

الشيوع في حق المؤلف

الدكتور/ خالد جاسم الهندياني
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف، يجعل التساؤل مستحقاً عن مدى إمكانية تحقق الشيوع على حق المؤلف خصوصاً الجانب الأدبي منه. وإذا أمكن ذلك، فما هي أحكامه، وهل هي ذات أحكام الشيوع الواردة على حق الملكية كما نظمها القانون المدني الكويتي، أم يجب أن يكون له أحكام خاصة تتفق مع محل الشيوع الفكري؟

مقدمة

تتحقق حالة الشيوع وفقاً للقواعد العامة عندما يتعدد أشخاص الحق على شيء غير مفرزة حصة كل منهم. وتعدد الملاك على شيء واحد قد يعرقل من الاستفادة منه ويجعل من استغلال هذا الشيء أكثر صعوبة وتعقيداً مما لو كان ملكاً لشخص واحد، لذلك يتدخل المشرع في التشريعات الوطنية أو المقارنة لتنظيم حالة الشيوع بين الملاك من أجل تقليل المشاكل والصعوبات التي قد تنشأ من تعدد الملاك لشيء واحد.

والشيوع وضع غير مرغوب فيه اقتصادياً لما ينتج من تعدد الملاك من معوقات وصعوبات في استغلال الملكية والتمتع بها، ومع ذلك قد يكون الشيوع مفروضاً لا يمكن تجنبه، ويتحقق ذلك بصفة خاصة عند أيلولة أموال الشركة بسبب الوفاة إلى الورثة، فالورثة يتلقونها أموالاً شائعة فيما بينهم.

إذا كان الشيوع الذي يرد على حق الملكية ومحلّه عقار، يثير هذا الكم من الصعوبات والتعقيدات، فكيف لنا أن نتصور أن نكون بصدد حالة شيوع فكري في حق المؤلف.

من المعروف أن حق المؤلف له طبيعة خاصة تختلف عن بقية الحقوق، فهو حق نو طبيعة مزدوجة، يتضمن جانباً أدبياً لصيقاً بشخصية المؤلف وجانباً مالياً من أجل استغلال واستثمار الحق الأدبي.

فالموضوع يثير الكثير من النقاش، فهل يتصور أن نكون في حالة شيوع في حق المؤلف؟ وتحت أي فرضية من الممكن حدوث ذلك؟

هل يختلف الشيوع في حق المؤلف عن الشيوع الوارد على حق الملكية؟ أم يخضع الشيوع في حق المؤلف لنفس الأحكام الواردة في الشيوع في القانون المدني؟

للأمانة ليس من اليسير الجزم بهذه الإجابات بشكل قاطع، وذلك نتيجة للطبيعة الخاصة لحق المؤلف، هذه الطبيعة التي كانت بالأصل هي مثار لجدل فقهي قديم، فالطبيعة المزدوجة لحق المؤلف لا تساعد على توحيد الأحكام عليها، وذلك لاختلاف طبيعة الحق الأدبي عن الحق المالي. فلا بد من تطويع الأحكام القانونية وفقاً لهذه الطبيعة، كما أن تعدد مصادر الشيوع في حق المؤلف قد يؤدي إلى الاختلاف في الأحكام بين الفرضين.

وعلى ذلك كله، علينا اللجوء بداية إلى التطبيق فيما جاء في قانون الملكية الفكرية الكويتي الحالي رقم (٦٤) لسنة ١٩٩٩، على اعتبار أنه قواعد خاصة، وفي حالة خلوها من التنظيم، ليس لنا إلا أن نلجأ إلى القواعد العامة في الشيوع والواردة بالقانون المدني، مع مراعاة الطبيعة الخاصة لحق المؤلف، بحيث لا يؤخذ منها إلا ما يتوافق أو لا يتعارض مع هذه الطبيعة الخاصة.

على ذلك سوف نقوم بدراسة مصادر الشيوع في حق المؤلف (المبحث الأول) ومن ثم نذهب إلى تبيان أحكام الشيوع في حق المؤلف (المبحث الثاني).

وبناء على ما سبق سوف تكون المعالجة على النحو التالي:

– المبحث الأول: مصادر الشيوع في حق المؤلف

المطلب الأول: الشيوع الناشئ عن الاشتراك في التأليف

المطلب الثاني: الشيوع الناشئ عن وفاة المؤلف

– المبحث الثاني: أحكام الشيوع في حق المؤلف

المطلب الأول: التصرفات التي يقوم فيها الشريك منفرداً

المطلب الثاني: حق الشركاء مجتمعين في ممارسة حق المؤلف

المبحث الأول مصادر الشيوخ في حق المؤلف

للبحث عن حالة أو فرضية الشيوخ في حق المؤلف، علينا أن نبحث عن فرضيات تعدد أصحاب حق المؤلف بحيث تكون حصص كل منهم غير مفرزة. باستعراض قانون الملكية الفكرية، نجد بأن هذه الفرضية قد تتوافر في حالة المصنف المشترك الذي لا يقبل الفصل بين المساهمات التي قدمها كل شريك، فهذه الفرضية تخلق حالة شيوخ بين المؤلفين الشركاء، وهذا الأمر حسم في العديد من التشريعات المقارنة. فالمشرع الفرنسي ينص في المادة (L113-3) على أن "المصنف المشترك هو الملكية الشائعة للمؤلفين"^(١). وقريب من هذا المعنى ما أوردته المادة (١٧٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢م^(٢)، كما أن المشرع الكويتي قد قرر الشيوخ ضمناً من خلال المادة (١٨) والتي تنص على أن: "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب أي منهم في العمل المشترك عن نصيب الآخرين، اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك كتابة".

وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين، فإذا وقع خلاف بينهم فيكون الفصل فيه من اختصاص المحكمة الكلية".

كما أن نصوص قانون الملكية الفكرية الكويتي تقرر صراحة أو ضمناً انتقال حق المؤلف إلى ورثته بعد وفاته.

إن قد ينشأ لدينا الشيوخ الفكري في حالة اشتراك أكثر من مؤلف في إعداد مصنف معين، أو في حالة وفاة المؤلف وانتقال حقوقه إلى ورثته أو خلفه من بعده بسبب الوفاة.

(١) Article (L.113-3): "L'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs".

(٢) المادة (١٧٤) تنص على أن: "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك اعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك. وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد بمباشرة حقوق المؤلف إلا باتفاق مكتوب بينهم".

المطلب الأول

الشيوع الناشئ عن الاشتراك في التأليف

لقد حرص المشرع الكويتي في قانون الملكية الفكرية على تعريف المصنفات المشتركة، كما حدد أصحابها ونظم أحكامها، فقد نص في المادة (١٨) على أنه: "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف، بحيث لا يمكن فصل نصيب أي منهم في العمل المشترك عن نصيب الآخرين، اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم، إلا إذا اتفق على غير ذلك كتابة.

وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين، فإذا وقع خلاف بينهم فيكون الفصل فيه من اختصاص المحكمة الكلية.

ولكل من المشتركين في التأليف الحق في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمستعجلة عند وقوع أي اعتداء على حق المؤلف، والحق في رفع الدعوى للمطالبة بنصيبه في التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الاعتداء"^(١).

كما قرر المشرع الكويتي في المادة (١٩) على أنه: "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل الجزء الخاص لكل منهم كان لكل من المشتركين الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة شرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك كتابة".

وهكذا نستخلص من المادتين السابقتين أن المصنف المشترك هو المصنف الذي يشترك في إبداعه عدد من الأشخاص، تجمعهم فكرة مشتركة وعمل متبادل، لتحقيق المصنف، سواء أمكن فصل نصيب كل شريك في العمل المشترك أو لم يمكن.

تظهر أهمية المصنفات المشتركة من حيث كونها عمل يقوم على التعاون بين أكثر من شخص في إنجاز مصنف معين، هذا التعاون قد تفرضه الحاجة إلى تبادل الخبرات والأفكار في التخصصات الدقيقة والمتشعبة، وقد يعجز الشخص بمفرده في استيعاب جميع التفاصيل في تخصص معين فيحتاج لمن يشترك معه في هذا العمل،

(١) أما المشرع المصري فقد عرّف المصنف المشترك عن طريق الاستبعاد حيث نص في المادة ١٣٨ فقرة (٥) على أن: "المصنف المشترك: المصنف الذي لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية، ويشترك في وضعه أكثر من شخص سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه أو لم يمكن".

أو قد يعجز الشخص بمفرده من إعداد موسوعة طبية أو قاموس لغوي أو مرجع قانوني متخصص، أو يتعاون الشاعر مع الملحن مع المطرب لإعداد أغنية معينة.

والمصنف في ضوء ما تقدم ينقسم إلى نوعين، الأول: مصنف قابل للانقسام، والثاني: مصنف غير قابل للانقسام، وكل نوع منهما يختص ببعض الأحكام المختلفة عن الآخر.

– المصنفات القابلة للانقسام هي المصنفات التي يمكن معها تمييز نصيب كل من ساهم في المصنف، ويتحقق ذلك غالباً عندما يشترك كل واحد من المؤلفين بنوع مختلف من الفن^(١)، كأن يتفق الملحن مع الشاعر على إنتاج أغنية واحدة، أو أن يتفق اثنان على تأليف كتاب في القانون أو الطب، فأحدهما يأخذ الجانب القانوني والآخر يتناول الجانب الطبي.

في هذا النوع من الاشتراك، وبسبب إمكانية فصل كل جزء عن الآخر فإن لكل من المشتركين الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك، ما لم يتفق على غير ذلك كتابة. فعلى سبيل المثال، يستطيع الشاعر أن يستغل كلماته الغنائية التي ساهم بها، فيخرجها في ديوان شعري بعيداً عن المصنف الغنائي، طالما أن هذا الاستغلال لا يضر بالمصنف المشترك، وفي هذا النوع من الاشتراك لا نكون أمام حالة شيوع في حق المؤلف.

– أما المصنفات غير القابلة للانقسام هي المصنفات التي تختلط فيها مساهمات المؤلفين بحيث يتعذر معه تحديد عمل كل مؤلف باستقلال أو تمييزه عن غيره من الأعمال، فقد يشترك عدد من الأشخاص في نحت تمثال أو تأليف كتاب أو رسم لوحة فنية، لذا لا يجوز لأي مؤلف أن ينفرد باستغلال نصيبه عن بقية الأفراد، فوحدة المصنف وعدم قابليته للتجزئة تحتم أن يتساوى جميع المؤلفين في حقوق المؤلف على هذا المصنف، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك.

ولاشك في أن هذا النوع من المصنفات المشتركة يخلق لدينا حالة من الشيوع

(١) عبدالله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف، دار المريخ، ٢٠٠٠، ص ٢٠١. عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبدالصائق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٧٥. خالد جاسم الهندياني ومحمد سامي عبد الصائق، حق المؤلف في القانون الكويتي، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ١٠٧. نواف كنعان، حق المؤلف، دار الثقافة، ٢٠٠٤، ص ٣٣٢.

TGI Paris, 15 mai. 1991, cah. dr. auteur. p.52, p.110.

TGI Nanterre, 6 mars 1991, cah. dr. auteur. p.52, p.111.

الإجباري الذي لا يقبل القسمة أو التجزئة، ويكون خاضعاً للأحكام الواردة في قانون الملكية الفكرية بالإضافة إلى القواعد العامة في الشيوع في القانون المدني^(١)، وهذا ما سيكون محور دراستنا.

إذا عدنا إلى تعريف المصنف المشترك وهو الذي يشترك بإبداعه أكثر من شخص تجمعهم فكرة مشتركة لتحقيق مصنف معين، نستطيع أن نستخلص حتى تكون بصدد مصنف مشترك غير قابل للتجزئة لا بد من توافر شروط وهي: اشتراك أكثر من شخص في الإبداع، ووجود فكرة مشتركة تتجه لتحقيق المصنف.

الفرع الأول

اشتراك أكثر من شخص في إعداد المصنف

من البديهي حتى نكون بصدد مصنف مشترك بصفة عامة، لا بد أن يشترك في إعداداه أكثر من شخص، فقد يكونان شخصين أو أكثر، وقد يكون الاشتراك في إعداد المصنف المشترك بين أشخاص طبيعيين أو بينهم وبين شخص اعتباري طالما أنه سوف ينسب لهم جميعاً، فليس هناك أي مانع على ذلك في القانون الكويتي، وعلى خلاف القانون الفرنسي الذي يشترط أن يكون الاشتراك بين أشخاص طبيعيين^(٢).

الفرع الثاني

المشاركة في الإبداع

إذا كانت من طبيعة المصنفات المشتركة تعدد المساهمين في إعداد المصنف، إلا أنه حتى يكسب كل مساهم صفة المؤلف، عليه أن يشارك في الإبداع والابتكار في خلق المصنف، فليست كل مشاركة تضيف على صاحبها صفة المؤلف وتضيف عليه الحماية القانونية لحق المؤلف، وإنما لا بد أن يساهم مساهمة إبداعية في خلق المصنف^(٣).

TGI Nanterre, précité.

(١)

TGI Créteil, 14 janv. 1992, cah.dr. auteur., p. 52, n. 112.

L'article L.113-2, alinéa 1er, dispose: "est œuvre de collaboration, l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques".

(٢)

-Sur le principe que l'œuvre de collaboration ne peut mettre en cause que des personnes physiques, voir, CA. Amiens, ch. Réunies 16 janv. 1995, Juris-Data n. 0041707 voir aussi, André Lucas, Titulaires du droit d'auteur, Règles générales, Juris classeur, Civil Annexes, IV, fasc. 1185, n. 43 et suivant. Pierre-Yves Gautier propriété littéraires et artistique, PUF, p. 455. Claude Colombet, Propriété littéraire et artistique, 6 éd.1992, précis Dalloz, p. 79.

وترتيباً على ذلك، لا يعتبر شريكاً في المصنف المشترك ذلك الشخص الذي يقتصر دوره على مراجعة المصنف وتهذيب بعض عباراته وإعطاء النصائح، فعلى سبيل المثال فقد قضت محكمة النقض المصرية برفض دعوى اعتبار الطاعن شريكاً في تأليف الكتاب محل النزاع استناداً إلى أن دوره قد اقتصر على تعليقات بخطه على أصل الكتاب وأنها لا تتجاوز استبدال كلمة بأخرى أو مثل بآخر، وأنها في مجموعها لا تدل على مشاركة ذهنية وتبادل في الرأي جاء الكتاب نتیجته^(١) كما رفض القضاء الفرنسي، اعتبار المدرس شريكاً في المصنف لاقتصار دوره على إعطاء النصائح لطلابه في اختيار المواد^(٢)، ولعميل المصور الذي اقتصر دوره على إعطاء توجيهات عامة للمصور الفوتوغرافي تتعلق بموضوع الصورة دون الاشتراك في تكوينها^(٣).

أما إذا قدم الشخص المشارك في إعداد المصنف، عملاً إبداعياً واتسم بالابتكار وأضفى عليه شخصيته وطابعه المتميز فإنه سيكتسب صفة المؤلف الشريك، وبالتالي يستفيد من المزايا التي تمنحه له حق المؤلف في المصنف المشترك^(٤).

بعد ذلك لا يؤثر في اعتبار المشترك مؤلفاً شريكاً، التفاوت في حجم ومقدار مشاركته طالما أن مشاركته لم تكن ثانوية أو سطحية^(٥)، أو في النفوذ بين المشتركين في إعداد المصنف، فلا يمنع هذا الوصف أن يكون أحد المشتركين هو المنظم لجهود الأفراد حتى يخرج على أكمل وجه^(٦). أو أن العمل الذي قام به الشريك

(١) "Considérant que la qualité de coauteur suppose une participation personnelle à la création de l'œuvre". CA. Paris, 1^{er} ch. 16 janv. 1992, RIDA. 1992, n. 152, p. 204.

(٢) محكمة النقض المصرية، نقض مدني، ١٩٦٢/١/٤، مجموعة أحكام النقض، ١٣، ٤، ص ٣٤. نقض مدني، ١٩٨٤/٣/١٢، مجموعة المكتب الفني، س ٣٥ / رقم ١٢١/٦٤٠ (قضية الشيخ عبدالباسط عبد الصمد).

(٣) CA. Paris, 4 ch. 3 nov. 1988, cah. dr. auteur 1989, p.10.

(٤) CA. Paris, 4 ch. 26 mars 1992, RIDA 1993, n.156, p.218: D.1993, Somm. p.84.obs.C.Colombet.

(٥) محمد سامي عبد الصادق، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، الطبعة الأولى، المكتب المصري الحديث، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣١.

(٦) CA. Paris, 4 ch. 4 mai. 1987, Juris-Data n. 023981.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، دار النهضة العربية، ص ٤١٨.

(٧) وهذا على خلاف القضاء الفرنسي الذي يتطلب الأصالة والإبداع.

"La qualité de coauteur doivent répondre aux exigences d'activité créative et d'originalité". Cass. 1^{er} civ., 13 out. 1992, JCP.1992, éd. G. IV, 1800. CA. Bordeaux, 22 mai 1989, Juris- data n. 041742. CA. Paris, 1^{er} ch. 26 sept. 1989, Juris-data n. 025088.

المؤلف لا يتصف بالجدية، فلا يشترط بالمساهمة التي قام بها الشريك أن تكون جديدة حتى يتصف بالمؤلف الشريك، وإنما يكفي أن يكون العمل مبتكراً.

الفرع الثالث الفكرة المشتركة

لا يكفي أن يتعدد المشاركون في إعداد المصنف، ولا أن يقدم كل مشترك إبداعاته وابتكاراته حتى يخرج إلينا مصنف مشترك، وإنما لابد أن يخرج هذا المصنف كثرة تشاور وتبادل الأفكار ووجهات النظر، بحيث تصل إلى فكرة مشتركة تسيطر على أذهان المشتركين عند تقديمهم لإبداعاتها^(١).

هذه الفكرة المشتركة قد تتمثل في إلهام مشترك أو هدف وغاية مشتركة بين الشركاء^(٢) لذلك قد يخرج عن مفهوم المؤلف الشريك، الشخص الذي يقدم مساهمته بعيداً عن إطار الفكرة أو الغاية المشتركة للشركاء، حتى لو كان هذا العمل يعبر عن شخصيته وطابعه الخاص، فلا يمكن إضفاء وصف المؤلف الشريك عليه. فمثلاً: من يقوم بترجمة مصنف إلى لغة أخرى، أو يقوم بتحويل الرواية إلى عمل مسرحي، فلا يمكن اعتبار المؤلف الأصلي شريكاً في المصنف الجديد، لأنه لم تكن هناك ثمة فكرة مشتركة بين المؤلف الأصلي ومن قام بالترجمة أو بالتحويل^(٣).

وهذه الفكرة المشتركة المسيطرة على أذهان المؤلفين، لا تتعارض مع تقسيم الأدوار بين المؤلفين المشتركين، طالما أنهم يعملون ضمن برنامج وإلهام مشترك^(٤) كما أن هذه الفكرة لا تستوجب على المؤلفين بتقديم أعمالهم طالما أنهم يقومون بها ضمن برنامج مشترك ووحى عام يهتدون به^(٥).

متى توافرت هذه العناصر، كنا بصدد مصنف مشترك يمتلكه عدد من المؤلفين يخضعون لأحكام الشيوع الإجباري في ممارستهم لحقوقهم على هذا المصنف.

(١) Henri Desbois, Le droit d'auteur en France, Dalloz, 3 éd. 1978, n. 133.

(٢) "La communauté d'inspiration et de but poursuivi". TGI. Nanterre, 1er ch., 6 mars 1991, Cah. Dr. auteur 1991, p. 19.

(٣) عبدالرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٧٣. محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٤) TGI. Paris 3 ch. 29 juin 1971, RIDA 1972, n. 71, p.133.

(٥) CA. Paris, 1 er Ch. 11 déc. 1961, RTD. Com 1962, p. 674. Obs. H. Desbois en même sens, TGI Nanterre, 1 er. ch. mars. 1991, cah, dr. auteur 1991, p. 19.

وتكون حقوقهم المادية والأدبية متساوية فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك كتابة. وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم منفرداً أن يباشر هذه الحقوق إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين (م ١٨).

وتبقى مسألة تقدير المشاركة الذهنية وما تحتويه من إبداع وابتكار، ومدى توافر الفكرة المشتركة من عدمه خاضعة لتقدير قاضي الموضوع. وقد نصت على ذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه "تقدير المشاركة الذهنية في التأليف من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، ما دام حكمه يقوم على أسباب سائغة، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى عن الطاعن اشتراكه في تأليف الكتاب موضوع النزاع استناداً إلى أن الأدلة التي تقدم بها، إنما هي تعليقات بخطه على أصل الكتاب، أثبت الخبير المنتدب أنها لا تتجاوز استبدال كلمة بأخرى أو مثلٍ بآخر، وهي في مجموعها لا تدل على مشاركة ذهنية، وتبادل في الرأي جاء الكتاب نتيجة، فإن هذا الذي أورده الحكم يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها"^(١).

كما أن يقع على من يدعي الاشتراك في المصنف عبء إثبات ذلك، وله أن يستعين لإثبات ذلك بجميع طرق الإثبات^(٢)، وقد قضى بأنه لا يمكن إثبات الاشتراك في التأليف من مجرد أخذ المقابل المادي نتيجة لاشتراكه^(٣).

المطلب الثاني

الشيوع الناشئ عن وفاة المؤلف

في حياة المؤلف، يتمتع المؤلف بحق استثنائي في ممارسة السلطات التي يمنحها له الحق الأدبي والحق المالي على مصنفه، فله الحق وحده في تقرير نشر مصنفه ونسبته إليه، وله الحق في تعديل المصنف وسحبه من التداول، وله الحق في دفع أي اعتداء عن مصنفه، وتعتبر هذه الحقوق لصيقة بشخصية المؤلف فلا يجوز له التنازل عنها أو التصرف فيها إلى الغير. كما له وحده الحق في مباشرة الحق المالي على مصنفه، فله وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً بأي طريقة من طرق الاستغلال، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق إلا بإذن كتابي مسبق منه أو من يخلفه

(١) محكمة النقض المصرية، مدني ١٩٦٢/١/٤، مجموعة أحكام النقض ١٣، ١٤، ص ٣٤.

(٢) Cass. 1^{er} 13 avr. 1992, JCP. éd., G.IV. 1800.

(٣) Cass. Com. 23 oct. 1990, Bull. Civ., IV., n. 245. TGI Paris, 1^{er} ch., 27 juin 1990, RIDA, 1991, n. 149, p. 245 note ph. Gaudrat.

(م٤). كما له الحق في التصرف بحقه بالاستغلال إلى الغير سواء بمقابل أو بدون مقابل.

وفي حال وفاة المؤلف، تنتقل بعض مكنات الحق الأدبي كما تنتقل الحق المالي - إذا لم يتصرف فيه إلى الغير حال حياته - إلى الورثة أو إلى الموصى لهم في حال وجود الوصية.

ونتيجة لهذا الانتقال، يصبح الخلف العام ملاكاً على الشيوع في حقوق المؤلف، ويكون الشيوع في هذه الحالة شيوعاً إجبارياً غير قابل للقسمة بينهم. ونظراً لاختلاف طبيعة الحق الأدبي عن الحق المالي فإن الأحكام التي تنظم انتقالها إلى الورثة والخلف تكون مختلفة.

الفرع الأول

انتقال بعض مكنات الحق الأدبي للورثة والخلف

تتصف الحقوق الأدبية بأنها حقوق مرتبطة بشخصية المؤلف، وهي التي تعبر عن العلاقة أو الرابط بين المؤلف والمصنف الذي أبدعه^(١)، وهذا الارتباط كان مؤداه أن ينقضي الحق الأدبي باختفاء شخصية المؤلف بسبب وفاته، إلا أن التشريعات المقارنة انتهت إلى أن الحق الأدبي هو حق خالد أبدي لا ينقضي بوفاة صاحبه^(٢)، وإنما يبقى مستمراً وينتقل إلى الورثة حتى بعد وفاة صاحبه، بل أن الحق الأدبي يبقى مستمراً حتى لو انقضى الحق المالي للمؤلف بانتهاء مدة حمايته.

(١) هناك من الفقه من ينتقد وجود هذا الرابط ويعتقد أن وجود هذا الرابط أتى لتمييز المصنف عن الأشياء الاستهلاكية الأخرى، وفي ذلك يذكر:

"La fonction même du droit moral - expression juridique abstraite du rapport de l'auteur à son œuvre - est d'empêcher que l'œuvre ne devienne un" bien "comme un autre. Si l'on supprimait le droit moral ou, dans une version plus douce. Si l'on en acceptait la cession, rien ne distinguerait plus, en son fond, l'œuvre d'un autre bien de consommation". Bernard Edelman, Nature du droit l'auteur et des droits voisins, juris-classeurs civil Annexes IV, fasc.301,n. 38, p. 8.

(٢) مثلاً: قانون حماية الملكية الفكرية المصري، المادة (٤٣) منه تنص على أن: "يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف- بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو التنازل عنها". الفقرة الرابعة من المادة (1-121 L) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي والتي تقرر بأن الحقوق المعنوية:

est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'autar.

لذا يأخذ الحق الأدبي باعتباره حقاً مرتبطاً بشخصية صاحبه، وضعية خاصة باستمراره بعد وفاة صاحبه، عن بقية الحقوق الشخصية الأخرى، والتي تنقضي عادة بعد اختفاء شخصية صاحبها ووفاته، مثل الحق في الحياة الخاصة والحق في الصورة. وهذا يرجع إلى ما اتصفت فيه الحقوق الأدبية من كونها حقوق أبدية خالدة. ولقد تكرست هذه الصفة للحقوق الأدبية منذ عام ١٩٠٢ من خلال القضاء الفرنسي في قضية (Lecocq)^(١)، وتأكدت في عام (١٩٠٨)^(٢)، حتى تبناها المشرع الفرنسي في قانون الملكية الفكرية الفرنسي القديم في الفقرة الرابعة من المادة السادسة منه، كما تبني نفس الحكم قانون الملكية الفكرية الفرنسي الحالي في المادة (L.121-1)، الذي قرر انتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة بعد وفاة المؤلف، وسارت عليها الكثير من التشريعات المقارنة.

هذا وإن لم يقرر المشرع الكويتي صراحة انتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة، بعد وفاة المؤلف، إلا أنه من قراءة المواد (١٣ و ١٤) من قانون الملكية الفكرية الكويتي، يتضح أن المشرع قد قرر ضمناً انتقال الحق في تقرير النشر إلى الورثة، فالمادة (١٣) تنص على أن: "لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي للمصنف". فطالما أن المشرع أعطى للورثة الحق في الاستغلال المالي فإن هذا يعني أنهم يملكون من الأصل الحق الأدبي بتقرير النشر، على اعتبار أن الحق المالي يأتي نتيجة لوجود الحق الأدبي، كما أن المشرع قد قرر هذا الحق وفقاً لضوابط معينة، كما أن المادة (١٤) تعطي الحق لوزير الإعلام بتجاوز امتناع الورثة بنشر المصنف أو معاودة النشر، حيث تنص على أن: "إذا لم يقم ورثة المؤلف الكويتي الجنسية أو من يخلفه بنشر المصنف أو إعادة نشره ورأي وزير الإعلام أن المصلحة العامة تقتضي نشر المؤلف واستمر امتناعهم لمدة سنة اعتباراً من تاريخ طلبه وذلك بخطاب مسجل بعلم الوصول، جاز له أن يباشر هذا الحق في استصدار أمر من رئيس المحكمة الكلية بتسليم المصنف إليه لنشره، وذلك مع عدم الإخلال بحق ورثة المؤلف أو من يخلفه في التعويض المالي". كما أن المشرع في المادة السادسة يعطي الحق للخلف العام بأن يدافعوا عن حق الأبوة للمؤلف وأن يتصدوا لأي اعتداء قد يقع على المصنف. من هذا المنطلق نجد أن المشرع قرر ضمناً انتقال الحقوق الأدبية للورثة^(٣).

Cass. 25 juin 1902: DP. 1903. I. 5, note Colin.

(١)

Trib. Seine, 20 fiv. 1908, Ann. 1908, p. 271.

(٢)

خالد جاسم الهندياني ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٤٥.

(٣)

يجد مبدأ انتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة والخلف على الرغم من ارتباطها بشخصية المؤلف التي اختفت بوفاته، تبريره من خلال الاختلاف في وظيفة وغاية الحق الأدبي بعد وفاة المؤلف^(١). فيكون الحق الأدبي أداة من أجل حماية فكر المؤلف وشخصيته الأدبية التي أظهرها في المصنف، ولضمان استمرار هذه الشخصية والأفكار بعد وفاته^(٢)، على الورثة أو الموصى لهم عندما يتلقون الحقوق الأدبية للمؤلف عن طريق الإرث أو الوصية أن يمارسوها باعتبارهم حراساً طبيعيين لذكرى وفكر المؤلف، فلا يمارسونها لتحقيق مصالحهم الشخصية، وإنما احتراماً لفكر وإرادة المؤلف ولمصالحه الأدبية.

هذا المفهوم أكد عليه القضاء الفرنسي وتبنته الكثير من التشريعات الوطنية^(٣)، وأن الحق الأدبي للمؤلف يظل أبدياً طالما كان المصنف باقياً^(٤).

ويلزم في هذا السياق التذكير بثلاثة أمور تتعلق بمسألة انتقال الحقوق الأدبية للورثة، وهي تعتبر من المبادئ الأساسية في نطاق حق المؤلف وهي:

- انتقال أغلب الحقوق الأدبية إلى الورثة مرهون بعدم ممارستها من قبل المؤلف بحياته، فمثلاً: إذا قرر المؤلف بحياته نشر المصنف فلا يكون هناك للورثة أي قرار نحو ذلك^(٥).

(١) Le droit moral "protège non la personnalité de l'auteur en tant qu'homme ou en tant qu'artiste en général, mais la personnalité de l'auteur en tant qu'elle s'exprime dans une œuvre déterminée". F. Pollaud-Dulain, Droit moral et Droit de la personnalité, JCP.G. n. 29, I, 13780.

(٢) عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصائق، المرجع السابق، ص ٣٤٦. محمد الشمري وأيمن مساعدة، التعسف في استعمال حق المؤلف من قبل الورثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٢٠١١، ٤٥، جامعة الإمارات، ص ٣٥.

(٣) "A la mort de l'auteur, son héritier se trouve investi d'un droit moral moins étendu que celui dont il était titulaire le de cujus. L'ayant droit ne se présente plus comme le continuateur de la personne du défunt, mais bien comme le gardien naturel de sa mémoire. L'exercice de ce droit moral doit être dicté par le souci de respecter la volonté de l'auteur avant de servir les intérêts de héritier". CA Paris 9 juin 1964, JCP 1965, II, n. 14172, note A. Francon.

(٤) "Le droit moral est perpétuel parce qu'il dure autant que l'œuvre". R. Plaisant Droit moral, juris - Classeur, Civil Annexes, fasc. 310, n. 66.

وفي نفس الاتجاه يؤكد أحد الفقهاء الفرنسيين على أن:
"L'œuvre est l'expression, la manifestation ou le reflet de la personnalité de l'auteur, tant que cette œuvre survit, l'auteur survit aussi". F. Pollaud-Dulain, Droit moral, op. cit., n. 29, I, 13780.

(٥) T.G.I. Paris, 4 juill. 1975, Gaz. Pal. 1975, 2, somm. 243.

- التصرف أو انتقال الدعامات المادية التي يتم تثبيت المصنف عليها لا يشمل انتقال الحقوق الأدبية معها، فمن حاز على الدعامة المادية لا يكون صاحب حقوق المؤلف عليها. وهذه من المبادئ المستقرة في نطاق حق المؤلف^(١).
- التنازل عن الحقوق المالية من قبل المؤلف لا يشمل الحقوق الأدبية، وأن هذه الحقوق لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها.

على الرغم من أن انتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة أصبح من الأمور المتفق عليها^(٢)، إلا أنها تبقى مسألة مثيرة للنقاش والأسئلة. فهل تنتقل كل الحقوق الأدبية للمؤلف إلى الورثة؟ وهل ستحتفظ الحقوق الأدبية بطبيعتها وقوتها عند انتقالها إلى الورثة؟ ومن هم المستحقون للحقوق الأدبية للمؤلف بعد وفاته؟ وهل نحن أمام حالة شيوع للحقوق الأدبية عند انتقالها للورثة؟

أولاً - مضمون الحق الأدبي بعد الوفاة

في حياة المؤلف يتمتع المؤلف بالحق الأدبي على مصنفه ولا ينازعه أحد في ذلك، فله وحده حق تقرير نشر مصنفه ونسبته إليه، كما له الحق في تعديل وسحب مصنفه من التداول والدفاع عنه ضد أي اعتداء.

وبعد وفاة المؤلف، يتفق الفقه على بقاء الحق الأدبي للمؤلف وانتقاله إلى الورثة، على اعتبار أنهم أفضل من يعرف إرادة المؤلف ويخلص له^(٣)، لكن أغلب الفقه يؤكد على أن الحق الأدبي يتغير في طبيعته وأهدافه عند انتقاله إلى الورثة^(٤)، فلا يحتفظ

(١) Cass. civ. I. 15 janv, 1969, Bull. civ. I, n. 24.

(٢) هناك بعض الكتاب من آثار امتعاضه وكرهه لقواعد حقوق المؤلف وأبرز رفضه لانتقال الحقوق إلى الورثة، فهذا Victor Hugo يصرح:

"L'héritier ne fait pas le livre, il ne peut avoir les droits de l'auteur. L'héritier ne fait pas le succès: il ne peut avoir le droit de la société.

وهذا André Gide يصرح بقسوة ويعبر عن عدم رضائه بهذا الخصوص ويقول:

"Famille, je vous hais!" cités par, Stéphane Thomas, Droit d'auteur et dévolution successorale du droit moral, Mémoire présenté à l'université Robert Schuman de Strasbourg, 2002 p. 7.

(٣) F. Pollaud-Dulain, Qui peut faire respecter le droit moral, p. 2. SGDL.
<http://www.sgd1.org/ressource /documentation-sgd1/actes-des-forums/le-droit-moral/1130q...>

(٤) H. Desbois, Dalloz, 1978, Paris. F. Pollaud-Dulain, Qui peut faire respecter le droit moral, op.cit. p.3.C.Colombet, op.cit., p. 187. Camille Bouloc, L'exercice du droit moral après la mort de l'auteur, Mémoire présente à l'université Panthéon- Assas, Paris II, 2013, p.28. S. Thomas, op. cit. p. 6. Pierre- Yves =

بجميع سلطاته^(١)، بل أن هذه الحقوق الأدبية تتحول في طبيعتها من كونها حقوق موضوعية إلى واجب الإخلاص^(٢)، على اعتبار أن انتقال هذه الحقوق الأدبية إلى الورثة، ليس من أجل تحقيق مصالح الورثة، وإنما من أجل الدفاع عن المصنف والمحافظة على ذكرى المؤلف المتوفى، لذلك يجب على الورثة أن يكونوا مخلصين وأمناء على تحقيق إرادة المؤلف والدفاع عن مصنفه من أي اعتداء^(٣)، لذلك يمارس الورثة هذه الحقوق لتحقيق مصالح المؤلف وليس مصلحتهم الخاصة، وهم ليسوا إلا حراساً طبيعيين على المصنف^(٤). هذا التحول في طبيعة الحقوق الأدبية قد يضعفها إلى حد ما، ويقلل من سلطاتها لأنها انعكاس لانقطاع الرابطة الروحية بين المؤلف والمصنف بسبب الوفاة^(٥).

لذلك لا يتلقى الورثة جميع الحقوق الأدبية بعد وفاة المؤلف، وإنما فقط تلك الحقوق التي من الممكن أن تحقق الأهداف من الحراسة وانتقالها، ويقتصر الانتقال فقط على حق تقرير النشر وحق الأبوة للمؤلف، وأما ما يتعلق في التعديل أو سحب المصنف من التداول فإن التشريعات الوطنية تتجه إلى عدم انتقال هذه الحقوق إلى الورثة وانقضائها بوفاة المؤلف، لأن هذه الحقوق بطبيعتها هي ذات ارتباط وثيق بشخصية المؤلف ولا يمكن لأي شخص أن يحل محله، ولأن ممارسة هذه الحقوق بالذات تحتاج إلى إرادة صريحة من المؤلف تعتمد على قدراته الفنية^(٦)، فليس من

= Gautier. op. cit. p. 268. Roland Dumas, la propriété littéraire et artistique, Thémis PUF, 1987, p. 246.

C. Boulloc, op. cit. p.28.CA.Paris, 9 Juin 1964, JCP.1965,11,14172, note A. Francon. (١)

"Le droit moral n'est donc pas tel, après la mort, qu'auparavant, puisque de les successeurs n'ont pas qualité pour prendre des décisions qui procèdent de leurs opinions ou de leurs goûts: les prérogatives que l'auteur maniait à son gré, deviennent les instruments d'un devoir de fidélité". H. Desbois, op. cit. p. 569. (٢)

"S'il droit s'exercer au service de l'œuvre, doit s'accorder à la personnalité et à la volonté de l'auteur telle que révélée de son vivant". Cass. 1ere. Civ., 24 oct. 2000, d. 2001, juris p. 918. (٣)

"A la mort de l'auteur, son héritier se trouve investi d'un droit moral moins étendu que celui dont était titulaire le de Cujas; l'ayant-droit ne se présente plus comme le continuateur du défunt mais bien comme le gardien naturel de sa mémoire". CA. Paris, 9 juin 1964, JSP. G. 1965, II, 14172 (٤)

C. Boulloc, op. cit., p. 28. (٥)

TGI Seine, 1 ère ch., 15 avril 1964, Les misérable, Gaz. Pal. 1964, 2, p. 23, concl. Gulphe. (٦)

المعقول السماح للغير بأن يقوموا بتعديل المصنف أو سحبه من التداول لما يتضمنه هذا الفعل من المساس بشخصية المؤلف والتعدي على المصنف. أما إذا أوصى المؤلف الورثة قبل وفاته بسحب المصنف من التداول، بمعنى أن إرادة المؤلف كانت واضحة وصريحة بسحب المصنف من التداول ولكنه لم يسعفه الوقت للقيام بذلك، فيكون على الورثة في هذه الحالة تنفيذ إرادة المؤلف بسحب المصنف من التداول. وهذا المنع يشمل أيضاً حالة ما إذا قرر الورثة نشر المصنف للمرة الأولى بعد وفاة المؤلف، لأنهم حراس على مصالح وذكرى المؤلف ولا يعملون لمصالحهم الخاصة^(١).

أ - الحق في تقرير نشر المصنف

لقد ذكرنا بأن الحق الأدبي ينتقل إلى الورثة من أجل تحقيق مصالح المؤلف وللمحافظة على ذكرى المؤلف من خلال استمرار المصنف، لذلك يجب على الورثة احترام إرادة المؤلف حول ذلك، والتقيد بتعليماته إن وجدت^(٢).

وأن لم توجد إرادة المؤلف، كأن يتوفى المؤلف دون أن يعبر عن إرادته في تقرير نشر المصنف، فإنه يكون للورثة الحق في تقرير نشر مصنف المؤلف المتوفى لأول مرة، من خلال البحث عن الإرادة المفترضة للمؤلف، وهذا ما تبنته التشريعات المقارنة^(٣)، من إعطاء الورثة الحق في إتاحة المصنف للجمهور. وقانون الملكية الفكرية الكويتي، الذي قرر ضمناً من خلال المواد (١٣، ١٤) حق الورثة في تقرير نشر المصنف لأول مرة بعد وفاة المؤلف.

وينتقل هذا الحق إلى الورثة جميعاً وفقاً لقواعد الميراث، على الشيوع، وعليهم أن يمارسوه من خلال اتفاقهم جميعاً، وفي حالة الخلاف فيما بينهم يتم اللجوء إلى القضاء لحسمه^(٤).

وفي حالة امتناع الورثة عن تقرير نشر المصنف أو كانت المصلحة العامة تقتضي نشره، فإنه يكون لوزير الإعلام نشر هذا المصنف أو السماح للغير بنشره بعد أخذ الإذن من رئيس المحكمة الكلية.

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصائق، المرجع السابق، ص ٣٦٣. محمد الشمري وأيمن المساعدة، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٠٧.

(٣) المادة (١٤٣) من قانون الملكية الفكرية المصري، والمادة (L 121-1) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(٤) Paris 20 décembre 1990, D.1991, p. 532; RIDA, jan. 1992, p.295, note B. Edelman.

ب - الحق في الأبوة بعد وفاة المؤلف:

يتمثل الحق في الأبوة، في حق المؤلف بأن ينسب مصنفه لاسمه عند تقريره لنشر المصنف. سواء تحت اسمه الحقيقي أو تحت اسم مستعار أو مجهول، وله كذلك الحق أن يمنع الغير من أن يستولي على مصنفاته كي ينسبها له، وهذا الحق بمضمونه ينتقل إلى الورثة بعد وفاة المؤلف، فعليهم نسبة المصنف لاسم المؤلف عند تقريرهم نشر المصنف لأول مرة، وأن يدافعوا عن أبوة المؤلف على مصنفاته والتصدي إلى كل من يدعي كذباً نسبة المصنف إليه. ويجد حق الورثة في الدفاع عن أبوة المؤلف على مصنفه من خلال ما قرره المشرع الكويتي في المادة (٦) على أن "للمؤلف أو خلفه الخاص أو العام الحق في الاعتراض أو في منع أو حذف أو تغيير أو إضافة أو إجراء أي تعديل آخر على مصنفه دون إنذره". أن مفهوم الاعتراض يشمل التصدي لمن ينسب المصنف كذباً لنفسه أو أن يتم نسب المصنف زوراً إلى المؤلف، كما أن عبارات النص أتت شاملة لأي اعتداء قد يقع على المصنف.

إذاً ينحصر انتقال الحقوق الأدبية للورثة في حق تقرير النشر وفي حق الأبوة والدفاع عن المصنف ضد أي اعتداء عليه.

ثانياً - أصحاب الحق الأدبي بعد وفاة المؤلف

لم يحدد المشرع الكويتي بشكل صريح إلى من تنتقل الحقوق الأدبية بعد وفاة المؤلف^(١)، إلا أن تحديد أصحاب الحق الأدبي لا يثير أية مشكلة في القانون الكويتي، فمن جانب إذا تمعنا في نصوص قانون الملكية الفكرية الكويتي، وعلى الأخص المواد (٦، ١٣، ١٤) سنجد أن المشرع قرر ضمناً انتقال هذه الحقوق إلى الورثة والموصي لهم، ومن جانب آخر، الحقوق الأدبية شأنها شأن الحقوق الأخرى، وفي الكويت فإن قواعد الميراث هي التي تحكم انتقالها بسبب الوفاة، ولا يجوز مخالفتها، وطالما أن الحقوق الأدبية سوف تبقى بذمة المؤلف ولا يستطيع التصرف بها في حياته، وإلا عدّ هذا التصرف باطلاً (م٣٢)، فإن هذه الحقوق سوف تؤول إلى الورثة والموصي لهم بعد وفاة المؤلف.

(١) المشرع الفرنسي في المادة (L121-2) من قانون الملكية الفكرية قد وضع ترتيباً خاصاً لانتقال الحق في تقرير النشر وخرج به عن القواعد العامة في الميراث. ويأتي الترتيب بالشكل الآتي: للموصي لهم وفي حال عدم وجودهم يكون لفروع المؤلف ومن ثم إلى زوج المؤلف طالما أنه لم يكن مفصولاً جسدياً بحكم قضائي أو لم يعقد زواجاً جديداً بشخص آخر، ثم بقية الورثة وأخيراً الموصي له بكل أموال المؤلف، المادة (L121-2). ويذكر القضاء الفرنسي على أن هذا الترتيب في المستحقين قائم على فرضية الإخلاص: (présomption de fidélité).

بالنسبة للورثة سوف تحدد أنصبتهم حسب قواعد الميراث بعد تنفيذ الوصية إذا كان المؤلف أقام الوصية قبل وفاته. والموصى لهم قد يكونون من الخلف العام أو الخلف الخاص، فقد يقوم المؤلف بالإيصاء بحصة معينة من تركته لأحد الأشخاص سواء أكان من بين الورثة أو خارجها، مع مراعاة أحكام الميراث^(١)، وقد يقوم المؤلف بالإيصاء بالمصنف أو بالحقوق الأدبية الواردة عليه لأحد الأشخاص أو أكثر، فيكون الموصى لهم هنا خلفاً خاصاً.

أيّاً كان المتلقي للحق الأدبي، سواء بسبب الميراث أو الوصية، فإن كان المتلقي أكثر من شخص فإن الحق الأدبي على المصنف ينتقل إلى الشيوع وتطبق عليهم أحكام الشيوع الإجباري.

وفي حال عدم وجود ورثة أو موصى لهم، فإن هذه الحقوق تؤول إلى الدولة ممثلة بوزارة الإعلام، على اعتبار أنها وارث من لا وارث له وفقاً لقواعد الميراث^(٢). أما إذا كنا بصدد مصنف مشترك وتوفي المؤلف الشريك دون وارث أو موصى له فإن نصيبه يؤول إلى الشركاء معه في المصنف (م ١٣/ج).

إذاً أصحاب الحق الأدبي بعد وفاة المؤلف قد يكونون الورثة والخلف العام الموصى لهم بحصة من التركة، والخلف الخاص الموصى لهم بالمصنف أو بالحقوق الأدبية الواردة عليه، والدولة إذا لم يتواجد أي أحد من الورثة أو الموصى لهم.

ثالثاً - الشيوع الفكري بين التأييد والإنكار

نظراً لطبيعة الحقوق الأدبية، على اعتبار أنها ليست كالحقوق المالية التي من الممكن تقسيمها بين الورثة، وإنما هي بطبيعتها تنتقل إلى الورثة بشكل غير قابل للتجزئة، فيتلقى جميع الورثة كل الحقوق الأدبية، وقد نكون أمام تعدد ورثة، وبالتالي نكون أمام عدة أشخاص لحق واحد وهو الحق الأدبي، هذا الأمر أثار الفقه الفرنسي وحاول وضع التكييف القانوني لتعدد أصحاب الحق الأدبي، لأنه وفقاً لهذا التكييف سوف يتم تحديد النظام القانوني وقواعد ممارسة الحق الأدبي.

بداية لو عدنا لقواعد الميراث، فإن انتقال حق واحد لعدة أشخاص سوف يدخلنا في وضعية الشيوع. ووفقاً لذلك فإن أحكام الشيوع هي التي تنظم العلاقة بين الورثة

(١) تنص المادة (٢٤٧) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن: "تنفذ الوصية لغير

الوارث في حدود الثلث ما يتبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة، لا تنفذ للوارث، ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي...".

(٢) المادة (٢٩١) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

عند انتقال الحق الأدبي لهم بسبب وفاة المؤلف. وهذا ما يؤكد القضاء الفرنسي^(١) ويدعمه الفقه الفرنسي^(٢).

هناك جانب آخر من الفقه الفرنسي^(٣) من يرى بأن نظام الشيوع لا يتوافق مع الحق الأدبي، وذلك لعدة اعتبارات وهي:

أن المادة (٨١٥) من القانون المدني الفرنسي تنص صراحة على أنه لا يجوز إجبار أي أحد على البقاء على الشيوع، وأن له طلب القسمة بأي وقت طالما أنه لم يمنع بالاتفاق أو من خلال القضاء. هذا الأمر يبدو مستحيلاً في الحق الأدبي، الذي هو بطبيعته غير قابل للقسمة أو التجزئة، فكيف يمكن تقسيمه على الورثة. كما أن إبقاء الحق الأدبي تحت إدارة الورثة جميعاً سوف يضعف من سلطاته ومضمونه، وسوف يثير صعوبات عملية كثيرة لممارسته، كما أن حالة الشيوع حالة غير مرغوب فيها، فهي حالة مؤقتة مآلها القسمة وإنهاء الشيوع، وهذه النهاية تتعارض مع ما ذكرنا من طبيعة الحق الأدبي غير القابل للقسمة. هذا بالإضافة إلى أنه في الشيوع افتراض بأن الشركاء يتفاهمون فيما بينهم لإدارة المال الشائع من أجل تحقيق مصالحهم المشتركة، لكن في حالة الشيوع في الحق الأدبي، على الشركاء العمل على تحقيق ومراعاة مصالح المؤلف وليس تحقيق مصالحهم الخاصة. لذلك يذهب هذا الاتجاه من الفقه إلى عدم ملائمة نظام الشيوع في حالة انتقال الحق الأدبي إلى الورثة^(٤).

(١) CA. Paris, 1 ère ch. 23 Jan. 2001, Mirkine, RIDA. 2001, p. 372. CA Paris, 4 ème ch., 31 mars 2004, Cosette, CCE. 2004, comme. 50, note Caron Cass. 1ère civ., 3 nov. 2004, D. 2004, note. P. Allaey.

(٢) P.-Yves Gautiere, op. cit. n. 174, p.286. Christophe Caron, Droit moral après la mort de l'auteur: qui peut intenter l'action? CCE avril 2005, n. 4. p. 26. R. Plaisant, op. cit., n. 66 et s., p. 22, C. Colombet, op. cit., n. 259, p. 186. F. Pollaud-Dulain, op. cit., p. 2.

(٣) Tricot-Chamard, L'indivisions et le sort du droit moral post-mortem, D. 2011, les petites affiches, n. 197, p. 3. S.Hovasse-Banget, Le droit des succession en propriété littéraire et artistique, 1990, p. 191. C. Boulloc, op. cit. p.14. Jean Aittouares, Les risques de démembrement des droits de l'auteur décédé, Colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, 9 avril 2014, Université Pantheon-Assas. P.7. Ingrid-Mery Haziot, Les droits d'auteur sont-ils solubles dans l'indivision? Colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, 9 avril 2014, Université Pantheon-Assas. P.21.

(٤) F. Pollaud-Dulian, Régime matrimoniaux et successions, Juris-Classeur Civil Annexes, fasc. 337, n. 49, p. 9.

من جانبنا نميل إلى تطبيق أحكام الشيوخ على ممارسة الورثة للحق الأدبي وفقاً للقواعد العامة التي تحكم انتقال الأموال إلى الورثة بسبب الوفاة، وذلك لأن خضوع الورثة لأحكام الشيوخ في تنظيم العلاقة فيما بينهم لممارسة الحق الأدبي، فيها ميزة في أنها تخضع هذه الممارسة لقواعد محددة ومعروفة وإدارة جماعية من أجل ممارسة أفضل لهذه الحقوق، وإن من المعروف أن نظام الشيوخ الإجمالي يستوجب عندما تكون الأموال غير قابلة للتجزئة والقسمة، وبالتالي الإجماع على البقاء على الشيوخ هنا يأتي من المشرع ومن طبيعة الحق الأدبي وليس من أي شخص آخر.

كما إننا نرى بأن الشيوخ كنظام يتوافق ويتلاءم مع طبيعة الحق الأدبي الذي يتصف بأنه غير قابل للقسمة أو التجزئة، فمن خلال الشيوخ تكون الإدارة جماعية، وفي حالة الخلاف يتم اللجوء إلى القضاء لحسم ذلك الخلاف.

ولا يوجد ما يمنع من أن يقوم الورثة من تعيين أحدهم أو شخص من غير الورثة لإدارة هذه الحقوق، وبذلك تكون ممارسة هذا الحق من قبل شخص واحد ولصالح مجموع الورثة. كما أن الحق الأدبي هو دائم لتحقيق هدف دائم، وهو استمرار المصنف وإحياء ذكرى المؤلف. وإن اعتبارات المصلحة العامة تقتضي عدم عرقلة استغلال المصنف، لأن المصنف يؤتي ثماره من خلال الذبوع والانتشار، كما أن الثقافة العامة تتطلب أن ينتقل المصنف إلى الأجيال القادمة، لذلك نرى بأن التشريعات المختلفة عندما تقرر انتقال الحق الأدبي إلى الورثة تخضعه لرقابة القضاء تجنباً لأية إساءة في استعمال الحق أو عرقلة.

الفرع الثاني

انتقال الحق المالي للورثة والخلف

الحقوق المالية للمؤلف - شأنها في مدى قابليتها للانتقال شأن أي حق مالي آخر - تنتقل بوفاة صاحبها (المؤلف) إلى الخلف العام من بعده، سواء أكانوا ورثة أم موصى لهم بجزء من التركة. وقد أكدت على ذلك المادة ١٣ من القانون الكويتي التي تنص على أن: "لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي للمصنف على الوجه المنصوص عليه في هذا القانون....". كما تناولت نفس المادة في الفقرة (ج) منها نفس المبدأ بالنسبة للمصنفات المشتركة، حيث تقرر "إذا توفي أحد المؤلفين لمصنف مشترك ولم يكن له وارث أو وصي له يؤول نصيبه إلى باقي المؤلفين بالتساوي ما لم يوجد اتفاق مكتوب على خلاف ذلك".

يتضح مما سبق، أن الحقوق المالية للمؤلف لا تتوقف بوفاته، وإنما تنتقل إلى

الورثة والموصى لهم من بعده طبقاً لقواعد الميراث أو الوصية، وكل حسب حصته في التركة، ويباشر هؤلاء الخلف الحقوق المالية على المصنف ليس كحخص مفرزة وإنما على الشيوع الذي لا يقبل التجزئة أو القسمة.

كما أن جميع حقوق المؤلف المالية قابلة للانتقال إلى الخلف العام طالما أن المؤلف لم يتصرف فيها في حياته، وإذا تصرف في أحد الحقوق فإن ذلك لا يترتب عليه تخويل من نقل إليه الحق مباشرة أي حق آخر. وفيما عدا ذلك، فإن جميع الحقوق المالية تؤول إلى الورثة ويكون لهم مباشرة جميع السلطات التي يخولها لهم الحق المادي. لهم أن يمارسوا جميع صور الاستغلال المادي للمصنف، الحق في نسخ المصنف سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كما لهم الحق في ترجمة المصنف إلى لغة أخرى أو الإيعاز بالترجمة إلى الغير، أو تحويل المصنف إلى لون آخر... إلخ.

نظراً لطبيعة تأقيت الحق المالي للمؤلف، فإن انتقاله إلى الورثة لا يكون أبدياً، إنما ينقضي بفوات مدة معينة وتسقط عنه الحماية القانونية ليصبح جزءاً من التراث الثقافي للمجتمع^(١)، ويدخل ضمن الملك العام، وهذه المدة وفقاً للقانون الكويتي^(٢)، بحسب الأصل، هي خمسون سنة على وفاة المؤلف، تحسب مع بداية السنة الميلادية التالية لوفاة. وإذا كنا بصدد مصنف مشترك فإن مدة الخمسين سنة تحسب من بداية السنة الميلادية لوفاة آخر من بقي حياً من المؤلفين الشركاء (م١٧ / أولاً).

هذه الخاصية في التأقيت، تطبق على الحقوق المالية للمؤلف على مصنفه، أما ما يملكه المؤلف من دعائم مادية لتثبيت المصنف الذهني عليه، فإنه يخرج عن نطاق خاصية التأقيت. فمن المبادئ الأساسية في نطاق الملكية الفكرية أن حقوق المؤلف ترد على المصنفات الذهنية لا على الدعائم المادية التي يتم تثبيت هذا المصنف عليها، أياً كان نوعها أو شكلها (كالكتب أو أسطوانات الحاسب الآلي، أو نيجاتيف الأفلام السينمائية)^(٣). فلو قام المؤلف بالتخلي عن إحدى هذه الدعائم تخلياً إرادياً، فإن من

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٣٨١. خالد جاسم الهندياني ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٥٦. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٦، ص ٢٣٩. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٩٢.

(٢) انظر: المادة (١٧) في تحديد مدد حماية حق المؤلف في الاستغلال المالي على اختلاف المصنفات.

P.-Yves Gautier, op. cit., p. 248.

(٣)

يتلقاها يمتلك هذه الدعامة دون أن يكتسب حقوق المؤلف على ما ورد فيها من مصنف ذهني^(١). لذلك فإن انتقال الدعامة المادية كأشياء مملوكة للمؤلف إلى الورثة، تكون على سبيل الدوام ولا تخضع لقواعد مدة الحماية لحقوق المؤلف المادية. فلا تنقضي ملكية هذه الدعامات مهما طال عليها الزمن^(٢).

بعد إقرارنا لإمكانية انتقال الحق المالي للمؤلف بسبب وفاته فإننا نجد من الأهمية تحديد الأشخاص المستحقين لهذا الحق المالي بعد وفاة المؤلف.

أولاً - الموصى لهم

لو رجعنا إلى المادة ١٣ من قانون الملكية الفكرية الكويتي نجد بأن المشرع الكويتي وبشكل صريح يقرر بأن: "لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي للمصنف...". فهل يعني ذلك، بأن المشرع الكويتي قد أراد حصر انتقال الحق المالي للمؤلف بعد وفاته إلى الورثة فقط، ومنع انتقاله إلى الخلف العام الآخرين كالموصى لهم، فهل أراد المشرع منع الإيضاء في الحقوق المالية إلى الغير؟ نعتقد بأن الأمر لا يتعدى كونه عيباً في الصياغة التشريعية، وذلك لعدة أسباب وهي:

لا يوجد ضمن نصوص قانون الملكية الفكرية الكويتي ولا في القواعد العامة لانتقال الحقوق المالية ما يمنع من أن يقوم المؤلف بالإيضاء بحق الاستغلال إلى الغير، بل أن نصوص قانون الملكية الفكرية الكويتي تؤكد ولو ضمناً بجواز انتقال الحق المالي عن طريق الوصية، فمثلاً نجد المشرع الكويتي أعطى الحق لخلف المؤلف (وهذا يشمل الورثة والموصى لهم) بأن يسمحوا للغير بمباشرة حق الاستغلال بإذن كتابي مسبق (م٤). وكما نعلم لولا تملك الخلف العام هذا الحق لما استطاعوا أن يأذنوا للغير بمباشرة، ففاقد الشيء لا يعطيه، كما أن المشرع أورد حكماً خاصاً في المصنفات المشتركة وقرر في حالة عدم وجود ورثة أو موصى لهم يؤول نصيب المؤلف المتوفى إلى بقية الشركاء (م١٣). كما أن المشرع الكويتي قد تصدى لتعسف ورثة المؤلف أو من يخلفه في نشر المصنف أو بإعادة نشره، وسمح لوزير الإعلام أن يرخّص بنشر المصنف وفقاً لإجراءات معينة تقررها المادة (١٤)^(٣).

(١) محكمة النقض المصرية، مدني، ١٢/٥/١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، س ١٧، رقم ١٥١، ص ١١١٤.

(٢) محمد السيد فارس، الوسيط في الملكية الأدبية والفنية، المجلد الأول، حقوق المؤلف، الجزء الأول، الحقوق المالية للمؤلف، الكتاب الأول، مفهوم الحقوق المالية للمؤلف، ص ١٤٤.

(٣) خالد الهندياني ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٤٥.

لذا نجد بأن الحق المالي للمؤلف قد ينتقل إلى الموصى لهم، وفي حالة تعدد الأشخاص الموصى لهم فإنه ينتقل إليهم على الشيوع، ويجب مراعاة قواعد الميراث في هذه الحالة.

ثانياً - ورثة المؤلف

كأي حق مالي آخر، ينتقل الحق المالي للمؤلف إلى ورثته بعد وفاته، ويتملك الورثة هذا الحق كل حسب حصته في الإرث وطبقاً للأنصبة المحددة في قانون الميراث المستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية. ينتقل إليهم الحق باعتباره مالاً شائعاً غير قابل للقسمة أو التجزئة. ولم يخص المشرع الكويتي انتقال الحق المالي إلى الورثة عن طريق الإرث، بقواعد خاصة، كما فعل المشرع الفرنسي الذي وضع ترتيباً خاصاً للأشخاص المستحقين للحق المالي بعد وفاة المؤلف، وخالف بذلك القواعد العامة للميراث في القانون المدني الفرنسي^(١).

وعلى ذلك فإن الحق المالي لا يتوقف بوفاة المؤلف، وإنما ينتقل إلى الورثة كلاً حسب نصيبه من الإرث.

أما في حالة وفاة المؤلف ودون أن يكون له أي وارث أو موصى له، فلمن تنتقل الحقوق المالية؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب التفريق بين نوعين من المصنفات، الأول المصنف الفرد، فإذا مات المؤلف ودون أن يكون له وارث أو موصى له، فإن الحقوق المالية تؤول إلى الدولة على اعتبار أن الدولة وارث من لا وارث له^(٢). ووفقاً للمادة ٢٩١/ب، من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الذي يقرر أنه:

"ب - إذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتي:

أولاً: استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.

ثانياً: ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية.

(١) L'article L. 1210 2al. 2 dispose que "Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. A leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant: par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir."

(٢) خالد الهندياني ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٨٤.

ج - إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة، أو ما بقي منها إلى الخزنة العامة".

أما إذا كان المصنف مشتركاً بين عدة مؤلفين، وتوفي أحدهم دون أن يكون له وراث أو موصي له، فإن المشرع الكويتي قد خص هذه الفرضية بحكم خالف فيه القواعد العامة للميراث وقرر أنه: "إذا توفي أحد المؤلفين لمصنف مشترك، ولم يكن له وراث أو موصى له يؤول نصيبه إلى باقي المؤلفين بالتساوي ما لم يوجد اتفاق مكتوب على خلاف ذلك". وقد يكون المشرع أراد بهذا الحكم عدم إقحام الدولة ضمن المؤلفين المشتركين والحلول محل المتوفى في حقوقه المالية، وحتى لا تربكهم في استغلالهم للمصنف، إلا أن هذا التبرير غير مقبول ولا يبرر الخروج عن قواعد الميراث والتي تعتبر قواعد أمرة وقطعية، وأن وجود الدولة كشريك مهم قد يعمل إضافة حسنة لاستغلال المصنف بما تملكه من خبرات وإمكانات.

ثالثاً - ورثة صاحب حق الاستغلال

قد يتصرف المؤلف بحقوقه المالية قبل وفاته، ويمنح حق الاستغلال المالي للمصنف إلى الغير، بمقابل أو بدون مقابل، وقد يتوفى صاحب الاستغلال المالي، قبل المؤلف، فينتقل ما يملكه صاحب الاستغلال المالي من حقوق مالية إلى ورثته أو إلى من أوصى لهم بها^(١). تصرف المؤلف في حقوقه المالية يحمل على أنه قد تنازل عنها، وبالتالي تكون هذه الحقوق لصاحب حق الاستغلال أو لخلفه العام من بعده.

وفي النهاية، توصلنا إلى أنه بوفاة المؤلف، سوف تنتقل حقوقه المالية وبعض من الحقوق الأدبية إلى الورثة أو الموصى لهم إن وجدوا، سواء كنا بصدد مصنف فرد أو مشترك، وإن العلاقة بين الورثة في هذه الحقوق تحكمها أحكام الشيوخ الإجباري.

(١) محمد السيد فارس، المرجع السابق ص ١٣١.

المبحث الثاني

أحكام الشيوع في حق المؤلف

إذا كان المشرع الكويتي قد قرر توافر حالة الشيوع في حالة الاشتراك في التأليف بحيث لا يمكن فصل نصيب أي منهم في العمل المشترك عن نصيب الآخرين، إلا أن تطبيق نظام الشيوع في حالة انتقال حق المؤلف إلى الورثة والخلف بسبب الوفاة لم يأت إلا من خلال الاستنتاج والتحليل. أياً كان الأمر فإن المشرع الكويتي لم يرقم بالتنظيم الكافي لحالة الشيوع في حق المؤلف في قانون حماية الملكية الفكرية، وإنما اكتفى بالنص في المادة (١٨) منه والخاصة بالمصنف المشترك على أنه: "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب أي منهم في العمل المشترك عن نصيب الآخرين، اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك كتابة".

وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين، فإذا وقع خلاف بينهم فيكون الفصل فيه من اختصاص المحكمة الكلية...". وفي اعتقادنا أن هذا النص لا يعد كافياً لتنظيم العلاقة بين المؤلفين المشتركين أو بين الورثة المتلقين للحق الأدبي، فالكثير من التساؤلات قد تثار بهذا الصدد، ومنها: هل يسري هذا النص على حالة الورثة أو الخلف المتلقين لحق المؤلف بسبب الوفاة؟ وهل يستطيع أي من المؤلفين الشركاء في المصنف المشترك أن يقوم بأي تصرفات بمفرده أو يجب الإجماع في كل الأحوال؟ وهل يتطلب إجماع الورثة لممارسة حق المؤلف؟ وهل يستطيع أي من الورثة التصرف بهذه الحقوق منفرداً؟ وهل من الممكن أن تطبق القواعد العامة في الشيوع على الشيوع في حق المؤلف؟

أمام عدم وجود تنظيم للشيوع في قانون الملكية الفكرية وعلى الخصوص فيما يتعلق بانتقال الحق الأدبي للورثة، فإنه لا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة للشيوع في القانون المدني، مع مراعاة الطبيعة الخاصة لحق المؤلف.

لذا سنقوم بالدمج فيما بين القواعد الخاصة للمصنف المشترك، والقواعد العامة في الشيوع المنصوص عليها في القانون المدني لتبيان أحكام الشيوع في حق المؤلف في شقيه الأدبي والمالي، بحيث يتم تطبيق القواعد العامة بما لا يتعارض مع طبيعة حق المؤلف. من خلال ذلك سوف نستعرض التصرفات التي يستطيع أن يقوم فيها الشريك منفرداً والتصرفات التي تستوجب قيام جميع أو أغلبية الشركاء فيها.

المطلب الأول

التصرفات التي يقوم فيها الشريك منفرداً

بديهي أن نظام الشيوخ لا يعطي للشريك الكثير من الصلاحيات للقيام بالتصرفات، وإنما يعتمد بشكل كبير على التصرف الجماعي. كما أن طبيعة حق المؤلف، تحتم مراعاته عند تطبيق القواعد العامة في الشيوخ، وهي قد تكون سبباً للتضييق أكثر على صلاحيات الشريك المنفرد. لذلك علينا أن نستعرض ما مدى إمكانية أن يتصرف الشريك منفرداً بحصته الشائعة؟ وهل له الحق في اتخاذ أية إجراءات لحفظ المال الشائع أو الدفاع عن حق المؤلف؟

الفرع الأول

عدم جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة

حق المؤلف ذو طبيعة مزدوجة فهو يتضمن حقين منفصلين مستقلين كلا منهما عن الآخر^(١). فحق المؤلف يتضمن الحق الأدبي والحق المالي على المصنف.

بالنسبة للحق الأدبي، فهناك قول واحد بأنه لا يجوز للوريث أو الشريك في المصنف المشترك أن يتصرف فيه، فيحتفظ الحق الأدبي بالخصائص نفسها التي كان يتسم بها أثناء حياة المؤلف، فهو يخرج عن دائرة التعامل وغير قابل للتصرف فيه، بل أن التشريعات الوطنية ومنها المشرع الكويتي قد استقرت على عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه^(٢)، بحيث نصت المادة (٣٢) من قانون الملكية الفكرية على أن "يقع باطلاً كل تصرف في الحقوق المنصوص عليها في المادتين (٤) فقرة أولى و(٦) من هذا القانون". وهي المواد التي تقرر الحقوق الأدبية للمؤلف. فالحق الأدبي من الحقوق للصيقة بشخصية المؤلف فلا تكون قابلة للتصرف فيها أو التنازل عنها، وهو ما اتجه إليه القضاء في أحكامه^(٣).

(١) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢١٦٠، جلسة ١٠/٧/٢٠٠٦، ٦١ ق، حكم غير منشور.

- Cass. Civ. 25 juin 1902, D. 1903, I, p. 5, note Colin.

(٢) المادة (١٤٥) من القانون المصري، والمادة (L121-1) من القانون الفرنسي.

(٣) Cass. 1 er. Civ. 5 mai 1993, D.1994, p.10, note Coron; CA. Paris, 1 févr. 1989, RIDA, 1989, n.143, p. 301, note Sirenelli.

نقض مصري، ١٢/٥/١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، س١٧، رقم ١٥١، ص ١١١٤.

أما بالنسبة للحق المالي، فلا يجوز أيضاً للشريك في المصنف المشترك أو الخلف العام الذي انتقل إليه هذا الحق بسبب وفاة المؤلف التصرف منفرداً بالحق المالي، حتى لو كان بمقدار حصته الشائعة ولم يتجاوزها^(١)، والسبب في ذلك أن المشرع تطلب الإجماع للتصرف بالحقوق الواردة على المصنف المشترك، وحظر مباشرة أحدهم لهذه الحقوق (م١٨)، كما أن المصنف المشترك بطبيعته غير قابل للقسمة والتجزئة، فلا يتصور أن يقوم أحد الورثة بالتصرف بحصته من الحق المالي على المصنف، كما أن الحق المالي يعتمد في ممارسته على الحق الأدبي، فلا يتصور أن يكون الحق الأدبي موجوداً في يد الورثة، في حين أن الحق المالي لشخص آخر من غير ورثة؛ لأن التنازل عن الحق المالي من بعض الورثة قد يسبب إعاقة لممارسة الحق الأدبي. وهذا ما تؤكد عليه المادة (٨٤٧) من القانون المدني إذ تنص على أنه: "إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقى شائعاً، فليس للشريك أن يطلب قسمته ولا أن يتصرف في حصته تصرفاً يتعارض مع ذلك الغرض".

إذن لا يجوز للشريك في المصنف المشترك أو الخلف العام أن يتصرف سواء بحقه الأدبي أو المالي حتى لو كان بمقدار حصته الشائعة، وهذا فيه خروج على القواعد العامة في الشيوع في القانون المدني التي تسمح للشريك على الشيوع أن يتصرف بمقدار حصته الشائعة، وهذا الخروج تبرره الطبيعة الخاصة لحق المؤلف.

الفرع الثاني الأعمال اللازمة لحفظ المصنف

لم يتطرق المشرع الكويتي في قانون الملكية الفكرية الكويتي إلى حق كل شريك منفرداً في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ المال الشائع، وبالرجوع للقواعد العامة في الشيوع نجد أن المادة (٨٢٥) من القانون المدني^(٢) قد نصت على أن: "لكل شريك الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع، وذلك دون حاجة لموافقة باقي الشركاء". إذن القواعد العامة تسمح للشريك في المصنف

(١) Orlean. Ch. Civ., 24 fév. 1977, JCP. 1978, II, n. 18787, note H. Boursigot.

(٢) يقابلها المادة (٨٣٠) من القانون المدني المصري، والمادة (815-2-al-1) من القانون المدني الفرنسي.

المشترك أو للوارث أو الخلف عموماً الحق في اتخاذ ما يلزم لحفظ المال الشائع ودون الحاجة إلى موافقة بقية الشركاء.

والأعمال اللازمة للحفظ قد تكون أعمالاً مادية أو قانونية تهدف إلى حفظ المال الشائع من أي ضرر أو تلف، ومن الأمثلة للأعمال المادية، كل الأعمال التي تتعلق بحفظ الكيان المادي للمصنف من التلف أو الكسر، وحفظ اللوحات والتماثيل وبرامج الحاسب الآلي ونسخ الكتاب، ومن أمثلة الأعمال القانونية، رفع الدعاوى لصد أية اعتداءات على الحق الأدبي أو الحق المالي للمؤلف، على اعتبار أن رفع الدعاوى تهدف إلى حفظ المال الشائع، ورفع دعاوى الحيازة إذا كان الغير قد حاز على بعض النسخ من المصنف بدون وجه حق، واتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لمنع الحجز على المصنف، وسواء ما يستحق على الشيء من رسوم أو ضرائب أو ديون ممتازة حتى لا يكون المال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذاً جبرياً.

والشريك في الشبوع، في قيامه بأعمال الحفظ يعتبر أصيلاً عن نفسه ونائباً عن باقي الشركاء^(١)، فهو يعمل لصالح نفسه ولصالح سائر الشركاء، لذلك يكون من حق من قام بهذه الأعمال الرجوع على بقية الشركاء كل بقدر حصته في المال الشائع لاستيفاء ما تكبده من تكاليف لحفظ المال الشائع، على اعتبار أن الشركاء ملاك في هذا المال الشائع، وما اتخذ من أعمال لحفظ هذا المال يعود بالنفع عليهم^(٢)، ومن ثم من الواجب أن تنقسم هذه التكاليف على جميع الشركاء، وهذا ما تؤكدته المادة (٨٢٦) من القانون المدني التي تنص على أن: "نفقات حفظ المال الشائع وإدارته وسائر

- (١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، الكويت، ص ٢٢٦. جابر محبوب علي وسامي الدريعي وخالد الهندياني، حق الملكية في القانون الكويتي، الطبعة الثالثة، ٢٠١٢، ص ١٣٦. محسن عبدالحميد البيه، الملكية، ص ١٤٤. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٤، ص ٢٩٥. تمييز كويتي، طعن ٨٧/٢٤٤ تجاري، ١٩٩٨/٢/٢٨، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يونيه ١٩٩٦، ص ٦٨، رقم ٦٨. نقض مدني ١٩٩٣/٤/٢٢، مجموعة المكتب الفني، س ٤٥، ق ١٧٥، ص ١٩٧. في حين يرى بعض الفقه أن أساس التزام بقية الشركاء بما قام به شريكهم هو الفضالة وخصوصاً عندما يعترضون على عمله، وهذا ما تؤكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري. ومن هؤلاء الفقهاء: عبدالرزاق السنهوري، حق الملكية، دار النهضة العربية، ص ١٠٦٢. محمد علي عرفة، الملكية، رقم ٢٨٣. (٢) في هذا المعنى تقرر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي عند تعليقها على المادة (٨٢٥) على أن: "الشريك إذا يقوم بهذه الأعمال يقوم بها بحكم القانون لحساب الشركاء جميعاً، ولهذا فهو يرجع على كل منهم بحصته فيما أنفق".

التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل بنسبة حصته، ما لم يتفق الشركاء جميعاً على غيره أو يقض القانون بخلافه".

الفرع الثالث حق الشريك في رفع الدعاوى

تقرر الفقرة الثالثة من المادة (١٨) من قانون الملكية الفكرية الكويتي أن: "لكل من المشتركين في التأليف الحق في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمستعجلة عند وقوع أي اعتداء على حق المؤلف، والحق في رفع الدعاوى للمطالبة بنصيبه في التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب هذا الاعتداء". هذا النص خاص بالمصنف المشترك الذي لا يمكن فصل نصيب أي من الشركاء في العمل المشترك عن نصيب الآخرين. فما هو الوضع عندما ينقل حق المؤلف إلى الورثة بسبب الوفاة، فهل يستطيع أي منهم رفع الدعاوى؟

المشرع الكويتي يقرر في المادة (٦) من قانون الملكية الفكرية بأن: "للمؤلف أو خلفه الخاص أو العام الحق في الاعتراض أو في منع أو حذف أو تغيير أو إضافة أو إجراء أي تعديل آخر على مصنفه دون إذنه..".

والشريك باعتباره أحد أصحاب حق المؤلف، له الحق سواء الأدبي أو المالي وسواء أكان شريكاً في مصنف مشترك أم وارثاً تلقى الحق مع بقية الورثة بسبب وفاة المؤلف، الحق في رفع الدعاوى من أجل التصدي والدفاع عن أية اعتداءات قد تحدث على حق المؤلف ودون الحاجة إلى إجماع الشركاء. ومن هذه الدعاوى التي يستطيع أن يرفعها الشريك الدعاوى الخاصة بالشيوع نفسها، كالدعاوى المتعلقة بالإجراءات أو التكاليف أو الدعاوى التي تقطع التقادم الساري لصالح الغير، أو حتى الدعاوى التي يرفعها الشريك لرفض نسب مصنف إلى مورثهم المؤلف، كأن يكون المصنف مقلداً أو مزوراً فيرفع الدعاوى للحفاظ على اسم المؤلف من هذا العمل^(١).

(١) "Considérant qu'il est certain que si l'œuvre saisie était tenue pour faus, cette œuvre ne serait pas incluse dans le patrimoine successoral de Marc Chagall; qu'il s'ensuit que tout indivisaire serait dès lors en droit d'en demander la destruction, ceci afin de préserver le patrimoine commun en empêchant la diffusion d'œuvres fausses; que la demande d'Ida Chagall est donc recevable puisqu'elle tend à solliciter la destruction d'une œuvre faussement attribuée à Chagall". Paris, 4 ème ch., 6 janvier 1994, Ida Chagall, cité par Jean-Baptiste Schroeder, les actions en justice des co.-titulaires indivis du droit d'auteur, Acte =

يذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى منح الشريك الحق في رفع الدعاوى منفرداً، ودون اشتراط مشاركة بقية الشركاء^(١)، على اعتبار أن رفع الدعاوى تدخل ضمن إطار الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع^(٢).

إذا كان لأي شريك أن يمارس رفع الدعوى منفرداً، فهل يشترط عليه أخذ موافقة بقية الشركاء معه أو يدخلهم معه في الدعوى؟

المشرع سواء في القواعد العامة في الشيوخ أو القواعد الخاصة في قانون حماية الملكية الفكرية الكويتي لم يتطلب ذلك، وهذا يعني أن بإمكان الشريك أن يرفع الدعاوى لحفظ المال الشائع أو للتصدي لأية اعتداءات على حق المؤلف دون الحاجة إلى إدخال بقية الشركاء أو أخذ موافقتهم. لكن أليس الشريك هو أحد الشركاء على الشيوخ، أليس ثمار الدعوى قد يستفيد منها بقية الشركاء أو يتضررون منها، ألا يتحمل بقية الشركاء التكاليف التي أنفقت لحفظ المال الشائع.

= du colloque, la transmission successorale du droit d'auteur, 9 avril 2014, Université Panthéon- Assas, p. 38.

- "La recevabilité de l'action en contrefaçon dirigée à l'encontre d'une œuvre de collaboration, laquelle est la propriété commune des coauteurs, est subordonnée à la mise en cause de l'ensemble de ceux-ci, dès lors que leur contribution ne peut être séparée". Civ. 5 juillet 2006, CCE, février 2007, comm 19, obs. Caron. T. civ. Seine, 16 mars 1934; Sem. Jur 1934, p. 557. CA. Paris, 3 nov. 1956, (١) Gaz. Pal. 1956, m 2, p. 324. "Mais attendu, d'une part, que, si le droit au respect du nom se transmet aux héritiers selon les règles ordinaires de la dévolution à cause de mort, le cohéritier a qualité et intérêt légitime à agir seul en défense de ce droit, indépendamment du défaut d'exercice de l'option successorale; d'autre part, qu'aucune partie n'avait remis en cause devant la cour d'appel, les constatations du jugement selon lesquelles il n'était ni établi ni allégué que les deux intéressés eussent refusé la succession de leur père, héritier de l'artiste et lui-même décédé en 1995". Civ. 1ère, 15 fév. 2005, RTD.Com, 2005, p.316. obs. F. Pollaud-Dulian. CA. Paris, 1ère. Ch., 23 janv. 2001, RIDA 2001, p.373.

"Considérant, en droit, qu'il résulte de l'article L. 121-1 du CPI que le droit de (٢) l'auteur au respect de son nom, de sa qualité et son œuvre est transmissible à cause de mort à ses héritiers selon les règles ordinaires de la dévolution successorale; qu'en cas de dévolution de ce droit indivisément entre plusieurs héritiers, chacun d'eux est recevable à agir seul en justice contre quiconque y porte atteinte dès lors qu'une telle action entre dans la catégorie des actes conservatoires que tout indivisaire peut accomplir seul en application de l'article (815-2a-1) du Code civil".CA. Paris, 1ère. Ch. 23 janv. 2001, RIDA2001, p. 373.

لذا يكون من المنطقي أن يقوم الشريك الذي يرغب في رفع الدعوى بإحاطة بقية الشركاء بذلك حتى لا يتفاجأوا، وقد تكون نتائج الدعوى في غير صالحهم. لذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية في خصوص المصنف المشترك على أن الشريك في المصنف المشترك. الذي يأخذ المبادرة في رفع الدعوى للدفاع عن حقوقه المالية يكون ملزماً بإدخال بقية الشركاء في الدعوى وإلا لن تقبل دعواه^(١).

ولقد انتقد جانب من الفقه^(٢) هذا الاتجاه على اعتبار أن فيه مخالفة للمادة (815-2 al-1) من القانون المدني الفرنسي والتي تعطي الحق لكل شريك على الشيوع أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحفظ المال الشائع^(٣)، أيأ كان الأمر فإن نطاق هذا الاتجاه القضائي قد يحدد بأمرين وهما، أن محكمة النقض الفرنسية تطلبت أن يقوم الشريك في الشيوع بإدخال بقية الشركاء في الدعوى ولم يتطلب الموافقة الجماعية للشركاء على رفع الدعوى، وهذا الأمر حتى لا يلام من قام برفع الدعوى من بقية الشركاء^(٤). كما أن هذا المطلب يكون خاصاً بالحقوق المالية ولا يسري عند رفع الدعوى للدفاع عن الحق الأدبي، على اعتبار أن كل شريك في المصنف المشترك له حقوق أدبية على المصنف المشترك، والطبيعة الخاصة للحق الأدبي باعتباره لصيقاً بصاحبه يستبعد كل إمكانية للحصول على الإجماع من كل الشركاء، لا يتصور أن يعيقوا دفاع أحدهم عن هذه الحقوق عندما يتصدى لأي اعتداء عليها^(٥).

لذلك نرى أن من الأفضل للشريك في الشيوع عند رفع الدعوى أن يقوم بإدخال بقية الشركاء في الدعوى.

(١) "Le coauteur d'une œuvre de collaboration qui prend l'initiative d'agir en justice pour la défense de ses droits patrimoniaux est tenu, à peine d'irrecevabilité de sa demande, de mettre en cause les auteurs de cette œuvre". Civ. 1ère, 4 octobre 1988, Bull. civ. I, n°268. RIDA 1989,141,p.251. TGI. Paris, 3 ch.19 mai 1987, cah. dr. auteur,1988, p. 15 CA. Paris 4 ch. 22 nov. 1989, juris-data n. 026043.

(٢) Ph. Maleurie et L.Aynès, Droit civil, les bien, Cujas 1990, n.690, note 84. P-Y. Gautier, op. cit., n. 277.

(٣) "Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis" l'article (815-2al-1).

(٤) André Lucas. Titulaire du droit d'auteur, Juris-classeurs - civil Annex, fasc. 1185, n. 66.

(٥) Andre Lucas, op. cit., n. 68. Cass. 1er, civ. 4 oct. 1980, RIDA 1989, n. 141, p. 251. TGI paris, 1 er ch. 15 mai 1991, JCP 1992, éd G.II, 21919, note X. Daverat.

بالإضافة إلى حق الشريك في رفع الدعوى للتصدي لأي اعتداء على حق المؤلف، فإن القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية تسمح لكل من له مصلحة مشروعة، أن يمارس هذا الحق في رفع الدعوى، وكل من كان له حق متعلق بالمصنف يعتبر صاحب مصلحة مشروعة كالناشر أو صاحب حق الاستغلال عموماً، بل نعتقد بأن الدولة ممثلة في وزارة الإعلام وباعتبارها راعية للثقافة العامة من حقها أن ترفع الدعوى^(١).

بل إن القضاء الفرنسي اتجه إلى التوسع في منح حق رفع الدعوى للحفاظ على الحق الأدبي والمالي للمؤلف من غير أصحاب الحق، فذهب في أحد أحكامه إلى منح الحق لصديق المؤلف برفع دعوى لمنع الموصى له من نشر بعض الكتابات غير المنشورة التي تعكس ميول الكاتب الجنسية (قضية Claude Gallimard)^(٢)، كما يمنح القضاء الفرنسي للجمعيات المهنية المدنية للدفاع عن حقوق المنظمين لها، ومن ضمن هذه الحقوق الحق الأدبي والمالي للمؤلف^(٣).

المطلب الثاني

حق الشركاء مجتمعين في ممارسة حق المؤلف

ليست لدينا أية مشكلة في حالة اكتساب حق المؤلف بسبب الاشتراك، على اعتبار أن المشرع الكويتي قد نظم العلاقة فيما بين الشركاء في المصنف المشترك، وقرر في المادة (١٨) أنه: "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب أي منهم في العمل المشترك عن نصيب الآخرين، اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم، إلا إذا اتفق على غير ذلك كتابة. وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين، فإذا وقع خلاف بينهم فيكون الفصل فيه من اختصاص المحكمة الكلية ...". إذن في المصنف المشترك، لا يستطيع أي شريك أن يباشر حقوق المؤلف بمفرده وإنما لا بد من موافقة الشركاء جميعاً^(٤)، وإلا أصبح التصرف غير نافذ في

(١) C. Bouloc, op.cit., p. 20. J.-Baptiste Schroeder, op. cit., p. 36. P.-Yves Gautier, op. cit., p. 275.

(٢) TGI Paris, 1ère ch., 1 er déc. 1982, Montherlant, RIDA, 1983, p. 165, note P.-Yves Gautier.

(٣) Cass. 1ère., 13 avril 1992, Lorjou, RIDA 1992, p. 149.

(٤) 1 ère ch. civ., 7 avril 1987, Bull. Civ. I., n. 125.

محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص ١٤٦.

مواجهتهم، ونظراً لصعوبة حصول موافقة جميع الشركاء في الكثير من الأحيان، فقرر المشرع في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء للفصل في هذا الخلاف.

لكن المشكلة تثار في حال انتقال حق المؤلف بسبب الوفاة إلى الورثة أو الخلف، وذلك نتيجة لخلو قانون الملكية الفكرية من تنظيم علاقة الشركاء فيما بينهم، فلا يكون لنا إلا اللجوء إلى القواعد العامة في الشيوع والمقررة في القانون المدني، لتحديد آلية ممارسة الشركاء للحقوق المترتبة على حق المؤلف. فهل يتطلب اتفاق الشركاء جميعاً أو أغليتهم للممارسة هذه الحقوق؟ وإذا لم ينظم المشرع الكويتي العلاقة فيما بين الورثة في مباشرة حق المؤلف إلا أنه من جانب آخر، وضع له القيود وأخضع ممارسته للحق تحت رقابة القضاء.

الفرع الأول أعمال الإدارة والتصرف

أولاً - أعمال الإدارة

يقصد بأعمال الإدارة الأعمال التي يكون الهدف منها استغلال المال الشائع واستثماره دون المساس بأصله. وتنص المادة (٨٢٠) من القانون المدني الكويتي على أن: "تكون إدارة المال الشائع والتصرف فيه من حق الشركاء مجتمعين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". ويخلص من هذا النص أن إدارة المال الشائع هو في الأصل^(١)، حق للشركاء في الشيوع مجتمعين، لا ينفرد أي شريك فيه، وذلك لأن لكل شريك حقاً في المال الشائع يماثل في طبيعته حقوق بقية الشركاء، فإذا انفرد أحد الشركاء في إدارة حقوق المؤلف فإنه يكون قد اعتدى على حقوق الشركاء الآخرين، فلا بد إذن من إجماعهم لإدارة المال الشائع. وللشركاء أن يقوموا بإدارة حقوق المؤلف بأنفسهم، ولهم أيضاً أن يفوضوا في ذلك أحداً منهم أو من غيرهم، كأن يعينوا مديراً لإدارة حق المؤلف لصالحهم^(٢). كما لهم أن يضعوا نظاماً لإدارة المال الشائع فيما بينهم. وما يتم من الأعمال بناء على إجماع الشركاء عليه يكون صحيحاً وناظراً بمواجهتهم جميعاً، ولا يجوز لأي منهم الاعتراض عليه بعد ذلك أو الرجوع فيه.

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٢٨. جابر محبوب وسامي الدريعي وخالد الهنداني، المرجع السابق، ص ١١٨. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٦١.

(٢) Cass. 1ere civ., 3 nov. 2004, A.J. note P. Allaey. (٢)
- C. Versailles, 14 ch. 12 mai 1995, Gaz. Pal. 1995, p. 24.

ونظراً لتعذر حصول الإجماع في أغلب الأحوال وتيسيراً لإدارة المال الشائع، فقد اكتفى المشرع كقاعدة عامة لإدارة هذا المال الشائع باتفاق أغلبية الشركاء وليس إجماعهم، والأغلبية المطلوبة لإدارة المال الشائع تختلف فيما بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة.

تطلب المشرع للقيام بأعمال الإدارة المعتادة توافر أغلبية الشركاء، والتي تتمثل فيمن يملكون أكثر من نصف الحصص التي يتكون منها المال الشائع (م ٨٢١)، وتحسب هذه الأغلبية على أساس الحصص وليس على عدد الشركاء، فقد تتوافر هذه الأغلبية في شريك واحد، فيكون له حق الإدارة المعتادة للمال الشائع.

ويدخل ضمن مفهوم الإدارة المعتادة، الأعمال التي تؤدي إلى حفظ حقوق المؤلف وحفظ الكيان المادي للمصنف الذي يتثبت به المصنف، ورفع الدعاوى لصد أي اعتداء على حقوق المؤلف، واستغلال المصنف لمدة مؤقتة، والأداء العلني للمصنف كأن يعطى المصنف للبث على قناة فضائية، أو تأجير المصنف، كتأجير الحاسب الآلي ليقدم شركة معينة، أو يمنح حق الاستعمال لبرامج الحاسب الآلي، كأن يعهد بهذه البرامج لمنشأة أو أكثر من منشأة لاستعماله، وتعيين ممثل عنهم، وإبرام العقود، وتحصيل الأموال الواردة على المصنف، أو التعامل مع جمعيات تحصيل حقوق الأداء العلني في إطار فكرة الإدارة الجماعية لحقوق المؤلف، هذه الأعمال تعتبر من ضمن أعمال الإدارة المعتادة التي تهدف إلى استغلال المصنف واستثماره دون المساس بأصله أو إحداث أي تعديل في الغرض المعد لذلك.

ولهذه الأغلبية أن تدبر المال الشائع بنفسها أو أن تفوض أحد منهم أو من خارج الشركاء بذلك، كما أن قراراتها تكون حجة على بقية الشركاء. وإذا لم تتوافر هذه الأغلبية لإدارة المال الشائع فيكون لكل شريك أن يلجأ إلى المحكمة المختصة لاتخاذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع (م ٨٢٢) منعاً لتعطيل الانتفاع بالمال الشائع.

- أعمال الإدارة غير المعتادة، هي أعمال يترتب عليها تغيير أساسي في المال الشائع أو تعديل في الغرض المعد له بما يجاوز أعمال الإدارة المعتادة^(١). ومن الأمثلة على أعمال الإدارة غير المعتادة والتي قد تؤدي إلى التغيير الأساسي في المال الشائع

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٣٢. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٠٣. انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص ٦٠١.

أو التعديل في الغرض المعد له، هي ترجمة المصنف أو السماح للغير بترجمة المصنف إلى لغة أخرى أو تحويل المصنف من لون إلى لون آخر، كتحويل الرواية في الأدب إلى سيناريو لمسلسل تلفزيوني أو فيلم سينمائي، وتلخيص المصنف، فهذه الأعمال تخلق من المصنف الأصلي مصنفاً آخر مشتقاً منه، يتمتع بحماية كاملة بما ترتبه حقوق المؤلف من حماية.

في أعمال الإدارة غير المعتادة، نظراً لخطورتها وأهميتها، يتطلب المشرع للقيام بها توافر أغلبية خاصة، وهي أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، وتحسب الأغلبية على أساس الحصص.

ويجب أن تتوافر هذه الأغلبية لدى أكثر من شريك، وعليهم أن يخطروا بقية الشركاء بقرار الأعمال كتابة قبل التغيير أو التعديل، وإلا لن تكون هذه الأعمال نافذة بمواجهتهم. فلا يستطيع الشريك بمفرده حتى لو تملك ثلاث أرباع حصص المال الشائع أن يقوم بأعمال الإدارة المعتادة، وإنما لا بد من انضمام شريك آخر له، كما أن المشرع أعطى للأقلية حق الاعتراض على هذه الأعمال وفقاً لإجراءات محددة في المادة (٨٢٤) من القانون المدني.

ثانياً - أعمال التصرف

لا شك إذا أجمع الشركاء على التصرف في المال الشائع كله فيكون تصرفاً صحيحاً و نافذاً لجميع الشركاء، لكن قد يتعذر حصول موافقة جميع الشركاء على التصرف في المال الشائع في ظل ظروف تستدعي التصرف فيه، مما يؤدي إلى تعطيل التصرف في المال الشائع، لذلك خول المشرع الكويتي في المادة (٨٢٧) من القانون المدني "لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء..." ومراعاة لحقوق الأقلية تطلب المشرع من الأغلبية إخطار باقي الشركاء بقرارهم بالتصرف كتابة، كما أعطى للأقلية حق الاعتراض وفقاً لإجراءات حددتها المادة (٨٢٧).

ومتى توافرت جميع هذه الشروط فيكون قرار التصرف نافذاً بحق بقية الشركاء. ومن الأمثلة على أعمال التصرف في مجال حق المؤلف، ممارسة الحق في النشر، والتنازل عن المصنف للدولة، وممارسة حق التتبع، والتنازل عن حق الاستغلال المالي إذا كان لمدة طويلة تعادل مدة حمايته وهي الخمسون سنة، فهنا يحمل على أنه تنازل عن حق الاستغلال طوال فترة الحماية، وهذا العمل فيه من الخطورة مما يجعله أن يكون ضمن أعمال التصرف، كما أنه خلال هذه الفترة الطويلة يكون أصحاب حق

المؤلف قد فقدوا حقهم المالي على المصنف، هذه الأعمال تتطلب أن يمارسها الأغلبية وفقاً للقواعد العامة الشيوع.

الفرع الثاني القيود التي ترد على الورثة لممارسة حق المؤلف

الحق المالي للمؤلف باعتباره يمثل عنصراً من عناصر الذمة المالية، فهو ينتقل إلى خلفه العام بعد وفاته، سواء الورثة أو الموصى لهم بجزء من التركة، شأنه في ذلك شأن أي حق مالي آخر.

أما الحق الأدبي للمؤلف، فإنه أيضاً ينتقل إلى الورثة أو الخلف بسبب الوفاة، ولكن نتيجة لارتباطه بشخصية المؤلف، فإنه ينتقل بغاية أخرى وبمضمون آخر، كما رأينا سابقاً، فينتقل من الحق الأدبي الحق في تقرير النشر، والحق في الأبوة.

وهذا الانتقال تكون غايته حماية شخصية المؤلف، من خلال تنفيذ إرادته والدفاع عن ذكره وعن شخصيته الأدبية، فالورثة لا يتلفون الحق لتحقيق مصالحهم الشخصية وإنما هم حراس طبيعيون على هذه الحقوق، وعليهم رعاية مصالح المؤلف، ومنع أي اعتداء يمكن أن يقع على أعماله الأدبية والفنية.

قد يبقى هذا الكلام نظرياً، إذا ترك الأمر لمحض إرادة الورثة والخلف في مباشرة حقوق المؤلف الأدبية والمالية، لذلك يذهب القضاء وبعض التشريعات المقارنة، إلى إخضاع ممارسة الورثة لرقابة القضاء حتى لا تخرج هذه الحقوق عن غايتها الأساسية وهي الدفاع عن شخصية المؤلف الأدبية؛ لأنه قد يذهب الورثة أو الخلف إلى رعاية مصالحهم المالية وإهمال الحق الأدبي أو التقاعس عن الدفاع عنه، لذلك أوجدت التشريعات المقارنة بعض القيود على الورثة لمباشرة هذه الحقوق.

أولاً - احترام الخلف لإرادة المؤلف:

على الورثة والخلف احترام إرادة المؤلف عند مباشرتهم للحقوق الأدبية والمالية، ولا بد من الإخلاص والوفاء لإرادة المؤلف، وهذا يفترض أن تكون إرادة المؤلف قبل وفاته واضحة وصريحة، لأنه على أساس هذه الإرادة نستطيع معرفة مدى مخالفة الورثة لها، أو الخروج عنها. فمثلاً قد يعلن المؤلف عن إرادته قبل وفاته برغبته بطرح مصنفه للتداول ولكن الوقت لا يسعه لعمل ذلك، فعند انتقال حق المؤلف إلى الورثة، عليهم التقيد بهذه الإرادة وأن يعملوا جاهدين على طرح المصنف للتداول، وأن لا يمتنعوا عن نشر المصنف، وألا يكونوا قد خانوا إرادة المؤلف، وقد يوصي المؤلف بعدم نشر المصنف، فإن الورثة لا يحق لهم نشر هذا المصنف وتجاوز إرادة المؤلف.

بل أن بعض التشريعات المقارنة، تقنن وجوب احترام إرادة المؤلف من قبل الورثة أو الخلف سواء أكان ذلك بصورة مباشرة أم غير مباشرة.

مثلاً، المشرع الكويتي عندما قرر في المادة (١٣) من قانون حقوق الملكية الفكرية الكويتي بأن: "لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي للمصنف على الوجه المنصوص عليه في هذا القانون مع مراعاة ما يلي:

أ - إذا كان المؤلف قد تعاقد كتابة مع غيره بشأن استعمال مصنفه وجب تنفيذ اعتقاده وفقاً لأحكامه.

ب - إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو حدد له تاريخاً أو شروطاً أخرى وجب تنفيذ وصيته...".

من خلال هذا النص نجد أن المشرع يلزم الورثة بتعاقدات مورثهم حال حياته، وهذا تطبيق للقواعد العامة في نسبية آثار العقد وانصراف آثاره إلى المتعاقدين والخلف العام. لكن الأهمية تظهر أكثر في البند (ب) وهو وجوب تقييد الورثة بتعليمات المؤلف وتنفيذها، فلا يمكن للورثة أن يخالفوا إرادة المؤلف أو تعليماته، فإذا أوصى بعدم النشر عليهم الالتزام بذلك، وإذا أوصى بالنشر وحدد تاريخاً له أو وضع أية شروط للنشر، على الورثة أن يكونوا أمناء في تنفيذ هذه الوصية وأن لا يخالفوها. وقد يكون الأمر سهلاً في حالة وجود إرادة صريحة وواضحة من المؤلف. فما الأمر لو غابت هذه الإرادة، بمعنى أن المؤلف تجهل أو لم تسنح له الفرصة أو الوقت بالوصية أو بإعطاء التعليمات بخصوص النشر، فهل يكون للورثة الحرية في مباشرة حق المؤلف مثلما يرغبون؟

المصلحة العامة تقتضي أن يطرح المصنف إلى الجمهور لا أن يمنع من التداول. وأن غياب إرادة المؤلف لا تعطي الحق للورثة أن يباشروا حقوق المؤلف مثلما أرادوا، أو أن يترك مسألة تقرير نشر المصنف من عدمه متوقفة على محض إرادة الورثة. لذلك يذهب الفقه^(١) وبتأييد من القضاء^(٢) على افتراض إرادة المؤلف، على اعتبار أن

(١) P.-Yves Goutier, op. cit. p. 276. C. Bouloc, op. cit., p. 18. P. Plaisant, op. cit. p. 24. C. Colombet, op. cit., p. 190. C. Caron, La propriété littéraire au royaume d'Hadès, D. 2001, p. 918. André Lucas, Propriété littéraire et artistique, 3 éd. 2004. Dalloz, p. 80. Olivier L'alignant, La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales LGDJ 1983, p. 424.

