التطورات القانونية لمفهوم جريمة الاغتصاب

(القسم الأول)

الدكتور/ حاتم عبدالرحمن منصور الشحات
أستاذ القانون الجنائي المساعد بكليتي الشرطة
(أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية بدولة الكويت)
والحقوق (جامعة الزقازيق - مصر)

ملخص:

لا يرجع تسليط ضوء هذه الدراسة على جريمة الاغتصاب إلى خطورتها فقط، وإنما أيضاً إلى العديد من التطورات التي استلزمت طرح بعض الموضوعات للدراسة واستظهار دورها في السياسة التشريعية لمواجهة الاغتصاب. فهل يوجد اهتمام بالضحايا موضوعياً وإجرائياً ونفسياً واجتماعياً؟ أيكفي لردع المجرمين الجنسيين وجود عقوبة مغلظة أم يلزم العديد من الإجراءات الأخرى القضائية والعلاجية التي تتابع حالة المجرم حتى بعد خروجه من السجن لمنع عودته مرة أخرى للجريمة؟ أمن سياسة تشريعية خاصة باغتصاب الأحداث أم أن الأمر لا يعالج إلا من خلال النصوص التقليدية التي تنطبق على الجميع (كباراً وصغاراً)؟ وما تأثير صغر سن المجني عليه على رضائه بفعل المعاشرة الجنسية؟ أيعتبر صغر السن قرينة على عدم الاعتداد بالرضا أم لا، وما شروط ذلك؟ وما الموقف مما يثار حالياً في بعض الدول من تعديل تشريعاتها لتسمح بمساءلة الزوج عن اغتصاب زوجته؟

مقدمة

تسمية "الاغتصاب":

١ – الاغتصاب هو إتيان الرجل للمرأة جنسياً على النحو الطبيعي دون إرادتها[١]. وعلى الرغم من استخدام القانون في نص المادة ٢٦٧ ع لفظ "من واقع أنثى..." وهو ما دعى بعض الفقه الجنائي إلى استعمال مصطلح "المواقعة" لتسمية هذه الجريمة[٢]، إلّا أن جمهور الفقه يستقر على مصطلح "الاغتصاب"[٣]. ومع ذلك فهذا الاصطلاح وإن كان يشير بذاته إلى معنى الإكراه والغصب الذي تتسم به الجريمة، فإنه لا يخلو من أوجه النقد وخاصة لعموم محله؛ لأنه يشمل في طياته جميع أشكال الاستيلاء على حق الغير من دون رضاه، وهو ما دفع بعض الفقه إلى إضافة لفظ "الأنثى" أو "الإناث" للمصطلح لتخصيص محله بسلب حق المرأة في صيانة عرضها أو حريتها الجنسية[٤]،

---

(١) وقد جاء النص على هذه الجريمة في المادة ٢٦٧ع بقولها: "من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد. فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو من لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد".

(٢) حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، تشريعاً وقضاءً في مائة عام، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، سنة ١٩٩٤، ص ٦٤٢.

(٣) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة الصحافة، الإسكندرية، طبعة ثانية، سنة ١٩٨٩، ص ٧٧٧، هامش رقم ١؛ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ص ٥٢٧؛ علي عبدالقادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠١، ص ٤٦٧؛ فتوح عبدالله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٦، ص ٦٦٣؛ رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٩٤١.

(٤) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٩١، ص ٦٥٢؛ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ص ٣٠٢؛ محمد الشحات الجندي، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠.

وهو ما قد يثير انتقاداً آخر بسبب عدم إيجاز التسمية. وفي الحقيقة إن هذا النقد يوجه أكثر إلى مصطلح المواقعة؛ لأنه حتى في الدول التي تستخدمه يكون على النحو التالي "مواقعة أنثى بغير رضائها"، أو على الأقل "مواقعة أنثى". فالمواقعة لغة تعني الوطء مطلقاً في حل أو في غير حل، بالرضاء أو من دونه، ولذلك فهو غير مانع؛ لأنه قد يشير إلى صور لا يجرمها القانون المصري. ولذلك فنحن نميل إلى مصطلح الاغتصاب أيضاً؛ لأنه استقر عليه العمل وألفه الفقه الجنائي، ولأنه ذا دلالة اجتماعية أكثر ارتباطاً بالاعتداء على العرض بالإكراه. وأياً كان مضمونه اللغوي، فإن القانون بصفة عامة، والقسم الخاص من القانون العقابي بصفة خاصة يتضمن العديد من المصطلحات التي تؤدي دورها على هذا النحو، ولا غبار على ذلك ما دامت لا تخالف نص القانون (محتوى الجريمة في مجمله) ولا يوجد أفضل منها ويتجنب مسالبها[1].

أهمية جريمة الاغتصاب:

٢ – تعتبر جريمة الاغتصاب تجسيداً واضحاً في القانون العقابي للتناقض بين مبدأين مهمين: **أحدهما** يتمثل في قرينة البراءة وما يستلزمه ذلك من ضرورة تقديم أدلة إثبات أركان الجريمة **وثانيهما** يتعلق بضرورة حماية الضحايا المحتملين للاغتصاب وضبط مرتكبيها ومعاقبتهم. وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم التي قد لا يتم الإبلاغ عنها في العديد من الحالات بسبب ما تمثله القضية ذاتها من آلام نفسية للضحية، ناتجة – ربما – من توابع الأسئلة والاستجوابات التي تتعرض لها، وخاصة فيما يرتبط بعلاقاتها الجنسية السابقة مع المتهم أو حتى مع غيره من الأشخاص، فضلاً عن الشعور بالخزي والعار، والآثار العائلية السلبية التي قد تنتج عن كشف أمر الاغتصاب. ومن ثم تحظى جريمة الاغتصاب بأهمية لا يجادل فيها أحد سواء على المستوى الفردي أو الاجتماعي أو القانوني أو الأسري أو حتى الإنساني. **وتعتبر هذه الأهمية**

(١) راجع في تأييد تسمية الاغتصاب: محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٧٧٧، هامش رقم ١.

السبب المباشر في اختيارنا لهذا الموضوع. فجريمة الاغتصاب تكتسي أهمية خاصة تنبع ليس من خطورتها فقط، وإنما أيضاً بسبب التطورات المتتالية التي تشهدها المجتمعات المختلفة على المستوى الأخلاقي سواء بين الدول بعضها البعض، أو حتى داخل ذات الدولة من منطقة إلى أخرى حسب التنوع الثقافي والديني والأخلاقي والعرفي.

أولاً – خطورة فعل الاغتصاب:

مكمن الخطورة الشديدة للاغتصاب هو أنها جريمة تطوي بين جناحيها نوعين من الاعتداء:

٣ – الأول يشمل العنف المادي والمعنوي، أو حتى ما يستوي به من سلوكيات كالغش والخداع والمباغتة. وهذا النوع من العنف يصل في جسامته إلى أقصى الدرجات عندما يفضي الأمر إلى وفاة المجنى عليها التي قد تدافع عن شرفها وعرضها حتى وإن كلفها الأمر حياتها ثمناً لذلك. ومن ثم فقد اتجهت بعض الدول – مثل كندا – إلى إلغاء جريمة الاغتصاب وإحلال جريمة الاعتداء الجنسي باعتبار أن الجريمة الملغاة ما هي في حقيقة أمرها إلّا عنف ضد المجني عليهم. ولقد جاءت نصوص القانون الإيطالي الجديد رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٦ لتلغي أيضاً مفهوم الاغتصاب بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح لتفتح المجال لمفهوم آخر أكثر اتساعاً، هو العنف الجنسي "violence sexuelle" الذي يشمل جميع الاعتداءات الجنسية.

٤ – النوع الثاني من الاعتداءات يشمل الاعتداء على العرض وعلى الحرية الجنسية، وما أفدح هذا الاعتداء في المجتمعات الشرقية التي مازالت تحافظ على العرض كقيمة وفضيلة وواجب ديني. ويترتب على الاعتداء على العرض في شكل الاغتصاب العديد من الأضرار الأخرى التي لا تقل في جسامتها عن الاعتداء ذاته مثل: التدمير النفسي للضحية، والمشكلات الأسرية التي قد تنتج عن ذلك، واحتمال كشف التحقيقات عن علاقات جنسية للمجني عليها قبل الاعتداء. وهو ما قد يدفع العديد من الضحايا لتجنب الإبلاغ عن

الجريمة خوفاً من التداعيات المباشرة وغير المباشرة لهذا الأمر، وخاصة فيما يتعلق بسمعتها واستقرار حياتها الأسرية(١).

ثانياً – التطور الأخلاقي:

٥ – يختلف **المفهوم القانوني** للعرض بحسب التدخل التشريعي بالتجريم إذا ما كان قائماً على اعتبارات دينية أم اجتماعية. فإذا كان الدين هو أساس الفلسفة التشريعية فغالباً ما يتطابق المفهوم القانوني للعرض مع المفهوم الديني له، وقد حدث ذلك في المجتمعات الأوروبية تحت لواء القانون الكنسي حتى القرن الثامن عشر، وأيضاً في عهد الخلافة الإسلامية. أما إذا كان التنظيم التشريعي للعرض مؤسس على اعتبارات اجتماعية فغالباً ما تحدث الهوة فيما بين المفهوم الديني والقانوني للعرض(٢).

٦ – في الحقيقة إن المفهوم القانوني للعرض يختلف عن مفهومه الديني والاجتماعي؛ ذلك أن المشرع لم يضع نصب عينيه عند التدخل بالتنظيم للعرض حماية الفضيلة وطهارة العرض وعدم اختلاط الأنساب وفقاً للمفهوم الديني أو الاجتماعي، وإنما كان باعث المشرع في تأسيس فلسفته التشريعية هو حماية الحرية الجنسية للأفراد.

"La protection de la liberté sexuelle des individus"

٧ – وعلى هذا فالفعل يمثل اعتداءً على العرض، ومن ثم يعد جريمة إذا كان ينطوي على اعتداء على حرية الغير الجنسية أو خروجاً على القيود الموضوعة لها(٣). فالمشرع يتدخل بتجريم كل فعل يؤدي إلى الاعتداء على

---

(١) وتقدر (جمعية مناهضة اغتصاب النساء) أن ٣٥ حالة امرأة في أمريكا تلتزم الصمت مقابل حالة واحدة يبلغ عنها. انظر هذه الإحصائيات على الموقع التالي على شبكة الإنترنت: http://alfdhgela.com/vb/showthread/php?t=23558.

(٢) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة الصحافة، الطبعة الثانية، الإسكندرية، سنة ١٩٨٩، ص ٧٢٤.

(٣) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص٥٢٦، محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٠.

الحرية الجنسية وما عدا ذلك فهو يخرج من الإطار التنظيمي القانوني. وعلى ذلك فأي عمل جنسي يتم برضاء يعتد به قانوناً بين غير متزوجين وفي غير علانية لا يعد مجرماً؛ لأنه لا يعد اعتداءً على الحرية الجنسية لأحد.

٨ – **ويعتبر التعويل على الحرية الجنسية للأشخاص فقط كأساس للفلسفة التشريعية في تنظيم العرض أمراً منتقداً**؛ لأنه لا يؤدي إلى تحقيق الحماية الكاملة للأمن والسلام الاجتماعيين. فحماية القانون للحرية الجنسية للأشخاص لا يعني توفير الحماية الكاملة للحق في العرض وفقاً لمفهومه الديني أو الاجتماعي؛ حيث تبقى فجوة قائمة دون تدخل تشريعي لتنظيمها.

٩ – **فالحرية الجنسية أمر نسبي يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان والعرف ولكن المفهوم الأخلاقي للعرض أمر ثابت بسبب رسوخ الأساس الذي بني عليه** والمستوحى من الدين والمثل الأخلاقية العليا. ويترتب على ذلك ثبات القواعد القانونية التي تنظم وتحمي العرض إذا اتحدت دائرة التجريم القانوني مع دائرة التجريم الأخلاقي والديني، بعكس الحال فيما لو استند التجريم فقط لحماية الحرية الجنسية كأساس لتدخل النصوص القانونية؛ لأن هذه الحرية تتغير باستمرار بحسب الأشخاص والمكان والزمان، وهو ما يجعلنا ندخل في التساؤل الآتي: أكان على القانون أن يستجيب لكل ما هو جديد ويكيف نفسه وفقاً للمفهوم السائد للعرض، أم أن هذا الأخير هو الذي يجب عليه اتباع قواعد القانون والسير في فلكها؟[١].

---

(١) ولقد ذهب الفقيه القانوني الفرنسي الكبير François TERRE (Le droit et les moeurs, Le Figaro du 9 avril 1997) إلى الاعتراض على صياغة استخدمها وزير العدل الفرنسي مراراً وتكراراً، مفادها أن القانون يجب أن يتبع الأخلاق، وفي عبارة أخرى يجب أن يكيف القانون وفقاً للأخلاق (Adapter le droit aux moeurs)، وإنما العكس هو الذي يجب أن يتبع: أفبازدياد نسبة الإجرام أم أن حاجز الأخلاق أصبح أكثر اتساعاً وتسامحاً يعطى المشرع حق أو واجب السماح بهذا الإجرام؟ انظر في هذا الأمر بالتفصيل من وجهة النظر الفلسفية والاجتماعية والقانونية:
Raymond BOUDON, Penser la relation entre le droit et les moeurs, Revue Internationale de Criminologie et de police technique et scientifique, 2002, p. 3.

١٠ – وخطورة هذا الفارق فيما بين دائرة التجريم استناداً إلى الحرية الجنسية والمفهوم الأخلاقي للعرض هو عدم تناسب رد فعل القانون مع رد فعل المجتمع إزاء بعض التصرفات الجنسية غير المشروعة خلقياً ودينياً وإن كانت لا تمثل جريمة لعدم اعتدائها على الحرية الجنسية. وغالباً ما نرى أن رد الفعل الاجتماعي قد يتمخض عن محاولة الأشخاص "غسل عارهم" بأيديهم بسبب صمت القانون أو عدم كفاية رد فعله. ولهذا فإنه من الأوفق أن يكون التنظيم التشريعي للعرض أقرب ما يكون إلى المفهوم الأخلاقي والديني للعرض وليس مقتصراً فقط على حماية الحرية الجنسية للأفراد.

ولا ينعكس تأثير هذا التطور الأخلاقي على فعل الاغتصاب ذاته فقط وإنما على أطراف الجريمة أيضاً.

أ – تنوع سلوكيات فعل الاغتصاب.

١١ – فتطور الحرية الفردية وما يستتبعه ذلك من مطالبات بحرية الفرد في التصرف في غريزته الجنسية قد أدى إلى بعض السلوكيات والوقائع التي خرجت عن إطار التجريم التقليدي للاغتصاب، وأضحى معها التساؤل مطروحاً عن مدى ملاءمة أو ضرورة اعتبارها من قبيل الاغتصاب أم لا. فالإيلاج الفموي أو الشرجي أو حتى إدخال أي شيء آخر (غير العضو الذكري) في فرج المرأة، أيعتبر من قبيل الاغتصاب أم لا؟ ولماذا؟ على عكس المشرع المصري، فقد تدخلت العديد من الدول الأوروبية بتعديل تشريعاتها في هذا الشأن لتكون منسجمة مع الأساس القانوني للتدخل التجريمي وهو حماية الحرية الجنسية للأفراد. فنستعرض بالدراسة والتحليل موقف هذه التشريعات، وخاصة في فرنسا وبلجيكا وإسبانيا والنمسا والدانمرك وإيطاليا والولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا وويلز وغيرها من التشريعات الأخرى لتقييم مواقفها القانونية واستخلاص النتائج ومدى إمكانية الاستفادة منها في القانون المصري وغيره من القوانين التي تسير على دربه في هذا الصدد. ومن الواضح من تعداد هذه التشريعات محل الدراسة أن بعضها ينتمي في أصوله القانونية إلى المدرسة اللاتينية، وبعضها الآخر إلى الفكر الأنجلوسكسوني، وهو ما قد يثري هذه

الدراسة في الحلول التي انتهت إليها، وهو ما يهمنا في المقام الأول بغض النظر عن اختلاف أو تشابه الأسس القانونية والفلسفية التي قد تفصل إحدى هذه المدارس عن نظيرتها.

ب – تنوع أطراف الاغتصاب.

١٢ – يرتبط المفهوم التقليدي للاغتصاب بتصور الرجل جانياً وفاعلاً لهذه الجريمة، في حين أن الأنثى لا تكون إلّا مجنياً عليها. ولكن المفهوم المعاصر لهذه الجريمة لا يتوقف عند هذا التصور الأحادي بل يرى أن الاغتصاب قد يرتكب من رجل على امرأة أو العكس.

إشكالية الدراسة (سبب اختيار الموضوع)

١٣ – لا يرجع تسليط ضوء هذه الدراسة على جريمة الاغتصاب إلى خطورتها فقط، وإنما أيضاً إلى العديد من التطورات التي استلزمت طرح بعض الموضوعات للدراسة واستظهار دورها في السياسة التشريعية لمواجهة الاغتصاب. فهل يوجد اهتمام بالضحايا موضوعياً وإجرائياً ونفسياً واجتماعياً؟ أيكفي لردع المجرمين الجنسيين وجود عقوبة مغلظة أم يلزم العديد من الإجراءات الأخرى القضائية والعلاجية التي تتابع حالة المجرم حتى بعد خروجه من السجن لمنع عودته مرة أخرى للجريمة؟ أمن سياسة تشريعية خاصة بإغتصاب الأحداث أم أن الأمر لا يعالج إلّا من خلال النصوص التقليدية التي تنطبق على الجميع (كباراً وصغاراً)؟ وما تأثير صغر سن المجني عليه على رضائه بفعل المعاشرة الجنسية؟ أيعتبر صغر السن قرينة على عدم الاعتداد بالرضاء أم لا، وما شروط ذلك؟ وما الموقف مما يثار حالياً في بعض الدول من تعديل تشريعاتها لتسمح بمساءلة الزوج عن اغتصاب زوجته؟

١٤ – كل هذه التساؤلات يتم طرحها على بساط البحث من خلال دراسة التشريعات المقارنة والتطبيقات القضائية والاجتهادات الفقهية بواسطة منهج تحليلي تأصيلي للوصول إلى تقييم الوضع القانوني المصري في معالجته

لجريمة الاغتصاب واستخلاص النتائج التي قد تفيد في إرساء أسس قوية لمواجهة هذا النوع من الاعتداءات الخطيرة.

خطة الدراسة وتقسيمها:

١٥ – قد تؤسس الخطة استناداً للتقسيم التقليدي لمكونات جريمة المواقعة، فندرس التطورات التي طرأت على الركن المادي، ثم تلك التي حدثت للركن المعنوي. وقد تستند إلى المجني عليه في هذه الجريمة، فنقوم بدراسة مواقعة المرأة من ناحية، ومواقعة غير المرأة من ناحية أخرى (الرجل أو الطفل). ومع ذلك فمن الأفضل الاعتماد على خطة تنبثق من أسس تعكس بطريقة أكثر وضوحاً الهدف من هذه الدراسة وهو التطورات القانونية والقضائية التي لحقت بمفهوم المواقعة ذاته، فنتحدث عن المفهوم التقليدي للمواقعة والمفهوم الحديث لها، وهو ما يمكن أن تؤديه الخطة القائمة على تقسيم هذه الدراسة إلى اغتصاب البالغين من ناحية واغتصاب الأحداث من ناحية أخرى. وتمتاز هذه الخطة بتسليط الضوء على التطورات التي لحقت بتجريم الاغتصاب من ناحية (اغتصاب البالغين) والقصور التشريعي الذي قد تعانيه بعض القوانين، ومنها القانون المصري من ناحية أخرى (اغتصاب الأحداث). ويقصد بالأشخاص البالغين هنا من بلغوا سن الأهلية "الجنسية"؛ أي السن التي إذا وصل إليها الشخص يمكن الاعتداد بإرادته ورضائه ببعض التصرفات الجنسية وفقاً للضوابط القانونية في هذا الشأن. ومعنى ذلك بمفهوم المخالفة أن تصرف الشخص في غريزته الجنسية قبل بلوغ هذه السن (التي قد تختلف من دولة إلى أخرى بحسب السياسة التشريعية) لا يعتد به قانوناً ويسمى حدثاً أو طفلاً. وعلى ذلك فتقسم هذه الدراسة إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: تطور مفهوم اغتصاب البالغين.

الفصل الثاني: تطور مفهوم اغتصاب الأحداث.

الفصل الأول
تطور مفهوم اغتصاب البالغين

تمهيد وتقسيم:

الاهتمام بمكافحة الاغتصاب:

١٦ – في الحقيقة إن هذا النوع من الجرائم ينطوي على تهديد خطير للحريات في المجتمعات الحديثة، خاصة في ظل تيارات "التحرر الجنسي" التي بدأت في أوروبا وأضحت تغزو سائر المجتمعات الأخرى، وساعد على ذلك تيار العولمة الذي في طريقه لإذابة الحدود والحواجز بين الدول. ولذلك بدأت معظم التشريعات العقابية الاهتمام بوضع حلول جذرية لمقاومة هذه الجرائم ليس بتشديد العقوبة فقط (كما يحدث في الغالب) وإنما في كل ما يتعلق بمكافحة هذه الجرائم أيضاً بداية من كيفية التعامل مع الضحايا ورعايتهم صحياً ونفسياً وقانونياً[١] ومروراً بتحديد نظم علاجية للمتهمين في هذه الجرائم ووضع المعاملة العقابية المناسبة لحالتهم، وانتهاءً بمتابعة الجاني حتى بعد خروجه من المؤسسة العقابية. ومن الأمثلة الواضحة على هذا الاهتمام بمقاومة الجرائم الجنسية القانون الفرنسي والقانون الألماني. فهذا الأخير يحتوي على ثلاث طوائف من الجرائم الجنسية: الطائفة الأولى تخص هتك العرض والاغتصاب. أما الطائفة الثانية فتحتوي على الاعتداءات الجنسية الواقعة على الأطفال الذين لم يتجاوزوا أربع عشرة سنة والأشخاص الموجودين في موقف ضعف. والطائفة الثالثة تشمل الاستعراض الجنسي والفعل الفاضح العلني والتعديلات التي أتى

(١) Xavier PIN, Les victimes d'infractions sexuelles dans le procès pénal, Revue pénitentiaire et de droit pénal 2002, p. 687; Yves CHAROENEL, Prevention et repression des infractions sexuelles et protection des mineurs, D. 2000, interview, p. V.

بها القانون الألماني الصادر في ٢٦ يناير ١٩٩٨، الخاص بمقاومة الجرائم الجنسية والجرائم الأخرى الخطيرة تسير في هذا الاتجاه نفسه(١).

١٧ – وفضلاً عن تنوع السياسة التشريعية وشمولها لمواجهة جرائم الاغتصاب، فإن فعالية هذه السياسة تكتسب بعداً جديداً في ظل تطوير المفهوم القانوني للاغتصاب ليس على مستوى أفعال الاغتصاب وأشخاصهم فقط، وإنما أيضاً من خلال التوسع القانوني والقضائي في ركن انعدام رضاء ضحية الاغتصاب. ومن ثم ينقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: التطورات المتعلقة بأشخاص الاغتصاب.

المبحث الثاني: التطورات المتعلقة بأفعال الاغتصاب.

المبحث الثالث: التطورات المتعلقة بانعدام الرضاء.

---

(١) ولقد أوجب هذا القانون بعض الإجراءات التي يجب أن تطبق على المجرم الجنسي وخاصة فيما يتعلق بالإفراج الشرطي على النحو التالي:

١ – **الخضوع للفحص المسبق للإفراج الشرطي**، فعلى النمط نفسه المأخوذ به في فرنسا منذ القانون الصادر في الأول من يناير سنة ١٩٩٤ يجب أن يخضع لهذا الفحص كل محبوس في جريمة ذات طبيعة جنسية قبل الإفراج الشرطي عنه إذا كانت احتمالات عودته للإجرام كبيرة.

٢ – **رقابة تصرفات المجرم الجنسي المفرج عنه**، حيث تفرض عليه العديد من إجراءات الرقابة، ويمكن أن يتم ذلك منذ الإدانة الأولى إذا كانت تشمل الحبس لمدة تزيد على ستة شهور. فمن الآن فصاعداً تستطيع المحكمة النطق بهذا الإجراء بطريقة غير محددة في حين أن هذه المدة ينبغي أن تكون محددة بين عامين وخمسة أعوام على أقصى تقدير بالنسبة للجرائم الأخرى (غير الجنسية).

٣ – **تطبيق نظام الحراسة الأمنية كتدبير احترازي في حالة العود** للجريمة إذا كان قد سبق الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية تزيد على عامين، وقبل هذا القانون الجديد كان يشترط سبق إدانة الجاني بعقوبتين سالبتين للحرية.

٤ – **التسجيل لمدة أطول في صحيفة السوابق القضائية.**

٥ – **التزام بالخضوع للعلاج في بعض المراكز المتخصصة.**

المبحث الأول
التطورات المتعلقة بأشخاص الاغتصاب

١٨ – لم يكن لنا (ولا لغيرنا) أن يتناول بمجرد الدراسة ما يسمى بالتطورات المتعلقة بأشخاص الاغتصاب لو التزمت التشريعات العقابية المختلفة بالقواعد الدينية والأخلاقية ومنطق الطبيعة فيما يتعلق بالعلاقة الجنسية الطبيعية التي هي وسيلة البشر في التناسل والتكاثر وعمارة الأرض. فالمفهوم التقليدي للاغتصاب يحصر نطاقه في إجبار الرجل للمرأة على علاقة جنسية غير مشروعة، وهو الذي مازال يتبناه القانون المصري وغيره من القوانين الأخرى أيضا. وهنا لا يكون المسؤول عن الاغتصاب إلّا رجلاً، والمجنى عليها أنثى. ولكن مع تنامي دعوات المساواة بين الرجل والمرأة وخاصة في حماية الحرية الجنسية بدا في الأفق أن المسؤولية ليست مسؤولية المرأة فقط عن جريمة الاغتصاب (المطلب الأول)، وإنما مسؤولية أحد الزوجين أيضاً عن هذه الجريمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول
مدى مسؤولية الأنثى عن جريمة الاغتصاب

١٩ – على الرغم من بعض الصعوبات التي قد تطفو على السطح فيما يتعلق بأطراف جريمة الاغتصاب، والمترتبة على السياسة التشريعية المعتمدة لمواجهة هذه النوعية من الجرائم، فإن التطبيقات القضائية في بعض الدول الغربية تذهب بعيداً في التوسع في هذا الصدد حتى ولو لم يكن المشرع العقابي قد تدخل صراحة لحسم الأمور بعد.

الفرع الأول
ارتباط مسؤولية الأنثى عن الاغتصاب بالتدخل التشريعي

٢٠ – لا يوجد أدنى شك في معظم التشريعات ومنها – بطبيعة الحال – التشريعان المصري والفرنسي أن الرجل الذي يفرض على امرأة علاقة جنسية يسأل عن جريمة اغتصاب، ولكن التساؤل يثار حول الفرض العكسي؛ أي عندما

تفرض المرأة علاقة جنسية على الرجل، فهل تسأل عن الجريمة ذاتها كفاعلة أصلية؟

أولاً – بالنسبة إلى القانون المصري:

٢١ – لا تكون الإجابة إلّا بالنفي في وضعه الحالي؛ لأن الأمر يتعلق بالتجريم ومن ثم فلا يجوز التوسع في تفسير النص أو القياس عليه. وفقاً للقانون المصري، فإن المواقعة التي تقوم بها جريمة الاغتصاب تتم بين رجل وامرأة. وتفترض هذه الجريمة أن الرجل هو الطرف الإيجابي في المواقعة والجاني، في حين أن المرأة هي الطرف السلبي والمجني عليه. ويترتب على ذلك أن الركن المادي لجريمة الاغتصاب لا يتوافر إذا حدث اتصال جنسي غير طبيعي بين شخصين من الجنس ذاته، فأي علاقة جنسية بين رجلين أو بين امرأتين لا تعد اغتصاباً حتى لو تمت من دون رضاء، وإنما قد تشكل جناية هتك عرض[١] إذا حدثت بالقوة أو فعل فاضح علني إذا كان الفعل قد تم بالرضاء ولكن في علانية، بل قد لا يشكل أي جريمة إذا تم بالرضا الصحيح وفي غير علانية.

٢٢ – وبحسب تحديد مفهوم المواقعة بأنها الاتصال الجنسي الطبيعي الواقع من الرجل على المرأة فإنه يترتب على ذلك أيضاً **أن جريمة الاغتصاب لا يتصور حدوثها إلا من رجل ضد امرأة**، فإذا أكرهت امرأة رجلاً على الاتصال بها جنسياً فلا يعد ذلك اغتصاباً وإنما هتك عرض. وفي أثناء الإعداد لطباعة هذا

(١) وفيما يتعلق باللواط في القانون الفرنسي (أي الممارسة الجنسية التي تتم بين الذكور) "La sodomie"، والذي لم يكن يشكل حتى عهد قريب سوى هتك عرض، فإن القضاء الفرنسي حكم باعتباره اغتصاباً إذا تم فرضه بالعنف، الإكراه، التهديد أو المفاجأة، أياً كان جنس المجني عليه:
Crim. 21 avr. 1982, Bull. no 99; R.S.C. 1983, p. 85, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 4 juin 1982, Bull. no 148; R.S.C. 1983, p. 269, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 24 juin 1987, Bull. no 265; R.S.C 1988, p. 203, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 27 avr. 1994, Bull. no 157; Crim. 3 mars 1997, Juris-Data no 002438.

البحث، أصدر المجلس الأعلى للقوات المسلحة قراراً بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات، يتضمن تشديداً للعقوبات المقررة على الاعتداءات الجنسية، وخاصة الاغتصاب. وكنا نأمل أن يتم تعديل مفهوم جريمة الاغتصاب أيضاً؛ ليتسع في مفهومه من حيث أطراف العلاقة الجنسية ليتضمن "كل من واقع شخصاً بغير رضاه..."؛ بحيث يشمل الأمر الأنثى والذكر على سواء؛ لأن الحرية الجنسية محل الحماية كما تكون للأنثى، تكون للذكر أيضاً، وجديرة بالحماية(١).

٢٣ – ومع ذلك فلا تشذ جريمة الاغتصاب عن الجرائم الأخرى في الخضوع للقواعد العامة للمساهمة الجنائية، حيث يتصور تعدد الفاعلين أو الشركاء للمساهمة في إتمام المواقعة. فجريمة الاغتصاب تقوم بمواقعه أنثى بغير رضاها، ومن ثم فإن كل من أتى فعلاً من أجل انعدام رضاء المجني عليها أو شل مقاومتها بالقوة أو التهديد يكون مساهماً مع من باشر الاتصال الجنسي في ارتكاب جريمة الاغتصاب سواء بوصفه فاعلاً أو شريكاً. وإذا كانت المرأة لا يتصور منها أنها قد ترتكب فعل المواقعة المشكل لجريمة الاغتصاب، فإنها قد تقوم بالفعل المعدم لإرادة المجني عليها، ومن ثم فتكون فاعله مع الجاني من تقوم بشل حركة المجني عليها لكي يتمكن الرجل من إتمام المواقعة، ومن المتصور كذلك أن تكون المرأة فاعلة معنوية لجريمة الاغتصاب، كما لو قامت مثلاً بإغراء مجنون باغتصاب المجني عليها(٢).

---

(١) المرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠١١، ويقضي بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

المادة الأولى: يستبدل بنصوص المواد أرقام (٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٦٩ مكرر، ٢٨٨، ٢٨٩، ٣٠٦ مكرر "أ" من قانون العقوبات النصوص الآتية:

مادة (٢٦٧): من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد ويعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجني عليها لم يبلغ سنها ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجر عندها أو عند من تقدم ذكرهم أو تعدد الفاعلون للجريمة. انظر في هذا التعديل:

http://www.youm7.com/News.asp?NewsID = 381397

(٢) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٣٣.

ثانياً – بالنسبة إلى القانون الكندي:

٢٤ – فحتى التعديل الذي تم في سنة ١٩٨٢ كان التقنين العقابي الكندي يعاقب جريمة الاغتصاب التي كانت تشترط وجود أدلة إثبات عن قيام رجل بمباشرة علاقة جنسية مع امرأة، غير زوجته، بالقوة؛ وكان معاقباً عليها بالحبس المؤبد. أي أنه كان يتطابق مع المفهوم الضيق للاغتصاب الذي مازال يتبناه القانون المصري. وعند تبني القانون C-127 ألغى البرلمان جريمة الاغتصاب واضعاً مكانها جرائم الاعتداء الجنسي. ولقد تمثلت أحد الأهداف الرئيسية لهذا التعديل في زيادة التركيز على أنه، على الرغم من طبيعتها الجنسية، فإن جريمة الاغتصاب تشكل بصفة أساسية جناية عنف مرتكب ضد النساء في الغالب. وقد أنشأ التعديل ثلاث فئات من الاعتداءات الجنسية؛ **أولاً: الاعتداء الجنسي البسيط** (ترويض جنسي أو علاقات جنسية من دون رضاء) ويعاقب عليها بالسجن الذي لا يتجاوز ١٠ سنوات. **ثانياً: الاعتداء الجنسي المسلح أو بالتهديد بالعنف**، ويعاقب عليه بالسجن الذي لا يتجاوز ١٤ سنة. **ثالثاً: الاعتداء الجنسي الخطير**، الذي ينتج عنه جرح المجني عليه أو تشويهه، ويعاقب عليها بالسجن المؤبد. وألغى البرلمان العديد من القيود التي من أهمها: ١– التمييز بين الرجل والمرأة كأطراف لهذه الجريمة التي كان يترتب عليها أن الرجال فقط من يرتكبون جريمة الاغتصاب، ولكن الاعتداء الجنسي يمكن ارتكابه بواسطة رجل أو امرأة. ٢– كما ألغى أيضاً الإعفاء من العقاب للأزواج مما يترتب عليه ضرورة أن تكون العلاقات الجنسية بين الطرفين رضائية. ٣– عدم اقتضاء دليل الإيلاج الجنسي، وهو ما قد يترتب عليه أن التأخير في الإبلاغ عن الجريمة في الساعات التي تلي ارتكابها أو حتى في اليوم التالي لم يعد عقبة أو سبباً لعدم كفاية الأدلة. فقد تم إلغاء الشرط المتعارف عليه فقهياً بالشكوى الحالة؛ بمعنى أن الامتناع عن الإبلاغ عن الجريمة خلال أول فرصة معقولة تتاح أمام المجني عليه (عليها) لم تعد تؤثر سلباً[١]. خلاصة الأمر بالنسبة لموقف

(١) A. MARGARET, A. SOMERVILLE, Agression sexuelle, se trouvant sur le site internet suivant:
http://www.tgecanadianencyclopedia.com/indes.cfm?PgNm=TCE&Params=-f1ARTf0007308

القانون الكندي من أشخاص الاعتداء الجنسي (الذي حل محل الاغتصاب بعد إلغائه) هو أن إمكانية المسؤولية الجنائية ليس فقط للمرأة (مثل الرجل) وإنما أيضاً لأحد الزوجين إذا أجبر زوجه على علاقة جنسية.

ثالثاً – فيما يتعلق بالقانون الفرنسي:

٢٥ – فمن الواضح أن رغبة معدي قانون سنة ١٩٨٠ لم تكن محل شك في الرد بالإيجاب على هذا التساؤل، ومع ذلك فإن عدم دقة صياغة النص التجريمي يفتح الباب أمام التساؤل مرة أخرى عن الوصف القانوني لمسؤولية المرأة. فالنص القانوني الذي يعرّف الاغتصاب يشير إلى أنه كل فعل إيلاج جنسي يتم "على sur" شخص الغير. ومن ثم فإن بعض الأسباب المنبثقة من طبيعة العلاقة الجنسية، وأيضاً لأسباب نحوية مأخوذة أيضاً من قاعدة التفسير الدقيق للقانون العقابي يرجح عدم مسؤولية المرأة عن الاغتصاب إذا أجبرت رجلاً على معاشرتها جنسياً؛ لأن فعل الإدخال الجنسي هنا لا يتم "على" شخص الغير، أي أن الرجل حتى ولو كان مجبراً على العلاقة الجنسية فإن هذه الأخيرة لا تتم عليه وإنما بواسطته، بما يعني أنه طرف إيجابي في العلاقة حتى ولو لم يكن راضياً بها، وهو ما قد يؤدي إلى نتائج عكس ما يهدف إليه النص. ولذلك فقد يبدو منطقياً أن تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى عدم تحقق الاغتصاب في العلاقات الجنسية المفروضة على رجل بواسطة والدة زوجته. فاستناداً إلى مبدأ التفسير الدقيق للقانون العقابي ترى الغرفة الجنائية لمحكمة النقض أن جريمة الاغتصاب لا تتحقق إلّا إذا قام الجاني بالإدخال الجنسي على شخص الضحية[١]. وهو ما قد يبدو لجانب من الفقه صحيحاً من الناحية القانونية حتى ولو كان يؤسف له اجتماعياً؛ لأنه سيؤدي إلى اختلاف الوصف القانوني والعقوبة – باختلاف جنس الجاني – عن الفعل نفسه؛ حيث سيسأل الرجل عن اغتصاب ويعاقب بالسجن لمدة لا تزيد على ١٥ سنة، إذا فرض

(١) Crim. 21 oct. 1998, D. 1999, p. 75, note Y. MAYAUD.

علاقة جنسية على أنثى، في حين أن المرأة ستسأل عن اعتداء جنسي وعقوبة لا تجاوز خمس سنوات.

الفرع الثاني
التوسع القضائي في مسؤولية المرأة كنتيجة لتطور مفهوم الاغتصاب

٢٦ – إذا كان التوسع النصي الذي رسمه المشرع الفرنسي لجريمة الاغتصاب قد زاد من نطاقها على نحو كبير، فإن التنوع والشذوذ، والغرابة التي تسيطر على بعض تصرفات الأفراد وسلوكياتهم في الأمور الجنسية تقود القضاء إلى وضع بعض الضوابط التي يحاول من خلالها أن يدور في فلك النص القانوني من ناحية، ومواكبة تعدد وتنوع تصرفات الأفراد من ناحية أخرى. ولقد كان من الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى تعدد التدخلات القضائية، واختلافها أحياناً من حالة إلى أخرى، بل في حالات متشابهة تماماً قد تغير محكمة النقض من نهجها تجنباً لنقد فقهي سابق أو لسد ثغرات ارتأتها بعد محاولات سابقة من جانبها.

٢٧ – وفي إحدى القضايا – على سبيل المثال – قامت **فتاة** بمساعدة أخريات في دار للرعاية بضرب نزيل في هذه الدار، وحرقته بحديد مسخن لدرجة الاحمرار، ورسمت على جسده بواسطة إبر، وأدخلت في دبره قطعة خشبية مغطاة بواق ذكري، ثم أجبرته على أخذ هذه القطعة الخشبية في فمه وابتلاع الواقي الذكري، وفي النهاية أجبرته على المشي عرياناً في الثلوج قبل أن تسلبه متعلقاته الشخصية. وعلى الرغم من تنوع هذه الأفعال فإن الوصف القانوني الذي ينطبق عليها جميعاً يتمثل في الاغتصاب المشدد باعتبار أنها ارتكبت بتعدد الفاعلين ومقترنة بأعمال تعذيب وأعمال بربرية، وهو ما برر إحالة المتهمين لمحكمة جنايات الأحداث. ومع ذلك فقد طعن المتهمون على حكم غرفة الاتهام بالنقض معترضين على التكييف القانوني الخاص بالاغتصاب المشدد، وأن الأنسب هو تبني وصف هتك العرض بالعنف، أو السرقة المقترنة بأعمال تعذيب وأعمال بربرية.

٢٨ – وعلى الرغم من أنه سبق عدم اعتبار إدخال عصاه في فتحة شرج المجني عليه بمثابة جريمة اغتصاب؛ لأنه لا يتضمن أي خصائص جنسية، فإن القضاء قد عدل عن هذا النهج منذ صدور قانون سنة ١٩٨٠ الذي عدّل النص التجريمي، وخاصة اعتباره فعل الإيلاج الجنسي أياً كانت طبيعته "de quelque nature qu'il soit" وهو ما أعطى مفهوماً أكثر اتساعاً للاغتصاب من ذي قبل في ظل النصوص القانونية القديمة(١). ومن ثم لم يعد هناك أي نوع من الإيلاج الجنسي مستبعداً من إطار الاغتصاب(٢). فقد حكم – على سبيل المثال – باعتبار الإيلاج الفموي من قبيل الاغتصاب(٣). وكذلك الشأن بالنسبة للإيلاج في دبر(٤). وقضى أيضاً باعتباره من قبيل الاغتصاب أن يدخل الجاني أجساماً غريبة في فرج أو شرج المجني عليها(٥). ومع ذلك يبقى من الضروري وجود علاقة بين هذه الأفعال المادية والجنس، وهو ما أثاره الطاعنون على الحكم بادعائهم أن فعل الإيلاج الجنسي، حتى ولو كان ثابتاً مادياً لا يكفي لتكوين جريمة الاغتصاب مادام السلوك أو الحالة الذهنية لمرتكبه لا يأتي من هدف جنسي أو من تصميم نحو الفعل الجنسي. وعلى الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية لم تقبل هذا التحليل، فإن دراسة أسباب حكمها يوضح أيضاً ميلها نحوه، بل تكاد تأخذ به بطريقة غير مباشرة للأسباب التالية:

٢٩ – أولاً: في الواقعة التي نحن بصددها، أكدت محكمة النقض الفرنسية أن المتهمين أرادوا ارتكاب فعل ذي طبيعة جنسية للاعتداء على خصوصية

---

(١) Crim. 20 janv. 1982, Bull. No 23, (arret no 1); Crim. 4 juin 1982, Bull. No 148.

(٢) Crim. 29 nov. 1984, Bull. No 378.

(٣) Crim. 22 fevr. 1984, Bull. No 71; R.S.C. 1984, p. 743, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 9 juill. 1991, Bull. No 294; R.S.C. 1992, p. 755, obs. G. LEVASSEUR.

(٤) Crim. 24 juin 1987, Bull. No 265; R.S.C. 1988, p. 302, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 3 juill. 1991, Dr. pén. 1991, 314; R.S.C. 1992, p. 756, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 27 avr. 1994, Bull. No 157.

(٥) Crim. 24 juin 1987, Bull. No 265; Crim. 5 sept. 1990, Bull. No 313; D. 1991, p. 13, note H. ANGEVIN; JCP G 1991, II, 21629, note M.-L. RASSAT; Gaz. Pal. 1991, I, 58, note J.-P. DOUCET; R.S.C. 1991, p. 348, obs. G. LEVASSEUR.

المجني عليه الجنسية، وأن استخدام الواقي الذكري لتغطية قطعة الخشب كان واضح الدلالة في هذا الشأن. ومن ثم فإن قرار المحكمة هنا لا يستند إلى فعل الإيلاج فقط، وإنما أيضاً – وبصفة خاصة – إلى جميع الظروف الأخرى التي أحاطت به وسمحت بالإفصاح عن طبيعته واستخلاصها، وهو ما يشير في نهاية الأمر إلى استناد المحكمة العليا الفرنسية أيضاً إلى المعيار الغائي الذي اقترحه الطاعنون في طعنهم. ولقد كان للواقي الذكري دور كبير في استخلاص هدف الجناة في هذا الصدد من حيث إنه يفصح بوضوح عن طبيعة العمل المرتكب.

٣٠ – أما عن **السبب الثاني**، فيعود أيضاً إلى حكم سابق لمحكمة النقض الفرنسية في وقائع قريبة من الواقعة محل الدراسة ولكنها لم تدخل تحت وصف الاغتصاب(١). فقد استدرج متهمان المجني عليه إلى غابة وحاولا سلبه مبلغاً من المال، بعد أن أجبراه على نزع ثيابه، وربطا يديه ورجليه برباط الأحذية، ثم ضرباه وهدداه بالقتل، وأخيراً قاما بإدخال عصاه في دبره مرتين. تم إحالة الوقائع إلى المحكمة الجزئية تحت وصف شروع في سلب أموال، وهتك عرض بالقوة. أعلنت المحكمة عدم اختصاصها معتبرة أن سلوك الجناة يخضع للوصف القانوني الخاص بالاغتصاب، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف أيضاً. ولكن محكمة النقض رفضت ذلك وتبنت وصف الشروع في سلب الأموال المقترن بأعمال تعذيب وأعمال بربرية مع إغفال تام لوصف الاغتصاب.

٣١ – **خلاصة الأمر** بالنسبة إلى هذه الأحكام أنها تعكس توجهاً قضائياً لا يتفق مع المفهوم القانوني لجريمة الاغتصاب، وإذا تم تأكيد هذا التوجه فسيكون بمثابة فجوة كبيرة بين التطبيقات القضائية من ناحية، والتعريف القانوني للاغتصاب من ناحية أخرى(٢). وهو ما سيترتب عليه نتيجة غاية في الخطورة؛ لأن الطبيعة الجنسية للاغتصاب لن يتم تحديدها وفقاً للإيلاج، ولكن

(١) Crim. 9 dec. 1993, Bull. No 383; Dr. pen. 1994, chron. No 26, rapp. NIVOSE, et chron. 31, concl. PERFETI; D. 1995, somm. 138, obs. MALBRANCQ.

(٢) Y. MAYAUD, Du caractère sexuel du viol: vers un critère finaliste?, obs. sous Crim. 6 déc. 1995, R.S.C. 1996, p. 374.

تبعاً للظروف المصاحبة له والسابقة عليه التي ينبغى النظر إليها في مجملها لتقييم طبيعة الفعل وإذا ما كان جنسياً أم لا. ووفقاً لهذا التوجه سيصبح الهدف الجنسي من الفعل المرتكب هو المحور لمدى ملاءمة تكييف الاغتصاب، لدرجة أن فعل الإيلاج على الرغم من طبيعته الجنسية الواضحة لن يكون سوى قرينة على الاغتصاب يجب تأكيدها أو نفيها وفقاً لتقييم إجمالي للموقف(١).

٣٢ – وفي الحقيقة إنه إذا تم تأكيد هذا التوجه القضائي فسيترتب عليه نتيجتان غير قانونيتين: **الأولى**، وهي التضييق الشديد من النطاق الواسع الذي رسمه المشرع الفرنسي للاغتصاب والذي لا يتضمن أي تحديد أو تضييق لفعل الإيلاج، بل – بحسب نص القانون ذاته – فإن أي فعل إيلاج جنسي يعد اغتصاباً أياً كانت طبيعته. **النتيجة الثانية**، أن الحديث عن الهدف الجنسي من فعل الإيلاج يعد بمثابة خروج عن القواعد العامة والثابتة والخاصة بعدم تأثير الباعث على الوصف القانوني. فأن يهدف الجاني من فعله إشباع غريزته الجنسية، أو مجرد إذلال المجني عليها أو الانتقام منها أو من ذويها، فذلك يعد من قبيل البواعث الدافعة للسلوك ولا تدخل في التكوين القانوني للجريمة وإن جاز للقاضي فقط أن يسترشد بها في تقديره للعقوبة.

الخلاصة – إذن – في مدى مسؤولية الأنثى عن جريمة الاغتصاب أنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأمرين مهمين للغاية، يتحكمان في مدى وجودها من عدمه:

الأمر الأول يتعلق بفلسفة المساواة بين الرجل والمرأة، وهو يرتبط بمسؤولية المرأة هنا ارتباطاً مباشراً؛ لأن تبني هذه الفلسفة على نحو كامل يقود المشرع – بطبيعة الحال – إلى إسباغ حمايته على الذكر والأنثى إذا أجبر أحدهما الآخر على علاقة جنسية غير مشروعة دونما تفرقة بين الاثنين.

الأمر الثاني يرتبط بمسؤولية المرأة عن الاغتصاب ارتباطاً غير مباشر وهو يتعلق بمفهوم فعل الاغتصاب ذاته؛ بل توجد بينهما علاقة طردية؛ أي أنه

(١) Y. MAYAUD, Du caractère sexuel du viol: vers un critère finaliste?, obs précitées.

كلما زاد تطور مفهوم فعل الاغتصاب زاد معه نطاق مسؤولية المرأة عن هذه الجريمة، والعكس صحيح. ومع ذلك فإن الدهشة والاستغراب اللذين يصيبان البعض من إمكانية مساءلة المرأة عن جريمة الاغتصاب قد يتلاشيان عندما يثار الحديث عن مدى مسؤولية أحد الزوجين عن هذه الجريمة.

المطلب الثاني
مدى مسؤولية أحد الزوجين عن الاغتصاب

تمهيد وتقسيم:

المواقعة غير الشرعية:

٣٣ – المواقعة التي تكوّن الركن المادي للاغتصاب هي المواقعة غير الشرعية. والنظام الوحيد الذي يجيز الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة هو الزواج، فإذا أتى الرجل زوجته بالطريق الطبيعي فلا يعد الفعل اغتصاباً وإن أتمه دون رضاها؛ لأن الزواج يعطي للرجل هذا الحق(١).

٣٤ – ولكي يستفيد الزوج من حق الاستمتاع بزوجته يجب أن يكون الاتصال الجنسي قد تم في أثناء قيام علاقة الزواج(٢). ويأخذ حكم قيام هذه

(١) انظر مع ذلك التطبيقات القضائية الفرنسية التي تعتبر أن أفعال الإيلاج الجنسي الممارسة بين الأزواج يمكن أن تشكل جريمة اغتصاب أيضاً إذا تم فرضها بالعنف أو الإكراه:
Crim. 17 juill. 1984, Bull. no 260; D. 1985, p. 7, note D. MAYER; R.S.C 1985, p. 82, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 5 sept. 1990, Bull. no 313; J.C.P. 1991, éd. G., II, 21629, note M.-L. RASSAT; D. 1991, p. 13, note H. ANGEVIN; Gaz. Pal. 1991, 1, p. 58, note DOUCET; R.S.C. 1991, p. 348, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 11 juin 1992, Bull. no 232; J.C.P. 1993, éd. G., II, 22043, note Garé; D. 1993, somm. P. 13, obs. AZIBERT.

(٢) راجع أيضاً في هذا الشأن:
Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, L'éthique sexuelle en droit musulman et arabe. Cas de l'Egypte, passé, present et avenir, R.S.C. 1999, p. 49.

العلاقة فترة الطلاق الرجعي؛ حيث لا يرفع أحكام النكاح قبل مضي العدة، بل إن مواقعة الزوجة ولو كرهاً في أثناء العدة يعتبر مراجعة لها. فإذا أصبح الطلاق بائناً فإنه لا يحل لمن كان زوجاً أن يجامع مطلقته، فإذا أتاها رغماً عنها عد مرتكباً لجريمة الاغتصاب. وإذا كانت هذه الجريمة تقوم بعد انتهاء العلاقة الزوجية فإنها قد تقوم قبل نشأتها أيضاً، ولو كان ذلك في المراحل التمهيدية لها، كمن يواقع خطيبته بغير رضاها. بل تقوم جريمة الاغتصاب في أثناء قيام العلاقة الزوجية إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً وكان الزوج وحده يعلم بذلك، أما إذا كان الزوج لا يعلم فإن المواقعة تكون غير شرعية لفساد النكاح أو بطلانه ولكن لا يقع الاغتصاب لعدم توافر القصد الجنائي لدى الرجل.

٣٥ – وإذا كان من الثابت قانوناً ضرورة أن يكون الوطء غير مشروع حتى يسأل الجاني عن جريمة اغتصاب في القانون المصري، بما يستبعد الزوج بطبيعة الحال من دائرة هذا التجريم، إلّا أن الوضع في القانون الفرنسي قد شهد تطورات فقهية وقضائية انتهت بحسم الأمر على خلاف الوضع في مصر (الفرع الأول) على الرغم مما يستتبعه ذلك من بعض الآثار السلبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول
التطورات القضائية بشأن مسؤولية الزوج عن اغتصاب زوجته

٣٦ – نظراً لعدم تدخل المشرع الفرنسي صراحة بشأن إمكانية اللجوء إلى وصف الاغتصاب لتجريم العلاقة الجنسية التي يأتيها الزوج على زوجته دون رضائها، فقد تباينت الآراء وتعددت الاجتهادات القضائية في بداية الأمر حتى تمخض الأمر عن ميلاد الرأي النهائي بتطبيق هذا التجريم إذا توافرت شروطه بين المتزوجين. ولقد أظهر حكم لمحكمة النقض الفرنسية هذا التردد بوضوح في إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها في قيام زوج بمعاشرة زوجته الحامل بطرق عنيفة ومختلفة ومصحوبة بأعمال تعذيب وحشية ومهينة. أسبغت غرفة الاتهام وصف الاغتصاب المشدد وهتك العرض المشدد المقترن بأعمال بربرية وتعذيب. ثم تدخل المحامي العام ليضفي على الواقعة التكييف القانوني

الخاص بالضرب العمد الذي أفضى إلى عجز عن العمل لمدة لا تتجاوز ثمانية أيام مصحوبا بأعمال بربرية وتعذيب. ولجأ المحامي العام إلى محكمة النقض الفرنسية لحسم هذا التنازع في الأوصاف القانونية(١). وحتى نصل إلى تحليل وفهم للتطور القانوني الخاص بإعمال وصف الاغتصاب في العلاقة الجنسية من دون رضاء الزوج الآخر، يمكننا استعراض وجهة نظر اتخاذ الأوصاف القانونية الأخرى.

أولاً – وصف "العنف العمد":

٣٧ – لقد كان هذا الوصف هو المخرج التقليدي الذي تلجأ إليه النيابة العامة الفرنسية قبل صدور قانون ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٠، الذي حدد مفهوم جريمة الاغتصاب، وأضحى من بعده هذا الوصف غير مقبول لتلك الوقائع. فالأسباب التي حدت بالنيابة العامة قبل سنة ١٩٨٠ إلى استعمال وصف العنف في بعض حالات المعاشرة الجنسية بالعنف، كانت ترجع – بالدرجة الأولى – إلى أمرين:

أ – زيادة عدد القضايا وضغط العمل في مختلف النيابات:

٣٨ – ويحدث ضغط العمل بصفة خاصة في النيابات الموجودة في المدن؛ حيث كانت بعض النيابات تلاحق أفعال الاغتصاب تحت وصف العنف العمدي؛ أي بحذف الشق الجنسي للوقائع. ولم يكن الهدف من وراء ذلك – بطبيعة الحال – هو إخفاء الجريمة الجنسية، وإنما بهدف "تجنيح" الوقائع؛ أي تحويلها من جناية (الاغتصاب) إلى جنحة (العنف العمدي) على الرغم من انتقاد هذا الأمر بسبب إخفاء الخطورة الحقيقية للأفعال المرتكبة، وتغيير الحقيقة الإجرامية بسبب عدم ظهورها في الإحصاءات الرسمية(٢). وفي حقيقة الأمر أن النقد الموجه لموقف

(١) Crim. 5 sept 199o, Bull. No 313; D. 1991, p. 13, note H. ANGEVIN; JCP G 1991, II, 21629, note M.-L. RASSAT; Gaz. Pal. 1991, I, 58, note J.-P. DOUCET; R.S.C. 1991, p. 348, obs. G. LEVASSEUR.

(٢) M.-L. RASSAT. Obs. Sous Crim. 5 sept. 1990, JCP G 1991, II, 21629.

المحامى العام هنا لا يرجع فقط لإصراره على ما جرى عليه العمل قبل صدور قانون سنة ١٩٨٠ وإلغائه لذلك، وإنما أيضاً لأن الوصف القانوني الذي تبناه لا يؤدي إلى التجنيح، بل ستظل الوقائع في الإطار الجنائي بسبب توافر الظرف المشدد المصاحب لها والمتمثل في أعمال التعذيب الوحشية والأعمال البربرية.

ب – عدم تصور حدوث المواقعة بين الأزواج:

٣٩ – فكما سبق القول وذكرنا أن قانون سنة ١٩٨٠ لم يحسم المسألة صراحة، ولذلك فقد يكون تغيير الوصف القانوني على النحو الذي فعلته النيابة العامة من قبيل تجسيد اعتقاد البعض بطريقة غير مباشرة بعدم جواز وصف المعاشرة الجنسية من الزوج لزوجته بالاغتصاب حتى وإن كانت من دون رضاء، بل حتى وإن اقترن بها أعمال عنف وتعذيب وحشي.

ونظراً لعدم قانونية السبب الأول بعد تدخل قانون سنة ١٩٨٠، وعدم منطقية السبب الثاني، كان من الطبيعي أن تتدخل غرفة الاتهام بتغيير الوصف القانوني.

ثانياً – وصف الاغتصاب وهتك العرض:

٤٠ – لقد تبنت غرفة الاتهام الوصف القانوني للاغتصاب وهتك العرض بالقوة، وهو ما أثار أيضاً بعض الصعوبات القانونية وخاصة أنه يستبعد ظرف الأعمال البربرية وأعمال التعذيب وفقاً لقاعدة عدم جواز اعتبار الفعل نفسه كعنصر مكون للجريمة وظرف مشدد لذات الجريمة، أو من باب أولى لجريمة أخرى. فإذا كانت بعض أفعال العنف التي أتاها الزوج قد شكلت عنصراً تكوينياً لجريمة هتك العرض بالقوة، فإنه لا يجوز قانوناً الاستناد إلى ذات الأفعال كظرف مشدد، باعتبارها أعمالاً بربرية لهتك العرض أو الاغتصاب. ومن ثم فإن الوصف القانوني المناسب لهذه الوقائع يتمثل في جريمة الاغتصاب المشددة والمصحوبة بأعمال بربرية وتعذيب[١].

(١) M.-L. RASSAT, obs. précitées.

ثالثاً – موقف محكمة النقض:

٤١ – قبل صدور قانون سنة ١٩٨٠ كان الموقف القضائي من هذه المسألة يستند إلى التوفيق بين حكم لمحكمة النقض(١)، وبعض أحكام محاكم الاستئناف؛ التي مفادها أن الزوج لا يسأل عن جريمة الاغتصاب عندما ينصب فعله على إجبار زوجته على علاقات جنسية طبيعية، ولكنه يصبح مسؤولاً بمجرد أن يصاحب هذه العلاقات ظروف تجعلها استثنائية، فقد يسأل عن العنف المستخدم. ثم مع قدوم قانون سنة ١٩٨٠ بدا أن الموقف القضائي يجب أن يتغير على الرغم من أن النصوص القانونية لم تشر إلى مسألة الزواج، وتأثيرها على مسؤولية الزوج. بل إن الأعمال التحضيرية ذاتها قد تضمنت بعض الإيحاءات الخاصة بهذه المسألة، وكانت تميل إلى فكرة مشروعية العلاقات الجنسية المفروضة بين الزوجين(٢). ومن ثم فقد كان صمت القانون عن حسم هذه المسألة دافعاً للفقه إلى تجاذب الأمر في محاولة للوصول إلى نتيجة قانونية، ويمكننا تصنيف هذه الاجتهادات إلى اتجاهين:

١ – وجود المسؤولية:

٤٢ – فقد استند جانب من الفقه إلى الركن المادي للقول بتوافر المسؤولية نظراً لأن قانون سنة ١٩٨٠ قد توسع في نطاق ماديات الجريمة لتشمل أي فعل إيلاج جنسي أياً كانت طبيعته، يتم بين شخصين من دون رضاء أحدهما. ومن ثم لا يطبق النص فقط (كما كان عليه الوضع قبل سنة ١٩٨٠) على الفعل الجنسي المخالف للطبيعة، وإنما يشمل أيضاً العلاقة الجنسية الطبيعية بين الزوجين إذا أتاها أحدهما من دون رضاء الطرف الآخر(٣).

---

(١) Crim. 19 mars 1910, Bull. No 153.

(٢) J.O Sénat 28 juin 1978, p. 1843.

(٣) M. PUECH, D. 1981, Inf. Rap. 154 sous Grenoble ch, d'accusation 4 juin 1980; D. MAYER, note sous Crim. 17 juill. 1984, D. 1985, p. 7; v. également G. LEVASSEUR, Le problème du viol entre époux, obs. Sous le même arrêt précédent; M. VERON, Droit pénal spécial, 9 eme ed. Armand Colin, 2002, p. 55.

٢ – عدم قيام المسؤولية:

٤٣ – على عكس الفريق السابق، اتجه جانب آخر من الفقه إلى أن المسألة لم تحسم بصدد مسؤولية الزوج عن جريمة الاغتصاب إذا فرض على زوجته علاقة جنسية طبيعية[١]. وبرر رأيه مستنداً، ليس إلى الركن المادي للجريمة، كما فعل سابقه، وإنما يرى أن محور الارتكاز في حل الإشكالية ينبع من الركن المعنوي فقط، خاصة أن الاتجاه السابق يخلط بين الأفعال الجنسية التي يحكم عليها بأنها طبيعية أو غير طبيعية من الناحية القانونية، والأفعال الطبيعية أو غير الطبيعية بالنظر إلى الطبيعة. فالقانون لم يقل (بل ولا يستطيع ذلك لعدم اختصاصه) أنه وفقاً للطبيعة فإن كل فعل يتصل بالجنس هو أيضاً طبيعي أو غير طبيعي. ولكن حسم الأمر يكمن في الركن المعنوي للجريمة وليس في ركنها المادي. فلا يعترض أحد، وفقاً للمفهوم الواسع للجريمة منذ قانون سنة ١٩٨٠، أن أي علاقة جنسية طبيعية أو غير طبيعية تشكل ماديات جريمة الاغتصاب عندما يفرضها أحد الأزواج على زوجته، ولكن الذي يثير الصعوبات هنا هو الركن المعنوي للجريمة الذي يمكن اعتباره غير موجود في هذه الحالة[٢]. فجريمة الاغتصاب تقوم على فرض علاقات جنسية ضد إرادة من يبدو أنه ضحية لها. ولكن منطق الأمور يقضي بأن من يرضى بالزواج من شخص، يرضى في الوقت نفسه على مباشرة علاقات جنسية طبيعية معه خلال فترة استمرار عقد الزواج. ولا شك أن ذلك أمر طبيعي ومستخلص من طبيعة عقد الزواج ذاته، الذي يبطل إذا اشترط فيه عدم قيام هذه العلاقة. ومن ثم فإن الرضاء بالزواج، الذي يتضمن الرضاء المسبق بالعلاقات الجنسية بين الزوجين، يحول دون قيام جريمة الاغتصاب بينهم. ومع ذلك فإن هذا الأساس يجب ألا يؤخذ على إطلاقه في إباحة الأفعال بصفة عامة، وإنما يجب تحديد الأمر من حيث طبيعة الفعل محل الرضاء المفترض ومدة الرضاء.

---

(١) M.-L. RASSAT, note précité.

(٢) M.-L. RASSAT, note précité, p. 40.

٤٤ – **فمن حيث طبيعة الفعل** يجب أن يقتصر الرضاء على الفعل الذي ينصب عليه رضاء عقد الزواج؛ أي العلاقة الجنسية الطبيعية بين الزوجين فقط التي يفترض توافر الرضاء فيها. ولكن ليس معنى ذلك أن القانون العقابي يتدخل بالتجريم إذا أتى الزوجان علاقة جنسية غير طبيعية، ولكن يشترط لعدم تدخله هنا أن تتم بالرضاء، ويلزم توافر الرضاء عند كل مرة تباشر فيها مثل هذه العلاقات غير الطبيعية؛ لأن الرضاء المفترض في عقد الزواج لا ينصرف إلى مثل هذه العلاقات. ومن ثم تتوافر جريمة الاغتصاب عند إتيان أحد أفعال الإيلاج على نحو شاذ، حتى ولو قدّم الدفاع ما يثبت أن مثل هذه الأفعال قد سبق ارتكابها بالرضاء؛ لأن هذا الأخير لا يسري إلّا بالنسبة للفعل الذي صدر بصدده(١).

٤٥ – أما **من حيث المدة التي يسري فيها الرضاء**، فلا يسري الرضاء المستخلص من عقد الزواج إلّا خلال فترة استمرار هذا العقد. فإذا انتهى لأي سبب كان انتهى معه الرضاء بطبيعة الحال، ويعود الأمر للقواعد العامة للتجريم في هذا الشأن، ومن ثم فقد يسأل الزوج عن جريمة الاغتصاب إذا عاشر زوجته بعد انتهاء الزواج. ويسري التجريم من باب أولى إذا لم يوجد العقد، كما هو الحال في علاقة الخطبة، أو بين شخص وخليلته، فلا يوجد ما يفترض الرضاء بعدة علاقات جنسية؛ بمعنى أنه إذا رضيت المرأة بعلاقة معينة فلا يفترض رضاؤها بغيرها من العلاقات، وإنما يجب حدوث الرضاء عند كل حالة على حدة وإلّا فقد يسأل عن جريمة الاغتصاب؛ وهو ما دعا البعض إلى الاعتقاد بأننا بهذه الطريقة نحمي الخليلة أو العشيقة أفضل من الزوجة، ما دام رضاء الأولى غير مفترض لغير العلاقة التي ترضى بها صراحة، بعكس الحال بالنسبة إلى الزوجة(٢). وهو الاستنتاج الذي يرفضه جانب آخر من الفقه، بزعم أن

(١) M.-L. RASSAT, note précité, p. 40.

(٢) M. PUECH, note précité.

القانون العقابي لا يهدف إلى حماية الضحايا (وهو الأمر الذي قد يدخل في نطاق العمل الاجتماعي، أو في التعليم أو في الوقاية الشرطية) وإنما إلى عقاب المجرمين وحماية النظام العام(١). فهل يقبل أن يعد الزوج مجرماً يستحق العقاب إذا أتى زوجته دون رضائها؛ وأن فعله يمثل تهديداً للنظام العام؟ ولا شك أن عقد الزواج يسوغ للزوج الاعتقاد بأنه يأتي عملاً مشروعاً، وهو ما ينفي لديه الركن المعنوي للجريمة من ناحية، ولا يجعل من سلوكه اعتداءً على النظام العام من ناحية أخرى. فالزوجة التي لا ترضى بمعاشرة زوجها أو ترى أن ذلك لا يطاق يمكنها أن تطلب إنهاء علاقة الزوجية. ومع ذلك فحتى في أثناء قيام علاقة الزوجية يمكن افتراض غياب الرضاء بالمعاشرة الزوجية إذا امتنع أحد الزوجين عن مباشرة هذه العلاقة الجنسية لفترة معينة، لأسباب طبية حفاظاً على صحته(٢).

رابعاً – تحليل أسباب الحكم:

٤٦ – بغض النظر عن مدى اتفاقنا مع حكم محكمة النقض الفرنسية، فإن تحليل الأسباب التي استند إليها حكم غرفة الاتهام ومحكمة النقض يكشف عن بعض الأمور التي قد تكون غير قانونية، ولم تؤثر في توجه غرفة الاتهام فقط، وإنما أيضاً في تهرب محكمة النقض من حسم مسألة إتيان الزوج لزوجته بالطريق الطبيعي دون إرادتها.

بالنسبة إلى أسباب غرفة الاتهام:

٤٧ – تذهب غرفة الاتهام إلى أن الرضاء بالزواج يفترض رضاء الزوجين بالعلاقة الجنسية بين الطرفين طوال فترة الزواج، ولكن هذه القرينة غير قاطعة.

(١) M.-L. RASSAT, note précité, p. 40.

(٢) M.-L. RASSAT, note précité, p. 40.

وأن الخصوصية بين الطرفين لا تخوّل أحدهما إمكانية فرض فعل جنسي على الآخر بالإكراه، وأنه يجب احترام الحرية الجنسية للمرأة المتزوجة(١).

٤٨ – **الملحوظة الأولى** على هذا التسبيب أنه متناقض؛ لأنه يثبت الرضاء بالعلاقات الزوجية من خلال وجود عقد الزواج، ثم يجيز إثبات عدم الرضاء أيضاً والمسؤولية الجنائية. وهو إن كان جائزاً من الزاوية القانونية التي ينظر من خلالها الحكم، باعتبار أن الرضاء المستخلص من الزواج قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، إلّا أنه يجوز في المقابل استناد الطرف المتهم إلى اعتقاده بوجود الرضاء، ما دام عقد الزواج قد وجد وكانت العلاقة الجنسية طبيعية؛ أي أنه ينتفي لديه الركن المعنوي ولا يسأل جنائياً، وهو ما قد يظهر تناقضاً بين شطري التسبيب.

٤٩ – **الملحوظة الثانية**، تتعلق بخلفيات الحكم. فقد أظهرت أسباب الحكم أيضاً وجود خلفيات ثقافية واجتماعية لمن أصدروا الحكم عندما تحدثوا في أسبابه عن الحرية الجنسية للمرأة المتزوجة "la liberté sexuelle de la femme mariée" على الرغم من أن منطق الأمور يقتضي الحديث عن الحرية الجنسية للزوجين. فليس من المعقول ولا المقبول أن ترى غرفة الاتهام أن إجبار الزوجة لزوجها على مباشرة علاقات جنسية أمر طبيعي، في حين أنها لا تجيز ذلك عندما يكون الزوج هو المتهم. ومع ذلك يبدو أن سوء الصياغة الشكلية للأسباب هو الذي أعطى هذا المفهوم أكثر مما تعتقده المحكمة من حيث الموضوع.

---

(١) "si le consentement au marriage peut faire présumer jusqu'à un certain point, de la part des époux et aussi longtemps qu'ils demeurent mari et femme, leur consentement aux relations sexuelles, il n'en demeure pas moins que cette présomption n'a rien d'irréfragable"..."la volonté des époux de mettre en commun et de partager tout ce qui a trait à la pudeur n'autorise nullement l'un d'entre eux à imposer à l'autre par violence un acte sexuel s'il n'y consent et que notamment doit être respectée la liberté sexuelle de la femme mariée":
Crim. 5 sept. 1990, JCP G, 1991, II, note M.-L. RASSAT.

٥٠ – لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن النص التجريمي الخاص بالاغتصاب، وخاصة بعد التعديلات التي أدخلها قانون سنة ١٩٨٠ تهدف إلى حماية الحرية الجنسية للجميع. ومن ثم لا تستبعد من نطاقها أفعال الإيلاج الجنسي بين الأشخاص المرتبطين بعلاقات الزواج عندما تفرض وفقاً لما حدده النص(١). ولا شك أن المناصرين لوجود المسؤولية الجنائية عن الأفعال الجنسية الطبيعية التي تفرض بالقوة استندوا إلى إشارة محكمة النقض إلى الحرية الجنسية للطرفين وليس إلى المرأة المتزوجة فقط كما فعلت غرفة الاتهام. وهي وإن كانت بالفعل صياغة أكثر قانونية من تلك المستخدمة في تسبيب غرفة الاتهام، فإن ذلك لا يحسم الأمر أيضاً، وخاصة أن محكمة النقض تناولت فقط الحالة المعروضة عليها، التي استخدم فيها عنف غير طبيعي وتعذيب وحشي وأعمال بربرية، ولم تتطرق إلى الحالة الأكثر إثارة للجدل وهي تلك المتعلقة بإجبار أحد الزوجين على علاقة جنسية طبيعية، فلم يحسم الحكم الأمر في هذا الفرض، ولم يكن مقنعاً بما طرحه من حجج في هذا الصدد(٢).

٥١ – ولكن محكمة النقض لم تترك هذا الجدل الفقهى ثائراً، حيث تدخلت بحسم الأمور في صياغة واضحة، وفي واقعة أخرى تتطابق مع الفرض المثير للجدل؛ حيث ذكرت المحكمة أن **قرينة رضاء الزوجين بالعلاقات الجنسية التي تتم في حياتهم الزوجية الخاصة تقوم فقط ما لم يثبت عكسها** la présmoption de consentement des époux aux actes sexuels" accomplis dans l'intimité de la vie privée conjugale ne vaut que

(١) "l'article 332 du Code pénal en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du marriage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte":
Crim. 5 sept. 1990, précité

(٢) M.-L. RASSAT, note précité

jusqu'à preuve contraire[١]. ومن ثم وإن كان هذا التدخل القضائي الواضح يزيد نطاق الحماية القانونية للحرية الجنسية، فإنه يلقي بظلال من الخوف والتردد على علاقة الزوجين حتى في حياتهما الخاصة؛ لأنه يجب عدم الاستناد إلى وجود عقد الزواج وحده لاستخلاص رضاء الطرف الآخر، وإنما يجب التأكد من قبوله للفعل الجنسي المطلوب، حتى ولو كان طبيعياً ومن دون عنف[٢]. ولقد صدر الحكم السابق في ١١ يونيه سنة ١٩٩٢ للفصل في الطعن المقدم من المحامي العام لمصلحة القانون، وبناء على تعليمات وزير العدل الفرنسي مباشرة، وهو ما لا يعكس الأهمية القانونية فقط، وإنما أيضاً الأهمية السياسية التي سخّرت من أجل وضع حد للجدل الذي كان محتدماً حول مدى خضوع العلاقة الجنسية بين الزوجين للتجريم تحت وصف الاغتصاب إذا كانت مفروضة بالقوة. وفي الواقعة التي أسفرت عن حكم محكمة النقض، كان قاضي التحقيق قد رفض التحقيق فيها مقدراً أن الأفعال الجنسية المفروضة على الزوجة تدخل في إطار علاقات الزواج كما هو معترف به تقليدياً، وهو الأمر الذي أكدته غرفة الاتهام أيضاً معتبرة أنه ليس بوسع الزوجة أن تدفع بغياب رضائها، أو العنف الذي صاحب الأفعال الجنسية الطبيعية[٣]. ولكن تم نقض الحكم بواسطة محكمة النقض الفرنسية لتفتح الباب واسعاً ودون لبس أو غموض حول مسؤولية الزوج في هذه الحالة[٤].

---

(١) Crim. 11 juin 1992, D. 1993, 117, note M.-L. RASSAT; JCP G 1993, II, 22043, note Gare; R.S.C. 1993, p. 330, obs. G. LEVASSEUR; D. 1993, somm. 13, obs. A. AZIBERT; JCP G 1993, I, 3641, no 3, obs, M. VERON.

(٢) M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, op. cit., p. 564, no 517.

(٣) "l'épouse ne peut pas invoquer son absence de consentement ou l'agressivité qui a accompagnée des actes sexuels normaux".

(٤) Crim. 11 juin 1992, Dr. pén. 1992, no 227; JCP G, IV, 2847; JCP G 1993, I, 3641, no 3, note M. VERON; R.S.C. 1993, p. 107, obs. G. LEVASSEUR.

خامساً – تدخل المشرع الفرنسي:

٥٢ – وأخيراً، فقد تدخل القانون الفرنسي ليكرّس ما انتهى إليه القضاء أيضاً، حيث اعتبر أن جريمة الاغتصاب وسائر الاعتداءات الجنسية الأخرى تتوافر إذا فرضت على الضحية وفقاً للشروط والضوابط القانونية، وأياً كانت طبيعة العلاقات الموجودة بين الجاني والمجني عليه؛ حتى ولو كانت تتمثل في رابطة الزواج(١).

وعلى الرغم من أن هذا الحسم القضائي والتشريعي قد جاء منصفاً للمطالب المتزايدة بحماية الحرية الجنسية للزوجين بصفة عامة وللمرأة بصفة خاصة، فإنه لا يخلو من بعض الآثار السلبية.

الفرع الثاني
الآثار السلبية لتجريم اغتصاب الزوج لزوجته

٥٣ – في الحقيقة إنه على الرغم من القناعة التي أدت إلى تجريم الاغتصاب إذا حدث بين الزوجين، فإن ذلك لا يمكن أن يخفي الصعوبات والآثار السلبية التي تطفو على السطح في أكثر من اتجاه، وخاصة على الصعيد القانوني والاجتماعي والدولي.

أولاً – الآثار السلبية إثباتياً:

٥٤ – إذا كان إثبات جريمة الاغتصاب بصفة عامة يثير الكثير من الصعوبات، فلا يخفى على أحد أن الصعوبات تكون أكثر حدة وتنوعاً إذا تعلق الأمر بإثبات عدم رضاء أحد الطرفين بالعلاقة الجنسية. فالأصل أن عقد الزواج

---

(١) Article 222-22 Modifié par:
LOI°2010-769 du juillety 2010 - art. 36
"Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du marriage".

يعطي حق استمتاع كل منهما بالآخر، وحتى مع عدم اعتبار هذا الأمر حقاً مطلقاً لكليهما، وإنما حق نسبي متوقف على رضاء الآخر، وهو ما يظهر صعوبة إثبات الركن المعنوي للزوج المتهم الذي قد يعتقد (أو على الأقل سيدفع بذلك) رضاء زوجته، خاصة ليس في ظل قيام الرابطة الزوجية فقط، وإنما أيضاً المعيشة المشتركة لكليهما. وفي هذا الإطار لا يجوز الاستناد فقط إلى شهادة المجني عليها للحكم بالإدانة؛ نظراً لما قد يحيط هذه الشهادة من شكوك كيدية أو انتقامية لخلافات زوجية طارئة أو حتى دائمة. وإذا أمكن التفكير في الاستعانة بشهادة الأطفال أو الآباء أو غيرهم ممن يقطنون المسكن نفسه، فإن الأمر أيضاً لا يخلو من مخاطر، على الرغم من وجود بعض الحالات التي قد تكون فيها شهادة مثل هؤلاء مباشرة وواضحة بسبب التحرر الجنسي الذي يسود هناك وبعض الأفكار التي لا تعطى للحياء دوراً في هذه الأمور. ومن باب أولى تنطبق هذه الصعوبات، وبصفة أكثر حدة، على شهادة الأصدقاء والجيران. ولقد دفعت هذه الصعوبات الإثباتية أحد الفقهاء الفرنسيين إلى أن يذهب (ساخراً بطبيعة الحال) إلى أنه حتى تكون الأمور أقل صعوبة في الإثبات، يجب على الزوج الذي لا يرغب في مباشرة علاقة جنسية أن يرسل خطاباً مسجلاً بعلم الوصول إلى الزوج الآخر يخطره فيه بعدم رغبته في المزيد من العلاقات الجنسية(١)! وبدورنا نقول: إذا وصل الأمر إلى هذا الحد فلم لا يتم بإنذار على يد محضر!!! وفي الحقيقة إن هذه الصعوبات هي التي دفعت الفقه والقضاء الجنائيين أن يستلزما قديماً عدم الإدانة في حالة الاغتصاب (في علاقة جنسية غير طبيعية) إلّا عند وجود عنف يترك آثاراً للاعتداء "ayant laissé des traces"؛ لأنه لم يكن هناك من وسيلة أخرى للتأكد من أن الزوج يدرك عدم رضاء زوجته عن هذه العلاقة ويتوافر لديه من ثم الركن المعنوي(٢).

(١) M.-L. RASSAT, note sous Crim. 11 juin 1992, D. 1993, jurispr. P. 117.

(٢) M.-L. RASSAT, note sous Crim. 11 juin 1992, precité.

ثانياً – الآثار السلبية اجتماعياً:

٥٥ – لا شك أن تدخل القانون العقابي بالتجريم في العلاقات الخاصة بين الزوجين، وإن كان يهدف إلى حماية الحرية الجنسية، فإنه سينعكس سلباً على العلاقات الزوجية. فبدلاً من أن تكون العلاقات الحميمة سبباً في إنهاء بعض الخلافات، قد تكون سبباً في تفاقمها؛ فضلاً عن الخوف الذي سيلقي بظلاله على كلا الطرفين من هذا التجريم، فيجب عليهما توخي الحذر والتأكد من رضاء الطرف الآخر.

ثالثاً – الآثار السلبية دولياً:

٥٦ – فبسبب الصعوبات الإثباتية سابقة التوضيح، قد تصدر أحكام إدانة من دون أدلة كافية وقاطعة تكفى لحمل مثل هذه الأحكام وتبريرها. ومن ثم فقد تصبح فرنسا عرضة للإدانة بواسطة المؤسسات الأوروبية المعنية بحماية حقوق الإنسان؛ لمخالفة مثل هذه الأحكام للمادتين: ٦–١ و٢ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ويعد نموذجاً لذلك حكم محكمة النقض الذي صدر في إحدى الوقائع التي عاشر فيها الزوج زوجته على نحو طبيعي ومن دون عنف بعد ما يقرب من ١٨ شهراً من المعيشة المشتركة ودون أي علاقات جنسية، إلّا أنه دخل عليها ذات يوم وأفصح لها أنه سيغتصبها ونفذ ما أراد، ثم عاد ليكرر الأمر نفسه بعد أسبوع. تقدمت الزوجة بشكوى ضد زوجها تتهمه باغتصابها، ولكن قاضي التحقيق أمر بحفظها. أكدت غرفة الاتهام هذا الحفظ، استناداً إلى أن ما حدث من قبيل العلاقات الزوجية المشروعة وفقاً لعلاقة الزواج، إلّا أن وزير العدل أصدر تعليمات خاصة بضرورة الطعن على الحكم لمصلحة القانون أمام محكمة النقض التي حكمت بالفعل بمسؤولية الزوج عن جريمة الاغتصاب[١]. **فمن ناحية أولى** يعتبر حكم الإدانة هنا من دون أدلة كافية، وهو ما يناقض قرينة البراءة التي تستلزم ابتناء حكم الإدانة على الجزم واليقين. وقد سبق أن أدينت فرنسا أكثر من مرة لهذا السبب بواسطة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[٢]. حيث ذكرت المحكمة الأوروبية أن المادة ٦–٢

(١) Crim. 11 juin 1992, D. 1993, jurispr., p. 117, note M.-L. RASSAT.

(٢) Salabiaku, 7 oct. 1988; Pham Hoang 25 sept. 1992.

لا تتجاهل قرائن الواقع أو القانون التي تتضمنها القوانين العقابية. وأنها توجب على الدول الأعضاء أن تحصرها في الحدود المعقولة، أخذاً في الاعتبار خطورة الموقف وحماية حقوق الدفاع(١)ومن ناحية ثانية، أن الطعن بالنقض قد تم لمصلحة القانون ومن دون تحقيق في الموضوع، ولذلك فالمتهم لم يأخذ الفرصة للدفاع عن نفسه، وهو ما يتناقض مع مفهوم القضية العادلة(٢).

٥٧ – فخلافاً لما قد يفهم من التأكيدات التي أطلقها البعض خلال الأعمال التحضيرية لقانون ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٠، فإن الجاني في جريمة الاغتصاب، شأنه في ذلك شأن أي متهم في جريمة جنائية، يتمتع بقرينة البراءة بما يتضمنه ذلك من ضرورة تقديم النيابة العامة إثبات الجريمة، وخاصة القصد الجنائي للمتهم. ومع ذلك فمن الملاحظ على بعض التطبيقات القضائية في هذا الصدد أنها تميل إلى أن تضع على عاتق المتهم عبء إثبات حسن نيته، بل تبدو متشددة أيضاً في قبول هذا الإثبات(٣).

٥٨ – **الخلاصة**، منذ عهد ليس بالبعيد لم يكن يتصور أحد – وفقاً للمفاهيم الأخلاقية والدينية والثقافية التي كانت (ومازالت) سائدة في بعض المجتمعات – أن تسأل المرأة جنائياً عن اغتصاب الرجل! وكان التخيل أكثر بعداً عن مجرد مناقشة مبدأ مسؤولية أحد الزوجين عن جريمة اغتصاب إذا أتى زوجه على النحو الطبيعي! أما وأن الأمر قد خرج الآن عن طور التصور وحيز التخيل ليفرض نفسه على الساحة القانونية في كثير من الدول، فإنه من الأهمية بمكان دراسة التطورات الخاصة بأفعال الاغتصاب التي ساهمت بشكل مباشر أو غير مباشر في تعديل خريطة أطراف هذه الجريمة.

---

(١) "L,art. 6-2 ne se désintéresse...pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux Etats de les enserrer dans des limites raisonables en prenant en compte la gravité de l'enjeu et en préservant les droits de la défense". Deux affaires citées par: M.-L. RASSAT, note sous Crim. 11 juin 1992, precité.

(٢) M.-L. RASSAT, note sous Crim. 11 juin 1992, precité.

(٣) Crim. 10 juill. 1973, Bull. No 22; R.S.C. 1974, p. 594, obs. G. LEVASSEUR.

المبحث الثاني
التطورات المتعلقة بأفعال الاغتصاب

تمهيد وتقسيم:

٥٩ – علة تجريم الاغتصاب واضحة، حيث ينطوي الفعل على اعتداء صارخ على حرية الأنثى الجنسية وعلى حقها في صيانة عرضها. وفضلاً عن ذلك، فإن الاغتصاب يؤدي إلى المساس بالحرمة الجسدية للمجني عليها، وقد يؤدي إلى عواقب اجتماعية وخيمة، مثل تهديد استقرارها العائلي، وتحقيرها في الوسط الاجتماعي الذي تعيش فيه، وخاصة إذا كان سلوكها أو طريقة لبسها قد شجع على ارتكاب الجريمة. وقد يؤدي الاغتصاب أيضاً إلى حدوث حمل غير شرعي، بكل ما ينطوي عليه ذلك من صعوبات اجتماعية للأم وللطفل على السواء.

٦٠ – ومواقعة الأنثى في القانون المصري تعني حدوث الوطء الطبيعي الذي يتم بالتقاء العضو الجنسي للرجل التقاءً طبيعياً بالعضو الجنسي للمرأة. وهذا الوطء لا يتم إلا بحدوث الإيلاج، أي إدخال عضو التذكير في المكان المعد له في جسم الأنثى دون رضائها (المطلب الأول). ومع ذلك فقد شهد القانون الفرنسي تطورات متلاحقة وجذرية فيما يتعلق بنطاق فعل الاغتصاب بصفة عامة (المطلب الثاني)؛ والإيلاج الفموي بصفة خاصة (المطلب الثالث).

المطلب الأول
الوطء الطبيعي غير المشروع في القانون المصري

تمهيد وتقسيم:

حتى يسأل الجاني عن جريمة الاغتصاب يشترط حدوث الوطء الطبيعي (أولاً) ضد امرأة على قيد الحياة (ثانياً)، وبغض النظر عما إذا كان الفعل تاماً أم توقف عند مرحلة الشروع فيه (ثالثاً).

أولاً – حدوث الوطء الطبيعي:

٦١ – لا يقوم الاغتصاب إلا بحدوث الوطء الطبيعي على النحو سابق التعريف، وعلى ذلك فلا تتوافر الجريمة بإتيان المرأة من الخلف أو وضع الإصبع أو عصا أو أي شيء آخر في فرج المرأة، فهذه الأفعال تشكل جناية هتك العرض. ولإتمام الاتصال الجنسي ينبغي أن يكون الرجل قادراً عليه وأن تكون المرأة مهيأة له. فإذا كان الرجل غير قادر على إتمام الإيلاج لإصابته بعجز جنسي، أو إذا كانت المرأة غير مهيأة لإتمام العملية الجنسية بسبب ضيق الفرج الناشئ عن أمر طبي وبسبب صغر السن فإن الوطء يكون مستحيلاً، ومن ثم فلا تقوم جريمة الاغتصاب وإن توافرت جريمة هتك العرض.

٦٢ – ومن الواضح أن **المشرع المصري يتبنى مفهوماً ضيقاً لمواقعة الأنثى التي تشكل جريمة الاغتصاب**، حيث لا يدخل في هذا المفهوم سوى الاتصال الجنسي الطبيعي الذي يقع من رجل على امرأة دون إرادتها. وقد اقتبس المشرع المصري هذا النطاق الضيق لاغتصاب الإناث عن نظيره الفرنسي الذي كان يتبنى أيضاً هذا المفهوم. ولكن من الملاحظ أن القانون الفرنسي قد عدل عن فكرته الضيقة لهذه الجريمة متبنياً مفهوماً أوسع لها، منذ قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٨٠[(١)]، يجعلها تشمل كل فعل إيلاج جنسي، أياً كانت طبيعته، يرتكب ضد الغير، بالعنف أو الإكراه، أو المباغتة (م/١/٣٣٢ من القانون العقابي الفرنسي القديم)[(٢)].

٦٣ – وقد تبنى المشرع الفرنسي هذا المفهوم أيضاً في القانون العقابي الجديد الصادر في سنة ١٩٩٤ مضيفاً التهديد للعنف والإكراه والمباغتة في

---

(١) انظر في ذلك:
D. MAYER, Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 30 décembre 1980, D. 1981, chron. P. 283.

(٢) Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personnne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise''

كيفية ارتكاب الجريمة (م/٢٢٢/٢٣ع ف). استناداً لهذا المفهوم الواسع لجريمة الاغتصاب فإنه – خلافاً لما عليه الحال في القانون المصري – يدخل في نطاق هذه الجريمة كل فعل إيلاج جنسي سواء كان ذلك بالاتصال الجنسي الطبيعي بين رجل وامرأة، أو كان بعلاقة جنسية شاذة فرضها رجل على امرأة كأن يأتيها من دبر أو بإدخال عضو التذكير في فمها(١).

٦٤ – ويدخل أيضاً في نطاق جريمة الاغتصاب وفقاً لمفهوم النص الفرنسي الإيلاج الجنسي الذي يتم بواسطة أي شيء آخر غير عضو التذكير، مثل إصبع اليد أو عصا أو غير ذلك(٢). بل إن جانباً من الفقه الفرنسي يرى أنه في ظل هذا النص الواسع فإن جريمة الاغتصاب من المتصور ارتكابها بواسطة الرجل أو المرأة، ومن ثم فإن الضحية في الاغتصاب قد تكون أنثى كما قد تكون ذكراً(٣).

---

(١) انظر فيما يتعلق بتطبيقات هذا القانون بواسطة القضاء الفرنسي:
Crim. 2 juin 1982, Bull. no 184; Crim. 20 janv. 1982, Bull. no 23; Crim. 4 juin 1982, Bull. no 148; Crim. 29 nov. 1984, Bull. no 378.

(٢) Crim. 27 avr. 1994, Bull. no 157; Crim. 5 dec. 1995, Bull. no 372, Dr. pen. 1996, comm. No 101, note M VERON; R.S.C. 1996, p. 374, obs. Y. MAYAUD.

ولكن محكمة النقض الفرنسية تشترط أن تكون هناك علاقة بين فعل الإيلاج والرغبة الجنسية، ومن ثم فقد استبعدت وصف الاغتصاب عن واقعة إدخال عصا في فتحة الشرج بهدف إرهاب المجني عليه وسلب أمواله:
Crim. 9 dec. 1993, Bull. no 383; Dr. Pen. 1994, comm. No 83, note M. VERON, chron. No 26, rapp. NIVOSE, et no 31, rapp. PERFETTI; Crim. 29 janv. 1997, Bull. no 39; J.C.P. 1997, ed. G., IV, 39.

(٣) R. MERLE, A. VITU, traité de droit criminel, op. Cit., P.1503.

انظر على سبيل المثال: اغتصاب مرتكب بواسطة أب على ابنه:
Crim 3 juill. 1991, Gaz. Pal. 1992, chron. Droit criminel, p. 39; Dr. pén. 1991, comm.. no 314.

أو بواسطة أم على ابنتها:
Crim. 4 janv. 1985, Bull. No 10; R.S.C 1985, p. 814, obs. G. LEVASSEUR.

ثانياً – أن يرتكب الاغتصاب ضد امرأة حية:

٦٥ – ويشترط كذلك في المواقعة التي تقوم بها جريمة الاغتصاب أن ترتكب ضد امرأة حية؛ لأنه بذلك يتحقق معنى الاعتداء الصارخ على الحرية الجنسية للمجني عليها وعلى حرمة جسدها. ويترتب على هذا أن أفعال الفسق التي يرتكبها رجل على جثة امرأة لا تقوم بها جريمة الاغتصاب مهما بلغت درجة فحشها. فاغتصاب جثة امرأة يعتبر أمراً مستحيلاً، خاصة أن الاغتصاب يفترض عدم رضاء المجني عليها، وهو ما يستلزم أن تكون المرأة حية لتعبر عن رضائها وهو أمر مستحيل هنا لوفاتها. ويعتبر هذا الأمر مهماً في التمييز بين حالة قتل المجني عليها في أثناء اغتصابها أو بعده؛ حيث يعد ذلك ظرفاً مشدداً للعقاب، وحالة إذا قتل الجاني الضحية أولا ثم اعتدى عليها جنسياً؛ حيث لا تعتبر جريمة اغتصاب وإن أمكن اعتبارها جريمة أخرى لانتهاك حرمة الموتى(١).

٦٦ – وعلى الرغم من تحفظ البعض على هذا الحل باعتباره غير متسق مع اتجاه بعض الفقه الجنائي نحو تجريم بعض حالات الجريمة المستحيلة، وخاصة كمن يقتل شخصاً ظناً منه أنه حي في حين أنه قد فارق الحياة دون أن يعلم الجاني بذلك. فضلاً عن أن جريمة الاغتصاب لا تقوم إلّا في حالة غياب رضاء المجني عليها، في حين أن الجثة ليس لها إرادة يمكن التعبير عنها، ومن ثم لا يمكن اعتبار معاشرة الجثة اغتصاباً، وخاصة في ظل تدخل القانون العقابي الفرنسي الجديد في المادة ٢٢٥–١٧ منه بتجريم انتهاك حرمة جثث الموتى والاعتداء عليها(٢).

(١) A. PROTHAIS, Tentative et attentat, LGDJ, Paris, 1985, p. 182.

(٢) M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, op. cit., p 558, no 512.

ثالثاً – الشروع في الاغتصاب:

٦٧ – لقد ذهب قضاء محكمة النقض في بادئ الأمر إلى تبني المذهب الموضوعي لتحديد مفهوم البدء في التنفيذ، ومن ثم فقد كان مجرد طلب الفحشاء من امرأة وجذبها من يدها وملابسها ليس إلا مجرد عمل تحضيري لا يقوم به الشروع في جريمة الاغتصاب(١). ولكن القضاء الحديث لمحكمة النقض يميل إلى تبني المذهب الشخصي، تحقيقاً لحماية أكثر فعالية للحرية الجنسية للمجني عليها. ووفقاً لهذا المذهب فإن البدء في التنفيذ يتحقق بأي فعل يؤدي حالاً ومباشرة إلى إتمام هذه الجريمة.

٦٨ – وعلى ذلك فيسأل الجاني عن شروع في اغتصاب لتحقق البدء في التنفيذ لمحاولته خلع ملابس المجني عليها، أو إركابها في عربة ولو بالخداع، أو باصطحابها إلى المكان الذي ينوي ارتكاب جريمته فيه، ثم أوقف الفعل أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها، كنجاح المجني عليها في مقاومة المتهم، أو كأن يهب الغير لنجدتها(٢).

وتطبيقاً لذلك فقد قضي بأنه متى كان الحكم قد أثبت أن المجني عليها كانت تلبس قميص النوم، فجلس المتهم بجانبها في غرفة نومها، وراودها عن نفسها وأمسك بها ورفع رجليها يحاول مواقعتها، فقاومته واستغاثت فخرج يجري، فهذه الواقعة يصح في القانون عدها شروعاً في وقاع متى اقتنعت المحكمة بأن المتهم كان يقصد إليه؛ إذ هذه الأفعال من شأنها أن تؤدي حالاً ومباشرة إلى تحقيق ذلك القصد(٣).

---

(١) انظر في ذلك: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص٥٣١.

(٢) نقض ٣٠ يناير سنة١٩٦١، مجموعة أحكام محكمة النقض، س١٢، رقم٢٥، ص١٥٦، نقض ١٨ نوفمبر سنة١٩٧٣، س٢٤، رقم ٢٠٩، ص١٠٠٣.

(٣) نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س١، رقم٦٤، ص١٨٥.

٦٩ – وقضى أيضاً بتوافر الشروع في الاغتصاب في شأن المتهم الذي دفع المجني عليها بالقوة وأرقدها عنوة، ثم رفع ثيابها وكشف جسمها وجذب سروالها، فأمسكت برباط الاستك تحاول منعه من استطاعته الوصول إلى غرضه منها، فتمزق لباسها في يده، وفك أزرار بنطلونه وجثم فوقها وهو رافع عنها ثيابها يحاول مواقعتها بالقوة[١]. ويسأل عن الشروع في هذه الجريمة المتهمان اللذان دفعا المجني عليها كرهاً للركوب معهما بالسيارة بقصد مواقعتها، ثم كشف أحدهما ملابسها ومزق سروالها وألقاه من نافذة السيارة ورقد فوقها وحاول أن يواقعها[٢]. ويتوافر الشروع كذلك، عندما يداعب الجاني ثديي الضحية، ويضع الواقي الذكري، ولكنه لم يستطع الإيلاج لظروف خاصة بقدراته الجنسية[٣]. وينطبق الأمر نفسه في حالة تغيير الوصف القانوني من هتك عرض إلى شروع في اغتصاب في واقعة حاول فيها الجاني إيلاج قضيبه في فرج المجني عليها مرتين ولم يستطع إتمام ما أراده، وهو ما يجعله مسؤولاً عن شروع في مواقعة وليس مجرد هتك عرض[٤].

٧٠ – فإذا عدل المتهم باختياره عن إتمام فعل المواقعة فإنه يعفى من العقاب عن الشروع في الاغتصاب ولكنه يسأل عما يشكله فعله من جرائم، فقد يسأل عن هتك عرض أو عن جريمة ضرب.

٧١ – وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي كان يتبنى المفهوم الضيق نفسه للاغتصاب (الذي يسير عليه المشرع المصري حالياً)، فإنه قد شهد تطورات عديدة وخاصة في الآونة الأخيرة فيما يتعلق بنطاق فعل الاغتصاب.

---

(١) نقض ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام محكمة النقض، س٧، رقم٢٩٧، ص١٠٧٩.

(٢) نقض ٣٠ يناير سنة ١٩٦١، مجموعة أحكام محكمة النقض، س١٢، رقم ٢٥، ص١٥٦.

(٣) Crim. 10 janv. 1996, Bull. No 14; Dr. pén. 1996, comm.. no 97; R.S.C. 1996, p. 656, obs. Y. MAYAUD, v. également p. 846, obs. B. BOULOC.

(٤) Crim. 22 févr. 1984, R.S.C. 1985, p. 81, obs. G. LEVASSEUR.

المطلب الثاني
تطور نطاق فعل الاغتصاب في القانون الفرنسي

الأساس التشريعي لمعالجة الاغتصاب:

٧٢ – لم يذهب القانون العقابي الفرنسي الجديد بعيداً في معالجة الاعتداءات الجنسية، وإنما اقتبسها في معظمها من القانون الذي صدر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٠ والذي عدّل التقنين العقابي القديم الصادر في سنة ١٨١٠[١]. وعلى الرغم من استهداف التعديل المشار إليه تحقيق عقاب أكثر فعالية للاعتداءات ذات الطبيعة الجنسية، فإن النتيجة الحقيقية لم تكن على المستوى المطلوب، خاصة أن المعالجة التي رسمها قانون سنة ١٩٨٠ قد اتسمت بالخصال الثلاث التالية: **أولاً**، الغموض الذي أحاط التمييز بين الاغتصاب وهتك العرض "viol et attentat à la pudeur"، الذي وصفه القانون العقابي الجديد بالاغتصاب والاعتداءات الجنسية "viol et d'autres aggressions sexuelles". **ثانياً**: الاحتفاظ ببعض الآثار المتفرقة والمرتبطة بجنس الجاني والمجني عليه والتي كان يستهدف إلغاءها. **وثالثاً**، تخفيف العقاب بصفة عامة في ظل تجنيح هتك العرض، في حين تم تخفيف عقوبة الاغتصاب على الرغم من الاحتفاظ بوصفها كجناية[٢].

٧٣ – ونظراً لأن التطور الحقيقي الذي يمكن ملاحظته في مفهوم جريمة الاغتصاب لم يحدث في القانون الفرنسي إلّا في سنة ١٩٨٠، فيمكننا تقسيم تطورات هذا القانون إلى مرحلتين: الأولى، منذ قانون سنة ١٨١٠ إلى قانون سنة ١٩٨٠، والثانية من هذا التاريخ الأخير وحتى الآن.

---

(١) راجع في تطبيق هذا القانون من حيث الوقت:
Crim. 4 fevr. 1981, JCP G 1982, II, 19722, note P. CHAMBON; Crim. 22 aout 1981, D. 1982, p. 288, note D. MAYER; Crim. 8 fevr. 1984, Bull. No 57.

(٢) M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers, Dalloz, 5e ed., 2006, p. 505.

أولاً – مفهوم الركن المادي لجريمة الاغتصاب منذ سنة ١٨١٠ إلى سنة ١٩٨٠.

٧٤ – نظراً لعدم تطرق قانون سنة ١٨١٠ لتعريف جريمة الاغتصاب، فقد اجتهد الفقه والقضاء في محاولة لتحديد مفهوم هذه الجريمة. وعلى الرغم من تباين الاجتهادات، وتنوع المحاولات، فإنه يمكن تأكيد أنها جميعاً تدور في فلك تحديد الركن المادي بإقامة علاقة جنسية طبيعية بين رجل وامرأة دون رضائها؛ أي بإيلاج عضو التذكير الخاص بالرجل في العضو الجنسي للأنثى(١). وما خلا ذلك من أفعال عنف ذات طبيعة جنسية تعتبر هتك عرض، أياً كانت جسامتها ومدى فحشها، حتى لو شملت إدخال أي شيء في فرج المرأة، كعصا أو أصبع أو غير ذلك. من الطبيعي إذن أن يؤثر هذا التعريف لمفهوم الاغتصاب في تحديد أشخاص علاقة الاغتصاب، حيث كان لابد أن يكون الجاني ذكراً، والمجني عليه أنثى (وهو المفهوم نفسه الذي ما زال القانون المصري حريصاً عليه إلى الآن). فإذا كان من الجائز أن تكون المرأة مساهمة في جريمة الاغتصاب، فإنه لا يمكن لها أن تكون الفاعل الرئيسي؛ وإذا أجبرت رجلاً على معاشرتها جنسياً فإنها لا تسأل أيضاً عن اغتصاب، وإنما عن جريمة هتك عرض، وهو ما كان بمثابة تضييق في مفهوم الجريمة دون مبرر قانوني أو اجتماعي.

ثانياً – مفهوم الركن المادي منذ تعديل سنة ١٩٨٠:

٧٥ – لقد كانت الرغبة واضحة ومحددة لواضعي قانون سنة ١٩٨٠ في توسيع نطاق جريمة الاغتصاب الذي لم يعد قاصراً على العلاقة الجنسية الطبيعية فقط، وإلغاء أية تفرقة ذات طبيعة جنسية بين مرتكبي جريمة الاغتصاب. وفي سبيل تحقيق هذه الأهداف، اقتُرِحَ في البداية تجريم أي فعل

(١) "le fait matériel constitutive du viol consistait spécifiquement dans une conjonction sexuelle, c'est-a-dire l'introduction du member viril de l'homme dans la cavité vaginale de la femme":
M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, op. cit., p 560, no 513.

جنسي أياً كانت طبيعته يفرض على الغير."tout act sexuel de quelque nature qu'il soit, imposé à autrui" وكانت خطورة مثل هذا المفهوم أنه كان توسعياً أكثر من اللازم لمفهوم الاغتصاب؛ ولدرجة قد تؤدي إلى استغراق الأوصاف القانونية الأخرى للجرائم الجنسية وخاصة هتك العرض. ولذلك فقد استقرت الصياغة النهائية لنص المادة ٣٣٢ ع.ف (والذي أصبح أيضاً مكوناً لنص المادة ٢٢٢-٢٣ من القانون العقابي الجديد) على تعريف الاغتصاب بأنه "كل فعل إيلاج جنسي، أياً كانت طبيعته، ارتكب على شخص الغير" "Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol". ووفقاً لهذا المفهوم فإنه يدخل في نطاق الاغتصاب ما يلي:

١ - العلاقات الجنسية الطبيعية بدون رضاء.

٢ - إدخال أي شيء في فرج المرأة كعصا أو أصبع، ويشمل هذا الفرض أيضاً حالة التلقيح الصناعي للمرأة بالإكراه؛ لأنه يشمل إدخال الأدوات اللازمة لذلك في فرج المرأة، خاصة أن باعث الإشباع الجنسي غير مطلوب في المفهوم القانوني لهذه الجريمة. وفي هذين الفرضين، إذا كان المجني عليه لابد أن يكون امرأة فإن الجاني قد يكون رجلاً كما في الفرض الأول، أو رجلاً وامرأة كما في الفرض الثاني.

٣ - العلاقة الشاذة بواسطة رجل، كإدخال العضو الذكري عن طريق الفم أو فتحة الشرج، وهنا لابد أن يكون الجاني ذكراً، في حين أن المجني عليه قد يكون ذكراً أو أنثى.

٤ - إدخال أي شيء في فتحة شرج المجني عليه. وفي هذه الحالة لا يهم تحديد جنس أي من الجناة أو المجني عليهم، فكما قد يكون أحدهما أو كلاهما رجلاً (رجال) قد يكون أحدهما (أو كلاهما) امرأة (أو سيدات).

المطلب الثالث
الضوابط القانونية لاعتبار الإيلاج الفموي اغتصاباً

تمهيد:

٧٦ – وفي الحقيقة إن **تعريف الاغتصاب وتحديد مفهومه قد خضع لتطور ملموس منذ عشرين عاماً**؛ حيث لم يتوان القضاء الفرنسي عن أن يوسع مفهوم الاغتصاب شيئاً فشيئاً. ولم تحد محكمة النقض عن هذا النهج؛ حيث سبق أن قضت، في أكثر من حكم، بعدم خروج أي شكل من أشكال الإيلاج الجنسي "La pénétration sexuelle" من نطاق نص المادة /٣٣٢ع.ف (التي أصبحت المادة/٢٢٢-٢٣ من القانون العقابي الفرنسي الجديد)، ومن ثم فإن أفعال الإيلاج الجنسي الفموي (أي المرتكبة عن طريق الفم) والمرتكبة بواسطة العنف، الإكراه أو المفاجأة تشكل اغتصاباً[(١)]. والملاحظ أنه في معظم التطبيقات القضائية لهذا الأمر كان يوجد إيلاج جنسي فموي مرتكب ضد أنثى، وكان الوضع لا يختلف بطبيعة الحال إذا كانت قد ارتكبت ضد رجل. وعلى الرغم من وضوح النص القانوني الفرنسي، فإن قضاء محكمة النقض قد تأرجح في تطبيقاته بين الغموض والتردد حيناً، والوضوح والدقة أحياناً أخرى. وهو ما ينطبق تماماً على موقفها من مسألة الإيلاج الفموي الذي أصابه التردد في تبني المفهوم المتسع أولاً، ثم انتهت بوضوح إلى إعمال المفهوم الضيق ثانياً.

الفرع الأول
التحديد القضائي الواسع لمفهوم الإيلاج الفموي

٧٧ – وقد خطت محكمة النقض الفرنسية خطوة كبيرة جداً في هذا الاتجاه بحكميها الصادرين في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٩٧ و٢٩ يناير سنة ١٩٩٨

(١) Crim. 28 fevr. 1984, Bull. no 71; R.S.C. 1984, p. 743, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 9 juill. 1991, Bull. no 294; R.S.C. 1992, p. 755, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 22 mai 1996, Bull. no 212.

حيث قضت بأن كل فعل لإثارة العضو الجنسي للرجل بواسطة احتكاكه بفم الضحية يكون جريمة الاغتصاب(١).

ووفقاً لهذا القضاء، فإنه يدخل في تكييف الاغتصاب أفعال لا تنطوي على الاتصال الجنسي الطبيعي. ولكن الجديد في الأمر هو أن جريمة الاغتصاب تقوم أيضاً على الرغم من أن عملية الإيلاج الجنسي قد تمت بواسطة المجني عليه (صبي) الذي أجبر على مباشرة الفعل من قبل المتهم(٢). وهذا القضاء يؤكد إمكانية ارتكاب جريمة الاغتصاب بواسطة المرأة إذا أجبرت رجلاً على أن يمارس معها الجنس بالإكراه أو إذا تسللت إلى فراشه ليلاً ليمارس معها الجنس ظناً منه أنها زوجته أو خليلته(٣). وقد انتقد جانب من الفقه هذا التوسع القضائي في مفهوم الاغتصاب؛ لأنه يتجاوز حدود النص القانوني الصريح في أن الإدخال الجنسي هو ذلك المرتكب على شخص الغير "commis sur la personne d'autrui" بما مفاده أن عملية الإيلاج الجنسي تتم بواسطة المعتدي ضد المجني عليه؛ ولأنه لا يجوز التوسع في تفسير النصوص التجريمية، فإنه ينبغي الاقتصار على هذا الفرض الذي يحدده النص دون بسط نطاقه إلى الفرض الذي يتم فيه الإيلاج الجنسي بواسطة المجني عليه(٤).

---

(١) Tout acte de fellation constitue un viol tant au regard de l'article 332 ancien que de l'article 222-23 nouveau du code pénal, dès lors qu'il est imposé par violence, contrainte, menace ou surprise, à celui qui le subit ou à celui que le pratique.

(٢) وفي الواقعة محل هذا القضاء أدخل الجاني في فمه عضو التذكير الخاص بحدث:
Crim. 16 dec. 1997, pourvoi no 97-85.455; Dr. pén. 1998, chron. No 7.

(٣) H.ANGEVIN, viol d'autrui ou viol de la loi?, Dr. pén. Mars 1998, chron. P.4, L.-M. NIVOSE, le crime de viol et l'égalité des sexes, Dr. pén. Avril 1998, chron. P.4; D. MAYER, la fellation peut constituer un viol, note sous cass. crim. 16 dec. 1997; cf R. MERLE, A. VITU, op. Cit., P.1503; G. ROUJOU DE BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON,Y. MAYAYD, code pénal commenté, op. cit. P.224 ss

(٤) انظر في ذلك:
H. ANGEVIN, Viol d'autrui ou viol de la loi, Dr. pén. 1998, chron. No 7, p. 4.

٧٨ – ولكن يبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد خافت من شجاعتها أو ندمت على مهارتها في هذا التخريج القانوني وعادت في حكم حديث لها وأثارت الشكوك حول موقفها من هذه المسألة(١). في هذه الواقعة قام المتهم بممارسة فعل جنسي بإدخال عضوه التناسلي في فم الضحية أفيسأل عن جريمة الاغتصاب أم لا؟ في الحقيقة إن الإجابة عن هذا التساؤل كانت واضحة في إطار القضاء الفرنسي قبل صدور هذا الحكم الأخير حيث درجت محكمة النقض على اعتبار فعل الإيلاج "الفموي" يشكل جريمة الاغتصاب(٢). وقد أكدت المحكمة العليا الفرنسية هذا المفهوم صراحة في أحد أحكامها، عندما ذكرت أن كل فعل إيلاج فموي يشكل جريمة الاغتصاب وفقاً للمادة ٣٣٢ من القانون العقابي القديم والمادة ٢٢٢–٢٣ من القانون العقابي الجديد، ما دامت فرضت بالعنف أو الإكراه، أو التهديد، أو المفاجأة على من وقع عليه الفعل أو على من مارسه(٣). ولا توجد صعوبة وفقاً لهذا التحديد القضائي الواضح؛ حيث كان يجب تطبيقه على هذه الواقعة الجديدة باعتبار أن الجاني قد ارتكب جريمة اغتصاب. ومع ذلك فإن محكمة النقض قد "نقضت غزلها" وعادت إلى أدراجها الأولى مؤيدة قرار غرفة التحقيق في عدم اعتبار فعل الإيلاج الفموي جريمة اغتصاب وإنما هتك عرض (aggressions sexuelles)(٤). وعلى الرغم من أن هذا الحكم يشكل نكوصاً من محكمة النقض عن موقفها السابق، فإن ذلك لا يشكل تحولاً فجائياً، ولا ينبغي – إذن – أن يثير دهشة الفقه المتابع لقضاء

---

(١) Crim. 22 aout 2002, rev. pénitentiaire et de droit pénal 2002, note Roger BERNARDINI, p. 565.

(٢) Crim. 22 fevr. 1984, Bull. No 71, D. 1984, IR, 228; R.S.C 1984, p. 743, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 9 juillet 1991, Bull. No 294; R.S.C 1992, p. 755, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 22 mai 1996, Bull. No 212; Crim. 12 janv. 2000, Bull. No 24.

(٣) Crim. 16 dec. 1997, précité; J.C.P. 1998, II, 10074, obs. D. MAYER; D. 1998, obs. Y. MAYAUD, p. 212.

(٤) Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui estime que les fellations pratiquées par l'auteur sur la victime ne constituent pas de viols mais des délits d'aggressions sexuelles: Crim. 22 août 2001, précité.

هذه المحكمة؛ لأنه قد لوحظت بعض الإرهاصات المنذرة بهذا التحول. ومن ذلك على سبيل المثال أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت إسباغ وصف الاغتصاب على فعل إيلاج فموي مفروض على الضحية، بإثارة نص المادة ١١١-٤ من القانون العقابي، المتعلقة بالتفسير الضيّق للنصوص الجنائية، وأضافت المحكمة أن الركن المادي في جناية الاغتصاب لا يتكون إلّا إذا قام الجاني بممارسة فعل الإيلاج الجنسي على شخص المجني عليه(١).

٧٩ - النتائج المترتبة على هذا التحول القضائي تتبلور في إجراء تفرقة ظالمة بين الضحايا أمام فعل واحد وهو فرض العلاقة الجنسية. ومن ثم فإننا نصبح أمام طائفتين من المجني عليهم:

* - من سيجبر على ممارسة عملية الإيلاج الفموي (الطرف الإيجابي) وهو يعتبر مجنياً عليه في جريمة اغتصاب مع الاستفادة من ميزة إرسال الجاني إلى محكمة الجنايات.

* - من سيفرض عليه تحمل فعل الإيلاج الفموي (الطرف السلبي). وهذه الطائفة هي التي ستضار من قضاء محكمة النقض الجديد لأنه سيؤخرهم إلى صفوف ضحايا الجنح، مع ما يترتب على ذلك من عدم محاكمة الجاني سوى أمام محاكم الجنح. ولم تتضح بعد وجهة نظر محكمة النقض الفرنسية من هذا التحول، ولكنها لا تخرج عن أحد أمرين:

الأول: تحديد درجة خطورة الفعل. أتعتبر المحكمة أن من يمارس فيه الفعل الجنسي مخطئ ولو جزئياً؟ أو أن الإكراه الممارس قبله غير قوي؟ أم أن المحكمة تعتبر أن معاناة المجني عليه تكون أقل عندما يمارس فيه الإيلاج الفموي مما لو أجبر على أن يمارسه؟ هل تريد بذلك تحديد درجة خطورة معينة تفصل الوصفين القانونيين؟(٢).

---

(١) "L'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime": Crim. 21 oct. 1998, Bull. No 169; D. 2001, IR, 2943.

(٢) Roger BERNARDINI, obs. Sous Crim. 22 août 2001, précité.

الأمر **الثاني**: من الممكن أن نتساءل أيضاً: هل كانت هناك دوافع متعلقة بتنظيم سير العدالة تقف وراء هذا التحول القضائي؟ وفي عبارة أخرى، هل تهدف محكمة النقض من وراء هذا تخفيف ضغط القضايا أمام محاكم الجنايات؟

٨٠ – **وأياً كانت الدوافع وراء هذا التحول، فإننا نعتقد أنه غير مؤسس،** خاصة إذا أمعنا النظر في النص القانوني الذي جاء به المشرع الفرنسي واسعاً في شأن جريمة الاغتصاب، ومن ثم فإن التفسير "الغائي" الذي يقدّم على التفسير الحرفي يجب أن يأخذ غاية المشرع هذه في الاعتبار، ويشمل النص للمجني عليه في واقعة الإيلاج الفموي الجنسي دون تفرقة بين ما إذا كان طرفاً إيجابياً أم سلبياً في هذا الأمر. وفي هذا الإطار فإن محكمة النقض الفرنسية ليس أمامها من مخرج سوى أحد أمرين: **إما أن ترجع عن هذا التحول** ولا تؤكد حكمها الصادر في ٢٢ أغسطس ٢٠٠١ وتعود من ثم إلى قضائها السابق الذي يضفي وصف الاغتصاب على فعل الإيلاج الفموي المفروض. وهذا الحل يتناسب – بلا شك – مع المفهوم الواسع الذي تبناه المشرع الفرنسي في نص المادة ٢٢٢-٢٣ع.ف بأنه كل إيلاج جنسي من أي طبيعة كانت. **وإما أن تؤكد هذا التحول القضائي**، وحينئذ يجب عليها أن تتلاءم في منطقها وتعتبر أن الإيلاج الفموي – بغض النظر عمن مارسه – لا يشكل فيما بعد جريمة الاغتصاب وإنما مجرد "ملامسة جنسية". ولا شك أن مثل هذا الحل ينسجم مع ما نادى به أحد رؤساء الولايات المتحدة الأمريكية، في دفاعه عن نفسه ضد إجراءات إقصائه عن الحكم، أن الإيلاج الفموي لا يمكن اعتباره كعملية جنسية![1].

الفرع الثاني
التحديد القضائي الضيق لمفهوم الإيلاج الفموي

٨١ – في إحدى القضايا قدّم طبيب لمحكمة الجنايات بتهمة الاغتصاب المشدد لثلاث من النساء اللائي ترددن عليه للكشف الطبي، حيث اتهم بأنه أدخل في فم هؤلاء السيدات أداة بلاستيكية مغطاة بواقي ذكري مع تحريكه في الفم

(١) Roger BERNARDINI, op. cit., pp. 567 et s.

دخولاً وخروجاً. اعتبرت غرفة التحقيق أن هذه الأفعال وإن لم تكن جنسية بطبيعتها، فإنها ارتكبت بشكل جنسي ومعبرة عن إرادة المتهم في إتيان فعل جنسي(١)، ولكن محكمة النقض تدخلت لتضع حداً لهذا التوسع في مفهوم الإيلاج الجنسي، فنقضت حكم غرفة التحقيق مؤكدة أنه **حتى يكوّن الإيلاج الفموي جريمة الاغتصاب يجب أن يتضمن إيلاجاً بواسطة العضو الجنسي الذكري للفاعل، وليس بواسطة شيء يمثله أو يرمز إليه(٢). ويتضح من ذلك أن محكمة النقض تضع شرطين متلازمين حتى يمكن إسباغ الوصف القانوني لجريمة الاغتصاب على فعل الإيلاج الفموي: الشرط الأول**، أن يتم الإيلاج بواسطة العضو الذكري للجاني، ولا يقوم مقامه أي شيء يمثله أو يرمز إليه. **الشرط الثاني**، أن يتم الإيلاج بواسطة الجاني، وهو ما يعني قصر وصف الاغتصاب على الإيلاج الفموي الإيجابي من قبل المتهم وليس السلبي، أي أنه لم يعد يشكل جريمة اغتصاب أن يكون الجاني هو الطرف السلبي الذي يجبر المجني عليه على أن يأخذ عضوه الذكري في فمه، على النحو الذي كان قد جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية(٣). وتعود أهمية الحكم السابق إلى أنه باقتضائه أن يتم الإيلاج الفموي بواسطة العضو الجنسي الذكري للجاني حتى يسأل عن جريمة اغتصاب، يعد عودة لطبيعة الأمور في هذا النوع من العلاقات، وبمثابة إنهاء تعريف الاغتصاب على أساس من المساواة بين الجنسين على النحو الذي كانت قد ذهبت إليه المحكمة العليا الفرنسية في بعض أحكامها

---

(١) وهو المعنى نفسه الذي قضت به محكمة النقض في أحكام سابقة لها. انظر على سبيل المثال:
Crim. 6 dec. 1995, Bull. No 372; Dr. pén. 1996, comm.. no 101.

(٢) "pour être constitutive d'un viol, la fellation implique une pénétration par l'organe sexuel masculin de l'auteur et non par un objet le représentant":
Crim. 21 fevr. 2007, Dr. pén. 2007, comm.. no 68, 3e espace.

(٣) Crim. 22 aout 2001, Juris-Data no 2001- 010866; D. 2002, p. 1803, obs. M.-H. GOZZI.

وخاصة في سنة ١٩٩٧[١]. فتعود الطبيعة من ثم إلى فرض منطقها مرة أخرى، من حيث التمييز بين الوصف القانوني للاغتصاب بحسب إذا ما كان الجاني رجلاً أو امرأة. بل إن محكمة النقض الفرنسية قد أفصحت عن هذا الاختلاف في حكمها الصادر في سنة ١٩٩٨، الذي سجل عودتها إلى المفهوم الأكثر دقة وانضباطاً، عندما نقضت حكماً اعتبر جريمة الاغتصاب متوافرة لقيام امرأة باستغلال سلطتها على حدث لإجباره على إقامة علاقات جنسية معها. حيث قضت بأنه وفقاً لنصوص القانون العقابي القديم والجديد فإن الركن المادي لجناية الاغتصاب لا يتوافر إلّا إذا أتى الجاني فعل الإيلاج على شخص المجني عليه "L'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime"[٢]. ومن ثم فإنه لا يمكن مساءلة المرأة عن فعل الإيلاج إلّا إذا ارتكبته بواسطة إدخال أي جسم أجنبي في العضو الجنسي أو في دبر الضحية[٣]. أما عن الإيلاج الفموي، فإن الطبيعة قد فرضت نفسها وأجبرت قضاء النقض على قصر هذا النوع من الأفعال الجنسية على الجاني الذكر[٤].

---

(١) Crim. 16 dec. 1997, Bull. No 429; JCP 1998, II, 10074, note D. MAYER; H. ANGEVIN, VIOL D,AUTRUI OU VIOL DE LA LOI, Dr. pén. 1998, chron. No 7; Y. MAYAUD, Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem et...contra rationem, D. 1998, chron. 212; L.-M. NIVOSE, Le crime de viol et l'égalité des sexes, D. 1998, chron. 10.

(٢) Crim. 21 oct. 1998, Bull. No 274; D. 1999, p. 75, note Y. MAYAUD; JCP G 1998, II, 10215, note D. MAYER; JCP G 1999, I, 112, no 4, obs. M. VERON; Dr. pén. 1999, no 5, obs. M. VERON.

(٣) Crim. 24 juin 1987, Bull. No 265; R.S.C. 1988, p. 302, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 5 sept. 1990, Bull. No 313; D. 1991, p. 13, note H. ANGEVIN; JCP G 1991, II, 21629, note M.-L. RASSAT; Gaz. Pal. 1991, I, 58, note J.-P. DOUCET; R.S.C. 1991, p. 348, obs. G. LEVASSEUR; Crim. 27 avr. 1994, Bull. No 157; Crim. 6 déc. 1995, Bull. No 372; Dr. pen. 1996, 101, obs. M. VERON; R.S.C. 1996, p. 374, obs. Y. MAYAUD.

(٤) Y. MAYAUD, Retour sur la définition du viol, obs. Sous Crim. 21 févr. 2007, R.S.C. 2007, p. 301.

المبحث الثالث
انعدام الرضاء

تمهيد وتقسيم:

غياب رضاء الضحية "L'absence de consentement de la victime"

٨٢ – لقد هدف المشرع بتجريمه للاغتصاب حماية الحرية الجنسية للأنثى، ومن ثم فإن ركن عدم الرضاء يشكل جوهر هذه الجريمة، فإذا تم وقاع الأنثى برضاها (المعتبر قانوناً) فلا جريمة في الأمر إلا إذا كان أحد الطرفين متزوجاً (فيشكل الفعل جريمة زنا) أو إذا تم الفعل في علانية (فيشكل جريمة فعل فاضح علني).

معيار غياب الرضاء:

٨٣ – يتحدث المشرع الفرنسي عن غياب رضاء الضحية كعنصر مشترك في جميع الاعتداءات الجنسية، ونص عليه في المادة ٢٢٢–٢٢ من التقنين العقابي، التي تم استيحاؤها من الصياغة المعطاة بواسطة قانون سنة ١٩٨٠ لجريمة الاغتصاب(١). وباستعراض هذا النص ومقارنته بالنتائج التي توصل إليها القضاء الجنائي الفرنسي نجد أن الصياغة الجديدة لم تضف شيئاً في هذا المجال. بل إن بعض الفقه يوجه لها سهام الانتقادات وخاصة أنها تتضمن تكراراً فضلاً عن عدم كفايتها(٢). على سبيل المثال عندما نستعرض الحالات

(١) يعتبر غياب رضاء ضحية الاعتداء من العناصر المكونة لأي جريمة من جرائم الاعتداءات الجنسية وفي مقدمته الاغتصاب، وهو ما يوجب على القاضي الجنائي استخلاص هذا الأمر والتأكد من وجوده في الوقائع المعروضة عليه. راجع في ذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية التالي:
Crim. 17 mars 1999, Bull. No 49; Crim. 14 avr. 1999, Bull. no 83; Crim. 23 sept. 1999, Bull. No 198.

(٢) M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers, Dalloz, 5e ed., 2006, p. 505, no 506.

التي عددتها المادة السابقة عن غياب رضاء ضحية الاعتداء نجد: **العنف** "violence" الذي هو الاعتداء الجسدي على الضحية في سبيل إتمام فعل الاغتصاب. أما **الإكراه** فيقسم إلى إكراه بدنى أو معنوي. الأول يشير إلى ممارسة ضغوط جسدية للحصول على ما يريده الجاني؛ أي أنه يتداخل في هذه الحالة مع العنف ويختلط به. في حين أن الإكراه المعنوي يتكون من تهديد المجني عليه بإلحاق الأذى به أو بأقربائه أو حتى بإلحاق ضرر بممتلكاته. ولكنه يغطي هنا ويتداخل مع **التهديد** الذي ذكره النص أيضاً كإحدى حالات غياب الرضاء(١). ومن ثم فإن عنصر الإكراه الذي أتى به النص لا يجد له مجالاً خاصاً يدافع عن وجوده ويبرره؛ لأنه إما أن يتداخل مع العنف (عندما يكون إكراهاً جسدياً) وإما أن يختلط بالتهديد (عندما يكون الإكراه معنوياً)، وإما أن المشرع أراد له الاستقلالية بتغطية جميع الحالات الأخرى غير ما سبق ذكره، وفي هذه الحالة أيضاً ستكون قليلة. ومع ذلك نرى أن وجود هذا التعداد مبرر أيضاً في النص الفرنسي، خاصة أن المشرع هنا لم يفعل كغيره من المشرعين الذين اكتفوا بذكر غياب رضاء المجني عليه فقط دون التدخل في رسم وتحديد حالات هذا الغياب ومعاييره(٢)؛ وإنما يتدخل بذكر هذه الحالات، ومن ثم فقد كان حرياً به أن يتناول جميع الحالات التي قد يتصور فيها غياب رضاء المجنى

---

(١) ولقد ذكر القضاء الجنائي ذلك صراحة عندما اعتبر أن التهديد ما هو إلّا شكل من أشكال الإكراه:
"la menace n'est qu'une forme de la contrainte": Crim. 14 oct. 1998, Bull. No 263.

(٢) انظر – على سبيل المثال – نص المادة ٢٦٧ ع الذي جاء خلواً من تحديد وتفصيل حالات عدم الرضاء "من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت..."؛ وكذلك القانون الإسباني الجديد الصادر في سنة ١٩٩٥ والذي لم يعرّف جريمة الاغتصاب كسابقه، وإنما أكتفى بذكر "الفعل الجنسي، إدخال أشياء أو الإيلاج الفموي أو الشرجي يشكل جريمة يعاقب عليها أكثر شدة من غيرها...". ويقترب من ذلك أيضاً القانون الإيطالي الذي ألغى الإغتصاب بمفهومه الدقيق واضعاً مفهوماً أكثر اتساعاً وهو العنف الجنسي.

عليه بالفعل الجنسي، وحسناً فعل المشرع الفرنسي أن جاء متوسعاً في هذه الحالات لتستوعب جميع الصور الخاصة بعدم الرضاء. وأخيراً يأتي عنصر **المفاجأة** كإحدى حالات غياب الرضاء والتى تشير إلى تحقيق الجاني هدفه الجنسي بخداع المجني عليها وغشها حول الوضع الحقيقي، أو بانتهاز فرصة عدم قدرتها على فهم حقيقة الوضع.

٨٤ – **لجأ المشرع المصري إلى تعبير "بغير رضاها" للحديث عن هذا الركن، وهو تعبير عام أوسع من استخدام مصطلح القوة أو الإكراه**، فانعدام الرضاء يشمل حالات أخرى قد لا يستعمل فيها الجاني القوة ولا يلجأ إلى الإكراه، ومع ذلك تنعدم إرادة المجني عليها، كأن تكون إرادتها غير معتبرة قانوناً، مثل الصبية غير المميزة أو المجنونة، وكأن تكون المجني عليها تعجز عن التعبير عن إرادتها كالنائمة أو المخدرة.

٨٥ – **ولقد أكدت محكمة النقض هذا المفهوم الواسع لعدم الرضاء**، عندما أكدت أن غياب الرضاء في الاغتصاب "كما يتحقق بوقوع الإكراه المادي على المجنى عليها، فإنه يتحقق كذلك بكل مؤثر يقع على المجنى عليها من شأنه أن يحرمها من حرية الاختيار في الرضاء وعدمه سواء أكان هذا المؤثر أتى من قبل الجاني كالتهديد والإسكار والتنويم المغناطيسي وما أشبه، أم كان ناشئاً عن حالة قائمة بالمجني عليها كحالة النوم أو الإغماء وما أشبه"[(١)].

٨٦ – فالذي يهم المشرع هو ألا يرتكب فعل الوقاع دون إرادة صحيحة من المجني عليها وليس فقط ضد إرادتها، وهكذا فإن ركن انعدام الرضاء يتوافر سواء كان الفعل قد ارتكب ضد إرادة المجني عليها (المطلب الأول) أو دون هذه الإرادة (المطلب الثاني) وبشرط انعدام حرية الاختيار لدى المجني عليها (المطلب الثالث).

---

(١) نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨، مجموعة القواعد القانونية، ج١، رقم ١٦، ص ٢٢؛ نقض ٢٥ مايو سنة ١٩٨١، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٢، رقم ٩٦، ص ٥٤٦؛ نقض ٨ فبراير سنة ١٩٨٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٣، رقم ٣٤، ص ١٧٣.

المطلب الأول
وطء الأنثى "ضد إرادتها"

٨٧ – وتتوافر هذه الحالة إذا لجأ الجاني في سبيل تعطيل مقاومة المجني عليها إلى القوة (إكراه مادي) أو التهديد (إكراه معنوي).

الفرع الأول
الإكراه المادي (العنف الجسدي)

٨٨ – الإكراه المادي هو أفعال العنف التي يرتكبها الجاني على جسد المرأة بهدف التغلب على مقاومتها، أو لإرهابها حتى لا تبدي مقاومة. وغالباً ما يتخذ الإكراه صورة الضرب أو الجرح، ولكنه قد يقوم بأي صورة أخرى من شأنها تعطيل مقاومة المرأة والتغلب عليها، كتقييد المجني عليها بحبل، أو الإمساك بقوة بأعضائها المستعملة في المقاومة.

٨٩ – ويلزم في الإكراه المادي الذي يعدم الإرادة أن يكون مباشراً على شخص المرأة وأن يكون له من التأثير ما يعدم إرادة الضحية. وعلى ذلك فإذا لم تباشر أعمال العنف على شخص المرأة، وإنما على الأشياء أو الحيوانات، كتحطيم باب لإرهاب المجني عليها، فإن ذلك لا يتوافر معه الإكراه المادي. ولا يتحقق هذا الأخير أيضاً، إذا لم يكن لأعمال العنف من القوة والتأثير ما يجعلها تعدم إرادة المرأة. فالعنف اليسير لا يتحقق به انعدام الرضاء حتى وإن أدى إلى التغلب على تمنع المرأة وترددها.

وإذا اعتقد الجاني أن رفض المرأة ومقاومتها كان من قبيل التمنع فقط في حين أنها كانت جادة في الرفض، فإن القصد الجنائي ينتفي لدى المتهم، وإن كان سيسأل عن جريمة هتك عرض.

٩٠ – وقد قضي بتوافر الإكراه؛ لأن الجاني قد أمسك بالمجني عليها من ذراعها وأدخلها عنوة زراعة القطن فقاومته، إلا أنه تمكن بقوته العضلية من التغلب عليها، وألقاها على الأرض، وهددها بمطواة كان يحملها، وضربها برأسه في جبهتها عند مقاومتها له، فإن هذا لا يتعارض مع تقرير الطب الشرعي الذي

أثبت وجود كدمات بجبهة المجني عليها، وأن بنيان المتهم الجسماني فوق المتوسط، وأنه يمكنه مواقعه المجني عليها بغير رضاها بقوته العضلية. ولكن ما ورد بالتقرير بعد ذلك من أن خلو جسم المجني عليها، وخاصة منطقة الفخذ من الإصابات، وخلو جسم المتهم من علامات المقاومة، يشير إلى أن المجني عليها لم تبد مقاومة جسمانية فعلية في درء المتهم عنها، فهذا لا ينفي أن المجني عليها استسلمت تحت تأثير الإكراه بالسلاح، وهو ما يتوافر به ركن الإكراه وعدم الرضا في جريمة الوقاع(١).

٩١ – ويأتي العنف الجسدي – بطبيعة الحال – في مقدمة الوسائل التي يلجأ إليها الجاني للتغلب على عدم رضاء المجني عليها بالعمل الجنسي. ولكن **يشترط لذلك أن يكون العنف على درجة من القوة بما يكفي لمنع وإيقاف مقاومة المجني عليها**. ويعتبر القاضي الفيصل في معرفة إذا ما كانت المجني عليها قد أبدت مقاومة كافية أم لا، وبشرط ألّا تكون الجريمة قد ارتكبت ضد أطفال؛ لأنه لا يشترط منهم مقاومة في جميع الحالات، بل تقوم الجريمة ولو تمت برضاء الطفل. في الحقيقة **إن مسألة مدى مقاومة المرأة من عدمه، وكفاية المقاومة تعتبر مؤشراً ومعياراً لغياب الرضاء أو وجوده**، وهو أمر غاية في الأهمية، خاصة في جريمة شديدة الخطورة كالاغتصاب يترتب عليها عقوبات جسيمة، وهو ما يستدعي من القاضي توخي الحذر في هذه المسألة؛ لأن المرأة قد تدعي اغتصابها بعد رضائها بالعمل الجنسي لأي سبب كان، كالهروب من المسؤولية، أو الخوف من الآثار الاجتماعية لفعلها؛ وهذا فضلاً عن أن بعض المقاومة البسيطة قد تدخل في إطار ما يوصف بالتمنع أو التدلل أو الإثارة أو حتى المقاومة الناتجة عن الحياء العرضي الطبيعي للمرأة.

٩٢ – ومع ذلك فالملاحظ على **القضاء الفرنسي المعاصر أنه يتساهل بعض الشيء في تقدير مقاومة الضحية**، فنجد أن محكمة النقض – على سبيل

(١) نقض ١٩ يناير سنة ١٩٥٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠، رقم ١٣، ص ٤٧.

المثال – قررت قانونية الإدانات في فروض ساهمت فيها الضحية بقدر كبير في مخاطر الاعتداء الجنسي الذي حدث لها، بحجة أنها لم ترض بالفعل **تماماً**(١). بل إن محكمة النقض ومحاكم الاستئناف تتبنى اتجاهاً يؤدي إلى الخلط بين العنف الجسدي وبعض الاستخلاصات غير المباشرة التي قد تغني عما يجب إثباته، مثل وجود بعض الإعاقات التي منعت الضحية من الاعتراض على الجاني أو الهروب منه؛ أو كالاعتراض على مثل هذه الأفعال في أوقات أخرى؛ أو رفض رؤية الجاني بعد الجريمة(٢). وخلافاً لذلك، فإنه من الثابت أن مجرد اعتبار الضحية اشتهر عنها أنها سهلة المنال "reputée facile" لا يكفي لإثبات رضائها، حتى ولو كان مثل هذا الظرف سبباً لتخفيف العقوبة(٣). وهو ما ينسجم مع منطق الأساس التجريمي للاغتصاب باعتباره يهدف إلى حماية الحرية الجنسية للمجني عليها، ومن ثم يطبق النص لحمايتها ولو كانت سهلة المنال، أو حتى لو كانت عاهرة ما دامت لم ترض صراحة بالفعل.

٩٣ – ويتوافر الإكراه المادي حتى ولو لم يكن العنف على قدر من الجسامة أو لم يترك أثراً يدل عليه مادام أنه كان كافياً لإخضاع إرادة المجني عليها والتغلب على مقاومتها. ولا يشترط أن تستمر أفعال الإكراه أو المقاومة طول فترة المواقعة الجنسية، وإنما يكفي لغياب رضاء الأنثى أن تقاوم الجاني وتدفعه عنها ما استطاعت إلى ذلك سبيلاً، حتى ولو استسلمت قبل انتهاء الفعل الجنسي نتيجة لانهيارها أو يأسها من وقف الجريمة(٤). ويشترط في الحالة

---

(١) Crim. 10 juill. 1973, Bull. No 322; R.S.C. 1974, p. 594, obs. G. LEVASSEUR; 4 mai 1993, Dr. pén. 1993, no 179.

(٢) Crim. 25 oct. 1994, Dr. pén. 1995, no 63; Crim. 8 févr. Et 1er mars 1995, Dr. pén. 1995, no 171.

(٣) Crim. 4 mai 1993, Dr. pén. 1993, no 179.

(٤) وقد ذهبت محكمة النقض في ذلك إلى أنه "إذا كان الحكم قد دلل على الإكراه بأدلة سائغة في قوله أن المتهم أمسك المجني عليها من ذراعها وأدخلها عنوة زراعة القطن فقاومته، إلّا أنه تمكن بقوته العضلية من التغلب عليها وألقاها على الأرض وهددها بمطواة كان يحملها وضربها برأسه في جبهتها عند مقاومتها له، فإن هذا الذي ورد =

الأخيرة أيضاً ألّا تكون المرأة قد تجاوبت في نهاية الأمر مع فعل المواقعة وحققت لنفسها غرضاً منها؛ لأن ذلك قد يعبر عن رضاء منها بالفعل ينسحب على عدم الرضاء السابق فيستغرقه؛ لأنه لا يمكن وصف الفعل نفسه بعدم الرضاء وعكسه في الوقت نفسه. فمن المسلم به أن حدوث أفعال الفحش برضاء المجني عليه يجعل هذه الأفعال غير معاقب عليها، إلا إذا ارتكبت في علانية فتشكل فعلاً فاضحاً. وسكوت المجني عليه عما يرتكب ضده من أفعال فاحشة يعد رضاءً بهذه الأفعال متى كان مدركاً لها. ولكن تثور الصعوبة حينما يرضى المجني عليه ببعض الأفعال دون البعض الآخر، كما لو بدأ المتهم فعله بغش المجني عليه أو مباغتته أو حتى باستعمال القوة ثم رضى المجني عليه بما تلاحق عليه من أفعال، أفيتوافر ركن انعدام الرضاء هنا أم أن رضاء المجني عليه بجزء من ماديات الجريمة ينسحب إلى سائر الأفعال ؟

٩٤ – وفقاً لقضاء محكمة النقض، فإنه إذا بدأ الجاني في تنفيذ هتك العرض بالقوة (وهو ما ينطبق أيضاً على الاغتصاب؛ لأن الأمر يتعلق هنا بعنصر العنف المشترك بين الجريمتين) فصادف من المجني عليه قبولاً ورضاءً صحيحين فإن ركن القوة يكون منتفياً فيه استناداً إلى عدم تجزئة الواقعة

= في الحكم لا يتعارض مع تقرير الطب الشرعى الذي أثبت وجود كدمات بجبهة المجني عليها وأن بنيان المتهم الجسمانى فوق المتوسط، وأنه يمكنه مواقعة المجني عليها بغير رضاها بقوته العضلية". ولا يقدح في ذلك أن يأتي التقرير الطبي بعد ذلك خلواً من أي إصابات في جسم المجني عليها وخاصة منطقة الفخذ، وكذلك خلو جسم المتهم من علامات المقاومة بما يشير إلى أن المجني عليها لم تبد مقاومة جسمانية فعلية في درء المتهم عنها، فهذا "الذي ورد بالتقرير لا ينفي أن المجني عليها استسلمت تحت تأثير الإكراه بالسلاح وهو ما أوضحه الحكم، وبه يتوافر ركن الإكراه وعدم الرضاء في جريمة الوقاع". نقض ١٩ يناير سنة ١٩٥٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠، رقم ١٣، ص ٤٧. وقضي كذلك بتوافر ركن القوة في جريمة الاغتصاب بمجرد إثبات أن المجني عليها لم تقبل مواقعة الطاعن لها وأنه جذبها من ذراعها وكتفها وأدخلها غرفة النوم حيث واقعها كرهاً عنها. نقض ٢٥ مايو سنة ١٩٨١، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٢، رقم ٩٦، ص ٥٤٦.

المكونة له لارتكابها في ظروف وملابسات واحدة، وتنفيذاً لقصد واحد مما لا يمكن معه القول بأن المجني عليه لم يكن راضياً بجزء منها وكان راضياً بجزء آخر، **فالعبرة ليست بالقوة لذاتها بل لأنها معدمة للرضاء، فإذا ما تحقق الرضاء دون أن يكون للقوة أي أثر في تحققه فإن مساءلة المتهم عنها لا يكون لها ما يبرره**[(١)].

٩٥ – وفي الحقيقة إن **هذا الرأي على إطلاقه يجافي قواعد العدالة؛ لأن الضحية قد تسكت عن بعض الأفعال المرتكبة على جسمها خوفاً من تهديدات الجاني فتتظاهر بقبول مثل هذه الأفعال لمجاراته في سلوكه إنقاذاً لحياتها** ، ومن ثم فمن الأصوب اعتبار رضاء المجني عليها ببعض أفعال الجاني اللاحقة على استعمال القوة مجرد قرينة بسيطة على الرضا بسائر الأفعال ولكن يجوز للمجني عليها إثبات عكس هذه القرينة[(٢)].

٩٦ – ومن ثم فإذا لم تقاوم المرأة الاعتداء الواقع عليها بقدر استطاعتها، كعدم الاستغاثة بالغير أو الصياح طلباً للمساعدة مع قدرتها على ذلك، فقد يكون الأمر قرينة على رضائها بالفعل وعدم توافر جريمة الاغتصاب. وللقاضي سلطة استخلاص الإكراه المادي من ظروف الواقعة المعروضة عليه، ووفقاً لكل حالة على حدة. ولذلك فإذا ادعت فتاة على شاب أنه واقعها بالقوة، وتأكد ذلك بتقرير

---

(١) نقض ٢٥ مارس سنة ١٩٤٠، مجموعة القواعد القانونية، ج٥، رقم٨٢، ص ١٤٧.

(٢) حاتم عبدالرحمن منصور الشحات، القانون العقابي، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الأشخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٤، ص ٥٧٩؛ وانظر في تأييد هذا الرأي: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٥٨. وقارن عكس هذا الاتجاه: فتوح عبدالله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٦، ص ٦٧٣، هامش رقم ١. حيث يرى أنه "لا ينفي حدوث الإكراه وتحقق الجريمة أن تكون المرأة قد تجاوبت جنسياً مع الجاني في أي لحظة من لحظات المواقعة بعد أن بدأها بالإكراه الذي عجزت عن مقاومته؛ لأن تجاوبها اللاحق على فرض حدوثه وإمكان إثباته لا يعد رضاءً بالمواقعة التي بدأت ضد إرادتها".

الطب الشرعي، ثم أفاد المتهم بأنه عاشرها برضائها، وتأكدت روايته بشهادة آخرين أكدوا أنه والمجني عليها كانا على علاقة حميمة منذ فترة تزيد على سنة، وأنها تتردد على شقته برضائها في فترات متأخرة من الليل، وأن ادعاء الفتاة لم يكن سوى محاولة لإثناء المتهم عن رغبته في إنهاء هذه العلاقة، فإنه من الخطأ إدانته عن جريمة الاغتصاب؛ لأن ظروف الواقعة تدلل على توافر رضاء المجني عليها.

٩٧ – ولذلك يجب أن يحيط علم الجاني بانعدام إرادة المجني عليها؛ لأن الاغتصاب جريمة عمدية يقوم ركنها المعنوي على القصد الجنائي؛ أي بانصراف علم الجاني وإرادته إلى الأركان القانونية المكونة لجريمة الاغتصاب وهي مواقعة الأنثى دون إرادتها. **فاتجاه إرادة الجاني إلى فعل المواقعة** لا يثير صعوبة؛ لأن هذا الفعل إرادي، ولأنه يرتكب عن رغبة فالإرادية فيه واضحة وخاصة إذا ما أرتكب بواسطة الإكراه.

٩٨ – أما عن **علم الجاني**، فإنه ينبغي أن يحيط بالصلة الجنسية غير المشروعة وبعدم توافر رضاء المرأة الصحيح بهذه العلاقة. فإذا حدث غلط من الجاني في أحد هذه العناصر انتفى لديه القصد الجنائي.

وعلى ذلك فإذا اتجه اعتقاد الجاني إلى أنه يمارس علاقة جنسية مشروعة فإن القصد الجنائي لا يتوافر لديه؛ لأنه يعتبر قد وقع في غلط. ويستوي أن يكون غلطه منصباً على الوقائع أو متعلقاً بالقانون وبشرط أن تكون القاعدة القانونية التي وقع فيها الغلط لا تنتمي إلى القانون العقابي.

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا اتصل رجل بامرأة جنسياً وكان يربطه بها عقد زواج فاسد أو باطل وكان يجهل سبب الفساد أو البطلان فإنه لا يتحقق لديه القصد الجنائي. ويستوي أن ينصب غلطه على الوقائع، كما لو تزوج أخته في الرضاعة وهو يجهل ذلك، أو ينصب على القانون كما لو كان يعلم بأنها أخته في الرضاعة ولكنه يجهل القاعدة الشرعية التي تحظر هذا الزواج[١].

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٤٠.

ويجب أن يعلم الجاني أيضاً بعدم رضاء المرأة بالعلاقة الجنسية، ولكنه إذا اعتقد أن ما تبديه من رفض هو في حقيقته مجرد تمنع ناشئ عن حياء طبيعي أو لإثارة غريزته، فلا يتوافر القصد لديه حتى ولو كان اعتقاده مبنياً على تقدير خاطئ. ويعتبر الإكراه المباشر ضد المرأة قرينة بسيطة على عدم توافر الرضاء.

٩٩ – وتطبيقاً للقواعد العامة التي تحكم القصد الجنائي، **فإنه لا يعتد بالبواعث التي تدفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة**، ومن ثم لا يؤثر على تكوين الجريمة التي لا تستلزم قصداً خاصاً. فيستوي أن يهدف الجاني من فعله إشباع رغباته الجنسية، أو بدافع الانتقام من المجني عليها أو أسرتها أو بهدف إذلالها، أو حتى بقصد إجبار أهلها على تزويجه إياها. ومع ذلك فقد **بدا في الأفق اتجاه لمحكمة النقض الفرنسية في الاعتماد على الباعث في تكوين الجريمة**، حيث رأت عدم وجود جريمة الاغتصاب في قيام الجناة مرتين بإدخال عصاه في فتحة شرج المجني عليه بحجة أن الهدف الذي كان يبحث عنه الجناة هو الاستيلاء على الأموال، ومن ثم كان يجب وصف الأفعال على أنها سلب أموال مصحوبة بظرف مشدد هو ممارسة أعمال تعذيب وأعمال بربرية(١). ثم جاءت محكمة النقض في واقعة أخرى واستندت إلى الباعث الجنسي للمتهم للقول بتوافر جريمة الاغتصاب(٢)، وهو ما لا يجوز في هذين الفرضين؛ حيث لا يجوز إعطاء دور لباعث ليس له دور في حقيقة الأمر.

---

(١) Crim. 9 dec. 1993, Bull. No 388; Dr. pén. 1994, chron. No 26, concl. PERFETTI; v. également comm.. no 83, rapport NIVOSE.

وهو تقدير جانبه الصواب لهذا القضاء لأنه جعل الباعث عنصراً داخلاً في مكونات الجريمة على غير الحقيقة، وأن هذه الأفعال تشكل تعدداً حقيقياً للجرائم حيث تتوافر جريمة الاغتصاب وجريمة سلب أموال المجني عليه:

M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, op. cit., p. 563.

(٢) Crim. 6 dec. 1995, Dr. pén. 1996, no 101.

الفرع الثاني
الإكراه المعنوي (التهديد "menaces")

١٠٠ – الإكراه المعنوي هو تهديد المتهم للمرأة بأذى أو بسوء جسيم وحال إن لم تقبل أن يواقعها. ويستوي في التهديد أن يكون منصباً على نفس المرأة أو مالها أو على شخص عزيز لديها، كالتهديد بقتل ابنها أو أبيها. ويستوي أن يكون التهديد بأمر غير مشروع كارتكاب جريمة أو بأمر مشروع كإبلاغ السلطات العامة (وهو أمر مشروع) عن جريمة ارتكبتها المجني عليها. وعلى ذلك فإذا كشف شخص أمر العلاقة الآثمة التي تربط امرأة برجل غير زوجها، فهددها بكشف أمرها إذا لم تمكنه من نفسها، فسلمت نفسها إليه بسبب هذا التهديد فيسأل ذلك الشخص عن جريمة اغتصاب لانعدام رضاء المجني عليها بسبب الإكراه المعنوي المباشر ضدها.

١٠١ – ومن جانبه، درج القضاء الفرنسي منذ سنة ١٨٥٧ على مساواة العنف المعنوي "violence morale" بالعنف الجسدي "violence physique"[١]. ويعتبر من قبيل التهديد الذي يعدم رضاء المرأة إساءة استغلال أحد رجال الشرطة لسلطته وتهديده للمجنى عليها بإدخالها السجن إن لم تمكنه من نفسها، فتنزل على رغبته[٢]. والتهديد بترك المجني عليها عارية تماماً في مكان منعزل[٣]. أو التهديد بإرسال فيلم إباحي إلى والدي الضحية لإظهارها فيه على غير الحقيقة. ومع ذلك فإنه من الطبيعي **أن يحمل التهديد في طياته طابع الجدية بحيث يؤثر في إرادة المجني عليها**، ومن ثم فقد رفضت إحدى محاكم الاستئناف إسباغ وصف التهديد الذي يعدم الإرادة على قول الجاني للمجني عليها بأنه سيلقي عليها وعلى أسرتها قاذورات باستخدام القوى غير الطبيعية[٤].

---

(١) Crim. 27 juin 1857, Bull. No 240.

(٢) Crim. 29 avr. 1960, Gaz. Pal. 1960, 2, 15.

(٣) Crim. 31 janv. 1968, Bull. No 32; R.S.C. 1968, p. 856, obs. G. LEVASSEUR.

(٤) C. A. Caen 23 mars 1987, Juris-Data no 050299.

١٠٢ – ومن الثابت قضاءً أن **مجرد وجود صفة قانونية لا تبرر في حد ذاتها وجود التهديد ما لم يصدر عن الشخص ما يمكن اعتباره تهديداً**. ومن ثم فقد قضي بأن مجرد وجود صفة المدرس تجاه تلميذة، والطبيب النفسي في مواجهة مريضة، ورئيس الشركة في مواجهة إحدى العميلات لديه، لا يكفي في حد ذاته لإثبات أن المجني عليهن قد أجبرن على العلاقات الجنسية(١)، على الرغم من وجود بعض الأحكام الأخرى التي تجيز ذلك ولكنها لا توضح معنى التهديد(٢).

١٠٣ – **ويجب أن يكون القصد من التهديد حمل المجني عليها على الاستسلام وكف المقاومة لتحقيق الغرض الجنسي للجاني في مواقعتها**؛ فإذا كان الجاني يهددها لغرض آخر ولكنها اقترحت عليه إقامة علاقة جنسية معه لصرف نظره عما ينتويه بتهديدها أو مساومتها، فإن جريمة الاغتصاب لا تتحقق في هذه الحالة. ومن ثم فإذا هدد شخص امرأة بإخبار زوجها عن علاقاتها بغيره إن لم تنته عما تفعل، وتهتم بمنزلها وأسرتها، فعرضت عليه مواقعتها فوافق على ذلك، فإنه لا يسأل عن هذه الجريمة، وإن كان سيسأل عن جريمة زنا. ونفس الشيء إذا هدد موظف زميلته في العمل بالإبلاغ عما اختلسته من أموال إن لم تقم برد الأموال المختلسة مرة أخرى خلال أسبوع، فتعرض عليه معاشرتها جنسياً فيقبل ذلك.

---

(١) Douai 9 nov. 1989, Juris-Data no 052786; Bordeaux 16 fevr. 1994, Juris-Data no 043811.

(٢) على سبيل المثال، سلطة الرئيس في العمل الذي يتميز بالقوة الجسمانية ويمارس سلطاته الإدارية باستبداد:

Crim. 8 fevr. 1995. Dr. pén. 1995, no 171;

والعم الذي يكبر الضحية بخمس سنوات ويمارس عليها سلطة وسيطرة طبيعية مما يجعل طلباته لديها كالأوامر:

Nimes 17 oct. 1999, Juris-Data no 105474.

والفارق بين هذه الحالات وتلك المذكورة في المتن هو وجود بعض الصفات أو الظروف الأخرى التي تؤكد وجود التهديد، كالقوة الجسمانية وطريقة التصرف المستبدة وسلطة العم، بالإضافة إلى صفة الجاني بطبيعة الحال، بما جعل هذه المحاكم تستند إلى الصفة وما صاحبها من ظروف أخرى للقول بوجود التهديد.

١٠٤ – وقد قضى في فرنسا بتوافر ظرف الإكراه ''Contrainte'' من خلال تهديد المجني عليها بتركها في وسط الليل في برد قارس وضباب كثيف بعيداً عن المناطق المأهولة إذا لم تمكنه من نفسها(١).

وقد قضي بانعدام الرضاء بسبب الإكراه المعنوي لتهديد المتهم المجني عليها بعدم تمكينها من مغادرة المسكن إلا بعد أن يقوم بمواقعتها(٢).

والشيء نفسه إذا هدد المتهمان المجني عليها بقتل وليدها الذي كانت تحمله إن لم تستجب لرغبتهما في مواقعتها؛ مما أدخل الفزع على قلبها خشية على وليدها فأسلمت نفسها لكليهما تحت تأثير هذا الخوف(٣).

١٠٥ – وعلى الرغم من الخطورة الشديدة للسلوكيات السابقة التي تنطوي على إتيان الفعل ضد إرادة المجني عليها، فإن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل يشمل بعض السلوكيات الأخرى التي وإن كانت أقل خطورة من سابقتها فإنها تؤدي إلى "اختلاس" رضاء المجني عليها؛ وهو ما يستوي مع حالتي الإكراه الجسدي والمعنوي ما دام وطء الأنثى يتم "دون" إرادتها.

المطلب الثاني
وطء الأنثى "دون إرادتها"

١٠٦ – القانون لا يهمه فقط تجريم أفعال المواقعة التي ترتكب ضد إرادة المرأة، وإنما يحرص أيضاً على تجريم الأفعال المرتكبة دون إرادة المجني عليها إذا كانت الإرادة غير معتبرة قانوناً بسبب المرض أو صغر السن أو الغش والتدليس.

---

(١) Crime. 11 fev. 1992, Dr. Pen. 1992, 174, R.S.C. 1993, 331, obs. G. LEVASSEUR.

(٢) نقض ٧ مايو سنة ١٩٧٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٠، رقم ١١٥، ص ٥٣٨.

(٣) نقض ١٦ مارس سنة ١٩٨٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣١، رقم ٧١، ص ٣٨٤.

الفرع الأول
انعدام التمييز

١٠٧ – إذا كانت المجني عليها معدومة التمييز فإن جريمة الاغتصاب تقوم حتى ولو تمت المواقعة بموافقة المجني عليها؛ لأن رضاءها غير معتبر قانوناً؛ فالإرادة التي هي مصدر تقييم الأشياء والحكم عليها غير موجودة أو معطلة لدى المجني عليها إذا كانت مجنونة أو صغيرة غير مميزة أو سكرانة. فإذا واقع شخص **امرأة مجنونة** برضائها فإنه يعتبر مسؤولاً عن جريمة اغتصاب ولكن يشترط أن يكون جنون المرأة قد بلغ حداً لا تستطيع معه القدرة على فهم ماهية الفعل المرتكب.

١٠٨ – وعلى ذلك فإنه يعتد برضاء المجني عليها، ولا تتوافر جريمة الاغتصاب إذا كان الجنون من النوع المتقطع وتمت المواقعة في فترة الإفاقة. ويسأل المتهم عن جريمة اغتصاب إذا واقع **امرأة في غيبوبة** ناشئة عن سكر، وسواء كان الجاني هو الذي أعطاها المادة المسكرة أو شخص غيره، أو حتى إذا كانت المجني عليها هي التي تناولتها. ويأخذ حكم السكر الحبوب المنومة أو البخور الذي يحدث دواراً للمجني عليها، فذلك مما يجعل الإرادة غير معتبرة قانوناً.

١٠٩ – **والصغيرة غير المميزة**[(١)] **تأخذ حكم المجنونة** من حيث عدم الاعتداد بإرادتها ومن ثم فإن رضاءها بالمواقعة لا ينفي جريمة الاغتصاب. أما إذا كانت الصغيرة مميزة؛ أي أنها بين السابعة والثامنة عشرة من عمرها، فإن قبولها فعل المواقعة ينفي جريمة الاغتصاب حيث إن القانون يعتد إلى حد ما بإرادة الصغيرة المميزة، ولكنه لا يولى إرادتها قيمة كاملة بحيث تنفى عن الواقعة الصفة التجريمية لأن الفتاة مازالت - بحكم صغر سنها - قليلة الخبرة، سهلة الإغواء، ومن ثم فإن مواقعتها برضائها وإن لم تشكل جريمة الاغتصاب فإنه يعاقب عليها تحت وصف هتك العرض دون قوة أو تهديد.

(١) وتكون الصغيرة غير مميزة إذا لم تبلغ السابعة من عمرها.

وفى الحقيقة إن **هذه النتيجة تعتبر منتقدة** لدى جانب من الفقه[1]؛ لأنه من غير المنطقي أن يتم اعتبار فعل المواقعة مجرد هتك عرض؛ حيث إن الجريمة الأخيرة تنطوي على أفعال أقل فحشاً واعتداءً على العرض من فعل المواقعة، ولذلك فإنه من الأوفق للمشرع أن ينص على صورة وسط بين الاغتصاب وهتك العرض فتكون أخف من الأولى وأكثر شدة في العقاب من الثانية.

١١٠ – وحجة الاتجاه القائل بأن الرضاء الصادر عن فتاة مميزة يعتد به وينفي الاغتصاب؛ لأنه ينم عن وعي بطبيعة الفعل يحول دون توافر انعدام الرضاء. وهو قول يبتعد عن صواب القانون ولا يسلم من النقد للأسباب التالية:

١١١ – **أولاً**، إن سياسة المشرع في تجريم الاعتداء على العرض بصفة عامة توضح أنه ترك للشخص حرية التصرف في غريزته الجنسية (وفقاً للضوابط القانونية) بعد سن معينة يمكن القول إنها بمثابة "الأهلية الجنسية" التي إذا بلغها الشخص أمكن الاعتداد بإرادته ورضائه ببعض التصرفات الجنسية. ومعنى ذلك بمفهوم المخالفة أن تصرف الشخص في غريزته الجنسية قبل بلوغ هذه السن لا يعتد به قانوناً؛ لأن رضاءه قد صدر عن عدم وعي ونقص خبرة في الحياة بصفة عامة وفي الأمور الجنسية بصفة خاصة. ودليل ذلك أن المشرع نص على جريمة هتك العرض دون قوة أو تهديد وفقاً للمادة ٢٦٩ ع، التي تنص على أن "كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس". فإذا كان المشرع لم يعتد برضاء المجني عليها في فعل أقل فحشاً واعتداءً على العرض من الاغتصاب، فكيف يتسنى الاعتداد بالرضاء في هذا الأخير.

١١٢ – **ثانياً، الرأي السابق يجافي منطق العدالة أيضاً من ناحية مسؤولية الجاني وحماية المجني عليها.** فبالنسبة للجاني، كيف نساوي في المسؤولية والعقاب بين من يقومون بالفعل نفسه وهو المواقعة الجنسية لمجرد

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٣٧.

أن ترضى فتاة صغيرة لا تتجاوز السابعة عشرة من عمرها بهذا الفعل الفاحش، ولا ترضى به أخرى بلغت الثامنة عشرة من عمرها. أما من حيث حماية المجني عليها، فلا شك أنه لا يمكن لإرادة المجني عليها (غير المعتبرة قانوناً) أن تحول دون توافر وصف جناية الاغتصاب ليحل محله جنحة هتك عرض دون قوة أو تهديد لمجرد رضائها بالفعل، حتى ولو كانت تبلغ من العمر ثمانى سنوات على سبيل المثال، على الرغم من قيام الجاني بالأفعال نفسها المكونة للاغتصاب من معاشرة جنسية.

١١٣ – ثالثاً: إن المشرع لم يحدد وسيلة عدم رضاء الأنثى تاركاً ذلك للقاضي الجنائي بمعونة الفقه، ومكتفياً بأن يكون فعل المواقعة بغير رضاء الأنثى. ومن ثم فليس صحيحاً أن غياب الإكراه عن المواقعة ينفي عنها وصف الاغتصاب. فكما رأينا سابقاً أن المشرع يهدف إلى حماية حرية الاختيار للأنثى ولا شك أن هذه الحرية منقوصة إذا كانت الفتاة ناقصة التمييز ولم تبلغ "أهليتها الجنسية". فكيف لا نسوي بين من عاشر فتاة برضائها (المبني على غش وخداع) ومن عاشر فتاة برضائها (غير المعتبر قانوناً) على الرغم من اتحاد الحالتين في عدم صحة الرضاء.

وفي الحقيقة إننا ندعو المشرع للتدخل في هذه الحالة حسماً لهذا الخلاف، وحماية للمجني عليهن، وسداً للثغرات التي تظهر في سياسته التجريمية في هذا المجال.

الفرع الثاني
التدليس أو الغلط

١١٤ – الغش والخداع الذي يتوصل الجاني من خلاله إلى إتيان المرأة يعدم إرادة هذه الأخيرة قيمتها القانونية، ومن ثم تقوم جريمة الاغتصاب إذا تم الاتصال الجنسي بسبب التدليس أو الغلط. والتدليس إما أن ينصب على شخص الجاني (أولاً) أو على صفته (ثانياً). وتأخذ المباغتة الحكم نفسه إذا فاجأ الجاني ضحيته ليختلس رضاءها (ثالثاً).

أولاً – التدليس الذي ينصب على شخص الجاني:

١١٥ – فبالغش والخداع قد يأتي الرجل المرأة في ظروف تجعلها تعتقد أنه شخص تسمح له بهذه المعاشرة كزوج أو عشيق. ومن ذلك مثلاً أن يدخل الجاني في سرير امرأة ليلاً فتعتقد أنه زوجها فتسمح له بإتيانها، فرضاؤها هنا لا ينفي مساءلة الرجل عن جريمة اغتصاب؛ لأنه رضاء معيب وغير معتبر قانوناً(١).

ثانياً – التدليس الذي ينصب على صفة الجاني:

١١٦ – أما عن **التدليس** الذي ينصب على صفة الجاني فمثاله ذلك الزوج الذي يطلق زوجته طلاقاً بائناً دون أن تعلم هي بذلك ثم يعاشرها معاشرة الأزواج، فيسأل الرجل هنا عن جريمة اغتصاب؛ لأن رضاء المرأة قد بني على الغش والخداع، ومن ثم فلا يعتد به. فالمرأة لو علمت أنها مطلقة طلاقاً بائناً لكانت قد رفضت تمكين زوجها السابق منها، أو على الأقل أن هناك اعتداء على حريتها الجنسية في القبول أو الرفض عن علم وبينة من الأمر(٢).

١١٧ – ويأخذ حكم التدليس المنصب على صفة الجاني أيضاً الكتابي الذي يتزوج بمسلمة مدعياً أنه مسلم ومخفياً حقيقة أمره. والأمر نفسه ينطبق على المسيحي الذي لا يحل له أن يجمع بين أكثر من امرأة في وقت واحد إذا تزوج من ثانية بعد أن أخفى عليها أنه متزوج؛ حيث يعاقب عن اغتصاب؛ لأن رضاء المرأة الثانية يعتبر رضاءً معيباً لابتنائه على غش منصب على صفة الجاني(٣).

---

(١) انظر تطبيقات القضاء: نقض ١٤ مايو سنة ١٩٥١، مجموعة أحكام محكمة النقض، س٢، رقم ٣٩٧، ص ١٠٨٩ وانظر في القضاء الفرنسي: Crim. 25 Juin 1857, 1, 711.

(٢) نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨، مجموعة القواعد القانونية، جـ١، رقم ١٦، ص٢٢.

(٣) ولذلك فقد قضي بأنه إذا ادعى أحد الأقباط الأرثوذكس كذباً بأن زوجته متوفاة وتوصل بذلك إلى الحصول على رضاء الأم بزواجه من ابنتها التي لم تبلغ الرابعة عشرة من عمرها، وبالفعل أجرى رسوم زواجه بها على يد شخص زعم بأنه قسيس وعاشرها بعد ذلك معاشرة الأزواج مدة ثلاثة أشهر ثم تركها، فإنه يكون قد توصل بالحيلة إلى إغوائها ويعاقب بعقوبة مواقعه أنثى بغير رضاها، جنايات أسيوط ٦ يونيه سنة ١٩١٢، المجموعة الرسمية، س١٣، رقم ١٢٧، ص ٢٦٤.

ثالثاً – المباغتة:

١١٨ – وإذا أتى الرجل المرأة مباغتة فينطبق عليه حكم الاغتصاب أيضاً كمن يأتيها بالغش والخداع. كما رأينا أن المشرع الفرنسي، وخلافاً لسياسة نظيره المصري الذي اقتصر على وصف المواقعة بأنها تلك التي تحدث بغير رضاء الأنثى، قد حدد عدم الرضاء في الإكراه أو العنف أو التهديد أو المفاجأة. حقاً إن هذه المصطلحات لها من السعة ما يسمح لها باستيعاب جميع صور التأثير على رضاء المجني عليه، ولكن بعض هذه المصطلحات يكتنفه الكثير من الغموض وهو ما ينطبق بصفة خاصة على مصطلح المفاجأة. هذا الغموض جعل كثيراً من البرلمانيين الفرنسيين يعترض على إدخال المفاجأة في العناصر التكوينية لجرائم الاغتصاب والاعتداءات الجنسية، إلا أن المشرع تبنى هذا المفهوم في المواد ٢٢٢–٢٢ و ٢٢٢–٢٣ من القانون العقابي. ومع ذلك فلم يتم تحديد مضمون المفاجأة التي تؤثر على رضاء المجني عليه في هذه الجرائم لا من قبل المشرع ولا الفقه ولا القضاء الفرنسيين. ولهذا فقد بادرت محكمة النقض بتحديد هذا المفهوم على استحياء في بعض أحكامها(١).

١١٩ – ومن الطبيعي إذن – في ظل هذا الاستخدام القضائي لعنصر المفاجأة – أن يتم تقنين المفاجأة بإدخالها في التقنين العقابي بواسطة القانون الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٠ محدداً أن الاغتصاب وهتك العرض يرتكبان بواسطة العنف أو الإكراه أو المفاجأة. واستكمل التقنين العقابي الصادر في سنة ١٩٩٤ هذه الفلسفة التجريمية للاغتصاب وغيرها من الاعتداءات الجنسية المرتكبة بواسطة العنف أو الإكراه، أو التهديد أو المفاجأة.

١٢٠ – وعلى الرغم من هذا الاستخدام القانوني لعنصر المفاجأة فلم يتدخل المشرع ولا القضاء ولا الفقه لتعريف المفاجأة وتحديد مفهومها. ولقد جاء حكم لمحكمة النقض أكثر قرباً لتحقيق هذا الهدف ولكن على استحياء عندما

(١) (Crim. 1er mars 1995, Bull. No 92; JCP G. 1995, IV, 1623; Crim. 22 janv. 1997, Bull. No 22; JCP G. 1997, IV, 1047; R.S.C. 1998, p. 325, obs. Y. MAYAUD.)

قرر أن وجود استراتيجية من شأنها مفاجأة رضاء الضحية يمثل – وهذا ما قلل من أهمية الحكم في هذا الشأن – المفاجأة أو الإكراه؛ أي دون تحديد لأحدهما على حساب الآخر. هذا من ناحية[١]، ومن ناحية أخرى، فقد انتهت المحكمة فقط إلى أنه لا يمكن استنتاج المفاجأة من مجرد سن الضحية. ولذلك يعتبر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٥ أبريل سنة ٢٠٠١ أول حكم يتناول تعريف المفاجأة على الرغم من اعتراض جانب من الفقه على اعتباره حكم – مبدأ عكس ما يبدو من صياغته وكيفية تسبيبه[٢]. وتحاول محكمة النقض فيه أن تميز بين فعل الأخذ بالمباغتة؛ أي على غير المتوقع، وحالة الشخص الذي يفاجأ. ومع ذلك فإن الأمر لا يعدو في نهايته سوى اختلاف مصطلحات لمفهوم واحد بحسب المنظور الذي يعتد به لأحد الطرفين: فإما أن ينظر للمفاجأة التي أحدثها الجاني، وإما إلى المفاجأة التي أثرت على المعتدى عليه. وتحاول محكمة النقض التمييز بين مفاجأة المجني عليها ومفاجأة رضائها. ومثار الصعوبة هنا أن الصياغة التشريعية ذاتها لم تتضمن أي تحديد مكتفية فقط بذكر مصطلح المفاجأة، وهو ما يترك الغموض يكتنف جنبات هذا المصطلح ويجعله محلاً لاجتهادات الفقه والقضاء. بل إن الاجتهادات قد بدأت في الأعمال التحضيرية للقانون الذي صدر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٠ والمتعلق بعقاب الاغتصاب وبعض الاعتداءات على العرض. فقد اعترض بعض البرلمانيين على استخدام مصطلح المفاجأة بسبب طبيعته الغامضة جداً. ومع ذلك أصرت الحكومة على إضافتها مستندة إلى القضاء القديم الذي أخذ بالمفاجأة في حالة مواقعة امرأة نائمة[٣]. وقد صدر هذا القضاء القديم الذي ساوى بين العنف والمفاجأة في حالة استفادة الجاني من حالة نوم الضحية للاعتداء عليها[٤]. ومن ثم فقد صدر النص

(١) Crim. 22 janv. 1997, Bull. No 22; JCP G 1997, IV, 1047; R.S.C. 1998, p. 325, obs. Y. MAYAUD.

(٢) A. PROTHAIS, Agression sexuelle avec surprise: surprendre le consentement de la victime ne saurait se confondre avec la surprise de celle-ci, note sous Crim. 25 avr. 2001, JCP G 2003, II, 10001.

(٣) JO Sénat CR 23 mai 1980, p. 2093.

(٤) Crim 25 juin 1857, Dp 1857,1, p. 314; cité par: A. PROTHAIS, Agression sexuelle avec surprise: surprendre le consentement de la victime ne saurait se confondre avec la surprise de celle-ci, note sous Crim. 25 avr. 2001, JCP G 2003, II, 10001.

المتضمن للمفاجأة، على الرغم من وجود هذه الصعوبات التي تخلى عن تحديدها المشرع تاركاً الأمر لاجتهادات القضاء وخاصة محكمة النقض.

١٢١ – وتدخلت المحكمة العليا الفرنسية في حكم حديث لها مقررة نقض حكم الاستئناف الذي دان المتهم من أجل الاعتداء الجنسي على أنثى أعلنت أنها أصيبت بحالة من الدهشة والذهول أمام محاولات رئيسها في وكالة صحفية ويزيد عليها في السن بثلاثين عاماً، دون تحديد عنصر المفاجأة بدرجة كافية، وهو يعد من مكونات الجريمة المعرفة في المادة ٢٢٢–٢٢ من القانون العقابي، التي تتضمن مفاجأة رضاء المجني عليها، ولا يمكن أن تختلط بالمفاجأة المعبر عنها بواسطة المرأة؛ أي أن المفاجأة المقصودة هي تلك التي "تختلس" الرضاء حتى يتمكن الجاني من إتيان فعله، وهو ما يعني أن المفاجأة تتجسد في إتمام الفعل أو البدء فيه دون الرضاء. ولا شك أن مفهوم المفاجأة هنا يختلف عن المفاجأة أو الدهشة التي تبديها المجني عليها بعد إتمام الفعل أو حتى في أثنائه(١). وفي وقائع القضية طلب المدير من المجني عليها أن تصحبه في مكتب زميل غائب ليحدثها عن صعوبات متعلقة بعمله، وانتهز فرصة انفراده بها ليداعبها في أكتافها وشعرها ويقبلها في فمها، وهو ما جعلها تصاب بالدهشة والذهول فخرجت إلى مكتبها. وبعد فترة ذهب إليها في منزلها دون دعوة، ومع ذلك فتحت له باب مسكنها، وبدأ مرة أخرى في مداعبتها في أماكن مختلفة من جسدها فترجته في أن يتوقف، ورحل عنها(٢). ويعتبر ذلك بمثابة أول حكم

---

(١) راجع في هذا الحكم:
Alain PROTHAIS, Agression sexuelle avec surprise: surprendre le consentement de la victime ne saurait se confondre avec la surprise de celle-ci, note sous Crim. 25 avr. 2001, JCP G. 2003, jurispr., II, 10001.

(٢) وهذا النوع من الجرائم يسمى بالجرائم المسكوت عنها، وهي تحرش أرباب العمل أو المديرين أو المدرسين بالنساء، اللاتي يقعن تحت نفوذهم، وفي العادة لا تسجل هذه الجرائم؛ بسبب خوف المرأة على وظيفتها، أو طمعها في تعويض، أو صعوبة الإثبات. من القضايا التي طفت على السطح في هذا الشأن عندما اشتكت إحدى السيدات رجلاً من رجال (الكونجرس) من "أوريجون"، وحين اشتهر أمره سجلت عليه ٢٦ =

للنقض يعرّف مفهوم المفاجأة المستخدم بواسطة المشرع في مجال جرائم الاغتصاب وغيرها من الاعتداءات الجنسية. فالمشرع استخدم مصطلح المفاجأة بجانب حالة العنف بالمعنى الدقيق ليشير إلى حالة غياب رضاء المرأة عندما ينتهز شخص حالة نومها – على سبيل المثال – فيواقعها. ثم تكرر استخدام عنصر المفاجأة بمباركة الفقه الجنائي في صياغة قضائية معتادة سواء في حالة جريمة الاغتصاب(١)، أو في حالة هتك العرض بالقوة، بأنه سواء كان غياب الرضاء قد نتج عن العنف الجسدي أو المعنوي المستخدم في مواجهة الضحية، أو عن أية وسيلة أخرى للإكراه أو للمفاجأة مستخدمة بواسطة مرتكب الواقعة لتحقيق هدفه دون إرادة الضحية(٢). وعلى ذلك فالطبيب الذي يواقع امرأة بغتة منتهزاً فرصة استسلامها له للكشف عليها يكون مسؤولاً عن جريمة اغتصاب(٣).

الفرع الثالث
النوم والمرض وما في حكمهما

١٢٢ – قد تكون إرادة المرأة معتبرة قانوناً ولا يستعمل الجاني وسائل تدليسية للوصول إلى مآربه، ومع ذلك يسأل الجاني عن اغتصاب المرأة إذا أتاها وهي عاجزة عن التعبير عن إرادتها؛ حيث يكون الفعل قد ارتكب دون إرادة

= امرأة أخرى، شكاوى من هذا النوع، ممن سبق أن عملنَ معه في الكونجرس وخارجه. راجع هذه الإحصاءات على الموقع التالي:
http://alfdhela.com/vb/showthread.php?t=23558

(١) Crim. 10 juill. 1973, Bull. No 322.

(٢) Crim. 1er juill. 1959, Gaz. Pal. 1959, 2, p. 228: "Soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à l'égard de la victime, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise employé par l'auteur de l'action pour atteindre son but, en dehors de la volonté de la victime".

(٣) قارن في هذا الصدد حكماً حديث لمحكمة النقض الفرنسية الذي قضى بمسؤولية الطبيب عن جريمة اعتداء جنسي بسبب مفاجأته للمجني عليها وقيامه بأفعال جنسية لا يستلزمها الفحص الطبي: Crim. 14 février 2003, Bull. No 1.

المجني عليها وهو ما يعني المشرع بتجريمه. وعجز المرأة عن التعبير عن إرادتها يرجع إلى أمور عديدة يقدر القاضي مدى توافر أحدها وفقاً لظروف الواقعة وملابساتها. ويأتي في مقدمة هذه الأسباب النوم والإغماء والإعياء الشديد أو الغيبوبة والصرع؛ حيث يسأل الجاني إذا أتى سلوكه في إحدى هذه الحالات حتى ولو كانت المجني عليها عاهرة؛ لأن الأمر غير مرتبط بشرفها وإنما بحماية حريتها الجنسية، ولكن بشرط توافر علم الجاني وإرادته بمكونات الجريمة وبغض النظر عن الباعث الذي دفعه إليها.

أولاً – النوم والمرض:

١٢٣ – ولذلك فإذا واقع الجاني امرأة في **أثناء نومها** ثم استيقظت بعد بدء الفعل، فإن جريمة الاغتصاب تتوافر أركانها(١). وسواء كان النوم طبيعياً أم مغناطيسياً. ولا تتوافر الإرادة أيضاً إذا كانت **المرأة مريضة** وانتهز الجاني فرصة عجزها وواقعها. ولهذا فقد قضي بأنه إذا كان المتهم قد باغت المجني عليها وهي مريضة ومستلقية في فراشها، وكم فاها بيده، وانتزع سروالها، ثم اتصل بها اتصالاً جنسياً بإيلاج قضيبه فيها بغير رضاها منتهزاً فرصة عجزها بسبب المرض عن المقاومة أو إتيان أية حركة، فإن ذلك يكفي لتكوين جريمة الوقاع(٢).

ثانياً – الإعياء الشديد:

ويأخذ حكم المرض **الإعياء الشديد** الذي ينتاب الأنثى ويبلغ منها مبلغاً يعطل لديها مراكز الإحساس والقدرة على المقاومة، فإذا أتاها الجاني وهي على هذه الحالة فإنه يسأل عن جريمة اغتصاب.

---

(١) نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢، مجموعة القواعد القانونية، جـ٥، رقم ٤٤١، ص ٦٩٢.

(٢) نقض ٢٧ يناير سنة ١٩٥٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، س٩، رقم ٢٨، ص ١٠٢.

ثالثاً – الضعف الشديد للضحية "faiblesse de la victime":

١٢٤ – تعتبر حالة الضعف الشديد للمجني عليها مماثلة للإكراه؛ لأنها لا تكون قادرة على إبداء رضائها أو رفضها. وعلى الرغم من صعوبة قبول القضاء الجنائي الفرنسي لهذه الحالة في بداية الأمر، فإنه قد استقر أخيراً على التسليم بهذا الوضع(١). ولا يشترط أن تكون حالة الخلل أو السكر أو الغيبوبة مستمرة، وإنما تقوم جريمة الاغتصاب حتى ولو حدثت أثناء الغيبوبة أو السكر لفترة عارضة، ما دام ذلك قد أثر سلباً على إرادة المجني عليها بما يحول دون مقاومتها للجاني(٢).

رابعاً – حماية الحرية الجنسية للمرأة غير مرتبط بشرفها:

١٢٥ – يحمي المشرع الحرية الجنسية للمرأة من الاعتداء عليها بغض النظر عما إذا كانت المرأة نفسها تحافظ على عفتها وشرفها أم لا، فمناط الحماية الجنائية هو حرية المرأة الجنسية وليس شرفها وطهارتها. وعلى ذلك فإن انعدام الرضاء يتحقق وتقوم جريمة الاغتصاب إذا واقع الجاني عاهرة بغير موافقتها حتى ولو كانت عشيقته في يوم من الأيام(٣). ومع ذلك فمن الجائز لجهة التحقيق في الواقعة أو للقاضي اعتبار سوء سلوك المرأة قرينة بسيطة على رضائها بالمواقعة.

---

(١) Crim. 8 juin 1994, Bull. No 226; Crim. 25 oct. 1994, Dr. pén. 1995, no 63.

(٢) وقد حدث أن عادت إحدى السيدات إلى منزلها في الولايات المتحدة الأمريكية وهي في حالة سكر تام، ولم تغلق باب منزلها، فشاهدها ثلاثة أشخاص وهي تترنح، وعندما تأكدوا أنها بمفردها دخلوا عليها وأغلقوا الباب وتناوبوا على اغتصابها ثم ولوا فراراً. وعندما استعادت المجني عليها وعيها وتيقنت مما حدث قامت بالإبلاغ عن الواقعة ولكنها لم تستطع تذكر أوصاف الجناة، فلجأ المحققون إلى تنويمها مغناطيسياً لمساعدتها في الإدلاء بأي معلومات تؤدي إلى القبض على المتهمين دون جدوى في نهاية الأمر: راجع في تفاصيل هذه القضية بحثنا في: دور الوسائل النفسية في الكشف عن الجرائم، أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، سنة ٢٠٠٧، ص ١٥. ولا يختلف الوضع في حالة إذا كان الجناة أنفسهم قد أعطوا المجني عليها مادة مسكرة أو مخدرة ثم واقعوها وهي غير مدركة بسبب حالة السكر أو التخدير.

(٣) إدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٨، ص ١١٦.

المطلب الثالث
انعدام الإرادة أم انعدام حرية الاختيار؟

١٢٦ – ويلاحظ أن معظم الفقه الجنائي المصري يتحدث عن ضرورة انعدام إرادة المجني عليها لقيام جريمة الاغتصاب، أو على الأقل يساوي بين انعدام الإرادة وانعدام الرضاء[١]. ويعود السبب في ذلك بصفة أساسية إلى تفسير القضاء لهذا العنصر المهم في تكوين جريمة الاغتصاب؛ حيث يذهب إلى أن ركن القوة في جناية المواقعة يتوافر كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضاء من المجني عليها، سواء باستعمال المتهم في سبيل تنفيذ مقصده وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر في المجني عليها **فيعدمها الإرادة** ويقعدها عن المقاومة، أو بمجرد مباغتته إياها أو بانتهاز فرصة فقدانها شعورها واختيارها لجنون أو عاهة في العقل أو استغراق في النوم[٢]. وهذا لا ينفي وجود بعض أحكام النقض التي تتحدث عن حرية الاختيار فقط دون انعدام الإرادة، حيث ذكرت – على سبيل المثال – أن عدم الرضاء... كما يتحقق بوقوع الإكراه المادي على المجني عليها، فإنه يتحقق كذلك بكل مؤثر يقع على المجني عليها من شأنه أن يحرمها **حرية الاختيار في الرضاء وعدمه**[٣]. ومع ذلك يذهب جانب من الفقه – ونحن معه في ذلك – إلى أنه لا يشترط بالضرورة انعدام الإرادة، وإنما يكتفي القانون بعدم حرية الإرادة في الاختيار[٤]. فالإرادة

(١) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٩١، ص ٦٥٥؛ فتوح عبدالله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٦، ص ٦٧٢؛ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ص ٥٣٤.

(٢) نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢، مجموعة القواعد القانونية، ج٥، رقم ٤٤١، ص ٦٩٢.

(٣) نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨، مجموعة القواعد القانونية، ج١، رقم ١٦، ص ٢٢.

(٤) علي عبدالقادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠٠١، ص ٤٧٦.

قد تكون موجودة من وعي وإدراك، ولكن حريتها في الاختيار هي التي تنعدم، فلا تملك المجني عليها الاختيار بين قبول ما يريده الجاني من مواقعتها ورفض هذا الأمر. ولا شك أن هناك حالات تنعدم فيها الإرادة كالجنون أو عدم التمييز، وتنعدم معها – بطبيعة الحال – حرية الاختيار، ولكن لا يشترط ذلك في جميع الأحوال؛ إذ يكفي لتوافر الجريمة أن يؤثر الجاني على حرية الاختيار لدى المجني عليها. بل إن التساؤل الذي قد يطرح نفسه هنا أيضاً يتعلق بما إذا كان يلزم انعدام حرية الاختيار أم يكفي التأثير عليها سلباً بما يحول دون الرضاء الصحيح بالفعل؟ في الحقيقة إن الرضاء إما أن يوجد وإما أنه لا يوجد ولا وسط بينهما، ولكن الذي قد يختلف من شخص إلى آخر ومن واقعة إلى أخرى هو درجات التعبير عن عدم الرضاء التي قد تصدر عن المجني عليها بدءاً من أقصى هذه الدرجات، التي تتبلور في شكل مقاومة عنيفة من المجني عليها تجعلها تؤثر فقدان حياتها أو سلامتها الجسدية عن أن ينتهك عرضها أو يدنس شرفها؛ ونزولاً إلى أدنى درجات عدم الرضاء عندما تستسلم المرأة "بسهولة" للجاني ليس رضاءً بالفعل وإنما يأساً من المقاومة أو عدم جدواها لظروف كثيرة قد تكون مبررة من وجهة نظر المجني عليها (وهي التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار) وفقاً لظروفها الصحية وحالتها الجسمانية، ومكان وزمان وجودها وشخصية الجاني ومدى قوته وسطوته، وما قد يستخدمه من أدوات، أو عدد الجناة، أو غير ذلك من الظروف التي يقدرها القاضي وفقاً لكل حالة على حدة.

