الضرر الحقيقي أكبر من هذا المبلغ المتفق عليه بكثير.

ثانياً: حالة زيادة قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي على قيمة الضرر الحقيقي: وإذا زادت قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي على قيمة الضرر الحقيقي، فإن الشرط يعد صحيحاً نافذاً أيضاً، ويحق في هذه الحالة للطرف المخل بالعقد إسترداد قيمة المبلغ الذي يزيد عن قيمة الضرر الحقيقي⁽³⁶⁹⁾. وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Clydebank Engineering and Shipbuilding Company Ltd v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castenada 1905.AC6) التي تتلخص وقائعها⁽³⁷⁰⁾ بإبرام عقد مركب لصناعة وبيع أربعة زوارق طوربيد (Torpedo Vessels) للحكومة الإسبانية. وقد تضمن العقد بنداً يقضي بمنح الطرف المتضرر مبلغاً قدره خمسمائة جنيه عن كل أسبوع تأخير (£500 Per Week) في تسليم الزوارق. كما تضمن العقد

³⁶⁹-Rojer Halson. op. Cit . P.513.

³⁷⁰- لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع

https://www.isurv.com/directory_record/3943/clydebank_engineering_and_shipbuilding_company_ltd_v_don_jose_ramos_yzquierdo_y_castenada

عبارة تنص على أن البند المدرج في العقد هو شرط جزائي عن عدم إكمال العمل في الموعد المحدد (Penalty Clause for Non-completion to Time) . فقضت المحكمة في حكمها بأن ذلك البند لا يعد شرطاً جزائياً ولكنه شرط صحيح للتعويض الإلتفائي (valid Liquidated Damages Clause) , على الرغم من إستعمال الطرفين الكتعاقدين لمصطلح "الشرط الجزائي". وجاء في حكمها بأنه يحق للطرف المخل بالتزامه التعاقدى والمتمثل بالطرف المصنع لتلك الزوارق أو المقاول (Contractor) إسترداد قيمة المبلغ الزائد المحدد في شرط التعويض الإلتفائي والذي يزيد عن قيمة الضرر الحقيقي. وقد صادق مجلس اللوردات على هذا الحكم. إلا أن مجلس اللوردات رفض حجة الجهة المصنعة والبائعة للزوارق التي طالبت بإعفائها من التعويضات تماماً، لأن التأخير في التسليم كان في مصلحة الحكومة الإسبانية، فلو سلمت الزوارق في الموعد المحدد لكانت قد دمرت في المواجهات البحرية العنيفة التي حصلت قبل أثناء مدة التأخر في التسليم⁽³⁷¹⁾.

الفرع الثاني

الآثار القانونية المترتبة على الشرط الجزائي في القانون الانكليزي
وبالمقابل يترتب على الشرط الجزائي في القانون الانكليزي نفس الأثرين وهما: الأول هو في حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي. والثاني هو زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي على قيمة الضرر الحقيقي. وسوف نبحث في هذين الأثرين وكما يأتي:

³⁷¹- Rojer Halson. op. Cit . P.513.

أولاً: حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي: حتى وإن زادت قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي، فإن الشرط الجزائي يعد شرطاً غير صحيح وغير نافذ (Invalid and Unenforceable Clause). فيحق للطرف المتضرر أن يثبت للمحكمة بأن البند التعاقدى هو في حقيقته شرط جزائي، لتقضي بعدم صحته وعدم نفاذه، فلا يترتب عليه أي اثر كشرط جزائي. وفي هذه الحالة يحق للطرف المدعي المتضرر ان يرفع دعوى التعويض القضائي (Unliquidated damages) للحصول على تعويض كامل يتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي الذي تعرض له⁽³⁷²⁾. فتقضي له المحكمة بالتعويضات القضائية بدلاً عن التعويضات الإتفاقية⁽³⁷³⁾. للحصول على التعويضات المقررة في قانون الأحكام العام عن الأضرار التي تزيد عن قيمة المبلغ المحدد في الشرط الباطل. وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Wall v Rederiaktiebolaget Luggade 1915. 3KB 66) التي تتلخص وقائعها⁽³⁷⁴⁾ بإبرام عقد إيجار سفينة (Charterparty) بين مالك السفينة (shipowner) و مستأجر السفينة (Charterer). وتضمن العقد شرطاً جزائياً يقضي بدفع مبلغ قدره (£ 1.125) جنيه للطرف المخل بالتزامه. وقد تضرر المستأجر نتيجة إخلال مالك السفينة بالتزامه التعاقدى وبلغت قيمة الأضرار التي تعرض لها (£ 3.000) جنيهاً. فقضت المحكمة في

³⁷²- Rojer Halson. ibid . P.514.

³⁷³- Neil Andrews. op. Cit . p.610.

³⁷⁴- لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع

حكمها ببطلان البند بوصفه شرطاً جزائياً شكلاً وموضوعاً، لأنه نص على دفع مبلغ محدد في حالة الإخلال بالعقد، ودون الأخذ بنظر الإعتبار قيمة الضرر الحقيقي، سواء اكان أقل أم أكثر من قيمة المبلغ المنصوص عليه أو المحدد في الشرط (Stipulated Sum). كما أعطت المحكمة الحق للطرف المتضرر أن يتجاهل الشرط الباطل ويقاضي الطرف المخل بالعقد للحصول على التعويضات القضائية على أساس مبادئ قانون الأحكام العام (Common Law Principles).

ثانياً: حالة زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي على قيمة الضرر الحقيقي: أما إذا زادت قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي على قيمة الضرر الحقيقي، فإن الشرط في هذه الحالة يعد شرطاً صحيحاً نافذاً. فالمبدأ العام السائد في قانون الأحكام العام الانكليزي أنه إذا كان المبلغ المحدد في الشرط لا يعد تقديراً مسبقاً صحيحاً يعكس حجم الضرر أو الخسارة، فيعد الشرط حينئذٍ شرطاً جزائياً ولا يكون صحيحاً نافذاً. لأنه يهدف الى معاقبة الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية⁽³⁷⁵⁾، ضماناً لتنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً⁽³⁷⁶⁾. وقد جرت العادة لدى المحاكم الانكليزية على عدم إبطال الشرط الجزائي، إذا زادت قيمة المبلغ الذي يحتويه على قيمة الضرر الحقيقي، ولكنه يعد شرطاً صحيحاً نافذاً يقتصر تنفيذه على الخسارة الحقيقية الفعلية التي تعرض لها الطرف الذي يحتمي بهذا الشرط ولا يتجاوزها. وهو ما قضت به محكمة الإستئناف في حكمها الصادر في قضية (Jobson v Johnson)

³⁷⁵- أدموند س ملكا. مصدر سابق . ص 120.

³⁷⁶- John Wilman. op. Cit . P.169.

(1989. 1 All ER 621) التي تتلخص وقائعها⁽³⁷⁷⁾ بإمتلاك المدعي لنسبة (44.9%) من أسهم رأس مال (Share capital) ملعب كرة القدم، ثم تعاقد مع المدعى عليه لبيعه تلك الأسهم بمبلغ (40000) ألف جنيه، فضلاً عن أقساط إضافية إجمالية بلغت (311,698) ألف جنيه. ونص شرط في العقد على أنه في حالة عدم دفع الأقساط، فإن الأسهم سوف تعاد إلى المدعي بقيمة (40000) ألف جنيه، إلا أن المدعى عليه توقف عن الدفع فقاضاه المدعي لغرض نقل الأسهم. فدفع المدعى عليه بأن الشرط المدرج في العقد هو شرط جزائي (Penalty clause) ، وأقام دعوى مقابلة (Counter-claim) يطلب فيها الإحتفاظ بالأسهم وعدم نقلها الى المدعي. فقضى قاضي الموضوع في حكمه بأن الشرط الذي ينص على نقل الأسهم هو شرط جزائي ويعد صحيحاً نافذاً. فلم ينجح المدعى عليه في دعواه المقابلة وإستأنف الحكم لدى محكمة الإستئناف. وكان هناك تساؤلان مطروحان أمام تلك المحكمة: الأول هو ما إذا كان الشرط المدرج في العقد يعد شرطاً جزائياً أم لا. والثاني هو ما إذا كان بإمكان المدعى عليه أن يقيم الدعوى المقابلة للحصول على معونة قضائية (Relief) تدرأ عنه فقدان الأسهم (Forfeiture of the shares). فقضت محكمة الإستئناف في حكمها بأن الشرط المدرج في العقد هو شرط جزائي يهدف الى معاقبة المدعى عليه لعدم قيامه بالدفع. ولم يكن مقياساً حقيقياً صادقاً لتحديد خسارة المدعي (Genuine measurement of the plaintiff's loss). كما قضت محكمة الإستئناف برد الدعوى المقابلة (Counter-claim) للمدعى

³⁷⁷- لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع

عليه⁽³⁷⁸⁾. وأهم ما تضمنه حكم محكمة الإستئناف هو إصدار أمر بالتنفيذ العيني إلى الحد الذي لا تتجاوز فيه قيمة الشرط مقدار الخسارة التي تعرض لها المدعي (Plaintiff's loss).

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على شرط (بند) التعويض الإتفاقي في القانونين اللبناني والعراقي

أما بالنسبة الى القانونين اللبناني والعراقي والمتمثلين بقانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/3/9 والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 فإن الشرط (البند) الجزائي يعد صحيحاً نافذاً نهائياً وملزماً للمتعاقدين إذا توفرت شروطه وهي: أ- صدور خطأ من المدين يتمثل في عدم تنفيذ التزامه التعاقدى أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو جزئياً، وجميعها صور للإخلال بالالتزام التعاقدى. ب- الضرر الذي يصيب الدائن وهو الأذى أو الخسارة المالية التي يتعرض لها. ج- قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر. أي أن الضرر يكون نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه التعاقدى⁽³⁷⁹⁾. وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (266) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصت على أنه (قد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب. فلا يحق

³⁷⁸- Finola O'Farrell QC. Challenging and defending liquidated damages. An article published in the website: <https://saspace.sas.ac.uk/189/1/OFarrellFinolaIssue056.pdf>

³⁷⁹- د. منذر الفضل. مصدر سابق. ص 473.

له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً، إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المدينون على الإيفاء ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة). والشطر الأول من الفقرة الثانية من المادة (170) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر). وينبغي على القاضي الحكم بالشطر (البند) الجزائي. وليس له أن يقوم بتعديل المبلغ المحدد فيه وفقاً لمقدار الضرر الذي أصاب الدائن المتضرر، لأن تحديد المبلغ تم بتراضي الطرفين اللذين يدركان مضمونه⁽³⁸⁰⁾، وما يعبر عنه من تقدير مسبق لمقدار الضرر الذي يمكن أن يصيب الطرف الذي المتضرر من الإخلال بالالتزام التعاقدية⁽³⁸¹⁾. إلا أنه يحق للقاضي تعديل المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي في بعض الحالات التي نص عليها القانون والتي تسمح بتعديل مقدار المبلغ المحدد في الشرط تخفيضاً أو زيادة⁽³⁸²⁾. وسوف نتناول بالدراسة هاتين الحالتين وما تنطويان عليه من حالات فرعية في القانونين اللبناني والعراقي وكما يأتي:

380- د. أحمد سلمان شهيب السعداوي ود. جواد كاظم جواد سميسم. مصادر الإلتزام دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الإسلامي. الطبعة الثانية. منشورات زين الحقوقية. بيروت لبنان. 2017. ص 72.

381- د. مصطفى العوجي. القانون المدني الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. 2022. ص 578.

382- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج 2. مصدر سابق. ص 65.

الفرع الأول

تخفيض قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي

أجاز القانونان اللبناني والعراقي للقاضي أن يقوم بتخفيض أو إنقاص قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي في حالتين هما:

أولاً: تخفيض قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند الجزائي) إذا كان تقديره باهظاً أو فاحشاً ومبالغاً فيه كثيراً. فعلى الرغم من أن القاضي ليس بإمكانه مبدئياً أو كأصل عام أن يخل بتوافق الطرفين المتعاقدين على أساس مبدأ حرية التعاقد، وما يتفرع عنه من حرية الأطراف في تضمين عقودهم ما يشاءون من شروط⁽³⁸³⁾. إلا أن البند الجزائي الفاحش الذي يماثل في حقيقته الغرامة الإكراهية يؤثر في إرادة المدين ويسلبها تحت وطأة أو جسامته المبلغ الضخم الذي يتضمنه الشرط أو البند، فيمكن للقاضي حينئذٍ تخفيضه بما يعادل مقدار الضرر الحقيقي⁽³⁸⁴⁾.

وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (266) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصت على أنه (يحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة). وكذلك الفقرة الثانية من المادة (170) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة). فالأصل أن الشرط (البند) الجزائي الذي حدده طرفا العقد كتعويض عن الأضرار

³⁸³-د. درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. ج 2. ص 58.

³⁸⁴-د. مصطفى العوجي. القانون المدني. ج 1. مصدر سابق. ص 587.

التي تلحق بالدائن نتيجة عدم التنفيذ ملزم لهما⁽³⁸⁵⁾. ولا يحق للقاضي تعديله اذا كان باهظاً، أو إلغائه في حالة عدم تحقق الأضرار نتيجة الإخلال بتنفيذ الموجب أو الإلتزام. ولا يمكن الإستناد الى فداحة المبلغ المحدد في الشرط (البند) أو بعدم تناسبه من الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن، إلا اذا تبين للقاضي أنه وضع كغرامة إكراهية على سبيل إكراه المدين لحمله على تنفيذ موجباته، فيجوز له حينئذ تخفيض قيمته عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة (266) السالفة الذكر، اذا بدا له أنها باهظة أو فاحشة ولا تتناسب مع الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن نتيجة الإخلال بتنفيذ الموجب أو الإلتزام⁽³⁸⁶⁾. كذلك يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي على الرغم من الإتفاق عليه، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (170) من القانون المدني العراقي المذكورة آنفاً، إذا كان مبالغاً فيه الى حد بعيد. ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك حماية للدائن من تعسف المدين⁽³⁸⁷⁾. وقد لغت محكمة التمييز اللبنانية في حكم لها البند الجزائي لعدم ثبوت تحقق ضرر أصاب من أدعى به من الفرقاء، وذلك بعد أن كيفت البند بأنه يمثل جزاءً مدنياً أو غرامة اكرهية وضعت في العقد دعماً للإلتزام الفرقاء للقيام بموجباتهم وليس على سبيل تحديد بدل عطل وضرر معين جرى تقديره مسبقاً من قبلهم.

³⁸⁵- د.أنور سلطان. الموجز في مصادر الإلتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1996. ص84.

³⁸⁶- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج1. مصدر سابق. ص590.

³⁸⁷-- د.منذر الفضل. مصدر سابق. ص480.

وجاء في حكم المحكمة⁽³⁸⁸⁾ بأنه (وحيث أنه يقتضي بالتالي عدم التوقف عند البند المذكور لكونه يشكل جزءاً مدنياً لا أساس قانونياً له، والنظر في طلب المستأنف عليه المقدم بداية فيما إذا كان من مبرر قانوني وواقعي لإجابة طلبه إعتبار الثمن المدفوع بمثابة عطل وضرر عن إلغاء العقد. وحيث أن التعويض عن العطل والضرر يفترض وقوع الضرر بصورة أكيدة وثابتة ومحددة المعالم كي يصح التعويض عنه. وحيث لا يتبين من وقائع الدعوى أن المستأنف عليه تضرر من إلغاء العقد بتاريخ إعلانه لهذا الإلغاء، وقوله أنه كان يرتب ميزانيته على أساس ما يقبضه مردود إذ لم يقدم أي إثبات يفيد أنه كان يعول فقط على أقساط الشاري لشراء مواد البناء وأنه حصل توقف أو تأخير عن ذلك بسبب توقف الشاري عن الدفع مما ألحق به ضرراً. وحيث طالما أنه لم يتم إثبات على أن ضرراً محدداً لحق بالمستأنف عليه عند إعلانه إلغاء العقد، فيكون طلبه اعتبار ما ورد في البند الحادي عشر من العقد بمثابة بدل عطل وضرر مردوداً). كما أعطى حكم آخر للقضاء اللبناني سلطة للقاضي في وصف البند الجزائي بالغرامة الإكراهية إذا ما وجده باهظاً أو فاحشاً ومبالغاً فيه كثيراً ومن ثم تخفيضه. وجاء في الحكم⁽³⁸⁹⁾ أنه (تقرر المحكمة بالأكثرية إلغاء العقد على مسؤولية المدعية ورد دعواها قبول دعوى المدعى عليها...ورد سائر المطالب والأسباب الزائدة

388- تمييز لبناني. قرار رقم 92/11 في 19/3/1992 (الرئيس مصطفى العوجي المستشاران ريمون معلوف ومصطفى نور الدين). مجلة العدل . مجلة نقابة المحامين بيروت. مجلة حقوقية تصدر كل ثلاثة أشهر. العدد الأول. 1992 . صفحة 63 وما يليها.

389- الغرفة الابتدائية الأولى في جبل لبنان. قرار رقم 185 في 28/7/1988. دعوى أبو علفة الشمعة. (الرئيس زين والعضوان أبي نادر وخوري). نقلاً عن بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء السادس العقد. منشورات زين الحقوقية بيروت. 2020 . ص173-182.

والمخالفة. حكماً وجاهياً قابلاً للإستئناف أعطي وأفهم علناً في بعدا في 1988/7/28 . حيث أنني أؤيد الحكم بكل ما ورد فيه بإستثناء ما يتعلق بالبند الجزائي، وحيث أن الحكم قضى بإلغاء البند الجزائي تبعاً لإلغاء العقد، وحيث أنني أرى أن البند المذكور لا يلغى بإلغاء العقد لعله النكول عن التنفيذ بل يعمل به ويطبق في الحال وذلك للأسباب الآتية: -إن البند الجزائي يشكل عقداً مستقلاً عن العقد الأصلي. -يعود للقاضي تكريساً للعدالة وتهرباً من جور البند الجزائي سلطة وصف هذا البند بالغرامة الإكراهية إذا وجده فاحشاً وبالنتيجة له الحق في تخفيضه (المادة 266 فقرة 2 موجبات). -تكريساً للعدالة أيضاً لا يحكم بالبند الجزائي عند إنتفاء الضرر بل يحكم به عند قيام هذا الضرر بإعتبار أن مصدر البند الجزائي قيام الضرر لا إرادة المتعاقدين التي تنحصر فقط في تقدير التعويض بموجب البند الجزائي فالإرادة مصدر لتقدير التعويض لا لخلق الضرر على ما يستنتج من الفقرة الأولى من المادة 266 المذكورة. -إن البند الجزائي يزول ويبطل تبعاً لإبطال العقد الأصلي، فهو تابع للعقد الأصلي في حالة الإبطال لا في حالة الإلغاء. لهذه الأسباب إقتضى تدوين المخالفة القاضي المخالف أبي نادر).

ثانياً: تنفيذ المدين لموجبه أو التزامه الأصلي تنفيذاً جزئياً. فإذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الموجب الأصلي أو الإلتزام الأصلي قبل الدائن تنفيذاً جزئياً، فإنه يحق للقاضي أن يقوم بتعديل الشرط (البند) الجزائي بتخفيضه أو إنقاصه إنسجاماً مع مقتضيات العدالة، وإستثناءً من الأصل العام الذي لا يجيز للقاضي تعديله زيادة أو إنقاصاً إحتراماً لمبدأ حرية التعاقد⁽³⁹⁰⁾. إلا أن هذا التخفيض هو في الحقيقة أمر جوازي للقاضي، فيجوز له أن لا يخفض مبلغ التعويض اذا ثبت له أن الجزء

³⁹⁰- د. مصطفى العوجي. القانون المدني. ج1. مصدر سابق. ص588.

المنفذ من الموجب أو الالتزام تافه⁽³⁹¹⁾, بحيث لم يحصل الدائن على المنفعة المرجوة من التنفيذ الجزئي⁽³⁹²⁾. ولكن يبقى الأصل أنه يحق للقاضي إنقاص التعويض الإتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للموجب وبما يعادل القسم المنفذ⁽³⁹³⁾, لأن الغاية من الشرط هي لمواجهة حالة عدم التنفيذ الكامل للموجب أو الالتزام⁽³⁹⁴⁾.

الفرع الثاني

زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي

كما أجاز القانونان اللبناني والعراقي للقاضي أن يقوم بزيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي إذا كان هذا المبلغ يقل عن قيمة أو مقدار الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن في حالتين هما:
أولاً: زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي اذا كان الإخلال بالالتزام التعاقدي يعزى الى غش أو خطأ جسيم إرتكبه المدين, وكان مقدار الضرر يفوق قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي. وكما ذكرنا سابقاً فإنه متى ما إتفق الطرفان على قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي, فإن الشرط يصير صحيحاً نافذاً معمولاً به, للقاضي تعديله زيادة أو إنقاصاً

³⁹¹- د. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. الجزء الثاني أحكام الالتزام. الذكرة

للنشر والتوزيع بغداد. 2012. ص 117.

³⁹²- د. منذر الفضل. مصدر سابق. ص 480.

³⁹³- د. مصطفى العوجي. القانون المدني. ج 1. مصدر سابق. ص 578.

³⁹⁴- د. درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. ج 2. ص 59.

إحتراماً لمبدأ حرية التعاقد، وإلا فقد الشرط الجزائي معناه⁽³⁹⁵⁾. إلا إذا كان تنفيذ الموجب أو الالتزام التعاقدى يعزى الى غش أو خطأ جسيم إرتكبه المدين أو خداع أقدم عليه، مما يجعل الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط (البند) الجزائي⁽³⁹⁶⁾. فيجوز للقاضي في هذه الحالة زيادة مبلغ التعويض عما هو متفق عليه في العقد، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية الناجمة عن الخطأ المتمثل بالغش أو الخطأ الجسيم أو الخداع⁽³⁹⁷⁾. وذلك إستناداً على المادة (267) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصت على أن (البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند منافعٍ للتبعة. وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون). والفقرة الثالثة من المادة (170) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد إرتكب غشاً أو خطأً جسيماً). فالأصل أنه إذا كان مقدار المبلغ المحدد في الشرط الجزائي يقل عن مقدار الضرر الحقيقي، فإنه ليس بوسع القاضي أن يقوم بزيادة ذلك المبلغ، لأن الشرط (البند) الجزائي في هذه الحالة يعد في حقيقته شرطاً للتخفيف من المسؤولية العقدية وهو أمر جائز، إلا إذا كان إخلال المتعاقد بتنفيذ موجهه أو التزامه ناجماً عن غش أو خطأ

³⁹⁸- د.رمضان أبو السعود. أحكام الإلتزام. دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية. 1998.

ص111.

³⁹⁶- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج 2. مصدر سابق.

ص66.

³⁹⁷- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج1. مصدر سابق. ص585.

جسيم إرتكبه، فإن الشرط الجزائي يعد باطلاً ويحق للقاضي تقدير التعويض بما ينسجم مع مقدار الضرر الحقيقي الذي أصاب الدائن⁽³⁹⁸⁾.
ثانياً: زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند الجزائي) اذا بلغت من التفاهة حداً لا تعد معها تعويضاً جدياً عن الضرر الحقيقي، بل كانت وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية. فالأصل العام أن الشرط (البند) الجزائي يكون ملزماً مبدئياً لطرفي العقد مهما كانت قيمته زهيدة الى حد أنها تعد نافية للمسؤولية⁽³⁹⁹⁾. وهذا أمر جائز في إطار المسؤولية العقدية التي يمكن الإتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها، مالم يكن تحديد ذلك المبلغ الزهيد أو التافه وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁰⁰⁾، والتي تعد أحكامها من النظام العام بحيث لا يجوز الإتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها، ويعد باطلاً كل إتفاق يقضي بالإعفاء أو التخفيف من أحكام هذه المسؤولية⁽⁴⁰¹⁾.
وذلك بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (259) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (يقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير المشروع). فينبغي على القاضي إبطال الشرط

398- د.د.رع حماد. النظرية العامة للالتزامات. ج 2 . ص 60.

399- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج 1. مصدر سابق. ص 585.

400- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج 2 . مصدر سابق. ص 66.

401- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، 1980 ، ص 251.

وتجاهل التقدير أو التحديد الإلتفاقي لمقدار المبلغ الذي تضمنه الشرط والحكم
للدائن بأكثر مما ورد فيه⁽⁴⁰²⁾.

402- د.درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. ج 2 . ص 59.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:

أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

1. يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً بنداً تعاقدياً يستعمل لتحديد مقدار التعويضات التي ينبغي أن تدفع الى الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد، ويمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد.
2. أما الشرط الجزائي فهو أيضاً بند تعاقدي يستعمل لتحديد مبلغ معين يدفع الى الطرف غير المخل بالعقد. وهو لا يمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد، ولكنه يهدد فحسب بإنزال العقوبة بالطرف المخل بالعقد. ويتسم بسمتي فداحة التقدير ومنافاة الضمير الحي.
3. يتشابه كل من شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي في القانون الانكليزي من حيث الطبيعة الإتفاقية لكل منهما، ومن حيث وقت الإتفاق على الشرط وإدراجه في العقد، ونية الأطراف المتعاقدة.
4. ويختلف كل من الشرطين عن بعضهما البعض في القانون الانكليزي من حيث الهدف ومقدار المبلغ المنصوص عليه في العقد، ومدى مصداقية تقدير المبلغ المنصوص عليه في الشرط، ومن حيث النفاذ والقوة التفاوضية.

5. يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي شرطاً صحيحاً نافذاً بمجرد إدراجه في العقد, خلافاً للشرط الجزائي الذي يعد شرطاً غير صحيح وغير نافذ عند إدراجه في العقد وكأصل عام.
6. في حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي في القانون الانكليزي, فإن الشرط يعد صحيحاً نافذاً ويلزم الطرف المتضرر من الاخلال بالعقد بقبول القيمة المحددة في شرط التعويض الاتفاقي حتى وإن كانت أقل من قيمة الضرر الحقيقي.
7. في حالة زيادة قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي على قيمة الضرر الحقيقي في القانون الانكليزي, فإن الشرط يعد صحيحاً نافذاً أيضاً, ويحق في هذه الحالة للطرف المخل بالعقد إسترداد قيمة المبلغ الذي يزيد عن قيمة الضرر الحقيقي.
8. في حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي في القانون الانكليزي, فإن الشرط الجزائي يعد شرطاً غير صحيح وغير نافذ, ويحق للطرف المتضرر أن يقيم دعوى التعويض القضائي للحصول على تعويض كامل يتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي الذي تعرض له.
9. أما في حالة زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي على قيمة الضرر الحقيقي في القانون الانكليزي, فإن الشرط في هذه الحالة يعد شرطاً صحيحاً نافذاً. يقتصر تنفيذه على الخسارة الحقيقية الفعلية التي تعرض لها الطرف الذي يحتمي بهذا الشرط ولا يتجاوزها.
10. تبنى القانونان اللبناني والعراقي شرط التعويض الاتفاقي, إلا أنهما مزجا, وخلافاً للقانون الإنكليزي, بينه وبين الشرط (البند) الجزائي, وعدهما لفظين مترادفين يحملا بين طياتهما فكرتي جبر الضرر والجزاء في وقت

واحد. وهو إتفاق بين الفرقاء سلفاً، سواء في العقد ذاته أو بموجب وثيقة مستقلة على تحديد قيمة التعويض المتوجب للفريق الذي لم يُنفذ الموجب العائد له أو الذي حصل التأخير في تنفيذه.

11. أجاز القانونان اللبناني والعراقي للقاضي أن يقوم بتخفيض أو إنقاص قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي في حالتين هما: إذا كان تقدير ذلك المبلغ باهظاً أو فاحشاً. وإذا قام المدين بتنفيذ موجبه أو التزامه الأصلي تنفيذاً جزئياً.

12. كما أجاز القانونان اللبناني والعراقي للقاضي أن يقوم بزيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي إذا كان هذا المبلغ يقل عن قيمة أو مقدار الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن في حالتين هما: إذا كان الإخلال بالإلتزام التعاقدي يعزى الى غش أو خطأ جسيم إرتكبه المدين، وكان مقدار الضرر يفوق قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي، وإذا بلغت قيمة مبلغ الشرط (البند الجزائي) من التقاهة حداً لا تعد معها تعويضاً جدياً عن الضرر الحقيقي، بل كانت وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: التوصيات: بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فإننا نقترح التوصيات الآتية:

1. نقترح على المشرعين اللبناني والعراقي تبني ضابط تعادل أو إختلال القوة التفاوضية لطرفي العقد، لغرض التمييز بوضوح وبدقة بين شرط التعويض الاتفاقي والشرط (البند) الجزائي وعدم عددهما لفظين مترادفين أو وجهين لعملة واحدة، وذلك لإختلاف الوظائف والأغراض أو الأهداف التي يسعى كل واحد منهما الى تحقيقه أسوة بالقانون الانكليزي. وعليه فإننا نقترح عليهما النص

الآتي: (في حالة الشك أو اللبس اللذين يكتنفان طبيعة الشرط. فإذا كانت القوة التفاوضية متساوية بين الأطراف فإنه يرجح أن يكون البند التعاقدى شرطاً للتعويض الإتفاقي المسبق. أما إذا تفاوتت القوة التفاوضية كان البند شرطاً جزائياً. وكلما إزداد التفاوت رجحت كفة الشرط الجزائي).

2. ونوصي المشرعين اللبناني والعراقي الإفادة من ضابط مدى مصداقية التقدير المسبق للمبلغ الوارد في الشرط للتمييز وبوضوح بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي وعدم الخلط بينهما وعدهما شرط واحد ذي تسميتين مترادفتين، وذلك لغرض الإفادة من الوظائف المحددة لكل واحد منهما. وعليه فإننا نقترح عليهما النص الآتي: (يعد البند التعاقدى شرطاً للتعويض الاتفاقي، إذا تضمن تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً للأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد. أما إذا لم يتضمن البند تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً لتلك الأضرار، ولكن مجرد تهديد بإنزال العقوبة بالطرف المخل بالعقد فيكون شرطاً جزائياً فحسب.

3. كما نقترح على المشرعين اللبناني والعراقي الإفادة من قواعد التفسير التي وضعتها المحكمة الانكليزية للتمييز بين شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي، وذلك في حكمها الصادر في قضية (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd 1915. AC 79). إذ يمكن الإفادة من قاعدتي التفسير الأولى والثانية للتمييز بين الشرطين. وعليه فإننا نقترح عليهما النص الآتي: (يعد البند التعاقدى شرطاً جزائياً إذا جرى تقدير المبلغ الذي يتضمنه تقديراً جزائياً يتوقف دفعه على جملة حوادث أو وقائع متباينة الأهمية، قد تترتب على بعضها أضرار جسيمة وقد تترتب على البعض الآخر أضرار طفيفة. وإذا كان المبلغ

المتفق عليه مبالغاً فيه ومنافٍ للضمير الحي ولا يتناسب إطلاقاً مع الضرر أو الخسارة الحقيقية).

4. كما نوصي أخيراً المشرعين اللبناني والعراقي الإفادة من القاعدة الثالثة من قواعد التفسير التي وضعتها المحكمة الانكليزية للتمييز وبدقة بين شرط التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي، وترجيح تفسير البند التعاقدية كشرط للتعويض الاتفاقي في كل حالة يصعب فيها أو يستحيل معها تقريباً التمييز بين الشرطين. وعليه فإننا نقترح عليهما النص الآتي: (في حالة صعوبة التمييز أو إستحالة بين شرط التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي لعدم فداحة تقدير المبلغ المتفق عليه أو المبالغة في تقديره، فإنه يفسر كشرط للتعويض الاتفاقي وليس شرطاً جزائياً).

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية.

أ. الكتب القانونية.

1. د. أحمد سلمان شهيب السعداوي ود. جواد كاظم جواد سميسم. مصادر الإلتزام دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقہ الإسلامي. الطبعة الثانية. منشورات زين الحقوقية. بيروت. 2017.
2. آدموند س ملكا. شرح القانون الإنجليزي في ثمانية أجزاء. الطبعة الأولى. مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية. 1954.
3. د. أنور سلطان. الموجز في مصادر الإلتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1996.
4. د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت. 2012.
5. د. حسن علي الذنون. شرح القانون المدني أحكام الإلتزام. الطبعة الثانية. العاتك لصناعة الكتاب القاهرة. 2007.
6. د. حسام الدين كامل الأهواني. النظرية العامة للإلتزام. الجزء الأول. المجلد الأول. المصادر الإرادية للإلتزام. الطبعة الثالثة. بدون مكان طبع. 2000.
7. د. درع حماد. النظرية العامة للإلتزامات. القسم الثاني. أحكام الإلتزام. مكتبة السنهوري. بيروت. 2016.
8. د. رمضان أبو السعود. أحكام الإلتزام. دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية. 1998.

9. شيشير فيفوت فيرمستون. أحكام العقد في القانون الإنجليزي ظواهر الإتفاق وقواعد الإيجاب والقبول، ترجمة هنري رياض. الطبعة الأولى. دار الجبل بيروت. 1981.
10. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. العقد- العمل غير المشروع- الاثراء بلا سبب- القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2004.
11. د. عبد السلام الترماني. القانون المقارن المناهج القانونية الكبرى المعاصرة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. 1982.
12. د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الثاني في أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1965.
13. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، 1980.
14. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. القانون المدني العراقي وأحكام الإلتزام. الجزء الثاني. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد. 1980.
15. د. عدنان إبراهيم السرحان ود.نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية للالتزامات. دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. 2009.
16. د. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. الجزء الاول. أحكام الإلتزام. الطبعة الاولى. الذاكرة للنشر والتوزيع. بغداد. 2012.

17. د.فتحي عبد الرحيم عبد الله. شرح النظرية العامة للإلتزام. الكتاب الأول. مصادر الإلتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2001.
18. د.مجيد حميد العنبي. مبادئ العقد في القانون الانكليزي. جامعة النهريين. 2001 .
19. د.محمد حسام محمود لطفي. النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام. القاهرة. 2002.
20. د.مصطفى العوجي. القانون المدني الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. 2022.
21. د.منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء. منشورات آراس. أربيل. 2006.

ب-القوانين.

- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932.

ج- مجموعات أحكام القضاء

1. بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء الثاني البيع. منشورات زين الحقوقية بيروت. 2020 .
2. بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء السادس العقد. منشورات زين الحقوقية بيروت. 2020.
3. مجلة العدل. مجلة نقابة المحامين اللبنانية. مجلة حقوقية تصدر كل ثلاثة أشهر. العدد الأول. بيروت. 1992 .

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية.

First: Books.

1. Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition. Clarendon Press. Oxford. 2005.
2. Brian H. Bix. Contract Law. Rules, Theory and Context. Cambridge University Press. 2012.
3. Catherine Elliott & Frances Quinn. Contract law. Tenth Edition. Longman. Pearson Education Limited. 2015.
4. Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 2015.
5. Edwin Peel and .G. H. Treitel. Treitel on The law of contract, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010.
6. Ewan Mckendrick. Contract Law. Sixth Edition. Palgrave Macmillan. 2005.
7. Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. Palgrave macmillan. 2015.
8. Ewan Mckendrick. Contract Law Text Cases and Materials. Fifth Edition. Oxford University Press. 2012.
9. Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. Anson's Law of Contract. 29th Edition. Oxford University Press. 2010.
10. Jill Poole. Casebook on Contract Law. Thirteenth Edition. Oxford University Press.2016.

11. John Cartwright. Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer. Second Edition. Hart Publishing Ltd, 2013.
12. John Wilman. Brown: GCSE Law. Ninth Edition. Thomson Sweet & Maxwell, 2005.
13. Michael Furmston. Cheshire. Fifoot & Furmston's Law of Contract. Sixteenth Edition. Oxford University Press. 2012.
14. Mindy–chen Wishart. contract law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2012.
15. Neil Andrews, Contract Law, Second Edition, Cambridge University Press.2015 .
16. Pamela Tepper, the law of contract and the uniform commercial code,DELMAR, Cengage learning, 2012
17. Paul Richards. Law of Contract. Thirteenth Edition. Pearson Education Limited.2017.
18. Paul Richards. Law of Contract. Fourth Edition. Financial Times, Pitman Publishing, 1999.
19. Richard Stone. The Modern Law of Contract. Ninth Edition. Routledge, Taylor&Francis group. 2011.
20. Robert Duxbury, Nutshells contract Law. Fifth Edition, Sweet and Maxwell. 2001.

21. Rojer Halson. Contract Law. Second Edition. Pearson Education Limited. 2013.
22. Sir Guenter Treitel. The Law of Contract. Eleventh Edition. Sweet & Maxwell. Thomson Reuters. 2003.

Second: Laws

- The English Common Law.

Third: Internet websites

- 1- https://en.wikipedia.org/wiki/Dunlop_Pneumatic_Tyre_Co_Ltd_v_New_Garage_%26_Motor_Co_Ltd
- 2- <https://www.lawteacher.net/cases/makdessi-v-cavendish-square-holdings.php>
- 3- <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8a1dc924-ea88-46d6-826f-9d5ba1a41ba0>
- 4- <https://www.lawteacher.net/cases/cellulose-acetate-v-widnes-foundry.php>
- 5- https://www.isurv.com/directory_record/3943/clydebank_engineering_and_shipbuilding_company_ltd_v_don_jose_ramos_yzquierdo_y_castenada
- 6- <https://www.lawteacher.net/cases/remedies-cases-1.php>

7- <https://www.lawteacher.net/cases/jobson-v-johnson.php>

8- <https://sas-pace.sas.ac.uk/189/1/OFarrellFinolaIssue056.pdf>

الأثر المترتب على امتداد خصومة التحكيم إلى الغير "دراسة مقارنة في القانونين الأردني والعراقي"

الدكتور عدنان صالح العمر و الباحثة زينة داخل عبد الله .

الملخص باللغة العربية

تناولت هذه الدراسة موضوع امتداد خصومة التحكيم إلى الغير، وان هذا الموضوع وان كان يعتبر من المسلمات في الخصومة القضائية، فهو ليس كذلك في الخصومة التحكيمية، وذلك بسبب الطبيعة الاتفاقية التي يقوم عليها التحكيم. فالأصل في خصومة التحكيم لا يجوز ان يتسع نطاقها ليشمل أطراف غير أطراف اتفاق التحكيم، ولكن لاعتبارات معينة أصبح تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم امر واقع لا بد منه. وقد تم معالجة الدراسة في ضوء إشكالية وجود نقص تشريعي فيما يتعلق بموضوع تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم وان كان بالإمكان تطبيق النصوص التشريعية الخاصة بالخصومة القضائية على خصومة التحكيم.

وقد تم تقسيم الدراسة إلى محورين تناولنا في الأول المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم، أما المحور الثاني فتناولنا فيه الأثر المترتب على إدخال أو دخول الغير خصومة التحكيم، وذلك باتباع المنهج الوصفي من خلال استعراض ووصف القواعد القانونية وراء الفقه والقضاء والمنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة، وقد خلصت الدراسة إلى نتيجة مفادها لا بد من موافقة اطراف اتفاق التحكيم والغير المتدخل وهيئة التحكيم حتى

يمكن إجازة تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم، وذلك لان النشأة الاتفاقية لاتفاق التحكيم تبقى اتفاقية عند تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم.

الكلمات المفتاحية: خصومة التحكيم، الخصومة القضائية، تدخل الغير، ادخال الغير، اتفاق التحكيم.

Extending the arbitration dispute to others

"A comparative study"

This study dealt with the issue of interference and the inclusion of others in the arbitration dispute. This topic, although it is considered and taken for granted in the judicial litigation, is not the same in the arbitration litigation because of the nature of the agreement upon which the arbitration is based. The origin of the arbitration litigation may not extend its scope to include parties other than the parties of the arbitration agreement, but for certain considerations, the intervention and inclusion of others in the arbitration litigation has become a de facto and inevitable matter. The study was addressed in the light of the problem of the existence of a legislative deficiency with regard to the issue of interference and the inclusion of others in the arbitration litigation, and if it was possible to apply the legislative texts of the judicial litigation to the arbitration litigation. The study was divided into two parts, first the legal status of others in the arbitration dispute. The second followed the effect of interference and the inclusion of others into the arbitration litigation. Thus, the study concluded that the parties to the arbitration agreement, the non-interfering parties, and the arbitral tribunal must agree to allow the intervention and inclusion of others in the

arbitration dispute, because the agreement origination of the arbitration agreement remains an agreement when third parties enter into the arbitration litigation.

Keywords: arbitration litigation, third party intervention, third party inclusion, arbitration agreement.

مقدمة الدراسة:

يعد التحكيم من أقدم الوسائل التي يسند إليها مهمة حل المنازعات وتسويتها، فهو الأسبق في الظهور للإنسان من القضاء، فكان طريق العدل الأول، فهو أصل القضاء وليس مستحدث منه، حيث كان سائدًا في المجتمعات القديمة كأداة للتسوية الودية للمنازعات، وقد صاحب الإنسان منذ عهود قديمة وتطور بتطور التجارة الدولية حتى أصبح عادة أصيلة مترسخة في نفوس الناس. الأمر الذي قاد إلى إعتباره وسيلة للقضاء والعدل، ووسيلة لحسم الخلافات، لذا فإنه يعد مؤسسة قائمة بذاتها تجاوز القضاء الرسمي؛ بل تميزت عنه بسمات ومزايا لا نظر لها في قضاء الدولة.

فالتحكيم كأحد الوسائل القضائية لتسوية المنازعات بالتطرق السلمية أصبح نظامًا قضائيًا عالميًا ينهض في - معناه ومبناه - على تجسيد مبدأ الرضائية في مجال العلاقات والعقود الدولية، هذا المبدأ الذي يعد من أهم المبادئ التي ساهمت في الانفتاح على التحكيم وقبوله من طرف الدول، كنظام قضائي متخصص بتسوية المنازعات الناشئة عن مختلف علاقاتها القانونية، يقوم على إرادة الأطراف في إحالة النزاع الذي نشأ أو سينشأ بينهم مستقبلاً بمناسبة تنفيذهم للعقد المبرم بينهم على التحكيم دون قضاء الدولة، وذلك بموجب شرط تحكيم يتم أدراجه في العقد، أو يتم الاتفاق عليه مستقبلاً بصورة مستقلة عن العقد، وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم.

واتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق أو عقد ملزم لأطرافه فقط، وهم من صدر التعبير عن إرادتهم بالالتزام، ويترتب على ذلك أن القوة الملزمة لهذا الاتفاق حقوقاً كانت أو التزامات تنصرف إليهم دون سواهم وهو ما يعبر عنه فقه القانون الخاص بمبدأ نسبية أثر العقود من حيث الأشخاص، فاتفاق التحكيم لا يمكن أن يلزم غير موقعيه وترتيباً على ذلك فإن الغير في اتفاق التحكيم، أي غير المتعاقدين

الموقعين على الاتفاق وخلف كل منهما، هو من لم يربطه بأحد طرفي هذا الاتفاق علاقة عقدية، أي هو لم يوقع شخصياً أو بواسطة من يمثله بإحدى طرق النيابة التي يقرها القانون. ولم يكتسب حقاً من أحد المتعاقدين يخلع عليه صفة الخلف، فيكون بذلك في حكم الأجنبي، فلا تتصرف إليه آثار هذا الاتفاق ومن ثم لا يكتسب حقاً ولا يتحمل التزاماً ناشئاً عنه.

لكن كل ما تقدم هو الأصل من اعتبار الغير اجنبياً عن العقود التي لم يكن طرفاً فيها، باعتبار ان قضاء التحكيم هو قضاء واقعي متجدد الغرض منه الاستجابة إلى متطلبات العولمة والتجارة الدولية، مما يفسر التعديل المستمر في التشريعات المختلفة لقضاء التحكيم والاتفاقيات الدولية، مما يمنحه الفعالية كمؤسسة مختصة بفصل النزاع المعروض عليها. حيث ان الظروف كثيراً ما تقتضي ضرورة استفاة هذا الغير من العقود وتأثره بالالتزامات المتولدة عنها، بالإضافة إلى ان صفة الطرف في العقد لم تعد قاصرة على عقديه فقط حيث يكشف الواقع العملي تجاوز هذا المفهوم والخروج عن مقتضاه، إذ اصبح القضاء يعترف للغير الأجنبي عن العقد بحقوق ويلقي عليه التزامات، بالإضافة إلى تعدد الأطراف المتداخلة في العلاقات التجارية الدولية الواحدة، أدى إلى الرغبة في الزام جميع هؤلاء الأطراف باللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات التي نشأت عن هذه العلاقات التي تتضمنها عقود مختلفة مبرمه ما بين اطراف متعددة ومختلفة. الأمر الذي تعين معه في كثير من الأحيان الدراسة عن وسيلة لإلزام كافة الأطراف المعنية بهذه العقود بشرط التحكيم المدرج فيها، اما عن طريق التساهل في التأكد من رضا كافة الأطراف المعنية أو الاكتفاء برضا ضمني أو مفترض باللجوء إلى التحكيم.

انطلاقاً من هذه الاعتبارات ستحاول هذه الدراسة ان نبحت في الأثر المترتب على تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم، حيث ان هذه العملية أمر غير

مرغوب فيه وغير معتاد كما هو الحال في خصومة القضاة، نظراً للخصوصية التي تتميز بها خصومة التحكيم، حيث يستند التنظيم القانوني للتحكيم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم المنازعات بإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه.

أهمية الدراسة

ان موضوع تدخل ادخال الغير في خصومة التحكيم يتمتع بأهمية عملية، نظراً لارتباطه بمجال الاعمال والتجارة والعقود، فلا يكاد يخلو عقد خاصة الدولية منها من اتفاق التحكيم واحياناً يحدث الخلاف حول بعض نقاط التحكيم، ومنها مدى الزامية الاتفاق للأطراف والغير.

بالإضافة إلى ان هذا الموضوع محل اختلاف واسع بين الفقه، لذلك لا بد من ملاحقة التطور الفقهي بشأن هذا الموضوع ومسايرة اتجاهاته الحديثة.

بالإضافة إلى الأهمية القانونية إلى هذا الدراسة في دراسة خروج عملية تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم عن مبادئ كان الفقه قد استقر عليها، كالرضائية في التحكيم، واقتصار اثار اتفاق التحكيم على الموقعين عليه، وتحديد الأسس والمبادئ التي يجب الاستناد اليها عند تدخل أو ادخال الغير في خصومة التحكيم.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى بيان المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم؛ إضافة إلى معرفة الأثر المترتب على تدخل الغير وادخاله في خصومة التحكيم وبيان الأطراف الموقعة على اتفاق التحكيم وفقاً لقاعدة نسبية أثر العقد لتمييزهم عن الغير الذين تدخلوا في خصومة التحكيم أو تم ادخالهم فيها.

إشكالية الدراسة

تعتبر عملية تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم خروج على قاعدة الأثر النسبي للعقد كون التدخل والإدخال في خصومة التحكيم سيكون استثناء من هذا الأساس، فيثار من وراء هذه العملية بعض الإشكاليات المتعلقة بهذا الغير الذي ادخل أو تدخل في خصومة التحكيم والذي لم يكن في الحسبان اثناء اتفاق الأطراف على عملية التحكيم والذي أصبح واقع اثناء سير إجراءات التحكيم. ولوجود نقص تشريعي بموضوع الآثار المترتبة على تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم، فهل بالإمكان تطبيق النصوص القانونية الخاصة بالآثار المترتبة على تدخل وإدخال الغير في الخصومة القضائية على تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم؟

وعن هذه الإشكالية تتفرع تساؤلات أهمها:

- ما المقصود بتدخل أو ادخال الغير في خصومة التحكيم؟
- ما هو المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم؟
- ماهي اثار تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم؟

منهجية الدراسة

وسيتم معالجة موضوع الدراسة باستخدام المنهج الوصفي وذلك من خلال استعراض ووصف القواعد القانونية المتعلقة بتدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم وفي بيان الآثار المترتبة على تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم، والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة، في القانونين الأردني والعراقي.

خطة الدراسة

المبحث الأول: المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم

المطلب الأول: مدى اعتبار الغير طرفاً في خصومة التحكيم

المطلب الثاني: حقوق الغير والتزاماته في خصومة التحكيم

المبحث الثاني: آثار التدخل والإدخال على حكم التحكيم

المطلب الأول: أثر تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم على تشكيل هيئة التحكيم

المطلب الثاني: أثر حكم التحكيم بالنسبة للغير

الخاتمة : (النتائج؛ التوصيات)

امتداد خصومة التحكيم إلى الغير "دراسة مقارنة"

وفقا للأصل العام في الاتفاقات والعقود، فإن اتفاق التحكيم لا يمتد أثره إلى غير أطرافه الذين وقعوا عليه بالقبول والتراضي. فالتحكيم طريق استثنائي لفض النزاع والخلاف، يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به بديلا عن القضاء الوطني، حيث تلعب إرادة الأطراف بشكل مباشر في عملية التحكيم وتحديد نطاقه. وقد بات مسلما به أنه لا يمكن إلزام الشخص بالتحكيم رغما عن إرادته، فمتى تخلفت هذه الإرادة امتنع وجود الاتفاق على التحكيم بالنسبة له، ومن هنا فإنه لا يجوز الاحتجاج باتفاق التحكيم إلا بالنسبة للشخص الذي اتجهت إرادته إليه، أي ارتضاه وقبل خصومته به كوسيلة بديلة للتقاضي.

وبالرغم مما سبق، قد يمتد نطاق التحكيم في بعض الحالات إلى غير أطرافه، لكن التسليم بإمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه، لم يكن يسير في طريق ممدود وخالي من العقبات ومحل اتفاق من الجميع، بل كان مثار شد وجذب على كافة الأصعدة الفقهية والقانونية المقارنة ومؤسسات التحكيم والقضاء.

وتجدر بنا الإشارة أن موقف الأنظمة القانونية من عملية تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم كانت متباينة، حيث أن بعض قوانين التحكيم والقوانين الإجرائية اتخذت موقف الصمت من عملية تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم، فلم تبين ما إذا كانت ترفض هذه العملية أم تنص عليها بالموافقة ومن هذه القوانين قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 وقانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969، قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وكذلك المشرع الفرنسي. بينما هناك قوانين أخرى نظمها واعترفت بها بنصوص صريحة، فجدد قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983 حيث نص في المادة 786 على "لا يجوز تدخل الغير في النزاع امام المحكمين ما لم يوافق الخصوم على ذلك".

ومما لا شك فيه أن أجازته تدخل (403) وإدخال (404) الغير في الخصومة التحكيمية يعد وسيلة مجدية لحفظ الحقوق؛ فضلا عن أنها تعد وسيلة لتتوير عقيدة هيئة التحكيم بالجوانب المختلفة للمنازعة المطروحة أمامها: الأمر الذي

403- يعرف التدخل في الخصومة بأنه "نظام إجرائي بمقتضاها يطلب شخص من الاغيار الدخول في إجراءات خصومة قائمة لم يرفعها، ولم توجه إليه إجراءاتها وذلك اما للدفاع عن حق أو مركز قانوني يدعيه لنفسه، واما ليدعم موقف أحد الخصوم لتقادي ضرر قد يهدده. ويعرف أيضًا بأنه اشتراك شخص من الغير في دعوى لم يرفعها هو ولم توجه إليه وإنما هو يتدخل فيها بإرادته واختياره، وذلك متى رأى أن هذه الدعوى مرتبطة بمصلحة له أو مؤثرة على حق من حقوقه ليطالب بذلك الحق أو ليدافع عن أحد الخصمين"، أنظر في ذلك سلامة، احمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص461. وأنظر كذلك هندي، احمد، ارتباط الدعاوى والطلبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1995، ص389.

404- يعرف الإدخال بأنه "تكليف شخص من الغير خارج عن الخصومة بالدخول فيها ومن ثم يصبح خصما فيها أو ممثلا على الأقل وذلك بناء على طلب أحد الخصوم أو بناء على أمر يصدر من المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم. ويعرف أيضا بأنه إجبار شخص من الغير على أن يصبح طرفا في خصومة قائمة أو على أن يكون ماثلا فيها وذلك بناء على نص القانون أو طلب أحد الخصوم أو بأمر تصدرها المحكمة من تلقاء نفسها". أنظر في ذلك هندي، احمد، سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2013، ص9: وأنظر كذلك مليجي، احمد، اختصام الغير وإدخال ضامن في الخصومة المدنية أمام محاكم الدرجة الأولى والاستئناف، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003، ص26-27.

يجعل منها عوناً على إيصال الحقوق لأصحابها، بالإضافة إلى اعتبارها مظهراً من مظاهر حق الدفاع الذي يعد أحد المبادئ الأساسية التي تهيمن على إجراءات الخصومة.

وبالتالي فإننا نجد في مسألة تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم ان إرادة الأطراف كافة لها اليد العليا في عملية قبول التدخل والإدخال، وهذا يتفق تماماً مع الطبيعة الرضائية الاتفاق التحكيم ذاته، ولكن خصوصية خصومة التحكيم أصبحت تواجه ضغوط من جوانب عدة، جميعها يهدد النطاق الشخصي لخصومة التحكيم، وأهمها وأخطرها مسألة التدخل والإدخال التي جعلت من خصومة التحكيم تشبه إلى حد ما الخصومة القضائية. لذلك يدق الأمر بالنسبة للمركز القانوني للغير وما يستتبع تدخل الغير أو إدخاله في خصومة التحكيم، فهل يأخذ حكم الطرف في اتفاق التحكيم أم يبقى الغير المتدخل أو الذي تم إدخاله غريباً على اتفاق التحكيم، ومن ثم على خصومة التحكيم وما يستتبع ذلك من آثار قانونية تترتب في كلتا الحالتين على مدى اكتساب الغير صفة الطرف أو الخصم من عدمه (المبحث الأول).

كما يثير إدخال وتدخل الغير في خصومة التحكيم مشاكل سوى ما يتعلق منها بمسألة اختيار هيئة التحكيم والآثار التي تترتب على ذلك، وما يتعلق منها في مدى حجية حكم التحكيم بالنسبة للغير المتدخل أو الذي تم إدخاله في خصومة التحكيم في ظل مبدأ نسبية الأحكام (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم

يتم تحديد أطراف التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم، فمن كان طرفاً في اتفاق التحكيم يكون طرفاً في خصومته، ذلك أن التحكيم قضاء خاص ينشأ عن اتفاق (عقد التحكيم) واتفاق التحكيم عقد لا يلزم سوى أطرافه المتفقين عليه، ومن يمتد إليهم أثره من الخلف أو الغير -الذين تم بيانهم في حالات تدخل وادخال الغير في خصومة التحكيم- ويستند هذا إلى عقد التحكيم الذي هو كغيره من العقود تصرف إرادي يخضع لمبدأ نسبية آثار التصرفات الذي يقضي بأن العقد ليس له أثر ملزم إلا بين طرفيه وترتب على ذلك أنه لا يكون طرفاً في خصومة التحكيم من لم يكن طرفاً في عقده، ولا يخضع له إلا من ارتضى به على أن التراضي لا يكفي وحده لوجود اتفاق التحكيم بل يجب أن يتم إفراغه في شكل كتابي، كما نصت على ذلك المادة 10 من قانون التحكيم الأردني والمادة 252 من قانون المرافعات المدنية العراقي.

واتفاق التحكيم اتفاق ذو طبيعة خاصة ليس كسائر الاتفاقات القانونية الارادية التي تنصب على الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص، حيث ان موضوعه المباشر هو نزاع الاختصاص بالفصل في النزاع من قضاء الدولة وإعطائه لهيئة التحكيم، ثم يتبع ذلك اتصاله بالحقوق والمراكز القانونية للأشخاص بطريقة غير مباشرة، وهذه الطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم بجانب الطبيعة التعاقدية له لها دورها في سير إجراءات خصومة التحكيم وفي نطاق الاحتجاج به في مواجهة من ارتضاه وقبل خصومته.

وهنا يثار التساؤل حول المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم، وفكرة الغير فكرة متغيرة ومتنوعة والمطلوب أن نتعامل مع هذه الفكرة بحرص شديد للمحافظة على خصوصية خصومة التحكيم والتي تقوم في الأساس على عدم

جواز توسيع نطاقها الشخصي، وبعد أن عرفنا التدخل والادخال في خصومة التحكيم فلا بد من معرفة مدى اعتبار هذا الغير المتدخل أو الذي تم إدخاله في خصومة التحكيم طرفاً في الخصومة التحكيمية من عدمه (المطلب الأول)، ولا بد من معرفة حقوق الغير والتزاماته في خصومة التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى اعتبار الغير طرفاً في خصومة التحكيم

نتيجة لعدم تحديد المشرعين لمركز الغير في خصومة التحكيم فقد اجتهد الفقه في تحديده، لذا سوف نبين صفة الشخص المتدخل، وصفة الشخص الذي تم إدخاله في خصومة التحكيم.

الفرع الأول: صفة المتدخل في خصومة التحكيم

لقد ميز الفقه بين المتدخل اختصاصياً⁴⁰⁵، والمتدخل انضمامياً⁴⁰⁶ من حيث المركز القانوني لكل منهما وصفته في خصومة التحكيم، فالمتدخل اختصاصياً

405 - هو الذي يطلب فيه الغير الحكم لنفسه بطلب مرتبط في الخصومة المنظورة أو في محلها في مواجهة طرفي الخصومة المتحكم أو المتحكم ضده، وهذه الصورة من التدخل تؤدي إلى اتساع نطاق الخصومة من حيث الأشخاص والموضوع في أن واحد، حيث يكون لهذا التدخل حقوق تختلف عن حقوق الخصوم في الدعوى. أنظر د. الفقي، عاطف محمد، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص99؛ وكذلك د. الجمال، مصطفى محمد، عبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص635.

406 - هو التدخل الذي لا يطالب فيه المتداخل لنفسه بحق أو مركز قانوني خاص به، وإنما يقتصر لتأييد طلبات من ينضم إليه المتحكم أو المتحكم ضده، ويعد المتداخل الانضمامي

أجمع الفقهاء على أنه يحمل صفة الخصم بالمعنى الكامل للكلمة بالاستقلال التام تجاه الخصوم الرئيسيين في الخصومة، فهو طرف جديد رئيسي، ودعواه دعوى حقيقية، فهو مدعي وتدخله الأصلي ليس سوى ممارسة في الدعوى القائمة لدعوى كان يمكن رفعها بصفة مستقلة (407).

أما المتدخل انضمامياً فقد تردد الفقه في اعتباره طرفاً في خصومة التحكيم، باعتبار أنه شخص من الغير ليس طرفاً في الرابطة الموضوعية موضوع الخصومة ولكن مصلحة تتأثر بشكل مباشر بما تسفر عنه الخصومة من نتائج، ولذلك فإنه دوره يقتصر على الانضمام إلى أحد الخصوم، فهو لا يطالب بحق أو مركز قانوني، إنما يتدخل لتأييد طلبات المدعي أو المدعى عليه أو لمساعدة أيهما لكي يحكم لصالح من ينظم إليه، لما لهذا الحكم من مصلحة تعود عليه هو، وانضمامه إلى أحد الخصوم لا يحل محله ولا يمثله، كما أنه لا ينظم لمصلحة من ينظم إليه، وإنما لمصلحة هو باعتبار أن المصلحة ذلك الخصم يتفق مع مصلحته (408).

وعلى ذلك فالمتدخل الانضمامي إما يكون بهدف تحفظي لرقابة الخصم لمنع غشه وتدليس، مما قد يسبب للمتدخل ضرراً لو بقي خارج الخصومة، فهو يتدخل لمراقبة سير الخصومة لمصلحته الخاصة، وأما يكون بهدف مساعدة أحد الخصوم في النجاح في الدعوى مما يعود عليه بالفائدة، ومن جهة ثالثة فقد يتدخل الشخص لتحقيق الهدفين السابقين معاً، ولكن المتدخل هنا ليس طرفاً رئيسياً على أي حال من الأحوال فهو لا يمارس دعوه وإنما دوره ثانوي وتبعي سواء كان تدخله تحفظياً

شخص من الغير وهو ليس طرفاً في الرابطة الموضوعية. أنظر د. راغب، وجدي، مبادئ الخصومة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 279.

407 - احمد، علاء النجار، مرجع سابق، ص 361.

408 - القماري، مرجع سابق، ص 524-525.

أو انضمامياً أو لتحقيق الهدفين معاً، فهو أي كانت صورة تدخله لا يطلب بشيء خاص مميز إذ لا يطالب بالحكم لصالحه⁽⁴⁰⁹⁾ ولأجل ذلك تردد الفقه في اعتباره طرفاً في الخصومة، فذهب البعض إلى القول بأنه لا يعد طرفاً في الخصومة، لأنه ليس له حقوق الطرف في الخصومة، حيث لا يستطيع أن يتخذ موقفاً متعارضاً مع موقف الخصم الذي تدخل منظماً إليه، ولكن يقبل الخصومة بالحالة التي عليها، وهذا رأي الفقه الإجرائي على صعيد الخصومة القضائية، فإن هذا الرأي من الأجدر قبوله في إطار خصومة التحكيم نظراً لطبيعتها الاتفاقية، فهو إن تدخل فليس له دور إلا كونه معاوناً، كما أن تدخله متوقف على إرادة الطرف الآخر وعلى إرادة المحكم أو المحكمين لأنه ليس بطرف لا في اتفاق التحكيم ولا في عقد التحكيم، أي العقد الذي يبرمه المتحكّم أو المحكّمون مع المحكم أو المحكمين للفصل في النزاع وتحديد المهمة المعهودة بها إليهم وكذلك تحديد اتعايبهم⁽⁴¹⁰⁾.

ويقسم بعض الفقه التدخل الانضمامي إلى صورتين، التدخل الانضمامي البسيط وهي الصورة التقليدية للتدخل الانضمامي، وفيها لا يطلب المتدخل باي حق شخصي له، وإنما يتدخل لتأييد أحد الخصوم ومساعدته وهو لا يمثل الخصم ولا يحل محله وفي هذه الحالة لا يعتبر التدخل الانضمامي طرفاً في خصومة التحكيم، أما الصورة الثانية فهي التدخل الانضمامي المستقل ويقصد به عندما يتدخل شخص من الغير مطالباً أو مدافعاً عن حق له، وهو نفس الحق الذي يطالب أو يدافع عنه أحد طرفي الخصومة في مواجهة الطرف الآخر، فإننا نكون بصدد تدخل انضمامي مستقل لا بسيط، وهو يقترب من التدخل الاختصاصي في

409 - احمد، علاء النجار، المرجع السابق، ص362.

410 - شحاته، محمد نور، مرجع سابق، ص223.

أن المتدخل يطالب أو يدافع عن حق لنفسه ولا يختصر على الدفاع عن حق أحد طرفي الخصومة ولكنه يختلف عنه في أن المتدخل لا يختصم طرفي الخصومة، إنما يختصم أحدهما فقط، وهو يقترب من ناحية أخرى من التدخل الانضمامي البسيط في أنه لا يوجه إلى الخصمين، كما أن المتدخل لا يدافع بتدخله عن حق هذا الخصم، وإنما حقه هو، ومن أمثلة هذا النوع من التدخل تدخل مدين متضامن في الخصومة بين مدين متضامن والدائن وتدخل الشريك على الشيوخ في الخصومة بين شريك آخر والغير على المال الشائع، وأن هذا التدخل يقبل في كل حالة يوجد فيها ارتباط مما يجيز رفع الدعوى ابتداء من مدعين متعددين أو مدعى عليهم متعددين، وأن المتدخل الانضمامي المستقل يعد طرفا في الخصومة ويدعي أنه طرفا في الرابطة القانونية محل الخصومة، ولهذا فإن الآثار التي تترتب على تدخله ليس آثار التدخل الانضمامي البسيط، إنما هو في مجملها آثار التدخل الاختصاصي وإذا كان المتدخل الاختصاصي يعتبر دائما في مركز المدعي فإن التدخل الانضمامي المستقل يعتبر مدعيا أو مدعيا عليه حسب مركز من ينضم إليه في الخصومة ومع ما يترتب على هذا من نتائج⁽⁴¹¹⁾.

وإن التدخل الانضمامي يمكن أن يتحول خلال سير الخصومة إلى تدخل اختصاصي، فالغير الذي تدخل على سبيل الرقابة تدخل انضمامي يمكن إذا هين أن يطلب بالتعويض والغير الذي تدخل لمساعدة أو معاونة أحد الخصوم يمكن أن يطالب بحق متنازع فيه أو يطالب بالتعويض فالتدخل الانضمامي (التبعي أو التحفظي) ينقلب إلى تدخل اختصاصي إذا ما أبدى المتدخل انضماميا طلبات تتضمن الحكم له بحق ذاتي، أي إذا طلب المتدخل اثناء سير الخصومة الحكم

⁴¹¹ - والي، فتحي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق، ص 321-

له بطلب مرتبط بالخصومة، ويشترط لقبول تدخله ما يشترط لقبول تدخل الاختصاصي (412).

ويختلف الأمر بالنسبة للخصومة القضائية منه في خصومة التحكيم، فالغير المتدخل في الخصومة القضائية سواء كانت تدخل انضماميا أو تدخل اختصاصي يصبح طرفا في الدعوى، فهناك ثمة أثر مشترك يترتب على التدخل بنوعيه وهو أن يصبح المتدخل طرفا في الدعوى ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه ومن ثم يجوز له الطعن فيه بطرق الطعن المختلفة (413).

وهذا ما أكدت عليه محاكمة النقض المصرية، حيث قضت بأن المتدخل تدخل هجوميا يعتبر طرفا في الخصومة التي تدخل فيها، فيكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه ولو حسم النزاع صلحا بين الخصوم الأصليين (414). كما قضت نفس المحكمة بأنه متى قبل التدخل فإن المتدخل يعتبر طرفا في الخصومة ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه، وللمتدخل منضمنا لأحد الخصوم حق استئناف الحكم ولو لم يستأنفه الخصوم الأصلي الذي انضم إليه (415).

الفرع الثاني: صفة الشخص الذي تم إدخاله في خصومة التحكيم

في حال تم إدخال الغير بناء على طلب أحد الأطراف في اتفاق التحكيم وتم الحصول على موافقة جميع الأطراف الأخرى - موافقة الطرف الآخر، موافقة هيئة التحكيم، موافقة الغير - وكان الغرض من الإدخال هو أن يصبح هذا الغير طرفا

412 - احمد، علاء النجار، مرجع سابق، ص 365.

413 - مليجي، احمد، الموسوعة الشاملة، مرجع سابق، ص 180.

414 - محكمة النقض المصرية، نقض 1976/11/27، طعن رقم 593، مشار إليه في مليجي احمد، المرجع نفسه، ص 181.

415 - محكمة النقض المصرية، نقض 1980/3/25، طعن رقم 990، مشار إليه في مليجي احمد، المرجع نفسه، ص 181.

في خصومة التحكيم فإنه يصبح طرفا بالمعنى الدقيق في خصومة التحكيم، كما هو الحال في إدخال ضامن في الخصومة، فإنه يصبح طرفا في الخصومة ويكتسب المركز القانوني للخصم في خصومة اتسع حملها ليشمل الخصومة الاصلية ودعوى الضمان، وبالتالي تصبح الخصومة ثلاثية الأطراف⁽⁴¹⁶⁾ والقاعدة في هذا الخصوص هي أن لطالب الضمان متى تم إدخال الضامن أن يطلب إخراج من الدعوى الاصلية فقد حل محله الضامن؛ إلا أن ذلك مشروطاً بأن يكون طالب الضمان ملزماً التزاماً شخصياً في الدعوى الاصلية تجاه الخصم الاخر، فإذا كان كذلك فلا يستطيع الخروج من الدعوى مثل الكفيل المرفوع عليه الدعوى، وإذا لم يكن طالب الضمان ملزماً تجاه الخصم الاخر بشيء فيجوز له الخروج منها مثل المشتري الذي يرفع عليه دعوى استرداد المبيع فيكون له أن يخرج منها بإدخال الغير⁽⁴¹⁷⁾.