(٢) CA. Paris 1ère ch., 13 sept. 1999, cité par, C. Bouloc, op. cit., p. 18. Cass. 1 ère civ., 9 juin 2011, D. 2011, p. 2099, note Fabiani et Perrier. CA. Paris, 14 mars 2009, JCP, G, 2009, II, 10093, note F. Pollaud-Dulian.

كل مؤلف يتمنى أن يرى مصنفه بمتناول الجمهور وأن يتمتع المصنف بسمعة طيبة حتى بعد وفاته^(١). من هذا المنطلق في حالة غياب إرادة المؤلف بنشر المصنف، فإن ثمة قرينة قابلة لإثبات العكس مفادها أن المؤلف كان يرغب ويتمنى نشر مصنفه، وأن على الورثة الانصياع لهذه الإرادة المفترضة، وعلى كل من يخالف إثبات عكس هذه الإرادة المفترضة، أن يثبت أن المؤلف لم يكن يرغب نشر المصنف مثلاً.

ومقتضى ما تقدم أن مباشرة الورثة للحقوق الأدبية والمالية للمؤلف لا بد أن تكون متوافقة مع إرادة المؤلف الصريحة والمفترضة، وأن هذه المباشرة تكون خاضعة لرقابة القضاء، لضمان احترام الورثة والخلف لإرادة المؤلف.

ثانياً - رقابة القضاء

حق المؤلف له طبيعة خاصة، فهو يتضمن حق أدبي لصيق بشخصية المؤلف، وحق مالي يعود بفائدة مالية عليه، ويعتبر ثماراً لممارسة الحق الأدبي، واحتمالية إساءة الورثة والخلف في استعمالهم لهذه الحقوق واردة للغاية، بل أن التراث الثقافي العالمي والعربي مليء بالقضايا والحوادث، تبين حالات لمصادرة مصنفات مورثهم أو عندما يقفون حائلاً دون انتشار مصنفات أسلافهم.

لا ضير من ذكر بعض القضايا الواردة في التراث الثقافي العربي لتكون كأمثلة على إساءة الورثة لاستخدام حق المؤلف، ولتبيان أهمية الرقابة عليهم. ومن بين هذه الحوادث:

- عندما أرادت الهيئة العامة للكتاب (بالقاهرة) بإعادة طبعة كتاب "أوراق العمر" للدكتور لويس عوض، والذي كان قد تطرق في ثنايا الكتاب إلى أمور تختص بسلوك أسرته وبعلاقته بأشقائه، اعترض د. رمسيس عوض (شقيقه) على إعادة نشر الكتاب ورفض توقيع عقد نشر الكتاب بحجة أن المؤلف كتب "أوراق العمر" في مرحلة كان يعاني فيها من مرض السرطان في المخ أثر على حسن تقديره للأمور ودفعه إلى تشويه تاريخ أسرته، وهو السبب الذي دفعه بعد انتقال حقوق ملكية مؤلفات أخيه إليه إلى رفض كل عرض لإعادة نشر الكتاب^(٢).
- محمد البحر ابن الموسيقار سيد درويش، ظل لسنوات طوال يطارد كل من

(١) "tout auteur souhaite voir assurer à son œuvre un maximum de rayonnement et donc divulguer ses œuvres posthumes". P: Yves Gautier, op cit., p. 277.

(٢) صلاح عيسى، عندما يصادر الورثة مؤلفات أسلافهم، ٢٤، الجمعة ١٩ ديسمبر ٢٠٠٤، ص ١. <http://24.ae/print-article.aspx?ArticleId=1000722>.

يحاول غناء الحان أبيه أو يعيد توزيع موسيقاه، كان يبالغ في تقدير حقوقه المالية، حتى تسبب في اختفاء تراث سيد درويش وحرمان المجتمع منه، حتى انقضت مدة الحماية وعاد التراث إلى الملك العام فسمعه الناس وعشقوه وبان الأثر الكبير لموسيقاه في تجديد الموسيقى العربية^(١).

- يذكر البعض بأن المطالب المالية لبعض ورثة نجيب محفوظ منعت أو عرقلت تحويل بعض أعماله الأدبية إلى أعمال فنية، فقد فشل كل من المخرج يوسف شاهين والمخرج خالد يوسف والسيناريسات وحيد حامد من تقديم فيلم عن رواية "أولاد حارتنا" بسبب المطالب المالية للورثة^(٢).

هناك الكثير من الوقائع التي يتسبب فيها الورثة في عرقلة انتشار تراث أسلافهم الأدبي والفني لأسباب مختلفة، لذلك تنبّهت الكثير من التشريعات فأوجدت رقابة قضائية على مباشرة الورثة لهذه الحقوق^(٣).

من ذلك المشرع الفرنسي الذي قرر في المادة (L. 121-2) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي على أنه في حالة التعسف الظاهر من قبل الورثة في نشر أو عدم نشر المصنف من خلال أصحاب الحق الأدبي أو في حالة وجود أي خلاف بين الورثة حول ذلك يكون للمحكمة الكلية اتخاذ كل الإجراءات المناسبة لمعالجة التعسف. وب نفس الاتجاه، قرر المشرع الكويتي في المادة (١٤) من قانون حقوق الملكية الفكرية على أن "إذا لم يقيم ورثة المؤلف الكويتي الجنسية أو من يخلفه بنشر المصنف أو بإعادة نشره ورأى وزير الإعلام أن المصلحة العامة تقتضي نشر المؤلف واستمر امتناعهم لمدة سنة اعتباراً من تاريخ طلبه ذلك بخطاب مسجل بعلم الوصول، جاز له أن يباشر هذا الحق في استصدار أمر من رئيس المحكمة الكلية بتسليم المصنف إليه لنشره، وذلك مع عدم الإخلال بحق ورثة المؤلف أو من يخلفه في التعويض العادل".

إذا اتضح بشكل ثابت بما لا يدع مجالاً للشك بأن الورثة في مباشرتهم لحق

(١) صلاح عيسى، المرجع السابق، ص ٢.

(٢) نورهان نصرالله، قيود "الورثة" تقف حائلاً دون تحويل روايات نجيب محفوظ إلى أعمال درامية، الوطن الإلكترونية، ١١/١٢/٢٠١٤ <http://www.elwatannews.com/news/details/616360>

(٣) المادة (L.121-3) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي والذي ينص صراحة على التصدي لتعسف الورثة الواضح من خلال المحكمة الكلية والتي تنص على أن:

"En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation ou des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article précédent, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée".

المؤلف يتجاوزون إرادة المؤلف الصريحة أو المفترضة أو يعرقلون إرادته فإن للمحكمة الكلية الحق في التصدي لذلك.

والرقابة القضائية قد تستحضر من خلال قيام أحد الشركاء في المصنف المشترك باللجوء إلى المحكمة الكلية للفصل في الخلاف بين الشركاء (م١٨) أو من قبل أحد الورثة أصحاب حق المؤلف، عندما يختلفون فيما بينهم على إدارة المال الشائع (م ٨٢٢/٨٢٤) مدني، أو عند خلافهم في التصرف في المال الشائع (م٨٢٧) مدني، ولكل وارث الحق في اللجوء إلى المحكمة الكلية للتصدي إلى إساءة استعمال الورثة لحق المؤلف. كما أنه من حق وزير الإعلام أن يلجأ إلى المحكمة الكلية للترخيص بنشر المصنف أو إعادة نشره إذا كان الورثة يتعننون في ذلك. ومن وجهة نظرنا، أن المصلحة العامة وحق المجتمع في الثقافة تجعل لوزير الإعلام الحق في أن يتصدى من خلال القضاء أو من خلال الرخص التي يمنحها له القانون لأية إساءة في استعمال حق المؤلف من قبل الورثة، أو أي تقاعس في مباشرة هذه الحقوق، كما أن لكل من له مصلحة مشروعة - كأن يكون له حق تعلق بالمصنف - له الحق في اللجوء إلى المحكمة الكلية لمراقبة مباشرة الورثة لهذه الحقوق، بل أن المشرع الفرنسي قد سمح للجمعيات المهنية والمرخصة حق رفع الدعاوى للدفاع عن حقوق المؤلف التي تخضع لإشرافهم^(١).

إن رقابة القضاء وتدخله يضع الكثير من الحلول لوضعية الشيوخ بين أصحاب حق المؤلف، هذه الوضعية تفترض قيام العديد من الخلافات فيما بينهم، وحتى لا يتعطل المصنف عن الذبوع والانتشار، وحتى لا يُساء استخدام حقوق المؤلف نحتاج إلى رقابة قضائية تعيد القافلة إلى جادة الصواب.

الخاتمة:

من المتصور أن تتحقق حالة الشيوخ الفكري في حق المؤلف، وذلك إما بسبب اكتساب حق المؤلف بسبب الاشتراك أو بسبب وفاة المؤلف وانتقال حقوقه إلى الورثة والخلف. بالرجوع إلى قانون حماية الملكية الفكرية الكويتي، لم نجد تنظيمًا تشريعيًا كافيًا للشيوخ في حق المؤلف، وهذا ما يجعلنا عادة نرجع إلى القواعد العامة للشيوخ في القانون المدني، هذا الأمر ليس باليسير، نظرًا للطبيعة الخاصة لحق المؤلف، على

(١) المادة (L-331-1) من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي تنص على أن:

"Les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ont qualité pour ester en justice pour la défense des intérêts dont ils ont statutairement la charge."

اعتبار أنه ذو طبيعة مزدوجة، يتضمن جانباً أدبياً لصيقاً بشخصية المؤلف وجانباً مالياً يتمثل في استغلال واستثمار الحق الأدبي.

الحق المالي للمؤلف يعامل كأى حق مالي آخر، فيما يتعلق بانتقاله وإدارته، وبالطبع فإن القواعد العامة في الشيوع وعلى الأخص الشيوع الإجباري تسعفنا لسد النقص التشريعي في قانون حماية الملكية الفكرية، دون أن يتعارض مع طبيعته.

أما فيما يتعلق بالحق الأدبي، الذي يعتبر من الحقوق للصيقة بشخصية صاحبها، والتي لا تقوم بالمال، فلا يمكن التعامل معها كأى حق مالي آخر، لذا عند تطبيق القواعد العامة في القانون المدني عليها، لابد من مراعاة طبيعتها الخاصة والتعامل معه بحذر حتى لا يتعارض مع طبيعتها.

لذلك لا نستطيع الرجوع إلى القواعد العامة في الشيوع كل مرة يخلو فيها حكم في قانون حماية الملكية الفكرية، فلا بد من مراعاة اختلاف طبيعة حق المؤلف عن الحقوق الأخرى.

هذا الاختلاف في الطبيعة بين الحق الأدبي والحق المالي أدى إلى اختلاف الأحكام التي تنظم انتقالها، فمثلاً ينتقل الحق المالي إلى الورثة بالكيفية وبالمدى الذي كان يملكه المؤلف، في حين أن الحق الأدبي للمؤلف يتغير في طبيعته وفي مداه وفي وظيفته عند انتقاله إلى الورثة، فلا تنتقل إلى الورثة جميع مكناات الحق الأدبي، كما أن انتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة ليست من أجل تحقيق مصالح الورثة وإنما من أجل الدفاع عن المصنف والمحافظة على ذكرى وشخصية المؤلف المتوفى.

لذلك نحتاج أحياناً إلى الخروج عن القواعد العامة في الشيوع، وذلك احتراماً للطبيعة الخاصة لحق المؤلف، من ذلك:

- لا يجوز للشريك التصرف بالحق الأدبي أو المالي حتى لو كان بمقدار حصته الشائعة، وفي هذا خروج على القواعد العامة في الشيوع في القانون المدني التي تسمح للشريك على الشيوع أن يتصرف بمقدار حصته الشائعة.
 - لا يجوز لأي شريك أن يطلب فرز حصته في المصنف المشترك الذي لا يقبل التجزئة.
 - قرر المشرع تطبيق مبدأ الإجماع في مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف في حالة الاشتراك، ولم يكتفي بالأغلبية.
- أما فيما يتعلق بممارسة حق المؤلف من قبل الورثة، فإنه نظراً لخلو قانون

حماية الملكية الفكرية من تنظيم لها، استعنا في تطبيق القواعد العامة في القانون المدني.

صحيح أن تطبيق قواعد الشيوخ في القانون المدني على حالة الشيوخ الفكري في حق المؤلف قد يسعفنا أحياناً بإيجاد الحلول، لكنه أمر غير محبذ أن يعامل حق المؤلف المالي كحق مالي آخر، لذا يتطلب الأمر تدخلاً تشريعياً لتنظيم وافي لحالة الشيوخ في حق المؤلف، حتى لا يترك مجالاً للاختلاف أو استنباط الأحكام من القواعد العامة في الشيوخ في القانون المدني على حقوق مختلفة بطبيعتها. فالشيوخ في القانون المدني يرد على ملكية شيء مادي، بينما يرد الشيوخ في حق المؤلف على حق أدبي لصيق بشخصية المؤلف، ويمارسه الورثة والخلف للدفاع عن مصالحهم على حق مالي يهدف إلى استغلال السلطات التي يمنحها الحق الأدبي للمؤلف.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل:
- الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، الكويت، دون سنة نشر.
- أصول القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- تركي صقر: حماية حقوق المؤلف، اتحاد كتاب العرب، القاهرة، ١٩٩٦.
- توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- جابر محجوب علي وسامي الدريعي وخالد الهندياني: حق الملكية في القانون الكويتي، الطبعة الثالثة، الكويت، ٢٠١٢.
- حسن كيرة: المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣.
- حسام الدين كامل الأهواني: الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، دار أبو المجد بالهرم، القاهرة، ١٩٩٣.
- حسام الدين عبد الغني الصغير: أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريبس) دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر: التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الثانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٨.
- خالد جاسم الهندياني ومحمد سامي عبد الصادق: حق المؤلف في القانون الكويتي، ط ٢، دون دار نشر، الكويت ٢٠١٢.
- دليا ليبزك: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ترجمة: محمد حسام لطفي، مركز الملك فيصل للبحوث والدارسات الإسلامية، ٢٠٠٤.
- شحاتة غريب شلقامي:
- الملكية الفكرية في القوانين العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

- الحقوق الأدبية للمؤلف في القانون البحريني، مجلة الحقوق، العدد الثالث عشر، يوليو ٢٠٠٩.
- مضمون الحقوق الأدبية للمؤلف في القانون البحريني، المجلة الدولية في الملكية الفكرية، العدد ٢، رقم ١، مجلس النشر العلمي، جامعة البحرين، يناير ٢٠١٤.
- صبري حمد خاطر: الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٧.
- صلاح عيسى: عندما يصادر الوراثة مؤلفات أسلافهم، ٢٤، الجمعة ١٩ ديسمبر ٢٠٠٤. <http://24.ae/print-article.aspx?ArticleId=1000722>.
- عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- عبد الوهاب عرفة:
- الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- حماية حقوق الملكية الفكرية، حماية حق المؤلف والرقابة على المصنفات الفنية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٤.
- عبدالله مبروك النجار:
- إساءة استعمال حق النشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- الحق الأدبي للمؤلف، دار المريخ، السعودية، ٢٠٠٠.
- عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبدالصادق: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- محسن عبدالحميد البيه: الملكية في القانون المصري، دون دار وسنة نشر، القاهرة.
- محمد السيد فارس: الوسيط في الملكية الأدبية والفنية، المجلد الأول، حقوق المؤلف، الجزء الأول، الحقوق المالية للمؤلف، الكتاب الأول، مفهوم الحقوق المالية للمؤلف، دار نور الإيمان، القاهرة، ٢٠١١.
- محمد الشمري وأيمن مساعدة: التعسف في استعمال حق المؤلف المعنوي من قبل الوراثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٥، جامعة الإمارات، يناير ٢٠١١.
- محمد حسام محمود لطفي: حقوق الملكية الفكرية، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٤.

- محمد سامي عبد الصادق: حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، المكتب المصري الحديث، القاهرة، ٢٠٠٢.
- محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤.
- نواف كنعان: حق المؤلف، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤.
- نورهان نصرالله: قيود "الورثة" تقف حائلاً دون تحويل روايات نجيب محفوظ إلى أعمال درامية، الوطن الإلكترونية ١١/١٢/٢٠١٤
<http://www.elwatannews.com/news/details/616360>.

ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية:

- André Lucas:
 - Titulaires du droit d'auteur, Règles générales, Juris-classeur, Civil Annexes, IV, fasc. 1185.
 - Propriété littéraire et artistique, 3 éd. Dalloz, 2004.
- Albert Chevane et Jean-Jacques Burst: Droit de la propriété industrielle, 5 éd. Dalloz. 1998.
- Bernard Edelman:
 - Droits d'auteur droits voisins, Dalloz 1993.
 - Nature du droit d'auteur et des droits voisins, juris-classeurs civil Annexes IV, fasc.301.
- Camille Bouloc: L'exercice du droit moral après la mort de l'auteur, Mémoire présenté à l'université Panthéon Assas, Paris II, 2013.
- Caroline Carreau: Mérite et droit d'auteur, LGDJ, 1981.
- Christophe Caron:
 - Droit moral après la mort de l'auteur: qui peut intenter l'action? CCE avril 2005.
 - La propriété littéraire au royaume d'Hadès, D. 2001.
- Claude Colombet: Propriété littéraire et artistique, 6 éd.1992, précis Dalloz.

- Frédéric Pollaud-Dulain:
 - Droit moral et Droit de la personnalité, JCP.G. n. 29, I,13780.
 - Qui peut faire respecter le droit moral, SGDL.<http://www.sgdl.org/ressource/documentation-sgdl/actes-des-forums/le-droit-moral/1130q>
 - Régime matrimoniaux et successions, Juris-Classeur Civil Annexes, fasc. 337.
- François Yavuer Testu: L'indivision, Dalloz.
- Henri Desbois: Le droit d'auteur en France, Dalloz, 3 éd. 1978.
- Ingrid-Mery Haziot: Les droits d'auteur sont-ils solubles dans l'indivision? Colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, 9 avril 2014, Université Pantheon-Assas.
- Jean Aittouares: Les risques de démembrement des droits de l'auteur décédé, Colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, 9 avril 2014, Université Pantheon-Assas..
- Jean-Baptiste Schroeder: Les actions en justice des co-titulaires indivis du droit d'auteur, Acte du colloque, la transmission successorale du droit d'auteur, 9 avril 2014, Université Panthéon- Assas.
- Olivier L'alignant: La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales LGDJ 1983.
- Pierre-Yves Gautier: Propriété littéraires et artistique, PUF.
- Ph. Maleurie et L.Aynés: Droit civil, les bien, Cujas 1990
- R. Plaisant: Droit moral, juris - Classeur, Civil Annexes, fasc. 310.
- Roland Dumas: La propriété littéraire et artistique, Thémis PUF, 1987.
- R. Lindon: Les droits de la personnalité, Dalloz 1983.
- Stéphane Thomas: Droit d'auteur et dévolution successorale

du droit moral, Mémoire présenté à l'université Robert Schuman, de Strasbourg, 2002.

- S.Hovasse-Banget: Le droit des succession en propriété littéraire et artistique, 1990.
- S-Durrande: Les héritiers du droit au respect, D.S. 1989, Chr. 189.
- Tricot-Chamarcé: L'indivisions et le sort du droit moral post-mortem, D. 2011, les petites affiches, n.197.
- Droit d'auteur et droits voisins, La loi du 3 juillet, 1985, Colloque de L'IRPI, Paris 21 et 22 novembre 1985, Librairies techniques 1986.
- Propriétés intellectuels, Mélanges en l'honneur de André Francon, Dalloz 1995.

ثالثاً – أهم التعليقات على الأحكام القضائية:

- CA. Paris, 14 mars 2009, JCP, G, 2009, II, 10093, note Frédéric Pollaud-Dulian.
- Civ. 5 juillet 2006, CCE, février 2007, comm 19, obs. Caron.
- Civ.1ère, 15 fév. 2005, RTD Com, 2005, p.316. obs. Frédéric. Pollaud-Dulian.
- Cass. 1ère civ., 3 nov. 2004, D. 2004, note. P. Allaëys.
- Cass. 1 er. Civ. 5 mai 1993, D.1994, p.10, note Coron.
- Paris 20 décembre 1990, RIDA, jan. 1992, p.295, note B. Edelman.
- TGI Paris, 1er ch., 27 juin 1990, RIDA 1991, n. 149, p. 245 note ph. Gaudrat.
- CA. Paris, 1 févr. 1989, RIDA, 1989, n.143, p. 301, note Sir-enelli.
- TGI paris, 1 er ch. 15 mai 1991, JCP 1992, éd G.II, 21919, note X. Daverat.

معايير تمييز الإرهاب عن حركات التحرر في القانون الدولي وعن الجهاد والبغي والحراية في القانون الإسلامي دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة

الدكتور/ مدوس فلاح الرشيد
قسم القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تعرضت كثير من دول المجتمع الدولي (ومن ضمنها الدول الإسلامية والدول العربية) إلى هجمات متنوعة من قبل جماعات متعددة الأهداف والادعاءات. من ضمن تلك الادعاءات، التي تنيرها بعض تلك الجماعات، أن ما تقوم به من هجمات إنما هي ممارسة لحقها بالجهاد وفقاً للقانون الإسلامي ضد الدول الغربية الصليبية وعملاتها من الدول العربية والإسلامية، أو أن تدعي إحداها أنها حركة تحرر (مقاتلون من أجل الحرية) لمقاومة احتلال الأراضي الإسلامية والعربية وفقاً لقواعد القانون الدولي، ولكن الدول عادة ما توظف مصطلح الإرهاب، بحق أو بغير حق، فتدّعي على مثل هذه الادعاءات بأن هذه الجماعات ليست إلا مجموعة من الإرهابيين وفقاً للقانون الدولي.

ومن أسباب هذا الجدل، أنه لا يوجد في القانون الدولي تعريف متفق عليه دولياً لما يعتبر عملاً من أعمال الإرهاب أو عملاً من أعمال التحرر، بل إن المفهومين يستعملان في الممارسة الدولية وعادة ما يتداخلان في القانون الدولي. بالإضافة إلى أن مصطلح "terrorism" قد تم ترجمته إلى مصطلح "إرهاب" واستخدم بهذا المعنى في الفقه العربي وفي الجزء العربي من وثائق الأمم المتحدة، والذي يتعارض تعارضاً صارخاً مع المعنى الذي يستخدمه القرآن الكريم لكلمة "إرهاب".

وقد أخذت هذه الدراسة على عاتقها تقصي مدى انطباق مصطلحي الإرهاب وحركة التحرر على هذه الجماعات وفقاً لمعايير معينة في القانون الدولي، ولكن عندما لا تسعف هذه المعايير لأي سبب من الأسباب، التي يتمسك بها أي طرف من أطراف النزاع، وخاصة بعض هذه الجماعات، فإن هناك معايير أخرى ملزمة لهذه الجماعات مستمدة من مصادر القانون الإسلامي، وعلى رأسها القرآن الكريم، المصدر الأول والملمزم لكافة المسلمين، لتحديد طبيعة أعمال هذه الجماعات من ناحية والفرق بين مصطلحي الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي ومثيلاتها في القانون الإسلامي.

المقدمة

تظهر دراسة ما يسمى بالحرب على الإرهاب في دول الشرق الأوسط في إطار القانون الدولي، أن هناك جدلاً بين طرفين متنازعين هما: الدول من ناحية والجماعات

أو الكيانات غير الدول من ناحية أخرى حول مدى شرعية عمل كل منهما وصفته. فالدول، تحت مقولة محاربة الإرهاب، تصنف هذه الجماعات، ودون معيار محدد يتفق مع القانون الدولي والشرعية الإسلامية، بأنها جماعات إرهابية، بل ودون تمييز بين الجماعات الإرهابية الحقيقية من ناحية وجماعات المقاومة المسلحة المشروعة وحركات التحرر من ناحية أخرى (المقاتلون من أجل الحرية).

وإذا ما استعرضنا رأي كل من الطرفين (الدول التي تدعي الحرب على الإرهاب والجماعات الموصوفة من قبل هذه الدول أنها جماعات إرهابية)، نجد أن هذه الجماعات على اختلاف أنواعها وأهدافها، ترفض بشدة وصفها بالإرهاب من قبل هذه الدول ومن قبل وثائق الأمم المتحدة، وتنكر وجود أي أساس قانوني لذلك في القانون الدولي أو في الشرعية الإسلامية، بل تدعي هذه الجماعات أنها تمارس حق الجهاد وفقاً للشرعية الإسلامية لحماية الأراضي الإسلامية ضد الدول الغربية الصليبية، بينما جماعات أخرى تدعي أنهم مقاتلون من أجل الحرية (حركات تحرر أو مقاومة مسلحة) وفقاً للقانون الدولي، لمقاومة الاحتلال الإسرائيلي والأمريكي للأراضي العربية.

لذلك، فإن هدف هذه الدراسة، هو البحث عن معايير قانونية محددة في القانون الدولي والشرعية الإسلامية لترجيح أي من الرأيين السابقين، أو تأصيل رأي جديد في هذا الشأن، والتمييز في نفس الوقت بين كل نوع وآخر، إذا كان هناك أنواع متعددة لهذه الجماعات. وتظهر أهمية هذه الدراسة، في الممارسة والقانون، حيث إن الدول، الإسلامية وغير الإسلامية، كانت قد شنت هذه الحرب بعد تعرضها لهجمات قامت بها جماعات غير معروفة ولا تتخذ إقليمياً محدداً لها (باستثناء القاعدة في أفغانستان)، كما حدث في هجمات ١١/٩/٢٠٠١^(١) وهجمات بالي في ١٢/١٠/٢٠٠٢^(٢) وهجمات لندن في ٧/٧/٢٠٠٥^(٣).

(١) انظر: هجمات ١١/٩/٢٠٠١

(٢) (تمت زيارته في <http://archive.aawsat.com/details.asp?issueno=12937&article=770269>)

(٢٠١٦/٢/٤).

(٣) انظر: هجمات بالي في

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦). <http://www.bbc.com/news/world-asia-19881138>

(٣) انظر: تفجيرات لندن في

<http://arabsciences.com/2012/12/28/%D8%AA%D9%81%D8%AC%D9%8A%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%84%D9%86%D8%AF%D9%86/>

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

ويزيد من أهمية تأصيل مثل هذه المعايير، أن الحرب على الإرهاب هذه الأيام تختلف عن ما سبق من حروب، من حيث إن هذه الجماعات قد أصبح لها أقاليم محددة، كتنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام (تنظيم الدولة) وجبهة النصرة وتنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي^(٤)، وأضافت هذه الجماعات الإسلام إلى اسمها، وادعاء بعض هذه الجماعات أنها دولة، كتنظيم الدولة. كل ذلك قد يؤدي، أو من الممكن أن يتخذ كوسيلة، إلى الخلط بين هذه الجماعات وبين الجماعات الأخرى، التي تسعى إلى التحرر، كحركات التحرر العربية ضد الاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية، مثل حركة حماس^(٥) والحركات المطالبة بالديموقراطية في الدول العربية فيما يسمى الربيع العربي، كالأخوان المسلمين في تونس وليبيا ومصر وسوريا واليمن وحركة الأحزاب الشيعية في لبنان والبحرين والمملكة العربية السعودية واليمن.

وفي غياب معايير قانونية معترف بها دولياً لتحديد مفهوم الإرهاب والقتال من أجل الحرية من ناحية، وغياب اعتراف أحد أطراف هذا النزاع (وهو هذه الجماعات) بأي معايير قانونية يتبناها الطرف الآخر (الدول) لتحديد المقصود بأعمال الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي وتطبيقها على أعمال هذه الجماعات من ناحية أخرى، فإن هذه الهجمات واختيار مثل هذه الأسماء الإسلامية ربما تسهل، بقصد أو بدون قصد، على أي شخص، من هذه الدول أو غيرها، الربط خطأً بين الإرهاب والإسلام أو بين حركات التحرر العربي والإرهاب.

لذلك، فإننا سوف نتبع في هذه الدراسة منهجي التحليل والمقارنة مع إعطاء أمثلة من الممارسات الدولية، للبحث عن معايير قانونية مناسبة في القانون الدولي

(٤) انظر: موقع القاعدة في المغرب الإسلامي

https://www.google.com.kw/search?hl=ar-KW&q=%D9%85%D9%88%D9%82%D8%B9+%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B9%D8%AF%D8%A9+%D9%81%D9%8A+%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%BA%D8%B1%D8%A8+%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A&gbv=2&sa=X&oi=image_result_group&ei=yqF0Vd2bOKqAywOr24GACQ&ved=0CBMQsAQ&tbm=isch

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(٥) انظر: ميثاق حركة حماس ١٩٨٨ في

http://ar.wikisource.org/wiki/%D9%85%D9%8A%D8%AB-D8%A7%D9%82_%D8%AD%D8%B1%D9%83%D8%A9_%D8%AD%D9%85%D8%A7%D8%B3

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

وفي القانون الإسلامي نميز بين المفاهيم الرئيسية لهذه القضية، كالتمييز بين الإرهاب وحركات التحرر في القانون الدولي، ومدى دقة ترجمة مصطلح "terrorism" من اللغة الإنجليزية إلى كلمة "إرهاب" ^(٦) في اللغة والفقه العربي ^(٧) وفي وثائق منظمة الأمم المتحدة ^(٨) وفقاً للقرآن الكريم ^(٩) واصطلاحاته ^(١٠)، كالمصدر الأول للقانون الإسلامي، وأخيراً، فإن هذه الدراسة ستبحث مدى اتفاق مفهومي الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي مع مثيلتهما من مفاهيم في القانون الإسلامي استناداً إلى مصادر هذين القانونين ^(١١).

(٦) على سبيل المثال: في الوقت الحاضر أطلق اصطلاح "terrorism" في اللغة الإنجليزية وترجمته في اللغة العربية "إرهاب" على بعض هذه الجماعات بالاسم كما جاء في وثائق الأمم المتحدة، كقرار مجلس الأمن الدولي رقم ٢١٧٨ الصادر في ٢٤ سبتمبر ٢٠١٤ الذي تمت الموافقة عليه بالإجماع وفقاً للفصل السابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة. انظر: ذلك في <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/547/96/PDF/N1454796.pdf?OpenElement> (تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(٧) كل المصادر العربية بلا استثناء تستخدم مصطلح "الإرهاب"، على سبيل المثال: د. محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي والنظام العالمي الراهن، دار الفكر، سوريا؛ د. محمد مؤنس محب الدين، الإرهاب في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر ١٩٨٣؛ د. عزت سيد إسماعيل، سيكولوجية الإرهاب وجرائم العنف، الكويت، الطبعة الأولى، منشورات دار ذات السلاسل عام ١٩٨٨م؛ د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الإرهاب الدولي مع دراسة الاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية، سلسلة دراسات القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة؛ د. محمد صالح العادلي، موسوعة القانون الجنائي للإرهاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٣؛ عثمان علي حسن، الإرهاب الدولي ومظاهره القانونية والسياسية في ضوء أحكام القانون الدولي العام، مطبعة المنارة، ٢٠٠٦؛ د. يوسف ملا جمعة، الياقوت، الإرهاب، ٢٠١٠.

(٨) انظر: على سبيل المثال: الترجمة العربية لقرار مجلس الأمن الدولي رقم ٢١٧٨ في

http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1454796_AR.pdf

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(٩) انظر: القرآن الكريم، ٦٠: ٨ في أحد الموقعين التاليين:

<http://www.alro7.net/ayaq.php?langg=arabic&sourid=2&aya=190>, <http://quran.com/2>

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(١٠) المصطلح العربي "تريهون" هو فعل مضارع، الاسم منه "إرهاب" أو "الإرهاب" انظر: في ذلك أي قاموس في اللغة العربية.

(١١) مصادر القانون الدولي هي تلك المصادر التي أشارت إليها المادة ٣٨ من النظام الأساسي

لمحكمة العدل الدولية، انظر: هذا النظام في <http://aihr-iadh.net/pdf/>

international_conventions/crimesdeguerre/CourtdeJusticeInternational.pdf (تمت =

من أجل ذلك، سوف نقسم هذه الدراسة بعد المقدمة إلى ثلاثة مباحث: المبحث الأول يركز على تأصيل آلية في القانون الدولي لتحديد أصل مصطلح "terrorism" وتمييزه عن مفهوم القتال من أجل الحرية (أو المقاومة المشروعة) لتحديد، بقدر المستطاع، طبيعة عمل هذه الجماعات، وما إذا كانت تتفق مع فكرة الإرهاب أو القتال من أجل الحرية أم لا. أما المبحث الثاني فيركز على تأصيل معايير احتياطية ولكن ملزمة في القانون الإسلامي من الممكن أن تحدد طبيعة عمل هذه الجماعات، مع بعض المقارنة بين هذه المعايير ومعايير القانون الدولي. أما المبحث الثالث والأخير فيركز على النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة، والتوصيات التي من شأن الأخذ بها التقليل من أعمال العنف الدولي وإراقة الدماء.

= زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦)، أما مصادر القانون الإسلامي فهي: القرآن الكريم وسنة النبي "صلى الله عليه وسلم"، كمصدرين أصليين، ثم بقية المصادر، انظر: د. محمد طلعت الغنيمي، قانون السلام في الإسلام، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ، ص ١١٦؛ محمد بوبوش، العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٠.

المبحث الأول

الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي: تأصيل معايير فعالة للتمييز بينهما

مدى انطباق مفهوم الإرهاب أو مفهوم القتال من أجل الحرية على أية جماعة من الجماعات التي تستخدم العنف ضد الدولة، يستلزم تعيين - بقدر الإمكان - معايير قانونية لتحديد مفهومي الإرهاب الدولي والقتال من أجل الحرية وتمييزهما عن بعضهما ومنع إساءة توظيفهما في الممارسات الدولية.

المطلب الأول

مفهوم الإرهاب في القانون الدولي ومعايير تطبيقه

ويمكن استشراف تحديد مفهوم الإرهاب ومعايير تطبيقه من زاوية تتبع أصل نشأة ومعنى مصطلح "terrorism" في القانون الدولي والممارسات الدولية.

الفرع الأول

أصل نشأة ومعنى مصطلح "terrorism" في القانون الدولي

إذا ما تتبعنا أصل مصطلح "terrorism" المستخدمة الآن بشكل تام في القانون الدولي العام، فإننا نجد أنها ترجع في أصلها إلى مصطلح "terror" وهذا المصطلح "terror" مشتق من الكلمة اللاتينية "terrere"^(١٢) من اللغتين الفرنسية والإنجليزية. وقد دخل مصطلح "Terrorism" اللغات الغربية الأوربية في القرن الرابع عشر، حيث إنه أول ما استخدم في اللغة الإنجليزية كان في عام ١٥٢٨^(١٣).

وقد وظف المصطلح بفاعلية أثناء الثورة الفرنسية^(١٤). فعلى سبيل المثال استخدم

(١٢) انظر: العادلي، موسوعة القانون الجنائي للإرهاب، مرجع سابق، هامش ٤، ص ٢٨؛ د. تميم العودات، أ. حسين الطروانة، تاريخ الإرهاب، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الإرهاب في العصر الرقمي، جامعة الحسين بن طلال، الأردن في uqu.edu.sa/page/ar/107722 (تمت زيارته في ٢٠١٦/١/٢٠).

(١٣) Gerard Chaliand & Arnaud Blin, THE HISTORY OF TERRORISM FROM ANTIQUITY TO AL QAEDA (University of California Press 2007).

(١٤) انظر: د نبيل أحمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص ٦؛ Austin Turk, Encyclopedia of Crime Justice (2002).

زعيم الثورة الفرنسية "ماكسيميلين روبسبير" (Maximilien Robespierre)^(١٥) الإرهاب للقضاء على تهديد الأورستقراطيين لحكومة الثورة، وأمر بإعدام سبعة عشر ألف منهم^(١٦) ولكن أتباع روبسبير بعد ذلك انقلبوا عليه وأعدموه متهمينه بتشريع الإرهاب^(١٧). "سيرجي نيتشيب" (Sergey Nechayev) أسس جماعة الإرهاب الروسية المسماة بالقصاص الشعبي "People's Retribution" في عام ١٨٦٩^(١٨) ومثل ذلك حدث في الولايات المتحدة في القرن التاسع عشر^(١٩) سواء في تأسيس جماعات إرهابية أو مدها بالنصح^(٢٠).

وبالمقارنة بين هذا المصطلح وما يقابله في القانون الإسلامي، فإن هناك مصطلحات مستمدة من القانون الإسلامي وفقاً لأعمال معايير معينة، قد تنطبق على هذه الجماعات أو على أعمالها ومن الممكن أن تتفق أو تختلف مع مصطلح الإرهاب في القانون الدولي، حيث سيتم مناقشة هذه المعايير في المبحث الثاني.

<http://www.encyclopedia.com/topic/terrorism.aspx>, =

تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦.

(١٥) انظر: ماكسيميليان دو روبسبير...سفاح الثورة الفرنسية، (باللغة الإنجليزية) في ويكيبيديا، http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%A7%D9%83%D8%B3%D9%85%D9%8A%D9%84%D9%8A%D8%A7%D9%86_%D8%B1%D9%88%D8%A8%D8%B3%D8%A8%D9%8A%D8%A7%D8%B1

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(١٦) انظر: تقارير متنوعة: فرنسا في عهد الإرهاب، جريدة الاتحاد، ٢٠٠٥.

<http://www.alitthad.com/paper.php?name=News&file=article&sid=77885>

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(١٧) انظر: إعدام الطاغية الفرنسي روبسبير، المرجع السابق؛ Alex P. Schmid, The Problems of Defining Terrorism, in *ENCYCLOPEDIA OF WORLD TERRORISM* (Martha Crenshaw & John Pimlott eds., 1997), Vol. 12, p. 13.

(١٨) انظر: ظهور الإرهاب في روسيا (باللغة الإنجليزية) available at: <http://efflorescentaggressions.blogspot.com/2012/08/the-birth-of-terrorism.html>,

(تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(١٩) انظر: Max Nomad, The Preacher: Johann Most, Terrorist of the Word, in *APOSTLES OF REVOLUTION* (Little, Brown and Company, 1939), available at: <http://www.ditext.com/nomad/most.html> (تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(٢٠) انظر: Martha Crenshaw, The Psychology of Terrorism: An Agenda for the 21st Century, *Political Psychology*, (Jun., 2000), Vol. 21, No. 2. pp. 405-420; CRENSHAW, *TERRORISM IN CONTEXT* (1995).

الفرع الثاني

تسييس مصطلح "terrorism" في القانون الدولي وجهود المجتمع الدولي

لتحديد معايير تطبيقه

أولاً - تسييس مصطلح "terrorism" في القانون الدولي:

وظف السياسيون مصطلح "terrorism" في الممارسات الدولية قبل ظهور الإسلام منذ العصور القديمة في جميع الحضارات^(٢١) حتى وقتنا الحاضر، ولم يستخدم مصطلح "terrorism" في القانون الإسلامي بمعناه الحاضر، حيث وظف هذا المصطلح بهذا المعنى لوصف الأنداد السياسيين للحط من قيمتهم، أو استخدم بالتبادل مع مصطلح القتال من أجل الحرية^(٢٢).

هذا التوظيف لهذا المصطلح، أدى إلى نشأة اتجاهات في الممارسات الدولية لإضفاء معنى معين عليه على النحو التالي، الاتجاه الأول: هناك بعض الأمم التي استخدمت هذا المصطلح وفضلته في البداية ثم تخلت عنه، كما فعلت الثورة الفرنسية عام ١٧٩٤^(٢٣). أما الاتجاه الثاني: فهو مذهب ازدواج المعايير، حيث إنه بعد الحرب العالمية الثانية، فإن سكان المستعمرات وأغلبهم من المسلمين في آسيا وأفريقيا، قد كونوا حركات تحرر لتحرير شعوبهم من الاستعمار الغربي^(٢٤)، فوصفتهم الدول

(٢١) توظيف مصطلح الإرهاب قديم قدم التاريخ، فالدول والكيانات الأخرى قد وظفت مصطلح "إرهاب" للحصول أو المحافظة على السلطة في بناء روما التاريخية وأثينا التاريخية ومصر التاريخية، Laura K. Donohue, Terrorism And Counter-Terrorism Discourse, in GLOBAL ANTI-TERRORISM LAW AND POLICY 15 (Victor V. Ramraj, Michael Hor& Kent Roach eds., 2005).

(٢٢) انظر: د. محمد ناصر، مفهوم التحرر والإرهاب، وإشكالية تحديد مفهوم الإرهاب في <http://www.alhiwartoday.net/node/2920> (تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦)؛

د. جميل حزام يحيى الفقيه، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي العام / http://ycsr.org/derasat_yemenia/issue_93/mafhoom.pdf (تمت زيارته في ١٩/١/٢٠١٦)؛

(٢٣) انظر: ماكسيميليان دو روبسيير.. سفاح الثورة الفرنسية في <http://www.kabbos.com/index.php?darck=279> (تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦)؛ Lois T. Flaherthy, Youth, Ideology, and Terrorism, in ADOLESCENT PSYCHIATRY (2003), Vol. 27, pp. 33-34.

(٢٤) من أسبق الدول العربية في أفريقيا في الحصول على استقلالها من التبعية الأجنبية: ليبيا من التبعية الإيطالية عام ١٩٥١ ومصر من التبعية البريطانية عام ١٩٥٢، وتبعها بعد ذلك غالبية الدول الأفريقية في الستينيات من القرن الماضي، أما الدول العربية في آسيا فقد اختلفت في

الاستعمارية والحكومات العميلة^(٢٥)، في حربها ضد هذه الحركات بالإرهاب^(٢٦). بينما يصف زعماء هذه الحركات أنفسهم بأنهم مقاتلون من أجل الحرية أو مجاهدون. فعلى سبيل المثال، فإن معسكر الدول الغربية أثناء الحرب الباردة، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، قد وظفت مصطلح "freedom fighters" (المقاتلين من أجل الحرية) لوصف الثوار ضد دول المعسكر الشرقي، بما فيها الاتحاد السوفييتي سابقاً، حيث وصف المعسكر الغربي ثوار هنغاريا في عام ١٩٥٦^(٢٧) وثور أنغولا عام ١٩٦٦^(٢٨) والمجاهدين في أفغانستان عام ١٩٧٨ والثوار ضد الشيوعية في نيكاراغوا عام ١٩٨٦^(٢٩)، كمقاتلين من أجل الحرية^(٣٠).

= تاريخ استقلالها، انظر في ذلك: تواريخ استقلال الدول <http://www.traidnt.net/vb/traidnt1465419/> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/٤).

(٢٥) انظر: قائمة الدول العميلة في الحرب العالمية الثانية، ويكيبيديا، (باللغة الإنجليزية) http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_World_War_II_puppet_states, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٢٦) انظر: رمزي حوحو، الحدود بين الإرهاب الدولي وحركات التحرر الوطني وفقاً لأحكام القانون الدولي، مجلة المفكر، العدد الثالث، <http://dSPACE.univ-biskra.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/1499/1/mf3a10.pdf>. (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٢٧) انظر: هنغاريا: أكتوبر ١٩٥٦، انتفاضة شعبية بمشاركة عمالية كبيرة، في <http://www.almounadil-a.info/article832.html> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٢٨) انظر: صراع القوى في أنغولا عام ١٩٦٦، في http://www.moqatel.com/openshare/Behoth/Siasia2/War-Angula/sec03.doc_cvt.htm (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٢٩) انظر: الموسوعة كوم، الثورة ضد الشيوعية في نيكاراغوا عام ١٩٨٦ http://alencyclopedia.com/1721/%D8%AC%D9%85%D9%87%D9%88%D8%B1%-D9%8A%D8%A9_%D9%86%D9%8A%D9%83%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%BA%D9%88%D8%A7/

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٣٠) انظر: جريدة الشعب، المنظومة الأمريكية: لتشارلي ويلسون في أفغانستان <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Pq-XSFXcMTIJ:http://www.elshaab.org/news/149266/%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2585%25D9%2586%25D8%25B8%25D9%2588%25D9%2585%25D8%25A9-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25A3%25D9%2585%25D8%25B1%25D9%258A%25D9%2583%25D8%25A9-%25D9%2584%25D8%25AA%25D8%25B4%25D8%25A7%25D8%25B1%25D9%2584%25D9%258A-%25D9%2588%25D9%258A%25D9%2584%25D8%25B3%25D9%2588%25D9%2586-%25D9%2581%25D9%258A-%25D8%25A3%25D9%2581%25D8%25BA%25D8%25A7%25D9%2586%25D8%25B3%25D8%25AA%25>

وهناك ثوار من نفس الطبيعة أطلقت عليهم الولايات المتحدة وحلفاؤها جماعات إرهابية اعتماداً على من يقاتلون ضده، كمقاتلي منظمة التحرير الفلسطينية (م. ت. ف.) من عام ١٩٦٤^(٣١) - ١٩٩٣^(٣٢) ومقاتلي المؤتمر الوطني الأفريقي (م. أ. أ.)، الذي أسسه نيلسون مانديلا^(٣٣) وتشي جيفارا^(٣٤) وحديثاً مقاتلي حماس في فلسطين وتنظيم الدولة وطلبان الأفغانية، الذين (أي طلبان الأفغانية) كانوا قبل ذلك في رأي الولايات المتحدة مجاهدين ومقاتلين من أجل الحرية.

D8%25A7%25D9%2586%2B%D8%A7%D9%84%D9%88%D9%84%-
D8%A7%D9%8A%D8%A7%D8%AA+%D8%A7%D9%84%D9%85%-
D8%AA%D8%AD%D8%AF%D8%A9+%D9%88%-
D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AC%D8%A7%D9%87%D8%AF%-
D9%8A%D9%86+%D9%81%D9%8A+%D8%A7%D9%81%D8%BA%-
D8%A7%D9%86%D8%B3%D8%AA%D8%A7%D9%86+%D8%B9%-
D8%A7%D9%85+1978&hl=ar-KW&gbv=2&ct=clnk

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٣١) انظر: منظمة التحرير الفلسطينية (باللغة الإنجليزية) Palestine Liberation Organization, available at: <http://palestineun.org/about-palestine/palestine-liberation-organization/>, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٣٢) انظر: عصام الدين فرج، منظمة التحرير الفلسطينية ١٩٦٤-١٩٩٣ (على النت).

(٣٣) انظر: أميركا تسقط صفة "إرهابي" عن نيلسون مانديلا، <http://www.aljazeera.net/news/international/2008/6/28/%D8%A3%D9%85%D9%8A%D8%B1%D9%83%D8%A7-%D8%AA%D8%B3%D9%82%D8%B7-%D8%B5%D9%81%D8%A9-%D8%A5%D8%B1%D9%87%D8%A7%D8%A8%D9%8A-%D8%B9%D9%86-%D9%86%D9%8A%D9%84%D8%B3%D9%88%D9%86-%D9%85%D8%A7%D9%86%D8%AF%D9%8A%D9%84%D8%A7>

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

Robert Windrem, US Government Considered Nelson Mandela Terrorist until 2008, NBC NEWS, available at: <http://www.nbcnews.com/news/other/us-government-considered-nelson-mandela-terrorist-until-2008-f2D11708787> In January 1989, the Defense Department included the ANC in an official publication with a foreword by President-elect George H.W. Bush, see Terrorist Group Profiles (Nov. 1988), available at: http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/b/bb/Terrorist_Group_Profiles.pdf,

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٣٤) انظر: سيرة حياة المناضل جيفارا (http://shaw4freedom.blogspot.com/2007/05/blog-post.html

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

فعلى سبيل المثال: مارجریت تاتشر، رئيسة وزراء المملكة المتحدة من عام ١٩٧٩ إلى عام ١٩٩١^(٣٥)، كانت تصف حزب نيلسون مانديلا أنه منظمة إرهابية تقليدية^(٣٦)، ولم ترفع الولايات المتحدة الأمريكية نيلسون مانديلا وحزبه من قائمتها للإرهاب حتى عام ٢٠٠٨، أي بعد أربعة عشر عاماً من انتخابه كأول رئيس أسود لجمهورية جنوب أفريقيا، وبعد خمسة عشر عاماً من حصوله على جائزة نوبل للسلام^(٣٧).

كذلك، اتهم "Leonid Brezhnev" (ليونيد بريجنيف)، القائد السابق للاتحاد السوفيتي سابقاً، أثناء زيارته لحاكم ليبيا، السابق، معمر القذافي في أبريل عام ١٩٨١، المعسكر الغربي بأنهم يصفون حركات التحرر مثل م. ت. ف. وم. أ. بأنهم جماعات إرهابية^(٣٨).

كما تم توظيف مصطلحي الإرهاب والقتال من أجل الحرية في النزاع السوري قبل ظهور تنظيم الدولة، حيث كانت الولايات المتحدة وحلفاؤها تعتبر الجماعات الثائرة على نظام الأسد مقاتلين من أجل الحرية، بينما تعتبرهم روسيا، المساندة لهذا النظام، مجرد جماعات إرهابية.

أما الاتجاه الثالث: فهو الاتجاه الموضوعي الذي رفض الاتجاهين المسيحين السابقين، واستند هذا الاتجاه على القرار الذي اتخذه المؤتمر الإسلامي الخامس، الذي عقد في الكويت في يناير عام ١٩٨٧^(٣٩) والذي كان مؤداه رفض الربط بين انتشار الإرهاب والمسلمين، أو عدم التمييز بين الإرهاب وحركات التحرر المشروعة، حيث دعا أنصار هذا الاتجاه إلى عقد مؤتمر دولي تحت رعاية الأمم المتحدة لوضع

(٣٥) انظر: سيرة حياة مارجریت تاتشر / http://ftp.kuwaitnews.com/2015-02-07- 23-36-31/ misc/35299-2013-04-21-06-26-58 (تمت زيارته في ١٠/٢/٢٠١٦).

(٣٦) انظر: PalashGhosh, If Nelson Mandela Is a Hero, What About Yasser Arafat?, INTERNATIONAL BUSINESS TIMES, (July 01 2013), available at: http://www.ibtimes.com/if-nelson-mandela-hero-what-about-yasser-arafat-1330165, (تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(٣٧) انظر: المرجع السابق.
(٣٨) "المناضل هو إرهابي بنظر البعض ومقاتل من أجل الحرية لدى البعض" انظر، لاحقاً، هامش ٧٧.

(٣٩) انظر: البيان الختامي للمؤتمر الإسلامي الخامس المنعقد في دولة الكويت في الفترة ٢٦-٢٩ من شهر يناير ١٩٨٧، فقرة ٤٦-٤٧ (باللغة الإنجليزية) http://jang.com.pk/important_events/oic2003/5th.htm., (تمت زيارته في ١٠/٢/٢٠١٦).

تعريف محدد للإرهاب متفق عليه دولياً^(٤٠) وقد تكررت هذه الدعوة من قبل منظمة المؤتمر الإسلامي في أبريل عام ٢٠٠٢^(٤١).

وقد وظفت الولايات المتحدة وحلفاؤها مصطلح الإرهاب، كما هو الحال في الاتجاه الثاني سالف الذكر، في حربها ضد تنظيم الدولة، حيث وصفت تنظيم الدولة بالإرهاب^(٤٢)، بينما يعتبر تنظيم الدولة حربه مع الولايات المتحدة وحلفائها حرباً ضد الكفرة والصلبيين المعتدين على أرض الإسلام والمسلمين؛ مما يلقي على عاتق المسلمين التزاماً بالجهاد استناداً إلى القرآن الكريم^(٤٣)، المصدر الأول والملزم لجميع المسلمين. كما أن إسرائيل تصف حربها ضد حماس بأنها حرب ضد الإرهاب^(٤٤)، بينما حماس تعتبر مثل هذه الحرب إنما هي حرب دولة إرهابية هي إسرائيل ضد مقاتلين من أجل الحرية وهم مقاتلوا حماس^(٤٥).

ثانياً - جهود المجتمع الدولي لتحديد معايير تطبيق مفهوم الإرهاب:

تتمثل جهود المجتمع الدولي لتحديد معايير قانونية لتطبيق مفهوم الإرهاب على أي جماعة من الجماعات، التي تستخدم العنف ضد الدولة، تلك الجهود التي مرت بمرحلتين، هما: مرحلة اتخاذ القرارات الدولية ثم مرحلة إبرام الاتفاقيات الدولية. من

(٤٠) انظر: المرجع السابق.

(٤١) انظر: إعلان كوالا لمبور بشأن الإرهاب الدولي، الاجتماع غير العادي لوزراء خارجية دول منظمة المؤتمر الإسلامي في أبريل ١-٣/٢٠٠٢، فقرة ٨، (باللغة الإنجليزية) <https://groups.yahoo.com/neo/groups/Shetubondhon/conversations/messages/4217>, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٤٢) انظر: خطاب الرئيس أوباما بشأن الحرب على تنظيم الدولة الإسلامية، President Obama Speech on Combating ISIS and Terrorism, (Sept.11, 2014), available at: <http://edition.cnn.com/2014/09/10/politics/transcript-obama-syria-isis-speech/>, (last visited Mar. 14, 2015). (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٤٣) انظر: مجلة تنظيم الدولة الإسلامية "دابق" <http://www.bbc.co.uk/arabic/middleeast/>، وباللغة الإنجليزية، ISIS Magazine DABIQ، 2015/06/150606_dabiq_amazon_isis Dhul-Hijrah 1435, Issue 4, Reflections on the Final Crusade, available at: <http://media.clarionproject.org/files/islamic-state/islamic-state-isis-magazine-Issue-4-the-failed-crusade.pdf>, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٤٤) انظر: وزارة الخارجية الإسرائيلية حرب حماس الإرهابي ضد إسرائيل، (باللغة الإنجليزية) Israel Ministry of Foreign Affairs, Hamas Terror War against Israel, available at: <http://mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/Terrorism/Pages/default.aspx>, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٤٥) انظر: ميثاق حماس مادة ٩، مرجع سابق، هامش ٥.

ذلك، على سبيل المثال، ما اتخذته مجلس الأمن الدولي من قرارات حتى عام ٢٠١٥^(٤٦)، حيث اعتبر فيها احتجاز الرهائن والاختطاف عملاً من أعمال الإرهاب الدولي، ودعا إلى تكثيف التعاون الدولي من أجل ابتكار وتبني المعايير الفعالة التي تتفق مع القانون الدولي لمحاكمة ومعاينة مرتكبي أعمال الإرهاب^(٤٧). وما اتخذته الجمعية العامة من قرارات منذ إنشائها حتى عام ٢٠١٥^(٤٨) تتضمن إدانة جميع أشكال الإرهاب، حيث دعت في ٩ ديسمبر عام ١٩٩٤^(٤٩) جميع الدول ومجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية والوكالات المتخصصة لتطبيق إعلانها المتعلق بإجراءات إزالة الإرهاب الدولي ووجوب إحالة القائمين بالأعمال الإرهابية إلى العدالة من أجل وضع حد نهائي لها، سواء أكان مرتكبوها أفراداً عاديين أم موظفين رسميين أو سياسيين، وقد دعت جميع الدول إلى ضرورة تعزيز مبادئ الأمم المتحدة وأهدافها، وتعديل، واستحداث القوانين الداخلية للدول بما يتلاءم مع الاتفاقيات الدولية.

وتنفيذاً لاتجاه المجتمع الدولي هذا، فقد أعدَّ الكثير من الاتفاقيات الدولية لتحديد مفهوم الإرهاب وتمييزه عن غيره، من ذلك: أول محاولة دولية، وهي اتفاقية جنيف لمنع ومقاومة الإرهاب عام ١٩٣٧، حيث دعت إلى إنشاء محكمة جنائية دولية تنظر في قضايا الإرهاب، وعُرفت الأعمال الإرهابية بأنها الوقائع الإجرامية الموجهة ضد دولة، وهدفها أو طبيعتها هو إثارة الرعب لدى شخصيات محددة في مجموعات أو في الجمهور، وعلى أي حال فإن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ لعدم تصديقها إلا من

(٤٦) انظر: مثلاً قرار مجلس الأمن حول تمويل التنظيمات الإرهابية وتهديدها على السلم والأمن الدوليين الصادر في ١٧ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٥ <http://www.un.org/ar/sc/documents/resolutions/2015.shtml> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٤٧) من ذلك إعلان الأمم المتحدة الشهير عام ١٩٧٠ في دورتها الخامسة والعشرين وقرارها الصادر في الدورة ٢٤ في ١٢/١٢/١٩٧٩ وفي الدورة ٢٥ في ٢٥/١١/١٩٨٠ وقرار مجلس الأمن عام ١٩٧٠ وفي عام ١٩٧٢ وحديثاً انظر في <http://www.un.org/ar/sc/ctc/resources/res-sc.html> وعامة <http://www.un.org/ar/sc/documents/resolutions/> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٤٨) انظر: مثلاً قرار الجمعية العامة في ١٢ تموز/يوليه ٢٠١٢ رقم A/RES/66/282 استعراض إستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب؛ وللمزيد: <http://www.un.org/ar/sc/ctc/resources/res-ga.html> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٤٩) الإعلان المتعلق بالتدابير الرامية إلى القضاء على الإرهاب الدولي (٩ ديسمبر ١٩٩٤) http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?type=declarat (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

دوله واحدة^(٥٠). وقد فتحت هذه الاتفاقية الباب أمام المجتمع الدولي لإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بتحديد أشكال الإرهاب على اختلافها، من ذلك اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣^(٥١) بشأن الجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرة، واتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠^(٥٢) بشأن مكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، واتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١^(٥٣) الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة والموجهة ضد سلامة الطيران المدني، والبروتوكول الملحق بها لعام ١٩٨٤، واتفاقية عام ١٩٩٧^(٥٤) بشأن مكافحة العمليات الإرهابية التي تستخدم المتفجرات، حيث نصت في المادة الثانية على أنه: "يرتكب جريمة كل شخص يقوم عمداً وبصورة غير مشروعة على تسليم أو وضع أو تفجير قذيفة قاتلة في مكان عام أو في إدارة رسمية أو منشآت عامة أو في وسيلة نقل... بقصد التسبب بوفاة أشخاص أو بقصد إلحاق أضرار مادية بالغة الخطورة، لإيقاع التخريب وإلحاق خسائر اقتصادية جسيمة...". كما جاء في اتفاقية منع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩^(٥٥)، التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، أنه: "يشكل جرمًا قيام أي شخص بأية وسيلة وبصورة غير مشروعة... بجمع الأموال بهدف استعمالها مع العلم أنها سوف تستخدم في ارتكاب جرم من جرائم الإرهاب...".

غير أنه وعلى الرغم من كثرة إبرام هذه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب وغيرها الكثير^(٥٦)، بقيت مهمة وضع معايير لتحديد مفهوم الإرهاب وتطبيقه في القانون الدولي محل اختلاف بين رجال القانون والسياسة، ولحسن الحظ أنشأت

(٥٠) انظر: المادة الثانية من الاتفاقية، <https://www.wdl.org/ar/item/11579/> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٠).

(٥١) انظر: اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣، باللغة العربية <http://www.icao.int/Meetings/LC-SC-MOT/Report/LC-SC-MOT-REPORT.Ar.pdf> <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv1.pdf> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٥٢) انظر: الصكوك الدولية لمكافحة الإرهاب في <http://www.un.org/ar/sc/ctc/laws.html> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٥٣) انظر: اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١ في <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv2.pdf> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٥٤) انظر: الصكوك الدولية لمكافحة الإرهاب، مرجع سابق، هامش ٥٢.

(٥٥) انظر: المادة ٢ فقرة ١ من هذه الاتفاقية، الصكوك الدولية لمكافحة الإرهاب، المرجع السابق.

(٥٦) لمزيد من التفصيل انظر: إستراتيجية الأمم المتحدة لمواجهة الإرهاب <http://www.un.org/ar/terrorism/> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٩٦ لجنة خاصة بالإرهاب، مهمتها إعداد اتفاقية دولية ملزمة للتعامل مع الإرهاب^(٥٧).

ولما كانت أغلب هجمات العنف، قد وقعت حديثاً إما من قبل جماعات عربية أو إسلامية في البلاد العربية والإسلامية وغيرها، فقد أخذت الدول العربية والإسلامية بالاتجاه الذي تبناه المجتمع الدولي بشأن محاولة وضع معايير قانونية لتمييز الإرهاب عن غيره، حيث دعت الدول العربية والإسلامية من خلال منظماتها الإقليمية إلى إبرام اتفاقيات لتحديد مفهوم الإرهاب متدرجة من حيث النطاق الشخصي والإقليمي، من ذلك عقد اتفاقية بين الدول الإسلامية في عام ١٩٩٩^(٥٨) واتفاقية عربية عام ١٩٩٨^(٥٩) ثم اتفاقية بين دول مجلس التعاون الخليجي عام ٢٠٠٤^(٦٠).

(٥٧) قامت هذه اللجنة بإعداد مشروع اتفاقية دولية لقمع الإرهاب النووي (الوثيقة ٤ A/C6/03/1) وهذه الاتفاقية تحصر الإرهاب بالأفراد وحدهم وتستثني الدول، كما أعدت مشروع اتفاقية شاملة بشأن الإرهاب الدولي تقدمت بها الهند بالوثيقة ٦/٥٥/٦ A/c المعدلة بالوثيقة المقدمة في ٢٨/٨/٢٠٠٠، انظر: الصكوك الدولية لمكافحة الإرهاب، مرجع سابق، هامش ٥٢؛ وانظر: لجنة مكافحة الإرهاب في <http://www.un.org/ar/sc/ctc/> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٥٨) انظر: معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي ١٩٩٩، <http://www.almeezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=1498&language=ar> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٥٩) انظر: الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب عام ١٩٩٨ في <http://faculty.ksu.edu.sa/74394/Documents/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9%20%D9%84%D9%85%D9%83%D8%A7%D9%81%D8%AD%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B1%D9%87%D8%A7%D8%A8.pdf> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٦٠) انظر: المادة ١ فقرة ٢ من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب عام ١٩٩٨، المرجع السابق؛ انظر: المادة ١ فقرة ٢ من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي ١٩٩٩، في ٢٠١٦/٢/١١؛ المادة ١ فقرة ٢ من اتفاقية دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لمكافحة الإرهاب في H: البحوث الجديدة ٢٠١٣/٢٠١٤ بحث الإرهاب ٢٧/٥/٢٠١٤ / اتفاقيات الإرهاب/ اتفاقية دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لمكافحة الإرهاب.htm. (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١) وقانون رقم (٤٣) لسنة ٢٠٠٥ بتصديق دولة الكويت على اتفاقية دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لمكافحة الإرهاب (٢٠٠٥/٤٣) في <http://www.gcc-legal.org/SendEMail.aspx?country=0&LawTreeSectionID=10378> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

وتبدو أهمية هذه الاتفاقيات في أنها وضعت بعض المعايير للتمييز بين الإرهاب والكفاح المسلح، وذلك بوضع - ولأول مرة - تعريف إسلامي وعربي وخليجي لمصطلح "الإرهاب"^(٦١)، بالإضافة إلى تمييز هذه الاتفاقيات المقصود بمصطلح "الإرهاب" و"حق الشعوب في الكفاح" ضد الاحتلال والعدوان بمختلف الوسائل، حيث عرفت الإرهاب بأنه: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أياً كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر"^(٦٢). وأن الجريمة الإرهابية هي: "أي جريمة أو شروع فيها ترتكب تنفيذاً لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة، أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها يعاقب عليها قانونها الداخلي، كما تعد من الجرائم الإرهابية الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية...."^(٦٣).

كما نصت هذه الاتفاقيات على مشروعية الكفاح ضد الاحتلال^(٦٤)، مثال ذلك ما ورد في ديباجة الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب من الاعتراف بحق الشعوب في الكفاح ضد الاحتلال بقولها: "... وتأكيداً على حق الشعوب في الكفاح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان بمختلف الوسائل، بما في ذلك الكفاح المسلح من أجل تحرير أراضيها، والحصول على حقها في تقرير مصيرها واستقلالها، وبما يحافظ على الوحدة الترابية لكل بلد عربي، وذلك كله وفقاً لمقاصد ومبادئ ميثاق وقرارات الأمم المتحدة..^(٦٥)، ونفت هذه الاتفاقية صفة "الجريمة الإرهابية" عن حالات الكفاح المسلح بقولها: "لا تعد جريمة حالات الكفاح، بمختلف الوسائل بما في ذلك الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل التحرر وتقرير المصير، وفقاً

(٦١) انظر: اتفاقية دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لمكافحة الإرهاب، مرجع سابق، هامش ٥٩.

(٦٢) انظر: المادة ١ فقرة ٢ من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٩٨، مرجع سابق، هامش ٥٩.

(٦٣) انظر: تعداد هذه الاتفاقيات في المادة ١ فقرة ٣ من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٩٨، مرجع سابق، هامش ٥٩.

(٦٤) انظر: المادة ٢ فقرة أ من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب عام ١٩٩٨؛ انظر: المادة ٢ فقرة ١ من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي ١٩٩٩؛ المادة ٢ فقرة أ من اتفاقية دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لمكافحة الإرهاب، مرجع سابق، هامش ٥٩.

(٦٥) انظر: ديباجة الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٩٨، مرجع سابق، هامش ٥٩.

لمبادئ القانون الدولي، ولا يعتبر من هذه الحالات كل عمل يمس بالوحدة الترابية لأي من الدول العربية ... " (٦٦).

وقد أخرجت هذه الاتفاقيات بشأن الإرهاب، حركات العنف الانفصالية من دائرة الاستثناء، الذي تحدث عنه، باعتبارها حركات غير مشمولة بصفة الكفاح المشروع لتقرير المصير، عندما نصت المادة الثانية فقرة (أ) من الاتفاقيتين العربية والخليجية بشأن الإرهاب: "أنه لا تعد من حالات الكفاح المسلح من أجل التحرير كل عمل يمس بالوحدة الترابية لأي من الدول العربية" (٦٧).

ورغم مرور أكثر من عقدين من الزمان على تصديق الدول على هذه الاتفاقيات، فلم تتمكن أي واحدة من هذه الاتفاقيات من وضع حد للجدل الذي أثاره تحديد مفهوم الإرهاب ومعايير تطبيقه عربياً وإسلامياً وعالمياً، وخصوصاً ما يميز بين أعمال الجماعات الإسلامية مثل تنظيم الدولة وجبهة النصرة وأعمال المقاومة التي تقوم بها الفصائل الفلسطينية ضد الاحتلال الإسرائيلي للأراضي العربية، وذلك لتسييس مفهومي الإرهاب والمقاومة الشرعية من قبل الدول الكبرى وغياب الالتزام بالشرعية، ولم تشر أية واحدة من هذه الاتفاقيات إلى كيفية التخلص من أسباب الإرهاب، وركزت جميعاً على إرهاب الأفراد دون أية إشارة إلى إرهاب الدول حين نصت على أن: "الإرهاب هو كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيّاً كانت بواعثه وأغراضه" (٦٨)، مما يجعل هذه الاتفاقيات إنما هي تعبير عن إرادة الدول لحفظ السلطة فيها وليست تعبيراً عن إرادة الشعوب لحفظ سلامتها. وأدرجت أعمال العنف الداخلي الذي تمارسه منظمات أو أفراد ضد السلطة والمجتمع، ضمن أعمال الإرهاب دون تحديد معايير للتمييز بين الأعمال الإرهابية وغيرها، ودون النظر إلى الدوافع وراء ارتكاب الأعمال الإرهابية.

مما سبق يتضح أن معنى الكلمة الإنجليزية "terrorism" وترجمتها إلى العربية "إرهاب" وفقاً للقانون الدولي، إذا ما تم تطبيقها على الأعمال التي ارتكبتها هذه الجماعات، بما فيها تنظيم الدولة وجبهة النصرة، فإن ذلك يثير قضية جدلية في الممارسات الدولية تتطلب دارستها إيجاد معايير متفق عليها من قبل الطرفين (الدول

(٦٦) انظر: المادة ٢ من الاتفاقية العربية لمكافحة لعام ١٩٩٨، مرجع سابق، هامش ٥٩.

(٦٧) انظر: الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب عام ١٩٩٨، المرجع سابق.

(٦٨) انظر: المادة ١ فقرة ٢ من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب عام ١٩٩٨؛

انظر: المادة ١ فقرة ٢ من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي ١٩٩٩؛

المادة ١ فقرة ٢ من اتفاقية دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لمكافحة الإرهاب،

المرجع سابق.

وهذه الجماعات) ليس فقط في القانون الدولي، حيث لم يوجد بعد مثل ذلك حتى الآن، وإنما أيضاً في القانون الإسلامي، حيث يوجد مثل هذا الاتفاق (على الأقل بين الدول الإسلامية وهذه الجماعات). فهذه الجماعات لا تعترف بأي قانون آخر سوى القانون الإسلامي، وسوف نخصص المبحث التالي لتأصيل مثل هذه المعايير.

وعلى أية حال، فإن العلاقة القريبة والمتشابهة بين أعمال القتال من أجل الحرية وأعمال الإرهاب في القانون الدولي، تثير قضية أخرى، هي أن من بين هذه المجموعات من قد يدعي أنهم مقاتلون من أجل الحرية وليسوا إرهابيين، مما يتطلب تأصل معايير للتمييز بين أعمال الإرهاب وأعمال حركات التحرير في القانون الدولي.

المطلب الثاني

مفهوم حركات التحرر في القانون الدولي ومعايير تمييزها عن الإرهاب

يتم الخلط في بعض الممارسات الدولية الآن بين مفهوم الإرهاب ومفهوم حركات التحرر الوطني، بقصد أو بغير قصد، مما يتعين التمييز بينهما بتحديد على الأقل مفهوم حركات التحرر الوطني وفقاً لمعايير قانونية معينة حتى لا يساء استخدام هذا المفهوم.

الفرع الأول

مفهوم حركات التحرر الوطني وأنوعها

أولاً - مفهوم حركات التحرر الوطني: يبدو لأول وهلة من محاولات الفقه^(٦٩)، أنه من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع لمفهوم حركات التحرر الوطني، ولكن يمكن وضع بعض العناصر المميزة لحركات التحرر الوطني عن الجماعات الإرهابية أو الانفصالية، من ذلك:

- حركات التحرر تهدف إلى تحقيق التحرر.
- إقامة حركات التحرر على أرض، سواء داخل الوطن أو خارجه، لممارسة نشاطها منه^(٧٠).

(٦٩) على سبيل المثال: د صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة، القاهرة ١٩٨٦، ص ٤٠.

(٧٠) د. محمد طلعت الغنيمي، المسؤولية الدولية من منظور عصري، ١٩٩٧، ص ٣٨.

- الدعم الشعبي الواسع لحركة التحرر، لتوخي حركة التحرر المصلحة الوطنية العليا.
 - الاعتراف الدولي^(٧١) بنشاط حركات التحرر الوطني، حيث دعت الجمعية العامة في قرارها رقم ٢٧٨٧ عام ١٩٧١ جميع الدول المخلصة لمثل الحرية والسلام أن تقدم إلى هذه الشعوب جميع مساعداتها السياسية والمعنوية والمادية^(٧٢).
 - يستوي في تحقيق هذه الأهداف استخدام حركات التحرر للوسائل السلمية أو العسكرية.
- ثانياً - أنواع حركات التحرر الوطني والكفاح المسلح: يمكن التمييز في هذا الشأن بين بعض الأنواع من حركات التحرر أو الكفاح المسلح وفقاً لما يعرف في فقہ القانون الدولي الإنساني بمفهوم (النزاعات المسلحة)، حيث إن هناك النزاعات المسلحة الداخلية والنزاعات المسلحة الدولية والنزاعات المسلحة غير الدولية، وتفصيل ذلك:
- "النزاعات المسلحة الداخلية": ومنها الحروب الأهلية، عدا الاضطرابات الداخلية، والنزاعات غير الدولية الواقعة بين القوات المسلحة التابعة لدولة ما وقوات مسلحة منشقة عنها، وجماعات النضال تحت قيادة مسؤولة^(٧٣). ووفقاً لذلك، يعتبر المشتركون في هذه النزاعات محاربين ينطبق عليهم وصف أسرى الحرب،

(٧١) مثال ذلك: أنه في الثلاثين من تشرين الثاني عام ١٩٧٠ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم ٢٦٧٢، الذي شجب إنكار حق تقرير المصير لشعبي جنوب أفريقيا وفلسطين، انظر: ذلك في <http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/25> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١)؛ وقد دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى وجوب معاملة المشاركين في حركات المقاومة، كأسرى حرب عند إلقاء القبض عليهم، وفقاً لمبادئ اتفاقية لاهي لعام ١٩٠٧، انظر: المادة ٣ من اللائحة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لاهي / ١٨ أكتوبر/ تشرين الأول في <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62tc8a.htm> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١)؛ انظر أيضاً: اتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩، اللجنة الدولية للصليب الأحمر - <https://www.icrc.org/ar/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٧٢) انظر: نص هذا القرار في <http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/26> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٧٣) انظر: نص المادة ١ و٤ فقرة ٢ من البرتوكول ٢ لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والمتعلق بضحايا النزاعات غير الدولية، انظر: اللجنة الدولية للصليب الأحمر <https://www.icrc.org/ar/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

- وأن الأعمال التي يمارسها أحد الطرفين ضد الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة أو الذين يكفون عن الاشتراك في العمليات الحربية أعمال محظورة^(٧٤).
- "النزاعات المسلحة الدولية": وهي تلك النزاعات التي تقع بين دولتين مستقلتين وجيشين نظاميين، وتحكم هذه النزاعات اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، ولا تدخل ضمن إطار حروب التحرير والكفاح المسلح بمفهومه الذي حددناه.
- "النزاعات المسلحة غير الدولية": وهي تلك النزاعات التي تقع عادة بين جيش نظامي أو أكثر وبين حركة تحرر وطني أو أكثر أو ثورة أو ثوار، وتكون هذه الحركة أو الثورة خارج إقليم دولتها أو داخلها^(٧٥). والمليشيات والمتطوعين من قوات التحرير، حيث يتمتع أفرادها بصفة المحارب النظامي، إذا توافرت فيهم الشروط، كوضع شارة معينة وحمل السلاح جهراً، وأن يكون لهم قائد مسؤول، وأن يلتزم بقوانين الحرب^(٧٦).

الفرع الثاني

محاولة تأصيل معايير لتمييز حركات التحرر الوطني عن الإرهاب

إذا ما نظرنا في كل من أعمال الإرهاب الدولي وأعمال حركات التحرير، سألني الذكر، نجد أن كل منها ترتكبا جماعات تستخدم القوة المسلحة للوصول إلى أهداف مختلفة وأحياناً ملتبسة مع بعضها؛ حيث إن أعمال الإرهاب عامة غير محددة في القانون الدولي، وفقاً لما سبق، بينما القتال من أجل الحرية في صورته الواضحة، سألني الذكر، يهدف إلى الوصول إلى الحرية أو التغيير السياسي^(٧٧). ومن الأمثلة

(٧٤) انظر: المادة ٤ من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، المرجع السابق.

(٧٥) د. محمد المجنوب، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي، ص ٢٦.

(٧٦) انظر: المادة ١ من اللائحة الملحقة باتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧، <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62tc8a.htm>؛ المادة ٤٤ من البروتوكول الأول لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٧٧) "المناضل هو إرهابي بنظر البعض ومقاتل من أجل الحرية لدى البعض" انظر: أوريون XXI – التقرير، الإعلام الدولي لا يفرق بين استخدام لفظ "الإرهاب" وغيرها من المصطلحات الإسلامية، <http://altagreer.com/%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B9%D9%84-%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84-%D9%8A-%D9%84%D8%A7-%D9%8A%D9%81%D8%B1%D9%82-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AE-%D8%AF%D8%A7%D9%85-%D9%84%D9%81%D8%B8/> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

الجديرة بالذكر: قيام الولايات المتحدة وحلفائها بإطلاق وصف إرهاب على تنظيم الدولة وجبهة النصرة وغيرها، إضافة إلى أن الولايات المتحدة وحلفاءها مارست وتمارس معايير مزدوجة في اعتبار جماعات معينة إرهابيين أو مقاتلين من أجل الحرية في حالات معينة دون أساس قانوني.

فعلى سبيل المثال: نيلسون مانديلا كان قد أسس حركة تحرير^(٧٨) واستخدم كل من الوسائل السلمية والوسائل العسكرية ضد نظام التمييز العنصري في جنوب أفريقيا، مما جعل كثير من الدول ومنها الولايات المتحدة تصف مانديلا بالإرهابي^(٧٩)، ولكن عندما نجح في تحرير أمته اعترف به عالمياً على أنه مقاتل عظيم من أجل الحرية وتحرير دولته. كذلك، ياسر عرفات أسس منظمة التحرير الفلسطينية للنضال ضد احتلال إسرائيل للضفة الغربية وقطاع غزة، ولو أن عرفات نجح في تحرير فلسطين من الاحتلال الإسرائيلي وأسس دولته الفلسطينية المستقلة مثل مانديلا، لأصبح ياسر عرفات الآن بطلاً عالمياً وشخصاً محبباً للسلام^(٨٠)، ولكن كما قال: "Winston Churchill" (وينستون تشرشل) "التاريخ يكتبه المنتصرون"^(٨١) وعلى أية حال، ففي إشارة إلى عرفات، قال مانديلا: "نحن مثل منظمة التحرير الفلسطينية، هم يحاربون من أجل الحق في تقرير المصير..."^(٨٢) وكذلك نحن، حيث "... يوجد تشابه بين صراعنا وصراع منظمة التحرير الفلسطينية، نحن نعيش تحت شكل غريب من الاستعمار في جنوب أفريقيا وكذلك في إسرائيل..."^(٨٣).

(٧٨) انظر: تاريخ جنوب أفريقيا (باللغة الإنجليزية) South Africa History Online, available at: <http://www.sahistory.org.za/topic/umkhonto-wesizwe-mk>, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٧٩) انظر: قائمة الولايات المتحدة لمراقبة الإرهاب (باللغة الإنجليزية) Mandela off U.S. Terrorism Watch List, CNN, (July 2, 2008), available at: <http://edition.cnn.com/2008/WORLD/africa/07/01/mandela.watch/>, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٨٠) انظر: Ghosh, مرجع سابق، هامش ٣٦.

(٨١) انظر مقولة تشرشل: "التاريخ يكتبه المنتصرون" حكم <http://.net/%D8%A7%D9%82%D9%88%D8%A7%D9%84-%D9%88%D9%86%D8%B3%D8%AA%D9%88%D9%86-%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D8%B4%D9%84/>

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٨٢) انظر: Ghosh, مرجع سابق، هامش ٣٦.

(٨٣) انظر: جيمس زغبى، مانديلا وعرفات،

President, Arab American Institutut http://translate.google.com.kw/translate?hl=ar&sl=en&u=http://www.huffingtonpost.com/james-zogby/mandela-and-arafat_b_4412546.html&prev=search

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/٢٠).

فهذه الأمثلة تؤكد أن وصف جماعة ما أنها إرهابية أو مقاتلون من أجل الحرية تعتمد في الممارسات الدولية على الدوافع التي تحرك كل طرف من أطراف النزاع لتحقيق أهدافه السياسية، ومع ذلك فإن هذه النتيجة ليست مبنية على معايير محددة سلفاً في القانون الدولي؛ مما قد يثير الادعاءات التالية: فأى جماعة من الممكن أن تدعي أنهم مقاتلون من أجل الحرية ومعارضيهـم (الدول) ترفض ذلك الادعاء وتصر على أن هذه الجماعة تتكون من إرهابيين، مما يطرح التساؤل التالي: ماهي المعايير التي يمكن الاستعانة بها لتحديد ما إذا كانت جماعة ما (أو عملها) هي جماعة إرهابية (أو عملها هو عمل إرهابي) أو مقاتلين من أجل الحرية (أو عملها هو قتال من أجل الحرية)؟ على سبيل المثال: هل الأعمال التي تقوم بها الفصائل الفلسطينية المختلفة ضد إسرائيل أعمال إرهاب أم قتال من أجل الحرية، وهل قيام إسرائيل بقتل الفلسطينيين عمل من أعمال الإرهاب؟ وهل ما تقوم به طالبان الأفغانية^(٨٤) ضد الولايات المتحدة الأمريكية أعمال إرهاب أم قتال من أجل الحرية أو العكس؟ وكذلك، أعمال تنظيم الدولة ضد الولايات المتحدة وحلفائها أو ضد الحكومة السورية؟ ولا يمكن الإجابة على هذه الأسئلة إلا إذا تم تأصيل معايير في القانون الدولي لهذا الغرض، وقد توصلت هذه الدراسة إلى تأصيل ثلاثة معايير لتحديد وتمييز حركات التحرر الوطني عن غيرها، هي: الغاية من الفعل ووسيلته، الدوافع إليه، مشروعية الفعل.

فالمعيار الأول للتمييز بين أعمال الإرهاب وأعمال التحرر، هو طبيعة وسائل وأهداف عمل الجماعات^(٨٥)، فأعمال العنف هي الوسيلة الوحيدة التي تستخدمها الجماعات الإرهابية لتحقيق أهداف مختلفة ومتعددة، من الممكن أن يكون تحقيق الحرية أحد هذه الأهداف، كما هو الحال في أهداف تنظيم الدولة التي من بينها قلب نظام الأسد وتحرير الشعب السوري ونشر الإسلام وردع الولايات المتحدة وحلفائها. وبالمقارنة، فإن المقاتلين من أجل الحرية من الممكن أن يستخدموا وسائل سلمية أو وسائل عسكرية لتحقيق هدف واحد فقط هو الحرية، كمحادثات السلام التي تقوم بها منظمة التحرير الفلسطينية مع إسرائيل^(٨٦)، أو أعمال حماس العسكرية ضد إسرائيل،

(٨٤) انظر: Sami Zeidan, Desperately Seeking Definition: The International Community's Quest for Identifying the Specter of Terrorism, CORNELL INTL L.J (2004), Vol. 36, p. 492.

(٨٥) انظر: Chaliand, THE HISTORY OF TERRORISM, op. cit. n. 13, p. 27.

(٨٦) انظر بشأن نتيجة المفاوضات بين منظمة التحرير الفلسطينية وإسرائيل من عام ١٩٩٣.

التي تهدف فقط إلى تحرير الأراضي الفلسطينية المحتلة من الاحتلال الإسرائيلي وتأسيس دولتهم المستقلة^(٨٧).

أما المعيار الثاني، فهو النية الأساسية للجماعات، حيث إن النية الأساسية للمقاتلين من أجل الحرية، هي تحرير أنفسهم وشعوبهم من الأنظمة غير الديمقراطية أو/و سيطرة دولة أجنبية، ومن الأمثلة على هذه الجماعات ونواياها المعلنة: الجيش السوري الحر في ممارسته السلمية للاحتجاج ضد نظام الأسد في البداية^(٨٨) ومن بعد استخدام الوسائل العسكرية^(٨٩) ومنظمة التحرير الفلسطينية وحماس^(٩٠) في أعمالهم ضد إسرائيل، التي تهدف إلى تحرير فلسطين. وبالمقارنة، فإن الجماعات الإرهابية تتأسس من أجل تحقيق عدد من الأهداف قد تشتمل (أو لا تشتمل) على هدف التحرر. من ذلك، على سبيل المثال: تهديد تنظيم الدولة للولايات المتحدة وحلفائها أنها سوف تقطع رأس أحد الصحفيين الأمريكيين المحتجزين لديها^(٩١)، إذا

= - ٢٠١١ أو سلو والاتفاقيات الفلسطينية - الإسرائيلية،

<http://www.palestinapedia.net/%D8%A3%D9%88%D8%B3%D9%84%D9%88-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA%D9%81-%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%84%D8%B3%D8%B7%D9%8A%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%B1%D8%A7/>

(تمت زيارته في ٢٠١١/٢/١٦).

(٨٧) انظر: ميثاق حماس، مرجع سابق، هامش ٥.

(٨٨) كانت المظاهرات السورية أول ما قامت سلمية ولكن سرعان ما انقلبت إلى نزاع مسلح نتيجة لقمع النظام السوري لأعضائها بالقوة.

(٨٩) انظر: تاريخ إنشاء الجيش السوري الحر، <https://www.youtube.com/watch?v=HO4Y8IK0vts> (تمت زيارته في ٢٠١١/٢/١٦).

(٩٠) انظر: ميثاق حماس، مرجع سابق، هامش ٥.

(٩١) انظر على سبيل المثال، كرد على استمرارية الهجمات الأمريكية على تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام في ٢٠ أغسطس عام ٢٠١٤، فقد أرسل هذا التنظيم إلى وسائل الإعلام فيديو يظهر قطع رأس الصحفي الأمريكي (جيمس فولي)، الذي فقد في سوريا في عام ٢٠١٢، انظر:

<https://www.facebook.com/notes/mustapha-hal-baba/%D9%82%D8%B7%D8%B9-%D8%B1%D8%A3%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D8%B5%D8%AD%D9%81%D9%8A-%D8%AC-%D9%8A%D9%85%D8%B3-%D9%81%D9%88%D9%84%D9%8A-%D9%84%D9%8A%D8%B3-%D8%A5%D9%84%D8%A7-%D8%AE-%D8%AF%D8%B9%D8%A9/10152206188860388>

(تمت زيارته في ٢٠١١/٢/١٦).

لم توافق الولايات المتحدة الأمريكية على وقف مساعدتها لأعداء تنظيم الدولة أو/و موافقة الولايات المتحدة على دفع فدية مالية و/أو إطلاق أحد أتباع تنظيم الدولة في السجون الأمريكية مقابل إطلاق المحتجزين الأمريكيين لدى تنظيم الدولة^(٩٢).

والمعيار الثالث والأخير، هو مشروعية عمل الجماعات وفقاً للقانون الدولي، حيث إنه إذا كان عمل الجماعات معترفاً به قانوناً ومدعوماً^(٩٣) من غالبية الشعب، فإن العمل يكون من أعمال القتال من أجل الحرية^(٩٤). ومن الأمثلة على هذه الأعمال: أعمال استخدام القوة التي قام بها حزب مانديلا ضد حكومة جنوب أفريقيا، تلك الأعمال المعترف بها من الغالبية السوداء، وأعمال منظمة التحرير الفلسطينية ضد إسرائيل المعترف بها من قبل الشعب العربي. أما إذا كان العمل معترفاً بمشروعيته من قبل قلة من الشعب^(٩٥) فقط، فإن هذا العمل يعتبر من أعمال الإرهاب.

فهذه المعايير ممكن أن تساعد - ولو مؤقتاً - المجتمع الدولي لتحديد أعمال الإرهاب المختلفة ومحاربتها دون استثناء أمة من الأمم، أو وصفهم بالإرهاب دون أساس، ولا تؤثر هذه المعايير على أي معايير أخرى يتفق على وضعها المجتمع الدولي، ولكن لا يزال السؤال الذي أجلناه لبحثه في المبحث الثاني يطرح نفسه بإلحاح الآن، وهو: ماذا إذا لم تعترف جماعة من هذه الجماعات، مثل: تنظيم الدولة أو غيرها بهذه المعايير المستمدة من القانون الدولي لسبب ديني، هل هناك معايير أخرى يمكن اللجوء إليها في هذه الحالة؟ فهل في مثل هذه الحالات يمكن الرجوع إلى القانون الإسلامي المستمد من القرآن الكريم والسنة النبوية^(٩٦) الملزم لجميع المسلمين ومن ضمنهم تنظيم الدولة؟

(٩٢) ورهينة أخرى احتجزها تنظيم الدولة هي امرأة في عمر ٢٦ سنة تدعى كيلياملر (Kayla Mueller) التي اختطفت بينما كانت تقوم بالأعمال الإنسانية في سوريا، وقد طلب تنظيم الدولة ما يزيد على ستة ملايين دولار، انظر: (باللغة الإنجليزية) Shane Harris, A 26-Year-Old Woman Is ISIS's Last American Hostage, THE DAILY BEAST, (Nov. 17, 2014), <http://www.thedailybeast.com/articles/2014/11/16/a-26-year-old-woman-is-isis-s-last-american-hostage.html>, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٩٣) انظر: Zagros Madjd-Sadjadi & Daniel Vencill, On the Problematic Definition of Terrorism, J. DIPLOMATIC LANGUAGE, (2005), vol. 2p. 67.

(٩٤) المرجع السابق.

(٩٥) المرجع السابق.

(٩٦) انظر: تعريف السُّنة، في:

<http://www.alifta.net/Fatawa/fatawaDetails.aspx?View=Page&PageID=3820&PageNo=1&BookID=2&language=ar>

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

المبحث الثاني

الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي مقارناً مع الجهاد والبغي والحراية في القانون الإسلامي البحث عن معايير احترازية

كما هو الحال في تحليل مصطلح الإرهاب في القانون الدولي في المبحث السابق، فإننا سوف نتعرض بالتحليل لمدى أخذ القانون الإسلامي بمصطلح الإرهاب وذلك عن طريق تتبع أصل نشأة هذا المصطلح في الفقه العربي ومعايير توظيفه في الممارسة العربية ومدى انطباقه على هذه الجماعات، مستهدفين البحث في القانون الإسلامي عن معايير احترازية أو أكثر ملائمة لتحديد طبيعة أعمال هذه الجماعات أو أعمال مناوئتهم (الدول) إذا ثبت أن معايير القانون الدولي غير ملائمة في انطباقها على هذا النزاع و/أو أن أحد أطراف هذا النزاع لا يعترف بهذه المعايير.

المطلب الأول

أصل مصطلح الإرهاب في الفقه العربي ومعايير تطبيقه في القانون الإسلامي

الفرع الأول

أصل اصطلاح الإرهاب في الفقه واللغة العربية

استخدمت كلمة "الإرهاب" في الفقه العربي وفي الجزء العربي من وثائق الأمم المتحدة^(٩٧) كترجمة للمصطلح المستخدم في اللغة الإنجليزية "terrorism". وبالنظر في القواميس العربية القديمة، فإننا لا نجد كلمة "الإرهاب"^(٩٨) ولكن هذه القواميس تشتمل على كلمة المصدر "رهب"^(٩٩)، التي تعني الخوف، ولكن كلمة "الإرهاب"

(٩٧) انظر: اللغة الرسمية للأمم المتحدة. في <http://www.un.org/ar/aboutun/languages.shtml> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٩٨) انظر: يوسف الخيام، لسان العرب المحيط، ١٩٩٨، ج ٢، ص ١٢٣٧؛ وانظر على سبيل المثال: قواميس عربية أخرى على النت = <http://www.baheth.info/web/all.jsp?term=> رهب (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(٩٩) انظر: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، موجود على النت، http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?idfrom=3306&idto=3306&bk_no=122&ID=3311 (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

ظهرت في القواميس العربية الحديثة^(١٠٠).

من ذلك، ورود المصدر في لسان العرب: رَهَبَ بمعنى خاف والاسم الرَّهْبُ، أي بمعنى الرهبة، ومنه لا رهبانية في الإسلام^(١٠١). أما كلمة الإرهاب فمشتقة من الفعل المزيد "رهب" بالكسر^(١٠٢)، يقال أرهب فلاناً، أي خوَّفه وفرَّعه، وهو نفس المعنى الذي يدل عليه الفعل المضعف "رَهَبَ". لكن الفعل المجرد من نفس المادة اللغوية وهو "رَهَبَ"، يَرْهَبُ رَهْبَةً ورُهْبًا ورهب، فيعني خاف، فيقال رَهَبَ الشيء رهبا ورهبة أي خافه، وكذلك يستعمل الفعل ترهَّب بمعنى تواعد إذا كان متعديا فيقال ترهب فلانا: أي تواعده.

الفرع الثاني

معايير تطبيق مصطلح "الإرهاب" في القرآن الكريم

استخدم القرآن الكريم كلمة "الإرهاب" عدة مرات في مواضع مختلفة على الأقل عشر منها مشتق من المصدر "رهب" وجميع الشواهد تظهر أن هذه الكلمات تعني الخوف من الله^(١٠٣) ومعاني أخرى قد يكون من بينها الإرهاب كمعنى هذا المصطلح في القانون الدولي^(١٠٤)، ومن هذه الناحية فإن القرآن الكريم كالمصدر الأول للقانون الإسلامي والمُلزم لجميع المسلمين من الممكن اتهامه - خطأً - أنه يعترف بالإرهاب ويشجعه؛ مما يثير الأسئلة التالية: هل مصطلح الإرهاب المشتق من المصدر "رهب" (في اللغة العربية) ووظف بالآيات القرآنية يتمثل بالمعنى مع اصطلاح "terrorism" في اللغة الإنجليزية والقانون الدولي وترجمته بالإرهاب في اللغة العربية؟

وللإجابة على هذا السؤال، ينبغي التأكيد مقدماً، أنه يوجد آية واحدة من بين آيات القرآن الكريم، الذي فيها تم استخدام مصطلح "ترهبون" لإدخال جو من الرعب في نفوس الأعداء، حيث اشتق هذا المصطلح من المصدر "رهب" كما ورد في الآية

(١٠٠) محمد الباشا، الكافي، معجم عربي حديث، شركة المطبوعات ط ٢، ١٩٩٢، ص ٦٧.

(١٠١) انظر: ابن منظور، لسان العرب، بيروت، ١٩٥٥م، ١٣٧٤هـ، ج ٨، ص ٣٣٧، بتصرف.

(١٠٢) انظر: إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تحقيق أحمد عبدالغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٢، ١٩٧٥م، مادة: رهب.

(١٠٣) انظر: القرآن الكريم، ٤٠:٢؛ ١٥٤:٧؛ ٥١:١٦؛ ١٣:٥٩؛ ٩٠:٢١.

(١٠٤) انظر: د. جميل حزام يحيى الفقيه، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي العام، <http://ycsr.org/>

derasat_yemenia/issue_93/mafهوم.pdf (تمت زيارته في ١١/٢/٢٠١٦).

التالية: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ﴾^(١٠٥).

والقصد من تأسيس هذه القوة، كما جاء في هذه الآية الكريمة، ليس الحصول على مكاسب سياسية أو تحقيق أهداف دينية (كفرض الإسلام بالقوة على غير المسلمين مثلاً)، وإنما هو فقط للدفاع الشرعي عن الدولة الإسلامية الذي ورد في القرآن، حيث نص: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُفْتَلُونَكُمْ وَلَا تَعَدُّوا إِرَاكَ اللَّهِ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾^(١٠٦). لذلك فإن مصطلح الإرهاب في القرآن الكريم يختلف في معناه عن معنى مصطلح الإرهاب في القانون الدولي، مما تظهر معه الحاجة الملحة إلى إيجاد معايير لتحديد المصطلحات في القانون الإسلامي، التي يجب تطبيقها على أعمال هذه الجماعات إذا كُتلت معايير القانون الدولي عن ذلك، والتي قد تشبه - بطريقة أو بأخرى - في معناها مصطلح الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي، كما يلي.

المطلب الثاني

مناقشة مصطلحي القانون الدولي: الإرهاب والقتال من أجل الحرية في إطار القانون الإسلامي

إذا كانت هذه الجماعات لا تعترف بمصطلحات القانون الدولي التي تطلق على أعمالها، بل فقط تعترف بمصطلحات القانون الإسلامي، فما هي المصطلحات التي يطلقها هذا القانون - في النظرية والممارسة - على أعمال هذه الجماعات التي قد تتشابه أو لا تتشابه في مضمونها مع مصطلحي القانون الدولي سألني الذكر؟

للإجابة على هذا السؤال، نجد أن هذا السؤال يثير نفس النزاع السابق بين هذه الجماعات والدول، الذي تعرضنا له بشأن الوضع القانوني لهذه الجماعات في القانون الدولي، حيث يثار مرة أخرى هنا في إطار القانون الإسلامي. من ذلك، أن هذه الجماعات تدعي أن أعمالها تندرج ضمن إطار الجهاد، بينما الدول، ومنها الدول العربية والإسلامية، تعتبر بعض هذه الأعمال من قبيل أعمال "البغي" (الثورة) أو "الحراية"

(١٠٥) انظر: القرآن الكريم، سورة الأنفال رقم ٨، آية: ٦٠، موجود، <http://www.alro7.net/>

ayaq.php?lang=arabic&sourid=2&aya=190، (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(١٠٦) القرآن الكريم، ٢: ١٩٠.

(الإرهاب الداخلي)، ولذلك فإن تقرير ما إذا كان عمل من أعمال هذه الجماعات يندرج تحت أي من هذه المصطلحات، يتطلب أولاً تأصيل معايير تحدد طبيعة هذه الأعمال في القانون الإسلامي، ومدى انطباق أي من هذه المصطلحات على أعمال هذه الجماعات، يتلو ذلك مقارنة هذه المصطلحات مع تلك التي يقرها القانون الدولي.

الفرع الأول

تحديد مفهوم القانون الإسلامي

القانون الإسلامي، هو قانون فقهي^(١٠٧)، يتكون من القانون الداخلي و"السير"^(١٠٨) (القانون الدولي الإسلامي)، حيث إن القانون الدولي الإسلامي يختلف تماماً عن القانون الدولي، إذ تطور القانون الدولي الإسلامي، كجزء من القانون الإسلامي (الشريعة الإسلامية)^(١٠٩) منذ قرون طويلة قبل ظهور القانون الدولي^(١١٠)،

(١٠٧) القانون الإسلامي، هو قانون تطور في فروعه بجهود الفقهاء من المدارس المختلفة، انظر: في ذلك: د. محمد طلعت الغنيمي، قانون السلام في الإسلام، منشأة المعارف في الإسكندرية؛ G.M. Badr, A Survey of Islamic International Law, Proceedings of the American Society of International Law (1982), vol. 76, p. 56.