١٢٧ – ومعنى ذلك أنه **لا يجوز النظر إلى "مظاهر تعبير المجني عليها" عن عدم رضائها كمقياس أو معيار حاسم** إذا كانت شديدة فيتوافر عدم الرضاء، وإذا كانت ضعيفة أو حتى غير ظاهرة فلا يتحقق عدم الرضاء؛ وإنما يلزم تقدير كل حالة على حدة وفقاً لظروفها، وهو ما يؤكده القضاء الجنائي في تطبيقاته العديدة لهذه الجريمة، حيث لم يستلزم وجود أي أثر في جسم المجني عليها يشير إلى وجود مقاومة فعلية منها لدرء المتهم عنها[١]. ولا يعني ذلك بطبيعة

(١) حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه "إذا كان الحكم قد دلل على الإكراه بأدلة سائغة في قوله إن المتهم أمسك المجني عليها من ذراعها وأدخلها عنوة زراعة القطن فقاومته، إلّا أنه تمكن بقوته العضلية من التغلب عليها وألقاها على الأرض =

الحال أن تكون أقوال المجني عليها مصدقة في جميع الأحوال، وخاصة في حالة عدم وجود أي أثر للمقاومة. فإذا اقتنع القاضي من جميع ظروف الواقعة برواية المجني عليها فله أن يعتبرها اغتصاباً، وإلّا فالأولى أن يتوخى الحذر وحماية لقرينة البراءة لاحتمال رضاء من تدعي اغتصابها بالفعل ثم تقوم بالإبلاغ عمن واقعها لأي سبب كان، كالخوف من افتضاح أمرها أو إجباره على الزواج منها أو على الأقل استمرار معاشرته لها وعدم قطع صلته بها(١).

١٢٨ – ونعتقد أنه مما يؤكد وجهة نظرنا السابقة أن المشرع ساوى بين أن يكون الفعل "ضد" رضاء المجني عليها، أو أن يكون "دون" رضائها. فلم يشترط القانون ارتكاب الاغتصاب ضد إرادة المجني عليها فقط. ولذلك فإنه عند الحديث عن شرط انعدام الرضاء يفضل إضافة صفة "الحر" للرضاء ليكون: دون رضاء حر من المجني عليها، ومعنى ذلك أنه مهما كانت درجة مقاومة المجني عليها ضعيفة أو حتى انعدام مقاومتها يمكن توافر جريمة الاغتصاب مادام سلوك الجاني ووسائله المستخدمة قد أثرت على حرية اختيارها فأعدمته لديها؛ أي أن الذي ينعدم هو حرية الاختيار وليس الاختيار ذاته الذي قد يكون موجوداً حتى ولو تم حصره وتضييق مجاله بدليل أنها اختارت حدوث

= وهددها بمطواة كان يحملها وضربها برأسه في جبهتها عند مقاومتها له، فإن هذا الذي ورد في الحكم لا يتعارض مع تقرير الطب الشرعي الذي أثبت وجود كدمات بجبهة المجني عليها وأن بنيان المتهم الجسماني فوق المتوسط، وأنه يمكنه مواقعة المجني عليها بغير رضاها بقوته العضلية". ولا يقدح في ذلك أن يأتي التقرير الطبي بعد ذلك خلواً من أي إصابات في جسم المجني عليها وخاصة منطقة الفخذ، وكذلك خلو جسم المتهم من علامات المقاومة بما يشير إلى أن المجني عليها لم تبد مقاومة جسمانية فعلية في درء المتهم عنها، فهذا "الذي ورد في التقرير لا ينفي أن المجني عليها استسلمت تحت تأثير الإكراه بالسلاح وهو ما أوضحه الحكم، وبه يتوافر ركن الإكراه وعدم الرضاء في جريمة الوقاع"، نقض ١٩ يناير سنة ١٩٥٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠، رقم ١٣، ص ٤٧.

(١) علي عبدالقادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٤٧٩، هامش رقم ٢.

المواقعة عن أن يصيبها سوء في حياتها أو جسدها أو غير ذلك مما يهددها به الجاني، وبدليل أن بعض السيدات يفضلن أيضاً الموت (اختياراً) على أن يدنس شرفهن.

١٢٩ – وليس أكثر تدليلاً على توافر الاغتصاب بمجرد سلب "حرية" الاختيار لدى المجني عليها من أن الجريمة تتوافر حتى ولو كان الإكراه أو التهديد منصبا على مال المجني عليها وليس نفسها؛ لأن التهديد في النفس يضيّق تماما من حرية الاختيار ويحصرها بين أمرين لا ثالث لهما: إتمام المواقعة (لإنقاذ نفسها وليس رضاءً بالمواقعة) وإما تحمل الأذى الموجه إليها أو المهدد به إذا نجحت في ذلك. ولكن التهديد المنصب على مال المجني عليها أقل شدة وجسامة من التهديد الموجه للنفس؛ مما يعطي لها فرصة التضحية بالمال دون العرض، وهو ما دفع بعض الفقه الجنائي – على ما يبدو – إلى القول بعدم توافر جريمة الاغتصاب في هذه الحالة مستبعداً أن تكون المواقعة قد تمت هنا بدون رضاء المرأة(١).

١٣٠ – ونعتقد أن ذلك ناتج من تركيز الفقه الجنائي الضوء على انعدام الاختيار، بل إن البعض يتحدث – كما رأينا – عن انعدام الإرادة، أو على الأقل يخلط بين الاثنين، ويسير القضاء في الاتجاه نفسه. ولكن إذا عدنا إلى الأساس القانوني لتجريم الاغتصاب وهو حماية الحرية الجنسية للمرأة، فإننا نعتقد أن ما ذكرناه هو الأقرب من هذه الغاية؛ أي أنه يكفى انعدام "حرية" الاختيار وليس انعدام الاختيار ذاته (ومن باب أولى الإرادة)، بمعنى أنه حتى وإن كانت المرأة تملك اختيار التضحية بالمال فإنها ليست حرة تماماً في هذا الاختيار، حتى ولو كان ذلك يرجع إلى ظروفها الاقتصادية السيئة. فهل من الأقرب للعدالة أن نلوم المرأة لتفريطها في عرضها حماية لمالها على الرغم مما يترتب على بعض الالتزامات المالية من آثار قانونية خطيرة، مباشرة أو غير مباشرة، (كما في حالة الشيكات دون رصيد أو إيصالات الأمانة) أو نوجه اللوم القانوني

(١) فتوح عبدالله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٦٧٤.

للجاني الذي هددها فيسأل عن جريمة اغتصاب! وفضلاً عن ذلك فإن جريمة الاغتصاب قد تتوافر على الرغم من رضاء المرأة بها ورغبتها فيها كما لو حدثت بالغش والخداع (شخص تسلل إلى سرير امرأة على نحو جعلها تظنه زوجها ويعاشرها). فلماذا لا نساوي بها حالة المرأة التي يهددها الجاني في مالها فتسلم نفسها إليه إذعاناً وليس رضاءً؛ فالعلة التشريعية للنص متوافرة في الحالتين تماماً، وهي الاعتداء على الحرية الجنسية للمرأة. ولا شك أن القاضي سيتدخل بسلطته التقديرية في كل حالة على حدة ليرى مدى تأثير التهديد على "حرية" الاختيار، فإذا كان الشيء المهدد به ضئيلاً أو لا قيمة له فقد يحمل ذلك كقرينة على رضاء المرأة. ولا يؤثر ذلك سلباً على جدوى الأخذ بحالة التهديد بالمال لأن القاضي سيفعل ذلك أيضاً في جميع الحالات الأخرى بما في ذلك تهديد النفس كما لو زعمت فتاة أن من اغتصبها قد هددها بأن يضربها على يدها أو أن يقص شعرها.

١٣١ – الخلاصة – إذن – أن هذا التطور الذي حل بأشخاص وأفعال الاغتصاب يقودنا حتماً إلى الاعتراف باتساع نطاق هذه الجريمة في التشريعات المقارنة عن ذي قبل مع بقائها دون تعديل أو تغيير في القانون المصري منذ أمد ليس بالقريب. ومن ثم فإن المشرع المصري وغيره من المشرعين الذين يسيرون على دربه مدعوون لمراجعة هذا الأمر وفق ما يرونه ملائماً من الضوابط التي استخلصناها وسطرناها هنا. ومع ذلك فإذا كان هذا هو الحال فيما يتعلق باغتصاب البالغين، فهل يختلف الوضع فيما يتعلق باغتصاب الأحداث؟ ستكون الإجابة عن هذا التساؤل محل دراستنا في الفصل الثاني.

الضمانات القانونية للمتهم بجرائم الإرهاب في المواثيق الدولية والتشريعات المصرية والكويتية

الدكتور/ عبدالسلام حسين العنزي
قسم القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

يتطرق هذا البحث إلى مناقشة الضمانات القانونية للمتهم بجرائم الإرهاب في الاتفاقيات الدولية والقانون الجنائي في كل من مصر والكويت؛ حيث شهدت المنطقة العربية بشكل خاص والعالمية بشكل عام عمليات إرهابية، وبناء عليه تفاعلت التشريعات الداخلية مع المعاهدات الدولية لضمان حقوق المتهمين بجرائم الإرهاب من أي انتهاك قد يتعرضون له مثلما هو كائن في معتقل جوانتينامو.

لذلك تم تسليط الضوء في هذا البحث على ما يتمتع به المتهم من ضمانات دولية مع التركيز على القانون الجنائي في كل من مصر والكويت.

المقدمة :

ثمة مبدأ أصيل في المواثيق الدولية وفي الإجراءات الجنائية المصرية والكويتية مفاده أن "الأصل في الإنسان البراءة". من أجل هذا، فحتى صدور حكم بالإدانة، فإن المتهم بجريمة الإرهاب يجب أن يتمتع بجوهر هذا المبدأ أي يتمتع بحقه في الحرية.

فإذا اتهم شخص بارتكابه جريمة إرهاب فلا بد أن توجه إليه تلك التهمة وتحرك قبله الدعوى حتى تنشأ له حقوق تمكنه من الدفاع عن نفسه وتحيطه بسياج من الأمن والطمأنينة.

ويمكن تعريف المتهم بجريمة الإرهاب بأنه هو الشخص الذي تطلب سلطة الاتهام نسبة جريمة الإرهاب إليه ومعاقبته عنها بوصفه فاعلاً أو شريكاً فيها، وقد يكون هناك متهم واحد بهذه الجريمة أو أكثر.

ويدخل في نطاق جريمة الإرهاب الدولي جميع الأفعال الإرهابية التي تقع على جمهورية مصر العربية أو دولة الكويت في الداخل أو الخارج، وهنا تختص المحاكم المصرية والكويتية بهذه الجرائم.

إلا أننا نرى بوجوب اختصاص تلك المحاكم أيضاً عندما يقوم المواطنون في هاتين الدولتين بارتكاب جريمة إرهاب في الخارج ضد دولة ثالثة.

وغالباً ما يعامل المتهم بجريمة الإرهاب بطريقة تعسفية، ويجرد من حقوقه الإنسانية في بعض الأحيان، وأدق مثال على ذلك سجن غوانتنامو ومعاملة المتهمين فيه بكل وحشية، وعلى الرغم من تعدد الآراء القانونية حول تكييف وضعهم القانوني فإنها اتفقت على ضرورة حصولهم على الضمانات القانونية التي تكفل لهم الحفاظ على كرامتهم الإنسانية، ومن الواجب علينا أن نبين الضمانات القانونية التي يتمتع بها المتهم بهذه الجرائم في المواثيق الدولية والتشريعات المصرية والكويتية.

لقد كفلت التشريعات الجنائية المصرية والكويتية للمتهم في جرائم الإرهاب ضمانات قانونية تكفل له الحماية خلال مراحل الاتهام حتى صدور حكم نهائي بحقه.

ويقصد بالضمانات القانونية تلك الضمانات التي يوفرها القانون للمتهم في أثناء الاشتباه بارتكابه لجريمة الإرهاب ولحين عرضه على القضاء.

وبالرجوع إلى النصوص الواردة في قانون العقوبات المصري بشأن جرائم الإرهاب والمضافة بموجب القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ نجد أنها قامت بعدة

تعديلات تمس – بشكل مباشر – حقوق المتهم بجريمة الإرهاب وضماناته، وتتعلق بسير إجراءات التحقيق وقيود تحريك الدعوى الجنائية والاختصاص بجرائم الإرهاب والتقادم. إلا أن تدخل المشرع المصري في هذا الشأن لم يشف صدور فقهاء القانون الدولي والجنائي؛ حيث جاء هذا التدخل قاصراً على نحو ما سنرى في هذه الدراسة.

كما أننا أملنا أن يتدخل المشرع الكويتي ويحذو حذو نظيره المصري ليسن تشريعاً خاصاً بجريمة الإرهاب الدولية إلا أنه – مما يدعو للعجب – وقف ساكناً إزاء معالجة جرائم الإرهاب الدولية على الرغم من كل العمليات الإرهابية التي تعرضت لها دولة الكويت في السنوات الأخيرة.

حتى هذه اللحظة لم يقم المشرع الكويتي بوضع قانون وطني خاص بالإرهاب مستنبط من الاتفاقيات الدولية؛ وذلك حفاظاً على مصلحة البلاد من جهة وعلى حقوق المتهمين بتلك الجرائم من جهة أخرى. بالمقابل قام المشرع الكويتي بعدة تعديلات حول سير إجراءات التحقيق مع المتهم في الجرائم الإرهابية وضماناته إلى حين عرضه على القضاء، كما سنرى في هذه الدراسة.

ومما لا شك فيه أن محاربة الإرهاب تمس بقدر كبير حقوق الإنسان ولا سيما الحق في الحرية الشخصية؛ فلا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو منعه من التنقل إلا في حدود القانون، والحق في ممارسة الحياة الخاصة؛ حيث إن للمساكن حرمة فلا يجوز تفتيشها أو دخولها كما أن للمراسلات البريدية والمحادثات التلفونية حرمة وسريتها مكفولة فلا يجوز انتهاك كل تلك الحقوق إلا في حدود القانون.

لذلك موضوع الإرهاب وتعارضه مع حقوق الإنسان كمشكلة ليست بالجديدة، وكانت دائماً أحد الموضوعات الشائكة في القانون الدولي. ففي ظل عصر سادت فية قيم دولة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان التي أصبحت جزءاً من الضمير العالمي يجب مكافحة الإرهاب من خلال النظام القانوني الذي يحقق التوازن بين منع الجريمة الإرهابية وعقاب مرتكبيها وبين حماية حقوق

الإنسان؛ فبغير الثقة في النظام القانوني وسيادة القانون يكون الكفاح ضد الإرهاب ناقصاً وغير قانوني.

وإزاء هذا الوضع سنقوم أولاً: بدراسة مفهوم الجريمة الإرهابية في القانون الدولي وفي التشريعات الوطنية المصرية والكويتية، ثم سنقوم بعد ذلك بدراسة الضمانات القانونية للمتهم في جريمة الإرهاب، باعتبار تلك الضمانات حقاً من حقوق الإنسان تمنح له لمجرد كونه إنساناً في المواثيق الدولية[١] وفي القانون المصري والقانون الكويتي الذي غالباً ما ينهج نهج المشرع المصري. وكذلك يجب مناقشة الضمانات القانونية التي يقررها القانون الكويتي للمتهم بشكل عام ومدى إمكانية تطبيقها على المتهم بجرائم أمن الدولة، التي يمكن أن نطلق عليها – تجاوزاً – جرائم إرهاب. ولما كان ذلك فقد قصرت البحث على مناقشة الضمانات القانونية للمتهم بجريمة الإرهاب في المواثيق الدولية والقانون المصري والقانون الكويتي.

وترتيباً على ذلك فإننا سنقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث.

المبحث التمهيدي: مفهوم الجريمة الإرهابية في القانون الدولي وفي التشريعات المصرية والكويتية.

المبحث الأول: الضمانات القانونية للمتهم بجريمة الإرهاب في مرحلة جمع الاستدلالات.

المبحث الثاني: الضمانات القانونية للمتهم بجريمة الإرهاب في مرحلة التحقيق الابتدائي.

---

(١) دافيد ب. فورسايث، حقوق الإنسان والسياسة الدولية، ترجمة محمد مصطفى غنيم الجمعية المصرية لنقل المعرفة والثقافة العالمية، ١٩٩٣، ص ٢٠.
Henry J. Steiner, Philip Alston and Ryan Goodman, International Human Rights Canter A, Oxford, 2008, p.375.
د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، الطبعة الثانية، مركز الاهرام للترجمة والنشر، ٢٠٠٨ ص ١٧٢.

المبحث التمهيدي
مفهوم الجريمة الإرهابية في القانون الدولي وفي التشريعات المصرية والكويتية

إن تعريف الجريمة الإرهابية ليس بالموضوع السهل الذي يمكن الخوض فيه، فقد اختلفت الآراء وتباينت حول ما يعد وما لا يعد إرهاباً، فمصطلح الإرهاب مصطلح فضفاض يحتمل أكثر من معنى لأكثر من موقف – وقد دعا ذلك البعض إلى القول بأن وصف ظاهرة الإرهاب أكثر سهولة من وضع تعريف لها(١).

فمصطلح الإرهاب ليس له محتوى قانوني محدد ومتفق عليه، ومن الصعوبة التوصل إلى تعريف محدد لهذا المصطلح، وعلى الرغم من الصعوبات الكثيرة التي تعترض محاولات وضع تعريف محدد للإرهاب فقد بذل الفقهاء جهوداً مضنية من أجل التوصل إلى تعريف له متفق عليه، ولكن كل هذه المحاولات لم يحالفها التوفيق، وعجزت عن وضع تعريف عام شامل لجميع أنواع الإرهاب وصوره، ويرجع ذلك إلى اختلاف وجهات النظر الدولية والاتجاهات السياسية السائدة في المجتمع الدولي(٢).

وكانت أولى المحاولات على المستوى الدولي لتعريف الإرهاب هي تلك التي بذلت في عام ١٩٣٠ في المؤتمر الأول لتوحيد القانون الجنائي الذي انعقد في مدينة وارسو في بولندا(٣).

---

(١) Arnold, T.E., The Violence,of Formulla: Why People lend sympathy and support to Terrorism. Lexington book, 1988, p. 7.

(٢) Bongar. B., (ed)., Psychology of Terrorishn, qxfordo, oxford univensity press 2007, P.55.

(٣) Levasseur. G, les Aspects Respvects du Terrori-sme Intenationle Pendone, Paris, 1976, P.82.; Levasser et Gililumem Le Terrorisme international Centre de Haute Etude, paris 1997. P.16.

هذا، وقد قامت وزارة العدل الأمريكية عام ١٩٨٤ بتعريف الإرهاب على أنه "سلوك جنائي عنيف يقصد به بوضوح التأثير على سلوك حكومة ما عن طريق الاغتيال أو الخطف".

كما أن وزارة الخارجية الأمريكية عرفت الإرهاب عام ١٩٨٨ بأنه "عنف ذو باعث سياسي يرتكب عن سابق تصور وتصميم ضد أهداف غير حربية من قبل مجموعات وطنية فرعية أو عملاء دولة سريين، ويقصد به عادة التأثير على جمهور ما". أما القانون الفرنسي رقم ٨٦/١٠٢٠ لعام ١٩٨٦ فعرف الإرهاب بأنه "خرق للقانون، يقدم عليه فرد من الأفراد، أو تنظيم جماعي بهدف إثارة اضطراب خطير في النظام العام عن طريق التهديد بالترهيب".

وفي إطار الجمعية العامة للأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب فقد أصدرت الإعلان العالمي من أجل إزالة الإرهاب الدولي عام ١٩٩٤، وسعت لتعريفه على أنه "أعمال إجرامية يقصد بها حالة من الترويع للرأي العام، وإرهاب مجموعة من الأشخاص لتحقيق أغراض سياسية، وهي في كل الظروف غير مبررة بصرف النظر عن الاعتبارات السياسية والفلسفية والعقائدية والاثنية والدينية التي دفعت إليها".

أصدر مجلس الأمن في ٢٠٠٤/١٠/٨ القرار رقم (١٥٦٦)، الذي عرف الإرهاب من خلاله بأنه "كل عمل جرمي ضد المدنيين بقصد التسبب بالوفاة أو الجروح البليغة أو أخذ الرهائن من أجل إثارة الرعب بين الناس أو إكراه حكومة ما أو منظمة دولية على القيام بعمل ما أو الامتناع عنه، وكل الأعمال الأخرى التي تشكل إساءات ضمن نطاق المعاهدات الدولية المعلقة بالإرهاب وفقاً لتعريفها، ولا يمكن تبريرها بأي اعتبار سياسي أو فلسفي أو أيديولوجي أو عرقي أو ديني.

ولقد قام المجتمع الدولي عن طريق العديد من الاتفاقيات الدولية بمحاولة إيجاد تعريف للإرهاب؛ حيث تم إبرام العديد من المعاهدات الدولية الخاصة بأشكال محددة من الإرهاب، منها اتفاقية طوكيو الخاصة بالجرائم والأفعال التي ارتكبت على متن الطائرة لعام ١٩٦٣، واتفاقية لاهاي بشأن مكافحة الاستيلاء

غير المشروع على الطائرات لعام ١٩٧٠، واتفاقية مونتريال الخاصة بقمع العمال بالطرق غير المشروعة والموجهة ضد سلامة الطيران المدني لعام ١٩٧١، والبروتوكول الملحق بها لعام ١٩٨٤، واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ فيما يتعلق بالقرصنة البحرية، واتفاقية مكافحة العمليات الإرهابية بوساطة المتفجرات لعام ١٩٩٧، التي نصت على أنه "يرتكب جريمة كل شخص يقوم عمداً وبصورة غير مشروعة على تسليم أو وضع أو تفجير قذيفة قاتلة في مكان عام أو إدارة رسمية، منشأة عامة، وسيلة نقل، أو بنية تحتية بقصد التسبب بوفاة أشخاص أو أضرار مادية بالغة الخطورة لإيقاع التخريب وإلحاق خسائر اقتصادية جسيمة والارتكاب أو محاولة الارتكاب أو الاشتراك أو التدخل".

كما جاء في اتفاقية منع تمويل الإرهاب التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٩٩ "يشكل جرماً قيام أي شخص بأي وسيلة وبصورة غير مشروعة وبقصد بجمع الأموال بهدف استعمالها مع العلم لارتكاب جرم من جرائم الإرهاب وكل عمل يرمي إلى قتل أو جرح مدني أو شخص لا يشترك في أعمال حربية".

ثم تعددت بعد ذلك تعريفات الإرهاب، وذلك على النحو التالي:

- هذا، وقد عرفت اتفاقية جنيف لقمع ومعاقبة الإرهاب لعام ١٩٣٧ الأعمال الإرهابية على أنها "الأعمال الإجرامية الموجهة ضد دولة ما وتستهدف أو تقصد بها خلق حالة من الرعب في أذهان أشخاص معنيين أو مجموعة من الأشخاص أو عامه الجمهور". علماً بأن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ حتى يومنا هذا.
- أما الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٧٧ فقد عرفت جريمة الإرهاب بأنها "جميع الجرائم المنصوص عليها في اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ واتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١ وجرائم استعمال المفرقعات والقنابل والأسلحة الآلية والرسائل المفخخة وجرائم الاعتداء على سلامة وحياة الأشخاص الذين يتمتعون بحماية دولية أو جرائم الخطف وأخذ الرهائن.

- أما الاتفاقية العربية لعام ١٩٨٨ فقد عرفت الإرهاب على أنه "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد أياً كانت بواعثه أو أغراضه يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إفشاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاقه الضرر في أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر".

وبالمقابل فقد اتجه الفقه العربي الدولي والجنائي إلى تعريف الإرهاب على النحو التالي:

ذهب الدكتور عبد العظيم وزير إلى تعريف الإرهاب بأنه ذلك السلوك الإجرامي الذي يستهدف إشاعة الرهبة والخوف في نفوس المواطنين(١).

وعرف الدكتور فتحي عبد الرحيم الإرهاب بأنه كل فعل من أفعال العنف والتخريب الموجه ضد أشخاص أو أموال مدنيين أبرياء، أو ممن يتمتعون بحماية الدولة، ويكون من شأنها انتهاك السلام الاجتماعي الإنساني بغرض نشر الرعب وإثارة الفوضى والاضطراب في بنية المجتمع والمساس بوحدة الدولة وسلامتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية(٢). أما الأستاذ الدكتور عبد العزيز سرحان فيعرف الإرهاب بأنه "كل اعتداء على الأرواح المختلفة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون بالمعنى الذي تحدده المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية" (٣).

---

(١) انظر: د. عبد العظيم وزير، المبادئ العامة لتسليم المجرمين في ضوء المجهودات الفقهية والمعاهدات الإقليمية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث الخاص بالمواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على الصعيدين الوطني والدولي، المنصورة ١٩٩٨، ص ٩.

(٢) راجع د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، "نحو مسؤولية مدنية أصلية للدولة عن جرائم الإرهاب"، المؤتمر العلمي السنوي الثالث، المنصورة ١٩٩٨، ص ١.

(٣) د. عبد العزيز سرحان، حول تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه على واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢٩، ١٩٧٣، ص ١٧٧.

ويرى الأستاذ الدكتور إبراهيم العناني أن هناك سمة أساسية تميز العمل الإرهابي وتدفع إلى تجريمه ومعاقبة مرتكبيه، وهو التخويف والترهيب والترويع، سواء عن طريق استخدام الوسائل المؤدية إلى ذلك بطبيعتها أو عن طريق التهديد باستخدامها، أياً كان الغرض من وراء ذلك ما دام عرضاً غير مشروع من الناحية القانونية، والأساليب المؤدية إلى ذلك كثيرة ومتنوعة ومتطورة، من أبرزها التفجير والتدمير والتخريب للأموال والمرافق العامة والخاصة وقطع الجسور وتسميم المياه العذبة والاختطاف وأخذ الرهائن ونشر الأمراض المعدية والاغتيال والإضرار بأمن المواصلات البرية والجوية والبحرية(١).

وعرف الأستاذ الدكتور صلاح الدين عامر الإرهاب بأنه "الاستخدام المنظم للعنف الذي يرمي إلى تحقيق هدف سياسي وتقوم بممارسته منظمة سياسية ضد المواطنين لخلق جو من عدم الأمن"(٢).

وعرف الأستاذ الدكتور نبيل حلمي الإرهاب بأنه "الاستخدام غير المشروع للعنف أو التهديد به بواسطة فرد أو مجموعة أو دولة ضد فرد أو جماعة أو دولة، ينتج عنه رعب يعرض للخطر أرواحاً بشرية أو يهدد حريات أساسية، ويكون الغرض منه الضغط على الجماعة أو الدولة لكي تغير سلوكها تجاه موضوع ما"(٣).

كما يرى الأستاذ الدكتور عبد العزيز مخيمر أن "الإرهاب الدولي لا يختلف عن الإرهاب الداخلي من حيث طبيعته الذاتية؛ فكلاهما استخدام لوسائل عنيفة لخلق حالة من الرعب والفزع لدى شخص معين أو مجموعة من الأشخاص أو

(١) د. إبراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، القاهرة ١٩٩٧ ص ١١٣.
(٢) د. صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٧ ص ٤٨٦.
(٣) د. نبيل أحمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٢٧.

حتى لدى المجتمع بأسره، بغية تحقيق أهداف معينة حالة أو مؤجلة(١).

فيما عرف الأستاذ الدكتور محمد عزيز شكري الإرهاب بأنه "عمل عنيف وراءه دافع سياسي أياً كان وسيلته، وهو مخطط بحيث يخلق حالة من الرعب والهلع في قطاع معين من الناس لتحقيق هدف سياسي، أو لنشر دعاية أو مظلمة، سواء كان الفاعل يعمل لنفسه أو بالنيابة عن مجموعة تمثل شبه دولة أو بالنيابة عن دولة متعاونة بصورة مباشرة أو غير مباشرة في العمل المرتكب، شريطة أن يتعدى العمل الموصوف حدود دولة واحدة إلى دولة أخرى، وسواء ارتكب العمل الموصوف في زمن السلم أم في زمن النزاع المسلح"(٢).

ولما كانت التعريفات السابقة لم تتفق على تعريف واضح ومحدد للإرهاب يجمع بين طياته كل صوره وأشكاله، فإن البعض حاول وضع تعريف يشتمل على جميع صور الإرهاب ويميز بينه وبين النضال المسلح الذي تمارسه حركات التحرير الوطنية؛ فعرف الإرهاب بأنه "استخدام العنف العمدي غير المشروع ضد الأشخاص أو الممتلكات لخلق حالة من الرعب والفزع بغية تحقيق أهداف محددة"(٣).

واستخلص هذا البعض من التعريف السابق الحقائق الآتية :

١ – أن التعريف السابق يفترض استخدام العنف غير المشروع أو التهديد به بطريقة عمدية ومقصودة من قبل شخص أو منظمة أو دولة، ومن ثم لا يدخل في نطاق التعريف الاستخدام المشروع الذي تلجأ إليه المقاومة

(١) د. عبد العزيز مخيمر، الإرهاب الدولي، مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦، ص ٥٧.

(٢) د. محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دراسة قانونية ناقدة، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، يناير ١٩٩١ ص ٢٠٠٤.

(٣) انظر د. سامي جاد عبد الرحمن واصل، إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي العام، منشأة المعارف الإسكندرية، دون سنة طبع، ٥٢، ٥٣.

الشعبية المسلحة وحركات التحرير الوطنية وتستخدم ضد الاحتلال الأجنبي والقوى الاستعمارية والأنظمة العنصرية من أجل الحصول على الاستقلال والتحرير ونيل الحق في تقرير المصير ما دامت التزمت في نضالها المسلح بمبادئ وأحكام القانون الدولي الإنساني.

٢ – إن العنف قد يستخدم ضد شخص واحد – مثل رئيس الدولة أو رئيس الحكومة، كما يمكن أن يستخدم ضد جماعة أو شريحة معينة من المجتمع، أو ضد مؤسسات الدولة ككل، كما يستخدم أيضاً ضد الأموال والممتلكات العامة أو الخاصة، وقد يمارس هذا العنف بطريقة منظمة؛ بمعنى استهدافه لأشخاص أو ممتلكات محددة تحديداً دقيقاً، كما يمارس بطريقة عشوائية بحتة دون تمييز أو انتقاء لأشخاص أو ممتلكات بعينها.

٣ – إن هذا العنف لابد أن يؤدي إلى خلق حالة من الرعب والفزع تناسب عامة الناس؛ أي أن هذا العنف ليس مقصوداً في حد ذاته وليس مقتصراً على ضحاياه فحسب، ولكنه ينطوي على رسالة إلى جميع الضحايا المحتملين الآخرين؛ مما يوقع في قلوبهم الرعب ويجعلهم في حالة من الخوف والقلق والترقب والانتظار الدائم خشية امتداد يد العنف إليهم في أي وقت وفي أي مكان.

٤ – إن استخدام العنف ليست غايته خلق حالة من الرعب والفزع؛ إذ إن خلق هذه الحالة من الرعب مجرد وسيلة وليست غاية في حد ذاتها، ولكنه يرمي بصفة أساسية إلى تحقيق هدف أو عدة أهداف محددة (قد تكون أهدافاً سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو عقائدية، أو عسكرية أو غيرها ....)؛ بمعنى أن القائمين على العمل الإرهابي – سواء كانوا شخصاً أم منظمة أم دولة – لم يلجؤوا إلى ارتكاب هذا العمل الإجرامي لمجرد خلق جو من الرعب والتخويف والفزع فحسب ولكن من أجل تحقيق أهداف محددة سلفاً.

ولنا على هذا الرأي تحفظ فيما يتعلق بأن العنف في جريمة الإرهاب ليس مقصوداً لذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية؛ إذ إن هذا القول قد يصدق في أغلب الحالات ولكنه ليس فيها جميعها، فما غرض تنظيم القاعدة من العمليات

التي يقوم بها في الدول العربية والإسلامية تحديداً؛ لأننا نجد عدة أسباب – سواء كانت مشروعة أم غير مشروعة – في العمليات الإرهابية التي يرتكبها ضد القوات الأمريكية في العراق وأفغانستان، ولكن ما غرضه في العمليات الإرهابية التي يقوم بها في البلاد العربية والإسلامية؟

وما غرض العمليات الإرهابية التي تمت في مصر سواء في منطقة الأزهر بالقاهرة أو منتجعي شرم الشيخ ودهب السياحيين؟؛ إذ إننا لم نقف حتى الآن على الغاية من وراء تلك التفجيرات التي راح ضحيتها أبرياء لا ذنب ولا جريرة لهم سوى أن أقدارهم ساقتهم إلى موقع الحادث.

كما أن تفجير المقاهي الشعبية في الكويت عام ١٩٨٦، وتفجير موكب أمير الكويت الشيخ جابر الأحمد الصباح عام ١٩٨٥، واختطاف الطائرات الكويتية عام ١٩٨٨ وما حدث من تفجيرات في السنوات الأخيرة، لا يمكن أن تفسر الغاية منه، وخاصة أن دولة الكويت من الدول الداعمة للقضايا العربية والإسلامية منذ نشأتها.

والجدير بالذكر أن دولة الكويت شهدت وجوداً مكثفاً لعناصر تنظيم القاعدة التي شكلت أخطاراً جمة على الأمن الداخلي لدولة الكويت، وكان ينوب عن هذه العناصر ما سمي بـ"مجموعة أسود الجزيرة"، التي تبنت عدداً من العمليات الإرهابية، من أبرزها عملية تفجيرات في جزيرة فيلكا الكويتية راح ضحيتها عدد من المواطنين الكويتين وبعض العرب من الجنسية المصرية المقيمين في الكويت، وعدد من الجنود الأمريكيين. لقد واجهت القوات العسكرية الكويتية هذه المجموعة الإرهابية واستطاعت تدمير كيانها وإلقاء القبض على عناصرها، وبعد التحقيق معهم تم إحالتهم إلى القضاء الذي قام بإصدار أحكام متفاوتة من البراءة إلى السجن والإعدام. والجدير بالذكر أنه في أثناء إلقاء القبض على عناصر مجموعة أسود الجزيرة والتحقيق معهم طعن محاموهم بعدم تمكينهم من الحضور مع المتهمين، وقد تم انتهاك ضماناتهم القانونية، كما سنرى في هذه الدراسة.

قبل عام ١٩٩٢ لم يضع المشرع المصري تعريفاً محدداً للإرهاب في نصوص قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٨، وعلى الرغم من ذلك ورد لفظ الإرهاب في بعض مواد ذلك القانون(١). ولكن نظراً للظروف الأمنية الملحة أصدر المشرع المصري القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢؛ وذلك لتعديل بعض نصوص قانون العقوبات المصري السالف الذكر، وكذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري، وقام هذا القانون بإضافة مجموعة الجرائم الخاصة بالإرهاب في قانون العقوبات المصري.

وبالنظر إلى السياسة الجنائية التي انتهجها المشرع المصري لمعالجة جرائم الإرهاب نستنتج أنه لم يفرد قانوناً خاصاً لها على غرار مجموعة القوانين الجنائية الخاصة مثل قانون المخدرات وقانون الأحداث وغيرها، إنما قام بإدخال النصوص المتعلقة بجرائم الإرهاب في صلب قانون العقوبات المصري لعام ١٩٣٨(٢).

بعد تعديل عام ١٩٩٢، ورد تعديل الإرهاب في قانون العقوبات المصري في المادة رقم ٨٦ المضافة بالقانون رقم ١٩٩٢ التي تنص على أنه: يقصد بالإرهاب في تطبيق أحكام هذا القانون كل من استخدم القوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، أو ما يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي؛ بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالاتصالات أو المواصلات أو الأموال أو المباني أو بالأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة أو ممارسة السلطات العامة أو دور العبادة أو معاهد العلم لأعمالها أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح.

---

(١) المادتان ٩٨ أ، ٩٨ أ مكرر، الباب الثاني، الكتاب الثاني الخاص بالجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل لقانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٨.

(٢) حول خلاف الفقه الجنائي المصري على السياسة الجنائية التي انتهجها المشرع المصري لمعالجة جرائم الإرهاب انظر: د. محمد حسين الجاسم، جرائم الإرهاب، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤٣.

بالمقابل لم يعرف المشرع الكويتي جرائم الإرهاب، واستعاض عنها بما عرف بجرائم أمن الدولة الخارجي؛ إذ إن الركن المادي في هذه الجرائم يتشابه مع الركن المادي في جرائم الإرهاب ومن ثم فإن جرائم أمن الدولة الخارجي هي البديل لدى المشرع الكويتي لحماية الدولة من الجرائم الإرهابية، وهذا الوضع لا يغني عن وجود تشريع خاص بجرائم الإرهاب لحماية المجتمع الكويتي. هذا، وقد نص القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ (المواد من ١ إلى ٢٢) على جرائم أمن الدولة الخارجي الواقعة على دولة الكويت؛ حيث جاء قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ خالياً من أي حماية لأمن الدولة من جهة الخارج.

وعندما أصبحت منطقة الخليج من المناطق الحساسة في العالم بسبب موقعها الجغرافي وظهور النفط وجدت دولة الكويت نفسها محاطة بظروف دولية قلقة قد تكون بسببها عرضة لأخطار خارجية، لذلك تدخل المشرع الكويتي وأصدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠، وفيه أفرد لجرائم أمن الدولة فصلين، الأول: جرائم أمن الدولة الخارجي (المواد من ١ إلى ٢٢)، والثاني: جرائم أمن الدولة الداخلي (المواد من ٢٣ إلى ٣٤)، وهو بهذا التعديل قد أضاف لقانون الجزاء الكويتي لسنة ١٩٦٠ جرائم أمن الدولة الخارجي ليعالج القصور الذريع في هذا القانون[١].

إن مناخ محاربة الإرهاب قد رافقته ظاهرة سياسية عالمية جديدة أفضت إلى انتهاك حقوق الإنسان وحرياته وازدادت انتهاكات حقوق المتهمين بجرائم الإرهاب وحرياتهم وحقهم في ضمانات قانونية عادلة تكفل لهم حق البراءة. كما

(١) د. عبد المهيمن بكر سالم، جرائم أمن الدولة الخارجي، دراسة في القانون الكويتي والمقارن، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٨، ص ٢.؛ جرائم أمن الدولة الخارجي في القانون الكويتي: جريمة رفع السلاح على الكويت أو الالتحاق بقوات العدو، جريمة السعي والتخابر مع دولة أجنبية أو إضعاف الروح المعنوية للشعب أو زعزعة إخلاص القوات المسلحة، جرائم إعانة العدو، جريمة الارتشاء من دولة أجنبية.

أن منظمة العفو الدولية أكدت في تقريرها السنوي أن العديد من دول العالم قد أنتهكت حقوق الإنسان تحت زعم محاربة الإرهاب(١).

ولا أدل من الانتهاكات الصارخة لحقوق المتهمين بجرائم إرهابية سجن أبو غريب في العراق وسجن غوانتينامو الذي يعد وصمة عار في سجل الولايات المتحدة الأمريكية؛ حيث يتم اعتقال أشخاص متهمين بجرائم إرهابية، ويتم تعذيبهم واحتجازهم فترات طويلة من الزمن من دون محاكمة. كما يتم استجواب هؤلاء المتهمين بأساليب مهينة للكرامة الإنسانية، ويمارس معهم الإذلال الجنسي والعنف الشديد، وتضرب بعرض الحائط الضمانات القانونية التي قررتها المواثيق والمؤسسات الدولية لهؤلاء المتهمين بجرائم الإرهاب.

ومعتقل غوانتينامو هو معتقل يقع في خليج غوانتينامو، وهو سجن سيئ السمعة، بدأت السلطات الأمريكية باستعماله في سنة ٢٠٠٢، وذلك لسجن من تشتبه في كونهم إرهابيين، ويعتبر السجن سلطة مطلقة لوجوده خارج الحدود الأمريكية، وذلك في أقصى جنوب شرق كوبا، ويبعد ٩٠ ميلاً عن فلوريدا، ولا ينطبق عليه أي من قوانين حقوق الإنسان، إلى الحد الذي جعل منظمة العفو الدولية تقول إن معتقل غوانتينامو الأمريكية يمثل همجية هذا العصر.

وفي ٢٣ فبراير ١٩٠٣، قامت كوبا ممثلة برئيسها طوماس بتأجير الولايات المتحدة الأمريكية قاعدة غوانتينامو بمقابل ٢٠٠٠ دولار أمريكي في عهد الرئيس ثيودور روزفلت، كان ذلك امتناناً من الرئيس الكوبي للمساعدة التي قدمها الأمريكيون لتحرير كوبا، وكان الثوار الوطنيون احتجوا على ذلك القرار، وعلى إثر ذلك لم تقم كوبا بصرف الشيكات اعتراضاً على قرار الإيجار. وعلى الرغم من ذلك ترسل الولايات المتحدة الأمريكية شيكاً بقيمة ٢٠٠٠ دولار سنوياً إلى حكومة كوبا.

(١) تقرير منظمة العفو الدولية الصادر في ٢٤ مايو ٢٠٠٦.

ويعتبر مراقبون أن معتقل غوانتينامو تنمحي فيه جميع القيم الإنسانية وتنعدم فيه الأخلاق ويتم معاملة المعتقلين بقساوة شديدة؛ مما أدى إلى احتجاج بعض المنظمات الحقوقية الدولية واستنكارها والمطالبة بوضع حد لهذه المعاناة وإغلاق المعتقل بشكل تام.

هذا، وقد عرفت وزارة الدفاع الأمريكية عام ١٩٨٣ الإرهاب بأنه "الاستعمال أو التهديد بالاستعمال غير المشروع للقوة أو العنف من قبل منظمة ثورية". وقد طورت الوزارة نظرية مثيرة للجدل، وهي نظرية الثقب الأسود. وبموجب هذه النظرية يخضع معتقلو غوانتينامو جزئياً لاتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بمعاملة الأسرى لعام ١٩٤٩؛ بحيث يحق لهم، الأكل والشرب والملبس، إلا أنه تم تعليق هذه الاتفاقية فيما يتعلق بحقوق الأسرى الخاصة بجريمة المراسلة والاحتفاظ بالمقتنيات الشخصية.

لذلك من المفيد أن نوضح في ما سيأتي حقوق المتهمين بجرائم جنائية وعلى رأسها جريمة الإرهاب حيث يتعرض هؤلاء المتهمون إلى أبشع أنواع التعذيب سواءً في سجن غوانتينامو أو سجن أبو غريب في العراق أو في باقي الدول الأخرى تحت حجة الحرب على الإرهاب، كما أن تلك الحقوق ليست حديثة أو جوازية، بل تم النص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وعدة مواثيق دولية أخرى وفي التشريعات الوطنية المصرية والكويتية التي أتت لتحترم تلك الضمانات القانونية المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية.

المبحث الأول
الضمانات القانونية للمتهم بجريمة الإرهاب في مرحلة جمع الاستدلالات

يقصد بالضمانات القانونية للمتهم بجريمة الإرهاب في مرحلة جمع الاستدلالات[١] جميع الحقوق التي أقرها القانون للمتهم في أثناء التحريات للكشف عن الجريمة ومرتكبيها سواء تلك المتعلقة بجمع البيانات الضرورية أو تحريك الدعوى الجنائية والسير بإجراءاتها، وتنقسم تلك الضمانات إلى قسمين:

المطلب الأول: ضمانات المتهم بجريمة الإرهاب في مرحلة الاستيقاف واتخاذ الإجراءات التحفظية.

المطلب الثاني: ضمانات المتهم بجريمة الإرهاب في مرحلة القبض عليه.

المطلب الأول
ضمانات المتهم بجريمة الإرهاب في مرحلة الاستيقاف

الاستيقاف هو إجراء بمقتضاه يحق لرجل السلطة العامة أن يوقف الشخص ليسأله عن هويته وعن حرفته ووجهته إذا اقتضى الحال[٢].

وحرصاً على حماية حرية الفرد قننت المواثيق الدولية الحالات التي يجوز فيها حرمان الفرد من حريته، مع التشديد على الضمانات التي تحمي حقوقه؛ حيث نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ المادة (٣) على أن لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه. كذلك نصت المادة (٩) على أنه: لا يجوز اعتقال أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً. أما العهد الدولي

(١) د. فايز الظفيري، المعالم الأساسية للقضية العادلة في مرحلة الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠١، ص ٣٣.

(٢) د. مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٤٩٢.

الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ فقد نص في المادة (٩)، الفقرة ١ على أنه : لا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراءات المقررة فيه(١).

ولما كانت الاتفاقيات الدولية الحامية لحقوق الإنسان تسمح بالاستيقاف في حدود القانون وجب أن نعرف الحدود التي يجب أن يتحقق عندها رجال السلطة العامة ولا يجوز لهم تجاوزها.

لقد أقرت العديد من التشريعات الجنائية الاستيقاف وإن اختلفت في تحديد نطاقه. ووفقاً للمادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ المصري فإنه يباح لرجل السلطة العامة إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية منه واختياراً موضع الريب والظن أن يستوقفه للتحري والكشف عن حقيقته.

وقد استقرت أحكام محكمة النقض المصرية على إعطاء هذا الحق لمأمور الضبط القضائي أو أحد رجال السلطة العامة. فقد قررت أن الاستيقاف إجراء يقوم به رجل السلطة العامة على سبيل التحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها ويسوغه اشتباه تبرره الظروف؛ مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع بغير معقب ما دام لاستنتاجه ما يسوغه(٢).

وقررت في حكم آخر حق رجل السلطة العامة في استيقاف من يضع نفسه موضع الريب والظنون(٣).

وقد أجازت محكمة النقض لرجل السلطة العامة اقتياد الشخص إلى أحد مأموري الضبط القضائي لاستيضاحه والتحري عن حقيقته إذا عجز هذا الشخص عن تقديم بطاقته الشخصية(٤).

---

(١) د. كمال ليث نصراوين، الحماية الدولية لحقوق الإنسان أثناء مرحلة التحقيق، المجلة الإلكترونية لمنظمة العفو الدولية، العدد ١٨، بدون سنة نشر، بدون رقم الصفحة.

(٢) نقض ١٠/٢/١٩٧٤ من ٢٥، ٢٦، ١١١، طعن ٤٥ لسنة ٤ قضائية.

(٣) نقض ٥/١/١٩٧٦ ص ٢٧، ٤، ٣٣ طعن رقم ٤٨١ لسنة ٤٥ قضائية.

(٤) نقض ١/١/١٩٩٤ مجموعة أحكام النقض، ص ٤٥ رقم ٤٥، ص٩٢٨.

وإذا رجعنا إلى التشريعات الكويتية وجدنا أن الدستور الكويتي نص في صدر المادة ١٦٧ منه على أن "تتولى النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتشرف على شؤون الضبط القضائي...".

ونص المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنه ١٩٥٩ الخاص بقانون التنظيم القضائي في المادتين ٥٢ و ٥٣ على أن "تتولى النيابة العامة تحقيق الدعوى الجزائية، ويجوز لها أن تندب مأموري الضبط القضائي لهذا التحقيق إما بصفة عامة في نوع معين من القضايا وإما بصفة خاصة في قضية معينة بالذات"، ونصت الأخرى على أن "مأموري الضبط القضائي يكونون فيما يتعلق بأعمال هذه الوظيفة تابعين للنيابة العامة، ولها عليهم حق الإشراف في جميع أعمال التحقيق التي يقومون بها".

أما قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٥ فإنه لم يشر في عباراته إلى مصطلح الضبط القضائي. في حين بينت المادة ١٠ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن نظام قوة الشرطة مهام الشرطة في قولها "تتولى قوة الشرطة اتخاذ التدابير اللازمة لمنع ارتكاب الجرائم وضبط ما يقع منها وإجراء التحقيقات والتحريات والأبحاث التي تكلف بها من جهة الاختصاص، كل ذلك في حدود القانون". وانسجاماً مع هذا النص نجد أن المادة ٣٩ من قانون الإجراءات الكويتي قد نصت على أن "الشرطة هي الجهة الإدارية المكلفة بحفظ النظام ومنع الجرائم وتتولى إلى جانب ذلك وطبقاً لهذا القانون المهمات التالية :

أولاً : إجراء التحريات اللازمة للكشف عن الجرائم ومعرفة مرتكبيها وجمع كل ما يتعلق بها من معلومات لازمة.

ثانياً: تنفيذ أوامر سلطات التحقيق والمحاكمة في كل ما يتعلق بالتحقيق والمحاكمات.

ثالثاً: تولي من ثبت له من رجال الشرطة صفة المحقق التحقيق في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك".

وقد نصت المادة ٥٢ من قانون الإجراءات الكويتي على الاستيقاف في قولها [لكل شرطي أن يستوقف أي شخص ويطلب منه بيانات عن اسمه وشخصيته إذا كان ذلك لازماً للتحريات التي يقوم بها، وللشرطي أن يطلب من الشخص أن يصحبه إلى مركز الشرطة إذا رفض تقديم البيانات المطلوبة عن شخصيته أو إذا قدم بيانات غير صحيحة أو إذا كان هناك قرائن جدية تدل على أنه ارتكب جناية أو جنحة][(١)].

ويتضح من نص المادة ٥٢ سالفة البيان أنها أجازت للشرطي أن يطلب من الشخص اصطحابه إلى مركز الشرطة في حالات ثلاث، إذا رفض تقديم بيانات عن اسمه أو شخصيته، أو قدم بيانات غير صحيحة، أو كانت هناك قرائن جدية تدل على أنه ارتكب جناية أو جنحة. فإذا رفض المستوقف أن يتوجه مع الشرطي إلى مركز الشرطة فإنه لا يجوز القبض عليه لهذا السبب وحده إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لقيام القبض، كما سنرى في المطلب القادم.

ولما كان الاستيقاف في طبيعته صورة من صور القبض[(٢)]، فإنه لا تجوز مباشرته إلا إذا كان له ما يبرره، وإلا كان فيه تعرض للحرية بغير نص في القانون، وهذا ما أشار إليه المشرع في قوله "إذا كان ذلك لازماً للتحريات التي يقوم بها ".

كما أن الاستيقاف دون مبرر قد منع في المبدأ الأول من مجموعة مبادئ الأمم المتحدة بشأن حماية كافة الأشخاص الخاضعين لأي شكل من أشكال الاعتقال لعام ١٩٨٨ ونص كذلك على أن القبض هو اعتقال شخص يدعى ارتكابه لجريمة أو بإجراء من سلطة ما، في حين يعني الشخص المحتجز أي

(١) للتعريف برجال الشرطة وبيان اختصاصهم، انظر: د. مبارك النويبت، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٣٦.

(٢) د. حسن المرصفاوي، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتية، جامعة الكويت، ١٩٧٠، ٢٠٩.

شخص محروم من الحرية الشخصية ما لم يكن ذلك لإدانته في جريمة، وعليه يمكن وصف الاعتقال بكونه إجراء احترازياً يقيد الحرية الشخصية للأفراد التي كفلتها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، ولهذا أكدت المواثيق الدولية حماية الفرد من الاعتقال التعسفي وضمان حريته(١).

ينص المبدأ الثاني من مجموعة المبادئ بشأن حماية جميع الأشخاص الخاضعين لأي شكل من أشكال الاعتقال على أنه: لا يجوز إلقاء القبض أي الاحتجاز أو السجن إلا مع التقيد الصارم بأحكام القانون على يد موظفين مختصين أو أشخاص مرخص لهم بذلك، فيما شدد المبدأ الرابع على أنه لا يجوز اعتقال شخص ما إلا إذا كان ذلك بأمر من سلطة قضائية، مع توافر الضمانات الممكنة للكفاءة والنزاهة والاستقلال.

وقد شددت المادة (١٢) من إعلان الأمم المتحدة الخاص بالحماية من الاختفاء القسري لعام ١٩٩٢ على وجوب أن تكفل الدول ممارسة رقابة صارمة، بما في ذلك مراقبة من يزاولون المسؤوليات على جميع الموظفين المكلفين بالقيام بعمليات الاستيقاف القبض على الأشخاص واعتقالهم واحتجازهم ووضعهم في الحجز ونقلهم وحبسهم، وعليه فإنه لا يجوز استيقاف أو اعتقال أي شخص إلا وفقاً للقانون وبناءً على الإجراءات التي ينص عليها، كمذكرة الاعتقال التي تصدرها جهة مختصة طبقاً للقانون. وفي ديسمبر ٢٠٠٦، اعتمدت الأمم المتحدة الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري. وتعتبر هذه الاتفاقية من أقوى اتفاقيات حقوق الإنسان التي اعتمدتها الأمم المتحدة؛ لأنها تتضمن أحكاماً ومواد ترسخ معايير جديدة مهمة لمنع وقوع حوادث الاختفاء القسري.

إن الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لعام ٢٠٠٦ أتت لتعزيز اتفاقية الاختفاء القسري لعام ١٩٩٢. ويمكن تعريف الاختفاء القسري بأنه "أي اختطاف أو حرمان من الحرية تنفذه سلطات الدولة

(١) د. محمد الطراونة، الشرطة وحقوق الإنسان، منظمة العفو الدولية.

على شخص ويتبعه رفض تلك السلطات الكشف عن مكان وجود الشخص أو مصيره". وسعياً إلى حظر الاختفاء القسري، تغطي الاتفاقية الجوانب الرئيسية الأربعة التالية :

تلزم الاتفاقية الدول بإحالة مرتكبي جريمة الاختفاء القسري إلى العدالة. ويجب أن تشمل هذه التدابير الأشخاص الذين يمارسون الإخفاء القسري على أراضيهم بالإضافة إلى حالات بيان الجرم في حدود ولايات قضائية أخرى. وفي تلك الحالات، تكون الدول ملزمة محاكمة المتهم بارتكاب الجريمة أو تسليمه، حتى لا يفلت أحد من حكم العدالة.

تنص الاتفاقية على عدد من الضمانات الإجرائية للحيلولة دون اختفاء الأشخاص، من بينها ضرورة الإبقاء على كل شخص محروم من حريته في مكان رسمي، وتقييده في سجل، وتسجيل كل تنقلاته. والأهم من ذلك أنها تنص على لزوم السماح لكل محروم من حريته بأن يكون على صلة بالعالم الخارجى، وأن يكون خاصة على اتصال بعائلته ومستشاره القانوني، كما يكون للعائلة والمستشار القانوني حق الحصول على معلومات عن الاحتجاز ومكان وجود الشخص. ونظراً إلى خبرة اللجنة الدولية الطويلة في مجال الوقاية، شاركت عن كثب في صياغة هذه الضمانات.

إن هذه الاتفاقية هي الأولى التي تقر بأن مفهوم ضحايا الاختفاء القسري لا يقتصر على المختفين فحسب بل يشمل أقرباءهم أيضاً. وتعترف بحق العائلات في معرفة مصير أقربائها وحق ضحايا الاختفاء القسري في التعويض عن الضرر الذي ألمَّ بهم.

وتنص الاتفاقية على إنشاء لجنة دولية مكونة من عشرة خبراء مستقلين يعملون على رصد مدى الامتثال للاتفاقية. ومن المقرر أن يتلقى هؤلاء الخبراء تقارير من الدول بشأن رصد الامتثال لها، كما يمكن لهم استلام شكاوى فردية. وفضلاً عن ذلك تأخذ الاتفاقية في الحسبان إجراء الأمر بالإحضار الذي يعطي الأقرباء وذوي الشأن الذين يعتقدون أن شخصاً ما قد اختفى قسراً حق الرجوع

إلى اللجنة الدولية مباشرة. وإذا كانت الشكوى موثقة تطلب اللجنة من الدولة البحث عن الشخص المختفي وتحديد مكانه.

وينص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (٩) منه على أنه: يتوجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف، كما يتوجب إبلاغه سريعاً بأية تهمة توجه إليه.

وتأكيداً لاحترام تلك المواثيق الدولية قرر القضاء الوطني بأن اشتباه المخبر في أمر المتهم واستيقافه لمجرد تلفته وهو سائر في الطريق عمل يتنافى مع طبائع الأمور، والاستيقاف بهذه الحالة لا يعدو أن يكون قبضاً مخالفاً للقانون(١).

وإذا كان الثابت أن المتهم قد ارتبك عندما رأى الضابطين ومد يده إلى داخل صدره وحاول الخروج من المقهى ولكنه عدل عن ذلك، فليس في ذلك كله ما يدعو إلى الاشتباه في أمره واستيقافه؛ لأن ما أتاه لا يتنافى مع طبيعة الأمور.

ومن ثم فإن استيقاف أحد الضابطين له وإمساكه بيده وفتحها إنما هو القبض الذي لا سند له من القانون(٢).

لذلك يتضح من كل ما سبق أن الاستيقاف يعني حق كل فرد من أفراد الشرطة التصدي لأي شخص وطلب بيانات منه عن اسمه وشخصيته، ولكن في الأحوال التي يحددها القانون(٣).

فإذا رفض الشخص تقديم البيانات المطلوبة عن شخصيته، فمن حق الشرطي أن يطلب إليه مرافقته إلى المخفر. فإذا رفض الشخص مرافقة الشرطي

---

(١) نقض ١٩٥٧/١٢/٣، أحكام النقض، ص ٨ ق ٢٧٣.

(٢) نقض ١٩٦٢/٤/١٠، أحكام النقض، ص ١٣ ق ٨٥.

(٣) د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبعة جامعة الكويت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٩، ص ٤١.

إلى المخفر، ففي الواقع أن القانون لا يقول شيئاً في هذه الحالة، لذلك على الشرطي أن يتركه وشأنه إلا إذا وجد هذا الشخص في حالة من الحالات التي يجبر فيها الشارع القبض عليه استناداً إلى حالات القبض وليس لحق الاستيقاف. وذلك حتى لا تمتهن كرامات الناس في قارعة الطريق.

بالمقابل اتجه القضاء الكويتي الاتجاه نفسه؛ حيث اشترط في أحكام عديدة أنه لا يجوز استيقاف أحد "إلا إذا وضع نفسه في موضع محاط بالشبهات والريبة"؛ لأن وجوده في هذا الوضع الشاذ هو الذي يبرر استيقافه، فإذا لم يكن في موضع ريب أو شبهة، فإن الشرطي يعاقب جزائياً؛ لأن مجرد الشك في شخص لا يبرر استيقافه.

وفي ذلك أكدت محكمة التمييز الكويتية أنه من المقرر أن الاستيقاف هو إجراء يقوم به رجل الشرطة في سبيل التحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها ويسوغه اشتباه تبرره الظروف، وهو أمر مباح لرجل الشرطة متى وضع الشخص نفسه طواعية منه واختياراً في موضع الريبة والظن"[(١)].

واشترطت محكمة التمييز شرط موضع الريبة والظن حتى يكون الاستيقاف صحيحاً.

ولذلك كله نقول إن الاستيقاف إجراء يقوم به رجل السلطة العامة في سبيل التحري عن الجرائم بما في ذلك جرائم الإرهاب وكشف مرتكبيها. وهو أمر مباح لرجل السلطة العامة إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية واختياراً في موضع الريبة والظن، وأن قانونية هذا الاستيقاف يقوم بتقديرها قاضي الموضوع بغير معقب.

---

(١) الطعن ٩٧/١٩٨ جزائي جلسة ١٩٩٨/٣/٩ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز. انظر أيضاً الطعن ٩٣/٨٧ جزائي جلسة ١٩٩٣/٦/٢٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث – المجلد الرابع، ص ١١٧.

على أن الاستيقاف قد يستدعي التحفظ على المشتبه فيه لحين صدور أمر من الجهة المختصة بالقبض، ويعد هذا الإجراء في هذه الحالة من قبيل الإجراءات التحفظية التي تدخل في نطاق أعمال وإجراءات الاستدلال التي تستهدف المحافظة على أدلة الجريمة حتى يمكن لسلطة التحقيق الاطلاع عليها واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة تجاهها.

وقد نص المشرع المصري في المادة ٣٥، الفقرة (٢) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة رجال السلطة العامة بالقوة والعنف جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة أو يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه.

إلا أنه يلاحظ أن المشرع المصري أعاد النص على هذه الإجراءات مرة أخرى في المادة الرابعة من القانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢ الخاص بجرائم الإرهاب، وذلك بإضافة المادة ٧ مكرر إلى القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة التي نصت على أنه "يكون لمأمور الضبط القضائي إذا توافرت لديه دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة وأن يطلب من النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة على الأكثر أن تأذن له بالقبض على المتهم".

وللنيابة العامة في هذه الحالة ولأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع أن تأذن بالقبض على المتهم لمدة لا تجاوز سبعة أيام.

ويجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع أقوال المتهم المقبوض عليه ويرسله إلى النيابة المختصة بعد انتهاء المدة المشار إليها في الفقرة السابقة.

ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه في ظرف اثنتين وسبعين ساعة من عرضه عليها ثم تأمر بحبسه احتياطياً أو إطلاق سراحه.

إذاً، ووفقاً لأحكام هذه المادة يكون لمأمور الضبط القضائي إذا توافرت لديه دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى جرائم الإرهاب أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة وأن يطلب من النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة على الأكثر أن تأذن له بالقبض على المتهم(١).

ويقصد بالدلائل الكافية قيام شبهات مستندة إلى ظروف الواقعة تثير الاعتقاد بارتكاب الجريمة، وقد تأخذ قولاً أو فعلاً أو مجرد تعبير على وجه المتهم بارتكاب الجريمة، ولا يشترط أن ترقى الدلائل الكافية إلى مرتبة الأدلة؛ إذ إن وضعها يقوم على استنتاجها من وقائع لا تؤدي إلى ثبوت التهمة بالضرورة(٢).

وتقدير مدى كفاية الدلائل على الاتهام من شأن مأمور الضبط القضائي وحده، ويكون تقديره خاضعاً لرقابة سلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع(٣).

ويعد توافر الدلائل الكافية شرطاً لا غنى عنه لاتخاذ أي إجراء يتضمن المساس بحرية الشخص، وإلا كان هذا الإجراء تعسفياً باطلاً؛ ذلك أنه عندما لا تكون هناك الدلائل الكافية على أن شخصاً معيناً قد ارتكب جريمة إرهاب يعاقب عليها القانون فإنه لا مفر من تأكيد حرية الفرد التي كفلها له القانون ومن ثم لا يجوز استيقافه أو القبض عليه أو حتى حبسه احتياطياً.

---

(١) ورد النص على ذلك أيضاً في المادة (٥٢) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزئية الكويتي، التي نصت على أن لكل شرطي أن يستوقف أي شخص ويطلب منه بيانات عن اسمه وشخصيته إذا كان ذلك لازماً للتحريات التي يقوم بها.

(٢) انظر د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ ص ٢٤٩.

(٣) انظر د. إدوارد غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الطبعة الثانية، ١٩٩٠ مكتبة غريب، ص ٣٥٠.

ويلاحظ أنه لا يلزم أن تكون الدلائل التي استند إليها مأمور الضبط القضائي لاتخاذ إجراء التحفظ على المتهم صحيحة؛ إذ يظل هذا الإجراء صحيحاً حتى لو اتضح بعد ذلك أن المتحفظ عليه ليس له أي علاقة بالجريمة المرتكبة، أو أن هذه الدلائل كانت شبهات ظالمة، وذلك متى كان لها ما يبررها في ذهن الجهة التي قدرت توافرها، فإذا توافرت هذه الدلائل وكانت الجريمة محل الاتهام من الجرائم المنصوص عليها بالمواد ٨٦ – ٨٩ عقوبات كان لمأمور الضبط القضائي حق التحفظ على المتهم مدة لا تزيد على أربع وعشرين ساعة، ويتعين عليه خلالها أن يطلب من النيابة العامة الإذن له بالقبض على المتهم(١).

وبناء على ذلك نجد أن التحفظ على الشخص كإجراء من إجراءات الاستدلال يختلف عن القبض عليه وهو من إجراءات التحقيق، وهناك من يؤكد أن الحكمة من إطالة زمن التحفظ على المتهم بحيث لا تزيد على أربع وعشرين ساعة استثناء مما ورد في نص المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، وهو ما تتسم به الجرائم الإرهابية من خطورة العناصر المشاركة فيها؛ الأمر الذي يستدعي منح مأمور الضبط القضائي فسحة من الوقت حتى يتمكن من استكمال إجراءات البحث والتحري وتتبع باقي المتهمين؛ لأن غالبية هذه الجرائم ترتكب من خلال تنظيمات متكاملة ومتعددة الأطراف.

وهناك رأي له وجاهته يرى أن التحفظ على المتهم لمدة أربع وعشرين ساعة به شبهة عدم دستورية؛ لأن هذا الإجراء يعد في حقيقته حبساً يتعارض مع ما تقضي به المادة ٤١ من الدستور المصري(٢) التي تنص على أن الحرية

---

(١) د. محمد حسين الجاسم، جرائم الإرهاب، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ١٨٣.

(٢) د. عصام عبد الفتاح عبد السميع مطر، الجريمة الإرهابية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٢٧، ٢٢٨. وراجع أيضاً: د. حسام الدين محمد أحمد، سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص ٤٥.

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(١).

ويلاحظ أن المشرع المصري قد انتصر لضمانات الحرية الشخصية للمتهم بجريمة الإرهاب، وقام بإلغاء القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة بما فيه المادة ٧ مكرر، وذلك بمقتضى القانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣، الذي نص في المادة الأولى منه على أن:

يلغى القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة وتؤول اختصاصات هذه المحاكم إلى المحاكم المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية(٢).

وتحال الدعاوى والطعون المنظورة أمام محاكم أمن الدولة المشار إليها إلى المحاكم المختصة طبقاً لحكم الفقرة السابقة، وذلك عدا المؤجل منها للنطق بالحكم، فتبقى تلك المحاكم حتى تصدر أحكامها فيها ما لم تقرر إعادته إلى المرافعة.

وهذا يدل على العودة مرة أخرى إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (٣٥)، الفقرة (٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، التي أوجبت على مأمور الضبط القضائي متى اتخذت الإجراءات التحفظية ضد المتهم أن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه، وهذا يعني أن أمر المتهم قد وصل إلى علم السلطة المختصة بالتحقيق وهي النيابة العامة.

---

(١) رفض بعض أعضاء مجلس الشعب المصري الموافقة على المادة ٧ مكرر أثناء مناقشتها استناداً إلى تعارضها مع المادة ٤١ من الدستور، على اعتبار أن التحفظ إحدى الوسائل التي تمنع حرية الشخص وتقيدها.

(٢) نشر بالجريدة الرسمية، السنة ٤٦، العدد ٢٥، تابع في ٢٠٠٣/٦/١٩.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه متى تم اتخاذ إجراء التحفظ فإنه لا يلزم إلا من قام باتخاذه؛ أي مأمور الضبط القضائي، حيث لا تلزم النيابة العامة بإصدار أمر القبض على من وضع تحت التحفظ متى طلب منها ذلك مأمور الضبط القضائي، وإنما الأمر مرده إلى السلطة التقديرية للنيابة العامة؛ فإذا رفضت إصدار أمر القبض على المتحفظ عليه فإنها لا تصدر أمراً بالإفراج عنه؛ حيث إنه لم يصدر أمر القبض ابتداءً، وإنما تستطيع بوصفها رئيس الضبطية القضائية أن تطلب من مأمور الضبط القضائي الأمر باتخاذ هذا الإجراء (التحفظ) أو إخلاء سبيل الشخص المتحفظ عليه من تلقاء نفسه(١).

فيما يخص المشرع الكويتي فقد استمدت عدة قواعد جديدة خاصة بالحجز والحبس الاحتياطي نشرت في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٠، وجاءت بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية.

من ضمن تلك المواد المعدلة مدة حجز المتهم لدى الشرطة بعد القبض عليه؛ فقد نصت المادة (٦٠) الفقرة الثانية بعد تعديلها على أنه لا يجوز لرجال الشرطة بعد القبض على المتهم إبقاء المقبوض عليه محجوزاً لمدة لا تزيد على ثمان وأربعين ساعة، ولقد كانت المدة المقررة في السابق أربعة أيام.

ومما لا شك فيه أن تقليص مدة الحجز لدى الشرطة من أربعة أيام إلى يومين فيه صيانة لحرية المتهمين بجرائم جنائية وكرامتهم، وبذلك يستفيد المتهم بجريمة الإرهاب من هذا التعديل ويكون المشرع الكويتي قد عزز من حرية الفرد الشخصية كما نص عليها الدستور الكويتي في المادة ٣١، الفقرة ١ حين نص على عدم جواز القبض على إنسان أو حبسه... أو تقييد حريته إلا وفق أحكام القانون.

(١) راجع د. حسام الدين محمد أحمد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص ١٢٤.

كما أن المشرع الكويتي بهذا التعديل أكد الحق في الحرية الذي نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (٨)، منه [لكل فرد الحق في الحياة والحرية والأمان على شخصه]. وأن استيقاف الشخص كقاعدة عامة يتعارض مع هذا المبدأ. لذا يجب أن يكون الاستيقاف لأسباب محددة في القانون بعيداً عن التعسف ووفقاً لإجراءات مشروعة، وهو ما أكدته كذلك المادة (٩) من هذا الإعلان بقولها: إنه لا يجوز اعتقال أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً[١].

المطلب الثاني
ضمانات المتهم بجريمة الإرهاب في مرحلة القبض عليه

يقصد بالقبض على المتهم حجز المتهم لفترة من الوقت لمنعه من الفرار وتمهيداً لسماع أقواله بمعرفة الجهة المختصة[٢].

وقد عرفت مجموعة مبادئ الأمم المتحدة بشأن حماية جميع الأشخاص الخاضعين لأي شكل من أشكال الاعتقال لعام ١٩٨٨ القبض بأنه اعتقال شخص بدعوى ارتكابه لجريمة أو بإجراء من سلطة ما.

ويمكن تعريف القبض أيضاً بأنه سلب حرية شخص لمدة قصيرة باحتجازه في المكان الذي يعده القانون لذلك[٣]، وهو أيضاً تقييد لحرية المتهم والتعرض له بإمساكه وحجزه ولو لفترة يسيرة تمهيداً لاتخاذ باقي الإجراءات ضده، وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه إمساك الشخص المقبوض عليه من

(١) د. محمد الطراونة، الشرطة وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

(٢) انظر د. رؤوف عبيد، القضاء الجنائي عند الفراعنة، المجلة الجنائية القومية، العدد الثالث، المجلد الأول، ١٩٥٨، ص ٣٣٦.

(٣) انظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٥٥٦.

جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجوال دون أن يتعلق الأمر بقضاء فترة زمنية معينة مهما قَلَّت مدته[١].

ويؤكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حق الفرد في عدم التعرض بالقبض عليه أو بالاعتقال التعسفي؛ حيث نصت المادة (٩)، الفقرة (١) على أنه لا يجوز القبض على أحد أو اعتقاله تعسفاً ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون[٢].

وقد أكد الدستور المصري في المادة (٤١) منه أنه لا يجوز القبض على أحد أو حبسه 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.

وبناء على ما سبق فإن القبض إجراء وقتي يتم بمجرد تقييد حرية المتهم وهو غير مقصود لذاته وإنما تمهيد لاتخاذ إجراءات التحقيق قبل المتهم، وعليه فإن الإجراء الذي تأذن به النيابة العامة لمأمور الضبط القضائي بالقبض على المتهم لمدة لا تتجاوز سبعة أيام (وفقاً للمادة ٧ مكرر من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ والمضافة بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢ قبل إلغائها بالقانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣) هو لأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

وحيث إنه قد صدر القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ متضمناً إلغاء القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة، ونص في مادته الخامسة على الآتي:

تضاف إلى قانون الإجراءات الجنائية مادة جديدة رقم ٢٠٦ مكرر، نصها الآتي: مادة ٢٠٦ مكرر:

---

(١) نقض ١٩٩٦/٥/١٦، مجموعة أحكام النقض ص ١٧ ص ٦٦٤ رقم ١١٥.

(٢) د. ليث كمال نصراوين، المرجع السابق.

[يكون لأعضاء النيابة العامة من درجة رئيس نيابة على الأقل بالإضافة إلى الاختصاصات المقررة للنيابة العامة سلطات قاضي التحقيق في تحقيق الجنايات المنصوص عليها في الأبواب (الأول، الثاني مكرر، والرابع) من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، ويكون له، فضلاً عن ذلك سلطة محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة المبينة في المادة ١٤٣ من هذا القانون، في تحقيق الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني المشار إليه].

وعلى ذلك وبمقتضى هذا التعديل فقد تم الرجوع إلى القواعد العامة من قانون الإجراءات الجنائية التي توجب على مأمور الضبط القضائي أن يقوم بعرض المتهم على النيابة خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه(١).

ويثور التساؤل حول مدى تمتع المقبوض عليه من جرائم الإرهاب بالضمانات نفسها المنصوص عليها في القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجنائية في نطاق التشريع المصري، وهي:

١ – صدور الأمر بالقبض من السلطة المختصة به:

يلزم لصحة القبض على المتهم بجرائم الإرهاب أن يتم هذا الإجراء بناء على أمر يصدر من السلطة المختصة به وفقاً للقانون، وعلة هذه القاعدة أن الأمر بالقبض ينطوي في تقديره على موازنة بين مصلحة التحقيق وحق المواطن في الحرية، ولا يملك تقدير هذه الموازنة سوى القاضي، هذا بالإضافة إلى أن القبض ينطوي من حيث أثره على المساس بحرية المواطن، والقاضي فقط هو الذي يحق له تقدير المساس بها من أجل مصلحة اجتماعية ترجع عليها، وذلك باعتباره الأمين على الحقوق والحريات العامة.

وتنص مجموعة المبادئ بشأن حماية جميع الأشخاص الخاضعين لأي شكل من أشكال الاعتقال على أنه: لا يجوز إلقاء القبض أو الاحتجاز أو السجن

(١) انظر المادة ١/٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

إلا على يد موظفين مختصين أو أشخاص مرخص لهم بذلك، ولا يجوز اعتقال شخص ما إلا إذا كان ذلك بأمر من سلطة قضائية.

٢ – إبلاغ المقبوض عليه بأسباب القبض :

تم تقرير هذه الضمانة حتى يعرف المتهم أو المقبوض عليه الاتهام المنسوب إليه. ويحق له أن يستعين بمحام يتولى الدفاع عنه، وتشمل هذه الضمانة المقبوض عليه في إحدى الجرائم الإرهابية أيضاً.

هذا، وقد أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حق إبلاغ المتهم سريعاً بتفاصيل التهمة الموجهة إليه؛ إذ يتوجب على الجهات المختصة إعلام أي شخص بأسباب احتجازه وبالتهم المنسوبة إليه بلغة واضحة يفهمها تخلو من التهديد والوعيد بالانتقام والمجازاة. ولا شك في أن ذلك يشمل المتهم بجرائم الإرهاب؛ فلا يجوز تهديده وترويعه، حيث تنص المادة (٩) من هذا العهد على أنه: يتوجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف، كما يجب إبلاغه سريعاً بأي تهمة توجه إليه.

ويلاحظ أنه في الجرائم الخطرة مثل جرائم الإرهاب، فإن طبيعة التحقيق قد تستغرق فترات زمنية طويلة؛ ومن ثم فإن ذلك يؤثر حتماً على حق إبلاغ الشخص بالتهم المسندة إليه؛ فقد يتأخر لبعض الوقت لضمان سرية التحري والتحقيق، إلا أن ذلك لا يمنع من وجوب إعلام المتهم بوصف دقيق بالتهم المسندة إليه في أسرع وقت ما لا يضر بسرية التحقيق؛ حتى يتمكن من ممارسة الضمانات القانونية المخولة له في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية.

وينص المبدأ الثالث عشر من مجموعة مبادئ الأمم المتحدة بشأن حماية الأشخاص الخاضعين للاعتقال سالف الذكر على أن لكل شخص الاطلاع على ما له من حقوق، وله الحق بإبلاغه بالتهم المسندة له لحظة إلقاء القبض عليه.

٣ – أن تكون مدة القبض قصيرة :

وذلك لكي لا تسلب حرية المقبوض عليه فترة طويلة؛ حيث إنه مازال بريئاً، فلا يجوز أن تسلب حريته فترة طويلة بحجة مصلحة المجتمع.

ويتعلق بهذه الضمانة حق المقبوض عليه في ضرورة تحديد مصيره عقب فترة القبض عليه بما يحفظ عليه كرامته، فإما أن يصدر قرار بالإفراج عنه وإما أن يصدر أمر بالحبس الاحتياطي ضده.

ولما كان المشرع المصري قد تنبه إلى أوجه القصور التي تعتور القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ وإلى الإخلال الجسيم بالحريات التي تتضمنها قواعدها وشبهة عدم الدستورية التي تحيط بها قام – لكل ذلك – بإلغاء القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠، وذلك بمقتضى القانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣، وتم الرجوع إلى القواعد العامة الواردة بقانون الإجراءات الجنائية باعتباره حصين الحريات والقائم على حمايتها(١).

لذلك يتمتع المقبوض عليه من جرائم الإرهاب بالضمانات نفسها التي يتمتع بها المتهم بجريمة جنائية أخرى وفق القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣.

لقد وازن المشرع الكويتي بين مصلحة المجتمع والحفاظ على الأمن والطمأنينة فيه وبين حماية الحقوق والحريات الشخصية.

لذلك أكد الدستور الكويتي حرية الفرد الشخصية في المادة ٣١، الفقرة (١)، ونص على أنه "لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو حبس إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفقاً لأحكام القانون".

وقد عاقب قانون الجزاء الكويتي في المادة ١٨٤ "كل من قبض على شخص أو حبسه في غير الأحوال التي يجيزها القانون بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات".

هذا، وقد أكد القضاء الكويتي – على غرار القضاء المصري – أنه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها من الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم دون وجه حق(٢).

---

(١) د. محمد حسين الجاسم، جرائم الإرهاب، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(٢) نقض ١٩٥٨/١/٢١، أحكام النقض، ص ٩، ق ٢٠٦.

إن القبض هو "حق من حقوق الضابط القضائي، وواجب عليه"[١].

قد يستمر لساعات ولكن لا يجوز أن يظل المتهم مقبوضاً عليه لدى قسم الشرطة لأكثر من يومين بعد التعديل الجديد لقانون الإجراءات الكويتي.

هذا، وقد أورد المشرع الكويتي في تشريعات وطنية عديدة أحكاماً تؤكد وتحمي الحريات الفردية هذا من جانب، ومن جانب آخر نص على ضمانات لاستخدام حق القبض.

وما هو جدير بالذكر هنا أن المقبوض عليه من جرائم الإرهاب يتمتع بكل تلك الضمانات المقررة في التشريعات الكويتية.

فلا يجوز القبض على شخص أو حبسه إلا بأمر صحيح صادر عن السلطة المختصة، ولا يجوز وضع المحبوس في غير السجون المخصصة لذلك[٢].

وتؤكد المادة (٩)، الفقرة (٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أنه لا يجوز أن يكون القبض على المتهم الذي ينتظر المحاكمة هو القاعدة العامة، ويمكن أن يفرج عنه بكفالة لضمان حضوره؛ حيث يجب إخلاء سبيل المتهم المحتجز إلى أن تتم محاكمته.

ولا يجوز استمرار حجز المتهم إلى حين محاكمته إلا في حالات معينة كمنعه من الهرب خارج البلاد أو منعه من التأثير على الشهود أو إذا كان إطلاق سراحه يشكل خطراً على الغير.

كما أنه لا يجوز حجز المتهمين بجريمة الإرهاب في سجون ذات ظروف قاسية وغير مؤهلة لاستقبالهم؛ وذلك بهدف امتهان كرامتهم. حيث إنه من الضروري توفير القدر اللازم من المعاملة الإنسانية لهؤلاء المتهمين من خلال توفير سجون يتوافر فيها أماكن نوم ومرافق صحية تحفظ لهم كرامتهم الإنسانية.

---

(١) الأستاذان ستيفاني ولوفاسور، الإجراءات الجزائية، طبعة ١٩٨٤، ص ٣٦٤.

(٢) المادة (٢٢٦) من قانون الإجراءات الكويتي.

هذا، وتؤكد المادة (١٠)، الفقرة (١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حق المتهم بالاحتجاز في ظل ظروف إنسانية وأن يعامل معاملة إنسانية وبما يحفظ له كرامته كإنسان. وفي هذا الخصوص تنص المادة (١٢) من إعلان الأمم المتحدة الخاص بالحماية من الاختفاء القسري لعام ١٩٩٢ على وجوب أن تراقب الدولة جميع الإجراءات الخاصة بالقبض على الأشخاص واعتقالهم واحتجازهم ووضعهم في الحجز ونقلهم وحبسهم، وعليه، فإنه لا يجوز حبسه إلا وفقاً للقانون وبناءً على إجراءات صحيحة مثل وجود مذكرة اعتقال صادرة عن جهة مختصة.

كما أنه يجب على المحقق إذا أخطر بأن شخصاً قبض عليه بدون حق، مباشرة التحقيق فوراً وإخلاء سبيل الشخص المعتقل. ولا يجوز لمأمور السجن أن يقوم بحبس هذا الشخص إلا بناءً على أمر حبس مكتوب من جهة مختصة[١].

وبما أن القبض يعني تقييد حرية الإنسان، فقد فصل القانون الكويتي الحالات التي يجوز فيها القبض من قبل الشرطة على المتهم تفصيلاً أكثر من المعتاد مراعياً في ذلك المعايير الدولية الخاصة لحقوق الإنسان في هذا الشأن[٢]، واعتبر القبض من الإجراءات التحفظية وهو عمل تحقيقي في جوهره وأحاطه بالعديد من الضمانات:

١ – صدور أمر القبض من الجهة المختصة به :

حيث يجوز لرجال الشرطة القبض على الأشخاص في حال صدر لهم أمر كتابي صحيح أو أمر شفوي ممن يملكه؛ أي من شخص منحه القانون حق إصداره كأحد المحققين أو أعضاء النيابة[٣].

---

(١) المادة (٢٢٧)، (٢٢٤)، من قانون الإجراءات الكويتي.

(٢) حول الأداء السليم لرجال الشرطة والأمن للقيام بمهامهم بما يتوافق مع حقوق الإنسان: انظر دليل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دليل قوات الشرطة والأمن لحماية حقوق الإنسان والقانون الإنساني، جنيف ١٩٩٨.

(٣) المادة (٥٣) من قانون الإجراءات الكويتي.

ويعتبر القبض على المتهم من الجهة المختصة ضمانة له، وهذا ما أكده المبدأ الثاني من مجموعة مبادئ الأمم المتحدة لعام ١٩٨٨، الذي يمنع إلقاء القبض أو الاحتجاز أو السجن إلا على يد موظفين مختصين ومرخص لهم بذلك، وأن يصدر أمر القبض عن سلطة قضائية أو أي سلطة مختصة، ولا يجوز بأي حال القبض على أي شخص تعسفاً، ويكون ذلك عن طريق جهة أو أشخاص غير مرخص لهم بالقبض طبقاً للقانون.

٢ – شرط قيام أدلة قوية للقبض على المتهم دون أمر :

يجوز كذلك للشرطة حق القبض دون أمر على المتهم متى قامت أدلة قوية على اتهامه. والضابط هو الذي يقدر الأدلة القوية ولكن المرجع الأخير في ذلك هو محكمة الموضوع(١).

هذا، ويستخدم النص المصري للمادة (٣٤) من قانون الإدارات الجنائية المصري تعبير "دلائل كافية". ومن مقارنة النصين نجد أن النص الكويتي أكثر تشدداً من النص المصري؛ لأن الأدلة القوية أصعب وجوداً من الدلائل الكافية.

٣ – تسجيل حالات القبض :

لما كان القبض تقييداً لحرية الإنسان، فقد حدد القانون الأحوال والمدد التي لا يجوز تجاوزها. ولضمان الالتزام بذلك أوجب تسجيل حالات القبض حتى تكون دوماً تحت الفحص والمراجعة. وقد عني المشرع بالنص على ذلك في قانون الإجراءات في المادة (٥٩) التي قررت أنه "يجب على المسؤول عن مركز الشرطة أن يثبت جميع حالات القبض بسجل المركز، ويعين فيه وقت بدء القبض وسببه ووقت انتهائه".

٤ – تسليم المقبوض عليه إلى المحقق :

لقد أوجب قانون الإجراءات الكويتي على رجال الشرطة تسليم المقبوض عليه إلى الجهة المختصة.

---

(١) المادة (٥٤) من قانون الإجراءات الكويتي.

وفي عام ٢٠١٢ صدر القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٢ الذي قام بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠، الخاص بالإجراءات والمحاكمات الجزائية، حيث نصت المادة (٦٠)، الفقرة (٢) بعد تعديلها على أنه لا يجوز لرجال الشرطة بعد القبض على المتهم إبقاء المقبوض عليه محجوزاً لمدة لا تزيد على ثمان وأربعين ساعة، بعد أن كان أربعة أيام طبقاً للقانون السابق.

٥ – تصرف المحقق في شأن المقبوض عليه :

إذا سلم المقبوض عليه إلى المحقق فإنه يتصرف في أمره على ما نصت عليه المادة (٦١) إجراءات في قولها " يجوز للمحقق أن يخلي سبيل المتهم المقبوض عليه بتعهد أو بدون تعهد إذا لم ير داعياً لحبسه، أما إذا وجد أن الظروف تستلزم بقاءه محبوساً، أصدر أمره بحبسه احتياطياً ".

في نهاية المبحث الأول لا يسعنا إلا تأكيد أن المشرعين المصري والكويتي قد سعيا جاهدين لضمان حقوق المتهمين بجرائم الإرهاب عند استيقافهم والقبض عليهم.

حيث قام المشرع المصري بإلغاء القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ وذلك بمقتضى القانون رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٣، وقد تم الرجوع إلى القواعد العامة الواردة بقانون الإجراءات الجنائية المصري الحامية لحقوق المتهمين بعد أن كان القانون القديم يخل بتلك الحقوق وتحوم حوله شبهات عدم الدستورية.

كما أن قانون الإجراءات الجنائية الكويتي قام بتفصيل أكثر من المعتاد لإجراءات الاستيقاف والقبض وقام بتعديل بعض القواعد الخاصة باستيقاف المتهمين والقبض عليهم نحو مزيد من الحرية لهم، كما أوضحنا سابقاً.

المبحث الثاني
إجراءات التحقيق الابتدائي في جرائم الإرهاب

يقصد بالتحقيق الابتدائي مجموعة من الإجراءات التي تباشرها سلطات التحقيق وفقاً للشكل الوارد في القانون بهدف تمحيص الأدلة والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة(١).

ونظراً للأهمية القصوى لهذه المرحلة فقد طلب المشرع أن تباشر إجراءاتها سلطة معينة تتوافر فيها ضمانات تكفل حقوق المتهم ومصلحة الدولة في الكشف عن الحقيقة في الوقت نفسه، وهذه السلطة قد تكون قاضي التحقيق أو النيابة العامة.

وإجراءات التحقيق الابتدائي تنقسم إلى نوعين:

المطلب الأول: إجراءات جمع الأدلة، وهي الإجراءات التي تهدف إلى جمع الأدلة المثبتة لوقوع الجريمة وفحصها ونسبتها إلى فاعلها.

المطلب الثاني: الإجراءات الاحتياطية ضد المتهم، وتشمل الإجراءات المتعلقة باتخاذ الوسائل اللازمة قبل المتهم لمنعه من التأثير على التحقيق أو في إزالة الآثار المستفادة من الأدلة.

وسنقوم بدراسة ذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول
إجراءات جمع الأدلة

ويقصد بها الإجراءات التي تباشرها جهة التحقيق لجمع الأدلة القانونية، وإجراءات جمع الأدلة لا تخرج عن التفتيش وسماع الشهود والاستجواب وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة.

---

(١) د. مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ٥٦٨.

وعليه، فإن أي إجراءات أخرى بخلاف ذلك لا ترقى إلى مرتبة الدليل وإن أمكن اعتبارها دلائل أو قرائن يجوز الاستناد إليها لتدعيم الأدلة القائمة في الدعوى.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يلزم جهة التحقيق بترتيب معين في اتخاذ إجراءات جمع الأدلة، فلها أن تبدأ تحقيقها بسماع الشهود أو بالتفتيش إذا خشيت سرعة إخفاء أدلة الجريمة أو باستجواب المتهم إذا كان معترفاً بجريمته ويخشى أن يعدل عن اعترافه.

إن المشرعين الجنائيين المصري والكويتي أحاطا تلك الإجراءات بالعديد من الضمانات لحماية المتهم، وبذلك يستفيد المتهم بجرائم الإرهاب من كل تلك الضمانات.

ولقد سايرت التشريعات الجنائية الوطنية سالفة الذكر الاتفاقيات الدولية التي أكدت الحق في افتراض البراءة في مرحلة جمع الأدلة القانونية؛ حيث تنص المادة (١١)، الفقرة (١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً ولا يجوز لرجال السلطة التعامل معه باعتباره مداناً وللمتهم جميع الضمانات القانونية أثناء التحقيق الابتدائي معه. وتنص المادة (١٤)، الفقرة (٢) من العهد الدولي الأول على أنه يجب أن يكون افتراض البراءة سارياً من لحظة إلقاء القبض على الشخص وأن عبء الإثبات يقع على عاتق الادعاء مع توفير الضمانات اللازمة للمتهم في أثناء الاستجواب.

ويمكن تناول بعض إجراءات التحقيق والضمانات المتعلقة بجرائم الإرهاب في الآتي:

أولاً – التفتيش :

ويقصد به ذلك الإجراء الذي تأمر به السلطة المختصة بغرض البحث عن أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة ونسبتها إلى شخص معين[١].

(١) راجع د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٣٧٠، د.مأمون سمة المرجع السابق، ص ٥.

وبذلك يعد التفتيش وسيلة لإثبات أدلة مادية، وقد يكون موضوعه شخصاً أو مكاناً، وفي الحالة الأولى فإنه يقصد به البحث المادي الذي يشمل جسم الإنسان وكل ما يوجد في مجال الحماية الشخصية الذي يصاحبه؛ وذلك من أجل ضبط أشياء يشتبه في كونها مخبأة في ملابسه أو أمتعته.

وفي الحالة الثانية يقصد به البحث المادي الذي يتم تنفيذه في مكان إقامة أحد الأفراد لضبط أشياء تفيد في إثبات الحقيقة التي يشتبه في أن صاحب المكان يتحفظ عليها بداخله(١).

أكدت اتفاقية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الحق في احترام خصوصيات الأشخاص وكراماتهم وشرفهم؛ فقد نصت المادة (١٢) منه على عدم جواز التدخل التعسفي في حياة الشخص الخاصة أو التعرض لأسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لأي حملات على شرفه أو سمعته، ولكل شخص الحق بحماية واضحة في القانون الوطني ضد أي نوع من أنواع هذا التدخل غير المشروع وتلك الحملات المخالفة للقانون.

كذلك جاء في مجموعة المبادئ لعام ١٩٨٨(٢) الذي ينص المبدأ الأول على ضرورة أن يعامل جميع الأشخاص الذين يتعرضون للاحتجاز، بما يلزم من الاحترام لكرامتهم الإنسانية وقيمتهم كبشر.

ومن ضمن مظاهر احترام كرامة الأشخاص المحتجزين وآدميتهم أن تراعى الأصول القانونية في عمليات التفتيش التي تتم على الأفراد شخصياً أو على منازلهم أو ممتلكاتهم الخاصة أو مراسلاتهم ورسائلهم واتصالاتهم الهاتفية الخاصة.

---

(١) انظر د. آمال عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٥.

(٢) أقرت مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأشكال من أشكال الاحتجاز أو السجن لعام ١٩٨٨ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١١١/٤٥ في ١٤ ديسمبر ١٩٨٨.

فلكل إنسان الحق في احترام حياته الخاصة ومسكنه ومراسلاته، ولا يجوز للسلطة العامة إفشاء سرية هذا الحق إلا بموجب القانون.

والتفتيش على هذا النحو يعد إجراء من إجراءات التحقيق ينطوي على مساس بالحرية الشخصية أو بحرمة المسكن وهو في الحالتين من الحقوق الأساسية التي كفلتها الدساتير، كما أحاطتها التشريعات الجنائية بالعديد من الضمانات التي تكفل سلامة تنفيذها، ووفقاً للمادة (٩١)، الفقرة (١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري يختص قاضي التحقيق بتفتيش المنازل بناء على اتهام موجه إلى الشخص بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة.

كما يجوز له أن يقوم بتفتيش أي مكان ويضبط الخطابات والرسائل والمطبوعات والجرائد والطرود لدى مكاتب البريد وجمع البرقيات وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو الأمر بتسجيل أحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة.

وقد عني دستور دولة الكويت في باب الحقوق والواجبات العامة بالنص على الحرية الشخصية وحرمة المسكن وحرية المراسلة.

ففي المادة (٣٠) منه أكد المشرع الدستوري أن الحرية الشخصية مكفولة. ونصت المادة (٣١) على أنه لا يجوز القبض على إنسان أو تفتيشه إلا وفق أحكام القانون. وتنص المادة (٣٨) على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها، إلا في الأحوال التي يعينها القانون. وتنص المادة (٣٩) على أن حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصونة وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة الرسائل أو إفشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة بالقانون، ولقد انتبه المشروع الجزائي الكويتي إلى أن التفتيش يمس حقوق الفرد سواء حريته الشخصية أو حرية مسكنه؛ لذلك وضع عدة ضمانات لممارسة جميع أنواع التفتيش. فقد أكد في المادة (٨٠) من قانون الإجراءات الكويتي أنه يجوز تفتيش الشخص أو مسكنه أو رسائله ولكن يشترط أن يتم ذلك بمعرفة المحقق أو بأمر منه. ويجب أن يتم ذلك التفتيش لضبط الأشياء التي استعملت في الجريمة متى

استلزمت ذلك ضرورة التحقيق ولم توجد وسيلة أخرى للحصول عليها. وبمقارنة تلك القاعدة مع القاعدة الواردة في التشريع المصري نجد أن المادة (٥٠) إجراءات مصرية قد وردت بصيغة النهي وليس الضرورة؛ حيث نصت على أنه لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها. فإن كانت الواقعة تدل على أن من قام بالتفتيش قد أجرى بغير مقتض فإن التفتيش يعتبر باطلاً وكذلك الدليل يستمد منه.

تنص المادة (٤٣) من قانون الإجراءات الكويتي على أن لرجل الشرطة إذا شهد ارتكاب الجريمة أو الجنحة أو حضر إلى محل الحادث والجريمة لا تزال مشهودة أن يقوم بتفتيش المتهم أو مسكنه. وهنا أجاز المشرع لرجل الشرطة تفتيش المتهم أو مسكنه؛ وذلك لأن الجريمة مشهودة والأدلة فيها واضحة واحتمال الخطأ ضعيف.

كما أنه في غير الجريمة المشهودة وفي حالة التحري، يجوز قيام أحد رجال الشرطة إذا وجد أن هناك ضرورة لإجراء تفتيش شخص أو مسكن معين يجب عليه أن يعرض التحريات على المحقق، وللمحقق إذا تأكد أن ضرورة تقتضي الإذن بالتفتيش أن يأذن له كتابة في إجرائه[١]. وهنا تشدد المشرع في التفتيش؛ حيث اشترط موافقة كتابية من سلطة التحقيق وعند وجود حالة ضرورة تقتضي التفتيش، وفي غير تلك الأحوال لا يجوز التفتيش وإذا تم يعتبر باطلاً.

أما في حالة القبض على المتهم فيجوز لمن يقوم بتنفيذ القبض أن يفتش المقبوض عليه مبدئياً لتجريده من الأسلحة، وكل ما يحتمل أن يستعمله في المقاومة أو في إيذاء نفسه أو غيره، وأن يضبط هذه الأشياء ويسلمها مع المقبوض عليه إلى الآمر بالقبض[٢].

ومن ناحية أخرى فقد أجاز القانون للمحقق الاطلاع على الرسائل البريدية والبرقية بأمر يصدره إلى مصلحة البريد. وأجاز له القانون كذلك الاستماع إلى

(١) المادة (١/١٤) من قانون الإجراءات الكويتي.
(٢) المادة (١/٥١) من قانون الإجراءات الكويتي.

محادثات المتهم الهاتفية وتسجيلها، ولكن لا يجوز الاستمرار في التنصت على محادثات المتهم إلا بالقدر الضروري اللازم للتأكد من صلته بالجريمة من عدمه(١).

وفي حلقة دراسات نظمتها الأمم المتحدة في ١٩٦٠/٦/٢ خصصت لدراسة "حماية حقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية"، تعرضت لموضوع تسجيل المحادثات الهاتفية وخاصة تلك التي تتم بين المتهم وشركائه. وقد كان الرأي الغالب أن هذه الطريقة لا تخلو من دناءة؛ لأنها نوع من أنواع التسمع والتجسس من ثقوب الباب وهو أمر غير أخلاقي، ولكن وجد من دافع عن هذا الأسلوب شريطة ألا يتم إلا بأمر صريح من المحقق، وفي قليل جداً من الحالات. أما أن يصبح قاعدة فإن في ذلك تعطيلاً لأحكام الدستورين المصري والكويتي.

وبالنظر إلى المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠ فقد نصت على حق الإنسان في احترام مراسلاته الخاصة وحمايتها وذلك في حدود القانون.

وقد أوضح الفقه القانوني الأوروبي أن مفهوم المراسلات المنصوص عليه في المادة (٨) يجب أن يأخذ بالمفهوم الواسع ليشمل المكالمات الهاتفية والمراسلات الكتابية في مختلف أنواعها(٢).

هذا، وقد أوضحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ ١٩٧٨/٩/٦ أن التنصت على المكالمات الهاتفية يعد تدخلاً غير مشروع في الحياة الخاصة وانتهاكاً لحماية المراسلات؛ مما تستوجب توقيع العقوبة على مرتكبيها(٣).

---

(١) د. مبارك النويبت، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

(٢) د. محمد الميداني، النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، ص ١٠٥.

(٣) Klass at autres C.RFA in BERGER, Juris Prudence, Annexe E, Para. 230, P. 648.

إلا أنه يجب الانتباه إلى أن هذه الاتفاقية تجيز انتهاك حرمة المراسلات السرية والشخصية للمتهمين أو الموقوفين بجرائم إرهابية؛ وذلك للحفاظ على الأمن القومي وسلامة الجمهور وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية حقوق الآخرين وحرياتهم.

وحرمة المراسلات الشخصية لا تدخل ضمن الحقوق الأساسية في الاتفاقية الأوروبية التي لا تقبل أي تقييد أو مخالفة، فالحقوق الأساسية في الاتفاقية الأوروبية هي الحق في الحياة، ومنع التعذيب والعبودية، واحترام مبدأ شريعة الجرائم والعقوبات. فهذه الحقوق أساسية لا يجوز مخالفتها أو انتهاكها بأي حال من الأحوال.

ووفقاً للمادة ٩١ فقرة (١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري يختص قاضى التحقيق بالإذن بتفتيش منزل المتهم بناء على اتهام موجة إليه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة(١).

كما يجوز له أن يقوم بتفتيش أي مكان ويضبط الخطابات والرسائل والمطبوعات والجرائد والطرود لدى مكاتب البريد وجميع البرقيات وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو الأمر بتسجيل أحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن تسجيل الأحاديث الشخصية للمتهم دون علمه هو نوع من التفتيش، ولذلك يلزم الحصول على إذن سلطة التحقيق بخصوص هذا الشأن، ونعني به الإذن الصادر عن القاضي الجزئي.

---

(١) نقض ١٩٨٣/٦/١٣ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٣٤ رقم ١٥١ ص ٥٩.

(٢) تنص المادة (٨٠) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية للكويت على أنه يجوز تفتيش الشخص أو مسكنه لضبط الأشياء التي استعملت في الجريمة.

ويستفاد من كل ما سبق أن النيابة العامة لا تملك بحسب الأصل السلطات المشار إليها سلفاً والمخولة لقاضي التحقيق، ويشترط لاتخاذها ضرورة الحصول على أمر مسبب من القاضي الجزئي بعد اطلاعه على الأوراق.

وقد خرج المشرع المصري على تلك القواعد العامة، وذلك عندما يتعلق الأمر بإحدى جرائم الإرهاب؛ حيث أجاز للنيابة العامة اتخاذ هذه الإجراءات دون الحصول على إذن مسبق من القاضي الجزئي، والجدير بالذكر أنه على الرغم من إلغاء القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ فإن هذه الاختصاصات ظلت مخولة للنيابة العامة بمقتضى القانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣؛ حيث نصت المادة الخامسة منه على الآتي:

تضاف إلى قانون الإجراءات الجنائية مادة جديدة برقم ٢٠٦ مكرر نصها التالي: يكون لأعضاء النيابة العامة من درجة رئيس نيابة بالإضافة إلى الاختصاصات المخولة للنيابة العامة سلطات قاضي التحقيق في تحقيق الجنايات المنصوص عليها في الأبواب الأول، الثاني مكرر، والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، ويكون له – فضلاً عن ذلك – سلطة محكمة الجنح المستأنفة المنعقدة في غرفة المشورة المبينة في المادة ١٤٣ من هذا القانون في تحقيق الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني المشار إليه.

وبتحليل نص هذه المادة نجد أنها استحدثت بعض الضوابط فيما يتعلق بسلطات النيابة العامة التي لم تكن موجودة في ظل القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠، وهي:

١ – أن المشرع اشترط في درجة العضو الذي يباشر التحقيق أن يكون في درجة رئيس نيابة على الأقل؛ مما يعني بطلان إجراءات التحقيق إذا كان الذي يباشر التحقيق معاون نيابة أو مساعد نيابة أو وكيل نيابة.

٢ – أن منح النيابة العامة سلطات قاضي التحقيق لا يقتصر على جرائم الإرهاب، بل يمتد ليشمل باقي الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثاني مكرر والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات.

ونرى أن خروج المشرع المصري عن القواعد العامة إذا تعلق الأمر بإحدى جرائم الإرهاب – حيث أجاز للنيابة العامة اتخاذ إجراءات التفتيش بأنواعه دون إذن مسبق من القاضي الجزائي – أمر غير موفق؛ حيث إن القضاء يبقى هو الضمانة الحقيقية لحرمة مساكن الناس وحياتهم الخاصة.

ثانياً – السلطات الاستثنائية الأخرى للنيابة العامة :

١ – عدم تقيد النيابة العامة بقيد الطلب :

الطلب : هو إجراء تفصح به جهة محددة في القانون عن رغبتها في تحريك الدعوى الجنائية(١).

ووفقاً للمادة (٩)، الفقرة (أ) من قانون الإجراءات المصري فإنه لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها إلا بناء على طلب كتابي من الهيئة أو رئيس المصلحة المجني عليها.

غير أنه إذا اصطبغت الجرائم بصفة جرائم الإرهاب فإن النيابة العامة تملك تحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم دون انتظار الحصول على طلب كتابي من الهيئة أو رئيس المصلحة المجني عليها.

إلا أنه بصدور القانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ الذي ألغى القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ ومن ثم قرر التزام النيابة العامة بقبول الإجراءات المشار إليها سلفاً؛ بما معناه أن المشرع رأى أن ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية حتى بالنسبة إلى جرائم الإرهاب سيحقق الصالح العام بشكل أفضل لو أسندت إلى جهة إدارية أو سياسية تكون مسؤولة عن هذه الجهة بتنفيذها من النيابة العامة التي تنوب عن مصالح الدولة بأسرها(٢).

---

(١) انظر د. محمود صالح العادلي، الإرهاب والعقاب، دار النهضة العربية القاصرة، ١٩٩٣، ص ٢٥١.

(٢) انظر د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ١٩٨٤، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص ٤٧٧.

وفيما يخص دولة الكويت فقد صدر القانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢ الخاص بمكافحة غسل الأموال؛ وذلك للحد من الجرائم المتعلقة بتمويل الإرهاب؛ حيث ألزمت المادة (٣)، الفقرة (٤) البنوك وشركات الاستثمار ومؤسسات وشركات الصرافة وشركات التأمين وغيرها من المؤسسات المالية إبلاغ النيابة العامة عن أي معاملة مالية مشبوهة؛ لتباشر بعد ذلك التحقيق في تلك الشبهة. لذلك لا يمكن للنيابة العامة في دولة الكويت ممارسة أي تحقيق على أي شبهة مالية في أي من المؤسسات المالية إلا بناءً على طلب مقدم من تلك المؤسسات. ولاشك أن في ذلك ضمانة للأشخاص؛ حيث لا يمكن توجيه أي تهمة لهم أو تحريك أي دعوى ضدهم من قبل النيابة العامة مباشرة بل يجب أن يسبق ذلك طلب مقدم من المؤسسة المالية الخاضع لها هذا الشخص.

٢ – السلطات الاستثنائية للنائب العام في الاطلاع على الحسابات في البنوك :

استحدث المشرع الجنائي المصري في المادة السادسة من القانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢ فقرة أخيرة تضاف إلى المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات في البنوك تنص على الآتي :

"ويكون للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين أن يأمر مباشرة بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه أو المعاملات المتعلقة بها، إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات".

وحقيقة الأمر أن الاطلاع على الحسابات بالبنوك لا يتم إلا بمقتضى تحقيق تجريه النيابة العامة فعلاً؛ لأن السلطة الاستثنائية لا يملكها إلا النائب العام وحده، أو من يفوضه من المحامين العامين فلا يملك رئيس نيابة مثلاً أن يأمر بهذا الإجراء.

ولعل الحكمة التي من أجلها قرر المشرع هذا النص هو إدراكه مدى خطورة الحسابات بالبنوك في تمويل أنشطة الجماعات الإرهابية، وهو ما أكدته التحقيقات التي أجرتها الجهة المختصة مع أعضاء هذه الجماعات(١).

وواضح من النص السابق أن المشرع وازن بين حق المجتمع للكشف عن الحقيقة في جريمة من جرائم الإرهاب، وحق الأفراد في الاحتفاظ بسرية حساباتهم في البنوك، فرجح الحق الأول لخطورة هذه الجرائم التي تستهدف انتهاك الشرعية والمساس بالكيان الاجتماعي للمجتمع.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحق كان مخولاً لمحكمة استئناف القاهرة وفقاً للمادة الثالثة من القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠.

ويلاحظ أن الحق المقرر في الفقرة الجديدة من المادة الثالثة المشار إليها قاصر على الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات (المواد من ٨٦ – ٨٩) كإجراء لازم في كشف الحقيقة، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الاطلاع أو الحصول على بيانات لا يتعلق بجريمة من جرائم هذا القسم كان حق الأمر بالاطلاع أو الحصول على البيانات لمحكمة استئناف القاهرة(٢).

أما في دولة الكويت فقد صدر القرار رقم ٢٠٠٣/١٠ بتاريخ ١٠ يونيو ٢٠٠٣ بإنشاء وحدة التحريات المالية الكويتية في بنك الكويت المركزي، وتعمل تلك الوحدة بالتنسيق مع النيابة العامة، وبناءً على مذكرة التفاهم المبرمة بين الوحدة والنيابة العامة تتلقى البلاغات عن العمليات المشبوهة لتقوم الوحدة بالاستقصاء وجمع وتحليل البيانات والمعلومات حول تلك العمليات المشبوهة.

---

(١) انظر د. إبراهيم عيد نايل، السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب بين القانون الفرنسي رقم ٨٦/١٢٠ لسنة ١٩٨٦ والقانون المصري ٩٧ لسنة ١٩٩٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٧١.

(٢) انظر د. محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٨٩.

وتحليلها وإفادة النيابة العامة بالرأي الفني المستخلص من تحليل تلك البيانات، وتنظر النيابة العامة بعد ذلك بالإجراءات اللازم اتخاذها في هذا الشأن.

لذلك يجوز لوحدة التحريات المالية الكويتية في البنك المركزي سالف الذكر الاطلاع على الحسابات في البنوك، ويكون ذلك الحق لتلك الوحدة وللنيابة العامة وللمحققين في حال وجود عملية مشبوهة. فإذا كان هناك ما يستدعي إبلاغ النيابة فستقوم تلك الوحدة بإطلاع النيابة مع الرأي الفني في هذا الخصوص لتتخذ النيابة العامة ما تراه مناسباً. ونرى أن حق النائب العام أو جهات التحقيق في الاطلاع على الحسابات البنكية أو الودائع أو الأمانات يجب أن يكون مقنناً ومحاطاً بعدة محاذير، كأن تكون هناك دلائل قوية على وجود تمويل مالي للإرهاب حتى يحق للنائب العام أن يطلب إفشاء سرية الحسابات البنكية.

ثالثاً – الاستجواب :

وهذا الإجراء من إجراءات التحقيق يثبت بموجبه التحقق من شخصية المتهم ومناقشته في التهمة المنسوبة إليه تفصيلياً من واقع الأدلة القائمة في الدعوى إثباتاً أو نفياً[١].

ويعتبر الاستجواب من إجراءات التحقيق المهمة جداً والمؤثرة في سير الدعوى الجنائية؛ لكونه يهدف إلى الوصول إلى الحقيقة الكاملة بصدد التهمة المنسوبة إلى المتهم عن طريق بحث جميع عناصر الواقعة، والتأكد من جدية الأدلة التي تحصلت من إجراءات التحقيق السابقة على الاستجواب.

ولجوهرية هذا الإجراء يرى بعض الفقهاء ضرورته في مرحلة التحقيق، ويعتبر التحقيق ناقصاً حين يخلو منه. ولذلك لا يخلو تشريع جنائي من النص على الاستجواب باعتباره إجراء مهماً – إن لم يكن أهم إجراء – من إجراءات التحقيق في الدعوى، وغالباً ما يتم هذا الإجراء بعد القبض على المتهم وسماع أقواله.

(١) راجع د. مأمون سلامة الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

وعلى النيابة العامة المصرية أن تستجوب المتهم خلال ٧٢ ساعة من عرضه عليها، فإذا ثبت من خلال الاستجواب عدم إدانة المتهم أطلق سراحه، أما إذا ثبتت الأدلة ضد المتهم فإنه يتم حبسه احتياطياً لمدة تحددها سلطة التحقيق.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع المصري قد خرج على القواعد العامة في المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية، وذلك فيما يتعلق بميعاد الاستجواب؛ إذ تقرر هذه المادة في فقرتها الثانية وجوب استجواب المتهم من قبل النيابة العامة في خلال ٢٤ ساعة ثم تأمر بالقبض عليه أو بإطلاق سراحه، وتم زيادة هذه المدة بعد صدور القانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

هذا، وبعد إلغاء القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بمقتضى القانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣، وبالرجوع إلى المادة ٢٠٦ مكرر إجراءات جنائية نجده جاء خالياً من الإشارة إلى تحديد ميعاد معين لاستجواب المتهم من قبل النيابة العامة، ومن ثم فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية.

فإذا انتهت المدة المقررة للاستجواب دون أن يتم اتخاذ ذلك الإجراء فإن ذلك يعتبر إخلالاً جسيماً بحقوق المتهم وخطأ جسيماً قد تتوافر فيه جريمة حبس شخص دون حق؛ بما يرتب المسؤولية الجنائية لمن تتوافر في حقه.

ضمانات الاستجواب :

كفلت التشريعات الجنائية المصرية والكويتية – وهما لا تختلفان كثيراً في هذا الخصوص – للمتهم في جرائم الإرهاب نفس الضمانات المقررة للمتهم في الجرائم العادية، وتشمل هذه الضمانات الآتي :

١ – استجواب المتهم بمعرفة جهة التحقيق:

يجب إجراء التحقيق مع المتهم بمعرفة جهة التحقيق سواء كانت قاضي التحقيق أو النيابة العامة، ومن ثم فلا يجوز انتداب أحد غير المحقق لإجراء

الاستجواب على عكس إجراءات التحقيق الأخرى. وهذا ما أكده المبدأ الثاني من مجموعة المبادئ العامة ١٩٨٨، فلا يجوز الاستجواب إلا على يد موظفين مختصين أو أشخاص مرخص لهم بذلك.

وإذا كان قاضي التحقيق هو الذي يباشر التحقيق فإنه لا يجوز له انتداب أحد أعضاء النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي لإجراء الاستجواب، ومن باب أولى إذا كانت النيابة هي التي تباشر التحقيق فلا يجوز لها انتداب أحد مأموري الضبط القضائي للقيام به(١).

ولذلك قضي بأن الاستجواب هو مواجهة المتهم بالأدلة ومناقشته تفصيلياً كي يفندها أو يعترف إن شاء(٢).

ويستثنى من هذا الأصل العام أحوال الضرورة التي يخشى فيها من فوات الوقت التي يجوز فيها لمأمور الضبط القضائي القيام باستجواب متصل بالعمل المندوب له ولازم للكشف عن الحقيقة(٣).

وتقدير هذه الضرورة متروك للمحقق تحت رقابة محكمة الموضوع، فما دامت قد أقرته عليه للأسباب السائغة التي أوردتها ودللت بها على توافر الخوف من ضياع الأدلة فلا يجوز مصادرتها أو مجادلتها فيما انتهت إليه.

٢ – دعوة المحامي لحضور الاستجواب :

نص المبدآن (١٠) و (١٧) من مجموعة المبادئ لعام ١٩٨٨ على الحق في توكيل محام: فمن حق كل محتجز توكيل محام للدفاع عنه في أثناء الاستجواب.

كما نص المبدأ (٧) على حق المحتجز في الاستعانة بمحام فور القبض عليه وقبل استجوابه بما لا يزيد على ٤٨ ساعة من وقت القبض. كما تنص

(١) انظر المادة (٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.
(٢) نقض ١٩٧٣/١١/٢٥ من ٢٤، ٢١٩، ٥٣ لطعن ٩٣٥ لسنة ٤٣ ق.
(٣) راجع المادة (٧١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

المادة (١٤)، الفقرة (د) من العهد الدولي الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية على أن كل محتجز من حقه أن يدافع عن نفسه بشخصه أو بوساطة محام من اختياره، وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه[١]، وتسري هذه الحقوق منذ لحظة القبض وفي أثناء فترة الاستجواب والتحقيق[٢].

كما تؤكد المواثيق الدولية ضرورة أن يتم منح المتهم الوقت الكافي والظروف المناسبة لإعداد دفاعه واختيار من يمثله قانوناً. فلكل متهم الحق في أن يدافع عن نفسه إما بنفسه وإما بوساطة محام، وإذا لم تكن لديه إمكانيات مالية كافية للاستعانة بمحام فإنه يجب على الدولة أن تتكفل بذلك. وهو ما أكدته المادة (١٤)، الفقرة (٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بالنص على أنه "لكل متهم بجريمة أن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره ....". كما أكدت هذا الحق مجموعة المبادئ لعام ١٩٨٨ التي أوضحت ضرورة توفير المساعدة للمتهم وإتاحة الفرصة له للاتصال بمحاميه والتشاور معه بحرية تامة وبشكل سري ودون أن يكون على مرأى أو مسمع من أحد موظفي السلطة العامة وأن يحضر معه الاستجواب لكي يضمن عدم تعرض موكله لأي إكراه أو الاعتراف بما ينسب له رغماً عنه[٣].

وفيما يخص التشريعات الوطنية لا يجوز للمحقق في الجنايات أن يقوم باستجواب المتهم أو مواجهته بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد[٤]. وهذه الدعوة واجبة حتى ولو تقررت سرية التحقيق عن الخصوم. إن المتهم ومحاميه يعتبران شخصاً واحداً فلا يجوز الفصل بينهما لأي سبب كان.

---

(١) كذلك انظر المبدأ (١٨) من مجموعة المبادئ لعام ١٩٨٨.

(٢) المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن دور المحامين، سلسلة الثقافة القانونية التاسعة، سنة ٢٠٠٢، ص ٧.

(٣) المبدأ (١٨) سالف الذكر.

(٤) المادة (٧) من قانون الإجراءات المصري.

وإذا رأت النيابة العامة اتخاذ إجراء بطريقة سرية عن المتهم فحينئذ لا يكون هناك وجه أو مبرر لحضور محاميه إنما إذا سمح بدخول غرفة التحقيق فإن من حقه أن يكون محاميه معه، وهذه القاعدة مستقرة في جميع التشريعات الجنائية.

وتجدر الإشارة إلى أن دور المحامي في التحقيق سلبي بحسب الأصل، فليس له أن ينوب عن المتهم في الإجابة أو أن ينبه إلى مواضع الكلام والسكوت أو أن يترافع أمام المحقق، ولكن يجوز له أن يطلب توجيه أسئلة معينة أو أن يبدي بعض الملاحظات، كما أنه يجوز له الاعتراض على ما قد يوجهه المحقق من أسئلة وإثبات هذا الاعتراض في المحضر حتى يكون ذلك مما يدخل في تقرير الدليل المستمد من الاستجواب لدى محكمة الموضوع، ويلاحظ أن هذا الضمان لا يسري إلا على الجنايات فقط.

وكان عدد من المحامين تجمهر بتاريخ ٢١/١٠/ ٢٠٠٢ أمام مبنى النيابة العامة في الكويت بسبب رفض النيابة السماح لهم بالحضور مع موكليهم من عناصر مجموعة أسود الجزيرة المتهمين بارتكابهم جرائم إرهابية في دولة الكويت.

هذا، وإذا كان المشرع قد أوجب دعوة المحامي للحضور عند الاستجواب فمن الطبيعي أن يسمح له بالاطلاع على الأوراق قبل القيام بالاستجواب، وتجدر الإشارة إلى أن للمحامي حق الاطلاع على الأوراق ولو تقرر إجراء التحقيق بصفة سرية وشمل ذلك الخصوم، ولذلك فإنه يجب وضع الملف الذي يشمل جميع التحقيقات والمستندات تحت تصرف المحامي مع إخطاره بذلك قبل اليوم المحدد للاستجواب. هذا وللمحامي أن يتنازل عن الاطلاع إلا إذا اعترض المتهم. ويجوز له أيضاً التنازل عن المدة السابقة على الاستجواب إلا أنه ينبغي إثبات كل ذلك في المحضر ليكون حجة على الكافة سواء في ذلك المحامي أو المتهم حتى لا يكون ذلك ذريعة للتمسك بالإخلال بحقوق الدفاع.

٣ – حياد المحقق :

يجب على المحقق عند مباشرته للتحقيق أن يلتزم الحياد التام؛ بحيث يمنع عليه عند مواجهة المتهم بالأدلة اللجوء إلى الأسئلة الإيجابية أو إلى خداع المتهم، وذلك عن طريق إغرائه بالإعفاء من العقاب أو عن طريق الادعاء باعتراف الغير عليه(١).

كما يجب عليه إذا امتنع المتهم عن الإجابة عن أحد الأسئلة أن يثبت ذلك في محضر التحقيق ولا يجوز له أن يأخذ من هذا الامتناع دليلاً قاطعاً على إدانة المتهم.

كما لا يجوز له إجبار المتهم على الاعتراف بالواقعة المنسوبة إليه، أو أن يثبت في أوراق التحقيق استخلاص هذا الاعتراف من المناقشة الشفوية مع المتهم.

هذا، وتنص المادة (١٤) فقرة (٣ ز) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمبدأ (٢١) من مجموعة المبادئ لعام ١٩٨٨ على أن كل شخص يتمتع بالحق في عدم إجباره على إدانة نفسه؛ بحيث يحظر الإكراه البدني والنفسي الذي قد يستعمل من قبل المحقق لإرغام المتهم على الإدلاء بشهادة ضد نفسه أو الإقرار بالذنب، وهذا ما يسمى بالحق في تجريم الذات فيجب على المحقق الالتزام بالحياد في أثناء الاستجواب.

٤ – حرية المتهم في إبداء أقواله :

ويعني ذلك أن يكون المتهم بعيداً عن كافة المؤثرات أياً كان مصدرها حتى تكون أقوال المتهم منبعثة عن إرادة حرة وواعية.

وتثور في هذا الصدد مسألة استخدام الوسائل العلمية الحديثة مثل العقاقير المخدرة والتنويم المغناطيسي في مجال الإثبات للحصول على اعتراف المتهم أو أقواله عن الواقعة وظروف ارتكابها والمساهمين فيها.

---

(١) د٠ فايز الظفيري، مرجع سابق، ص ٨٣.

ودون الدخول في الجدل الفقهي في هذا الشأن[١] نرجح الرأي القائل: إنه يمكن اللجوء إلى استخدام هذه الوسائل الحديثة في مجال الإثبات الجنائي وذلك باعتبارها دليل إدانة غير مباشر، يقصد به الحصول على معلومات عن الجريمة وكشف هوية مرتكبيها، وذلك إذا ما تعلق الأمر بجرائم الإرهاب التي أصبح خطرها عالمياً يشمل أغلب الدول.

وبمعنى آخر، فإنه يجب التمييز بين استخدام هذه الوسائل لأغراض البحث والتحري عن مرتكبي جرائم الإرهاب وبين استخدامها كأداة لانتزاع اعتراف يمكن أن يؤخذ به كدليل ثابت ضد المتهم في القضايا الإرهابية؛ بحيث يكون جائزاً في الحالة الأولى ولا يجوز اعتباره كذلك في الحالة الثانية[٢].

وفيما يتعلق بحق المتهم في إبداء أقواله بكل حرية ودون أي تأثير فإن الأمر في النهاية متروك لمحكمة الموضوع باعتبار أن القضاء يكفل حماية المشروعية الإجرائية، وذلك عن طريق الرقابة على الإجراءات الجنائية للتأكد من أن الأجهزة المختصة وهي بصدد البحث عن الحقيقة تعمل وفقاً لقواعد قانونية معينة تمس حقوق المواطنين وحرياتهم، وتصونها من التعسف والتحكم، ووسيلة القضاء في ذلك تتمثل في منع العمل الذي اتخذ بالمخالفة للقانون من ترتيب آثاره.

بطلان الاستجواب :

إن اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لحقوق الإنسان لعام ١٩٨٤ تعد ضمن مرجعية الأمم المتحدة التي تعتبرها ضمن الاتفاقيات الرئيسية لحماية حقوق الإنسان.

---

(١) يراجع في شأن هذه الإجراءات: د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ٤٤١؛ د. عدلي خليل. استجواب المتهم فقهاً وقضاء، دار النهضة العربية، ١٩٨٩ ص ١٤٣.

(٢) انظر في شأن تعضيد هذا الرأي د. حسين إبراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية ١٩٨١.

وهي تهدف إلى منع التعذيب في جميع أنحاء العالم.

وتلزم الاتفاقية الدول الأعضاء اتخاذ تدابير فعالة لمنع التعذيب داخل حدودها، ويحظر على الدول الأعضاء إجبار أي إنسان على العودة إلى موطنه إذا كان هناك سبب للاعتقاد بأنه سيتعرض للتعذيب.

وقد اعتمد نص الاتفاقية من جانب المفوضية السامية للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، وبعد تصديق عشرين دولة عضواً، دخلت حيز النفاذ في ٢٦ يونيو سنة ١٩٨٧.

هذا، وتنص المادة ١١ من هذه الاتفاقية على ضرورة توفير الضمانات القضائية للمشتبه فيهم في أثناء الاستجواب أو الاحتجاز، وأن يكون لهم الحق في تقديم الشكوى في حال تعرضهم للتعذيب في أثناء الاستجواب، وأن يبت القضاء دون تأخير في أي شكوى ضد التعذيب في أثناء الاحتجاز وأسبابه وفقاً لقواعد تحقيقه نزيهة وفعالة.

لذلك تؤكد هذه المادة أن استجواب المشتبه فيه أو المدعى عليه مشروط بأن يدلي بأقواله بإرادة واعية حرة من دون استعمال أي وجه من وجوه الإكراه أو التعذيب ضده. فلا يجوز إكراهه على الكلام وإلا وقع استجوابه تحت طائلة البطلان.

البطلان الذي يلحق الاستجواب إما أن يكون بطلاناً مطلقاً وإما أن يكون بطلاناً نسبياً ويكون البطلان مطلقاً في الحالات الآتية :

١ – انعدام ولاية إجراء الاستجواب كما في حالة إذا ما قام به مأمور الضبط القضائي بناء على انتداب من قاضي التحقيق أو النيابة العامة.

٢ – إذا كان الاستجواب قد تمت مباشرته تحت تأثير إكراه أو تهديد أو إرهاق متعمد للمتهم.

٣ – إذا كان المحقق قد عمد إلى خداع المتهم أو كانت الأسئلة التي وجهها إليه من النوع الإيجابي.

وفي جميع هذه الحالات يكون البطلان متعلقاً بالنظام العام، ومن ثم فهو لا يتم تصحيحه عن طريق الإقرار أو الإجازة بالفعل أو التصرف الذي تمت مباشرته في مواجهة المتهم.

وفي محاكمة عناصر أسود الجزيرة بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٢ قدم محامو المتهمين عدة طلبات، كان من ضمنها تحويل موكليهم إلى الطب الشرعي لإثبات تعرضهم للتعذيب في أثناء التحقيق، وهو ما أكده المتهمون جميعهم لقاضي المحكمة.

ويكون البطلان نسبياً إذا تم الإخلال بالضمانات الخاصة بمصلحة المتهم في الدفاع، ويكون ذلك في الحالتين الآتيتين:

١ – عدم دعوة المحامي لحضور الاستجواب.

٢ – عدم تمكين المحامي من الاطلاع على الأوراق قبل الاستجواب.

والبطلان في هاتين الحالتين لا يتعلق بالنظام العام، ولذلك يتعين على المقرر البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

ويترتب على بطلان الاستجواب بطلان كل ما يترتب عليه من آثار، وبناء على ذلك يكون الأمر بالحبس الاحتياطي بناء على الاستجواب الباطل باطلاً أيضاً باعتبار أن الحبس الاحتياطي لا يجوز إلا بعد استجواب صحيح من قبل سلطة التحقيق وكذلك يبطل الاعتراف المترتب على الاستجواب.

أما الاستجواب في القانون الكويتي فقد نصت عليه المادة (٩٨) من قانون الإجراءات؛ حيث أوجبت على المحقق قبل البدء في إجراءات التحقيق أن يسأل المتهم شفوياً عن التهم الموجهة إليه. وقد تصور المشرع أحد أمرين، إما أن يعترف المتهم بارتكاب الجريمة وإما أن ينكر ما أسند إليه، وجاء في المادة (٩٨) إجراءات أنه إذا اعترف المتهم بارتكاب الجريمة في أي وقت أثبت اعترافه في محضر التحقيق فور صدوره ونوقش فيه تفصيلاً، وإذا أنكر المتهم وجب استجوابه تفصيلياً بعد سماع شهود الإثبات. إن استجواب المتهم هو مناقشة

الأدلة القائمة ضده عن الجرم المسند إليه، وقد قصد به أمران، الأول: أنه طريق دفاع لتفنيد الأدلة القائمة ضده فيتمكن من تبرير تصرفاته، والآخر أنه وسيلة تحقيق لاستجلاء الحقيقة والوصول إلى معرفة مرتكب الجريمة. ولما كان هذا هو الغرض من الاستجواب فإنه يجب ألا يكون طريقاً لانتزاع اعتراف من المتهم. ولهذا نصت المادة (٩٨)، الفقرة (٢) إجراءات على أنه "لا يجوز تحليفه اليمين ولا استعمال وسائل الإغراء أو الإكراه ضده".

وإذا أجاب المتهم عن الأسئلة الموجهة إليه، فقد أوجبت المادة (٩٨)، الفقرة (١) أن يوقع على أقواله بعد تلاوتها عليه. وللمتهم أن يطلب تأجيل استجوابه إما لحضور محاميه وإما لوقت آخر.

ولا شك أن أهم الضمانات التي تمنح للمتهم عند استجوابه هي تمكينه من الاستعانة بمحام يحضر معه الاستجواب كما أوضحنا. ولا يجوز للمحامي أن يتكلم إلا بإذن من المحقق، كما نصت على ذلك المادة (٧٥)، الفقرة (١). هذا، وقد نصت المادة (٣٩)، الفقرة (٣) على أن "للمتهم في كل وقت أن يبدي ما لديه من دفاع، وأن يناقش شهود الإثبات وأن يطلب سماع شهود نفي أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، وتثبت طلباته ودفاعه في المحضر". على أن التساؤل يثور بالنسبة إلى إغفال بعض ضمانات الاستجواب، إن التشريع الكويتي لا يقبل البطلان إلا إذا كان ضاراً بمصلحة أحد الخصوم أو بمصلحة العدالة "النظام العام".

وفيما يتعلق بالبطلان لوجود ضرر يمس مصلحة أحد الخصوم مثل عدم دعوة محامي المتهم أو عدم إطلاعه على التحقيق أو تحليف المتهم اليمين قبل الاستجواب فإن هذا البطلان يجب أن يتمسك به المتهم أمام المحكمة. أما البطلان المضر بالعدالة والنظام العام فإنه يعتبر بطلاناً مقرراً بقوة القانون ولو لم يتمسك به أحد الخصوم مثل خداع المحقق للمتهم أو استجوابه بالمخالفة لضمانات التحقيق.

هذا، وقد تعرض أحد محامي المتهمين من عناصر أسود الجزيرة لمضايقة من رجال الداخلية الذين منعوا دخوله قاعة المحكمة بتاريخ ٢٦/ ٢/ ٢٠٠٦؛

الأمر الذي دعا المحامين داخل القاعة إلى رفض الإجراءات المتبعة من العناصر الأمنية ضد زميلهم المحامي الذي أبدى استياءه من تصرف العناصر الأمنية مع المحامين بشكل عام، وهو ما دعا هيئة المحكمة إلى رفع الجلسة للاستماع إلى أسباب منع المحامي من دخول قاعة المحكمة.

المطلب الثاني
الإجراءات الاحتياطية ضد المتهم

قد يتطلب إجراء التحقيق أحياناً حضور المتهم شخصياً، كما أنه قد يخشى من هربه أو اتصاله بالشهود أو أن تمتد يده إلى العبث بالأدلة أياً كان نوعها.

ووفقاً لذلك فإن التحقيق يتطلب بعض الإجراءات ضد المتهم، ومن بين هذه الإجراءات الحبس الاحتياطي خاصة أن العديد من التشريعات الجنائية تناولته بالتعديل إذا تعلق الأمر بجرائم الإرهاب.

والحبس الاحتياطي هو سلب حرية المتهم بإيداعه السجن خلال مراحل الدعوى الجنائية أو لفترة منها[1]. لقد احتاطت المواثيق الدولية من هذا الإجراء الاحتياطي وقيدته بالعديد من القيود؛ فقد أشار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (٩) إلى عدم جواز احتجاز أو حبس شخص تعسفاً، ويجب إخلاء سبيل المتهم لحين محاكمته. ولا يجوز حبسه احتياطياً إلا للضرورة، مثل أن يشكل خطراً على الغير.

وهو ما أكدته المادة (٩)، الفقرة (٣) من العهد الدولي الأول، التي تجيز إيقاف الحبس الاحتياطي والإفراج عن المتهم بضمانة تكفل حضوره عند استدعائه من قبل النيابة العامة أو في أثناء المحاكمة.

هذا، ونص المبدأ الثاني من مجموعة المبادئ لعام ١٩٨٨ على عدم جواز صدور الأمر بالحبس الاحتياطي إلا من جهة مختصة وأن يتم الحبس في أماكن

(١) انظر د. آمال عثمان، المرجع السابق، ص ٥١٩.

توقيف معترف بها رسمياً، وتقديم معلومات دقيقة عن أماكن حبس الأشخاص وحركة نقلهم من مكان لآخر، وأن يتم الاحتفاظ بسجل رسمي حول الأشخاص المحبوسين احتياطياً؛ وذلك عملاً بأحكام المادة (١٠) من إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري[١].

لذلك فإن المتهم بجريمة الإرهاب لا يجوز إخفاؤه قسراً، وإذا كان أجنبياً فإنه يجب إبلاغ البعثة الدبلوماسية للدولة التي ينتمي لها، ويجب عدم إفشاء أي معلومات شخصية تضر بالشخص المتهم بجريمة الإرهاب والمحبوس احتياطياً فيما قد يمس بسمعته وشرفه، ولا يجوز لرجال الشرطة تسريب أي معلومات سرية عن هؤلاء الأشخاص[٢].

وبالنظر إلى التشريعات الوطنية فالحبس الاحتياطي هو إجراء من إجراءات التحقيق، المقصود منه تحقيق مصلحة التحقيق ذاته، ويقتضيه الحفاظ على النظام الاجتماعي الذي قد يتطلب أحياناً تقييد حرية الفرد قبل إدانته، ويرجع ذلك إلى ما تتطلبه ضرورات التحقيق في الدعوى الجنائية في الحفاظ على أمن المجتمع وسلامته.

أولاً – وظائف الحبس الاحتياطي:

١ – الحبس الاحتياطي وسيلة من وسائل التحقيق:

وتبرز أهمية الحبس الاحتياطي كوسيلة من وسائل التحقيق في كونه يحقق بعض الأغراض الجنائية الإجرائية المهمة التي تجمل في الآتي:

أ – بقاء المتهم في متناول سلطة التحقيق.

ب – المحافظة على أدلة الجريمة خشية قيام المتهم بإخفاء الأدلة أو طمس معالمها بغرض الإفلات من العقوبة المقررة للجريمة، ومن ثم فالحبس

(١) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٣٣/٤٧ في ١٨ ديسمبر ١٩٩٢.
(٢) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٦٩/٣٤ في ١٧ ديسمبر ١٩٧٩.

الاحتياطي يزيل هذا العائق وتتوافر إجراءات تحقيق الدعوى حتى يتم التوصل إلى معرفة الحقيقة في الجريمة وتحقيق العدالة.

ج – منع التواطؤ ؛ إذ إن الحبس الاحتياطي يعد حائلاً ومانعاً في بعض الحالات خاصة جرائم الإرهاب من اتصال المتهم بشركائه في ارتكاب الجريمة لينظم معهم دفاعه أو أن يبحث عن شهود نفي غير حقيقيين أو يقوم بتهديد شهود الإثبات الذين تكشف شهادتهم وجه الحقيقة ضده، ويظهر الأمر بصورة كبيرة في جرائم الإرهاب خاصة أنها من النادر ما تقع من شخص بمفرده بل هناك من يخطط ويمولً وهناك من يقوم بتنفيذ الجريمة، ومن ثم فإن المتهم إذا ترك حراً فإنه سوف يحاول دائماً النيل من شهود الإثبات الذين عاصروه وشاهدوه وقت ارتكاب الجريمة، ومن ثم فهو يحاول جاهداً القضاء عليهم حتى لا ينكشف أمره ومن اشترك معه في ارتكاب الجريمة.

هذا، بالإضافة إلى أن المتهم قد يتصل بغيره من المتهمين الذين شاركوه ارتكاب الجريمة الإرهابية سواء على النطاق الإقليمي أو النطاق الدولي بغرض الاتفاق على كيفية هدم جميع الأدلة المطروحة في الدعوى أو الهرب من المحاكمة.

٢ – الحبس الاحتياطي إجراء من إجراءات الأمن :

يهدف الحبس الاحتياطي إلى حماية مصالح المجتمع نفسه؛ فالحبس الاحتياطي يعوق بعض المتهمين من العودة إلى ارتكاب الجريمة إذا ما أطلق سراحهم، وهذا يمثل حماية لأمن المجتمع، وقد يكون حبس المتهم احتياطياً لصالح المتهم نفسه.

وعلى سبيل المثال، ففي جرائم الإرهاب يخشى على المتهم أن يتم الاعتداء عليه من غيره من المتهمين الذين لم ينكشف أمرهم أو لم يتم التوصل إليهم وحتى لا يتم القبض عليهم فإنهم يحاولون التخلص والقضاء على الشخص الذي وجه إليه الاتهام وأطلقت جهة التحقيق سراحه على ذمة التحقيق، ومن ثم فإن حبس المتهم احتياطياً يقي المتهم هذه الخطورة ويحميه من غيره من المتهمين.

وفي هذا الإطار نجد أن المصلحة العامة في حماية المجتمع من أخطار جرائم الإرهاب قد توافقت مع المصلحة الخاصة في حماية شخص المتهم في إحدى جرائم الإرهاب(١).

٣ – الحبس الاحتياطي إجراء لضمان تنفيذ العقوبة :

قد يتجه المتهم بتفكيره إلى محاولة الهرب إذا ما أطلق سراحه، وذلك إذا كان يتوقع عقوبة قاسية وشديدة للجريمة التي ارتكبها، وجرائم الإرهاب هي الصورة الواضحة لهذا الأمر؛ إذ قد تصل العقوبة فيها إلى الإعدام، ومن ثم فإن الحبس الاحتياطي تكون له فائدة في منع المتهم من الإفلات من العقاب.

وقد عقدت الأمم المتحدة مؤتمراً لها في طهران بتاريخ ٢٢ أبريل ١٩٦٨ تقرر فيه توجيه توصية إلى الدول الأعضاء بأن تعيد النظر في قوانينها وإجراءاتها بشأن اعتقال الأشخاص، وأن تتخذ جميع الإجراءات لضمان عدم حجز حرية أحد أكثر من اللازم دون اتهام. ومما جاء في البند الخامس من الإعلان الذي أصدره هذا المؤتمر ما يلي :

"إن هدف الأمم المتحدة الرئيسي في مجال حقوق الإنسان، أن يحقق لكل فرد أقصى درجات الحرية والكرامة، ولتحقيق هذا الهدف ينبغي أن تمنح القوانين النافذة في مختلف الدول كافة الأفراد، بصرف النظر عن العرق أو اللغة أو الدين أو العقيدة السياسية، حرية التعبير والمعلومات والضمير والديانة، وكذلك حق المشاركة بالحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية لبلدهم".

وإذا كانت كرامة الإنسان وحريته قد حققتا تقدماً مشهوداً في الكثير من الدول الأجنبية، فبعض الدول العربية لا يزال يفتقر إلى تفهم أعمق لهذه المفاهيم، التي تؤكد عدم جواز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطة المختصة. كما يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته ويجب عدم إيذائه

(١) انظر د. عصام عبد الفتاح عبد السميع: الجريمة الإرهابية، مرجع سابق ص ٢٥٨، ٢٥٩.

بدنياً أو معنوياً. ولا يجوز حبس إنسان إلا في السجون المخصصة لذلك وبأمر موقع من السلطة المختصة.

ثانياً – نطاق الحبس الاحتياطي كأحد ضمانات المتهم:

استلزمت التشريعات الجنائية لتحديد نطاق الحبس الاحتياطي في إطار الجرائم بصفة عامة وجرائم الإرهاب بصفة خاصة شروطاً عديدة، منها ما يتعلق بالسلطة التي تأمر به، ومنها ما يتعلق بالظروف الخاصة بالمتهم ذاته وتضيف بعض التشريعات شرطاً خاصاً بوقت الحبس الاحتياطي، وهو أن يكون هذا الإجراء قد صدر بعد استجواب المتهم، الذي تم فيه توجيه الاتهام إلى المتهم ومواجهته بأدلة الجريمة، وانتهت سلطة التحقيق إلى إدانته، ومن ثم يجب الأمر بحبسه احتياطياً[١].

وفي مصر نجد أنه وفقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية أن الأمر بالحبس الاحتياطي الصادر عن النيابة العامة يكون لمدة أربعة أيام فقط تبدأ عقب القبض على المتهم أو تسليمه للنيابة العامة إذا كان مقبوضاً عليه من قبل.

وإذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطي فإنها تقوم بعرض الأوراق على القاضي الجزئي، وذلك قبل انقضاء الأيام الأربعة المقررة لها، وللقاضي الجزئي أن يصدر أمراً بمد الحبس الاحتياطي لمدة ٤٥ يوماً وذلك بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم.

وإذا لم ينته التحقيق بعد انقضاء مدة الحبس الاحتياطي المقررة للقاضي الجزئي فإنه يجب على النيابة العامة أن تقوم بعرض الأوراق على محكمة الجنح المستأنفة المنعقدة في غرفة المشورة لتصدر أمراً بما تراه وفقاً لأحكام المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات المصري.

(١) د. مبارك النويبت، المرجع السابق، ص ١٦٠.

وتصدر محكمة الجنح المستأنفة أمرها بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم بمد الحبس الاحتياطي مدداً متعاقبة لا تزيد كل منها على خمسة وأربعين يوماً إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك أو الإفراج عن المتهم بكفالة أو دون كفالة.

ويتعين عرض الأمر على النائب العام إذا انقضى على حبس المتهم احتياطياً ثلاثة أشهر؛ وذلك لاتخاذ الإجراءات التي تراها كفيلة للانتهاء من التحقيق، وفي جميع الأحوال يجب ألا تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ستة شهور ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحالته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة.

فإذا كانت التهمة المنسوبة إلى المتهم جناية فإنه لا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ستة شهور إلا بعد الحصول قبل انقضائها على أمر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوماً قابلة للتجديد لمدة أخرى مماثلة وإلا وجب الإفراج عن المتهم في جميع الأحوال، وفي نطاق جرائم الإرهاب خرج المشرع الجنائي المصري على الأحكام العامة السابقة.

فقد منح النيابة سلطة قاضي التحقيق، فيجوز أن تأمر بحبس المتهم احتياطياً لمدة خمسة عشر يوماً أو لمدد متعاقبة؛ بحيث لا تزيد في مجموعها على خمسة وأربعين يوماً، وسلطاتها في هذه الحالة تماثل سلطات التحقيق.

كما يجوز للنيابة إذا لم ينته التحقيق ورأت أن ظروف الواقعة ومصلحة التحقيق تستدعي مد حبس المتهم أن تأمر بمد الحبس الاحتياطي مدداً متعاقبة لا تزيد كل منها على خمسة وأربعين يوماً، ويلاحظ أن النيابة العامة تتقيد – شأنها في ذلك شأن قاضي التحقيق – بعرض الأمر على النائب العام إذا انقضى على حبس المتهم احتياطياً ثلاثة أشهر لاتخاذ الإجراءات التي تراها كفيلة للانتهاء من التحقيق.

كما أنه لا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ستة شهور ما لم يكن المتهم أعلن بإحالته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة، ويجب

عرض المتهم على رئيس المحكمة قبل انتهاء المدة لتجديد الحبس الاحتياطي، وأمر رئيس المحكمة بتجديد الحبس حدد فيه مدة الحبس؛ بحيث لا تزيد على خمسة عشر يوماً في كل مرة يطلب فيها تجديد الحبس. وتنص المادة (٧٠) من القانون نفسه على أنه :

"إذا استمر المتهم محبوساً مدة ستة شهور من تاريخ القبض عليه لم يجز تجديد حبسه إلا بأمر من المحكمة المختصة بنظر الدعوى بناءً على طلب المحقق وبعد سماع أقوال المتهم والاطلاع على ما تم في التحقيق، ويكون أمر المحكمة بالتجديد لمدة ثلاثين يوماً كل مرة". وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن سلطات النيابة العامة في مجال جرائم الإرهاب تجاوز السلطات المقررة لها في نطاق جرائم أمن الدولة بصفة عامة؛ حيث تباشر النيابة العامة في هذه الجرائم سلطات قاضي التحقيق بينما في مجال جرائم الإرهاب تباشر اختصاص قاضي التحقيق وغرفة المشورة.

وحتى بعد إلغاء المدة السابقة من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بموجب القانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ ظلت النيابة العامة ممارسة جميع الاختصاصات المخولة لها بمقتضى المادة الملغاة ولكن بموجب القانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣.

ومما لا شك فيه أن التوسع في صلاحيات النيابة في الحبس الاحتياطي في جرائم الإرهاب يقلل من الضمانات الواردة على حرياتهم، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتم ذلك من دون رقابة من السلطة القضائية.

أما قانون الإجراءات الكويتي فقد نص في المادة (٦٩) على أنه يجوز حبس المتهم احتياطياً. "إذا رئي أن مصلحة التحقيق تستوجب حبس المتهم احتياطياً لمنعه من الهرب أو من التأثير في سير التحقيق...". فالحبس الاحتياطي في نظر المشرع الكويتي يعد إجراء أمن وإجراء تحقيق وضماناً لتنفيذ الحكم. وكون الحبس الاحتياطي إجراء أمن فيه إرضاء جزئي لشعور المجني عليه ومن ثم المجتمع يخفف من حدة غضبه، بل هو حماية للمتهم نفسه من الاعتداء عليه. وكونه إجراء تحقيق يبدو في أنه يجعل المتهم دائماً في متناول يد المحقق فيمكنه في أي وقت من استجوابه ومواجهته بمختلف

الشهود؛ الأمر الذي يؤدي إلى إنجاز الإجراءات والوصول إلى الحقيقة لمجازاة فاعل الجريمة على ما جنت يداه، فضلاً عن إبعاد تأثيره على مجريات التحقيق. وأخيراً فإنه ضماناً لتنفيذ الحكم إذا صدر على المتهم حكم بالإدانة، يعطى ضماناً لعدم هرب المتهم، وفى هذه الصورة تغلب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، ويعتبر الحبس الاحتياطي بهذه المثابة المساعد الضروري للإجراءات الجزائية(١).

بالمقابل ولضمان حماية حرية الفرد فقد أورد المشرع عدة ضمانات وقيود على الحبس الاحتياطي، وهي:

١ – الجريمة المسندة إلى المتهم:

نص قانون الإجراءات الكويتي القديم على أنه ينبغي أن تكون الجريمة التي يجوز حبس المتهم احتياطياً من أجلها على شيء من الجسامة حتى تبرر اتخاذ هذا الإجراء. وحسب تعديل سنة ٢٠١٢ نصت المادة (٧٠ مكرر)على عدم جواز الحبس الاحتياطي إذا كانت الواقعة جنحة معاقباً عليها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة شهور أو بالغرامة أو بكلتيهما: ونلاحظ أن القانون القديم لم يحدد نوع الجريمة إن كانت جناية أو جنحة، إنما اشترط فقط معيار الجسامة في الجريمة.

ولما كان الحبس الاحتياطي في طبيعته قيداً على الحرية الفردية فلا يصح أن يصدر الأمر بالحبس الاحتياطي في جريمة يعاقب عليها بالغرامة فقط، أو من حدث صغير تقل سنه عن أربع عشرة سنة كاملة. فإذا كانت الأفعال المسندة إلى المتهم عدة جرائم وجب أن تكون إحداها – على الأقل – تنطوي تحت نص يتضمن عقوبة الحبس، فإذا صرف النظر عن الاتهام في هذه الجريمة وكانت باقي الجرائم المسندة إلى المتهم معاقباً عليها بالغرامة وحدها، تعين الإفراج عن المتهم فوراً.

(١) انظر المادة (٧٠ مكرر) من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ الخاص بقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتية.

وتكييف الوصف القانوني للواقعة – وإذا ما كان يجوز فيها الحبس الاحتياطي من عدمه – هو للمحقق يقدر عناصرها من مختلف ظروفها، فهو أقدر من يوكل إليه هذا الأمر، وليس ثمة طريق آخر للوصول إلى ذلك أو جهة يرجع إليها غيره(١).

٢ – الأدلة قبل المتهم:

حتى يجوز إصدار الأمر بالحبس يجب أن تقوم أدلة كافية ضد المتهم على ارتكابه للفعل المسند إليه. وإن لم ينص المشرع على ذلك صراحة إلا أنه أمر مستفاد من اشتراطه سماع أقوال المتهم قبل إصدار أمر الحبس، وفضلاً عن هذا فإن الواجب يقضي بحماية الحرية الفردية ورفع كل حجر عليها إن وجد ثمة شك في إسناد الجريمة إلى المتهم واحتمال براءته منها، ولن تضار العدالة بتقديمه للمحاكمة مفرجاً عنه. وقد اشترط المشرع في القبض قيام دلائل جدية على المتهم كما نص قانون الإجراءات الكويتي في المادة (٦٢) فمن باب أولى يكون هذا هو الحال بالنسبة للحبس الاحتياطي. وينبغي أن تكون الأدلة القائمة قبل المتهم مما تجعل إدانته كبيرة الاحتمال. ويتعين عليه أن يبحث إذا ما كانت تقوم على أساس سليم أم أنها مجرد ظنون واستنتاجات أحاطت به وأوصلته إلى موقف الاتهام. فلا يجوز للمحقق أن يصدر أمراً بالحبس الاحتياطي لمجرد شعوره بأن المتهم الماثل أمامه هو المرتكب للجريمة. وإلا أصبح الحبس الاحتياطي نوعاً من العقاب يوقع بغير سند من القانون(٢).

٣ – سماع أقوال المتهم:

لما كان مقتضى أمر الحبس الاحتياطي وضع المتهم في السجن، فإنه يتعين قبل إصدار الأمر ضده أن يعرف الفعل المسند إليه ليفسر الظروف التي أحاطت به وأدت إلى اتهامه، فإن بررها أو اتضح خطأ في شخصيته أفرج عنه وإلا جاز حبسه احتياطياً. وقد أوجب المشرع على المحقق في المادة ٧١

(١) د. حسن المرصفاوي، قانون الإجراءات والمحاكمات الكويتية، مرجع سابق، ص ٣٢٨.
(٢) د. فايز الظفيري، مرجع سابق، ص ١٥٩.

إجراءات أن يسمع أقوال المتهم قبل إصدار أي قرار بالحبس، هذا إلا إذا كان المتهم هارباً، فإنه يجب أن تسمع أقواله قبل مضي أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه.

ولا يشترط أن يصدر أمر الحبس فور سماع أقوال المتهم؛ أي يجوز أن يصدر في أي وقت، إذ ليس ثمة قيد يتعلق بذلك في النصوص التشريعية، بمعنى أنه إذا كان المتهم لم يحبس احتياطياً والتحقيق لا يزال مستمراً فإنه يجوز أن يصدر أمر بالحبس الاحتياطي حتى بعد فترة من سماع أقواله[١].

٤ – مدة الحبس الاحتياطي:

تنص المادة (٩)، الفقرة (٣) من العهد الدولي الأول على أن "...كل محبوس احتياطياً بتهمة جنائية يجب أن يحال سريعاً إلى أحد القضاة ليحاكم خلال مدة معقولة أو أن يفرج عنه"، وقضت المادة (١٤)، الفقرة (٣ ج) من العهد الدولي الأول بأن من حق كل شخص محبوس أن يحاكم دون أي تأخير لا مبرر له. ويؤكد المبدأ (٣٨) من مجموعة المبادئ لعام ١٩٨٨ أن يكون للشخص المحبوس بتهمة جنائية الحق في أن يحاكم خلال مدة معقولة أو أن يفرج عنه لحين محاكمته.

وفي التشريع الكويتي تخضع مدة الحبس الاحتياطي للعديد من القيود التي تمثل ضمانات للمتهم، منها :

١ – يسري أمر الحبس الذي يصدر من المحقق لمدة لا تزيد على عشرة أيام من تاريخ القبض عليه[٢] بدلاً من ثلاثة الأسابيع التي كان منصوصاً عليها قبل تعديل عام ٢٠١٢. على أن تسمع أقوال المتهم لأنها من الضمانات المقررة له. وتحسب المدة من تاريخ القبض عليه، بصريح النص – سواء بمعرفة المحقق أو الشرطة – لا من تاريخ إصدار أمر الحبس.

---

(١) د. حسن المرصفاوي، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

(٢) انظر المادة (٦٩) من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ الخاص بقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتية.

٢ – إذا أوشكت مدة الأيام العشرة على الانقضاء، ورأى المحقق تجديد الحبس الاحتياطي، وجب عليه قبل انتهائها عرض الأوراق على رئيس المحكمة ليصدر أمره في هذا الصدد وفقاً لتقديره، فله أن يرفض تجديد الحبس وحينئذ يتعين على المحقق أن يأمر بإخلاء سبيل المتهم فوراً؛ إذ إن حبسه لا سند له من القانون، وإما أن يأمر بالتجديد. ولرئيس المحكمة تجديد الحبس الاحتياطي لمدة لا تزيد على عشرة أيام في كل مرة يطلب فيها تجديد الحبس، وليس هناك حد أدنى، بمعنى أنه يجوز لرئيس المحكمة أن يصدر الأمر بتجديد الحبس لمدة أقل من عشرة أيام(١).

ويجب على رئيس المحكمة أن يسمع أقوال المتهم قبل أن يصدر أي قرار بتجديد الحبس الاحتياطي بحسب المادة (٧١) من قانون الإجراءات الكويتي، وذلك حتى يستطيع المتهم أن يدلي بدفاعه. وإذا لم يحضر المتهم لسماع أقواله قبل إصدار القرار بتجديد الحبس، لعذر كمرضه أو مثوله أمام محكمة في قضية أخرى، فإنه يحق لرئيس المحكمة – إن لم يرفض تجديد الحبس الاحتياطي بحسب تقديره لظروف الدعوى – أن يأمر بالتجديد إلى الفترة التي يتمكن فيها المتهم من المثول أمامه لسماع أقواله، ويعتبر قراره بمثابة تأجيل لسماع الأقوال. ولا يمكن إرجاء إصدار قرار تجديد الحبس حتى يكون هناك سند قانوني لوجود المتهم بالسجن في هذه الفترة.

وينبغي أن تكون فترة التأجيل إلى الوقت الذي يصبح فيه المتهم متمكناً من المثول أمام رئيس المحكمة، وإلا فإن التجديد لأكثر من ذلك يعتبر حبساً بغير سماع أقوال المتهم، مما يترتب عليه بطلان الأمر بالتجديد الصادر عن رئيس المحكمة. إنما إذا لم يحضر المحقق المتهم أمام رئيس المحكمة لسماع أقواله بلا مبرر فإنه يتعين رفض الأمر بتجديد الحبس، وإذا صدر على الرغم من ذلك كان باطلاً.

(١) حول القواعد الخاصة بالحبس الاحتياطي انظر، د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دون دار نشر، دون طبعة، ١٩٩٧، ص ٤٢٨.

هذا، وقد أجاز التعديل عام ٢٠١٢ التظلم من قرار الحبس الاحتياطي للمتهم أمام رئيس المحكمة على أن يفصل رئيس المحكمة في التظلم خلال مدة لا تجاوز ثمانياً وأربعين ساعة من تاريخ تقديمه وأن يكون القرار مسبباً في حال رفض التظلم. علماً بأن هذا التعديل يجيز تقديم التظلم في أي وقت فور صدور أمر الحبس الاحتياطي.

وهذا التعديل الذي ورد في التشريع الجنائي الكويتي بإعطاء المحبوس احتياطياً الحق في التظلم ينسجم مع العديد من المواثيق الدولية التي تفترض أن الأشخاص المتهمين بجرائم جنائية يجب ألا يحتجزوا قبل محاكمتهم، حيث تنص المادة (٩)، الفقرة (٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه لا يجوز أن يكون احتجاز الأشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة، ولكن من الجائز تعليق الإفراج عنهم على ضمانات لكفالة حضورهم المحاكمة[١].

كما تؤكد العديد من المواثيق الدولية أن للمحبوس احتياطياً الحق في إعادة النظر في حبسه والهدف من ذلك تأكد القاضي من أن هناك أسباباً قانونية تبرر الحبس. وينص العهد الدولي الأول في المادة (٩)، الفقرة (٤) على أنه يجب أن يعرض أمر حبس كل متهم على المحكمة المختصة حتى تبت في قانونية حبسه وأن تأمر بالإفراج عنه إذا كان الحبس غير قانوني.

٣ – وقد حدد المشرع المدة التي تنتهي عندها سلطة رئيس المحكمة في تجديد الحبس الاحتياطي بأربعين يوماً بعد أن كانت ستة شهور من تاريخ القبض على المتهم بحسب المادة (٧٠)، الفقرة (١)، فإذا لم ينته التحقيق خلال هذه المدة أصبح التجديد من اختصاص المحكمة المختصة بنظر الدعوى؛ أي محكمة الجنح المختصة أو محكمة الجنايات. وعلى المحقق أن يطلب منها ذلك ويقدم لها أوراق الدعوى لتطلع على ما تم في التحقيق، وتصدر قرارها بعد سماع أقوال المتهم.

(١) انظر في هذا الخصوص المادة (٣٦) فقرة (٢) والمادة (٣٩) من مجموعة المبادئ.

ولا تتقيد المحكمة عند تجديدها للحبس الاحتياطي بحد أدنى معين، ولكنها مقيدة بالحد الأقصى عند كل تجديد وهو مدة ثلاثين يوماً بحسب المادة (٧٠)، الفقرة (٢). وتستطيع في كل مرة أن تقرر تجديد الحبس الاحتياطي لمدة أقل من ذلك، لأن النص على جواز تجديد الحبس لمدة ثلاثين يوماً في كل مرة يؤدي بمفهوم المخالفة إلى جواز أن تقل فترة التجديد عنها، فضلاً عن أن من يملك الأكثر يملك الأقل. ويستمر حق الأمر بتجديد حبس المتهم احتياطياً قائماً للمحكمة المختصة مادامت مصلحة التحقيق تستوجب ذلك، وبالشروط نفسها؛ أي بعد طلب المحقق وعرض الأوراق على المحكمة وسماع أقوال المتهم.

٥ – نظام الحبس الاحتياطي:

لما كانت القاعدة أن المتهم يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته، وكان مقتضى هذا أن يبقى طليقاً، فإنه وقد أجيز الحبس الاحتياطي لزم أن يطبق على المحبوس نظام خاص يراعى فيه احترام حقوق المتهم وكرامته من هذا الإجراء، بأن تكون حال المحبوس في السجن أقرب إلى الحياة العادية، إلا ما تقتضيه ضرورات التحقيق ونظام السجن. وقد نظمت هذه القواعد بموجب قانون السجون رقم ٢٦ سنة ١٩٦٢ وتناول ملابسهم والأغذية والمراسلة والزيارات والشغل(١).

٦ – انتهاء الحبس الاحتياطي:

الحبس الاحتياطي قيد للحرية الشخصية بررته الضرورة، فمتى زالت وجب انقضاؤه، فإذا كان الغرض منه سماع شهود فسمعوا أو معاينة آثار جريمة وتمت وجب الإفراج عن المتهم إلا إذا كان هناك سبب آخر كخوف هروب المتهم. وتنص المادة (٧٢)، الفقرة (١) على أن "للمحقق في أي وقت أن يصدر قراراً بالإفراج عن المتهم المحبوس متى وجد أن حبسه لم يعد له

(١) مركز حقوق الإنسان، دليل حقوق الإنسان والاحتجاز السابق للمحاكمة، جنيف، ١٩٩٤، ص ٩.

مبرر، وأنه لا ضرر على التحقيق من إخلاء سبيله، ولا هو يخشى هربه أو اختفاؤه"(١)

وللمحقق الحق في إصدار أمر بالإفراج عن المتهم أثناء التحقيق الذي يباشره سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المتهم، وسواء أكان أمر الحبس قد صدر منه أم تجددت مدته بناء على طلبه من رئيس المحكمة أو من المحكمة المختصة بنظر الدعوى؛ إذ يعتبر أنه قد صدر منه، وكان يستطيع أن لا يلجأ إلى أيهما ويأمر بالإفراج عن المتهم.

وللمتهم أن يطلب إلى المحقق الإفراج عنه في أي وقت في أثناء حبسه؛ لأن المشرع وإن أجاز للمحقق أن يفرج عن المتهم دون حاجة لطلب من جانب الأخير فقد يهمل أمر المتهم أو ينساه.

ولرئيس المحكمة أن يقرر الإفراج عن المتهم سواء بضمان أو بغير ضمان عندما يطلب إليه المحقق تجديد الحبس الاحتياطي. كما له الحق في أن يرفض تجديد الحبس، وحينئذ يتعين على المحقق أن يصدر أمره فوراً بالإفراج عن المتهم؛ إذ لا سند لبقائه محبوساً. وإذا أصدر رئيس المحكمة قراراً بتجديد حبس المتهم احتياطياً فلا يستطيع أن يأمر بالإفراج عنه إذا قدم طلباً بذلك؛ لأنه حق لا يخول إلا بنص وهذا ما لم يمنحه المشرع إياه.

وتستطيع المحكمة المختصة بنظر الدعوى عند عرض الأوراق عليها لتجديد حبس المتهم احتياطياً أن تفرج عنه مؤقتاً، سواء أكان ذلك برفض تجديد الحبس أم كان بالإفراج بضمان؛ لأن من يملك الأكثر وهو تجديد حبس المتهم احتياطياً يملك الأقل وهو الإفراج بضمان.

ويجب على من ينظر في الإفراج عن المتهم مؤقتاً أن يراعي الاعتبارات والظروف نفسها التي تراعى عند إصدار الأمر بالحبس الاحتياطي فيما يتعلق

(١) حول الحبس الاحتياطي انظر، عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبعة جامعة الكويت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٩، ص ٢٤٢.

بخطورة الجريمة ومدى ثبوتها وجسامة العقوبة المقررة ومركز المتهم وعلاقاته العائلية وسوابقه ومعاملاته، وهذه تحدد بالواقع في الوقت الذي يجرى فيه التحقيق والإجراءات الأخرى التي يباشرها ويقدرها من ينظر طلب الإفراج. فتقدير المحقق لعناصر الاتهام ليس إلا تقديراً مؤقتاً ويتغير بحسب ظروف كل دعوى؛ لأن المشرع لا يستطيع أن يضع مقدماً القواعد والمقاييس التي تطبق في كل حالة على حدة، فترك هذا لمن يعرض عليه الإفراج ليزن موجباته.

بالمقابل هناك حالات ينتهي فيها الحبس الاحتياطي إجباراً، نعرض لها فيما يلي: (١) عندما تصبح مدة الحبس الاحتياطي مساوية لمدة الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة التي من أجلها حبس المتهم، فهذه الصورة – وإن لم ينص المشرع عليها – توجبها العدالة وحكمة الحبس الاحتياطي، إذ يكون المتهم قد أوفى في الحبس أقصى ما عسى أن يقضي به من عقوبة سالبة للحرية، ومدة الحبس الاحتياطي تخصم من العقوبة المقضي بها. (٢) إذا رفض رئيس المحكمة أو المحكمة المختصة بنظر الدعوى تجديد حبس المتهم احتياطياً وجب الإفراج عنه فوراً. (٣) إذا استبان للمحقق من تطورات التحقيق أن الواقعة مما لا يجوز فيه الحبس الاحتياطي تعين الإفراج عن المتهم فوراً. (٤) إذا كانت الواقعة المسندة إلى المتهم لا صحة لها أو لا جريمة فيها أو أن الأدلة عليها غير كافية يصدر المحقق قراراً بحفظ التحقيق ويفرج عن المتهم المحبوس.

وفي نهاية المبحث الثاني نود أن نشير إلى أن المشرع المصري على الرغم من قيامه بإلغاء القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ وذلك بمقتضى القانون رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٣ مما يعزز حقوق المتهمين بجرائم الإرهاب، فإنه بمقتضى القانون الأخير قد قلص من بعض حقوق المتهمين بجرائم الإرهاب فيما يتعلق بحق النيابة العامة باتخاذ إجراءات التفتيش بأنواعه والحق في الحبس الاحتياطي دون إذن مسبق من القضاء. بالمقابل فإن قانون الإجراءات الكويتي قد قلص فترات الحبس الاحتياطي في آخر تعديل له في عام ٢٠١٢، مما يعد ضمانة حقيقية لحريات الأفراد وحقوقهم.

الخاتمة

إن الاتفاقيات والمواثيق الدولية في مواجهتها للإرهاب واجهت نوعين من التحديات، تحديات أمنية تتعلق بوجوب مكافحة الأعمال الإرهابية وما ينجم عنها من أفعال تهدد الأمن والنظام العام، وتحديات قانونية تتعلق بوجوب احترام حقوق الإنسان وكفالة جميع الضمانات القانونية للمتهمين بتلك الجرائم.

تلك التحديات الدولية انعكست على القانون الجنائي الوطني، فإذا كان من حق الدولة ومن واجبها أن تكافح الإرهاب حفاظاً على سيادتها وأمنها واستقرارها فإنه من واجبها أيضاً الدفاع عن الحقوق الإنسانية للأفراد الذين يعيشون على إقليمها وتمكينهم من حقهم في ممارسة ضماناتهم القانونية. لذلك لا يجوز، سواء على النطاق الدولي أم الوطني، أن تقوم أي دولة بانتهاك حقوق الإنسان في أثناء محاربتها للإرهاب.

وفي هذا الصدد أعربت المفوضية السامية لحقوق الإنسان في دورتها السابعة عشرة بعد المائة في جنيف عام ٢٠٠٧ عن قلقها العميق بقيام بعض الدول الأعضاء في سبيل مكافحتهم للإرهاب بنقل بعض الأشخاص المشتبه بتورطهم بأنشطة إرهابية إلى أماكن احتجاز سرية وبطرق غير قانونية. كما أكد مجلس الأمن في القرار رقم ١٦٢٤ سنة ٢٠٠٥، وكذلك الجمعية العامة في القرار رقم ٢١٩ في الدورة السابعة والخمسين واجب الدول في أن تضمن تطابق التدابير المتخذة لمحاربة الإرهاب مع التزاماتها وفقاً للقانون الدولي وخاصة القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني.

وكما أوضحنا سابقاً فإن الاتفاقيات الدولية نصت على عدة ضمانات قانونية يتمتع بها الفرد عند اتهامه بارتكاب جريمة من جرائم الإرهاب علماً بأن تلك الضمانات القانونية أصبحت ضمن نطاق عالمية حقوق الإنسان؛ أي أنها حقوق يتمتع بها كل إنسان في العالم بغض النظر عن جنسيته أو انتمائه الديني أو العرقي. وأصبح لهذه الضمانات القانونية التي هي بمثابة حقوق تتمتع بحماية دولية ولا تستطيع الدولة التي تحتج بمبادئ الأمن القومي أو السيادة

لمنع حقوق المتهم ما دامت ارتضت الدخول في مواثيق دولية تلزمها باحترام الضمانات القانونية للمتهمين بجرائم جنائية. ومن ضمن تلك المواثيق العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦ الذي التزمت به كل من جمهورية مصر العربية ودولة الكويت.

ومما لا شك فيه أن الضمانات القانونية تقوم على عدة عناصر يجب توافرها ليتمتع المتهم بجرائم الإرهاب بها؛ بحيث يجب النص على مجموعة من الحقوق والضمانات في التشريعات الوطنية ويجب أن تحترم تلك الضمانات من قبل سلطات الدولة وأعضاء النيابة العامة ويتم مراقبتها بشكل دقيق من السلطة القضائية في الدولة.

لذلك حاولنا أن نبين من خلال هذا البحث أن القانون الدولي لحقوق الإنسان اشترك مع القانون الجنائي الوطني في حماية حقوق الإنسان من أي انتهاك صارخ خلال قيام هذين القانونين بمكافحة الإرهاب.

هذا، وقد تبين لي من خلال هذا البحث أن الضمانات القانونية للمتهم بجرائم الإرهاب قبل عرضه على القضاء هي ضمانات متناثرة في أكثر من وثيقة دولية في أثناء التحقيق معه؛ ولذلك أقترح على الحكومات العربية وعلى رأسها الحكومتان المصرية والكويتية دعوة الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى عقد اتفاقية دولية تضم جميع الضمانات القانونية للمتهم في الجرائم الجنائية بشكل عام وللمتهم بجرائم الإرهاب بشكل خاص ودعوة دول العالم للتوقيع عليها، ولا شك أن مثل هذه الاتفاقية ستمنع دولاً عظمى مثل الولايات المتحدة الأمريكية من انتهاك حقوق المتهمين بجرائم إرهابية ولاسيما أنه يوجد متهمون من كل من جمهورية مصر العربية ودولة الكويت في سجن غوانتينامو.

كما أننا نؤكد ضرورة قيام كل من المشرعين المصري والكويتي بمراجعة أحكام الاتفاقيات والإعلانات الدولية المعنية بحقوق الإنسان والمصدق عليها من مصر والكويت والتي تضمنت العديد من الضمانات القانونية للمتهم قبل عرضه على القضاء وإجراء التعديلات التشريعية المناسبة على القوانين المصرية والكويتية سواء من خلال إصدار تشريعات جديدة أو إدخال تعديلات في

التشريعات الحالية وكذلك إعادة النظر في الآليات الوطنية المناسبة لضمان سرعة تحويل المتهمين إلى القضاء.

وفيما يتعلق بالمتهمين بجرائم الإرهاب الذين يحملون الجنسية المصرية أو الجنسية الكويتية أو إحدى الجنسيات العربية أو الإسلامية فيجب إنشاء جهاز عن طريق جامعة الدول العربية، يهتم بتفعيل الأحكام والقواعد اللازمة لتنفيذ مضمون الاتفاقيات الدولية المصدق عليها من قبل الدول العظمى التي لا تحترم حقوق المتهمين بجرائم الإرهاب.

قائمة المراجع

- د. إبراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، القاهرة، ١٩٩٧.
- د. إبراهيم عيد نايل، السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب بين القانون الفرنسي رقم ٨٦/ ١٢٠ لسنة ١٩٨٦ والقانون المصري ٩٧ لسنة ١٩٩٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، الطبعة الثانية، مركز الاهرام للترجمة والنشر، ٢٠٠٨.
- د. إدوارد غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الطبعة الثانية، ١٩٩٠ مكتبة غريب.
- د. آمال عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.
- الأستاذان ستيفاني ولوفاسور، الإجراءات الجزائية، طبعة ١٩٨٤.
- المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن دور المحامين، سلسلة الثقافة القانونية التاسعة، سنة ٢٠٠٢.
- د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، بدون دار نشر، بدون طبعة، ١٩٩٧.
- د. حسام الدين محمد أحمد، سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة، دراسة مقارنة دار النهضة العربية ١٩٩٥.
- د. حسام الدين محمد أحمد، شرح قانون الإجراءات الجنائية.
- د. حسن المرصفاوي، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتية، جامعة الكويت.
- د. حسين إبراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية ١٩٨١.

- دافيد ب. فورسايث، حقوق الإنسان والسياسة الدولية، ترجمة محمد مصطفى غنيم الجمعية المصرية لنقل المعرفة والثقافة العالمية، ١٩٩٣.
- د. رؤوف عبيد، القضاء الجنائي عند الفراعنة، المجلة الجنائية القومية، العدد الثالث، المجلد الأول، ١٩٥٨.
- عبد العظيم وزير، المبادئ العامة في تسليم المجرمين في ضوء المجهودات الفقية والمعاهدات الدولية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث الخاصة بالمواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على الصعيدين الوطني والدولي، المنصورة، ١٩٨٨.
- د. عبد العزيز سرحان، تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه على واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢٩، ١٩٧٣.
- د. عبد العزيز مخيمر، الإرهاب الدولي، مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبعة جامعة الكويت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٩.
- د. عدلي خليل. استجواب المتهم فقها وقضاء، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- د. عصام عبد الفتاح، د.عبد السميع مطر، الجريمة الإرهابية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- سامي جاد عبد الرحمن واصل، إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع.
- د. فايز الظفيري، المعالم الأساسية للقضية العادلة في مرحلة الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠١.
- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، نحو مسؤولية مدنية أصلية للدولة عن جرائم الإرهاب، المؤتمر العالمي السنوي الثالث، المنصورة، ١٩٨٨.

- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.
- د. مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- د. مبارك النويبت، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
- د. محمد الطراونة، الشرطة وحقوق الإنسان، المجلة الإلكترونية، منظمة العفو الدولية.
- د. محمد حسين الجاسم، جرائم الإرهاب، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ١٩٨٤، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.
- د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
- د. محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- د. محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دراسة قانونية ناقدة، الطبعة الأولى، دار العالم للملايين، بيروت، ١٩٩١.
- د. محمود صالح العادلي، الإرهاب والعقاب، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٣.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
- مركز حقوق الإنسان، دليل حقوق الإنسان والاحتجاز السابق للمحاكمة، جنيف، ١٩٩٤.
- د. ليث كمال نصراوين، الحماية الدولية لحقوق الإنسان أثناء مرحلة التحقيق، المجلة الإلكترونية، منظمة العفو الدولية، العدد ١٨.

المراجع الأجنبية :

- Arnold, T.E., The Vidlerce, Formalla : Why People lend gympathy and gupport to tevrorisme. Lexington boox, 1988.
- Bongar. B., (ed)., Psychology oP Terrorismem ox Ford, Ox Ford Uneversity, Press, 2007.
- Henry J. Steiner, Philip Alston and Ryan Goodman, International Human Rights Canter A, Oxford, 2008.
- Levasseur. G., Les Aspects Respects du Terrorisme Intevhational, Pendone, Paris, 1976.
- Levasseur. G., et Gilillu mens, Le Terrorism me, Cent ne de Haute Etude, Paris, 1997.

وثائق دولية :

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨.
- المعهد الدولي الأول بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦.
- مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون لعام ١٩٧٩.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٤/١٦٩ في ١٧ ديسمبر ١٩٧٩.
- مبادئ الأمم المتحدة الخاصة بآداب مهنة الطب وتوفير الرعاية الصحية للمسجونين والمحتجزين لعام ١٩٨٢.
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهنية لعام ١٩٨٤.
- مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن لعام ١٩٨٨.
- من مجموعة المبادئ التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٨٨.
- المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء لعام ١٩٩٠.

- المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن دور المحامين ومنع الجريمة ومعاملة المجرمين، مؤتمر الأمم المتحدة، هافانا، ٧ ديسمبر ١٩٩٠.
- إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لعام ١٩٩٢.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٣٣/٤٧ في ١٨ ديسمبر ١٩٩٢.
- دليل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، قوات الشرطة والأمن وحماية حقوق الإنسان، جنيف، ١٩٩٨.
- تقرير منظمة العفو الدولية، ١٤ مايو ٢٠٠٦.

وثائق وطنية :

- قانون التنظيم القضائي الكويتي رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩.
- القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ الخاص بقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتية.
- قانون الإجراءات والمحاكمات الإجرائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٥.
- قانون قوة الشرطة الكويتي رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨.
- قانون إنشاء محاكم أمن الدولة المصري رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠.
- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.
- قانون جرائم الإرهاب المصري رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.
- القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ بشأن تعديلات قانون الإجراءات الجنائية.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التميز القسم الثالث – المجلد الرابع.

ممن يصدر الإيجاب في عقد التأمين؟

دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والقانون الفرنسي

الدكتور/ حسين محيسن الرشيدي
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في أنه يحيط انعقاد عقد التأمين إجراءات، ومن المهم معرفة لحظة إبرام العقد، ومن ثم تتحمل هيئة التأمين تحقق الخطر؛ ولأن العقد ينعقد بمطابقة القبول للإيجاب، فمن الضروري معرفة الإيجاب في عقد التأمين وتحديد من يصدره، خاصة أننا نعتقد أن كلاً من القضاء الكويتي وأغلب الفقه العربي والفقه الفرنسي قد تبنى حلاً نراه قد جانب الصواب. خطة البحث: نتطرق في المبحث الأول إلى فرضية صدور الإيجاب في عقد التأمين حصراً عن المؤمن له؛ حيث سنعرض لتوجه القضاء الكويتي وموقف كل من الفقه العربي والفقه الفرنسي في هذه المسألة؛ وفي المبحث الثاني قدمنا إمكانية صدور الإيجاب في عقد التأمين من قبل هيئة التأمين، ساعين للتدليل على هذا الرأي بالاستناد إلى طبيعة عقد التأمين، وبالاستناد إلى طبيعة الإيجاب. نتيجة البحث: تتلخص النتيجة في أن طلب التأمين قد يكون إيجاباً وقد يكون استعلاماً؛ وكما يصح أن يصدر الإيجاب في عقد التأمين عن المؤمن له فإنه قد يصدر أيضاً عن هيئة التأمين.

مقدمة البحث:

يحتاج الإنسان – غالباً – إلى مساعدة أخيه الإنسان لإشباع حاجاته؛ فالإنسان وحده لا يستطيع تحقيق كل رغباته، إما لعدم امتلاكه الإمكانيات اللازمة للحصول على ما يريده وإما لأن ما يحتاج إليه غير موجود عنده. وحتى يشبع الإنسان السوي حاجته يلجأ إلى التعاقد مع من يوفرها له؛ وهكذا يعتبر العقد أهم مصادر الالتزام وأكثرها انتشاراً بين أفراد المجتمع؛ حيث إنه وسيلة تتحقق بها مصلحة طرفي العقد. فلكل من أطراف العقد غاية يسعى لتحقيقها من خلال إبرامه للعقد. ولحفظ مكانة العقد واستقرار المراكز القانونية قرر المشرع الكويتي في المادة (١٩٦، مدني) أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون". ونجد لهذا الحكم أصلاً في الشريعة الإسلامية وهو قول الله – سبحانه وتعالى –: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[١].

ومن المهم العلم بلحظة انعقاد العقد؛ إذ يصبح ملزماً لطرفيه، فلا يملك أحدهما الرجوع عنه، ومن تلك اللحظة ينتج العقد أثره؛ وبهذا الخصوص تخبرنا المادة (٤٧، مدني كويتي) بأنه "إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، لزم العقد طرفيه، ولا يكون لأي منهما عنه نكوص، حتى قبل أن يفترقا بالبدن". فإن صادف الإيجاب قبولاً مطابقاً انعقد العقد. وهذا يستدعي بالضرورة معرفة الإيجاب والقبول وتمييز أحدهما عن الآخر، خاصة أن الإيجاب يقترب جداً من الدعوة إلى التعاقد، على الرغم مما بينهما من فروق تكمن في أنه بالإيجاب ينعقد العقد إن صادف قبولاً أما الدعوة إلى التعاقد فإن تلبيتها تعد إيجاباً يلزم قبوله ممن وجه له؛ والسبب هو أن الإيجاب يجب أن يتضمن جميع العناصر الأساسية في العقد بالإضافة إلى إرادة جازمة، بينما لا تحتوي الدعوة إلى التعاقد على جميع العناصر الأساسية في العقد؛ فلكي يرتقي العرض إلى مرتبة الإيجاب ينبغي أن يتضمن – على الأقل – طبيعة العقد وشروطه الأساسية[٢].

---

(١) القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية ١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة ٣٩.

وقد يصعب تحديد وقت إبرام العقد عندما تحيط انعقاده عدة إجراءات؛ فعقد التأمين – مثلاً – يمر بمراحل مختلفة، ولا يتحقق انعقاده إلا في إحداها فقط(٣). فمن المتصور أن تكون هنالك مرحلة التفاوض بين المتعاقدين (les pourparlers)، أو مرحلة الاستعلام أو الإيجاب من خلال تقديم طلب التأمين ومن ثم إصدار وثيقة التأمين التي قد يرفق بها فيما بعد ما يسمى بملحق الوثيقة. فبأي مرحلة من هذه المراحل ينعقد عقد التأمين؟

وتبرز أهمية إجابة هذا التساؤل في ثلاث مسائل: المسألة الأولى، أن عقد التأمين من العقود الزمنية، وتحسب مدة العقد منذ اليوم التالي لانعقاده؛ حيث تنص المادة (١/٧٨٦، مدني كويتي) على أنه "تبدأ مدة التأمين من أول اليوم التالي لتمام العقد وتنتهي بنهاية اليوم الأخير منها". المسألة الثانية، أنه من أول اليوم التالي لتمام العقد تتحمل هيئة التأمين وحدها الخطر المؤمن منه عند تحققه. المسألة الثالثة، من الضروري معرفة الوقت الذي انعقد فيه عقد التأمين وإذا ما كان قبل تحقق الخطر أو بعده؛ لأنه وفقاً للمادة (٧٧٧، مدني كويتي) "يقع التأمين باطلاً إذا تبين أن الخطر المؤمن منه كان قد زال أو كان قد تحقق قبل تمام العقد". واعلم أن محور مدار هذه المسائل الثلاث، الذي عليه يبنى عقد التأمين هو الإيجاب: فحتى ينعقد العقد لابد من وجود إيجاب يرتبط به قبول.

وقد آثرنا تركيز بحثنا هذا على معرفة من يصدر عنه الإيجاب في عقد التأمين؛ لما رأينا من ميل القضاء وأغلب الفقه العربي والفقه الفرنسي إلى تبني حل نراه قد جانب الصواب. وفي سبيل التحقق من صحة ما ذهبنا إليه لجأنا إلى كل من القانون المصري والقانون الفرنسي باعتبارهما من المصادر التاريخية للقانون المدني الكويتي(٤). ولشدة ارتباط هذا الموضوع بالواقع

(٣) J. BONNARD, *Droit des assurances*, 3e éd., Litec, 2009, p. 78.

(٤) أحمد شرف الدين، تساؤلات في التقنين المدني الكويتي، مجلة الحقوق، سنة ١٩٨٣، العدد الأول، ص ٧١.

العملي، فقد سعينا إلى معرفة الإجراءات المتبعة على أرض الواقع من خلال الاطلاع على الأحكام القضائية التي لم تعنا كثيراً بسبب تأخر المكتب الفني في محكمة التمييز بنشرها(٥). ولم يسعفنا كذلك اللجوء إلى هيئات التأمين للاطلاع على طلبات التأمين ووثائقه المتداولة بينها وبين المؤمن له لرفض أغلبها التعاون معنا بإظهار نماذج الطلب ووثائق التأمين التي تستخدمها.

وتجدر الإشارة إلى أننا سنستخدم خلال هذا البحث مصطلح "المؤمن له" ونقصد به في الحقيقة "طالب التأمين"، وذلك توحيداً للمصطلحات المستخدمة في البحث؛ حيث إننا سننقل نصوصاً للقضاء والفقه العربي تستعمل خطأ مصطلح "المؤمن له". ولعل الخطأ يرجع إلى توظيف المشرع الكويتي ونظيره الفرنسي لهذا المصطلح "assuré" عندما نصا (٧٧٩، مدني كويتي و L 112-2، فرنسي) على أنه "لا يكون طلب التأمين وحده ملزماً للمؤمن ولا للمؤمن له"(٦)، في حين أن عقد التأمين لم ينعقد بعد حتى يستمد أحد طرفيه منه وصف "مؤمن له"(٧).

ولقد ارتأينا – لمعالجة هذا الموضوع – أن نقسم خطة البحث إلى مبحثين نتطرق في أولهما إلى فرضية صدور الإيجاب في عقد التأمين حصراً

---

(٥) إن آخر عدد صدر من مجلة القضاء والقانون التي تنشر فيها أحكام محكمة التمييز هو الجزء الأول للسنة السابعة والثلاثين، الذي احتوى الأحكام الصادرة من ٢٠٠٩/١/١ إلى ٢٠٠٩/٣/٣١، علماً بأننا انتهينا من كتابة البحث في تاريخ ٢٠١٣/٢/١، فهنالك تأخير يقارب الأربع سنوات بين آخر حكم نشر وكتابة البحث!

(٦) "La proposition d'assurance n'engage ni l'assuré, ni l'assureur"; F. COUILBAULT et C. ELIASHBERG, *Les grands principes de l'assurance*, 9e éd., L'ARGUS de l'assurance, 2009, p. 93.

(٧) وأيضا جانب المشرع الكويتي الصواب بتعريفه في المادة (٧٧٤، مدني) المؤمن له بأنه "الشخص الذي يتعهد بتنفيذ الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن"، في حين أن هذا التعريف ينطبق على طالب التأمين الذي هو من يبرم العقد مع هيئة التأمين، في حين أن المؤمن له قد يكون شخصاً آخر غير طالب التأمين كأن يؤمن البائع (طالب التأمين) على البضاعة لمصلحة المشتري (المؤمن له).

من المؤمن له (المبحث الأول)؛ حيث سنعرض لتوجه القضاء الكويتي في هذه المسألة (الفرع الأول)، وموقف كل من الفقه العربي والفقه الفرنسي منها (الفرع الثاني). وأما ثاني المبحثين فسنخصصه لتقديم إمكانية صدور الإيجاب في عقد التأمين من قبل هيئة التأمين (المبحث الثاني)، ساعين للتدليل على هذا الرأي من خلال الاستناد إلى طبيعة عقد التأمين (الفرع الأول)، وبالاستناد إلى طبيعة الإيجاب (الفرع الثاني).

المبحث الأول
قصر صدور الإيجاب على المؤمن له

على الرغم من استعمال المشرع الكويتي والمشرع الفرنسي لمصطلح "طلب التأمين proposition"، فإن أياً منهما لم يعرفه(٨)، وقد عرفته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي بأنه "ورقة مطبوعة يقوم المؤمن بإعدادها مسبقاً، وتشتمل على البيانات اللازمة التي يبرم عقد التأمين على أساسها، وبخاصة الخطر المطلوب التأمين منه وجميع الظروف التي تحيط بهذا الخطر، لتكون أمام المؤمن عندما ينظر في إجابة هذا الطلب"(٩). ويميل القضاء الكويتي وكذلك الفقه الفرنسي إلى اعتبار طلب التأمين الذي يتقدم به المؤمن له إلى هيئة التأمين إيجاباً باتاً من قبله؛ وبمجرد قبول هيئة التأمين له ينعقد عقد التأمين. وأما غالبية الفقه العربي فإنها لا تفضل وسم طلب التأمين دائماً بأنه إيجاب وإنما تفضل التمييز بين فرضيتين، في إحداهما تعتبره إيجاباً صادراً عن المؤمن له وفي الأخرى تصفه بأنه استعلام؛ وبكل الأحوال، يتفق القضاء الكويتي مع غالبية الفقه العربي والفقه الفرنسي على تأكيد أن الإيجاب في عقد التأمين لا يصدر إطلاقاً عن هيئة التأمين، وإنما يصدر عن المؤمن له. فمن الملائم أن نتناول في هذا المبحث موقف القضاء الكويتي (المطلب الأول)، قبل أن نعرج على التوجهات الفقهية في تكييف طلب التأمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول
موقف القضاء الكويتي من الإيجاب في عقد التأمين

يعد القضاء أحد مصادر القاعدة القانونية غير الرسمية في كل من القانون الكويتي والقانون الفرنسي؛ ومع ذلك، يتمتع القضاء بأهمية بالغة؛ فأولاً: هو يسد الفراغ التشريعي من خلال اجتهاد القاضي، ثانياً: أن المحاكم الأدنى درجة

(٨) J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. 3, le contrat d'assurance, L.G.D.J, 2002, p. 366.

(٩) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة ٧٧٩.