أما في حال إدخال الغير وكان الهدف من إدخاله تنوير عقيدة المحكمة في شأن واقعه محددة، كالإزام الغير بتقديم مستند تحت يده فإنه لا يكون طرفا في الخصومة التحكيمية⁽⁴¹⁸⁾ حيث أن الغير في هذه الحالة يعامل معاملة الشاهد⁽⁴¹⁹⁾.

416 - جميعي، عبد الباسط، النظام القانوني لاتفاق التحكيم دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص476.

417 - مسلم، احمد، أصول المرافعة التنظيم القضائي والاجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص587.

418 - احمد، علاء النجار، مرجع سابق، ص362.

419 - القرني، محمد بن علي بن محمد، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم وامتداده بطلب التدخل والادخال، دراسة مقارنة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، مج54، ع197، 2021، ص321، عدد الصفحات 333-284.

أما في الخصومة القضائية أيضا يجب التفرة إذا كان ادخال الغير يهدف إلى الحكم على الغير المدخل في بعض أو كل طلبات الدعوى أو إلى جعل الحكم الصادر في الدعوى حجة في مواجهته، فإن المدخل في كلتا الحالتين يأخذ صفة الطرف في الخصومة سواء تم إدخاله بناء على طلب من أحد الخصوم أو بأمر من المحكمة، وسواء تم إدخاله في خصومة أول درجة أو في خصومة الاستئناف وهذا يسمى إدخالا بالمعنى الدقيق (420).

أما إذا اقتصر إدخال الغير في الخصومة على إلزامه بتقديم ما تحت يده من مستندات أو أشياء في حوزته، وهنا يفترض حدوث إحدى امرين:

1. أن يقتصر دور المدخل على مجرد تقديم ما تحت يده من أوراق أو أشياء تنفيذ إظهار الحقيقة في الدعوى، وهنا لا يأخذ المدخل صفة الطرف وإنما يكون مركزه في الخصومة كمركز الشاهد الذي يدعى للشهادة (421) ويطلق على الزام الغير بتقديم مستند تحت يده بالاختصاص تجاوزا لأن المدخل لا يأخذ صفة الطرف في الخصومة ولا يغير من ذلك مناقشة المحكمة أو أحد الخصوم للمدخل حول طبيعة المستند لأن ذلك لا يعد سوى استيضاح أو تقصي لحقيقة النزاع (422).

2. حيث لا يقتصر دور المدخل على مجرد تقديم ما تحت يده من مستندات أو أشياء كما لو ادعى أحد الخصوم في مواجهة المدخل بأنه قد تواطى مع خصمه وقدم بيانات غير حقيقية أو أنه غير محتويات المستند، الأمر الذي انتقص من حقوقه في مواجهة خصمه، في هذه الحالة يأخذ المدخل صفة الطرف

420 مسلم، احمد، مرجع سابق، ص560.

421 والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدن دراسة لقانون المرافعات المدنية والتجارية واهم التشريعات المكملة له، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص517.

422 راغب، وجدي، مبادئ الخصومة، مرجع سابق، ص499.

في الخصومة وبالتالي يكون له مال للخصوم من حقوق وعليه ما عليهم من واجبات (423).

المطلب الثاني

حقوق الغير والتزاماته في خصومة التحكيم

لقد تبين لنا أنه صفة الغير أو مركزه القانوني -المتدخل أو الشخص الذي تم إدخاله- في خصومة التحكيم قد يكون طرف في الخصومة التحكيمية، كالمتدخل الاختصامي أو إدخال ضامن في خصومة التحكيم، فإن ذلك يمكنه من مباشرة إجراءات الخصومة وإسناد آثارها إليه، فتكون له كل حقوق الطرف وعليه التزاماته أو قد لا يعتبر الشخص المتدخل أو الذي تم إدخاله في خصومة التحكيم طرفاً في الخصومة كالمتدخل الانضمامي البسيط أو إدخال شخص لتقديم ما تحت يده من مستندات فهو لا يتمتع بصفة الخصم الكامل. وسنبين حقوق الغير والتزاماته في خصومة التحكيم إذا ما تم اعتباره طرفاً في الخصومة التحكيمية وكالاتي:

الفرع الأول: حقوق الغير في خصومة التحكيم

احتراماً لحقوق الدفاع، ويقسم الفقه حقوق الدفاع إلى حقوق دفاع أساسية، وهي الحق في الدفع والحق في الإثبات والحق في المرافعة، وحقوق دفاع مساعدة وهي حق الاستعانة بمحامي وحق العلم بالإجراءات وحق الاستعداد (424) فإنه يكون للمتدخل والشخص الذي تم إدخاله في خصومة التحكيمية الحقوق التالية:

أولاً: الحق في إبداء الدفوع الموضوعية

ويقصد بالدفع الموضوعي هو الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، وهكذا فإنه ينازع في نشوء الحق أو بقاءه أو

423 - عمر، نبيل إسماعيل، مرجع سابق، ص376.

424 - راغب، وجدي، دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع1، 1976، ص186.

مقداره⁽⁴²⁵⁾ فيجوز للشخص المتدخل أو الذي تم إدخاله واكتسب صفة الطرف في خصومة التحكيم أن ينكر الحق المدعى به أو أن يدفع بانقضائه في مواجهة المدعي باختصامه، كما يستطيع الغير أن يدفع بعدم مسؤولية الا عن جزء من الدين فقط، فكل هذه دفع موضوعية لأنها ترمي إلى التخلص من المطالبة التي تعتبر موضوعا للخصومة تخلصا تاما أو جزئيا⁽⁴²⁶⁾.

ثانياً: الحق في إبداء الدفوع الإجرائية

ويقصد بالدفوع الإجرائية أي دفع متعلق بالإجراءات إذا كان يرمي إلى تعطيل نظر موضوع الخصومة أو منعه لسبب يتعلق باختصاص هيئة التحكيم أو إجراءات الخصومة، ويمكن ابدأ هذه الدفوع قبل الكلام في موضوع الخصومة ما لم تكن متعلقة بالنظام العام فيجوز ابدائها في أي مرحلة كانت عليها الخصومة⁽⁴²⁷⁾.

ثالثاً: الحق في الطعن بالطرق المتاحة لخصوم الدعوى التحكيمية، حيث يكون للغير الطعن بالطرق المتاحة شأنه شأن سائر الخصوم الأصليين.

4- الحق في تنفيذ الحكم الصادر في الخصومة

قد ينتهي الحكم الصادر في الخصومة التحكيمية إلى تحقيق مصلحة الغير، كما لو تم إدخال الغير من قبل أحد الخصوم بقصد الحكم عليه ثم أثبت الشخص المدخل ان الإدخال قد تم للنكاية به، وطالب بالتعويض وصدر حكم لصالحه،

425 - راغب، وجدي، مبادئ الخصومة، مرجع سابق، ص414.

426 - محمود، احمد صدقي، اختصام الغير، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1991، ص190.

427 - والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص482.

فعند إذن يكون للشخص الذي تم إدخاله الحق في تنفيذ الحكم الذي قد صدره لمصلحته (428).

الفرع الثاني: التزامات الغير في خصومة التحكيم

إذا كان للغير في خصومة التحكيم ما لخصومها من حقوق عند اكتسابه صفة الطرف في الخصومة، فإنه في المقابل يكون عليه ما عليهم من أعباء يفرضها عليه هذا المركز ومن هذه التزامات (429):

1- الالتزام بالحضور في الخصومة ومتابعة سيرها

متى ما أصبح الغير طرفاً في خصومة التحكيم فإنه يلتزم بالحضور في الخصومة ومتابعة سيرها وإلا تعرض للحكم عليه بالجزاء الاجرائية المتعلقة في الخصومة مثل السقوط والتقدم.

2- الالتزام بمقررات الحكم الصادر في الخصومة التحكيمية

بما أن الغير قد أخذ صفة الطرف في الخصومة فإنه قد يصدر الحكم عليه، فإن عليه التزام بمقررات الحكم الصادر ضده.

3- إذا زالت الخصومة الاصلية لسبب ارادي مثل التنازل أو التصالح أو التسليم بطلبات المدعي فإنها لا تزول بالنسبة للغير المتداخل هو الذي تم إدخاله لأنه يعتبر طرفاً في الدعوى التحكيمية.

أما بالنسبة للغير الذي لا يعتبر طرفاً في خصومة التحكيم كإدخال شخص بتقديم مستند تحت يده فإن دوره في هذه الحالة يقتصر على تقديم دليل (430)، وكذلك بالنسبة للمتدخل الانضمامي فإنه لا يتمتع بحقوق الدفاع كاملة حيث ليس له تقديم طلبات موضوعية أو دفع موضوعية مختلفة عن تلك التي يقدمها

428 - محمود، احمد صدقي، مرجع سابق، ص 207.

429 - القماري، فهيمة، مرجع سابق، ص 520-521.

430 - راغب، وجدي، مبادئ الخصومة، مرجع سابق، ص 287.

الخصوم الأصلي المنظم إليه، ويجوز له التقدم بالدفع عن الخصم الأصلي الذي انظم إليه، وله حق التقدم بادلته اثبات لكن في نطاق طلبات الخصم الأصلي المنظم إليه، كما أنه ليس للمتدخل الانضمامي الحق في التنازل عن الحق الموضوعي الذي تجري به الخصومة لأنه ليس طرفاً فيها، كما ليس له الحق في التصالح عليها، وإذا زالت الخصومة لأي سبب ارادي مثل التنازل عنها أو لأي سبب إجرائي فأنها تزول بالنسبة للمتدخل الانضمامي⁽⁴³¹⁾.

المبحث الثاني

آثار التدخل والادخال على حكم التحكيم

عملاً بمبدأ نسبية الأحكام، فإن الغير الذي لم يدع للمشاركة في النزاع أو لم يقع تمثيله فيه بأي شكل من الأشكال لا يشمل ولا يلزمه الحكم الصادر في غيابه، كما أن الأثر النسبي للالتزامات يفرض ان الغير في العقد لا يلحقه. إلا أن الواقع يفرض أن تطراً بعض الاستثناءات على كلا المبدئين (مبدأ النسبية العقدية ومبدأ نسبية الأحكام القضائية)، ومن ذلك الأحكام الواردة في صلب التزامات والعقود فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير كاستثناءات النسبية العقدية، حيث تحاول التشريعات المتعلقة بالأصول الإجرائية توفير أقصى حد من الحماية للغير الذي قد يضر الحكم بحقوقه فاقدر إمكانية تدخله أو إدخاله اثناء سير الخصومة، كما مكنه من حق الاعتراض على الحكم بعد صدوره.

وهذه المسألة تطرح بشكل خاص في التحكيم التجاري نظراً لخصوصية المادة والمبادئ التي تحكمها. فالأثر الملزم للعقود يفرض على الأطراف عرض النزاع

431 - القماري، فهيمة، مرجع سابق، ص525.

الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بينهم على التحكيم وقبول الحكم الصادر وتنفيذه، وإن لا تلزم اتفاقية التحكيم سوى من كان طرفاً فيها، غير أنه تشعبت المعاملات التجارية لاسيما على الصعيد الدولي من جهة، وتشابكت العلاقات الاقتصادية من جهة أخرى، وتعددت العلاقات المتداخلة في العمليات الاقتصادية من جهة ثالثة، أفرز واقعاً عملياً يتمثل في أن يتم تحرير عدة عقود تجارية بمناسبة معاملة واحدة أو تحرير عقد واحد تتجاوز فيه التزامات والصلاحيات حدود المتعاقدين لتمتد إلى غيرهما وذلك بالنظر إلى الوحدة الاقتصادية ولتداخل المصالح الموجود بينهم وهو ما يجعل الأمر أكثر تعقيداً بالنسبة لحكم التحكيم من حيث أثره على الغير وهذا ما سنحاول أن نوضحه.

كما أن اتفاق التحكيم يحكمه مبدأ أساسي وهو مبدأ المساواة بين الأطراف حيث يفرض هذا المبدأ المساواة بين الأطراف في النزاع التحكيمي وأن يعامل جميعهم على قدم المساواة من حيث الحقوق والالتزامات، ويتحتم أن يحكم هذا المبدأ مختلف مراحل سير الخصومة التحكيمية بدءاً لتكوين هيئة التحكيم ووصولاً إلى إصدار حكم التحكيم، وفيما يتعلق بتكوين هيئة التحكيم يفرض مبدأ المساواة مشاركة جميع أطراف النزاع في العملية، وذلك من خلال حق كل طرف في تسمية محكم عضو الهيئة التحكيمية، والذي يثير التساؤل أن أدخل أو تدخل الغير في خصومة التحكيم له أثر في تكوين هيئة التحكيم عملاً بمبدأ المساواة، وهذا ما سوف نوضحه (المطلب الأول).

وعملاً بمبدأ نسبية الأحكام الذي يقضي أن الحكم لا يفيد ولا يضر إلا أطراف الخصومة فهل يتأثر الغير الذي أدخل أو تدخل في خصومة التحكيم بالحكم الصادر فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم على تشكيل هيئة التحكيم

إن مبدأ المساواة بين أطراف التحكيم مبدأ مستقر دولياً يفرض مشاركة جميع الأطراف في إجراءات التحكيم ومنها حق كل طرف في تسمية أحد المحكمين لتحقيق فكرة التحكيم متعدد الأطراف، وأن مبدأ المساواة بين الأطراف متعلق بالنظام العام إلا إذا تنازل عنه أحد الأطراف صراحة، وقد نص عليه المشرع الأردني في المادة 25 من قانون التحكيم والتي نصت على "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة متكافئة لغرض دعواه أو دفاعه. ولم نجد مادة قانونية تنص على هذا المبدأ في قانون المرافعات المدنية العراقي في الباب الثاني الخاص بالتحكيم إلا أنه مبدأ مستقر دولياً، فإذا ما تم الاتفاق بين الأطراف أو الغير الذي تدخل أو تم إدخاله في خصومة التحكيم قبل تشكيل هيئة التحكيم واتصالها بالموضوع، فلا بد من إبرام اتفاق التحكيم مكتوباً بين الأطراف من جديد يحدد المسائل التي يشملها التحكيم ومنها تشكيل هيئة التحكيم (432).

أما إذا كان تدخل الغير وإدخاله في خصومة التحكيم لاحقاً على اتصال هيئة التحكيم بالنزاع، فإن مصير هيئة التحكيم التي كانت قد بدأت في نظر النزاع قبل موافقة الأطراف على طلب التدخل أو الإدخال في الخصومة لا يخرج عن الحالات الآتية:

الحالة الأولى: أن يقوم الأطراف بإنهاء إجراءات التحكيم وذلك وفقاً للمادة 44 من قانون التحكيم الأردني والتي تنص على "أ-تنتهي إجراءات التحكيم في ايه من الحالات التالية... 3- إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم".

432 - القرني، محمد بن علي، مرجع سابق، ص322.

حيث تبيح هذه المادة للأطراف الاتفاق على إنهاء إجراءات التحكيم بإرادتهم المفردة، وبالتالي يتم تشكيل هيئة التحكيم جديدة تبعا للاتفاق التحكيم متعدد الأطراف المبرم مع الطرف المتدخل أو الذي تم إدخاله، إلا أن هذا الفرض نادر الحدوث، لأنه يكون أكثر كلفة مالية حيث تنتهي مهمة هيئة التحكيم دون الفصل في النزاع ولا تكون هيئة التحكيم ملزمة برد ما تسلمته من أتعاب التحكيم (433).

الحالة الثانية: أن تستمر نفس هيئة التحكيم السابقة على نظر النزاع بعد دخول الطرف الجديد في النزاع المعروف على التحكيم: بمعنى أن يتفق الأطراف على استمرار الهيئة المشكلة في نظر الخصومة، وهذا الفرض هو الغالب توفيراً للوقت وأعمالاً لإرادة الأطراف الذين اتفقوا على المحكمين ولا يترتب على هذا الفرض إشكالات إجرائية بل هو الفرض الأقرب للوقوع لسببين (434):

الأول: إن تدخل أو إدخال الغير يكون بموافقة الأطراف في اتفاق التحكيم الأصلي، وقد يكون مشروط بموافقه على استمرار نفس هيئة التحكيم في نظر النزاع واختيار أعضاء هيئة التحكيم حق للأطراف.

الثاني: أن كل ما يريده الطرف المتدخل هو الدخول في النزاع التحكيمي فقط خاصة في ظل سرية التحكيم المفروضة على إجراءات التحكيم والحكم الذي سوف يصدر في النزاع وذلك لا يتعارض مع بقاء هيئة التحكيم السابقة في نظر النزاع بعد موافقة الأطراف على تدخل الغير.

الحالة الثالثة: أن يبدأ الأطراف في تسمية المحكمين بعد انتهاء التحكيم السابق للتدخل، فإما ان يتفقوا أو يختلفوا:

433 - والي، فتحي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 343.

434 - القرني، مرجع سابق، ص 323.

حيث لا إشكال في حال اتفاق الأطراف على تسمية المحكمين، وقد نظمت المادة 16 من قانون التحكيم الأردني حالة عدم اتفاقهم ونصت على -لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية وتاريخ اختيارهم، فإذا لم يتفقا على ذلك تتبع الإجراءات التالية:

1. إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أحد الطرفين.

2. وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكمة ويتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال 15 يوما التالية لتسليمه طلبا بذلك من الطرف الاخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال 15 يوما التالية لتاريخ تعيين أحدهما تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب احد من الطرفين وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينته المحكمة.

3. تتبع الإجراءات المذكورة في البند 2 من هذه الفقرة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من اكثر من ثلاث محكمين.

وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا على كيفية القيام بتلك الإجراءات، أو لم يتفق المحكمان على أمر مما يجب الاتفاق عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد إليه في هذا الشأن تتولى المحكمة المختصة بناء على طلب أي من الطرفين القيام بالأجراء أو بالعمل المطلوب".

وأعمالنا بنص المادة 14 من قانون التحكيم الأردني فإن هيئة التحكيم تتشكل باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفق على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، ويجب أن يكون عدد المحكمين وترا، وإلا كان التحكيم باطلا.

وبالتالي فإن أي خلاف حول تشكيل هيئة التحكيم أو اعتراض من الغير عليها الذي تدخل أو تم إدخاله في خصومة التحكيم وأصبح طرفاً في الخصومة التحكيمية أو من قبل الأطراف فلا مناص من اللجوء إلى المحكمة المختصة لتولى تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لما تقدم في المادة 16 من قانون التحكيم الأردني والمادة 256 من قانون المرافعات المدنية العراقي.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض قواعد التحكيم الدولية قد نصت على عدم جواز تدخل أو إدخال الغير إلى خصومة التحكيم بعد تشكيل هيئة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ومن هذه القواعد قواعد التحكيم غرفة التجارة الدولية ICC بباريس حيث نصت في المادة 7 منها على " ... ولا يجوز إدخال أي طرف إضافي بعد تأكيد أي محكم أو تعيينه مالم يتفق جميع الأطراف فيما بما في ذلك الطرف الإضافي على غير ذلك ...".

وكذلك قواعد تحكيم غرفة البحرين لتسوية المنازعات التي نصت على عدم جواز إدخال أي طرف إضافي في خصومة التحكيم بعد تشكيل هيئة التحكيم وفي حال رغب أحد الأطراف إدخال طرف إضافي إلى التحكيم بعد تعيين هيئة التحكيم وجب عليه اتباع أحكام معينة، وهذا ما نصت عليه المادة 28 من هذه القواعد "1- في أي وقت بعد اشعار الغرفة لجميع الأطراف لبدأ التحكيم وفقاً للمادة ثلاثة وقبل تعيين هيئة التحكيم على الطرف الذي يرغب في إدخال طرف إضافة إلى التحكيم أن يقدم إلى الغرفة وفي الوقت نفسه إلى جميع أطراف التحكيم وإلى الطرف الإضافية المطلوبة إدخاله طلباً كتابياً للتحكيم ...

4. في أي وقت رغب أحد الأطراف في ادخل طرف ثالث إلى التحكيم بعد تعيين هيئة التحكيم وجب عليه اتباع أحكام المادة 28-1 شريطة دائماً:
أ- أن لا يجوز إدخال الطرف الإضافي بعد تعيين هيئة التحكيم مالم يتفق جميع أطراف التحكيم والطرف الإضافي على ذلك كتابة بالإضافة إلى اتفاقهم

على تنازل الطرف الإضافي على أي حق كان يمكن أن يكون له للاشتراك في اختيار هيئة التحكيم فيما لو تم إدخاله قبل تعيين هيئة التحكيم".

المطلب الثاني

أثر حكم التحكيم بالنسبة للغير

تنفضي خصومة التحكيم بصدور حكم في موضوعها، ويترتب على صدوره من ناحية استنفاد المحكم الولاية، فالمحكم بعد الحكم لا يصير محكما ولا يجوز له المساس بالحكم وهذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الحكم يعتبر حجة في مواجهة من كان طرفاً أو ممثلاً في الخصومة فحكم التحكيم كما هو الحال في الاحكام القضائية له حجية نسبية نتيجة للأصل الاتفاقية للتحكيم فإنه يثور تساؤل حول ما إذا كانت مسألة تدخل أو ادخال الغير في خصومة التحكيم لها أثر على الحكم الصادر في الخصومة التحكيمية؟

إن من المستقر عليه فقها وقضاءً أن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المقضي به بمجرد صدورها، وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً، وقد أكد المشرع الأردني على حجية أحكام المحكمين وذلك في المادة 52 من قانون التحكيم والتي تنص على أنه "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه".

ومقتضى حجية الحكم هو تقييد الخصوم بمضمون القرار التحكيمي على نحو يحول بينهم وبين تجديد المناقشة والتنازع حول ذات المسألة المقضي فيها، وأن هذه الحجية تلحق بحكم التحكيم بمجرد صدوره ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه، وتكون هذه الحجية متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز للأطراف أن يلجئوا إلى قضاء الدولة أو قضاء التحكيم مرة أخرى لإعادة عرض النزاع الذي سبق وأن صدر فيها

حكم التحكيم، وإذا كان حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي به فإنه يستنفذ ولاية المحكم فيما فصل فيه وحسم النزاع حوله، كما أنه يتمتع بقوة إثبات بالنسبة للبيانات التي يتضمنها لأنه ورقة رسمية بمجرد توقيع عليه⁽⁴³⁵⁾.

وأن حجية الشيء المقضي يجب تناوله من ثلاث أوجه مختلفة⁽⁴³⁶⁾:

الوجه الأول: يتعلق بأثر حكم التحكيم تجاه الخلافات التي ثارت بين الأطراف أنفسهم، وفي هذه الحالة يثبت للحكم حجية سلبية تقتصر على للحيلولة على طرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء، فإذا ما تم طرحه عليه أن يقضي بعدم قبوله لسبق نظر النزاع على أساس قاعدة عدم مباشرة الدعوى مرتين لذات الموضوع.

الوجه ثانياً: ويتعلق بأثر حكم التحكيم تجاه الخلافات التي تثور فيما بعد، وهذا الوجه يثير عدة صعوبات فيذهب البعض إلى القول بأن حجية الشيء المنقضي به لا تطبق فالقرار الصادر من محكمة التحكيم لا يكون له أثر على الخلافات التي تثور فيما بعد بين الأطراف إلا إذا انفقوا على ان حكم التحكيم السابق يكون ملزماً بالنسبة لكل خلاف من نفس الطبيعة يتحمل أن يحتج به في المستقبل وهذا الرأي لا يمكن قبوله على إطلاقه، حيث انه طبقاً لنص المادة 1/41 من قانون البيانات الأردني والتي تنص على "الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة...".

435 - الدبوبي، خالد، محاضرات في مادة مدى الرقابة القضائية على احكام التحكيم، المعهد القضائي الأردني، الدورة 2018/2019، متوفر على الموقع www.jiz.gov.jo.

436 - تركي، علي عبد الحميد، حجية حكم التحكيم واستنفاد المحكم لولايته دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع1، 2014، ص117-118.

اما الوجه الثالث: فإنه يتعلق بأثر حكم التحكيم تجاه الغير أي تجاه من تدخله أو تم إدخاله في خصومة التحكيم، ويشير هذا الوجه جدلاً كبيراً حيث ترد الفقه في التسليم بأثر المحكم بين الاتجاهين:

الفرع الأول: الفقه التقليدي

حيث ذهب هذا الجانب من الفقه إلى أنه بما أن للحكم حجية نسبية فانكروا سريان في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم، وقد يستند في دفاعهم على كل من فكرة العقد القضائي لأنهم قاسوا الأحكام على العقود، وكذلك على فكرة التمثيل الضمني⁽⁴³⁷⁾.

حيث ذهبوا إلى أن أعمال مبدأ النسبية على حكم التحكيم يعني ذلك قصر حجيته على أطراف الخصومة التي صدر الحكم بحقها، وذلك بشرط أن يكونوا قد اتصلوا بالخصومة التحكيمية، فإذا تعددت أطراف اتفاق التحكيم والتجأ بعضهم إلى التحكيم وتم تشكيل هيئة التحكيم في هذه الحالة فإن الحكم يكون حجة في مواجهة من أعلن بطلب التحكيم دون غيره من الذين لم توجه إليهم الإجراءات ولم يشاركوا في إجراءات التحكيم، وذهبوا إلى أن من البدهي أن لا تسري في مواجهة ممثلي الخصوم وإنما في مواجهة الخصوم أنفسهم، قد ذهب البعض من الفقه إلى القول بأنه إذا كان الشخص مرتبطاً شرط التحكيم فليس بشرط أن يكون ممثلاً في خصومة التحكيم متى يكون ملتزماً بما قضى به حكم التحكيم وإنما يكفي أن يكون على علم بالطلب المقدم في المواجهة لكي يكون ملتزماً بما قضى به حكم التحكيم إذا ما احترمت هيئة التحكيم مبدأ حق الدفاع ومبدأ الحضورية أثناء سير الإجراءات التي توجت بهذا الحكم، ويسلم هذا جانب من الفقه بامتداد الحجية لكل

437 - شحاته، محمد نور، مرجع سابق، ص 166.

من الخلف العام والخلف الخاص باعتبار أنهم من الأطراف وليس من الغير⁽⁴³⁸⁾

وقد تعرض اتجاه الفقه التقليدي للنقد على اعتبار أن هذا الاتجاه وأن كان يتفق مع النشأة الاتفاقية للتحكيم على أساس ان خصومة التحكيم بمثابة عقد قضائي من حيث أنها تنتج من اتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم وإنها ليست نتيجة لإرادة المحكم فقط الذي هو المدعي، كما هو الحال في الخصومة القضائية، باعتبار أن الدعوى تدخل في طائفة الحقوق الإرادية، فإن المشرع حاول إعطائها الصبغة القانونية، حيث لم يعتد بإرادة المحكم ضده (المدعى عليه) في خصومة التحكيم، فقد يجد هذا الأخير نفسه مجبرا على أن يكون طرفا وان امتنع عن المشاركة في الإجراءات فغيابه لا يمنع صدور الحكم وإمكانية تنفيذه سواء كان لصالحه أم ضده، حيث إن القول بأن حرية الخصوم في اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات أو اختيار محكمهم أصبحت وهما وخاصة على صعيد المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وذلك لأنه كثيرا ما يفرض التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية، كما هو الحال في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي والتي تحتوي الغالبية العظمى منها على شرط التحكيم، كما أن انتشار مراكز وهيئات التحكيم الدائمة جعل من حرية الأطراف في اختيار محكمهم في أغلب الأحيان وهم⁽⁴³⁹⁾، فضلا عن أن حجية الشيء المقضي لحكم التحكيم لا تستمد قوتها من إرادته المحكمين ولكن من القانون ذاته استنادا إلى الضرورات العملية

438 - احمد، علاء النجار، مرجع سابق، ص368.

439 - خليفة، محمد سعد، عقد التحكيم محاولة لوضع تنظيم قانوني للعلاقة بين الخصوم والمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص26.

التي تستوجب حسب النزاع⁽⁴⁴⁰⁾ وبما ان حكم التحكيم وباتفاق الفقهاء هو عمل قضائي فإن حجية الشيء المقضي فيه تعد سمة اصلية فيه وتتناقض هذه الفكرة جذريا مع فكرة العقد.

كما أنه فكرة العقد القضائي مع عدم التسليم بصحتها لا تؤدي إلى عدم وجود أي آثار للمحكم في مواجهة الغير، حيث أن هناك فارق بين القوة الملزمة للعقد والاحتجاج بالعقد، فالقوة الملزمة للعقد تعد الأثر المباشر للعقد والذي يترتب عليه أن يصبح الشخص دائنا ومدينا وهذا الأثر قاصر على طرفيه، اما الاحتجاج بالعقد فيعني بالأثر غير المباشر للعقد أو الانعكاسي، وذلك بالاستناد إلى العقد بوصفه واقعة أو وسيلة الإثبات، وأن هذا الأثر غير المباشرة يترتب في مواجهة الكافة، فالعقد إنشاء مركزا قانونيا موضوعيا يمكن للغير بالاستناد إليه ويحتج به في مواجهته كاستناد المضرور إلى عقد التأمين في مواجهة شركة التأمين ومطالبتها بالتعويض، كما أن لشركة التأمين التمسك في مواجهة المضرور بعقد التأمين لإثبات أن خطأ المتسبب في الضرر لا يشمل هذا العقد⁽⁴⁴¹⁾، وعلى ذلك يتضح أن العقد من الممكن أن ينتج آثار في مواجهة الغير بطريقة غير مباشرة.

الفرع الثاني: الفقه الحديث

ذهب الفقه الحديث إلى أن الحجية التي تنسب للحكم تكون حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة، الا ان هذا الجانب من الفقهاء قد اختلفوا في شأن أساس تأثير الغير بالحكم وانقسموا إلى⁽⁴⁴²⁾:

440 - وهذا ما نصت عليه المادة (52) من قانون التحكيم الأردني "تحوز احكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الامر المقضي به ويتكون واجبة النفاذ بمراعاة الاحكام المنصوص عليها فيه".

441 - احمد، علاء النجار، مرجع سابق، ص369.

442 - شحاته، محمد نور، مرجع سابق، ص168-170.

هناك من يرى أن القوة المطلقة لحجية الأمر المقضي فيه ترجع إلى العمل القضائي وهذا يشكل حقيقة موضوعية باعتباره تعبيراً عن القاعدة القانونية بالنسبة لحالة معينة وأن العمل القضائي ذو طبيعة واحدة دائماً لا تختلف من حالة إلى أخرى، وبالتالي لا يختلف نطاق حجيته من حالة إلى أخرى، ولما كان العمل القضائي هو إثبات مخالفة القاعدة القانونية فإنه يكون ذات طابع موضوعي شأنه في ذلك شأن المخالفة نفسها، فلا يمكن لأحد أن يتجاهله. بينما ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين قوة الأثر المنشئ للحكم وقوته في الإثبات فالحكم بحسب طبيعته لا يقتصر أثره على إنشاء مركز جديد، بل يكون له أيضاً وظيفة تتعلق بإثبات هذا المركز ولكن تقتصر قوة الأثر الأخير على الخصوم فقط، أما بالنسبة للغير فإن هذا الإثبات لا يسري في مواجهتهم فلا يمكن التزامهم في الحقيقة التي يتضمنها الحكم دون أن يكون بإمكانهم مراجعتهم إذ أنهم لم يشاركوا في إنتاجها ومعنى ذلك عدم التمسك في حجية الشيء المقضي في مواجهتهم.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن الغير يتأثر بسبب قوة القرينة التي تلحق بحجية الشيء المقضي ويميز أصحاب هذا الرأي بين قوة الحكم في الإثبات والقوة الإلزامية للحكم، حيث تختلف قوة الحكم في الإثبات بالنسبة للخصوم عن قوتها بالنسبة للغير، حيث بالنسبة للخصوم ينشأ قرينه قاطعة، أما بالنسبة للغير ينشأ قرينه بسيطة يمكن للغير إثبات عكسها، وهي المجال الطبيعي بالنسبة للنسبية، لأن الإدانة أو البراءة هي عبارة عن جزاء اجتماعي مقتص من الحقوق، فلا يمكن أن ينتج أثره إلا بالنسبة للطرفين المتنازعين دون الغير، ويتضح اختلاف الفقه حيث لا يمكن رسم نطاق ثابت للحجية، فهي في بعض الحالات تكون حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة، بينما في الحالات أخرى تكون حجية نسبية لا تسري إلا في مواجهة الخصوم بالدعوى التي صدر الحكم فيها، ويكمن معيار التفرقة بين هذه الحالات في طبيعة ونطاق الحق أو المركز القانوني الذي

فصل فيه الحكم، فالأحكام التي تفصل في الحقوق الشخصية تلازمها حجية نسبية، بينما الأحكام التي تفصل في حقوق أو مركز موضوعية فإنها ترتب حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة، ولا يعتمد البعض على هذا التوجه وإنما يعتمدون على ان نسبية حجية الاحكام هي القاعدة الاصلية ولا تظهر الحجية المطلق إلا باعتبارها استثناء من القاعدة الاصلية، وينحصر أعمالها في بعض الحالات⁽⁴⁴³⁾. وأن هذا التصور الآخر وكذلك ما ذهب إليه الفقه الحديث لا يتفق مع فكرة الحماية التحكيمية، ليس فقط لصعوبة التفرقة بين الحقوق الشخصية والحقوق الموضوعية وتدهور فكرة الحقوق الشخصية وانتشار فكرة المركز القانوني وتمائل هذا المركز كأثر لتشابك العلاقات وتداخلها، وإنما أيضا لأن هذا النوع من المراكز منها ما يتعلق بالمصلحة العامة ومثل هذا المراكز لا يجوز أن يكون محلا للتحكيم خاصة التحكيم الاختياري، فالحالة المدنية أو الجنسية على سبيل المثال يتعلقان بالنظام العام وهذه المسائل لا يجوز الصالح فيها وما لا يجوز الصلح فيه لا يجوز فيه التحكيم⁽⁴⁴⁴⁾.

وبالتالي فإن الحكم لا ينتج أثرا في مواجهة الغير الذي ليس له صفة الطرف في خصومة التحكيم بطريقة مباشرة، حيث انه لا يمكن أن يكون محكوم له أو عليه، فالمحكم لا يعلم ادعاءات، ولم يستنتج منها قراره لأن ذلك من شأنه أن يغير وجه الحكم وامتداد حجية الشيء المقضي به، ولكن الغير يتأثر بالحكم بطريقة غير مباشرة اذ يمكن أن يستند إليه الغير أو يحتج به في مواجهته كأساس لشرعية المركز القانوني الذي يقرره بمعنى انه يعتبر دليل إثبات لهذا المركز يحتج به في مواجهة الكافة، وقد يترتب على هذا الاحتجاج فائدة أو ضرر للغير،

443 - تركي، علي عبد الحميد، مرجع سابق، ص120.

444 - وهذا ما نصت عليه المادة (9) من قانون التحكيم الأردني "... ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها".

حيث أن النظام الإجرائي العام يمثل أساس حكم التحكيم تجاه الغير، فهناك حقوق تكون متعلقة بالنظام العام الإجرائي وتعلو مبدأ نسبية حجبة حكم التحكيم، ولا يبقى أمامنا سوى التسليم بحجة الحكم في هذه الحالة تجاه الغير⁽⁴⁴⁵⁾.

وهذا ما ابداه بعض الفقه الفرنسي، على اعتبار ان حكم التحكيم يمكن الدفع به ذاته كوسيلة للدفع، أو كأساس للمطالبة القضائية ضد الغير في التحكيم، وإذا كان مبدأ حجبة الأمر المقضي بتطبيقه على حكم التحكيم يجعله لا يترتب آثاره إلا بين أطرافه فقط، إلا أن حكم التحكيم شأنه شأن أي حكم قضائي يمكن الاحتجاج به في وجه الغير، من حيث كونه ينشأ مركزاً قانونياً جديداً يوجب على الغير اخذه في الاعتبار، فعلى سبيل المثال يجوز للدائن الاحتجاج في مواجهة الكفيل بحكم التحكيم الصادر بإلزام المدين الأساسي بالوفاء بالدين⁽⁴⁴⁶⁾.

كما أكد القضاء الإنجليزي على ذلك، وذهب بأنه حكم التحكيم مستند عام كاشف لحقوق والتزامات الأطراف، ويجوز بالتالي الكشف عنه متى ما كان ذلك ضرورياً لإثبات أو حماية حقوق الغير وفي هذه الحالة الامر لا يتعلق بمجرد انتهاك الالتزام بالسرية ومن ثم فلا حاجة للحصول على أي ترخيص لنشر الحكم⁽⁴⁴⁷⁾.

وتتضح لنا مما تقدم أن أثر تدخل وادخل الغير في خصومة التحكيم على الحكم، في حالة ما إذا اكتسب الغير صفة الطرف في خصومة التحكيم في هذه الحالة يكون الحكم حجة له أو عليه مثله مثل الأطراف الأخرى في الخصومة، أما إذا تدخل الغير أو أدخل في خصومة التحكيم دون أن يكتسب صفة الطرف

445 - شحاته، محمد نور، مرجع سابق، ص 177.

446 - Loquin Eric, Arbitrage et caution ement, Rev. Arb, 1994, P235.

447 - Lloyd's, Confidentiality in international commercial arbitration, woliters Kluwer law and business interoduction, 2011, P243.

في هذه الخصومة في هذه الحالة لا يكون للحكم أثر عليه بصورة مباشرة، وإنما بطريقة غير مباشرة، يمكن أن يستند إلى الحكم أو يحتج به في مواجهته كأساس لشرعية المركز القانوني الذي يقرره، أي أن الحكم في هذه الحالة يعد بالنسبة للغير الذي تدخل في خصومة التحكيم أو تم إدخاله فيها دليل اثبات على مركزه القانوني يحتج به في مواجهة الكافة.

الخاتمة

من خلال ما تقدم توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها:

أولاً: النتائج:

1. يقصد بالتدخل في خصومة التحكيم هو تدخل شخص من الغير بإرادته في خصومة تحكيمية قائمة، ويكون هذا التدخل اما للمطالبة بحق خاص به، وهو ما يسمى بالتدخل الاختصامي، أو للانضمام إلى أحد الخصوم في طلباته، وهو ما يسمى بالتدخل الانضمامي، اما المقصود بالإدخال في خصومة التحكيم هو تكليف شخص من خارج الخصومة التحكيمية بالدخول فيها، ويكون ذلك اما بناء على طلب أحد الخصوم أو بناء على طلب هيئة التحكيم، ويكون ذلك اما لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة.

2. على الرغم أن مسألة تدخل وادخل الغير في خصومة التحكيم تقوم على نفس الاعتبارات التي تقوم عليها الخصومة القضائية إلا أن هناك فارق جوهري بينهما يأتي نتيجة الاعتبارات الخاصة بالتحكيم، والتي تتمحور حول الدور البارز للإرادة في اتفاق التحكيم، لذا لا بد من موافقة الأطراف والغير المتدخل وهيئة التحكيم حتى يمكن إيجاز تدخل أو إدخال الغير في خصومة التحكيم.

3. المتداخل الانضمامي في خصومة التحكيم لا يأخذ صفة الطرف في الخصومة التحكيمية، ويقصر اكتساب الصفة على المتدخل اختصاميا بخلاف الحال في الخصومة القضائية التي يصبح فيها المتدخل الانضمامي والاختصامي طرفا في الخصومة، اما إدخال الغير في خصومة تحكيم فيمكن أن يكتسب المدخل صفة الطرف في خصومة التحكيم كإدخال ضامن، وقد لا يكون الشخص المدخل طرفا في خصومة التحكيم كإدخال الغير لتقديم مستند تحت يده.

4. ان تحديد المركز القانوني للغير باعتباره طرفا في خصومة التحكيم من عدمه يؤثر على حقوقه والتزاماته في الخصومة، فعند اعتبار الغير طرفا في خصومة التحكيم فيكون مثله مثل الأطراف الأصليين في الحقوق والالتزامات اما عند عدم اكتساب الغير صفة الطرف في الخصومة فلا يتمتع بحقوق الدفاع كاملة أي تكون له حقوق والتزامات محدودة.

5. كما يؤثر تحديد المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم من اعتباره طرفا في الخصومة من عدمه على تشكيل هيئة التحكيم، كما يؤثر على الحكم الصادر في الخصومة التحكيمية فاذا اكتسب صفة الطرف يكون الحكم حجة له أو عليه مثله مثل الأطراف الأصليين في الخصومة، اما عند عدم اكتسابه صفة الطرف في الخصومة فلا يكون للحكم أثر عليه إلا بطريقة غير مباشرة بأن يعتبر الحكم دليل إثبات على مركزها القانوني.

ثانياً: التوصيات:

1. نوصي المشرع الأردني بالنص صراحة في قانون التحكيم الأردني على إمكانية إدخال وتدخل الغير إلى الخصومة التحكيمية متى كان ضرورياً للفصل فيها، بشكل يحقق العدالة للأطراف المتنازعة، وذلك أسوة ببعض التشريعات التي أخذت بذلك؛ كالتشريع السعودي والاماراتي والبحريني والكويتي، وذلك للخصوصية التي تتمتع بها الخصومة التحكيمية عن الخصومة القضائية. ونقترح إضافة النص الآتي لقانون التحكيم الأردني (لهيئة التحكيم قبول تدخل أو ادخال غير اطراف التحكيم وذلك بعد موافقة اطراف التحكيم والغير المطلوب إدخاله).

2. نوصي المشرع العراقي أن يقوم بتشريع قانون للتحكيم وذلك لعدم كفاية النصوص الخاصة بالتحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية العراقي، وأن ينص على مسألة تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم ضمن

نصوصه، وذلك لأهمية هذا الموضوع خاصة على صعيد العلاقات الدولية لتجنب نتائج غياب التنظيم القضائي الحاكم للعلاقات الدولية.

3. كما نوصي ضرورة فرض ضمانات مالية على الغير، تضمن جدية تدخله في خصومة التحكيم حتى لا يتخذ امر التدخل وسيلة لإطالة امد النزاع، أو وسيلة للكشف عن سرية التحكيم، خاصة إذا كان الغير مدفوعاً من قبل أحد الخصوم حال استشعاره بخسران قضيته.

مراجع الدراسة

أولاً: المراجع باللغة العربية

1. احمد، علاء النجار، التدخل والادخال في خصومة التحكيم، مجلة جنوب الوادي للدراسات القانونية، 2018
2. تركي، علي عبد الحميد، حجية حكم التحكيم واستتفاذ المحكم لولايته دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع1، 2014.
3. الجمال، مصطفى محمد، عبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
4. جميعي، عبد الباسط، النظام القانوني لاتفاق التحكيم دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
5. خليفة، محمد سعد، عقد التحكيم محاولة لوضع تنظيم قانوني للعلاقة بين الخصوم والمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
6. الدبوبي، خالد، محاضرات في مادة مدى الرقابة القضائية على احكام التحكيم، المعهد القضائي الأردني، الدورة 2019/2018، متوفر على الموقع www.jij.gov.jo
7. راغب، وجدي، دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع1، 1976.
8. راغب، وجدي، مبادئ الخصومة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
9. سلامة، احمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

10. شحاته، محمد نور، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة بمبدأ نسبية اثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
11. عمر، نبيل إسماعيل.
12. الفقي، عاطف محمد، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
13. القرني، محمد بن علي بن محمد، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم وامتداده بطلب التدخل والادخال، دراسة مقارنة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، مج54، ع197، 2021.
14. القرني، محمد بن علي بن محمد، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم وامتداده بطلب التدخل والادخال، دراسة مقارنة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، مج54، ع197، 2021.
15. القماري، فهيمة احمد علي، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير دراسة مقارنة في التشريع المصري وتشريعات دول الخليج العربية، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2017.
16. محمود، احمد صدقي، اختصاص الغير، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1991.
17. مسلم، احمد، أصول المرافعة التنظيم القضائي والاجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
18. مليجي، احمد، اختصاص الغير وإدخال ضامن في الخصومة المدنية أمام محاكم الدرجة الأولى والاستئناف، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003.
19. الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج3، ط8، 2010، المركز القومي للإصدارات القانونية.

20. هندي، احمد، ارتباط الدعاوى والطلبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1995.
21. هندي، احمد، سلطة الخصوم والمحكمة في اختصاص الغير، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2013.
22. والي، فتحي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.
23. والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدن دراسة لقانون المرافعات المدنية والتجارية واهم التشريعات المكملة له، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
24. والي، فتحي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.

ثانيًا: المراجع باللغة الأجنبية

- 1- Loquin Eric, Arbitrage et caution ement, Rev. Arb, 1994.
- 2- Lloyd's, Confidentiality in international commercial arbitration, woliters Kluwer law and business interoduction, 2011.

تعليق على

حكم المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر

العربية في القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية "دستورية"

بشأن

تطبيق فكرة التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة

اعداد الباحث:

عبدالله محمد عبدالله الشهواني

بطاقة الحكم:

حكم المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية بالقضية
رقم 8 لسنة 16 قضائية "دستورية"

- تاريخ صدور الحكم: جلسة 1995/8/5م

- المدعي: رئيس مجلس إدارة شركة النصر للفوسفات.

- المدعى عليهم:

1- السيد/ رئيس الجمهورية.

2- السيد/ وزير العدل.

3- السيد/ النائب العام.

4- السيد/ وزير القوى العاملة والتشغيل.

5- المدعى عليه الخامس (من ذوي الإعاقة).

الإجراءات التي تمت بشأن الدعوى:

تتمثل الإجراءات التي تمت بشأن الدعوى في الآتي:

أولاً: تقدم المدعي بصحيفة دعواه الى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا بتاريخ: 1994/2/26م يطالب فيها بالحكم بعدم دستورية المواد (9، 10، 15، 16) من قانون تأهيل المعوقين رقم (39) لسنة 1975.

ثانياً: أعدت هيئة قضايا الدولة مذكرة دفاع مقدمة الى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا وطالبت فيها برفض الدعوى.

ثالثاً: أعدت هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا تقريراً برأيها وأودعتها قلم كتاب المحكمة.

وقائع الدعوى:

تتلخص وقائع الدعوى في الآتي:

- صدر قانون تأهيل المعوقين رقم (39) لسنة 1975 المعدل وألزم جميع الوحدات الإدارية بالدولة بتوفير نسبة 5% من الوظائف لديها لتكون لفئة المعاقين، بحيث تستوفى هذه النسبة من فئة المعاقين الذين يقيمون في دائرة عمل كل وحدة ويكونوا مسجلين في مكاتب القوى العاملة المختصة، ويجوز لتلك المكاتب ترشيح أحد الأشخاص المعاقين المسجلين لديها للعمل في أي جهة، كما يجوز للجهات بشكل مباشر توظيف أي شخص معاق غير مسجل لدى مكتب القوى العاملة المختص، وفي جميع الأحوال يجب ان يتم اخطار مكتب القوى العاملة المختص بهذا التوظيف.

- رشح مكتب القوى العاملة المختص المدعى عليه الخامس (المعاق) للتوظيف في شركة النصر للفوسفات لتستوفي الشركة المذكورة نسبة 5% من الوظائف المحددة لفئة المعاقين.

- تم رفض تعيين المدعى عليه الخامس (المعاق) من قبل الشركة المذكورة.
- تقدم المدعى عليه الخامس (المعاق) برفع الدعوى رقم 4197 لسنة 93 ضد المدعي بصفته رئيس مجلس إدارة الشركة المذكورة، على إثر رفض تعيينه بالشركة وبالتالي يتهمه بمخالفة حكم المادة (10) من قانون تأهيل المعوقين رقم (39) لسنة 1975 والتي تلزم الوحدات الإدارية بالدولة بتوفير نسبة 5% من الوظائف لفئة المعاقين، كما طالب المدعى عليه الخامس (المعاق) الحكم له بمبلغ وقدره (51 جنية) كتعويض مؤقت، بالإضافة الى الراتب المقرر للوظيفة المرشح لها من تاريخ مخالفة المدعي لحكم المادة (10) المذكورة ولحين تسلم العمل، وأيضاً معاقبته بالعقوبة المقررة وفق القانون المذكور.

- بعد مداولة القضية امام محكمة الجنج دفع المدعي بعدم دستورية المواد (9)، (10، 15، 16) من قانون تأهيل المعوقين رقم (39) لسنة 1975.
- قررت محكمة الجنايات جدية الدفع المقدم من المدعي بشأن عدم دستورية النصوص القانونية المذكورة، وصرحت له بالتقدم بدعوى امام المحكمة الدستورية العليا.

- بتاريخ: 1994/2/26م تقدم المدعي بدعوى امام المحكمة الدستورية العليا يطالب فيها بلحكم بعدم دستورية المواد المشار اليها.

المشكلة التي تثيرها القضية لدى المحكمة "الإشكالية":

من خلال الاطلاع على الأوراق يتبين بأن المشكلة التي تثيرها القضية لدى المحكمة الدستورية العليا تتمثل بمدى دستورية المواد التي يدعي

المدعي عدم دستوريته، وبالتالي تثار عدة تساؤلات لبحث مدى دستورية تلك المواد، وهي كالآتي:

- أ- مدى تعارض المواد محل الدراسة في هذه القضية مع مبدأ المساواة المقرر دستورياً لجميع المواطنين؟
- ب- مدى تعارض المواد محل الدراسة في القضية مع حرية التعاقد التي تدرج تحت مبدأ الحرية الشخصية؟
- ت- هل يتعارض استخدام المعاقين مع تنمية الاقتصاد القومي من خلال تأثير زيادة الدخل القومي؟
- ث- مدى سلامة تقدير المشرع بإدماج المعاقين في المجتمع من خلال استخدامهم في العمل، بدلاً من الاكتفاء بمنحهم معاش حسب النص الدستوري؟
- ج- هل تتعارض العقوبات التي قررها قانون تأهيل المعوقين مع أحكام الدستور؟

طلبات هيئة قضايا الدولة:

- قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة الى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا تطلب فيها رفض الدعوى.

دفع المدعي:

- أورد المدعي بمذكرته عدداً من الدفع أمام المحكمة الدستورية العليا للحكم بعدم دستورية المواد (9، 10، 15، 16) من قانون تأهيل المعوقين رقم (39) لسنة 1975، تتمثل في الآتي:

1- ان المواد المشار إليها تخالف مبدأ المساواة امام القانون.

- 2- ان المادة (10) من القانون المشار اليه عندما ألزمت المخاطبين بها بالتعاقد مع المعوقين للعمل على الرغم من عدم الحاجة إليهم، تعتبر اخلت بحرية التعاقد والتي تتدرج تحت الحرية الشخصية المكفولة دستورياً.
- 3- إن فرض استخدام المعوقين في العمل بقوة القانون يؤثر على زيادة الدخل القومي المكفول وفقاً لخطة التنمية الشاملة لتنظيم الاقتصاد الوطني، مما يعد ذلك مخالفة دستورية لحكم المادة (23) من الدستور.
- 4- ان الدستور كفل للمعاقين حقاً بالحصول على معاش لعجزهم عن العمل في حين ان المشرع خرج عن هذا الامر ونص على استخدامهم في العمل بالجهات الحكومية وهو بذلك يحمل المعاقين ما لا يطبقون ويعفي الدولة من التزامها بصرف معاشات للمعاقين.
- 5- ان العقوبات التي نص عليها قانون تأهيل المعوقين ليس لها سند دستوري، وان المادة (16) من القانون المذكور توقع عقوبتين عن فعل واحد، كما أن عقوبة الحبس تعد اكراهاً بدنياً وكان من الاجدى أن يتم الاكتفاء بالتعويض كجزاء عن الاخلال بالالتزامات المدنية.

القواعد القانونية ذات الصلة: (النصوص ومبادئ المحكمة الدستورية
العليا)

أولاً: النصوص التشريعية:

• دستور جمهورية مصر العربية 1971 (المطبق على الحكم محل

الدراسة في حينه):

- المادة (7):

"يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي".

- المادة (15):

"للمحاربين القدماء والمصابين في الحرب أو بسببها ولزوجات الشهداء
وابنائهم الأولوية في فرص العمل وفقاً للقانون".

- المادة (17):

"تكفل الدولة خدمات التأمين الاجتماعي والصحي، ومعاشات العجز
عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعاً، وذلك وفقاً للقانون".

- المادة (23):

"ينظم الاقتصاد القومي وفقاً لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومي،
وعدالة التوزيع، ورفع مستوى المعيشة، والقضاء على البطالة، وزيادة فرص
العمل، وربط الاجر بالإنتاج، وضمان حد أدنى للأجور، ووضع حد أعلى يكفل
تقريب الفروق بين الدخل".

- المادة (40):

"المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة."

- المادة (41):

"الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون.

ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي."

• قانون تأهيل المعوقين رقم (39) لسنة 1975، المعدل بالقانون رقم (49)

لسنة 1982:

- المادة (9):

"على أصحاب الأعمال الذين يستخدمون خمسين عاملاً فأكثر وتسرى عليهم أحكام القانون رقم 137 لسنة 1981 بإصدار قانون العمل سواء كانوا يشتغلون في مكان واحد أو بلد واحد أو في امكنة أو باد متفرقة , استخدام المعوقين الذين ترشحهم مكاتب القوى العاملة من واقع سجل قيد المعوقين بها وذلك بنسبة خمسة في المائة من مجموع عدد العمال في الوحدة التي يرشحون لها.

وتسري هذه النسبة على كل فرع على حدة من الفروع التابعة للمركز الرئيسي لصاحب العمل.

ومع ذلك يجوز لأصحاب الاعمال المشار إليهم شغل هذه النسبة باستخدام المعوقين عن غير طريق الترشيح من مكاتب القوى العاملة بشرط حصول القيد المنصوص عليه في المادة السابقة.

ويجب في جميع الأحوال على كل من يستخدم معوقا اخطار مكتب القوى العاملة المختص وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول خلال عشرة أيام من تاريخ استلام المعوق للعمل."

- المادة (10):

" تخصص للمعوقين الحاصلين على شهادات التأهيل نسبة خمسة في المائة من مجموع عدد العاملين بكل وحدة من وحدات الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والقطاع العام، كما تلتزم هذه الوحدات باستيفاء النسبة المشار إليها باستخدام المعوقين المقيمين بدائرة عمل كل وحدة والمسجلين بمكاتب القوى العاملة المختصة على أن يتم استكمال النسبة المقررة بالقانون خلال سنتين من تاريخ صدور هذا التعديل.

ويجوز لأي من هذه الجهات استخدام المعوقين المقيدون في مكاتب القوى العاملة مباشرة دون ترشيح منها، وتحتسب هذه التعيينات من النسبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة، ويجب في جميع الأحوال اخطار مكتب القوى العاملة المختص بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول خلال عشرة أيام من تاريخ استلام المعوق للعمل."

- المادة (15):

"على وحدات القطاع الخاص والجهاز الإداري للدولة والقطاع العام التي تسرى عليها أحكام هذا القانون، إمساك سجل خاص لقيد المعوقين الحاصلين على شهادات التأهيل الذين التحقوا بالعمل لديهم ويجب أن يشتمل هذا السجل على البيانات الواردة في شهادة التأهيل، وعليهم تقديم هذا السجل إلى مفتش مكتب القوى العاملة الذى يقع في دائرته نشاطهم كلما طلب ذلك وعليهم إخطار هذا المكتب ببيان يتضمن عدد العاملين الإجمالي، وعدد الوظائف التي يشغلها المعوقين المشار إليهم، والأجر الذي يتقاضاه كل منهم ويكون السجل والإخطار بالبيان طبقاً للنماذج الموحدة التي يصدر بها قرار من وزير القوى العاملة.

ويحدد وزير القوى العاملة بقرار منه مواعيد الإخطار بالبيان. وعلى مديريات القوى العاملة، كل في دائرة اختصاصه، إخطار مديريات الشؤون الاجتماعية المختصة كل ستة أشهر ببيان إجمالي عن عدد الوظائف التي يشغلها المعوقون، والأجر الذي يتقاضاه كل منهم، وذلك طبقاً للأوضاع التي يحددها وزير الشؤون الاجتماعية." .

- مادة (16):

"يعاقب كل من يخالف أحكام المادة التاسعة من هذا القانون بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه والحبس مدة لا تتجاوز شهراً، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كما يعاقب بنفس العقوبة المسؤولون بوحدات الجهاز الادارة للدولة والقطاع العام الذين يخالفون احكام المادة العاشرة من هذا القانون ويعتبر مسئولاً في هذا الشأن كل من يملك سلطة التعيين.

كما يجوز الحكم بإلزام صاحب العمل بأن يدفع شهرياً للمعوق المؤهل الذي رشح له، وامتنع عن استخدامه مبلغاً يساوي الأجر أو المرتب المقرر أو التقديري للعمل أو الوظيفة التي رشح لها وذلك اعتباراً من تاريخ اثبات المخالفة. ولا يجوز الحكم بإلزام صاحب العمل بهذا المبلغ لمدة تزيد على سنة. ويذول هذا الإلزام إذا قام بتعيين المعوق لديه، أو التحق المعوق فعلاً بعمل آخر وذلك من تاريخ تعيين أو التحاق المعوق بالعمل. ويجب على صاحب العمل تنفيذ الحكم بإلزامه بأداء المبلغ المذكور خلال عشرة أيام من تاريخ صدوره، والاستمرار في هذا الأداء شهرياً في الميعاد المحدد بالحكم.

وفى حالة امتناع صاحب العمل عن أداء الأجر أو المرتب المشار إليه إلى المعوق، في الميعاد المقرر، يجوز تحصيله بناء على طلب العامل بطريق الحجز الإداري، وإدائه إليه دون أي مقابل أو أية رسوم من أي نوع كانت، ولا يستفيد المعوق إلا من أول حكم يصدر لصالحه. وفي حالة تعدد الأحكام بإلزام أصحاب الأعمال بالدفع عند تعددهم تؤول إلى وزارة الشؤون الاجتماعية المبالغ المحكوم بها في الأحكام الأخرى. وتخصص هذه المبالغ للصرف منها في الأوجه، وبالشروط وطبقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة التالية.

وتتعدد العقوبة بتعدد الذين وقعت في شأنهم الجريمة. كما تتعدد العقوبة بتعدد الامتناع عن تشغيل المعوق الواحد تطبيقاً لحكم المادتين (9، 10)، وذلك عن كل سنة يحصل فيها الامتناع بالنسبة له.

ويعاقب كل من يخالف أحكام المادة (15) بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وتقام الدعوى في جميع الأحوال على صاحب العمل أو وكيله أو المدير المسئول ولا يجوز الحكم بوقف التنفيذ في العقوبات المالية.

ثانياً: مبادئ المحكمة الدستورية العليا:

-أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة. وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية، ويرسم تخوم ولايتها، فال تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالفدر اللازم للفصل فيها.

-الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوياً على تقسيم أو تصنيف أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها. ويتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاءً بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها، فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها، بل يجب أن تعد مدخلاً إليها.

-ان التنمية الاقتصادية لا يتصور ان تتم الا من خلال ادواتها، ومن بينها عناصر القوة البشرية التي لا يجوز عزلها أو تحييدها، ذلك ان التنمية الشاملة لا تقوم الا بها، ولا يمكن أن تصل الى غايتها بعيداً عنها.

-ان العمل ليس منحة من الدولة تقبضها أو تبسطها وفق ارادتها ليتحدد على ضوئها من يتمتعون بها أو يُمنعون منها، بل قرره الدستور باعتباره شرفاً لمن يلتمس الطريق اليه من المواطنين، وواجباً عليهم ادائه، وحقا لا يهدر.

-أن للمشرع أن يرسم للإدارة حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعاً في إطار دائرة منطقية، تتوازن الإرادة في نطاقها، بدواعي العدل وحقائق الصالح العام.

-أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي.
-ان القانون الجنائي يفارق القوانين الأخرى في اتخاذه العقوبة أداة لتقويم ما يصدر عنهم من أفعال على خلاف نواهيه، وهو بذلك يتغيا ان يحدد ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعياً ممكناً.

تلخيص حيثيات الحكم القضائي:

بداية سنقوم في هذا البند ببيان حيثيات حكم المحكمة الدستورية العليا من الناحية الشكلية على الطعن المقدم من المدعي، ومن ثم سنبين دفوع المدعي وتعقيب المحكمة الدستورية العليا على كل دفع في الحكم محل الدراسة، وذلك على النحو التالي:

حيثيات حكم المحكمة الدستورية العليا من الناحية الشكلية:

ان الخصومة القضائية لا يتم قبولها الا من الأشخاص الذي يقع عليهم ضرر بسبب تطبيق النص القانوني الذي يتم الطعن بعدم دستوريته، سواء كان النص القانوني يشكل تهديداً بالضرر او يوقع ضرر فعلي. اما إذا كان النص لم يتم تطبيقه على من يدعي عدم دستوريته، او كان مطبق على فئة أخرى من غير الشخص الطاعن، او كان الاخلال بالحقوق من جراء هذا النص لم يتصل بالطاعن، فهنا لا تقوم المصلحة الشخصية المباشرة حيث ان الحكم بعدم دستورية هذا النص لن يعود على الطاعن بأي فائدة. وعلى ذلك يتعين ان يوجد دليل يمكن من خلاله بيان الاضرار التي يدعي الطاعن وقوعها عليه، واتصالها بالنص المطعون عليه.

الدفع الأول من المدعي:

ان المواد المشار اليها تخالف مبدأ المساواة امام القانون، ذلك ان إلزام الجهات بنسبة 5% لفئة المعاقين يعد تمييزاً لهذه الفئة عن غيرهم من المواطنين، مما يمنحهم ذلك الأولوية في التعيين وهو الامر الذي يعد مخالفاً لمبدأ المساواة المنصوص عليه دستورياً، حيث كان من الأجدى ان يُنص على هذه الأولوية في الدستور كما هو الحال مع المحاربين القدماء وأبناء وزوجات الشهداء .

تعقيب المحكمة الدستورية العليا على الدفع الاول:

ان العديد من المواثيق الدولية ذهبت الى تقرير الرعاية لفئة المعاقين وذلك بهدف تنمية قدراتهم، حيث تم بذل جهود كبيرة لدراسة حالات عجزهم وتقييمها للحد من الآثار المترتبة عليها، وقد دعت العديد من الآراء الى توعية المجتمعات بأن فئة المعاقين هم فئة من المواطنين وبالتالي يتعين منحهم حقوقاً يستطيعون من خلالها مواجهة ظروفهم ومسؤولياتهم، فالإعلان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ: 9/12/1975 برقم: (3447) اكد على ضرورة استخدام فئة المعاقين ومراعاة احتياجاتهم وتطويرهم لإعدادهم للحياة وتحفيزهم على الاندماج في المجتمع، كما اكد هذا الإعلان على ان حقوق فئة المعاقين الواردة به لا تعتبر استثناءً أو تمييزاً لهم عن غيرهم، بل قُدرت لهم لأنهم فئة لا تستطيع ان تُأمن ما هو ضروري لها. فضلا عن ذلك وبهدف دعم فئة المعاقين وتحقيق أكبر قدر لها من المساواة مع غيرهم من المواطنين، فقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم 96/48 بتاريخ: 20/12/1993 والذي تضمن عدداً من القواعد التي تساعد المعاقين في شتى المجالات في مواجهة العوائق التي تواجههم من الناحية العملية وذلك بهدف منح هذه الفئة فرص متكافئة مع غيرهم من المواطنين وعدم تمييزهم. ولما كان ما تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة ليس له قوة إلزامية للتقيد به، الا أنه يعد التزاماً ادبياً وسياسياً خصوصاً انه

التوجه العام الذي توافقت عليه الدول. وبالنظر الى النصوص المشار اليها محل الدراسة يتبين بأنها تقيدت بتلك القواعد لمنح المساعدة والحماية للمعاقين وكذلك الفرص التي تساهم في تمكينهم من تقديم اقصى ما لديهم من قدرات في مجتمعاتهم.

وصحيح ان منح الأولوية لفئة من المواطنين عن غيرهم يتعين ان يُنص عليه في الدستور، والاولوية هنا تعني ان تتقدم هذه الفئة عن غيرها من فئات المجتمع دون مزاحمة في الحق الممنوح لها بل ويترتب عليها استبعاد الفئات الأخرى عند تقدم هذه الفئة للحق الممنوح لها الأولوية على ضوءه، الا ان تخصيص نسبة 5% لفئة المعاقين للتوظيف في الجهات الحكومية لا يعد في هذه الحالة منح أولوية لها في التعيين حيث ان فئة المعاقين هنا لا يتقدمون غيرهم من المواطنين للحصول على الوظيفة في هذه الحالة.

ولما كان من الأهمية ان يتم تنظيم أوضاع المعاقين من خلال منحهم حقوقاً يتغلبون من خلالها على العوائق التي تواجههم للمشاركة في المجتمع والاسهام في تنميته على حد سواء مع المواطنين الآخرين وهو ما قام به المشرع عند النص على تأهيل هذه الفئة وتدريبهم لتمكينهم من حقهم بالعمل كما ان النصوص المطعون عليها لا تمنح افضلية للمعاقين ولا تجعلهم في مركز أقوى او أفضل، بالتالي تتحقق العدالة الاجتماعية التي يهدف الدستور الى كفالتها.

ودعماً لما سبق فإن الأصل أن التنظيمات التشريعية تحتوي على تقسيمات أو تصنيفات أو مميزات بين أطراف المجتمع كل حسب العبء الملقى عليه أو الامتيازات الممنوحة له، على ان ذلك فإن العبء الملقى أو الميزة الممنوحة بموجب هذا التشريع يجب ان تربطها رابطة معقولة مع الغرض الذي يهدف المشرع من خلاله الى تحقيق مصلحة عامة، وكذلك الوسائل المحددة للوصول

الى هذه المصلحة العامة، بالتالي فإن النصوص التشريعية في هذا الشأن لا تنفصل عن الأهداف المراد تحقيقها. ومما يدل على ذلك هو الآتي:

1- ان اتفاقية التمييز في مجال الاستخدام ومباشرة المهن رقم (111) تناولت في المادة (5) منها على انه لا تعتبر تمييزاً تلك التدابير الخاصة التي تقوم بها الدول عندما يكون الهدف منها منح الاعتبار للأشخاص الذين يتطلب وضعهم الصحي أو الاجتماعي أو الاقتصادي الاعتراف بتوفير الحماية والمساعدة الخاصة لهم لحاجتهم اليها.

2- أن قيام المجتمع على أساس من التضامن الاجتماعي وفق ما جاء بالمادة (7) من الدستور، يعني ان يكون افراد المجتمع متحدين ومتعاونين مع بعضهم البعض وان يشتركون في الالتزامات لبناء وحدة وطنية مترابطة، فلا يكون أيا منهم متقدماً عن الآخر او مسؤولياته اقل من الآخر بل يتعين ان تكون جميع الجهود على حد سواء لتتوفر الفرص للجميع لبنيان المجتمع.

الدفع الثاني من المدعي:

ان المادة (10) من القانون المشار اليه عندما ألزمت المخاطبين بها بالتعاقد مع المعوقين للعمل على الرغم من عدم الحاجة إليهم، تعتبر اخلت بحرية التعاقد والتي تندرج تحت الحرية الشخصية المكفولة دستورياً.

تعقيب المحكمة الدستورية العليا على الدفع الثاني:

ان الحرية في التعاقد لا تأخذ المعنى المطلق للحرية بأن للإرادة الحرية في ابرام العقود دون أي قيود؛ حيث ان الارادة لا يكون لها سلطان في ضوء القانون العام، اذ قد ينص المشرع على بعض القيود بشأن العقود - وان كان

بعضها يقع ضمن إطار القانون الخاص- وذلك من أجل الحفاظ على النظام العام في الدولة بالتالي لا يجوز لتلك الإرادة ان تتجاوز تلك القيود، فقد ينص المشرع على ان ابرام العقود يجب ان يكون في شكل معين او يستوجب خضوعها لقواعد معينة لشهرها، بالإضافة الى ان تدخل المشرع بوضع تلك القيود يكون ايجابياً بمعنى انه يهدف من وراء تلك القيود حماية الأطراف الضعيفة كما هو الامر في عقود الإذعان، وكذلك عقود العمل.