(١٠٨) يوجد اتفاق عام بين فقهاء المسلمين أن مصادر السير (القانون الدولي الإسلامي) هي نفس مصادر القانون الإسلامي، حيث إن السير قد تطور من القرآن والسنة النبوية وممارسات دولة الخلافة وممارسات الحكام المسلمين الآخرين، التي لم يعترض عليها من قبل رجال الفقه وآراء الفقهاء المسلمين والإجماع والقياس وأحكام التحكيم والمعاهدات والاتفاقيات والتعاليم الرسمية للقواد والسفراء وبقية موظفي الدولة، والقوانين الوطنية بشأن الأجانب والعلاقات الخارجية والعادات والأعراف، انظر: في ذلك: MUHAMMAD HAMIDULLAH, THE MUSLIM CONDUCT OF STATE 23 (reprint 1996) (1968), available at: <http://muslimcanada.org/conductofstate.html>, (تمت زيارته في ١/١/٢٠١٦).

(١٠٩) انظر: د وهبة الزحيلي، الإسلام والقانون الدولي، https://www.icrc.org/ara/assets/files/other/irrc_858_zuhili.pdf, (تمت زيارته في ١١/٢/٢٠١٦)؛ د. عبدالرحمن بن جميل بن عبدالرحمن قصاص، الإعجاز القرآني في القانون الدولي الإنساني، <http://www.eajaz.org/con8/Research/173.pdf>, (تمت زيارته في ١١/٢/٢٠١٦).

(١١٠) قام الفقهاء المسلمون من المدارس المختلفة باستخلاص قواعد القانون الدولي الإسلامي من مصادر القانون الإسلامي، من ذلك فقيهان حنفيان عرف كل منهما بـ (أبو القانون الدولي الإسلامي) هما: أبو يوسف، ألف كتاب الخراج، والشيباني، ألف كتابه الشهير السير الكبير، الذي ترجمه ماجد خدوري إلى اللغة الإنجليزية بعنوان: "The Islamic Law of Nations" ويرجع تاريخ تأليف هذين الكتابين إلى القرنين الثاني والثالث الهجريين، أي القرنين الثامن والتاسع الميلادي.

ومع ذلك، فإن القانون الدولي الإسلامي يعتبر من الأنظمة القانونية العالمية التي تأخذ - في أغلب الحالات - بنظرية وحدة القانونين (monism)^(١١١)، حيث إن النظام القانوني الإسلامي يوحد بين قواعد القانون الداخلي وقواعد القانون الدولي الإسلامي^(١١٢).

وكما أشرنا سابقاً، فإن هذه الجماعات تثير مسألة قانونية في إطار هذا القانون، وهي أن الدول الغربية قد تبنت مصطلح الإرهاب من ممارساتها وأطلقت على مناوئها من المقاتلين من أجل الحرية والمجاهدين دون أساس قانوني، وتبعت الدول العربية والإسلامية هذا الاتجاه خطأً، وتبنت ترجمة مصطلح الإرهاب من اللغة الإنجليزية إلى اللغة العربية رغم تعارض معنى هذا المصطلح مع معنى الإرهاب في القرآن الكريم، المصدر الأول للقانون الإسلامي الذي يطلق على أعمال العنف مصطلحات أخرى، كالجهاد^(١١٣) والبغي والحاربة وغيرها. لذلك، فإن هذا الادعاء قد يكون مشروعاً وبالتالي يكون مهرباً من حكم القانون، إذا لم يكن هناك معايير قانونية أخرى احتياطية وملزمة لتحديد ما إذا كانت أعمال هذه الجماعات تندرج ضمن مصطلحات القانون الإسلامي أم القانون الدولي، أي تلك المعايير التي تميز بين أعمال الجهاد الحقيقي والأعمال غير المشروعة.

الفرع الثاني

معايير القانون الإسلامي للتمييز بين الجهاد من ناحية والإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي من ناحية أخرى

كما هو الحال في مصطلح الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي، وظف رجال السياسة والإعلام مصطلح الجهاد لخدمة أهدافهم السياسية، خاصة بعد وقوع أعمال العنف الكارثية، كحادثة ٩/١١/٢٠٠١، وحادثة ٧/٧/٢٠٠٥، ومن ذلك

(١١١) انظر بشأن نظرية وحدة القانون الدولي والوطني ونظرية ازدواجية القانون الدولي والقانون الوطني، أي مؤلف في القانون الدولي، يستوي في ذلك المؤلفات الحديثة والقديمة: د. محمد سامي عبد الحميد وآخرين، القانون الدولي العام، الإسكندرية ٢٠٠١، ص ٩٢.

(١١٢) انظر: محمد طلعة الغنيمي (باللغة الإنجليزية) MOHAMMAD TALAATGHUNAIMI, THE MUSLIM CONCEPTION OF INTERNATIONAL LAW AND THE WESTERN APPROACH (1968).

(١١٣) انظر: تنظيم الدولة الإسلامية، النشأة، التأثير، المستقبل. <http://studies.aljazeera.net/files/isil/2014/11/2014112355523312655.html> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

أن الولايات المتحدة وحلفاءها في حربها على تنظيم الدولة، قد وظفت في ذلك مصطلح الجهاد كمرادف لمصطلح الإرهاب في القانون الدولي، بينما رفضت هذه الجماعات هذا التوظيف على أساس أنه توظيف خطأ لمصطلح الجهاد وفقاً للقانون الإسلامي، فما هو المقصود بالجهاد في النظرية والممارسة الدولية، وما هي معايير تمييزه عن الإرهاب؟.

أولاً - نظرية الجهاد في القانون الإسلامي: مبدأ الجهاد هو أحد المبادئ الأساسية للقانون الإسلامي كما ورد في القرآن الكريم، المصدر الأول لهذا القانون^(١١٤)، حيث يشتمل هذا المصدر على مبادئ القانون الدولي الإنساني بالإضافة إلى التي تحكم الجهاد ومعايير تحديد مفهوم الجهاد^(١١٥) وأهدافه. من ذلك قوله تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لُمْسِرُونَ﴾^(١١٦) وعلى أساس هذا المعيار ينبغي التمييز بين المصطلحات في القانون الإسلامي التي من الممكن أن تطبق على هذه الجماعات، كالجهاد والبغي والحراية والمصطلحات المماثلة في القانون الدولية كالإرهاب والقتال من أجل الحرية؛ لأن هذه المصطلحات من الممكن أن تتداخل في النظامين في الممارسة.

واستناداً إلى مصادر القانون الإسلامي^(١١٧) التي ورد في أحدها هذا المعيار الإنساني الملزم للمسلمين، فإن الجهاد يحكمه معياران، المعيار الأول: أنه مبدأ،

(١١٤) والمصدر الثاني من مصادر القانون الإسلامي، بعد القرآن الكريم، هو السنة النبوية (الحديث)، وهي تقرير الرسول محمد (ﷺ) وكلامه وممارساته وإقراره فيما لم يرد في القرآن الكريم، لمزيد من التفصيل، انظر: كتب الصحاح، في:

<http://sunnah.com/search/?q=It+is+obligatory+upon+a+Muslim+that+he+should+listen+to+the+rule>

(تمت زيارته في ١١/٢/٢٠١٦)

(١١٥) مصطلح "الجهاد" مستمد من المصدر "جهد" الذي يعني بذل أقصى جهد، مجلة البحوث الإسلامية

<http://www.alifta.net/Fatawa/fatawaDetails.aspx?BookID=2&View=Page&PageNo=1&PageID=13671&language=ar>

(تمت زيارته في ١١/٢/٢٠١٦).

(١١٦) انظر: القرآن الكريم، ٣٢، ٥.

(١١٧) انظر: HAMIDULLAH، مرجع سابق هامش، ٧٧.

والمعيار الثاني: أنه نظام من أنظمة الدولة الإسلامية، فالجهاد كمبدأ^(١١٨) إنما هو فكرة عامة ولا علاقة له بالنزاعات المسلحة، إذ أن الجهاد كمبدأ من مبادئ القانون الإسلامي تطور في البداية عندما بدأ النبي محمد (ﷺ)^(١١٩) يدعو إلى الإسلام سرّاً في مكة لثلاث سنوات^(١٢٠)، ثم أمره الله^(١٢١) تعالى بالجهر في ذلك بقوله: "...فَاصْذَعْ بِمَا تُؤْمَرُ وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ"^(١٢٢) بعد ذلك بدأ المسلمون يجاهدون بممارسة معتقداتهم علناً ضد التعذيب الجماعي والقهر الذي تمارسه (قريش) ضد كل من يعتنق الإسلام^(١٢٣) بما في ذلك محاولتهم قتل النبي (ﷺ) نفسه^(١٢٤).

وكنتيجة لهذا القهر قبل النبي (ﷺ) الدعوة بالهجرة إلى يثرب - عرفت فيما بعد بالمدينة المنورة - التي قدّمها إليه ممثلون من هذه المدينة والذين قطعوا على أنفسهم مساندة النبي (ﷺ) وحمايته^(١٢٥). وبعد هجرة النبي (ﷺ) إلى المدينة^(١٢٦) في

(١١٨) انظر: هذه الأنواع من الجهاد في تقي الدين بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، مجمع الملك فهد، سنة النشر: ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م، عدد الأجزاء: سبعة وثلاثون جزءاً، http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?flag=1&bk_no=22&ID=3705

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(١١٩) انظر: سيرة بن هشام، ص ٢٢٧، <http://www.maaber-new.com/books/> Ibn_Hisham.pdf (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١١).

(١٢٠) انظر: بن هشام المرجع السابق.

(١٢١) الآيات، التي نزلت من الله تعالى على النبي محمد (ﷺ) في مكة أصبحت تسمى الآيات المكية، انظر: أي تفسير من تفاسير القرآن الكريم.

(١٢٢) انظر: القرآن الكريم، ١٥: ٩٤: ٢٦: ٢٠٤.

(١٢٣) ومن أشكال التعذيب الذي مارسه قريش ضد المسلمين، إقرار قريش أن أي عشيرة فيها أحد من المسلمين عليها أن تلقي القبض عليه وتسجنه وتعذبه بالضرب ومنع الغذاء والماء عنه وتعرضه لحر الشديد في مكة ليرجع عن دينه، مما أدى إلى تراجع بعض المسلمين عن دينهم والبعض الآخر صمد، كما ورد في سيرة ابن إسحاق، ١٧٠، <http://ia700508.us.archive.org/17/items/waq52912/52912.pdf> (تمت زيارته في ٢٠١٦/١/٢٠).

(١٢٤) بعد التشاور بين قريش عن كيفية التخلص من النبي محمد (ﷺ)، اتفقوا جميعاً على أن تنتخب كل عشيرة من قريش شاباً نبيلاً قوياً محارباً مزوداً بسيف حاد، ثم يتربصون جميعاً بمحمد في بيته ليلاً، فإذا أدركوه ضربوه ضربة رجل واحد، فيتفرق دمه مع القبائل فلا تستطيع بنو هاشم الثأر، وبذلك يتخلصون من محمد ودينه، انظر: ابن إسحاق، المرجع السابق.

(١٢٥) انظر: ابن إسحاق المرجع السابق.

(١٢٦) وقد ذكر القرآن الكريم هذه المناسبة بقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَهِدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ أَكْظَمُ دَرَجَةً عِنْدَ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ﴾ القرآن الكريم، =

سبتمبر عام ٦٢٢م^(١٢٧) نظم العلاقة بين المسلمين وغير المسلمين في نظام الدولة الجديدة ووضع دستور لها^(١٢٨).

وقد ساندت السور المكية^(١٢٩) حرية العبادة كما وردت في الدستور الجديد، وأكد ذلك القرآن الكريم بقوله: ﴿الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِينِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتَّتْ صُلُوبُهُمْ وَأَسْفَلَتْ السَّمَاوَاتُ بِالنَّاسِ وَلَكِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾^(١٣٠)، حيث إنه منذ ذلك الوقت أصبحت حماية دور العبادة أساساً قانونياً لممارسة الحرب الدفاعية أو الجهاد لصد العدوان عن المسلمين وتحرير الأراضي المحتلة، مع الأخذ بالاعتبار اللجوء إلى الوسائل السلمية لحل النزاعات، كما نص على ذلك القرآن الكريم بقوله: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾^(١٣١).

ولذلك، فإن أول الآيات المدنية بشأن الأمر بالحرب في الإسلام^(١٣٢)، كجهاد أو حرب دفاعية لحماية المسلمين، قد جاء في قوله تعالى: ﴿أُذِّنْ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَيُنَظِرُونَ إِلَى نَصْرِهِمْ لَقَدْ جَاءَهُمْ لَقْدِيرٌ﴾^(١٣٣). وتطبيقاً لذلك في الممارسات الأولى للدولة الإسلامية، فإن النبي (ﷺ)، كرئيس لهذه الدولة قد أعلن الجهاد أو الحرب الدفاعية في أول معركة يخوضها مع أهل مكة وهي معركة بدر في السابع عشر من رمضان في السنة الثانية

= ٢٠:٩. وقد اتخذت هجرة الرسول (ﷺ) إلى المدينة من قبل الخليفة الثاني عمر بن الخطاب (٥٩٢-٦٤٤م)، كبدية للتاريخ الهجري الإسلامي، حيث تبدأ السنة الهجرية بالشهر الأول (١ محرم) وتختصر عادة بـ"هـ"، ويوافق الأول من محرم من السنة الأولى للهجرة ١٦ جولي ٦٢٢م.

(١٢٧) انظر: مقارنة التاريخ الميلادي بالهجري في الهامش السابق.
(١٢٨) انظر: محمد حميد الله، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، دار الإرشاد، بيروت ١٩٦٩.

(١٢٩) وقد استمر الوحي ينزل على الرسول (ﷺ) بعد هجرته إلى المدينة لتوجيه المسلمين في بعض الحالات.

(١٣٠) انظر: القرآن الكريم، ٤٠:٢٢٠.

(١٣١) انظر: القرآن الكريم، ٨: ٦١.

(١٣٢) انظر: الشيخ محمد أبو زهرة، نظرية الحرب في الإسلام، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، <http://www.feqhup.com/uploads/13594459931.pdf> (تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(١٣٣) انظر: القرآن الكريم، ٢٢: ٤٠-٣٩.

للهجرة^(١٣٤) وهي هجرة النبي (ﷺ) إلى المدينة، حيث يعتبر جميع المسلمين ممارسة النبي (ﷺ) هذه سنة (حديث)، وهي المصدر الثاني من مصادر القانون الإسلامي، وتفسير وتطبيق لمبادئ القرآن الكريم المصدر الأول الملزم لجميع المسلمين.

ومنذ ذلك الوقت أصبحت نظرية الجهاد أحد أنظمة الدولة الإسلامية التي تشتمل، وإن لم تقتصر، على النضال المسلح ضد غير المسلمين خارج نطاق الإقليم الإسلامي، حيث إنه كقاعدة عامة مستمدة من القرآن الكريم والسنة، فإن الخليفة^(١٣٥) أو الإمام^(١٣٦) أو الحكومة الإسلامية أو القائد^(١٣٧) هو الوحيد المختص بإعلان الجهاد وفقاً للشروط المشروعة لممارسة الحرب في القانون الإسلامي، بما في ذلك القانون الدولي الإنساني الإسلامي^(١٣٨)، ذلك الجهاد، الذي ينبغي أن يكون حرباً دفاعية^(١٣٩) أو حرباً وقائية^(١٤٠). ولم يستخدم الجهاد، في ممارسات الدولة الإسلامية ضد أي شعب من الشعوب غير المسلمة بسبب الفروق الدينية، حيث إن القرآن الكريم ينص على أنه: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمَرْ بِاللَّهِ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(١٤١)، إذ أن كلمة "رشد" في هذه الآية الكريمة تعني "الطريق القويم" ويشمل جميع مناحي الحياة الإنسانية بما في ذلك الجهاد.

(١٣٤) بدأت أحداث هذه المعركة في ١٧ رمضان عام ٢ للهجرة الموافق ١٥ مارس ٦٢٤، انظر: سيرة ابن إسحاق أو ابن هشام.

(١٣٥) الخليفة هو حاكم جميع المسلمين ولكن ليس له سيادة عليهم، حيث إن السيادة في القانون الإسلامي هي لله تعالى وحده، وإن كان الخليفة هو الذي يطبق القانون وفقاً للقرآن الكريم والسنة، انظر: ممارسات الخلفاء في كتب التراث.

(١٣٦) يرى فقهاء المسلمين المحدثون مثل أبو زهرة، تغيير شروط الإمام العادل إلى ثلاثة، هي: الشورى والبيعة والقيادة الرشيدة على ضوء الممارسات النبوية، انظر: أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ج ١، ١٩٧٦، ص ٨.

(١٣٧) كل هذه تسمية للحاكم في الدولة الإسلامية التي تلت حكومة المدينة برئاسة الرسول (ﷺ) حتى نهاية الخلافة الإسلامية في بداية القرن الماضي.

(١٣٨) وهو جزء أصيل من القانون الدولي الإسلامي (السير)، انظر: عامر الزمالي، القانون الدولي الإنساني والإسلام، <https://www.icrc.org/ara/assets/files/publications/icrc-2007-31-004.pdf> (تمت زيارته في ٢٠/١/٢٠١٦).

(١٣٩) M. Cherif Bassiouni, Evolving Approaches to Jihad: From Self-Defense to Revolutionary and Regime-Change Political Violence, The Chicago Journal of International Law. (2007), vol. 8, p. 131.

(١٤٠) انظر: القرآن الكريم، ٥٦: ٧؛ ١٠٩: ٦؛ ٢٣: ٥٩.

(١٤١) انظر: القرآن الكريم، ٨: ٦، ٢٥٦: ٨.

فالجihad باستخدام القوة يشبه القتال من أجل الحرية في القانون الدولي، باستثناء أن الجهاد لا يمكن إعلانه إلا بواسطة الإمام، وبشكل صريح وفقاً لقواعد القانون الإسلامي ضد المقاتلين فقط لمنع العدوان الأجنبي أو لمنع قهر المسلمين، بينما الإرهاب في القانون الدولي يمارس سراً ضد المدنيين؛ لذلك فإن الإرهاب كما ورد في القانون الدولي لا مكان له في القانون الإسلامي، ولا يعترف القانون الإسلامي ولا يفوض أي شخص أو مجموعة من الأشخاص باستخدام العنف خارج نطاق الجهاد بمعناه المحدد، أو ضد إرادة الغالبية العظمى من المسلمين.

واستناداً إلى مصادر القانون الإسلامي وممارسات الدولة الإسلامية^(١٤٢)، فإن تطبيق مبادئ الجهاد الدفاعي على الجماعات الإسلامية التي تمارس العنف المسلح خارج نطاق الجهاد، يظهر لنا أن هذه الجماعات ليسوا جهاديين وأعمالهم ليست جهاداً، وإنما هذه الجماعات، قد تكون "بغاة" (ثوار) والمفرد منها "باغي" (ثائر) وأعمالهم "بغي" (ثورة)^(١٤٣) أو أن هذه الجماعات إنما هي "محاربين" (قطاع طرق)، ومفردها "محارب" (قاطع طريق) وأعمالهم "حراية" (قطع الطرق)^(١٤٤)، وكل من أعمال البغي والحراية من الممكن أن تلتبس مع أعمال الجهاد؛ مما يتطلب الرجوع إلى معايير القانون الإسلامي التي تحدد مفهوم كل من هذه المصطلحات والقواعد التي تحكمه، وعلاقة هذه المصطلحات بالإرهاب في مفهوم القانون الدولي.

ثانياً - معايير التمييز في القانون الإسلامي بين الجهاد من ناحية والإرهاب والقتال من أجل الحرية من ناحية أخرى: ووفقاً لمعايير القانون الإسلامي، فإن كلاً من المقاتلين من أجل الحرية والمجاهدين هم جماعات تستخدم القوة المسلحة للوصول إلى أهداف مختلفة ولكن أحياناً متداخلة، حيث إن القتال من أجل الحرية في حالاته الواضحة يهدف إلى تحقيق الحرية للشعوب أو التغيير السياسي في الدول غير الديمقراطية^(١٤٥)، بينما الجهاد يشبه ذلك في بعض معانيه وإن كان يختلف في أسسه

(١٤٢) انظر: HAMIDULLAH، مرجع سابق، هامش ١٠٨.

(١٤٣) كلمة بغي مشتقة من الفعل المصدر "بغا" والذي يعني حب أو البحث عن شيء أو تسبب الفساد أو الإزعاج أو ارتكاب المعاصي. والثوار أيضاً يطلق عليهم بغاة، انظر: كثير من القواميس العربية على النت www.baheth.info (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

(١٤٤) كلمة حراية وتسمى أيضاً قطع الطريق؛ انظر: <http://www.daawa-info.net/fiqhsunnah.php?title1=010&title2=006&title3=001> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

(١٤٥) وقد حولت البروتوكولات من ١-٢ لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، حركات التحرر الوطني إلى شخص دولي من أشخاص القانون الدولي، واكتسبت هذه الحركات أهلية دولية تمنحها سلطة التفاوض باسم شعوبها، حيث تم بعد ذلك التمييز بين مفهوم المقاومة، =

ومصطلحاته عن القتال من أجل الحرية في القانون الدولي، وهذه هي القضية الجدلية، التي تحتاج إلى مزيد من الدراسة للمعايير التي يتضمنها القانون الإسلامي بدءاً من دراسة معايير تمييز مفهوم الجهاد في النظرية وممارسة الدولة الإسلامية عن مصطلحي البغي والحراية ومقارنة ذلك مع مصطلحي الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي.

الفرع الثالث

معايير التمييز في القانون الإسلامي بين البغي من ناحية والإرهاب والقتال من أجل الحرية من ناحية أخرى

أولاً - معيار تعريف البغي: وفقاً للقرآن الكريم^(١٤٦) والسنة النبوية وممارسات الدولة الإسلامية، يمكن تعريف البغي على أنه، هو قيام مجموعة من الأشخاص من الجماعات الإسلامية باستخدام السلاح لتغيير الحكومة الشرعية أو الإمام العادل (ح.ش.) أو الحكومة غير الشرعية أو الإمام غير العادل (ح.غ.ش.) لتصحيح أخطاء أو انعدام عدالة يدعي البغاة أن هذه الحكومة المراد تغييرها قد ارتكبتها، فالبغي تميزه عن غيره ثلاثة أمور، الأول: هو أن الباغي يجب أن يكون مسلماً، الثاني: البغاة يجب أن يكونوا يقاتلون (ح.ش.) أو (ح.غ.ش.) والثالث: ينبغي أن يلتزم البغاة في هذه الحرب بقواعد القانون الإسلامي.

ثانياً - بعض المعايير التي تميز أعمال البغاة: حدد القرآن الكريم، باعتباره المصدر الأول من مصادر القانون الإسلامي، القواعد التي تحكم أعمال البغاة حين نص: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى

= الذي يعنى استخدام القوة العسكرية وفقاً لشروطها المنصوص عليها في اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩، وبين مفهوم حركة التحرر الذي لها حق تمثيل شعوبها وفقاً لبرتكول عام ١٩٧٧ في المنظمات الدولية، حول اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها، انظر: د.عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني - وثائق وآراء. عمان، ٢٠٠٢؛ انظر: أيضاً، قرارات الجمعية العامة في هذا الشأن في <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0349/39/IMG/NR034939.pdf?OpenElement> (تمت زيارته في ١٢/٢/٢٠١٦)؛ محمد المجذوب، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي.

(١٤٦) انظر: القرآن الكريم، ٩:٤٩.

الْأُخْرَى فَقَبِلُوا أَلَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَفْتَى إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ^(١٤٧)، حيث إن أعمال البغي تقع وتنطبق عليها القواعد القانونية التي تحكمها فقط عندما ترفض إحدى الجماعات التي تقاتل الأخرى الحلول السلمية العادلة لنزاعها وفقاً للقانون الإسلامي.

من تلك القواعد التي تحكم الجهاد ضد البغي وعقوبة البغي وإقليم البغي والتمييز بين بغي الجماعات الإسلامية وغيرها، والأثر القانوني للحكومة الواقعية للبغاة وقرارات محكمة دار البغي ومعاهدات البغاة مع الدول الأجنبية وأثرها القانوني على (ح.ش)، على التفصيل التالي.

(١) الجهاد ضد البغي أو الإمام غير العادل: يجمع فقهاء المسلمين على أن للإمام الحق في إعلان الجهاد ضد البغاة، حيث يعتبرون أن أعمال البغي هي أعمال غير مشروعة تمثل عصياناً لله تعالى؛ لإخلالها بالنظام العام للدولة والذي لا يمكن تغييره بالقوة من أجل إصلاح خلل ارتكبته الحكومة. والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن وله صلة بما يحدث هذه الأيام فيما يعرف بحركات الربيع العربي (أو المظاهرات ضد الحكومات العربية) ويمكن طرحه هنا، هو: هل للمسلمين الحق في استخدام الجهاد أو القوة المسلحة ضد الإمام غير العادل، الذي لا تتوفر فيه شروط التعيين؟^(١٤٨) هل مثل هذا العمل مسموح به قانوناً أم يعتبر عملاً من أعمال البغي (الثورة)؟

في مثل هذه الحالة، فإن القرآن الكريم والسنة النبوية^(١٤٩) يدعوان إلى التمهّل في مواجهة فساد وقسوة الحاكم^(١٥٠)، حتى وإن كان ذلك الحاكم غير مسلم ما دام أنه يطبق الشريعة الإسلامية، ولا يأمر بما هو عصيان لله لمنع الفوضى والفتن^(١٥١) وسفك الدماء، كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ

(١٤٧) انظر: القرآن الكريم، ٩: ٤٩.

(١٤٨) يرى ابن خلدون أن شروط تعيين الإمام يمكن انقاصها إلى أربعة: العلم والعدل والقدرة وسلامة الحواس، ولا يشترط القرشية، انظر: أبو زهرة، مرجع سابق، هامش ١٣٦، ص ١٠٦.

(١٤٩) انظر: صحيح البخاري ومسلم <http://sunnah.com/search?q=It+is+e+ruler> + obligatory + upon + a + Muslim + that + he + should + listen + to + the + ruler زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢.

(١٥٠) من أسباب فساد الحكام استيلائهم على السلطة عنوة دون أن تتوفر فيهم شروط التولية المشار إليها في معظم كتب رجال الفقه الإسلامي.

(١٥١) كلمة "الفتنة" لها معاني عديدة: منها الصد عن سبيل الله والإضرار والحروب، انظر:

[id=9501" http://www.ahl-alquran.com/arabic/show_article.php?main_id=9501](http://www.ahl-alquran.com/arabic/show_article.php?main_id=9501)

(تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

مِنْكُمْ فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا^(١٥٢). وقد تم تفسير قواعد القرآن الكريم هذه وتطبيقها بواسطة الحديث والسنة التي جاء فيها: "على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"^(١٥٣)، وقوله (ﷺ): "إذا التقي المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار". قالوا يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال: "إنه أراد قتل صاحبه"^(١٥٤). فالقانون الإسلامي حرم البغي (الثورة) حتى في حالة تغيير الحاكم غير العادل، حيث إن مثل هذا العمل يؤدي إلى آثار سلبية على النظام العام إذ أن تغيير الإمام في مثل هذه الحالة يكون باستخدام العنف من قبل الثوار؛ مما يؤدي إلى أضرار كبيرة أكثر من تعيين الإمام غير العادل.

ولكن أعمال مبدأ القانون الإسلامي الذي يقضي بـ "الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"^(١٥٥)، من الممكن أن يكون سندا للثورة على الحاكم غير العادل، حيث إن المسلم ينبغي ألا يكون سلبياً تجاه المنكر، إذ أن أي مسلم مسؤول وفقاً لمبدأ القانون الإسلامي المسمى الحسبة^(١٥٦) والذي مؤداه تغيير الوضع السياسي السلبي إلى ما هو أفضل منه^(١٥٧) حتى لو أدى ذلك إلى تغيير الإمام، حيث إن الإمام ملزم بسماع واحترام نصيحة الشعب، وممارسة هذه المسؤولية من قبل المواطنين المسلمين يعتبر نوعاً مهماً من أنواع الجهاد، كما جاء بالحديث القائل: "أَفْضَلُ الْجِهَادِ كَلِمَةٌ عَدْلٍ عِنْدَ سُلْطَانٍ جَائِرٍ"^(١٥٨).

(١٥٢) انظر: القرآن الكريم، ٥٤: ٤.

(١٥٣) انظر: صحيح البخاري ومسلم، مرجع سابق، هامش ١٤٩.

(١٥٤) المرجع السابق.

(١٥٥) انظر: ابن تيمية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر <http://www.rslan.org/kotob/Ma3roof.pdf> (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

(١٥٦) المرجع السابق؛ مفهوم الحسبة في القانون الإسلامي، ابن تيمية إذ عرفها كما يلي: "ولاية دينية يقوم ولي الأمر - الحاكم - بمقتضاها بتعيين من يتولى مهمة الأمر بالمعروف إذا أظهر الناس تركه، والنهي عن المنكر إذا أظهر الناس فعله، صيانة للمجتمع من الانحراف، وحماية للدين من الضياع، وتحقيقاً لمصالح الناس الدينية والدنيوية وفقاً لشرع الله تعالى" انظر:

https://www.google.com.kw/search?q=%D9%85%D9%81%D9%87%D9%88%D9%85+%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%B3%D8%A8%D8%A9+%&hl=ar-KW&gbv=2&oq=&gs_l= (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

(١٥٧) المرجع السابق.

(١٥٨) انظر: صحيح البخاري ومسلم، مرجع سابق، هامش ١٤٩.

لذلك، فاستناداً إلى القاعدة العامة السابقة التي تقضي بطاعة المسلمين التامة للإمام، فإن الفقهاء المسلمين يقرون أن الإمام أو الحكومة - أحياناً - قد تحيد عن العدالة أو تكون قمعية مما يبرر قانوناً تغييرها أو الانقلاب عليها باستخدام أداة الجهاد في شكل مظاهرات سلمية أو حتى بالثورة المسلحة. وفي هذه الحالة لا بد أن تكون المظاهرات أو الثورة منتشرة على نطاق واسع لإظهار مدى عدم رضا الشعب بهذه الحكومة، كما حدث في تونس ومصر واليمن وسوريا^(١٥٩). وفي مثل هذه الحالة لا تعتبر الثورة "بغي" والدولة ليس لها الحق قانوناً بمعاقبة الثوار إلا عن الجرائم التي ارتكبوها أثناء المظاهرات أو الثورة والتي لا علاقة لها بأعمال الثورة، كالاعتصاب أو السرقة، فإذا نجح الثوار في الإطاحة بالحكومة، فإن الحكومة الجديدة تكون شرعية إلا إذا كانت غير شرعية لسبب آخر.

(٢) عقوبة البغي: حدد القرآن الكريم عقوبة البغي، حيث قال الله تعالى: ﴿وإن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَفَنِّلُوا الَّتِي بَغَتْ حَتَّىٰ نَفِءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْضُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(١٦٠) والهدف من هذا القتال ليس قتل البغاة ولكن إلقاء القبض عليهم وتطبيق القانون الجنائي الإسلامي عليهم، فأجزاء القانون الإسلامي التي تشتمل على عقوبة محددة في القرآن الكريم والسنة لجرائم متعلقة بحقوق الله^(١٦١) مثل عقوبة التعزير^(١٦٢) والقصاص والديات^(١٦٣)، لا تطبق على البغاة لأن سلطة الإمام فيها محدودة، وإنما الإمام يستطيع تطبيق عقوبة السياسة الشرعية على جريمة البغي أو العفو، حيث إن الجريمة تمس حقوق الدولة. وعلى أية حال، فإن محمد بن الحسن الشيباني - أبو القانون الدولي الإسلامي - يرى أنه: عندما يتوب الثوار ويقبلون قرار الحكومة، فإنهم لا يعاقبون على ما أحدثوه من خسائر أثناء الثورة^(١٦٤). وأضاف أن

(١٥٩) هذا وهناك تحفظ على هذه الجملة، ذلك أن الحكومات المطلوب تغييرها ليست حكومات إسلامية وفقاً لقواعد القانون الإسلامي.

(١٦٠) انظر: القرآن الكريم، ٩: ٤٩.

(١٦١) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج ٩، ٢٠٠٣، ص ٢٤٨.

(١٦٢) المرجع السابق، ص ٢٧٣.

(١٦٣) المرجع السابق.

(١٦٤) السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، ج ١٠، ١٩٩٧، ص ١٣٦؛ الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ٣، ٢٠٠٣، ص ٤٠٤.

هذه القاعدة مبنية على سابقة تمتعه بالقبول العام من صحابة الرسول (ص) بعد الحرب الأهلية بين المسلمين (الفتنة) (١٦٥).

وهنا ملاحظة تجب الإشارة إليها وهي أن تعليق أحكام القانون الجنائي الإسلامي لا يعني أن أعمال البغاة كانت مشروعة، بل أن سلطة تطبيق القانون على المشاركين تلاشت بعد حصولهم على القوة "المنعة"، وهذه النتيجة هي سبب عدم التزام المشاركين قانوناً بتعويض مثل هذه الأضرار، وإن كان يجب نصهم عن طريق الفتوى لتعويض هذه الأضرار، حيث إنهم سيكونون مسؤولين أمام الله عنها (١٦٦).

(٣) إقليم البغاة: الإقليم الذي يقع تحت إدارة البغاة يدعى "إقليم الثوار" أو "دار البغي"، بينما يطلق على الإقليم الذي يكون تحت إدارة الحكومة الشرعية "دار العدل"، ويعتبر إقليم البغي خارج نطاق اختصاص الحكومة الشرعية (١٦٧). لأن البغي في القانون الإسلامي يندرج تحت مبدأ "الفساد في الأرض" (١٦٨).

وهناك كثير من أنواع الفساد وللإمام وفقاً لمبدأ "السياسة الشرعية" (١٦٩) أو تسييس الشريعة (١٧٠) معالجة ذلك وفقاً لأحكام القرآن الكريم، حيث يحث القرآن المؤمنين بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ (١٧١)، فالآية الكريمة تدعو إلى المحافظة على السلم والنظام في الدولة، حيث إن النوعين المهمين من الفساد اللذين أشار إليهما القرآن الكريم بوضوح هما البغي (١٧٢) والحرابة (١٧٣).

(١٦٥) انظر: السرخسي، مرجع سابق، هامش ١٦٤، ص ١٣٦؛ ابن قدامه المغني، شرح مختصر الخراج، ج ٨، ١٩٨١، ص ١١٢.

(١٦٦) انظر: السرخسي، مرجع سابق، هامش ١٦٤، ص ١٣٦.

(١٦٧) المرجع السابق.

(١٦٨) البغي هو فساد، وواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يتطلب من المسلمين منعه. كذلك إذا كان الحاكم غير عادل، انظر: بشأن مبدأ الفساد في القرآن الكريم، السرخسي، مرجع سابق، هامش ١٦٤، ص ١٣٠.

(١٦٩) ابن تيمية عرف السياسة الشرعية: أنها عمل الحاكم على أساس المصلحة بشأن حماية أهداف القانون حتى ولو لم يوجد نص في القرآن أو السنة كسند لذلك العمل.

(١٧٠) أسس السياسة الشرعية في القرآن الكريم، على سبيل المثال، ٣: ١٠٠؛ ٩: ١٠٤، ٧: ١٢٤.

(١٧١) القرآن الكريم، ٥٨: ٤.

(١٧٢) القرآن الكريم، ٤٨: ٩-١٠.

(١٧٣) يذكر الفقهاء الحنفية عامة القواعد التي تحكم الحرابة في باب السرقة، على سبيل المثال، السرخسي، ج ٩، مرجع لاحق، هامش ١٩٩، ص ١٣٤.

(٤) التمييز بين البغاة من المسلمين والبغاة من غير المسلمين: قواعد القانون الإسلامي التي تحكم البغاة من المسلمين لا تطبق على البغاة من غير المسلمين، بل تطبق على البغاة من المسلمين وحدهم أو مع غيرهم من غير المسلمين، حيث إن البغاة من غير المسلمين، إذا كانوا من الذميين وسكان الدولة، فإنه يطبق عليهم قانون الحرب^(١٧٤)، الذي يطبق على أهل دار الحرب^(١٧٥).

فوفقاً للقانون الإسلامي، فإن عقد الذمة^(١٧٦) المبرم بين الحكومة الإسلامية والمواطن غير المسلم ينتهي بأحد الأفعال التالية، الأول: عندما يستوطن مواطن الدولة الإسلامية غير المسلم "الذمي" مكاناً خارج دار الإسلام بشكل نهائي. والثاني عندما تكتسب مجموعة من مواطني الدولة الإسلامية من غير المسلمين قوة "منعة" ويثورون في مواجهة الحكومة الإسلامية^(١٧٧).

(٥) الأثر القانوني للسلطة الواقعية للبغاة: يعترف القانون الإسلامي ببعض الآثار القانونية للسلطة الواقعية للبغاة، كما يلي:

(أ) قيام البغاة بجمع العائدات: للبغاة جمع العائدات السنوية^(١٧٨) من سكان الأراضي، التي يحتلونها، ولا تستطيع الحكومة الإسلامية جمع هذه العائدات في نفس السنة حتى لو استعادت السلطة على نفس السكان والإقليم^(١٧٩)، حيث إن العائدات تجمع بواسطة السلطة التي تمنح السكان الأمن^(١٨٠). أما الزكاة^(١٨١) والعشر^(١٨٢) فهي ليست فقط من أنواع العائدات وإنما أيضاً من

(١٧٤) محمد بن الحسن الشيباني، السير الصغير (باللغة الإنجليزية).

(١٧٥) السرخسي، السير الكبير، ١٩٩٧، ص ١٦٤.

(١٧٦) يضمن الحاكم المسلم في عقد الذمة أمن وحماية حياة ومال وحرية التدين لغير المسلمين الذين يوافقون على الالتزام بالقانون الإسلامي وبدفع الجزية، انظر: BassamZawadi, The Status of Non-Muslims in the Islamic State, available at: http://www.call-to-monotheism.com/the_status_of_non_muslims_in_the_islamic_state (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

(١٧٧) الكاساني، ج ٧، مرجع سابق، هامش ١٦١، ص ٤٤٦.

(١٧٨) مثل الخراج والزكاة والعشر والخمس.

(١٧٩) انظر: برهان الدين المرغناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج ٢ بدون تاريخ، ص ٤١٢.

(١٨٠) المرجع السابق.

(١٨١) الزكاة هي مبلغ معين يدفع سنوياً للفقراء وفقاً للقانون الإسلامي عن ممتلكات معينة، حيث تعتبر واحدة من أركان الإسلام الخمسة.

(١٨٢) العشر هو زكاة الزراعة وهي واحد بالعشرة.

أعمال العبادة، فمن دفع الزكاة أو العشر إلى البغاة يكون مسؤولاً أمام الله - عند استعادة الحكومة الشرعية للإقليم من البغاة - أن يدفعها مرة ثانية للحكومة الشرعية، إذا لم ينفق البغاة هذه المبالغ في السبل التي حددها القانون الإسلامي^(١٨٣).

(ب) محاكم دار البغي: عادة ما يثار مدى قانونية المسائل التالية المتعلقة بمحاكم دار البغي:

- الشخص المؤهل كقاض ينبغي أن يقبل تعيينه من قبل البغاة حتى لو أنه لا يقر بشرعية سلطتهم، شريطة أن يطبق هذا القاضي القانون الإسلامي^(١٨٤)، حيث إن أساس هذه القاعدة تتمثل بالسابقة التي تبناها القاضي (شريح) الذي ليس فقط قبل تعيينه كقاض من قبل الخليفة عمر بن الخطاب، بل أيضاً عمل كقاض في الكوفة أثناء الحكم التسلسلي لبني أمية في عهد الخليفة عبد الملك بن مروان^(١٨٥).
- إضافة إلى أن حل النزاعات من قبل الشخص المؤهل وفقاً للقانون الإسلامي ما هو إلا تطبيق لمبدأ "الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" الذي هو مسؤولية كل مسلم، ولكن عندما يرسل قاضي دار البغي حكمه إلى قاضي دار العدل، فإن الحكم المرسل غير مشروع في دار العدل لأسباب عديدة منها:
- محكمة دار البغي ليس لها سلطة إلزام محكمة دار العدل، حيث إن محكمة دار العدل تعتبر البغاة "فسقة" وشهادتهم وأحكامهم غير مقبولة.
- هناك احتمال أن محكمة دار البغي قد حكمت بالقضية على أسس غير مشروعة^(١٨٦)، إلا إذا راجعت محكمة دار العدل حكم محكمة دار البغي ووجدته مبنياً على أسس مشروعة، وفي هذه الحالة، فإن قاضي دار العدل ينفذ فقط الأحكام المشروعة^(١٨٧) ويلغي الأحكام غير المشروعة التي

(١٨٣) انظر: المرغناني، مرجع سابق، هامش ١٧٩، ص ٤١٢.

(١٨٤) السرخسي، مرجع سابق، هامش ١٦٤، ص ١٣٨؛ ابن قدامة، مرجع سابق، هامش ١٦٥، ص ١١٩.

(١٨٥) انظر: شريح القاضي http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?ID=474&bk_no=60&flag=1 (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

(١٨٦) يقول الشيرازي: إن حكم قاضي البغاة ليس له قوة تنفيذية فقط إذ كان القاضي لا يؤمن بحرمة حياة ومال أهل العدل، انظر: الشيرازي، مرجع سابق، هامش ١٦٤، ص ٤٠٧.

(١٨٧) المرجع السابق؛ السرخسي، مرجع سابق، هامش ١٦٤، ص ١٤٢.

تعارض إجماع الفقه، عندما ينازع في هذه الأحكام أمام محكمة دار العدل الأشخاص المتضررين.

(ح) معاهدات البغاة مع الدول الأجنبية وأثارها القانونية على الحكومة الشرعية: مبدأ الأمان يشمل غالبية المعاهدات في القانون الإسلامي، حيث إن مؤدى مبدأ الأمان أن لكل مسلم أو مجموعة من المسلمين سلطة منح أمان إلى شخص أو مجموعة من الأشخاص غير المسلمين، شريطة أن يكون المسلم الذي يمنح الأمان يشكل جزءاً من مجموعة قوية لها منعة، حيث إن الأمان يلزم كل المسلمين^(١٨٨) بحماية حياة وحرية غير المسلم الذي منح الأمان ويدعى "مستأمن"^(١٨٩). فإذا عقد البغاة معاهدة مع دولة غير مسلمة، فإن هذه المعاهدة تلزم الحكومة الشرعية^(١٩٠) شريطة أن لا تشتمل هذه المعاهدة على ما يخالف القانون الإسلامي أو أن الطرف غير المسلم يساعد البغاة في حربهم ضد الحكومة الشرعية^(١٩١).

ثالثاً - معايير تمييز البغي عن الإرهاب: يختلف مفهوم البغي عن مفهوم الإرهاب في الممارسات العربية الحديثة، التي فيها تم ترجمة "terrorism" إلى مصطلح "الإرهاب"^(١٩٢)، حيث إن أعمال الإرهاب هي أعمال عنف ارتكبت من مجموعة ضد العامة لأسباب سياسية، ويعتبر مرتكبيها إرهابيين^(١٩٣)، وبالمقارنة، فإن البغي له معنى خاص في القانون الإسلامي، وهو قيام مجموعة من الأشخاص بحمل السلاح أو الثورة ضد الحكومة الشرعية أو غير الشرعية لمحاولة تغييرها، لخطأ ارتكبته في حق الشعب أو على الأقل رفع بعض الظلم عن هذا الشعب دون انتهاك القانون الإسلامي، فإذا أصيب المدنيون خطأً، في هذه الأثناء، فإن المهاجم لا يطلق عليه إرهابي وإنما باغي.

(١٨٨) السرخسي، المرجع سابق، ج ١، ص ٢١٣.

(١٨٩) للحاكم المسلم أن يمنع مواطنيه من منح الأمان في حالات معينة، فإذا منح أحد رعاياه هذا الأمان بعد ذلك فليس لهذا الأمان شرعية، انظر: الشيرازي، ج ١، ص ٢٢٧، ج ٢، ص ٢٢٩.

(١٩٠) السرخسي، ج ١٠، مرجع سابق، هامش ١٦٤، ص ١٤١.

(١٩١) السرخسي، المرجع، ص ١٤٣.

(١٩٢) انظر: المطرودي، الإرهاب ورأي القرآن فيه، http://www.jstor.org/stable/25728138?seq=1#page_scan_tab_contents (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

(١٩٣) المرجع السابق، ص ١٨٨.

الفرع الرابع

معايير التمييز في القانون الإسلامي بين مفهوم الحراية من ناحية والإرهاب والقتال من أجل الحرية من ناحية أخرى

اختلف فقهاء المسلمين حول علاقة الإرهاب في القانون الدولي بالحراية في القانون الإسلامي، فعلى سبيل المثال: رفض بعض الفقهاء استخدام اصطلاح "terrorism" كترجمة لاصطلاح "حراية"، حيث يعتبر أن اصطلاح حراية يطلق على عموم المجرمين الذين يقصدون من وراء ارتكاب الجرائم مصالح خاصة^(١٩٤) أما الإرهاب، فإنه يرى أنه وجد كنتيجة لظهور الجريمة السياسية والتحرر الوطني في العصر الحديث^(١٩٥).

ويرى آخر، أن مصطلح حراية مرادف لمصطلح الإرهاب، حيث استخدم مصطلح حراية للإشارة إلى من يرتكب العنف ضد العامة^(١٩٦).

ويرى آخر في تعليقه على مصطلح حراية، أن جريمة الحراية في القانون الإسلامي التقليدي ذات شبه كبير مع الإرهاب الداخلي الحديث^(١٩٧).

وبالتمعن في هذه الآراء جميعاً وغيرها، نجد أنها لا تستند إلى معيار محدد لتمييز مفهوم الحراية في القانون الإسلامي عن مفهوم الإرهاب في القانون الدولي. واستناداً إلى معايير القانون الدولي، سالف الذكر، التي تميز بين الإرهاب وحروب

(١٩٤) انظر: Khaled Abou El-Fadl, Ahkamal-Bughat: Irregular Warfare and the law of Rebellion, in CROSS, CRESCENT AND SWORD: THE JUSTIFICATION AND LIMITATION OF WAR IN WESTERN AND ISLAMIC TRADITION

(John Turner Johnson and John Kelsay ed., Greenwood Press 1990) p. 151.

(١٩٥) Khaled Abou El Fadl, Rebellion & Violence in Islamic Law (New York: انظر: Cambridge University Press, 2001) p 6.

(١٩٦) وقد سمحت هذه الفتوى للمسلمين في الجيش الأمريكي المشاركة في الحروب ضد الإرهاب، حتى لو كانت تلك الحرب ضد دولة إسلامية، انظر: Basheer M. Nafi, Fatwa and War: On the Allegiance of the American Muslim Soldiers in the Aftermath of September 11, ISLAMIC L. & SOCY (2004) vol. 11, p.80.

(١٩٧) لمزيد من التفاصيل حول الحراية وفكرة الإرهاب الحديث، انظر: Sherman A. Jackson, Domestic Terrorism in the Islamic Legal Tradition, MUSLIM WORLD (2001) vol. 91, p. 295-99 available at: rt1.pdfhttp://www.hartsem.edu/wp-content/uploads/jacksonart1.pdf, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

التحرر، فإن مفهوم الحراية يختلف تماماً عن حروب التحرير، ويشبه في بعض الأحوال الإرهاب الداخلي في القانون الدولي، فالحراية تشبه الإرهاب في ما يتعلق باستخدام الأشخاص والجماعات لأعمال العنف في كل من المفهومين لأهداف متعددة، ليس للتحرر من أنظمة دكتاتورية أو أجنبية، مثل حروب التحرير في القانون الدولي، وإنما للسرقة (بالنسبة للحراية)، ولإشاعة الرعب بين العامة وإلحاق أضرار بدنية ومادية بهم^(١٩٨) في كل من المفهومين.

وعلى أية حال، فإن الحراية لها تأثير أقل من الإرهاب في القانون الدولي، حيث إن الحراية تميزها عن غيرها ثلاثة معايير، الأول: عمل السرقة وإرهاب العامة الذي هو الهدف النهائي لهذا العمل، أما عمل الإرهاب فيرتكب لعدد من الأهداف الداخلية والخارجية، كما ذكرنا سابقاً. والمعيار الثاني: هو مكان ارتكاب الحراية، حيث إن موقع ارتكاب عمل الحراية يقع عادة داخل إقليم الدولة، بينما عمل الإرهاب قد يقع داخل وخارج الدولة. والمعيار الثالث والأخير: هو استخدام السلاح في ارتكاب أعمال الحراية^(١٩٩) والإرهاب معاً.

وهذا التحديد لمفهوم الحراية، يؤكد أن الحراية تمثل جريمة خطيرة ضد العامة عموماً^(٢٠٠) وضد الأمن العام، الذي يمنحه الإسلام قيمة عالية، ومن ثم، فإن الفقه الإسلامي مجمع على استخدام الجهاد ضد المحاربين، ويعتبر مثل هذا الجهاد واجباً على كل مسلم لمقاتلة المحاربين بكل الوسائل^(٢٠١) ومعاقبة مرتكب الحراية بالقتل وفقاً لنص القرآن الكريم^(٢٠٢)، حيث لا سلطة تقديرية للقاضي في تقدير عقوبة هذه الجريمة^(٢٠٣).

(١٩٨) انظر: Abdal Hakim Murad, Terrorism Is Hiraba in Sharia (Law) (Apr.12, 2014), available at: <http://thefactsaboutislam.blogspot.com/2014/04/terrorism-ishirabah-in-sharia-law-by->

<http://thefactsaboutislam.blogspot.com/2014/04/terrorism-ishirabah-in-sharia-law-by-> html, (تمت زيارته في ٢٠١٦/٢/١٢).

(١٩٩) انظر: ابن تيمية، الجهاد، ج ١ بيروت ١٩٩١؛ السرخسي، المبسوط، ج ٩، ١٩٨٦، ص ١٩٥.

(٢٠٠) انظر: السرخسي المبسوط، المرجع السابق.

(٢٠١) انظر: ابن تيمية، الجهاد، مرجع سابق، هامش ١٩٩، ص ٢٨١.

(٢٠٢) انظر: القرآن الكريم، ٣٣: ٥.

(٢٠٣) يطلق عليها القرآن الكريم "فساد"، انظر: القرآن الكريم.

المبحث الثالث الخلاصة

نخلص من كل ما سبق إلى أنه على الرغم من غموض مصطلحي الإرهاب والقتال من أجل الحرية في القانون الدولي وتسييسهما في الممارسات الدولية، فإن هذه الدراسة، قد توصلت، في بحث ادعاء كل من هذه المجموعات بشأن الوضع القانوني لأعمالهم من جهة، والادعاء المضاد من قبل دول التحالف ضد هذه الأعمال من جهة أخرى في ظل القانون الدولي المعاصر، إلى تأصيل معايير عملية هي (الغاية ووسيلة العمل المرتكب، والقصد منه، ومشروعية هذا العمل) لتحديد طبيعة أي عمل من أعمال هذه الجماعات، حيث ينبغي أن تتخذ هذه المعايير كوسيلة للتمييز بين أعمال الإرهاب وأعمال القتال من أجل الحرية في الحالات الحاضرة والمستقبلية.

ولكن المشكلة، التي من الممكن أن تصاحب تفعيل هذه المعايير في الممارسات الدولية وتشكل العقبة الكأداء، هي أن أحد أطراف النزاع (كتنظيم الدولة أو غيرها من هذه الكيانات) قد لا يعترف بالقانون الدولي لأسباب دينية، والذي من الممكن أن يكون طريقاً لتهرب أحد الأطراف في هذا النزاع من مسؤوليته عن أعماله المخالفة للقانون، مما أظهر الحاجة إلى تأصيل معايير احتياطية (بدلية وملزمة) لمواجهة مثل هذه الحالة.

وهذه المعايير الاحتياطية مستخلصة من اندماج بعض القواعد القانونية الملزمة في مبادئ مستمدة من القانون الإسلامي لحل ما قد يثور من نزاع بين الدولة وغيرها من الجماعات، كذلك النزاع المشار إليه سابقاً، حيث إن هذه المعايير القانونية الملزمة تحدد الوضع القانوني لأعمال هذه الجماعات وفقاً للقانون الإسلامي لتقرير، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، ما إذا كانت أعمال جماعة معينة تمثل جهاداً (قتال من أجل الحرية) أو بغياً (ثورة) أو حراقة (إرهاب داخلي).

واستناداً إلى هذه المعايير، فإنه يلاحظ أن مصطلح (terrorism) في القانون الدولي وترجمته بمصطلح (إرهاب) في اللغة العربية، لا يتطابقان تماماً في المعنى مع مثيلتهما من المصطلحات الواردة في القرآن الكريم (كمصطلح ترهبون) (وهو الفعل المضارع للاسم إرهاب). فالمصطلح الملائم في اللغة العربية للمصطلح (terrorism)، في شقه الداخلي غير الدولي، في القانون الدولي والمتفق مع أحكام القرآن الكريم، هو مصطلح (حراقة) أو (إفساد)، حيث إن كلاً من المصطلحين الأخيرين أقرب إلى الإرهاب الداخلي في القانون الدولي، خاصة ونحن نعرف أن جريمتي الحراقة والإفساد

هما من الجرائم الخطيرة في نظر الفقه الإسلامي ويعاقب على كل منهما بالإعدام، كما هو الحال بعقوبة مرتكبي الإرهاب في كثير من القوانين الأوروبية والأمريكية.

وأخيراً، فإنه على الرغم من أن القانون الإسلامي، قد سبق في نشأته وتطوره القانون الدولي، فإن القانون الإسلامي تماماً لا يعترف بمفهوم الإرهاب في القانون الدولي، ولكن القانون الإسلامي له معايير التي تحدد طبيعة أعمال العنف التي تقوم بها هذه الجماعات، والمصطلحات التي تطلق على مثل هذه الأعمال، حيث قد تتشابه أو تختلف، في بعض الأحيان، عن مثيلاتها في القانون الدولي. هذه النتيجة، التي تمثل إضافة قيمة إلى الفكر القانوني الوضعي، حيث إنه على سبيل المثال: من الممكن أن يشبه الجهاد القتال من أجل الحرية في القانون الدولي، والبغي من الممكن أن يشبه المظاهرات أو الثورة في القانون الدولي، والحاربة من الممكن أن تتماثل مع الإرهاب الداخلي في القانون الدولي.

فكل من المفاهيم الثلاثة، وفقاً للقانونين الدولي والإسلامي، هي مفاهيم ناضجة للبحث، ومن الممكن أن يكون أي منها موضوع لبحث مقارنة أكثر عمقاً، كدراسة الجهاد مقارنة مع القتال من أجل الحرية، أو مفهوم البغي مقارنة مع الثورة، حيث إن مثل هذه البحوث، هي خارج نطاق هذه الدراسة، التي هي محدودة بالوقت والجهد والإيجاز. ولذلك، فإن أهم توصية تتوصل إليها هذه الدراسة هي أن يتناول الباحثون من جميع المستويات العلمية في المؤسسات الأكاديمية هذه الموضوعات الجديدة والتي تنبض بالحيوية في بحوث مقارنة تزيد من عمق التفكير القانوني، وتملأ الفراغ القائم بين القانون الدولي والقانون الإسلامي.

التدخل العسكري في ليبيا وفقاً لمبدأ المسؤولية عن الحماية

الدكتور/ علي سيف النامي
أستاذ القانون الدولي المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

في هذه الدراسة نتطرق لمبدأ جديد في القانون الدولي، يهدف إلى حماية المدنيين عندما يتعرضون لجرائم الحرب، وجرائم الإبادة الجماعية، وجرائم التطهير العرقي، والجرائم ضد الإنسانية.

هذا المبدأ له ثلاث ركائز يجب الالتزام بها عند تنفيذه؛ إذ إن أساس المسؤولية عن حماية السكان المدنيين تقع أولاً على الدولة وثانياً على المجتمع الدولي من خلال ما يقدمه لها من المساعدة لبناء قدراتها في هذا المجال، لكن إذا ما تقاعست الدولة أو لم ترغب أو فشلت في حماية رعاياها فإن المسؤولية هنا تنتقل إلى المجتمع الدولي ممثلاً في منظمة الأمم المتحدة، بقرار من مجلس الأمن وفقاً للميثاق، والمجلس عليه استخدام كل التدابير اللازمة، بما فيها استخدام القوة إن لزم الأمر؛ من أجل توفير الحماية للمدنيين وبطريقة حاسمة وفي الوقت المناسب.

لقد تم تطبيق هذا المبدأ لأول مرة في ليبيا، لكن للأسف لم يكتب له النجاح؛ إذ إن المدنيين ما زالوا يتعرضون للانتهاكات الجسيمة على الرغم من التدخل العسكري من قبل المجتمع الدولي، وقد انحرف التطبيق عن الهدف الأساسي لتحقيق أهداف أخرى.

لكن ذلك لا يجعلنا نهجر تطبيق هذا المبدأ في حالات أخرى تستوجب حماية المدنيين، بل علينا دراسة سبلات المثال الليبي وتداركها لإيجاد الحلول لها ومن ثم تطبيق هذا المبدأ مستقبلاً، وتحقيق الهدف منه، وهو توفير الحماية للمدنيين.

المقدمة:

اندلعت في كثير من الدول العربية ثورات أو ما يسمى بالربيع العربي، وهي تهدف لحصول الشعوب على حريتها وتطبيق الديمقراطية، وبداية قامت باحتجاجات سلمية ومطالبات بالتغيير السلمي للسلطة، واحترام حقوق الإنسان، ومن ذلك ما قام به الشعب الليبي الذي قام بانتفاضة ضد الرئيس معمر القذافي، الذي حكم ليبيا ما يقارب ٤٣ عاماً، حكماً دكتاتورياً، نكل فيه بأبناء الشعب الليبي، منتهكاً لديه أبسط حقوق الإنسان، وقد قام الشعب في البداية بالاحتجاجات السلمية، غير أن قوات النظام لجأت إلى استخدام كل أنواع الأسلحة لقمع هذه الاحتجاجات، ومواجهة المظاهرات التي كانت تطالب بالحرية واحترام حقوق الإنسان، وقد تم تشكيل مجلس وطني ليبي يمثل المعارضة لكن الغلبة كانت واضحة لقوات نظام القذافي، الذي لم يستجب لأي مطالبة

بالحل السلمي، ومن ثم حماية المدنيين الذين كانوا يتعرضون لنيران القوات الحكومية وبطشها، وحصلت - خلال ذلك - انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، أشارت إليها المنظمات الدولية غير الحكومية والوكالات الدولية التي تعمل في مجال حقوق الإنسان في تقاريرها، وتمت الدعوة للتدخل من قبل المجتمع الدولي لإنقاذ الشعب الليبي من الانتهاكات التي يتعرض لها على يد القوات الحكومية الليبية^(١).

وبالفعل تدخل المجتمع الدولي لحماية الشعب الليبي والانتهاكات الصارخة التي تعرض لها وما يمكن أن يتعرض لها لولا رعاية الله أولاً، ثم تدخل قوات الناتو التي طبقت قرار مجلس الأمن الدولي بناء على تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية الذي ظهر حديثاً.

يهدف هذا المبدأ الذي طالبت بتطبيقه الدول والمنظمات الدولية والإقليمية والمنظمات غير الحكومية على النزاع المسلح في ليبيا، إلى حماية الإنسان عندما يتعرض - خاصة - إلى جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم التطهير العرقي، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية.

وأثارت الأزمة الليبية في عام ٢٠١١ المشكلة المتمثلة بكيفية اختيار الوسيلة المناسبة لحماية المدنيين، وإمكانية استخدام القوة لتأمين هذه الحماية دون أن يمثل ذلك اعتداء على سيادة الدولة.

وبالفعل أصدر مجلس الأمن الدولي قرارات سمحت بتدخل حلف الناتو عسكرياً واستخدام القوة بعملية سميت فجر أوديسا^(٢).

ولكن للأسف لم يتحقق للشعب الليبي - حتى اليوم - الاستقرار والأمن وحماية حقوق الإنسان بعد هذه العملية والإطاحة بنظام القذافي الدكتاتوري؛ إذ لم يستقر الوضع، بل زادت الخلافات على السلطة، واستمر القتال بين الفصائل، ولم يتحقق الأمن المنشود.

لذلك سنحاول من خلال هذا البحث - أولاً - تعرّف مضمون المبدأ الجديد ومعايير، وهو مبدأ المسؤولية عن الحماية الذي طبق لأول مرة على النزاع المسلح في ليبيا، ونرى - ثانياً - مدى توافر معايير، ومن ثم أفضل أم نجح في تحقيق أهدافه.

(١) راجع: تقرير مجلس حقوق الإنسان في تاريخ ٢٥ فبراير ٢٠١١.

A/HRC/RES/5-15/1.

(٢) راجع: قرار مجلس الأمن الدولي رقم ١٩٧٠ ورقم ١٩٧٣ اللذين سمحا للدول الأعضاء باستخدام جميع الوسائل الضرورية لحماية المدنيين، بحسب الفصل السابع لميثاق الأمم المتحدة.

المبحث الأول

مضمون مبدأ المسؤولية عن الحماية ومعاييرها

ظهر مبدأ المسؤولية عن الحماية - لأول مرة - في مؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥ في مدينة نيويورك، ووقعت الدول - بالإجماع - على إقراره، لعلاج مسألة تعرض المدنيين لأفظع الجرائم في أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية.

وكانت فكرة هذا المبدأ قد ظهرت في عام ١٩٩٩، عندما أعلن الأمين العام الأسبق كوفي عنان في خطابه أمام الدورة الرابعة والخمسين للجمعية العامة للأمم المتحدة، عن حالات فشل مجلس الأمن في حل النزاعات المسلحة في رواندا وكوسوفو ووضع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أمام التحدي بأن تجد أرضية مشتركة للحفاظ على مبادئ الميثاق والتصرف دفاعاً عن الإنسانية المشتركة، وحذر من أنه إن لم يستطع ضمير الإنسانية المشترك أن يجد في الأمم المتحدة أكبر منبر له فسيكون ثمة خطر من أن يبحث عن السلام والعدل في أي أماكن أخرى.

وبعد خطاب الأمين العام أبدت بعض الدول تخوفها من أن يكون هذا المبدأ غطاءً أو مسوغاً للتدخل في الشؤون الداخلية للدول ذات السيادة، في حين رأى البعض أن هذا المبدأ قد يشجع الحركات الانفصالية على أن تدفع الحكومات عمداً لارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، ومن ثم تكون سبباً للتدخلات الخارجية التي من شأنها دعم قضية هذه الحركات، وهناك أيضاً من رأى أن تطبيق هذا المبدأ يواجه صعوبات متأصلة فيه وتكاليفه باهظة^(٣).

وفي عام ٢٠٠٠ رد الأمين العام على هذه الانتقادات بقوله: "إذا كان التدخل الإنساني يمثل - حقاً - اعتداء غير مقبول على السيادة فعلى أي نحو ينبغي علينا أن نستجيب لحالة شبيهة برواندا أو سريريبيتشا للانتهاكات الجسيمة والمنهجية لحقوق الإنسان، والتي تسيء إلى كل مبدأ من مبادئ إنسانيتنا المشتركة"^(٤).

ومن ثم فإن الأمين العام الأسبق أخبرنا أننا نواجه معضلة حقيقية؛ فهناك مبدأ سيادة الدولة وعدم التدخل بشؤونها الداخلية، وهو من المبادئ الأساسية في العلاقات الدولية، لكن لمن تكون الغلبة عندما يتم قتل الإنسان بصورة جماعية وارتكاب جرائم ضد الإنسانية ويتم استنفاد كل المحاولات السلمية لوقفها؟

(٣) راجع التقرير A / 54/2000 P 45.

(٤) راجع التقرير في الدورة ٥٤ في ٢٧ مارس ٢٠٠٠، A/ 54/2000.

يجب على المجتمع الدولي ألا يقف مكتوف الأيدي حين يكون قادراً على حماية المدنيين، وكذلك ينبغي أن يكون خيار التدخل المسلح بمثابة الملجأ الأخير، ولكنه خيار لا يجوز التخلي عنه في مواجهة القتل الجماعي.

ومن ثم، أطلق الأمين العام الأسبق كوفي عنان التحذير والتحدي وطالب المجتمع الدولي بأن يتحمل مسؤوليته في حماية الإنسان مما يتعرض له من انتهاكات جسيمة في أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية، وأنه لا بد من إيجاد آلية جديدة تكون سنداً قانونياً وأساساً للتدخل الإنساني، من غير أن يعتدي على سيادة الدولة؛ بمعنى إيجاد صيغة وإجراء يتوافق مع سيادة الدول ويوفر الحماية للمدنيين وخاصة بعد فشل مجلس الأمن - في كثير من الحالات - في حماية الإنسان مما يتعرض له من انتهاكات جسيمة.

وقد لاقى خطاب الأمين العام الأسبق اهتماماً كبيراً من المجتمع الدولي؛ ففي سبتمبر عام ٢٠٠٠ أعلن رئيس الوزراء الكندي جون كريتيان في مؤتمر الألفية للجمعية العامة عن إنشاء لجنة دولية لإجراء دراسة معمقة حول إمكانية التدخل الدولي لحماية المدنيين من الجرائم الجسيمة وعلاقة ذلك بسيادة الدولة^(٥).

وهذه اللجنة تكون مهمتها دعم نقاش عالمي شامل حول العلاقة بين التدخل وسيادة الدول، على أساس التوفيق بين واجب المجتمع الدولي بالتدخل لحماية المدنيين من الانتهاكات الجسيمة وضرورة احترام سيادة الدولة.

ومن جانب آخر، كلف الأمين العام فريقاً دولياً رفيع المستوى دراسة التحديات التي تواجه منظمة الأمم المتحدة، التي جعلتها مشلولة وعاجزة عن حفظ الأمن والسلم الدوليين، وخاصة في النزاعات المسلحة غير الدولية، وعدم قدرتها على توفير الحماية للمدنيين مثل ما حصل في النزاع برواندا عام ١٩٩٤ والبوسنة وكوسوفو والصومال وغيرها من مناطق العالم.

وهذه اللجنة تدرس التحديات وتقدم التوصيات اللازمة من أجل مواجهتها، وخاصة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة وجرائم الحرب وجرائم التطهير العرقي.

وبالفعل توصلت هذه اللجان إلى نتائج مهمة، تم تقديمها إلى الأمين العام، وفي سبتمبر عام ٢٠٠٥ وافقت الدول الأعضاء في الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة

(٥) اللجنة برئاسة الأسترالي Gareth Evans والجزائري محمد سحنون ومجموعة من الخبراء الدوليين.

على إقرار مبدأ جديد، هو مبدأ المسؤولية عن الحماية، وقد جاء هذا الإقرار في الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥، ونص على أن كل دولة مسؤولة عن حماية مواطنيها من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم ضد الإنسانية، وذلك من خلال الوسائل المناسبة الضرورية، وعلى المجتمع الدولي تشجيع الدول ومساعدتها على ممارسة هذه المسؤولية ودعم منظمة الأمم المتحدة في إنشاء القدرة على الإنذار المبكر^(٦).

ومن ثم، نستطيع القول إن المؤتمر قرر أن تكون الدول الأعضاء في الأمم المتحدة على استعداد لاتخاذ إجراء جماعي في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة على أساس النظر في كل قضية على حدة، وبالتعاون مع المنظمات الدولية الإقليمية ذات الصلة.

ومن ثم، وافقت دول العالم على تحمل المسؤولية وإقرار مبدأ مسؤولية الحماية. وفي عام ٢٠٠٦ أصدر مجلس الأمن الدولي قراراً بشأن حماية المدنيين في الصراعات المسلحة، أكد فيه مبدأ المسؤولية عن الحماية^(٧).

وفي ١٢ يناير ٢٠٠٩ قدم الأمين العام تقريره إلى الجمعية العامة، أكد فيه أن مؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥ توصل لمبدأ المسؤولية عن الحماية وتفعيل هذا المبدأ يعتبر أحد التحديات الأساسية في العصر الحديث^(٨).

وفي تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لعام ٢٠٠٩ حول كيفية تنفيذ مسؤولية مبدأ الحماية، أشار إلى التدابير التي ينبغي القيام بها لتنفيذ الالتزام بحماية المدنيين في نطاقها الإقليمي من جرائم الإبادة والتطهير العرقي والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب. فما مضمون هذا المبدأ؟ وما معايير تطبيقه؟

المطلب الأول

مضمون مبدأ المسؤولية عن الحماية

يوصف مبدأ المسؤولية عن الحماية بأنه نهج جديد لحماية السكان المدنيين من الفظائع الجماعية، ويعتقد بأنه سوف يضع حداً لأعمال الإبادة البشرية والتطهير العرقي وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية.

(٦) راجع A/RES/60/1.

(٧) راجع القرار (2006) S/RES/1674.

(٨) راجع تقرير الأمين العام حول (تنفيذ مبدأ مسؤولية الحماية) في ١٢ يناير ٢٠٠٩، A/63/677.

وعندما أقر المبدأ في عام ٢٠٠٥ اعتبره كثير من المختصين والمهتمين واقعاً وحلاً جديداً ووعداً بأن المجتمع الدولي سوف يتدخل لحماية أضعف الناس في العالم عندما تخذلهم حكوماتهم.

فهل يستطيع المجتمع الدولي - بالفعل - أن يفي بهذا الوعد؟.

لقد تعرض كثير من شعوب العالم لانتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوق الإنسان؛ لذلك قرر المجتمع الدولي التدخل وإيجاد صيغة توافقية تحاول أن توفق بين فكرة سيادة الدولة وبين حماية حقوق الإنسان، فكان مبدأ مسؤولية الحماية هو الحل.

إن اللجنة التي تم تشكيلها من قبل الأمين العام في عام ٢٠٠٥، وتتألف من ١٢ عضواً برئاسة وزير الخارجية الأسترالي إيفانز، دعت إلى قبول مسؤولية المجتمع الدولي عن حماية السكان المدنيين الذين يعانون خسائر في الأرواح وتطهيراً عرقياً على نطاق واسع.

وتسعى مسؤولية الحماية إلى وضع حد للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وهذا ما أكدته الجمعية العامة في الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥ الذي تم فيه إقرار مبدأ مسؤولية الحماية.

وناقش المؤتمر مواضيع أخرى مثل التنمية والسلام والأمن الجماعي وسيادة القانون.

ومن جانب آخر، أشار تقرير الفريق المعني بالتهديدات والتحديات والتغيرات إلى مبدأ المسؤولية عن الحماية، وذكر "نحن نؤيد المبدأ المستجد المتمثل في وجود مسؤولية دولية جماعية عن الحماية، يمارسها مجلس الأمن، تأذن بالتدخل العسكري كملأذ أخير" (٩).

وأشار التقرير كذلك إلى ما يلي: "ثمة اعتراف متزايد بأن المسألة ليست هي حق التدخل، من جانب دولة، بل هي "مسؤولية الحماية" التي تقع على عاتق كل دولة عندما يتصل الأمر بمعاونة السكان من كارثة يمكن تفاديها، كالقتل الجماعي والاغتصاب الجماعي، والتطهير العرقي عن طريق الترحيل القسري والترويع والتجويع المتعمد والتعريض للأمراض".

(٩) راجع: تقرير الفريق رفيع المستوى المعني بالتهديدات والتحديات والتغير UN DOC. A/59/ 565, 2/12/2004.

يعتبر هذا المؤتمر من أكثر المؤتمرات في العالم مشاركة للرؤساء فيه، وقد تعرض المؤتمر للمسؤولية عن الحماية في الفقرات (١٣٨-١٣٩-١٤٠)^(١٠).

وأكدت الفقرة ١٣٨ من الوثيقة الختامية للمؤتمر أن "المسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية تقع على عاتق كل دولة على حدة، وتستلزم هذه المسؤولية منع وقوع تلك الجرائم، بما في ذلك التحريض على ارتكابها، عن طريق الوسائل الملائمة والضرورية. ونحن نوافق على تحمل تلك المسؤولية وسنعمل بمقتضاها. وينبغي للمجتمع الدولي أن يقوم، حسب الاقتضاء، بتشجيع ومساعدة الدول على الاضطلاع بهذه المسؤولية، ودعم الأمم المتحدة في إنشاء قدرة على الإنذار المبكر".

أما الفقرة ١٣٩ فقد نصت على ما يلي: "ويقع على عاتق المجتمع الدولي أيضاً، من خلال الأمم المتحدة، الالتزام باستخدام ما هو ملائم من الوسائل الدبلوماسية والإنسانية وغيرها من الوسائل السلمية، وفقاً للفصلين السادس والثامن من الميثاق، للمساعدة في حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية. وفي هذا السياق، نعرب عن استعدادنا لاتخاذ إجراء جماعي، في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، عن طريق مجلس الأمن، ووفقاً للميثاق، بما في ذلك الفصل السابع منه، على أساس كل حالة على حدة وبالتعاون مع المنظمات الإقليمية ذات الصلة حسب الاقتضاء، في حال قصور الوسائل السلمية وعجز السلطات الوطنية البين عن حماية سكانها من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية. ونؤكد الحاجة إلى أن تواصل الجمعية العامة النظر في مفهوم المسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وما يترتب على هذه المسؤولية، مع مراعاة مبادئ الميثاق والقانون الدولي. ونعتمد أيضاً الالتزام، حسب الضرورة والاقتضاء، بمساعدة الدول في بناء القدرة على حماية سكانها من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم ضد الإنسانية، ومساعدة الدول التي تشهد توترات قبل أن تنشب فيها أزمات ونزاعات".

(١٠) شكل هذا المؤتمر أحد أكبر اجتماعات رؤساء الدول والحكومات على الإطلاق، وتعذر التوصل لصيغ توافقية في المؤتمر حول بعض المسائل المهمة مثل نزع السلاح وعدم انتشار أسلحة الدمار الشامل، لكنهم في المقابل توصلوا إلى الاتفاق حول الأحكام المفصلة بشأن مبدأ المسؤولية عن الحماية، وهذا يعود لإدراكهم المشترك لأهمية هذه المسألة وتصميمهم لتحويل المسؤولية عن الحماية من مجرد وعود إلى ممارسة فعلية.

وتطرقت الفقرة ١٤٠ إلى دعم رؤساء الدول والحكومات للمستشار الخاص للأمين العام للأمم المتحدة المعني بمنع الإبادة الجماعية^(١١).

ومن ثم، فإن الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥ قد أقرت في الفقرتين ١٣٨ و ١٣٩، مبدأ المسؤولية عن الحماية، وهو واجب يقع على عاتق سلطات الدولة، ويتم تقديم المساعدات الدولية لها لتعينها على تطبيق مسؤولية الحماية، لكن التزام الدولة بالحماية بناء على هذا المبدأ مذكور على سبيل الحصر وهو أن تمنع الدولة ارتكاب الجرائم الأشد خطورة ضد السكان المدنيين، أو التحريض على ارتكابها، وهذه الجرائم ذكرت حصراً، وهي جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والتطهير العرقي، والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية.

ومن ثم، فإنه بمفهوم المخالفة لا تشمل المسؤولية عن الحماية ارتكاب أية جرائم أخرى غير المذكورة، ولو كانت شديدة الخطورة كجرائم الإرهاب الدولي، والجرائم المنظمة عبر القارات، كما لا تشمل المسؤولية عن الحماية جرائم مثل كوارث فيروس نقص المناعة البشرية (الإيدز) أو تغير المناخ أو الاستجابة للكوارث الطبيعية، ذلك يخرج عن نطاق اختصاص مبدأ مسؤولية الحماية، وهذا في اعتقادنا لا يجوز؛ إذ إنها من الجرائم الجسيمة التي تنتهك حقوق الإنسان ويجب أن تخضع لاختصاص مبدأ مسؤولية الحماية.

وخلاصة القول: إن الدولة ملتزمة أمام مواطنيها والمجتمع الدولي، بمنع ارتكاب الجرائم المذكورة الأربع أو التحريض عليها فقط، ويجب على السلطات التابعة لها اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية والمناسبة لحماية السكان من أن يكونوا عرضة لتلك الجرائم.

بالنسبة للقيمة القانونية لمبدأ المسؤولية عن الحماية فهي محل خلاف ونقاش، فمن جانب، هناك من يرى أن المبدأ بعد تطبيقه من قبل مجلس الأمن الدولي أصبح أكثر من مبدأ ويعتبر قاعدة قانونية، ويبرر ذلك بأن تقرير الفريق المعني بالتهديدات والتحديات والتغيرات أكد على "ظهور قاعدة إلزامية جماعية دولية للحماية"^(١٢)، وأن هذه القاعدة رغم أنها لا تتضمن عقوبة بل مجرد وعد بالحماية، إلا أن هذا المبدأ يعتبر نوعاً من المسؤولية يتميز في تحقيق الهدف منه وهو حماية المدنيين أكثر من

(١١) نصت الفقرة ١٤٠ على ما يأتي: "ونؤيد تماماً مهمة المستشار الخاص للأمين العام المعني بمنع الإبادة الجماعية".

(١٢) راجع التقرير الصادر في ١٢ فبراير ٢٠٠٤، A/59/565.

التركيز على معاقبة الدولة المسؤولة، حيث إنه يجب التركيز على الهدف من المبدأ والنظر في المسؤولية الناتجة عن عدم احترامه^(١٣).

من جانب آخر، البعض يرى بأن هذا المبدأ يعد الآن من المبادئ الرئيسية في القانون الدولي العام، خاصة أنه ورد في صورة معاهدة جماعية شاعره بعد التوقيع عليه من كافة الدول التي حضرت المؤتمر عام ٢٠٠٥^(١٤).

لكننا نرى أن هذا المبدأ ورغم إقراره من الجمعية العامة للأمم المتحدة في حضور أكبر عدد من رؤساء الدول، يعتبر مفهوم وفكرة سياسية ولا ترقى أن تكون قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي، بل تستند إلى مجموعة قوانين قائمة في القانون الدولي، ولا يهدف المبدأ إلى الإذن بالتدخل العسكري بل يركز على الجهود الوقائية وهو مبدأ لا زال يتطور ويحاول أن يوفق بين مبدأ السيادة وحق التدخل الإنساني^(١٥).

والحقيقة أن الحماية المقررة بحسب مبدأ المسؤولية عن الحماية تتوافق مع مبدأ السيادة ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول؛ لأن الدولة تمنع ارتكاب الجرائم المذكورة بحسب الإجراءات الضرورية والمناسبة وبمساعدة المجتمع الدولي ومن خلال ميثاق الأمم المتحدة الذي يؤكد بدوره سيادة الدول وعدم التدخل بشؤونها الداخلية.

وقد أكد رؤساء الدول والحكومات في مؤتمر القمة العالمي الذي أقر مبدأ المسؤولية عن الحماية أن المبدأ رديف للسيادة وليس خصماً لها؛ فهي تنبع من الفكرة الإيجابية والأكيدة التي تنظر إلى السيادة باعتبارها مسؤولية، ومبدأ المسؤولية

(١٣) راجع:

ANNE-LAURE CHAMETTE, "LA RESPONSABILIT? DE PROT?GER, IN-TERROGATIONS S?MANTIQUES", in La responsabilité de protéger, dix ans après, CEDIN, EDITIONS PEDONE 2013, ACTES DU COLLOQUE DU 14 NOVEMBER 2011, P18.

(١٤) راجع: رأي الدكتور صالح محمد محمود بدر الدين، رئيس قسم القانون الدولي العام في كلية الحقوق - جامعة حلوان في بحثه "مبدأ مسؤولية الحماية في القانون الدولي" مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، مستخرج من العدد ٢٦ - يناير - مارس ٢٠١٢، ص ١٦٢.

(١٥) راجع أيضاً:

Bruno Pommier, le recours à la force pour protéger les civils et l'action humanitaire: le cas libyen et au-delà, revue international de la Croix-Rouge, volume 93, 2011/3, P188.

عن الحماية يعين الدول على الاضطلاع بمسؤولياتها الرئيسية في مجال الحماية، ويشكل تعزيزاً للسيادة لا إضعافاً لها، ومن شأنه أن يساعد على تحقيق النجاح، وليس مجرد إظهار ردود الفعل إزاء الفشل.

ويؤكد ذلك أن دور مجلس الأمن الدولي هو تقديم المساعدة لسلطات الدولة لمنع ارتكاب تلك الجرائم، وتؤكد الفقرة ١٣٩ شروط التدخل الدولي لمنع ارتكاب تلك الجرائم في حالة عدم قدرة الدولة أو عدم رغبتها بمنع ارتكاب تلك الجرائم ضد السكان المدنيين في الدولة.

من جانب آخر، أصدر مجلس الأمن الدولي القرار رقم ١٦٧٤ في ٢٨ أبريل ٢٠٠٦، بشأن حماية المدنيين في النزاعات المسلحة، وأكد القرار في الفقرتين ١٣٨ و ١٣٩ من الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي الذي أقر مبدأ المسؤولية عن الحماية، أن المجلس على استعداد للنظر في الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وأنه "يمكن أن تشكل الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية تهديداً للسلام والأمن الدوليين" (١٦).

وقد عين الأمين العام للأمم المتحدة في فبراير ٢٠٠٨ مستشاراً خاصاً للتركيز على المسؤولية عن الحماية، وفي ١٢ يناير ٢٠٠٩ أصدر الأمين العام بان كي مون، تقريراً بعنوان "تنفيذ المسؤولية عن الحماية" يوضح فيه الطرق التي من خلالها يمكن أن نحمي ونقي الناس من الأعمال الوحشية، أو ما يمكن أن يعتبر مراحل أو معايير تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية.

المطلب الثاني

معايير أو ركائز تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية

نكرت ركائز المسؤولية عن الحماية في أحكام الفقرتين ١٣٨ و ١٣٩ من الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥، وهي ثلاث ركائز؛ الأولى: مسؤوليات الدولة عن الحماية، والثانية: المساعدة الدولية وبناء القدرات، والثالثة: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، وسوف نفصل فيها تباعاً.

أولاً - الركيزة الأولى - مسؤوليات الدولة عن الحماية:

إن الوثيقة الختامية للمؤتمر الدولي العالمي لعام ٢٠٠٥، اعتمدتها الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة وأكدها مجلس الأمن الدولي في قراره رقم ١٦٧٤ لعام ٢٠٠٦،

(١٦) راجع قرار مجلس الأمن الدولي رقم ١٦٧٤ S/RES/1674.

وقد أكدت الفقرة ١٣٨ من الوثيقة بوضوح وببساطة وبلا تحفظات المبدأ الذي تستند إليه المسؤولية عن الحماية؛ حيث نصت على ما يلي:

"المسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية تقع على عاتق كل دولة على حدة، وتستلزم هذه المسؤولية منع وقوع تلك الجرائم، بما في ذلك التحريض على ارتكابها، عن طريق الوسائل الملائمة والضرورية، ونحن نوافق على تحمل تلك المسؤولية وسنعمل بمقتضاها".

ومن ثم، فالفقرة ١٣٨ أَلقت المسؤولية عن توفير الحماية للسكان من الجرائم الخطيرة الأربع حصراً على عاتق الدولة، دون أن تبين تفاصيل ذلك وكيفية قيام الدولة بهذه الحماية، واكتفت بالقول بأن تلتزم الدولة بذلك عن طريق "الوسائل الملائمة والضرورية".

ولم يتم تحديد تلك الوسائل أو تفسيرها، حتى صدور تقرير الأمين العام بان كي مون عام ٢٠٠٩ الذي قدمه للجمعية العامة للأمم المتحدة عن تنفيذ المسؤولية عن الحماية.

في هذا التقرير بين الأمين العام التدابير التي يجب على الدولة اتخاذها لتنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية في نطاقها الإقليمي لحماية السكان من الجرائم الأربع المحددة حصراً.

والحقيقة أن شعوب العالم تنتظر من الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة كافة أن تفي بالتزاماتها بهذه الوثيقة في جميع الأوقات، ولأن هذه الالتزامات قائمة أصلاً منذ أمد بعيد بحسب القانون الدولي ولها أهميتها، وحان الوقت للمسؤولية عن الحماية أن تتجاوز عالم الخطابة إلى عالم الفعل، وعندما تعجز دولة ما عن القيام بكامل مسؤوليتها سواء أكان هذا العجز لقصور قدراتها وعدم بسط سيطرتها على كامل إقليمها، فإن على المجتمع الدولي أن يكون جاهزاً لدعم الدولة ومساعدتها على القيام بمسؤوليتها، كما ينبغي.

وكما ذكر الأمين العام في تقريره فإن "المسؤولية عن الحماية تقوم في الأساس على مسؤولية الدولة؛ لأن الوقاية تبدأ من الداخل، وتعد حماية السكان من السمات الرئيسية التي يتحدد على أساسها في القرن الحادي والعشرين ما إذا كانت الدولة متمتعة بالسيادة، بل وما إذا كانت تعد دولة حقاً"^(١٧).

(١٧) راجع: الفقرة ١٤ من التقرير A/63/67..

ومن ثم، وبحسب الركيزة الأولى لمبدأ مسؤولية الحماية، فإن منظمة الأمم المتحدة تعتمد على قوة وتصميم الأعضاء ذات السيادة، وإنه بحسب رؤية الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره لعام ٢٠٠٩ حول تنفيذ مبدأ مسؤولية الحماية، فإن على كل دولة على حدة أن تقوم بالوفاء بعدة متطلبات على النحو التالي:

- ١ - في هذا العالم الذي يتزايد فيه الاعتماد المتبادل، ويصبح أكثر تأثراً بالعلومة فإنه يجب على الدول الأعضاء ذات السيادة، بدورها، أن تنتقل من إدارة سياستها من منطلق الهوية إلى التطبيق، وتشجيع عملية التنوع من خلال مبدئي عدم التمييز والمساواة في الحقوق، فالسيادة المسؤولة تقوم على سياسة الإدماج لا الاستبعاد.
- ٢ - احترام حقوق الإنسان عنصر أساسي من عناصر السيادة المسؤولة، خاصة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها؛ والدول الأعضاء قد ترغب في استعراض ما يمكنها أن تبذله من جهود إضافية، فرادى أو بصورة جماعية، للوفاء بالتزاماتها بموجب قوانين حقوق الإنسان، والتعاون مع أجهزة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة.
- ٣ - يجب على الدول أيضاً أن تصبح أطرافاً في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة في مجال حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وقانون اللاجئين، فضلاً عن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(١٨).
- ولكن هذا ليس إلا خطوة أولى نحو التنفيذ الكامل لهذه الاتفاقيات الدولية على أرض الواقع؛ إذ ينبغي أن تجسد هذه المعايير الدولية الأساسية بأمانة في التشريعات الوطنية، ليتسنى تجريم الانتهاكات والجرائم المرتكبة الأربع المحددة المذكورة، وكذلك التحريض عليها، بحسب القوانين المحلية.
- ٤ - يجب على الدول أيضاً أن تبذل مزيداً من الجهود لزيادة فعالية الأدوات المستخدمة لوضع حد للإفلات من العقاب. ووفقاً لمبدأ التكامل المنصوص عليه في نظام روما الأساسي، فإن الإجراءات القضائية الوطنية تشكل خط الدفاع الأول في مواجهة الإفلات من العقاب. ومن هنا على سلطات الدول الوطنية أن تبذل ما في وسعها لمساعدة المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الدولية الأخرى على تحديد مكان وجود الأفراد المتهمين بارتكاب جرائم وانتهاكات ذات صلة بالمسؤولية عن الحماية أو بالتحريض عليها، واعتقالهم، أيّاً كانت مستوياتهم^(١٩).

(١٨) راجع: الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٢١٨٧، الرقم ٣٨٥٤٤.

(١٩) راجع: الفقرة ١٩ من تقرير الأمين العام لعام ٢٠٠٩ عن تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية.

- ٥ - ينبغي على الدولة أيضاً ليتسنى لها تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية بالكامل وإعطائه طابعاً مستداماً أن يتم إدراجه في كل الثقافات والمجتمعات دون تردد وبلا شروط، باعتباره يعكس قيماً ومعايير محلية لا عالمية فحسب.
- ٦ - والواقع أن جرائم الإبادة الجماعية وغيرها من الجرائم المتصلة بالمسؤولية عن الحماية لا تحدث من فراغ؛ فهي، في معظم الأحيان، تقع نتيجة قرار سياسي مقصود ومحسوب، وقرارات وأفعال لسياسيين مستعدين لاستغلال الانقسامات الاجتماعية وحالات العجز المؤسسي لصالحهم. فأحداث بحجم المحرقة وما شهدته كمبوديا في سبعينيات القرن الماضي ورواندا في عام ١٩٩٤ تتطلب التخطيط والدعاية وتعبئة موارد بشرية ومادية هائلة. وهي ليست بالأمر الذي لا بد منه أو الذي لا يمكن تجنبه؛ ذلك أنها تتطلب وجود ظروف مواتية على الصعيدين المحلي والدولي؛ لذلك من الضروري القيام بتأمل ذاتي صريح والسعي إلى إقامة حوار بين الجماعات والمؤسسات، على الصعيدين المحلي والدولي، وإجراء تقييم دوري للمخاطر في جميع أنحاء العالم، سواء في المجتمعات الضعيفة أو السليمة ظاهرياً. وكلنا معرضون للخطر إذا اعتقدنا أننا بمنأى عن مثل هذه الأحداث.
- ٧ - وفي إطار عملية التأمل الذاتي، يمكن للدول أن تطلب المساعدة التقنية من الأمم المتحدة، أو من جيرانها، أو من المنظمات الإقليمية أو المنظمات غير الحكومية المتخصصة، أو من خبراء مستقلين بشأن وضع التشريعات أو إنشاء أفرقة رصد ذات مصداقية أو مؤسسات وطنية مستقلة للمساعدة في الإشراف على تطبيق معايير حقوق الإنسان والمعايير الإنسانية الدولية ذات الصلة، وقد بذلت مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان جهوداً حثيثة لإدخال برامج تدريب في مجال تقديم تقارير حقوق الإنسان، وذلك تعزيزاً للمؤسسات الوطنية المعنية بحقوق الإنسان، وتشجيعاً لاستقلالها عن الحكومات^(٢٠).
- ٨ - كذلك يجب على الدول التعلم من أخطاء الآخرين، ومن خبرات الدول الأخرى التي تمكنت من إدارة أزماتها الداخلية بما يحول دون تعرض سكانها لمثل هذه الجرائم

(٢٠) وحالياً تعمل أكثر من ١٥٠ مؤسسة من مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية في مختلف أنحاء العالم، وقد عززت أنشطة التعلم بين الدول - التي تقوم فيها غالباً دولة ما بمساعدة دولة مجاورة - نقل أفضل الممارسات الجيدة بطرق شتى، منها على سبيل المثال الآلية الإفريقية لاستعراض الأقران في إطار الشراكة الجديدة من أجل تنمية إفريقيا (النيباد)، أو المعايير الموضوعة للانضمام إلى عضوية الاتحاد الأوروبي. راجع: الفقرة ٢٢ من تقرير الأمين العام لعام ٢٠٠٩ حول تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية.

الخطيرة، وذلك من خلال عمليات المصالحة والانتعاش وإعادة البناء التي غالباً ما تلي مثل هذه الأحداث.

وعلى الدول أيضاً أن تتعلم من الدول التي لم يسبق لها أن عاشت مثل هذه التجارب المؤلمة، وذلك إلى حد ما بفضل كونها وضعت آليات لتحديد التوترات الناشئة وإدارتها قبل أن تتحول إلى عنف^(٢١).

٩ - للدول أيضاً أن تستفيد من برامج التدريب والتعلم والتثقيف في مساعدة نفسها بنفسها، ومنذ عام ١٩٩٦ أنشأت لجنة الصليب الأحمر الدولية الدائرة الاستشارية المعنية بالقانون الدولي الإنساني، التي تقوم بأمور شتى، منها تشجيع التصديق على الاتفاقيات الدولية الإنسانية وتيسير أنشطة التعلم بين الدول، والمساعدة على إدراج المعايير الإنسانية الدولية في القوانين الوطنية، وتشجيع الدول على وضع آليات وطنية بشأن القانون الدولي الإنساني، وتوفير مواد تثقيفية بشأن هذه القواعد والاتفاقيات^(٢٢).

١٠ - كذلك يمكن للتدريب عندما يستهدف جهات فعالة أساسية في المجتمع، مثل الشرطة والجيش والجهازين القضائي والتشريعي، أن يشكل أداة فعالة بوجه خاص^(٢٣).

١١ - يجب على الدول أيضاً تعزيز المسؤولية الفردية، فهي وسيلة لمنع الجرائم الصغيرة من أن تتحول إلى جرائم كبيرة، ومن ثم وضع حد للاهانات التي تتعرض

(٢١) وهناك ثلاثة من الأمثلة الشاهدة على ذلك، وهي لجنة العلاقات الإثنية في غيانا، والمجلس الوطني للسلام في غانا، ولجنة تسجيل الأحزاب السياسية في سيراليون والإصلاح الشامل للقطاع الأمني في سيراليون.

(٢٢) فعلى سبيل المثال، فقد ساعدت، وهي تعمل جنباً إلى جنب مع جامعة الدول العربية، في صياغة قانون نموذجي عربي، كما ساعدت البوسنة والهرسك في وضع وتطوير قانون وطني بشأن الأشخاص المفقودين. وعلى غرار ذلك، بدأ الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر تنفيذ مبادرة الحد من التمييز منذ عام ٢٠٠١. ومن ثمار هذه المبادرة، المبادئ التوجيهية للتعامل مع طائفة "الروما" وغيرها من الجماعات المهمشة في أوروبا، ومساعدة أضعف الفئات السكانية في نيبال، وتيسير إعادة تأهيل وإدماج الأطفال المرتبطين بالجماعات المسلحة في سيراليون، في مجتمع شهد ارتكاب جرائم مروعة ضد الإنسانية.

(٢٣) وعلى سبيل المثال، عقد صندوق السلام سلسلة من حلقات العمل التدريبية في أوغندا بشأن نظام تقييم النزاعات، وهو أداة صممها للمساعدة على تحديد مؤشرات الإنذار المبكر، ويتوقع الصندوق أن تشمل هذه الحلقات باقي بلدان شرق إفريقيا. راجع: الفقرة ٢٥ من تقرير الأمين العام لعام ٢٠٠٩.

لها الكرامة الإنسانية. وحتى في أسوأ حالات الإبادة الجماعية، فإن هناك أشخاصاً عاديين يرفضون الاشتراك في مثل هذه الأعمال الشريرة، ويتمتعون بقيم واستقلالية وإرادة تجعلهم يعترضون على ما يفعله أولئك الذين يلقون بمجمعاتهم في أتون القسوة والظلم والكراهية والعنف؛ لذلك نحن في حاجة إلى بذل المزيد من الجهد لإقرار شجاعة هؤلاء والتعلم مما يفعلون.

ثانياً - الركيزة الثانية - المساعدة الدولية وبناء القدرات:

لا يقتصر تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية على الدولة المعنية فقط، بل تحتاج الدولة أيضاً دعماً من المجتمع الدولي المتمثل في منظمة الأمم المتحدة، وبحسب نص الفقرة ١٣٨ من الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة أنه "ينبغي للمجتمع الدولي أن يقوم، حسب الاقتضاء، بتشجيع ومساعدة الدول على الاضطلاع بهذه المسؤولية (المسؤولية عن الحماية)".

وكذلك الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية التي تنص على التزام المجتمع الدولي، بحسب الضرورة والاقتضاء، "بمساعدة الدول في بناء القدرة على حماية سكانها من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، ومساعدة الدول التي تشهد توترات قبل أن تنشب فيها أزمات وصراعات".

وفي تقرير الأمين العام لعام ٢٠٠٩ إلى الجمعية العامة عن تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية، بين أن هذه المساعدة يمكن أن تتخذ الأشكال الأربعة التالية:

- أ - تشجيع الدول على الوفاء بالمسؤوليات التي تقع على عاتقها في إطار الركيزة الأولى.
 - ب - مساعدتها على ممارسة هذه المسؤولية.
 - ج - مساعدتها على بناء قدرتها على الحماية.
 - د - مساعدة الدول التي تشهد توترات قبل أن تنشب فيها أزمات ونزاعات.
- وإذا كان الشكل الأول من أشكال المساعدة ينطوي على إقناع الدول بالقيام بما يتعين عليها أن تقوم به، فإن الأشكال الثلاثة الأخرى تقترح أن يكون هناك التزام متبادل وشراكة نشطة بين المجتمع الدولي والدولة.

وبحسب تقرير الأمين العام للأمم المتحدة السابق ذكره، يمكن أن نوجز الالتزامات التي تقع على المجتمع الدولي في تقديم المساعدات لبناء قدرات الدولة، بما يلي:

- ١ - إن الحكم على مدى نجاح الركيزة الثانية المتعلقة بتقديم المجتمع الدولي المساعدات للدولة مرتبط - أساساً - باتجاه سياسة الحكومة في تلك الدولة، ومدى رغبتها في توفير الحماية لسكانها ورغبتها وقناعتها في تنفيذ مبدأ

المسؤولية عن الحماية وحماية سكانها من الجرائم الخطيرة الأربع المذكورة حصراً بالوثيقة الختامية^(٢٤).

٢ - قد يتمثل تشجيع المجتمع الدولي للدول على الوفاء بالتزاماتها المتصلة بالمسؤولية عن الحماية - في الإقناع السري أو العام، أو في التثقيف، أو التدريب أو المساعدة، وكذلك بذل الجهود الدبلوماسية عن طريق الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، والمنظمات الإقليمية ودون الإقليمية^(٢٥).

٣ - ضرورة مساعدة المجتمع الدولي الدولة المعنية بما تراه ضرورياً لعملية التنمية والتقدم الاقتصادي؛ إذ إن التخلف الاقتصادي والفقر غالباً ما يكون سبباً مباشراً في اندلاع الحرب الأهلية، والنزاعات المسلحة الداخلية. مثال على ذلك النزاعات المسلحة في اليمن، والصومال ورواندا، وبوروندي.

٤ - تقوم منظمة الأمم المتحدة وشركاؤها بمجموعة من الجهود الرامية إلى مساعدة الدول على ممارسة مسؤوليتها عن الحماية، وأصبحت مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، بما لها من وجود ميداني في نحو ٥٠ بلداً، مورداً عالمياً لمساعدة الدول على مراعاة التزاماتها بحقوق الإنسان وفي مجالات الرصد والدعوة والتثقيف.

ثالثاً - الركيزة الثالثة - الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة:

إن الركيزة الثالثة تعد جزءاً لا يتجزأ من إستراتيجية الاضطلاع بالمسؤولية عن الحماية المتفق عليها من قبل رؤساء الدول والحكومات المجتمعين بالمؤتمر الدولي لعام ٢٠٠٩. وقد ورد في الديباجة للوثيقة الختامية: "يقع على عاتق المجتمع الدولي أيضاً، من خلال الأمم المتحدة الالتزام باستخدام ما هو ملائم من الوسائل الدبلوماسية والإنسانية وغيرها من الوسائل السلمية، وفقاً للفصلين السادس والثامن من الميثاق، للمساعدة في حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية".