تلتزم – فعلياً – بالمبادئ المقررة من المحاكم الأعلى منها درجة، ثالثاً: لأن المشرع قد يتبنى بعض المبادئ القضائية فيقننها(١٠). ومن هذا المنطلق نعرض توجه القضاء الكويتي ونظيره الفرنسي في تكييفهما لطلب التأمين بأنه إيجاب لا يصدر إلا عن المؤمن له (الفرع الأول)، قبل تقييم موقفهما من الإيجاب في عقد التأمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول
صدور الإيجاب حصراً عن المؤمن له

يذهب القضاء الفرنسي إلى القول بأن الإيجاب في عقد التأمين يصدر فقط عن المؤمن له(١١). وأما بالنسبة إلى موقف القضاء الكويتي من الإيجاب في عقد التأمين وتكييفه لطلب التأمين فقد استقرت أحكام محكمة التمييز على اعتبار أن الإيجاب يصدر عن المؤمن له وأن القبول يكون صادراً عن المؤمن. بل إن القضاء الكويتي لا ينفك يردد العبارة التالية: "إن عقد التأمين كسائر العقود الرضائية يتم بتلاقي إرادة طرفيه، وتتمثل إرادة المؤمن له في طلب التأمين الذي يقدمه إلى المؤمن باعتباره إيجاباً بينما تتمثل إرادة المؤمن في إصدار وثيقة التأمين موقعاً عليها منه باعتباره قبولاً لذلك الإيجاب أما توقيع المؤمن له على الوثيقة فليس ضرورياً ذلك أنه وقد وقع على طلب التأمين فإنه يعتبر من جانبه إيجاباً باتاً، وذلك كله إعمالاً لنص المادة (٧٧٩) من القانون المدني"(١٢).

---

(١٠) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، جـ ١، نظرية القانون، ط الأولى، مجلس النشر العلمي، سلسلة الكتب الجامعية، الكويت، ٢٠٠٦، ص ٢٦٧؛
B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, *Droit civil*, 6e éd., Sirey édition, Aide-mémoire, 2001, p. 24.

(١١) CA Lyon 27 janv. 2000, JurisData: 2000-168217; CA Paris 14 mai 1997, JurisData: 1997-022700; Cass. crim., 27 mai 2008, JurisData: 2008-044294.

(١٢) تمييز، ٢٠٠٦/٦/١٩، طعن ٢٠٠٥/٤٠١ مدني، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٥، جـ ٢، ص ٣٩٤؛ تمييز، ٢٠٠٧/٢/١٨، طعن ٢٠٠٥/١٠٧١ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٥، جـ ١، ص ١٤٤؛ تمييز، ١٩٩٨/٢/٢٢، طعن ١٩٩٦/٣٠٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٢٦، جـ ١، ص ١٢٧.

فالقضاء الكويتي يكيف طلب التأمين بأنه إيجاب صادر عن المؤمن له، ولهذا لا يستلزم – القضاء – توقيع المؤمن له على وثيقة التأمين. وعليه، إذا تم انعقاد العقد بتوقيع المؤمن على الوثيقة وتسليمها للمؤمن له وهو ما نصت عليه المادة (٧٧٩/ ١ مدني كويتي)[١٣] "اعتبر طلب التأمين وما جاء به من بيانات وإقرارات جزءاً مكملاً للعقد"[١٤]؛ ذلك على اعتبار "أن طلب التأمين الذي يتقدم به المؤمن له للمؤمن (...) لا يعدو أن يكون إيجاباً باتاً يطلب به المؤمن له بموجب شروطه إبرام العقد الذي لا يتم إلا بقبولها"[١٥]. وعن الفكرة نفسها يعبر القضاء الكويتي – ولكن بصياغة أخرى – بأنه ينعقد عقد التأمين "بإيجاب من المؤمن له يُفْصَح عنه بطلب التأمين، وقبول من المؤمن بإصداره وثيقة التأمين موقعاً عليها منه"[١٦].

ومن خلال عرض الأحكام السابقة لنا أن نستخلص موافقة القضاء الكويتي لموقف القضاء الفرنسي من الإيجاب في عقد التأمين وما يرتبط به من أحكام. فأولاً: يعتبران عقد التأمين من العقود الرضائية وهي التي تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة لأي إجراء آخر[١٧]. ثانياً: يقرران أن الإيجاب

---

(١٣) استئناف عليا، ١٩٨٩/١/٢، طعن ١٩٨٨/١٣٠ تجاري، موقع http://www.mohamoon-kw.com؛ استئناف، ١٩٩٦/٩/٣٠، طعن ١٩٩٦/٧٦١ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.

(١٤) استئناف عليا، ١٩٨٨/٧/٣، طعن ١٩٨٨/٨٥ تجاري، موقع: http://www.mohamoon-kw.com تمييز، ٢٠٠٠/٥/٧، طعن ١٩٩٩/٥٠٩ تجاري، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.

(١٥) تمييز، ٢٠٠٦/٣/٢١، طعن ٢٠٠٤/٢٨٩ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.

(١٦) استئناف عليا، ١٩٨٨/٧/٣، طعن ١٩٨٨/٨٥ تجاري، سبق ذكره؛ تمييز، ٢٠٠٠/٥/٧، طعن ١٩٩٩/٥٠٩ تجاري، سبق ذكره.

(١٧) استئناف عليا، ١٩٨٩/١٢/١٢، طعن ١٩٨٩/١٢٥٧ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw؛ تمييز، ١٩٩٧/١١/٢، طعن ١٩٩٦/٤١٨ تجاري، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية؛ استئناف العليا، ١٩٨٨/٢/٢١، طعن ١٩٨٧/٢٤٣ تجاري، موقع http://www.mohamoon-kw.com
Cass. crim., 27 mai 2008, arrêt précité; Cass. civ. 1re, 10 juillet 2002, JurisData: 2002-015235.

لا يصدر إلا عن المؤمن له وأن القبول لا يصدر إلا عن هيئة التأمين. ثالثاً: أن الإيجاب الصادر عن المؤمن له يتمثل في طلب التأمين الذي يقدمه إلى المؤمن، بينما يتمثل قبول المؤمن في إصدار وثيقة التأمين موقعاً عليها منه ويسلمها للمؤمن له، وأنه بذلك يتم انعقاد العقد وينتج آثاره دون حاجة إلى توقيع المؤمن له على الوثيقة وشروطها(١٨).

وفي الحقيقة لفت انتباهنا موقف القضاء الكويتي والقضاء الفرنسي من بعض المسائل المرتبطة بالإيجاب في عقد التأمين، وهو ما يستدعي الوقوف عندها قليلاً وتقييم موقفهما.

الفرع الثاني
تقييم موقف القضاء الكويتي والقضاء الفرنسي من الإيجاب في عقد التأمين

لا ضير من أن ينشأ خلاف حول إحدى المسائل القانونية سواء بين الفقه والقضاء أو حتى فيما بين القضاة، وذلك لاختلاف الناس في مداركهم. ولكن الذي يثير تعجبنا هو تقرير الحكم القضائي لقاعدتين متناقضتين، وأعجب منه تبني بقية المحاكم للصياغة نفسها المتضمنة طرفي نقيض. فكيف تتواتر الأحكام القضائية الكويتية الزعم على الرغم من أن عقد التأمين هو من العقود الرضائية التي لا تحتاج لانعقادها سوى مطابقة القبول للإيجاب دون حاجة لأي إجراء، وفي الوقت نفسه تؤكد الأحكام نفسها أن الإيجاب يتمثل في طلب التأمين المقدم من المؤمن له، ويتمثل القبول بإصدار المؤمن وثيقة التأمين موقعة من قبله وتسليمها للمؤمن له.

فالقضاء الكويتي لا يتصور الإيجاب والقبول في عقد التأمين إلا بالطريقة سالفة الذكر. وبذلك يخرج عقد التأمين من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها مطابقة القبول للإيجاب ولو شفاهة، ليصبح من العقود الشكلية التي تتطلب

(١٨) تمييز، ٢٠٠٦/٣/٢٨، طعن ٢٠٠٥/٤٠ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.

كيفية معينة لإبرامها. فلا يمكن بعد ذلك القول إن عقد التأمين عقد رضائي في نظر القضاء الكويتي. وهذا ما أشار إليه أحد أحكام محكمة الاستئناف العليا بقوله: إن ملحق وثيقة التأمين يخضع للشكلية المتطلبة للعقد، ومن ذلك ألا يتم عقد التأمين إلا إذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين وتم تسليم هذه الوثيقة إلى المؤمن له(١٩).

صحيح أن هنالك خلافاً فقهياً حول تصنيف عقد التأمين: أهو عقد رضائي أم عقد شكلي؟ فإن كان البعض منهم يرى أن عقد التأمين عقد رضائي (contrat consensuel)(٢٠)، فإن غالب الفقه الكويتي يقرر أنه على خلاف القانون المصري والقانون الفرنسي(٢١) يجعل القانون الكويتي من عقد التأمين عقداً شكلياً(٢٢) لا ينعقد إلا إذا روعيت الشكليات التي تطلبها

(١٩) استئناف عليا، ١٩٨٧/٦/١٧، طعن ١٩٨٧/٣٤ تجاري، موقع http://www.mohamoon-kw.com.

(٢٠) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، ط الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص ٦١.

(٢١) F. COUILBAULT et C. ELIASHBERG, ouvrage précité, p. 86; M. CHAGNY et L. PERDRIX, *Droit des assurances*, L.G.D.j, 2009, p. 117; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droits des assurances*, 13e éd., Dalloz, coll. précis, 2011, p. 204; J. BONNARD, ouvrage précité, p. 78; A. BERNARD, «Acceptation par le silence ou contrat forcé», *D*. 2003, p. 441: «il se forme par le seul accord de volonté, sauf texte contraire comme l'article L. 132-2 qui prévoit un écrit pour les assurances décès conclues sur la tête d'un tiers»; è. A. CAPRIOLI, «La souscription en ligne de contrats d'assurance», *Communication Commerce électronique*, nº3, mars 2009, comm. 29, note sous Cass. crim., 27 mai 2008, arrêt précité; Cass. civ. 1re, 10 juillet 2002, arrêt précité.

(٢٢) جلال محمد إبراهيم، بعض الملاحظات حول انعقاد عقد التأمين ورجوع المؤمن على المؤمن له إذا خالف القيود المعقولة التي تضمنتها الوثيقة بالنسبة إلى استعمال السيارة أو قيادتها، مجلة المحامي، سنة ١١، ١٩٨٨، عدد أبريل، مايو، يونيو، ص ١١٣. والعقد الشكلي هو الذي يستلزم أن يُفرغ التراضي في شكل معين يحدده القانون أو يتفق عليه المتعاقدان؛ في حين أن انعقاد العقد العيني يشترط إلى جانب التراضي تسليم العين محل العقد.

المشرع[٢٣]، وهي قيام هيئة التأمين بالتوقيع على وثيقة التأمين وتسليمها للمؤمن له، أو قيام هيئة التأمين بتسليم المؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة تشتمل على الشروط الأساسية التي يقوم عليها العقد[٢٤].

وأخذاً بعين الاعتبار أن النظام المتبع في القضاء الكويتي والقضاء الفرنسي هو "النظام اللاتيني" الذي بموجبه لا تلتزم المحكمة ولا المحاكم الأدنى منها مرتبة بما تصدره من أحكام في القضايا المتماثلة[٢٥]، فإننا نرى أنه لا تثريب على القضاة الكويتيين إن أصدروا أحكاماً مختلفة فيما بينهم. ولكن الذي يصعب علينا تقبله هو احتواء الحكم نفسه على قاعدتين متناقضتين. فكيف تستقر الأحكام القضائية على اعتبار عقد التأمين عقداً رضائياً وفي الوقت نفسه تشترط لانعقاده شكلية معينة، وهي إصدار وثيقة التأمين موقعة من قبل المؤمن أو إصدار مذكرة التغطية المؤقتة؟

ومما يلاحظ أيضاً على أحكام القضاء الكويتي والقضاء الفرنسي فيما يخص عقد التأمين اعتبارهما طلب التأمين إيجاباً صادراً عن المؤمن له. وهنا توجد مسألتان: هل طلب التأمين يعد إيجاباً؟ وهل الإيجاب في عقد التأمين يصدر دائماً وأبداً عن المؤمن له؟ وباستقراء الأحكام القضائية نجد الإجابة عن هذين السؤالين بالإيجاب. ولقد تواترت أحكام القضاء على تكييف طلب التأمين بأنه إيجاب، في الوقت الذي يميل فيه الاتجاه الغالب من الفقه العربي – وبحق – إلى تحليل طلب التأمين تحليلاً أكثر عمقاً، فقد يكون طلب التأمين – بنظرهم – استعلاماً كما أنه قد يكون إيجاباً. فيجب التمييز بين هذا الطلب إذا ما كان يحتوي على العناصر الأساسية لعقد التأمين فإنه يكون إيجاباً، وإذا لم يكن محتوياً لهذه العناصر فإنه يعتبر استعلاماً ولا يرقى إلى درجة الإيجاب الذي بقبوله ينعقد العقد.

---

(٢٣) أحمد شرف الدين، مقالة سابقة، ص ١٥٦؛ جلال محمد إبراهيم، مقالة سابقة، ص ١١٨.

(٢٤) جابر محجوب وخالد الهنديانى، أحكام التأمين في القانون الكويتي، (دون رقم طبعة)، ١٩٩٩، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ص ١٣٤.

(٢٥) B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, ouvrage précité, p. 25.

ومنعاً للتكرار سنعرض بشيء من التفصيل إجابة الفقه العربي على هذين السؤالين في المطلب التالي المعنون: "موقف الفقه من الإيجاب في عقد التأمين".

المطلب الثاني
موقف الفقه من الإيجاب في عقد التأمين

لاشك أن الفقه – وهو الآراء التي ينتهي إليها فقهاء القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم العلمية – لا قوة إلزامية له كمصدر من مصادر القاعدة القانونية. ومع ذلك، يُعترف للفقه بأهمية تكمن في احتمالية تبني المشرع أو القضاء للحلول المقترحة من قبل الفقه للمشكلات القانونية باعتباره مصدراً تفسيرياً يستأنس به[٢٦]. وبالرجوع إلى الفقه العربي والفقه الفرنسي لمعرفة موقفهما من الإيجاب في عقد التأمين نجدهما يكادان يجمعان على أن الإيجاب في عقد التأمين يصدر دائما وأبداً عن المؤمن له، في حين يصدر القبول في عقد التأمين عن هيئة التأمين (الفرع الثاني)، ولكن الفقه العربي يؤكد – في التكييف القانوني لطلب التأمين – أن طلب التأمين ليس دوماً إيجاباً وإنما قد يكون استعلاماً من قبل المؤمن له (الفرع الأول).

الفرع الأول
التكييف القانوني لطلب التأمين

على خلاف إجماع القضاء الكويتي والقضاء الفرنسي على اعتبار طلب التأمين إيجاباً صادراً عن المؤمن له، فإن الفقه العربي يتريث في تكييف طلب التأمين بأنه إيجاب، مفضلاً التمييز بين فرضيتين: في إحداهما يعتبر طلب التأمين إيجاباً وفي الفرضية الأخرى يعد طلب التأمين استعلاماً.

(٢٦) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، جـ ١، نظرية القانون، مرجع سابق، ص ٢٥٩؛

B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, ouvrage précité, p. 25 et s.

الفرضية الأولى: إن كان طلب التأمين يشتمل على البيانات اللازمة التي يبرم على أساسها عقد التأمين، وبخاصة الخطر المطلوب التأمين منه وجميع الظروف التي تحيط بهذا الخطر، ومبلغ التأمين الذي يتعهد المؤمن بدفعه عند تحقق الخطر، ومقدار الأقساط الواجب دفعها، ومواعيد الدفع، وغير ذلك من البيانات التي يطلبها المؤمن لتكون أمامه عندما ينظر في إجابة هذا الطلب، فإن هذا الطلب يكيف بأنه إيجاب صادر عن المؤمن له؛ وذلك لأن الإيجاب وفقاً للمادة (٣٩ مدني كويتي) هو العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له ويلزم أن يتضمن – في الأقل – طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية(٢٧).

ونجد لهذا التحليل أثراً في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، وفي هذا الإطار ينبغي فهم تكييفها لطلب التأمين بأنه إيجاب من المؤمن له حينما شرحت المواد (٧٧٩–٧٨٠) بقولها: "عندما يقبل المؤمن طلب التأمين، فإنه يعمد إلى تحرير وثيقة التأمين ويوقعها ثم يسلمها إلى المؤمن له، أما توقيع المؤمن له على الوثيقة فليس ضرورياً؛ وذلك لأنه قد وقع على طلب التأمين الذي يعتبر من جانبه إيجاباً باتاً".

(٢٧) في هذا المعنى انظر: فتحي عبد الرحيم عبد الله، التأمين، (دون رقم طبعة)، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، ١٩٩٧، ص ٢١٧ ما يليها؛ محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، ط الثانية، (بدون اسم ناشر)، مصر، ١٩٩٠، ص ١٠٦؛ عبد العزيز المرسي، الوجيز في أحكام عقد التأمين، (دون رقم طبعة أو سنة نشر أو اسم ناشر)، مصر، ص ٥١؛ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد التأمين، تنقيح محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، (دون رقم طبعة)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٧٥؛ عبد المنعم البدراوي، التأمين، (دون رقم طبعة أو اسم ناشر أو مكان نشر)، ١٩٨١، ص ١٢٦ وما يليها؛ محمد محمود الكاشف وسعد السعيد عبد الرازق، تأمين السيارات، الأصول العلمية والتطبيقات العملية، ط الأولى، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٨٩، ص ٨٧.
B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, ouvrage précité, p. 187.

الفرضية الثانية: وهي تتحقق عندما لا يحتوي طلب التأمين على العناصر الجوهرية لانعقاد العقد التي سبق تقديمها في الفرضية الأولى؛ عندئذ يستبعد الفقه العربي تكييف طلب التأمين بأنه إيجاب صادر عن المؤمن له. وبناء عليه، "لا يلتزم المؤمن بقبول الطلب ولا حتى بالرد عليه. وكذلك بالنسبة لطالب التأمين فقيامه بملء الطلب، والتوقيع عليه، وتسليمه للمؤمن، لا يلزمه بشيء؛ لأن هذا الطلب لا يعد قبولاً؛ حيث لم يسبقه إيجاب. كما أنه لا يعتبر إيجاباً لأنه لم يشتمل على العناصر الأساسية للتعاقد"[٢٨]. ومع ذلك، اختلف الفقه العربي – بصدد هذه الفرضية – في تكييف طلب التأمين الذي لا يحتوي على العناصر الجوهرية لعقد التأمين: فمنهم من يرى أنه مجرد استعلام من قبل المؤمن له ولا يرقى إلى الإيجاب الذي ينعقد به العقد[٢٩]. ومنهم من يرى في هذا الطلب عرضاً تمهيدياً من جانب المؤمن له[٣٠] أو دعوة للتعاقد[٣١].

وفي هذا الموطن من البحث، يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: إن لم يكن طلب التأمين المقدم من قبل المؤمن له إيجاباً صادراً عنه، فممن يصدر الإيجاب؟ هل من الممكن أن يصدر عن هيئة التأمين؟ سنعرض – في الفرع التالي – لتصور الفقه العربي لإجابة هذا التساؤل.

---

(٢٨) محمد محمد أبو زيد، عقد التأمين في القانون الكويتي، ط الأولى، دار الكتب، الكويت، ١٩٩٦، ص ١٢٩.

(٢٩) فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص ٢١٧ ما يليها؛ عبد العزيز المرسي، مرجع سابق، ص ٥١؛ محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٣٠) عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٢٦؛ محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص ١٢٩؛ محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص ٧٤؛ محمد حسين منصور، مبادئ قانون التأمين، (دون رقم طبعة أو سنة نشر)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص ٩٢.

(٣١) مصطفى الجمال، التأمين الخاص، ط الأولى، الفتح، مصر، ٢٠٠١، ص ١١٤.

الفرع الثاني
صدور الإيجاب عن المؤمن له

وعلى الرغم من تمييز الفقه العربي بين فرضيتين في سبيل تكييف طلب التأمين المقدم من المؤمن له واختلافه حول تسميته عندما لا يكون محتوياً للعناصر الجوهرية لإبرام العقد، فإن التوجه الغالب لدى الفقه العربي يتفق مع الفقه الفرنسي في تأكيد أن الإيجاب في عقد التأمين لا يكون صادراً إلا عن المؤمن له (الغصن الأول). غير أن بعض الفقه يميل إلى إمكانية إصدار الإيجاب عن قبل هيئة التأمين (الغصن الثاني).

الغصن الأول
مصدر الإيجاب في عقد التأمين وفقا للأغلبية الفقهية

إن إجماع الفقه العربي يكاد ينعقد كما في الفقه الفرنسي(٣٢) على أن الإيجاب في عقد التأمين لا يصدر إلا عن المؤمن له، ولا يصدر في أي حال من الأحوال عن هيئة التأمين؛ ويترتب على ذلك أنه "لا يعد قيام مندوب التأمين بالبحث عن العملاء، وتسليمهم طلب التأمين، إيجاباً من جانب الشركة. فهذا العمل ليس إلا من أعمال الإعلان، وحث الجمهور على التقدم إليها، ودعوة إلى التعاقد معها"(٣٣). ولهذا ترى غالبية الفقه أن طلب التأمين ليس بملزم لهيئة التأمين؛ "ذلك أن المؤمن لم يصدر منه إيجاب حتى يجوز القول بأن طلب التأمين يعتبر قبولاً لهذا الإيجاب فيلتزم المؤمن"(٣٤).

---

(٣٢) F. LEDUC, « Aggravation du risque existant ou nouveau risque? », *Responsabilité civile et assurances*, nº11, nov. 2009, comm. 336; M. CHAGNY et L. PERDRIX, ouvrage précité, p. 119; J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 365.

(٣٣) محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص ١٢٨؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ١١٤؛ عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٣٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جـ ٧، مجلد ٢، عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، تنقيح أحمد مدحت المراغي، (دون رقم طبعة)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص ١١٠٨؛ عبد العزيز المرسي، مرجع سابق، ص ٥١.

وهم يستندون في حكمهم هذا إلى محتوى طلب التأمين؛ فطلب التأمين هو ما تقدمه هيئة التأمين مباشرة(٣٥) أو من خلال الوسيط للمؤمن له على ورقة مطبوعة تعدها الهيئة من قبل وفيها بعض البيانات التي يقوم المؤمن له بالاطلاع عليها، وهي تتعلق عادة بالخطر المؤمن منه ومقدار ما تلتزم به هيئة التأمين عند حدوثه، ثم يجيب بعد ذلك المؤمن له على ما هو مدون في هذا الطلب من أسئلة، وغالباً ما تتعلق هذه الأسئلة بالخطر المؤمن منه(٣٦). فليس طلب التأمين بإيجاب من طرف هيئة التأمين؛ لأن الإيجاب يفترض تحديد العناصر الأساسية في التعاقد من خطر وقسط ومبلغ التأمين(٣٧)؛ ويقدم الفقيه عبد الرزاق السنهوري شرحاً لأهمية هذه العناصر الثلاثة بقوله: "إن العنصر الجوهري في التأمين هو الخطر المؤمن منه، وهذا الخطر يستتبع التأمين منه أن يدفع المؤمن له قسط التأمين، وأن يدفع المؤمن مبلغ التأمين إذا تحقق

(٣٥) محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص ٧٣؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١١٠٧.

(٣٦) محمد علي عمران، الوجيز في عقد التأمين، (دون رقم طبعة أو سنة نشر)، دار النهضة العربية، مصر، ص ٧٨؛ ويعرفه الفقه الفرنسي بأنه "المستند الذي من خلاله يطلب طالب التأمين التأمين على المخاطر التي يفصح عنها"، انظر:
Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, ouvrage précité, p. 204: «la proposition d'assurance est le document par lequel le future souscripteur demande une garantie d'assurance pour les risques qu'il déclare»; J. BONNARD, ouvrage précité, p. 80; F. COUILBAULT et C. ELIASHBERG, ouvrage précité, p. 92; M. CHAGNY et L. PERDRIX, ouvrage précité, p. 119; G. ROUHETTE, «Droit de la consommation» et théorie générale du contrat», in ètudes offertes à René RODIERE, DALLOZ, 1981, p. 261.

(٣٧) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ١١٤؛ عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٢٦.
J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 318; M. CHAGNY et L. PERDRIX, ouvrage précité, p. 118; J. BONNARD, ouvrage précité, p. 80: «le contrat n'est pas conclu lorsque la proposition d'assurance ne mentionne pas la prime (Cass. 1re civ., 19 nov. 1985, *RGAT* 1986, p. 39, note Bigot)»; A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Le Droit du contrat d'assurance terrestre*, préf. H. GROUTEL, coll. Droit des affaires, L.G.D.J., 1998, p. 45.

الخطر. فهناك – إذن – عناصر ثلاثة للتأمين: الخطر المؤمن منه، وقسط التأمين، ومبلغ التأمين" (٣٨).

فحتى وإن احتوى طلب التأمين على البيانات الضرورية التي يبرم على أساسها عقد التأمين، ولاسيما الخطر المطلوب التأمين منه والظروف التي تحيط به، ومبلغ التأمين الذي تتعهد هيئة التأمين بأدائه عند تحقق الخطر، ومقدار الأقساط الواجب دفعها، ومواعيد الدفع، وغير ذلك من البيانات التي تطلبها هيئة التأمين لتكون أمامها عندما تنظر في إجابة هذا الطلب – فإن هذا الطلب يكيف بأنه إيجاب صادر عن المؤمن له لا من هيئة التأمين(٣٩).

الغصن الثاني
مصدر الإيجاب في عقد التأمين وفقاً للأقلية الفقهية

لقد كنا – في الحقيقة –على وشك نقل إجماع الفقه العربي على أن الإيجاب في عقد التأمين يصدر – حصراً – عن المؤمن له؛ لولا أننا وجدنا في الأخير قلة قليلة من الفقه العربي لا يتجاوز عددها عدد أصابع اليد الواحدة ممن خرج عن التوجه العام للفقه العربي، وقبلت بإمكانية إصدار هيئة التأمين للإيجاب في عقد التأمين.

فهذا الأستاذ توفيق فرج يرى أن الطلب الذي يقدم إلى المؤمن له ويقوم بملء بياناته وإعادته إلى هيئة التأمين إنما هو مجرد عرض تمهيدي لمعرفة الشروط التي يمكن أن يتم التعاقد على أساسها؛ بيد أن طلب التأمين قد يحتوي على إيجاب بات بالتعاقد، وذلك متى تضمن العناصر اللازمة لتكوين العقد، وظهرت فيه نية المؤمن له الرغبة في التقيد بالعقد متى قبل الطرف الآخر، ولكن قد يصدر الإيجاب عن هيئة التأمين عندما تقوم بتحرير وثيقة التأمين وإرسالها

(٣٨) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٧٦.

(٣٩) بل إن أحد الفقهاء ذهب إلى أبعد من ذلك بزعمه أن الإيجاب الذي يصدر عن المؤمن له لا يكون إلا بعد تقديمه لطلب التأمين ثم رد هيئة التأمين عليه بالموافقة، فعندها يتقدم المؤمن له بإيجاب!! انظر: محمد علي عمران، مرجع سابق، ص ٧٨.

إلى المؤمن له، وفي هذه الحالة يعد ما قامت به هيئة التأمين إيجاباً باتاً للتعاقد(٤٠).

وقد سار على هذا النهج الأستاذ أحمد عبد التواب معتبراً أن توقيع هيئة التأمين على وثيقة التأمين لا يعد قبولاً، ولكن إيجاباً من جانبها، ويكون استلام المؤمن له للوثيقة هو القبول؛ لأن طلب التأمين الذي يتقدم به هذا الأخير هو استعلام وليس إيجاباً إلا إذا كان محتوياً على العناصر الأساسية اللازمة لإبرام عقد التأمين(٤١). فيقصد بالإيجاب في عقد التأمين طلب التأمين المتضمن كل البيانات والعناصر الجوهرية للتعاقد، التي دونها لا يكون إلا مجرد دعوة للتعاقد أو طلب استعلام. ولكنه يقر بأن الإيجاب يصدر عن هيئة التأمين عندما يصدر قبول هيئة التأمين بعد زوال الإيجاب الصادر عن المؤمن له، أو عندما يكون الإيجاب القائم هو في حقيقته مجرد طلب استفسار عن شروط التعاقد مع المؤمن لا ينعقد به العقد، ويصدر الإيجاب أيضاً عن هيئة التأمين إذا ما عدَّلت من إيجاب المؤمن له(٤٢)؛ وهذا ما اصطلح الفقه الفرنسي على تسميته "la contre-proposition"(٤٣).

وأنصار هذا التوجه ممن كتب في القانون الكويتي هما الأستاذ أحمد شرف الدين والأستاذ جلال محمد. فبعدما أكد الأول في أحد مؤلفاته أن طلب التأمين هو إيجاب صادر عن المؤمن له إن كان يحتوي على العناصر الأساسية (الخطر، القسط، مبلغ التأمين، المدة)، وأن هذا الطلب لا يعتبر إيجاباً صادراً عن المؤمن؛ لأن كل ما يقصده المؤمن من تقديم الطلب للمؤمن له هو الاستعلام عن بعض البيانات التي على أساسها يمكن له أن يقبل أو يرفض

(٤٠) توفيق فرج، أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، (دون رقم طبعة أو سنة نشر)، الدار الجامعية لبنان، ص ٣٦٧ وما يليها.

(٤١) أحمد عبد التواب محمد بهجت، انعقاد عقد التأمين بين الشكلية والعينية، (دون رقم طبعة)، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥، ص ٤٨ وما يليها.

(٤٢) أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص ١٥٩ وما يليها.

(٤٣) M. CHAGNY et L. PERDRIX, ouvrage précité, p. 120.

التعاقد[٤٤]، واستدرك في أحد أبحاثه مقرراً أن الإيجاب قد يصدر عن هيئة التأمين إن كان ما صدر عن المؤمن له مجرد استعلام عن شروط العقد أو عندما يكون الطلب إيجاباً من المؤمن له ولكن ترفضه هيئة التأمين من خلال إجراء تعديلات على الشروط التي تضمنها، عندها يسقط إيجاب المؤمن له ويكون الإيجاب صادراً عن هيئة التأمين. وقد استند الأستاذ أحمد شرف الدين فيما ذهب إليه إلى المادة (٧٨٠، مدني كويتي)؛ حيث يقول: "ولقد اعترف المشرع الكويتي في القانون المدني بإمكان اعتبار إرادة المؤمن، التي عبر عنها في وثيقة التأمين إيجاباً حين نص (م ٧٨٠) على أنه إذا لم يطلب المؤمن له تصحيح الشروط المدونة بالوثيقة وفقاً لما تم الاتفاق عليه في مدى ثلاثين يوماً من وقت تسلم الوثيقة اعتبر ذلك قبولاً منه لهذه الشروط"[٤٥].

أما بالنسبة للأستاذ جلال محمد فقد عبر بكل وضوح بأنه "ليس كل طلب تأمين يقدم من طالب التأمين يعد إيجاباً، وليس حتماً، إذا اعتبرناه إيجاباً ينعقد به العقد إذا ما أصدر المؤمن الوثيقة، وليس الإيجاب يصدر دائماً من طالب التأمين والقبول يصدر من جانب المؤمن بل قد يحدث العكس" كما في حالة كون طلب التأمين هو استعلام في حقيقته فإن ما يصدر عن هيئة التأمين ليس بقبول وإنما هو إيجاب[٤٦].

ويحق لنا التساؤل عن صحة موقف كلا الفريقين، أيكون إصدار الإيجاب في عقد التأمين قاصراً على المؤمن له كما تزعم الغالبية العظمى من الفقه العربي أم أن صدور الإيجاب في عقد التأمين قد يكون من هيئة التأمين كما أنه قد يكون من المؤمن له؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي مناقشة أدلة كل فريق منهما قبل ترجيح أحدهما على الآخر، وهو ما خصصنا لأجله (المبحث الثاني) من هذا البحث.

---

(٤٤) أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، (دون رقم طبعة)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣، ص ١٣٢ وما يليها.

(٤٥) أحمد شرف الدين، مقالة سابقة، ص ٨٢.

(٤٦) جلال محمد إبراهيم، مقالة سابقة، ص ١٢١ وما يليها.

المبحث الثاني
إمكانية صدور الإيجاب عن هيئة التأمين أو المؤمن له

قلة من الفقه العربي من يعتبر أن الإيجاب في عقد التأمين قد يصدر عن أو من هيئة التأمين كما أنه قد يصدر من المؤمن له، إلا أنهم لم يقدموا الأدلة التي استندوا إليها في مخالفتهم للتوجه العام للفقه العربي، ما عدا تمسك الأستاذ أحمد شرف الدين بالمادة (٧٨٠، مدني كويتي) التي تنص على أنه "إذا لم تطابق الشروط المدونة بالوثيقة ما تم الاتفاق عليه كان للمؤمن له أن يطلب تصحيح هذه الشروط في مدى ثلاثين يوماً من وقت تسلم الوثيقة، فإن لم يفعل، اعتبر ذلك قبولاً منه للشروط المدونة فيها"، معتبراً أن وثيقة التأمين قد تنطوي على إيجاب من قبل هيئة التأمين(٤٧).

وفي الحقيقة، وإن كنا نتفق مع هذا التوجه في جواز صدور الإيجاب عن المؤمن له أو هيئة التأمين على حد سواء، فإننا لا نقبل ببناء هذا الحكم على المادة (٧٨٠، مدني كويتي)؛ ذلك أنه عندما نتكلم عن الإيجاب فإن ذلك يعني أن العقد لم ينعقد بعد؛ أي أن الإيجاب لم يصادف بعد قبولاً مطابقاً له، في حين أنه من الواضح أن المادة (٧٨٠، مدني كويتي) تفترض أن هناك اتفاقاً بين المؤمن له وهيئة التأمين؛ أي أن عقد التأمين قد انعقد سلفاً ولكن أفرغ في وثيقة التأمين بشكل خاطئ، ولهذا جاز للمؤمن له أن يطلب تصحيح هذا الخطأ بالعودة لما تم الاتفاق عليه، ولو كانت الوثيقة التي استلمها المؤمن له عبارة عن إيجاب، لما أمكن تصحيحها، ولعد طلب التصحيح إيجاباً صادراً عن المؤمن له ومسقطاً لإيجاب هيئة التأمين. وإن لم يطلب المؤمن له التصحيح عُد قابلاً "للشروط" – وليس لإيجاب – التي دونت بالوثيقة مخالفة لاتفاقه مع هيئة التأمين، وهو ما يسمى بـ"السكوت الملابس". فالعقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون.

(٤٧) أحمد شرف الدين، مقالة سابقة، ص ٨٢.

وإذ آل الأمر إلى إبطال الاحتجاج بالمادة (٧٨٠، مدني كويتي)، فإنا سنسعى للتدليل على صحة رأينا بإمكانية إصدار هيئة التأمين للإيجاب في عقد التأمين من خلال طبيعة عقد التأمين (المطلب الأول)، ومن خلال طبيعة الإيجاب (المطلب الثاني).

المطلب الأول
الاستناد إلى طبيعة عقد التأمين

يجمع الفقه العربي ونظيره الفرنسي – بلا منازع – على أن عقد التأمين يعتبر من عقود الإذعان(٤٨). وهي العقود التي لا يملك فيها أحد المتعاقدين إلا أن يقبل الشروط التي وضعها الطرف الآخر(٤٩). فالمؤمن له يجد نموذجاً معداً سلفاً

(٤٨) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٧٤؛ فايز أحمد عبد الرحمن، الشروط التعسفية في وثائق التأمين، (دون رقم طبعة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣؛ محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص ٧٧؛ فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٠٠؛ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ١٠٦؛ محمد علي عمران، مرجع سابق، ص ٦٨؛ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٢٣؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ١٧٧؛ محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ٩٠؛
S. ALDERAIEI, *Le recours de la victime d'un accident de la circulation à l'encontre de l'assureur du véhicule ayant provoqué l'accident*, thèse Nantes, 1999, p. 136; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, les obligations*, 3e ed., Defrenois, 2007, p. 217; M. CHAGNY et L. PERDRIX, ouvrage précité, p. 75; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, ouvrage précité, p. 201; J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 59; V. NICOLAS *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, pref. J. HERON, coll. Bibliothèque de droit prive, tome 267, L.G.D.J., 1996, p. 31; A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, ouvrage précité, p. 14; J. KULLMANN, « Clauses et contrat d'assurance », *RGDA*, 1- 1996, p. 34.

(٤٩) عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١١٦.
M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », rapport de synthèse, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, coll. Bibliothèque de droit prive, tome 261, L.G.D.J., 1996, p. 629.

ومعروضاً على الناس كافة ويحتوي على جميع الشروط المنظمة للعلاقة وليس له إلا القبول أو الرفض؛ وذلك بسبب المركز الاقتصادي المتميز الذي يتمتع به من وضع هذه الشروط وهو هيئة التأمين(٥٠). وقبل القفز بالحديث عن الأدلة المستفادة من طبيعة عقد التأمين باعتباره من عقود الإذعان (الفرع الثاني)، من الملائم التحقق من توافر شروط عقد الإذعان في عقد التأمين (الفرع الأول).

الفرع الأول
مدى توافر شروط عقد الإذعان في عقد التأمين

سعى كل من المشرع الكويتي والمشرع الفرنسي إلى حماية الطرف المذعن، ولكن اختلفت الطريقة: فبينما جعل المشرع الكويتي الشرط التعسفي في عقد الإذعان قابلاً للتعديل أو الإبطال، اعتبر المشرع الفرنسي هذا الشرط باطلاً؛ فللطرف المذعن اللجوء إلى القاضي طالباً إبطال الشرط التعسفي، وفي هذه الحالة يستمر العقد في الوجود منتجاً لآثاره ما لم يكن الشرط التعسفي باعثاً للتعاقد(٥١). ومن صور الحماية المقررة أيضاً لصالح الطرف المذعن أن الشك يفسر دائماً في مصلحة الطرف المذعن(٥٢). يترتب – إذن – على تكييف عقد التأمين بأنه عقد إذعان أهمية بالغة، ولهذا وجب أولاً معرفة شروط عقد الإذعان إجمالاً (الغصن الأول)، قبل – ثانياً – البحث عن مدى تحققها في عقد التأمين (الغصن الثاني).

---

(٥٠) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٩٥؛ أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص ٦٢؛ عبد العزيز المرسي، مرجع سابق، ص ٤٣؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٥١) انظر المواد (٨١، ٨٢ مدني كويتي) والفقرة (٨) من المادة (L. 132-1 تأمينات فرنسي): G. PAISANT, article précité, p. 99; A. RIEG, "La lutte contre les clauses abusives de contrats", in *Études offertes à René RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 244; B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, ouvrage précité, p. 137.

(٥٢) Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, ouvrage précité, p. 201; J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 60; Cass. civ. 1re, 22 oct. 1974, *Bull.* civ. I, nº271.

جابر محجوب وخالد الهنديانى، مرجع سابق، ص ٨٠.

الغصن الأول
شروط عقد الإذعان

حتى يصنف العقد بأنه من عقود الإذعان لابد من أن تجتمع فيه شروط معينة، وعند اجتماع هذه الشروط يجوز للطرف المذعن أن يطلب من قاضي الموضوع تعديل العقد أو إبطاله، وعلى القاضي تفسير الشك – إن وجد – لمصلحة الطرف المذعن، ولا يصح التمسك لأول مرة أمام محكمة التمييز بهذه الطلبات؛ حيث قضي بأن الدفع بأن وثيقة التأمين مثار النزاع تتضمن شروط إذعان هو دفع يختلط فيه الواقع بالقانون، وإذ خلت الأوراق مما يفيد تمسك الطاعن بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإن النعي بهذا الشق يغدو غير مقبول(٥٣). وهذه الشروط هي:

أولاً: يجب أن يكون محل العقد سلعاً أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين بصورة عامة؛ بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم، دون أن يلحقهم الأذى؛ فليست الحاجة إلى هذه السلع أو المرافق قاصرة على الطرف المذعن(٥٤).

ثانياً: يشترط أن تكون هذه السلع والخدمات محتكرة من قبل مقدمها، سواء كان احتكاراً قانونياً أو فعلياً. بل يكفي قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها بأن تكون شروط مقدمها مطابقة لشروط منافسيه(٥٥). وهذا الاحتكار يجعل أحد المتعاقدين في مركز اقتصادي أقوى من مركز المتعاقد الآخر؛ مما يخوله

---

(٥٣) تمييز، ٢٠٠٤/١٢/٢٥، طعن ١٦٥/ ٢٠٠٤ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.

(٥٤) عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠٠٩–٢٠١٠، ص ٨٠؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٨٢.

(٥٥) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المجلد الأول، نظرية الالتزام– تحليل العقد، اعتناء محمد الألفي، (دون رقم طبعة)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢، ص ٤٦٧؛ عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، مرجع سابق، ص ٨٠؛
J. GHESTIN, «Rapport introductif», in *Les clauses abusives entre professionnels*, coll. Études Juridiques, nº3, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1998, p. ¡.

الاستقلال بوضع شروط التعاقد بصفة عامة، ولا يملك الطرف الضعيف اقتصادياً إلا قبولها أو رفضها(٥٦). والقبول في هذه العقود ليس إلا إذعاناً لها يمليه الموجب، فمن وجه إليه الإيجاب ليس له إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه(٥٧). ولهذا قد يدرج الموجب في الإيجاب شروطا تعسفية مستغلا مركزه القوي(٥٨).

ثالثاً: أن يصدر عن الطرف القوي إيجاب موجه إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر. "فما يميز التعاقد بالإذعان هو الإيجاب العام الذي يقتضيه هذا التعاقد، وقبول هذا الإيجاب دون مناقشة"(٥٩). فالإيجاب في عقود الإذعان يكون عاماً وليس موجهاً لشخص معين، ويكون من عمل الطرف القوي وحده؛ فهو الذي يضع شروط العقد وليس للطرف الآخر إلا القبول أو الرفض(٦٠). فهل هذه الشروط الثلاثة تجتمع في عقد التأمين؟

---

(٥٦) محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، السنة الثامنة، يوليو ١٩٩٣، ص ١٣؛ عاطف عبدالحميد حسن، حماية المستهلك، (دون رقم طبعة)، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٦، ص ٥٤.

(٥٧) تمييز، ١٨/٤/١٩٩٩، طعن ١٩٤/١٩٩٨ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw؛ تمييز، ١/١١/٢٠٠٣، طعن ٥٦٥/٢٠٠٢ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣١، جـ ٣، ص ١٦٧.

(٥٨) رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، شهر يناير ٢٠٠٨، ص ٣٦٢ وما يليها.

(٥٩) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ١٧٧؛ وفي المعنى نفسه انظر: عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، مرجع سابق، ص ٨١؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٦٠) بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، ط الأولى، سلسلة الكتب القانونية، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٧، ص ٧٣؛
B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, ouvrage précité, p. 177.

الغصن الثاني
مدى تحقق شروط عقد الإذعان في عقد التأمين

يرى الفقه العربي وأغلب الفقه الفرنسي في عقد التأمين النموذج الأمثل لعقد الإذعان؛ "لتعلقه بحاجة ضرورية أصبح لا غنى للناس عنها، بل إن التأمين يكون إجبارياً في بعض الحالات"(٦١). كما أنهم يرون أن شركات التأمين تتمتع بمركز احتكاري فعلي؛ حيث تكاد تتفق فيما بينها فيما تضمنه لعقودها من شروط، أو لأن التنافس بينها محدود بحدود معينة لا يمكن لأية شركة أن تنزل عنها حتى لا تتعرض للخسارة(٦٢). وينتج من ذلك أن المؤمن له لا يملك مناقشة الشروط التي تمليها عليه هيئة التأمين وترد مطبوعة بالوثيقة ومعروضة على الناس كافة وكل ما له هو قبول الشروط النمطية التي تمليها هيئة التأمين أو رفضها(٦٣).

وفي الحقيقة، لا نعتقد أن الشروط المذكورة أعلاه تنطبق دائماً على كل عقود التأمين. فليست كل عقود التأمين هي حاجة أولية لا يستغنى عنها، ومثاله التأمين من إلغاء تذاكر السفر أو تعديلها، أو فقد حقائب السفر، ناهيك عن وصف السلعة أو الخدمة بأنها ضرورية من عدمه لا يخضع لمعيار منضبط، لتغير حاجة الإنسان باختلاف الأزمنة والأمكنة، بل في المجتمع الواحد قد يكون هناك سلعة ضرورية لشخص ولا تكون كذلك لآخر، وفقاً لمركزه الاقتصادي أو الاجتماعي، فمن كان غنياً لا يحفل بتأمين الأولاد الذي بموجبه تلتزم هيئة التأمين بدفع مبلغ معين للمؤمن له إذا أنجب طفلاً خلال مدة معينة. وقس على ذلك تأمين المهور، حيث لا يلجأ له غالباً في مجتمعاتنا العربية، الغنية منها والفقيرة.

ويشك المرء كذلك في المركز الاحتكاري لهيئة التأمين ولاسيما في الكويت تحديداً لبعده عن أرض الواقع؛ فكثيراً ما خرج المختصون في مجال التأمين

---

(٦١) محمد علي عمران، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٦٢) توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٢٣؛ عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص ٥٧؛ محمد علي عمران، مرجع سابق، ص ٦٨؛ فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٣.

(٦٣) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٨٣؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٧٤؛ جابر محجوب وخالد الهنديانى، مرجع سابق، ص ٧٥ وما يليها.

محذرين من شدة المنافسة بين شركات التأمين. فهذا رئيس مجلس إدارة اتحاد شركات التأمين والعضو المنتدب لشركة الصفاة للتأمين التكافلي السيد عبدالعزيز المنصور يعلن أن "عدد شركات التأمين العاملة في السوق المحلي يقدر بنحو (٣٤) شركة تأمين مرخصة، من بينها (٢٣) شركة كويتية و(١١) شركة غير كويتية، إضافة إلى عدد كبير من وسطاء ووكلاء التأمين ممن يعملون بنظام العمولة"(٦٤). وفي معرض الإجابة عن سؤال مفاده: ما التحديات التي تواجه قطاع التأمين في دولة الكويت؟ أجاب بأن تلك التحديات تتمثل في: "زيادة عدد شركات التأمين عن حاجة السوق الفعلية، حيث تم منح تراخيص لإنشاء شركات جديدة بدون دراسة احتياجات السوق الفعلية لتلك الشركات؛ مما كان له أسوأ الأثر في سياسة حرق الأسعار".

وهذا ما أكده السيد ناصر سليمان الدراس (نائب رئيس مجلس إدارة اتحاد شركات التأمين والرئيس التنفيذي للشركة الخليجية للتأمين التكافلي) بقوله: إن هنالك "عرضاً كبيراً للخدمات التأمينية من خلال عدد شركات تأمين يفوق طاقة السوق ما يؤدي إلى تكسير مستمر ودوري للأسعار"، وهو ما قرره أيضاً السيد عبد الله السيف (رئيس مجلس إدارة شركة وثاق للتأمين التكافلي)؛ إذ يقول "إن وجود هذا الكم الحالي في سوق صغير مثل الكويت، أدى إلى إحداث فوضى عارمة؛ حيث اشتعلت حرب تكسير الأسعار"(٦٥). وقد صرح السيد وليد المضف (رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب لشركة المثنى للتأمين التكافلي) بأن "أسعار بقية أنواع التأمين [خلاف التأمين الإلزامي للسيارات] تخضع لنظرية العرض والطلب والمنافسة بالخدمات والأسعار"(٦٦)، فأين هو الاحتكار؟ وأين هي المنافسة المحدودة؟

(٦٤) جريدة الوطن، الأربعاء الموافق ٢ مايو ٢٠١٢، العدد ١٣٠٦١/٦٥٠٧، السنة ٥١، ص ٥٢.
(٦٥) جريد الوطن، الأحد الموافق ٧ أكتوبر ٢٠١٢، العدد ١٣٢١٩/٧٦٦٥، السنة ٥١، ص ٥٤.
(٦٦) هذه اللقاءات منشورة في دليل ملتقى الكويت الدولي الثاني للتأمين، ٢٩-٣٠ مايو ٢٠١٢، بتنظيم الاتحاد الكويتي للتأمين، (غير مرقم الصفحات).

وأما ما يخص شرط الإيجاب العام الصادر عن الطرف القوي (هيئة التأمين)، فإنه من الممكن تصور أن يصدر الإيجاب من الطرف الضعيف في عقد التأمين (المؤمن له)، وذلك في فرضية "شركات الواجهة Fronting Arrangements". فعندما لا تثق شركات البترول والطيران المحلية – مثلاً – بقدرات شركات التأمين المحلية؛ لأن حجم الالتزامات المتعلقة بهذه المجالات أكبر من القدرة الاستيعابية لهذه الشركات، تلجأ إلى شركات إعادة التأمين العالمية من خلال اشتراطها على هيئة التأمين المحلية إعادة التأمين لدى شركة إعادة تأمين أجنبية معينة(٦٧). وفي هذه الحالة، ورغبة من شركات التأمين المحلية في الفوز بعقد التأمين، فإنها ستقبل بالشروط (الإيجاب) التي يفرضها المؤمن له بالتنسيق – غالباً – مع شركة إعادة التأمين الأجنبية؛ ولا ينفي عن هذا العقد صفة الإذعان توجيه الإيجاب إلى شخص معين ما لم يكن له القدرة على مناقشة بنوده(٦٨).

ومن الفقه الفرنسي من يوافقنا في أنه قد توجد حالات يكون فيها المؤمن له هو الطرف القوي وهيئة التأمين هي الطرف الضعيف، ويضربون مثالاً على ذلك كبرى الشركات التي تكتتب بوثيقة تأمين بمساعدة شركة وساطة(٦٩). وفي هذه الحالة بإمكان المؤمن له أن يفرض شروطه التي يريد، فضلاً عن مقدرته على التفاوض مع هيئة التأمين حول بنود وثيقة التأمين، كما هو الوضع في عقد التأمين الجماعي؛ حيث يبرم بعد التفاوض المسبق بين المؤسسة الائتمانية

---

(٦٧) انظر تصريح السيد جمال حمزة (رئيس الشركة المصرية لإعادة التأمين) والسيد أنور ذكري (رئيس إحدى شركات التأمين الخاصة) لصحيفة المصري اليوم، ٢٠٠٧/٦/٣٠م، http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=66771 مصباح كمال، ترتيبات الواجهة، محاولة أولية لتقييم نقدي، مجلة التأمين العربي، العدد ٩٥، ٢٠٠٧، ص ٢٥–٣٢، دراسة منشورة على موقع: http://iraqinsurance.wordpress.com/2011/09/19/fronting-/arrangements-critical-assessment.

(٦٨) M. FONTAINE, article précité, p. 629 : « il est des contrats d'adhésions qui ne sont pas des conditions générales (un contrat fait sur mesure peut également être imposé par une partie à l'autre) ».

(٦٩) M. FONTAINE, article précité, p. 619.

وهيئة التأمين(٧٠). ويفهم من المادة (٣) من التوجيه الأوروبي رقم ١٣/٩٣ CE الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٤/٥ أنه على الرغم من كون أحد عناصر الشرط أو الشرط المنفرد محلاً للتفاوض الشخصي فإن ذلك لا يمنع من تكييف العقد بأنه عقد إذعان ما دام التقدير العام للعقد يسمح بالتوصل لهذا التكييف(٧١).

الفرع الثاني
وجه الدلالة من تكييف عقد التأمين بأنه عقد إذعان

على الرغم من عدم اقتناعنا بالشروط المتطلبة وفقاً للفقه والقضاء في كل من الكويت وفرنسا لاعتبار عقد ما من عقود الإذعان، لعدم تطلب المادة (٨١ مدني كويتي) لها، وأنه يجب الوقوف عند حدود النص دون تزيُّد، إلا أنا نعتبر أن عقد التأمين من عقود الإذعان عندما لا يستطيع أحد طرفيه التفاوض حول شروطه فيقبل بها مذعناً للطرف الآخر، وهذا هو الغالب على أرض الواقع(٧٢). ولهذا سعى المشرع الكويتي إلى توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف عادة (المؤمن له) ومقرراً في المادة (١/٨٠٨، مدني) بأنه "لا يجوز الاتفاق على عدم سريان أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل أو على تعديلها، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له، أو لمصلحة المستفيد".

ولنا أن نستخلص من تكييف الفقه والقضاء لعقد التأمين من عقود الإذعان حجتين تنقضان ما ذهبوا إليه من القول بأن الإيجاب في عقد التأمين يكون

(٧٠) Ph. PIERRE, «Variations sur la stipulation pour autrui en assurances de personnes», *Responsabilité civile et assurances*, nº3, mars 2009, dossier 7; M. CHAGNY et L. PERDRIX, ouvrage précité, p. 75 et s.: «les polices d'assurance souscrites pour de très gros risques, notamment de type industriel, sont élaborées à la suite de discussions entre les parties et auxquelles participent, le cas échéant, des intermédiaires d'assurance».

(٧١) L'art. 3 Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, ouvrage précité, p. 135.

(٧٢) J. GHESTIN, article précité, p. 7; G. COURTIEU, «Présent et futur des clauses abusives en assurance», *Gaz. Pal.* 25 janv. 1997, doctr., p. 131; J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 59.

صادراً عن المؤمن له فقط، أولاهما: أن الإيجاب في عقد التأمين يكون عاماً، بأن يكون موجهاً لعامة الجمهور وليس لشخص معين(٧٣)؛ "فإذا انفرد أحد المتعاقدين بصياغة مشروع عقد وقبله الطرف الثاني دون مناقشة أو مساومة، فلا نكون بصدد عقد إذعان، لخصوصية الإيجاب في هذه الحالة وكونه غير موجه للجمهور"(٧٤). فلا يصح – إذن – تأكيد غالبية الفقه على أن عقد التأمين يعتبر من عقود الإذعان وتزعم في الوقت نفسه أن الإيجاب فيه لا يصدر إلا عن المؤمن له موجهاً إلى هيئة تأمين محددة.

ثانيتهما: يشدد الفقه – كما مرَّ معنا – على أن الإيجاب في عقد التأمين يكون صادراً عن الطرف الأقوى في العلاقة العقدية؛ فهو وحده الذي يضع شروط العقد، وأن القبول يصدر عن الطرف الضعيف خضوعاً للطرف الأقوى دون أن يكون له مناقشة شروط العقد(٧٥)؛ وذلك لأن الطرف المذعن يكون في مركز اقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير من غريمه(٧٦). فالذي يضع شروط العقد هو الموجب والطرف الذي يذعن هو القابل(٧٧)؛ ولتحديد الطرف القوي والطرف الضعيف–المذعن في عقد التأمين، لا يتوانى الفقه عن تأكيد أن هيئة التأمين هي الجانب القوي، وأن المؤمن له الذي لا يملك إلا أن ينزل عند شروط

(٧٣) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المجلد الأول، نظرية الالتزام–تحليل العقد، مرجع سابق، ص ٤٦٦؛ بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٧٣.

(٧٤) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ١٧٨، هامش رقم ١.

(٧٥) بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٧٣؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول المصادر الإرادية، المجلد الأول، نظرية الالتزام – تحليل العقد، مرجع سابق، ص ٤٦٥ وما يليها.

(٧٦) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة ٨٠.

(٧٧) منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، ملزمة، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣–١٩٨٤، ص ٦٧؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

هيئة التأمين هو الطرف الضعيف[٧٨]. وهذا لا يستقيم البتة مع زعمهم الذي أثبتناه فيما مضى من أن الإيجاب يصدر عن المؤمن له حصراً.

لقد كان يجب الانتباه إلى عدم الاتساق بين قصر صدور الإيجاب على المؤمن له وتكييف عقد التأمين بأنه من عقود الإذعان وفقاً للشروط التي وضعها غالبية الفقه العربي، خاصة أن هنالك أدلة أخرى تستخلص من طبيعة الإيجاب وتؤكد إمكانية صدور الإيجاب عن هيئة التأمين.

المطلب الثاني
الاستناد إلى طبيعة الإيجاب

تعرف محكمة التمييز الإيجاب بأنه "هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين؛ بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد وامتنع على أي من طرفيه بغير إرادة الطرف الآخر التحلل أو النكوص عن حكمه"[٧٩]. وبما أن انعقاد العقد يتوقف على مجرد قبول الإيجاب فإن ذلك يقتضي احتواء العرض على الأقل طبيعة العقد وشروطه الأساسية[٨٠]. ففي عقد التأمين مثلاً يجب في العرض أن يكون مشتملاً على

---

(٧٨) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٧٤؛ فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٧٩) تمييز، ٢٠٠٧/١/٧، طعن ٢٠٠٥/١٠١٦ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٥، جـ ١، ص ١٧؛ تمييز، ١٩٩٩/٦/١٤، طعن ٤٣٥-١٩٩٨/٤٤٩ تجاري إداري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.

(٨٠) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة ٣٩؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد – الإرادة المنفردة، اعتناء محمد الألفي، (دون رقم طبعة)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢، ص ٥٩٩؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ١٠٤؛ عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، مرجع سابق، ص ٤٧؛ استئناف عليا، ١٩٨٥/٥/١٥، طعن ١٩٨٤/١٣١ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.

جميع العناصر الجوهرية لعقد التأمين كتعيين الخطر ومبلغ التأمين ومدة العقد ومقدار القسط ومواعيد الوفاء به[٨١]. وفي الطبيعة القانونية للإيجاب نجد ما يؤيدنا في عدم قصر صدور الإيجاب على المؤمن له (الفرع الأول)، كما أنه من الممكن الارتكاز على الطبيعة العملية للإيجاب للتدليل على جواز صدور الإيجاب عن هيئة التأمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الاستناد إلى الطبيعة القانونية للإيجاب في عقد التأمين

يقرر المشرع الكويتي في المادة (٣٩ مدني) أنه "يعتبر إيجاباً العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له. ويلزم أن يتضمن – في الأقل – طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية". وبإنزال حكم هذه المادة على عقد التأمين سيعد العرض المحتوي للعناصر الأساسية لعقد التأمين (تحديد الخطر، مقدار القسط، مبلغ التأمين) إيجاباً بغض النظر عن شخص مقدمه، إن كان المؤمن له أو هيئة التأمين. فالقواعد العامة تقضي بأنه "لا يهم بالنسبة لعقد معين، أن يرد الإيجاب من هذا المتعاقد أو من ذاك. فأيهما يبدأ بعرض الصفقة، يكون هو المتقدم بالإيجاب"[٨٢]، وفي الحقيقة لم نجد أي نص قانوني يحصر صدور الإيجاب في عقد التأمين في شخص المؤمن له؛ فعلى أي أساس قصر القضاء وغالبية الفقه صدور الإيجاب في عقد التأمين على المؤمن له؟

زد على ذلك تمتع عقد التأمين بطابع فني؛ فهيئة التأمين تلجأ لعمليات الإحصاء وقوانين الأعداد الكبيرة لمعرفة مدى احتمال وقوع الخطر بالنسبة إلى مجموعة المؤمن لهم، ووقت وقوعه ولتحديد قيمة القسط الذي يجب أن يدفعه

(٨١) محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص ٧٥؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٧٦؛ جابر محجوب وخالد الهنديانى، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٨٢) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٠١.

كل فرد من أفرادها، وفي سبيل ذلك تجري هيئة التأمين عمليات حسابية يتعرف من خلالها احتمالات وقوع الخطر، وعلى هيئة التأمين تحديد مقدار القسط بطريقة تفي بالتعويضات التي ستلزم بها وتحقق الربح الذي يمَكِّن عملية التأمين من الاستمرار(٨٣)، وإذ كان الأمر كذلك، فأنَّى للمؤمن له أن يقدم عرضاً جازماً محتوياً تحديداً للقسط الذي هو أحد العناصر الجوهرية في عقد التأمين؟(٨٤) إلا إن كان تقدير المؤمن له للقسط جزافاً، وفي هذه الحالة رفض هيئة التأمين للإيجاب وإصدارها لآخر أقرب من قبولها له.

ولعل السبب في عدم تقبل الفقه والقضاء الفرنسيين لصدور الإيجاب من هيئة التأمين يرجع إلى اعتقادهم بعدم احتواء طلب التأمين الذي تُسلمه هيئة التأمين للمؤمن له للإجابة عن الأسئلة الواردة فيه على بيان لقسط التأمين (la prime)(٨٥). ولشرح هذه الفكرة يقول بعض الفقه الفرنسي: إن "في العلاقات التجارية العادية يعتبر التاجر – هيئة التأمين – في حالة إيجاب مستمر في حدود مخزونه المتاح من البضاعة، وطلب الزبون للبضاعة يكون قبولاً للإيجاب – مكوناً العقد –؛ إذ إن التأمين لا يصلح لهذا المخطط لأسباب تقنية: فلا تستطيع هيئة التأمين قبول وتسعير خطر إلا إذا عرفته تقريباً على وجه الدقة. وباستثناء الحالات التي تجري فيها هيئة التأمين زيارة أو تحققاً من الخطر – بالنسبة للمخاطر الصناعية أو الخاصة – فهي لن تستطيع معرفة الخطر إلا عن طريق التوصيف الذي يعمله الزبون في طلب التأمين من خلال إجابته عن الأسئلة التي وضعتها هيئة التأمين"(٨٦). ومن ثم يرون أن هيئة

(٨٣) جابر محجوب وخالد الهنديانى، مرجع سابق، ص ٦، ٢٣ وما يليها.

(٨٤) تحدد المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (في شرحها للمواد ٧٧٣ و٧٧٤) عناصر عقد التأمين بالخطر ومقابل التأمين والعوض المالي.

(٨٥) M. CHAGNY et L. PERDRIX, ouvrage précité, p. 119.

(٨٦) J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 365: « dans le cadre de relations commerciales ordinaires, on considérerait que le commerçant - en l'occurrence l'assureur- est en état d'offre permanente, = dans les limites de son stock disponible, et qu'en prenant commande, le client

التأمين تقوم بتقدير الظروف المحيطة بالخطر ثم "تقرر قبولها وتحديدها لشروط الضمان (من بينها: القسط، خلوص التأمين... إلخ)"[٨٧].

وفي الحقيقة من الصعب تقبل هذا التبرير؛ لأن غالبية الفقه الفرنسي يشترط احتواء الإيجاب في عقد التأمين على تحديد للقسط باعتباره أحد العناصر الأساسية في عقد التأمين، فلا يصح تحديده لاحقاً بعد صدور الإيجاب[٨٨]؛ ولأن القسط يحدد وفقاً لأسس من بينها مقدار الخطر واحتمالية تحققه، وهذا يتجاوز إمكانيات المؤمن له. في حين تستطيع هيئة التأمين بناء على الدراسات التي تجريها بالاستعانة بالإحصائيات أن تصنف المخاطر ودرجاتها واضعة لكل نوع منها مقداراً معيناً من القسط، كما أن لها أن تحدد القسط في كل حالة على حدة وفقاً للخطر المؤمن منه؛ بل إن بعض هيئات التأمين كانت ترفض التأمين على المركبات باعتبار أن مستوى الخطر المؤمن منه عال؛ كأن يكون قائد المركبة حديث الحيازة لرخصة القيادة أو لأنه فقد كثيراً من نقاط رخصته لإهماله والحوادث التي تسبب بها أو لأنه أجنبي ولم يستطع أن يقدم شهادة من هيئة التأمين تثبت أنه كان مؤمناً لديها خلال مدة معينة والحوادث التي تسبب بها؛ يدل ما سلف على أن من يملك تحديد القسط هو هيئة التأمين.

يعد الخطر – إذن – أحد عوامل تحديد مقدار القسط، فكلما زادت احتمالية وقوع الخطر ونطاقه زاد مقدار القسط، ولهذا تدرس هيئة التأمين إحصائيات

= accepte cette offre, formant le contrat. L'assurance ne se prête pas à ce schéma pour des raisons d'ordre technique: l'assureur ne peut accepter et tarifer un risque que s'il le connaît avec plus ou moins de précision. Et à l'exception des cas où il procède à une visite ou une inspection du risque - pour les risques industriels ou spéciaux - il ne peut le connaître que par la description qu'en fait le client dans la proposition d'assurance, en répondant aux question que lui pose l'assureur».

(٨٧) A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, ouvrage précité, p. 56: «décidera de son acceptation et de la fixation des conditions de la garantie (entre autre: prime, franchises etc.)»

(٨٨) انظر: هامش رقم ٣٧.

الحوادث عند تحديدها للقسط آخذة بعين الاعتبار ظروف كل حالة على حدة(٨٩). وهذا ما يظهر – خاصة – في التأمين لحال الوفاة والتأمين لحال الحياة؛ فبناء على فحص المؤمن عليه طبياً ودراسة نتائج تحاليله الطبية وتاريخه المرضي، تقرر هيئة التأمين إن كانت ستؤمن عليه أم لا، ووفقاً لأية شروط؛ وفي الواقع، من الصعوبة بمكان تصور الفرضية التي يحدد فيها طالب التأمين في إيجابه أمراضه وقسط التأمين ومبلغ التأمين، وتقبل هيئة التأمين هذا الإيجاب من غير أن تتحقق من حالته الصحية، وإن كانت هذه الفرضية ممكنة قانوناً.

ويعلن المشرع الكويتي في المادة (٤٣، مدني) أنه "١ – للموجب له خيار القبول. ٢ – ويلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب. ٣ – وإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد عليه أو ينقص منه أو يعدل فيه بأية طريقة أخرى، اعتبر رفضاً له متضمناً إيجاباً جديداً". وتعليقاً على هذه المادة، تبيِّن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن "أي تخالف بين الإيجاب وبين الرد عليه، سواء بالزيادة أو النقصان في مداه، أو بالتعليق على شرط أو الاقتران بأجل، أو على أية صورة أخرى، يجعل من الرد رفضاً للإيجاب. على أن الرد المخالف للإيجاب إذا اعتبر رفضاً له، فهو يقع بمثابة إيجاب جديد". تدلنا هذه النصوص على أن الإيجاب لا يكون قاصراً على أحد المتعاقدين دون الآخر، وإنما هو في حركة تنقل مستمرة بين طرفي العقد ما دام أن أحدهما يعدل على عرض الآخر؛ وهو ذات الحكم المتبع في القانون الفرنسي(٩٠)؛ وبتطبيق هذه القواعد على عقد

(٨٩) ويستثنى من ذلك حالة التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات؛ حيث إن مقدار القسط محدد سلفاً بقرار وزير الداخلية رقم (٨١) لسنة ١٩٧٦ باللائحة التنفيذية لقانون المرور.

(٩٠) Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, ouvrage précité, p. 247: «l'acceptation doit être pure et simple, toute réponse différente de la pollicitation est en réalité une «contre-proposition», une offre nouvelle. Cette contre-proposition rend caduque l'offre initiale».

التأمين، من الممكن تصور رفض هيئة التأمين للإيجاب الصادر عن المؤمن له بإدخالها بعض التعديلات عليه؛ حينها يجب اعتبار ما يصدر عن هيئة التأمين إيجاباً[٩١]. وفي هذه الفرضية نلمس عدم صحة الرأي السائد في الفقه العربي الذي يحصر إصدار الإيجاب في المؤمن له.

إن التوجه الغالب في الفقه العربي لا يتعارض فقط مع الطبيعة القانونية للإيجاب، وإنما يناقض أيضاً الواقع العملي للإيجاب في عقد التأمين.

الفرع الثاني
الاستناد إلى الطبيعة العملية للإيجاب في عقد التأمين

ينبغي معرفة الإجراءات المتبعة على أرض الواقع لإبرام عقد التأمين حتى نعرف إن كان من الممكن أن يصدر الإيجاب في هذا العقد من قبل هيئة التأمين أم لا. وبالإطلاع على الوثائق التي تتداول بين المؤمن له وهيئة التأمين وجدنا أن هنالك طلباً يقدمه المؤمن له قبل أن تصدر هيئة التأمين وثيقة التغطية (الغصن الأول)، كما أن هنالك حالات ينعقد فيها العقد وتصدر وثيقة التأمين مباشرة دون أن يسبقها طلب التأمين (الغصن الثاني).

الغصن الأول
حالة وجود طلب التأمين

تترك هيئة التأمين – غالباً – طلب التأمين لدى وسطاء التأمين حتى يطلع عليه المؤمن له ويجيب عما ورد فيه من أسئلة ثم يعيده إليها؛ وفي هذه الحالة لا بد من التمييز بين فرضيتين: ففي الفرضية الأولى، تُضَمِّن هيئة التأمين الطلب جميع العناصر الأساسية لعقد التأمين (من تحديد لنوع الخطر، ومبلغ التأمين، والقسط، ...إلخ). فيكون هذا الطلب إيجاباً باتاً من هيئة التأمين؛ لأنها هي من أعدت الطلب واضعة فيه المعلومات الضرورية لإنشاء العقد تعبيراً عن

(٩١) J. BONNARD, ouvrage précité, p. 80; Cass. civ. 1re, 15 juill. 1975, *Bull. civ.* I, nº234.

رغبتها في انعقاده بمجرد أن يقبل به المؤمن له؛ وما أسئلتها في طلب التأمين إلا استفسار عن معلومات ثانوية كتلك المتعلقة بعنوان المؤمن له وشخصيته. ومثال ذلك "نموذج طلب تأمين شخصي" صادر عن شركة الكويت للتأمين(٩٢)، وهي ورقة تتكون من شقين، وعلى المؤمن له أن يقص أحدهما ويرسله إلى هيئة التأمين مصحوباً بشيك بمبلغ القسط المستحق(٩٣)، بعدما يستكمله ويجيب عن الأسئلة المتعلقة بحالته الصحية. أما الشق الثاني فيحتوي على جدول يوضح الأقساط السنوية للفرد وفقاً للفئة العمرية وحالته الجنسية إن كان ذكراً أو أنثى، وبقية الشروط والأحكام(٩٤).

وفي الفرضية الثانية، لا يحتوي طلب التأمين بيانات كل العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام عقد التأمين، وإنما يتضمن مجرد استفسار هيئة التأمين عن بعض المعلومات المتعلقة بالخطر المراد التأمين منه وما يحيط به من ظروف، والمبلغ المراد التأمين به، وعلى ضوئها تستطيع هيئة التأمين أن تحدد مقدار القسط واجب السداد. ولا أحد يستطيع تكييف هذا الطلب بأنه إيجاب من المؤمن له لعدم احتوائه على تحديد لمقدار القسط الذي هو أحد الأركان الأساسية في عقد التأمين، ويؤدي انعدامه إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً(٩٥). وكذلك – بطبيعة الحال – لا يعد هذا الطلب إيجاباً بالنسبة لهيئة التأمين، ولكن إجابتها على هذا

(٩٢) نموذج أورد نسخة من هذا النموذج محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ١٣٠.

(٩٣) J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 319: «la qualification d'offre pourra être facilité si le document publicitaire comporte un bulletin d'adhésion ou de souscription».

(٩٤) انظر: الملحق رقم (١) وقارنه بطلب التأمين على الحياة الوارد في الملحق رقم (٣)، وملحق رقم (٧).

(٩٥) ولكن إن لم يقتصر دور المؤمن له على الإجابة عن الأسئلة المتعلقة بمسائل ثانوية بل يتجاوزه إلى تقديم عرض جازم وبات محتوياً على العناصر الأساسية لعقد التأمين فإن الطلب يكيف بأنه إيجاب من المؤمن له. وفي الحقيقة، وإن لم تكن هذه الفرضية مستحيلة قانوناً فإننا لم نجد لها تطبيقاً في الواقع العملي.

الطلب ستعتبر إيجاباً صادراً عنها. وهذا النوع من طلبات التأمين هو الأكثر شيوعاً في عقود التأمين عموماً(٩٦).

ففي هاتين الفرضيتين العمليتين نلاحظ أن الإيجاب في عقد التأمين يصدر عن هيئة التأمين معبرة عنه في طلب التأمين ابتداء أو في ردها عليه انتهاء؛ ولكن هل يصدر الإيجاب عن هيئة التأمين عند انعدام طلب التأمين؟

الغصن الثاني

حالة عدم وجود طلب التأمين

لقد انصب جل اهتمام الفقه العربي على طلب التأمين وتكييفه بأنه استعلام أو إيجاب من المؤمن له ولم يتطرق البتة إلى فرضية إبرام عقد التأمين مباشرة دون المرور بمرحلة تقديم طلب التأمين؛ فليس لزاماً على هيئة التأمين أن تصدر طلب تأمين(٩٧)، وهذا ما نجد له أثراً على أرض الواقع، ومثاله التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات؛ ففي هذا النوع من التأمين عادة لا يستخدم طلب التأمين وإنما يتم كتابة وثيقة التأمين مباشرة باستقاء البيانات الضرورية من ترخيص سير المركبة(٩٨). ولعل السبب يكمن في تدخل المشرع وتنظيمه لهذا النوع من التأمين وجعله إجبارياً؛ بحيث لم يدع للمتعاقدين مجالاً للتفاوض بشأن العناصر الأساسية للعقد. وهكذا تحدد المادة (٦٣) من قرار وزير الداخلية رقم (١٩٧٦/٨١) بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المرور، الخطر المؤمن منه والأداء الذي تلتزم به هيئة التأمين؛ حيث تنص على ما يأتي: "التأمين على المركبات الآلية إجباري لصالح الغير(٩٩). ويلتزم المؤمن

---

(٩٦) انظر: الملاحق رقم (٢/١) و(٢/٢).

(٩٧) J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 366 : «si l'assureur s'estime suffisamment informé du risque - rien ne s'oppose juridiquement à ce que le contrat soit élaboré et conclu sans proposition d'assurance».

(٩٨) محمد محمود الكاشف وسعد السعيد عبد الرازق، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٩٩) ومن الأخطاء الشائعة تسمية الناس للتأمين الإجباري لصالح الغير بـ"التأمين ضد الغير"، بل إن بعض هيئات التأمين وقعت في هذا الخطأ، انظر: الملاحق رقم (٤/١) و(٤/٢).

بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الأضرار المادية والجسمانية من حوادث المركبة إذا وقعت في الكويت بجميع حدودها الإقليمية، ويكون التزام المؤمن عن قيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت هذه القيمة، وتشمل الأضرار الجسمانية الوفاة أو أي إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث المركبة". وتحدد المادة (٦٧) مدة العقد بأنه مدة ترخيص المركبة على الأقل؛ أما بالنسبة إلى قسط التأمين فألزمت المادة (٨٢) هيئات التأمين بتعريفة الأسعار السنوية الموضحة التي نصت عليها. بل إن المادة (٨٤) وضعت نموذجاً لوثيقة التأمين واشترطت على هيئات التأمين اتباعه.

وهناك ما يطلق عليه "تأمين إجازة قيادة سيارات" تطبيقاً لانعقاد عقد التأمين دون لجوء لطلب التأمين. وهذا النوع من التأمين نجده في المطارات الدولية؛ لأنه موجه لمن يرغب بتأجير سيارة من المسافرين القادمين للبلاد من غير مواطني دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية؛ حيث يسمح لهم بقيادة المركبات بالرخص التي يحملونها من دولهم خلال مدة سريان مفعولها؛ وقد يكون السبب في عدم استخدام طرفي هذا العقد لطلب التأمين هو الحاجة إلى السرعة في التعامل وهو الطابع الغالب على العمل التجاري. فالمسافر يريد أن يحصل على السيارة بأسرع وقت حتى يخرج من المطار للراحة أو لإنجاز مهامه، ولعلم مؤجر السيارات أن المسافر لن ينتظر في المطار حتى ترد هيئة التأمين على طلبه، خاصة أنه قد يصل في أيام العطل أو بعد نهاية الدوام الرسمي لها[١٠٠].

وقد يصدر الإيجاب عن هيئة التأمين إلى المؤمن له مباشرة عن طريق الشبكة العنكبوتية (Web) دون وسيط؛ ويعرف الإيجاب الإلكتروني بأنه "العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين؛ بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، ويتم التعبير عنه بوسائل تكنولوجية حديثة"[١٠١]. ويخضع الإيجاب الإلكتروني – بحسب

(١٠٠) انظر: ملحق رقم (٥).

(١٠١) رشيدة محمد الإدريسي، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٥، ص ٢٧.

الأصل – للقواعد العامة المنظمة للإيجاب العادي التقليدي الذي يتم بوساطة وسائل غير إلكترونية، فيجب أن يكون جازماً ومحدداً بأن يحتوي العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه(١٠٢). وهذا ما وجدناه في موقع شركة الخليج للتأمين على الشبكة العنكبوتية(١٠٣)؛ حيث تعرض على المؤمن له المسافر عدة خيارات تتعلق بالحدود الإقليمية والمالية للتغطية، ثم تطلب منه كتابة بياناته قبل أن تقترح عليه القسط.

إن العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون؛ فلا وجود لعقد إن لم يكن هنالك إيجاب؛ فإن كان الإيجاب في عقد التأمين – وفقاً لغالبية الفقه والقضاء – يتمثل بطلب التأمين الذي يقدمه المؤمن له، فكيف إذن ينعقد عقد التأمين في هذه الحالات السابقة التي لا يوجد فيها طلب للتأمين؟ والذي نراه صواباً أن الإيجاب في عقد التأمين ليس محصوراً بطلب التأمين كما أنه ليس بقاصر على المؤمن له، وعليه نرى أن الأقرب للمنطق القانوني أن يكون الإيجاب صادراً عن هيئة التأمين؛ ذلك أنها الطرف الأقوى في العقد وهي من يقرر وفقاً لمعادلات حسابية مقدار القسط، ولا أدل على ذلك من توقيعها المسبق على هذا النوع من الوثائق قبل تسليمها لوسطاء التأمين خاصة المندوب ذا التوكيل العام والسمسار(١٠٤). وفي ذلك دلالة على أن هيئة التأمين قد حددت سلفاً شروط العقد التي لا يملك وسطاء التأمين تعديلها.

وبعد عرض هذه الحالات العملية التي تثبت أن الإيجاب في عقد التأمين يصدر غالباً عن هيئة التأمين، فإننا نستنكر إصرار محكمة الاستئناف العليا

---

(١٠٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، ط الأولى، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٣، ص ٨٦.

(١٠٣) انظر: ملحق رقم (٦)، وهو موجود على الرابط التالي:
https://www.giccrm.com/travel/

(١٠٤) انظر: ملحق رقم (٥).

على القول بأن "عقد التأمين عقد رضائي ينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة لأي إجراء، ويمثل الطلب الذي يتقدم به المؤمن له إلى المؤمن – كما يجري به العمل – إيجاباً باتاً يطلب به المؤمن له بموجبه إبرام العقد، فإذا ما قبل المؤمن هذا الطلب فإنه يحرر وثيقة التأمين ويوقعها ويسلمها إلى المؤمن له لإعلانه بالقبول، ويتم بذلك انعقاد العقد وينتج أثره دون حاجة لتوقيع المؤمن له على الوثيقة وشرطها"(١٠٥). فما المقصود بقولها "كما يجري به العمل"؟ أيقصد به توجه القضاء بشكل مطرد إلى تكييف طلب التأمين بأنه إيجاب من المؤمن له، وهو ما تعبر عنه المحاكم عادة بعبارة "من المقرر – في قضاء هذه المحكمة"؟ أم يقصد بـ"كما يجري به العمل" التطبيق العملي وكيف تجري الأمور على أرض الواقع؟ وبكل الأحوال، أثبتنا أن الإيجاب قد يصدر عن المؤمن له أو عن هيئة التأمين وهو الأكثر انتشاراً في عقود التأمين.

ليس من اللغو التذكير بأن كلاً من المادتين (٧٧٩ مدني كويتي، L. 112-2 فرنسي) قضت بأنه "لا يكون طلب التأمين وحده ملزما للمؤمن ولا للمؤمن له"، وقد قضت محكمة التمييز في هذا السياق بقولها: "إن طلب التأمين الذي يتقدم به المؤمن له للمؤمن لا يكون وحده ملزماً للمؤمن ولا للمؤمن له؛ لأنه لا يعدو أن يكون إيجاباً باتاً يطلب به المؤمن له بموجب شروطه إبرام العقد الذي لا يتم إلا بقبولها"(١٠٦). وفي الحقيقة، حتى يكون لهذا النص قيمة قانونية لابد من افتراض أن طلب التأمين إيجاب مرتبط بميعاد واتصل بعلم الموجب له، وإلا عُد هذا النص من العبث لعدم إضافته لحكم جديد؛ حيث إن الدعوة للتعاقد والإيجاب غير المقترن بميعاد أو الذي لا يتصل بعلم من وجه إليه ليسا بملزمين في

(١٠٥) استئناف عليا، ١٩٨٩/١٢/١٢، طعن ١٩٨٩/١٢٥٧ تجاري، سبق ذكره؛ تمييز، ١٩٩٧/١١/٢، طعن ١٩٩٦/٤١٨ تجاري، سبق ذكره؛ استئناف عليا، ١٩٨٨/٢/٢١، طعن ١٩٨٧/٢٤٣ تجاري، موقع http://www.mohamoon-kw.com.

(١٠٦) تمييز، ٢٠٠٦/٣/٢١، طعن ٢٠٠٤/٢٨٩ تجاري، سبق ذكره.

الأساس[١٠٧]. فخروجاً على الأصل الذي يقضي بإلزامية الإيجاب المرتبط بميعاد إذا ما اتصل بعلم الموجب له، تقرر كل من المادتين السابقتين المشار إليهما – استثناء – عدم إلزامية طلب التأمين المحتوي على العناصر الأساسية لعقد التأمين حتى وإن كان مرتبطاً بميعاد ما لم يصدر قبول ممن وجه إليه الإيجاب[١٠٨].

ويبقى طلب التأمين مهماً حتى وإن لم يكيف إيجاباً؛ حيث تقرر المادة (١/٧٧٩ مدني كويتي) أنه "إذا تم العقد اعتبر طلب التأمين وما جاء به من بيانات وإقرارات جزءاً مكملاً للعقد". لهذا يلجأ لطلب التأمين إلى تفسير وثيقة التأمين[١٠٩]؛ لأنها كتبت وفقاً للمعطيات الواردة في طلب التأمين خاصة الإفصاح عن الخطر المؤمن منه. إن المؤمن له ملزم وفقاً للمواد (١/٧٩٠ مدني كويتي، L. 113-2-2 فرنسي) "أن يبين بوضوح وقت إبرام العقد كل الظروف

(١٠٧) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ١٠٥، ٩٩؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١١٠؛ عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، مرجع سابق، ص ٤٥؛ منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ٣٧ وما يليها؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد – الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٦٠٦؛ رشيدة محمد الإدريسي، رسالة ماجستير سابقة، ص ٢٧؛ وفي القانون المصري انظر: حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، (دون رقم طبعة أو مكان نشر)، ١٩٩١–١٩٩٢، ص ٥٨.
Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, ouvrage précité, p. 204; M. CHAGNY et L. PERDRIX, ouvrage précité, p. 120; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, ouvrage précité, p. 245; Cass. civ. 3e, 7 mai 2008, nº07-11.690: *JCP* 2008, I, 179, obs. Serinet.

(١٠٨) أحمد شرف الدين، مقالة سابقة، ص ٨١؛ محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص ١٣٢. وعلى خلاف هذا التحليل يرى الأستاذ جابر محجوب بأنه إذا كان طلب التأمين يتضمن العناصر الأساسية اللازمة لانعقاد عقد التأمين، فإنه يعد إيجاباً باتاً ملزماً للمؤمن له متى اتصل بعلم المؤمن، واقترن بميعاد صريح أو ضمني، انظر: جابر محجوب وخالد الهنديانى، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(١٠٩) J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, ouvrage précité, p. 366.

المعلومة له والتي يهم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، ويعتبر مهماً على الأخص، الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة محددة ومكتوبة". وبالإمكان الرجوع لطلب التأمين قبل إبطاله وفقاً لكل من المادتين (١/٧٩١ مدني كويتي، L. 113-9 فرنسي) جزاء على سكوت المؤمن له عن أمر أو تقديمه بياناً غير صحيح، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن(١١٠).

(١١٠) F. COUILBAULT et C. ELIASHBERG, ouvrage précité, p. 93.

الخاتمة

لقد تطرقنا في طيات هذه الدراسة إلى موضوع الإيجاب في عقد التأمين، معمقين البحث عمن يصدره. وهكذا لجأنا إلى الفقه والقضاء في كل من الكويت وفرنسا لمعرفة موقفهما في هذا الخصوص. ومن الملائم في نهاية البحث أن نعرض أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات، نعرضها تباعاً وفقاً لورودها في ثنايا البحث.

أولاً: بما أن القضاء الكويتي يُصنف من الأنظمة اللاتينية التي لا تتقيد فيها المحاكم بالسوابق القضائية، فإننا نوصي بتخلي المحاكم الكويتية عن استخدام العبارة المتناقضة التي تكيف عقد التأمين بأنه من العقود الرضائية وأن الإيجاب في عقد التأمين يأخذ شكل طلب التأمين وأما القبول فيتمثل بإصدار وثيقة التأمين.

ثانياً: على القاضي أن يتحقق من احتواء طلب التأمين للعناصر الأساسية لعقد التأمين، قبل أن يسبغ عليه صفة الإيجاب؛ فقد يكون استعلاماً أو دعوة للتعاقد وذلك عندما لا يحتويها.

ثالثاً: مخالفة للفقه والقضاء، نعتقد بأن الإيجاب في عقد التأمين قد يصدر من هيئة التأمين كما أنه قد يصدر عن المؤمن له؛ بل في الواقع العملي، يصدر الإيجاب عن هيئة التأمين أكثر مما يصدر عن المؤمن له.

رابعاً: على الرغم من تصنيف الفقه والقضاء لعقد التأمين ضمن عقود الإذعان، فإننا أثبتنا أن الشروط التي وضعاها لعقد الإذعان لا تتوافر في عقد التأمين.

خامساً: إن عقد التأمين قد يكون من عقود الإذعان عندما لا يستطيع أحد طرفيه مناقشة شروطه؛ ولكن الطرف المذعن ليس دائماً هو المؤمن له وإنما قد يكون هيئة التأمين.

سادساً: إن طلب التأمين ليس بملزم –في أي حال من الأحوال – للمؤمن له ولا هيئة التأمين حتى وإن كان في الحقيقة إيجاباً لوجود نص خاص يقضي

بذلك في القانونين الكويتي والفرنسي. ومع ذلك، لا يفقد طلب التأمين أهميته؛ حيث يعتبر مكملاً لعقد التأمين ما جاء به من بيانات وإقرارات، ويلجأ لطلب التأمين أيضاً لتفسير وثيقة التأمين؛ لأنها كتبت وفقاً للمعطيات الواردة في طلب التأمين، خاصة الإفصاح عن الخطر المؤمن منه، وبالإمكان الرجوع لطلب التأمين قبل إبطاله وفقاً لكل من المادتين (١/٧٩١ مدني كويتي، L. 113-9 فرنسي) جزاء على سكوت المؤمن له عن أمر أو تقديمه بياناً غير صحيح، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن.

قائمة المراجع

أولاً – المراجع العامة:

(أ) المراجع العامة باللغة العربية:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل:
- أصول القانون، جـ ١، نظرية القانون، ط الأولى، مجلس النشر العلمي، سلسلة الكتب الجامعية، الكويت، ٢٠٠٦.
  الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، ط الأولى، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٣.
- العقد والإرادة المنفردة، ط الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨.
- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، (دون رقم طبعة)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣.
- أحمد عبد التواب محمد بهجت، انعقاد عقد التأمين بين الشكلية والعينية، (دون رقم طبعة)، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥.
- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، ط الأولى، سلسلة الكتب القانونية، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٧.
- توفيق فرج، أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، (دون رقم طبعة أو سنة نشر)، الدار الجامعية لبنان.
- جابر محجوب وخالد الهنديانى، أحكام التأمين في القانون الكويتي، (دون رقم طبعة) مطبوعات كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٩.
- حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، (بدون رقم طبعة أو مكان نشر)، ١٩٩١/١٩٩٢.
- عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، (دون رقم طبعة)، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٦.

- عبد الحي حجازي:
  - النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المجلد الأول، نظرية الالتزام – تحليل العقد، اعتناء محمد الألفي، (دون رقم طبعة)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢.
  - النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول المصادر الإرادية، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد – الإرادة المنفردة، اعتناء محمد الألفي، (دون رقم طبعة)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جـ ٧، مجلد ٢، عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، تنقيح أحمد مدحت المراغي، (دون رقم طبعة)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.
- عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠٠٩–٢٠١٠.
- عبد العزيز المرسي، الوجيز في أحكام عقد التأمين، (دون رقم طبعة أو سنة نشر أو اسم ناشر)، مصر.
- عبد المنعم البدراوي، التأمين، (دون رقم طبعة أو اسم ناشر أو مكان نشر) ١٩٨١.
- فايز أحمد عبد الرحمن، الشروط التعسفية في وثائق التأمين، (دون رقم طبعة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٦.
- فتحي عبد الرحيم عبد الله، التأمين، (دون رقم طبعة)، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، ١٩٩٧.
- محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، ط الثانية، (دون اسم ناشر)، مصر، ١٩٩٠.

- محمد حسين منصور، مبادئ قانون التأمين، (دون رقم طبعة أو سنة نشر)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.
- محمد علي عمران، الوجيز في عقد التأمين، (دون رقم طبعة أو سنة نشر)، دار النهضة العربية، مصر.
- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد التأمين، تنقيح محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، (دون رقم طبعة)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
- محمد محمد أبو زيد، عقد التأمين في القانون الكويتي، ط الأولى، دار الكتب، الكويت، ١٩٩٦.
- محمد محمود الكاشف وسعد السعيد عبد الرازق، تأمين السيارات: الأصول العلمية والتطبيقات العملية، ط الأولى، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٨٩.
- مصطفى الجمال، التأمين الخاص، ط الأولى، الفتح، مصر، ٢٠٠١.
- منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، ملزمة، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣/ ١٩٨٤.

(ب) المراجع العامة باللغة الفرنسية:

- FAVRE ROCHEX (A.) et COURTIEU (G.), *Le Droit du contrat d'assurance terrestre*, préf. H. GROUTEL, coll. Droit des affaires, L.G.D.J., 1998.
- HESS-FALLON (B.) et SIMON (A.-M.), *Droit civil*, 6e éd., Sirey édition, Aide-mémoire, 2001.
- COUILBAULT (F.) et ELIASHBERG (C.), *Les grands principes de l'assurance*, 9e éd., L'ARGUS de l'assurance, 2009.
- BIGOT (J.), BAILLOT (P.), KULLMANN (J.), et

MAYAUX (L.), *Traité de droit des assurances*, t. 3, le contrat d'assurance, L.G.D.J, 2002.

- BONNARD (J.), *Droit des assurances*, 3e éd., Litec, 2009.
- CHAGNY (M.) et PERDRIX (L.), *Droit des assurances*, L.G.D.j,. 2009.
- MALAURIE (Ph.) AYNES (L.) STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, les obligations*, 3e ed., Defrenois, 2007.
- NICOLAS (V.), *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, pref. J. HERON, coll. Bibliothèque de droit prive, tome 267, L.G.D.J., 1996.
- LAMBERT-FAIVRE(Y.)et LEVENEUR(L.)
- Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droits des assurances*, 13e éd., Dalloz, coll. précis, 2011.

ثانياً – الرسائل الجامعية:

- ALDERAIEI (S.) *Le recours de la victime d'un accident de la circulation à l'encontre de l'assureur du véhicule ayant provoqué l'accident*, thèse Nantes, 1999.

- رشيدة محمد الإدريسي، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٥.

ثالثاً – المقالات وأوراق العمل والتعليق على الأحكام:

(أ) المقالات باللغة العربية:

- أحمد شرف الدين، تساؤلات في التقنين المدني الكويتي، مجلة الحقوق، سنة ١٩٨٣، العدد الأول، ص ٧١.
- جلال محمد إبراهيم، بعض الملاحظات حول انعقاد عقد التأمين ورجوع المؤمن على المؤمن له إذا خالف القيود المعقولة التي تضمنتها الوثيقة

بالنسبة لاستعمال السيارة أو قيادتها، مجلة المحامي، سنة ١١، ١٩٨٨، عدد إبريل، مايو، يونيو، ص ١١٣.

- رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، شهر يناير ٢٠٠٨، ص ٣٦٢ وما يليها.
- محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، السنة الثامنة، يوليو ١٩٩٣، ص ١٣.
- مصباح كمال، ترتيبات الواجهة، محاولة أولية لتقييم نقدي، مجلة التأمين العربي، العدد ٩٥، ٢٠٠٧، ص ٢٥-٣٢.

(ب) المقالات والتعليق على الأحكام باللغة الفرنسية:

- A. CAPRIOLI. , «La souscription en ligne de contrats d'assurance», *Communication Commerce électronique*, nº3, mars 2009, comm. 29.
- BERNARD (A.), «Acceptation par le silence ou contrat forcé», *D.* 2003, p. 441.
- COURTIEU (G.), «Présent et futur des clauses abusives en assurance», *Gaz. Pal.* 25 janv. 1997, doctr., p. 131.
- FONTAINE (M.), «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels», rapport de synthèse, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, coll. Bibliothèque de droit prive, tome 261, L.G.D.J., 1996, p. 629.
- GHESTIN (J.), «Rapport introductif», in *Les clauses abusives entre professionnels*, coll. ètudes Juridiques, n»3, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1998, p. 8.
- KULLMANN (J.), «Clauses et contrat d'assurance », *RGDA*, 1- 1996, p. 34.
- LEDUC (F.), «Aggravation du risque existant ou nouveau

risque?», *Responsabilité civile et assurances*, nº11, nov. 2009, comm. 336.

- PIERRE (Ph.), «Variations sur la stipulation pour autrui en assurances de personnes », *Responsabilité civile et assurances*, nº3, mars 2009, dossier 7.
- RIEG (A.), «La lutte contre les clauses abusives de contrats», in ètudes offertes à René RODIERE, Dalloz, 1981, p. 244.
- ROUHETTE (G.), «Droit de la consommation » et théorie générale du contrat», in *Études offertes à René RODIERE,* DALLOZ, 1981, p. 261.

رابعاً – الأحكام القضائية:

(أ) أحكام القضاء الكويتي:

- استئناف عليا، ١٥/٥/١٩٨٥، طعن ١٣١/١٩٨٤ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.
- استئناف عليا، ١٧/٦/١٩٨٧، طعن ٣٤/١٩٨٧ تجاري، موقع: http://www.mohamoon-kw.com.
- استئناف العليا، ٢١/ ٢/ ١٩٨٨، طعن ٢٤٣/١٩٨٧ تجاري، موقع: http://www.mohamoon-kw.com.
- استئناف عليا، ٢١/ ٢/ ١٩٨٨، طعن ٢٤٣/١٩٨٧ تجاري، موقع http://www.mohamoon-kw.com.
- استئناف عليا، ٣/٧/١٩٨٨، طعن ٨٥/١٩٨٨ تجاري، موقع:
- استئناف عليا، ٢/١/١٩٨٩، طعن ١٣٠/١٩٨٨ تجاري، موقع: http://www.mohamoon-kw.com.
- استئناف عليا، ١٢/١٢/١٩٨٩، طعن ١٢٥٧/١٩٨٩ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.

- استئناف، ١٩٩٦/٩/٣٠، طعن ١٩٩٦/٧٦١ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.
- تمييز، ١٩٩٧/١١/٢، طعن ١٩٩٦/٤١٨ تجاري، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية
- تمييز، ١٩٩٨/٢/٢٢، طعن ١٩٩٦/٣٠٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٢٦، جـ ١، ص ١٢٧.
- تمييز، ١٩٩٩/٤/١٨، طعن ١٩٩٨/١٩٤ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.
- تمييز، ١٩٩٩/٦/١٤، طعن ٤٣٥-١٩٩٨/٤٤٩ تجاري إداري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.
- تمييز، ٢٠٠٠/٥/٧، طعن ١٩٩٩/٥٠٩ تجاري، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.
- تمييز، ٢٠٠٣/١١/١، طعن ٢٠٠٢/٥٦٥ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣١، جـ ٣، ص ١٦٧.
- تمييز، ٢٠٠٤/١٢/٢٥، طعن ١٦٥/ ٢٠٠٤ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.
- تمييز، ٢٠٠٦/٣/٢١، طعن ٢٨٩/ ٢٠٠٤ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.
- تمييز، ٢٠٠٦/٣/٢٨، طعن ٤٠/ ٢٠٠٥ تجاري، موقع: http://ccda.kuniv.edu.kw.
- تمييز، ٢٠٠٦/٦/١٩، طعن ٤٠١/ ٢٠٠٥ مدني، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٥، جـ ٢، ص ٣٩٤.
- تمييز، ٢٠٠٧/١/٧، طعن ١٠١٦/ ٢٠٠٥ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٥، جـ ١، ص ١٧.

- تمييز، ٢٠٠٧/٢/١٨، طعن ٢٠٠٥/١٠٧١ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٥، جـ ١، ص ١٤٤.

(ب) أحكام القضاء الفرنسي:

- Cass. civ. 1re, 22 oct. 1974, *Bull.* civ. I, nº271.
- CA Lyon 27 janv. 2000, JurisData : 2000-168217.
- CA Paris 14 mai 1997, JurisData : 1997-022700.
- Cass. 1re civ., 19 nov. 1985, *RGAT* 1986, p. 39, note Bigot.
- Cass. civ. 1re, 10 juillet 2002, JurisData : 2002-015235.
- Cass. civ. 1re, 15 juill. 1975, *Bull. civ.* I, nº234.
- Cass. civ. 3e, 7 mai 2008, nº07-11.690 : *JCP* 2008, I, 179, obs. Serinet.
- Cass. crim., 27 mai 2008, JurisData : 2008-044294.

خامساً – متفرقات:

- جريدة الوطن، الأربعاء الموافق ٢ مايو ٢٠١٢، العدد ١٣٠٦١/٦٥٠٧، السنة ٥١، ص ٥٢.
- جريد الوطن، الأحد الموافق ٧ أكتوبر ٢٠١٢، العدد ١٣٢١٩/٧٦٦٥، السنة ٥١، ص ٥٤.
- دليل ملتقى الكويت الدولي الثاني للتأمين، ٢٩–٣٠ مايو ٢٠١٢، بتنظيم الاتحاد الكويتي للتأمين، (غير مرقم الصفحات).
- تصريح السيد جمال حمزة (رئيس الشركة المصرية لإعادة التأمين) والسيد أنور ذكري (رئيس إحدى شركات التأمين الخاصة) لصحيفة المصري اليوم، ٢٠٠٧/٦/٣٠،
http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=66771

ملحق رقم (١)

= وفيما يلي صورة نموذج طلب تأمين أشخاص والمؤمن فيها هو شركة الكويت للتأمين (ش.م.ك).

الأقساط السنوية للفرد

تعمر في تاريخ البدء التالي	الذكور	الإناث
	د.ك	د.ك
[illegible] سنة	١٠٠	١١٤
[illegible] ٢٥ سنة	١١٠	١٣٠
[illegible] ٤٥ سنة	١٢٥	١٤٥
[illegible] ٥٠ سنة	١٦٥	١٨٥
[illegible] ٤٥ سنة	١٨٠	٢٠٠

[illegible] قدره ٣٠٠ د.ك.

خصم خاص للعائلات

[illegible] تأمين في وقت واحد عن خمسة أفراد من عائلتك يمكنك أن تستمتع بخصم عن الأقساط أعلاه بقيمة ٥٠ د.ك للفرد الواحد.

يجب استكمال نموذج طلب تأمين منفصل لكل فرد: النماذج الخاصة بالأبناء يجب أن توقع من أحد الوالدين ومن الأب المعني (إن أمكن).

(العائلة تعني الأم، الأب والأبناء)

من له الحق بالاشتراك في «ميدي لايف»؟

أي شخص يبلغ من العمر أكثر من ثلاثة أشهر وأقل من ٥٤ عاما ومقيم في دولة الكويت

(لا يقبل الأبناء سوى مع أحد الوالدين على الأقل)

تفحص بدون فحص طبي

يشترط ألا تكون من أي مرض خطير وأن لا تشارك في أية نشاطات أو أعمال فيها مخاطرة.

التعويضات

- [illegible] الطارئ الرئيسي [illegible] ٢٥٠٠ د.ك سنويا عن أن لا تتجاوز أجرة الغرفة ٢٥ د.ك في اليوم.
- [illegible] الطارئ الرئيسي [illegible] ١٠٠٠ د.ك سنويا
- خصم [illegible] ٥٠ د.ك.
- [illegible] ٢٥٠ د.ك.
- [illegible] الأطفال الذين يتراوح أعمارهم بين ١٥ يوما و١٨ عاما وهم ما زالوا مشمولين بالتأمين.
- تشمل [illegible] الطارئة [illegible] الطارئة وسبها الأمراض والاعتلالات الناشئة الوجود.
- [illegible] الرئيسية: التطعيم، الأسنان، علاج العيون والأسنان، المراحة التجميلية، الأمراض الوراثية والعيوب الخلقية، عمليات زرع الأعضاء، الأمراض العقلية، تعمد إصابة [illegible] علاج شخص تحت تأثير المخدرات أو الكحول، الرياضة الخطرة، الحوامل.
- تغطي [illegible] الولادة لمدة لا يقل عن ٩ أشهر.
- تغطي [illegible] الأسنان بحد أقصى ٥٠ د.ك.

(تختلف [illegible] حسب الشركة المؤمنة)

نموذج طلب تأمين شخصي

(ميدي لايف)

يرجى استكمال هذا النموذج بوضوح وبما يناسب من تأشيرات:

الإسم بالكامل: .....

تاريخ الميلاد: العمر: ..... الجنسية: .....

طبيعة العمل: مالك ـ أعمال: ..... المنزل: .....

العنوان ـ ص.ب: .....

رقم البطاقة المدنية: .....

يرجى الإجابة بدقة على الأسئلة التالية:	نعم	لا
١ ـ هل تشارك في أية نشاطات أو أعمال فيها مخاطرة؟	☐	☐
٢ ـ خلال السنوات الخمس الأخيرة، هل خضعت أو نصحت بأن تخضع لـ:		
أ) أية عناية طبية، بحوث، فحوصات أو عمليات جراحية في أي مستشفى أو عيادة لأي مرض أو أذى؟	☐	☐
ب) أي علاج، أدوية، حبوب أو تحديد نظام معين للطعام؟	☐	☐
٣ ـ هل سبق أن خضعت أو نصحت بأن تخضع لأي استشارة طبية أو فحوصات تتعلق بالإيدز أو فيروس النقص المناعي البشري أو أية أمراض جنسية سارية؟	☐	☐
٤ ـ هل تتوقع أن تتلقى علاجاً أو تجرى فحوصات كمريض مقيم أو كمريض خارجي في أي مستشفى أو عيادة؟	☐	☐
٥ ـ هل رفض لك أي طب للحصول على أو لإحياء بوليصة حياة أو حوادث أو علاج طبي، أو أجل أو عدل سعر القسط بأي شكل من الأشكال؟	☐	☐

إذا أجبت نعم، على أي سؤال من الأسئلة أعلاه، يرجى ذكر كامل التفاصيل على ورقة منفصلة.

٦ ـ المستفيد: (يرجى ذكر الاسم، العمر، صلة القرابة والحصة لكل شخص)

.....

.....

٧ ـ الإقرار: أقر بأنه لحد علمي واعتقادي (أ) أشتمل عادة وأنا الآن بصحة جيدة و (ب) البيانات الواردة في هذا الطلب وفي أي ورقة مرفقة، بالإضافة الى أية بيانات قد تقدمت بها، هي صحيحة وجميع الوقائع المهمة التي يمكن أن تؤثر على هذا الطلب قد كشفت. أتعهد أيضاً أن أي بيان عار عن الصحة أو كتم لمعلومات يمكن أن يمثل مخالفات جنائية.

أوافق على أن تطلب الشركة معلومات طبية أو جميع الأوقات من أي طبيب قد أعالجني بي أو أي وقت فيما يتعلق بأي شيء يؤثر على صحتي الحسية و/أو العقلية. أو أن تطلب معلومات من أي شركة تأمين.

التاريخ / / ١٩ توقيع مقدم الطلب / الموصى

ملاحظة: يرجى إعادة هذا الطلب سرياً مع شيك بسبع النسخة المستوفى بإسم شركة الكويت للتأمين (ش.م.ك). إلى إدارة تأمينات الحياة ص.ب: ٧٦٩، 13008 الصفاة، الكويت ـ تلفون: ٢٤٣٢٠٣٠ / ٢٤٢٩٤٩٦

توكيل / الوسيط (إن وجد):

المرقاب - ش عبدالله المبارك - برج الانماء
ص.ب. 5713 صفاة - الرمز البريدي 13058 الكويت
تلفون 880055
فاكس 2412155

Al-Murgab - Abdullah Mubarak St.
Al Enma'a Tower
P.O. Box: 5713 Safat - 13058 Kuwait
Tel.: 880055
Fax: 2412155

ملحق رقم (٢/١)

الأولى للتأمين التكافلي ش.م.ك
1st TAKAFUL INSURANCE Co.

تأسست بموجب قرار وزاري رقم ٢٠٠١ لسنة ٢٠٠١ - رأس المال المصرح به ١٠٠٠٠٠٠٠ د.ك
شركة خاضعة لأحكام قانون شركات ووكلاء التأمين رقم (٢٤) لسنة ١٩٦١ رقم الاجازة (٢٤)

دائرة التأمين البحري **طلب تأمين رقم** .....

يرجى اصدار وثيقة تأمين منفردة ..... رقم .....
العلم ان هذا الطلب بموجب الوثيقة المفتوحة

البنك ..... اعتماد رقم .....
المؤمن له .....
السفينة / واسطة النقل ..... سند شحن رقم ..... تاريخه .....
الرحلة: من ..... الى ..... عبر .....
نوع التأمين .....

عدد الطرود	مواصفات البضاعـــة	قيمة الارسالية

تاريخ ..... **التوقيع** .....

لا ستعمال الشركة الأولى للتأمين التكافلي ش.م.ك (مقفلة) فقط

الوثيقة / الشهادة رقم .....
ملحق رقم .....
التحفظات .....
.....
.....
.....
.....

	فلس	دينار	
مبلغ التأمين			سعر التحويل
قسط البحري			النسبة المئوية
قسط زيادة عمر السفينة			النسبة المئوية
			النسبة المئوية
قسط اخطار الحرب			
المجموع			
رسوم اصدار ورقابة			
المجموع الكلي			

22419305 10:44:10 01-12-2011 1 / 1

ملحق رقم (٢/٢)

ZURICH

MOTOR COMPREHENSIVE INSURANCE
QUOTE REQUEST

Date :.....
Please Submit quote for the following details of the vehicle.
Name of the Proposer:
.....
Address:
.....
Phone Number:
....
Age of the Insured:
.....
Driving Experience:
.....
MAKE AND TYPE OF VEHICLE:
.....
COUNTRY OF ORIGIN:
.....
Plate Number:
.....
CHASSIS NO.:.....
Broker Name:.....
MODEL YEAR:.....
MANUFACTURER YEAR:.....
SEATING CAPACITY:.....
COLOR OF THE VEHICLE:.....
VALUE:..... KD
GEOGRAPHICAL AREA: Kuwait
FINANCE COMPANY:.....
COMMENCING:
FROM.....To.....
Claims Experience/details:
.....

طلب تأمين شامل للمركبات

التاريخ : .....
يرجى تقديم عرض سعر للمركبة التالية:
تفاصيل المركبة:
إسم مقدم الغطاء :
.....
العنوان :
.....
رقم الهاتف :
.....
عمر المؤمن له :
.....
تجربة القيادة:
.....
نوع السيارة:
.....
بلد المنشأ :
.....
رقم اللوحة:
.....
رقم الشاصي:.....
إسم الوسيط :.....
تاريخ الملكية :.....
تاريخ الصنع :.....
عدد المقاعد :.....
لون السيارة :.....
القيمة : .....د. ك.
المنطقة الجغرافية : الكويت
شركة التمويل :.....
تبدأ
من :..... إلى.....
تفاصيل المطالبات السابقة:
.....

Insurance Licence No. 9 CR, No. 10415
Phones : 22434537 - 22431689 - 22416686 Fax : 22419305
P.O.Box 600 Safat 13006 Kuwait

رقم إجازة التأمين (٩) س.ت : ١٠٤١٥
تلفون : ٢٢٤٣٤٥٣٧ - ٢٢٤٣١٦٨٩ - ٢٢٤١٦٦٨٦ فاكس : ٢٢٤١٩٣٠٥

شركة الكويت للتأمين ش.م.ك
شارع عبدالله السالم
ص.ب: ٧٦٩ ـ الصفاة
الرمز البريدي 13008
الكويت

ملحق رقم (٣)

تاسست سنة ١٩٦٠

طلب للتامين على الحياة

الاول	الوسط	الاخير
اسم طالب التعاقد :		

عنوان العمل : ..... هاتف : .....

ص.ب : .....

عنوان الاقامة : ..... هاتف : .....

ترسل الاخطارات الى ☐ مكان الاقامة ☐ مكـان العمل

بيانات خاصة بالمطلوب التامـين على حياتـه

الاول	الوسط	الاخير
اسم المطلوب التأمين على حياته :		

محل الميلاد : ..... تاريخ الميلاد : ..... الجنسية : .....

..... الحالة الاجتماعية : .....

المهنـة : ..... طبيعة العمل الحالي : .....

هل هناك حزازات أو ضغائن بينك وبين الاخرين ..... اذا بك عاهة ما سببها : .....

كم وثيقة تأمين على حياتك سارية المفعول وفي اي شركة وما هي مبالغها : .....

هل رفض لك طلب تأمين او اعادة سريانه او قبل بشروط خاصة : .....

هل انت احد افراد القوات المسلحة او الشرطة وما هي مرتبتك : .....

هل سبق لك او تنوي السفر على غير الخطوط الجوية التجارية كمسافرعادي او غير ذلك .....

مبلغ التأمين : .....

ابتداء التأمين : .....

مـدة التأمين : .....

طريقة الدفع : .....

نوع التأمين : .....

عقود اضافية :

☐ فائدة التعويض المضـاعـف للحوادث

☐ حوادث شخصية

☐ **فائدة التعويض في حالات العجز**

☐

المستفيد في حالة البقاء على قيد الحياة : .....

المستفيد في حالة الوفاة : .....

.....

اقر هنا بأن المعلومات والبيانات التي ذكرتها اعلاه كاملة وصحيحة وتعتبر هذه المعلومات واية بيانات لاحقة اتقدم بها اساسا لعقد التأمين بيني وبين شركة الكويت للتأمين واي بيان عار عن الصحة يؤدي الى الغاء التامين كما وافوض الشركة الحصول على معلومات طبية من اي طبيب تعالجت عنده او استشرته ومن اي شركة تأمين تقدمت اليها بطلب للتأمين على حياتي .

الشركة الوطنية للتأمين التكافلية
شركة خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية
الشرق - شارع جابر المبارك - برج مشعل
ص.ب: ٢١١٤٩ صفاة - الرمز البريدي: 13072 كويت
تلفون: ١٨٣٣٨١ - فاكس: ٢٢٩٠١٣٨٣

National Takaful Insurance Co.
Complied with Islamic Sharia Provisions
Al-Sharq - Jaber Al Mubark St. - Mishal Tower
P.O. Box : 21149 Safat - 13072 Kuwait
Tel.: 1833381 - Fax : 22901383

ملحق رقم (٤/١)

رأس المال المصرح به 10,000,000 د.ك Authorized Capital K.D. 10,000,000
شركة خاضعة لأحكام قانون شركات ووكلاء التأمين رقم (٢٤) لسنة ١٩٦١ رقم الإجازة (٢٩)

وثيقة تأمين المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات (ضد الغير)

بيانات الوثيقة

رقم الوثيقة		تاريخها	
رقم الملحق		نوعه	
تسري من المدة من		إلى	

بيانات المشترك

اسم المشترك		المهنة	
العنوان		تلفون	

اسم المشترك الجديد		المهنة	
العنوان		تلفون	

"يسري مفعول هذه الوثيقة عن مدة ترخيص المركبة وفقاً لأحكام المادة ٥ من القرار رقم ٨١ الصادر بقانون السير. وينتهي مفعولها بانتهاء هذه المدة"

بيانات المركبة

رقم اللوحة		شكل المركبة	
صنع المركبة		اللون	
القطار		جديدة / مستعملة	
رقم الهيكل		رقم الماكينة	
عدد الركاب		قوة الماكينة بالحصان	
نوع الوقود		الغرض من الترخيص	
الوزن فارغة / بالحمولة			

يقر المشترك أنه اطلع على الشروط والأحكام الملحقة بالوثيقة وأنه تسلم عند إصدار هذه الوثيقة نسخة منها.

	فلس	دينار
قيمة الإشتراك		
رسوم الإشراف		
مصاريف إصدار		
مصاريف تحويل		
المجموع		

توقيع وختم الشركة

الشركة الوطنية للتأمين التكافلي (106) الإنتاج

توقيع المشترك

UNITED INSURANCE COMPANY K.S.C.C
C.R. 336994 / 2011
Authorized Capital K.D 5.000.000
Paid Up Capital K.D 2.500.000
Sharq, Jaber Al-Mubark St.Al-Nemah Tower
P.O Box :. 258 Dasman 15453
Tel:. 1838090 Fax:. 22492220

شركة المتحدة للتأمين ش.م.ك.م
جل تجاري: ٣٣٦٩٩٤ / ٢٠١١
ن المال المصرح به ٥,٠٠٠,٠٠٠ دينار كويتي
ن المال المدفوع ٢,٥٠٠,٠٠٠ دينار كويتي
ق شارع جابر المبارك برج النعمة
ب : ٢٥٨ دسمان ١٥٤٥٣
ون: ١٨٣٨٠٩٠ فاكس: ٢٢٤٩٢٢٢٠

ملحق رقم (٤/٢)

شركة خاضعة لأحكام قانون شركات ووكلاء التأمين رقم (٢٤) لسنة ١٩٦١ . رقم الإجازة (٤٦)
Insurance License No. (46) Registered in Accordance with Insurance Companies & Agents Law No(74) of 1961.
هذه الوثيقة صادرة وفقا لأحكام قانون السير رقم ٧٦/٧٧ والقرار رقم ٨١ الخاص بالتأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات

وثيقة تأمين المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات (ضد الغير)

16245

بيانات الوثيقة

رقم الوثيقة	902/11/800/8236	تاريخ الإصدار	٢٠١١/١١/١٣
رقم الملحق		النوع	ضد الغير
تسري عن المدة من	٢٠١١/١١/١٤	إلى	٢٠١٢/١١/١٣

بيانات المؤمن له

اسم المؤمن له	ح الله	تلفون	٩٩٣٢١٦٠٣
العنوان	١٠	المهنة	
الرقم المدني			

المؤمن له الجديد			
العنوان		تلفون	
		المهنة	

يسري مفعول هذه الوثيقة عن مدة ترخيص المركبة وفقا لأحكام المادة (٥) من القرار رقم (٨١) الصادر بقانون السير - وينتهي مفعولها بانتهاء هذه المدة

بيانات المركبة

رقم اللوحة	٨/١٦٩٥٨	شكل المركبة	بوكس
صنع المركبة	شيفروليه تاهو	اللون	أبيض
الطراز	٢٠٠٨	جديدة / مستعملة	
رقم الهيكل	١٣١٨٧٨	رقم الماكينة	
عدد الركاب	٧	قوة الماكينة بالحصان	
نوع الوقود	بنزين	الغرض من الترخيص	
الوزن فارغة/بالحمولة			

يقر المؤمن له انه اطلع على الشروط والأحكام الملحقة بالوثيقة وأنه استلم عند اصدار هذه الوثيقة نسخة منها.

	فلس	دينار
قيمة القسط		١٤٠٠٠
رسوم الإشراف		٥٠٠
مصاريف إصدار		٥٠٠
مصاريف تحويل		
المجموع		٢٠٥٠٠

توقيع المؤمن

توقيع المؤمن له

الشركة المتحدة للتأمين
(ش.م.ك.م)

شركة عناية للتأمين (ش.م.ك.م.)

ENAYA Insurance Co. (S.A.K.) Closed

ملحق رقم (٥)

No. 6418

وثيقة تأمين اجازة قيادة سيارات

رقم الوثيقة	P/2/01/5008/ /			نوعها	
تسرى عن المدة من		إلى			
اسم المؤمن له					
الجنسية		المهنة			
عنوان في الكويت					

نوع رخصة القيادة		رقمها			
مدتها - من		إلى			
رقم جواز السفر		صادر من		الانتهاء	
الغرض من دخوله البلاد والتأشيرة		تاريخ دخول البلاد			

شروط وملاحظات هامة :

صدرت هذه الوثيقة في الكويت بتاريخ :

	فلس	دينار
قيمة القسط		
رسوم رقابة والاشراف		
مصاريف الاصدار		
الاجمالي		

عن / شركة عناية للتأمين (ش.م.ك.م.)

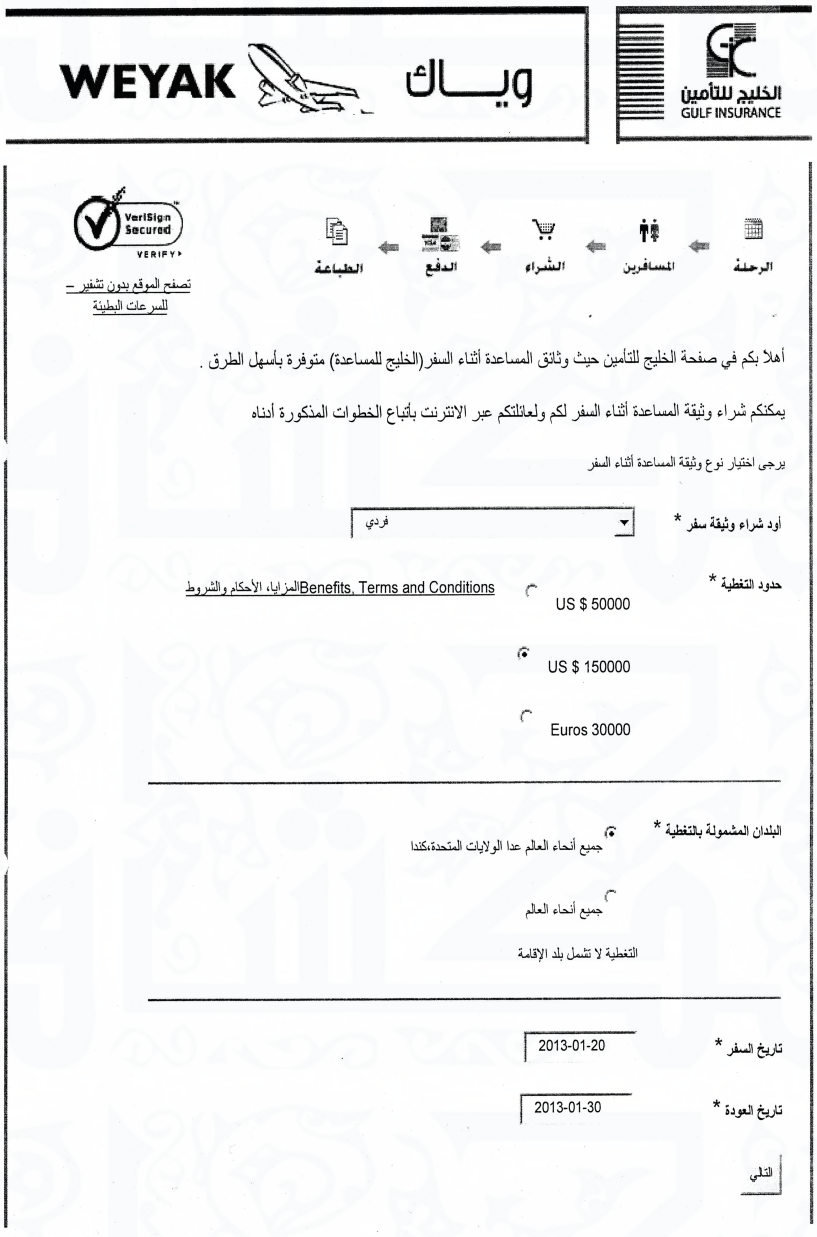
أقر وأعترف بصحة البيانات المذكورة أعلاه واني قرأت وفهمت كل شروط الوثيقة واني أوافق عليها.

شركة عناية للتأمين (ش.م.ك.م.) ENAYA Insurance Company S.A.K. (Closed)

المؤمن له

ص. ب 5859 الصفاة - الرمز البريدي 13059 الكويت - تلفون : 1822200 - فاكس : 22267471 - سجل تجاري 118271
P.O. Box 5859 Safat 13059 Kuwait. Tel.: 1822200 - Fax : 22267471 - Commercial Reg. No. 118271
E-mail : enaya@alghanim.com

ملحق رقم (٦)


WEYAK
ويـــاك
الخليج للتأمين
GULF INSURANCE
الرحلة
المسافرين
الشراء
الدفع
الطباعة
VeriSign Secured
VERIFY
تصفح الموقع بدون تشفير – للسرعات البطيئة
أهلا بكم في صفحة الخليج للتأمين حيث وثائق المساعدة أثناء السفر(الخليج للمساعدة) متوفرة بأسهل الطرق .
يمكنكم شراء وثيقة المساعدة أثناء السفر لكم ولعائلتكم عبر الانترنت بأتباع الخطوات المذكورة أدناه
يرجى اختيار نوع وثيقة المساعدة أثناء السفر
أود شراء وثيقة سفر *
فردي
حدود التغطية *
Benefits, Terms and Conditionsالمزايا، الأحكام والشروط
US $ 50000
US $ 150000
Euros 30000
البلدان المشمولة بالتغطية *
جميع أنحاء العالم عدا الولايات المتحدة،كندا
جميع أنحاء العالم
التغطية لا تشمل بلد الإقامة
تاريخ السفر *
2013-01-20
تاريخ العودة *
2013-01-30
التالي

ملحق رقم (٧)



شركة المثنى للتأمين التكافلي (ش.م.ك.م)
Al-Muthanna Takaful Insurance Co. (K.S.C.C.)

القسط لكل شخص

	فردي			عائلي		
	بلاتيني	ذهبي	فضي	بلاتيني	ذهبي	فضي
المدة	KD	KD	KD	KD	KD	KD
7 أيام	12	7	4	28	14	9
15 يوم	16	9	6	35	19	12
30 يوم	26	13	8	57	28	18
60 يوم	31	19	12	69	42	22
90 يوم	40	27	17	88	58	30
سنوي	67	48	31	146	104	54

- الأسعار المبينة أعلاه تشمل من عمر 3 أشهر حتى 69 سنة.
- اختيار العائلة تشمل المشترك والزوجة وأي عدد من الأطفال الأقل من 18 سنة.
- الأطفال مشمولين بنسبة 10% من إجمالي قيمة التأمين وبحد أقصى 10,000 $ في حالة الوفاة بحادث.

جدول المنافع

تغطية السفر	بلاتيني	ذهبي	فضي
مسئولية شخصيه	$1,000,000	$500,000	غير مشمول بالتغطية
فقدان جواز السفر	$500	$300	غير مشمول بالتغطية
فقدان الحقائب (ناقل عام) للحقيبة الواحدة للقطعة	$2,500 $1,250 $125	$1,000 $500 $50	غير مشمول بالتغطية
تأخير الأمتعة (المصاريف)	50 $ لكل ساعة وبحد أقصى 1000$	50 $ لكل ساعة وبحد أقصى 500 $	غير مشمول بالتغطية
تأخير الرحلة (المصاريف) التحمل	50 $ لكل ساعة وبحد أقصى 1000$ 4 ساعات	50 $ لكل ساعة وبحد أقصى 500 $ 4 ساعات	غير مشمول بالتغطية
الاختطاف	$250 لكل ساعة وبحد أقصى $10,000	غير مشمول بالتغطية	غير مشمول بالتغطية
السفر العائلة الطارئ	$2,500	غير مشمول بالتغطية	غير مشمول بالتغطية
المصاريف القانونية	$5,000	غير مشمول بالتغطية	غير مشمول بالتغطية
سند كفالة	$10,000	غير مشمول بالتغطية	غير مشمول بالتغطية
خدمة المساعدة 7 / 24	مشمول بالتغطية	مشمول بالتغطية	مشمول بالتغطية
إلغاء واختصار الرحلة	$5,000	$2,500	غير مشمول بالتغطية
تغطية الإرهاب (اختياري)	$100,000	$50,000	غير مشمول بالتغطية
فوات المغادرة	$1,000	غير مشمول بالتغطية	غير مشمول بالتغطية
التغطية الطبية			
المصاريف الطبية الطارئة	$500,000	$100,000	$500,000
مبلغ التحمل	$100	$100	$100
معالجة الأسنان (200 دولار للسن الواحد)	$1,000	$1,000	$1,000
الأجلاء الطبي الطارئ	مضمن في المصاريف الطبيه الطارئة	مضمن في المصاريف الطبيه الطارئ	مضمن في المصاريف الطبيه الطارئ
نقل الرفات	$10,000	$7,000	$5,000
تغطية الحوادث الشخصية			
الوفاة نتيجة لحادث	$150,000	$25,000	غير مشمول بالتغطيه
العجز الكلي الدائم	$150,000	$25,000	غير مشمول بالتغطيه
العجز الجزئي الدائم	نسبة مئوية من مبلغ التأمين الأصلي حسب نسبة العجز	نسبة مئوية من مبلغ التأمين الأصلي حسب نسبة العجز	غير مشمول بالتغطية
الوفاة نتيجة لحادث (ناقل عام)	معطاة	مغطاة	$25,000

البطاقة الائتمانية من الناحية القانونية

(دراسة مقارنة)

الدكتور/ يوسف مطلق المطوطح
كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب

ملخص:

بداية تناول البحث التطور التاريخي لنشأة البطاقة المصرفية، ومن ثم تناول المبحث الأول تحديد ماهية البطاقة وتكييفها القانوني والمصطلحات القانونية التي أطلقت عليها. كما تناول الآراء القانونية المتعددة حولها سواء اعتبارها كفالة أو حوالة أو ورقة تجارية أو عقد قرض؛ كونها نظاماً مصرفياً.

المبحث الثاني تناول العلاقات الناشئة عن استخدام البطاقة سواء علاقة العميل الذي استعملها أو البنك، وحقوق كل طرف والتزاماته.

المبحث الثالث تناول المسؤولية المدنية الجنائية الناجمة عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة وشروط انعقاد المسؤولية المدنية الجنائية.

مقدمة :

تعتبر البطاقات المصرفية[1] مظهراً من مظاهر التطور في البيئة التجارية؛ ذلك أن الإنسان منذ العصور القديمة سعى لإيجاد وسيلة للتبادل، تمثلت بداية الأمر في نظام المقايضة، ثم تطورت لتساير التغيرات الاقتصادية والاجتماعية،

(١) إن بطاقات الائتمان هي الاسم الأكثر شيوعاً واستخداماً للبطاقات المصرفية وإليه ينصرف اسم البطاقات إذا أطلق من دون تقييد.

فكانت في صورة معادن، ثم مسكوكات، إلى أن ظهرت النقود الورقية، التي سعى الإنسان إلى المحافظة عليها من مخاطر الضياع أو السرقة، واهتم بسهولة نقلها من مكان إلى آخر.

ومن ثم ظهرت البنوك، وتدخلت في الحياة الاقتصادية، ولعبت دوراً مهماً من خلال أساليب الفن المصرفي المتطور؛ بحيث أوجدت وسيلة للائتمان أكثر تطوراً من الأوراق التجارية، ألا وهي بطاقات الائتمان(١)، التي تعد إحدى وسائل الدفع الإلكترونية التي انتشرت على مستوى العالم انتشاراً واسعاً، وأصبحت من أنشطة الخدمات المصرفية التي تقدمها مئات الألوف من البنوك، كما أصبح يتعامل بها مئات الملايين من الأفراد(٢).

وذلك نظراً للصفات التي تتمتع بها هذه البطاقات والمزايا التي تقدمها للأطراف المتعاملين بها، سواء الجهات التي تصدرها من خلال الاستفادة من رسوم إصدارها والعمولات التي تستوفيها من جراء النيابة عن المشتري بدفع الأموال المستحقة عليه، أو الأفراد الذين يتعاملون بها؛ حيث يجنبهم التعامل بها مخاطر حمل النقود وإرهاقها، أو التجار الذين يضمنون الحصول على قيمة بضائعهم أو خدماتهم من جهة لا يظن أنها تتأخر عن الدفع أو تتلكأ بسبب ملاءمتها المالية. وهو الأمر الذي أدى إلى ازدياد انتشارها؛ حيث أصبحت الوسيلة الأولى للوفاء في كثير من البلدان، وبدأت تنافس النقود والشيكات، أو الصكوك بسبب ما توفره من حماية وتسهيلات لحاملها، وقد لا يكون ببعيد اليوم الذي نرى فيه اختفاء النقود(٣).

---

(١) د. آمال أحمد موسى زهران، الآثار الاقتصادية للبطاقات البنكية، جدة، دون ناشر، سنة ١٤٢٩هـ، ص٧.

(٢) د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من١٠-١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، ص٦٥٩.

(٣) د. محمد حماد مرهج الهيتي، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، المحلة الكبرى، دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٩م، ص٨.

ولقد ازدادت أهمية البطاقات المصرفية، ويرجع ذلك إلى تعدد أنواعها وأغراضها، كما يرجع ذلك أيضاً إلى التطور الذي شهده أسلوب استعمالها، حيث مكن شيوع التجارة الإلكترونية عبر شبكات الإنترنت من استعمالها للوفاء بالمشتريات أو الحصول على الخدمات من أي مكان وفي أي بلد؛ مما أدى إلى انتشار استعمالها على مستوى العالم وأسست بسببها مؤسسات مالية عالمية ترعى هذه البطاقات وتقدم الخدمات للجهات التي ترغب في إصدارها والتعامل بها.

لذلك، فإن أهمية موضوع البحث تنبع من أهمية البطاقات المصرفية؛ كونها من الوسائل الحديثة التي ابتكرتها المؤسسات المصرفية من أجل استخدامها للوفاء بالمشتريات. هذا، فضلاً عما تحمله تلك البطاقات من مخاطر تتمثل في سوء استخدام تلك البطاقات أو في التحايل عن طريقها، هذا إلى جانب ازدياد المشكلات القانونية الناتجة من استخدامها مع قلة التشريعات التي تعالج تلك المشكلات، ومنها التشريعات العربية على وجه التحديد.

وانطلاقاً مما تقدم، كان لابد من دراسة نظام البطاقة المصرفية من الناحية القانونية؛ وذلك نظراً للأهمية الكبيرة التي تحيط بهذا النظام، ولتحقيق هذا الهدف سنقسم الدراسة إلى مباحث ثلاثة، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية البطاقة الائتمانية وتكييفها القانوني.

المبحث الثاني: العلاقات الناشئة عن استخدام البطاقة الائتمانية.

المبحث الثالث: المسؤولية المدنية والجنائية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة الائتمانية.

المبحث الأول
ماهية البطاقة الائتمانية وتكييفها القانوني

إن بيان ماهية البطاقة الائتمانية وتكييفها القانوني يقتضي منا تعريفها وبيان أنواعها أولاً، ثم الوقوف على تكييفها القانوني ثانياً، وقد أفردنا لكل أمر مطلباً مستقلاً، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية البطاقة الائتمانية.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للبطاقة الائتمانية.

المطلب الأول
ماهية البطاقة الائتمانية

سنقوم في هذا المطلب بالتعرض لنشأة البطاقة الائتمانية وعرض التسميات المختلفة لها، ثم تعريفها في اللغة والاصطلاح، والتمييز بينها وبين غيرها من البطاقات المصرفية، وفي ضوء ما نقدم سنقسم هذا المطلب إلى فروع أربعة، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: نشأة البطاقة الائتمانية.

الفرع الثاني: التسميات المختلفة للبطاقة الائتمانية.

الفرع الثالث: تعريف البطاقة الائتمانية.

الفرع الرابع: التمييز بين بطاقة الائتمان وغيرها من البطاقات المصرفية.

الفرع الأول
نشأة البطاقة الائتمانية

إن أهم ما أبدعه العصر في مجال المعاملات التجارية والاقتصادية نظام بطاقات الائتمان الذي ظهر أول الأمر في أمريكا، ثم انتقل منها إلى البلاد

الأوروبية، ثم أخذ في الانتشار بعد ذلك في البلاد العربية وغيرها[١]. وعلى ذلك تعد بطاقات الائتمان إحدى الخدمات المصرفية التي استحدثها الفن المصرفي في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عدة عقود؛ حيث كان من عادة تاجر التجزئة من قديم أن يعطي عملاءه سلعاً بالأجل، ويجري حسابه معهم كل أسبوع أو كل شهر، ثم يبدأ فترة جديدة بعد سداد ما استحق له من قبل.

وكان التاجر يمسك دفتراً لهذا الغرض حتى يراجع مع كل عميل حسابه، وكانت هذه العملية تمثل صعوبة للتاجر الذي له فروع كثيرة يتعامل معها العميل؛ حيث يلزم تجميع حسابه من مختلف الفروع، ومن هنا أنشئت لكل عملية بطاقة كرتونية تضم ما منح من ائتمان تجاري، ثم استبدلت بهذه البطاقات لدى التجار في أمريكا عام ١٩١٠م بطاقات معدنية، تحمل اسم العميل بوساطة ماكينة طبع العناوين البارزة لتسجيل اسم العميل وما عليه من حساب، فكانت بطاقات الائتمان بهذا الشكل تؤدي وظيفتين: التعريف بالعميل وإدراج بيانات مديونيته، وعلى الرغم من ثقل هذه البطاقات المعدنية إلا أنها كانت ناجحة[٢]. ثم تلا ذلك أن أصدرت شركة ويسترن يونيون (Western Union) عام ١٩١٤م في الولايات المتحدة الأمريكية بطاقة تسديد المدفوعات (Payment Card).

وهي بطاقة معدنية تعطى لبعض العملاء المميزين للشركة؛ وبموجبها يحصلون على مزايا خاصة عند تعاملهم مع الشركة، إضافة إلى منحهم ائتماناً

---

(١) د. عصام حنفي محمود موسى، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من١٠-١٢مايو سنة ٢٠٠٣م، ص٨٤٩.

(٢) للمزيد راجع في ذلك: د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، ص٢٠٤١.
ومن المراجع الأجنبية انظر:
Drury, AC and Ferrier, CW, Credit Cards, London, Butterworth,1984, pp.14-29.

ممثلاً في تسهيلات زمنية لدفع المستحقات التي عليهم، ثم قامت بعض الفنادق الكبرى والمحال التجارية وشركات البترول والسكك الحديد والتلغراف في عام ١٩١٧م باتباع الفكرة نفسها(١).

ثم تلاها بعد ذلك – وبالتحديد سنة ١٩٢٤م – إصدار أول بطاقة ائتمان حقيقية، حيث قامت شركة بترول (جنرال بتروليوم كوربوريشن) في كاليفورنيا بإصدار بطاقة ائتمان، توزع على الجمهور، ويتم استعمالها لدفع قيمة البنزين المبيع لهم، على أن تسدد المبالغ المترتبة عليهم في تواريخ لاحقة(٢).

وترجع البداية الحقيقية لبطاقات الائتمان بالمفهوم الحديث إلى الأمريكيين (فرانك بكتمارا ورالف سيندر) في عام ١٩٥٠م؛ حيث كان الاثنان يتناولان طعام الغداء في أحد مطاعم منهاتن، ففوجئا أنهما نسيا نقودهما، ولم يكونا معروفين لصاحب المطعم؛ مما أدى إلى نقاش معه؛ الأمر الذي أدى بهما إلى التفكير في إنشاء مؤسسة تضمن للمطاعم المشتركة لديها دفع حساب العملاء المنضمين لهذه المؤسسة، مقابل اشتراك معين بعد إبراز هؤلاء العملاء للبطاقات المصدرة لهم من قبل المؤسسة إلى المطعم المشترك، على أن يرسل للعميل في نهاية كل شهر كشف ليقوم بسداده.

ثم اتسع الاستخدام الحقيقي لبطاقات الائتمان على يد البنوك(٣)، وأول البنوك التي أصدرت بطاقات الائتمان هو بنك فرانكلين الوطني عام ١٩٥١م، وتم تسمية البطاقة (National Card)، ثم أتبعه البنك الأمريكي عام ١٩٥٨م؛ حيث أصدر بطاقة (American Card)، ثم ظهرت بطاقة الأمريكان إكسبريس عام ١٩٥٨م لتمكن حاملها من استفادة الحصول على المبلغ والخدمات من الفنادق

(١) د. آمال أحمد موسى زهران، الآثار الاقتصادية للبطاقات البنكية، مرجع سابق، ص٣٦.

(٢) د. رفعت فخري أبادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، مجلة إدارة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد الرابع، سنة ١٩٨٤، ص١٢.

(٣) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص ٤٢/٢.

والشركات على أن تحصل من عملائها ما يضمن استرداد ما تقوم بدفعه لحساب فواتيرهم(١).

ولم يقتصر الأمر على الولايات المتحدة الأمريكية، فقد انتقلت هذه الوسيلة إلى فرنسا، وذلك في عام ١٩٥٤م، وشهد عام ١٩٦٧م إصدار العديد من بطاقات الائتمان، أهمها الكارت الذهبي الصادر عن اتحاد الفنادق، والبطاقة الزرقاء الصادرة عن مجموعة من البنوك الفرنسية، كما اهتمت البنوك البريطانية منذ العام نفسه بهذه الوسيلة باعتبارها الوسيلة الأكثر حداثة للوفاء بالمشتريات أو الحصول على الخدمات(٢).

وكان نجاح بطاقات الائتمان محدوداً في بداية ظهورها، ثم زاد انتشارها عن طريق البنوك في أمريكا وأوروبا، حتى بلغ عدد بطاقات الائتمان المستخدمة في فرنسا عام ١٩٩٣م واحداً وعشرين مليون بطاقة(٣).

أما في أمريكا فقد بلغ عدد البطاقات المصدرة ضعف عدد السكان فيها، أي نحو ٦٠٠ مليون بطاقة(٤).

أما في الدول العربية، فقد بدأ العمل بالبطاقات المصرفية في سبتمبر عام ١٩٨١م في مصر من خلال البنك العربي الإفريقي، وقد عرفت باسم" فيزا كارد البنك العربي"(٥)، ثم ظهرت بطاقات الائتمان في الأردن عام ١٩٨٢م؛

---

(١) للمزيد راجع في ذلك: فداء يحيى أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، عمان، دار الثقافة للطباعة والنشر، سنة ١٩٩٩م، ص٢٠.

(٢) د. فايز نعيم رضوان، بطاقات الائتمان، المنصورة، مكتبة الجلاء، سنة ١٩٩٠م، ص٧.

(٣) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص٢٠٤٣.
ومن المراجع الأجنبية انظر:
Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Les cartes de paiement et de crédit, Droit du crédit, paris, 1990, p.189

(٤) د. آمال أحمد موسى زهران، الآثار الاقتصادية للبطاقات البنكية، مرجع سابق، ص٤٠.

(٥) للمزيد راجع في ذلك: عماد علي الخليل، الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء "دراسة تحليلية مقارنة"، عمان، دار وائل للنشر، سنة ٢٠٠٠م، ص١٦.

حيث أصدرها بنك البتراء الأردني[١]، ثم أخذت تنتشر بعد ذلك في كثير من البلدان العربية.

الفرع الثاني
التسميات المختلفة للبطاقة الائتمانية

لقد أطلق على هذه الوسيلة الجديدة في التعامل المالي في الكتابات العلمية التي تناولتها، وفي الاستعمال المصرفي عدة أسماء، منها: بطاقات الائتمان، وبطاقات الاعتماد، وبطاقات الإقراض وبطاقات الدفع البلاستيكية، وبطاقات الدفع الإلكترونية، والنقود البلاستيكية، والبطاقات المصرفية، وبطاقات الوفاء المصرفية، وكانت التسمية الأكثر شيوعاً من هذه التسميات هي "بطاقات الائتمان"[٢].

ويلاحظ على التسميات المتقدمة ما يلي:

- إن إضافة لفظ "البلاستيكية" إلى البطاقة يدل على المادة المصنوعة منها، ومن ثم فهو يتعلق بالناحية الشكلية وليس الموضوعية، كما أن إضافة لفظ "الإلكترونية" لا يتعلق بالناحية الموضوعية وإنما يدل على كيفية صنعها والأجهزة التي تعمل من خلالها البطاقة.
- كما أن إضافة لفظ "النقود" لا يعبر عن حقيقتها؛ لأن بين النقود والبطاقات اختلافات كما أن إضافة لفظ "بنكية" لا يعبر عن حقيقتها؛ لأنه توجد مؤسسات ائتمانية غير بنكية تصدر البطاقة، كما قد تصدر البطاقة من البائع نفسه وليس من البنوك.
- كما أن تسميتها ببطاقة الدفع، أو ببطاقة الوفاء، يعبر عن وظيفة واحدة من

---

(١) عماد علي الخليل، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

(٢) د. محمد رأفت عثمان، ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية وتميزها عن غيرها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، ص٦١٦.

وظائف البطاقة، هذا فضلاً عن أنه لا يدل على ما تحمله من معاني الثقة في حاملها والائتمان الذي تقوم عليه، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن استخدامها في سحب النقود، وهذه العملية ليس فيها دفع ولا وفاء بدين.

يبقى لدينا ألفاظ "الائتمان والاعتماد والإقراض"، والائتمان والاعتماد قريبان في المعنى إلى حد الترادف في اللغة الإنجليزية؛ حيث إن اللفظ الإنجليزي (Credit)، الذي نقلت عنه الترجمة العربية يعني "ائتمان واعتماد"، ولأن البطاقة بجانب كونها وسيلة للوفاء أو الدفع مثل الشيكات، فإنها تمنح حاملها ائتماناً مصرفياً قصير الأجل(١). ومن ثم يبقى الخيار بينهما (أي بين لفظي الائتمان والاعتماد) وبين لفظ الإقراض(٢). ومن ثم يثار التساؤل التالي: ما الاسم المعبر عن حقيقتها أهو "بطاقة الائتمان أم بطاقة الإقراض"؟

في الإجابة عن هذا التساؤل ذهب بعض الباحثين إلى أن تسمية هذه البطاقات ببطاقات "الائتمان" محل نظر؛ وذلك لأن هذه التسمية غير دقيقة، حيث تستخدم في غير مدلولها الصحيح؛ ذلك أنها تختزل الأنواع الأخرى للبطاقات المصرفية بنوع واحد، وهو الأمر الذي يجعلها تسمية لا تنسجم مع واقع هذه الوسيلة ولا مع تطورها(٣).

وهذا الرأي يؤيده بعض الباحثين، الذي يرى أن التسمية السليمة المناسبة لهذا النوع من البطاقات هو بطاقات الإقراض؛ وذلك لأن كلمة (Credit) تعني

---

(١) د. محمد رأفت عثمان، ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية وتميزها عن غيرها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦١٦.

(٢) د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان، ماهيتها والعلاقة الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من١٠-١٢مايو سنة ٢٠٠٣م، ص٦٦٢.

(٣) د. محمد عبد الحليم عمر، الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان، القاهرة، إيتراك للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٧م، ص١٤.

صراحة معنى الإقراض في المصطلح الاقتصادي والتجاري، كما تعني معنى الإقراض كذلك في القانونين الإنجليزي والأمريكي (في مجال البطاقات المالية) وأيضاً لأن طرفي عقد هذا النوع من البطاقات يسميان مقرضاً ومقترضاً، فتسميتها ببطاقات الإقراض اسم مناسب لحقيقتها، ويميزها عن نظيرتها من البطاقات الأخرى في الشروط وتسديد الديون الذي ينبني عليه أحكام شرعية، ولأن المصطلح الشرعي للقرض ينطبق أيضاً على هذه الصورة في التعامل.

وأما كلمة "ائتمان" فليست عنواناً صحيحاً لهذه المعاملة ولا هي وصف مناسب له؛ لأنه لا أثر للائتمان أصلاً ولا وضعاً في صحة تكييف العقد فيبنى عليه حكم(١).

ولكن على العكس من هذا الرأي ذهب البعض الآخر من الفقه(٢) – وهو الذي نتبنى رأيه ونؤيده – إلى أنه يمكن إطلاق اسم "بطاقة الائتمان" الذي شاع بين الباحثين والكاتبين، والاستعمال المصرفي على هذه الوسيلة في التعامل المالي؛ وذلك لأمرين:

الأمر الأول: شيوع هذه التسمية حتى أصبحت علماً على هذه الصورة من التعامل المالي. **أما الأمر الثاني فهو** أن هذه التسمية داخلة في مجال الاصطلاح، والقاعدة أنه لا مشاحة في الاصطلاح، والاصطلاح قد يخرج بعض الكلمات عن مدلولها اللغوي إلى معنى آخر يريده جماعة خاصة.

فيصح أن نقبل تسمية "بطاقة الائتمان" على أنها اصطلاح أخرج اللفظ عن معنى لغوي إلى معنى آخر لبيان المراد، ويمكن القول أيضاً إن تسميتها بهذا الاسم من باب التجوز في استعمال الكلمات بإطلاق السبب وهو الائتمان وإرادة المسبب وهو البطاقة؛ لأن الجهة التي أصدرت البطاقة قد ائتمنت الشخص الذي

---

(١) للمزيد راجع في ذلك: د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دراسة فقهية قانونية اقتصادية، بيروت، دار الحكم، سنة ١٩٩٨م، ص٤٥.

(٢) د. محمد رأفت عثمان، ماهية بطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص٦١٧.

سمح له باستعمالها، على أن يؤدي الحق الذي ائتمنته عليه، فصار مسموحاً له بمقتضى ذلك أن يستدين بها، وفقاً للاتفاقية التي أبرمت بينهما.

الفرع الثالث
تعريف البطاقة الائتمانية

سنتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي للبطاقة ثم التعريف الفقهي لها، وذلك على النحو التالي:

أولاً – التعريف اللغوي للبطاقة:

البطاقة في اللغة تعني: الورقة، أو هي الرقعة الصغيرة من الورق وغيره، يكتب عليها بيان ما تعلق عليه، أو هي: رقعة صغيرة يثبت فيها مقدار ما تجعل فيه إن كان عيناً فوزنه أو عدده وإن كان متاعاً فقيمته(١).

ثانياً – التعريف الفقهي للبطاقة الائتمانية:

تتعدد تعريفات البطاقة الائتمانية بتعدد الكتاب والباحثين؛ حيث يركز كل منهم على جانب واحد من جوانب البطاقة، ومن هذه التعريفات ما يلي:

البطاقة الائتمانية هي "بطاقة تمنح بناء على تعاقد خاص بين إحدى الهيئات القائمة على تسهيل الائتمان وأحد الأشخاص، بموجب هذا التعاقد تقوم هذه الهيئة بفتح اعتماد بمبلغ محدد من المال، فإذا أراد حامل البطاقة شراء سلعة أو الحصول على خدمة من أحد المحال المعتمدة لدى تلك الهيئة (المصدرة) يقوم بتقديم البطاقة إليه؛ حيث تقوم الجهة المصدرة بتسوية العملية، ثم تسترد مقابلها من حامل البطاقة وفقاً لشروط عقد فتح الاعتماد(٢).

---

(١) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، القاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، سنة ٢٠٠٨، ص ٥٥.

(٢) د. عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، بيروت، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥م، ص١٢.

نلاحظ أن هذا التعريف يركز على العقد الأساسي الذي قامت عليه البطاقة على اعتباره هو الأهم؛ حيث إنه يوضح العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها.

كما تعرف البطاقة الائتمانية بأنها "بطاقة بلاستيكية أو ورقية أو مصنوعة من مادة أخرى يصعب العبث في بياناتها أو تزويرها، تصدرها جهة ما – بنك أو شركة استثمار – يذكر فيها اسم العميل الصادرة لصالحه ورقم حسابه، حيث يملك حاملها تقديم تلك البطاقة للتاجر لتسديد ثمن مشترياته، ثم يقوم التاجر بتحصيل تلك القيمة من الجهة المصدرة التي بدورها تقوم باستيفاء تلك المبالغ من صاحب البطاقة"(١).

وقد عرفت أيضاً بأنها "بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محالّ وأماكن معينة عند تقديمه لهذه البطاقة، ويقوم بائع السلع أو الخدمات بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف مصدر الائتمان فيسدد قيمتها له، ويقدم المصرف للعميل كشفاً شهرياً بإجمالي القيمة لتسديدها أو لخصمها من حسابه الجاري طرفه"(٢).

يلاحظ على التعريفات المتقدمة أنها تهتم ببيان كيفية عمل هذه البطاقات كما أنها تسعى لتوضيح طبيعة العقود التي تربط أطراف العلاقات الناشئة عن إصدار بطاقات الائتمان.

وهناك من يعرفها بأنها "بطاقة تصدر بواسطة مؤسسة مالية باسم أحد الأشخاص، وتقوم تلك البطاقة بوظيفتي الوفاء والائتمان؛ أي أن حاملها يملك إمكانية تتابع سداد المبالغ التي استخدمها من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة".

---

(١) راجع في المعنى نفسه: د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩م، ص٥٣٧.

(٢) د. عبد الوهاب أبو سليمان، البطاقة البنكية الإقراضية، مرجع سابق، ص٢٧.

نلاحظ على التعريف المتقدم أنه يعكس وظيفة البطاقة وكونها وسيلة وفاء وائتمان.

كما تعرف بأنها "قطعة بلاستيكية مستطيلة الشكل ذات أطراف شبه دائرية (نصف قوس) يراوح عرضها بين (٥) و (٥,٥) سنتيمترات، وطولها يراوح بين (٨ – و ٨,٥) سنتيمتر، يتم تغليفها بمادة كيمائية يتم عليها تثبيت البيانات والمعلومات والأشكال"(١).

يُلاحظ على التعريف المتقدم أنه يعرف البطاقة الائتمانية من الناحية الشكلية.

وهناك من يعرفها بأنها "بطاقات ينحصر دورها في كونها أداة للوفاء بثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها حامل البطاقة من بعض التجار المقبولين لدى الجهة المصدرة للبطاقة"(٢).

يلاحظ على هذا التعريف أنه يكشف عن طبيعة البطاقة الائتمانية عندما عرفها بأنها "أداة للوفاء"، ويلاحظ على جميع التعريفات المتقدمة أن بعضها يركز على بيان كيفية عمل هذه البطاقات، في حين يركز البعض الآخر على طبيعة البطاقة إما كونها وسيلة وفاء أو ائتمان، وإما كونها وسيلة وفاء فقط، وأخيراً يركز البعض على الناحية الشكلية.

ومن جماع ما تقدم يمكن القول: إن أقرب تعريف لتوضيح حقيقة بطاقات الائتمان هو التعريف الذي أورده مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ونصه "بطاقات الائتمان مستند يعطيه مُصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً

(١) عماد علي الخليل، الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، مرجع سابق، ص١٩.
(٢) رفعت أبادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص١٨.

لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومنها ما يمكن من سحب النقود من المصارف "[١].

ولكن يؤخذ على هذا التعريف – من وجهة نظر بعض الفقه[٢] – أنه نص على أن بطاقة الائتمان مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري؛ وليست هناك حاجة إلى النص على الشخص باعتباره طبيعياً أو اعتبارياً؛ لأن كلمة شخص تشملهما معاً عند الإطلاق؛ ولأنه في العادة تمنح لأشخاص طبيعيين، وكما يتم إصدار البطاقة بموجب عقد بين المصدر حامل البطاقة، فإنه يتم توقيع عقد أو اتفاقية بين البنك والتاجر يحسن النص عليهما في التعريف، إضافة إلى الإشارة لرجوع المصدر على الحامل لاستيفاء حقه. **وفي ضوء ما تقدم، يتبنى الباحث التعريف التالي:**

بطاقة الائتمان هي "مستند يعطيه مصدره لشخص بناء على عقد أو اتفاقية بينهما يلتزم فيها المصدر بدفع قيمة مشتريات حامل البطاقة من التجار المتعاقدين مع بنك عضو في إصدار البطاقة مسبقاً بقبول البيع وتأدية الخدمات بموجبها، ودفع مسحوباته النقدية من البنوك، ثم رجوع المصدر على حامل البطاقة فيما بعد لاستيفاء هذه المدفوعات "[٣].

---

(١) قرار وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بجدة سنة ١٤١٣هـ، قرار رقم٦٥/١/٧، الفقرة رابعاً. راجع مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الأول، ص٧١٧.

(٢) د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان، ماهيتها والعلاقة الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٦٦٤.

(٣) د. محمد عبد الحليم عمر، المرجع السابق نفسه، ص٦٦٤.

الفرع الرابع
التمييز بين بطاقة الائتمان وغيرها من البطاقات المصرفية

نتيجة لتعدد البطاقات المصرفية التي تصدرها البنوك وأبرزها التعامل التجاري، وتشابهها في الشكل الخارجي، فإنه يتعين التمييز بين بطاقة الائتمان وغيرها من البطاقات المصرفية، وسيتم ذلك على النحو التالي:

أولاً – التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة الوفاء:

بطاقة الوفاء "Debit Card" هي أداة للوفاء بثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها العميل من بعض التجار المعتمدين لدى الجهة المصدرة للبطاقة، ولا يقوم حامل البطاقة بدفع ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها فوراً أو بشيك، ولكنه يقتصر على تقديم بطاقة الوفاء الخاصة به إلى التاجر(١) الذي يقوم بدوره بتدوين بياناتها في فاتورة (facture) من ثلاث نسخ يوقعها العميل، يحتفظ التاجر بإحداها، ويعطي الثانية للعميل، ويرسل الثالثة إلى البنك الذي يقوم بتجميع الفواتير الموقعة من العميل لتسديد قيمتها في نهاية الشهر مع خصم المبلغ من الحساب الجاري للعميل لديه؛ لأن مصدر البطاقة، سواء أكان بنكاً أم مؤسسة مالية، يمسك للعميل حساب وديعة أو حساباً جارياً، ويسترد حقوقه منه بالقيد في الحساب، وليس بالمطالبة عن كل فاتورة

والجدير بالذكر أن العميل بموجب هذا النوع من البطاقات يتمتع بأجل فعلي للوفاء بثمن السلع والخدمات التي حصل عليها، لذا فإنها تعد أداة للوفاء خالصة، ولا تتضمن أية تسهيلات ائتمانية من البنك(٢).

---

(١) نداء كاظم المولى، الطبيعة القانونية لنظام البطاقة المصرفية، بحث مقدم لجامعة الزرقاء الأهلية بالأردن، ص ٣.

(٢) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص٢٠–٥٠.

ثانياً – التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة الصراف الآلي:

بطاقة الصراف الآلي هي بطاقة تمكن حاملها من سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة وبنظام خاص يعتمد على رقم سري للعميل يستطيع بوساطته صرف المبلغ آلياً من الجهاز(١).

وتختلف بطاقة الصراف الآلي عن بطاقة الائتمان في أن استخدام بطاقة الصراف الآلي يعتمد على الأموال الموجودة بالفعل في حساب حامل البطاقة، ولا يسمح بالصرف عند عدم وجود رصيد للعميل بعكس بطاقة الائتمان؛ التي تقدم ائتماناً حقيقياً للعميل، وهذا هو الفارق الجوهري بين النظامين، فبطاقة الصراف الآلي هي أداة سحب، بينما بطاقة الائتمان هي أداة ائتمان.

كما تستخدم بطاقة الصراف الآلي لإجراء إيداعات في الحساب، بينما بطاقة الائتمان فلا تتوافر فيها هذه الخاصية(٢).

وأخيراً، قد يوجد تشابه بين بطاقة الصراف الآلي وبطاقة الائتمان في أنه لا يجوز السحب نقداً من الحساب، ولكن إذا كان الرصيد مديناً فإنه يمكن ببطاقة الائتمان السحب من الحساب بأن يدفع فواتير، أما في بطاقة الصراف الآلي فلا يسحب إلا إذا توافر رصيد، إلا إذا منح البنك العميل تسهيلات بالسحب بحد معين، فتتحول عندئذ إلى بطاقة ائتمان في هذا الصدد(٣).

---

(١) نداء كاظم المولى، الطبيعة القانونية لنظام البطاقة المصرفية، مرجع سابق، ص ٤.

(٢) د. نزيه محمد الصادق المهدي، نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، ص٧٥٩.

(٣) د. نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص٧٦٠.

ثالثاً –التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة ضمان الشيكات:

بطاقة ضمان الشيكات هي بطاقة بموجبها يتعهد البنك لعميله حامل البطاقة بضمان سداد الشيكات المسحوبة من قبله على هذا البنك وفقاً لشروط البطاقة، ومن ثم فالفرق بين بطاقة ضمان الشيكات وبطاقة الائتمان هو أن الأخيرة تضمن وفاء قيمة سلع وخدمات حصل عليها حامل البطاقة من التاجر، وتقوم الجهة المصدرة بسداد المبالغ المطالب بها من الحامل لاحقاً، بينما بطاقة ضمان الشيكات تضمن الوفاء بقيمة شيك مسحوب من الحامل والبنك المسحوب عليه من حقه رفض الشيك في حالتي تجاوز الحد الأقصى للرصيد وعدم وجود رصيد أو وجود رصيد غير كاف؛ مما يجعل أركان جريمة إصدار شيك دون رصيد متوافرة(١).

رابعاً – التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة الحساب:

إن بطاقة الحساب "charge card" هي بطاقة تتيح لحاملها الشراء على الحساب في الحال، على أن يتم السداد لاحقاً؛ فهي لا تقدم ائتماناً لحاملها، ولكن عليه سداد قيمة مشترياته بمجرد إرسال الفاتورة إليه مع عدم تحمله من جراء ذلك أي فوائد(٢)، وذلك مثل تسديد فواتير الكهرباء والهاتف...إلخ.

وبذلك نلاحظ أن بطاقة الحساب تعتمد على الشراء بدين يتم سداده كله لاحقاً، ولكن في بطاقة الائتمان يتم السداد خلال مدة معينة ومتعاقبة من

---

(١) أ. ثناء أحمد محمد المغربي، الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠–١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، ص٩٤٧.

(٢) P.G Hanson, Service Banking, third edition,p.215.
مشار إليه لدى: نداء كاظم المولى، الطبيعة القانونية لنظام البطاقة المصرفية، مرجع سابق، هامش رقم ١٠، ص ٤.

الاعتماد المسموح به للحامل، والذي يتم السحب على أساسه مضافاً إلى السداد فائدة معينة مقابل إدارة العملية المصرفية(١).

المطلب الثاني
التكييف القانوني للبطاقة الائتمانية

لقد اختلف الفقه التجاري في تكييف البطاقة المصرفية إلى عدة تكييفات، ويرجع ذلك إلى ندرة التشريعات التي تتعامل مع هذا الموضوع، ومن هذه التكييفات ما يلي:

أولاً: يرى بعض الفقه أن بطاقة الائتمان تقوم على فكرة الوكالة(٢)؛ حيث يوكل المصرف من قبل حامل البطاقة في دفع ثمن السلع أو الخدمات التي يروم الوفاء بثمنها.

ولكن يرد على هذا القول بأن مصدر البطاقة يقوم بالوفاء للتاجر قبل قيامه بتحصيل هذه المبالغ من حامل البطاقة، كما أن الوفاء يتم باستخدامها وبشكل آلي ومن دون تدخل المصرف، كما أن المصرف لا يملك التدخل أصلاً إلا إذا استلم إشعاراً بفقدان البطاقة أو سرقتها(٣).

---

(١) للمزيد راجع في ذلك: أ. ثناء أحمد محمد المغربي، الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٩٤٩. د. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية المدنية والجنائية لبطاقة الائتمان الممغنطة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص٢٧وما بعدها.، ثناء أحمد محمد المغربي، الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٩٤٩.

(٢) الوكالة هي عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم.

(٣) د. ممدوح خليل البحر، د. عدنان أحمد ولي العزاوي، بطاقات الائتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها، دراسة قانونية مقارنة، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، ص١٠٠١.

ثانياً: ذهب بعض الفقه إلى أن البطاقة المصرفية هي من قبيل النقود الإلكترونية تضم إلى العملة المعدنية والورقية المعروفة.

ويُرد على هذا الرأي بأن النقود لها قابلية التداول وإعادة الاستعمال وسند ملكيتها الحيازة كما أنها محددة القيمة، هذا فضلاً عن أن قوانين المصارف المركزية تحدد صفتها النقدية بنصوص صريحة غير قابلة للاجتهاد.

أما بطاقة الائتمان فهي غير متداولة لشخصية الاستخدام، ولا يمكن تحويلها أو نقل ملكيتها للغير، كما يوجد نوع من التباين في قيمتها نظراً لاختلاف التسهيل الائتماني الذي يمنح لحامليها كلاً بحسب مقدرته(١).

رابعاً: ينظر بعض الفقه إلى البطاقة المصرفية على أنها تشبه في نظامها القانوني حوالة الحق، وهي ذلك العقد الذي بموجبه ينقل الدائن حقه قبل مدينه إلى شخص آخر يحل محله في علاقته بالدين، ومن ثم يفسر نظام الوفاء بالبطاقة وفقاً لفكرة حوالة الحق التي تؤدي حقوق التاجر إلى مصدر البطاقة بكل ما يتعلق بها من حقوق والتزامات، فمصدر البطاقة "المحال له" الحق في مطالبة حامل البطاقة "المحيل عليه" بسداد المبالغ التي قام بالوفاء بها للتاجر "المحيل" مقابل دفع عمولة.

ويتعارض هذا التكييف مع نص المادة (١٦٩٠) من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة (٣٠٥) من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه "لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها"، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ، وهو الأمر غير المتوافر في بطاقات الوفاء(٢).

خامساً: يرى بعض الفقه أن البطاقة المصرفية هي نوع من أنواع الكفالة، والكفالة هي عقد من العقود يكفل بمقتضاه شخص يسمى "الكفيل" سداد

---

(١) أ.ثناء أحمد محمد المغربي، الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٩٥١.

(٢) للمزيد راجع في ذلك: د. فايز رضوان، بطاقات الوفاء، مرجع سابق، ص٢٣٠.

الالتزام الذي في ذمة شخص آخر هو "المدين"، بأن يتعهد الكفيل للدائن بأن يسدد هذا الالتزام إذا لم يسدده المدين نفسه، وذلك على أساس أن البنك مصدر البطاقة؛ إذ يتعهد التاجر بأن يسدد له – في حدود مبلغ معين بحسب اتفاقهما قيمة الفواتير الموقعة من حامل البطاقة، فإن ذلك يعتبر – في نظرهم – كفالة من البنك "الكفيل عندئذ" لديون العميل حامل البطاقة "المدين عندئذ" في مواجهة التاجر البائع "الدائن عندئذ"، ولا سيما أن القانون قد أجاز إمكان كفالة الدين المستقبل أو الدين الشرطي.

ولكن على الرغم من ذلك، فإن أحكام الكفالة تختلف تماماً عن أحكام بطاقة الائتمان، وعلى وجه الخصوص بالنسبة إلى التزامات البنك مصدر البطاقة؛ حيث لا يمكن اعتباره كفيلاً لاختلاف خصائص التزاماته مع خصائص عقد الكفالة؛ الأمر الذي يخرج بطاقة الائتمان من الطبيعة القانونية للكفالة(١).

سادساً: يتجه رأي في الفقه إلى القول إن البطاقة المصرفية تقوم على فكرة القرض؛ حيث يقدم المقرض للمقترضين مبلغاً نقدياً للتصرف فيه بغرض معين، وفي حالة تجاوز المقترض هذا الغرض، فإن من حق المقرض فسخ العقد لمخالفة المقترض غرض العقد، ويطلب رده فوراً.

ولكن يرد على هذا الرأي بأن القرض ينشئ علاقة ثنائية بين المقرض والمقترض فقط وعلاقتهما منفصلة عن الغير، والوفاء ينشأ منذ تاريخ العقد وفقاً لشروطه، في حين تنشأ ببطاقة الائتمان علاقة ثلاثية بين المصدر والعميل، سواء كان حاملاً للبطاقة أو تاجراً، كما أن مصدر البطاقة يبرره الوفاء السابق

(١) د. نزيه محمد الصادق المهدي، نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص٧٧٦.

على الاتفاق، وهو التسهيل الائتماني الممنوح لحامل البطاقة، ولذلك لا يعتبر قرضاً حقيقياً من مصدر البطاقة، ولكن وسيلة للوفاء والائتمان(١).

سابعاً: يعتبر بعض الفقه أن بطاقة الائتمان صورة من الأوراق التجارية، حيث يرى أن هناك العديد من الأمور مشتركة بينهما، مثل:

- أن كلاً من سند السحب والشيك يعتمد على قيام ثلاثة أطراف هي: الساحب والمسحوب عليه والمستفيد، وكذلك بطاقة الائتمان هي ثلاثية الأطراف، فهناك الحامل والتاجر والجهة المصدرة.
- كل من سند السحب والكمبيالة يحقق وظيفة الائتمان إضافة إلى وظيفة الوفاء؛ حيث يملك الساحب تأجيل أداء قيمتها إلى تاريخ لاحق، وتحقق بطاقة الائتمان وظيفة الائتمان كذلك، حيث يقوم الحامل بسداد قيمة مشترياته في أجل لاحق وعلى دفعات، وبذلك تلتقي البطاقة مع الأوراق التجارية.

وعلى الرغم من الالتقاء بين الأوراق التجارية وبطاقة الائتمان في بعض النواحي، فإن هناك اختلافاً بينهما يتمثل في الآتي:

- الأوراق التجارية قابلة للانتقال عن طريق التظهير، بينما بطاقة الائتمان لا يمكن تداولها إلا من خلال حاملها الشرعي، وغير قابلة للانتقال للغير.
- من المتصور أن يتم تحرير الورقة على عدة نسخ، إلا أنه في بطاقة الائتمان لا يتصور التعدد، حيث البطاقة لا تقبل التداول.
- اشترط المشرع بيانات إلزامية يجب أن يتضمنها السند أو الورقة التجارية، وهذه البيانات تختلف عن البيانات الواردة في بطاقة الائتمان.
- مصدر البطاقة ملتزم بصفة أصيلة بالوفاء لمورد السلعة أو الخدمة التي تلقاها صاحب البطاقة من المورد؛ حيث يرتبط حامل البطاقة بمصدر

(١) أ.ثناء أحمد محمد المغربي، الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٩٥٢.

البطاقة بعقد يلتزم فيه إصدار بطاقة مقبولة ومضمونة، كوسيلة دفع لدى عدد كبير من موردي السلع والخدمات، هذا النوع من الالتزام غير موجود في الشيك.

لذلك، لا يمكن القول إن بطاقة الائتمان هي ورقة تجارية تخضع لما تخضع له الأوراق التجارية؛ حيث إن النظام القانوني الذي يحكم تلك الأوراق لا يمكن أن تنضوي تحت تلك البطاقة(١).

يتضح مما تقدم عدم إمكان رد الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان لأي تكييف قانوني للنظم المشابهة لها، على النحو السابق بيانه، ونرى أن سبب ذلك هو تجاهل الطبيعة الذاتية المميزة لبطاقة الائتمان، وأنها إحدى العمليات المصرفية الإلكترونية الحديثة التي تتضمن سرعة وسهولة في سداد بعض الديون في الوقت نفسه الذي تمنح فيه العميل حامل البطاقة نوعاً من الاعتماد أو الائتمان لدى الجهة مصدرة البطاقة، التي غالباً ما تكون بنكاً.

ومن ذلك نرى أن البطاقة المصرفية هي عملية مصرفية إلكترونية حديثة تتضمن أداة دفع ووسيلة ائتمان في وقت واحد، وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة وضع نظام قانوني يوفر حماية جنائية ومدنية لها؛ حيث إنها ذات طبيعة خاصة، وقد بدأت كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية في وضع نظام قانوني لهذه البطاقات لحمايتها مدنياً وجنائياً.

(١) للمزيد راجع في ذلك: د. فداء يحيى الحمود، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص٢٤.
د. آمال أحمد موسى زهران، الآثار الاقتصادية للبطاقات البنكية، مرجع سابق، ص٤٧.

المبحث الثاني
العلاقات الناشئة عن استخدام البطاقة الائتمانية

تمهيد وتقسيم:

تنشأ البطاقة المصرفية عن طريق العقد؛ الذي يتكامل في ثلاثة عقود، يتمثل العقد الأول بين مصدر البطاقة وحاملها، في حين يتمثل العقد الثاني بين مصدر البطاقة والتاجر، وأخيراً، يتمثل العقد الثالث بين حامل البطاقة والتاجر.

ويجب على كل طرف في العلاقة القانونية أن يلتزم بواجباته، وأن يوفي بحقوق الآخرين، وإلا فإن القضاء كفيل بإرغامه على تحمل تبعات مخالفاته القانونية(١).

وفي ضوء ما تقدم، سنقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: العلاقة بين مصدر البطاقة والعميل حاملها.

المطلب الثاني: العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر.

المطلب الثالث: العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر.

المطلب الأول
العلاقة بين مصدر البطاقة والعميل حاملها

يجمع الفقه على أن العقد المبرم بين البنك مصدر بطاقة الائتمان وبين العميل حاملها يسمى غالباً (عقد انضمام)، أو عقد (حامل البطاقة)(٢).

---

(١) د. مبارك جزاء الحربي، بطاقات الائتمان، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو، سنة ٢٠٠٣م، ص٢١٦٢.

(٢) راجع في المعنى نفسه: د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٦٦٥. د. فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مرجع سابق، ١٥٩.

ويحصل العميل (حامل البطاقة) على البطاقة عن طريق تعاقده مع البنك مصدر البطاقة، وذلك بتوقيعه على طلب الحصول على البطاقة، الذي ينص فيه على شروط استعمال البطاقة، ويعتبر توقيع العميل على الطلب إيجاباً على إصدار البطاقة وفقاً لشروطها المذكورة بالطلب، ولا يقوم البنك بإصدار البطاقة إلا بعد دراسة طلب العميل جيداً، والتحري عن مركزه والثقة والائتمان اللتين يتمتع بهما. وأنه في حالة الموافقة على الطلب يعد ذلك قبولاً من البنك "المصدر"، وحينما ينعقد العقد بين المصدر والحامل، يترتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه على النحو التالي:(١)

أولاً – التزامات البنك (مصدر البطاقة):

هناك مجموعة من الالتزامات التي ينبغي أن يلتزم بها البنك مصدر البطاقة، يتمثل أهمها فيما يلي:

١ – الالتزام بتسليم البطاقة للحامل بعد التعاقد معه، وكذا الرقم السري والالتزام بالمحافظة على بيانات حامل البطاقة والرقم السري، وعدم إفشائها للغير.

٢ – التزام البنك بتوضيح جميع المحاذير المترتبة على إصدار البطاقة، كذلك يلتزم البنك بتوضيح طرق الحفاظ على البطاقة لعميله وحالات الإبلاغ عن فقدها أو سرقتها وكيفية سرعة هذا الإبلاغ ومسؤولية العميل في حالة عدم الإبلاغ(٢).

---

(١) راجع في المعنى نفسه: د. نزيه محمد الصادق، نحو نظرية عامة، مرجع سابق، ص٧٨٥.
أ. ثناء أحمد محمد، الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٩٥٥.

(٢) د. عصام حنفي محمود مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠–١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، ص ٨٩١.

٣ – يلتزم البنك بالتحقق من توقيع عميله ومضاهاة هذا التوقيع على النموذج المحفوظ لديه وإلا كان مسؤولاً عن الوفاء غير الصحيح.

٤ – يلتزم البنك بإرسال كشف حساب شهري لعميله حامل البطاقة موضحاً فيه المشتريات التي نفذها والرصيد المتبقي له وما تم سحبه و الرصيد الجديد والمبلغ المسموح به بعد العمليات، وغير ذلك من البيانات التي تهم حامل البطاقة.

٥ – يلتزم البنك بدفع قيمة مشتريات العميل منها ومسحوباته النقدية بموجب البطاقة، وطبقاً لما ورد في فواتير التجار المؤيدة لذلك والمكتملة من حيث كونها مطبوعاً عليها بيانات البطاقة، حتى لو لم يوقع العميل على هذه الفواتير.

٦ – رد المبالغ التي سبق تحميلها على حامل البطاقة عند رد البطاقة واستلامه إشعار الرد من التاجر.

٧ – يلتزم البنك بإبلاغ التجار عن البطاقات المسروقة أو المفقودة فور إبلاغ حامل البطاقة له بذلك ومحو الرقم السري عن برامج آلات السحب(١).

ثانياً – التزامات حامل البطاقة تجاه مصدرها:

١ – يلتزم الحامل بإعلام مصدر البطاقة بكل ما يتعلق بشخصيته من حيث حالته المدنية وموطنه وعنوانه ومهنته والمؤهل الحاصل عليه ودخله الشهري أو السنوي، وغير ذلك من المعلومات التي تهم مصدر البطاقة قبل إبرام العقد(٢).

---

(١) للمزيد راجع في ذلك: د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٦٧٤.
د. عصام حنفي محمود مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص ٨٩٢.

(٢) راجع في ذلك: د. فايز نعيم، بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص ١٦٩.
د. عصام حنفي محمود مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص ٨٩٣.

٢ – بمجرد استلام الحامل هذه البطاقة، يجب عليه الالتزام بالشروط الواردة في العقد الموقع بينه وبين المصدر والامتثال لها، وإلا تعرض للمسؤولية المدنية والجنائية؛ حيث يقتصر استخدام البطاقة على حاملها الذي ينبغي ألا يسمح لأي شخص آخر باستخدام البطاقة؛ لأنه لا يحق له أن يتنازل عنها لغيره. فعلى الحامل أن يحافظ بصفة دائمة على البطاقة وعلى الرقم السري الخاص به، الذي لا يعلمه غيره، ويبقيه تحت سيطرته الشخصية(١).

٣ – يلتزم حامل البطاقة باستخدامها في حدود الائتمان المصرح له من قبل الجهة المصدرة أو في حدود رصيده، ولا يتجاوز قيمته، فإذا جاوزت مشتريات حامل البطاقة حد الرصيد فإن التاجر يضار؛ لأن البنك لن يدفع له وقد يتعرض العميل لجزاء جريمة النصب وذلك على اعتبار أن البطاقة وسيلة احتيالية لإيهام التاجر بوجود رصيد أو بوجود اعتماد وهمي(٢).

٤ – يلتزم حامل البطاقة باستخدامها خلال مدة صلاحيتها لكونها محددة المدة، ويتعين على الحامل عقب انتهاء تلك المدة أو إخطاره من الجهة المصدرة بإلغائها لأي سبب قبل انتهاء مدة الصلاحية – أن يعيد البطاقة إلى الجهة المصدرة لها، فالاستمرار في استخدامها بعد انقضاء هذه المدة أو الإخطار يعرضه إلى المساءلة الجنائية(٣).

٥ – يتعين على حامل البطاقة ضرورة إبلاغ الجهة المصدرة في حالة سرقة البطاقة أو ضياعها وبالطريقة المحددة في تعاقده معها وإلا تحمل نتيجة التأخير أو عدم الإخطار، ومنذ وقت إخطار مصدر البطاقة بضياعها أو سرقتها تنتقل المسؤولية عن الاستعمال غير الشرعي للبطاقة من الحامل

(١) راجع في المعنى نفسه: د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٦٧٣.
(٢) د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٦٦٧.
(٣) راجع في المعنى نفسه: د. جميل عبد الباقي، الحماية المدنية، مرجع سابق، ص٢٢.
أ. ثناء أحمد عبد الباقي، الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٩٥٥.

إلى المصدر حتى اللحظة التي يقوم فيها مصدر البطاقة بإخطار التجار الذين تعاقد معهم بواقعة السرقة أو الضياع(١).

المطلب الثاني
العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر

يطلق على العلاقة التي تربط مصدر البطاقة والتاجر الذي يقبل البطاقة مسمى "عقد التاجر Contract fournisseur"، أو "عقد المورد"(٢)، وهي تعبيرات تفيد المعنى نفسه، وهو التزام البنك مصدر البطاقة بدفع ثمن المشتريات التي وردها التاجر للعميل حامل بطاقة الائتمان مقابل عمولة(٣).

ومن الآثار المترتبة على هذا العقد أن إفلاس التاجر أو بيعه للمتجر أو إعساره ينهي العلاقة التعاقدية مع مصدر البطاقة، ولا يجوز لوكيل التفليسة أو المشتري أو دائني التاجر طلب الاستمرار بذلك العقد بدلاً من التاجر لكون العقد مع التاجر وليس المتجر لاعتبارات متعلقة بشخصه هي التي دفعت البنك إلى التعاقد معه كالسمعة الطيبة وحسن تصرفه، ولا يجوز للتاجر تحويل هذا العقد للغير وفقاً لما يتضمنه المصدر بالعقد من شرط عدم قابلية العقد للتحويل.

والاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه العقد ليس من جوهره وإنما من طبيعته، حيث يمكن استبعاده باتفاق الطرفين، ويكون ذلك استبعاد نتائجه؛ إذ يهتم البنك بقيام هذا التاجر بالذات بتنفيذ العقد ولا يهمه العقد ذاته(٤)، ويرتب

---

(١) راجع في ذلك: د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص٦٦٩، د.عصام حنفي محمود مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص ٨٩٧.

(٢) راجع في المعنى نفسه: د. عصام حنفي محمود مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص ٨٩٧.

(٣) د. نزيه محمد الصادق المهدي، نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص ٧٩١.

(٤) أ. ثناء أحمد المغربي، الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص ٩٥٧.

هذا العقد فور انعقاده التزامات متقابلة في ذمة طرفيه كغيره من العقود الملزمة للجانبين، وذلك على النحو التالي:

أولاً – التزامات مصدر البطاقة تجاه التاجر:

بمقتضى العلاقة العقدية التي تربط مصدر البطاقة بالتاجر، تتولد التزامات على عاتق مصدر البطاقة في مواجهة التاجر، تتمثل فيما يلي:

١ – على الجهة المصدرة للبطاقة أن تطور البطاقة من وقت لآخر بما يكفل مصلحة التاجر ويحميه من مخاطر التزوير أو السرقة، ويحقق في الوقت نفسه مصلحة الحاملين لهذه البطاقة.

٢ – الإعلان عن أسماء التجار الذين تم التعاقد معهم، وإعلام حاملي البطاقة عن طريق إعطاء التجار ملصقات وعلامات تجارية، وإشارات تلصق على محالهم التجارية تدل على قبول تلك البطاقة.

٣ – على الجهة المصدرة إخبار التاجر عن البطاقات المسروقة أو المزورة أو الضائعة لتفادي قبولها من خلال قوائم ترسل له بصورة دورية؛ لأن المسؤولية بعد الإعلان عن السرقة أو الضياع تقع على التاجر(١).

٤ – تزويد التاجر بالآلات والماكينات التي تعد لاستخدام البطاقة(٢).

٥ – على الجهة المصدرة تسديد ثمن المشتريات التي يحصل عليها حامل البطاقة، ولا يحق للجهة المصدرة أن تحتج بعدم وجود رصيد للحامل؛ لأن فكرة بطاقة الائتمان هي قيام الجهة المصدرة بتسديد قيمة المشتريات، ثم مطالبة الحامل لاحقاً بحسب الاتفاق المبرم معه(٣).

---

(١) راجع في المعنى نفسه: د. فايز رضوان، بطاقات الوفاء، مرجع سابق، ص١٢٣.

(٢) راجع في المعنى نفسه: د. فداء يحيى إبراهيم، النظام القانوني بطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص١٥٧، د. فايز رضوان، بطاقات الوفاء، مرجع سابق، ص١٢٣.

(٣) راجع في المعنى نفسه: د. عصام حنفي محمود مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص ٨٩٩ وما بعدها.

ثانياً – التزامات التاجر:

بالرجوع إلى العقد المبرم بين الجهة المصدرة والتجار نجد أن التزامات التاجر تتمثل فيما يلي:

١ – قبول البطاقة والبيع أو تأدية الخدمات بموجبها لحاملها.

٢ – دفع العمولة المقررة للبنك عن كل عملية بيع.

٣ – تجهيز الموقع لتركيب الطرفية وتوفير مصدر كهربائي وخط تليفوني لتشغيلها والمحافظة على المعدات وأدوات العمل المسلمة إليه من البنك، ودفع الرسوم المقررة عنها، وردها للبنك عند إلغاء التعاقد بينهما.

٤ – فتح حساب لدى البنك للتعامل عليه.

٥ – التأكد من شخصية حامل البطاقة، والحصول على توقيعه على قسائم البيع والتأكد من أن هذا التوقيع مطابق لنموذج التوقيع على البطاقة بوساطة الآلة المسلمة له، ويعطي العميل صورة من هذه القسائم.

٦ – التأكد من صحة البطاقة، سواء من حيث النواحي الشكلية أو صلاحيتها، وعدم انتهاء تاريخها، أو أن يكون سبق إبلاغه بوقف العمل بها من خلال مطالعة القائمة السوداء المبلغة له من البنك بالبطاقات الموقوفة أو الملغاة، والتأكد من عدم إدراج البطاقة المقدمة له في هذه القائمة.

٧ – إعداد قسائم البيع وأخذ بصمة البطاقة، وتوقيع العميل عليها.

٨ – البيع بالأسعار العادية دون زيادة، أو فرض رسوم على حامل البطاقة.

٩ – عدم تحميل حامل البطاقة بجزء من أو كل العمولة التي يدفعها التاجر للبنك.

١٠– عدم إعطاء حامل البطاقة نقوداً بموجب البطاقة.

١١– عدم البيع بما يتجاوز الحد الأقصى المصرح له البيع به في المرة الواحدة، وضرورة الحصول على موافقة البنك على المعاملات التي تتجاوز الحد الأقصى.

١٢– عدم الدخول في اتفاقية أخرى عن البطاقة نفسها مع بنك آخر.

١٣- إصدار إشعار رد البضاعة المرتجعة من حامل البطاقة وإرسالها للبنك[١].

المطلب الثالث
العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر

إن العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر هي علاقة بين بائع ومشتر؛ وذلك لأن حامل البطاقة إنما يستخدمها للحصول على سلع من التاجر، ومن ثم فإن آثار عقد البيع تنشأ بين الطرفين بما يرتبه هذا العقد من التزامات.

أولاً – التزامات حامل البطاقة:

إن حامل البطاقة يلتزم بالتوقيع على الفواتير المقدمة له من قبل التاجر، كتسديد لثمن المشتريات، أو مقابل خدمات، وبعدها يقوم التاجر بمطالبة الجهة المصدرة للبطاقة[٢].

كما يلتزم حامل البطاقة أيضاً تجاه التاجر بأن تكون بطاقته صالحة وحقيقية فإذا كانت بطاقته غير صالحة أو مزورة أو مرفوضة واستعمل الحامل طرقاً احتيالية لإيهام التاجر بأنها صالحة وحقيقية كان الحامل مرتكباً لجريمة النصب[٣].

ثانياً – التزامات التاجر:

يلتزم التاجر بتسليم البضائع للحامل، وهذا بموجب عقد البيع، كما يلتزم التاجر بالبيع المحدد، وتعتبر الصفقة غير مقبولة إذا كانت بسعر أعلى من السعر الرسمي، أو إذا كانت غير قانونية، أو منصبة على أمر يخالف القانون،

(١) راجع في ذلك: د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٦٧٧.
د. جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص٢٩.
(٢) د. آمال أحمد موسى زهران، الآثار الاقتصادية للبطاقات البنكية، مرجع سابق، ص٦٠.
(٣) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٦٦٧.

فإذا حدث ذلك، فإن للجهة المصدرة الحق في عدم الوفاء بقيمة المشتريات لكون العقد القائم بين التاجر والحامل للبطاقة عقداً باطلاً؛ خاصةً أن الجهة المصدرة تطلب فاتورة تتضمن قائمة المشتريات ووصفها، كما يجب على التاجر المحافظة على المعلومات التي يحصل عليها من الحامل أو حسابه أو هويته أو غيرها(١). كما يلتزم التاجر بأنه في حالة رد البضاعة من قبل مشتريها حامل البطاقة أن لا يدفع له قيمتها نقداً ولكن يعد سند الدين بالصيغة المعدة ويرفعه مع المستندات الأخرى التي سيودعها لتسحب من حسابه لدى البنك مصدر البطاقة أو بأية طريقة لتسوية ذلك بين التاجر ومصدر البطاقة(٢).

(١) راجع في ذلك: فداء يحيى إبراهيم، النظام القانوني بطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص٦٠. د. آمال أحمد موسى زهران، الآثار الاقتصادية للبطاقات البنكية، مرجع سابق، ص٦٠.

(٢) راجع في ذلك: د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر، مرجع سابق، ص٦٦. د. عصام حنفي محمود مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص ٩٠٣ وما بعدها.

المبحث الثالث
المسؤولية المدنية والجنائية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة الائتمانية

تمهيد وتقسيم:

يترتب على استخدام البطاقة المصرفية والتعامل بها التزامات تقع على عاتق كل طرف من أطرافها؛ بحيث إن إخلال أي طرف بالتزاماته يشكل ضرراً على الأطراف الأخرى وعلى النظام العام الاقتصادي يوقعه في دائرة المسؤولية التي يفرق فيها بين كل من المسؤولية المدنية التي تنشأ كقاعدة عامة عندما يرتكب الشخص خطأ يترتب عليه إلحاق ضرر بالغير يستوجب التعويض، سواء تمثل هذا الخطأ في الإخلال بالتزام سابق منصوص عليه في العقد، حيث تنعقد المسؤولية المدنية العقدية، أو تمثل هذا الخطأ في مخالفة لواجب فرضه القانون، حيث تنعقد المسؤولية المدنية التقصيرية، وجزاء هذه المسؤولية إعطاء الحق للطرف الآخر في فسخ العلاقة، فضلاً عن حقه في تعويض الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات. وإلى جانب ذلك، قد ينطوي الاستخدام غير المشروع للبطاقة على مخالفة للنظام العام إلى الحد الذي يشكل هذا الاستخدام جريمة منصوص عليها في قانون الجزاء؛ مما تنشأ معه المسؤولية الجنائية(١).