الدفع الثالث من المدعي:

إن فرض استخدام المعوقين في العمل بقوة القانون يؤثر على زيادة الدخل القومي المكفول وفقاً لخطة التنمية الشاملة لتنظيم الاقتصاد الوطني، مما يعد ذلك مخالفة دستورية لحكم المادة (23) من الدستور.

تعقيب المحكمة الدستورية العليا على الدفع الثالث:

ان تنمية الاقتصاد الوطني تكون بناء على عدداً من العوامل والأدوات ومن بينها العنصر البشري والذي من غير الممكن عزله او استبعاد مشاركته في تحقيقها، اذ ان التنمية الشاملة لا أساس لها بدون هذا العنصر ولن تتحقق الغاية منها دون وجوده وتعتبر فئة المعاقين من هذا العنصر، وبتدريب هذه الفئة وتوفير المتطلبات اللازمة لها لتتجاوز العقبات التي تواجهها سيكون لها اثراً فاعلاً في هذه التنمية.

الدفع الرابع من المدعي:

ان الدستور كفل للمعاقين حقاً بالحصول على معاش لعجزهم عن العمل في حين ان المشرع خرج عن هذا الامر ونص على استخدامهم في العمل بالجهات

الحكومية وهو بذلك يحمل المعاقين ما لا يطيقون ويعفي الدولة من التزامها بصرف معاشات للمعاقين.

تعقيب المحكمة الدستورية العليا على الدفع الرابع:

ان الحق في العمل ليس منحه أو تفضل من الدولة يمكن لها ان تمنع الافراد عنه او توفره لهم وفق ارادتها، بل هو حق مقرر دستورياً وتشريعاً لمن سلكه من المواطنين، وواجب تأديته، وعلى ضوءه يتمتع الافراد بحياة كريمة وتُبنى من خلاله شخصياتهم ويسهمون في تقدم المجتمع كما يصون هذا الحق التقاليد والقيم الاجتماعية والخلفية الاصلية التي تتعارض مع بقاء فئة المعاقين دون عمل بحجة الإعاقة وبالتالي لا يملكون تجاوز هذه الإعاقة او تصويب لأوضاعهم.

الدفع الخامس من المدعي:

ان العقوبات التي نص عليها قانون تأهيل المعوقين ليس لها سند دستوري، وان المادة (16) من القانون المذكور توقع عقوبتين عن فعل واحد، كما أن عقوبة الحبس تعد اكرهاً بدنياً وكان من الاجدى ان يتم الاكتفاء بالتعويض كجزاء عن الاخلال بالالتزامات المدنية.

تعقيب المحكمة الدستورية العليا على الدفع الخامس:

أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي، أي ان التشريعات النافذة بها يتعين الا تتعارض أو تستنقص من الحقوق المسلم بها دولياً والتي تعتبر ضمانات أساسية لصون حقوق الانسان وكرامته، ومن تلك الحقوق ما يتصل بالحرية الشخصية المكفولة دستورياً، كحق عدم تحمل العقوبة على جريمة الا

ممن أدين بها ويشترط ان تكون هذه العقوبة مناسبة للفعل المجرم قانوناً، فلا تكون مهينة او قاسية او تنطوي على تقييد حرية شخصية دون اتخاذ الطرق والوسائل القانونية السليمة، كما لا يجوز ان تتضمن معاقبة المُدان أكثر مره على فعل واحد.

ولما كان ما سبق يعتبر مبدأً مستقر عليه بين الدول وهو ان لا تزر الجريمة الواحدة وزرين، وان الأصل هو افراد عقوبة مناسبة لكل جريمة الا ان توقيع تلك العقوبة على مرتكبها واستيفائها يؤدي الى ان القصاص اكتمل وبالتالي تبرأ ذمة المُدان من هذا الفعل المجرّم، وعلى ذلك لا يجوز ان يتم معاقبة المُدان على ذات الفعل مرة أخرى او حتى محاولة ادانته.

وباستقراء النص المطعون عليه يتبين بأن المبالغ التي اوجب المشرع على المخالفين سدادها ما هي الا عبارة عن تعويضات للمعاقين نتيجة حرمانهم من العمل واعتبار انهم كانوا يشغلون العمل من تاريخ الحرمان ولمدة لا تزيد عن سنة.

وفيما يتعلق بعدم وجود سند دستوري للعقوبة المقررة بموجب النص المطعون عليه فإن القانون الجنائي وان كان يتماثل مع غيره من تشريعات الدولة حول تنظيم سلوكيات افراد المجتمع وعلاقتهم، الا انه يمتاز بفرض عقوبة على من يخالف الاحكام التي تضمنها وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة التي ينشدها من هذا التنظيم، وكذلك ان تكون تلك العقوبة مفيدة من الناحية الاجتماعية، اذ ان تجاوز هذه الحدود دون ضرورة تتطلب ذلك يعد مخالفة دستورية.

أما بالنسبة الى انه كان من الاجدى الاكتفاء بالتعويض كجزاء عن الاخلال بالالتزامات المدنية دون تقرير عقوبة الحبس، فإن العقوبة المقيدة للحرية

المتضمنة في النص المطعون عليه هدف المشرع منها ان يضمن دمج المعوقين
المؤهلين في المجتمع من خلال توفير فرص العمل اليهم ليكونوا قوة فاعلة، وتلك
هي المصلحة الاجتماعية التي أراد المشرع كفالتها وعاقب على من يخالفها.

الخاتمة "النتيجة التي توصلت اليها المحكمة الدستورية العليا بالنسبة للإشكالية":

توصلت المحكمة الدستورية العليا إلى الآتي:
أولاً: من الناحية الشكلية:

- جواز النظر في مدى دستورية المواد (10، 15، 16) فقط، وذلك لأن الطعن بالمواد المذكورة يتعلق بها شرط المصلحة الشخصية المباشر بالنسبة للمدعي وارتباط هذه المواد ببعض وكذلك بالطعن المرفوع، أما المادة (9) فلا يُنظر إلى مدى دستورتها لعدم ارتباطها بالطعن.

ثانياً: فيما يتعلق بدفع المدعي "الإشكالية":

وحيث سبق بيان التساؤلات المطروحة "الإشكالية" والتي هي مستخلصة من دفع المدعي، عليه سنكتفي في هذا البند ببيان ما توصلت إليه المحكمة الدستورية العليا تدريجياً على حسب الترتيب الوارد في بند "الإشكالية" أعلاه:

1- هناك عدة تدابير يتعين ضمانها للمعوقين بحسب حالاتهم منها تدابير اقتصادية واجتماعية وتشريعية، فالتدابير المتخذة في هذه الجوانب يتعين أن تراعي جميع المشكلات التي تواجه المعوقين لتساعدهم على الحد منها وتجاوزها، وذلك لا يعتبر تمييز مخالف للدستور، بل إن تلك التدابير تم اتخاذها بهدف حماية حقوق المعوقين ولمساواتهم في المراكز القانونية مع غيرهم من المواطنين.

2- إن ضمان الحرية لا يعني أن المشرع تغل يده عن تنظيمها كحق، حيث إن الحرية تعني أن يتم ممارستها بدون قيود جائرة وليس مباشرتها على إطلاقها ودون ضوابط تقتضيها المصلحة العامة، عليه ولما كانت القيود الناتجة عن

تطبيق النصوص المطعون عليها هو تحقيق مصلحة عامة تتمثل في ضمان توفير فرص عمل للمعوقين لهم وتنصفهم في مجال العمل، بالتالي فان الطعن بعدم دستورية النصوص لإخلالها بحرية التعاقد يكون على غير أساس.

3- لا يجوز تحية فئة المعاقين عن التنمية الاقتصادية الشاملة باعتبارها عنصر من عناصرها كبشر، والا كان ذلك تعطيلاً لهذه التنمية وتبديد لطاقتها وانصراف عن استثمار ملكاتها.

4- ان طعن المدعي يعني الاكتفاء بمنح فئة المعاقين معاشاً مناسباً ليكون بديلاً عن توفير فرص عمل إليهم، وفي ذلك يكون قد أبطل حق هذه الفئة في حياة ملائمة تكون كرامتهم قاعدتها واعتمادهم على أنفسهم مدخلها.

5- ان التعويض المالي المنصوص عليه يعتبر جزءاً مدني لا يتصادم مع الجزاء الجنائي ولا يتعارض معه ولا يعتبر النص عليهما تقرير لعقوبتين عن فعل واحد. وحيث ان تقدير المشرع استخدام المعوقين المؤهلين يعكس مصالح اجتماعية، بالتالي فإن تضمين النص القانوني عقوبة عند مخالفة ذلك الاستخدام ليس فيه مخالفة دستورية. كما ان عقوبة الحبس هدفها ضمان ادماج المعوقين المؤهلين في مجتمعاتهم من خلال العمل لما في ذلك من مصلحة اجتماعية، وبالتالي فإن تحديد هذه العقوبة ليس لمجرد الاخلال بالالتزام المدني أي "التعاقد".

وبناء على ما سبق فإن المحكمة الدستورية العليا رفضت الدعوى المرفوعة من قبل المدعي.

التعليق على الحكم محل الدراسة:

أولاً: مقدمة:

يعتبر مبدأ المساواة بين البشر من المبادئ الأساسية الراسخة التي تناولتها الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية، فقد قال الله عز وجل: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ (13) " ⁴⁴⁸، وقال صلى الله عليه وسلم " يا أيُّها الناس إن ربكم واحدٌ ألا لا فضلَ لعربيٍّ على عجميٍّ ولا لعجميٍّ على عربيٍّ ولا لأحمرٍ على أسودٍ ولا لأسودٍ على أحمرٍ إلا بالتقوى إن أكرمكم عند الله أتقاكم" ⁴⁴⁹، كما وتناولت هذا المبدأ العديد من المواثيق الدولية وكذلك الدساتير بشتى أنواعها باعتبار هذا المبدأ هو الأساس الذي تنهض به الدول وتتماسك، فهو المبدأ الذي تنبثق منه مبادئ حقوق الانسان وهو يعد الأساس الذي تقوم عليه الديمقراطية في أي دولة، بل يعتبر حق المساواة هو نواة جميع الحقوق الأخرى المقررة بموجب الدساتير، فلا يكون صحيحاً تقرير حق في الجانب الاجتماعي أو الاقتصادي أو أي جانب آخر لفئة معينة من البشر وحرمان فئة أخرى من هذا الحق لسبب يعود إلى دين أو لون أو جنس أو وضع صحي أو غير ذلك من الأسباب مالم يكن لهذا التمييز ضرورة تتمثل في مصلحة عامة اتجهت إرادة المشرع الى تحقيقها. ومما تجدر الإشارة اليه هنا هو أن عدم

⁴⁴⁸ القرآن الكريم، سورة الحجرات، آية (13).

⁴⁴⁹ موقع الدرر السنية، يمكن الوصول اليه من خلال الرابط التالي: www.dorar.net/hadith/sharh/118505 ، آخر زيارة بتاريخ: 2023/5/18م في تمام الساعة: 7:30 مساءً.

الآخذ بمبدأ المساواة أو في حالة الإخلال بهذا المبدأ فإن ذلك من شأنه ان يؤدي إلى انهيار الدولة بسبب التفرقة بين المواطنين وتعطيل مسيرة البناء والتنمية.

وبالنظر إلى أن شغل الوظيفة العامة يعد حق من الحقوق الدستورية المقررة لجميع المواطنين بإعتباره تشريعاً لهم ومن خلاله يضمن الفرد حياة كريمة له ولأسرته، ولكون الوظيفة العامة أصبحت من أهم العناصر بل قد تكون العنصر الأساس في قياس مدى تقدم الدول إذ أن الفرد من خلال وظيفته يسهم في تقدم دولته وتطورها ذلك أن الوظائف العامة لا معنى لها دون شغلها من قبل الأشخاص الذين تختارهم الدولة وتؤهلهم إليها؛ لذلك تعد المساواة في شغل الوظائف العامة بين المواطنين أحد أهم أشكال المساواة المنبثقة عن مبدأ المساواة بين المواطنين المنصوص عليه دستورياً.

ثانياً: موقف الفقه والتشريعات المقارنة ذات الصلة بموضوع الحكم محل الدراسة:

باستقراء الحكم محل الدراسة يتبين بأنه تناول مسألة التمييز الموضوعي بين افراد المجتمع، ووفقاً لما انتهى اليه الحكم لوحظ بأنه آخذ بفكرة التمييز الموضوعي بين المواطنين عندما يكون هؤلاء المواطنين في مراكز قانونية مختلفة، وقد اتجه الفقه في تعريفه للتمييز الموضوعي إلى اتجاهين، الاتجاه الأول آخذ بالمفهوم الواسع للتمييز الموضوعي فهو يعرف وفقاً لهذا الاتجاه بأنه جميع الاعمال المتخذة والتي بموجبها يتم الإخلال بمبدأ المساواة من الناحية الشكلية وذلك بهدف تحقيق المساواة الواقعية، الا ان هذا التعريف تم انتقاده نظراً لشموله فئات عديدة من المجتمع وبالتالي إمكانية استفادتهم من هذه الاعمال المميزة دون اقتصاره على فئة معينة بذاتها مستحقة لهذه الاعمال،

وعلى ذلك ذهب الاتجاه الثاني الى تعريف التمييز الموضوعي وهو الذي نتفق معه، بأنه: (مجموعة من التدابير التفضيلية المقررة لصالح فئة من الفئات التي عانت من التمييز ضدها، من اجل تصحيح أوضاعهم).⁴⁵⁰

ومما تقدم يتبين بأن التمييز الموضوعي يخرج عن القاعدة العامة في مبدأ المساواة وهي أن يكون المواطنين متساويين أمام القانون في الحقوق والواجبات، وذلك لأن التمييز الموضوعي يفاضل فئة معينة عن فئات المجتمع إلا أن هذا التمييز لا يكون جائزاً إلا عندما يقترن بشروط وأسس قانونية معينة وليس تمييزاً بحتاً دون مبررات مقبولة، بالتالي يجوز للمشرع الذي يأخذ بفكرة التمييز الموضوعي أن يستثني بعض فئات المجتمع من مبدأ المساواة أمام الوظيفة العامة بحيث يمنحها أفضلية على غيرها من الفئات شريطة أن تكون الفئة المستفيدة من هذا الاستثناء أو الامتياز في مركز قانوني مختلف عن باقي فئات المجتمع، بمعنى آخر ان عدم تطبيق التمييز الموضوعي للفئة صاحبة المركز القانوني الأدنى سيجرب عليه عدم وجود مساواة فعلية بين هذه الفئة وغيرها من فئات المجتمع، أي ان الهدف من تطبيق التمييز الموضوعي هي تحقيق المساواة الفعلية لجميع فئات المجتمع، ومن الأمثلة على هذه الفئات التي يطبق المشرع عليها التمييز الموضوعي فئة الأشخاص من ذوي الاحتياجات الخاصة "المعوقين".

ولما كانت فكرة التمييز الموضوعي تتعارض صراحة مع مبدأ المساواة لذلك من الجدير بالذكر أن نبين بأن الأخذ بهذه الفكرة يشترط بدايةً وجود نصاً

450 د. اسلام إبراهيم شيجا، حق ذوي اعاقه في تولي الوظائف العامة بين المساواة والتمييز الموضوعي "دراسة مقارنة"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية واقتصادية، جامعة اسكندرية - كلية الحقوق، 2018، ص1340-1343

دستورياً يقرر ذلك التمييز - بهدف كفالة حق الفئة صاحبة المركز القانوني الأدنى وتحقيق المساواة بينها وبين المراكز القانونية للفئات الأخرى في المجتمع- كما هو الحال بالنسبة للمحاربين القدماء والمصابين في الحروب أو بسببها ولزوجات الشهداء وبنائهم عندما نص دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971 في المادة (15) منه على منح هذه الفئة أولوية في فرص العمل، وأيضاً ما نص عليه دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 ولأول مرة في دساتير الجمهورية، بتوفير المساعدات اللازمة للمعاقين المتهمين في بلاغات جنائية وكذلك توفير وسائل الاتاحة للمعاقين المحجوزين أو المحبوسين وفقاً للمادتين (54) و (55) منه، وما نصت عليه المادة (81) أيضاً من ذات الدستور بإلزام الدولة بكفالة جميع حقوق ذوي الإعاقة وتوفير فرص العمل لهم وتخصيص نسبة معينة منها لهم، كما تضمنت الإلزام بتهيئة المرافق والبيئة المحيطة لهم، وادماجهم مع غيرهم من المواطنين وذلك اعمالاً لمبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص، وغير ذلك من النصوص الدستورية ذات العلاقة بحقوق ذوي الإعاقة⁴⁵¹.

وقد جاء المشرع المصري في القانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وحدد لعمل فئة الأشخاص من ذوي الإعاقة نسبة (5%) من مجموع العاملين بالجهات الحكومية وغير الحكومية وأصحاب الاعمال الذي يستخدمون عشرين عاملاً فأكثر⁴⁵²، وهذه النسبة هي ذاتها التي تضمنها قانون تأهيل المعوقين رقم (39) لسنة 1975، إلا أن القانون الأخير كان يلزم

⁴⁵¹ دستور جمهورية مصر العربية عام 1971، دستور جمهورية مصر العربية عام 2014.

⁴⁵² أنظر المادة (22) من القانون المصري رقم (10) لسنة 2018 بشأن حقوق الاشخاص ذوي الإعاقة.

أصحاب الاعمال الذين يستخدمون خمسين عاملاً فأكثر بهذه النسبة أما قانون 2018 فيلزم أصحاب الاعمال الذي يستخدمون عشرين عاملاً فأكثر بالنسبة المئوية المذكورة لفئة ذوي الإعاقة، مما يزيد فرص العمل لفئة ذوي الإعاقة لشرائح أكبر من أصحاب الاعمال.

تجدر الإشارة الى أن الحكم محل الدراسة قرر أن الاجراء المتخذ من قبل المشرع فيما يتعلق بتطبيق التمييز الموضوعي لفئة ذوي الإعاقة بتخصيص نسبة لهم في الوظائف العامة دون وجود نصاً دستورياً بذلك، لا يعد اخلاقاً دستورياً من قبل المشرع لكون إرادته وتفسير النص ليس فيه ما يبين وجود مفاضلة لفئة المعاقين على غيرها من الفئات بحيث تكون أكثر بنسباً وافضل موقعاً من غيرهم من المواطنين، وانما كان الهدف هو منح الفئة المذكورة حقوقاً لإعادة الموازنة بين المراكز القانونية التي اختلت نتيجة الإعاقة التي اصابت فئة المعاقين، بالتالي فإن حكم المحكمة الدستورية محل الدراسة برر دستورية نظام الحصص استناداً إلى عدة أفكار وهي فكرة العدالة الاجتماعية وفكرة الكرامة الإنسانية، وفكرة الاندماج المجتمعي لفئة ذوي الإعاقة⁴⁵³.

وبالرجوع الى التشريعات القطرية نجد أن الدستور الدائم لدولة قطر 2004م لم يأخذ بفكرة التمييز الموضوعي لفئة ذوي الإعاقة، إلا أن المشرع القطري بموجب القانون رقم (2) لسنة 2004 بشأن ذوي الاحتياجات الخاصة نظم أوضاع هذه الفئة آخذاً بفكرة التمييز الموضوعي، حيث ألزم المشرع الجهات المختصة بالدولة بتوفير نسبة (2%) من مجموع درجات الوظائف لديها لفئة ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث نصت المادة (5) من القانون المذكور على

⁴⁵³ د. اسلام إبراهيم شيجا، مرجع سابق، ص 1346 الى ص 1350.

الآتي: (يخص لذوي الاحتياجات الخاصة الذين يحملون الشهادات أو البطاقات المنصوص عليها في المادة السابقة، نسبة لا تقل عن 2 % من مجموع درجات الوظائف في الجهات المختصة.) ، كما نص المشرع في الفقرة الأولى من المادة (6) من القانون رقم (2) لسنة 2004 على أنه: (تكون الأولوية في التعيين في الوظائف والأعمال المخصصة لذوي الاحتياجات الخاصة للمصابين منهم بسبب العمليات الحربية أو اثناء أداء الخدمة العسكرية أو بسببها).⁴⁵⁴ بالإضافة إلى ذلك فإن القانون المذكور تضمن العديد من الحقوق لفئة ذوي الاحتياجات الخاصة والتزامات على عاتق الدولة اعمالاً لمبدأ المساواة بين المواطنين، وذلك بهدف ادماج فئة ذوي الاحتياجات الخاصة في المجتمع من خلال تهيئة البيئة المحيطة بهم ومنحهم الوسائل والادوات اللازمة التي تعينهم على ممارسة حياتهم دون عوائق. وقد عاد المشرع القطري في عام 2016م وأكد على إلزام الجهات الحكومية بتوفير فرص عمل لفئة ذوي الاحتياجات الخاصة وذلك وفقاً للمادة (14) من قانون الموارد البشرية رقم (15) لسنة 2016، والتي نصت على ان: (تلتزم الجهات الحكومية بتوفير الوظائف المقررة لذوي الإعاقة وفقاً لأحكام القانون رقم (2) لسنة 2004 بشأن ذوي الاحتياجات الخاصة، مع تزويدهم بجميع الوسائل الملائمة لتأدية واجباتهم الوظيفية، وتجهيز أماكن عملهم بالمتطلبات التي تناسب احتياجاتهم).⁴⁵⁵

وفي رأينا أن ما سلكه المشرع القطري في القانون رقم (2) لسنة 2004 المشار اليه عندما نظم أوضاع فئة ذوي الاحتياجات الخاصة وقرر لهم حقوقاً وحلولاً تسهم في تنمية المجتمع وادماجهم فيه هو أمر محمود وعادل اعمالاً لمبدأ

⁴⁵⁴ القانون القطري رقم (2) لسنة 2004 بشأن ذوي الاحتياجات الخاصة.

⁴⁵⁵ القانون القطري رقم (15) لسنة 2016 بإصدار قانون الموارد البشرية المدنية.

المساواة بين المواطنين المنصوص عليها دستورياً، الا اننا نختلف مع المشرع القطري في تقريره الأولوية في التعيين لفئة المصابين من ذوي الإعاقة بسبب العمليات الحربية أو اثناء أداء الخدمة العسكرية أو بسببها، وذلك في الوظائف والأعمال المخصصة لذوي الاحتياجات الخاصة وفقاً لما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (6) من القانون المشار اليه؛ وذلك لأن تقرير الأولوية بحيث تتقدم فئة من المجتمع على غيرها من الفئات يجب أن يكون بناء على نص في الدستور وليس نص في القانون، وهو الامر الذي يؤكد الحكم محل الدراسة عندما أورد في حيثياته الآتي: (وحيث انه وان صح القول بأن تقرير أولوية لبعض المواطنين على غيرهم في مجال العمل، لا يجوز الا بناء على نص في الدستور، .. إلخ).

وأخيراً يلاحظ بأن هناك اختلاف في النسبة المئوية الملزم توفيرها من قبل الجهات المختصة بالدولة لشغلها من قبل فئة ذوي الاحتياجات الخاصة بين التشريع القطري والتشريع المصري، حيث ينص التشريع المصري على نسبة (5%) في حين ينص التشريع القطري على نسبة (2%) وفي رأينا ان هذا الاختلاف مقبول نسبةً لعدد المواطنين في كلا البلدين، إذ يعتبر عدد مواطنين جمهورية مصر العربية أضعافاً مضاعفة لعدد المواطنين في دولة قطر.

ثالثاً: رأي الباحث حول حكم المحكمة الدستورية العليا محل الدراسة:

بناء على ما سبق، يتبين بأن ما انتهى اليه الحكم محل الدراسة جاء صحيحاً ومتوافق مع القانون، وذلك لعدم تقرير المشرع المصري الأولوية في التعيين بالوظائف العامة لفئة ذوي الاحتياجات الخاصة بحيث يتقدمون على غيرهم من المواطنين، بل هدف المشرع من خلال تنظيمه لأوضاع هذه الفئة هو منحهم حقوقاً وامتيازات لتيسير ادماجهم في المجتمع والاستفادة من طاقاتهم وذلك بما

يتوافق مع حالتهم الصحية ومركزهم القانوني على حد سواء مع غيرهم من المواطنين، بحيث يكون ذلك إعمالاً لمبدأ المساواة وتحقيقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي، ومما يعضد رأينا هنا هو ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا بأن للمشرع وفقاً لسلطته التقديرية ومقتضيات الصالح العام أن يضع قواعد وشروط موضوعية على ضوئها يساوي بين المراكز القانونية للأفراد أمام القانون، وذلك إعمالاً لمبدأ المساواة⁴⁵⁶.

وأخيراً نوصي المشرع القطري بالنسبة لما سلكه بشأن منح الأولوية في التعيين لفئة المصابين من ذوي الإعاقة بسبب العمليات الحربية أو اثناء أداء الخدمة العسكرية أو بسببها وفقاً لما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (6) من القانون رقم (2) لسنة 2004 المشار اليه، بإدخال تعديل تشريعي على القانون المذكور وذلك بحذف حق الأولوية للفئة المذكورة؛ ذلك ان منح الأولوية كما سبق وان بينا يجب أن يكون بموجب نص في الدستور وليس القانون وذلك لتعارض الحق المذكور مع مبدأ المساواة بين المواطنين امام القانون، كما نوصي بإدخال تعديلات تشريعية على كل من دستور دولة قطر وقانون ذوي الاحتياجات الخاصة وذلك لتضمينهما مسألة التمييز الموضوعي لفئة ذوي الإعاقة على غرار ما سلكه المشرع المصري، وذلك كفالةً لحق هذه الفئة وحمايةً لها ولمساواتها في المراكز القانونية مع غيرها من فئات المجتمع.

456 المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية، القضية رقم 50 لسنة 21 قضائية "دستورية"، جلسة 12 مايو سنة 2002م.

المراجع:

الكتب والأبحاث العلمية:

- د. اسلام إبراهيم شيحا، حق ذوي اعاقة في تولي الوظائف العامة بين المساواة والتمييز الموضوعي "دراسة مقارنة"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية واقتصادية، جامعة اسكندرية - كلية الحقوق، 2018.

التشريعات:

- دستور جمهورية مصر العربية 1971.
- الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004م.
- دستور جمهورية مصر العربية 2014.
- القانون القطري رقم (2) لسنة 2004 بشأن ذوي الاحتياجات الخاصة.
- القانون القطري رقم (15) لسنة 2016 بإصدار قانون الموارد البشرية المدنية.
- القانون المصري رقم (10) لسنة 2018 بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

المصادر الالكترونية:

- موقع الدرر السنية، يمكن الوصول اليه من خلال الرابط التالي:

www.dorar.net/hadith/sharh/118505

القرآن الكريم:

- سورة الحجرات، آية (13).

الاحكام القضائية:

- حكم المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية، في القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية "دستورية"، جلسة 5 أغسطس 1995م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية، في القضية رقم 50 لسنة 21 قضائية "دستورية"، جلسة 12 مايو سنة 2002م

La place des investigations scientifiques dans la justice pénale / The place of scientific investigations in criminal justice – Dr. Elie KallasUSEK & IUL.

Résumé

La criminalistique occupe une place de plus en plus importante dans l'enquête judiciaire. Les enjeux scientifiques depuis la scène de crime jusqu'au procès pénal sont multiples. De nombreux intervenants sont amenés à se côtoyer : techniciens, scientifiques, médecins légistes, enquêteurs et magistrats. Des tensions sont perceptibles lorsqu'est abordée la question de la place de la science dans le processus pénal. La raison principale de cette situation est que la prise en compte de l'indice matériel dans l'enquête judiciaire et le procès pénal n'est pas clairement établie. La formation des juristes et des enquêteurs ne leur permet pas de superviser les enquêtes scientifiques. Le rôle et la place des scientifiques dans l'enquête criminelle doivent être réexaminés. La résolution des tensions pourrait passer par la mise en place d'un nouveau personnage : le coordinateur scientifique. Cela constituerait un changement paradigmatique et une nouvelle activité scientifique

complexe. Ce scientifique s'associerait à l'enquêteur et au magistrat pour les conseiller tout au long du processus judiciaire, depuis la scène de crime jusqu'au procès pénal. Pour jouer ce rôle, le coordinateur devra être un scientifique de haut niveau bénéficiant d'une solide formation théorique et pratique.

Abstract

Forensic science takes ever more important place in the investigation of crime. From the scene of crime to the Court, scientific stakes are multiple. Many participants are brought into the investigation : technicians, scientists, forensic pathologists, investigators and judges. Tensions are evident between them and the place of science within the judicial process is unclear. The main reason of this situation arises because physical evidence is poorly considered in the criminal investigation and not clearly established. The training of jurists and investigators does not cater for the supervision of scientific investigation. The role and the place of the scientists must be re-examined. The resolution of the tensions could go through the implementation of a new role, the scientific coordinator. This would consist of a paradigmatic change and a new complex scientific activity. This scientist would be associated to the investigator and to the judge to advise them throughout the judicial process from the scene of crime to the court. This coordinator should be a high-level scientist, having a robust theoretical and practical training.

Introduction

Parler de coordination scientifique des investigations criminelles, c'est parler de criminalistique. De nombreuses définitions de la criminalistique existent. La définition des « *Forensic Sciences* » donnée par l'American Academy of Forensic Sciences (<http://www.aafs.org/>)⁴⁵⁷ est certainement une de celles qui convient le mieux à la criminalistique et une des plus exhaustives car elle est décrite comme « *l'étude et la pratique de l'application de la science pour les desseins de la justice* ». On conçoit aisément que toute science, qui peut concourir même de façon ponctuelle, marginale ou occasionnelle aux investigations criminelles, fait partie de la criminalistique.

⁴⁵⁷ L'Académie Américaine des Sciences Forensiques (AASF) est une société pour les professionnels de la science forensique et a été créée en 1948. Elle est basée à Colorado Springs, Colorado, USA. L'AASF est une organisation professionnelle multidisciplinaire fournissant une supervision visant à faire avancer la science et son application au sein du système légal. Malgré son nom, l'AASF contient des membres de plus de 70 pays et son président actuel vient des Pays-Bas. Les objectifs de l'AASF sont la promotion du professionnalisme, de l'intégrité, de l'expertise, de l'éducation, l'accueil de la recherche, l'amélioration de la pratique et l'encouragement de la collaboration dans le domaine des sciences forensiques.

La criminalistique prend une place de plus en plus grande dans l'enquête judiciaire. Plusieurs raisons à cela, tout d'abord la place de plus en plus restreinte de l'aveu en matière de preuve et la fragilité des témoignages, la progression des principes du contradictoire, l'évolution des sciences qui offre des moyens toujours plus importants et précis aux enquêteurs, la médiatisation des affaires criminelles, l'influence exercée sur le public et les praticiens de la justice des productions cinématographiques et télévisuelles autrement dit le « crime scene investigation effect (CSI effect)⁴⁵⁸ ».

Au centre de la criminalistique, se trouve le crime et la ou les scènes d'investigation, car tout part de la scène d'investigation, gravite autour de celle-ci et tout finit par y revenir et notamment le procès qui est censé expliquer aux juges ce qui s'est passé. En même temps, la scène d'investigation reste le maillon faible de l'enquête judiciaire et de la criminalistique. Des laboratoires avec des

⁴⁵⁸- The CSI effect describes the various ways in which the exaggerated portrayal of forensic science on crime television shows such as CSI: Crime Scene Investigation influences public perception. The term was first reported in a 2004 USA Today article describing the effect being made on trial jurors by television programs featuring forensic science.

instruments de plus en plus complexes travaillent sur des traces matérielles de plus en plus ténues et rendent des résultats d'une extrême précision et ce, encadrés par des processus d'accréditation qui garantissent que les méthodes d'essais utilisées sont validées, les équipements suivis et les personnels qualifiés⁴⁵⁹. Mais le plus moderne et le plus sophistiqué des laboratoires de criminalistique ne travaille qu'avec les traces que l'on va lui fournir. C'est dire ici l'importance de la phase d'observation, de détection, de collecte, de préservation, d'acheminement de ces traces et plus généralement de la traçabilité des éléments collectés.

Sur la scène d'investigation, l'importance du travail des premiers intervenants puis des techniciens de scène de crime et des scientifiques est donc considérable. Une bonne gestion de la scène d'investigation est un enjeu majeur.

Comment faire en sorte que des disciplines très variées se côtoient ? A quels moments les faire intervenir dans l'enquête judiciaire ? S'agit-il de disciplines qui interviennent dès le début, sur la scène d'investigation ou qui sont

⁴⁵⁹ -FOX Lionel, *Enquêtes criminelles*, Marabout, Vanves, 2016, p. 31 ss.

pratiquées dans des laboratoires ? Quelle doit être leur chronologie d'intervention ?

Des résultats vont être fournis. Comment les interpréter ? Comment lier ces résultats entre eux ? Bien des questions se posent.

De nombreux intervenants sont donc amenés à se côtoyer et à intervenir à différents moments de l'enquête judiciaire. Les techniciens, les scientifiques vont devoir informer les enquêteurs et les magistrats. Comment ces derniers vont-ils comprendre et intégrer les données scientifiques ? Comment présenter les données scientifiques lors du procès d'assises ?

Tenter de répondre à ces questions, c'est s'interroger sur la manière dont on raisonne en matière d'investigations scientifiques dans une affaire judiciaire. Question majeure, qu'est-ce qui fait sens sur un lieu d'investigation ? Comment certaines traces interpellent-elles et qu'est-ce qui conduit à leur prélèvement ? Comment une trace devient-elle un indice ? Des processus de raisonnement existent. Ils ne s'arrêtent pas bien évidemment à la scène d'investigation

mais se poursuivent pendant l'enquête par la confrontation d'hypothèses puis lors de la phase probatoire⁴⁶⁰.

Nous allons tenter de les préciser. Les modèles de raisonnement utilisés en médecine, abondamment étudiés et publiés, constitueront pour nous une source d'information et de comparaison pour le raisonnement dans les investigations criminelles.

Nous posons l'hypothèse que la prise en compte de l'indice matériel dans l'enquête judiciaire et le procès pénal n'apparaît pas clairement établie. Le juge doit s'appuyer pour prendre ses décisions sur des données scientifiques qui ne doivent constituer, dans tous les cas, qu'un élément du dossier⁴⁶¹. La science ne peut se substituer au droit. Des incompréhensions existent entre scientifiques, enquêteurs, gestionnaires de scène d'investigation et magistrats quant aux besoins de chacun d'eux. Le rôle et la place des

⁴⁶⁰- Philippe Bourbeillon, *Sur les traces des grands criminels : Quand la science mène l'enquête*, Alisio, Paris, 2022, p. 22 ss.

⁴⁶¹- Arrêt 273 du 6 novembre 2003, 6ème ch. C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 517.

scientifiques dans l'enquête criminelle doivent être réexaminés.

Pour cela n'est-il pas nécessaire de coordonner les efforts de chacun et donc de mettre en place un coordinateur scientifique des investigations criminelles, c'est-à-dire un personnage qui supervise, coordonne et évalue les actions scientifiques liées aux investigations judiciaires ?

Nous tenterons de définir le cursus, les missions de ce personnage et d'exposer, au travers de l'examen de cas concrets d'affaires criminelles traitées, tout l'intérêt qu'il pourrait représenter ainsi que sa dimension éthique.

Paragraphe 1. La criminalistique et la coordination scientifique des investigations

A. Généralités

La criminalistique : de quoi s'agit-il exactement ?
L'appellation de science forensique est une traduction du terme anglais Forensic Science qui a lui-même, pour origine latine, le mot forum. Notons cependant que Diderot et

d'Alembert (1751)⁴⁶², dans leur célèbre encyclopédie parlent, au XVIIIème siècle, pour la médecine légale de « *médicina forensis* ».

L'American Academy of Forensic Sciences (<http://www.aafs.org/>) définit les Forensic Sciences comme l'étude et la pratique de l'application de la science pour les desseins de la justice. Les Forensic Sciences intègrent des disciplines médico-légales telles que la thanatologie, l'anthropologie et l'odontologie.

Pour certains auteurs, le terme de Forensic Sciences se confond avec celui de criminalistique. Pour Fournier (1989), la criminalistique est « la recherche et l'exploitation des indices en vue de la manifestation de la vérité. »

Par ailleurs le mot criminalistique n'est pas employé par certains qui lui préfèrent les termes de Police technique et

⁴⁶²- L'*Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* est une encyclopédie française, éditée de 1751 à 1772 sous la direction de Denis Diderot et, partiellement, de Jean Le Rond d'Alembert. Elle est un ouvrage majeur du xviii^e siècle et la première encyclopédie française. Par la synthèse des connaissances du temps qu'elle contient, elle représente un travail rédactionnel et éditorial considérable pour cette époque et fut menée par des Encyclopédistes constitués en « société de gens de lettres ».

scientifique avec les classiques définitions qui sont les suivantes (Fombonne, 1996) :

“La Police technique est l’activité visant à la réalisation des constatations et des prélèvements ainsi qu’à leur relevé, rassemblement et conditionnement en vue de leur exploitation scientifique future”.

La Police scientifique est un ensemble de sciences et de méthodes visant à la recherche et à l’identification des auteurs d’infractions à partir de la recherche et de l’exploitation d’indices matériels. C’est une activité de laboratoire qui consiste à répondre aux questions judiciaires des enquêteurs⁴⁶³.

B. Historique

Un peu d’histoire nous aide à comprendre...

Plusieurs livres concernant l’histoire de la médecine légale ont été publiés ces dernières années. De même, plusieurs livres anglo-saxons dédiés à la science forensique,

⁴⁶³- Christian Jalby, *La police technique et scientifique*, Que Sais-Je, Paris, 2017, p.5 ss.

consacrent un chapitre à l'histoire de la discipline. Si beaucoup de ces textes traitent des différentes spécialités et de leurs pionniers, du travail des techniciens de scène de crime ou de ceux des laboratoires, ils font rarement de liens précis entre ces différents acteurs ou n'abordent que succinctement la coordination des opérations de criminalistique et l'intégration des données scientifiques tout au long du processus judiciaire.

Cependant, un certain nombre de chercheurs, que nous allons évoquer, ont œuvré au développement de la preuve scientifique et au concept de coordination des investigations criminelles et ce par leurs travaux, leurs théories, leur compréhension de la scène d'investigation et du travail des différents spécialistes de la police technique et scientifique, de la médecine légale et des enquêteurs.

Pour revenir au commencement, en matière de résolution des crimes, la recherche de la preuve est, depuis longtemps, une préoccupation majeure.

La notion de preuve a, au cours du temps, largement évolué puisque l'on est passé de la preuve de l'aveu pour aborder plus récemment, dans la période contemporaine, la notion

d'intime conviction du magistrat, éclairée par le témoignage humain et l'aveu⁴⁶⁴.

Dans l'histoire contemporaine, la science est apparue progressivement par le biais d'experts privés: médecins, chimistes,... avant que ne se structure la preuve matérielle, fondée sur l'exploitation scientifique de la trace.

Aux Etats-Unis, au XVIIIème siècle, était admise l'intervention de personnes disposant « d'une formation et d'une expérience spécifiques », que les membres du jury et plus généralement, les individus « *ordinaires* » ou « *moyens* » ne pouvaient pas posséder. Au cours du XIXème siècle, les tribunaux ont adopté un texte plus exigeant. Toute personne pouvait intervenir en tant qu'expert, dès lors qu'elle tirait des revenus d'une activité professionnelle dans le domaine où elle témoignait. C'est ce que l'on a appelé le « *commercial market place test* ».

Mais parler d'investigations scientifiques dans les affaires criminelles conduit à aborder aussi la médecine légale. Les

⁴⁶⁴ - DEMARCHI Jean-Raphaël, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, LGDJ, 2012. Thèse soutenue en 2010 à Nice.

liens entre la médecine et le droit, la collaboration avec l'instruction judiciaire, se sont étoffés au fil des siècles et les médecins légistes, avec en particulier les enseignants de médecine légale, ont eu une grande aura et ont souvent exercé la fonction de doyen dans les universités et facultés de médecine. La médecine légale est devenue progressivement une activité noble. Chauvaud (*Professeur émérite en Histoire contemporaine – Université de Poitiers*), considère que, du point de vue juridique, une mutation appréciable s'est opérée avec le recours des magistrats à la collaboration de professionnels apportant des faits basés sur l'autopsie. Il déclare : « *La justice est en train de se rationaliser, de passer de l'application de la loi par un juge qui l'interprète à la dictature d'un fait révélé par l'expert* »⁴⁶⁵.

Les développements de la criminalistique vont progressivement investir le champ de la médecine légale. Jusque vers le milieu du 19^{ème} siècle, le seul moyen de repérer et de reconnaître les criminels était de les marquer au fer rouge, surtout dans la perspective d'une récidive

⁴⁶⁵ -François Audigier, *Les grandes affaires criminelles*, Tempus Perrin, 2022, 416 p.

possible⁴⁶⁶. C'était donc la seule méthode dont on disposait pour identifier les récidivistes vers les années 1830–1840.

En 1875, la préfecture de police de Paris embauche, comme employé aux écritures, Alphonse Bertillon⁴⁶⁷ qui vient d'échouer à deux années de médecine. Il est chargé de copier le nom des personnes arrêtées par la police à la suite de différents crimes et délits. Conscient de voir toujours les mêmes personnes se présenter sous des noms différents à quelques semaines d'intervalle et ayant toujours la passion des mesures, il a l'idée de faire une description objective des personnes arrêtées en prenant des mesures anthropométriques de celles-ci.

En 1882, il crée la fiche anthropométrique d'identification des personnes. Grâce à l'autorisation du préfet, il identifie

⁴⁶⁶- HAUSER Jean, *Filiation – Identification génétique. – Procréation médicalement assistée*, JurisClasseur Code civil, 1997.

⁴⁶⁷- Alphonse Bertillon est le petit-fils du démographe Achille Guillard (1799-1876)

directeur des Statistiques du département de la Seine et cofondateur de l'école d'anthropologie au sein de laquelle il crée la chaire de démographie.

300 récidivistes et il crée en 1891, à Paris, le premier fichier d'identification du monde. Le concept de « *bertillonage* » connaît un succès national et mondial.

Les travaux de Bertillon, exploitant la « *métrique* » du corps humain permettent ainsi aux enquêteurs de « *faire avouer les corps* » et de pallier le manque de fiabilité des témoignages et des aveux « *A cette trouvaille des banques de données humaines se serait ajoutée une autre trouvaille, la création de bases de données d'objets. Aurait ainsi été créé un cadre de rationalités pratiques, de modalités d'investigation et de tradition de savoir-faire nécessaire pour accueillir des appareillages sophistiqués*».

Il faut attendre Hans Gross (1893)⁴⁶⁸, magistrat autrichien, pour clarifier les concepts. Il est conduit, de par son expérience professionnelle, à émettre l'opinion suivante : « *Puisque les individus sont, en général, peu fiables, que les enquêteurs ont pour pires ennemis eux-mêmes, une*

⁴⁶⁸- GROSS Hans, *Criminal investigation; a practical handbook for magistrates, police officers, and lawyers, translated and adapted from the System der kriminalistik*, Generic, 1907, 1003 p.

manière méthodique, systématique de détermination des faits dans une affaire est nécessaire. »

Il proclame les vertus de la science contre l'intuition et prône une approche systématique vers une reconstruction holistique de la scène de crime luttant contre l'expérience autodidacte et la sur-spécialisation. Il souligne l'importance de l'objectivité et de la théorie de la falsifiabilité lorsque l'on cherche à reconstruire des événements. C'est lui qui crée le mot « *criminalistique* » et publie un manuel du juge d'instruction.

Son livre « *system der Kriminalistik* » est le premier document détaillé qui offre une vue complète de la philosophie et de la pratique des investigations criminelles scientifiques, des analyses forensiques et de la reconstruction de la scène de crime.

C'est donc une mutation profonde que subit le processus de recherche de la manifestation de la vérité dans les enquêtes policières et judiciaires à la fin du 19^{ème} et au début du 20^{ème} siècle. C'est l'Europe continentale qui voit la naissance de la science forensique et le développement des

premiers laboratoires. La recherche et l'interprétation des traces deviennent un nouveau métier.

Cet aperçu historique nous fournit quelques clés de compréhension. Il nous paraît important de souligner successivement la vision globale du rôle de la criminalistique acquise dès le début du 20^{ème} siècle en particulier avec Gross, Reiss et Locard, l'évolution des pratiques en Grande Bretagne concernant la gestion de la scène de crime, les publications relatives à l'interprétation des indices, l'intérêt de la trace matérielle pour le renseignement, mais force est de constater qu'il n'y a pas de notre point de vue d'auteurs qui ont fourni une approche exhaustive des pratiques dans une vision de coordination scientifique.

Paragraphe 2. La coordination du lieu d'investigation au laboratoire et la justice

Il n'est pas question de rentrer dans le détail des protocoles de travail sur une scène d'investigation ou dans les laboratoires de criminalistique ou de préciser l'action des enquêteurs et des magistrats mais de souligner certains aspects qui, de notre point de vue, peuvent avoir une

importance en terme de coordination ou pour le moins constituent des points qui prêtent à discussion.

A. considérations générales

Plusieurs définitions de la scène d'investigation existent « *Ensemble des lieux et des personnes, liés à un crime ou un délit, justifiant l'intervention des services de police* »

La scène d'investigation peut donc comporter une pluralité de lieux : Le corps du délit, le lieu de sa découverte, le lieu de sa provenance, le lieu de découverte des indices, le véhicule ayant servi au transport du cadavre, les voies d'accès et de fuite, le domicile du suspect, le domicile de la victime, l'informatique⁴⁶⁹.

La scène d'investigation doit permettre de prouver « qu'un crime a été commis ou d'établir des éléments du crime, de démontrer le contact de personnes ou d'objets avec la scène d'investigation, d'établir l'identité des personnes associées au crime, d'innocenter une personne ou de corroborer un

⁴⁶⁹- McDERMID Val, *Scènes de crime*, Les Arènes, Paris, 2019, 421 p.

témoignage, enfin de confondre un suspect, voire d'initier des aveux. »

B. Les premiers intervenants

Les premiers intervenants ont un rôle primordial car ce sont les premiers gestionnaires de la scène de crime. Il s'agit le plus souvent de gendarmes de brigades. Les phases initiales d'intervention des secours médicalisés et des gendarmes sont des phases génératrices de contamination de la scène d'investigation⁴⁷⁰.

Les crimes surviennent dans une grande variété de circonstances. L'information initialement donnée d'un fait peut être précise ou imprécise. Si la découverte d'un corps mutilé déclenche la plupart du temps une réponse adaptée en matière d'investigation, l'expérience montre que dans des scénarios moins évidents, il peut y avoir des difficultés. Notamment si un cas criminel n'est pas appréhendé au

⁴⁷⁰ -MIANSONI Camille, *L'expertise pénale en enquête préliminaire et de flagrance. Le procureur de la République, prescripteur d'expertise*, Dalloz AJ Pénal, 2011 p. 564.

départ comme tel, la réponse ne sera pas adaptée et des indices essentiels pourront être perdus.

Des exemples tel que:

- – Disparitions de personnes vulnérables.
- – Mort subite du nourrisson.
- – Enlèvements.
- – Violences aux personnes.
- – Scènes de crime sans cadavres.
- – Accidents de circulation avec délits de fuite.
- – Suicides.
- – Incendies avec décès.

En cas de signalement de décès, de blessures graves d'une personne ou lorsque les circonstances apparaissent suspectes, il faut penser « *crime* » et atteinte à l'intégrité corporelle.

Au moindre doute, il faut mener des investigations comme s'il s'agissait d'un homicide et ce jusqu'à ce que l'enquête prouve le contraire. En d'autre terme, il faut toujours choisir le scénario (*hypothèse*) le plus sérieux pour effectuer les choix sur la scène de crime.

Après la phase éventuelle de secours aux blessés, le rôle des premiers gendarmes est tout d'abord constructif car ils doivent délimiter et protéger les lieux par la mise en place d'un périmètre de sécurité. Il est aussi prospectif puisqu'ils doivent noter ce qu'ils ont vu, entendu, senti et même ressenti, une ambiance par exemple. Ils doivent prendre des notes et tenir un registre de la scène d'investigation⁴⁷¹.

La prise de notes permet de consigner particulièrement les éléments suivants :

- Les heures d'alerte et d'arrivée sur les lieux.
- L'identité des personnes présentes sur les lieux.- Les entrées et les sorties sur la scène d'investigation.
- Les artefacts des premiers secours (pompiers, services d'aide médicale urgente...)
- La protection des lieux.

⁴⁷¹ -**PRADEL Jacques**, *Mes archives criminelles : "Ces affaires que je n'oublierai jamais"*, Paris, Éditions du Rocher, 2022, p. 23 ss.

– L'isolement des témoins.

–La sauvegarde des traces les plus exposées.

– Le transfert de la scène d'investigation des premiers intervenants vers les techniciens de scène de crime.

Il est évident que pour que ce rôle de premier intervenant soit efficace, la sensibilisation, la formation initiale et continue des personnels, sont une nécessité sous peine de tomber dans une routine, un désintérêt ou une peur pour tout ce qui concerne le domaine judiciaire et la police technique et scientifique. La mise en place de matériels de base tels que des malles dites de gel des lieux est indispensable.

Cependant, il est important de noter que le premier intervenant n'est pas le plus souvent un gendarme mais un secouriste ou un médecin urgentiste. Un certain nombre de difficultés surgissent de part cette intervention.

Pour un médecin légiste : « La cause naturelle du décès est un diagnostic d'exclusion »

Pour un urgentiste : « Le décès suspect est un diagnostic d'exception ». Il apparaît nécessaire d'assurer au profit des

urgentistes une sensibilisation voire une formation initiale minimum en matière de médecine légale mais également de criminalistique. Il faut également mettre en place des protocoles, des actions de formation continue et favoriser communication et échanges entre les différents services⁴⁷².

Quelques protocoles de base ont le mérite d'exister et constituent une première approche intéressante :

- Veiller à la sécurité de l'équipe d'urgence.
- Isoler les premiers témoins jusqu'à l'arrivée des officiers de police judiciaire. Faire respecter au maximum les traces et indices :
- Porter des gants.
- Utiliser un seul circuit d'entrée et de sortie sur les lieux.
- Eloigner les curieux présents sur place.
- Eviter de marcher sur les traces, les liquides biologiques, les objets au sol.
- Ne rien déplacer sauf nécessité, y compris la victime.

⁴⁷²- MOURALIS Jean-Louis, *Preuve – Chapitre 3 – Recherche et appréciation des preuves*, Répertoire de droit civil, Dalloz, al. 557.

- Garder toutes les issues fermées, ne pas aérer la pièce où se trouve le corps.
- Dès qu'un membre de l'équipe le peut, prendre des photos (de la victime, de l'environnement ...) Il faut pour cela disposer d'un appareil photographique numérique.
- Conserver les éventuels prélèvements sanguins.
- Si besoin, découper les vêtements en respectant les orifices d'armes et, si possible, les conserver un par un dans des sacs différents.
- Ne toucher les indices (armes comprises) qu'en cas de nécessité absolue (noter l'emplacement ou faire des photographies avec repères.)
- Ne rien nettoyer sur place dans un évier ou un lavabo, ne rien consommer sur la scène d'investigation (tabac...), ne rien laisser sur place.
- Une fois les manœuvres de réanimation effectuées, chercher le premier témoin pour reconstituer l'histoire, se garder de tout commentaire car le praticien est toujours lié par le secret professionnel à son patient, même décédé.
- Tenter de noter toutes ses perceptions, le climat ressenti sur la scène (calme, violence...)

- Remettre, après les avoir emballés, tous les effets personnels récupérés sur la victime aux enquêteurs, à leur arrivée.
- Prendre des notes de tout ce qui a été déplacé, modifié, effectué...

Le médecin légiste représente le troisième personnage clé des premiers intervenants qui peuvent être amenés à intervenir sur les lieux de découverte d'un cadavre.

Le médecin légiste est généralement considéré comme un intervenant important sur la scène d'investigation et la notion de levée de corps, examen du corps sur place et en place, ne doit pas être négligée. Un «*œil médical*» sur le corps, sur les lieux, sur les indices, sur les prélèvements a souvent prouvé son efficacité.

L'idée d'un large recours au médecin légiste pour la levée de corps est admise et constitue ce que l'on peut appeler une urgence médico-légale⁴⁷³. Mais pour que la réponse soit

⁴⁷³- BEAUTHIER Jean Paul, *Traité de médecine légale: et criminalistique*, DE BOECK SUP, 2022, 1352 p.

efficace, il faut qu'un maillage territorial suffisant soit mis en place au profit des forces de police et des magistrats. Il faut cependant souligner que le concept de la nécessaire présence du médecin légiste sur les lieux d'un crime ne fait pas l'objet d'un consensus.

Doit-on réserver la présence du médecin légiste aux homicides complexes ou «à problèmes » ou doit-on le faire venir sur toutes les découvertes de cadavres, son expérience lui permettant parfois de révéler le caractère suspect d'un décès ? Dire si la cause d'un décès est suspecte ou non n'est pas chose aisée. Il est important qu'un médecin puisse se déplacer. Si la venue d'un médecin légiste est impossible, les premiers enquêteurs se doivent de collecter les informations nécessaires (descriptifs, photographies...) pour que le médecin, qui verra ultérieurement le corps à la morgue, puisse proposer ou non l'autopsie. Il convient de poser des indications larges pour l'autopsie. La décision d'autopsier n'est-elle pas du ressort de la médecine ?

Nous voyons que, dès l'arrivée des premiers intervenants sur une scène d'investigation, il y a matière à coordination. Le premier intervenant, gendarme, a des actions à effectuer et ses actions doivent être coordonnées avec celles des

urgentistes et des médecins légistes. De même, les urgentistes doivent savoir qu'ils peuvent être des maillons de la chaîne de la preuve et doivent travailler en conséquence. Le médecin légiste, traditionnellement, premier sachant sur la scène, peut être amené à prodiguer ses conseils. Idéalement cependant, le médecin légiste devrait travailler conjointement avec les techniciens de la scène de crime.

C. Les techniciens de « scène de crime »⁴⁷⁴

Comme nous l'avons vu dans l'historique, la fonction de « *technicien de scène de crime* » s'est étoffée au cours du XX^{ème} siècle et constitue une spécialité à part entière avec des formations dédiées. Le terme de technicien de scène de crime ne revêt pas le même sens dans une conception française que dans une conception anglaise.

Ces personnels sont respectivement formés en 6 à 8 semaines, sans qualification scientifique pré-requise, au cours d'un stage polyvalent qui leur permet de traiter une

⁴⁷⁴- LANGENSCHIED Adrian *True Crime France: De vraies affaires criminelles*, Pixa Heros, 2021, pp. 27 ss.

scène de crime (*recherches de traces, prélèvements, conditionnement et acheminement vers les laboratoires.*)

Sollicitant eux-mêmes les examens à demander aux laboratoires, ils jouent fréquemment le rôle de conseil scientifique auprès des magistrats et des enquêteurs.

Le technicien de scène de crime (scene examiner ou scene of crime officer – SOCO) : Il a pour rôle, dans un premier temps, de faire les constatations initiales et de protéger la scène en attendant l'arrivée du directeur de scène d'investigation. Il recherche et collecte les traces et est responsable des photographies et des films. Il est présent à l'autopsie.

Le directeur de scène de crime (crime scene manager) : Il est responsable, face à l'enquêteur principal et au coordinateur scientifique, de la gestion de la scène d'investigation. Il supervise les investigations sur place et veille à faciliter l'arrivée de spécialistes. Il fait en sorte que le maximum de traces pertinentes et d'informations soient collectées sur les lieux.

D. Les experts et les laboratoires

Les sciences forensiques sont dans une période de transition. On s'éloigne d'une approche d'enquêteur, basée essentiellement sur l'expérience de celui-ci, qui choisissait en fonction de ses connaissances et des données dont il disposait, d'une part les spécialistes dont il jugeait nécessaire la présence sur la scène de crime et d'autre part les examens de laboratoire qu'il pensait devoir être réalisés, pour aller vers une voie où le scientifique prend de plus en plus d'importance au niveau de la scène d'investigation⁴⁷⁵.

Le rôle de l'expert, souvent appelé « *forensic scientist* » dans la littérature anglo-saxonne, se situe dans une sphère de compétence bien délimitée⁴⁷⁶ :

⁴⁷⁵- De FROUVILLE Olivier, *La preuve pénale, Internationalisation et nouvelles technologies*, La documentation Française, Paris, 2007, 255 p.

⁴⁷⁶- LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, *La responsabilité de l'expert judiciaire; à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile*, Les Petites Affiches, 1998, p.7.

–Réaliser des examens, des observations, des analyses physico–chimiques sur des indices matériels, au moyen de méthodes d'essais documentées et validées.

–Collationner les résultats de ces observations et analyses.

–Interpréter, si nécessaire, les résultats bruts et observations faites pour obtenir un résultat synthétique : une concentration, un dénombrement, la présence de tel ou tel produit, un profil, une correspondance entre les résultats de la comparaison de deux objets (*concordances ou discordances entre des caractéristiques intrinsèques de ceux-ci, mesurées ou observées*).

Parmi les nombreuses disciplines de la criminalistique, certains experts travaillent uniquement en laboratoire mais d'autres peuvent se côtoyer sur une scène d'investigation et faire des constatations, des prélèvements, des mesures sur cette scène d'investigation. Ils ont également un rôle en terme de reconstruction de la scène et de reconstitution des faits. Il s'agit notamment du médecin légiste, du balisticien, de l'expert en traces de sang, de l'expert incendie, des spécialistes en accidentologie, stupéfiants, microtraces.

Certains de ces spécialistes peuvent travailler de façon conjointe au profit des enquêteurs et des magistrats.

Qui décide de la venue de ces experts sur la scène ? Qui fait appel à eux pour une reconstitution ou une reconstruction des événements ? Rien n'est structuré, Il s'agit d'une situation de fait qui n'est pas désirable.

Il est clair cependant que les experts qui se rendent sur une scène de crime, discutent avec les enquêteurs et peuvent s'imprégner de l'ambiance ainsi que du contexte de l'affaire, sont à même de demander les informations qui sont nécessaires pour leur permettre de réaliser et d'orienter de façon optimum leurs constatations. Ils auront également la possibilité, à l'issue de ces constatations, de discuter avec les enquêteurs de la formulation de la mission qui leur sera confiée et du type de prélèvements qui peuvent être analysés au laboratoire.

Les criminalistes sont de plus en plus perçus en tant qu'intervenants à des niveaux différents dans un système

judiciaire complexe⁴⁷⁷. Ce système présente des degrés distincts, chacun nécessitant une intervention spécifique de la part des criminalistes.

Il s'agit de :

– Collaborer avec les enquêteurs, afin de leur fournir des informations utiles avant l'arrestation d'un suspect.

• – Collaborer avec les enquêteurs pour déterminer s'il existe ou non des indices pour

matérialiser les charges contre un suspect.

• – Collaborer avec les procureurs, pour évaluer la force probante d'un indice scientifique

au bénéfice ou en défaveur d'un suspect.

• – Collaborer avec les équipes de la défense pour apprécier la validité de l'indice

scientifique.

⁴⁷⁷- HENNION Patricia, *Preuve pénale et droits de l'Homme*, these soutenue le 19 décembre 1998 à Nice-Sophia Antipolis.

- – Collaborer avec les cours de justice afin de les aider à se forger une conviction.

E. Les enquêteurs et les magistrats

Le rôle des enquêteurs et des magistrats est différent selon que l'on se situe dans un système juridique inquisitoire ou accusatoire.

E. 1 Un système inquisitoire : Liban

Au Liban, l'officier de police judiciaire (OPJ) territorialement compétent doit informer immédiatement le Parquet dès lors qu'il se trouve confronté à une découverte de personne susceptible d'être morte dans des conditions suspectes, violentes ou inconnues⁴⁷⁸.

La direction de l'enquête appartient au Procureur et à ses avocats généraux, conformément à l'article 24 du code de procédure pénale⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸- المادة ٤١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٣٢٨ و تعديلاته، منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٣٨، تاريخ ٧ آب ٢٠٠١.

⁴⁷⁹- أنظر نص المادة من ذات القانون اعلاه : النيابة العامة الاستئنافية مكلفة:

أ - استقصاء الجرائم التي هي من نوع الجنحة أو الجناية وملاحقة المسهمين في ارتكابها. لها ان تطلب مباشرة معاونة القوى الامنية عند اجراء مهامها. عليها، حال علمها بوقوع جريمة

Le rôle du représentant du Parquet est essentiel. Ses diligences sont les suivantes :
Il doit veiller à ce que, sans entraver l'intervention des pompiers ou du médecin, les enquêteurs réalisent très rapidement les actes suivants :

- Matérialisation d'un périmètre de sécurité autour des lieux de manière très visible.
- Adoption de toutes dispositions utiles pour garantir la confidentialité des lieux et des personnes qui s'y trouvent et s'assurer de leur préservation...
- Obligation de quitter les lieux pour toute personne dont la présence dans le périmètre d'enquête ne se justifie pas.
- Garde des lieux et interdiction de pénétrer sur ceux-ci dès lors que cela n'est pas justifié.

Il appartient, de préférence, au magistrat du parquet de désigner la personne qualifiée en charge des examens

خطرة, ان تخير فورا النائب العام لدى محكمة التمييز وان تنفذ تعليماته.
ب - تحريك دعوى الحق العام ومتابعتها...."

techniques justifiés par les circonstances de l'espèce, de déterminer avec précision la nature des missions à exécuter ainsi que leur délai d'exécution.

Le magistrat du parquet doit s'intéresser de très près au déroulement des constatations et des examens techniques sur la scène d'investigation « *car ils conditionnent de plus en plus souvent la preuve de la culpabilité.* » Il se doit donc d'en connaître les différentes étapes.

Le traitement de la scène d'investigation est placé sous la responsabilité juridique des officiers de police judiciaire par délégation des magistrats. Au plan technique, elles sont du ressort des différents personnels de la police technique et scientifique.

Seul le juge d'instruction ou une juridiction de jugement peut ordonner des expertises au sens de l'article 56 et 60 du code de procédure pénale⁴⁸⁰, le parquet ne peut que requérir

⁴⁸⁰- أنظر نص المادتان من قانون أصول المحاكمات الجزائية ٢٠٠١/٣٢٨ و تعديلاته ، المادة ٥٦ : " يمارس قاضي التحقيق في الجناية المشهوده , جميع الصلاحيات التي يتمتع بها النائب العام .

يقوم بجميع الاعمال والاجراءات التي انيطت به والمنصوص عليها في المواد 31 و 32 و 33 و 34 و 35 من هذا القانون".

toute personne qualifiée afin de procéder à des examens techniques ou scientifiques prévus par les articles 34 du même code⁴⁸¹.

En ce qui concerne les pouvoirs du juge dans le système inquisitoire, ce dernier joue un rôle actif, tant dans la recherche des preuves que dans leur appréciation. Il a l'obligation d'utiliser tous les moyens d'investigations que la loi lui fournit pour instruire à charge comme à décharge et dispose de pouvoirs importants en matière d'appréciation des preuves.

La collaboration entre juges⁴⁸² et criminalistes est « *fixée mais non définie.* » ; « *Les rapports d'interdépendance sont*

المادة ٦٠ : " يضع قاضي التحقيق يده على الدعوى العامة بصورة موضوعية. له ان يستجوب بصفة مدعى عليه كل مشتبه في ارتكابه الجريمة فاعلا كان ام شريكا ام مت دخلا ام محرضا دون ان يتوقف في ذلك على ادعاء النيابة العامة. اذا اكتشفت اثناء التحقيق افعالا جرمية غير متلازمة مع الفعل المدعى به فيحيل الملف الى النائب العام ليدعي بهذه الافعال. اما اذا كانت الافعال المكتشفة متلازمة مع الفعل المدعى به فلا يلزمه للتحقيق فيها ادعاء مسبق ."

481- أنظر نص المادة ٣٤ : " اذا استلزمت طبيعة الجريمة أو آثارها الاستعانة بخبير او اكثر لجلاء بعض المسائل التقنية أو الفنية فيعين النائب العام الخبير المختص ويحدد مهمته بدقة....."

482 - Arrêt 12 du 19 janvier 2009, 1ère ch. C. cass, Sader éditeur- Décisions pénales, p. 19.

fonction de la loi, de la doctrine, de la jurisprudence mais la relation dépend aussi de la personnalité de chacun ; il s'agit donc de la formaliser⁴⁸³. »

Dans les affaires criminelles, les magistrats instructeurs ont la possibilité de recourir à des reconstitutions. Non définies dans le Code de Procédure Pénale, les reconstitutions sont assimilées au régime des « *transports* » du juge d'instruction.

Les observations des scientifiques et des experts sont donc débattues contradictoirement pendant la reconstitution. La reconstitution permet donc à l'expert d'analyser la vraisemblance des versions. « *La scène de crime se transforme en terrain d'expérimentation pour chacune des parties pour permettre l'émergence d'une vérité judiciaire, vérité qui sera figée sous la forme d'un album photo ou d'un film.* »

On va donc « *établir un ensemble de faits constants pour lesquels le débat contradictoire pendant le procès n'aura plus d'objet.* » ; « *La juridiction de jugement pourra alors se focaliser sur les seules contradictions existantes après*

⁴⁸³ - Arrêt 16 du 12 février 2009, 6ème ch. C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 125.

l'instruction préparatoire. La reconstitution permet donc d'épargner du temps d'audience sur un certain nombre d'éléments que le juge d'instruction aura, si ce n'est consacré par une autorité de la chose jugée, au moins démontré comme étant commun à toutes les parties. »

Utilisées à la fin de l'instruction préparatoire, elles vont donc permettre de matérialiser et de visualiser la démonstration des experts. Elles vont « *s'articuler de manière dichotomique entre une phase de déconstruction, nécessairement analytique et expérimentale, et une phase de reconstruction, idéalement synthétique et éclairante* ».

En ce qui concerne les Assises, si la plupart des dossiers criminels soumis à la Cour d'Assises permettent une instruction satisfaisante à l'audience, il faut parfois constater certaines défaillances, soit lors de l'enquête, soit lors de l'instruction, notamment « *des expertises qui n'auraient pas été réalisées, des expertises réalisées totalement inutiles et coûteuses* ».

Au Liban, les magistrats dirigent l'enquête (art. 24 CPP). Le représentant du parquet a, en théorie, selon les textes en vigueur, un rôle très formalisé et dirigiste en ce qui concerne

les actions à mener sur une scène d'investigation et la désignation des actes scientifiques à effectuer⁴⁸⁴. Ses prérogatives se rapprochent de plus en plus de celles du juge d'instruction.

Force est de constater que leur action n'est pas clairement définie. En particulier sur quels critères choisissent-ils les différents spécialistes qui doivent intervenir et les missions qui doivent leur être confiées ?

Au travers du processus d'enquête, d'instruction et en particulier lors des reconstitutions, le magistrat joue ce que certains considèrent comme un rôle de chef d'orchestre. Ce rôle couvre donc en théorie également le champ des investigations scientifiques de l'enquête. Quel est ce rôle en pratique ? Le magistrat est-il en mesure de l'assumer pleinement ?