(٢٤) راجع: الفقرة ٢٩ من تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لعام ٢٠٠٩ بخصوص تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية.

(٢٥) وفي تقرير الأمين العام، ذكر بعض الأمثلة التي يمكن أن تساعد وتسهم في بناء قدرات الدولة على تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية، مثل المفوضية السامية لحقوق الإنسان، ومفوض الأمم المتحدة السامي لشؤون اللاجئين، ومنسق الإغاثة الطارئة، والمستشار الخاص لمنع الإبادة الجماعية، وغيره من المستشارين الخاصين، والممثلين الخاصين، ومبعوثي الأمين العام، وغيرهم من المسؤولين ذوي المراتب الرفيعة في الأمم المتحدة ووكالاتها الإنمائية ومؤسسات بريتون وودز.

ويعني ذلك أن المراد هو أن تكون المسؤولية عن الحماية، مسؤولية مستمرة وعامة تستخدم الوسائل السلمية المنصوص عليها في الفصلين السادس والثامن من الميثاق. أما الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية فتتص على أنه يمكن للمجتمع الدولي اللجوء إلى طائفة واسعة من الإجراءات الجماعية، سواء السلمية أو غير السلمية، في حال تحقق شرطين: (أ) "في حال قصور الوسائل السلمية". (ب) "عجز السلطات الوطنية البين عن حماية سكانها" من شروط الجرائم الأربع المذكورة. وبهذه الحالة تؤكد الفقرة ١٣٩ ما يلي: "نعرب عن استعدادنا لاتخاذ إجراء جماعي، في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، عن طريق مجلس الأمن، ووفقاً للميثاق، بما في ذلك الفصل السابع منه، على أساس كل حالة على حدة وبالتعاون مع المنظمات الإقليمية ذات الصلة حسب الاقتضاء".

ويرى الأمين العام للأمم المتحدة أن هذه الجملة تؤكد الحاجة إلى استجابة مبكرة ومرنة في مثل هذه الحالات؛ بمعنى استجابة تتكيف مع ظروف الحالة وتنسجم تماماً مع أحكام الميثاق في آن واحد^(٢٦).

ومن ثم، إن المسؤولية عن الحماية تعتمد على طائفة كبيرة من الإجراءات تم تناولها في الفصول: السادس والسابع والثامن من ميثاق الأمم المتحدة، تبدأ في اللجوء إلى الوسائل السلمية المنصوص عليه بالفصلين السادس والثامن، بمعنى اتباع الوسائل السلمية الواردة في الفصل السادس من الميثاق، وكذلك الاستعانة بالمنظمات الإقليمية بحسب الفصل الثامن من الميثاق، وأخيراً اللجوء إلى مجلس الأمن لحفظ الأمن والسلم الدوليين والاستجابة بطريقة حاسمة وفي الوقت المناسب عن طريق التدخل العسكري، وذلك بعد فشل الوسائل السلمية وجهود المنظمات الإقليمية ودون الإقليمية في حماية السكان من الجرائم الأربع المذكورة.

وإذا كان البعض يعتقد بأن هذه الإجراءات يجب أن تكون متدرجة؛ بمعنى أنه يجب أن نبدأ بالوسائل السلمية ونتأكد من فشلها قبل أن نذهب إلى التدخل العسكري عن طريق قرار من مجلس الأمن الدولي^(٢٧)، فإننا نرى خلاف ذلك، ونعتقد أنه بإمكان المجتمع الدولي أن يختار من هذه الإجراءات سواء السلمية بحسب الفصلين السادس

(٢٦) راجع: الفقرة ٤٩ من تقرير الأمين العام حول "تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية" لعام ٢٠٠٩ A/63/677.

(٢٧) راجع: د. صالح محمد محمود بدر الدين "مبدأ مسؤولية الحماية في القانون الدولي" - مستخرج من العدد ٢٦ - يناير - مارس ٢٠١٢، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ص ٦٣.

والثامن، أو القسرية بحسب الفصل السابع؛ بمعنى أنه يمكن اللجوء مباشرة إلى التدخل العسكري، عندما يكون الهدف إنقاذ حياة السكان من أن يكونوا عرضة للجرائم الأربع المذكورة.

وقد أكد ذلك أيضاً الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره حول تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية لعام ٢٠٠٩ (٢٨).

ومن ثم، نعتقد أنه لا مجال للتدرج باتخاذ الإجراءات إذا كان هناك سكان يعانون من الجرائم الأربع المذكورة، ويحتاجون إلى التدخل الفوري والحاسم وفي الوقت المناسب لإنقاذهم عن طريق التدخل العسكري بدلاً من أن نتدرج ونطبق أولاً الوسائل السلمية، ثم ننتظر فشلها وفشل جهود المنظمات الإقليمية ودون الإقليمية، وهذا بالطبع يحتاج إلى وقت وغالباً يتم استخدامها من قبل الدولة المعنية للمماطلة بالوقت.

فما الهدف من مبدأ المسؤولية عن الحماية، أهو حماية السكان أم اتباع الإجراءات؟ ولكن ذلك لا يعني أننا نطالب باللجوء مباشرة إلى العمل العسكري، بل إننا نميل كما تميل الأمم المتحدة وبشدة إلى تفضيل الحوار والإقناع السلمي، والركيزة الثالثة تشمل مجموعة واسعة النطاق من تدابير الاستجابة غير القسرية وغير العنيفة في إطار الفصل السادس، وكذلك الاستعانة بالمنظمات الإقليمية بحسب الفصل الثامن.

ومن ثم، فإن التدابير التي تشملها الركيزة الثالثة ثلاثة، هي:

١ - التدابير السلمية:

نصت الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية على أنه يجب على المجتمع الدولي استخدام "ما هو ملائم من الوسائل الدبلوماسية والإنسانية وغيرها من الوسائل السلمية، وفقاً للفصلين السادس والثامن"، للمساعدة في حماية السكان من الجرائم الأربع المذكورة.

ومن ثم، هناك - إذن - وسائل دبلوماسية وإنسانية وسلمية يجب أن تتخذ لحماية السكان من التعرض للجرائم الأربع المذكورة.

(٢٨) أكد الأمين العام ذلك بقوله: "وفي ظل التطور السريع لحالات الطوارئ يجب أن يبقى تركيز الأمم المتحدة وصناع القرار على الصعيد الإقليمي ودون الإقليمي والوطني منصباً على إنقاذ الأرواح عن طريق اتخاذ إجراءات "في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة" بدلاً من أن ينصب على اتباع سلم السياسات الاعتباري أو التدريجي الذي يقدم الإجراءات على المضمون والعمليات على النتائج". راجع: الفقرة ٥٠ من تقرير الأمين العام.

أ - الوسائل الدبلوماسية:

البعض يرى أن هناك خطأ وغموضاً في صياغة الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية، ويرى أن الفقرة غير واضحة ولم تبين لنا الفرق بين الوسائل الدبلوماسية والإنسانية والسلمية^(٢٩).

والحقيقة أن الأمين العام للأمم المتحدة أجاب في تقريره عن كل هذه التساؤلات؛ فيرى أن الوسائل الدبلوماسية لها دور كبير ومهم في الضغط على الحكومات المستبدة لتوفير الحماية لسكانها من ارتكاب الجرائم الأربع المذكورة.

ويرى الأمين العام أن توافر الجزاءات الدبلوماسية إذا نفذتها الدول الأعضاء تنفيذاً تاماً ومنظماً، تكون وسيلة أخرى للمجتمع الدولي لتأكيد رسالته عدم قبول ارتكاب دولة عضو في الأمم المتحدة الجرائم والانتهاكات ذات الصلة بالمسؤولية عن الحماية في القرن الحادي والعشرين. ويجب - كحد أدنى مثلاً - عدم الترحيب بالزعماء المسؤولين عن ارتكاب مثل هذه الجرائم، كما يجب ألا يتأهلوا، هم أو بلدانهم، للانتخاب لشغل المناصب القيادية في الهيئات الدولية والإقليمية ودون الإقليمية^(٣٠).

والهدف من هذه الجزاءات الدبلوماسية - وإن كانت غير كافية لوقف التجاوزات المرتكبة - إظهار التزام المجتمع الدولي والوفاء بمسؤولياته الجماعية حسب الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة لعام ٢٠٠٥، وهو إنذار باحتمال اتخاذ تدابير أكثر صرامة إذا استمر العنف ضد السكان.

ب - الوسائل الإنسانية:

أما الوسائل الإنسانية المذكورة التي يتحملها المجتمع الدولي في إطار منظمة الأمم المتحدة لتنفيذ المسؤولية عن الحماية، فهي لمواجهة التهديدات التي تواجه منظمة الأمم المتحدة والأمن الجماعي بعد الفشل في إنقاذ السكان في عدة مناطق من العالم، مثل بروندي ورواندا وكوسوفو وغيرهم.

(٢٩) راجع: د. صالح محمد محمود بدر الدين، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٣٠) وذكر الأمين العام بعض الأمثلة لهذه الجزاءات الدبلوماسية التي ينبغي لمجلس الأمن أن يفرضها، مثل الجزاءات المتعلقة بالسفر، والتحويلات المالية، والسلع الكمالية، والأسلحة، على أساس كل حالة على حدة، وبالتعاون مع المنظمات الإقليمية ذات الصلة بحسب الاقتضاء.

وكل التقارير الدولية توصي بضرورة الاستعانة بالوسائل الإنسانية الواردة في القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني.

كذلك ذكر الأمين العام في تقريره عن تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية الدور الحيوي لجهاز مجلس حقوق الإنسان والمفوضية السامية لحقوق الإنسان، والمفوضية السامية لحقوق اللاجئين وغيرها من الأجهزة الدولية المعنية بحقوق الإنسان سواء أكانت حكومية أم غير حكومية مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر الدولية ودورها في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.

ومن ثم، كان لابد من الاستفادة من هذه الأجهزة التي تعمل في المجال الإنساني للمساعدة في تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية، وقد ذكر الأمين العام للأمم المتحدة هذه الأجهزة وبصفة خاصة وبصورة متكررة جهاز مجلس حقوق الإنسان، وطالب بضرورة إرسال لجان لتقصي الحقائق ومعرفة مدى احترام الدول لمبدأ المسؤولية عن الحماية وتنفيذه.

وأكد الأمين العام أهمية إرسال مثل هذه اللجان كخطوة أولى نحو اتخاذ إجراءات أخرى مستقبلية؛ إذ إن إرسال هذه اللجان مبكراً وعند ظهور علامات عدم التزام دولة ما بمبدأ المسؤولية عن الحماية تجاه سكانها، يوفر فرصاً لإيصال رسائل مباشرة لأصحاب القرار في تلك الدولة وإخبارهم بنتيجة التحقيق ومحاولة ثنيهم عن ارتكاب الجرائم الأربع المذكورة أو التحريض عليها، وإخبارهم أن المضي في هذه الانتهاكات من شأنه أن يعرضهم للمثول أمام المحكمة الجنائية الدولية أو محاكم مختصة.

ويعطينا الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره أمثلة على فشل منظمة الأمم المتحدة في حماية السكان من تعرضهم للجرائم الأربع المذكورة وتجاهل بواكر القتل الجماعي الوشيك أو التهوين من شأنها في حينها، وذلك في كمبوديا^(٣١)، ورواندا^(٣٢). لذلك على منظمة الأمم المتحدة والمجتمع الدولي تطوير الأدوات واستخلاص العبر من هذه الكوارث حتى لا تتكرر، كما أن عليها استخدام كل ما يلزم بصورة فعالة لتنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية.

(٣١) انظر: تقرير الخبراء المعني بكمبوديا 16 S/1999/231 - A/53/850، مارس ١٩٩٩، الفقرة ١٦.

(٣٢) انظر: تقرير الأمين العام عن الحالة في رواندا S/1999/640، الفقرة ١١.

ومن ثم فإن المجتمع الدولي اليوم إذا واجه جرائم وانتهاكات متعلقة بالمسؤولية عن الحماية فإنه سيكون - على الأرجح - أقل تغاضياً عنها^(٣٣).

ج - الوسائل السلمية الواردة في الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة:
لقد نصت الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية للمؤتمر الدولي على ضرورة لجوء المجتمع الدولي - ممثلاً بالأمم المتحدة - إلى الوسائل السلمية الواردة في الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة.

وهناك عنوان كامل في الفصل السادس من الميثاق، هو "حل المنازعات سلمياً". وفي المادة ١/٣٣ من الميثاق ذكرت الوسائل السلمية بأنها "المفاوضة، والتحقيق، والوساطة، والتحكيم، والتسوية القضائية". أو اللجوء إلى "الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها".

وتضيف المادة ٣٣ في الفقرة الثانية منها: "ويدعو مجلس الأمن أطراف النزاع إلى أن يسووا ما بينهم من النزاع بتلك الطرق إذا رأى ضرورة ذلك".

ومن ثم، فهناك وسائل سلمية نص عليها الفصل السادس من الميثاق، وهي:

المفاوضات، والتحقيق، والوساطة والتوفيق، والتحكيم، والتسوية القضائية، وكذلك اللجوء للمنظمات الدولية لتسوية المنازعات، أو أي وسيلة يمكن من خلالها التوصل إلى تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية وحماية السكان من الجرائم المذكورة في الفقرة ١٣٨ من الوثيقة الختامية.

والهدف من هذه الوسائل السلمية هو الوصول إلى تسوية سياسية أو قضائية للنزاعات بين الدول ومحاولة إنهاء التعارض في وجهات النظر، وذلك قبل أن يتفاقم الأمر ويحصل الصدام والقتال بين الأطراف المتنازعة ويتعرض السكان لإحدى الجرائم الأربع المذكورة.

فعلى سبيل المثال، تكتسب وسيلة التحقيق بصفة خاصة أهمية كبيرة؛ إذ إنه من خلالها يتمكن مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة من الانتقال إلى مكان التوتر

(٣٣) فعلى سبيل المثال، في نوفمبر ٢٠٠٤، قام المستشار الخاص المعني بمنع الإبادة الجماعية، بتذكير السلطات في كوت ديفوار (ساحل العاج)، بأن لهجة كراهية الأجانب قد أدت إلى تفاقم التوترات المحلية واشتعال المزيد من أعمال العنف، وأنها قد تتحمل المسؤولية الجنائية عن العواقب، وكان من نتائج ذلك أن توقفت اللهجة العدوانية بعد فترة وجيزة. انظر: البيان الصادر عن المستشار الخاص المعني بمنع الإبادة الجماعية، ١٥ نوفمبر ٢٠٠٤.

أو الجريمة للدولة التي يحصل فيها النزاع المسلح لمعرفة التفاصيل وجمع المعلومات والبيانات والتحقق من وقوع انتهاكات لحقوق السكان المدنيين وتحديد طبيعتها، من مثل مايقوم به جهاز مجلس حقوق الإنسان التابع للجمعية العامة، من إرسال التقرير إلى الأجهزة المعنية والأمين العام الذي يعرض بدوره الموضوع ورأيه فيه على مجلس الأمن لاتخاذ مايراه مناسباً من قرارات حاسمة وبالوقت المناسب لتسوية النزاع^(٣٤).

ومن ثم، لا تشكل وسيلة التحقيق إجراء بديلاً عن اتخاذ إجراء الحماية بل هي خطوة أولية نحو اتخاذ إجراء الحماية (في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة)؛ إذ إنه إذا تم إجراء التحقيق في مرحلة مبكرة من النزاع، فإنه يمكن أن يشكل محاولة لإيصال رسالة لصانعي القرار السياسي من طرف المجتمع الدولي بأن استمرارهم في ارتكاب الجرائم سيعرضهم للمثول أمام المحكمة الجنائية الدولية أو محاكم مختصة.

كذلك لا يقتصر دور لجنة التحقيق - في بعض الأحيان - على سرد الوقائع التي توصلت إليها، بل قد تقترح اللجنة وسائل ينبغي على مجلس الأمن اتباعها لحماية المدنيين، مثل لجنة التحقيق الدولية الخاصة بحالة دارفور، التي اقترحت بعد تأكدها من ارتكاب أطراف النزاع لجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة وجرائم التطهير العرقي - إحالة الوضع في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية. وفعلاً أحال مجلس الأمن الدولي تقرير اللجنة الدولية إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، الذي تولى إجراء التحقيق وأصدر الأوامر بالقبض على مرتكبي هذه الجرائم.

٢ - دور المنظمات الإقليمية:

أشارت الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية للمؤتمر الدولي إلى ضرورة الاستعانة بالمنظمات الإقليمية ودون الإقليمية ودورها المهم والمكمل لدور سلطات الدول ودور منظمة الأمم المتحدة في إطار تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية.

فينص الفصل الثامن من ميثاق الأمم المتحدة على دور المنظمات الإقليمية في صون الأمن والسلم الدوليين، - مثل منظمة الاتحاد الأوروبي، وجامعة الدول العربية - ومساعدة الأمم المتحدة في إيجاد تسوية سلمية للمنازعات الدولية، وبطبيعة الحال مساعدتها في تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية.

(٣٤) قد تقترح لجان التحقيق بعد سرد الوقائع بعض الإجراءات، مثل اللجنة المعنية بالتحقيق في حالة دارفور، التي اقترحت إحالة الوضع فوراً إلى المحكمة الجنائية الدولية.

وتنص المادة ٥٢ من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "ليس في هذا الميثاق ما يحول دون قيام تنظيمات أو وكالات إقليمية تعالج من الأمور المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدولي ما يكون العمل الإقليمي صالحاً فيها ومناسباً، ما دامت هذه التنظيمات أو الوكالات الإقليمية ونشاطها متلائمة مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها".

وحذرت المادة ٥٣ (١) من ميثاق الأمم المتحدة تلك التنظيمات الإقليمية أو الوكالات الإقليمية من القيام "بأي عمل من أعمال القمع بغير إذن مجلس الأمن".

كما نصت المادة ٥٤ على ما يلي: "يجب أن يكون مجلس الأمن على علم تام بما يجري من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي، بمقتضى تنظيمات أو بواسطة وكالات إقليمية أو ما يزمع إجراؤه منها".

ومن ثم، هذا يعني أن هناك تفويضاً من منظمة الأمم المتحدة - وخاصة من مجلس الأمن - إلى المنظمات الإقليمية بمعالجة المنازعات التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم والأمن الدوليين، بشرط ألا تخرج تلك الإجراءات المتبعة من قبل هذه المنظمات الإقليمية عن نطاق ميثاق الأمم المتحدة، وألا تلجأ إلى استخدام القوة العسكرية في تسوية النزاع إلا بعد الحصول على موافقة مجلس الأمن صاحب الاختصاص الأصيل بحفظ الأمن والسلم الدوليين.

ومن ثم، يقوم مجلس الأمن الدولي بدور رقابي على أعمال المنظمات الإقليمية في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، ويجب الحصول على الإذن من مجلس الأمن قبل التدخل واستخدام إجراءات قمعية لحل النزاع، كما يجب إحاطة مجلس الأمن علماً بالإجراءات السلمية التي تتخذها هذه المنظمات الإقليمية.

ومن ثم، يتبين أن المنظمات الإقليمية تساعد مجلس الأمن في تسوية النزاعات التي تنشأ بسبب عدم التزام الدول بتوفير الحماية للمدنيين على أراضيها من تعرضهم لانتهاكات حقوق الإنسان، ومن ارتكاب الجرائم الأربع المنصوص عليها أو التحريض عليها، ومن ثم هي تساعد على تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية.

على سبيل المثال، تقوم منظمة الاتحاد الإفريقي بدور مهم في تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية في إقليم دارفور في السودان وحماية السكان المشردين داخلياً في الإقليم منذ اندلاع النزاع في عام ٢٠٠٣ بين قوات التمرد المسلحة والقوات الحكومية السودانية في الخرطوم^(٣٥).

(٣٥) راجع: د. صالح محمد محمود بدر الدين، النزاع المسلح في إقليم دارفور بالسودان وأزمة التشريد القسري الداخلي، مجلة حقوق حلوان، ملحق العدد الصادر في عام ٢٠٠٩.

ومن ثم، تدعو الحاجة إلى بلورة أساليب أفضل للتعاون المشترك بين المنظمات الإقليمية ومنظمة الأمم المتحدة وتقاسم القدرات لتنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية؛ حيث إن التعاون العالمي الإقليمي يشكل دعامة رئيسية لوضع المسؤولية عن الحماية موضع التنفيذ^(٣٦).

٣ - التدخل العسكري:

يتمثل آخر تدبير من تدابير الركيزة الثالثة لتنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية في التدخل العسكري لتوفير الحماية للمدنيين من الجرائم الأربع الخطيرة، وهنا تنتقل المسؤولية لحماية المدنيين من الدولة إلى المجتمع الدولي ممثلاً في منظمة الأمم المتحدة.

ومن ثم، إذا فشلت كل التدابير السابقة في تنفيذ مسؤولية الحماية، وثبت عدم قدرة الدولة أو عدم رغبتها في توفير الحماية للمدنيين، وثبت أن الدولة مازالت ترتكب الجرائم الأربع المنصوص عليها في الفقرة ١٣٨ أو تحرض عليها، فهنا - حسب مبدأ المسؤولية عن الحماية - تنتقل المسؤولية للمجتمع الدولي ويتدخل ممثلاً بمنظمة الأمم المتحدة عن طريق التدخل العسكري لفرض تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية، عن طريق قرار يصدر عن مجلس الأمن الدولي وفقاً لاختصاصه بحفظ الأمن والسلم الدوليين وحسب أحكام الميثاق.

ولا يتم اللجوء إلى التدخل العسكري لحماية المدنيين ومنع ارتكاب الجرائم الأربع الخطيرة إلا كمالأخيراً وفي الوقت المناسب.

وفي الجملة الثانية من الفقرة ١٣٩ ذكر أنه يمكن للمجتمع الدولي اللجوء إلى طائفة واسعة من الإجراءات الجماعية، سواء السلمية منها أو غير السلمية، في حال تحقق شرطين اثنين: (أ) قصور الوسائل السلمية. (ب) عجز السلطات الوطنية البين عن حماية سكانها من الجرائم الأربع المذكورة.

وفي خصوص هاتين الحالتين، تؤكد الفقرة ١٣٩ ما يلي: "نعرّب عن استعدادنا لاتخاذ إجراء جماعي، في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، عن طريق مجلس الأمن، ووفقاً للميثاق، بما في ذلك الفصل السابع منه، على أساس كل حالة على حدة وبالتعاون مع المنظمات الإقليمية ذات الصلة حسب الاقتضاء".

وأكد الأمين العام للأمم المتحدة في ١٥ أغسطس ٢٠٠٨ أن صياغة هذه الجملة

(٣٦) راجع: A/63/677.

تؤكد الحاجة إلى استجابة مبكرة ومرنة في مثل هذه الحالات؛ أي استجابة تتكيف مع ظروف كل حالة وتنسجم تماماً مع أحكام الميثاق في آن واحد^(٣٧).

ومن ثم ينبغي عدم التردد في طلب الإنذار باتخاذ تدابير أقوى إذا تبين أن الوسائل السلمية لم تنفع، في حين يمكن لاستجابة أسرع ومباشرة أن تنقذ الأرواح وتعيد النظام. وهذا ما تؤكدته الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية، وهي أنه لا تكتمل أية إستراتيجية للوفاء بمبدأ مسؤولية الحماية إذا لم تتوافر إمكانية اتخاذ تدابير إنفاذ جماعية، بما في ذلك طريق الجزاءات أو العمل القسري العسكري في الحالات القصوى، وعندما ترفض دولة قبول المساعدات الدولية الوقائية، وترتكب جرائم وانتهاكات جسيمة تتصل بالمسؤولية عن الحماية، ولا تستجيب للتدابير الأقل إرغاماً، فإنها - في واقع الأمر - تضع المجتمع الدولي أمام التحدي المتمثل في أن يقوم بمسؤولياته المذكورة بحسب الفقرة ١٣٩ من الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة.

ومجلس الأمن يمكن أن يأنن باتخاذ التدابير الجماعية بموجب المادتين ٤١ و٤٢ من ميثاق الأمم المتحدة، أو أن تأذن بها الجمعية العامة بموجب قرار "الاتحاد من أجل السلام"، أو أن تأذن بها الترتيبات الإقليمية أو دون الإقليمية بموجب المادة ٥٣ من الميثاق، بإذن مسبق من مجلس الأمن.

فالدول الأعضاء في الأمم المتحدة قد ترغب بمعرفة المبادئ والقواعد التي يفترض الاسترشاد بها عند استخدام القوة العسكرية في الحالات القصوى المتعلقة بالمسؤولية عن الحماية.

وتم معالجة هذه المسألة في تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول لعام ٢٠٠١^(٣٨)، التي رأت ضرورة وجود استثناءات على مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وذلك عندما ينهار النظام كله في دولة ما أو يبلغ النزاع الداخلي حداً من القمع والعنف يهدد المدنيين بإبادة جماعية أو تطهير عرقي على نطاق واسع.

واللجنة في تقريرها حددت ستة معايير للتدخل الدولي المسلح من أجل الحماية البشرية، وهي:

(٣٧) راجع: SG/SM/11701.

(٣٨) كذلك راجع: تقرير الأمين العام السابق كوفي عنان لعام ٢٠٠٥ المعنون " في جو من الحرية أفسح: صوب تحقيق التنمية، والأمن، وحقوق الإنسان للجميع " انظر: A/59/2005، الفقرة ١٢٦.

المعيار الأول - ضرورة أن تكون القضية عادلة:

اللجنة ترى أن التدخل العسكري يعد تدبيراً استثنائياً؛ لذلك لا بد أن يكون مبرراً وأن هناك ضرراً خطيراً لأشخاص لا يمكن إصلاحه؛ أو أن حدوثه وشيك، وذكرت بعض الأمثلة لهذه الظروف، هي:

- خسارة كبيرة في الأرواح وقعت أو يخشى وقوعها، سواء أكان ذلك بنية الإبادة الجماعية أم ليس بنيتها، وتكون نتيجة عمل مدبر من الدولة أو إهمال منها أو عدم قدرتها على التصرف أو لوضع حد تكون فيه الدولة عاجزة.
- ارتكاب جرائم التطهير العرقي على نطاق واسع، سواء أكان ذلك بالقتل المنهجي لأفراد مجموعة معينة بغية تقليل وجودها أو إزالته في منطقة معينة.
- ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية وانتهاكات قوانين الحرب، بحسب اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكولات الإضافية الملحقة، التي تنطوي على قتل عدد كبير من الناس أو تطهير عرقي.

واللجنة ترى أنه بتوافر مثل هذه الظروف، وعلى نطاق واسع، تكون القضية عادلة ويكون التدخل العسكري مستحقاً ومبرراً قانوناً^(٣٩).

المعيار الثاني - ضرورة توافر الأدلة القاطعة:

اللجنة ترى ضرورة توافر الأدلة الحقيقية على تعرض السكان لجرائم الإبادة الجماعية، والتطهير العرقي، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية. وترى اللجنة الدولية أنه يمكن الاستعانة بالمنظمات الدولية ذات المصادقية من أجل توفير المعلومات التي يمكن أن يبني عليها المجتمع الدولي قراره بالتدخل العسكري، وحتى يمكن التحقق من توافر شروط القضية العادلة من أجل تبرير التدخل العسكري قانوناً لحماية المدنيين.

المعيار الثالث - ضرورة توافر حسن النية:

يعتبر مبدأ حسن النية من أهم مبادئ القانون الدولي، ويتم توافر حسن النية إذا كان الهدف الرئيسي من التدخل العسكري وقف معاناة الناس أو تجنبها، أما إذا كان السبب آخر فهذا لا يمكن تبرير التدخل العسكري. فلا يقبل - مثلاً - أن يكون التدخل العسكري من أجل فرض ترسيم الحدود أو

(٣٩) راجع: تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول A/57/303، بند رقم ١٩/٤-٢٠.

تغيير نظام الحكم أو احتلال الدولة أو أي هدف آخر غير حماية الناس من التعرض أو التهديد بالتعرض للجرائم الأربع المذكورة.

المعيار الرابع – أن يكون التدخل العسكري الملاذ الأخير:

بمعنى أن يكون اللجوء إلى الخيار العسكري من أجل الحماية البشرية هو الملاذ والخيار الأخير، وذلك بعد فشل كل الوسائل الدبلوماسية والسلمية في إرغام الدولة على توفير الحماية للسكان المدنيين من تعرضهم للجرائم الأربع الخطيرة.

المعيار الخامس – مبدأ التناسب بين التدخل العسكري والهدف من هذا التدخل:

بمعنى أن يكون التدخل العسكري بالقدر الكافي والحد الأدنى الضروري لضمان تحقيق الحماية للسكان المدنيين، وهو الهدف من هذا التدخل.

كذلك يجب أن تتناسب الأسلحة والوسائل المستخدمة مع الهدف المراد تحقيقه، وهو توفير الحماية للسكان المدنيين من التعرض للجرائم الأربع الخطيرة، وأن يكون الأثر على النظام السياسي محدوداً، بقدر الضرورة لتحقيق الغرض من التدخل العسكري.

المعيار السادس – الإمكانيات المعقولة:

بمعنى ألا يتم اللجوء إلى الخيار العسكري إلا إذا كانت هناك فرصة معقولة للنجاح؛ بمعنى فرصة معقولة لوقف ارتكاب الجرائم الأربع الخطيرة، فلا يمكن تبرير التدخل العسكري إذا لم يتم تحقيق الحماية للسكان المدنيين، أو إذا كانت آثار التدخل العسكري سلبية وكارثية أكثر من عدم التدخل العسكري.

والتدخل العسكري يحتاج إلى أسلحة وقوات عسكرية كبيرة، يجب أن تفوق قدرة القوة العسكرية للدولة المراد التدخل ضدها، وهذا لا يتوافر غالباً سوى للدول الكبرى التي تلجأ إليها منظمة الأمم المتحدة ممثلة في مجلس الأمن الدولي، مثل اللجوء إلى منظمة شمال الأطلسي العسكرية (الناتو) في كثير من الحالات؛ لذلك يرى بعض الفقهاء أن مبدأ المسؤولية عن الحماية هو فقط للتطبيق على الدول الصغرى والمتوسطة بالقدرات العسكرية، ولا يطبق على الدول الكبرى^(٤٠).

(٤٠) راجع:

Serge Abessolo, Responsabilité de Protégé et Ordre Juridictionnel International: les défis de la justice pénale internationale, Liberville, 20 et 21 Juin 2007, PP. 9-11.

المبحث الثاني

تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية على الأزمة الليبية

في ليبيا خرج الشعب في بداية الأمر بمظاهرات سلمية في مدينة بنغازي والمدن الشرقية، مطالباً بإصلاحات شعبية، تتعلق بالقضايا الاجتماعية والسياسية وانتهاكات حقوق الإنسان، لكن الرد كان عنيفاً من قبل النظام الحاكم الذي لجأ إلى إطلاق النار على المحتجين في مدينتي بنغازي والبيضاء في ١٥ فبراير ٢٠١١؛ مما جعل المظاهرات تأخذ منحى آخر باتجاه التمرد والمطالبة بأهداف محددة، منها إسقاط النظام.

بعدها استولى المحتجون على أسلحة بعض المراكز الأمنية في المدن الشرقية وأصبحت المواجهة بينهم وبين النظام الحاكم مواجهة مسلحة، وتصاعدت المواجهات واستخدم نظام القذافي الطائرات والمدافع في قصف المحتجين، وانشق بعض الضباط من الجيش الليبي إلى جانب المحتجين، وزادت المطالبات بإسقاط النظام الحاكم، وبدأ المحتجون بالسيطرة على بعض المدن الشرقية، وتم إنشاء مجلس عسكري مؤقت والذي قام بدوره بتشكيل جيش التحرير بهدف الدفاع عن المناطق التي تمت السيطرة عليها.

وبسبب النزاع المسلح بين المحتجين والنظام لجأ الكثير من اللاجئين إلى الحدود المصرية والتونسية وساحل أوروبا؛ مما جعل للنزاع أثراً إنسانياً، وجعل تدخل القوى الدولية حتمياً لخطورة النزاع ومحاولة إيجاد حل سريع قبل زيادة تفاقمه. وبسبب عناد نظام القذافي وعدم تلبية مطالب المحتجين، زادت الانشقاقات في صفوفه وانضم بعض قياداته إلى صفوف المعارضة؛ مما أدى إلى عزلة نظام القذافي ومطالبة الجميع برحيله.

وبدعم المنظمات الإقليمية والدولية لمطالبات المعارضين ومن أجل حماية المدنيين في ليبيا الذين تعرضوا لانتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان وبسبب الاستخدام المفرط للقوة العسكرية من قبل نظام القذافي وسقوط الآلاف من القتلى والجرحى من جراء هذا النزاع المسلح، والخوف كذلك من تعرضهم مستقبلاً لانتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان بعد تهديد القذافي الواضح بعدم الرأفة بالمعارضين، صدرت قرارات مجلس الأمن التي أعطت الإنذار باستخدام القوة في ليبيا من أجل حماية المدنيين بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية على النزاع المسلح في ليبيا، وذلك بموجب قرار مجلس الأمن ١٩٧٠ و١٩٧٣ (٢٠١١).

وبالفعل تم التدخل الدولي العسكري بوساطة قوات حلف الناتو لحماية المدنيين، وتم إسقاط نظام القذافي وتشكيل حكومة انتقالية في أكتوبر ٢٠١١ لإدارة شؤون ليبيا، لكن للأسف لم يتم - حتى اليوم - الاستقرار للشعب الليبي؛ إذ ما زال الصراع المسلح موجوداً بين الفصائل المختلفة، وبقي تنازعها على السلطة محتتماً حتى بعد إسقاط نظام القذافي في ٢٠١١.

وسوف نحاول فيما يلي دراسة مضمون قراري مجلس الأمن اللذين سمحا بتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية على النزاع المسلح في ليبيا، ثم نرى مدى توافر ركائز هذا المبدأ على الحالة الليبية.

المطلب الأول

مضمون القرارين ١٩٧٠ و ١٩٧٣ ومبدأ المسؤولية عن الحماية

تم اعتماد القرارين ١٩٧٠ و ١٩٧٣ بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، الذي ينص على استخدام وسائل قهرية في "حالات تهديد السلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان"^(٤١).

وبوساطة هذين القرارين تم إقرار تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية على الحالة الليبية، وفرض القرار ١٩٧٠ في بداية الأمر مجموعة إجراءات على النظام الليبي، وأكد هذه الإجراءات القرار ١٩٧٣، وأضاف اهتماماً أكبر بحماية المدنيين، وأذن للحكومات باستخدام جميع الوسائل اللازمة لحماية المدنيين في ليبيا.

لذلك سوف نرى بداية مضمون القرار ١٩٧٠، ثم مضمون القرار ١٩٧٣.

أولاً - مضمون قرار مجلس الأمن رقم ١٩٧٠:

صدر بالإجماع القرار في تاريخ ٢٦ فبراير ٢٠١١، بعد عشرة أيام تقريباً من اندلاع المواجهات بين النظام الليبي والمعارضين، وقد أعرب مجلس الأمن عن إدانته للعنف واستخدام القوة ضد المدنيين من جانب السلطات الحكومية الليبية، وكذلك يشجب المجلس "الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان، بما في ذلك قمع المتظاهرين المسالمين، وإذ يعرب عن قلقه العميق لمقتل المدنيين ويرفض رفضاً قاطعاً التحريض من أعلى مستويات الحكومة الليبية على أعمال العدوان والعنف ضد المدنيين".

(٤١) راجع: المادة ٣٩ من ميثاق الأمم المتحدة.

رحب مجلس الأمن أيضاً بقرار مجلس حقوق الإنسان الصادر في ٢٥ فبراير ٢٠١١^(٤٢) الذي أدان فيه بشدة ما ارتكب في ليبيا من انتهاكات جسيمة ومنهجية لحقوق الإنسان، وهي أعمال قد تشكل جرائم ضد الإنسانية، وكما رحب المجلس في قراره أيضاً بإيفاد لجنة دولية مستقلة على وجه الاستعجال للتحقيق في انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان المزعوم ارتكابها في ليبيا؛ وذلك للوقوف على حقائق وظروف تلك الانتهاكات والجرائم المرتكبة وتحديد هوية الضالعين فيها، حيثما أمكن^(٤٣).

وأكد القرار أن المجلس يعتبر الهجمات الممنهجة الواسعة النطاق التي تشن حالياً في ليبيا ضد السكان المدنيين قد ترقى إلى مرتبة جرائم ضد الإنسانية.

كذلك أكد القرار - بصورة واضحة - مسؤولية الحكومة الليبية عن توفير الحماية لسكانها، وضرورة محاسبة المسؤولين عن الهجمات الموجهة ضد المدنيين، ويشمل ذلك القوات الخاضعة لسيطرتهم.

وأكد القرار أن المجلس يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويتخذ تدابير بموجب المادة ٤١ منه، ويطلب باتخاذ عدة تدابير غير عسكرية تتوافق مع مبدأ المسؤولية عن الحماية؛ وذلك بهدف وقف العنف وانتهاكات حقوق الإنسان الجسيمة ضد السكان المدنيين، وهي على النحو التالي:

١ - إحالة الوضع في ليبيا إلى المحكمة الجنائية الدولية:

أحال القرار رقم ١٩٧٠ الوضع القائم في ليبيا منذ ١٥ فبراير ٢٠١١ إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، وقرر أن تتعاون السلطات الليبية تعاوناً كاملاً مع المحكمة والمدعي العام وتقديم لهما ما يلزمهما من مساعدة عملاً بمقتضى هذا القرار، ويحث جميع الدول والمنظمات الإقليمية وسائر المنظمات الدولية المهتمة بالأمر التعاون التام مع المحكمة والمدعي العام.

٢ - حظر الأسلحة:

في الفقرة التاسعة من القرار، قرر مجلس الأمن "أن تتخذ جميع الدول الأعضاء

(٤٢) راجع: قرار مجلس حقوق الإنسان رقم A/HRC/RES/S-15-I.

(٤٣) لقد صدر تقرير هذه اللجنة في ١ يوليو ٢٠١١، وأكد تعرض السكان المدنيين لانتهاكات جسيمة عديدة للقانون الدولي الإنساني، ارتكبتها القوات الحكومية وترقى لجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية، وارتكاب جرائم القتل والاختفاء القسري والاعتصاب والتعذيب الممنهج من قبل القوات الحكومية. راجع التقرير رقم A/HRC/17/44.

على الفور ما يلزم من تدابير لمنع توريد جميع أنواع الأسلحة وما يتصل بها من أعتدة إلى الجماهيرية العربية الليبية أو بيعها لها أو نقلها إليها بشكل مباشر أو غير مباشر، ويشمل ذلك الأسلحة والذخيرة والمركبات والمعدات العسكرية والمعدات شبه العسكرية وقطع غيار ما تم ذكره، انطلاقاً من أراضيها أو عبرها أو على أيدي رعاياها أو باستخدام السفن أو الطائرات التي ترفع أعلامها، ومنع توفير المساعدة التقنية والتدريب والمساعدة المالية وغيرها من أشكال المساعدة، فيما يتصل بالأنشطة العسكرية أو توفير أي أسلحة أو ما يتصل بها من أعتدة أو صيانتها أو استخدامها".

وفي الفقرتين ١٠ و ١١ من القرار يطالب مجلس الأمن جميع الدول، ولا سيما الدول المجاورة للجماهيرية العربية الليبية، أن تلتزم بهذا الحظر على توريد الأسلحة في جميع المناطق الخاضعة للولاية الإقليمية لكل دولة على حدة^(٤٤).

٣ - حظر السفر:

في الفقرة ١٥ من القرار، قرر مجلس الأمن "أن تتخذ جميع الدول الأعضاء التدابير اللازمة لمنع الأفراد المدرجة أسمائهم في المرفق الأول لهذا القرار^(٤٥) أو الذين تحدد أسمائهم اللجنة المنشأة عملاً بالفقرة ٢٤ أدناه من دخول أراضيها أو عبورها، على أنه ليس في هذه الفقرة ما يلزم أي دولة بأن تمنع رعاياها من دخول أراضيها".

وقد أوردت الفقرة ١٦ من القرار بعض الاستثناءات الواردة على تدبير حظر السفر^(٤٦).

(٤٤) راجع: الفقرات ١٠ - ١٤ من القرار رقم ١٩٧٠.

(٤٥) المرفق الأول تعرض لتعداد لسته أشخاص ممنوعين من السفر خارج ليبيا وأغليبيتهم من أبناء القذافي أو أقارب له.

(٤٦) راجع: الفقرة ١٦ من القرار، التي أوردت أربعة استثناءات على تدبير حظر السفر، وهي:
أ - عندما تقرر اللجنة، على أساس كل حالة على حدة، أن هذا السفر تبرره الضرورة الإنسانية، بما في ذلك أداء الواجب الديني؛

ب - أو عندما يكون الدخول أو العبور ضرورياً للقيام بإجراءات قضائية؛

ج - أو عندما تقرر اللجنة، على أساس كل حالة على حدة، أن الاستثناء من الحظر من شأنه أن يخدم أهداف إحلال السلام وتحقيق المصالحة الوطنية في الجماهيرية العربية الليبية والاستقرار في المنطقة؛

د - أو عندما تقرر دولة، على أساس كل حالة على حدة، أن ذلك الدخول أو العبور لازم لتعزيز فرص إحلال السلام والاستقرار في الجماهيرية العربية الليبية، وتقوم الدول لاحقاً بإخطار اللجنة في غضون ثمان وأربعين ساعة من اتخاذ ذلك القرار".

٤ - تجميد الأصول:

في الفقرة ١٧ من القرار، قرر مجلس الأمن "أن تقوم جميع الدول الأعضاء دون إبطاء بتجميد جميع الأموال والأصول المالية والموارد الاقتصادية الأخرى الموجودة في أراضيها والتي يملكها أو يتحكم فيها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، الكيانات أو الأفراد المذكورون بالمرفق الثاني لهذا القرار أو الذين تحددهم اللجنة المنشأة عملاً بالفقرة ٢٤ الواردة أدناه" (٤٧).

وفي الفقرة ١٨ من القرار يعرب مجلس الأمن عن اعتزامه كفالة أن تتاح للشعب الليبي في مرحلة لاحقة الأصول التي يجري تجميدها عملاً بأحكام الفقرة ١٧ بما يعود بالنفع عليه.

وكذلك يقرر مجلس الأمن عدم سريان التدابير المفروضة بموجب الفقرة ١٧ أعلاه على الأموال أو الأصول المالية أو الموارد الاقتصادية الأخرى التي تقرر الدول الأعضاء المعنية أنها:

- ضرورية لتغطية النفقات الأساسية، بما في ذلك سداد المبالغ المتعلقة بالمواد الغذائية أو الإيجار أو الرهون العقارية، أو الأدوية والعلاج الطبيعي، أو الضرائب، أو أقساط التأمين، ورسوم المرافق العامة.

(٤٧) الفقرة ٢٤ من القرار ١٩٧٠، تقرر وفقاً للمادة ٢٨ من نظام مجلس الأمن الداخلي، لجنة تابعة لمجلس الأمن تضم جميع أعضاء المجلس، وهي لجنة جديدة للجزاءات تختص بالمهام التالية:

- أ - رصد تنفيذ التدابير المفروضة في الفقرات ٩ و ١٠ و ١٥ و ١٧؛
- ب - تحديد الأفراد الخاضعين للتدابير المفروضة بموجب الفقرة ١٥، والنظر في طلبات الإعفاء وفقاً للفقرة ١٦ أعلاه؛
- ج - تحديد الأفراد الخاضعين للتدابير المفروضة بموجب الفقرة ١٧ أعلاه، والنظر في طلبات الإعفاء وفقاً للفقرتين ١٩ و ٢٠ أعلاه؛
- د - وضع مبادئ توجيهية، حسب الاقتضاء، لتسهيل تنفيذ التدابير المفروضة أعلاه؛
- هـ - تقديم تقرير أول عن أعمالها إلى مجلس الأمن في غضون ثلاثين يوماً، وموافاته لاحقاً بتقارير حسبما تراه اللجنة ضرورياً؛
- و - تشجيع إجراء حوار بين اللجنة والدول الأعضاء المهتمة، ولاسيما دول المنطقة، بوسائل تشمل دعوة ممثلي هذه الدول إلى الاجتماع باللجنة لمناقشة هذه التدابير،
- ز - التماس أي معلومات تعتبرها مفيدة، من جميع الدول، بشأن الإجراءات التي اتخذتها لتنفيذ التدابير المفروضة أعلاه بصورة فعالة؛
- ح - فحص المعلومات المتعلقة بما يزعم ارتكابه من انتهاكات أو عدم الامتثال للتدابير الواردة في هذا القرار، واتخاذ الإجراءات الملائمة بشأنها.

- أو ضرورة لتغطية النفقات الاستثنائية، شريطة أن تكون الدولة أو الدول الأعضاء المعنية قد أخطرت اللجنة بذلك، وأن تكون اللجنة وافقت عليه.
- أو خاضعة لرهن أو حكم قضائي، أو إداري، أو تحكيمي، ويمكن في هذه الحالة استخدام الأموال، والأصول المالية والموارد الاقتصادية الأخرى، لسداد ما يتعلق بذلك الرهن أو الحكم.

ثانياً - إقرار مبدأ المسؤولية عن الحماية في القرار ١٩٧٣:

في ١٧ مارس ٢٠١١ اعتمد مجلس الأمن القرار رقم ١٩٧٣، الذي يسمح بفرض حماية السكان المدنيين وذلك باتخاذ كل التدابير اللازمة، وقد نال هذا القرار - الذي صاغته فرنسا والمملكة المتحدة وشاركت في رعايته لبنان والولايات المتحدة - عشرة أصوات من بين ١٥ صوتاً^(٤٨)، وامتنعت عن التصويت ألمانيا والبرازيل وروسيا والصين والهند.

والحقيقة أن سرعة اتخاذ هذا القرار إنما جاءت بسبب تهديد القذافي أن قواته لن تأخذها رحمة ولا شفقة بالثائرين على السلطة وخاصة في مدينة بنغازي، لذلك لم تستخدم روسيا والصين حق النقض (الفيتو) ضد هذا القرار؛ لأنهما لا تريدان تحمل المسؤولية عن مذبحه قد تقع في مدينة بنغازي.

في هذا القرار أعرب مجلس الأمن عن استيائه لعدم امتثال السلطات الليبية للقرار رقم ١٩٧٠ (٢٠١١)، ويشير إلى تطبيقه لمبدأ مسؤولية الحماية، ويؤكد أيضاً مسؤولية السلطات الليبية عن حماية السكان الليبيين، وأن أطراف النزاعات المسلحة تتحمل المسؤولية الأساسية عن اتخاذ جميع الخطوات لكفالة حماية المدنيين، ويدين القرار الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان، ويرى المجلس أن ذلك قد يرقى إلى مرتبة جرائم ضد الإنسانية، وهي إحدى الجرائم الخطيرة الأربع التي تستوجب تطبيق مبدأ مسؤولية الحماية.

كذلك يشير مجلس الأمن إلى إدانة جامعة الدول العربية والاتحاد الإفريقي والأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي للانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، التي ارتكبت ولا تزال ترتكب في ليبيا، ويكرر المجلس أيضاً قلقه إزاء

(٤٨) الدول التي وافقت على هذا القرار، هي: البوسنة والهرسك، البرتغال، جنوب إفريقيا، غابون، فرنسا، كولومبيا، لبنان، المملكة المتحدة، نيجيريا، الولايات المتحدة.

معاناة اللاجئين والعمال الأجانب الذين فروا من العنف الحاصل في ليبيا، ويدعو المجتمع الدول لتلبية احتياجاتهم.

ويقرر مجلس الأمن أيضاً أن الحالة في ليبيا مازالت تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، وإذ يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، يقرر عدة تدابير، أهمها:

١ - حماية المدنيين:

ركز القرار على حماية المدنيين، ودعا في الفقرة الرابعة منه إلى وقف إطلاق النار الفوري والوقف الكامل للعنف ضد المدنيين، ويأذن القرار "للدول الأعضاء التي أخطرت الأمين العام، وهي تتصرف على الصعيد الوطني أو عن طريق منظمات أو ترتيبات إقليمية، وبالتعاون مع الأمين العام، باتخاذ جميع التدابير اللازمة، رغم أحكام الفقرة ٩ من القرار ١٩٧٠ (٢٠١١)، لحماية المدنيين والمناطق الآهلة بالسكان المدنيين المعرضين لخطر الهجمات في الجماهيرية العربية الليبية بما فيها بنغازي، مع استبعاد أي قوة احتلال أجنبية أياً كان شكلها وعلى أي جزء من الأراضي الليبية، ويطلب إلى الدول الأعضاء المعنية أن تبلغ الأمين العام فوراً بالتدابير التي تتخذها عملاً بالإذن المخول بموجب هذه الفقرة والتي ينبغي إخطار مجلس الأمن بها فوراً".

٢ - منطقة حظر الطيران:

قرر مجلس الأمن في الفقرة السادسة من القرار فرض حظر على جميع الرحلات الجوية في المجال الجوي للجماهيرية العربية الليبية من أجل المساعدة على حماية المدنيين، أما في الفقرة السابعة من القرار فقد أورد استثناء على هذا الحظر بالنسبة إلى الرحلات الجوية التي يكون غرضها الوحيد غرضاً إنسانياً، من قبيل إيصال المساعدة أو تيسير إيصالها، بما فيها الإمدادات الطبية والأغذية والعاملين في المجال الإنساني وما يتصل بذلك من مساعدة، أو إجلاء الرعايا الأجانب من ليبيا.

وفي الفقرة الثامنة من القرار يطلب مجلس الأمن من الدول المعنية أن تقوم، بالتعاون مع جامعة الدول العربية، بالتنسيق مع الأمين العام بشأن التدابير التي تتخذها من أجل تنفيذ هذا الحظر، بما في ذلك إنشاء آلية مناسبة لتنفيذ أحكام الفقرتين ٧ و٦ من القرار.

٣ - إنفاذ حظر الأسلحة:

في الفقرة ١٣ من القرار، فرض مجلس الأمن التنفيذ الصارم لحظر توريد الأسلحة المفروض بموجب الفقرتين ٩ و ١٠ من القرار ١٩٧٠ (٢٠١١)، وطلب إلى

جميع الدول الأعضاء، ولا سيما دول المنطقة، أن تقوم داخل أراضيها، بما في ذلك الموانئ والمطارات، وأعالي البحار، بتفتيش السفن والطائرات المتجهة إلى ليبيا أو القادمة منها، وطلب من جميع الدول التي ترفع السفن والطائرات أعلامها أن تتعاون مع عمليات التفتيش، ويؤذن للدول الأعضاء بأن تتخذ جميع التدابير المتناسبة مع الظروف المحددة للقيام بعمليات التفتيش تلك.

٤ - حظر الرحلات الجوية:

في الفقرة ١٧ من القرار، يطلب مجلس الأمن أن ترفض جميع الدول السماح لأي طائرة مسجلة في الجماهيرية العربية الليبية، أو يملكها أو يشغلها رعايا لبييون أو شركات ليبية، بالإقلاع من أراضيها أو الهبوط فيها أو عبورها ما لم تكن اللجنة قد وافقت مسبقاً على تلك الرحلة، أو ما عدا حالات الهبوط الاضطراري.

وفي الفقرة ١٨ من القرار يقرر مجلس الأمن أن ترفض جميع الدول السماح لأي طائرة بأن تقلع من أراضيها أو تهبط فيها أو تعبرها إذا كانت لديها معلومات توفر أساساً معقولاً للاعتقاد بأن الطائرة تحتوي على أصناف محظور توريدها أو بيعها أو نقلها أو تصديرها بموجب الفقرتين ٩ و ١٠ من القرار ١٩٧٠ (٢٠١١)، بما في ذلك توفير أفراد المرتزقة المسلحين، إلا في حالات الهبوط الاضطراري.

٥ - تجميد الأصول:

في الفقرة ١٩ من القرار، قرر مجلس الأمن تجميد الأصول المفروض بموجب الفقرات ١٧ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ من القرار ١٩٧٠ (٢٠١١) على جميع الأموال والأصول المالية والموارد الاقتصادية الأخرى الموجودة في أراضيها والتي تملكها أو تسيطر عليها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، السلطات الليبية، حسبما تحددها اللجنة، أو الكيانات أو الأفراد الذين يعملون باسم تلك السلطات أو بتوجيه منها، أو الكيانات التي تملكها أو تسيطر عليها، حسبما تحددها اللجنة.

ويقرر المجلس كذلك أن تكفل جميع الدول عدم إتاحة أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية، بوساطة رعاياها أو بوساطة أي أفراد أو كيانات داخل أراضيها، للسلطات الليبية أو لفائدتها، حسبما تحددها اللجنة، أو للكيانات أو الأفراد الذين يعملون باسم تلك السلطات أو بتوجيه منها، أو الكيانات التي تملكها أو تسيطر عليها، حسبما تحددها اللجنة، ويوعز إلى اللجنة بأن تحدد تلك السلطات الليبية أو الأفراد أو الكيانات في غضون ٣٠ يوماً من تاريخ اتخاذ هذا القرار وحسبما تراه مناسباً بعد ذلك.

٦ - تحديد الأسماء:

في الفقرتين ٢٢ و ٢٣ من القرار حددت بعض الأسماء والكيانات، وقد وردت بملاحق للقرار تشمل أقارب للقذافي أو مسؤولين في النظام الحاكم ليتم فرض القيود المفروضة على السفر والتدابير المحددة على الكيانات والأفراد الذين يحددها المجلس أو اللجنة أنهم انتهكوا أحكام القرار ١٩٧٠ (٢٠١١).

٧ - فريق الخبراء:

في الفقرة ٢٤ من القرار، يطلب مجلس الأمن إلى الأمين العام أن ينشئ لفترة أولية مدتها سنة، بالتشاور مع اللجنة، فريقاً من ثمانية خبراء (فريق الخبراء)، تحت إشراف اللجنة، للاضطلاع ببعض المهام^(٤٩).

وفي الفقرة ٢٨ من القرار يؤكد مجلس الأمن استعداداه للقيام في أي وقت باستعراض التدابير المفروضة بموجب هذا القرار والقرار ١٩٧٠ (٢٠١١)، بما في ذلك القيام بتعزيز تلك التدابير أو تعليقها أو رفعها، بحسب الاقتضاء، على أساس مدى امتثال السلطات الليبية لأحكام هذين القرارين.

المطلب الثاني

مدى توافر ركائز مبدأ المسؤولية عن الحماية في الحالة الليبية

عند اندلاع المواجهات الدامية في ليبيا بين المحتجين وقوات النظام الحاكم استشعر المجتمع الدولي مسؤوليته تجاه حماية المدنيين، وأنه لا يريد تكرار المذابح الجماعية التي حصلت في أواخر القرن العشرين في رواندا ويوغسلافيا السابقة،

(٤٩) هذه المهام هي:

أ - مساعدة اللجنة في أداء ولايتها على النحو المحدد في الفقرة ٢٤ من القرار ١٩٧٠ (٢٠١١) وفي هذا القرار؛

ب - جمع وبحث وتحليل المعلومات التي ترد من الدول وهيئات الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية ذات الصلة والأطراف المهتمة الأخرى بشأن تنفيذ التدابير المنصوص عليها في القرار ١٩٧٠ (٢٠١١) وفي هذا القرار، وبخاصة حالات عدم الامتثال؛

ج - تقديم توصيات بالإجراءات التي قد ينظر المجلس أو اللجنة أو الدول في اتخاذها لتحسين تنفيذ التدابير ذات الصلة؛

د - تقديم تقرير مرحلي عن أعماله إلى المجلس في موعد لا يتجاوز ٩٠ يوماً من تاريخ تعيين الفريق، وتقرير ختامي باستنتاجاته وتوصياته إلى المجلس في موعد أقصاه ٣٠ يوماً قبل انتهاء ولايته.

ووجد في تطبيق مبدأ المسؤولية عن توفير الحماية فرصة لإعادة الثقة بالنظام العالمي للأمن الجماعي.

وبالفعل تدخل المجتمع الدولي في الأزمة الليبية بسرعة وبصرامة نادرة الحدوث؛ ففي بداية الأمر أصدر مجلس الأمن قراره رقم ١٩٧٠ (٢٠١١)، وأحال فيه الحالة الليبية إلى المحكمة الجنائية الدولية، ونص على فرض حظر الأسلحة ضد ليبيا وعلى منع السفر إليها وتجميد الأصول الخاصة بالضالعين في انتهاكات حقوق الإنسان، وخاصة الأقارب المرتبطين بالنظام القذافي.

أما القرار رقم ١٩٧٣ (٢٠١١) فقد أكد الأهداف التي وردت في القرار ١٩٧٠، مع التركيز على مبدأ حماية المدنيين، كذلك سمح القرار للدول الأعضاء باستخدام جميع الوسائل اللازمة، بما في ذلك القوة، لحماية المدنيين في ليبيا.

وعند تنفيذ هذين القرارين اعتقد كثير أن استخدام القوة في ليبيا لحماية المدنيين هو حرب عادلة مشروعة؛ لأنها بإن من الأمم المتحدة، في حين أدان البعض هذه العملية؛ لأن لها أهدافاً أخرى مستترة تهدف لتغيير نظام الحكم.

وبالفعل وخلال استمرار العمليات العسكرية لم يخف المشاركون الرئيسيون فيها الحقيقة بنيتهم ويقولهم أنه: "على القذافي أن يرحل" (٥٠).

وفي أثناء العمليات العسكرية ضد نظام القذافي، طلب فريق الاتصال المعني بليبيا في كل مناسبة بالقضاء على النظام (٥١).

وكان لدى بعض الدول التي تحفظت على القرار ١٩٧٣، مخاوف من طريقة تنفيذه وما يسمح به على وجه التحديد، وبالفعل ظهرت هذه المخاوف بوضوح بعد بدء العمليات العسكرية، فهل تجاوزت العملية العسكرية - بالفعل - التفويض المسموح به لحماية المدنيين؟ وهل بالفعل تم تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية كما ينبغي؟.

(٥٠) انظر: رسالة مشتركة من الرئيسين "أوباما" و"ساركوزي" ورئيس الوزراء "كاميرون" نشرت في صحف "لوفينغرو" و "التايمز" و "الواشنطن بوست" و "الحياة" في تاريخ ١٥ أبريل ٢٠١١.

(٥١) فريق الاتصال المعني بليبيا هو ائتلاف من ٤٠ بلداً ومنظمة دولية، وعهد إلى الفريق بالقيادة السياسية لتنفيذ شن الحملة العسكرية في إطار القرار ١٩٧٣. وضم فريق الاتصال المساهمين بالتدخل والداعمين له، وست منظمات دولية، بما فيها الأمم المتحدة والاتحاد الأوروبي ومنظمة حلف الأطلسي ومنظمة المؤتمر الإسلامي، وجامعة الدول العربية، ومجلس التعاون الخليجي.

لذلك سنحاول بداية دراسة تنفيذ القرار ١٩٧٣ في ليبيا بحسب ركائز مبدأ المسؤولية عن الحماية قبل الحكم على نجاحه أو فشله.

أولاً - تنفيذ القرار ١٩٧٣ وتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية:

لقد تولت منظمة شمال الأطلسي السيطرة على جميع العمليات العسكرية في ليبيا تحت إشراف الأمم المتحدة وبناء على القرارين ١٩٧٠ و ١٩٧٣.

وبدأت العملية العسكرية في ٣١ مارس، وانتهت في ٣١ أكتوبر ٢٠١١؛ بمعنى أنها استغرقت ٢٢٢ يوماً، لتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية.

وجاء إقرار تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية في الفقرة الرابعة من القرار ١٩٧٣، ونصت على أن: "يأذن المجلس للدول الأعضاء التي أخطرت الأمين العام، وهي تتصرف على الصعيد الوطني أو عن طريق منظمات أو بترتيبات إقليمية، وبالتعاون مع الأمين العام، باتخاذ جميع التدابير اللازمة، رغم أحكام الفقرة ٩ من القرار ١٩٧٣ (٢٠١١) لحماية المدنيين والمناطق الأهلة بالسكان المدنيين المعرضين لخطر الهجمات في الجماهيرية العربية الليبية بما فيها بنغازي، مع استبعاد أي قوة احتلال أجنبية أياً كان شكلها وعلى أي جزء من الأراضي الليبية، ويطلب إلى الدول الأعضاء المعنية أن تبلغ الأمين العام فوراً بالتدابير التي تتخذها عملاً بالإنز المخول بموجب هذه الفقرة والتي ينبغي إخطار المجلس بها فوراً".

وكما رأينا في السابق فإن ركائز مبدأ المسؤولية عن الحماية ثلاث؛ أولاً: مسؤولية الدولة عن الحماية، وثانياً: المساعدة الدولية لبناء قدرات الدولة، وثالثاً: الاستجابة الحاسمة في الوقت المناسب، فهل تم تطبيق ذلك في الحالة الليبية؟

في الواقع لدينا ملاحظات عدة، بالنسبة لتنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية على الحالة الليبية، وهي ما يلي:

١ - مصطلحات غامضة:

إن مصطلحات القرار ١٩٧٣ كانت غامضة مع أنها سمحت لعملية عسكرية لحماية السكان المدنيين، ومنع وقوع مذبة هدد بها القذافي كانت ستقع في مدينة بنغازي.

هذا القرار أشار إلى مبدأ المسؤولية عن الحماية ضمناً وليس صراحة؛

فقد ذكر القرار في الفقرة الرابعة منه أن المجلس يآذن للدول الأعضاء باتخاذ "جميع التدابير اللازمة"، ولم يحدد القرار هذه التدابير اللازمة وهل تعني استخدام القوة العسكرية والانتقال إلى الركيزة الثالثة من المسؤولية عن الحماية وهي التدخل

بصورة حاسمة وبالوقت المناسب؟ وهل يعني ذلك أن جميع الوسائل السلمية قد فشلت في تسوية النزاع وحماية المدنيين؟ وكيف تم التحقق من ذلك بهذه السرعة حيث إن الوقت بين صدور القرار ١٩٧٠ والقرار ١٩٧٣ لا يتجاوز الشهر؟.

إن غموض المصطلحات لا يمكن أن يكون إلا لصالح الأطراف المتدخلة عسكرياً في النزاع؛ لذلك هناك من طالب الجمعية العامة للأمم المتحدة باللجوء إلى محكمة العدل الدولية للحصول على رأي استشاري بحسب نص المادة ١/٩٦ من ميثاق الأمم المتحدة، بشأن تفسير ماذا يعني مصطلح اتخاذ "جميع التدابير اللازمة"، حتى لا تفسره الدول كيفما تشاء^(٥٢).

كذلك لم يشر القرار إلى ما يمكن أن يقدمه المجتمع الدولي من مساعدات للسلطات الليبية لبناء قدراتها حتى تتمكن من حماية المدنيين، وذلك بحسب الركيزة الثانية من مبدأ المسؤولية عن الحماية.

ومن ثم، نعتقد أن المجتمع الدولي حكم على الركيزة الثانية بالفشل؛ لأن نجاحها مرتبط أساساً باتجاه سياسة حكومة الدولة المعنية، ومدى رغبتها وقناعتها في توفير الحماية لسكانها وفي تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية؛ إذ إن النظام الليبي ارتكب انتهاكات جسيمة وممنهجة ضد السكان المدنيين، قد ترقى إلى جرائم ضد الإنسانية، ومن ثم - وحسب الركيزة الثالثة - يقع على المجتمع الدولي من خلال الأمم المتحدة الالتزام باستخدام ما هو ملائم من الوسائل الدبلوماسية والإنسانية وغيرها من الوسائل السلمية، للمساعدة في حماية السكان من الجرائم الأربع المذكورة.

أما إذا ثبت قصور الوسائل السلمية أو عجز السلطات الوطنية البين عن حماية سكانها، فيمكن للمجتمع الدولي اللجوء إلى طائفة واسعة من الإجراءات الجماعية، سواء السلمية أو غير السلمية، في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، عن طريق مجلس الأمن الدولي، ووفقاً للميثاق، بما في ذلك الفصل السابع منه، على أساس كل حالة على حدة، وبالتعاون مع المنظمات الإقليمية ذات الصلة بحسب الاقتضاء.

وهذا بالفعل ما حصل في الحالة الليبية؛ إذ إن المجتمع الدولي قرر التدخل لحماية السكان الليبيين بعد عجز السلطات الليبية عن حمايتهم، بل تعمدوا الهجوم عليهم وارتكاب جرائم ضد الإنسانية، وصدر قرار مجلس الأمن رقم ١٩٧٣، وفقاً

(٥٢) راجع:

Hans Kôchler, La Résolution 1973 et l'intervention en Libye sont-elles légales, R?SEAU VOLTAIRE - 27 MAI 2011.

لميثاق الأمم المتحدة والفصل السابع منه، وتم السماح باتخاذ جميع الوسائل اللازمة لحماية المدنيين في الوقت المناسب؛ إذ كان هناك تهديد بإبادة ومذبحة لمدينة بنغازي، وتم أيضاً التدخل بطريقة حاسمة باستخدام القوة العسكرية من قبل حلف منظمة شمال الأطلسي (الناتو)^(٥٣).

٢ - مدى توافر معايير التدخل العسكري في الحالة الليبية:

ومن ثم، ففي الحالة الليبية تم تنفيذ الركيزة الثالثة من مبدأ المسؤولية عن الحماية، وهي التدخل العسكري ملائماً أخيراً لتوفير الحماية للمدنيين من إحدى الجرائم الأربع المذكورة الخطيرة، وهنا انتقلت المسؤولية عن الحماية من الدولة الليبية إلى المجتمع الدولي ممثلاً في منظمة الأمم المتحدة.

لكن هناك عدة معايير لأبد من مراعاتها عند التدخل العسكري من أجل تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية، فهل تم مراعاتها بالحالة الليبية؟.

أ - لا بد أن تكون هناك قضية عادلة وأدلة قاطعة ليتم تبرير التدخل العسكري؛ لأن استخدام القوة تدبير استثنائي، ولا بد أن يكون هناك ضرر خطير لأشخاص لا يمكن إصلاحه أو أن حدوثه وشيك، مثال على ذلك خسارة في الأرواح وقعت أو يخشى وقوعها.

وهذا بالفعل ما حصل في الحالة الليبية؛ إذ أكد تقرير مجلس حقوق الإنسان سقوط العديد من القتلى بسبب استخدام النظام الليبي القوة العسكرية المفرطة، وأن هناك انتهاكات لحقوق الإنسان قد ترقى إلى جرائم ضد الإنسانية، بالإضافة إلى أن هناك تهديداً واضحاً من القذافي بقرب ارتكاب مذبحة في مدينة بنغازي^(٥٤).

ب - كذلك ضرورة توافر النية الحسنة، وهو مبدأ مهم من مبادئ القانون الدولي، ويتوافر ذلك إذا كان الهدف الأساسي من التدخل العسكري وقف معاناة الناس أو تجنبها، أما إذا كان هناك سبب آخر غير ذلك فلا يمكن تبرير التدخل العسكري؛ بمعنى أن تكون الدوافع للتدخل العسكري دوافع إنسانية لا سياسية.

ومن المستبعد أن يكون ذلك حقيقة واقعة؛ فالدوافع المختلطة حقيقة واقعة في

(٥٣) القوات التي تدخلت هي من فرنسا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة وكندا تحت قيادة حلف الناتو.

(٥٤) راجع: تقرير لجنة التحقيق الدولية المعنية بالتحقيق في جميع انتهاكات القانون الدولي المدعى وقوعها في الجماهيرية العربية الليبية الصادر في تاريخ ١ يونيو ٢٠١١، وثيقة رقم A/HRC/17/44.

العلاقات الدولية، كذلك التدخل العسكري يحتاج إلى تكلفة مالية وخطورة على الأفراد المشاركين وقوة عسكرية معينة؛ لذلك قد يكون هناك - من الناحية السياسية - بعض المصالح للدول المتدخلة، بالإضافة إلى المصالح الاقتصادية.

وهذا بالفعل ما حصل في الحالة الليبية؛ إذ إن القوى المتدخلة كانت تريد إسقاط نظام القذافي بوصفه هدفاً من أهداف التدخل^(٥٥) وتم الإعلان عن ذلك صراحة طوال فترة العمل العسكري، وإن إسقاط نظام القذافي يعتبر نتيجة حتمية لحماية المدنيين؛ إذ لا يمكن حماية المدنيين دون هزيمة قوات نظام القذافي التي تنتهك حقوق المدنيين، وإسقاطه نهائياً.

لكن السؤال هو، هل كان من الممكن حماية المدنيين دون إسقاط القذافي؟

والواقع يؤكد ما قاله "أنطوان روجيه" في عام ١٩١٠: إنه "من المستحيل فعلياً فصل الدوافع الإنسانية عن الدوافع السياسية من أجل التدخل وضمان تخلي الدول المتدخلة عن مصالحها إطلاقاً. ونحن لن نقول إن احترام حقوق الإنسان لن يكون أبداً دافعاً مساعداً على التدخل: فقد أظهر التاريخ أن هذا قد يكون أحياناً سبباً رئيسياً، بيد أنه لن يكون أبداً دافعاً وحيداً"^(٥٦).

ومن ثم، إن انهيار نظام القذافي من التدابير الضرورية لحماية المدنيين وإن كان هدفاً سياسياً لبعض الدول المتدخلة عسكرياً.

ج - أما معيار التناسب بين التدخل العسكري والهدف منه، فهناك شكوك حول تطبيقه؛ حيث يجب أن يكون هذا التدخل بالقدر الكافي والحد الأدنى الضروري لضمان تحقيق الحماية للسكان المدنيين، وهو الهدف من التدخل.

لذلك يجب أن تكون الأسلحة والوسائل المستخدمة تتناسب مع الهدف المراد

(٥٥) انظر: رأي "مارسيل بوازار" المساعد السابق للأمين العام للأمم المتحدة في جريدة Le Temps في ٢٨ سبتمبر ٢٠١١، حيث قال: "ليس هناك من شيء نال الاحترام، ولم تجر مفاوضات حقيقية في سبيل التوصل إلى وقف إطلاق النار، واستخدمت السيطرة على المجال الجوي كلياً لدعم الثوار، وكانت حماية المدنيين الذريعة لتبرير أية عملية، ولم تعد المسألة بعد ذلك مسألة حماية ولكن مسألة تغيير النظام. واختفى في ليبيا مبدأ المسؤولية عن توفير الحماية تماماً كما اختفى التدخل الإنساني في الصومال في عام ١٩٩٢".

(٥٦) راجع:

Antoine Rougier, chargé de cours à la faculté de droit de l'université de Caen, "la théorie de l'intervention d'humanité", dans revue générale de droit international public, vol.17, n 1, 1910, p.525.

تحقيقه، وهو توفير الحماية للسكان المدنيين من التعرض للجرائم الأربع الخطيرة المذكورة.

والفقرة الرابعة من القرار ١٩٧٣، سمحت للدول الأعضاء باتخاذ جميع التدابير اللازمة، لحماية المدنيين والمناطق الآهلة بالسكان المدنيين المعرضين لخطر الهجمات، مع استبعاد أي قوة احتلال أجنبية أياً كان شكلها وعلى أي جزء من الأراضي الليبية، فهل تم مراعاة ذلك في الحالة الليبية؟.

إن متابعة العمليات العسكرية للدول المتدخلة تثبت تجاوز هذا المعيار، وأن التدخل العسكري تجاوز هدف حماية المدنيين ووصل إلى هدف تدمير القوة العسكرية للنظام الحاكم، بل إن قوات الدول المتدخلة قامت بملاحقة شخص القذافي وقتله حتى بعد سقوط مدينة طرابلس، بل إن العمليات العسكرية استمرت حتى اختفاء الخطر، وذلك بعد سقوط مدينة سرت وإعلان تحرير كل الأراضي الليبية وصدر قرار مجلس الأمن رقم ٢٠١٦ (٢٠١١) الذي أنهى التصريح باستخدام القوة^(٥٧).

كذلك تم سقوط قتلى من المدنيين من جراء قصف طائرات الناتو لقوات القذافي وكانت هناك أهداف تم قصفها لا تعتبر أهدافاً عسكرية^(٥٨).

واستخدمت الدول المتدخلة أيضاً طائرات الهليكوبتر قريباً من الأرض لملاحقة قوات القذافي، وهذا يشكل مخالفة للفقرة الرابعة من القرار ١٩٧٣، القاضية باستبعاد "أي قوات احتلال أجنبية أياً كان شكلها وعلى أي جزء من الأراضي الليبية"^(٥٩).

كذلك خالفت الدول المتدخلة فقرات قرار مجلس الأمن رقم ١٩٧٠ المتعلقة

(٥٧) راجع:

ALEXIS LAMEK, LA RESPONSABILITE DE PROTEGER EN COTE D'IVOIRE, EN LIBYE et SYRIE: LE POINT DE VUE DU PRATICIEN, DANS La responsabilité de protéger, dis ans après, ACTES DU COLLOQUE DU 14 NOVEMBER 2011, Cahiers Internationaux N 29, CEDIN, PEDONE, P 116.

(٥٨) بحسب تحقيق قامت به منظمة العفو الدولية ومنظمة مراقبة حقوق الإنسان في تاريخ ١٢ أكتوبر ٢٠١١، سقط ٧٢ مدنياً قتيلاً من جراء قصف طائرات الناتو، ثلثهم من الأطفال. التقرير بعنوان "قتلى غير معترف بهم: الخسائر البشرية في حملة الناتو الجوية على ليبيا".

(٥٩) كذلك هناك تقارير تشير إلى وجود قوات على الأرض من حلف الناتو يوفر الدعم اللوجستي ويقومون بالتنسيق للهجمات الجوية التي كان يشنها حلف الناتو، ولتوفير التدريب والعمل كموجهين عسكريين. كذلك كشف رئيس أركان القوات القطرية اللواء علي العطية عن دور قطر في إدارة عملية التنظيم والتدريب والاتصالات مع الثوار الليبيين يضم مئات من الجنود، وكذلك صرح ملك الأردن عبدالله الثاني بمشاركة قواته في الثورة.

بحظر توريد الأسلحة، وقامت بتوريد الأسلحة للثوار؛ مما أطال أمد النزاع وجعل حياة المدنيين في خطر.

وقد أكد ذلك وزير الخارجية الفرنسي - آنذاك - واعترف أن فرنسا قدمت أسلحة للثوار وأبلغت مجلس الأمن وحلف الناتو بذلك، مؤكدة أن هذا لا يعد خروجاً عن القرار ١٩٧٠؛ لأن بعض السكان تعرضوا لهجمات من قوات القذافي وكانوا في وضع محرج؛ لذلك ألقينا إليهم الأدوية والغذاء والأسلحة بالمظلات للدفاع الذاتي، وأن الفقرة الرابعة من القرار ١٩٧٣ تسمح لأي طرف بأن يفعل مايريد ولأي سبب.

لكن رئيس الوزراء الروسي انتقد التفسيرات المختلفة لقرار مجلس الأمن قائلاً: إنه يمكن "تفسير القرار بشأن ليبيا كيفما كان" (٦٠).

وتؤيد الولايات المتحدة الأمريكية فرنسا وترى أن القرارين ١٩٧٠ و ١٩٧٣ لا يحظران تسليم أسلحة دفاعية إلى المعارضة الليبية، وأن أمريكا تختلف باحترام مع وجهة نظر روسيا حول تفسير القرارين.

كذلك أعلنت قطر تزويدها الثوار في ليبيا بالأسلحة، وهناك بدأ الخلاف بين الدول المتحالفة؛ حيث عارضت الولايات المتحدة الفكرة خوفاً من وقوع تلك الأسلحة في يد جماعات إرهابية (٦١).

لكننا نرى أن تسليم الأسلحة لأي طرف في النزاع يعد مخالفة صريحة لنص القرار ١٩٧٣، الذي لا يسمح - صراحة - بتقديم السلاح لأي طرف مشارك بالنزاع، ويوجب على كل من يريد أن يقدم سلاحاً للثوار أن يعود إلى مجلس الأمن أو إلى لجنة العقوبات التابعة لمجلس الأمن للحصول على هذا التصريح.

فكيف يمكن قبول تفسير أن يعزز مجلس الأمن حظر السلاح مع السماح في الوقت نفسه بتسليم أسلحة بهدف حماية المدنيين؟.

ثانياً - فشل تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية في ليبيا:

إن تدخل حلف الناتو في ليبيا لتطبيق القرار رقم ١٩٧٣ (٢٠١١) ومبدأ المسؤولية عن الحماية كان للوهلة الأولى ناجحاً؛ لأنه كان يهدف - أولاً - إلى حماية

(٦٠) راجع:

Hans K?chler, La Résolution 1703 et l'intervention en Libye sont-elles légales?, R?SEAU VOLTAIRE, 27 MAI 2011,p.3.

(٦١) أعلن ذلك رئيس الوزراء القطري الشيخ حمد بن جاسم آل ثاني بعد اجتماع الدوحة في تاريخ ١٦ أبريل ٢٠١١.

السكان المدنيين من مذبح كانت ستقع في مدينة بنغازي هدد بها القذافي، وثانياً إلى حماية المدنيين في كل الأراضي الليبية من تعرضهم لخطر ارتكاب الجرائم الأربع، وهي: جرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة، والتطهير العرقي.

لكن من خلال الواقع، تبين لنا في هذه الدراسة أن الهدف انحرف عن مساره وأصبح هناك عدة أهداف سياسية، منها - بالطبع - تغيير النظام السياسي وكذلك مساعدة الثوار عسكرياً للتقدم على الأرض وتزويدهم بالسلاح بالمخالفة الصريحة للقرار ١٩٧٣^(٦٢).

كذلك، فإن المصطلحات التي استخدمها القرار رقم ١٩٧٣ وسمح فيه بتطبيق المبدأ، لم تكن واضحة؛ مما أعطى الأطراف المتدخلة بعض الحرية في إطلاق التفسيرات بحسب مصالحهم.

إن الحالة الليبية لتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية هي المثال الأول والوحيد؛ لذلك أثار التطبيق كثيراً من الأسئلة يجب أن نجد لها أجوبة محددة حتى لا تتكرر الأخطاء في المستقبل.

ويرى السفير الهندي في الأمم المتحدة أنه "أساءت ليبيا إلى سمعة المسؤولية عن توفير الحماية"^(٦٣).

ولا شك في أن الهدف من تطبيق المسؤولية عن الحماية هو حماية المدنيين، وهذا لم يتحقق إلى الآن من التدخل العسكري في ليبيا؛ إذ مازال الوضع بعد أكثر من أربع سنوات على ما هو عليه؛ اقتتال داخلي بين قوات أحزاب مختلفة حول السيطرة على الحكم؛ مما سمح أيضاً بتدخلات خارجية وقوات إرهابية وجدت لها في الأراضي الليبية مقراً.

إذن، تم القضاء على القذافي ليتم تحقيق الأمن، لكن للأسف لم يتحقق الأمن ولم تتحقق حماية المدنيين، بل استمر القتال وعدم الأمان.

وما زالت الأمم المتحدة تحاول حل الأزمة بإصدارها عدة قرارات من مجلس

(٦٢) راجع:

Bruno Pommier, le recours à la force pour protéger les civils et l'action humanitaire: le cas libyen et au-delà", revue internationale de la Croix-Rouge, volume 93, 2011/3, p188.

(٦٣) راجع:

Nathalie Nougayrède, "réguler l'ingérence", dans Le Monde, 24 September 2011.

الأمن حول الوضع في ليبيا^(٦٤)، وعن طريق مبعوث خاص لها يحاول أن يوحد صفوف الفرقاء من أجل التوصل إلى اتفاق نهائي على اختيار حكومة موحدة تسيطر على زمام الأمور في ليبيا، ومن ثم ينعم شعبها بالأمن والأمان^(٦٥).

ولا يقتصر مبدأ المسؤولية على مجرد الوقاية، أو رد الفعل، بل يتضمن أيضاً مسؤولية المتابعة وإعادة البناء، وهذا يعني أنه إذا تم التدخل العسكري في دولة ما - بسبب انهيارها أو تخليها عن سلطتها بالحماية - ينبغي أن يكون هناك التزام حقيقي بالمساعدة على إعادة بناء سلام دائم، والعمل على إيجاد حسن الإدارة وإعادة تهيئة الأجواء الملائمة لإعادة بناء النظام العام.

ومن ثم، فإن التخطيط للقيام بعمل عسكري ينبغي أن ينطلق من أهمية وضع إستراتيجية محددة لما بعد التدخل، من أجل منع وقوع نزاعات أو زيادة حدتها أو تكرارها، لذلك يجب أن يكون هدف هذه الإستراتيجية المساعدة على ضمان عدم تكرار الأسباب التي أدت إلى التدخل العسكري أو مجرد إعادة ظهورها، ويجب توفير الأمن الأساسي والحماية اللازمة لجميع السكان.

وهذا للأسف لم يحصل في الحالة الليبية؛ فلم تكن هناك إستراتيجية واضحة

(٦٤) راجع على سبيل المثال القرارات التالية:

S/RES/2009(2011), S/RES/2016(2011), S/RES/2017(2011), S/RES/2012(2012), S/RES/2146(2014), S/RES/2144(2014), S/RES/2174(2014), S/RES/2208(2015), S/RES/2213(2015), S/RES/2214(2015), S/RES/2016(2015).

(٦٥) عين الأمين العام للأمم المتحدة السيد بيرناردينو ليون مبعوثاً خاصاً لمحاولة التوصل لاتفاق بين كل الأطراف الليبية على الحكومة المستقبلية، وأجرى المبعوث عدة لقاءات في مدينة الصخيرات المغربية لهذا الغرض في صيف ٢٠١١.

والأزمة الليبية هي صراع بين عدة أطراف في الساحة الليبية، وتبلورت الآن إلى معركة بين سلطة تسيطر على العاصمة طرابلس وسلطة أخرى معترف بها دولياً ومقرها طبرق، لها نفوذ أوسع في منطقة شرق ليبيا وتنظيم داعش الذي أصبح يتمدد في ليبيا.

وتكمن جنور الأزمة في الحالة التي سادت البلاد بعد الثورة عام ٢٠١١، وخاصةً وجود جماعات مسلحة عديدة خارج سيطرة الحكومة.

كذلك الخلافات بين أكبر حزبين بالمؤتمر الوطني العام - تحالف القوى الوطنية والعدالة والبناء - حول مستقبل العملية الانتقالية.

أما الأزمة الحالية فقد بدأت فعلياً حين أعلن خليفة حفتر عن بدء عملية الكرامة ضد قوات منوثة في شرق البلاد. وفي الغرب، وصلت المعارك أوجها في مطار طرابلس الدولي، وهي منطقة كانت تسيطر عليها جماعات من الزنتان، لكن بعد معركة دامت شهر في صيف ٢٠١٤، استطاعت قوات أغلبها من مصراتة، طرد جماعات الزنتان، على حساب تدمير شبه كامل للمطار.

لبناء الدولة الليبية بعد التدخل العسكري، بل كان الهدف هو التدخل السريع لحماية السكان الليبيين من قوات القذافي.

ومن ثم، نعتقد أن الانحراف في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية يعد خطراً ويهدد مشروعيتها.

وهكذا دعت الدول التي انتقدت التدخل العسكري في ليبيا، في رسالة في تاريخ ٧ ديسمبر ٢٠١١^(٦٦)، إلى الجمعية العامة ومجلس الأمن التابعين للأمم المتحدة - إلى إجراء دراسة مستفيضة لمدى تطابق الإجراءات التي اتخذها الائتلاف مع أحكام القرارين ١٩٧٠ و ١٩٧٣.

والحقيقة أن المثال الليبي لتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية ثبط الهمة وخيب الآمال في اتخاذ إجراء قوي من جانب مجلس الأمن في أمثلة أخرى لاحقة مثل سوريا؛ إذ تم استخدام حق النقض (الفيتو) من قبل روسيا والصين وعارضتا أي تدخل عسكري قد يكرر ما حصل في ليبيا.

وواقع الأمر أننا - نحن - لا ندعو لهجر المبدأ؛ فهذا سابق لأوانه، بل ندعو إلى إيجاد بعض العناصر أو الآليات التي قد تضمن عدم انحراف مفهوم المسؤولية عن توفير الحماية إلى أهداف أخرى غير حماية المدنيين.

ويجب على المجتمع الدولي أولاً - وعلى وجه التحديد في كل حالة - أن يحلل تفصيلاً الآثار المحتملة لأي تدخل عسكري؛ تجنباً لتفاقم النزاعات القائمة وتشجيع الأنشطة الإرهابية ووجود عنف جديد يمكن أن يعرض المدنيين للخطر.

ونحن ندعو لإيجاد تفسير واضح لشروط تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية، وبالتأكيد نعتقد بأن ذلك سيكون محلاً للمناقشة المستمرة في أجهزة الأمم المتحدة، لكننا لا نختلف أبداً حول أهمية هذا المبدأ وضرورته، وكان الأمين العام للأمم المتحدة قد طالب في تاريخ ١٨ يناير ٢٠١٢ الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وحثها "على جعل المسؤولية عن توفير الحماية حقيقة واقعة لشعوب العالم"^(٦٧).

وكرر ذلك الأمين العام للأمم المتحدة أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٨ سبتمبر ٢٠١٥ بمناسبة الذكرى العاشرة لاعتماد مبدأ المسؤولية عن الحماية، وقال:

(٦٦) راجع: A/66/551-S/2011/70.

(٦٧) كلمة ألقاها الأمين العام للأمم المتحدة بان كي مون في تاريخ ١٨ يناير ٢٠١٢ أمام مؤتمر مؤسسة ستانلي بشأن المسؤولية عن توفير الحماية.

"إن الجرائم الوحشية التي تُلطخ ضمير الإنسانية، تحتم على قادة الدول تحويل مفهوم مسؤولية الحماية من مبدأ حيوي إلى ممارسة واضحة"، وأضاف: "اليوم، في الذكرى السنوية العاشرة، أوجه نداء عاجلاً إلى الحكومات وكيانات الأمم المتحدة - وخاصة مجلس الأمن - للانتقال من تفهم المبدأ للعمل"^(٦٨).

الخاتمة:

لقد رأينا خلال هذه الدراسة نشأة المبدأ الذي تم إقراره في الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي الذي عقد في مدينة نيويورك عام ٢٠٠٥، وتطرقنا إلى مضمون مبدأ المسؤولية عن الحماية وركائزه، وكيفية تطبيقه، ويعتبر هذا المبدأ الجديد محاولة جادة من قبل المجتمع الدولي لحماية المدنيين عندما يتعرضون للجرائم الخطيرة، وهي: جرائم الحرب، وجرائم التطهير العرقي، وجرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية.

وخلال بحثنا عرفنا أن مبدأ المسؤولية عن الحماية له ثلاث ركائز، فتقع مسؤولية الحماية أولاً على الدولة المعنية التي تقع عليها حماية رعاياها من التعرض للجرائم الأربع المذكورة، ثم على المجتمع الدولي - ثانياً - أن يقدم المساعدة لهذه الدولة لبناء قدراتها لتتمكن من حماية رعاياها من التعرض لتلك الجرائم، ثم إذا ثبت - ثالثاً - عدم قدرة الدولة أو عدم رغبتها في توفير الحماية للسكان المدنيين من التعرض لتلك الجرائم انتقلت المسؤولية إلى المجتمع الدولي ممثلاً في الأمم المتحدة وخاصة مجلس الأمن الذي عليه اتخاذ التدابير اللازمة من الوسائل السلمية وغير السلمية لحماية المدنيين ملاذاً أخيراً وبطريقة حاسمة وفي الوقت المناسب؛ لأن الهدف من هذا المبدأ هو حماية المدنيين.

ومن ثم، فالهدف من هذا المبدأ هو تطوير الآليات الموجودة في الأمم المتحدة ومحاولة مواجهة التهديدات والتحديات التي تواجه المنظمة الدولية في التعامل مع النزاعات المسلحة غير الدولية ومحاولة توفير الحماية للسكان المدنيين.

ثم بعد ذلك طبقنا هذا المبدأ على الحالة الليبية، ورأينا في البداية مضمون القرارات التي صدرت عن مجلس الأمن وإقرارها لمبدأ المسؤولية عن الحماية، ثم

(٦٨) راجع أيضاً: تقارير الأمين العام حول مبدأ المسؤولية عن الحماية، وخاصة التقرير الخامس المعنون بـ "المسؤولية عن الحماية: مسؤولية الدولة والمنع" A/67/929-S/2013/399 والتقرير السادس المعنون بـ "الوفاء بمسؤولياتنا الجماعية: المساعدة الدولية والمسؤولية عن الحماية" A/68/947-S/2014/449.

تطرقنا لتنفيذ المبدأ في الحالة الليبية؛ حيث كانت الحالة الأولى والوحيدة حتى الآن لتطبيق هذا المبدأ.

ومن خلال دراستنا لتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية على الحالة الليبية تبين لنا في النهاية فشل هذا التطبيق؛ حيث إن السكان المدنيين لم يتم حمايتهم حتى بعد التدخل العسكري، وكانت المصطلحات المستخدمة في قراري مجلس الأمن غامضة وأعطت الفرصة لتأويل المفردات بحسب مصالح الدول المتدخلة دون مراعاة للهدف الأساسي من المبدأ وهو حماية المدنيين.

لقد رأينا أن الهدف من التدخل العسكري لحلف الناتو في ليبيا قد انحرف وأصبح الهدف هو إسقاط نظام القذافي.

ويعتبر المثال الليبي لتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية مثلاً سيئاً على الرغم من أن بداية تطبيقه كانت مشجعة؛ إذ منع التدخل العسكري مذبحة كانت ستقع في مدينة بنغازي هدد بها القذافي.

وقد وقع تطبيق المبدأ في ليبيا في سلبيات كثيرة، منها:

- أن مجلس الأمن لم يراقب أفعال الدول المشاركة في العمليات العسكرية واستخدامها للقوة.
- أنه يجب علينا التفرقة بين وقف العمليات العسكرية ضد المدنيين والقضاء على المهاجمين، فكلاهما مختلف عن الآخر.
- أن السماح للدول باستخدام جميع التدابير اللازمة لحماية المدنيين لا يعني السماح لها باستخدام كل الوسائل التي تراها بنفسها وبحسب تقديرها ضرورية للوصول لهذا الهدف^(٦٩).
- أن الدول المتدخلة في العملية العسكرية - لأنها توفر قواتها ومساهماتها - قد تتحكم في سير العملية وتحدد الأهداف منها، من هنا يجب توفير موازنة مستقلة مستقبلاً لتطبيق المسؤولية عن الحماية؛ لأن تطبيقه مكلف مادياً، وعدم توفير موازنة يتيح الفرصة أمام الدول المتدخلة لتطبيق المبدأ بحسب مصالحها.

(٦٩) راجع:

LUIGI CONDORELLI, LA RESPONSABILITE DE PROTEGER, NOUVELLE NORME DU DROIT INTERNATIONAL?, in La responsabilité de protéger, dix ans après, ACTES DU COLLOQUE DU 14 NOVEMBRE 2011, CEDIN, PEDONE, p.168.

من جانب آخر، رأينا أن تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية قد لا يكون متدرجاً؛ بمعنى أنه ليس بالضرورة أن نبدأ بالوسائل السلمية وننتظر فشلها ثم نذهب إلى الوسائل الأخرى مثل استخدام القوة العسكرية من أجل حماية المدنيين.

بل قد يرى مجلس الأمن - بحسب تقديره، وكما حصل في الحالة الليبية - أن التدخل العسكري المباشر لحماية المدنيين من التعرض للجرائم الأربع المذكورة هو الحل بوصفه ملاذاً أخيراً، ويتم ذلك بصورة حاسمة وفي الوقت المناسب.

ورأينا أيضاً أن تطبيق هذا المبدأ قد لا يكون الهدف منه حماية المدنيين فقط، بل قد يكون الهدف مختلطاً بين عدة أهداف كالأهداف السياسية مثل تغيير النظام السياسي في الدولة المعنية، كما حصل في الحالة الليبية؛ إذ كان تغيير النظام الحاكم في ليبيا هدفاً معلناً من الدول المتدخلة طوال فترة التدخل العسكري.

لكن ذلك كله لا يجعلنا نهجر تطبيق هذا المبدأ في المستقبل في حالات مماثلة، بل علينا دراسة السلبيات ومعالجتها؛ لأن الهدف من المبدأ هو حماية المدنيين.

لذلك علينا دراسة معايير التدخل العسكري من أجل تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية وتحديد مضمونها وكيفية تطبيقها مستقبلاً، وإنشاء هيئات دولية مستقلة تابعة لمنظمة الأمم المتحدة تراقب تطبيق المبدأ لتساعد الدول وتوجهها للهدف المنشود، وهو حماية المدنيين.

والحقيقة أن هجر هذا المبدأ ليس حلاً، فهجر تطبيق المبدأ على ما يحصل في سوريا - مثلاً - من انتهاكات وقتل للمدنيين وتعرضهم للجرائم الخطيرة - مثل التطهير العرقي والجرائم ضد الإنسانية - لا يبرره الخوف من عدم تكرار الحالة الليبية.

والحقيقة أنه لا توجد دولة في العالم اليوم تريد رؤية عودة الأيام السيئة القديمة حينما كانت ترتكب الجرائم ضد الإنسانية داخل الدول، وكان ينظر إليها من قبل الجميع - تقريباً - على أنها ليست من شأن أحد، وأن يغيب الإجماع الدولي، كما كان الحال في التسعينيات من القرن الماضي.

نحن نعتقد أن الحل يكمن في استغلال الإجماع الدولي الذي تحقق حول أهمية مبدأ المسؤولية عن الحماية في الحالة الليبية عام ٢٠١١، ومحاولة تطبيقه مرة أخرى بصورة أفضل مع معالجة السلبيات التي ظهرت في تلك الحالة.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

- د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- د. بوراس عبد القادر، التدخل الدولي الإنساني وتراجع مبدأ السيادة الوطنية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤.
- د. حازم محمد عتلم، منظمة الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤.
- د. حسام حسن حسان، التدخل الإنساني في القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- د. صالح محمد محمود بدر الدين، مبدأ مسؤولية الحماية في القانون الدولي، دراسة تطبيقية على الأزمة الليبية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ٢٦، يناير - مارس ٢٠١٢.
- د. عبد العزيز رمضان الخطابي، وسائل إنفاذ القانون الدولي الانساني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- د. عاطف علي الصالحي، مشروعية التدخل الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- د. محمد سامي عبدالحميد، الجماعة الدولية، دراسة للمجتمع الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠.
- د. محمد السعيد الدقاق ود. مصطفى سلامة حسن، المنظمات الدولية المعاصرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة نشر.
- د. محمد فهاد الشالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١١.
- د. مسعد عبدالرحمن زيدان قاسم، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣.
- د. منال محمود صالح، مفهوم سيادة الدولة في ضوء التطورات الدولية المعاصرة، دار النهضة العربية، ٢٠١١.
- د. نبيل أحمد حلمي، جريمة إبادة الجنس البشري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩.

ثانياً – المراجع الأجنبية:

- Antonio Cassese, International law, 2ndedn, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- LUIGI CONDOREELLI, LA RESPONSABILITE DE PROTEGER, NOUVELLE NORME DU DROIT INTERNATIONAL?, in La responsabilité de protéger, dix ans après, ACTES DU COLLOQUE DU 14 NOVEMBRE 2011, Cahiers Internationaux n 29, CEDIN, PEDONE, Paris, 2013.
- Colloque de Nanterre, la responsabilité de protéger, société-française pour le droit international, Edition A.Pedone, Paris, 2008.
- Bruno Pommier, le recours à la force pour protéger les civils et l'action humanitaire: le cas libyen et au-delà, Revue internationale de la Croix-Rouge, Volume 93,2011/3.p168.
- Daniel LAGOT, Quel droit international humanitaire pour les conflits armés actuels?, Question contemporaines, L'Harmattan, Paris, 2010.
- David Kennedy, of Law and war, Princetownuniversity Press, Princetown, 2006.
- Patric Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, Droit International Public, L.G.D.J, 8 édition, 2009.
- J.P.Cot, A. Pellet et M.Forteaudir., La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, 3 éd, Economica, 2005.
- Gareth Evans, The responsibility to protect; Ending Mass Atrocity Crimes Once and for All, Brookings Institution Press, 2008, pp.44 and 56, and R. Thakur, above note 4, p.324.
- Jennifer Welsh, CarolinThielking and S. Neil MacFarlane, “The responsibility to protect: Assessing the report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty”, International Law Journal, 2001-2002, p.490.

القبض مفهوماً وحكماً في القانون الأمريكي والكويتي

الدكتور/ مشاري خليفة العيفان

أستاذ القانون الجزائي المساعد

كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تتناول هذه الدراسة أحد الموضوعات الهامة في الإجراءات الجزائية وهو إجراء القبض، وتأتي أهمية هذا الموضوع بسبب طبيعة هذا الإجراء ومساسه بحريات الأفراد، كما قد يترتب على عدم مشروعية ذلك الإجراء بطلان ما لحقه من إجراءات وما استمد منها من أدلة، وتتبنى هذه الدراسة المنهج التحليلي والمقارن من النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية بغية الوصول إلى أوجه المزايا والعيوب بين هذين النظامين القانونيين.

مقدمة

إن الحمد لله تعالى والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد،

إن من أهم الركائز الأساسية في تنمية المجتمعات وتطورها حماية الحقوق الأساسية للإنسان سواء فيما تعلق بالجانب السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو غيرها، ولا ريب أن حماية حق الفرد في الأمان والاستقرار تأتي من أولويات تلك الحماية ويمتد نطاق تلك الحماية بشكل مزدوج تجاه الأفراد الآخرين من جهة واتجاه الدولة (السلطة) من جهة أخرى.

وتعد حماية حقوق الأفراد تجاه الدولة أكثر استحقاقاً من غيرها باعتبار أن الدولة تعد الطرف الأقوى في المعادلة خصوصاً على مستوى المحاكمات الجنائية، باعتبار أنها الأكثر مساساً بحقوق الأفراد وحرياتهم كحق الفرد في الحياة وحقه في التنقل، لذلك يبرز هنا دور القوانين الإجرائية الجنائية في عمل موازنة بين المصالح المتضادة (مصلحة المجتمع في العقاب وتحقيق الردع ومصلحة الأفراد في حماية حقوقهم وحرياتهم من الانتهاك).