وفي ضوء ما تقدم، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة الائتمانية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة الائتمانية.

---

(١) راجع في المعنى نفسه: د. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقة الائتمان الممغنطة، مرجع سابق، ص١٦٢.

المطلب الأول
المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة الائتمانية

إن البطاقة المصرفية تنشئ علاقات قانونية بين أطرافها الثلاثة: المصدر، والحامل، والتاجر، وذلك بمقتضى عقد يحكم العلاقة الناشئة بين المصدر والحامل (عقد الحامل – عقد الانضمام)، والمصدر والتاجر (عقد التاجر)، والحامل والتاجر (عقد البيع)، وهي من العقود الملزمة للجانبين، ويترتب على إخلال أحد أطرافها بالالتزامات الملقاة على عاتقه إعطاء الحق للطرف الآخر في فسخ العلاقة بينهما، هذا فضلاً عن حقه في مطالبته عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ التزاماته؛ مما يترتب عليه انعقاد المسؤولية المدنية التي تقوم على أساس تعاقدي متى توافرت أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، أما إذا كانت البطاقة في حيازة الغير في حالة سرقتها أو فقدها، وقام الأخير باستخدامها، فتنعقد المسؤولية المدنية على أساس المسؤولية التقصيرية إذا ما توافرت أركانها من فعل وضرر وعلاقة سببية بينهما وليست المسؤولية العقدية؛ حيث إن الغير ليس طرفاً في أي علاقة عقدية مع أحد أطراف البطاقة قبل تحقق المسؤولية.

وفي ضوء ما تقدم، سنتناول المسؤولية المدنية لأطراف البطاقة المصرفية، وذلك على النحو التالي:

أولاً – المسؤولية المدنية لحامل البطاقة:

تنعقد المسؤولية المدنية لحامل البطاقة في حالة الضياع أو السرقة؛ إذ يلتزم الحامل ببذل عناية الرجل العادي في المحافظة على البطاقة، فإن فقد البطاقة أو سرقتها يعتبر قرينة على إهمال الحامل في المحافظة عليها.

وقد ذهب البعض إلى اعتبار الحامل في مركز المودع لديه؛ مما يرتب انتفاء المسؤولية المدنية (تعاقدية) عن المبالغ التي استخدمت من الحائز على البطاقة، سواء السارق أو من عثر عليها.

ولكن ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر عام ١٩٧٨م إلى إلزام الحامل بجميع الديون الناشئة عن استخدام البطاقة حتى قيامه بإخطار الجهة المصدرة لها بضياع البطاقة أو سرقتها؛ ما دامت العمليات تمت قبل الإخطار(١).

ومن ثم يمكن تجنب حامل البطاقة المسؤولية المدنية بإبلاغ الجهة المصدرة بواقعة السرقة أو الضياع لتقوم بدورها بإخطار التجار المتعاقدين معها بعدم قبول البطاقة في الوفاء، بوساطة القائمة المرسلة إليهم بصفة دورية، التي تتضمن البطاقات الملغاة والمنتهية صلاحيتها والمسروقة والضائعة، ويظل الحامل مسؤولاً عن المبالغ التي استخدمت باستعمال البطاقة في الفترة الواقعة بين حدوث واقعة الضياع أو السرقة وبين وصول الإخطار بذلك إلى المصدر(٢).

كما تنعقد المسؤولية المدنية للحامل إذا لم يقم برد البطاقة إلى الجهة المصدرة في حالة فسخ العقد، أو انتهاء مدة صلاحية استخدام البطاقة، أو إلغائها لإساءة الاستخدام على الرغم من إخطاره، واستمر في استعمال البطاقة بعد ذلك التاريخ أو الفسخ أو الإلغاء، وذلك عن جميع المبالغ المترتبة عن استعمال البطاقة(٣).

وتنعقد المسؤولية المدنية للحامل كذلك إذا لم يقم بسداد المستحق عليه للمصدر أو تأخر في السداد؛ حيث إنه من المقرر أن يتم إرسال كشوف مطالبات من المصدر لحامل البطاقة شهرياً، وإن عليه أن يسددها، وذلك خلال

---

(١) هذا الحكم مشار إليه لدى: د. رفعت أبادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، القاهرة، سنة ١٩٨٤م، ص٩.

(٢) للمزيد راجع في ذلك: د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٦٨١. أ. ثناء أحمد المغربي، الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٩٦٦.

(٣) تنص المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

المدة المنصوص عليها في اتفاقية إصدار البطاقة، فإن لم يسدد أو تأخر، فإن نصوص الاتفاق الموقع عليها تقضي بتعويض المصدر بفائدة منصوص عليها في الاتفاقية طوال مدة التأخير، وهذا يمثل جزاء يتفق مع نصوص القانون المدني، سواء في إقرار هذه الفائدة أو كونها بنسبة زيادة على ما تم تحديده في القانون المدني طبقاً لنصوص قوانين البنوك(١).

ويلزم حامل البطاقة باستخدامها في حدود مبلغ السقف الائتماني الممنوح له من المصدر، فإذا ما تجاوز الحامل هذا المبلغ كان مسؤولاً مدنياً بمقدار الزيادة في مواجهة مصدر البطاقة في حالة وجود اتفاق بضمان الوفاء دون تحديد الحد الأقصى لهذا الضمان، أما إذا كان مصدر البطاقة لا يضمن الوفاء إلا في حدود المبلغ المسموح به، فتنعقد مسؤولية الحامل في مواجهة التاجر بموجب عقد البيع المبرم بينهما(٢).

ثانياً – المسؤولية المدنية لمصدر البطاقة:

تلتزم الهيئة المصدرة بسداد القسائم المرسلة لها، وذلك في مواجهة الحامل والتاجر، ما داما قاما بالالتزامات العقدية تجاهها، فإذا أخلت الجهة المصدرة بهذا الالتزام، وترتب على ذلك ضرر للحامل والتاجر كتعرض الأول – على سبيل المثال – للحجز من التاجر أو كتفويت صفقة معينة للتاجر كان يعتمد في إبرامها على رصيده، أو توقف الأخير عن سداد ديونه؛ مما أدى إلى قيام حجز الدائن عليه وإساءة سمعته التجارية، فتعقد المسؤولية المدنية للجهة المصدر على أساس تعاقدي، ما دام كل من الحامل والتاجر قام بتنفيذ الشروط العقدية معه(٣).

---

(١) للمزيد راجع في ذلك: د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٦٨١.

(٢) أ. ثناء أحمد المغربي، الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٩٦٥.

(٣) المرجع السابق، ص٩٦٧.

كما تنعقد المسؤولية المدنية لمصدر البطاقة متى قام بالوفاء بالفواتير التي تصل إليه بعد إعلانه بواقعة السرقة أو الضياع؛ إذ يجب عليه اتخاذ الحيطة من الاستعمال غير المشروع للبطاقة(١).

وتنعقد المسؤولية المدنية لمصدر البطاقة في حالة الوفاء بالعمليات التي تتم بعد تاريخ إعلانه بوفاة الحامل لقيام عقد الحامل المبرم بين المصدر والحامل على الاعتبار الشخصي، فتنتهي البطاقة تلقائياً بوفاة حاملها.

وتنعقد مسؤولية المصدر في حدود المبالغ التي يقوم بالوفاء بها والتعويض عن الأضرار التي تصيب الورثة من جراء هذا الوفاء، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية لارتكاب الجهة المصدر خطأ في حقهم يؤدي إلى إنقاص حقوقهم في التركة(٢).

ثالثاً – المسؤولية المدنية للتاجر:

إن التاجر المتعاقد بقبول البيع وتأدية الخدمات بموجب البطاقة المصرفية مسؤول مدنياً عن الزيادة في أسعار السلع والخدمات التي يبيعها بموجب البطاقات عن أسعار البيع النقدي التي يبيع بها أو تقاضي أية عمولة أو تأمين من حامل البطاقة بخصوص العملية أو تحميل حامل البطاقة بأية نسبة من الرسوم التي يدفعها التاجر للبنك، فإن فعل ذلك فإنه يتحمل مسؤولية رد هذه المبالغ(٣).

كما يتحمل التاجر المسؤولية المدنية في حالة البيع بموجب بطاقات انتهت صلاحيتها أو بطاقات مفقودة وتم إبلاغه بوساطة المصدر بفقدها، وذلك إما بالبيع بموجبها على الرغم من إعلانه بالفقد وتحرير الفواتير بتاريخ البيع الصحيح وإما بتحرير فواتير البيع بتاريخ سابق على إبلاغه بالفقد، أو سحبه للبطاقات الملغاة بناء على إعلانه بها، ثم اصطناع فواتير بيع بموجبها غير

(١) راجع في المعنى نفسه: د. فايز رضوان، بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص ١٨٥.
(٢) د. ثناء أحمد المغربي، الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٩٦٨.
(٣) د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٦٨١.

حقيقية وتحريرها بتاريخ سابق على تاريخ إبلاغه والاستيلاء على المبالغ لنفسه، وكل ذلك يحمله مسؤولية مدنية يقضى بموجبها بمطالبته برد المبالغ التي حصل عليها وتعويض البنك عن أية أضرار وقعت عليه من جراء ذلك طبقاً لنصوص القانون المدني والاتفاقية(١).

كما تنعقد مسؤولية التاجر إذا قصر في التأكد من شخصية حامل البطاقة وسلامة البطاقة وعدم الاستخدام السليم لأسلوب العمل بها، فإذا قصر في أي من ذلك وباع بموجب البطاقة، فإنه يكون قد وقع في المسؤولية المدنية، ويكون عليه تعويض البنك بأية أضرار وقعت عليه من جراء ذلك.

وتنعقد مسؤولية التاجر أيضاً في حالة إرسال فاتورة الشركة إلى الجهة المصدرة من دون توقيع الحامل عليها؛ حيث إن توقيع الحامل على الفاتورة من أهم الشروط الشكلية للفاتورة؛ إذ بموجبه تكون الفاتورة بمنزلة أمر صادر عنه إلى الجهة المصدرة بالوفاء للتاجر، وتوقيع الحامل من أهم الالتزامات التي يرتبها عقد التاجر(٢).

رابعاً – المسؤولية المدنية للغير:

إذا قام الغير حائز البطاقة المسروقة أو الضائعة باستخدامها، فإنه يكون مسؤولاً مدنياً عن هذا الاستخدام تجاه حاملها الشرعي عن الأضرار التي أصابته على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية؛ لكونه أجنبياً عن العقد المبرم بين أي من أطراف البطاقة(٣).

(١) المرجع السابق نفسه، ص٦٨٢.
(٢) أ. ثناء أحمد المغربي، الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٩٧٠.
(٣) راجع في المعنى نفسه: د. فايز رضوان بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص١٨٨.

المطلب الثاني
المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة الائتمانية

لقد ترتب على اتساع نطاق حملة البطاقات الائتمانية و انتشارها في المعاملات المصرفية على نحو كبير دخول محترفي النصب والتزوير إلى سوق البطاقات المصرفية؛ وذلك بهدف تزويرها واستخدامها في النصب على التجار والبنوك، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى نجد أن الإساءة قد لا تقع من محترفي النصب والتزوير بل قد تقع من حامل البطاقة نفسه أو من التاجر أو من الجهة المصدرة للبطاقة أو من الغير، وذلك في عمليات السحب والوفاء، وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة وجود حماية جنائية لتلك الوسيلة الجديدة.

وفي ضوء ما تقدم، سنتناول الجرائم التي ترتكب عن طريق البطاقات الائتمانية، بحسب مرتكبها وذلك على النحو التالي:

أولاً – الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل صاحبها:

١ – المسؤولية الجنائية عن تجاوز الحامل الحد المسموح به للسحب:

تستخدم البطاقة المصرفية في سحب النقود من خلال أجهزة السحب النقدي الآلي، على أنه لا يخلو طلب إصدار البطاقة أو (عقد الحامل) من بند يوضح فيه نظام سحب النقود.

فعلى سبيل المثال: بالنسبة إلى عقد الحامل لبطاقة "فيزا" البنك الأهلي المصري تنص المادة (٣)[١] على أنه "يجب أن توقع البطاقة من حامل البطاقة ويكون استخدامها:

أ – مقصوراً على حامل البطاقة:

(١) عقود إصدار بطاقات فيزا البنك الأهلي المصري.

ب – طبقاً لشروط استعمال بطاقة فيزا البنك الأهلي المصري التي تكون سارية وقت الاستعمال.

ج – في حدود حد البطاقة الذي يصرح به البنك لحامل البطاقة".

وتنص المادة (٢١) من طلب إصدار بطاقة فيزا البنك الأهلي المصري(١) أيضاً على ما يأتي: "كلما استخدمت البطاقة في سحب مبالغ نقدية من آلة "ATM"، وذلك في حدود ما هو مقرر سحبه لحامل البطاقة...".

كما أنه يوجد نص عام في عقد الحامل الخاص بالبطاقات المصرفية في فرنسا، ومن ذلك المادة (٢/٤) من عقد البطاقة الزرقاء(٢)، التي تنص على أنه "يجب على حامل البطاقة، قبل كل عملية سحب وعلى مسؤوليته أن يتأكد من وجود رصيد كاف وقابل للتصرف فيه في حسابه".

في ضوء النصوص المتقدمة يتضح أنه يجب أن يلتزم حامل البطاقة بعدم سحب مبالغ من الجهاز الآلي لتوزيع النقود يتعدى الرصيد المسموح به، ويجب أيضاً أن يلتزم بالتأكد قبل إجراء أي عملية سحب من وجود رصيد كاف وجاهز في البطاقة، وهو ما تحرص البنوك أو المؤسسات المصرفية المصدرة للبطاقات على أن تضمنه الشروط التي تفرضها على عملائها قبل إصدار البطاقة(٣).

وهنا يثار التساؤل التالي: هل تثور المسؤولية الجنائية عن تجاوز الحامل رصيده بالسحب؟

يرى بعض الفقه ويؤيده في ذلك العديد من أحكام القضاء أن النشاط الذي صدر عن حامل البطاقة في هذه الواقعة يخضع لقانون العقوبات، ولكنهم

---

(١) عقود إصدار بطاقات فيزا البنك الأهلي المصري.

(٢) Art. (4/2) du contracté porteur (Carte Bleue): "Le titulaire doit préalablement chaque retrait et sous sa responsabilité s'assurer de l'existence au compte d'une provision suffisante et disponible".

(٣) Credot (F-J) et Bouteiller (P) "Le cadre juridique des paiements par carte bancaire" R. Droit et patrimoine, Av 1995, p.37.

اختلفوا فيما بينهم حول التكييف الصحيح لهذه الواقعة؛ فهناك من يرى معاقبته عن جريمة سرقة، وهناك من يرى مساءلته عن جريمة نصب، وهناك من يرى مساءلته عن جريمة خيانة أمانة(١).

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن واقعة تجاوز الرصيد في السحب مكونة للطرق التدليسية، أو الاحتيالية المميزة لجريمة النصب، وذلك استناداً إلى حكم صادر عن محكمة (Douai) في ١٠ مارس ١٩٧٦م؛ حيث قضت المحكمة بقيام جريمة النصب في حق حامل بطاقة (inter-carte) لاستعماله البطاقة استعمالاً تعسفياً في سحب نقود متجاوزاً رصيده(٢).

كما يستند أنصار هذا الرأي إلى اتجاه بعض دوائر الجنح لبعض محاكم الاستئناف (Angers) و (Lyon)؛ حيث حكمت تلك الدوائر على المتهمين بتوافر النصب في حقهم بدافع أنه بتقديم المتهم بطاقته للجهاز – على الرغم من غياب الرصيد – فقد استخدم طريقة احتيالية للإقناع بوجود ائتمان وهمي(٣).

والجدير بالذكر أن الفقه المصري مستقر على استبعاد تكييف النصب بالنسبة إلى واقعة تجاوز الحامل رصيده بالسحب؛ وذلك لأن العميل وضع بطاقته التي صرفها له البنك بمقتضى العقد المبرم بينهما في جهاز التوزيع الآلي للنقود المبرمج من قبل البنك وفق برنامج معين؛ بحيث إذا انطبقت الشروط التي وضعها البنك في هذا البرنامج، يقوم الجهاز تلقائياً بصرف النقود المراد سحبها، وعليه لو قام العميل بصرف مبالغ مالية زائدة عن الحد المسموح به، فإنه لا يعد محتالاً، ولا يعد مرتكباً لجريمة نصب؛ لأنها تشترط

---

(١) د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠–١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، ص١١٣١.

(٢) CABRILLAC (M.) et MOULY (C.): Droit pénal de la banque et du crédit, MASSON, Paris, 1982, p.799.

(٣) Angers 2 dec. 1981, G.P., J.P. 704.

الاستيلاء على النقود من المجني عليه بإحدى الطرق الاحتيالية المنصوص عليها في المادة (٣٣٦/عقوبات مصري).

ومن الثابت أن الحامل حصل على النقود من الموزع دون ثبوت الطرق الاحتيالية في فعله، وإنما حصل على هذه النقود – من وجهة نظر هذا الفقه – بالمخالفة لشروط العقد المبرم مع البنك المصدر(١).

بينما ذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي إلى أن قيام حامل البطاقة باستعمالها في سحب مبالغ نقدية تتجاوز الرصيد الموجود بالفعل في حسابه يعد جريمة سرقة، ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن الغرفة الجنائية بمحكمة النقض طبقت وصف السرقة في حكمها الصادر في ٢١ أبريل ١٩٦٤ في دعوى تتمثل وقائعها في أن المدين قد سلم محفظته إلى دائنه طالباً منه أن يسحب من النقود الموجودة في المحفظة المبلغ الذي يستحقه كدين على المدين، إلا أن الدائن استولى عمداً وإضراراً بالمدين على كل الأوراق النقدية، وحيث إنه لم يحدث تسليم اختياري بالنسبة إلى الزائد عن الدين، إذن، في هذه الحالة يوجد اختلاس من طرف الدائن(٢).

كما يستند أنصار هذا الاتجاه أيضاً إلى حكم محكمة جنح (Lyon) الصادر في ٢٠ أبريل ١٩٨٢م: فقد وصفت محكمة (Lyon) واقعة سحب أموال تتجاوز الرصيد بالسرقة، وقالت إن العميل، الذي يستخدم بطاقته الممغنطة لسحب أموال تتجاوز الرصيد، يكون قد ارتكب اختلاساً(٣).

وأما بالنسبة إلى الفقه المصري فقد اتجه معظمه إلى استبعاد وصف السرقة عن فعل الحامل الذي يسحب بمقتضى بطاقته الصحيحة أوراقاً نقدية

---

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسيل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٥م، ص١٨٢.

(٢) Cass. Crim. 21Av. 1964, Bull. Crim. 1964, no121.

(٣) CA. Lyon Av. 1982, D. 1982, J, P.538-539,

متجاوزاً رصيده في الحساب؛ وذلك تأسيساً على أن التسليم الصادر من هذه الأجهزة إلى العميل إنما هو تسليم اختياري صادر عن البنك نفسه. كما أن وصف السرقة لا يستقيم مع البرمجة الإلكترونية (Programmation Electronique) لأجهزة التوزيع النقدي الآلي، وذلك بشكل يجعلها تستجيب للنظام المحدد سلفاً من البنك؛ حيث أعطى البنك تعليماته للجهاز بتسليم المبالغ النقدية التي يطلبها العميل، الذي يضع بطاقته الصحيحة في الجهاز ويضرب الرقم السري الخاص به، ثم يسجل المبلغ المراد سحبه في حدود المبلغ المصرح به دورياً، ومن ثم فإن البنك المصدر لم يطلب من الجهاز أن يمتنع عن التسليم في الحالة التي يطلب منها العميل مبالغ تتجاوز رصيده في الحساب(١).

لقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن فعل الحامل الذي يستعمل بطاقته في السحب متجاوزاً الرصيد، أو مع عدم وجود رصيد أصلاً يشكل جريمة خيانة الأمانة؛ وذلك لأن التسليم – من وجهة نظر هذا الرأي – كان مشروطاً بوجود رصيد كاف في حسابه وقت السحب، ومن ثم إذا استخدم العميل بطاقته في سحب مبالغ نقدية في غياب الرصيد الكافي والمتاح في حسابه، يكون قد تعسف في استخدامها بما يتعارض مع ما جاء في العقد، ومن ثم يسأل جنائياً؛ حيث يكون هذا الاستعمال مخالفاً بوضوح لتخصيص الشيء الناتج عن الإرادة المشتركة للأطراف(٢).

وقد أيد ذلك بعض الفقه المصري الذي رأى أن تسليم البنك بطاقة الائتمان الممغنطة للعميل، الذي يمكنه بوساطتها سحب أوراق نقدية من خلال أجهزة التوزيع النقدي الآلي، وذلك بطريقة تلقائية، هذا التسليم من البنك يجعل الحامل كالأمين، ويصبح له مطلق الحق بوضع اليد على المال المنقول – البطاقة – واستعماله على الوجه المتفق عليه في العقد المبرم بينه وبين البنك المصدر،

(١) د. جميل عبد الباقي، الحماية المدنية والجنائية لبطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص٤٩.

(٢) Michel Masse. L'utilisation abusive de distributeur automatique de billets, Expertises des systèmes d'information, Nov., p.6-12

فإذا أساء العميل التصرف في استعمال البطاقة اعتبر ذلك من قبيل خيانة الأمانة(١).

والجدير بالذكر أن غالبية الفقه الفرنسي(٢) يرى عدم اعتبار فعل الحامل المتجاوز رصيده بالسحب من قبيل النصب، كما يرى أيضاً استبعاد وصف السرقة؛ وذلك تأسيساً على أن التسليم للأوراق النقدية من الموزعات الآلية للحامل إنما كان تسليماً اختيارياً أو إرادياً من البنك نفسه(٣).

يتضح مما تقدم وجود خلاف فقهي حول سحب حامل البطاقة بما يتجاوز رصيده، فمنهم من رأى أنها تخضع للجرائم التقليدية (النصب – خيانة الأمانة – السرقة)، ومنهم من رأى أنها لا تخضع لهذه الجرائم.

وفي ضوء ما تقدم يوصي الباحث بدعوة التشريعات محل المقارنة إلى النص على جريمة حالات السحب المتجاوز للرصيد.

٢ – استعمال البطاقة المصرفية الملغاة:

قد يحدث أن تصدر الجهة مصدرة بطاقة الائتمان قرارها بإلغاء بطاقة الائتمان التي أصدرتها لعميلها، وذلك إما نتيجة تعسفه في استعمالها وإما لعدم سداده لمديونياته في الموعد المتفق عليه في العقد أو لغير ذلك من الأسباب.

---

(١) محمد رائد البيرقدار، دراسة تحليلية للسرقة والاختلاس بوساطة استخدام الحاسب الآلي، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، أكتوبر، سنة ١٩٩٣م، بعنوان "مشكلات المسؤولية الجنائية في مجال الإضرار بالبيئة والجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات"، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٣م، ص٣٨١.

(٢) Cabrillac (M) et Mouly "Droit pénal de la banque et du crédit". Masson, 1982, note: 335, p.218.

(٣) F.J. CRÉDOT, P. BOUTEILLER, "Le cadre juridique des paiements par carte bancaire", avril 1995, Droit et patrimoine, p.37.
- Vasseur, Le paiement électronique: aspects juridiques, JCP 1985, éd. G, I, 3206, nº30., p.53.

وهنا قد يستمر حامل البطاقة االائتمانية في استخدام البطاقة الملغاة، فهل ينطوي ذلك على جريمة؟ وما نوع هذه الجريمة؟

يذهب الفقه المصري في الإجابة عن هذا التساؤل إلى أن امتناع الحامل عن رد بطاقة الائتمان إلى البنك، على الرغم من ثبوت علمه بالإخطار المرسل إليه من البنك بالرد، يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة وذلك لأن البطاقة قد سلمت إليه على سبيل الأمانة لاستعمالها(١).

كما قرر الفقه الفرنسي(٢) أيضاً أن امتناع الحامل عن رد البطاقة إلى البنك يتوافر فيه ركن الاختلاس الذي تقوم به جريمة خيانة الأمانة، ويستند هذا الرأي إلى حكم محكمة (Crteil) الابتدائية الصادر في ١٥ يناير ١٩٨٥م، الذي قضى بأنه "يعد مرتكباً جريمة خيانة الأمانة – وليس النصب – حامل البطاقة (Visa) الذي على الرغم من مطالبة البنك المتكرر له بردها بسبب تعسفه في استعمالها استمر في ذلك الاستعمال "(٣).

وبيان ذلك أن بطاقة الائتمان تعد من قبيل الأشياء، وهي تعد منقولاً ذا طبيعة مادية، وهو ما تقع عليه جريمة خيانة الأمانة، كما أن الركن المعنوي لهذه الجريمة يتوافر بقيام الحامل بكتم البطاقة وامتناعه عن إعادتها لمن يجب إعادتها إليه(٤).

ولقد عرفت جريمة خيانة الأمانة على أنها "اختلاس أو استعمال أو تبديد منقول مملوك للغير سلم إلى الجاني بناء على عقد من عقود الأمانة إضراراً

---

(١) د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص ١١٣٥.

(٢) Piedelièvre (S.), Instruments de crédit et de paiement, 6e édition, Dalloz, 2010, no364, p.294.

(٣) T.G.I.Crétil 15 Jan. 1985, D. 1985, IR, P.344, Vasseur, Le paiement électronique: aspects juridiques, JCP 1985.

(٤) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص٢٠٧٨ وما بعدها.

بمالكه أو صاحبه أو واضع اليد عليه مع توافر القصد الجنائي"[١].

كما عبرت المادة (٣٤١) عقوبات مصري عن ذلك بقولها: "كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة..."، ولقد أشار المشرع المصري بألفاظ (اختلس، استعمل، بدد) إلى الفعل أو السلوك الإجرامي الذي تقوم به خيانة الأمانة، في حين نجد المشرع الفرنسي قد اقتصر في المادة (٤٠٨) عقوبات فرنسي قديم على النص (اختلس، أو بدد)[٢] فقط، ثم جاءت المادة (١/٣١٤) جنائي فرنسي جديد واقتصرت على لفظ (الاختلاس) فقط[٣].

يتضح مما تقدم أنه تستلزم أركان معينة لقيام جريمة خيانة الأمانة على النحو التالي:

١ – موضوع الجريمة:

ويتمثل موضوع جريمة خيانة الأمانة في مال منقول ذي طبيعة مادية، والبطاقة المصرفية من قبيل الأشياء التي تعد منقولاً ذا طبيعة مادية تقع عليه جريمة خيانة الأمانة[٤].

ويشترط في خيانة الأمانة أن يكون مالاً مملوكاً للغير مسلم للجاني بموجب عقد أمانة، وبالرجوع إلى العقد المبرم بين الحامل والمصدر نجد أنه يتضمن شرط بالتزام الأول برد البطاقة عند انتهاء صلاحيتها أو عند فسخ العقد، وهذا يدل على أن تسليم بطاقة الائتمان وهي عقد يلتزم بمقتضاه شخص

(١) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠م، ص٩٥٤.

(٢) C. Ducouloux-Favard, Droit pénal des affaires, 2ème éd., Masson, 1993,p.42.

(٣) M. L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 2001,.p.143.

(٤) د. محمد سامي الشوا، الجرائم التي استحدثتها المعلوماتية للتعدي على الذمة المالية للغير، بحث في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، ص١١١٩.

بأن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً (م٧١٨) من القانون المدني المصري؛ أي يلتزم المودع لديه برد الشيء المسلم إليه إلى المودع عيناً.

٢ – الركن المادي:

إن الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة ينحصر في ثلاث صور، هي: الاختلاس، والتبديد، والاستعمال، ويمكن إدخال الفعل الصادر عن حامل البطاقة بالامتناع عن رد بطاقة الائتمان التي ألغيت أو انتهت صلاحيتها في الصورة الثالثة من صور الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة، وهو الاستعمال الذي لا يجوز إلا لمالك الشيء حتى ولو لم تنصرف النية إلى التملك؛ إذ إن الحامل الذي يستخدم البطاقة الموجودة في حيازته مؤقتاً تنصرف إلى القيمة التي تمثلها تلك البطاقة، وهي الأموال التي يمكن الحصول عليها عن طريق استعمال البطاقة المنتهية أو الملغاة(١).

٣ – الركن المعنوي:

لا شك أن جريمة خيانة الأمانة من الجرائم العمدية، فالركن المعنوي فيها يتخذ صورة القصد الجنائي، ولا يكفي لتحقيق هذا الركن أن يتوافر القصد العام، وإنما يجب توافر القصد الخاص (نية التملك)(٢). وذلك بأن تتجه نية الحامل إلى تغيير حيازته من حيازة ناقصة، إلى حيازة كاملة مع إنكار حق

(١) راجع في المعنى نفسه: د. فايز رضوان، مرجع سابق، ص١٩٥.
أ. ثناء أحمد المغربي، الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص٩٧٣.

(٢) لقد ذهب د. أحمد فتحي سرور إلى القول: إن القصد الجنائي في خيانة الأمانة قصد عام فقط على أساس أن نية التملك تندمج في الركن المادي وتعتبر عنصراً نفسياً فيه.
راجع في ذلك: د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٥م، بند ٨٥٩، ص٩٩٢.

صاحبه عليه؛ أي انصراف نية الحامل إلى إضافته البطاقة إلى ملكه واختلاسها لنفسه بالامتناع عن ردها إلى البنك أو استعمالها استعمالاً يجردها من قيمتها[١].

يتضح مما تقدم مدى توافر أركان جريمة خيانة الأمانة في فعل الحامل بامتناعه عن رد البطاقة إلى المصدر واستمراره في استعمالها، وتأكيد أن البطاقة تبقى ملكاً للبنك المصدر الذي يعهد بها إلى الحامل لاستعمالها وردها عند طلب البنك ذلك، وأن تسليم البطاقة من البنك إلى الحامل إنما كان بناء على عقد(عارية الاستعمال) أحد العقود المذكورة حصراً في المادة (٣٤١) عقوبات مصري.

هذا عن مسؤولية حامل البطاقة الملغاة في استعمالها في سحب النقود، وأما عن مسؤولية حامل البطاقة الملغاة وتقديمها للتاجر للوفاء بمشترياته، فإنه يكون مرتكباً لجريمة النصب في مواجهة التاجر؛ حيث تنص المادة (٣٣٦) من قانون العقوبات المصري والمعدل بالقانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٢م على أنه "يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول، وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها، إما باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو بإحداث أمل بحصول ربح وهمي، أو بتسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال، أو إيهامهم بوجود سند أو دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور، وإما باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة".

يتضح من نص المادة السابقة أن النصب هو استعمال الجاني وسيلة من وسائل التدليس المحددة على سبيل الحصر وحمل المجني عليه بذلك على تسليم الجاني مالاً منقولاً مملوكاً للغير[٢].

---

(١) د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص١١٣٤.

(٢) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص٨١٣.

ومن هذا التعريف يتضح أن أركان جريمة النصب تتمثل فيما يلي:

- **محل جريمة النصب**: وهو المال المنقول الذي تستخدم فيه البطاقة؛ إذ إن الهدف منها يكون تسوية المشتريات لحاملها لدى التجار الذين تعاقدوا مع مصدرها.
- **الركن المادي:** هو الاحتيال الذي يؤدي إلى الاستيلاء على المال المملوك للغير، وعلاقة السببية بين الاحتيال والاستيلاء، وصور الاحتيال ثلاث، هي: الخداع والكذب والغش، وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن توافر الركن المادي في جريمة النصب بقولها: "يجب في جريمة النصب أن تكون الطرق الاحتيالية التي استعملت مع المجني عليها قوامها الكذب، فحامل البطاقة الذي يقدم بطاقة منتهية أو ملغاة إلى التاجر وهو يعلم بذلك، ويستعمل إحدى الطرق الاحتيالية لإيهام التاجر بأنه صاحب الحق في استخدامها ويسلمه التاجر مشتريات مقابل تلك البطاقة فهو كاذب ومرتكب لجريمة النصب، وخاصة في حالة عدم تدوين تاريخ انتهاء الصلاحية على البطاقة"(١).

الركن المعنوي: لقد تقدم القول بأن جريمة النصب عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي بقسميه (العام والخاص)، ومن ثم يشترط لقيام النصب انصراف نية الحامل إلى تملك السلع والمشتريات التي استولى عليها من التاجر، وذلك إعمالاً لنص المادة (٣٣٦) عقوبات مصري، التي تضمنت عبارة "... وكان ذلك بالاحتيال لسلب ثروة الغير كلها أو بعضها..."، إذن يستفاد من ذلك النص أنه لا بد أن تكون غاية الحامل من وراء احتياله على التاجر هي سلب جزء من مال الغير بنية تملكه وحرمان مالكه منه(٢).

---

(١) مجموعة القواعد القانونية، نقض ١٧ يونيه ١٩٦٤، الجزء السابع، رقم ١٩٤، ص١٧٩.

(٢) د. عبد العظيم مرسي وزير، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال، دراسة تحليلية تأصيلية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٧م، ص٤٣٦ وما بعدها.

ولقد ذهب الفقه الفرنسي إلى أن استخدام البطاقة الملغاة أو المنتهية تكون جريمة النصب في مواجهة التاجر الذي تعهد بقبول تلك البطاقات في الوفاء بشرط ألا يكون المصدر قد أخطره بسحب البطاقة من الاستعمال.

ففي الدعوة المنظورة أمام محكمة جنح (Paris) بتاريخ ١٦/١٠/١٩٧٧٤م، قام حامل البطاقة بالاستعمال التعسفي لهذه الأخيرة، وطلب منه البنك بخطاب رد البطاقة أو إرجاعها، وبناءً على شكوى البنك اتخذت المحكمة القرار التالي: "تقديم بطاقة زرقاء (Carte bleue) مجردة من أية قيمة يشكل طريقة احتيالية تهدف إلى الإقناع بوجود ائتمان وهمي والحصول من البنك على وفاء مبالغ للتجار الذين قدموا بأنفسهم سلعاً لحامل البطاقة – مقدم البطاقة – لذلك فهو متهم بجريمة نصب"[١].

ثانياً – الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل الغير:

المقصود بالغير هو من لم تصدر البطاقة باسمه من الجهة المختصة بإصدارها، فإذا استعمل الغير بطاقة الائتمان كان استعماله غير مشروع وما ذلك إلا للطابع الشخصي الذي تتسم به هذه البطاقة[٢]. ويحصل الغير على بطاقة ائتمان إما عن طريق السرقة وإما بالعثور عليها بعد أن فقدها صاحبها.

وهنا يثار التساؤل التالي: هل يسأل الغير جنائياً عند استعماله بطاقة ائتمان مسروقة أو مفقودة ؟ وعن أي جريمة يسأل؟

---

(١) Trib. Corr. Paris 16Oct. 1974, Banque no338, p324 "La présentation d'une carte-bleuue sans valeur parce qu'annuleé par la banque émettrice constitue une manœuvre = frauduleuse tendant a persuader l'existence d'un crédit imaginaire et á obtenir de la banque la remise de sommes au commerçant,qui a lui-même remis un bien au pré la carte par la,celui-ci se rend coupable du délit d'escroquerie".

(٢) د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص١١٣٩.

لقد استقر الفقه والقضاء سواء في فرنسا(١)، أو في مصر(٢) على أن استعمال البطاقة المسروقة أو المفقودة في سحب نقود من خلال الموزعات الآلية تتوافر فيه الأركان المكونة لجريمة النصب.

فإذا قام غير الحامل الشرعي لبطاقة الائتمان باستخدام بطاقة مسروقة أو مفقودة في الوفاء عن طريقها للتجار، كان مسؤولاً عن جريمة نصب؛ لأنه بهذا الاستخدام هدف إلى إقناع التاجر بوجود ائتمان وهمي من أجل الاستيلاء على أموال هذا الأخير؛ مما يعد طرقاً احتيالية تقوم بها جريمة النصب.

كما يمكن أن تقوم جريمة النصب في هذه الحالة باستعمال اسم كاذب؛ ذلك أنه من المقرر أن يكفي لتكوين جريمة النصب أن تسمي الشخص الذي يريد سلب مال الغير باسم كاذب يتوصل به إلى تحقيق غرضه، دون حاجة إلى الاستعانة على إتمام جريمته بأساليب احتيالية أخرى(٣). ويتحقق ذلك باستعمال اسم الحامل الشرعي المدون على وجه البطاقة، فضلاً عن استعمال صفة غير صحيحة بهدف إقناع التاجر بوجود ائتمان وهمي، فتقوم ذلك جريمة النصب، وهذا ما أخذت به محكمة (Bordeaux)؛ حيث قام المتهم باستعمال اسم حامل البطاقة الشرعي وقدم نفسه على أنه صاحب الحساب والحامل الشرعي للبطاقة(٤).

والجدير بالذكر أن مسؤولية الجاني لا تقف عند جريمة النصب فحسب، بل إنه يعد مرتكباً أيضاً لجريمة تزوير؛ حيث إنه قام بالتوقيع على إشعار البيع،

---

(١) Bonhomme (B.) et Pérochon (F.), Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement, 8e édition, LGDJ. 2009, no.851,p.744.

(٢) راجع في ذلك: د. فايز نعيم رضوان، بطاقات الائتمان، مرجع سابق، ص٢١٩.
د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، مرجع سابق، ص١١٥١.
د. عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، مرجع سابق، ص٤١.

(٣) نقض ١٩٣٦/٢/٣م، مجموعة القواعد القانونية، ج٣ رقم ٤٣٧، ص٥٤٦.

(٤) CA. Bordeaux. 25 Mars 1987, D. 1987, J, P.424.
- J. C. P .éd. E. 1987, no16645, p.328.

فالسارق أو الشخص الذي وجد بطاقة الائتمان المفقودة، الذي يوقع على الفواتير مقلداً توقيع الحامل الشرعي يسأل عن جريمة تزوير في المحررات الخاصة، طبقاً للمادة (٤٤١-١ وما بعدها) من قانون العقوبات الفرنسي، والمادتين (٢١٤ مكرراً، و٢١٥) من قانون العقوبات المصري.

وما يرتكبه الجاني يعد تزويراً جزئياً؛ حيث يقوم بكشط ما على البطاقة المسروقة أو المفقودة من شريط توقيع ولصق آخر مكانه، والتوقيع عليه بتوقيع يستطيع كتابته بطلاقة، أو الإبقاء على الشريط، ثم تقليد التوقيع الصحيح على البطاقة المسروقة أو المفقودة عند التوقيع على فواتير الشراء، أو المحو الآلي أو الكيميائي للتوقيع الأصلي أو لأجزاء من هذا التوقيع، وإذا كانت البطاقة المسروقة أو المفقودة مزودة بصورة العميل، فإنه قد يلجأ المزور إلى التخلص من الصورة أو تغطيتها، ووضع صورة أخرى في موضعها إما بالحفر وإما باللصق وإما بالحفر واللصق معاً[1]، وعندئذ نكون بصدد تعدد مادي مع الارتباط الذي لا يقبل التجزئة بين جرائم السرقة والتزوير والنصب، حيث ارتكبها الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي واحد، وهو الحصول على السلع والخدمات من التاجر بموجب بطاقة الائتمان المسروقة، فتطبق عليه عقوبة الجريمة الأشد، طبقاً للمادة (٢/٣٢) من قانون العقوبات المصري.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن استخدام بطاقة مسروقة في الوفاء بها لدى التجار يشكل جريمة نصب باستعمال اسم كاذب، علاوة على توافر الطرق الاحتيالية؛ لأنه في هذا الشكل من أشكال الاستعمال يقوم الغير بوضع توقيع مزور على الفاتورة المعدة التي أعدها التاجر باسم الحامل الشرعي.

وبهذا النظر، أخذت محكمة استئناف الكويت بصدد الشخص الذي قام بسرقة بطاقة السحب الآلي والرقم السري وسحب مبلغ من الرصيد؛ حيث

(١) د. رياض فتح الله بصلة، جرائم بطاقة الائتمان، دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها، دار الشروق، سنة ١٩٩٥م، ص١١٥.

أدانته بتهم ثلاث: السرقة والتزوير في محررين من أوراق البنوك، هما كشف العملاء وكشف العمليات لجهاز السحب الآلي من بنك الكويت والشرق الأوسط، والنصب بانتحال اسم كاذب، باستخدام بطاقة السحب الآلي من البنك على هذا الأساس(١).

(١) مشار إلى هذه الأحكام لدى د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٠٩٥.

قائمة المراجع

أولاً – المراجع العربية:

١ – الكتب:

- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٥م.
- د. آمال أحمد موسى زهران، الآثار الاقتصادية للبطاقات البنكية، جدة، دون ناشر، سنة ١٤٢٩هـ.
- د. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية المدنية والجنائية لبطاقة الائتمان الممغنطة، القاهرة، دار النهضة العربية.
- د. رفعت أبادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، القاهرة، سنة ١٩٨٤م.
- د. رياض فتح الله بصلة، جرائم بطاقة الائتمان، دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها، دار الشروق، سنة ١٩٩٥م.
- د. عبد العظيم مرسي وزير، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٧م.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسيل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٥م.
- د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دراسة فقهية قانونية اقتصادية، بيروت، دار الحكم، سنة ١٩٩٨م.

- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨م.
- د. عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، بيروت، دار النهضة، سنة ١٩٩٥م.
- د. فايز نعيم رضوان:
  - بطاقات الوفاء، القاهرة، المطبعة العربية، سنة١٩٩٠م.
  - بطاقات الائتمان، المنصورة، مكتبة الجلاء، سنة ١٩٩٠م.
- د. فداء يحيى أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، عمان، دار الثقافة للطباعة والنشر، سنة ١٩٩٩م، ص٢٠.
- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠م.
- د. محمد حماد مرهج الهيتي، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، المحلة الكبرى، دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٩م.
- د. محمد عبد الحليم عمر، الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان، القاهرة، إيتراك للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٧م.
- عماد علي الخليل، الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، سنة٢٠٠٠م.

٢ - البحوث والندوات والمؤتمرات:

- د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو، سنة ٢٠٠٣م، ص٢٠٤١.
- د. ثناء أحمد محمد المغربي، الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون.

- د. مبارك جزاء الحربي، بطاقات الائتمان، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون.
- د. محمد رأفت عثمان، ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية وتميزها عن غيرها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون.
- د. محمد سامي الشوا، الجرائم التي استحدثتها المعلوماتية للتعدي على الذمة المالية للغير، بحث في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع.
- د. محمد عبد الحليم عمر، بطاقات الائتمان ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو، سنة ٢٠٠٣م.
- د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو، سنة ٢٠٠٣م.
- د. ممدوح خليل البحر، د. عدنان أحمد ولي العزاوي، بطاقات الائتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها، دراسة قانونية مقارنة، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو، سنة ٢٠٠٣م.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي، نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في غرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢ مايو، سنة ٢٠٠٣م.
- محمد رائد البيرقدار، دراسة تحليلية للسرقة والاختلاس بواسطة استخدام

الحاسب الآلي، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، أكتوبر، سنة ١٩٩٣م، بعنوان "مشكلات المسؤولية الجنائية في مجال الإضرار بالبيئة والجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٣م.

- رفعت أبادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، مجلة إدارة الفتوى والتشريع بدولة الكويت، الكويت، العدد الرابع، سنة ١٩٨٤م.

ثانياً – المراجع الأجنبية:

- Bonhomme (B.) et Pérochon (F.), Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement, 8e édition, LGDJ, 2009.
- C. Ducouloux-Favard, Droit pnal des affaires, 2ème d., Masson, 1993.
- Cabrillac (M) et Mouly "Droit pénal de la banque et du crédit". Masson, 1982.
- CABRILLAC (M.) et MOULY (C.): Droit pénal de la banque et du crédit, MASSON, Paris,1982.
- Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Les cartes de paiement et de crédit, Droit du crédit, paris, 1990.
- Credot (F-J) et Bouteiller (P) "Le cadre juridique des paiements par carte bancaire" R. Droit et patrimoine, Av 1995.
- Drury, AC and Ferrier, CW, Credit Cards, London, Butterworth, 1984.
- F.J. CRÉDOT, P. BOUTEILLER, « Le cadre juridique des paiements par carte bancaire », avril 1995.
- M. L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 2001.
- Michel Masse. L'utilisation abusive de distributeur automatique de billets, Expertises des systèmes d'information, Nov.

- P.G Hanson, Service Banking, third edition.
- Piedelièvre (S.), Instruments de crédit et de paiement, 6e édition, Dalloz, 2010.
- Vasseur, Le paiement électronique : aspects juridiques, JCP 1985.

دور مجلس الأمن الدولي في مواجهة النزاعات المسلحة غير الدولية

الأستاذة/ خولة محيي الدين يوسف
قسم القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة دمشق

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى إلقاء الضوء على عمل مجلس الأمن الدولي في مواجهة النزاعات المسلحة غير الدولية؛ إذ يبدأ بالتعريف بهذه النزاعات والقواعد القانونية الناظمة لها، لينتقل بعد ذلك إلى تحديد الأساس القانوني لعمل مجلس الأمن في هذا المجال، لينتهي بعرض أبرز الأساليب التي انتهجها المجلس في تعامله مع مثل هذه النزاعات، سواء بالنسبة للنزاع بحد ذاته أو بالنسبة لآثاره، وذلك في ظل الرابط الوثيق الذي نشأ بين هذا النوع من النزاعات ومفهوم السلم والأمن الدوليين، الذي يعتبر مجلس الأمن الدولي الجهاز الرئيسي المكلف بحفظهما أو إعادتهما إلى نصابهما.

تمهيد وتقسيم:

أضحت النزاعات المسلحة غير الدولية وما يترتب عليها من آثارٍ أحد أبرز تحديات عمل الأمم المتحدة، خاصةً في ظل تزايد الترابط بين القضايا التي تنشأ في إطار دولةٍ معينةٍ وحفظ السلم والأمن الدوليين وظهور المزيد من القيود على المبدأ القانوني القاضي بعدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول مقابل اهتمام دولي متزايد بمثل هذه النزاعات، التي استطاعت أن تضمن لنفسها مكانةً خاصةً ضمن أحكام القانون الدولي الإنساني وأن تحوز اهتمام الأمم المتحدة بشكلٍ تصاعد مع نهاية الحرب الباردة، فأصبحت مهام الأمم

المتحدة في مجالات صنع السلام وحفظ السلام وبناء السلام فيما يتعلق بهذه النزاعات معلماً رئيسياً لعملها الذي شهد نجاحاً في بعض جوانبه مقابل إخفاقه في جوانب أخرى، سواء فيما يتعلق بمعالجة النزاع بحد ذاته أو فيما يتعلق بتحديات المرحلة التي تليه مباشرةً، وسيتناول هذا البحث أبرز محاور عمل مجلس الأمن الدولي في معالجته للنزاعات المسلحة غير الدولية وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: تعريف النزاعات المسلحة غير الدولية والقواعد القانونية الناظمة لها.

الفرع الأول: تعريف النزاعات المسلحة غير الدولية.

الفرع الثاني: القواعد القانونية الناظمة للنزاعات المسلحة غير الدولية.

المطلب الثاني: مبررات تدخل مجلس الأمن الدولي في النزاعات المسلحة غير الدولية.

الفرع الأول: التدخل بناءً على مبررات إنسانية.

الفرع الثاني: النزاعات المسلحة غير الدولية ومفهوم السلم والأمن الدوليين.

المطلب الثالث: أساليب مجلس الأمن الدولي في التصدي للنزاعات المسلحة غير الدولية.

الفرع الأول: تدابير وقائية.

الفرع الثاني: تدابير علاجية.

المطلب الأول
تعريف النزاعات المسلحة غير الدولية والقواعد القانونية المنظمة لها

ثمة سلوكٌ دولي مُتناقضٌ في مجال تكييف النزاعات المسلحة، فتارةً يوصف نزاعٌ ما على أنه ذو طابع داخلي وتارةً أخرى ترى بعض الدول ضرورة تفعيل الطابع الدولي لنزاعٍ ما بما يترتب على ذلك من آثارٍ، على رأسها اكتساب المقاتلين من غير الجيش النظامي صفة أسرى الحرب والحصول على المزايا المتعددة التي ارتبطت بهذه الصفة، لذلك فإن التكييف القانوني للنزاع مسألةٌ مهمة يتم من خلالها تعرّف معايير سلوك أطرافه والالتزامات التي تقع عليهم؛ فعلى سبيل المثال تميّز المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بين الانتهاكات تبعاً لنوع النزاع(١)، ومن هنا فإن نقطة الانطلاق في هذا البحث ستكون بتعريف النزاعات المسلحة غير الدولية ثم القواعد القانونية التي تنظم سيرها.

الفرع الأول
تعريف النزاعات المسلحة غير الدولية

تعددت المناهج الفقهية التي حاولت تعريف النزاعات المسلحة غير الدولية، ولم تقدم التعاريف التي ظهرت في فقه القانون الدولي التقليدي أي تمييزٍ واضحٍ لهذه النزاعات عن العديد من المفاهيم الأخرى المشابهة لها(٢)، إلا أن **لائحة**

(١) انظر الفقرات (ج – د – هـ – و) من المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية "نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما ١٩٩٨".

(٢) عام ١٨٦٣ ظهرت محاولة للتمييز بين الثورة والحرب الأهلية والعصيان في تعليماتٍ أصدرتها وزارة الحربية الأمريكية تضمنها الأمر العام رقم (١٠٠) الذي هو مجموعة تعليمات وضعت لتحكم سلوك جيش الولايات المتحدة الأمريكية في الميدان من إعداد الفقيه ليبر، انظر في ذلك رقية عواشرية، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص١٢.

نيوشاتل التي أصدرها مجمع القانون الدولي عام ١٩٠٠ متضمنةً "حقوق وواجبات الدول الأجنبية" والتي نصت على مبادئ حول الاعتراف بالمحاربين من قبل الدول الأجنبية كانت شكلت ركيزةً لتعرف بعض ملامح هذه النزاعات، وذلك من خلال تحليلها لهذا الاعتراف وشروطه(١).

أما **فقه القانون الدولي المعاصر** فقد ظهر فيه اتجاهٌ ينظر نظرةً واسعةً للنزاعات المسلحة غير الدولية؛ فيُدرج ضمنها جميع صور التمرد ضد الحكومة الشرعية، مقابل اتجاه آخر يضع شروطاً معينةً لتصنيف حالة تمرد على أنها نزاعٌ مسلحٌ غير دولي، كأن تصل إلى درجةٍ معينةٍ من العنف تهدد معها السلامة والوحدة الوطنية(٢).

لم تأت **اتفاقيات جنيف الأربع** بتعريفٍ محددٍ لهذه النزاعات، لكن كقاعدةٍ عامةٍ دارت الرؤى المطروحة إزاءها في أثناء صياغة هذه الاتفاقيات حول وصفها بأنها تلك النزاعات التي تثور داخل حدود إقليم الدولة، وتخوض فيها قواتها العسكرية مواجهة مسلحة مع فئة أو بعض الفئات المتمردة داخل ترابها الوطني(٣)، وقد بذل عدد من مندوبي الدول المشاركة في المؤتمر الدبلوماسي بشأن اتفاقيات جنيف عام ١٩٤٩ جهوداً للتوصل إلى تحديد بعض العناصر والمعايير الخاصة بالنزاعات المسلحة غير الدولية على أمل التوصل إلى تعريفٍ محددٍ لها دون إحراز أية نتيجة؛ إذ كان الفقه منقسماً آنذاك بين الاكتفاء بتحديد مضمون هذه النزاعات بالحرب الأهلية أو شمولها جميع أنواع النزاعات

---

(١) تضمنت المادة /٨/ من هذه اللائحة شروط الاعتراف بالمحاربين من الدول الأجنبية، التي تمثلت بأن يكون لديهم كيان إقليمي متميّز وأن يمارسوا بعض مظاهر السيادة على الإقليم، أن يكون لديهم رئيس مسؤول عن مرؤوسيه، وبشكلٍ يضمن الخضوع لأعراف الحرب وقوانينها.

(٢) رقية عواشرية، المرجع السابق، ص١٥.

(٣) شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، الطبعة الرابعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٨.

المسلحة غير الدولية كحالات التمرد ضد الحكومة، وهو ما أسفر عن مجرد وضع عدة معايير ساعدت في عملية تكييف النزاعات المسلحة على أنها غير دولية[١]، من هذه المعايير:

- وجود تنظيم عسكري له قيادة مسؤولة عن مرؤوسيه، وله نشاط في أرضٍ معينةٍ، وقادر على ضمان احترام اتفاقيات القانون الدولي الإنساني.
- اعتراف الحكومة المعنية له بصفة المحاربين للثوار، أو اعترافها بأنها في حالة حرب، أو عرض النزاع على مجلس الأمن الدولي أو الجمعية العامة للأمم المتحدة بصفته يهدد السلم والأمن الدوليين.
- أن يكون للثوار نظامٌ فيه بعض خصائص الدولة، كأن يكون لهم سلطاتٌ مدنيةٌ تباشر نفوذها على السكان المدنيين، ولهم سلطة فعلية على جزء معين من التراب الوطني[٢].

استمرت محاولات تعريف النزاعات المسلحة غير الدولية إلى أن أتت المادة الأولى من **البروتوكول الإضافي الثاني للعام ١٩٧٧** لتُشكل خطوة مهمة على هذا الطريق ولتعرفها على أنها "تلك التي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى تمارس تحت قيادة مسؤولة على جزءٍ من إقليمه السيطرة؛ ما يمكنّها من القيام بعملياتٍ عسكريةٍ متواصلةٍ منسقةٍ، وتستطيع تنفيذ هذا الملحق "البروتوكول" [٣].

من هذا التعريف نجد أن شروطاً أساسيةً تلزم للقول بأننا أمام نزاعٍ مسلح غير دولي؛ فمن ناحية **الحيز المكاني** لا بد أن يكون النزاع دائراً على

(١) شريف عتلم، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٢) علاء قاعود، الأطفال والحرب: حالة اليمن، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ١٩٨٩، ص٣٥.

(٣) انظر المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الثاني عام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف للعام ١٩٤٩.

أراضي دولةٍ منضمةٍ إلى البروتوكول الإضافي الثاني، أي داخل حدودها الإقليمية[١]، أما من ناحية **أطراف النزاع** فقد كانت هذه المسألة محل نقاش حاد ساد مؤتمر الخبراء الحكوميين لتأكيد وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة والمنعقد في جنيف بين عامي ١٩٧١– ١٩٧٢ نتيجة تخوّف العديد من الدول من أن يتم تطبيق أحكام هذه الاتفاقيات على أي جماعةٍ تحاول إثارة نوعٍ من عدم الاستقرار الداخلي[٢]، لكن هذا البروتوكول أكد أنه من الضروري أن يكون النزاع قائماً بين القوات المسلحة للدولة من جهة وقوات مسلحة منشقة أو غيرها من الجماعات المسلحة، **على أن تتوافر في هذه الجماعات بعض الشروط**، تتمثل بأن تكون عاملةً تحت قيادة مسؤولة، وتمارس السيطرة على جزء من إقليم الدولة بشكلٍ يسمح لها بمباشرة عمليات عسكرية لها صفة الاستمرارية، وتكون قادرة على تطبيق أحكام هذا البروتوكول، وجديرٌ بالذكر أن غالبية الفقه الدولي ذهبت إلى تفسير معنى السيطرة على الإقليم بأنها تعني السيطرة على الإقليم بمفهومه المادي لا على سكان الإقليم[٣].

وبذلك يكون هذا البروتوكول قد وضع ركائز محددة يمكن الاستناد إليها في تكييف نزاع مسلح ما على أنه ذو طابع غير دولي.

ويُشار إلى أن ثمة مفاهيم تختلف عن النزاعات المسلحة غير الدولية على الرغم من اشتراكها معها في بعض الملامح؛ فقد استبعدت الفقرة الثانية من المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧، على غرار المادة

---

(١) القاضي أمين مهدي، الصراعات المسلحة الدولية وغير الدولية من منظور القانون الدولي الإنساني، المحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دمشق، ٢٠٠٤، ص٩٤.

(٢) أمل يازجي، المحكمة الجنائية الدولية والنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بحث ورد ضمن كتاب المحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دمشق، ٢٠٠٣، ص١١٠.

(٣) انظر المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩.

الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، من مفهوم النزاعات المسلحة غير الدولية **الاضطرابات والتوترات الداخلية**، كأعمال الشغب أو أعمال العنف العرضية، وبمراجعة التعليق على نص هذه الفقرة نجد أن المقصود بها التوترات الخطيرة، مهما كانت طبيعتها، إذا ما توافرت فيها إحدى حالات الاعتقال الجماعي أو ارتفاع عدد المعتقلين السياسيين وشروط الاعتقال السيئة أو غير الإنسانية وحالات الاختفاء وإلغاء الضمانات القانونية الأساسية بسبب امتداد حالة الطوارئ، ويُشار إلى أنه يُمكن للدولة استخدام قواتها المسلحة لمواجهة هذه الحالة دون أن تتحول مثل هذه الحالات إلى نزاع مسلح غير دولي(١).

كما أخرج المشرع الدولي من مفهوم النزاعات المسلحة غير الدولية تلك **النزاعات التي تناضل فيها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي والأنظمة العنصرية**، وذلك في معرض ممارستها لحق الشعوب في تقرير مصيرها كما يكرسه ميثاق الأمم المتحدة والإعلان المتعلق بمبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة(٢)؛ فكان هذا النص أحد مكاسب حركات التحرر الوطني التي تعكس تطور المركز القانوني لها والرغبة في اعتبار النزاعات التي تخوضها ذات طابع دولي، حيث لم تعُد هذه الحالة ضمن حركات التمرد(٣).

مما سبق نجد أن الوصول إلى تحديد ماهية النزاعات المسلحة غير الدولية لم يكن بالأمر اليسير مقارنةً مع تلك ذات الطابع الدولي، بل كان طريقاً محفوفاً بالجدل القانوني والاختلاف في وجهات النظر بين الدول، خاصةً في ظل حرصها على اعتبارات السيادة وعدم التدخل في شؤونها الداخلية من جهة،

---

(١) فوزي أو صديق، مبدأ التدخل والسيادة: لماذا؟ وكيف؟ دار الكتاب الحديث، الجزائر، ١٩٩٩، ص ٧٦- ٧١.

(٢) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧والملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩.

(٣) انظر في ذلك هيثم موسى حسن، التفرقة بين الإرهاب الدولي ومقاومة الاحتلال في العلاقات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص ٣٠٥.

وعدم الخلط بين حركات التحرر الوطني وغيرها من حركات التمرد من جهةٍ أخرى.

وبعد أن توضح جانب كبير من ملامح هذه النزاعات، سواء من حيث نطاقها الإقليمي أو من حيث أطرافها، ماذا عن القواعد القانونية التي تنظمها؟

الفرع الثاني
القواعد القانونية المنظمة للنزاعات المسلحة غير الدولية

أدى تصاعد عدد النزاعات المسلحة غير الدولية وارتفاع حدة آثارها إلى إدراك ضرورة إيجاد قواعد قانونية خاصة تتلاءم مع طبيعتها المختلفة عن النزاعات المسلحة الدولية، لتدخل بذلك في إطار المسائل التي ينظمها القانون الدولي؛ فما تلك القواعد وبماذا تتميز؟

أولاً – القواعد القانونية ذات الطابع الاتفاقي:

تتمثل هذه القواعد بشكل رئيسي بالمادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ والبروتوكول الإضافي الثاني الذي تم تكريسه بأكمله لهذه النزاعات، إلى جانب بعض الأحكام المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية وتقييد استخدام بعض أنواع السلاح.

أ – المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩:

أخضعت هذه الاتفاقيات النزاع المسلح غير الدولي إلى الحد الأدنى من مقتضيات الإنسانية بموجب أحكام المادة الثالثة المشتركة بينها[١]، إذ يُمكن اعتبارها اتفاقية مصغرة تضم القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف في صيغةٍ مكثفةٍ لتُطبق على النزاعات المسلحة غير الدولية، فهي تطالب بمعاملةٍ إنسانيةٍ لجميع الأشخاص المعتقلين لدى العدو وعدم التمييز ضدهم أو تعريضهم للأذى،

(١) شريف عتلم، المرجع السابق، ص٣٨.

وتحرّم على وجه التحديد القتل والتشويه والتعذيب والمعاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهينة واحتجاز الرهائن والمحاكمات غير العادلة، ومن الملاحظ أن العديد من هذه الأحكام إنما تلقى جذورها في القانون الدولي لحقوق الإنسان، لكن ثمة أحكام أوردتها هذه المادة لها خصوصيتها وذلك فيما يتعلق بتجميع الجرحى والمرضى والناجين من السفن الغارقة وتوفير العناية لهم، كما تدعو أطراف النزاع إلى وضع جميع اتفاقيات جنيف أو بعضها حيز التنفيذ، مع تأكيدها أن تطبيق أحكامها لا يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع، وتتطرق إلى صلاحيات اللجنة الدولية للصليب الأحمر إزاء النزاعات المسلحة غير الدولية(١)، التي تبادر بعرض خدماتها على الدولة التي يجري النزاع على أرضها، ولحكومة هذه الدولة أن توافق أو ترفض المبادرة على عكس حالة النزاعات المسلحة الدولية؛ إذ تملك اللجنة اختصاصاً أصيلاً تمارسه بقوة القانون دون التوقف على إرادة الدول الأطراف في النزاع(٢).

ب – البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧ والملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩:

جاء هذا البروتوكول بأحكامٍ مفصلةٍ حول النزاعات المسلحة غير الدولية تمثلت بما يلي:

١ – نطاق التطبيق:

حدد هذا البروتوكول النطاق المادي لتطبيقه في مادته الأولى، على أنه داخل إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة(٣)، أما النطاق الشخصي لتطبيقه

(١) انظر نص المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩.

(٢) تعرّف اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الخامسة، تشرين الثاني/ ٢٠٠٧، القاهرة، ص١٥.

(٣) انظر المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩.

فيتمثل بجميع الأشخاص الذين يتأثرون بنزاعٍ مسلحٍ غير دولي وفق مفهوم المادة الثانية من هذا البروتوكول، وذلك دون أي تمييزٍ مجحفٍ على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة أو الآراء السياسية أو الانتماء الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر أو على أية معايير أخرى مماثلة(١).

٢ – سيادة الدول:

نصت المادة الثالثة من هذا البروتوكول على أنه لا يجوز الاحتجاج بأي من أحكامه بقصد المساس بسيادة أية دولة أو بمسؤولية أية حكومة في الحفاظ بجميع الطرق المشروعة على النظام والقانون داخل حدودها أو الدفاع عن وحدتها الوطنية وسلامة أراضيها(٢)، كما لا يجوز الاحتجاج بأي من أحكام هذا البروتوكول كمبررٍ للتدخل بصورةٍ مباشرة أو غير مباشرة في النزاع المسلح أو في الشؤون الداخلية أو الخارجية للطرف السامي المتعاقد الذي يجري النزاع على إقليمه(٣).

٣ – المعاملة الإنسانية:

أورد هذا البروتوكول ضمانات أساسية للمعاملة الإنسانية؛ إذ يكون لجميع الأشخاص الذين لا يشتركون في النزاع بصورةٍ مباشرةٍ أو الذين يكفون عن الاشتراك في الأعمال العدائية، سواء قيدت حريتهم أم لم تقيد، الحق في احترام شخصهم وشرفهم ومعتقداتهم وممارستهم لشعائرهم الدينية ووجوب معاملتهم في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون أي تمييزٍ مجحفٍ ومحاكمتهم وفقاً للقواعد المرعية للقانون الدولي العام(٤)، كما أورد هذا البروتوكول أحكاماً تضمن

(١) انظر المادة الثانية من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧ والملحق باتفاقيات جنيف للعام ١٩٤٩.
(٢) انظر الفقرة الأولى من المادة الثالثة من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧.
(٣) انظر الفقرة الثانية من المادة الثالثة من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧.
(٤) انظر المادة الرابعة من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧.

الحماية **لفئاتٍ محددةٍ** من الأشخاص كالأطفال وأفراد الخدمات الطبية وأفراد الهيئات الدينية والسكان المدنيين، والجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار، كما توفر أحكامه الحماية لأعمال الإغاثة والقائمين عليها، أما عن **الأعيان** فيحظى منها بالحماية ما هو ضروري ولا غنى عنه لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة والأشغال الهندسية والمنشآت التي تحتوي على قوى خطرة و للأعيان الثقافية وأماكن العبادة(١).

٤ – الانتهاكات الجسيمة:

يحدد هذا البروتوكول مجموعة من الانتهاكات الجسيمة لأحكامه التي يحظر اقترافها ضد الأشخاص المحميين بموجبه، هذه الانتهاكات الجسيمة هي:

- الاعتداء على حياة الأشخاص وصحتهم وسلامتهم البدنية أو العقلية ولاسيما القتل والمعاملة القاسية كالتعذيب أو التشويه أو أية صورة من صور العقوبات البدنية.
- الجزاءات الجنائية.
- أخذ الرهائن.
- أعمال الإرهاب.
- انتهاك الكرامة الشخصية وبوجه خاص المعاملة المهينة والمحطة من قدر الإنسان والاغتصاب والإكراه على الدعارة وكل ما من شأنه خدش الحياء.
- الرق وتجارة الرقيق بجميع صورها.
- السلب والنهب.
- التهديد بارتكاب أي من الأفعال المذكورة(٢).

(١) انظر البابين الثاني والثالث من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧.
(٢) انظر الفقرة الثانية من المادة الرابعة من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧.

ج – حماية الممتلكات الثقافية في أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية:

تُشكل حماية الممتلكات الثقافية محوراً مهماً ضمن القواعد ذات الطابع الاتفاقي الناظمة للنزاعات المسلحة غير الدولية؛ إذ تنص المادة التاسعة عشرة من اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام ١٩٥٤ على احترام الممتلكات الثقافية في حالة قيام نزاع من هذا النوع، وتلزم أطرافه تطبيق أحكامها المتعلقة بهذه الحماية(١).

د – تقييد أنواع السلاح المستخدم في النزاعات المسلحة غير الدولية:

يدخل ضمن قواعد الاتفاقية الناظمة لهذه النزاعات أحكام اتفاقيات القانون الدولي الإنساني المختلفة التي تُقيّد استخدام أنواع معينة من الأسلحة وفقاً لمقدار الضرر الناجم عنها كأن يكون، عشوائياً أو مفرط الأذى(٢).

إذاً، فقد حازت النزاعات المسلحة غير الدولية قدراً من الاهتمام في البنيان الاتفاقي لقواعد القانون الدولي الإنساني، ويُمكن القول إنه على الرغم من أهمية هذه القواعد فإننا نرى في تلك ذات الطابع العرفي ملاذاً لتدارك النقص فيها من

---

(١) تنص هذه المادة على ما يلي:
١- في حالة نزاع مسلح غير دولي ينشب على أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يصبح على كل طرف في النزاع أن يطبق على الأقل الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية.
٢- على الأطراف المتنازعة أن تحاول، بعقد اتفاقات خاصة، تطبيق باقي أحكام هذه الاتفاقية أو جزء منها.
٣- يجوز لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة أن تعرض خدماتها على الأطراف المتنازعة.
٤- لا يؤثر تطبيق الأحكام السابقة على الوضع القانوني للأطراف المتنازعة.

(٢) من هذه الاتفاقيات اتفاقية حظر تقييد أو استعمال أسلحة تقليدية معينة يُمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر لعام ١٩٨٠ واتفاقية أوتاوا لعام ١٩٩٧ المتعلقة بحظر الألغام المضادة للأفراد.

جهة ومواكبة تصاعد وتيرة هذه النزاعات من جهة أخرى، فأين وصلت هذه القواعد العرفية؟ وماذا قدمت في هذا السياق؟.

ثانياً – القواعد القانونية ذات الطابع العرفي:

شهدت العقود القليلة الماضية نزعةً باتجاه تكريس الممارسات التي توفر احترام القانون الدولي الإنساني في هذا النوع من النزاعات، وعلى الرغم من أن أحكام البروتوكول الإضافي الثاني قد ترسخت في معظمها كجزء من القانون الدولي العرفي، فإن مساهمة القواعد القانونية العرفية فيما يتعلق بهذه النزاعات تذهب إلى أبعد من أحكام هذا البروتوكول؛ إذ إن الممارسة الدولية قد خلقت عدداً كبيراً من القواعد العرفية المفصلة بشكل أوسع من الأحكام الاتفاقية فملأت الثغرات في التنظيم القانوني للمنازعات المسلحة غير الدولية(١)، وقد خلصت دراسة عن القانون الدولي العرفي أعدتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر بناءً على توصية من المؤتمر الدولي للصليب الأحمر والهلال الأحمر في دورته السادسة والعشرين فوضتها من خلالها بإعداد تقرير عن القواعد العرفية المنطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية – إلى أن هنالك مجموعة من المبادئ ذات الطابع العرفي المشتركة في معظمها بين هاتين الفئتين من النزاعات المسلحة، تتعلق هذه القواعد بالتمييز بين الأهداف المدنية والأهداف العسكرية، من أعيانٍ وأشخاصٍ، وإدارة العمليات العسكرية وأساليب ووسائل القتال إلى جانب الأحكام المتعلقة بفئاتٍ محددةٍ من الأفراد والأعيان والمناطق التي يوفر لها القانون الدولي الإنساني الحماية، إضافةً إلى الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الدولية والتعويض والمسؤولية الفردية وجرائم الحرب.

وتختص النزاعات المسلحة غير الدولية بالقاعدة العرفية ١٤٨ من هذه الدراسة، التي تنص على ما يلي:

---

(١) جون ماري هنكرتس، دراسة حول القانون الدولي الإنساني العرفي: إسهام في فهم واحترام حكم القانون في النزاع المسلح، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٨.

ليس لأطراف النزاعات المسلحة غير الدولية الحق في اللجوء إلى أعمال الاقتصاص الحربي، وتحظر أية أفعال أخرى مضادة بحق الأشخاص الذين لا يقومون بدور مباشر أو الذين توقفوا عن القيام بدور مباشر في الأعمال العدائية.

والقاعدة العرفية ١٥٩ التي تنص على ما يلي:

تسعى السلطات الحاكمة، عند انتهاء الأعمال العدائية، لمنح أوسع عفو ممكن للأشخاص الذين شاركوا في نزاع مسلح غير دولي، أو للأشخاص المحرومين من حريتهم لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح، باستثناء الأشخاص المشتبه بهم أو المتهمين أو المحكوم عليهم في جرائم حرب(١).

وخير مثالٍ على مساهمة القانون الدولي العرفي في مجال النزاعات المسلحة غير الدولية هو الممارسات المتبعة في إدارة العمليات العسكرية التي تطورت من خلال ممارسات الدول التي خلقت قواعد مماثلة لما يُطبق في النزاعات المسلحة الدولية بموجب البروتوكول الإضافي الأول إلا أنها تُطبق على أساس عرفي في النزاعات المسلحة غير الدولية(٢).

ومن ثم فإن هذه القواعد العرفية قد استطاعت سد بعض ثغرات في البنيان القانوني الناظم للنزاعات المسلحة غير الدولية.

وبعد الانتهاء من هذا العرض الموجز للقواعد الاتفاقية والعرفية الناظمة للنزاعات المسلحة غير الدولية لا بد من التساؤل عن **موقف ميثاق الأمم المتحدة من هذه النزاعات**؛ إذ لم يتعرض لتعريفها ولا أركانها، في حين نص بصريح العبارة على النزاعات ذات الطابع الدولي – لكن بشكلٍ عام – لا المسلحة منها

---

(١) من بين "١٦١" قاعدة عرفية خلصت إليها الدراسة هنالك "١١" قاعدة فقط تطبق بشكل يقتصر على النزاعات المسلحة الدولية، وقاعدتان فقط تتعلقان بالنزاعات المسلحة غير الدولية، أما البقية فهي مشتركة بين نوعي النزاعات المسلحة، انظر جون ماري هنكرتس، المرجع السابق، ص٣.

(٢) جون ماري هنكرتس، مرجع سابق، ص١٨.

فقط، وذلك في معرض تناوله للمسائل ذات الصلة بحفظ السلم والأمن الدوليين، وربما يُعد هذا التوجه انعكاساً للفقرة السابعة من المادة الثانية من الميثاق التي تتضمن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء(١).

وبالنظر إلى المادة ٣٤ من الميثاق نجد أن جانباً من الفقه قد رأى أنها يُمكن أن تُقدم أساساً يُستند إليه لتناول الأمم المتحدة لنزاع مسلح غير ذي طابع دولي؛ إذ تنص هذه المادة على حق مجلس الأمن الدولي في فحص أي نزاعٍ أو موقفٍ من شأنه أن يؤدي إلى احتكاكٍ دوليٍ، دون تحديد الصفة الدولية أو غير الدولية لمثل هذا النزاع أو الموقف، ويعكس نص هذه المادة صفة قابلية التطور والاتساع التي تمتلكها العديد من النزاعات غير الدولية(٢)،

(١) انظر الفقرة الأولى من المادة الأولى من الميثاق التي تنص على أنه من أهداف ميثاق الأمم المتحدة: "حفظ السلم والأمن الدولي، وتحقيقاً لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعّالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم ولإزالتها، وتقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم، وتتذرّع بالوسائل السلمية، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم أو لتسويتها". و الفقرة الثالثة من المادة الثانية من الميثاق التي تنص على أحد مبادئ الأمم المتحدة: " يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر".

(٢) د. مسعد عبد الرحمن زيدان، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ٣٦٨، وإن كان جانبٌ من الفقه الدولي يُنكر أن تكون هذه المادة أساساً لتدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير الدولية على أساس أن الواقع التاريخي الذي وضع فيه الميثاق لم يتصور امتداد وتوسع اختصاص مجلس الأمن لمثل هذا النوع من النزاعات، كما يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه حتى في حال التسليم بالمادة "٣٤" كأساس لدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، فما قيمة التدابير القسرية كالعقوبات الاقتصادية التي قد يفرضها مجلس الأمن على دولة منقسمة على نفسها. انظر في ذلك: ملحم حاج علي، إصلاح مجلس الأمن، رسالة دكتوراه، إشراف د.فرحات الحرشاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، ٢٠٠٩، ص٤٥٩. إلا أن أصحاب هذا الاتجاه لم يأخذوا باعتبارهم الأساليب =

وتخلو نصوص الميثاق من معايير لتمييز مفهوم النزاع أو الموقف الواردين في نص هذه المادة أو معرفة ماهيتهما(١)، لكن من الجدير ذكره أن هذه المادة قد وردت في سياق الفصل السادس من الميثاق، المتعلق بالتسوية السلمية للمنازعات، كما أن غياب الإشارة الصريحة لهذه النزاعات في ميثاق الأمم المتحدة لا يمنع من وجود العديد من مواده التي يمكن الاستناد إليها في معالجتها على النحو الذي سنتناوله في المطلب الثاني من هذا البحث(٢).

إذاً، يُمكن القول إنه أضحى للنزاعات المسلحة غير الدولية قواعد اتفاقية وعرفية خاصة، وإن تلاقت في بعض الأوجه مع النزاعات المسلحة الدولية فإنها تنفرد عنها بشكلٍ يُلبي خصوصية هذه النزاعات، سواء من حيث نطاقها المادي أم الشخصي أم من ناحية طبيعة سير العمليات فيها.

= الجديدة التي طوّرها مجلس الأمن في تدابيره القسرية كما في حالة العقوبات الذكية أو ذات الأهداف الموجهة، التي قد تناسب مثل هذا النوع من النزاعات بما تملكه من قدرة على تعقب أشخاص محددين.

وانظر حول ذلك أيضاً: د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص٣٢٠.

هذا، وتنص المادة ٣٤ على ما يلي: " لمجلس الأمن أن يفحص أي نزاع أو موقف قد يؤدي إلى احتكاك دولي أو قد يثير نزاعاً لكي يقرر ما إذا كان استمرار هذا النزاع أو الموقف من شأنه أن يعرض للخطر حفظ السلم والأمن الدولي".

(١) Patrick Johansson, The Humdrum Use of Ultimate Authority: The Increased Council in the Post- Cold War Era, A Peaper Prepared for the Annual ISA Convention, San Francisco, March 2008, p7.

وقد توصلت بعض الاجتهادات الفقهية إلى أن الموقف حالة عامة تنطوي على مشكلات سياسية ترتبط بها مصالح أطراف متعددة في المجتمع الدولي، في حين أن النزاع، كما وصفته المحكمة الدائمة للعدل الدولي، هو خلاف حول نقطة قانونية أو واقعية تنطوي على تناقض أو تعارض بين آراء قانونية أو مصالح شخصين من أشخاص القانون الدولي، د.حسام أحمد محمد هنداوي، حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، لم يرد ذكر دار النشر، القاهرة، ١٩٩٤، ص٤٢.

(٢) انظر الفرع الثاني من المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني
مبررات تدخل مجلس الأمن الدولي في النزاعات المسلحة غير الدولية

تمثلت هذه المبررات بشكلٍ أساسي بوقف انتهاكات القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان المرتكبة في زمن هذه النزاعات، لكن هذه الاعتبارات ذات الطابع الإنساني ارتبطت بالدرجة الأولى بمفهوم الحفاظ على السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما؛ إذ أضحت هذه الانتهاكات تشكل تهديداً رئيسياً له؛ **مما جعل تدخل المجلس في النزاعات المسلحة غير الدولية يدور في فلك الحفاظ على السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما.**

الفرع الأول
التدخل بناءً على مبررات إنسانية

أضحى مفهوم التدخل الدولي الإنساني أحد الأسس التي يستند إليها عمل الأمم المتحدة بشكلٍ عام ومجلس الأمن الدولي بشكلٍ خاص، وأفسحت النزاعات المسلحة غير الدولية المجال أمامه لممارسة هذا النمط من التدخل.

أولاً – التدخل الدولي الإنساني كأساس لعمل مجلس الأمن الدولي في مجال النزاعات المسلحة غير الدولية:

تعمل الأمم المتحدة في سعيها لتحقيق أهدافها مهتديةً بعددٍ من المبادئ، يأتي على رأسها مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول على النحو الذي جاءت به المادة الثانية من الميثاق في فقرتها السابعة[1]، ويُعتبر احترام سيادة الدول نتيجة

(١) تنص هذه الفقرة على ما يلي:
"ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل =

منطقية لهذا المبدأ، وثمة شبه إجماع فقهي يؤيد هذا الترابط بينهما، فاحترام سيادة الدول، وهو المبدأ الذي وصفته محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية مضيق كورفو بأنه مبدأ جوهري في العلاقات بين الدول المستقلة، ما هو إلا انعكاسٌ لمبدأ عدم التدخل والعلاقة بين الفكرتين هي علاقة حتمية متبادلة(١)، وقد قدمت الوفود المشاركة في مؤتمر الخبراء الحكوميين لتأكيد وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة والمنعقد في جنيف بين عامي (١٩٧١-١٩٧٢) بعض المقترحات حول ضرورة تضمين نصوص اتفاقيات القانون الدولي الإنساني مبدأ عدم التدخل في ظل عدم التطرق إليه من قبل المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩؛ فجاءت المادة الثالثة من البروتوكول الإضافي الثاني عام ١٩٧٧ والملحق بهذه الاتفاقيات، في فقرتها الثانية لتتولى هذه المهمة على النحو الذي أشرنا إليه في المطلب الأول من هذا البحث(٢).

= هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخلّ بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع". وهو ما يقابل المادة ٨/١٥ من عهد عصبة الأمم التي تضمنت ما يلي:

"إذا ادعى أحد أطراف النزاع، وثبت للمجلس أن النزاع يتعلق بمسألة تدخل وفقاً للقانون الدولي في الاختصاص الداخلي البحت لأحد طرفي النزاع فليس للمجلس أن يقدم أية توصيات بشأن تسوية ذلك النزاع".

وقد أكدت محكمة العدل الدولية في قضية النشطة الحربية وشبه الحربية في نيكاراغوا وضدها بالطبيعة العرفية والاتفاقية لهذا المبدأ، انظر في ذلك:

ICJ, Military and Paramilitary Activities in ang Against Nicaragua (Nicar. V US) Merits, 1986, Rep, 14.(Judgment of June 27), Para. 186- 187.

(١) من أمثال هؤلاء الفقهاء – Fawcett Korowicz – ومن الفقه العربي الدكتور إبراهيم العناني، انظر في ذلك ياسر الحويش، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العالمية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ٢١٤.

(٢) كانت بعض الاقتراحات قد طالبت بإدخال حظر تدخل المنظمات الدولية كونها قد ترتكب العديد من انتهاكات القانون الدولي تحت ستار عملها في إطار النزاعات المسلحة الداخلية، إلا أن ذلك لم يلق قبولاً، رقية عواشرية، مرجع سابق، ٣٩٩-٣٩٨. وتنص المادة الثالثة من البروتوكول الإضافي الثاني للعام ١٩٧٧ على مبدأ عدم التدخل ويرد نصها كالتالي: =

إلا أن قيوداً عديدةً بدأت ترد على مبدأ عدم التدخل، ومن ثم على مفهوم السيادة؛ إذ لم يعد مضمونها أو حدودها يأخذ طابعاً تقليدياً تحتمي خلفه الدول في سبيل الوقوف بوجه نفاذ العديد من القواعد القانونية الدولية في ظل ورود كثير من القيود على كيفية ممارسة الدول لحقوقها بشكلٍ يخدم مصلحة سائر أفراد الجماعة الدولية(١)، ومقابل بروز العديد من أنواع التدخل ومبرراته(٢)، على رأسها التدخل الدولي الإنساني الذي يشكل أحد أبرز المسائل التي شهدت جدلاً سياسياً وقانونياً واسعاً، والذي لم يتوقف خلاف الآراء حوله عند حدود إقراره من عدمه، بل تعداه إلى الوسيلة التي يُمكن أن يتم بواسطتها تطبيق هذا المبدأ(٣).

وعلى الرغم من هذا الجدل استقر التدخل الدولي الإنساني في صميم النظام القانوني الدولي؛ فأضحى لا يتسم بعدم المشروعية إلا إذا تضمن ما يلي:

- عنصر الإكراه: أي أن يتضمن السلوك التدخلي قدراً من الأمر والإلزام يكفي لحمل الدولة المستهدفة به على الخضوع لإرادة الطرف المتدخل.
- أن يتناول السلوك التدخلي موضوعاً مندرجاً ضمن المجال المحجوز

= "١- لا يجوز الاحتجاج بأي من أحكام هذا الملحق "البروتوكول" بقصد المساس بسيادة أية دولة أو بمسؤولية أية حكومة في الحفاظ بكافة الطرق المشروعة على النظام والقانون في الدولة أو في إعادتهما إلى ربوعها أو الدفاع عن الوحدة الوطنية للدولة وسلامة أراضيها.

٢- لا يجوز الاحتجاج بأي من أحكام هذا اللحق "البروتوكول" كمسوغ لأي سبب كان للتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة في النزاع المسلح أو في الشئون الداخلية أو الخارجية للطرف السامي المتعاقد الذي يجرى هذا النزاع على إقليمه".

(١) انظر في ذلك: عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.

(٢) انظر حول صور التدخل: ياسر الحويش، مرجع سابق، ص١٦٨.

(٣) د. شاهين علي الشاهين، التدخل الدولي من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثامنة والعشرون، ديسمبر ٢٠٠٤، الكويت، ص٢٦٠.

للدول: أي المسائل والأمور الأخرى التي تتمتع بها الدول بحرية القرار، وأما حيث تتقيد حرية الدولة إزاء مسألة معينة بوجود التزام دولي فإن هذه المسائل تخرج من إطار مجالها المحجوز(١).

ويندرج سلوك الأمم المتحدة تجاه العديد من النزاعات المسلحة غير الدولية ضمن مفهوم التدخل الدولي الإنساني، سواءً من ناحية **السعي لوقف انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني** المرتكبة في إطار مثل هذه النزاعات والتي لم تعد محجوزةً ضمن النطاق الاختصاص الداخلي للدول(٢) في ظل التطورات المتتالية التي تشهدها قواعد القانون الدولي(٣)، أم من ناحية **تأمين وصول المساعدات الإنسانية لضحاياها**، وكان عام ١٩٩٢ علامةً بارزةً في مسار تدخل الأمم المتحدة عسكرياً تجاه النزاعات المسلحة غير الدولية لأسبابٍ إنسانيةٍ، مدفوعة باحتدام القتال بين الفصائل الصومالية وانهيار بنيان الدولة الصومالية والاعتداء المستمر على قوافل الإغاثة الإنسانية لنهبها ومنع وصولها إلى ضحايا النزاع ليشكل ذلك مبرراً كافياً للتدخل لوضع حد لهذه المأساة الإنسانية؛ إذ ليس هنالك ما يهدد حقوق الإنسان، التي أضحت حمايتها

(١) د. حسام أحمد محمد هنداوي، التدخل الدولي الإنساني: دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، مرجع سابق، ص٢٤٩.

(٢) يصف الأمين العام الأسبق بطرس غالي ذلك بقوله "إذا كانت حماية حقوق الإنسان تشكل هدفاً مشتركاً للمجتمع الدولي فإنها – بحكم طبيعتها – تلغي التمييز التقليدي بين النظام الداخلي والنظام الدولي، إنها تنشئ نظاماً قانونياً جديداً ومن ثم فإنه يجب ألا يُنظر إليها – بعد الآن – من زاوية السيادة المطلقة أو من زاوية التدخل السياسي" بطرس غالي، حقوق الإنسان بين الديموقراطية والتنمية، مجلة السياسة الدولية، العدد ١١٤، أكتوبر ١٩٩٣، ص١٤١.

(٣) وكما جاء في قرار لمجمع القانون الدولي عام ١٩٥٤ المسائل التي تعد من صميم السلطان الداخلي هي تلك الأنشطة التي تمارسها الدولة والتي يعد فيها اختصاص الدولة غير مقيد بالقانون الدولي، ويتوقف مدى هذه المسائل أو نطاقها على القانون الدولي ويختلف تبعاً لتطوره، أورده د.أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، ط٧، القاهرة، د.ت، ص٣١٤.

وتعزيزها إحدى أبرز وظائف الأمم المتحدة، أكثر من جعله عرضةً للعنف الناجم عن اشتباك أطراف النزاع المتناحرة للوصول إلى سدة الحكم والحيلولة دون عمل هيئات الإغاثة الدولية في هذا المجال(١).

لكن المشكلة في مثل هذه الحالات **لا تكمن في قرار الأمم المتحدة بالتدخل من عدمه فقط بل بكيفية تنفيذه**، فإذا سلمنا أن قرار التدخل قد بُني على أسسٍ سليمةٍ فإن الأمر قد يختلف في مرحلة التنفيذ، الذي تم في حالة الصومال على عدة مراحل إلى أن وصل الأمر إلى تنفيذ ما سُمي بعملية "استعادة الأمل" عام ١٩٩٢ كأول عملية تدخل إنساني فعلي تُنفذ تجاه إحدى الدول الأعضاء؛ حيث عهد مجلس الأمن الدولي للولايات المتحدة الأمريكية بقيادة قوات التحالف، وانخرطت إثر ذلك قوات الأمم المتحدة كطرف في النزاع الداخلي الصومالي؛ الأمر الذي زاد من تعقيد الأوضاع نتيجة التجاوزات التي ارتكبتها هذه القوات خلال أداء مهامها، ليصل الأمر إلى حد تشكيل الفصائل الصومالية المتنازعة تحالفاتٍ ضدها(٢).

إذاً، على الرغم من أن مجلس الأمن الدولي قد أصدر العديد من القرارات والبيانات الرئاسية(٣) في الفترة الممتدة بين الأعوام ١٩٩٢– ١٩٩٥ حول هذا النزاع فإن ذلك لم يسفر عن وقفه بل على العكس أسفر عن نتائج غير مرغوبة نتيجة فشل آلية التنفيذ والإشراف ووجود تجاوزاتٍ عديدةٍ في ظل تفويض الأمم المتحدة قيادة هذه المهمة للدول الأعضاء فيها.

مما سبق يُمكن القول إن التدخل الدولي الإنساني أصبح غطاءً لعمل مجلس الأمن الدولي في كثير من ممارساتها إزاء النزاعات المسلحة غير الدولية، وإن كانت الدوافع الإنسانية استطاعت الارتقاء بهذا السلوك إلى المشروعية إذا

(١) د. حسام أحمد محمد هنداوي، مرجع سابق، ص٢١٢–٢١٣.

(٢) أحمد أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥، ص١٥٦.

(٣) انظر ما سيأتي ذكره بشأن هذه البيانات ص٢٦ من هذا البحث.

ما التزم بضوابط معينة فإن الخوف يكمن في عدم نقاء هذه الدوافع؛ إذ تطل المصالح السياسية أو الاقتصادية لبعض الدول في كواليس تدخلات مجلس الأمن الدولي تجاه هذه النزاعات.

ثانياً – طبيعة ممارسة مجلس الأمن الدولي للتدخل الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة غير الدولية:

شهدت الآلية التي يمكن أن يتم من خلالها تنفيذ التدخل الدولي الإنساني بصورةٍ عامةٍ وتدخل الأمم المتحدة بصورةٍ خاصةٍ جدلاً يُمكن تلخيصه باتجاهين رئيسيين؛ **فالاتجاه الضيق** يرى أصحابه أن التدخل الدولي الإنساني لا يتم إلا عبر استخدام القوة المسلحة أو التهديد بها(١).

(١) من أنصار هذا الاتجاه من الفقه العربي الدكتور حافظ غانم والدكتور محمد مصطفى يونس الذي يرى أن التدخل الإنساني هو "استخدام القوة المسلحة أو التهديد باستخدامها بواسطة دولة ما أو طرف متحارب أو بمعرفة هيئة دولية، وبغرض حماية حقوق الإنسان"، في حين كتب الدكتور محمد حافظ غانم في هذا الشأن أن التدخل العسكري لحماية أرواح الرعايا من خطر محدق بهم عملاً مشروعاً يطلق عليه وصف التدخل الدولي الإنساني وهنالك سوابق متعددة في هذا الشأن"، أورده د.حسام أحمد محمد هنداوي، التدخل الدولي الإنساني، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، مرجع سابق، ص٤٤، ومن الفقه الغربي ريتشارد باكستر Baxter وتوماس فرانك Tomas Frank و Marie- Jose Domestici- met؛ فقد ذهب ريتشارد باكستر إلى أن التدخل الدولي الإنساني يقوم على استخدام القوة المسلحة من قبل دولة ما، من أجل حماية رعاياها حال تعرضهم للموت أو الأخطار الفادحة في أراضي الدولة الأجنبية، وبذلك يكون استعمال القوة لمدة زمنية قصيرة لإنقاذ مواطنيها في الخارج". في حين رأى توماس فرانك أن التدخل الدولي الإنساني يقوم على استخدام القوة المسلحة أو التهديد باستخدامها من قبل دولة أو مجموعة من الدول أو بمعرفة هيئة دولية بغرض حماية حقوق الإنسان من الانتهاكات الصارخة التي تقوم بها دولة ما ضد مواطنيها بطريقة فيها إنكار لحقوقهم بشكل يصدم الإنسانية". أورده، محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، ٢٠٠٤، ص٢١.

أسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على حجةٍ مفادها أن الوسائل غير العسكرية سواء أكانت دبلوماسية أم اقتصادية أم سياسية غالباً ما تستغرق وقتاً طويلاً لكي تحقق الهدف المرجو منها، وهو ما لا ينسجم مع متطلبات الحالات التي تستوجب مباشرة أعمال التدخل الإنساني؛ فالعقوبات الاقتصادية على سبيل المثال ووفقاً لوجهة نظرهم ما هي إلا وسيلة بطيئة تحتاج إلى فتراتٍ زمنيةٍ طويلةٍ نوعاً ما لإحداث أثرها، في الوقت الذي يتسم التدخل العسكري بالسرعة والفعالية، كما أن الوسائل غير العسكرية غالباً ما تكون محلاً لاختلاف سياسات الدول وتضارب مصالحها وهو ما يجعل اللجوء إلى استخدام القوة العسكرية أمراً لا مناص منه(١).

أما **الاتجاه الواسع** فيذهب أنصاره إلى عدم الربط بين استخدام القوة المسلحة والتدخل الدولي الإنساني الذي يمكن أن يتم بطرقٍ متنوعةٍ ومتدرجةٍ خارج إطارها؛ فكلما كان الهدف من التدابير المتخذة بصدد حالةٍ أو نزاعٍ معينٍ تحقيق أغراض إنسانية أمكن القول بوجود تطبيق لمبدأ التدخل الدولي الإنساني(٢).

---

(١) د. شاهين علي الشاهين، مرجع سابق، ص٢٦١.

(٢) د. حسام أحمد محمد هنداوي، التدخل الدولي الإنساني، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، مرجع سابق، ص٤٧. ومن أنصار هذا الاتجاه ماريو بيتاتي Mario Bettati الذي لم يُحدد في تعريفه الخاص بالتدخل الدولي الإنساني الوسيلة التي يمكن أن يتم عبرها التدخل؛ حيث رأى أنه يشمل كل عمل من شأنه التعدي على الاختصاص الداخلي المحض للدولة المعنية، شريطة ممارسته من قبل أشخاص القانون الدولي المعترف بهم والمتمثلين بالدول والمنظمات الدولية الحكومية. انظر: شاهين علي الشاهين، مرجع سابق، ص٢٦٢. وكل من Leslie E.notron و أوليفر كورتن Oliver Corten وبيير كلاين Pierrec Klein يرى هؤلاء الفقهاء أن الوسائل التي يتم من خلالها التدخل الدولي الإنساني تبدأ من إبداء الآراء العلنية والحملات الصحفية حول واقع حقوق الإنسان مروراً بالوسائل الاقتصادية الديبلوماسية لتنتهي باستخدام القوة العسكرية. انظر في ذلك د.حسام أحمد محمد هنداوي، التدخل الدولي الإنساني، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، مرجع سابق، ص٤٨.

وقد تمثلت حجج هذا الفريق بأن الوسائل غير العسكرية تتناسب مع تطورات العصر الحالي التي ازدادت في ظلها أهمية العوامل الاقتصادية والسياسية والدبلوماسية في العلاقات الدولية، ناهيك عن القيود المتعددة التي أصبحت تحكم اللجوء إلى استخدام القوة المسلحة أو التهديد بها في ظل القانون الدولي المعاصر، كما لجأ أنصار هذا الاتجاه إلى تفسير المبدأ القانوني القاضي بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء والوارد ضمن المبادئ التي يقوم عليها عمل الأمم المتحدة بطريقةٍ من شأنها دعم وجهة نظرهم، فوفقاً لها يخاطب هذا المبدأ جميع أجهزة الأمم المتحدة التي من ضمنها أجهزة لا تملك اتخاذ تدابير عسكرية، من ثم فمنع التدخل يشمل جميع وسائل التدخل العسكري وغير العسكري، وبمفهوم المخالفة فإنه ما دام التدخل غير المشروع قد تم حظره مهما كانت وسيلته فإن التدخل المباح والرامي لتحقيق أهداف إنسانية يشمل بدوره كافة الوسائل العسكرية وغيرها(١).

(١) د. أحمد أبو العلا، مرجع سابق، ص ١٣٣. وانظر في هذا الاتجاه أيضاً وليد حسين فهمي، الأمم المتحدة من التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية، مجلة السياسة الدولية العدد ١٦٧، أكتوبر ٢٠٠٧؛ إذ يرى الكاتب في مقاله أن تدابير المادة ٤١ بمختلف أنماطها قد تكون أحد عناصر مفهوم المسؤولية بالحماية "Responsibility to protect" الذي يُعتبر تطوراً لمفهوم التدخل الإنساني حيث يُمكن أن يُعتبر إحدى وسائل معالجة الأسباب الجذرية والمباشرة للصراعات الداخلية، أو أحد أشكال مسؤولية الرد. وفي هذا السياق يذكر الكاتب في مقاله المذكور أن رئيس الوزراء الكندي في ذلك الحين، جون كريتيان، كان قد أعلن في مؤتمر الألفية، الذي عقد في أيلول من عام ٢٠٠٠ عن إنشاء لجنة دولية معنية بالتدخل والسيادة، تكون مهمتها دعم نقاش عالمي شامل حول العلاقة بين التدخل وسيادة الدول، يقوم على أساس التوفيق بين واجب المجتمع الدولي الذي يحتم عليه أن يتدخل أمام الانتهاكات الواسعة للقواعد الإنسانية وضرورة احترام سيادة الدول، وفي كانون الأول من عام ٢٠٠١ انتهت اللجنة بإنجاز تقرير يدور حول مسؤولية الحماية، ومن هنا كان أول ظهور فكرة مسؤولية الحماية التي تعد تطوراً لمبدأ التدخل الإنساني. ورأى تقرير فريق الخبراء المعني بالتحديات والتهديدات والتغيير الصادر تحت عنوان "عالم أكثر أمناً: مسؤوليتنا المشتركة" أنه قد ظهر اعترافٌ متزايدٌ بأن المسألة ليست هي "حق =

وإن كان هذان الاتجاهان قد شكلا مسارين رئيسيين تمحورت حولهما آراء الفقهاء فإن هنالك اتجاهاً فرعياً انبثق ليفرق بين الوسائل التي يُمكن أن يتم عبرها تطبيق التدخل الدولي الإنساني وفقاً للحقوق التي تتعرض للانتهاك أو للآلية التي ترتكب بها هذه الانتهاكات؛ فإذا كانت الانتهاكات جسيمة تنطوي على تهديد الحق بالحياة لمجموعةٍ بشريةٍ، كما في حالة اقتراف أفعال تشكل جريمة الإبادة الجماعية، عندها يُمكن القول بوجوب اللجوء إلى استخدام القوة المسلحة، أما إذا لم تصل الانتهاكات إلى هذا الحد فعندئذٍ يمكن التدرج في وسائل التدخل لتبدأ بالإدانة العلنية وتنتهي باتخاذ تدابير عسكرية(١).

ويُمكن القول إن التفسير الواسع يقترب من المنطق السليم ومقتضيات الواقع؛ إذ إن التدخل العسكري قد يزيد الأمر سوءاً ويؤدي إلى تعقيد الوضع خاصةً في إطار النزاعات المسلحة غير الدولية، ولذلك يبقى من الأفضل ترك المجال مفتوحاً أمام مجلس الأمن الدولي لتقدير وسيلة ممارسة هذا التدخل بما يتناسب مع كل حالة، لكن المشكلة تكمن في غياب المعايير التي يستهدي بها في سبيل الوصول إلى قرارٍ سليمٍ حول آلية التدخل.

وإن كان هذا هو حال التدخل الدولي الإنساني، فهل ثمة علاقة بينه وبين مفهوم حفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما في مجال النزاعات المسلحة غير الدولية؟ هذا ما سيتوضح من خلال الفرع التالي:

= التدخل" من جانب أي دولة، بل هي"مسؤولية الحماية" التي تقع على عاتق كل دولة عندما يتصل الأمر بمعاناة السكان من كارثة يُمكن تفاديها، كالقتل الجماعي والاغتصاب الجماعي والتطهير العرقي عن طريق الطرد بالإكراه والترويع والتجويع المتعمد والتعريض للأمراض.

انظر الوثيقة رقم A/59/565 على الرابط الإلكتروني التالي على موقع الأمم المتحدة:
< ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/602/29/PDF/N0460229.pdf?OpenElement >
تاريخ الزيارة: ١٢/٧/٢٠١٠.

(١) د.حسام أحمد محمد هنداوي، التدخل الدولي الإنساني: دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، مرجع سابق، ص٦٠.

الفرع الثاني
النزاعات المسلحة غير الدولية ومفهوم السلم والأمن الدوليين

يُعد حفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما جوهر عمل منظمة الأمم المتحدة التي تنهض بهذه المهمة من خلال مجلس الأمن الدولي بشكلٍ رئيسي، وأصبح العمل في مجال هذه النزاعات أحد أبرز محاور عمل المجلس في هذا المجال؛ فكيف أقام مجلس الأمن الدولي الرابط بين هذا المفهوم والنزاعات المسلحة غير الدولية؟

أولاً – موقع النزاعات المسلحة غير الدولية من مفهوم السلم والأمن الدوليين:

تُعد المادة التاسعة والثلاثون من ميثاق الأمم المتحدة نقطة ارتكازٍ في ممارسة مجلس الأمن الدولي لمهامه في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين؛ فهي تُمثل أول خطواته على هذا الطريق وتنص على ما يلي:

"يقرّر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرّر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين ٤١ و٤٢ لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه".

وقد جاء ميثاق الأمم المتحدة خالياً من أي تفسير لهذه المفاهيم الثلاثة، تهديد السلم والإخلال به وأعمال العدوان[١]، التي يستند إليها مجلس الأمن الدولي في ممارسته لصلاحياته بفرض تدابير الفصل السابع[٢]، ويبدو أن غياب

(١) حول محاولات تعريف مفهوم العدوان انظر د. إبراهيم دراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.

(٢) د. علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي: العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص٣٠٤.

مثل هذه الضوابط قد أعطى المجلس فرصةً للتوسع يوماً بعد يوم في تكييف الحالات التي يواجهها.

وبدايةً لا بد من القول إن مجلس الأمن الدولي قد اتجه في العديد من قراراته المرتبطة بالنزاعات المسلحة غير الدولية إلى تكييفها على أنها **تهديدٌ للسلم والأمن الدوليين**، وبمحاولة تحديد معالم هذا المفهوم نجد أن جانباً من الفقه قد حاول وضع افتراضاتٍ لما يُشكل تهديداً للسلم "Threat to the peace"[١] كان من ضمنها وقوع نزاعٍ مسلحٍ داخل إقليم دولة ما إذا كان من شأنه أن يصل لمرحلةٍ من الجسامة والعنف يُعرض معها مصالح الدول الأخرى للخطر[٢]، أو إذا كانت تدخلات الأطراف الدولية في هذا النزاع تُنبئ بتوسع نطاقها[٣]، وبموجب هذا الرأي الفقهي فإن تكييف نزاع مسلح غير دولي على أنه تهديد للسلم والأمن الدوليين يرتبط بقابلية آثاره للامتداد لتطال دولاً أخرى، سواء بسبب تدخلات خارجية به أم بسبب حدة هذا الصراع بما يجعل آثاره تمتد خارج نطاق الدولة التي يدور ضمن إقليمها[٤].

---

(١) تمثلت بعض هذه الحالات في وجود حالة تهديد دولة ما بشن الحرب أو القيام بعمل من أعمال التدخل أو استخدام إحدى صور العنف ضد دولة أخرى، حتى لو لم تلجأ الدولة إلى هذه الأعمال فيما بعد؛ إذ يكفيها الوقوف عند حد التهديد حتى تُشيع جواً يهدد الاستقرار اللازم لضمان السلم والأمن الدوليين، أو في حالة تدريب دولة ما لجماعاتٍ مسلحةٍ وإعدادها لدخول إقليم دولةٍ ما في ظل رفض وقف نشاطات هذه الجماعات. عبد الله آل عيون، نظام الأمن الجماعي في التنظيم الدولي الحديث: دراسة تحليلية وتطبيقية، دار البشير، عمان، ١٩٨٥، ص١٠٤.

(٢) ياسين الشيباني، مواجهة العدوان في القانون الدولي وفي سلوك الدول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص١٢٠.

(٣) د. حسام أحمد محمد هنداوي، حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، مرجع سابق، ص٧٢.

(٤) كما يذهب جانب من الفقه إلى أنه في حالة حصول المحاربين الأطراف في النزاع المسلح الداخلي صفة المحاربين النظاميين فإن النزاع يتحول إلى إخلال بالسلم والأمن الدوليين. د. مفتاح درباش، دور مجلس الأمن في تسوية المنازعات وحفظ السلم والأمن الدوليين، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، ٢٠٠٧، ص٤٠.

وذهب اتجاه فقهي آخر إلى وضع معيار محدد يتم القياس عليه لتقرير وجود مثل هذا التهديد مبتعدين في تعريفهم لتهديد السلم عن المنهاج التعدادي القائم على ذكر حالاتٍ محددةٍ، وقد انقسم هؤلاء إلى اتجاهين، **فالآخذون بالتفسير الواسع لمواد ميثاق الأمم المتحدة**، وجدوا أن كل فعل من شأنه أن يُعطي انطباعاً بإمكانية وجود خرق لأحكام الميثاق أو العمل على عرقلة أهداف الأمم المتحدة أو تعطيل مبادئها يُنظر إليه على أنه تجسيد لهذا التهديد(١)، وإذا ما نظرنا إلى النزاعات المسلحة غير الدولية لوجدنا أنها بيئة خصبة لارتكاب سلوكيات من شأنها أن تعرقل تحقيق أهداف ومبادئ الأمم المتحدة، سواءً فيما يتعلق بشعب الدولة التي تشهد النزاع أم فيما يتعلق باستقرار العلاقات الدولية وتهيئة ظروف تنميتها وازدهارها، أما **الآخذون بالتفسير الضيق لمواد ميثاق الأمم المتحدة**، فيرون أن تهديد السلام يتمثل فقط بكل ما من شأنه تعريض سيادة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وسلامتها الإقليمية للخطر(٢)، ومن ثم يُمكن لنزاعٍ مسلحٍ غير دوليٍ وفق هذا المعيار أن يُعتبر تهديداً للسلم والأمن الدوليين إذا كان من شأنه تهديد السلامة الإقليمية والاستقرار السياسي لدول المنطقة التي تقع فيها دولة النزاع.

ويذهب جانبٌ من الفقه الدولي الغربي إلى أن تهديد السلم هو كل ما يُقرر مجلس الأمن الدولي أنه كذلك، ومن هؤلاء الفقيه "Akehurs" الذي عبّر عن ذلك بقوله:

A threat to peace is what is the Security Council says it is a threat" to the peace"(٣).

(١) د. محمد يعقوب عبد الرحمن، مرجع سابق، ص١٦٠.

(٢) د. محمد يعقوب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص١٦٠.

(٣) أي تهديد السلم هو ما يقول مجلس الأمن أنه تهديد للسلم، أورده د. مفتاح درباش، مرجع سابق، ص٤٢. ومنهم من عبر عن ذلك بقوله:
=

ويُمكننا القول في هذا السياق إن هذا الرأي يجعل الأمر برمته في يد مجلس الأمن، وهو ما لا يُمكن القبول بـه؛ فعلى الرغم من أنه لا يوجد معايير ضمن الميثاق تُقيّد مجلس الأمن الدولي في ممارسته لسلطاته التقديرية هذه، فإن ذلك لا ينفي أن هذا الرأي ما هو إلا انعكاس لرغبة جانب من الفقه الغربي في إطلاق يد مجلس الأمن الدولي في ممارسته لصلاحياته وهو ما لا ينسجم مع حقيقة وجود ضوابط تحكم مسيرة عمل المجلس وسلطاته؛ أي على الرغم من أننا نقر بالسلطة التقديرية لمجلس الأمن الدولي في هذا المجال فإننا لا نتفق مع أن عمله هذا غير خاضع لأي شكل من أشكال الضوابط أو المعايير(١).

= "A threat to the peace is: "what ever situations can command an affirmative vote of the council" see: Robin Geiss, HUMANITARIAN SAFEGUARD IN ECONOMIC SANCTIONS REGIMES: A CALL FOR AUTOMATIC SUS-PENTION CLAUSES, PERIODIC MONITORING, AND FOLLOW- UP ASSESSMENT OF LONG- TERM EFFECTS, Harvard Human Rights Journal,vol.18, 2005., p171.

(١) هنالك مجموعة من الضوابط لتقييم مشروعية قرارات مجلس الأمن الدولي تتمثل بضوابط موضوعية وهي الأهداف التي وردت في ميثاق الأمم المتحدة والمتعلقة بعمل المجلس، فمجلس الأمن غير مطلق اليد في إصدار ما يشاء من قرارات، وإنما تتقيد سلطته في هذا المجال بأهدافه المرسومة بموجب ميثاق الأمم المتحدة، ويضاف إلى هذه الضوابط ما يمتلك المجلس من اختصاصات صريحة وضمنية. أما النوع الآخر من الضوابط فهو ذو طابع إجرائي، فعلى مجلس الأمن أن يحترم في إصداره لقراراته القواعد الإجرائية الخاصة بممارسة اختصاصاته، ومن هذه القواعد مثلاً تلك الخاصة بالتصويت. انظر في ذلك د. حسام أحمد محمد هنداوي، حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد،دون رقم طبعة، دون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٧. ود. صلاح الدين عامر، دور محكمة العدل الدولية في ضوء المتغيرات الدولية: هل يمكن أن تقوم المحكمة بدور الرقابة على مشروعية قرارات مجلس الأمن؟. ورد ضمن كتاب الأمم المتحدة في ظل التحولات الراهنة في النظام الدولي، تأليف مجموعة من الباحثين، تحرير حسن نافعة، مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص١٩٣.

ولم تكف الأمم المتحدة عبر أجهزتها المختلفة عن العمل على تطوير المفهوم التقليدي للسلم والأمن الدوليين الذي افترض أن التهديدات التي يُمكن أن تُعرِّض السلم والأمن للخطر تكمن بشكلٍ أساسي في استخدام القوة المسلحة أو التهديد بها في العلاقات الدولية، لتنطلق نحو تصورٍ جديدٍ للأمن الجماعي وآلياته اللازمة لمواجهة هذه التهديدات(١)، وبالعودة إلى **الإعلان الخاص بتعزيز الأمن الدولي** الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٧٣٤ عام ١٩٧٠في دورتها الخامسة والعشرين نجد أنه من بين الحالات التي ذكرها هذا الإعلان باعتبارها تشكل خطراً على السلم والأمن الدوليين "تنظيم أعمال الحرب الأهلية أو الأعمال الإرهابية في دولة أخرى، أو التحريض عليها أو المساعدة أو المشاركة فيها"(٢).

أما التقرير المعنون "**عالم أكثر أمناً: مسؤوليتنا المشتركة**" والصادر عن الفريق الرفيع المستوى المعني بالتهديدات والتحديات والتغيير الذي شكله الأمين العام السابق للأمم المتحدة عام ٢٠٠٣(٣) بغرض بيان التهديدات المعاصرة التي يتعرض لها السلم والأمن الدوليين ودراسة ما أنجزته الأمم

---

(١) Anne-Marie Slaughter, Security, solidarity, And Sovereignty: The Grand Themes Of UN Reform, The American Journal Of International Law, Vol. 99, July, 2005, p.619.

(٢) انظر المادة الخامسة من الإعلان المشار إليه أعلاه، التي تنص على ما يلي:
"وتؤكد رسمياً من جديد أن على كل دولة واجب الامتناع عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي لأية دولة أخرى، وأنه لا يجوز إخضاع إقليم أية دولة لاحتلال عسكري ناجم عن استعمال القوة خلافاً لأحكام الميثاق ولاكتساب إقليم أية دولة من قبل دولة أخرى نتيجة للتهديد باستعمال القوة أو استعمالها، ولا الاعتراف بشرعية أي اكتساب إقليمي ناتج عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها، وأن من واجب كل دولة الامتناع عن تنظيم أعمال الحرب الأهلية أو الأعمال الإرهابية في دولة أخرى أو التحريض عليها أو المساعدة أو المشاركة فيها".

(٣) ضم هذا الفريق شخصيات تم اختيارها من مختلف أنحاء العالم ممن يمتلكون التجربة والخبرة الفنية، وكان من المشاركين فيه من العالم العربي الأمين العام لجامعة الدول العربية السيد عمرو موسى.

المتحدة في التصدي لهذه التهديدات وتقديم توصيات تعزز عمل الأمم المتحدة بما يُمكنها من توفير الأمن الجماعي في القرن الحادي والعشرين(١)، فقد عرّف تهديد الأمن الدولي على أنه: "أي حادثة أو عملية تؤدي إلى وقوع خسائر في الأرواح على نطاق واسع أو الحد من فرص الحياة وتلحق الضرر بالدول، بوصفها الوحدات الأساسية للنظام الدولي"، كما كشف عن وجود ست فئات من التهديدات ينبغي حشد الجهود الدولية لمواجهتها، كان من بينها "الصراعات الداخلية" بما في ذلك الحروب الأهلية والإبادة الجماعية والأعمال الوحشية الأخرى المرتكبة على نطاق واسع ضمنها(٢).

وتندرج النزاعات المسلحة غير الدولية ضمن المفهوم التقليدي للأمن الجماعي، والذي يأخذ بعين الاعتبار غياب حالة استخدام القوة العسكرية مهما كان نطاق الاستخدام، دولي أو غير دولي، لكن من جهة أخرى يبدو أن معالجة آثار هذه النزاعات أمرٌ لا يُمكن إغفاله من أجل ضمان المفهوم الجديد للأمن الذي يهتم بالفرد كإنسان وما قد تتعرض له إنسانيته من مخاطر والذي ينطوي على أبعادٍ متعددةٍ، صحيةٍ واجتماعيةٍ وغذائيةٍ واقتصاديةٍ وبيئيةٍ وثقافيةٍ، وقد ظهر تحت عنوان **الأمن الإنساني** الذي يجعل من ضمان أمن الفرد الوحدة الأساسية في أي سياسةٍ أمنيةٍ مهما كان مستواها: داخلياً أم دولياً(٣)، ويجب

---

(١) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم A/59/565 التي صدر فيها التقرير والمتوفرة على الرابط الإلكتروني التالي:
< ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/602/29/PDF/N0460229.pdf?OpenElement >
تاريخ الزيارة ١٢/٧/٢٠١٠.

(٢) أما الفئات الأخرى فهي التهديدات الاقتصادية والاجتماعية، بما في ذلك الفقر والأمراض المعدية وتدهور البيئة والصراع بين الدول والأسلحة النووية والإشعاعية والكيميائية والبيولوجية والإرهاب والجريمة المنظمة غير الوطنية. راجع الصفحة ١٥ من التقرير الصادر بالوثيقة رقم A/59/565 والسابق الإشارة إليه.

(٣) Hisashi Owada, The United Nations And The Maintenance Of International Peace And Security: The Current Debate In The Light Of Reform Proposals, Keynote Speech at the Research Forum on International Law, European Society of International Law, 26 May 2005, p11.

ألا يتم النظر إلى المفهوم الجديد على أنه بديل للمفهوم التقليدي للأمن بل على أنه مكمل له باعتباره يعالج مشكلات ويمتلك وسائل لا يمتلكها المفهوم الأخير(١).

ويُمكن القول إن مفهوم الأمن الجماعي قد دخل عصراً جديداً مع ظهور مفهوم الأمن الإنساني الذي يأخذ بعين الاعتبار تهديدات للسلم والأمن الدوليين من نوع مختلف لتصبح مواجهة النزاعات المسلحة غير الدولية ومعالجة آثارها أحد أبرز مهام مجلس الأمن الدولي سواء في ظل المفهوم التقليدي أو المعاصر للأمن الجماعي.

وفي هذا السياق يبرز سؤالٌ مفاده أنه عند قيام حالة تمثل تهديداً للسلم والأمن الدوليين؛ فهل مجلس الأمن الدولي ملزم استخدام صلاحياته وفق المادة ٣٩ من ميثاق الأمم المتحدة(٢) وإصدار قرار يقضي بوجود مثل هذه الحالة؟

أُثير هذا التساؤل مبكراً في أروقة الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ عند مناقشة القضية الفلسطينية، وانقسمت الآراء إزاء هذه المسألة إلى فريقين؛ أولهما ذهب إلى أن مجلس الأمن الدولي لا يمكنه تقرير وجود مثل هذه الحالات إلا عند تمكنه فعلياً من تطبيق تدابير الفصل السابع، فلا معنى لمثل هذا التقرير إن لم يكن المجلس قادراً على التطبيق الفوري والفعال لهذه التدابير، أما ثانيهما؛ فقد رأى أنه لا خيار أمام مجلس الأمن الدولي عند وجود إحدى هذه الحالات الثلاث إلا أن يقرر ذلك؛ فهو ملزم تحت طائلة اعتباره متهرباً من مسؤولياته، ولا بد من

---

(١) وولفجانج أماديوس برولهارت ومارك بروبست، الأمن الإنساني: دور القطاع الخاص في تعزيز أمن الأفراد، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، الطبعة ١، أبوظبي، ٢٠٠٩، ص٥.

(٢) تنص المادة ٣٩ من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي:
"يقرّر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرّر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين ٤١ و٤٢ لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه".

الفصل بين سلطة المجلس في تقرير وجود إحدى حالات المادة التاسعة والثلاثين وبين سلطته في اتخاذ التدابير المناسبة لمواجهتها(١).

ويُمكن القول إن مسيرة عمل المجلس كشفت عن أنه يتمتع بسلطة تقديرية يتصرف بموجبها إزاء كل حالة على حدة وفقاً للظروف الدولية المحيطة بها، كما أن غياب القوات المسلحة التي افترض الميثاق وجودها في فصله السابع تحت تصرف المجلس لتكون أداته في تنفيذ التدابير العسكرية لم تثنه في كثيرٍ من الحالات عن ممارسة سلطته بموجب المادة ٣٩، ومن ثم ميّز المجلس بين جاهزيته لتطبيق شق مهم من تدابيره القسرية وبين هذه السلطة؛ فعند قيام نزاعٍ مسلحٍ غير دولي يهدد السلم والأمن الدوليين فإن لمجلس الأمن الدولي أن يصدر قراره بوجود إحدى حالات هذه المادة كخطوة أولى في مواجهة هذا التهديد.

ومن الجدير ذكره أن المجلس لا يملك تفويض سلطة تحديد وجود إحدى حالات المادة "٣٩"، كما أنه لا يُلزم بما يُقرر بشأنها خارج إطاره، فهو غير ملزم بقرار أحد أجهزة الأمم المتحدة الرئيسية أو نتائج تحقيقات تلك الأجهزة وما ينبثق عنها من لجان أو وجهات نظر الدول الأعضاء حول وجود تهديد للسلم والأمن الدوليين أو غيرها من حالات المادة ٣٩؛ فعلى سبيل المثال لم يتقيد مجلس الأمن بما توصلت إليه الجمعية العامة للأمم المتحدة من أن الحالة في جنوب إفريقيا وروديسيا والممتلكات البرتغالية في جنوب إفريقيا تهدد السلم والأمن الدوليين، بل أصر على حقه في تقرير ذلك بصورةٍ مستقلةٍ عن الجمعية العامة، وكذلك كان سلوك المجلس الذي قرر أن الحالة في فلسطين هي تهديد للسلم الدولي بموجب المادة ٣٩ بشكلٍ لاحقٍ ومستقل عن الجمعية العامة(٢).

إذاً، مجلس الأمن له السلطة التقديرية في تقرير أي نزاع مسلح غير دولي يهدد السلم والأمن الدوليين ليُقرر على ضوء ذلك ما يراه مناسباً من تدابير على

(١) محمد وليد عبد الرحيم، الأمم المتحدة وحفظ السلم والأمن الدوليين: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ١٩٩٤، ص١٠٤. وانظر كذلك د. علي جميل حرب، مرجع سابق، ص٣٠١.

(٢) محمد وليد عبد الرحيم، مرجع سابق، ص١٠٥.

النحو الذي سيتم عرضه في إطار هذا البحث[١]؛ لكن ما معاييره في ممارسته لسلطته التقديرية؟

ثانياً – معايير تكييف نزاع مسلح غير دولي على أنه تهديد للسلم والأمن الدوليين:

إن مجلس الأمن الدولي وفي اتخاذه لقراره بأن أي نزاع مسلح غير دولي يُشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين أو إخلال بهما محكومٌ بعدة اعتبارات، أولها ذو طابع موضوعي؛ إذ يتوجب على المجلس أن يكون قراره على ضوء الوقائع والحقائق المحيطة بالنزاع، وكي لا يُفضي به الأمر إلى تعقيد حيثياته بإمكانه أن يستعين بما توصلت إليه تقارير اللجان والبعثات الدولية التي قد تُكلّف بالتحقيق حوله، وتُشكل هذه التقارير وسيلةً يهتدي بها المجلس في الكشف عن بعض جوانب النزاع الذي ينظر فيه ليبقى القرار بيد المجلس الذي قد يكتفي بإصدار بيان رئاسي إزاءه دون أن يُقدِم مباشرةً على اتخاذ قرار يعتبر فيه أن النزاع يُشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين بموجب المادة ٣٩[٢]، وعلى الرغم من أن البيانات الرئاسية التي تصدر عن رئيس مجلس الأمن الدولي باسم الدول الأعضاء فيه لا ترقى لدرجة ما يصدره المجلس من قرارات من حيث القيمة القانونية فإنه من غير الممكن إغفال دلالات هذه البيانات من حيث إنها انعكاس لتوجهات مجلس الأمن؛ فعلى سبيل المثال عكست البيانات الرئاسية الصادرة عن المجلس بشأن الحالة في الصومال توجه المجلس نحو تكريس سلطاته للتدخل في النزاعات المسلحة غير الدولية[٣].

---

(١) انظر ما سيرد حول أساليب مجلس الأمن في التعامل مع النزاعات المسلحة غير الدولية في ص٣٩.

(٢) د. علي جميل حرب، مرجع سابق، ٣٠٣.

(٣) د. جميل محمد حسين، تطور ممارسات الأمن الجماعي الدولي في فترة ما بعد الحرب الباردة في ضوء أحكام ميثاق الأمم المتحدة، ورد ضمن كتاب الأمم المتحدة في ظل التحولات الراهنة في النظام الدولي، تحرير د. حسن نافعة، مركز البحوث والدراسات السياسية، القاهرة، ١٩٩٤، ص١٤٧.

ثاني الاعتبارات التي تحكم مجلس الأمن في النظر في مدى ما يشكله نزاع مسلح غير دولي من تهديد للسلم والأمن الدوليين هو ذو طابع قانوني ويتمثل بعملية تكييفه قانونياً لتصنيفه ضمن أحد مفاهيم المادة ٣٩، هذه المفاهيم التي لم تشهد إجماعاً دولياً حاسماً حول مفهومها، مما أبقاها مفاهيم مرنة قابلة للتكييف المختلف وأحياناً المتناقض(١).

أما ثالث هذه الاعتبارات فهو ذو طابع سياسي، وغني عن الذكر مدى تأثر المجلس بالعوامل السياسية التي تُلقي بظلالها على ممارسته لصلاحياته بموجب المادة ٣٩؛ إذ يرتبط أداء المجلس لها بتوافر إجماع إرادة الدول دائمة العضوية ومدى وجود منفعةٍ مباشرة أو غير مباشرة لمثل هذه الدول وحلفائها، وكثيراً ما تكون تدابير الأمن الجماعي قد اتخذت بدوافع غائيةٍ ترتبط بالمصالح الذاتية للدول أكثر من كونها استجابة لأهداف الأمن الجماعي، وليس من الغريب أن نجد الأمم المتحدة منغمسةً في نزاع غير دولي ومنصرفةً عن آخر وفقاً لدرجة ارتباطه بمصالح الدول دائمة العضوية في المجلس، وما هذا إلا تجسيدٌ لازدواجية المعايير التي أضحت طابعاً مميزاً لعمل المجلس في كثير من الأحيان(٢).

إلى جانب هذه المعايير نجد أن جانباً من الفقه الدولي يعوّل على ادعاء أحد أطراف النزاع بأنه يهدد السلم والأمن الدوليين، لكن هنا لا بد من التساؤل عن مدى قابلية تطبيق هذا المعيار على النزاعات المسلحة غير الدولية التي تختلف طبيعة أطرافها.

من ثم في ظل غياب معايير واضحة محددة لتدخل الأمم المتحدة في هذه النزاعات يبقى لمصالح الدول الكبرى كبير الأثر في ذلك، كما أن مجلس الأمن لا يكتفي بمجرد هذا الادعاء بل يلجأ إلى دراسة جوانب النزاع ليصل إلى مدى صلاحياته في ممارسته لاختصاصاته إزاءه، وهنا يبرز دور تقارير اللجان والبعثات الدولية التي سبق أن تمت الإشارة إليها(٣).

---

(١) د. محمد وليد عبد الرحيم، مرجع سابق، ١٠٩

(٢) محمد يعقوب عبد الرحمن، مرجع سابق، ص١٧١.

(٣) د. مسعد عبد الرحمن زيدان، مرجع سابق، ص٣٦٢، وانظر ما ورد ذكره ص٣٤.

ويُمكن القول إنه ثمة مجموعة معايير عامة لاعتبار النزاع المسلح غير الدولي تهديداً للسلم والأمن الدوليين يُمكن تلخيصها بما يلي:

أ - **إذا كان من شأنه تعريض شعب الدولة التي يقوم ضمن حدودها لأعمال تنطوي على انتهاكات لحقوقهم:** حيث يصبح هذا النمط من النزاعات بيئة خصبة لارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وقد عمل مجلس الأمن على تكييف النزاع في راواندا على أنه تهديد للسلم والأمن الدوليين كونه ينطوي على انتهاكات واسعة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان خاصةً الحق في الحياة والملكية(١).

ب - **إذا كان من شأنه الإخلال بالتوازن الإقليمي والدولي:** كما لو أسفر عن موجاتٍ من اللاجئين إلى الدول الأخرى؛ إذ إن ما تنطوي عليه هذه النزاعات من خطرٍ على حياة الأفراد وتدمير لموارد الدولة قد يسفر عن تدفق اللاجئين إلى الدول المجاورة بشكلٍ خاصٍ حاملين معهم مجموعة مشكلات متعددة الأبعاد(٢)، وقد عمل مجلس الأمن على تكييف النزاع في سيراليون على أنه تهديد للسلم والأمن الدوليين في المنطقة الجغرافية المجاورة، مؤكداً قلقه من تدهور الأوضاع في سيراليون وانتشارها إلى بلدان الجوار(٣).

ج - **مدى قابلية النزاع للتوسع:** حيث يكتسب الطابع الدولي بحكم ارتباطه بعوامل عرقية أو دينية أو سياسية مع دولٍ أخرى خاصةً المجاورة منها(٤)، وتُشكل النزاعات المسلحة غير الدولية التي شهدتها عدة دول في غرب إفريقيا مثالاً على ذلك نتيجة العوامل المتداخلة بين هذه الدول الأمر الذي يُشكل أرضيةً لتوسع النزاعات المسلحة التي قد تنشأ في إطار إحداها.

---

(١) انظر ديباجة القرار S/RES/918(1994) تاريخ ١٧/٥/١٩٩٤.

(٢) أحمد إبراهيم محمود، الحروب الأهلية ومشكلة اللاجئين في إفريقيا، مجلة السياسة الدولية، العدد١٤٣، يناير، ٢٠٠١، ص ٤٨.

(٣) انظر ديباجة قرار مجلس الأمن S/RES/1132(1997) تاريخ ٨/١٠/١٩٩٧.

(٤) د. مسعد عبد الرحمن زيدان، مرجع سابق، ص٣٦٦.

وبالنظر إلى **واقع عمل مجلس الأمن الدولي** يُلاحظ أنه قد عمل على تكييف هذه النزاعات على أنها تهديدٌ للسلم والأمن الدوليين آخذاً باعتباره مدى جسامة الآثار الناجمة عنها والمتمثلة بأزمات إنسانية خطيرة منطوية على أعمال عنف وقتل للمدنيين وتشريد داخلي وهجرة جماعية وانتهاكات للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان وأضرار مادية وآثار سلبية ممتدة إلى الدول الأخرى(١)، دون أن يغفل بعض العوامل التي من شأنها تصعيد حدة هذه النزاعات، كعدم امتثال الأطراف المتنازعة لاتفاقات السلام المعقودة لوضع حد لهذه النزاعات أو اتفاقات وقف إطلاق النار بين الأطراف المتنازعة(٢)، أما ما استخدمه المجلس في قراراته للتعبير عن هذه النزاعات وآثارها فقد راوح بين وصفه إياها على أنها تهديد للسلم والأمن الدوليين كما في حالة الصومال وأنغولا ويوغسلافيا السابقة الذي يُمكن تكييفه على أنه نزاع مسلح غير دولي ذو أبعاد دولية أو نزاع ذو طبيعة مختلطة(٣)، كما كيّف بعض هذه النزاعات على أنها تهديد للسلم والأمن الدوليين في المنطقة الإقليمية التي تقع فيها الدولة التي

---

(١) د. حسام أحمد محمد هنداوي، التدخل الدولي الإنساني: دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، مرجع سابق، ص١٦١.
وقد نص قرار مجلس الأمن رقم S/RES/1894(2009) في فقرته الثالثة على مايلي: "يشير إلى أن الاستهداف المتعمد للمدنيين أنفسهم وغيرهم من الأشخاص المشمولين بالحماية، وارتكاب الانتهاكات المنهجية والصارخة وواسعة النطاق للقانون الإنساني الدولي والقانون الدولي لحقوق الإنسان في حالات النزاع المسلح قد يشكلان تهديداً للسلم والأمن الدوليين، ويؤكد مجدداً في هذا الصدد استعداده للنظر في هذه الحالات، حسب الاقتضاء، من أجل اتخاذ ما يلزم من تدابير".

(٢) أشرف ياسين، الأزمة السياسية في أنغولا، مجلة السياسة الدولية، مركز الأهرام، العدد ١٣٦، أبريل، ١٩٩٩، ص١٩٩.

(٣) انظر قرارات مجلس الأمن التالية:
بالنسبة للصومال S/RES/733(1992)
بالنسبة لأنغولا S/RES/864(1993)
يوغسلافيا السابقة S/RES/757(1992) وانظر حول الطبيعة المختلطة لهذا النزاع د. مسعد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٢٩.

يدور النزاع في أراضيها كما في حالة راوندا وسيراليون وساحل العاج والكونغو الديموقراطية وليبيريا(١).

يُمكن القول إنه على الرغم من تعدد قرارات مجلس الأمن الدولي بشأن النزاعات المسلحة غير الدولية فإنها لم تُسفر عن معايير ثابتة مستقرة حول كيفية تهديد نزاعٍ من هذه النزاعات للسلم والأمن الدوليين، ولتبقى المعايير ذات الطابع السياسي صاحبة الغلبة على غيرها من المعايير.

(١) انظر قرارات المجلس التالية:
بالنسبة إلى راوندا S/RES/918(1994)
بالنسبة إلى سيراليون S/RES/1132(1997)
بالنسبة إلى ساحل العاج S/RES/1572(2004)
بالنسبة إلى الكونغو الديموقراطية (2003) S/RES/1493
بالنسبة إلى ليبيريا S/RES/788(1992)

المطلب الثالث
أساليب مجلس الأمن الدولي في التصدي للنزاعات المسلحة غير الدولية

تنوعت أساليب مجلس الأمن الدولي في معالجة النزاعات المسلحة غير الدولية بين ما يهدف لحل النزاع بحد ذاته وما يهدف إلى معالجة آثاره، وفيما يلي نعرض للأساليب التي استهدف من خلالها المجلس أحد أطراف النزاع أو حاول وضع حدٍ للعنف الناجم عن اشتباكات أطرافه وهو ما تطلب الاستخدام الفعلي للقوة العسكرية في بعض الأحيان، وصولاً إلى معالجة الآثار الناجمة عن هذه النزاعات بما يضمن عدم الانزلاق في دوامتها من جديد.

الفرع الأول
تدابير وقائية

تتخذ هذه التدابير في أثناء قيام النزاع بهدف وضع حد له أو الحيلولة دون وصوله إلى مراحل متقدمة وفي بعض الأحيان منع اندلاعه، كما وتختلف طبيعتها وفقاً للصلاحيات التي يمتلكها مجلس الأمن الدولي بموجب ميثاق الأمم المتحدة.

أولاً – التسوية السلمية:

أوجب ميثاق الأمم المتحدة على الدول الأعضاء فيه حل النزاعات الدولية بالطرق السلمية بالتماس مختلف هذه الطرق من تفاوض ووساطة وتوفيق وتحكيم وتسوية قضائية وغيرها، وجعل لمجلس الأمن صلاحية فحص أي نزاع أو موقف قد يؤدي إلى احتكاك دولي أو قد يُثير نزاعاً لكي يقرر إذا كان من شأن استمراره تعريض السلم والأمن الدوليين للخطر، وله في هذا السياق أن

يوصي في أية مرحلة من مراحل النزاع بما يلائم من الإجراءات أو طرق التسوية[١].

وعلى الرغم من أن جانباً من الفقه ذهب إلى إمكانية اعتبار المادة (٣٤) من الميثاق أساساً يُستند إليه لتناول الأمم المتحدة للنزاعات المسلحة غير الدولية، كما ورد سابقاً في إطار هذا البحث[٢]، فإن ثمة خلافاً حول إمكانية ممارسة مجلس الأمن صلاحياته هذه في مواجهة النزاعات المسلحة غير الدولية؛ كون توجيه المجلس لتوصية لأطراف نزاع مسلح غير دولي بحله من خلال طريقة ما قد تُشكل تدخلاً في الشؤون الداخلية للدولة التي تشهد النزاع[٣].

إلا أنه يُمكن القول إننا نرى أنه لم يعد بالإمكان المحاجة بهذا الرأي الذي أصبح من الماضي في ظل حاضر يُكرس النزاعات المسلحة غير الدولية ونتائجها كأحد أبرز عوامل تهديد السلم والأمن الدوليين، ومن ثم يُمكن للمجلس أن يمارس صلاحياته بموجب الفصل السادس من الميثاق تجاه هذه النزاعات، بل إن ذلك سيكون خطوة لوقف تصاعد حدة نزاع مسلح غير دولي ليصل إلى مرحلة يهدد معها السلم والأمن الدوليين.

---

(١) انظر المادة ٣٣ من الميثاق التي تنص على ما يلي:
"١- يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرّض حفظ السلم والأمن الدولي للخظر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضة والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجأوا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها.
٢- ويدعو مجلس الأمن أطراف النزاع إلى أن يسووا ما بينهم من النزاع بتلك الطرق إذا رأى ضرورة لذلك".
والمادة ٣٤ السابق الإشارة إليها، والمادة ٣٦ التي تنص فقرتها /١/ على ما يلي:
"لمجلس الأمن في أية مرحلة من مراحل نزاع من النوع المشار إليه في المادة ٣٣ أو موقف شبيه به أن يوصي بما يراه ملائماً من الإجراءات وطرق التسوية".

(٢) انظر ما ورد في ص ١٣.

(٣) أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص٣٢٠.

ثانياً – العقوبات الدولية:

تعد التدابير التي تفرضها الأمم المتحدة بموجب المادة "٤١" من ميثاقها أحد وسائل عملها الرئيسية خاصةً بعد العام ١٩٩٠؛ حيث تنوعت أساليب تطبيق هذه التدابير التي كانت العقوبات الاقتصادية الدولية أبرزها، كما تنوعت مبررات فرضها، وكان للنزاعات المسلحة غير الدولية نصيبٌ منها، ففي دول غرب إفريقيا ارتبطت عقوبات الأمم المتحدة بإعادة الاستقرار والسلام لهذه الدول بعد أن أنهكتها مثل هذه النزاعات والتي نشأت تحت ذرائع مختلفة وتشابكت فيها عوامل متعددة، داخلية وخارجية، كما في ليبيريا وسيراليون وأنغولا(١)؛ فعلى سبيل المثال يندرج قرار مجلس الأمن S/RES/1173(1998) ضمن سلسلة قرارات استهدفت الاتحاد الوطني للاستقلال التام لأنغولا "Unita"؛ حيث تضمن مجموعةً من التدابير من بينها **حظر بيع أو توريد** المعدات المستخدمة في عمليات التعدين والمركبات الآلية أو الزوارق وقطع الغيار الخاصة بها أو لخدمات النقل البحري أو البري، طالما كانت عملية توريدها تتم لأشخاص وكيانات متواجدة خارج نطاق سيطرة حكومة أنغولا(٢).

كما كان المجلس قد ركز في عقوباته على **سلعة أو مادة معينة** إيماناً منه بأهمية الدور الذي تلعبه **إيرادات** تجارتها في تأجيج نزاعٍ معينٍ، خاصةً إذا ما تعلق الأمر ببعض الموارد الطبيعية، كما في حالة العقوبات التي فرضها على ليبيريا، والتي ربط فيها المجلس بين محاولته لحل النزاع المسلح غير الدولي الدائر في هذه الدولة ومحاولته لحل النزاع في منطقة غرب إفريقيا ككل، وطالب في قراره S/RES/1478(2003) جميع الدول باتخاذ التدابير اللازمة لمنع

---

(١) A BRIEF OVERVIEW OF SECURITY COUNCIL APPLIED SANCTIONS: AN INFORMAL BACKGROUND PAPER PREPARED BY THE UNITED NATIONS SECRETATIATE, DEPARTMENT OF POLITICAL AFFAIRS, 1999, p.30.
<http/www.un.org/docs/sc/committees/sanctions/overview.pdf>
تاريخ الزيارة: ١/٦/٢٠١٠.

(٢) انظر الفقرة ١٢ (ج- د) من قرار مجلس الأمن S/RES/1173(1998) تاريخ ١٢/٦/١٩٩٨.

استيراد كافة أصناف الخشب المستدير ومنتجات الأخشاب ذات المنشأ الليبيري[١]، جاء ذلك بعد أن وجد المجلس أن إيرادات هذه المنتجات تُستخدم خارج نطاق الأغراض الاجتماعية والإنسانية والإنمائية وبشكلٍ مخالفٍ لقراراته بشأن الوضع في غرب إفريقيا وليبيريا بشكلٍ خاص، كما طالب الحكومة الليبيرية بأن تقوم بعملية مراجعة حساب شفافة تخضع لمراجعة دولية لإثبات أن إيرادات صناعة الأخشاب لا تُستخدم لأغراض غير مشروعة[٢]، ويندرج في إطار العقوبات التي استهدفت الموارد الطبيعية تلك التي فُرضت على التجارة بالألماس في بعض دول غرب إفريقيا كليبيريا[٣] وسيراليون[٤]؛ حيث أراد المجلس عبر عقوباته وضع حدٍ للاستغلال غير القانوني للماس الخام الذي يُشكل كنـزاً طبيعياً تزخر به بعض بلدان تلك المنطقة وذلك عن طريق منع استيراده مهما كان منشؤه ومهما كانت وسيلة استيراده، لأن الإيرادات الناجمة عنه شكلت مصدراً رئيسياً لدعم نشاطات الجماعات المسلحة والانتشار غير القانوني للسلاح وهو ما ساهم في تفاقم حالة عدم الاستقرار وتأجيج النزاعات المسلحة غير الدولية في تلك المنطقة[٥].

---

(١) الفقرة ١٧(أ) من القرار S/RES/1478(2003) تاريخ ٢٠٠٣/٥/٦ أما الفقرتان الفرعيتان (ب) (ج) فتحددان النطاق الزمني لسريان هذه التدابير ومدى قابليتها للتجديد.

(٢) ديباجة القرار S/RES(1408)2002 تاريخ ٢٠٠٢/٥/٦ والفقرة العاشرة منه.
وراجع كذلك حول العقوبات على الأخشاب الليبيرية:
Peter Wallensteen, Mikael Eriksson, Daniel Strandow, Sanctions for Peace Building and Conflicts Preventions: Lessons Learned from Cote d'lvoire and Liberia, Department of peace and conflict research, Uppsala University, 2006, P22. http://pcr.uu.se/publications/reports.htm

(٣) القرار S/RES/(1521)2003 في فقرته السادسة.

(٤) القرار S/RES/(1306)2000 الفقرات ألف/ف.

(٥) راجع حول ذلك:
– تقرير فريق خبراء الأمم المتحدة المنشأ عملاً بالفقرة ١٩ من القرار S/RES/1306 (2000) فيما يتعلق بسيراليون. الوثيقة رقم S/2000/1195 تاريخ ٢٠٠٠/١٢/٢٠. =

= – قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة A/Res/55/56 الصادر في ١/كانون الأول/ ٢٠٠٠ والمعنون بـ دور الماس في تأجيج الصراعات: قطع الصلة بين التعامل غير المشروع في الماس الخام والصراعات المسلحة كمساهمة في منع وقوع الصراعات وتسويتها.

– ديباجة القرار S/Res/1521 (2003).

وإيماناً من مجلس الأمن بالدور الاقتصادي المهم الذي يُمكن أن يلعبه الماس في تحقيق الاستقرار والإعمار لتلك البلدان التي تعاني من النزاعات المسلحة فقد حرص على التأكيد أن الماس المستهدف هو ذلك الذي يكون محلاً للاتجار غير المشروع فقط، وكان ذلك واضحاً من خلال دعوته لكل من حكومة ليبيريا وسيراليون إلى تبني نظام فعال لشهادات المنشأ يكون قابل للمراجعة الدولية عبر لجان العقوبات التي أنشأها المجلس لكل حالة من حالات العقوبات (الفقرة السابعة من القرار (١٥٢١) عام ٢٠٠٣ وديباجة القرار (١٣٠٦) عام ٢٠٠٠ الفقرة الخامسة والثانية من القرار(١٣٠٦) عام ٢٠٠٠)، إلى جانب دعوته هذه الدول للانضمام لعملية كيمبرلي لتنظيم شهادات المنشأ للماس الخام عملية كيمبرلي Kimberley Process(Kp) والتي هي مبادرة فيها شق حكومي وشق غير حكومي يتمثل بمنظمات مدنية إلى جانب مجلس الماس العالمي، والهدف منها تنظيم تجارة الماس بحيث تتم مكافحة الماس المستخدم في تمويل النزاعات المسلحة من خلال إصدار شهادات منشأ خاصة "The Kimberley Process Certification Scheme" تفرض متطلبات على شحنات الماس لا بد من تلبيتها لإثبات عدم ارتباطها بأهداف كهذه. عام ٢٠٠٨ بلغ عدد الأعضاء ٤٨ عضواً يُمثلون ٤٩ دولة وممثل واحد لدول الاتحاد الأوروبي:

< http://www.Kimberleyprocess.com/faqs/index_en.html >

تاريخ الزيارة ٦/٦/٢٠١٠.

وهنالك بند خاص على جدول أعمال الجمعية العامة للأمم المتحدة بعنوان دور الماس في تأجيج الصراع تم تقديمه من بريطانيا وإيرلندا في الدورة ٥٥ لتبحثه على التوالي الدورات المتلاحقة للجمعية:

< http://www.un.org/arabiv/ga/63/[lenary/A >

تاريخ الزيارة ٤/٦/٢٠١٠، وانظر على سبيل المثال قرار الجمعية العامةA/Res/64/109.

Results Of The Bonn-Berlin Process, published by BICC (Bonn Intentional Center for Conversion), Editor: Michael Brzoska, Bonn, 2001, P10.

كما كان للعقوبات المتعلقة **بمنع السفر** "**Travel ban**" دور في مثل هذه النزاعات، وهي عبارة عن مجموعة تدابير هادفة لتقييد حركة الجماعات أو الأفراد الذين يتحملون المسؤولية عن السلوك الذي أدى إلى فرض العقوبات ومسؤولية التغيير الذي يسعى المجلس إلى تحقيقه عبر عقوباته وفقاً لرؤية مجلس الأمن(١)، إلى جانب **حظر السلاح** "**Arm Embargo**" الذي استخدمه المجلس لمواجهة مثل هذه النزاعات كما في حالة الصومال، حيث شمل كافة الأسلحة والمعدات العسكرية بموجب القرار S/RES/733(1992)(٢)، كما عمل مجلس الأمن بموجب قراره S/RES/1425(2002) على تشديد حظر استيراد السلاح ليشمل منع عمليات التمويل المالي أو التدريب والمشورة التقنية المرتبطة بالأنشطة العسكرية(٣)، وكذلك في حالة حظر السلاح المفروض على

---

(١) الفقرة (٥) من القرار المشار إليه. ليعود في قراره(١٣٥٦) عام ٢٠٠١ فيستثني الملابس والسترات الواقية التي تدخل إلى الصومال ليتم استخدامها من قبل أفراد الأمم المتحدة وممثلي وسائل الإعلام والعاملين في الحقلين الإنساني والإنمائي والأفراد المرتبطين بهم لاستخدامهم الشخصي، مما يدل على أن المجلس في قراره (٧٣٣) كان قد شمل السترات الواقية من الرصاص والخوذات العسكرية بمفهوم الأسلحة والمعدات العسكرية.

(٢) الفقرة (١) و(٢) من القرار المذكور أعلاه.

(٣) من الجدير ذكره أم مجلس الأمن الدولي عندما أصدر قراريه S/RES/713(1991) والقرار S/RES/724(1991) كان هدفه فرض حظر على توريد الأسلحة والمعدات العسكرية إلى يوغسلافيا الاتحادية لمنع امتداد القتال إلى مناطق أخرى في البلقان وجنوب أوروبا، لكن مع تغير واقع هذه الدولة وبدء تفككها إلى عدة دول ومع إعلان جمهورية البوسنة والهرسك استقلالها واعتراف المجتمع الدولي بها وقبولها عضواً في الأمم المتحدة أصبح هذا الحظر يُشكل قيداً خطيراً على حق هذه الدولة في ممارسة الدفاع الشرعي عن نفسها ويُكرس تفوق الجانب الصربي في النزاع خاصةً في ظل تفوقه العسكري؛ إذ إن مخازن الجيش الاتحادي كانت بحوزته، كما قامت العديد من الدول بتزويدهم بالسلاح خلافاً لقرارات الأمم المتحدة، وهو ما أدى إلى إصدار مجلس الأمن العديد من قراراته لوقف النتائج الكارثية للمعارك غير المتكافئة والمذابح المرتكبة من قبل الجيش الصربي بحق البوسنيين، أسفرت في نهاية الأمر =

يوغسلافيا السابقة في القرار S/RES/713(1991)[1].

إذاً فقد أصبحت العقوبات الدولية، وخاصةً الاقتصادية منها، أحد ركائز عمل مجلس الأمن في مجال النزاعات المسلحة غير الدولية إلا أنه وفي معرض تطبيقه لعقوباته الاقتصادية بشكلٍ خاصٍ أخذ بعين الاعتبار ضرورة إيجاد حلول لتدارك آثارها السلبية التي ظهرت فيها من خلال التطبيقات المتوالية لهذه العقوبات؛ إذ تمثلت هذه الآثار بما يلي:

١ – الآثار الاقتصادية السلبية على الدول الأخرى نتيجة التزامها بتطبيق قرارات العقوبات:

على الرغم من أن الدول المجاورة للدولة المستهدفة بالعقوبات تكون صاحبة النصيب الأكبر من هذه الأضرار نتيجة التغير في مستوى العلاقات الاقتصادية الذي يفرضه تنفيذها لقرار العقوبات، فإن درجة الارتباط الاقتصادي ليست محدودة بمثل هذا العامل الجغرافي خاصةً في ظل تطور أشكال ووسائل إقامة الروابط الاقتصادية بين الدول[2]، ومن ثم يُمكن أن تعاني العديد من الدول

= عن فرضه عقوبات شاملة في قراره رقم S/RES/757(1992) اقتصادية رياضية علمية تقنية ثقافية ودبلوماسية على يوغسلافيا الاتحادية والتي أضحت تمثلها صربيا والجبل الأسود. انظر حول ذلك: د. حسن نافعة، الأمم المتحدة في نصف قرن: دراسة في تطوّر التنظيم الدولي منذ ١٩٤٥، سلسلة عالم المعرفة، ٢٠٢، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ١٩٩٥، ص٣٦٠.

(١) Margaret P.Doxy, United Nations Economic Sanctions: Minimizing Adverse Effects On Nontarget States, published in "Smart Sanctions: Targeting Economic Statecraft, edited by David Cortright and George A. Lopez, Rowman& littlefield publishers, INC, Maryland.2002p.183- 184.

(٢) كانت تطبيقات هذه المادة محدودة؛ فاقتصرت على حالة العقوبات على روديسيا الجنوبية والعراق والعقوبات على يوغسلافيا الاتحادية، وفي الحالة الأخيرة تقدمت ثمان دولٍ بمطالباتٍ بموجب المادة "٥٠"، سبعٌ منها في الإقليم الجغرافي المجاور، وهي ألبانيا وبلغاريا وهنغاريا ورومانيا وسلوفاكيا وأوكرانيا ومقدونيا، عانت من خسائر نتيجة انقطاع وتيرة العلاقات التجارية مع الدولة المستهدفة إلى جانب تعطيل حركة =

مصاعب اقتصادية ناجمة عن تنفيذها لقرارات العقوبات الاقتصادية الدولية، وقد تضمن ميثاق الأمم المتحدة حلاً لهذه الحالة في المادة (٥٠) منه والتي نصت على التالي:

"إذا اتخذ مجلس الأمن أية تدابير منع أو قمع فإن لكل دولة أخرى- سواء أكانت من أعضاء الأمم المتحدة أم لم تكن- تواجه مشكلات اقتصادية خاصة تنشأ عن تنفيذ هذه التدابير، الحق في أن تتذاكر مع مجلس الأمن بصدد حل هذه المشاكل"(١).

٢ – الآثار السلبية للعقوبات الاقتصادية الدولية على شعب الدولة التي تُفرض عليها مثل هذه العقوبات:

إن العقوبات التي من المنتظر أن تكون وسيلةً فعالةً في حماية السلم والأمن الدوليين دون أن ينجم عنها مآسٍ للإنسانية على غرار تلك المرتبطة باستخدام القوة العسكرية أثبتت أنها ليست بريئة من إحداث مثل هذه المآسي، بل إنها قد تحمل تأثيراتٍ سلبيةً على شعب الدولة المستهدفة من جراء ما ينجم عنها من ظروف اقتصادية وحرمانٍ من العديد من السلع الأساسية لحياتهم اليومية، وفي سبيل تجنب ذلك اتجه مجلس الأمن الدولي إلى تبني نهجين أساسيين:

أ – الاستثناءات الإنسانية:

يُمكن تعريف الاستثناءات الإنسانية "Humanitarian Excemption" على أنها بنودٌ تتضمنها قرارات المجلس القاضية بفرض العقوبات؛ فتنص على

= الملاحة النهرية في الإقليم، انظر على سبيل المثال الرسالة الموجهة من أوكرانيا إلى الأمين العام للأمم المتحدة S/1996/595 والرسالة الموجهة من بلغاريا S/1996/721.

(١) مارك بوسويت، ورقة عمل بعنوان "ما للجزاءات الاقتصادية من آثار ضارة بالتمتع بحقوق الإنسان" والصادرة بوثيقة اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، رقم E/CN.4/sub.2/2000/33 تاريخ ٢١/٦/٢٠٠٠، والمتوافرة على موقع الأمم المتحدة، ص١٥.

إخراج فئة معينة من المجالات المشمولة بها، سواءً أكانت سلعاً أم خدمات، إذا ما كانت ستُستخدم لأغراضٍ ذات طابعٍ إنساني تعود بالنفع على شعب الدولة المستهدفة[١]؛ ففي حالة حظر السلاح على راوندا استثنى مجلس الأمن الدولي بعض أنواع المواد العسكرية التي تُستخدم لأغراضٍ إنسانيةٍ تمثلت في برامج إزالة الألغام[٢]، أما في حالة حظر السفر على أفراد المجلس العسكري في سيراليون وأعضاء أسرهم استثنى السفر لأهدافٍ إنسانيةٍ كالعلاج[٣].

وفي حالاتٍ أخرى نجد أن المجلس استثنى من عقوباته مادة معينة يُستفاد من مردودها في تمويل برامج ذات طابع إنساني، كما في حالة بعض الاستثناءات التي شهدتها العقوبات على تصدير مادة الخشب في ليبيريا على أن يُستخدم نتاجها لأغراضٍ إنسانيةٍ[٤].

ب – العقوبات الذكية "Smart Sanctions" أو ذات الأهداف الموجهة "Targeted Sanctions" :

يُقصد بذلك أن يتم تصميم العقوبات بشكلٍ يؤدي إلى استهداف الأشخاص الذين يصل مجلس الأمن إلى مسؤوليتهم عن السلوك الذي اعتبره تهديداً للسلم والأمن الدوليين أو خرقاً لهما، أو تركيز العقوبات على سلعةٍ معينةٍ يُعد المردود الناجم عن التعامل فيها ممولاً لمثل هذا السلوك، وفي سياق هذا البحث قد يفرض مجلس الأمن عقوباته على أفراد أو تنظيمات معينة تقف وراء إذكاء نار النزاع المسلح غير الدولي، أو سلعة معينة يستخدم مردودها في تمويل هذا النزاع، كما في حالة أنغولا؛ حيث استهدف مجلس الأمن أفراد الاتحاد الوطني في أنغولا (يونيتا) وفرض تدابير تجمّد الموارد المالية التابعة لهم، كما فرض

(١) انظر ديباجة القرار S/RES/1005(1995) تاريخ ١٩٩٥/٧/١٧.
(٢) انظر الفقرة /٥/ من القرار S/RES/1132(1997) تاريخ ١٩٩٧/١٠/٨.
(٣) انظر الفقرة /١٠/ من القرار S/RES/1408(2002) تاريخ ٢٠٠٢/٥/٦.
(٤) انظر الفقرة ١١–١٢ من قرار مجلس الأمن رقم S/RES/1173(1998) تاريخ ١٩٩٨/٦/١٢.

تدابير تضع قيوداً على التجارة غير المشروعة بالماس معتبراً أن مردودها يقف وراء انتشار السلاح غير المشروع ويُعد أحد عوامل تأجيج النزاع المسلح غير الدولي(١).

ثالثاً – قوات الأمم المتحدة الدولية:

يُعتبر إنشاء القوات الدولية أحد أبرز أساليب تعامل الأمم المتحدة مع النزاعات المسلحة غير الدولية، وذلك على اختلاف طبيعة هذه القوات ومهامها والأسس القانونية التي تُنشأ وفقاً لها؛ فيختلف دور هذه القوات من حفظ السلام إلى فرض السلام إلى بناء السلام.

أ – عمليات حفظ السلام:

تندرج هذه العمليات ضمن التدابير المؤقتة التي يمتلك مجلس الأمن الدولي اتخاذها دون أن يحسم الخلاف بين الأطراف المتنازعة أو يخل بحقوق المتنازعين أو يؤثر بمطالبهم(٢) وذلك على النحو الذي أقرته المادة ٤٠ من ميثاق الأمم المتحدة(٣)، والتي يُعد الهدف منها منع تفاقم الأوضاع، وأما صورها فتتنوع، ولا قيد على المجلس في ذلك سوى عدم الإخلال بحقوق المتنازعين أو مراكزهم القانونية، ومن أمثلة التدابير التي تشملها هذه المادة إنشاء مناطق منزوعة السلاح أو إقرار وقف إطلاق النار "cease-fire" أو إقرار

(١) د. أحمد أبو العلا، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) تنص المادة ٤٠ على ما يلي:
"منعاً لتفاقم الموقف، لمجلس الأمن قبل أن يقدم توصياته أو يتخذ التدابير المنصوص عليها في المادة ٣٩، أن يدعو المتنازعين للأخذ بما يراه ضرورياً أو مستحسناً من تدابير مؤقتة، ولا تخل هذه التدابير المؤقتة بحقوق المتنازعين ومطالبهم أو بمركزهم، وعلى مجلس الأمن أن يحسب لعدم أخذ المتنازعين بهذه التدابير المؤقتة حسابه".

(٣) انظر في ذلك: د.محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص٥٣١.

الهدنة "Truce" التي لها الطابع السياسي إلى جانب صفتها العسكرية إلى جانب إنشاء قوات حفظ سلام(١).

وتتميز هذه القوات عن تلك التي قد تُستخدم في ترتيبات فرض السلام على النحو الذي سيتم الحديث عنه لاحقاً بأنها لا تقوم بمهماتٍ عسكريةٍ فعلية، ولا تملك استخدام القوة المسلحة، بل إنها تحتفظ بمعداتٍ عسكريةٍ بغرض الدفاع عن النفس والفصل بين المتحاربين عند الاقتضاء(٢).

والمهام التقليدية لهذه العمليات ذات طبيعة وقائية هدفها السيطرة على أسباب النزاعات قبل اندلاعها(٣)، كما شكلت الأمم المتحدة عمليات حفظ سلام لتأمين الإغاثة والمساعدات الإنسانية، ويظهر هذا النوع من خلال إرسال قوة محايدة للأمم المتحدة في زمن نزاع مسلح ما بغرض تأمين وصول المساعدات الإنسانية إلى ضحايا النزاعات واللاجئين في مناطق الإغاثة التي تحول ظروف النزاع دون وصول المؤن إليها، كما في عملية الأمم المتحدة في أثناء النزاع في البوسنة والهرسك(٤).

ب – عمليات فرض السلام:

يدل مفهوم فرض السلام "Peace enforcement" عموماً على مجموعة من التدابير التي يمتلك مجلس الأمن فرضها بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، التي تكون ذات طبيعة عسكرية أو غير عسكرية، والتدابير التي تندرج

---

(١) United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines, United Nations, Department of peacekeeping operations- Department of field support, 2008, p.31.

(٢) ياسين الشيباني، مرجع سابق، ص٣١٩.

(٣) انظر حول هذه العملية المسماة:
"United Nations Missions in Bosnia and Herzegovina" "UNMIBH" الرابط الإلكتروني التالي:
< http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unmibh/ >
تاريخ الزيارة ٢٠١٠/٧/١٠.

(٤) د. علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٨٩.

ضمن هذا المفهوم لها الطابع القمعي بشكل رئيسي، وتُنفذ رغماً عن إرادة الدولة المعنية التي تُستهدف بها، ويمارس مجلس الأمن هذه الصلاحيات عندما نكون أمام إحدى حالات تهديد السلم والأمن الدوليين أوالإخلال بهما أو إحدى حالات العدوان بموجب المادة "٣٩" من ميثاق الأمم المتحدة، وفي مثل هذه الحالة تخرج قوات الأمم المتحدة عن حياديتها كمجرد قوات للفصل بين المتحاربين(١).

إذاً، فقد اختلفت وتنوعت أهداف ومهام قوات الأمم المتحدة التي تشكل وسيلة رئيسية في مواجهة النزاعات المسلحة غير الدولية، ومنذ نهاية الحرب الباردة تم استخدام هذه القوات مراتٍ متعددةٍ وبصيغٍ مختلفةٍ إلا أن التجربة لا توحي بالتفاؤل، فالأمم المتحدة نجحت في بعض الحالات فقط مثل كمبوديا والسلفادور وناميبيا، بينما فشلت في حالاتٍ أخرى وفي الغالب كان فشلها يعكس **سوء التنظيم والاستعداد والتنفيذ**؛ مما عرّض الأمم المتحدة لفقدان المصداقية، ناهيك عن **التكاليف الباهظة** لهذه القوات التي ضاعفت من أزمة الأمم المتحدة المالية هذا إلى جانب **الطابع الانتقائي** لعمل الأمم المتحدة فتدخلت في بعض النزاعات وأهملت بعضها الآخر، كالنزاع في الشيشان عام ١٩٩٣ وذلك نتيجة رفض الحكومة الروسية قرار انفصال جمهورية الشيشان من جانب واحد(٢).

الفرع الثاني
تدابير علاجية

تُخلِّف النزاعات المسلحة غير الدولية آثاراً من شأن إهمال معالجتها إفساح المجال لاندلاع النزاع مجدداً، وهو ما دفع الأمم المتحدة لإيلاء هذه المرحلة أهميةً في عملها وذلك عبر التدابير التي سيتم مناقشتها فيما يلي:

(١) ياسين الشيباني، مرجع سابق، ٣٢٤، ٣٢٥.

(٢) د. حسن نافعة، دور الأمم المتحدة في تحقيق السلم والأمن الدوليين في ظل التحولات الراهنة، ورد في الأمم المتحدة: ضرورات الإصلاح بعد نصف قرن وجهة نظر عربية، تحرير جميل مطر وعلي الدين هلال، مركز دراسات الوحدة العربية، ١٩٩٦، ص١٢٥-١٢٦.

أولاً – تدابير بناء السلام:

فرضت المتغيرات الدولية على الأمم المتحدة العمل على تطوير آليات عملها الأمر الذي أدى إلى سعيها لتبني مفاهيم متعددة ترتبط بإرساء السلم والأمن الدوليين ودمجها في إطار عملها وكان أبرزها بناء السلام "peacebuilding" الذي أُعد للتعامل مع معطياتٍ معينةٍ تمليها مرحلة ما بعد انتهاء النزاع المسلح، وعملت على تطبيقه سواء عبر قوات حفظ السلام أو عبر لجنة الأمم المتحدة لبناء السلام التي تتبع بشكلٍ مشتركٍ لكل من مجلس الأمن والجمعية العامة؛ فقد بدأت مهام قوات حفظ السلام تأخذ أبعاداً جديدةً متعددة الجوانب تتسم بتنوعها؛ وذلك تنفيذاً لعمل الأمم المتحدة في مجال بناء السلام الذي ينطلق مع نهاية نزاع مسلح وينطوي على جهود عدة أطراف دولية ومحلية بغرض الحفاظ على ما تم إنجازه من خطواتٍ أسفرت عن التوصل لإنهاء النزاع من جهة، والتأسيس لمرحلةٍ جديدةٍ من شأنها ضمان ديمومة هذه النتائج من جهةٍ أخرى[١]؛ إذ يأتي مفهوم بناء السلام بما يمتلكه من رؤية لمرحلة ما بعد النزاعات المسلحة ليعالج مرحلةً حساسةً تعقب النزاعات المسلحة على اختلاف أنواعها، إلا أنها تبدو أكثر حساسية في مرحلة النزاعات المسلحة غير الدولية لما تنطوي عليه بيئة هذه النزاعات من تناقضاتٍ واختلافاتٍ أكثر قابلية للدخول مجدداً في دوامة النزاع[٢]، وذلك وفق ما يفوضها إياه مجلس الأمن[٣]، وهو ما مكنها من النهوض ببعض جوانب عملية بناء

(١) Michael W. Doyle and others, PEACEBUILDING: WHAT IS IN A NAME?, Global Governance, vol.13, NO.1, 2007, p44.

(٢) David Atwood and others, THE UN PEACEBUILDING AND INTERNATIONAL GENEVA, THE UNITED NATIONS PEACEBUILDING COMMISSION: ORIGINS AND INITIAL PRACTICE, in: Brian Urquhart, SECURITY AFTER THE COLD WAR, published in United Nations, Devided world, Oxford Universirty press, 1993, p.27

(٣) انظر حول هذه المهمة الرابط التالي على موقع الأمم المتحدة:
< http://www.unddr.org/iddrs >
تاريخ الزيارة ١٠/٧/٢٠١٠.

السلام التي تتطلب نوعاً من التخصص تمتلكه هذه القوات لارتباطه بجوانب عسكرية وأمنية تتمثل بما يلي:

أ – معالجة قضايا نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج "DDR" "Disarmament, Demobilization and Reintegration": وهي عبارة عن برامج تُطبق على الصعيد الوطني بهدف إعادة إدماج الفئات المسلحة والتي كانت طرفاً في النزاع في المجتمع، بعيداً عن صفتهم كمقاتلين سابقين، وذلك بما تمتلكه هذه القوات من خبرةٍ فنيةٍ تتطلبها هذه العملية(١)، ومن دون مثل هذه البرامج قد يتحول هؤلاء إلى ارتكاب الجريمة المنظمة أو إلى حد تشكيل معارضة مسلحة تُهدد ما تم إنجازه من استقرار، ناهيك عن ضرورة إعادة تنظيم القوات المسلحة والشرطة الوطنية من جديد لتتناسب والمرحلة التي يُقبل عليها المجتمع(٢)، مع ملاحظة أن هذه الترتيبات، على اختلاف نوع النزاع المسلح الذي تُطبق في أعقابه والجهة التي تنفذها، قد لا تنجح، وعلّنا نذكر حالة العراق عند تعيين الحاكم المدني الأمريكي بول بريمر في أعقاب الاحتلال الأنغلو– أمريكي ومحاولته إعادة تنظيم هذه القوات.

ب – نزع الألغام: تُشكل الألغام غير المنفجرة من مخلفات النزاع المسلح تحدياً حقيقياً لضمان سلامة المدنيين وتجاوز مرحلة ما بعد النزاع، ولإعادة المجتمع إلى حياته الطبيعية لا بد من تخطي هذه العقبة، وقد أصبحت هذه المهمة إحدى ركائز عملية بناء السلام.

ج – إصلاح القطاعات الأمنية و المساعدة في تعزيز نشر سلطات الدولة: وذلك من خلال تدريب الكوادر العاملة في القطاعات الأمنية والقضائية ومدها بالمعدات اللازمة لحسن سير عملها.

---

(١) تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول حول مسؤولية الحماية، مرجع سابق، ص٤٣.

(٢) UNITED NATIONS PEACEKEEPING OPERATIONS: PRINCIPLES AND GUIDELINES, OP.CIT, p26.

د – المساعدة في تنظيم العمليات الانتخابية: حيث تقوم قوات الأمم المتحدة بالمساعدة في تنظيم العملية الانتخابية التي قد تشهدها حقبة ما بعد النزاع المسلح، وذلك من خلال ضمان الأمن خلالها أو تقديم الدعم اللوجستي اللازم أو من خلال رفد هذه العملية بخبراء ومراقبين دوليين لضمان حسن سيرها(١).

وكمثال على قوات الأمم المتحدة التي نفذت مثل هذه التدابير سلطة الأمم المتحدة المؤقتة في كمبوديا "UNTAC" "United Nations Transitional Authority In Cambodia".(٢)

ويمكن أن يدخل في هذا الإطار عمليات حفظ السلام التي تساعد في استعادة سيادة الدولة التي تعمل بعد انهيار كل مظاهر السلطات الحكومية بغرض توفير الحد الأدنى والأساسي من الأمن والخدمات والإدارة للشعب مع العمل على استعادة قدرة الدولة على أداء مهامها الأصلية، مثال ذلك ما قامت به قوات الأمم المتحدة في الصومال(٣).

وتتكامل هذه التدابير مع تلك التي تنفذها لجنة الأمم المتحدة لبناء السلام التي أُنشئت من قبل مجلس الأمن والجمعية العامة بشكل مشترك لكن بقرارين منفصلين، هما قرار مجلس الأمن S/RES/1645(2005) وقرار الجمعية العامة A/RES/60/180.

وتتبع هذه اللجنة في الوقت نفسه تبعيةً مشتركةً لكلا الجهازين، والصفة الرئيسية لهذه اللجنة أنها جهاز ذو طبيعة استشارية(٤).

---

(١) انظر حول هذه العملية الرابط الإلكتروني التالي:
<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unatc/htm>
تاريخ الزيارة ١٢/٧/٢٠١٠.

(٢) ياسين الشيباني، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٣) انظر موقع اللجنة على الرابط التالي:
<http://www.un.org/arabic/peace/peacebuilding/index.shtml>
تاريخ الزيارة ١٢/٧/٢٠١٠.

(٤) انظر في ذلك الفقرة الثانية من القرار S/RES/1645(2005) التي نصت على ما يلي: =

وتتمثل مهام لجنة بناء السلام بما يلي:

– اقتراح استراتيجيات متكاملة لبناء السلام والانتعاش بعد الصراع.

– المساعدة على ضمان تمويل يمكن الاعتماد عليه لأنشطة انتعاش مبكرة واستثمار مالي مستدام على المدى المتوسط إلى المدى الطويل.

– تطوير أفضل الممارسات للموضوعات التي تتطلب مشاورات مكثفة وتعاون بين الأطراف السياسية والأمنية والإنسانية والتنموية(١).

وقد كانت بوروندي وسيراليون أول دولتين تم إدراجهما على جدول أعمال لجنة بناء السلام عام ٢٠٠٦ عقب إحالةٍ من قبل مجلس الأمن(٢)، تلتها غينيا

= يُقرر أيضاً أن يُناط بلجنة بناء السلام تحقيق الغايات الرئيسية التالية:

(أ) الجمع بيم جميع الأطراف الفاعلة ذات الصلة لحشد الموارد وتقديم المشورة والمقترحات بشأن استراتيجيات متكاملة لبناء السلام وتحقيق الانتعاش في مرحلة ما بعد الصراع؛

(ب) تركيز الاهتمام على جهود التعمير وبناء المؤسسات، الضرورية للتعافي من الصراع ودعم استراتيجيات متكاملة لإرساء أسس التنمية المتدامة؛

(ج) تقديم التوصيات والمعلومات لتحسين التنسيق بين جميع الأطراف الفاعلة ذات الصلة داخل الأمم المتحدة وخارجها، وتحديد أفضل الممارسات، والمساعدة على كفالة تمويل التنبؤ به من أجل الأنشطة المبكرة الرامية إلى تحقيق الانتعاش، وتمديد فترة الاهتمام الذي يوليه المجتمع الدولي للتعافي من الصراع.

وانظر كذلك الرابط التالي على الموقع الإلكتروني للجنة بناء السلام:
< http://www.un.org/arabic/peacebuilding/mandate.shtml >
تاريخ الزيارة ١٢/٧/٢٠١٠.

(١) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم PBC/1/OC/2 تاريخ ١٦/٥/٢٠٠٧ والمتضمنة رسالة من رئيس مجلس الأمن إلى الأمين العام للأمم المتحدة بتاريخ ٢٣/٦/٢٠٠٦ حول طلب المشورة المقدم من مجلس الأمن حول الدولتين بعد إبداء رغبتهما في أن يكونا موضع نظر اللجنة.

(٢) انظر الوثيقة S/2007/700 تاريخ ٣/١١/٢٠٠٧.

بيساو في العام ٢٠٠٧[١]، وجمهورية إفريقيا الوسطى ٢٠٠٨[٢]. ويُكمل عمل هذه اللجنة جهازان يعملان في مجال بناء السلام، هما مكتب دعم بناء السلام[٣]، وهو مكتب في الأمانة العامة للأمم المتحدة تم تأسيسه لدعم عمل لجنة بناء السلام ومساعدة الأمين العام على وضع استراتيجيات بناء السلام، ويرأسه مساعد الأمين العام للأمم المتحدة[٤]. وصندوق بناء السلام، الذي تم تأسيسه عام ٢٠٠٦ من قبل الأمين العام للأمم المتحدة لتأمين الحاجات الفورية للبلدان الخارجة من الصراع، وهو يعتمد على المساعدات الطوعية من دول ومؤسسات دولية[٥]، وقد يمتد عمل الصندوق إلى البلدان التي لم تدرج في عمل

---

(١) انظر حول ذلك موقع لجنة بناء السلام على الرابط الإلكتروني التالي على موقع الأمم المتحدة:
< http://www.un.org/arabic/peace/peacebuilding/car.shtml >
تاريخ الزيارة ٢٠١٠/٧/١٢.

(٢) انظر موقع مكتب دعم لجنة السلام على الرابط التالي:
< http://www.un.org/arabic/peace/peacebuilding/pbso.shtml >
تاريخ الزيارة ٢٠١٠/٧/١٢.

(٣) انظر موقع مكتب دعم لجنة السلام على الرابط التالي:
< http://www.un.org/arabic/peace/peacebuilding/pbso.shtml >
تاريخ الزيارة ٢٠١٠/٧/١٢.
وكان اقتراح تأسيس مكتب دعم بناء السلام قد ورد في تقرير الأمين العام "في جو من الحرية أفسح: صوب تحقيق التنمية والأمن وحقوق الإنسان للجميع"، انظر الإضافة الثانية الملحقة بالتقرير حول لجنة بناء السلام، A/59/2005/Add.2.

(٤) < http://www/unpbf.org/funding.shtml >
< htt://www.unpbf.org/pledges.shtml >
تاريخ الزيارة ٢٠١٠/٧/١٢.

(٥) هنالك آليتان يعمل صندوق بناء السلام من خلالهما:
الآلية الأولى: "IRF" Immediate Response Facility مخصصة للتعامل مع الحاجات الفورية لبناء السلام.
الآلية الثانية: "PRF" :Peacebuilding and Recovery Facility تعتمد على إدارة حاجات بناء السلام من السلطات الوطنية بعد خمس سنوات.
=

لجنة بناء السلام وفقاً ما يراه الأمين العام(١).

ثانياً – المحاكم الدولية:

يُشكل إنشاء المحاكم الدولية أحد أساليب الأمم المتحدة في معالجة نتائج النزاعات المسلحة غير الدولية وذلك بصفتها وسيلة لملاحقة مرتكبي انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني في زمن هذه النزاعات، انعكس ذلك على سبيل المثال في المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية في راوندا والمحكمة الخاصة بسيراليون؛ إذ كانت عمليات التطهير العرقي والديني في يوغسلافيا السابقة قد استدعت إصدار مجلس الأمن لقراره S/RES/808(1993) الذي رأى فيه المجلس أن الوضع في يوغسلافيا السابقة يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، وقرر إنشاء محكمة جنائية دولية لملاحقة المسؤولين عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني من جرائم حرب وإبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية مطالباً الأمين العام بإعداد تقرير حول جوانب إنشاء هذه المحكمة، فكان القرار S/RES/827(1993) الذي اعتمد بموجبه لائحة تنظيم المحكمة(٢)، وكانت هذه المحكمة بمبادرة من مجلس الأمن وليس بناءً على طلب من الحكومة اليوغسلافية؛ مما دفع المحكمة

= انظر في ذلك:

GUIDELINES FOR APPLYING TO THE UNITED NATIONS PEACE-BUILDING FUND (PBF), Part I, October 2009, p3-p9.

وانظر كذلك: موقع صندوق الأمم المتحدة لبناء السلام على الرابط التالي على موقع الأمم المتحدة:

< http://www/unpbf.org/funding.shtml >
< htt://www.unpbf.org/pledges.shtml >

تاريخ الزيارة ١٢/٧/٢٠١٠.

(١) د. رقية عواشرية، مرجع سابق، ٤٣٢.

(٢) د. علي جميل حرب، مرجع سابق، ص٤٢٨. انظر حول تفاصيل اختصاص المحكمة المرجع نفسه، ص٤٣١.

الفيدرالية اليوغسلافية إلى رفض الاعتراف بها والتعامل معها معتبرةً ممارستها لاختصاصها تدخلاً في الشؤون الداخلية ومساساً بسيادتها(١).

أما عام ١٩٩٤ فقد أنشأ المجلس المحكمة الجنائية الدولية لراوندا "International Criminal Tribunal For Rawanda - ICTR" لمحاكمة المسؤولين عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وأحكام المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف للعام ١٩٧٧، وصدر القرار S/RES/995(1994) القاضي بإنشاء هذه المحكمة(٢).

وعام ١٩٩٦ ولاحقاً لقرار مجلس الأمن S/RES/1315(2000) تم إنشاء المحكمة الخاصة بسيراليون "Special Court For Sierraleone"، هذه المحكمة التي اختصت بمحاكمة مرتكبي انتهاكات القانون الدولي الإنساني والقانون الوطني لسيراليون والمرتكبة بعد تاريخ ١٩٩٦/١١/٣٠؛ فبالنسبة إلى انتهاكات القانون الدولي الإنساني حددها النظام الأساسي للمحكمة بالجرائم ضد الإنسانية(٣) وانتهاك المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف للعام ١٩٤٩

---

(١) د. علي جميل حرب، المرجع السابق، ٤٣٣. انظر حول تفاصيل اختصاص المحكمة المرجع نفسه ص ٤٣٦- ٤٣٧، وانظر النظام الأساسي للمحكمة المرفق بالقرار S/ RES/955 (1994) تاريخ ١٩٩٤/١١/٨ المادة الثانية حول إبادة الأجناس والمادة الثالثة حول الجرائم المرتكبة بحق الإنسانية والمادة الرابعة حول انتهاكات المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني. انظر كذلك الموقع الإلكتروني للمحكمة: < http://69.94.11.53 >

تاريخ الزيارة ٢٠١١/٢/٢.

(٢) المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بسيراليون والمتوفر على الموقع الإلكتروني للمحكمة:

< http://69.94.11.53 >

تاريخ الزيارة ٢٠١١/٢/٢.

(٣) المادة الثالثة من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بسيراليون.

وانتهاكات البروتوكول الإضافي الثاني للعام ١٩٧٧[١]، وانتهاكات أخرى للقانون الدولي نص عليها النظام الأساسي لهذه المحكمة[٢].

وقد تميزت هذه المحاكم عن المحاكم الجنائية الدولية السابقة لهما أن إنشاءها قد تم بقرارٍ من مجلس الأمن الدولي وضمت في عضويتها شخصيات قانونية يُفترض أنها تتمتع بالخبرة والحياد[٣]، إلا أنه قد أُخذ عليهما أن المجلس غلّب في إنشائها اعتبارات السلم والأمن الدوليين على اعتبارات العدالة، إلى جانب عدم التناسب بين الجرائم والعقوبات المقابلة لها، فمثلاً تم الحكم على دراجن ايدرموفتش "Drazen Edermovic" بتهمة الاشتراك في قتل وتعذيب واغتصاب عدد من المدنيين بسربرينتشا البوسنية بالسجن لمدة عشر سنوات فقط[٤]، ومقارنة جرائم كهذه مع العقوبة المقابلة لها تبعث على التساؤل حول مدى جدية مجلس الأمن في معالجته لهذه النزاعات، أم لعله، وكعادته، تصرّف محكوماً بازدواجية المعايير تبعاً لانتماءات كل من الضحية والمجرم؟

مما سبق فإن مجلس الأمن الدولي لم يكتف بالصلاحيات التي خولها إياه الميثاق بل طوّر آليات عمله لمواكبة متطلبات التصدي للنزاعات المسلحة غير الدولية آخذاً باعتباره مختلف مراحل النزاع حتى توّصل إلى محاولة معالجة آثاره إيماناً منه بأن إهمال معالجتها لا يقل خطورة عن النزاع بحد ذاته وهو في ذروة اشتعاله.

---

(١) المادة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بسيراليون.

(٢) رقية عواشرية، مرجع سابق، ٤٢٦.

(٣) انظر لائحة الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة على موقعها الإلكتروني:
< http://www.itcy.org/sections/thecases/judgementlist >
تاريخ الزيارة ٢/٢/٢٠١١.

الخاتمة

أصبحت النزاعات المسلحة غير الدولية أحد أبرز تحديات عمل مجلس الأمن الدولي في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين؛ إذ استطاع تسخير صلاحياته التي خولها إياه الميثاق وتطويرها في مواجهة هذه النزاعات، لكن عمله هذا لا يزال يواجه بعض العقبات في هذا المجال يمكن تلخيصها بما يلي:

أ – عدم وجود نص صريح في ميثاق الأمم المتحدة يتطرق إلى هذه النزاعات.

ب – عدم تقيّد المجلس بالضوابط القانونية اللازمة لمشروعية قراراته وهيمنة الطابع السياسي على عمله؛ إذ أصبحت مصالح الدول دائمة العضوية فيه التي أصبحت معياراً لتدخل الأمم المتحدة من عدمه في هذه النزاعات، وهو ما أدى في كثيرٍ من الأحيان إلى تغييب بعض الحلول التي قد يكون من الأنسب اتباعها إزاءها، كعدم إفساح المجال أمام المنظمات الدولية الإقليمية للقيام بدورها، فكثيراً ما يكون الإطار الإقليمي هو الإطار الأنسب لمعالجة مثل هذه النزاعات، ولذلك فإن التوصل إلى معايير متفق عليها لضبط مشروعية قراراته وآليات تضمن تقيده بها أمرٌ لازمٌ لتخطي هذه المسألة.

ج – تمسك الدول بسيادتها في مواجهة ممارسة مجلس الأمن الدولي لصلاحياته إزاء هذه النزاعات، وذلك على الرغم من أن تدخله قد يأتي في بعض الحالات بناءً على طلب الدول التي تشهد النزاع خاصةً فيما يتعلق بتدابير بناء السلام.

إلا أنه على الرغم من هذه العقبات يبقى عمل المجلس نقطة الارتكاز الأساسية في عمل الأمم المتحدة بشكلٍ عام في مجال النزاعات المسلحة غير الدولية، ومن هنا يُمكن الوصول إلى التوصيات التالية:

- تأكيد أهمية كل مرحلة من مراحل التعامل مع النزاع المسلح غير الدولي سواء قبل النزاع أو خلاله أو في المرحلة التي تليه.
- ضرورة تقيّد مجلس الأمن في إصدار قراراته بالضوابط اللازمة لمشروعيتها ووضع حد للانتقائية وازدواجية المعايير التي تحكم عمله من

خلال إعادة النظر في آلية اتخاذ القرار فيه، التي لا بد أن تكون العنوان الأكبر لإصلاح الأمم المتحدة بشكلٍ يعيد الثقة المفقودة في هذه المنظمة.

- لا بد للدول من أن تدرك أهمية قيامها بدورها ومساهماتها في التدابير التي يتخذها مجلس الأمن، وفي المقابل لا بد للأمم المتحدة من أن تتمسك بإشرافها على التدابير المتخذة من قبلها.
- تأكيد أهمية ألا تُستخدم مفاهيم معينة مثل وقف انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وتحقيق الأمن الإنساني لغايات مسيسة تُبرر التدخل غير المضبوط بالشؤون الداخلية للدول.
- ضبط العديد من المفاهيم المرتبطة بعمل مجلس الأمن الدولي في مجال النزاعات المسلحة غير الدولية وعلى رأسها تهديد السلم والأمن الدوليين من خلال إيجاد معايير موحدة متوازنة تلقى قبولاً دولياً، ويُمكن أن تُستند هذه المهمة لجهاتٍ قضائيةٍ محايدةٍ تقرر الحالة التي تستدعي تدخله من عدمه، كما يُمكن أن يكون لهيئاتٍ دوليةٍ أخرى مثل مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة دورٌ في ذلك.

المراجع

اللغة العربية:

أولاً – الكتب:

- د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، ط٧، القاهرة، د.ت.
- أحمد أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- جون ماري هنكرتس، دراسة حول القانون الدولي الإنساني العرفي: إسهام في فهم واحترام حكم القانون في النزاع المسلح، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٧.
- د. حسام أحمد محمد هنداوي، حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، (د. ن)، القاهرة، ١٩٩٧.
- د. حسام أحمد محمد هنداوي، التدخل الدولي الإنساني: دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، (د.ن)، (د.ت).
- د. حسن نافعة، الأمم المتحدة في نصف قرن: دراسة في تطوّر التنظيم الدولي منذ ١٩٤٥، سلسلة عالم المعرفة، ٢٠٢، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ١٩٩٥.
- عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
- عبد الله آل عيون، نظام الأمن الجماعي في التنظيم الدولي الحديث: دراسة تحليلية وتطبيقية، دار البشير، عمان، ١٩٨٥.
- علاء قاعود – نادرة عبد القدوس – عبد الرحمن عبد الخالق، الأطفال

والحرب: حالة اليمن، سلسلة دراسات فكرية، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ١٩٩٩.

- د. علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي: العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- فوزي أو صديق، مبدأ التدخل والسيادة: لماذا؟ وكيف؟، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ١٩٩٩.
- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تعرّف على اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الخامسة، تشرين الثاني/ ٢٠٠٧، القاهرة.
- محمد وليد عبد الرحيم، الأمم المتحدة وحفظ السلم والأمن الدوليين، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ١٩٩٤.
- محمد يعقوب عبد الرحمن، محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية،أبو ظبي، ٢٠٠٤.
- د. مسعد عبد الرحمن زيدان، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨.
- د. مفتاح درباش، دور مجلس الأمن في تسوية المنازعات وحفظ السلم والأمن الدوليين، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، ٢٠٠٧.
- وولفجانج أماديوس برولهارت ومارك بروبست، الأمن الإنساني: دور القطاع الخاص في تعزيز أمن الأفراد، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، الطبعة ١، أبوظبي، ٢٠٠٩.

ثانياً – الأطروحات:

أ – رسائل الدكتوراه:

- د. إبراهيم دراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.

- رقية عواشرية، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.
- ملحم حاج علي، إصلاح مجلس الأمن، إشراف د.فرحات الحرشاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٠٩.
- هيثم موسى حسن، التفرقة بين الإرهاب الدولي ومقاومة الاحتلال في العلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩.
- د. ياسر الحويش، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العالمية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.
- ياسين الشيباني، مواجهة العدوان في القانون الدولي وفي سلوك الدول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.

ثالثاً – الأبحاث والمقالات:

أ – الأبحاث:

- د. أمل يازجي، المحكمة الجنائية الدولية والنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بحث ورد ضمن كتاب المحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دمشق، ٢٠٠٤.
- القاضي أمين مهدي، الصراعات المسلحة الدولية وغير الدولية من منظور القانون الدولي الإنساني، بحث ورد ضمن كتاب لمحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دمشق، ٢٠٠٤.
- د. حسن نافعة، دور الأمم المتحدة في تحقيق السلم والأمن الدوليين في ظل التحولات الراهنة، بحث ورد ضمن كتاب الأمم المتحدة: ضرورات الإصلاح بعد نصف قرن وجهة نظر عربية، تحرير جميل مطر وعلي الدين هلال، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٦.

- شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، بحث ورد ضمن كتاب محاضرات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤.
- مارك بوسويت، ورقة عمل بعنوان "ما للجزاءات الاقتصادية من آثار ضارة بالتمتع بحقوق الإنسان" والصادرة بوثيقة اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، رقم E/CN.4/sub.2/2000/33 تاريخ ٢١/٦/٢٠٠٠، متوفرة على موقع الأمم المتحدة الإلكتروني.