En matière de reconstitution, le rôle des experts n'est pas d'analyser la vraisemblance des versions mais d'analyser la

484 - نص المادة: " النيابة العامة الاستئنافية مكلفة:

أ - استقصاء الجرائم التي هي من نوع الجنحة أو الجناية وملاحقة المسهمين في ارتكابها. لها ان تطلب مباشرة معاونة القوى الامنية عند اجراء مهامها. عليها, حال علمها بوقوع جريمة خطيرة, ان تخبر فوراً النائب العام لدى محكمة التمييز وان تنفذ تعليماته....".

vraisemblance des indices en fonction des versions. Est-il possible d'établir, en quelques heures de reconstitution, un « ensemble de faits constants pour lesquels le débat contradictoire pendant le procès n'aura plus d'objet. » ? Les questions qui se posent lors de la reconstitution sont bien souvent des questions qui devraient se poser avant lors de l'enquête, par une meilleure prise en compte, compréhension et intégration des investigations scientifiques et de leurs résultats et par leur confrontation aux hypothèses d'enquête.

Lors des assises, des questions se posent au président lorsqu'il est amené à préparer sa session. Ces questions devraient dans la majorité des cas être déjà résolues ou pour le moins identifiées lors de la phase d'instruction⁴⁸⁵.

Nous voyons dans ce chapitre une contradiction très importante entre le rôle théorique accordé aux magistrats qu'ils soient du parquet, de l'instruction ou présidents d'Assises et leur disponibilité et capacité à prendre en compte et à intégrer les éléments scientifiques de l'enquête.

⁴⁸⁵- LEPAGE Agathe, *loyauté de la preuve - Enquête sous pseudonyme sur les réseaux numériques*, LexisNexis, n°11, 2016.

Il apparaît nécessaire qu'ils soient secondés, conseillés dans ce travail. N'est-ce pas là le rôle d'un coordinateur ?

E. 2 Deux systems accusatoires : L'Angleterre et les Etats-Unis

L'Angleterre

La recherche des traces, la collecte des indices et la décision d'inculper appartiennent à la police. Pour mener son enquête, la police détient certains pouvoirs mais ceux-ci sont prévus par la loi (Police and Magistrates' Courts Act, 1994.)⁴⁸⁶ Le suspect a droit au silence. La loi prévoit qu'un tribunal ne peut accepter un aveu que si l'accusation peut démontrer qu'il a été fait du plein gré de l'accusé.

Si la police inculpe un individu, elle le défère devant la Magistrates Court pour l'enquête préliminaire. Un détenu peut être remis en liberté provisoire avant ou pendant son

⁴⁸⁶- The Police and Magistrates' Courts Act 1994 (c. 29) is an Act of the Parliament of the United Kingdom. It defined the police areas, constituted the current police authorities and set out the relationship between the Home Secretary and the territorial police forces. It superseded the Police Act 1964 and was itself replaced by the Police Act 1996, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/29/contents>, visité 4 juin 2023.

procès. Suivant les cas, le pouvoir de remettre en liberté appartient à la police, au juge de paix, à la Crown court ou à la cour d'appel, le plus souvent contre le versement d'une caution.

La décision de poursuivre est le fait du Crown Prosecution Service (CPS)⁴⁸⁷, service national de poursuite criminelle qui dispose de l'opportunité des poursuites, bien que la victime ou n'importe quel particulier ait le droit de saisir le juge. Les avocats du CPS peuvent représenter ce dernier devant les Magistrates' Courts.

Après l'enquête préliminaire, La Magistrate's Court a pour rôle, au cours d'une audience préliminaire, (preliminary

⁴⁸⁷ -The Crown Prosecution Service (CPS) prosecutes criminal cases that have been investigated by the police and other investigative organisations in England and Wales. The CPS is independent, and we make our decisions independently of the police and government. Their duty is to make sure that the right person is prosecuted for the right offence, and to bring offenders to justice wherever possible. The CPS: decides which cases should be prosecuted, determines the appropriate charges in more serious or complex cases, and advises the police during the early stages of investigations; prepares cases and presents them at court; and provides information, assistance and support to victims and prosecution witnesses, <https://www.cps.gov.uk>, visité le 4 juin 2023.

hearing) d'examiner les charges qui pèsent sur l'inculpé relevant de la Crown Court et de déterminer si elles sont suffisantes pour sa mise en accusation.

Cette audience intervient assez rapidement si les preuves trouvées par la police sont suffisantes (dans les soixante-dix jours de la première comparution.) Sinon, il peut être décidé exceptionnellement de la différer. A ce moment, peut se décider la détention provisoire qui obéit, elle aussi, à des règles très précises.

L'audience est publique. L'inculpé, le plus souvent assisté d'un « *solicitor* » ou d'un « *barrister*», doit obligatoirement comparaître. L'accusation développe sa thèse, cite et interroge les témoins à charge. Il y a « *cross examination* » par la défense. L'inculpé expose à son tour sa défense et il peut y avoir « *cross examination* » par la police. Le renvoi devant la Crown Court peut alors être décidé.

La procédure de Common Law ne connaît donc pas d'instruction préparatoire. Le procès ou « *trial* » couvre autant la phase d'instruction, qui doit réunir les preuves, que celle du jugement qui statue définitivement sur leur recevabilité et leur force probante. En réalité, le trial

correspond beaucoup moins au procès français qu'à la phase d'instruction. Son objectif premier est de réunir les preuves.

Les Etats–Unis

Bien qu'il y ait des différences entre la procédure pénale appliquée par les différents états américains et celle mise en œuvre par le gouvernement fédéral, certains principes généraux du droit criminel des Etats–Unis et de la pratique jurisprudentielle s'appliquent tant aux mesures d'investigations qu'aux poursuites engagées par les procureurs du gouvernement fédéral et ceux des états.

Les textes de loi fixent les limites imposées aux enquêteurs (fouilles de personnes, perquisitions, saisies et interrogatoires) ainsi que les étapes officielles de l'action en justice. La phase d'enquête est dirigée par les procureurs. Les policiers présentent les résultats de leurs investigations, d'initiative ou sur demande du procureur quand ils sont convaincus qu'ils disposent d'éléments probants sur une infraction commise. Si les preuves sont insuffisantes, un complément d'enquête est demandé. Les procureurs américains disposent d'une grande marge de manœuvre

lorsqu'il s'agit de décider s'il convient ou non de mettre en accusation une personne appréhendée par la police. Il en est de même pour la détermination des chefs d'accusation à retenir.

En vertu du 6^{ème} amendement de la Constitution fédérale, il ne peut y avoir de poursuites pénales qu'en cas d'inculpation par une chambre d'accusation appelée « *Grand Jury* ». Formation d'instruction composée de citoyens, le Grand Jury détermine, hors la présence du juge, s'il existe suffisamment de preuves pour procéder à l'inculpation à partir de la seule présentation faite par le procureur. L'accusé, comme son avocat, sont absents. Il n'est donc pas chargé de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence d'une personne mais décide seulement si les preuves présentées permettent de supposer que la personne a pu commettre l'infraction qui lui est reprochée.

Avant le procès, le prévenu et son avocat disposent d'un certain nombre de jours pour contester la légalité de l'inculpation ou de la plainte ou pour chercher à obtenir l'exclusion de certains éléments de preuves. Il s'agit de requêtes préalables au procès qui obligent à tenir des

audiences. L'accès au dossier est reconnu dans la plupart des états et la défense a le droit, si elle en fait la demande, d'obtenir une copie des pièces (*déclarations des témoins, résultats des expertises...*) ainsi qu'une liste des témoins à charge.

En Angleterre et aux Etats-Unis, d'une manière générale, c'est la police qui est responsable de l'enquête judiciaire et du rassemblement des preuves. Lors de l'audience préliminaire en Angleterre ou lors de la réunion du Grand Jury aux Etats-Unis, c'est une synthèse des preuves rassemblées qui est présentée en audience. Comment est faite cette présentation des preuves ? Quels sont les éléments retenus ? Selon quels critères ?

Dans ce processus accusatoire ne nous paraît pas clairement établi qui possède la capacité à prendre en compte et à intégrer les éléments scientifiques de l'enquête. Comme en France, il apparaît nécessaire qu'enquêteurs et juristes soient secondés dans ce travail.

F. 1 De la trace à l'indice sur une scène d'investigation ?

Nous ne pouvons à notre avis parler de gestion de scène de crime et de coordination des opérations de criminalistique sans aborder les méthodes de raisonnement sur une scène de crime⁴⁸⁸. C'est notamment par l'identification des différents processus d'inférences qu'il est possible de déterminer les rôles des différents intervenants.

F.1.1 Réflexions relatives à la trace

La trace se définit ainsi : « *suite d'empreintes ou de marques que laisse le passage d'un être ou d'un objet ... marque laissée par ce qui agit sur quelque chose* » (Le Grand Robert, 1992.)

La trace a pour sens le vestige ou la marque d'une présence, d'une existence ou d'une action de quelque chose à un endroit, mais qui n'appartient pas a priori à cet endroit.

⁴⁸⁸- Alain Bauer, Au bout de l'enquête - Les plus grandes affaires criminelles passées au crible, First , 2023, 304 p.

Une trace est quelque chose que nous recherchons ;
Quelque chose qui correspond à nos intérêts de
connaissance. C'est la façon dont nous voyons les choses
à la lumière de ce que nous poursuivons qui transforme un
élément matériel indistinct en une trace⁴⁸⁹.

Dans une recherche et à partir d'une trace, nous découvrons
d'autres traces. La trace singulière se mélange et se
confronte à d'autres traces et devient, malgré elle, un signe.

La trace représente le lien qui permet de reconstruire
l'histoire et c'est un moyen essentiel pour « *faire parler* »
l'absence dans la présence. Elle constitue donc l'élément
charnière pour restituer l'histoire comme un puzzle. Elle ne
possède pas de statut propre et elle est toujours liée à
quelque chose afin d'exister.

Les traces ne sont pas produites consciemment, ni
explicitement pour signifier. Leur signification, bien
qu'involontaire la plupart du temps, est cependant perçue
par le destinataire en vertu d'un apprentissage préalable. Par

⁴⁸⁹- Chris Lennard, *Traces et empreintes digitales: Traité de dactyloscopie*, presses polytechniques, 2017, 502 p.

exemple, un chasseur doit apprendre à distinguer les traces d'un renard de celles d'un loup.

Les traces sont des signes involontairement déposés qui indiquent le déroulement d'évènements. Il faut donc les détecter, les trouver, les reconnaître en tant qu'indices puis les interpréter afin de supposer ce qui a pu se passer.

La trace doit donc constituer l'un des fils conducteurs de l'enquête qui du point de vue traditionnel se base sur du sens commun, de l'expérience et de la connaissance d'un milieu. Une trace existe indépendamment de la volonté de celui qui l'a faite. Elle est souvent imperceptible dans un environnement complexe. Elle ne prend sens que si elle est découverte par le fait d'une information ou par la recherche.

Au-delà de son rôle éventuel en tant qu'élément de preuve, elle va prendre le statut d'indice qui aide à supposer ce qui s'est passé et à mettre en relation des évènements. Deux grands principes soulignent la valeur fondamentale de la trace et la nécessité de sa recherche. Il s'agit des principes de Locard

Le principe de Locard⁴⁹⁰ :

En 1920, Edmond Locard énonce que « *nul ne peut agir avec l'intensité que suppose*

l'action criminelle sans laisser des marques multiples de son passage. Tantôt le malfaiteur a laissé sur les lieux les marques de son activité, tantôt par une action inverse, il a emporté sur son corps ou sur ses vêtements les indices de son séjour ou de son geste ».

Ce principe est d'importance majeure car il a pour conséquence d'offrir la possibilité d'identifier ou de mettre en évidence des personnes, des objets, un moment, une

⁴⁹⁰- Edmond Locard est le fondateur du tout premier laboratoire de police scientifique à Lyon en 1910. C'est aussi le créateur de la criminalistique (forensic sciences) qui a servi d'expertise auprès de la police française, et qui allait devenir Interpol. Locard a rédigé Le Traité de Police Scientifique en 7 volumes. Cet ouvrage propose une méthodologie de cette nouvelle science et sert même à l'heure actuelle de base à tous les laboratoires de police scientifique du monde. Ce traité comprend une étude, entre autres, de l'enquête criminelle, <https://www.babelio.com/auteur/Edmond-Locard/262343>, visité le 4 juin 2023.

durée, des actions, des faits, des liens, un mobile en se fondant sur la nature et la localisation des traces.

De même, il introduit les notions de transferts simples ou croisés, de persistance, de durée de vie de la trace. La pertinence des traces et leur utilité en fonction des différents temps de l'enquête en découlent également.

Locard, parlant des « ...*indices de séjour ou de son geste* », suggère que la trace peut fournir une information d'une part sur la source et notamment l'auteur d'un fait mais d'autre part sur les actions effectuées sur une scène de crime⁴⁹¹.

F.1.2 : Réflexions relatives à l'indice

L'indice est, un objet, un fait, un signe qui met sur la trace de quelque chose. Il signale, dénote, annonce quelque chose. Il est un signe apparent et probable qu'une chose existe (*dictionnaire Petit Larousse, 1962.*) Pour que la trace devienne un indice, il faut qu'elle fasse sens. Elle contient

⁴⁹¹- Edmond Locard, *Manuel de technique policière*, Fénix, 1939, non active.

donc une information et une signification. Elle devient pertinente.

La présence d'indices permet, par inférence, de conclure à la présence d'un agent (*humain, animal, véhicule, etc.*) ou d'une action qui les a laissés.

L'indice se présente comme tout ce qui rend possible le fait recherché, sans fournir une preuve immédiate. Il peut s'agir au départ d'une trace telle qu'une fibre, une poussière ou un résidu quelconque de l'activité humaine qui se transforme en indice. Un prélèvement a lieu sans que l'on puisse, à l'instant de sa découverte, établir un lien avec l'affaire qui fait de lui un indice. Alors qu'un aveu sincère, un témoignage juste, un écrit authentique constituent une preuve directe livrée à l'appréciation du magistrat, l'indice présente au contraire un caractère médiat, qui ne répond pas à ce processus d'élaboration directe. Élément initial et muet dans l'élaboration de cette preuve, il sert de relais, d'intermédiaire entre le fait et son auteur. En ce sens, l'indice constitue une étape dans la manifestation de la vérité. Il réclame un traitement et une exploitation efficace et rationnelle pour aboutir à un paramètre recevable au titre de la découverte de la vérité c'est-à-dire, en termes juridiques, à la preuve.

Tout en sachant cependant qu'il peut être une information (renseignement) sans être ou devenir une preuve.

Qu'en est-il des symptômes ? Les symptômes sont toujours utilisés en regard d'un contexte précis : par exemple, des taches rouges sur le visage peuvent tout aussi bien être le symptôme d'une rougeole que d'une forte fièvre. Ils ne sont pas produits consciemment. Par exemple, la fumée est un symptôme permettant d'identifier la présence d'un feu. Inversement, la fumée d'un feu produite délibérément pour signaler la présence de pêcheurs échoués sur une île déserte devra plutôt être considérée comme un indice de présence humaine, puisque consciemment produite. Un symptôme est donc une trace observée et sa signification un indice.

Si les enquêteurs ont la charge des données de l'enquête, le rôle de la police technique et scientifique est d'intervenir sur les scènes de crimes et d'infractions, les personnes et les objets pour y relever toutes traces matérielles ou

indicateurs physiques pouvant conduire à l'identification du ou des auteurs (Kirk, 1953)⁴⁹².

Le criminaliste doit étudier de façon approfondie les propriétés des objets rencontrés en tant qu'indice plutôt que de plonger dans la recherche et l'utilisation de nouvelles techniques pour résoudre son problème. Le criminaliste doit s'intéresser aux propriétés des objets mais aussi aux règles qui déterminent ces propriétés. Le criminaliste doit utiliser les techniques quantitatives appropriées au contexte d'un problème donné d'identité de la source.

La recherche des traces sur une scène d'investigation peut se faire selon trois niveaux de réflexion (Ribaux et Margot, 2007)⁴⁹³ :

- – Le niveau physique : L'affinité entre les matières qui favorisent les échanges. Quels sont les « bons »

⁴⁹²- **JD Kirk** , *Here Lie the Dead: A Scottish Crime Thriller*, Zertex Crime, 2022.

⁴⁹³- **Quentin Rossy**, *The Routledge International Handbook of Forensic Intelligence and Criminology*, Routledge 1er Édition, 2017.

supports sur lesquels des traces sont susceptibles d'être détectées ?

- – Le niveau situationnel : La connaissance des situations criminelles et de leurs relations possibles avec l'échange de matières.
- – Le niveau renseignement : la connaissance des phénomènes récurrents, de problèmes spécifiques et de l'état actuel de la criminalité, notamment des séries d'infractions en cours.

Le scientifique observe des résultats, des effets et doit s'interroger sur les probabilités d'observer ces effets étant donnés les causes. Ce rôle est différent de celui du juriste qui doit se poser des questions sur les causes donc sur le rapport de causalité.

Comment déterminer la valeur probante des indices, qui est extrêmement variable ? La difficulté provient souvent de la possibilité de plusieurs causes pour expliquer un fait. Il s'agit de rechercher et d'examiner les diverses causes possibles pour exclure celles qui n'ont pu produire l'effet en question et retenir celle qui la produit. Il importe d'envisager l'ensemble des effets pour voir s'ils se rapportent tous à une seule cause. Quand un indice ne peut être attribué qu'à une

seule cause, il forme un indice capital ; quand il peut être attribué à plusieurs causes, ce n'est qu'un indice probable.

L'indice ne peut en aucun cas décider de la culpabilité. Cette tâche est dévolue au juge. En revanche, l'indice est essentiel pour fixer la réalité des faits.

Par exemple, utilisant cette stratification, il est possible de travailler de la façon suivante :

Dans la sous-strate blessures, on va inventorier, décrire les blessures, leur forme, dimension, orientation... La convergence des signes permet de définir un ou des types de blessures comme par exemple par armes blanches, par contusions...

Dans la strate traces de sang, on va décrire la forme, l'orientation des taches, les dimensions, faire en pratique une morpho analyse et cette étude va converger éventuellement vers un nombre de coups portés, vers une distance, un déplacement.

La confrontation des strates⁴⁹⁴ : blessures, position du corps, traces de sang, traces de pas, donne-t-elle du sens ? A savoir l'aspect des traces de sang est-elle cohérente par exemple avec le type de blessures ?

Toutes les strates, dans la mesure bien évidemment où elles existent peuvent être confrontées entre elles pour dégager du sens et voir les éléments qui convergent, divergent ou au contraire sont isolées posant éventuellement question. L'intérêt de ce type d'analyse est, sans prétendre à l'exhaustivité, d'être très détaillée.

Une première stratification avec les éléments et traces visibles permet de dégager du sens. Des hypothèses interprétatives peuvent permettre de déterminer quelles traces non visibles on va rechercher et où et comment on va les rechercher.

Des traces révélées peuvent à leur tour faire l'objet d'une stratification pour ensuite être confrontées aux strates

⁴⁹⁴- MARTIN Jean-Claude, *Investigation de scène de crime: Fixation de l'état des lieux et traitement des traces d'objets*, 3e édition, Pu Polytechnique, 2010, p. 32 ss.

précédentes. Une analyse interprétative interne des différentes strates et leur confrontation permet de dégager une ou plusieurs hypothèses expliquant les liens entre les strates.

Paragraphe 3. De la preuve dite scientifique

La preuve, sur le plan juridique, peut être définie comme l'ensemble des éléments liés à une infraction concourant à la manifestation de la vérité, par leur potentialité à avoir assisté à son exécution, par leur seule présence ou leur contribution réelle à l'action, et ce, quelles que soient leurs formes (*lieux, victimes, témoins, suspects, objets.*) Chaque élément (*faits, témoignages, constatations...*) doit être circonstancié.

Garantir la preuve dans le procès, préserve les droits de la personne. Même si la notion de preuve est juridique, parler de coordination scientifique dans les investigations criminelles nécessite d'aborder la notion d'utilisation très courante, de preuve scientifique.

A. Les différentes modes de preuve et la preuve scientifique

Il nous paraît important, pour parler de preuve scientifique, de situer celle-ci au sein des différents modes de preuves et ce dans le système anglo-saxon et le système français.

Dans le système anglo-saxon, la preuve testimoniale a longtemps été la seule admissible. Elle suppose l'audition des témoins parmi lesquels on peut trouver des témoins experts. Le scientifique n'est pas ici investi de son rôle d'expert par le juge comme en France et notamment au Liban. Il s'agit de véritables témoins, que choisissent les parties, interrogés non pas par le juge mais par les parties.

L'accusation a l'obligation de faire savoir à son adversaire, par la communication des pièces, ce que diront au procès les témoins tant ordinaires qu'experts, qu'elle y appellera. Théoriquement, une preuve, qu'elle soit écrite ou verbale, n'est prise en considération qu'après audition des parties. Dans les affaires importantes et complexes, le juge a à sa disposition avant le procès un dossier.

Dans le droit libanais, les différents moyens habituels d'obtention d'éléments de preuves sont réglementés⁴⁹⁵. Ce qui peut emporter la conviction relève de trois grandes catégories de preuve :

- La preuve matérielle ou indiciale (fait.)
- La preuve circonstancielle (déduction.)
- La preuve testimoniale (aveu et examen ou expertise scientifique.)

Selon Gorphe (1950), certaines des preuves qui sont utilisées en matière pénale ont un caractère direct,

495 - المادة 273

إذا ثبت للمحكمة وقوع الفعل وتحقق فيه الوصف الجزائي وتوافرت الأدلة على نسبه للمتهم فتقضي بتجريمه وتحديد العقوبة التي تنزلها به. كما تحكم بتعويضات للمدعي الشخصي إذا طلبها. تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة أو بردها إن لم يتوافر سبب لمصادرتها. يمكنها أن تقضي أيضاً بتدبير أو أكثر من التدابير الاحترازية ويعقوبة أو أكثر من العقوبات الفرعية أو الإضافية. للمحكمة أن تقضي بادغام العقوبات الأصلية عملاً بأحكام المادة 205 من قانون العقوبات.

المادة 274

إذا وجدت المحكمة أن الأدلة المتوافرة في ملف الدعوى لا تكفي لتجريم المتهم فتقضي بإعلان براءته. إذا وجدت أن الفعل المسند إلى المتهم لا يؤلف جريمة أو لا يستوجب عقاباً فتقضي بكف التعقبات عنه. إذا وجدت أن عناصر الجناية المسندة للمتهم غير مكتملة؛ عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، منشورات صادر، بيروت، ١٩٩٣، ص. ٧٠٢؛ Cass. crim. fr, 30 octobre 1959, Dalloz 1957, p. 127.

permettant une communication immédiate à l'enquêteur et au juge. Il s'agit de la preuve littérale, du témoignage, de l'aveu et des constatations. Au-delà des vérifications ultérieures nécessaires pour confirmer la qualité de l'élément reçu telle l'exactitude d'un aveu corroboré par des témoignages ou encore l'authenticité d'un écrit, la preuve apparaît concomitante à l'annonce d'une indication fiable et précise.

Parmi les différents modes de preuve, on définit classiquement la preuve littérale, le témoignage et la déposition, la présomption, l'aveu, la preuve scientifique.

L'aveu se présente sous une forme judiciaire lorsqu'il résulte d'un interrogatoire, au cours de l'enquête ou en audience. Par contre, en matière, par exemple, d'interception téléphonique ou de lettre de confession, l'aveu présente un caractère extrajudiciaire.

En matière de force probante, l'aveu ne constitue plus la « probatio probatissima » au point que le juge se contente de l'entériner avant de prononcer la peine. Souvent, les données matérielles de l'affaire (présence sur les lieux, unité de temps...) permettent de consolider la confession ou de

démentir un aveu mensonger. L'aveu apparaît aujourd'hui comme un moyen de preuve comme les autres, non négligeable mais détrôné par l'indice matériel. L'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la « libre appréciation des juges ».

S'il était besoin de le rappeler, depuis longtemps, de nombreux auteurs, reconnaissent, comme pour le témoignage, la faiblesse de l'aveu, même circonstancié, considérant ce dernier comme un moyen de preuve insatisfaisant.

La preuve scientifique serait quant à elle une preuve exogène à l'auteur de l'infraction. Elle est définie par Locard comme constituant un mode d'administration de la preuve dans le procès pénal, consistant dans l'analyse systématique des traces laissées par l'auteur ou emportées par lui sur son corps et ses vêtements.

Les preuves scientifiques s'inscrivent dans un triptyque :

- – La preuve indicative qui indique qu'il y a eu crime, que la règle a été enfreinte, mais ne donne pas nécessairement d'information sur l'auteur du délit.

- – La preuve disculpante qui élimine la possibilité qu'un suspect ait participé à l'affaire.
- – La preuve corroborative qui correspond à la réunion du faisceau d'indices qui corroborent les témoignages, afin de convaincre le juge de l'identité de l'auteur du crime, et de la manière dont celui-ci a été commis. C'est celle sur laquelle s'appuie la grande majorité du travail d'enquête.

B. De l'importance de l'expert et sa compétence

L'importance du rôle joué par les scientifiques pose des questions relatives à la notion d'expert, à sa compétence et à sa désignation.

L'expert, par définition (Petit Larousse, 2021), est un connaisseur. C'est quelqu'un qui est fort versé dans la connaissance d'une chose par la pratique. C'est la personne nommée par le juge ou choisie par les parties pour donner un avis de spécialiste.

Au Liban, le juge d'instruction ou une juridiction de jugement peut ordonner des expertises. Le parquet et les enquêteurs peuvent encore requérir que des personnes qualifiées afin de procéder à des examens techniques ou scientifiques. Les

experts, en fonction de leur domaine de compétence, sont inscrits dans une ou plusieurs rubriques de la liste des spécialités expertales ou nomenclature.

Ces rubriques constituant la liste ont longtemps été laissées à l'appréciation des cours d'appel pour leur établissement. L'étude des spécialités figurant sur les listes dressées par les cours d'appel révélait une certaine hétérogénéité, au gré des besoins rencontrés par les magistrats des ressorts de ces juridictions.

Paragraphe 4. La place des investigations scientifiques dans le système inquisitoire – Liban

A. Généralités

La place de la preuve scientifique par rapport à la preuve pénale fait l'objet d'un débat chez les juristes. Ce débat n'est pas nouveau.

Au Liban, la preuve judiciaire se différencie classiquement de la preuve scientifique par sa fonction sociale, par les obligations qui résultent de la procédure et par la décision basée sur l'intime conviction du juge. Vérité judiciaire, vérité

scientifique et vérité des faits seraient des concepts différents, en pratique non obligatoirement concordants.

La tâche de la preuve judiciaire est de reconstituer un événement passé de telle sorte que le juge puisse lui appliquer les normes du droit positif.

Nous aborderons les deux systèmes successivement en essayant de mettre en évidence les tensions actuelles qui s'y exercent sur ce sujet et nous montrerons que les problématiques se rejoignent.

Auparavant, il nous paraît important de revenir plus précisément sur la notion de preuve, tout d'abord dans le système pénal français avant d'aborder le système pénal anglo-saxon.

B. La preuve dans le système pénal libanais dit inquisitoire

Le problème de la preuve a, en droit criminel, une importance fondamentale : c'est autour de lui que « *la procédure pénale tout entière gravite* » selon Merle et Vitu⁴⁹⁶.

La preuve concerne l'ensemble du processus pénal. Depuis le soupçon de la commission d'une infraction jusqu'à la décision finale, on ne fait, à tous les stades de la procédure, que discuter de problèmes de preuve. Au stade de l'enquête, on recherche des « *indices laissant présumer qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction* » (art. 25 du Code de procédure pénale⁴⁹⁷) Pour celui de l'instruction préparatoire, on se demande s'il y a des

⁴⁹⁶ -MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel, tome 1 : Problèmes généraux de la science criminelle*, 7e édition, Cujas, 1997, 1072 p.

⁴⁹⁷ -المادة ٢٤: تطلع النيابة العامة على الجرائم بوسيلة أو أكثر من الوسائل الآتية:

أ - التحقيقات التي تجريها بنفسها.

ب - التقارير التي تردها من السلطة الرسمية أو من موظف علم بوقوع جريمة اثناء قيامه بوظيفته أو في معرض أو مناسبة قيامه بها.

وله حق اجراء التحقيق في الادارات والمؤسسات العامة دون الحق بالادعاء.
ج - الاستقصاءات الاولية التي تقوم بها الضابطة العدلية عند تكليفها بتقصي الجرائم والمحاضر التي تضعها عند علمها بوقوعها.

د - الشكاوى والاخبارات التي تردها مباشرة أو بواسطة النيابة العامة التمييزية أو مساعديها.
ه - اي وسيلة مشروعة تتيح لها الحصول على معلومات عن الجريمة.

«charges suffisantes » pour renvoyer l'intéressé en jugement (art. 122 du Code de procédure pénale)⁴⁹⁸. Quant au stade de jugement on s'interroge sur la « *preuve* » des faits (art. 273 du Code de procédure pénale)⁴⁹⁹ qui ne se confond pas avec la certitude absolue mais requiert une très grande vraisemblance.

La preuve peut être définie comme la démonstration de la véracité d'un fait. En procédure pénale, elle revêt une importance particulière car elle va permettre de statuer sur la culpabilité. La preuve, d'un point de vue juridique, se doit d'être « *sans faille* » car elle constitue le point central du procès pénal. Le code de procédure pénale ne comporte pas de théorie générale de la preuve en matière pénale. De manière surprenante, il n'y a que des dispositions éparses traitant de questions diverses relatives à la preuve.

498- المادة ١٢٢: اذا قرر قاضي التحقيق منع المحاكمة عن المدعى عليه فيبني قراره اما على سبب قانوني واما على سبب واقعي.

يكون، يكون السبب واقعيًا اذا لم يثبت التحقيق ان الجرم المدعى به قد وقع فعلاً أو اذا لم تتوافر الادلة على قيام صلة سببية بين الجرم المدعى به وبين المدعى عليه، أو

499 - المادة ٢٧٣: اذا ثبت للمحكمة وقوع الفعل وتحقق فيه الوصف الجزائي وتوافرت الادلة على نسبه للمتهم فتقضي بتجريمه وبتحديد العقوبة التي تنزلها به. كما تحكم بتعويضات للمدعي الشخصي اذا طلبها.....

Le code fait état des « *indices* » évoquant une participation à une infraction, en matière de flagrance (art. 43 du Code de procédure pénale)⁵⁰⁰, en matière d'enquête préliminaire, lors de l'instruction (art.125 du Code de procédure pénale)⁵⁰¹.

En matière criminelle, le code envisage essentiellement les témoignages et les aveux. Deux principes généraux gouvernent l'administration des preuves : la charge de la preuve et celle des pouvoirs du juge⁵⁰².

Concernant la charge de la preuve, le principe de la présomption d'innocence domine le droit : « *Toute personne*

500 - المادة ٤٣: إذا رأى الضابط العدلي ان ثمة اوراقا أو اشياء تفيد التحقيق موجودة لدى شخص لم تتوافر شهادات قوية ضده يكون للنائب العام أو لقاضي التحقيق, دون الضابط الآلي, ان يجري التفتيش في منزل هذا الشخص ما لم يوافق هذا الاخير دون اكرامه على ان يقوم الضابط العدلي بالتفتيش

501 - إذا اعتبر قاضي التحقيق ان الفعل الذي حقق فيه من نوع الجناية فيصدر قرارا يعرض فيه وقائع القضية والادلة المتوافرة فيها والوصف القانوني الذي ينطبق عليها. يحيل الملف الى النيابة العامة لتودعه الهيئة الاتهامية بوصفها صاحبة سلطة الاتهام. اذا قرر قاضي التحقيق ان الوصف الجنائي المدعى به لا ينطبق على الوقائع المتوافرة في القضية وانما ينطبق عليها وصف جنحي فللنائب العام ان يستأنف قراره. ليس للمدعي الشخصي حق استئناف هذا القرار.

502 - المادة ٢٧٤: إذا وجدت المحكمة ان الادلة المتوافرة في ملف الدعوى لا تكفي لتجريم المتهم فتقضي باعلان براءته. اذا وجدت ان الفعل المسند الى المتهم لا يؤولف جريمة أو لا يستوجب عقابا فتقضي بكف التعقبات عنه.....

suspectée ou poursuivie est présumée innocente jusqu'à la reconnaissance définitive de sa culpabilité. » La règle de la présomption d'innocence n'est pas absolue. Ainsi, elle ne fait pas obstacle, avant le jugement, à la mise en œuvre de certaines mesures, telles la garde à vue, le contrôle judiciaire, la détention provisoire⁵⁰³.

La conséquence de la présomption d'innocence est que le fardeau de la preuve pèse sur la partie poursuivante. C'est le Ministère Public et éventuellement la partie civile qui doivent faire la preuve de l'existence matérielle, et de l'infraction et de la participation à l'infraction de la personne poursuivie, présumée innocente.

En ce qui concerne les pouvoirs du juge dans le système inquisitoire, le juge d'instruction joue un rôle actif, tant dans la recherche des preuves que dans leur appréciation. Il a l'obligation d'utiliser tous les moyens d'investigations que la loi lui fournit pour instruire à charge comme à décharge et

⁵⁰³ -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.

dispose de pouvoirs importants en matière d'appréciation des preuves.

Deux principes fondamentaux gouvernent son action, le principe de la liberté de la preuve et son corollaire, l'intime conviction.

Selon l'alinéa dernier de l'article 274⁵⁰⁴ du Code de procédure pénale : « *La décision du tribunal doit être motivée et basée sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats contradictoirement discutés devant lui et qui ne comprennent pas d'ambiguïté.* ».

Le principe érigé par l'article 274 du CPP permet de disposer de tout moyen juridique d'acquérir la certitude d'un fait, sous la réserve du respect de certaines règles, notamment, lorsque les poursuites sont fondées sur des preuves scientifiques, d'un recueil loyal des traces sur la scène du

504- الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧٤: يجب ان يكون حكمها معللا تعليلا كافيا لا لابس فيه ولا غموض ولا تناقض .

crime, les officiers de police judiciaire étant garants de la continuité de la valeur de l'indice⁵⁰⁵.

« La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils sont convaincus. Elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve. Elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait qu'une seule question, qui résume toute la mesure de leur devoir : avez-vous une intime conviction ? » (Article 273 et 274 du Code de procédure pénale).

Le principe de la liberté de la preuve a des limites car le juge d'instruction a des obligations de motivation et de légalité de recueil de la preuve. La justification de la preuve consiste

⁵⁰⁵- 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.

dans le fait pour un juge de fonder sa décision en fait et en droit, en la motivant suffisamment pour lui donner une base légale. Le juge pénal doit motiver ses décisions, d'autant qu'elles font tomber la présomption d'innocence, ce qui implique de sa part une appréciation des preuves⁵⁰⁶.

Historiquement de type inquisitoire dans la phase d'enquête, la justice revêt un caractère mixte. Les investigations des enquêteurs sont conduites de manière écrite, secrète et non contradictoire. Les débats à l'occasion du jugement sont en revanche de nature accusatoire et se déroulent de manière orale, publique et contradictoire. La défense dispose d'un droit de réponse, symbolisé par la parole donnée en dernier lieu.

L'issue du procès en droit libanais est fonction des éléments, à charge ou à décharge, susceptibles d'emporter la conviction des magistrats et constitutifs de la preuve.

⁵⁰⁶ -Arrêt 27 du 5 février 2007, 1ère ch. C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 40.

Conclusion

Il est souvent d'usage de dire qu'en droit, tous les mots comptent. En effet, les investigations scientifiques sont des actes de procédure que seules les autorités judiciaires peuvent diligenter, ce qui n'est pas le cas en procédure civile et, notamment, devant les juridictions commerciales, où la charge de la recherche des preuves, dont les preuves scientifiques, repose sur les parties. Pour autant, lors de l'enquête pénale, les investigations scientifiques, dont le deuxième critère les définissant est de générer ou de recueillir des données, sont des investigations comme les autres.

Néanmoins, leurs spécificités et les contraintes qui les entourent sont bien réelles et nécessitent des besoins particuliers pour être efficaces. Cependant, en aucun cas ces spécificités et ces contraintes ne justifient que, par exemple, une grande partie du Code de procédure pénale soit remis en question pour les regrouper dans un titre ou un chapitre qui leur serait dédié. D'ailleurs, l'éparpillement des investigations scientifiques dans le Code ne pose pas, en soit, de problème particulier. En revanche, les difficultés

apparaissent avec le manque de cohérence entre les dispositions. Lorsqu'un acte est créé ou modifié, le législateur raisonne sur la finalité qui consiste à collecter une information utile à la manifestation de la vérité, sans se préoccuper que cet élément repose sur des données.

Partant, de nombreuses incohérences apparaissent au travers d'actes qui se recoupent lors de leur mise en œuvre technique et, pire, qui contredisent parfois l'esprit du texte les encadrant. Ainsi, même si le droit doit rester général dans les principes qu'il pose, le fait de créer des dispositions totalement déconnectées des techniques informatiques aboutit parfois à des aberrations, comme lorsque l'analyse des supports numériques réalisée dans le cadre d'une expertise fait totalement abstraction de la mise en œuvre d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, alors que le régime des logiciels de rapprochement judiciaire, très proches dans le fonctionnement technique, respecte les règles de la protection des données personnelles.

Or, c'est précisément au sein de ce renforcement des enquêtes judiciaires que les investigations scientifiques ont un rôle prépondérant à jouer et qu'elles peuvent contribuer

au succès de la détection d'un individu s'appêtant à passer à l'acte. La présente étude a démontré à quel point les actes permettant de les mettre en œuvre offrent une grande efficacité potentielle, et ceci de longue date.

Cette description n'a pas pour autre prétention que de montrer la pertinence du travail collaboratif entre le juridique et le scientifique. Les investigations telle que scientifiques en procédure pénale, qui sont des actes ayant pour point en commun de travailler avec des données, sont, pour l'avenir, un terrain qui ne manquera pas de soulever d'autres questions de ce type afin de répondre au besoin grandissant en matière d'exploitation forensique de tous les objets scientifiques.

Bibliographie

Ouvrages spéciaux

Audigier François , *Les grandes affaires criminelles*, Tempus Perrin, 2022.

BAUER Alain, *Au bout de l'enquête – Les plus grandes affaires criminelles passées au crible*, First , 2023.

BEAUTHIER Jean Paul, *Traité de médecine légale: et criminalistique*, DE BOECK SUP, 2022.

Bertillon Alphonse est le petit-fils du démographe Achille Guillard (1799–1876)

directeur des Statistiques du département de la Seine et cofondateur de l'école d'anthropologie au sein de laquelle il crée la chaire de démographie.

BENILLOUCHE Mikael, *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.

Bourbeillon Philippe, *Sur les traces des grands criminels : Quand la science mène l'enquête*, Alisio, Paris, 2022.

De FROUVILLE Olivier, *La preuve pénale, Internationalisation et nouvelles technologies*, La documentation Française, Paris, 2007.

DEMARCHI Jean-Raphaël, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, LGDJ, 2012. Thèse soutenue en 2010 à Nice.

FOX Lionel, *Enquêtes criminelles*, Marabout, Vanves, 2016.

GROSS Hans, *Criminal investigation; a practical handbook for magistrates, police officers, and lawyers, translated and adapted from the System der kriminalistik*, Generic, 1907

HAUSER Jean, *Filiation – Identification génétique. – Procréation médicalement assistée*, JurisClasseur Code civil, 1997.

HENNION Patricia, *Preuve pénale et droits de l'Homme*, these soutenue le 19 décembre 1998 à Nice–Sophia Antipolis.

JALBY Christian, *La police technique et scientifique*, Que Sais–Je, Paris, 2017.

KIRK JD, *Here Lie the Dead: A Scottish Crime Thriller*, Zertex Crime, 2022.

LANGENSCHIED Adrian *True Crime France: De vraies affaires criminelles*, Pixa Heros, 2021.

LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, *La responsabilité de l'expert judiciaire; à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile*, Les Petites Affiches, 1998, p.7.

LENNARD Chris, *Traces et empreintes digitales: Traité de dactyloscopie*, presses polytechniques, 2017.

LEPAGE Agathe. *loyauté de la preuve – Enquête sous pseudonyme sur les réseaux numériques*, LexisNexis, n°11, 2016.

Locard Edmond, *Manuel de technique policière*, Fénix, 1939.

McDERMID Val, *Scènes de crime*, Les Arènes, Paris, 2019.

MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel, tome 1 : Problèmes généraux de la science criminelle*, 7e édition, Cujas, 1997.

MIANSONI Camille, *L'expertise pénale en enquête préliminaire et de flagrance. Le procureur de la République, prescripteur d'expertise*, Dalloz AJ Pénal, 2011.

MOURALIS Jean-Louis, *Preuve – Chapitre 3 – Recherche et appréciation des preuves*, Répertoire de droit civil, Dalloz, al. 557.

PRADEL Jacques, *Mes archives criminelles : "Ces affaires que je n'oublierai jamais"*, Paris, Éditions du Rocher, 2022.

.Quentin Rossy, *The Routledge International Handbook of Forensic Intelligence and Criminology*, Routledge 1er Édition, 2017.

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.

Code de procédure pénale libanais 328/2001 et ses amendements.

Jurisprudence

Chambre criminelle libanaise :

› Arrêt 273 du 6 novembre 2003, 6ème ch. C. cass, Sader éditeur–Décisions pénales, p. 517.

› Arrêt 27 du 5 février 2007, 1ère ch. C. cass, Sader éditeur–Décisions pénales, p. 40.

› Arrêt 12 du 19 janvier 2009, 1ère ch. C. cass, Sader éditeur–Décisions pénales, p. 19.

› Arrêt 16 du 12 février 2009, 6ème ch. C. cass, Sader éditeur–Décisions pénales, p. 125.

عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، منشورات صادر، بيروت، ١٩٩٣، ص.

Kuwait's Regulations on the Right to Strike:

Under the Review of International Law

Dr. Thaqal S. Al-Ajmi

International Law Dept.

Law School – Kuwait University

Dr. Turki S. Al-Mutairi

Law Dept. in the College of Business Studies

The Public Authority for Applied Education and Training (Kuwait)

Abstract:

This study discusses the most controversial right to strike by discerning its inclusion in public international law, in general, and international labour law, in particular. For the first time, it searches the right to strike in the unclear Kuwaiti laws by trying to prove the existence of such right. It then answers the question of whether such Organisation of the right to strike for both workers and employee in Kuwait's national law conforms to the relevant international law.

1. Introduction:

Workers and employees enjoy a verity of rights, generally including fair wages, maximum working hours, leaves and vacations, safe working environment, trade unions, collective bargaining. Many of these are less controversial than the right of strike, which is the most visible and powerful form of collective actions that workers and employees can take in labour dispute. A strike is a deliberate stoppage [totally or partially] by workers [or employees] in order to put pressure on employers to accede to demands. Thus, the right to strike can be seen as the protective cornerstone of all other rights, since it can deter employers from messing with workers' rights if they know that there is a possibility of a strike. This fact explains all controversies that surrounded this right.

The vagueness that is related to workers and employees' right to strike is even more profounder in Kuwait because of the scarcity of studies in this regard and the ambiguity – as will be discussed later – of this right in Kuwait's national laws. Thus, this study will try to analyze

this right with respect to the State of Kuwait starting with the relevant rules of international law and then examining Kuwait's domestic laws that may be related to this subject.

2. Relevant Rules of International Law:

The discussion in this section focuses on rules of international law imported from all international instruments that are related to the right of strike and are binding on Kuwait by virtue of ratification or accession .

2.1. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR):⁵⁰⁷

One may start with Article 22 of the ICCPR which states that: "1. Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those which are prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national

⁵⁰⁷ State parties are 168 and entered into force on 23/3/1976 and Kuwait became a State Party in 21/5/1996.

security or public safety, public order (*ordrepublic*), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on members of the armed forces and of the police in their exercise of this right.

3. Nothing in this article shall authorize States Parties to the International Labour Organisation Convention of 1948 concerning freedom of association and protection of the right to Organise to take legislative measures which would prejudice, or to apply the law in such a manner as to prejudice, the guarantees provided for in that Convention".⁵⁰⁸

There are many indications that Article 22 is intended to include the right to strike. Firstly, the wording of Article 22 of the ICCPR is broad enough to include economic and social rights and a civil right dimension that is to be protected by the "right to form and join trade unions for the protection of everyone's interests". Secondly, restrictions mentioned in Article 22 (2) in relation to specified categories of workers (i.e., members of armed forces and police) imply that the concern is about the right to strike, a concern that could not

⁵⁰⁸ - Article 22 of the ICCPR.

have arisen if Article 22 (1) did not confer such right requiring such restriction.⁵⁰⁹ Thirdly, paragraph (3) to the International Labour Organisation (ILO) Convention of 1948 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise (Convention no. 87) which, as will be discussed later, is understood to include the right to strike as held by ILO on many occasions.

Notwithstanding the above, the UN Human Rights Committee–HRC's (the supervisory body for the ICCPR–) initial position was to decline jurisdiction – by a majority of votes – in a case concerning the application of the ICCPR brought by Canadian public employees complaining of domestic legislation depriving them of the right to strike. The refusal of jurisdiction was based on the fact that Article 22 of ICCPR made no express provision for the right to strike.⁵¹⁰

⁵⁰⁹- John Hendy, "The Human Rights Act, Article 11, and The Right to Strike", 5 *European Human Rights Law Review* (1998), at 597-598.

⁵¹⁰- *Alberta Union of Provincial Employees v. Canada*, No. 118/1982, reprinted in 1986.

The Committee partially justified its conclusion in the Canadian case by relying on the fact that the UN Declaration (Art. 23 "4") likewise contained no express reference to the right to strike. Some commentators criticized the decision, see for examples: Nowark, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 1993, p. 392.

However, since 1999 the HRC has changed its position and it began monitoring States' protection of the right to strike. For examples, in its concluding observations on the report of Estonia in 2010, the Committee stated, "While noting that the present draft Public Service Act presented to Parliament includes a provision restricting the number of public servants not authorized to strike, the Committee is concerned that public servants who do not exercise public authority do not fully enjoy the right to strike (Art. 22). The State party should ensure in its legislation that only the most limited number of public servants is denied the right to strike".⁵¹¹

Thus, the HRC developed its own understanding when supervising the application of rights enshrined in the ICCPR that it must not restrict itself to the existence of these rights, e.g., the freedom of association, but also to the conditions under which these rights are exercised.

⁵¹¹- Human Rights Committee, Ninety-ninth session, Geneva, 12-30 July 2010, UN Doc, CCPR/EST/CO/3.

2.2. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR):⁵¹²

Unlike the ICCPR, which left the door open for different interpretations with the regard the right to strike, the ICESCR is more straightforward in this matter. Article 8 states that:

"1. The States Parties to the present Covenant undertake to ensure:

(a) The right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice, subject only to the rules of the Organisation concerned, for the promotion and protection of his economic and social interests. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others;

(b) The right of trade unions to establish national federations or confederations and the right of the latter to form or join international trade-union Organisations;

⁵¹²- State parties to the ICESCR are 164 and entered into force in 3/1/1976.

(c) The right of trade unions to function freely subject to no limitations other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others;

(d) The right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country.

2. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces or of the police or of the administration of the State.

3. Nothing in this article shall authorize States Parties to the International Labour Organisation Convention of 1948 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise to take legislative measures which would prejudice, or apply the law in such a manner as would prejudice, the guarantees provided for in that Convention".⁵¹³

⁵¹³ -It should noted that Kuwait made a preservation on Article 8 (1) (d), when acceding to the ICESCR in 1996.

As clearly stated in Article (1) (d) of the ICESCR, while the right to strike is assured, it must be exercised in conformity with the laws of the particular country. Therefore, the "laws of the particular country" cannot prevent the exercise of the right to strike in general, but can regulate it in terms of procedures and reasonable limitations. This understanding was clearly indicated by the supervisory body of the ICESCR the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) in its "General Comments", which constitutes an authoritative interpretation of the text of the ICESCR.

For examples, in its 2011 "Concluding Observations", the Committee maintained the following positions: firstly, with regard to the State of Estonia, the CESCR held that "The Committee notes with concern that the legislation in force in the State Party prohibits civil servants from participating in strikes ... The Committee calls on the State Party to ensure that the provisions on civil servants' right to strike in the Public Service Act comply with Article 8 of the Covenant by restricting the prohibition of strike to those discharging essential services".⁵¹⁴ Secondly, with regard to Germany,

⁵¹⁴- UN Doc. E/C.12/EST/CO/2, 16 Dec. 2011.

the Committee reiterated its above-mentioned concern and added that "the prohibition by the State Party of strikes by public servants other than those who provides essential services constitutes a restriction of the activities of trade unions that is beyond the purview of the restrictions allowed under Article 8 (2) of the Covenant".⁵¹⁵

2.3. ILO Conventions:

The ILO is the UN Agency that is responsible for upholding global labour standards. It is the most important source of international labour law with a long established tradition and rich jurisprudence. With respect to the right to strike, it refer to two ILO conventions: Convention on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, 1948 (Convention no. 87) and Convention on Right to Organise and Collective Bargaining, 1949 (Convention no. 98).

Despite the absence of any explicit reference to the right to strike in these conventions,⁵¹⁶ there is a consensus

⁵¹⁵- UN Doc. E/C.12/DEU/CO/5, 12 July 2011.

⁵¹⁶- It should be noted that the ILO in two of its conferences had adopted resolutions that made explicit mention to the right to strike that are:

that the right to strike is encompassed in their provisions. Thus, the ILO supervisory bodies, the Committee on the Freedom of Association (CFA) and Committee of Experts on the Application of Conventions and Resolutions (CEACR), have always maintained the position that the right to strike is a fundamental right of workers or employees, and constitutes an essential part of their ability to enforce their legitimate interests.

Following are some of the observations made by the CFA with regard the right to strike that show a persistent appreciation of this right:

1- The Resolution Concerning the Abolition of Anti-Trade Union Legislation in the States Members to the International Labour Organisation, which called for the adoption of "laws ... to ensure the effective and unrestricted exercise of trade union rights, including the right to strike by workers"..

2- The Resolution Concerning Trade Union Rights and Their Relation to Civil Liberties, which called for action in a number of ways"with a view to considering further measures to ensure full and universal respect for trade unions rights in their broadest sense".

See; International Labour Office, (1957), p. 783. See also: B. Gernigon, A. Odero and H. Guido, ILO Principles Concerning the Right to Strike, 137 (4) International Labour Review (1996), p. 1.

- In 1952, the CFA held that the right to strike is an "essential [element] of trade unions rights".⁵¹⁷
- In 1988, the CFA held that "respect for the principle of freedom of association requires that workers should not be dismissed or refused re-employment on account of they having participated in a strike or other industrial action. It is irrelevant for these purposes whether the dismissal occurs during or after the strike".⁵¹⁸
- In 2006, the CFA ruled that strikes are part and parcel of trade union activities.⁵¹⁹
- In 2006, the CFA held that the right to strike is one of the essential means available to workers and their Organisation for the promotion and protection of their economic and social interests.⁵²⁰

⁵¹⁷- Second Report, 1952, Case No. 28 (Jamaica), para. 68.

⁵¹⁸- 277th Report, para. 444.

⁵¹⁹- ILO Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee Fifth (Revised) edition, Geneva: International Labour Office (2006), para. 521.

⁵²⁰- *Ibid.*, para. 522.

Article 3 of the Convention No. 87 states that "1. Workers' and employers' organisations shall have the right to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives in full freedom,

The CEACR's position with regard the right to strike follows along the same line:

- In 1983, the CEACR held that the right to strike is "one of the essential means available to workers and their Organisations for the promotion and protection of their economic and social interests. These interests not only have to do with better working conditions and pursuing collective demands of an occupational nature, but also with seeking solutions to economic and social policy

to organise their administration and activities and to formulate their programmes.

2. The public authorities shall refrain from any interference which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof".

It should be noted that in approximately 500 cases dealt with by the CFA since 1951, the CFA relied upon a three-dimensional concept to infer from Article of the Convention that workers organisations shall have the right to organise their administration and activities and to formulate their programs without the interference of public authorities which might restrict this right or impede the lawful exercise thereof. The CFA recognized the right to strike as being included within these activities, and determined its limits. See: Ruth Ben Israel, *International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike* (Deventer: Kluwer, 1988), p. 66.

questions and to labour problems of any kind which are of direct concern to the workers".⁵²¹

- In 1988, the CEACR held that "the common law renders virtually all forms of strikes or other industrial actions unlawful as a matter of civil law. This means that workers and unions who engage in such action are liable to be sued for damages by employers (or other parties) who suffer loss as a consequence, and (more importantly in practical terms) may be restrained from committing unlawful acts by means of injunctions (issued on both an interlocutory and a permanent basis). It appears to the Committee that unrestricted access to such remedies would deny workers the right to take strike or other industrial action to protect and to promote their economic and social interests. It is most important,

⁵²¹- ILO Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report 111 (4B), International Labour Conference 69th Session, Geneva 1983, para. 200.

therefore, that workers should have some measures of protection against civil liability".⁵²²

Furthermore, in relation to Kuwait (the case study of this article) the CEACR had, made a number of observations (or direct requests) over time to the State of Kuwait with respect to the application of Convention no. 87 that Kuwait joined in 1961.⁵²³ Following are some examples of the these observations and direct requests:

⁵²²- Report 111, Part 4A, to the International Labour Conference, 1989, p. 238.

⁵²³- Kuwait is a State Party to 19 ILO Conventions:

- Hours of Work (Industry) Convention, 1919 (No. 1), ratified in 21/9/1961.
- Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), ratified in 23/9/1968.
- Hours of Work (Commerce and Offices) Convention, 1930 (No. 30), ratified in 21/9/1961.
- Holidays with Pay Convention, 1936 (No. 52), ratified in 21/9/1961.
- Labour Inspection Convention, 1947 (No. 81), ratified in 23/11/1964.
- Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (NO. 87), ratified in 21/9/1961.
- Night Work (Women) Convention (Revised), 1948 (No. 89). Ratified in 21/9/1961.
- Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), ratified in 9/8/2007.
- Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105), ratified in 21/9/1961.

1- In 1989, the CEACR noted a number of inconsistencies between the Kuwaiti Labour Code (Law no. 38 of 1964) and Convention no. 87 that, *inter alia*, the restriction on the free exercise of the right to strike (Article 88 of the Labour Code) is in infringement of the Convention, and added that the right to strike is "one of the essential means available to workers' Organisation for the

-
- Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention, 1957 (No. 106), ratified in 21/9/1961.
 - Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), ratified in 1/12/1966.
 - Final Articles Revision Convention, 1961 (No. 116), ratified in 23/4/1963.
 - Social Policy (Basic Aims and Standards) Convention, 1962 (No. 117), ratified in 23/4/1963.
 - Guarding of Machinery Convention, 1963 (No. 119), ratified in 23/11/1964.
 - Benzene Convention, 1971 (No. 136), ratified in 29/3/1974.
 - Minimum Age Convention, 1973 (No. 138), ratified in 15/11/1999.
 - Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976 (No. 144), ratified in 15/8/2000.
 - Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention, 1983 (No. 159), ratified in 26/6/1998.
 - Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182), ratified in 15/8/2000.

promotion and protection of the interests of their members".⁵²⁴

2– In 1994, upon examining information supplied by the Government of Kuwait regarding the application of Convention No. 87, the CEACR held that "the restriction on the free exercise of the right to strike (Article 88 of the Labour Code) is contrary to the principle that workers and their Organisations should be able to Organise their activities and formulate their programs in defence of their economic, social and occupational interest, which may include calling a strike, without interference by the public authorities."⁵²⁵

3– In 2008, while reviewing Kuwait's report and its reply to a comment made by the International Trade Union

⁵²⁴ - Observation (CEACR) – Adopted 1989, Published 76th ILC Session (1989) (Kuwait) <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015).

⁵²⁵- Observation (CEACR) – Adopted 1994, Published 81st ILC Session (1994) (Kuwait)

<<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015).

Confederate (ITUC), the CEACR noted that the provisions of the draft labour code appear to resolve a number of discrepancies between domestic legislation and the provisions of Convention No. 87. However, with regard to the right to strike, the Committee maintained that "as far as compulsory arbitration prevents strike action, it is contrary to the right of trade unions to freely organise their activities. Compulsory arbitration to end a collective labour dispute and a strike is acceptable if it is at the request of both parties involved in the dispute..". Therefore, the Committee requested that the Government of Kuwait amend these provisions of the draft labour code to ensure full conformity with the principles enshrined in Convention No. 87.⁵²⁶

4- In 2010, after the issuance of a new labour code in February of that year (Law 6/2010), the CEACR made many observations on the new law: one of the observations was regarding the right to strike, in which

⁵²⁶ - Observation (CEACR) – Adopted 2008, Published 98th ILC Session (2009) (Kuwait)

<<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015).

the Committee noted that Article 132 of the Law 6/2010 prohibits the parties to the dispute to stop work, totally or partially, when direct negotiations are ongoing or if the Ministry has referred the dispute to the Reconciliation Committee or the Arbitration Board. The Committee "understands accordingly that the intervention by the Ministry in a labour dispute may lead to an arbitration procedures being mandatory and the work stoppage being prohibited, i.e. strike. The Committee recalls that in as far as compulsory arbitration prevents strike action, it is contrary to the right of trade unions to freely organise their activities...". Therefore, the Committee requested that the Government of Kuwait amend this Article in the new labour code.⁵²⁷

Even more significantly, the ILO Commissions of Inquiry, which decides complaints under Article 26 of the ILO Constitution⁵²⁸ and constitutes an authoritative interpretative

⁵²⁷- Observation (CEACR) – Adopted 2010, Published 100th ILC Session (2011) (Kuwait)

<<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015).

⁵²⁸- Article 26 of the ILO Constitution states that :

body made many conclusions that shared the views of the CFA and CEACR. For examples in the complaint against Poland in 1984, the Commission of Inquiry held that "Convention No. 87 provides no specific guarantee concerning strikes. The supervisory bodies of the ILO, however, have always taken the view – which is shared by the Commission – that the right to strike constitutes one of

"1. Any of the Members shall have the right to file a complaint with the International Labour Office if it is not satisfied that any other Member is securing the effective observance of any Convention which both have ratified in accordance with the foregoing articles.

2. The Governing Body may, if it thinks fit, before referring such a complaint to a Commission of Inquiry, as hereinafter provided for, communicate with the government in question in the manner described in article 24.

3. If the Governing Body does not think it necessary to communicate the complaint to the government in question, or if, when it has made such communication, no statement in reply has been received within a reasonable time which the Governing Body considers to be satisfactory, the Governing Body may appoint a Commission of Inquiry to consider the complaint and to report thereon.

4. The Governing Body may adopt the same procedure either of its own motion or on receipt of a complaint from a delegate to the Conference.

5. When any matter arising out of article 25 or 26 is being considered by the Governing Body, the government in question shall, if not already represented thereon, be entitled to send a representative to take part in the proceedings of the Governing Body while the matter is under consideration. Adequate notice of the date on which the matter will be considered shall be given to the government in question.

the essential means that should be available to trade union organisations for, in accordance with Article 10 of the Convention, furthering and defending the interests of their members. An absolute prohibition of strikes thus constitutes, in the view of the Commission, a serious restriction on the right of trade unions to organise their activities (Article 3 of the Convention) and, moreover, is in conflict with Article 8, paragraph 2, under which the law of the land shall not be such as to impair, nor shall it be so applied as to impair, the guarantees provided for (by the Convention)".⁵²⁹

Importantly, in a complaint against Zimbabwe in 2010, the Commission confirmed that "the right to strike is an intrinsic corollary of the right to organise protected by Convention No. 87."⁵³⁰

⁵²⁹- Report of the Commission of Inquiry instituted under Article 26 of the Constitution of the ILO to examine the complaint on the observance by Poland of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) (Vol. LXVII, 1984, Series B, Special Supplement), para. 517.

⁵³⁰ -Report of the Commission of Inquiry instituted under Article 26 of the Constitution of the ILO to examine the complaint on the observance by Poland of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), and the Right to

Nonetheless, it must be emphasized that the right to strike is not absolute and is subject to specific restrictions (or exceptions) as established by ILO practice and jurisprudence. These restrictions or exceptions can be the following:

Firstly, a purely political strike is prohibited, unless the government's policies that workers or employees are standing against have some impact on their interests. In this case, a strike against these policies is legitimate in principle.⁵³¹

Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) (Vol. XCIII, 2010, Series B, Special Supplement), para. 575.

⁵³¹ - See:

- Breen Creighton, Freedom of Association, in *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Marks Economies* (Roger Blanpain ed., 2007), at 315.
- Zoe Hutchinson, The Right to Freedom of Association in the Workplace: Austria's Compliance with International Human Rights Law, 27 *UCLA Pacific Basin Law Journal* (Spring 2010), at 138.

Secondly, members of the police and armed forces do not have the right to strike and excluded from the ambit of Convention No. 87.⁵³²

Thirdly, restriction or even total prohibition of the right to strike is acceptable with regard to public servants exercising authority in the name of the State.⁵³³

⁵³²- O.V.C. Okene, *The Status of the Right to Strike in Nigeria: A Perspective for International Comparative Law*, 15 (1) *African Journal of International and Comparative Law* (2007), at 33.

Article 9 of the Convention No. 87 states that "1. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to the armed forces and the police shall be determined by national laws or regulations. 2. In accordance with the principle set forth in paragraph 8 of Article 19 of the Constitution of the International Labour Organisation the ratification of this Convention by any Member shall not be deemed to affect any existing law, award, custom or agreement in virtue of which members of the armed forces or the police enjoy any right guaranteed by this Convention".

⁵³³- See: Observation (CEACR) – Adopted 1989, Published 76th ILC Session (1989) (Kuwait) <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015), Observation (CEACR) – Adopted 1994, Published 81st ILC Session (1994) (Kuwait) <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015), and ILO Freedom of Association and Collective Bargaining: Report of the Committee of Experts in the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 81st Session, 1994, Geneva, Report 111 (Part 4B), p. 68, para. 158.

Fourthly, restriction or even total prohibition of the right to strike is acceptable with regard to workers in essential services in the strict sense of the term, that is services where an interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population.⁵³⁴

Fifthly and finally, a restriction or limitation on the right to strike is understandable in the events of an acute national crisis.⁵³⁵

Last but not the least, it must be noted that imposing some procedures on trade unions before they can resort to strike is generally recognized as acceptable as long as these

⁵³⁴- ILO Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee Fifth (Revised) edition, Geneva: International Labour Office (2006), para. 576. See also: Official Bulletin, Vol. XLIV No. 3, 54th Report, Case No. 179 (1961) para. 55, ILO Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee Third edition, Geneva: International Labour Office (1985), para. 393, and ILO Freedom of Association and Collective Bargaining: Report of the Committee of Experts in the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 81st Session, 1994, Geneva, Report 111 (Part 4B), para. 159.

⁵³⁵ - Observation (CEACR) – Adopted 1989, Published 76th ILC Session (1989) (Kuwait) <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015).

procedures are reasonable, objectively justifiable and are not intended, in indirect way, to prohibit the right to strike. As the CFA and CEACR have held on a number of occasions, restrictions that place substantial limitation on the right to strike, such as the imposition of legal procedures that require trade unions to comply with complicated balloting requirement prior to the declaration of a strike, are unreasonable and contrary to the ILO Convention No. 87.⁵³⁶

Kuwait's National Laws:

The focus here will be on Kuwait national laws that may have link with the right to strike. The discussion will involve the existence of this right, its parameters, and effectiveness. The question is whether domestic regulation of the right of strike in Kuwait complies with the relevant rules of international law as pointed out above.

⁵³⁶ Report of the Committee of Experts in the Application of Conventions and Recommendations (2009), p. 189.

See also: Charles Barrow, Trade Union Rights in the United Kingdom and Article 11 of the European Convention: Past Failures and Future Possibilities, 1 European Human Rights Law Review (2013), p. 64.

2.4. Constitutional Provisions:

Article 43 in the Kuwait Constitution may have reference to the right to strike, as it states that "Freedom to form associations and unions on a national basis and by peaceful means shall be guaranteed in accordance with the conditions and manner specified by law. No one may be compelled to join any association or union".⁵³⁷ Thus, although this provision is silent on the right to strike, one may argue that it is an outcome of freedom that employees and workers be able to form unions and associations and the latter roles in protecting members' social and economic interests, since a strike is one of the essential means in carrying out these interests.

2.5. Old Labour Law (Code No. 38 of 1964)

The Old Labour Code was the first regulation to come into force that related to workers since the independence of the State of Kuwait in 1961. It consisted of 110 Articles regulating various subjects of interests to workers such as working conditions, duties of workers in private sectors, and private sector workers' rights. Thus, it excluded from its

⁵³⁷- Article 43 of Kuwait's Constitution.

scope State and public service workers, fixed-term workers employed by the State under the regulations concerning the employment of Indian and Pakistani citizens, domestic workers and employees holding similar positions, and seafarers.⁵³⁸

With respect the right to strike, the Code devoted Chapter 12 to workers' and employers' organisations and provided in Article 70 that workers have the right "to establish trade unions to pursue their interests, protect their rights, work on promotion of their social and economic status, and represent them in all matters that concern them".⁵³⁹ Nevertheless, Article 88 prescribed the means that workers must resort to in order to settle labour disputes, of which the right to strike was not included. Under Article 88, when labour dispute arise between workers and their employers, the parties must consider the following procedures to settle that dispute: 1– A direct negotiation must be conducted between employer – or his representative – and workers – or their representatives, and register any agreement they come to at the Ministry of Social Affairs and Labour; 2– if the

⁵³⁸ - Article 2 of Code No. 38 of 1964.

⁵³⁹ - Article 70 of Code No. 38 of 1964.

direct negotiation failed, either party, or both, may ask the Ministry of Social Affairs and Labour to settle the dispute; 3– if the Ministry failed to settle the dispute within 15 days from the request, the dispute will be referred to Arbitration Committee on Labour Dispute, which is composed of a circuit of the Court of Appeal established annually by the General Assembly of this Court, a chief prosecutor delegated by the Attorney General, and a representative from the Ministry of Social Affairs and Labour appointed by the Minister. The representatives of the disputing parties may appear before the Committee and the decision of this Committee is final and binding on all parties.⁵⁴⁰

Thus, even if the Labour Code No. 38 of 1964 did not prohibit a strike per se, the procedures incorporated in Article 88 including compulsory arbitration, which may be imposed at the request of one party (the employer in this case), will end any strike. That why the CEACR had severely criticized the then Kuwait's Labour Code, especially Article 88, and asked the Government of Kuwait to amend it.⁵⁴¹

⁵⁴⁰- Article 88 of Code No. 38 of 1964.

⁵⁴¹- For examples see: Observation (CEACR) – Adopted 1989, Published 76th ILC Session (1989) (Kuwait)

2.6. Present Labour Law (Code No. 6 of 2010)

Because of the intense criticism by the CEACR and ICFTU regarding the past labour law's discrepancies between that law and ILO Conventions, especially Convention No. 87 as discussed earlier, Kuwait's National Assembly (the Parliament) issued a new labour law in 2010 that consists of 150 articles and regulates all matters that concern labour.

Section (Collective Work Dispute – Articles 123 to 132) regulated the right to strike, albeit in an indirect and complex manner. Firstly, it defines a collective work dispute as a dispute that "arises between one or more employers and all his or their workers or a group thereof due relevant to the work or the working conditions".⁵⁴² Secondly, in the event of collective disputes, the involved parties shall [mandatory clause] resort to direct negotiation between them or their representatives.⁵⁴³ Thirdly, if the direct negotiation failed,

<<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015).
Observation (CEACR) – Adopted 1992, Published 79th ILC Session (1992)
(Kuwait) <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015).

⁵⁴²- Article 123 of Code No. 6 of 2010.

⁵⁴³ - Article 124 of Code No. 6 of 2010.

either party to the dispute may [optional clause] submit to the competent Ministry a request to settle the dispute amicably through the Work Dispute Reconciliation Committee established by a decision of the Minister.⁵⁴⁴ The competent Ministry may interfere [optional clause] in the event of collective dispute, if necessary, without a request from any of the disputing parties in order to settle the dispute amicably. The Ministry can also refer the case to the Reconciliation Committee or the Arbitration Panel, as it may deem appropriate.⁵⁴⁵ Thirdly, the Reconciliation Committee shall hear the dispute within one month after the submittal of the application whether from any of the disputing parties or the competent authority. The settlement of dispute by this

⁵⁴⁴ Article 125 of Code No. 6 of 2010.