وفي شأن ذلك يقول الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور إنه: وبالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية، فإنه يهدف بوجه عام إلى حماية المصلحة الاجتماعية من خلال ما ينظمه من إجراءات لكشف الحقيقة وإقرار سلطة الدولة في العقاب، وبواسطة الضمانات التي يقررها لحماية حقوق وحريات المتهم التي تتعرض للخطر من جراء

هذه الإجراءات، ويوازن القانون الجنائي بفرعيه بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن سيره وفعاليته. ويتوقف ما يهم المجتمع من المصالح - وخاصة الفردية منها - على النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة^(١).

وتبرز فكرة التضاد أو التعارض في المصالح في إجراءات الملاحقة الجنائية والتي يأتي من أبرزها إجراءات القبض والتفتيش، باعتبار أن هذين الإجراءين يمسان أهم حقوق الأفراد وهما حق الفرد في الخصوصية وحق الفرد في التنقل، لذلك نجد أن المشرع الكويتي - كغيره من التشريعات الأخرى - قام بتنظيم هذين الإجراءين بنصوص تفصيلية متعددة وأحاطهما بالكثير من الضمانات والقواعد على رأسها قرينة البراءة ومبدأ الشرعية الإجرائية، كما حرص المشرع الكويتي على ضمان احترام هذه القواعد من خلال تأثيم كل سلوك ينطوي على انتهاك لها (جزاء موضوعي) واستبعاد كل ما قد يثمر عنهما من مزايا من نطاق الاستفادة القضائية (جزاء إجرائي).

وتقوم العلاقة التبادلية بين إجرائي القبض والتفتيش، فالقبض قد يؤدي إلى تفتيش والعكس صحيح، وعند الحديث عن إجراء القبض وهو محور هذه الدراسة، نجد أن المشرع الكويتي قد خرج جزئياً عما استقرت عليه الكثير من التشريعات العربية المقارنة - كالتشريع المصري - في أن الأصل في إجراء القبض الاستناد إلى إذن مكتوب من النيابة العامة والاستثناء هو إجراؤه دون إذن مسبق في حالة التلبس أو الجرم المشهود، وقد مد المشرع الكويتي إجراء القبض دون إذن إلى حالات أخرى لا تنتمي إلى زمرة الجريمة المشهود، ولا ريب أن هذا الخروج قد انعكس كنتيجة حتمية على تلك الآثار المترتبة على إجراء القبض.

أهمية الدراسة ومنهجيتها:

تتناول هذه الدراسة موضوع القبض وهو لاشك يحمل في طياته أهمية كبيرة خصوصاً من الناحية العملية؛ لذلك تأتي هذه الدراسة لفهم أبعاد إجراء القبض القانونية ومدى الحاجة إلى ربط هذا الإجراء بغيره من إجراءات الدعوى الجزائية، كما تهدف إلى تقييم الأحكام القانونية المنظمة لإجراء القبض في القانون الكويتي في ضوء توجهات القضاء الكويتي، وترتكز منهجية هذه الدراسة على أساس مقارنة من خلال تحليل ووصف موقف المحكمة الفيدرالية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية

(١) انظر: د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - ص ١٠١.

حيال هذا الإجراء باعتبار أنه نظام ينتمي إلى عائلة قانونية تختلف عن تلك التي ينتمي لها القانون الكويتي.

وتتناول هذه الدراسة بيان النقاط الآتية:

- مدى الحاجة إلى رفع مستوى التنظيم التشريعي لهذا الإجراء، بحيث يكون تنظيم هذا الإجراء من خلال النصوص الدستورية، أو أن الحاجة تقتضي عدم تعقيد ذلك التنظيم بحيث يسهل تحويله وتعديله متى أثبتت التطبيقات العملية مثالبه.
- بيان مفهوم القبض وتحديد طبيعته القانونية وما يترتب على ذلك من آثار وذلك في ضوء ما يحيط به من مسميات أو إجراءات قد تختلط به كالاستيقاف.
- تقييم مدى جدوى إسناد تقدير إجراء القبض على جهة النيابة العامة أو أن الحاجة تقتضي أن يكون القضاء هو الجهة المعنية والأجدر بترخيص إجراء القبض باعتبار أن القضاء يعد جهة محايدة في الدعوى الجزائية.
- ما الأسس القانونية التي تبيح القيام بإجراء القبض سواء عن طريق استصدار إذن مسبق من الجهة المختصة أو عن طريق إجراءاته دون إذن؟ وما هي المعايير أو المعلومات اللازم توافرها لتبرير انتهاك حرية الفرد في التنقل؟
- هل يتأثر مبرر أو أساس إجراء القبض بالعامل المكاني؟ بعبارة أخرى لو كان المكان المراد تنفيذ القبض فيه هو مسكن، فهل تدعو الحاجة إلى أن تختلف الجهة التي لها الحق في السماح بانتهاك ذلك المسكن لتنفيذ القبض (القضاء بدلا من رجل الشرطة)؟
- هل هناك ضوابط تحكم عملية تنفيذ إجراء القبض، بحيث يترتب على عدم مراعاتها بطلان لإجراء القبض وما قام بناء عليه من إجراءات أخرى كالتفتيش؟
- وفي سبيل تحقيق الغاية من هذه الدراسة، ارتأينا تناول هذه الدراسة من خلال نظام الدراسة المقارنة بالتداخل (دمج المعالجة التشريعية في دولة الكويت والولايات المتحدة الأمريكية لإجراء القبض) وليس بالتباعد (تخصيص مبحث مستقل لكل معالجة تشريعية في تلك الدول)، وعليه جاءت خطة البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: ما هية القبض

المبحث الثاني: الإطار القانوني لإجراء القبض

المبحث الأول ما هية القبض

– مصادر الإجراءات الجنائية في الولايات المتحدة الأمريكية:

لما كان النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية يأتي بازدواج تشريعي (نظام قانوني فيدرالي ونظام قانوني محلي) على ذات الإقليم الجغرافي كان لزاماً التعرض لمصادر الإجراءات الجنائية في ذلك النظام القانوني قبل الولوج في التنظيم التفصيلي لإجراء القبض؛ حتى يسهل إدراك معالجة المشرع الأمريكي لهذا الإجراء.

يأتي النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية كغيره من النظم من حيث تبنيه لنظام التدرج الهرمي في مراتب القواعد القانونية، فوفقاً للتنظيم التشريعي يوجد هناك العديد من النصوص الدستورية والقانونية واللائحية التي تحكم سلوك كل من يعمل في نظام العدالة الجنائية – مبادئ الإجراءات الجنائية وقواعد عملية الملاحقة الجنائية – في الولايات المتحدة الأمريكية. فاولاً، بدء من أعلى مستوى، هناك العديد من النصوص الواردة في الدستور الأمريكي والتي تحتوي على أحكام تتعلق بالإجراءات الجنائية – كنصوص التعديلات رقم (٤، ٥، ٦، ٨، ١٤)^(٢) – من شأنها تقييد سلوك رجل الشرطة في علاقته مع المشتبه بهم بضلوعهم بسلوكيات إجرامية، وتحكم هذه التعديلات أو النصوص الدستورية عملية الملاحقة الجنائية سواء مرحلة ما قبل المحاكمة أو مرحلة المحاكمة أو مرحلة الطعون، وغالباً يطلب من محكمة التمييز الفيدرالية والمحاكم الدنيا التصدي لتفسير تلك النصوص الدستورية من خلال ما يعرض عليها من دعاوى قضائية.

ثانياً، على مستوى كل ولاية، يوجد دستور محلي – تمييزاً له عن الدستور الفيدرالي – ويعد هذا الدستور مصدراً هاماً من مصادر القانون الإجرائي، وقد تبين – خلال العشرين عام الماضية – أنه بسبب عدم تعاطف محكمة التمييز الفيدرالية والمحاكم الفيدرالية الأدنى للدعايات المعروضة عليها والتي تتعلق بانتهاكات الدستور الفيدرالي، طورت محاكم التمييز المحلية (أعلى محكمة على مستوى الولاية) قوانينها الإجرائية عن طريق تفسير دساتيرها المحلية، الأمر الذي مكن المتقاضين أمام هذه

(٢) هذه التعديلات عبارة عن نصوص دستورية أضيفت للوثيقة الأم في عام ١٧٩١ سميت بمدونة حقوق الإنسان نظراً لهيمنة حقوق الإنسان وحرياته عليها. وقد جاءت هذه النصوص بالعديد من الضوابط التي تحكم إجراءات جزائية مختلفة كالقبض والتفتيش وإخلاء السبيل والكفالة وإجراءات عديدة ضمن مرحلة المحاكمة.

المحاكم من التمتع بحقوق ومزايا غير متاحة على المستوى الفيدرالي، ومما لا ريب فيه أن هذا الأمر تزداد أهميته إذا ما علمنا بأن محاكم التمييز المحلية (المحاكم التي تأتي على رأس الهرم القضائي في كل ولاية) تعتبر الجهات المختصة بقول كلمة الفصل بشأن الدساتير المحلية ومضامينها.

ثالثاً، تأتي التشريعات الصادرة من البرلمان والقواعد المكتوبة المتبناة من قبل المحاكم كمصدر ثالث يحكم أوجه مختلفة من عملية الملاحقة الجنائية سواء على المستوى الفيدرالي أو مستوى الولاية، لتوضيح ذلك على المستوى الفيدرالي نجد أن البرلمان الفيدرالي - مجلس النواب (Congress) - قد أصدر قانوناً يحكم مسألة المراقبة الإلكترونية بخصوص المحادثات الخاصة أو مسألة الحبس الاحتياطي للأشخاص الخطرين أو متطلبات أو شروط من يرغب في أن يؤدي مهمة المحلف في المحاكمة، أضف إلى ذلك نجد أن ذات البرلمان أصدر قانوناً بموجبه فوض محكمة التمييز الفيدرالية بتبني مجموعة قواعد مكتوبة تحكم الإجراءات للمحاكمات التي تتم أمام المحاكم الفيدرالية، ومن هذه القواعد أيضاً، ما جاء في نص المادة (٥٧) من تلك القواعد الفيدرالية والتي تعطي محكمة الدرجة الأولى الفيدرالية سلطة تبني قواعد تحكم إجراءات المحاكمات التي تتم أمامها.

رابعاً، توجد بعض الجهات الحكومية التي تعمل في مجال ملاحقة مرتكبي الجرائم تتبنى قواعد لائحية داخلية تحكم سلوك الأشخاص المنتمين إليها، على سبيل المثال تتبنى جهات الشرطة قواعد بشأن متى يمكن لرجل الشرطة استخدام القوة المفوضية للموت بغرض تنفيذ إجراء القبض، أو قواعد تتعلق بكيفية عمل طابور العرض للأشخاص المشتبه بهم، أو قواعد تتعلق بالإجراءات الواجب اتباعها بشأن محتويات المركبة ذات الصلة بجريمة والتي تدخل في حوزة أو عهدة رجال الشرطة، وعلى الرغم من أن هذه القواعد لا تكتسب مرتبة القانون من حيث الإلزام إلا أنها قد يترتب على مخالفتها توقيع جزاء تأديبي.

خامساً، في بعض الأحيان تمارس محكمة التمييز الفيدرالية ما يسمى بـ "السلطة الإشرافية أو الرقابية" على عملية إدارة العدالة الجنائية على مستوى المحاكم الفيدرالية فقط والتي بموجبها تعلن محكمة التمييز الفيدرالية بعض القواعد التي تطبق على المحاكم الفيدرالية، وينطبق ذات الأمر على المحاكم الاستئنافية الفيدرالية في علاقتها مع محاكم الدرجة الأولى الفيدرالية، وينبغي التأكيد على أن هذه السلطة الإشرافية لا تنطبق على المحاكم المحلية (محاكم الولاية) كما أنها قابلة للتعديل من قبل البرلمان.

وعلى الرغم من أن القواعد الإجرائية الجنائية يتم تبنيها عن طريق محكمة التمييز الفيدرالية - عن طريق تفسير النصوص الدستورية - وغيرها من الجهات - كالمحاكم المحلية والبرلمانات الفيدرالية والمحلية - نجد أن القانون الذي يطبق في الواقع العملي يختلف، ويعود السبب في ذلك الاختلاف في التفسيرات التي تصدر عن جهات متعددة كالمحاكم الدنيا والفقهاء ورجال الشرطة لتلك القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الفيدرالية، ومما لا شك فيه أن هذه التفسيرات من شأنها خلق مصدر جديد غير رسمي للقانون الإجرائي، ومن المؤكد أن هذه التفسيرات تعد مصدراً لا يمكن اجتنبه؛ لأن ليس من المتصور أن كل محكمة سواء على المستوى الفيدرالي أو المحلي ستقوم بالإشراف على كل سلوك يومي لرجل الشرطة، فالمحكمة يقتصر اختصاصها على ما يعرض عليها من وقائع، أما ما يجري بين رجل الشرطة والفرد فهو من الناحية القانونية غير مرئي.

المطلب الأول التنظيم القانوني لإجراء القبض

يعد من أهم النصوص الدستورية التي جاءت بأحكام وقواعد منظمة لأخطر الإجراءات الجنائية على حقوق وحريات الأفراد - القبض والتفتيش - نص التعديل الرابع من الدستور الفيدرالي الأمريكي، ويصف أحد الفقهاء نص التعديل الرابع من الدستور الأمريكي بأنه "يحتوي على ميزة الإيجاز وعيب الغموض". وهذه الحقيقة تؤكد حقيقة أخرى ألا وهي أن نص التعديل الرابع من الدستور نص واسع المدى ولم يكتشف على مدى قرن كامل، وقد بدأت ملامح هذا النص بالوضوح منذ عام ١٩٦١ عندما قررت محكمة التمييز امتداد تطبيق قاعدة استبعاد الدليل المتحصل بطرق غير مشروعة - بالمخالفة لأحكام نص التعديل الرابع - إلى الأنظمة القانونية المحلية (النظام القانوني السائد على مستوى الولاية تمييزاً عن النظام الفيدرالي الذي لا يتقيد بنطاق جغرافي)^(٣).

(٣) تعتبر قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة بدعة أنشأتها محكمة التمييز الفيدرالية لكفالة احترام الأحكام الواردة في نص التعديل الرابع أو نصوص أخرى من الدستور الأمريكي. وبناء على هذه القاعدة، قررت المحكمة استبعاد كل دليل يتم التحصل عليها بالمخالفة لأحكام النصوص الدستورية سالفة الذكر. ولغاية عام ١٩٦١، كانت هذه القاعدة ينحصر انطباقها على المحاكمات التي تجرى على المستوى الفيدرالي. في ذلك العام قررت محكمة التمييز الفيدرالية مد انطباق تلك القاعدة على المحاكمات المحلية. لمزيد من =

منذ عدة سنوات مضت، قرر القاضي (Frankfurter) - أحد أعضاء محكمة التمييز الفيدرالية - أن " التفسير الصحيح لنص التعديل الرابع من الدستور لم يتشكل بطريقة سلسلة". ومما لا شك فيه أنه لم يكن يوجد توافق على معاني مفردات التعديل الرابع مما دعا أحد الفقهاء إلى وصف هذا النص بكونه "محرجاً"، وتعود هذه الانتقادات إلى كون أن تفسيرات النص ترجع إلى عوامل سياسية وفلسفية، بما جعل المحاكم تخرج بملايين الكلمات لتفسير جملة واحدة من جمل نص التعديل الرابع.

وينص التعديل الرابع من الدستور الأمريكي على أن: "حق الأفراد في الأمان في أشخاصهم و منازلهم و أوراقهم و متعلقاتهم الشخصية ضد التفتيش والضبط غير المعقول (المشروع) يجب ألا ينتهك، لا يجب أن يصدر إذن (بالتفتيش أو بالقبض) إلا تأسيساً على سبب محتمل مقروناً بقسم (يمين مؤدى من قبل طالب الإذن)، كما يتعين أن يصف الإذن بشكل محدد الأماكن المراد تفتيشها و الأشخاص أو الأشياء المراد ضبطها" (٤).

من خلال قراءة النص، يمكن تقسيمه إلى قسمين، القسم الأول يحدد ما هو السلوك المحظور أو الحق الذي يثبت للأفراد في مواجهة الحكومة (جهة الاتهام)، كما يحدد من المستفيد من هذا الحكم القانوني "الأفراد" وماذا يشمل "أجسادهم ومنازلهم ومستنداتهم ومتعلقاتهم الشخصية" وما طبيعة تلك الحماية "الحق في الأمان من التفتيش أو الضبط غير المعقول". هذا القسم يطلق عليه الفقه قسم المعقولة (Reasonableness Clause).

بينما يتعلق القسم الثاني بأذونات (التفتيش أو القبض)، ويبين هذا القسم ما أساس إصدار تلك الأذونات "السبب المحتمل" (Probable Cause) مدعوماً بأداء يمين من رجل الشرطة طالب الإذن ويوضح شكل هذه الأذونات باعتبار أنها يتعين أن تتضمن تحديداً واضحاً لمحلها، وهذا القسم من النص يوصف بأنه قسم الإذن (Warrant Clause).

= التفصيل، انظر: د. مشاري خليفة العيفان - قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٤ السنة ٣٥ - ديسمبر ٢٠١١ - ص ١١٥.
(٤) نسخة النص باللغة الأم:

The Right of People to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated...

يعد من أهم الخلافات الفقهية التي ثارت بشأن نص التعديل الرابع هو علاقة القسم الأول بالقسم الثاني، بعبارة أخرى، هل كل تفتيش أو قبض لا يستند إلى إذن صحيح يعد قبضاً أو تفتيشاً غير معقول (غير مشروع) وبالتالي يعد غير مسموح به في ضوء أحكام قسم المعقولة؟ أم أن القسم الثاني يعد مستقلاً عن الأول وبالتالي تكون مهمة القسم الثاني فقط الإخبار عن كيفية استصدار الإذن دون بيان متى يتعين استصدار ذلك الإذن؟ ويعد هذا الخلاف محور غالبية الخلافات الفرعية التي تثور حول أحكام التعديل الرابع.

وتعد المسائل التي تثار حول المشروعية المتعلقة بالتعديل الرابع والتي تتعلق بالتفتيش أعم وأشمل من تلك التي تتعلق بالقبض، وتدور أغلب تلك المنازعات حول مشروعية القبض ومن ثم ضرورة استبعاد ما استمد منه من أدلة، كما يعتبر التساؤل الذي حاولت محكمة التمييز الفيدرالية الإجابة عليه خلال السنوات الطويلة التي مضت هو: ما الغرض من نص التعديل الرابع؟ أو ما نطاق حماية نص التعديل الرابع؟

جاءت المحكمة بتفسيرات ومبررات متعددة يهدف التعديل الرابع إلى حمايتها عبر تاريخها، بعبارة واسعة قررت المحكمة أن نص التعديل الرابع من الدستور قد جاء للحد من السلطة التقديرية الواسعة لرجال الشرطة التي كانت سائدة من قبل^(٥)، وحيث إن نص التعديل الرابع قد شرع منذ زمن بعيد، شكك البعض في إمكانية التوسع في نوايا من قاموا بتشريعه بشكل يسمح بتطبيقه في زمننا المعاصر^(٦)، لذلك يرى هذا الاتجاه الفقهي إلى ضرورة عدم الركون إلى المعنى اللغوي والتاريخي للنص، بل يجب أن يكون هناك استنباط لتلك القيم التي قصدها المشرعون للنص.

ومن أبرز الأمثلة التي تدل على معاناة المحكمة في التعامل مع مفردات نص التعديل الرابع هو تفسير المحكمة لمفردة "الفرد" الواردة بنص التعديل الرابع، فتلك المفردة بحسب المعنى الدارج تنصرف إلى ما يلي: (١) جسد الشخص^(٧)، (٢) ما يتصل بذلك الجسم من عناصر لا تدخل فيه كالملابس^(٨)، و(٣) ما يحتويه ذلك الجسد من مكونات كالدم والخلايا... الخ^(٩). في بداية القرن العشرين، اتجهت محكمة

(٥) Thomas Y. Davies, Recovering the Original Fourth Amendment, 89 Mich. L. Rev. 547, 556 (1999).

(٦) Susan R. Klein, Enduring Principles and Current Crises in Constitutional Criminal Procedure, 24 Law & Social Inquiry 533, 542-43 (1999).

(٧) Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969).

(٨) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

(٩) Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).

التمييز الفيدرالية إلى أن إجراء التفتيش والضبط لا ينصبان إلا على الأشياء المادية، وبناء على ذلك التفسير فالحوارات الشخصية الشفهية لا تدخل ضمن "الأشخاص أو المنازل أو المستندات أو المتعلقات الشخصية". وبناء على ذلك، فإن تسجيل المحادثات الثنائية التي يجريها الشخص مع غيره دون إذن مسبق لا يعد إجراء من شأنه انتهاك نص التعديل الرابع من الدستور الأمريكي^(١٠)، لاحقاً قررت المحكمة مناقضة نفسها بإلغاء الحكم الأول لها وقررت مفسرة لنص التعديل الرابع أنه يشمل في حمايته لتلك المحادثات من المراقبات غير المستندة إلى إذن مسبق^(١١).

وفي ذلك تقول محكمة التمييز أن "نص التعديل الرابع قد قصد منه بشكل أساسي منع انتهاكات الحق المقدس للملكية أو الحياة الخاصة"،^(١٢) بل جاءت بعبارة أكثر حداثة عندما قررت في قضية (Katz) أن من شرع النص قد قصد حماية توقع الخصوصية القانوني للأفراد سواء انصب على شخصهم أو منازلهم أو مستنداتهم أو متعلقاتهم الشخصية^(١٣). ومما لا ريب فيه أنه من الحين للآخر، نجد أن المحكمة تصر على ربط نطاق تطبيق أحكام نص التعديل الرابع مع الخصوصية بما يصرف النظر إلى النطاق المكاني لتلك الخصوصية المتمثل في المنازل وما يدخل في حكمها، ويؤخذ على المحكمة أنها تتناسى مسألة حرمة الأشخاص من إجراء القبض أو التفتيش غير المشروعين بما يناقض فكرة الربط التي تتبناها المحكمة والمتمثلة في الخصوصية.

ويلاحظ أن التنظيم التفصيلي لإجراء القبض في الولايات المتحدة الأمريكية جاء ضمن نصوص الدستور الفيدرالي، بينما يختلف الوضع لدى المشرع الكويتي الذي اكتفى بمبدأ المشروعية (Due Process) في النص الدستوري بشأن إجراء القبض، حيث قرر في المادة (٣١) أنه " لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة"، وترك مهمة بيان الأحكام التفصيلية لذلك الإجراء لنصوص قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية^(١٤).

Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928). (١٠)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967). (١١)

Oliver v. United States, 466 U.S. at 176 n.6. (١٢)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967). (١٣)

(١٤) وقد نظم المشرع الكويتي إجراء القبض في المواد (٤٨-٦٨) من القانون رقم (١٧) لسنة (١٩٦٠) بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية.

المطلب الثاني

مفهوم القبض وطبيعته^(١٥)

عادة يأتي مصطلح القبض "Arrest" في نصوص القوانين الأمريكية والقرارات القضائية الصادرة من محاكم ذلك النظام القانوني دون تعريف محدد ومفصل، بل في بعض الأحيان تستخدم المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية هذا اللفظ مدعماً بوصف كالقبض التحفظي "Custodial Arrest"^(١٦) أو القبض الرسمي "Formal Arrest"^(١٧) أو القبض التقليدي "Traditional Arrest"^(١٨) الأمر الذي قد يدعو البعض - على خلاف الواقع - للاعتقاد للوهلة الأولى بأن هناك أنواعاً من القبض لا تتمتع بتلك الصفات.

ومن الناحية العملية وبحسب المفهوم التقليدي، فالشخص يعتبر مقبوضاً عليه متى تم التحفظ عليه من قبل سلطة قانونية من أجل مواجهته بتهمة جنائية منسوبة إليه، وبغرض الحصول على رد منه بشأن تلك التهمة، ولم يستخدم الدستور الأمريكي الفيدرالي لفظ "القبض" (Arrest) بل استخدم لفظ الضبط "Seizure" كما ورد في نص التعديل الرابع من الدستور، وعلى الرغم أنه من منظور النص الدستوري سالف الذكر كل حالات إلقاء القبض تعتبر ضبطاً إلا أن ليس كل حالة ضبط هي قبض، باعتبار أن النص الدستوري في إشارته لمصطلح الضبط وضع محلاً له كل من الأشخاص وممتلكاتهم الشخصية ورسائلهم.

خلاصة الأمر، أن القبض لفظاً ينصرف بحسب المتعارف عليه إلى حالة مصادرة حق الشخص بالتنقل لمدة غير محددة بالقدر اللازم لنقله إلى مركز الشرطة، تمهيداً لحبسه حبساً احتياطياً (Booking)، توجد بعض القوانين المحلية - والتي تسري على النطاق الإقليمي للولاية مصدرة ذلك القانون - تطلق لفظ القبض على حالات التحفظ المؤقت على الأشخاص اللازمة لإصدار مخالفة مرورية بحقه (Traffic Citation) أو إعلان بحضور جلسة (Summon)^(١٩).

(١٥) David A. Moran, Traffic Stops, Littering Tickets, and Police Warnings: The Case For a Fourth Amendment Non- Custodial Arrest Doctrine, 37 Am. Crim. L. Rev. 1143 (2000).

(١٦) Berkemer v. McCarty, 468 U.S. 420, 425 (1984).

(١٧) United States v. Robinson, 414 U.S. 218, 235 (1973).

(١٨) Dunaway v. New York, 442 U.S. 200, 212 (1979).

(١٩) People v. Bland, 884 P. 2d. 312,315 -16 (Colo. 1994).

وعرف المشرع الكويتي القبض في المادة (٤٨) من قانون الإجراءات الجزائية بأنه: "ضبط الشخص وإحضاره ولو جبراً أمام المحكمة أو المحقق بموجب أمر صادر منه أو بغير أمر في الحالات التي ينص عليها القانون"^(٢٠)، بينما انتهت محكمة النقض المصرية إلى أن القبض عبارة "إسك الشخص من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجول لفترة يسيرة تكفي لاتخاذ الإجراءات الجنائية ضده"^(٢١)، وذهبت محكمة النقض المصرية أيضاً في تعريف آخر لإجراء القبض بأنه: "عبارة عن مجموعة احتياطات وقتية للتحقيق من شخصية المتهم وإجراء التحقيق الأولى وهي احتياطات متعلقة بحجز المتهمين ووضعهم في أي محل كان تحت مراقبة الشرطة لمدة بضع ساعات كافية لجمع الاستدلالات التي يمكن أن يستنتج منها لزوم توقيع الحبس الاحتياطي وصحته قانوناً"^(٢٢).

يختلط في الفقه الأمريكي مفهوم آخر بالقبض يمكن أن نطلق عليه لفظ الاستيقاف مجازاً - Stop and Frisk، وهذا المفهوم عادة ما يطبق متى كان رجال الشرطة في أدائهم لمهمتهم في الحفاظ على الأمن في مواجهة موقف يتشككون منه بوقوع جريمة، إلا أنهم لا يملكون سبباً معقولاً بناء على الظروف المتوافرة يسمح لهم بإجراء تفتيش المشتبه به أو القبض عليه، وهنا يثور التساؤل حول إمكانية تقييد حرية الشخص لفترة بسيطة لحين التيقن من سلامة موقفه.

كانت قضية (Terry v. Ohio)^(٢٣) هي أساس نشوء هذا المفهوم والتي قررت المحكمة بموجب تلك القضية أنه يجوز من الناحية الدستورية استيقاف الشخص وتفتيشه تفتيشاً سطحياً على الرغم من عدم توافر السبب المعقول أو الإذن الذي يبرر ذلك^(٢٤)، وقد قررت المحكمة أنه: "عندما يشاهد رجل الشرطة سلوكاً غريباً، الأمر

(٢٠) ويختلف القبض عن الحبس الاحتياطي في أن الحبس الاحتياطي قد يكون لأيام قد تطول إلى شهور، ولا يصدر إلا بأمر من سلطات التحقيق دون الاستدلال وبشروط معينة، أما القبض فلا يمتد لأكثر من يومين قبل تحويل المتهم إلى جهة التحقيق المختصة (النيابة العامة أو الإدارة العامة للتحقيقات)، وقد نظم المشرع الكويتي إجراء الحبس الاحتياطي بالمواد (٦٩-٧٤) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية.

(٢١) نقض ٩ يونيو ١٩٦٩ في أحكام النقض س ٢٠ رقم ١٧١، ص ٨٥٣.

(٢٢) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الطبعة الرابعة - الجزء الأول - ص ١٩٨.

(٢٣) 392 U.S. 1 (1968).

(٢٤) تكمن وقائع قضية (Terry) في أن أحد رجال الشرطة ذوي الخبرة شاهد أثناء سيره في الطريق المتهمين يراقبون أحد المحلات بقصد سرقة. بناء على ذلك، اقترب من المشتبه بهم =

الذي يدعوه وفقاً للمجرى العادي للأمر للاعتقاد بأن جريمة سترتكب، أو بأن المشتبه به الذي في مواجهته قد يكون مسلحاً وخطر، فله أحقية الاستعلام عن هذا السلوك ومتى ما لم يجد ما يزيل هذا الخوف على سلامته أو سلامة الآخرين، فله بشكل مقيد تفتيش الشخص من خارج ملابسه لتجريده من أي سلاح قد يستخدم في الإضرار به".

مما لا ريب فيه أن هذا المفهوم الجديد غير واضح الملامح تمييزاً له عن إجراء القبض، ولكن ما يتعين توضيحه أن هناك عدة عوامل يستعان بها لتحديد طبيعة الإجراء ما إذا كان قبضاً أو استيقافاً، فأولاً: الاستيقاف يجب ألا تتجاوز مدته القدر اللازم الذي تبرره ظروف الاستيقاف، لذلك قررت المحكمة الاستثنائية في الولايات المتحدة الأمريكية أن الاستيقاف كان غير مشروع بسبب طول مدته، حيث إن الاستيقاف كان بسبب مخالفة مروية ولم تكن تستدعي مسألة تحرير تلك المخالفة تلك المدة، بسبب رغبة رجل الشرطة الاستعلام من مركز الاستعلام الرئيسي ما إذا كان المخالف قد صدرت ضده أية أوامر بالقبض أو الحبس الاحتياطي^(٢٥).

ثانياً: يجب بالإضافة إلى عنصر الزمن ألا يكون الاستيقاف متصمناً انتهاكاً أكثر مما تبرره الظروف بغرض إزالة الاشتباه الذي قام لدى رجل الشرطة، وقد قررت ذلك العامل المحكمة في قضية (Florida v. Royer)^(٢٦)، حيث تم استيقاف المتهم في المطار بسبب كونه قد فشل في اجتياز اختبار لدى الجمارك، الأمر الذي يزيد من احتمالية حمله لمواد مخدرة فقط، ثم بعد التأكد من هويته وتذكرة السفر طلب رجال مباحث المخدرات منه مرافقتهم بعد إبراز هوياتهم له إلى أحد الغرف التي تبعد ما يقارب (٤٠) خطوة، في الغرفة تم تفتيش إحدى حقائبه عن طريق جهاز الكشف من الخارج فطلب منه السماح لهم بتفتيش باقي الحقائب، فوافق على ذلك فوجدوا بداخل الحقيبة إحدى قطع الحشيش، وانتهت إلى المحكمة إلى بطلان إجراء الاستيقاف باعتبار أنه انقلب إلى إجراء قبض، وكان يتطلب سبباً معقولاً لترتيب آثاره. وقد قررت المحكمة أن إجراء طلب المرافقة إلى غرفة صغيرة كان انتهاكاً غير مقبول، بالإضافة إلى أنه كان من الممكن لرجال المباحث استخدام الكلاب المدربة بدلاً من كل هذه الإجراءات التعسفية.

= وعرفهم بنفسه وطلب هوياتهم. وعندما بدأوا بالحديث باللغة غير مفهومة قام بسحب أحدهم ووضع على الجدار ولمس جسمه من الخارج فوجد بحوزته مسدس. فتم على إثر تلك الواقعة، اتهام الشخص الحائر بتهمة حيازة سلاح دون ترخيص.

(٢٥) U.S. v. Luckett, 484 F. 2d. 89 (9th Cir. 1973).

(٢٦) 460 U.S. 491 (1983).

وبناء على قرار المحكمة في قضية (Royer) أصبحت المحكمة تراقب مدى معقولة سلوك رجل الشرطة في اتخاذ إجراء الاستيقاف بحيث لم تكتفِ المحكمة - لتقرير المعقولة - بمدى توافر وسائل أقل انتهاكاً لحرية الشخص من الوسائل المستخدمة في الاستيقاف، بل بدأت المحكمة تحذو حذواً آخر يتمثل في مراقبة سلوك رجل الشرطة إجمالاً.

وتعد قضية (U.S. v. Sharp)^(٢٧) أبرز مثال لذلك التوجه القضائي، في تلك القضية، قررت المحكمة بأنه يعد سلوكاً معقولاً من الناحية الدستورية من جانب رجل الشرطة استيقاف المتهم - قائد المركبة - باعتبار أنه مشتبه به في حيازة مادة الهيروين لمدة تجاوزت العشرين دقيقة، بسبب كون المتهم حاول الفرار عندما طلب منه الوقوف على جانب الطريق، وقد وجدت المحكمة أن أحد رجال الشرطة الذين قاموا بالمطاردة طلب من المتهم الانتظار لمدة فاقت الخمس عشرة دقيقة انتظاراً لزميله الأكثر خبرة، ونستخلص من ذلك أن عامل الخبرة لدى رجل الشرطة الذي قام بتنفيذ إجراء الاستيقاف يعد عاملاً مهماً لتحديد مدى معقولة الاستيقاف وطول مدته.

وثار تساؤل في غاية الأهمية أمام محكمة التمييز الفيدرالية بخصوص مدى أحقية رجل الشرطة في طلب هوية الشخص المستوقف، أجابت المحكمة (بنعم) في قضية (Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court)^(٢٨)، أثّرت تلك القضية بمناسبة إصدار ولاية نيفادا لقانون يسمح لرجل الشرطة الذي يستوقف استيقافاً صحيحاً وفقاً لقضية (Terry) طلب تقديم الهوية من الشخص المستوقف. قررت المحكمة - بأغلبية خمسة من أصل تسعة من أعضاء المحكمة - أن هذا الطلب لا يخالف نص التعديل الرابع ولا يترتب عليه جعل الاستيقاف غير معقول، بحجة أن هذا الطلب يعد مستلزماً طبيعياً وذا علاقة مباشرة بالغرض من الاستيقاف الذي أباحتها قضية (Terry).

ولم تتوقف التساؤلات إلى هذا الحد، بل امتدت إلى مدى جواز أخذ بصمة الشخص المتهم في مكان الاستيقاف، ومدى كون هذا الإجراء من شأنه قلب الاستيقاف إلى قبض، وبالتالي يتطلب إما سبباً محتملاً أو إنذاراً بالقبض، وفي قضية (Hayes v. Florida)^(٢٩)، قررت المحكمة أن هناك مؤشرات من خلال السوابق القضائية تؤكد أن نص التعديل الرابع من الدستور يسمح بضبط الأشخاص لبرهة

470 U.S. 675 (1985).

(٢٧)

542 U.S. 177 (2004).

(٢٨)

470 U.S. 811 (1985).

(٢٩)

يسيرة، بغرض أخذ بصمة الأصبع إذا كان هناك اشتباه معقول بأن الشخص المستوقف قد ارتكب جريمة، أو وجد سبب معقول للاعتقاد بأن هذا الإجراء (أخذ البصمة) من شأنه إثبات أو نفي علاقة هذا الشخص بجرم مرتكب.

وأخيراً، واجهت المحكمة تساؤلاً بخصوص مدى كون الاستيقاف الذي امتد لمدة تجاوزت (٢٧) ساعة لمسافر قادم للولايات المتحدة الأمريكية قام بحقه اشتباه على أنه يقوم بتهريب مواد مخدرة موجودة بداخل معدته، فقد انتهت المحكمة إلى أن الاستيقاف كان معقولاً باعتبار أن المتهم قد رفض إجراء أشعة لأمعائه، الأمر الذي استدعى رجال الشرطة طلب الإذن من المحكمة لذلك الإجراء وهو ما استغرق تلك المدة^(٣٠).

وعلى خلاف الوضع في قانون الإجراءات المصري، نجد أن المشرع الكويتي نظم صراحة إجراء الاستيقاف في نص المادة (٥٢) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية حيث قرر إن: "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 كانت هناك قرائن جدية تدل على أنه ارتكب جنائية أو جنحة"، وقد عرفت محكمة التمييز الكويتية الاستيقاف بأنه عبارة عن "إجراء يقوم به رجل السلطة العامة في سبيل التحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها ويسوغه اشتباه تبرره الظروف"^(٣١). ويذهب جانب من الفقه إلى أن الاستيقاف في القانون الكويتي يعد عملاً من أعمال الضابطة القضائية لا الإدارية، تأسيساً على أنه إجراء يتخذ بمناسبة تحريات تجرى بشأن جريمة قد وقعت^(٣٢).

ولما كان القبض ينطوي عليه المساس بأحد الحقوق الشخصية للإنسان وهو حريته في التحرك وفي سبيل الموازنة بين سلطة الدولة في العقاب وحق المتهم في الحرية، فإن القانون يحيط هذا الإجراء بضمانات معينة تشمل السلطات القائمة به التي يجوز لها اتخاذها وسبب الاعتماد إليه ومدته، حيث تبدأ مدة القبض من تاريخ تنفيذه لا

(٣٠) U.S. v. Montoya de Hernandez, 437 U.S. 531 (1985).

(٣١) الطعن رقم ٩٣/٨٧ جزائي جلسة ٩٩٣/٦/٢٨ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١١٧.

(٣٢) لمزيد من التفصيل راجع: د. عمر الفاروق الحسيني - الاستيقاف والقبض في القانون الكويتي مقارناً بالقانون المصري - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٩٤ - ص ٣٤ وما بعدها.

من تاريخ إيداعه في مكان الشرطة، ولذلك يجب بيان ساعة إتمام القبض في محضر مركز الشرطة^(٣٣).

المطلب الثالث أهمية القبض

لا ريب أن لإجراء القبض أهمية على جميع الأصعدة، وهذه الأهمية جعلت المشرع يرتب عدة صور من صور المساءلة لكفالة احترام ضوابط وقواعد هذا الإجراء من قبل رجل السلطة العامة (رجل الشرطة أو المحقق أو المحكمة المختصة بالمحاكمة)، وقد تنوعت هذه الصور أو الجزاءات والتي قد تترتب على مخالفة قواعد وإجراءات القبض، فمنها ما هو إجرائي ومنها ما هو موضوعي، فمن حيث الجزاء الإجرائي نجد أن بطلان القبض قد يترتب عليه استبعاد كل دليل مستمد منه في مرحلة المحاكمة تطبيقاً لقاعدة استبعاد الدليل المستمد من الإجراء غير المشروع، ومن حيث الجزاءات الموضوعية فإن مخالفة قواعد وإجراءات القبض قد ترتب المسؤولية الجزائية والمدنية والتأديبية لمن ارتكب تلك المخالفة بحسب صفته.

يعتبر حق المتهم في عدم القبض عليه دون مسوغ قانوني حقاً محمياً بموجب قاعدة الاستبعاد (Exclusionary Rule)^(٣٤)، وتعتبر هذه القاعدة جزءاً إجرائياً يترتب على انتهاك ذلك الحق، ويتمثل هذا الجزاء باستبعاد كل دليل نشأ من جراء ذلك الانتهاك، ولا يجوز استخدامه في محاكمة المتهم، ومن ثم يتعين القول أن كون إجراء إلقاء القبض غير مشروع بسبب تنفيذه دون الاستناد إلى إذن من السلطة المختصة لا يجعل من المحاكمة باطلة^(٣٥)، إنما تجد الدفوع المتعلقة ببطلان أنونات القبض أهميتها في مسائل الإثبات باعتبار أن جهة الادعاء دائماً ما تود استخدام تلك الأدلة المستمدة من إجراء القبض.

ويقع القبض باطلاً إذا تخلفت بعض أو كل شروطه، كما لو انتفت حالة التلبس

(٣٣) انظر: المادة (٥٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

(٣٤) لمزيد من التفصيل حول هذه القاعدة راجع: د. مشاري خليفة العيفان - قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٤ السنة ٣٥ - ديسمبر ٢٠١١ ص ١١٥ وما بعدها.

(٣٥) United States v. Crews, 445 U.S. 463 (1980); Gerstein v. Pugh, 420 U.S. 103 (1975).

أو لم تكن هناك دلائل على اتهام المتهم بارتكاب هذه الجريمة أو كانت هذه الدلائل غير كافية، أو في حالة انتفاء أمر سلطة التحقيق بالقبض أو بطلان الأمر لعيب في شكل صدوره كعدم اتيانه بالكتابة أو لإغفاله بعض البيانات الجوهرية أو لعدم تعيين المتهم المطلوب القبض عليه تعييناً كافياً^(٣٦)، ويترتب عليه بطلان كافة الإجراءات اللاحقة عليه التي استندت إليه كتفتيش المتهم وضبط الأشياء التي توجد معه، كذلك نلاحظ أيضاً من ناحية أخرى أن ضمانات القبض هي ضمانات دستورية، وأن مخالفتها يترتب عليه بطلان القبض وكل ما يترتب عليه من آثار سواء أكان هذا الأثر عبارة عن محضر سماع أقواله أم إجراء تفتيشه أو اعترافه الذي وقع تحت تأثير القبض أو التفتيش الباطلين، وأيضاً بطلان التلبس إذا أدى القبض الباطل إلى ظهوره، كذلك بطلان تفتيش المسكن وبطلان الحبس الاحتياطي إذا بني على الأدلة الباطلة، وفي النهاية يبطل كل ما يكون قد أسفر عن القبض الباطل من أدلة، بشرط أن يثبت في يقين المحكمة الارتباط الوثيق بين إجراء القبض الباطل وذلك الأثر.

وبالبناء على ما تقدم، إذا رغبت جهة الاتهام تبرير إجراء التفتيش الذي تم دون الحصول على إذن فعليها تأسيس ذلك الأمر على قانونية إجراء القبض باعتبار أن التفتيش أساسه إما القبض الذي يبيحه وإما كون الدليل محل الضبط قد جاء بمكان بارز أمام رجل الشرطة حينما نفذ إجراء القبض المشروع، لذلك في بعض الأحيان متى ما انتفى إذن القبض فإن نسبة احتمال كون هذا الإجراء إجراء غير مشروع ستكون كبيرة، الأمر الذي يستدعي ضرورة استبعاد الدليل المستمد من إجراء التفتيش المترتب على القبض أو الاعتراف الذي يلي عملية القبض غير المشروع، هذا عن الناحية الإجرائية.

أما من ناحية المسؤولية الجنائية، فتحقيقاً لغاية الردع والتزاماً بحماية حق الأفراد في التنقل واختيار المكان الذي يرغبون في التواجد فيه، قرر المشرع الكويتي حماية هذا الحق من خلال تجريم كل سلوك ينطوي على المساس بهذا الحق بصورة غير مشروعة^(٣٧)، ولا يعير المشرع الكويتي للقول بوقوع هذه الجريمة ضرورة

(٣٦) الطعن رقم (٦) لسنة (٢٠٠٠) جزائي جلسة ١٧/١٠/٢٠٠٠ - مركز تصنيف الأحكام القضائية بكلية الحقوق - جامعة الكويت.

(٣٧) نصت المادة (١٨٤) من القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بإصدار قانون الجزاء الكويتي على أن: "كل من قبض على شخص أو حبسه أو حجزه في غير الأحوال التي يقرها القانون، أو بغير مراعاة الإجراءات التي يقرها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز (٢٢٥) دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

حدوث القبض لمدة زمنية معينة، كما لا يعير المشرع الكويتي اهتماماً لصفة القائم بالركن المادي لجريمة القبض أو الحبس (الحجز)، فقد يكون موظفاً عاماً وقد يكون من أحد الأفراد، كما تعد هذه الجريمة من جرائم القصد الجنائي العام والتي يرتكز قوام ركنها المعنوي على القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.

وقد جعل المشرع الكويتي جريمة القبض دون مسوغ مشروع في عداد جرائم الجرح (عقوبة الحبس بما لا يجاوز ثلاث سنوات) وتبني ظرف النتيجة (التعذيب البدني) أو ظرف التهديد بالقتل كظرف مشدد من شأن توافره نقل وصف الجريمة من الجرح إلى الجنائيات، بحيث تصل العقوبة إلى الحبس بما لا يجاوز سبع سنوات.

ولا تتوقف المسؤولية من الناحية القانونية على الصورة الجنائية بل تمتد لتشمل في طياتها المسؤولية المدنية^(٣٨)، فإذا كانت الجرائم أو الأفعال الضارة قد أصبحت - في وقتنا الحاضر - تنقسم إلى نوعين: جرائم خاصة لا تملك الدولة فيها حق العقاب بل تقتصر فيها وظيفتها على جبر الضرر بإلزام الجاني بدفع تعويض لصالح المضرور، وجرائم عامة تملك فيها الدولة حق توقيع العقوبة على الجاني باسم المجتمع، وبذلك تكون فكرة التمييز بين المسؤولية الجنائية ممثلة في العقاب وبيباشرها ممثل المجتمع، والمسؤولية التقصيرية ممثلة في التعويض وبيباشرها المضرور من الجريمة أو الفعل غير المشروع قد ظهرت.

ولا يحول تقديم شكوى جنائية أمام جهة التحقيق المختصة لفرض المسؤولية الجنائية دون مطالبة شخص المضرور بتعويض من جراء الأضرار التي أصابته سواء أكانت هذه الأضرار بدنية أم نفسية أم مالية، وللمضرور في هذه الحالة الخيار بين اللجوء إلى المحكمة الجزائية المختصة^(٣٩) أو الانتظار لحين الفصل في الدعوى الجزائية وإقامة الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية المختصة، وتنص المادة (٢٢٧) من القانون المدني على أنه: "كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم

(٣٨) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع: د. عبد الوهاب حومد - المسؤولية الناشئة عن السير المعيب لأجهزة العدالة الجزائية - مجلة الحقوق والشرعية - السنة الرابعة - العدد الثالث - ١٩٨٠ - جامعة الكويت - كلية الحقوق.

(٣٩) تقرر المادة (١١١) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية أنه: "يجوز لكل من أصابه ضرر بسبب الجريمة أن يرفع دعوى بحقه المدني أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية، في أية حالة كانت لهذه الدعوى إلى أن تتم المرافعة، ويكون له في هذه الحالة صفة المدعي المنضم في الدعوى الجزائية إذا كان غيره هو الذي رفعها. ويجوز للمدعي المدني أن يطالب بحقه أثناء التحقيق الابتدائي بطلب يقدمه للمحقق، ويعامل كطرف مدع أثناء التحقيق".

بتعويضه سواء أكان في إحداثه للضرر مباشراً أم متسبباً"، كما يجوز للمضرور إقامة الدعوى المدنية على الدولة (وزارة الداخلية) تأسيساً على مبدأ مسؤولية التابع عن أعمال متبوعه^(٤٠)، ويدخل في تقدير التعويض جميع الأضرار المادية^(٤١) والمعنوية^(٤٢).

كما يرسم القانون المسؤولية التأديبية لحماية الوظيفة العامة ممن لا يستحق تقلدها، والمعني بهذه المسألة رجال الشرطة المنتمون لوزارة الداخلية، باعتبار أن التعامل مع المتهمين ومسألة جمع الأدلة تقع على عاتق هذه الفئة من الموظفين العموميين^(٤٣)، وتتولى إدارة المحاكمات العسكرية بوزارة الداخلية مهمة التحقيق والادعاء والتصرف في شأن هذه المخالفات التي تقع من موظفي وزارة الداخلية بمناسبة أو بسبب أدائهم لوظائفهم وتستوجب توقيع عقوبات انضباطية^(٤٤).

ويرتكز أساس المسؤولية التأديبية على المخالفات الوظيفية والتي يدخل فيها "كل سلوك من شأنه التأثير على سمعة الشرطة أو الإخلال بالانضباط العام أو الخروج على مقتضيات واجبات الوظيفة"^(٤٥)، ولا ريب أن جريمة القبض دون مسوغ

(٤٠) تقرر المادة (٢٤٠) من القانون المدني الكويتي أنه "يكون المتبوع مسؤولاً في مواجهة المضرور، عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه، في أداء وظيفته أو بسببها".

(٤١) يتحدد الضرر الذي يلزم المسؤول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، كلما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، إذا لم يكن في المقدور تفاديهما ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي، انظر: المادة (٢٣٠) من القانون المدني الكويتي.

(٤٢) تقرر المادة (٢٣١) من القانون المدني أن الضرر الأدبي يشمل "ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي. كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفتقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه.

(٤٣) تنص المادة (٣٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أن: "الشرطة هي الجهة الإدارية المكلفة بحفظ النظام ومنع الجرائم، وتتولى إلى جانب ذلك، وطبقاً لهذا القانون، المهمات الآتية: أولاً- إجراءات التحريات اللازمة للكشف عن الجرائم ومعرفة مرتكبيها وجمع كل ما يتعلق بها من معلومات لازمة".

(٤٤) انظر: المادة (٣) من المرسوم رقم (١٢٤) لسنة (١٩٩٨) بالعقوبات الانضباطية لأعضاء قوة الشرطة.

(٤٥) انظر: المادة (١) من المرسوم رقم (١٢٤) لسنة (١٩٩٨) بالعقوبات الانضباطية لأعضاء قوة الشرطة.

قانوني من شأنها التأثير على سمعة الشرطة، وإيمان المجتمع بعمل هذا الجهاز الحكومي المهم، ويعد خروجاً على مقتضيات واجبات الوظيفة العامة باعتبار أن من أهم واجبات رجل الشرطة احترام القوانين وتطبيقها.

لذلك تعد هذه الجريمة أبرز مثال للمخالفات الوظيفية وتعتبر الإدانة عن جريمة بعقوبة جنائية من أهم أسباب إنهاء الوظيفة العامة العسكرية لرجال الشرطة^(٤٦)، أما في حالة الإدانة عن جريمة بعقوبة لا تدخل ضمن عقوبة الجنائية فمن الممكن تطبيق العقوبات الانضباطية الأخرى المنصوص عليها بالقانون كالتنبيه والتأنيب والإنذار والخصم من الراتب والحجز والحرمان من العلاوة الدورية وتأخير الترقية والحبس^(٤٧)، ولا يحول الحكم الجنائي بالإدانة أو بالبراءة دون مساءلة رجل الشرطة مساءلة تأديبية أو انضباطية^(٤٨).

(٤٦) انظر: المادة (٩٦) من القانون رقم (٢٣) لسنة (١٩٦٨) بشأن نظام قوة الشرطة.

(٤٧) انظر: المادة (٢) من المرسوم رقم (١٢٤) لسنة (١٩٩٨) بالعقوبات الانضباطية لأعضاء قوة الشرطة.

(٤٨) انظر: المادة (١٠) من المرسوم رقم (١٢٤) لسنة (١٩٩٨) بالعقوبات الانضباطية لأعضاء قوة الشرطة.

المبحث الثاني

الإطار القانوني لإجراء القبض

في ظل القانون العرفي (Common Law)^(٤٩) الذي كان سائداً في الولايات المتحدة الأمريكية، تقوم القاعدة على أنه لا يجوز لرجل الشرطة القيام بالقبض على شخص إلا إذا توافرت لديه أسباب معقولة تدل على أن هناك جريمة قد ارتكبت بواسطة الشخص المراد القبض عليه^(٥٠)، ويعنى بالأسباب المعقولة أي الأسباب الراجحة أو المحتملة في فقه القوانين المكتوبة^(٥١)

في الوقت الحاضر بعد انتهاء حقبة القوانين العرفية، الغالبية العظمى من القوانين المكتوبة^(٥٢) على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية تقر في أحقية رجل الشرطة بإلقاء القبض على مرتكبي الجنايات دون الحصول على إذن مسبق^(٥٣)، بينما كأصل عام يتعين الحصول على إذن مسبق لإلقاء القبض على مرتكبي الجناح ما لم تكن جنحاً مشهوداً^(٥٤)، وذلك على الرغم من أن محكمة التمييز الفيدرالية انتهت إلى أنه لا يرد في نص التعديل الرابع من الدستور الأمريكي الفيدرالي أي حظر على رجل الشرطة للقيام بالقبض على شخص دون الحصول على إذن؛ تأسيساً على كون الجريمة محل الارتكاب تعد جريمة بسيطة معاقباً عليها قانوناً بالغرامة فقط^(٥٥).

وقد نظم المشرع الكويتي إجراء القبض ضمن إجراءات التحقيق الابتدائي في

(٤٩) القانون العرفي ما هو إلا مجموعة من الأحكام والنظريات الفقهية التي نشأت ونمت واستمدت سلطانها من العرف المتوطد في البلاد منذ زمن لا تعيه الذاكرة، ثم أضيفت إليها كافة الأوامر والقرارات الصادرة من المحاكم تثبيتاً للعرف المذكور وبناء عليه. وتنظم هذه المبادئ والقواعد إدارة الأشخاص والمحافظة على أرواحهم وأموالهم وحقوقهم. وقد كانت هذه النظريات سائدة على مستوى المستعمرات قبل الثورة في الولايات المتحدة الأمريكية.

(٥٠) Akhil Reed Amar, Fourth Amendment First Principles, 107 Harv. L. Rev. 757, 782 (1984).

(٥١) Draper v. United States, 358 U.S. 307, 310 n. 3 (1959).

(٥٢) Cal. Penal Code 836 (West 1985 & Supp. 2001).

(٥٣) تعرف الجنحة وفقاً للقانون الأمريكي بأنها كل جريمة لا تتجاوز عقوبتها الحبس مدة السنة الواحدة. انظر:

18 U.S.C. 3559 (a).

(٥٤) لبحث معنى الجريمة المشهوددة راجع:

Wayne R. Lafave, Search and Seizure 5.1 (c) (3d ed. 1996).

(٥٥) Atwater v. Lago Vista, 532 U.S. 318 (2001).

المواد (٤٨-٦٨) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، وقرر المشرع المبدأ العام والذي يقر أن الأصل في إجراء القبض أن يستند إلى إذن كتابي مسبق من جهة التحقيق المختصة (النيابة العامة بالنسبة للجنايات والإدارة العامة للتحقيقات بالنسبة للجنح)، وقد أضاف المشرع حالات للقبض دون إذن مسبق قد جاءت على سبيل الحصر، ولم يعر المشرع الكويتي انتباهاً - كما فعل المشرع الأمريكي - لمكان تنفيذ إجراء القبض في التفرقة بين المنازل والأماكن العامة في مدى لزوم اللجوء إلى الإذن الكتابي على النحو الذي سوف يأتي بيانه عما قريب.

وقد جاء موقف المشرع الكويتي مغايراً - جزئياً على الأقل - لموقف المشرع الأمريكي فيما يتعلق بالقبض على مرتكب جريمة الجنحة دون الحصول على إذن مسبق من جهة التحقيق المختصة، فمن جانب اتفق المشرعان على جواز القبض على مرتكب جريمة الجنحة دون إذن مسبق، في حالة كون تلك الجريمة جريمة مشهودة^(٥٦)، إلا أن المشرع الكويتي جاء ببعض الحالات التي قرر فيها جواز إلقاء القبض دون أمر على مرتكبي بعض الجنح، ولو كانت هذه الجنح غير مشهودة، وفي ذلك قررت المادة (٥٤/ثانياً) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي أنه "لرجال الشرطة حق القبض بدون أمر على المتهمين الآتي ذكرهم: ثانياً: من اتهم في جنحة من الجنح الآتية: مقاومة الموظفين العامين أثناء قيامهم بوظيفتهم، السرقة، إخفاء الأشياء المسروقة، النصب، التعدي الشديد، حمل السلاح المخالف للقانون.

ويؤخذ على هذا النص القانوني عدم تناغم حكمه مع النصوص التشريعية في قانون الجزاء الكويتي، وما طرأ على تلك النصوص من تعديلات تشريعية متلاحقة، وذلك على النحو الآتي: أولاً: لم ينص قانون الجزاء الكويتي - كما فعل قانون العقوبات المصري - على جريمة إخفاء المسروقات كجريمة مستقلة بذاتها وإنما عالج هذا الفعل تحت أحكام أفعال الاشتراك اللاحقة على ارتكاب الجريمة^(٥٧) وهو حكم قانوني (نص قانوني) قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته^(٥٨)، ثانياً: ورد في نص قانون الإجراءات الجزائية أن جريمة التعدي الشديد تبيح لرجل الشرطة إلقاء

(٥٦) وفي ذلك قررت المادة (٥٦) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي أنه: "لرجل الشرطة حق القبض بدون أمر على المتهمين في الجنح المشهودة".

(٥٧) قررت المادة (٤٩/ثانياً) من قانون الجزاء الكويتي أنه: "يعد شريكاً في الجريمة بعد وقوعها من كان عالماً بتمام ارتكاب الجريمة، وصدر منه فعل من الأفعال الآتية: ثانياً: إخفاء الأشياء المتحصلة من ارتكاب الجريمة".

(٥٨) انظر: الطعن رقم (١) لسنة (٢٠٠٩) (دستوري) جلسة ٢٠٠٩/٦/٧ (غير منشور).

القبض على المتهم دون أمر مسبق من جهة التحقيق المختصة، ولم ينظم أيضاً المشرع الكويتي جريمة جنحية أطلق عليها لفظ "التعدي الشديد" باعتباره أن المشرع الكويتي في نطاق الجرح اقتصر الأمر على جرائم التعدي الخفيف^(٥٩) والتعدي على نحو محسوس^(٦٠)، ويذهب اتجاه من الفقه إلى أن المشرع الكويتي على الرغم من أنه - على ما يبدو قد تأثر بنصوص المشرع المصري في شأن هذا اللفظ - فالمقصود هنا بجريمة التعدي الشديد هو جريمة التعدي على نحو محسوس^(٦١)، قرر المشرع الكويتي في جنحة حمل السلاح المخالف للقانون وهي جريمة لا وجود لها في ظل القانون الجديد بشأن تنظيم حيازة الأسلحة^(٦٢) إلا في نطاق ضيق جداً^(٦٣).

كما أجاز المشرع الكويتي في المادة (٥٥) إلقاء القبض على المتهم دون أمر مسبق في جنحة معاقب عليها بعقوبة الحبس "إذا تأيد هذا الاتهام بأدلة جدية وتوافرت في المتهم إحدى الحالات الآتية: أولاً: إذا لم يكن له محل إقامة معروف، أو لم تكن لديه وسيلة مشروعة لكسب العيش. ثانياً: إذا تبين أنه يتخذ الاحتياطات لإخفاء وجوده أو وجدت دلائل قوية على أنه يحاول الهرب، ثالثاً: إذا طلب منه إعطاء اسمه وعنوانه فرفض أو لم يقدم بياناً مقنعاً عن شخصيته أو أعطى اسماً وعنواناً غير صحيحين، أو إذا طلب منه التوجه إلى مركز الشرطة فرفض دون مبرر".

ويلاحظ أن المشرع الكويتي استخدم لفظ "أدلة جدية" ولم يستخدم لفظ "أدلة

(٥٩) قررت المادة (١٦٣) من قانون الجزاء الكويتي أنه: "كل من ارتكب فعل تعدد خفيف، لا يبلغ في جسامة مبلغ الأفعال المنصوص عليها في المواد السابقة، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز اثنين وعشرين ديناراً وخمسمائة فلس أو بإحدى هاتين العقوبتين".

(٦٠) وجاء في المادة (١٦٠) من قانون الجزاء الكويتي أنه: "كل من ضرب شخصاً أو جرحه أو ألحق بجسمه أذى أو أدخل بحرمة الجسم وكان ذلك على نحو محسوس، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز (١٥٠) ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين".

(٦١) د. عبد الوهاب حومد - الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية - مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة الخامسة - ١٩٩٥ - ص ٤٧.

(٦٢) ألغى المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة (١٩٩١) في شأن الأسلحة والذخائر القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦١) بشأن الأسلحة وذخائرها.

(٦٣) ونص قانون الأسلحة الجديد على جنحة وحيدة بشأن الجرائم التي يمكن تصنيفها بأنها من جرائم حمل السلاح المخالف للقانون، حيث قرر في المادة (١٤) على أنه: "لا يجوز حمل الأسلحة أو الذخائر ولو كانت مرصفاً بها في المناطق التالية: (أ) المؤتمرات والاجتماعات العامة. (ب) الموانئ والمطارات. (ج) الأندية الرياضية فيما عدا الأندية المرخص فيها بالرمية. (د) أي مكان آخر يحدده وزير الداخلية".

قوية" كما هو الحال في جرائم الجنايات، ويرى اتجاه من الفقه أنه كأصل عام لا يوجد فرق بين الأدلة الجدية والأدلة القوية إلا من حيث التسمية، ويضيف هذا الاتجاه بضرورة أن يتدخل المشرع لبيان الحدود الفاصلة بين هذين المفهومين إذا كان مقصود المشرع التمييز بينهما^(٦٤).

وأخيراً، نجد أن المشرع قرر في المادة (٥٧) أنه: "لرجال الشرطة حق القبض في الحالتين الآتيتين: أولاً: وجود شخص في حالة سكر بين، إذا كان غير قادر على العناية بنفسه أو كان خطراً على غيره. ثانياً: وجود تجمهر أو مشادة أو مشاحنة وقع فيها سباب أو تهديد أو تعدد يكون جريمة، أو ينذر بالتطور إلى اعتداء يكون جريمة لا يمكن منعها إلا بالقبض". ومن خلال هذا النص التشريعي، نجد أن المشرع في جريمة السكر البين^(٦٥) قد جاء بحكم فيه نوع من التكرار باعتبار أن هذه الجريمة تعد مشهودة بما يدخلها في حكم المادة (٥٦) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية والتي أباحت حق القبض لرجل الشرطة دون أمر مسبق في حالة الجرح المشهودة، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، نجد أن جرائم التجمهر^(٦٦) والسب والتهديد الواردة في الفقرة (ثانياً) من النص ينطبق عليها ما سبق ذكره حال كونها جرائم مشهودة، فلرجل الشرطة إلقاء القبض على مرتكبها استناداً إلى نص المادة (٥٦) المذكور أعلاه، أما ما ورد في النص من جواز إلقاء القبض متى كانت المشاحنة أو المشادة تنذر بالتطور إلى احتمال حدوث اعتداء، فيرى جانب من الفقه أن "القبض في هذا النص يعد نوعاً

(٦٤) د. عبد الوهاب حومد - المرجع السابق - ص ٤٧.

(٦٥) تقرر المادة (٢٠٦) مكرر (٢) من قانون الجزاء الكويتي أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعاطى في مكان عام، أو في مكان يستطيع فيه رؤيته من كان في مكان عام، أو في ناد خاص، خمرًا أو شراباً مسكراً، كل من جلب إلى المكان المذكور الخمر أو الشراب المسكر لشخص بقصد تناول فيه، يعاقب بذات العقوبة كل من وجد في حالة سكر بين، وكل من أقلق الراحة بسبب تناوله الخمر".

(٦٦) يصنف القانون الكويتي جريمة التجمهر من جرائم الجرح، انظر: المادة (٣٤) من القانون رقم (٣١) لسنة (١٩٧٠) بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠). للمزيد من التفصيل انظر: د. إبراهيم إبراهيم الغماز - جرائم الاجتماعات العامة والتجمعات والتجمهر في التشريع الكويتي - بحث منشور في مجلة المحامي الصادرة عن جمعية المحامين الكويتية - العدد (أكتوبر/نوفمبر/ديسمبر ١٩٨٤) - ص ٤٧.

من إجراءات الأمن أو الوقاية ضد احتمال وقوع جريمة، ويترك تقدير الظروف المبررة للقبض إلى من يقوم به من رجال الشرطة. وفي الحقيقة لا يمكن أن يعد هذا الإجراء قبضاً قانونياً يرتب آثار القبض إذ مقتضاه تحفظ رجل الشرطة على الشخص لحين زوال السبب المبرر له^(٦٧).

أما على مستوى جرائم الجنايات، فيمكن القول أن القاعدة العامة في الولايات المتحدة الأمريكية أن كل حالات إلقاء القبض يتعين أن تكون مستندة إلى سبب راجح أو معقول (Probable Cause) أن الجريمة قد ارتكبت وأن الشخص المراد القبض عليه هو من ارتكب تلك الجريمة^(٦٨)، وبناء على ذلك فكل حالة قبض تفتقر إلى السبب الراجح أو المعقول تعتبر مخالفة صريحة لنص التعديل الرابع من الدستور الفيدرالي، كما تتأثر سلطة رجل الشرطة بإلقاء القبض بمكان تنفيذ القبض وذلك على التفصيل الآتي: (١) لرجل الشرطة إلقاء القبض على شخص في مكان عام دون إذن مسبق حتى ولو كان في مقدوره الحصول على ذلك الإذن، (٢) في غياب الظروف القهرية أو الموافقة الصحيحة من صاحب الشأن، لا يجوز لرجل الشرطة إلقاء القبض على المتهم في منزله دون إذن مسبق، (٣) في غياب الظروف القهرية أو الموافقة الصحيحة من صاحب الشأن، لا يجوز لرجل الشرطة إلقاء القبض على المتهم في منزل غيره دون إذن مسبق، وذلك على التفصيل الذي سيأتي بعد قليل.

وقد جاء المشرع الكويتي بذات الإباحة (جواز إلقاء القبض على مرتكب الجناية دون أمر مسبق من جهة التحقيق المختصة) في نص المادة (٥٤/أولاً) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، وذلك تأسيساً على مسمى آخر وهو الأدلة القوية^(٦٩)، إلا أنه لم يعر اهتماماً إلى مكان تنفيذ القبض كما فعل المشرع الأمريكي.

(٦٧) د. حسن صادق المرصفاوي - شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة ١٩٧٠/١٩٧١ - ص ٢١٨.

(٦٨) Henry v. United States, 361 U.S. 98 (1959); Dunaway v. New York, 442 U.S. 200 (1979).

(٦٩) قررت المادة (٥٤/أولاً) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي أنه: "لرجال الشرطة حق القبض بدون أمر على المتهمين الآتي ذكرهم: أولاً: من اتهم في جناية وقامت على اتهامه أدلة قوية".

المطلب الأول القبض في الأماكن العامة

في قضية *United States v. Watson*^(٧٠)، قام رجل الشرطة دون إذن مسبق بالقبض على المتهم في أحد المطاعم، كونه حائزاً لبطاقة ائتمان بنكية مسروقة (Credit Card). وقد أسست جهة الاتهام إجراء القبض على السبب المحتمل (Probable Cause) أو المعقول (Ground Reason) والذي يبيح بناء عليه القانون الفيدرالي إلقاء القبض دون الحصول على إذن مسبق في حالة ارتكاب جناية من الجنايات المنصوص عليها في ذلك القانون. انتهت محكمة التمييز الفيدرالية إلى مشروعية إجراء القبض تأسيساً على أسباب تاريخية تؤيد صحة ذلك الإجراء غير المصحوب بإذن طالما أنه تم في مكان عام.

فقد قررت غالبية أعضاء المحكمة أن إجراء القبض لمرتكب الجناية في مكان عام جائز دون الحصول على إذن مسبق بالقبض يعد قاعدة متعارفاً عليها في القانون العرفي الذي يعد الأصل التاريخي والتفسيري للدستور الأمريكي، كما أنها قاعدة معتبرة في قوانين جميع الولايات المحلية بالإضافة إلى النظام الفيدرالي، حيث قررت المحكمة في سبيل التدليل على الأساس التاريخي أن البرلمان الفيدرالي في عام ١٧٩٢ أجاز تشريعاً سمح بمقتضاه لرجل الشرطة الفيدرالي بذات الصلاحيات التي كانت مقررة لرجال الشرطة المحليين (التابعين للسلطات المحلية التابعة لكل ولاية على حدة).

وأضافت المحكمة أنه لما كان من تلك الصلاحيات الثابتة لرجل الشرطة المحلي إلقاء القبض على مرتكب الجناية دون حاجة الحصول على إذن مسبق، الأمر الذي يؤيد معه التاريخ ثبوت هذه السلطة لرجل الشرطة الفيدرالي واتفاق معنى نص التعديل الرابع من الدستور الفيدرالي (في إباحة القبض على مرتكب الجناية دون إذن مسبق) مع نصوص القوانين المحلية.

ويقرر القاضي (Powell) - أحد أعضاء المحكمة والمؤيد لقرار المحكمة في قضية (Watson) مع بعض التحفظات - أن قرار المحكمة في هذه القضية من شأنه إنشاء حالة شنود مؤكدة مفادها أن حالات القبض على الأشخاص التي تتم في الأماكن العامة ستكون أقل عرضة للرقابة القضائية من حالات القبض ضمن الملكيات

الخاصة، ويضيف القاضي (Powell) أن نص التعديل الرابع من الدستور لا يرسم فرقاً بين كل من التفتيش والقبض، الأمر الذي يدعو لضرورة المساواة بينهما من حيث القيود الواردة عليهما، بل أن الحجة من الممكن أن تثار بضرورة فرض قيود أكثر شدة بالنسبة لإجراء القبض من تلك المفروضة بمناسبة إجراء التفتيش، باعتبار أنه إذا كان إجراء التفتيش من شأنه إحداث الإزعاج المؤقت للمواطن الصالح، فإن إجراء القبض يمثل إجراء انتهاك خطير للشخص بغض النظر عن كون ذلك الشخص مذنباً من عدمه.

بينما على النقيض من ذلك، يرى الاتجاه المعارض من أعضاء المحكمة أن تأسيس المحكمة على القانون العرفي في هذه المسألة أمر محل نظر، باعتبار أن هناك الكثير من الجنايات - في وقتنا الحاضر - كانت تعتبر وفقاً للقانون العرفي جنحاً - كجريمة الشروع في القتل العمد - الأمر الذي تستدعي الحصول على إذن مسبق لإجراء القبض على مرتكب تلك الجنح، ويخلص هذا الرأي إلى أن قرار المحكمة في قضية (Watson) ينشأ تعارضاً في حقيقة الأمر مع القانون العرفي الذي يجب أن يكون منارة لتفسير النصوص الدستورية.

المطلب الثاني

المقصود بالسبب المحتمل (Probable Cause) والأدلة القوية

يشير نص التعديل الرابع من الدستور الأمريكي إلى ضرورة توافر السبب المحتمل لإصدار الإذن بالقبض، ومما لا شك فيه أن مفهوم السبب المحتمل يشوبه شيء من الغموض، ولكن على أية حال يمكن القول بأن السبب المحتمل ببساطة يعني أن رجل الشرطة لحظة اتخاذ الإجراء (القبض) كان لديه دليل جدير بالثقة والذي من شأنه جعل الشخص العادي يعتقد بشكل يغلب فيه صحة الإجراء المتخذ (القبض أو التفتيش).

وعلى خلاف النص الكويتي الذي تطلب صراحة الأدلة القوية لإلقاء القبض على المتهم بارتكاب جناية دون أمر مسبق، فقد استقرت السوابق القضائية - على الرغم من أن نص التعديل الرابع من الدستور الأمريكي لم يتطلب صراحة السبب المحتمل لإجراء القبض دون إذن - لمحكمة التمييز الفيدرالية على تفسير نص التعديل الرابع على النحو الآتي: يعد السبب المحتمل شرطاً أساسياً لمشروعية إجراء القبض دون إذن مسبق. وأضافت المحكمة أن عدم فرض (تطلب) السبب المحتمل سيكون من

شأنه تشجيع رجال الشرطة على الإقدام على تنفيذ القبض دون إذن، وهو يفتح الباب على مصرعيه للتعسف^(٧١).

ويتعين الإشارة إلى أن مسألة تحديد مدى توافر السبب المحتمل ليست متماثلة بين حالة إجراء القبض دون إذن وإجراء القبض استناداً إلى إذن، ففي حالة إجراء القبض دون إذن، يعد رجل الشرطة الجهة التي تقوم بتحديد مدى توافر السبب المحتمل، بينما في حالة إجراء القبض استناداً إلى إذن، يعد القاضي - وهو جهة حيادية - المعني بتحديد مدى توافر السبب المحتمل^(٧٢)، بينما نجد في القانون الكويتي أنه في حالة القبض دون أمر مسبق فإن رجل الشرطة هو المعني بتحديد مدى وجود أدلة قوية تبرر إلقاء القبض على المتهم، ويخضع رجل الشرطة إلى رقابة المحقق المختص ثم إلى محكمة الموضوع^(٧٣)، بينما في حالة إصدار الأمر بإلقاء القبض فإن المعني هو المحقق المختص (مصدر الأمر) ويخضع لرقابة محكمة الموضوع^(٧٤).

وفي كلا الحالتين، ستعقد لاحقاً جلسة سابقة على المحاكمة تسمى جلسة استبعاد الأدلة (a Suppression hearing). في تلك الجلسة، يتم تحديد مدى كون الأدلة المقدمة من جهة الاتهام قد تم التحصل عليها بالمخالفة إلى أحكام نص التعديل الرابع من الدستور، ومن ثم يتعين استبعاد كل دليل تولد نتيجة انتهاك لذلك النص، وقد يكون أساس الانتهاك هو انتفاء السبب المحتمل، الأمر الذي يترتب عليه إبطال إجراء القبض وما استمد منه أدلة، كما يجدر بنا الإشارة إلى ضرورة أن معيار مدى توافر السبب المحتمل يعد معياراً أوحداً بالنسبة لحالات القبض دون إذن وحالات القبض استناداً إلى إذن، وقد أشارت محكمة التمييز الفيدرالية إلى أنه في حالات

(٧١) Wong Sun v. U.S., 371 U.S. 471 (1963).

(٧٢) وتختلف السلطة المخولة بإصدار أوامر القبض والتفتيش في الولايات المتحدة الأمريكية عن السلطة المخولة في الكويت، باعتبار أن المعني بإصدار هذه الأوامر وفقاً للنظام القانوني الأمريكي هو القاضي وليس جهة التحقيق المختصة على غرار ما هو قائم في النظام القانوني الكويتي.

(٧٣) الطعن رقم (٣٢) لسنة (١٩٩٤) جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠، الطعن رقم (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) جلسة ١٩٩٤/١١/١٤ منشور مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ٦٣٢، ٦٣١.

(٧٤) انظر: الطعن رقم (١٨٠) لسنة (١٩٩٦) جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ منشور مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٧٣.

استثنائية قليلة قد يكون معيار توافر السبب المحتمل في حالات القبض المستند إلى إذن أخف وطأة من حالات القبض دون إذن، ولا يعرف المشرع الكويتي هذا النوع من الجلسات باعتبار أنه - على خلاف الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية - لا يضع نظرية متكاملة ومستقلة (تشريع قائم بذاته) تحكم موضوع الإثبات الجنائي تحدد ما هو مقبول من أدلة وما ليس بذلك، وبالتالي نجد أن تحديد مدى مشروعية إجراء القبض يحسم أمام محكمة الموضوع في جلسات المحاكمة العادية.

وعلى الرغم من أن السبب المحتمل متطلب دستوري لاتخاذ إجراء القبض والتفتيش، إلا أن معنى ذلك المتطلب يختلف بين ما إذا كان الإذن يتعلق بالقبض وما إذا كان يتعلق بالتفتيش، ففي حالة الإذن بالقبض، فإنه لتوافر السبب المحتمل يجب أن يكون هناك دليل واقعي وجدير بالثقة على مسألتين: (١) أن هناك جريمة قد ارتكبت، و(٢) أن الشخص المطلوب القبض عليه قد ارتكب تلك الجريمة، بينما في حالة اتخاذ إجراء التفتيش أو استصدار إذن بذلك، لتوافر السبب المحتمل يتعين أن يقوم الدليل على: (١) أن الشيء محل البحث له علاقة ما مع جريمة قد ارتكبت، (٢) وأن الشيء المراد البحث عنه موجود في المكان المراد تفتيشه.

وفي سبيل تحديد مدى توافر السبب المحتمل، يتعين القول بأن جميع المعلومات والأدلة المتوافرة لدى جهة الشرطة هي محل اعتبار في تقدير تلك المسألة، ولو كانت تلك الأدلة غير مقبولة أمام المحكمة كاعتراف متهم مقبوض عليه قبضاً غير مشروع على شركائه الآخرين، فإن تلك الأدلة تؤخذ بالاعتبار في جلسة استبعاد الأدلة وفي ضوءها تقرر المحكمة مدى توافر السبب المحتمل، ومن أمثلة الأدلة غير المقبولة أيضاً ما يدخل في مفهوم المعلومات السماعية وهي المستوحاة من آخر لم يستقبلها المدلي بها عن طريق أحد حواسه، والأصل بحسب قوانين الأدلة في الولايات المتحدة الأمريكية أن هذه الأدلة السماعية غير مقبولة أمام المحكمة لعدم الثقة فيها^(٧٥)، وعلى الرغم من ذلك الرافض التشريعي فإنها قد تستخدم من قبل جهة الاتهام في جلسة استبعاد الأدلة للتدليل على توافر السبب المحتمل ومشروعية الإجراء الذي تم بناء عليه.

(٧٥) ويعامل المشرع الكويتي الشهادة السماعية أو المنقولة عن الغير كالشهادة المباشرة من حيث الخضوع إلى تقدير محكمة الموضوع من حيث الاطمئنان لها ووزن الأدلة. انظر: الطعن رقم (٥٢) لسنة (٨١) جلسة ١٢/٥/١٩٨٠، الطعن رقم (١٠١) لسنة (٨١) جلسة ٨/٦/١٩٨١، الطعن رقم (١٩٥) لسنة (٨١) جلسة ٢٩/٦/١٩٨١، منشورة في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١٠/١٩٧٩ حتى ٣١/١٢/١٩٨٥ في المواد الجزائية - القسم الأول - المجلد الثالث - يناير ١٩٩٤.

وفي حالة إجراء القبض استناداً إلى إذن التفتيش، فإن المعلومات والأدلة المعول عليها في تحديد مدى توافر السبب المحتمل هي المعلومات التي قدمت للقاضي مصدر الإذن، وبناء على ذلك، فإن الأدلة الإضافية التي بحوزة رجال الشرطة والكافية على التدليل بتوافر السبب المحتمل ليس لها أهمية - في جلسة استبعاد الأدلة - بخصوص السبب المحتمل متى لم تقدم أمام القاضي مصدر الإذن وليس من شأنها تصحيح الإذن الصادر بأثر رجعي؛ لأن العبرة في هذه الحالة بمدى صحة تصرف القاضي وليس مدى صحة تصرف رجل الشرطة^(٧٦).

ولا يغير من ذلك فيما لو أعطيت هذه الأدلة أو المعلومات للقاضي بشكل شفهي^(٧٧) تمهيداً لإصدار الأمر بالقبض بحسب وجهة نظر إحدى المحاكم الدنيا في الولايات المتحدة الأمريكية^(٧٨)، بينما يذهب اتجاه قضائي آخر إلى عدم ضرورة أن تكون تلك المعلومات والأدلة واردة في الطلب الكتابي بالإذن المقدم للقاضي^(٧٩)، وفي هذا الشأن، يأتي نص المادة (٤١/ج) من قواعد الإجراءات الجنائية الفيدرالية واضحاً، حيث يقرر أن الطلب الكتابي " يجب أن يكون واضحاً ودالاً بنفسه بما يمكن المحكمة التي تراجع مدى توافر السبب المحتمل من تقرير ذلك دون اعتماد على ذاكرة يشوبها التشويش أو التضائل ". ومن المتصور أيضاً أن يكون طالب الإذن حائثاً باليمين الذي يؤديه أمام القاضي مصدر الإذن بشأن المعلومات التي لديه، فلو استطاع المتهم إثبات ذلك الأمر (الحلف كذباً) بما لديه من أدلة، فهذا الأمر يترتب عليه بطلان الإذن بالقبض وما تولد عنه من أدلة^(٨٠)، ولا يشترط المشرع الكويتي على رجل الشرطة ضرورة

(٧٦) قررت محكمة التمييز الفيدرالية أنه: " تبرز الحكمة من تطلب تقديم هذه المعلومات أمام القاضي مصدر الإذن باعتبار أن رجال الشرطة قد يتلاعبون في الأدلة من خلال اكتشاف بعض الأدلة في مرحلة لاحقة على الإجراء المتخذ (القبض أو التفتيش) فيتم تقديمها في جلسة استبعاد الأدلة لتبرير توافر السبب المحتمل ومن ثم صحة الإذن الصادر ". انظر في ذلك القضية رقم: Warden, 401 U.S. 560 (1971) v. Whiteley.

(٧٧) وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: " لا يشترط لصحة التحري أن يتم بمحضر مكتوب إذ يكفي سماع أقوال من قام بهذا التحري ". انظر: الطعن رقم (١٤٠) لسنة (١٩٩٤) جلسة ١٤/١١/١٩٩٤ منشور مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ١٢/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٧٣.

(٧٨) Frazier v. Roberts, 441 F. 2d. 1224 (8th Cir. 1971).

(٧٩) U.S. v. Anderson, 453 F. 2d. 174 (9th Cir. 1971).

(٨٠) هذا ما قرره محكمة التمييز الفيدرالية في قضية (Franks). انظر القضية رقم: Franks v. Delaware, 438 U.S. 154 (1978).

أداء اليمين أمام المحقق المختص بصدق المعلومات الواردة بمحضر التحريات المقدم منه تمهيداً لإصدار الأمر بإلقاء القبض.

وقد يثور تساؤل لدى القارئ حول مدى رجحان الاحتمال المطلوب في المعلومات اللازمة لتوافر السبب المحتمل. في بداية الأمر، نجد أن السوابق القضائية دلت - بشكل غير مباشر - على أنه حتى يتوافر السبب المحتمل لدى رجل الشرطة دالاً على توافر حقيقة معينة، يتعين عليه تطبيق معيار الرجل المعتاد بحيث إذا توافرت لدى هذا الرجل هذه المعلومة سيعتقد حتماً برجحان توافر ما يترتب عليها، فعلى سبيل المثال، لو توافرت لدى رجال الشرطة (المباحث) معلومة بأن جريمة اغتصاب قد تمت من قبل رجل ذي قناع وذي بشرة سوداء، فلو تم القبض على ثلاثة أشخاص من ذوي البشرة السوداء وثبت أنهم في يوم الواقعة قد دخلوا إلى مخزن الخمر الذي تمت فيه الجريمة، إجراء القبض في هذه الحالة يعتبر باطلاً لانقضاء السبب المحتمل؛ لأنه ليس من وظيفة رجال الشرطة القبض على مجموعة أشخاص ثم إجراء التحقيق معهم جميعاً لمعرفة من هو مرتكب الجريمة^(٨١).

ولكن في قضية حديثة لمحكمة التمييز الفيدرالية، نجد أن المحكمة تبنت وجهة نظر أخرى تتمثل بكفاية الاشتباه^(٨٢) المحدد للقول بتوافر السبب المحتمل، وبناء على ذلك، لا حاجة لاستخدام معيار الرجل المعتاد والذي بمقتضاه ترجح مسألة توافر حقيقة من عدمها، بل يكفي توافر ثلث الاحتمال للقول بتوافر السبب المحتمل.

والاشتباه في القانون الكويتي يقصد به وضع الشخص نفسه طواعية محل شك وريبة، ولم يعالج المشرع الكويتي الاشتباه بوصفه سلوكاً إجرامياً على غرار الحال في القانون المصري، كما أن الاشتباه وإن كان لا يكفي للقول بتوافر الأدلة القوية كأساس لإجراء القبض دون أمر في القانون الكويتي^(٨٣)، إلا أن الاشتباه قد يكون مبرراً لاتخاذ إجراء الاستيقاف من قبل رجل الشرطة وهو بصدد إجراء تحرياته^(٨٤).

(٨١) هذا ما قرره محكمة التمييز الفيدرالية في قضية (Mallory). انظر القضية رقم: Mallory v. U.S., 354 U.S.449 (1957).

(٨٢) استخدم المشرع الكويتي لفظ الاشتباه الجدي في نص المادة (٥٤/ثالثاً) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية حيث قرر أنه: "لرجال الشرطة حق القبض بدون أمر على المتهمين الآتي ذكرهم: ثالثاً: كل شخص يشتبه فيه اشتباهاً جدياً أنه كان مقبوضاً عليه ثم هرب".

(٨٣) د. حسن صابق المرصفاوي - المرجع السابق - ص ٢١٣.

(٨٤) قررت المادة (٥٢) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية أنه "لكل شرطي أن يستوقف أي شخص ويطلب منه بيانات عن اسمه وشخصيته إذا كان ذلك لازماً للتحريات التي يقوم بها".

في قضية (Maryland v. Pringle)^(٨٥)، قام رجال الشرطة باستيقاف مركبة بداعي السرعة الزائدة استيقافاً صحيحاً، كان بداخل المركبة ثلاثة أشخاص (القائد وبجانبه المتهم وشخص ثالث في المقعد الخلفي)، بعد أن طلب رجل الشرطة رخصة القيادة ومستندات تسجيل المركبة، قام السائق بفتح درج المركبة الأمامي حيث شاهد رجل الشرطة بداخله رزمة من النقود، بناء على ذلك، طلب رجل الشرطة تفتيش المركبة فوافق القائد^(٨٦)، تم تفتيش المركبة فوجد بداخلها مبلغ (٧٦٣ دولاراً وعدد خمس لفافات من الكوكايين أسفل زارع الاتكاء الموجود بالمقعد الخلفي) وبسؤالهم عن مالك تلك المضبوطات لم يتلقَ إجابة. على إثر ذلك، تم القبض على الثلاثة واقتيادهم لمركز الشرطة وهناك اعترف المتهم بملكيته للكوكايين.

في جلسة استبعاد الأدلة، دفع المتهم ببطلان القبض لانتفاء السبب المحتمل باعتبار أنه لم يقدّم دليل وقت القبض عليه يربطه بالمادة المخدرة، بسبب أنه كان يوجد مع شخصين آخرين، قررت المحكمة بأن السبب المحتمل يعد متوافراً بحق المتهم تأسيساً على ما يلي: أن النقود المضبوطة كانت موجودة بدرج المركبة الأمامي والذي كان بمواجهة المتهم، كما أن المادة المخدرة المضبوطة كانت بمكان يستطيع كل من كان بالمركبة السيطرة عليه، أضف إلى ذلك، أن كل من كان متواجداً بالمركبة لم يعط رجل الشرطة أية معلومات بخصوص ملكية هذه المضبوطات، لذلك فالأمر المتصور هو أن هذه المضبوطات تعود لملكية جميع من كان بالمركبة أو بعضهم، وبناء على ذلك، يعد السبب المحتمل متوافراً بحق الثلاثة أشخاص ومن ضمنهم المتهم.

وعلى الرغم من أن البين أن المحكمة - في الوقت الحاضر - بدأت تتساهل في تقرير مدى توافر السبب المحتمل، لذلك تتطلب المحكمة الحد الأدنى من الاحتمال للقول بتوافر السبب المحتمل، إلا أن المحكمة - على ما يبدو - وجدت صعوبة أو أوقعت نفسها في مأزق نتيجة لهذا التساهل في قضية لاحقة، حيث قام رجال الشرطة فيها بتفتيش إحدى حانات الخمر ووجدوا بعض لفافات الحشيش على أحد المقاعد، وكان هناك عشرة أشخاص متواجدين بداخل ذلك المكان، ولم يكن هناك وسيلة لمعرفة من كان متواجداً بالقرب من ذلك المقعد، فليس من المتصور أن المحكمة في

540 U.S. 366 (2003).

(٨٥)

(٨٦) يتبنى المشرع الكويتي التفتيش الرضائي كأساس للتفتيش الصحيح القانوني المرتب لآثاره، وذلك تطبيقاً لمفهوم المخالفة لحكم المادة (٧٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية والتي قررت أنه: "لا يجوز تفتيش الأشياء ذات الحرمة دون موافقة صاحب الشأن إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون وبالشروط المقررة فيه".

يومنا هذا ستقرر توافر السبب المحتمل للعشرة أشخاص وذلك للقبض عليهم أو تفتيشهم^(٨٧).

ويلاحظ أن القضاء الكويتي يسير في ذات الاتجاه الذي يسير فيه القضاء الأمريكي من حيث التساهل في القول بوجود الأدلة القوية في حالة الاتهام بجناية، فالدليل القوي هو ذلك الدليل الذي يبعث الاعتقاد أو الاستنتاج عقلاً ومنطقاً لدى الرجل المعتاد على صحة الاتهام المنسوب للمتهم، لذلك فمجرد البلاغ أو الاشتباه لا يصلحان كأدلة قوية تبرر إلقاء القبض دون أمر من المحقق على المتهم سواء أكان فاعلاً أم شريكاً فيها وسواء شهود وهو يقوم بارتكابها أو ساهم فيها مساهمة ثانوية، وتعد أقوال متهم تجاه متهم آخر من قبيل الأدلة القوية التي تبرر الانتقال إلى مكان تواجد هذا الآخر والقبض عليه، كما لو أشار المتهم بحيازة المادة المخدرة أن مصدرها هو شخص آخر^(٨٨).

ويعد التساؤل حول مدى توافر السبب المحتمل تساؤلاً ذا طبيعة مختلطة (سؤال يتعلق بالقانون والواقع في آن واحد)، فمن حيث الواقع، على المحكمة المختصة تحديد مسألة واقعية تتمثل في مدى علم رجال الشرطة بالظروف المنشأة للسبب المحتمل، كما يتعين عليها تحديد مسألة قانونية تتمثل في ما هو موقف القانون من مدى كفاية تلك الظروف للتدليل على السبب المحتمل، والأصل في الولايات المتحدة الأمريكية أن المحاكم الاستئنافية ليس لها التعقيب على محاكم الدرجة الأولى بشأن المسائل الواقعية ما لم يكن هناك خطأ واضح من جانب محكمة الدرجة الأولى، بينما تراجع المحاكم الاستئنافية تلك المسائل التي تتعلق بتطبيق أو تفسير القانون دون مراعاة للقرار الذي توصلت إليه محكمة الدرجة الأولى، ومما لا شك فيه أن هذه المسألة تثير تساؤل في غاية الصعوبة يتمثل في ما هية المعيار الذي ينبغي على المحكمة الاستئنافية تطبيقه في تحديد مدى صحة قرار محكمة الدرجة الأولى بشأن السبب المحتمل.

بعد عرض هذا التساؤل على محكمة التمييز الفيدرالية^(٨٩)، قررت أن ما يتعلق بالشق القانوني يتعين أن تتاح الفرصة أمام المحكمة الاستئنافية للتعقيب عليه، بينما

(٨٧) هذا ما قرره محكمة التمييز الفيدرالية. انظر القضية رقم: 444 U.S. 85 Ybarra v. Illinois, (1979).

(٨٨) انظر: الطعن رقم (٥٨) لسنة (١٩٩٥) جلسة ١٩٩٥/٦/٢٦ منشور مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ٦٣٣.

(٨٩) Ornelas v. U.S., 517 U.S. 690 (1996).

ما يتعلق بالشق الواقعي ليس للمحكمة الاستئنافية تقديره ما لم يكن هناك خطأ واضح من جانب محكمة الدرجة الأولى، وبناء على هذا القضاء، فإذا ما وجدت المحكمة الاستئنافية أن المعلومات التي كانت بحوزة رجال الشرطة وقت استصدار الإنذ أو تنفيذ القبض غير كافية للتدليل على توافر السبب المحتمل على خلاف رؤية محكمة الدرجة الأولى، فلها نقض قرار محكمة الدرجة الأولى والقضاء ببطلان إجراء القبض وما استمد منه من أدلة.

وفي القانون الكويتي، تعد مسألة تقدير مدى توافر الأدلة القوية مسألة موضوعية تستقل بتقديرها محكمة الموضوع^(٩٠)، كما أن الدفع بعدم جدية التحريات يعد دفعاً قانونياً مختلطاً بالواقع^(٩١) لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز^(٩٢)، ولما كانت محاكم الاستئناف في النظام القانوني الإجرائي الكويتي محاكم موضوع فلها التعقيب على المسائل الموضوعية التي لا تتفق فيها مع محاكم الدرجة الأولى كتحديد مدى كفاية التحريات وتقرير مدى مشروعية الإجراء^(٩٣).

ويخضع توافر السبب المحتمل لرقابة محكمة الموضوع بحيث يتوقف توافر هذا السبب على طبيعة المعلومات التي كانت بحوزة رجل الشرطة وقت تنفيذ إجراء القبض، ويعد من المعلومات والدلائل التي تعزز القول بتوافر السبب المحتمل - ومن ثم مشروعية إجراء القبض - هروب المشتبه به عند اقتراب رجل الشرطة منه، توافر دليل مادي كطبعة القدم أو أصبع اليد الدالة على شخص بعينه، الاعتراف بإرادة حرة من جانب المشتبه به، سلوك يثير الشبه من جانب المقبوض عليه، الماضي الإجرامي للشخص المقبوض عليه، وجود المقبوض عليه في منطقة ذات معدل إجرامي عالٍ.

(٩٠) انظر: الطعن رقم (٢٢٤) لسنة (١٩٩٥) جلسة ١٩٩٦/٦/٣ منشور مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٧٣.

(٩١) انظر: الطعن رقم (٢٠٤) لسنة (١٩٩٥) جلسة ١٩٩٦/٢/٥ منشور مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٧٤.

(٩٢) انظر: الطعن رقم (٣٣٥) لسنة (١٩٩٦) جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ منشور مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٧٥.

(٩٣) انظر: الطعن رقم (٣٢٩) لسنة (١٩٩٥) جلسة ١٩٩٦/١٠/٢١ منشور مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٠٠.

وعلى الرغم من أن هذه المعلومات تسهم في التدليل على توافر السبب المحتمل، إلا أنها ليست بالضرورة لوحدها كافية للقول بوجود ذلك السبب؛ ولذلك فهذه المعلومات يجب أن تفحص بشكل جزئي من منفذ الإجراء (رجل الشرطة). على سبيل المثال، إذا كان عنصر التاريخ الإجرامي للمشتبه به من شأنه المساهمة في توافر السبب المحتمل لاتخاذ إجراء القبض بمناسبة جريمة حديثة الارتكاب، إلا أنه ليس لوحده كافياً لتوافر السبب المحتمل لاتخاذ إجراء القبض. وهذا ما قررت محكمة التمييز الفيدرالية في قضية (Beck v. Ohio)^(٩٤) حيث انتهت إلى القول بأن "نحن (أعضاء المحكمة) لا نقضي بأن علم رجل الشرطة بشأن شكل المتهم وماضيه الإجرامي يعد دليلاً غير مقبول في المحاكمة أو غير ذي علاقة في مسألة تحديد مدى توافر السبب المحتمل...بل نؤكد على أن القضاء بأن هذا العلم كافٍ بحد ذاته على توافر السبب المحتمل من شأنه الحكم قانوناً بأن كل شخص لديه سجل إجرامي يجوز القبض عليه من الوهلة الأولى".

أما بشأن تلك المعلومات التي تجد مصدرها في المخبر السري (غالباً ما يكون من المشاركين في النشاط الإجرامي)، فنجد أن المحاكم بصفة عامة تطبق معياراً أكثر صرامة بشأنها في تحديد مدى توافر السبب المحتمل، ويعود السبب في ذلك إلى أن رغبة ذلك المخبر في الحصول على عفو من رجل الشرطة تنشئ لديه الحافز لتقديم أكبر قدر من المعلومات بغض النظر عن صحتها أو دقتها. وقد قررت محكمة التمييز الفيدرالية بأن المعيار الأصلح لتقرير مدى كفاية المعلومات المقدمة من المخبر السري للتدليل على توافر السبب المحتمل هو معيار إجمالي الظروف (Totality of the Circumstances)^(٩٥). لاستيفاء معيار إجمالي الظروف، يجب على رجل الشرطة تقديم دليل قوي على كون المخبر السري محل ثقة أو أن المعلومات التي قدمها المخبر السري محل ثقة في

379 U.S. 89 (1964).

(٩٤)

(٩٥) انظر القضية رقم: Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983). تعتبر قضية (Illinois) من القضايا الهامة في مسألة تحديد مدى توافر السبب المحتمل باعتبار أن محكمة التمييز الفيدرالية كانت تطبق معياراً آخر يعتبر أكثر صرامة لقراءة (٤٧) عاماً مضت من خلال قضية (Aguilar). حيث كان المعيار المتطلب لتوافر السبب المحتمل يوجب على رجال الشرطة إثبات مسألتين: (١) أن المخبر السري محل ثقة وذلك من خلال تعاملات سابقة مع رجال الشرطة أو بسبب توافر أسباب خاصة في القضية تدعو للوثوق به، و(٢) وجود دليل له قوة إثباتية على أن المخبر السري يملك الحد الأدنى من المعلومات بخصوص الجريمة التي يرغب في التدليل على توافر السبب المحتمل. انظر قضية: Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964).

هذه القضية دون غيرها بسبب ظروف خاصة، وبناء على ذلك لو افترضنا بأن المخبر السري كان محل ثقة إلا أنه لم يستطع تقديم مصدر لمعلوماته التي قدمها، فلا يحول ذلك دون تأسيس توافر السبب المحتمل على المعلومات التي قدمها. ومن جانب آخر، لو كان المخبر السري لا يتمتع بالثقة فلا يحول ذلك دون الاعتماد على المعلومات المقدمة منه للقول بتوافر السبب المحتمل طالما كانت هذه المعلومات تتمتع بتفصيل يؤيد صدقها.

وقد يتطلب استيفاء معيار إجمالي الظروف معلومات إضافية من جانب رجال الشرطة داعمة للمعلومات الواردة من المخبر السري للتدليل على توافر السبب المحتمل، وتعد من هذه الحالات كما لو كانت شخصية المخبر غير معروفة لدى رجال الشرطة، أو إذا كانت تلك المعلومات تتعلق بفعل إجرامي مستقبلي يصعب توقع حدوثه من حيث الزمان والمكان مثلاً^(٩٦). خلاصة الأمر، يمكن القول أن سلطة تقدير تلك المعلومات تثبت لمحكمة الموضوع في ضوء إجمالي الظروف التي كانت بحوزة القاضي وقت إصداره للإنذار أو رجال الشرطة وقت القيام بإجراء القبض دون إنذار.