ب – المقالات:

- أحمد إبراهيم محمود، الحروب الأهلية ومشكلة اللاجئين في إفريقيا، مجلة السياسة الدولية، العدد١٤٣، يناير، ٢٠٠١.
- أشرف ياسين، الأزمة السياسية في أنغولا، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٣٦، أبريل ١٩٩٩.
- د. شاهين علي الشاهين، التدخل الدولي من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثامنة والعشرون، ديسمبر ٢٠٠٤، الكويت.
- بطرس غالي، حقوق الإنسان بين الديموقراطية والتنمية، مجلة السياسة الدولية، العدد ١١٤، أكتوبر ١٩٩٣
- وليد حسين فهمي، الأمم المتحدة من التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية، مجلية السياسة الدولية، العدد ١٦٧، أكتوبر، ٢٠٠٧.

رابعاً – تقارير:

- تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول حول مسؤولية الحماية، كانون الأول، ٢٠٠١، متوفر على الرابط الإلكتروني التالي.
<http://www.iciss.ca/pdf/Arabic-report.pdf>
- تقرير الفريق الرفيع المستوى المعني بالتهديدات والتحديات والتغيير الذي شكله الأمين العام للأمم المتحدة عام ٢٠٠٣ والمعنون "عالم أكثر أمناً:

مسؤوليتنا المشتركة"، أو الصادر بوثيقة الأمم المتحدة رقم A/59/565 والمتوفر على الرابط الإلكتروني التالي:
< http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/602/29/PDF/N0460229.pdf?OpenElement >

اللغة الإنكليزية:

I - Articles:

- Anne - Marie Slaughter, SECURITY, SOLIDARITY, AND SOVEREIGNTY: The Grand Themes Of UN Reform,The American Journal Of International Law, Vol.99, July, 2005.
- Michael W. Doyle and others, PEACEBUILDING: WHAT IS IN A NAME?, Global Governance, vol.13, NO.1, 2007.
- Robin Geiss, HUMANITARIAN SAFEGUARD IN ECONOMIC SANCTIONS REGIMES: A CALL FOR AUTOMATIC SUSPENTION CLAUSES, PERIODIC MONITORING, AND FOLLOW- UP ASSESSMENT OF LONG- TERM EFFECTS, Harvard Human Rights Journal,vol.18, 2005.

II- Researches:

- Brian Urquhart, SECURITY AFTER THE COLD WAR, published in United Nations, Devided World, Oxford Universirty press, 1993.
- David Atwood and Fred Tanner, The UN PEACEBUILDING AND INTERNATIONAL GENEVA, The United Nations Peacebuilding Commission: Origins And Initial Practice, Disarmament Forum, 2/2007.
- Hisashi Owada, The UNITED NATIONS AND THE MAINTENANCE OF INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY: THE CURRENT DEBATE IN THE LIGHT

OF REFORM PROPOSALS, Keynote Speech at the Research Forum on International Law, European Society of International Law, 26 May 2005.

- Margaret P.Doxy, UNITED NATIONS ECONOMIC SANCTIONS: MINIMIZING ADVERSE EFFECTS ON NONTARGET STATES, published in "Smart Sanctions: Targeting Economic Statecraft, edited by David Cortright and George A. Lopez, Rowman & littlefield publishers, INC, Maryland. 2002p.
- Patrick Johansson, THE HUNMDRUM USE OF ULTIMATE AUTHORITY: THE INCREASED COUNCIL IN THE POST- COLD WAR EAR, a peaper prepared for the annual ISA convention, San Francisco, March 2008.
- Peter Wallensteen, Mikael Eriksson, Daniel Strandow, SANCTIONS FOR PEACE BUILDIND AND CONFLICTS PREVENTIONS: LESSONS LEARNED FROM COTE D'LVOIRE AND LIBERIA, Department of peace and conflict research, Uppsala University, 2006, P22.
  <http://pcr.uu.se/publications/reports.htm>
- A BRIEF OVERVIEW OF SECURITY COUNCIL APPLIED SANCTIONS, an informal background paper prepared by the united nations secretariat, department of political affairs, 1999,
  <http/www.un.org/docs/sc/committees/sanctions/overview.pdf>
- RESULTS OF THE BONN-BERLIN PROCESS, published by bicc (Bonn intentional center for conversion), Editor: Michael Brzoska, Bonn, 2001.
- UNITED NATIONS PEACEKEEPING OPERATIONS: PRINCIPLES AND GUIDELINES, United Nations, De-

partment of peacekeeping operations- Department of field support, 2008.

- International Court of Justice Reports:
Military and Paramilitary Activities in ang Against Nicaragua (Nicar. V US) Merits, 1986, Rep, 14. (Judgment of June 27).

مواقع إلكترونية باللغتين العربية والإنكليزية:

١ – الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة:

< http://www.UN.org >

٢ – روابط إلكترونية فرعية ضمن موقع الأمم المتحدة:

– الموقع الإلكتروني للجنة بناء السلام:

< http://www.un.org/arabic/peace/peacebuilding/index.shtml >

– الموقع الإلكتروني لمكتب دعم لجنة بناء السلام:

< http://www.un.org/arabic/peace/peacebuilding/pbso.shtml >

– الموقع الإلكتروني لصندوق الأمم المتحدة لبناء السلام:

< http://www.unpbf.org/funding.shtml >

< http://www.unpbf.org/pledges.shtml >

– الموقع الإلكتروني لعملية كيمبرلي:

< http://www.Kimberleyprocess.com/faqs/index_en.htm >

– الموقع الإلكتروني للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة:

< http://www.icty.org >

– الموقع الإلكتروني للحكمة الخاصة براوندا:

< http://69.94.11.53 >

– المحكمة الخاصة بسيراليون:

< http://www.sc-sl.org >

السياسة الوقائية المُتَّبعة في مكافحة الاتجار بالنفايات الخطرة

الأستاذة/ صبا جابر جنيدي*

ملخص:

تنبهت شعوب العالم كافة إلى الخطر المحدق بأرضنا من جراء وجود الملوثات والنفايات الخطرة على سطحها وفي باطنها وفي كل بقعة من بقاعها، وبات من الضروري جداً بل من الملح البحث عن حلول لمعالجة هذا الوضع والعمل على ضمان استمرار الحياة على هذه الأرض.

وبناء على ذلك فقد انتهجت دول العالم – كل بحسب إمكانياته – سياسات عدة كانت في بعض جوانبها وقائية، هدفها منع عمليات الاتجار بالنفايات الخطرة زردعها.

ويعتبر النهج الوقائي النهج الأكثر شيوعاً بين السياسات التي اتبعتها دول العالم في الحد من أخطار النفايات الخطرة ووجودها غير المشروع خاصة إذا وجدت في أماكن لا تتوافر فيها الإمكانيات الفنية والمادية اللازمة لإدارتها والتخلص منها بطرق سليمة بيئياً، لذا فإن النهج الوقائي بمثابة نقطة مشتركة تلتقي فيها معظم دول العالم التي عمدت إلى تجسيده في شكل اتفاقيات دولية تناولت هذه المسألة إما بشكل أساسي وجوهري، وإما باحتوائها على نصوص تتضمن النص على تدابير وقائية عدة.

ولكن إتمام هذا النهج يستلزم وجود أداة تنفيذية، فعالة، مهيأة، وقادرة على تنفيذ هذه التدابير، سواء على المستوى العالمي أو الوطني،

(*) طالبة دكتوراه في قسم القانون الجزائي في كلية الحقوق بجامعة دمشق، حائزة على درجة الماجستير من جامعة دمشق، معيدة في كلية الحقوق بجامعة تشرين.

على أتم وجه وبأحسن صورة؛ بحيث تحقق هذه التدابير الغاية المرجوة منها في منع عمليات الاتجار غير المشروعة بالنفايات الخطرة وردعها. وتنقسم هذه الأدوات التنفيذية إلى هيئات ومنظمات حكومية يتم إحداثها وتنظيم أسسها من قبل الحكومة كإحداث هيئة أو وزارة خاصة بشؤون البيئة وإرفاقها بهيئات تابعة لها، وهيئات ومنظمات غير حكومية تبرز من خلال الحركات والجمعيات الخاصة التي يقوم الأفراد بتأسيسها ووضع الأحكام والقواعد الناظمة لها وتمويلها لتتمكن من تحقيق الأهداف التي قامت لأجلها والمتمثلة في الحفاظ على البيئة وحمايتها والدفاع عنها ضد أي مظهر من مظاهر تلويثها.

المقدمة :

المبحث الأول: التدابير الوقائية

المطلب الأول: التدابير الوقائية في الوثائق الدولية

الفرع الأول: إعلان ريو

الفرع الثاني: اتفاقية بازل

الفرع الثالث: الاتفاقيات ذات الصلة

المطلب الثاني: التدابير الوقائية في التشريعات الوطنية

الفرع الأول: في التشريعات الأجنبية

الفرع الثاني: الهيئات والمنظمات الإقليمية

المطلب الثاني: الهيئات والمنظمات الوطنية

الفرع الأول: الهيئات والمنظمات الحكومية

الفرع الثاني: الهيئات والمنظمات غير الحكومية (الأهلية)

الخاتمة.

مقدمة:

خلق الله – عز وجل – الكون، وأرسى دعائمه على أسس سليمة ودقيقة، وأوجد النظم التي يعمر بها الكون ويستمر. إلا أن التقنيات الحديثة أفرزت العديد من القضايا والمشكلات التي طالت معظم جوانب حياتنا. فعلى الرغم من إيجابياتها التي أدت إلى التطور والازدهار الاقتصادي وارتفاع مستوى المعيشة، فإنها بالمقابل رتبت آثاراً سلبية على البيئة والإنسان كالتسبب بتغييرات مناخية، وتوليد الكثير من النفايات الخطرة.

وقد أثارت قضية النفايات الخطرة[١] اهتمام دول العالم التي طالما سعت لامتلاك معايير القوة الاقتصادية، ودعم موقعها المالي من خلال تطوير صناعاتها؛ الأمر الذي سبَّبَ إصابة بيئة معظم هذه الدول بأضرار جمة لا حصر لها ولا عدد. ولم تقف خطورة هذه الأضرار البيئية عند حدود الدولة الواحدة وإنما امتدت إلى الدول المجاورة والبعيدة على حد سواء. فقد أفرز ازدياد نسبة النفايات الخطرة إلى الوجود العديد من القضايا، أبرزها الاتجار غير المشروع بهذه النفايات[٢]، الذي ازدادت حالاته في الآونة الأخيرة نتيجة سعي الدول

---

(١) تُعَرَّف النفايات الخطرة بأنها النفايات الناتجة من النشاطات الإنسانية الاقتصادية والخدمية، التي تحمل إحدى صفات الخطورة كالقابلية للانفجار، القابلية للاشتعال بذاتها أو بوجود عامل مساعد، الأكسدة، السمية،... إلخ. وبناء عليه يدخل في مفهوم النفايات الخطرة في هذا البحث النفايات الصناعية والزراعية والطبية والنووية وغيرها من النفايات ما دامت توافرت فيها إحدى صفات الخطورة. م(١) من نظام إدارة النفايات الخطرة الصادر عن الهيئة العامة لشؤون البيئة في سوريا لعام ٢٠٠٣م.

(٢) عرَّفت اتفاقية بازل الاتجار غير المشروع في م(٢١/١) بأنه «أي نقل للنفايات الخطرة عبر الحدود على النحو الوارد في م(٩)». وجاء في المادة التاسعة من اتفاقية بازل:

«لغرض هذه الاتفاقية، فإن أي نقل عبر الحدود لنفايات خطرة أو لنفايات أخرى:

١ – دون إخطار جميع الدول المعنية عملاً بأحكام هذه الاتفاقية.

٢ – دون الحصول على موافقة الدول المعنية عملاً بأحكام هذه الاتفاقية. =

المتقدمة وراء التخلص من النفايات الناجمة عن صناعاتها؛ مما أثر سلباً على الدول البعيدة والفقيرة منها خاصة، وجعل منها الملجأ الوحيد لنفايات الدول المتقدمة. وعليه تكمن أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على المرحلة السابقة على ارتكاب جرم الاتجار بالنفايات الخطرة وتطبيق نصوص التجريم، إذ تُعنى هذه المرحلة بالتدابير الوقائية الواجب اتخاذها في وقت سابق على وقوع هذا الجرم منعاً لوقوعه أو بمعنى أدق هي محاولة لوأده في مهده الأمر الذي استلزم تكثيف الجهود الدولية الرامية لتحجيم عمليات الاتجار قدر الإمكان.

ولمواجهة الأخطار الناجمة عن التأثيرات السلبية والكارثية للنفايات الخطرة، والمواد المولدة لها بطرق آمنة وسليمة بيئياً، بذلت دول العالم جهوداً شتى لتنظيم عمليات نقل النفايات الخطرة، ووضع ضوابط ومعايير لحركتها عبر الحدود، وأصدرت في سبيل ذلك العديد من الوثائق الدولية. تلا ذلك قيام حكومة كل دولة بتنظيم قوانين وتشريعات وطنية ملتزمة بالإجراءات والتدابير الواردة في الوثائق الدولية تبعاً للوضع الاقتصادي، والإمكانيات المادية والفنية المتوافرة في كل دولة على حدة.

إلا أن مجرد وضع تدابير وقائية لا يكفي عملياً للقضاء على عمليات الاتجار؛ إذ لا بد من وجود جهاز أو أجهزة تنفيذية كفوءة مؤهلة مادياً وفنياً لتنفيذ هذه التدابير بالصورة الأمثل، سواء على الصعيد الدولي أم الإقليمي أم الوطني الحكومي وغير الحكومي. وتنوعت الدول في اختيارها لهذه الأجهزة التنفيذية، فبينما اكتفى البعض بالوزارات المتخصصة في شؤون البيئة، رأى آخرون ضرورة إسناد المهام المتعلقة بالقضايا البيئية إلى هيئات خاصة مستقلة

= ٣ – بالحصول على موافقة الدول المعنية عن طريق التزوير أو الادعاء الكاذب أو الغش من جانب المصدّر أو المستورد حسب الحالة.

٤ – لا يتفق من الناحية المادية مع الوثائق.

٥ – ينتج عن تخلص متعمد (مثل الإغراق) من نفايات خطرة أو نفايات أخرى مما يتناقض مع هذه الاتفاقية والمبادئ العامة للقانون الدولي. يعتبر اتجاراً غير مشروع».

إدارياً، ولكن العديد من الدول اختارت أن تستحدث وزارة لشؤون البيئة وأن تُلحِق بها هيئات ومجالس يتم توكيلها ببعض المهام الأساسية والمتخصصة.

وسيتم فيما يلي بحث هذا النهج على النحو الآتي:

المبحث الأول: التدابير الوقائية

المطلب الأول: التدابير الوقائية في الاتفاقيات الدولية

المطلب الثاني: التدابير الوقائية في التشريعات الوطنية

المبحث الثاني: جهات تنفيذ التدابير الوقائية

المطلب الأول: الهيئات والمنظمات الدولية

المطلب الثاني: الهيئات والمنظمات الوطنية

المبحث الأول
التدابير الوقائية

تضمنت الوثائق الدولية المهتمة بشؤون البيئة وقضاياها تدابير وقائية عامة لحماية البيئة جاءت على شكل التزامات مفروضة على الدول الأعضاء المُصادِقة على هذه الاتفاقيات(١). وفيما يلي سيتم إلقاء الضوء بشكل موسع على مختلف التدابير الوقائية التي جاءت بها الوثائق الدولية المتعلقة بعمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة من خلال المطلب الأول، ومن ثم سندرس مدى تجسيد الدول لهذه التدابير في تشريعاتها الوطنية في معرض بحث المطلب الثاني وفق الآتي:

المطلب الأول: التدابير الوقائية في الوثائق الدولية

المطلب الثاني: التدابير الوقائية في التشريعات الوطنية

المطلب الأول
التدابير الوقائية في الوثائق الدولية

يعتبر كل من إعلان ريو واتفاقية بازل من أهم الوثائق الدولية التي عُنيت بمسألة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة. كما حرصت كل من اتفاقية روتردام التي اختصت بالمواد الكيميائية المحظورة والمُقَيَّدة بشدة، واتفاقية استكهولم بخصوص الملوثات العضوية الثابتة على ذكر التدابير الوقائية الواجبة الاتباع للتقليل من الأخطار الناجمة عن استخدام المواد الكيميائية الخطرة ومبيدات الآفات والوصول إلى إيجاد بدائل سليمة بيئياً لهذه المواد، وبذلك تؤدي كل من هاتين الاتفاقيتين دوراً مهماً في التقليل من المواد المنتجة للنفايات

(١) فالمصادقة قبولٌ بالالتزام بأحكام الاتفاقية، واعتماد لها كجزء من التشريع الوطني؛ مما يُلقي على عاتق الدول الأطراف الموقعة واجب اتباعها وإدراجها ضمن قوانينها الداخلية.

الخطرة التي تناولتها اتفاقية بازل التي ضمنت نصوصها تدابير وقائية وعلاجية، فاكتسبت صفة الشمول؛ الأمر الذي دعا لإقامة علاقات تعاون بين أمانات الاتفاقيات الثلاث – بازل وروتردام واستكهولم – بغية الوصول إلى نهج وقائي يحمي بيئتنا من أخطار هذه المواد والنفايات المتولدة عنها، والتي طالت آثارها كل بقعة من بقاع الأرض. وسيتم فيما يلي تخصيص فرع لبحث أهم المبادئ التي جاء بها إعلان ريو، وفرع ثانٍ للتعرض لاتفاقية بازل باعتبارها الاتفاقية الأساسية المتعلقة بالنفايات الخطرة، ومن ثم تخصيص الفرع الثالث لبحث اتفاقيتي روتردام واستكهولم باعتبارها اتفاقيات ثانوية بالنسبة إلى مكافحة عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة.

الفرع الأول
إعلان ريو

اجتمعت معظم دول العالم في مدينة ريو دي جانيرو[١] وتبنت مجموعة من المبادئ التي اهتمت بالتوفيق بين حق الدول في تطوير صناعاتها من جهة، والمسؤولية المشتركة عن حماية بيئتها من جهة أخرى. فقد أشارت المبادئ الأولى[٢] من إعلان ريو إلى ضرورة الاهتمام بالبيئة، ووضعها ضمن أولويات عملية التطوير. كما أكد هذا الإعلان حق كل دولة في التطوير، واستخدام مواردها الخاصة ولكن يجب مراعاة البيئة والإنسان في أثناء القيام بعملية التطوير التي يجب ألا تُعزَل عنها.

أما بالنسبة إلى القضايا البيئية تحديداً فقد وجه إعلان ريو إلى ضرورة اتخاذ التدابير الوقائية الكفيلة بمنع التدهور البيئي التي يجب أن تُطبق بشكل

(١) اجتمعت هذه الدول في الفترة بين ٣-١٤/٦/١٩٩٢م في مدينة ريو دي جانيرو في البرازيل وسُمي هذا الاجتماع بقمة الأرض. وتؤسس المبادئ التي جاء بها إعلان ريو على أفكار ومبادئ إعلان استكهولم لعام ١٩٧٢م. موقع برنامج الأمم المتحدة للبيئة: http://www.unep.org/2010/10/30/Documents.

(٢) خاصة المبادئ: الأول والرابع والسابع من إعلان ريو.

واسع تبعاً لقابلية كل دولة لتطبيق هذه التدابير[١]. ومن جانب آخر فقد حث إعلان ريو الدول الأعضاء على التعاون فيما بينها للتخفيف والتقليل – قدر الإمكان – من انتقال وعبور المواد والأنشطة التي تسبب التدهور البيئي أو تؤذي الصحة الإنسانية[٢]. ويضاف إلى ذلك تأكيد هذا الإعلان مسألتين مهمتين، لهما دورهما في الحد من عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة، هما:

١ – تقييم الأثر البيئي للمشروعات المقترحة:

ورد هذا التدبير في المبدأ (١٧)[٣] من مبادئ إعلان ريو الذي جاء فيه: «ينبغي تطبيق مبدأ تقييم الأثر البيئي – باعتباره أداة وطنية – على الأنشطة التي من الممكن أن يكون لها تأثير سلبي ضار على البيئة».

٢ – توفير المعلومات البيئية:

ألقى المبدأ (١٠)[٤] من إعلان ريو على عاتق الدول واجب تأمين إمكانية

---

(١) وذلك وفقاً لما جاء به المبدأ /١٥/ من إعلان ريو:
Principle /15/: "In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation".

(٢) Principle /14/: "States should effectively cooperate to discourage or prevent the relocation and transfer to other States of any activities and substances that cause severe environmental degradation or are found to be harmful to human health".

(٣) Principle /17/: "Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent natinal authority".

(٤) Principle /10/: "Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available, Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided".

الوصول إلى المعلومات البيئية التي تقوم السلطات العامة بإصدارها، ووجوب تسهيل وتشجيع الوعي والإدراك والمشاركة لدى مختلف فئات المواطنين من خلال نشر هذه المعلومات بشكل واسع، وتوفير فرصة الاشتراك في عمليات صنع القرار. ويجب أن تشمل هذه المعلومات كل ما يتعلق بالمواد والأنشطة الخطرة الممارَسَة في مجتمعاتهم.

٣ – مشاركة المواطنين في القضايا البيئية:

أكد إعلان ريو أن من شأن مشاركة المواطنين في القضايا البيئية معالجتها بشكل أفضل. وركز على أهمية دور المرأة في إدارة البيئة وعملية التطوير لما لمشاركتها الكاملة من أثر كبير في تحقيق التطور الملائم. كما أن لفكر الشباب وإبداعاتهم أهمية كبيرة تستدعي تجنيدها في تكوين علاقات عالمية هدفها الأساسي تحقيق التطوير الملائم وضمان مستقبل أفضل للجميع(١).

وفي هذا الشأن ربما يمكن لي القول إن المبادئ والتدابير التي جاء على ذكرها إعلان ريو، والتي – على الرغم من اهتمام معظمها بعملية التطوير والتنمية – تدعم مسألة مكافحة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة. ويظهر ذلك من خلال التعاون بين حكومات الدول أو بين فئات المجتمع الواحد – خاصة النساء والأطفال والشباب – ففي حال تجسيد هذا التعاون على أرض الواقع نؤسس أجيالاً تهتم بالبيئة التي تعيش فيها، وتعي ضرورة الحفاظ عليها وحمايتها ضد أسباب تلويثها وتدهورها. كما أن لتأمين بنوك المعلومات المتعلقة بالمواد والأنشطة الخطرة الفائدة الكبرى في تعرف أهم أنواع الأنشطة والممارسات التي من شأنها التأثير سلباً على البيئة والإنسان. وبذلك يكون إعلان ريو قد وضع الخطوط العريضة والمبادئ الأساسية للبدء في مكافحة عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة.

(١) المبدأ /١٠/ والمبدأ /٢١/ من إعلان ريو.

أما أجندة ريو الـ (٢١)[١] فقد جاءت أكثر تحديداً؛ إذ تضمنت هذه الأجندة فصلاً خاصاً بالنفايات الخطرة عامة وفصلاً آخر بالنفايات المشعة خاصة.

فقد ألزم الفصل (٢٠) المعنون بـ «إدارة النفايات الخطرة» الدول بمجموعة من الالتزامات، تتمثل فيما يلي:

١ – تَطَلُّب الابتكارات والإبداعات في مجال طرق صناعة الإنتاج النظيف والمساعدة عليها، بالإضافة إلى التقنيات الوقائية والتفنيات المعنية بعمليات التكرير.

٢ – تشجيع إلغاء العمليات التي تنتج عنها أخطار عالية بسبب النفايات الخطرة.

٣ – تنظيم وإدارة المراجعات البيئية للصناعات الموجودة حالياً لتحسين إدارة النفايات الخطرة.

٤ – تحميل مُنتجي النفايات الخطرة المسؤولية عن طرق التخلص السليمة بيئياً من النفايات الخطرة التي يقومون بتوليدها.

٥ – تأسيس برنامج للمعلومات العامة وضمان أن برامج التدريب مجهزة لعمال الصناعة والحكومة في قضايا النفايات الخطرة وخاصة قضية التقليل من النفايات إلى الحد الأدنى.

٦ – بناء مراكز لمعالجة النفايات الخطرة سواء على المستوى الوطني أو الإقليمي، فالصناعة ينبغي أن تُعالَج وتُكَرَّر ويُعاد استخدامها ومن ثم يتم التخلص من النفايات الناجمة عنها في أماكن إنتاجها أو في أماكن قريبة منها.

---

(١) أجندة ريو أو جدول أعمال أو خطة عمل القرن الـ (٢١) تهدف إلى تحقيق التوازن بين الاستهلاك والسكان وإمكانية الحفاظ على الحياة على الأرض. كما توفر هذه الخطة الخيارات الممكنة لمواجهة تدهور الأرض والهواء والماء وحماية الغابات ومختلف أنواع الحياة على الأرض، كما تتعامل مع مختلف القضايا كالفقر والصحة والتعليم والبيئة. وتؤكد أهمية مشاركة المنظمات غير الحكومية والجمهور في قضايا التنمية وحماية البيئة.
http://www.iisd.org/2010/10/30/rio%2B5/agenda.declaration.html

ومن جهة أخرى تضمن الفصل (٢٢) من أجندة ريو (٢١) عدداً من الواجبات التي من شأن التزام الدول بها وضع أسس إدارة النفايات المشعة بطرق سليمة بيئياً، ومن أهمها:

١ – تشجيع التقليل من إنتاج النفايات المشعة أو تقييد هذا الإنتاج.

٢ – تأمين التخزين والمعالجة والتكييف والنقل والتخلص الآمن من النفايات المشعة.

٣ – تزويد الدول النامية بالتقنيات المساعدة على التعامل مع النفايات المشعة أو جعل هذا التعامل أسهل لإعادة استخدام المواد المشعة إلى منتجيها.

٤ – ترويج التخطيط السليم والآمن واستخدام الطرق السليمة بيئياً في إدارة النفايات المشعة أو التي يمكن تضمينها في تقييم الأثر البيئي.

٥ – تشجيع الوصول إلى منع التخلص من النفايات المشعة في البحر.

– عدم السماح بتخزين النفايات المشعة أو التخلص منها بالقرب من الشريط الساحلي أو في البحار المفتوحة ما لم يثبت أن هذا التخلص لن يضر بالبيئة البحرية.

٧ – عدم تصدير النفايات المشعة إلى الدول التي منعت استيرادها.

وبذلك يكون كل من إعلان ريو وأجندة القرن (٢١) قد وضعت الخطوط العريضة والمبادئ الأساسية للبدء في مكافحة عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة سواء من خلال خلق التزام بتحجيم توليد النفايات الخطرة أو من خلال دعم طرق التخلص من هذه النفايات – في حال توليدها – بطرق سليمة بيئياً. ويظهر الجانب الوقائي بوضوح من خلال اعتماد أسس مسبقة لضمان إدارة النفايات الخطرة عموماً والنفايات المشعة خصوصاً، وتوعية مختلف طبقات المجتمع إلى الآثار الكارثية لهذه النفايات، وتزويدهم بالمعلومات اللازمة للتعامل معها أو الوقاية من خطرها. وكذلك تبرز أهمية إعلان ريو من خلال تكريس الأسس والقواعد التي جاءت بها اتفاقية بازل خاصة الامتناع عن تصدير النفايات الخطرة إلى الدول التي منعت استيرادها، وهو ما سيتم تفصيله في الفرع التالي.

الفرع الثاني
اتفاقية بازل

أحاطت اتفاقية بازل[1] بمسألة النفايات الخطرة من خلال التعريف بالنفايات عامة والخطرة منها خاصة، وتصنيف هذه النفايات وتنظيم أساليب إدارتها والتعامل بها ووضع ضوابط نقلها عبر الحدود وتحديد معايير التخلص منها وفق أسس تضمن حماية البيئة من أخطارها وأضرارها. كما اختصت هذه الاتفاقية بمعالجة مسألة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة مما قد يسمح لنا إعطاءها وصف الاتفاقية العامة للنفايات الخطرة. فقد حرصت اتفاقية بازل منذ دخولها حيز النفاذ في عام ١٩٩٢م – سواء عن طريق أمانتها أو من خلال مؤتمر الأطراف – على اتخاذ الإجراءات والتدابير الكفيلة بمنع عمليات الاتجار أو التخفيف منها قدر المستطاع.

فجاءت المادة الرابعة من الاتفاقية لتشير إلى أن من حق كل دولة طرف أن تحظر استيراد النفايات الخطرة بقصد التخلص منها، وحتى يكون هذا الحظر نافذاً في حق الدول الأطراف لا بد من إبلاغها قرار الحظر، وعندئذ تُلزِم الاتفاقية الدول الأعضاء الامتناع عن تصدير النفايات الخطرة إلى هذه الدولة التي مارست حقها في حظر دخولها مثل هذه النفايات إلى أراضيها. وقد تَعمَد باقي الدول الأطراف – وفقاً للمادة الرابعة ذاتها – إلى ممارسة حق آخر لها يتمثل في اشتراط موافقة سلطاتها المحلية المختصة بشكل مسبق على استيراد

(١) تُعرَف باتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود، وهي من أهم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالنفايات الخطرة وحركتها عبر الحدود، وقد اعتُمِدَت في ١٩٨٩/٣/٢٢م، ودخلت حيز النفاذ في عام ١٩٩٢م. ومن بين الدول المصادقة عليها فرنسا وأمريكا وبريطانيا، ودول عربية عدة من بينها سوريا ومصر ولبنان والأردن والسعودية. موقع اتفاقية بازل:
http://www.basel.int/2008/08/18

النفايات الخطرة بناء على طلب مقدم من الناقل أو من السلطات المختصة في دولة التصدير[١].

أي أن الإبلاغ عن حظر استيراد النفايات الخطرة، أو تحديد شروط استيرادها وتصديرها هو إجراء وقائي يجب أن يُتَّخَذ لمنع دخولها إلى أراضي الدولة المقصد بطرق غير مشروعة.

ومن جهة أخرى ترى اتفاقية بازل أن منع الاتجار بالنفايات الخطرة يمكن أن يتم عن طريق[٢]:

١ – خفض توليد النفايات الخطرة إلى الحد الأدنى مع مراعاة الوضع الاقتصادي والاجتماعي لكل دولة طرف.

٢ – اتخاذ التدابير الكفيلة بإدارة هذه النفايات[٣] بما في ذلك حركتها عبر الحدود والتخلص منها على نحو يتفق مع حماية الصحة البشرية.

٣ – العمل على نقل التكنولوجيا وتبادلها بين الدول من أجل عمليات إدارة النفايات الخطرة.

٤ – تعزيز التحكم في حركة النفايات الخطرة عبر الحدود عن طريق التبادل الملائم للمعلومات عن هذه الحركة وعدم السماح بها إلا وفقاً لشروط تتفق مع أحكام هذه الاتفاقية؛ مما سيساهم في إدارة هذه النفايات على نحو سليم بيئياً[٤].

---

(١) لا بد من مراعاة هذا الطلب للمعلومات الواردة في الملحق الخامس لاتفاقية بازل كنوع النفايات، وحجمها، وكميتها، وآثارها السلبية على البيئة وأي معلومات إضافية قد تطلبها دولة الاستيراد.

(٢) م (٢/٤) من اتفاقية بازل.

(٣) ضمت م(٢/٢) من اتفاقية بازل على تعريف النفايات الخطرة على النحو التالي: «تعني الإدارة: جمع النفايات الخطرة أو النفايات الأخرى ونقلها والتخلص منها بما في ذلك العناية اللاحقة بمواقع التخلص».

(٤) الإدارة السليمة بيئياً وفق المادة (٨/٢) من اتفاقية بازل هي: «اتخاذ جميع الخطوات =

كما تأخذ هذه الاتفاقية بعين الاعتبار – وفقاً لما نصت عليه م(٤/٢) – القدرة المحدودة للبلدان النامية على إدارة النفايات الخطرة بطريقة سليمة بيئياً؛ لذا ألقت على عاتق الدول الأطراف واجب عدم السماح بتصدير هذه النفايات إلى الدول النامية.

أما مؤتمر الأطراف فقد تناول في اجتماعاته قضية الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة واتخذ عدة قرارات بشأن مكافحتها. من ذلك حث الدول على إصدار تشريعات وطنية منفذة لنصوص الاتفاقية ومُجَرِّمَةً للاتجار بالنفايات الخطرة، معتبرة إياه فعلاً غير مشروع ومطالبة هذه الدول باتخاذ التدابير اللازمة بالتنسيق بين الوزارات داخل الحكومة لمنع عمليات الاتجار غير المشروعة. كما ناشدت هذه القرارات الدول الأعضاء بضرورة إحاطة أمانة اتفاقية بازل بأي حالة مؤكدة للاتجار بالنفايات الخطرة، «ولكن في الحقيقة لم يتم التبليغ إلا عن عدد قليل من الحوادث، ربما لا تزيد نسبته على واحد في المائة»[(١)]، وفي ذلك عدم امتثال للالتزامات المفروضة على الدول الأطراف التي يجب أن تتعاون مع أمانة الاتفاقية لضمان حماية بلدانهم من أخطار هذه العمليات غيرالمشروعة. ومن جهة أخرى طالب المؤتمر بتنظيم دورات تدريبية[(٢)] على المستويين الوطني والإقليمي لموظفي الجمارك وقوات الشرطة بالتعاون مع

= العملية لضمان إدارة النفايات الخطرة والنفايات الأخرى بطريقة تحمي الصحة البشرية والبيئية من الآثار المعاكسة التي قد تنتج عن هذه النفايات».

(١) «دراسة عن رصد الاتجار الدولي وحظر التجارة غير المشروعة في المواد المستنفدة لطبقة الأوزون»، ورقة عمل مقدمة إلى الفريق العامل مفتوح العضوية في بروتوكول مونتريال بشأن المواد المستنفدة لطبقة الأوزون، الاجتماع الثاني والعشرون، مونتريال، ٢٣–٢٥/٧/٢٠٠٢م، ص٣١. موقع الأمم المتحدة:
www.unep.org/ozone/2010/01/29/decision9-10.shtml

(٢) يبدو أن بعض حالات الاتجار غير المشروع ترجع إلى نقص المعلومات المتعلقة بهذه العمليات، ولهذا فإن الاستراتيجية الرئيسية لمنعها تتمثل في قيادة حملات وطنية ودولية لزيادة الوعي، وتتضمن هذه الحملات بعض الأنشطة مثل الدورات التدريبية والإعلان وأوراق المعلومات ووثائق التوجيه التي توجه إلى العاملين في مجال استيراد النفايات الخطرة وتصديرها.

منظمة الجمارك العالمية التي أنشأت في تموز لعام ٢٠٠٢م شبكة تسمى شبكة إنفاذ الجمارك، ووجهت لربط أي إدارة وطنية للجمارك بهذه الشبكة لتتمكن من الوصول مباشرة إلى ما تحتاجه من البيانات المتعلقة بكل حالة من حالات الاتجار، وبالمقابل تقوم المكاتب الوطنية بإبلاغ الشبكة المركزية بأي معلومات مفيدة يتم جمعها عن الحالات السابقة لعمليات الاتجار؛ الأمر الذي يمكنها من التصدي لها في حال وقوعها؛ مما يجعل الفائدة عامة نتيجة التأثير الإيجابي المتبادل بين جهات الجمارك الوطنية وشبكة الإنفاذ المركزية(١).

وهذا التعاون أساسي لمنع عمليات الاتجار غير المشروع؛ إذ تقوم سلطات الجمارك بدور رئيسي في اكتشاف هذه العمليات واعتراضها، ولكن التقنين الراهن للنظام المُنسق(٢) لا يتيح إمكانية تمييز النفايات الخطرة عن غيرها من النفايات، الأمر الذي يجعل مهمة سلطات الجمارك أكثر صعوبة في تعرف عمليات الاتجار غير المشروع. لذا بدأت السلطات المختصة في الدول الأطراف بالتعاون مع سلطات الجمارك من أجل تنسيق فئات النفايات المنصوص عليها في اتفاقية بازل مع فئات النظام المنسق.

يفترض هذا التعاون أن تعتمد السلطات الوطنية منهج عمل مشترك لجمع المعلومات اللازمة عن التحركات المشروعة وغير المشروعة للنفايات الخطرة عبر الحدود بالتعاون مع أمانة اتفاقية بازل ومنظمة الجمارك العالمية. وأن تستخدم هذا المنهج أداة لوضع السياسة اللازمة للتصدي لعمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة، ولتنفيذ تدابير وقائية ذات صبغة عملية ومركزة ضد عمليات الاتجار هذه(٣).

---

(١) موقع اتفاقية بازل: http://www.basel.int/2010/04/18.

(٢) التقنين الراهن للنظام المنسق عبارة عن جدول التعريفة الجمركية المنسقة الصادر عن المنظمة العالمية للجمارك والمتضمن وصف وترميز السلع المستخدمة في التجارة الدولية.

(٣) عناصر المبادئ التوجيهية لكشف ومنع ومكافحة الاتجار غير المشروع في النفايات الخطرة، منشورات اتفاقية بازل، ص٩-٢٠، موقع اتفاقية بازل:
http://www.basel.int/centers/2010/04/30/projects.thm

وإمعاناً في الاهتمام بهذه المسألة، اعتبر الإعلان الوزاري الذي اعتمده الاجتماع الخامس لمؤتمر الأطراف في اتفاقية بازل قضية الاتجار بالنفايات الخطرة من الأولويات للسنوات العشر القادمة، التي يجب أن تحظى بمعالجة أسبابها ومتابعة تنفيذ خطط مكافحتها(١).

ومن جانب آخر وضعت أمانة اتفاقية بازل الخطة الاستراتيجية لتنفيذ بنود هذه الاتفاقية حتى عام ٢٠١٠م(٢).

وقد حددت في هذه الخطة أنواع النفايات ذات الأولوية ومن هذه النفايات النفايات الإلكترونية(٣) والملوثات العضوية الثابتة(٤) ومبيدات الآفات(٥). وفي هذا

(١) عناصر المبادئ التوجيهية، المرجع السابق، ص٣-٤.

(٢) مؤتمر الأطراف في اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود، الاجتماع الثامن، ١١/٢٧ - ١٢/١ لعام ٢٠٠٦م، الوثيقة رقم UNEP/VHW.8/2/Add.1، موقع اتفاقية بازل:
www.basel.int/centers/2010/04/30/projects.htm

(٣) وهي نفايات الأجهزة التقنية الحديثة كالحواسيب المحمولة وأجهزة الخليوي المستعملة أو التالفة التي تحتوي على مواد سامة. ورد هذا التعريف في ورقة عمل بعنوان «استحداث حلول مبتكرة من خلال اتفاقية بازل لتحقيق الإدارة السليمة بيئياً للنفايات الإلكترونية» مقدمة إلى مؤتمر الأطراف في اتفاقية بازل، الاجتماع الثامن، ١١/٢٧ - ١٢/١ لعام ٢٠٠٦م، الوثيقة رقم UNEP/CHW.8/15، موقع اتفاقية بازل:
www.basel.int/centers/2010/04/30/projects.htm

(٤) الملوثات العضوية الثابتة هي مركبات كيميائية عضوية كلورونية؛ أي أنها تحتوي على عنصري الكربون والكلور. وهي خطرة جداً على صحة الإنسان والبيئة حتى عند التعرض لجرعات صغيرة جداً، ومنها ما يتكون عن عمد ومنها ما يتكون بشكل غير مقصود، وأخطرها اثنا عشر مركباً. وتُقسَّم هذه الملوثات إلى ثلاثة أنواع: المبيدات، الكيماويات الصناعية، المنتجات العرضية. موقع مؤسسة يوم المستشفيات للتنمية والتأهيل، موقعها على شبكة الإنترنت:
.E/mail:dayhospl@internetegypt.com/2010/04.30

(٥) هي مواد كيميائية سامة تستخدم في مكافحة الآفات الضارة، وتقسم إلى مبيدات عضوية وأخرى غير عضوية. ورد هذا التعريف في دليل تخزين المبيدات ونقلها، صادر عن الهيئة العامة لشؤون البيئة في سوريا.

الإطار تم تنفيذ العديد من المشاريع كمعالجة نفايات الملوثات العضوية الثابتة ونفايات الطب الأحيائي والرعاية الصحية أو ما يسمى بالنفايات الطبية[١] والنفايات الإلكترونية ونفايات السفن الهرمة التي انتهى عمرها[٢] والمخزونات المتقادمة من المبيدات[٣]. وقد ساهمت هذه المشاريع في تعزيز تنفيذ اتفاقية بازل على المستوى الوطني من خلال تشجيع الأطراف على وضع أو تحسين تشريعاتها، كما أن الخبرات المكتسبة من تنفيذ هذه المشاريع تتيح لأمانة الاتفاقية وللمراكز الإقليمية التابعة لها إمكانية وضع وإعداد خطط لمشاريع أخرى مستقبلية تعالج أنواعاً أخرى من النفايات الخطرة وتنفيذها بشكل منهجي ودقيق.

---

(١) نفايات الطب الأحيائي (Biomedical wastes) تتألف من المعدات الطبية المستعملة التي يمكن أن تحتوي على المرض وتتضمن نفايات المخابر، واللقاحات الحية، والأنسجة، والعظام، وعينات الدم، وسوائل الجسم أو النفايات البشرية والحيوانية، والآلات الحادة بالإضافة إلى لباس الفريق الطبي والقفازات الجراحية والقثاطر وضمادات الجروح. باختصار هي أي شيء يمكن أن يضم العينات وسوائل السم ونفايات الأشخاص أو الحيوانات التي قد تُسبب المرض.

Biomedical waste: consists of used medical supplies that could potentially contain disease. That includes waste from laboratories, like live vaccines, tissue, bone and blood samples, body fluids or waste from humans or animals, and anything sharp that has been used to break the skin or scrape skin cells, plus things like disposable hospital gowns, latex gloves, catheters and wound dressings,. In short, anything that might have been exposed to the samples, bodily fluids or waste of a person or animal that might be diseased.
http://www.ehow.com/2010/07/24

وهي بذلك تتلاقى مع تعريف المشرّع السوري للنفايات الطبية التي عرّفتها م(٢٣) من قانون النظافة السوري رقم (٤٩) لعام ٢٠٠٤م بأنها النفايات التي تنتج عن عمل المشافي والمراكز الطبية والعيادات والمخابر والمعالجات المنزلية والأدوية المنتهية الصلاحية سواء المتعلقة بالإنسان أو الحيوان، ويحتمل أن تحمل عوامل جرثومية أو كيميائية أو إشعاعية معدية وإجراءات التعليم والتدريب والبحوث المتعلقة بها.

(٢) يقصد بها النفايات الناتجة عن تفكيك السفن القديمة وإعادة هيكلتها للاستفادة منها.

(٣) يقصد بهذا المصطلح نفايات المبيدات التي طال أمد تخزينها؛ مما قد يؤثر على تكوينها الكيميائي.

ومن جهة أخرى هناك التزام عام يقع على عاتق السلطات المحلية يتمثل في امتثالها لنصوص الاتفاقية، ويكون ذلك من خلال:

١ – نشر المعلومات، والرد على التساؤلات والاستفسارات المطروحة بشأن الأحكام الواردة في اتفاقية بازل، والحرص على إصدار وثائق توجيهية منتظمة لنشرها وخاصة في أروقة الصناعيين وشركات الاستيراد والتصدير وفئات المواطنين.

٢ – إصدار نماذج عن التصاريح بما يضمن وضوح المعلومات المطلوبة، ومراقبة صحة هذه المعلومات.

٣ – اكتشاف المخالفات من خلال إجراء تفتيش دقيق على شحنات النفايات الواردة ورصد حركاتها والتأكد من البيانات المرافقة لهذه الشحنات.

٤ – القيام بأعمال التحقيق اللازمة في حال اكتشاف أي شحنة نفايات تحاول الدخول بصورة غير مشروعة[١].

فالتعاون بين الأطراف الرئيسية أمر جوهري لمنع الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة وإدارته. ومن هذه الأطراف السلطات الوطنية[٢]، وأمانة اتفاقية بازل، وأمانات الاتفاقيات الأخرى ذات الصلة بالنفايات الخطرة، وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة، والإنتربول، ومنظمة الجمارك العالمية. وتتمحور جوانب التعاون في محاور أساسية أهمها المساعدة التقنية، والتدريب، والإمداد بالمعدات الضرورية واللازمة، وتبادل الخبرات والمعلومات، وتحسين جمع البيانات وتحليلها، وتحسين منهجيات تنفيذ التشريعات الوطنية وتعرف أوجه النقص في هذه التشريعات والعمل على إيجاد الحلول لها.

---

(١) عناصر المبادئ التوجيهية، مرجع سابق، ص٢٢–٢٣.

(٢) أي السلطات المختصة في كل من دول الاستيراد، التصدير، العبور وهو تعاون ضروري في اكتشاف ومنع الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة، ويمكن استخدام الاتصالات الرسمية التي تتم على المستوى الحكومي، أو الاتصالات غير الرسمية التي تتم على مستوى الأفراد، بما في ذلك رسائل البريد الإلكتروني التي تؤمن سرعة التواصل.

وعلى الرغم من أهمية القواعد والإجراءات التي تضمنتها اتفاقية بازل إلا أن هناك إجراءات أخرى على قدر كبير من الأهمية جاءت على ذكرها اتفاقيات أخرى يتصل موضوعها بعمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة من ذلك اتفاقيتي روتردام واستكهولم، وهو ما سيكون موضوع الفرع التالي.

الفرع الثالث
الاتفاقيات ذات الصلة(١)

تتمثل هذه الاتفاقيات في اتفاقيتي روتردام واستكهولم اللتين ترتبطان باتفاقية بازل من جهة التركيز على الحد من توليد النفايات الخطرة وسيتم توضيح ذلك من خلال بحث مضمون كل من هاتين الاتفاقيتين على حدة، ومن ثم بيان نقاط الاشتراك بين كل منهما واتفاقية بازل وفق الآتي:

أولاً – اتفاقية روتردام:(٢)

تُعرَف اتفاقية روتردام بالاتفاقية التي تشترط «الموافقة المسبقة عن علم

---

(١) لم تتعرض اتفاقيتي روتردام واستكهولم لمسألة الاتجار بالنفايات الخطرة حتى إن اتفاقية روتردام أخرجت هذه النفايات من نطاق تطبيقها. وقد تم التعرض لهاتين الاتفاقيتين لاهتمامهما بالمواد المنتجة أو الداخلة في تكوين النفايات الخطرة، فمن شأن حظر أو تقييد إنتاج المواد الكيميائية الخطرة والملوثات العضوية الحد من توليد النفايات الخطرة وهي الخطوة الأساس في مكافحة الاتجار بها؛ لذا اعتبرنا أن هاتين الاتفاقيتين ذات صلة مباشرة بمكافحة الاتجار بالنفايات الخطرة. إذ إن مجرد التعرض لهاتين الاتفاقيتين هو إشارة إلى الإجراءات المتعلقة بتخفيض إنتاج وتوليد النفايات الخطرة، وتأكيد أهمية هذه الإجراءات في مكافحة عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة.

(٢) تُعرَف باتفاقية روتردام بشأن إجراء الموافقة المسبقة عن علم بالنسبة إلى بعض المواد الكيميائية ومبيدات الآفات الخطرة المتداولة في التجارة الدولية. اعتمدت في ١٠/٩/١٩٩٨م، ودخلت حيز النفاذ في ٢٤/٢/٢٠٠٤م، بلغ عدد أطرافها (١٠٢) دولة حتى بداية عام ٢٠٠٦م. من بين الدول المصادقة عليها دول عربية منها سوريا ومصر ولبنان والسعودية والأردن. موقع اتفاقية روتردام: http://www/pic.net/2008/08/18

بالنسبة إلى تصدير المواد الكيميائية المحظورة[١] أو المقيدة بشدة[٢] وتركيبات مبيدات الآفات شديدة الخطورة[٣]». وقد شُكِّلَت أمانة سرها بشكل مشترك من قبل منظمة الزراعة والغذاء، وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة. وتوفر اتفاقية روتردام نظام إنذار مبكر للدول في مجال الأخطار المحتملة للمبيدات عالية الخطورة من خلال المشاركة بالمعلومات المتعلقة بالمواد المحظورة وطنياً أو المقيدة بشدة، وكذلك بيانات درجة السمية والأذية[٤]. وتكفل هذه الاتفاقية حصول الدول الأطراف على المعلومات التي تحتاجها عن المواد الكيميائية الخطرة كي تقوم بتقييم المخاطر مستنيرة بهذه المعلومات، والغاية الأساسية من ذلك هي منع الاتجار بالمواد الكيميائية الخطرة، واستخدامها استخداماً سليماً بيئياً، وتيسير

(١) عرّفت م(٢/ب) من اتفاقية روتردام هذه المواد وفق الآتي: أي مادة كيميائية حظرت جميع استعمالاتها في فئة استخدام أو أكثر بموجب إجراء تنظيمي نهائي بغرض حماية صحة البشر أو البيئة، وتشمل المواد الكيميائية التي تم رفض الموافقة عليها في استخدام المرة الأولى أو سحبتها جهة صناعية من السوق المحلية أو سُحِبَت من النظر فيها مرة أخرى في عملية الموافقة المحلية، وحيثما يوجد دليل واضح على أن ذلك الإجراء قد اتخذ لحماية صحة البشر أو البيئة.

(٢) جاء في نص م(٢/ج) من اتفاقية روتردام: المادة الكيميائية المقيدة بشدة هي أي مادة كيميائية تحظر جميع استعمالاتها تقريباً في فئة استخدام واحدة أو أكثر بموجب إجراء تنظيمي نهائي بغية حماية صحة البشر أو البيئة ولكن تظل لها استخدامات محددة معينة مسموح بها، وتشمل أي مادة كيميائية تم رفض الموافقة على جميع استخداماتها تقريباً أو سحبتها جهة صناعية من السوق المحلية أو سُحِبَت من النظر فيها مرة أخرى في عملية الموافقة المحلية وحيثما يوجد دليل واضح، على أن ذلك الإجراء قد اتخذ لحماية صحة البشر أو البيئة.

(٣) تركيبات مبيدات آفات شديدة الخطورة هي أي مادة كيميائية مركبة لاستعمالها في إبادة الآفات تنتج عنها آثار صحية أو بيئية حادة تحت ظروف استخدامها، تُلاحَظ خلال فترة زمنية قصيرة بعد التعرض لها مرة واحدة أو عدة مرات.

(٤) المواد السامة للبيئة: المواد أو النفايات التي يسبب إطلاقها أضراراً فورية أو متأخرة للبيئة بفعل تراكمها في الكائنات الحية و/أو آثارها العامة على النظم الأحيائية. اتفاقية بازل، الملحق الثالث.

تبادل المعلومات عن خواصها والإعداد لعملية صنع القرارات الوطنية بشأن صادراتها وارداتها، وتعميم هذه القرارات على الدول الأطراف(١).

فقد اهتمت هذه الاتفاقية بمنع الاتجار بالمواد الكيميائية لا بالنفايات الخطرة، وكان حرياً بها أن تشمل المواد الكيميائية الخطرة سواء أكانت مواد أم نفايات بل إن نفاياتها أشد خطورة منها أحياناً، ولكن هذا الاهتمام مقدمة مهمة يمكن أن تؤدي في حال الأخذ بها إلى منع الاتجار بالنفايات الخطرة التي استثنتها هذه الاتفاقية من نطاقها؛ إذ إن من شأن حظر أو تقييد إنتاج المواد الكيميائية الخطرة منع الاتجار بالنفايات الخطرة الناتجة عن هذه المواد أو التقليل منه قدر الإمكان؛ إذ إن الجهود المبذولة لخفض توليد النفايات الخطرة عن طريق حظر أو تقييد إنتاج واستخدام المواد الكيميائية المولدة لها، والعمل على إيجاد بدائل آمنة سليمة بيئياً هو من أهم الوسائل لمنع عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة.

ثانياً – اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية الثابتة:(٢)

لم تتناول هذه الاتفاقية مسألة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة وإنما وجهت اهتمامها إلى إزالة انبعاث الملوثات العضوية الثابتة أو على الأقل خفض هذا الانبعاث. فقد أشارت في مادتها السادسة إلى ضرورة إدارة النفايات والمنتجات والمواد بمجرد تحولها إلى نفايات تحتوي على مواد كيميائية مدرجة في المرفق(أ)(٣)

---

(١) المادة الأولى من اتفاقية روتردام.

(٢) اعتمدت هذه الاتفاقية في عام ٢٠٠١م، ودخلت حيز النفاذ في الشهر الخامس من عام ٢٠٠٤م، وبلغ عدد الأطراف فيها ١١٨ دولة حتى بداية عام ٢٠٠٦م، من بينها مجموعة دول عربية من أهمها سوريا ومصر ولبنان.

(٣) يضم المرفق (أ) الملوثات المراد حظر إنتاجها، استخدامها، استيرادها، تصديرها وهي: ألدرين وكلوردين وديلدرين وإندرين وسباعي الكلور وسداسي كلور البنزين ومايركس وتوكسافين ومركبات ثنائية الفينيل متعدد الكلور.

أو (ب)[١] أو (ج)[٢]، ووضعت لذلك مجموعة من التدابير أهمها:

أ – وضع استراتيجية ملائمة لتحديد المواد والمنتجات الخطرة والعمل على تنفيذها.

ب – إدارة النفايات المتولدة عن مواد المرافق الثلاث (أ)، (ب)، (ج) بطرق سليمة بيئياً.

ج – اتخاذ التدابير اللازمة لجمع هذه النفايات ونقلها أو التخلص منها بطريقة تدمر محتواها أو تحوله بحيث لا تظهر عليه خصائص الملوثات العضوية الثابتة.

كما أشارت إلى وجوب عدم نقل هذه النفايات عبر الحدود الدولية من دون مراعاة القواعد والمعايير والمبادئ التوجيهية ذات الصلة.

وباستقراء نصوص هذه الاتفاقية يمكن القول إن هذه الاتفاقية تشير بشكل غير مباشر إلى أن أحد أهم عوامل منع ومكافحة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة هو حظر، أو التقليل من إنتاج المواد الكيميائية ذات الخواص السمية التي تستحيل إلى نفايات خطرة والاستعاضة عنها بمواد بديلة سليمة بيئياً مشيرة إلى أهم التدابير التي تراها لتخفيض أو حظر إنتاج أو استخدام أو استيراد أو تصدير هذه المواد التي نصت عليها في المرافق الثلاثة (أ)، (ب)، (ج)، وخصت هذه الاتفاقية مواد المرفقين (أ) و (ب) بضرورة اتخاذ كل طرف للتدابير القانونية والإدارية للقضاء على إنتاج واستخدام واستيراد وتصدير المواد الكيميائية الواردة في المرفق (أ)[٣]، والحد من إنتاجه واستخدامه للمواد

---

(١) تضمن المرفق (ب) مادة D.D.T وهو من الملوثات المطلوب الحد من إنتاجها واستخدامها.

(٢) يتعلق هذا المرفق بالملوثات العضوية التي تنطلق بغير قصد، بصورة صنعية. وهذه الملوثات هي ثنائي بنزوباراديوكسين متعدد الكلور وثنائي بنزوفيوران متعدد الكلور وسداسي كلور البنزين وثنائيات الفينيل متعدد الكلور.

(٣) البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية استكهولم.

الكيميائية المُدرجة في المرفق (ب) وفقاً لأحكام هذا المرفق[١]. بالإضافة إلى ضرورة قيام كل طرف بما يلزم لكفالة عدم استيراد أي مادة كيميائية مدرجة في المرفق (أ) أو المرفق (ب) إلا لغرض التخلص السليم بيئياً أو للاستخدام في غرض مسموح به لذلك الطرف بموجب المرفق (أ) أو المرفق (ب)، أما مواد المرفق (ج) فقد تضمنت وجوب العمل على وضع خطة عمل تتضمن:

١ – تقييم الإطلاق الحالي والمتوقع.

٢ – تقييم مدى ملاءمة القوانين وسياسات الأطراف فيما يتعلق بإدارة مثل حالات الإطلاق هذه.

٣ – وضع استراتيجيات للوفاء بالالتزامات المفروضة.

٤ – اتخاذ خطوات لتشجيع التعليم والتدريب فيما يتعلق بهذه الاستراتيجيات والتوعية بشأنها.

٥ – إجراء استعراض كل (٥) سنوات لتلك الاستراتيجيات.

٦ – وضع جدول لتنفيذ خطة العمل بما في ذلك الاستراتيجيات والتدابير المحددة فيها.

٧ – تعزيز تطبيق التدابير المتاحة والممكنة والعملية التي يمكن أن تحقق بسرعة مستوى واقعياً ومفيداً لخفض الإطلاق أو إزالة مصادره.

٨ – النهوض بتطوير اشتراط استخدام المواد والمنتجات والعمليات البديلة أو المعدلة لمنع تكون وإطلاق المواد الكيميائية المدرجة في المرفق (ج) مع مراعاة التوجيهات العامة بشأن تدابير المنع وخفض الإطلاق، الواردة في المرفق (ج) والمبادئ التوجيهية المقرر اعتمادها بقرار من مؤتمر الأطراف.

تتفق هذه الاتفاقية مع اتفاقية روتردام في اعتمادها على حظر إنتاج واستخدام المواد الكيميائية ذات الخواص السمية أو التقليل منها قدر الإمكان، والاستعاضة عنها بمواد بديلة سليمة بيئياً باعتباره أحد أهم عوامل منع

(١) البند /ب/ من الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية استكهولم.

ومكافحة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة والتصدي لأخطاره، فمن شأن حظر إنتاج المواد الكيميائية الخطرة واستعمالها في الأنشطة الصناعية، خفض نسبة توليد نفايات كيميائية خطرة، لذا كان التقليل من إنتاج المواد الخطرة الخطوة الأولى في طريق التقليل من توليد النفايات الخطرة؛ مما يقلل من عمليات الاتجار بهذه النفايات.

وبتقديري فإن مفهوم النفايات العادية والخطرة الواردة في اتفاقية بازل يشمل جميع المواد الكيميائية الخطرة التي تضمنتها اتفاقيتي روتردام واستكهولم عندما تستحيل نفايات.

كما أن التقليل من توليد هذه النفايات عن طريق حظر إنتاج واستخدام المواد الكيميائية المولدة لهذه النفايات، أو التقليل منه، واستخدام بدائل سليمة بيئياً، هو أهم تدبير وقائي تقوم به دول العالم حفاظاً على بيئاتها من أخطار عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة.

فرص التعاون والتآزر بين الاتفاقيات الثلاث[1]:

وبناء على ما سبق فقد طلب مؤتمر الأطراف في اتفاقية استكهولم إلى الأمانة في اجتماعه الأول بحث كيفية تحسين التعاون وأوجه التضافر بين أمانات اتفاقية بازل واتفاقية روتردام.

وقد أعدت أمانة اتفاقية استكهولم هذه الوثيقة – نزولاً عند هذا الطلب – وكان الهدف منها تحديد العناصر المشتركة في أنشطة أمانات اتفاقيات بازل وروتردام واستكهولم كأساس لدراسة المجالات التي يكون تحسين الترابط فيها

(١) تقرير عن دراسة بشأن تحسين التعاون والتآزر بين أمانات اتفاقيات بازل وروتردام واستكهولم، اتفاقية روتردام المتعلقة بتطبيق إجراء الموافقة المسبقة عن علم على مواد كيميائية ومبيدات معينة خطرة متداولة في التجارة الدولية، مؤتمر الأطراف، الاجتماع الثالث، جنيف، ٩-١٣/١٠/٢٠٠٦م، برنامج الأمم المتحدة ومنظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة، منشور على موقع اتفاقية روتردام على شبكة الإنترنت: www.pic..int/2010/04/30

مفيداً للأطراف في الاتفاقيات الثلاث.

وتلبية لهذه الدعوة طلب الفريق العامل مفتوح العضوية في أثناء دورته الرابعة إلى أمانة اتفاقية بازل أن تتعاون مع أمانتي اتفاقيتي روتردام واستكهولم والتقدم بتوصيات إلى مؤتمر الأطراف في اتفاقية بازل في أثناء اجتماعه الثامن. وبناء على ذلك تقوم اتفاقية بازل بالتعاون مع كل من:

- أمانة اتفاقية استكهولم بشأن الإدارة السليمة بيئياً للنفايات التي تتكون من ملوثات عضوية ثابتة أو تشتمل عليها أو ملوثة بها.
- أمانة اتفاقية روتردام فيما يتعلق بالجهود المشتركة في مجال التدريب وبناء القدرات بما في ذلك المراكز الإقليمية لاتفاقية بازل بغرض تعزيز التنفيذ.

أما اتفاقية روتردام فقد طلبت مهلة لدراسة مجالات التعاون وإجراء الترتيبات المالية والإدارية بغية دراسة إمكانية تأمين التكاليف المالية والإدارية بما يتوافق والتعديلات التي يمكن أن تطرأ كنتيجة للتعاون والتحسين، وهي الآن تتعاون مع المراكز الإقليمية لأمانة اتفاقية بازل بغرض تأمين المساعدة التقنية وبناء القدرات.

وكذا حال أمانة اتفاقية استكهولم التي تولت مبادرة التعاون هذه بين الأمانات الثلاث، تتعاون حالياً مع أمانة اتفاقية بازل ومنظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة بشأن الملوثات العضوية الثابتة من مبيدات الآفات.

وتقوم الأمانات الثلاث عند توجيه دعوة إليها للمشاركة بإيفاد ممثليها لمراقبة الدورات الخاصة للجنة التجارة والتنمية التابعة لمنظمة التجارة العالمية، وتقوم بالنهوض والتضامن من خلال تنظيم حلقات العمل التدريبية المشتركة والندوات بشأن المعلومات أو إعداد التقارير أو الإنفاذ أو التصنيف وما إلى ذلك، كما تشارك هذه الأمانات في مجموعات العمل التقنية والعلمية بشأن النفايات والمواد الكيميائية وما يرتبط بها من تكنولوجيا.

لهذا التعاون فوائد عدة تتجلى في تجميع مختلف وظائف الأمانات في وحدات منفردة بغية توفير مستوى معزز للخدمات والدعم المقدم للأطراف في الاتفاقيات المعنية.

أما مدى التزام الدول الأطراف ببنود هذه الاتفاقيات، وتضمين قوانينها الوطنية هذه الالتزامات فسيكون الموضوع الذي سيناقشه المطلب التالي.

المطلب الثاني
التدابير الوقائية في التشريعات الوطنية

إن وجود بيئة تشريعية وطنية فعالة ضرورة حتمية لمنع الاتجار بالنفايات الخطرة؛ لذا يتعين على الدول أن تطور تشريعاتها، وتنفذ منهجاً مشتركاً لتحديد الاحتياجات الداخلية والأولويات لتشجيع ثقافة الامتثال لهذه التشريعات التي يجب أن تتلاءم مع المبادئ التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية من جهة، والمتطلبات الداخلية من جهة أخرى. وللبحث في أهم التدابير الوقائية المتخذة في التشريعات الوطنية سيتم التعرض للالتزامات التي جاءت على ذكرها التشريعات الأجنبية، أما الفرع الثاني فسيخصص للالتزامات التي جاءت على ذكرها التشريعات العربية.

الفرع الأول
في التشريعات الأجنبية

تنتج عن الأنشطة الممارسة في الدول المتقدمة اقتصادياً كميات كبيرة من النفايات الخطرة؛ مما يبرز الحاجة إلى وضع تشريعات تنظم أساليب إدارتها، وطرق التخلص خاصة في حال نقل هذه النفايات إلى دول أخرى بغرض التخلص منها أو معالجتها، وهو ما يستدعي وضع مجموعة من الشروط والمعايير التي تسبغ على عملية نقل النفايات الخطرة الصفة المشروعة، وتعتبر في الوقت ذاته تدابير وقائية من شأنها منع عمليات الاتجار غير المشروع بهذه النفايات. وسيخصص هذا الفرع لدراسة معايير وشروط صحة نقل النفايات

الخطرة الواردة في التشريعين الأمريكي والألماني باعتبارهما من الدول المتقدمة اقتصادياً.

أولاً – التشريع الأمريكي:

أصدرت وكالة حماية البيئة الأمريكية منذ عام ١٩٧٦م لوائح لمراقبة ٥/١ المواد الكيميائية الموجودة والمستخدمة في أمريكا – أي ما يقارب ٨٠٠٠٠ مادة كيميائية –، التي تنطوي على مخاطر كارثية. وفي عام ١٩٨٩م أصدرت الوكالة قواعد الإلغاء التدريجي لمعظم استخدامات الاسبستوس(١) لما لها من ضرر فادح على صحة الإنسان. وترى وكالة حماية البيئة الأمريكية ضرورة تعديل قانون إدارة المخاطر الكيميائية، وإدخال مجموعة من المبادئ، أهمها إعادة النظر في معايير السلامة، ووضعها على أساس حماية البيئة وصحة البشر، ومن ثم تصنيف المواد الكيميائية وفق الأسس التي تستند فقط إلى اعتبارات المخاطر وليس الاقتصاد أو غيره من الاعتبارات. بالإضافة إلى تشجيع الابتكار في مجال الكيمياء الخضراء، ودعم البحوث والتعليم، واعتماد الاستراتيجيات التي من شأنها أن تؤمن مواد كيميائية أكثر أماناً وأكثر استدامة، ويجب أن يتم ذلك بكثير من الشفافية والحرص على حق الجمهور في الاطلاع على أهم النشاطات والاستراتيجيات المعتمدة من قبل الوكالة(٢).

صدرت في أمريكا عدة تشريعات مهتمة بالنفايات الخطرة، وتتعرض لمختلف المراحل التي تمر فيها بدءاً من لحظة تولدها إلى حين التخلص النهائي

---

(١) الاسبستوس هو مجموعة من المعادن الناعمة تشبه الألياف، وهو مرن وقوي ولا يتأثر بمعظم المركبات الكيميائية. يمكن أن يتسبب بمشكلات صحية خطيرة إذا استنشق بكميات كبيرة. موقع معرفة: http://www.marefa.org/2010/04/30

(٢) وهي ترى أن المنتجين أنفسهم يشعرون بالقلق ليس من عقاب الدولة فقط، ولكنهم يعلمون أن صناعاتهم لن تزدهر إلا إذا كان الجمهور على ثقة بأن هذه المنتجات تفي بمعايير السلامة. يمكن التوسع بالعودة إلى خطاب «ليزا جاكسون» رئيس وكالة حماية البيئة الأمريكية الذي ألقته بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٢٩م في كاليفورنيا، منشور على موقع وكالة حماية البيئة الأمريكية على شبكة الإنترنت: http://www.epa.gov/2010/04/30

منها، من هذه التشريعات قانون التحكم بالمواد السامة وفقاً لأحدث التعديلات التي كان آخرها في ٢٠٠٢/١٢/١٣م[١]. يطبق هذا القانون على المواد والمركبات التي تتطور ويتم إنتاجها بشكل دائم، والتي ينتج عن دخولها في الصناعة ومعالجتها وتوزيعها إضرار بالبيئة والصحة العامة.

أوجب هذا القانون – بموجب م(٣) منه – على مدير وكالة حماية البيئة اتخاذ مجموعة من الإجراءات الضرورية لتأمين حماية كافية ضد الأخطار المرافقة لوجود هذه المواد الكيميائية الخطرة. من ذلك منع أو تقييد استخدام أنواع معينة أو كميات محددة من المواد أو المركبات الكيميائية السامة في الصناعة أو معالجتها أو توزيعها، والاحتفاظ بسجلات تصنيع ومعالجة مثل هذه المواد والمركبات في حال تم الترخيص باستخدامها، وفقاً للشروط والالتزامات المحددة من قبل مدير وكالة حماية البيئة الأمريكية. وفي ذلك – بتقديري – امتثال لما جاءت به اتفاقية روتردام من جهة منع أو تقييد استخدام المواد الكيميائية الخطرة والمقيدة بشدة، ويظهر ذلك فعلياً من خلال تقييد استيراد هذه المواد والمركبات بالشروط التي تطلبها قانون التحكم بالمواد السامة بموجب المادتين (١٢) و(١٣) منه اللتين اختصتا باستيراد المواد الكيميائية الخطرة وتصديرها. فقد جاء في م(٢/١٢) أنه إذا صدَّر شخص أو أراد أن يصدر مواد ومركبات كيميائية إلى دولة ما توجَّب عليه إبلاغ مدير وكالة حماية البيئة الأمريكية بعملية التصدير هذه، ومن ثم تقديم طلب رسمي إلى حكومة هذا البلد مرفق بالمعلومات اللازمة للموافقة على التصدير. أما المواد والمركبات الكيميائية الخطرة التي يراد إدخالها إلى الأراضي الأمريكية فقد اختص بتنظيمها م(١٣) الذي أعطى وزير المالية الحق في رفض دخول المواد والمركبات الكيميائية الخطرة الأراضي الأمريكية في حال تم إدخالها بالمخالفة للأحكام الواردة في هذا القانون، أو بالمخالفة لقواعد استعمالها في الصناعة أو معالجته أو توزيعها في الأراضي الأمريكية. وفي هذه الحالة يقوم وزير المالية بإبلاغ

(١) موقع التشريعات البيئية الأمريكية: http://www.env.gov.bc.ca/2010/04/30

مقدم طلب التصدير بقرار رفض إدخال هذه المواد إلى الأراضي الأمريكية، وعليه خلال (٩٠) يوماً من تاريخ إبلاغه قرار الرفض إعادة هذه المواد إلى الدولة المصدر وإلا يقوم الوزير بإعادتها على نفقة مصدرها الشخصية.

وهناك تشريعات أخرى مثل قانون إنقاذ وحماية الموارد (RCRA)[١] أشار هذا القانون إلى مجموعة من المتطلبات الواجب مراعاتها في أثناء عملية الإنتاج. وتتمثل هذه المتطلبات في وجوب الاحتفاظ بالسجلات التي تعرف بكميات النفايات الخطرة التي يتم توليدها، والعناصر التي تدخل في تكوينها سواء من جهة كميتها أم من جهة الأذى الذي تسببه للصحة أو البيئة. بالإضافة إلى تأمين المعلومات عن التركيب الكيميائي للنفايات الخطرة.

أما بالنسبة لتصدير النفايات الخطرة فقد جاء في م(٣٠١٧) من هذا القانون ما يلي:

«ينبغي ألا يقوم أحد بتصدير أي من النفايات الخطرة المحددة بموجب هذا القانون إلا إذا تم ذلك من قبل شخص مزود بالإخطار المطلوب بموجب الفقرة (٣) من هذه المادة. ولحكومة الدولة المستقبلة للنفايات الخطرة حق الموافقة على قبول مثل هذه النفايات التي يجب أن تتوافق مع صيغ الإذن التي خصتها حكومة الدولة المستقبلة الخاضعة للفقرة (٣)».

وتنص الفقرة (٣) على أن «أي شخص ينوي تصدير النفايات الخطرة المحددة في هذا القانون قبل أن تغادر النفايات الخطرة المدرجة في هذا القانون ينبغي أن يكون الإخطار مقدماً إلى المدير. يجب أن يشمل هذا الإخطار اسم المصدر وعنوانه، والأنواع والكميات المراد استيرادها، وموانئ الإدخال، بالإضافة إلى الطريقة أو الأسلوب التي سيتم بموجبها نقل النفايات الخطرة إلى الدولة

(١) The Resource Conservation and Recovery Act (RCRA) يعد هذا القانون تعديلاً للقانون المختص بمعالجة النفايات الخطرة والصلبة – Solid Waste Disposal Act – وفقاً للأحدث التعديلات التي كان آخرها في ٢٠٠٢/١٢/١٣م. موقع التشريعات البيئية الأمريكية: http://www.env.gov.bc.ca/2010/01/23.

المستقبلة وطريقة معالجتها وتخزينها والتخلص منها في دولة الاستيراد. كما يجب بيان وسيلة المعالجة النهائية والتخزين والتخلص.

وتتمثل إجراءات طلب الموافقة في إرسال نسخة عن الإخطار أو الإبلاغ إلى حكومة الدولة المستقبلة، وإبلاغها بأن قانون الولايات المتحدة يمنع تصدير النفايات الخطرة ما لم توافق حكومة الدولة المستقبلة على شحنة النفايات الخطرة. ويطلب المستورد إلى الحكومة تزويد الوزارة بموافقة مكتوبة أو اعتراض على صيغ الإبلاغ. ويُرسَل إلى حكومة الدولة المستقبلة وصف للتنظيم الفيدرالي الذي سيطبق على معالجة النفايات الخطرة أو تخزينها أو التخلص منها في الولايات المتحدة. ومن ثم يتم نقل الموافقة المكتوبة إلى المصدِّر خلال ٣٠ يوماً من استلام الوزارة للموافقة المكتوبة من الدولة المستقبلة – أو الاعتراض – أو أي اتصال سابق على موافقة مسبقة أو اعتراض، وعلى المدير إرسال مثل هذه الموافقة أو الاعتراض أو أي سرد آخر إلى المصدِّر. ويحق للمدير وضع معايير أخرى لتصدير النفايات الخطرة.

يضاف إلى ذلك قانون حرية المعلومات (FOIA)[١] فإن على وكالة حماية البيئة تزويد الجمهور بأي معلومة أو بيان أو سجل أو طلب أو تقرير خاص بعملها. كما يجب عليها نشر نماذج التراخيص والطلبات التي يتطلبها المتعامل معها وبجميع وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة. وتعتبر وكالة حماية البيئة الأمريكية – كما هو الحال بالنسبة لباقي الوكالات – مسؤولة عن تقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بعملها ما عدا المعلومات التي يجب أن تبقى سراً كتعرض حياة إنسان أو أمنه الطبيعي للخطر.

كانت تلك أهم التدابير الوقائية التي تضمنتها التشريعات الأمريكية التي

(١) The Freedom Of Information Act (FOIA) المعدّل بموجب القانون العام رقم /١١٠-١٧٥/. موقع التشريعات البيئية الأمريكية:
http://www.env.gov.bc.ca/2010/01/23

تناولت عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة أما التدابير الواردة في التشريع الألماني فسنتناولها فيما يأتي.

ثانياً – التشريع الألماني:

وضعت الحكومة الألمانية[١] ما يسمى بـ «برنامج اقتصاد النفايات»، وهو برنامج يتضمن جميع الوسائل والإجراءات التي تتخذ من أجل المعالجة السليمة لمشكلات تلوث البيئة، ويشمل تصنيف وتخزين النفايات بأنواعها كافة. ويهدف هذا البرنامج إلى منع النفايات أو تجنب وجودها من خلال توعية المنتجين والمستهلكين، ودعم عمليات التدريب والتوعية والبحث والتطوير في مجال اقتصاد النفايات، والعمل – قدر الإمكان – على إزالة القواعد المعوقة لعمليات إعادة تدوير النفايات. ويُطبَّق هذا البرنامج في مختلف الولايات، كما يوجد خبراء في مجالات الاقتصاد والإدارة لإدارة هذه الفروع، ويتم نشر نتائج الدراسات الصادرة عن هذا البرنامج من قبل مكتب البيئة في مجلدات خاصة.

ولدعم هذه الأهداف قام هذا البرنامج باتخاذ التدابير التالية:

١ – إنشاء بنك المعلومات لاقتصاد إدارة النفايات:
وفيه يتم تخزين جميع المعلومات المتعلقة باقتصاد النفايات ومن ضمنها أنواع النفايات وتوصيفها والجهات التي تقوم بتصنيفها ومعالجتها، والتكنولوجيا المستخدمة في معالجتها، وكيفية الاستفادة منها.

٢ – مجموعة العمل في اقتصاد إدارة النفايات:
تهدف هذه المجموعة إلى تبادل الخبرات والمعلومات، وتمثيل مصالح حماية البيئة، وعقد الاتصالات الدولية في جميع المجالات المتعلقة باقتصاد النفايات. وتصدر هذه المجموعة نشرات دورية تهم العاملين في معالجة النفايات.

---

(١) S.1913, Bund esgestzblatt (BGBL) ورد لدى د. صلاح زين الدين، تطور التشريعات والسياسة البيئية في ألمانيا الاتحادية والدروس المستفادة منها للتجربة المصرية، الحماية القانونية للبيئة في مصر، المؤتمر العلمي الأول، مرجع سابق، ص١٦-١٩.

٣ – رابطة اقتصاد إدارة النفايات:

تكونت هذه الرابطة في العام ١٩٦١م كرابطة للشركات الخاصة العاملة في مجال نظافة المدن، وفي عام ١٩٨٦م أصبحت رابطة اقتصاد إدارة النفايات. تعمل هذه الرابطة على مستوى قومي وتمثل مصالح الشركات الخاصة العاملة في مجال نقل ومعالجة النفايات فهي بمثابة اتحاد لأصحاب الأعمال.

٤ – استحداث وظيفة خبير التخلص من النفايات:

تم استحداث هذه الوظيفة بموجب اللائحة المنظمة لأعمال مسؤول النفايات والصادرة في ١٩٧٧/١٠/٢٦م والتي بموجبها يجب على مراكز تجميع النفايات والوحدات الاقتصادية المسببة للنفايات أن تضم في كوادرها خبير التخلص من النفايات، ويتم تدريب هذا الخبير ليكون مسؤولاً داخل المنشأة عن الإشراف والرقابة على تنفيذ القواعد الخاصة بالتخلص من النفايات، ومن ثم تتركز واجباته بصفة خاصة في:

١ – الإشراف والرقابة على الطرق والوسائل التي تؤدي إلى تكوين النفايات حتى يتم تجميعها والتخلص منها.

٢ – مراقبة تنفيذ القوانين المتعلقة بحماية البيئة.

٣ – الاشتراك في معالجة القصور داخل المنشأة فيما يتعلق بالنفايات.

٤ – إعطاء توصياته ومقترحاته فيما يخص تنفيذ قوانين البيئة.

٥ – إرشاد إدارة المنشأة إلى الوسائل الكفيلة بخفض النفايات.

٦ – مراعاة تطبيق التعليمات الخاصة بتقليل النفايات ومعالجتها ونقلها إلى وحدات معالجة النفايات.

يعتبر هذا التدبير – بتقديري – مميزاً وعلى درجة عالية من الأهمية والضرورة؛ إذ إن وجود مثل هذا الخبير في منشأة تتولد عنها نفايات خطرة، يساعد على التعامل معها بطرق صحيحة وإدارتها بطرق سليمة بيئياً، كما أن من شأنه العمل على تقليل إنتاج هذه النفايات واستخدام المواد التي تتولد عنها نفايات خطرة وإيجاد بدائل سليمة بيئياً من حيث تكوينها والنفايات التي تتولد

عنها. وهو ما حاولت التشريعات العربية عموماً تحقيقه أما بيان ذلك فسيتولى الفرع التالي القيام به.

الفرع الثاني
في التشريعات العربية

عملت الدول العربية على تطوير تشريعاتها الوطنية اعتماداً على ما جاءت به الاتفاقيات البيئية الدولية التي صادقت عليها مسايرة بذلك تشريعات الدول المتقدمة اقتصادياً وسنتخذ القوانين السورية والمصرية واللبنانية نماذج لهذه الدراسة وفق الآتي:

أولاً – التشريع السوري:

صادقت سوريا على اتفاقية بازل في ١٩٩٢/٦/٢٢م، واستتبع ذلك إصدار مجموعة من القوانين والنصوص التنفيذية لمضمون هذه الاتفاقية من أهمها قانون النظافة رقم (٤٩) لعام ٢٠٠٤م، وقانون البيئة رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٢م، والمعدل بالقانون رقم (١٧) لعام ٢٠٠٤م، ونظام إدارة النفايات الخطرة لعام ٢٠٠٣م[١]. إلا أن هذه القوانين لم تتضمن أية تدابير وقائية خاصة بمنع عمليات الاتجار بالنفايات الخطرة ما خلا نص م(٥٧)[٢] من قانون النظافة، وكذلك نص م(٣)[٣] من نظام إدارة النفايات الخطرة الذي يُعدّ نصاً

(١) كما صدر في سوريا مجموعة من القوانين والمراسيم التشريعية المعنية بحماية البيئة وأحيائها من ضمنها القانون رقم /٩/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٢/٢٣م بشأن حماية البيئة البحرية من أخطار التلوث، والمرسوم التشريعي رقم /٩/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١/٢٩م والمتعلق ببروتوكول قرطاجنة للسلامة الأحيائية.

(٢) وردت هذه المادة في الفصل الثامن من قانون النظافة السوري رقم /٤٩/ لعام ٢٠٠٤م، وتنص على ما يلي: «يمنع توريد النفايات الخطرة والسامة بمختلف أنواعها إلى أراضي القطر ويُحال مورِّدها إلى القضاء المختص وفق القوانين والأنظمة النافذة».

(٣) م/٣/: «يحظر إدخال النفايات الخطرة إلى الجمهورية العربية السورية أو السماح بمرورها فيها أو في مياهها الإقليمية أو في المنطقة الاقتصادية الخالصة أو في أجوائها».

عاماً تنضوي تحته مختلف أنواع النفايات الخطرة، بينما اقتصرت م(٣٠)[١] من قانون البيئة السوري على حظر عبور النفايات النووية والمشعة إلى الأراضي السورية ما يجعله نصاً خاصاً بهذا النوع من النفايات الخطرة. ويظهر من خلال هذه النصوص اعتماد المشرع السوري النهج القاضي بعدم السماح لشحنات النفايات الخطرة بدخول الإقليم السوري أو العبور فيه لعدم توافر الإمكانيات المادية والفنية، والتقنيات اللازمة لمعالجة هذه النفايات وإدارتها بطرق سليمة بيئياً. ويعتبر حظر استيراد النفايات الخطرة أهم الإجراءات الوقائية التي نصت عليها اتفاقية بازل بهدف التصدي لعمليات الاتجار، فقد أولى المشرع السوري أهمية كبيرة لهذا الإجراء، ومارس حقه في حظر استيراد هذه النفايات، حتى إنه منع مجرد السماح بمرورها في الأراضي أو المياه أو الأجواء السورية تجنباً لأي تهديد بالخطر قد يتأتى من وجود هذه النفايات على أراضينا حتى لو كان هذا الوجود مؤقتاً. وهي سياسة ناجعة في مجال التعامل مع النفايات الخطرة في الدول التي لا تمتلك القدرة على معالجتها والسيطرة على الأخطار المرافقة لوجودها في أقاليمها.

أما التزام المشرع السوري باتفاقية روتردام[٢] فيبرز من خلال نص م(٣١) من قانون البيئة السوري، التي نصت على أنه:

---

(١) م(٣٠) من قانون البيئة السوري رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٢م المعدل بالقانون رقم (١٧) لعام ٢٠٠٤م:
«يعاقب كل من ساهم أو ساعد في عبور النفايات النووية أو المشعة إلى الجمهورية العربية السورية بالاعتقال المؤقت خمس سنوات على الأقل وبالغرامة من ثلاثة ملايين ليرة سورية إلى عشرة ملايين ليرة سورية، ويقضى بعقوبة الإعدام إذا أدخل هذه النفايات بقصد إلقائها أو دفنها أو إغراقها أو إحراقها أو تخزينها في الجمهورية العربية السورية».

(٢) صادق المشرع السوري على اتفاقية روتردام في ٢٠٠٣/٩/٢٤م. ولكن لم نلحظ أي تطبيق قضائي لنصوص المواد التي اعتمدها المشرع السوري تنفيذاً لاتفاقية روتردام.

«في حال ثبوت أن المواد الكيميائية المستوردة ضارة بالبيئة يلزم مستوردها بإخراجها بقرار من الوزير، وتعد إعادة المواد المخالفة إلى بلد المصدر من قبيل إعادة الحال إلى ما كان عليه المنصوص عليها في م(٢٩)[١] من هذا القانون».

يمكن اعتبار نص م(٣١) نصاً وقائياً بالنسبة إلى عمليات الاتجار انطلاقاً من مبدأ التحكم بوجود المواد الكيميائية الخطرة على الأرض السورية والذي يعتبر التدبير الوقائي الأول في مجال التحكم بإنتاج النفايات الخطرة والذي ينعكس إيجاباً على عمليات الاتجار من خلال التقليل منها قدر الإمكان. وفي هذا المجال وضعت الهيئة العامة لشؤون البيئة المرتسم الوطني للسلامة الكيميائية[٢]، كما ألقى المشرع السوري على عاتق الهيئة العامة عدداً من الالتزامات، من أهمها تنمية الوعي العام البيئي بمختلف الوسائل وإجراء البحوث والدراسات المتعلقة بشؤون البيئة ودعمها وتقويم الأخطار الناتجة عن استعمال مختلف المواد التي تهدد سلامة البيئة، ومراقبة النشاطات ذات التأثير البيئي لدى الجهات العامة والخاصة للتحقق من مدى تقيدها بالمواصفات البيئية القياسية والمعايير المعتمدة، بالإضافة إلى العمل على إنشاء شبكات للرصد البيئي وتشغيلها، وإعداد بنك المعلومات البيئي وتنظيمه ومتابعة تطويره[٣].

(١) م٢٩): «كل من سبب ضرراً للبيئة أو للأحياء بفعله أو بفعل الغير التابع له أو بفعل الأشياء التي في حراسته سواء عن قصد أو إهمال أو قلة احتراز أو تبصر أو عدم مراعاة الشرايع والأنظمة مسؤول تجاه الهيئة عن التعويض لها مباشرة إلى حساب الخزينة العامة للدولة عن الضرر الذي تقدر الهيئة كفايته إعادة الحال لما كان عليه ويجري تحصيل التعويض المذكور جبراً وفق أحكام قانون جباية الأموال العامة».

(٢) شارك المركز الوطني للمعلومات السمية التابع لوزارة الصحة السورية بوضع هذا المرتسم.

(٣) م(٤) من قانون البيئة السوري رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٢م، والمعدل بالقانون رقم (١٧) لعام ٢٠٠٤م.

أما بالنسبة إلى مدى التزام التشريع السوري باتفاقية استكهولم فلم يلحظ قانون البيئة السوري ما جاءت به هذه الاتفاقية؛ لأن إصدار قانون البيئة السوري كان سابقاً على تصديق سوريا على اتفاقية استكهولم، الذي تم في الشهر الثامن من عام ٢٠٠٥م، إلا أن الهيئة العامة لشؤون البيئة قامت بإعداد خطة وطنية لتنفيذ هذه الاتفاقية تم من خلالها جرد مبيدات (POBs)، ومركبات ثنائي الفينيل متعدد الكلور (PCBs)، وتحديد الحالة الراهنة لإدارة الملوثات العضوية الثابتة (POPs) وتحديد الآثار الصحية والبيئية لها في سوريا[١].

ثانياً – التشريع اللبناني:

حظر المشرع اللبناني – ممارساً حقه – استيراد النفايات الخطرة أو نقلها أو حيازتها بموجب المادة السادسة من قانون المحافظة على البيئة ضد التلوث من النفايات الضارة والمواد الخطرة، التي جاء فيها: «يمنع منعاً باتاً، وتحت أي ستار كان، استيراد أو إدخال أو حيازة أو نقل رواسب أو نفايات نووية أو ملوثة بإشعاعات نووية أو تحتوي مواد كيميائية سامة أو خطرة على السلامة العامة».

هذا الإجراء هو التدبير الوقائي الوحيد المختص بمكافحة الاتجار بالنفايات الخطرة، ولكن إلى جانب هذا التدبير الخاص كان هناك تدابير وقائية عامة[٢] قابلة للتطبيق على جميع الأفعال التي من شأنها تلويث البيئة – والتي يعتبر الاتجار بالنفايات الخطرة أحدها –.

ومن أهم هذه التدابير:

أ – وضع مجموعة من المبادئ الأساسية الواجب التقيد بها من قبل كل شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص نصت عليها م/ ٤/ من قانون حماية البيئة، من بينها:

---

(١) ورشة عمل وطنية حول إعداد الخطة الوطنية لتنفيذ اتفاقية استكهولم الخاصة بالملوثات العشوية الثابتة، في الفترة ما بين ٢٤–٢٥/٧/٢٠٠٧م. موقع الهيئة العامة لشؤون البيئة في سوريا: http://www.gcea.gov.sy/2011/01/13

(٢) جاء بهذه التدابير قانون حماية البيئة اللبناني رقم /٤٤٤/ الصادر بتاريخ ٢٩/٧/٢٠٠٢م.

- مبدأ الاحتراس الذي يقضي باعتماد تدابير فعالة ومناسبة بالاستناد إلى المعلومات العلمية وأفضل التقنيات النظيفة المتاحة الهادفة إلى الوقاية من أي تهديد بضرر محتمل وغير قابل للتصحيح يلحق بالبيئة.
- ومبدأ وقاية البيئة مما قد يلحق بها من ضرر باستخدام أفضل التقنيات المتوافرة.

ب – إنشاء نظام إدارة المعلومات:

ألزَمَ المشرع اللبناني مجلس الوزراء بوضع نظام لإدارة المعلومات المتعلقة بالبيئة وطرق حمايتها، يطبق بإشراف وزارة البيئة، ولأي شخص طبيعي أو معنوي معنيّ بالإدارة البيئية والتنمية المستدامة حق ولوج نظام إدارة المعلومات البيئية(١).

ج – الحث على التعاون مع الحكومة لحماية البيئة سواء أكان ذلك من قبل المواطنين أم من قبل المؤسسات العامة والخاصة العاملة في ميادين التعليم والتدريب والتربية والأبحاث والإعلام والثقافة. وإدخال التربية البيئية كمادة تعليمية في المدارس والمعاهد والجامعات العامة والخاصة.

وفي ذلك تطبيق فعلي للالتزامات التي نصت عليها اتفاقية بازل والتي صادقت عليها الحكومة اللبنانية.

أما فيما يتعلق بحماية البيئة البحرية من عمليات إغراق وتصريف النفايات الخطرة فقد جاءت المادة (٣٠) من قانون حماية البيئة لتنص على أنه:

«مع مراعاة أحكام المعاهدات الدولية والإقليمية التي انضم إليها لبنان، يمنع منعاً باتاً كل تصريف أو غمر أو حرق في المياه الإقليمية اللبنانية لكل مادة من شأنها بصورة مباشرة أو غير مباشرة أن:

(١) وفقاً للمادة (١٤) من قانون البيئة اللبناني التي أكدت حق كل شخص بالحصول على معلومات موضوعية تتعلق بوضع البيئة باستثناء المعلومات التي تتصل بالأمن القومي أو بالسرية المهنية، وأضافت: تحدَّد طرق تنظيم إدارة المعلومات البيئية بمرسوم يُتَّخَذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير البيئة واستشارة المجلس الوطني للبيئة.

١ – تمس بصحة الإنسان وبالموارد الطبيعية البحرية.

٢ – تؤذي الأنشطة والكائنات البحرية بما فيها الملاحة وصيد الأسماك والنباتات والطحالب.

٣ – تُفسِدُ نوعية المياه البحرية.

٤ – تُقلص من القيمة الترفيهية ومن الإمكانيات السياحية للبحر وللشواطئ اللبنانية».

إلا أنه استثنى من ذلك الحالات التي جاءت بها المادة (٣١) وهي:

١ – ألا ينتج عن المواد التي سيتم الترخيص بتصريفها أو غمرها أو حرقها في المياه الإقليمية وفي جوف الأرض البحرية في المياه الإقليمية المحاذير المذكورة في المادة (٣٠) السابق ذكرها.

٢ – أن يتم فرض الشروط التي تحول دون أن تتسبب العمليات المُرخَّص بها بضرر للبيئة البحرية.

ويتم منح الترخيص بمرسوم صادر عن وزير الأشغال العامة والنقل، يحدد شروط وإجراءات منح الترخيص، وإجراءات المراقبة، وشروط تطبيق هذه الأحكام على عمليات التصريف والغمر والطمر والحرق.

ويُمنَح هذا الترخيص استناداً إلى دراسة الفحص البيئي المبدئي[١] أو دراسة تقييم الأثر البيئي[٢] التي تتم وفقاً لأحكام هذا القانون ونصوصه التطبيقية.

---

(١) الفحص البيئي المبدئي هو دراسة أولية تهدف إلى تحديد الآثار البيئية المحتملة لمشروع ما بغية تحديد مدى ضرورة إجراء دراسة تقييم أثر بيئي للمشروع. وذلك وفق م(٢/ب) من قانون حماية البيئة اللبناني رقم (٤٤٤) للعام ٢٠٠٢م.

(٢) تقييم الأثر البيئي بحسب ما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة (٢) من قانون حماية البيئة اللبناني هو تحديد وتقدير وتقييم آثار مشروع ما على البيئة، وتعيين التدابير اللازمة للتخفيف من الآثار السلبية وزيادة الآثار الإيجابية على البيئة والموارد الطبيعية، وذلك قبل إعطاء القرار بالموافقة على المشروع أو رفضه.

وبالنسبة إلى امتثال المشرِّع اللبناني لالتزامات اتفاقيتي روتردام واستكهولم فقد نص في المادة الرابعة من قانون المحافظة على البيئة ضد التلوث من النفايات الضارة والمواد الخطرة على ما يلي: «على كل مُنتِج أو مُستورِد أو مُوزِّع أو حائِز أو ناقِل أن يُثبِت للسلطات المعنية أن النفايات الضارة التي تنجم عن المواد التي ينتجها أو يستوردها أو يوزعها أو يحوزها أو ينقلها، وفي جميع مراحل الإنتاج والتحويل والتوزيع والاستعمال والحفظ هي من النوع الممكن تصريفه وفقاً للشروط الملحوظة في هذا القانون والأنظمة التي تتخذ تطبيقاً لها، وعلى هؤلاء أن يُلبوا تحت طائلة المسؤولية طلب الإدارة تقديم المعلومات في هذا الشأن».

اهتم المشرع اللبناني بتخفيف إنتاج وتوليد النفايات الخطرة من خلال الإلزام بعدم إنتاج أو استعمال أو توزيع أو حتى استيراد أو تصدير أي مواد من الممكن أن يتولد عنها نفايات خطرة لا قدرة للحكومة اللبنانية على تصريفها والتخلص منها بطرق سليمة بيئياً. ولهذا أهميته وفعاليته في التقليل من توليد النفايات الخطرة؛ مما ينعكس إيجاباً على منع عمليات الاتجار. كما وسّع المشرع اللبناني من نطاق المسؤولية لتشمل المنتج، المستورِد، الموزِّع، الحائِز، الناقِل وأي شخص يمكن أن يكون له دور في وجود مثل هذه النفايات.

ومن جهة أخرى فقد أشار في المادة الخامسة من القانون ذاته إلى إمكانية «تنظيم عمليات إنتاج وتصنيع واستيراد وحيازة ونقل وبيع وحفظ واستعمال المواد المنتجة لنفايات ضارة بهدف تصريف هذه النفايات وتلافي مضارها، ويمكن عند الاقتضاء منع استيرادها والتعامل بها واستعمالها بالشكل الذي ينجم عنه الضرر كما يمكن إخضاع استيرادها للإجازة المسبَقَة من قبل الوزارة المختصة».

تؤكد هذه المادة الأهداف التي نادت بتحقيقها اتفاقية روتردام من خلال وجوب النص على التدابير اللازمة للحد والتخفيف من إنتاج واستعمال المواد الكيميائية الخطرة المحظورة والمقيّدة بشدة.

ويجب أن تترافق التدابير الوقائية التي اتخذها المشرع اللبناني مع حرص الحكومة بجميع مرافقها العامة والخاصة وبجميع فئاتها على حماية البيئة اللبنانية، كل ذلك بغية منع عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة. فقد حاول المشرع اتخاذ التدابير الملائمة لاحتياجات المجتمع والتي اعتمد فيها على بنود ومضامين الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها لبنان.

ثالثاً – التشريع المصري:

خصص المشرع المصري الفصل الثاني من الباب الأول من قانون البيئة رقم (٤) لعام ١٩٩٤م للمواد والنفايات الخطرة، فحظر من خلاله استيراد النفايات الخطرة أو مرورها في أراضيها من دون تصريح من الجهة الإدارية المختصة وذلك بموجب المادة (٣٢)[١]. وينمُّ ذلك عن امتثال المشرع المصري لما جاءت به اتفاقية بازل التي صادقت عليها مصر في ١٩٩٣/٦/٨م.

وفي مجال حماية البيئة البحرية جاءت م(٦٠) من قانون البيئة المصري لتنص على أنه:

«يحظر على ناقلات المواد السائلة الضارة إلقاء أو تصريف أية مواد ضارة أو نفايات أو مخلفات بطريقة إرادية مباشرة ينتج عنها ضرر بالبيئة المائية أو الصحة العامة أو الاستخدامات الأخرى المشروعة للبحر».

كما حظر هذا القانون، وفق ما جاءت به م(٣٨)، استعمال المواد الكيميائية ورش مبيدات الآفات ما دام قد ثبت ضررها على البيئة والصحة. وعلى الرغم من أن نص هذه المادة يتفق مع الالتزامات التي جاءت بها اتفاقية روتردام إلى أن مصر لم تكن وقتئذ من الدول المصادقة على اتفاقية روتردام؛ أي أن مصر

(١) نصت م(٣٢) على ما يلي: «يحظر استيراد النفايات الخطرة أو السماح بدخولها أو مرورها في أراضي جمهورية مصر العربية، ويحظر بغير تصريح من الجهة الإدارية المختصة السماح بمرور السفن التي تحمل النفايات الخطرة في البحر الإقليمي أو المنطقة البحرية الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية».

كانت سباقة في منع الأفعال التي من شأنها توليد النفايات الخطرة كاستعمال المواد الكيميائية الخطيرة والإفراط في استعمال المبيدات الحشرية العالية الخطورة وهو الإجراء الذي ثبتت أهميته في منع الاتجار بالنفايات الخطرة؛ الأمر الذي ينعكس إيجاباً على حماية البيئة والحفاظ عليها.

ومن جهة أخرى فقد أكد المشرع المصري أهمية تبادل المعلومات والقيام بحملات توعية وغيرها من التدابير العامة المتعلقة بالمحافظة على البيئة بشكل عام.

وبشكل عام يمكن القول إن مختلف القوانين العربية التي سبق التعرض لها فقد تبين أنها لم تحتو على أية تدابير وقائية لمنع عمليات الاتجار بالنفايات الخطرة ما عدا حظر إدخال أو مرور النفايات الخطرة في أراضيها أو مياهها الإقليمية أو المنطقة الاقتصادية الخالصة. فقد تضمنت هذه القوانين تدابير وقائية عامة لحماية البيئة والمحافظة عليها ومنع أفعال التلوث بشكل عام دون تخصيص لقضية أو عنصر معين، فأجمعت على ضرورة نشر الوعي بين فئات المجتمع كافة، وتأمين بنوك للمعلومات المتعلقة بشؤون البيئة وإتاحتها للجمهور، ويبدو هذا التدبير في التشريع اللبناني أوضح منه في باقي التشريعات العربية، بالإضافة إلى إدخال التربية البيئية كمادة تعليمية في مراحل الدراسة كافة. إلا أن ذلك لا يرقى إلى الدرجة اللازمة والكافية لمنع مثل هذه العمليات التي تتطلب تدابير أكثر قوة ليتم التصدي لمثل هذه العمليات ومواجهتها خاصة بعد أن ثبت حدوث العديد من عمليات الاتجار غير المشروع في أراضي ومياه العديد من الدول العربية كإدخال النفايات النووية والمشعة إلى أراضي بعض الدول العربية – كصحراء سيناء والبادية السورية والأراضي الفلسطينية – ودفنها فيها. وتبدو أهمية هذه التدابير في أن حدوث عمليات اتجار غير مشروعة في بلدان نامية كالدول العربية التي لا تمتلك أدنى القدرات والإمكانيات اللازمة لمعالجة هذه النفايات والتخلص منها بطرق سليمة بيئياً، سيعود حتماً بالضرر الكبير والمهلك للبيئة العربية وشعوبها القاطنة.

المبحث الثاني
جهات تنفيذ التدابير الوقائية

أثارت قضايا البيئة اهتمام الأوساط القانونية في دول العالم كافة. فاتجهت للبحث في مشكلاتها، والعمل على إيجاد الحلول لها وفق الإمكانيات الفنية والمادية المتاحة. ومن أهم هذه القضايا قضية الاتجار بالنفايات الخطرة، وقضية التأثيرات السلبية للمواد الكيميائية التي ارتبطت بالاتجار لما للتحكم بالمواد الكيميائية الخطرة ونفاياتها من أثر في الحد من عمليات الاتجار غير المشروعة.

تجسد الاهتمام العالمي في صور متعددة، كان من أهمها اعتماد الأداة التنفيذية الفعالة القادرة على تنفيذ القوانين النافذة؛ فتم استحداث المؤسسات المختصة بشؤون البيئة على المستوى الدولي أو الوطني، الحكومي وغير الحكومي كل في موقعه. وتقوم هذه المؤسسات بدور أساسي وفاعل في مجال تطبيق القوانين والأنظمة البيئية النافذة، والدفاع عن قضايا البيئة؛ لذا كان وجودها أساسياً. ويتطلب وضع القوانين البيئية والتدابير الوقائية – التي جاءت على ذكرها هذه القوانين – موضع التنفيذ أن تتعاون هذه المؤسسات البيئية فيما بينها، ومع الهيئات والمنظمات والسلطات الأخرى الوطنية والدولية بشكل دائم ومستمر.

وبناء على ذلك سيقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الهيئات والمنظمات الدولية.

المطلب الثاني: الهيئات والمنظمات الوطنية.

المطلب الأول
الهيئات والمنظمات الدولية

تجسَّد الاهتمام العالمي الواسع بمسائل البيئة في صور متعددة كان من أهمها استحداث المؤسسات المختصة بشؤون البيئة سواء على المستوى العالمي أو الإقليمي، وهو ما سيتم تفصيله فيما يلي في الفرعين التاليين.

الفرع الأول
الهيئات والمنظمات العالمية

ترعى الأمم المتحدة الدور البيئي العالمي من خلال برنامج الأمم المتحدة للبيئة، وبالمقابل توجد هيئات على المستوى العالمي كما هو الحال في حركة السلام الأخضر التي تعتبر أهم هيئة بيئية عالمية، لذا سيتم فيما يلي تفصيل دور كل من هذه الهيئات في مكافحة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة.

أولاً – برنامج الأمم المتحدة للبيئة (UNEP):

أحدثت منظمة الأمم المتحدة جهازاً فرعياً، تابعاً لها، خاصاً بالبيئة هو برنامج الأمم المتحدة للبيئة (UNEP). يعمل هذا البرنامج على ترقية التعاون الدولي في مجال البيئة، ومتابعة البرامج البيئية، وتنمية ونشر المعرفة البيئية لتنسيق الجهود الدولية في هذا المجال، وتنسيق نشاطات وهياكل نظام الأمم المتحدة للبيئة من خلال العمل على تحفيز جهود هذه الهياكل، ومراقبة أحوال البيئة عالمياً والتأكد من اهتمام الحكومات بمسائل البيئة، وتعزيز تنمية بيئية سليمة ومستدامة[١].

وضع هذا البرنامج مسألة تقليل توليد النفايات الخطرة بوسائل تقنية متطورة إحدى أهم أولوياته. وفي سبيل ذلك ساهم مع ست منظمات تابعة للأمم المتحدة[٢] بتأسيس البرنامج المشترك بين المنظمات للإدارة السليمة للكيماويات

---

(١) النهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للمواد الكيميائية، موقع الأمم المتحدة: http://www.unep.org/2010/04/30، كما يمكن العودة إلى د. فارس محمد عرمان، السياسة التشريعية لحماية البيئة في مصر وقطر ودور الأمم المتحدة في حمايتها، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص٧٠–٧٣.

(٢) هذه المنظمات هي: منظمة الزراعة والغذاء (FAO)، منظمة العمل الدولية (ILO)، منظمة التعاون والتنمية في المجال الاقتصادي (OECD)، منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (UNIDO)، معهد الأمم المتحدة للتدريب والبحوث (UNITAR)، منظمة الصحة العالمية (WHO)، النهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للمواد الكيميائية، المرجع السابق.

(IOMC)[1] تنفيذاً للتوصيات الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة والتنمية الذي عقد في ريو دي جانيرو عام ١٩٩٢م.

ومن أهم أهداف هذا البرنامج ضمان إنتاج واستخدام الكيماويات بطرق تقلل التأثيرات العكسية المهمة على البيئة وصحة الإنسان إلى الحد الأدنى بحلول العام ٢٠٢٠، وتحقيق الإدارة الدولية للكيماويات.

يقوم هذا البرنامج بدعم برامج تصنيف الكيماويات ووسمها في مجال الأخطار الصحية والبيئية؛ لأن معرفة تصنيفها ومخاطرها يفيد في اتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من آثارها، وتقييد استخداماتها كخطوة أساسية لمنع تولد النفايات الخطرة الناتجة عنها بما يؤثر إيجاباً على منع عمليات الاتجار غير المشروع بهذه النفايات. كما يدعم الدول في تنفيذ اتفاقية روتردام من خلال دعم أنشطة وبرامج كل من منظمة الزراعة والغذاء وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة، وفي تنفيذ اتفاقية استكهولم وتطوير الخطة الوطنية المعدة لهذا التنفيذ.

أما أهم مما قام به هذا البرنامج فهو تبنيه للنهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للكيماويات (SAICM)؛ إذ قام مجلس إدارة (UNEP) بالمطالبة باتخاذ الترتيبات اللازمة لعقد أنشطة لدعم الدول النامية والدول ذات الاقتصاديات الانتقالية في تنفيذ النهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للكيماويات.

ومن جهة أخرى قام برنامج (UNEP) بإعداد استراتيجية متوسطة الأمد (٢٠١٠-٢٠١٣)[2] حدد فيها مسألة المواد المؤذية والنفايات الخطرة كإحدى المسائل ذات الأولوية، وأشار إلى أن قدرته على تحقيق الأهداف المرجوة من هذه الاستراتيجية تتوقف على قدرته على تحديد التهديدات البيئية المترافقة مع المواد المؤذية والنفايات الخطرة، واقتراح حلول ملائمة وتسهيل نشرها وتنفيذها.

---

(١) لمزيد من تعرف برنامج (IOMC) وبرنامج (CAICM) يمكن زيارة موقع الأمم المتحدة: http://www.unep.org.2010.04.30.

(٢) يمكن الحصول على مضمون هذه الاستراتيجية من خلال زيارة موقع الأمم المتحدة: http://www.unep.org.2010.04.30.

وتتمثل الأهداف التي يتطلع برنامج الأمم المتحدة إلى تحقيقها من خلال هذه الاستراتيجية في:

أ – امتلاك الدول النامية الوعي الكافي والقدرات والموارد المالية الكافية لتقييم وإدارة وخفض المخاطر على صحة الإنسان والبيئة، التي تنجم عن المواد المؤذية والنفايات الخطرة.

ب – الوصول إلى سياسة دولية متماسكة، بالإضافة إلى تقديم النصح الفني للدول والجهات النامية من أجل إدارة الكيماويات المؤذية والنفايات الخطرة بطرق سليمة بيئياً، باستخدام أفضل أنواع التكنولوجيا.

ج – وضع وإعداد سياسة ملائمة ونظم سيطرة من أجل المواد المؤذية ذات الاهتمام العالمي ونقل النفايات الخطرة عبر الحدود، وإنفاذها بالتوافق مع الالتزامات الدولية للدولة والتنفيذ الفاعل للسياسات والأنظمة لضبط النقل غير المشروع والإغراق غير المقيد للنفايات الخطرة.

ومن جهة أخرى فقد قامت منظمة اليونيسكو (UNESCO) بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة للبيئة عام ١٩٧٥م بنشر برنامج دولي للتعليم البيئي، ساهم في توجيه الكثير من الأنشطة البيئية وبرامج التعليم والتدريب البيئي وخطط التنمية(١).

ولا يخفى على أحد ما للتعليم البيئي من أثر إيجابي وفعال في الحد من عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة، فهي تتوجه إلى العقول الشابة الفتية التي ستتولى مسؤولية الحفاظ على ما تبقى من بيئتها، علَّها تنجح في تصحيح أخطاء الأجيال السابقة سواء من جهة استخدام وماود سليمة بيئياً، أو العمل على التخلص من النفايات عند منابعها، وعدم إرسالها إلى دول لا تمتلك

(١) للتوسع يرجى العودة إلى د. إبراهيم محمد العناني، البيئة والتنمية (الأبعاد القانونية الدولية)، الحماية القانونية للبيئة في مصر، تقرير مقدم للمؤتمر العلمي الأول للقانونيين المصريين، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، ١٩٩٢م، ص١٨–٢٠.

أبسط الإمكانيات والقدرات الفنية والتقنية لمعالجة هذه الأنواع الخطيرة من النفايات.

ثانياً – حركة السلام الأخضر:

اتخذت هذه الحركة لنفسها الشعار القائل: «السلام الأخضر موجودة لأن هذه الأرض الهشة تستحق أن تُمْنَح حق التعبير. إنها بحاجة إلى حلول، بحاجة إلى تغيير، بحاجة إلى عمل»(١).

حركة السلام الأخضر هي منظمة بيئية عالمية مستقلة(٢)، تقوم بحملات عالمية لتغيير مواقف الحكومات وسلوك الدول من أجل حماية البيئة والحفاظ عليها وتعزيز السلام.

---

(١) "Greenpeace exists because this fragile earth deserves a voice. It needs solutions. It needs change. It needs action"

هذا هو شعار منظمة السلام الأخضر كما ورد في موقعها الإلكتروني:
http://www.greenpeace.org/2010/01.21.international

(٢) وللحفاظ على استقلالها المطلق فإن هذه المنظمة لا تقبل أموالاً من الشركات أو الحكومات أو الأحزاب السياسية، وإنما تعتمد على تبرعات مؤيدي المنظمة في مواصلة حملاتها السلمية لحماية البيئة. اتخذت هذه الحركة من مدينة أمستردام مقراً رئيسياً لها، بالإضافة إلى (٢٨) مكتباً وطنياً وإقليمياً في جميع أنحاء العالم، ولها حضور مدعوم في أكثر من (٤٠) بلداً في جميع أنحاء أوروبا والأمريكتين وآسيا وإفريقيا ومنطقة المحيط الهادئ. وفي ذلك يقول مؤسسوها: «نحن نتحدث عن (٢,٩) مليون من أنصارنا في جميع أنحاء العالم ويشجعنا العديد من الملايين للقيام بعملنا في كل يوم». وتتمتع مكاتبها الوطنية والإقليمية بحكم شبه ذاتي في تنفيذها لاستراتيجيات الحملات العالمية المتفق عليها بصورة مشتركة ضمن السياق الوطني، وتدار هذه المكاتب من الداخل، وتمثَّل بقوة ضمن الهيئات البيئية المحلية في جميع أنحاء العالم للبقاء على اتصال دائم ومباشر مع الجمهور. موقع حركة السلام الأخضر. المرجع السابق.

تتخذ هذه المنظمة من الدبلوماسية الهادئة، والضغط على الحكومات[1]، والقوة عندما تدعو الحاجة، والنقاش الواعي الحر المفتوح ووسائل لتحقيق أهدافها. كما تلتزم بالعمل على إيجاد الحلول للمشكلات البيئية المطروحة على المستوى العالمي بطرق سليمة، وفي سبيل ذلك تتولى تطوير وتنسيق الاستراتيجيات البيئية العالمية، وتنسيق حملاتها في جميع أنحاء العالم، كما تتابع تطور وأداء المكاتب الوطنية والإقليمية للسلام الأخضر، وكذلك تطوير وصيانة أسطول السفن التابع للمنظمة.

وتُوظِّف المنظمة أشخاصاً من جميع أنحاء العالم ممن يمتلكون القدرة على إدارة الحملات، جمع التبرعات وكذلك تضم الباحثين، ومستشاري الموارد البشرية والقانونية، والعاملين في مجالات الصحافة والسياسة والاتصالات والترجمة والتنسيق القانوني مما يضمن نجاح حملات هذه المنظمة ونشاطاتها لاحتوائها العديد من الخبرات والمهارات التي تتضافر جهودها لتحقيق أهداف المنظمة في حماية البيئة والحفاظ عليها.

ويعتقد مؤسسو المنظمة، وبدافع من رؤيتهم للعالم السلمي والأخضر، بأن عدداً قليلاً من الأفراد يمكن أن يُحدثوا تغييراً. واعتماداً على هذا الاعتقاد قام فريق من الناشطين بالإبحار من فانكوفر إلى كندا في قارب قديم ليكونوا شاهدين على قيام الولايات المتحدة بإجراء تجارب نووية تحت الأرض في جزيرة أمشيتكا – جزيرة صغيرة قبالة الساحل الغربي لألاسكا – في واحدة من أكثر مناطق العالم تعرضاً للزلازل. وعلى الرغم من أن قاربهم اعتُرِضَ وغَرِقَ قبل وصوله إلى أمشيتكا فإن هذه الرحلة أثارت الاهتمام العالمي.

ومنذ ذلك الوقت اتخذت هذه المنظمة من رحلات «الشاهد على» تقليداً يتم بطرق سلمية. وتشكل السفن جزءاً مهماً من عملهم في كل حملة. وبذلك كان

(١) استخدمت «السلام الأخضر» هذا الأسلوب عندما ضغطت على الحكومة الفرنسية لتصادق على اتفاقية استكهولم كي يكتمل نصاب دخولها حيز النفاذ، وبالفعل فقد وقَّعت الحكومة الفرنسية على هذه الاتفاقية التي دخلت حيز النفاذ مباشرة في العام ٢٠٠٤م. موقع حركة السلام الأخضر، المرجع السابق.

لحركة السلام الأخضر العديد من المشجعين والمؤيدين لمواقفها، فجسَّدوا نشاطات هذه الحركة على المستوى الإقليمي سواء من قبل أفراد هذه الحركة أم من قبل حركات أخرى لها الهدف نفسه. وهو ما سيفصَّل في الفرع التالي.

الفرع الثاني
الهيئات والمنظمات الإقليمية

يتركز مجال نشاط هذه الهيئات في النطاق الإقليمي نتيجة التقاء ثقافة عدة دول كما هو الحال في حركة السلام الأخضر للاتحاد الأوروبي ومجلس وزراء البيئة العرب، وهو ما سيتولى هذا الفرع بيانه وفق الآتي:

أولاً – حركة السلام الأخضر للاتحاد الأوروبي:

قامت السلام الأخضر للاتحاد الأوروبي كجزء من منظمة السلام الأخضر الدولية، واتخذت من مدينة بروكسل مقراً لها. وتقوم هذه الحركة برصد وتحليل عمل مؤسسات الاتحاد الأوروبي، وفضح سياساته وقوانينه القاصرة، وتحدي صانعي القرار لتنفيذ الحلول التدريبية. ففي عام ١٩٩٤م قامت فرق السلام الأخضر بفضح تجارة النفايات السامة التي تقوم بها منظمة التعاون الاقتصادي إلى البلدان غير الأعضاء فيها.

بالإضافة إلى ذلك قامت فرق السلام الأخضر بإجبار شركات إلكترونية عملاقة أمثال فيليبس وسامسونج على اتخاذ سياسة تدوير نفاياتها الإلكترونية والتخلص منها بطرق مشروعة وسليمة بيئياً بدلاً من إلقائها من دون معالجة، وأُجبِرَت فرنسا على إعادة سفينة حربية قديمة محملة بالنفايات السامة أرسلت بغرض إلقاء هذه النفايات في الهند، كما أُجبرت أستونيا على إطلاق تحقيق في ناقلة نفايات سامة سببت تسميم الآلاف وموت (٨) أشخاص بعد حصار دام (٣) أيام فرضته فرق المنظمة لقيام هذه الناقلة بإلقاء نفاياتها في ساحل العاج[١].

(١) من ضمن إنجازات هذه المنظمة دخول اتفاقية استكهولم حيز النفاذ بعد سنوات من الضغط. موقع حركة السلام الأخضر، المرجع السابق.

ثانياً – مجلس وزراء البيئة العرب[١]:

اعتمد مجلس الوزراء العرب المسؤولين عن شؤون البيئة في الدورة (١٧) المنعقدة في مقر الجامعة العربية في بداية عام ٢٠٠٥م إعلان القاهرة الخاص بالنهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للكيماويات والاتفاقيات البيئية الدولية الخاصة بالمواد والنفايات الخطرة، ولعل من أهم ما جاء به هذا الإعلان:

١ – اعتماد الإدارة السليمة للمواد الكيميائية والنفايات الخطرة، واعتبارها إحدى أولويات السياسة الوطنية والإقليمية والدولية.

٢ – توفير ونشر المعلومات والمعارف المتعلقة بالمواد الكيميائية خاصة من حيث تأثيراتها السلبية على صحة البشر والمخاطر التي تحملها للبيئة، وإتاحتها للجمهور.

٣ – التنفيذ الفاعل للاتفاقيات البيئية الدولية ذات العلاقة، مع محاولة الاستفادة من أوجه التوافق فيما بينها، والحد من الثغرات في إطار السياسات الدولية للمواد الكيميائية.

٤ – منع الاتجار غير المشروع في المواد الكيميائية الذي يسبب أضراراً بالغة للدول العربية والدول النامية.

٥ – التعاون الكامل بصورة منفتحة وشاملة وشفافة في تنفيذ ومواصلة تطوير النهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للكيماويات[٢].

---

(١) هو هيئة تابعة لجامعة الدول العربية، يتولى توجيه وتنسيق ومتابعة العمل العربي في مجال حماية البيئة. موقع جهاز شؤون البيئة المصري:
http://www.eeaa.gov/2010/01/05

(٢) يعتبر هذا الإعلان أساساً للتحرك المستقبلي ويعكس وجهة النظر العربية في النهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للكيماويات والاتفاقيات البيئية ذات العلاقة. للاطلاع على البنود الأخرى التي جاء بها هذا الإعلان يمكن العودة إلى: مشروع إعلان القاهرة الصادر عن مجلس الوزراء العرب المسؤولين عن شؤون البيئة بشأن النهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للكيماويات، منشور على موقع جهاز شؤون البيئة المصري: http://www.eeaa.gov/2010/01/05.

إذاً، فقد أولت الدول العربية مسألة الاتجار غير المشروع في المواد الكيميائية والنفايات الخطرة أهمية خاصة، فضمنت إعلانها مجموعة من الإجراءات والتدابير التي يمكن اتخاذها للحد من عمليات الاتجار، ومن أهم هذه التدابير:

- تأمين إدارة سياسية وتشريعية بيئية وطنية.
- تأمين إدارة مؤسساتية لوضع الخطط البيئية وتنفيذها.
- تأمين الوعي وتبادل المعلومات المتعلقة بالبيئة عموماً وبقضية الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة.
- تدريب وبناء قدرات المسؤولين عن تنفيذ الخطط والمشاريع البيئية.
- التعاون مع شبكات المعلومات الإقليمية والدولية لكشف عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة.
- تدريب رجال الجمارك على تنفيذ الخطط الموضوعة، وتدريبهم على استخدام دلالات المخاطر عند الحدود، وذلك من خلال اعتماد مبادرة الجمارك الخضراء، وإقامة ورش تدريبية، وبناء القدرات.
- زيادة الوعي لدى صانعي القرارات والسياسات، ولدى المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية والمواطنين فيما يتعلق بالآثار السلبية لدخول المواد الكيميائية الخطرة والنفايات الخطرة بصورة غير مشروعة سواء على البيئة أم على الصحة العامة، واستخدام وسائل الإعلام لدعم هذه التوعية.
- توثيق العلاقة بين الجمارك الوطنية والجمارك العالمية والإنتربول.
- الترويج لبدائل هذه المواد الخطرة[1].

(١) تنفيذ النهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للمواد الكيميائية في الدول العربية، تقرير مقدم من مصر نيابة عن الدول العربية، المؤتمر الدولي المعني بإدارة المواد الكيميائية، الدورة الثانية، جنيف ١١-١٥/٥/٢٠٠٩م، الوثيقة رقم SAICM/ICCM.2/INF.45، موقع النهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للمواد الكيميائية (SACIM)، برنامج الأمم المتحدة للبيئة: http://www.chem..unep.ch/2010/04/30

مما سبق يمكن لنا القول إن قضايا البيئة قد أثارت فعلاً اهتمام الأوساط العربية والعالمية فاتجهت للبحث في مشاكلها، والعمل على إيجاد الحلول لها وفق الإمكانيات المتاحة. ومن هذه القضايا الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة، والتأثيرات السلبية للمواد الكيميائية والعمل على إدارتها وفق أسس سليمة. وهذه القضية كثيراً ما نوقشت في معرض مناقشة قضية الاتجار غير المشروع على اعتبار أن التحكم بالمواد الكيميائية الخطرة التي تنتج عنها نفايات خطرة، له تأثير كبير على الحد من عمليات الاتجار غير المشروع، وغالباً ما تم النص على التدابير التي من شأنها حظر أو التقليل من إنتاج أو استخدام بعض المواد الكيميائية بهدف منع عمليات الاتجار غير المشروع، وتحقيق ذلك يتطلب التعاون الدائم والمستمر بين الهيئات والمنظمات فيما بينها من جهة، ومع السلطات الوطنية من جهة أخرى. وهو ما سيتولى المطلب التالي توضيحه بنوع من التفصيل.

المطلب الثاني
الهيئات والمنظمات الوطنية

إن وجود تشريعات على مستوى عال من الدقة والشمول لا قيمة له ما لم يحظ تنفيذ هذه القوانين بالفعالية والدقة في إسناد المهام، لذا قامت الدول بإصدار تشريعات متعددة وتركت لكل جهة إدارية مهمة مراقبة تطبيق القوانين التي تدخل في اختصاصها. إلا أن الاهتمام بالبيئة لم يقتصر على الهيئات والمنظمات الحكومية، ويظهر ذلك من خلال اشتراك المجتمع المدني بمختلف شرائحه وفئاته في العديد من الأنشطة البيئية. وسيتم بيان ذلك من خلال تخصيص الفرع الأول للهيئات والمنظمات الحكومية، والفرع الثاني للهيئات والمنظمات غير الحكومية.

الفرع الأول
الهيئات والمنظمات الحكومية

اتجهت بعض الدول إلى إنشاء وزارة لشؤون البيئة تهتم بشؤون البيئة كافة، وخوَّلتها الصلاحيات اللازمة لذلك بعد أن كانت هذه الصلاحيات موزعة بين جهات عدة؛ الأمر الذي نتج عنه في بعض الأحيان تعارض القرارات الصادرة عن هذه الجهات والهيئات التنفيذية؛ مما وقف عائقاً في وجه حماية عناصر البيئة المختلفة.

وبالمقابل قامت دول أخرى بإنشاء هيئات خاصة مستقلة، معنية بشؤون البيئة، معفاة من اتباع الروتين الإداري الذي يشكل في بعض الأحيان عائقاً في وجه تطبيق بعض القوانين كالأجهزة الخاصة بحماية البيئة.

وذهب فريق ثالث باتجاه استحداث وزارة خاصة بالبيئة، وإنشاء هيئة أو هيئات تابعة لهذه الوزارات، ويتم تحديد مهام كل منها والاختصاصات المنوطة بكل جهة.

وسيتم فيما يلي دراسة أمثلة عن هذه الأساليب في كل من سوريا ومصر وألمانيا وفرنسا وأمريكا.

أولاً – في سوريا:

استُحدِثَت الهيئة العامة لشؤون البيئة بموجب المرسوم التشريعي رقم (١١) لعام ١٩٩١م. وتخضع هذه الهيئة في أحكامها لقانون البيئة رقم (٥٠) للعام ٢٠٠٢م، والمعدل بالقانون رقم (١٧) للعام ٢٠٠٤م، وذلك وفقاً لما جاءت به المادة (٢)[١] من هذا القانون الذي حدد في مادته الرابعة المهام التي تضطلع بها هذه الهيئة والتي من أهمها:

(١) نصت م(٢) من قانون البيئة السوري على ما يلي: «تخضع الهيئة العامة لشؤون البيئة المحدثة بالمرسوم التشريعي رقم (١١) للعام ١٩٩١م إلى الأحكام المبينة في هذا القانون».

١ – إعداد التشريعات والأنظمة والدراسات الكفيلة بالحفاظ على البيئة بمختلف عناصرها.

٢ – وضع التعليمات لتصنيف النفايات وتحديد درجة خطورتها وآلية معالجتها.

٣ – وضع أسس تداول المواد الضارة والخطرة على البيئة، وتصنيفها، وتخزينها، ونقلها، وإتلافها، والتخلص منها، وتحديد ما يُمنَع إدخاله منها إلى الإقليم السوري وفقاً لنظام يصدر بمقتضى أحكام هذا القانون.

٤ – اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع إدخال أي نفايات إلى الإقليم السوري أو طمرها فيه.

قامت هذه الهيئة تنفيذاً لمهامها بوضع نظام إدارة النفايات الخطرة[١] الذي حظرت بموجبه استيراد هذه النفايات في حين سمحت «بتصديرها بغرض التخلص النهائي الآمن منها إلى دولة لديها مرافق التخلص اللازمة وذلك بعد أخذ موافقة الهيئة وموافقة الجهة الرسمية المعنية في الدولة المصدَّر إليها»[٢]، كما وضعت قائمة بالنفايات الخطرة الممنوع إدخالها إلى الأراضي السورية أو عبورها في المياه الإقليمية أو المنطقة الاقتصادية الخالصة.

وترتبط الهيئة العامة لشؤون البيئة بمكتب العلاقات الدولية[٣] الذي يقوم بما يلي:

---

(١) كما وضعت دليل تخزين المبيدات ونقلها، الدليل الفني للترميد، الدليل الفني للطمر، دليل فني لتخزين المواد الكيميائية الخطرة، وحددت المواد الكيميائية الممنوعة.

(٢) المادة الرابعة من نظام إدارة النفايات الخطرة.

(٣) كما يرتبط مدير هذه الهيئة بعدد من المكاتب الأخرى، هي: مكتب المدير العام، ومكتب العلاقات العامة، ومكتب نظم الإدارة البيئية الذي يقوم بمتابعة جميع النشاطات في مجالات نظم الإدارة البيئية وأدواتها، وتنظيم الدورات بالتنسيق مع مديرية التدريب والتوعية وحلقات العمل لتعزيز تطبيق هذه النظم في كافة القطاعات، كما ينسق مع المديريات المعنية والجهات المختصة لوضع الإطار القانوني والمؤسساتي للإنتاج الأنظف في القطر وإحداث مركز متخصص لذلك، بالإضافة إلى متابعة وتنسيق الجهود في مجال التجارة والبيئة، والعمل على نشر مبادئ وتطبيقات نظم الإدارة البيئية الآيزو (١٤٠٠٠) في جميع المناطق الصناعية والمنشآت الصناعية والحرفية خارج هذه المناطق. موقع الهيئة العامة لشؤون البيئة في سوريا: http://www.gcea.gov.sy/2010/11/12

١ – دراسة الاتفاقيات الثنائية، ومذكرات التفاهم، والاتفاقيات الإقليمية والمتعددة الأطراف بالتنسيق مع الجهات العنية، وتتبع تنفيذها.

٢ – تتبع تنفيذ وتطبيق البرامج التنفيذية المتعلقة بالاتفاقيات، ومذكرات التفاهم، والنشاطات المتفق عليها مع الدول والهيئات والمنظمات على الصعيدين العربي والدولي في مجال حماية البيئة.

٣ – العمل، وبالتنسيق مع مديرية التدريب والتوعية والإعلام البيئية، لتعميم المنح الاطلاعية والتدريبية والجدولات التي تتلقاها الهيئة من المنظمات العربية والدولية ومن هيئة تخطيط الدولة.

٤ – إعداد تقرير سنوي عن واقع العلاقات والتعاون الدولي في مجال حماية البيئة في سورية، ومتابعة تقارير تتبع المعاهدات البيئية الدولية مع منسقي الاتفاقيات في الهيئة.

٥ – التنسيق مع المديريات المختصة في الهيئة من أجل التحضير والمشاركة في ورش العمل والندوات والاجتماعات داخل القطر وخارجه في مجال حماية البيئة.

وتعمل هذه الهيئة على تسيير أمورها والقيام بواجباتها من خلال مديرياتها الفرعية المرتبطة بها مباشرة[١] والتي من أهمها – في مجال مكافحة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة – مديرية السلامة الكيميائية، ومديرية تقييم الأثر البيئي، ومديرية التدريب والتوعية والإعلام البيئي.

قامت مديرية السلامة الكيميائية بعدة مشاريع، أبرزها مشروع استكمال جرد النفايات الخطرة، ودراسة الجدوى لإنشاء مركز معالجة متكاملة لهذه

(١) يرتبط بالهيئة العامة لشؤون البيئة عدد من المديريات الفرعية، هي: مديرية الشؤون القانونية والإدارية، ومديرية التخطيط والإحصاء، ومديرية تقييم الأثر البيئي، ومديرية سلامة المياه، ومديرية سلامة الغلاف الجوي، ومديرية سلامة الأراضي، ومديرية السلامة الكيميائية، ومديرية التنوع الحيوي والمحميات الطبيعية، ومديرية التدريب والتوعية والإعلام البيئي. موقع الهيئة العامة لشؤون البيئة في سوريا، المرجع السابق.

النفايات، ومشروع تقييم وإدارة الأخطار للصناعات الكيميائية والبتروكيميائية القائمة في سوريا، بالإضافة إلى مشروع الاستعداد والاستجابة للحوادث البيئية الكيميائية الطارئة.

وكذلك فقد أطلقت الهيئة العامة لشؤون البيئة عبر مديرية التوعية والإعلام البيئي البرنامج الوطني لتعزيز المشاركة المجتمعية في قضايا صحة البيئة، كما وضعت هذه الهيئة أيضاً مشروع دعم المركز الوطني للإنتاج الأنظف.

أما بالنسبة إلى مديرية تقييم الأثر البيئي فهي ترتبط بموقع نظام ودعم تقييم الأثر البيئي في سوريا (EIA Supports System) وهو نظام لدعم تقييم الأثر البيئي في سوريا. وتلزِم التعليمات التنفيذية هذا النظام بتقديم الدعم لكل العاملين المعنيين بإجراءات تقييم الأثر البيئي، بالإضافة إلى تزويدهم بكافة المعلومات التي يحتاجونها أثناء القيام بعملهم. وقد تم الاهتمام بالسلطات المسؤولة عن كل الخضطوات ضمن إجراءات تقييم الأثر البيئي، وبالمستثمرين المسؤولين عن تقديم المعلومات المتعلقة بالتأثيرات البيئية المتوقعة التي يجب إدراجها ضمن بيان الأثر البيئي. كما يفترض أن يقدم هذا النظام العون لجميع العاملين في هذا المجال كالخبراء المرخصين في مجال تقييم الأثر البيئي[١] والأطراف المعنية والعامة الذين يحتمل تأثرهم بالمشروع.

ومن جهة أخرى نصت م(١٥) من قانون البيئة على استحداث هيئة أخرى معنية بشؤون البيئة هي مجلس حماية البيئة[٢].

---

(١) تم مؤخراً تأسيس شبكة خبراء تقييم الأثر البيئي في سوريا. وهي تنظيم خاص بالعاملين في مجال تقييم الأثر البيئي وإجراءاته سواء أكانوا من العاملين في القطاع العام أم الخاص، ويحمل كل واحد من هؤلاء شهادة خبير وفقاً لما جاء في م(٢) من التعليمات التنفيذية لإجراءات تقييم الأثر البيئي. موقع نظام ودعم تقييم الأثر البيئي في سوريا: http://www.eia-susy.yourweb.de/2010/11/12

(٢) حل هذا المجلس بموجب قانون البيئة محل المجلس الأعلى لسلامة البيئة المنصوص على تشكيله في المرسوم التشريعي رقم (١١) للعام ١٩٩١م، ويضم هذا المجلس في تشكيله وزارات عدة من أهمها وزارات البيئة والداخلية والصحة والنقل والصناعة والزراعة.

ومن أهم المهام التي تمت إناطتها بهذا المجلس:

- إقرار السياسة العامة لحماية البيئة والاستراتيجية الوطنية لها، والخطط والبرامج الخاصة بها في إطار السياسة العامة للدولة.
- إقرار واعتماد التعليمات والقرارات واللوائح التنفيذية اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون، والأنظمة الصادرة بموجبه.

كانت الهيئة العامة لشؤون البيئة، ومجلس حماية البيئة تابعين لوزارة الإدارة المحلية والبيئة قبل إصدار المرسوم التشريعي رقم (٢٥) للعام ٢٠٠٩م القاضي باستحداث وزارة الدولة لشؤون البيئة، الذي جاء في المادة السابعة منه:

«أ – يُمارِس وزير الدولة لشؤون البيئة الصلاحيات والاختصاصات التي كانت تُمارَس من قبل وزير الإدارة المحلية والبيئة بالنسبة لمركز الدراسات البيئية والهيئة العامة لشؤون البيئة ويرتبطان به.

ب – يُضاف اسم وزير الدولة لشؤون البيئة إلى مجلس حماية البيئة ويعتبر نائباً للرئيس».

ومن ثم تتولى وزارة الدولة لشؤون البيئة المهام والاختصاصات التي كانت تتولاها وزارة الإدارة المحلية والبيئة بموجب التشريعات والأنظمة النافذة.

وبذلك تكون سوريا قد اعتمدت أسلوب استحداث أجهزة خاصة بشؤون البيئة، وإلحاقها بوزير الدولة لشؤون البيئة كهيئات ومؤسسات تابعة لوزارة البيئة. ولهذا الأسلوب العديد من المزايا التي تجعلني أميل لتأييده، فمن شأنه تأمين جهة إدارية ومرجعية عليا، مختصة بشؤون البيئة، يُلحَق بها أجهزة وهيئات تكون بمنزلة أدوات تنفيذية لا مركزية، مفوضة باتخاذ بعض القرارات، واعتماد بعض السياسات التنفيذية من دون الرجوع إلى وزارة البيئة؛ الأمر الذي يُسرِّع عملية معالجة بعض القضايا التي تتطلب معالجتها السرعة في اتخاذ القرار. وعلى الرغم من أهمية هذه السياسة فإنها لا تزال سياسة نظرية لم يحالفها الحظ بالوصول إلى مصافي التطبيق العملي لحداثة عهد هذه الأجهزة من جهة، وقلة – أو بالأحرى ندرة – القضايا العملية المتعلقة بعمليات الاتجار

غير المشروع بالنفايات الخطرة والمعروضة على القضاء السوري من جهة أخرى؛ الأمر الذي يجعل تقييم هذه الهيئات الإدارية من الناحية العملية أمراً غير متصوَّر، على الأقل في الوقت الحالي(١).

ثانياً – في مصر:

تتمثل أهم الأجهزة الحكومية في مصر في وزارة الدولة لشؤون البيئة والأجهزة التابعة لها، تليها في الأهمية الوزارات الأخرى ذات الصلة، وهي وزارة الصحة، وزارة الري، وزارة الزراعة، وزارة الصناعة، وزارة الإسكان والتعمير، وزارة البترول، وزارة الداخلية(٢).

ويتبع لوزارة الدولة لشؤون البيئة جهاز شؤون البيئة(٣). وهو جهاز لحماية وتنمية البيئة، يؤمِّن التواصل بين رئاسة مجلس الوزراء ومختلف الوزارات والهيئات الأخرى المعنية بشؤون البيئة.

يقوم هذا الجهاز برسم السياسة العامة، وإعداد الخطط اللازمة للحفاظ على البيئة وتنميتها، ومتابعة تنفيذ هذه الخطط بالتنسيق مع الجهات المختصة. الجهاز هو الجهة القومية المختصة بدعم العلاقات البيئية بين مصر والدول والمنظمات الدولية والإقليمية، ويوصي باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للانضمام إلى الاتفاقيات الدولية والإقليمية المتعلقة بالبيئة، ويُعِدّ مشروعات القوانين والقرارات اللازمة لتنفيذ هذه الاتفاقيات(٤). ومن مهامه أيضاً:

---

(١) بالنسبة إلى قيام أحد المسؤولين السوريين بدفن النفايات النووية في البادية السورية فهي أولاً حادثة سابقة على استحداث وزارة متخصصة بشؤون البيئة الذي كان في عام ٢٠٠٩م، كما أنه لم يتم اكتشافها إلا بعد سقوط هذه القضية بالتقادم الجزائي.

(٢) د. فارس محمد عمران، السياسة التشريعية لحماية البيئة في مصر وقطر، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٥م، ص٤٤–٤٧.

(٣) أُنشئ بقرار صادر عن رئاسة مجلس الوزراء، يتبع للوزير المختص بشؤون البيئة الذي يرأس مجلس إدارته الذي يُعتبر السلطة العليا في هذا الجهاز. مركزه في القاهرة، وينشأ بقرار من الوزير المختص بشؤون البيئة فروع لهذا الجهاز في المحافظات.

(٤) ومن ضمنها الاتفاقيات الدولية المعنية بالنفايات الخطرة التي يتناولها هذا البحث وهي اتفاقيات بازل وروتردام واستكهولم.

١ – المشاركة في إعداد خطة تأمين البلاد ضد تسرب المواد والنفايات الخطرة والملوِّثة للبيئة.

٢ – جمع المعلومات القومية والدولية الخاصة بالوضع البيئي، والتغيرات التي تطرأ عليه بصفة دورية بالتعاون مع مراكز المعلومات في الجهات الأخرى، وتقويمها، واستخدامها في الإدارة والتخطيط البيئي، ونشرها.

٣ – وضع برامج التثقيف البيئي للمواطنين والمعاونة في تنفيذها، والاشتراك مع وزارة البيئة والتعليم في إعداد برامج تدريبية لحماية البيئة في نطاق برامج الدراسة المختلفة في مرحلة التعليم الأساسي(١).

وفي هذا الإطار لا بد من الإشارة إلى قرار رئيس مصر الخاص بتشكيل لجنة لبحث مشكلات حماية البيئة والصادر بتاريخ ١٠/٨/١٩٩٧م، والذي نصت مادته الثانية على ما يلي:

«تختص اللجنة بالتنسيق بين المشروعات الخاصة بحماية البيئة الواردة ببرامج الوزارات المعنية في جميع المحافظات، ولها على الأخص:

- اقتراح خطة شاملة لمشروعات حماية البيئة.
- اقتراح الوسائل التي تحقق حماية البيئة بمختلف عناصرها.
- دراسة التقارير والاقتراحات والمشروعات التي تستهدف حماية البيئة، والارتقاء بصحة المواطنين»(٢).

تشكيل هذه اللجنة خطوة جيدة في مجال العمل الجاد والدؤوب لوضع اليد على أهم القضايا البيئية، وإيجاد الحلول المناسبة لها من قبل الخبراء والملمين

---

(١) المواد (٢–٦) من قانون البيئة المصري رقم (٤) لعام ١٩٩٤م، المنشور في الجريدة الرسمية المصرية العدد (٥) الصادر بتاريخ ٣/٢/١٩٩٤م، والمواد (٢–٦) من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٣٣٨) تاريخ ١٨/٢/١٩٩٥م.

(٢) د. محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للبيئة في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، ص٤٩٤–٤٩٦.

بهذه القضايا والتي من أهمها قضية الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة – موضوع هذا البحث –. وحبَّذا لو تهتم لجنة كهذه بقضية مهمة كالاتجار بالنفايات الخطرة في ضوء القدرات الوطنية المتاحة، أو على الأقل أن تقوم بنشر عمليات الاتجار التي ساهمت في كشفها، أو تعميم الإجراءات التي قامت باتخاذها(١)، والتعاون مع الهيئات المعنية بشؤون البيئة لتشكيل لجنة مماثلة على الصعيد العربي لمواجهة عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة التي يتم ممارستها في الدول العربية والتي تحدث بكثرة على الرغم من عدم عرضها أمام القضاء أو التحدث بها علناً؛ إذ الدعم المالي والسياسي الذي تلقاه مثل هذه العمليات يجعل من مثول مرتكبي هذه الأفعال أمام القضاء أمراً غاية في الصعوبة.

ومن شأن تعاون هذه اللجنة – مع العلم بضرورة ذلك وإمكانيته – مع الجهات الوطنية الأخرى والإقليمية والدولية، والوصول إلى أفضل التقنيات الممكنة في سبيل معالجة ومكافحة عمليات الاتجار غير المشروعة، وغيرها من القضايا الشائكة التي تعتبر من الأهمية بمكان. وكل ما يرجوه كل منا أن يتم تنفيذ هذه القرارات بشكل فاعل لتحقيق الغرض الذي أُصدِرَت من أجله.

ثالثاً – في ألمانيا:(٢)

تتمثل المؤسسات التي تهتم بصناعة السياسة البيئية بشكل أساسي في الحكومة الممثلة في المستشار والوزارات المعنية، ويقوم الوزراء بوضع السياسة البيئية للحكومة بالاشتراك مع السلطات المختصة المعنية التابعة لها.

---

(١) لم نتمكن من الوقوف على أي نشاط لهذه اللجنة فيما يتعلق بعمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة إلا أن توسيع صلاحياتها ومهامها من شأنه – من دون شك – إعطاء الحق لهذه اللجنة في تقديم العون لكشف عمليات الاتجار وتوفير المعلومات التي قد تتوافر عنها وتزويد مختلف فئات الشعب بها وبكيفية تجنبها وتجنب مخاطرها.

(٢) BHartkopf, G., Bohn, Umweltpolitik. Bd. 1: Grundlangen, Analysen und Perspektivcen Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983m p.114. ورد لدى د.صلاح زين الدين، تطور التشريعات السياسية البيئية في ألمانيا، مرجع سابق، ص٢٠-٢١.

كانت وزارة الداخلية مكلفة بشؤون البيئة حتى العام ١٩٨٦م الذي تم فيه استحداث وزارة البيئة وحماية الطبيعة وسلامة المفاعلات النووية بموجب القانون الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٦/٥م. جَمَعَ هذا القانون اختصاصات وواجبات الوزارات[١] التي كانت تضطلع بشؤون البيئة ونقل التكليف بهذه الشؤون إلى وزارة البيئة، ومن أهم هذه المهام اقتصاد إدارة النفايات وتجنب أضرار المواد الكيميائية وسلامة المنشآت النووية بالإضافة إلى الحماية من أخطار الإشعاع وغيرها من النشاطات المتصلة بشؤون البيئة.

ويساعدها في أداء مهامها هيئتان تابعتان لها، هما:

- مكتب البيئة في برلين.
- مركز البحوث الخاص بحماية الطبيعة.

وتتعاون وزارة البيئة مع بعض الهيئات والمؤسسات من أجل تنسيق العمل في بقية الوزارات، ومن أهم هذه الهيئات الاستشارية مجلس الخبراء في قضايا البيئة.

ومن شأن اضطلاع وزارة البيئة بهذه المهام، وتعاونها الدائم مع الهيئات الوطنية الأخرى تقييد إنتاج المواد الكيميائية الخطرة، ومن ثم انخفاض كمية النفايات الخطرة المتولدة عنها. ولكن بالمقابل عليها أن تتعاون مع الجمارك الوطنية لمراقبة شحنات النفايات الخطرة الواردة من الخارج لتضمن فعلاً تخفيض نسبة النفايات الخطرة الموجودة على أرضها.

رابعاً – في فرنسا:

أُنشِئَت في فرنسا وزارة مستقلة للبيئة منذ عام ١٩٧١م واعتُبِرَت من أهم الوزارات لارتباطها في مجالات عدة كالصناعة والزراعة والنقل. قُسِّمَت الوزارة

(١) هذه الوزارات هي وزارة الزراعة والأغذية والغابات، وزارة الداخلية، وزارة الشباب والأسرة والصحة. BHartkopf, G.، المرجع السابق ورد لدى د. صلاح زين الدين، تطور التشريعات السياسية البيئية في ألمانيا، مرجع سابق، ص٢٠-٢١.

إلى إدارات عديدة تختص كل منها بعنصر بيئي أو قضية بيئية كإدارة المنتجات الكيميائية وإدارة حماية الماء من التلوث. وتقوم هذه الوزارة بالتصدي لأفعال الإضرار بالبيئة والعمل على المحافظة عليها وتحسينها وإصدار البحوث والدراسات المختلفة التي تهتم بشؤون البيئة إلى جانب الاهتمام بنشر الوعي البيئي بين أفراد الشعب والأجهزة الإدارية المختلفة مما يعطيها أهمية كبرى في هذا المجال(١). ويضاف إلى ذلك تولّي هذه الوزارة مهمة اعتماد البرامج والخطط اللازمة لحماية البيئة وصيانتها واقتراح القوانين واللوائح وكل ما يتعلق بإطار الحياة.

أما بالنسبة إلى عمليات الاتجار بالنفايات الخطرة كانت فرنسا من بين الدول التي سمحت باستيراد النفايات الخطرة وتصديرها ولكن بشرط حصول الناقل أو المالك الأصلي للنفايات الخطرة على موافقة رئيس قسم المنطقة أو الإقليم الذي يحتوي على الوسائل والمعدات المجهزة لاستقبال هذه الأنواع من النفايات الخطرة.

ويُخوَّل وزير البيئة إعطاء الموافقة على تصدير النفايات الخطرة في حال كون فرنسا دولة مُصدِّرة لهذه النفايات إلى دولة أخرى سواء أكانت عضواً في الاتحاد الأوروبي أم لا، ولكن يشترط في هذه الحالة حصول ناقل أو مالك النفايات على قبول السلطات المختصة في بلد المقصد – الاستيراد –، والدول التي ستمرّ فيها هذه النفايات. وكذا في حال كانت فرنسا دولة عبور، فإن وزير البيئة هو المسؤول عن السماح أو عدم السماح بعبور النفايات الخطرة في الأراضي والمياه الفرنسية(٢).

---

(١) د. نور الدين هنداوي، السياسة التشريعية والإدارة التنفيذية لحماية البيئة، تقرير مقدم للمؤتمر الأول للقانونيين المصريين عن الحماية القانونية للبيئة في مصر، الجمعية المصرية للاقتصاد والإحصاء والتشريع، القاهرة، مصر، ١٩٩٢م، ص١٣–١٥.

(٢) المادتان (١٨) و(٣٤) من المرسوم رقم (٩٠–٢٦٧) الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٣/٢٣م. الموقع الإلكتروني التالي: http://www.thermya.com/2010/07/03.

ولكن ما دام المشرع الفرنسي قد أوكل المهام المتعلقة بشؤون البيئة لوزارة مختصة ربما كان من الأنسب عملياً إسناد منح تراخيص استيراد النفايات الخطرة وتصديرها وعبورها، سواء من دولة عضو في الاتحاد الأوروبي أم لا، إلى وزير البيئة مع إمكانية التفويض ببعض المهام لمديري فروع وزارة البيئة في المحافظات والمدن الفرنسية.

بالإضافة إلى وجوب وجود ممثلين عن وزارة البيئة في المناطق الحدودية والمرافئ والمطارات لضمان التعاون بين وزارة البيئة والسلطات الجمركية لكشف أي محاولة استيراد أو تصدير أو عبور غير مشروعة أياً كان مصدرها.

خامساً – في أمريكا:

تأسست وكالة حماية البيئة الأمريكية[1] في ٢/١٢/١٩٧٠م، وتقوم هذه الوكالة بتنفيذ القوانين البيئية التي تُقرّها الهيئة التشريعية – Congress –، من خلال وضع اللوائح التنفيذية والعمل على تطبيقها، كما تتبادل المعلومات مع الدول الأخرى ومنظمات القطاع الخاص والمؤسسات الأكاديمية وغيرها.

ويزوّد مدير وكالة حماية البيئة الهيئة التشريعية بتقرير سنوي يتضمن وصفاً تفصيلياً للأعمال التي تم مباشرتها وفقاً للاستراتيجية الوطنية الموضوعة، وتقييماً للبيانات، وتحليلاً للمواد والنفايات الكيميائية السامة والخطرة.

ومن ناحية أخرى فقد نصت المادة الثامنة من قانون منع التلوث في أمريكا الصادر في عام ١٩٩٠م على تأسيس لجنة استشارية من الخبراء

(١) هي هيئة مستقلة تقوم مقام وزارة البيئة، معظم موظفيها من المتعلمين والمتدربين تدريباً تقنياً والمهندسين والعلماء ومحللي السياسات إلى جانب عدد كبير من الموظفين المهتمين بالأعمال القانونية والشؤون العامة والمالية وإدارة المعلومات والمتخصصين بالكمبيوتر. ويعمل هؤلاء في مختلف أنحاء البلاد بغية معالجة الأخطار الصحية الناتجة عن السموم والتلوث، وتجديد ثقة الجمهور في وكالة حماية البيئة. وللوكالة مقر رئيسي يكمن في العاصمة واشنطن، بالإضافة إلى عشرة مكاتب إقليمية موزعة في الولايات، موقع وكالة حماية البيئة الأمريكية:
http://www.epa.gov/2010/05/26

والتقنيين تشمل ممثلين عن الصناعة، وممثلين عن الجماعات المهتمة بشؤون البيئة. تقوم هذه اللجنة بتقديم النصح والمشورة بشأن أفضل الطرق لتحسين الأوضاع البيئية ونشر البيانات، ووضع برنامج تدريبي بغية خفض توليد النفايات عند المصدر، وإصدار وثائق توجيهية وإقامة ورشات عمل(١).

أما فيما يتعلق باستيراد المواد والنفايات الخطرة فيعود أمر قبول هذا الاستيراد أو رفضه لوزير الخزانة، ويمكن مراجعة قرار رفض الاستيراد أمام مدير وكالة حماية البيئة الأمريكية. في حين يكون تقرير جواز التصدير عائداً لمدير الوكالة الذي يمكن له رفض التصدير إذا وجد أن المواد والنفايات التي يُراد تصديرها ستنتج أخطاراً غير مقبولة، مؤذية للصحة الإنسانية والبيئة. ولكن في حال كانت هذه المواد غير مؤذية للصحة والبيئة، فيمكن عندها السماح بتصديرها ويعتَبَر مدير الوكالة هو المسؤول عن تزويد حكومة بلد الاستيراد بالمعلومات المتعلقة بالاختبارات التي تم إجراؤها على المواد والنفايات المراد تصديرها، بالإضافة إلى أي معلومات أخرى قد تطلبها حكومة بلد الاستيراد(٢).

يبدو مما سبق ميل القوانين السابقة بمجملها لتنفيذ أحكام اتفاقية بازل من خلال تعيين سلطة مختصة لمنح تراخيص استيراد وتصدير النفايات الخطرة ضمن الشروط التي تتناسب ومتطلبات مجتمعاتها وقدرة بيئاتها على استيعاب مثل هذه النفايات، ووفقاً للأسلوب الذي يتلاءم مع النظام السائد في كل منها، في حين يقتصر دور هذه الجهات في الدول العربية بالنسبة إلى جرم الاتجار على منح تراخيص بتصدير النفايات الخطرة دون السماح باستيرادها لعدم قدرة هذه الدول على معالجة مثل هذه النفايات أو امتلاكها للإمكانيات والقدرات الفنية والتقنية اللازمة لإدارتها إدارة سليمة بيئياً.

---

(١) Pollution Prevention Act of 1990, http://epa.gov/2010/01/23

(٢) Section /12/ and Section /13/, Title 1 "Control of Toxic Substances", Toxic Substances Control Act, 31, December, 2002, http://www.epa.gov/2010/01/23.

الفرع الثاني
الهيئات والمنظمات غير الحكومية

برزت المنظمات غير الحكومية منذ ثمانينيات القرن العشرين كقوة مهمة على الساحة العالمية تعمل على إضفاء الطابع الديمقراطي على عمليات صنع القرار، وحماية حقوق الإنسان، وتوفير الخدمات الأساسية لمن هم في أمس الحاجة إليها.

ويعود السبب في ظهور هذه الهيئات إلى خيبة أمل فئات معينة من الشعب في قيام الدولة بدورها، في تيسير أمور التنمية البشرية المستدامة، بالإضافة إلى الاعتقاد بأن لامركزية هذه الهيئات تؤمن لها مرونة أكثر في التعامل وتعطيها المهارات المطلوبة للاضطلاع بهذا الدور(١).

ظهرت هذه الهيئات على شكل حركات أو جمعيات أو هيئات خاصة قام الأفراد بتكوينها على المستوى الوطني. وسيتم فيما يلي التعرض لبعض أنواع الجمعيات الأهلية في سوريا ولبنان ومصر.

أولاً – في سوريا:

لم يتضمن قانون البيئة رقم (٥٠) للعام ٢٠٠٢م المعدل بالقانون رقم (١٧) لعام ٢٠٠٤م أي نص يتعلق بإنشاء الجمعيات والمنظمات غير الحكومية أو تنظيمها، ولكن المناخ الديمقراطي والتعاوني الموجود في سوريا هيأ أسباب ظهور الكثير من الجمعيات والمنظمات المعنية بأمور البيئة من أهمها جمعية أصدقاء البيئة، وجمعية حماية البيئة السورية، وهي جمعية غير حكومية، غير ربحية، مستقلة، ذات نفع عام، تأسست عام ١٩٩٢م على يد مجموعة من الأساتذة والخبراء والمختصين المعنيين بأمور البيئة والتنمية البيئية، في مدينة

(١) المنظور الجديد لإدارة النفايات الصناعية الصلبة في المنطقة العربية، المنظمة العربية للتنمية الصناعية والتعدين، الرباط – المملكة المغربية، مقال منشور على الموقع التالي على شبكة الإنترنت aidmo@arifonet.org.ma/2010/04/30. كما تناول الفكرة ذاتها د. فارس محمد عمران، السياسة التشريعية لحماية البيئة، مرجع سابق، ص ٤٨.

دمشق، وهي تُعنى بحماية البيئة والحفاظ على الثروات الطبيعية في سورية، وتوعية الناس وتنبيههم على الأخطار البيئية المرافقة لاعتماد بعض التقنيات والتجهيزات الحديثة.

وتسعى الجمعية لتحقيق أهدافها ونقلها إلى أرض الواقع ضمن الإمكانات والدعم المتوفر والمتاح لها، وقد قامت بالعديد من المشاريع والأعمال في مجال البيئة والمحافظة عليها أو مجال التوعية البيئية وذلك بالتعاون مع جهات ومنظمات وهيئات أخرى، وتركزت جهودها وفعالياتها على الأنشطة المحلية بطرق فنية كمسابقات تصوير ضوئية، حملات تشجير ونظافة، حملات توعية وتثقيف ونشر للمعرفة والرسائل البيئية بين مختلف شرائح المجتمع السوري، ودخلت كشريك مع منظمة إيطالية غير حكومية هي منظمة البحوث والتعاون في مشروع فني ثقافي ممول جزئياً من بعثة الاتحاد الأوروبي بدمشق، كما عقدت مع بعثة الاتحاد الأوروبي بدمشق يتضمن إقامة مسابقة للأعمال الفنية عن مواد يعاد استعمالها أو تدويرها.

وقد وضعت هذه الجمعية مجموعة من الأهداف العامة التي تسعى إلى تحقيقها من خلال فعالياتها ونشاطاتها، ومن أهمها العمل على نشر الوعي والثقافة البيئية، والمساهمة في إعداد البحوث والدراسات البيئية، والتعاون والتنسيق مع وزارات الدولة ومؤسساتها المعنية بأمور البيئة والمنظمات والهيئات البيئية غير الحكومية، بالإضافة إلى عقد لقاءات وندوات وورش عمل على الصعيد الوطني تستهدف معالجة مشكلات البيئة الملحة والمساهمة في صياغة وتطوير التشريعات البيئية والمشاركة في النشاطات العربية والإقليمية والدولية المتعلقة بقضايا وشؤون البيئة.

وفي سبيل تحقيق هذه الأهداف ترى هذه الجمعية ضرورة إصدار نشرات تتضمن دراسات ومقالات ومواضيع ذات صلة بواقع البيئة السورية ومستقبلها، وتنظيم حملات توعية وإقامة دورات واجتماعات عامة، وأخذ المبادرة في تقديم اقتراحات وتوصيات واعتماد مواقف ثابتة من القضايا البيئية المطروحة والتأثير

على اتجاهات ومواقف صانعي القرار نحو احترام وتلبية المتطلبات والشروط البيئية في كل مجالات ونشاطات المجتمع(١).

ثانياً – في لبنان:

أولى قانون البيئة اللبناني لحماية البيئة رقم (٤٤٤) لعام ٢٠٠٢م هذه الهيئات أهمية كبرى واعتبر كل مواطن لبناني عضواً فيها(٢)، وتنفيذاً لما جاء به هذا القانون فقد تم إنشاء العديد من المنظمات والجمعيات المعنية بالبيئة بجوانبها المختلفة وعناصرها المتعددة ومن هذه الجمعيات أكاديمية البيئة والطاقة للأبحاث والتنمية الملائمة، واللجنة الوطنية للمحافظة على الطبيعة بلبنان ومنظمة المنبر الأخضر ولجنة رعاية البيئة – الشمال، ومركز دراسات وتوثيق وعلوم البيئة(٣). بالإضافة إلى التجمع اللبناني لحماية البيئة وهو عبارة عن منظمة غير حكومية، أسست في عام ١٩٩١م، مقرها العاصمة بيروت، وتتركز مجالات نشاطها الأساسية في أعمال البيئة والتنمية. وقد حددت أهدافها في:

- حماية البيئة من الإنسان ولأجله.
- جمع شمل الجمعيات والهيئات البيئية لتنسيق عملها وزيادة فاعليتها.
- العمل على تشجيع إنشاء جمعيات جديدة في جميع المناطق.
- التنسيق مع الوزارات والهيئات المعنية بالبيئة وطنياً ودولياً.

وبغية تحقيق أهدافها قامت بمجموعة من النشاطات، أهمها وضع خطة عمل للبيئة في لبنان، تنظيم ورشة عمل لتفعيل دور الجمعيات البيئية في لبنان، كما قامت بعقد المؤتمر الوطني للجمعيات البيئية في لبنان.

---

(١) الموقع الإلكتروني لهذه الجمعية على شبكة الإنترنت:
gshahin@scs-net.org/2010/04/30
كما يمكن الحصول على معلومات عن هذه الجمعية من خلال زيارة الموقع التالي على شبكة الإنترنت: http://ar..wikipedia.org/2010/04.30

(٢) المواد (٣)، (٤)، (١٨)، (١٩) من قانون حماية البيئة اللبناني، والمادة (١) من قانون المحافظة على البيئة ضد التلوث من النفايات الضارة والمواد الخطرة.

(٣) www.raednetwork.org/lebanon.doc/2010/04/10

وبذلك تكون لبنان قد خطت خطوة مهمة في مجال المنظمات البيئية غير الحكومية وربما كان من المفيد لو وجدت منظمة بيئية كهذه عربياً.

ثالثاً – في مصر:

جاء قانون البيئة رقم (٤) لعام ١٩٩٤م خالياً من أي نص يشير إلى موقفه من مشاركة فئات المجتمع المدني، ومساهمته في حماية البيئة والحفاظ عليها، ولكن لائحته التنفيذية استدركت هذا القصور من خلال نص م(٦٥) التي جاء فيها:

«يجوز لكل مواطن أو جمعية معنية بحماية البيئة اللجوء إلى الأجهزة الإدارية والقضائية المختصة بغرض تنفيذ أحكام قانون البيئة وما ورد بهذه اللائحة...».

كما قام المجتمع المدني المصري ببذل جهود كبيرة بهدف زيادة الوعي البيئي وحماية البيئة. وإدراكاً من وزارة الدولة لشؤون البيئة لأهمية هذا الدور في دعم وتحسين الظروف البيئية قامت بمحاولات عدة لدعم الحوار والتعاون مع الجمعيات الأهلية، وذلك من خلال تشكيل لجنة من الجمعيات تضم ممثلين لوزارة شؤون البيئة وجهازها التنفيذي، واتحاد المنظمات غير الحكومية بغرض إعداد برنامج جاد لتشجيع التعاون بين الوزارة والجهاز والجمعيات الأهلية. ويتم حالياً دراسة تشكيل وحدة بوزارة الدولة لشؤون البيئة خاصة بالجمعيات الأهلية تعمل كحلقة وصل لدعم التعاون مع هذه الجمعيات(١).

ويلاحظ على تشكيل مجلس إدارة جهاز شؤون البيئة أنه يضم عشرة أعضاء يمثلون قطاعات غير حكومية وهو ما يفصح عن اتجاه المشرِّع المصري إلى تأكيد المشاركة الشعبية في إدارة البيئة في مصر ورسم السياسات البيئية وصنع القرار في مجالات إدارة البيئة(٢).

---

(١) التقرير السنوي لعام ٢٠٠٠/٢٠٠١م، جهاز شؤون البيئة، وزارة الدولة لشؤون البيئة، موقع وزارة الدولة لشؤون البيئة: http://www.eeaa.gov.eg/2010/04/30

(٢) التشريعات البيئية في الدول العربية ومدى التزامها بمتطلبات الاتفاقيات الدولية البيئية والمفاهيم الحديثة، دراسة معدة من قبل الأمانة الفنية لمجلس الوزراء العرب المسؤولين عن شؤون البيئة، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، إدارة البيئة والإسكان والتنمية المستدامة، ٥/٢٠٠٧، ص٨٦–٨٧.

وفي هذا الإطار من دعم نشاطات الجمعيات والمنظمات غير الحكومية فقد قامت في مصر العديد من الجمعيات المهتمة بشؤون البيئة، من أهمها الجمعية المصرية لعلوم البيئة، والجمعية المصرية للتشريعات الصحية والبيئية، والجمعية المصرية للمحافظة على البيئة، والجمعية المصرية لطب الصناعات، والمكتب العربي للشباب والبيئة(١)، بالإضافة إلى جمعية التنمية الصحية والبيئية، وهي منظمة غير حكومية أسست وأُشهِرَت بوزارة الشؤون الاجتماعية في شهر تشرين الثاني من عام ١٩٨٧م تحت رقم (٣٥٢٧)، وتم تعديل تسجيلها إلى منظمة تعمل على مستوى محافظات مصر كافة في عام ١٩٩٨م. تضم الجمعية العمومية ما يقرب من مائة عضو يمثلون تخصصات متنوعة. وتعمل الجمعية في المساعدة على تطوير وتطبيق سياسات ونظم ملائمة في مجالات الصحة والبيئة، وتتبنى في عملها مبادئ المساواة، وحقوق الإنسان، والتنمية المتكاملة، والمشاركة النشطة والفاعلة من قبل المجتمع(٢).

وبعد تعرف هذه المنظمات والاطلاع على كيفية نشوئها، وأهم النشاطات التي تقوم بها لتحقيق أهدافها العامة والمرحلية نصل إلى نتيجة مفادها أن معظم المنظمات الوطنية ذات اهتمامات بيئية عامة – كما هو الوضع في سوريا – ولكن هذا لا ينفي وجود جمعيات ومنظمات نشأت لتكون مهتمة بعنصر من عناصر البيئة أو بقضية بيئية معينة كالتي نشأت في مصر ولبنان، وحبّذا لو عمّقت هذه المنظمات والجمعيات اهتمامها بمختلف القضايا البيئية التي تحتاج إلى الكثير من الاهتمام والمتابعة والدراسة الوقائية والعلاجية كما هو الحال في قضية النفايات الخطرة، فهي مسألة تحتل مكانتها من الأهمية بين القضايا البيئية لانتشار آثارها السلبية على البيئة والإنسان في جميع بقاع الأرض ابتداء من مكان نشوئها إلى مكان التخلص منها، وهو ما حاز جانباً كبيراً من اهتمام

(١) موقع الجمعية المركزية للإعلام والبيئة: http://www.ceme.org.eg/2010/04/30

(٢) موقع جمعية التنمية الصحية والبيئية على شبكة الإنترنت:
www.ahedegypt.org/2010/04/30

الحركات العالمية كحركة السلام الأخضر التي أثبتت جدارتها في القضايا البيئية عامة وعمليات الاتجار بالنفايات الخطرة خاصة، وكان لإرادة وعزيمة أفرادها الفضل في تحقيق الكثير من الأهداف التي ما كانت لتتحقق على المستوى الوطني وحبذا لو تُقيم الجمعيات والمنظمات الوطنية علاقات تعاون فيما بينها وبين فروع هذه الحركة لضمان تحقيق الأهداف التي تسعى كل منها لتحقيقها سواء على المستوى الوطني أو المستوى العالمي.

الخاتمة

يتبين من خلال البحث أن مسألة تلوث البيئة لاقت صدى واسعاً لدى مختلف دول العالم التي بادرت سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الوطني لاتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية التي من شأنها الحد من عمليات الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة أو التقليل منها قدر الإمكان؛ فقامت بوضع مجموعة من القوانين الوطنية التي كانت في مجملها تجسيداً لما جاءت به الوثائق الدولية التي عالجت مسألة الاتجار غير المشروع بالنفايات الخطرة مثل إعلان ريو واتفاقيات بازل وروتردام واستكهولم، التي ركزت بمجموعها على ضرورة حظر أو تقييد إنتاج المواد الكيميائية الخطرة التي تُنتج أنواعاً عديدة من النفايات الخطرة، والاستعاضة عن هذه المواد بمواد أخرى أقل ضرراً، والعمل على إيجاد حلول وبدائل سليمة بيئياً، واتخاذ التدابير الكفيلة بإدارة النفايات الخطرة، وتنظيم الحملات الدولية والإقليمية والوطنية لزيادة الوعي لدى مختلف فئات المجتمع وتزويدها بالمعدات التقنية الضرورية واللازمة للمساهمة في الحد من عمليات الاتجار، بالإضافة إلى تحسين جمع وتحليل البيانات المتعلقة بهذه العمليات وتبادل الخبرات والمعلومات بشأنها.

وقد أيقنت هذه الدول أن وجود نصوص قانونية جامدة ليس من شأنه تحقيق الغاية المبتغاة في حماية البيئة والحفاظ عليها من الأنشطة الضارة بالبيئة عموماً، ومن عمليات الاتجار بالنفايات الخطرة خصوصاً، فاتجهت إلى استحداث أدوات تنفيذية، مؤهَّلة، قادرة على وضع هذه النصوص القانونية موضع التنفيذ. وتنوعت الدول في أساليب النظم الإدارية التي اعتمدتها، فبينما اتجه بعضها إلى تطبيق نظام المركزية من خلال تسمية جهة معينة مختصة بشؤون البيئة تُسنَد إليها المهام المتعلقة بحماية البيئة وصونها، اتجه البعض الآخر إلى نظام اللامركزية المتمثل باستحداث هيئة إدارية عليا وجهات تابعة لها تُخول القيام ببعض المهام التي يمكن لها تسييرها من دون الرجوع إلى الجهة المركزية، وكان هذا الرأي الأخير هو ما اعتمدناه كأسلوب مميز في هذا المجال.

أما الهيئات غير الحكومية، فقد ظهرت بعد قمة ريو التي شكلت نقطة تحول بالنسبة لكيفية تعامل الدول مع القضايا البيئية. فقد ساهمت هذه القمة في التوجه نحو الاهتمام الجدي والفاعل بمختلف قضايا البيئة، وكرَّست ذلك من خلال الإعلان العالمي حول وضع استراتيجيات وطنية لحماية البيئة، والتقليل من توليد النفايات الخطرة، وضرورة إشراك منظمات المجتمع المدني في دراسة وتنفيذ الاستراتيجيات في مواجهة التدهور البيئي والتلوث، وإدماج البيئة كعنصر أساسي لتنمية فاعلة. وتنفيذاً لهذه الوثائق تم استحداث العديد من الهيئات والمنظمات العالمية كبرنامج هيئة الأمم المتحدة للبيئة الذي كان له دور كبير في تحسين إدارة المواد الكيميائية الخطرة عن طريق البرنامج المشترك بين المنظمات للإدارة السليمة للكيماويات (IOMC)، والنهج الاستراتيجي للإدارة الدولية للكيماويات (SAICM)؛ إذ يمثل حظر أو تقييد استخدام المواد الكيميائية الخطرة القاعدة والأساس للتقليل من توليد النفايات الخطرة؛ الأمر الذي يحد من عمليات الاتجار غير المشروع. وقد كان لحركة السلام الأخضر الفضل الكبير في منع ومكافحة العديد من عمليات إغراق وتفريغ النفايات الخطرة في أراضي ومياه عدة دول في العالم، كما مارست الضغوط المكثفة على الشركات الإلكترونية لمعالجة نفاياتها التي تعد على درجة عالية من الخطر، وسعت لإجبارها على التقليل من إنتاج هذه المواد أو حظرها إن أمكن، واستخدام بدائل أقل خطورة سواء من جهة تكوينها أم من جهة النفايات المتولدة عنها. ففي كل عام تُلقى مئات الآلاف من النفايات الإلكترونية، وأجهزة الكمبيوتر القديمة والهواتف المحمولة المحتوية على مواد كيميائية سامة في مدافن النفايات، أو تُحرَق في مصاهر معدة لذلك إلا أن النسبة الكبرى من هذه النفايات يتم تصديرهات من أوروبا والولايات المتحدة واليابان إلى آسيا، وغالباً ما يتم ذلك بشكل غير قانوني[1].

(١) تمكّنت حركة السلام الأخضر من الحصول على وعد من أهم الشركات المنتجة للإلكترونيات مثل LG، HP، Dell، Sony Ericsson، Sony، Samsung، Nokia، وكذا =

وعلى الرغم من أهمية الإنجازات التي حققتها الهيئات العالمية يبدو أن للهيئات والمنظمات الإقليمية دوراً أكثر فعالية يتأتى من حصر نشاطها في مناطق محددة، وهو ما ظهر في قيام حركة السلام الأخضر على مستوى الاتحاد الأوروبي، ومجلس وزراء البيئة العرب؛ إذ تقوم هذه الهيئات بتحديد المشكلات والقضايا البيئية في حدود الإقليم الذي تعمل من أجله، وتختار من الحلول أنجعها تبعاً للطبيعة الجغرافية والقانونية لهذا الإقليم. وهذا هو حال الجمعيات والمنظمات الوطنية التي تجمع مختلف فئات المجتمع المدني على المستوى الوطني التي طالت أنشطتها معظم معالم الحياة. فقد ساهمت الجمعيات الأهلية في الدول العربية – التي تعرَّض لها البحث بالدراسة – في تنظيف الحدائق والممرات، ورمي القمامة في أماكنها وغيرها من القضايا التي من شأنها ضمان حق الإنسان في العيش في بيئة نظيفة إلا أن اهتمامها بالقضايا البيئية الشائكة والكبيرة فقد كان خجولاً إلى حد ما نتيجة قلة الإمكانيات والخبرات الفنية والمادية اللازمة للتعامل مع هكذا قضايا وهو ما يوجب على هذه الهيئات أن تتعاون مع الهيئات العالمية المعنية بالبيئة من جهة، ومع الهيئات الحكومية من جهة أخرى وذلك بغية اكتساب الخبرة في كيفية التعامل مع المسائل البيئية الخطرة، وتوعية المواطن وتعريفه بهذه المشكلات البيئية المهمة التي تهدد بيئته وسلامته. ومن ثم يصبح لزاماً على الجمعيات والهيئات الأهلية الوطنية أن تعمل مع الهيئات الحكومية الوطنية جنباً إلى جنب لتطوير القوانين البيئية، والسياسات المتبعة في معالجة المشاكل البيئية ما كان منها وما سيكون. ولا يمكن لذلك أن يتحقق ما لم يتم رفع سوية العاملين في الجهتين الحكومية وغير الحكومية، بالإضافة إلى منحهم الصلاحيات اللازمة لتحقيق الأهداف التي قامت لأجلها.

= من منتجي المواد الكيميائية الخطرة بالقضاء على استخدام المواد الكيميائية الخطرة خاصة مادة البولي فينيل الكلور كي تغدو منتجاتها صديقة للبيئة. ويعد نجاح هذه الحركة في نشاطاتها وتحقيق أهدافها دليلاً على قدرة الإرادة المقترنة بالعمل الجاد والدؤوب على تحقيق ما تسعى إليه. موقع حركة السلام الأخضر، مرجع سابق.

وينبغي على هذه الهيئات مجتمعة سواء أكانت دولية أم إقليمية أم وطنية، حكومية أم غير حكومية أن تمارس دورها في إيجاد حلول مبتكرة تتأقلم ووضع كل دولة على حدة، وألا تكتفي بالعموميات التي جاءت بها الوثائق الدولية. وإن كان تبني التشريعات الوطنية لبنود الاتفاقيات ضرورياً ومهماً فإنه يبقى غير كاف لحماية عناصر البيئة ومواجهة انتهاكات قوانينها وتدمير أنظمتها، إذ لا بد من تفصيل أسباب كل حالة على حدة، وظروفها، والإلمام بكل ما يتعلق بها بغية معالجة هذه المشكلات، والانتقال إلى المرحلة الأكثر أهمية وهي العمل على مكافحتها ومنع حدوثها ما أمكن.

المصادر والمراجع

الكتب القانونية:

- د. صلاح زين الدين، تطور التشريعات والسياسة البيئية في ألمانيا الاتحادية والدروس المستفادة منها للتجربة المصرية، الحماية القانونية للبيئة في مصر، أبحاث المؤتمر العلمي الأول للقانونيين المصريين ٢٥ – ١٩٩٢/٢/٢٦، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، مصر، ١٩٩٢م.
- د. فارس محمد عمران، السياسة التشريعية لحماية البيئة في مصر وقطر، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٥م.
- د. نور الدين هنداوي، السياسة التشريعية والإدارة التنفيذية لحماية البيئة، تقرير مُقدَّم للمؤتمر الأول للقانونيين المصريين عن الحماية القانونية للبيئة في مصر، الجمعية المصرية للاقتصاد والإحصاء والتشريع، القاهرة، مصر، ١٩٩٢م.
- د. محمد جمال رستم، التنظيم القانوني للبيئة في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.

الوثائق الدولية:

- إعلان ريو http://www.unep.org
- أجندة ريو http://www.iisd.or
- اتفاقية بازل http://www.basel.int
- اتفاقية روتردام http://www.pic.net
- اتفاقية استكهولم.
- بروتوكول مونتريال http://www.unep.org

الروابط الإلكترونية:

- موقع حركة السلام الأخضر http://www.greenpeace.org/international
- موقع وكالة حماية البيئة الأمريكية http://www.epa.gov
- موقع الهيئة العامة لشؤون البيئة في سوريا http://www.gcea.gov.sy
- موقع نظام ودعم تقييم الأثر البيئي في سوريا:
  http://www.eia-susy,yourweb.de
- جمعية حماية البيئة السورية gshahin@scs-net.org
- موقع جمعية التنمية الصحية والبيئية المصرية www.ahedegypt.org
- موقع الجمعيات البيئية اللبنانية www.raednetwork.org
- جهاز شؤون البيئة المصري http://www.eeaa.gov.eg

القوانين والأنظمة:

- قانون البيئة السوري رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٢م، والمعدل بالقانون رقم (١٧) لعام ٢٠٠٤م، وتعليماته التنفيذية.
- نظام إدارة النفايات الخطرة في سوريا.
- قانون النظافة السوري رقم (٤٩) لعام ٢٠٠٤م.
- القانون اللبناني لحماية البيئة رقم (٤٤٤) لعام ٢٠٠٢م.
- القانون اللبناني بشأن المحافظة على البيئة ضد التلوث من النفايات الضارة والمواد الخطرة الصادر بتاريخ ١٢/٨/١٩٨٨م.
- القانون المصري رقم (٤) لعام ١٩٩٤م بشأن حماية البيئة، ولائحته التنفيذية.
- قانون منع التلوث لعام ١٩٩٠م في أمريكا.
- قانون التحكم في المواد السامة في أمريكا.
- قانون إنقاذ وحماية الموارد في أمريكا.
- قانون حرية المعلومات في أمريكا.
- نظام النفايات الفرنسي.

حماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية

(دراسة مقارنة)

الدكتور/ سمير حامد الجمال
كلية القانون - جامعة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص:

تعتبر حماية المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية من أهم الموضوعات المثارة حالياً؛ نظراً لما لهذه القنوات من أهمية كبيرة وقدرة فائقة على بث المصنفات الرقمية التي لم تعد محلاً للعبث، بل تستحق أن نوفر لها كل الحماية القانونية لمنع انتهاكها من صور الاعتداءات الحديثة مثل: فك تشفير البطاقات الذكية الخاصة بالقنوات الفضائية ومن ثم تزويرها، والاستيلاء على بث القنوات الفضائية المشفرة بالكابلات الخاصة، واستنساخ مصنفات القنوات الفضائية، وبث القنوات الفضائية لبرامج ومصنفات دون الحصول على ترخيص من الجهات المختصة أو صاحب الحق، والقرصنة الفكرية للمواد الإعلامية والفنية.

وهذا الأمر يتطلب حماية المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية من الناحية الإجرائية بموجب مجموعة من التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية التي تتناسب مع طبيعتها الخاصة؛ وكذا الحماية المدنية الموضوعية لها، وذلك بوضع نظام قانوني يخول السلطات القضائية المختصة إلزام الطرف المعتدي دفع التعويض المناسب للطرف المضرور، على أن يتلاءم التعويض مع الأضرار التي لحقت به من جراء هذا التعدي؛

بالإضافة إلى الحماية الجنائية لها؛ نظراً لما للجزاء الجنائي من ميزة الردع التي قد يفتقدها الجزاء المدني.

مقدمة :

تعتبر حماية المصنفات في **إطار البث** عبر القنوات الفضائية من الموضوعات المهمة المثارة حالياً، على الساحة الدولية والإقليمية والمحلية؛ نظراً لما لهذه القنوات من أهمية كبيرة وقدرة فائقة على بث أصول الملكية الفكرية ونتاج فكر الإنسان الذي لم يعد محلاً للعبث، بل هو اقتصاد وطني نفيس، وثمرة من ثمار الوطن التي تستحق أن نوفر لها كل الحماية القانونية لمنع انتهاكها؛ مما يفضي إلى فتح آفاق جديدة أمام الفكر الإنساني، ودعم جميع أوجه التقدم الثقافي والاجتماعي والاقتصادي والعلمي والقانوني في المجتمع.

أهمية موضوع الدراسة :

تكمن أهمية هذه الدراسة في ندرة الدراسات القانونية التي تتناول حماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية، على الرغم مما تتعرض له هذه المصنفات من انتهاكات متنوعة، وابتداع العديد من صور الاعتداء عليها التي أصبحت تنتشر على نطاق واسع؛ مما أدى إلى وجود آثار سلبية كبيرة على أصول الملكية الفكرية؛ وهو الأمر الذي يتطلب وجود وسائل فعالة لحماية المصنفات التي تبث عبر هذه القنوات من الاعتداءات المستحدثة، والحد من الخسائر المالية الفادحة التي تلحق بأصحاب حقوق الملكية الفكرية.

مشكلة الدراسة :

تأثرت حقوق الملكية الفكرية بالتطورات التقنية في مجال البث الفضائي عبر الأقمار الصناعية، التي تعد فتحاً جديداً للبشرية في مجال تكنولوجيا الاتصال؛ مما أدى إلى ظهور وسائل جديدة لنقل الفكر الإنساني، وبزوغ التقنيات الإلكترونية، ووجود أنواع جديدة من المصنفات والخدمات الرقمية، وأساليب جديدة لتوزيعها.

كما أصبحت حقوق الملكية الفكرية حقوقاً عابرة للحدود، لا تتقيد بحدود جغرافية أو سياسية؛ حيث أصبح في الإمكان نقل المصنفات بكل صورها من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى، بل أصبح يتم استقبال نفس البرامج المرئية والمسموعة في عدد كبير من الدول في وقت واحد، وأصبح المصنف الأدبي أو الفني ذا طابع عالمي، ومن ثم ينشأ في آن واحد في جميع الدول التي ينقل إليها؛ وهو الأمر الذي أثار عدة صعوبات، منها: ابتداع وسائل جديدة وطرق عديدة للاعتداء على المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية، تفوق في تطورها طرق الحماية التقليدية لها، وهو الأمر الذي يتطلب اتخاذ إجراءات سريعة ومناسبة تتواءم مع هذه التطورات التي ستطغى على حقوق المبدعين والمستثمرين في هذا المجال الحيوي المهم؛ لأن الإنسان في ظل ثورة المعلومات مازال بحاجة ملحة لتشجيع الابتكار والاختراع ودعمهما.

خطة الدراسة :

نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية القنوات الفضائية وأنواع المصنفات التي تبث عبرها:

المبحث الأول: ماهية القنوات الفضائية.

المبحث الثاني: أنواع المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية.

الفصل الثاني: صور الاعتداء على المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية:

المبحث الأول: القرصنة الفكرية لمصنفات القنوات الفضائية.

المبحث الثاني: بث القنوات الفضائية لبرامج ومصنفات دون الحصول على ترخيص من الجهات المختصة أو صاحب الحق.

الفصل الثالث : وسائل الحماية المدنية للمصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية:

المبحث الأول: التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية لحماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية.

المبحث الثاني: التعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية.

الفصل الأول
ماهية القنوات الفضائية وأنواع المصنفات التي تبث عبرها

تقسيم :

تعتبر حماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية من الموضوعات الحديثة نسبياً، ويصعب فهم موضوع الدراسة وإبداء الرأي القانوني بشأنه، إذا لم يتم استيعاب بعض المعارف التقنية للموضوع؛ نظراً لتعدد صلاته بفروع علمية أخرى؛ وهو الأمر الذي يتطلب عرضاً مبسطاً لبعض المفاهيم العلمية للقنوات الفضائية، وأنواعها، والفرق بين بثها والبث عن طريق الإنترنت، حتى يسهل علينا تحديد أنواع المصنفات التي تبث عبرها ويتم الاعتداء عليها، والوسائل القانونية الملائمة لحمايتها.

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في الأول: ماهية القنوات الفضائية، ونخصص الثاني لأنواع المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية، وذلك على نحو ما يلي:

المبحث الأول
ماهية القنوات الفضائية

ونعرض فيما يلي: لتعريف القناة الفضائية، وأنواعها، وأهميتها، والفرق بين البث عن طريق القنوات الفضائية والبث عن طريق الإنترنت:

أولاً – تعريف القناة الفضائية:

لم يضع المشرع تعريفاً للقناة الفضائية، ولكي نتوصل إلى تعريفها، يجب أن نحدد مفهوم البث التلفزيوني، والفرق بينه وبين البث الفضائي، ثم مفهوم القناة، وذلك على النحو التالي:

البث التلفزيوني "Diffusion de la Télévision": هو "نشر متزامن للبرامج والمعلومات الترفيهية أو التعليمية المصورة والموجهة لجمهور كبير من المشاهدين عبر القنوات التلفزيونية المرئية محلياً..."(١).

أما البث الفضائي فيقصد به "كل إذاعة أو إرسال أو إتاحة مشفرة أو غير مشفرة لأصوات، أو لصور، أو لصور وأصوات معاً، أو أي تمثيل آخر لها، أو لإشارات أو كتابات من أي نوع كانت لا تتصف بطابع المراسلات الخاصة، وذلك عبر الأقمار الصناعية(٢)، بما يسمح بأن يستقبلها أو يتفاعل معها الجمهور أو فئات أو أفراد معينة منه، بما في ذلك الحالات التي يمكن فيها لأفراد من الجمهور أن يختار الواحد منهم بنفسه وقت الإرسال ومكان استقباله"(٣).

ويختلف البث التلفزيوني التقليدي عن البث الفضائي، في أن النوع الأول يقتصر على حدود دولة معينة، وبالتالي يثير تطبيق أحكام القانون الوطني، أما الثاني فهو يتم عبر الأقمار الصناعية ليصل لأقاليم عدة دول، ومن ثم تتعدد النظم القانونية التي يمكن تطبيقها؛ مما يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة الاعتداء على الملكية الفكرية "La propriété intellectuelle"(٤).

---

(١) راجع: أ. د. ماهر إسماعيل صبري: الموسوعة العربية لمصطلحات التربية وتكنولوجيا التعليم، مكتبة الرشيد، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ١٤٨.

(٢) عرفت المادة الأولى من التوجيه الأوروبي (n°93/83/CEE)، بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في مجال البث الفضائي والكابلات، مصطلح "القمر الصناعي" بأنه الذي يستخدم في نقل ترددات الاتصالات السلكية واللاسلكية وحفظها من أجل بث إشارات يستقبلها الجمهور أو تقتصر على فئات أو أفراد معينة. وقد أطلق أول قمر صناعي عربي "عربسات" بالتنسيق مع شركة "تليكوم" التركية بتاريخ ٩ يوليو ١٩٩٦، وقد تم تصنيعه بوساطة شركة "إيروسبتيال" الفرنسية؛ كما أطلق أول قمر صناعي مصري "نايل سات" بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٩٨.

(٣) راجع: البند الثاني/١ من وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية لعام ٢٠٠٨.

(٤) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. صلاح الدين جمال الدين، حماية حق المؤلف في ضوء استخدام البث الفضائي للبرامج بالأقمار الصناعية (مشكلة تنازع القوانين)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٩ وما بعدها.

ويقصد بالقناة: حيز التردد الذي يشغله المرخص له لغاية البث الإذاعي والتلفزيوني الفضائي(١).

ونرى تعريف القناة الفضائية بأنها: شخص اعتباري يستوفي شروط تكوينه وفقاً لأحكام القانون، ويشغل حيز تردد معين، ويرخص له من السلطة المختصة بإنشاء وتشغيل عمليات البث الفضائي أو التوزيع أو البيع لهذه الخدمات، ويتم بمبادرة منه وعلى مسؤوليته أي عمل من أعمال البث الفضائي من تجميع أو إنتاج أو شراء أو تخزين أو جدولة لمواد البث أو أي مواد تقع عليها الحقوق المتصلة بها.

وتعتبر كل قناة فضائية مشروعاً ووحدة اقتصادية متكاملة، وأصبحت صناعة كبيرة يدور في فلكها ومعها الكثير من الصناعات والأنشطة الأخرى.