The Work Dispute Reconciliation Committee shall consist of the following:

- a- Two representatives designated by the syndicate of the disputing workers.
- b- Two representatives designated by the employer or the disputing employers.
- c- The chairman of the Committee and representatives from the competent ministry appointed by the competent minister that shall specify the number of representatives of the disputing parties (Art. 126).

⁵⁴⁵- Article 131 of Code No. 6 of 2010.

Committee shall be final and binding upon all parties. If settlement was unreachable during the time limitation, the Committee shall refer [mandatory clause] the dispute within a week after its last meeting to the Arbitration Panel.⁵⁴⁶ It should be noted that referral to Arbitration Panel is an optional choice left to the competent Ministry.

The Arbitration Panel should hear the dispute within 20 days from the date of the submittal of the disputing documents to the Clerk Department and the dispute shall be settled within three months after the date of the first session.⁵⁴⁷ The Arbitration Panel shall have all the powers of the Court of Appeal and the verdicts rendered by it shall be final and binding.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶- Article 127 of Code No. 6 of 2010.

The Arbitration Panel shall consist of the following:

- a- A circuit of the Court of Appeal established annually by the General Assembly of this Court;
- b- A chief prosecutor delegated by the Attorney General; and
- c- A representative from the competent Ministry appointed by the Minister. The disputing parties or their legal representatives shall appear before the Panel.

⁵⁴⁷- Article 129 of Code No. 6 of 2010.

⁵⁴⁸- Article 130 of Code No. 6 of 2010.

Finally, suspension of work (i.e. strike), whether entirely or partially, shall be prohibited during direct negotiation or when the dispute is pending before the Reconciliation Committee or the Arbitration Panel or upon interference by the competent Ministry.⁵⁴⁹

Therefore, even if the right to strike is generally guaranteed under the new labour law, it could, in effect, be prohibited in all cases of collective labour disputes. This is because direct negotiation is obligatory when a labour dispute arises, and during which total or partial stoppage of work (i.e. strike) is not allowed as Article 132 prescribes. And if direct negotiations fail for any reasons, like an employer's refusal to accept workers' demands, either party (or the competent Ministry) may turn to reconciliation procedures. Hence, it is in the hands of the employer to prevent a strike by resorting the reconciliation process, since a strike (either total or partial) is absolutely prohibited by virtue of Article 132 during this process. Even more peculiarly, parties must arbitrate when the reconciliation

⁵⁴⁹ - Article 132 of Code No. 6 of 2010.

process failed or did not reach agreement in the prescribed time, and must end with a final and a binding decision. Thus, a strike is clearly prohibited during this process as mandated by Article 132 and when the process is finished as implied by the nature of its arbitral verdict as final and binding. It therefore leaves workers with no other options but to comply with that verdict. It should be noted that arbitration, along with all of its legal consequences with regard to a strike, can occur by optional request by the competent Ministry. For all these reasons, the CEACR had criticised Kuwait's labour law compulsory arbitration and regarded it as a contravention of Convention No. 87, as it is contrary to the right of trade unions to freely organise their activities, especially to strike. According to the CEACR the compulsory arbitration is only acceptable if it is at the request of both parties to the dispute.⁵⁵⁰

Needless to say, that the Kuwait's regulations of strikes in its new labour law (Code No. 6 of 2010) is contrary

⁵⁵⁰- Observation (CEACR) – Adopted 2010, Published 100th ILC Session (2011) (Kuwait)

<<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>> (visited in 19/4/2015).

to other relevant rules of international law, such as the ICCPR.

2.7. Public Civil Service Law (Law Decree No. 15 of 1979)

As mentioned earlier, Kuwait's labour laws – both the old and the present ones – have generally excluded public servants (i.e. workers in the public sector) from their scope of application. Therefore, the question here is whether such workers (employees as may be called) enjoy the right strike under Kuwait's laws?

It should be noted that strikes among public civil servants have received attention and discussion and there are two different school of thoughts, one opposing and one supporting public sector employees' right to strike.⁵⁵¹ The opposing view stands on the following rationales:

- 1– Strikes contradict with the principle of the continuous uses of public utilities;

⁵⁵¹- Ali A. S. Ahmed, *The Right to Strike in Public Utilities*, Dar AlKotab: Kuwait (2nd., 1997).

- 2- Strikes contradict with the duty of employees to respect orders from their administrative employers (i.e. respect hierarchy instructions);
- 3- Strikes contract with the privilege of the administration to solely regulates employment;
- 4- Strikes constitute a kind of defiance and insolence for the State represented by the administrative authority;
- 5- Strikes contradict with the principle of neutrality of public services, because –if otherwise– it can be abused for political or ideological ideas;
- 6- Strikes may have devastating impacts on the economy because of their possible enormous effect on productive tools that may harm the economic stability;
- 7- Strikes may lead to dissatisfaction of public needs, therefore may cause public instability;
- 8- Accepting demands of striking employees may encourage all employees to make more demands by threatening to resort to strike even at the expense of public service; and
- 9- Strikes conflict with the principle of a government's political responsibility, since government may be forced to make some decisions under the fierce of

strike and may, therefore, be free of political responsibility in these cases.⁵⁵²

On the other hand, there is another school of thought that support the notion that public employees should be able to strike, this argument relies on the following:

- 1– The principle of absolute obedience by employees is becoming less stringent because employees are becoming more active participants in determining working conditions and in the administration of the public utility;
- 2– The close similarity between the status of employees in public sector and workers in private sector calls for equality across the sectors with regard to rights, including the right to strike. Hence, it is no longer acceptable to only recognize the right to strike for private–sector workers;
- 3– The recognition of the employees' trade union rights requires the recognition of the right to strike as one the essential means for trade unions to realize their purpose;

⁵⁵²– Abdullah Hanafi, *Trade Unions Role in Constitutional Life*, Dar Alnahda AlArabia (1998), pp. 485, 493.

- 4- A strike in the public sector may be less detriment on public interests when compared with some strikes that occur in the private sector;
- 5- A strike is not taken defiance and revolution, but is a part of the freedom of expression that is constitutionally guaranteed and constitutes a means in the participation of administration of public affairs of the State;
- 6- When employees stop performing some of their duties during a strike is in countenance with the State's stoppage of performing its duties in paying proportionate salaries; and
- 7- A strike is one of the most effective means that employees can possess facing the powerful authority of State when the State enacts legislation and makes decisions that severely affect their working conditions.⁵⁵³

In Kuwait the law on public service is considered a general law that applies to public employment and which must be referred to with respect to all matters that are not regulated by any special law. Thus, the question here is

⁵⁵³- Ibid.

whether employees who work in public sector have the right to strike in accordance with the law on public service?

To answer this question one must begin with the fact that neither the law on public service (Law Decree No. 15 of 1979) nor any of its executive rules contain a provision clearly permitting or prohibiting strikes, or punishing those who strike. This is in contrast with , for example, one of the special laws that applies to employees in the Public Authority on Industry, which states clearly that "an employee is banned from... participation in organisation on unlawful meetings or strikes...".

Nonetheless, a strike in public employment seems to conflict with Article 23 of the Law Decree No. 15 of 1979, which states that "an employee must not absent himself from work except within the authorized periods of leave"⁵⁵⁴ and Article 24 of the same law that "An employee shall: 1- Personally undertake the task assigned to him, in good faith and efficiently he shall deal properly with citizens. 2- He shall use official working hours to discharge the duties of his post. He may be required in addition to work outside official

⁵⁵⁴- Article 23 of the Law Decree No. 15 of 1979.

hours of work if the interests of his work or its nature so require. 3– An employee shall faithfully and honestly execute orders issued to him within the bounds of the law, regulations and rules in force. 4– He shall abide by the terms of the law and regulations and shall preserve State property; furthermore, in dispensing with funds, he shall do so while respecting the dictates of honesty and care. 5– He shall uphold the dignity of his post, and conduct himself with a due respect".⁵⁵⁵ Since a strike is equivalent to an absence from work and necessarily entails a refusal of work assignments and duties, one may conclude that a strike violates these articles.

However, a broad reading of Kuwait's laws may lead to the opposite conclusion – that is, that employees have the right to strike. This position is supported by Article 98 of Labour Law (Code No. 15 of 2010), which states that "The right to establish unions for employers and the right to syndicate organisations for workers is guaranteed in accordance with the provisions of this Law. The provisions of this Chapter shall apply to workers in the public and oil

⁵⁵⁵ - Article 24 of the Law Decree No. 15 of 1979.

sectors to the extent they do not conflict with the provisions of other laws regulating their affairs".⁵⁵⁶

The "Chapter" of the Labour Law that Article 98 refers to is Chapter Five, which includes Section Three (Collective Work Dispute), which – as discussed earlier gives workers the right to strike, although only generally and restricted in a complex way. That means that employees in the public sector enjoy the same rights as workers in the private sector as articulated by Article 98 in cases of labour disputes.

Nevertheless, it could be argued that Article 98 of Labour Law gives priority with regard to employees to Law on Public Service by the virtue of the closing clause of it, which states that "The provisions of this Chapter shall apply to workers in the public and oil sectors to the extent they do not conflict with the provisions of other laws regulating their affairs". Thus, arguably one may claim that since Law on Public Service regulates employees' affairs and applies only when it conflicts with the Labour Law with regard to the right to strike, since the latter allows what the former prevents.

⁵⁵⁶ Article 98 of the Code No. 15 of 2010.

To solve this apparent paradox, one must refer to Article 70 of Kuwait Constitution, which states that "The Amir shall conclude treaties by decree and shall transmit them immediately to the National Assembly with the appropriate statement. A treaty shall have the force of law after it is signed, ratified and published in the Official Gazette. However, treaties of peace and alliance; treaties concerning the territory of the State, its natural resources or sovereign rights, or public or private rights of citizens; treaties of commerce, navigation and residence; and treaties which entail additional expenditure not provided for in the budget, or which involve amendment of the laws of Kuwait; shall come into force only when made by a law...".⁵⁵⁷ Thus, any treaty, whether ratified by the Amir (the President) or the national Assembly (the Parliament), becomes part of the domestic law by having the force of law equivalent to laws enacted by the National Assembly, and will be subjected in the national sphere to the rule that the "the later law abrogate" when there is a conflict.

⁵⁵⁷ -Article 70 of Kuwait's Constitution.

Kuwait ratified Convention No. 87 in 1961 and Convention No. 98 in 2007, both of which ILO supervisory bodies consider as including the right to strike for both workers in private sector and employees in public sector. Thus, according to the rule that the later law abrogates the former, the law issued in 2007 to ratify Convention No. 98 will amend the Law on Public Service of 1979 in all conflicting matters, including the right to strike.

Even more important, in 2013 the National Assembly issued Law No. 84 of 2013 on Approval of the Arab Charter on Human Right (2006), which states in Article 35 that "1- Everyone has the freedom to pursue trade union activity for the protection of his interest; 2- No restrictions shall be placed on the exercise of these rights and freedoms except such as are prescribed by the laws in force and that are necessary for the maintenance of national security, public safety or order or for the protection of public health or morals or the rights and freedoms of others; 3- Every State party to the present Charter guarantees the right to strike within the limits laid down by the laws in force".⁵⁵⁸ Therefore, this later

⁵⁵⁸- Article 35 of the Arab Charter on Human Right.

law amends all conflicting laws with regard to the right to strike in the Law on Public Service of 1979 and the Labour Law of 2010.

The Egyptian courts of law, which serves as a classic background for Kuwaiti courts of law, followed this approach when the High Court of State Security in 1987 exonerated workers on Public Authority on Realways who were criminally tried for breaching Egyptian Penal Law, which prohibited strikes in public utilities and made the strike a punishable act. The Court cited Article 8 (1) (d) of the ICESCR, which similar to the Arab Charter on Human Rights states that "The right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country". The Court held that since Egypt had ratified the ICESCR in 1982, it became – as Article 151 of the Constitution mandates – part of the Egyptian domestic laws and amended all conflicting laws, including the Penal Law.⁵⁵⁹

⁵⁵⁹- See: Egyptian Attorneyship Journal, Vol. 8, (June – 1987), p. 12.

3. Conclusion:

As shown above international law clearly mandates that the right to strike is part of the rights of free organisation and free expression, as the ICCPR and ICESCR state, or as a means for trade unions to protect their members' interests and rights, as implied from the ILO convention (Convention No. 87 and Convention No. 98). This study also uncovered the status of the right to strike for workers in private sector and employees in public sector in the State of Kuwait. It argues that the regulations of this right with regard to both categories, is insufficient and inadequate, contravening the relevant rules of international law.

In conclusion this study suggests that the State of Kuwait must amend the present labour law (Code No. 6 of 2010), so that it clearly gives workers and employees the right to strike and ensures all procedures that must be followed to solve collective labour disputes do not, in effect, entail a total prohibition on the right to strike, as is the current case in the applicable labour law. For example, although arbitration is common procedure in labour disputes, it must not be mandated at the request of one party of the dispute

(the employer in this case), which will essentially prohibit all strikes. Rather, arbitration But, must be agree upon by both parties (workers and employers).

Nonetheless, the amendment of the present labour law to ensure its conformity with international law does not mean that to right to strike must be absolute and free of any limitations or restrictions. Limitations and restrictions that are acceptable and common include the following:

- Prohibition of purely political strike;
- members of the police and armed forces cannot strike;
- restriction or even total prohibition of the right to strike is acceptable with regard to public servants exercising authority in the name of the State.
- restriction or even total prohibition of the right to strike is acceptable with regard to workers or employees in essential services in the strict sense of the term, that is services the interruption of which would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population, i.e. any service of this type must continue during a strike. For example, in Brazil there must be at

least 30% of essential services continuing during a strike.⁵⁶⁰

- restriction or limitation on the right to strike is acceptable in the events of acute national crisis.
- Imposition of some procedures on trade unions before they can resort to strike is generally recognized as acceptable as long as these procedures are reasonable, objectively justifiable and are not intended to indirectly prohibit the right to strike. For example, under the Australian Fair Work Act a strike is legitimate if it has been authorized by a mandatory secret ballot when –at least– 50% of people on the role of voters participated and more than 50% vote in favor of the action.⁵⁶¹

⁵⁶⁰- Brazil: Strike Rights Limited by the Federal Supreme Court <http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_12054081_text>

⁵⁶¹- Zoe Hutchinson, *Op. Cit.*, at 138.

تنوع الجزاءات الجنائية وفعاليتها في التشريع القطري

محمد عيسى المهدي (562)

العقوبة هي الأثر المترتب على المسؤولية الجنائية، وتعد العقوبة هي أول صورة لرد الفعل الاجتماعي ضد الجريمة والمجرم، وظلت فترة طويلة هي الجزاء الوحيد المترتب على الجريمة، إلا أنه مع ظهور الفلسفة الوضعية ظهرت سياسات جديدة ومنها ضرورة وقاية المجتمع من ارتكاب الجريمة في المستقبل ووسيلته في ذلك هي التدابير الاحترازية.

وأمام هذا التنوع في السياسة العقابية نرى أنه يجب تناول كل من موضوع العقوبة والتدابير الاحترازية ومدى فاعلية كل منهما في التشريع القطري. وأثرهما على مكافحة الجريمة وتحقيق الردع العام والخاص.

أهمية البحث:

تتبع أهمية البحث من موضوع الذي يحتل مكانة مهمة في السياسة الجنائية للدول في سبيل مكافحة الجريمة، والوسيلة المناسبة لعقاب المجرمين، هل يكفي بالعقوبة أم يجوز تطبيق التدابير الاحترازية بجانبها، لتغطية الخطورة الاجرامية في المجرم، ومدى تناسب العقوبة مع الجريمة المرتكبة، كما يتناول

562- كلية القانون جامعة قطر

البحث مشكلة رفض وتأييد عقوبة الإعدام، وعقوبة التشغيل الاجتماعي التي استحدثها المشرع القطري.

إشكالية البحث:

يثير هذا البحث العديد من التساؤلات والتي سوف نجيب عليها من خلال هذه الدراسة وهذه التساؤلات هي:

1. ما هو مفهوم كل من العقوبة والتدبير الاحترازي، وكيف يتميز كل منهما عن الآخر؟
2. ما هي العقوبات الأصلية وماهية العقوبات الفرعية؟ وما مدى تناسبها وفعاليتها في التشريع القطري؟
3. ما هي شروط تطبيق التدابير الاحترازية؟
4. ما هي أنواع وصور التدابير الاحترازية؟

منهجية البحث:

سوف نتبع في هذا البحث الأسلوب الوصفي التحليلي، بتفسير النصوص القانونية مستعينين بأراء الفقهاء وأحكام المحاكم، مع إبداء الرأي عند الاقتضاء.

خطة البحث:

مطلب تمهيدي: مفهوم الجزاء الجنائي وصوره (العقوبة والتدابير الاحترازية)

المبحث الأول: العقوبات الاصلية والتبعية في التشريع القطري

المطلب الأول: صور العقوبات الاصلية.

المطلب الثاني: صور العقوبات الفرعية.

المبحث الثاني: التدابير الاحترازية في التشريع القطري

المطلب الأول: شروط تطبيق التدابير الاحترازية.

المطلب الثاني: صور التدابير الاحترازية.

- النتائج
- التوصيات
- المراجع
- الفهرس

مطلب تمهيدي

مفهوم الجزاء الجنائي

ينتوع الجزاء الجنائي إلى صورتين هما العقوبة والتدابير الاحترازية وفيما يلي تعريف كل منهما والتمييز بينهما.

أولاً: مفهوم العقوبة:

العقوبة هي الجزاء الجنائي الذي يفرضه المشرع وينطق به القاضي على من تثبت عليه ارتكاب السلوك الاجرامي" ، ومن حيث الشكل تم تعريف العقوبة على انها "النتيجة القانونية المترتبة كجزاء على مخالفة النصوص التجريبية والتي تطبق باتباع الإجراءات الخاصة بالدعوى الجنائية وبواسطة السلطة القضائية على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة ، أما من حيث الموضوع ينظر الى العقوبة بوصفها انتقاص او حرمان من الحقوق الشخصية للمحكوم عليه، أي ان العقوبة وسيلة للدولة تتدخل بها بفعالية لتأكيد دور القانون الجنائي في المجتمع لحماية مصالحه الأساسية والجوهرية ، ويمكننا تعريف العقوبة على انها ايلام مقصود يحقق اغراضه ويتناسب مع الجريمة⁽⁵⁶³⁾.

وتتميز العقوبة وفقاً للمفهوم القانوني الحديث بمجموعة من الخصائص هذه الخصائص هي:

1: شرعية العقوبة: حيث إنه وفقاً للمبدأ القانوني "لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص قانوني" فلا يمكن إيقاع العقوبة على الجاني الا بموجب نص قانوني يحددها على وجه الدقة حتى تكتسب مشروعيتها.

563 -د. بشير زغلول، د. اياد هارون الدوري، علم الاجرام والعقاب الناشر: كلية القانون – جامعة قطر، 2018م2019، ص 234

2: شخصية العقوبة: ومفاد المبدأ انه لا توقع العقوبة الا على الجاني بشخصه فلا تطال أحد من اهله او اقربائه، وبناء عليه إذا توفي الجاني قبل صدور الحكم انقضت الدعوى، أما إذا توفي بعد الحكم وقبل تنفيذ العقوبة سقط الحكم بوفاة. ولقد أكد الدستور القطري على هذا المبدأ في المادة 40 حيث نصت على ان لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة للعمل به والعقوبة شخصية⁽⁵⁶⁴⁾.

3: عدالة العقوبة: العقوبة يجب ان تكون عادلة، أي ان يكون هناك تناسب بين الجرم المرتكب وبين العقوبة المقررة، فإذا كانت أخف من الجرم فلن تحقق العدالة في المجتمع ولن تحقق اغراضها في الردع، وإذا كانت أقسى من الجرم فذلك سيعود بنا الى مبدأ الانتقام والثأر من الجاني وذلك فيه ظلم نسبي له⁽⁵⁶⁵⁾.

4: المساواة في العقوبة: العقوبة تسري في حق جميع الافراد دون الاخذ بنظر الاعتبار لنقاوتهم من حيث المكانة الاجتماعية وتطبيق هذا المبدأ لا يعني اغفال الظروف الشخصية او المادية للجريمة او المجرم، على القاضي ان يراعي ذلك عند الحكم بالعقوبة، ويطلق علي ذلك نظام تفريد العقوبة⁽⁵⁶⁶⁾.

5: قضائية العقوبة: إن العقوبة يجب ان تصدر عن سلطة قضائية حتى تنتج اثارها القانونية، فالعقوبة الجنائية من أخطر الجزاءات الماسة بكرامة وشرف وسمعة الانسان، لهذا يجب ان تحاط بضمانات تحول دون تعسف السلطات

564 - أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات القطري، القسم العامة، جامعة قطر، الطبعة الاولى، 2010، ص 66.

565 - د. بشير زغلول، د. ايا هارون، المرجع السابق، ص 239.

566 - سامح السيد جاد، مبادئ قانون العقوبات - القسم العام، دار الكتاب الجامعي، 1999م، ص 433

الإدارية او التنفيذية لذلك حصر المشرع السلطة بيد القضاء، والجزاء الذي لا يصدر عن هذه السلطة لا يكتسب صفة العقوبة الجنائية (567).

ثانياً: مفهوم التدابير الاحترازية:

التدابير الاحترازية عبارة عن إجراءات تتخذ ضد المجرم بهدف إزالة أسباب الإجرام لديه وتأهيله اجتماعياً، وتوقع في الحالات التي لا توقع فيها العقوبة على الجاني لعدم توافر شروط المسؤولية. إذ للتدابير الاحترازية هدف واحد هو إزالة الخطورة الإجرامية، أو القضاء على العوامل الدافعة إلى الإجرام والحيلولة بين من تتوافر لديه الميول الإجرامية وبين ارتكاب الجريمة في المستقبل، ويتحقق ذلك عن طريق مجموعة من الإجراءات والأساليب التهديبية والعلاجية التي يترتب عليها تأهيل المجرم والقضاء على مصادر الخطورة في شخصيته لكي يعود بعده عضواً صالحاً في المجتمع ويسلك السلوك المطابق للقانون وواضح أن غرض التدابير الاحترازية يشترك مع غرض العقوبة في الإصلاح فقط دون بقية الأغراض الأخرى. فالعقوبة هي جزاء الجاني على ما ارتكبه من جريمة في الماضي التدبير الاحترازي يستهدف المستقبل أي منع الجاني من ارتكاب جريمة ثانية في المستقبل (568)

567 - محمد صبحي نجم، أصول علم الاجرام وعلم العقاب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى / الاصدار الثاني، 2008م عمان، ص 1024.

568 - محمد صبحي نجم المرجع، السابق، ص 119.

ثالثاً: التمييز بين كل من العقوبة والتدابير الاحترازية:

لا شك في ان العقوبة تختلف عن التدابير الاحترازية اختلافاً كبيراً فمن ناحية أولى فان العقوبة توقع على من ارتكب الفعل الاجرامي اما التدابير الاحترازية فهي تواجه خطورة إجرامية كشفت عنها الجريمة المرتكبة تنذر بارتكاب جريمة في المستقبل ولذلك نجد ان العقوبة يجب ان تكون مؤلماً ايلاًماً مقصوداً لتحقيق أغراض العقوبة وهي الردع العام والعدالة، اما التدابير الاحترازية فأنها تكشف عن خطورة إجرامية محتملة وبناءً عليه فانه ليس المقصود منها تحقيق الايلام بل فأنها تستهدف العلاج والتأهيل والإصلاح (569).

ومن ناحية أخرى تختلف العقوبة عن التدبير الاحترازي من حيث المدة فالعقوبة محددة المدة اما التدبير الاحترازي فهو غير محدد المدة لأنه ينتهي بانتهاء الخطورة الاجرامية (570).

وكما أن العقوبة تختلف عن التدبير الاحترازي في خضوعها لبعض الاحكام التي لا يخضع لها التدبير الاحترازي فتخضع العقوبة للأعدار القانونية المخففة ولا محل لذلك في حالة التدابير الاحترازية لأنه متى توافرت الخطورة الاجرامية فان ذلك يؤدي الى توقيع التدبير بشكل كامل، وأيضا يطبق على العقوبة نظام وقف

569 - د. علي حمودة - الاحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي- الجزء الثاني - النظرية العامة للجرائم الجنائي- الطباعة الأولى -سنة 2008- اكااديمية شرطة دبي- ص61

570 - د. محمود نجيب حسني -المرجع السابق-ص935

التنفيذ متى رأى القاضي ما يببر ذلك ولا مجال لإيقاف التنفيذ في حالة التدبير الاحترازي لان تطبيق التدبير كان ناجماً عن خطورة إجرامية للشخص (571).

ومن ناحية أخرى فان التدبير الاحترازي قابل للمراجعة ، فاذا كان الايلام الذي تتضمنه العقوبة كجزاء جنائي يتكرر نوعاً وكماً بصورة محددة ونهائية فالحكم القاضي بها فلا تستطيع سلطه التنفيذ ان تنزل عن الحد الأدنى المقرر للعقوبة ولا ان تتجاوز الحد الأقصى ، وذلك احتراماً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات واحتراماً لما للحكم القضائي من حجية ، عليه فلا تقبل العقوبة المراجعة بعد الحكم البات، اما التدبير الاحترازي فخلاف لذلك فيكون قابلاً للتعديل والمراجعة تبعاً للتطور والتغيير الذين يلحقان بالخطورة الاجرامية فيمكن تعديل مدته بل ويمكن تغيير نوعه كلما اقتضت حالة المحكوم عليه ذلك(572).

المبحث الأول

صور العقوبات في التشريع القطري

حدد المشرع القطري في قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004 صور العقوبة في العقوبات الاصلية والعقوبات الفرعية، وستناول في المطلب الأول صور العقوبات الاصلية، وصور العقوبات الفرعية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

571- د. محمد عبد اللطيف فرج – شرح قانون العقوبات-القسم العام- النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي- طبعه 2013 -ص 283

572- د. محمد عبد اللطيف فرج – المرجع السابق -ص282

صور العقوبات الاصلية.

تتنوع العقوبات الاصلية في التشريع القطري بحسب محلها إلى عقوبات بدنية وعقوبات سالبة للحرية، وعقوبات مالية على النحو التالي:

أولاً: العقوبات البدنية (الإعدام):

عقوبة الإعدام تعني ازهاق روح المحكوم عليه، وتعتبر عقوبة الإعدام من أقدم العقوبات تاريخياً، وأقساها أثراً، وقد أثرت قسوة العقوبة وطرق تنفيذها والتعذيب المصاحب لها في التنفيذ عبر التاريخ⁵⁷³. إذ يؤدي إلى استبعاد من ينفذ فيه من اعداد أفراد المجتمع، وذلك على نحو نهائي لا رجعة فيه، وتطورت عقوبة الإعدام تطوراً كبيراً إذ كانت في السابق تطبق على جرائم مختلفة بغض النظر عن جسامتها، إلى أن حصرت التشريعات الحديثة تطبيق عقوبة الإعدام على جرائم ذات جسامه كبيرة⁵⁷⁴.

وقد ثار الجدل حول مدى فائدة عقوبة الإعدام، وانقسم الرأي إلى اتجاهين أحدهما يؤيد بقاءها والآخر يؤيد إلغائها، واستجابت للاتجاه الثاني تشريعات كثيرة فأسقطت الإعدام من قائمة العقوبات التي تقرها. كالتشريع الألماني والتشريع

573- د. محمد الأمين أبو هجار والأستاذ أحمد الأمين أبو هجار- الأمين في شرح قانون العقوبات القطري-مكتبة دار العلم -سنة 2012-ص321

574- د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، طبعة، 2010، ص858

الإيطالي⁵⁷⁵. ونستعرض فيما يلي حجج المطالبين بإلغائها والابقاء عليها على النحو التالي:

(أ) حجج المطالبين بإلغاء عقوبة الإعدام:

- 1- عقوبة الإعدام غير ضرورية، بدليل أن الدول التي تطبق هذه العقوبة من خلال قوانينها الجنائية لم تؤد إلى انخفاض في الجرائم التي تفرضها⁵⁷⁶.
- 2- من الممكن تحقيق الردع الشخصي بطريقة أفضل من تطبيق عقوبة الإعدام كتفويض عقوبة السجن المؤبد ومن خلال هذه العقوبة الأمر الذي يتم من خلاله إصلاح المجرم⁵⁷⁷.
- 3- عدم إمكان تلافئها إذا ما نفذت خطأ في المحكوم عليه ثم ثبتت براءته⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵- د. محمد محمد مصباح القاضي- الدكتور محمد محمد مصباح القاضي- قانون العقوبات – القسم العام (النظرية العامة في الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2014، ص47

⁵⁷⁶- الكشيبور، محمد- المجلة المغربية والقانون المقارن – عقوبة الإعدام-المجلد 49-سنة 2008-ص176

⁵⁷⁷ - الجوة، كارم – مجلة بحوث ودراسات قانونية – الإعدام-المجلد 3 -سنة 2008 – ص 127

⁵⁷⁸ - د. أحمد فتحي سرور-الوسيط في قانون العقوبات القسم العام- دار النهضة العربية - الطبعة السادسة – سنة 2015 -ص961

4- أن عقوبة الإعدام تؤدي إلى الانهيار النفسي للإنسان، خاصة إذا زاد رقي الإنسان بسبب تطور الحضارة⁵⁷⁹.

(ب) حجج المؤيدين لعقوبة الإعدام:

- 1- تمثل عقوبة الإعدام اهم وسيلة للردع ضد المجرمين داخل المجتمع⁵⁸⁰.
- 2- أن القاضي غير ملزم بتطبيق عقوبة الإعدام في كل الجرائم، بل يمكنه تطبيق عقوبة أخف إذا تبين له ان المجرم قابل للإصلاح فعلاً⁵⁸¹.
- 3- لا يمكن أيضاً تقادي أثر العقوبات الأخرى - غير الإعدام - إذا ما نفذه خطأ على المحكوم عليه⁵⁸².
- 4- ان الاعتداء على حياة الأبرياء، يؤدي الى انهيار الشعور الانساني⁵⁸³ ونتفق مع الآراء الذين يطالبون بالإبقاء على تنفيذ عقوبة الإعدام، خاصة إذا احيطت بالضمانات القانونية اللازمة قبل تنفيذها، وكما هو معلوم ان الشريعة الإسلامية اوجبت تطبيق القصاص كعقوبة للقتل، وان قانون العقوبات القطري نص في المادة الأولى منه على ان تسري أحكام الشريعة الإسلامية⁵⁸⁴.

579 - د. محمد عبد اللطيف فرج - المرجع السابق - ص84

580 - الكشور، محمد - المرجع السابق - ص175

581 - الجوة، كارم - المرجع السابق - ص127

582 - د. احمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص961

583 - د. محمد عبد اللطيف فرج - المرجع السابق - ص85

584 - قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004

ان تنفيذ عقوبة الإعدام تؤدي الى ازهاق روح المحكوم عليه، وعليه فقد أحاط
المشرع القطري ضمانات في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية
وهي 585:

- لا يجوز الحكم بعقوبة الإعدام على من لم يبلغ الثامنة عشر من عمره وقت
ارتكاب الجريمة (المادة 20 من قانون العقوبات).

- لا يجوز تنفيذ الحكم بالإعدام ما لم يصدق الأمير عليه (المادة 58 من قانون
العقوبات)

- عدم تنفيذ الاحكام الصادرة بعقوبة الإعدام تنفيذاً معجلاً (المادة 325 من قانون
الإجراءات الجنائية).

- لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام الا إذا صار الحكم باتاً (المادة 340 من قانون
الإجراءات الجنائية).

- على المحكمة استكمال التحقيق وعدم الاكتفاء باعتراف المتهم والحكم عليه
(المادة 190 من قانون الإجراءات الجنائية).

- ان يصدر الحكام بالإعدام بأجماع آراء أعضاء المحكمة (المادة 240 من قانون
الإجراءات الجنائية).

- تعرض النيابة العامة الحكم الصادر حضورياً بعقوبة الإعدام على محكمة
الاستئناف، بمذكرة برأيها في الحكم، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره (المادة
273 من قانون الإجراءات الجنائية).

585 - د. محمد الأمين والأستاذ احمد الأمين - المرجع السابق- ص 327 و328

- تعرض النيابة العامة الحكم الصادر حضورياً بعقوبة الإعدام على محكمة التمييز بمذكرة برأيها في الحكم خلال ستين يوماً من تاريخ صدوره (المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية).

- إذا طلب المحكوم عليه إعادة النظر، الامر الذي يؤدي الى إيقاف التنفيذ لحين البت في هذا الطلب (المادة 334 من قانون الإجراءات الجنائية).

- إذا قدم المحكوم عليه اشكالاً، الامر الذي يؤدي الى إيقاف التنفيذ لحين الفصل في الاشكال (المادة 334 من قانون الإجراءات الجنائية).

ثانياً: العقوبات السالبة للحرية:

ان العقوبات السالبة للحرية تؤدي الى حرمان المحكوم عليه من حريته، وتختلف مدة الحرمان باختلاف جسامة الجريمة وخطورتها على المجتمع، ونلاحظ ان المشرع القطري قام بتوحيد العقوبات السالبة للحرية تحت مسمى الحبس، وحددت المادة 57 من قانون العقوبات الحبس نوعين: الحبس المؤبد، والحبس المؤقت، وعرفت المادة 60 من قانون العقوبات على ان " الحبس هو وضع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض، وذلك مدى الحياة إن كان الحبس مؤبداً، أو المدة المحكوم بها إن كان مؤقتاً". ونلاحظ ان قانون العقوبات القطري يختلف عن قانون العقوبات المصري، حيث ان قانون العقوبات المصري عدد العقوبات السالبة للحرية، وحددها في السجن المشدد والسجن، والحبس 586.

586- د. محمد الأمين والأستاذ احمد الأمين- المرجع السابق-ص332

أما الحبس المؤبد: فهو هو في الأصل عقوبة تستغرق كل حياة المحكوم عليه⁵⁸⁷، ولكنه من الناحية العملية يجوز الإفراج تحت شرط وفقاً للمادة 360 من قانون الإجراءات الجنائية، وذلك بالشروط التي حددتها المادة 67 من القانون لسنة 2009 بشأن تنظيم المؤسسات العقابية والإصلاحية، كما أن البند 6 من المادة 67 من الدستور القطري، أجاز للأمير الحق في العفو من العقوبة أو تخفيفها.

أما الحبس المؤقت: فعقوبة الحبس المؤقت تبدأ من يوم الى ما أقل من الحبس المؤبد، وهي تكون عقوبة للجنايات إذا كانت أكثر من ثلاث سنوات، وقد تكون للجرح إذا قلت عن ثلاث سنوات (المادة 23 عقوبات) 588.

ثالثاً: العقوبات المالية:

الغرامة: تعد الغرامة من العقوبات الأصلية الوحيدة، التي نص عليها المشرع في قانون العقوبات القطري⁵⁸⁹، على خلاف المشرع في قانون العقوبات المصري الذي جعلها عقوبة أصلية، وعقوبة تكميلية في حالات محدودة⁵⁹⁰.

وقد عرفها المشرع القطري في المادة 63 من قانون العقوبات "إلزام المحكوم عليه بأن يدفع للدولة المبلغ المحكوم به".

587 - د. احمد فتحي سرور المرجع السابق-ص973

588 - د. محمد الأمين والأستاذ احمد الأمين- المرجع السابق-ص334

589 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين – المرجع السابق -ص339

590 - د. محمد عبد اللطيف – المرجع السابق -ص 125

وتتميز عقوبة الغرامة بأنها:

-تصيب عقوبة الغرامة مال المحكوم عليه، ولا تمتد الى شخصه أو حرته شأن العقوبات البدنية أو السالبة للحرية⁵⁹¹.

-انها عقوبة يمكن الرجوع فيها دائماً، فيرد مبلغ الغرامة إذا ثبت خطأ القضاء بها أو رؤى العفو عنها⁵⁹².

-تعد من أفضل العقوبات للجرائم التي يكون باعثها الطمع في مال الغير، وذلك ليكون الجزء من جنس العمل⁵⁹³.

أما عن عيوبها: فهي عقوبة غير رادعة للشخص الثري⁵⁹⁴، وفي حال اسار المحكوم عليه بالغرامة يستحيل تنفيذها وتتحول الى عقوبة سالبة للحرية بما لها اثار سلبية⁵⁹⁵، بالإضافة إلى ان تنفيذ عقوبة الغرامة تمتد الى الأشخاص الذين يعولهم المحكوم عليه، الامر الذي يكون فيه مساس بمبدأ شخصية العقوبة⁵⁹⁶.

591 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص341

592 - د. محمد عبد اللطيف - المرجع السابق -ص 127

593 - د. محمد عبد اللطيف - المرجع السابق -ص 127

594 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص341

595 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص341

596 - د. محمد عبد اللطيف - المرجع السابق -ص 128

رابعاً: عقوبة التشغيل الاجتماعي:

ان عقوبة التشغيل الاجتماعي لا تعد ضمن العقوبات الاصلية، فهي أقرب إلى العقوبات البديلة أو التبعية، ولكن المشرع القطري استحدثها وجعلها من ضمن العقوبات الاصلية، عليه قام بتعديل تعريف الجرح الواردة في المادة 23 عقوبات، وأصبح النص كالتالي " الجرح هي الجرائم المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة التي تزيد على ألف ريال، أو بالتشغيل الاجتماعي، أو بإحدى هذه العقوبات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "،

وبهذا التعديل يكون المشرع تبنى المذاهب الحديثة التي تنادي بضرورة أن تكون العقوبة إصلاحية وتأهيلية في المقام الأول، وهذا المسلك الذي انتهجه المشرع الفرنسي⁵⁹⁷.

وقد عرفت المادة 63 مكرر من قانون العقوبات على انها " عقوبة التشغيل الاجتماعي هي إلزام المحكوم عليه بان يؤدي لمدة محددة، عملاً من الأعمال الاجتماعية المرفق بهذا القانون"

والغرض من تطبيق عقوبة التشغيل الاجتماعي التأهيل والاصلاح في المقام الأول، فلذلك قررت ان تكون بديلاً إصلاحياً لعقوبة الحبس بما يوجه إليها من سلبات في التشريعات الجنائية، أو لعقوبة الغرامة التي قد يشق على المعسرين أدائها⁵⁹⁸.

597- د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص348

598 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص352

المطلب الثاني

صور العقوبات الفرعية

نصت المادة 64 من قانون العقوبات القطري رقم (11) لسنة 2004م، على أن "العقوبات الفرعية إما تبعية أو تكميلية، وتكون العقوبة تبعية، إذا كان القانون يقضي بها كأثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية، وتكون العقوبة تكميلية، إذا كان توقيعها متوقفاً على حكم القاضي بها، سواء أوجب القانون عليه ذلك أو أجاز له"⁵⁹⁹.

وإذا كان الأصل ان تفرض عقوبة أساسية على الجاني، الا ان المشرع قد يجد انها غير كافية فيقرر عقوبات فرعية للتأكد من تحقيق أغراض الجزاء الجنائي، وعلى ذلك تنقسم العقوبات التبعية إلي عقوبات أصلية، وعقوبات فرعية⁶⁰⁰.

والعقوبات الاصلية هي التي توقع منفردة دون ان يكون النطق بها متوقفاً على النطق بعقوبة أخرى. أنواعها طبقاً للمشرع القطري، الإعدام - الحبس المؤبد - الحبس المؤقت - الغرامة - التشغيل الاجتماعي وقد سبق الحديث عنها في المطلب الاول، والعقوبات الفرعية التي نتناولها في هذا المطلب: ففرض العقوبات الاصلية قد لا يكون كافياً من وجهة نظر التشريعات الجنائية لهذا تقرر عقوبات فرعية بغية التأكد من تحقيق أغراض العقوبة لا يجوز النطق بها بمفردها بل يجب أن ترتبط بالنطق بعقوبة اصلية، وقد أكدت المادة 46 السابق ذكرها أن نوعين من العقوبات الفرعية:

599 - قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004م

600 - د. بشير زغلول، د. أياد هارون، المرجع السابق، ص 255.

أ- العقوبات التبعية، هي العقوبات التي تتبع تلقائياً وبحكم القانون عقوبة أصلية نطق بها القاضي وتفرض بحكم القانون حتى إذا غفل القاضي النطق بها و"تعتبر العقوبة تبعية إذا كان القانون يقضي بها كأثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية"

ب-العقوبات التكميلية، هي العقوبات التي تكمل العقوبات الاصلية ولا يحكم بها بمفردها ويتوقف توقيعها على حكم القاضي سواء اوجب القانون عليه ذلك او أجاز له.

والعقوبة التكميلية اما ان تكون وجوبية او جوازية، في كلا الحالتين لا توقع الا إذا نطق القاضي بها فإذا أغفل القاضي النطق بعقوبة تكميلية وجوبية تعاد القضية الى المحكمة التي أصدرت الحكم لتتطرق بها مجدداً⁶⁰¹.

وفيما يلي نتناول صور العقوبات الفرعية في التشريع القطري:

أولاً: الحرمان من الحقوق والمزايا:

قد يكون الحرمان من الحقوق والمزايا عقوبة فرعية حيث ان المادة 66 من قانون العقوبات نصت صراحة على كل حكم بجناية تستوجب حتماً وبقوة القانون حرمان المحكوم عليه من كل الحقوق والمزايا، وقد تكون تكميلية وذلك عند الحكم بجناية، ولكن بعقوبة الجنحة وذلك لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات⁶⁰²

601 - د. بشير زغلون ن د. أياد هارون المرجع السابق، ص 256

602 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص360

على خلاف المشرع المصري اذ جعلها تبعية دائماً، حيث نصت المادة 25 من قانون العقوبات المصري "كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية....."603.

ثانياً: الحرمان من مزاوله المهنة:

هناك مهن حرة ينظمها القانون ويتطلب لمزاولها الحصول على ترخيص بذلك ومن ذلك مهنة المحاماة، مهن الطب، مهنة الصيدلة وغيرها...604

وبالرجوع الى المادة 68 من قانون العقوبات نلاحظ ان المشرع جعلها تبعية عندما يكون الحكم في جنائية لمدة تجاوز سبع سنوات وفي هذه الحالة فان القاضي يحكم بالحرمان وجوبياً، وجعلها تكميلية عندما يكون الحكم بجنائية لمدة تقل عن سبع سنوات وفي هذه الحالة يكون الامر جوازياً للقاضي.

الا اننا نرى بان تكون العقوبة التكميلية المنصوص عليها في المادة 68 وجوبية في جميع الحالات، كما نقترح ان تكون مدتها واحدة، طالما ان الفعل في جميع الحالات هو فعل جرمي يكتسب وصف جنائية، وذلك كله مراعاة للمبدأ الدستوري المتعلق بالمساواة أمام القانون.

ثالثاً: العزل من الوظائف العامة:

العزل من الوظيفة العامة عقوبة تبعية حيث تنص المادة 70 من قانون العقوبات على " يجب على المحكمة عند الحكم على موظف عام بعقوبة الجنحة

603- د. محمود نجيب حسني- المرجع السابق-ص940

604- د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين – المرجع السابق -ص361

في احدى الجنايات المنصوص عليها في الفصل الأول والثاني والثالث من الباب الثالث من الكتاب الثاني في هذا القانون (العقوبات) ان تحكم بالعزل مدة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الانتهاء من تنفيذ العقوبة أو سقوطها⁶⁰⁵

على خلاف المشرع المصري اذ جعل عقوبة العزل من الوظائف العامة، عقوبة تبعية إذا كان الحكم بعقوبة جنائية، وعقوبة تكميلية بالنسبة لبعض الجنايات والجنح⁶⁰⁶

رابعاً: اغلاق المكان أو المحل العام:

توجد بعض المحلات العامة لممارسة أنشطة غير مهنية، ولممارسة هذه الأنشطة لا بد من توافر جميع الشروط التي يفرضها القانون، وفي حال عدم الاستيفاء لتلك الشروط قررت المادة 71 من قانون العقوبات ان يتم اغلاق هذه المحلات كعقوبة تكميلية لحين استيفاء هذه الشروط⁶⁰⁷.

605- د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين – المرجع السابق -ص363

606- د. محمد عبد اللطيف – المرجع السابق -ص 152

607 -د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين – المرجع السابق -ص365

خامسا: الوضع تحت مراقبة الشرطة:

هي عقوبة تواجه خطورة المجرم للحد منها وعلاجها، وبمقتضاها يكون المحكوم عليه تحت نظر الشرطة ليلاً ونهاراً لإمكان ملاحظته أو عدم تمكنه من ارتكاب الجرائم⁶⁰⁸.

وتستهدف مراقبة الشرطة فرض قيود على المحكوم عليه في جرائم معينة تحت اشرافهم، حتى لا تراوده نفسه الى ارتكاب جريمة من جديد⁶⁰⁹.

وقد تكون مراقبة الشرطة عقوبة تبعية في التشريع القطري حيث حددت المادة 72 من قانون العقوبات القطري الجرائم المرتكبة التي تستوجب وضع المحكوم عليه تحت المراقبة الشرطة وتكون مدة المراقبة نصف مدة عقوبته، على ألا تتجاوز مدة مراقبة الشرطة خمس سنوات⁶¹⁰.

وقد تكون مراقبة الشرطة عقوبة تكميلية حيث حددت المادة 73 من قانون العقوبات القطري الجرائم المرتكبة التي تستوجب وضع المحكوم عليه تحت المراقبة الشرطة وفي هذه الحالة ترك المشرع الامر لسطة القاضي الجوزية وتكون مدة المراقبة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز سنتين⁶¹¹.

ونرى أن مراقبة الشرطة تعد من التدابير الاحترازية، على الرغم من ان المشرع القطري اعتبرها عقوبة فرعية ذلك لان مراقبة الشرطة تدبير تغلب فيه

608 - د. احمد فتحي سرور المرجع السابق-ص998

609 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص366

610 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص367

611 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص369

نسبة التحفظ على نسبة الايلام ويجوز تقريرها بدون أن تكون جريمة ما قد ثبت وقوعها في حق المراقب، كما هو الحال بالنسبة للمشبهه فيه. الامر الذي يقطع بطبيعتها التحفظية وينفي صفتها العقابية. فالمراقبة اذاً تدبير شرطة، ما لم توقع في اعقاب جريمة حدثت، فتكون تدبيراً احترازياً واقياً، وأما اعتبارها عقوبة فأمر في غير محله⁶¹².

سادسا: المصادرة:

المصادرة هي نقل ملكية مال أو أكثر من أموال المحكوم عليه الى الدولة فهي عقوبة ناقلة للملكية. جوهرها حلول الدولة محل المحكوم عليه في ملكية المال⁶¹³.

وبالرجوع الى المادة 67 من قانون العقوبات القطري نرى ان المشرع القطري جعلها عقوبة تكميلية وذلك بجواز للمحكمة عند الحكم بالإدانة في جنائية أو جنحة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة، أو التي استعملت أو كان من شأنها أن تستعمل فيها، وذلك دون إخلال بحقوق الغير حسني النية.

وجعلها عقوبة تكميلية وذلك عندما تكون الأشياء المشار اليها أعلاه، مما يعد صنعها، أو استعمالها، أو حيازتها، أو التعامل فيها جريمة في ذاته، وجب الحكم بالمصادرة في جميع الأحوال ولو لم تكن تلك الأشياء ملكاً للمتهم.

612 - رمسيس بنهام، العقوبة والتدبير الاحترازية، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد رقم 11، العدد الأول، 1968 م، ص 28

613- د. محمد محمد مصباح القاضي- المرجع السابق-ص258

ونرى أيضاً أن مسلك المشرع القطري في غير محله حيث إن المصادرة هي الأخرى، تدبير وقائي لا عقوبة، لأن نسبة الحذر التحفظي فيها غالبية على نسبة الألم النفسي، باعتبار أن ترك جسم الجريمة ناتجها في يد فاعلها عامل اغراء له بمعاودة اقترافها أو مصدر تذكير بمتعتها⁶¹⁴

سابعا: الإبعاد:

يقصد بالأبعاد كعقوبة فرعية عدم إقامة الأجنبي بدولة قطر، ومن ثم ترحيله الى الدولة التي ينتمي اليها بحكم جنسيته، وقد يكون الإبعاد بناء على قرار اداري حيث حددت المادة 37 من قانون تنظيم دخول وخروج الوافدين الحالات التي تجيز صدور قرار بإبعاد الأجنبي، كما انها قد تكون عقوبة تكميلية حيث قررت المادة 77 من قانون العقوبات في حال حكمت المحكمة على الأجنبي بعقوبة مقيدة للحرية في جناية او جنحة سلطة جوازيه بأبعاد الأجنبي، وتكون عقوبة تبعية إذا كان الحكم صادراً في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة⁶¹⁵.

والجدير بالذكر اننا نرى أن الإبعاد يعد من التدابير الاحترازية، كونه يطغى فيه عنصر الوقاية أو التحفظ على نسبة الألم التي تعد جوهر العقوبة، والهدف منه القضاء على خطورة الجاني ومنعه من الأذى الاجتماعي.

614 - رمسيس بنهام، المرجع السابق، ص 28

615 - د. محمد الأمين والأستاذ أحمد الأمين - المرجع السابق -ص374

المبحث الثاني

التدابير الاحترازية في التشريع القطري

التدابير الاحترازية هي مجموعة من الإجراءات، تواجه خطورة إجرامية كامنة في شخصية مرتكب جريمة؛ لتدراها عن المجتمع. ويتحقق التدبير الاحترازي بطرق مختلفة، منها منع التسهيلات التي تُيسر للجاني طريقة لارتكاب الجريمة، كإغلاق المؤسسة، أو مصادرة الأشياء التي استخدم في الجريمة، أو بمنعه، أو حظر إقامته في مكان معين. وقد تسعى التدابير لتحقيق غايتها أيضاً، بإعطاء الفرد فرصة للعيش بكرامة في المجتمع، وذلك بعلاجه أو تهذيبه، أما في حالة اليأس من إصلاح الجاني، فإن وقاية المجتمع تتطلب اللجوء إلى تدابير عازلة، كالإبعاد أو الاعتقال⁶¹⁶.

والتدبير الاحترازي كصورة من صور الجزاء الجنائي يتم في عدة حالات:

أ- عندما يكون إيقاع العقوبة على الجاني غير ممكن قانوناً: بسبب وجود مانع من الموانع المسؤولية الجنائية كالجنون او الحدث الذي لم يتجاوز ال 14 سنة.

ب- عندما يكون توقيع العقوبة على الجاني غير ملائم: ويكون التدبير الاحترازي سيكون ملائماً أكثر وسيحقق الغاية من الجزاء الجنائي الذي هو التأهيل والإصلاح أكثر من العقوبة. مثل ادخال المصحات العلاجية للمدمنين بدلاً من العقوبة في قانون مكافحة المخدرات.

⁶¹⁶ - محمد بن عبد الرحمن بن عبد العزيز، التدابير الاحترازية _ دراسة مقارنة -، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، سلسلة ملخصات الابحاث القضائية، العدد 12 / 2016، ص 26، 27.

ت- عند عدم كفاية العقوبة في جريمة معينة لتحقيق أغراضها فيقرر المشرع وضع التدبير الاحترازي بعد العقوبة⁶¹⁷.

ولكي يتم تطبيق التدابير الاحترازية يجب أن تتوافر شروط معينة وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الأول، كما يجب القاء الضوء على صور التدابير الاحترازية وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

شروط تطبيق التدابير الاحترازية.

التدبير الاحترازي لا يوقع على جميع المجرمين، بل يستهدف طائفة محددة منهم وهم الذين تتوافر لديهم الخطورة الاجرامية. لذلك نجد شرطين للتدبير الاحترازي، وهما سبق ارتكاب الجريمة وتوافر الخطورة الاجرامية، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: شرط سبق ارتكاب الجريمة

يستفاد من هذا الشرط ان التدبير لا يفرض الا بعد ان يكون الجاني قد ارتكب جريمة المقصود به هو ارتكاب الشخص فعل عده القانون جريمة سواء كان الشخص مسؤولاً جنائياً ام لا، لان المسؤولية الجنائية ليست شرطاً لإيقاع التدبير الاحترازي على الشخص. وقد انقسم الفقه في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: القول بعدم اشتراط ارتكاب جريمة سابقة.

يرى أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يكفي لإنزال التدبير الاحترازي بالشخص أن يكشف عن خطورته الإجرامية، دون الحاجة إلى ارتكاب جريمة سابقة، ويكشف

⁶¹⁷ - بشير زغلول، أياد هارون، المرجع السابق، ص 299، 300.

الشخص عن شخصيته الإجرامية بارتكابه لأي فعل يمكن أن يستشف منه مدى خطورة ذلك الشخص على المجتمع الذي يعيش فيه.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه لدعم وجهة نظرهم بالحجج التالية:

أن التدخل قبل ارتكاب الجريمة وعند توافر الخطورة الإجرامية لا ينافي مبدأ العدالة، فالعدالة المبتغاة هي العدالة التي تحمي المجتمع وتقيه من المجرمين الذين لا يردعهم التهديد بإنزال العقوبة، وإنه لمن غير العدل ومن الخطر أيضاً إن تركهم يهددون المجتمع، فالواجب يقضي أن تطبق عليهم التدابير الملائمة لطبيعتهم لتجنب الجريمة المتوقع حدوثها⁶¹⁸.

الرأي الثاني: ضرورة ارتكاب جريمة سابقة لإنزال التدابير الاحترازية:

غالب الفقه اشترط وقوع جريمة لإيقاع التدابير الاحترازية فحتى يتم إيقاع التدبير الاحترازي لا بد ان تتوافر الخطورة الاجرامية، بالتالي لا بد من ارتكابه للجريمة التي ستكشف عن هذه الخطورة، أي ان ارتكاب المجرم للجريمة يشكل قرينة على توافر الخطورة الاجرامية⁶¹⁹ ، وحجج أنصار هذا الرأي تتلخص في:

أ. صعوبة التحقق من حالة الخطورة الإجرامية.

ب. مراعاة مبدأ الشرعية.

ج. الجريمة السابقة دليل على توافر حالة الخطورة الإجرامية.⁶²⁰

فالتدبير الاحترازي هو صور من صور الجزاء الجنائي وفيه مساس بحقوق وحریات الافراد، وعليه ان السماح بإيقاع التدبير على شخص لم يرتكب جريمة فيه عدوان على الحريات العامة وهو ما يتناقض مع مبدأ الشرعية.

⁶¹⁸ - محمد بن عبد الرحمن بن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 33

⁶¹⁹ - د. بشير زغلول، د. أياد هارون، المرجع السابق، ص 312.

⁶²⁰ - محمد بن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 33

كما الكثير من التشريعات اكدت على هذا الشرط منها المشرع القطري، هناك استثناء على هذه القاعدة وهو إمكانية إيقاع تدبير احترازي دون شرط ارتكاب جريمة سابقة، الا ان هذا الاستثناء يجب ان يرد بقانون. مثل التدابير التي اقراها المشرع القطري على الحدث المعرض للانحراف⁶²¹

ثانياً: شرط الخطورة الإجرامية

الخطورة الإجرامية هي احتمال ارتكاب المجرم جريمة تالية ويتضح من هذا التعريف أن الخطورة الإجرامية مجرد احتمال، وأنها بهذا الوصف نوع من التوقع منصرف إلى المستقبل، وموضوع هذا التوقع هو جريمة تصدر عن ذات الشخص الذي ارتكب جريمة سابقة، وتحليل التعريف السابق للخطورة يقتضي بيان الاحتمال وتحديد المراد بالجريمة التالية التي يتعلق بها.

1-مدلول الاحتمال:

الاحتمال هو حكم موضوعه تحديد العلاقة بين مجموعة من العوامل توافرت في الحاضر وواقعة مستقبلية من حيث مدى مساهمة تلك العوامل في إحداث هذه الواقعة. ويتضح بذلك أن الاحتمال مجرد حكم موضوعه علاقة سببية، فهو ليس علاقة السببية ذاتها، ولكنه تصور ذهني لها، ومن ثم كان متجردا من الكيان المادي. ويفترض الاحتمال الوجود الحال للعوامل التي تكمن فيها القوة السببية، ويفترض كذلك أن النتيجة المنتظرة لهذه العوامل لم تتحقق بعد. والاحتمال خلاصة عملية ذهنية جوهرها استقراء العوامل السببية السابقة وتصور

621 - د. أياد هارون، د. بشير زغلول، المرجع السابق، ص 312.

القوانين الطبيعية التي تحدد قوتها وترسم اتجاه تطور آثارها ثم توقع النتيجة التي ينتظر أن تتبلور فيها الآثار⁶²²

والاحتمال كتعريف للخطورة الإجرامية يفترض التسليم بأن للجريمة أسبابها التي تفضي إليها سواء أكانت أسبابا داخلية تتعلق بالتكوين البدني أو العقلي أو النفسي للمجرم أم كانت أسبابا خارجية ترجع إلى بيئته الاجتماعية ويقوم الاحتمال على دراسة هذه الأسباب بالنسبة لمجرم معين والتساؤل عما إذا كانت تصلح بداية لتسلسل سببي ينتهي بجريمة. وعلى هذا النحو كان موضوع الاحتمال هو علاقة سببية تربط بين العوامل الإجرامية والجريمة، وهذه العوامل حالة واقعية، ولكن الجريمة واقعة مستقبلية.⁶²³

2-مدلول الجريمة التالية:

قدما أن موضوع الاحتمال هو إقدام المجرم على جريمة تالية. ويتصل هذا التحديد لموضوع الاحتمال بالوظيفة القانونية للخطورة الإجرامية، هذه الوظيفة أنها سبب لاتخاذ تدابير تهدف إلى وقاية المجتمع من أخطار جرائم تالية، ومن ثم تعين القول بأن هذه الخطورة هي خطورة إقدام المجرم على سلوك إجرامي لاحق. والجريمة التالية التي تقوم الخطورة الاجرامية باحتمال الاقدام عليها هي بطبيعتها غير معينة ، ويعني ذلك أن هذه الخطورة تقوم إذا كان محتملا إقدام المجرم على سلوك إجرامي أي كان تقوم به جريمة من الجرائم ، ومن ثم لم يكن

622 - علي رمضان المخزوم، الشروط الواجب توافرها لتطبيق التدابير الاحترازية، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، الناشر الجامعة الاسمرية الإسلامية زيتين، العدد 22، 2012، ص 35

623 - د. محمود نجيب حسني- المرجع السابق-ص1137

من عناصر الخطورة احتمال إقدام المجرم على جريمة معينة بالذات ، ويستتبع ذلك أنه لا محل لاشتراط جسامه معينة في الجريمة التالية ولا محل كذلك للقول بانه يشترط أن يكون إقدام المجرم عليها متوقفاً في خلال وقت معين من تاريخ ارتكابه الجريمة الأولى ، ويفسر ذلك أن وظيفة التدبير الاحترازي ليست وقاية المجتمع من جريمة معينة ولكنها وقايتها من خطورة الإجرام بصفة عامة، ومن ثم ساغ أن توضع الجرائم جميعاً موضع المساواة في تقدير هذا العنصر من عنصري الخطورة الاجرامية ويكشف ذلك عن الوجه الحقيقي للخطورة الاجرامية فهي احتمال منصرف الى المجرم باعتباره سوف يرتكب جرائم جديدة أكثر منها احتمال منصرف الى هذه الجرائم ذاتها ، ويعني ذلك أن موطن الخطورة هو شخص المجرم وليس واقعة أو وقائع مادية معينة⁶²⁴.

المطلب الثاني

أنواع التدابير الاحترازية في ضوء أغراض الجزاء الجنائي.

إن الهدف الجوهرى للتدبير الاحترازي ينطوي على مواجهة الخطورة الاجرامية الكامنة في نفس المجرم من خلال القضاء عليها عن طريق اصلاح المجرم وتأهيله حتى يعود الى المجرم خاليا الى المجتمع من الخطورة الاجرامية ، والتدبير يشترك مع العقوبة في الردع الخاص للمجرم الاختلاف بين التدبير والعقوبة هو في كيفية التأهيل والإصلاح والردع الخاص التدبير الاحترازية لها غرض نفعي يتمثل في الدفاع عن المجتمع ضد احتمالية

624 - د. محمود نجيب حسني- المرجع السابق-ص1138

ارتكاب جريمة ضده في المستقبل ، كما أن التدابير الاحترازية تتجرد عن أي وظيفة أخلاقية فلا يتم توقيها على أساس الائم الجنائي او الخطأ انما الخطورة الاجرامية لدى الجاني والتدبير لا يعتمد على إدراك او فهم الجاني لفعله حتى يرتدع، بل تستهدف حماية المجتمع من الجريمة المحتملة التي قد يقدم عليها الجاني بسبب توافر الخطورة والتدابير الاحترازية لا تهدف الى تحقيق العدالة فليس من اغراضها جبر الضرر الذي لحق بالمجني عليه او بالمجتمع بالشكل العام الاجرامية⁶²⁵

وتحقق أغراض التدابير الاحترازية من خلال 3 أساليب:

أ- التأهيل، ويقصد به علاج خطورة المجرم وأسباب اجرامه بمختلف الوسائل الطبية والنفسية والعلمية من اجل تحويله الى عضو نافع في المجتمع.
ب-الابعاد، هذه الوسيلة تأتي بعد التأهيل وذلك عندما يصبح التأهيل صعب المنال فيبادر المجتمع الى ابعاد المجرم اما بصورة دائمة أو مؤقتة، مثل عزل المجرم او منع ترده على أماكن محددة او ابعاده عن البلاد إذا كان اجنبياً.

ت- التعجيز، يقصد به تعجيز المجرم من خلال الحيلولة بينه وبين الوسائل التي تساعده على ارتكاب الجريمة مثل المصادرة او الغلق⁶²⁶.

وفي ضوء أغراض التدابير الاحترازية السابق الحديث عنها، فقد تنقسم التدابير

الاحترازية من حيث النظرة إليها سواء إلى الأنواع التالية:

1- تدابير سائلة للحرية.

625 - د. بشير زغلول، أيا هارون المرجع السابق 322

626 - د. بشير زغلول، أيا هارون، المرجع السابق، ص 320 وما بعدها.

- 2- تدابير مفيدة للحرية.
- 3- تدابير مانعة للحقوق.
- 5- تدابير عينية.

أولاً: التدابير السالبة للحرية

وتشمل المكان العلاجي كالمستشفى المخصص للأمراض العقلية والنفسية والإدمان على المسكرات والمخدرات وتشمل أيضاً الوضع في مزرعة أو ورشة صناعية للعمل بحيث يعزل المحكوم عليه عن أفراد المجتمع، ويهذب ويؤهل حرفياً واجتماعياً، وهذا التدبير يوقع على الخطيرين ومحترف الإجرام. وتشمل أيضاً دور التهذيب والتربية وهي مخصصة للأحداث الجانحين لإعادة تأهيلهم واندماجهم في المجتمع⁶²⁷.

ومثال على ذلك ما نص عليه قانون رقم (9) لسنة 1987 في شأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الخطرة وتنظيم استعمالها والاتجار فيها في المادة 38 (عدلت بموجب قانون 2020/3)، على أنه " لا تقام الدعوى الجنائية على من يتقدم من متعاطي المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية الخطرة من تلقاء نفسه للعلاج.

ويوضع المريض تحت الملاحظة بالمصحة لمدة لا تزيد على أسبوعين. فإذا ثبت إدمانه وحاجته إلى العلاج، وقع إقراراً بقبول بقاءه بالمصحة لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر. وإذا شفي خلالها، وجب أن تقرر إدارة المصحة خروجه. وإن رأت هذه الإدارة حاجته إلى العلاج بعد انتهاء فترة الملاحظة أو استمرار بقاءه بعد مدة

⁶²⁷ - مأمون سلامة، أصول علم الاجرام والعقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015، ص

الثلاثة الأشهر ولم يوافق المريض على ذلك كتابة، تقدم تقريراً إلى اللجنة المنصوص عليها في المادة السابقة وتقرر اللجنة بعد سماع أقوال المريض خروجه أو استمرار بقاءه بالمصحة للعلاج لمدة أو لمدد أخرى، على ألا تزيد مدة بقاءه بالمصحة على سنة. وعلى إدارة المصحة إخطار المريض كتابة بالقرار الصادر باستمرار إيداعه خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره، وعليها تنفيذ قرار الخروج خلال الأربع والعشرين ساعة التالية لصدوره، ويجوز للمريض التظلم من قرار اللجنة المشار إليها الصادر باستمرار إيداعه إلى المحكمة وذلك خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ إخطاره⁶²⁸.

ثانياً: التدابير المقيدة للحرية

وتشمل تقييد حرية المحكوم عليه ومراقبته ومنعه من التردد على أماكن اللهو كالمسارح والسينما والبارات... الخ. ومنعه من الإقامة في منطقة محددة، وإن كان أجنبياً يبعد ويسافر إلى وطنه. ونلاحظ أن هذا النوع من التدابير عبارة عن مجموعة من القيود على حركة وتنقل ونشاط المحكوم عليه من حيث المكان والأشخاص الذين يختلط بهم. ووضع المحكوم عليه تحت الملاحظة لإبعاده عن ظروف الانحراف، ويقوم بذلك من الأجهزة الأمنية جهاز الشرطة والأمن العام⁶²⁹. وقد نص على هذا التدبير المادة 72 من قانون العقوبات القطري حيث نصت على أنه "كل من يحكم عليه بالحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات، في جريمة موجهة ضد امن الدولة الخارجي أو الداخلي أو في جريمة رشوة أو اختلاس أو اضرار بالمال العام أو تزوير في محرر رسمي أو تزوير أو تقليد أختام أو

628 - قانون رقم (9) لسنة 1987 في شأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الخطرة وتنظيم استعمالها والاتجار فيها في المادة 38 (عدلت بموجب قانون 2020/3)

629 - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 121.

علامات أو طوابع حكومية أو في جريمة تزيف العملة أو السندات المالية الحكومية أو حريق عمد أو حيازة متفجرات أو قتل عمد، يوضح بحكم القانون بعد انقضاء مدة عقوبته تحت مراقبة الشرطة مدة تعادل نصف مدة عقوبته، على الا تجاوز مدة مراقبة الشرطة خمس سنوات. ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تحكم بتخفيض مدة المراقبة أو بإعفاء المحكوم عليه منها"

كما نصت المادة 74 على أن " كل شخص خاضع لمراقبة الشرطة، يتعين عليه الالتزام بالشروط التالية:

1- ان يخطر قسم الشرطة التابع له بمحل إقامته وبكل تغيير فيه، ويجوز لقسم الشرطة عدم الموافقة على إقامته في هذا المحل، إذا كان واقعاً في المنطقة التي ارتكبت فيها الجريمة، فإذا لم يكن له محل إقامة، حدد له قسم الشرطة محلاً يتعين أن يأوي إليه.

2- أن يحمل بصفة دائمة بطاقة يسلمها إليه قسم الشرطة التابع له تتضمن جميع البيانات التي تُعَيَّن شخصيته، وعليه تقديمها لرجال الشرطة عند كل طلب.

3- أن يقدم نفسه إلى قسم الشرطة التابع له مرة كل أسبوع، في الزمان المعين له في بطاقته، وفي كل وقت يكلفه فيه قسم الشرطة بذلك.

4- أن يوجد في محل إقامته في الفترة بين غروب الشمس وشروقها، إلا إذا حصل على ترخيص من قسم الشرطة يبيح له التغيب في كل هذه الفترة أو بعضها".

ثالثاً: التدابير الاحترازية المانعة للحقوق

وتشمل حرمان المحكوم عليه من حقوقه على نفس القاصر الذي يتولى رعايته وإدارة شؤونه المالية حرمان الوصي والولي والأب والأم والذي تثبت خطورة

كل منهم على القاصر وعدم مقدرته على رعايته وحمايته. ويشمل أيضاً منع المحكوم عليه بهذا التدبير من مزاوله عمل معين أو مهنة معينة، ومثال ذلك الطبيب الذي يجري عمليات الإجهاض غير المشروعة، وصاحب المصنع الذي يغش البضاعة التي يصنعها. وحرمان المواطن من حمل السلاح أو حيازته، أو الحرمان من قيادة السيارة بسحب الترخيص من المخالف⁶³⁰.