والجدير بالذكر أنه من المستقر عليه أنه لا يوجد في نص التعديل الرابع من الدستور ما يوجب على رجل الشرطة الكشف عن هوية المخبر السري سواء أمام القاضي مصدر الإنذار أو في جلسة استبعاد الأدلة، فطالما أن القاضي مصدر الإنذار قد كون اقتناعاً مقبولاً بأن ما ورد في الطلب الكتابي لاستصدار الإنذار من معلومات مطابقة لما ذكره المخبر السري، فلا يجب على رجل الشرطة الكشف عن هوية مصدرها.

وينطبق ذات الحكم على جلسة استبعاد الأدلة، فحيث إن رجل الشرطة قد تقدم للشهادة في تلك الجلسة وقرر بكل ما زوده المخبر به من معلومات وما هي مبررات تصديق ذلك المخبر، فلا حاجة للكشف عن هوية المخبر السري. ولا يحول ذلك، دون ثبوت الحق في سؤال رجل الشرطة في جلسة استبعاد الأدلة كشاهد من قبل محامي المتهم (Cross- Examination)^(٩٧). ونعتقد بأن هذا التوجه القضائي - عدم الكشف عن هوية المخبر السري - أمر محل نظر باعتبار أنه يعد محفزاً لرجل الشرطة لارتكاب شهادة الزور.

(٩٦) في قضية (Gates)، قدم المخبر السري معلومات بخصوص سفر المتهم إلى ولاية فلوريدا بعد تاريخ ٣ مايو بالطائرة ثم العودة بسيارة العائلة من هناك محملاً بالمادة المخدرة. اعتبرت المحكمة أن هذا التفصيل من المعلومات كان كافياً للتدليل على صدق معلومات المخبر وعلمه بطريقة أو بأخرى بشأن النشاط الإجرامي للمتهم.

McCray v. Illinois, 386 U.S. 300 (1967).

(٩٧)

وتعد من العوامل التي تلعب دوراً في المساهمة على توافر السبب المحتمل سمعة المتهم بشأن نزوحه الإجرامي بشرط أن توجد ظروف حالية أو معاصرة تؤكد على حقيقة ذلك الماضي الإجرامي. وتعد قضية (U.S. v. Harris)^(٩٨)، أبرز مثال لذلك العامل في تقدير مدى توافر السبب المحتمل. في تلك القضية، أثر موضوع مدى توافر السبب المحتمل بشأن إجراء تفتيش انصب على مكان يعتقد بأنه كان يدار لممارسة نشاط إجرامي (مصنع لتقطير المشروبات الكحولية دون ترخيص). حيث ورد في نص الطلب الكتابي المقدم للقاضي لاستصدار الإذن على أن "المشتبه به كان معروفاً لدي (رجل الشرطة طالب الإذن) منذ أربع سنوات، كونه مهرباً لمواد كحولية غير مدفوعة الضريبة، كما أنني قد تلقيت الكثير من المعلومات من خلال مصادر متنوعة على الأنشطة غير المشروعة للمشتبه به". كما تضمن الكتاب أن زميل طالب الإذن (رجل الشرطة) في العمل قد اكتشف كميات ضخمة من الخمر غير القانونية مخبأة في منزل مهجور تحت قبضة المشتبه به خلال فترة طلب استصدار الإذن.

وقد انتهت محكمة التمييز الفيدرالية إلى أن القاضي مصدر الإذن يمكن له الاعتماد على عامل سمعة المتهم الإجرامية في تقرير مدى توافر السبب المحتمل بشرط أن توجد معلومات معاصرة أو حديثة من شأنها تأكيد استمرار تلك السمعة، لذلك، قررت المحكمة صحة إجراء التفتيش وصدور الإذن باعتبار أن سمعة المتهم بأنه كان مهرباً للمواد الكحولية غير المدفوعة الضريبة قد تأيدت بمعلومات حديثة باعتبار أنه يفرض سيطرته على منزل مهجور يستخدم كمخزن للمواد الكحولية غير المشروعة، ولم يخف على المحكمة في قضية (Harris) إلى أن كون المعلومات التي أدلى بها المخبر السري معلومات من شأنها إقامة المسؤولية الجنائية على المخبر نفسه باعتبار أنها قد تتضمن إقراراً من جانبه بارتكاب جزء من السلوك الإجرامي، إلا أن هذا الأمر ارتأت المحكمة أنه عنصر يعزز من صدق أقوال ومعلومات المخبر السري.

وفي هذا الشأن، نرى أن المعالجة القضائية ببلداننا العربية في شأن عدم إمكان إجبار ضابط المباحث إظهار شخصية المخبر السري مصدر تحرياته^(٩٩) محل نظر، باعتبار أن المستقر عليه أن تقدير جدية التحريات لجهة التحقيق ومن ثم محكمة

403 U.S. 573 (1971).

(٩٨)

(٩٩) في هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن: "بقاء شخصية المرشد غير معروفة وعدم إفصاح مأمور الضبط عنها لا يعيب الإجراءات". نقض ١٩٧٣/١/١ س ٢٧، ٧، ٢٤ طعن رقم ١١٨٣ لسنة ٤٢ قضائية مشار إليه لدى د. مأمون سلامة - قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض - الجزء الأول - الطبعة الثانية - ٢٠٠٥ - ص ٢٠٢.

الموضوع، ونعتقد أن جهة التحقيق أو محكمة الموضوع سيصعب عليها بلا شك تقدير تلك الجدية بناء على المعلومات المسطرة بمحضر التحريات فقط وذلك إن وجد (المحضر لا يشترط أن يكون مكتوباً كما سبق أن بينا) ومدى جدية المعلومات المبني عليها التحريات يعتمد بدرجة كبيرة على شخصية من قام بتقديم هذه المعلومات (المخبر السري)، وما يؤكد وجهة نظرنا أن القضاء الكويتي - إلى حد علمنا - إلى يومنا هذا لم يأت بحكم فريد من نوعه يبطل فيه الأمر بالقبض لعدم جدية التحريات، ونرى أن حماية شخصية المخبر السري أمر لا مفر منه كمبرر لعدم الكشف عن شخصيته، إلا أن هذا المبرر من الممكن تجاوزه من خلال تبني إجراء يسمح للمحقق المختص أو محكمة الموضوع دون غيره (المتهم ومحاميه) بالتعرف على شخصية المخبر السري، وذلك إجراء من شأنه كفالة مصلحة الخصوم الآخرين (تمكين المحقق أو المحكمة من مراجعة جدية المعلومات التي بنيت عليها التحريات) دون السماح لتلك الخصوم باستغلال هذه الكفالة على نحو سيئ (الإضرار بالمخبر السري)، كما نعتقد بأن الوقت قد حان للمشرع الكويتي بتبني تشريعات تتضمن إجراءات تكفل حماية الشهود^(١٠٠).

أضف إلى ذلك، أن عدم تطلب أن تفرغ التحريات في محضر مكتوب قد يجعل من المستحيل على المحقق المختص أو محكمة الموضوع أن يعلم بطبيعة المعلومات التي كانت بحوزة ضابط المباحث وقت طلب استصدار الأمر، باعتبار أن تقدير مدى جدية التحريات يتم لاحقاً في جلسات المحاكمة، وهذا التباعد الزمني بين وقت طلب الاستصدار ووقت تحديد المعلومات من شأنه تمكين ضابط المباحث الاستفادة من إجراء القبض على المتهم وتفتيشه وتفتيش مسكنه، بما يمكنه من معرفة معلومات إضافية لم يكن عالماً بها وقت استصدار الإذن، قد يستخدمها لاحقاً في جلسة المحاكمة عندما يسأل عما كان بحوزته من معلومات وتحريات في مرحلة ما قبل استصدار الأمر بالقبض.

بالإضافة إلى المعلومات التي يعاينها رجل الشرطة بإحدى حواسه والمعلومات التي تجد مصدرها في المخبر السري، توجد في بعض الأحيان معلومات تعزز من توافر السبب المحتمل ويكون مصدرها شخصاً غير متورط في النشاط الإجرامي ذاته،

(١٠٠) لمزيد من التفصيل انظر: د. عبد العزيز العنزي - الحماية الجزائية للشهادة في القانون الكويتي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد الرابع، السنة الثلاثون (٢٠٠٦) - ص ١٢٣ وما بعدها.

وقد يكون مصدر هذه المعلومات مواطناً عادياً أو المجني عليه في الجريمة أو رجال شرطة آخرون لا يعملون في قطاع مكافحة الجريمة وملاحقة مرتكبيها، تتعامل غالبية المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية مع المعلومات التي تقدم من قبل الأفراد - مواطنين أو مقيمين - سواء أكان هؤلاء الأفراد مجنياً عليهم أم شهود عيان على ارتكاب الجريمة على أنها معلومات محل ثقة، وقد تكون كافية لتبرير توافر السبب المحتمل حتى ولو لم تختبر مسألة مدى صدقهم من قبل.

وفي ذلك تقول المحكمة الاستئنافية الفيدرالية أن: "معياري إجمالي الظروف التي قررتها محكمة التمييز يفترض انصراف معناه إلى القاضي الذي يقرر مدى قيام السبب المحتمل الذي يتعين أن يأخذ بالاعتبار تلك المعلومات المقدمة من الأفراد محترمي القوانين، ولا يجب أن نتساءل عن سبب تقديمهم لهذه المعلومات أو كيفية الحصول عليها إذا كنا نرغب في مكافحة الجريمة بشتى الوسائل"^(١٠١). كما أن غالبية المحاكم تتشدد في تطبيق المعيار الإجمالي للظروف في حالة عدم رغبة رجل الشرطة في الكشف عن هوية الفرد مصدر تلك المعلومات، على خلاف الحال لو كانت هذه الشخصية محل تقييم من قبل أطراف الدعوى وقاضيها.

وقد يتصور أن يكون مصدر تلك المعلومات رجل شرطة لا ينتمي إلى قطاع المباحث الجنائية. يتصور حدوث ذلك، عندما ينتقل رجل الشرطة إلى مكان الحادث أو الجريمة بناء على طلب من رئيسه أو بناء على استنجد عن طريق جهاز الهاتف، في ظل هذه الظروف قررت محكمة التمييز الفيدرالية ضمناً أن السبب المحتمل يقاس في ضوء الظروف التي كانت بحوزة متخذ القرار بالانتقال إلى مكان الجريمة^(١٠٢).

في قضية (Whiteley)، قام رجال الشرطة بالقبض على شخصين تتفق مواصفاتهما مع النشرة المرسلة من قبل رئيس الأمن في تلك الدائرة عبر أجهزة اللاسلكي، وقد تضمنت النشرة الإشارة إلى أن هذين الشخصين مطلوبان على ذمة قضية سرقة منزل عن طريق الكسر، وأن إذنًا بالقبض قد صدر بحقهما، تبين فيما بعد في جلسة استبعاد الأدلة بانتفاء السبب المحتمل، إلا أن رجال الشرطة الذين قاموا بإجراء القبض قرروا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن إجراء القبض صحيح باعتبار أنهم افترضوا افتراضاً معقولاً بأن مرسل النشرة - رئيس الأمن - لديه سبب محتمل للأمر بالقبض.

رفضت تلك الحجة المحكمة وقررت أن العبرة في تقدير المعلومات المعززة

U.S. v. Lewis, 738 F. 2d. 916 (8th Cir. 1984).

(١٠١)

Whiteley v. Warden, 401 U.S. 560 (1971).

(١٠٢)

لتوافر السبب المحتمل تكمن فيمن أصدر الأمر وليس فيمن نفذ الأمر، ويتعين ملاحظة أن رجال الشرطة في تلك القضية لم يتوافر لديهم أية ظروف أخرى مستقلة عن الظروف المستمدة من النشرة تبرر توافر السبب المحتمل، وبالتالي صحة إجراء القبض ولو كان دون إذن مسبق.

وبالتالي يمكن القول أن العبرة بما لدى رجل الشرطة الذي يقوم بالقبض أو بطلب استصدار الإذن بالقبض من معلومات للدليل على توافر السبب المحتمل، ولا يغير من الأمر شيء لو افترضنا أن هذه المعلومات محل معرفة من قبل قسم الشرطة ككل باستثناء ذلك الشرطي الذي قام بإجراء القبض أو تقدم بطلب استصدار إذن بالقبض. وعلى الرغم من ذلك، نجد أن محكمة الاستئناف الفيدرالية قد سمحت بالاعتداد بمجمل المعلومات التي لدى رجال الشرطة بشأن واقعة معينة للقول بتوافر السبب المحتمل من عدمه في قضية (White v. U.S.)^(١٠٣). توضيحاً لذلك، إذا تم استيقاف مركبة المشتبه به استيقافاً صحيحاً يبرر تفتيش المركبة، وكان السبب المحتمل معلوماً لدى أحد أفراد الشرطة اللذين قاما بالاستيقاف بينما لم يكن معلوماً لدى الآخر الذي أجرى التفتيش، فإن التفتيش يعد صحيحاً استناداً على المعلومات التي كانت بحوزة أحدهما^(١٠٤).

المطلب الثالث

إجراء القبض داخل المنازل

تتطلب دراسة التنظيم القانوني لأحكام القبض داخل المنازل ضرورة بيان القواعد العامة التي تحكم هذا الإجراء وما يعترضها من استثناءات (الفرع الأول)، كما تقتضي هذه الدراسة إيضاح القواعد العامة لذلك الإجراء من حيث اختلاف النطاق المكاني لتنفيذ إجراء القبض سواء في مسكن المتهم أو مسكن غيره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق القبض داخل المساكن – القاعدة والاستثناء

أولاً – القاعدة العامة:

إن قاعدة تطلب الإذن المسبق التي قررتها قضية (Payton) خاصة بإجراء القبض الروتيني أو المعتاد أي الذي يتم غير مصحوب بظروف استثنائية كالمطاردة

448 F. 2d. 250 (8th Cir. 1971).

(١٠٣)

U.S. v. Ragsdale, 471 F. 2d. 24 (5th Cir. 1972).

(١٠٤)

الحية، وهو يشمل بطبيعة الحال النطاق المكاني المتمثل في المنزل أو ما يقوم مقامه كغرف الفنادق. ولما كان إجراء القبض الذي يتم في الأماكن العامة لا يحتاج إلى استصدار إذن مسبق كما قررت قضية (Watson) الأمر الذي يستدعي ضرورة التفرقة بين المنازل والأماكن العامة لتحديد نطاق كل قاعدة مما سبق بيانه على حدة، وقد جاء في المادة (٧٨) من قانون الإجراءات الكويتي أن "وحرمة المسكن تشمل كل مكان مسور أو محاط بأي حاجز، مستعمل أو معد للاستعمال كمأوى".

لا خلاف أن إجراء القبض الذي يتم في الطريق العام أو الحديقة العامة أو أي مكان عام آخر يدخل ضمن نطاق قاعدة (Watson) والتي لا تتطلب إذناً مسبقاً بذلك، أضف إلى ذلك أن المكان العام يمتد ليشمل كل مكان مملوك لأحد الأفراد ملكية خاصة، ولكنه مسموح للعامة الدخول فيه وهذا مستخلص من قضية (Watson)، حيث تم إجراء القبض في مطعم أثناء ساعات العمل فيه، وقد دب الخلاف بين المحاكم الأدنى في الولايات المتحدة الأمريكية بشأن مدى الحاجة إلى استصدار إذن مسبق لإجراء القبض داخل المنشأة التجارية غير المسموح للعامة الدخول فيها^(١٠٥).

وأحياناً يصعب تحديد مدى الحاجة إلى ضرورة استصدار إذن مسبق لإجراء القبض من عدمه حتى ولو كان إجراء القبض قد تم داخل منزل الشخص المراد القبض عليه. على سبيل المثال، في قضية (United States v. Santana)^(١٠٦) شهد الضابط الذي نفذ إجراء القبض بأنه وجد المتهم واقفاً أمام عتبة باب المنزل فقام بالقبض عليه دون إذن مسبق، وقد انتهت المحكمة بأن الوقوف على تلك العتبة يجعل الشخص على بعد خطوة أمامية واحدة من المكان العام ويجعله على بعد خطوة خلفية واحدة من منزله، وأضافت المحكمة أنه رغم أن عتبة الباب لها بعض الأحيان شيء من الخصوصية إلا أن عتبة الباب في تطبيق أحكام قاعدتي (Payton) (Watson) تعد مكاناً عاماً باعتبار أن الشخص كان متوقفاً في مجال مرئي ومسموع، الأمر الذي يجعله في حكم الشخص المتوقف في مكان عام.

ويتعين الإشارة إلى أن إجراء القبض في قضية (Santana) بدأ في مكان عام وانتهى في مكان خاص، باعتبار أن المتهم لحظة مشاهدته لرجل الشرطة كان واقفاً على

(١٠٥) قارن بين قضية (United States v. Ponce, 488 F. Supp. 226 S.D.N.Y. 1980) حيث أباحت الدخول دون إذن مع قضية (United States v. Driver, 776 F. 2d. 807 9th Cir. 1985) التي تطلبت إذناً للدخول.

427 U.S. 38 (1976).

(١٠٦)

عتبة الباب وتوجه هارباً إلى داخل المنزل حيث ألقى القبض عليه، وقد أسست المحكمة قرارها على المطاردة الحية، وهو يعد استثناء على القاعدة التي قررتها المحكمة في قضية (Payton) كما سنرى. ولكن على أية حال، لو كان المتهم قد توقف على عتبة الباب لكان إجراء القبض عليه مشروعاً كما لو كان متوقفاً في الطريق العام.

ومن المتصور أن يثور تساؤل يمثل أكثر صعوبة لو تخيلنا الموقف الآتي: في ظل غياب الظروف القهرية أو الطارئة، لو افترضنا بأن رجل الشرطة توجه لمنزل المتهم بغية القبض عليه دون إذن مسبق. فلو قام رجل الشرطة بالطرق على الباب وفتح المتهم باب المنزل فتم القبض عليه في تلك اللحظة. في هذا الموقف الظروف تختلف عن ظروف قضية (Santana) باعتبار أن المتهم كان متواجداً داخل المنزل والباب مغلق لحظة وصول رجل الشرطة إلى المنزل، فهل إجراء القبض صحيح من الوجهة القانونية؟ وهل يختلف الأمر لو كان المتهم متوقفاً بشكل جزئي خارج المنزل؟ أو هل من المؤثر مسألة دخول رجل الشرطة إلى داخل المنزل لتنفيذ القبض؟ هل يختلف الحكم لو أن تواجد المتهم خارج المنزل كان بناء على طلب من رجل الشرطة؟ والحقيقة أن المحاكم الأدنى في الولايات المتحدة الأمريكية قد تباينت في معالجة تلك التساؤلات^(١٠٧). فمن جهة، نجد أحياناً أن بعض المحاكم الدنيا تقر قانونية إجراء القبض غير المصحوب بإذن مسبق دون مراعاة لمسألة العنصر المكاني الذي تم فيه إجراء القبض، بينما من جهة أخرى ارتأت محاكم دنيا أخرى أن إجراء القبض غير المصحوب بإذن يعد غير مشروع متى كان المقبوض عليه متواجداً كلياً داخل المنزل حتى ولو كان رجل الشرطة الذي قام بتنفيذ القبض لم يدخل إلى المنزل لإتمام ذلك الإجراء. وقد أسست المحاكم متبينة الاتجاه الأخير قرارها على أن العبرة بمكان المقبوض عليه وليس رجل الشرطة منفذ القبض^(١٠٨).

لكن ينبغي التأكيد على حقيقة بخصوص قرار المحكمة في قضية (Payton) من حيث إن قرار المحكمة قد أكد على ضرورة عدم اقتحام المنازل واحترام مكن خصوصية الأفراد وأسرارهم. وبناء على ذلك، بعض المحاكم الأدنى قررت مشروعية إجراء القبض متى كان يمكن إجراؤه دون اقتحام مادي للمنزل^(١٠٩). ولا ريب أن هذا

LaFave, Search & Seizure 5.1 (c) at 256 -63.

(١٠٧)

State v. Holeman, 693 P. 2d. 89, 91 (Wash. 1985).

(١٠٨)

State v. Santiago, 619 A. 2d. 1132 (Conn. 1993); United States v. Berkowitz, 927 F. 2d. 1376, 1386 (7th Cir. 1991).

(١٠٩)

التوجه القضائي الأخير قد يسمح لرجال الشرطة تفادي انتهاك القاعدة التي قررتها المحكمة في قضية (Payton) عن طريق التخطيط المنظم والحدز^(١١٠).

ثانياً - الاستثناءات على القاعدة العامة:

الحالة الأولى: حالة المطاردة الحية (Hot Pursuit):

ونجد أن حالة المطاردة الحية غالباً ما تكون نتيجة حتمية لارتكاب جريمة مشهودة^(١١١) وإن كان متصور حدوثها بحق شخص مطلوب القبض عليه بموجب أمر قضائي، وتعتبر حالة المطاردة الحية إحدى الحالات الاستثنائية التي تبيح دخول المنازل دون إذن مسبق في سبيل إتمام إجراء القبض على المتهم الهارب من جريمة جنائية، فقد قررت المحكمة في قضية (Santana) أن المطاردة الحية والتي تتضمن بشكل أو بآخر ملاحقة للمتهم مقرونة بصيحات من المارة في الطريق العام قد يتخللها انتهاك للملكيات الخاصة في فترات متقطعة خلال مسيرة المطاردة.

في قضية (Santana)، رجال الشرطة كان لديهم السبب الراجح - ولكن دون إذن مسبق - الذي يبرر القبض على المتهم. بعد وصولهم إلى منزل المتهم شاهدوا المتهم متوقفاً على عتبة الباب (هنا يعتبر المتهم في مكان عام). بعد فرار المتهم إلى داخل المنزل وترك الباب مفتوحاً، قام رجال الشرطة باللاحق به والقبض عليه داخل المنزل. ولا ريب أن دخول رجال الشرطة إلى المنزل كان من شأنه من الوجهة القانونية إخراج القضية من نطاق تطبيق قاعدة قضية (Watson) الخاصة بحالات القبض التي تجري في الطرقات العامة. وعلى الرغم من ذلك، فقد قررت المحكمة أن دخول المنزل غير المصحوب بإذن مسبق وإجراء القبض على المتهم كانا قانونيين

(١١٠) من أمثلة ذلك ما حدث في قضية (State v. White) حيث قام رجال الشرطة بمحاصرة منزل المتهم، ثم طلبوا منه الخروج من المنزل بواسطة الهاتف فتم القبض عليه عند خروجه من المنزل.

(١١١) ونجد أن المطاردة الحية غالباً ما تحدث نتيجة انتهاك قوانين المرور، وقد أجازت المادة (٤٤) من المرسوم بقانون رقم (٦٧) لسنة (١٩٧٦) في شأن المرور لرجال الشرطة القبض على كل من يرتكب فعلاً من الأفعال الآتية: (١) قيادة مركبة آلية تحت تأثير المشروبات الروحية أو المخدرات أو المؤثرات العقلية (٢) ارتكاب حادث ترتب عليه إصابة أي إنسان أو وفاته (٣) السباق بالمركبات الآلية على الطرقات بغير تصريح أو بالمخالفة للتصريح (٤) محاولة الهروب في حالة ارتكاب حادث يضر بسلامة أحد الأفراد أو في حالة الأمر بالوقوف الصادر من رجال الشرطة (٥) قيادة مركبة آلية برعونة أو تفريط أو إهمال أو عدم انتباه تعرض حياة الناس للخطر.

تأسيساً على مبدأ المطاردة الحية، باعتبار أن المطاردة بدأت في مكان عام وانتهت في مكان خاص^(١١٢).

الحالة الثانية: توافر ظروف طارئة أخرى: (١١٣)

نادراً ما تشير محكمة التمييز الفيدرالية إلى ماهية تلك الظروف الاستثنائية - غير المطاردة الحية - التي تبرر دخول المنازل دون إذن مسبق بغية تنفيذ إجراء القبض. وعلى أية حال، فقد قررت محكمة التمييز الفيدرالية في قضية (Minnesota v. Olson)^(١١٤) أن المحكمة العليا في ولاية منيسوتا قد طبقت المعيار الصحيح الذي يمكن من خلاله الاستدلال إلى تلك الظروف الاستثنائية المبررة للدخول دون حاجة إذن لتنفيذ إجراء القبض.

بناءً على قضية (Olson)، رجل الشرطة له الحق بدخول المنزل دون موافقة صاحب الشأن ودون إذن مسبق في أحد الأحوال الآتية: (١) المطاردة الحية لمرتكب جناية. (٢) إذا كان لديه سبب معقول يدعوه للاعتقاد أنه إذا لم يدخل المنزل فوراً فإن دليلاً متعلقاً بالجريمة سيتم إتلافه أو إخفائه. (٢) إذا كان لديه سبب معقول يدعوه للاعتقاد أنه إذا لم يدخل المنزل فوراً فإن المتهم سوف يهرب. (٣) إذا كان لديه سبب معقول يدعوه للاعتقاد أنه إذا لم يدخل المنزل فوراً فإن أذى سيترتب سواء لرجال الشرطة أو للآخرين، سواء أكان موقع هذا الأذى داخل المنزل أم خارجه. أضف إلى ذلك، أن من العوامل التي يتعين أن تؤخذ بالحسبان مدى جسامة الجريمة محل الاتهام، ومدى احتمالية كون الشخص المرد القبض عليه مسلحاً.

وفي بعض الأحيان يعد عامل مدى جسامة الجريمة محل الاتهام عاملاً مؤثراً

(١١٢) في بعض الأحيان تقوم المحكمة بتطبيق مبدأ المطاردة الحية على وقائع مشكوك فيها كما هو الحال في قضية (Hayden). في تلك القضية، قررت المحكمة مشروعية الدخول دون إذن تأسيساً على مبدأ الظروف الطارئة رغم أن المتهم الذي ارتكب جريمة سطو مسلح لم يطارد من مسرح الجريمة بل فقط كان لدى رجل الشرطة سبب معقول للاعتقاد بوجوده في ذلك المنزل. Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

(١١٣) لم يأتِ المشرع الكويتي بشأن دخول المساكن بنص مماثل لما جاء به المشرع المصري حيث قررت المادة (٤٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري أنه: "لا يجوز لرجال السلطة الدخول في أي محل مسكون إلا في الأحوال المبينة في القانون، أو في حالة طلب المساعدة من الداخل أو في حالة الحريق أو الغرق أو ما شابه ذلك". وفي شأن القبض، يختلف المشرع المصري عن المشرع الكويتي في أنه لم يجز إجراء القبض دون إذن مسبق إلا بحالة التلبس (الجريمة المشهوده).

495 U.S. 91 (1990).

(١١٤)

باعتبار أن التهمة في قضية (Olson) كانت جنائية. ويمكن القول أن استخلاص هذا العامل يجد أساسه فيما ذكرته محكمة التمييز الفيدرالية في قضية (Welsh v. Wisconsin)^(١١٥) حيث قررت أن "تطبيق استثناء الظروف الطارئة في نطاق وقائع دخول المنازل دون إذن مسبق يتعين أن يكون على نحو ضيق عند توافر السبب الراجح بأن الجريمة محل الاتهام هي جريمة الجنحة". في قضية (Welsh)، قررت المحكمة عدم مشروعية دخول منزل المشتبه به دون إذن مسبق بغية القبض عليه بسبب ارتكابه جنحة قيادة مركبة تحت تأثير الكحول عقوبتها قانوناً غرامة لا تتجاوز ٢٠٠ دولار أمريكي.

وقد رفضت المحكمة حجة جهة الاتهام أن الدخول كان ضرورياً للمحافظة على الدليل المتمثل في الكحول الموجود في دم المتهم، باعتبار أن هذا الدليل كان من المتصور التخلص منه عن طريق عملية القيء. ولم تفصل المحكمة بشكل جازم وقاطع بشأن الجرائم قليلة الأهمية، وما إذا كانت هذه الجرائم لا تبرر دخول المنازل دون إذن مسبق بشكل مطلق بغض النظر عن العوامل الأخرى. وخلاصة الأمر أن الجرائم قليلة الخطورة عامل يلعب دوراً في مواجهة حجة جهة الاتهام في تبرير مشروعية دخول المنازل دون الحصول على إذن مسبق من الجهة المختصة بغية تنفيذ إجراء القبض.

الفرع الثاني

حالات القبض داخل المساكن

أولاً - القبض داخل مسكن المتهم:

في قضية (Payton v. New York)^(١١٦)، أرست محكمة التمييز الفيدرالية القاعدة العامة بشأن تنفيذ إجراء القبض داخل حدود المنزل. فقررت المحكمة أن نص التعديل الرابع من الدستور يحظر دخول منزل متهم بجناية دون إذن مسبق من السلطة المختصة أو موافقة صاحب الشأن؛ وذلك بغية تنفيذ إجراء قبض غير مصحوب بظروف قهرية كالمطاردة الحية. وقد قررت المحكمة في قضية لاحقة امتداد هذه القاعدة ليشمل إجراءات القبض التي تتم بمناسبة ارتكاب جنحة^(١١٧).

تتمثل وقائع قضية (Payton) في أن رجال الشرطة كان لديهم السبب المعقول

466 U.S. 740 (1984).

(١١٥)

445U.S. 573 (1980).

(١١٦)

Welsh v. Wisconsin, 466 U.S. 740 (1984).

(١١٧)

للقبض على المتهم بمناسبة جريمة جنائية منسوبة إليه. بناء على ذلك السبب، توجهوا إلى منزل ذلك المتهم بغية القبض عليه دون الحصول على إذن مسبق من السلطة المختصة، وعند وصولهم للمنزل سمعوا صوت موسيقى داخل المنزل فقاموا بطرق الباب دون استجابة. على إثر ذلك وبعد الانتظار لفترة وجيزة، قام رجال الشرطة باقتحام المنزل ولم يكن أحد بالمنزل ولكن تم ضبط دليل إدانة كان على مرأى رجال الشرطة عند الاقتحام. في قضية منظورة أمام ذات المحكمة مع قضية (Payton) ومماثلة لها من حيث السؤال القانوني الذي تثيره، جاءت ظروفها مختلفة قليلاً حيث إنه عند طرق رجال الشرطة الباب قام طفل المتهم الذي يبلغ من العمر ثلاث سنوات بفتح الباب فشهد رجال الشرطة المتهم داخل المنزل فتمت مداهمة المنزل والقبض عليه دون إذن مسبق من السلطة المختصة.

قررت المحكمة في تلك القضيتين أن نص التعديل الرابع من الدستور يحظر على الشرطة ما قاموا به من أفعال (اقتحام المنزل دون إذن مسبق). وقد أضافت المحكمة أنه في ظل غياب الظروف الطارئة أو القهرية يتعين لدخول المنازل لإجراء القبض أن يتم التحصل على إذن مسبق من السلطة المختصة (المحكمة)، بالإضافة إلى وجود سبب يدعو للتصديق بأن المتهم المراد القبض عليه موجود بالفعل داخل المنزل المراد اقتحامه، كما أضافت المحكمة أنه متى كان رجل الشرطة مسلحاً بالإذن المسبق فله تفتيش كل مكان في المنزل يتصور أن يتواجد فيه المتهم المراد القبض عليه^(١١٨).

تبريراً لتطلب الإذن المسبق، قررت المحكمة أن اقتحام المنزل يعد الخطر الرئيسي الذي يسعى نص التعديل الرابع من الدستور لتفادي حصوله^(١١٩). بعبارة أخرى، يمكن القول أن الغرض من تطلب الإذن المسبق ليس لحماية المتهم من إجراء قبض غير مشروع ولكن لحماية خصوصية المنازل من اقتحامات متسارعة تتم دون رقابة قضائية مسبقة. وفي ذلك، يقول القاضي (Stevens) إن: "الإباحت العامة (دخول المنازل دون إذن) هي إثم كان المحفز الرئيسي لتشريع التعديل الرابع من الدستور الأمريكي". ويضيف إنه: "من الواضح أن الإثم الذي شرع التعديل الرابع من

Maryland v. Buie, 494 U.S. 325, 330 (1990).

(١١٨)

(١١٩) قررت ذلك المحكمة في قضية لاحقة عند شرحها لمبررات القرار المتخذ في قضية (Payton):

Minnesota v. Olson, 495 U.S. 91, 95 (1990).

أجل تفادي حدوثه يعد أوسع من إساءة استخدام الإباحات العامة". بعبارة أوضح، أن الغرض العام الذي قرر من أجله التعديل الرابع من الدستور الأمريكي هو حماية الأشخاص وحياتهم الخاصة من الاقتحام المنسوب إلى الحكومة (رجال الشرطة). وبناء على ما انتهت إليه المحكمة، فالتعديل الرابع من الدستور الأمريكي يحظر الاقتحامات غير المدعومة بإذن من السلطة المختصة للمنازل ما لم توجد ظروف قهرية أو موافقة صحيحة من صاحب الشأن.

من جهة أخرى، يرى الاتجاه المعارض من أعضاء المحكمة أن استناد غالبية الأعضاء على الأسباب التاريخية يعد معيباً، حيث يرون أن وقت تبني التعديل الرابع من الدستور كان رجال الشرطة يتمتعون بسلطات واسعة في مجال القبض دون إذن مسبق، ويضيف هذا الاتجاه أن تبني التعديل الرابع كان الغرض منه زيادة تلك السلطات الواسعة من خلال التضييق القضائي وليس حظرها^(١٢٠).

وكما سبق أن بينا أن المشرع الكويتي لا يعير اهتماماً إلى مكان القبض من حيث مدى تطلب الإذن بالقبض، باعتبار أنه لا يقف على استثناء الجريمة المشهودة من تطلب ذلك الإذن بل يمد نطاق القبض دون إذن مسبق إلى حالات أخرى، كما أن المشرع الكويتي لم يرق بالتفرقة بين فعل القبض وفعل دخول المسكن، وبالتالي جعل من القبض مبرراً أو شاملاً لفعل دخول المسكن، بحيث متى جاز القبض جاز دخول المسكن لتنفيذه، وفي ذلك قررت المادة (٥٠) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه: "لمن يقوم بتنفيذ القبض أن يدخل مسكن الشخص المطلوب القبض عليه للبحث عنه".

ويذهب جانب من الفقه إلى القول إنه: "بالنسبة لدخول رجل الضبط القضائي إلى مسكن المتهم لتنفيذ القبض الوارد في المادة (٥٠)، فبعد بيان موقف الدستور الكويتي والمشرع الإجرائي من حرمة المساكن، لم يعد هناك مجال للشك في أن مقصود المشرع فيما ورد في المادة (٥٠) من قانون الإجراءات لا يسري إلا على حالات القبض الصادر فيها أمر من المحقق، على اعتبار أن صيغة الإجازة لرجل الضبط في هذه المادة وردت بعبارة (لمن يقوم بتنفيذ القبض)، أي لمن صدر إليه أمر بتنفيذ القبض، فهي تعني بالضرورة أن يكون هناك أمر يراود تنفيذه، وهو ما يفيد أن المادة (٥٠) تسمح لرجل الضبط القضائي بدخول منزل المتهم للقبض عليه، لا يمكن

(١٢٠) Akhil R. Amar, The Bill of Rights as a Constitution, 100 Yale L.J. 1131, 1179 (١٩٩٠) (1991).

أن يثار احتمال تطبيقها إلا في الحالات التي يصدر فيها أمر بالقبض من المحقق موجه لرجل الضبط القضائي، ومن ثم لا يجوز لرجل الضبط القضائي دخول مسكن المتهم للقبض عليه بناء على الحالات الاستثنائية التي أجاز له المشرع أن يقبض فيها على الشخص دون أمر إلا في حالة الجريمة المشهودة^(١٢١).

ولا نتفق مع هذا الرأي رغم وجاهته، فأولاً: يلاحظ أن المشرع في الدستور الكويتي لم يأخذ بحرمة المساكن بشكل مطلق إنما قيدها بضابط المشروعية^(١٢٢) وهو ما أيده المشرع الجنائي الإجرائي حيث قرر في المادة (٧٨) أنه: "للأشخاص ومساكنهم ورسائلهم حرمة" وأضاف في المادة (٧٩) من ذات القانون أنه: "لا يجوز تفتيش الأشياء ذات الحرمة دون موافقة صاحب الشأن إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون وبالشروط المقررة فيه"، وانتهت المادة (٨٣) من قانون الإجراءات إلى أن: "تفتيش الأماكن يكون بدخولها والبحث فيها..". وبناء على ما سبق بيانه من أحكام وردت في نصوص قانونية، نخلص إلى أن حرمة المساكن ليست مطلقة بل مقيدة بما جاء في النصوص القانونية من استثناءات على تلك الحرمة يغلب فيها الصالح العام على الخاص، وهذه الحرمة تبقى مقيدة طالما بقيت هذه النصوص قائمة ما لم تلغ بحجة عدم دستورتيتها.

ثانياً: كما أن الدليل لم يقيم على أن المشرع الدستوري يقيم تفرقة في انتهاك حرمة المساكن بين رجل الضبط القضائي وبين المحقق المختص، بحجة أن الثاني يمارس عملاً ذا طبيعة قضائية بينما الأول لا يمارس، وبالتالي لا يمكن تبرير إمكان انتهاك الحرمة بأمر من الثاني (حالات القبض بموجب أمر) دون الأول (حالات القبض دون أمر).

ثالثاً: يلاحظ من التنظيم التشريعي لإجراء القبض وفقاً لقانون الإجراءات الكويتي أنه جاء بثلاث طوائف من القواعد، حيث جاءت المواد من (٤٨ - ٥١) بقواعد عامة لإجراء القبض تسري على حالات القبض بأمر ودون أمر، بينما جاءت المواد (٥٢ - ٦١) لتنظيم حالات القبض بمعرفة الشرطة (حالات القبض دون أمر) ونظمت المواد (٦٢ - ٦٨) القبض بمعرفة المحقق (حالات القبض بموجب أمر)، وقد جاء القسم

(١٢١) انظر: د. فاضل نصرالله ود. أحمد السماك - شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية

الكويتي - الطبعة الثانية - ٢٠١١ - حقوق الطبع محفوظة لدى المؤلفين - ص ٨٦.

(١٢٢) تنص المادة (٣٨) من الدستور الكويتي على أنه: "للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها إلا في الأحوال التي يعينها القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه".

الأول ببيان ضوابط عامة تحكم تنفيذ إجراء القبض، ومن هذه الضوابط تعريف إجراء القبض سواء كان بأمر أو دون أمر، وما تعلق بالقوة المسموح بها لتنفيذ القبض، ومدى إمكانية دخول المساكن لتنفيذ إجراء القبض، ومدى إمكانية تفتيش المقبوض عليه مبدئياً لتجريده مما قد يكون بحوزته من أسلحة، وهي كما يلاحظ ضوابط تحكم إجراء القبض سواء أكان بأمر أم دون أمر.

رابعاً: أما عن صياغة نص المادة (٥٠) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فلم يكن حاسماً وفاصلاً في تطلب أن يكون المقصود منه هو حالات القبض بموجب أمر، فتنفيذ إجراء القبض قد يكون استناداً إلى أمر من المحقق المختص، وقد يكون تنفيذاً مباشراً لنصوص القانون (حالات القبض دون أمر مسبق) والقاعدة المتعارف عليها في تفسير النصوص القانونية أن المطلق يؤخذ على إطلاقه.

خامساً: يذهب هذا الرأي إلى أنه في حالة الجريمة المشهودة يجوز دخول المسكن لتنفيذ القبض المبني على الجرم المشهود، وهو قول محل نظر باعتبار أن الجريمة المشهودة في القانون الكويتي قد تأخذ صورة الجريمة المشهودة حقيقة وحكماً، والجريمة المشهودة حكماً (تقوم الجريمة المشهودة حكماً إذا كان حضور رجل الشرطة لمكان الجريمة بعد ارتكابها ببرهنة يسيرة) تتفق مع حالات القبض دون أمر في أن أساسها هو قيام دليل قوي على ارتكاب الجريمة؛ لذلك فلا مبرر للفرقة بين هذه الصورة من صور الجريمة المشهودة وبين حالات القبض دون أمر في جواز انتهاك حرمة المسكن تنفيذاً لإجراء القبض.

وخلاصة القول: إن المشرع الكويتي لا يتفق مع المشرع الأمريكي من حيث إن الأول لا يستوجب أن يكون القبض داخل المساكن بموجب أمر من الجهة المختصة، تأسيساً على أن القبض في القانون الكويتي قد يكون بموجب أمر أو دون أمر، وهو أمر لا يتأثر بمكان تنفيذ القبض، بينما القبض في القانون الأمريكي لا يتصور أن يتم دون أمر إلا في حالة الجريمة المشهودة.

ثانياً - القبض داخل منزل غير المتهم:

إن الدرس المستفاد من قضية (Payton v. New York)^(١٢٣) هو أن رجل الشرطة متى ما رغب في اقتحام منزل أحد الأشخاص بغية القبض عليه، يتعين عليه أولاً الحصول على إذن مسبق من الجهة المختصة. ولا ريب أن تطلب هذا الإذن كما ذكرنا سلفاً قد جاء لرسم نوع من الحماية لخصوصية المنزل. لذلك، يثور تساؤل

445 U.S. 573 (1980).

(١٢٣)

حول هل هذا المبرر (حماية خصوصية المنازل) يمتد لمنزل غير المتهم؟ فلو افترضنا وجود المتهم كضيف لدى شخص آخر في منزله، هل يتوجب على رجل الشرطة الحصول على إذن مسبق لاقتحام المنزل لتنفيذ أمر القبض؟ مما لاشك فيه أن قضية (Payton) تركت الإجابة على هذا التساؤل مفتوحة أو غامضة، بينما جاءت قضية (Steagald v. United States)^(١٢٤) بالإجابة على ذلك التساؤل.

في قضية (Steagald)، كان لدى رجال الشرطة إذن بالقبض على المتهم وكانت لديهم معلومات شبه مؤكدة بأن المتهم سيتواجد في منزل شخص آخر خلال الأربع وعشرين ساعة القادمة. ورغم تلك المعلومات بشأن المتهم، لم يتوجه رجال الشرطة إلى ذلك المنزل لفترة تجاوزت عدة أيام. لاحقاً، توجه رجال الشرطة للمنزل وقاموا بالدخول فيه دون موافقة من صاحب الشأن ولم يجدوا المتهم بل وجدوا مادة مخدرة كانت أساس القبض على صاحب المنزل.

فقد قررت المحكمة أن الإذن بالقبض كان باطلاً من الناحية القانونية لأنه لم يكن يستند إلى سبب محتمل. وبناء على ذلك، كان على رجل الشرطة الحصول على إذن تفتيش للمنزل وليس إذن بالقبض، طالما أن رجل الشرطة كان لديه معلومات مسبقة بأن الشخص المراد القبض عليه سيتواجد داخل المنزل.

وتضيف المحكمة أن الشخص مالك المنزل المراد تفتيشه بسبب حضور شخص آخر فيه (المطلوب القبض عليه) يتمتع - في ظل غياب الظروف الطارئة أو موافقته - بالحق في الرقابة القضائية المسبقة على مسألة مدى توافر السبب الراجح الذي يبرر دخول المنزل وتفتيشه. وتبرر المحكمة قرارها بالقول أنه دون هذه الحماية (الرقابة القضائية أو تطلب الإذن)، سيكون هناك احتمالية كبيرة لإساءة استخدام هذه السلطة من قبل رجال الشرطة، باعتبار أن رجل الشرطة بإمكانه الحصول على إذن بالقبض على المتهم بما يمكنه من أحقية دخول منازل أصدقاء و معارف الشخص المراد القبض عليه بناء على أمل احترازي بإمكانية وجود أدلة ضد هؤلاء الأشخاص (الأصدقاء والمعارف).

ولم تشير المحكمة في قرارها في قضية (Steagald) إلى مسألة مدى الحاجة إلى إذن بالقبض من عدمه بالنسبة لوقائع القضية المعروضة عليها، فعلى الرغم من أن المحكمة أشارت في أسبابها إلى أنه كان بإمكان رجال شرطة الحصول على إذن

451 U.S. 204 (1981).

(١٢٤)

بالتفتيش وقت حصولهم على الإذن بالقبض. وفي ذلك، يبرر الفقه مسألة عدم الإشارة إلى أن الإذن بالتفتيش وحده يكفي إذا ما أُيقن القاضي أن هناك سبباً راجحاً يدعو للقبض على المتهم باعتباره محلاً للتفتيش^(١٢٥).

ولم يخل قرار المحكمة في قضية (Steagald) من النقد بسبب ما خلقه من مشاكل. وتقوم المشكلة تأسيساً على أنه في حالة الرغبة في القبض على شخص في منزله، فإن المطلوب إذن بالقبض كما قررت قضية (Payton)، بينما عندما يرغب رجال الشرطة بالقبض على شخص متواجد في منزل آخر، يتعين الحصول على إذن بالتفتيش، والصعوبة في ذلك تكمن في أنه أحياناً يصعب التفرقة بين مسمى المالك أو الحائز ومسمى الضيف.

ففي بعض القضايا يسهل الأمر، ولكن في قضية (Payton) على سبيل المثال، هناك آخرون - أفراد عائلته - يقطنون مع المتهم وقد هددت حقوقهم الدستورية بدخول رجال الشرطة إلى المنزل، وقد كان كافياً الإذن بالقبض الصادر على المتهم. أضف إلى ذلك، لو كان أكثر من شخص يقطن المنزل (أصدقاء على سبيل المثال)، فإن قاعدة قضية (Payton) ستطبق، بينما لو كانت إقامة أحد هؤلاء الأشخاص لفترة زمنية قصيرة كالزيارات الخاطفة إن صحت التسمية (لنصف يوم مثلاً) فإن قاعدة (steagald) هي المهيمنة على المسألة.

ولكن ماذا عن الضيف لليلة واحدة؟ في قضية (Steagald) كان المتهم متوقعاً أن يكون متواجداً خلال الأربع وعشرين ساعة، بينما يتصور معه إمكانية قضائه لليلة واحدة في المنزل. أضف إلى ذلك، أن رجال الشرطة لم يقوموا باقتحام المنزل خلال تلك المدة بل استغرقت العملية عدة أيام بما يفتح المجال للتكهن أو للافتراض أنه ربما كان المتهم مقيماً في المنزل لعدة أيام. بناء على هذه الظروف، انتهت غالبية أعضاء المحكمة إلى ضرورة استصدار إذن بالتفتيش لاقتحام المنزل. وبناء على ما سبق نخلص إلى القول بأن التواجد في المنزل لفترة وجيزة ليس من شأنه قلب صفة الشخص من ضيف إلى حائز وذلك في سبيل تطبيق قاعدتي (Payton) (Steagald).

بالطبع أن المعيار الأمثل لتحديد صفة الشخص في المنزل - حائزاً أو ضيفاً - يعتمد على بحث إقامة الشخص ومدى أحييته في السماح لرجال الشرطة بدخول المنزل رغم اعتراض الحائز الآخر، ومما لا شك فيه أن هذه الأحقية محكومة بظروف

LaFave,, Search & Seizure 5.1 (c) at 238-39.

(١٢٥)

أخرى كمدة الإقامة أو الفهم المتبادل لهؤلاء الأشخاص حول صفة كل منهما في المنزل. في ظل هذه الظروف، فإن الشخص الذي يظهر بمظهر المهيمن على المنزل أو المأوى هو من ستكون له كلمة الفيصل في تلك المسألة، ومن ثم قاعدة قضية (Payton) تأتي كقاعدة تستحق التطبيق على هذه الوقائع. وأخيراً ينبغي التأكيد على أن هذه الفرضيات لم تحسمها المحكمة بعد.

وقد حسمت المادة (٥٠) من قانون الإجراءات الكويتي مسألة مدى إمكانية دخول منزل غير المتهم لتنفيذ القبض بقولها: "لمن يقوم بتنفيذ القبض أن يدخل مسكن الشخص المطلوب القبض عليه للبحث عنه، وله أن يدخل أي مسكن آخر لنفس الغرض، إذا وجدت قرائن قوية على أن المتهم قد اختبأ فيه". ويلاحظ أن المشرع قيد مشروعية الدخول بتوافر قرائن قوية من شأن قيامها الاعتقاد يقيناً بوجود الشخص المطلوب القبض عليه داخل المنزل المراد دخوله، ولا يكفي للقول بقيام هذه القرائن مجرد وجود علاقة قرابة بين حائر ذلك المسكن والشخص المطلوب القبض عليه.

المطلب الرابع ضوابط تنفيذ إجراء القبض

إجراءات استصدار الإذن بالقبض:

يعرف الإذن بالقبض بأنه ورقة صادرة من موظف قضائي أو قاضي جزئي تبيح لرجل الشرطة إلقاء القبض على شخص متهم في جريمة معينة. ويتعين في النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية أن يكون مصدر تلك الورقة جهة تتسم بالحياد والموضوعية عن جهة الاتهام؛ تأسيساً على مقولة أن هذه الحيادية تسهم بلا شك في تعزيز احتمالية اتخاذ القرار الصائب بشأن مسألة مدى توافر السبب الاحتمالي قبل القيام بإجراء القبض. وبناء على انخفاض احتمالية القرار الخاطئ، سيترتب انخفاض في تقرير الحالات التي يكون فيها إجراء القبض غير معقول (غير مشروع).

وقد أثرت مسألة حيادية الجهة التي أصدرت الإذن بالتفتيش وليس القبض أمام محكمة التمييز الفيدرالية في قضية (Coolidge v. New Hampshire)^(١٢٦). عرضت تلك القضية بمناسبة إصدار ولاية (New Hampshire) لقانون يمنح سلطة إصدار أذونات التفتيش للنائب العام في تلك الولاية. وبناء على ذلك القانون، أصدر النائب

العام إذناً بالتفتيش في إحدى القضايا، فقررت المحكمة بطلان ذلك الإذن باعتبار أنه قد صدر من جهة غير حيادية كما تطلبها الدستور الفيدرالي.

وقد حسم المشرع الكويتي الجدل حول الجهة المختصة بإصدار أوامر القبض من خلال نص المادة (٦٢) من قانون الإجراءات حيث جاء فيها أنه: "للمحقق أن يقبض أو يأمر بالقبض على المتهم الذي قامت على اتهامه دلائل جديّة، وله حق القبض أيضاً في جميع الحالات التي يثبت فيها هذا الحق لرجال الشرطة". وتثبت صفة المحقق لجهة النيابة العامة في جرائم الجنايات ومحقق وزارة الداخلية في جرائم الجنع^(١٢٧) وذلك خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، بينما تثبت هذه السلطة للمحكمة المختصة متى كانت الدعوى بحوزتها.

ولم تتوقف إثارة مسألة الحيادية على جهة النيابة العامة باعتبارها خصماً، بل امتدت لتثار بحق جهة القضاء. ففي قضية (Connally v. Georgia)^(١٢٨)، كانت أُنونات القبض والتفتيش تصدر من قاضي جزائي ذي اختصاص محدود (Justice of Peace) لم يكن يتلقى راتباً شهرياً من الحكومة ولكن كان يتلقى رسوماً عبارة عن مبلغ خمسة دولارات لكل إذن يقوم بإصداره، بينما لا يتلقى ذلك الرسم في حالة رفضه لإصدار الإذن. قررت محكمة التمييز الفيدرالية بطلان الإذن بالتفتيش الصادر من ذلك القاضي باعتبار أن له مصلحة مالية في إصدار ذلك الإذن. وبناء على ذلك، انتهت المحكمة إلى أنه متى كان الموظف مصدر الإذن لديه مصلحة مالية من شأنها التأثير على تقديره لمدى توافر السبب الاحتمالي أثناء عملية إصدار الإذن بالقبض أو التفتيش، فإن صفة الحيادية تعتبر في الغالب غائبة في حقه، الأمر الذي يترتب عليه بطلان كل إذن صادر عنه.

ولم تتوقف صفة الحياد عند هذا الحد بل شملت كل سلوك قضائي من شأنه التدليل على عدم الحيادية. لذلك، متى كان القاضي مصدر الإذن بالقبض أو التفتيش هو المشرف الفعلي على ذلك الإجراء، فإن هذا الإشراف من شأنه الإخلال بحيادية القاضي وموضوعيته. في إحدى القضايا المعروضة على المحكمة^(١٢٩)، قررت بعدم حيادية القاضي بسبب إصداره لإذن تفتيش لأحد المحلات التي تباع أفلاماً وصوراً إباحية ومرافقته لرجال الشرطة أثناء تنفيذ إجراء التفتيش، ثم معاينته لكثير من هذه الأفلام والصور بغرض تحديد أي منها يتعين ضبطه من قبل الشرطة.

(١٢٧) انظر: المادة (٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

429 U.S. 245 (1977).

(١٢٨)

Lo-Ji Sales, Inc. v. New York, 442 U.S. 319 (1979).

(١٢٩)

وتثبت صفة من يملك إصدار أنونات التفتيش أو القبض إلى الجهة التي تحددها القوانين. على سبيل المثال، على المستوى الفيدرالي، نجد أن هذه السلطة تثبت لمحامين يتم تعيينهم من قبل محاكم الدرجة الأولى الفيدرالية بعد عملية فحص جدي لسلوكهم وسمعتهم. أما على مستوى الولايات، تثبت هذه السلطة كتاب المحكمة (أشخاص يحملون شهادات في تخصص الحقوق ولديهم خبرة عملية في مجال المحاكمات الجنائية) أو قضاة مخصصين لهذه الأغراض. وقد قضت محكمة التمييز الفيدرالية بجواز إصدار أنونات بالتفتيش من قبل كتاب المحاكم بشأن مخالفات البناء^(١٣٠).

وتصدر أنونات التفتيش أو القبض في الولايات المتحدة الأمريكية بناء على إفادة كتابية وموقعة ومشفوعة بيمين من قبل الموظف طالب الإذن. عادة ما تحتوي هذه الإفادة على حقائق ومعلومات تؤيد توافر السبب الاحتمالي. ومما لا شك فيه أن تقديم هذه الإفادة الكتابية تعد ضماناً لمراقبة سلامة العمل القضائي (إصدار الإذن) فيما بعد خلال جلسات المحاكمة. ومن حيث المعلومات الواردة في تلك الإفادة الكتابية، يتعين أن تتعلق بوصف الشخص المراد القبض عليه. وفي ذلك، تعتبر أنونات القبض أقل إرهاقاً من حيث المعلومات المطلوبة من أنونات التفتيش، حيث إن المطلوب هو فقط بيان اسم الشخص المراد القبض عليه، وبيان التهمة، وبيان المحكمة محل الاتهام، أما في القانون الكويتي فتصدر أوامر التفتيش والقبض بناء على محاضر تحريات غير مشفوعة بيمين قانونية، ويتعين أن يكون الأمر بالقبض "مكتوباً ومؤرخاً وموقعاً عليه ممن أصدره مع بيان صفته، ويبين فيه اسم المطلوب القبض عليه ومحل إقامته وكل ما يلزم لتعيينه، وسبب الأمر بالقبض"^(١٣١).

أخيراً، ينبغي التأكيد على أن عملية استصدار الإذن بالقبض هي عملية تتم من جانب واحد. بعبارة أخرى، إن عملية استصدار الإذن تتم بعد سماع أقوال طرف واحد (رجل الشرطة) في معادلة المحاكمة الجنائية. ورغم ذلك، فإن الفرصة ستتاح للمتهم لاحقاً عندما تعقد جلسة سابقة على المحاكمة تسمى جلسة استبعاد الأدلة. في هذه الجلسة عادة يتم تحديد الأدلة التي ستقدم أثناء المحاكمة والتي ستعرض على هيئة المحلفين إذا كانت المحاكمة ستتم بهيئة محلفين. أثناء هذه الجلسة، غالباً ما يحاول

Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345 (1972).

(١٣٠)

(١٣١) انظر المادة (٦٣) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

المتهم إثبات انتفاء السبب الاحتمالي كأساس لإصدار الإنذ بالقبض عليه وبالتالي استبعاد جميع الأدلة المستمدة من ذلك الإجراء^(١٣٢).

الفرع الأول

التوقيت (الضابط الزمني)

قيود إلى ما وراء إذن القبض – تنفيذ القبض:

تأتي أغلب التشريعات في الولايات المتحدة الأمريكية سواء على المستوى المحلي أو الفيدرالي بتنظيمات متكاملة من شأنها وصف طريقة تنفيذ أنونات القبض والتفتيش سواء من حيث النطاق الزمني أو الكيفي. بحيث تبين هذه التشريعات أوقات تنفيذ تلك الأنونات وكيفية اقتحام المنازل وضرورة الإعلام المسبق من قبل رجل الشرطة لقاطني المسكن بالصفة والغرض من الحضور.

تنفيذ القبض من حيث التوقيت:

نجد أن أغلب التشريعات تأتي بقيد زمني على رجل الشرطة المتحصل على إذن. على سبيل المثال، نجد أن المادة (٤١/د) من قواعد الإجراءات الجنائية الفيدرالية توجب على رجل الشرطة بضرورة "تنفيذ الإنذ بالتفتيش خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الإنذ". وفي ذلك، تقول المحكمة الاستئنافية الفيدرالية بأنه: "من الضروري أن تنفذ أنونات التفتيش بشكل فيه استعجال واحترام للمدة المقررة قانوناً؛ وذلك لاستبعاد احتمالية زوال الظروف التي بناء عليها صدرت هذه الأنونات"^(١٣٣)، وقد ورد في المادة (٦٣/٢) من قانون الإجراءات الجنائية الكويتي أنه: "وإذا لم ينفذ الأمر بالقبض خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره فإنه يسقط، ولا يجوز تنفيذه بعد ذلك إلا إذا صدر أمر كتابي بتجديده".

كما نجد في نطاق آخر من القيود أن أكثر من نصف القوانين المحلية تضع قيداً زمنياً يتطلب ضرورة تنفيذ الإنذ بالتفتيش خلال ساعات النهار كأصل عام، فالمادة

(١٣٢) لمزيد من التفصيل حول إجراءات المحاكمة والمراحل التي تسبقها في النظام القانوني الأمريكي، راجع د. مشاري خليفة العيفان - دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام - دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والقانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٢ السنة ٣٥ - يونيو ٢٠١١ - ص ٢١٣.

(١٣٣) انظر: القضية رقم: U.S. v. Nepstead, 424 F. 2d. 259 (9th Cir. 1970).

(٤١/ج) من قواعد الإجراءات الجنائية تقرر أنه: "يتعين تنفيذ الإذن خلال ساعات النهار مالم يرد في الإذن بناء على مبررات مقبولة تحديد آخر لوقت التنفيذ غير ساعات النهار". ولم ترد سابقة لمحكمة التمييز الفيدرالية تقرر عدم معقولة (مشروعية) إجراء التفتيش بسبب كونه قد نفذ خلال ساعات الليل ما لم توجد ظروف أخرى، ويتفق المشرع الكويتي بذات الحكم التشريعي مع المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية^(١٣٤)، وقد قررت محكمة التمييز أن: "قيام الضابط بتفتيش مسكن الطاعن ليلاً مفاده أن ظروف الحال كما قدرها المأذون له بالتفتيش استدعت إجراءاته في ذلك التوقيت بما مؤداه أنه إجراء صحيح"^(١٣٥). ومما لا شك فيه أن هذا الحكم يتعارض مع صريح حكم المادة (٨٥) من قانون الإجراءات والتي قررت أن تقدير الضرورة لإجراء القبض أو التفتيش ليلاً تثبت للمحقق مصدر الإذن وليس لرجل الضبط المأذون له بالتفتيش، وما يترتب على قضاء محكمة التمييز إهدار الأصل العام في النص القانوني وهو عدم جواز دخول المنازل ليلاً لتنفيذ التفتيش، باعتبار أن الأمر في النهاية مرهون بتقدير رجل الضبط القضائي حيال قيام ظرف الاستعجال، ونرى أن هذا القضاء ينتهي من حيث النتيجة إلى القول أن ما ورد في نص المادة (٨٥) من حكم، يدخل في مفهوم المسائل التنظيمية التي لا يترتب عليها البطلان^(١٣٦).

والجدير بالذكر أن قضية (Gooding v. U.S.)^(١٣٧)، ثلاثة أعضاء معارضين لرأي الأغلبية اتجهوا إلى القول بعدم معقولة إجراء التفتيش لتنفيذه خلال ساعات الليل تأسيساً على أن التفتيش الذي يجري خلال ساعات الليل يعد أكثر انتهاكاً للخصوصية من التفتيش الذي يجري في ساعات النهار؛ لذلك فتقديم مبررات القيام به من قبل رجال الشرطة هو مطلب دستوري، ويضيف أصحاب هذه الوجهة أن التفتيش

(١٣٤) تقرر المادة (٨٥) من قانون الإجراءات الجنائية الكويتي أنه: "تفتيش المساكن يجب أن يكون نهائياً، وبعد الاستئذان ممن يشغلون المكان، ولا يجوز الدخول ليلاً، أو بدون استئذان، إلا إذا كانت الجريمة مشهودة، أو إذا وجد المحقق أن ظروف الاستعجال تستوجب ذلك".

(١٣٥) انظر: الطعن رقم (١٢٦) لسنة (٢٠٠٤) جزائي جلسة ٢٠٠٥/٦/١٤ منشور في مجلة الطعن بالتمييز فقهاً وقضاء - الجزء الثاني - في المواد الجزائية - ٢٠١٣ - الصادرة عن وزارة العدل - محكمة التمييز - المكتب الفني - ص ١٣٥.

(١٣٦) الطعن رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٥) جزائي جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٨، الطعن رقم (٧٠) لسنة (٢٠٠٥) جزائي جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٨، الطعن رقم (١٠٠) لسنة (٢٠٠٤) جزائي جلسة ٢٠٠٤/١١/٣٠ منشور لدى مركز تصنيف الأحكام القضائية - كلية الحقوق - جامعة الكويت.

416U.S. 430 (1974).

(١٣٧)

خلال ساعات الليل يتطلب لإجرائه مبررات تفوق السبب المحتمل المطلوب لاستصدار إذن بالتفتيش خلال ساعات النهار.

الفرع الثاني الكيفية (ضابط الاستئذان)

تنفيذ القبض داخل المنازل من حيث الكيفية:

قررت محكمة التمييز الفيدرالية أن نص التعديل الرابع من الدستور يتطلب من رجل الشرطة تنفيذ الإذن بالقبض بالشكل الذي يحقق الأهداف المرجوة من تبرير اقتحام المنازل^(١٣٨). ومؤدى هذا التصور هو أن الإذن القانوني يحمل معه سلطة مقيدة عند التنفيذ بأن يكون هناك سبب معقول للاعتقاد بوجود المتهم داخل المنزل المراد دخوله^(١٣٩). دون وجود هذا السبب لا يمكن لرجل الشرطة أن يبرر الدخول تأسيساً على حيازة الإذن بالقبض، ونعتقد أن المادة (٥٠) من قانون الإجراءات الكويتي أوردت ذات القيد حيث قررت أنه: "لمن يقوم بتنفيذ القبض أن يدخل مسكن الشخص المطلوب القبض عليه للبحث عنه، وله أن يدخل أي مسكن آخر لنفس الغرض، إذا وجدت قرائن قوية على أن المتهم قد اختبأ فيه"، فلو وجدت قرائن على عدم وجود الشخص المطلوب القبض عليه داخل منزله، فلا يجوز للمأذون له بالقبض دخول المنزل وإلا عد مسؤولاً عن جريمة دخول مسكن بغير الأحوال المصرح بها قانوناً^(١٤٠).

وفقاً للقانون العرفي، حتى ولو وجد سبب يعتقد معه رجل الشرطة بوجود المتهم داخل المنزل، فهذا الأمر لا يعطيه أحقية دخول المنزل بالقوة ما لم يقر بالطرق على الباب وإعلان غرضه من الدخول وطلب السماح له بالدخول ثم رفض هذا الطلب من جانب صاحب الشأن. فقد قررت محكمة التمييز الفيدرالية في قضية (Wilson v. Arkansas)^(١٤١) أن القانون العرفي الذي كان سائداً قبل نفاذ نص التعديل الرابع وما جاء به من قواعد يعد

Wilson v. Layne, 526 U.S. 603, 611 (1999).

(١٣٨)

445U.S. 573, 603 (1980).

(١٣٩)

(١٤٠) قررت المادة (٥٥) من القانون رقم (٣١) لسنة (١٩٧٠) بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء الكويتي أنه: "كل موظف عام أو مستخدم وكل شخص مكلف بخدمة عامة دخل اعتماداً على وظيفته مسكن أحد الأفراد بغير رضائه في غير الأحوال المبينة في القانون أو بدون مراعاة القواعد والإجراءات المبينة فيه، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز (٢٢٥) دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

514U.S. 927 (1995).

(١٤١)

جزءاً مهماً في قياس معقولية إجراء رجل الشرطة في مقياس نص التعديل الرابع من الدستور. خصوصاً، إذا كان رجل الشرطة المدعوم بإذن للقبض لم يحترم قاعدة الطرق على الباب سالفة الذكر والتي تمتد للانطباق على دخول المنازل بغرض إلقاء القبض أو التفتيش.

الفرع الثالث ضابط القوة

أولاً - القوة المفضية إلى الموت أو إلى الأذى الجسدي الشديد:^(١٤٢)

لغاية القرن الرابع عشر، ممثلو الملك كان يثبت لهم الحق في قتل الهارب من جناية بغض النظر عن تلك الجناية وبغض النظر عن مدى ضرورة الحاجة لاستخدام القتل بغرض منع الهروب. لاحقاً وبصورة تدريجية تم إضافة عنصر الحاجة أو الضرورة لقياس مدى مشروعية سلوك هؤلاء الموظفين مع استمرار الأحقية باستخدام القتل لمنع هروب مرتكب الجناية ولو لم تكن جناية تنطوي على عنف^(١٤٣).

في قضية (Tennessee v. Garner)^(١٤٤)، قررت محكمة التمييز الفيدرالية أن تلك القاعدة - التي تبيح القتل والتي مصدرها القانون العرفي وتبنتها العديد من الولايات في قوانينها المحلية المكتوبة - تنطوي على توسع غير دستوري^(١٤٥). في تلك القضية، رجل الشرطة تم استدعاؤه إلى أحد المنازل بناء على مكالمة استغاثة. ولحظة وصوله شاهد المتهم يفر هارباً نحو سيار مرتفع، بعد اللحاق به عند السياج واستخدام جهاز الإنارة الذي بيده تبين له أن المتهم شاب ليس مسلحاً، فطلب منه التوقف وتسليم نفسه، على إثر ذلك الطلب، هرب الشاب باتجاه السياج محاولاً تسلقه فقام رجل الشرطة بإطلاق النار عليه وقتله.

قررت المحكمة بخصوص استخدام رجل الشرطة للقوة المفضية إلى الموت أن

(١٤٢) Kevin P. Jenkins, Police Use of Deadly Force Against Minorities: Ways to Stop the Killing, 9 Harv. Blackletter J. 1 (1992).

(١٤٣) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law 21.02 [A][1] (3d ed. 2001).

(١٤٤) 471 U.S. 1 (1985).

(١٤٥) يتعين التأكيد على أن موضوع استخدام القوة المبالغ فيها يؤثر عادة إما بشأن دعوى مدنية مقامة في مواجهة رجل الشرطة مستخدم تلك القوة، وإما بمناسبة دعوى جنائية مقامة ضد ذلك الشرطي. أما في قضية (Garner) فقد أثر هذا الموضوع وذلك لتطبيق قاعدة الاستبعاد المتحصلة من إجراء القبض والذي تم فيه استخدام القوة المفرطة أو المبالغ فيها.

ذلك الاستخدام يعد انتهاكاً لنص التعديل الرابع من الدستور الأمريكي ويعد فعلاً غير مشروع. وفي ذلك تقول المحكمة أن: "استخدام القوة المفضية إلى الموت لمنع هروب كل شخص ارتكب أو اتهم في جناية بغض النظر عن الظروف الأخرى يعد أمراً غير مشروع دستورياً. فليس من الأفضل موت جميع المتهمين في ارتكاب جناية من تركهم يهربون".

وبناء على قرار المحكمة في قضية (Garner)، يمكن القول أن استخدام القوة في تنفيذ إجراء القبض يعد أمراً غير مشروع ما لم يتوافر شرطان، أولاً: يتعين أن يتوافر لدى رجل الشرطة سبب معقول يجعله يعتقد بأن هذا الشخص المراد القبض عليه يشكل خطراً قد يترتب عليه الوفاة أو الأذى الجسيم لرجل الشرطة أو غيره، وقد يتصور هذا الموقف حسبما يرى القاضي (White) - محرر رأي المحكمة في قضية (Garner) - في حالة قيام المتهم أو المشتبه به بتهديد رجل الشرطة بسلاح قاتل وظاهر، أو قد يتوافر الموقف في حالة كون رجل الشرطة لديه سبب معقول يدعوه للاعتقاد بأن هذا المشتبه به قد سبق وأن ارتكب جناية تتطوي على قتل أو أضرار جسيمة بالغة.

ثانياً: يجب أيضاً أن تتوافر ظروف من شأنها خلق الاعتقاد لدى رجل الشرطة بضرورة استخدام القتل لمنع هروب المشتبه به أو القبض عليه. وبناء على ذلك، إذا كان من المتصور لرجل الشرطة إتمام إجراء القبض بأي وسيلة أخرى غير القتل، فعليه أن يقوم بذلك. يضاف إلى ذلك، أنه عند الملاءمة فقط يجب على رجل الشرطة تحذير المشتبه به قبل استخدام هذه القوة بحقه.

وقد جاء في حكم المادة (٤٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجنائية الكويتي بشأن القوة المستخدمة لتنفيذ القبض أنه: "لا يجوز أن تؤدي إلى قتل شخص إلا إذا كان متهماً في جريمة معاقب عليها بالإعدام أو الحبس المؤبد". وقد جاء في ذات النص القانوني أن القوة يتعين أن تكون بغرض منع المقاومة أو الهرب، كما لم يقصر النص القانوني استعمال القوة بمواجهة الشخص المطلوب القبض عليه بل من الممكن أن تكون القوة المستخدمة بمواجهة آخرين طالما كانوا يقصدون إعاقة عملية القبض على المتهم، كما أجازت المادة (٥١) من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي تفتيش الشخص المراد القبض عليه مبدئياً لتجريده من الأسلحة، وكل ما يحتمل أن يستعمله في المقاومة أو إيذاء نفسه أو غيره.

وقد تبني المشرع الكويتي ضابط التناسب بين القوة المستخدمة والغرض الذي من أجله استخدمت تلك القوة، حيث قرر في المادة (٤٩) من قانون الإجراءات

الجنائية أنه: "على أن القوة الجائز استعمالها لا يصح أن تزيد على ما تستلزمه ضرورة منع المقاومة أو الهرب"، وبالبناء على ما تقدم، نخلص إلى أن استخدام القوة المفضية للموت تنفيذاً للقبض يُعد تجاوزاً غير مشروع متى كانت الجريمة محل الاتهام غير معاقب عليها بالإعدام أو الحبس المؤبد، كما أن تقدير هذا التناسب إنما يدخل في مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع.

ثانياً - استخدام القوة غير المفضية للموت: (١٤٦)

كما بينا أعلاه فإن محكمة التمييز الفيدرالية قد قضت في قضية (Garner) بعدم مشروعية استخدام القوة المفضية للموت أو الأذى البدني الجسيم في سبيل منع هروب المشتبه به بارتكاب جريمة جنائية لا تنطوي على عنف، ويلاحظ أن قرار المحكمة في القضية سألقة الذكر ليس محصوراً على القضايا التي تستخدم فيها القوة المفضية للموت، بل هذا القرار في حقيقة الحال يتعلق بالدرجة الأولى في مسألة معقولة سلوك رجل الشرطة. وبناء على ذلك، إذا كان يمكن القول أن استخدام القوة المفضية إلى الموت في حالة بعض الجنايات التي لا تنطوي على عنف، فإنه بطبيعة الحال يمكن القول أن استخدام القوة ولو لم يفض إلى الموت يعد أمراً غير مشروع متى تعلق الأمر باتهامات متعلقة في الجرائم البسيطة كالجنح.

وقد تأكدت تلك النتيجة المترتبة على قرار المحكمة في قضية (Garner) من خلال ما عرض على المحكمة من قضية لاحقة، فبعد مرور أربع سنوات من صدور قرار المحكمة في قضية (Garner)، عرضت قضية (Graham v. Connor) (١٤٧) على المحكمة فقررت أن: "جميع الادعاءات بأن رجال الشرطة قد استخدموا قوة مفرطة أو مبالغاً فيها - سواء أكانت مفضية إلى الموت أم لا - يتعين أن يتم تحليلها في إطار نص التعديل الرابع من الدستور من خلال معيار المعقولة". وقد أضافت المحكمة أن "الحكم على سلوك رجل الشرطة باعتباره معقولاً من عدمه يتعين أن يكون بمعيار موضوعي تحكمه الظروف الخاصة بالواقعة بغض النظر عن البواعث الشخصية لرجال الشرطة". ومن العوامل التي تلعب دوراً في تحديد معقولة سلوك رجل الشرطة، مدى جسامة الجريمة التي من أجلها تم إجراء القبض، مدى كون المتهم

Gregory Howard Williams, Controlling the Use of Non-Deadly Force: Policy (١٤٦) and Practice, 10 Harv. Blackletter J. 79 (1993)

490U.S. 386 (1989)

(١٤٧)

المراد القبض عليه قد شكل خطراً على الآخرين، مدى مقاومة المتهم لإجراء القبض أو محاولته للهروب.

ونرى أن المشرع الكويتي قد سمح باستخدام القوة اللازمة لتنفيذ القبض أو منع هرب الشخص المراد القبض عليه في ضوء معيار موضوعي قائم على عامل التناسب بين القوة المستخدمة والغاية المراد تحقيقها، بحيث في الجرائم غير المعاقب عليها بالإعدام أو الحبس المؤبد يعد استخدام القوة المفضية للقتل تجاوزاً غير مقبول، بينما في حالة استخدام قوة غير مفضية للموت في تلك الجرائم فإن ذلك الاستخدام يخضع لمعيار التناسب المذكور أعلاه، والذي تقوم المحكمة بتقديره في ضوء ظروف كل واقعة على حدة.

الخاتمة:

تناولنا من خلال هذه الدراسة أحد إجراءات التحقيق الابتدائي والتي لا تكاد قضية جنائية إلا ويتخذ فيها هذا الإجراء، كما أن هذا الإجراء له من الأهمية والآثار ما يستدعي التعرض لأحكامه وقواعده بشيء من التفصيل والتأصيل، كما أن أهمية هذا الإجراء كان لها انعكاساتها على مستوى التنظيم التشريعي له، حيث جاء تنظيم هذا الإجراء بشكل تفصيلي على مستوى النصوص الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية، بينما اكتفى المشرع الكويتي ببيان تفاصيل وأحكام هذا الإجراء على مستوى نصوص التشريع العادي.

وقد تكفلت السوابق القضائية للمحكمة الفيدرالية العليا ببيان أحكام إجراء القبض في معرض تفسيرها لنص التعديل الرابع من الدستور الأمريكي، وقد قررت النصوص القانونية لقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي الكثير من الأحكام القانونية لإجراء القبض بما يتفق ويختلف مع النظام القانوني الأمريكي، ولا ريب أن تنظيم إجراء القبض ضمن النصوص الدستورية قد أخذ عليه أنه أوقع المحكمة - في بعض الأحيان - في حيرة إزاء بعض مفردات النصوص الدستورية الأمريكية المنظمة لإجراء القبض بسبب ما اعترى هذه النصوص من إيجاز، كما أن ذلك التنظيم لا ريب أنه كان من شأنه إعاقة تطوير الأحكام المقررة لإجراء القبض بما يتناسب مع متطلبات وحاجة المجتمع في تطوير إجراءات الملاحقة الجزائية، إلا أن ما يمكن قوله إن معيار الدستورية في القانون الأمريكي يتطابق مع معيار المشروعية.

وقد اكتفى المشرع الكويتي الدستوري بتقييد إجراء القبض بمبدأ المشروعية (Du Process)، وفي تحديد مفهوم إجراء القبض اتفق المشرعان على ربط هذا المفهوم بالمساس بحرية الفرد في التنقل، إلا أن أساس هذا المساس يختلف من حيث

إن المشرع الأمريكي لا يقبل المساس بهذه الحرية إلا من خلال جهاز محايد وهو القضاء، بينما مكن المشرع الكويتي خصم المتهم (النيابة العامة أو الإدارة العامة للتحقيقات) من اتخاذ إجراء القبض متى قامت مبرراته، كما أن المشرعين ارتضوا أن يكون الاشتباه مبرراً لإجراء أقل مساساً بحريات الأفراد من القبض وهو الاستيقاف.

ويتفق المشرع الكويتي والأمريكي في اعتبار إجراء القبض أحد إجراءات التحقيق الابتدائي، وقد أسند المشرع الأمريكي مهمة القيام بأعباء التحقيق وإجراءاته إلى جهة الشرطة، بينما قرر المشرع الكويتي في المادة (٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية أن جهة النيابة العامة هي الجهة المعنية بالتحقيق والتصرف والادعاء في جرائم الجنايات، والإدارة العامة للتحقيقات التابعة لوزارة الداخلية وهي المختصة بأعباء التحقيق والتصرف والإدعاء في جرائم الجنح.

ولضمان احترام أحكام وقواعد إجراء القبض رتب المشرعان جزاءات ذات طبيعة موضوعية وإجرائية، بحيث رسم المشرع الكويتي - كما فعل المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية - صوراً للمسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية لكل من ينتهك الضوابط المقررة قانوناً بشأن إجراء القبض، كما جاء كل مشروع بقاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة من إجراء القبض غير المشروع من نطاق نظرية الإثبات الجنائي كجزء إجرائي.

وفي إباحة إجراء القبض، اتفق كل من المشرع الكويتي والأمريكي على أن إجراء القبض الأصل فيه أن يتم تنفيذاً لأمر مكتوب مسبق صادر من جهة التحقيق المختصة أو القضاء، كما اتفقا على أن الجريمة المشهوده تأتي على رأس استثناءات القاعدة العامة التي تقضي بوجوب استصدار إذن قبل تنفيذ إجراء القبض، كما انفرد المشرع الكويتي بإضافة حالات تجيز القبض دون إذن بخلاف الجريمة المشهوده.

وقد تبين من فحص تلك الحالات التي أضافها المشرع الكويتي أنها بحاجة لمراجعة تشريعية؛ وذلك لعدم مواكبتها لتعديلات تشريعية لاحقة تمت على نصوص قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠)، كما جاءت بعض الحالات تكراراً أو تطبيقاً لنظرية الجريمة المشهوده (حالة التلبس) بما يجعل الإشارة إليها من قبيل التزيد التشريعي يفرض حسن التنظيم والصياغة التشريعية تفاديه.

ولا ريب أن هناك اتفاقاً بين التشريع الكويتي والأمريكي على أن أساس المساس بحرية الفرد في التنقل (إجراء القبض) يكمن في قيام الأدلة الجدية التي من شأنها ثبوت الاتهام منطقاً وعقلاً في حق الشخص المراد القبض عليه، وقد أطلق المشرع

الأمريكي على هذا الأساس مصطلح "السبب المحتمل" بينما تطلب المشرع الكويتي لاستصدار الأمر بإلقاء القبض أو إجرائه دون أمر أدلة قوية على ثبوت الاتهام. وقد دلت السوابق والأحكام القضائية في كلا البلدين أن هناك تساهلاً قضائياً نحو القول بوجود هذين الأساسين (السبب المحتمل أو الأدلة القوية) وتقرير مشروعية القبض بالتبعية وما لحق به من إجراءات أخرى كالتفتيش والضبط، وقد أقام المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية اعتبارات لمكان تنفيذ إجراء القبض من حيث مدى الحاجة إلى ضرورة استصدار إذن مسبق مكتوب للدخول، وتشدد في إجرائه داخل المساكن باعتبار أنها مكن أسرار وخصوصية الأفراد، وذلك بخلاف المشرع الكويتي الذي لم يعر اهتماماً يذكر لذلك المكان.

وقد تطلب المشرع الأمريكي للقول بتوافر السبب المحتمل معياراً معيناً للمعلومات التي يجب أن تقدم للقاضي تمهيداً لإصدار الإذن بالقبض، كما جاءت أحكام التشريع الأمريكي بضرورة أن تكون هذه المعلومات مدونة بمحضر ومشفوعة بيمين قانونية من قبل رجل الشرطة طالب الإذن، ولا ريب أن تطلب تدوين هذه المعلومات من شأنه السماح لاحقاً لمحكمة الموضوع بمراقبة وتقدير مدى كفاية هذه المعلومات، ومساءلة مقدمها في حالة عدم صدقها عن جريمة الحنث باليمين، على خلاف الوضع في القانون الكويتي الذي انتهت السوابق القضائية إلى عدم ضرورة أن تفرغ المعلومات المقدمة من رجل الشرطة للمحقق المختص في محضر مكتوب، وعدم تطلب أن تكون هذه المعلومات مدعومة بيمين من رجل الشرطة، وهو مدعاة لتحاييل رجل الشرطة من خلال تقديم معلومات مغلوطة أو غير صحيحة.

وقد أقام المشرع الأمريكي القاعدة بشأن تنفيذ القبض داخل مسكن المتهم والتي تتطلب أن يكون تنفيذ القبض بعد الحصول على إذن مسبق مكتوب من جهة القضاء، بينما قرر المشرع الكويتي في نص المادة (٥٠) من قانون الإجراءات أن إباحة إجراء القبض تتضمن إباحة لإجراء دخول المسكن، سواء أكان ذلك التنفيذ يجد أساسه في الإذن المسبق أم في نص القانون (حالات القبض دون إذن مسبق).

وخلق المشرع استثناءات على تلك القاعدة التي قررها بشأن دخول المساكن بغرض تنفيذ إجراء القبض، وقد بررت هذه الاستثناءات على دواعي الاستعجال والضرورة، وجاء الاستثناء الأول بشأن حالة المطاردة الحية، بينما قام الثاني على حالات قيام ظروف أخرى تبرر الدخول كحالة الاستغاثة من داخل المنزل من قاطنيه، وقد اتفق كل من المشرع الأمريكي والكويتي على أن دخول منزل غير المتهم لتنفيذ إجراء القبض يحتاج إلى وجود قرائن قوية دالة على وجود الشخص المراد القبض

عليه داخل ذلك المسكن، وأخيراً، فرض كل من المشرع الكويتي والأمريكي عدة ضوابط تحكم عملية تنفيذ إجراء القبض سواء أكان مستنداً إلى إذن مسبق أم إلى نص قانوني يبيح القبض دون إذن، وقد جاءت هذه الضوابط متنوعة من حيث الطبيعة (ضابط زمني، ضابط استئذان، ضابط القوة المستخدمة).

النتائج والتوصيات:

- ١ - لما كان إجراء القبض من الإجراءات الخطيرة التي من شأنها المساس بحريات الأفراد وكراماتهم، نرى أنه حان الوقت للمشرع الكويتي أن يحذو حذو المشرع الأمريكي بإضافة ضمانات تكفل عدم المبالغة في استخدام هذا الإجراء احتراماً لقرينة البراءة، وتكمن هذه الضمانة في إسناد مهمة إصدار أوامر القبض إلى جهة محايدة في الدعوى الجزائية وهي جهة القضاء.
 - ٢ - يتعين على المشرع الكويتي إجراء مراجعة تشريعية لحالات القبض دون إذن مسبق التي وردت في قانون الإجراءات الجزائية الصادر في عام (١٩٦٠) نظراً لكون كثير من تلك الحالات متداخلة مع بعضها البعض، أو تستند إلى تشريعات أخرى - مثل قانون الأسلحة وقانون الاجتماعات العامة - قد تم إلغاؤها أو تعديلها.
 - ٣ - نهيب من خلال هذه الدراسة بقضائنا الشامخ عدم التساهل في تقرير توافر الأدلة القوية كمبرر لحالات القبض دون إذن مسبق، كما يتعين على المحاكم التدقيق على تلك الأدلة والمعلومات المستند عليها في تبرير تلك الحالات؛ مما يكون من شأنه تقليل الاتجاه لدى رجل الأمن في اللجوء إلى حالات القبض دون إذن مسبق، وهو ما يشكل ضمانات لأفراد المجتمع.
 - ٤ - أخيراً، يجب على المشرع الكويتي أن تبني تعديلاً تشريعياً يوجب من خلاله ضرورة إفراغ محضر التحريات في شكل محضر مكتوب ومسبوق بيمين ممن قدمه؛ لإضفاء صفة الاحترام وفرض المسؤولية في أحوال تقديمه بصورة مغلوطة أو غير صحيحة.
- وفي النهاية، فإن الحديث عن موضوع القبض متعدد متنوع لا يمكن حصره في مثل هذه الصفحات، إلا أن هذا هو جهد المقل فإن وفقت فمن الله، وما كان من تقصير فمن نفسي ومن الشيطان.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية (الكتب والأبحاث):

- د. إبراهيم إبراهيم الغماز - جرائم الاجتماعات العامة والتجمعات والتجمهر في التشريع الكويتي - بحث منشور في مجلة المحامي الصادرة عن جمعية المحامين الكويتية - العدد (أكتوبر/نوفمبر/ديسمبر ١٩٨٤).
- د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - الطبعة الأولى - ١٩٩٩.
- د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الطبعة الرابعة - الجزء الأول.
- د. حسن صادق المرصفاوي - شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة ١٩٧٠/١٩٧١.
- د. عبد العزيز العنزي - الحماية الجزائية للشهادة في القانون الكويتي - مجلة الحقوق - السنة الثلاثون - العدد الرابع - ٢٠٠٦ - جامعة الكويت - كلية الحقوق.
- د. عبد الوهاب حومد - المسؤولية الناشئة عن السير المعيب لأجهزة العدالة الجزائية - مجلة الحقوق والشريعة - السنة الرابعة - العدد الثالث - ١٩٨٠ - جامعة الكويت - كلية الحقوق.
- د. عبد الوهاب حومد - الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية - مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة الخامسة - ١٩٩٥.
- د. عمر الفاروق الحسيني - الاستيقاف والقبض في القانون الكويتي مقارناً بالقانون المصري - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٩٤.
- د. فاضل نصرالله ود. أحمد السماك - شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي - الطبعة الثانية - ٢٠١١ - حقوق الطبع محفوظة لدى المؤلفين.
- د. مأمون سلامة - قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض - الجزء الأول الطبعة الثانية - ٢٠٠٥.
- د. مشاري خليفة العيفان - قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة

الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٤ السنة ٣٥ - ديسمبر ٢٠١١.

- د. مشاري خليفة العيفان - دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام - دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والقانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٢ السنة ٣٥ - يونيو ٢٠١١.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Akhil Reed Amar, Fourth Amendment First Principles, 107 Harv. L. Rev. 757 (1984).
- Akhil R. Amar, The Bill of Rights as a Constitution, 100 Yale L.J. 1131 (1991).
- David A. Moran, Traffic Stops, Littering Tickets, and Police Warnings⊗ The Case For a Fourth Amendment Non- Custodial Arrest Doctrine, 37 Am. Crim. L. Rev. 1143 (2000).
- Gregory Howard Williams, Controlling the Use of Non-Deadly Force: Policy and Practice, 10 Harv. Blackletter J. 79 (1993).
- Kevin P. Jenkins, Police Use of Deadly Force Against Minorities: Ways to Stop the Killing, 9 Harv. Blackletter J. 1 (1992).
- Joshua Dressler, Understanding Criminal Law 21.02 {A}{1} (3d ed. 2001).
- Susan R. Klein, Enduring Principles and Current Crises in Constitutional Criminal Procedure, 24 Law & Social Inquiry 533 (1999).
- Thomas Y. Davies, Recovering the Original Fourth Amendment, 89 Mich. L. Rev. 547 (1999).
- Wayne R. Lafave, Search and Seizure 5.1 (c) (3d ed. 1996)

Judicial Decisions (Cases)

- Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964) .

- Atwater v. Lago Vista, 532 U.S. 318 (2001).
- Beck v. Ohio, 379 U.S. 89 (1964).
- Berkemer v. McCarty, 468 U.S. 420 (1984).
- Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969).
- Connally v. Georgia, 429 U.S. 245 (1977).
- Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971).
- Draper v. United States, 358 U.S. 307 (1959).
- Dunaway v. New York, 442 U.S. 200 (1979).
- Florida v. Royer, 460 U.S. 491 (1983).
- Franks v. Delaware, 438 U.S. 154 (1978).
- Frazier v. Roberts, 441 F. 2d. 1224 (8th Cir. 1971).
- Gerstein v. Pugh, 420 U.S. 103 (1975).
- Gooding v. U.S., 416 U.S. 430 (1974).
- Graham v. Connor, 490 U.S. 386 (1989).
- Hayes v. Florida, 470 U.S. 811 (1985).
- Henry v. United States, 361 U.S. 98 (1959).
- Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court, 542 U.S. 177 (2004).
- Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983).
- Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).
- Lo-Ji Sales, Inc. v. New York, 442 U.S. 319 (1979) .
- Mallory v. U.S., 354 U.S.449 (1957).
- Maryland v. Buie, 494 U.S. 325 (1990).
- Maryland v. Pringle, 540 U.S. 366 (2003).
- McCray v. Illinois, 386 U.S. 300 (1967).
- Minnesota v. Olson, 495 U.S. 91 (1990).
- Oliver v. United States, 466 U.S. at 176 n.6 .
- Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).
- Ornelas v. U.S., 517 U.S. 690 (1996).

- Payton v. New York, 445 U.S. 573 (1980).
- People v. Bland, 884 P. 2d. 312 (Colo. 1994).
- Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).
- Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345 (1972).
- State v. Holeman, 693 P. 2d. 89 (Wash. 1985).
- State v. Santiago, 619 A. 2d. 1132 (Conn. 1993).
- Steagald v. United States, 451 U.S. 204 (1981).
- Tennessee v. Graner, 471 U.S. 1 (1985).
- Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).
- United States v. Berkowitz, 927 F. 2d. 1376, 1386 (7th Cir. 1991).
- United States v. Crews, 445 U.S. 463 (1980).
- United States v. Driver, 776 F. 2d. 807 Â9th Cir. 1985.
- United States v. Ponce, 488 F. Supp. 226 S.D.N.Y. 1980.
- United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973).
- United States v. Santana, 427 U.S. 38 (1976).
- United States v. Watson, 423 U.S. 411 (1976).
- U.S. v. Anderson, 453 F. 2d. 174 (9th Cir. 1971).
- U.S. v. Harris, 403 U.S. 573 (1971).
- U.S. v. Montoya de Hernandez, 437 U.S. 531 (1985).
- U.S. v. Lewis, 738 F. 2d. 916 (8th Cir. 1984).
- U.S. v. Lockett, 484 F. 2d. 89 (9th Cir. 1973).
- U.S. v. Nepstead, 424 F. 2d. 259 (9th Cir. 1970).
- U.S. v. Ragsdale, 471 F. 2d. 24 (5th Cir. 1972).
- U.S. v. Sharp, 470 U.S. 675 (1985).
- Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).
- Welsh v. Wisconsin, 466 U.S. 740 (1984).
- Warden, 401 U.S. 560 (1971) v. Whiteley .

- White v. U.S., 448 F. 2d. 250 (8th Cir. 1971).
- Wilson v. Arkansas, 514 U.S. 927 (1995).
- Wilson v. Layne, 526 U.S. 603 (1999).
- Wong Sun v. U.S., 371 U.S. 471 (1963).
- Ybarra v. Illinois, 444 U.S. 85 (1979).
- Cal. Penal Code 836 (West 1985 & Supp. 2001).

ضرورة تبني المحكمة الدستورية لدرجات الفحص كمعيار للرقابة في الدعوى الدستورية

الدكتور/ فواز ثامر الجدعي
قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

يحاول البحث تكريس فكرة الأخذ بنظام التدرج في الفحص القضائي على النصوص المطعون بعدم دستوريته أمام المحكمة الدستورية، بحيث يسهل خلق نظام يقوم على تقسيم موضوعات التشريع ويخضع كل منها لدرجة معينة من درجات الفحص، وهي ثلاث درجات المشدد والمتوسط والبسيط.

ونرى أنه من المهم بمكان أن يتم تبني هذه الفكرة أو إيجاد أفكار مشابهة لها في القضاء الدستوري الكويتي فيتم فحص القوانين بشكل منهجي قضائي يسمح بفحص صياغة النص وغاياته ووسائل تحقيق الغاية. كما يخضع كل نوع من أنواع التشريع المتعلقة بالمساواة لدرجة فحص معينة تزيد أو تنقص حسب خطورة موضوع التشريع، ومدى اقتحامه لنوع معين من أنواع الحريات.

ويلاحظ أن غياب تبني درجات الفحص القضائي يكون معه الخطر أكبر بمرور القوانين المخالفة لمبادئ المساواة، وإفلاتها من الحكم بعدم الدستورية نتيجة عدم مرورها على ما يسمى بشروط أو مراحل كل درجة فحص على حدة، والتي بلا شك لو كانت قد خضعت لبعض درجات الفحص خاصة المشدد منها أو المتوسط لكان الحكم عليها بعدم الدستورية أمراً لا مناص منه.

مقدمة

إن اختصاص المحكمة الدستورية بمراقبة مدى دستورية القوانين واللوائح والمراسيم بقوانين منعقد لها وفق المادة ١٧٣ من الدستور الكويتي وليس هذا مجال البحث^(١)، ولكن البحث يركز على نقطة جوهرية تكمن في الآلية المفترضة أو

(١) وحسناً فعل المشرع الدستوري عندما ساوى بين القانون واللائحة والمراسيم بقوانين من حيث قدرة المحكمة على فحص دستوريته. وقد أخرج المشرع من ولايتها فحص مشروعية اللوائح بعد قانون إنشاء الدائرة الإدارية عام ١٩٨١. انظر: أ. د. محمد المقاطع، دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، (١٩٩٩) ص ١٦٢، ولكن قبل هذا القانون ومنذ عام ١٩٧٣ كانت المحكمة الدستورية تفحص مشروعية اللائحة ومدى مخالفتها لقانون نافذ. انظر: الطعن رقم ٣/ لسنة ١٩٨٩ (دستوري) الصادر في ٢٠ يونيو ١٩٨٩ في مسألة فحص مشروعية اللائحة من المحكمة الدستورية =

الميكانيكية واجبة الاتباع في الفحص الذي تقوم به المحكمة الدستورية، عندما تقرر رفض الطعن بعدم دستورية النص أو عند الحكم بعدم دستورية هذا النص.

بذلك يظهر عدد من التساؤلات حول مدى وجود نظرية تحدد طريقة البحث التي تتبعها المحكمة عند فحصها للنصوص المطعون بها بعدم الدستورية، وهل هناك حاجة لخلق سلم للبحث يتفاوت بحسب نوع ومضمون النص محل الطعن، وهل تعامل جميع الحقوق والقيود معاملة واحدة أم أنه يجب أن يتم التمييز بينها بحسب كل فئة على حدة.

إن درجات الفحص التي نهدف من خلال بحثنا هذا لتسليط الضوء عليها وتبنيها في نظامنا القضائي لا تعدو أن تكون نظرية قضائية يصعب أن تخلق من خلال قانون إنشاء المحكمة الدستورية ولا نظامها الداخلي من خلال لائحته، بالتالي هي طريقة يتم تبنيها من خلال المحكمة نفسها، وتكون قابلة للتغيير والتطوير كلما استدعت الحاجة لمثل هذا التغيير.

فدرجات الفحص هي عبارة عن ميزان متنوع يصلح أن يوضع بداخله النص المطعون فيه بعدم الدستورية، خصوصاً إذا تعلق النص بالحق في المساواة، بحيث تخضع النصوص لدرجة معينة من درجات الفحص، بحيث يستطيع القانون الصمود أمام الحكم بعدم الدستورية في حال استيفائه اشتراطات معينة تتطلبها كل درجة من درجات الفحص.

ولأن نظرية التدرج في الفحص القضائي وجدت في النظام الأمريكي، فكان من الواجب أن يتم تسليط الضوء على كيفية تعامل قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية مع درجات الفحص وكيفية تطبيقها، ومن ثم يكون الانتقال للقضاء الكويتي ولماذا نحتاج مثل هذه النظرية في نظامنا القضائي، وسيكون البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: نظام درجات الفحص في قضايا المساواة في المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية.

المبحث الثاني: الحاجة لنظام درجات الفحص القضائي في المحكمة الدستورية الكويتية.

= انظر أيضاً: د. تركي سطات المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية، (٢٠١١)، ١٥٢.
انظر: أ. د. عثمان عبدالمك الصالح، التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ومحاولات وضعها موضع التنفيذ، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد ٢، يونيو ١٩٨٦.
وكان في مصر سابقاً منتقد عدم فحص دستورية اللائحة انظر: د. عاطف البنا، الرقابة على دستورية اللوائح، ص ٢٨ (١٩٨٠)

المبحث الأول نظام درجات الفحص في قضايا المساواة في المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية

إن المحكمة الأمريكية العليا مرت بالعديد من المراحل في تحديد درجة الفحص the level of scrutiny بمختلف القضايا، ولكي تسهل مهمة المحكمة في حماية الدستور قامت المحكمة من خلال أحكامها المختلفة بإنشاء ثلاث درجات من الفحص، وهي الفحص المشدد strict scrutiny والفحص المتوسط Intermediate level of scrutiny والفحص البسيط rational scrutiny وهو الفحص الأقل تشدداً في المحكمة العليا.

ولكل درجة من درجات الفحص السابقة اشتراطات لا يمكن الحكم بدستورية القانون أو اللوائح أو الممارسات الحكومية إلا بعد استيفائها هذه الاشتراطات. كما أن المحكمة قامت بوضع معايير يتم تطبيق درجة من درجات الفحص لكل معيار، ولكن المعيار الأساسي هو (التصنيف) classification، فإن كان التصنيف من التصنيفات المشبوهة أو ما يطلق عليه suspect classification فإن درجة الفحص التي تطبقها المحكمة هي درجة الفحص المشدد، وإن كان التصنيف (شبه مشبوه) أو quasi-suspect classification فإن المحكمة تطبق درجة الفحص المتوسط، وفيما عدا ذلك فإن المحكمة تطبق درجة الفحص البسيط، وسنوضح شروط درجات الفحص والفئات التي تنحصر تحت كل درجة.

وغالباً ما يرتبط الفحص بحماية المساواة الواردة بالتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي^(٢). والقضايا التي تتعلق بحماية الحق في المساواة تشمل التحديات التي

(٢) All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة أو المتجنسين بجنسيته أو الخاضعين لسلطانها يعتبرون من مواطني الولايات المتحدة التي يقيمون فيها. ولا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق قانوناً ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة، كما لا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الإجراءات القانونية الأصولية. ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين.