ثانياً – أنواع القنوات الفضائية:

تتنوع القنوات الفضائية إلى قنوات عامة تقدم برامج في مختلف المجالات، وقنوات فضائية متخصصة تقتصر على مجال معين، وهي تتوزع إلى أنواع، أهمها:

(١) القنوات الفضائية الدينية:

توجد العديد من القنوات الفضائية الدينية في الدول العربية، وتقدم بعضها خدمات جليلة لا ينكرها إلا كل مكابر، إلا أن هناك جانباً آخر منها يستخدم الدين وسيلة لتحقيق أهداف خاصة، سواء أكانت تجارية، أم فكرية، أم مذهبية، أو سياسية. وقد يقوم بعضها بازدراء الأديان والتنديد بطائفة دينية أو مذهب معين.

---

(١) راجع: البند الثاني/٩ من وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية لعام ٢٠٠٨.

(٢) القنوات الفضائية الإخبارية:

تنتشر في الأجواء العربية كثير من القنوات الفضائية الإخبارية، التي نقلت للمشاهدين في أرجاء العالم خدمات إخبارية فورية، وفضحت الوجه القبيح للحروب التي قامت بها بعض القوات العسكرية التي تتشدق بالديمقراطية؛ مما جعل هذه القنوات ومراسليها هدفاً حربياً مباحاً[١] بقصد إخفاء الجرائم البشعة التي ترتكبها هذه القوات وتنتهك بها أدنى حقوق الإنسان.

وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة توفير الحماية القانونية لمكاتب وفروع القنوات الفضائية الإخبارية أثناء العمليات الحربية، وحماية المراسلين لهذه القنوات، مع منحهم الحق في الحصول على المعلومات في ضوء معايير دولية تضمن أمن المعلومات وسريتها، وتنظم العلاقة بين الجهات الحكومية والدول الأجنبية، وتضمن الملاحقة القانونية لكل من يخالف تلك القواعد.

(٣) القنوات الفضائية الرياضية:

تعتبر القنوات الفضائية الرياضية من أكثر القنوات التي يتعرض بثها لاعتداءات متعددة على حقوق الملكية الفكرية؛ وذلك بسبب احتكار بعض هذه القنوات للبث المرئي والمسموع للبطولات الرياضية مثل كأس العالم، وغيرها من البطولات الدولية والمحلية[٢]؛ والمبالغة في مقابل الاشتراك لديها، مما حرم بعض الجمهور من مشاهدتها.

---

(١) مثل ما تعرضت له كل من قناة الجزيرة وقناة العربية في أثناء الحرب الأمريكية الأخيرة على العراق، حيث تم قصف مقر قناة الجزيرة في العراق وتدميره، كما تعرض بعض مراسلي قناة العربية وبعض القنوات الأجنبية للقنص والقتل في أثناء تغطيتهم لهذه الحرب.

(٢) Blandine Poidevin et Viviane Gelles: La télévision personnelle et le droit, 6 août 2007, p. 1. sur le site:
http://www.legalbiznetxt.com/droit.La-television-personnelle-et-le

ولذلك نصت وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية لعام ٢٠٠٨[١]، ضمن بنودها، على حق المشاهد العربي في متابعة الأحداث الوطنية والإقليمية المهمة، وبصفة خاصة المباريات التي تتضمن عناصر وفرقاً وطنية من خلال إشارات مفتوحة وغير مشفرة أياً كان مالك حقوق هذه الأحداث، حصرية كانت أو غير حصرية.

وتثير القنوات الفضائية الرياضية موضوع المسؤولية القانونية لمذيعي البرامج الرياضية، والمعلق الرياضي عن التجاوز في التعليق على المباريات الرياضية.

(٤) القنوات الفضائية التسويقية:

يقتصر عمل بعض القنوات الفضائية على بث الإعلانات التجارية، وتمكين المشاهد – دون أن يبرح مكانه – من إبرام الصفقات التجارية؛ وهو الأمر الذي يثير المسؤولية القانونية عن الإعلانات الخادعة، وعن السلع والمنتجات التي تقوم بعرضها، والجوانب القانونية لإبرام العقود عن بعد عبر الإعلانات

(١) أقر وزراء الإعلام العرب في اجتماعهم الطارئ بالقاهرة، بتاريخ ١٢ فبراير ٢٠٠٨، وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية. وتعد هذه الوثيقة خطوة مهمة لدعم عمل القنوات الفضائية والإعلام العربي والارتقاء بمضمونه عن طريق تفعيل ميثاق شرف يوازن بين قيمتي الحرية والمسؤولية؛ بما يصون المجتمع العربي من التأثيرات السلبية التي تمارسها بعض القنوات الفضائية العربية، والتي تتنافى مع الأخلاق والعادات والتقاليد التي تحكم المجتمعات العربية والإسلامية. وقد أوجبت هذه الوثيقة على القنوات الفضائية العديد من الالتزامات، التي تتمثل في: التزامات عامة، ومجموعة من المعايير والضوابط العامة في المصنفات التي يتم بثها، وكذا المعايير والضوابط المتعلقة بالعمل الإعلامي، والضوابط المتعلقة بالحفاظ على الهوية العربية، والالتزامات الخاصة بشأن ما يتم بثه أو إعادة بثه من مواد إعلانية، والمعايير والضوابط والاشتراطات المتعلقة بإصدار الترخيص للقنوات الفضائية.

التلفزيونية وكيفية حماية المستهلك، كما تثير موضوع القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه المعاملات(١).

(٥) القنوات الفضائية الاقتصادية:

يقتصر نشاط بعض القنوات الفضائية المتخصصة على بعض المجالات الاقتصادية، ويثير نشاط هذه القنوات مدى المسؤولية القانونية عن الآراء والتوقعات والإرشادات الاقتصادية والاستثمارية والمالية والدعاية والتسويق التي تقدمها هذه القنوات للجمهور.

كما تثير أيضاً مدى حق القنوات الفضائية الاقتصادية في الحصول على الأخبار الاقتصادية، ومدى اعتبار السبق فيه حقاً يخضع لقواعد حماية حقوق الملكية الفكرية.

(٦) القنوات الفضائية للندوات المفتوحة:

يثير نشاط هذه القنوات العديد من الموضوعات مثل: نشر التوعية بحقوق المرأة والطفل، ومكافحة الأمية ونشر الثقافة والمعرفة، والعمل على تغيير السلوك الاجتماعي السلبي للفرد تشجيع السلوك الإيجابي له والحض عليه، ونشر الوعي بالحقوق القانونية والدستورية وتعميق مفهوم حقوق الإنسان والمواطنة؛ والحفاظ على البيئة والممتلكات العامة للدولة من ثروات وآثار، وتقديم المساعدات الاجتماعية، وبث روح التعايش السلمي والتآخي الإنساني العالمي.

وكذا النقاش حول أوجه الانتقادات والاعتراضات المثارة على عمل بعض القنوات الفضائية وأدائها، ومدى الاستجابة لآراء الجمهور والمستخدمين للقناة وتأثيراتها على تغيير سياسة القناة والبرامج(٢) التي تبثها.

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: د. محمود السيد عبدالمعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠.

(٢) يقصد بالبرامج وفقاً للبند الثاني/ ٤ من وثيقة مبادئ وتنظيم البث الفضائي بالمنطقة العربية: " كل ما يتم إعداده للبث أو بثه عبر أجهزة البث الفضائي بنية استقباله من =

(٧) القنوات الفضائية للأطفال :

توجد العديد من القنوات الفضائية المتخصصة التي تبث برامج للأطفال في العالم العربي، ويلاحظ أنه يجمع بين هذه القنوات صفات مشتركة، أهمها: أن غالبية ما تقدمه من مصنفات هي أفلام كرتون مدبلجة لا تحمل الهوية العربية، بالإضافة إلى الأغاني العنف الظاهر الذي يغلب عليها(١)، وكذا عدم كتابة الفئات العمرية في أثناء عرضها.

وتؤثر بعض المصنفات التي تبث عبر هذه القنوات على الحالات النفسية للأطفال، وثقافتهم وقيمهم، وتستغل مواردهم المالية من خلال الوسائط المتعددة المستخدمة في بعض برامجها غير الهادفة(٢).

ونرى أنه أياً كان نوع القناة الفضائية، وسواء أكانت عامة أم متخصصة في مجال معين، فإنه يجب حماية حقوق الملكية الفكرية التي تبث عبرها، حتى يمكنها أن تؤدي رسالة إعلامية ذات أهداف محددة يحكمها ضوابط أخلاقية وقانونية، فهناك فرق شاسع بين الحرية والفوضى، ولاشك أن الجميع يبحثون عن الحرية المسؤولة، ويرفضون أن تكون القنوات الفضائية أداة لانتهاك حقوق

= قبل الجمهور أو المشاهدين، ومن ذلك كل المواد المرئية أو المسموعة أو كلتيهما موضوع أو نتيجة النشاط الذي تمارسه هيئات البث من أعمال البث أو الإذاعة أو الإرسال أو الإتاحة أو ما يسبقها من أعمال، ومن ذلك المصنفات بمعناها الفني الدقيق وبجميع أنواعها، والمواد الناجمة عن تجميع وتخزين مواد الإذاعة وجدولتها وإرسالها في إشارات سابقة على الإذاعة. ويعد برنامجاً على وجه الخصوص ما يتم بثه أو إعداده صالحاً للبث من المصنفات الفنية والعلمية والأدبية، وما يلحق بها من أعمال وأداءات فنية والبرامج والمسلسلات والأحداث الترفيهية والرياضية، وغير ذلك من المواد والصور والإشارات والأصوات، والكتابات التي يتم إعدادها للبث أو يتم بثها ".

(١) راجع: عروب صبح، حقوق الإنسان والقنوات الفضائية، مؤسسة الأرشيف العربي، ٢٠٠٦، ص ٣، عبر الإنترنت على الموقع:
http://www.alarcheef.com/conferences/mediaFreedomsSessions/session3.asp)

(٢) راجع: منتدى الفضائيات والتحدي القيمي والأخلاقي الذي يواجه الشباب الخليجي، المنعقد بفندق شيراتون الدوحة، نوفمبر ٢٠٠٨، ص ١، عبر الإنترنت على الموقع:
http://www.qnaol.net/QNAAr/Files_Reports"Politics?Pages/qna_qatar_11112008.aspx

الملكية الفكرية وهدم قيم المجتمع، وإثارة الفتنة في المجتمعات العربية لتحقيق مصالح ضيقة أو تنفيذ أجندات خارجية.

ثالثاً – أهمية القنوات الفضائية:

قامت بعض القنوات الفضائية منذ نشأتها(١) بدور رائد وبناء في بث المصنفات العربية للعالم ونقلت المصنفات العالمية إليه، وأسهمت في تحرير القيود المعرفية، وخلق جو من حرية التعبير، وإن كانت على الشاشة فقط(٢) وأضحت القنوات الفضائية الأكثر تأثيراً على الجمهور، واستغني بها عن كثير من المصنفات التقليدية المكتوبة والإذاعات والقنوات المحلية؛ فهي تحقق الانتشار المعلوماتي المباشر، وتعد مصدراً مهماً للثقافة والمعرفة، ووسيلة للترفيه والاستمتاع بالفنون، والتواصل بين البشر في مختلف أرجاء المعمورة.

ويشهد الإعلام العربي طفرة هائلة في عدد القنوات الفضائية العربية؛ وإذ بلغ عددها ١٣ قناة في عام ١٩٩٣م، زادت حالياً إلى أكثر من ٤٠٠ قناة؛ الأمر الذي يتطلب وضع مبادئ وضوابط قانونية ملائمة لحماية المصنفات التي تبث عبرها.

رابعاً – الفرق بين البث عن طريق القنوات الفضائية والبث عن طريق الإنترنت:

يلاحظ أنه يوجد فارق مهم بين البث عن طريق القنوات الفضائية، والبث عن طريق الإنترنت من ناحيتين:

---

(١) لمزيد من التفاصيل عن نشأة القنوات الفضائية وتأسيسها راجع: د. عباس مصطفى صادق، الدليل الإرشادي لإنشاء قناة فضائية، عبر الإنترنت على الموقع:
http://www.alriyadh.com/2008/12/13/articles394509.html

(٢) راجع: سوزان عفانة، حقوق الإنسان والقنوات الفضائية، مؤسسة الأرشيف العربي، ٢٠٠٦، ص ١، عبر الإنترنت على الموقع:
http://www.alarcheef.com/conferences/mediaFreedomsSessions/session3.asp)

(١) يقوم البث التلفزيوني الفضائي على عمليتي الإرسال والاستقبال، وعملية الإرسال تكون ذات طابع إيجابي، لأن الجهة التي تتولى البث تقوم بالإرسال – أياً كانت الوسيلة الفنية – في اتجاه المستقبلين، ويتلقى المستخدم أو المستقبل على جهاز الاستقبال الإرسال في اللحظة نفسها لبثه.

أما في مجال الإنترنت فلا يتم الإرسال عن طريق جهاز إرسال يوجه إلى أجهزة الاستقبال، لأن منشئ صفحة "web" على الإنترنت قد يقتصر دوره على تخزين المعلومات، ولا يقوم بعمل إرسال إيجابي للمستخدمين؛ فمستخدم الإنترنت يدخل إلى الشبكة عن طريق أجهزته، ويبحث عن المعلومة التي يريدها ثم يقوم بتحميلها على أجهزته. ومن ثم فإن القنوات الفضائية تقوم بدور إيجابي في إرسال بثها للمستخدمين، بينما يكون دور مقدم خدمات الإنترنت دوراً سلبياً[١].

وبالنسبة إلى عملية استقبال البث؛ فإن مستقبل البث عبر القنوات الفضائية يظل دوره سلبياً؛ حيث لا يقوم بطلب ما، أما مستقبل البرامج الموجودة عبر الإنترنت فيلزم أن يكون دوره إيجابياً؛ لأن عملية انتقال البرامج إليه لا تتم إلا بناء على طلبه وسعيه.

ويبدو أثر هذا الفارق التقني بين القنوات الفضائية والإنترنت في تحديد الشخص المسؤول؛ أهو مقدم المعلومات أم موردها، أم المستخدم؟ فعادة ما يدعي مقدم المعلومات أو موردها عبر الإنترنت بأنه لم يرتكب عملاً إيجابياً في بث أي مصنف أو نشره، وأن المستخدم هو الذي قام بالدور الإيجابي بالبحث والدخول للموقع ونسخ المعلومات. ويرد على ذلك بأن مقدم المعلومات عبر الإنترنت يدعو المستخدمين في جميع أنحاء العالم للدخول إليه بوسائل متعددة،

(١) راجع: أ. د. حسام الدين الأهواني، حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠-١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، ص ٣٨-٣٩.

وهو في ذلك لا يختلف، عند استماعه للموسيقى مع الآخرين الذين يدخلون لموقعه، عمن يستمعون إلى حفلة موسيقية.

(٢) يعد إرسال المصنفات بالبث المباشر عبر القنوات الفضائية بصورة مخالفة لحقوق الملكية الفكرية عملاً واحداً، حتى ولو استقبله الأفراد في آن واحد. أما إرسال المصنفات عبر شبكة الإنترنت، فإن المعلومات المشمولة بالحماية لا تنتقل للأفراد في آن واحد بل قد تتم في أوقات مختلفة، ومن ثم فإن كل عملية إرسال للمستخدم عبر الإنترنت، تعد عملية منفصلة عن غيرها وتحتاج إلى الحصول على ترخيص بالنشر للمصنفات المشمولة بالحماية القانونية(١).

المبحث الثاني
أنواع المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية

تمهيد وتقسيم :

تتيح القنوات الفضائية نشر المعلومات ونقلها بجميع صورها، سواء أكانت: مكتوبة أم مرئية أم مسموعة، وتعد فضاءً واسعاً لمختلف الأعمال والخدمات، وهذا يثير التساؤلات حول مدى القدرة على حماية حقوق الملكية الفكرية بشأن ما تعرضه هذه القنوات، الذي قد يكون: علامة تجارية، أو اسماً، أو نموذجاً صناعياً، أو مادة مؤلفة، أو مادة إعلان فنية، أو رسماً أو صورة أو غيرها.

وتوجد حقوق الملكية الفكرية في العديد من المجالات؛ فهي موجودة في المصنفات الإبداعية مثل: الكتب، والأفلام، والأسطوانات، والموسيقى، وبرمجيات الحاسوب؛ كما توجد في السلع الاستهلاكية مثل: السيارات، وأجهزة الحاسوب، والأدوية، ومختلف أنواع المعامل التي تم التوصل إلى إنشائها بفضل التقدم

(١) Peter SCHONNING: Loi applicable aux transmissione en ligne transnationales, Rev. Int. du droit d'auteur, No 170, Oct. 1996. p. 38.

العلمي والتقني. ويمكن أن يندرج ضمن نطاق حقوق الملكية الفكرية بعض الصفات المميزة مثل: المسميات التجارية والتصاميم، التي يعتمد عليها المستهلك في اختيار ما يود شراؤه من المنتجات. وقد ترتبط حقوق معينة حتى بمنشأ المنتج وهو ما يسمى بالمؤشرات الجغرافية(١)، كما هو الحال بالنسبة إلى بعض المنتجات الزراعية ومنتجات الألبان. وتثير الكثير من البرامج التي تبث عبر القنوات الفضائية حقوق الملكية الفكرية، وتعد نوعاً من أنواعها(٢).

وسوف نقصر دراستنا على أنواع المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية، والتي قد تتمثل في المصنفات التقليدية، أو المصنفات الرقمية التي نجمت عن التطورات التكنولوجية وبزوغ بعض الأنظمة المختلطة(٣)، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول
المصنفات التقليدية

يرد حق المؤلف على ما يقدمه من إنتاج فكري مبتكر في مجال العلوم أو الفنون أو الآداب، وهذا الإنتاج الفكري هو المصنف. ونعرض فيما يلي: لتعريف المصنف، وأنواع المصنفات التقليدية التي تبث عبر القنوات الفضائية، وشروطها:

---

(١) نظم المشرع المصري حماية المؤشرات الجغرافية بموجب المواد (١٠٦: ١٠٨) من قانون حقوق الملكية الفكرية؛ حيث حظر اللجوء إلى أي ممارسات أو إيحاءات من شأنها تضليل الجمهور بشأن المنشأ الحقيقي للسلعة؛ كما تم حماية هذه المؤشرات بموجب المواد (٢٢-٢٤) من اتفاقية حقوق الملكية الفكرية لعام ١٩٩٤ (مراكش بالمغرب).

(٢) راجع: غرفة التجارة الدولية، منظمة الأعمال الدولية، قضايا معاصرة وناشئة في الملكية الفكرية لغايات الأعمال، باريس، الطبعة الثامنة، مارس ٢٠٠٧، ص ١٠، عبر الإنترنت على الموقع:

http://www.iccwho.org/iproadmap

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع: تقرير لجنة حقوق الملكية الفكرية، دمج حقوق الملكية الفكرية في سياسة التنمية، الإدارة البريطانية للتنمية الدولية، لندن، ٢٠٠٣، ص ٢٨، عبر الإنترنت على الموقع: http://www.iprcommission.org

أولاً – تعريف المصنف :

يقصد بالمصنف "L'œuvre": كل عمل مبتكر – في مجال العلم أو الفن أو الأدب – أياً كان نوعه وأياً كانت طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه(١).

ويعتبر المصنف الذي يقدم على تأليفه الإنسان، سواء أكان مؤلفاً أدبياً أم علمياً أم فنياً، "ثمار تفكير الإنسان ومهبط سره، ومرآة شخصيته، بل هو مظهر من مظاهر هذه الشخصية ذاتها يعبر عنها ويفصح عن كوامنها، ويكشف عن فضائلها أو نقائصها، فحق المؤلف على مصنفه من هذه الناحية متصل أشد الاتصال بشخصيته"(٢).

ويلاحظ أن نشر المصنف لا إنشاءه هو الذي يترتب عليه نشوء حق المؤلف؛ فما دام المصنف لم ينشر بأي طريقة من طرق النشر، فلا يمكن اعتباره منفصلاً عن فكر صاحبه، ومن ثم لا يمكن وضع مؤلفه في عداد المصنفات التي يحميها القانون(٣).

وتتوقف القيمة المادية والفنية للأعمال الأدبية والفنية على ما يضفيه الجمهور والنقاد عليها، وأن النفع الأعم لأكبر عدد من الأشخاص يعتبر هو الأساس في تقدير قيمة المصنف، ومن ثم يسهم الجمهور في تحديد قيمة المصنف(٤).

---

(١) المادة ١/١٣٨ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة ١/٤ من القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له.

(٢) راجع: المذكرة الإيضاحية لقانون حماية الملكية الفكرية المصري القديم رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤، ص ٢٨٧.

(٣) راجع: أ. د. عبد الودود يحيى؛ وأ. د. نعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، مركز التعليم المفتوح، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٣٥.

(٤) راجع: براد شرمان "Brad Sherman"، وليونيل بنتلي "Lionel Bently"، الملكية الفكرية ومفهومها المعاصر، ترجمة: محمد فاروق القوتلي، مكتبة العبيكان، الرياض، ٢٠٠٣، ط ١، ص ٢٢.

ويقوم تنظيم حق المؤلف بصفة عامة على التوفيق بين مصلحته المتمثلة في أن يحصل على المقابل المادي المجزي لإنتاجه الذهني، وذلك لتشجيع الإنتاج الأدبي والثقافي وإثرائهما، ومصلحة مستخدمي المصنفات الذين يجب ألا يتحملوا أعباء كبيرة للحصول على المعلومات(١).

ثانياً – أنواع المصنفات التقليدية التي تبث عبر القنوات الفضائية:

تتنوع المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية من حيث الفكرة التي تتضمنها والشكل الذي تظهر فيه إلى عدة أنواع، ويرجع ذلك إلى تنوع الأفكار التي يبتكرها العقل الإنساني، وتعدد الوسائل التي يتم بها التعبير عن هذه الأفكار؛ فقد يتعلق المصنف بأفكار في مجال العلوم أو الفنون أو الآداب، وقد يعبر عنه كتابة أو شفاهة أو بالتصوير أو بالرسم أو بالحركة(٢).

ومن أمثلة المصنفات التي تشملها الحماية القانونية ويمكن بثها عبر القنوات الفضائية: المصنفات الأدبية والعلمية، وتشمل: المصنفات المكتوبة، كالكتب والكتيبات والمقالات والنشرات؛ والمصنفات الشفوية، كالمحاضرات والخطب والمواعظ وأية مصنفات شفوية أخرى. وقد اشترط المشرع المصري لحماية المصنفات الشفوية أن تكون مسجلة حتى يمكن إثبات الحق بشأن المصنف؛ أما المشرع الإماراتي فلم يشترط ذلك(٣).

كما تشمل الحماية القانونية أيضاً المصنفات الفنية، وتتمثل في: المصنفات التمثيلية، والتمثيليات الموسيقية، والتمثيل الصامت "البانتوميم"؛ والمصنفات الموسيقية المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة بها، والمصنفات السمعية البصرية؛

---

(١) راجع: أ. د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع: د. ناصر محمد عبد الله سلطان، حقوق الملكية الفكرية، مكتبة الجامعة، الشارقة، ط١، ٢٠٠٩، ص ٤٣ وما بعدها.

(٣) المادة (١٤٠) من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها نص المادة ٣/٢ من القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له.

ومصنفات العمارة، ومصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان أو بالنحت والطباعة على الحجر وعلى الأقمشة وأية مصنفات مماثلة في مجال الفنون الجميلة؛ والمصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها، ومصنفات الفن التطبيقي والتشكيلي، والصور التوضيحية والخرائط الجغرافية، والرسومات التخطيطية (الاسكتشات)، والمصنفات الثلاثية الأبعاد المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو التصميمات المعمارية، والمصنفات المشتقة؛ وبرامج الحاسوب(١).

ويلاحظ أن المشرع لم يذكر هذه المصنفات على سبيل الحصر، وإنما كأمثلة للمصنفات التي تشملها الحماية القانونية؛ فكل مصنف علمي أو فني أو أدبي يتميز بالابتكار يدخل تحت هذا الاصطلاح أياً كانت طريقة التعبير عنه، سواء بالكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة.

ويتنوع المصنف من حيث مؤلفه إلى: المصنف المنسوب إلى مؤلف واحد(٢)، والمصنف المشترك "L'oeuvre de collaboration"(٣)، والمصنف الجماعي "L'oeuvre collective"(٤). ويتنوع المصنف من حيث المصدر إلى:

---

(١) وذلك وفقاً لاتفاقية التربس (TRIPS)، وبعض قوانين الدول العربية.

(٢) راجع: المادة ١/٥ من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢.

(٣) راجع: المادة ١٣٨/٥ من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة ١/١٩ من القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له.

(٤) راجع: المادة ١٣٨/٤ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة ١/١٨ من القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢.
ولمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. عبد الرشيد مأمون، حماية حق المؤلف في إطار المصنفات المشتركة، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠-١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، ص ٢٦٧ وما بعدها؛ وأ. د. حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون، ١٩٧٤، دون ناشر، ص ٤٨٧؛ وأ. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للحق، دون ناشر ودون تاريخ، ص ٩٧.

المصنف الأصلي "L'oeuvre originae"[١]، والمصنف المشتق "L'oeuvre dérivée"[٢].

ثالثاً – شروط حماية المصنفات التي يتم بثها عبر القنوات الفضائية:

يشترط في المصنف – الذي يبث عبر القنوات الفضائية – لكي يتمتع بحماية القانون أن يتم التعبير عنه بشكل محسوس، وأن يكون مبتكراً، وألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب[٣]، وذلك كما يلي:

(١) أن يتم التعبير عن المصنف بشكل محسوس:

يجب أن يقوم المؤلف بالتعبير عن فكرة المصنف التي تدور في ذهنه، وذلك بأية طريقة من طرق التعبير، كالكتابة أو الرسم أو التصوير أو الصوت أو الحركة، أو أية طريقة أخرى تحقق الإدراك[٤]؛ وذلك لأن ما يدور في ذهن الشخص من أفكار – مهما كانت قيمتها – لا يمكن أن تكون محلاً للحماية القانونية، ما دامت حبيسة في ذهن صاحبها، وإنما تكون محلاً للحماية القانونية إذا ما خرجت من خبايا الفكر إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها بطرق مناسبة. ولا يشترط للتعبير عن المصنف أن يتم نشره بين الجمهور، بل يكفي أن

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: د. رجب كريم عبد اللاه، نظرية الحق، ٢٠٠٥، ص ١٤٠.

(٢) نظم المشرع المصري هذا النوع من المصنفات بموجب المادة ٦/١٣٨ من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة ٢٠/١ من القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢؛ بينما نظمه المشرع الفرنسي بموجب المادة L.113-2 تحت مسمى المصنف المركب composite??uvre " "، وهو العمل الجديد الذي يندمج به عمل قديم، دون مساهمة من مؤلف هذا العمل؛ ويكون هذا العمل الجديد ملكاً لصاحبه دون إخلال بحقوق مؤلف العمل القديم.

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، جـ ٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص٢٩٢ وما بعدها.

(٤) راجع: د. سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٥٧.

ينفصل عن ذهن صاحبه ويتجسد في أي شكل مادي محسوس، حتى ولو لم يتم نشره بالفعل.

(٢) أن يكون المصنف مبتكراً:

يشترط في المصنف أن يكون مبتكراً[١]، وهذا شرط جوهري؛ لأن الإنتاج الفكري الذي لا يتميز بالابتكار والإبداع لا يصح أن يوصف بالمصنف، ولا يتمتع بحماية القانون؛ لأن هذه الحماية مقررة للمصنف لكونه يتضمن أفكاراً مبتكرة تفيد المجتمع[٢].

ولا يقصد بالابتكار أن تكون الأفكار التي يتضمنها المصنف جديدة لم يسبق نشرها[٣]، وإنما يكفي لاعتبار المصنف مبتكراً أن يكون هناك طابع إبداعي يسبغ على المصنف الأصالة والتميز، وذلك بأن يوجد دور مهم للمؤلف يبرز شخصيته[٤]، سواء من ناحية طريقة عرض الموضوع، أو ترتيب المسائل التي يعالجها، أو الأسلوب الذي يستعمله؛ فالمهم أن يكون هناك مجهود ذهني يميز هذا المصنف وتبدو فيه شخصية مؤلفه[٥]. ولا تقتصر الحماية على موضوع المصنف، بل تمتد إلى عنوانه إذا كان يتميز بطابع ابتكاري[٦]، وذلك حتى لا يستفيد مصنف من شهرة مصنف آخر بانتحال عنوانه.

---

(١) المادة ١/١٣٨ من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة ٤/١ من القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع: ناصر محمد عبد الله سلطان، محاولة نحو نظرية عامة لحقوق الملكية الفكرية للمؤلف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٠.

(٣) راجع: أ. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

(٤) راجع: أ. د. نزيه محمد الصادق المهدي، حقوق المؤلف وبرامج الحاسب الآلي، مؤتمر الجوانب الجديدة للتنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، جامعة الشارقة، كلية القانون، المنعقد في الفترة من ١٧ – ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩، ص ٦.

(٥) راجع: أ. د. عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٦) المادة ١٣/١٤٠ من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة الثانية من القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له.

ويلاحظ أن الابتكار في إطار البث عبر القنوات الفضائية ليس شرط حماية فقط، بل يعد عنصراً رئيساً في وجود القناة وتحقيق النجاح والقدرة على المنافسة. وقد يظهر الابتكار في طريقة العرض على شاشة القناة أو تصميمها، وما تتضمنه من رسومات أو ما يصاحبها من موسيقى، أو عناصر حركية، وذلك بقصد جذب المشاهدين؛ كما يتوفر الابتكار في المواد الإعلامية والتقارير الإخبارية المنشورة عبر القنوات الفضائية.

(٣) ألا يكون المصنف مخالفاً للنظام العام أو الآداب:

يشترط في المصنف ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فلا يتصور أن يشمل القانون بحمايته المصنفات المخلة بالآداب والتي تتضمن الصور والمناظر الفاضحة، أو الألفاظ الخادشة للحياء، أو البرامج التي تحرض على التمييز العنصري أو الفتنة الطائفية، أو التي تهدد أمن الدولة، بل يجب على العكس القضاء على مثل هذه المصنفات حماية لأمن المجتمع وحفظه من كل ما يخل بالآداب.

ويلاحظ أن بث المصنفات عبر القنوات الفضائية يكون عابراً لحدود عدة دول مختلفة؛ مما قد يؤدي إلى اختلاف مفهوم النظام العام لديها نظراً لوجود اختلاف ثقافي واجتماعي وديني، فما يعد مصنفاً مشروعاً في دولة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى.

المطلب الثاني
المصنفات الرقمية

أضاف قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، إلى صور الحق الاستئثاري المالي للمؤلف، الحق في إتاحة المصنف للجمهور بأية طريقة من الطرق حتى ولو كانت رقمية، بما في ذلك إتاحته عبر أجهزة الحاسوب، أو عبر الإنترنت، أو القنوات الفضائية وغيرها من الوسائل التكنولوجية؛ وهو ما أدى إلى بزوغ

المصنفات الرقمية. وقد نجم عن تنامي التكنولوجيا الرقمية[١] دفع حقوق الملكية الفكرية إلى منطقة جديدة، وهي أنها أصبحت ترد على مصنفات رقمية تعتمد على الأصفار والآحاد، فهي المنتج الأساسي في عصر المعلومات[٢]؛ مما أوجد مجموعة من المشكلات القانونية؛ وهو الأمر الذي يتطلب تطوير مجموعة من القواعد القانونية لتتناسب مع هذه المستجدات[٣].

ونعرض فيما يلي: لتعريف المصنف الرقمي، ثم لأنواعه، والمشكلات التي تثيرها المصنفات الرقمية في إطار البث عبر القنوات الفضائية:

أولاً – تعريف المصنف الرقمي:

يرى جانب من الفقه أن المصنف الرقمي هو: كل مصنف إبداعي عقلي يعتمد على تقنية المعلومات، وفق المفهوم المتطور للأداء التقني ووفق اتجاهات تطور التقنية في المستقبل القريب[٤].

---

(١) يقوم علم البيانات الرقمية برمته على العددين: صفر وواحد؛ حيث إن البرمجيات هي ترتيب لأوامر تتحول إلى أرقام تبادلية. ويلاحظ أن نقل البيانات، رموزاً أو كتابة أو أصواتاً عبر وسائل الاتصال انتقل من الوسائل الكهربية والإلكترومغناطيسية والتناظرية إلى الوسائل الرقمية، وأن الصورة وكذا الصوت والموسيقى والنص في أحدث تطور لوسائل إنشائها وتبادلها أصبحت رقمية، وحتى عنوان الموقع على الإنترنت وكذا العنوان البريدي الإلكتروني، تتحول من العبارات المكتوبة بالأحرف إلى أرقام تمثل هذه المواقع وتتعامل معها الشبكة بهذا الوصف.

(٢) راجع: د. عبد القادر الشيخلي، نحو قانون أمثل للملكية الفكرية، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠–١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، ص ٢٣٠.

(٣) راجع: براد شرمان "Brad Sherman "، وليونيل بنتلي "Lionel Bently "، مرجع سابق، ص ١٨.

(٤) راجع: أ. يونس عرب، التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية، ورقة عمل مقدمة ضمن الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي، النادي العربي للمعلومات، دمشق، ص ٩، والمنشور عبر شبكة الإنترنت على الموقع: http://www.scribd.com/doc/14135834/-

وتتم المصنفات الرقمية باستخدام الحاسوب والإنترنت مثل نقل وتوزيع الملفات السمعية الرقمية المضغوطة (mp3)، أو الأفلام، أو التسجيلات السمعية البصرية، أو نقل أعداد ضخمة من أنواع المحتوى الأخرى بسرعة كبيرة، تفوق ما كان متاحاً عبر وسائل الاتصال التقليدية، ولاسيما مع التغلب على مشكلة بطء تحميل وتنزيل ملفات المواد السمعية والسينمائية الكبيرة، وإعادة بثها للجمهور عبر الإنترنت(١).

ويلاحظ أن هذا المفهوم للمصنف الرقمي لا يؤثر على انتماء المصنف بذاته إلى فرع أو آخر من فروع حقوق الملكية الفكرية، مثل أسماء النطاقات حيث ينظر لها كإحدى المسائل المتعين إخضاعها لنظام الأسماء والعلامات التجارية بسبب ما أثارته من منازعات من جراء تشابهها بالعلامات والأسماء التجارية، وتطابقها في حالات عديدة أو لقيامها بالمهمة نفسها تقريباً في البيئة الرقمية. وتعتبر البرمجيات وقواعد المعلومات والنصوص والموسيقى والرسوم مصنفات أدبية، يتم حمايتها بموجب قوانين حق المؤلف، ومن ثم فإن صورتها الرقمية يجب ألا تحول دون شمولها بالحماية القانونية.

ثانياً – أنواع المصنفات الرقمية:

تتنوع المصنفات الرقمية إلى عدة أنواع، منها: برامج الحاسوب، وقواعد البيانات، والدوائر المتكاملة، وأسماء النطاقات أو مواقع الإنترنت، ومحتوى المواقع من مواد النشر الإلكتروني نصوصاً وصوراً ومواد سمعية ومرئية (الوسائط المتعددة)، وذلك على نحو ما يلي:

(١) برامج الحاسوب "Programmes D'ordinateur":

تعد برامج الحاسوب أول وأهم مصنفات المعلوماتية التي حظيت باهتمام كبير من حيث وجوب الاعتراف بها، وتوفير الحماية القانونية لمنع الاعتداء

(١) TGI Pontoise, ch. corr., 2 févr. 2005: Propr. intell. 2005, nº 15, p. 168, note P. Sirinelli.

عليها وعدم انتهاك أسرارها وفك شفرة المصدر وسرقتها، ولاسيما أن هذه الاعتداءات تتم بصورة غير ملموسة(١)، ويجب ألا يكون الطابع الرقمي لهذه البرامج عقبة في سبيل حمايتها بموجب حق المؤلف؛ لأنها لا تمثل سوى فكرة مكتوبة بلغات ورموز معينة(٢).

ويقصد ببرامج الحاسوب: مجموعة من الأوامر والمعلومات المكتوبة بلغة معينة، وموجهة إلى جهاز تقني هو الحاسوب، بغرض إنجاز عمليات معينة أو الخروج منها بنتيجة محددة(٣)، ومعلومات مساعدة كافية للوصول إلى الغاية المرتبطة بهذا النتاج الفكري المبتكر؛ بحيث تكون جديرة بالحماية القانونية المقررة لحق المؤلف وحقوق الملكية الفكرية(٤).

وقد حرصت معظم التشريعات العربية على حماية حقوق مؤلفي برامج الحاسوب، وذلك بتعديل قوانين حماية الملكية الفكرية بما يسمح بإدراجها ضمن نطاق المصنفات الخاضعة للحماية المقررة لحق المؤلف(٥). كما صادقت كثير

---

(١) Cass. crim., 12 janv 1989, nº 87-82.265: Bull. crim. 1989, nº14.; Cass. crim., 4 mars 2007: D. 2008, p. 2213, note Detrat.; Cass. crim., 4 mars 2008, nº 07-84.002: Comm. com. électr. 2008, étude 25; TGI Montbéliard, 26 mai 1978: AJPI,1983, p. 533.

(٢) Cass. 1ère civ., 13 déc. 2005, nº 03-21.154: Propr. industr. 2006, comm. 27, J. Schmidt-Szalewski; T. com. Nanterre, 2ème ch., 9 févr. 2007: Propr. industr. 2008, comm. 8, J. Larrieu.

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٦؛ وأ. د. حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١١ وما بعدها.

(٤) راجع: أ. د. نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص ٩.

(٥) على سبيل المثال: المادة (١٤٠) من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق المؤلف والملكية الفكرية؛ ويقابلها المادة الأولى من القانون الإماراتي الاتحادي بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢؛ والمادة (٢) من القانون الكويتي لحماية الملكية الفكرية رقم ٥ لسنة ١٩٩٩؛ والمادة (٣) من القانون الأردني لحماية حق المؤلف المعدل رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٣؛ والمادة (٣) من القانون السوري بشأن حماية المؤلف رقم ١٢ لسنة ٢٠٠١؛ والمادة (٢) من القانون العماني رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٠.

من الدول العربية على اتفاقية تربس "TRIPS" التي تعتبر برامج الحاسوب من المصنفات الأدبية والعلمية والفنية الخاضعة للحماية القانونية(١).

أما من ناحية الدراسات والتشريعات القانونية فقد أثير فيها عدد من المفاهيم المتصلة بأنواع البرامج، أهمها: برامج المصدر، وبرامج الآلة(٢)، والخوارزميات(٣)، ولغات البرمجة(٤)، وبرامج الترجمة(٥). كما استحدث التوجيه الأوروبي (nº2009/24/CE) حماية المواد والأعمال التحضيرية المستخدمة في تصميم البرامج، التي تؤدي إلى إمكان ابتداع برنامج حاسوب في مرحلة لاحقة(٦).

---

(١) المادة ٢/١٠ من اتفاقية تربس "TRIPS" بشأن جوانب الحقوق الفكرية المتصلة بالتجارة، والمنعقدة في مراكش بالمملكة المغربية في ١٥/٤/١٩٩٤. وقد بدأت دول العالم في الانضمام إلى هذه الاتفاقية دون تحفظ، حيث تحظر نصوصها، إبداء أي تحفظات عليها إلا بموافقة الأعضاء الأخرى. وقد انضمت إليها مصر بتاريخ ٣٠/٦/١٩٩٥، وانضمت إليها الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ١٠/٤/١٩٩٦.

(٢) وفقاً للمادة ١/١٠ من اتفاقية تربس "TRIPS"، فإن البرمجيات تكون محلاً للحماية سواء أكانت بلغة الآلة أم المصدر؛ ولمؤلفها كافة الحقوق المالية والمعنوية لمصنفات حق المؤلف إضافة إلى حقه في إجازة أو منع تأجيرها، شأنها شأن التسجيلات الصوتية والمرئية (م ١١)، ويستثنى من ذلك حالة التأجير التي لا يكون فيها البرنامج الموضوع الأساسي للتأجير. وأما بخصوص مدة الحماية فإنها تمتد إلى ٥٠ عاماً محسوبة على أساس حياة الشخص الطبيعي فإن لم تكن كذلك فمن نهاية السنة التي أجيز فيها النشر أو تم فيها إنتاج العمل (م ١٢).

(٣) المادة ٢/٩ من اتفاقية تربس "TRIPS". ويقصد بالخوارزميات: أية عملية أو معادلة حسابية تجري على برامج للحاسوب لإنجاز العمليات الحسابية المعقدة.

(٤) وضعت المنظمة العالمية للملكية الفكرية "WIPO" القانون النموذجي أو الإرشادي عام ١٩٧٨ بشأن حماية البرمجيات، وبعد سلسلة اجتماعات خبراء الوايبو ومنظمة اليونسكو عامي ١٩٨٣ و١٩٨٥ التي أسفرت عن توجه عام لاعتبارها من قبيل الأعمال الأدبية. كما أن اتفاقية تربس اعتبرتها كذلك وأضافتها إلى المصنفات الأدبية والفنية محل الحماية بموجب اتفاقية بيرن (م ١٠/١).

(٥) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها.

(٦) Directive nº 2009/24/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, art. 1er, JOUE nº L 111, 5 mai 2009, p. 16.

وتكتسب برامج الحاسوب أهمية خاصة في إطار البث عبر القنوات الفضائية، حيث يتم الاستعانة بها في مجالات متنوعة مثل: عمليات البث، وتشفير إشارات هذه القنوات، وإدخال الخدع على الأفلام والأغاني، وإضافة بعض الصفات والمميزات للموسيقى.

(٢) قواعد البيانات "Base de données"[١]:

قواعد البيانات هي: تجميع متميز للمعطيات أو المعلومات، التي تتم بمجهود شخصي من الإنسان بأية لغة أو رموز أو أرقام، ويتوافر فيها عنصر الابتكار أو الترتيب أو التبويب، وتكون مخزنة بواسطة الحاسوب، ويمكن استرجاعها عن طريق الوسائل الإلكترونية أو أية وسيلة أخرى عند الحاجة إليها[٢].

ومناط حماية قواعد البيانات – بوجه عام – هو الابتكار[٣]، سواء كانت في شكل مقروء آلياً أو أي شكل آخر، إذا كانت تشكل إبداعاً فكرياً نتيجة انتقاء وترتيب محتواها[٤]. ويتجلى الجهد الفكري والنتاج الذهني المتميز للمؤلف في الأداء الوظيفي لقاعدة البيانات من خلال كفاءة أساليب إدخال البيانات وإخراج المعلومات وتنظيمها داخل قاعدة البيانات، ومن ثم يظهر الابتكار إما من خلال

(١) تسمى بالإنجليزية: "Database".

(٢) راجع: أ. د. عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، دراسة تحليلية نقدية لنصوص التشريع المصري مقارناً بالتشريع الفرنسي، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٣٨؛ وقرار وزير الثقافة المصري رقم ٨٢ لسنة ١٩٩٣م، منشور بالجريدة الرسمية، العدد ١٠٤، بتاريخ ٩ مايو سنة ١٩٩٣؛ والمادة ٣/٥ من التوجيه الأوروبي (nº 2001/29/CE) بشأن حماية حقوق المؤلف في مجال المعلومات.

(٣) المادة ٢/١٠ من اتفاقية تربس "TRIPS"؛ والمادة (٥) من الاتفاقية العالمية للملكية الفكرية لعام ١٩٩٦.

(٤) لمزيد من التفاصيل راجع: محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها.

التوصل لخوارزميات ورموز رياضية متميزة، وإما عن طريق تميز تنظيم هذه الخوارزميات والرموز الرياضية وتجميعها وإخراجها(١).

ولا يشترط التوجيه الأوروبي (nº96/9/CEE) الصادر بتاريخ ١١ مارس ١٩٩٦ بشأن الحماية القانونية لقواعد البيانات(٢)، والقانون الفرنسي الصادر عام ١٩٩٨، الابتكار لحماية قواعد البيانات، بل يكفي ما بذل من جهد مالي أو بشري أو مادي، وما أنفق من أجل إعداد قاعدة البيانات. ويحمي القانون الفرنسي قواعد البيانات لمدة خمس عشرة سنة، ويحظر أي إعادة استعمال سواء لجزء أو لمادة كلية من قاعدة البيانات عن طريق توزيع نسخ أو الإيجار أو النقل عبر الخط، ويحظر النقل الكلي أو الجزئي الجوهري من محتوى قاعدة البيانات بأي شكل، متى كان الحصول أو تقديم هذا المحتوى قد استلزم استثمارات جوهرية كماً وكيفاً، وسواء أكان النقل دائماً أم مؤقتاً، وعلى دعامة أم على وسيلة أخرى.

(٣) طوبوغرافيا الدوائر المتكاملة "Topographies of integrated Circuits":

يقصد بالدائرة المتكاملة: كل منتج في هيئته النهائية أو في مرحلة وسيطة من مراحل إنتاجه، يتضمن مجموعة من المكونات المتصل بعضها ببعض –يكون أحدها على الأقل عنصراً نشطاً – وتكون هذه الدائرة مثبتة على قطعة من مادة عازلة، وتشكل مع بعض الوصلات أو كلها كياناً متكاملاً، يؤدي وظيفة إلكترونية محددة(٣).

---

(١) راجع: ا. محمد علي فارس الزغبي: الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقاً لقانون حق المؤلف، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ١٢٥ وما بعدها.

(٢) Directive nº 96/9/CEE du Parlement Européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

(٣) راجع: المادة (٤٥) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة (٢) من اتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية لحماية الدوائر المتكاملة الصادرة بواشنطن عام ١٩٨٥، والتي صادقت عليها مصر في ٢٦ مايو ١٩٨٩؛ والمادة (٢) من قانون حماية التصاميم للدوائر المتكاملة الأردني رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠.

وتنقسم الدوائر المتكاملة لنوعين: دوائر متكاملة خطية، ودوائر متكاملة رقمية، وتشمل الأولى دوائر التكبير في نقل الشحنات الإلكترونية، في حين تشمل الثانية دوائر التحويل، التي تتميز بقدرتها على تشغيل المعلومات وتخزينها في النظم الرقمية(١).

وتعتبر أشباه الموصلات فتحاً جديداً ومميزاً في حقل صناعة الإلكترونيات وتطوير وظائف التقنية العالية، ومع تطور عمليات دمج الدوائر الإلكترونية على الشريحة للقيام بمهام ووظائف إلكترونية، أصبح التميز والخلق الإبداعي يتمثل بآليات ترتيب وتنظيم الدوائر المدمجة على شريحة شبه الموصل؛ بمعنى أن طوبوغرافيا الشريحة انطوى على جهد إبداعي مكن من تطوير أداء نظم الحاسوب بشكل متسارع وهائل.

وقد نظم المشرع المصري حماية التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة(٢)، وجعل مدة حمايتها عشر سنوات من تاريخ طلب التسجيل في مصر أو من تاريخ أول استغلال لها سواء أكان ذلك بمصر أم خارجها.

وتستخدم طبوغرافيا الدوائر المتكاملة في إطار البث عبر القنوات الفضائية، وتثير بعض التساؤلات حول ما إذا كان استخدامها في سرعة تحميل وتطوير بعض الأفلام والأغاني والموسيقى يؤثر على طبيعة هذه المصنفات، ويحولها من مصنفات تقليدية إلى مصنفات رقمية.

ونرى أن هذه المصنفات محمية بموجب القواعد العامة لحماية المصنفات الأدبية دون حاجة لإصدار قواعد جديدة، باعتبارها تتم بتدخل طبوغرافيا الدوائر

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. نوري حمد خاطر، حماية التصاميم "الخطوط الطبوغرافية" للدوائر المتكاملة بقواعد الملكية الفكرية، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠-١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، ص ٥٠١ وما بعدها.

(٢) راجع المواد (٤٥-٥٤) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ كما نظمتها اتفاقية تربس "TRIPS" بموجب المواد (٣٥-٣٨).

المتكاملة التي تسمح بإدخال بعض التعديلات، وهي بطبيعتها محل حماية، أو لأنها لا تغير من طبيعة محل الحماية باعتبارها من المصنفات الأدبية أصلاً سواء أكانت مصنفات تقليدية أم رقمية. وكلما توافر فيها عنصر الابتكار تحقق شرط الحماية المطلوب لحماية المصنفات الأدبية.

(٤) الوسائط المتعددة "Multimédias":

يتم استخدام الوسائط المتعددة بشكل متنام في إطار البث عبر القنوات الفضائية، ويقصد بها: إمكانية بث المعلومات باستخدام أكثر من نوع من الوسائط مثل النص الكتابي والصوت والصورة معاً(١)، ومزجها وتفاعلها بوساطة برامج الحاسوب ليضفي عليهم وجود تعبير سمعي بصري(٢)، وتوزيعها أو بثها عبر القنوات الفضائية أو الإنترنت، أو تسويقها تجارياً عن طريق دعامة مادية مثل: السي دي (CD).

ويرى جانب من الفقه أن هذه المصنفات محمية بموجب القواعد العامة لحماية المصنفات الأدبية دون حاجة لإصدار قواعد جديدة، باعتبارها تتميز بتدخل برنامج الحاسوب الذي يسمح بالتفاعل بين وسائل التعبير المتعددة، وبرامج الحاسوب محل حماية، أو لأنها بمفرداتها محل حماية باعتبار هذه المفردات من المصنفات الأدبية أصلاً حيث تندرج تحت: المواد المكتوبة، والمواد السمعية والمرئية، والأداء وغيرها. وكلما توافر فيها عنصر الابتكار تحقق شرط الحماية المطلوب لحماية المصنفات الأدبية، أو باعتبارها من قبيل قواعد البيانات المحمية بموجب نصوص صريحة(٣).

---

(١) CA Paris, 3ème ch., 20 sept. 2007: Comm. com. électr. 2008, comm. 51, Ch. Caron; Propr. intell. 2008, nº 27, p. 215, obs. A. Lucas; Cass. crim., 21 juin 2000: JCP E 2001, p. 312, note F. Sardain; Petites affiches 27 juin 2001 p. 15, note E. Treppoz; PIBD 2001, nº 719, III, p. 254.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع: د. أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين واقع الدمج الالكتروني للمصنفات وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢١ وما بعدها.

(٣) راجع: د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٦.

ونرى أنه يجب أن تتكيف هذه القواعد العامة مع المستجدات التي تفرضها الطبيعة الخاصة لهذه المصنفات، والتي تشهد تطورات تقنية تفوق في تطورها القواعد القانونية التي تلاحقها.

ثالثاً – المشكلات التي تثيرها المصنفات الرقمية في إطار البث عبر القنوات الفضائية:

تثير المصنفات الرقمية التي يتم بثها عبر القنوات الفضائية العديد من المشكلات، ولذلك صدرت الكثير من القواعد القانونية، في الوقت الحاضر سواء على المستوى الدولي أو الوطني، لحل بعض هذه المشكلات مثل ما صدر عن: المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن حق المؤلف والحقوق المجاورة[١] لعام ١٩٩٦ بشأن وضع نظام قانوني لحماية المحتوى الرقمي.

(١) تتمثل الحقوق المجاورة في أنشطة تعمل على نشر المصنفات الفكرية دون إبداعها. وتعرف الحقوق المجاورة بأنها: الحقوق التي تثبت لأشخاص يقومون بوضع المصنفات الأدبية والفنية موضع التنفيذ. وتضم هذه الحقوق ثلاث طوائف، هي: فنانو الأداء، ومنتجو التسجيلات الصوتية أو التسجيلات السمعية البصرية، وهيئات الإذاعة. والحقوق المجاورة ليست حقوقاً مستقلة عن حق المؤلف بل هي مرتبطة بها، وهي في الوقت نفسه – وإن جاورت وتلونت بحقوق المؤلف – ليست حقوق مؤلف، وإنما هي حقوق متميزة، فهي حقوق خاصة تثبت لبعض الطوائف التي ينصب عملها على مساعدة المبدعين في نشر أعمالهم وإتاحتها أمام الجمهور. ويلاحظ أن المشرع الفرنسي حينما استخدم مصطلح الحقوق المجاورة لحق المؤلف "Droits voisins du droit d'auteur" لم يقصد بهذه الحقوق أن تكون نوعاً خاصاً من حقوق المؤلف، وإنما هي حقوق تجاور حقوق المؤلف. ولا ترد هذه الحقوق على الإبداعات كما هو الشأن بالنسبة إلى حق المؤلف، وإنما تنصب على نشر ووضع المصنفات الأدبية والفنية موضع التنفيذ. والسبب الرئيسي في حماية أصحاب الحقوق المجاورة لحق المؤلف أنهم يقومون بدور لا ينكر في سبيل توصيل المصنفات الأدبية والفنية التي يبدعها المؤلفون إلى الجمهور، فهم يعاونون على الإبداع الفني والأدبي، لذلك فإن حقوقهم من طبيعة مختلفة عن حقوق مبدعي هذه المصنفات، وهذا ما دعا إلى إفراد حماية خاصة لهم، سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي. ويتمتع أصحاب الحقوق المجاورة بطوائفها الثلاث بحق استئثاري في استغلال أدائهم، وهذا ما يعرف بالحقوق المالية لأصحاب الحقوق المجاورة.

وتثير الحقوق الرقمية مشكلة الحماية باستخدام بعض الأساليب التقنية، أو من خلال حذف إمكانية القص والنسخ واللصق من البرنامج؛ مما يحول بين الجمهور والحصول على المصنف الرقمي وارتفاع قيمته؛ مما يدفع الجمهور إلى البحث عن الأيسر والأرخص؛ لأن المصنف الأقل حماية وتعقيداً من الناحية التكنولوجية والميسر للجمهور هو الأيسر للسرقة(١).

كما أن من يدعي الاعتداء على مصنفه الرقمي بنسخه أو تقليده أو بثه أو تحميله(٢)، يثير مسألة أنه تم نسخ وتقليد مصنفه الذي ما زال معه، وأنه لو أعدنا له ما تم نسخه أو تقليده ألف مرة، لن تزيد ما هو معه أصلاً؛ فسرقة الأشياء المادية تعني حرمان الشخص من ملكه وفقده، أما صاحب المصنف الرقمي المعتدى عليه فإنه لم يفقده، كما أنه يجب إعادة المسروقات لمالك الشيء، ولكن إعادة النسخ المقلدة للمصنف الرقمي المعتدى عليه لصاحب الحق فيه قد لا يكون له قيمة(٣).

ويشكل المحيط الرقمي، الذي يتزايد فيه انتشار مصنفات حق المؤلف والحقوق المجاورة له، تحدياً للتوازن بين حقوق المبتكرين والمنتفعين؛ فالتكنولوجيا الرقمية يجب استخدامها بطريقة تسمح بمراعاة الاستثناءات والقيود المفروضة على حق المؤلف والحقوق ذات الصلة، وتكفل صون الحقوق الخاصة والمصلحة العامة للجمهور؛ فعلى سبيل المثال، يمكن ابتداع تكنولوجيا رقمية متطورة لإدارة الحقوق من أجل السماح بتحديد الانتفاع بالمواد الرقمية من جانب المستفيدين الذين يتم استثناؤهم من قيود حق المؤلف في بعض

---

(١) راجع: د. وليد عبد الحي، إشكالية الفضاء الإلكتروني في حقوق الملكية الفكرية، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠-١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، ص ١٦٩-١٧٠.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع: د. عادل عامر، السرقات الأدبية في ضوء الفقه والقانون، ١٤ مايو ٢٠٠٩، ص ٢ وما بعدها، عبر الإنترنت على الموقع:
http://news.maktoob.com/article/2892810/%D8%A7%D9%84%D8%B3%D8%B)

(٣) راجع: د. وليد عبد الحي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

المجالات مثل: التعليم عن بعد، أو لمصلحة بعض ذوي الاحتياجات الخاصة كالمتضررين بصرياً[1].

ويلاحظ أنه في الحالات التي لا يتمتع فيها حق المؤلف بالحماية القانونية لكونه في صورة بيانات رقمية "Digital Data"، فإنه ينبغي حل هذه المشكلات بضرورة الحصول على إذن المؤلف "Author's permission"، ولا ينبغي أن تؤدي الصورة الرقمية للمصنف إلى إهدار حق المؤلف في إطار البث عبر القنوات الفضائية.

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة الدائمة المعنية بالتعاون لأغراض التنمية المرتبطة بالملكية الفكرية، استعراض اتجاهات السياسة العامة ومجالات الأولوية ومشروعاتها في ما تقدمه الويبو من دعم لأهداف البلدان النامية في سبيل التنمية، وثيقة من إعداد المكتب الدولي للويبو، الدورة الرابعة، جنيف، ١٤ – ١٥ أبريل ٢٠٠٥، ص ١٠.

الفصل الثاني
صور الاعتداء على المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية

تمهيد وتقسيم:

تتعرض المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية لانتهاكات متنوعة ومستحدثة، وهو الأمر الذي يتطلب عرض صور هذه الانتهاكات حتى يمكن التوصل إلى وسائل حماية لتلك المصنفات تتلاءم مع المستجدات.

وقد منح المشرع القنوات الفضائية حقوقاً مالية واستئثارية على تسجيلاتها وبرامجها، ولها وحدها الحق في منح التراخيص باستغلال هذه التسجيلات أو البرامج باستنساخها، وإعادة بثها على الجمهور بأية طريقة. وحظر المشرع بوجه خاص تسجيل هذه البرامج أو نسخها أو بيعها أو تأجيرها أو إعادة بثها أو توزيعها أو نقلها إلى الجمهور بأية وسيلة. كما حظر إتلاف أو فك أية وسيلة تقنية لهذه البرامج، كالتشفير أو غيره من وسائل الحماية التي تلجأ إليها القنوات الفضائية لحماية ما تقوم ببثه من مصنفات.

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول، القرصنة الفكرية لمصنفات القنوات الفضائية، ونخصص الثاني لبث القنوات الفضائية لبرامج ومصنفات دون الحصول على ترخيص من الجهات المختصة أو صاحب الحق، وذلك على نحو ما يلي:

المبحث الأول
القرصنة الفكرية لمصنفات القنوات الفضائية

ازدادت الأخطار المحدقة بالمصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية، وتفاقمت جرائم القرصنة الفكرية على ثمار جهود المؤلفين والعلماء، وحقوق مستغلي القنوات

الفضائية، ولاسيما قرصنة البرمجيات "Le piratage de logiciels" والأفلام السينمائية والأعمال الغنائية والموسيقية(١).

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نخصص الأول لماهية القرصنة الفكرية على مصنفات القنوات الفضائية، ونتناول في الثاني أنواع القرصنة الفكرية على مصنفات القنوات الفضائية، ونعرض في الثالث لجهود المشرع لحل مشكلات القرصنة الفكرية على مصنفات القنوات الفضائية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول
ماهية القرصنة الفكرية على مصنفات القنوات الفضائية

ونعرض فيما يلي: لمفهوم القرصنة الفكرية، وتأثيرها على مصنفات القنوات الفضائية المحمية.

أولاً – مفهوم القرصنة الفكرية:

القرصنة الفكرية "Le piratage intellectuelle": انتهاك حقوق الملكية الفكرية بالحصول على المصنفات بطرق غير مشروعة(٢). وتتم القرصنة الفكرية على برامج القنوات الفضائية بطرق متنوعة، منها استخدام وسائل تقنية حديثة يطلق عليها اسم "دريم بوكس" (DYN DNS)، وهو نظام لفك الشفرات يتيح مشاهدة القنوات الفضائية المشفرة عبر الإنترنت دون دفع رسوم اشتراك لهذه القنوات.

---

(١) Pascal Clément: Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, Mardi 31 mai 2005, p. 2. sur le site:

(٢) راجع: عقيد: طارق الرشيد، ورشة عمل بعنوان (معا لمحاربة القرصنة)، المركز السوداني لدراسات الملكية الفكرية، ٢٢ مارس ٢٠٠٩، ص ١، عبر الإنترنت على الموقع:
http://www.wasat.sd/index.php?option=com_content&view=article&id=39:2009-03-22-07-41-39&catid=9:2009-03-12-13-02-37&Itemid=24)

ويتيح استخدام التقنيات الحديثة قرصنة المصنفات الرقمية بصورة متقنة، بتكلفة تكاد تكون معدومة(١)، ثم توزيعها الفوري بكميات كبيرة. وتتسم القرصنة الفكرية الرقمية بأنها جرائم خفية، يغيب فيها الدليل المادي الملموس الذي يمكن فهمه بالقراءة، كما أنها جرائم تفتقر إلى الآثار التقليدية للجرائم العادية، على نحو يحول دون الوصول إلى الدليل بيسر وسهولة، ولاسيما أنه يمكن محو هذا الدليل في برهة زمنية يسيرة(٢). كما تقوم بها عصابات عالمية منظمة(٣)؛ مما جعل هذه الجرائم سهلة التنفيذ، وأصبح من الصعب اكتشافها وتحديد مقترفها.

ثانياً – آثار القرصنة الفكرية على مصنفات القنوات الفضائية:

تؤثر القرصنة الفكرية بشكل مباشر على الاستثمار في مجال القنوات الفضائية وقدرتها على المنافسة لتقديم المزيد من الخدمات للجمهور؛ فقرصنة مصنفات القنوات الفضائية ليست جريمة بلا ضحايا(٤)، بل هي تلحق خسائر فادحة بالقنوات الفضائية التي توظف استثمارات ضخمة لتوفير إشارات مشفرة لمشتركيها. وإذا لم تتمكن هذه القنوات من تحصيل الاشتراكات من المشتركين لديها، والحصول على تعويضات ممن يعتدي على حقوقها، فإنها لن تتمكن من الاستمرار في البث وتقديم خدماتها للجمهور.

---

(١) Wladimir MERCOUROFF et Dominique PIGNON: Le projet de loi contre le piratage est d'ores et déjà obsolète, 11 février 2004, p. 2. sur le site:

(٢) راجع: د. هشام محمد فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، ١٩٩٤، ص ١٨.

(٣) راجع: د. علي فضل البوعينين، تطوير مجال التحقيق والحكم في جرائم الملكية الفكرية، ندوة الجرائم الفكرية، البحرين، ١٤ أبريل ٢٠٠٨، ص ٢، عبر الإنترنت على الموقع:
http://www.mohamoon-bh.com/Default.aspx?action=DisplayNews&ID=3933

(٤) Mylène Dupéré: Le piratage des signaux satellites, 5 septembre 2003, p.2. sur le site: http://www.icgc.ca/eic.site.ic1.nsf/fra/02483.html

ويلاحظ أن الصناعات الدولية لا تفضل الاستثمار في الإنتاج أو نقل التقنيات المتقدمة إلى بلدان يرجّح أن تقلد منتجاتها أو تسرق التقنيات الخاصة بها. كما أن مؤسسات الأعمال المحلية التي تحاول أن تصنع وتسوق منتجات قانونية في الدول النامية، ترى أن جهودها قد تقلصت بسبب القرصنة والتزوير؛ لأن التنافس في السوق يتعرض للتشويه؛ حيث إن مؤسسات الأعمال المشروعة لا يمكن أن تنافس القراصنة الذين يستغلون جهود الآخرين دون أن يقدموا أي مقابل للأبحاث والتطوير أو التكاليف الاجتماعية لعمالهم(١).

وتهدد القرصنة الفكرية حالياً عدة مجالات، منها: صناعة الأفلام، والموسيقى، والمسابقات الرياضية، وبرامج الحاسوب؛ مما يؤدي إلى استنزاف حقوق الملكية الفكرية، وحرمان أصحابها من استثمارات ضخمة وضرورية في العديد من القطاعات.

المطلب الثاني
أنواع القرصنة الفكرية على مصنفات القنوات الفضائية

تتخذ القرصنة الفكرية عدة صور، أهمها: فك تشفير وتزوير البطاقات الذكية الخاصة بالقنوات الفضائية المشفرة، والاستيلاء على البث الخاص بالقنوات الفضائية المشفرة بالكابلات الخاصة، واستنساخ مصنفات القنوات الفضائية المحمية واستخدامها دون وجه حق، وتحميل النسخ المقلدة والاحتياطية وبيعها وتوزيعها عبر الإنترنت، أو النسخ على الوسائط الإلكترونية مثل الأسطوانات المدمجة، وذلك على النحو التالي:

أولاً – فك تشفير البطاقات الذكية الخاصة بالقنوات الفضائية المشفرة وتزويرها:

تعتمد بعض القنوات الفضائية في أدائها لعملها على تشفير بث برامجها، بقصد الحفاظ على حقوقها بشأن ما تقوم ببثه من مصنفات، وقصره على

(١) راجع: غرفة التجارة الدولية، منظمة الأعمال الدولية، قضايا معاصرة وناشئة في الملكية الفكرية لغايات الأعمال، مرجع سابق، ص ٦١.

بعض المستخدمين المشتركين لديها، الذين يؤدون مقابلاً لهذا الاستخدام، إلا أنه نجم عن تطور التقنيات الحديثة ابتداع وسائل لفك هذا التشفير، وانتشار عمليات تزوير البطاقات الذكية الخاصة بالقنوات الفضائية المشفرة، وهذا يعد من المشكلات المعقدة التي تواجه عمل القنوات الفضائية والاعتداء على حقوقها.

ونعرض فيما يلي: لمفهوم التشفير، والآثار السلبية لتشفير القنوات الفضائية، ومشكلات تطبيق قوانين حماية الملكية الفكرية على حالات فك التشفير، ومدى قيام المسؤولية القانونية بمجرد إرسال بث القنوات الفضائية المشفرة، والحلول المقترحة لحل هذه المشكلة:

(١) مفهوم التشفير:

التشفير هو "أنظمة تقنية للتحكم في خدمة استقبال البث الفضائي بالإتاحة أو المنع والإيقاف"(١).

وعرف المشرع الفرنسي التشفير "La cryptographie" بموجب المادة (٢٨) من القانون رقم ٩٠ – ١١٧٠، والصادر بتاريخ ٢٩ ديسمبر ١٩٩٠، بأنه: نقل المعلومات في شكل رموز، باستخدام وسائل مادية أو معالجة آلية، بحيث يتعذر على الغير فهمها(٢).

ويمكن تعريف التشفير بأنه: عملية تحويل المعلومات إلى رموز غير مفهومة بحيث لا يستطيع الأشخاص غير المرخص لهم الاطلاع عليها أو فهمها، ويتم إعادة تحويل المعلومات إلى صيغتها الأصلية، وذلك باستخدام المفتاح المناسب لفك الشفرة؛ وهو ما يضمن سرية البيانات الرقمية(٣)، ويمثل وسيلة أساسية لضمان توفير الثقة والأمان للبث عبر القنوات الفضائية.

---

(١) البند الثاني/١١ من وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية لعام ٢٠٠٨.

(٢) Christiane F?RAL - SCHUHL: Cyber droit, Le droit à l'épreuve de l'internet, 3e éd., Dunod, Paris, 2002, p. 219 - 220.

(٣) Nicolas MACAREZ; Fran?ois LESL?: La commerce électronique, P U F, Paris, Mai 2001, p. 115 et s.

أما الشفرة فهي "رموز ذات مدلولات محددة، تستخدم في قنوات الاتصال السلكية واللاسلكية وأجهزتها للحفاظ على سرية الرسائل المرسلة عبرها؛ كي لا يستقبلها إلا الأفراد الذين لديهم أجهزة أو مفاتيح فك هذه الشفرة"(١).

(٢) الآثار السلبية لتشفير القنوات الفضائية:

تتيح القنوات الفضائية لمواطني الدول النامية الحصول على المعلومات المهمة التي تحتاج إليها، ولاسيما العلماء والباحثين، الذين يمكن أن تكون حرية حصولهم على المصنفات المكتوبة محدودة بسبب الافتقار إلى الموارد المادية.

وتؤدي بعض صور التشفير أو إدارة الحقوق الرقمية المعدة لمكافحة النسخ الواسع الانتشار، إلى صعوبة الحصول على المعلومات والمصنفات الأدبية والفنية، وهو الأمر الذي يعرّض للخطر مفهوم "الاستخدام المنصف" الذي يطبق على المصنفات المطبوعة، وهو ما يؤدي إلى الحماية الأبدية لحقوق النشر والتأليف بوسائل تكنولوجية بدلاً من الوسائل القانونية(٢).

(٣) مشكلات تطبيق قوانين حماية الملكية الفكرية على حالات فك التشفير:

تواجه قوانين حماية الملكية الفكرية المعاصرة صعوبات في التطبيق لمكافحة فك تشفير القنوات الفضائية وتزوير بطاقاتها بسبب: ضخامة عدد مستخدمي القنوات الفضائية، وعدم إمكانية الكشف عن هوية المعتدي، ولذلك يجد مستخدمو القنوات الفضائية أنه من السهل مخالفة قوانين حماية الملكية الفكرية نظراً لصعوبة اكتشاف مخالفاتهم وتطبيق أحكام القانون عليهم.

كما أن بث القنوات الفضائية يعد عابراً للحدود؛ مما يؤدي إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، ويجعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية أمام سلطات قضائية متعددة تتبع لدول مختلفة. وتختلف

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. ماهر إسماعيل صبري، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع: تقرير لجنة حقوق الملكية الفكرية، دمج حقوق الملكية الفكرية في سياسة التنمية، مرجع سابق، ص ١٦.

قوانين حماية الملكية الفكرية من دولة إلى أخرى، ومن ثم فإن الشخص الذي يعتبر متعدياً على حقوق المؤلف في دولة ما، قد لا يكون كذلك في دولة أخرى؛ وذلك لوجود اختلاف وفارق ثقافي بين الدول، ففي فرنسا – على سبيل المثال – يمنع المشتري للوحة فنية من إتلافها لأن الحق المطلق للمبدع فقط، بينما يمنح القانون الأمريكي للمشتري الحق في إتلاف ما يملكه، ففرنسا معنية بالفن، والولايات المتحدة معنية بالسوق الحرة(١).

(٤) مدى قيام المسؤولية القانونية بمجرد إرسال بث القنوات الفضائية المشفرة:

يثور التساؤل: هل تقوم المسؤولية القانونية للمخالف بمجرد بث الإرسال، أم يلزم لتمام بث المصنف علم باقي المستخدمين بهذا البث، باستقباله والعلم بمضمونه؟

وقد اختلفت الآراء في هذا الشأن إلى نظريتين، وذلك على النحو التالي:

النظرية الأولى : نظرية قانون الدولة مصدر الإرسال "Theorie de l'injection" :

ووفقاً لهذه النظرية فإن مجرد قيام المحطة الأرضية(٢) (مصدر الإرسال) ببث المصنفات المشمولة بالحماية القانونية دون تصريح من صاحب الحق، يؤدي إلى قيام العمل غير المشروع، الذي تكتمل أركانه بمجرد صدور الإرسال واكتمال البث دون أهمية لاستقبال جمهور المستخدمين له من عدمه.

وتقتصر المسؤولية هنا على المحطة التي قامت ببث المصنفات بطريقة غير مشروعة، ولا يتم مساءلة المستقبلين لعدم تدخلهم في فعل الإرسال،

---

(١) راجع: د. وليد عبد الحي، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٢) المحطة الأرضية: هي "كل منشأ أرضي ثابت أو منقول يقام بغرض الإرسال والاستقبال عن طريق القمر الصناعي بخلاف محطات التتبع والقياس عن بعد والسيطرة والمراقبة". (راجع: البند الثاني / ١١ من وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية لعام ٢٠٠٨).

ولاسيما أنه قد يتعذر عليهم التحقق من وجود تصريح بالنشر من عدمه للمصنفات المرسلة إليهم بالبث المباشر، بالإضافة إلى كثرة عدد المستقبلين وتنوع أماكن وجودهم؛ مما يصعب معه حصرهم، وإثبات المخالفة في حقهم(١).

وقد انتقدت هذه النظرية بسبب أنها لم تراعِ أن المؤلف أو صاحب الحق في استغلال المصنف قد يكون أجنبياً ومقيماً في دولة أخرى؛ مما يتعذر عليه اكتشاف المخالفة والإلمام بأحكام قانون الدولة مصدر الإرسال(٢).

النظرية الثانية – نظرية قانون الدولة المستقبلة للإرسال "Theorie de la reception":

ووفقاً لهذه النظرية فإنه لا عبرة بمجرد إرسال البث الفضائي لمصنفات مشمولة بالحماية دون تصريح من صاحب الحق، وإنما العبرة باستقبال هذا الإرسال؛ لأن أركان المسؤولية المدنية لا تكتمل إلا إذا وجد من يستقبل هذه المصنفات، وذلك حتى يتحقق ركن الضرر، كما أن ذلك يحقق حماية حقوق المؤلف في أية دولة أجنبية على النحو الذي يقرره قانون الدولة التي يتم فيها استقبال المصنف الذي يتم بثه عبر القنوات الفضائية(٣).

---

(١) وقد أخذ بهذه النظرية القانون الفرنسي بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة له لعام ١٩٨٥.

(La loi nº 85-660 du 3 juillet 1985, JO. 4 juill. 1985, p. 7495)

حيث تضمنت المادة ٣/٢٧ منه عبارة "L'emission d'une oeuvre vres un Satellite" وهي تعني: إرسال المصنف عبر قمر صناعي. ووفقاً لهذه المادة لا يجوز بث المصنفات مباشرة عبر الأقمار الصناعية إلى إقليم دولة أخرى إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من المؤلف أو صاحب الحق في استغلال المصنف. كما أخذ بهذه النظرية أيضاً التوجيه الأوروبي رقم ٨٣ لسنة ١٩٩٣ بشأن البث عبر الأقمار الصناعية "EC 93-83, 27-9-1993"؛ وكذا القانون البلجيكي الذي طبق أحكام هذا التوجيه في قانون حق المؤلف الصادر عام ١٩٩٤.

(٢) راجع: أ. د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص ٢٩– ٣٠.

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٢ وما بعدها.

ونرى أن الاعتداء على المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية قد يتم بفعل ضار يقع في إقليم دولة الإرسال، في حين أن الضرر الناجم عن هذا الفعل قد يقع في إقليم دولة أخرى تستقبل هذا الإرسال، وهي تتشابه في هذا الشأن بالمسؤولية في حالات أخرى مثل المسؤولية القانونية عن الأضرار البيئية، وجرائم النشر في الصحف، ومن ثم يمكن تطبيق قانون الدولة التي يقع فيها الضرر، باعتباره المكان الذي يظهر فيه المساس بحقوق الملكية الفكرية، بالإضافة إلى أن المسؤولية المدنية لا تنشأ إلا عند وقوع ضرر، ومن ثم فإن مجرد وقوع الخطأ في ذاته لا يكفي لوصف الفعل بأنه منشئ للالتزام.

وقد عدل المشرع الفرنسي، بموجب القانون رقم ١٥٤٤ لسنة ٢٠٠٧، قواعد الاختصاص بنظر الدعاوى المتعلقة بالاعتداء على حقوق الملكية الفكرية؛ حيث جعلها للمحكمة الموجود بها موطن المدعى عليه، أو المحكمة التي ارتكب في دائرتها وقائع التعدي، أو المحكمة التي وقع في دائرتها الضرر(١). كما شدد عقوبة لجرائم الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية وجعلها الحبس لمدة تصل إلى ثلاث سنوات وغرامة قدرها ٣٠٠٠٠٠ يورو(٢)؛ وتشدد العقوبة في حالة العود والجرائم المنظمة(٣)؛ وقد صدرت العديد من الأحكام القضائية الفرنسية في هذا الشأن(٤).

---

(١) La loi nº 2007-1544 du 29 octobre 2007, modifiée et précisée par la loi nº 2008-776 du 4 août 2008.

(٢) L'article L.335-3 du CPI.

(٣) L'article L.335-9 du CPI.

(٤) On peut citer par exemple: T. corr., Paris,3 févr. 1987: Expertises 1987, nº 94, p. 146; TGI Paris,31ème ch. corr., 8 juill. 1987: Expertises 1987, nº 98, p.323,obs. A. Bloch; T. corr. Paris, 29 sept. 1987: JCP ed. E, 1988, II, nº 15308, obs. M.Vivant et A.Lucas; CA Angers, ch. accus., 25 janv. 1990: JurisData nº 45261; CA Paris, 13ème ch. A, 4 déc. 1990, JurisData nº 25568; CA Paris,13ème ch. A, 24 mars 1992: JurisData nº 20961; Cass. crim., 25 mai 1992: JCP ed. E 1992, pan. P.405; JurisData nº 2091; CA Douai, 7 oct. 1992: JurisData nº 49432; CA Paris, 25 nov. 1992: JurisData nº 23511; CA Amiens, 1ère et 4ème ch. réunies, 16 janv. 1995: JurisData nº 041707; CA Douai, 6ème ch. corr., 26 janvier 2009, RG 07/02368: cité supra nº 26.

(٥) الحلول المقترحة لمشكلة فك تشفير البطاقات الذكية وتزويرها:

لحل هذه المشكلة يجب توفير الحماية القانونية الكاملة للمصنفات الرقمية التي يتم بثها عبر القنوات الفضائية، وحظر قيام أي شخص بفك أية إشارة مشفرة لقناة فضائية أياً كان مصدرها، وسواء كانت محلية أم أجنبية، إلا بعد الحصول على ترخيص من الجهة المختصة(١). وحظر استيراد أو تداول الأجهزة التي يمكن استخدامها في فك التشفير أو تزوير البطاقات الذكية.

ثانياً – الاستيلاء على بث القنوات الفضائية المشفرة بالكابلات الخاصة:

ونعرض فيما يلي لفكرة هذه الطريقة، وآثارها السلبية، ومشكلات تطبيق قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية في هذه الحالة، والحلول المقترحة لحلها:

(١) فكرة الاستيلاء على بث القنوات الفضائية المشفرة بالكابلات الخاصة:

تقوم فكرة هذه الطريقة على قيام شخص بشراء عدة أجهزة استقبال "ريسيفرات" لاستقبال بث القنوات الفضائية، ثم يقوم هذا الشخص بالاشتراك لدى مجموعة من القنوات الفضائية المشفرة باستخدام "كارت" فك شفرة مخصص للاستخدام الشخصي فقط، أو يقوم بتزوير البطاقات الذكية لهذه القنوات، ثم يقوم بعد ذلك بتوصيل بثها إلى المنازل والمحالّ في الأحياء المختلفة والتجمعات السكنية عن طريق كابلات "Cables" خاصة مقابل اشتراك شهري بسيط(٢).

---

(١) Michel VIVANT; Christian LE STANC: Lamy droit de l'informatique 2005, nº 171; La Cour suprême du Canada, 26 avril 2002, elle affirme que: «cette disposition a pour effet d'interdire à quiconque de décoder au Canada tout signal d'abonnement brouillé ˜ quelle que soit son origine ˜ à moins d'avoir obtenu la permission de le faire de la personne légitimement autorisée, suivant le droit canadien, à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage sur le site:.

(٢) راجع: د. عبد النبي محمد رمضان، حكم بث القنوات الفضائية المشفرة بدون ترخيص في ضوء حق الملكية الفكرية وفي الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٠، ص ٣.

وبهذه الطريقة يتمكن الجمهور من مشاهدة القنوات الفضائية المشفرة بأقل تكلفة دون الحصول على تراخيص من الشركات المحتكرة للبث الفضائي. وتحقق هذه الطريقة مكاسب كبيرة لهؤلاء الأشخاص المخالفين، ولاسيما بعد تطوير أساليب هذه الشبكات الخاصة المخالفة بإدخال النظم الآلية واستخدام الحاسوب في إدارتها(١).

ويلاحظ أن المستخدم الذي يقوم بإعادة بث القنوات الفضائية باستخدام كابلات خاصة للجمهور لا يملك هذا الحق؛ لأنه مرخص له من قبل صاحب حق المؤلف بالاستخدام الشخصي فقط، وعادة ما يتضمن هذا الترخيص عدداً من الشروط والأحكام التي تنظم استخدام البث الفضائي، وعدم أحقية المستخدم النهائي في إعادة توزيع هذا البث إلى الغير دون إذن من صاحب الحق.

(٢) الآثار السلبية للاستيلاء على بث القنوات الفضائية المشفرة بالكابلات الخاصة:

تتمثل الجوانب السلبية لإعادة بث القنوات الفضائية باستخدام كابلات خاصة للجمهور في عشوائية التوصيل، حيث يقوم منفذو هذه الشبكات بتمديد كابلات الشبكة الخاصة بطريقة عشوائية ودون التنسيق مع الجهات المختصة؛ الأمر الذي يعرض ممتلكات المواطنين وحياتهم للخطر. بالإضافة إلى ازدياد حالات النصب على المواطنين من بعض محترفي أعمال النصب، حيث يقوم بعض هؤلاء الأشخاص بقبض دفعات مقدمة كاشتراكات توصيل لشبكات وهمية، وفي النهاية لا يتم توصيل الخدمة لدافعي هذه الاشتراكات.

كما تهدد هذه الوسيلة الاستثمارات الضخمة للشركات المالكة للقنوات الفضائية في مجال حقوق الملكية الفكرية، ويعرضها لخسائر فادحة.

(٣) مشكلات تطبيق قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية في حالة الاستيلاء على بث القنوات المشفرة بالكابلات الخاصة:

يلاحظ على هذه الطريقة أن الشخص المخالف الذي يقوم باستقبال إرسال القنوات الفضائية ثم إعادة بثها للجمهور عبر الكابلات الخاصة، قد يكون له

(١) راجع: مجلة آخر ساعة، ٢٠ أغسطس ٢٠٠٣، العدد ٣٥٩١، السنة ٥.

الحق في استقبال إرسال القنوات الفضائية للاستخدام الشخصي أو العائلي فقط[١]، إلا أنه يقوم بمخالفة ذلك وينقلها مباشرة للغير عبر الكابلات الخاصة، أو يقوم بتخزينها وإعادة بثها عبر موجات الإرسال الخاصة.

وتظهر المشكلة هنا في أن هذه المصنفات أو المعلومات التي يتم إعادة بثها قد تكون مشمولة بحماية حقوق الملكية الفكرية، وفي هذه الحالة فإن البث يتم علانية للجمهور دون الحصول على ترخيص بذلك من القناة الفضائية صاحبة الحق، ودون أداء المقابل المادي الناشئ عن استغلال بث هذه المصنفات وعرضها[٢]؛ مما يعد صورة من صور الاعتداء على صاحب الحق في استغلال المصنف، ويؤدي لقيام المسؤولية الجنائية والمدنية للطرف الذي استقبل هذه المصنفات ثم قام بإعادة بثها، والأفراد الذين تلقوا بث هذه المصنفات من الأخير.

(٤) الحلول المقترحة لحل مشكلة الاستيلاء على بث القنوات المشفرة بالكابلات الخاصة:

يجب لحل هذه المشكلة: تشديد العقوبة الجنائية الحالية في قانون حماية الملكية الفكرية فيما يتعلق بالاستيلاء على بث القنوات الفضائية المشفرة بالكابلات الخاصة؛ حيث إن القانون الحالي لا يغطيها بدرجة كافية. كما يجب تشكيل لجان مشتركة من الوحدات المحلية والمصنفات الفنية والجهة المختصة بمنح تراخيص بث القنوات الفضائية لضبط الشبكات المخالفة ومصادرتها، وقصر ممارسة النشاط على الشركات حاملة التراخيص.

---

(١) تنص المادة ١/١٧٠؛ ٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أنه إذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره، وذلك للاستعمال الشخصي فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه. ومن ثم فإن الشخص الذي يستنسخ نسخة لنفسه ولاستعماله الشخصي لا يعتدي على حق النشر الثابت للمؤلف، فهو لا يقصد نشر النسخة أو نقلها إلى الجمهور، وإنما يقصد مجرد استعماله الشخصي أو العائلي فقط.

(٢) راجع: أ. د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص ٩-١٠.

بالإضافة إلى ضرورة التعاون الدولي في هذا الشأن والعمل على توحيد قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية على المستويين الإقليمي والدولي؛ حيث إن الأمر يتطلب جهوداً جماعية؛ نظراً لأن الجهود الفردية قد تقف عاجزة عن مواجهة هذه المشكلات.

ثالثاً – استنساخ مصنفات القنوات الفضائية:

نجم عن التطورات المذهلة في مجال التكنولوجيا الرقمية ابتداع وسائل جديدة لإتقان الاستنساخ الفوري الرخيص للمصنفات، ثم إعادة بثها وعرضها بطرق غير مشروعة؛ مما أدى إلى الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية ولاسيما المصنفات المصممة على أساس الوسائل القديمة لاستنساخ الكتب والأفلام والأشرطة.

ونعرض فيما يلي: لمفهوم استنساخ المصنفات، ومدى الحق في نسخها للاستعمال الشخصي، وصعوبات تطبيق قوانين حماية الملكية الفكرية في حالة استنساخ مصنفات القنوات الفضائية، والحلول المقترحة لحل هذه المشكلة:

(١) مفهوم استنساخ مصنفات القنوات الفضائية:

استنساخ المصنف هو عمل نسخ من الأداء المثبت[١]. ويحظر نسخ المصنف أو تثبيته المادي بأية تقنية متاحة حالياً أو تظهر مستقبلاً دون موافقة المؤلف، وذلك في الحالات التي يسمح فيها النسخ بنقل المصنف إلى الجمهور.

ويتم نسخ المصنفات عادة عن طريق: التصوير أو الطباعة أو الرسم أو غير ذلك من وسائل النسخ[٢]، أو البث الإذاعي أو الأداء العلني أو التوصيل العلني، أو الترجمة أو التحوير أو التأجير أو الإعادة أو الإتاحة للجمهور، بما في

---

(١) راجع: أ. د. حسن عبد الباسط جميعي: مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين ووسائل الإعلام، التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) بالتعاون مع وزارة الإعلام، مملكة البحرين، المنامة، ١٦ يونيه (حزيران) ٢٠٠٤، ص ٢٩.

(٢) المادة (٦) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري القديم.

ذلك إتاحته عبر أجهزة الحاسوب أو الإنترنت أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل الأخرى[١].

ويعد نسخ المصنف دون موافقة المؤلف اعتداءً على حقوق الملكية الأدبية والفنية، يجرمه القانون، وينص على الجزاءات الجنائية[٢] والمدنية التي توقع على المخالف؛ حيث لا يماري أحد في حق أصحاب حقوق الملكية الفكرية أن ينعموا بثمرة إبداعهم، وتشجيعهم ليستمروا في عطائهم، ولن يتأتى ذلك إلا ببسط حماية القانون على إنتاجهم الفكري لصونه من أن تمتد إليه يد آثمة، فتسلبهم ثمرة جهدهم دون حق؛ فتحبط روح الإبداع لديهم، وتخسر الإنسانية قوة الدفع الرئيسية لتقدمها ورقيها.

ونرى أنه يجب حظر استنساخ المصنفات التي يتم بثها عبر القنوات الفضائية، سواء تم هذا النسخ بصورة دائمة أم مؤقتة، وسواء كان كلياً أم جزئياً، وأياً كانت طريقة النسخ سواء عن طريق: المسح الضوئي، أو التحميل، أو العرض، أو التشغيل، أو النقل أو التخزين لهذا المصنفات. كما يجب حظر تداولها بالأسواق سواء عن طريق البيع أو الاستئجار، أو تقديم الخدمات المعلوماتية، إلا بإذن من صاحب الحق في الاستغلال المالي لهذه المصنفات.

(٤) حق نسخ المصنفات للاستخدام الشخصي:

إذا كانت القاعدة هي حماية حق المؤلف عن طريق منع الاعتداء عليه بالنسخ، فإن المشرع أجاز نسخ المصنف على سبيل الاستثناء، وذلك عندما يقوم الشخص بعمل نسخة وحيدة لاستخدامه الشخصي[٣] المحض. ويلاحظ

(١) المادة (١٤٧) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

(٢) المادة (١٨١؛ ١٨٤ مكرر) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

(٣) المادة ١٧٠/١؛ ٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة ١٢٢/٥ من قانون الملكية الفكرية الفرنسية المعدل رقم ٩٢-٥٩٧ الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٧/١.

أن الاستخدام الشخصي لا يقتصر على الشخص ذاته، وإنما يتسع ليشمل الشخص وباقي أفراد أسرته المقيمين معه.

ولا يشمل هذا الاستثناء مصنفات العمارة والفنون الجميلة. ويجوز تصوير نسخة وحيدة من المصنفات بوساطة دار الوثائق أو المحفوظات أو المكتبات التي لا تستهدف الربح بأية صورة من الصور وبشروط محددة.

ويهدف هذا الاستثناء إلى تحقيق التوازن بين مقتضيات حماية الحقوق الفكرية والحاجة إلى نشر العلم والثقافة بين أفراد المجتمع الذين قد لا تمكنهم ظروفهم من شراء النسخ الأصلية من المصنف(١)، ما دام هذا النسخ لا يخل بالاستغلال المادي للمصنف، ولا يلحق ضرراً غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو أصحاب الحقوق المجاورة له. ويطبق هذا الاستثناء على برامج الحاسوب التي يتشدد أصحاب حق المؤلف عليها بحظر النسخة الشخصية بشأنها، اللهم إلا إذا كانت هذه النسخة معدة لتكون نسخة حفظ(٢).

كما أجاز المشرع المصري عمليات النسخ المؤقت للمصنف الذي يتم تبعاً للبث الرقمي له أو في أثنائه، أو في أثناء القيام بعمل يستهدف استقبال مصنف مخزن رقمياً، في إطار التشغيل العادي للأداة المستخدمة ممن له الحق في ذلك.

وقد استحدث المشرع المصري إنشاء سجل لقيد التصرفات الواردة على المصنفات والتسجيلات الصوتية والبرامج الإذاعية والتلفزيونية الخاضعة لأحكامه ليكون وسيلة عملية لضبط المعاملات المتعلقة بحق المؤلف والحقوق المجاورة له(٣).

---

(١) Jean-Christophe Frachet : PARTI PIRATE, samedi 30 janvier 2010 , p. 3. sur le site: http://www.la-gauche-cactus.fr/SPIP/PARTI-PIRATE

(٢) وتنص المادة ١٤٧/٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على حق المؤلف في تتبع أعمال التصرف في النسخة الأصلية لمصنفه بما يخوله الحصول على نسبة مئوية معينة لا تجاوز ١٠٪ من الزيادة التي تحققت من كل عملية تصرف في هذه النسخة.

(٣) لمزيد من التفاصيل عن الحقوق المجاورة لحق المؤلف راجع:
Claude COLOMBET: Propriété littéraire et artistique et droits voisins, précis DALLOZ, 8 édition, 1997, p. 273 et s.

أما المشرع الإماراتي: فقد أظهر تشدداً غير مسبوق بشأن وسائل حماية المصنف الرقمي؛ إذ منع نسخ برامج الحاسوب وقواعد البيانات لأغراض شخصية إلا لغرض الحفظ، كما حظر استعمالها إذا فقد المستخدم النسخة الأصلية أو تلفها، ولا يجوز الاحتفاظ بحيازة النسخة الاحتياطية إذا زال سبب حيازة النسخة الأصلية(١).

كما لا يحق للحائز الشرعي الاقتباس من المصنف الرقمي إلا في حدود الغرض الذي رخص له باستخدام المصنف؛ فإذا رخص للحائز باستخدام برنامج وقواعد بيانات للتصميم المعماري، فليس من حقه أن يستخدمها لرسم خرائط أو يقتبس منها للغرض ذاته. كما حظر القانون الاتحادي الإماراتي في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له على الجمهور حق الاطلاع على المصنف الرقمي الذي تحميه تشريعات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له والاتفاقات الدولية، فلا يحق لأي شخص فحص المصنف الرقمي ما لم يكن حائزاً شرعياً له(٢)، وذلك بحصوله على إذن من المؤلف أو خلفه.

وقد ساوى المشرع الإماراتي بين برامج الحاسوب وقواعد البيانات في حق الاستعمال المشروع، وهو أمر يخالف كثيراً من التشريعات المقارنة التي ضيقت من حق الاستعمال المشروع في شأن برامج الحاسوب، في حين تركت الحق في استعمال قواعد البيانات إلى قواعد حماية المصنفات الأدبية والفنية؛ فمن حق الجمهور الاطلاع عليها ولو مختصراً عنها، ومن حق الحائز الشرعي عمل نسخة شخصية منها، وأن يقتبس منها لأغراض الدراسة والتحليل والاستشهاد(٣).

---

(١) راجع: المادة ٢/٢٢ من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف.

(٢) راجع: المادة (٣٩) من القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٣) راجع: د. نوري حمد خاطر، الترخيص بالتعاقد الوارد على دعامة المصنف الرقمي، مؤتمر الجوانب الجديدة للتنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، جامعة الشارقة، كلية القانون، المنعقد في الفترة من ١٧ – ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩، ص ١ – ٢.

كما ألزم المشرع الإماراتي المستخدم الذي يرغب في التعاقد بشراء مصنف رقمي دفع مقابل لقاء استخدامه له بمجرد فتح غلاف دعامة المصنف، أو بمجرد رفع الملصق المثبت على الدعامة، أو بمجرد الضغط إلكترونياً على كلمة (افتح) الظاهرة على شاشة جهاز الحاسوب المتصل بالشبكة الرقمية(١).

ثالثاً – مشكلات تطبيق قوانين حماية الملكية الفكرية بشأن استنساخ مصنفات القنوات الفضائية:

انتشرت عمليات نسخ البرامج والمصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية بصورة كبيرة في جميع أنحاء العالم لدرجة أنها أصبحت سلوكاً اجتماعياً، وعندما يكون هناك فرق شاسع بين القانون والسلوك الاجتماعي السائد، فالأولى أن يتكيف القانون مع السلوك الاجتماعي المشروع وليس العكس(٢).

ويلاحظ أن حماية حقوق الملكية الفكرية عن طريق مكافحة النسخ غير المشروع قد يكلف – في كثير من الأحيان – مبالغ مالية كبيرة تفوق الأرباح الناتجة عن النسخة الأصلية المحمية، وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة وجود معالجة جديدة لحقوق الملكية الفكرية لتتواءم مع هذه المستجدات.

---

(١) راجع: المادة (١٢) من القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له. ولا يوجد نص مقابل لهذه المادة في القانون المصري أو الفرنسي أو الأمريكي أو التوجيه الأوروبي، إلا أنه تم إثارة هذا الموضوع أمام القضاء الأمريكي. (راجع في هذا الشأن قرار محكمة استئناف ولاية (Wkonsin) الأمريكية الصادر في عام ١٩٩٦.

United states court of appeals for the seventh circuit, Western district of Wkonsin, n 95, C. 0671. C, 23 may 1996, Jun. 1996 decided, Lexis Nexis. (R) Headnote, P.3.

(ولمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع: أ. د. نوري حمد خاطر، الترخيص بالتعاقد الوارد على دعامة المصنف الرقمي، مرجع سابق، ص ٢ وما بعدها).

(٢) راجع: د. وليد عبد الحي، مرجع سابق، ص ١٧١.

كما أثار التطور التكنولوجي بعض المشكلات بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية، فالتصوير التقليدي عن النسخة الأصلية لا تكون فيه الصورة مطابقة تماماً للأصل، إلا أن التكنولوجيا أصبحت تجعلها أكثر مطابقة للأصل. ومع بزوغ التكنولوجيا الرقمية واستخدام المسح الضوئي أصبحت النسخة والأصل متماثلين ويصعب التمييز بينهما(١). ومن ثم أصبح لدى المبدع والناقل الشيء نفسه، بالإضافة إلى إمكانية نسخ عدد كبير من المصنفات المحمية في فترة وجيزة، وبثها في أرجاء العالم عبر القنوات الفضائية والإنترنت، مع صعوبة اكتشاف مرتكب هذه الاعتداءات وصعوبة مراقبتها، وهو الأمر الذي يتطلب علاج هذه المشكلة، التي تتمثل في إيقاع التغير بين القانون والتكنولوجيا.

رابعاً – الحلول المقترحة لحل مشكلة استنساخ مصنفات القنوات الفضائية:

يجب لحل بعض هذه المشكلات عدم مبالغة أصحاب حقوق الملكية الفكرية والقنوات الفضائية في المقابل المادي نظير استخدام مصنفاتهم، أو نظير الاشتراك لاستقبال بث القنوات الفضائية؛ بحيث يكون في إمكان الجمهور بمختلف فئاته الحصول على إرسال هذه القنوات نظير مقابل معقول.

كما يجب في بعض الحالات تقديم عدد من النسخ كجزء من المساعدات الفنية التي تقدمها الدول المتقدمة للدول النامية؛ حيث ظلت حقوق الملكية الفكرية لمدة طويلة طعاماً سائغاً بالنسبة إلى الدول الغنية وسمّاً نقيعاً بالنسبة إلى الدول الفقيرة(٢).

---

(١) Michel Fauchié: Les droits de la documentation électronique, 1er juillet 2001, p. 2. sur le site: http://www.addnb.fr/spip.php?article43

(٢) راجع: تقرير لجنة حقوق الملكية الفكرية، دمج حقوق الملكية الفكرية في سياسة التنمية، مرجع سابق، ص ٧.

المطلب الثالث
جهود المشرع لمواجهة القرصنة الفكرية للمصنفات

يلاحظ أن ثورة المعلومات جعلت من القرصنة الفكرية جرائم عابرة للحدود، لا تنحصر في حدود دولة معينة، بل تتعدى حدود كل الدول(١). وهو الأمر الذي يجعل الجهود الفردية عاجزة عن مواجهتها، ويتطلب تعزيز التعاون الدولي ودفعه إلى آفاق جديدة، تضمن تبادل المعلومات والخبرات وعقد الاتفاقات الإقليمية والدولية لحماية الملكية الفكرية، ووضع إجراءات مبدئية وتدابير دولية لحماية المصنفات الرقمية، وردع هذه الأفعال الإجرامية العابرة للحدود، وهي ضوابط يمكن أن تكون محل اقتراحات تشريعية تطبقها الدول في تشريعاتها الوطنية.

ومع التسليم بعظم الجهد الذي بذل في سبيل حماية الملكية الفكرية من القرصنة فإن الأمر يحتاج إلى تواصل الجهود من أجل تفعيل القوانين والتدريب على تطبيقها ومواصلة تحديثها لتواكب أنماط الاعتداء المستحدثة باستخدام التكنولوجيا الرقمية التي تتطور بسرعة كبيرة تفوق في تطورها القواعد القانونية التي تلاحقها، بالإضافة إلى وجود بعض التناقضات التي تتم عبر القنوات الفضائية؛ فبرغم أنها تئن من وطأة الأضرار التي تلحقها من جراء قرصنة برامجها والمصنفات الرقمية التي تبثها، نجدها في الوقت نفسه تبث العديد من الإعلانات لتمدح فيها الأداء الرائع للأجهزة الإلكترونية الجديدة التي يمكنها نسخ الأفلام والموسيقى بجودة وسهولة لا مثيل لها(٢).

---

(١) راجع: د. هلالي عبد اللاه أحمد، جرائم المعلوماتية عابرة الحدود (أساليب المواجهة وفقاً لاتفاقية بودابست)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٤.

(٢) Wladimir MERCOUROFF et Dominique PIGNON: op. cit., p. 2.

وتتطلب مكافحة القرصنة الفكرية وجود فكر قانوني خلاق، يواجه هذه الأنماط بتجريمها واستحداث قواعد إجرائية تتواءم مع طبيعتها، ولا تتنافر مع ما استقر من قواعد في الفكر القانوني والقضائي(١).

ويجب لمكافحة القرصنة للبث الفضائي إحكام السيطرة والرقابة على الواردات لمنع دخول المعدات غير المشروعة التي تستخدم في قرصنة إشارات البث الفضائي، وتشديد العقوبات على من يبيعون هذه المعدات أو يقدمون خدمات بث غير قانونية لتكون رادعاً من قرصنة بث القنوات الفضائية(٢). كما يجب إصدار قرارات تلزم جميع الشركات والمحلات التي تعمل في مجال استيراد وتوزيع وبيع وتركيب أجهزة استقبال القنوات الفضائية، تصحيح أوضاعها القانونية، وعدم برمجة الأجهزة وتركيبها بطريقة تمكن المستخدم من تشغيل القنوات الفضائية المشفرة دون الحصول على إذن بذلك من أصحاب الحقوق الأصلية. وتشكيل فرق عمل من مأموري الضبط القضائي المختصين، للقيام بحملات تستهدف جمع المعلومات والوقوف على مدى التزام المحالّ بذلك وضبط المخالفات.

وهناك حاجة ملحة لزيادة الوعي بالأثر السلبي المترتب على جرائم القرصنة الفكرية، وهو ما حدا الدول الأعضاء في (WIPO) إنشاء اللجنة الاستشارية المعنية بالإنفاذ، لتكون منتدى لبحث مجال إنفاذ "Enforcement" القوانين والقرارات، وتهدف هذه اللجنة إلى التنسيق مع بعض المنظمات والقطاع الخاص من أجل مكافحة جرائم القرصنة الفكرية(٣)، وإسداء المساعدة والتنسيق

---

(١) نتناول هذه القواعد بالتفصيل ضمن الفصل الثالث من هذا البحث.

(٢) Mylène Dupéré: op. cit., p. 1.

(٣) ومن أمثلة الجهات المعنية بمكافحة القرصنة وحماية حقوق الملكية الفكرية: منظمة التجارة العالمية، ومنظمة الجمارك العالمية، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، ومنظمة الإنتربول؛ والمنظمات غير الحكومية ذات الصلة مثل: شركة "FileMaker"، وموقعها الإلكتروني: "piracy@filemaker.com"؛ و"جمعية منتجي برامج الحاسوب"، وموقعها الإلكتروني: "http://www.bsa.orr"، و"رابطة صناعة المعلومات" (SIIA) وموقعها الإلكتروني: "http://www.siia.net".

في وضع نظام كفء لتدريب العاملين في الجهات المختلفة العاملة في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية، وتنفيذ برامج تدريبية وطنية وإقليمية لجميع المعنيين، وتبادل المعلومات من خلال منتدى عبر الإنترنت.

وتحتاج مكافحة القرصنة الفكرية إلى مهارات خاصة نظراً لحداثتها وارتباطها بالنواحي الفنية، حيث يستلزم الأمر التعامل مع قراصنة على أعلى مستوى من المهارة التقنية، ومن ثم لا تكفي الإجراءات التقليدية التي تقوم بها إدارة المصنفات الفنية لضبط النسخ الواضحة التقليد وغير المرخصة، وإنما – لابد بالإضافة إلى ذلك – من تنمية مهارات القائمين بهذا العمل من مأموري الضبط القضائي وقضاة المحاكم(١)، وإنشاء محاكم متخصصة في مجال المعلوماتية.

وتعد دولة الإمارات العربية المتحدة من أفضل دول العالم في مكافحة أساليب القرصنة الفكرية؛ نظراً لما تقوم به من جهود كبيرة في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية، وبفضل التعاون المثالي والمتطور بين مختلف الجهات الاتحادية والمحلية المعنية، وتنسيقها المتطور واستيعابها لكل أساليب القرصنة، ومواكبتها للوسائل التقنية الحديثة التي يلجأ إليها القراصنة، بالإضافة إلى سرعة التحرك في مواجهة أساليب القرصنة والقضاء عليها(٢).

(١) راجع: د. محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٢٨.

(٢) راجع: ا. محمد أحمد بن عبد العزيز الشحي، مدير عام وزارة الاقتصاد بدولة الإمارات العربية المتحدة، إبريل ٢٠٠٩، عبر الإنترنت على الموقع:
http://www.economy.ae/Arabic/AboutUs/NewsAndEvents/Pages/eco.clobel%20day%20celeb.aspx)

المبحث الثاني
بث القنوات الفضائية لبرامج ومصنفات دون الحصول على ترخيص من الجهات المختصة أو صاحب الحق

يجب على أية قناة فضائية أن تحصل على ترخيص تشغيل من الجهات المختصة. كما يجب عليها أن تحصل على إذن من المؤلف أو صاحب استغلال الحق المالي عند عرضها المصنفات المشمولة بالحماية القانونية. ويجب على الجمهور الذي يستقبل إرسال القنوات الفضائية المشفرة أو يقوم بإعادة بث إرسالها على جمهور المتعاملين معه أن يحصل على تصريح أو إذن بذلك من القناة أو صاحب الحق.

وقد اقتصرت وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية لعام ٢٠٠٨ على تنظيم منح رخص التشغيل للقنوات الفضائية، وأغفلت تنظيم الحصول على إذن صاحب الحق في استغلال حقوق الملكية الفكرية، أو تنظيم حصول الجمهور على تصريح أو إذن باستقبال القنوات الفضائية أو إعادة بثها.

ونتناول فيما يلي كيفية الحصول على رخصة تشغيل البث الفضائي أو إعادة البث، والحصول على إذن المؤلف والرقابة اللاحقة على صدور الترخيص، والاستثناءات التي يجوز فيها نشر بعض المصنفات دون إذن المؤلف، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول
الحصول على رخصة تشغيل البث الفضائي أو إعادة البث

يلاحظ حالياً وجود عشوائية في بعض القنوات الفضائية العربية من حيث الترخيص والمحتوى والأداء؛ فمع سهولة الترخيص بالبث الفضائي، ووجود فراغ تشريعي لتنظيم بعض جوانب عملها وأدائها، وما آل إليه واقع الحال من تهديد الجانب الإيجابي والتاريخ الحافل الطويل المفعم بالعطاء لكثير من القنوات

الفضائية؛ فقد أوجبت وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية لعام ٢٠٠٨ على القنوات الفضائية التي تقوم بالبث المباشر لبرامجها أن تطلب ترخيصاً مسبقاً بالبث الفضائي أو إعادة البث.

ونعرض فيما يلي: لمفهوم رخصة البث الفضائي، والمعايير والضوابط والاشتراطات الخاصة بإصدار ترخيص التشغيل، والأعمال المخالفة لوثيقة البث الفضائي في هذا الشأن:

(١) مفهوم رخصة البث الفضائي:

يقصد برخصة البث الفضائي أو إعادة البث الفضائي الإذاعي أو التلفزيوني: الإذن الصادر عن السلطة المختصة في الدولة التي يتقدم إليها طالب الترخيص للسماح له بإنشاء محطة للبث الفضائي أو إعادة البث الفضائي(١).

أما التصريح فهو: الذي يصدر عن السلطة المختصة في الدولة لشخص طبيعي أو اعتباري لتمكينه من القيام بالاستيراد أو الاتجار أو التصنيع أو التجميع أو التعامل تجارياً في الأجهزة والمعدات التي يتم استخدامها في البث أو إعادة البث أو استقبال البث الفضائي.

ولذلك يلتزم أي شخص، طبيعياً كان أو معنوياً، بألا يمارس أي عمل من أعمال البث الفضائي أو إعادة البث أو أن يقدم أي خدمة من خدماته المتعلقة بهذا الشأن، ما لم يكن حاصلاً على رخصة بث أو إعادة بث صادرة عن السلطة المختصة بإصدارها في أي دولة من الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية، متى تم استيفاء الشروط والضوابط والمعايير التي تحتويها وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية، وكذا الشروط التي تضعها الدول على أراضيها والمناطق المفتوحة(٢).

---

(١) راجع: البند الثاني/٧ من وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية لعام ٢٠٠٨.

(٢) راجع: البند العاشر من وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية.

(٢) المعايير والضوابط والاشتراطات الخاصة بإصدار ترخيص التشغيل:

تلتزم هيئات البث الإذاعي والتلفزيوني ومقدمو خدمات البث الفضائي في شأن توجيه المواد الإذاعية والتلفزيونية، من حيث المحتوى والفئات المتلقية من الجمهور، بالمعايير والضوابط والاشتراطات والأنماط المختصة بإصدار الترخيص، ومن ذلك على وجه الخصوص ما يلي(١):

(أ) التقيد بجداول زمنية يتم وضعها من قبل لجنة مختصة بالرقابة على محتويات البرامج، على أن توضع قيود زمنية على البرامج أو المصنفات التي يتم بثها ولا يتناسب محتواها مع سن الأطفال؛ بحيث يتم عرضها في الأوقات التي لا يكون فيها الأطفال من ضمن فئات المشاهدين.

(ب) الالتزام بالبيان الواضح – قبل بدء البرنامج – عن نوع المصنف والفئة العمرية غير المسموح لها بمشاهدته أو التي يكون من غير المناسب لها مشاهدته، أو التي يجب أن تكون مشاهدتها له تحت رقابة عائلية.

وتواصل المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) تطوير القدرة على منح تراخيص الملكية الفكرية؛ ومساعدة الدول الأعضاء على تدريب مجموعة من المهنيين على المفاوضات المتعلقة بالترخيص وتدريب المدربين. ومن التدابير المهمة في هذا الصدد، نشر دليلين بشأن نقل التكنولوجيا ومنح تراخيص بشأن حق المؤلف(٢).

(٣) الأعمال المخالفة لمبادئ وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي في هذا الشأن:

تعتبر الأعمال التالية مخالفة لمبادئ وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية:

---

(١) راجع: البند التاسع من وثيقة مبادئ تنظيم البث الفضائي الإذاعي والتلفزيوني بالمنطقة العربية.

(٢) راجع: تقرير المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة الدائمة المعنية بالتعاون لأغراض التنمية المرتبطة بالملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٧.

(أ) كل من يمارس أعمال البث أو إعادة البث الفضائي، أو تقديم أي خدمة من خدماته دون الحصول على ترخيص من السلطة المختصة وفقاً لمبادئ هذه الوثيقة، مع ضمان أن يشمل ذلك مصادرة جميع المعدات والأجهزة المستخدمة، وإزالة الضرر الناشئ عن المخالفة، ومضاعفة العقوبات في حالات تكرار المخالفة.

(ب) كل مرخص له بمباشرة أي نشاط للبث أو إعادة البث الفضائي أو تقديم خدمة من خدماته، متى تم ذلك بالمخالفة للمبادئ أو المعايير أو الضوابط أو الشروط التي تتضمنها هذه الوثيقة، أو التي يتم وضعها من أي من الأجهزة التي تقوم على تطبيق مبادئها.

وفي جميع الأحوال يحق للسلطات المختصة بالدولة العضو سحب ترخيص المخالف أو عدم تجديده أو إيقافه للمدة التي تراها مناسبة، إذا ارتكب المرخص له أية مخالفة لأحكام القانون الداخلي أو الأحكام الواردة بهذه الوثيقة.

المطلب الثاني

الحصول على إذن المؤلف والرقابة اللاحقة على صدور الترخيص

يجب على القنوات الفضائية التي تقوم بالبث المباشر لبرامجها أو إعادة البث أن تطلب ترخيصاً مسبقاً بالبث أو النشر من صاحب الحق في استغلال المصنف، وأن تقوم بالوفاء بمستحقات صاحب الحق قبل بث المصنفات المحمية، ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك، وإلا فإنها تعد منتهكة لحق صاحب استغلال المصنف، الذي يكون له الحق في الرجوع على المسؤول جنائياً ومدنياً.

ويجب لحماية حقوق المؤلف وجود رقابة لاحقة على صدور هذا الترخيص، حيث يلتزم المرخص له بعدم إجراء أي تعديل أو تحريف أو إضافة أو حذف بالمصنف المرخص به لاحتمال الإساءة إلى المفهوم الحقيقي لحرية التعبير. كما يجوز للسلطة المختصة سحب الترخيص في حالات معينة، مثل

وجود ظروف تستدعي ذلك، ولها إعادة الترخيص بالمصنف بعد إجراء ما تراه من حذف أو إضافة أو تعديل دون تحصيل رسوم.

ويكون لصاحب الحق في استغلال المصنفات الحرية منح الترخيص أو عدم الترخيص لأي طرف حتى للأطراف التي تجادل أحياناً بأن لديها حاجة ملحة للحصول على هذه المصنفات، هذا مع مراعاة بعض "التسهيلات الأساسية" والاستثناءات المنصوص عليها قانوناً(١).

المطلب الثالث
الاستثناءات التي يجوز فيها نشر بعض المصنفات دون إذن المؤلف

توجد عدة حالات استثنائية يجوز فيها نشر بعض المصنفات دون إذن المؤلف مثل: الترخيص الإجباري، ونشر المختصرات والمقتبسات، وأداء المصنف في اجتماع خاص، وحق هيئات البث الإذاعي والتلفزيوني في إذاعة المصنفات التي تعرض في مكان عام، وذلك على نحو ما يلي:

أولاً – الترخيص الإجباري:

نظم قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لأول مرة نظام الترخيص الإجباري في مجال النسخ أو الترجمة معاً، وترك للائحة التنفيذية تحديد حالات وشروط منح الترخيص بما يتفق مع ملحق اتفاقية " بيرن " النافذة في مصر(٢).

---

(١) Cass. com., 12 juill. 2005, aff. NMPP: Comm. com. électr. 2005, comm. 149, Ch. Caron; comm. 160, G. Decoq; RLDI, 2006, nº 13, p. 6, note N. Mallet-Poujol.

(٢) انضمت مصر إلى اتفاقية "بيرن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية المبرمة عام ١٨٨٦، بموجب القرار الجمهوري رقم ٥٦١ لسنة ١٩٧٦.

ويقصد بالترخيص الإجباري حق السلطات المختصة في إصدار الترخيص باستغلال المصنف الأجنبي لجهة معينة، دون مراعاة إرادة مالكه(١)، وإعادة إنتاجه وبيعه بالسعر المساوي لمثيله في السوق أو السعر العادل ضمن ضوابط وشروط يراعى فيها تعويض مؤلف المصنف أو صاحب الحق عن هذا الترخيص الإجباري.

ويهدف نظام الترخيص الإجباري إلى حماية احتياجات المجتمع وخدمة المجالات العلمية والتعليمية. وتتباين المواقف حول نطاق الترخيص الإجباري، إذ يحدد القانون عادة المصنفات القابلة لمثل هذا الإجراء، وهو إجراء مهم لمواجهة سياسات الاحتكار. وعلى الرغم من أن الترخيص الإجباري لا يعد علاجاً ناجعاً لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة له، فإنه يعد وسيلة لازمة لمنع انتهاك نظام حماية حقوق الملكية الفكرية(٢).

ويبرر نظام الترخيص الإجباري بأن حماية الإبداع بكل صوره في ميدان الملكية الفكرية قائم على أساس الموازنة بين احتياجات المبدع لصيانة إبداعه ومنحه الفرصة المؤقتة – بمدة معينة – لاستثمار نتاج فكره، وبين حاجة المجتمع للمعرفة ووسائلها. وهذه الموازنة تمنع احتكار صاحب المصنف لمصنفه، وتجيز ترخيصه إجبارياً لحماية الثقافة وتلبية احتياجات التنمية والتطور في المجتمع؛ فإذا كان من حق المؤلف أو مالك حقوق أي مصنف أن يحمي إبداعه، فإن من حق المجتمع ألا تكون هذه الحماية على نحو يمس عناصر تطوره.

---

(١) راجع: أ. د. هاني دويدار، الوطن العربي في مواجهة براءات المنتجات الصيدلية، مؤتمر الجوانب الجديدة للتنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، جامعة الشارقة، كلية القانون، المنعقد في الفترة من ١٧– ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩، ص ١٤ – ١٥.

(٢) راجع: تقرير لجنة حقوق الملكية الفكرية، دمج حقوق الملكية الفكرية في سياسة التنمية، مرجع سابق، ص ٧٢.

ثانياً – الاستثناء الخاص بنشر المختصرات والمقتبسات دون إذن المؤلف:

يجوز نشر المقتبسات أو المختصرات أو البيانات الموجزة عن المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص بغير إذن مؤلفيها؛ لأن هذه المقتبسات والمختصرات الموجزة لا تغني عن قراءة الأصل، بل هي تروج للمصنف. ومن ثم فإن نشر مقالة صحفية كاملة للصحفي على القناة الفضائية دون إذنه، يعد نشراً لمصنف رقمي ويمثل اعتداءً على حق المؤلف؛ لأن النشر المأذون به يقتصر فقط على الصحيفة المتعاقد معها. أما النشر عن طريق القنوات الفضائية، فهو يصل إلى جمهور كبير ومتنوع، ويختلف عن الجمهور الذي كانت توجه إليه الجريدة أصلاً وهو قراء الصحيفة(١).

وقد حدد المشرع الفرنسي مدة بث المختصرات والمقتبسات الموجزة عن المصنفات بمدة قدرها ٦ دقائق، ولا يجوز في جميع الحالات أن تزيد على ١٥ من المدة الإجمالية للمصنف الأصلي(٢).

ولا تشمل الحماية القانونية ما تذيعه القناة الفضائية من أخبار الحوادث والوقائع الجارية التي تكون مجرد أخبار صحفية. أما إذا تم جمع الأخبار والحوادث، وتم ترتيبها ترتيباً مبتكراً، وبذل فيها مجهود شخصي، فإنها في هذه الحالة تتمتع بحماية القانون باعتبارها من المصنفات المحمية(٣).

ثالثاً – الاستثناء الخاص بأداء المصنف في اجتماع خاص:

لا يجوز للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه في اجتماع عائلي أو في جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة أو جامعة، مادام لا يتم تحصيل مقابل مالي لذلك. وهذا الاستثناء يستند إلى أن استعمال المصنف في

---

(١) المواد ١٧٠،١٧١، ١٧٢ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

(٢) Jean-Pierre: Une mise au point sur les règles s'appliquant à l'usage de films et vidéos en classe. 8 février 2010, p. 3.

(٣) المادة (١٤١) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

اجتماعات خاصة هو من قبيل الاستعمال الشخصي مع شيء من التوسع في هذا الاستعمال.

ويثير هذا الاستثناء صعوبة في تحديد المقصود بالعمومية والخصوصية، حيث لا تتوافر شروط الاستثناء في حالة بث إرسال إحدى القنوات الفضائية المشفرة لنزيل يقيم في أحد الفنادق، على الرغم من أن النزيل الموجود في حجرته يكون في حالة خصوصية، إلا أنه يعد جمهوراً ينقل إليه الفندق برامج القنوات الفضائية المشفرة، ومن ثم لا يجوز للفندق بث هذه المصنفات المحمية لنزلائه دون موافقة صاحب الحق في استغلال المصنف؛ لأنه يعد أداءً مباشراً للجمهور؛ حيث يعتبر مجموع نزلاء الفندق جمهوراً على الرغم من أن كل واحد منهم يوجد في مكان خاص وهو حجرته في الفندق.

ولا تستلزم فكرة الجمهور في مجال البث الفضائي الاجتماع أو التجمع المادي لعدد من الأشخاص في مكان واحد؛ فالأداء العلني للمصنف لا يستلزم الاجتماع المادي للجمهور، ومن ثم يعتبر مجموع المشتركين في قناة فضائية مشفرة جمهوراً على الرغم من مشاهدة كل منهم للبرامج في منزله(١).

وقد أجاز المشرع الفرنسي نسخ وعرض المصنفات التي تبث عبر القنوات التلفزيونية والفضائية على سبيل الاستثناء بقصد استخدامها في التعليم والبحث العلمي، بشرط ألا تستغل هذه النسخ بصورة تجارية، وأن يتم ذلك بمقابل عادل. ونظراً لخطورة استخدام هذه المصنفات المحمية في المدارس والجامعات، لما قد تتعرض له من اعتداء على حقوق الملكية الأدبية والفنية، فقد حرص المشرع الفرنسي على ضرورة توعية أعضاء هيئة التدريس والباحثين والطلاب على أهمية هذه الحقوق والخطر الذي تشكله الاعتداءات على الإبداع الأدبي والفني، واتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية هذه الحقوق؛ حيث لا يجوز

(١) راجع: د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٤٧.

توزيع نسخ من هذه المصنفات على المدرسين والباحثين والطلاب، سواء كانت نسخة كاملة للمصنف أم نسخة جزئية(١).

رابعاً – حق هيئات البث الفضائي في إذاعة المصنفات التي تعرض في مكان عام:

أباح المشرع للهيئات المنوط بها البث الإذاعي والتلفزيوني، الحق في إذاعة المصنفات التي تعرض أو توضع في المسار أو في أي مكان عام آخر؛ وذلك رعاية منه لتيسير نشر الثقافة، بشرط أن تلتزم هذه الهيئات بسداد مقابل نقدي أو عيني للمؤلف، أو بأداء أي تعويض عادل مقابل إذاعة مصنفاته بهذه الطريقة إذا كان لذلك مقتضى، كما أوجب على الهيئات الرسمية إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف(٢).

(١) Meyniac Jean-Pierre: op. cit., p. 1 et s.

(٢) المادة (١٦٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

الفصل الثالث
وسائل الحماية المدنية للمصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية

تمهيد وتقسيم :

حرص المشرع الوطني على إدراج حقوق الملكية الفكرية ضمن السياسات الوطنية باعتبارها أداة فعالة في تنمية المجتمع، كما يقوم بمحاولات لإصلاح النظم التشريعية التي تكفل هذه الحقوق وتصونها من الانتهاك أو التعدي، وأنشأ العديد من الجهات الإدارية التي ناط بها حماية حقوق الملكية الأدبية والفنية، منها: المكتب الدائم لحماية حق المؤلف التابع للمجلس الأعلى للثقافة(١)، وشرطة المصنفات الفنية(٢).

كما رافق ذلك أيضاً اهتمام إقليمي بوضع نظم إقليمية(٣) لحماية حقوق الملكية الفكرية، وكذلك اهتمام دولي تمثل في صياغة العديد من الاتفاقيات

---

(١) أنشئ هذا المكتب بموجب قرار وزير الثقافة المصري رقم ١٥٣ لسنة ١٩٨٥، بهدف توفير الحماية لحق المؤلف، واتخاذ ما يلزم لتنفيذ الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية المصنفات الأدبية والفنية التي تكون جمهورية مصر العربية طرفاً فيها.

(٢) أنشئت بموجب قرار وزير الداخلية رقم ٣٣ لسنة ١٩٨١، وهي شرطة متخصصة في مجال مكافحة القرصنة الفكرية والتزييف والتقليد للمصنفات الأدبية والفنية.

(٣) أصدر الاتحاد الأوروبي العديد من التوجيهات لحماية حقوق الملكية الفكرية، وهي:

* Directive nº 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.
* Directive nº 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la Propriété intellectuelle.
* Directive nº 93/83/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la transmission par câble. =

الدولية والمعاهدات التي تنظم حماية هذه الحقوق في إطار دولي محكم، يضمن حماية فعالة لهذه الحقوق العابرة للحدود(١).

وتضمن القانون المقارن عدة طرق لحماية المصنفات التي يتم بثها عبر القنوات الفضائية، وهي: التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية لحماية حقوق الملكية الأدبية والفنية، والحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببها هذا الاعتداء.

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على نحو ما يلي:

=* Directive nº 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection de droit d'auteur et de certains droits voisins.

* Directive nº 96/9/CEE du Parlement Européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

* Directive nº 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique).

* Directive nº 2001/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la Société de l'Information.

* Directive nº 2004/48/CE du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

* Directive nº 2009/24/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JOUE nº L 111, 5 mai 2009.

(١) توجد عدة اتفاقات دولية خاصة بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها، مثل: اتفاقية بيرن لسنة ١٨٨٦ بشأن حماية المصنفات الأدبية والفنية؛ واتفاقية روما لسنة ١٩٦١ بشأن حماية فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة؛ واتفاقية جنيف لسنة ١٩٧١ بشأن حماية منتجي التسجيلات الصوتية من استنساخ تسجيلاتهم دون تصريح؛ ومعاهدة الويبو (WIPO) بشأن حقوق المؤلف لسنة ١٩٩٦؛ ومعاهدة (WIPO) بشأن الأداء الفني والتسجيل الصوتي لسنة ١٩٩٦. وتتناول المعاهدتان الأخيرتان حماية حقوق المؤلفين في المجال الرقمي.

المبحث الأول: التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية لحماية المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية.

المبحث الثاني: التعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية.

المبحث الأول
التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية لحماية المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية

تتسم تدابير حماية حقوق الملكية الفكرية بالطابع الإجرائي عن طريق اللجوء إلى بعض الإجراءات الوقتية، إلى أن يتم الفصل في موضوع الاعتداء عليها؛ وذلك بهدف حماية حق طالب الإجراء من خطر التأخير، بسبب النقص الحاصل في وسائل حمايته العادية. وتوصف هذه الإجراءات بالوقتية؛ لأن دواعيها تزول عند قيام القضاء الموضوعي بمباشرة حمايته الموضوعية.

وقد تتمثل هذه الإجراءات في إطار البث عبر القنوات الفضائية في: مصادرة النسخ المقلدة أو مصادرة المصنفات التي لم يصرح المؤلف ببثها، أو إيقاف النشر أو البث الفضائي، ويطبق بشأن هذه الإجراءات قانون الدولة التي تم فيها الإجراء[١].

ونعرض فيما يلي للتدابير الوقتية والإجراءات التحفظية في القانون المصري، ثم موقف التوجيه الأوروبي (n° 2004/48/CE) من هذه التدابير والإجراءات التحفظية:

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص ٢١.

أولاً – التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية بشأن حماية المصنفات في القانون المصري:

حرص المشرع المصري[(١)]– في قانون حماية الملكية الفكرية – على زيادة دور المحكمة المختصة بأصل النزاع[(٢)] في إصدار أوامر تحفظية أو وقتية لوقف الاعتداءات على المصنفات، بحيث يستطيع المؤلف أن يتخذها للمحافظة على حقه حتى يفصل في دعواه القضائية ضد المعتدي؛ لأن النزاع قد يطول مما قد يترتب عليه زيادة الأضرار التي تلحق بالمؤلف بسبب التأخير في توفير حماية موضوعية لحقوقه. وقد اختار المشرع المصري الأداة الفنية التي يمكن من خلالها تحقيق هذه الحماية، وهي الأمر على عريضة "ordonnance sure reqûete".

وتبدأ هذه الإجراءات بطلب يقدم إلى رئيس المحكمة المختصة بنظر أصل النزاع[(٣)]، الذي يصدر أمره – بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه – باتخاذ

---

(١) لم يختلف كثيراً المشرع الإماراتي – عند تقريره للإجراءات الوقتية أو التحفظية التي يمكن اتخاذها من أجل توفير الحماية الإجرائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة له – عن نظيره المصري، وإن جاءت بعض القواعد التي نص عليها مختلفة بعض الشيء عن نظيرتها في القانون المصري.

(٢) المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة (٣٤) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حق المؤلف.

(٣) كانت المادة (٤٣) من قانون حماية حق المؤلف السابق رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ تنص على أن لرئيس المحكمة الابتدائية إصدار أوامر تحفظية أو وقتية لوقف الاعتداءات على حق المؤلف والحقوق المجاورة له؛ وجاءت المادة (١٧٩) من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية لتعقد الاختصاص لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع؛ وذلك بهدف عدم تقطيع أوصال القضية؛ لأنه من مصلحة تحقيق العدالة، أن يكون قاضي الأصل هو قاضي الفرع، ولم يَعد الاختصاص مقصوراً على رئيس المحكمة الابتدائية، بل أصبح من المتصور انعقاده أيضاً للقاضي الجزئي بحسب قيمة النزاع. =

الإجراءات الكفيلة للمحافظة على حقوقه، سواء تعلق الأمر باعتداء على الحق الأدبي للمؤلف أم بالاعتداء على حقه المالي.

والأمر الذي يصدره رئيس المحكمة قد يكون باتخاذ تدبير وقتي غير تحفظي، أو باتخاذ تدبير وقتي تحفظي، وذلك على نحو ما يلي:

(١) الإجراءات الوقتية غير التحفظية لحماية المصنفات:

يقصد بالإجراءات الوقتية غير التحفظية لحماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية: الإجراءات التي تستهدف إثبات الضرر الناشئ عن الاعتداء على المصنفات المشمولة بحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة له، وتحديد مداه وإيقافه مستقبلاً(١).

وتتدرج هذه الإجراءات من حيث قدرتها على حماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية بحسب طبيعة ونوع الاعتداء الواقع عليها، وذلك على نحو ما يلي:

أ – إثبات واقعة الاعتداء على المصنفات محل الحماية القانونية:

يجوز للمؤلف أو لأصحاب الحقوق المجاورة له طلب إثبات وقائع النشر أو النسخ أو الأداء أو العرض أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو

= أما المادة (٣٤) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حق المؤلف، فقد نصت على أن الاختصاص بإصدار هذه الإجراءات يكون لرئيس المحكمة الابتدائية بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه.

أما المادة L ٣٣٢.١ من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي، فنصت على اختصاص مأمور الشرطة "éventuellmeent" أو قاضي المحكمة الجزئية بإيقاع الحجز على الأشياء المقلدة إذا كانت قيمتها غير كبيرة، بينما يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالحجز، إذا كان الضرر كبيراً.

(١) راجع: أ. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، آلية التدابير الوقتية والتحفظية المقررة لحماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية وبعض التشريعات الوطنية، مؤتمر الجوانب الجديدة للتنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، جامعة الشارقة، كلية القانون، المنعقد في الفترة من ١٧ – ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩، ص ٥.

التلفزيوني التي تشكل مخالفة لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، أو إثبات أي واقعة أخرى تمثل اعتداءً على أي حق من حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة له، التي تدخل في إطار حماية القانون(١).

ومن ثم يستطيع المؤلف أو صاحب الحق المجاور له أن يطلب إثبات واقعة الاعتداء على حقه، في أثناء قيام إحدى القنوات الفضائية بعرض مصنفه، أو عرض أغنية أو فيلم أو مسلسل هو منتجه أو مخرجه أو الممثل فيه دون إذن أو تصريح منه بذلك.

ويقع عبء إثبات واقعة الاعتداء على عاتق طالب الإجراء(٢)، فعليه أن يثبت بداية أنه صاحب حق أدبي أو مالي بصفته مؤلفاً أو صاحب حق مجاور له، ثم يقوم بإثبات واقعة الاعتداء على حقه بجميع طرق الإثبات، وبما يتناسب مع طبيعة هذا الحق.

ب – إجراء وصف تفصيلي للمصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني(٣):

يتم هذا الإجراء عادة بعد إثبات واقعة الاعتداء على المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني؛ وذلك بقصد وصف المصنف وصفاً تفصيلياً وتعريفه تعريفاً دقيقاً نافياً للجهالة؛ مما يميزه عن غيره من المصنفات أو الحقوق المجاورة التي يمكن أن تتشابه معه؛ فإذا كان المصنف

---

(١) المادة ١٧٩/٥ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢. أما المشرع الفرنسي فوضع نظاماً يسمى "الحجز الوصفي" (Saisie- description) يهدف إلى توفير أدلة إثبات للمؤلف على واقعة الاعتداء بوساطة وصف بسيط للأشياء المقلدة من خلال أخذ صورة لها (l'art. L. 332 - I).

(٢) المادة الأولى من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(٣) المادة ١٧٩/٢ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢؛ ويقابلها المادة ٣٤/١ من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الإماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢؛ والمادة ٦٣ /١ من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦.

المعتدى عليه فيلماً سينمائياً أو مسلسلاً أو عرضاً مسرحياً أو تسجيلاً صوتياً أو برنامجاً إذاعياً أو تلفزيونياً؛ فيتم وصف الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني الذي تم الاعتداء عليه بالمخالفة للقانون.

ويمكن لإجراء هذا الوصف التفصيلي – عند الأمر به – ندب خبير لمعاونة المحضر المكلف تنفيذ هذا الإجراء، باعتبار أن الخبير أكثر تخصصاً في معرفة دقائق وتفاصيل المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني المطلوب وصفه تفصيلاً[١].

جـ – وقف نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني أو عرضه أو نسخه أو صناعته:

يتم عادة إجراء وقف النشر أو العرض أو النسخ أو الطباعة للمصنف بعد إثبات واقعة التعدي على حق المؤلف أو أحد الحقوق المجاورة له التي يحميها القانون[٢]؛ فإذا كان المصنف أغنية أو فيلماً سينمائياً أو مسلسلاً أو عرضاً مسرحياً أو برنامجاً تلفزيونياً أمكن وقف عرضه أو نسخه أو صناعته أو إنتاجه. ويتوقف الأمر الوقتي المراد اتخاذه على طبيعة المصنف من حيث مضمونه ومحتواه؛ فقد يكون إجراء بوقف النسخ أو العرض أو الإنتاج أو الصناعة.

د – حصر الإيراد الناتج عن استغلال المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني:

يجوز للمؤلف أو أصحاب الحقوق المجاورة له أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة الأمر بحصر الإيراد الناتج عن الاستغلال غير المشروع

---

(١) راجع: أ. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، مرجع سابق، ص ٥.

(٢) أجاز المشرع الفرنسي طلب توقيع الحجز بهدف تأخير أو إيقاف عرض مسلسل أو عروض عامة تُؤدى بالفعل أو أُعلن عنها. وذلك بموجب ترخيص خاص يصدر بالحجز عن رئيس المحكمة الابتدائية (T.G.I) عن طريق إصدار أمر على عريضة (L'art. L. 332-1. Al. 2)؛ فالأمر هنا يتعلق باستغلال غير مشروع لمصنف قد يتمثل في عرض مسرحي أو برنامج إذاعي أو تلفزيوني طبع بصورة غير مشروعة.

لمصنفه، وذلك إذا وقع اعتداء على أحد حقوقه المالية، ونشأ عنه تحقيق المعتدي لإيراد من هذا الاستغلال غير المشروع للمصنف أو للأداء أو للتسجيل الصوتي أو للبرنامج الإذاعي أو التلفزيوني. ويجوز لرئيس المحكمة أن يأمر بندب خبير يتولى حصر الإيراد، إذا اقتضى الأمر ذلك.

هـ – اتخاذ إجراء أو أكثر من غير الإجراءات الوقتية المنصوص عليها:

يلاحظ أن الإجراءات الوقتية والتحفظية في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة لم تعد واردة تحت حصر؛ حيث أجاز المشرع لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع إصدار ما يراه مناسباً من إجراءات وقتية(١). ومن ثم يجوز للمؤلف أو لصاحب الحق المجاور له أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع ندب خبير – على سبيل المثال – لإثبات حالة نسخ المصنف الذي اعتدى عليه سواء بالنسخ أو البث أو الإتلاف أو التحريف. أو أن يطلب تعيين حارس على النسخ أو على الأشرطة المضبوطة من المصنف، منعاً لتهريبها أو العبث بها قبل طرح النزاع أمام المحكمة المختصة(٢).

(١) المادة ٧/١٧٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري؛ ويقابلها المادة ٣٤/ ٨ من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الاتحادي الإماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢؛ والمادة (٩٣) من قانون حماية الملكية الأدبية والفنية اللبناني، والمادة (٣٦) فقرة (ب) من قانون حماية حق المؤلف الأردني، والمادة ١/٦٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة له البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦.

(٢) يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يشر إلى إمكانية إصدار رئيس المحكمة الابتدائية لأي إجراء آخر غير الإجراءات سالفة الذكر، ونرى أن ذلك لا يعني حرمان رئيس المحكمة الابتدائية من إصدار أي أمر بإجراء آخر لم تشتمل عليه المادة ١/٣٤؛ حيث إن الإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة جاءت على سبيل المثال لا الحصر. وقد نصت المادة ٢/٣٤ على أنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية في جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ، وله أيضاً أن يفرض على المؤلف أو صاحب الحق المجاور إيداع كفالة مناسبة عند تنفيذ الإجراء المأمور به.

(٢) الإجراءات الوقتية التحفظية لحماية المصنفات:

الإجراءات التحفظية "Measures Conservatoires" هي إجراءات قضائية عاجلة، قررها المشرع[١]، حرصاً منه على عدم ضياع أدلة الاعتداء غير المشروع على الحقوق المالية أو الأدبية للمؤلف أو أصحاب الحقوق المجاورة، ويمكن تطبيق هذه الإجراءات لمواجهة الاعتداء الذي وقع فعلاً على المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية، ومنع استمرار تفاقم هذا الاعتداء، وحصر الأضرار التي لحقتها، لاتخاذ التدابير اللازمة لإزالتها، أو الحيلولة دون وقوع الاعتداء والمحافظة على حقوق القنوات الفضائية، سواء قبل إقامة الدعوى القضائية أو بعد إقامتها.

وتتعدد الإجراءات التحفظية العاجلة بما يتناسب مع طبيعة كل مصنف من المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية، ونوع الاعتداء الواقع عليها، وذلك على نحو ما يلي:

أ – الحجز على المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني الأصلي أو على نسخه:

يوصف الحجز الموقع على المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني الأصلي أو على نسخه بأنه حجز تحفظي، وذلك وفقاً لعبارات نص المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، على الرغم من أنه يخضع لقواعد تختلف عن القواعد العامة التي تنظم الحجز التحفظي؛ حيث يصدر القرار بتوقيع الحجز على المصنف من رئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع، وليس من قاضي التنفيذ، وفقاً للقواعد العامة في الحجز التحفظي[٢].

---

(١) المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، ويقابلها المادة ١/٣٤ من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حق المؤلف.

(٢) راجع: أ. د. أسامه أحمد شوقي المليجي، مرجع سابق، ص ٩.

ويعد الحجز على المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني الأصلي أو على نسخه بمثابة إجراء وقائي يهدف إلى وقف الاعتداء(١)؛ تمهيداً لإزالته وتعويض صاحب الحق تعويضاً عادلاً.

وتوجب طبيعة الحجز التحفظي توقيعه قبل صدور الحكم في موضوع الدعوى، حيث لا يلزم لتوقيعه صدور حكم في موضوع الدعوى؛ إذ إن ذلك ليس شرطاً في كل الأحوال لتوقيع الحجز التحفظي(٢). ويظل الحجز منتجاً لآثاره، ولو كان مشوباً بالبطلان، مادام لم يصدر حكم ببطلانه من الجهة المختصة(٣).

ب – توقيع الحجز على المواد التي تستعمل في إعادة نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني أو استخراج نسخ منه:

يجوز الحجز على المواد التي تستعمل في إعادة نشر المصنف أو استخراج نسخ منه، شريطة أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف؛ ومن ثم إذا قامت إحدى القنوات الفضائية بالتعدي على أحد

---

(١) يعتبر طريق الحجز على الأشياء أو المصنفات المقلدة "La saisie Contrefaçon" هو الطريق الذي اختاره المشرع الفرنسي لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، وذلك بموجب المادة (L. 332 - 3)، والمادة (L. 332 - 4) من القانون رقم ٥٩٧/ ٩٢ الصادر في أول يوليو ١٩٩٢ والخاص بحماية برامج الحاسوب. ويهدف هذا الحجز إلى التوفيق بين أمرين، هما: توفير نظام حجز سريع تجنباً لإمكانية تهريب الأشياء المقلدة أو إتلافها؛ ومنع اتخاذ إجراءات تعسفية لكسب الوقت أو لمضايقة المنافسين الآخرين.

(٢) راجع: اتحادية عليا، نقض جزائي جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجزائية والجزائية الشرعية، المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا، بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، س ١٧، رقم ٤٦، ص ١٥٣–٢٥٥.

(٣) راجع: نقض جنائي مصري، جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٧، الطعن رقم ١٦١١٣ لسنة ٦٢ ق، مجموعة أحكام النقض، س ٤٩، ص ١٥٢٣.

المصنفات الفنية، فيقتصر الحجز على المعدات المتعلقة بهذا المصنف المعتدى عليه فقط كالأشرطة التي تحمل هذا المصنف، ومن ثم لا يجوز الحجز على المعدات، وأجهزة البث التي تستخدم في بث باقي برامج هذه القناة.

ويتم الحجز التحفظي على الأدوات والمعدات المشار إليها، حتى ولو لم تكن مملوكة للمعتدي على حق المؤلف، فيكفي أن تكون شاركت أو على وشك المشاركة في هذا الاعتداء، أياً كان مالكها، سواء كان المتعدي نفسه أو أي شخص آخر.

جـ – الحجز على الإيراد الناتج من الاستغلال غير المشروع للمصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو التلفزيوني:

يجوز للمؤلف أو لصاحب الحقوق المجاورة أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع توقيع الحجز على الإيراد الناتج من الاستغلال غير المشروع للمصنف أو للأداء أو للتسجيل الصوتي أو للبرنامج الإذاعي أو التلفزيوني، ويأخذ الحجز الطابع التحفظي سواء كان الإيراد تحت يد المعتدي نفسه أو تحت يد شخص من الغير(١).

د – اتخاذ إجراء أو أكثر من غير الإجراءات التحفظية المنصوص عليها بقانون حماية الملكية الفكرية:

يجوز لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع – بناء على طلب المؤلف أو صاحب الحقوق المجاورة – أن يأمر بأي إجراء آخر من الإجراءات التحفظية المناسبة، فضلاً عن الجمع بين أكثر من إجراء من الإجراءات سالفة الذكر؛ فله أن يأمر بالحجز على أموال الناشر أو العارض حجزاً تحفظياً، سواء بطريق حجز المنقول لدى المدين أو بطريق حجز ما للمدين لدى الغير، وذلك في حالة عدم سداد أي منهما لمستحقات المؤلف عن نشر أو صناعة أو إنتاج مصنفه.

(١) أجاز المشرع الفرنسي طلب توقيع الحجز على الإيرادات المتحصلة من طباعة أو تمثيل أو إذاعة مؤلف ذهني (كتاب أو شريط أو اسطوانة) بالمخالفة لحقوق المؤلف (L'art. L. 332 - 2-3).

وإذا انتقلت حيازة نسخ المصنف من المؤلف أو خلفه إلى الناشر استناداً لعقد النشر المبرم بينهما، وكان المؤلف مالكاً لهذه النسخ ثم حدث خلاف بينه وبين الناشر، فإنه يجوز لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع أن يأمر بإيقاع حجز تحفظي استحقاقي على النسخ المتبقية من المصنف في حيازة الناشر، خوفاً من أن يعمد هذا الأخير إلى تهريبها، فلا يستطيع المؤلف أو صاحب الحق المجاور تسلمها. ويخضع هذا الحجز التحفظي الاستحقاقي La saisie (revendication) للقواعد العامة في قانون المرافعات.

(٣) التظلم من الأمر الصادر بالإجراء الوقتي أو التحفظي:

يجوز "لذوي الشأن الحق في التظلم إلى رئيس المحكمة الآمر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الأمر أو إعلانه على حسب الأحوال، ويكون لرئيس المحكمة تأييد الأمر، أو إلغاؤه كلياً أو جزئياً، أو تعيين حارس مهمته إعادة نشر المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو استغلاله أو عرضه أو صناعته أو استخراج نسخ منه، ويودع الإيراد الناتج خزانة المحكمة إلى أن يفصل في أصل النزاع"[(١)].

ويتضح مما سبق أنه يجوز للمؤلف أو خلفه (طالب الإجراء)، أن يتظلم من قرار رئيس المحكمة المختصة، إذا رفض إصدار الأمر بالإجراء المطلوب. كما يستطيع كل من صدر ضده الأمر أن يتظلم منه. ويجوز التظلم من أي شخص أضير من صدور الأمر الوقتي أو التحفظي، مثل صاحب الآلات والمعدات التي قامت بطبع نسخ المصنف بمعرفة المعتدي على حق المؤلف أو صاحب الحق المجاور، أو صاحب القناة الفضائية التي تقوم بعرض المصنف المعتدى عليه. ويتعين في جميع الحالات أن يكون التظلم مسبباً، وإلا كان باطلاً[(٢)].

وإذا ما تم اتخاذ الإجراءات السابقة كان على طالبها أن يرفع دعوى قضائية بأصل النزاع أمام المحكمة المختصة، وذلك خلال ١٥ يوماً من تاريخ

(١) المادة (١٨٠) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
(٢) المادة ٣/١٩٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

صدور الأمر، ولهذه المحكمة أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذي نشر بوجه غير مشروع، أو أن تأمر بتغيير معالم النسخ والصور على نفقة المسؤول مع تعويض المؤلف عن الأضرار التي لحقته.

ثانياً – التدابير المؤقتة في التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE) للتحفظ على أدلة انتهاك حقوق الملكية الفكرية:

تضمن التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE) بعض التدابير المؤقتة التي تهدف إلى الحيلولة دون وقوع التعدي على حقوق الملكية الفكرية أو تهدف إلى التحفظ على الأدلة ذات الصلة بالتعدي المزعوم، وذلك كما يلي:

(١) التحفظ على أدلة انتهاك حقوق الملكية الفكرية ذات الصلة بالاعتداء المزعوم:

تنص المادة (٧) من التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE) على عدة تدابير، يجب أن تتخذها الدول الأعضاء للمحافظة على أدلة انتهاك حقوق الملكية الفكرية، منها: أنه يجوز للسلطات القضائية، بناء على طلب من الطرف الذي يقدم أدلة معقولة على وجود انتهاك لحق من حقوق الملكية الفكرية، أو أن ثمة تعدياً وشيكاً عليها، أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقتة وسريعة وفعالة للتحفظ على الأدلة ذات الصلة بالانتهاك المزعوم، مع ضمان حماية سرية المعلومات وخصوصية الأدلة(١).

وتشمل هذه التدابير: التحفظ على المصنفات المخالفة والمعدات والأدوات المستخدمة في إنتاج أو توزيع هذه المصنفات ذات الصلة. وتتخذ هذه التدابير – عند الضرورة – في غيبة الخصم الآخر، إذا كان من شأن التأخير

(١) ويقابلها المادة ٥٠/١ من اتفاقية "TRIPS" لعام ١٩٩٤ بشأن جوانب الحقوق الفكرية المتصلة بالتجارة، التي تنص على أن "للسلطات القضائية صلاحية اتخاذ تدابير مؤقتة فورية وفعالة".

في اتخاذها، أن يسبب أضراراً لا يمكن تداركها، أو عندما يكون هناك خطر واضح على ضياع الأدلة التي تثبت وقوع الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية.

وفي الحالات التي يتم فيها اتخاذ تدابير للتحفظ على الأدلة دون حضور الطرف الآخر، يتم إخطار الأطراف المتضررة مباشرة بعد تنفيذ التدابير. وتعقد جلسة بناء على طلب من الأطراف المتضررة، ويتم الاستماع إليهم وإبداء دفاعهم، وعلى ضوء ذلك تصدر المحكمة حكماً – في غضون فترة معقولة من تاريخ الإخطار بتنفيذ التدابير – إما برفض الطلب، و إما بتعديل القرار السابق، وإما بإلغائه(١).

(٢) التحفظ على أدلة انتهاك حقوق الملكية الفكرية التي قد تكون عرضة للعبث بها:

تضمن الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي اتخاذ التدابير اللازمة للتحفظ على الأدلة التي قد تكون عرضة للعبث بها(٢). وتُلزم المحكمة مقدم الطلب تقديم كفالة أو ضمانة كافية لضمان التعويض عن أي ضرر قد يلحق بالطرف الآخر (المدعى عليه)، إذا ثبت عكس ما يدعيه المدعي، وذلك حتى لا يكون ثمة إساءة لاستعمال هذا الحق(٣).

---

(١) المادة ١/٧ من التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE).

(٢) أجازت المادة ٢/٥٠ من اتفاقية تربس "TRIPS" للسلطات القضائية صلاحية اتخاذ تدابير مؤقتة دون علم الطرف الآخر (المعتدى) ما دام ذلك ملائماً، ولاسيما إذا كان من الراجح أن التأخير في اتخاذ التدبير الوقتي سوف يؤدي إلى إلحاق أضرار يصعب تعويضها لصاحب الحق، أو احتمال تعرض الأدلة للتلف.

(٣) المادة ٢/٧ من التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE)؛ ويقابلها المادة ٣/٥٠ من اتفاقية تربس "TRIPS". ونرى أن ذلك النظام شبيه بما تنص عليه بعض القوانين الوضعية – وعلى رأسها قانون المرافعات المصري – التي تعطي المحكمة حق شمول حكمها بالنفاذ المعجل بشرط إلزام المنفذ دفع كفالة مساوية لقيمة هذا التنفيذ ضماناً لحالات تعديل أو إلغاء هذا التنفيذ في الأحكام النهائية بعد ذلك.

(٣) اتخاذ التدابير اللازمة لحماية هوية الشهود:

يجب على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي اتخاذ التدابير اللازمة لحماية هوية الشهود[١] على وقائع انتهاك حقوق الملكية الفكرية. وذلك بقصد عدم التأثير عليهم، وحمايتهم من بطش المعتدي، ولاسيما مع انتشار العصابات الإجرامية المنظمة التي تباشر القرصنة الفكرية، والتي يمكنها ارتكاب أي أفعال إجرامية لحماية أعضائها ونشاطها غير المشروع.

(٤) اتخاذ التدابير المناسبة لنشر معلومات عن المصنف المعتدى عليه:

تنظم المادة (١٥) من التوجيه الأوروبي نشر الأحكام القضائية بشأن انتهاك حقوق الملكية الفكرية. وتكفل الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، عند اتخاذ إجراءات قانونية لمنع انتهاك حقوق الملكية الفكرية، منح السلطة القضائية الحق في أن تأمر – بناء على طلب المدعي – باتخاذ التدابير المناسبة لنشر معلومات عن المصنف المعتدى عليه على نفقة المخالف، بما في ذلك عرض الأمر ونشره كلياً أو جزئياً. ويجوز للدول الأعضاء اتخاذ المزيد من التدابير التي تستجيب لظروف بعض الحالات الخاصة بما في ذلك الإعلانات[٢].

(٥) التعويض عن الأضرار الناجمة عن اتخاذ تدابير التحفظ على الأدلة:

تضمن الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي حفظ حق المضرور في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق به بسبب اتخاذ تدابير التحفظ على الأدلة، بناء على طلب المدعى عليه، ثم يتم بعد ذلك إلغاؤها أو يوقف سريانها بناء على حكم قضائي[٣].

---

(١) المادة ٧/ ٥ من التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE).

(٢) لمزيد من التفاصيل عن التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE) راجع عبر الإنترنت الموقع التالي:
http://www.sppf.com/telecharger/Directive_du_29_avril_2004.pdf?)

(٣) المادة ٧/ ٣ من التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE).

ففي الحالات التي يتم فيها اتخاذ تدابير للتحفظ على الأدلة ثم يتم إلغاؤها أو يوقف تطبيقها بسبب أي فعل أو امتناع عن فعل من جانب مقدم الطلب، أو إذا تبين لاحقاً أنه لم يحدث أي انتهاك أو تهديد بالضرر لحق من حقوق الملكية الفكرية، يجوز للسلطة القضائية المختصة – بناء على طلب المضرور من اتخاذ هذه التدابير – إلزام طالبها تقديم تعويض مناسب عن أي ضرر نجم عن اتخاذ هذه التدابير(١).

المبحث الثاني
التعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية

يعتبر التعويض من وسائل الحماية المدنية الموضوعية المهمة للمصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية؛ لأن الحماية الإجرائية، ومنها الإجراءات التحفظية، على الرغم من أهميتها في الحد من التعدي على هذه المصنفات، لا تحسم النزاع نهائياً، فكان لابد من اتخاذ إجراءات موضوعية تحسم هذا النزاع. ولذلك توجب التشريعات على صاحب الحق، رفع الدعوى بأصل النزاع أمام المحكمة المدنية المختصة خلال فترة محددة(٢)، تبدأ من تاريخ صدور الأمر باتخاذ الإجراء التحفظي أو من تاريخ إخطاره برفض تظلم المدعى عليه، وإلا تم إلغاء هذا الأمر بناءً على طلب الأخير.

وباتصال المحكمة المدنية بالدعوى برفعها إليها من المؤلف أو خلفه أو صاحب الحقوق المجاورة أو القناة الفضائية، فإن المحكمة تنظر في موضوعها متخذة ما خولها القانون من وسائل لتحقيقها، وقد يتمثل حكمها في التعويض العيني أو التعويض بمقابل، وذلك على نحو ما يلي:

(١) المادة ٧/ ٤ من التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE).
(٢) حدد المشرع المصري والمشرع الفرنسي هذه المدة بخمسة عشر يوماً.

أولاً – التعويض العيني عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المصنفات:

يعتبر التعويض العيني أفضل طرق التعويض؛ لأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً بإعادة الحال إلى ما كان عليه "La remise en état"، والمحكمة ملزمة بالحكم بالتعويض العيني إذا كان ممكناً وطلبه المضرور(١).

ويجوز للمحكمة – بناء على طلب المؤلف أو صاحب الحقوق المجاورة له أو القناة الفضائية المعتدى على حقوقها – أن تقضي بما يلي:

(١) منع عرض المصنفات المقلدة التي ثبت تعديها على حقوق الملكية الأدبية والفنية، ووقف بثها عبر القنوات الفضائية.

(٢) إتلاف النسخ المقلدة للمصنفات المعتدى عليها، وذلك حتى تبعدها عن البث أو التداول أو العرض على الجمهور. وفي حالة التقليد الكلي للمصنف بنسخه طبقاً للأصل، فإن المحكمة تقضي بإتلاف المصنف المقلد كله. أما في حالة التقليد الجزئي للمصنف، التي تحدث عادة بقيام المقلد بخلط ابتكاره بابتكار المؤلف الأصلي في مصنفه المقلد، بحيث يمكن فصل عمل كل منهما عن عمل الآخر؛ فإن المحكمة تقضي بإتلاف الجزء الذي قُلد فقط ولا يتجاوزه، إذا كان ذلك ممكناً.

(٣) إتلاف المواد والمعدات التي استعملت في نشر المصنفات المقلدة بشرط أن لا تكون هذه المواد والمعدات صالحة لعمل آخر.

(٤) تغيير معالم النسخ المقلدة للمصنفات والصور والمواد، أو جعلها غير صالحة للاستعمال – وذلك على نفقة المعتدي – لمنعها من التداول أو البث بحالتها، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بحذف التشويه الذي لحق بالمصنفات المعتدى عليها، إذا كان ذلك يؤدي إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه.

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: أ. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، المكتب القانوني، الأردن، ط ٢، ٢٠٠٢، ص ٣٩٩ وما بعدها.

ويلاحظ أن للمؤلف الحق في أن يدخل على مصنفه ما يشاء من تعديلات بالحذف أو بالإضافة أو التغيير في الأفكار التي يتضمنها، أو أن يقرر سحبه من التداول بعد نشره، على الرغم من تصرفه في حق الاستغلال المالي[1]. بيد أن المشرع قيد استعمال هذه السلطة بقيود معينة، بهدف تحقيق التوازن بين مصلحة المؤلف ومصلحة المتنازل له عن حق الاستغلال المالي للمصنف، فقرر أن "للمؤلف وحده – إذا طرأت أسباب جدية – أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه على الرغم من تصرفه في حقوق الاستغلال المالي، ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعوض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم"[2].

ثانياً – التعويض بمقابل عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المصنفات:

يتعرض المعتدي على المصنفات التي يتم بثها عبر القنوات الفضائية لإمكان الحكم عليه بالتعويض بمقابل طبقاً للقواعد العامة. وقد يكون التعويض بمقابل: غير نقدي، وقد يكون نقدياً، وذلك كما يلي:

(١) التعويض غير النقدي عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المصنفات:

إذا تم الاعتداء على المصنفات التي يتم بثها عبر القنوات الفضائية في صورة الإساءة إليها، وذلك بتقديم معلومات أو بيانات كاذبة أو مضللة عنها، فللمحكمة أن تقضي بإلزام المعتدي بالإعلان في الصحف أو وسائل الإعلام، وعلى نفقته، بالمعلومات أو البيانات الحقيقية غير الكاذبة بدلاً من الصورة أو النسخة المشوهة التي نشرت على خلاف الحقيقة.

(٢) التعويض النقدي عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المصنفات:

يعد التعويض النقدي أكثر الطرق ملاءمة لإصلاح الأضرار المترتبة على الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية بطرق غير مشروعة؛ لأنه يلزم المسؤول عن

(١) المادة (١٤٤) من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
(٢) المادة (١٤٤) من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

الاعتداء دفع مبلغ نقدي يتناسب مع هذه الأضرار[١]. ولا يقتصر على الضرر المادي بل يشمل الضرر الأدبي الذي يصيب المؤلف نتيجة الاعتداء على مصنفه[٢] أو أصحاب الحقوق المجاورة، مع الأخذ في الاعتبار قيمة المصنف المعتدى عليه ومكانته كمصنف له قيمة إعلامية.

ويجوز للمضرور أن يطلب – في حدود ماله من تعويض – الحصول على ما حققه المعتدي من أرباح[٣]، وطلب بيع المعدات والمواد المستخدمة في بث المصنفات المعتدى عليها بشرط أن لا تصلح إلا لإعادة بث هذه المصنفات، لحسابه وفاء لتعويضه. إذ إن هذا الطريق أجدى كتعويض للمضرور من إتلافها. وتقدر المحكمة في هذه الحالة قيمة التعويض الواجب أداؤه على أن يخصم من ثمن بيع هذه الأشياء. ويكون للمؤلف، صاحب الحق في التعويض، امتياز على صافي ثمن بيع الأشياء وعلى النقود المحجوز عليها، وتتحدد مرتبة هذا الامتياز بعد امتياز المصروفات القضائية.

وتتحدد قيمة التعويض المستحق للمضرور عن الضرر المباشر والمتوقع، ويؤخذ في الاعتبار ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[٤]، والضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع وليس احتمالياً[٥].

---

(١) المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري؛ ويقابلها المادة (٢٩٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تنص على أن "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

(٢) Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, nº 07-21.498: JurisData nº 2009-046658; Comm. com. électr. 2009, comm. 32, Ch. Caron.

(٣) la loi du 29 octobre 2007, transposant en droit interne la Directive nº 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. (l'art. L. 331-1-4).

(٤) اتحادية عليا، الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ١٣ ق، جلسة ١٩٩١/١٢/١٧، مجموعة المكتب الفنى، العدد الثاني، ص٧٣٢؛ ومحكمة تمييز دبي، جلسة١٩٩٥/١٠/٢١، مشار إليه في مجلة القضاء والتشريع، العدد السادس، ديسمبر١٩٩٧، رقم ١٠٩، ص ٦٢٤.

(٥) اتحادية عليا، الطعون أرقام ١٩٦، ١٧٧، ١٦٦لسنة ١٧ق، جلسة ١٩٩٦/١١/١٩، مجموعة الأحكام، العدد الثالث، ١٩٩٦، ص٨٩٨.

وقد خول المشرع الفرنسي للمحكمة عند تقديرها للتعويض أن تراعي: عدد النسخ المقلدة من المصنف المعتدى عليه والتي تم استغلالها من المعتدي، وعدد النسخ التي قام ببيعها. كما تأخذ المحكمة بعين الاعتبار الآثار السلبية الاقتصادية التي تكبدها الطرف المتضرر، بما في ذلك خسارة الربح، والأرباح التي حققها المتعدي من الاستغلال غير المشروع للمصنفات غير المرخص له بها، والضرر المعنوي الذي لحق بالمضرور بسبب التعدي. وتتحدد قيمة التعويض بقدر الضرر الذي لحق بالمضرور، وقد تصل قيمة التعويضات – في بعض الحالات – إلى عدة ملايين يورو.

ويجوز للمحكمة، بدلاً من ذلك، وبناء على طلب من الطرف المتضرر، أن تقضي بمبلغ كتعويض عن الأضرار لا يقل عن المبالغ التي كان يجب على المعتدي دفعها إذا حصل على ترخيص من صاحب حقوق الملكية الفكرية(١).

نظام التعويض في التوجيه الأوروبي (nº 2004/48/CE)(٢):

نظمت المادة (١٣) من هذا التوجيه كيفية الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي تلحق بصاحب حقوق الملكية الفكرية. وتنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أن تكفل الدول الأعضاء، نظاماً قانونياً يخول السلطات القضائية المختصة إلزام الطرف الذي انتهك حقوق الملكية الفكرية دفع التعويض المناسب للطرف المضرور، على أن يتلاءم هذا التعويض مع الأضرار التي لحقت به من جراء هذا التعدي.

ويجب على السلطات القضائية عند تقدير قيمة التعويض أن تراعي الاعتبارات الآتية:

---

(١) la loi du 29 octobre 2007, transposant en droit interne la Directive nº 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. (art. L.331-1-3).

(٢) DIRECTIVE 2004/48/CE DU PARLEMENT EUROPèEN ET DU CONSEIL du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

(١) أن تأخذ في الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض جميع الجوانب مثل: الآثار الاقتصادية السلبية، بما في ذلك الكسب الفائت، والتي قد يعانيها الطرف المضرور، وكذا أية أرباح أخرى غير عادلة يحصل عليها المخالف، بالإضافة إلى الضرر المعنوي الذي يلحق بالمضرور من جراء التعدي على حقوقه الفكرية.

(٢) ويجوز للمحكمة المختصة في بعض الحالات المناسبة تحديد حد أدنى للتعويض بحيث لا يقل عن المبالغ التي كان صاحب الحقوق الفكرية سوف يحصل عليها في حال قيام المخالف بطلب الترخيص لاستخدام حقوق الملكية الفكرية المعتدى عليها.

ويجوز إلزام المخالف دفع التعويض حتى في الحالات التي لا يعلم فيها المعتدي أن نشاطه مخالف أو عدم وجود أسباب وجيهة للمعرفة، ويجوز للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أن تخول السلطات القضائية اتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل استرداد الأرباح أو دفع التعويضات(١).

ويجب على الدول الأعضاء أن تضمن حصول المضرور على التكاليف القانونية المعقولة والمناسبة وغيرها من المصاريف التي قد يتكبدها الطرف المضرور، وعادة ما يتحمل بهذه المصاريف الطرف المخالف(٢).

ثالثاً – المحكمة المختصة محلياً بنظر دعوى التعويض:

نظراً للطبيعة الخاصة لوقائع الاعتداء على حقوق الملكية الأدبية والفنية على المصنفات الرقمية، وأنها وقائع عابرة للحدود، وهو الأمر الذي حدا المشرع الفرنسي أن يعدل قواعد الاختصاص بنظر هذه الدعاوى؛ حيث جعلها للمحكمة الموجود بها موطن المدعى عليه، أو المحكمة التي ارتكبت في دائرتها وقائع

---

(١) المادة ٢/١٣ من التوجيه الأوروبي (2004/48/CE nº)؛ ويقابلها المادة (٤٥) من اتفاقية "TRIPS" بشأن حقوق الملكية الفكرية.

(٢) المادة (١٤) من التوجيه الأوروبي (.2004/48/CE nº)

التعدي، أو المحكمة التي وقع في دائرتها الضرر(١). ويكون للمحكمة المختصة الحق في الحصول على المعلومات المتعلقة بانتهاكات حقوق الملكية الفكرية من حيث: المنشأ، ومدى التزوير، والاستعمال غير المشروع للمصنفات(٢).

(١) La loi nº 2007-1544 du 29 octobre 2007, modifiée et précisée par la loi nº 2008-776 du 4 août 2008.

(٢) la loi du 29 octobre 2007, transposant en droit interne la Directive nº 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. (art. L. 331-1-2 nouveau du CPI).

الخاتمة

(١) تعتبر حماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية من الموضوعات الحديثة والمهمة؛ نظراً لما أدت إليه التطورات التقنية من انتشار صور التعدي على هذه المصنفات، وإعادة بثها عبر الإنترنت باستخدام مواقع أجنبية، بقصد إخفاء هوية مرتكبي هذه الجرائم؛ مما يصعب معه كشفها؛ وهو الأمر الذي يتطلب اتخاذ تدابير تشريعية عربية جماعية لتحقيق نظام متكامل لحماية المصنفات الرقمية، ومواكبة التطورات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية والقواعد الدولية الجديدة للاتحادات النوعية في مجال القنوات الفضائية. والعمل على تكامل أحكام النظام القانوني الذي يتضمن القواعد المناسبة لحماية المصنفات الرقمية والخلاص من مشكلات الحلول المبتسرة، ولاسيما مع عدم ملاءمة بعض القواعد العامة لحماية مصنفات القنوات الفضائية في ظل الأنماط الجديدة للقرصنة الفكرية التي تتعرض لها مصنفاتها، ومواجهة تعدد وتداخل المسؤولين عن وقائع الاعتداء مثل: موردي المعلومات عبر الإنترنت، والمستخدمين للقنوات الفضائية والمواقع الإلكترونية.

(٢) تفعيل دور مأموري الضبط القضائي، ومنحهم سلطات كافية لجمع المعلومات واتخاذ إجراءات تحفظية فورية، لضبط وقائع الاعتداء على المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية، وإلزام الأجهزة المختصة بتقديم البيانات والمعلومات المسجلة لديها، والخاصة بالمستخدمين واستخداماتهم فور طلبها أمنياً. وامتداد التحقيق والتفتيش والضبط إلى خارج الحدود بموجب اتفاقيات دولية أو إقليمية لحماية المصنفات من الاعتداء، سواء من الغير أو من القنوات الفضائية ذاتها، أو من مستقبلي بث هذه القنوات، أو من مقدمي خدمات الإنترنت أو مستخدميه.

(٣) وضع معايير وضوابط موحدة في الدول العربية لاتخاذ التدابير اللازمة لحماية هوية الشهود على وقائع انتهاك المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية، وذلك بهدف عدم التأثير عليهم، وحمايتهم من بطش المعتدي،

ولاسيما مع انتشار العصابات الإجرامية المنظمة التي تباشر القرصنة الفكرية، والتي يمكنها ارتكاب أي أفعال إجرامية لحماية أعضائها ونشاطها غير المشروع.

(٤) إنشاء محاكم متخصصة بنظر المنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية، وتعديل قواعد الاختصاص المحلي بنظر الدعاوى المتعلقة بحماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية، وجعلها للمحكمة الموجود بها موطن المدعى عليه، أو المحكمة التي ارتكبت في دائرتها وقائع التعدي، أو المحكمة التي وقع في دائرتها الضرر؛ وذلك نظراً للطبيعة الخاصة لوقائع الاعتداء على المصنفات الرقمية؛ لأنها جرائم عابرة للحدود. ومنح الحق للمحكمة المختصة في الحصول على المعلومات المتعلقة بانتهاكات المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية من حيث: المنشأ، ومدى التزوير، والاستعمال غير المشروع للمصنفات. كما يمكن إنشاء جهاز لتسوية وفض المنازعات المتعلقة بحماية المصنفات في إطار البث عبر القنوات الفضائية.

(٥) يجب على محكمة الموضوع عند تقديرها للتعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المصنفات التي تبث عبر القنوات الفضائية أن تراعي: عدد النسخ المقلدة من المصنف المعتدى عليه والتي تم استغلالها من المعتدي، وعدد النسخ التي قام ببيعها، وعدد المستخدمين، والآثار السلبية الاقتصادية التي تكبدها الطرف المضرور، بما في ذلك خسارة الربح، والأرباح التي حققها المتعدي من الاستغلال غير المشروع للمصنفات غير المرخص له بها، والضرر المعنوي الذي لحق بالمضرور بسبب التعدي. ووضع حد أدنى للتعويض بحيث لا يقل عن المبالغ التي كان يجب على المعتدي دفعها إذا حصل على ترخيص لاستخدام المصنفات المعتدى عليها.

قائمة المراجع

أولاً – المراجع العربية:

- د. أسامة أحمد بدر: الوسائط المتعددة بين واقع الدمج الإلكتروني للمصنفات وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، المكتب القانوني، الأردن، ط ٢، ٢٠٠٢.
- د. براد شرمان؛ وليونيل بنتلي: الملكية الفكرية ومفهومها المعاصر، ترجمة: محمد فاروق القوتلي، مكتبة العبيكان، الرياض، ٢٠٠٣، ط ١.
- د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للحق، بدون دار نشر وتاريخ.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- د. حسن كيرة: المدخل إلى علم القانون، ١٩٧٤.
- د. رجب كريم عبد اللاه: نظرية الحق، ٢٠٠٥.
- د. سعيد سعد عبد السلام: الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- أ. سوزان عفانة: حقوق الإنسان والقنوات الفضائية، مؤسسة الأرشيف العربي، ٢٠٠٦، عبر الإنترنت على الموقع:
  http://www.alarcheef.com/conferences/mediaFreedomsSessions/session3.asp
- د. صلاح الدين جمال الدين: حماية حق المؤلف في ضوء استخدام البث الفضائي للبرامج بالأقمار الصناعية (مشكلة تنازع القوانين)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- د. عادل عامر: السرقات الأدبية في ضوء الفقه والقانون، ١٤ مايو ٢٠٠٩،

عبر الإنترنت على الموقع:
http://news.maktoob.com/article/2892810/%D8%A7%D9%84%D8%B3%D8%B

- د. عباس مصطفى صادق: الدليل الإرشادي لإنشاء قناة فضائية، عبر الإنترنت على الموقع:
http://www.alriyadh.com/2008/12/13/article394509.html

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، جـ ٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- د. عبد النبي محمد رمضان: حكم بث القنوات الفضائية المشفرة بدون ترخيص في ضوء حق الملكية الفكرية وفي الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٠.

- د. عبد الودود يحيى؛ وا. د. نعمان جمعة: دروس في مبادئ القانون، مركز التعليم المفتوح، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

- ا. عروب صبح: حقوق الإنسان والقنوات الفضائية، مؤسسة الأرشيف العربي، ٢٠٠٦، عبر الإنترنت على الموقع:

- http://www.alarcheef.com/conferences/mediaFreedomsSessions/session3.asp

- د. عمر الفاروق الحسيني: المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، دراسة تحليلية نقدية لنصوص التشريع المصري مقارناً بالتشريع الفرنسي، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.

- د. ماهر إسماعيل صبري: الموسوعة العربية لمصطلحات التربية وتكنولوجيا التعليم، مكتبة الرشيد، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.

- د. محمد حسام محمود لطفي: الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٧.

- د. محمد محمد شتا: فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- د. محمود السيد عبد المعطي خيال: التعاقد عن طريق التلفزيون، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. ناصر محمد عبد الله سلطان: حقوق الملكية الفكرية، مكتبة الجامعة، الشارقة، ط١، ٢٠٠٩.
- د. هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، ١٩٩٤.
- د.هلالي عبد اللاه أحمد: جرائم المعلوماتية عابرة الحدود (أساليب المواجهة وفقاً لاتفاقية بودابست)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.

رسائل دكتوراه:

- ناصر محمد عبد الله سلطان: محاولة نحو نظرية عامة لحقوق الملكية الفكرية للمؤلف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧.

المؤتمرات:

- د. أسامة أحمد شوقي المليجي: آلية التدابير الوقتية والتحفظية المقررة لحماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية وبعض التشريعات الوطنية (مصر . الإمارات . فرنسا)، مؤتمر الجوانب الجديدة للتنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، جامعة الشارقة، كلية القانون، المنعقد في الفترة من ١٧ . ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩.
- د. حسام الدين الأهواني: حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠-١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، إربد، الأردن.

- حسن عبد الباسط جميعي: مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين ووسائل الإعلام، والتي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الإعلام، مملكة البحرين، المنامة، ١٦ يونيه (حزيران) ٢٠٠٤.
- عقيد: طارق الرشيد: ورشة عمل بعنوان (معا لمحاربة القرصنة)، المركز السوداني لدراسات الملكية الفكرية، ٢٢ مارس ٢٠٠٩، عبر الإنترنت على الموقع:

http://www.wasat.sd/index.php?option=com_content&view=article&id=39:2009-03-22-07-41-39&catid=9:2009-03-12-13-02-37&Itemid=24

- د. عبد الرشيد مأمون: حماية حق المؤلف في إطار المصنفات المشتركة، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠-١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، اربد، الأردن.
- د. عبد القادر الشيخلي: نحو قانون أمثل للملكية الفكرية، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠-١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، اربد، الأردن.
- د. علي فضل البوعينين: تطوير مجال التحقيق والحكم في جرائم الملكية الفكرية، ندوة الجرائم الفكرية، البحرين، ١٤ ابريل ٢٠٠٨، عبر الإنترنت على الموقع:

http://www.mohamoon-bh.com/Default.aspx?action=DisplayNews&ID=3933

- د. نزيه محمد الصادق المهدي: حقوق المؤلف وبرامج الحاسب الآلي، مؤتمر الجوانب الجديدة للتنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، جامعة الشارقة، كلية القانون، المنعقد في الفترة من ١٧ . ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩.
- د. نوري حمد خاطر:
  - حماية التصاميم "الخطوط الطبوغرافية" للدوائر المتكاملة بقواعد الملكية الفكرية، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد

في الفترة من ١٠-١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، اربد، الأردن.

- الترخيص بالتعاقد الوارد على دعامة المصنف الرقمي، مؤتمر الجوانب الجديدة للتنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، جامعة الشارقة، كلية القانون، المنعقد في الفترة من ١٧ – ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩.

- د. هاني دويدار: الوطن العربي في مواجهة براءات المنتجات الصيدلية، مؤتمر الجوانب الجديدة للتنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، جامعة الشارقة، كلية القانون، المنعقد في الفترة من ١٧ – ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩.

- د. وليد عبد الحي: إشكالية الفضاء الإلكتروني في حقوق الملكية الفكرية، المؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في الفترة من ١٠–١١ يوليه (تموز) ٢٠٠٠، جامعة اليرموك، إربد، الأردن.

- أ. يونس عرب: التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية، ورقة عمل مقدمة ضمن الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي، النادي العربي للمعلومات، دمشق، والمنشور عبر شبكة الإنترنت على الموقع:

http://www.scribd.com/doc/14135834/-

ثانياً – المراجع الأجنبية:

- Blandine Poidevin et Viviane Gelles: La télévision personnelle et le droit, 6 août 2007, p. 1. sur le site:
- http://www.legalbiznext.com/droit/La-television-personnelle-et-le
- Christiane F?RAL .SCHUHL: Cyber droit, Le droit à lépreuve de linternet, 3e éd., Dunod, Paris, 2002.
- Claude COLOMBET, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, précis DALLOZ, 8 edition, 1997.
- Jean-Christophe Frachet: PARTI PIRATE, samedi 30 janvier 2010.

- sur le site: http://www.la-gauche-cactus.fr/SPIP/PARTI-PIRATE
- Meyniac Jean-Pierre: Une mise au point sur les règles sappliquant à lusage de films et vidéos en classe. 8 février 2010.
- Michel Fauchié: Les droits de la documentation électronique, 1er juillet 2001. sur le site: http://www.addnb.fr/spip.php?article43
- Michel VIVANT; Christian LE STANC: Lamy droit de l'informatique, 2005.
- Mylène Dupéré: Le piratage des signaux satellites, 5 septembre 2003. sur le site: http://www.ic.gc.ca/eic/site/ic1.nsf/fra/02483.html
- Nicolas MACAREZ; Fran?ois LESL?: La commerce électronique, P U F, Paris, Mai 2001.
- Pascal Clément: Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, Mardi 31 mai 2005, sur le site: http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cloi/04-05/c0405037.asp
- Peter SCHONNING: Loi applicable aux transmissione en ligne transnationales, Rev. Int. du droit d'auteur, No 170, Oct. 1996.
- Wladimir MERCOUROFF et Dominique PIGNON: Le projet de loi contre le piratage est d'ores et déjà obsolète, 11 février 2004. sur le site: http://admi.net/literacy/filsduvent.html

الحماية القانونية لعنوان المتجر الإلكتروني

الأستاذة/ حنان بادي مليكة
كلية الحقوق - جامعة دمشق
الجمهورية العربية السورية

ملخص:

تتجلى التجارة عبر الإنترنت في ممارسة النشاط التجاري المألوف عبر موقعٍ إلكتروني قائم على شبكة الإنترنت، يُطلق عليه المتجر الإلكترونيً. ويقوم مقام المتجر التقليدي، فيتكون من مجموعة من العناصر، يأتي على رأسها العنوان الإلكتروني، الذي يُعتبر من المصطلحات الجديدة في عالمنا المعاصر؛ مما يقتضي معه التعريف به وتحديد طبيعته القانونية وصولاً إلى تحديد أوجه الحماية القانونية للعنوان الإلكتروني في ضوء انتشار المنازعات المرتبطة بهذا العنوان، والتي من شأنها التعرض لحقوق الملكية الفكرية وغيرها من الحقوق المملوكة للغير من جهة، والتأثير على الدور الوظيفي للعنوان الإلكتروني من جهة ثانية. وهذا ما سنتناوله في هذا البحث.

المقدمة

نعيش اليوم واقعاً جديداً متميزاً، يتناسب مع الثورة التقنية الرائدة التي غزت جميع القطاعات، بما فيها قطاع التجارة الذي يمتاز بحيويته وسرعته في إنجاز المعاملات التجارية؛ الأمر الذي جعله يتكيف بسرعة مع ما فرضته ثورة المعلومات من وسائل إلكترونية حديثة ساهمت في تحقيق السرعة، وتوفير الجهد والوقت. فكانت التجارة الإلكترونية نتيجةً حتميةً للتطور التكنولوجي التقني

الحاصل، وهي أحد الأشكال المتطورة للتجارة؛ حيث تتم عمليات البيع والشراء باستخدام الوسائل الإلكترونية المتطورة التي تؤمّن الاتصال بين أطراف العملية التجارية بشكل أسرع دون الحاجة إلى اجتماعهم في مكانٍ جغرافي واحد.

ولعلّ الإنترنت من أهم الوسائل الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية باعتباره الصورة الأحدث والأغنى في العالم المعلوماتي الجديد.

فالتجارة عبر الإنترنت تتجلى في ممارسة النشاط التجاري المألوف عبر موقع إلكتروني على شبكة الإنترنت؛ حيث يمثل هذا الموقع المتجر الإلكتروني الذي يمارس من خلاله التاجر نشاطه التجاري، الذي بدوره يتكون من مجموعة من العناصر، يأتي على رأسها العنوان الإلكتروني موضوع هذا البحث باعتباره من المصطلحات الجديدة في عالمنا، التي تحتاج إلى التعريف بها، وتحديد ماهيتها لإزالة الغموض الذي يعتري العملية التجارية عبر الإنترنت. كما أن الازدياد الملحوظ لأعداد مستخدمي الإنترنت، وانتشار التجارة الإلكترونية أدّى إلى ظهور نوع جديد من المنازعات ألا وهو المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية كالمنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني، التي من شأنها التعرض لحقوق الملكية الفكرية وغيرها من الحقوق المملوكة للغير من جهة، والتأثير على الدور الوظيفي للعنوان الإلكتروني من جهة ثانية. ولبيان ذلك آثرنا البدء بتمهيد نبيّن فيه مفهوم المتجر الإلكتروني الذي يعد القاعدة الأساسية التي تقوم عليها التجارة عبر الإنترنت لبيان فيما إذا كان يقوم مقام المتجر التقليدي أم لا. ومن ثم نتناول ماهية العنوان الإلكتروني في المبحث الأول ببيان تعريفه، والدور الوظيفي الذي يقوم به لتعرّف مدى أهميته في العملية التجارية عبر الإنترنت.

وكان لا بدّ لنا من تسليط الضوء على الطبيعة القانونية للعنوان الإلكتروني للتوصل إلى القواعد القانونية الناظمة له، لنبيّن أبالإمكان تطبيق القواعد القانونية العامة عليه أم أنه يتطلب قواعد قانونية خاصة به تبعاً لطبيعته الخاصة. ثم نحدد أوجه الحماية القانونية للعنوان الإلكتروني تبعاً لتحديد طبيعته القانونية في المبحث الثاني.

وستكون خطة البحث على النحو التالي:

المقدمة.

تمهيد: مفهوم المتجر الإلكتروني.

المبحث الأول: ماهية العنوان الإلكتروني.

المطلب الأول: تعريف العنوان الإلكتروني.

المطلب الثاني: الدور الوظيفي للعنوان الإلكتروني.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للعنوان الإلكتروني.

المبحث الثاني: أوجه حماية العنوان الإلكتروني.

المطلب الأول: الحماية المستمدة من تسجيل العنوان الإلكتروني.

المطلب الثاني: الحماية المستمدة من السياسة الموحدة للآيكان.

المطلب الثالث: الحماية المستمدة من التشريعات القانونية.

أولاً: الحماية المستمدة من تشريعات الملكية الفكرية.

ثانياً: الحماية المستمدة من التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية.

الخاتمة.

تمهيد: مفهوم المتجر الإلكتروني

كما نعلم لا بد للتاجر من اتخاذ مكان معين لممارسة نشاطه التجاري من خلاله. ليكون المحل التجاري الذي اتخذه صلة الوصل بينه وبين عملائه، ومركزاً رئيسياً لإتمام المعاملات التجارية المختلفة. وينطبق الحال فيما لو مارس التاجر نشاطه التجاري عبر الإنترنت، فلا بدّ له أن يتخذ متجراً يتصل به بالعملاء ويعرض من خلاله منتجاته أو خدماته على الجمهور الواسع من مستخدمي الإنترنت؛ إذْ إن المناخ الطبيعي للتجارة الإلكترونية يفرض الوجود الافتراضي بين أطرافها دون الوجود المادي؛ وذلك نتيجةً لاستخدام الوسائل

الإلكترونية المتطورة التي تسمح بإتمام المعاملات التجارية دون الحاجة إلى الاتصال المادي بين أطرافها.

ويماثل المتجر الإلكتروني المتجر التقليدي من حيث الدور الذي يقوم به كمركز حيوي لممارسة العمل التجاري. إلا أنه يختلف عنه من حيث البيئة التي يوجد فيها؛ ففي حين نجد المتجر الإلكتروني في البيئة الإلكترونية القائمة على استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة المتمثلة بالإنترنت، فإننا نجد المتجر التقليدي في الواقع المادي الملموس الذي يتجسد بالاتصال المادي المباشر بين أطراف العملية التجارية.

فالسوق الافتراضية هي تجميع الموردين والزبائن حول موقع ويب محدد غالباً يشار إليه بعقدة متاجرة أو سوق على الشبكة، ويركز هذا الموقع على المتاجرة بمجموعة من المنتجات أو الخدمات، وهذه السوق افتراضية؛ لأن وجودها يعتمد على موقع ويب وعلى توافر وصلة إنترنت لدى زبائن هذا الموقع وموردیه؛ حتى يستطيعوا المشاركة في السوق من أي مكان وفي أي وقت(١).

ويمارس التاجر نشاطه التجاري عبر الإنترنت من خلال المتجر الإلكتروني الذي يتكون من مجموعة من العناصر المتكاملة التي يتحد بعضها مع بعض لتكوين ذلك المتجر بالصورة التي تتيح لمستخدمي الإنترنت الوصول إلى المنتجات أو الخدمات المعروضة فيه كخطوة أولى لإتمام المعاملات التجارية. فإذا أراد التاجر أن يقيم متجراً إلكترونياً خاصاً به على شبكة الإنترنت فلا بد له – في البداية – أن يتخذ موقعاً إلكترونياً يقابل في الواقع التقليدي المادي تلك المساحة الجغرافية التي يقوم عليها المتجر التقليدي، التي يمكن أن تكون ملكاً خالصاً للتاجر أو أنه يتمتع بحق الاستئجار، الذي ينتقل مع المتجر فيما لو تم بيعه إلى تاجرٍ آخر.

(١) ستيوارت ماك كي، أفضل الممارسات في التجارة الإلكترونية على شبكة الإنترنت، تعريب علي أبو عمشة وندى غنيم، مكتبة العبيكان، السعودية، ص ١٣٥.

وكما أن التاجر في الواقع المادي يعمل على تجهيز محله التجاري بالتجهيزات التي تتناسب وطبيعة العمل التجاري الذي يمارسه، وإكسائه بالأثاث الملائم – فإنه في التجارة عبر الإنترنت يعمل على إنشاء موقعٍ إلكترونيٍ مميّز بتصميمه وتنظيمه بالشكل الذي يلبي الهدف الذي أنشئ من أجله، ألا وهو جذب أكبر عدد ممكن من مستخدمي الإنترنت للدخول إلى هذا الموقع، والوصول إلى المنتجات أو الخدمات المعروضة. فتصميم الشكل الذي سيؤول إليه الموقع الإلكتروني يعدّ من العناصر المهمة المكوّنة للمتجر الإلكتروني.

ولا بدّ من توافر تقنيات عالية لإنشاء الموقع وتمكين الزبائن من الوصول إلى ما يريدون بسهولة من خلال عرض المنتجات وصولاً إلى إجراء الصفقات، ومن ثم إرسال المنتجات إلى الزبائن بالسرعة المطلوبة(٢). فكلما كان التصميم بسيطاً جذاباً قادراً على لفت أنظار المستخدمين، كان الموقع ناجحاً في تمثيل المتجر الإلكتروني القائم على شبكة الإنترنت؛ إذ إن شكل الموقع الذي يتخذه التاجر كمتجر إلكتروني يؤدي دوراً في المحافظة على زبائن المتجر الإلكتروني وتشجيعهم للعودة إلى الموقع، إضافةً إلى دعوة زبائن جدد للدخول إلى الموقع.

أمّا بالنسبة إلى العناصر الأخرى المكونة للمتجر الإلكتروني، فإنها تتفق مع عناصر المتجر التقليدي، فيمكن للتاجر أن يتخذ علامةً تجاريةً تميّز منتجاته أو خدماته المعروضة عبر الإنترنت.

كما يمكن أن يكون التاجر صاحب براءة اختراع فيستخدمها في نشاطه التجاري فيما لو استثمر ذلك الاختراع وجعله موضوعاً لعمله التجاري عبر الإنترنت.

ويشكّل العنوان الإلكتروني عنصراً رئيسياً من عناصر المتجر الإلكتروني، وهو يتشابه مع العنوان التجاري المستخدم في المتجر التقليدي. فكل منهما يقوم بالدور التمييزي للمتجر والدور الإعلاني عن المتجر مع اختلاف بيئة

(٢) Kenneth C.Laudon and Carol Cuercio Traver, E-Commerce-business.technology. society, Third Edition, Pearson, Prentice Hall, Upper Saddle River, NewJersey,07458, 2007, P.194.

العمل التجاري. ففي حين يقوم العنوان الإلكتروني بتمييز المتجر الإلكتروني عن غيره من المتاجر على شبكة الإنترنت، فإن العنوان التجاري يقوم بدوره هذا في الواقع المادي التقليدي.