وقد نصت على هذه التدابير الاحترازي المادة 68 من قانون العقوبات القطري حيث نصت على "كل حكم بعقوبة جنائية ضد شخص يزاول مهنة حرة ينظمها القانون ويتطلب لمزاولتها الحصول على ترخيص بذلك، من أجل جريمة ارتكبت أثناء مباشرة أعمال هذه المهنة أو بسببها وتضمنت إخلالاً بالواجبات التي يفرضها القانون أو تفرضها أصول المهنة المتعارف عليها، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بحرمان المحكوم عليه من مزاوله هذه المهنة مدة لا تتجاوز عشر سنوات.

فإذا كان الحكم بالحبس مدة تتجاوز سبع سنوات، وجب على القاضي أن يحكم بحرمان المحكوم عليه من مزاوله المهنة مدة مماثلة لمدة الحبس المحكوم بها".

ومن التدابير المانعة للحقوق ابعاد الأجانب حيث نصت المادة 77 من قانون العقوبات القطري على "مع عدم الإخلال بحق الجهات الإدارية المختصة في إبعاد أي أجنبي وفقاً للقانون، يجوز للمحكمة، إذا حكمت على الأجنبي بعقوبة مقيدة للحرية في جنابة أو جنحة، أن تحكم بإبعاده عن الدولة بعد الانتهاء من تنفيذ العقوبة.

فإذا كان الحكم بالعقوبة على الوجه المبين في الفقرة السابقة صادراً في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، وجب على المحكمة أن تحكم بإبعاد الأجنبي عن الدولة بعد الانتهاء من تنفيذ العقوبة أو سقوطها".

630 - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 122

رابعاً: التدابير الاحترازية العينية

وهذه توقع على الأشياء وليس على الأشخاص وتشمل المصادرة العينية والشخصية كإجراء على الأشياء التي تمنع القوانين صنعها أو بيعها أو استعمالها، كالمخدرات والأسلحة غير المرخصة، والمتفجرات والأطعمة الفاسدة، والأدوية الضارة، والكتب والنشرات والأفلام والصور اللاأخلاقية.

أما المصادرة الشخصية فتشمل الآلات التي تستخدم في الجريمة، والمفاتيح، والحبال، والسلاح، والسيارات.⁶³¹

وقد نص القانون القطري على هذا التدبير في المادة 76 من قانون العقوبات التي نصت على أنه "يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة في جناية أو جنحة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة، أو التي استعملت أو كان من شأنها أن تستعمل فيها، وذلك دون إخلال بحقوق الغير حسنى النية. فإذا كانت الأشياء المذكورة مما يعد صنعها، أو استعمالها، أو حيازتها، أو التعامل فيها جريمة في ذاته، وجب الحكم بالمصادرة في جميع الأحوال ولو لم تكن تلك الأشياء ملكاً للمتهم".

وبالنسبة لإغلاق المحل، فهو تدبير يفرض على المحلات العامة عندما ترتكب فيها جريمة معينة كإغلاق هذا المحل أو وقف هيئة معنوية عن ممارسة عملها أو إنهاء مهمتها أو حلها إذا ارتكب ممثلها جريمة. وهناك تدابير احترازية خاصة بالأحداث الجانحين مثل الإيواء في مكان علاجي، والحرية المراقبة، ومنع ارتياد بعض أماكن اللهو.

⁶³¹ - محمد صبحي نجم، المرجع السابق ص 122.

وهناك تدابير خاصة بالأحداث كتسليم الحدث لأحد أولياء أموره ومن له الوصاية عليه، أو إيداعه في معهد إصلاحي، والالتحاق بمركز للتدريب المهني⁶³².

وتجدر الإشارة الى ان بعض التدابير الاحترازية التي اعتبرها الفقه كذلك نص عليها المشرع القطري كنوع من العقوبات التبعية والتكميلية، ولم ينص المشرع القطري على التدابير الاحترازية وصورها أو تعريفها في القانون وانما ترك ذلك للفقه، وقد صنف الفقه هذه الجزاءات على انها تدابير احترازية، وهو موقف لا يؤيده وكذلك لا يؤيده الفقه القانوني بشكل عام حيث ذكرت هذه الجزاءات كتدابير احترازية وليست كعقوبة فرعية حيث نص المشرع القطري في المادة 65 على ان العقوبات التبعية والتكميلية هي:

- 1- الحرمان من كل أو بعض الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (66) من هذا القانون
- 2- الحرمان من مزاولة المهنة.
- 3- العزل من الوظائف العامة.
- 4- إغلاق المكان أو المحل العام.
- 5- الوضع تحت مراقبة الشرطة.
- 6- المصادرة.
- 7- إبعاد الأجنبي عن البلاد.

⁶³² - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 122

خاتمة البحث

من خلال هذه الدراسة توصلنا الى عدة نتائج وتوصيات، وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

من خلال الدراسة نستنتج ما يلي:

- ❖ يتنوع الجزاء الجنائي إلى صورتين هما العقوبة والتدابير الاحترازية، والعقوبة هي الجزاء الجنائي الذي يفرضه المشرع وينطق به القاضي على من تثبت عليه ارتكاب السلوك الاجرامي.
- ❖ أما التدابير الاحترازية عبارة عن إجراءات تتخذ ضد المجرم بهدف إزالة أسباب الإجرام لديه وتأهيله اجتماعياً، وتوقع في الحالات التي لا توقع فيها العقوبة على الجاني لعدم توافر شروط المسؤولية. إذا للتدابير الاحترازية هدف واحد هو إزالة الخطورة الإجرامية، أو القضاء على العوامل الدافعة إلى الإجرام والحيلولة بين من تتوافر لديه الميول الإجرامية وبين ارتكاب الجريمة في المستقبل.
- ❖ العقوبة تختلف عن التدابير الاحترازية اختلافاً كبيراً فالعقوبة يجب ان تكون مؤلمة ايلاًماً مقصوداً لتحقيق أغراض العقوبة وهي الردع العام والعدالة، اما التدابير الاحترازية فأنها تكشف عن خطورة إجرامية محتملة وبناءً عليه فانه ليس المقصود منها تحقيق الايلام، بل فإنها تستهدف العلاج والتأهيل والإصلاح.

- ❖ كما تختلف العقوبة عن التدبير الاحترازي من حيث المدة، وكذلك العقوبة تختلف عن التدبير الاحترازي في خضوعها لبعض الاحكام التي لا يخضع لها التدبير الاحترازي فتخضع العقوبة للأعدار القانونية المخففة ولا محل لذلك في حالة التدابير الاحترازية وأيضاً يطبق على العقوبة نظام وقف التنفيذ ولا مجال لإيقاف التنفيذ في حالة التدبير الاحترازي.
- ❖ تتنوع العقوبات الاصلية في التشريع القطري بحسب محلها إلى عقوبات بدنية وعقوبات سالبة للحرية، وعقوبات مالية.
- ❖ ان عقوبة التشغيل الاجتماعي لا تعد ضمن العقوبات الاصلية، فهي أقرب إلى العقوبات البديلة أو التبعية، ولكن المشرع القطري استحدثها وجعلها من ضمن العقوبات الاصلية، وهي الزام المحكوم عليه بان يؤدي لمدة محددة، عملاً من الأعمال الاجتماعية التي حددها القانون.
- ❖ العقوبات الفرعية إما تبعية أو تكميلية. وتكون العقوبة تبعية، إذا كان القانون يقضي بها كأثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية، وتكون العقوبة تكميلية، إذا كان توقيعها متوقفاً على حكم القاضي بها، سواء أوجب القانون عليه ذلك أو أجاز له.
- ❖ صور العقوبات الفرعية في التشريع القطري تتمثل في الحرمان من الحقوق والمزايا، والحرمان من مزاولة المهنة، والعزل من الوظائف العامة، واغلاق المكان أو المحل العام، والوضع تحت مراقبة الشرطة، ونرى أن مراقبة الشرطة تعد من التدابير الاحترازية على الرغم من ان المشرع القطري اعتبرها عقوبة فرعية، والمصادرة عقوبة فرعية، ونرى أيضاً أن مسلك المشرع القطري في غير محله حيث إن المصادرة هي الأخرى، تدبير وقائي لا عقوبة، وكذلك الابعاد كعقوبة فرعية ورأينا أيضاً أن الابعاد يعد من التدابير الاحترازية.

- ❖ إن التدبير الاحترازي كصورة من صور الجزاء الجنائي يتم في عدة حالات منها: عندما يكون إيقاع العقوبة على الجاني غير ممكناً قانوناً، أو عندما يكون توقيع العقوبة على الجاني غير ملائماً، أو عند عدم كفاية العقوبة في جريمة معينة لتحقيق أغراضها.
- ❖ لكي يتم تطبيق التدابير الاحترازية يجب أن تتوافر شروط معينة، وهما سبق ارتكاب الجريمة وتوافر الخطورة الاجرامية.
- ❖ تنقسم التدابير الاحترازية من حيث النظرة إليها إلى 1- تدابير سالبة للحرية، 2- تدابير مفيدة للحرية. 3- تدابير مانعة للحقوق. 4- تدابير عينية.

ثانياً: التوصيات:

من خلال النتائج توصلنا إلى عدة توصيات نجلها فيما يلي:

- ❖ عدم إلغاء عقوبة الاعدام، وتقريرها في الجرائم الخطيرة لقوة حجج الفريق المؤيد لها.
- ❖ العمل على استبدال العقوبات السالبة للحرية بعقوبة الغرامة لتجنب مساوئ العقوبات قصيرة المدة.
- ❖ توسيع نطاق عقوبة التشغيل الاجتماعي لتشمل الجرائم البسيطة والتي تشكل سلوكاً منافياً لأخلاق المجتمع وعاداته وتقاليده.
- ❖ نرى بأن تكون العقوبة التكميلية المنصوصه عليها في المادة 68 وجوبية في جميع الحالات، كما نقترح ان تكون مدتها واحدة، طالما ان الفعل في

جميع الحالات هو فعل جرمي يكتسب وصف جنائية، وذلك كله مراعاة للمبدأ الدستوري المتعلق في المساواة أمام القانون.

❖ النص صراحة في قانون العقوبات على شروط التدابير الاحترازية وهي سبق ارتكاب جريمة سابقة لحماية للحريات وحقوق الافراد من التعسف.

التعويض عن الضرر المعنوي

دراسة مقارنة بين القانون المدني القطري والفقہ الإسلامي

أ. عبدالله محمد عيسى المهندي⁽⁶³³⁾

ملخص:

This study dealt with the nature of compensation for moral damage, by explaining the concept of moral damage, its types and conditions, and the extent to which it is permissible to compensate for moral damage, especially in light of the provisions of Law No. (22) of 2004 (Civil Law) and comparing the provisions of the last law in matters related to guaranteeing moral damage with the provisions of Islamic jurisprudence, where the study came to show the extent of guaranteeing compensation for moral damage in both civil law and Islamic jurisprudence, and then prove the legality of this compensation after studying the evidence of both those who support compensation for moral damage and those who oppose it.

The study concluded that the Qatari legislator called for amending some provisions of the civil law related to

⁶³³ - طالب في مرحلة الماجستير كلية القانون جامعة قطر

compensation for moral damage, by adding an explicit text on the permissibility of compensation for moral damage in both tortious and contractual liability, and that the courts, when evaluating compensation for moral damage, should take into account the moral aspect of the injured person, as Small compensation may increase the pain of the victim, and finally call on the faculties of Sharia and Law at Qatar University to hold seminars that bring together scholars of Islamic law and scholars of legal science to exchange views on the concept of moral damage and its legitimacy.

مقدمة

حرصت الشريعة الاسلامية على توفير الضمانات الكافية لحماية البشر، وذلك من خلال حماية كيانه سواء المادي أو المعنوي، فحرّمت الأعتداء على جسد الانسان دون وجه حق كالضرب الذي يسبب له ضرر مادياً، وكذلك حرمت ما يمسّ كيانه المعنوي كالإعتداء عليه بالسب أو القذف أو التخويف.

إن هذه الحماية أو الحرمة الشخصية لم تكن فقط محل اهتمام الشرائع السماوية بل كذلك أولتها التشريعات الوضعية والدولية بعناية خاصة من خلال سعيها إلى حماية أفراد المجتمع من الأعتداء عليهم، سواء أكان ذلك الأعتداء مادي ملموس أو معنوي، وهذا ما قام به المشرع القطري، حيث نصت المادة رقم (37) من الدستور القطري على أن: "لخصوصية الإنسان حرمتها، فلا يجوز تعرض أي شخص، لأي تدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو أية تدخلات تمس شرفه أو سمعته، إلا وفقاً لأحكام القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه"⁶³⁴.

وباستقراء هذا النص نجد حرص المشرع القطري واهتمامه الكبير في حماية كيان الإنسان من جميع النواحي، وتكتسب هذه الحماية أهميتها لكونها واردة في الدستور، الذي يُعتبر من اسمى الأدوات التشريعية للدولة، فكان نصاً حمائياً رادعاً يوفّر حرمة خصوصية أفراد المجتمع من خلال وضعه قاعدة أمره تنهي التعرض للأشخاص، بأي صورة، سواء أكان التعرض لشرفهم أو سمعتهم، وسواء أكان الأعتداء على شؤونه الأسرية أو التعدي على مسكنه أو مراسلاته الخاصة.

⁶³⁴ - الجريدة الرسمية لدولة قطر، العدد 11، 2004/8/8م، انظر: موقع وزارة العدل القطرية

(www.almeezan.qa)

وإلى جانب هذه الحماية الدستورية، كان المشرع القطري قد أرسى نظام المسؤولية المدنية، التي تقوم وفقاً للمشرع القطري على ثلاثة عناصر: الخطأ والضرر وعلاقة سببية بينهما⁶³⁵، حيث تنص المادة رقم (199) من القانون المدني القطري على أن: " كل خطأ سبب ضرراً بالغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"⁶³⁶.

ويُعد عنصر الضرر من أهم العناصر المكونة للمسؤولية المدنية، فمن غير المتصور أن تقوم المسؤولية التقصيرية دون وجود ركن الضرر⁶³⁷، بل هناك جانب من فقهاء القانون المدني، من يرى أبعد من ذلك، حيث يكتفي بتوافر عنصر الضرر فقط لقيام المسؤولية التقصيرية، وهم أصحاب النظرية الموضوعية في المسؤولية عن الفعل الضار⁶³⁸.

وكان فقهاء الشريعة الاسلامية وكذلك فقهاء القانون والقضاء يذهبون إلى القول بوجود تعويض الشخص الذي يُصاب بضرر يصيب كيانه المادي، إلا إن الآراء

⁶³⁵- جابر محجوب علي، النظرية العامة للالتزام (الجزء الأول: مصادر الالتزام في القانون القطري)، كلية القانون، جامعة قطر، الدوحة، (2019م)، ص 584.

⁶³⁶- الجريدة الرسمية لدولة قطر، العدد 6، 6/8/2005م، انظر: موقع وزارة العدل القطرية (www.almeezan.qa)

⁶³⁷- جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 596.

⁶³⁸- وهناك من التشريعات من تأثر بهذه النظرية، ومنهم المشرع الأردني، إذ تنص المادة (256) من القانون المدني الأردني: ((كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمأن الضرر))، والجدير بالذكر أن المشرع الأردني تأثر بالفقه الاسلامي عند معالجته لموضوع المسؤولية عن الفعل الضار. انظر: امين دواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن الفعل الضار: دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والمجلة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 10 – ملحق خاص – العدد 10 (2021)، ص 397 – ص 435.

تباينت حول مشروعية التعويض عن الأضرار المعنوية، التي لا تصيب الذمة المالية للشخص، وهذا ما سيكون موضوع هذه الدراسة.

حيث تكمن أهمية الموضوع في توضيح ماهية الضرر المعنوي وتطبيقاته العملية ومسألة جواز التعويض عنه من عدمه، إذ مازال هناك من يرى بعدم جواز التعويض عنه، وعليه لابد من إمعان النظر في جميع الآراء، وذلك للوصول إلى النتيجة المبتغاة والمتمثلة بتحقيق العدالة وحماية الكيان البشري من أي اعتداء سواء امكان هذا الاعتداء مادياً أو معنوياً.

وتتمثل اشكالية هذا البحث في تحديد الضرر المعنوي أو الأدبي؟ ومدى مشروعية التعويض الأضرار التي لا تصيب الحقوق المالية؟ والتعرف على موقف المشرع القطري والفقهاء الاسلامي من مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي؟ وما استقر عليه القضاء القطري والعربي في هذا الشأن؟

وسنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، لمعرفة ماهية الضرر المعنوي وفقاً لمفهومه فقهاً وقضائاً وتشريعاً، ولدى فقهاء الشريعة الاسلامية، وأهم أنواعه وشروطه، ومقارنة بين القانون المدني القطري والفقهاء الإسلامي، بما يخص مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي، مدعماً بأحكام قضائية صادرة عن محكمة التمييز القطرية، وكذلك من محاكم عربية، وكل ذلك للوصول إلى الرأي الأمثل.

وبناءً عليه، ينقسم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين، كالآتي:

المبحث الأول: ماهية الضرر المعنوي

المبحث الثاني: ضمان الضرر المعنوي ومشروعيته

المبحث الأول: ماهية الضرر المعنوي

المقصود بالضرر عامةً هو "ما يصيب الشخص من أذى في جسمه أو ماله أو عواطفه أو شرفه"، فهو إما أن يكون ضرراً مادياً يلحق بالإنسان في جسمه أو ماله⁶³⁹، وإما أن يكون ضرراً معنوياً يصيب الإنسان في شرفه أو شعوره، أو أي حق من حقوقه التي لا تقوم بمال⁶⁴⁰.

وبما أن الضرر المعنوي هو محل الدراسة في هذا البحث، لذا يتعرض المبحث الأول إلى مفهوم الضرر المعنوي (في المطلب الأول)، ويتطرق لأنواعه (في المطلب الثاني)، وأخيراً يعدد شروطه (في المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الضرر المعنوي

للتعرف على ماهية الضرر المعنوي، لابد من عرض التعريفات التي وضعت لهذا المصطلح، وبما أن القانون المدني القطري، لم يضع تعريفاً لهذا المصطلح

⁶³⁹ محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، (1995م)، ص 54 - 55.

⁶⁴⁰ المرجع السابق، المكان ذاته.

كان من الضروري البحث عن مفهوم هذا المصطلح لدى فقهاء القانون والقضاء، ومن ناحية أخرى البحث عن مفهومه لدى الفقه الاسلامي.

أولاً: التعريف بالضرر المعنوي في التشريع القطري

اهتم المشرع القطري بالمحافظة على حماية الإنسان، وذلك من خلال النص صراحة على حماية كيانه المادي والمعنوي، حيث إنه رتب مسؤولية مدنية على أي من يقوم بخطئة بالإضرار بشخص آخر، سواء أكان هذا الضرر مادياً أو معنوياً.

إلا إن المشرع القطري لم يضع تعريفاً للضرر المعنوي أو الأدبي، كما لم يحدد صراحةً حالات الضرر المعنوي أو الأدبي، على العكس من بعض القوانين العربية التي حددت صراحةً متى يعتبر الضرر معنوياً أو أدبياً ونذكر كأمثلة: المشرع الإماراتي⁶⁴¹، والكويتي⁶⁴²، ولقد أحسن المشرع القطري عندما لم يحدد حالات الضرر المعنوي، حيث إنه من المتصور مع مرور الزمن، أن ما يعتقده الناس من قبيل الضرر معنوياً يصبح غير ذلك والعكس صحيح، وهذا ما اتجهت إليه محكمة التمييز القطرية والمحاكم العربية المقارنة.

⁶⁴¹ - انظر نص الفقرة الأولى من المادة رقم (293) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

⁶⁴² - انظر نص الفقرة الثانية من المادة رقم (231) من القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980م.

ثانياً: تعريف الضرر المعنوي لدى القضاء

في ضوء عدم وجود تعريف للضرر الأدبي في التشريع القطري، تولت محكمة التمييز القطرية تعريف الضرر الأدبي، من خلال العديد من أحكامها، فعرفته في حكم حديث لها صادر في سنة (2019م) كالآتي: "... أما الضرر الأدبي، فهو يصيب الناس عادة في عواطفهم وشعورهم، أو اعتبارهم وشرفهم وسمعتهم، فمحلّه وجدان الإنسان، وهو مستودع فكره ومشاعره وأحاسيسه، وسبب تكريمه على ما عده من المخلوقات"⁶⁴³.

وفي حكم آخر لها قررت بأن: "ليس هناك معيار محدد لحصر أحوال التعويض الأدبي، إذ كل ضرر يؤدي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلاً للتعويض"⁶⁴⁴.

ومما سبق، يتبين لنا بأن القضاء قام بوضع تعريف للضرر الأدبي، وحدد حالاته فقرر بأنه ما يصيب الإنسان سواء في مشاعره وعاطفته وأحاسيسه، لكن القضاء القطري لم يضع معياراً محدد لحصر أحوال التعويض الأدبي، فهو سار على نهج التشريع القطري، وبالتالي فإن هذه الحالات المذكورة إنما هي واردة على سبيل المثال لا الحصر.

⁶⁴³ - الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (231 لسنة 2019)، جلسة 2019/9/25م، غير منشور.

⁶⁴⁴ - الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (190 لسنة 2010)، جلسة 2010/12/28، مجموعة المكتب الفني (2010م)، س6، ص 596.

ثالثاً: تعريف فقهاء القانون للضرر المعنوي

تولّى فقهاء القانون تعريف الضرر المعنوي ، منهم من عرفه أنه "كل ألم يصيب الانسان غير ناتج عن خسارة مالية، فهو قد يصيب الشخص في جسده أو شرفه أو عاطفته"⁶⁴⁵.

ورأى آخرون بأنه " الضرر الذي لا يلحق بضرر في الذمة المالية، بل يصيب مصلحة غير مالية"⁶⁴⁶.

أو هو " الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية، بل في شرفه أو عواطفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته أو مركزه الاجتماعي"⁶⁴⁷.

يستقى من التعريفات الفقهية السابقة، بأن هناك اجماع لدى كل من الفقه القانوني والقضاء في تحديد مفهوم الضرر المعنوي حيث اتفقوا على أنه ما يصيب الشخص في غير ذمته المالية. ومن مجمل تلك التعريفات الفقهية والقضائية يمكن وضع تعريف جامع شامل للضرر المعنوي، بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في قيمة غير مالية، أو هو الضرر الذي يسبب إلماً معنوياً للشخص المضروب في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره.

⁶⁴⁵- مورييس نخله، الكامل في شرح القانون المدني – دراسة مقارنة -، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، رقم الطبعة غير مذكور، (2007م)، ص 76.

⁶⁴⁶- عبدالرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – (المجلد الثاني العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون)، الطبعة الثالثة (قام بتتبعها مصطفى الفقى، وعبدالباسط جميعي)، دار النهضة العربية، القاهرة، (1981م)، ص 1209.

⁶⁴⁷- هيمن حسين حمدامين، الضرر المعنوي والتعويض عنه في القانون والقضاء الإداري المقارن – دراسة تحليلية مقارنة -، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، (2018م)، ص 23.

رابعاً: تعريف الضرر المعنوي لدى الفقه الاسلامي

لم يذكر مصطلح الضرر المعنوي بشكل صريح، لدى فقهاء الشريعة الاسلامية الأقدمين، فمصطلح الضرر بشكل عام ورد بعدة معاني أخرى، منها الاتلاف، ومنها الاستهلاك، أو الافساد، وهي وصف للافعال التي تستوجب لديهم الضمان⁶⁴⁸.

وعرف بعض الفقه الضرر عامةً بأنه " الحاق مفسدة بالغير مطلقاً، أو هو كل ضرر أو أذى يلحق بالشخص سواء في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، فيسبب له خسارة مالية، سواء بالتلف أو النقص المادي أو بنقص المنافع، أو زوال بعض الأوصاف"⁶⁴⁹، كما عرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه " اتلاف جزئي أو كلي، لشيء مادي ويقصد بالاتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلها أو بعضها"⁶⁵⁰.

أما فكرة الضرر المعنوي فلقد وردت بشكل غير مباشر لدى فقهاء الشريعة الاسلامية الأقدمين، فيما تم دراسته بصفة خاصة في باب الجنایات وكذا باب الغصب وباب العقود، وهم لم يضعوا تعريفاً خاصاً للضرر المعنوي بشكل مباشر وصريح⁶⁵¹.

648- أمل عبدالمحسن الحبشي، التعويض عن الضرر المعنوي: دراسة فقهية مقارنة مع أحكام القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي -، مج 46، ع 1، (2022م)، ص 252، انظر: <http://search.mandumah.com/Record/1288593>.

649- عبدالله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، (1990م)، ص 20.

650- أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 253.

651- عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 22-23.

وفي المقابل أهتم فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين بدراسة مصطلح الضرر المعنوي، على نحو مستقل فوضع بعضهم له تعريفاً فمنهم من عرفه بأنه " هو ضرر لا يمس المال، وإنما يصيب مصلحة غير مالية"⁶⁵²، كما عُرف لدى آخرون بأنه " الضرر الذي يصيب شعور الإنسان وعاطفته"⁶⁵³.

ومما سبق بيانه، يتضح بأن لا اختلاف في تعريف مصطلح الضرر المعنوي أو الأدبي، بين كل من فقهاء القانون وبين التعريفات التي وضعها الفقه الإسلامي.

إلا هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من انتقد إطلاق مصطلح (الضرر الأدبي)، وهو يقصد بذلك بالشائع لدى فقهاء القانون، وكذلك هو المصطلح المستعمل في التشريع القطري ومعظم التشريعات العربية، ويرون بأن إطلاق مصطلح (الضرر المعنوي) هو الأكثر دقة، ولذلك لأن المصطلح الذي يُطلق في مُقابل مصطلح (الضرر المادي)، ومصطلح (الضرر الأدبي) لا يكون في مقابله"⁶⁵⁴.

وبعد توضيح مفهوم مصطلح الضرر المعنوي (في المطلب الأول)، تبين لنا بأن للضرر المعنوي قد يتحقق بعدة صور، وعليه لابد التطرق لأهم أنواع الضرر المعنوي (في المطلب الثاني).

652- عبدالمك بن عبدالمحسن العسكر، التعويض عن الضرر الادبي، مجلة قضاء، جامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية - الجمعية العلمية القضائية السعودية -، ع 27، (2022م)، ص 178، انظر: <http://search.mandumah.com/Record/1295853>.

653- خالد عبدالله الشعيب، قاعدة الضرر ي زال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي -، مج 23، ع 75، (2008م)، ص 230، انظر: <http://search.mandumah.com/Record/170661>.

654- عبدالمك بن عبدالمحسن العسكر، مرجع سابق، ص 179.

المطلب الثاني: أنواع الأضرار المعنوية

باستقراء نصوص مواد القانون المدني القطري المنظمة لأحكام الضرر المعنوي، يتبين لنا بأن المشرع القطري، لم يبين صوراً لأشكال وحالات الإعتداء، الذي يترتب من خلاله ضرراً معنوياً، وترك الباب مفتوح على مصرعيه للبحث عن تلك الحالات من خلال الفقه والقضاء، وعليه فإن هذا المطلب يلقي الضوء على أهم تلك الحالات، التي أوردها كل من الفقه القانوني والقضاء القطري، مع إيراد موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تلك الصور والحالات.

أولاً: الضرر المعنوي الواقع على حق الإنسان في سلامة الجسم

إذا حصل اعتداء على جسد الشخص مباشرة، يكون هناك ضرر معنوي بجانب الضرر المادي، ومثال ذلك الاعتداء على شخص بواسطة مادة صلبة فيحدث ذلك جرحاً أو قطعاً في يده، ويتولد عن تلك الإصابات حزن وألم، وهنا يشترط في الفعل المتسبب في إصابة المضرور أن يكون عملاً غير مشروع لكي يصار إلى التعويض عن الأضرار اللاحقة به، أما إذا كان الفعل مشروعاً كحالة الطبيب مثلاً الذي يجري عملية جراحية لمريض في (الغرغرينا) ويقطع يده، فهنا لا يُسال الطبيب عن ما أصاب المريض من أضرار معنوية بعد العملية⁶⁵⁵.

وقد كانت مسألة الضرر الأدبي الواقع على جسم الإنسان محل بحث من فقهاء الشريعة الإسلامية، خاصة في باب الجنايات على النفس، وكان جلّ تركيزهم

⁶⁵⁵ - أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 259.

على الوقت الذي يثبت به القصاص، وكذلك الوقت الذي تثبت فيه الدية، التي تعتبر تعويضاً مالياً للمجني عليه عما أصابه من ضررٍ هو أدبيٌّ في طبيعته⁶⁵⁶.

ثانياً: الضرر المعنوي الواقع على حق شرف الانسان واعتباره أو سمعته

يطلق عليه تسمية الضرر المعنوي البحث⁽⁶⁵⁷⁾، كما هو في حالة القذف أو السب أو إيذاء السمعة، الذي يصيب الشرف والاعتبار والكرامة والطمأنينة والمكانة والمزايا والمعتقدات التي يحرص عليها الإنسان في محيطه أو وسطه، من دون أن يكون لذلك أثر على الأعمال المالية أو الاقتصادية التي يقوم بها الشخص المضرور.

إن هذه الصور من القذف وهتك العرض التي تمسّ بشرف الانسان واعتباره، وتسبب له حزناً وألماً، أو في حال ما إذا كان قد قام شخص ما بنشر صورة لآخر وهو بوضع غير لائق، إذ يتضمن ذلك تعدياً على كرامته وسمعته⁶⁵⁸، وهناك من يدرج ضمن إطار الضرر المعنوي إهمال المؤرخ اسم عالم شهير في التاريخ يشكل ذلك ضرراً معنوياً لأسرته⁶⁵⁹.

إن هذه الحالات قد شملها المشرع القطري بالحماية الجنائية، فمن يقوم بقذف شخص أو هتك عرضه قد يعاقب جنائياً في حال توافرت أركان تلك الجريمة،

⁶⁵⁶ - عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 133 وما بعدها.

⁶⁵⁷ - سليمان محمد الطماوي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 276 وما بعدها.

⁶⁵⁸ - راقية عبدالجبار علي، الضرر الأدبي تأصيله القانوني وكيفية التعويض عنه، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، الجامعة الأسمرية الإسلامية، س 5، ع 10، (2008م)، ص 439، انظر: <http://search.mandumah.com/Record/765860>

⁶⁵⁹ - موريس نخله، مرجع سابق، ص 76.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية القطرية في أحد أحكامها: "بتوافر الضرر المعنوي الذي صاب المتعدي من جراء المساس بكرامته وشرفه، حيث رأت المحكمة أن قيام المدعي عليه بضرب المدعي وأصابة وجهه أداء إلى الاعتداء على كرامته وشرفه، مما تتوافر به الأضرار الأدبية"⁶⁶⁰.

وحرص التشريع الاسلامي على حماية الانسان مما يلحق بشرفه وسمعته واعتباره، فحرّم القذف ومنح المقدوف الحق في مخاصمة القاذف كما حرّم السب والغيبة⁶⁶¹.

ثالثاً: الضرر المعنوي الواقع على مشاعر الانسان

ويطلق عليها تسمية الأضرار التي تمس الجانب العاطفي للذمة المعنوية، كما هو الحال بالنسبة للألام التي يعانها الفرد من جراء موت شخص عزيز عليه، إن هذه الصور من الأضرار العاطفية من الممكن أن لا يصاحبها أي ضرر مادي، وبسبب ذلك يرفض الكثير من الفقهاء التعويض عن المساس بالعواطف، أو المشاعر فطالما أن الألم والحزن وهو الضرر المعنوي لم يؤثر مطلقاً على الذمة المالية للشخص، ومن ثم لم تلحق به أية خسارة مالية، ولهذا فهي أضرار لا تعوّض.

وبالفعل فإن فقدان الأب ينسب ألماً للوالدين بسبب فقدهم لأبنهم، وعندما يعتدى على الوالدين فيصيب الأبناء ألماً في عاطفتهم، فمثل هذه الأفعال وما في حكمها تصيب الشخص في عاطفته ومشاعره⁶⁶²، وكذلك فإن خطف الطفل يؤدي إلى

⁶⁶⁰ -الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية القطرية، في الدعوى رقم (1785 لسنة 2018 مدني كلي)، جلسة 2019/4/25م، غير منشور.

⁶⁶¹ -عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص174.

⁶⁶² -موريس نخله، مرجع سابق، ص 76.

حرمانه من حضن أمه ويصيبها بالآلام معنوية، والأعتداء على كل ما يصيب الناس في معتقداتهم الدينية وشعورهم الأدبي، فهذه الأفعال جميعها تحدث ضرراً معنوياً فتصيب الناس في مشاعرهم⁶⁶³.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية القطرية في أحد أحكامها بأحقية المدعي بالتعويض عن الضرر الأدبي الواقع على المشاعر فنص حكمها على: "فضلاً على تحقق الضرر الأدبي الذي لحق بالمدعي من جراء ذلك والذي تمثل في مشاعر الحزن والاسى التي لحقت به من جراء حرمانه من أرضه ومن الانتفاع بها وتقدر المحكمة التعويض الجابر لكافة الأضرار التي لحقت بالمدعي المادية والادبية بمبلغ خمسمائة الف ريال"⁶⁶⁴.

كما ذهب بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، إلى القول بأن فسخ الخطبة يترتب عليها ضرراً معنوياً، وكذلك الطلاق والأخير حظى بأهتمام أكثر، حيث نظم الشارع الاسلامي، أحكام الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق ومن أهمها أحكام المتعة⁶⁶⁵، وتأثر المشرع القطري في أحكام الشريعة الإسلامية، عندما النص على أحكام المتعة في قانون الأسرة⁶⁶⁶.

رابعاً: الضرر المعنوي الناشئ بمجرد التعدي على حق ثابت للإنسان

⁶⁶³ - عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص1210.

⁶⁶⁴ - الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية القطرية، في الدعوى رقم (3770 لسنة 2014 – مدني كلي)، جلسة 2018/11/28م، غير منشور.

⁶⁶⁵ - عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص174.

⁶⁶⁶ -حيث تنص المادة (115) من قانون الأسرة القطري والتي تنص على ((تستحق كل مطلقة المتعة، إذا كان الطلاق بسبب من جهة الزوج))، انظر الجريدة الرسمية لدولة قطر، العدد 8، 2006/6/29م، انظر: موقع وزارة العدل القطرية، انظر: (www.almeezan.qa)

والمثل على هذه الصورة، هو عن قيام شخص بدخول أرض لآخر رغم معارضته، ورغم عدم حدوث أي ضرر مادي للأرض أو لمالكها، إلا إن مجرد الاعتداء على ملكية شخص دون رضاه قد يصيبه بضرر معنوي⁶⁶⁷، وأبعد من ذلك فهناك من الفقه من رأى بوجوب تعويض مالك الأرض، حتى وأن لم يصاب بثمة ضرر مادي⁶⁶⁸.

ومن أمثلة الضرر المعنوي الناشئ عن الاعتداء المجرى على حق ثابت للإنسان، هو ما يسمى في الفقه الإسلامية بمصطلح (الغصب)، وهو وضع اليد على مال الغير بالقوة⁶⁶⁹.

ونذهب إلى القول، بأن هذا النوع ليس نوع مستقل، بل يدخل من ضمن النوع الثالث المشار إليه، حيث إن التعدي على حق ثابت للشخص، يؤدي للأخير في أصابة مشاعر الإنسان وعواطفه.

وبعد إلقاء على صور وحالات الضرر المعنوي (في المطلب الثاني)، ننتقل إلى تبيان شروط تحقق الضرر المعنوي وذلك من خلال (المطلب الثالث).

⁶⁶⁷- أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 260.

⁶⁶⁸- عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1210.

⁶⁶⁹- عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 254.

المطلب الثالث: شروط الضرر المعنوي

إن اثبات وقوع الضرر الأدبي متوقف على تحقق عدة شروط سنقوم بالتطرق لها، كما سنشير إلى موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تلك الشروط.

أولاً: أن يكون الضرر المعنوي شخصي

من البديهي القول، أن من يطالب بالتعويض عن الضرر أن يكون الشخص الذي أصابه الضرر نفسه، وبالتالي تقتصر المطالبة عليه دون غيره، فليس لأحد أن يطالب بالتعويض في حالة امتناع المضرور عن رفع الدعوى على المسؤول، فالمضرور وحده له الحق في أن يطالب بالتعويض.

ذلك أن أن الضرر المعنوي ضرر شخصي بحت، للمجني عليه وحده مطلق التقدير في المطالبة به أو تركه".⁽⁶⁷⁰⁾ ومن ثم لا يستطيع شخص أن يطالب بتعويض عن ضرر معنوي أصاب غير، وقد اشترط الفقه الإسلامي والقانوني أن يكون الضرر المعنوي شخصياً لمن يطالب به، فالأصل أن لا يحق أن يطالب بالتعويض إلا من الشخص الذي وقع عليه الضرر، فالمضرور هو من له الحق قانوناً بالمطالبة بالتعويض عن ما أصابه من ضرر، إلا إنه قد يطالب بالتعويض من أصابه ضرر، لكن لم يتم الاعتداء عليه مباشرة، كالكذف الذي يسبب ضرراً معنوياً ليس للشخص نفسه بل قد يمتد إلى أبنائه⁶⁷¹.

⁶⁷⁰- حسين عامر، المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية، مطبعة مصر، 1956، ص 322.

⁶⁷¹- أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 256.

ثانياً: أن يكون الضرر المعنوي محققاً

يشترط أن يكون الضرر المعنوي محققاً وليس احتمالياً، فالضرر المحقق يعرض عنه، بينما الضرر الاحتمالي ليس كذلك⁶⁷²، أي أن يكون موجوداً وثابتاً وحلاً بشكل مؤكد، ويستطيع المضرور المطالبة به تعويضاً، ومن دون وجوده لا مصلحة في إقامة الدعوى، وفي هذا السياق، قضت محكمة النقض المصرية أنه: "يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر أن يكون محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل"⁶⁷³، أما الضرر المستقبلي فيعتبر من الأضرار المحققة، فهو يتبدى غالباً بواحد من شكلين، إما أن يكون من توابع الضرر الأصلي الحال يتفرع عنه في تطوره ويتراخى زمنياً بعده، حتى يتحقق وجوده أو يصبح قابلاً للتقدير عند حساب التعويض....⁶⁷⁴

وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز القطرية في العديد من أحكامها، حيث اشترط لوجود الضرر عامة أن يكون محققاً، حيث قضت في أحد أحكامها بأنه: "يجب أن يكون هذا الضرر حتمياً ومحقق الوقوع"⁶⁷⁵.

⁶⁷² -جلال العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995، ص 430.

⁶⁷³ -مجلة نقابة المحامين المصريين، الطعن رقم (724) للسنة القضائية رقم 47 تاريخ 1980/1/16، الطعن رقم (1494) للسنة 49 قضائية، ص 247.

⁶⁷⁴ -جلال العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 341.

⁶⁷⁵ -الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (557)، 567 لسنة (2019)، جلسة 2020/1/21م، مجموعة المكتب الفني (2020م)، ص16، ص55.

وكذلك فإن الفقه الاسلامي قد اشترط لتحقق الضرر المعنوي، أن يكون وجوده أمراً محققاً، ولا يقوم الضرر إلا بوقوع الضرر المعنوي فعلاً، والفقه الاسلامي لا يعوّض عن الضرر المستقبلي، وذلك على العكس من موقف فقهاء القانون من الضرر المستقبلي في حال ما كان محقق الوقوع، إذ يرى فقهاء الشريعة الاسلامية، بأن التعويض عن ضرر لم يتحقق بعد أمر يؤدي إلى عدم العدالة⁶⁷⁶.

ثالثاً: أن يكون الضرر المعنوي مباشراً

أي أن يكون الضرر المعنوي قد وقع كنتيجة طبيعية للخطأ المرتكب⁶⁷⁷، ولا يشترط لتوافر عنصر المباشرة أن يكون هناك اتصال مادي بين الفاعل ومحل الضرر، بل يكفي ليكون المباشر مسؤولاً أن يكون ما قام به رتب ضرراً، سواء باشر الفعل بنفسه أو بواسطة شيء تحت يده، بشرط أن لا يكون فعل الشيء مستقلاً عن الفعل المباشر⁶⁷⁸.

وكذلك أخذ الفقه الاسلامي بوجود تحقق الضرر بشكل عام وكذلك الضرر المعنوي أن يكون الفعل مباشراً، وقد عرف الفقهاء الفعل المباشر بأنه الفعل " الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار"، ولقد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذا الشرط وذلك في المادة (924) والتي نصت على أن:

676- أسامة السيد عبدالسميع، المسؤولية الناشئة عن الضرر الأدبي بين الفقه الاسلامي والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، (2011م)، ص 147 - 148.

677- جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 613.

678- امين دواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن الفعل الضار: دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والمجلة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 10 - ملحق خاص - العدد 10 (2021)، 415.

" يشترط التعدي ليكون السبب الموجب للضمان، يعني أن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق مفضياً إلى ذلك الضرر"⁶⁷⁹.

رابعاً: أن يكون الضرر ماساً بمصلحة أدبية مشروعة

لا بد أن يكون الضرر أصاب مصلحة أدبية مشروعة، لنصبح أمام ضرر أدبياً معتبراً، أي أن لا تكون المصلحة الأدبية مخالفة للنظام العام أو الآداب⁶⁸⁰، ومن أمثلة المصالح الأدبية المشروعة التعدي على الكرامة الإنسانية، أو حقه بالإنقاذ بشيء مشروع⁶⁸¹، لذا لا يعتد بالضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على العشق لأنه لا يمثل ضرراً بمصلحة معنوية مشروعة كفل القانون حمايتها، وهو ما أخذ به كذلك الفقه الإسلامي⁶⁸².

خامساً: أن يكون الضرر فاحشاً

وعليه لا تعويض عن الضرر البسيط، ومثاله الضرر الحاصل من (ريحة الطبخ) المنتشر والذي يصل إلى الجيران الفقراء الذين لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم، وذهب بعض الفقه الإسلامي (منهم الحنفية) إلى أن الشتم بلفظ (تيس أو ثور) وكان المشتوم من عامة الناس فإنه لا تعزير، وتقدير أن كان هذا الضرر فاحشاً أم سير، يعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁶⁸³.

⁶⁷⁹- أسامة السيد عبدالسميع، مرجع سابق، ص 154 – 155.

⁶⁸⁰- عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 66.

⁶⁸¹- أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 257.

⁶⁸²- عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 166.

⁶⁸³- أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 258.

سادساً: إلا يكون قد سبق التعويض عن الضرر المعنوي

الغاية من أية مطالبة بالتعويض هو جبر الضرر، وبالتالي لا يحق لمن سبق أن جبر ضرره، بأن يعتمد إلى إقامة دعوى أخرى للمطالبة بذات الحق، ذلك أن الغاية من تعويض الضرر المعنوي هو جبر الضرر وليس إثراء المتضرر على حساب الفاعل، أي يهدف إلى إرضاء المضرور ترضية كافية وليس إزالة ما ينتج عن هذا المساس غير المشروع، ولهذا لا يجوز أن يحصل المتضرر على أكثر مما يلزم لجبر الضرر أو على تعويض الضرر المعنوي الواحد مرتين، فورثة المجني عليه الذين سبق لهم أخذ الدية، لا يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابهم جراء فقد المجني عليه⁶⁸⁴

في حقيقة الأمر نرى بأن هذا الشرط في حقيقته، ليس شرط لقيام الضرر المعنوي، بل هو شرط لاستحقاق التعويض عن الضرر بحد ذاته، وشرط لإقامة دعوى التعويض.

وبعد توضيح ماهية الضرر المعنوي من حيث مفهومه وأنواعه وشروطه، وذلك في (المبحث الأول)، تنتقل هذه الدراسة لتعرض إلى ضمان الضرر المعنوي ومشرعية التعويض عنه وذلك من خلال (المبحث الثاني).

⁶⁸⁴ -المرجع السابق، ص 256 - 257.

المبحث الثاني: ضمان الضرر المعنوي ومشروعيته

في المبحث السابق، تبين لنا بأن هناك تشابه في وضع تعريف لمصطلح الضرر المعنوي أو الأدبي، بين كل من فقهاء القانون، وبين التعريفات التي تم وضعها من قبل الفقه الاسلامي المعاصر، وكذلك هناك تشابه بينهما إلى حد كبير في أنواع الضرر المعنوي وحالاته وشروطه.

وبالرغم من ذلك، إلا إن مسألة جواز التعويض عن الضرر المعنوي، كانت محل جدل كبير بين الفقهاء سواء فقهاء الشريعة الاسلامية أو بين فقهاء القانون أنفسهم، وبما أن التعويض عن الضرر المعنوي هو محل الدراسة في هذا البحث، لذا سيستعرض هذا المبحث إلى مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي في القانون (في المطلب الأول)، ومشروعية التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الاسلامي (في المطلب الثاني)، ومن ثم مناقشتها وترجيح أحدهما (في المطلب الثالث)

المطلب الأول: مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي في القانون

اختلف فقهاء القانون فيما بينهم، حول مدى جواز تعويض من أصابه ضرراً معنوياً، فنقسموا إلى ثلاثة فرق رئيسية⁶⁸⁵:

- الفريق الأول: يرى أن الضرر المعنوي بطبيعته غير قابل للتعويض، وعليه لا يمكن بأي حال من الأحوال القول بجواز التعويض عنه، وسندهم في ذلك بأن التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن تقديره، فهو لا يقوم بمال⁶⁸⁶.
- أما الفريق الثاني: فاختلفوا فيما بينهم، فمنهم من رأى قابلية التعويض عن الضرر المعنوي، إذا تسبب هذا الضرر بخسارة مالية، وعليه فإن لا محل للتعويض عن الضرر المعنوي بحد ذاته، ومنهم من لا يقبل بالتعويض عن الضرر المعنوي إلا الذي ترتب عليه جريمة جنائية⁶⁸⁷.
- بينما ذهب الفريق الثالث: إلى أن الضرر المعنوي الذي يصيب العاطفة والمشاعر لا يمكن التعويض عنه، أما الذي يصيب الشرف والاعتبار فيجوز التعويض عنه، لأنه قد يرتب ضرراً مادياً للشخص⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵- جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 603.

⁶⁸⁶- حسين عامر، وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، (1979م)، ص344.

⁶⁸⁷- أسامة السيد عبدالسميع، مرجع سابق، ص 186 - 187.

⁶⁸⁸- جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 603.

إلا إن استقر رأي الفقه القانوني، على جواز التعويض عن الضرر المعنوي في جميع صورة وحالاته⁶⁸⁹، وتم انتقاد الرأي القائل بأن الضرر المعنوي بطبيعته لا يمكن التعويض عنه؛ لأن الهدف من التعويض ليس إزالة الضرر تماماً، وإلا كان التعويض عن الضرر المادي غير ممكن كذلك، فالهدف من التعويض هو التخفيف من الضرر الذي حدث⁶⁹⁰.

ولقد أخذ المشرع القطري والتشريعات المدنية العربية⁶⁹¹، بما استقر عليه فقهاء القانون والقضاء من جواز التعويض عن الأضرار المعنوية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة رقم (202) من القانون المدني القطري على ما يلي: ((1- يشمل التعويض عن العمل غير المشروع الضرر ولو كان أدبياً))⁶⁹²،

ويثور التسؤال هنا، هل جواز التعويض عن الأضرار المعنوية ينشأ فقط عن المسؤولية التقصيرية، أو يشمل كذلك المسؤولية العقدية؟

ناقش الفقهاء في فرنسا مسألة مدى جواز التعويض عن الضرر المعنوي بشكل عام، وعن الضرر المعنوي الناشئ من مسؤولية عقدية بوجه خاص، فاستقرت

689- عيسى المزيد، "التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن"، مجلة القانون المغربي، ع39، (2019م): ص 379، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/995027>.

690- جابر محبوب علي، مرجع سابق، ص 603 - 604.

691- جاءت التشريعات العربية الجديدة متماشية مع الرأي الغالب والقائل بجواز التعويض عن الأضرار المعنوية، وكان أولها القانون التونسي، ثم جاء القانون المغربي، ثم تلاهما القانون اللبناني، ومن ثم تتابعت التشريعات العربية على ذلك، انظر: أسامة السيد عبدالسميع، مرجع سابق، ص 194.

692- الجريدة الرسمية لدولة قطر، العدد 11، 2004/8/8م، انظر: موقع وزارة العدل القطرية (www.almeezan.qa).

أرائهم كما رأينا على جواز التعويض عن الأضرار المعنوية الناشئة عن مسؤولية تقصيرية، وظل الخلاف مستمر بشأن أحقية التعويض عن الأضرار المعنوية الناشئة من المسؤولية العقدية، وأخيراً استقرت آراء الكثير من الفقه على جواز التعويض عن الأضرار المعنوية، وأن كانت ناشئة عن مسؤولية عقدية⁶⁹³.

وعند إمعان النظر بنص الفقرة الأولى من المادة رقم (202) من القانون المدني القطري، يتبين لنا بأنها نصت على ((1- يشمل التعويض عن العمل غير المشروع الضرر ولو كان أدبياً))⁶⁹⁴، وباستقراء هذا النص قد يقول البعض بأن الشارع القطري، أجاز التعويض عن الضرر الأدبي الناشئة عن الأعمال غير المشروعة فقط دون العقدية، حيث ورد النص في باب الأعمال غير المشروعة، إلا إن هناك نصاً آخر في المادة رقم (264) والتي نصت على أنه ((يشمل التعويض الضرر الأدبي، وتطبق في شأنه المادتان 202، 203))⁶⁹⁵.

وبما أن النص الأخير ورود في الباب الثاني المعنون بباب (آثار الالتزام)، وعليه فإن المشرع القطري أجاز التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي، سواء في المسؤولية التقصيرية أو العقدية، حيث ورد نص المادة رقم (264) بشكل عام.

ولقد حدد المشرع القطري الأشخاص الذين لهم الحق، في التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن فقدان الأشخاص، فنصت الفقرة الثانية من المادة (202) من القانون المدني القطري ((2- ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر

⁶⁹³- أسامة السيد عبدالسميع، مرجع سابق، ص 341.

⁶⁹⁴- الجريدة الرسمية لدولة قطر، العدد 11، 2004/8/8م، انظر: موقع وزارة العدل القطرية (www.almeezan.qa).

⁶⁹⁵- المصدر السابق.

الأدبي الناشئ عن الوفاة إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب))، فالقاعدة لدى المشرع القطري عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي المرتد⁶⁹⁶، كالحزن الذي يصيب أقارب المتوفي، واستثناء من ذلك فئات معينة من أقارب المتوفي، وهم الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية.

وهذا ما قرره أحكام محكمة التمييز القطرية، حيث قضت في أحد أحكامها بأن ((التعويض هذا يُقاس بقدر الضرر المرتد لا الضرر الأصلي، وبحيث لا يجوز أن يُقضى به لغير الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية إعمالاً للفقرة الثانية من المادة (202) من القانون المدني أو استثناء بها))⁶⁹⁷.

ويثور السؤال هنا ما هو موقف القضاء القطري والعربي، من جواز التعويض عن الضرر المعنوي؟

استقر القضاء العربي وكذلك القطري، على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، فقررت محكمة التمييز القطرية في أحد أحكامها بأن ((التعويض عن الضرر الأدبي لا يقصد محوه - وإزالته من الوجود ...، وإنما المقصود أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من ضرر، إذ كل ضرر يؤدي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلاً

⁶⁹⁶ - الضرر المرتد: " مساس بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور بالإرتداد، نتيجة وجود رابطة ما بينهما، يجعل الضرر الذي لحق بالمضرور الأصلي مصدراً للضرر الذي أصاب المضرور بالإرتداد، انظر: حسام حسين علي الدليمي، التنظيم القانوني للتعويض عن ضرر المرتد، مجلة أكاديمية شمال أوربا المحكمة للدراسات والبحوث، ص162، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/1109216> .

⁶⁹⁷ -الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (190 لسنة 2010)، مرجع سابق.

للتعويض))⁶⁹⁸، وفي حكم آخر لها قضت بأنه ((وعلى هذا النحو - وبحسابه خسارة غير مالية - لا يمكن محوه وإزالته بالتعويض النقدي ولكن قصارى ما قصده المشرع من النص عليه أن يوجد لهذا الضرر معادلاً موضوعياً يرمز له ويتكافأ معه يحمل عنه أو معه نير الألم والحزن والأسى فيخفف عنه ذلك التعويض))⁶⁹⁹.

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز القطرية، ذهبت إلى أبعد من ذلك عندما قررت بأن عدم تقدير التعويض المناسب للمضروب، عن ما أصابه من ضرر معنوي، يُعد من قبيل الأساءة للشخص المضروب، فقضت في أحد أحكامها بأن ((الجانب الأدبي من الإنسان، من حيث شرفه واعتباره أو عاطفته وشعوره ووجدانه، هو بحسب الأصل أعلى قيمة، فلا بد أن تراعي المحكمة في تقديرها للتعويض، مدى ما أصاب المضروب من ألم وأسى، ليكون التعويض موسياً ولا يؤدي بسبب ضآلته إلى زيادة ألمه، فتسيء إليه في حين أن المقصود مواساته))⁷⁰⁰.

وأحسنت محكمة التمييز القطرية، عندما أرست هذا المبدأ تحقيقاً لحماية أفراد المجتمع من ما قد يصيبهم من أضرار معنوية، وأعتبرته من أعلى القيم الانسانية، وقضت بوجوب مراعاة محكمة الموضوع عن تقديرها للتعويض، ما أصاب المضروب من ألم وحزن، وأعتبرت أن التعويض القليل جداً قد يؤدي إلى زيادة حزن المضروب، بدل من الحصول على حقه ورد أعتباره.

⁶⁹⁸- المصدر السابق.

⁶⁹⁹- الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (231 لسنة 2019)، جلسة 2019/9/25م، غير منشور.

⁷⁰⁰- الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (24 لسنة 2016)، جلسة 2016/3/8م، مجموعة المكتب الفني (2016م)، س12، ص147.

حيث إنه وبالرغم من وجود استقرار قضائي على تعويض الضرر المعنوي، إلا إن هذه الأحكام القضائية لا تعطي طمأنينة وانطباعاً بالتقييم العادل لما يصيب المضرور من أضرار، فهناك تباين في تقييم "الضرر المعنوي"، ففي بعض الأوقات يقدر التعويض المالي بالاستناد إلى مجموعة من الافتراضات التي يشك في عقلانيتها وصحتها⁷⁰¹.

وبعد عرض مدى مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي في القانون (المطلب الأول)، ننتقل إلى دراسة مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي لدى الفقه الإسلامي في (المطلب الثاني).

701- د. عصام إسماعيل، في موجب التعويض عن الضرر المعنوي، بحث منشور في موقع كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، مستخرج من الموقع التالي:

<http://droit.ul.edu.lb>

تاريخ الأطلاع: 2023/3/7م.

المطلب الثاني: مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي لدى الفقه الاسلامي

هناك خلاف وجدل في آراء الفقه الاسلامي في حكم التعويض عن الضرر المعنوي، حيث لا زال هناك تباين واختلاف في وجهات النظر، فكما أشرنا في المبحث الأول من هذه الدراسة، فإن مصطلح الضرر المعنوي لم يكن معروف لدى فقهاء الشريعة الاسلامية.

إلا إن جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية، خاصة الفقهاء السابقين ذهبوا إلى عدم مشروعية المطالبة بتعويض عن الضرر المعنوي، وقال به بعض الفقهاء المعاصرين⁷⁰²، حيث جاء في قرار لمجمع الفقه الاسلامي: "الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي"⁷⁰³.

كذلك ذهب منهم إلى عدم مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي، بإعتباره ضرراً لا يصيب الذمة المالية، بل منهم من يذهب إلى أبعد من ذلك، ويعتبر أن أخذ تعويض مالي عن الأضرار المعنوية من قبيل أكل الناس بالباطل⁷⁰⁴.

ومنهم من قال: "بأن لا يوجد أي مبرر لمعالجة الأضرار المعنوية بالتعويض المالي، دامت الشريعة الاسلامية قررت العقوبات التعزيرية الأكثر رداً"⁷⁰⁵، فجاء

⁷⁰² - عبدالعزيز بن أحمد السلامة، "التعويض عن الضرر المعنوي"، العدل مج 12، ع48، (2010م): ص 196، مسترجع من:

<http://search.mandumah.com/Record/79083>

⁷⁰³ - انظر: مجلة المجمع (العدد الثاني عشر ج2، ص91)، من الموقع: <https://iifa-aifi.org/ar/2059.html>، آخر دخول: 2022/11/4 الساعة 16:01 م.

⁷⁰⁴ - أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 261.

⁷⁰⁵ - عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 349.

في كتب الفقه ((لم نجد أحداً من الفقهاء عبّر بهذا ...، وإنما هو تعبير حادث، ولم نجد من تكلم عن تعويض الأضرار المعنوية))، ومن ناحية أخرى فرض الإسلام تعويضات مالية كالدية والأرش، وعقوبات غير مالية على من يعتدي على شرف وكرامة الإنسان، مثل الجلد في القذف، والتعزير على أي اعتداء محرم على الشرف والعرض⁷⁰⁶.

ويستدلون أصحاب الرأي المعارض للتعويض عن الضرر المعنوي، بالعديد من الأدلة ومن أهمها:

قوله الله تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم))⁷⁰⁷، ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله تعالى حرم أخذ المال دون مقابل مالي⁷⁰⁸، والضرر المعنوي لا يصيب الذمة المالية، ودام كذلك فلا تجوز التعويض عنه بمال⁷⁰⁹.

واستدلوا كذلك من أن الشريعة الإسلامية حرصت على وضع العقوبات المناسبة للأفعال التي تستوجب الضمان، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: "لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد تحريم الشريعة للضرر الأدبي، وأن

706- جابر إسماعيل عبدالفتاح الحجاججة، "التعويض المادي عن الضرر الأدبي: دراسة فقهية مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مج16، ع3، (2020): ص9-33، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/1119582> ، ص13.

707- سورة النساء - آية 29.

708- علي القرة داغلي، موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المعنوي، منشور على الموقع: <https://alqaradaghi.com/6976>.

709- جابر إسماعيل عبدالفتاح الحجاججة، مرجع سابق، ص 14.

حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك، لكن الأسلوب الأمثل الذي اتبعته الشريعة في معالجة الضرر الأدبي، إنما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالي، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالا يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه ...، ومن ثم لا نرى مبرراً لمعالجة الضرر الأدبي بالتعويض المالي⁷¹⁰.

كما قال بعضهم من أن الضرر المعنوي من الأمور الاعتبارية، كالشرف والسمعة ومن ثم فلا يصلح التعويض عنه بمال، ولا بد أن تخضع لقواعد التعزير الشرعية⁷¹¹.

واستدلوا كذلك من المعقول بأن ليس هناك ضوابط ومعايير محددة في الضرر المعنوي، وأن تقديره قد يعد تحكماً، ويختلف تأثيره من شخص لآخر، كما أن المال قد لا يزيل الضرر؛ لأنه لا يعيد الحال إلى سابق عهده، كما أخذ المال عما يشين الانسان في عرضه يعتبر من أخذ المال على العرض، وهذا لا يجوز⁷¹².

كما استدلو أيضاً بانعقاد إجماع الفقهاء القدماء، على عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي، مثل (القذف، والسرقه، وخيانة الأمانة، بل فيه حد أو تعزير)⁷¹³.

710 - أسامة السيد عبدالسميع، مرجع سابق، ص 228 - 229.

711 - عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، 373.

712 - أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 262.

713 - جابر إسماعيل عبدالفتاح الحجاجه، مرجع سابق، ص 15.

إلا إن هناك جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية، يرون بجواز التعويض المالي عن الأضرار المعنوية ومشروعيتها، حيث يرون بأن الضرر الأدبي ينصب على اعتداء على حق من حقوق الإنسان، ومن المقرر أن الشريعة الإسلامية تستهدف حماية مصالح الناس، ومن مقاصد أحكام الشريعة حفظ ضرورات الحياة، والتي تسمى بالضرورات الخمس (الدين، النفس، العرض، المال، العقل)⁷¹⁴، فأصحاب هذا الرأي يرون بأن الضرر المعنوي كالضرر المادي واجب الضمان⁷¹⁵، ويستدلون بالعديد من الأدلة ومن أهمها:

فستدلوا بقول الله تعالى: ((وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به))⁷¹⁶، ووجه الدلالة في هذه الآية لديهم، بأن الله تعالى قد أوجب المماثلة في العقاب، فالمجني عليه له أن يفعل بالجاني مثل ما فعل به من غير نقصان أو زيادة، ذلك ما يقتضيه شرع الله وعدله رداً للمعتدين، وهذا الأصل إذا أمكن استيفاء العقوبة، لكن بعض الأحيان يكون استيفاء العقوبة دون زيادة أو نقصان غير ممكن، وعندها قد يتم تعويض المضرور بتعويض عادل يقضي به أهل الخبرة والاختصاص⁷¹⁷.

ومن السنة النبوية، ما روى عن ابن عباس رض الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا النص عام يشمل نوعي الضرر، والضرر المعنوي أحد أنواع الضرر فهو مشمول بالتحريم، ودام أنه محرم كان

714- المرجع السابق، ص13.

715- عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 348.

716- سورة النحل - آية 126.

717- جابر إسماعيل عبدالفتاح الحجاججة، مرجع سابق، ص19.

واجب الضمان⁷¹⁸، كما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "كل مسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"، يستدل من هذا الحديث بتحريم الاعتداء على دماء وأموال وأعراض المسلمين، والشرع أوجب القصاص في - الدم والمال -، ووأوجب التعزير في - العرض -، وعليه يجوز التعويض عن الضرر المعنوي، فالعرض جاء معطوفاً على المال، وبما أن التعدي على المال له ضمان فكذاك التعدي على العرض⁷¹⁹.

وما روى ابن حزم: "من قيام عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه - بتخويف شخص كان يقوم بقص شعر عمر ابن الخطاب، فقال له لم نرد هذا لكن سنعلقها وأعطاءه أربعين درهما"، فعمر ابن الخطاب في هذه الواقعة قام بضمان الخوف الذي أصاب الرجل، وكما رأينا أن الخوف أو الحزن من صور الأضرار المعنوية، واستدلوا من هذا الأثر على جواز التعويض عن الضرر المعنوي⁷²⁰.

وأخذ بالرأي الأول بعض فقهاء القانون، حيث ذهبوا إلى عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي، ويبررون ذلك بصعوبة تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، فالحزن والشرف والكرامة لا يمكن تقييمها بمال⁷²¹، حيث كان هناك في السابق جدلاً لدى فقهاء القانون في مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي، إلا إن هذا الجدل لم يعد له وجود⁷²²، كما ذهب بعضهم أن التعويض عن ما يصيب الشخص

718 - عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 363.

719 - أسامة السيد عبدالسميع، مرجع سابق، ص 214 - 215.

720 - عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 366.

721 - أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، 263.

722 - سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية (2009م)، ص 249.

من ضرر معنوي، يتنافى مع المروءة والأخلاق، فقواعد الأخلاق تأبى أن يطالب
الأنسان مقابل مالي للاعتداء على شرفه وكرامته ومركزه الإجتماعي⁷²³.

بعد دراسة مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي في كل من القانون والفقہ
الاسلامي (المطلبين السابقين)، ننتقل لنقوم بمناقشة تلك الآراء وترجيح أحدهما
وذلك من خلال (المطلب الثالث).

⁷²³- راقية عبدالجبار علي، مرجع سابق، ص 443.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

وأخيراً، نرى بأن الرأي القائل بجواز التعويض عن الأضرار المعنوي هو الأقرب للصواب، فأدلة القائلين بعدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي بمال، يمكن مناقشتها بالآتي:

1- بما يخص دليلهم من القرآن الكريم بما يخص أكل أموال الناس بالباطل، الآية وردت في باب التجارة وليست في باب التعويضات، وعليه لا تشمل الآية موضوع التعويض عن الضرر⁷²⁴.

2- وأما بشأن قولهم بأن الشرع حدد التعازير الشرعية، والتعزير بمال يعتبر تجاوزاً لما حدده الشرع وقد يؤدي إلى التعويض الزائد دون تقدير عادل، فمردوداً عليه يمكن تلافى هذا الأمر باقتصار أمر التعويض المالي على غير ما ورد فيه نص شرعي، بينما ما ورد عن الشارع فيه نص أو تقدير فإنه واجب الأتباع⁷²⁵.

3- أما قولهم بأن الضرر المعنوي من الأمور الأعتبارية التي لا يمكن تقويمه بمال، فيرد بأن مقصود الشارع من التعويض هو التخفيف على المضرور، وهذا الأمر ينطبق على الضرر المادي والمعنوي على حد سواء⁷²⁶، وكليهما يخضع لتقدير لقاضي الموضوع⁷²⁷.

⁷²⁴ - علي القرّة داغلي، مرجع سابق.

⁷²⁵ - عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 382 - 383.

⁷²⁶ - المرجع السابق، ص 382.

⁷²⁷ - جابر إسماعيل عبدالفتاح الحجاججة، مرجع سابق، ص 16.

4- أن التعويض عن الضرر المعنوي لا يقصد منه إزالة الضرر نهائياً، وفي هذا المعنى استقرت أحكام محكمة النقض المصرية، فقضت في إحدى أحكامها بأنه: ((ولا يقصد بالتعويض عن الضرر الأدبي وهو لا يمثل خسارة مادية محو هذا الضرر وإزالته من الوجود، إذ هو نوع من الضرر لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث الضرر لنفسه بدلاً عما أصابه من الضرر الأدبي، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عليها))⁷²⁸.

5- والرد على قولهم بانعقاد إجماع الفقهاء الأولين، على عدم جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي، هو إن هذا الإجماع لا يستند إلى نص شرعي، فهو رأي إتفق عليه الفقهاء في فترة زمنية معينة⁷²⁹.

6- كما أن التعويض عن الضرر المعنوي، يساهم في الحد من قيام المعتدين على الاعتداء على شرف وكرامة أفراد المجتمع، وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز الأردنية بأن ((الأضرار الأدبية كالآلام الجسمية التي يحسها المصاب في لحمه وعظمه والآلام النفسية التي يعانيتها نتيجة التشوية الذي أحدثته الإصابة والآلام التي يكابدها بسبب حرمانه من مباحج الحياة وهذه الآلام الجسمية والنفسية يتفق الفقه والقضاء على وجوب التعويض عنها....، كما أن الألم يعوض عنه وكذلك تقويت الجمال وهذه كلها تنطوي على أضرار أدبية لما تحدثه في نفس المضرور من ألم حسي أو نفسي وأن القول بعدم

⁷²⁸ - حكم محكمة النقض المصرية، في الطعن رقم (304 لسنة 58 ق) الصادر في جلسة 1990/3/15م، تم استخراجه من: Eastlaw: متوفر في الموقع الإلكتروني لمكتبة جامعة قطر.

⁷²⁹ - جابر إسماعيل عبدالفتاح الحجاججة، مرجع سابق، مرجع سابق، ص15.

التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على
أعراض الناس وسمعتهم⁷³⁰.

7- أضف إلى ذلك، بأن قول المعارض للتعويض عن الضرر المعنوي، أن هناك
صعوبة في تقدير التعويض في حالة الضرر المعنوي، لا يعني ذلك حرمان
المضور من ثمة تعويض، ففي الضرر المادي هناك صعوبة تترتب على
تحديد مقدار التعويض، ولم يقل أحد بعدم التعويض عنه.