تفرضها بعض التشريعات بتخصيص فائدة لفئة معينة أو فرض مشقة ضد فئة معينة^(٣).

والسؤال الحقيقي في قضايا الحق في المساواة هو بتقرير ما إذا كان التصنيف محل الطعن تحت ظرف معين هو أمر مسموح به أم لا. والمحكمة قد تطلق ثلاثة أسئلة من خلالها يتم الفحص وهي، أولاً: كيف قامت السلطة بتعريف الفئة سواء بالتمييز أو بفرض مشقة عليها. ثانياً: ما الهدف الذي تسعى الحكومة لتحقيقه؟ ثالثاً: هل هناك رابط ملائم بين الوسائل الحكومية وتحقيق غاياتها؟

فالمحكمة العليا تراقب المشرع وتراقب طريقة معالجته لموضوع معين، وما هي الوسائل التي اتخذها لتقديم الحل في ذلك الموضوع، فالقضاء يراقب ببساطة هل اختار المشرع أقل الوسائل تقييداً للحقوق والحريات؟ وهل هذه الوسائل أكثر ارتباطاً بالأهداف التي تسعى إليها^(٤)؟

فهذه التشريعات يتم تمييزها بشكل ممنهج عن طريق فحص الغاية الحقيقية للحكومة، فإذا كانت الوسائل غير مسموح بها والغايات مشروعة، حق للحكومة التصنيف وفق أطر قانونية. فقد قررت المحكمة العليا أن: "الحماية الدستورية تنتهك فقط عندما يقع التصنيف في أرضية لا صلة لها بغايات الحكومة"^(٥).

في الحقيقة إن الربط بين الوسائل والغايات أمر مهم للسماح بدرجة من درجات التصنيف أو التقسيم، وهذا الربط هو ما يحد من العشوائية في إصدار التشريعات دون ضابط، لذا لنفترض أن السلطة لديها غاية مشروعة من هذا التشريع ولكن الوسائل في تحقيق هذه الغاية لم تكن مناسبة، فيظهر تساؤل مفاده إلى أي درجة تقوم المحكمة أيضاً بفحص الوسائل كما تفحص الغايات؟^(٦). في قضية Morey

Geoffrey Stone...et.al, Constitutional Law, fifth ed, 501. (٣)

إن موضوع البحث ليس أسباب عدم الدستورية وما ينطوي عليه من غلط بين (الخطأ الظاهر) تجاه سلطة البرلمان التقديرية في التشريع وبحث أوجه عدم الدستورية سواء لعدم الاختصاص والشكل أو المحل أو للانحراف التشريعي، وما تمثله هذه الرقابة من حد أدنى من حدود الرقابة، انظر: د. عبدالعزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، ١٩٩٤. انظر أيضاً: د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٨٩. (٤)

McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961). (٥)

Gunther, Gerald, and Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection; 86Harv. L. Rev. 1 (1972-1973). (٦)

(1957) 354 US.457 v.Doud قضت المحكمة بعدم دستورية لوائح التشريع في ولاية إلينوي التي تعفي American Express Company من تطبيق شروطها الحاكمة لاستبدال العملة، فالمحكمة قبلت الهدف من وراء التشريع وهو "لتقديم حماية عامة مستمرة"، ولكنها أبطلت التشريع على اعتبار أن استثناء وحدة صناعة معينة وليس قسم معين من أقسام الصناعة بشكل متساوٍ يعتبر غير عقلاني.

المطلب الأول

درجة الفحص المشدد strict level of scrutiny

تعتبر هذه الدرجة من الفحص هي الدرجة الأعلى والأشد، وقد طورتها المحكمة مع مرور الزمن حيث لم يكن لها وجه محدد في التطبيق، وتطبق المحكمة هذه الدرجة (الفحص المشدد) عندما يتم انتهاك الحقوق الدستورية الأساسية على وجه الدقة المنصوص عليها في (مدونة الحقوق) Bill of Rights، وكذلك الحقوق التي تعتبر أساسية أيضاً استناداً على القواعد واجبة المراعاة وفق التعديل الدستوري الرابع عشر، أو ما يطلق عليها Due process clause، كذلك عندما تكون التصرفات الحكومية تستهدف فئة معينة بشكل مشبوه وغالباً ما يقترن بالتمييز العرقي مثلاً كأن يحصل تمييز بسبب اللون^(٧).

وقد بين الفقه الحديث أن هذا النوع من درجات الفحص لم يظهر إلا في حقبة الستينيات من القرن الماضي، ولعل السبب في تحديد وقت ظهورها هو في استخدام مصطلحات مختلفة لهذه الدرجة من الفحص، وعدم انضباط مفهوما قضائياً بل واستخدامها بشكل متعارض في بعض الحالات^(٨).

(٧) Anderson, Elizabeth S. "Integration, Affirmative Action, and Strict Scrutiny." New York University Law Review 77 (2002): 1195.

لا شك أن التمييز العرقي قد حاز مكانة واضحة في نصوص القانون الأمريكي لفترة طويلة من الزمن، مما اضطر جميع حكومات الولايات لتبني ما يعرف بالأعمال الإيجابية Affirmative Action محاولة بذلك التعويض عن بعض الفئات التي كانت مضطهدة لفترات طويلة، انظر: Greenawalt, Kent. "Judicial Scrutiny of 'Benign' Racial Preference in Law School Admissions." Columbia Law Review 75, no. 3 (April 1975): 559. doi:10.2307/1121773.

Abram, Morris B. "Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers." Harvard Law Review 99, no. 6 (April 1986): 1312. doi:10.2307/1341256.

(٨) Fallon, Richard H. Jr. "Strict Judicial Scrutiny." UCLA Law Review 54 (2007) 1267.

لقد وضعت المحكمة العليا بعض الشروط والمتطلبات لكي تتجاوز القوانين واللوائح والتصرفات الحكومية مسألة الحكم بعد دستوريته والتي يصعب على ما سبق أن تمر من درجة الفحص المشدد دون الحكم عليها بعدم الدستورية، وهذه الاشتراطات تتطلب أن يكون القانون أو اللوائح أو التصرفات الحكومية:

- ١ - مسوغة بسبب مصلحة حكومية ملحة compelling governmental interest
- ٢ - أن هذا النص تم صياغته بدقة narrowly tailored
- ٣ - أن يكون النص أو التصرف أقل الوسائل تقييداً للوصول لهذه المصلحة least restrictive means

وأغلب التشريعات التي خضعت لهذا النوع من درجات الفحص تم إلغاؤها بسبب عدم الدستورية لصعوبة توافر شروط هذا الاختبار، والمحكمة العليا دائماً ما تطبق هذه الدرجة من الفحص إذا كان التصنيف يستهدف (العرق)^(٩) نوع المواطنة national origin أو الأصل الأجنبي (alienage)^(١٠) ويغلب على الشرائح السابقة أنها قد تكون واجهت تمييزاً واضطهاداً من قبل الحكومة أو من قبل المجتمع في الولايات المتحدة الأمريكية. أما في القضايا التي تتعلق بحرية التعبير إذا كان النص يستهدف محتوى معيناً content based، فإن المحكمة ستخضع النصوص محل الفحص لدرجة الفحص المشدد والتي غالباً سيحكم عليها بعدم الدستورية^(١١).

وقد وصف البروفيسور Gerald Gunther درجة الفحص هذه أنها "متشددة نظرياً وقاتلة واقعياً" بمعنى أنها قطعية الإلغاء لأي نص يخضع لفحصها^(١٢). ولكن على الرغم من هذا فقد حكم بدستورية العديد من القوانين والإجراءات التي خضعت لهذه الدرجة من الفحص؛ مما يدحض المقولة السابقة، بل وأن القاضي O'Connor التي تبنت المقولة السابقة بخصوص عدم قدرة أي قانون على الصمود أمام درجة الفحص المشدد، هي من أيدت تلك القوانين ووضعت نظاماً لتطبيقها تجنباً لخلق

(٩) Washington v. Davis, 426 U.S. 299 (1976).

See, RUTH Colker, Anti-Subordination above All: Sex, Race, and Equal protection. 61 N.Y.U.L. NREV. 1003, 1005, 1007 (1986).

(١٠) Hernandez v. Texas, 347 U.S. 475 (1954).

(١١) انظر:

406 U.S. 205 (1972), Williamson v. Yoder

Skinner v. State of Oklahoma, ex. rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942).

(١٢) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

عقبات لا يمكن التغلب عليها بإبطال النصوص دون تمييز، وأثبتت الإحصائيات أن ما يقارب ٣٠٪ من القوانين والإجراءات حكم بتأييد دستوريته باستخدام درجة الفحص المشدد^(١٣). لذلك على الرغم من تشدد هذا النوع من الفحص لكنه ترك مجالاً لمرور القوانين من خلاله في بعض الأحيان.

بل أن المحكمة قد أيدت تمييزاً عرقياً واضحاً وذلك في قضية Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)، عندما أيدت قراراً عسكرياً بحظر إقامة أي أمريكي من أصول يابانية في الساحل الغربي بعد ضربة ميناء هاربر من القوات الجوية اليابانية. وقد وضعت خارطة الطريق لدرجة الفحص المشدد في قضية United States v. Carolene Products Co. في الفقرة ٤^(١٤) والتي كتبها القاضي Harlan Stone والتي تقرأ كالاتي:

"قد يكون المجال أضيق لإعمال قرينة الدستورية عندما يظهر التشريع ضمن إطار الحظر في الدستور بشكل واضح، مثل تلك التعديلات العشرة الأولى والتي تعتبر محددة بشكل متساوٍ لتكون مشمولة ضمن التعديل الرابع عشر.

وليس من الضروري الآن لنظر ما إذا كان التشريع الذي يقيد هذه الإجراءات السياسية والتي يمكن عادة أن يتم توقع أن تلغي التشريعات غير

(١٣) Adam Winkler, FATAL IN THEORY AND STRICT IN FACT: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF STRICT SCRUTINY IN THE FEDERAL COURTS 59 Vand. L. Rev. 793 (2006).

(١٤) There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth...

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious ... or national ... or racial minorities ...: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.

المرغوبة، هو أن تخضع لرقابة قضائية أكثر تشدداً تحت المحظورات العامة في التعديل الرابع عشر أكثر من غيرها من التشريعات ولا الحاجة للاستعلام، عما إذا كانت الاعتبارات المماثلة تدخل في فحص القوانين التي تستهدف الأقليات الدينية خاصة... أو الوطنية أو العرقية...، وما إذا كان التحيز ضد الأقليات المنفصلة والمعزولة قد تشكل حالة خاصة، والتي تميل بجدية للحد من تشغيل تلك العمليات السياسية عادة ليتم الاعتماد عليها لحماية الأقليات، والتي قد تستدعي إجراء المزيد من التحقيق القضائي المقابل"

فكانت عبارة "المزيد من التحقيق القضائي" "more searching judicial inquiry" هي المصدر لتبني نظام الفحص المشدد لاحقاً^(١٥). وكانت هذه الدرجة من الفحص معدة تاريخياً لحماية الأقليات من التقسيم بسبب العرق، وبسبب الأصل الوطني، أو الأصل الأجنبي^(١٦) التي لن تجد تمثيلاً حقيقياً لها في العملية الديمقراطية، مما اضطر القضاء للتدخل بتشديد درجة الفحص إذا انطوت الشبهات على تمييز في المعاملة. ولكن سرعان ما أضافت المحكمة للحالات التي تخضع لهذه الدرجة من الفحص حالة "الحقوق الأساسية" وإن كانت تتعلق بفئات ليست مستضعفة سياسياً^(١٧)،

المحكمة العليا قالت هذه العبارة في ١٩٣٨ وهي تحاول الخروج من الحطام الدستوري الذي وقعت فيه قبل عام من تاريخ الحكم الصادر عندما استسلمت بعد انتصار الدولة فيما يعرف بالاتفاق الجديد New deal^(١٨) الذي تبناه الرئيس الأمريكي روزفلت آنذاك والتي كانت سابقاً تعتبرها المحكمة العليا تدخل في الاقتصاد وهي ما كانت ترفضه سابقاً^(١٩).

(١٥) Pettinga, Gayle Lynn. "Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name." Indiana Law Journal 62 (1987 1986): 779.

(١٦) See, Palomre v. Sidoti, 466 U.S. 429 (1984); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967); Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954); Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

(١٧) Skinner v. State of Oklahoma, ex. rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942).

في هذه القضية قامت المحكمة بتطبيق درجة الفحص المشدد على الرغم من أن الحالة لا تشتمل على تقسيم لفئة مستضعفة عرقياً، وهنا تم ضم الحالات التي تنطوي على انتهاك للحقوق الأساسية الدستورية ضمن هذه الدرجة من الفحص.

(١٨) BEYOND CAROLINE PRODUCTS 98 Harv. L. Rev. 713 (1985)

(١٩) Lochner v. New York, 198 (1905)

وقد كانت المحكمة في هذه الفترة قد أسقطت المئات من القوانين التي سعت لتقييد الحرية الاقتصادية في جميع المناطق، منها الحد الأعلى لساعات العمل أو الحدود الدنيا للأجور =

من التقسيمات أو التصنيفات التي تخضع لهذه الدرجة من الفحص هي التقسيمات العرقية على سبيل المثال في قضية *Strauder v. West Virginia* 100.U.S. 303 (1880)، وقد كان المدعي من العرق الأسود وقد حكم عليه بجناية قتل من قبل هيئة محلفين مشكلة فقط من البيض بسبب تشريع صادر من الولاية حصرت تشكيل هيئة المحلفين من البيض، فقررت المحكمة أن هذا التشريع يخالف التعديل الرابع عشر.

المطلب الثاني

درجة الفحص المتوسط Intermediate level of scrutiny

احتاجت المحكمة لسد الفراغ الواقع بين درجتي الفحص المشدد والفحص البسيط، وهنا ظهرت الحاجة لدرجة الفحص المتوسط، وتحتل هذه الدرجة موقع المنتصف بين درجتي الفحص المتشدد والفحص البسيط، حيث يجب أن تكون النصوص محل الفحص تخدم مصالح حكومية مهمة، وأن تكون هذه الوسائل متصلة بشكل كبير لتحقيق تلك المصالح^(٢٠). تخضع بعض التقسيمات لهذا النوع من الفحص منها التقسيم بسبب الجنس sex-based classification والتقسيم بسبب عدم الشرعية Illegitimacy أو بسبب الميل الجنسي sexual orientation.

وقد قررت المحكمة العليا لأول مرة أن تطبق هذا النوع من الفحص على التقسيم بسبب الجنس في قضية *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)^{(٢١)(٢٢)}، وأكدت المحكمة أن: "التقسيم بسبب الجنس من قبل قانون ولاية أوكلاهوما غير دستوري لأن الإحصائية التي ارتكزت عليها الولاية لم تكن كافية لتظهر علاقة جوهرية بين القانون وبين المنفعة العائدة منها" فقررت المحكمة أن الحكومة يجب أن تظهر وجود أهداف حقيقية.

كانت هذه الدرجة من الفحص قد بدأت مع التقسيمات شبه المشبوهة والتي

= وقوانين حماية المستهلك استناداً على نظرية القواعد المرعية في التعديل الرابع عشر من الدستور.

(٢٠) Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, second Edition, p 568 (1988).

(٢١) Shalleck, Ann. "Revisiting Equality: Feminist Thought about Intermediate Scrutiny." *American University Journal of Gender and the Law* 6 (1998 1997): 31.

(٢٢) في هذه القضية صدر قانون من ولاية أوكلاهوما يقرر منع بيع الخمور غير المسكرة ذات النسبة ٣,٢٪ لمن هم أقل من ٢١ سنة من الذكور وأقل من ١٨ سنة للإناث.

كانت توجه مثلاً بسبب الجنس كالتمييز ضد المرأة، ولكن المحكمة العليا لاحقاً في بداية ثمانينيات القرن الماضي قامت بتوسعة الشرائح الداخلة ضمن هذه الدرجة من الفحص^(٢٣).

المطلب الثالث

درجة الفحص البسيط Rational scrutiny

في هذا النوع من درجات الفحص يجب أن يكون النص محل الفحص مرتبطاً بشكل عقلائي مع المصالح الحكومية المشروعة، وهذه الدرجة تعتبر أقل درجة فحص تملكها المحكمة، وهي درجة الفحص العادية التي تطبقها المحكمة في القضايا المنظورة أمامها، وفيها تسأل المحكمة "ما إذا كان التصرف الحكومي هو الوسيلة المناسبة لغايات حكومية مشروعة السعي".

وهذه الدرجة من الفحص وجدت أساساًها في قضية *McCulloch v. Maryland*^(٢٤) عندما تبنت المحكمة ارتباط الغاية، بالوسيلة، حتى أتت قضية *United States v. Carolene Products Co* وأصبحت هذه الدرجة من الفحص منفصلة عن درجة الفحص المشدد كما سبق شرحه.

وهذه الدرجة تطبق على التحديات الدستورية في القانون الفيدرالي وقانون الولايات، وعلى التشريعات والتصرفات الرئاسية، سواء أكانت إجرائية أم موضوعية، وكانت أغلب النصوص محل الطعن والتي كانت خاضعة لهذه الدرجة من الفحص استطاعت الصمود، ولم تقم المحكمة بإبطالها طالما كانت الوسيلة المتبعة تخدم مصلحة حكومية مشروعة^(٢٥).

Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).

(٢٣)

في هذه القضية قامت المحكمة بإبطال القانون الذي يحرم أبناء المقيمين إقامة غير شرعية من حق التمكين من التعليم المجاني.

McCulloch v. Maryland, 17 (1819).

(٢٤)

(٢٥) ومع ذلك هناك عدد من القضايا التي قامت المحكمة بإبطال النص باستخدام درجة الفحص البسيط.

See Logan v. Zimmerman Brush Co., 455 U.S. 422 (1982).

المبحث الثاني الحاجة لنظام درجات الفحص القضائي في المحكمة الدستورية الكويتية

إن الميكانيكية في آليات الفحص القضائي هي آلية فنية صرفة لا تحتاج - من وجهة نظرنا - لنص يقررها فهي عبارة عن آلية المحكمة في الفحص وفي اختيار درجات الفحص في حال تعددها، وهي لا تصلح أن تكون إلا نظرية قضائية لا تستطيع نصوص التشريع وضعها في إطار نصي.

إن الفاحص لأحكام المحكمة الدستورية يلاحظ غياب درجات الفحص في أحكامها، سواء برفض الطعون بتعدد أسبابها أو عند الحكم بعدم الدستورية في الطعون الدستورية المتعلقة بالحق في المساواة، وبناء عليه يصعب حقيقةً تحديد توجه المحكمة في المستقبل وفي القضايا المنظورة، بل ويصعب معرفة فيما بنت عليه أحكامها السابقة، ومن هنا تأتي الحاجة لتحول بعض المفاهيم لدى المحكمة الدستورية بتبني كل ما من شأنه أن يرفع من مستوى أداء المحكمة. وقد سبق في عديد من الأحيان أن غيرت المحكمة الدستورية في بعض مفاهيمها التي سبق أن استقرت عليها قديماً، وكان في هذا التحول تطور في عمل المحكمة بما يخدم الدستور الذي ما كان إنشاء المحكمة إلا لحمايته^(٢٦). فعلى سبيل المثال كانت جميع أحكام وقرارات المحكمة الدستورية تصدر بالإجماع على الرغم أن قانون إنشاء المحكمة يسمح بأن تصدر الأحكام بالأغلبية مع إرفاق رأي الأقلية إن وجد^(٢٧). ومع ذلك منذ نشأة المحكمة الدستورية لم يصدر لها أي حكم بأغلبية أعضاء هيئة المحكمة رغم سماح النص بذلك^(٢٨)، حتى تاريخ ١٨/٣/٢٠١٥ عندما أصدرت حكمها في الطعن الدستوري

(٢٦) انظر مثلاً: د. عادل الطبطبائي، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية للطعن المباشر

(دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السابعة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢

(٢٧) المادة ٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ "يدعو رئيس المحكمة أعضائها للانعقاد كلما

اقتضت الحاجة ويخطرهم بتاريخ الاجتماع ومكانه قبل الموعد المحدد بوقت كاف، ويجب أن يرفق بكتاب الدعوة جدول الأعمال وما يتعلق به من وثائق.

ولا يكون انعقاد المحكمة صحيحاً إلا بحضور جميع أعضائها، وتصدر الأحكام بأغلبية آراء الحاضرين، ويجب أن يتضمن الحكم أسبابه مفصلة، مع إرفاق رأي الأقلية أو آرائها وما تستند إليه من أسباب.

وتنشر الأحكام ومرفقاتها في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من صدورها.

(٢٨) انظر: أ. د. محمد المقاطع مرجع سابق، ص ٤٢. انظر أيضاً: د. تركي سطات المطيري،

الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية، (٢٠١١) ص ٤٢٦.

المتعلق بقانون التجمعات والذي قررت فيه رفض الطعن بأغلبية الآراء، وهذا يعتبر تحولاً إيجابياً في موقف المحكمة بالسماح بالاختلاف في الحكم، ولو الحكم كان ناقصاً عندما لم يتم إرفاق رأي الأقلية في طياته، وإن كان ما يهمننا في الأمر هو التطور الجزئي في السماح بالاختلاف في الرأي والحكم بين أعضاء هيئة المحكمة.

إن الفاحص لأحكام المحكمة الدستورية والقاضية بعدم دستورية بعض النصوص القانونية أو اللائحية يرى أنها كانت بسبب (التعارض النصي بين النصوص المطعون بها وبين النص الدستوري) وفي هذه الحالات لا يصعب معها التوصل لعدم الدستورية. ولكن الصعوبة لا تكمن في حالة التعارض النصي الظاهر، إنما في حالة التعارض الباطن بين النص والدستور، وإن كنا هنا لا نناقش ملائمة النصوص وتطبيقاتها بقدر ما نناقش وجهاً من أوجه عدم الدستورية "غير الظاهر" من حيث النص^(٢٩).

المطلب الأول

خلو أحكام المحكمة الدستورية وقرارات لجنة فحص الطعون من نظام درجات الفحص

يكن موقف المحكمة الدستورية عند التصدي في فحص الطعن الدستوري بأن يتم فحص التعارض النصي بين الدستور والنصوص التشريعية الأصلية أو الفرعية حيث يكمن اختصاصها^(٣٠)، وهذا لا شك يؤدي لإضعاف الحماية الحقيقية للشرعية الدستورية، مما يؤدي لإهدار العديد من المبادئ الدستورية بالتبعية. لا يخفى بأن الموقف السلبي للمحكمة من عدم تبني نظام درجات الفحص القضائي قد يكون وراءه هدف ما، كـرغبة المحكمة في عدم الولوج في بواغث التشريع ودوافع المشرع وراء النص، وهي إحدى مراحل نظام التدرج القضائي، فهذا ما نصت عليه صراحة المحكمة الدستورية الكويتية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧/٤/١٩٩٩ عندما قررت " .. إذ من المقرر أن ملاءمة التشريع والباعث على إصداره هو من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيد بها الدستور بحدود وضوابط معينة..."^(٣١) وهذا على اعتبار أن فحص ملاءمة

(٢٩) وإن كانت ملاءمة النصوص تحتاج إلى موقف آخر من القضاء الكويتي، وترك الاتجاه السلبي فيما يتعلق بنظرية الملاءمة.

(٣٠) أ.د. محمد المقاطع، دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، (١٩٩٩)، ١٥٦.

(٣١) الطعن رقم ٢/١٩٩٩ (دستوري) نشر بالعدد ٤١٠ لسنة ٤٥ من الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بتاريخ ٩/٥/١٩٩٩.

التشريع أو الباعث على إصداره يؤدي بالمحكمة لفحص البدائل السياسية المحيطة بالنص، أو اختيار البدائل التي كانت لدى المشرع وقت الصياغة، مما يؤدي لإحلال إرادة المحكمة الدستورية بدلاً من إرادة السلطة التشريعية^(٣٢).

فهناك العديد من المحاكم الدستورية ترى بأن مثل هذا الفحص يعتبر مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذه الفكرة كثرت حولها الآراء والدراسات سواء في الوطن العربي أو الولايات المتحدة الأمريكية^(٣٣). فأنصار هذا الرأي يرون بأن القاضي الدستوري في هذه الحالة يضع إرادته إلى جانب إرادة المشرع في اختيار الحلول المناسبة عن طريق التشريع، بل في بعض الأحيان تتغلب إرادة القاضي الدستوري على إرادة المشرع^(٣٤). كما أن هناك تخوفاً من أن تتحول المحكمة الدستورية حكماً على كل السلطات بمخالفة مبدأ الفصل بينها^(٣٥)، وتصبح كحكومة القضاء التي كانت موجودة في الولايات المتحدة قديماً^(٣٦). ومما لا شك فيه أن عمل المحكمة يمس أعمال الحكومة وقدرتها على تنفيذ سياساتها، بالتالي فالصراع بين القضاء والسلطات السياسية أمر لا مفر منه، تفرضه النزاعات المعروضة على المحكمة بحكم اختصاصها.

إن الجدل القضائي والفقهى مستمر حول تبني مدى جواز فحص البواعث والدوافع وبالتبعية تبني درجات الفحص، ولعل المحكمة الدستورية في الكويت تتبنى الرأي القائل بعدم الولوج في هذا المعترك، خصوصاً وأن أحكامها كاشفة ولها خاصية الرجعية بالإلغاء^(٣٧). لأن تبني الموقف الآخر من قبل المحكمة سينجم عنه حتماً ردود

(٣٢) د. يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، (١٩٩٩)، ٩٢.

(٣٣) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، (١٩٥٨) ص ٤٦٠

(٣٤) أ. د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، (٢٠٠٢)، ص ٥٠٠.

(٣٥) د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، (١٩٩٨) ص ٢٧٨.

(٣٦) المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والانحراف التشريعي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، (٢٠١٣)، ٢٥٢.

انظر: د. فاروق عبدالبر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، (٢٠٠٤) ص ١٨.

(٣٧) انظر: د. إبراهيم محمد حسنين، د. أكرم الله إبراهيم محمد، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري المصري، دراسة مقارنة مع النظامين الكويتي والبحريني، منشأة المعارف، (٢٠١٣) ص ١٠٦.

فعل سياسية حول ما إذا كان القاضي الدستوري قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات في هذه الحالة^(٣٨). ولكن الهدف الأعلى من وراء خلق السلطات وخلق جهة قضائية كالمحكمة الدستورية هو حماية الدستور، والتي تستلزم قيام مثل هذا الفحص؛ لأن الدستور هو الأولى بالإعمال من مشاعر أعضاء السلطة التشريعية عند قيام المحكمة بتبني درجات الفحص وما ينتج عنه من فحص البواعث والأهداف وراء التشريع. فالدور السياسي للقاضي الدستوري ليس محلاً للاستغراب، حيث يلعب القاضي الدستوري هذا الدور ولو حرص على عكس ذلك، وهذا الأمر قد يكون عن طريق قيامه بفحص بواعث التشريع والتي قصدها المشرع، أو عبر الأثر من الأحكام الدستورية التي تبطل التشريع الموصوم بعدم الدستورية بأثر رجعي^(٣٩).

ولكن هناك حقيقة لا يمكن للمحكمة أن تتجاهلها وهي أن الانحراف التشريعي يلزمها بفحص البواعث والدوافع من التشريع، وما إذا كانت أغراض المشرع من التشريع لا تتعارض مع المصلحة العامة^(٤٠)، وما إذا كان النص يخدم مصالح حكومية سواء أكانت ملحة أم مشروعة بحسب كل درجة من درجات الفحص.

إن المحكمة الدستورية في الكويت تخلو جميع أحكامها من تبني درجة من درجات الفحص في جميع قضاياها، وهذا ما سنورد له بعض الأمثلة الدالة على ذلك:

١ - الطعن الدستوري رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٦ (دستوري)^(٤١):

وتتلخص وقائعها بإقامة المدعية (محقة في الإدارة العامة للتحقيقات) بتقديم دعوى ضد كل من ١- مدير الإدارة العامة للتحقيقات ٢- رئيس ديوان الخدمة المدنية ٣- رئيس مجلس الخدمة المدنية ٤- وكيل وزارة الداخلية، أصلياً: بأحقيتها في صرف بدل السكن المقرر لدرجة وظيفتها، واحتياطياً: بجدية الدفع بعدم دستورية

(٣٨) ولا يخفى حالياً من أن المحكمة الدستورية قد تلقت العديد من الملاحظات السياسية بالسلب والإيجاب في قضايا مختلفة تتعلق ببطلان مجلسي أمة متعاقبين سنة ٢٠١٢، وهذا أمر لا بد منه على اعتبار اشتراك المحكمة الدستورية وباقي السلطين في خلق العوامل السياسية في الدولة.

(٣٩) د. محمد صلاح السيد، الدور السياسي للقاضي الدستوري، دار النهضة العربية، (٢٠١٠)، ص ١٣.

(٤٠) د. زكي النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، (١٩٩٧)، ص ٢٢٥.

(٤١) الصادر بتاريخ ٢٣/٩/٢٠٠٧ نشر بالعدد ٨٣٩ لسنة ٥٣ من الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بتاريخ ١٠/٧/٢٠٠٧.

الفقرة الثانية من المادة الثانية والبند ٥ من المادة الثالثة من قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) لسنة ١٩٩٢ بشأن إسكان القضاة وأعضاء النيابة العامة وإدارة الفتوى والتشريع المعدل بالقرارين (١١٦٢) لسنة ١٩٩٢ ورقم (٧٣٤ - سابعاً) لسنة ١٩٩٤ المنصوص في المادة الثانية منه على أن: "يكون للقضاة وأعضاء النيابة العامة وإدارة الفتوى والتشريع الكويتيين الخيار بين تخصيص السكن الحكومي أو تقاضي بدل سكن بواقع: ٢٠٠ د. ك للأعزب، ٣٠٠ د. ك للمتزوج.

كما نصت المادة الثالثة على أنه: "لا يجوز تخصيص سكن حكومي أو منح بدل سكن للفئات التالية:.... (٥) الإناث إلا إذا كن متزوجات بشرط ألا تكون مالكة لعقار....

وقد دفعت المدعية بعدم دستورية القواعد سالفه الذكر فيما تضمنته من قصر صرف بدل السكن للأعزب وللمتزوج، بينما تحرم منها الإناث ماعدا المتزوجات، بالتالي تكون المحققة العزباء محرومة من هذه الميزة فيما يتمتع بهذه الميزة المحقق الأعزب على الرغم من أن المادة ١١ من القانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠٠١ قد جعلت معيار استحقاق هذه الميزة بشغل وظيفة عضو بالإدارة العامة للتحقيقات سواء كان ذكراً أم أنثى، بما يخل بمبدأ المساواة، كما ينطوي على قيام مجلس الخدمة المدنية بالتعدي على سلطة التشريع التي يملكها المشرع بمخالفة مبدأ الفصل بين السلطات وكانت المواد المزمع مخالفتها هي (٧، ٨، ٢٩، ٣٠، ٥٠، ٧٢).

وقررت المحكمة في سبيل توصلها للحكم بعض القواعد منها

"حيث إن مبدأ المساواة يعد ركيزة أساسية للحقوق والحريات جميعاً، ودعامة من دعائم المجتمع وميزاناً للعدل والإنصاف وقيداً على المشرع لا يتعداه فيما يسنه من الأحكام، والمقصود بهذا هو ألا يفرق بين الناس فلا يحرم أحداً شيئاً من الحقوق ولا يقلل أحداً من الواجبات العامة أو يضعه في أي الأمرين موضعاً خاصاً، بل يعتبر الجميع في ذلك بمنزلة سواء لا تفرقة بينهم أو تمييز، وهذا المبدأ غايته صون هذه الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز وأشكاله التي تنال منه، سواء أكان ذلك بإنكار أصل وجودها أم بتعطيلها أو الانتقاص من آثارها، بما يحول دون ممارستها أو مباشرتها أو الانتفاع بها على قدم المساواة بين أصحابها..."

ثم عندما أتت المحكمة لتقرر مدى تجاوز مجلس الخدمة المدينة لصلاحياته قررت التالي:

"ومن ثم يكون مجلس الخدمة المدنية في هذا الصدد قد أقام التفرقة بين الذكور والإناث وأقام تمييزاً تحكيمياً منهياً عنه على أساس من الجنس على نحو تتنافر به المراكز القانونية المتماثلة والمتحدة خصائصها، مخالفاً بذلك مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة ٢٠ من الدستور، مما يتعين معه القضاء بعدم دستورية النص الطعين".

– تعليقنا على هذا الحكم:

وإن كنا نؤيد المحكمة في النتيجة التي توصلت إليها في هذه الدعوى ولكننا نختلف معها في عدم معرفة الميكانيكية التي استخدمتها ووسائلها للتوصل لمثل هذه النتيجة، فما هي وحدة القياس الدستورية التي وضعت فيها المحكمة هذا النص المطعون فيه لتقرر لاحقاً بتجاوز هذا النص للحدود الدستورية المسموح بها^(٤٢).

فعلى سبيل المثال كان يجب أن تثبت المحكمة عن ١- الغاية من وراء هذا النص ولماذا قام ديوان الخدمة المدنية بذلك على فرض أنه لم يتجاوز حدود اختصاصه، وهذا ما لم يكن متوافراً من وقائع القضية، بل أن الدفع المقدم من الفتوى والتشريع هو انتفاء مصلحة المدعية، ولم يدافع عن سبب وجود مثل هذا النص في قرار الخدمة المدنية ٢- ثم كان يجب على المحكمة أن تسأل هل الوسيلة التي اتخذتها الحكومة مؤدية لهذه الغاية ٣- ثم تثبت حتى في حال وجود الغاية والوسيلة في هذه القضية ما إذا كانت هذه الوسيلة هي أقل الوسائل المتاحة للوصول لهذه الغاية.

وهذا ما لم تقم به المحكمة - من وجهة نظرنا - مما يجعل الحكم وإن اتفقنا معه من حيث النتيجة التي توصلت إليها المحكمة غير قائم على استخدام أدوات قياس قضائية لفحص النصوص المنظورة أمامها من الناحية الدستورية.

٢ - الطعن الدستوري رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ (دستوري)^(٤٣):

وتتلخص وقائعها بأن مدرسة لغات في جامعة الكويت أقامت دعواها بسبب قيام الجامعة بوقف صرف بدل السكن على أساس أن زوجها يتمتع بسكن حكومي، ولما

(٤٢) ولا شك أن القضاء الإداري المصري أكثر نزجاً في تبني بعض الأدوات في فحص المشروعية من خلال فحص الوسائل التي تستخدمها الإدارة للوصول لأهدافها، وكذلك فحصها للمحل. انظر: د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ص ١٢٣ (١٩٧٨).

(٤٣) الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٢ نشر بالعدد ٣٢٣ لسنة ٥٣ من الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٧.

كانت لائحة الرعاية السكنية في جامعة الكويت الصادرة بقرار وزير التربية والتعليم العالي الرئيس الأعلى للجامعة بقرار (٣٠) لسنة ٢٠٠١ قد اشترطت في المادة الثانية بند (ج) للاستفادة من تلك الميزة وتقاضي البديل ألا يكون الزوج أو الزوجة متمتعاً برعاية سكنية من أي نوع ومن أي جهة كانت، ولكن في حالة المدعية فقد كان زوجها يتمتع برعاية سكنية يشملها هو وزوجته الأولى وأولاده منها دون المدعية وهي الزوجة الثانية، مما حملها بالطعن على عدم دستورية نص المادة سالف الذكر بسبب حرمانها من هذه الميزة لسبب لا يتعلق بمتطلبات الوظيفة أو طبيعتها بمخالفة نصوص الدستور (٨، ٩، ٢٩).

والمحكمة في هذه القضية قامت بالمزج بين أكثر من نظرية فهي ابتداءً رفضت قبول الدعوى الدستورية لانقضاء المصلحة الشخصية للمدعية في الفصل في مدى دستورية النص المطعون فيه.

ولكن قررت المحكمة مبدأ هاماً وهو في العبارة التالية "ولا يغير من ذلك أن الجهة الإدارية تنازعها في هذا الصدد، لأن الضرر في هذا الشأن لا يتصل مباشرة بالنص المطعون فيه، وإنما يتصل بالتطبيق الخاطئ له..".

وكان المحكمة في هذه العبارة تبنت ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أمريكا من تقرير عدم دستورية التطبيق وليس النص، وهو ما يعرف بمصطلح Unconstitutional as-applied^(٤٤)، وعندها لا يتم الحكم بعدم دستورية النص، وإنما تقرر المحكمة بأن تطبيقات النص غير دستورية على القضية المعروضة أمامها. والحقيقة إن التفصيل في هذه النظرية يحتاج إلى مجال بحثي آخر، ولكن ما يهمنا معرفته بأن المحكمة كما هي في الكويت تحاول أن تجعل الحكم بعدم الدستورية آخر وسائل العلاج، فإن كانت هناك وسيلة أقل تكلفة في التوصل لذات النتيجة فإنها تلجأ إليها في سبيلها للابتعاد عن الحكم بعدم دستورية النص.

وينصب على هذا الحكم ذات النقد الموجه على الحكم السابق، وهو افتقار الحكم لأدوات قياس فحص النصوص المطعون بها أمام المحكمة، وفي هذه القضية تحديداً هناك العديد من الأسباب التي قد يتم إدراجها لتبرير النص أو حتى تطبيقات النص. إن هذه القضية تحديداً قد فتحت المجال لتبيان القصور التشريعي أو الخلل في التطبيق على مسائل ترتبط بالمجتمعات الإسلامية ارتباطاً وثيقاً وهي مسألة تعدد الزوجات، فعندما وضع النص المقرر لحق عضو هيئة التدريس ببديل سكن حتى يحظى بالرعاية

National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998),

(٤٤)

السكنية هو أو الزوج، من الواضح أنه غفل عن مسألة تعددية الزواج في النظام الإسلامي، لذلك التقيد بالمعنى الحرفي لنص قرار قانون الخدمة المدنية يجعل مسألة حرمان الزوجة الثانية من بدل السكن بسبب تمتع زوجها بالرعاية السكنية هو وزوجته الأولى أمراً جائزاً، بينما تبني المفهوم الموضوعي في تفسيرات النصوص يؤيد ما ذهب إليه المحكمة من أن تطبيق هذا النص على هذه الحالة تحديداً يعد توسعاً من قبل الإدارة مخالفاً للقانون، إذ أن الهدف هو التأكد من تمتع عضو هيئة التدريس بالسكن وإلا استحق صرف البديل المقرر بالقانون.

ولكن كان من الممكن وفق استخدام نظريات الفحص القضائي أن تبرر الحكومة هذا التوجه في النص أو في تطبيقاتها للنص^(٤٥) بالتالي، يكون من ضمن وسائل الفحص وضع التبريرات للنصوص القانونية وتطبيقاتها تحت رقابة المحكمة.

٣ - قرار لجنة فحص الطعون في الطعن (٩) لسنة ٢٠١٠:

تتلخص وقائع الدعوى في أن الطاعن أقام على مدير عام المؤسسة العامة للرعاية السكنية دعوى رقم (٤٩٤٥) لسنة ٢٠٠٨ تجاري مدني كلي حكومة-٥ بطلب الحكم بإلزامه بتخصيص مسكن عائلي له ولأسرته منذ تاريخ زواجه الحاصل عام ١٩٩٤ على أساس أنه حصل على الجنسية الكويتية عام ٢٠٠٦، وقد تقدم بطلب توفير الرعاية السكنية له ولأسرته في أغسطس ٢٠٠٨، وأثناء نظر الدعوى قام بالدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (١٥) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٩٣ بشأن الرعاية السكنية والمضافة بالقانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٥، فيما نصت عليه "تحسب أولوية الحاصلين على الجنسية الكويتية بالتأسيس بعد العمل بهذا القانون من تاريخ توافر شروط تقديم طلب الرعاية السكنية فيهم قبل حصولهم على هذه الجنسية".

وقد حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه، وسببت الحكم على الآتي:

"لما كان كذلك، كان الأصل في الجنسية الكويتية بالتأسيس أنها تثبت لمن تتوافر فيه الشروط والوقائع المتطلبة طبقاً لقانون الجنسية رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩، فالجنسية الكويتية بالتأسيس مركز قانوني يستمده الشخص

(٤٥) كأن تبرر بأن التوجه الحكومي هو تقليل مسألة تعدد الزوجات، أو أن تبرر تصرفها بأن هذه المسألة لو تركت لاستحق كل شخص متزوج من أكثر من امرأة بدل للسكن حتى يتمكن منزل لكل واحدة منهن.

من القانون، وأن ما عسى أن يصدر من قرار بذلك لا يعدو أن يكون كاشفاً وليس منشئاً، في حين أن اكتساب الجنسية الكويتية بطريق التجنس لا يتم إلا بموجب مرسوم يصدر بمنحها وبعد موافقة مجلس الوزراء، ويخضع الأمر في ذلك لمطلق تقدير الدولة بحسب سياستها المرسومة، وطبقاً لما تراه محققاً للمصالح العليا للبلاد بعد وزن كافة الاعتبارات التي تحفظ للجنسية قدرها وعزتها، فالجنسية الكويتية بطريق التجنس مركز قانوني ينشأ للشخص بمقتضى المرسوم الصادر بمنحها، ومن تاريخ الحصول عليها ولا يترد إلى تاريخ سابق، ومتى كان ما تقدم وكان الواضح عدم تماثل المراكز القانونية لأفراد كل من الطائفتين، وبالتالي يغدو ادعاء الطاعن بقيام شبهة بعدم دستورية النص المطعون فيه على غير أساس صحيح، فضلاً عن أنه وقد حصل على الجنسية الكويتية بطريق التجنس فإنه يكون غير مخاطب أصلاً بالحكم الوارد بهذا النص..".

فالمحكمة رفضت الطعن ورأت بأن النص لا ينطوي على شبهة تمييز، بالتالي لا يخالف المادة ٢٩ من الدستور^(٤٦)، وقررت أن الكويتي بالتأسيس والكويتي بالتجنس ليسوا في مركز قانوني واحد، وقد جعلت معيار هذه التفرقة الاختلاف في آلية الحصول على الجنسية والأداة المستخدمة، فرأت أنه بسبب وجود اختلاف في تكييف قرار الجنسية الكويتية حيث يكون كاشفاً في حالة الكويتي بالتأسيس بينما يكون منشئاً في حالة التجنيس، فذلك يجعل المنتمين للطائفتين ليسوا في حالة تشابه للمراكز القانونية مما يبرر التمييز بينهما.

حقيقة أن الآلية التي اتبعتها المحكمة للتوصل لتلك النتيجة مبهمة وغير واضحة، وهي كذلك لعدم استخدام المحكمة لقواعد فحص الدستورية التي ندعو إليها، وهي مثلاً ما الهدف الذي من أجله قام القانون المطعون فيه بتمييز الكويتي بالتأسيس من حيث احتساب تاريخ استحقاقه للرعاية السكنية من تاريخ توفر شروط هذه الرعاية ولو كانت قبل الحصول على الجنسية، بينما لا تحسب ذات المدة في حق الحاصل عليها بالتجنس، وفي ذلك شبهة واضحة في التمييز بينهما في حق الرعاية السكنية، كما يظهر تساؤل ما الذي حدا باللجنة للنظر في أداة الحصول على الجنسية سواء أكانت بقرار أم بمرسوم لكي تبرر مثل هذه التفرقة في المعاملة بالحق في الرعاية

(٤٦) الناس سواسية في الكرامة الإنسانية وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين.

السكنية، فإن كانت الطائفتان تختلفان في آلية الحصول على الجنسية، إلا أن ذلك ليس مبرراً للتمييز بينهما بعد ثبوت المواطنة على أساس نوع الجنسية^(٤٧).

نستنج من هذه الأمثلة من الأحكام بأن المحكمة الدستورية لم تتبن نظام درجات الفحص القضائي عند فحصها للنصوص الدستورية خاصة في قضايا المساواة، وهذا ما يجعل الحكم بعدم الدستورية مقصوراً على حالات التعارض النصي الظاهر بين النص الدستوري والنص التشريعي الأصلي أو الفرعي، مما يضعف الشرعية الدستورية وحماية الحقوق الدستورية بالتبعية.

المطلب الثاني

ما يفترض على المحكمة الدستورية تبنيه بالنسبة لدرجات الفحص القضائي: دوافع وغايات النصوص ورقابة المحكمة الدستورية وارتباطها بالتعارض غير الظاهر بين الدستور والنصوص التشريعية

إن المحكمة تحتاج إلى ميزان وأداة محددة لفحص النصوص التي أمامها، فلا تكون المسألة بدون ضوابط وقواعد للفحص، ولا شك أن تبني فكرة درجات الفحص المختلفة يساعد بشكل كبير في تسهيل عملية البحث في مدى الدستورية، بحيث يفحص الباعث من التشريع ثم وسائل تحقيق هذا الباعث، ثم يبحث ما إذا كانت هذه الوسائل هي الحد الأدنى المطلوب لتحقيق الهدف أم لا.

والمحكمة لو قامت بتبني هذا الأمر والنص عليه في أحكامها فإنها ستمكن من تطوير أدواتها وستفرق لاحقاً في قواعد الفحص، كما ستضع درجات فحص خاصة بالقوانين التي تنطوي على شبهة تمييز في المعاملة، كذلك ستضع قواعد لفحص القوانين المتعلقة بحرية التعبير والرأي، وهكذا حتى تستقر الدرجات والأدوات التي تملك المحكمة تطبيقها على النصوص.

فهناك العديد من الحالات التي تحتاج أن نفرق بينها، فمثلاً المحكمة العليا عندما

(٤٧) مع الأخذ بعين الاعتبار بأن التمييز في قانون الانتخاب الكويتي بالنسبة لشروط المرشح تجد

أساسها في المادة ٨٢ من الدستور

"يشترط في عضو مجلس الأمة:

١- أن يكون كويتي الجنسية بصفة أصلية وفقاً للقانون

٢-

٣-

٤-

قررت وضع هذه المعايير لفحص القوانين التي تنطوي على شبهة عدم الدستورية فيما يتعلق بمسائل التفرقة أو التقسيم، كانت تفرق بين القوانين التي تحتوي على مخالفة نصية واضحة لنصوص الدستور فيما يتعلق بالمساواة، وبين تلك الأخرى التي قد لا يكون فيها التمييز ظاهراً ولكن ينطوي على آثار من شأنها أن تجعل التمييز نتيجة من نتائج تطبيق النص، وفي هذه الحالة قد تجد المحكمة المبرر للحكومة في الإبقاء على النص إذا اتصلت أسباب النص بغاياتها.

ففي بعض الأحيان لا يحتوي النص على تمييز ظاهري ولكن قد ينطوي على إضعاف الأقلية، فما هي درجة الفحص الواجبة التطبيق؟ وهل هي المشددة؟^(٤٨)

إن مهمة القاضي الدستوري ليست بالمهمة السهلة، فدور القاضي لا يقتصر على المطابقة النصية بين الدستور والتشريعات، فالمشرع بما له من سلطة التشريع العادي والسلطة التنفيذية بما لها من سلطة التشريع الاستثنائي تملك من الوسائل التي تجعل التشريع سليماً ظاهرياً، ولكن يحتاج الأمر لقاضي متخصص لبحث في طياتها عن الشبهات الدستورية.

إن درجات الفحص التي نقترح أن تتبناها المحكمة الدستورية تعتمد اعتماداً كلياً على قيام المحكمة بفحص غايات التشريع لأكثر من سبب، كأن تفحص أساساً دستورية الغاية، ثم لتفحص في حال الدستورية ما إذا كان النص موصلاً لهذه الغاية، ثم لتفحص ما إذا كان هناك بدائل تشريعية أفضل للوصول لذات الغاية.

إن أسباب الحكم بعدم الدستورية يمكن أن تتعدد وتتنوع بشكل واسع جداً، بل وفي الكثير من الحالات تفوق الرغبة الحقيقية للمشرع الدستوري من إسناد مهمة الرقابة للمحاكم الدستورية، فنجد مثلاً - فضلاً عن التعارض النصي بين التشريعات الأدنى وبين الدستور - إمكانية الحكم بعدم الدستورية بسبب التعارض الموضوعي أو بسبب فكرة الانحراف التشريعي بشكل عام، أو استناداً لفكرة الصالح العام، أو الرخاء العام كما في الولايات المتحدة الأمريكية.

وكون المحكمة قد تسمح لنفسها عملياً بأن تتبنى بعض المسائل كالتي ندعو إليها

(٤٨) في قضية Washington v. Davis 426 U.S.229 (1976) رفضت المحكمة إدعاء أن اختبار قبول أكاديمية الشرطة ينطوي على تمييز عنصري على سند أن النسبة الأعلى للمجتازين في هذا الاختبار هي للأشخاص البيض وليس السود، وقررت المحكمة أن الحق في المساواة جوهره هو في منع التصرفات الرسمية التي تنطوي على تمييز عرقي، ولكن ذلك لا يعني دائماً إبطال النصوص والحكم بعدم دستوريته فقط لأنه كان لها أثر عرقي غير متناسب.

من تبني درجات الفحص، كذلك تستطيع أن تسمح لنفسها أن تمتنع طواعية عن القيام بمسائل أخرى، فالمحكمة العليا الأمريكية هي من ألزمت نفسها بالعديد من الضوابط لتحكم ممارستها لعملها في الرقابة على دستورية القوانين^(٤٩)، منها على سبيل المثال أنها لم تسمح لنفسها بفحص المسائل السياسية^(٥٠). فالمحكمة الدستورية قد تجد نفسها مجبرة على تبني فكرة التقييد الذاتي لخطورة الدور الذي تلعبه فيما يتعلق بتعرضها لأعمال السلطات الأخرى^(٥١). فتجاوز المحكمة الدستورية لاختصاصاتها يشكل انتهاكاً على السلطتين، لذا قامت المحكمة العليا بخلق تلك الضوابط و من بينها عملها في مراقبة التشريع، على اعتبار أنها أعمال ذات قالب قانوني فنياً^(٥٢).

هناك طائفة الحقوق التي قررها المشرع الدستوري، وقرر كذلك معها وضع ضوابط وشروط للسلطة التشريعية عند تنظيمها، ففي هذه الحالة تنقيد السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع تحت رقابة القضاء الدستوري وما يخلقه من نظريات في المراقبة على دستورية القوانين، فالمشرع العادي عندما ينظم مسألة ما، فإنه يختار تنظيم معين بين بدائل متنوعة ومتزاحمة في سبيل تقديم الحلول في ذات الموضوع، فهنا يكون للمحكمة الدستورية أن تختبر ما إذا كان المشرع إزاء تنظيم هذا الموضوع أو ذاك قد اختار أقلها قيداً للحريات وأكثرها اتصالاً بالغايات التي تهدف إليها، حتى ولو لم ينطوي الأمر على انحراف في استعمال السلطة.

فهنا يقوم القاضي الدستوري أولاً بمحاولة معرفة الغاية التي استهدفها المشرع من التنظيم القانوني، وثانياً يقوم بفحص الوسيلة التي اتبعها المشرع لتحقيق تلك الغاية، عندها لكي يصمد النص المطعون فيه أمام رقابة القضاء يجب أن تكون هناك صلة بين تلك الوسائل والغايات التي تسعى إليها.

وإن كنا نعلم أنه من الصعب بمكان أن يتمكن القاضي من فحص غايات التشريع

(٤٩) الدكتور علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، (١٩٧٨). ص ٤٤٢.

(٥٠) حتى لو لم تلتزم بهذا التقييد في بعض الحالات وهي حالة المرونة التي تتميز بها هذه المحكمة.

انظر:

1 - Laurence Tribe, American Constitutional Law, second Edition, p 96 (1988).

انظر قضية:

Baker v. Carr 369 U.S. 186,217 (1962).

(٥١) د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(٥٢) د. فاروق عبدالبر، مرجع سابق، ص ٢٠.

وذلك لافتقاره لسبل الوصول لتلك الغايات التي غالباً ما تكون غير معلنة ومتسترة بغايات أخرى مشروعة، ولكن القاضي يمكنه من خلال عملية الفحص أن يتوصل لأفاق معرفية كافية، يمكنها أن توصله للغايات من خلال الأعمال التحضيرية للتشريع أو من خلال فحص مراحل تطور التشريع، أو من خلال ما تقدمه الأجهزة المعنية بمذكراتها أو بمرافعتها أمام المحكمة، وغيرها من القرائن التي تؤدي أو تساعد في استشعار الغاية من وراء كل تشريع منظور أمامها.

إن سلطة المشرع في تقييد الحريات هي سلطة بالأصل مقيدة ولها حدود لا يجوز معها أن تنتقص من الحرية، بحيث تكون غير محققة لغاياتها التي عاناها المشرع الدستوري، فالأصل في تنظيم الحق هو للمشرع الدستوري وتكليفه للمشرع العادي بالتنظيم يعتبر استثناء تكاد تختفي معه السلطة التقديرية في التنظيم، فالاستثناء لا يقترن بالحق في التقدير إزاء تنظيم الحق^(٥٣).

الخاتمة:

إن الحاجة اليوم لأن تفتح المحكمة الدستورية نوافذها لدخول الأضواء الدستورية الطبيعية خصوصاً فيما يتعلق بخلق آلية لموازنة التشريعات خاصة المتعلقة بمبادئ المساواة وفق نظام درجات الفحص عبر القياسات الرقابية التي تخلقها المحكمة بنفسها بات أمراً ضرورياً لا مناص منه.

إن تقسيم التشريعات لأبواب معينة ومن ثم وضع كل باب في ميزان فحص خاص، سواء أكان مشابهاً للنظام الأمريكي من خلال الفحص البسيط أو المتوسط أو المشدد هو أمر يجعل العملية التشريعية في أساسها تأخذ طابع الجدية، وأن تلتزم بهذه الضوابط بحيث تعلم أن فرص الحكم بعدم الدستورية تزيد بازدياد انتهاك النص لتلك الضوابط والآليات.

إن عدم وجود هذا الميزان النظري القضائي الذي يحمي الدستور من العبث، ويسهل عمل القاضي الدستوري من جانب آخر يعد من أهم أسباب - إن لم يكن السبب الرئيسي - وراء تلك الموجة من التشريعات العشوائية التي تنتهك الدستور بضراوة.

وبغض النظر عن موجة الانتقادات التي توجه للرقابة القضائية الدستورية بشكل عام والرقابة القضائية الأمريكية بشكل خاص، إلا أن الحاجة العملية هي ما تستلزم مثل هذا التدخل القضائي لمعالجة الأخطاء التشريعية المستمرة والتي تستمر حتى في ظل درجات الفحص ولكن بشكل أقل بكثير من الحال القائمة.

(٥٣) د. فاروق عبدالبر، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

المراجع:

المراجع العربية:

- د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، (١٩٥٨).
- د. تركي سطاتر المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية، (٢٠١١).
- د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، (١٩٩٨).
- د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الانحراف بالسلطة، دار الفكر العربي، (١٩٧٨).
- د. عاطف البناء، الرقابة على دستورية اللوائح، (١٩٨٠).
- د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، (٢٠٠٢).
- د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة (١٩٥١).
- د. عبدالعزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، ١٩٩٤.
- الدكتور علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، ٤٤٢ (١٩٧٨).
- د. فاروق عبدالبر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، (٢٠٠٤).
- المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والانحراف التشريعي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، (٢٠١٣).
- د. محمد صلاح السيد، الدور السياسي للقاضي الدستوري، دار النهضة العربية، (٢٠١٠).
- د. محمد المقاطع، دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت (١٩٩٩).
- د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

- د. يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، (١٩٩٩).

الأبحاث:

- أ. د. عادل الطبطبائي، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية للطعن المباشر (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السابعة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢.
- أ. د. عثمان عبدالمك الصالح، التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ومحاولات وضعها موضوع التنفيذ، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد ٢، يونيو ١٩٨٦.

القضايا:

- الطعن رقم ١٩٩٩/٢ (دستوري) الصادر في ٢٧/٤/١٩٩٩، نشر بالعدد ٤١٠ لسنة ٤٥ من الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بتاريخ ٩/٥/١٩٩٩.
- الطعن الدستوري رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٦ (دستوري) الصادر بتاريخ ٢٣/٩/٢٠٠٧. نشر بالعدد ٨٣٩ لسنة ٥٣ من الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بتاريخ ٧/١٠/٢٠٠٧.
- الطعن الدستوري رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ (دستوري) الصادر بتاريخ ١٢/٦/٢٠٠٧. نشر بالعدد ٣٢٣ لسنة ٥٣ من الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بتاريخ ١٧/٦/٢٠٠٧.
- قرار لجنة فحص الطعون في الطعن ٩ لسنة ٢٠١٠.

Bibliography:

- Abram, Morris B. "Affirmative Action: Eair Shakers and Social Engineers." Harvard Law Review 99, no. 6 (April 1986): 1312. doi:10.2307/1341256.
- Adam Winkler, FATAL IN THEORY AND STRICT IN FACT: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF STRICT SCRUTINY IN THE FEDERAL COURTS 59 Vand. L. Rev. 793 (2006).
- Anderson, Elizabeth S. "Integration, Affirmative Action,

- and Strict Scrutiny.” New York University Law Review 77 (2002): 1195.
- Bruce A. Ackerman, BEYOND CAROLINE PRODUCTS 98 Harv. L. Rev. 713 (1985).
 - Fallon, Richard H. Jr. “Strict Judicial Scrutiny.” UCLA Law Review 54 (2007 2006): 1267.
 - Greenawalt, Kent. “Judicial Scrutiny of ‘Benign’ Racial Preference in Law School Admissions.” Columbia Law Review 75, no. 3 (April 1975): 559. doi:10.2307/1121773.
 - Gunther, Gerald, and Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection; 86Harv. L. Rev. 1 (1972-1973).
 - Laurence Tribe, American Constitutional Law, second Edition, p 568 (1988).
 - Pettinga, Gayle Lynn. “Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name.” Indiana Law Journal 62 (1987 1986): 779.
 - RUTH Colker, Anti-Subordination above All: Sex, Race, and Equal protection. 61 N.Y.U.L. NREV. 1003, 1005, 1007 (1986).
 - Shalleck, Ann. “Revisiting Equality: Feminist Thought about Intermediate Scrutiny.” American University Journal of Gender and the Law 6 (1998 1997): 31.
 - Adarand Constructors, Inc. v. Pe 515 U.S. 200 (1995).
 - National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998).
 - Baker v. Carr 369 U.S. 186,217 (1962).
 - Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).
 - Brown v. Board of Education,347 U.S. 483 (1954).
 - Hernandez v. Texas, 347 U.S. 475 (1954).
 - Lochner v. New York, 198 U.S.45 (1905).

- Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).
- McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961).
- McCulloch v. Maryland, 17 U.S.316(1819).
- Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).
- Palomre v. Sidoti, 466 U.S. 429 (1984).
- Skinner v. State of Oklahoma, ex. rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942).
- Washington v.Davis 426 U.S.229 (1976) .
- Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

التكييف القانوني للعقد النفطي على ضوء القرائن القانونية المستمدة من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري

الدكتورة/ فاطمة خالد المحسن
قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

إن مسألة إسباغ التكييف القانوني الصحيح والمناسب على العقود النفطية غدت من الموضوعات القانونية الهامة جداً في مجال قانون البترول. فالعقد النفطي يتأرجح بين أكثر من تكييف قانوني، فهو يقبل أن يكيف باعتباره من قبيل عقود القانون الخاص، كما يمكن إدخال العقد النفطي في بؤرة العقود الإدارية أيضاً، إلى جانب ضرورة عدم إغفال العنصر الأجنبي الذي يتجلى فيه واضحاً ويثير احتمالية تدويله. وباعتبار أن الممارسة العملية في مجال صياغة العقود النفطية قد أثبتت أنه قل ما نجد أياً من العقود النفطية يورد بنداً صريحاً في طياته يحدد به طبيعته القانونية، فقد ظهرت أهمية قيام القانونيين المختصين في مجال العقود النفطية باستنباط القرائن القانونية من العقد النفطي الذي تثار بشأنه المنازعة بما يدل على إمكانية إسباغ تكييف قانوني معين عليه دون الآخر بالصورة التي تتسق ومصالحهم المدعى بها. كما تظهر أهمية توحيد الاتجاهات القانونية في صياغة العقد النفطي في مرحلة سابقة على تنفيذه، وتحديداً عند صياغة بنوده، من خلال تضمينه بنوداً تعاقدية نصب في مجرى تكييف قانوني واحد؛ حتى لا يتولد لدينا عقد نفطي ذو هوية مشوهة يكبد الدولة خسائر فادحة لاحقاً.

مقدمة

نبدأ باسم الله الرحمن الرحيم، نحمده ونستعين به ونستغفره، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله، عليه أفضل الصلاة والسلام. وبعد،

يلعب النفط دوراً أساسياً في سوق الطاقة العالمية، كما أنه ذو تأثير بالغ الأهمية على اقتصاديات الدول المنتجة له، وخاصة دول الخليج العربية التي تعتمد بشكل أساسي على العائدات المالية من استغلال ثرواتها النفطية في إمداد موازنتها العامة بالأموال اللازمة لتسيير حياة شعوبها. وعلى الرغم من أن معظم الدول الخليجية قد اتجهت نحو تأمين جميع المشروعات النفطية الأجنبية التي كانت تعمل في أقاليمها، وما استتبعه ذلك من ملكية حكوماتها لهذه الموارد النفطية، إلا أن الواقع العملي قد أثبت أن الدول الخليجية لازالت في حاجة للاستعانة بشركات النفط العالمية في

عمليات استغلال ثرواتها النفطية. والصيغة القانونية التي يفرغ فيها مثل هذه التعاونات بين حكومات الدولة المنتجة للنفط وشركات النفط العالمية هي إبرام العقود النفطية.

سبب اختيار موضوع البحث:

ولا يخفى على القانونيين ممن يعملون في المجال النفطي حقيقة تضارب المصالح بين الدول المنتجة للنفط وبين شركات النفط الأجنبية التي يتم الاستعانة بها. الأمر الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى ظهور المنازعات فيما بين الأطراف المتعاقدة بشأن تنفيذ العقود النفطية. وهنا تظهر الحاجة إلى إسباغ التكييف القانوني الصحيح على هذه العقود.

فالعقد النفطي، وبالنظر إلى أطرافه تحديداً، يتأرجح بين أكثر من تكييف قانوني. فلو تم النظر إليه باعتباره عقداً مبرماً بين الدولة وإحدى شركات النفط الخاصة، يظهر عندئذ التنازع بين إمكانية اعتباره عقداً خاصاً يخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري - من جهة، وبين إمكانية إخضاعه لنظرية العقد الإداري - أي اعتباره عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون العام - من جهة أخرى. أما فيما لو كانت الشركة المتعاقدة مع الدولة تعتبر من الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى - وهو الشائع في العقود النفطية - فإن هذا العقد النفطي يقع عندئذ في حدود كل من القانون الخاص والقانون العام والقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، الأمر الذي يجعل تحديد النظام القانوني الذي يخضع له مسألة شائكة لا يمكن حسمها على نحو قاطع.

وتظهر أهميه إسباغ التكييف القانوني الصحيح على العقد النفطي في النتائج القانونية التي تستتبع هذا التكييف بالضرورة. فلو قيل أن العقد النفطي يقع في دائرة عقود القانون الخاص، فإنه عندئذ سيخضع لمبدأ هام من مبادئ النظرية العامة للالتزام ألا وهو مبدأ توازن العقد^(١). إلى جانب انطباق أحكام القانون الخاص عليه

(١) تعد النظرية العامة للالتزام الشريعة العامة لجميع العقود الأخرى التي تخرج عن إطار القانون المدني فيما لم يرد بشأنها نص في قوانينها الخاصة، وحيث إن موضوع العقد النفطي يعتبر من الموضوعات الحديثة نسبياً التي تقل التشريعات المنظمة لها، فإننا نرى ضرورة الرجوع إلى كل من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري للاسترشاد بشأن ما يمكن أن يثيره العقد النفطي من إشكاليات معينة. كما أن العقد النفطي من الممكن أن يصنف - إذا لم يكن عقداً إدارياً - باعتباره عقداً تجارياً. وبالرجوع إلى قانون التجارة الكويتي - رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ - نجد أن المادة ٩٦ منه تنص على أنه: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني" =

واختصاص القضاء العادي في فض منازعاته^(٢).

أما لو تم تكييف العقد النفطي على أنه من قبيل العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، فإن شخص الدولة سيكون محل اعتبار في تحديد التزامات الأطراف المتعاقدة في هذا العقد. حيث يعترف للدولة في عقودها بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد الآخر معها - شركة النفط - قد لا يكون لها مثل في عقود القانون الخاص، باعتبار أنها المنوط إليها تحقيق المصلحة العامة. كما يترتب على إسباغ التكييف الإداري على العقد النفطي انطباق أحكام القانون العام عليه، وخضوع منازعاته لاختصاص القضاء الإداري.

كما لا يغفل حقيقة أن العقد النفطي يثير فرضية إمكانية تدويله باعتبار أنه يبرم بين الدولة وبين شخص اعتباري خاص (أجنبي) - شركة النفط الأجنبية - الأمر الذي يثير إشكالية مدى إمكانية استبعاد اختصاص القضاء الوطني في الفصل في منازعاته وبروز دور التحكيم الدولي.

الأكثر من ذلك، فإن أهمية تكييف العقد النفطي تظهر في مرحلة سابقة على تنفيذه. ففي مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النفطي، وهي مرحلة الاتفاق على صياغة بنوده، يجب الحرص على تحقق الوحدة في الاتجاهات القانونية للمتعاقدتين. فإما أن يتم صياغة العقد من منظور أنه عقد إداري تتمتع به الدولة بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، أو أن يتم صياغة العقد من منظور أنه من قبيل العقود الدولية التي يستثنى فيها اختصاص القضاء الوطني وينظرها التحكيم الدولي. فلو عجز صائغو العقد النفطي عن صياغة بنوده بالشكل الذي يجعله متجانساً ويصب في مجرى تكييف قانوني واحد - وهي الحالة التي يتضمن فيها العقد بنوداً تدلل على طبيعته الإدارية وأخرى تدلل على طبيعته الخاصة - فإن هذا من شأنه أن يولد عقداً أقل ما يوصف به أنه ذو هوية قانونية مشوهة. هذا التشويه قد لا يخدم مصالح الدولة فيما لو نشأ نزاع بشأن تنفيذ العقد، ويكبدتها خسائر فادحة. وليس أفضل للتدليل على ذلك من واقعة إبرام الكويت لعقد الداو كيميكاك الشهير الذي أدى فسخه بالإرادة المنفردة من قبل الحكومة الكويتية إلى الحكم على دولة الكويت بقيمة

= وباعتبار أن المسائل المتعلقة بتحديد المبادئ العامة لإبرام العقود وترتيب آثارها القانونية لم تكن من الموضوعات المنظمة تشريعياً في قانون التجارة، فإن تنظيمها في العقد النفطي يرجع به إلى القانون المدني تطبيقاً للنص السالف.

(٢) لمزيد من التفصيل في هذا الشأن انظر:

د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، الكويت ١٩٩٦ ص ٧٠ - ٧١.

تعويض باهظة من قبل التحكيم الدولي لصالح شركة الداو كيميكال، وهو الأمر الذي نعتقد بأنه يرجع إلى تضمين عقد ال (كي - داو) بنوداً تقود إلى تبني أكثر من تكييف قانوني واحد على النحو الذي سنعرض له تفصيلاً في خاتمة هذا البحث.

ولهذا غدت مسألة إسباغ التكييف القانوني الصحيح والمناسب على العقود النفطية من الموضوعات القانونية الهامة جداً في مجال قانون البترول؛ ذلك أن الممارسة العملية قد أثبتت أنه قل ما نجد أياً من العقود النفطية يورد بنداً صريحاً في طياته يحدد به طبيعته القانونية. ولذلك فإن مسؤولية تكييف العقد النفطي تقع على عاتق المحامين والقانونيين الموكّل إليهم الدفاع عن أصحاب المصلحة في النزاع القانوني المثار بمناسبة أحد العقود النفطية، حيث يقومون باستنباط القرائن من هذا العقد بما يدل على إمكانية إسباغ تكييف قانوني معين عليه دون الآخر بالصورة التي تتسق ومصلحتهم المدعى بها.

حدود البحث والهدف منه:

ومن هنا، فإن هذا البحث لا يهدف إلى محاولة صب العقد النفطي في أحد قوالب نظريات التعاقد القانونية التقليدية. ذلك أن التطورات المتسارعة في مجال صياغة العقود النفطية أظهرت وستظهر صيغاً جديدة للتعاقد النفطي غير تلك المعتادة في هذا المجال. ونحن هنا إذ لا نقلل من القيمة القانونية لهذه النظريات الكلاسيكية، حيث تظل دائماً وأبداً الشريعة العامة للتعاقد في المجال النفطي وجميع المجالات الأخرى. إلا أن مسألة محاولة استخلاص القرائن القانونية من العقد النفطي ذاته من أجل الاستدلال على النية المشتركة للمتعاقدین في تكييفه قد تكون مسألة أجدر بالعناية من محاولة وضع نظرية جديدة للعقد النفطي والتي تحتاج إلى زمن طويل جداً لإرساء قواعدها.

و عليه، يمكننا القول بأن الهدف الأساسي لهذا البحث هو تعريف القارئ على أهم الخصائص التعاقدية المستمدة من كل من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري والتي يمكن - في حال تضمينها للعقد النفطي - أن تعتبر قرائن قانونية على اتجاه نية المتعاقدين إلى تطبيق أحكام إحدى النظريتين على هذا العقد النفطي دون النظرية الأخرى.

وبالتالي، فإن البحث الماثل بين أيديكم سيسلط الضوء على مسألة كيفية تصدي العقد النفطي لمعالجة ثلاث ركائز تعاقدية رئيسية فيه، وهي: أطراف العقد، وموضوعه، وشروطه، على ضوء المعطيات المستمدة من كل من نظريتي الالتزام والعقد الإداري وذلك على النحو التالي:

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول: أطراف العقد النفطي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أطراف العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام.

المطلب الثاني: أطراف العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري.

المبحث الثاني: موضوع العقد النفطي

المطلب الأول: موضوع العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام.

المطلب الثاني: موضوع العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري.

المبحث الثالث: شروط العقد النفطي

المطلب الأول: شروط العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام.

المطلب الثاني: شروط العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري.

المبحث الأول أطراف العقد النفطي

تعارف الفقه على تعريف العقد، باعتباره أحد المصادر الإرادية للالتزام، بأنه "توافق إرادتين (أو أكثر) على إحداث أثر قانوني" (٣). هذا التوافق يتحقق عندما يعلن الطرف الأول عن رغبته في التعاقد، وهو ما يسمى اصطلاحاً في لغة القانون ب (الإيجاب). وأن يقابل هذا العرض قبولاً من الطرف الآخر للتعاقد بالشروط التي وردت بالإيجاب الموجه له، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً في لغة القانون ب (القبول). إرادة الإيجاب، وما يقابلها من إرادة القبول، وتوافقهما معاً، يطلق عليه بركن الرضاء. وهو أحد الأركان الأساسية لانعقاد العقد وترتيب آثاره وفقاً للنظرية العامة للالتزام في القانون المدني (٤).

ومما تجدر الإشارة إليه، أن العقد النفطي من الممكن أن يثير إشكالية قانونية بالنظر إلى الأطراف المتعاقدة التي تعبر عن إرادتي الإيجاب والقبول. فمن جهة، عادة ما يكون الطرف الأول في العقد النفطي هو الدولة، متمثلة بأحد أشخاصها العامة. فقد تتعاقد الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة حين تأخذ على عاتقها مهمة تحقيق المصلحة العامة من خلال تعاقداتها. وهو ما يبرر قيام الفقه والقضاء اللاتيني بصياغة نظرية العقد الإداري التي تعطي الدولة العديد من الصلاحيات العقدية التي قد لا يتمتع بها المتعاقد الآخر.

كما أن احتمالية أن تفسخ الدولة عن نفسها عباءة السلطة فتتعاقد باعتبارها تاجر أو مستثمر تظل دائماً قائمة متى انتفت عن العقد أحد الشروط التي يتطلبها القانون الإداري لإضفاء الصفة الإدارية عليه، الأمر الذي يجعل تعاقدات الدولة في هذه الحالة تخضع لأحكام القانون الخاص.

وبالتالي يثور التساؤل عن صفة الدولة ونيتها عندما أقدمت على إبرام العقد النفطي. وهو الأمر الذي يستخلص من عدد من القرائن ستكون محل نقاش في المطلبين القادمين.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص ٤٧.

(٤) وفقاً للنظرية العامة للالتزام، هناك ثلاثة أركان رئيسية لانعقاد العقد وهي: ركن الرضاء، وركن المحل وركن السبب.

ومن ذات المنطلق - أي بالنظر إلى الأطراف المتعاقدة - فإن العقد النفطي أيضاً يثير إشكالية بالنسبة للمتعاقد الآخر مع الدولة متى كان شركة نفط أجنبية. فإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة وبين الأشخاص الخاصة الوطنية في إطار القانون الداخلي للدولة تثير العديد من المشكلات القانونية، فلا غرو أن تتضاعف هذه المشكلات إذا كانت العقود قد أبرمت بين الدولة وبين شخص خاص أجنبي^(٥). فالدولة تعتبر من أشخاص القانون الدولي العام، حيث تتمتع بالمزايا التي يمنحها إياها هذا القانون، بينما المتعاقد مع الدولة لا يعدو أن يكون مجرد شخص من أشخاص القانون الداخلي لدولته، لا يتمتع بأي مميزات ترقى لما يمنحه القانون الدولي العام للدول والمنظمات الدولية^(٦). ولذلك نجد أن جانباً كبيراً من الفقه يناقش بذاتية العقد الذي تبرمه الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية واستقلالها عن عقود التجارة الدولية لأسباب عدة تتعلق بمحل هذه العقود والأسباب الدافعة إلى إبرامها وكذلك بالنظر إلى محلها وأطرافها^(٧). وعليه، نجد أن نرجى الحديث عن نظرة القانون الدولي للعقود النفطية من حيث أطرافها إلى أبحاث أخرى قد نقوم بها في المستقبل، على أن يتم التركيز في هذا المبحث على المعالجة القانونية لأطراف العقد النفطي من منظور القانون الداخلي فقط على النحو التالي:

المطلب الأول: أطراف العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام.
المطلب الثاني: أطراف العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري.

(٥) انقسم الفقه بشأن تسمية العقد الذي يبرم بين الدولة وبين أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية. فذهب البعض إلى إلحاقه بعقود التجارة الدولية إلا أن الدكتور حفيظة السيد الحداد قد انتقدت هذا الاتجاه بسبب ذاتية واستقلالية العقد المذكور عن عقود التجارة الدولية، فقد ذهبت إلى الأخذ بمصطلح عقود الدولة تمييزاً له عن العقود الإدارية وعقود التجارة الدولية. انظر:

د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦.
كما ذهب اتجاه آخر من الفقه ومنهم الدكتور محمد يوسف علوان إلى تسمية هذه العقود بالعقود الاقتصادية الدولية، وأيده في ذلك الدكتور خالد سعد زغلول. انظر:
- د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٢، ص ٢٩٤.

- د. خالد سعد زغلول حلمي ود. إبراهيم الحمود، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، الكويت.

(٦) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦، ص ٨ - ٩.

(٧) المرجع السابق، ص ١١ - ١٢.

المطلب الأول

أطراف العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام

في العقود النفطية عادة ما تكون الدولة هي الطرف الأول الذي يعلن رغبته في التعاقد. حيث تقوم الدولة، متمثلة بأحد أشخاص القانون العام المعني في الشأن النفطي^(٨)، بالتعبير عن إرادة الإيجاب إلى إحدى شركات النفط والتي تمثل بدورها الطرف الثاني في العقد النفطي. وبعد دراسة العرض المقدم لها، تعلن شركة النفط عن قبولها للتعاقد مع الدولة بالشروط التي وردت في هذا العرض وهو ما يعبر عنه بإرادة القبول. وعليه، فإن تطابق إرادة الإيجاب الصادرة من الدولة مع إرادة القبول الصادرة من شركة النفط يؤدي إلى انعقاد العقد النفطي. وتتمثل هذه الخطوة في أرض الواقع عندما يتم إفراغ هاتين الإرادتين في وثيقة العقد وقيام الأطراف المتعاقدة بالتوقيع عليها.

إلى هنا قد تبدو عملية إلباس العقد النفطي ثوب العقد الخاص وفقاً للنظرية العامة للالتزام تسير على ما يرام، إلا أن هذا الثوب قد لا يتسع ليشمل جميع مواصفات العقد النفطي. ذلك أنه مما تجدر ملاحظته عند معالجة مسألة انعقاد العقد في القانون المدني، وتحديدًا ما يتعلق بإرادتي الإيجاب والقبول، أن كل من شخص الموجب (وهو الذي تصدر عنه إرادة الإيجاب) وشخص الموجب له (وهو الذي تصدر عنه إرادة القبول) غير ذات اعتبار من حيث انعقاد العقد وترتيبه لأثاره القانونية.

حيث يكتفي المشرع الكويتي من أجل الاعتداد بصحة إرادة التعاقد، فيما لو كانت صادرة من شخص طبيعي، أن يكون شخصاً مميزاً وأن تكون إرادته حرة

(٨) أشخاص القانون العام المنوط إليها إدارة الثروة النفطية في دولة الكويت هم الآتي:
- المجلس الأعلى للبترول والذي يتولى رسم السياسة العامة للثروة البترولية والمحافظة عليها.

- وزارة النفط والتي تباشر الوصاية الإدارية على مؤسسة البترول الكويتية من خلال الإشراف على أعمالها.

- مؤسسة البترول الكويتية وهي الذراع التنفيذي الذي يتولى مباشرة الصناعة النفطية في الكويت ويتولى إدارة هذا القطاع الهام، ويعاونها في ذلك عشر شركات نفطية تنحدر من المؤسسة، تتولى كل شركة على حدة القيام بنوعية معينة من الأعمال النفطية. سيتم التطرق لمؤسسة البترول الكويتية باعتبارها الجهة الإدارية المنوط بها أساساً إدارة مرفق النفط في الدولة في المبحث الثاني وتحديدًا المطلب الثاني منه.

مختارة^(٩). أما لو كان شخصاً اعتبارياً فيكتفي بشأه أن تثبت له الشخصية القانونية التي تجيز له إبرام التصرفات القانونية وتحمل ما ينتج عنها من التزامات، طالما كانت هذه التصرفات في حدود الغرض الذي أنشئ له هذا الشخص الاعتباري^(١٠).

إن القانون المدني لا يأخذ بالاعتبار مدى أهمية مركز أحد المتعاقدين عند تحديد التزاماته العقدية، فالعقد دائماً وأبداً يظل محكوماً بمبدأ توازن العقد المتمثل في ضرورة تحقق التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بمقتضى العقد. فإذا وقع الفارق بينهما اختل توازن العقد. وإذا وصل عدم التعادل إلى حد من الجسامة وقعت شبهة تحقق الغبن الذي يرتب عليه القانون آثاراً معينة لصالح الطرف المغبون على الطرف الأقوى أي كان شخصيته أو أهمية مركزه^(١١).

من هذا المنطلق - أي بالنظر إلى مدى تحقق التوازن والتعادل بين ما يأخذ المتعاقد وما يعطي بموجب العقد المبرم - من الممكن أن يختلف العقد النفطي عن باقي العقود الأخرى في القانون الخاص. فأهم ما يميز هذا العقد إمكانية تحقق عدم التكافؤ بين التزامات المتعاقدين. ويرجع السبب في ذلك إلى أن أحد الأطراف المتعاقدة هو الدولة صاحبة السلطة والسيادة، التي تحمل على عاتقها عبء تحقيق الصالح العام. بينما يتمثل الطرف الآخر في العقد بإحدى شركات النفط، أي شخص من أشخاص القانون الخاص الذي لا يختلف كثيراً عن الأفراد الطبيعيين عند إبرامهم للعقد فيما عدا كونه شخصاً اعتبارياً وليس طبيعياً^(١٢).

(٩) افترض المشرع الكويتي توافر الإدراك والتمييز لدى الشخص ببلوغه سن السابعة من عمره، واعتبر كل من لم يبلغ السابعة غير مميز (انظر المادة ٨٦ من القانون المدني الكويتي). كما ينعلم التمييز لدى الشخص وإن بلغ السابعة إذا كان مجنوناً، ما لم يكن جنونه غير مطبق ووقع التعاقد في فترة إفاقته (انظر المادة ٩٨ من القانون المدني). كذلك ينعلم التمييز لدى كل من فقد الإدراك بسبب مرض أو سكر أو ما إلى ذلك من أسباب أخرى. وإلى جانب شرط التمييز يتطلب في إرادة التعاقد أن تكون حرة مختارة، فإن انتزعت من صاحبها من خلال الإكراه المادي أو المعنوي تكون هذه الإرادة معدومة الأثر ولا يتحقق معها التعاقد الصحيح والمرتب لآثاره القانونية. انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص ٨٨.

(١٠) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق، الكويت ١٩٩٧ ص ٢٥٤ - ٢٥٩.

(١١) انظر: المادتين ١٦٣ و ١٦٥ من القانون المدني الكويتي وللتين نظمتا مسألة الغبن في عقود المعاوضة.

(١٢) د. خالد سعد زغلول حلمي ود. إبراهيم الحمود، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ الكويت. ص ٢٤٦.

وتظهر أهمية كون أن الدولة تعتبر أحد أطراف العقد النفطي في أن النظم القانونية المختلفة قد دأبت على الاعتراف لها بعدد كبير من المميزات الاستثنائية التي قد لا يكون لها نظير في فروع القانون الخاص المختص في تنظيم العلاقات الخاصة فيما بين الأشخاص العاديين. والعلة في ذلك، أن الدولة هي المسؤولة عن تنظيم وإدارة أعداد كبيرة من المرافق العامة المعنية بتقديم سلسلة غير متناهية من الخدمات والسلع لإشباع حاجات مواطنيها. وبالتالي كان لابد من الاعتراف لها بمميزات قانونية استثنائية تمكنها من أداء مهامها التنفيذية وهو ما يطلق عليه ب (امتيازات السلطة العامة) التي تخولها تقديم مصالحها على مصالح الأفراد العاديين. والأمثلة على امتيازات السلطة العامة عديدة^(١٣)، إلا أن ما يهمنا في هذا الموضوع تحديداً هي تلك

= وقد ذكر المؤلفان في مؤلفهما صورة أخرى من صور عدم التكافؤ بين طرفي العقد النفطي (الدولة وشركة النفط الأجنبية)، وهي عدم التكافؤ المالي. فقد بينا بأن المركز المالي للشركات الأجنبية عادة ما يكون أقوى بكثير من المركز المالي للدولة. إلا أننا نرى أن الواقع العملي قد أثبت أن الشركات الوطنية النفطية وتحديداً تلك التابعة لدول الخليج العربية قد تكون في مراكز مالية أقوى بكثير من الشركات الأجنبية المتعاقدة معها. فالوصف السابق قد يكون صحيحاً بالنسبة لدول أخرى لا تكون نفطية من الطراز الأول. فعلى سبيل المثال، نجد أن شركة أرامكو السعودية تستمر في احتلال المركز الأول من بين أكبر عشر شركات نفطية في العالم وفقاً لتصنيفات العديد من المواقع النفطية الرسمية، بينما تحتل مؤسسة البترول الكويتية المركز العاشر من بين أكبر عشر شركات نفطية في العالم. وتأتي شركة قطر للبترول وشركة بترول أبو ظبي الوطنية (أدنوك) من ضمن أفضل عشرين شركة نفط في العالم من ذات الإحصائيات. انظر: <http://www.oilandgasiq.com>. <http://www.forbes.com>.

(١٣) من هذه الامتيازات الهامة التي تتمتع بها الدولة تصنيف فئة معينة من أعمالها من قبيل أعمال السيادة التي تستثنى من الخضوع لرقابة القضاء دون أعمال الإدارة الأخرى القانونية والمادية التي يتقرر بشأنها مبدأ مسؤولية الدولة. فلا اعتبارات سياسية كان لابد للاعتراف للحكومة يمكنه إصدار قرارات لا تخضع لرقابة القضاء الذي يختص بفحص المسائل القانونية لجهة الإدارة دون مسائل الملاءمة التي تتمتع الدولة في مواجهتها بسلطة تقديرية واسعة. انظر: د. عزيزة الشريف. القانون الإداري (٢) - مسؤولية السلطة العامة وموظفيها (قضاء التعويض). مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠١، الطبعة الأولى. ص ٨١.

وقد أخذ المشرع الكويتي بنظرية أعمال السيادة وعدم ولاية القضاء بنظر الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة - مادة ٢ قانون ٢٣ / ١٩٩٠- وكذلك اعتبرت بعض القرارات الإدارية التي تختص بنظر الدعاوى الخاصة بها للدائرة الإدارية من قبيل أعمال السيادة التي لا يجوز للدائرة نظر الدعاوى الخاصة بها وهي ما ذكرتها الفقرة (٥) من المادة الأولى من قانون ٢٠ سنة ١٩٨١.

ومن المميزات الاستثنائية الأخرى التي تتمتع بها الدولة عند مباشرة نشاطها الإداري قرينة المصلحة العامة المفترضة لصالحها عند إصدار القرارات الإدارية. ومفاد هذا القرينة أن جميع القرارات الإدارية التي تصدرها الدولة يفترض فيها دائماً وأبداً أنها تحقق المصلحة العامة. وعليه =

السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الدولة عند إبرامها لعقودها الإدارية في مواجهة المتعاقد الآخر. وهذا ما يفسر ما ذهب إليه الفقيه القانوني الأستاذ الدكتور إبراهيم أبو الليل عندما ذكر في مؤلفه أن العقد الإداري، وعلى الرغم من كونه عقداً، يخرج عن دائرة نظرية الالتزام ويخضع لقواعد القانون العام^(١٤).

وعليه، ليس من المتصور أن يخضع العقد النفطي الذي تبرمه الدولة مع إحدى الشركات النفطية للنظرية العامة للالتزام في القانون المدني، وما يستتبعه ذلك من انطباق أحكام القانون الخاص عليه واختصاص القضاء العادي في فض منازعاته، إلا إذا خرج عن نطاق العقود الإدارية. فلو قيل أن العقد النفطي الذي تبرمه الدولة عقد إداري، فإنه يخضع عندئذ لأحكام القانون العام ولاختصاص القضاء الإداري. ومن الجدير بالذكر أن عقود الدولة لا تكون إدارية ما لم تستوفِ شروطها. بعبارة أخرى، وجود الدولة طرفاً في العقد لا يسبغ على هذا العقد بالضرورة الصفة الإدارية. باعتبار أن الدولة قد تقرر أن تتعاقد وكأنها أحد الأشخاص العادية، وبالتالي يعتبر العقد عندئذ عقداً خاصاً وليس عقداً إدارياً.

وبالتالي، يقودنا هذا الطرح إلى إثارة التساؤل حول مدى تحقق الحالة التي ينظر فيها للدولة بوصفها صاحبة السيادة وما يستتبعه ذلك من إمكانية تكييف العقد الذي تكون طرفاً فيه باعتباره عقداً إدارياً^(١٥) وهو الأمر الذي سنناقشه في المطلب القادم.

= فإن عبء الإثبات يقع على من يدعي عكس ذلك. بعبارة أخرى، من يدعي أن قراراً إدارياً ما لم يقصد به تحقيق المصلحة العامة عليه أن يثبت صحة إدعائه.

كما تضاف سلطة الدولة في نزع الملكية الخاصة للأفراد لدواعي المصلحة العامة من قبيل السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الدولة في مواجهة أشخاص القانون الخاص، والتي أخذ بها المشرع الكويتي بموجب القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة.

كما تملك الدولة أيضاً تكليف الأفراد بالقيام بأعمال تقتضيها المصلحة العامة ولو جبراً عنهم. انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، الكويت ١٩٩٦ ص ٧١.

(١٤) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص ٣٣.

إلا أن الدكتور أبو الليل قد أكد على أن عدم إخضاع هذه العقود لدائرة القانون الخاص لا يعني عدم انطباق النظرية العامة للالتزام عليها بشكل مطلق، بل تظل هذه النظرية هي الشريعة العامة لجميع العقود والالتزامات طالما لم تكن تتعارض مع طبيعتها الخاصة. (١٥) يجب الأخذ بالاعتبار أن وجود الدولة طرفاً في العقد باعتباره صاحبة السلطة والسيادة هو أحد شروط إسباغ الصفة الإدارية على العقود، مع ضرورة عدم إغفال شروط العقد الإداري الأخرى وهي أن يتعلق موضوع العقد بمرفق عام وأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية. وهو الأمر الذي سنعرض له تفصيلاً في كل من المبحث الثاني والثالث على التوالي.

المطلب الثاني

أطراف العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري

سميت العقود التي تبرمها الدولة بالعقود الإدارية لتمييزها عن عقود الدولة المدنية والتي تخضع لأحكام القانون الخاص. ذلك أن كلمة (إدارية) ترمز إلى أن أحد الأطراف المتعاقدة هو الدولة (شخص من أشخاص القانون العام). ولكن لا يكتف بوجود الدولة طرفاً في العقد حتى يكتسب الصفة الإدارية (وهو الشرط الأول من شروط العقد الإداري)، بل يجب تحقق شرطين آخرين كما استقر القضاء الإداري على تطلبهما وهما^(١٦) أن يتصل موضوع العقد بمرفق عام، وأن يتضمن هذا العقد شروطاً استثنائية من غير المألوف تضمينها عقود القانون الخاص. وعليه، إذا انتفى عن أحد العقود التي تبرمها الدولة أي من الشروط الثلاثة المذكورة أعلاه فإن هذا العقد يظل محتفظاً بصفته المدنية^(١٧). إلا أن ما يعنينا في هذا المطلب هو الشرط الأول تحديداً.

من الشروط البديهية لإضفاء الصفة الإدارية على العقد أن تكون الدولة - متمثلة في أحد أجهزتها الإدارية - طرفاً فيه، فإن لم تكن الدولة طرفاً في العقد فلا مبرر لإخضاعه لأحكام القانون العام؛ ذلك أن القانون العام إنما وجد ليحكم نشاط جهة الإدارة، لا نشاط الأشخاص الخاصة والذي يتولاه القانون الخاص.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن الدولة في العقد الإداري يجب أن تعمل بوصفها "سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها الأفراد"^(١٨) وذلك من خلال

(١٦) تعد أحكام العقود الإدارية في حقيقتها أحكاماً قضائية قام مجلس الدولة الفرنسي بإرسائها، وتدخل المشرع فيها عادة ما يكون مقصوداً على تبني قواعد سبق أن أرسى القضاء الإداري دعائمها.

انظر: د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص ٥٧٣.

(١٧) نرجئ الحديث عن هذين الشرطين في المبحث الثاني والثالث على التوالي.

(١٨) تعرف المرافق العام الإدارية بأنها تلك المرافق التي تباشر نشاطاً من الأنشطة التي تدخل في صميم الوظيفة الإدارية للدولة مثل مرفق الأمن والدفاع والقضاء والصحة والتعليم. وتخضع المرافق العامة الإدارية لقواعد القانون الإداري بالنسبة لموظفيها وعقودها والمتنفعين من خدماتها ومنافعها وأمور أخرى كثيرة. انظر في هذا المعنى:

- د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ٩٦.

- د. عزيزة الشريف ود. يسري العصار، القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - المرفق العام)، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت ١٩٩٩ ص ١٣٧ - ١٣٩.

ممارستها لأساليب السلطة العامة. وعليه، إذا حسرت جهة الإدارة عنها عباءة السلطة العامة عند التعاقد، اعتبر العقد عندئذ عقداً مدنياً^(١٩).

وقد قام الفقه في القانون الإداري بتحديد أجهزة الدولة التي يعول على وجودها طرفاً في العقد لإضفاء الصفة الإدارية عليه. فهناك اتفاق فقهي على أن (المرافق العامة الإدارية) تعتبر من قبيل أشخاص القانون العام التي تمثل الدولة كسلطة عامة، وبالتالي فإن ما تبرمه من عقود يعتبر حتماً من قبيل العقود الإدارية^(٢٠).

ولكن تثور الصعوبة بشأن (المرافق العامة الاقتصادية)، فهي على الرغم من كونها أشخاصاً قانونية عامة، إلا أنها تباشر أنشطة اقتصادية (تجارية، زراعية، صناعية) تتشابه وأنشطة القطاع الخاص. وقد صاغ القضاء الفرنسي نظرية المرافق العامة الاقتصادية والتي بموجبها تخضع هذه المرافق لنظام قانوني مزدوج: فعند مباشرة هذه المرافق لأنشطتها الاقتصادية، ومنها إبرام العقود المتعلقة بتسيير أعمالها، تخضع لأحكام القانون الخاص. وفيما عدا ذلك من أمور قانونية أخرى فإنها تخضع لأحكام القانون العام.

ولذلك، فإن العقود التي تبرمها المرافق العامة الاقتصادية من الممكن أن تقع في دائرة القانون الخاص إذا كان العقد يتعلق بتسيير النشاط الاقتصادي لهذا المرفق^(٢١).

(١٩) ذلك أن جهة الإدارة تتمتع بحرية في اختيار النظام القانوني الذي يحكم تعاقداتها سواء بتطبيق أسلوب القانون العام أو أسلوب القانون الخاص بحسب ملاءمة ذلك أو ذاك لسير المرافق العامة.

- د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ٩٨.

- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، ص ٤٧١ - ٤٧٣.

- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، ص ٨٠ - ٨١.

(٢٠) د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ - ١٩٨٢، ص ١٣١.

- د. محمد علي الياسين، القانون الإداري - المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، القضاء الإداري، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، بيروت، ص ٣٣ - ٣٤.

- د. ملحد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص ٤١٧.

- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ٢، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ١٩٩٦، ص ٥٩١.

(٢١) لمزيد من التفصيل بشأن النظام القانوني المزدوج الذي تخضع له المرافق العامة الاقتصادية انظر:

- عزيزة الشريف ود. يسري العصار، القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري) -

ولن نستفيض في هذا المجال حيث إن المكتبة القانونية تزخر بالعديد من المؤلفات التي تفصل في النظام القانوني الذي تخضع له المرافق العامة الاقتصادية.

نأتي الآن للتحقق من صفة الدولة في العقد النفطي وفقاً للمعيار السابق، بعبارة أخرى، تحديد من يضطلع بمهمة تمثيل الدولة في التوقيع على العقود النفطية في الكويت ومدى إمكانية اعتبار هذا الشخص من قبيل السلطة العامة من عدمه. وسيتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال العرض لنقطتين رئيسيتين وهما، أولاً: دور حاكم الدولة في التوقيع على العقود النفطية قديماً، وثانياً: تأثير قيام مؤسسة البترول الكويتية بتمثيل الدولة في التوقيع على العقود النفطية حديثاً.

أولاً - دور حاكم الدولة في التوقيع على العقود النفطية قديماً:

قد يكون من الفائدة عند الإجابة على هذا التساؤل هو أن نعرض للعقود النفطية بصورتها الأولى عند بداية اكتشاف النفط إلى الصورة التي استقرت عليها في الوقت الحالي. فعندما تم اكتشاف النفط لأول مرة في منطقة الخليج العربي، تنافست كبرى شركات النفط العالمية على استرضاء شيوخ المنطقة لكي يوقعوا معها عقود الامتياز النفطية التي تضع نفط هذه المنطقة تحت حوزتهم. فوقع عقود الامتياز الأولى آنذاك من قبل رئيس الدولة نفسه (الشيخ). ويرجع السبب في ذلك إلى أن دول الخليج سابقاً كانت مجرد إمارات فقيرة جداً وغير متطورة. كما أنها لم تكن تعرف بعد أشكال العمل المؤسسي، فكان الشيخ هو الحاكم وهو القاضي وهو المشرع، فلا عجب إذاً أن يوقع الشيخ بنفسه على اتفاقيات الامتياز النفطية الأولى^(٢٢).

- = المرفق العام)، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت ١٩٩٩ ص ١٣٩ - ١٤٠.
- د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ - ١٩٨٢، ص ٧٠ - ٧٢.
- د. محمد علي الياسين، القانون الإداري - المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، القضاء الإداري، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، بيروت، ص ٣٤ - ٣٦.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص ٤١٨ - ٤١٩.
- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ٢، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ١٩٩٦، ص ٥٩١ - ٥٩٢.

(٢٢) لمزيد من التفصيل بشأن الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي كانت سائدة في إمارات الخليج وقت اكتشاف النفط، انظر:

- Stephen Longrigg, Oil In The Middle East, Its Discovery And Development (3rd edn, Oxford University Press 1986).
- Henry Cattani, The Evolution Of Oil Concessions In The Middle East And North Africa (Ocean Publication 1967).

ونستدل على هذه المرحلة بتجربة دولة الكويت تحديداً، فعندما ظهرت بوادر اكتشاف النفط في المنطقة، سارعت شركة النفط الإنجليزية الإيرانية (Anglo - Persian Oil Company)^(٢٣) وشركة غالف أويل (Gulf Oil)^(٢٤)، في عام ١٩٣٤، إلى توقيع عقد امتياز نفطي في الكويت مع حاكمها آنذاك المغفور له بإذن الله الشيخ أحمد الجابر الصباح^(٢٥). وتوالت بعد ذلك عقود الامتياز النفطية التي يقوم حاكم الدولة بنفسه بالتوقيع عليها^(٢٦). وفي فترة لاحقة، تطور الأمر إلى أن أصبحت عقود النفط في الكويت توقع من قبل رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص (وزير النفط عادة)^(٢٧).

ولاشك مطلقاً في تحقق الشرط الأول من شروط العقد الإداري في العقود النفطية التي يوقعها رئيس الدولة، أو رئيس مجلس الوزراء، أو الوزير المختص^(٢٨). ذلك أن هذه الأشخاص تشكل جوهر أشخاص القانون العام المركزية في الدولة، والتي

(٢٣) تسمى هذه الشركة الآن British Petroleum.

(٢٤) تسمى هذه الشركة الآن Chevron Corporation.

(٢٥) لمزيد من التفصيل بشأن تاريخ اكتشاف النفط في دولة الكويت انظر في الموقع الإلكتروني الرسمي لشركة نفط الكويت على الرابط التالي:

<http://www.lockw.com/sites/AR/Pages/Profile/History/KOC-History.aspx>.