وبناءً عليه يمكننا تعريف المتجر الإلكتروني بأنه:" مجموعة من العناصر تتم من خلالها المعاملات التجارية عبر الإنترنت". فكما هو الحال في التجارة التقليدية حيث تتم المعاملات التجارية بين التاجر والزبون في المتجر التقليدي، فإن التجارة عبر الإنترنت تتجسد بالمتجر الإلكتروني كمكان افتراضي يتم من خلاله تبادل الرسائل الإلكترونية بين التاجر والزبون بهدف إتمام المعاملات التجارية المختلفة ابتداءً من عرض المنتجات أو الخدمات بمواصفاتها وأسعارها، مروراً بالمفاوضات المتبادلة، وانتهاءً بعمليات الدفع الإلكتروني.

ونظراً لأهمية العنوان الإلكتروني كعنصر من عناصر المتجر الإلكتروني، فإننا سنبحث في ماهيته أولاً، ومن ثم نتناول الأوجه المتعددة لحمايته في مواجهة أي اعتداء.

المبحث الأول
ماهية العنوان الإلكتروني

يسعى أصحاب المشاريع المختلفة إلى نشر أنشطتهم على أكبر عدد ممكن من الجمهور. وهذا ما دفعهم إلى استخدام الإنترنت باعتباره الوسيلة الأكثر انتشاراً في وقتنا الحالي، التي تؤدي إلى جذب جمهورٍ واسعٍ من مستخدمي الإنترنت. إلا أن صاحب المشروع يحتاج إلى تعريف مشروعه على شبكة الإنترنت كي يتمكن مستخدم الإنترنت من التمييز بينه وبين المشاريع الأخرى القائمة على تلك الشبكة العالمية. فيكون هذا التعريف من خلال العنوان الإلكتروني الذي يمثّل المدخل الرئيسي للوصول إلى الموقع الإلكتروني الممثل للمشروع.

من ثم لا بدّ من اختيار عنوان إلكتروني قادر على تمييز المتجر الذي يجسده بسهولة من قبل مستخدمي الإنترنت. مع مراعاة المجموعات المختلفة من الناس الذين ينتمون إلى بلدانٍ مختلفة وثقافات مختلفة. (٣)

وفيما يأتي سنبين تعريف العنوان الإلكتروني والدور الوظيفي الذي يقوم به.

المطلب الأول
تعريف العنوان الإلكتروني

وردت تعريفات متعددة للعنوان الإلكتروني، وقد اعتمدت على كل من تكوين العنوان الإلكتروني والدور الوظيفي الذي يقوم به.

فقد عرّفه جانبٌ من الفقه بأنه:"حروفٌ تشير إلى موقع معين يقصده مستخدم الإنترنت" (٤).

---

(٣) H.M.Deitel-P.J.Deitel-T.R.Nieto-E-Business and e-commerce-How To Program-Prentice Hall-Upper Saddle River-New Jersey -07458-2001- P.105

(٤) د. شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ٢٠٠٧، ص ١١.

يشير هذا التعريف إلى التكوين الحرفي للعنوان الإلكتروني؛ فهو مجموعة من الحروف المترابطة بعضها مع بعض لتشكل عنواناً مميزاً يساعد المستخدم في الوصول إلى موقع المشروع على شبكة الإنترنت.

ويطلق جانبٌ آخر من الفقه على العنوان الإلكتروني مصطلح (اسم الموقع) ويعرّفه بأنه: "عنوان فريد متميز يتكون من عدد من الأحرف الأبجدية اللاتينية أو الأرقام التي يمكن بواسطتها الوصول إلى موقع ما على الإنترنت"(٥).

يبين هذا التعريف أن العنوان الإلكتروني يتكون من مجموعة من الحروف الأبجدية التي تجتمع معاً لتؤلف مصطلحاً معيناً يشير إلى موقع معين على شبكة الإنترنت، ويؤدي إلى الوصول إلى ذلك الموقع. فهو يعتمد في تعريفه على تكوين العنوان الإلكتروني وعلى الوظيفة التي يؤديها على شبكة الإنترنت.

ويعرّف جانبٌ ثالث من الفقه أسماء مواقع الإنترنت بأنها: "العناوين التي نستخدمها للعثور على مواقع معينة"(٦).

يبيّن هذا التعريف إحدى وظائف العنوان الإلكتروني ألا وهي استخدامه للوصول إلى موقع محدد على شبكة الإنترنت.

كما أن هناك عدّة تعريفات قانونية للعنوان الإلكتروني؛ فقد عرّفه المشرع المصري وأطلق عليه مصطلح (اسم الدومين). فأسماء الدومين وفقاً لمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري هي: "عناوين متفردة تخصصها الجهة المرخصة لها لمستخدمي شبكة المعلومات بما يسمح بإيجاد موقع خاص بصاحب اسم الدومين يحدد شخصيته ويميزه عن غيره".

---

(٥) د. رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والعشرون، يناير ٢٠٠٥، ص ٢٤٦.

(٦) د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ٢٠٠٩، ص ٢٩٨.

بينما يعرّف المشرع السوري اسم الموقع على الإنترنت (website name) بأنه:" مجموعة من الرموز الأبجدية والرقمية، ذات دلالة قابلة للتذكر وتقابل عنوان موقع على الإنترنت ويتألف هذا الاسم من مجموعة من الحقول التراتبية التي يفصل بين كل اثنين متتاليين منها رمز خاص هو النقطة(٧).

فقد أطلق المشرع السوري على العنوان الإلكتروني مصطلح (اسم الموقع على الإنترنت) وحدّد مكوّنات هذا الاسم بالصورة الحقيقية المتكاملة التي يظهر العنوان الإلكتروني فيها باعتباره مقسّم إلى عدة أجزاء يفصل بينها نقاط.

فالعنوان الإلكتروني يتكون من جزء مشترك بالنسبة إلى جميع المشاريع أو الأشخاص على شبكة الإنترنت، وهو يتمثل بالمصطلح (http//:www)، ويفصل بنقطة عن الجزء الآخر للعنوان الإلكتروني، الذي يختلف من مشروع إلى آخر. كما أن هذا الجزء بدوره يقسم إلى قسمين: القسم الأول نسميه اسم النطاق من المستوى الأعلى وهو الجزء الأيمن من العنوان والذي قد يكون عاماً دولياً لا يرتبط بدولة معينة إنما يدل على نوع النشاط الذي يقوم به المشروع أو الشخص الذي يريد إنشاء موقعٍ خاص به على الإنترنت.

وقد تعددت العناوين الإلكترونية من المستوى الأعلى لتشمل جميع المجالات، بعد أن كانت محدودة ببعض الاختصاصات إلا أن الإقبال الشديد على إنشاء المواقع على شبكة الإنترنت أدى إلى ازدياد عددها بشكل ملحوظ. نذكر منها:

com بالنسبة إلى المشاريع التجارية.

org بالنسبة إلى المنظمات الدولية.

gov بالنسبة إلى المؤسسات الحكومية.

net بالنسبة إلى شؤون الاتصالات والإنترنت.

(٧) المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني رقم /٤/ تاريخ ٢٥/ ٢/ ٢٠٠٩.

edu بالنسبة إلى المؤسسات التربوية.

mil بالنسبة إلى المواقع العسكرية الأمريكية.

حيث لا يجوز استخدام هذه النطاقات من قبل أية دولة إلا بعد إضافة نطاقها الوطني. فعلى سبيل المثال لا يمكن للجهة المختصة بتسجيل العناوين الإلكترونية في سورية أن تستخدم المجال edu إلا بعد إضافة المجال الوطني sy فيصبح المجال edusy.

ونتيجةً لازدياد الضغط على تلك العناوين الإلكترونية العامة من المستوى الأعلى عملت مؤسسة الإنترنت للأرقام والأسماء المخصصة (الآيكان) على إضافة سبعة منها وهي: (٨)

bis بالنسبة إلى مواقع الأعمال.

name بالنسبة إلى مواقع الأفراد الشخصية.

Info بالنسبة إلى مواقع المعلومات.

pro بالنسبة إلى المواقع المهنية والحرفية.

museum بالنسبة إلى مواقع المتاحف.

aero بالنسبة إلى مواقع النقل الجوي.

coop بالنسبة إلى مواقع الجمعيات التعاونية.

كما يمكن أن تكون العناوين الإلكترونية من المستوى الأعلى وطنية ترتبط بدولة معينة كالعنوان eu بالنسبة إلى الاتحاد الأوروبي، والعنوان uk بالنسبة إلى المملكة المتحدة، والعنوان eg بالنسبة إلى جمهورية مصر العربية، والعنوان jo بالنسبة إلى المملكة الأردنية الهاشمية. أما العنوان sy فهو يخص المجال الوطني السوري.

(٨) الموقع الإلكتروني لمؤسسة الإنترنت للأرقام والأسماء المخصصة (الآيكان) www.icaan.org

أما القسم الثاني فنسميه بالعنوان الإلكتروني من المستوى الثانوي وهو اسم يختاره صاحب الموقع على النحو الذي يريده. فإذا كان صاحب الموقع تاجراً يمكن أن يختار اسمه التجاري أو عنوانه التجاري أو علامته التجارية ليكون عنواناً إلكترونياً من المستوى الثانوي.

فقد جاء العنوان الإلكتروني كتعريفٍ للموقع الإلكتروني المرتبط بشبكة الإنترنت بعد أن كان لهذا الموقع رقم معين معقد يرتبط من خلاله بشبكة الإنترنت. إلا أن صعوبة التعامل بهذا الرقم نظراً لصعوبة حفظه وتذكره أدّت إلى تبنّي نظام أسماء النطاق؛ حيث تم الاستبدال بتلك الأرقام أحرفاً سهلة الحفظ لتكوّن كلمات أو مصطلحات تشكّل بدورها العنوان الإلكتروني. وهذا يتفق مع تعريف المشرع السوري لعنوان الموقع على الإنترنت فقد عرّفه بأنه: "سلسلة أرقام عادة ما تكون مخصصة ومسجلة وفق قواعد محددة تدل على موقع على الإنترنت وتسمح بالوصول إليه".

المطلب الثاني
الدور الوظيفي للعنوان الإلكتروني

يؤدي العنوان الإلكتروني دوراً تمييزياً وإعلانياً بالنسبة إلى المشاريع المختلفة على شبكة الإنترنت بما فيها المشاريع التجارية. فلا يقتصر دور العنوان الإلكتروني على المشاريع التجارية القائمة على شبكة الإنترنت، إنّما لا بدَّ أن يكون لكل مشروع على شبكة الإنترنت عنوان إلكتروني يميزه عن غيره من المشاريع على اختلاف النشاط الذي يقوم به هذا المشروع. وسواء كان هذا المشروع فردياً يعبّر عن نشاط أحد الأشخاص أم جماعياً يمثل نشاط مؤسسة ربحية كالشركات التجارية أو غير ربحية كالمنظمات السياسية والهيئات الاجتماعية والثقافية وغيرها.

فكل موقع إلكتروني على شبكة الإنترنت لا بدّ له من عنوان يميزه عن غيره من المواقع، وذلك للحيلولة دون تضليل المستخدمين الذين يستطيعون

الوصول إلى الموقع الذي يريدونه عن طريق العنوان الإلكتروني الخاص به دون عناء.

كما أن العنوان الإلكتروني يستخدم للإعلان عن الموقع الذي يمثله على شبكة الإنترنت إذ يسعى لجذب أكبر عددٍ ممكن من مستخدمي الإنترنت إلى موقعه عن طريق العنوان الإلكتروني الذي يميزه عن غيره خاصةً فيما لو استخدم اسماً مألوفاً مشهوراً ضمن عنوانه الإلكتروني.

وقد يعبر العنوان الإلكتروني بشكل مباشر عن نشاط الموقع الذي يمثله فيما لو استخدم صاحب الموقع مصطلحاً يفيد ذلك ضمن عنوان موقعه.

إن الدور التمييزي الذي يقوم به العنوان الإلكتروني الممثل للمتجر الإلكتروني يجعله قريباً من عناصر الملكية الفكرية في الواقع التقليدي كالاسم التجاري والعنوان التجاري؛ حيث يميز كل منهما المتجر التقليدي عن غيره من المتاجر الأخرى، وكذلك بالنسبة إلى العلامة التجارية التي من شأنها أن تميز المنتجات أو الخدمات التي تمثل نشاط المتجر. إلا أن العنوان الإلكتروني يختلف عنها من حيث البيئة التي يوجد فيها، فهو يميز المتجر الإلكتروني القائم على شبكة الإنترنت بالإضافة إلى دوره التمييزي بالنسبة إلى أي مشروع قائم على شبكة الإنترنت في جميع المجالات الأخرى. ففي المتجر الإلكتروني يتخذ التاجر عنواناً له يميزه عن غيره من المتاجر ويعلن عن متجره من خلال ذلك العنوان لجذب مستخدمي الإنترنت إليه. إضافة إلى ذلك يمكنه أن يتخذ علامةً تجاريةً تميز منتجاته أو خدماته المعروضة من خلال موقعه، كما أنه قد يملك براءة اختراع فيما لو قدم اختراعاً جديداً مبتكراً قابلاً للتطبيق الصناعي واستخدمه في منتجاته أو خدماته المعروضة على جمهور الإنترنت. فهو هنا يؤدي دوره إلى جانب العلامة التجارية وبراءة الاختراع، بينما يؤدي الدور نفسه الذي يقوم به الاسم التجاري أو العنوان التجاري إلا أنه يقوم بذلك في العالم الإلكتروني بعيداً عن الواقع المادي الملموس.

المطلب الثالث
الطبيعة القانونية للعنوان الإلكتروني

يتشابه العنوان الإلكتروني مع عناصر الملكية الفكرية كالاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية من حيث الدور التمييزي الذي يقوم به؛ فهو يقوم بتمييز المتجر الإلكتروني عن غيره من المتاجر على شبكة الإنترنت، ويحدد عائدية المتجر الإلكتروني لتمكين جمهور الإنترنت من تعرّفه بسهولة.

وبالمقابل فإن كلاً من الاسم التجاري والعنوان التجاري يقوم بالدور التمييزي نفسه بالنسبة إلى المتجر التقليدي في الواقع التقليدي، في حين تقوم العلامة التجارية بتمييز منتجات المتجر أو خدماته سواء كان تقليدياً أم إلكترونياً؛ الأمر الذي يجعل العنوان الإلكتروني يندرج تحت قائمة الشارات المميزة.

وهذا ما اتجه إليه جانبٌ من الفقه؛ فقد اعتبره عنصراً جديداً من عناصر الملكية الفكرية كالعلامة التجارية والاسم التجاري والعنوان التجاري، ومن ثم فإنه يستفيد من التنظيم القانوني لهذه العناصر بما يتضمن من نصوص تشريعية وأحكام قضائية، فهو يميّز الموقع الإلكتروني عن غيره من المواقع على شبكة الإنترنت بما فيها المواقع المخصصة كمتاجر إلكترونية، وكذلك بالنسبة إلى العنوان التجاري فهو يميّز المتجر التقليدي عن غيره من المتاجر، كما تقوم العلامة التجارية بتمييز المنتجات والخدمات في التجارة التقليدية(٩).

إلا أنه – على الرغم من تشابه العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية باعتبار أن كلاً منهما له دور تمييزي في المحل التجاري، وأن كلاً منهما يتمتع بالحماية المؤقتة لمدة معينة يمكن أن تتجدد بطلبٍ من صاحب العنوان الإلكتروني أو العلامة التجارية – فإنهما يختلفان في أن العنوان الإلكتروني يميّز

(٩) William S.Davis and John Benamati, E-Commerce Basics, Addison- Wesley, Cornell University,Newyork2003, P.59.

المشروعات، في حين تميز العلامة التجارية المنتجات أو الخدمات التي يقدمها المشروع. كما أن العلامة التجارية تخضع لمبدأ التخصص فتميز فئة معينة من المنتجات أو الخدمات، بينما لا يلزم العنوان الإلكتروني بتحديد فئة المنتجات؛ لأنه في الأصل لا يميزها. إضافةً إلى ذلك فالحق في العنوان الإلكتروني يترتب لصاحبه بالتسجيل في حين تترتب ملكية العلامة التجارية بالاستعمال وليس بالتسجيل، فالتسجيل ليس منشئاً للملكية إنما هو مقرر لها.

أما بالنسبة إلى الاسم التجاري فإنْ كان يتشابه مع العنوان الإلكتروني باعتبار أن الحق في أي منهما يترتب بالتسجيل، وأن كلاً منهما يميز المشروع التجاري عن غيره فإن العنوان الإلكتروني يمكن أن يقتصر دوره على الإعلان دون أن يقوم المشروع بأي نشاط تجاري إنما يستخدم عنوانه للإعلان فقط. كما يختلف العنوان الإلكتروني والاسم التجاري في أن الحق في العنوان الإلكتروني حق مطلق بينما في الاسم التجاري والعنوان التجاري هو حق نسبي يتحدد بنوعٍ معينٍ من التجارة. كما أنه لا يشترط في العنوان الإلكتروني أن يتضمن الاسم المدني لصاحبه في حين يشترط ذلك في العنوان التجاري.

بينما ذهب جانبٌ آخر من الفقه إلى أن العنوان الإلكتروني مفهومٌ جديد وفكرةٌ مستقلة يجب أن تخضع لنظام قانوني مستقل وقواعد قانونية خاصة به دون غيره، وأكد أن العناوين الإلكترونية ليست من عناصر الملكية الفكرية إنما هي معرّفات وعناوين للمواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت(١٠).

ونحن بدورنا نؤيد هذا الاتجاه، فعلى الرغم من التشابه بين العنوان الإلكتروني وعناصر الملكية الفكرية، فإنه في الوقت نفسه يمثل عنصراً جديداً مستقلاً فرضه الواقع الإلكتروني الجديد الذي نعيشه. فهو يحدد الموقع الإلكتروني ويميزه عن غيره من المواقع القائمة على شبكة الإنترنت.

(١٠) Catherine Colston and Kirsty Middleton, Modern Intellectual Property Law, Cavendish publishing limited, Second Edition2005, P.617.

المبحث الثاني
أوجه حماية العنوان الإلكتروني

كما هو الحال بالنسبة إلى عناصر الملكية الفكرية التي قد تتعرض للانتهاك بالاعتداء على حق صاحبها في استخدامها واستغلالها على النحو الذي يريده. فقد يتعرض العنوان الإلكتروني للاعتداء من قبل الأشخاص الذين يقومون بتسجيل عنوانٍ إلكترونيٍ مطابقٍ للعنوان الإلكتروني المسجل أو مماثل له على نحو يدعو إلى تضليل مستخدمي الإنترنت؛ مما يسبب الضرر لصاحب العنوان الإلكتروني نتيجة الاستعمال غير المشروع لعنوانه من قبل الغير؛ الأمر الذي يتطلب توفير الحماية اللازمة للعنوان الإلكتروني لضمان حق صاحبه في استخدامه لتحديد وتمييز مشروعه عبر الإنترنت عن غيره من المشاريع، والحيلولة دون تضليل مستخدمي الإنترنت.

وقد تجلّت تلك الحماية بتسجيل العنوان الإلكتروني وفقاً للإجراءات والشروط المقررة، حيث يُمنح صاحب العنوان الإلكتروني المسجَّل الحماية اللازمة في مواجهة أي شخص يطلب تسجيل عنوان إلكتروني مسجل سابقاً.

كما أن الحق في العنوان الإلكتروني يتمتع بالحماية القانونية المقررة لعناصر الملكية الفكرية كالعلامة التجارية والعنوان التجاري فيما لو ارتبط بمشروع تجاري على شبكة الإنترنت؛ وذلك لأنه يقوم بالدور التمييزي الذي تقوم به تلك العناصر.

إلا أن خصوصية العنوان الإلكتروني التي تفرضها البيئة الإلكترونية أوجدت نوعاً جديداً من الحماية القانونية المستخلصة من تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية، التي جاءت تلبيةً للحاجة الملحّة لصياغة مثل هذه التشريعات لتتناسب مع الواقع الإلكتروني الذي أثار نوعاً جديداً من المنازعات، تختلف بطبيعتها عن المنازعات الموجودة في الواقع التقليدي.

المطلب الأول
الحماية المستمدة من تسجيل العنوان الإلكتروني

يُشترط تسجيل العنوان الإلكتروني لدى الجهات صاحبة الصلاحية، ليكتسب صاحبه حقاً فيه في مواجهة الغير الذي لا يستطيع تسجيل نفس العنوان الإلكتروني المسجل تطبيقاً لقاعدة الأسبقية في التسجيل.

الفقرة الأولى – جهات التسجيل:

تولّت لجنة منح الأرقام Assigned Number Authority (IANA) مهمة تسجيل العناوين الإلكترونية بتكليف من جمعية الإنترنت (ISOC).

وتفرّعت عن هذه اللجنة ثلاث هيئات لإدارة هذا الملف، وهي:

بالنسبة إلى أوروبا: Network Coordination Center Re seuaxip Europeans(NCCRIPE)

بالنسبة إلى آسيا والباسفيك: Asian Pacific Network Information Center (APNIC)

بالنسبة إلى أمريكا والبلدان الأخرى غير المشمولة بالهيئتين الأوليين: Internet National Information Center (INTERNIC)

وقد تفرّع عن كل هيئة وفي كل دولة مكتب لمنح الأرقام، وشكلت كل منها مسجلاً محلياً خاصاً لعناوين بروتوكول الإنترنت في تلك الدولة. (١١)

وبتكليف من (IANA) تولّت شركة حلول الشبكة Network Solution(NSI) تسجيل عناوين المستوى الأعلى العامة الدولية، وتبنّت منح عناوين بروتوكول الإنترنت وتسجيل عناوين المواقع المقابلة لها. وذلك حتى إنشاء مؤسسة الآيكان

(١١) نصير الدين حسن أحمد، عناوين مواقع الإنترنت، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ٦٥.

(ICAAN) في أيلول من عام ١٩٩٨ التي ألغت الطابع الاحتكاري لشركة (NSI)، وتولت منح العناوين الإلكترونية ذات المستوى الأعلى العام، إضافةً إلى تسجيل تلك العناوين، وقد حددت هيئات فرعية لتسجيلها.

ومن الهيئات الوطنية التي تبنّت مهمة منح عناوين إلكترونية، وتسجيلها داخل الدولة الواحدة، شركة (Nominet) التي تقوم بتلك المهمة في المملكة المتحدة بالنسبة إلى المجال (uk)، وفي المجال الوطني الفرنسي تولت المهمة شركة (Afnic) في فرنسا بالنسبة إلى المجال (Fr)، كما يتولى (LBDR) تسجيل العناوين الإلكترونية في المجال (Lb) في لبنان. أما في سوريا فتتولى الهيئة الوطنية لخدمات الشبكة منح العناوين الإلكترونية في المجال الوطني (Sy).

ونظراً لأهمية التسجيل بالنسبة إلى العناوين الإلكترونية فقد اهتمت الهيئات والوزارات المحلية في كل دولة بشؤون تنظيم عمليات تسجيل العناوين الإلكترونية. فعلى سبيل المثال فقد حدد قانون التجارة الإلكترونية البحريني أنه يكون لوزير المواصلات أن يصدر قراراً بتنظيم تسجيل اسم النطاق واستعماله بالنسبة إلى المجال البحريني (Bh)، والترخيص باستعمال ذلك أو حظره بعد أخذ رأي وزير التجارة والصناعة وأي شخص يكون من المناسب استطلاع رأيه في هذا الشأن، بما في ذلك مؤسسة الإنترنت للأسماء والأرقام المعنية. كما أكّد المشرع البحريني أنه يجوز أن يتضمن هذا القرار إنشاء مكتب لتسجيل اسم النطاق يتبع وزارة المواصلات، والبيانات التي يتضمنها طلب التسجيل والإجراءات والشروط المتعلقة بمنح التسجيل وبإعادة التسجيل وإجراءات التظلم من القرارات الصادرة عن مكتب التسجيل ومدة سريان التسجيل والرسوم المقررة للتسجيل أو تجديده أو إعادة التسجيل(١٢).

(١٢) المادة /٢١/ (الفقرتان ١-٢) من قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٢/١٢.

الفقرة الثانية – شروط التسجيل:

يترتب لمسجل العنوان الإلكتروني الحق في استخدام هذا العنوان لتمييز نشاطه عبر شبكة الإنترنت مهما اختلف نوعه. ما دام يقوم بتسديد الرسوم المفروضة عليه من قبل الجهة المختصة بالتسجيل، فإذا توقف عن دفع تلك الرسوم يسقط حقه في العنوان ويصبح هذا العنوان متاحاً للجميع؛ بحيث يمكن لأي شخص التقدم بطلب تسجيل هذا العنوان ليكون عنواناً خاصاً به.

فإذا ارتبط العنوان الإلكتروني بمتجر إلكتروني قائم على شبكة الإنترنت، فإن التاجر في أغلب الأحيان يقوم باختيار عنوانه الإلكتروني متضمناً علامته التجارية التي تتمتع بالحماية القانونية باعتبارها عنصراً من عناصر الملكية الفكرية. فسيكون عنوانه الإلكتروني عندئذٍ محمياً بالقدر الذي تتمتع علامته التجارية من حماية قانونية. فلا يستطيع أي شخص تقليد علامته التجارية أو تزويرها، عن طريق تسجيله عنواناً إلكترونياً متضمناً لعلامة تجارية مطابقة لتلك العلامة أو مماثلة على نحو يضلل المستهلكين. وتسري في هذه الحالة الشروط الواجب توافرها في العلامة لتتمتع بالحماية القانونية المقررة لها على العنوان الإلكتروني الذي يتضمنها، فلا بدّ أن يكون مميزاً ويكون كذلك إذا كانت العلامة التي يتضمنها مميزة، كما يجب أن يكون جديداً ويتحقق ذلك إذا كانت العلامة التي يتضمنها جديدة لا تشكل اعتداءً على علامة مسجلة سابقاً، وعندئذ يكون العنوان الإلكتروني محلاً للحماية المقررة للعلامة التي يتضمنها. وعلى سبيل المثال فإن مكتب تسجيل العناوين في لبنان يفرض على كل من يريد تسجيل عنوان موقعه أن يقوم مسبقاً بتسجيل عنوانه كعلامة تجارية، فيكون ذلك المكتب قد أخضع تسجيل العناوين للشروط نفسها لتسجيل العلامات التجارية بشكل مباشر أو غير مباشر. (١٣)

وبناءً عليه نجد أنه في عالم التجارة الإلكترونية يمكن تسجيل العلامة التجارية كعنوان إلكتروني على شبكة الإنترنت؛ إذ إن مالك العلامة يستفيد من

(١٣) نصير الدين حسن أحمد، عناوين مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص ١٣٩.

انتشار تلك العلامة لدى الجمهور في الواقع التقليدي؛ الأمر الذي يجعلهم قادرين على تحديد عائدية الموقع الإلكتروني بسهولة من خلال تلك العلامة. من ثم فإن مالك العلامة سيحقق انتشاراً سريعاً عبر الإنترنت، و يؤمّن الحماية اللازمة لعنوانه الإلكتروني وفقاً للحماية القانونية المقررة للعلامة التجارية.

إلا أن العنوان الإلكتروني لا يقتصر على المشاريع التجارية فقط إنما يشمل كل مشروع مهما اختلف نوعه على شبكة الإنترنت، فهو يرتبط بالموقع الإلكتروني الذي تم إنشاؤه على شبكة الإنترنت مهما كان نوع النشاط الذي يقوم به صاحب هذا الموقع. فالعنوان الإلكتروني – بناءً على ذلك – قد لا يتضمن علامة تجارية محمية بموجب القانون فإنه من ثم لا يتمتع بالحماية المقررة لتلك العلامة. ومن هنا فإن العنوان الإلكتروني يستمد حمايته من خلال تسجيله لدى الجهات المختصة بموجب القاعدة المتّبعة في تسجيل العناوين الإلكترونية، التي تعطي الأولوية للأسبق في التسجيل. حيث لا يمكن لأي شخص أن يسجل عنواناً إلكترونياً مطابقاً أو مماثلاً لعنوان إلكتروني سبق تسجيله لدى الجهات المختصة بالتسجيل، وهذا ما قضى به القضاء الفرنسي(١٤).

وقد أعطت الآيكان لكل شخص سواء كان طبيعياً أم اعتبارياً الحق في تسجيل العنوان الإلكتروني الذي يتناسب مع طبيعة النشاط الذي يقوم به طالب التسجيل على أن يصرّح بالآتي:

١ – أن كل البيانات التي قدمها في طلب التسجيل صحيحة وكاملة.

٢ – أن تسجيله هذا العنوان لن يؤدي إلى انتهاك أي حق من حقوق الغير.

٣ – ألا يكون تسجيله هذا العنوان لغرض غير شرعي.

---

(١٤) قرار المحكمة الابتدائية الكبرى لمدينة ليل الفرنسية في ٢٠٠٠/٧/١٠، مأخوذ عن مؤلف د. عدنان إبراهيم سرحان، أسماء النطاق على الشبكة العالمية للمعلوماتية (الإنترنت)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الخامس والعشرون، يناير ٢٠٠٦، ص ٣٤٧.

٤ – أنه لن يستخدم العنوان الإلكتروني قصداً في خرق أي قانون نافذ.

كما أن الآيكان اشترطت على طالب التسجيل قبول التحكيم وفقاً للسياسة الموحدة للآيكان في حل المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني.

وقد التزمت مراكز التسجيل في مختلف دول العالم سياسة الآيكان في التسجيل وفي حل المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني. ففي البحرين يتولى مكتب تسجيل اسم النطاق التابع لهيئة تنظيم الاتصالات جميع المهام المتعلقة بتسجيل أسماء النطاق التي تتضمن اسم النطاق لمملكة البحرين(.bh) وتحصيل الرسوم المستحقة في هذا الشأن(١٥).

وقد تبنى هذا المكتب سياسة الآيكان في تسجيل العناوين الإلكترونية؛ فمن الشروط الواجب توافرها في اسم النطاق أن لا يكون مطابقاً أو مشابهاً لاسم نطاق آخر سبق تسجيله، وألا يكون من شأن تسجيله إحداث لبس مع ما سبق تسجيله من أسماء نطاقات أخرى، أو التعارض مع أي من الحقوق المقررة قانوناً لشخص آخر بشأن أي اسم تجاري أو علامة تجارية أو براءة اختراع أو غيرها من حقوق الملكية الفكرية. كما اشترط أن لا يشتمل اسم النطاق على كل ما من شأنه مخالفة القانون أو الآداب العامة أو النظام العام، وألا يكون استخدامه لأغراض غير مشروعة. وكذلك أن لا يتضمن أسماء الدول أو المدن أو أشخاص المشاهير أو العائلات المعروفة أو العلامات التجارية المشهورة أو ما يماثلها إلا من الجهات صاحبة العلاقة(١٦).

وكذلك الأمر بالنسبة إلى سياسة التسجيل المتبعة في الأردن؛ فقد اشترط مركز تكنولوجيا المعلومات الوطني باعتباره مركز التسجيل الوحيد المعتمد

---

(١٥) المادة /٤/ من القرار رقم/٣/ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم تسجيل واستعمال اسم النطاق لمملكة البحرين (.bh) منشور في مجلة الحقوق، المجلد السادس، القوانين واللوائح، ص٥٢٢.

(١٦) المادة /١٢/ من القرار رقم /٣/ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم تسجيل واستعمال اسم النطاق لمملكة البحرين (.bh)، مرجع سابق، ص ٥٢٤–٥٢٥.

لتسجيل وإدارة النطاقات الأردنية (.jo) على طالب التسجيل أن لا يشكّل تسجيله أي تنازع مع حقوق الآخرين،(١٧) وأن يكون له مقر في الأردن وذلك للتمكن من التوصل إليه في أي شأنٍ إداريٍ أو قضائيٍ بهدف الحد من المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني(١٨). فإذا كان طالبٍ التسجيل شخصاً اعتبارياً مقرّه خارج الأردن فلا بدَّ أن يكون له ممثل مرخص أو وكيل قانوني في الأردن، ومفوض رسمي لتمثيله، ويعتبر الاسم ملكاً للشخص الاعتباري وليس لوكيله. (١٩)

كما أن المركز يرفض تسجيل الأسماء الشخصية إذا انطبق أي من الحالات التالية عليها:

١ – إذا كان الاسم يدل على منطقة جغرافية أو بلد أو مدينة.

٢ – إذا كان الاسم يمثل أي شخصية محلية أو عالمية مشهورة.

٣ – إذا كان الاسم لعلامة تجارية معروفة أو يدل على اسم ديني.

٤ – إذا كان للاسم معان تتنافى مع الذوق أو الآداب العامة.

٥ – إذا كان الاسم لشركة أو أية مؤسسة أو منظمة أو جمعية محلية أو عالمية.

٦ – إذا كان الاسم المطلوب قد سبق أن تم تسجيله.

٧ – إذا كان الاسم المطلوب قيد الدراسة تمهيداً لتسجيله لشخص آخر. (٢٠)

---

(١٧) البند/٩/ من أسس تسجيل أسماء النطاقات على الإنترنت في الأردن، الأحكام والضوابط العامة لتسجيل أسماء النطاقات، منشور على الموقع الإلكتروني www.nic.gov.jo/Ar/rega.html.

(١٨) البند/١/ من أسس تسجيل أسماء النطاقات على الإنترنت في الأردن، الأحكام والضوابط العامة لتسجيل أسماء النطاقات.

(١٩) البند/٣/من أسس تسجيل أسماء النطاقات على الإنترنت في الأردن، الأحكام والضوابط العامة لتسجيل أسماء النطاقات.

(٢٠) البند /١٦/ من أسس تسجيل أسماء النطاقات على الإنترنت في الأردن، أسس تسجيل أسماء الأفراد .jo.name.

كما اشترط مركز تكنولوجيا المعلومات الوطني في الأردن عدم استخدام الاسم بقصد الاتجار به. (٢١) وعدم استخدامه في أمور مخالفة لقوانين المملكة الأردنية الهاشمية. (٢٢)

وقد حددت الهيئة الوطنية لخدمات الشبكة الشروط الواجب توافرها في العناوين الإلكترونية المطلوب تسجيلها ضمن النطاق الوطني السوري (sy)، والشروط المفروضة على طالب التسجيل وفقاً للآتي: (٢٣)

أولاً – الشروط الواجب توافرها في العنوان الإلكتروني:

١ – يجب ألا يتكون العنوان الإلكتروني من حرف واحد أو حرفين، وأن لا تزيد الأحرف المؤلفة له على (٦٤) حرفاً وفقاً للمعيار العالمي. ويمكن أن تتداخل الحروف والأرقام في تكوين العنوان الإلكتروني.

٢ – يجب استخدام اللغة اللاتينية في تكوين العنوان الإلكتروني دون غيرها. ويمكن أن تكون الأحرف المستخدمة صغيرة أو كبيرة.

٣ – يجب ألا يتضمن العنوان الإلكتروني معاني مسيئة ومنافية للآداب العامة بأية لغة كانت.

٤ – يجب ألا يتضمن العنوان الإلكتروني أي اسم من الأسماء العامة أو أي اسم له دلالة خاصة تمنع تسجيله وفقاً لتقدير الهيئة.

---

(٢١) البند /١٤/ من أسس تسجيل أسماء النطاقات على الإنترنت في الأردن، الأحكام والضوابط العامة لتسجيل أسماء النطاقات.

(٢٢) البند/١٣/ من أسس تسجيل أسماء النطاقات على الإنترنت في الأردن، الأحكام والضوابط العامة لتسجيل أسماء النطاقات.

(٢٣) الهيئة الوطنية لخدمات الإنترنت تعلن شوط التسجيل تحت النطاق (sy)، مقال مؤرخ في ٢٠١٠/٩/٣٠ منشور في الموقع الإلكتروني: www.syria-news.com 25/11/2010

ثانياً – الشروط المفروضة على طالب التسجيل:

تفرض الهيئة رسوم تسجيل أو تجديد للعنوان الإلكتروني تُحدد بثمانية آلاف ليرة سورية سنوياً للعنوان الإلكتروني من المستوى العلوي الوطني السوري، وألفي ليرة سورية سنوياً للعنوان الإلكتروني ضمن أحد النطاقات الفرعية المرتبطة بالنطاق الوطني السوري والمحددة من قبل الهيئة الوطنية لخدمات الشبكة والخاضعة لإشرافها.

يلتزم طالب التسجيل بعدم استخدام العنوان الإلكتروني المطلوب تسجيله أو الموقع أو النشاط المرتبط به لإيذاء أي شخص أو اختراق أي موقع أو التسبب بأي ضرر من أي نوع لأي جهة كانت أو التسبب بأي ضرر للهيئة أو العاملين بها أو وكلائها أو أنظمتها.

يُسأل طالب التسجيل عن صحة ودقة المعلومات المقدمة من قبله واللازمة لعملية التسجيل.

يخضع طالب التسجيل إلى القواعد والإجراءات الخاصة بالتسجيل، والمحددة من قبل الهيئة الوطنية لخدمات الشبكة. كما يلتزم بأي تعديل يطرأ على تلك الإجراءات، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التعديل تحت طائلة إنهاء الخدمة.

نخلص إلى القول: أن الإجراءات والشروط التي تفرضها هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام المخصصة (الآيكان) في سياستها المتعلقة بتسجيل العناوين الإلكترونية، تؤمّن الحماية اللازمة للعنوان الإلكتروني بدرء المنازعات التي من شأنها تقييد استعمال العنوان الإلكتروني فيما لو تعارض مع أي حق من الحقوق المملوكة للغير. فتكون تلك الإجراءات وقائية تحافظ على الحق في العنوان الإلكتروني المستوفي للشروط المطلوبة للتسجيل، وفي الوقت نفسه فإنها تصون الحقوق المشروعة للغير.

المطلب الثاني

الحماية المستمدة من السياسة الموحدة للآيكان (ICANN)[٢٤].

يخضع طالب التسجيل لإجراءات محددة مفروضة من قبل الآيكان للحيلولة دون حصول المنازعات المختلفة المرتبطة بالعنوان الإلكتروني سواء ما كان منها يشكل اعتداءً على العنوان الإلكتروني المسجل أو ما كان يشكّل اعتداءً على حقوق مملوكة للغير.

فإذا أراد أحدهم تسجيل عنوانٍ إلكتروني خاص به، فعليه مراجعة الجهة المختصة بالتسجيل التي تقوم بدورها بالتأكد من عدم وجود عنوان إلكتروني مسجل سابقاً يحمل نفس الاسم المطلوب تسجيله؛ مما يحقق الحماية للعنوان الإلكتروني المسجل إلا إذا كان العنوان ذاته يشكل اعتداءً على حق من حقوق الغير المسجلة، وعندئذٍ لا يتمتع هذا العنوان بالحماية المقررة للعنوان الإلكتروني المسجل. فقد يقوم طالب التسجيل بتضمين العنوان الإلكتروني إحدى العلامات التجارية المملوكة للغير والمسجلة لدى الجهات المختصة بسوء نية، كأن يريد تسجيل العنوان بهدف بيعه وتحقيق الربح من مالك العلامة التجارية أو من أي مشروع منافس لمالك العلامة التجارية، أو أنه يبغي من تسجيله العنوان حرمان مالك العلامة من تسجيل علامته كعنوان إلكتروني على شبكة الإنترنت والإضرار به من جراء ذلك؛ الأمر الذي يتثبت معه سوء نية المسجل، وعندها يمكن للجهة المختصة بالنظر في المنازعة أن توقف استخدامه للعنوان الإلكتروني أو أنها تلغي ذلك العنوان. أما إذا ثبت ذلك قبل تسجيل العنوان الإلكتروني فإن الجهة المختصة بالتسجيل ترفض طلب التسجيل.

فالآيكان تجسد حمايتها للعنوان الإلكتروني في سياستها الموحدة في حل النزاعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني. وذلك بعد أن ألغت سياسة شركة حلول

---

(٢٤) (ICANN) اختصاراً لـ (Internet Corporation For Assigned Names and Numbers) هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام المخصصة.

الشبكة (NSI) ذات الطابع الاحتكاري، التي تتخذ من قاعدة (من يأتي أولاً يخدم أولاً) أساساً في عملها دون التدقيق في وقائع النزاع والظروف المحيطة بعملية التسجيل. فعلى الرغم من أن هذه الشركة لا تقبل تسجيل أي عنوان إلكتروني مطابق لعنوان إلكتروني مسجّل سابقاً أو مماثل له على نحوٍ يدعو إلى تضليل مستخدمي الإنترنت، فإنها لا تبحث في أحقيّة طالب التسجيل على الكلمات التي يتضمنها العنوان الإلكتروني المطلوب تسجيله وفيما إذا كان ينتهك حقوق الغير أم لا؛ مما أدى إلى ظهور منازعات متعددة مرتبطة بالعنوان الإلكتروني. الأمر الذي اقتضى معه ظهور الآيكان التي وضعت قواعد وشروط أساسية لتسجيل العناوين الإلكترونية، بالإضافة إلى السياسة الموحدة للآيكان في حل المنازعات المرتبطة بالعناوين الإلكترونية.

وتشترط السياسة الموحدة للآيكان في تسوية المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني توافر ثلاثة شروط لتطبيق إجراءات التسوية الإدارية على المنازعة(٢٥). ويقع عبء إثبات توافر هذه الشروط على المشتكي، وهي تتجسد بما يلي:

١ – يتوجب على المشتكي أن يثبت أن العنوان الإلكتروني المسجَّل مطابق أو مشابه على نحوٍ يدعو إلى تضليل الجمهور لعلامة تجارية أو علامة خدمة يكون له عليها حقوق.

٢ – ينبغي على المشتكي أن يثبت أنه ليس لصاحب العنوان أية حقوق أو مصالح مشروعة على العنوان الإلكتروني المسجل.

٣ – ينبغي على المشتكي أن يثبت أن صاحب العنوان الإلكتروني قام بتسجيل العنوان واستخدمه بسوء نية.

---

(٢٥) المادة (4/a) من قواعد السياسة الموحدة لتسوية المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني.

ومن المنازعات المنظورة أمام مركز الويبو للتحكيم والوساطة الذي يعتبر من المراكز المعتمدة من قبل الآيكان للنظر في المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني. المنازعة حول العنوان الإلكتروني (Skatteetaten.com) والمسجل من قبل المدعى عليه بشكل مماثل لعلامة المشتكي (skatteetaten) التي تعتبر مميزة ومعروفة في النرويج. وقد وجدت الهيئة الناظرة في المنازعة أن للمشتكي الحق في علامته على الرغم من عدم قيامه بتسجيلها؛ وذلك لأنه يستخدم تلك العلامة منذ سنوات عديدة في مجال الضرائب وخدماتها، وأن علامة المشتكي ليست من المصطلحات العامة التي لا يمكن استخدامها لتمييز منتج أو خدمة ما.

كما أن الهيئة وجدت أنه ليس لمسجل العنوان الإلكتروني أية حقوق أو مصالح مشروعة على العنوان الإلكتروني المتنازع عليه. بالإضافة إلى أن المشتكي تمكّن من إثبات سوء نية المدعى عليه من خلال إثبات أن المدعى عليه سجّل العنوان الإلكتروني المتنازع عليه بهدف بيعه، فقد أبرز المشتكي كتباً صادرة عن المدعى عليه يعرض فيها العنوان المتنازع عليه للبيع.

وبناءً عليه فقد تبين للهيئة أن المشتكي أثبت العناصر الثلاثة التي تتطلبها المادة (4/a) من قواعد السياسة الموحدة للآيكان لتسوية المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني؛ مما جعلها تقرر أحقية المشتكي في العنوان الإلكتروني. ومن ثم أصدرت قرارها بنقل العنوان الإلكتروني إلى المشتكي. (٢٦)

وفي أحد قرارات مركز الويبو للتحكيم والوساطة، وجدت الهيئة الناظرة في المنازعة أن المدعى عليه المسجل للعنوان الإلكتروني(juanvaldez.org) يعلم أو من المفروض أن يعلم بعلامة المشتكي (JUAN VALDEZ)؛ وذلك بسبب الاستعمال المستمر للعلامة من قبل المشتكي وارتباط تلك العلامة بالعمل التجاري للمشتكي؛ مما يدل على سوء نية المدعى عليه. كما تبين للهيئة أن المدعى عليه اتخذ من علامة المشتكي اسماً له مع علمه بأنها علامة مميزة

(٢٦) Administrative Panel Decision No.D2000-1314, Published in: http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-01314.html.

مملوكة من قبل المشتكي؛ مما ينفي وجود أية حقوق أو مصالح مشروعة للمدعى عليه على العنوان الإلكتروني. إضافةً إلى ذلك فقد أثبت المشتكي سوء نية المدعى عليه عندما قام بإرسال رسالة له تتضمن عرضاً لنقل العنوان الإلكتروني إليه لاعتبارات مالية. وبناءً على ما سبق قررت الهيئة الناظرة في المنازعة نقل العنوان الإلكتروني إلى المشتكي. (٢٧)

وقد تضمنت الفقرة (ب) من المادة الرابعة من قواعد السياسة الموحدة لتسوية المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني الحالات التي تجد فيها الجهة الإدارية الناظرة في المنازعة توافر سوء النية لدى المسجِّل، وهي:

١ – إذا تبيّن للجهة الناظرة في المنازعة أن صاحب العنوان الإلكتروني إنما سجَّله من أجل بيعه أو تأجيره أو تحويل تسجيل العنوان الإلكتروني إلى المشتكي مالك العلامة التجارية أو علامة الخدمة، أو إلى منافس للمشتكي؛ وذلك للحصول على مبالغ كبيرة تفوق نفقات التسجيل.

وقد أيّد مركز الويبو للتحكيم والوساطة هذه الفكرة في الكثير من القضايا المعروضة عليه. ففي القضية (e Music.com Inc v Obada Alzatari)، وجدت الهيئة الناظرة في المنازعة أن المدعى عليه سجل العنوان لهدف تجاري. كما أنه قام بعرض العنوان المتنازع عليه للبيع على المشتكي بمبلغ معين، وأنه قام بتخفيض قيمة المبلغ عند عدم قبول المشتكي للعرض. بالإضافة إلى أنه هدد المشتكي بعرض العنوان للبيع على طرف ثالث، وهذا ما يؤكد سوء نيته(٢٨).

٢ – إذا استهدف مسجِّل العنوان الإلكتروني حرمان مالك العلامة التجارية أو علامة الخدمة من تسجيلها كعنوان إلكتروني.

---

(٢٧) Administrative Panel Decision No. D2002-1134, Published in: http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2002/d2002-01134.html.

(٢٨) Administrative Panel Decision of 21 March 2010 in Case No.D2010-0131, Published in: http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2010/d2010-0131.html.

ومن التطبيقات العملية على هذه الفكرة، القرار الصادر في المنازعة (NBTY, Inc v Laport Holdings)؛ حيث تبين للهيئة الناظرة في المنازعة أن المدعى عليه سجل العنوان ليحرم مالك العلامة التجارية من تسجيلها كعنوان إلكتروني(٢٩).

٣ – إذا استهدف من تسجيل العنوان الإلكتروني الإضرار بأعمال أحد المنافسين لمسجِّل هذا العنوان.

وقد تم إثبات سوء نية المدعى عليه في المنازعة (Online Vacation Center,Inc v Domain Active Pty Ltd)؛ وذلك لاستخدامه العنوان الإلكتروني (onlinevactioncenter.com) لعرض منتجات أو خدمات منافسة للمشتكي مالك العلامة التي يتضمنها العنوان(٣٠).

٤ – استخدام العنوان الإلكتروني لتحقيق ربح تجاري. وذلك من خلال تضليل مستخدمي الإنترنت وجذبهم إلى موقعه الإلكتروني عن طريق الخلط بعلامة المشتكي، وجعلهم يعتقدون أن موقعه الإلكتروني يعود إلى مالك العلامة أو علامة الخدمة.

فيثبت سوء نية المدعى عليه إذا تضمن موقعه الذي يحمل العنوان المتنازع عليه روابط لمواقع أخرى. وهذا ما أكدته الهيئة الناظرة في المنازعة (Elite Model Management Corporation v Wesley Perkins) التي رأت أن المدعى عليه سجل العنوان (elitemodels.net) لجذب مستخدمي الإنترنت وتحويلهم إلى موقعه. وهذا ما يدل على سوء نيته وفقاً للمادة (4/b/iv)(٣١).

---

(٢٩) Administrative Panel Decision of 30 Sep 2005 in Case No.D2005-0835, Published in: http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2005/d2005-0835.html.

(٣٠) (NAF Case No FA751635(6Sept2006).

(٣١) Administrative Panel Decision of 15 May 2006 in Case No.D2006-0297, Published in: http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2006/d2006-0297.html.

إلا أنه على الرغم من بساطة وسرعة الإجراءات المتبعة وفقاً للسياسة الموحدة للآيكان في حل النزاعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني فإنها لا تحكم بالتعويض المالي. كما أنها لا تطبق إلا بالنسبة إلى النطاقات العامة الدولية دون الوطنية؛ مما يؤدي إلى لجوء المتنازعين إلى القضاء لتدارك ذلك.

المطلب الثالث
الحماية المستمدة من التشريعات القانونية

نبين في هذا المطلب كلاً من الحماية المستمدة من تشريعات الملكية الفكرية، والحماية المستمدة من التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية وفقاً للآتي:

الفقرة الأولى – الحماية المستمدة من تشريعات الملكية الفكرية:

يمكن تطبيق القواعد القانونية الناظمة لحقوق الملكية الفكرية على العنوان الإلكتروني فيما لو تم اعتباره عنصراً من عناصر الملكية الفكرية. ولبيان ذلك سنقوم بتحليل النقاط الآتية:

١ – لم يحدد قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة السوري،[٣٢] العلامات المميزة إنما أتاح المجال لوجود علامات أخرى غير التي عددها على سبيل المثال لا الحصر. من ثم يمكن اعتبار العنوان الإلكتروني – وفقاً لهذا القانون – صورة من الصور التي يمكن أن تتجسد فيها العلامة التجارية، وذلك فيما لو حقق الشروط الواجب توافرها في العلامة التجارية المنصوص عليها في المادة الثانية وما بعدها من قانون العلامات الفارقة[٣٣]. وتتجسد هذه العناصر في

(٣٢) قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة السوري، رقم /٨/ تاريخ ٢٠٠٧/٣/١٢.

(٣٣) المواد (٢–٣–٤–٥–٦) من قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة السوري، رقم /٨/ تاريخ ٢٠٠٧/٣/١٢.

توافر الطابع المميز في العلامة، فلا تعتبر علامات مميزة كل من الإشارات أو التسميات الخالية من أية صفة مميزة أو التي تشكل التسمية الضرورية أو المعتادة أو اسم الجنس في اللغة الشائعة أو المهنية للمنتج أو الخدمة، وكذلك الإشارات التي يمكن أن تستخدم للدلالة على إحدى خصائص المنتج أو الخدمة ولاسيما النوع والصفة والكمية ووجهة الاستعمال والقيمة والمصدر الجغرافي وتاريخ صنع المنتج أو الخدمة. ويجب أن لا تكون العلامة مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وأن لا يكون من شأنها تضليل الجمهور أو تمس حقوقاً سابقة للغير. ومن هنا يمكن حماية العنوان الإلكتروني بموجب قانون العلامات الفارقة الذي يشترط في العلامة المميزة أن لا تمس حقوق الآخرين كعلامة سبق تسجيلها على منتجات أو خدمات مطابقة أو مشابهة من شأنها أن تغش الجمهور. فإذا ما حقق العنوان الإلكتروني تلك الشروط أصبح محمياً بموجب قانون العلامات الفارقة باعتباره علامة فارقة على شبكة الإنترنت.

٢ – وإذا اعتبرنا أن العنوان الإلكتروني لا يشكل علامة تجارية، إنما هو شارة مميزة مستقلة، فإنه يمكن حمايته بموجب قانون العلامات الفارقة؛ وذلك لأن هذا القانون قد عدّد في المادة الخامسة منه بعضاً من الحقوق التي لا يجوز للعلامة التجارية المساس بها على سبيل المثال لا الحصر، وفي هذا حماية للعنوان الإلكتروني المسجَّل. فلا يجوز تسجيل علامة تجارية من شأنها المساس بحق مسجل العنوان الإلكتروني.

ويعاقب هذا القانون على تقليد العلامة التجارية أو تزويرها من خلال رفع دعوى جزائية من قبل مسجِّل العلامة التجارية المعتدى عليها أمام المحاكم المختصة. (٣٤)

(٣٤) الفصل التاسع من قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة السوري، رقم /٨/ تاريخ ٢٠٠٧/٣/١٢.

٣ – يمكن حماية العنوان الإلكتروني من خلال رفع دعوى المنافسة غير المشروعة من قبل مسجل العنوان الإلكتروني في مواجهة كل من يعتدي على حقه في استخدام عنوانه في تمييز متجره الإلكتروني، والإعلان عنه لتمكين مستخدمي الإنترنت من الوصول إليه دون عناء. فقد حدد قانون العلامات الفارقة السوري الأعمال التي تعد من أعمال المنافسة غير المشروعة في الباب السادس منه، وبيّن في الفقرة ب من المادة /١١٦/ من هذا الباب أنه تعد من أعمال المنافسة غير المشروعة الأعمال التي من شأنها أن تولد لبساً بأية وسيلة كانت مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو خدماته أو نشاطه الصناعي أو التجاري. وبشكل خاص إذا كانت الأعمال متعلقة بحق صناعي أو تجاري أو إذا كانت متعلقة بعلامة فارقة مستعملة في القطر سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة وتؤدي إلى تضليل الجمهور.

فإذا أراد أحدهم تسجيل علامة لاحقة وكانت تلك العلامة مطابقة للعنوان الإلكتروني أو مماثلة له بشكل يؤدي إلى تضليل مستخدمي الإنترنت من المستهلكين، فيمكن لمسجِّل العنوان الإلكتروني في هذه الحالة تطبيق قواعد المنافسة غير المشروعة لحماية عنوانه.

وكذلك بالنسبة إلى الأعمال التي من شأنها أن تحط من القوة التمييزية لعلامة الغير أو الاستفادة دون وجه حق من سمعتها أو شهرتها أو من سمعة مؤسسة الغير أو شهرتها (الفقرة هاء من المادة المذكورة أعلاه). فالعنوان الإلكتروني العائد لمشروع تجاري أو صناعي على شبكة الإنترنت قد يتعرض للمساس به ومنع صاحبه من استخدامه من قبل أي مشروع منافس. وباعتباره شارة مميزة تساهم بدور مهم في تمييز المشروع القائم على شبكة الإنترنت، فإن المساس به بأية وسيلة يمكن أن يؤثر تأثيراً سلبياً على قدرته على تمييز المشروع عن غيره ويكون بذلك قد تعرض لعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة وفقاً للمادة /١١٦/ وعندها يحق له المطالبة بالتعويض عما لحقه

من ضرر نتيجة أية أعمال تنافسية غير مشروعة ووقف ممارسة تلك الأعمال كما له الحق في طلب أي من الإجراءات التحفظية[٣٥].

٤ – أما إذا اعتبرنا أن العنوان الإلكتروني هو عنوان لموقع الويب على شبكة الإنترنت، فإننا نجد أن الموقع الإلكتروني الذي يجسد نشاطاً معيناً على شبكة الإنترنت هو مجموعة من الصفحات، ومن ثم فهو مصنف موجود على شبكة الإنترنت، ويكون العنوان الإلكتروني عنواناً لهذا المصنف تجب حمايته بموجب قانون حماية حق المؤلف.

وقد عرّف القانون السوري رقم /١٢/ لعام ٢٠٠١ المتعلق بحماية حقوق المؤلف، المصنف بأنه: "الوعاء المعرفي الذي يحمل إنتاجاً أدبياً أو علمياً أو فنياً مبتكراً مهما كان نوعه أو أهميته أو طريقة التعبير فيه أو الغرض من تصنيفه" [٣٦].

فهذا التعريف لم يحدد طريقةً معينة للتعبير عن المصنف، كما لم يحدد نوعه أو أهميته؛ الأمر الذي يسمح باعتبار الموقع الإلكتروني شكل من أشكال المصنفات. فهو بذلك يتمتع بالحماية القانونية المقررة بموجب قانون حماية حقوق المؤلف. وقد نصَّ هذا القانون على تلك الحماية بشكل صريح حيث بيّن في المادة الثالثة منه بأن مصنفات البرمجيات الحاسوبية بما في ذلك وثائق تصميمها ومجموعة البيانات. كما أنه أكد في المادة ذاتها شمول الحماية لعنوان المصنف إلا إذا كان العنوان لفظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف. وبناءً على ذلك فإن العنوان الإلكتروني يتمتع بالحماية المقررة لعنوان المصنف؛ ومن ثم عليه يكون لصاحب العنوان الإلكتروني حقوق المؤلف، فيستطيع أن يدفع أي

(٣٥) المادة /١١٧/ من الباب السادس من قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة السوري، رقم /٨/ تاريخ ٢٠٠٧/٣/١٢.

(٣٦) المادة /١/ من الفصل الأول من قانون حماية حقوق المؤلف السوري رقم /١٢/ تاريخ ٢٠٠١/٢/٢٧.

اعتداء على مصنفه وأن يمنع أي تشويه أو تحريف أو تعديل أو أي مس به من شأنه الإساءة إلى المؤلَّف مادياً أو معنوياً وله أن يطالب بتعويض عن ذلك وينتقل هذا الحق إلى ورثته بعد وفاته. (٣٧)

٥ – إن أغلب دول العالم تتبع في حماية العنوان الإلكتروني التشريعات الخاصة بحماية حقوق الملكية الفكرية باعتباره شارة مميزة استحدثت لتناسب الواقع الإلكتروني الجديد. فعلى الرغم من أن قانون الملكية الفكرية الفرنسي الذي ينظم أحكام العلامات الفارقة لا يعتبر صراحة الحق في اسم النطاق من الحقوق السابقة التي تمنع تسجيل علامة لاحقة إلا إذا تم اعتباره كالاسم التجاري لمشروع افتراضي على الإنترنت، أو إذا تم تشبيهه بعنوان جريدة؛ حيث ينشأ عن ذلك حق من حقوق التأليف والنشر. فالاسم التجاري وحق المؤلف محميان بموجب قانون الملكية الفكرية الفرنسي. (٣٨)

نخلص إلى القول: إنه على الرغم من التشابه بين العنوان الإلكتروني وعناصر الملكية الفكرية من حيث الدور الوظيفي الذي يقوم به. فإنه يختلف عنها من حيث البيئة التي يقوم بهذا الدور فيها ألا وهي البيئة الإلكترونية. فهو يميز الموقع الإلكتروني القائم على شبكة الإنترنت ليقوم صاحبه بممارسة نشاطه من خلاله مهما اختلف نوع هذا النشاط. فلا يقتصر الأمر على النشاط التجاري إنما يتجاوز ذلك ليشمل جميع الأنشطة الأخرى بما فيها المواقع الشخصية التي يمكن أن تتضمن الآراء والمواقف الشخصية لصاحبها. وعلى الرغم من إمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة بحقوق الملكية الفكرية، فإن خصوصية الدور الذي يقوم به العنوان الإلكتروني، الذي لا يمكن تجسيده إلا على شبكة الإنترنت يجعل الحاجة ملحّة لصياغة تشريعات خاصة ناظمة للعنوان الإلكتروني درءاً للمنازعات المرتبطة بهذا العنوان.

---

(٣٧) المادة /٨/ والمادة /١٨/من قانون حماية حقوق المؤلف السوري رقم /١٢/ تاريخ ٢٠٠١/٢/٢٧.

(٣٨) د. عدنان إبراهيم سرحان، أسماء النطاق على الشبكة العالمية للمعلوماتية (الإنترنت)، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

الفقرة الثانية – الحماية المستمدة من التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية:

سعت أغلب الدول إلى صياغة تشريعات قانونية ناظمة للمعاملات الإلكترونية؛ نظراً لانتشارها السريع والحاجة إلى تنظيمها للحيلولة دون حدوث المنازعات المختلفة بين المتعاملين. وقد استندت تلك الدول في صياغة قوانينها إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لعام ١٩٩٦؛ حيث أعلنت لجنة الأونسيترال الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها من هذا القانون في الدليل الملحق به، ومن أهمها إنشاء بيئة قانونية آمنة وتيسير استعمال وسائل الاتصال الحديثة بين الأطراف المتراسلة، وهذا يتطلب تعديل الاشتراطات القانونية القائمة على نحوٍ يسمح باستخدام وسائط غير ورقية للاتصال وتخزين المعلومات. (٣٩)

إلا أن هذا القانون لم يتناول تنظيماً خاصاً بالعنوان الإلكتروني. على الرغم من أهمية هذا التنظيم في تحقيق التوازن بين العنوان الإلكتروني وحقوق الملكية الفكرية وغيرها من الحقوق المملوكة للغير.

عالجت الولايات المتحدة الأمريكية المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني من خلال قانون حماية المستهلك من القرصنة (Anti Cybersquatters Protection Act) الذي يتم إعماله فيما لو سجل العنوان الإلكتروني المعتدي بسوء نية. وفيما عدا ذلك فإنها تطبق قانون العلامات التجارية وغيره من قوانين الملكية الفكرية. أما في فرنسا والمملكة المتحدة فإن تسوية المنازعات تتم بالعودة إلى قوانين الملكية الفكرية وقانون المنافسة غير المشروعة. (٤٠)

---

(٣٩) محمد سعيد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة– مصر ٢٠٠٥، ص ٤٩.

(٤٠) نصير الدين حسن أحمد، عناوين مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص ١٦٩.

وقد عمدت أغلب الدول العربية إلى صياغة تشريعات قانونية خاصة بالمعاملات الإلكترونية لتنظيم تلك المعاملات، وإضفاء الحجية القانونية عليها، والحفاظ على حقوق المتعاملين إلكترونياً. إلا أن أغلب تلك التشريعات لم تخصص قواعد ناظمة لحماية العنوان الإلكتروني. فعلى الرغم من أن بعضها تناول تسجيل العنوان الإلكتروني في قواعد قانونية خاصة، كالمشرع البحريني الذي بيّن في قانون المعاملات الإلكترونية البحريني قواعد تسجيل أسماء النطاق،(٤١) فإنه لم يفرد قواعد قانونية خاصة بتسوية المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني.

كما أكد المشرع المصري في مشروع قانون التجارة الإلكترونية قاعدة الأسبقية في التسجيل؛ حيث تكون الأولوية بالنسبة إلى اسم الدومين للأسبق في تسجيل الاسم ما لم يثبت سوء نيته(٤٢). أما بالنسبة إلى المشرع اللبناني فقد أكد أنه يمكن لطالب التسجيل أن يسجل اسم الموقع مهما كان نطاق الاسم ووجهة استعماله بحسن نية وباحترام حقوق الغير ولاسيما حقوق الملكية الصناعية. كما أوضح أن كل مخالفة لهذه الأحكام ترتب مسؤولية مدنية أو جزائية على طالب التسجيل من خلال محاكمة قضائية أو غير قضائية. وتختار الهيئة المسؤولة عن منح أسماء المواقع المتعلقة بالنطاق lb مركزاً أو أكثر لتسوية المنازعات المتعلقة بأسماء المواقع بطرق غير قضائية؛ حيث يترك للغير حرية اختيار مركز من بينها للاعتراض على منح اسم الموقع لصاحبه(٤٣).

---

(٤١) المادة ٢١ من قانون التجارة الإلكترونية البحريني، تاريخ ٢٠٠٢/٩/١٤، ملحق رقم /٧/ في العقد الإلكتروني، إلياس ناصيف، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٤٤٠.

(٤٢) المادة ١٣ من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، ملحق رقم /٣/ في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

(٤٣) المادتان ٥-٦ من اقتراح القانون المتعلق بأسماء المواقع اللبناني، ملحق رقم /٨/ في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٨١.

نجد أن كلاً من المشرعين المصري واللبناني اتخذ من حسن نية طالب التسجيل أو المسجل قاعدة أساسية لتسوية النزاعات القائمة بين العنوان الإلكتروني وحقوق الملكية الفكرية المتعارضة معه.

لم يصدر المشرع السوري حتى الآن قانوناً خاصاً بالمعاملات الإلكترونية على الرغم من انتشار المواقع الإلكترونية العاملة في جميع المجالات بشكل عام، وفي التجارة الإلكترونية بشكل خاص. والتي على الرغم من حداثتها، فإنها تحتاج إلى تنظيم خاص بها لتحقيق الأهداف المرجوة منها والحد من المنازعات المرتبطة بها. وهو يسعى إلى إتمام هذا القانون بعد أن انتهى من صياغة قانون التوقيع الإلكتروني رقم /٤/تاريخ ٢٠٠٩/٢/٢٥، الذي ينظم آلية التوقيع الإلكتروني، ويبين الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني ودوره في إثبات المعاملات الإلكترونية.

الخاتمة

من هذا البحث يمكن ملاحظة النتائج التالية:

١ – يقوم العنوان الإلكتروني بدورٍ وظيفيٍ مهم، يتجلى بتمييز الموقع الإلكتروني عن غيره من المواقع على شبكة الإنترنت، والإعلان عنه، وتعريف جمهور الإنترنت بمضمونه. فلا يستطيع أي شخص القيام بنشاط معين على شبكة الإنترنت مهما اختلف نوعه دون اختياره عنواناً إلكترونياً خاصاً به.

٢ – لتجسيد حماية العنوان الإلكتروني من المنازعات المحتملة لابدّ لنا من اتخاذ إجراءات وقائية عند اختيار العنوان الإلكتروني. فعلينا اختيار العنوان الإلكتروني سهل الحفظ، بسيط التركيب ليسهل على مستخدمي الإنترنت تعرّفه وتذكّره بسهولة للوصول إلى الموقع الذي يمثله بسرعة، والولوج إلى محتواه دون عناء. كما يجب علينا عدم اختيار العنوان الإلكتروني من الكلمات التي يسهل تحريفها أو تحويرها لأن ذلك يجعله متشابهاً مع غيره، ويسهل تقليده.

٣ – إذا أراد طالب تسجيل العنوان الإلكتروني استخدامه لتمييز متجره الإلكتروني على شبكة الإنترنت، فمن الأفضل له أن يختار علامته التجارية المحمية بموجب قانون العلامات التجارية كعنوان إلكتروني لمتجره؛ وذلك كي يتمتع العنوان بالحماية القانونية المقررة لتلك العلامة التجارية. كما أن ذلك سيؤدي إلى انتشاره السريع عبر الإنترنت؛ وذلك نظراً لقدرة مستخدمي الإنترنت على تحديد عائدية المتجر الإلكتروني تبعاً لمعرفتهم بمالك تلك العلامة التجارية.

٤ – لدرء المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني، يجب على طالب تسجيل العنوان اختيار عنوانه الإلكتروني دون المساس بأي حق من حقوق الغير؛ كي لا يتعارض مع عنوانه، فيتكبد عناء إثبات حسن نيته وغيرها من الظروف المحيطة بالمنازعة. من ثم على طالب التسجيل الابتعاد عن الأسماء المطابقة أو المشابهة للعلامة التجارية المسجلة أو للعلامة التجارية المشهورة، وكذلك

الأمر بالنسبة إلى الأسماء والعناوين التجارية المسجلة، وأسماء المشاهير، والأسماء الشخصية، وأسماء المدن والبلدان والمنظمات وغيرها من الأسماء المحمية والحقوق المسجلة للغير. وبشكل عام الابتعاد عن كل ما من شأنه أن يشكل لبساً أو خلطاً لدى الجمهور حول مصدر المنتجات أو الخدمات.

٥ – تشغل المنازعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني حيزاً واسعاً في معظم دول العالم؛ الأمر الذي جعل تلك الدول تسارع إلى اتخاذ الإجراءات الضرورية للحد من تلك المنازعات، وإيجاد الحلول المناسبة لها سواء كانت تلك الحلول إدارية وفقاً للسياسة الموحدة للآيكان في حل النزاعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني، أو قضائية باللجوء إلى قوانين الملكية الفكرية بعد إجراء التعديلات التي تتناسب مع خصوصية تلك المنازعات، أو إعمال القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بشكل عام والقوانين الناظمة للعناوين الإلكترونية إن وجدت.

وأهم التوصيات والمقترحات:

١ – إن الازدياد الملحوظ لأعداد مستخدمي الإنترنت في مختلف المجالات، ولا سيما في قطاع التجارة، يتطلب تعزيز الوعي المعلوماتي، ونشر الثقافة المعلوماتية؛ وذلك لإدراك أهمية الدور الذي تقوم به شبكة الإنترنت، والحيلولة دون التعرض للمعطيات الجديدة التي أفرزتها.

٢ – إن خصوصية المعاملات الإلكترونية التي انتشرت انتشاراً واسعاً في عصرنا بفعل التطور التكنولوجي المستمر، الذي بدوره يؤدي إلى تشعب تلك المعاملات وتعقدها. يقتضي من مختلف الدول العمل الجاد المستمر لمواكبة هذا التطور. وذلك من خلال تطوير البنى التحتية اللازمة بشكلٍ مستمر، والعمل على صياغة التشريعات القانونية الناظمة لتلك المعاملات بغية تحديد المراكز القانونية للمتعاملين، والحيلولة دون حدوث منازعات فيما بينهم.

٣ – تأكيد خصوصية العنوان الإلكتروني، ودوره الفعّال بالنسبة إلى المعاملات الإلكترونية القائمة على شبكة الإنترنت؛ مما يقتضي معه العمل الدؤوب لصياغة تشريعات خاصة بالتنظيم القانوني للعنوان الإلكتروني، تُعنى

بتسجيل العنوان الإلكتروني، وتحديد المركز القانوني لمسجل العنوان الإلكتروني، و بيان حقوقه والتزاماته وصولاً إلى حماية حق مسجل العنوان الإلكتروني في استخدام عنوانه بتقديم الحلول القانونية للمنازعات المرتبطة به.

المراجع القانونية العربية

١ – رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والعشرون، يناير ٢٠٠٥.

٢ – ستيوارت ماك كي، أفضل الممارسات في التجارة الإلكترونية على شبكة الإنترنت، تعريب: عُلى أبو عمشة وندى غنيم، مكتبة العبيكان، السعودية، ٢٠٠٣.

٣ – د. شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

٤ – د. عدنان إبراهيم سرحان، أسماء النطاق على الشبكة العالمية للمعلوماتية (الإنترنت)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الخامس والعشرون، يناير ٢٠٠٦.

٥ – د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩.

٦ – محمد سعيد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥.

٧ – نصير الدين حسن أحمد، عناوين مواقع الإنترنت، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٨.

المراجع القانونية الأجنبية:

1 - William S.Davis and John Benamati, E-Commerce Basics, Addison- Wesley, Cornell University,Newyork2003.

2 - Catherine Colston and Kirsty Middleton, Modern Intellectual Property Law, Cavendish publishing limited, Second Edition2005.

3 - H.M.Deitel-P.J.Deitel-T.R.Nieto-E-Business and e-commerce-How To Program-Prentice Hall-Upper Saddle River-New Jersey -07458-2001.

4 - Kenneth C.Laudon and Carol Cuercio Traver, E-Commerce-business.technology. society, Third Edition, Pearson, Prentice Hall, Upper Saddle River, NewJersey,07458, 2007.

القوانين والقرارات

١ – قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة السوري رقم /٨/ تاريخ ٢٠٠٧/٣/١٢.

٢ – قانون حماية حقوق المؤلف السوري رقم /١٢/ تاريخ ٢٠٠١/٢/٢٧.

٣ – قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم /٤/ تاريخ ٢٠٠٩ /٢/٢٥.

٤ – قانون التجارة الإلكترونية البحريني، تاريخ ٢٠٠٢/٩/١٤.

٥ – مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

٦ – اقتراح القانون المتعلق بأسماء المواقع اللبناني.

٧ – القرار رقم /٣/ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم تسجيل واستعمال اسم النطاق لمملكة البحرين (bh)، منشور في مجلة الحقوق، المجلد السادس، القوانين واللوائح، البحرين.

٨ – أسس تسجيل أسماء النطاقات على الإنترنت في الأردن، منشورة في الموقع الإلكترونيwww.nic.gov.jo/Ar/rega.html

٩ – السياسة الموحدة للآيكان في حل النزاعات المرتبطة بالعنوان الإلكتروني، متاحة في الموقع الإلكتروني لمؤسسة الأرقام والأسماء المخصصة (الآيكان) www.icaan.org

١٠– القرارات الصادرة عن مركز الويبو للتحكيم والوساطة، متاحة في الموقع الإلكتروني: www.arbiter.wipo.int/domains/index.html

حق الدولة في استخدام القوة في الفضاء الإلكتروني للدفاع عن النفس

الأستاذ/ مصطفى نعوس
قسم القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة حلب
الجمهورية العربية السورية

ملخص:

تتمثل حرب الفضاء الإلكتروني، في أشكال عدة؛ مما يقتضي عرض خطرها المحتمل الذي أصبح يشكل تهديداً مباشراً للسلم والأمن الدوليين. إضافة إلى دراسة حرب الفضاء الإلكتروني في إطار القواعد القانونية الدولية القائمة حالياً الناظمة لاستخدام القوة؛ بغية معرفة إذا ما كان يمكن تطبيق معاييرها على الحرب الإلكترونية. وأخيراً، بمعنى آخر، أيمكن تطبيق القواعد القانونية الحالية المتعلقة باستخدام القوة في الفضاء الإلكتروني عن طريق القياس أم أن الحاجة تفرض وضع إطار تنظيمي مصمم خصيصاً يلائم طبيعة حرب الفضاء الإلكتروني؟

الكلمات المفتاحية: حرب الفضاء الإلكترونية – السلم والأمن الدوليان – استخدام القوة للدفاع عن النفس.

تقديم :

تعد المعرفة والمعلومات منذ الأزل بمثابة القوة التي لا تقهر في التاريخ البشري[١]؛ فقد دفعت التقانة الحديثة [٢] وخاصة في مجال الكمبيوتر وشبكات الإنترنت الدول إلى التقدم السريع في كل المجالات الحيوية، إلا أن

الدور الأهم الذي تلعبه حالياً في إجراء التحول الجذري في شؤون الأمن القومي؛ حيث أدخلت المجتمع الدولي في حقبة جديدة في مجال حرب المعلومات[٣]، التي تعتبر الآن من أبرز أنواع القوة[٤]. في العقد الماضي تمكن أحدهم من نشر Love Bug and Sasser Viruses فيروس الحب وفيروس ساسر إلى أكثر من مليون ونصف المليون جهاز كمبيوتر[٥] على التوالي في أقل من أربع ساعات، وبسرعة أكثر بكثير من إمكانية أي دولة في العالم في الدفاع عن نفسها من الدمار الذي قد يلحق بها، وسبق أن أوضحت أكثر من عشرين دولة – من بينها الولايات المتحدة وروسيا والصين وأستراليا وعدد من دول الاتحاد الأوروبي – عزمها على الاندماج التام في حرب المعلومات بوصفها رداً غير متكافئ في أي صراع في المستقبل قد تكون طرفاً فيه[٦]، والأمثلة على حروب الفضاء الإلكتروني التي حدثت في السابق وتحدث الآن خير دليل على ما نبحث فيه؛ فقد استهدفت جرثومة إلكترونية أجهزة الكمبيوتر عائدة للمنشآت النووية الإيرانية؛ مما أدى إلى تعطيل ٤٥ ألف جهاز، يقع ٦٠ بالمائة منها داخل المنشآت النووية الإيرانية، خاصة تلك التي تعمل في إنتاج المياه الخفيفة في بوشهر في محاولة من الكيان الصهيوني لشل القدرة الإيرانية على إنتاج سلاح نووي؛ حيث لم تكن العملية الإسرائيلية ضد إيران الأولى من نوعها لمفاعل بوشهر٢٠١٠، وكذلك الصين وتايوان في عام ٢٠٠٢[(١)]، وفي عمليات حفظ السلام الدولية "عملية Belisi" التي تقودها قوات الدفاع الأسترالية عام

(١) كانت قد وقعت حادثة مشابهة، في الأحداث التي وقعت لمنظمة حلف شمال الأطلسي (الناتو) North Atlantic Treaty Organization في حالة الحرب ضد يوغوسلافيا ولكنها مختلفة نوعاً ما؛ حيث كانت بعض مرافق الفضاء الإلكتروني القائمة في بلغراد هدفاً عسكرياً مستهدفاً من قبل حلف شمال الأطلسي (الناتو) NATO2. وأخيراً في الآونة الأخيرة الصراع الإلكتروني الساخن بين الفلسطينيين والكيان الإسرائيلي، وكذلك الهجوم الذي شنته الصين على شركة جوجل في عام ٢٠٠٩، الفيروس الذي حاول ضرب مفاعل بوشهر النووي المستخدم للأغراض السلمية في إيران، وكل المواقع الإيرانية – ورقة عمل قدمت في مؤتمر كلية الهندسة المعلوماتية الدولي لأمن المعلومات ١٠/١١/٢٠١٠ – جامعة حلب – سورية.

٢٠٠١. فقد سبق للاتحاد الروسي أن شن حرباً إلكترونية ضد أستونيا في عام ٢٠٠٧ وأصابت وزاراتها ومصارفها ودوائر الأمن فيها بالشلل. ثم شنت هذه الحرب على جورجيا في عام ٢٠٠٨، وتمكن الروس من التشويش على الاتصالات بين القيادة العسكرية والوحدات التي كانت تقاتل القوات الروسية. كما تمكنوا من تضليل الطيران الجورجي؛ الأمر الذي أدى إلى الهزيمة التي لحقت بها على الرغم من كل الدعم والمساعدة التي كانت تتلقاها جورجيا من الولايات المتحدة وإسرائيل وحلف شمال الأطلسي. وفي مايو من عام ٢٠٠٧، تمكن الصينيون من اختراق جهاز المعلومات الإلكتروني الخاص في مكتب المستشارة الألمانية أنجيلا ميركل، كما تمكنوا من اختراق أجهزة عدد من الوزارات الألمانية بما فيها وزارة الصناعة ووزارة الدفاع!. وتمكن الصينيون كذلك – بحسب المعلومات الرسمية الألمانية – من ضخ ١٦٠ ميجابايت من المعلومات السرية قبل أن ينكشف أمرهم. وقد اتهمت ألمانيا الجيش الصيني بارتكاب تلك العمليات. حتى الولايات المتحدة التي تعتبر رائدة في الدفاع عن شبكة معلوماتها السرية، تعترف وزارة خارجيتها بأنها تتعرض لمحاولة الاختراق بمعدل مليوني مرة في اليوم الواحد. وأنه في كل جزء من الثانية يتعرض أحد المواقع الإلكترونية الرسمية لمحاولة الاختراق. ومن خلال السلاح الإلكتروني يستطيع «العدو» أن يخرب شبكة الاتصالات العسكرية والسياسية، وأن يشل الدورة الاقتصادية المالية والتجارية والصناعية، وأن يعطل شبكة المواصلات.. إلخ. كل ذلك من دون أن يطلق رصاصة واحدة. لقد أعدت إسرائيل نفسها لهذه الحرب، كما تشير إلى ذلك العملية التي استهدفت إيران. ونتساءل هنا: ما مدى إعداد الدول العربية نفسها أيضاً للدفاع.. وللهجوم عندما تقتضي الضرورة؟. ففي عالم يزداد اعتماداً مدنياً وعسكرياً على الشبكة الإلكترونية، فإن استهداف الشبكات الوطنية الداخلية يلحق بالدولة المستهدفة خسائر كارثية ويدفعها إلى الشلل والانهيار بسرعة ومن دون قتال. من أجل ذلك، تداعت الدول الكبرى الإلكترونية في العالم، وهي

الولايات المتحدة والصين وروسيا والاتحاد الأوروبي، إلى البحث في إعداد معاهدة جديدة تحظر استخدام السلاح الإلكتروني تكون مماثلة في جوهرها لمعاهدة حظر استخدام السلاح النووي، لما يمكن أن يلحق هذا «السلاح النظيف من خراب ودمار وشلل بالحياة المدنية العامة[٧]، ونظراً لأن شبكة الإنترنت تُكون حالياً ترابطاً عالمياً بين نظم المعلومات الحديثة في كل دول العالم، وتتميز بالسرعة العالية، فإن هذا ما جعل جميع البوابات مفتوحة، ويمكن للجميع الدخول غير المأذون به من خلالها [٨]، وتقتضي الحكمة أن تَحذر الدول من جميع الفيروسات وهجمات القراصنة المتوقعة لأن أفعالهم الإجرامية غدت عمليات حرب معلوماتية حقيقية، وتبرز ضرورة اتخاذ كل الخطوات اللازمة لتفادي هذه المخاطر في أسرع ما يمكن؛ مما يقتضي تحديد مصدر الهجمات وتتبعها وملاحقة فاعليها أينما كانوا ومحاسبتهم، أو الرد عليهم باستخدام القوة في ممارسة لحق الدفاع عن النفس. وتبعاً لذلك، نعتقد أن المعايير القانونية القائمة حالياً فيما يتعلق باستخدام الدولة لحق القوة [٩] لم تثبت بشكل كاف في تنظيم مثل هذه الحالات الفريدة والقلقة جداً [١٠] من حرب المعلوماتية. وكما يقول الفقيه أنطوني داماتو: أعتقد أن هناك نوعاً من روح القانون الدولي، وهذه الروح هي التطورية. وإدراكاً منا لأنها تعطينا أساساً للتوقع كيف يمكن لقواعد القانون الدولي أن تتغير لتتناسب مع الأوضاع الجديدة[١١]. وقد نصح البروفيسور يورام دنشتين [12] Yoram Dinstein بعقد مؤتمر دولي لتحديث القواعد القديمة الإنسانية للحرب، وأن القواعد الحالية من نوع التشريعات الدولية سوف تخدمنا جيداً إذا كان لنا ما يكفي من تطبيقها كما هي مكتوبة. إلا أننا نميل إلى الاتجاه الذي يدعو إلى تطوير القواعد الدولية مع الأوضاع الجديدة. وعلى ما يبدو هناك حاجة للحصول على إجابات تستند إلى مبادئ القانون الدولي وقواعده[١٣] هذه النوعية من الأسئلة قد طرحها بعض الفقهاء[١٤]

الذين توقعوا إمكانية استخدام الفضاء الإلكتروني كساحة معركة في القرن الواحد والعشرين .وبناءً على ما تقدم،سنقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى أربعة مطالب على نحو ما يلي:

المطلب الأول: حرب المعلومات والدفاع المشروع.

المطلب الثاني: حق الدول في استخدام القوة دفاعاً عن النفس في القضاء الإلكتروني.

المطلب الثالث: حرب المعلومات والحاجة إلى إيجاد تنظيم قانوني جديد.

المطلب الرابع: دور المؤتمرات والاتفاقيات والمنظمات الدولية في تنظيم حماية الفضاء الإلكتروني.

المطلب الأول
حرب المعلومات والدفاع المشروع

تدخل المجموعة الأولى من المبادئ القانونية التي تتعلق بتنظيم حرب الفضاء الإلكتروني في مجال القواعد القانونية الدولية الحديثة(٢)، وبشكل عام في إطار القانون الدولي العرفي[١٥]. تتأصل المعايير القانونية الدولية الحديثة في مجال الدفاع عن النفس أساساً في ميثاق الأمم المتحدة، وتطبق على جميع الهجمات العدوانية التي قد ترتكبها إحدى الدول أو أحد الكيانات والتنظيمات من غير الدول. ونتيجة لذلك، فإن الهجمات العدوانية المتمثلة في الحرب الإلكترونية التي قد تبدؤها بعض الأطراف من الدول أو من غير الدول، لن تدخل في إطار الأحكام المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة حتى إذا ثبت تورط أي طرف

(٢) القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها قرارات، [١٩٨٦] محكمة العدل الدولية.

مباشرة أو بشكل غير مباشر في تنفيذ مثل هذه الهجمات. بالإضافة إلى ذلك، ووفقاً للمادة ٥١ من الميثاق، يتعلق الإطار التنظيمي من ميثاق الأمم المتحدة(٣) فيما يتصل بأعمال الدفاع عن النفس فقط بالقوة التي تصنف على أنها هجوم مسلح [١٦]، في حين قد لا يكون التسلل إلى أجهزة الكمبيوتر غير المصرح به كبيراً ومن القوة بما يكفي لتصنيفه ضمن بند "الهجمات المسلحة"، ولا بد أن يقع هجوم مسلح حتى يندرج في ظل أحكام ميثاق الأمم المتحدة ونصوصه[١٧]، وقد يكون من الصحيح الاستنتاج القائل: إن الإشارات الإلكترونية لا تشبه القنابل والرصاص، أو القوات أو أي نوع من الأنواع الأخرى من الأسلحة التقليدية. لذلك نرى أن المجتمع الدولي لم يكن لديه أية مشكلة في اعتبار استخدام الأسلحة الكيميائية أو البيولوجية يقع تماماً ضمن تعريف الهجوم المسلح، على الرغم من كون هذه الأسلحة غير قابلة للكشف بوساطة الحواس البشرية المجردة. وهذا يتفق مع وجهة النظر التي تؤيد، أن الأسلحة المستخدمة من قبل مرتكب الهجوم المسلح أمر لا أهمية له، كون المادة ٥١ لا تشير إلى استخدام أية أسلحة محددة، وهذا الأمر ينطبق على أي هجوم مسلح بصرف النظر عن نوع الأسلحة الموظفة في ذلك الهجوم. لذلك ووفقاً لصياغة المادة ٥١، فإن المجتمع الدولي سيوافق على القبول مستقبلاً باعتبار الهجوم بالأسلحة المعلوماتية يشكل هجوماً مسلحاً تبعاً لنتائجه المحتملة، وبغض النظر عن الآلية المستخدمة في إحداث هذه النتائج. لأنه في

(٣) المادة ٢- تعمل الهيئة وأعضاؤها في سعيها وراء المقاصد المذكورة في المادة الأولى وفقاً للمبادئ الآتية: ١ - تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها. ٢ - لكي يكفل أعضاء الهيئة لأنفسهم جميعاً الحقوق والمزايا المترتبة على صفة العضوية يقومون في حُسن نية بالالتزامات التي أخذوها على أنفسهم بهذا الميثاق. ٣ - يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عُرضة للخطر.٤ - يمتنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد «الأمم المتحدة».

حالة وقوع هجوم معلوماتي مركز سينجح في إغلاق نظام مراقبة الحركة الجوية للدولة مثلاً، بالإضافة إلى إغلاق الخدمات المصرفية والنظم المالية وكذلك المرافق العامة، ويمكن أن يشمل تأثير الحروب المعلوماتية – مثلاً – على فتح الباب على مصراعيه للسدود المغلقة إلكترونياً؛ الأمر الذي يتسبب في حدوث فيضانات عامة حادة، ووقوع الآلاف من القتلى المدنيين نتيجة لذلك ووقوع خسائر وأضرار بالممتلكات العامة والخاصة.

إن الميزة الأساسية في ميثاق الأمم المتحدة هي اللغة المحددة التي استخدمها واضعو[٤] المواد فيما يتعلق بتنظيم الظروف الدقيقة التي بموجبها يحق للدول اللجوء إلى القوة المضادة، وأهم عنصر فيها، هو تفويض مجلس الأمن بتفسير مصطلح الهجوم المسلح، وفي الوقت نفسه، فإن استخدام مصطلح الهجوم المسلح يعني القبول به، والأمر الذي يشير إلى تفسيرها بشكل صحيح من قبل محكمة العدل الدولية هو قضية نيكاراغوا؛ حيث يفسر قرارها بأنه لا يوجد صك قانوني قادر على تنظيم جميع الجوانب المتعلقة بأي حق قانوني معين أو بوصف حالته الراهنة بشكل كامل ومباشر. وهذا مما يعطي مجلس الأمن صلاحيات واسعة عند التعاطي مع مسألة حرب المعلومات.

ولقد واجه المجتمع الدولي حالات مماثلة في الماضي مع ظهور الابتكارات التكنولوجية فيما يتعلق بمسألة تنظيمها مثل الطائرة، والأسلحة البيولوجية

(٤) إن مفهوم القصد والدافع فيما يتعلق بتصنيف هجوم معين على أنه "هجوم مسلح" يبقى غامضاً ومثيراً للجدل، ومن دون حل، ومن ثم ينبغي أن نتعامل معه بحذر شديد. وفي الواقع، أصبح الجدل الدائر حول هذه المسألة على درجة عالية من الوضوح وخاصة في أثناء المداولات لصياغة تعريف للعدوان، وكان هناك خلاف أساسي على الرغم من المناقشات الطويلة والساخنة المتعلقة بالموضوع نفسه، وتم التوصل في نهاية المطاف، إلى أن هذا الفعل يمكن أن يشكل عملاً من أعمال العدوان فقط إذا كان استخدام القوة فيه متعمداً أو إذا ما كانت هناك نية للدولة ولو جزئياً لارتكاب العدوان.

والكيميائية، وأخيراً الانشطار النووي. إلا أنه تمكن من وضع حد لها وتنظيمها، وجعلها أداة فعالة للغاية في حفظ السلم أو الحرب، وكانت بعض الأسلحة مثل الطائرات الحربية والمواد الكيميائية موضوعاً للتنظيم القانوني الدولي فيما يتعلق بآثارها المدمرة المحتملة إذا استخدمت كوسيلة للحرب.

ويتحتم على جميع القواعد القانونية أن تتكيف وأن يتم تطويعها لتتلاءم بشكل مستمر مع الظروف الجديدة، وبعبارة أخرى –كما يرى الأستاذ كلسن– تكون هذه القواعد مرنة بما فيه الكفاية للتعامل حتى مع كل الحالات والظواهر الجديدة.

ونضيف: إن ميثاق الأمم المتحدة يمنع استخدام القوة بين الدول وفقاً للمادة ٢ (٤)[١٨] من الميثاق التي تنص على أنه "يمتنع على أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة". وأكد الفقه القضائي هذا الأمر في عدة قرارات لمحكمة العدل الدولية في فتواها في عام ١٩٩٦ بشأن مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية، وكذلك الفتوى في قضية قناة كورفو [١٩].

ويفهم من هذه الصيغة الواسعة لهذه المادة من الميثاق أن هذا الحظر شامل لأي استخدام أو تهديد باستخدام القوة من دون أي استثناء على الإطلاق، بما في ذلك الأعمال التي تعتبر أقل ضخامة من الحرب الشاملة، وكذلك تلك التي قد تقع خارج نطاق التعريف التقليدي للهجوم المسلح. وهذا النطاق خاص بحكم المادة ٢ (٤)، ولقد تم توضيحها بالإجماع من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار٢٦٢٥[٢٠] المتعلق بإعلان مبادئ القانون الدولي حول علاقات الصداقة والتعاون بين الدول والقرار ٣٣١٤ [٢١] المتعلق بتعريف العدوان؛ حيث اندمجت العبارات الواردة في المادة ٢ (٤) من الميثاق مع قرارات الجمعية العامة ٢٦٢٥ و ٣٣١٤ على أن السمة الرئيسية للمرحلة التي يستطيع مجلس الأمن التدخل فيها هي التي يكون فيها "الفعل المجرم" عملاً من شأنه أن يشكل تهديداً للأمن والسلم الدوليين، ويعتبر من ثم غير قانوني، وهنا نلاحظ

أنه حتى يعتبر الانتهاك واضحاً للقانون الدولي في موضوع حرب المعلومات، يجب أن يشكل الفعل تهديداً للأمن والسلم الدوليين، وينفرد نص الميثاق هنا باهتمامه بالنتائج الحاصلة وليس بالوسائل المعتمدة لتحقيق مثل هذه النتائج التي يستخدمها الجناة مرتكبو الفعل. لذا فهو يقف على السبب الذي يمكن أن يكون هناك عمل قسري ويعفيه قانوناً من النظام الرقابي عليه وفقاً لأحكام المادة ٢ (٤)، فلمجرد كون هذه الهجمات ذات طبيعة تكنولوجية متقدمة وأدت إلى نتائج وخيمة بدولة ما، نرى أن تعتبر أعمالاً تدخل في نطاق الأفعال التي من شأنها أن تشكل تهديداً للأمن والسلم الدوليين، ويمكن تطبيق القواعد القانونية المنصوص عليها في القانون الدولي على حرب المعلومات[٢٢] ويوجد نوعان من الاستثناءات الواردة على الحظر العام لاستخدام القوة المنصوص عليها في المادة ٢ (٤) من الميثاق، هما: تدخل مجلس الأمن، وحالة الدفاع المشروع.

الفرع الأول
قرار مجلس الأمن بالتدخل

ويتجسد الاستثناء الأول: في المادة٣٩ [٢٣] من ميثاق الأمم المتحدة التي تسمح لمجلس الأمن أن يقرر بموجب الفصل السابع(٥) ما يتخذ من الأعمال في حالات تهديد السلم والأمن الدوليين ووقوع العدوان، ويقرِّر مجلس الأمن إذا ما كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع[٢٤] عملاً من أعمال العدوان، ويقدِّم في ذلك توصياته أو يقرِّر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين ٤١ و ٤٢ لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه.

(٥) الفصل السابع: فيما يُتخذ من الأعمال في حالات تهديد السلم والإخلال به ووقوع العدوان، المادة ٣٩: يقرِّر مجلس الأمن إذا ما كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدِّم في ذلك توصياته أو يقرِّر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين ٤١ و ٤٢ لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه.

ويفوض القيام بالعمل القسري وفقاً للمادتين ٤١ و ٤٢؛ حيث تنص المادة ٤١ على ما يأتي: "لمجلس الأمن أن يقرِّر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء «الأمم المتحدة» تطبيق هذه التدابير. ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وقفاً جزئياً أو كلياً، وقطع العلاقات الدبلوماسية. والقرار ٤٢٢٠ اللاحق لما هو منصوص عليه في الشروط التي تعتبر واسعة للغاية من المواد سالفة الذكر، ولا سيما في المادة ٤٢ التي تنص على ما يأتي: إذا رأى مجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة ٤٢ لا تفي بالغرض أو ثبت أنها لم تفِ به، جاز له أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية من الأعمال ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي أو لإعادته إلى نصابه. ويجوز أن تتناول هذه الأعمال المظاهرات والحصر والعمليات الأخرى بطريق القوات الجوية أو البحرية أو البرية التابعة لأعضاء «الأمم المتحدة»؛ حيث لا توجد قيود من أي نوع فيما يتعلق بدقة طبيعة "التدابير القسرية" التي قد يتخذها مجلس الأمن[٢٤]. وبناء على ذلك، يمكن السماح باتخاذ "الإجراءات القسرية"، في مجال حرب الفضاء الإلكتروني، وتقع كذلك ضمن حدود العمل المسموح بها للأحكام ذات الصلة بالقرار ٤٢٢٢[٢٥].

الفرع الثاني
حق الدول في الدفاع الفردي أو الجماعي عن النفس

والاستثناء الثاني الوارد في ميثاق الأمم المتحدة هو الحق في الدفاع الفردي والجماعي عن النفس على النحو المبين في المادة ٥١ التي تنص على أنه ليس في هذا الميثاق ما يُضعف أو يُنقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسها إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء «الأمم المتحدة»، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالاً لحق الدفاع عن النفس تبلَّغ إلى

المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير – بأي حال – فيما للمجلس – بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمرة من أحكام هذا الميثاق – من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذه من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه. ويجب عدم تفسير مصطلح "المسلحة" في نص المادة على أنه تقييد لاستخدام الحق؛ لأنه من المهم أن نأخذ هذا في الاعتبار لأن المادة ٥١ لا تعرض الحق في الدفاع عن النفس لأول مرة في الميثاق، ولكن تكرسه؛ لأنه حق معترف به منذ فترة طويلة، ويعتبر مفهومه في الواقع أوسع بكثير من الصيغة التي يستخدم بها في نص هذه المادة[٢٦]. وهذا يتطابق مع المفهوم الحقيقي الفعلي للهجمات المسلحة، التي في معظم الحالات لا تشمل فقط الأسلحة العسكرية التقليدية والتكتيكات.

وتعتبر عمليات حرب المعلومات حالياً المثال الحي لشكل من أشكال الهجوم المسلح التي تم تطويرها حديثاً، وعلى الرغم من كونها قادرة على إحداث دمار واسع النطاق فإنها حالياً لا يشملها التعريف التقليدي للمصطلح «هجوم مسلح» في الواقع، بقدر ما يتعلق الأمر بحرب الفضاء الإلكتروني، ومن خلال استعراض صيغة المادة ٥١، فإن السؤال الحاسم هو: هل يمكن إدراج مفهوم "هجوم حرب المعلومات " تحت تصنيف الهجوم المسلح الذي يبرر اللجوء إلى العمل الدفاعي القسري[٢٧]؟ ومن خلال التركيز على الوسائل المستخدمة في هجوم حرب المعلومات يمكن للمرء أن يستنتج بأنه يمكن للإشارات الإلكترونية أن تشبه القنابل وطلقات الرصاص والقذائف وأية أنواع أخرى من الأسلحة التقليدية إذا كان لديها التأثير نفسه، والمجتمع الدولي حالياً قلق جداً من العواقب الوخيمة التي قد تنجم عن حرب الفضاء الإلكتروني(٦)، وخاصة إذا ما تسببت في إحداث خسائر بشرية[٢٨]. ونرى أن هذا الميثاق

(٦) هذا ما عبر عنه رئيس الاتحاد الدولي للاتصالات في مؤتمر المنتدى الاقتصادي العالمي٢٠١٠ في مدينة دافوس – سويسرا وكذلك كلاوس شواب الرئيس التنفيذي ومؤسس المنتدى الاقتصادي العالمي. إن الأضرار التي قد تنجم عن حرب الفضاء الإلكتروني قد تتجاوز أضرار كارثة تسونامي.

سيكون مميزاً إذا ما اعتبر هجوم الحرب المعلوماتية من خلال التحليل القانوني أنه يدخل ضمن تصنيف "الهجوم المسلح".

وباعتبار أن الميثاق ينظم المواد التي يحق بموجبها للدول أن تلجأ إلى استخدام القوة في الفصل التنظيمي، نرى أنه يجب ألا ينظر إليه من وجهة نظر تقييدية محضة، بل يجب أن يكون قادراً على إعادة إدراج العديد من المفاهيم الحديثة مثل مفهوم حرب المعلومات وغيرها من المفاهيم والنص عليها بالكامل بشكل مباشر لتشمل نصوصه جميع هذه الجوانب وتغطيها بشكل قانوني سليم[٢٩].

المطلب الثاني
حق الدول في استخدام القوة دفاعاً عن النفس في الفضاء الإلكتروني

تتسم المجموعة الثانية من المبادئ القانونية بأهمية كبرى بالنسبة إلى تنظيم حرب الفضاء الإلكتروني في مختلف الصكوك والوثائق القانونية الدولية التي تتضمن قواعد قانونية، يمكن أن تدعم حق الدول في استخدام القوة في الفضاء الإلكتروني دفاعاً عن النفس.

الفرع الأول
حرب المعلومات وقواعد الحرب الآمرة

تعد قواعد الحرب الآمرة واحداً من أهم المبادئ الأساسية التي يمكن أن تكون قابلة للتطبيق مستقبلاً على وسائل شن حرب معلومات؛ حيث يبدأ تطبيق هذه القواعد من بداية بدء الأعمال العدائية بين المتحاربين [٣٠]، وذلك بهدف أساسي يكمن في وضع بعض المعايير الدنيا لحماية المدنيين والعسكريين من أجل منع المعاناة غير الضرورية والتدمير[٣١]، كما كرسته قواعد القانون الدولي الإنساني.

ويحكم قانون الحرب مبدآن، هما الضرورة العسكرية، والتناسب، والضرورة تستوجب بصورة قانونية فقط الأهداف العسكرية حصراً وما يتصل بها من البنية التحية الوطنية الحيوية [٣٢]، وقد يكون هناك هجوم أحياناً على الأهداف التي ليست من طبيعة عسكرية، ويكون شرعياً إذا كان هجوم الدولة المهاجمة على دولة أخرى فقط من أجل عرض مزاياها العسكرية من هذا الهجوم[٣٣] أو شيء من هذا القبيل، ويمكن من ثم تطبيق هذين المبدأين على حرب المعلومات والاستفادة منهما.

وهناك مبدأ إضافي من القواعد الآمرة "في الحرب" يمكن أن ينطبق مباشرة على حرب الإنترنت هو "التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين"، وهو شرط مهم جداً فيما يتعلق بعمليات حرب المعلومات، ويحتاج إلى إذن شرعي لاتخاذ الإجراءات القسرية في أثناء وجود النزاع الدولي[٣٤]، في حال قيام بعض الأفراد بهجوم وشن حرب إلكترونية، فهؤلاء المهاجمون يقعون خارج نطاق التعريف القانوني للمقاتلين وسيصبحون أهدافاً عسكرية مشروعة، ويكونون أيضاً عرضة للملاحقة الجنائية، وكذلك ترتيب مسؤولية الدولة التي ينتمون إليها وسيكونون منتهكين لقانون الحرب [٣٥]، ويمكن تطبيق مبادئ أخرى على الحرب الإلكترونية، هي تلك التي تحظر استخدام الأسلحة التقنية ووسائل الحرب التي يمكن أن تسبب إصابات زائدة ومعاناة لا داعي لها وتلحق أضراراً في المدى البعيد بالبيئة[٣٦]. إن تطبيق هذا المبدأ – خاصة في عمليات الحرب الإلكترونية – له أهمية خاصة(٧)، حيث يتعرض مجموع شبكات المعلومات الحديثة المترابطة لأضرار جانبية بشدة، وقد تكون ناجمة عن أسلحة الحرب الإلكترونية التي تستخدم عشوائياً [٣٧]، ونرى أنه سيكون ملزماً التحديد القانوني بأن أياً من هذه الوسائل محظورة بأي شكل من الأشكال من قبل القانون الدولي [٣٩]، وتحتاج عمليات حرب المعلومات أيضاً إلى الامتثال

(٧) ملاحظة من الباحث: هجوم حرب المعلومات استهداف كبير للمدنيين وللمنشآت الحيوية والكيميائية أو لسدود توليد الطاقة الكهربائية، ويعتبر ذلك تجاهلاً تاماً للمبادئ التي وضعتها القواعد الآمرة "في الحرب": سوف تقع هذه الهجومات ضمن المعايير المذكورة أعلاه من خلال ما تسببه من أضرار جسيمة للأشخاص والبيئة.

للقواعد الآمرة "في الحرب"(٨) التي تقضي بإعمال مبدأ الفروسية والشرف وعدم اللجوء إلى أسلوب الغدر، ومهما كانت التقنيات الحربية المستخدمة فلا يجوز استخدامها[٤٠].

المبدأ الأخير من "قواعد الحرب الآمرة" الذي ينطبق على عمليات حرب المعلومات هو مبدأ الحياد الذي ينص على ما يأتي: أولاً، يلزم المحاربون قانوناً باحترام حقوق وأراضي الدول المحايدة في أي صراع بينهما، وثانياً، منع الدول المحايدة – بكل الوسائل الضرورية، بما في ذلك استخدام القوة – من استخدام أراضيها من قبل أحد الأطراف المتحاربة، وثالثاً، امتناع الدول المحايدة عن تقديم المساعدة بأي طريق للأطراف المتحاربة. وتكمن أهمية هذه القاعدة القانونية – ولا سيما فيما يتعلق بالحرب الإلكترونية – في أن المعتدين المحتملين من المرجح أن يكونوا دائماً متخفين عند الهجوم الإلكتروني ويوجهون ضرباتهم من خلال واحدة من شبكات المعلومات المتصلة والموجودة في أكثر من دولة، وقد تتدخل أحياناً بعض الدول المحايدة للمساعدة دون موافقة أو معرفة من الدول الأخرى أو شيء من هذا القبيل.

الفرع الثاني
حرب المعلومات وقانون الفضاء الخارجي

هناك فرع آخر في القانون الدولي يمكن أن يضم عدداً قليلاً من القواعد القانونية القابلة للتطبيق على الحرب الإلكترونية هو قانون الفضاء. ينبع هذا الانطباق أساساً من حقيقة أن الشبكات العالمية، والجوانب الرئيسية لتكنولوجيا المعلومات الحديثة، تعتمد على منصات فضائية متعددة تدور حول الأرض من أجل دعم المحطات الأرضية[٤١]، وفضلاً عن ذلك، تعتبر هذه المنصات الفضائية غاية في

(٨) ملاحظة من الباحث: مرة أخرى، يتعلق الغدر باستخدام الرموز البصرية أو الإلكترونية التي تستخدم لتحديد هوية الأشخاص والممتلكات المحمية من الهجوم من أجل جعلها هدفاً مشروعاً للهجوم العسكري أيضاً.

الأهمية في عمليات حرب المعلومات؛ وذلك لسببين، الأول: تعتبر هذه المنصات من العناصر الأكثر ضعفاً في نظام المعلومات؛ لأنه يستحيل صد أي هجوم قد يقع عليها، والثاني: أنها كذلك تمثل القوة الأكثر حيوية ومقدرة لأي دولة تريد القيام بعمليات حرب معلوماتية بشكل ناجح، ومن ثم ستكون هذه المنصات الفضائية مشتركة بالضرورة في صلب أي حرب معلوماتية رئيسية معاصرة سواء لعملية دفاعية أو هجومية[٤٢]. ومن ثم يمكن أن تندرج عمليات حرب المعلومات في إطار القواعد القانونية التي تنظم الأنشطة في الفضاء والتي صيغت في الغالب في معاهدة الفضاء الخارجي منذ عام ١٩٦٧[٤٣]؛ إذ تعد هذه المبادئ معتمدة وملزمة في المجتمع الدولي وتعتبر من قبيل القانون [٤٤] الدولي العرفي، أولاً وقبل كل شيء: لا تزال أنشطة حرب المعلومات في الفضاء الخارجي تخضع للإطار القانوني القائم حالياً الذي ينظم استخدام القوة. ثانياً، مشاركة جميع الدول في أنشطة حرب المعلومات في الفضاء الخارجي تتوجب الامتناع عن التسبب في أي تدخل يمكن أن يكون ضاراً مع أنشطة الدول الأخرى. ثالثاً: تتحمل الدول المشاركة في أنشطة حرب المعلومات المسؤولية الدولية عن جميع هذه الأنشطة التي تقوم بها في الفضاء الخارجي، وبغض النظر عن هذه الأنشطة إذا ما كانت تقوم بها الحكومات أوالكيانات الأخرى غير الحكومية، ونستطيع أن نأخذ مثالين من الصكوك التنظيمية المتخصصة في القانون الدولي للفضاء الخارجي(٩) مع التطبيق المباشر على عمليات حرب المعلومات [٤٥]، وهما اتفاقيات إنتلسات [٤٦] واتفاقيات إنمارسات[٤٧].

(٩) حدد اتفاق إنتلسات الإطار التنظيمي لإنشاء وتشغيل منظمة إنتلسات، وهو المسؤول عن كوكبة من الأقمار الصناعية للاتصالات تربط بين مختلف الاتصالات الأرضية الثابتة. يتألف إنتلسات من جزأين، الأول: مستقل ومسؤول عن تقديم خدمات الاتصالات العامة، والثاني: مسؤول عن توفير خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية المتخصصة. وفق ما هو منصوص عليه في الاتفاق فإن إنتلسات هو فقط الجزء الخاص بتقديم خدمات الاتصالات العامة التي تستخدم لأغراض عسكرية، بما في ذلك عمليات حرب المعلومات. ينظم اتفاق إنمارسات المنظمة الدولية التي تسيطر على عدد كبير من الأقمار الصناعية وتوفير وصلات الاتصالات السلكية واللاسلكية بين المنشآت الأرضية المتحركة، على النحو المنصوص عليه في المواد ذات الصلة من الاتفاق، ويمكن استخدام موارد إنمارسات للاستخدامات العسكرية المشروعة كافة، التي تشمل عمليات حرب المعلومات.

الفرع الثالث
حرب المعلومات وقانون البحار

نصت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ على عدة قواعد قانونية يمكن أن تنطبق على أنشطة حرب المعلومات [٤٨]. أولها: أن الاتفاقية تنص على أن جميع السفن البحرية تستطيع استخدام حق المرور البريء في المياه الإقليمية للدولة ويجب الامتناع عن المشاركة في الأنشطة التي تضر بالسلام وحسن النظام والأمن في الدول الساحلية؛ حيث يمكن لكل واحدة من سلسلة قوائم الاتفاقية المحددة للأنشطة "الضارة" أن تكون جزءاً رئيسياً(١٠) لا يتجزأ من عمليات الحرب الإلكترونية[٤٩]، وعلاوة على ذلك، تدعو الاتفاقية جميع الدول للتعاون في مجال قمع البث غير المصرح به من أعالي البحار[٥٠]، في حين يستغرق أيضاً عدة خطوات لضمان ملاحقة مرتكبي البث غير المصرح به من أعالي البحار. وأخيراً، فإن الاتفاقية تنص أيضاً على حماية الكوابل الغواصة.

الفرع الرابع
حرب المعلومات وقانون الاتصالات

يعد قانون الاتصالات فرعاً من القانون الدولي الذي يمكن أن تطبق قواعده القانونية على عمليات حرب المعلومات. ويجري تعيين هذه القواعد القانونية المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية للاتصالات[٥١]؛ حيث تسمح الاتفاقية بقطع أي اتصالات سلكية أو لاسلكية قد تظهر بأنها قد تشكل خطراً على أمن أي دولة طرف في الاتفاقية، وعلاوة على ذلك، يحق للدول تعليق جميع خدمات الاتصالات

(١٠) الأنشطة الضارة المشار إليها في المادة ١٩ هي: (أ) أي تهديد أو استخدام القوة ضد سيادة وسلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي للدولة الساحلية، أو على أي وجه آخر لا يتفق مع المبادئ الواردة في ميثاق الأمم المتحدة، (ب) أي عمل يهدف إلى جمع المعلومات والمساس بالدفاع، أو أمن الدولة الساحلية، (ج) أي عمل من أعمال الدعاية التي تهدف إلى التأثير في الدفاع أو أمن الدولة الساحلية، (د) أي عمل يهدف إلى التداخل مع أي من أنظمة الاتصالات أو أي تسهيلات أخرى من الدولة الساحلية.

الدولية لمدة غير محدودة لأسباب تتعلق بالأمن الوطني، وتقوم على الفور بإخطار الأمين العام للأمم المتحدة. وينبغي بالإضافة إلى ذلك، وضع جميع المحطات اللاسلكية وتشغيلها بطريقة لا تتسبب بتداخلات ضارة للغير. في نهاية المطاف، وكما هو منصوص عليه حول حرب المعلومات ذات الصلة، يحق للدول الأطراف في الاتفاقية الاحتفاظ بحرية مطلقة فيما يتعلق باحتمال استخدام منشآتها الاتصالاتية العسكرية ما دامت تتخذ جميع الخطوات اللازمة لمنع أي تدخل ضار.

الفرع الخامس
حرب المعلومات والقانون الدولي الاتفاقي

يعد قانون المعاهدات من أهم الفروع في القانون الدولي الممكن تطبيق قواعده على عمليات حرب المعلومات، ويرجع ذلك إلى أن المعاهدات تمثل الوسيلة الأساسية التي يتعامل بها أعضاء المجتمع الدولي في مختلف المجالات فيما بينهم [٥٢]. وفي حال قيام الحرب ثمة تساؤل يطرح، هو: هل بالإمكان تطبيق أحكام المعاهدة بين الدول المتحاربة في زمن الحرب؟ فعندما لا يتم ذلك سيكون الموضوع رهناً "بقواعد الحرب الآمرة"، ومن ثم يمكن تطبيق قواعد الحرب على حرب المعلومات، كما أشرنا [٥٣]. وعند تطبيق أحكام الاتفاقيات والمعاهدات يمكن أن تكون هناك بضعة جوانب من قانون الاتفاقات الدولية التي يمكن تطبيقها بشكل مباشر على سير عمليات حرب المعلومات[٥٤]. مثل معاهدات تسليم المجرمين، وكذلك على اتفاقيات المساعدة القضائية وهي الأكثر أهمية، خاصة التعاون بين الدول في الوسائل المتاحة لاتخاذ إجراءات صارمة ضد مرتكبي جرائم التسلل إلى أجهزة الكمبيوتر التي تبدو وكأنها غير مصرح بها في معظم الدول، ولأنه في الحالات التي يكون فيها (التسلل للكمبيوتر غير مصرح به) غير محدد بوصفه عملاً إجرامياً، ستحجم الحكومات عن تقديم مثل هذه المساعدة القضائية في جميع الأشكال المتعلقة به، وهذا ما ساهمت في تحديده وتوضيحه الاتفاقية الأوروبية للجرائم المرتكبة عبر الإنترنت ٢٠٠١، من خلال تحديد الإجراءات وآليات التعاون بين الدول في مجال مكافحة الإجرام عبر

الإنترنت [٥٥]، ومن ثم، فإنه من الأهمية الكبرى تصور كل من الأنواع المذكورة من المعاهدات في مثل هذه الطريقة وكأنها تغطي بعض أنشطة حرب المعلومات، سواء من خلال توسيع هذه الاتفاقيات بما فيه الكفاية لتدارك الموقف المطلوب، أو من خلال إدراج أحكام محددة تهدف إلى تنظيم الحرب الإلكترونية.

وتشمل الاتفاقيات الدولية التي تنظم الطيران المدني أيضاً أحكاماً تنظم سلوك حرب المعلومات. أولاً، تعتبر جميع الدول ملزمة، في جميع الظروف، مراعاة الشروط الواجب توافرها من أجل سلامة الملاحة بالنسبة إلى الطائرات المدنية وعدم التدخل بأي شكل من الأشكال في السلامة الأمنية لها، ويحظر على الدول اللجوء إلى استخدام جميع أنواع الأسلحة ضد الطيران المدني. وعلاوة على ذلك – كما هو منصوص عليه في المعاهدات التي تنظم العلاقات الدبلوماسية – يجب على أعضاء المجتمع الدولي عدم المشاركة بأي شكل في أنشطة حرب المعلومات التي تنال من الموظفين الدبلوماسيين أو المباني أو المعدات، وأن يؤخذ في الاعتبار أن الموظفين الدبلوماسيين أو المباني أو المعدات لا يمكن أن تكون هدفاً لأي من هذه الأنشطة(١١)؛ لأنها لا تستخدم إلا بما يتفق مع الأغراض الرسمية بشكل دقيق[٥٦]، وتمثل الاتفاقيات النوع الأخير من الاتفاقات الدولية التي تتحمل صلة مباشرة بتنظيم عملية حرب المعلومات. وتشترط هذه الاتفاقيات جعل جميع عمليات حرب المعلومات التي قد تبدؤها القوات العسكرية المرابطة في الخارج للشروط القانونية التالية: (أ) إذا ما كانت الدولة المضيفة قد قامت بالإخطار قبل البدء بأي عملية حرب معلومات، (ب) إذا ما كانت المعدات الفعلية التي تنطوي عليها أية معلومات معينة سوف تكون العملية الحربية في خرق التزام قانوني محدد بموجب اتفاق معين، (ج) إذا

(١١) مصطلح "الغرض المزدوج" الذي يتم استخدامه هنا في صورتها الكلاسيكية الأمن القومي معنى القانون الذي يكون الأكثر شيوعا في النظام للدلالة على التكنولوجيات التي يمكن استخدامها مع فعالية متساوية لكلا الأغراض السلمية وغير السلمية.

ما كانت حرب المعلومات الواردة تتطلب استخدام الدولة المضيفة لنظم المعلومات الخاصة بها، (د) وأخيراً، إذا كان الشروع في عملية الحرب على معلومات من الدولة المضيفة يعرضها لأعمال انتقامية محتملة. وعلى الرغم من أن الغالبية العظمى من الصكوك القانونية الدولية الحديثة لا تحتوي إلا على عدد قليل جداً من الأحكام التي تنطبق على الجوانب الأوسع لعمليات حرب المعلومات، ولا يزال هناك عدم وجود إطار قانوني دولي موجود خصيصاً لتنظيم هذه الظاهرة الناشئة. وسيبقى التهديد مستمراً، في حال عدم وجود إطار قانوني دولي معتمد عالمياً يقوم بتنظيم حرب المعلومات عبر السنوات القادمة؛ لأن هذا التنظيم سوف يلزم الدول بتوحيد قواها في تقليل وخفض الأنشطة غير المشروعة في حرب المعلومات، وفي حال عدم وجوده سوف يجعل أي محاولة لتوجيه الاتهام لمرتكبي مثل هذه الأنشطة لا معنى له وسيبقى معتمداً فقط على حسن نية الحكومات[٥٧].

الفرع السادس
حرب المعلومات والقانون الدولي العرفي

لقد أكدت محكمة العدل الدولية مراراً في أحكامها، أن القواعد القانونية المتعلقة بحق الدول في استخدام القوة في الدفاع عن النفس ليست مبنية فقط على أساس ميثاق الأمم المتحدة ولكن أيضاً على مبادئ القانون الدولي العام العرفي.

ويمكن اعتبار الإجراءات التي اتخذت في الدفاع عن النفس شرعية إذا ما كانت تخضع لشرطي الضرورة والتناسب، وهما الشرطان اللذان يجب أن يكونا متلازمين مع ضرورات الدفاع عن النفس. ويبدو أن "مبدأ كارولين" الذي أنشأه السيد دانيال وبستر في ١٨٤١ قد نجح في صياغة الاختبار النهائي لأية دولة، في اعتبار الإجراءات القسرية المتخذة من قبلها مشروعة في مفهوم الدفاع عن النفس في حال انطباق شرطي هذا المبدأ، لذلك نرى أنه يمكن الاستفادة منه وتطبيقه على التصرفات المستقبلية للدول في حرب المعلومات.

وهذا المبدأ "مبدأ كارولين" معترف به منذ أكثر من قرن ونصف القرن، ويعد من القواعد القانونية الدولية العرفية، وهو يسمح للدولة باللجوء إلى القوة لأغراض الدفاع عن النفس بالاستناد إلى شرطي الضرورة، والتناسب والموازنة في استخدامها، وبصرف النظر عما إذا كان اللجوء إلى القوة قد تم باستخدام الوسائل التقليدية للحرب أو الوسائل الحديثة منها أو باستخدام وسائل تقنية تم تطويرها حديثاً.

ومن ثم يمكن لأعضاء المجتمع الدولي الذين يجدون أنفسهم في وضع يضطرهم للدفاع عن النفس المراعاة قدر المستطاع لشروط "مبدأ كارولين" المؤسس على شرطي الضرورة والتناسب (قياساً على المبدأ الفقهي الشرعي القائل: إن الضرورات تقدر بقدرها) ومن ثم يمكن للدول استخدام القوة في الفضاء الإلكتروني للدفاع عن النفس من دون ارتكاب أي خرق لميثاق الأمم المتحدة، ومن ثم تظهر وكأنها تعمل بصورة قانونية وتمارس سيادتها استناداً لمبدأ "الاختصاص المكاني" وفي ممارسة لحقها الطبيعي في الدفاع عن النفس، شريطة الالتزام كذلك بـ "قانون الحرب". في الواقع، ليست هناك أية وسيلة ممكنة للتنبؤ بما يأتي: بأي شكل من الأشكال يمكن أن تتطور فيها حرب المعلومات، وما الإمكانيات المتاحة لشبكات الكمبيوتر المنتشرة على نطاق واسع؟ وكيف يمكن أن يتم الهجوم على الشبكات منها أو عليها تماماً؟، وفوق كل ذلك كيف يمكن للمجتمع الدولي أن يتجه نحو تطبيق القواعد القانونية الدولية القائمة المتعلقة بتنظيم استخدام القوة بشكل عام والقواعد العرفية على وجه الخصوص، في مجال حرب المعلومات؟، كل ذلك دفع دول العالم الآن إلى البحث عن آليات تنظيم جديد يقوم بالاستفادة من المعطيات السابقة والقيام بالمهمة الموكولة إليه.

المطلب الثالث

حرب المعلومات والحاجة إلى إيجاد تنظيم قانوني جديد

يحتاج القانون الدولي إلى إضافة تشريعات جديدة لسد الثغرات القانونية والاستفادة كذلك من التشريعات الوضعية.

الفرع الأول
سد الثغرات القانونية

المقترح الأول: إن السمة الأولى للمقترح من هذا القبيل سوف تقوم بسد أية ثغرات في التشريعات الموجودة حالياً [٥٧]، وكذلك تضمن تحديث القواعد القانونية القائمة المطبقة بالفعل حالياً على أنشطة حرب المعلومات سواء كان ذلك على المستوى المحلي، من خلال اعتماد القوانين الجنائية اللازمة، أم على المستوى الدولي، من خلال اعتماد الآليات القانونية الدولية التي تكفل تقديم المساعدة القضائية المتبادلة. ويمكن الركون في ذلك إلى المبادئ والقواعد التي أرستها الاتفاقية الأوربية للجرائم المرتكبة عبر الإنترنت ٢٠٠١.

الفرع الثاني
الاستفادة من التشريعات الوضعية

أما الاقتراح الثاني: فهو للاستفادة من الإطار التنظيمي القائم بالفعل الذي يضم جميع الوثائق القانونية الدولية التي تتضمن أحكاماً محددة لتنطبق على عمليات حرب المعلومات. جميع هذه الصكوك القانونية، في جميع أقسامها الخاصة، ومكافحة كل أشكال التسلل غير المشروع إلى أجهزة الكمبيوتر ونظم المعلومات، وتوجيه دعوة عامة إلى جميع الدول للتعاون فيما بينها للحد من مثل هذه الأفعال الجرمية في جميع أشكالها. عموماً كالوثائق القانونية الدولية التي تقع ضمن هذه الفئة المذكورة، أو حتى التي يجري النظر فيها حالياً للتعبير عنها بمثابة قانون دولي عرفي، ومن حيث النتيجة تصبح ملزمة لجميع الدول على قدم المساواة حتى لو لم تكن بعض الدول طرفاً في هذه الصكوك[٥٨]. ويوجد مصلحة كاملة للدول للاستفادة من تقانة المعلومات الحديثة والدفع نحو الالتزام الصارم بالقواعد القانونية القائمة حالياً، التي تنطبق منها على أنشطة الحرب الإلكترونية.

ومع ذلك، وعلى الرغم من حقيقة أن هناك بعض الجوانب من الإطارات القانونية الدولية التي يمكن تطبيقها على المسائل التي هي حالياً في متناول

اليد، إلا أن الطبيعة الخاصة جداً للإنترنت تجعلها جديدة تماماً، وعلى درجة عالية من التخصص ومن الاختلاف الكلي بشدة، وهذا يجعل من بعض المصالح الوطنية تتعارض بعضها مع بعض في أكثر الأحيان. ونتيجة لذلك، هناك ضرورة تدفع دول العالم حالياً للتحرك في اتجاه اعتماد صك قانوني دولي مصمم خصيصاً لتنظيم قانون للإنترنت بشكل عام، وقانون لحرب المعلومات على وجه الخصوص.

من وجهة نظر القانون الدولي، فإن السؤال الأول الذي يجب الإجابة عنه هو: هل يمكن اعتبار الهجمات على شبكات الحواسيب مبرراً للدول لاستخدام القوة، أو حتى القيام بهجوم مسلح؟ ومتى؟ قبل أن نحاول أي تحليل، سيكون من الجيد أن نأخذ في الاعتبار بعض الافتراضات مثلاً فيما يتعلق بمسألة الاختصاص القضائي، أيجب تحديد مكان نشوء الهجوم ونأخذ بالاختصاص الإقليمي أم بالمكان الذي ظهرت فيه نتائج هذا الهجوم "ونأخذ بمبدأ الآثار"؟ وطبعاً سيكون تحديد الموقع الجغرافي للمهاجمين، على درجة عالية من الأهمية وكذلك مكان وقوع آثار هذا الهجوم[٥٩] وهناك أيضاً أشكال عديدة من الهجمات المحتملة، وهذا يعني أنه ليس كل هجوم سيكون على المستوى الذي يؤدي بالدولة إلى استخدام القوة ضده. ولتوضيح هذه الفكرة، ينبغي العودة إلى بعض الأمثلة من الهجمات التي حدثت ضد شبكات الكمبيوتر العالمية، مثل الهجوم الذي حدث على بورصة نيويورك للأوراق المالية، الذي أدى إلى إغلاق الأسواق المالية، والهجوم على نظام مترو الأنفاق لمدينة نيويورك مما تسبب في اصطدام هائل وعرقلة، أو على نظام المراقبة الجوية الأمريكية الذي أدى إلى تحطم طائرة مدنية. والسؤال الذي يطرح نفسه هو: أمثل هذا الهجوم سيبرر استخدام القوة أم لا؟ في الواقع، هناك سابقة قوية مشابهة في المجتمع الدولي يمكن الركون إليها والاستفادة منها من أجل إنشاء قواعد قانونية تنطبق على حرب المعلومات وقدمت أفضل السبل الممكنة لهذا التنظيم الخاص، وهي التي ظهرت حديثاً ولها من الملامح الخاصة بها جداً أيضاً، وشكلت تحدياً للحدود الوطنية التقليدية، وأهي تقع في الوقت نفسه وسط مجموعة من المصالح

الوطنية المهمة المتعارضة بعضها مع بعض بشدة [٦٠]. هذه السابقة تضم اثنين من الصكوك القانونية الأكثر أهمية في تاريخ القانون الدولي، الأولى هي اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ والثانية هي معاهدة عام ١٩٦٧ بشأن الفضاء الخارجي. ويمكننا من ثم المضي قدماً في نفس العمليات المشابهة لتلك التي أدت إلى اعتماد المعاهدتين المذكورتين والتي من شأنها أن تؤدي إلى اعتماد صك قانوني دولي لمواجهة التحديات المفروضة في تنظيم الإنترنت بشكل ناجح.

أولاً – سمات الفضاء الإلكتروني:

للفضاء الإلكتروني سمات محددة لابد من مراعاتها، ألا وهي:

التحدي الأول والأكثر شهرة لحرب المعلومات هو: (أ) بدء هجوم المهاجمين يتسبب في حدوث أضرار خطيرة فور الوصول غير المصرح به إلى نظم المعلومات. (ب) طبيعة الهجوم الخفي للغاية يجعل من الصعب جداً تحديد الموقع الدقيق للهجوم والمهاجمين وحرب المعلومات المعينة؛ مما يعقد عمل الضحية للجوء للعمل الدفاعي القسري واستخدام القوة. (ج) حرب المعلومات هو مثال حي منهجي على حقل في الدولة لا يمكن أن نأمل فيه تحقيق التفوق أو أن تجعل نفسها منيعة من الهجوم عليها. ومن شأن الفهم الكامل لهذه الميزات التأكد من أن أية قواعد تنظيمية سوف تنشأ يجب فيها تحقيق التوازن الصحيح بين الهجوم والمصالح الدفاعية لكل دول العالم فيما يتعلق بحرب المعلومات، ومن ثم ضمان أن تكون فعالة وأن تحظى بأكبر دعم ممكن في المجتمع الدولي.

ثانياً – توافق القانون الجديد مع القواعد الدولية الحالية:

وأما التحدي الثاني فهو أن يتوافق ويتطابق أي صك قانوني دولي جديد مع القواعد القانونية القائمة حالياً في الدفاع عن النفس، ويتعلق بتنظيم حرب المعلومات. وعلاوة على ذلك، فإن تصور أية أحكام اتفاقية مستقبلية ممكنة

لتنظيم حرب المعلومات يجب أن تدرج في نصوصها قواعد "قانون الحرب" التي تتعلق بها لتستهدفها تماماً، فضلاً عن وضع قواعد للتمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين والمرتزقة. بالإضافة إلى ذلك، ينبغي أن تتخذ كل الخطوات الممكنة من أجل تفادي الأخطار المحدقة للوصول إلى مجتمع الفضاء الإلكتروني، وكذلك لضمان الوصول إلى أعلى الدرجات الممكنة.

ثالثاً – الأولوية لضمانات توفير المساعدات القضائية:

والتحدي الثالث الذي يواجه واضعي أي تنظيم لحرب المعلومات في المستقبل هو إيلاء الأولوية في النص لضمانات توفير المساعدات القضائية الكاملة بين الحكومات في حالات تعرض إحداها لهجمات من نوع حرب المعلومات ليعرف منشئها. ويجب على النظام القانوني المقترح أن لا يترك أدنى شك في تحديد الحالات التي يتم فيها تعرف دولة معينة ومن دون أي شك بأنها تشكل مصدراً لهجوم أو حرب معلومات خطيرة وبدقة متناهية، والحالات التي ترفض فيها الحكومات تقديم المساعدة القضائية بشأن تقديم مرتكبي الهجوم إلى العدالة، وتحديد إذا ما سيكون هناك افتراض اعتبار الدولة تشارك بالجرم والمسؤولية واحتمال القيام ضدها بعمل دفاعي قسري.

رابعاً – الحاجة إلى نموذج جديد فعّال لحرب المعلومات:

وهذا هو التحدي الأخير على وجه الخصوص، وهو الأبرز من أي وقت مضى؛ حيث يؤكد حاجة مجتمع القانون الدولي لنموذج جديد فيما يتعلق بالتنظيم الفعّال لحرب المعلومات، وجميع الإجراءات القسرية المحتملة المتصلة به. ويرجع ذلك فقط إلى أن ظهور أدوات الحرب الإلكترونية والتقنيات الحديثة التي وفرت لبعض الجهات العدوانية السلاح الفعّال والبسيط للغاية حتى الآن و لم يسبق لها مثيل من القوة المسلحة وعلى الرغم من كونها لا تزال في مراحلها الأولى من عملية التطور.

الفرع الثالث
حرب المعلومات وخصائصها الفريدة

إن أي محاولة للتنبؤ بأن حرب المعلومات ستشكل في نهاية المطاف تهديداً رئيسياً للسلام والأمن الدوليين، سيكون من السابق لأوانه في الوقت الراهن التكهن بذلك، ولكن – في الوقت نفسه – تنطوي هذه الحرب على الكثير من المخاطر التي لا يمكن تجاهلها بحال من الأحوال. والحقيقة التي لا يمكن إغفالها هي أن هذا المجال الواسع نفسه من شبكات المعلومات العالمية حالياً هو المسؤول عن قيادة الطريق إلى الازدهار والتنمية والرفاه لجميع أعضاء المجتمع الدولي، ويجعل في الوقت نفسه من كل تلك الدول التي تحاول تحقيق الاستفادة القصوى منه، عرضة لهجمات حرب معلوماتية[٦١].

لا تستطيع حالياً أي دولة ذات قوة عظمى ومتفوقة سياسياً أو عسكرياً، أو اقتصادياً أن تقاوم الاستفادة من المزايا التي تتيحها الشبكات العالمية للمعلومات، أو أن تستغني عنها، وبالإضافة إلى ذلك، تستطيع أن تعتمد عليها أيضاً من أجل شن "حرب معلوماتية" ضد أعدائها، بدلاً من أن تستخدم الطرق التقليدية للقوة المسلحة.نظراً للمزايا التي تجعل منها النموذج الأكثر إغراء لشن حرب هجمات حرب إلكترونية، بسبب الصعوبة البالغة في تحديد مصدر هذه الهجمات. وخاصة أنها تستطيع الإنكار وصعوبة الإثبات ضدها بأنها من قامت بالهجوم بشكل كبير، وكذلك تتجنب قوة خصومها.

وهناك سمة إضافية فريدة من حرب المعلومات لا يمكن لأي دولة أن تتخذ خطوات دفاعية كافية ضد هذا النوع من الهجوم، ولكن يمكن أن توجد هناك فرصة في الدفاع والذود عن الحمى من خلال التعاون والتنسيق بين الحكومات فيما بينها وكذلك التعاون بين الحكومات والقطاع الخاص. وربما هذا يتناقض مع الشكل التقليدي للقانون الدولي الحالي المتعلق بقانون الحرب والمسؤولية عن الحرب التي تقع تحت الولاية القضائية لحكومات الدول المعينة.

وتتسبب هجمات حرب المعلومات في أضرار كبيرة باستخدام أدوات وآليات قليلة جداً. ولذلك فإن الدول التي تجد نفسها تحت أي شكل من أشكال هجوم الحرب الإلكترونية عليها أن تتخذ من الإجراءات الكافية من أجل التصدي لأي هجوم، وتحييد ما تستطيع من آثارها الضارة وتعرف مصدرها أيضاً، وخاصة ما يتعلق في مجال التجارة الإلكترونية، وأن تتسلح الدولة بجميع التقنيات الدفاعية من أجل ذلك.

المطلب الرابع
دور المؤتمرات والاتفاقيات والمنظمات الدولية
في حماية الفضاء الإلكتروني

تؤدي المؤتمرات الدولية دوراً مهماً جداً في تكوين المبادئ والقواعد القانونية التي تتعلق بتنظيم أي ظاهرة جديدة تطرق باب القانون الدولي لتنظيمها، ومن المتعارف عليه أن معظم المنظمات الدولية قد نشأت في أحشاء المؤتمرات الدولية، وقد كان للمنظمات الدولية والإقليمية (كالأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة كاليونيسكو والاتحاد الدولي للاتصالات ومنظمة التعاون الاقتصادي والاجتماعي والاتحاد الأوروبي)[٦٤] دور لا يستهان به في الدعوة إلى تلك المؤتمرات. سنعرض فيما يلي لأهم المؤتمرات التي تعرضت لمسألة تنظيم الفضاء الإلكتروني وبخاصة ما تعلق منها بحرب المعلومات، وإن التعاون بين المنظمات الدولية يساعد على رسم استراتيجية واضحة المعالم ومنع التضارب بين الدراسات والأبحاث التي تقوم عليها الدول في هذا المجال؛ مما يؤدي إلى إتاحة الفرصة لاستفادة الدول النامية من خبرات الدول المتقدمة وتجاربها.

الفرع الأول
دور المؤتمرات والاتفاقيات الدولية

لقد أسهمت المؤتمرات الدولية من خلال المبادئ والتوصيات الصادرة عنها، في تنظيم العديد من النقاط الجوهرية المتعلقة بالفضاء الإلكتروني[٦٥]، في مختلف قطاعاته، وقد ساعدت هذه المؤتمرات في وضع العديد من القواعد

القانونية التي شكلت اللبنة الأولى في صرح القانون الدولي المتعلق بتنظيم الفضاء الإلكتروني، وربما أمكننا أن نطلق عليه القانون الدولي للإنترنت.

ومن أهم هذه المؤتمرات نذكر:

أولاً – مؤتمر القمة العالمية لمجتمع المعلومات في جنيف ٢٠٠٣:

أمام تزايد الأخطار التي تحدث في شبكة الإنترنت وخاصة ما يحدث من حروب معلوماتية، وبناء على قرار مجلس الاتحاد الدولي للاتصالات وقراري الجمعية العامة ٥٧/٢٣٨ و ٥٦/١٨٣. تم عقد مؤتمر القمة العالمية لمجتمع المعلومات في جنيف – بالكسبو ٢٠٠٣، في الفترة من ١٠ إلى ١٢ كانون الأول ٢٠٠٣، تحت عنوان (بناء مجتمع المعلومات: تحد عالمي في الألفية الجديدة)، ولقد حضر المؤتمر أكثر من ١١,٠٤٧ شخصاً يمثلون ١٧٦ دولة و١٠٠ منظمة دولية و٤٨١ منظمة غير حكومية و٩٨ شركة خاصة و٦٣١ وسيلة إعلامية، في حين حضر ٤٠ رئيس دولة وحكومة فقط من أصل ٦٠ كانوا قد أعلنوا مشاركتهم؛ ليشهدوا ولادة المجتمع المعلوماتي الذي سيميز الألفية الثالثة، وكان هذا المؤتمر يستهدف تحقيق رؤية ومبادئ مشتركة من أجل ضمان أمن الإنترنت واستمرارها وتنميتها واستفادة جميع البشرية من الإمكانات التي يمكن أن تقدمها، وكذلك لبحث السبل لتشجيع الحكومات والمنظمات الدولية للقيام بما يجب لتحقيق هذه الأغراض، ولقد أقر رؤساء الدول الحاضرون والمنظمات الدولية بأهمية الإنترنت، وسلموا[١٢] بأنها عنصر محوري في البنية التحتية لمجتمع المعلومات الناشئ، وصدر عن هذا المؤتمر في ختام أعماله إعلان[١٣]، يتضمن ضرورة حماية بيئة الإنترنت الافتراضية،

---

(١٢) إعلان مبادئ مؤتمر القمة، الفقرات من ٤٨ إلى ٥٠ (WSIS-03/GENEVA/ 9(Rev.1)-A).2003- جنيف – سويسرا.

(١٣) التعاون الدولي والإقليمي: إننا نسعى إلى الاستفادة الكاملة من الفرص التي تتيحها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في جهودنا لبلوغ الأهداف الإنمائية المتفق عليها دولياً، بما فيها الأهداف الواردة في إعلان الألفية، ولدعم المبادئ الرئيسية الواردة في =

متضمناً أول وثيقة دولية تتعلق بمبادئ العلاقات بين الدول في شأن الإنترنت وكيفية التعامل معها، بالإضافة إلى خطة عمل. وإذا نظرنا إلى الإعلان نجده(١٤) قد أكد في مبادئه أهمية بناء الثقة والطمأنينة والأمن في استعمال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، حيث تمخض عنه تشكيل الفريق العامل لإدارة الإنترنت، الذي شكله الأمين العام للأمم المتحدة من مجموعة من الخبراء من كل الاختصاصات لإعداد تقرير كامل حول إدارة الإنترنت، وقد صدر قبيل انعقاد المؤتمر الثاني الذي تقرر عقده في تونس ٢٠٠٥.

ثانياً – مؤتمر القمة العالمية لمجتمع المعلومات في تونس ٢٠٠٥:

افتتح السيد يوشيو أوتسومي الأمين العام للاتحاد الدولي للاتصالات المرحلة الثانية من القمة العالمية لمجتمع المعلومات في تونس، وقد جاء في أهم مقررات هذا المؤتمر: السعي إلى بناء الثقة والأمن في استعمال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتأكيد ضرورة المضي، بالتعاون مع جميع أصحاب المصلحة، في تعزيز ثقافة عالمية للأمن السيبراني وتنميتها وتنفيذها، كما ورد في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٥٧/٢٣٩، وفي قرارات بعض المحافل الإقليمية ذات الصلة. وتتطلب هذه الثقافة إجراءات وطنية ومزيداً من التعاون الدولي لتعزيز الأمن، والعمل في الوقت ذاته على النهوض بحماية المعلومات الشخصية وحماية الخصوصية والبيانات. وينبغي أن يعزِّز استمرار تنمية ثقافة

= هذا الإعلان. إن مجتمع المعلومات هو في جوهره عالمي الطابع، ومن ثم لا بد من تدعيم الجهود الوطنية، بإقامة تعاون دولي وإقليمي فعال بين الحكومات والقطاع الخاص والمجتمع المدني وأصحاب المصلحة الآخرين، بما في ذلك المؤسسات المالية الدولية.

(١٤) تضطلع الحكومات، وكذلك القطاع الخاص والمجتمع المدني والأمم المتحدة والمنظمات الدولية الأخرى، بدور مهم وبمسؤولية كبيرة في تطوير مجتمع المعلومات، وكذلك في عمليات صنع القرارات بحسب الاقتضاء. إن بناء مجتمع معلومات غايته الناس هو جهد مشترك يتطلب التعاون والشراكة بين جميع أصحاب المصلحة.

الأمن السيبراني إمكانيات النفاذ والتجارة، وأن يراعي مستوى التنمية الاجتماعية والاقتصادية في كل بلد، وأن يحترم الجوانب الموجهة نحو التنمية في مجتمع المعلومات، وتأكيد أهمية ملاحقة الجرائم السيبرانية قضائياً، بما فيها الجرائم السيبرانية التي تُرتكب ضمن الولاية القانونية ولكنها تؤثر على ولايات قانونية أخرى. ودعوة الحكومات بالتعاون مع أصحاب المصلحة الآخرين إلى وضع التشريعات اللازمة للتحقيق في الجرائم السيبرانية وملاحقتها قضائياً، مع الاستفادة من الأطر القائمة، ومنها – على سبيل المثال – قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٦٣/٥٥ وقرارها ١٢١/٥٦ بشأن "مكافحة إساءة استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية"، واتفاقية المجلس الأوروبي بشأن الجرائم السيبرانية[٦٦]. ويمكن القول إن هذا المؤتمر قد شكل منعطفاً تاريخياً خطيراً، وكان بداية الانطلاق الحقيقية لبدء الاهتمام بالفضاء الإلكتروني عموماً، ومازال الفريق العامل لإدارة الإنترنت مستمراً في عمله، في شكل منتدى دولي لقانون الإنترنت، الذي يعتبر النواة الأولى لوضع النقاط الأساسية الأولى لتنظيم الإنترنت بشكل عام وحرب المعلومات بشكل خاص وعقد عدة مؤتمرات أخرى في اليونان – أثينا ٢٠٠٦، والبرازيل ٢٠٠٧، وإسلام آباد ٢٠٠٨، وشرم الشيخ ٢٠٠٩، غير أن هذه القمم لم تحقق التوقعات المرجوة منها، وأخفقت في علاج كثير من القضايا المتعلقة بالفضاء الإلكتروني المهمة، وخاصة فيما يتعلق بمساعدات الدول النامية التي تقدمها الدول الغنية للدول الفقيرة، كما أن إعلان القمة العالمية لمجتمع المعلومات في جنيف ٢٠٠٣ وتونس ٢٠٠٥، إنما هو نصوص غير مفصلة وغير ملزمة إلا في القليل منها[٦٧].

وأخيراً، فإنه وإن كانت معظم أعمال المؤتمرات الدولية تأخذ شكل توصيات غير ملزمة للدول التي قد ترفض تنفيذها[٦٨]، ولا توجد قوة حقيقية ملزمة لهذه التوصيات فإنها بتواترها وانسجامها بعضها مع بعض، فضلاً عن إجماع الدول المشاركة فإنها تشكل اللبنة الأولى في بناء القانون الدولي للإنترنت، فهي تسهم في نشأة قواعد عرفية جديدة في نطاق هذا القانون.

ثالثاً – الاتفاقية الأوروبية للجرائم المرتكبة عبر الإنترنت وحرب المعلومات(١٥) Convention on Cybercrime2001:

سميت باتفاقية بودابست، وقد تم التوقيع عليها في تشرين الثاني ٢٠٠١، ودخلت حيز التنفيذ في ١ أيلول ٢٠٠٤، وقد صيغت هذه الاتفاقية من قبل الاتحاد الأوروبي سعياً منه إلى الحد من حركة الإجرام عبر الإنترنت، وأضيف إلى هذه الاتفاقية بروتوكول معني بوضع نموذج لمكافحة جرائم الكراهية ضد الأجانب عبر الإنترنت وهو البروتوكول المسمى بروتوكول ستراسبورج المؤرخ ٧ تشرين الثاني ٢٠٠٢، وضمت هذه الاتفاقية العديد من الدول الأوروبية وغير الأوروبية، وهي تؤدي دوراً في تحسين التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم عبر الفضاء الإلكتروني والتركيز على تبني تشريعات مناسبة وطنية لتتلاءم مع الاتفاقية الدولية والتعريف بالجرائم المرتكبة عبر الفضاء الإلكتروني وتحديد أركانها.

إلا أن أهم ما جاءت به الاتفاقية هو تحديد التعاريف الهامة والضرورية في التعامل مع شبكة الإنترنت "كمنظومة الكمبيوتر، وبيانات الكمبيوتر، ومزود الخدمة، وخط سير البيانات، في المادة الأولى من الفصل الأول، وقد تساعد هذه المصطلحات الإلكترونية ضمن الصياغة الدولية في الاتفاقية الأوربية إلى اعتمادها، كمصطلحات قانونية دولية في الاتفاقيات الدولية المعتمدة عالمياً، وكذلك من خلال تحديدها إلى نوعية وأركان الجرائم التي قد ترتكب مثل جريمة "الدخول غير المشروع" والاعتراض الغير مشروع وإساءة استخدام الأجهزة و"التدخل غير المشروع" في المنظومة، في الفصل الثاني منها، وحل بعض التحديات التي تواجهنا في حرب المعلومات، مثل استخدام التعابير وشرح لبعض المصطلحات، وتحديد ماهية الجرائم التي قد تحدث في الإنترنت، لذلك تعتبر هذه المعاهدة الدولية الأولى

(١٥) Convention on CyberCrime - Explanatory Report, adopted on 8 Nov. 2001. Committee of Ministers of the Council of Europe, 109th Session (8 Nov. 2001). P. 5, available online in Nov. 2001 at: Uhttp://conventions.coe.int/treaty/EN/projects/FinalCyberapex.html

من شأنها في تحديد الجرائم التي ترتكب عبر شبكة الإنترنت، ويمكن الركون إليها في تحديد معظم الجرائم التي قد ترتكب في حرب المعلومات.

الفرع الثاني
دور المنظمات الدولية

قامت منظمة الأمم المتحدة وكذلك المنظمات المتخصصة بدور فعال في مجال حماية الفضاء الإلكتروني وتطوير القانون الدولي للإنترنت، من خلال تبني استراتيجيات خاصة بهذا الشأن إلى جانب الأنشطة الأخرى التي تقوم بها، ومحاولة إعادة تفعيل دورها الرئيسي في حفظ الأمن والسلم الدوليين، ومن أجل صياغة معاهدة لمنع الحرب، والحاجة إلى معاهدة دولية بإشراف الأمم المتحدة(١٦).

أولاً – دور منظمة الأمم المتحدة:

لقد أدت الأمم المتحدة دوراً بارزاً في صياغة القانون الدولي للإنترنت سواء من خلال تنظيم مؤتمرات دولية حول تنظيم الفضاء الإلكتروني، أو من خلال إنشاء الأجهزة والفرق واللجان والبرامج المعنية بحماية الفضاء الإلكتروني، وتشجيع التعاون الدولي لصيانته، أو من خلال إصدار القرارات والتوصيات التي تؤكد مطالبة الحكومات بالتعاون الوثيق لوضع وتطبيق سياسة جماعية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، من بين أهدافها تنظيم العمل في الفضاء الإلكتروني.

ويعتبر مؤتمرا القمة العالمية لمجتمع المعلومات في جنيف٢٠٠٣ وتونس ٢٠٠٥، اللذان عقدا تحت مظلة الأمم المتحدة العمل التقني الأول في مجال القانون الدولي للفضاء الإلكتروني؛ لكونه يحتوي على مجموعة من المبادئ المتعارف عليها لتنظيم العلاقة في مجال التعامل في الفضاء الإلكتروني في

(١٦) مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية «بشأن الأمن السيبراني والجرائم الحاسوبية» الثاني عشر، سلفادور، ١٠/٤/٢٠١٠– ولغاية ١٣/٤/٢٠١٠ ومنشور على الإنترنت: www.cybercrimelaw.net/ - www.un.org/en/conf/crimecongress

الوقت الذي صدرت عنه. ومن الإنجازات المهمة لمؤتمري القمة تشكيل الفريق العامل المعني بإدارة الإنترنت، الذي تمخض عنه فيما بعد منتدى حكم الإنترنت Global Internet governance: كهيئة دولية مختصة، وتعقد الآن العديد من الندوات العالمية لمناقشة موضوع الأمن السيبراني تحت إشراف منظمة اليونيسكو(١٧) وصدرت العديد من المؤلفات التي تنادي بضرورة إيجاد معاهدة دولية للإنترنت ولحروب المعلومات.

الخلاصة:

تمثل حرب المعلومات حالياً مفهوماً جديداً تماماً من مفاهيم اللجوء إلى اتخاذ الإجراءات القسرية، وعلى الرغم من أنها لا تزال في المرحلة الأولى من العملية التطورية، فإنها قد وصلت بالفعل إلى النقطة التي لا بد من إخضاعها لنظام رقابي مصمم خصيصاً لمواجهة التحديات المعينة القائمة.

إن القواعد القانونية الدولية الحالية والمتعلقة باستخدام القوة بصورة عامة، والدفاع عن النفس بوجه خاص، يمكنها تنظيم الحرب الإلكترونية ولكن بشكل بسيط، حيث تم وضع تصور لمعالجة أقل أشكال العمل القسري والأكثر تقليدية. ولو أنها تعتبر الأمل الوحيد حالياً لتحقيق هذا التنظيم، في شكل مبدأ كارولين [62]Caroline Principle الذي إذا طبق في نهاية المطاف على أنه النظام التنظيمي الرئيسي في عمليات حرب المعلومات فإنه لا بد من أنه سوف يعقد الأمور، بدلاً من جعلها أكثر بساطة؛ لأنه أبعد ما يكون قدرة على الإجابة عن التداخل السياسي، والقانوني، والتحديات الاقتصادية والعسكرية المختلفة التي أدخلها المفهوم الثوري للحرب الإلكترونية.

(١٧) ANNA MARIA BALSANO-AN International Legal Instrument For Cyber-space?-: T. Fuentes Camacho, The International Dimensions of Cyberspace Law, 2000, 71 et seq. (90-91).

أوجدت هذه التحديات حالياً قواعد تتعلق بالدفاع عن النفس، وفشلت في مخاطبات عدة تحديات أخرى كانت قد واجهتها، وتتطلب أجوبة دقيقة تنظيمية تكون ممكنة إذا أريد للسلام والأمن الدوليين أن يكونا مضمونين في العقود القادمة، واحتواء جميع التهديدات التي تتعلق بشن هجمات على الإنترنت[٦٣].

التحدي الأول من نوعه الذي فشل في التعامل مع القواعد القانونية الدولية التقليدية في الدفاع عن النفس كان مسألة المصطلحات المشتركة والمتجانسة. حيث ينطوي كل مفهوم جديد على مصطلح جديد حتماً. وتصبح الحاجة إليه أكثر إلحاحاً عندما ينطوي المفهوم الجديد على قضايا قانونية وتكنولوجية معقدة، وهي بحاجة إلى التنظيم. كيف لنا أن نعرف هذا المفهوم الجديد وجميع الجوانب المتصلة به، التي لديها تأثير مباشر على الإطار القانوني الفعلي وكيف سيتم تطبيقها على ذلك النظام الجديد، ويجب أن يكون هناك تنظيم محدد، وعلاوة على ذلك، فإن وضع المصطلحات الصحيحة والتعريفات لهذه المفاهيم المتطورة حديثاً، مثل حرب الفضاء الإلكتروني ضروري جداً، وتبيان مدى تأثير بعض القضايا الأخرى على هذا المفهوم، مثل قضايا السياسة الجبرية، وتوفير التمويل الكافي لتطوير وسائل الدفاع اللازمة، أو حل المسائل والتعاون بين جميع الوكالات الحكومية والأشخاص المسؤولين عنها قانوناً للتعامل مع هذا الوضع الجديد، ليس في داخل الدول فقط ولكن على مستوى العلاقات بين الدول أيضاً. والمشكلة أكبر من ذلك فيما يتعلق بالإجراءات القسرية في الفضاء الإلكتروني؛ نظراً للمضاعفات العديدة المتأصلة في هذا الشكل المعين من أشكال العمل القسري.

هذا؛ لأنه من الصعب التمييز بين الهجمات التي تقع على شبكات الحواسيب والتي قد تعزى إلى نشاط إجرامي عادي أو نشاط إرهابي أو حتى الهجمات الواسعة النطاق من قبل دولة ما، وهناك حاجة للتحديد بالضبط فكرة "الهجوم المسلح" في الفضاء الإلكتروني. وكما تبدو الأمور اليوم هناك نقص في القواعد القانونية الدولية بوجه عام، والمبدأ القانوني الحالي للدفاع عن النفس بوجه خاص، ليس فقط وجود تعريف كاف للعمل الفعلي الذي يمكن تسميته

«هجوم الإنترنت» ولكن أيضاً من خلال توافق في الآراء بشأن إذا ما كانت الهجمات على شبكات الحواسيب تشكل خطراً كافياً وتبرر بذل جهود متضافرة دفاعية ضد الهجوم من هذا القبيل[٦٤] وعلاوة على ذلك، هناك عدد قليل جداً من المصطلحات والتعاريف المتصلة بحرب الفضاء الإلكتروني التي يمكن أن تفسر بطرق مختلفة اعتماداً على من يستخدم هذا المصطلح بالفعل. على سبيل المثال، قد يكون مصطلح "monitoring"، الرصد أو المراقبة "قد يكون له معنى محدد للمؤسسة الدفاعية في بلد معين، ولكنه قد يكون له معنى آخر مختلف تماماً إذا نظر إليه من خلال تطبيق القانون أو وجهة النظر القضائية، وأنه بالتأكيد لديه معنى آخر مختلف عندما نراه من وجهة نظر الحريات المدنية.

أما التحدي الثاني: المنصوص عليه وفقاً للنشاط فهو حرب المعلومات التي لها تأثير مباشر على المسألة الثانية، التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من مجموعة الإمكانيات والجهود المتضافرة لتنظيم الهجمات على شبكات الحواسيب والتي لا يتم تناولها من قبل القواعد القانونية القائمة في الدفاع عن النفس، وهي حقيقة حرب الفضاء الإلكتروني ألا وهي وجود المظهر العسكري والمدني. ويتطلب الهجوم والدفاع في حرب المعلومات، على مستوى متساو تقريباً، علاقة عمل متقاربة جداً بين الدولة والقطاعين الخاص والعام؛ لأن تكنولوجيا المعلومات هي واحد من الميادين القليلة التي يوجد فيها القطاع المدني من الناحية الفنية قبل العسكري. وإذا كان لهذه العلاقة أن تنجح فإنه سيتعين أن ينظمها إطار قانوني مصمم خصيصاً لسد الفجوة التقليدية بين القطاع الخاص والحكومات الوطنية، وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بالمشاريع الحرة، والعائد من السيطرة حيث الوكالات الحكومية، والقطاع العام الذي ينظم مركزياً، وخاصة في المسائل المتعلقة بالدفاع والأمن القومي.

المحاولات التنظيمية المتعلقة بأنشطة حرب الفضاء الإلكترونية، لم يسبق لها مثيل بشأن التعاون فيما بين الدول، ولا يرجع هذا فقط إلى حقيقة أن الشبكات العالمية يمكن الهجوم عليها ويمكن توجيه هذه الحرب عبر الحدود من قبل بلدان متعددة، ولكن نتيجة لطبيعة الحرب الإلكترونية في التخفي بدقة؛ مما

يجعل من الصعب للغاية بالنسبة للهجوم معرفة إذا ما كان موجهو الضربات هم من القراصنة العاديين أو هم من دولة أخرى. ولمعالجة هذه المسألة بالذات ستكون ذات أهمية بالغة من وجهة النظر التنظيمية، وذلك لسبب إضافي من المحتمل جداً لتعيين العتبة والمسؤولية القانونية التي قد تكون وراءه سواء أكانوا دولاً أم غير ذلك، والمبرر القانوني في اتخاذ الإجراءات القسرية للرد على هذه النشاطات الموجه ضدهم.

وعلى الرغم من أن هناك بعض الجوانب من القانون الدولي التي يمكن تطبيقها على المسائل التي هي حالياً في متناول اليد، إلا أنه نظراً للطبيعة الخاصة جداً التي يتمتع بها الفضاء الإلكتروني كونه فضاء جديداً تماماً، ويحتاج إلى تنظيم على درجة عالية من التخصص والتكامل لتحقيق المصالح الوطنية المختلفة المتعارضة بشدة. ونتيجة لذلك، هناك ضرورة قصوى تدعو وتحفز كل دول العالم للتحرك في اتجاه اعتماد صك قانوني دولي مصمم خصيصاً لتنظيم قانون الإنترنت بشكل عام، وقانون لحرب المعلومات على وجه الخصوص،حتى تستطيع الدول ممارسة حقوقها في استخدام القوة أو الدفاع عن النفس في حال تعرضها لأي هجوم، وتطبيق ميثاق الأمم المتحدة بشكل دقيق ضماناً لتحقيق الأمن والسلم الدوليين.

المراجع بحسب تسلسل ورودها في البحث:

1 - D. Kuehl, Information Operations: The Hard Reality of Soft Power 118 (Washington DC Department of Defense, 2004-pp31 et seq -40.

2 - J Elliston, The Right To national self-Defence: in information warfare operations -pp-45 et seq -47- at http://www.Parascope.com/ds/cyber1.htm (1999).

3 - J F Dunnigan, The Next War Zone: Confronting the Global Threat of Cyberterrorism, New York NY; Osborne/McGraw-Hill (2002)-pp200 et seq -224.

4 - Joint Command, Control and Information Warfare School, Joint Information Operations Planning Handbook 118 (Washington DC: Joint Command, Control and Information Warfare School, 2003)pp-. V-14 et seq - V-20

5 - L J Freeh, Director of the FBI speech at the 1997 International Computer Crime Conference (March 4, 1997). Available at http://www.fbi.gov/dirspch/compcrim.htm.

6 - Dimitrios Delibasis, State Use of Force in Cyberspace for Self-Defence: A New Challenge for a New Century Peace Conflict and Development: An Interdisciplinary Journal, Issue 8, February 2006-pp14-16.

7 - "B. Simma, ‘‘NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects’’, EJIL 10 (1999), 1 et seq. (11) - pp1-11

8 - Office of the Undersecretary of Defense for Acquisition, Technology and Logistics, Protecting the Homeland, Report

of the Defense Science Board Task Force on Defensive Information Operations: Memorandum for the Chairman, Defense Science Board 1 (Washington DC: Department of Defense, 2001)- Volume II-March -2001-pp12 et seq -15

9 - A Campen, D Dearth and R T Gooden Eds, Cyberwar: Security, Strategy and Conflict in the Information Age, Fairfax VA; AFCEA Press (1996).

10 - Y. Dinstein, War, Aggression and Self-Defense (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) pp 170-173 and 174.

10 - C.C. Joyner/ C. Lotrionte, ''Information Warfare as International Coercion:Elements of a Legal Framework'', EJIL 12 (2001)pp, 825 et seq. (827) (مما يدل على أن القواعد القانونية الموجودة في القانون المعاصر وميثاق الأمم المتحدة مفيدة ولكنها غير كافية للوصول إلى حلول مقبولة).

11 - W.G. Sharp, Sr., CyberSpace and the Use of Force, 1999, 7; E.T. Jensen, ''Computer Attacks on Critical National Infrastructure: A Use of Force Invoking the Right of Self-Defense'', Stanford J. Intl L. 38 (2002), 207 et seq. (208). القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها قرارات، A/56/ 770 [١٩٨٦] محكمة العدل الدولية –

12 - Simma, NATO the UN and the Use of Force - Legal Aspects, 10 E.J.I.L. (1999). Ludwig Maximilians University of Munich - Faculty of Law- European Journal of International Law, Vol. 10, pp. 1-22, 1999

13 - D A Fulghum and R Wall, US Weather Operations in the Transformation Era - Air University Press Maxwell Air Force Base, Alabama-March 2003 at- pp-11-14-

14 - Charter of the United Nations, 59 Stat. 1031 T. S. No. 993, 3 Bevans 1153, Art. 51 (1945).

15 - Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, UN Doc. A/8028, General Assembly Resolution 2625, UN GAOR 25TH Session Supplement 28, 121 (1970).

16 - Definition of Aggression, UN Doc. A/9631, General Assembly Resolution 3314, UN GAOR 29TH Session Supplement 31, 142 (1974).

17 - Y. Dinstein, War, Aggression and Self-Defense 170-173 and 174 (Cambridge: Cambridge University Press, 2001). Also, US Department of Defense, Active Defense against Computer Intrusions 5-8 Washington DC: Department of Defense, December 2nd 1998 -pp14-26.

18 - D Chereshekin, V Tsygichko and G Smolyan, A Weapon That May Be More Dangerous than A Nuclear Weapon: The Realities of Information Warfare (1995).pp112-114 Available at: http://www.iwar.org.uk/iwar/resources/parameters/iw-deterrence.htm

19 - J F Dunnigan, The Next War Zone: Confronting the Global Threat of Cyberterrorism, New York NY; Osborne/ McGraw-Hill (2002).).pp1-2

20 - D C Gompert, Right Makes Might: Freedom and Power in the Information Age, Institute for National Strategic Studies-Strategic Appraisal: The Changing Role of Information in

Warfare National Defense University Washington, DC, McNair Paper 59 (May 1998 -pp52-60.

21 - V ADM A K Cebrowski, Sea, Space, Cyberspace: Borderless Domains (1999). Available at http://www.nwc.navy.mil/press/speeches/borderless.htm

٢٢- د. محمود مرشحة - الوجيز في القانون الدولي العام - منشورات جامعة حلب - ٢٠٠٨ - ص١١٢-١١٥.

23 - US Department of Defense - Office of the General Counsel, Active Defense against Peacetime Computer Intrusions 7 (Washington: Department of Defense, 1998).

24 - D C Gompert, National Security in the Information Age, Naval War College Review (Autumn 1998). Newport RI; Naval War College Press-pp22-25.

25 - S T Hosmer, The Information Revolution and Psychological Effects, Santa Monica CA; Rand, Y. Dinstein, War, Aggression and Self-Defense 207-13 (Cambridge: Cambridge University Press, 2001)-pp12-23.

26 - The Annotated Supplement to the Commanders Handbook on the Law of Naval Operations, U. S. Naval War College - Intl Law Studies - Volume 73-pp- 290-292 (Annapolis VA: US Naval War College, 1997)

27 - Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, [1980] I. C. J. Rep. 3, 43.

28 - Tadic Case (The Verdict), [May 7, 1997] I.T. Press Release CC/PIO/190-E.-

٢٩- البروتوكول (الأول)، الإضافي لاتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ أغسطس ١٩٤٩ المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، UNJY 95-117. 4 و ٤٣-٥١ (١٩٧٧).

30 - L. C. Green, The Contemporary Law of Armed Conflictpp-105-08 and 114-18 (Manchester: Manchester University Press, 2000).

31 - Tadic Case (The Verdict), [May 7, 1997] I.T. Press Release CC/PIO/190-E

32 - A Rathmell, Strategic Information Warfare: Responding to the Threat, Centre for Defense studies, Brasseys Defense Yearbook (1998)-pp10-11.

33 - L. C. Green, the Contemporary Law of Armed Conflict 268-72 and 274 (Manchester: Manchester University Press, 2000). pp2-3

34 - K W Quigley, A Framework for Evaluating the Legality of the United States Intervention in Nicaragua, 17 N.Y.U.-J.I.L.P. (1985).

35 - A. Roberts and R. Guelff, Documents on the Laws of War 59 et seq. (Oxford: Oxford University Press, 2000). pp12-13

36 - J. P. Terry, (Colonel United States Marine Corps Ret.), Responding to Attacks on Critical Computer Infrastructure XLVI Naval Law Review 170 et seq. (1999). Also, see generally, T. C. Wingfield, Legal Aspects of Offensive Information Operations in Space 2 et seq. (2003). pp112-114 via http://www.usafa.mil/dfl/documents/wingfield.doc

37 - T. C. Wingfield, Legal Aspects of Offensive Information Operations in Space 1-4 (2003) via http://www.usafa.mil/dfl/documents/wingfield.doc

38 - Treaty on the Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, 610 U.N.T.S. 205 (1967).

39 - P. A. Johnson (Colonel USAF/JAG Ret.), An Assessment of International Legal Issues in Information Operations 27. (Washington DC: Department of Defense, 1999).

40 - Agreement Relating to the International Telecommunications Satellite Organization, 23 U. S. T. 3813 (1971).

41 - Convention of the International Maritime Satellite Organization 31 U. S. T. 1 T. I. A. S. No. 9605 (1976).

42 - A Pearce, The Hague Conference and other International Conferences concerning the Laws and Usages of War: Text of Conventions with Notes, London; Stevens and Sons (1904).

43 - United Nations Conventions on the Law of the Sea". UN Doc. A/CONF.62/122, 21 I. L. M. 1261 (1982).

44 - United Nations Manual on the Prevention and Control of Computer Related Crime (2000). Available at http://www.if-s.univie.ac.at/~pr2gq1/rev434.html

45 - T. C. Wingfield, Legal Aspects of Offensive Information Operations in Space-pp 1-4 (2003) via http://www.usafa.mil/dfl/documents/wingfield.doc

٤٦- اتفاقية الاتصالات السلكية واللاسلكية الدولية، مع الملاحق والبروتوكولات، ٦ تشرين الأول ١٩٨٢ وثيقة المعاهدة ٩٩-٦ (١٩٨٢) مجلس الشيوخ الأميركي.

47 - D. J. Harris, Cases and Materials in International Law 765-70 (London: Thomson-Sweet and Maxwell, 2005)pp-12-22.

48 - L. C. Green, The Contemporary Law of Armed Conflict 57-8. (Manchester: Manchester University Press, 2000)-pp45-49

49 - A. D. McNair, The Functions and Differing Legal Character of Treaties, 11 B. Y. I. L. 100 (1930).

50 - The Chicago Convention "Chicago International Air Services Transit Agreement, U. K. T. S. 8 1953 Cmd. 8742-171 U.N. T. S. 387 Art. 3(d), 28 and 37 (1944).

51 - J. Adams, The Next World War: The Warriors and Weapons in the New Battlefields in Cyberspace 199 et seq. (London: Hutchinson, 1998). Also, J. F. Dunnigan, The Next War Zone: Confronting the Global Threat of Cyber terrorism 1 et seq. (New York NY: Osborne/McGraw-Hill, 2002).

52 - H. Thirlway, International Customary Law and Codification 4 et seq. (Lieden: A. W. Sijthoff, 1972).

53 - S.P. Kanuck, "Information Warfare: New Challenges for Public International Law", Harv. Intl L. J. 37 (1996), 272 et seq. (286-287).

54 - Office of the Undersecretary of Defense - for Acquisition, Technology and Logistics, Protecting the Homeland: Report of the Defense Science Board on Defensive Information

Operations 85 (Washington DC: Department of Defense, 2001).pp3-6

55- G K Walker, Information Warfare and Neutrality, 33 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1082 (2000).

56- Office of the Undersecretary of Defense for Acquisition, Technology and Logistics, Protecting the Homeland: Report of the Defense Science Board Task Force on Defensive Information Operations 85 et seq. (Washington DC: Department of Defense, 2001)

57- Office of the Undersecretary of Defense for Acquisition, Technology and Logistics, Protecting the Homeland: Report on the Defense Science Board Task Force on Defensive Information Operations 86 (Washington DC: Department of Defense, 2001)

58- KAMAL A., 2005- The Law of Cyber-Space-Switzerland-United Nations Institute For Training and Research,197-254 Published by the United Nations Institute for Training and Research -Palais des Nations-CH 1211 Geneva 10-Switzerland-First Edition: October 2005-- KAMAL A., 2005- The Law of Cyber-Space-Switzerland- United Nations Institute For Training and Research-pp,197-254

59- Antonio Segura-Serrano-., Internet regulation and the Role of International Law - Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10, 2006, p. 191-272-2006 Koninklijke Brill N.V. Printed in The Netherlands-pp22-32

٦٠- د. محمود مرشحة - الوجيز في المنظمات الدولية - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية - ٢٠٠٩/ ٢٠١٠ - ص ٢٣-٤٥.

٦١- د. بولين أنطونيوس أيوب - الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية - منشورات الحلبي - لبنان - بيروت -٢٠٠٩-٣٤-٣٩.

٦٢- د. محمود مرشحة - المنظمات الدولية - منشورات جامعة حلب - ٢٠٠٦- ص ١١٢-١٢٠.

٦٣- د. محمد المجذوب - التنظيم الدولي - النظرية العامة والمنظمات العالمية والإقليمية والمتخصصة - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٥ - ص ٢١١-٢١٤.

٦٤- طوني عيسى: التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت (دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية)، منشورات صادر، ٢٠٠١، ص ٩٢-٩٩.

الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود

(دراسة في القانون الفرنسي والأردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبي للعقود)

الدكتور/ علاء الدين عبدالله الخصاونة
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون - جامعة اليرموك
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

قد يحصل أن تحدث في أثناء تنفيذ العقد ظروف مستجدة سياسية أو اقتصادية تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد؛ مما يوجب أن يؤخذ بعين الاعتبار خصوصية المشكلات التي قد تعترض تنفيذ هذه العقود خصوصاً بالنظر إلى مبدأ القوة الملزمة للعقود، وأن العديد من التشريعات لم تكرس الالتزام بإعادة التفاوض ولا حتى نظرية الظروف الطارئة. كما أن مبادئ العدالة والتعاون بين المتعاقدين تقضي بإعادة النظر في الشروط العقدية وإعادة التفاوض عليها بهدف تحقيق الموازنة العقدية والتوفيق بين مصلحة الطرفين. وقد تتمثل آليات مراجعة العقد الذي اختل توازنه عن طريق شرط إعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي الذي يرد في بند من بنود العقد، وهو شائع الوجود في عقود التجارة الدولية. كما قد تتم مراجعة العقد بتقرير الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقد عن طريق القاضي. وبالنظر إلى عدم إقرار المشرع الفرنسي لهذا الالتزام على الرغم من أهميته التي تزداد عند الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العقود التي يرد فيها. يتناول

هذا البحث دراسة الجوانب القانونية المختلفة للالتزام بإعادة التفاوض؛ حيث تناقش هذه الدراسة الإطار القانوني للالتزام بإعادة التفاوض – اتفاقياً كان أو قضائياً – في ضوء مبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبي للعقود، بالإضافة إلى مسودة مشروع إصلاح قانون الالتزامات الفرنسي الذي كان له أيضاً دور بارز في تكريسه والقانون المدني الأردني. وللوصول إلى هذه الغاية كان لابد من بيان ماهية هذا الالتزام وتمييزه عن غيره والحديث عن الأساس الذي ينبع منه، ومن ثم بيان مضمون هذا الالتزام والتطرق لكيفية ممارسة عملية إعادة التفاوض والآثار الناتجة من ذلك.

مقدمة :

قد يحدث أن تنشأ في أثناء تنفيذ العقود أمور وحوادث غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد غير مفيد أو مجد بالنسبة إلى أحد طرفيه؛ بحيث يفقد العقد الفائدة منه؛ ذلك أن بعض العقود – كعقود التجارة الدولية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود توريد الادوية وعقود توريد المعدات الإلكترونية – قد يمتد تنفيذها لفترة طويلة من الزمن، ومن ثم فهي عرضة لتغير الظروف المحيطة بتنفيذها خصوصاً أن محل هذه العقود قد يتمثل بمعدات سريعة التطور؛ الأمر الذي يترتب عليه الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد ويجعل تنفيذه على هذا النحو مرهقاً للمدين أو غير مجد. ومن ثم أيستمر تنفيذ العقد بالضرورة، أم أن هنالك إمكانية لمراجعة بعض شروطه بغية إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية. وهو ما يطرح السؤال أيضاً حول جدوى العملية التعاقدية وجدوى الاستمرار بتنفيذ العقد. لذلك يميل بعض الفقهاء[1] – مستنداً إلى بعض الأحكام القضائية ومن ثم ما تبنته العديد من التشريعات – إلى إرساء نظام يسمح بإعادة التفاوض وبمراجعة العقود بهدف إعادة التوازن إليها.

(١) Van der Mensbrugghe, La bonne foi dans le commerce international, RDIDC, 2000, 3eme trimestre, p. 317, Mestre J., RTD civ. 1993., p 124, Mainguy D., Les obligations, Dalloz, 2004, p. 85, Lequette Y., Bilan des solidarismes contractuels, mélanges Didier, Economica, 2008, p. 247.

وإعادة التفاوض بهذا المفهوم يتم إما بموجب اتفاق وإما بموجب شرط يورده المتعاقدان مسبقاً عند تكوين العقد، وبمقتضاه يقرر الطرفان إمكانية التفاوض على شروط العقد إذا استجدت ظروف خارجية أخلت بالتوازن العقدي، وهو ما يسمى بشرط إعادة التفاوض. كما دار الحديث عن مدى سلطة القاضي أو المحكم بإعادة التفاوض في ظل غياب الشرط الذي يقرر هذا الالتزام، وهو ما يتمثل بإعادة توازن العقد بحكم القاضي، الذي تقرره نظرية الظروف الطارئة المأخوذ بها في المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني مع الإشارة إلى أن هذه النظرية لم تكرس في القانون المدني الفرنسي.

وتظهر الحاجة لدراسة مراجعة العقود والالتزام بإعادة التفاوض في ظل أهمية العقود التي يرد عليها هذا الالتزام؛ حيث تتمثل في الغالب بعقود التجارة الدولية، عقود نقل التكنولوجيا، عقود المنتجات البترولية، عقود الاتصالات، والعقود المنصبة على الوسائل التقنية الحديثة، بالإضافة إلى عقود توريد الأدوية والمعدات الطبية. كما تتمثل أهمية الدراسة في ظل عدم وجود نص قانوني صريح يكرس هذا الالتزام في التشريع الفرنسي، وفي ضوء تكريسه في بعض محاولات إصلاح قانون الالتزامات الفرنسي، بالإضافة إلى مبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية التي يطلق عليها مبادئ اليونيدروا (UNIDROIT) ومبادئ القانون الأوروبي للعقود. وتأتي هذه الدراسة في منهج وصفي تحليلي مقارن لهذه النصوص بالإضافة إلى ما ورد في القانون المدني الأردني، مع الأخذ بعين الاعتبار ما توصل إليه كل من الفقه والقضاء في فرنسا في هذا المجال لإسهامهما البالغ في تحديد خصوصية مفهوم هذا الالتزام وأحكامه ونظامه القانوني. ولا شك أن هذا الشرط يثير مسألة مدى سلطة القاضي أو المحكم في تعديل أحكام العقد أو إيجاد عقد جديد، وفي حالة عدم اتفاق المتعاقدين على وجود هذا الشرط، هل من الممكن أن يحكم القاضي أو المحكم بإحالة الطرفين المتعاقدين إلى التفاوض من أجل التوصل إلى حل بهدف التغلب على ما قد يواجههما من عقبات في أثناء تنفيذ العقد؟

وقد ثار جدل فقهي كبير حول أساس هذا الالتزام وتبريره. كما ثار التساؤلات الآتية: ما مضمون هذا الالتزام وما محله؟ وما سلطة القاضي أو

المحكم في تعديل العقد أو إضافة شروط جديدة؟ وما الجزاء الممكن تصوره في حال الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض؟ ثم أمن الممكن أن يتمثل بالتنفيذ العيني أم بالتعويض أم بفسخ العقد؟ هذه التساؤلات سنجيب عنها في هذه الدراسة في مبحثين، نتعرض في الأول لماهية الالتزام بإعادة التفاوض، ونتناول في الثاني مضمون هذا الالتزام ونظامه القانوني.

المبحث الأول
ماهية الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود

من الثابت أن العقد المبرم بشكل صحيح وقانوني يلزم طرفيه كما يلزم القاضي وجوب احترام القوة الملزمة للعقد؛ بحيث يضفي هذا المبدأ نوعاً من الاستقرار العقدي(٢). فقد تضمنت المادة (٢٤١) من القانون المدني الأردني ما يفيد أن العقد يجب أن ينفذ دون تعديل وعدم جواز تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون. ولذلك إذا تم العقد بين المتعاقدين فإنه لا يجوز لأحدهما أن يقوم بتعديله بإرادته المنفردة، كما لا يحق للقاضي بأن يلزم أحداً منهم تعديل العقد؛ ذلك أن الأطراف يعرفون مسبقاً حدود التزاماتهم ويعولون على ذلك، كما أن القوة الملزمة للعقد تثني أي شخص عن محاولة التحلل من اتفاقه، وهو ما يرتكز عليه الرافضون لفكرة مراجعة العقود. ومع ذلك يجب الأخذ بعين الاعتبار التطور الذي حصل على نظرية العقد وظهور مفاهيم جديدة تبرر وجود الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقد، مثل الالتزام بالتعاون، العدالة والتضامن العقدي، وأن العقد ليس أمراً يعود فقط للأطراف. لذلك ينبغي تحديد مفهوم الالتزام بإعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي في المطلب الأول، ويليه التعرض لموضوع مراجعة العقود في غياب الاتفاق الذي يقرره ودراسة أساس ومبررات هذا الالتزام في ضوء الحجج التي صاغها كل من أنصار هذه المسألة ومعارضيها في المطلب الثاني.

(٢) د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ٢٥٦، Mainguy D, Les obligations, op. cit., p. 86.

المطلب الأول
تحديد مفهوم الالتزام بإعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي وتمييزه عن غيره

يقتضي تحديد مفهوم الالتزام بإعادة التفاوض محاولة تعريف هذا الالتزام والتعرض للآراء التي قيلت بهذا الشأن (**الفرع الأول**) ومن ثم تمييز الالتزام بإعادة التفاوض عن غيره من الأنظمة بذكر نقاط الالتقاء والاختلاف بينها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
التعريف بالالتزام بإعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي

قد يتم إعادة التوازن العقدي بشكل اتفاقي؛ إذ يمكن للمتعاقدين إيراد شرط يتضمن الالتزام بإعادة التفاوض. حيث إن من مرتكزات مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية أن الأطراف يستطيعون تضمين العقد ما يشاؤون من شروط[٣]، وهو ما قررته المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي والمواد (٨٨، ٢١٣، ٢١٤) من القانون المدني الأردني؛ حيث يدخل الأطراف غالباً شرطاً يتصل بكيفية إعادة التفاوض ومراجعة العقد. ويأتي إيراد مثل هذا النوع من الشروط محاولة لتجنب الآراء المعارضة لفكرة مراجعة العقود قضائياً بسبب تغير الظروف. فغالباً ما يلجأ الأطراف إلى الحفاظ على التوازن العقدي ومحاولة تجنب آثار ونتائج أي تغير في الظروف التي كانت موجودة لدى إبرام العقد، ودائماً ما يتم ذلك في اتجاهين، فإما أن يتمثل بما يسمى بشروط الحفاظ

(٣) لمزيد من المعلومات انظر د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ٣٤ comportement du contractant, Presses Universitaires de Aix- Marseille, 1999, p. 273-274.
REIFEGERSTE S, Pour une obligation de minimiser le dommage, Presses Universitaires de Aix- Marseille., 2002, P. 227.

على القيمة و بشروط الفهرسة وإما أن يتمثل بما يسمى بشروط الملائمة والمراجعة العقدية(٤).

أما عن شروط الحفاظ على القيمة فهي وسيلة تسمح بتقاسم المخاطر النقدية وتوزيعها بين الأطراف في العقود وبخاصة الدولية منها(٥). ومن أمثلتها شرط الفهرسة أو شرط الإشارة إلى عملة نقدية معينة، هذه الشروط تغطي فقط المخاطر النقدية التي تصيب العقد ولا تمتد إلى غير ذلك(٦). أما شروط الملاءمة أو المراجعة(٧)؛ فهي أكثر مرونة وقد انتشرت بشكل واسع في عقود التجارة الدولية، ومنها شرط المشقة (hardship) وشرط العميل الأكثر تفضيلاً(٨)، بالإضافة إلى شرط القوة القاهرة. وشرط الارتفاع والانخفاض، الذي يسمح بمراجعة الشروط المالية للعقد في حال ارتفاع أو انخفاض مستوى الرواتب أو تكاليف المواد الأولية(٩). هذه الشروط تهدف – في أغلبها – إلى

(٤) JARROSON C., Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in J. MESTRE J., Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, colloque de l institue de droit des affaires d Aix en Provence, 17- 18 mai 1990, Presses Universitaires de Aix- Marseille, p.143-s., FABRE R., Les clauses d adaptation dans les contrats, RTD civ, 1983, p. 1., CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrats, Gazette du Palais, 16 juin 2009, n. 167, p. 2.

(٥) د. بشار ملكاوي، تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية، مثال الشرق الاوسط منذ ١٩٤٥، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٨٩.
STOFFLE- Munck P., Regards sur la théorie: imprévision de l'imprévision, Presses Universitaires de Aix- Marseille, 1994, p. 15, GAUTIER, Le contrat bouleverse: de l 'imprévisibilité en droit de la propriété artistique, D., 1990, p. 130.

(٦) REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p. 240, Boyer L, A propos des clauses d 'indexation: du nominalisation monétaire a la justice contractuelle, Mélange Marty, 1978, p. 87.

(٧) TERRE, clauses d'adaptation, p. 436, MALAURIE P, AYNES L., STOFFLE-MUNCK, Les obligations, Defrenois, 2004., p 236, FONTAINE M., Droit des contrats internationaux, 1989, 211.

(٨) DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L' après- contrat, op. cit., p. 245.

(٩) Fabre, Les clauses d' adaptation dans les contrats, RTD civ 1983, p. 1, MOUSSERON J-M., La gestion des risques par le contrat, RTD Civ, 1988, p. 481.

ضمان استمرار العلاقة العقدية ومواءمتها للظروف المستجدة التي يمكن أن تحدث في أثناء تنفيذ العقد. وبموجب هذه الشروط يفرض الأطراف على أنفسهم الالتزام بإعادة التفاوض بمجرد تحقق أمور أو حوادث مذكورة في العقد أو الشرط المدرج فيه. وميزة هذه الشروط أنها ليست تلقائية كما هو الحال في شروط الحفاظ على القيمة و شروط الفهرسة، بل لابد لتنفيذها من تدخل الأطراف أو القاضي نفسه. كما أنها تؤدي إلى الالتزام بإعادة التفاوض حول الشروط العقدية وهو ما لا يقرره النوع الأول من الشروط.

أما شرط المشقة (HARDSHIP) فهو الأكثر انتشاراً بين هذه الشروط وخصوصاً في عقود التجارة الدولية، ويمكن تعريفه بأنه الشرط الذي يسمح للأطراف أن يطلبوا تعديل العقد أو مراجعته إذا حصل تغير في المعطيات الأصلية الموجودة وقت التعاقد والتي أدت إلى اختلال التوازن العقدي(١٠). كما يمكن القول إن شرط الظروف الشاقة هو الشرط الذي بمقتضاه يطلب أحد المتعاقدين إعادة ترتيب العقد الذي يربط الأطراف إذا حدث تغيير في المعطيات الأولية لدى التعاقد، التي تؤثر على التوازن العقدي إلى درجة أن أحد الأطراف قد يقع عليه عبء غير عادل(١١). هذا النوع من الشروط يمثل بشكل واضح شروط الملاءمة ويؤدي إلى إعادة التفاوض حول العقد إذا حدثت ظروف جديدة. ويهدف هذا الشرط إلى توقي آثار تغير الظروف ونتائجه. ولا شك أن هذا الشرط لا يمنح القاضي أو المحكم سلطة واسعة في تعديل أحكام العقد ويضمن عند إعماله بقاء العقد وعدم زواله(١٢). وفي حالة عدم اتفاق المتعاقدين

---

(١٠) Mainguy, Les obligation, op. cit., p. 87.

(١١) OPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances: La clause de Hardship, 101 Clunet, 1974, p. 749, Terre, op. cit., p 436, MALAURIE P, AYNES L., STOFFLE- MUNCK, Les obligations, op. cit., p. 237, FOUCHARD P., L'adaptation des contrats à la conjecture économique, Revue de l 'arbitrage, 1979, p. 67., Fabre R., Les clauses d'adaptation dans les contrats, RTD civ, 1983, p. 1., FONTAINE M., Les clauses de Hardship, DPCI, 1976, p. 7.

(١٢) Cadiet A., Les clauses contractuelles relatives a l'action en justice, in J. Mestre. Les principales clauses entre professionnels, p. 193. REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit, p. 228.

على وجود هذا الشرط فقد يحكم القاضي أو المحكم بإحالة الطرفين المتعاقدين إلى التفاوض من أجل التوصل إلى حل بهدف التغلب على ما قد يواجههما من عقبات في أثناء تنفيذ العقد.

وفائدة هذا الشرط أنه يشكل وسيلة مراجعة للعلاقة العقدية، وبمقتضاه يلتزم الطرف الآخر بوجوب إعادة التفاوض على شروط العقد. هذا الالتزام نشأ وظهر في عقود التجارة الدولية بما يسمى بشرط الـ (HARDSHIP) أو شرط المشقة، ويتضمن إمكانية إعادة التفاوض حول العقد القائم إذا حصل تغيير في الظروف والمعطيات التي بموجبها ووفقاً لها أبرم العقد؛ بحيث إن التوازن قد اختل لدرجة أن أحد الطرفين قد يلحقه ضرر بليغ من جراء التمسك بتنفيذ العقد وفقاً للظروف المستجدة. هذا يفترض – إذاً – وجود عدم توازن عقدي واضح ومهم ويجب ألا يتحمل نتائجه أحد الطرفين فقط. ومضمون شرط إعادة التفاوض – إذاً – أن التوازن العقدي والمرضي لكلا الطرفين يجب أن يستمر، ومن ثم فإن ظهور أي حدث يؤدي إلى تغير مؤثر يلزم الأطراف بالتفاوض لإعادة التوازن إلى العقد.

وللحرية التعاقدية وسلطان الإرادة دور مهم في الالتزام بإعادة التفاوض، ويحتاج الدائن إلى مدينه في هذا المجال، حيث يحق للأطراف أن يحددوا بشكل دقيق أن إعادة التفاوض يصبح ممكناً بمجرد حصول حدث غير متوقع يخل بالتوازن العقدي، ويجعله غير مجد أو بلا جدوى لأحد الأطراف، ومن الممكن تحديد هذه الأحداث من قبل الأطراف لتضييق مدى الشرط وتحديده بمدة معينة أو استثناء بعض الأحداث(١٣). كما قد يتفقان على إيقاف العقد خلال فترة المفاوضات؛ مما يعني إعطاء دور ومساحة كبيرة للحرية التعاقدية. ذلك أن مبدأ القوة الملزمة للعقود وعدم جواز المساس به قد يتضمن بعض الاستثناءات التي

(١٣) REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit, p. 227-s, FAGES B, Le comportement du contractant, op. cit, p. 273-274, DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L' après- contrat, op. cit, p. 242.