8- وأخيراً، فإن الرد على من يقول بأن المبادئ الأخلاقية للناس، تأتي أن تقبل
التعويض المالي مقابل الاعتداء على شرف وكرامة الإنسان، فمردوداً عليه
بأن دام الشريعة والقانون كذلك يعترفون للإنسان بالحق في الكرامة والشرف،
فإنه لا بد من إيجاد طريقة لحماية هذه الحقوق، وإلا فقدت هذه الحقوق قيمتها،
ووالدعوى هي الطريق المناسب لحماية حقوق الأشخاص⁷³¹، وعليه لا بد من
الذهاب إلى القول بجواز التعويض عن الإضرار المعنوية.

كما أنه ورغم التوجهات المناهضة لفكرة التعويض عن الضرر المعنوي، إلا إن
التشريعات العربية ومنها التشريع القطري، وكذلك القضاء القطري ذهبوا إلى جواز
التعويض عن الضرر المعنوي ومشروعيته، فقد استقرت أحكام محكمة التمييز
القطرية، على جواز التعويض عن الضرر المعنوي كما أشرنا سابقاً، وقررت بأن
تقدير التعويض الناشئ من ضرر معنوي متروك لسلطة قاضي الموضوع من
دون معقب من محكمة التمييز، دام كانت اسبابها في محلها.

⁷³⁰ - حكم محكمة التمييز الأردنية، في الطعن رقم (3253 لسنة 2004م) الصادر في جلسة
2005/2/6م، تم استخراجه من: Eastlaw: متوفر في الموقع الإلكتروني لمكتبة جامعة قطر.

⁷³¹ - راقية عبدالجبار علي، مرجع سابق، ص 443.

فقضت في حكم لها صادر في عام (2019م) بأن: ((...، ولما كان من المقرر بأن الضرر الأدبي الموجب للتعويض، هو كل ما يؤدي الإنسان في شرفه واعتباره، أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره، والتقدير فيه متروك لمحكمة الموضوع، تقدره في كل حالة على حدة، وأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه، ولم يكن في القانون ما يلزم محكمة الموضوع باتباع معايير معينة في خصوصه، فالتقدير من سلطة قاضي الموضوع، لا معقب عليه في ذلك من محكمة التمييز متى كان تقديره سائغاً))⁷³².

ولقد أحسن المشرع القطري، عندما نص صراحة من خلال القانون المدني الحالي، والصادر في عام 2004م، على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، حيث خلا القانون المدني القطري السابق⁷³³، من تنظيم مثل هذا النوع من التعويض.

يتبين من خلال ماسبق، حول جواز التعويض عن الضرر المعنوي من عدمه، إلى استقرار الفقه القانوني والقضاء ومعظم التشريعات الوضعية، من الأخذ بجواز التعويض عن الضرر المعنوي، والخلاف الواضح كان بين فقهاء الشريعة الإسلامية بين مؤيد ومعارض، وبعد عرض أدلة كلا الفريقين نذهب مع الرأي القائل بجواز التعويض عن الأضرار المعنوية، مع منح القاضي السلطة التقديرية فيما إذا كان الضرر المعنوي يستحق التعويض من عدمه⁷³⁴، ولقد استقرت أحكام

⁷³² - الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقما (176 لسنة 2019)، جلسة 2019/4/25م، غير منشور.

⁷³³ - قانون المواد المدنية والتجارية القطري الملغى رقم (16) لسنة 1971م، انظر: الجريدة الرسمية لدولة قطر، العدد 7، 1971/1/1م، انظر: موقع وزارة العدل القطرية (www.almeezan.qa).

⁷³⁴ - انظر في هذا الرأي: أمل عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 268.

محكمة النقض المصرية على مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي، وذلك من خلال منح القاضي السلطة التقديرية في تقدير التعويض المناسب.

حيث قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه: ((وحيث أنه عن التعويض الأدبي فإن المقرر حسبما جرى قضاء محكمة النقض أن يكفي في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي أن يكون مواسياً للمضرور ويكفل رد إعتباره وهو ما يتوافر بما يراه القاضي مناسباً في هذا الصدد تبعاً لواقع الحال والظروف المناسبة وذلك دون غلو في التقدير ولا إسراف))⁷³⁵.

فالتعويض عن الضرر المعنوي يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الحقوق، ومنع الضرر سواء المادي أو المعنوي، بل الضرر المعنوي قيد يكون في بعض الأحيان أشد تأثيراً من الضرر المادي.

وأخيراً، فإن كلمة الضرر بشكل عام جاءت في حيز النفي والتحريم، فهناك قواعد فقهية كلية تدل على نفي الضرر وتحريمه مطلقاً في الشريعة الإسلامية، كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "الضرار لا يزال بمثله"⁷³⁶.

⁷³⁵ انظر: حكم محكمة النقض المصرية، في الطعن رقم (1368 لسنة 50 ق) الصادر في جلسة 1985/1/8م، تم استخراجه من: Eastlaw: متوفر في الموقع الإلكتروني لمكتبة جامعة قطر.

⁷³⁶ جابر إسماعيل عبدالفتاح الحجاججة، مرجع سابق، ص25.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة، تبين لنا بأن الضرر المعنوي هو ما يصيب الشخص في كيانه غير الملموس، كالآلام والشعور بالحزن والإهانة، ولقد اتفق الفقه القانوني والقضاء وكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية، على أن الضرر المعنوي هو الضرر الذي لا يصيب الذمة المالية ولا يؤدي إلى خسارة مادية مباشرة، كما بينت الدراسة بأن هناك العديد من صور الضرر المعنوي، منها ما يكون بالأعتداء على جسد الشخص، ومنها ما يكون بالأعتداء على شرفه وكرامته، ومنها ما لا يصيب الشخص نفسه لكن يصيب عزيز فيرتب ذلك ألم بمشاعره وعواطفه، ولقد جاءت الشريعة الإسلامية بالعديد من تلك الصور، كما أن لابد لقيام الضرر الأدبي أن تتوفر شروط رئيسية منها أن يكون شخصياً، محققاً، مباشراً، فاحشاً، وأن يصيب مصلحة أدبية.

كما اتضح لنا في هذه الدراسة، أنه ورغم اختلاف الآراء القانونية بداية الأمر، إلا إن فقهاء القانون قد استقر رأيهم على مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي، لكن ما زال يوجد جدل واختلاف فيما بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وأخذت التشريعات العربية ومنها القطري بالرأي القائل بجواز ضمان الضرر بشكل عام، سواء المادي أو الأدبي، وقد نص المشرع القطري صراحةً على مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي.

وأخيراً، توصلت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات، من أهمها:

أولاً: النتائج

- 1- اختلف فقهاء القانون ببداية الأمر، حول إمكانية تعويض من أصابه ضرر معنوي من عدمه، إلا إن رأيهم استقر في الأخير على جواز التعويض عن الأضرار المعنوية أو الأدبية ومشروعيتها.
- 2- كما هناك البعض منهم من ذهب، إلى جواز التعويض عن الضرر المعنوي المترتب من المسؤولية التقصيرية دون العقدية، إلا إن الرأي الغالب لدى الفقه القانوني هو التعويض عن الضرر المعنوي في كلا المسؤوليتين سواء التقصيرية أو العقدية.
- 3- تباينت آراء فقهاء الشريعة الاسلامية حول مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي، ومازال هناك خلاف فقهي، إلا إن الرأي الفقهي المعتبر حالياً هو عدم جواز ضمان الأضرار المعنوية.
- 4- لم يكن هناك نص صريح بجواز التعويض عن الضرر المعنوي، في ظل المواد المدنية والتجارية القطري الملغى رقم (16) لسنة 1971م.
- 5- لقد نص المشرع القطري، من خلال القانون المدني الصادر في عام 2004م، على شمول الضرر المعنوي للتعويض، لكنه لم يتم بتحديد حالاته كما فعلت بعض التشريعات العربية، كالمشرع الكويتي والإماراتي.

ثانياً: التوصيات

- 1- أن يقوم المشرع القطري بدراسة، لتعديل بعض نصوص القانون المدني الخاصة بالتعويض عن الضرر الأدبي، وذلك بإضافة نص على جواز التعويض عن الضرر المعنوي في كلا المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، وعدم ترك المسألة للتفسيرات القضائية.

2- أن يراعي قاضي الموضوع، عند تقديره للتعويض عن الضرر المعنوي، الجانب الأدبي للمضور حيث إن التعويض الضئيل قد يزيد من ألم المضور.

3- عقد ندوات مشتركة بين كليتي الشريعة والقانون بجامعة قطر، تجمع فقهاء من الشريعة الإسلامية من جانب، وفقهاء العلم القانوني من جانب آخر، لتبادل الآراء حول مفهوم الضرر المعنوي ومشروعيته.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العامة

- جابر محجوب علي، النظرية العامة للالتزام (الجزء الأول: مصادر الالتزام في القانون القطري)، كلية القانون، جامعة قطر، الدوحة، (2019م).
- حسين عامر، وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، (1979م).
- سمير عبدالسيد تتاغو، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية (2009م).
- عبدالرزاق السنهوري، نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام - (المجلد الثاني العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون)، الطبعة الثالثة (قام بتتقيها مصطفى الفقى، وعبدالباسط جميعى)، دار النهضة العربية، القاهرة، (1981م).

- موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني - دراسة مقارنة -، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، رقم الطبعة غير مذكور، (2007م).

ثانياً: المراجع الخاصة

- أسامة السيد عبدالسميع، المسؤولية الناشئة عن الضرر الأدبي بين الفقه الاسلامي والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، (2011م).

- أمل عبدالمحسن الحبشي، التعويض عن الضرر المعنوي: دراسة فقهية مقارنة مع أحكام القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي -، مج 46، ع1، (2022م)، انظر: <http://search.mandumah.com/Record/1288593>.

- امين دواس، الأساس القانوني للمسئولية عن الفعل الضار: دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والمجلة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 10 - ملحق خاص - العدد 10 (2021).

- جابر إسماعيل عبدالفتاح الحجاجبة، "التعويض المادي عن الضرر الأدبي: دراسة فقهية مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الاسلامية، جامعة آل البيت، مج16، ع3، (2020): ص9-33، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/1119582>.

- راقية عبدالجبار علي، الضرر الأدبي تأصيله القانوني وكيفية التعويض عنه، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، الجامعة الأسمرية الإسلامية، س 5، ع10، (2008م)، انظر:

- <http://search.mandumah.com/Record/765860> .
 - عبدالعزيز بن أحمد السلامة، "التعويض عن الضرر المعنوي"، العدل مج 12، ع48، (2010م): ص 191 - 200، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/79083>
 - عبدالله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، (1990م).
 - عصام إسماعيل، في موجب التعويض عن الضرر المعنوي، بحث منشور في موقع كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، منشور على: <http://droit.ul.edu.lb>
 - علي القرّة داغلي، موقف الفقه الاسلامي من التعويض عن الضرر المعنوي، منشور على: <https://alqaradaghi.com/6976>
 - عيسى المزيد، "التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن"، مجلة القانون المغربي، ع39، (2019م): ص 379 - 387، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/995027>
 - محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، (1995م).
- ثالثاً: التشريعات**

- الدستور الدائم لدولة قطر ، (2004م).
- القانون رقم (22) لسنة 2004م، بإصدار القانون المدني القطري.
- قانون الأسرة القطري رقم (22) لسنة 2006م.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.
- قانون المعاملات المدنية الإتحادي الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.
- القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980م.

رابعاً: الأحكام القضائية

- الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (190) لسنة 2010)، جلسة 2010/12/28، مجموعة المكتب الفني (2010م)، س6، ص596.
- الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (24) لسنة 2016)، جلسة 2016/3/8م، مجموعة المكتب الفني (2016م)، س12، ص147.
- الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية في الطعن رقم (89) لسنة 2016 - تمييز مدني)، جلسة 2016/4/26، مجموعة المكتب الفني، س12، ص250.
- الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقما (176) لسنة 2019)، جلسة 2019/4/25م، غير منشور.

- الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعن رقم (231 لسنة 2019)، جلسة 2019/9/25م، غير منشور.
- الحكم الصادر من محكمة التمييز القطرية، في الطعان رقما (557، 567 لسنة 2019)، جلسة 2020/1/21م، مجموعة المكتب الفني (2020م)، ص16، ص55.
- الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية، في الطعن رقم (3517 لسنة 62)، جلسة 1994/2/22، مكتب فني 40 رقم الجزء 2، ص 5.
- الحكم الصادر من محكمة التمييز الأردنية، في الطعن رقم (1685 لسنة 1997).
- الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية القطرية، في الدعوى رقم (3770 لسنة 2014 - مدني كلي)، جلسة 2018/11/28م، غير منشور.
- الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية القطرية، في الدعوى رقم (1785 لسنة 2018 مدني كلي)، جلسة 2019/4/25م، غير منشور.

خامساً: المواقع الإلكترونية

- موقع مكتبة جامعة قطر، انظر:
- <http://www.qu.edu.qa/ar/library/tools-collections/databases>
- موقع وزارة العدل القطرية، انظر:

- <https://www.moj.gov.qa/en/pages/default.aspx>
- موقع فضيلة الشيخ الدتور علي القرّة داغي:
- <https://alqaradaghi.com/6976/>
- [-https://iifa-aifi.org/ar/2059.html](https://iifa-aifi.org/ar/2059.html) موقع مجمع الفقه الاسلامي:

الضمان العشري في القانون المدني القطري والقانون المقارن

ليلى محمد أحمد السيد (737)

أفرزت الحركة العمرانية الكثير من المشاكل والتحديات القانونية التي رافقت هذه الحركة، والتي تترتب بسبب عدم التزام المهندس والمقاول بما يجب عليه من واجب اتقان العمل وضمان سلامته من العيوب، مما أدى إلى إثارة الكثير من القضايا في أروقة المحاكم.

والمشرع القطري كما باقي المشرعين في العالم العربي لم يكتف بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية لتنظيم مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عند تشييد الأبنية، بل وضع قواعد خاصة فيها لتضمن لرب العمل كفاءة انجاز البناء، وتضمن جودة العمل لحماية الأفراد، وتتناسب مع مدى خطورة العمل الذي يقوم به كل من المهندس المعماري والمقاول.

تناولت المواد 711 إلى 715 من القانون المدني القطري أحكام مسؤولية المهندس المعماري والمقاول حيث نصت المادة 711 على " يضمن المقاول والمهندس متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة، وذلك ولو كان التهدم أو الخلل ناشئاً

737 -ماجستير في القانون الخاص جامعة قطر

عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز المباني أو المنشآت المعيبة ويشمل هذا الضمان ما يظهر في المباني أو المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها"، وهذا ما يعرف بالضمان العشري، و يقصد به ذلك الالتزام الذي ألقاه المشرع على عاتق كل من المهندس المعماري والمقاول متضامين، بضمان كل ما يقع من أضرار نتيجة التهدم الكلي أو الجزئي لما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى، كما يشمل الضمان ما قد يوجد في المباني والمنشآت من عيوب تمثل تهديدا لمتانة البناء وسلامته، وذلك كله طوال السنوات العشر التالية لتسلم العمل.

لقد خص المشرع المهندس المعماري والمقاول بالمسؤولية بسبب تميز الدور الذي يقوم به كل منهم؛ فالمهندس المعماري يقوم بالتخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الابتكاري والتنفيذ، وله إمام تام بفن وعلوم البناء وفق الظروف البيئية لمنطقة البناء ومقتضياتها، ويساهم في التعمير والتشييد في نطاق التخطيط العام، أما المقاول فهو الشخص الذي يعهد إليه في إقامة المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى ويستوي أن تكون المواد التي أقام بها هذه المباني او المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل⁷³⁸.

وقد عرفت التشريعات الانسانية منذ بداية نشأتها ضمان المقاول لما بينه، ومن أقدم التشريعات التي عالجت هذا الموضوع شريعة حمورابي، الموضوعة في بابل جنوب العراق؛ فقد ألزمت البناء أو المقاول بتعويض صاحب البناء أو إعادة بناء

738- الأودن، سمير عبد السميع، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنياً في مجال الانشاءات، مكتبة الاشعاع، 2000، ص 92.

المبنى ثانية إذا ما حصل فيه أي تصدع أو تهدم وإذا ما أدى انهيار المبنى إلى قتل من كان فيه تتحول المسؤولية إلى جنائية قد تصل عقوبتها إلى سلب حياة البناء ذاته⁷³⁹.

كما عالجت الشريعة الإسلامية عقد المقاولة، وميز الفقهاء في الضمان بين أن يقوم رب العمل بتوريد المواد للمقاول وبين أن يقدم المقاول مواد البناء بنفسه، حيث قال الكاساني: إن هلك الشيء بعد العمل فصاحبه بالخيار إن شاء ضمته قيمته معمولاً وأعطاه الأجر بحسابه، وإن شاء ضمته قيمته غير معمول ولا أجر له، أما إن هلك الشيء قبل صناعته فعلى المقاول أن يضمن قيمته غير معمول ولا أجر له⁷⁴⁰.

يضاف إلى ذلك أن المشرع القطري كما القوانين العربية اعتبر الضمان العشري من النظام العام، وذلك يدل على خطورة العمل الذي يقدمه المقاول والمهندس، فلا يجوز الإتفاق على الإنقاص من مدة الضمان أو الإعفاء منها، حيث نصت المادة 715 على (كل شرط يقصد به إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه يكون باطلاً).

739-، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، ترجمة أسامة سراس، دار علاء الدين، دمشق، 1993، ص 126، مشار إليها الركابي، صادق عبد علي طريخم، الالتزام بالصيانة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011، ص 9.

740- الراشدي، سالم خويتم بخيت، عقد مقاولة البناء والمنشآت الثابتة في ضوء اشريعة الاسلامية (دراسة وتطبيق)، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1412هـ، ص 167.

وقد تضمن القانون المصري والأردني⁷⁴¹ أحكاماً مماثلة لما ذهب إليه المشرع القطري في الضمان العشري، ولكن المشرع المصري لم يكتف بذلك بل فرض نظام التأمين الإجباري على عاتق المهندس والمقاول لضمان حق المضرور، وغاية المشرع هي حماية رب العمل الذي لا يملك خبرة في مجال الانشاءات من العيوب الخفية التي قد تظهر في البناء خلال العشر سنوات التالية لتسلمه. ولذلك ينبغي أن يسلم المهندس والمقاول العمل وفق ما اتفق عليه ووفق المعايير والأصول لفن البناء، وإلا عد العمل معيباً وألزم المهندس والمقاول بالضمان، وفق قواعد الضمان العشري.

تهدف الدراسة إلى تحديد مسؤولية المهندس والمقاول في عقد المقاولة في القانون القطري وبيان الأعمال التي تعد محلاً للمسؤولية في مقاولة البناء، وتحديد الأشخاص المسؤولين عن الضمان في حال تهدم أو تعيب البناء، يضاف إلى ذلك القاء الضوء على ما ذهب إليه القانون المصري والأردني وهل كان المشرع موفقاً في تنظيم أحكام الضمان العشري في كل من هذه الدول، واقتراح الحلول الفقهية للمشرعين العرب في حال وجود قصور في النصوص التشريعية.

وقد اختلف الفقه في طبيعة الضمان العشري فهناك من ذهب إلى أنه قائم على أساس مسؤولية عقدية لأنه يقوم على التزام عقدي مصدره عقد المقاولة، أو نص القانون، وهناك من يرى أنه بمجرد تسليم البناء انقضت العلاقة العقدية وبالتالي

741- تناول المشرع المصري أحكام الضمان العشري في المواد من 651 إلى 654، كما نص القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على أحكام الضمان العشري في المواد من 788 إلى 791.

يقوم الضمان العشري على أساس مسؤولية تقصيرية، ويذهب جانب آخر إلى أن الضمان العشري مسؤولية قانونية بحتة ، ولكل أسانيد في ذلك .

إشكالية البحث: تجو إشكالية البحث في بيان مدى نجاعة الضمان العشري في تعويض رب العمل عن التهمم والتعيب في البناء الذي تم انجازه في ظل التوسع العمراني الذي نشهده والذي يسوده العديد من المخالفات للقوانين والأنظمة التي تحكمه.

أهمية البحث

تبدو أهمية الدراسة بسبب التطور العمراني الذي ساد مؤخرا في قطر والدول العربية، واتساع العلاقات القانونية بين المهندسين والمقاولين، مما أثار العديد من المشاكل القانونية لهدف البعض بإنجاز العمل بسرعة وبدون اتقان لتحقيق الكسب المادي، وهذا يشكل خطورة على الأفراد تؤدي إلى إزهاق الأرواح وإتلاف الأموال. كما أن المشرع قد أغفل التعرض لبعض القضايا المتصلة بالضمان سنحاول الوقوف عندها مبيينين الاقتراحات والحلول الفقهية لها.

منهج البحث

لقد قمنا باتباع المنهج التحليلي المقارن والذي يقوم على تحليل النصوص القانونية التي تناولت الضمان العشري، في كل من دولة قطر ومصر والأردن، والمقارنة بينها للوقوف على النقص في التشريع واقتراح التعديل التشريعي في مجال الضمان العشري.

سنعرض في هذه الدراسة لأحكام الضمان العشري في القانون القطري والقوانين في كل من مصر والأردن والجزائر؛ موضحين نظام الضمان العشري في هذه القوانين من حيث شروطه وأشخاصه مقسمين البحث إلى :

المبحث الأول: مفهوم الضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن

المبحث الثاني: نطاق الضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن

المبحث الأول

مفهوم الضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن

الضمان العشري هو ما يضمنه المهندس والمقاول متضامنين لكل تهدم أو تعيب في الأبنية التي قاموا بإنشائها، وذلك لمدة عشر سنوات من تاريخ تسليم البناء لرب العمل، وتتطلب دراسة مفهوم الضمان العشري في القانون القطري والقوانين المقارنة التطرق لخصائص هذا الضمان ومعرفة موقف الفقه من طبيعته لذلك سنبين في المطلب الأول: خصائص الضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن، والمطلب الثاني: طبيعة الضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن.

المطلب الأول

خصائص الضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن

وضع المشرع نظام الضمان العشري لتنظيم مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بسبب طبيعة دور كل منهما وخطورته ، فلم تكن القواعد العامة في المسؤولية المدنية كافية لتعويض رب العمل المضرور عما يصيبه من أضرار نتيجة تهدم

البناء أو تعيبيه إذا كان ذلك بعد التسلم النهائي للمشروع، فكانت قواعد الضمان العشري أقرب إلى العدالة في تحقيق ذلك .

ويتميز الضمان العشري وفق ما نص عليه المشرع القطري، ووفق ما تبناه المشرع في مصر والأردن بخصائص واحدة في جميع هذه التشريعات وهذا ما سنتناوله في الفروع لتالية.

الفرع الأول: الضمان العشري مفترض قانوناً

الفرع الثاني: خاصية التضامن في الضمان العشري

الفرع الثالث: تعلق الضمان العشري بالنظام العام

الفرع الأول

الضمان العشري مفترض قانوناً

يلتزم رب العمل الذي يرغب بالرجوع بالضمان العشري بإثبات عقد المقاولة وإثبات الضرر بشروطه القانونية، فعليه إثبات حصول تهدم كلي أو جزئي في البناء الذي أقامه ، أو وجود عيب به يهدد متانته وسلامته وذلك وفق القواعد العامة للمسؤولية العقدية⁷⁴² .

742- الزعبي، علي محمد، التزامات المقاول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2020، ص271.

ويفهم من مجمل النصوص القانونية في كل من التشريع القطري والتشريعات المقارنة أن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول مفترضة بقوة القانون، فالالتزام يقع على عاتق المهندس والمقاول دون حاجة لإثبات الخطأ وتعد هذه المسؤولية ثابتة من جانب المهندس المعماري والمقاول، ولا يستطيع دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل بالقوة القاهرة أو بخطأ رب العمل نفسه أو فعل الغير .

وقد نص القانون المدني القطري على "يضمن المقاول والمهندس متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة"، كما نص القانون المدني المصري في المادة 651 على نص مطابق لما هو في القانون القطري، وكذلك فعل المشرع الأردني في المادة 788.

فوجود القرينة القانونية على مسؤولية المماريين يعني رب العمل من إثبات خطأ المهندس والمقاول، وهذا على خلاف ما تقضي به القواعد العامة، وإن إثبات خطأ المعماري الذي أدى إلى التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور العيب، هو إثبات تقيل العبء، يستلزم الخوض في أمور فنية تستعصي على غير المتخصصين، فأصبح مجرد حدوث التهدم أو ظهور العيب يعد قرينة في ذاته، على أن ثمة خطأ وقع من المهندس أو المقاول⁷⁴³.

ويقع على رب العمل إثبات عيوب العمل أو عيوب المواد المستخدمة فيه، ومتى أثبت رب العمل ذلك كان المهندس والمقاول مسؤولين عن ذلك، فلا يكلف رب

⁷⁴³ -نجيدة، علي، مسؤولية المهندسين والمقاولين المعماريين (الضمان العشري ونطاقه من حيث الملازم به)، المجلة القانونية القضائية، س3، ع2009، ص2، ص97.

العمل عبء إثبات أن هذه العيوب نشأت عن تقصير أو إهمال ، ذلك أن التزام المهندس والمقاول بالقيام بالعمل على الوجه المتفق عليه وفقاً لأصول الفن ، التزام بنتيجة يثبت الإخلال بمجرد اثبات عدم تحقق هذه النتيجة ، أي بإثبات أن البناء غير مطابق لما هو متفق عليه أو لما توجبه أصول الفن⁷⁴⁴.

وقد أكد حكم محكمة النقض المصرية⁷⁴⁵ ذلك (عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته التي لا يدرأها عنه إلا إذا أثبت هو قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية فإذا كان يبين من العقد أن المطعون ضده تعهد بتنفيذ جميع أعمال البناء المتفق عليها وتسليم المبنى معداً للسكنى في الموعد المتفق عليه، وكان هذا الالتزام هو إلتزام بتحقيق غاية فإنه متى أثبتت الطاعنة إخلال بهذا الإلتزام فإنها تكون قد أثبتت الخطأ الذي تتحقق به مسؤوليته ولا يجديه في دفع هذا الخطأ أن يثبت أنه قد بذل ما في وسعه من جهد لتنفيذ التزامه فلم يستطيع ما دامت الغاية لم تتحقق. ومن ثم فإذا إستلزم الحكم المطعون فيه لقيام مسؤوليه المقاول المطعون ضده ثبوت وقوع خطأ أو إهمال منه في تأخير في تسليم المباني للطاعنة ، مع أن هذا التأخير هو الخطأ بذاته فإن الحكم يكون مخالفاً للقانون).

والملاحظ أن المشرع القطري كما المصري والأردني مد الضمان العشري ليشمل العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء خلال العشر سنوات التالية للتسليم ، ولم يقصرها على ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده المهندس والمقاول من مباني ومنشآت ثابتة أخرى ، حيث تضمن النص القانوني بيان ذلك (وذلك ولو

744- قرة، فتحة، أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992، ص145.

745- الطعن 120، لسنة 30 ق - جلسة 1965/1 /21 س 16 ع 1. ص 81.

كان التهدم أو الخلل ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز المباني أو المنشآت المعيبة ويشمل هذا الضمان ما يظهر في المباني أو المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها.

كما نصت المادة 788 من القانون المدني الأردني على حكم مماثل لما أخذ به المشرعين القطري والمصري حيث نصت على "إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على ان ينفذ المقاول تحت اشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، ويبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة".

ويبدو جلياً ما هو الأساس الذي أقام المشرع عليه الضمان العشري ، ألا وهو الخطأ المفترض، حيث يبقى المهندس والمقاول مسؤولين عن التهدم الكلي والجزئي وعن العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته دون حاجة لتكليف رب العمل بإقامة الدليل على خطأ أي منهم ، فوجود القرينة القانونية يعني رب العمل من اثبات الخطأ وعلاقة السببية بين نشاطهم وبين التهدم الكلي أو الجزئي المدعى به، وحتى لو كان سبب التهدم أو التعيب مجهولاً طالما لم يتمكننا من اثبات السبب الأجنبي، وهذه القرينة القانونية قاطعة ناتجة عن نص القانون، فالقانون هو الذي يختار واقعة ثابتة ويقول ما دامت الواقعة قد ثبتت فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها، والمشرع هنا اختار واقعة وجود عقد مقاولة بالإضافة إلى التهدم أو التعيب خلال العشر سنوات من تاريخ التسليم، فيثبت هنا تضامن المهندس والمقاول في

تعويض رب العمل ، ولا يلزم رب العمل إلا بإثبات عقد المقاولة ووجود التهدم أو التعيب وفقاً للقواعد العامة⁷⁴⁶ .

وهذا الموقف من المشرع يعبر عن تشدد يهدف فيه إلى حماية مزدوجة للمصالح الخاصة متمثلة برب العمل من جهة ومن أجل الصالح العام من جهة أخرى، بحيث لولا افتراض هذا الخطأ لكان من الصعوبة بمكان اثبات الخطأ من قبل رب العمل بعد مرور مدة طويلة على تسلمه، وهو غالباً غيرخبير في شؤون البناء وفنونه، وبالتالي تتضاعف صعوبة الإثبات في المنشآت الضخمة لكثرة عدد المقاولين والمهندسين المشاركين بها.

ويمتاز الضمان العشري أيضاً بأن المشرع قرر التضامن بين كل من المهندس المعماري والمقاول في مواجهة رب العمل وسننبت أحكام هذا التضامن في الفرع التالي.

الفرع الثاني

خاصية التضامن في الضمان العشري

تظهر خاصية التضامن في الضمان العشري من خلال نص المشرع القطري⁷⁴⁷ على (يضمن المقاول والمهندس متضامنين. ما يحدث خلال عشر سنوات.....)، وعليه فإنه متى حصل تهدم جزئي أو كلي في البناء أو المنشأة الثابتة أو حصل فيهما تعيب يهدد متانتها وسلامتهما خلال فترة الضمان يكون

⁷⁴⁶- ، الزعبي، علي محمد، التزامات المقاول (بتصرف)، مرجع سابق، ص273

⁷⁴⁷- المادة 711 من القانون المدني القطري رقم 22 لعام 2004.

المهندس المعماري والمقاول وغيرهما من الأشخاص المعنويين بالضمان العشري متضامنون في المسؤولية عنه⁷⁴⁸.

والتضامن وفقاً للقواعد العامة يعني أن كلاً من المدينين المتضامنين يكون مسؤولاً عن كامل التعويض أمام المضرور، فللمضرور الخيار بأن يطالبهم جميعاً بالتعويض أو يرجع إلى أي منهم ، وبناء على ذلك فرب العمل الخيار بالرجوع على المهندس أو المقاول أو الإثنين معاً، لأن القانون قرر التضامن بينهما⁷⁴⁹. و المشرع القطري بالإضافة إلى المشرع المصري والأردني المسؤولية قرر التضامن بين المقاول والمهندس بسبب تداخل عملهما، فالأول يضع التصاميم والخرائط والثاني ينفذها، وقد يقوم كل منهما بعمل الآخر فيصعب على رب العمل إثبات المسؤول عن الضرر، لذلك تركت التشريعات نفي هذه المسؤولية على عاتق المهندس والمقاول.

ولكن التضامن بين المهندس المعماري والمقاول لا يقوم إلا في علاقتهما برب العمل، أما في علاقتهما فلا تضامن بينهما، بل تتوزع المسؤولية بينهما، فإذا قامت مسؤوليتهما دون أن يثبت خطأ في جانب أي منهما فإن المسؤولية تقسم بينهما بالتساوي أي يكون كل منهم مسؤول عن نصف التعويض المحكوم به.

ولكن إذا ثبت أن تهدم البناء أو وجود عيب يرجع إلى خطأ المهندس المعماري فقط أو المقاول فإن ذلك لا يمنع رب العمل من الرجوع عليهما معاً أو على أي منهما بالمسؤولية تبعاً لتضامنها، فإنه يجيز لغير المخطئ منهما تحميل المخطئ

748- الصالح، بلعقون محمد، نطاق الضمان الخاص بمتانة البناء والمنشآت الثابتة بعد تسلم المشروع نهائياً، كلية الحقوق جامعة الجزائر،

749- الفارسية، خلود بنت محمد، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، ص24.

بالمسؤولية كاملة، فإذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن خطأ المهندس المعماري وحده لأن التصميم الذي وضعه كان معيباً مثلاً وكان هذا العيب غير ظاهر بحيث لم يكن في وسع المقاول أن يكتشفه ولو بذل عناية المقاول العادي في دراسة التصميم فإن المهندس يجب أن يتحمل في النهاية عبء المسؤولية الكاملة، فإذا كان قد دفع كل التعويض المستحق لرب العمل لم يجز له الرجوع على المقاول بشيء، وإذا كان قد دفع النصف والمقاول دفع النصف الآخر فإن للمقاول الرجوع عليه بما دفع، أما إذا كان المقاول هو الذي دفع التعويض الكامل فإن له الرجوع بكل ما دفعه على المهندس المعماري.

ويضاف إلى ذلك أن المهندس يسأل عن عيوب التصميم ولو لم يكن هو واضع هذا التصميم إذا كان قد قبله، وأشرف على تنفيذه، وكذلك إذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن خطأ ارتكبه المقاول فكان هو السبب الوحيد للضرر فيتحمل هنا المقاول المسؤولية كاملة .

أما إذا كان التهدم أو التعيب نتيجة خطأ المهندس والمقاول معاً فتقسم بينهما المسؤولية حسب نسبة مساهمة كل منهما في تحقيق الضرر، مع مراعاة درجة جسامة الخطأ، وذلك سواء أكان كل منهما قد ارتكب خطأً مستقلاً عن الآخر أم كان هذا الخطأ مشتركاً، كما إذا كان الضرر راجعاً لعيب في الأرض وكان هذا العيب ظاهراً للمقاول فيسأل مع المهندس عن الضرر.

بالإضافة إلى خاصيتي افتراض الضمان العشري والتضامن بين المهندس والمقاول فإنه من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته ولهذا سنوضح هذه الخاصية في الفرع الثالث.

الفرع الثالث

الضمان العشري من النظام العام

يجوز الاتفاق وفقاً للقواعد العامة على أن تكون مسؤولية المهندس والمقاول أشد من التي يقرها المشرع، كأن يتفقا على أن تزيد مدة الضمان عن عشر سنوات، كما من الممكن الاتفاق على ان يشمل الضمان جميع الاضرار حتى التي كانت ظاهرة وقت التسليم، أو أن يتفقا على تحمل مسؤولية العيوب الناجمة عن القوة القاهرة والسبب الأجنبي، ولكن خلافاً للقواعد العامة التي تجيز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي يعد باطلاً كل شرط يحد أو يعفي من الضمان العام حيث تقضي المادة 715 من القانون المدني القطري ببطلان كل شرط يخالف الضمان العام حيث نصت على (كل شرط يقصد به إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه يكون باطلاً) وهذا مطابق لنص المادة 653 من القانون المدني المصري ومماثل لما توجه إليه المشرع الأردني في المادة 790 التي نصت على "يقع باطلاً كل شرط يقصد به اعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه".

والهدف من جعل أحكام الضمان العشري من النظام العام هو حماية طبقة غير ملمة بمسائل البناء وهذه الحماية مقررة للمصلحة العامة كي لا يؤدي تدهم الأبنية إلى الاضرار بالمجتمع ولتبقى متينة محتفظة بخواصها للصالح العام⁷⁵⁰. وعلى ذلك يقع باطلاً كل اتفاق يقصد به حرمان رب العمل كلياً من الرجوع على المهندس والمقاول في حالة حصول تدهم أو تعيب ، كما يبطل الاتفاق على أن

⁷⁵⁰ - الزعبي ، علي محمد، التزامات المقاول، مرجع سابق، ص 304.

ضمان المهندس والمقاول يقتصر على التهدم الكلي دون التهدم الجزئي أو وجود عيب، أو أنه لا يحق لرب العمل أن يرجع بالضمان إلا على المقاول دون المهندس.

ولا يجوز كذلك الاتفاق على نقص مدة الضمان بجعلها أقل من عشر سنوات لأن مثل هذا الاتفاق يعد حداً من الضمان ويبطل بصريح النص، ولكن ذلك لا يحول دون اقتصار الضمان على مدة أقل إذا كان المتعاقدان قد رأوا أن تبقى المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

غير أن تعلق مسؤولية المهندس والمقاول بالنظام العام وعدم جواز الاتفاق على الاعفاء أو الحد منها مقدماً لا يمنع من التصالح عليها بعد حصول التعيب والتهدم ولا من نزول رب العمل عن حقه في الضمان ، وهذا النزول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، ومن صور النزول الضمني أن يقوم رب العمل بعد علمه بالتهدم بدفع باقي أجر المهندس أو المقاول دون تحفظ أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ أو دون اثبات حالته رغم أنه لم يكن مستعجلاً⁷⁵¹.

ولكن الفقه اختلف في تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية المهندس المعماري والمقاول ، فكان أمامنا عدد من الاتجاهات الفقهية التي حاولت تحديد هذه الطبيعة سنينها في المطلب الثاني .

⁷⁵¹- قره، فتحية، أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص168.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن

إن البحث عن الطبيعة القانونية للضمان العشري يشكل أهمية كبيرة من الناحية العملية نظراً لأن أحكام هذا الضمان لم تستقر بعد خاصة في التشريعات العربية ، حيث ظل القضاء مسؤولاً عن ترتيبها بناءً على التكييف الذي يعطيه له، وتبدو الأهمية أكبر عند الحديث عن الجزاء المقرر له، أي عند تحديد نوع التعويض ومداه، فالغاية من دراسة الطبيعة القانونية هي معرفة ماهيته وتحديد مضمونه عن طريق دراسة عناصر وجوده وأسباب اكتمال كيانه، ولفهم طبيعته يجب معرفة سبب ضمان المهندس والمقاول لما يتكشف من عيوب أو تهدم في البناء رغم انجاز العمل وتسليمه إياه لصاحبه⁷⁵².

وقد تعددت الاتجاهات الفقهية في تحديد طبيعة الضمان العشري فذهب جانب من الفقه إلى أنه ذو طبيعة عقدية مصدرها العقد كما رأى جانب آخر أن مصدر هذا العقد هو القانون، وذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية قانونية بحتة.

752- الركابي، صادق عبد علي طريخم، الالتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر والقانون، المنصورة، ص233. 2011،

الفرع الأول

الضمان العشري مسؤولية عقدية منشأها العقد

اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار مسؤولية المهندس والمقاول ذات طبيعة عقدية منشأها عقد المقاولة لكونها ناجمة جراء عدم تنفيذهما لالتزاماتهما التعاقدية، ويمضي أصحاب هذا الرأي بالقول بأن واقعة التسلم وقبول العمل لا توضع حداً نهائياً للعقد ، لأن التسليم والقبول لا يبرئ المقاول إلا من العيوب الظاهرة فقط، أما ظهور العيوب الخفية فيعتبر اخلاً بعقد المقاولة يسأل عنها المهندس والمقاول مسؤولية عقدية، وأن ضمان المهندس والمقاول ما هو إلا جزء على الإخلال بتنفيذ عقد المقاولة، ومن ثم يعتبر منبث هذا الضمان هو عقد المقاولة⁷⁵³.

فأصحاب هذا الاتجاه يستندون إلى عدد من الحجج لتأييد موقفهم وهي⁷⁵⁴:

- 1- المهندس مرتبط بعقد تصميم وإشراف مع رب العمل، والمقاول مرتبط مع رب العمل بعقد تنفيذ التصميم
- 2- أن التزامات المقاول لا تنتهي بمجرد تسليم البناء، فالتسليم لا يغطي إلا العيوب الظاهرة، أما العيوب الخفية فيبقى المقاول مسؤولاً عنها، ولا يغطي بالتسليم

753- الزعبي، علي محمد، التزامات المقاول، مرجع سابق، ص 258.

754- الفارسية، خلود بنت عبدالله، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء، مرجع سابق ص31.

3- اشترط المشرع لقيام مسؤولية المقاول والمهندس وجود عقد مقاوله بينهم وبين رب العمل، ورب العمل حتى يستطيع رفع دعوى الضمان العشري يجب أن يستند إلى العقد المبرم معهم.

وهذا ما ذهب إليه الدكتور السنهوري في أن مسؤولية المقاول مسؤولية عقدية وفي ذلك يقول (المقاول يكون مسؤولاً عن جودة العمل، فيكون مسؤولاً عن كل عيب في الصنعة، وهذه المسؤولية هي لا شك مسؤولية عقدية، لأنها تقوم على التزام عقدي منشأه عقد المقاوله، وهذا يصدق أيضاً على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة على الأرض، فهي كسائر المقاولات تنشئ التزاماً في ذمة المقاول أن تكون المنشآت خالية من العيوب فإذا انهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسؤولية⁷⁵⁵.

ولكن هناك من لا يتفق مع هذا الاتجاه من الفقه، ويبررون موقفهم بناء على عدداً من الحجج منها أن اعتبار مسؤولية المهندس والمقاول في الضمان العشري مسؤولية عقدية يرتب عدداً من النتائج أهمها أنه يفترض على رب العمل أن يثبت وجود عقد يحدد التزاماته مع المقاول أو المهندس حتى تقوم مسؤوليتهما، وكذلك أن يثبت ظهور العيب في البناء، أما المقاول فعليه أن يثبت أنه قام بالعمل وفقاً لما تقضي به شروط العقد في حين أنه في الضمان العشري لا يلتزم رب العمل إلا بإثبات وجود التهدم أو التعيب، ولا يستطيع المقاول والمهندس دفع المسؤولية إلا اثبات السبب الأجنبي، ولا يكلف رب العمل بإثبات خطأ المهندس أو المقاول وهذا ليس من طبيعة المسؤولية العقدية التي توجب اثبات الخطأ

⁷⁵⁵- السنهوري، الوسيط، ج7، ص132.

العقدي والضرر ورابطة السببية، ولو أن المسؤولية في الضمان العشري عقديّة
لكان من الممكن الاتفاق على الاعفاء أو الحد منها ، لكن المشرع في قطر
ومصر والأردن عدها من النظام العام فلا يمكن الاتفاق على خلافها.
و يذهب رأي آخر إلى أن المسؤولية في الضمان العشري هي مسؤولية تقصيرية
أساسها الفعل الضار، وحجتهم في ذلك أن عقد المقاولة ينتهي بتسلم رب العمل
للبناء، فتنتهي كل الاثار التي يربتها العقد، فإذا بقي كل من المهندس المعماري
والمقاول ملتزماً بضمان العيوب بعد تسليم البناء لمدة عشر سنوات فليس هذا
بالالتزام العقدي الذي انتهى بالتسليم بل هو التزام تقصيري⁷⁵⁶.

الفرع الثاني

الضمان العشري مسؤولية عقديّة منشأها القانون

ذهب قليل من الفقه الفرنسي إلى القول بأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري
النابعة من تهدم البناء أو ما يظهر فيه من عيوب هي مسؤولية عقديّة كونها
ناجمة عن عدم تنفيذ المعماري لالتزاماته المهنية، وإذا كانت القواعد العامة
للمسؤولية العقديّة تقتضي انقضاء الالتزامات الناتجة عن العقد عند تنفيذه ، غير
أن هناك حالة خصها المشرع بأحكام ضمن احكام عقد المقاولة، بحيث وضع لها
أحكاماً من نوع خاص ضمن دائرة معينة ، وهذه الحالة هي تلك التي يكون العقد
فيها قائماً على تقبل بناء يكون فيه الطرف الآخر مقاولاً أو مهندساً معمارياً وهذه

⁷⁵⁶- بوحمار، كمال، الضمان العشري، رسالة ماجستير، جامعة ام البواقي، 2013-
2014، ص7.

الحالة كان يجب اعتبارها منتهية طبقاً لما تقتضيه القواعد العامة لكن المشرع اعتبرها في حالة امتداد لزمان محدد وهو عشر سنوات اعتباراً من تاريخ التسليم وإلا لكانت منتهية لولا هذا التدخل من المشرع ولقد سارت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بهذا الاتجاه⁷⁵⁷.

ويرى بعض الفقه المصري أن القانون عندما مد ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسلم المباني ودفع قيمتها فقد خالف ما يقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسليم البناء مقبولاً بحالته الظاهرة التي هو عليها، ومسؤوليته تكون عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء سواء نص عليها العقد أم لم ينص، وليس للمالك أن يطلب الاصلاح العيني كون الأمر ليس متعلقاً بتنفيذ التزام تعاقدي، فالمقاول قد أوفى به وسلم العمل، بل هو متعلق بضمان اضافي خوله القانون⁷⁵⁸.

حيث قضت محكمة النقض المصرية (إن مسؤولية المقاول عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للمادة 409 مدني (قديم) لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية ولا يمكن كذلك اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء سواء نص عليها العقد أو لم ينص كمسؤولية البائع

757- الزعبي، علي محمد، مرجع سابق، ص 260.

758- الركابي، صادق، الالتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة، مرجع سابق، ص 238.

عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح⁷⁵⁹.

الفرع الثالث

الضمان العشري مسؤولية قانونية بحتة منشأها نص القانون

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الضمان العشري مسؤولية قانونية بحتة وايدوا موقفهم بعدد من الحجج؛ حيث يرون أن القانون هو الذي رتب على المقاول والمهندس هذا الضمان، وأقام مسؤوليتهما وتكفل بتحديد مداها وترتيب الأحكام عليها، بحيث لو تركت بدون تحديد لما أمكن الحفاظ على مصلحة صاحب العمل، ومن الثابت أنه عندما تتجه ارادة المشرع نحو انشاء التزام قانوني فإنه يراعي اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية لحماية مصلحة عامة أو خاصة، وفي الضمان العشري استهدف المشرع حماية صاحب العمل كونه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية بينه وبين المهندس والمقاول، كما أن عقد المقاولة ينتهي بتسليم البناء لرب العمل، حيث من المفروض أن تنتهي التزامات المقاول تجاه رب العمل، وإن بقاء التزام المهندس والمقاول بالضمان تجاه رب العمل لا يمكن أن يكون إلا وفق الإرادة العليا للمشرع⁷⁶⁰.

759- نقض مدني، ميناير 1939، مجموعة عمر ج3، رقم 154، ص435، مذكور في الركابي، صادق، الالتزام بالصيانة، مرجع سابق، ص239.

760- الفارسية، خلود، الضمان العشري، مرجع سابق، ص27.

وقد اعتبر جزء من أصحاب هذا الرأي أن الضمان العشري مسؤولية قانونية استثنائية، فهي استثناء من القواعد العامة من المسؤولية المدنية التي تكون إما عقدية وإما تقصيرية، وينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بوجود خضوع هذه المسؤولية للتفسير الضيق، وعدم جواز امتدادها خارج الإطار المنصوص عليه.

ونعتقد أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري وفق أحكام الضمان العشري ماهي إلا ضمان قانوني من نوع خاص، أوجده المشرع ضمن إطار معين، وهو الحالة التي يكون فيها العقد على تقبل بناء يكون فيه الطرف الآخر مقاولاً أو مهندساً، وبالنتيجة فهي مسؤولية قانونية منشؤها القانون. ولإحاطة بأحكام الضمان العشري لا بد من دراسة النطاق الشخصي والموضوعي لهذا الضمان في المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني

نطاق الضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن

تعد مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية استثنائية لا تخضع للقواعد العامة، لذلك فإن نطاق تطبيقها سيكون محدداً وفق النص القانوني، من حيث الأشخاص ومن حيث العيوب التي تهدد سلامة البناء ومثابته خلال فترة الضمان وهي عشر سنوات من تاريخ التسليم لرب العمل.

سندرس من خلال المطلب الأول أشخاص الضمان العشري سواء المستفيدين من الضمان او المسؤولون عنه، كما سنوضح في المطلب الثاني نطاق هذا الضمان الموضوعي من حيث الأعمال التي يشملها خلال مدة الضمان وهي عشر سنوات من تاريخ تسلم رب العمل للبناء .

المطلب الأول

نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص في القانون القطري والقانون

المقارن

للمسؤولية طرفان دائن ومدين وإن الطرف الذي قرر المشرع الضمان العشري لمصلحته هو رب العمل أما الطرف الذي يتحمل المسؤولية هما المقاول والمهندس المعماري.

سنبين في الفرع الأول الأشخاص المستفيدين من الضمان، أما الفرع الثاني سنتناول فيه الأشخاص الملزمون بالضمان

الفرع الأول

الأشخاص المستفيدون من الضمان العشري في القانون القطري والقانون

المقارن

إن المستفيد الأول من الضمان العشري هو رب العمل والذي يرتبط مع المهندس والمقاول بعقد مقاوله ، حيث أنه الشخص الذي يتضرر بالتهدم أو التعيب الذي قد يطرأ على البناء وقرر المشرع هذا الضمان لمصلحته ، وفي حالة وفاته فحقه بالضمان سينتقل للورثة باعتبارهم الخلف العام ، ولكن هل يحق أيضاً للخلف الخاص كالمشتري أن يستفيد من الضمان؟

أولاً: رب العمل

رب العمل هو الشخص الذي يرتبط بالمهندس والمقاول بعقد مقاوله بغرض تنفيذ البناء الذي يرغب في انشائه، وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً كشركة أو وزارة، حيث تكون هذه الشخصية هي رب العمل ،ويستوي أن يكون رب العمل هو من أبرم عقد المقاوله بنفسه أو عن طريق وكيل وفي هذه الحالة فمن المجمع عليه فقهاً وقضاءً أن دعوى الضمان تثبت للموكل الذي تم تنفيذ أعمال البناء باسمه ولحسابه⁷⁶¹ ولا فرق أن تكون الأرض التي شيد عليها البناء مملوكة لرب العمل أو غير مملوكة له فأعطي صلاحية البناء عليها.

وهذا الضمان مقرر لحماية رب العمل من أي تهدم أو تعيب يصيب البناء بسبب جهله بالأمور الفنية لذلك فإن المقاول الأصلي لا يستفيد من هذا الضمان تجاه المقاول الفرعي، فتبقى مسؤولية المقاول الأصلي قائمة أمام رب العمل ، لأنه من أراد المشرع حمايته أما المقاول الأصلي فيستطيع الرجوع على المقاول الفرعي

⁷⁶¹- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 111.

وفق القواعد العامة للمسؤولية فهو على علم ودراية بأمر البناء فلا حاجة لحمايته، و الضمان العشري مسؤولية استثنائية لا يمكن توسيع نطاقها كما أن المشرع القطري وضع ذلك في المادة 711" ولا تسري أحكام هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن"، وهو مطابق لنص المادة 651 في القانون المدني المصري، أما المشرع الأردني لم ينص عليها صراحة ولكن دل عليها من خلال المادة 798 "... وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل"

ثانياً: الخلف العام والخلف الخاص

الخلف العام هو الذي يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات كالورثة، فعند تحقق تهم أو تعيب في البناء ينتقل الضمان إلى ورثته الذين آلت إليهم ملكية البناء، ويستفيدون من الضمان إذا تحققت شروطه خلال مدة العشرة سنوات من تسلم رب العمل للبناء، وليس للمقاول والمهندس دفع الدعوى بعدم الخصومة، لأن هذا يعني اعفائهم من الضمان العام وهذا يخالف كون الضمان العشري من النظام العام.

أما الخلف الخاص فهم الذين يخلفون رب العمل ببعض ذمته المالية، كالشخص الذي قام بشراء البناء أو قد وهب له هذا البناء، ويحق لهذا الخلف الخاص الرجوع على المقاول أو المهندس الملتزمين بالضمان خلال فترة العشرة سنوات من تسليمه لرب العمل إذا تحققت شروط إعماله، لأن الحق بالرجوع بالضمان من ملحقات البيع، التي تنتقل بانتقال الملكية دون الحاجة للنص عليها صراحة في العقد، والجدير بالذكر أن مشتري البناء يحق له رفع إحدى دعويين إذا تعيب أو

تهدم البناء ،أحدهما دعوى ضمان العيوب الخفية تجاه البائع ولكن بشرط أن تكون هذه العيوب قديمة،والأخرى دعوى الضمان العشري تجاه المقاول والمهندس المعماري، وعادة ما يختار دعوى الضمان العشري لأنها توفر حماية أكبر له. لقد أغفل المشرع القطري كما الأردني والمصري التعرض لحالة عندما يكون المقاول هو رب العمل ، ففي هذه الحالة لا يعتبر المشتري خلفاً خاصاً لرب العمل في عقد مقاوله بسبب عدم وجود هذا العقد أصلاً فيتخلف شرط أساسي لقيام الضمان العشري وبالتالي فالمشتري لا يستفيد من أحكام هذا الضمان . كما أغفل التعرض لحالة ارتباط المهندس أو المقاول مع رب العمل بعقد وكالة أو تمويل عقاري ففي هذه الحالة أيضاً لا يمكن للمشتري الاستفادة من أحكام الضمان، وهنا نحتاج تدخلاً من المشرع لمعالجة مثل هذه الحالات وتوفير حماية للمشتري بإمكانية استفادته من أحكام الضمان العام، أسوة بالمشرع الفرنسي الذي عالج مثل هذه الحالات ووفر الحماية القانونية ليس لرب العمل في عقد المقاوله ، إنما لجميع الأشخاص المنتفعين بالعقار المشيد طيلة فترة الضمان متى ارتبطوا مع المعماري بأحد العقود التي حددها المشرع الفرنسي وهي البيع والوكالة والتمويل العقاري⁷⁶².

وفي حالة ملكية الشقق والطبقات حيث يوجد أكثر من مالك للبناء فيوجد المالك الأصلي والمالك الجدد للشقق أو الطبقات، كما يوجد أجزاء من البناء تبقى ملكيتها على الشيوع بين جميع المالك، وفي هذه الحال يكون للمالك الأصلي الحق في دعوى الضمان العشري قبل تسليم المالك الجدد وعندما يتم تسليمهم ينتقل الحق في الضمان إليهم كل حسب نصيبه، أما الأجزاء الشائعة فإن للجمعية التي تتولى

⁷⁶²- الزعبي، التزامات المقاول، مرجع سابق،ص 335.

ادارة العقار حق التمسك بالضمان وإذا لم تتوفر هذه الجمعية فلكل شريك التمسك به.

ويثور التساؤل هنا هل يحق لدائني رب العمل الافادة من الضمان العشري ومتى يحق لهم ذلك

ثالثاً: دائنوا رب العمل

يستطيع دائنوا رب العمل الاستفاداة من هذا الضمان عن طريق الدعوى غير المباشرة، لأنه ذو طبيعة مالية ولا يتعلق بشخصية المدين، فقد نصت المادة 270 من القانون المدني القطري على " لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين المالية، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساره أو يزيد في هذا الإفسار." وهو مماثل لما اتجه له المشرع المصري والأردني، وما دامت أموال المدين تعتبر من الضمان العام للدائنين فلا غرابة أن يتأثر الدائن من العقود التي يبرمها مدينه مع الغير، وذلك بطريق غير مباشر فالضمان العام يتأثر بالزيادة أو النقص عند إبرام هذه العقود.

وبما أن الضمان العشري من حقوق رب العمل فإنه يدخل في زمرة الضمان العام للدائنين فيحق لدائنيه المطالبة بالضمان إذا تحققت شروطه، وإقامة الدعوى ضد المقاول أو المهندس وعندها يدخل رب العمل خصماً في الدعوى غير المباشرة التي أقامها الدائنون⁷⁶³.

⁷⁶³- السنهاوري، الوسيط، في شرح القانون المدني الجديد، دار الفكر الحديث، ج2، ص945.

وبالتالي فإن هذه الدعوى غير المباشرة التي أقامها الدائن على المعماري تكون من ضمن الوسائل التي من شأنها أن تكفل حمايته من تصرفات المدين الضارة المتمثلة بعدم اقامته لدعوى الضمان العشري، ويجب أن يكون حق الدائن في ذمة رب العمل واضحاً لا لبس فيه ولا غموض، فإن كان حقه احتمالياً أو حوله نزاع فإن دائنية الدائن لا تكون محققة، وبالتالي فليس له الحق بإقامة الدعوى غير المباشرة على المعماري لمطالبته بالتعويض على أساس قواعد الضمان العشري⁷⁶⁴.

إذاً لكل من رب العمل أو خلفه العام والخاص كما لدائنيه الاستفادة من أحكام الضمان العشري ولكن من هم الملتمزمون بهذا الضمان؟ سنوضح من خلال الفرع الثاني الأشخاص الملتمزمون بالضمان

الفرع الثاني

الأشخاص الملتمزمون بالضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن يلقي المشرع القطري الالتزام بالضمان العشري على كل من المهندس المعماري والمقاول كما اتجه المشرع في الأردن ومصر نحو ذلك وهذا واضح من نص المادة 711 حول الضمان العشري " يضمن المقاول والمهندس بالتضامن....."
أولاً: المهندس المعماري

لم يلحق المشرع القطري والأردني صفة المعماري بالمهندس كما فعل المشرع المصري وقد عرفته لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية في مصر بأنه

⁷⁶⁴ -الزعيبي، التزامات المقاول، مرجع سابق، ص 332.

(الشخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الابتكاري والتنفيذ وله إلمام تام بفن وعلوم البناء، حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ويسهم في التعمير والتشييد في نطاق التخطيط العام ويشترط أن يكون حائزاً على بكالوريوس الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها في نقابة المهندسين⁷⁶⁵، وبالتالي يشترط أن يكون حاصلاً على شهادة بالهندسة وعضواً في نقابة المهندسين.

ولكن هذا التعريف لا ينطبق على المهندس في إطار تطبيق الضمان العشري، وإنما يخضع لهذا الضمان كل من قام بعمل من أعمال الهندسة المعمارية في عملية البناء، فأدى دور المهندس المعماري ولو لم يكن حائزاً على الشهادة المعنية، فالمهندس المعماري هو الذي يعهد إليه بوضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه، ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها، وصرف المبالغ المستحقة إليه، وعلى ذلك يكون مهندساً معمارياً أي مهندس حتى لو كان مهندس كهرباء أو ميكانيك، طالما أنه يقوم بهذه المهمة⁷⁶⁶.

ولكن قد يقوم رب العمل بالتعاقد مع عدة أشخاص لغايات انجاز العمل فيشارك مهندس تصميم ومهندس استشاري وآخر مشرف على التنفيذ فهل يدخل جميعهم بدائرة الضمان؟

765- المادة الأولى من لائحة مزاوله الهندسة المعمارية في مصر، قانون نقابة المهندسين رقم 66 لسنة 1974.

766- السنهوري، الوسيط، ج7، مرجع سابق، ص109.

من خلال نص القانون نلاحظ أنه إذا كان هؤلاء يعملون بوجب عقد مع المهندس المعماري فهو المسؤول عنهم وفي باقي الحالات فإنهم مسؤولون وفق القواعد العامة للمسؤولية العقدية وليس وفق أحكام الضمان العشري ، فيتجلى هنا قصور النصوص التشريعية التي تنظم هذه العملية فكان لا بد من تدخل تشريعي للتوسع فيها فيما يلائم الأوضاع الاقتصادية والحياة المعاصرة لدعم الضمان المعماري ، فالمهندس الذي يقصده النص القانوني هنا في قطر ومصر والأردن هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بوضع تصميم البناء والإشراف على تنفيذ المقاول للعمل .

ثانياً: المقاول

وهو كل شخص تعهد لرب العمل بإقامة البناء أو المنشآت الثابتة نظير أجر دون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة وقد يقدم المواد اللازمة للعمل وقد يقدمها رب العمل فلا فرق في ذلك ، والأصل أن عمله تنفيذي أي يقوم بتنفيذ خطة وتصميم المهندس المعماري وتحت إشرافه وحسب تعليماته، ولكن قد يقوم بذلك بشكل مستقل فهو فني يلتزم بالمواصفات الفنية المعروفة وبذل العناية المطلوبة من رجال مهنته .

وقد يتولى تنفيذ التصاميم مقاول واحد بنفسه أو من خلال مقاولين ثانويين، كما من الممكن تعدد المقاولين فيختص كل منهم بجانب من المشروع ، حيث يختص أحدهم بالأسس وآخر بالخشب وثالث بالألمنيوم وهكذا، وهنا يلتزم كل منهم بالضمان في حدود ما قام به من عمل وفق العقد المبرم معه، ولكن الضمان العشري متصل بأعمال التشييد والبناء بالمعنى الضيق بسبب تعلقها بانتهاء المبنى أو التأثير في متانته وصلابته، أما المقاولات التي ليست على هذه الدرجة من

التأثير والخطورة كأعمال الدهان فإن دائرة الضمان لا تمتد لتطالبه ، فالمعيار هنا هو التأثير على سلامة البناء ومتانته.

والمقاول قد يكون شخصاً طبيعياً يحترف هذا النوع من الاعمال وقد يكون شخصاً معنوياً مثل شركة مقاولات وقد يجتمع فيه جهتا المقاول والمهندس من حيث التصميم والاشراف والتنفيذ، كما قد يكلف المقاول مقاولاً من الباطن لإنجاز العمل كله أو بعضه وهذا المقاول الفرعي لا يسأل تجاه رب العمل لانعدام الرابطة العقدية بينهما ، ويظل المقاول الأصلي ملتزماً بالضمان تجاه رب العمل 767. وان التزام المقاول هو بحسب الأصل كالتزام المهندس، التزام بتحقيق نتيجة وتتمثل هذه النتيجة في بقاء البناء قائماً طوال مدة الضمان بدون تهدم أو تعيب يهدد متانته وصلابته، ولا يستطيع أن يفلت من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ثالثاً: المساهمون الآخرون في عملية البناء

قصر المشرع القطري أسوة بالمشرع المصري ونظيره الأردني الالتزام بالضمان العشري على المهندس والمقاول وذلك لارتباطهما بعقد مقاوله مع رب العمل، ولكن في ظل التطور العمراني وتوسعه فإن هناك العديد من الأطراف الذين يشاركون بعملية البناء ولا يقل دورهم خطورة عن المهندس والمقاول فهل سيكونون ملتزمين بالضمان؟

مثل المقاول من الباطن الذي بينا سابقاً أن المشرع استثناه صراحة من الضمان العشري وهذا مأخذ على اتجاه المشرع لأنه في الوقت الحالي هناك شركات ضخمة تقوم بعمليات المقاولات ويجب اخضاعها للضمان حتى تتحمل مسؤولية

767- الزعبي، التزامات المقاول، مرجع سابق، ص 344.

ما يحدث من أضرار نتيجة عملها، ولا يكفي القول بأن المقاول الأصلي متخصص في عمله وبالتالي لا يحتاج الحماية التي وفرها المشرع لرب العمل من خلال الضمان العشري، فالتخصص في أعمال المقاوله قد لا يوفر هذه الخبرة لدى المقاول الأصلي .

كما يضاف للمقاول البائع الذي يشيد أبنية أو منشآت ثابتة بنفسه دون الارتباط مع مقاول أو مهندس بعقد مقاوله وبعد أن ينتهي من عملية البناء يقوم ببيعها، فهو يجمع بين صفات المهندس والمقاول والمالك، وحتى وأن يكون قد استعان بأي منهما أو بهما معا ، ولكن بصفة أخرى غير المقاوله فهما يعملان تحت سلطته وإشرافه

والمشتري هنا لا يستفيد من أحكام الضمان العشري لأنها مسؤولية استثنائية لا يجوز التوسع فيها وبالتالي يخضع البائع للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية وهذه القواعد لا توفر له الحماية التي يوفرها الضمان العشري، كما يعد من الأشخاص المساهمين في عملية البناء الصانع أو مورد مواد البناء والتي تؤثر على متانته وقد تؤدي إلى انهياره إذا لم تكن وفق مواصفات معينة⁷⁶⁸.

وقد أخضعهم المشرع الفرنسي لأحكام الضمان العشري⁷⁶⁹، ونقترح على المشرع في كل من قطر ومصر والأردن التدخل لتوسيع مظلة الضمان العشري حتى يشمل حالات تتطلب الزام بعض الأشخاص المساهمين في البناء بالضمان وذلك لأن دورهم لا يقل خطورة عن دور المهندس والمقاول، وحتى يكون عملهم أكثر اتقاناً فيما يحقق الصالح العام.

768- الخوالدة، فايز عبد الكريم، الحماية المقرر لمشتري البناء عن العيوب الانشائية، جامعة عمان العربية ، رسالة دكتوراة ، 2012، ص69، 68، 67.

769- المادة 1172 من القانون المدني الفرنسي،

ولكن المهندس والمقاول لا يلزمان بالضمان عن جميع العيوب التي تطال البناء بل لقدد حدد المشرع نطاقاً موضوعياً لهذه الأضرار سنتبينه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

النطاق الموضوعي للضمان العشري في القانون القطري والقانون المقارن

لا يلتزم المهندس والمقاول بالضمان العشري إلا عن الأضرار الناشئة عن تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ وعن كل عيب يهدد سلامة البناء ومثانته وفق نص المادة 711 من القانون المدني القطري ومايقابلها في القانون المدني المصري والاردني .

فيشمل الالتزام بالضمان عدم التهدم والتعيب خلال عشر سنوات من تسلم رب العمل للبناء وقبوله هذا التسلم وهذه المدة هي مدة اختبار لمتانة البناء وحسن تنفيذ الأعمال وليست مدة تقادم فلا تتعرض للانقطاع أو الوقف لأي ظرف كان، وسنوضح مضمون النطاق الموضوعي من خلال الفرع الأول الذي نتناول فيه محل المعقود عليه مباني أو منشآت ثابتة، وفي الفرع الثاني نتناول التهدم أو التعيب بعد الانجاز والتسليم.

الفرع الأول

محل المعقود عليه مباني أو منشآت ثابتة

حتى نكون أمام التزام المهندس أو المقاول بالضمان العشري يجب أن نكون أمام عقد مقاوله يكون أحد طرفيه المهندس أو المقاول والطرف الآخر هو رب العمل، ويجب أن يكون محل العقد هو إقامة منشآت ثابتة أو مباني.

ومن المعروف أن تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى قد يكون فوق سطح الأرض وقد يكون تحت سطح الأرض سندرس أولاً المقصود بالمباني ونبين ثانياً المقصود بالمنشآت الثابتة.

أولاً: المباني

يقصد بالمباني كل ماشيده يد الانسان ب مواد انشائية كالطابوق والحديد والخشب وما شابه ذلك ليتصل بالأرض اتصال قرار سواء كان معداً للسكنى أو لإيواء الحيوان أو لخرن الأشياء أو لغير ذلك من الأغراض⁷⁷⁰.

لذلك فالأبنية التي تعد للسكنى من مساكن صغيرة أو كبيرة من فيلات أو عمارات على شكل شقق أو أي شكل آخر بالإضافة للأبنية المعدة للاستعمال التجاري مثل المستودعات والعنابر أو المباني المعدة للاستغلال الصناعي مثل المصانع جميعاه تعد أبنية وفق هذا المفهوم .

لذلك فالمنازل والعمارات والمستشفيات والمدارس والمسارح ودور السينما والمساجد والمخازن هي جميعها مبان يمكن أن تتحقق مسؤولية المقاول والمهندس عن الخلل الذي يصيبها او العيوب التي تظهر فيها بعد الانجاز والتسليم ، أياً كانت التي شيدت منها سواء أكانت مبنية بالطابوق أم الحجر أو الطين أو مطعمة بالخشب أو الحصر او الصفيح طالما أن المبنى مستقر ثابت في مكانه ومتصب بالأرض اتصال قرار فلا يمكن نقله دون تلف⁷⁷¹.

ويندرج تحت هذا المعنى المساكن مسبقة الصنع التي يتم تصنيعها خارج موقع العمل ثم يتم تثبيتها في الارض فيصبح من الصعب نقلها ، واما العقارات

770 - الدوري ، محمد جابر، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة ، بغداد 1985، ص193، مذكور في الزعبي، التزامات المقاول، مرجع سابق ، ص 356.