تفرضها الحرية التعاقدية فإذا اتفق الأطراف على إمكانية معالجة الاختلال الذي يصيب التوازن العقدي وأنه يمكن إعادة التفاوض على الالتزامات والشروط العقدية، فإن هذا الاتفاق ملزم بالكيفية وفي الحدود التي رسموها.

تقوم فكرة إعادة التفاوض في العقود على السماح باستمرار العلاقة العقدية، ذلك أن الفكرة الأساسية التي يرتكز عليها هذا الالتزام هي بقاء العلاقة العقدية وحسن تنفيذها بغض النظر عما يطرأ من أحداث وظروف تؤثر على تنفيذ العقد(١٤)، حيث يحاول المتعاقدان الاتفاق على مصير التزامهما وحول مستقبل العقد المبرم بينهما. ويتوقف مصير العلاقة العقدية واستمرارها على نجاح عملية إعادة التفاوض؛ مما يبرز أهمية هذه العملية بالنسبة إلى بعض العقود وخصوصاً تلك التي تنصب على عقود التجارة الدولية وعقود نقل التكنولوجيا.

ويعد شرط إعادة التفاوض من أهم الشروط التي يمكن أن ترد في العقود وبخاصة في مجال التجارة الدولية؛ ذلك أنه وسيلة يلجأ إليها المتعاقدان من أجل معالجة ما قد يستجد من ظروف في أثناء عملية تنفيذ هذا العقد. وقد عرف بعض شراح القانون شرط إعادة التفاوض بأنه الشرط الذي يورده المتعاقدان في العقد، والمتضمن إعادة التفاوض فيما بينهما عند وقوع أحداث معينة ومحددة في العقد نفسه أو في اتفاق منفصل، شريطة أن تكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهما وتوقعاتهما عند إبرام العقد(١٥)، وأن تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد وإصابة أحدهما بضرر فادح، فقد تكشف الظروف المستجدة عن أحداث غير متوقعة بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين، تؤدي إلى عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه العقدي أو صعوبة تنفيذه.

(١٤) FAGES B, Le comportement du contractant, op. cit., p. 306, Derains Y., Les obligations de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI., 1987, p. 375., DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L' après -contrat, p. 239, MOUSSERON J-M, Technique contractuelle, 2 édition, FR. LEFEBVRE, 1999., p. 74., FONTAINE M., Les contrats internationaux a long terme. In Etudes offertes a R. Houin, D. 1985, p. 273.

(١٥) Courdier- Cuisnier A - S, Solidarisme contractuel, LITEC, 2006. p. 566

وإعادة التفاوض بهذا المفهوم تسمح للمتعاقدين بإيجاد حل مناسب لمعالجة النتائج والآثار الضارة التي يسببها تغير الظروف، كما تعطي لهذا العقد فرصة الاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه وشروطه(١٦)، وتستطيع هذه الشروط أن تعمل على توفير الحماية الكافية ضد الإلغاء أو التعديل الذي يقوم به الأطراف في العقد، حيث يلزم شرط إعادة التفاوض كل متعاقد بالتفاوض مع المتعاقد الآخر عند حدوث ظروف مستجدة بدلاً من أن يتم تغيير شروط العقد من جانب واحد، ولا شك أن عدم نجاح المفاوضات بينهما يؤدي إلى تدخل التحكيم من أجل استعادة التوازن العقدي، وقد انتشر شرط إعادة التفاوض في معظم الاتفاقيات الدولية وتضمنته غالبية عقود التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبي حول العقود ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية أو ما يسمى بمبادئ اليونيدروا (Unidroit)، ولايوجد ما يمنع من تكريسه في القانون المدني الأردني والفرنسي استناداً إلى مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة الذي يقره كلا القانونين.

بعد العرض السابق لمفهوم الالتزام بإعادة التفاوض يجدر بنا التمييز بين هذا الالتزام والتزامات وأنظمة أخرى قد تتشابه معه. وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني
تمييز الالتزام بإعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي عن غيره

قد يتشابه الالتزام بإعادة التفاوض الاتفاقي مع بعض الأنظمة أو التقنيات العقدية. فهو يتشابه إلى حد كبير مع المفاوضات قبل التعاقدية، وعلى الرغم من ذلك هنالك بعض نقاط الاختلاف بين هذا الالتزام وتلك الأنظمة. كما قد يتشابه

(١٦) DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L' après- contrat, op. cit., p. 239, Mousseron J-M., Technique contractuelle, 2 édition, FRANCOIS LEFEBVRE, 1993, p. 74., Fontaine M., Les contrats internationaux a long terme. In études offertes a R. Houin, D. 1985, p. 273.

الالتزام بإعادة التفاوض الوارد كشرط في العقد مع بعض الشروط الأخرى التي تحدد مصير العقد في المستقبل مثل شروط التجديد. وقد يقترب من بعض النظريات والأنظمة التقليدية مثل القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة.

ويختلف الالتزام بإعادة التفاوض عن المفاوضات قبل التعاقدية؛ فمن ناحية المفهوم فإن شرط إعادة التفاوض هو شرط أو بند مدرج في عقد أصلي قائم ومبرم بين الطرفين. ويكون محل شرط إعادة التفاوض والهدف منه التغلب على الصعوبات التي تنشأ بسبب تغير الظروف(١٧). بينما المفاوضات قبل العقدية مرحلة تسبق إبرام العقد وتهدف إلى تقريب وجهات النظر بهدف التوصل إلى نتيجة مرضية للطرفين بغية إبرام العقد. وبناء على ذلك، فإن النظامين يختلفان أيضاً من ناحية المسؤولية الناتجة عن الإخلال بهما؛ إذ يترتب على الإخلال بالالتزام التعاقدي بالتفاوض مسؤولية عقدية بالإضافة إلى الحق بالمطالبة بالتنفيذ العيني أو بالفسخ وفقاً للقواعد العامة، وهو ما لا يمكن تصوره في حالة الإخلال بالمفاوضات قبل العقدية؛ ذلك أن الرأي الراجح أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة تكون مسؤولية تقصيرية(١٨). لذلك فإنه لا مجال للمطالبة بالتنفيذ العيني أو بالفسخ نظراً لعدم وجود العقد.

---

(١٧) د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي، القاهرة، ٢٠٠٥ ص ٤٨، د. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥، ص ٥٢. OPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances: La clause de Hardship, op. cit., p.797. REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, p. 227.

(١٨) د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص ٣٦. د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي، مرجع سابق، ص ٤٨. د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٨٨. د. هاني سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٢.

أما عن شروط المستقبل أو شروط التجديد فهي كل شرط يرد في العقد المحدد المدة ويلتزم المتعاقدان بمقتضاه بالتفاوض عند نهاية مدته لتجديده أو تمديده. ويهدف هذا الشرط إلى الحفاظ على استمرار العقد بإلزام الطرفين التفاوض على تجديده(١٩). ويلاحظ أن هذا النظام يتشابه مع إعادة التفاوض من حيث الهدف ومن حيث الإلزام بالتفاوض بعد إبرام العقد وفي أثناء تنفيذه. كما يتشابه النظامان من ناحية الآلية المتبعة لتحقيق ذلك، لكنهما يختلفان من ناحية السبب الذي يوجبهما؛ فإعادة التفاوض يأتي لمعالجة تغير الظروف، الذي طرأ في أثناء تنفيذ العقد وإعادة التوازن اليه، أما شروط التجديد فهي تهدف إلى تمديد العقد أو تجديده دون أن يكون هناك تغير في الظروف، بل إن تنفيذ العقد لم تعوقه أي صعوبة أو يكتنفه تغير، وقد تم تنفيذه على وجه مرض للطرفين وإلا لما كانا سيلجأان لتمديده. كما أنهما يختلفان من حيث النتيجة، فعملية إعادة التفاوض تأتي لتجنب آثار تغير الظروف وجعل العقد ملائماً للظروف الجديدة. أما شروط التجديد فيكون التفاوض لتجديد العقد لمدة جديدة بشروط مماثلة أو مختلفة قليلاً عن الشروط الأصلية.

ويتميز الالتزام بإعادة التفاوض كوسيلة اتفاقية لمراجعة العقد عن الظرف الطارئ، الذي يخول القاضي سلطة تعديل العقد وذلك من جهة جوازية التدخل للتعديل؛ فقد يتدخل القاضي لتعديل العقد وقد لا يتدخل(٢٠). بحيث يعطي القاضي سلطة تعديل العقد إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة التي كرسها القانون المدني الأردني في المادة (٢٠٥) منه. وتقرر هذه النظرية أن العقد إذا امتد تنفيذه أو تراخى لفترة معينة، وحصلت في أثناء ذلك حوادث

(١٩) د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي، مرجع سابق، ص ٥٣، د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقود، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣١٨ DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L'après- contrat, op. cit., p. 240.

(٢٠) د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي، مرجع سابق، ص ٥٠، د. رجب كريم عبد الاله، التفاوض، مرجع سابق، ص ٣١٤.

استثنائية عامة، أدت لجعل تنفيذ الالتزام به مرهقاً بالنسبة إلى المدين، فإنه يمكن للقاضي أن يعيد النظر فيه وأن يعيد التوازن إليه بما يتفق ومصلحة الطرفين. أما شرط إعادة التفاوض فيلزم الطرفين بالتفاوض لإعادة التوازن إلى العقد. وإذا كانت الأسباب والمبررات في نظرية الظروف الطارئة هي تغير الظروف بحصول حدث استثنائي عام يجعل تنفيذ الالتزام صعباً أو مرهقاً للمدين(٢١)، فإن إعادة التفاوض يتفق في أغلب صوره مع ما تم ذكره، لكن قد يكون الهدف مواجهة أثر التقدم التكنولوجي على العقد أو إصابة السلعة باستهلاك تكنولوجي أو تغير في مواصفاته، وهو ما قد لا يكون حدثاً استثنائياً عاماً لا حدثاً يجعل تنفيذ العقد صعباً. وفي الظرف الطارئ لا يتدخل القاضي إلا إذا كان الحدث استثنائياً عاماً. أما في شرط إعادة التفاوض فلا يشترط ذلك بل يمكن أن يتم فرضه مهما كانت طبيعة الظروف المخلة بالتوازن العقدي. والتغير في الظروف الذي يؤدي إلى إعادة التفاوض يتمثل بصور عديدة؛ فهو لا يقتصر على ما يرد في نظرية الظروف الطارئة من أحداث غير متوقعة تؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً أو مكلفاً للمدين، بل قد يشمل صوراً أخرى مثل ارتفاع أو انهيار أسعار المواد الأولية، إصدار تشريعات جديدة تضيف أعباء مالية على عاتق أحد الأطراف، أزمة مالية عالمية، تطور تكنولوجي سريع(٢٢). كما أن خصوصية الالتزام بإعادة التفاوض الاتفاقي تكمن في أنه لا يقتصر

(٢١) انظر د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٥٦ وما يليها، د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دون دار نشر، ١٩٨٨، ص ٤٠٢. د. موسى متري، العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة فرانسوا رابلية- تور، ١٩٩٤، ص ١٣٠.

(٢٢) د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى الدول النامية، مرجع سابق، ص ٦١٣، د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص٤١٨،

MAZEAUD D, Renégociation du contrat, Revue des Contrats, 01 juillet 2008, n 3, p. 738.

على حالات تغير الظروف التي تؤدي إلى صعوبة تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحد الطرفين، بل إن بعض الأحكام قررت أنه يمكن أن يشمل صدور تشريعات جديدة أدت إلى تحقيق أحد الطرفين أرباحاً كبيرة دون الطرف الآخر. فقررت المحكمة أن إعادة التفاوض يهدف إلى إعادة توزيع الأرباح والميزات بين الطرفين؛ لأن العقد أصبح مفيداً جداً وبشكل مبالغ فيه بالنسبة إلى أحدهما فقط؛ ذلك أن صدور بعض التشريعات الخاصة بالبيئة جعل تنفيذ العقد غير مكلف جداً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين بل مربحاً جداً لأحدهما فقط؛ مما يوجب فرض التزام بإعادة التفاوض على عاتق الطرف المستفيد من تغير الظروف، والمبرر أن كلا الطرفين يتعاونان ويتضامنان لتحقيق هدف مشترك هو حماية البيئة، لذلك يجب أن يتم توزيع الفوائد الناتجة من هذا الجهد المشترك بين كلا المتعاقدين وليس أن يستفيد منها أحدهما دون الآخر(٢٣). في هذه الحالة يلاحظ أن المحكمة اعتمدت على الفائدة والمصلحة المشتركة وليس على مصلحة أحد الطرفين فقط. فقررت فرض هذا الالتزام في حالة تختلف كلياً عن الحالات التي كان القضاء يقرر فيها الالتزام بإعادة التفاوض وحتى نظرية الظروف الطارئة.

كما قد يكون تغير الظروف عائداً إلى المورد؛ أي إلى أحد الأطراف، مثل أن يقوم المورد بفرض سعر مرتفع على الموزعين لدرجة أن هذا السعر يفوق ما كان يقدمه هذا المورد إلى المستهلك النهائي؛ مما يعرض الموزعين لمنافسة قوية، وبذلك يكون المورد غير نزيه ويحرم الموزعين من تقديم أسعار منافسة ويخرق الالتزام بحسن النية الذي يسود العقد. كما قد يكون عائداً إلى أسباب أخرى خارجة عن إرادة الأطراف مثل انهيار السوق المالي أو التجاري. وقد يتمثل بادعاء الموزع بالمنافسة الحاصلة والممارسة من قبل مورده الذي يلجأ للبيع المباشر لمنتجاته للمستهلكين بسبب نجاح قطاع الإنترنت. والسؤال الذي يثار هنا هو: ما أثر تغير الظروف الاقتصادية على العقد؟ وهل هناك فرق في الحكم إذا كان تغير الظروف يعود إلى خطأ أو تصرف أحد المتعاقدين أو سوء نيته أو لسبب خارج عن إرادة الطرفين.

(٢٣) MAZEAUD. D., Renégociation du contrat, op. cit, p. 738-741.

وهكذا طبقاً للقواعد العامة فإن بعض التغييرات في الظروف تأخذ بعين الاعتبار كما لو كانت قوة قاهرة عندما يكون الالتزام مستحيلاً تنفيذه بسبب حدث لا يمكن مقاومته وغير متوقع وخارج عن إرادة المدين؛ حيث نكون أمام قوة قاهرة ويعفى المدين من المسؤولية وينتهي العقد بقوة القانون(٢٤). لكن تغير الظروف غير المتوقع يتميز عن القوة القاهرة؛ لأنه لا يفترض بشكل ضروري استحالة التنفيذ، بل يكفي أن يكون التنفيذ مكلفاً أو صعباً، كما أن الآثار أو النتائج ليست هي نفسها؛ حيث إن القوة القاهرة تؤدي إلى إعفاء المدين من أي مسؤولية وانتهاء العقد. أما عدم التوقع فيؤدي إلى الالتزام بإعادة التفاوض. وشروط إعادة التفاوض يختلف عن شرط القوة القاهرة؛ ذلك أن هذا الأخير يرد على الالتزام الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب حوادث استثنائية عامة وغير متوقعة ويؤدي إلى انفساخ العقد دون أن يلتزم المدين دفع أي تعويض(٢٥). أما في إعادة التفاوض فلا يؤدي الحادث إلى استحالة التنفيذ بل إلى جعل التنفيذ مرهقاً أو مكلفاً أو مخلاً بالتوازن العقدي، كما قد يتصور إلزام الطرف الذي ينفذ التزامه بإعادة التفاوض أو أظهر سوء نيته في أثناء عملية التفاوض بدفع تعويض لصالح الطرف الآخر.

لكن بغياب الشرط الذي يقرر إعادة التفاوض، هل يقرر القانون هذا الالتزام ويفرضه؟ وبعبارة أخرى، في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على وجود هذا الشرط هل من الممكن أن يحكم القاضي أو المحكم بإحالة الطرفين المتعاقدين إلى التفاوض من أجل التوصل إلى حل بهدف التغلب على ما قد يواجههما من عقبات في أثناء تنفيذ العقد؟ هذا ما سنجيب عنه في المطلب التالي.

---

(٢٤) د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٩٨، د. يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون الأردني، دار المسيرة، ٢٠٠٩، ص ٢٦٦، د. أمجد منصور، النظرية العامة في الالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٢١٥.

(٢٥) CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrats, p. 3, REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p. 246, Terre F., p. 437

المطلب الثاني
الالتزام بإعادة التفاوض في ظل غياب الاتفاق الذي يقرره

إذا لم يتم تحديد مسألة إعادة التفاوض في بند خاص في العقد وحدث أن اختل التوازن الاقتصادي للعقد، فهل من الممكن مراجعة العقد من قبل القاضي؟ وما موقف التشريعات من هذا النظام؟ وما مدى سلطة القاضي في هذا الشأن؟ لذلك يجب تحديد المقصود بهذه الفكرة والخلاف الفقهي والقضائي حول قبول أو عدم قبول مسألة مراجعة العقود وإعادة التفاوض في حال تغير الظروف، وموقف التشريعات من مراجعة القاضي أو المحكم للعقود التي اختل توازنها بسبب تغير الظروف. ومن ثم التعرض لمدى سلطة القاضي في مراجعة العقد.

الفرع الأول
التعريف بفكرة مراجعة العقد والخلاف الفقهي حول أساسها

لقد كان موضوع مراجعة العقود الذي نحن بصدد دراسته من المسائل التي أثارت جدلاً فقهياً واسعاً؛ وذلك لما له من حساسية، ونظراً لحيوية العقود التي ينصب عليها؛ ذلك أنه يمس جوهر العقد ويتعارض مع بعض المبادئ المستقرة في نظرية العقد كما يرى جانب كبير من الفقهاء(٢٦). لذلك فقد اختلف الفقه فيما يخص قبول أو عدم قبول مراجعة العقد وإعادة التفاوض بين فريقين: مؤيد ومعارض. ويستند الرافضون لمبدأ مراجعة العقود إلى اعتبارات عملية وعلى جانب من الأهمية، مثل الاستقرار القانوني للمعاملات والقوة الملزمة للعقود وأن العقد شريعة المتعاقدين؛ ذلك لأن رفض مراجعة العقود يلزم الأطراف احترام اتفاقاتهم، فلا يحق للأطراف أن يحتجوا بتغير الظروف

(٢٦) Derains Y., Les obligations de minimiser le dommage, op. cit., p. 239., SERIAUX A., Droit des obligations, Presses Universitaires de France, Paris, 2 édition, 1998, p. 183, STARCK A., Les obligations, vol, I, l' acte juridique, Paris, 1998, p. 64.

للمطالبة بالتحلل من العقد أو تعديله ما عدا حالات القوة القاهرة(٢٧). ويؤيد هؤلاء موقفهم استناداً إلى قرار مشهور لمحكمة النقض الفرنسية مسماه (Canal de Carponne). في هذه القضية كان المستفيدون من حق الرعي والسقاية لقناة معينة يدفعون رسوماً لمالك قناة الري منذ عام ١٥٦٠، وبعد ثلاثة قرون طالب ورثة مالك القناة برفع قيمة الرسوم بالنظر إلى زيادة تكاليف الإصلاح لتلك القناة. في عام ١٨٧٣ قررت محكمة الاستئناف إجابة طلبهم في ضوء عدم التوازن بين الأداء، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت مراجعة العقد لتغير الظروف؛ وذلك استناداً للفقرة (١) من المادة ١١٣٤ مدني فرنسي، وعلى أساس مبدأ القوة الملزمة للعقود، حيث جاء في قرارها أنه "لا يعود للمحكمة مهما كان قرارها عادلاً أن تأخذ بعين الاعتبار الزمان والظروف من أجل تعديل اتفاقيات الأطراف وإبدال الشروط التي كانت قد تم قبولها بحرية من قبل الأطراف بشروط جديدة"(٢٨).

كما يستند هؤلاء إلى مبدأ القوة الملزمة للعقود؛ ذلك أن العقد المبرم بشكل صحيح بين طرفين يلزمهما احترام مضمونه، ولذلك لا يمكن أن يتم تعديله أو فسخه دون اتفاق الطرفين(٢٩)؛ مما يوجب أن يتم تنفيذ العقد مهما حصل ويوجب احترام الالتزامات الناشئة عنه وفي كل الظروف. والعقد المبرم بشكل صحيح وقانوني إذا كان يلزم أطرافه باحترامه فهو أيضاً يلزم القاضي بوجوب احترام القوة الملزمة له، بحيث يضفي هذا المبدأ نوعاً من الاستقرار القانوني على التعاملات؛ ذلك أن الأطراف يعرفون مسبقاً بما هم ملتزمون ويعولون على ذلك. كما أن القوة الملزمة للعقد تثني أي شخص عن محاولة التحلل من اتفاقه، يضاف إلى ذلك ما يراه جانب من الفقه من أن إعطاء القاضي

(٢٧) Seriaux A., Droit des obligations, op. cit., p. 183, Starck A., Les obligations, vol I, l'acte juridique, Paris, 1998, p. 64.

(٢٨) Civ 6 mars 1876, D. 1876,I, 193.

(٢٩) REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p. 239, Seriaux A, Droit des obligations, op. cit., p. 183.

صلاحية مراجعة العقد يعد أكثر خطورة من إلغائه؛ حيث إنه بمراجعة العقد سوف يلزم أحد الأطراف بأن ينفذ شيئاً ليس ملتزماً به[٣٠]. وهذا هو الوضع القائم في القانون الفرنسي الذي يحترم مبادئ القانون المدني وروحه ويحافظ على مبدأ صحة العقود والحرية التعاقدية والقوة الملزمة، لكن الاتجاه القضائي الذي يرى مع جانب من الفقه ضرورة عدم التمسك بشدة بهذه المبادئ ويقترب شيئاً فشيئاً من قبول مبدأ مراجعة العقد. ويستند أنصار قبول فكرة مراجعة العقود إلى عدة مبادئ واعتبارات، من أهمها مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[٣١]، ومبادئ العدالة العقدية، والالتزام بالتعاون الذي يجب أن يسود الاتفاقات[٣٢]، بالإضافة إلى مقتضيات التضامن العقدي[٣٣]؛ حيث يقررون أن المعاملات يمكن أن تكتسب استقراراً عقدياً أكثر إذا كان الأطراف متأكدين من أنهم سوف يحصلون على مراجعة العقد إذا اختل التوازن العقدي فيه. كما أن الاتجاه الحديث في نظرية العقود يقضي بأن العقد يترجم التوافق بين المصالح المتعارضة للمتعاقدين؛ مما يعطيه استقراراً وقوة إلزامية تجاه الأطراف[٣٤]. وقد صبت العديد من القرارات القضائية في هذا الاتجاه مكرسة – ولو على مراحل

(٣٠) REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p. 245.

(٣١) MESTRE J., Revue Trimestrielle Droit civil 1993, p. 124., Van der MENS-BRUGGHE, La bonne foi dans le commerce international, RDIDC, 2000, 3eme trimestre, p. 317., MAZEAUD D., Du nouveau sur l' obligation de renégociation, recueil DALLOZ, 2004, n 25, p. 1754., Mainguy D., Les obligations, op. cit., p. 85.,

(٣٢) PICOD, Obligation de coopération dans l 'exécution du contrat, JCP, G, 1988, 1, 3318, p. 227.

(٣٣) Mazeaud D., Renégociation, Revue des Contrats, 1 juillet 2008, n 3, p. 738., Lequette Y., Bilan des solidarismes contractuels, op. cit, p. 247., GRYNBAUM V., et Nicot M., (sous la direction de), Le solidarisme contractuel, Economica, 2004., MAZEAUD D., Du nouveau sur l'obligation de renégociation, recueil DALLOZ, 2004, n 25, p. 1754.

(٣٤) Carponnier, Droit civil,T 4, Les obligations, Presses Universitaires de France, 1998, p. 112.

ومع بعض التحفظات – الالتزام بإعادة التفاوض في حال استجدت ظروف أدت إلى اختلال التوازن العقدي الأولي. كما يصب في الاتجاه نفسه ما تبنته بعض أحكام التحكيم الدولية التي سمحت بمراجعة العقود الدولية في حال تغيرت الظروف حتى في غياب الشرط الاتفاقي الذي يقرر الالتزام بإعادة التفاوض مرتكزة إلى مبدأ حسن النية في العقود(٣٥). كما أن العديد من أحكام القضاء الفرنسي واستناداً إلى المادة ١١٣٤ تفرض التزاماً بالتعاون ومن ثم بملاءمة العقد ومراجعته استناداً إلى مبدأ حسن النية، لكن بسبب خصوصية هذه الأحكام واقتصارها على ظروف معينة مثل عقود التوزيع، فإن أغلب الفقهاء رفض الاعتماد عليها في تكريس الالتزام بإعادة التفاوض(٣٦). وفي عقود التجارة الدولية فإن مبدأ مراجعة العقد يعد أكثر قبولاً، فلأهمية هذه العقود وبسبب قيمتها الاقتصادية الضخمة فإن الالتزام بإعادة التفاوض يوجد حتى بغياب الشرط الاتفاقي الذي يقرره، وهو ما يختلف عن الحال في القانون الداخلي؛ ذلك أنه ليس عدلاً تحميل أحد الأطراف عبء اختلال التوازن في العقد بسبب الظروف المستجدة.

والسؤال الذي يثار هو: هل تطلب التوازن في العقد يبرر الالتزام بإعادة التفاوض في العقود؟ وهل يحق لأحد طرفي العقد أن يطلب إعادة التفاوض لأسباب لا يقبلها الطرف الآخر ولا تلزمه أو أن يهدد بعدم التنفيذ إذا لم يتم مراجعة العقد؟ القانون الأمريكي يتسامح مع مراجعة العقود وإعادة التفاوض؛ حيث يتبنى موقفاً دقيقاً ومتبايناً. فالتهديد بعدم تنفيذ الالتزام بهدف فرض إعادة التفاوض ومراجعة العقد ليس مشروعاً بذاته. لكن تعديل العقد يعد صحيحاً إذا كان التهديد بعدم التنفيذ أو الإخلال بالالتزام مبرراً بشكل موضوعي. فالتوازن هنا يعد سبباً لمشروعية التهديد بعدم تنفيذ الالتزام. لكن كل ذلك يجب أن يتم ضمن شروط معينة، منها:

---

(٣٥) CCI 4761-1987,JDI,1987,P 1012 CI 2708-1977 (Chenet 1976) CCI 2216-1974 (Chenet 1975) CCI 593-1989, Kluwer,Recuiel les sentences arbitrales de la CCI 1986-1990.

(٣٦) CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrat., op. cit., p. 6.

١ – أن يكون هناك تغير في الظروف بشكل لم يكن متوقعاً.

٢ – أن لا يكون تغير الظروف عائداً للمدين.

٣ – أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام أكثر تكلفة وباهظاً دون أن يشكل حالة قوة قاهرة.

٤ – أن تكون الفائدة من التوازن والمرجوة من التهديد بعدم التنفيذ لها علاقة بالعقد ولكنها عادلة ومنصفة في ضوء الظروف غير المتوقعة.

٥ – أن لا يؤدي إلى خلل في الأداءات وإلى قلب الموازين؛ لأنه من غير المقبول أن يتم قبول التهديد العمدي بعدم التنفيذ بهدف الاغتناء. لذلك فإن أساس الالتزام نفسه هو الذي يكون مثار الشك والبحث.

ويقصد القانون الأمريكي السماح بتعديل العقد بوسيلة مشروعة أو غير مشروعة لضمان تنفيذ العقد الذي أصبح أكثر تكلفة من المتوقع بدلاً من الوصول إلى حالة يكون فيها المدين غير قادر على تقديم الأداء المنتظر منه وعلى تنفيذ العقد بسبب هذه الظروف المستجدة. وبحسب القانون الفرنسي فإن مبدأ حسن النية يمكن أن يؤسس لإعادة التفاوض عندما يكون استمرار وبقاء العقد هو الذي يتعرض للخطر بسبب الظروف المستجدة. ولا شك أن التهديد بعدم تنفيذ الالتزام أو القيام بعمل غير مشروع يشكل خرقاً للالتزام بحسن نية[٣٧]. والهدف المرجو في القانون الأمريكي مقبول من الناحية العملية؛ أي ضرورة حماية العلاقة العقدية بشرط أن تقترن العدالة بإعادة التوازن. لكن هذه التقنية تهمل مصالح الدائن؛ حيث إن الخوف الرئيسي هو أن يتم استبدال عدم العدالة أو الظلم الذي لحق أحد الطرفين بظلم آخر يلحق الطرف الثاني في العلاقة، خصوصاً إذا كان الوضع المالي للدائن في الأصل حرجاً وقد يصبح أكثر حرجاً إذا تمت مراجعة العقد. لكن ما موقف التشريعات من مسألة مراجعة القاضي للعقد الذي اختل توازنه الاقتصادي؟

(٣٧) MAZEAUD D., Du nouveau sur l'obligation de renégociation, op. cit, p. 1755.

الفرع الثاني
التنظيم القانوني لمراجعة العقود

وقد تبنت تشريعات الدول موقفاً متبايناً لدى معالجتها لأثر تغير الظروف على العلاقة العقدية؛ حيث يميل بعضها إلى وجوب مراجعة الشروط العقدية وذلك كلما طرأ حدث غير متوقع له تأثير على الظروف المحيطة بتنفيذ العقد(٣٨)، بينما يميل البعض الآخر إلى رفض كل مراجعة للعقد في هذا الشأن(٣٩). في الواقع إن القانون المدني الفرنسي لا يفرض هذا الالتزام بشكل صريح(٤٠). وعلى الرغم من ذلك وفي ظل عدم وجود اتفاق صريح على الالتزام بإعادة التفاوض، فإن هذا الالتزام يمكن أن يؤسس على مبدأ حسن النية المقرر في المادة ١١٣٤-٣. كما لم يكن حال القضاء الفرنسي أفضل من القانون المدني الفرنسي على الرغم من تقريره لهذا الالتزام في العديد من الحالات. فلم تقرر محكمة النقض الفرنسية صراحة الالتزام بإعادة التفاوض، لكنها لامت أحد المتعاقدين لأنه رفض تعديل العقد على أساس أنه بذلك يكون قد أخل بواجب حسن النية؛ حيث نلاحظ أن حسن النية لا يلزمه إعادة التوازن للعقد لكنه يلزم الطرفين بالتعاون(٤١). فالقانون الفرنسي لم يبين صراحة الحد الأدنى لهذا الالتزام، وبذلك على الأطراف أن يحتاطوا بموجب اتفاقهم بوضع شروط لإعادة التفاوض وتنظيم العملية، بحيث يتم وضع الأطراف أمام مسؤولياتهم بدلاً من

---

(٣٨) مثل تشريعات العديد من الدول العربية، انظر المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي، المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري، المادة ٢٠٥ من القانون المدني الأردني، المادة ١٤٦ مدني عراقي.

(٣٩) مثل القانون المدني الفرنسي، انظر في هذا الشأن د. سلام فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دون دار نشر، ١٩٩٩، ص ٣٣٢

(٤٠) د. سلام فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٢٢، د. عدنان السرحان، نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ٢٥٦.

(٤١) com 3 nov 1992, Bull Civ 17, nº 338

الارتكاز لتدخل القاضي. ذلك أن العقد هو شأن الأطراف فقط وليس للقاضي حق التدخل فيه أو تعديله إلا في نطاق محدود، لكن هذه النظرة التقليدية للقانون المدني تغيرت نتيجة التطورات.

كما أن هناك من يرى أن مراجعة العقد يتلاءم ولا يتناقض مع العدالة؛ لأنه من غير العدل أن يتحمل أحد الأطراف فقط نتائج عدم التوازن العقدي الذي نشأ عن الظروف المستجدة، بل يجب أن يتم توزيع عدم التوازن بين الأطراف. وإذا سلمنا بأنه وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقود المقرر في المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي لا يجوز تعديل العقد بإرادة منفردة بل يجب أن يتم ذلك باتفاق الطرفين(٤٢)، فإن هناك بعض الشروط التي تسمح بذلك، منها شرط إعادة التفاوض: والذي يقرر التزام الطرفين بإعادة المفاوضات حول العقد إذا كانت هناك معطيات جديدة تمس التوازن.

وقد تم تنظيم هذا الالتزام من قبل مؤلفي مسودة مشروع إصلاح قانون الالتزامات الفرنسي وهو ما يطلق عليه مشروع (CATALA)(٤٣)، الذي قرر في المادة (١١٣٥-١) إمكانية وضع شرط من قبل الطرفين بإعادة التفاوض في حال الإخلال بالتوازن العقدي الأولي للالتزامات المتبادلة، بحيث يفقد أحد الطرفين كل فائدة من تنفيذ العقد. كما تقرر المادة (١١٣٥-٢) من مسودة المشروع أنه بغياب الشرط فإن الطرف الذي يفقد أي فائدة من العقد يمكن أن يطلب من رئيس محكمة البداية الكبرى أن يأمر بمفاوضات جديدة، ويجب أن تتم هذه المفاوضات بحسن نية، وفي حال فشل المفاوضات يصار إلى فسخ العقد وإنهائه(٤٤). لكن يلاحظ أن المشروع لا يحدد مفهوم الالتزام، كما لا يحدد

---

(٤٢) Starck., B, Les obligations, op. cit., p. 64

(٤٣) انظر نصوص مسودة هذا المشروع مع شرح له على الموقع التالي: www.lexisnexis.fr

(٤٤) A. Ghozi, Effets des conventions, interprétation, qualification, (art 1134- 1143), in AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux,, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, disponible sur le site www.lexisnexis.fr.

الحدث الذي يبرر إعادة التفاوض أي الظروف التي تقطع التوازن العقدي الأولي، فهناك عدم التوقع، والإخلال بالتوازن، أو عدم التوازن وأن يكون خارجاً عن الأطراف. على الرغم من ذلك يمكن القول إن مشروع (CATALA) قد كرس الالتزام بإعادة التفاوض؛ حيث حدد الحالات والظروف التي تلجأ إليها، وقرر الوضع فيما إذا كان الأطراف قد أدخلوا في اتفاقهم شرطاً بإعادة التفاوض، بحسب المادة (١١٣٥)، التي قررت أنه "في العقد ذي التنفيذ المستمر أو المتتالي يمكن للأطراف أن يلتزموا بالتفاوض حول تعديل اتفاقهم في حالة ما إذا كان تغيير الظروف يخل بالتوازن العقدي الأولي للأداءات المتتالية لدرجة أن العقد يفقد كل فائدة أو جدوى بالنسبة لأحد الأطراف". كما أن المادة (١١٣٥-٢) تسمح لأحد الأطراف بأن يطلب من القاضي إعادة التفاوض تحت شروط معينة. ولا يوجد ما يمنع أن حسن النية يفرض التزاماً بإعادة التفاوض للعقد الذي أصبح غير متوازن بسبب تغيير الظروف الاقتصادية التي كانت موجودة لدى التعاقد.

وقد كرست المبادئ الأوروبية للعقود[٤٥] الالتزام بإعادة التفاوض على العقد في المادة (٦-١١١)؛ حيث قررت أن المتعاقد يلتزم بتنفيذ التزاماته ولو أصبح تنفيذها مرهقاً ومكلفاً بسبب ارتفاع تكلفة التنفيذ أو انخفاض قيمة المقابل، ومع ذلك فإنه يقع على عاتق الأطراف الالتزام بالبدء بالمفاوضات من أجل ملاءمة العقد ومراجعته من أجل وضع حد أو نهاية له إذا اتضح أن تنفيذه مكلف جداً ومرهق بشكل فاحش بسبب تغير الظروف التي حدثت بعد إبرام العقد، ولم يكن ممكناً في ظل الظروف الطبيعية توقعها لحظة إبرام العقد، ولا يستطيع الطرف الآخر تحمل مخاطرها. وإذا لم يوجد اتفاق فللمحكمة أن تضع

(٤٥) MAZEAUD D., Du nouveau sur l'obligation de renégociation, op. cit., p. 1756, REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit, p. 243, Fontaine M, Les principes Unidroit, Guide de la rediction des contrats internationaux, Institute of international business law and practice, Newlettre, n 14, 1994, P. 38.

حداً للعقد بالتاريخ والشروط التي تحددها أو أن تقوم بملاءمته ومراجعته؛ بحيث يتم توزيع الخسائر بشكل عادل بين الأطراف التي قد تنتج عن تغير الظروف، كما لها أن تحكم بالتعويض عن الأضرار التي تنشأ عن رفض أحد الأطراف التفاوض على العقد أو قطعه المفاوضات بشكل تعسفي.

يلاحظ أن الالتزام المكرس في المبادئ الأوروبية يبدو أوضح مما جاء في مبادئ اليويدروا (Unidroit) في المادة ٣/٢/٦ منها، التي قررت أن المتعاقد يستطيع طلب إعادة التفاوض، وأن الطلب يجب أن يتم بلا تأخير ويجب أن يكون مبرراً، وفي حال عدم وجود اتفاق خلال مدة معقولة، يمكن لأحد الطرفين اللجوء إلى القضاء. إن المحكمة التي تقرر وجود حالة ظروف شاقة (hardship) يمكن أن تضع حداً للعقد بالتاريخ وبالشروط التي تحددها أو أن يتم مراجعة العقد من أجل إعادة توازن الأداءات. يلاحظ أن هذا النص لا يعطي القاضي حق إيقاف تنفيذ العقد من تلقاء نفسه. كما يلاحظ أنه وإن كانت مسودة مشروع (CATALA) لإصلاح قانون الالتزامات الفرنسي ترفض مبدأ المراجعة القضائية للعقد، فإن مشروع القانون الأوروبي للعقود الذي أقر مراجعة العقد اتفاقياً وبشكل ثانوي مع إمكانية مراجعة العقد قضائياً[٤٦]. وبالنتيجة لا يوجد التزام عام بإعادة التفاوض يفرض في جميع العقود في القانون الفرنسي.

وإذا كان القانون الأردني يكرس مبدأ وجوب تنفيذ العقد دون تعديل فإن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات المقررة بنص القانون[٤٧]. ومنها سلطة القاضي في تعديل العقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروط معينة قررها القانون المدني الأردني في المادة (٢٠٥) منه. ومضمون هذه النظرية أنه يمكن للقاضي أن يعيد النظر في العقد وأن يعيد التوازن إليه بما يتفق مع

(٤٦) Guillemard S., Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux, disponible sur le site www. cisg.law.pace.edu

(٤٧) د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

مصلحة الطرفين. إذا حصلت أثناء تنفيذ العقد حوادث استثنائية عامة أدت لجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة إلى المدين.

الفرع الثالث
سلطة القاضي في مراجعة العقد

لكن ما مدى سلطة القاضي إزاء عدم التوازن العقدي الذي يولد لدى تنفيذ العقد؟ وفي حال تغير الظروف والمعطيات هل من الممكن لأحد الأطراف أن يطلب من القاضي أن يعيد التوازن للعقد أو أن يراجعه؟ الجواب في أغلب الحالات بالنفي. فالأصل أنه لا يوجد مراجعة للعقد في القانون الفرنسي لمجرد حدوث أمور غير متوقعة(٤٨). ولا يحق للمحاكم أن تأخذ موضوع الزمن والظروف بعين الاعتبار لتعديل العقد والاستبدال بشروطه شروطاً جديدة تختلف عن الشروط المتفق عليها عند إبرام العقد. والمشرع يمكن أن يتدخل لتعديل العقد لكن تدخله يكون في أغلب الحالات موحداً للجميع، أما القاضي فعلى العكس يتدخل في كل حالة على حدة.

وقبول الالتزام بإعادة التفاوض كان محلاً للنقاش؛ فقد رفض من قبل المحاكم المدنية بعكس الإدارية(٤٩)، والرفض كان قائماً على مبدأ القوة الملزمة للعقود، ولاعتبارات اقتصادية. كما أن القاضي لا يمكن أن يكون أفضل لتحديد تأثير تغيير الظروف من المتعاقد نفسه. أما البعض الآخر فيرى أن الالتزام بحسن النية يبرر هذا الالتزام(٥٠)، وقد قررت بعض الأحكام هذا الالتزام في العقود التي اختل توازنها العقدي على أساس حسن النية(٥١).

---

(٤٨) Seriaux A., Droit des obligations, op. cit., p. 183, Stoffle Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, Presses Universitaires Aix - Marseille, 1994., Starck B, Les obligations, op. cit., p. 64.

(٤٩) د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(٥٠) Mainguy D., Les obligations, op. cit., p. 86.

(٥١) .Com 3 Nov 92, JCP., E, 11, 22164.

ولكن هل يجب الاهتمام بالاستقرار العقدي وباحترام الإرادة العقدية أم بالعدالة والتوازن العقدي؟ لا يوجد قرارات قضائية صريحة في هذا المجال تعطي للقاضي صلاحية مراجعة العقد لأن القاضي لا يحق له في الأصل إعادة تكوين العقد أو التدخل فيه. ويؤيد الفقه ذلك لأن السماح للقاضي بمراجعة العقد يصبح مصدراً لعدم الأمان والاستقرار، كما أنه يضر بحقوق الطرف الآخر. في هذا الموقف نكون أمام فرضين، إما أن ينفذ العقد بشروطه المتفق عليها دون النظر إلى ما سيلحق الطرف الآخر من أعباء أو أن ينفسخ العقد للقوة القاهرة. والأصل في القانون الفرنسي أنه لا مراجعة قضائية للعقد لمجرد حدوث ما هو غير متوقع من ظروف، لكن هناك استثناءات؛ حيث إنه يمكن تصور وسائل للمراجعة. بداية ووفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية لا يوجد ما يمنع من صلاحية الشروط الواردة في العقد مسبقاً مثل شرط إعادة التفاوض أو شرط المواءمة أو التطويع (adaptation) بهدف التنبؤ بالظروف المستجدة؛ حيث يترك للأطراف مهمة تعديل العقد، وهو يمثل اتجاهاً نحو وضع الأطراف أمام مسؤولياتهم وجعلهم أكثر حرصاً على العلاقة العقدية. وفي غياب الاتفاقات العقدية هنالك عدة محاولات من القضاء لفرض الالتزام بإعادة التفاوض عندما تستدعي الظروف المستجدة مراجعة العقد وفقاً لمبدأ حسن النية. كما أن المشرع يرخص للقاضي ذلك في المادة (١٣١) من قانون الملكية الفكرية والمادة (٩٠٠) من القانون المدني فيما يتصل بالهبة.

وقد كان القضاء الفرنسي يرفض كل إمكانية لإعادة النظر في العقد بسبب تغيير الظروف، إلا أن تطوراً حصل حديثاً في القضاء الفرنسي ووضع التزاماً بإعادة التفاوض عندما يصاب أحد الأطراف بأضرار جسيمة بسبب تغير الظروف غير المتوقع والذي يخل بالتوازن العقدي. ويستند القضاء منذ القرار الصادر في ٢٠٠٤ لمحكمة النقض الفرنسية إلى المادة (١١٣٤-٣) من القانون المدني الفرنسي ليفرض التزاماً بإعادة التفاوض على المتعاقدين، وقد قررت المحكمة في القرار نفسه فرض تعويض على الطرف الذي رفض إعادة

التفاوض[٥٢]. ففي عقد توزيع بين شركة (HP) ومستثمر يدعى (Huard) وعلى أثر صدور بعض المراسيم في الفترة بين عامي ١٩٨٢ و١٩٨٣ فقد تم تحرير سوق المنتجات النفطية لدرجة أن السيد (Haurd) الذي كان قد حدد أسعاره قبل صدور هذه المراسيم تعرض لمنافسة شديدة نتيجة تغير الظروف غير المتوقع، فطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض حول الشروط العقدية، لكن الأخير رفض واقترح عليه إنهاء العلاقة العقدية بعد سداد الديون. محكمة الموضوع قبلت طلب دفع التعويض ضد مورد المنتجات البترولية على أساس انه لم ينفذ العقد بحسن نية لعدم قيامه بتقديم اتفاق تعاون تجاري يأخذ بعين الاعتبار الأسعار الجديدة للمنتجات البترولية؛ مما دفع المورد لتقديم طعن بهذا الحكم، لكن محكمة النقض رفضته وقررت أنه بغياب القوة القاهرة، فإن محكمة الاستئناف التي كانت قد قررت أنه بحرمان المستثمر (Huard) من الوسائل التي تسمح له بإعطاء أسعار تنافسية فإن الشركة (BP) لم تنفذ عقدها بحسن نية، ومن ثم كان على الشركة باسم حسن النية أن تلتزم بإعادة التفاوض مع (Huard) لكن هذا الحكم لم يقرر صراحة مراجعة العقد من قبل القضاء[٥٣]، بل اكتفى بمجازاة الطرف الآخر لخرقه الالتزام بالتعاون وبحسن نية[٥٤].

فالأصل أن المحكم أو القاضي ليس له أي سلطة في تعديل مضمون شرط إعادة التفاوض، صحيح أنه من الممكن له تفسير الشرط بشكل واسع بحيث إن للمحكمة أن تدخل حدثاً لم يورده المتعاقدان كسبب لإعادة التفاوض، لكن سلطة القاضي إزاء شرط إعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي أضيق، وعلى القاضي البحث عن القصد الضمني أو المشترك لكلا المتعاقدين. من الثابت أن القاضي ليس له أن يفرض على الأطراف إجراء التفاوض ولا أن يقوم بنفسه

(٥٢) مشار إلى هذا القرار في MAZEAUD D., Du nouveau sur l'obligation de renégociation, op. cit., p. 1754

(٥٣) D.1995. Somm, p.85. BC. IV, no 338. JCP. 93, 11,22614, FAGES B, Le comportement de contractant, op. cit., p. 302.

(٥٤) Civ 1992, op. cit.

بتعديل العقد ولو اختل التوازن العقدي للاتفاق إلا إذا ورد ذلك بموجب نص تشريعي أو بموجب الاتفاق. كما لا يستطيع القاضي مجازاة الطرف الذي يرفض اقتراحات إعادة التفاوض ولا يستطيع أن يفرض على الأطراف قبول مراجعة العقد ولا يستطيع أن يقوم بنفسه بمراجعة العقد(٥٥). وفي القانون المدني الأردني إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة يجوز للقاضي – بعد الموازنة بين مصلحة المتعاقدين – رد الالتزام إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. هذا النص – إذاً – يمنح المحكمة حق تعديل العقد.

وقد تتمثل سلطة القاضي بوقف تنفيذ العقد لمدة معينة لحين زوال آثار الظروف الطارئة أو الحادث الاستثنائي بشرط أن لا يكون في اللجوء إلى هذا الحل أضرار كبيرة تقع على الدائن. كما قد تتمثل سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل بحيث يراعي مصلحة الطرفين وحسب ما يتفق مع العدالة. وهو شرط أضافته المادة (٢٤٧) من القانون المدني الأردني؛ حيث قررت المذكرات الإيضاحية أن القانون لم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء ليقدره تقديراً ذاتياً أو شخصياً بل استعمل المشروع عبارة إن اقتضت العدالة ذلك. لكن سلطة القاضي لا تتسع لتشمل إمكانية فسخ العقد. ومن ثم ما مضمون الالتزام بإعادة التفاوض؟ هذا هو موضوع المبحث الثاني.

(٥٥) CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrat., p. 4.

المبحث الثاني
مضمون الالتزام بإعادة التفاوض

عند البحث في مضمون الالتزام بإعادة التفاوض فإنه ينبغي أن يتم تحديد كيفية ممارسة هذا الالتزام بالتعرض لشروط قيامه وتطبيقه في المطلب الأول، ومن ثم دراسة محل هذا الالتزام وكيفية ممارسته عن طريق بحث الالتزامات المتفرعة عن عملية إعادة التفاوض وآثار ممارسته على العلاقة العقدية التي أصابها اختلال في التوازن العقدي في المطلب الثاني.

المطلب الأول
شروط تطبيق الالتزام بإعادة التفاوض

من الثابت أن مضمون الالتزام بإعادة التفاوض ذي الأصل التعاقدي يعتمد على صياغة الشرط نفسه الذي يقرره(٥٦). فللأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون الالتزام بإعادة التفاوض في هذه الحالة؛ حيث يحدد الأطراف شروط وكيفية إعادة التفاوض ووقته ومكانه وإجراءاته. وقد يقرر الأطراف أن الالتزام بإعادة التفاوض يشكل التزاماً بالوصول إلى نتيجة محددة أو مجرد التزام ببذل عناية. كما ينبغي أن يكون الشرط المقرر للالتزام بإعادة التفاوض واضحاً محدداً، وهو ما يجبر القاضي على تطبيق هذا الشرط بحذافيره، وهذا الشرط يحدد الأحداث التي قد تؤدي إلى إعادة التفاوض. كما قد يحدد هذا الاتفاق الشروط التي تسمح بمراجعة العقد وإعادة التفاوض عليه. فالأمر يتوقف على ما اتفق عليه المتعاقدان. وهذا المفهوم الاتفاقي يفرض عليهما أن يحددا بدقة ما يقصدانه من مختلف عناصر الشرط لتأمين التطبيق السليم للشرط بأن يحددا الأحداث والمقصود باختلال التوازن العقدي الذي ينتج عن تغير الظروف

---

(٥٦) د. سلام فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٣٢- ٣٣٩.

REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p. 228.

والاتفاق على مصير العقد في أثناء مدة التفاوض(٥٧). فالأطراف يسعون دائماً إلى استمرار علاقتهم العقدية والمحافظة عليها حتى استنفاذ غاياتها، وليس هناك ما يمنع المتعاقدين من النص على ذلك وتنظيمه في العقد نفسه. هذا الأمر قد يؤدي بالأطراف إلى وضع بعض الشروط التي تصمم من أجل تجنب الآثار السلبية لبعض التغيرات التي قد تحدث في المستقبل، وبحيث تشكل هذه الشروط أهم الأمور التي قد تنصب عليها المفاوضات العقدية. لأن الأطراف لا يقبلون الالتزام إلا بشرط أن يحصلوا على وسيلة تسمح بضمان بقاء التوازن العقدي على الرغم من أي تغيير يقع على المعطيات الأولية وقت التعاقد.

إذا كان وجود الالتزام بإعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي وشروط قيامه لا تثير مشكلة فإنه ينبغي بحث شروط إعادة التفاوض والالتزامات المتفرعة عنه إذا كان مصدره القضاء. فقد قررت المادة ٢/١١٣٥ من مسودة مشروع (CATALA) لإصلاح قانون الالتزامات أنه إذا لم يوجد شرط إعادة تفاوض يكون للطرف الذي فقد كل جدوى من العقد أن يطلب من رئيس محكمة البداية الكبرى أن يأمر بإجراء مفاوضات جديدة(٥٨). ثم تكرس الالتزام بإعادة التفاوض

(٥٧) د. سلام فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ٣٣٢، د. مصطفى شيحة، تحديد الثمن وتغييره في عقد المقاولة الدولي- نظرة في القانون الاقتصادي الدولي للأعمال، ندوة مقاولات الأعمال المدنية، منشورات مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٠٧- ١٨٤، ص ١٠٨.

(٥٨) Art. 1135-1 Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.
Art. 1135-2 A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.
Art. 1135-3 Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage. =

بمعيار فقدان الفائدة أو الجدوى من العقد الذي يعطي لأحد الأطراف حق الطلب من القاضي. في هذه الحالة يشترط لتطبيق إعادة التفاوض في العقود أن يكون هناك تغير في الظروف المحيطة في تنفيذ العقد، ولابد أن تكون هذه الظروف غير متوقعة من قبل المتعاقدين، والتغير في الظرف الذي يصاحب تنفيذ العقد ينبغي أن يكون تغيراً جوهرياً؛ أي أن يترتب على هذه الظروف اختلال التوازن في العقود؛ بأن يؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي في هذا العقد، كما يجب أن يكون عدم التوازن غير عادل.

لذلك تقتضي دراسة وجود الالتزام بإعادة التفاوض البحث في الشروط المتطلبة لقيامه. والبحث في هذه الشروط يظهر أن بعضها يتعلق بطبيعة الظروف التي تبرر إعادة التفاوض، كأن يكون هناك تغير في الظروف وأن يكون التغير غير متوقع، بينما يتعلق البعض الآخر بتأثير هذه الظروف على العلاقة العقدية نفسها؛ أي أن تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وأن يكون عدم التوازن هذا غير عادل.

الفرع الأول
الشروط الخاصة بطبيعة الظروف المبررة لإعادة التفاوض

لا بد أولاً أن يكون هناك تغير في الظروف في أثناء تنفيذ العقد وأن يحدث هذا التغير في العقود الزمنية والمستمرة، وأن يكون هذا التغير غير متوقع.

= REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p. 243, TESSALONIKOS A., MARTINEAU A.- K., La renégociation des contrats de communications électroniques, Petites affiches, 22 janvier 2007, n 16, p. 11., G. Rouhette G, La révision conventionnelle du contrat, RIDC, 1986, 369. Mainguy, Les obligations, op. cit., p. 87,

د. بشار ملكاوي، تأثر مبادئ العقد، مرجع سابق، ص ١٨٥.

أولاً – تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقود:

يجب لنشوء الالتزام بإعادة التفاوض أن يحدث تغير في الظروف والمعطيات الأولية التي كانت موجودة لدى إبرام العقد(٥٩)؛ بحيث تختلف هذه المعطيات عما كان عليه الحال لدى التعاقد. هذا الالتزام يظهر بالذات في العقود ذات المدة الطويلة، فلا شك أن العقد يتداخل في بيئة سياسية واقتصادية متغايرة وخصوصاً في حال وجود نزاعات أو في حال حدوث تغير في شروط السوق ومتطلباته أو تغير القيمة النقدية للعملة(٦٠)؛ حيث إن مدة بعض العقود تسمح بالاعتقاد أن تنفيذها يمكن أن يحدث مصاعب جمة ما دام العقد مستمراً أو أن تنفيذه يمتد بعد تاريخ انعقاده. هذه الظروف تؤدي غالباً إلى تغيير في الأعباء؛ مما يؤثر على محتوى العقد ويهدد بقاءه واستمراره؛ ذلك أن تنفيذ هذه العقود يمثل غالباً أهمية أساسية ليس للأفراد فقط بل للدولة التي ينتمي لها الأطراف أيضاً. ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون العقد متراخي التنفيذ؛ بحيث يمر بعض الوقت بين إبرام العقد ومرحلة تنفيذه وهو ما يمكن تصوره خصوصاً في العقود الزمنية أو مستمرة التنفيذ أو في عقود التوريد وجميع أشكال العقود الدورية أو حتى في العقود الفورية التنفيذ إذا كان تنفيذها مؤجلاً.

إن التمعن في القرارات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية التي قررت الالتزام بإعادة التفاوض يوحي بأن هذه القرارات قصرت هذا الالتزام على أنواع معينة من العقود خصوصاً عقود التوزيع؛ مما يعني صعوبة التوسع في نطاق هذا الالتزام. ولكن يلاحظ من خلال هذه القرارات أن الالتزام بإعادة التفاوض يقتصر على العقود الزمنية أو ذات التنفيذ المستمر التي يمكن أن يختل توازنها

(٥٩) د. بشار ملكاوي، تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية، مرجع سابق، ص ١٨٥، Fouchard P., L'adaptation des contrats, op. cit., p. 67., MAZEAUD D., Du nouveau sur l'obligation de renégociation, op. cit., p. 1756.

(٦٠) MAZEAUD D., Du nouveau sur l 'obligation de renégociation, op. cit., p. 1756-1757.

بسبب حدوث أمور وأحداث جديدة لا يمكن توقعها(٦١). فأصحاب هذا الاتجاه وسعوا من نطاق الالتزام بإعادة التفاوض ولم يقصروه على عقود التوزيع بل إنه يمتد ليشمل كل العقود الزمنية أو العقود التي يختل توازنها الاقتصادي بسبب تغير الظروف مهما كان نوع العقد، فليس مهماً – إذاً – نوع العقد وطبيعته بل انعدام التوازن أو اختلاله بسبب تغير الظروف.

وغالباً ما تكون صيغة شرط إعادة التفاوض أنه في حال تغير الظروف خلال تنفيذ العقد أو أن الوضع العام الذي كان موجوداً لدى التعاقد خضع لتغيرات مهمة أو أن الظروف التي استند إليها الأطراف لحظة التعاقد تطورت بحيث أن أحد الأطراف يخضع لصرامة أو شدة الظروف لدرجة أننا لا نستطيع أن نطلب منه أن يتحمل نتائجها، لذلك قد يتفق الأطراف لإعادة ملائمة الشروط مع الوضع الجديد بشكل عادل للمتعاقدين، ويصاغ شرط إعادة التفاوض بشكل عام، بحيث لا يحدد حصول حدث أو أمر معين بالذات كسبب لإعادة التفاوض على العقد، لكنه ينصب على كل ما يحدث من تعديل أو تغيير في الظروف العامة أو المعطيات أو الظروف التي تم التعاقد بناء عليها.

ومن المسلم به أن الطرف المتضرر من عدم التوازن العقدي لا يستطيع اللجوء لإعادة التفاوض إلا إذا كان تغير الظروف قد تم خلال تنفيذ العقد، فلا يوجد التزام بإعادة التفاوض إذا كان عدم التوازن الذي يمس العقد موجوداً منذ التعاقد(٦٢). ومن هنا فإن الحديث يدور عن التغير في الظروف الذي يحدث بعد التعاقد كأساس للالتزام بإعادة التفاوض، ويتحدد نطاق هذا الالتزام بما يخص الاختلال الحاصل أثناء تنفيذ العقد وبعد إبرامه ولا يشمل بأي حال عدم التوازن الذي كان موجوداً أصلاً وقت إبرام العقد. وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه حيث رسم حدوداً زمنية للالتزام بإعادة التفاوض بحيث أن المتعاقد الذي يدعي

(٦١) MAZEAUD D., Du nouveau sur l 'obligation de renégociation, op. cit., p. 1756-1757.

(٦٢) MAZEAUD D., Du nouveau sur l 'obligation de renégociation, op. cit., p. 1756-1757.

عدم التوازن الاقتصادي للعقد يجب أن يثبت أن الاختلال وقع في أثناء تنفيذه، لذلك لا يمكن مراجعة عقد فيه اختلال منذ إبرامه ولو كان العقد غير متوازن منذ لحظة المفاوضات التي تمت بشكل حر ونزيه قبل إبرامه؛ حيث لا ينصب إعادة التفاوض إلا على العقود التي أدى التغير في الظروف في أثناء تنفيذ العقد إلى تغير في المعطيات الأولية التي كانت موجودة منذ التعاقد.

وعلى النهج نفسه سارت مبادئ اليونيدروا ومبادئ القانون الأوروبي للعقود التي أكدت أن التغير في الظروف يجب أن يحدث بعد إبرام العقد؛ بحيث إن عدم التوازن الموجـود منذ لحظة إبرام العقد الذي يستمر في أثنـاء تنفيذه لا يبرر إعادة التفاوض. كما يقرر القانون المدني الأردني فيما يخص نظرية الظروف الطارئة وجوب أن يكون الحدث غير متوقع وقت انعقاد العقد.

ثانياً – أن يكون التغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقود غير متوقع:

يجب أن يكون الحدث المنشئ للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود بموجب نظرية الظروف الطارئة حدثاً غير متوقع وقت انعقاد العقد. ومعيار التوقع هنا معيار موضوعي يتمثل بالشخص العادي الذي لو وجد في الظروف نفسها لما أمكنه توقع الحادث. ويقصد بعدم التوقع عدم استطاعة أي من المتعاقدين التنبؤ بحدوث ظروف معينة، أو بوقت حدوثها، أو النتائج المترتبة على هذه الظروف.(٦٣)، ويترتب على هذا أنه ليس في وسع أحد الطرفين أن يتمسك ويتعلل بتغير الظروف الذي كان هو السبب فيه(٦٤). أما إذا حدد المتعاقدان ظرفاً بذاته فهذا لا يعني توقعهما ضرورة حدوثه، وحتى لو وقع هذا

(٦٣) بشار ملكاوي، تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية، مرجع سابق، ص ١٨٤، عدنان السرحان نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، ص ٢٥٨، OPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances: La clause de Hardship, op. cit., p. 799., REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p. 243.

(٦٤) MAZEAUD D., Du nouveau sur l'obligation de renégociation, op. cit., p. 1756.

الظرف بشكل فعلي، فإنه لا يمكن القول بأنهما قد توقعا نتائجه وآثار هذه النتائج على العقد. كل ما يشترط أن يكون هذا الظرف خارجاً عن إرادة الطرفين. وبناء عليه فإن عدم التوقع يشمل كل حدث يخرج عن سيطرة الأطراف حتى وإن توقعوه ما دام لا يمكن أن يطلب منهم عقلاً أن يأخذوه بعين الاعتبار وقت إبرام العقد(٦٥). فهو لا يعود إلى الطرفين أو إلى أحدهما بل إلى أمر خارجي؛ مما يوجب البحث في إمكان هذا الطرف أن يتوقع هذا التغير في الظروف أو نتائجها. كما قد لا يكون هذا الحدث مما لا يمكن تجنبه بحسب المعايير التقليدية، لكنه يشل تنفيذ العقد بسبب عدم التوازن الذي يحدثه، لكن شرط إعادة التفاوض يسمح بشكل أفضل بتقدير عدم التوازن لأنه يكفي فيه أن تتم المقارنة بين الأعباء والفوائد.

الفرع الثاني
الشروط الخاصة بأثر تغير الظروف على العملية التعاقدية

لا شك أن التغير في الظروف الذي يبرر وجود الالتزام بإعادة التفاوض يجب أن يكون له تأثير على العقد بأن يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، وأن يكون عدم التوازن الناتج منه غير عادل.

أولاً – أن يؤدي التغير في الظروف إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد:

يشترط لقيام الالتزام باعادة التفاوض أن يكون تغير الظروف الذي يبرر هذا الالتزام جوهرياً؛ مما يعني ضرورة البحث في نتائج التغير الواقعة على العقد بأن يؤدي هذا التغير إلى قلب التوازن الاقتصادي في العقد. فقد يحدث تغير في الظروف من غير أن يترك أثراً على التوازن العقدي، وفي هذه الحالة لا يوجد ما يلزم بإعادة التفاوض. والتغيير في الأحداث أو المعطيات التي تؤدي إلى المساس بالعقد وتوازنه هو فقط ما يسمح بمراجعة هذا العقد، من ثم يجب

(٦٥) د. أمجد منصور، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٣.، د.عدنان السرحان، د.نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

أن يؤدي تغير الظروف إلى نتائج مهمة وأساسية، تختلف عما كان الطرفان قد توقعاه عند التعاقد؛ فهو ليس العقد نفسه الذي أبرماه(٦٦)، ويعني هذا الشرط وجوب أن يؤدي إلى إحداث عدم توازن خطير ينجم عنه عدم التكافؤ بين مراكز طرفي العقد سواء من الناحية الواقعية أو القانونية. وقد نصت المادة (٦) من مبادئ اليونيدروا "Unidroit" على أنه "يوجد شرط المشقة عندما تطرأ أحداث تفسد بصورة أساسية التوازن القائم بين أداءات الأطراف، إما لأن تكلفة تنفيذ الالتزامات قد تضاعفت وإما لأن قيمة الأداء المقابل قد نقصت". فالعقود التي تمتد آثارها على مدى فترة من الزمان من الممكن أن يحصل بعد إبرامها تغير غير متوقع للظروف فتخل بالتوازن الأولي وتحدث نتائج أو مصاعب في تنفيذه؛ بحيث يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً أو أكثر صعوبة أو مكلفاً، فهل بالإمكان الأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف؟ وكيف يتم ذلك؟ ووفقاً لنظرية الظروف الطارئة التي قررها القانون المدني الأردني يجب أن يؤدي الحدث الاستثنائي العام وغير المتوقع إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، وذلك بأن يلحق بالمتعاقد خسارة جسيمة إذا أجبر على تنفيذه، فلا يشترط أن يؤدي ذلك إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. فكرة الإرهاق هي فكرة موضوعية بحسب ظروف الصفقة نفسها و ليس ذاتياً بحسب ظروف المتعاقد نفسه(٦٧).

ثانياً – أن يكون عدم التوازن غير عادل:

الإشارة إلى العدالة أمر ملحوظ في شرط إعادة التفاوض؛ لأنه يضفي عنصر العدل في تقنية مراجعة العقد وإعادة ملاءمته؛ ذلك أن عدم إمكانية تنفيذ العقد الناتجة من تغير في المعطيات الفنية أو الاقتصادية لا يكفي؛ حيث يجب

(٦٦) OPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances: La clause de Hardship, op. cit., p. 795.

(٦٧) د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٥٧، د. يوسف عبيدات، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١١، د. أمجد منصور، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٣.

أيضاً عدم إخضاع أحد الأطراف وتحميله عبئاً أو صرامة وشدة غير عادلة، من ثم فإن هذا الشرط يهدف إلى إعادة عدالة تم فقدها بسبب الظروف الجديدة، وهذا يعطي جانباً أخلاقيا للتعامل(٦٨).

المطلب الثاني
كيفية ممارسة إعادة التفاوض وآثارها

بمجرد توافر الشروط اللازمة لإعادة التفاوض والمحددة في اتفاق الطرفين أو بموجب قرار قضائي يجب البدء بتنفيذ عملية إعادة التفاوض. لكن كيف يتم تنفيذ عملية إعادة التفاوض وممارستها؟ وهذا ما يوجب دراسة الالتزامات المتفرعة عن هذا الالتزام في الفرع الأول، والآثار الناجمة عن ممارسته في الفرع الثاني.

الفرع الأول
الالتزامات المتفرعة عن عملية إعادة التفاوض

يقع على عاتق المتعاقدين، عند إعمال الالتزام بإعادة التفاوض وتوافر شروطه، العديد من الالتزامات، منها: الالتزام بالأخطار والالتزام بالدخول بعملية التفاوض، والالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية عند إعادة التفاوض، والالتزام بالتعاون، وأخيراً الالتزام بتخفيف الضرر الذي ينتج عن تغير الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد.

أولاً – الالتزام بالإخطار:

يجب على الطرف الذي يعتقد باجتماع شروط إعادة التفاوض بالنسبة إليه أن يخطر أو ينبه المتعاقد معه بوقوع الحدث أو الظرف الذي كان سبباً في تغير الأحوال ومدى العبء أو الشدة (Rigeur) الذي يخضع له والوسائل المقترحة

(٦٨) د. بشار ملكاوي، تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية، مرجع سابق، ص ١٨٤.

لعلاجه[٦٩]، على أن يتم إخطار الدائن في أسرع وقت ممكن بوقوع ذلك الحدث وتقديم جميع الإثباتات والمستندات التي تؤكد حقيقة الحدث الذي استجد، وعليه أن يخطره أيضاً بالحلول المقترحة من أجل مواجهتها[٧٠]. وقد نصت قواعد اليونيدروا في المادة (١-٩) على وجوب الإخطار لكنها لم تشترط طريقة معينة له. فغالباً ما يقرر الالتزام بإعادة التفاوض أن الطرف الذي يعد نفسه مغبوناً أو أن شروط مراجعة العقد قد توافرت لديه يجب أن يخطر الطرف الآخر بحصول الحدث الذي كان سبباً في تغير الظروف ومن ثم في اختلال التوازن العقدي ومدى العبء الذي يخضع له بسبب هذا التغير والوسائل المقترحة لمعالجة هذا الاختلال، وعلى الطرف الآخر أن يعبر عن موقعه خلال مدة قصيرة. عدة فروض يمكن أن تنشأ في هذه الحالة: إما أن يقبل المتعاقد الذي وجه إليه الإخطار بالاقتراح المعروض عليه وإما أن يطلب اجتماعاً مع الطرف الآخر لمناقشته، وإما أن يرفض مقابلة الطرف الآخر أو يعمد إلى عدم الرد على إخطاره. وعلى الطرف الآخر أن يبين موقفه خلال مدة وجيزة؛ حيث نكون عادة أمام عدة فروض: فقد يقبل الطرف المستلم للإخطار بالاقتراح المقدم له، أو قد يرغب بلقاء مع شريكه لمناقشة ذلك. وقد يرفض مقابلة الطرف الآخر إما بشكل صريح وإما بمجرد عدم الرد على الإخطار. كما قد يقوم الطرف الذي يدعي تغير الظروف بمخاطبة محكم محايد، ويكون على المحكم تحديد الشدة المذكورة إذا ما كانت تجمع المتطلبات المشترطة لإعادة التفاوض أم لا تجمعها، وإذا رأى أنها غير مجتمعة بقي العقد سارياً منتجاً لكل آثاره، أما إذا كان العكس فإنه يقرر الذهاب إلى مرحلة التفاوض[٧١].

---

(٦٩) DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L'après- contrat, op. cit., p 244, Cedras j., L'obligation de négocier, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, Nº2, 1985, p. 264.
REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit, p. 247.

(٧٠) REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit, p. 247.

(٧١) REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit, p. 247.

ثانياً – الالتزام بالدخول في المفاوضات:

عند اجتماع شروط مراجعة العقد المتفق عليها بين الأطراف أو قرر القاضي أو المحكم باجتماعها فإنه يكون على الأطراف الانتقال إلى مرحلة ثانية تتمثل في الالتزام بالدخول في المفاوضات من أجل ملاءمة العقد للظروف المستجدة. هذا الالتزام يجد مصدره إما في اتفاق الطرفين وإما في قرار القاضي أو المحكم. وهذا الالتزام يكون التزاماً بنتيجة، ومخالفته توجب قيام المسؤولية العقدية والتعويض.

ويتضمن هذا الالتزام ضرورة التقابل والبحث وتبادل الاقتراحات ووجهات النظر حول الآثار التي أحدثتها الظروف غير المتوقعة(٧٢) وكيفية التغلب عليها ويتم ذلك بتقديم اقتراحات جدية(٧٣). و يمثل رفض أحد الطرفين المتعاقدين للدخول في عملية التفاوض خرقاً لشرط إعادة التفاوض. وفي حالة اتفاق الطرفين على جزاء معين يتم إعماله عند مخالفة شرط إعادة التفاوض.

على الرغم من أن الالتزام بمجرد الدخول في المفاوضات يعد التزاماً بنتيجة، لكن أيلتزم الأطراف بإجراء المفاوضات فقط أم بالوصول إلى اتفاق؟ لا شك انه من الصعب وضع التزام على عاتقهم بالوصول إلى نتيجة؛ لأن الوصول إلى تلك النتيجة أمر احتمالي ولا يمكن رده إلى خطأ أحد الأطراف. لكن الالتزام بحسن النية أو حتى إرادة الأطراف المتمثلة بما يرد في شروط إعادة التفاوض يفرض على الأطراف التزامات متبادلة بوجوب تقديم اقتراحات معقولة وقبول أي اقتراح معقول تحت طائلة المسؤولية العقدية. وما لم يتم الوصول إلى نتيجة من

---

(٧٢) د. وفاء مزيد فلحوط، المشكلات القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مرجع سابق، ص ٦٩.

Terre, op. cit., p 437, Cedras j., L'obligation de négocier, op. cit, p. 284., DUMONT M-P.

(٧٣) CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L'après- contrat, op. cit., p. 244.

إعادة التفاوض يبقى العقد القديم مستمراً في إنتاج آثاره[٧٤]. والأطراف هم من يجب أن يتقابلوا ويتفاوضوا على التعديلات الواجب عملها على العقد، لكن لا يوجد ما يمنع الأطراف من ترك القرار إلى شخص من الغير كالخبير أو القاضي أو المحكم. ويجب أن يتم تكليف الغير صراحة بذلك. والقاضي لا يمكن من تلقاء نفسه أن يقوم بذلك وأن يحل محل إرادة الأطراف وأن يعدل العقد. ولا يمكن له بغياب إرادتهم أن ينصب خبيراً، من أجل ذلك إذا لم يتمكن الأطراف من الاتفاق على تعديل العقد فإنه يمكن لأحدهم اللجوء إلى محكم والطلب منه تحديد الشروط الجديدة للعقد[٧٥]؛ حيث إن من حق الطرف الذي يشعر أنه قد أصبح مغبوناً بسبب تغير الظروف التي تفقد العقد أي فائدة بالنسبة إليه أن يلجأ للقاضي ويطلب إعادة التفاوض. وإذا تمت المفاوضات بحسن نية وباللجوء إلى محكم مستقل ومع ذلك لم يتم التوصل إلى اتفاق من ثم لم يعد بالإمكان الوصول إلى علاقة عقدية متوازنة فإن العقد يتم فسخه بسبب خلل المفاوضات. لكن إذا كان الأطراف ملزمين بالدخول في المفاوضات فهل هم ملزمون بالتوصل إلى نتيجة ناجحة لهذه المفاوضات؟ وهو ما ينقلنا إلى مرحلة تالية هي مرحلة التفاوض ذاتها.

ثالثاً – الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في عملية إعادة التفاوض:

بمجرد الانتهاء من هذه المرحلة إما بقبول الجلوس مع المتعاقد الآخر لإعادة التفاوض وإما بإلزام القاضي أو المحكم له بذلك يتم الانتقال إلى المرحلة التالية، وهي عملية التفاوض ذاتها التي يحكمها الالتزام بالتفاوض بحسن نية، حيث يلتزم المتعاقدان بتقديم اقتراحات جديدة ومعقولة وقبول هذه الاقتراحات

(٧٤) CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrats, p. 8- 10, FAGES B., Le comportement du contractant, op. cit., p. 427., REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op cit., p. 243.

(٧٥) FAGES B., Le comportement du contractant, op. cit., p. 428, REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op cit., p. 243.

إذا ثبتت جديتها. وهو التزام مزدوج يتمثل أولاً بالالتزام بإجراء عملية إعادة التفاوض وثانيا الالتزام بحسن النية في أثناء عملية التفاوض(٧٦).

كما يفرض هذا الالتزام على الأطراف أن يتم فتح مفاوضات حول العقد وأن يتم التصرف بحسن نية خلال هذه المفاوضات بتقديم اقتراحات جدية خلال مدة معقولة. الالتزام بحسن نية لا يفرض على الأطراف التعاقد أو التضحية ببعض الأمور، وإنما يهدف إلى تصحيح عدم التوازن العقدي؛ فهو التزام بنتيجة يتضمن وجوب القيام بفتح مفاوضات حول الشروط العقدية المتفق عليها ولكنه لا يتضمن إجبار الطرف على إبرام اتفاق(٧٧). كما أنه ليس للقاضي سلطة إعادة صنع العقد بدلاً من الأطراف.

رابعاً – الالتزام بالتعاون وتخفيف الضرر:

يعد هذا الالتزام من قبيل الالتزام ببذل عناية(٧٨)؛ حيث يفرض على عاتق كل طرف أن يظهر الحرص المعتاد من أجل تنفيذ التزاماته العقدية، ويتمثل في الالتزام بتخفيف الضرر أو الالتزام بالحد من الخسائر التي تنجم عن تغير الظروف بأن يبذل كل متعاقد ما في وسعه واستطاعته وباستخدام جميع الوسائل المعقولة للحد من الخسائر وتخفيف الضرر الذي قد ينجم عن تغير الظروف.

ولا شك أن مضمون ومدى الالتزام بإعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي يقرر وفقاً لما ورد في العقد؛ فقد يعطي الأطراف لهذا الالتزام طابع الالتزام

---

(٧٦) Cedras j., L'obligation de négocier,op. cit., p. 284, Terre, op cit., p. 437

(٧٧) CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrats., op. cit., p 3, REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p 247

(٧٨) د. محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٩٩٥، ص ١٠٧، د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقود، مرجع سابق، ص ٤٢٦، د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، مرجع سابق، ص ٧٤، FAGES B, Le comportement du contractant, op. cit., p. 427

بنتيجة أو على العكس يمكن لهما أن يقصراه على الالتزام ببذل عناية، لكن الأصل أن الأطراف ليسوا ملزمين بالتوصل إلى اتفاق. كما أن وجود شرط إعادة التفاوض لا يفرض قبول التعديلات كما لا يفرض مراجعة العقد بل يسمح فقط بإمكانية إعادة التفاوض وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ٣ أكتوبر ٢٠٠٦[٧٩]. في هذه القضية كان الطرفان قد أبرما عقد بيع يتضمن شرطين لإعادة التفاوض، وخلال سنتين من إبرامه ارتفع سعر الغاز بشكل كبير. لذلك قدم المدين بتوريد الغاز عدة اقتراحات لمراجعة السعر للمتعاقد الآخر، ولكن الأخير رفض ثم قام الدائن بالادعاء على المدين مطالباً بفسخ العقد. وقررت محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية أن المتعاقد غير ملزم بأي شكل بقبول التعديلات المقترحة على العقد وأن الأطراف غير ملزمين بمراجعة العقد، لكنها قررت إمكانية حدوث ذلك. كما قررت أنه لا يمكن أن ينسب إلى المتعاقد الذي يرفض مراجعة العقد أي خطأ مهما كان مقدار عدم التوازن الاقتصادي للعقد.

لكن السؤال يثار حول مصير العقد خلال مرحلة التفاوض بمجرد الأخطار حتى انتهاء التفاوض؟ أيتم إيقافه أم أنه يستمر بالنفاذ طيلة مرحلة التفاوض؟ هذا ما يدعونا إلى دراسة آثار ممارسة عملية إعادة التفاوض.

الفرع الثاني
الآثار القانونية المترتبة على ممارسة عملية إعادة التفاوض

يترتب على ممارسة عملية إعادة التفاوض سواء كان ذلك استناداً للشرط الاتفاقي الذي يقرره أم بموجب قرار القاضي أو المحكم عدة آثار ونتائج قانونية تختلف بحسب نتيجة عملية إعادة التفاوض ومصير العقد في أثناء تلك المرحلة. حيث إن عملية إعادة التفاوض إما أن تؤول إلى نتيجة إيجابية تتمثل بنجاح المفاوضات حول الشروط العقدية الجديدة ومن ثم يتم الإبقاء على العلاقة

(٧٩) CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrats,op. cit., P. 3.

العقدية واستمرارها وهو ما قد يميل الأطراف إلى تحقيقه خصوصاً في عقود التجارة الدولية لما لهذه العقود من أهمية بالغة ولقيمتها الاقتصادية المرتفعة.

لكن المفاوضات قد لا تفضي إلى نتيجة إيجابية بل إن الأطراف قد يصلون إلى طريق مسدود وإلى فشل عملية إعادة التفاوض، وعندئذ لا مفر أمامهم من اللجوء إلى القضاء أو إلى المحكم الذي قد يحكم بالفسخ أو يلزم الأطراف التفاوض للتوصل إلى حل للعلاقة العقدية التي اختل توازنها.

ففي نهاية المطاف لابد أن تسفر مرحلة إعادة التفاوض عن نتيجة ما، قد تكون هذه النتيجة إما التوصل إلى اتفاق بشأن هذه المفاوضات ومن ثم نجاح عملية إعادة التفاوض، وإما عدم التوصل إلى اتفاق وهذا يعني فشل عملية إعادة التفاوض. وإذا انتهت عملية إعادة التفاوض إلى الفشل فإن للمورد والمستورد أحد خيارين إما اللجوء إلى التحكيم لفض هذا النزاع وإما إنهاء العقد عن طريق فسخه بما يعنيه ذلك من خسارة فادحة لكليهما. بعد دراسة مضمون الالتزام بإعادة التفاوض لا بد من دراسة صور الإخلال بهذا الالتزام وإذا ما كان هنالك خصوصية لهذا الالتزام تتجلى في نوع الجزاء الممكن تصوره نتيجة الإخلال به.

أولاً – صور الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض:

تتعدد صور الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض تبعاً لاختلاف مضمون هذا الالتزام ومحله المتعدد ونظراً لطبيعته القانونية المزدوجة؛ ذلك أن الالتزام بإعادة التفاوض يشكل التزاماً ببذل عناية وبتحقيق نتيجة في آن واحد، فهو يتكون من شقين: الالتزام ببدء المفاوضات أو بالدخول فيها من ناحية، والالتزام بالتفاوض بحسن نية من ناحية أخرى(٨٠)، ويتفرع عن هذين الالتزامين عدة التزامات

(٨٠) د. محمد عبدالعال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٢١، د. محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود، مرجع سابق، ص١٠٧ REIFEGERSTE S., Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit., p. 247, Cedras j., l'obligation de négocier, op. cit,p. 285.

أخرى، ولا شك أن الالتزام ببدء المفاوضات والدخول فيها يشكل التزاماً بنتيجة؛ بحيث إن المتعاقد يعد مخلاً بالتزامه بإعادة التفاوض إذا امتنع عن الدخول في المفاوضات، وهو ما يثير مسؤوليته العقدية. فالاتفاق المتضمن لإعادة التفاوض ينشئ التزاماً فورياً بالتفاوض على العقد أو ببدء المفاوضات ومناقشة الشروط الجديدة للعقد(٨١). فإذا قام المتعاقدان بتنفيذ التزامهما بالدخول في المفاوضات ولو لم يتوصلا إلى نتيجة فلا يمكن تصور وجود إخلال بهذا الالتزام، ومن ثم فلا مسؤولية عليه. أما إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه بالدخول في المفاوضات فإنه تقوم مسؤوليته عن ذلك.

أما الشق الثاني فيتمثل في الالتزام بالتفاوض بحسن نية وهذا الالتزام يشكل التزاماً ببذل عناية(٨٢) بأن يتقدم باقتراحات جدية ومعقولة وبأن يتعاون مع المتعاقد الآخر وأن يتم إدارة المفاوضات بنزاهة. وفي هذا المجال قد يصعب – في أحيان كثيرة – اعتبار المتعاقد مخلاً بالتزامه بإعادة التفاوض ما لم يتم إثبات سوء نيته وعدم إدارته لعملية إعادة التفاوض بحسن نية، وهو أمر ليس من السهل إثباته، لكن يمكن تصور أن قيام المتعاقد بالرفض المستمر للاقتراحات المقدمة أو تقديم اقتراحات غير جادة يشكل إخلالاً لالتزامه بالتفاوض بحسن نية.

كما قد تتمثل صور الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض بعدم احترام الواجبات وعدم تنفيذ الالتزامات المفروضة بشكل عام في أي نوع من المفاوضات، مثل الإخلال بالالتزام بالإعلام المفروض على الطرفين؛ حيث يلتزم كل طرف بالإفصاح عن كل ما يملكه من معلومات تخص العملية التعاقدية حتى

---

(٨١) د. محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٨٢) د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقود، مرجع سابق، ص٤٢٦، د. محمد دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود، معهد الإدارة العامة، الرياض، ص ١٠٧،

FAGES B, Le comportement du contractant, op. cit., p. 427.

يتمكن الطرف الآخر من التعاقد بإرادة حرة ومستنيرة(٨٣)، ولذلك إذا أخفى المتعاقد واقعة معينة ذات أهمية بالنسبة إلى الطرف الآخر فإنه يعد مخلاً بالتزامه بالإعلام ومخلاً في الوقت نفسه بالتزامه بالتفاوض بحسن نية(٨٤).

كما قد يتمثل الإخلال الذي يقيم مسؤولية المتعاقد في مخالفة الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التي قد يتحصل عليها في أثناء تنفيذ العقد أو في أثناء المفاوضات(٨٥). كذلك يجب على المتعاقد بموجب التزامه بالتفاوض بحسن نية ألا يلجأ إلى قطع المفاوضات أو الانسحاب منها بشكل تعسفي أو مفاجئ وإلا عد مسؤولاً عن ذلك. وينبغي القول إن الالتزام بإعادة التفاوض لا يفرض ضرورة الوصول إلى نتيجة أو إعادة تكوين عقد جديد أو حتى تعديل العقد السابق، بل يقتصر مضمون هذا الالتزام على إجبار المتعاقدين على التفاوض بحسن نية حول المعطيات المستجدة التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي(٨٦)، ونتيجة لذلك قد تنجح المفاوضات وقد تفشل، وهو ما يساهم في تحديد مدى مسؤولية المتعاقدين ونوع الجزاء المترتب في حالة الإخلال بهذا الالتزام.

ولا شك أن هناك خصوصية لمضمون الالتزام بإعادة التفاوض والمصدر الذي ينبثق منه. هذه الخصوصية تساهم في تحديد صور الإخلال بهذا الالتزام. فالالتزام بإعادة التفاوض ليس التزاماً ينشأ قبل إبرام العقد كما في المفاوضات قبل التعاقدية، بل إنه التزام يجد مصدره في عقد مبرم سابقاً، إما بموجب شرط

(٨٣) د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مرجع سابق، ص ٨١.

(٨٤) د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٨٥) د. هاني سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص ٢٥، د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مرجع سابق، ص ٧٠- ٧٤.

(٨٦) Cedras J., L'obligation de négocier, op. cit., p. 285., CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrats, p. 3.

أو بند يتفق عليه المتعاقدان لدى إبرام العقد، وبحيث يقرر وجوب إعادة التفاوض في حال حدوث أمور محددة ضمن الاتفاق نفسه أو بموجب قرار قضائي يستند إلى حسن النية في ذلك العقد(٨٧). فكون الالتزام بإعادة التفاوض يجد مصدره في أغلب الأحوال بالتزام عقدي بالتفاوض، فإن تحديد مدى الإخلال به يكون أسهل مما هو عليه الحال فيما لو لم يوجد مثل هذا الالتزام التعاقدي بالتفاوض. وبغض النظر عن الخلاف الذي نشأ حول طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالمفاوضات قبل العقدية ومن ثم أتشكل مسؤولية عقدية أم تقصيرية(٨٨)، فإنه يمكن القول إن هذا الجدل لا يجد مكانه في كثير من الحالات فيما يخص عملية إعادة التفاوض؛ ذلك أن هذا الالتزام ذو أصل اتفاقي في أغلب الحالات بوجود ما يسمى بشرط إعادة التفاوض وحتى في ظل غياب هذا الشرط فإن القاضي يلجأ إلى تكريس هذا الالتزام بالاستناد إلى حسن النية في تنفيذ العقد المبرم سابقاً.

ثانياً – صور الجزاء عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض:

رأينا أن صور الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض متعددة وتشكل في أغلب الحالات إخلالاً بالتزام عقدي، مما يثير المسؤولية العقدية للمتفاوض على أساس الإخلال بالعقد أو الاتفاق المبرم بينهما، لكن أيعني تقرير المسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض إمكانية قبول جميع أنواع الجزاء المقررة وفقاً للقواعد العامة من تنفيذ عيني أو فسخ أو تعويض، أم أن هناك خصوصية لهذا الالتزام تظهر في نوع الجزاء الممكن تقريره في هذه الحالة؟ فهل يمكن أن يتم

(٨٧) د. سلام فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٣٩، د. مصطفى شيحة، مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٨٨) د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٦. د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي، مرجع سابق، ص ٤٨. د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مرجع سابق، ص ٨٨. د. هاني سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص ٣٢.

إجبار المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بإعادة التفاوض على تنفيذ التزامه عيناً عن طريق القضاء؟ وهل يمكن مثلاً الحكم بوجوب دخوله في مفاوضات جديدة أو بمواصلة المفاوضات بحسن نية إذا كان تم قطعها بشكل مفاجئ؟

لا شك أن التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض يقتضي إلزام أحد الأطراف بالتفاوض حول مضمون العقد من أجل إعادة التوازن إليه. كما يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية. هذا الحل ممكن ومقبول من الناحية النظرية وهو ما تقرره المادة ١١٤٢ من القانون المدني الفرنسي، التي لا تعد عائقاً لتطبيق هذا الحل. لكننا نصطدم بفكرة أن الطرف الذي يجبر على التفاوض لن يكون متمتعاً بروح التعاون في أثناء تنفيذ العقد. ومن الصعب قبول إمكانية إجبار الطرف الآخر على التنفيذ العيني؛ أي إجباره على إبرام عقد جديد(٨٩).

كما لا يجوز إجباره على مواصلة المفاوضات وتنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض عيناً؛ لأن خصوصية هذا الالتزام تتمثل في أنه يقتضي لإتمامه ضرورة التدخل الشخصي من كلا الطرفين وهو ما قد يستحيل إذا أصرّ الطرف الآخر على رفضه لمساس ذلك بحريته الشخصية.

كما أن الالتزام بإعادة التفاوض لا يجبر المتعاقد على ضرورة التوصل إلى اتفاق نهائي أو إبرام عقد جديد، بل يلزمهما فقط بالتفاوض؛ مما يعني أن التنفيذ العيني يمكن أن يقتصر على إلزامه بالدخول في المفاوضات أو ببدء المفاوضات وليس الالتزام بالوصول إلى نتيجة إيجابية من عملية إعادة التفاوض؛ لأن القاضي لا يمكنه أن يحل إرادته محل إرادة المتفاوض الممتنع عن إعادة التفاوض. لذلك تبدو عدم فعالية هذه الوسيلة بشكل أكثر وضوحاً عندما نأخذ بعين الاعتبار أن الطرف الذي رفض إعادة التفاوض على العقد لم يعد مهتماً بهذا العقد ولا يمثل قيمة عالية بالنسبة إليه، بل إنه يميل إلى إنهائه والخلاص منه؛ مما قد يؤدي به إلى تعمد إطالة المفاوضات(٩٠).

---

(٨٩) Courdier- Cuisnier A - S, Solidarisme contractuel, LITEC, 2006, p. 569., DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L'après- contrat, p. 243

(٩٠) Courdier- Cuisnier A - S, Solidarisme contractuel, op. cit., p. 569.

وقد لخصت كل من المبادئ الأوروبية حول قانون العقود ومبادئ الـ (Unidroit) ومسودة مشروع إصلاح قانون الالتزامات الفرنسي (CATALA) الجزاءات الممكن تصورها في حال الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض أو في حال فشل المفاوضات. فقد نصت المادة السادسة من المبادئ الأوروبية حول العقود على أن الأطراف يلتزمون بإجراء المفاوضات بهدف إعادة ملاءمة العقد أو وضع حد له إذا أصبح تنفيذه مكلفاً لدرجة جسيمة بالنسبة إلى أحدهم بسبب تغير الظروف الذي وقع بعد إبرام العقد والذي لا يمكن توقعه بشكل معقول لحظة إبرام العقد ولا يستطيع المتعاقد أن يتحمل نتائجه. ثم قررت المادة السابقة أنه في ظل غياب الاتفاق بين الأطراف يتم اللجوء إلى المحكمة. وقد قررت المادة الثانية من هذه المبادئ أن الأطراف لهم مطلق الحرية في التفاوض ولا تثور مسؤوليتهم إذا لم يتوصلوا إلى نتيجة أو إلى اتفاق. مع ذلك إذا قام أحد الأطراف بإدارة المفاوضات أو قطعها بشكل تعسفي أو مخالف لمقتضيات مبدأ حسن النية فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للطرف الآخر. أما المادة السادسة من مبادئ اليونيدروا فقد قررت أنه في حال الظروف الشاقة، للطرف المتضرر من هذه الظروف أن يطلب فتح المفاوضات أو البدء فيها. ثم قررت فيما بعد أن هذا الطلب لا يؤدي إلى إعطاء المتعاقد المتضرر من الظروف الشاقة حق وقف العقد أو وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه. وفي حال غياب الاتفاق بين الأطراف وخلال مدة معقولة لهذا الطرف أو ذاك أن يلجأ للمحكمة.

وإذا قررت المحكمة وجود الظرف الشاق وإذا رأت ذلك معقولاً ومناسباً فإن لها أن تضع حداً للعقد بالتاريخ والشروط أو أن تراجع العقد بهدف إعادة التوازن بين الأداءات. لذلك نلاحظ أنه إذا كانت مبادئ اليونيدروا تعطي الحق للأطراف بإعادة التفاوض والدخول في المفاوضات لمراجعة العقد، فإن المبادئ الأوروبية تلزمهم ذلك(٩١)، ولا شك أن هنالك فارقاً كبيراً بين إمكانية إعادة التفاوض والالتزام به.

(٩١) KESSEDJIAN C., "Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l'Unidroit", (1995) 84 Rev. crit. dr. internat. Privé, 641, 668.

كما يلاحظ أن كلاً من مبادئ اليونيدروا والمبادئ الأوروبية يضع الشروط نفسها لقيام حالة الظرف الشاق المبررة لإعادة التفاوض، لكن مبادئ اليونيدروا تتطلب أيضاً أن تكون الظروف الشاقة خارجة عن سيطرة الطرف الذي لحقه الظرف الشاق(٩٢).

أما عن مسودة مشروع إصلاح قانون الالتزامات الفرنسي (CATALA) فقد قرر أنه في حال تغير الظروف غير المتوقع ولم يكن بالإمكان تجاوزه؛ بحيث يجعل تنفيذ العقد مكلفاً بشكل فاحش بالنسبة إلى أحد الأطراف، يمكن لهذا الطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض. لكن عليه أن يستمر بتنفيذ العقد خلال عملية إعادة التفاوض. ثم قرر المشروع أنه في حال رفض إجراء عملية إعادة التفاوض أو في حال فشلها – للقاضي – إذا وافق الأطراف على ذلك – أن يقوم بمراجعة العقد وإلا فله أن يضع حداً للعقد بالتاريخ والشروط التي يقررها(٩٣).

قد يترتب على عملية إعادة التفاوض وقف تنفيذ عقد سواء بإرادة المتعاقدين أم بحكم يصدر في هذا الصدد من القاضي. فالأصل أنه يجب أن يستمر العقد بإنتاج آثاره؛ بحيث يلتزم الأطراف بتنفيذ الالتزامات في أثناء مرحلة التفاوض، لكن يمكن أن يأخذ الجزاء صورة وقف تنفيذ العقد من قبل الطرف الآخر فيه؛ أي المتعاقد الذي لم يلحق التزامه ظرفاً شاقاً أو مستجداً بسبب تغير الظروف. وإذا لم يتمكن المتعاقدان من الوصول إلى نتيجة إيجابية من عملية إعادة التفاوض خلال مدة معقولة فإن العقد يعود لإنتاج آثاره بالشروط الأولى للعقد(٩٤). غالباً ما يغفل الشرط المقرر لإعادة التفاوض مسألة

(٩٢) GUILLMARD S., Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux, disponible sur le site www. cisg.law.pace.edu

(٩٣) Alain Ghozi, Effets des conventions, op. cit., p. 34.

(٩٤) د. سلام فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

مصير العقد خلال الفترة بين حصول الظروف الشاقة والمستجدة وبين الوصول إلى نتيجة: إيجابية كانت أو سلبية، لكن العقود توجب – عادة – الانتهاء من عملية إعادة التفاوض خلال مدة قصيرة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.

كما قد يقرر الشرط الوارد في العقد والذي يكرس الالتزام بإعادة التفاوض أنه في حال فشل عملية إعادة التفاوض يتم اللجوء إلى فسخ العقد. السؤال يثار حول سلطة القاضي في حال عدم وجود مثل هذا الشرط، فهل له أن يحكم بفسخ العقد أو بإيقافه أو حتى بإجبار المتعاقدين على البدء في عملية إعادة التفاوض أو الدخول بالتفاوض؟ هذا الجزاء يعد خطيراً جداً في آثاره؛ حيث يؤدي إلى إنهاء العلاقة العقدية دون النظر في العقد إذا ما كان لا يزال مفيداً بالنسبة إلى الأطراف إذا تم إعادة التوازن إليه، ويؤدي إلى عدم استقرار المعاملات التجارية في بعض الأحيان وليس من العدل إنهاء العلاقة العقدية لمجرد أن أحد الأطراف لا يرغب بالتفاوض.

ومن الجزاءات المتوقعة في حالة الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض الحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر نتيجة عدم الدخول في المفاوضات أو نتيجة قطعها بشكل تعسفي أو مفاجئ(٩٥). وهذا التعويض يشمل ما يلحقه من خسارة وما يفوته من كسب، ويتضمن التعويض عن الضرر المتوقع فقط. وقد كرست المادة السادسة التعويض عن الضرر الناتج من الإخلال بإعادة التفاوض كجزاء يمكن تصوره، وقررت أنه سواء حكم القاضي بوضع حد للعقد وإلغائه أو حكم بمراجعته، فإن القاضي يستطيع فرض تعويض على الطرف الذي يخل بالتزامه بإعادة التفاوض برفضه إجراء المفاوضات أو بقطعه لها بشكل مفاجئ أو تعسفي.

وقد يتم اللجوء إلى إعادة التفاوض عن طريق تدخل القضاء الذي يجبر الأطراف على الجلوس والبدء في المفاوضات، ويتم ذلك غالباً عن طريق نظام

(٩٥) DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L' après- contrat, op. cit., p. 243., Courdier- Cuisnier A - S, Solidarisme contractuel, op. cit., p. 568-570.

الوساطة والتسوية أو التوفيق بين الأطراف، وهو ما يشكل وسيلة بديلة لحل النزاع(٩٦). ويمكن اللجوء إلى المادة ٢١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تعتبر أن من مهام الوسيط أو المحكم محاولة التوفيق بين الأطراف. حيث يستطيع قيادة الأطراف إلى أرضية مشتركة من أجل إعادة التوازن العقدي. ويرى البعض أن هذه الوسيلة غير فعالة وغير ملائمة؛ ذلك أن القاضي ليس بمكان ملائم لاقتراح تعديل العقد أكثر من الأطراف أنفسهم(٩٧). وبموجب قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ الفرنسي للقاضي سلطة تعيين شخص من الغير من أجل تقريب وجهات النظر ومحاولة حل النزاع، ويستطيع هذا الشخص سماعهم كما أنه يملك الوقت الكافي لذلك بعكس القاضي.

وهذا النظام يوفر الثقة والاطمئنان لدى الأطراف؛ كونه شخصاً محايداً؛ مما يسهل عملية تقريب وجهات النظر. من أجل كل ذلك فهو يعد وسيلة ملائمة لإعادة التفاوض؛ حيث يساعد الأطراف على الوصول إلى حل للنزاع بمساعدة الغير أو القاضي، وتبقى مسألة تعديل العقد في يد الأطراف لكن بمساعدة أو تحت رقابة القاضي أو المحكم المحايد(٩٨). وبذلك يتم تجنب ما قد يثار من منح سلطة مطلقة للقاضي، ولأن الأطراف يعلمون أن تصرفاتهم في أثناء المفاوضات تتم مراقبتها فيما بعد في حال فشل المفاوضات، فإنهم سيحاولون المستطاع للوصول إلى اتفاق قابل للحياة وجدي. هذا الحل يمنح المرونة والسرعة والسرية بسبب عدم إفشاء الأسرار المفروض على المحكم أو الوسيط. لكن هناك من يرى أنه على الرغم من الميزات السابقة لهذه الوسيلة فإن هنالك بعض المعوقات والصعوبات التي تتمثل في أن هذه الوسيلة لا تمنح كل

(٩٦) د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دون دار نشر، ١٩٨٨، ص ٤١٨.

(٩٧) DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L' après- contrat, op. cit., p. 243., Courdier- Cuisnier A - S, Solidarisme contractuel, op. cit., p. 568-570.

(٩٨) DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., L' après- contrat, op. cit., p. 243.

الضمانات من أجل تأمين العدالة بين الأطراف كما أن الخطورة تكمن في أن يفرض الطرف الأقوى وجهة نظره على الطرف الآخر(٩٩).

ويرتبط هذا النظام بموافقة الأطراف المبدئية على إجرائه، فلا يمكن للقاضي أن يلجأ إليه إلا بعد الحصول على موافقة الأطراف. يضاف إلى ذلك أنه على فرض وجود موافقة الأطراف على اللجوء إلى إعادة التفاوض فإنه ليس من المؤكد أن تكون الموافقة تعبيراً عن إرادة حقيقية للتفاوض حول العقد ورغبة في تعديله وإعادة التوازن إليه. وفي حال فشل الوساطة على القاضي فض النزاع بحسب القواعد العامة، ويتمثل غالباً في التعويض؛ مما يوجب إثبات خطأ أحد الأطراف برفضه التفاوض أو الدخول في المفاوضات أو بعدم التزامه بحسن النية في أثناء المفاوضات، وهو ما قد يصعب إثباته خصوصاً إذا تم اللجوء إلى الوساطة. كما أن التعويض قد لا يعد وسيلة ملائمة أو حلاً مناسباً لعدم التوازن العقدي ولا يؤدي إلى الوصول إلى نتيجة مرضية بالنسبة إلى العقد ولاستمراره.

ويلاحظ أن المادة السادسة من المبادئ الأوروبية أعطت للمحكمة سلطة تقديرية في التدخل ولم تربطها بضرورة تقديم طلب من أحد المتعاقدين كما فعلت مبادئ اليونيدروا، التي أوجبت أن يسبق تدخل المحكمة تقديم طلب من الطرف الذي يشكو من الظروف الشاقة(١٠٠). كما أن سلطة المحكمة التقديرية – وفقاً للمبادئ الأوروبية – تشمل إقرار وضع حد ونهاية للعقد أو الحكم بمراجعة العقد بشكل عادل. بينما قررت مبادئ اليونيدروا أن الطلب المقدم من أحد المتعاقدين لا يعني حقه في وقف تنفيذ العقد أو الالتزامات من قبله بل إنه يبقى ملتزماً بتنفيذ العقد خلال هذه المدة(١٠١). ثم قررت أن للمحكمة – إن رأت ذلك

(٩٩) Courdier- Cuisnier A - S, Solidarisme contractuel, op. cit., p. 572.

(١٠٠) د. سلام فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

(١٠١) د. سلام فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

مناسباً وبناء على سلطتها التقديرية – أن تضع حداً للعقد أو أن تقوم بمراجعته.

وشرط المشقة أو (hardship) لا يضع حداً للعقد، لكن يسمح بإعادة التفاوض على الشروط العقدية من أجل إعادة التوازن إلى الأداءات، وهو ما كرسته أيضاً المبادئ الأوروبية لقانون العقود في المادة ٦–١١١ التي قررت الالتزام بإعادة التفاوض من أجل إعادة ملاءمة العقد أو وضع حد للعقد عندما يصبح تنفيذه مكلفاً بسبب تغير الظروف؛ حيث قررت هذه المبادئ أن الأطراف يلتزمون بإعادة التفاوض من أجل ملاءمة عقدهم إذا أصبح تنفيذه مكلفاً بالنسبة لأحدهم بسبب تغير الظروف، وإذا لم يوجد اتفاق بين الأطراف خلال مدة معقولة، فإنه يمكن للمحكمة أن تضع حداً للعقد بالتاريخ وحسب الشروط التي تقررها أو أن تقوم بمراجعته وملاءمته؛ بحيث يتم توزيع الخسائر والفوائد التي تنتج من تغير الظروف بشكل عادل بين الأطراف، كما يحق للمحكمة أن تحكم بالتعويض في أي من الحالتين السابقتين عن الضرر الذي ينتج عن رفض المتعاقد للتفاوض أو قطعه للمفاوضات بشكل تعسفي. هذه المادة تكرس بشكل واضح الالتزام بإعادة التفاوض وتقرر الجزاء الواجب اتباعه في حالة الإخلال بهذا الالتزام.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة لابد من الإشارة إلى أننا توصلنا إلى النتائج التالية:

١ – أن أهمية الالتزام بإعادة التفاوض تتضح في أنه يؤدي دوراً رئيسياً في الإبقاء على العلاقة العقدية بين الطرفين المتعاقدين واستمرارها؛ ذلك أنه يسمح بتسوية مسألة اختلال التوازن العقدي بالطرق الودية دون اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم التجاري، ومن ثم يكون لها أثر إيجابي في تجنب الإجراءات الطويلة والتكاليف الباهظة التي يتحملونها.

٢ – أن هذا الالتزام – على الرغم من عدم تكريسه في القانون المدني الفرنسي بنص خاص – يميل الاتجاه الفقهي والقضائي إليه. هذا الموقف يدعمه ما ورد أيضاً في مسودة مشروع إصلاح قانون الالتزامات الفرنسي، والمبادئ العامة للقانون الأوروبي للعقود، ومبادئ اليونيدروا حول التجارة الدولية.

٣ – أن التشريعات العربية – ومنها القانون المدني الأردني – كانت سباقة في معالجة هذه المسألة في ظل النص على نظرية الظروف الطارئة، وعلى الرغم من بعض الاختلافات بين النظامين، فإن ما جاء في هذه التشريعات يمثل أرضية صالحة للتأسيس لمراجعة العقود التي لم ينص عليها المشرع الفرنسي.

٤ – أن شرط إعادة التفاوض وجد مجاله الرحب في عقود التجارة الدولية وعرف في النظام الإنجليزي بما يسمى بشرط المشقة (HARDSHIP)، ومن ثم كرس هذا الشرط في مبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبي للعقود، وأخيراً في مسودة مشروع (CATALA) لإصلاح القانون المدني الفرنسي. وعلى الرغم من الاختلافات بين تلك التشريعات، فإنها تتفق على ضرورة أخذ اختلال التوازن العقدي بعين الاعتبار وإعادة التفاوض من أجل تحقيق تلك الغاية.

٥ – أن الالتزام بإعادة التفاوض لا يؤدي حتماً إلى مراجعة العقد بل يمنح إمكانية

القيام بذلك. مع أن بعض التشريعات تلزم الأطراف بذلك وتفرض بعض الجزاءات في حال مخالفة هذا الالتزام.

٦ – أن الالتزام بإعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة يعد قيداً على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" والقوة الملزمة للعقود.

٧ – أن الاتجاه نحو تكريس الالتزام بإعادة التفاوض يتضح بصورة أكبر لدى استعراض نصوص مبادئ القانون الأوروبي للعقود، ومبادئ اليونيدروا، ومسودة مشروع إصلاح قانون الالتزامات الفرنسي؛ حيث قررت نصوص هذا المشروع إمكانية لجوء أحد المتعاقدين إلى محكمة البداية لطلب إعادة التفاوض، بالإضافة إلى فرض بعض الجزاءات في حال الإخلال به.

قائمة المراجع

١ – د. الرفاعي، أحمد، (١٩٩٦)، الالتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢ – د. منصور، أمجد، (٢٠٠٩)، النظرية العامة في الالتزامات. مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

٣ – د. ملكاوي، بشار، (٢٠٠٢)، تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية، مثال الشرق الاوسط منذ ١٩٤٥، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان.

٤ – د. عبد اللاه، رجب كريم، (٢٠٠٠)، التفاوض على العقود، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

٥ – د. عرب، سلام فارس، (١٩٩٩)، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دون دار نشر.

٦ – د. السرحان عدنان، د. خاطر نوري حمد، (٢٠٠٥)، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

٧ – د. حمود، عبد العزيز المرسي، (٢٠٠٥)، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي، دار النهضة العربية، القاهرة.

٨ – د. الدسوقي، محمد إبراهيم، (١٩٩٥)، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود، معهد الإدارة العامة، الرياض.

٩ – د. أبو زيد، محمد، (١٩٩٥)، المفاوضات في الإطار التعاقدي، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٠– د. لطفي، محمد حسام، (١٩٩٥)، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة.

١١– د. لطفي، محمد حسام، (١٩٩٣)، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٢– د. عبدالعال، محمد، (١٩٩٨)، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٣- د. الكيلاني، محمود، (١٩٨٨)، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دون دار نشر.

١٤- د. شيحة، مصطفى، (١٩٩٥)، تحديد الثمن وتغييره في عقد المقاولة الدولي: نظرة في القانون الاقتصادي الدولي للأعمال، ندوة مقاولات الأعمال المدنية، منشورات مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، القاهرة، ص ١٠٧- ١٨٤.

١٥- د. متري، موسى، (١٩٩٤)، العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة فرانسوا رابليه – تور.

١٦- د. فلحوط، وفاء مزيد، (٢٠٠٨)، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

١٧- د. أبو جميل، وفاء، (١٩٩٣)، الالتزام بالتعاون، القاهرة.

١٨- د. سري الدين، هاني، (١٩٩٨)، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٩- د. عبيدات، يوسف، (٢٠٠٩)، مصادر الالتزام في القانون الأردني، دار المسيرة، عمان.

20- BLANC- JOUVAN G, 2003, L'après contrat, étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, Presses Universitaires Aix- Marseille.

21- Boyer L, 1978, A propos des clauses d'indexation: du nominalisation monétaire à la justice contractuelle, Mélange Marty.

22- Brogi A, La théorie de l'imprévision dans les contrats internationaux, renegociationwww.m2bde.u-paris10.fr/blogs/dcici/index.php/tag/clausede < http://www.m2bde.u-paris10.fr/blogs/dcici/index.php/tag/clausede >

23 - Cadiet A., Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, in J. Mestre. Les principales clauses entre professionnels, p. 193.

24 - Carponnier, 1998, Droit civil, les obligations, tome 4, 21eme édition, Presses Universitaires de France : Paris.

25 - CARTIER- MARRAUD M - L, AKYUREK O., Crise économique et révision des contrats, Gazette du Palais, 16 juin 2009, n. 167, p. 2.

26 - Cedras J., l'obligation de n¡gocier, revue trimestrielle de droit commercial et de droit ¡conomique,n»2, 1985, p. 264.

27 - Courdier- Cuisnier A - S, 2006, Solidarisme contractuel, LITEC.

28 - Derains Y., Les obligations de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI., 1987, p. 375.

29 - DUMONT M-P., CRIGNON P., MARIE- ELISABETH A., 2005, L' après- contrat, édition François. LEFEBVRE.

30 - FABRE R., Les clauses d'adaptation dans les contrats, Revue Trimestrielle Droit Civil, 1983, nº1, p. 1.

31 - FAGES B, 1999, Le comportement du contractant, Presse Universitaire Aix- Marseille.

32 - FAUVARQUE- COSSON B., Le changement de circonstances, Revue des Contrats, 01 Janvier 2004, n 1, p. 67.

33 - FIN- LANGER L., 2002, L équilibre contractuel. LGDJ, n. 502.

34 - FONTAINE M., 1989,, Droit des contrats internationaux, 211.

35 - FONTAINE M., Les contrats internationaux à long terme. In Etudes offertes a R. Houin, Dalloz., 1985, p. 273.

36 - FONTAINE M., Les clauses de Hardship, DPCI, 1976, p. 7.

37 - FONTAINE M., Les principes Unidroit, Guide de la rédaction des contrats internationaux, Institue of international business Law and practice, Newlettre, n. 14, 1994, p. 38.

38 - FOUCHARD P., L'adaptation des contrats à la conjecture économique, Revue de l'arbitrage, 1979, p. 67.

39 - GAUTIER, Le contrat bouleverse: de l 'imprévisibilité en droit de la propriété artistique, Dalloz., 1990, p. 130.

40 - GRYNBAUM V., et Nicot M., 2004, (sous la direction de), Le solidarisme contractuel, Economica.

41 - GUILLMARD S., Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux, disponible sur le site www. cisg.law.pace.edu

42 - JARROSON C., Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in J. MESTRE J., Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, colloque de l institue de droit des affaires d Aix en Provence, 17- 18 mai 1990, Presses Universitaires de Aix- Marseille, p.143-s.

43 - KESSEDJIAN C., "Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l'Unidroit", (1995) 84, Revue. critique. droit. international. privé 641, 668.

44 - LEQUETTE Y., Bilan des solidarismes contractuels, mélanges Didier, Economica, 2008, p. 247.

45 - MAINGUY D., 2004, Les obligations, DALLOZ.

46 - MALAURIE P, AYNES L., STOFFLE- MUNCK, 2004, Les obligations, Defrenois, Paris.

47- MAZEAUD D., Renégociation du contrat, Revue des Contrats, 01 juillet 2008, n 3, p. 738.

48- MAZEAUD D., Du nouveau sur obligation de renégociation, recueil DALLOZ, 2004, n 25, p. 1754.

49- MESTRE J., Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, colloque de l'institue de droit des affaires d 'Aix en Provence, 17- 18 mai 1990, Presses Universitaires Aix- Marseille, p.143-s.

50- MESTRE J., Revue Trimestrielle de Droit civil, 1993, p. 124.

51- MOUSSERON J-M., La gestion des risques par le contrat, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1988, p. 481.

52- MOUSSERON J-M, 1999, Technique contractuelle, 2 édition, Francois. LEFEBVRE.

53- OPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances: La clause de Hardship, 101 Clunet, 1974, p. 749.

54- PICOD, Obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, G, 1988, 1, 3318, p. 227.

55- REIFEGERSTE S., 2002, Pour une obligation de minimiser le dommage, Presses Universitaires Aix- Marseille.

56- ROUJETTE G., La révision conventionnelle du contrat, Revue International Droit Compare, 1986, p. 369.

57- SERIAUX A., 1998, Droit des obligations, Presses Universitaires de France, Paris, 2 éditions.

58- STARCK A., 1998, Les obligations, Vol, I, l'acte juridique, Paris.

59- STOFFLE- MUNCK P., 1994, Regards sur la théorie:

imprévision de l'imprévision, Presses Universitaires Aix-Marseille.

60 - STOFFLE- Munk P., L' après - contrat, Revue des Contrats, 2004- 1, p. 159- 175.

61 - TESSALONIKOS A., MARTINEAU A.- K., La renégociation des contrats de communications électroniques, Petites affiches, 22 janvier 2007, n 16, p.11.

62 - Van der MENSBRUGGHE, La bonne foi dans le commerce international, RDIDC, 2000, 3eme trimestre, p. 317.

المواقع الإلكترونية:

www.cisg.law.pace.edu

www.lexisnexis.fr

www.m2bde.u-paris10.fr/blogs/dcici/index.php/tag/clausederenégociation

مساهمة في قانون الأعمال

الدكتور/ فاروق إبراهيم جاسم
كلية القانون - الجامعة المستنصرية
الجمهورية العراقية

ملخص:

إنَّ تواتر استخدام مصطلح قانون الأعمال، وشيوع استخدامه لدى الفقه الأوروبي المعاصر، وتأثر بعض المؤلفات العربية بالمصطلح المذكور، وما يقوم عليه من طروحات. يتطلب وقفة تحليلية لبحث المفاهيم والأفكار الأساسية التي يقوم عليها هذا القانون، ومن ذلك محاولة التعريف به، وما يواجه الباحث من صعوبات قلما يواجهها في تحديد مفاهيم باقي فروع القانون الأخرى التي استقرت مفاهيمها، والموضوعات التي تنظمها. وقد أشار البحث في المبحث الأول إلى التعاريف العديدة، التي ساقها الفقه لتحديد مفهوم قانون الأعمال، ومن ذلك أنه: "القانون الذي ينصب على النشاط الفعلي للمشروع، أو القانون الذي يطبق على جميع الأشخاص الذين يدخلون عالم الأعمال بنشاطهم أو برؤوس أموالهم أو بطرق عملهم ويشاركون في عالم الأعمال"، إلى غير ذلك من تعاريف، ثم بين البحث في المبحث الثاني مبررات ظهور قانون الأعمال وميزاته، وتتلخص هذه المبررات بأن قواعد القانون التجاري التقليدية لم تعد قادرة على مواكبة الأحداث المستجدة التي فرضها التطور الاجتماعي، وما أفرزه التعامل المعاصر من تصرفات ثبت عجز تلك القواعد عن تنظيمها، وكذلك ما أفرزه تدخل الدولة من إشكالات، إلى غير ذلك من مبررات أفرزت قصوراً واضحاً في المفاهيم التقليدية للقانون التجاري. أما ميزات قانون الأعمال فتتلخص بأن هذا القانون له منهج علمي يتميز عن المنهج التقليدي الذي يعالج به القانون التجاري الوقائع المستجدة في حركة الحياة، وأنه يضم مزيجاً من قواعد قانونية تعود إلى فروع قانونية مختلفة.

وأخيراً أوضح البحث في المبحث الثالث موقف التشريعات والمؤلفات الفقهية العربية من الطروحات التي يقوم عليها قانون الأعمال، وهل سيشهد المستقبل أفول مصطلح القانون التجاري واستقرار مفهوم قانون الأعمال كبديل عنه.

المقدمة :

يشهد الفكر القانوني المعاصر – وعلى وجه الخصوص في الفقه الفرنسي – والاتجاهات الفقهية العربية المتأثرة به، نمواً متسارعاً في استخدام مصطلح قانون الأعمال Droit Des Affaiers كبديل للمصطلح المعروف بالقانون التجاري، فهل يشكل مثل هذا الطرح مجرد استبدال للمصطلحات دون تغيير جوهري في المضمون، وبمعنى آخر: أقانون الأعمال مجرد رداء جديد لموضوع قديم هو القانون التجاري بقواعده التقليدية المعروفة أم أن المعطيات والوقائع الاقتصادية المستجدة التي أدت إلى ظهور قانون الأعمال جعلت منه رداء مختلفاً بمضمون مختلف عن المضمون التقليدي للقانون التجاري؟

ولعل أهم ما يثيره قانون الأعمال – بوصفه مولوداً جديداً – هو الصعوبات الناشئة عن عدم وجود تعريف محدد للمصطلح المذكور؛ فضلاً عن عدم الاتفاق على طبيعة الموضوعات التي يمكن معالجتها ضمن المسمى المذكور؛ الأمر الذي يستدعي البحث في تحديد المقصود به في ضوء المفهوم الذي قدمه الفقه الفرنسي، والمفهوم الذي قدمه الفقه الأمريكي الذي تمكن من إرساء مفهومه منذ مدة طويلة. كما يجب البحث في المبررات التي أدت إلى ظهور قانون الأعمال، والميزات التي يتميز بها عن قانون التجارة بمفهومه التقليدي. ولما لم تكن الاتجاهات الفقهية العربية ببعيدة عن الجدل الذي أثير بشأن تأصيل مفهوم قانون الأعمال فإنه يجب الإشارة إلى الجهود التي بُذلت بهذا الصدد. ولذا سيقسم موضوع البحث إلى ثلاثة مباحث، على الشكل الآتي:

المبحث الأول: تحديد مفهوم قانون الأعمال.

المبحث الثاني: مبررات ظهور قانون الأعمال وميزاته.

المبحث الثالث: قانون الأعمال في التشريعات والمؤلفات الفقهية العربية.

المبحث الأول
تحديد مفهوم قانون الأعمال

يثير تحديد مفهوم قانون الأعمال صعوبات معينة قلما يواجهها الباحث في فروع القانون الأخرى؛ فهذا القانون يشهد تطوراً لم يكتمل حتى الآن؛ أي أنه في منتصف طريق تطوره(١)، إذ إن جزءاً كبيراً منه لا يزال مرتبطاً بالمفهوم التقليدي للقانون التجاري، وضمن هذا السياق لا يزال قانون التجار Le droit de comercants، لكنه في جزئه الآخر فإنه يمثل قانون المشروع Le droit de enterprise(٢).

وتتجلى الصعوبات التي يواجهها الباحث في تحديد مفهوم قانون الأعمال: أولاً- بتحديد المقصود بالمصطلح المذكور، وهذا ما سنبينه في المطلب الأول. وثانياً- بغياب تعريف جامع للقانون المذكور، وهذا ما سنبينه في المطلب الثاني.

المطلب الأول
صعوبة تحديد المقصود بقانون الأعمال

قد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى أن المقصود بقانون الأعمال هو ما تعارفنا على تسميته بالقانون التجاري؛ إذ ما زال هذا الأخير يتضمن القواعد المتعلقة بنشاطات التوزيع Activities des distribution – أي التجارة بمعناها التقليدي، وكذلك القواعد المتعلقة بنشاطات الإنتاج Activities des Production أي الصناعة(٣).

---

(١) Blaise, Jean - Bernarrd, Droit Des Affaires L.G.D.J. Delta, Paris, 1999, No.84, P.49.

(٢) I bid, No.84, P.49.

(٣) Guyon, Yves, Droit Des Affaires, T.I. Economica, Delta, Paris, 12 edition, 2003, No.1 P.1.

وقد استقر فقهاء القانون التجاري على اعتبار قواعد هذا القانون لا تقتصر على تنظيم تداول الثروات وتوزيعها، وإنما تتضمن القواعد المتعلقة بالإنتاج؛ أي =

إلّا أن القول بأن قانون الأعمال هو نفسه القانون التجاري بمفهومه التقليدي تعوزه الدقة؛ لكون الأول أكثر اتساعاً من الثاني – أي القانون التجاري – الذي يعرّف بأنه قانون التجارة الخاص Droit Prive de Commerce. فقانون الأعمال يثير تساؤلات تتعلق بالقانون العام (تدخل الدولة بالاقتصاد)، والقانون الضريبي، وقانون العمل، وهو على تداخل واضح مع القانون المدني(١).

فقانون الأعمال أكثر تعددية من القانون التجاري؛ لأنه يطرح الأسئلة والإشكالات التي تثار في إدارة المشاريع، التي هي كثيرة ومتعددة وجديدة(٢).

ومع الإقرار بأن الكثير من قواعد قانون الأعمال هي لا تزال تطبق حصراً على التجار- بحسب المعنى التقليدي لهذا المفهوم، إلّا أنها تتجاوز قواعد القانون التجاري لكونها تضم جميع تلك المطبقة على جميع المشاريع عموماً، أو على الأقل تلك التي تمارس نشاطاً يرتبط بالقانون الخاص(٣).

= الصناعة، خلافاً لما يذهب إليه الفكر الاقتصادي الذي يقصر معنى التجارة على الأعمال المتعلقة بتداول الثروات. بهذا المعنى ينظر:
Ripert et Roblot Par vogel, Louis, Traite de droit Commercial, T.1. Vol.1, L.G.D.J. 18, edition. 2001, No.1.

(١) Guyon,OP. Cit. N.1,P.1..
وعلى الرغم من حاجة قانون الأعمال إلى تطبيق القواعد القانونية المقررة في الأنظمة القانونية الأخرى، كالقانون المدني، فإن الأول يتفرد بخصوصية عن الثاني تؤهله لتأمين المتطلبات الخاصة بحياة الأعمال وتطورها، والتي يمكن بإيجازها بتأمين مطلب السرعة والبساطة في إنجاز الأعمال ومطلب الثقة المتبادلة. في تفصيل ذلك ينظر: Blaise, Op. Cit. N.63, P.39-40

(٢) Guyon,OP. Cit, No.1,P.1.)

(٣) Blaise, Op. Cit. N.83, P.48..
إلّا أنّ قواعد القانون التجاري أصابها تطور واضح بفعل التحولات الاقتصادية الكبرى أدى إلى اتساع نطاق تطبيق هذا القانون ليشمل الكثير من الأعمال والنشاطات التي طالما كانت خارج نطاق التجارة – وفق التصنيف التقليدي للأعمال – كالمشروعات الزراعية والمضاربات العقارية والشركات المدنية، ومن ثم خرج هذا القانون، من صورته التقليدية (التجارة بمعناها الضيق) إلى فضاء جديد يقربه من قانون =

وهكذا نخلص إلى أن قانون الأعمال ليس نفسه القانون التجاري، وإن كانت بعض قواعد الأخير، تشكل جزءاً من القانون الأول.

المطلب الثاني
الصعوبة الناشئة عن عدم وجود تعريف متفق عليه لقانون الأعمال

بالنظر إلى حداثة مفهومه، وخلافاً لفروع القوانين الأخرى التي استقرت مفاهيمها، والموضوعات التي تنظمها، يعاني قانون الأعمال غياباً لتعريف محدد واضح لمعناه، وما ينظمه من موضوعات. وقد أدى هذا الأمر إلى تعدد التعاريف التي قدمها الفقه لتحديد المقصود بالقانون المذكور؛ فذهب البعض إلى أن قانون الأعمال هو ذلك الفرع من فروع القانون الخاص، الذي يعالج بطريقة خاصة نشاطات الصناعة والتوزيع والخدمات(١). أو هو مجموعة القواعد القانونية المطبقة على المشروعات وعلاقتها بالقانون الخاص، باستثناء قواعد القانون العام الذي يحتمل أن تطبق عليها، إذ إن القانون الضريبي للأعمال، وقانون العقوبات للأعمال، والقانون العام للاقتصاد هو موضوع فروع أخرى(٢).

فقانون الأعمال ينصب على النشاط الفعلي للمشروع(٣) كتوزيع الأموال

= الأعمال.... ينظر: الدكتور البستاني، سعيد يوسف، الدكتور عواضة، علي شعلان، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ١٠.١١.

(١) Guyon,OP. Cit, No.1,P.2.)

(٢) Blaise, Op. Cit, No.83, P.48)

(٣) ولفكرة المشروع معانٍ متعددة تم توظيفها من قبل الفقه لغايات مختلفة – فضلاً عن معناه الاقتصادي الذي يدل على وجود هيئة أو وحدة اقتصادية تعد إطاراً يحكم الأجهزة الإنسانية والمادية الخاصة بالنشاط الاقتصادي؛ حيث استند الفقه التقليدي إلى نظرية المشروع كأحد المعايير المقترحة للتمييز بين الأعمال التجارية والأعمالالمدنية التي تُعدّ من أهم المسائل التي أثير الجدل بشأنها بين فقهاء القانون =

والخدمات، وهو بمفهوم الشراء بقصد البيع – الذي يشكل قلب التجارة – قانون تجاري جديد(١).

وذهب الأستاذان Hamel et Lagard إلى أن قانون الأعمال هو ذلك الذي يطبق على جميع الاشخاص الذين يدخلون عالم الأعمال بنشاطهم أو برؤوس أموالهم أو بطرق عملهم ويشاركون في عالم الأعمال(٢).

وأخيراً قدم الأستاذان Ripert et Roblot تعريفاً لقانون الأعمال استناداً إلى طبيعة الموضوعات التي ينظمها؛ فهو تآلف لقواعد القانون الاقتصادي (قانون المنافسة والتوزيع والاستهلاك) وقواعد القانون التجاري، وتضيف إليه

= التجاري. وهو بهذا المعنى يدل على التكرار المهني للأعمال التجارية استناداً إلى تنظيم مسبق، وهو يتميز بوجود مظاهر خارجية تدل عليه كفتح مكتب وتجهيزه بما يحتاج إليه من أدوات ورأس مال وقوة عمل. ووفقاً لهذا المعيار فإن القانون التجاري هو قانون المشروعات التجارية، ويدخل في نطاقه كل عمل يمارس من قبل هذه المشروعات. ينظر:

Escarra, Jean. Courses de droit commercial. Paris, 1952, No. 93.

الدكتور العكيلي، عزيز، الوسيط في القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م، ص٧٥. الدكتور الشرقاوي، محمود سمير، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢م، ص٤٢. الدكتور عبد الرحيم، ثروت علي، شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٤، ص٦٢. في حين عدّ الفقه الحديث أن المشروع أحد المفاهيم الأساسية لقانون الأعمال Une notion central de, Droit Des Affaires وتم تصويره على أنه وحدة (Unite) أو مؤسسة تهدف إلى إنتاج الأموال والخدمات Production de biens ou de services، ويتميز عن غيره من التنظيمات الاقتصادية بكونه يهدف إلى إنتاج الأموال، ومن ثم يستبعد منه المشروعات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح. ولكونه مؤسسة فهو يفترض وجود تنظيم، ينظر:

Blaise, Op. Cit, No. 327-332, P.177- 179.

(١) Blaise, Op. Cit, P.49.

(٢) Hamel, J. et Lagard, G. Guaffret, A. Droit Commercial T.L.2 edition Dalloz, Paris, 1980. No.144.

رؤية أوسع قواعد القانون الاجتماعي والضريبي؛ لأن هذه القواعد تطبق على المشروعات وتحدد إطار عملها(١).

ونخلص من العرض المتقدم غياب الرؤية المشتركة في الفقه التي تكرّس مفهوماً واضحاً للقانون المذكور؛ وذلك لكونه يمر بمرحلة مخاض من أجل إرساء هويته. فمما لاشك فيه أنّ قانون الأعمال يبدو متميزاً عن القانون التجاري الذي استقرت مفاهيمه إلى حد ما، وهكذا تبدو الحاجة واضحة إلى تكريس مفهوم قانون الأعمال(٢). وإذا كان هذا هو الحال في الاتجاه اللاتيني الذي يمثله الفقه الفرنسي، فإن الوضع يبدو مختلفاً في الفقه الأمريكي؛ إذ استقر مفهوم قانون الأعمالBusiness law منذ مدة طويلة(٣).

ويرى بعض الفقه أن المصطلح المذكور لا يشير إلى نظام قانوني مستقل "Separate" ومتميز "Distinct" كقواعد القانون العام "The common law"،

---

(١) Ripert et Roblot Par vogel, OP. Cit, No7.

(٢) لم تكن المؤلفات العربية بعيدة عن الجدل الذي أثير في الفقه الفرنسي بشأن تحديد مفهوم قانون الأعمال؛ إذ حاول بعض الفقه تقديم مساهمات معينة من أجل تحديد المفهوم المذكور، ومن ذلك أنه "القانون الذي يكون محوره المشروع، فهو المخاطب بأحكام هذا القانون، وهو الذي يحدد نطاق تطبيقه... وهو يتسم بطابع موضوعي أو مادي؛ لأنه قواعد تحكم علاقات ذات طبيعة خاصة، بالنظر إلى آثارها الاقتصادية دون اعتبار لأشخاصها القائمين بها.." الدكتور قاسم، علي سيد، قانون الأعمال، دار النصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٧، ص٦٦. بينما ذكر البعض الآخر تعريفاً يتسم بالعمومية؛ إذ أشار إلى أن قانون الأعمال هو ذلك الذي يحكم جميع أوجه النشاط الاقتصادي والمالي في المجتمع، وبعبارة أخرى هو ذلك القانون الذي يدرس عالم الأعمال Le Monde des affaires، بما يضم من تجار ومشروعات اقتصادية.
الدكتور مخلوف، أحمد، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.٢٠٠٥، ص٨.

(٣) وهذا ما تشير إليه مؤلفات قانون الأعمال في الولايات المتحدة الأمريكية التي صدرت منذ مدة طويلة يرجع بعضها إلى عشرينيات القرن الماضي، مثل مؤلف
Principles of Business law, Howard, Dillavou 1928.

بل إنه – في الواقع – يتألف من قوانين مختلفة مشتقة "Derived" من مصادر متعددة، وهو يعنى بتنظيم المعاملات التجارية سواء تعلقت بالأفراد أم المؤسسات(١).

وتتألف معظم قواعد هذا القانون بشكلها الحالي من قواعد تم تطويرها من قبل التجار في القرون الوسطى، وكانت تعرف آنذاك بقواعد قانون التجار (Merchanits Law)، وبشكل تدريجي أصبحت قواعد قانون التجار جزءاً من قواعد القانون العام الإنكليزي، ومن ثم جزءاً من قواعد القانون العام الأمريكي(٢).

ولعل أهم ميزات قانون الأعمال – وفقاً للاتجاه السائد في الولايات المتحدة الأمريكية – سعة نطاقه؛ فنطاق تطبيق هذا القانون يبدو واسعاً (Very broad)(٣) بفعل تطبيقها على مختلف أنواع المعاملات التجارية التي لا حصر لها، فضلاً عن تنظيمه لموضوعات تتجاوز الموضوعات ذات الصلة بالنشاط التجاري – التي جرت العادة على بحثها في النظام القانوني الفرنسي – ضمن قواعد القانون التجاري.

فمؤلفات قانون الأعمال – وفق المنهج الأمريكي – تتصدى لبحث قواعد ليست ذات صلة مباشرة بموضوعات القانون التجاري وفقاً للاتجاه اللاتيني، ومن ذلك البحث في طبيعة القاعدة القانونية وبيان خصائصها وأنواعها ومصادرها وصلتها بالعلوم الاجتماعية الأخرى، كذلك البحث في النظام القضائي وإجراءات التقاضي(٤)، ومن المعروف أن مثل هذه الموضوعات تبحث عادةً في فروع القانون الأخرى – وفقاً للاتجاه اللاتيني – وليس ضمن قواعد القانون التجاري.

---

(١) Getz, George, Business law, feron -Pitman Publisher. Fifth Edition, 1977, P.8.

(٢) I bid. P.8.

(٣) I bid. P.8.

(٤) فمؤلفات قانون الأعمال غالباً ما تبدأ بالتعريف بالقاعدة القانونية وبيان طبيعتها وخصائصها وتقسيماتها ومصادرها، ثم تبين القواعد المتعلقة بالنظام القضائي وإجراءات التقاضي، ثم تبحث في المسؤولية الجزائية والمدنية المتعلقة بعالم الأعمال، ثم أحكام العقد وذلك بتعريفه وتقسيماته وأركانه وتنفيذه وبطلانه وانقضائه، فضلاً عن بيان بعض =

وتعكس المؤلفات الحديثة لقانون الأعمال في الولايات المتحدة الأمريكية – فضلاً عن سعة الموضوعات التي تنظمها – مدى التطور الذي لحق بها. فعلى سبيل المثال فإن دراسة قواعد قانون البيئة "Environmental Law" ذات الصلة بعالم الأعمال(١)، والقواعد التي تحكم حقوق الملكية المتعلقة ببرامج الحاسب الآلي(٢) هي أحد موضوعات قانون الأعمال الجديدة، كما تبرز ذلك المؤلفات الحديثة المتعلقة بهذا القانون(٣).

= أحكام العقود كالوكالة Agency والأوراق القابلة للتداول "Negotiable Instrument" بمختلف أنواعها. والقواعد المتعلقة بممارسة التجارة على شكل مشروع كدراسة نظام المشاركة "PartnerShip" والشركات "Corporation" ثم أحكام الملكية الفردية "Personal Property"، ومن ذلك دراسة سلطات المالك والتصرفات التي يمكن له القيام بها. ثم دراسة وسائل الائتمان المتعلقة بالتجارة كالرهن "Mortgage"" والكفالة "Shorty Ship" والتأمين "Insurance" ودراسة أحكام الملكية العقارية "Real Property"، فضلاً عن دراسة القواعد المتعلقة بقانون الأعمال، والقانون الضريبي ذي الصلة بعالم الأعمال. ولتعرف طبيعة الموضوعات التي تتناولها مؤلفات قانون الأعمال وتفاصيلها ينظر بوجه عام:

Anderson, Ronald, Business Law, South Western Publishing., Ohio. Eleventh Edition. 1980.

(١) Emerson, Robert. Business Law, Baron's Education, Series Fifth Edition 2009, P.535.

(٢) I bid. P.587.

(٣) لا أثر لمصطلح قانون الأعمال في الفقه الإنكليزي الذي يستخدم مصطلح "Mercantile Law" – القانون التجاري – للدلالة على مجموعة القواعد التي تحكم النشاط التجاري والتي تتحدد موضوعاته عادة بدراسة أحكام القواعد العامة للعقد، وأحكام العقود التجارية الشائعة، كعقد بيع البضائع "Sale of Good"، والتأمين بجميع أنواعه، وعقد النقل بمختلف صوره، والأوراق التجارية، والسندات القابلة للتداول، ووسائل الائتمان الخاصة بالتجارة كالإفلاس، ونظام التحكيم، والأحكام المقررة لحماية النشاط التجاري، كحماية المنافسة والعلامات والأسماء التجارية، وفي تفصيل ذلك ينظر:

Stevens & Borries, Elements of Mercantile Law, Butter Worth Pub. London. Sixteenth Edition, 1973.

المبحث الثاني
مبررات ظهور قانون الأعمال وميزاته

ذكر بعض الفقه مبررات معينة أدت إلى ظهور قانون الأعمال؛ مما أضفى عليه طابعاً خاصاً له ميزات معينة يختلف بها عن قانون التجارة.

ونبين في المطلب الأول مبررات ظهور قانون الأعمال، على أن نبين في المطلب الثاني ميزات قانون الأعمال.

المطلب الأول
مبررات ظهور قانون الأعمال

إنَّ مبررات ظهور قانون الأعمال تتمثل فيما يلي:

أولاً: إنّ قانون التجارة لم يعد كافياً في تعريفه ومضمونه لمواكبة الأحداث المستجدة في التطور الاجتماعي، وعجز عن مجاراة الأحداث بفعل ظهور المؤسسات الكبيرة(١). ومثلما حتم التطور المتسارع للمعطيات والوقائع الاقتصادية الحديثة في مرحلة مضت الخروج من القانون المدني إلى القانون التجاري، ومنه أيضاً إلى القانون الصناعي، وقانون العمل والضمان الاجتماعي، وحتى إلى إخراج مواليد جديدة من القانون التجاري ذاته، كالقانون الجوي أو القانون المصرفي، فإن هذه المعطيات أصبحت تضغط باتجاه توسع القانون التجاري التقليدي وتطوره نحو فضاء جديد يستدعي مضموناً أو رداءً مختلفاً يكون أكثر قدرة على استيعاب المسائل والموضوعات التجارية والصناعية، وأكثر استجابة لحاجات مؤسساتها الحديثة، والأشخاص المحركين لها وأدوات ممارستهم للنشاط(٢).

---

(١) Blaise, Op. Cit. No.7, P. 72-73.

(٢) الدكتور البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٤م، ص٧-٨.

ثانياً: إنّ ازدياد تدخل الدولة في الأنشطة الاقتصادية، سواء أكان ذلك عن طريق الإشراف على ممارسة هذه الأنشطة من قبل الأفراد والشركات، أم عن طريق مباشرتها لها بنفسها من خلال المؤسسات والشركات العامة، ونزولها عن وصف السيادة الذي كان يدخلها تحت مظلة القانون العام، ورغبتها في التعامل مع الأفراد على قدم المساواة – أدى إلى تصدع البنى التقليدية التي قامت عليها قواعد القانون التجاري(١).

ثالثاً: إنّ ظهور الشركات متعددة الجنسيات التي تتولى تنفيذ المشاريع الكبرى، ونمو ظاهرة التركز الاقتصادي واتساعها، التي جسدتها التكتلات الاقتصادية المختلفة، وظهور المخترعات العلمية الحديثة، وتطور وسائل الاتصال الحديثة فائقة السرعة، التي حتمت تبادل المعارف التكنولوجية الحديثة – قد أفرز قصوراً واضحاً في المفهوم التقليدي لقواعد القانون التجاري، وعجزاً عن شمول كل الأنشطة التي تنظمها قواعده(٢).

وهكذا ينبغي ملاحظة أن القانون التجاري بحالته الوضعية الراهنة لا يزال يحمل آثار مرحلة تاريخية من مراحل تطوره مضت وانقضت،(٣) وقتما كان قانوناً يحكم طائفة معينة من الأشخاص هي طائفة التجار، وينطبق على أعمال محددة هي الأعمال التجارية، أما بعد مضي هذه المرحلة التاريخية، وما حدث

(١) الدكتور أبو صالح، سامي عبد الباقي، قانون الأعمال، مقدمة – الأعمال التجارية – التاجر – المحل التجاري، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣–٢٠٠٤م، ص٥. ولما كان قانون الأعمال يهتم بالدرجة الأساسية بطبيعة النشاط لا بشخص القائم به، فإنه يعمل على تأمين الرغبة في خضوع النشاط التجاري للدولة إلى قواعده، وهو أقدر بغير شك على استيعاب هذا النشاط... بهذا المعنى ينظر: الدكتور البارودي، علي، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع التجاري العام، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٦٧م، ص١٥.

(٢) الدكتور أبو صالح، سامي عبد الباقي، مصدر سبق ذكره، ص٦.

(٣) الدكتور البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات، مصدر سبق ذكره، ص٧.

من تطورات اقتصادية وتكنولوجية في مجمل أوجه النشاط التجاري فإن حقيقة وضع هذا القانون في المجتمع هي أنه قانون الأعمال، وليس قانون التجارة بمعناها التقليدي الضيق(١).

المطلب الثاني
ميزات قانون الأعمال

يتميز قانون الأعمال بميزات معينة أعطته طابعاً خاصاً عن الطابع الذي تتسم به قواعد قانون التجارة بمفهومها التقليدي، وتتمثل هذه الميزات فيما يأتي:

أولاً – من حيث المنهج:

يتميز قانون الأعمال عن القانون التجاري في المنهج الذي يتم التعامل به مع الوقائع الاقتصادية؛ فالأول ذو منهج علمي استقرائي يستنبط من الواقع، وليس من استنتاج المبادئ المنطقية العقلانية(٢). فإذا كان قانون التجارة يطبق على الوقائع والمنازعات المعروضة، فإن قانون الأعمال يواكب الأحداث ويعطي رجل الأعمال فرصة لمجاراتها في ضوء الإمكانيات المدروسة لحصر التوقعات، واستخلاص النتائج المستقبلية ليس على فروض واحتمالات يصعب تصديقها، وإنما على دراسات وإحصاءات دقيقة؛ بحيث يعطي رجل الأعمال الصفة الديناميكية بعكس الركود الخاص بقانون التجارة(٣).

(١) الدكتور أبو صالح، سامي عبد الباقي، مصدر سبق ذكره، ص١٠.
(٢) ينظر الدكتور مغبغب، نعيم، رجل الأعمال والقانون، دون ذكر دار النشر، بيروت، ٢٠٠٣م، ص١٦.
(٣) المصدر أعلاه، ص١٣.

وهكذا نلاحظ أن العقود التي أفرزها التعامل المعاصر (كعقود النوهاو والفرانشيز والفاكتورنغ والليزنغ والتحكيم وغيرها) ظهرت نتيجة لممارسات رجال الأعمال، وبعدها جاء المشرع لينظم هذا التعامل بصورة قانونية(١).

ثانياً – أن قانون الأعمال يضم شتاتاً لقواعد تعود لفروع قانونية مختلفة:

إذا كان ما يميز قانون التجارة – كأي فرع من فروع القانون – هو التجانس في قواعده وتنظيمه لمجمل الأنشطة السائدة في الحياة التجارية؛ مما يجعل منه فرعاً يتمتع باستقلال واضح في مفاهيمه وأسسه عن فروع القانون الأخرى، فإن قانون الأعمال – مقابل ذلك – يمثل تشكيلاً يقوم على الجمع بين قواعد قانونية مختلفة يعود بعضها لفروع القانون الخاص، كالقانون المدني أو

(١) المصدر أعلاه، ص١٩. ويرى البعض أن مصدر هذه العقود لا يكون على أساس تشريع معين أو قضاء محدد، بل اعتمدت هذه العقود في ظهورها على تطور العلاقات الاقتصادية والتجارية ولاسيما في ظل مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات التعاقدية... الدكتور جمال الدين، صلاح الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٣، ص٥، وقد جرت عدة محاولات لتقنين أحكام العقود المشار إليها أعلاه، وبضمنها عقد نقل التكنولوجيا المعروف بحق المعرفة "Know how" ومن أبرز هذه المحاولات ما استحدثه قانون التجارة المصري، الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م من تنظيم لعمليات نقل التكنولوجيا لأول مرة في تاريخ التشريع المصري، أحمد بركات، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥–٢٠٠٦م، ص٢١ وما بعدها. أما (الليزنغ) أو عقد الإيجار التمويلي فقد نظم أحكامه لأول مرة في فرنسا بالقانون رقم ٤٣٣ في ١٩٦٦/٧/٢، أعقبته عدة قوانين من بينها القانون رقم ١١٨٦ في ١٩٩٠/٢٩١٢، والقانون رقم ١١٥ في ١٩٩٥/٢/٤م. وعلى صعيد التشريعات العربية، فقد أصدر المشرع المصري القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥م، بشأن التأجير التمويلي، كما أصدر المشرع اللبناني القانون رقم ١٦٠ في ١٩٩٩/١٢/٢٧م، المتعلق بتنظيم عمليات التأجير التمويلي. ينظر: الدكتور ناصيف، إلياس، العقود الدولية، عقد الليزنغ، أو عقد الإيجار التمويلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص٢١ وما بعدها.

الإجراءات المدنية، وبعضها الآخر يعود إلى فروع القانون العام[١]، كقانون العمل أو القانون الضريبي أو القانون الإداري، مع استمرار الحضور المميز لقواعد القانون التجاري التقليدي وطغيانها على أغلب موضوعات هذا القانون.

وقد انعكس الأمر المتقدم على تصميم المادة التي تتألف منها المؤلفات التي تعنى بدراسة قانون الأعمال، والموضوعات التي يمكن بحثها وفق العنوان المذكور، فلا يوجد اتفاق نهائي في الفقه بشأن الموضوعات التي يجب أن تتصدى لها المؤلفات المتعلقة بقانون الأعمال[٢].

ثالثاً – ابتعاد مؤلفات قانون الأعمال عن التمسك بالعناوين النمطية أو التقليدية:

إذا كانت الموضوعات التي تشكل الغالبية العظمى لقواعد القانون التجاري فإنها غالباً ما تشكل المادة الرئيسة لأغلب موضوعات قانون الأعمال، فإنها

---

(١) وهذا ما دعا البعض من الفقه إلى القول إن قانون الأعمال يقيم تداخلاً واضحاً بين فروع القانون الخاص وفروع القانون العام، وبذلك فإنه يتجاوز التقسيم التقليدي المعروف بقواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام؛ وذلك للآثار السلبية التي يفرزها التقسيم المذكور؛ لأن قواعد قانون الأعمال لا تتوافق تماماً على قبول مثل هذا التقسيم.. ينظر: الدكتور البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات، مصدر سبق ذكره، ص ٤٦–٤٧.

(٢) ومع ذلك يرى الأستاذ Blaise أن قانون الأعمال يتصدى لبحث الموضوعات الآتية:

* أنظمة المشروعات التجارية.
* القضاء التجاري والتحكيم.
* قانون المنافسة والملكية الصناعية.
* قانون الشركات التجارية.
* الأوراق التجارية والعمليات المصرفية.
* العقود التجارية والتوزيع.
* الإجراءات الجماعية وتصفية المشاريع.. ينظر:

Blaise, Op. Cit, No.63, P. 39.

تكتسي حلة جديدة من العناوين غير التقليدية – عند بحثها ضمن قانون الأعمال – تتضمن قدراً من التحديث في اختيار عناوين الموضوعات التي يتم بحثها، تتجاوز بذلك العناوين التقليدية التي تزخر بها مؤلفات القانون التجاري[١].

(١) على سبيل المثال، فإن الأستاذ Guyon, yves في بحثه للأحكام المتعلقة بالتجارة، يبدأ عرض الموضوع بالكلام عن الشخصية الفردية Le Personne Privee ويقصد بذلك التجار Les commercants، ومن ثم ينتقل إلى البحث في ممارسة التجارة بشكل مجموعات Les Groupments Des,Affaires ويقصد بذلك الشركات التجارية. ينظر Guyon, OP. Cit, P.35-89.

كذلك اختار الدكتور البستاني، عناوين جديدة لدراسة قانون الأعمال هي:

* أشخاص قانون الأعمال (العوامل المحركة للأعمال).
* المحرك الجماعي للأعمال (الشركات).
* الوسائل المستخدمة في قانون الأعمال (المؤسسات التجارية – الحساب الجاري – الأوراق والسندات القابلة للتداول). ينظر: الدكتور البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات، مصدر سبق ذكره، ص٩.

المبحث الثالث
قانون الأعمال في التشريعات والمؤلفات الفقهية العربية

يثير تحديد موقف التشريعات والمؤلفات الفقهية العربية بصدد المفاهيم والطروحات التي يقوم عليها قانون الأعمال تساؤلات معينة، أهمها هل تبنت التشريعات العربية ذات الصلة بالتجارة موقفاً محدداً من المفاهيم المذكورة؟ وهل كان لمثل هذه المفاهيم صدى في التشريعات العربية؟ وهل تمكنت المؤلفات العربية من إرساء مفهوم محدد لقانون الأعمال؟ وهل سيشهد المستقبل أفول مصطلح القانون التجاري وحلول مصطلح قانون الأعمال كإطار تنظيمي لمختلف الأنشطة المتعلقة بالتجارة ؟

بقصد الإجابة عن التساؤلات المذكورة نبين في المطلب الأول موقف التشريعات العربية من المفاهيم والطروحات التي يقوم عليها قانون الأعمال.

على أن نبين في المطلب الثاني إذا ما تمكنت المؤلفات العربية من إرساء مفهوم محدد لقانون الأعمال سواء من حيث الموضوعات التي ينظمها والإشكالات التي يثيرها. ونبين أخيراً في المطلب الثالث رؤية متواضعة بشأن المستقبل إذا ما كان سيشهد أفول مصطلح القانون التجاري وحلول مصطلح قانون الأعمال كبديل عنه.

المطلب الأول
موقف التشريعات العربية من الأسس والطروحات التي يقوم عليها قانون الأعمال

من الجلي أن أغلب التشريعات العربية ما زالت متمسكة بالقواعد التقليدية للقانون التجاري[1]، على الرغم من صدور العديد من التشريعات الحديثة

(١) هذا ما أشارت إليه صراحة المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بقولها: "ولذلك أبقى القانون التجاري على جوهر التقنين القديم – =

للتجارة[١]. كقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، وقانون التجارة السوري رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٧م. وقد يكمن سبب ذلك في عدم وضوح المفاهيم والطروحات التي يقوم عليها قانون الأعمال، وبلورتها بصورة جلية ومستقرة[٢]. ومع ذلك فقد ذهب البعض من الفقه المصري إلى أن قانون التجارة المصري المشار إليه سابقاً، بما أورده من أحكام متنوعة تشمل عقود نقل التكنولوجيا والصناعات الاستخراجية لموارد الثروة الطبيعية ومشروعات الطباعة والنشر والإعلان وشراء العقارات من أجل بيعها أو استئجارها – يُعدّ قانوناً للأعمال؛ حيث أضفى على الكثير من الأنشطة المدنية الصبغة التجارية[٣].

= أي قانون التجارة لعام ١٨٨٣ – مع استكمال مواطن النقص فيه وتحديثه؛ لأن التغيير الجذري يحدث من الضرر أكثر مما يحقق من النفع؛ فهو يوهن الثقة ويزلزل المعاملات المستقرة ويربك خطط التجار ومقدراتهم". ومع ذلك استحدث القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، أحكاماً بشأن موضوعات ظهرت الحاجة إلى تنظيمها؛ لأنها وليدة التقدم التكنولوجي، ومن ذلك تنظيمه لعقد نقل التكنولوجيا، وجواز عمل الإخطارات والإشعارات بالطرق الحديثة كالبرق والتلكس والفاكس وتنظيم مسؤولية المنتج.... المذكرة المشار إليها أعلاه.

(١) مع الإقرار بأن بعض الدول العربية قد شرعت قوانين خاصة لحماية المستهلك والمنافسة، وهذه من الموضوعات الأساسية لقانون الأعمال بحسب ما يذهب إليه الفقه. ينظر:
Blaise, Op. Cit, No.620, P.323.
ومن هذه التشريعات قانون حماية المستهلك رقم ١٠ لسنة ٢٠١٠ العراقي. قانون المنافسة غير المشروعة الأردني رقم ١٥لسنة ٢٠٠٠.

(٢) فقانون التجارة الفرنسي الجديد الصادر بالأمر التشريعي ٩١٢ في ١٨ أيلول ٢٠٠٠، الذي ألغى قانون التجارة لعام ١٨٠٧ – كما يشير الفقه – يخلط بطريقة ملتبسة بين القانون التجاري وقانون الأعمال، وأكثر من ذلك – على عكس ما كان مرجواً منه – أنه لا يضبط بطريقة متماسكة كل نظم القانون التجاري؛ فبعض موضوعاته بقي مستبعداً من التقنين... ينظر:
Ripert et Roblot Par vogel, OP. Cit., No6.

(٣) الدكتور قاسم، علي سيد، مصدر سبق ذكره، ص٦٦.

المطلب الثاني
مساهمة المؤلفات العربية في إرساء مفهوم قانون الأعمال

لم تكن حركة الفقه في البلدان العربية[١] بمعزل عن الدعوات المتصاعدة في الفقه الأوربي لتبني مفهوم قانون الأعمال كمصطلح بديل عن القانون التجاري الذي أصبح قاصراً عن شمول كل العلاقات وصور الأنشطة التي تنظمها – بالفعل – قواعده القانونية[٢].

ونظراً لكون مفهوم قانون الأعمال ما زال يتلمس هويته، ويفتش عن ذاتيته التي تسمح باستقراره، ومن ثم جلاء مضمون قواعده، فإن هنالك قدراً من عدم الوضوح والضبابية يسود المؤلفات العربية التي تصدت للبحث في موضوعات قانون الأعمال. وعلى أية حال، فقد تبلور في هذا الشأن اتجاهان في المؤلفات العربية التي تناولت القانون المذكور، هما:

---

(١) على الصعيد الأكاديمي تبنت بعض الجامعات والمعاهد العربية تدريس مادة قانون الأعمال، ومن أبرز هذه المحاولات ما قامت به كلية الحقوق – جامعة القاهرة – التي تبنت إنشاء معهد متخصص بقانون الأعمال الدولي وبالتعاون مع الجمهورية الفرنسية؛ إذ تم في ١٩٨٨/٢/٢٨، التوقيع على الاتفاقية المنشئة للمعهد بين وزيري التعليم الفرنسي والمصري، والتي حددت أهداف المعهد وبرامج إدارته ونظامها، وبحيث يتم تمويل جزء من نشاطه بالتعاون مع الجامعات الفرنسية، فضلاً عن قيام عدد من أساتذة كليات الحقوق الفرنسية بالتدريس فيه إلى جانب الأساتذة المصريين، وتدرس في المعهد العديد من المواد، منها: العقود الدولية والعلاقات الاقتصادية الدولية، نظم المعلومات، صياغة العقود، تأسيس الشركات، وسائل تسوية نزاعات الأعمال الدولية (التحكيم التجاري الدولي)، نظم الاستثمارات الأجنبية، المشروعات المتعددة الجنسيات، القانون الضريبي والمالي، القانون المقارن للأعمال، القانون الأوروبي. ينظر: الدكتور مخلوف، أحمد، مصدر سبق ذكره، ص٢٩–٣٠. وفي حقل الدراسات العليا استحدثت كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية والإدارية في الجامعة اللبنانية دراسة الدبلوم العالي في قانون الأعمال.

(٢) الدكتور أبو صالح، سامي عبد الباقي، مصدر سبق ذكره، ص٥.

الاتجاه الأول: إنّ قانون الأعمال هو مجرد عنوان جديد للقانون التجاري دون تغيير جوهري في المضمون.

الاتجاه الثاني: إنّ قانون الأعمال ذو طابع خاص يعبّر عن مضمون مختلف عن القانون التجاري بمفاهيمه التقليدية. ونتولى إيضاح كل منهما:

الاتجاه الأول: إنّ قانون الأعمال هو مجرد عنوان جديد للقانون التجاري دون تغيير جوهري في المضمون:

استهوى البعض من الفقه العربي حداثة مصطلح قانون الأعمال، وشيوع استخدامه في المؤلفات الحديثة للفقه الأوروبي، وغزارة ما صدر وما يصدر عنه من مؤلفات باللغة الفرنسية(١)؛ فحاول أن يقدم القانون التجاري بعنوان جديد هو قانون الأعمال(٢)، بحيث بدا الأمر وكأنه مجرد استبدال للعناوين أو المصطلحات، وبقيت قواعد القانون التجاري التقليدي بجميع مفاهيمها وإشكالاتها هي الحاضرة في هذه المؤلفات، دون تغيير حقيقي في مضمون الموضوعات التي تناولتها(٣).

---

(١) ينظر القائمة التي يذكرها الأستاذ Guyon بشأن مؤلفات قانون الأعمال في مقدمة مؤلفه المشار إليه سابقاً.

(٢) من ذلك قانون الأعمال للدكتور سامي عبد الباقي أبو صالح بجزأيه الأول الذي تناول فيه النظرية العامة للقانون التجاري – الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري – والثاني الذي تناول فيه أحكام الشركات التجارية؛ بحيث يبدو المؤلف المذكور، وكأنه صورة تقليدية لمؤلفات القانون التجاري.

(٣) وقد حاكت هذه المؤلفات بعض مؤلفات قانون الأعمال في سبعينيات القرن الماضي وثمانينياته، وهي صورة عن مؤلفات القانون التجاري المعروفة. ينظر على سبيل المثال:
Chartier, Yves, droit des affaires, Press universitaires, Paris, 1988.
إلّا أنّ الحال تغير فيما بعد؛ حيث بدأت المؤلفات الحديثة تغير من طبيعة الموضوعات التي تتناولها والتساؤلات والإشكالات التي تثيرها والتي لا تتناولها المؤلفات التقليدية للقانون التجاري.

الاتجاه الثاني: إنّ قانون الأعمال ذو طابع خاص يعبّر عن مضمون مختلف عن القانون التجاري بمفاهيمه التقليدية:

حاولت بعض المؤلفات – على قلتها – تقديم قانون الأعمال على أنه قانون ذو طابع يتميز بخصوصيته في المنهج الذي يتعامل به مع المعطيات القانونية السائدة في الحياة التجارية والاقتصادية.

وقد حاولت هذه المؤلفات – بحدود معينة – إضفاء مضمون مختلف ومغاير في الطريقة التي تتعامل بها مع القواعد القانونية التي تحكم النشاط التجاري، ومختلف عن ذلك الذي دأبت على تناوله المؤلفات التقليدية التي عنيت بدراسة القانون التجاري.

وقد شكلت مؤلفات البعض من الفقه اللبناني(١) نموذجاً لتلك المحاولات التي مثلت بداية الطريق لإرساء مفهوم قانون الأعمال في المؤلفات العربية. وإذا كانت مفاهيم القانون التجاري تمثل القدر الأساس لأغلب موضوعات المؤلفات المذكورة، فإنّ هذه المؤلفات حاولت تقديم صورة عن القواعد القانونية التي تحكم عالم الأعمال، حتى وإن كانت تدخل تقليدياً ضمن فروع القانون الأخرى(٢)، فضلاً عن تناولها الموضوعات التي يثيرها قانون الأعمال كنظريتي المشروع(٣)، والتحكيم(٤).

---

(١) من ذلك مؤلف حنا، أدور، قانون رجل الأعمال دون ذكر دار النشر، بيروت١٩٨٠، وكذلك قانون الأعمال والشركات للدكتور البستاني، ورجل الأعمال والقانون للدكتور مغبغب السابق الإشارة إليهما.

(٢) فعلى سبيل المثال فإن الدكتور مغبغب، نعيم، يبحث في الأحكام العامة للعقد بوصفه من الأدوات التي يلجأ إليها رجل الأعمال في ممارسة نشاطه، فيبين القواعد المتعلقة بإنشائه وتنفيذه وإبطاله...
ينظر: مغبغب، نعيم، مصدر سبق ذكره، ص٥٩ وما بعدها.

(٣) المصدر أعلاه، ص١٥ وما بعدها.

(٤) الدكتور البستاني، سعيد يوسف، مصدر سبق ذكره، ص٧٢ وما بعدها.

المطلب الثالث

هل يشهد المستقبل أفول مصطلح القانون التجاري وحلول مصطلح قانون الأعمال بديلاً عنه؟

يثير تواتر استخدام مصطلح قانون الأعمال التساؤل عن مستقبل مصطلح القانون التجاري، وهل سيشهد المستقبل غياب هذا المصطلح وحلول مصطلح قانون الأعمال بديلاً عنه؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل فإنه يجب على الفقه العربي تحديد الموقف من مفهوم قانون الأعمال وما ينظمه من موضوعات، وهل يمكن الأخذ بالمفهوم السائد في الاتجاه اللاتيني الممثل بالفقه الفرنسي الذي قدم قانون الأعمال على أنه قانون يحكم النشاط التجاري للمشروع، وحاول أن يزاوج بين المفاهيم التقليدية للقانون التجاري والمفاهيم الحديثة المتعلقة بالمشروع والمنافسة والتوزيع وحماية المستهلك. وبين مفهوم قانون الأعمال السائد في الولايات المتحدة الأمريكية الذي قدم قانون الأعمال على أنه القانون الذي يحكم معظم صور النشاط التجاري، وفي الوقت نفسه يضم العديد من الأنظمة التي لا تتصدى بشكل مباشر للنشاط التجاري، كتلك المتعلقة بأحكام النظام القضائي والقانون الضريبي وقانون العمل وقانون البيئة.

يبدو على الأرجح – إذا ما تصاعدت جهود الفقه في إرساء مفهوم القانون المذكور – أنها ستحاكي الطريق الذي أخذ به الاتجاه اللاتيني الذي تمثله المدرسة الفرنسية بسبب التأثير الكبير لهذه المدرسة في مختلف فروع القانون في الدول العربية.

غير أن بناء قانون الأعمال يتطلب الإقرار بالمفاهيم الجديدة التي يقوم عليها هذا القانون من خلال إصدار تشريعات تعالج المحاور الأساسية التي يقوم عليها القانون المذكور، وإذا كانت بعض الدول العربية قد أقرّت قوانين تتعلق بحماية المستهلك، والمنافسة فإن مثل هذه التشريعات يمكن أن تمثل مع

ما هو مقرر من قواعد أخرى تحكم النشاط التجاري – اللبنات الأولى لتشييد قانون الأعمال في البيئة القانونية العربية. وكما بذل الفقه جهوداً كبيرة في إرساء مفاهيم القانون التجاري الموروثة عن القوانين الغربية وتطويرها، فإنه يمكن أن يقوم بهذا الدور نفسه من خلال إرساء قواعد قانون الأعمال.

أما نموذج قانون الأعمال السائد في الولايات المتحدة الأمريكية – ومع الإقرار بتنظيمه للكثير من صور النشاط التجاري، وإصالة المنهج الذي يدرس فيه قانون الأعمال وتفرده، ومع الإقرار بتأثير المدرسة القانونية الفرنسية ببعض القواعد التي قررتها بعض القوانين النافذة في الولايات المتحدة الأمريكية كما يشهد بذلك البعض من الفقه الفرنسي(١) – فإنّ مثل هذا المفهوم الواسع لقانون الأعمال الذي لا يقتصر على تنظيم النشاط التجاري، وإنما يتصدى لتنظيم موضوعات تُعدّ في القوانين العربية من اختصاصات فروع أخرى لا صلة لها بالنشاط التجاري – قد لا يلاقي القبول في الفقه العربي، فضلاً عن كون المؤلفات المتعلقة بقانون الأعمال هي مصممة – كما يصرّح البعض من الفقه الأمريكي – لرجال الأعمال(٢)، وما يحكم عالم الأعمال من قواعد ذات صلة بالنشاط التجاري وأدواته، وما يمكن أن يحكم هذا النشاط من قواعد أخرى بشكل غير مباشر.

إلّا أنّ استبعاد المفهوم المذكور في إرساء قانون الأعمال لا يعفينا من الاطلاع على التجارب والأفكار المفيدة التي قدمتها المدرسة الأمريكية بهذا الصدد.

---

(١) ومن ذلك نظام التصويت بالمراسلة Le vote par correspondence في اجتماعات الجمعية العامة للشركة المساهمة الذي أقرّه القانون الصادر في ٣ كانون الثاني ١٩٨٣م، والمرسوم رقم ٥٥ في ١٩ كانون الثاني ١٩٨٨. والأسهم عديمة الأصوات ذات النصيب العالي في الأرباح التي أقرّها القانون ٧٤١ في ١٥تموز ١٩٧٨. ينظر:
Ripert et Roblot par German. M., Traite de droit Commercial, Tl- Vol.2, Les societes Commercialese L.G.D.J. 18 edition, 2001, No. 1547-1562.

(٢) فضلاً عن آخرين كطلبة كليات الحقوق والإدارة والمحاسبة، ينظر: مقدمة مؤلف الأستاذ Emerson Robert المشار إليه فيما تقدم.

الخاتمة

يشهد تاريخ الفكر الإنساني، ولاسيما القانوني منه، أنّ الكثير من المبادئ والنظريات الجديدة قد لاقت معارضة شديدة من قبل الكثير من دعاة المحافظة على المبادئ والقواعد القائمة، إلّا أنها لا تلبث أن تحظى – فيما بعد – بقدر من القبول، إلى أن تستقر كأحد المبادئ المسلّم بها. وهكذا هو حال القانون التجاري الذي مر بمرحلة صراع طويلة من أجل إثبات تميزه واستقلاله عن القانون المدني، ثم ما لبثت الدعوات أن تصاعدت إلى التشكيك بالأسس التي قام عليها، وعلى وجه الخصوص ما لاقته نظرية الأعمال التجارية، التي تُعدّ أهم المفاهيم الأساسية لهذا القانون، من نقد عنيف من قبل الفقه؛ الأمر الذي دعا بعض الفقه إلى طرح مفهوم القانون الاقتصادي منذ أربعينيات القرن الماضي، بوصفه القانون الذي يحكم مختلف أوجه النشاط الاقتصادي، وجميع المعاملات سواء أكانت مدنية أم تجارية. ثم ما لبثت الدعوات أن تضاءلت إلى تبني مفهوم القانون الاقتصادي كبديل عن القانون التجاري، وحلت محلها دعوات أخرى لتبني مفهوم قانون الأعمال للمبررات التي سبق الإشارة إليها. إلّا أنّ مفهوم قانون الأعمال – وفقاً للنموذج الفرنسي – ما يزال يمرّ بمرحلة مخاض من أجل إرساء مضمونه وقواعده. وقد بذل الفقه جهداً كبيراً في تصوير الدور الموكل إلى قانون الأعمال بوصفه المنظم للعلاقات والأنشطة التجارية بشكل مغاير عن ذلك الذي تقوم به قواعد القانون التجاري التقليدي. وبحكم التطور الطبيعي لحركة الأفكار والنظريات فإنه مما لا شك فيه أنّ إرساء مفهوم قانون الأعمال يحتاج إلى زمن طويل لاستقراره.

وقد حاول البحث تقديم مساهمة معينة للتعريف بالقانون المذكور موضحاً مبررات ظهوره وميزاته، وتقديم رؤية متواضعة بشأن مستقبل هذا المفهوم في المؤلفات العربية، ومن ثم أيشهد المستقبل أفول مصطلح القانون التجاري واستقرار مصطلح قانون الأعمال كمنظم للعلاقات التجارية على مختلف أنواعها، أم سيحتفظ القانون التجاري بدوره التقليدي في تنظيم العلاقات المشار إليها ؟

مصادر البحث

المصادر العربية:

١ – الدكتور أبو صالح، سامي عبد الباقي، قانون الأعمال، مقدمة الأعمال التجارية – التاجر – المحل التجاري – دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣/ ٢٠٠٤.

٢ – الدكتور البارودي، علي، في سبيل نظام موحد للمشروع التجاري العام، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٦٧.

٣ – الدكتور البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

٤ – الدكتور سعيد يوسف، الدكتور عواضة، علي شعلان، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١١.

٥ – الدكتور الشرقاوي، محمود سمير، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

٦ – الدكتور العكيلي، عزيز، الوسيط في القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

٧ – الدكتور جمال الدين، صلاح الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، جامعة شمس، ١٩٩٣.

٨ – الدكتور عبد الرحيم، ثروت علي، شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٤.

٩ – الدكتور قاسم، علي سيد، قانون الأعمال، دار النصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٧.

١٠– الدكتور مخلوف، أحمد، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤/ ٢٠٠٥.

١١- الدكتور مغبغب، نعيم، رجل الإعمال والقانون، دون ذكر دار النشر، بيروت، ٢٠٠٣.

١٢- الدكتور ناصيف، إلياس، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.

المصادر الأجنبية:

1 - Anderson, Ronald, Business Law, South Western Publishing., Ohio. Eleventh Edition. 1980.

2 - Blaise, Jean - Bernarrd, Droit Des Affaires L.G.D.J. Delta, Paris, 1999,

3 - Emerson, Robert. Business Law, Baron's Education, Series Fifth Edition 2009.

4 - Getz, George, Business law, feron -Pitman Publisher. Fifth Edition, 1977.

5 - Guyon, Yves, Droit Des Affaires, T.I. Economica, Delta, Paris, 12 edition, 2003.

6 - Ripert et Roblot Par vogel, Louis, Traite de droit Commercial, T.1. Vol.1, L.G.D.J. 18, edition. 2001.

7 - Stevens & Borries, Elements of Mercantile Law, Butter Worth Pub. London. Sixteenth Edition, 1973.

مبدأ التوصيف العادل ومعضلة ملاحقة الجرائم الجنسية قضائياً أمام المحاكم الجنائية الدولية

إبتسام محمود*

يعتبر هذا المجلد الصادر حديثاً عن مطبعة جامعة أوكسفورد للدكتور حلمي الزواتي،(١) المحامي الدولي لحقوق الإنسان، ورئيس اللجنة الدولية للدفاع عن ضحايا العنف الجنسي خلال النزاعات المسلحة، مونتريال، كندا، من أهم الكتب التي تبحث فشل المحاكم الجنائية الدولية على مدى العقدين الماضيين في تحقيق العدالة لضحايا الاغتصاب وسواه من جرائم العنف الجنسي التي ظلت تواكب الحروب، محلية كانت أم دولية، لسنوات طويلة.

(*) أمينة مكتبة معهد الأمراض الصدرية، مركز جامعة مجيل الصحي، مونتريال، كندا. عملت سابقاً أمينة مكتبة في المعهد الدولي لحقوق الإنسان والتطور الديمقراطي التابع للبرلمان الكندي. باحثة، ومترجمة، وناشطة حقوقية معنية بشؤون المرأة خلال النزاعات المسلحة. حصلت عام ٢٠٠٤ على جائزة Adèle Mellen الأمريكية للبحث العلمي المتميز عن كتابها:

A Selected Socio-Legal Bibliography on Ethnic Cleansing, Wartime Rape and Genocide in the Former Yugoslavia and Rwanda (Lewiston, N. Y.: The Edwin Mellen Press, 2004). (بالاشتراك).

(١) انظر:

Hilmi M. Zawati, Fair Labelling and the Dilemma of Prosecuting Gender-Based Crimes at the International Criminal Tribunals (New York, N.Y: Oxford University Press, 2014).[فيما بعد، حلمي الزواتي].

لقد ظلت هذه الجرائم لعقود طويلة أضراراً جانبية يمارسها الجنود ومن في حكمهم من المسلحين ضد المدنيين في مناطق القتال دون تجريم أو ملاحقة قضائية.(٢) وعلى الرغم من اعتبار الاغتصاب جريمة ضد الإنسانية لأول مرة في القانون الجنائي الدولي، كما نصت عليه القوانين الأساسية لمحكمتي نورمبيرغ وطوكيو المنشأتين في أعقاب الحرب العالمية الثانية،(٣) فإنهما لم تلاحقا أياً من المتهمين في ارتكاب هذه الجرائم. وفي الوقت الذي كشف فيه النقاب عن استخدام الاغتصاب كسلاح سياسي في الحرب في كل من البوسنة ورواندا في مطلع تسعينيات القرن الماضي، أظهرت تحقيقات حديثة أرقاماً مذهلة عن عدد النساء الصينيات اللواتي اغتصبن من قبل الجنود اليابانيين في مدينة نانكنغ الصينية في أبشع عملية اغتصاب عرفها تأريخ الحروب، أطلق على ضحاياها لقب نساء المتعة (comfort women).(٤)

وعلى الرغم من التطور الهائل في القانون الجنائي الدولي خلال العقود الثلاثة الماضية، وما حملته مواثيق إنشاء المحاكم الجنائية الخاصة

---

(٢) المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) انظر:

Charter of the International Military Tribunal (IMT), in Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (London Agreement), 8 August 1945, 58 Stat. 1544, E.A.S. No. 472, 82 U.N.T.S. 280; *Charter of the International Military Tribunal of the Far East (IMTFE),* 19 January 1946, 26 Apri1, 1946, T.I.A.S. No.1589, 4 Bevans 20.

(٤) انظر على سبيل المثال:

Carmen M. Argibay, "Sexual Slavery and the 'Comfort Women' of World War II," (2003) 21:2 Berkeley Journal of International Law 375-389; Margaret D. Stetz, "Wartime Sexual Violence against Women: A Feminist Response," in Margaret M. Stetz & Bonnie B. Oh, eds., *Legacies of the Comfort Women of World War II* (Armonk, N.Y.: M. E. Sharpe, 2001) 91-100.

(ad hoc) لكل من يوغسلافيا السابقة،[٥] ورواندا،[٦] وسيراليون،[٧] وكمبوديا،[٨] وإيست مور،[٩] وأخيراً المحكمة الجنائية الدولية التي طال انتظارها،[١٠] فشلت هذه المحاكم مجتمعة في ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم وإنصاف الضحايا وجلب المتهمين إلى العدالة. وعليه، فإن هذا الكتاب، الذي حمل نظرية الدكتور الزواتي عن "التناسب العادل" (fair proportionality) بين العقوبة والجريمة، يؤكد أن التجريد (abstractness) وعدم تقديم تعريف دقيق لجرائم العنف الجنسي خلال النزاعات المسلحة في مواثيق إنشاء المحاكم الجنائية الدولية أخل بمبدأ التوصيف العادل للجرائم؛ مما عرقل

---

(٥) انظر:
Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, United Nations SCOR, 48th Sess., 3175. Annex, at 40, UN Doc. S/25704, 3 May 1993. (As Amended on 19 May 2003 by Security Council's Resolution 1481).

(٦) انظر:
Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Security Council's Resolution S/RES/955 (1994) Annex, Adopted in the Security Council's 3454th meeting on 8 November 1994.

(٧) انظر:
Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (16 January 2002), 2178 U.N.T.S. 138.

(٨) انظر:
Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006).

(٩) انظر:
Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels in East Timor with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, 6 June 2000, UN Doc. UNTAET/REG/2000/15, at Section 5(1)(g).

(١٠) انظر:
Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (17 July 1998), 37 I.L.M. 999-1069 (Entered into force on 1 July 2002).

إجراءات التقاضي، وملاحقة المجرمين، والحصول على إدانات كافية لهذه الجرائم. كما أدى أيضا إلى عدم التناسب بين الأحكام والعقوبات المترتبة عليها. وبناء على ذلك، فإن هذا الكتاب يركز على جرائم العنف الجنسي خلال الحروب موضوعاً للبحث، وعلى التوصيف العادل كمبدأ قانوني وإطار نظري له.(١١)

هذا الموضوع مهمّ وآني في الوقت نفسه. إنه يسهم في إثراء القانون الجنائي الدولي بطرق مختلفة، منها: أنه أول تحليل قانوني يركز على تحديات ملاحقة ومعاقبة مرتكبي جرائم العنف الجنسي خلال الحروب من قبل المحاكم الجنائية الدولية استناداً لمبدأ التوصيف العادل (fair labelling). كما يشدد على أن تطبيق مبدأ التوصيف العادل على جرائم العنف الجنسي المرتكبة زمن الحرب يساعد المحاكم الجنائية في التوصل إلى أحكام عادلة، ويكسر حلقات الإفلات من العقاب. وأخيراً، يقدم هذا البحث نموذجاً رائعاً لتحليل قانوني معمق يهدف لإعادة صياغة وتعريف جرائم العنف الجنسي خلال النزاعات المسلحة، ويساعد المحاكم الجنائية الدولية المختصة على إعادة صياغة وتعديل قوانينها الأساسية كخطوة فعالة نحو تحديد وملاحقة هذا النوع من الجرائم.(١٢)

بالإضافة الى مقدمة المؤلف وتمهيد بقلم الأستاذة تيريزا دوهرتي، القاضية في المحكمة الدولية الخاصة بجرائم الحرب في سيراليون (SCSL)، يتكون الكتاب من خمسة فصول في جزأين، وخاتمة، وقائمة ثرية مبوبة من المراجع المهمة. كما يشمل فهرساً عاماً لرؤوس الموضوعات الواردة فيه، وكذلك عدة فهارس خاصة بقضايا نظرت أمام المحاكم الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة (ICTY)، ورواندا (ICTR)، وسيراليون، وكمبوديا (ECCC)، وكذلك المحكمة الجنائية الدولية (ICC).

(١١) حلمي الزواتي، المرجع السابق رقم ١، ص ١٤٠.
(١٢) المرجع السابق، ص xiv.

استهلت القاضية دوهرتي مقدمتها بالإشادة بالكتاب كبحث قانوني غير مسبوق، مثنية على جهود الدكتور حلمي الزواتي في التصدي لهذا الموضوع الشائك بأسلوب علمي متميز وحيادية عالية؛ إذ قدم للمكتبة القانونية مرجعاً لا غنى عنه للعاملين في القضاء الدولي من قضاة ومدعين عامين ومحامين، وهو مهم أيضاً لأساتذة وطلاب القانون الجنائي الدولي في الجامعات و معاهد القضاء، وكذلك للعاملين في مراكز الأبحاث القانونية الدولية.(١٣)

بدأ المؤلف مقدمته برسم الخطوط العريضة للكتاب وبتحديد نقطة البحث المركزية، والمبدأ القانوني والإطار النظري الذي اعتمد عليه في تحليله للتحديات التي تواجه المحاكم الجنائية الدولية في ملاحقة مرتكبي جرائم العنف الجنسي خلال الحروب وجلبهم إلى العدالة. وأكد الدكتور الزواتي أن الغموض الذي يكتنف قوانين المحاكم الجنائية الدولية، خاصة ما يتعلق بجرائم العنف الجنسي، شكل سداً منيعاً أمام المدعين العامين لملاحقة المتهمين، وأعطى للقضاة سلطات واسعة في تفسير القوانين وتعريف الجرائم، خاصة في محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا؛ مما ترتب عليه خلل واضح وعدم تناسب بين الجرائم المرتكبة والعقوبات المترتبة عليها.(١٤)

يركز الجزء الأول، الذي يضم الفصول الثلاثة الأولى من الكتاب، على التوصيف العادل كمبدأ قانوني ملزم وإطار قانوني استند إليه المؤلف في إعداد هذا العمل. وبعد مناقشة التطور الفكري لهذا المبدأ خلال العقود الثلاثة الماضية، استطاع المؤلف نقله من مبدأ قانوني محلي في المنظومة القانونية الانكليزية إلى مبدأ قانوني دولي، طبقه على مواثيق إنشاء المحاكم الجنائية الدولية وسجلاتها العدلية. كما حلل الدكتور الزواتي هذا المبدأ وبين مداه ومبررات استخدامه ووضح انطباقه على جرائم العنف الجنسي. كما بين علاقته

(١٣) المرجع السابق، ص xii-xi.

(١٤) المرجع السابق، ص ٤.

بالمبادئ القانونية الأخرى، مثل مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون (nullum crimen sine lege)، القصد الجنائي (mens rea)، تناسب العقوبة، الجريمة المركبة، البعد الاجتماعي للجريمة، والفعل الإجرامي المشترك (joint criminal enterprise).(١٥) وناقش المؤلف أيضاً القوانين المتعلقة بالجرائم الجنسية التي نص عليها ميثاق روما الخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية وغيرها من المحاكم الجنائية الدولية الخاصة بذاتها في ضوء مبدأ التوصيف العادل. وأشار إلى التحديات التي واجهت لجان صياغة ميثاق إنشاء المحكمة الجنائية الدولية على مدى شهر كامل في روما صيف ١٩٩٨، وكيف أبقت اللجان كثيراً من الجرائم، خاصة جرائم العنف الجنسي، دون تعريف حرصاً منها على تمرير الميثاق خلال التصويت عليه وإنجاح المؤتمر.(١٦)

وتناول الجزء الثاني، الذي يشمل الفصلين الأخيرين من الكتاب، معضلة ملاحقة جرائم العنف الجنسي أمام المحاكم الجنائية الدولية؛ حيث عمد المؤلف بداية إلى فحص الأعمال التي وضعتها نخبة من المحاميات والخبيرات القانونيات الناشطات في مجال العمل النسوي والدفاع عن حقوق المرأة، خاصة الأبحاث التي قدمتها كل من كاثلين ماكينون، وفاليري أوسترفيلد، وكرستين شينكن، وكيلي أسكن، وروندا كوبلون.(١٧) كما تتبع المؤلف حجج هذه الأعمال

(١٥) المرجع السابق، ص ٥٤.

(١٦) المرجع السابق، ص ٧٠.

(١٧) مع صدور عدة تقارير حقوقية وأممية في مطلع تسعينيات القرن الماضي تفيد باستخدام الاغتصاب على نطاق واسع كسلاح سياسي ضد مسلمي البوسنة من قبل الجنود الصرب، نشطت مجموعات عديدة من الحقوقيات، وأستاذات القانون الدولي في مختلف بلدان العالم للتصدي لهذه المشكلة، وطالبن بإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لملاحقة المهمين بارتكاب هذه الجرائم، كما طالبن بقوة بإدراج الاغتصاب وسائر جرائم العنف الجنسي في ميثاق إنشاء تلك المحكمة كجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية. انظر على سبيل المثال:
Adrien Katherine Wing & Sylke Merchan, "Rape, Ethnicity and Culture: Spirit = Injury from Bosnia to Black America," (1993) 25:1 Columbia Human Rights

المتميزة ودورها في بلورة القوانين الخاصة بجرائم العنف الجنسي خلال النزاعات المسلحة في مواثيق إنشاء المحاكم الجنائية الدولية وخاصة ميثاق روما المتعلق بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية. ووضح المؤلف تأثير التجمعات النسائية الحقوقية الملحوظ على سير المحاكمات في المحاكم الجنائية المذكورة سابقاً؛ حيث تجلى ذلك في محاكمة جون بول أكاييسوا أمام محكمة رواندا (Prosecutor v. Akayesu,1998)،[١٨] عندما أجبرن المدعي العام على تغيير لائحة الاتهام وإضافة الاغتصاب كجريمة من جرائم إبادة الجنس

= Law Review 1 & 5; Carol J. Williams, ''Balkan War Rape Victims: Traumatized and Ignored,'' *Los Angeles Times* (30 November 1992) A1; Elizabeth A. Kohn, ''Rape as a Weapon of War: Women's Human Rights during the Dissolution of Yugoslavia,'' (1994) 24:1-3 Golden Gate University Law Review 206; Herbert K. Tillema, *International Armed conflict since 1945: A Bibliographic Handbook of Wars and Military Interventions* (London: Westview Press, 1991) 276-286; Jeri Laber, ''Bosnia: Questions about Rape,'' *The New York Review of Books* 40:5 (25 March 1993) 3; Kelly D. Askin, *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals* (The Hague, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1997) 12;Susan Brownmiller, ''Making Female Bodies the Battlefield,'' *Newsweek* 121:1 (4 January 1993) 37; Tamar Lewin, ''The Balkans Rapes: A Legal Test for the Outraged,'' *The New York Times* (15 January 1993) B8; UN Commission on Human Rights, *Rape and Abuse of women in the Territory of the Former Yugoslavia: Report of the Secretary General*, UN Doc. E/CN.4/1994/5 (30 June 1993) 2; UN Commission on Human Rights, *Systematic Rape and Sexual Slavery during Periods of Armed Conflict*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/L.20 (15 August 1995) 3; UN High Commissioner for Refugees, *Sexual Violence against Refugees: Guidelines on Prevention and Response* (Geneva: UNHCR Publications, 1995) 7; UN Security Council, *Annex IX, Rape and Sexual Assault*, UN SCOR, UN Doc. S/1994/674/Annex IX (28 December 1994) 26-27; War Crimes in Bosnia-Herzegovina, vol.2 (New York, N.Y.: Helsinki Watch, a Division of Human Rights, 1993) 253.

(١٨) انظر:

Prosecutor v. *Jean-Paul Akayesu*, (1998) Judgement, 2 September 1998, ICTR-96-4-T.

البشري (genocide).[١٩] وفي الفصل الأخير استعرض الدكتور الزواتي سجلات المحاكم الجنائية الدولية، وأظهر فشلها الذريع في إنصاف ضحايا العنف الجنسي وتحقيق العدالة. وفي الوقت ذاته بين انتهاكات هذه المحاكم أيضاً لحقوق بعض المتهمين في الحصول على محاكمات عادلة دون تأخير.[٢٠] وعلى الرغم من أن أكثر من نصف لوائح الاتهام المقدمة للمحاكم المشار إليها اشتملت على تهم بارتكاب جرائم اغتصاب أو عنف جنسي، فإن المتهمين الذين أدينوا بهذه الاتهامات لم يتجاوزوا عدد أصابع اليد الواحدة في بعض هذه المحاكم؛ حيث تم إسقاط كثير من التهم ذات الطبيعة الجنسية عن المتهمين مقابل اعترافهم بجرائم أخرى. كما أن فشل المدعين العامين في توفير أدلة لا يرقى إليها الشك عن ارتكاب هذه الجرائم، من جهة، وإخفاق المحاكم بتوفير الأمن اللازم للشهود، من جهة أخرى، ساهما كذلك في إسقاط هذه التهم خلال المحاكمات.[٢١]

وفي الخاتمة، أكد المؤلف ما أشار إليه في مقدمته من أن فشل المشرع الدولي في وضع قوانين تراعي مبدأ التوصيف العادل وغيره من المبادئ القانونية الأخرى – مثل مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، الذي يؤكد ضرورة تعريف الفعل الجرمي قبل وقوعه – كان سبباً رئيساً في عدم إنصاف الضحايا والحصول على محاكمات عادلة توازن بين الجريمة والعقوبة. كما وجه المؤلف دعوة إلى المحاكم الجنائية الدولية لتعديل قوانينها الأساسية؛ بما يساعد

---

(١٩) انظر:

International Criminal Tribunal for Rwanda: Amicus Brief Respecting Amendment of the Indictment and Supplementation of the Evidence to Ensure the Prosecution of Rape and other Sexual Violence within the Competence of the Tribunal in Akayesu, ICTR-96-4-1, 27 May 1997 (Montreal, Quebec: Rights & Democracy, 1998), at paragraph 1.

(٢٠) حلمي الزواتي، المرجع السابق رقم ١، ص ١٣٨.

(٢١) المرجع السابق، ص ١٣٤.

على إنهاء ثقافة الفرار من العقاب من جهة، وعلى تحقيق العدالة للضحايا والمتهمين على حد سواء، من جهة أخرى.(٢٢)

ختاماً، يشكل هذا الكتاب إضافة جديدة للمكتبة القانونية؛ مما يجعله مرجعاً رئيساً لفقهاء القانون الجنائي الدولي ولأساتذة القانون وطلابه في مختلف جامعات العالم لسنوات طويلة قادمة.

(٢٢) المرجع السابق، ص ١٦٣.