771- اسنهوري، الوسيط، الجزء السابع، مرجع سابق، ص 107.

بالتخصيص لا تخضع للضمان لأنها منقول حسب اصلها ويمكن نقلها بدون تلف.

وعليه فإن الأكشاك والكبائن والعوامات والمنازل القابلة للتركيب والتي من السهل نقلها من مكان لآخر دون تلف لا تعد مبانٍ في اطار النطاق الموضوعي للضمان العشري ، فالعبرة بالاستقرار والثبات ولا أهمية للغاية التي بني لأجلها.

ثانياً: المنشآت الثابتة الأخرى غير المباني

لم يعرف المشرع القطري كما المصري والأردني المنشآت الثابتة ولكن الفقه عرفها بأنها تشمل كل ما تنتجه طاقة الانسان ويشبهه من الوجهة الاقتصادية المباني ، ويمكن ان يؤدي العيب في انشائه أو النقص في صيانتته إلى ضرر مماثل للضرر الذي يمكن أن يحدث من العيب في انشاء البناء أو النقص في صيانتته⁷⁷².

فالمنشآت الثابتة هي المنشآت التي تقترب بحكم طبيعتها من المباني من حيث علاقتها بالأرض كالجسور والسدود وحمامات السباحة وما شابه ذلك.

والمشرع الأردني لم يستخدم عبارة الثابتة عند تحديد نطاق الضمان على خلاف المشرع القطري والمصري الذي ذكر عباءة المنشآت الثابتة ، حيث نصت المادة 788"إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على ان ينفذه المقاول تحت اشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او اقاماه من منشآت"، ولكن هذا لا يعدو كونه نقص اعترى النص دون أن يراد به معنى آخر غير المنشآت الثابتة التي يقصدها المشرع القطري والمصري .

⁷⁷²- الزعبي، التزامات المقاول، مرجع سابق، ص 359.

وهذه المنشآت لا بد من أن تكون حسب طبيعتها في نطاق أعمال البناء والتشييد حتى تكون ضمن نطاق الضمان العشري.

ولا يقتصر النطاق الموضوعي على الانشاء والإقامة فقط بل إنه يشمل الترميمات اللازمة للمباني والمنشآت الثابتة بشرط أن تكون واقعة على الأجزاء الرئيسية للمبنى وهي الأجزاء التي تعتمد عليها متانة البناء وسلامته⁷⁷³.

ويشترط في المباني والمنشآت توفر عنصر الدوام والاستقرار ، والدوام هنا ليس بمعناه الأبدي بل يكفي ألا تقل مدة بقاء هذه المنشأة أو البناء عن عشر سنوات ، إلا إذا كان قصد المتعاقدين بقاء المبنى أو المنشأة مدة أقل من عشر سنوات ففي هذه الحالة يكون الضمان عن المدة المتفق عليها⁷⁷⁴.

وحتى تقوم مسؤولية المقاول والمهندس وفق أحكام الضمان العشري لا بد أن يحدث تهم أو تعيب في سلامة البناء ومتانته وسنبين ماهية هذا التهم والتعيب في الفرع الثاني.

⁷⁷³- الزعبي، التزامات المقاول، المرجع السابق، ص362.

⁷⁷⁴- المادة 711 من القانون القطري "وإذا قصد المتعاقدان أن تبقى المباني أو المنشآت مدة أقل من عشر سنوات سرى الضمان خلال المدة الأقل" يقابلها المادة 653 من القانون المدني المصري والمادة 790 من القانون المدني الأردني.

الفرع الثاني

التهدم أو التعيب بعد الانجاز والتسليم

يعد التزام المقاول والمهندس التزاماً بنتيجة هي بقاء البناء سليماً وبدون أي تعيب يؤثر في متانته طوال مدة الضمان وهي عشر سنوات من تاريخ تسلم رب العمل للبناء ، فحتى تقوم مسؤولية المقاول أو المهندس لا بد من قيا متهدم أو تعيب ولذلك سنقسم دراستنا إلى أولاً: حدوث تهدم في البناء أو المنشأة ،وثانياً ظهور عيب في البناء يهدد سلامته ومتانته

أولاً: حدوث تهدم في البناء أو المنشأة

حتى تقوم مسؤولية المهندس والمقاول في القانون القطري وكذلك القانون المصري والأردني لا بد من حدوث تهدم في البناء أو المنشأة ، فتهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض وإما أن يصيب كل البناء أو يصيب جزء منه فالتهدم قد يكون جزئياً وقد يكون كلياً، ويعد التهدم أخطر أنواع الضرر التي قد تصيب البناء. ولا يشترط في التهدم ان يكون وقع فعلاً ولكن يكفي أن يكون أمراً محتماً الوقوع في المستقبل ، وهذا التهدم هو الذي يكون سببه سوء العمل أو سوء المواد المستعملة ومسؤولية المقاول أو المهندس مفترضة دون حاجة للبحث عن سبب التهدم ولكن كما وضعنا سابقاً يمكن دحضها بإثبات السبب الأجنبي مثل الزلزال أو الحريق ، ولكن خطأ الغير لا ينفي المسؤولية فقد يكون مشتركاً ، كما تقوم مسؤولية المهندس والمقاول في حال مخالفتهم للقوانين والأنظمة الخاصة بالبناء مما يترتب عليه أن تتجه السلطة نحو اجبار رب العمل على إزالة البناء فيكون هنا التهدم واقعاً دون شك.

وقد تكون الأرض هشة ولم يتم اتخاذ الاجراءات اللازمة لكي يقوم البناء عليها متيناً، فالمهندس يجب أن يختبر متانة الأرض ليكشف صلاحيتها للبناء، وإذا

ثبت عدم صلاحيتها لذلك فيكون المهندس لم يحقق النتيجة المرجوة وهي بقاء البناء سليماً مدة الضمان فهو سيتهدم ولا حاجة لإثبات خطئه. وقد جعل المشرع في قطر وكذلك مصر والأردن مسؤولية المقاول والمهندس التضامنية قائمة حتى لو رضي رب العمل بإقامة منشآت معيبة ، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الأردنية: (بأن التزام المقاول بضمان ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء كان هذا بتعديه أو بتقصيره يظل قائماً خلال عشرينسنوات تبدأ من وقت تسليم العمل حتى لو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها

أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة)⁷⁷⁵.

كما قد يكون التهدم بسبب سوء العمل الذي أنجزه المهندس أو المقاول وذلك بمخالفة أصول البناء مثل استعمال المواد الرديئة التي تؤدي الى انهيار المبنى أو أن تكون الأسس غير ملائمة لإقامة البناء، فإذا أصيب البناء بتهدم قامت مسؤولية المهندس على أساس أنه وضع التصميم وأشرف على التنفيذ، وقد يرجع التهدم إلى عيب في التصميم وليس التنفيذ، وقد نصت المادة 712 من القانون المدني القطري على ذلك " إذا اقتصر عمل المهندس على وضع تصميم البناء أو الإنشاء أو جانب منه ، كان مسؤولاً عن العيوب التي ترجع إلى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ- .وإذا عهد رب العمل إلى المهندس بالإشراف على التنفيذ أو على جانب منه كان مسؤولاً أيضاً عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ الذي عهد إليه بالإشراف عليه"⁷⁷⁶.

775 - منشور في مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية، تمييز 99/236 صفحة 1673.

776 - القانون المدني المصري نصت المادة 652 "إذا أقتصر المهندس المعماري على وضع التصميمات دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من

ثانياً: ظهور عيب في البناء يهدد سلامته ومتانته

إن حالة ظهور عيب في البناء يهدد سلامته أقل خطورة من التهدم الذي قد يصيبه، ولكنها كافية لقيام مسؤولية

المهندس أو المقاول وهذا واضح من نص المادة بقولها " ويشمل هذا الضمان ما يظهر في المباني أو المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها " ونص القانون المدني المصري "..... وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته..". والقانون الأردني " وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته..".

والعيب هو الخلل الذي يصيب البناء ولكنه لا يرقى إلى درجة التهدم ولكن البناء لا يكون سليماً ومتيناً ومؤدي الغرض الذي أقيم لأجله، فتكون النتيجة هي سقوطه، مثل حدوث تشققات في عمق الجدار فتؤدي إلى عدم التماسك ، أما التشققات السطحية فلا تخضع للضمان العشري.

ويشترط في هذه العيوب أن تكون على درجة من الخطورة فتهدد البناء وسلامته ، كما يشترط أن يكون العيب خفياً إن كان قديماً فالعيب الظاهر وقت التسليم الذي يمكن لرب العمل كشفه لو بذل عناية الرجل المعتاد لا يخضع للضمان العشري طالما استلم رب العمل البناء بدون تحفظ، أما العيب الخفي الذي لم يكن بإمكان رب العمل كشفه وقت التسليم فإنه يدخل في نطاق الضمان ،كذلك العيوب التي تنشأ بعد التسليم سواء أكانت ظاهرة أم خفية فإنها تدخل في النطاق الموضوعي للضمان.

التصميم". ، كما نص القانون المدني الأردني في المادة 789 "إذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الاشراف على التنفيذ كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم وإذا عمل المقاول باشراف مهندس او باشراف صاحب العمل الذي اقام نفسه مقام المهندس فلا يكون مسؤولاً الا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم."

أما إذا أجاز رب العمل العيوب وقت تسلّم البناء فلا تقوم مسؤولية كل من المهندس والمقاول ، وايضاً إذا أراد رب العمل البناء لمدة أقل من عشر سنوات فإن مدة الضمان ستكون وفق ما تم الاتفاق عليه .

الخاتمة

يعرف الضمان العشري أنه هو ما يضمنه المهندس والمقاول متضامنين لكل تهدم أو تعيب في الأبنية التي قاموا بإنشائها، وذلك لمدة عشر سنوات من تاريخ تسليم البناء لرب العمل، وقد نظم المشرع القطري أحكام النظام العشري في المواد من 711 إلى 715 في القانون المدني القطري، وهي نفس الأحكام التي تبناها كل من المشرع الأردني والمصري .

وقد تناولنا في بحثنا هذا مفهوم الضمان العشري موضحين خصائصه والتي تتمثل أنه مفترض قانوناً ، فالالتزام يقع على عاتق المهندس والمقاول دون حاجة لإثبات الخطأ وتعد هذه المسؤولية ثابتة من جانب المهندس المعماري والمقاول بمجرد حدوث التهدم أو التعيب، كما أن الضمان العشري يفرض التضامن بين المهندس والمقاول ، والتضامن وفقاً للقواعد العامة يعني أن كلاً من المدينين المتضامنين يكون مسؤولاً عن كامل التعويض أمام المضرور، ويضاف إلى ذلك أن الضمان العشري من النظام العام فلا يجوز للأطراف الاتفاق على الحد أو الاعفاء منه .

كما بينا الآراء الفقهية المختلفة التي حاولت الوقوف على طبيعة الضمان العشري، فقد اعتبره البعض مسؤولية عقدية بسبب وجود عقد المقاولة بين الأطراف ، في حين رأى جانب من الفقه أن الضمان العشري مسؤولية تقصيرية بسبب أن العقد ينقضي بتسليم البناء والتزام المهندس والمقاول بالضمان هو التزام تقصيري، وذهب اتجاه آخر إلى أن الضمان العشري هو مسؤولية عقدية منشؤها القانون ، فيما ذهب اتجاه رابع بأن الضمان العشري هو مسؤولية قانونية منشؤها القانون حيث يرون أن القانون هو الذي رتب على المقاول والمهندس هذا الضمان ، وأقام مسؤوليتهما وتكفل بتحديد مداها .

ومن خلال هذا البحث وضحنا النطاق الشخصي للضمان العشري ، حيث أن المشرع القطري حصرالأشخاص الملزمين بالضمان بالمهندس والمقاول وكذلك فعل المشرع الأردني والمصري، وجعل رب العمل المرتبط بعقد مقاوله مع المهندس والمقاول هو وخلفه العام والخاص أو دائنيه المستفيدين من أحكام الضمان العشري .

وقد وضح هذا البحث الاطار الموضوعي للضمان العشري حيث يضم الأبنية والمنشآت الثابتة التي قمنا بتحديد مفهومها وشروط تطبيق قواعد الضمان العشري عليها وقد توصلنا من خلال هذا البحث إلى عدد من النتائج نجملها بما يلي:

1- الضمان العشري مفترض قانونا ،وهو من النظام العام ويفرض التضامن بين كل من المهندس والمقاول لتعويض رب العمل .

2- الضمان العشري هو مسؤولية قانونية بحتة منشؤها القانون ، فقد راعى المشرع اعتبارات اجتماعية واقتصادية معينة لفرض هذا الالتزام.

3- التزام كل من المقاول والمهندس في الضمان العشري هو التزام بنتيجة وهي بقاء البناء دون تعيب أو تهدم مدة الضمان وهي عشر سنوات من تاريخ تسلم رب العمل.

4- حصر المشرع القطري وكذلك المصري والأردني الأشخاص الملزمين بالضمان بالمهندس والمقاول واستثنى المقاول من الباطن وغيره من الأشخاص الذين يساهمون بدور هام في البناء مثل الصانع والبائع والوكيل .

5- سكت المشرع القطري عن حالة إذا كان رب العمل قد رضي بإقامة منشآت معيبة ،ونقترح أن يتخذ موقفاً مشابهاً لما قرره المشرع الأردني والمصري حيث

يقيمان مسؤولية المقاول والمهندس وفق أحكام الضمان العشري حتى لو قبل رب العمل بإقامة بناء معيب .

وإن احكام الضمان العشري تؤكد على خطورة العمل الذي يقوم به كل من المقاول والمهندس مما حدى بالمشرع لوضع قواعد خاصة تعد استثناء من القواعد العامة، وكان من الأفضل لو انه مد غطاء الضمان ليشمل المزيد من الأشخاص الذين يساهمون بدور هام في عملية البناء مثل الوكيل والبائع والصانع أسوة بنظيره الفرنسي .

المطور العقاري في القانون القطري والقوانين المقارنة

ساره الهاجري⁽⁷⁷⁷⁾

يعد قطاع التطوير العقاري من أهم وأكبر القطاعات على المستوى الدولي والمستوى المحلي، فقد ظهرت النواة الأولى لنشاط التطوير العقاري ولأول مرة في فرنسا كأحد المهام الملقاة على عاتق الحكومة الفرنسية بعد الحرب العالمية الثانية، والتي تهدف إلى إعادة بناء المدن المدمرة، وتوفير السكن الاجتماعي المناسب للفئات المتضررة من الآثار التي خلفتها الحرب⁷⁷⁸.

وكانت الحاجة إلى إعادة الإعمار لم تكن بالمهمة اليسيرة التي يمكن للدولة الفرنسية القيام بها من جانب واحد بعد أن أنهكتها الحرب، ولذلك لم تجد الحكومة الفرنسية طريقة سوى أن تستعين بقدرات وإمكانيات كل شخص لديه خبرة في أعمال البناء والأنشطة المعمارية التي تهدف إلى المشاركة في إعادة الإعمار والتنمية في فرنسا⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷- كلية القانون - جامعة قطر

⁷⁷⁸ -Philippe Malinvaud, Droit de la construction, Dalloz action, 2019, p.1441.

⁷⁷⁹ -Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, 9e édition, Dalloz, 2015, p.13.

ومنذ ذلك التاريخ بدأ الاعتماد على أنشطة التطوير العقاري في الازدياد، وبدأت أفكار وأهداف القائمين على عملية البناء والتطوير العقاري تتنوع من أجل تحقيق الأرباح وتحفيز الاستثمار، مما يؤدي إلى النمو الاقتصادي، من خلال المشاركة في إقامة مشاريع التطوير العقاري السكنية والغير سكنية⁷⁸⁰.

ومن هنا جاءت تسمية الشخص أو الجهة التي تتولى مهمة القيام بالتطوير العقاري باسم المطور العقاري، وظل هذا المصطلح يتداول في أنشطة التطوير العقاري إلى أن فرضت مهنة المطور العقاري نفسها وبدء يتنامى الدور الذي يلعبه المطورين العقاريين في الاقتصاد القومي.

ونتيجة لازدياد نشاط طائفة المطورين والدور الذي يقوم به المطور العقاري وأثره على أعمال التطوير العقاري الآخذ في النمو والانتشار، وذلك في ظل غياب التنظيم القانوني، مما استدعى إلى ضرورة تدخل المشرع في الأنظمة المختلفة لتنظيم تلك المهنة ولهذه الأنشطة، ووضع التشريعات القانونية المناسبة لها.

وبعد أن استشعر المطورين العقاريين أهمية الدور الذي يقومون به في القطاع العقاري، أنشأوا في نهاية الخمسينات اتحاد المطورين العقاريين، ثم نقابتين مهنتين اندمجتا في عام 1971م لتشكيل الاتحاد الوطني للمطورين العقاريين. وفي عام 2005 أراد المطورين العقاريين الفرنسيين تنسيق العمل داخل الاتحاد الأوروبي مع الحفاظ في ذات الوقت على الهوية الفرنسية لهم، فتحول الاتحاد

⁷⁸⁰ -Jean-Loup Montigny, Les biens immobiliers, presses universitaires de France, 1977, p.87et s.

الوطني للمطورين العقاريين إلى اتحاد المطورين العقاريين الفرنسي⁷⁸¹. ومن القواعد العامة والأساسية التي يحرص عليها هذا الاتحاد هي إلزام المطورين العقاريين باحترام المبادئ الأخلاقية والقيم والأعراف والقوانين واللوائح المعمول بها.

كما يجب وضع قواعد أساسية للتعامل بها مع المطور العقاري، فعلى الرغم من كثرة استعمال مفهوم المطور العقاري إلا أن هذه المهنة تعد أحد أحدث المصطلحات القانونية والاقتصادية ذات الانتشار المتسارع في قطاع السوق العقاري العربي والأجنبي، ومازال الغموض يكتنفه لارتباطه بالعديد من القطاعات المعمارية والهندسية والخدمية والمالية والاستثمارية والإدارية فضلاً عن تداخل وتشابه مهام الأطراف المشاركة في هذا النوع من النشاط العقاري.

كما يعد المطور العقاري بمثابة المايسترو لسيمفونية التطوير العقاري التي تعزف بها مهن عدة وأنظمة مختلفة، فهناك المهندس المعماري الذي يضع التصميمات للمشروع، ويشرف على عمليات التشييد والبناء، ويراجع الأعمال المنفذة، وهناك من يعتمد المستخلصات والتراخيص من الجهات المختصة، وهناك المقاول الذي يقوم بعمليات البناء، وتوفير المواد الخام اللازمة لهذه العمليات، فضلاً عن توفير

⁷⁸¹- Jean-Pierre Leguay, fonction de promoteur s'inscrit-elle nécessairement dans le cadre d'un contrat de promotion immobilière ? RDI 1999, p.128.

العمالة الماهرة القادرة على تنفيذ التصميم الهندسي المطلوب، وهناك مهن وأنشطة أخرى كل منهم له تخصصه وعمله الذي يقوم به⁷⁸².

وكما هو معلوم بأن دولة قطر تعد من الدول التي تسعى جاهدة في مواكبة التطور في شتى المجالات ومن ضمنها المجال العقاري، ومع ازدياد المشاريع العقارية في دولة قطر، ظهرت مجموعة كبيرة من شركات التطوير العقاري والمطورين العقاريين فوجب أن يتم استحداث نظام تشريعي ينظم عملية التطوير العقاري. ففي عام 2014 تم إصدار قانون يتعلق بالتطوير العقاري، والذي شرع في تنظيم بيع العقار على الخريطة ومسؤولية المطور العقاري.

ويخطط البعض بين مفهومي التطوير العقاري والاستثمار العقاري في حين أن هنالك اختلاف بين هذين المفهومين، فالتطوير العقاري يعتبر المفهوم الأعم والأشمل في مجال العقارات، لأنه يعرف على أنه العملية التي يتم من خلالها رفع قيمة العقار للخروج في النهاية بوحدات عقارية ناجحة تتناسب مع احتياجات المجتمع وتعود بالنفع على المطور، في حين أن الاستثمار العقاري يقتصر على عمليات البيع والشراء وإقامة مشروعات عقارية استثمارية فقط.

منهجية الدراسة:

سنتبع في هذا الدراسة المنهج التحليلي المقارن، حيث أننا سنقوم بتحليل بعض النصوص الواردة في قانون التطوير العقاري، مع مقارنة النظام القانوني الخاص

⁷⁸² -عربي باي يزيد، الأطراف المتدخلة في الترقية العقارية وفق القانون الجزائري، بحث منشور

بمجلة الفقه والقانون، العدد السادس والعشرون، ديسمبر ٢٠١٤م، ص ٨٢.

بالتطوير العقاري في دولة قطر مع غيره من التشريعات المقارنة كالتشريع الإماراتي.

مشكلة البحث:

إلى أي مدى وفق المشرع القطري في إبراز مكانة المطور العقاري في ظل أحكام قانون تنظيم التطوير العقاري؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في بيان مفهوم التطوير العقاري والمطور العقاري وتمييزه عن باقي المفاهيم الأخرى وذلك لتفادي الخلط فيما بينهم، إضافةً إلى أهمية بيان الالتزامات الملقة على عاتق المطور العقاري، ومسؤوليته العقدية في حال تم الإخلال بهذه الالتزامات.

وعليه فإنه تم تخصيص هذه الدراسة إلى بيان ماهية المطور العقاري والدور والمهام التي يقوم بها، والشروط والمواصفات اللازمة لممارسة تلك المهنة، وتحديد المسؤوليات والالتزامات التي تقع على عاتقه، والقوانين المنظمة لعمله في النظم والتشريعات المختلفة ومقارنتها.

المبحث الأول: ماهية المطور العقاري

يعتبر المطور العقاري هو الأساس والمدير في عملية التطوير العقاري⁷⁸³، حيث أنه يسهم في الخروج بمشروع ذي وجهة حضارية ويختلف دوره كلياً عن المقاول والاستشاري. ومن هذا المنطلق بات من الأهمية توضيح مفهوم المطور العقاري في القانون القطري والقوانين المقارنة وتمييزه عن باقي المصطلحات الأخرى (المطلب الأول)، إضافة إلى بيان التزامات المطور العقاري تجاه المشتري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المطور العقاري

يخط الكثير ما بين مفهوم المطور العقاري وغيره من المتعاملين في العقار مثل المقاول والمهندس المعماري، ولكن لا يعد المطور العقاري مقاولاً، أو مهندساً معمارياً؛ بل هو أوسع من ذلك حيث أنه من الممكن أن يجمع صفاتهم جميعاً.

كما عرفه بعض من الفقه بأنه مدير تطويري يوفّر الفكرة الأفضل للمشروع من خلال دراسات الجدوى المفصلة، ومصادر التمويل ومن ثم انتقاء الاستشاري الأفضل والمقاول الأنسب، ووضع خطة تسويق المشروع واستراتيجية بيعه⁷⁸⁴. بينما المقاول هو الشخص الذي يعهد إليه بتهيئة المباني، أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى بناء على ما يقدم له من تصميمات وذلك مقابل أجر ودون أن

783- يوجد أكثر من مصطلح للتعبير عن المطور العقاري، حيث استخدم المشرع الجزائري مصطلح (المركبي العقاري)، في حين استخدم المشرع التونسي مصطلح (الباعث العقاري)، واستخدم المشرع الإماراتي مصطلح (المطور العقاري)، ولا نرى خلاف بين هذه المصطلحات جميعاً لأنها تعتبر ترجمة للمصطلح الفرنسي Promoteur immobilière. 784 إبراهيم، ولاء الدين، التطوير العقاري، دائرة القضاء - أبوظبي، 2014، صفحة 12.

يخضع في عمله لإشراف أو إدارة⁷⁸⁵. ويتشابه المقاول مع المطور العقاري وذلك في حال كان الأخير يطور لصالح المشتري في أن كلاهما يلتزمان بتحقيق نتيجة، وكلاهما يتحملان المسؤولية العشرية بصفة تضامنية. ومن ناحية أخرى فيختلفان في عدة أمور منها أن المطور العقاري له صفة التاجر ويخضع للقانون التجاري، بينما المقاول يخضع للقانون المدني. علاوة على ذلك فالمطور العقاري يتولى زمام المبادرة والعناية لإعداد المشروع العقاري، في حين يتولى المقاول التنفيذ المادي للمشروع⁷⁸⁶.

أما المهندس المعماري فقد تم تعريفه بأنه كل شخص وضع التصميم الهندسي والفني ونموذج المنشآت بصرف النظر عن المؤهلات العلمية الحاصل عليها أو التخصص الدقيق الذي يلحق به⁷⁸⁷. ويتشابه المهندس المعماري مع المطور العقاري في أن كلاهما يحتاج إلى ترخيص لمزاولة المهنة، إضافة إلى أن كلاهما يخضعان لأحكام المسؤولية العشرية. إلا أنه هما يختلفان في عدة أمور أولها وأهمها أن المهندس المعماري هو شخص طبيعي دائماً يعتمد في عمله على مجهوده الذهني، أما بالنسبة للمطور العقاري قد يكون شخص طبيعي أو معنوي. كما أن المهندس المعماري يقوم بوضع التصاميم والرسوم والنماذج، ويشرف على

785 - عبد الرزاق حسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الطبعة الأولى، 1987، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، صفحة 420.

786 - فريد، نصر، نظرات في المسؤولية العقدية للمطور العقاري، كلية القانون جامعة عجمان، صفحة 510.

787 - القليوبي، سميحة، الطبيعة القانونية لعقد الأشغال (عقد مقاول)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية القانون، العدد الرابع، جامعة القاهرة، 2008، صفحة 13.

حسن تنفيذها، في حين يتولى المطور العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل.

وللحد من هذا الخلط بين المفاهيم فقد عرف المشرع القطري المطور العقاري في قانون تنظيم التطوير العقاري رقم 6 لسنة 2014 بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي مُرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري"، وذلك بخلاف قانون تنظيم السجل العقاري في إمارة دبي رقم 13 لسنة 2008، حيث فرق هذا القانون بين مفهوم المطور الرئيسي والمطور الفرعي. فعرف المطور الرئيسي بأنه "كل من يرخص لممارسة أعمال تطوير العقارات في الإمارة وبيع وحداتها للغير"، أما المطور الفرعي فهو "كل من يرخص لممارسة أعمال تطوير العقارات وبيع وحداتها للغير والذي يطور جزءاً من مشروع عقاري عائد لمطور رئيسي بموجب اتفاق بينهما". وبالنظر أيضاً إلى تعريف المطور العقاري في قانون التنظيم العقاري البحريني رقم 28 لسنة 2014 نجد أنه يفرق ما بين نوعين من المطورين وذلك كما في التشريع الإماراتي، فقد عرف المشرع البحريني المطور الرئيسي بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري المختلفة مثل البناء والبيع على الخريطة" أما المطور الفرعي فهو "الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري الذي يعهد إليه المطور الرئيسي بموجب اتفاق بينهما تطوير كل أو جزء من العقار الذي يتولى تطويره".

كما عرفته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 مايو 1977م، بأنه: الشخص الذي يتولى المبادرة والعناية الرئيسية في عملية إنشاء البناء⁷⁸⁸، فإن المحاكم

788 -12.121- . 76 n° 1977mai 16 Cour de Cassation, Chambre commerciale, du

الجنائية الفرنسية كان لها السبق في تعريف المطور العقاري قبل نظيراتها المدنية، وذلك بمناسبة البحث في المسؤولية الجنائية للمطور العقاري عن الأضرار التي لحقت بالغير نتيجة قيامه بعملية التطوير، وقد تبنت المحاكم المدنية فيما بعد هذا التعريف.

وبالنظر إلى تعريف المطور العقاري في التشريع القطري نجد أنه يختلف عما توجهت إليه التشريعات المقارنة، من حيث أنها فرقت ما بين المطور الرئيس والمطور الفرعي، فالقانون القطري لم يفرق ما بين مطوراً رئيسياً ومطوراً فرعياً. إضافة إلى أن قانون تنظيم التطوير العقاري القطري رقم 6 لسنة 2014 فرق في المادة الثالثة منه ما بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي فيما يخص الشروط الواجب توافرها لاستصدار الترخيص بممارسة أعمال التطوير العقاري فنص على الآتي:

أولاً: بالنسبة للشخص الطبيعي:

- 1- أن يكون قطري الجنسية.
- 2- ألا يكون قد صدر ضده حكم نهائي في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو أشهر إفلاسه، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره.
- 3- أن تكون له خبرة سابقة في مجال إدارة مشاريع التشييد والبناء، لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، سابقة على تقديم الطلب.
- 4- أن يكون مقيداً في السجل التجاري.

ومما تقدم نرى بأن القانون القطري أشتراط تمتع الشخص الطبيعي بالجنسية القطرية، وعليه فلا يمكن منح الاعتماد لشخص طبيعي أجنبي.

ثانياً: بالنسبة للشخص المعنوي القطري:

- 1- أن تكون شركة قطرية تم تأسيسها وفقاً لأحكام قانون الشركات التجارية المشار إليه، ومن بين أغراضها مزاوله أعمال التطوير العقاري.
- 2- أن تكون لها خبرة سابقة في مجال أعمال التشييد والبناء، لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، سابقة على تقديم الطلب.
- 3- ألا تكون قد سبق إشهار إفلاسها بحكم نهائي.

ثالثاً: بالنسبة للشخص المعنوي الأجنبي:

- يشترط للترخيص للشركات غير القطرية بمزاوله أعمال التطوير العقاري، ما يلي:
- 1- أن يكون في حدود المناطق التي يجوز لغير القطريين تملك العقارات فيها، ووفقاً للمساحات المرخص بتملكها.
 - 2- أن تكون شركة تم تأسيسها في الخارج، وفقاً لأحكام التشريعات المنظمة لذلك، ومن بين أغراضها مزاوله أعمال التطوير العقاري، وتكون مستندات التأسيس مصدقاً عليها من البعثة الدبلوماسية أو القنصلية القطرية في بلد التأسيس أو ما يقوم مقامها، أو من يتولى رعاية مصالحها في دولة المقر الرئيسي.
 - 3- أن تكون لها خبرة سابقة في مجال أعمال التشييد والبناء، لمدة لا تقل عن عشر سنوات، سابقة على تقديم الطلب، وقامت بإنشاء وإنجاز مثل هذه

المشاريع وحظيت بالسمعة والشهرة.

4- أن تتخذ مقرأً لها في الدولة، أو في إحدى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وأن تُقيد في السجل التجاري.

ويلاحظ مما تقدم بأن المشرع فرق بين الشركات الأجنبية والقطرية فيما يخص شروط الحصول على الترخيص. ولكن حسن ما فعل المشرع عندما سمح للشركات الأجنبية بالعمل في مجال التطوير العقاري في دولة قطر، ونحن نرى أن السبب في ذلك هو الرغبة في جذب رؤوس الأموال الأجنبية إلى الاستثمار في المجال العقاري بالدولة، ونقل الخبرات التي تتمتع بها الشركات الأجنبية إلى السوق المحلي⁷⁸⁹.

وبالنسبة للشخص المعنوي وهو الشركة فلم يحدد القانون القطري ولا غيره من القوانين المقارنة شكلاً محدداً يجب أن تكون عليه شركة التطوير العقاري، بل أكتفى بالإشارة إلى أن تكون الشركة تم تأسيسها وفقاً لأحكام قانون الشركات التجارية.

وأخيراً نحن نرى أن الشرط المتعلق بجنسية الشخص الطبيعي في المادة الثالثة من قانون تنظيم التطوير العقاري القطري في محله، وذلك للحفاظ على النشاط الاقتصادي في دولة قطر وتشجيع المواطنين على الاستثمار. وعليه فإذا ما توافرت هذه الشروط في المطور العقاري وتم استصدار ترخيص الممارسة فإنه تقع على عاتقه العديد من الالتزامات، وذلك كغيره من المهنيين كالمقاول والمهندس المعماري، وتم النص على هذه الالتزامات في قوانين التطوير العقاري.

789- الشاذلي، ياسين، قانون تنظيم التطوير العقاري القطري رقم 6 لسنة 2014، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، 2016، صفحة 547.

وبناء على ما تقدم فأنا نتوصل إلى أن الشروط اللازم توافرها في المطور العقاري تختلف بحسب ما إذا كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً، وشروط أخرى إجرائية وموضوعية وذلك على النحو التالي:

١ - الشروط الواجب توافرها في الشخص الطبيعي

أن المطور العقاري في صورة الشخص الطبيعي يقوم بإرادته المنفردة بعمل نشاط اقتصادي ليكون التطوير العقاري هدفاً له من أجل تحقيق الأرباح، ويكون مسئولاً مسؤولية شخصية عن كافة الالتزامات التي تنشأ عن أعماله تجاه الغير، حيث سمح القانون القطري أن يكتسب كل شخص طبيعي صفة مطور عقاري وذلك بشرط الحصول على الاعتماد (الترخيص) من الجهات المختصة في الدولة، وتسجيله في السجل التجاري والجدول المخصص للمطورين العقاريين بهدف محاربة المنتحلين لصفة المطور العقاري⁷⁹⁰، بحيث لا يجوز له ممارسة أي نشاط آخر مدفوع الأجر، كما اشترطت قوانين بعض الدول أن يكون الشخص الطبيعي متمتعاً بجنسية الدولة ليتمكن من اكتساب صفة المطور العقاري وذلك كالقانون القطري ولذلك لا يمنح الترخيص لشخص طبيعي أجنبي.

٢ - الشروط الواجب توافرها في الشخص المعنوي

بالنسبة للشخص المعنوي فقد سمح القانون له بأن يكون مواطن قطري أو أجنبي لممارسة هذه المهنة، ولكنه اشترط شروط أخرى بالنسبة للشخص المعنوي الأجنبي إضافة إلى التسجيل، وهو أن يكون لهذا الشخص فرع في دولة قطر، وأن تكون له خبرة لا تقل عن عشر سنوات في هذا المجال، وألا يكون قد أشهر

790- نوى، عقيلة، التنظيم القانوني لمسؤولية المرفقي العقاري في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، 2018، صفحة 55.

إفلاسه من قبل، وأن يمارس عمله في الحدود التي يسمح لغير القطريين التملك فيها فقط.

وبالنسبة للشخص المعنوي الوطني فالخبرة المشترطة هي ثلاث سنوات فقط، وألا يكون قد أشهر إفلاسه، وأن يكون قد أسس وفقاً لأحكام القانون القطري ومن بين أعماله ممارسة التطوير العقاري.

أما في التشريع الإماراتي فكانت الصورة الثانية التي يمكن أن يكون عليها المطور تتمثل في شكل الشركة، والشركة هي التزام شخصان أو أكثر بمقتضى عقد بأن يسهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال، أو عمل لاستثمار ذلك المشروع، واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة⁷⁹¹.

حيث تكتسب الشركة شخصية اعتبارية بمجرد تكوينها منفصلة ومستقلة عن الشركاء أو المساهمين فيها، حيث لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل والنشر التي يقرها القانون⁷⁹². ولم يحدد القانون الإماراتي شكلاً محدداً يجب أن تكون عليه شركة التطوير العقاري ومن ثم يرجع في ذلك إلى الشروط الواجب توافرها في قانون الشركات التجارية عن كل شكل من الأشكال التي يجب أن تكون عليها الشركة.

791- أبو سعدة، مصطفى، قانون الشركات التجارية الإماراتية، مطبعة برايتز هورايزون ومكتبتها، الشارقة، الطبعة الثالثة، 2017، صفحة 44.

792- محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم 1464 لسنة 2009 قضائية، جلسة 6 أبريل 2010، مكتب فني 4 الجزء الأول، صفحة 371.

3- الشروط الإجرائية لممارسة مهنة المطور العقاري

تتضمن الشروط الإجرائية وجوب تجديد رخصة المطور العقاري والتي تمنح لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، إذ يجب على المطور العقاري أن يجدد الرخصة مرة كل ثلاث سنوات على أبعد تقدير مما يجعل المطور العقاري دائماً حريصاً على أن ينجز عمله على أتم وجه في سبيل ضمان تجديد رخصته⁷⁹³، وإن تم رفض طلب المطور في تجديد رخصته فإن قرار الرفض لن يكون قطعياً بل إنه قابل للتظلم فيه أمام الوزير المختص خلال مدة أقصاها ستين يوماً من تاريخ إخطاره بالقرار أو من تاريخ اعتباره مرفوضاً، أي قد يكون الرفض صريحاً من الإدارة أو ضمناً مثل إهمال أو تأخر الإدارة بالرد على صاحب الطلب أكثر من ستين يوماً وذلك استناداً لما نصت عليه المادة الرابعة من قانون التطوير العقاري القطري.

وأيضاً ما جاء في المادة 16 من القانون رقم 8 لسنة 2007م، لإمارة دبي والتي نصت على: أن يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة ألف درهم، أو بإحدى العقوبتين، لكل من زاول نشاط التطوير العقاري بدون ترخيص، ولكل من قدم إلى السلطات المختصة مستندات غير صحيحة للحصول على ترخيص لمزاولة نشاط التطوير العقاري.

4- الشروط الموضوعية لممارسة مهنة المطور العقاري

تتضمن الشروط الموضوعية لعمل المطور العقاري أن تكون إدارة حساباته الخاصة بأي مشروع من خلال حساب الضمان. ويعرف حساب الضمان بأنه أحد العمليات المصرفية المستحدثة التي ابتدعتها المصارف في ضوء أنشطتها

⁷⁹³- المادة 5 من قانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التطوير العقاري القطري.

وحاجات العملاء⁷⁹⁴ وهو ضمانة جدية للمشتري فيما يدفعه إذ إنه لن يبدد من قبل البائع ولا يتلاعب به إلا لأغراض المشروع المخصص وهو حساب مصرفي خاص بالمشروع الذي تودع فيه المبالغ المدفوعة من المشتريين لوحدات على الخريطة أو من الممولين للمشروع على أن يقوم بإدارة هذه الأموال أمين الحساب ويقصد به المؤسسة المالية أو المصرفية المعتمدة من دائرة الأراضي والأملاك⁷⁹⁵، وإذا تعددت المشاريع فيجب فتح حساب ضمان مستقل لكل مشروع على حدة وذلك بموجب طلب يقدمه المطور العقاري إلى الإدارة، مشفوعا بالمستندات المطلوبة التي تحددها الإدارة، وبعد ذلك يفتح الحساب بموجب اتفاق بين المطور والبنك، ويحدد بمقتضاه حقوق والتزامات كل منهما، وهذا الحساب هو مملوك للمطور، ولكن أهم ما في الأمر أن دائني المطور لا يجوز لهم الحجز عليه حماية للمشتريين من تواطؤ المطور مع غيره (دائنيه)، الذين قد يكونوا صوريين في أغلب الأحيان أي إن ديونهم وهمية غير حقيقية، لذلك يتدخل المشرع في تحديد ما يصرف للمطور وفقا لمراحل البناء التي ينجزها، إذ تعتمد في القانون القطري من الإدارة المختصة بوزارة البلدية والتخطيط العمراني ووفقا لمراحل التنفيذ، على أن يراعي أن أول دفعة تصرف للمطور من حساب الضمان، لا يستحقها المطور ما لم يكن قد أنجز 20% على الأقل من الأعمال الإنشائية للمشروع، وفي كل الأحوال يحجز ما يعادل 10% من مبلغ حساب الضمان

794- الجبوري، سندس، المسؤولية المدنية للمطور العقاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، صفحة 32.

795- النعيمي، آء، العمليات المصرفية، الآفاق المشرقة، الشارقة، 2010، صفحة 17.

الإجمالي لأي مشروع ولا يسلم للمطور العقاري إلا بعد انقضاء المدة التي تحددها الوزارة وذلك لإصلاح العيوب في حالة ظهورها في البناء⁷⁹⁶.

وقد منع القانون القطري من التسديد المباشر للمطور العقاري ويتولى الرقابة على هذا الحساب المصرف المركزي القطري، والمفروض أنه يصدر التعليمات والضوابط التنظيمية لإدارة الحساب وإجراءات الإيداع فيه، وجميع الأحكام التنظيمية الأخرى التي تتعلق به وفق المادة 28 من القانون القطري، في حين أن المشرع لإمارة الشارقة على سبيل المثال لم يلزم المطور العقاري بفتح حساب ضمان إذ إن تسديد الثمن يكون بموجب شيكات محررة باسم المطور العقاري.

المطلب الثاني: التزامات المطور العقاري تجاه المشتري

بالرجوع إلى قانون التطوير العقاري القطري أو القوانين المقارنة نجد أن المشرع قد أثقل كاهل المطور العقاري بعدة التزامات، فالمطور العقاري يقع على عاتقه العديد من الالتزامات تبدأ منذ إبرام العقد ولغاية الانتهاء منه. وقد نص القانون القطري والقوانين المقارنة الأخرى على هذه الالتزامات.

وقبل النظر في الالتزامات الواردة في القوانين محل الدراسة، فأن المطور العقاري يقع على عاتقه ثلاثة التزامات رئيسية هامة، أولها الالتزام بالبناء أو كما يطلق عليه البعض الالتزام بالإنجاز، والالتزام بالتسليم لمن باع له العقار وأخيراً الالتزام بنقل الملكية.

⁷⁹⁶- الهاشمي، حصة، ضمانات حماية المشتري في بيع العقار على الخريطة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشارقة 2011، صفحة 64.

ويقصد بالالتزام بالإنتاج هو إنجاز البناء وإكماله في الأجل المحدد له بما يحقق سبب التعاقد الذي يمكن المشتري من الحصول على الوحدة العقارية المتفق على إكمالها ومن ثم نقل ملكيتها له⁷⁹⁷. ويشترط على المطور العقاري أثناء تنفيذه لهذا الالتزام أن ينفذ العقد وفقاً لمقتضيات حسن النية، كما أن يجب عليه احترام التصاميم الهندسية وينفذها وفقاً للأصول الفنية المتعارف عليها. وعليه فإن التزام المطور العقاري بتشييد العقار وبنائه ومن ثم براءة ذمته لا يتحقق إلا بتوافر شرطين أساسيين وهما: ضرورة أن يتم التشييد في الأجل المتفق عليه في العقد، وأن يتم تشييد العقار وفقاً للمواصفات المحددة.

وبالنظر إلى الاعمال التي تدخل في أعمال التطوير العقاري والتي يكون المطور ملزماً بها نجد أن المشرع القطري قد نص عليها في المادة الأولى عليها وهي "أعمال تشييد الأبنية متعددة الطوابق، أو المجمعات للأغراض السكنية، أو التجارية، بهدف بيع وحداتها المفززة على الخارطة"⁷⁹⁸.

وكذلك بينها المشرع الإماراتي في القانون رقم 8 لسنة 2007 بأنها "عبارة عن مشاريع تشييد البنايات المتعددة الطوابق، أو المجمعات للأغراض السكنية والتجارية". أما المشرع البحريني فقد عرفها بأنها "أعمال أو مشاريع تطوير العقارات المرخص بها وفقاً لأحكام هذا القانون أيّاً كانت طبيعتها (بنية أساسية أو تشييد المباني) أو أغراضها (تجارية، صناعية، سكنية خاصة أو عامة) أو

797 - العبيدي، زينة، التزامات المطور العقاري: دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية، صفحة 59.

798 - أن الوحدات العقارية المفززة على الخريطة هي الوحدات غير الموجودة وقت التصرف ويمكن وجودها في المستقبل أو التي في طور الإنشاء أو لم يكتمل إنشاؤها بعد، حكم غير منشور صادر عن محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 2009/40م، طعن عقاري، صادر عن محكمة تمييز دبي في 7 / 2 / 2010م.

طرق تمويلها (كالبيع على الخريطة أو التأجير المنتهي بالتمليك أو المساحة أو البناء والتشغيل أو إعادة الملكية) أو القائم بها (شخص طبيعي أو اعتباري).

والجدير بالذكر أن التزام المطور العقاري بإكمال البناء للمشروع وفقاً للمواصفات والمدة المتفق عليها عند التعاقد يعد التزام بنتيجة وهي إتمام البناء وليس التزام ببذل عناية.

أما عن ثاني أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المطور العقاري فهي التزامه بالتسليم، فعلى المطور لعقاري أن يقوم بتسليم الوحدة العقارية والمشروع التطويري بعد الانتهاء منه إلى المتعامل معه، ويجب أن يتم التسليم في المواعيد المحددة لذلك.

وقد نص المشرع القطري في قانون تنظيم التطوير العقاري على هذا الالتزام في المادة السابعة منه والتي نصت على أن "يجب على المطور العقاري: 6- تسليم المشترين وحداتهم المحجوزة، في التاريخ المحدد في العقد، وبالمواصفات الفنية المعتمدة التي تم التعاقد على أساسها، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجيلها بأسمائهم". كما أنه تم النص على هذا الالتزام أيضاً في قانون التطوير العقاري البحريني وتحديداً نص المادة 15 والتي تنص على أن " يلتزم المطور بتسليم الوحدة المباعة للمشتري على الطبيعة مع نسخة من الرسوم حسبما تم تنفيذه.....".

وذلك بخلاف قانون التطوير العقاري رقم 13 لسنة 2008 الخاص بإمارة دبي، والذي لم ينص على هذا الالتزام صراحة في نصوص مواده ولكن نرى أن هذا الالتزام منطقي وأساسي في عقود التطوير العقاري حتى وأن لم يتم النص عليه صراحة فهو أمر لا بد منه، كما أننا نفهم ضمناً من نص المادة 12 من ذات

القانون أن المطور العقاري ملزم بالتسليم فقد نصت هذه المادة على أن "تعتبر مساحة الوحدة العقارية المباعة صحيحة ولا يعتد بالزيادة التي تتحقق في المساحة بعد التسليم...".

وبناء على ما تقدم، فإنه يفهم من نص المادة السابعة من قانون التطوير العقاري القطري ونص المادة الخامسة عشر من القانون البحريني أن المشرعين في كل من القانونين قد الزاما المطور العقاري بتسليم الوحدة العقارية إلى المشتري طبقاً لما تم الاتفاق عليه وخلال المدة المحددة، وفي حال عدم التسليم فإن القانونين المذكورين سلفاً قد رتبا على المطور العقاري عدة جزاءات.

ف نجد أن المشرع القطري قد نص في المادة 29 من ذات القانون على إيقاع عقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبالغرامة التي لا تزيد على خمسين ألف ريال وذلك دون الاخلال بنص المادة 17 من ذات القانون والتي تنص على أنه "وفي جميع الأحوال، يجوز لمن أصابه ضرر، سواءً في حالة زيادة أو نقص مساحة الوحدة العقارية، المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض"، أما المشرع البحريني فقد رتب الفسخ والتعويض كجزاء في حال تأخر المطور العقاري عن التسليم دون عذر مقبول، إضافة إلى أنه أخذ نفس الجزاء الوارد في المادة 29 من قانون تنظيم التطوير العقاري القطري. ويتبين لنا أن المشرع في كل من القانونين لم يوضح طبيعة التعويض وهل هو تعويض من خلال إنقاص الثمن بحيث ينقص المطور العقاري من الثمن الأصلي للوحدة العقارية المباعة أم بتغيير الوحدة أي يكون التزاماً بمقابل، وذلك من خلال استبدالها بأخرى. ونحن نرى من وجهة نظرنا أن يترك هذا الأمر لاختيار المشتري (الطرف الآخر) فهو حر في الاختيار ما بين هذين التعويضين.

وبعد الانتهاء من التزام المطور العقاري بالبناء والتسليم يتبقى التزامه بنقل الملكية⁷⁹⁹. وكما هو معلوم بأن الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ليس من طبيعة البيع فحسب بل من مستلزماته، فعقد البيع الذي يقوم بها المطور العقاري رغم خصوصيته باعتباره يقع على عقار لم يتم إنشائه بعد، فإنه يبقى وارد على عقار تحكمه المبادئ العامة لنقل ملكية العقار⁸⁰⁰. ويتم نقل الملكية للعقارات التي يقوم بإنشائها المطور العقاري من خلال مرحلتين هما مرحلة التسجيل في السجل العقاري المبدئي ومن ثم مرحلة تحرير العقد النهائي والتي تستوفى فيها الإجراءات اللازمة المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري. وقد عرف المشرع القطري التسجيل العقاري المبدئي في المادة الأولى بأنه "مجموعة الصحائف العقارية والسجلات المكملة لها التي تثبت فيها، بصفة مبدئية، ماهية وأوصاف الوحدات المفزة على الخارطة والتصرفات القانونية الواردة عليها".

وكذلك عرفه المشرع الإماراتي بأنه "مجموعة الوثائق المحررة أو المحفوظة خطياً أو إلكترونياً بالسجل الإلكتروني لدى الدائرة التي تثبت فيها عقود بيع العقارات وغيرها من التصرفات القانونية على الخارطة قبل نقلها إلى السجل العقاري". وذلك بخلاف قانون التطوير العقاري البحريني والذي لم يتضمن تعريف للتسجيل العقاري المبدئي.

أما عن المرحلة النهائية في نقل الملكية وهي تسجيله في السجل النهائي والذي بموجبه تنتقل الملكية إلى المشتري بصورة نهائية، وتم النص على ذلك في المادة 13 من قانون تنظيم التطوير العقاري القطري "يُنشأ بالإدارة المختصة بوزارة العدل

800 - العبيدي، زينة، التزامات المطور العقاري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، صفحة 62.

سجل عقاري مبدئي، تقيد به جميع البيانات للوحدات العقارية المفردة على الخارطة، وجميع التصرفات والحقوق العينية التي ترد عليها، والتي من شأنها إنشاء ملكية أو أي حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام القضائية النهائية المثبتة لها"، وكذلك في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون التطوير العقاري الإماراتي "تسجل في السجل العقاري المبدئي جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباعة على الخارطة، ويقع باطلاً البيع وغيره من التصرفات القانونية الناقلة أو المقيدة للملكية أو أي من الحقوق المتفرعة عنها إذا لم يتم تسجيل هذه التصرفات في ذلك السجل". وهذا أيضاً ما أتجه إليه المشرع البحريني في المادة الثالثة منه.

وفي ذلك، تشير لنا الأحكام الخاصة بالتصرفات العقارية في إمارة أبو ظبي، حيث أكد المشرع لإمارة أبو ظبي على ضرورة تسجيل جميع التصرفات القانونية، التي ترد على العقارات، ورتب على عدم التسجيل عدم الاعتراف بكافة الحقوق التي تكون على العقار سواء الأصلية أو التبعية، فلا تنشأ، ولا تنتقل، ولا تزول بين ذوي الشأن، ولا بالنسبة لغيرهم⁸⁰¹.

وعليه فإن المطور العقاري تقع على عاتقه العديد من الالتزامات التي تم النص عليها في قوانين التطوير العقاري، وهو ملزم بأن يؤدي هذه الالتزامات على أتم وأكمل وجه، فإذا لم يلتزم المطور بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه فإنه يتعرض لعدة أنواع من المسؤولية منها العقدية والتقصيرية والجزائية ولكن ما يهمنا في هذه الدراسة هي المسؤولية العقدية.

801- حكم محكمة نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، طعن رقم 119 لسنة 2010 قضائية، جلسة 20 أبريل 2010.

المبحث الثاني: المسؤولية العقدية للمطور العقاري

تتنوع مسؤولية المطور العقاري بتنوع التزاماته القانونية، فبصفته صاحب المشروع والمحرك الرئيسي لنشاط التطوير العقاري فإنه يتحمل تبعه نجاح مشروعه وأعماله أو إخفاقها. وفي حال تجاوز حدود الاتفاق أو حدود ما التزم به قانوناً ترتبت مسؤوليته المدنية، وما يهمننا في هذه الدراسة هي المسؤولية العقدية للمطور العقاري وأساسها (المطلب الأول)، وما يترتب على هذه المسؤولية من أحكام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أساس المسؤولية العقدية للمطور العقاري

أن القاعدة العامة في القانون المدني أنه إذا نشأ العقد صحيحاً ترتبت آثاره من حيث إلزام المتعاقدين بما ورد فيه باعتباره شريعة لهما، فالعقد إذا نشأ طبقاً للقانون كان شريعة المتعاقدين، فإذا أخل أحدهما بما التزم به طبقاً للعقد فإنه يجبر بعد إعداره على تنفيذ ما التزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً، لكن إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء، وهذه هي المسؤولية العقدية⁸⁰². وعليه فحتى تقوم المسؤولية العقدية على المطور العقاري لا بد من وجود عقد صحيح، بالإضافة إلى حدوث خطأ في عقد البيع في التطوير العقاري، الذي يعتبر إخلال المطور العقاري بالتزاماته وأن يسبب هذا الخطأ الضرر للمشتري أي أن تكون هناك علاقة سببية بينهما. وفيما يخص أساس

802- الحراسيس، عمر، دفع المسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة، جامعة عمان العربية، كلية القانون، الأردن، 2001، صفحة 4.

المسؤولية فإن العقد التي تقوم عليه المسؤولية للمطور العقاري، أما أن يكون عقد بيع أو عقد مقاوله⁸⁰³.

وقد عرف قانون تنظيم التطوير العقاري القطري العقد بأنه "اتفاق مبرم بين المطور والمشتري، يحدد بمقتضاه الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما"، وذلك على خلاف القانونين البحريني وقانون التطوير العقاري في إمارة دبي فلم يتطرقوا إلى تعريف العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد البيع في مجال التطوير العقاري يتمتع بخصوصية تميزه عن بقية عقود البيع، سواء كان ذلك من حيث الأطراف أو من حيث المحل الوارد عليه والذي اعتبره البعض بيعاً لمعدوم. فالأطراف في عقد التطوير العقاري أن كان يتضمن هذا العقد بيع للوحدة المفردة هما المطور العقاري والمشتري. أما محل عقد البيع قد يكون عقاراً مبنياً، أي تام الإنجاز، أو مشروعاً بدأ المطور العقاري فيه ولم يكمله، كأن يكون بناية أو عمارة أو مجمع سكني. ومن أبرز صور البيع في التطوير العقاري هو البيع على الخارطة، والذي نص عليه القانون القطري والقوانين المقارنة. فعرفه المشرع القطري في المادة الأولى من قانون تنظيم التطوير العقاري بأنه "بيع الوحدات العقارية المفردة على الخارطة قبل اكتمال إنشائها"، وذلك كما عرفه المشرع البحريني، أما في قانون إمارة دبي فقد تم تعريف البيع على الخارطة بأنه "بيع الوحدات العقارية المفردة على الخارطة أو التي تكون في طور الإنشاء أو التي لم يكتمل إنشاؤها". أما الفقه فقد عرف

803 -الشاذلي، ياسين، قانون تنظيم التطوير العقاري القطري رقم 6 لسنة 2014، مرجع سابق، صفحة 533.

البيع على الخارطة بأنه: عقد بيع لعقار يشترط فيه عدم الوجود ولكنه قابل للوجود مستقبلاً⁸⁰⁴.

ونلاحظ مما تقدم بأن المشرع في كلا القوانين عند تعريفه للبيع على الخارطة لم يفرق ما بين الوحدة العقارية التي لم يشرع ببنائها والعقار الذي شرع ببنائه، فكلاهما عند البيع سواء⁸⁰⁵.

إضافة إلى عقد البيع فقد يكون أساس المسؤولية العقدية للمطور العقاري هو عقد المقاول، والمقاول هي "عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً للطرف الآخر لقاء أجر، دون أن يكون تابعاً لهذا الطرف أو نائباً عنه"⁸⁰⁶. وبنفس هذه الألفاظ جاء تعريف المقاول في القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001، إلا أنه في قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985 أكتفى المشرع بتعريفه بأنه "المقاول عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر". وكما هو معلوم بأن أطراف عقد المقاول هما صاحب العمل والمقاول، وبتطبيق ذلك على عملية التطوير العقاري فأن طرفا عقد المقاول يصبحان المطور العقاري بوصفه صاحب عمل، والمقاول منفذ المشروع، إضافة إلى أن المطور نفسه قد يكون مقاولاً أصلياً ولديه مقاولين من الباطن.

804 - ربحي، فاطمة، رزقي، ريمة، المركز القانوني للمركبي العقاري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمن ميرة، الجزائر، 2017، صفحة 26.

805 - الافتتاحات، ياسر، التعديلات المستحدثة في قانون السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون، 2020، صفحة 98.

806 - المادة 682 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004.

وبناء على ما تقدم فإنه يتبين لنا بأنه قد يتعدد الأساس التي تقوم عليه مسؤولية المطور العقاري المدنية فأما أن يكون عقد بيع، والمقصود هنا عقد البيع على الخارطة الذي يتميز بخصوصية تميزه عن باقي عقود البيع الأخرى، وأما أن يكون عقد مقاولة وفي هذه الحالة يكون المطور العقاري هو المطور والمقاول في ذات الوقت.

ونحن نرى من جهتنا أنه من المفترض أن يكون هناك عقد خاص لعملية التطوير العقاري بحيث لا يتم إلحاقه بأي من العقود الأخرى سواءً عقد البيع أو المقاول، وذلك بسبب الخصوصية التي يتميز بها هذا النوع من العقود.

المطلب الثاني: أحكام المسؤولية العقدية للمطور العقاري

بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني في كل من القانون القطري والقوانين المقارنة فإنه لا مجال للقول بقيام المسؤولية العقدية إلا إذا توافرت أركانها الثلاثة، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة بأنه "استخلاص توافر الخطأ - شرط لتحقيق المسؤولية العقدية فضلا عن توافر علاقة السببية بينه وبين الضرر"⁸⁰⁷. وعلى ذلك، لا تقوم المسؤولية العقدية للمطور العقاري إلا بوجود خطأ عقدي نشأ عن عدم تنفيذ المطور لالتزامه الناشئ عن العقد سواءً كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، أو تأخر في التنفيذ، إضافة إلى وجوب وقوع ضرر على المشتري. ولا يكفي توافر الخطأ والضرر بل يجب أن يكون الخطأ الذي صدر من المطور العقاري هو السبب في حدوث الضرر للطرف الآخر وهو المشتري، وهذا هو الركن الأخير لقيام المسؤولية العقدية وهو العلاقة السببية.

807 - المحكمة الاتحادية العليا- الاحكام المدنية والتجارية- الطعن رقم 333 لسنة 23 قضائية، بتاريخ 22 مارس 2003، مكتب فني 25، رقم الجزء 1، رقم الصفحة 626.

ويعرف الخطأ العقدي بأنه "عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد"⁸⁰⁸، ولكي نكون أمام خطأ عقدي يجب توافر شرطين هما: أن يتحقق عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً أو أن يكون التنفيذ معيباً أو متأخراً، وأن يكون الإخلال في تنفيذ الالتزام ناتجاً عن خطأ المدين أو خطأ شخص من الغير يستخدمه المدين في تنفيذ التزامه. وفيما يخص إثبات الخطأ فهو يختلف فيما إذا كان الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة أم بذل عناية، وبطبيعة الحال فإن التزام المطور العقاري هو التزام بتحقيق نتيجة، وتتمثل هذه النتيجة في تسليم الوحدة العقارية المتفق عليها وفقاً للمواصفات التي حددها الطرفان، فإذا لم يتم المطور العقاري بالتسليم حسب المتفق عليه مسبقاً أو سلمها غير مطابقة للمواصفات فيعني ذلك أن النتيجة لم تتحقق ويثبت الخطأ من جانبه. وعليه فإن أي التزام تم النص عليه في العقد ولم يلتزم به المطور العقاري يؤدي إلى قيام خطئه العقدي، وهناك عدة صور لخطأ المطور العقاري والتي تكون ناتجة عن إخلاله بالتزاماته. من ضمنها عدم التزامه بنقل الملكية في الوقت المتفق عليه والذي يتم ابتداءً من خلال التسجيل المبدئي، وتم تعريف هذا الأخير في قانون تنظيم التطوير العقاري القطري بأنه "مجموعة الصحائف العقارية والسجلات المكملة لها التي تثبت فيها، بصفة مبدئية، ماهية وأوصاف الوحدات المفردة على الخارطة والتصريفات القانونية الواردة عليها" وكذلك تم تعريفه في القانون الإماراتي بأنه "مجموعة الوثائق المحررة، أو المحفوظة خطأً، أو إلكترونياً بالسجل الإلكتروني لدى الدائرة التي تثبت فيها عقود بيع العقارات، وغيرها من التصريفات القانونية على الخارطة قبل نقلها للسجل العقاري". إضافة إلى ما تقدم، فإنه من ضمن صور الخطأ العقدي للمطور العقاري أيضاً

808 -العقيلي، معن، المسؤولية العقدية وتنفيذ الالتزام، جامعة الحسن الأول، مجلة القانون والأعمال، 2019، صفحة 207.

هو عدم التزامه بالإنجاز والتسليم. ولا تكفي هذه الأخطاء في ترتيب مسؤولية المطور العقاري العقارية، بل يجب أن يترتب على حدوث هذا الأخطاء ضرر للطرف الآخر. وعرف الفقه الضرر بأنه "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق، أو تلك المصلحة بسلامة جسمه، أو عاطفته، أو بماله، أو حرّيته، أو شرفه، أو غير ذلك"⁸⁰⁹. ولا شك أن إخلال المطور العقاري بالتزاماته المشار إليها سلفاً من تأخر في إنجاز أو تسليم أو نقل ملكية، أو عدم مطابقة العقار للمواصفات المطلوبة يؤدي حتماً إلى أضرار مالية تصيب المضرور، فيلتزم المطور العقاري بالتعويض عنها. ولكن أيضاً لا يكفي توافر الخطأ والضرر بل يلزم وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب من قبل المطور العقاري والضرر الذي أصاب المشتري. ويرى البعض صعوبة في إثبات العلاقة السببية في مجال التطوير العقاري، وذلك نظراً لتعدد الأطراف المتدخلين في عملية البناء والذين من ضمنهما المقاول والمهندس. وعليه فإذا ما توافرت الأركان الثلاثة لقيام المسؤولية العقدية وتم إثباتها، فإن المطور العقاري يكون ملزماً أما بالتعويض أو الفسخ. إلا أنه يمكن للمطور العقاري أن يدفع المسؤولية عنه من خلال نفي الخطأ أو الضرر، فإذا لم ينجح في ذلك فعليه أن يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

⁸⁰⁹ العطار، عبد الناصر، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الامارات، الطبعة الثانية، 2000، صفحة 248.

الخاتمة

النتائج:

1- يتسع مفهوم المطور العقاري ليشمل الشخص الطبيعي والمعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات، بغرض تطويرها، كما يشمل ذلك المفهوم نوعان من المطور وهم المطور الرئيسي والفرعي.

2- أن التفرقة بين المطور العقاري والمقاول في إطار عملية التطوير العقاري، هي في الغالب تفرقة نظرية؛ لأن الواقع يثبت أن المطور العقاري غالباً ما يكون هو المقاول في نفس الوقت، فهناك مزيداً من الغموض على عقد التطوير العقاري من حيث اعتباره عقد بيع عقار في طور الإنجاز، أو عقد مقاول.

3- هناك اختلاف في أنظمة غالبية الدول العربية ومنها دولة قطر في تشريع وإجراءات العمل في مجال التطوير العقاري، مثل: أعمال السجل العقاري المبدئي، وحسابات الضمان، والتسجيل العقاري، والملكية، وذلك لأنه لا يوجد قانون اتحادي متكامل يعالج كافة الموضوعات المتعلقة بعملية التطوير العقاري.

4- أن ضمان العيوب الخفية في القواعد العامة يختلف عن ضمان العيوب الخفية في مجال التطوير العقاري فـضمان العيوب الخفية في القواعد العامة يتعلق بجميع العيوب التي تنتقص من قيمة ومنفعة البناء، ولذلك يعد أعم وأشمل من ضمان العيوب الخفية في مجال التطوير العقاري الذي تهدد متانة وسلامة البناء.

5- من الصعب تطبيق قواعد علاقة السببية في مجال التطوير العقاري، وذلك لتعدد الأطراف المتدخلين في عملية البناء، وتشابك مراحلها مما يؤدي إلى تعدد الأخطاء، وصعوبة إثبات علاقة السببية، أي البحث عن السبب المباشر في وقوع الضرر.

6- فرق المشرع القطري في شروط مزاوله أعمال التطوير العقاري ما بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، إضافة إلى التفريق ما بين الشروط الخاصة للشركات القطرية والشركات الأجنبية التي تعمل في مجال التطوير العقاري.

7- نص المشرع القطري على التزامات المطور العقاري في نص المادة 7 من قانون تنظيم التطوير العقاري، وذلك ابتداءً من البدء في الأعمال وحتى تسليمها، في حين أن التشريعات المقارنة لم تتناول مادة تلم بالالتزامات المطور العقاري كما في التشريع القطري.

التوصيات:

1- ضرورة إصدار تشريع اتحادي متكامل لنشاط التطوير العقاري يشمل تنظيم كل المسائل المتعلقة بهذا النشاط، وذلك ليكون بمثابة المعين الذي يستقي منه المشرع المحلي أحكامه، فيما لا يتعارض مع خصوصية الوضع في الدولة، ويهدف إلى توحيد المبادئ القانونية المتعلقة بنشاط التطوير العقاري، وتسهيل مهمة القاضي على الفصل في النزاع المعروض عليه سواء المحلي أو الاتحادي.

2- أن يضع المشرع القطري حدود فاصلة بين المطور العقاري والمقاول، فضلا عن تحديد الأعمال التي تخص المطور العقاري، والأعمال التي تخص المقاول، ويضع أيضاً آلية تعاقدية جديدة لتنظيم علاقة المطور العقاري بالمشتريين، ولتكن عبارة عن عقد جديد تحت مسمى (عقد التطوير العقاري)، ويكون شاملاً لكافة مضامين نشاط المطور العقاري، من تشييد، وبيع، سواء لحساب المطور، أو لحساب الغير، وذلك لكي تستقر المراكز القانونية في حالة استقلال شخص صاحب المشروع الاستثماري عن المطور العقاري.

3- أن يقرر التشريع الاتحادي المقترح بدولة قطر عقوبة على المطور الذي لم يلتزم بالإفصاح عن أية ضمانات، أو قروض كان قد حصل عليها قبل أو بعد تسجيله للمشروع، وكان هذا الضمان خاص بإقامة المشروع، وتشبيده، لأن البنوك قد تتسابق في منح تسهيلات ائتمانية للعملاء بصورة كبيرة، تجعلها تتساهل في الحصول على البيانات، والمعلومات الخاصة بالمطور.

4- يجب تعديل النصوص القانونية التي تسمح للمشتري رهن حقه بمجرد تسجيله في السجل الابتدائي، وقبل إكمال البناء وتسلمه للوحدة العقارية، وذلك لأن حقه في هذه المدة هو حق شخصي، وليس حقا عينيا ومحل الرهن التأميني هو الحق العيني وليس الحق الشخصي.

5- ضرورة تحديد وقت إكمال البناء في القانون القطري، مثل ما نص عليه في التشريع الفرنسي، على سبيل المثال، وذلك لتحديد وقت وطريقة انتقال الملكية للمشتري ولا سيما بالنسبة للبيع لأجل، حيث حدد المشرع الفرنسي طريقتين لنقل الملكية في بيع العقار على الخريطة إما نقل الملكية أول بأول (بطريق

الاتصاق) أو نقل الملكية لأجل (البيع الأجل)، ولم يحدد القانون القطري رقم 6 لسنة 2014 أي طريقة لنقل الملكية.

6- مبدأ مراجعة الثمن من المبادئ الهامة التي يجب الأخذ بها في بيع العقار على الخريطة، وأخذت به التشريعات الفرنسية والجزائرية، ولم يأخذ به في التشريع القطري في القانون رقم 6 لسنة 2014.

7- يجب على المشرع القطري ألا يكتفى بالقواعد العامة في الضمان، ويكون التشريع واضحاً وصريحاً في تحميل البائع المسؤولية عن ضمان العيوب الظاهرة للبناء، كما هو في القانون الفرنسي.