(٢٦) من أمثلة العقود النفطية التي كان يوقع عليها حاكم الدولة بنفسه الآتي:

- اتفاقية النفط الخاصة بالمنطقة المحايدة والتي وقعها حاكم الكويت آنذاك الشيخ عبد الله السالم الصباح عام ١٩٥٨ مع شركة النفط العربية المحدودة (اليابان).

- اتفاقية امتياز النفط مع شركة كويت شل لاستثمار البترول المحدودة والتي وقعها حاكم الكويت آنذاك الشيخ عبد الله السالم الصباح.

- اتفاقية الكويت مع شركة الزيت الأمريكية سنة ١٩٦١.

للاطلاع على نصوص هذه الاتفاقيات راجع:

د. إبراهيم الحمود ود. عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.

(٢٧) اتفاقية الكويت مع شركة BP وشركة Gulf وشركة نفط الكويت المحدودة بشأن تنفيق العوائد والتي أبرمت في عام ١٩٦٦ بين الشركات المذكورة وبين حكومة دولة الكويت ممثلة بوزير المالية آنذاك الشيخ صباح الأحمد الصباح.

للاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية راجع:

د. إبراهيم الحمود ود. عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.

(٢٨) د. إبراهيم الحمود ود. عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤، ص ٣٨.

تتمركز في يدها أساليب السلطة العامة عند مباشرة وظيفتها الإدارية. وبالتالي فإن العقود التي يبرمونها تقترب إلى الطبيعة الإدارية كثيراً.

ثم تأتي تلك المرحلة الإستراتيجية في التاريخ النفطي لدولة الكويت ألا وهي مرحلة تأميم الصناعة النفطية عندما تم نقل ملكية جميع الشركات النفطية القائمة على إقليم دولة الكويت إلى الحكومة^(٢٩). تبعتها خطوة هامة جداً كانت إنشاء مؤسسة البترول الكويتية في عام ١٩٨٠^(٣٠) و التي أنيط إليها ملكية جميع شركات النفط الوطنية القائمة وقت صدور قانون إنشاء المؤسسة أو تلك التي تنشأ مستقبلاً^(٣١). ومنذ ذلك الحين، أصبحت مؤسسة البترول الكويتية هي التي تمثل دولة الكويت في إبرام العقود النفطية، فلم تعد تلك العقود توقع من قبل رئيس الدولة ذاته أو وزير النفط كما هو في السابق.

(٢٩) اتخذت الحكومة الكويتية خطوات تمهيدية عدة من أجل التدرج في الوصول إلى مرحلة الملكية الكاملة للقطاع النفطي. كانت أولى هذه الخطوات في عام ١٩٧٤ عندما وقعت حكومة دولة الكويت اتفاقية مشاركة مع شركة نفط الكويت لكي تشارك بمقدار ٦٠٪ من رأس مال هذه الشركة. وفي عام ١٩٧٥ أصدرت الحكومة الكويتية قراراً بتملك النسبة المتبقية من رأس مال شركة نفط الكويت. وفي نفس العام توالى القرارات بتملك شركات النفط القائمة في ذلك الوقت، وهي شركة البترول الوطنية الكويتية وشركة صناعة الكيماويات البترولية. وفي عام ١٩٧٦ قررت الحكومة الكويتية شراء ٤٩٪ من رأس مال شركة ناقلات النفط. وفي عام ١٩٧٧ أصدرت الحكومة الكويتية قراراً بإنهاء الاتفاقية المعقودة مع شركة الزيت الأمريكية المستقلة.

(٣٠) المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء مؤسسة البترول الكويتية.

(٣١) وهذه الشركات النفطية العشرة هي:

- ١- شركة نفط الكويت (KOC) Kuwait Oil Company.
- ٢- شركة البترول الوطنية الكويتية (KNPC) Kuwait National Petroleum company.
- ٣- شركة صناعات الكيماويات البترولية. (PIC) Petrochemical Industries company.
- ٤- شركة ناقلات النفط (KOTC) Kuwait Oil tankers Company.
- ٥- شركة كافكو (KAFCO) Kuwait Aviation Fuelling Company.
- ٦- شركة الكويت للاستكشافات الخارجية (KUFPIC) Kuwait Foreign Petroleum International Company.
- ٧- شركة البترول الكويتية العالمية (Q8) Kuwait Petroleum International Company.
- ٨- شركة نفط الخليج الكويتية (KGOC) Kuwait Gulf Oil Company.
- ٩- شركة خدمات القطاع النفطي (Oil Sector Services Company).
- ١٠- شركة التنمية النفطية. (ODC) Kuwait Development Company.

ثانياً - تأثير قيام مؤسسة البترول الكويتية بالتوقيع على العقود النفطية حديثاً:

ومن الجدير بالذكر أن مؤسسة البترول الكويتية تدخل في زمرة الأشخاص العامة اللامركزية، ويرجع السبب في ذلك إلى أنها قد أنشئت بموجب قانون صادر من مجلس الأمة^(٣٢) منحها الشخصية القانونية وأعطاهها الذمة المالية المستقلة، وكفل لها قدر من الاستقلالية عن الحكومة المركزية عند مباشرة وظائفها^(٣٣).

كما أن مؤسسة البترول الكويتية تعتبر من قبيل الأشخاص المرفقية على الرغم من قول البعض بانتفاء المفهوم الموضوعي للمرفق العام في حق المؤسسة^(٣٤). وحجة هذا الرأي أن العمليات النفطية التي تتولاها المؤسسة قد لا تشبع حاجة عامة لدى الأفراد. فمرفق الصحة، متمثلاً في وزارة الصحة وما يستظل تحتها من مستشفيات ومستوصفات، يشبع حاجة ماسة لدى الناس ألا وهي التداوي من الأمراض والوقاية منها. قياساً على المثال السابق، فإن التساؤل يثور حول ماهية الحاجات التي يشبعها مرفق النفط في الدولة، والمتمثل في مؤسسة البترول الكويتية وشركاتها النفطية.

(٣٢) أنشئت مؤسسة البترول الكويتية بموجب المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء مؤسسة البترول الكويتية، وقد نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) في العدد ١٢٤٨، السنة السادسة والعشرون.

(٣٣) تنص المادة الأولى من القانون أعلاه على الآتي: "تتأسس مؤسسة ذات طابع اقتصادي ويكون لها شخصية اعتبارية مستقلة تسمى "مؤسسة البترول الكويتية" ويشرف عليها وزير النفط".

(٣٤) يتمثل المفهوم العضوي للمرفق العام في كونه جهازاً تنشئه الدولة فيكون أحد أعضائها. أما المفهوم الموضوعي للمرفق العام فينصب على النشاط الذي تباشره جهة الإدارة لتقديم خدمات أو سلع تستهدف فيها سد حاجات عامة لدى الأفراد.

في بيان مفهوم المرفق العام الشكلي والموضوعي انظر:

- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص ٤٠٨ - ٤١٠.

- د. محمد علي الياسين، القانون الإداري - المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، القضاء الإداري، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، بيروت، ص ٢٠ - ٢٧.

- د. عزيزة الشريف ود. يسري العصار، القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - المرفق العام)، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت ١٩٩٩ ص ٩٥ - ١١١.

- د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ - ١٩٨٢، ص ١٧ - ٢١.

- د. أحمد محمد الفارسي ود. خليفة ثامر الحميدة، القانون الإداري - نشاط السلطة الإدارية (المرفق العام - الضبط الإداري)، كلية الحقوق، الكويت ٢٠٠٩، ص ١١ - ١٥.

في واقع الأمر، الحاجات العامة لدى الأفراد والتي تقوم الدولة بإشباعها من خلال مرافقها العامة من الممكن ردها إلى فئتين رئيسيتين، تتمثل الأولى منها بتلك الحاجات العامة ذات الطبيعة المادية، والتي تمس الأفراد مباشرة، لهذا يستلزم الأمر ضرورة الإسراع في إشباعها. ومثال على ذلك حاجة الناس إلى التداوي من الأمراض (مرفق الصحة)، وحاجتهم إلى التعليم (مرفق التعليم). فهي حاجات لا تحتمل التأخير في تلبيتها. أما الفئة الثانية من الحاجات العامة فهي ذات أهمية قومية لأنها تمس أفراد المجتمع قاطبة، كما أن عملية إشباعها مما قد لا يشعر به الفرد بشكل مباشر بالمقارنة مع قضاء حاجاته الصحية أو التعليمية. لذلك فإن تأثير إشباع هذا النوع من الحاجات لا يظهر إلا على المدى الطويل. ومن أهم الأمثلة على هذا النوع من الحاجات العامة حماية الأمن الداخلي والخارجي للدولة^(٣٥) فمن خلال دوريات الشرطة التي تجوب البلاد ليلاً لحفظ الأمن في المناطق المختلفة، والقوات العسكرية التي تسهر على حدود البلاد، يتحقق الأمن والأمان للمجتمع دون أن يقصد الفرد مرفقاً معيناً ودون أن يشعر بشكل مباشر بهذه الخدمات.

و من الجدير بالذكر أن استغلال الثروة النفطية في البلاد من الممكن أن يقع في دائرة الفئة الثانية من الحاجات العامة؛ حيث إن مثل هذا الاستغلال مما لا يشبع حاجة مباشرة لدى الأفراد، ولكنه حتماً يشبع حاجات أخرى بشكل غير مباشر يظهر تأثيرها على الأمد البعيد. فالعائد من استغلال الثروة النفطية في الكويت يعتبر المصدر الرئيسي للدخل القومي، هذا الدخل تنفقه الدولة على أوجه صرف كثيرة تكفل لها الاستمرار في القيام بوظائفها، فلا القطاع الصحي ولا التعليمي ولا الأمني في الدولة بمقدوره أن يعمل لولا المبالغ المالية الضخمة التي تضخ له دورياً والمستمدة من العوائد النفطية.

نخلص من ذلك إلى القول بأن مؤسسة البترول الكويتية تعتبر من قبيل المرافق العامة في الدولة؛ حيث يجتمع في حقها كل من المفهوم العضوي والمفهوم الموضوعي للمرفق العام.

إلا أن الأمر يدق عند تحديد أي نوع من أنواع المرافق العامة تحديداً تنتمي إليه المؤسسة - المرافق العام الإدارية أو المرافق العامة الاقتصادية - والتي سبق أن

(٣٥) انظر في هذا المعنى:

D. J. Beattie, Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration (3rd, Butterworth & Co.1946) 3.

أشرنا إليها. ونحن نعتقد بصحة تكييف المؤسسة على أنها من قبيل المرافق العامة الاقتصادية باعتبار أنها مؤسسة ذات طابع اقتصادي تدار على أسس تجارية بحتة. كما أن العمليات النفطية التي تقوم بها المؤسسة وتلخص مراحل الصناعة النفطية^(٣٦)، لا تنفرد بها مؤسسة البترول الكويتية وشركاتها العشر فحسب، بل هي أعمال اقتصادية وتجارية يقوم بها أيضاً عدد من شركات القطاع الخاص النفطية^(٣٧) الأجنبية التي تعمل على إقليم دولة الكويت^(٣٨).

و النتيجة الهامة التي تترتب على الأخذ بهذا التكييف - أي أن مؤسسة البترول الكويتية تعتبر من قبيل المرافق العامة الاقتصادية - هي ضرورة خضوع هذه المؤسسة للنظام القانوني المزدوج الذي سبق أن أشرنا إليه. وعليه، فإن العقود التي تبرمها المؤسسة وتتعلق بمباشرة أنشطتها التجارية والصناعية تخضع بحسب الأصل لأحكام القانون الخاص، وفيما عدا ذلك من مسائل تتعلق بتنظيم المرفق ذاته خارجاً عن إطار مزاوله النشاط الاقتصادي يختص بها قواعد القانون العام. وهذه النتيجة ترجعنا إلى بداية الحديث عن وجود الدولة كطرف في العقد الإداري، حيث لم يكتف القضاء الإداري بذلك للقول بأنه عقد إداري، إنما تطلب أن تظهر الدولة في العقد بمظهر صاحبة السلطة والسيادة، وهو الأمر الذي قد لا يتحقق في العقود النفطية التي تبرمها مؤسسة البترول الكويتية، حيث تتبع عند إبرامها لهذه العقود أسساً تجارية واقتصادية بحتة، إلا في الحالة التي تضمن فيه المؤسسة العقد النفطي شروطاً استثنائية تميزها دون المتعاقد معها، وهو الشرط الثاني من شروط العقود الإدارية والذي سيتم مناقشته في المبحث القادم تحت عنوان موضوع العقد النفطي.

(٣٦) سنتطرق لشرح العمليات النفطية في المطلب الأول من المبحث الثاني.

(٣٧) تعتبر شركة إيكويت إحدى الأمثلة للشركات النفطية الكويتية الخاصة التي لا تنتمي إلى مؤسسة البترول الكويتية، وإن كان الواقع العملي شهد العديد من التعاونات المشتركة بينهما.

(٣٨) نذكر من هذه الشركات النفطية الخاصة على سبيل المثال لا الحصر:

شركة إيكويت البتروكيماوية EQUATE Petrochemical Company.

شركة بوبيان البتروكيماوية (BPC) Boubyan Petrochemical Company.

شركة القرين للصناعات البتروكيماوية (QPIC) Qurain Petrochemical Industries Company.

المبحث الثاني موضوع العقد النفطي

للفقيه الدكتور إبراهيم أبو الليل رأي بشأن المقصود بـ (موضوع العقد) أورده في مؤلفه عندما تحدث عن الركن الثاني من أركان العقد وهو محل العقد، حيث ذكر أن موضوع العقد يختلف عن محل العقد؛ ذلك أن موضوع العقد يتمثل في العملية القانونية التي يقصدها المتعاقدان، أي تلك التي أبرم العقد من أجل تحقيقه، وقد ذكر الدكتور أبو الليل أن العقد ليس له محل بالمعنى الدقيق، بل له آثار قانونية وهي الالتزامات التي يترتبها، فمحل العقد ينصرف إلى محل هذه الالتزامات والمتمثل في الأداء الواجب على المدين أدائه لصالح الدائن^(٣٩). وبالتالي، فإن هذا المبحث سيتناول موضوع العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام في المطلب الأول منه، ومن ثم سيتناول معالجة موضوع العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري في المطلب الثاني منه.

المطلب الأول

موضوع العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام

من منطلق أن موضوع العقد النفطي هو العملية القانونية التي قصدها كل من الدولة وشركة النفط الأجنبية من وراء إبرام هذا العقد الذي يجمعهما، فإن العمليات القانونية موضوع العقود النفطية كثيرة، كما أن تعدادها من شأنه أن يلخص مختلف مراحل الصناعة النفطية. وقد حرص قانون إنشاء مؤسسة البترول الكويتية أن يعدد هذه العمليات في المادة ٣ منه^(٤٠) على النحو الذي سنعرض له الآن.

(٣٩) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص ١٨٣.

وقد ذكر الدكتور أبو الليل أن بعض الفقه قد خلط بين مصطلح موضوع العقد ومحل العقد (محل الالتزامات التي يترتبها العقد) وأن المشرع الكويتي المدني قد خلط أيضاً بين مصطلح محل العقد ومحل الالتزام.

(٤٠) تنص المادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء مؤسسة البترول الكويتية على الآتي: "أغراض المؤسسة هي القيام بكافة الأعمال المتعلقة بصناعة البترول والمواد الهيدروكربونية بصفة عامة في كافة مراحلها، وبالصناعات المتفرعة عن هذه الصناعات أو المرتبطة أو المتعلقة أو المكملة لها، في الكويت والخارج، ويدخل في ذلك على الأخص، ما يلي:...."

أولى مراحل الصناعة النفطية تتمثل في عمليات البحث والتنقيب عن النفط، فقد تتعاقد الدولة مع شركة النفط الأجنبية من أجل إجراء عمليات المسح الجيولوجي أو استخدام غيرها من الوسائل الأخرى للبحث عن مكامن نفطية في بقعة معينة من إقليم الدولة البحري أو البري، تأتي بعد ذلك عملية إنتاج النفط، وعندئذ إما أن تتعاقد الدولة مع الشركة على إنتاج النفط من آبار قائمة فعلاً^(٤١)، أو أن يتم التعاقد على إنتاجه من آبار جديدة يستخرج منها النفط لأول مرة^(٤٢).

ثم تأتي عملية تسويق هذا النفط المنتج، فإما أن يتم بيعه خاماً، حيث تبرم الدولة عقداً مع إحدى الشركات المتخصصة في النقل البحري لنقله من إقليمها إلى دولة الشراء على فرض عدم امتلاكها لأسطول بحري^(٤٣). أو قد تذهب الدولة إلى خيار تكرير النفط لتستخرج منه سلسلة غير متناهية من المواد الهيدروكربونية الأخرى. وهنا قد تبرم الدولة عقداً نفطياً مع إحدى شركات النفط المتخصصة في تكرير النفط، أو أن يتم الاتفاق على بناء مصافي لتكرير النفط على إقليمها^(٤٤).

ومما تجدر الإشارة إليه، أن هذه العمليات تشكل الخطوط العريضة للصناعة النفطية، والواقع العملي أثبت سرعة تطور العمل في المجال النفطي، الأمر الذي يمكن معه تصور إبرام عقود نفطية يكون موضوعها عمليات أخرى غير المذكور أعلاه^(٤٥).

(٤١) وهي الحالة التي تتحقق بالنسبة للمكامن النفطية ذات الطبيعة الجيولوجية الصعبة، كما هو الحال في حقول الشمال الكويتية، ذلك أن هذه الحقول النفطية تحتاج إلى تكنولوجيا فنية حديثة كالحقن المائي من أجل استخراج النفط منها، فلا يجدي نفعاً مع هذه الحقول الصعبة استخدام التقنيات التقليدية مثل الحفر الرحوي والذي يستخدم في حقل برقان الكبير.

(٤٢) انظر: المادة ١/٣ من القانون المذكور أعلاه، حيث تنص على الآتي: "الاستكشاف والتنقيب والحفر بحثاً عن النفط الخام والغاز الطبيعي والغاز المسيل وسائر المواد الهيدروكربونية الأخرى ومشتقاتها ومستخرجاتها المصنعة والمتاجرة في جميع هذه المواد".

(٤٣) انظر: المادة ٢/٣ من القانون المذكور أعلاه، حيث تنص على الآتي: "نقل وتوزيع وتسويق النفط الخام والغاز الطبيعي والغاز المسيل وسائر المواد الهيدروكربونية الأخرى ومشتقاتها ومستخرجاتها المصنعة والمتاجرة في جميع هذه المواد".

(٤٤) انظر: المادة ٣/٣ من القانون المذكور أعلاه، حيث تنص على الآتي: "ممارسة صناعة الكيماويات الهيدروكربونية بما في ذلك صناعة الكيماويات البترولية، وتخزين منتجات هذه الصناعة ونقلها وتوزيعها وتسويقها والمتاجرة فيها".

(٤٥) وقد احتاط قانون إنشاء مؤسسة البترول الكويتية لذلك، فأشارت المادة ٣ منه إلى أن هذا التعداد هو مثال للعمليات النفطية، كما أكدت المادة المعنية في نهايتها على أن المؤسسة تقوم "بجميع الأعمال والنشاطات المؤدية إلى تحقيق أغراض المؤسسة أو المساعدة على ذلك.

المطلب الثاني

موضوع العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري

وجدنا أن الشرط الأول من شروط العقد الإداري يتعلق بأطراف العقد، ورأينا كيف أن دوره في تحديد الطبيعة القانونية للعقد قد يضعف أمام حقيقة حرية الدولة في اختيار أسلوب القانون الخاص أو القانون العام في التعاقد، وهذا ما يبرر زهاب القضاء الإداري إلى وضع شرط آخر من أجل إضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي تبرمه الدولة، وهو شرط يتعلق بطبيعة العقد ذاته، حيث يشترط في العقد أن يتصل بموضوعه بمرفق عام بحيث يبرم لخدمته.

وترجع العلة في اشتراط اتصال موضوع العقد بمرفق عام إلى أن النظام القانوني المتميز للعقود الإدارية والذي يمنح بموجبه الدولة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها -كما سيلي شرحه في المبحث الثالث- مرده تمكين الدولة من كفالة سير مرافقها العامة بانتظام واطراد. وبالتالي إذا انقطعت صلة العقد الذي تبرمه الدولة بالمرفق العام انتفى عنه وصف العقد الإداري^(٤٦).

ويتصل العقد بنشاط المرفق العام بإحدى طريقتين^(٤٧): إما أن يتصل العقد بنشاط المرفق العام بشكل مباشر، كأن يتعلق العقد بتنظيم المرفق واستغلاله من خلال إشراك المتعاقد الآخر في إدارة هذا المرفق كما هو الحال في عقود الامتياز^(٤٨). أو قد يتصل العقد بنشاط المرفق العام بشكل غير مباشر من خلال المعاونة في تسير نشاطه كما هو الحال في عقود التوريد وعقود النقل وعقود الإيجار وعقود البيع^(٤٩).

(٤٦) كما هو الحال عندما تبرم الدولة عقوداً لإدارة أموالها الخاصة، انظر:

د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، ص ٤٧٣.

(٤٧) د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ٩٩ - ١٠٠.

(٤٨) يعرف عقد التزام المرافق العامة، أو عقد الامتياز كما يطلق عليه أيضاً، بأنه ذلك العقد الذي تمنح بموجبه جهة الإدارة المتعاقد معها (فرداً أو شركة) مكتنة إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة، وتحت إشرافها، على نفقته الخاصة وتحت مسؤوليته وبواسطة عماله، وذلك في مقابل تقاضي الرسوم التي يدفعها جمهور المنتفعين بالخدمات التي يقدمها المرفق، أي أن هذا الشخص الخاص هو الذي يتولى تقديم الخدمة العامة للأفراد بالنيابة عن الدولة ولكن تحت إشرافها.

(٤٩) هذه العقود تخدم المرافق العامة بطريق غير مباشر ومع ذلك فإن القضاء الإداري يجري على اعتبارها عقوداً إدارية متى تحقق فيها الشرط الثالث من شروط العقد الإدارية ألا وهو تضمن العقد لشروط غير مألوفة كما سيلي بيانه في المبحث الثالث وتحديد المطلب الثاني منه.

إلا أن الفقه قد تطلب فقط أن يتصل موضوع العقد الذي تبرمه الدولة بمرفق عام وحسب، ولم يحدد أي نوع من المرافق العامة التي فيما لو اتصل موضوع العقد بها اعتبر عندئذ عقداً إدارياً. فالمرافق العامة الاقتصادية، وكما أشرنا في المبحث الأول، تخضع لنظام قانوني مزدوج. وبالتالي، اتصال العقد الذي تبرمه هذه المرافق العامة بنشاطها الاقتصادي لا يجعل منه عقداً إدارياً، بل يظل عقداً خاصاً تحكمه المعايير الاقتصادية والتجارية البحتة التي تعزز مفاهيم تحقيق الربح المادي أكثر من مفاهيم تحقيق المصلحة العامة التي تحكم عقود المرافق العامة الإدارية.

ونرجع الآن إلى السؤال المطروح سالفاً وهو ما إذا كان موضوع العقد النفطي يرتبط بمرفق عام من عدمه، ونرجح الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب، ذلك أن موضوع العقود النفطية، والمتمثل في العمليات التي استعرضناها أعلاه، مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمرفق عام هام في دولة الكويت ألا وهو مؤسسة البترول الكويتية والتي تعتبر من قبيل المرافق العامة الاقتصادية، وبالتالي فإن ارتباط موضوع العقد النفطي من خلال ما يتضمنه من عمليات نفطية بهذا المرفق العام الاقتصادي، لا يجعل منه عقداً إدارياً، كما سبق بيانه في المبحث الأول، إلا إذا كان موضوع العقد متصلاً بالجانب الإداري لهذا المرفق الاقتصادي، حيث يعتبر العقد النفطي إدارياً عندئذ.

المبحث الثالث

شروط العقد النفطي

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة هو أساس القوة الملزمة للعقد^(٥٠). فبموجب هذا المبدأ نجد أن الفرد له مطلق الحرية في أن يتعاقد من عدمه. وإذا اختار الفرد أن يتعاقد، فله مطلق الحرية في أن يختار من يتعاقد معه وأن يختار شروط العقد التي يلتزم بها وأثاره. أي أن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن كل ما تتجه إليه إرادة طرفي العقد ويتم الاتفاق عليه يكون ملزماً لهما. فلا يمكن لأي طرف منفرداً أن يعدل على ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للأطراف، وهو ما يعبر عنه بمقولة العقد شريعة المتعاقدين^(٥١). إلا أن هذا المبدأ الهام من مبادئ التعاقد في القانون الخاص قد يكون له تطبيق خاص في العقود الإدارية يتوافق وفكرة أن الدولة المنوط بها تحقيق الصالح العام تعد طرفاً في هذا العقد. وبالتالي، فإن هذا المبحث سيسلط الضوء على البنود التعاقدية في العقد النفطي والمستوحاة من روح القانون الخاص، بحيث إن وجدت كان ذلك قرينة على تكييف هذا العقد باعتباره من عقود القانون الخاص، وسيكون ذلك في المطلب الأول. أما المطلب الثاني فسيبحث في البنود التعاقدية التي عادة ما ترد في العقد النفطي وتدل على طبيعته الإدارية.

المطلب الأول

شروط العقد النفطي وفقاً للنظرية العامة للالتزام

إن شروط العقد تعد من المسائل التعاقدية التي يتجلى بشأنها مبدأ سلطان الإرادة، حيث لن يقبل أي من الطرفين الالتزام إلا بالشروط التي يرضيها معاً. والمقصود بالشروط التي يتضمنها العقد هي تلك الشروط التي يدرجها المتعاقدون في

(٥٠) تختلف قوة مبدأ سلطان الإرادة فيما لو كانت الدولة تعتنق المذهب الفردي أو الاجتماعي؛ ذلك أن المذهب الفردي يذهب إلى القول بأن أساس القوة الملزمة للعقد ترجع إلى ما للإرادة من سلطان، وأن دور القانون يقتصر فقط على ضمان احترام وتنفيذ ما جاء في هذا العقد، وتوقيع الجزاءات على الطرف الذي يخالف الاتفاق. أما المذهب الاجتماعي فقد اعترف للإرادة بدور مقيد وليس مطلقاً في تحديد آثار الالتزام. فالإرادة، وفقاً لأنصار المذهب الاجتماعي، وإن كانت مصدراً للالتزام إلا أنها تفترض أن المتعاقدين في مراكز متساوية، وهو الأمر الذي قد لا يتحقق في عقود الإنعان. وحتى في حالة المساواة بين المتعاقدين، لا يتصور أن يسمح لتعاقدهم أن يكون مصدر ضرر بمصلحة المجتمع ككل.

(٥١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص ٥٠ - ٥١.

عقودهم بقصد تحديد مضمون العقد. وتأخذ هذه الشروط عادة شكل البنود في العقد، وتتمثل في أعباء محددة تفرض على طرفي العقد عادة^(٥٢).

تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد، يجوز للمتعاقدین أن يضمنا تعاقدهما أي شرط يرتضيانه، وقد وضع المشرع الكويتي المدني ضوابط عامة لشروط العقد كأن لا تخالف النظام العام أو أن تعارض نصاً قانونياً^(٥٣).

ولذلك، يتمتع المتعاقدان بحرية كبيرة عند تحديد شروط العقد وآثاره على أساس من المفاوضة والمناقشة، وهو الأمر الذي يفترض أن المتعاقدين على قدر من المساواة في مراكزهما القانونية. أما في حالة انفراد أحد الأطراف في تحديد شروط العقد، مع اقتصار دور الطرف الآخر - وهو الأضعف عادة - في مجرد القبول بهذه الشروط، فإن الأمر عندئذ يثير احتمالية وقوع هذا العقد في دائرة عقود الإذعان مع إمكانية ترتيب الآثار القانونية التي يقرها القانون بهذا الشأن لرد التوازن إلى العقد^(٥٤).

نأتي الآن لتطبيق هذه المعطيات على العقد النفطي، فنجد أن العقد النفطي بالنظر إلى شروطه يندرج تحت عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، فهو يعد من عقود المعاوضة لأن كل متعاقد على حدة (الدولة وشركة النفط) يحصل بموجب العقد على مقابل ما يلتزم به، وهو عقد ملزم للجانبين لأنه يرتب عند إبرامه التزامات تقع على عاتق كل من طرفيه، بحيث يكون التزام كل منهما سبباً في التزام الآخر.

فشركة النفط الأجنبية تعتبر مدينة للدولة بالقيام بأعمال استغلال الثروة النفطية التي يتم الاتفاق عليها (وهو محل التزام شركة النفط في مواجهة الدولة). وفي ذات الوقت، فإن الشركة دائنة للدولة باعتبار أنها تؤدي هذه الخدمات في مقابل معين يتم الاتفاق عليه في العقد نظير هذه الخدمات (وهو محل التزام الدولة في مواجهة شركة النفط).

(٥٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص ٢٠٢.

(٥٣) انظر: نص المادة ١٧٥/١ من القانون المدني والتي نصت على الآتي: "يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب". ويرى الدكتور إبراهيم أبو الليل أن هذه القيود من المسلمات التي لا تحتاج النص عليها في القانون، إلا أنه برر ذلك بما جاء في المذكرة التفسيرية للقانون المدني من رغبة المشرع في دفع أي مظنة في شأنه، انظر: المذكرة التفسيرية للقانون المدني.

(٥٤) للاستزادة بهذا الشأن انظر: بدر جاسم اليعقوب، الغبن في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، ملحق العدد الثاني - والسنة الحادية عشرة، ١٩٨٧.

ومن الجدير بالذكر أن المقابل الذي يؤدي في العقود النفطية قد خضع لسلسلة من التطورات. ففي الامتيازات النفطية الأولى، كانت الدولة المضيفة تعطي شركة النفط الأجنبية الحق الحصري في استغلال الثروة النفطية وتملك النفط المنتج، في مقابل قيام الشركة بدفع مبالغ مالية للدولة يتم الاتفاق عليها في العقد^(٥٥). وتطور الأمر لاحقاً فأصبحت العقود النفطية تأخذ شكل المشاركة، حيث يتم إنشاء شركة بين الدولة وشركة النفط الأجنبية للقيام بالعمليات النفطية على إقليم الدولة، ويتملك كل من الشريكين النفط المنتج كل على حسب مساهمته في رأس مال الشركة. وآخر ما استقر العمل عليه في معظم دول الخليج العربية هو عقود المقاوله النفطية، فلا تعدو أن تكون شركة النفط مجرد مقاول يقوم بالعمليات النفطية لحساب الدولة، فلا تتملك الشركة شيئاً من النفط بل فقط تتقاضى مبالغ نقدية معينة يتم الاتفاق عليها في العقد^(٥٦).

ولا يفوتنا في هذا الموضع أن نشير إلى أن محل التزام دولة الكويت في مواجهة الشركات النفطية مسألة قد تصدى لها الدستور الكويتي، فقد نصت المادة ٢١ منه على أن: "الثروات الطبيعية جميعها ومواردها كافة ملك الدولة، تقوم على حفظها وحسن استغلالها بمراعاة مقتضيات أمن الدولة واقتصادها الوطني". هذا النص الدستوري يقرر أن الثروات الطبيعية، وليس أهم من النفط كثرة طبيعية في الكويت، لا يتصور أن يملكها إلا الدولة. وبالتالي يغلق الطريق أمام أي إمكانية لتملك النفط من قبل أشخاص القانون الخاص أفراداً أو شركات نفطية، أو اعتناق صيغ حديثة من التعاقد عرفها العمل في المجال النفطي غير تلك التي تجعل النفط ملكاً

(٥٥) لمزيد من التفصيل بشأن المدفوعات المالية التي تؤديها شركات النفط الأجنبية لحكومات الدول الخليجية في عقود الامتياز الأولى انظر:

- Henry Cattani, The Evolution Of Oil Concessions In The Middle East And North Africa (Ocean Publication 1967) 28.

- Bernard Taverne, An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry, Laws, Contracts and Conventions (Graham & Trotman 1994) 33 and 41.

(٥٦) لمزيد من التفصيل بشأن تطور أشكال العقود النفطية انظر:

- د. خالد سعد زغلول حلمي ود. إبراهيم الحمود، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ الكويت.

- د. إبراهيم الحمود ود. عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.

كما أن التزام دولة الكويت في أداء المقابل للشركة الأجنبية سيتم مناقشته في المبحث الثاني من هذا البحث وتحديداً في الفرع الثاني منه.

للدولة. وبالتالي فإن المتعاقد مع الدولة في المجال النفطي لا يتصور أن يتقاضى أجره عن الأعمال التي يقوم بها إلا نقداً وليس عيناً. على عكس الحال بالنسبة للعقود النفطية التي أبرمتها دولة الكويت قبل صدور الدستور الكويتي، والتي كان يسمح فيها للشركة الأجنبية تملك كل الإنتاج النفطي أو نسبة منه على حسب نوع العقد كما أسلفنا.

المطلب الثاني

شروط العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري

ناقش المبحث الأول أولى الشروط التي يتطلبها الفقه والقضاء الإداري من أجل إسباغ التكيف الإداري على العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، حيث أوضحنا عدم كفاية كون الدولة طرفاً في العقد من أجل إضفاء الصفة الإدارية عليه، بل يجب أن تظهر بمظهر صاحبة السلطة والسيادة عند التعاقد. ومع إمكانية ضعف هذا الشرط أمام خيار الدولة في اختيار أسلوب القانون الخاص عند التعاقد. كما تحدثنا في المبحث الثاني عن الشرط الثاني الذي تطلبه الفقه والقضاء الإداري لإسباغ الوصف الإداري على عقود الدولة، ألا وهو ضرورة اتصال موضوع العقد بمرفق عام. ومع الإشكالية القانونية التي تصاحب عقود المرافق العامة الاقتصادية - باعتبار أن عقودها لا تكون تجارية إلا إذا اتصلت بأنشطتها التجارية أو الصناعية أو الزراعية - فقد ظهرت أهمية الشرط الثالث من شروط العقد الإداري والذي يوليه الفقه الأولية ألا وهو تضمين العقد شروطاً تخرج به عن المألوف في عقود القانون الخاص وهو موضوع حديثنا في هذا المطلب.

جرى الفقه على تسمية هذه الشروط بالشروط الاستثنائية، أو الشروط غير المألوفة، بمفهوم المخالفة لما قد تحويه عقود القانون الخاص المدنية أو التجارية من شروط عادية لا تؤدي إلى اختلال في ميزان مصالح الطرفين المتعاقدين. على عكس الحال بالنسبة للشروط التي قد تحويها عقود الدولة، والتي عادة ما يرجح فيها كفة الصالح العام الذي تضطلع به الدولة على مصلحة الفرد المتعاقد معها^(٥٧). ولذلك فإن تضمين عقد ما من العقود التي تبرمها الدولة لأحد هذا الشروط يعد قرينة على استخدام الدولة لأساليب السلطة العامة، واتجاه إرادة المتعاقدين إلى تكييفه من قبيل العقود الإدارية.

(٥٧) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٣، ص ٥.

ومن أمثله هذه الشروط الاستثنائية التي تعبر عن مظاهر السلطة العامة في أثناء تنفيذ العقد^(٥٨) سلطة جهة الإدارة في فسخ العقد، وأسلطتها في توقيع الجزاءات كالغرامة، وذلك كله بإرادتها المنفردة. وتعد هذه الشروط باطلة فيما لو تم تضمينها عقداً من عقود القانون الخاص لأنها تعبر عن مظاهر السلطة العامة^(٥٩).

ويعد أيضاً من قبيل الشروط الاستثنائية تلك التي قد لا تتضمن مظاهر السلطة العامة، وبالتالي إن وجدت في عقود القانون الخاص قد لا تبطلها، ولكنها تشكل إخلالاً بمبدأ توازن العقد؛ لأنها تجعل المتعاقدين في مراكز غير متساوية. كحق جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة من خلال الزيادة أو النقصان في التزامات المتعاقد معها^(٦٠). ويضاف إليها سلطة جهة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد، فبينما تعتبر سلطة الإشراف على تنفيذ العقد من قبيل الشروط المألوفة في عقود القانون الخاص، فإن تجاوز الإشراف إلى التسلط على تنفيذ العقد يعد من قبيل الشروط الاستثنائية التي لا يتصور أن يقبلها المتعاقد الآخر بحرية واختيار^(٦١).

وقد ذكرت الدكتورة عزيزة الشريف في مؤلفها مثلاً آخرًا على ما يمكن أن يعد

(٥٨) ذهب الدكتور أحمد عثمان عياد (المرجع السابق) إلى تقسيم الشروط الاستثنائية التي تعبر عن مظاهر استخدام السلطة العامة إلى مجموعتين: تتمثل المجموعة الأولى في تلك السلطات التي تتمتع بها الدولة عند اختيار المتعاقد معها، أما المجموعة الثانية فتتمثل في السلطات التي تتمتع بها الدولة في أثناء تنفيذ العقد. وما يهمنا هنا هو المجموعة الثانية تحديداً، ذلك أن اختيار المتعاقد مع الدولة في العقود النفطية يخضع لاعتبارات أخرى تتعلق بالطبيعة الخاصة للعمليات النفطية التي سيقوم بها.

(٥٩) د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٣٨.
د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣، ص ١٦٣ - ١٧٧.

(٦٠) سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري تعد من أبرز الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص والتي تميز العقد الإداري، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة إنما مقيدة ببعض القيود. انظر في قيود سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد:

د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٣٩ - ١٤٢.

(٦١) كأن يعترف للدولة بحق التوجيه عن طريق اختيار طرق ووسائل التنفيذ من خلال إصدار الأوامر والتوجيهات بهذا الشأن وإيرادتها المنفردة، ويلتزم المتعاقد بتنفيذ هذه التوجيهات دون الوقوف على رضائه من عدمه.

د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٣٧ - ١٣٨.

من قبيل الشروط الاستثنائية، وهو النص في العقد على تحديد قواعد الاختصاص القضائي - سواء المدني أو الإداري. فقواعد الاختصاص القضائي تعد من النظام العام، وليس في مقدور جهة الإدارة أو الأفراد تحديدها بما لا يتفق وطبيعة العقد. ولذلك فإن هذه الشروط غير ذات أثر في حد ذاتها إذا ما تم إدراجها في العقد، إلا أنها تعتبر قرينة تضاف إلى القرائن الأخرى في الكشف عن نية المتعاقدين للاستدلال على طبيعة العقد المبرم بينهما^(٦٢).

وعلى الرغم من تواتر فقهاء القانون الإداري على ذكر الحالات التي سبق بيانها كأثلة للشروط الاستثنائية التي يستدل بها على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى التعاقد الإداري، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية تضمين عقد ما شروطاً استثنائية أخرى، والمعيار هنا هو مدى تحقق الخروج عن المتعارف عليه في عقود القانون الخاص، بما يظهر الدولة بمركز أقوى من المتعاقد الآخر.

نأتي الآن للتحقق من مدى إمكانية تضمين العقود النفطية التي تبرمها الدولة مع شركات النفط لأي شروط استثنائية نستدل بها على النية الحقيقية للمتعاقدين فيما لو اتجهت نحو المسلك الإداري عند تعاقدهم، من عدمه. ويقتضي الأمر بداية إلى التنويه بأن مسألة تضمين العقود النفطية التي تبرمها الدولة لشروط استثنائية من عدمه مسألة واقع، وهو الأمر الذي يتطلب القيام بفحص كل عقد نفطي على حدة للوقوف على بنوده. فبعض العقود النفطية تخلو من أي شروط استثنائية لصالح الدولة، ونجد أن كل من طرفي العقد في وضع متكافئ، فيكون العقد عندئذ عقداً خاصاً وليس إدارياً. والعكس صحيح، فإذا تضمن العقد بنوداً تعطي الدولة سلطات أكثر في مواجهة شركة النفط الأجنبية، دل ذلك على أن الدولة تتعامل باعتبارها سلطة عامة وكان تعاقدتها إدارياً.

ومن اطلعنا على عدد من العقود النفطية والوقوف على صياغتها يمكننا استخلاص عدد من الشروط الاستثنائية التي درج العمل على تضمينها العقود النفطية متى اتجهت إرادة المتعاقدين إلى التعاقد الإداري، كما سنناقش أحد أهم الشروط التي

(٦٢) د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٠٥.

الاتفاق على استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية في نظر المنازعات التي تنتج عن أحد العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها مسألة قانونية ستناقش تفصيلاً في المبحث الثالث من هذا البحث وتحديداً المطلب الثاني منه.

تحسر بها الدولة عن نفسها عباءة السلطة، فيستدل بها على رغبة الدولة في التعاقد باعتبارها تاجراً وليس صاحبة سلطة وسيادة. وذلك على النحو التالي:

أولاً - شرط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للدولة:

تنقضي العقود الإدارية متى تم تنفيذ الالتزامات الواردة فيها تنفيذاً كاملاً، أو انتهاء المدة المحددة للعقد متى كان العقد من عقود المدة، وهو ما يسمى بالطريقة العادية لانقضاء العقد. وقد ينقضي العقد قبل أوانه باتفاق الطرفين، وهذا ما يطلق عليه بالفسخ الاتفاقي. كذلك قد يفسخ العقد بقوة القانون وذلك في حالة استحالة تنفيذه بسبب القوة القاهرة، أو إذا نص العقد أو القانون على اعتبار العقد مفسوخاً بقوة القانون إذا حدثت وقائع معينة. وانقضاء العقد في جميع الحالات السابقة ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني^(٦٣).

إلا أن ما يعنينا في هذا المقام هي سلطة الإدارة الاستثنائية في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة من غير توفر أي من الحالات المذكورة أعلاه، وهو ما يطلق عليه بالفسخ الإداري. وقد يتم النص في العقد ذاته على حق الإدارة في إنهاء العقد إنهاءً انفرادياً، وقد يغفل العقد النص على مثل هذا الشرط، إلا أن الفقه والقضاء أقرا إمكانية استخدام الدولة لهذه السلطة الاستثنائية ولو لم يتم النص عليها في العقد^(٦٤).

وعلى الرغم من أن الفقه قد اختلف في تحديد الأساس القانوني لاستخدام الدولة لمثل هذه السلطة الاستثنائية، إلا أن جميع ما قيل بهذا الشأن يصب في مجرى تحقيق المصلحة العامة^(٦٥). وعليه، فإن النص في العقد على حق الدولة في إنهائه بإرادتها المنفردة يعد قرينة قانونية يستدل بها على استخدام الدولة لأساليب السلطة

(٦٣) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٣، ص ٢٤٩ - ٢٥٠.

(٦٤) المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(٦٥) فصل الدكتور أحمد عثمان بشأن اختلاف الفقه في تحديد الأساس القانوني لسلطة جهة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة. انظر: المرجع السابق، ص ٢٦٤ - ٢٦٦.

كما أن مقتضيات تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام الذي أبرم العقد لخدمته ليست فقط أساساً لسلطة الدولة الاستثنائية في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، بل هي أيضاً شرطاً لصحة هذا الإجراء، وهو ما أكدته القضاء في الكثير من أحكامه. وبالتالي، لا يجوز أن تقوم جهة الإدارة بإنهاء العقد لحرمان المتعاقد معها من أرباحه المشروعة، أو تحقيق مصالح مالية مثلاً، وإلا اعتبرت جهة الإدارة متعسفة في استخدام سلطتها مما يجعل قرار الفسخ غير مشروع. كما أن المتعاقد مع الإدارة، متى لحق به الضرر من جراء فسخ عقده إدارياً، يستحق تعويضاً يقرره له القضاء. انظر في هذا الشأن: المرجع السابق، ص ٢٨٦.

العامة عند التعاقد وظهورها بمظهر صاحبة السلطة والسيادة، لا شك عندئذ في أن هذا العقد يعد من قبيل العقود الإدارية التي تخضع لأحكام القانون العام، ويختص القضاء الإداري في الفصل في منازعاتها.

تجدر الإشارة إلى أن الدولة تحرص عادة على أن تضمن عقودها النفطية بنداً صريحاً يعطيها الحق في إنهائها بإرادتها المنفردة للمصلحة العامة. ونورد النص التالي كمثال للكيفية التي يعبر فيها عن هذا الشرط في العقود النفطية:

“Without prejudice to the right of the Kuwaiti Party to terminate the contract in case of the company breaches its obligations or commitments, the Supreme Petroleum Council reserves the right to terminate the contract for reasons related to public interest and without the need send any previous notice or warning or to follow any judicial measures, providing the consideration of the company’s right in compensation where applicable”	“دون الإخلال بحق الطرف الكويتي في فسخ العقد عند إخلال الشركة في التزاماتها، يجوز للطرف الكويتي إنهاء العقد للمصلحة العامة دون الحاجة للتنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك مع عدم الإخلال بحق الشركة في التعويض إن كان له مقتضى”^(٦٦).

وفي الحقيقة، فإننا نعتقد بأن موافقة شركة النفط الأجنبية على مثل هذا الشرط يفيد بأنها تدرك تماماً أنها تتعامل مع الطرف الكويتي باعتباره دولة صاحبة سلطة وسيادة تضطلع بمهمة تحقيق الصالح العام. وبالتالي فإن وجود هذا النص يعد قرينة على اتجاه إرادة الدولة وشركة النفط نحو إبرام عقد نفطي إداري وليس عقداً نفطياً تجارياً.

ثانياً – شرط المتعاقد الأولى بالرعاية:^(٦٧)

قد يرد نص في العقد يلزم شركة النفط الأجنبية بمنح الطرف الكويتي ذات المميزات العقدية التي قد يتضمنها أي عقد آخر تبرمه هذه الشركة في المستقبل مع الغير. هذا النص يضمن للطرف الكويتي، وفي أي وقت، الحصول على أفضل المميزات التعاقدية حتى ولو لم يتم النص عليها في عقده مع الشركة الأجنبية طالما أن هذه الشركة قد تعاقدت على مثل هذه الشروط مع طرف آخر^(٦٨). ونورد النص التالي كمثال للكيفية التي يعبر فيها عن هذا الشرط في العقود النفطية:

(٦٦) المادة ٢٥ من المشروع بقانون رقم ٣٧٨ لسنة ٢٠٠٤ بشأن مشروع تطوير حقول الشمال الكويتية.

(٦٧) The “most favoured nation clause”

(٦٨) شرط الدولة الأكثر رعاية تم النص عليه في المشروع بقانون الذي تقدمت به حكومة دولة الكويت في عام ٢٠٠٤ بشأن مشروع تطوير حقول الشمال الكويتية، والذي لم يتم التصويت عليه من قبل البرلمان إلى الآن. انظر المشروع بقانون رقم ٣٧٨ / ٢٠٠٤.

"The contracting company shall abide by the principle of giving the Kuwaiti party no less favorable conditions than those granted to a non Kuwaiti party outside of Kuwait at any time in the future, and shall give the Kuwaiti party the same privileges as given to a non Kuwaiti party in addition to privileges under the contract"	"تلتزم الشركة المتعاقدة بمبدأ المتعاقد الأولى بالرعاية في علاقاتها مع الطرف الكويتي في حال تعاملها مستقبلاً مع طرف غير كويتي خارج دولة الكويت، وتلتزم بمنح الطرف الكويتي نفس المزايا التي تعطيها للطرف غير الكويتي بالإضافة إلى المزايا المقررة له في العقد المبرم"^(٦٩)

وعلى الرغم من أن شرط الدولة الأكثر رعاية يعطي حماية قصوى للطرف الكويتي، إلا أنه يتضمن خرقاً واضحاً لمبدأين من مبادئ التعاقد في القانون الخاص وهما: مبدأ توازن العقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

أما عن المبدأ الأول، فإن هذا الشرط يعطي الدولة ميزة إضافية قد لا يتمتع بها المتعاقد معها، وهي سلطة تعديل العقد دون موافقة الشركة الأجنبية بزيادة التزاماتها، من خلال إجبارها على أن تقدم للدولة ذات المميزات التي قد تمنحها لأي متعاقد آخر معها بموجب عقد آخر، وإن لم تكن الدولة طرفاً فيه. هذه الميزة الإضافية ترجح كفة الدولة في ميزان التعاقد وتجعل الشركة الأجنبية الطرف الأضعف في العقد.

كما يخل هذا الشرط بمبدأ آخر في غاية الأهمية من مبادئ التعاقد في القانون الخاص، وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فوفقاً للمبدأ المذكور، لا يلتزم المتعاقد إلا في حدود ما يتم الاتفاق عليه من التزامات ترد في العقد، ولكن وفقاً لشرط الدولة الأكثر رعاية، فإن الشركة المتعاقدة مع الدولة قد تلتزم بما لم يرد النص عليه في العقد، طالما كان الأمر يشكل ميزة إضافية وردت في عقد آخر تكون الشركة طرفاً فيه مع متعاقد آخر غير الدولة.

ولذلك فإننا نرى أنه ليس أكثر من شرط الدولة الأكثر رعاية للدلالة على الطبيعة الإدارية للعقد النفطي، فليس من المتصور في عقود القانون الخاص أن يوافق أحد المتعاقدين، بإرادة حرة ومختارة، على منح المتعاقد الآخر معه سلطة تعديل التزاماته بالزيادة. ولذلك قيل بشأن هذا الشرط أن موافقة شركات النفط الأجنبية على إدراجها في تعاقداتها النفطية سيؤدي إلى قيامها بتوحيد الصيغة التعاقدية التي يقدمون عليها في معظم صفقاتهم حتى لا يؤدي هذا الشرط إلى تكبدتهم لخسائر فادحة نتيجة لإلزامهم لميزات إضافية لم يتم الاتفاق عليها في عقودهم الأخرى^(٧٠).

(٦٩) المادة رقم ٢٤ من المشروع بقانون رقم ٣٧٨ / ٢٠٠٤.

(٧٠) Fahad Alzamai, 'An Analysis of Kuwait Project', Intl Energy L and Tax Rev, (٧٠) 2007, vol 8. It is available electronically through West Law.

ثالثاً - شرط الجنسية الوطنية للعاملين في المشروع النفطي:

تعتبر سلطة الإشراف على تنفيذ العقد من قبيل الشروط المألوفة في عقود القانون الخاص. وبالتالي من الوارد أن يحرص أحد المتعاقدين على أن يضمن العقد حقه في الإشراف على المتعاقد معه عند قيامه بتنفيذ التزامه، وخاصة في عقود المقاولات. ولكن في حال تجاوز مجرد الإشراف إلى التسلط على تنفيذ العقد، فإن ذلك يعتبر من باب الشروط الاستثنائية التي لا يتصور أن يقبلها المتعاقد الآخر بحرية واختيار^(٧١). وحيث إن الدولة هي التي تضطلع بمهمة تحقيق الصالح العام، كما أن عقودها تهدف إلى خدمة المرافق العامة، والتي تعد أساساً من قبيل الأموال العامة، فإنها تحرص على أن تعطي نفسها سلطات استثنائية عند الإشراف على العقد تصل إلى حد التسلط على المتعاقد الآخر عند التنفيذ.

من صور تسلط الدولة على تنفيذ العقود النفطية أن تشترط على المتعاقد معها عند قيامه بتنفيذ العمليات النفطية أن يستخدم عمالة تنتمي بجنسيتها إليها، وألا يستخدم عماله الخاصين إلا بنسب معينة يتم النص عليها في العقد. وهو الأمر الذي يتجاوز سلطة الإشراف المعتادة على العقد والمتعارف عليها في عقود القانون الخاص. ونورد النص التالي كمثال للكيفية التي يعبر فيها عن هذا الشرط في العقود النفطية:

“The contracting company shall employ Kuwaiti nationals at all job levels in the project, and maintain percentage not less than 70% of the total work force according to the periods and criteria mentioned in the execution list of this law. The execution list will also define the percentage of Kuwaiti employees that should be maintained by the sub - contractors”.	“يجب على الشركة المتعاقدة أن تستعين بعاملين كويتيين لدى الشركة في المستويات الوظيفية العاملة في المشروع وألا تقل نسبهم عن ٧٠٪ من إجمالي عدد العاملين في المشروع، ووفقاً للمدد والضوابط التي ترد في اللائحة التنفيذية لهذا القانون. وتحدد اللائحة التنفيذية العمالة الكويتية لدى مقاولي الباطن”^(٧٢).

(٧١) كأن يعترف للدولة بحق التوجيه عن طريق اختيار طرق ووسائل التنفيذ من خلال إصدار الأوامر والتوجيهات بهذا الشأن وإبرادتها المنفردة. ويلتزم المتعاقد بتنفيذ هذه التوجيهات دون الوقوف على رضائه من عدمه.

د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٣٧ - ١٣٨.

(٧٢) المادة ١٣ من المشروع بقانون رقم ٣٧٨ لسنة ٢٠٠٤ بشأن مشروع تطوير حقول الشمال الكويتية.

ليس أكثر من إبراز الصفة الإدارية في العقد النفطي وترجيح المصلحة الوطنية فيه على المصلحة الفردية للمتعاقد مع الدولة من احتوائه على شرط يستلزم غلبة عدد العاملين ممن ينتمون للجنسية الوطنية على العاملين الأجانب التابعين لشركة النفط الأجنبية. وبالتالي فإن هذا الشرط يعد قرينة واضحة يستدل بها على اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين على إسباغ الصفة الإدارية عليه.

كما يجد هذا الشرط تبريره في اعتبار آخر مهم، ألا وهو رغبة الدولة في تدريب الكوادر الوطنية من فنيين وإداريين في المجال النفطي. بحيث يمكن للدولة أن تستغني عن الاستعانة بالشركات الأجنبية في المستقبل إذا ما توافرت هذه الخبرات محلياً وهو الأمر الذي يرجح، مرة أخرى، المصلحة العامة من وراء إبرام هذا العقد ومن ثم إمكانية تكييف العقد باعتباره من العقود الإدارية.

رابعاً - شرط التحكيم:

إن العقود التي تبرمها الدولة ويكون المتعاقد الآخر معها أجنبياً تثير إشكالية قانونية بشأن تحديد القضاء المختص في الفصل في منازعاتها، فوفقاً لنظرية تنازع القوانين، إذا كان أي من عناصر العلاقة القانونية المثار بشأنها النزاع أجنبياً بالنسبة للقاضي المرفوع أمامه النزاع يثور التساؤل عندئذ حول مدى اختصاص المحاكم الوطنية في الفصل في المنازعات التي تثيرها هذه العلاقة وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها^(٧٣). فالعلاقات القانونية الوطنية في جميع عناصرها لا يثور بشأنها التساؤل حول القانون الواجب التطبيق عليها، فهي دائماً تخضع للقانون الوطني للقاضي^(٧٤). والأصل هو اختصاص المحاكم الوطنية بفض المنازعات الخاصة بين الأفراد التي تثار على إقليم الدولة سواء أكانت هذه المنازعات ذات صفة وطنية أم ذات عنصر أجنبي، وفي الحالة الأخيرة فإن المبدأ المسلم به هو حرية الدولة في تنظيم اختصاص قضائها وتحديد نطاقه^(٧٥).

(٧٣) د. أحمد ضامن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨، ص ١٠ - ١١.

- أحمد ضامن السمدان، التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي في القانون الدولي الخاص الكويتي، ١٩٩٩، ص ٥.

(٧٤) د. أحمد ضامن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨، ص ١١.

(٧٥) المرجع السابق، ص ٣٥١.

أما عن المشرع الكويتي في قانون المرافعات المدنية والتجارية^(٧٦)، فقد أفرد باباً مستقلاً يتضمن عدداً من النصوص القانونية التي تنظم مسألة الاختصاص الدولي للمحاكم الكويتية. حيث نصت المواد ٢٣^(٧٧) و ٢٤^(٧٨) من القانون السالف على الحالات التي تختص فيها المحاكم الكويتية في نظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي. حيث تتمثل الحالة الأولى في اختصاص المحاكم الكويتية في نظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي متى كان له موطن أو محل إقامة في الكويت. وتتمثل الحالة الثانية في اختصاص محاكم الكويت في نظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي - وإن لم يكن له موطن أو محل إقامة - متى تحققت في حقه إحدى الحالات التي حصرها المشرع في المادة ٢٤، وما يعينها منها تحديداً الحالة التي تتعلق فيها الدعوى بعقار موجود في الكويت أو بالتزام نشأ ونفذ في الكويت.

-
- (٧٦) المرسوم بقانون رقم ٢٨ لسنة بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٨٠.
- (٧٧) تنص المادة ٢٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على الآتي:
"تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الكويت، وذلك كله فيما عدا الدعوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".
- (٧٨) تنص المادة ٢٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على الآتي:
"تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الكويت، وذلك في الحالات الآتية:
- إذا كان له في الكويت موطن مختار.
- إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار أو منقول موجود في الكويت، أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها.
- إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق كويتي.
- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو التطلاق أو الانفصال وكانت مرفوعة من زوجة لها موطن في الكويت على زوجها الذي كان له موطن فيها، متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو
- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن في الكويت أو للصغير المقيم فيها.
- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في الكويت، أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.
- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي كويتياً أو أجنبياً له موطن في الكويت، وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج، أو إذا كان القانون الكويتي واجب التطبيق في الدعوى.
- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه موطن أو محل إقامة في الكويت، أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب.
- إذا كان أحد المختصمين معه كويتياً، أو أجنبياً له في الكويت موطن أو محل إقامة أو موطن مختار."

ومما تجدر ملاحظته، أن جميع الحالات المذكورة أعلاه تجد تطبيقها بالنسبة للعقود النفطية التي تبرمها الدولة. فأمّا عن الحالة الأولى، فإن الواقع العملي قد درج على أن يتضمن العقد النفطي بنداً يلزم شركة النفط الأجنبية على أن تتخذ لها موطناً في الدولة المضيفة لكي يتم مخاطبتها عن طريقه. كما أن الكثير من أشكال التعاون النفطي بين الدولة والشركات النفطية تتضمن إنشاء شركة جديدة مشتركة بين الطرفين يكون مقرها الرسمي الدولة المضيفة.

كما أن الحالة الثانية التي تختص فيها المحاكم الكويتية في النظر في المنازعات ذات الطرف الأجنبي تجد لها تطبيقاً بالنسبة للعقود النفطية أيضاً. وذلك باعتبار أن المنازعات النفطية التي تتعلق باستخراج النفط أو إجراء عمليات المسح الجيولوجي لاستكشاف المكامن النفطية المحتمل نشوئها من العقد النفطي حتماً تتعلق بعقار موجود في الكويت. كما أن المنازعة النفطية تنشأ بمناسبة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد النفطي الذي نشأ ونفذ أو كان واجب التنفيذ في الكويت. وعليه، نجد أن القضاء الكويتي يختص بحسب الأصل في النظر في المنازعات التي تنشأ عن العقود النفطية التي تكون دولة الكويت طرفاً فيها في مواجهة شركة النفط الأجنبية المتعاقدة معها.

والمسألة التي تهمنا في هذا المقام هي مدى إمكانية اتفاق الخصوم على عرض النزاع على هيئة تحكيم أجنبي، أو ما يطلق عليه بالسلب المؤقت لولاية القضاء الوطني. ومن الجدير بالذكر أن موقف القضاء الكويتي في هذا الشأن يختلف عن مسألة سلبه اختصاصه لصالح قضاء أجنبي. فبينما يقع باطلاً أي اتفاق بين الخصوم على سلب الاختصاص من المحاكم الكويتية وإعطائه إلى جهات قضائية أجنبية^(٧٩). فقد قرر القضاء الكويتي أن اتفاق الأفراد على طرح النزاع على جهات التحكيم وإن كانت أجنبية لا ينزع منها الاختصاص، إنما يمنعها فقط من سماع الدعوى مادام الشرط قائماً، وهو الأمر الذي أيده جانب كبير من الفقه لعدم مخالفته للنظام العام^(٨٠).

(٧٩) مع سكوت المشرع الكويتي عن بيان هذه المسألة، برز دور القضاء في حلها، فقد قرر القضاء الكويتي أن قواعد الاختصاص القضائي تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها. انظر: حكم محكمة التمييز المنشور في مجلة القضاء والقانون، السنة السابعة ١٩٧٦، عدد ١، ص ٩٣. مشار إليه في:

د. أحمد ضامن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨، ص ٩٣.
(٨٠) حكم محكمة الاستئناف رقم ٨٠/١٩٧٥ الصادر بجلسته ٢٦ إبريل ١٩٧٥، حكم غير منشور مشار إليه في:

وقد جاءت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لتؤكد على جواز التحكيم، فنصت على الآتي: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين..."^(٨١). ونجد من خلال هذه الصياغة العامة أن النص أجاز ضمناً شرط التحكيم ومشارطته بشكله المؤسسي أو الحر، كما لا يوجد ما يمنع من النص عليه في العقود المدنية أو التجارية وطنية كانت أو دولية^(٨٢).

وفي واقع الأمر، يجد شرط التحكيم رواجاً كبيراً في العقود النفطية التي تبرمها الدولة مع شركات النفط الأجنبية؛ حيث إن معظم هذه الشركات تصر على تواجد شرط التحكيم في عقودها ولو على حساب إتمام الصفقة. ويرجع السبب في ذلك إلى رغبتها في تفادي الأخطار التي قد تنتج من طبيعة الشخص المتعاقد معها، ألا وهو الدولة، فالدولة تعتبر طرفاً غير عادي في العقد بسبب ما تتمتع به من مميزات سيادية. والقضاء الوطني للدولة - مهما كان حجم ما يتمتع به من الحياد والاستقلالية - فهو يعتبر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها مع متعاقد آخر أجنبي^(٨٣). خاصة إذا ما كانت هذه المنازعات ناشئة عن عقد يتعلق بالمصالح الاقتصادية للدولة كما هو الحال في العقود النفطية التي تبرمها الدولة^(٨٤).

إن مضمون شرط التحكيم هو أن تخلع الدولة عن نفسها عباءة السلطة والسيادة من خلال القبول باستبعاد اختصاص محاكمها الوطنية والقبول بإحالة ما قد ينشأ من منازعات إلى هيئة تحكيمية محايدة تفصل في النزاع بناء على معايير العدالة وليس بالنظر إلى المصالح الوطنية لطرف الدولة. ومن هنا يمكننا القول أن

= د. أحمد ضامن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨، ص ٤١٦ - ٤١٧.

(٨١) كما تم إفراد النصوص القانونية من ١٧٣ إلى ١٨٨ من القانون السالف لتنظيم مسألة التحكيم.

(٨٢) د. خالد محمد العميرة، التحكيم المؤسسي - دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ٢٣٢.

(٨٣) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦، ص ٢٥٧.

(٨٤) الأمر لا يقتصر فقط على رغبة شركات النفط الأجنبية في استبعاد القضاء الوطني للدولة التي تتعاقد معها في النظر في المنازعات التي تنشأ عن العقد، بل ترغب أيضاً في إقصاء قضائها الوطني من النظر في المنازعات التي تنشأ عن العقد الذي تبرمه مع دولة ما.

تضمنين عقد نفطي ما لشرط التحكيم من الممكن أن يعتبر قرينة يستدل بها على اتجاه نية المتعاقدين إلى استبعاد الصيغة الإدارية للعقد الذي يبرم بين الدولة وشركة النفط الأجنبية. ذلك أنه ليس أكثر دلالة لمظاهر السلطة العامة للدولة عند التعاقد مع شركة النفط الأجنبية من أن تصر على عدم سلب محاكمها الوطنية لاختصاصها الأصيل في الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن هذا. بمفهوم المخالفة، موافقة الدولة على إدراج مثل هذا الشرط يعد تنازلاً منها عن ممارسة أساليب السلطة العامة من خلال الظهور بمظهر صاحبة السلطة والسيادة، الأمر الذي يجعل عقدهما يقترب أكثر من أسلوب التعاقد الخاص.

إن الحديث عن التحكيم في العقود النفطية يطول، وتوجهات الحكومات العربية وتحديداً الخليجية بشأن مدى الأخذ به في تعاقدهم النفطية والصيغة التي يتم النص فيها عليه تختلف وتتنوع، وبالتالي نرجئ الحديث عن هذا الموضوع في بحث آخر مستقل ونكتفي في هذا الموضوع بذكر النص التالي كمثال للكيفية التي يعبر فيها عن هذا الشرط في العقود النفطية:

“The agreement shall be construed and affected in all respect in accordance with Kuwaiti laws and courts of the state of Kuwait shall have the jurisdiction to decide all dispute between parties, however parties could agree to resolve disputes or conflicts via local or international arbitration procedures”.	"تخضع الاتفاقية لأحكام القانون الكويتي كما يختص القضاء الكويتي بنظر المنازعات التي تنشأ عنها. ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن حل أي نزاع ينشأ بين أطرافها بطريق التحكيم المحلي أو الخارجي^(٨٥).

ويلاحظ من النص أعلاه كيف أن صائغي الاتفاقية لم يتخذوا موقفاً واضحاً من إحالة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد النفطي إلى القضاء الوطني أو إلى التحكيم. وشتان بين الطريقتين وبين دلالة كل منهما في العقد النفطي. فبينما وجود شرط التحكيم يضيف على العقد روح القانون الخاص كما بينا أعلاه، فإن الالتجاء إلى القضاء الوطني على النقيض يضيف الصفة الإدارية على العقد. وقد يكون السبب في ذلك أن البنود المعروضة أعلاه هي نصوص كان مقدر لها أن ترد في اتفاقية تجمع بين حكومة دولة الكويت وعدد من الشركات النفطية للعمل على أحد المشاريع النفطية

(٨٥) المادة ١٣ من المشروع بقانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٠ بشأن مشروع تطوير حقول الشمال الكويتية.

من خلال إنشاء (كونسورتيوم) نفطي. بحيث بعد التصديق على هذه الاتفاقية يتم التفاوض لاحقاً على بنود العقود النفطية التي ستبرم تحت مظلة الاتفاقية السالفة. عندئذ، يتفق الطرفان في العقد النفطي على مدى إمكانية إحالة المنازعات القانونية الناشئة عن تنفيذ العقد النفطي إلى القضاء الوطني أو إلى هيئة التحكيم^(٨٦).

الخاتمة:

تعد النظرية العامة للالتزام من أهم الموضوعات التي يتناولها القانون المدني بالتنظيم. كما أن أهمية هذه النظرية لا تقتصر على القانون المدني فقط، بل تتعداه لتصل إلى سائر فروع القانون الخاص الأخرى، وبصفة خاصة القانون التجاري. حيث تعتبر النظرية العامة للالتزام بمثابة الشريعة العامة للمعاملات التجارية في كل حالة لم يرد بشأنها نص خاص في القانون التجاري. حيث تنص المادة ٩٦ من قانون التجارة الكويتي، رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، على الآتي: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني". وعليه، نجد أن المسائل المتعلقة بتحديد المبادئ العامة لإبرام العقود وترتيب آثارها القانونية لم تكن من ضمن الموضوعات المنظمة تشريعياً في قانون التجارة، وتحديدًا في الكتاب الثاني منه تحت عنوان "الالتزامات والعقود التجارية"، ولذلك فإن تنظيمها يرجع إلى القانون المدني تطبيقاً للنص السالف^(٨٧). إلا أن أسلوب إبرام العقود لم يعد حكراً على الأشخاص العادية فقط، بل لجأت الدولة أيضاً في سبيل إدارة أنشطتها مرافقها العامة إلى أسلوب التعاقد^(٨٨). فظهرت نظرية العقد الإداري إلى جانب النظرية العامة للالتزام لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة.

(٨٦) نحيل بشأن صياغة بند التحكيم في العقود النفطية إلى: محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ٤٠٩، ٢٠٠٢ - ٤٠١٣.

(٨٧) ينظم الباب الأول (بعنوان الالتزامات التجارية) من الكتاب الثاني من قانون التجارة الكويتي موضوعات كالدين التجاري والقرض التجاري والكفالة التجارية. أما الباب الثاني (والذي يحمل عنوان العقود التجارية المسماة) ينظم موضوعات كالرهن التجاري، والإيداع في المخازن العامة، والوكالة التجارية والممثلين التجاريين، والسمسرة والبورصات التجارية، وعمليات البنوك.

(٨٨) الأسلوب الاعتيادي للدولة في مباشرة الوظيفة الإدارية يتمثل في تشريع اللوائح المختلفة وإصدار القرارات الإدارية، ويلاحظ في هذه الأساليب أنها تصدر بالإرادة المنفردة للدولة. على عكس الحال في الأسلوب الآخر وهو اللجوء إلى التعاقد مع أطراف أخرى، حيث تعتبر إرادة هذه الأطراف محل اعتبار.

وعليه، فإن هذا البحث قد سلط الضوء على تلك الشروط التعاقدية المستمدة من نظريتي الالتزام والعقد الإداري، والكيفية التي يمكن بها تضمين مثل هذه الشروط للعقد النفطي، وأثر هذا التضمين في خلق القرائن القانونية التي يستدل بها على النية الحقيقية للمتعاقدين في إسباغ تكييف قانوني معين على هذا العقد النفطي دون الآخر. ومن أجل تحقيق هذا الهدف، قسمنا البحث إلى ثلاثة مباحث رئيسية تتناول معالجة الركائز التعاقدية الثلاث للعقد النفطي على ضوء كل من نظريتي الالتزام والعقد الإداري. حيث قام المبحث الأول بتسليط الضوء على أطراف العقد النفطي، أما المبحث الثاني فقد شرح موضوع العقد النفطي، أما المبحث الثالث والأخير فقد قام بالتصدي لشروط العقد النفطي.

وقد سبق أن بينا في مقدمة هذا البحث كيف أن تضمن العقد النفطي بنوداً مستمدة من أكثر من نظرية من نظريات التعاقد يكبد الدولة خسائر فادحة. وليس أفضل من كارثة صفقة الداو كيميكال للتدليل على ذلك. ففي عام ٢٠٠٧، قامت حكومة دولة الكويت - ويمثلها في ذلك شركة صناعة الكيماويات البترولية^(٨٩) - بإبرام عقد نفطي مع شركة نفط أمريكية - تدعى الداو كيميكال. وكان موضوع هذا العقد النفطي يتمحور حول قيام شراكة نفطية بين الطرفين في مجال الصناعات البتروكيماوية، وقد أطلق على هذا المشروع اسم (كي - داو). إلا أن الحكومة الكويتية، وتحت ضغط سياسي كبير من قبل بعض أعضاء البرلمان الكويتي، قامت بإنهاء العقد بعد قرابة عام واحد من إبرامه. الأمر الذي دعا شركة الداو الأمريكية إلى رفع دعوى تحكيمية على الطرف الكويتي أمام إحدى هيئات التحكيم الدولية للمطالبة بالتعويض جراء الخسائر التي تكبدتها بسبب هذا القرار. وبالفعل، أصدرت هيئة التحكيم في عام ٢٠١٢ حكمها الذي قضى بتغريم دولة الكويت مبلغ يزيد عن المليارين دولار أمريكي كتعويض للشركة عن الخسائر التي تكبدتها بسبب هذه الشراكة التي ألغيت من جانب حكومة دولة الكويت فقط.

هذه كانت أهم الوقائع لقضية عقد الداو كيميكال، إلا أن إعطاء الرأي القانوني السليم والدقيق في هذه المسألة يتطلب بالضرورة توافر العقد ذاته بين أيدينا من أجل الوقوف على بنوده التعاقدية، وفيما عدا ذلك من تعليقات بشأن هذه القضية لا تعدو أن تكون مجرد توقعات غير مؤكدة بما يثبتها قانوناً^(٩٠). وعليه، فإننا سنجتهد في

(٨٩) شركة الصناعات الكيماويات البترولية (PIC) هي إحدى الشركات التابعة لمؤسسة البترول الكويتية، والتي تختص في صناعة وتسويق المواد الكيماوية المشتقة من البترول.

(٩٠) حاولنا الحصول على نسخة من عقد ال (كي - داو) ولكن الجهات الحكومية المعنية كانت متشددة في هذا الأمر وبالتالي لم نحصل عليها.

وضع أيدينا على الخلل القانوني الذي اكتنف هذا العقد، وهو الأمر الذي نعتقد بارتباطه الوثيق بموضوع بحثنا هذا، ألا وهو التكييف القانوني للعقد النفطي من خلال ثلاث نقاط رئيسية:

- إن قيام دولة الكويت بإنهاء عقد ال(كي - داو) بإرادتها المنفردة من خلال القرار الصادر من المجلس الأعلى للبترول، ودون الرجوع إلى المتعاقد الآخر معها، هو تماماً ما يطلق عليه في فقه القانون الإداري بـ (الفسخ الإداري). وهو - كما بينا تفصيلاً في المبحث الثالث - سلطة استثنائية تتمتع بها الدولة عندما تكون طرفاً في عقد ما باعتبارها شخصاً عاماً يضطلع بمهمة تحقيق المصلحة العامة في البلاد.

ويستوي أن تكون الحكومة الكويتية عند فسخها للعقد بإرادتها المنفردة قد استندت إلى نص صريح في العقد يعطيها هذا الحق، أو أن العقد المذكور لم ينص على هذا الحق (وهو الأمر الذي لن يتسنى لنا معرفته إلا من خلال الاطلاع على العقد ذاته). ذلك باعتبار أن حق الدولة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة يجد أساسه القانوني في مسألة تحقيق المصلحة العامة في ذاتها، وبصرف النظر عن تضمن العقد نصاً يعطي هذا الحق من عدمه. وعليه، فإن تصرف الحكومة الكويتية بالقيام بإنهاء عقد الداو كيميكال بإرادتها المنفردة يعد استخداماً منها لأساليب السلطة العامة وهو قرينة على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إضفاء الصيغة الإدارية على العقد المبرم بينهما.

- قامت شركة الداو كيميكال بالالتجاء إلى التحكيم الدولي من أجل المطالبة بالتعويض عن الخسائر التي تكبدتها جراء قيام الحكومة الكويتية بإنهاء العقد بشكل مفاجئ. وهو الأمر الذي لن تستطيع الشركة القيام به بأي حال من الأحوال ما لم يتضمن العقد صراحة شرط التحكيم، أو تعقد مشاركة التحكيم لاحقاً بعد نشوب النزاع. وبالتالي فإن لجوء شركة الداو كيميكال إلى غرفة التجارة الدولية يدل على أن الأخيرة هي هيئة التحكيم الدولية المسماة في العقد. وعليه، فإن ارتضاء الحكومة الكويتية استبعاد اختصاص قضائها الوطني في الفصل في المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ أحد عقودها النفطية من خلال إدراج شرط التحكيم يعد قرينة على اتجاه نيتها إلى استبعاد صيغة التعاقد الإداري، واعتبار العقد أقرب إلى التكييف القانوني التجاري.

- يظهر التناقض القانوني هنا في صياغة عقد ال(كي - داو) من خلال تضمينه بنوداً تدل على صفته الإدارية تارة، وبنوداً أخرى تدل على صفته التجارية تارة أخرى.

ذلك أنه فيما لو تم النص على حق حكومة الكويت في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في العقد فإن هذا يستدعي بالضرورة أن يتم صياغة بنوده الأخرى بالشكل الذي يتماشى مع هذا السلطة الاستثنائية. فالحق في الفسخ الإداري يعد أحد مظاهر استخدام الدولة لأساليب السلطة العامة وفقاً لقوانينها الداخلية، الأمر الذي يجد تبريره في أن الدولة شخص عام يضطلع بمهمة تحقيق المصلحة العامة. إلا أن مقتضيات تحقيق الصالح العام تختلف من دولة إلى أخرى. فما يعتبر من قبيل المصلحة العامة في دولة الكويت قد لا يكون كذلك في دولة أخرى كالولايات المتحدة الأمريكية. ومن هنا قيل أن فكرة المصلحة العامة تعتبر فكرة داخلية تتعلق بالنظام العام، ولذلك فهي تحظى بحماية قصوى لدى القضاء الوطني. الأمر الذي يستوجب ألا يتم إقصاء اختصاص القضاء الكويتي في النظر في المنازعات التي قد تنشأ عن العقد باعتباره الأقدر على استيعاب تلك المنازعات.

أما فيما لو لم يكن قد تم النص صراحة في العقد على حق الدولة في إنهائه بإرادتها المنفردة فإن التناقض يظهر بين تصرف الحكومة في هذا الإنهاء - أي استخدامها لأسلوب من أساليب السلطة العامة - وبين عقد قد صيغ بشكل تجاري من خلال تضمينه لشرط التحكيم. فوجود شرط التحكيم في العقد كان يجب أن يمنع الدولة من أن تصر على التصرف كسلطة عامة فتقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة. لأنها تعلم أن التوجهات القضائية لهيئات التحكيم الدولية عند الفصل في النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها أن تعاملها على قدم المساواة مع المتعاقد معها، فتفصل بينهما على أساس من العدالة دون النظر إلى اعتبارات داخلية تتعلق بأحد المتعاقدين دون الآخر.

المراجع

المراجع باللغة العربية:

- د. إبراهيم الحمود ود. عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، الكويت ١٩٩٦.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق، الكويت ١٩٩٧.
- د. أحمد ضاعن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨.
- أحمد ضاعن السمدان، التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي في القانون الدولي الخاص الكويتي، ١٩٩٩.
- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣.
- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٣.
- د. أحمد محمد الفارسي ود. خليفة ثامر الحميدة، القانون الإداري - نشاط السلطة الإدارية (المرفق العام - الضبط الإداري)، كلية الحقوق، الكويت ٢٠٠٩.
- بدر جاسم اليعقوب، الغبن في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، ملحق العدد الثاني والسنة الحادية عشرة، ١٩٨٧.
- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦.
- د. خالد محمد العميرة، التحكيم المؤسسي - دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠١٣.

- د. خالد سعد زغلول حلمي ود. إبراهيم الحمود، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ الكويت.
- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ٢، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ١٩٩٦.
- د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠.
- د. عزيزة الشريف ود. يسري العصار، القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - المرفق العام)، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت ١٩٩٩.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨.
- د. محمد عبد المحسن المقاطع ود. أحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي - الجزء الأول: التنظيم الإداري، الأموال العامة، الوظيفة العامة، جامعة الكويت، الكويت ٢٠١٢.
- د. محمد علي الياسين، القانون الإداري - المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، القضاء الإداري، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، بيروت.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر، الإسكندرية.
- د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٢.
- د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ - ١٩٨٢.
- محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٢.

المراجع باللغة الإنجليزية:

- Bernard Taverne, An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry, Laws, Contracts and Conventions (Graham & Trotman 1994).
- D. J. Beattie, Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration (3rd, Butterworth & Co. 1946).

- Fahad Alzumai, 'An Analysis of Kuwait Project', Intl Energy L and Tax Rev, 2007, vol 8. It is available electronically through West Law.
- Henry Cattam, The Evolution Of Oil Concessions In The Middle East And North Africa (Ocean Publication 1967).
- Stephen Longrigg, Oil in the Middle East, Its Discovery and Development (3rd edn, Oxford University Press 1986).

الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة في مجتمع المعلومات "دراسة مقارنة"

الدكتور/ طارق عفيفي صادق أحمد
محاضر منتدب - جامعة حلوان
جمهورية مصر العربية

ملخص:

أتناول في هذه الدراسة بعض إشكاليات الحماية القانونية الواجبة للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في مجتمعات المعلومات، من خلال بيان مفهوم هذه المجتمعات وأهميتها القانونية ومعوقاتهما وعلاقتها بحقوق الإنسان، ودورها في دعم الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، والحقوق التي تمنحها لهم، وما يرتبط بها من إشكاليات؛ وحق المعاق في الحصول على التعويضات الجارية لما يلحقه من ضرر، عند اتصاله بنظم المعلومات أو الاعتداء على أحد حقوقه الإلكترونية، أو حرمانه منها؛ وقد أنهيت بحثي بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات، أبرزها: إن تمتع ذوي الاحتياجات الخاصة بكامل حقوقهم وحياتهم الأساسية يتطلب التحقيق الفعلي لهذه الحقوق أيضاً على شبكة الإنترنت؛ على أساس مبدأ تكافؤ الفرص.

مقدمة

إن مجتمع المعلومات واقع لا يمكن تجاهله، حيث أصبحت شبكة المعلومات والإنترنت بوجه عام مكاناً يستطيع الناس الالتقاء والتواصل فيه، ووسيلة يمكن من خلالها تقديم الخدمات العامة والخاصة، وبالتالي فإنها تحقق شبه تكامل للنشاط الإنساني والمجتمعي، وعمل محاكاة حقيقية للواقع؛ حيث أصبح في استطاعة الكثيرين الوصول إليها بأسعار معقولة وبجودة اتصال جيدة وسهولة استخدام، بحيث يرتبط هذا الاستخدام بإشباع الحاجات الأساسية للفرد؛ وتقود في مجملها إلى التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان وحياته الأساسية والتنعم بالتنمية والعدالة الاجتماعية؛ لذلك كان حرياً بنا أن ندرس الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة في مجتمع المعلومات وخاصة الحماية المدنية، باعتبار أن الحماية التي يكفلها القانون المدني - الشريعة العامة للقانون - هي الحماية الأكثر واقعية وفاعلية؛ نظراً لمرونة هذا القانون وقضائه وعدم تقيد هذا الأخير بقوالب جامدة.

ومما دفعني لهذا البحث - رغم ندرة المراجع المتعلقة به - هو إيماني بأن قيمة المجتمع تقاس بمدى ما يلقاه ذوي الاحتياجات الخاصة من رعاية وتوجيه وتأهيل؛ فالإعاقة ليست سبباً للعجز بل هي في كثير من الحالات بمثابة الحافز لمجابهة

التحديات^(١). وقد استخدمت في إعداد هذه الدراسة المنهج الاستقرائي - باستقراء ظاهرة المعلوماتية وتأثيرها على الحقوق والحريات - إلخ من الجوانب القانونية ذات الصلة - والمنهج التحليلي.

وقد اقتضت حداثة إشكالية البحث، وخضوعه للقواعد العامة للقانون المدني، عدم التوسع في بعض الجوانب الفنية التي ليست ذات قيمة قانونية مؤثرة في مجال البحث، كذلك فقد ابتعدت عن بعض الإشكاليات القانونية الأكثر اتصالاً بفروع قانونية أخرى، وتحتاج إلى دراسات منفردة أو مجمعة في دوريات متخصصة؛

كذلك فقد ابتعدت عن التوسع في دراسة مجتمع المعلومات بشكل مطلق أو في إطار دراسة مقارنة بين وضع المعاق في مجتمع المعلومات في الدول الغربية ووضعه في مجتمع المعلومات العربي، وذلك لعدة أسباب منها: غناية الكثير من الأبحاث غير القانونية بهذا الموضوع بصورة واسعة ودور الوسائل التقنية في خدمة المعاق، كما أن ذلك يفقد بحثنا طابعه القانوني المتخصص؛ هذا إلى جانب أن مشكلات المعاقين تكاد تتطابق في كل من المجتمعات النامية والمتقدمة - فهو في كل الأحوال أحد الفئات المهمشة في كل المجتمعات - وإن اختلفت مسببات الإعاقة وحجم المشكلات التي يواجهها المعاق من مجتمع إلى آخر، وكذلك سهولة حلها.

أما بخصوص تعدد الإشكاليات التي يتناولها البحث، فهو أمر مقصود من الباحث، للفت انتباه الباحثين والمتخصصين ومراكز اتخاذ القرار إلى أبعاد المشكلات التي يواجهها المعاق في المجتمع المعاصر، حتى ولو اتصف بالمعلوماتي؛ كما أن الوصول إلى تحديد هذه الإشكاليات كان نتيجة سنوات من البحث في المجال المعلوماتي، ومن الاهتمام بحقوق الإنسان ومشكلات المعاق في المجتمع العربي.

لذلك فقد حاولت في هذه الدراسة أن أقدم للباحثين في مجال القانون والمهتمين بحقوق المعاق، جانباً مشرقاً يجب ألا يغفل عنه كل ذي لب مستنير، ألا وهو دور التقنية في حل مشكلات المعاقين في المجتمعات المعاصرة، واعتبارها أيضاً إحدى حجرات العثرة أمام مشاركتهم الفعالة.

(١) د. السيد عتيق: الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٥؛ د. عثمان لبيب فرج: التأهيل الاجتماعي والتوجيه المهني للمعوقين وإعدادهم للدمج في سوق العمل، دراسة مقدمة للنوطة القومية حول "نحو مزيد من الحماية الاجتماعية لحق المعاقين في العمل - منظمة العمل العربية بالتعاون مع اتحاد هيئات رعاية الفئات الخاصة والمعاقين بمصر من ٢: ٤/١٢/٢٠٠٣.

خطة البحث

اقتضت حداثة إشكالية البحث تقسيمه على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بالحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة ومجتمع المعلومات :

المطلب الأول: التعريف بذوي الاحتياجات الخاصة ومفهوم الحماية القانونية ومفهوم الحق الرقمي.

المطلب الثاني: مفهوم مجتمع المعلومات وأهميته القانونية ومعوقاته في مصر والبلدان العربية، وعلاقته بحقوق الإنسان.

المبحث الثاني: الأهمية القانونية والعملية لنظم المعلومات الإلكترونية في دعم الحماية القانونية للمعاق.

المطلب الأول: الأهمية القانونية والعملية لنظم المعلومات الإلكترونية في دعم الحماية القانونية للمعاق.

المطلب الثاني: سلبات التقنية على ذوي الاحتياجات الخاصة ومعوقات استفادتهم منها.

المبحث الثالث: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في مجتمع المعلومات، وما يرتبط به من إشكاليات:

المطلب الأول: أهم المشكلات التي يواجهها ذوو الاحتياجات الخاصة، ودور الإطار القانوني لمجتمع المعلومات في معالجتها.

المطلب الثاني: أهم حقوق المعاق في مجتمع المعلومات.

المطلب الثالث: الحماية المدنية المكفولة للمعاق في مجتمع المعلومات.

الفرع الأول : المساعدة القضائية.

الفرع الثاني: حق المعاق في الحصول على التعويضات الجارية لما يلحقه من ضرر الخاتمة وتتضمن النتائج و التوصيات التي توصي بها الدراسة.

المبحث الأول التعريف بالحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة ومجتمع المعلومات

تمهيد وتقسيم:

اهتمت الكثير من المؤلفات والشروح الفقهية وكذلك التشريعات بالفئة محل البحث (المعاقون) وقد تناولت بصورة مفصلة وتوضيحية ما يختص بماهية اصطلاح المعاق وتطوره وما يرتبط به من اصطلاحات أخرى؛ وفي ذات الوقت تجاهلت بيان مفهوم الحماية القانونية وكذلك الأمر بالنسبة إلى مفهوم الحق الرقمي، الذي يعد من المفاهيم الحديثة نسبياً وبوجه خاص في مجال حقوق الإنسان؛ لذلك فقد قسمت هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التعريف بذوي الاحتياجات الخاصة ومفهوم الحماية القانونية ومفهوم الحق الرقمي.

المطلب الثاني: مفهوم مجتمع المعلومات وأهميته القانونية ومعوقاته في مصر والبلدان العربية.

المطلب الأول التعريف بذوي الاحتياجات الخاصة ومفهوم الحماية القانونية ومفهوم الحق الرقمي

تقسيم:

تقتضي ضرورة البحث توضيح بعض المفاهيم ذات الصلة وتقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة وماهية الحماية القانونية الخاصة بهم.

الفرع الثاني: الحق الرقمي المقرر لذوي الاحتياجات الخاصة.

الفرع الأول

مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة وماهية الحماية القانونية الخاصة بهم

يقصد بالحماية القانونية: "تلك الحماية التي يسبغها القانون على الحقوق العامة والخاصة لتمكين أصحابها من التمتع بها، وممارستها، ومنع الغير من الاعتداء عليها أو المساس بها". فالقانون ينشئ الحق ويضع الضوابط الكفيلة باحترامه، فإذا لم يستطع صاحبه الحصول عليه، فإنه يستعين بسلطات الدولة في ذلك: سواء أكانت السلطة التنفيذية أم القضائية ويطلب منها حماية حقه، وإذا حصل على حكم قضائي استطاع تنفيذه على الطرف الممتنع عن القضاء به، ولو اقتضى الأمر اللجوء إلى القوة الجبرية عن طريق السلطة التنفيذية المختصة في الدولة، وعلى ذلك فالحماية القانونية حماية موضوعية وحماية إجرائية، ويصدق هذا المفهوم للحماية القانونية على حقوق المعاقين، حيث تكفلها الدولة بنصوص تشريعية، وتضع الضوابط اللازمة لكفالتها من خلال إنشاء أجهزة متخصصة في تنفيذ القانون الخاص بالمعاقين^(٢). وبالتالي فإننا نرى أن مفهوم الحماية القانونية أعم وأشمل من مفهوم الرعاية الواردة في القوانين ذات الصلة بالمعاقين؛ والذي نعني به حصول المعاق على الخدمات والأنشطة التي تمكنه من ممارسة حياته بشكل أفضل على المستويات الجسدية والذهنية والنفسية والاجتماعية والمهنية^(٣). في إطار نظرة شاملة لحماية حقوق المعاق في كافة المجالات والظروف.

أما مفهوم "الإعاقة" فعرفها البعض^(٤) بأنها: "تقييد أو تحديد لمقدرة الفرد على القيام بوحدة أو أكثر من الوظائف التي تعتبر من المكونات الأساسية للحياة اليومية مثل القدرة على الاعتناء بالنفس ومزاولة العلاقات والأنشطة الاقتصادية"^(٥).

(٢) عادل أبوبكر الطلحي: الحماية القانونية لحقوق المعاقين في الدول العربية؛

(<http://www.libyanwritersclub.com/arab/?p=2243>)

(٣) للمزيد عن مفهوم رعاية المعاق راجع: م ٦/٢ من القانون اليمني رقم (٦١) لسنة ١٩٩٩م بشأن رعاية وتأهيل المعاقين.

(٤) السيد عتيق: المرجع السابق، ص ٢٣.

(٥) في حين عرفت المادة ٣/١ من نظام رعاية المعوقين السعودي رقم (٣٧) الصادر في ١٤٢١/٩/٢٣هـ، بأنها: "الإصابة بوحدة أو أكثر من الإعاقات الآتية: الإعاقة البصرية، الإعاقة السمعية، الإعاقة العقلية، الإعاقة الجسمية والحركية، صعوبات التعلم، اضطرابات النطق والكلام، الاضطرابات السلوكية والانفعالية، التوحد، الإعاقات المزوجة والمتعددة، وغيرها من =

أما بشأن اصطلاح المعاق أو المعوق فقد تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية المقدمة له، وإن تعددت لفظاً إلا أنها لا تخرج عن أحد الاتجاهين التاليين :

الاتجاه الأول : يقصر مفهوم المعاق على الشخص الذي يصاب بعجز معين في أحد أعضاء جسده، مما يجعله غير قادر على التكيف مع المجتمع على النحو الطبيعي، أو غير قادر على التعلم أو مزاوله أي نشاط آخر- بصورة كلية أو جزئية مستديمة - تتناسب مع عمره، وجنسه، وخصائصه الاجتماعية والثقافية، وذلك نتيجة لهذا العجز^(٦).

= الإعاقات التي تتطلب رعاية خاصة". كما عرفت المادة ٢ من مشروع الاتفاقية الدولية الشاملة والمتكاملة لحماية وتعزيز حقوق المعوقين وكرامتهم الذي أعدته حكومة جمهورية فنزويلا البوليفارية المقدم إلى اللجنة المخصصة المعنية بوضع اتفاقية دولية شاملة ومتكاملة لحماية وتعزيز حقوق المعوقين وكرامتهم، الدورة الثانية نيويورك، ١٦-٢٧ حزيران/يونيه ٢٠٠٣، بأنها: "نقص أو شذوذ بنوي أو وظيفي أو كلاهما ويكون جسدياً أو فكرياً أو حسياً ويشكل نقصاً أو مانعاً أو إعاقة أو خللاً يؤثر في علاقة الإنسان بمحيطه".

(٦) راجع: المادة ٢ من القانون اليمني رقم (٦١) لسنة ١٩٩٩م بشأن رعاية وتأهيل المعاقين) والتي عرفت المعاق بأنه: "كل شخص ذكر كان أو أنثى ثبت بالفحص الطبي أنه مصاب بعجز كلي أو جزئي مستديم بسبب عاهة أو إصابة أو مرض تسبب في عدم قدرته على التعلم أو مزاوله أي نشاط بصورة كلية أو جزئية مستديمة". والمادة ١/ج من المرسوم العماني رقم ٢٠٠٨/٦٣ بشأن رعاية وتأهيل المعاقين والتي عرفت به: "الشخص الذي يعاني من نقص في بعض قدراته الحسية أو الجسدية أو الذهنية خلقياً، أو نتيجة عامل وراثي، أو مرض، أو حادث، مما يحد من قدرته على تأدية دوره الطبيعي في الحياة قياساً على من هم في عمره، بما يحتاج معه إلى الرعاية والتأهيل حتى يؤدي دوره في الحياة". وكذلك المادة ١/د من القانون البحريني رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٦ بشأن رعاية وتأهيل وتشغيل المعاقين، والتي عرفت المعاق بأنه: الشخص الذي يعاني من نقص في بعض قدراته الجسدية أو الحسية أو الذهنية نتيجة مرض أو حادث أو سبب خلقي أو عامل وراثي أدى لعجزه كلياً أو جزئياً عن العمل، أو الاستمرار به أو الترقى فيه، وأضعف قدرته على القيام بإحدى الوظائف الأساسية الأخرى في الحياة، ويحتاج إلى الرعاية والتأهيل من أجل دمج أو إعادة دمج في المجتمع؛ والمادة ٢ من القانون اللبناني رقم ٢٢٠ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بحقوق الأشخاص المعوقين والتي عرفت المعوق بأنه: "الشخص الذي تدنت أو انعدمت قدرته على: ممارسة نشاط حياتي هام واحد أو أكثر، أو تأمين مستلزمات حياته الشخصية بمفرده أو المشاركة في النشاطات الاجتماعية على قدم المساواة مع الآخرين، أو ضمان حياة شخصية أو اجتماعية طبيعية بحسب معايير مجتمعه السائدة، وذلك بسبب فقدان أو تقصير وظيفي بدني أو حسي أو ذهني، كلي أو جزئي، دائم أو مؤقت ناتج عن اعتلال بالولادة أو مكتسب أو عن حالة مرضية دامت أكثر مما ينبغي لها طبيياً أن تدوم". وراجع أيضاً: تعريف د. السيد عتيق (المرجع السابق، ص ١٥) للمعاق بأنه: "من توقعه قدراته الخاصة على النمو السوي إلا بمساعدة خاصة: أي كل شخص أصبح غير قادر على الاعتماد على نفسه في مزاوله عمله أو القيام بعمل آخر والاستقرار فيه أو نقصت قدراته على ذلك نتيجة قصور عضوي أو عضلي أو حسي أو نتيجة لعجز خلقي منذ الولادة".

بينما يتجه الاتجاه الثاني: إلى أن مفهوم المعاق يتسع ليشمل بجانب المعنى السابق كل حالة يترتب عليها عزل الشخص اجتماعياً، بحيث يصعب عليه التكيف مع محيطه الاجتماعي رغم سلامة أعضاء جسده، كما في حالة اضطرابات السلوك؛ حيث إن الإعاقة هي محصلة مجموعة من الأسباب والعوامل الصحية والوراثية والثقافية والاجتماعية، وهي أسباب تختلف من مجتمع لآخر ومن وقت لآخر؛ فقد تبنت الكثير من التشريعات الاتجاه السابق^(٧)، وكذلك جانب كبير من الفقه^(٨). الأمر الذي دفع بتغيير نظرة المجتمع إلى الشخص المعاق إلى المسمى الذي يطلق عليه قانونياً (فقهاً وتشريعاً) وإعلامياً واجتماعياً؛ باستخدام مصطلحات أخرى بديلة كغير العاديين والفئات الخاصة وذوي الاحتياجات الخاصة؛ باعتبار أن الواقع أثبت أن كلمة معوق لا تقتصر على المعاقين عن العمل والكسب وإنما تشمل المعاقين عن التكيف نفسياً واجتماعياً مع البيئة^(٩).

(٧) راجع كل من: المادة ٦/٢ من القانون الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حقوق الأشخاص المعوقين والتي عرفت المعاق بأنه: "كل شخص مصاب بقصور كلي أو جزئي بشكل مستقر في أي من حواسه أو قدراته الجسمية أو النفسية أو العقلية إلى المدى الذي يحد من إمكانية التعلم أو التأهيل أو العمل، بحيث لا يستطيع تلبية متطلبات حياته العادية في ظروف أمثاله من غير المعوقين"؛ والفصل الثاني من القانون التونسي التوجيهي عدد ٨٣ لسنة ٢٠٠٥ المتعلق بالنهوض بالأشخاص المعوقين و حمايتهم: يقصد بالشخص المعوق كل شخص له نقص دائم في القدرات والمؤهلات البدنية أو العقلية أو الحسية ولد به أو لحق به بعد الولادة، يحد من قدرته على أداء نشاط أو أكثر من الأنشطة الأساسية اليومية الشخصية أو الاجتماعية، ويقلص من فرص إدماجه في المجتمع"؛ كما عرفت المادة ٢/١ من نظام رعاية المعوقين السعودي المعوق بأنه: كل شخص مصاب بقصور كلي أو جزئي بشكل مستقر في قدراته الجسمية أو الحسية أو العقلية أو التواصلية أو التعليمية أو النفسية إلى المدى الذي يقلل من إمكانية تلبية متطلباته العادية في ظروف أمثاله من غير المعوقين". وفي نفس المعنى راجع: م ١ من القانون الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٩٩م بشأن حقوق المعوقين؛ وكذلك المادة ٢ من القانون الليبي رقم (٥) لسنة ١٩٨٧م بشأن المعاقين فعرفت المعاق بأنه: كل من يعاني من نقص دائم يعيقه عن العمل كلياً أو جزئياً، أو عن ممارسة السلوك العادي في المجتمع، سواء أكان النقص في القدرة العقلية أو النفسية أو الحسية أو الجسدية، وسواء أكان خلقياً أم مكتسباً.

(٨) حيث عرف البعض (د. يحيى درويش: دراسة التأهيل الاجتماعي في مصر، النشرة المصرية، اتحاد وهيئات رعاية الفئات الخاصة) المعاق بأنه: الفرد الذي ينحرف عن الإنسان العادي أو الإنسان المتوسط في الخصائص العقلية - الخصائص الحسية - الخصائص العصبية - العضلية أو الجسمية - السلوك الاجتماعي أو الانفعالي - قدرات التواصل - جوانب قصور متعددة".

(٩) للمزيد عن تطور مفهوم الإعاقة إلى ذوي الاحتياجات الخاصة، راجع: د. السيد عتيق: المرجع السابق، ص ٣٠؛ د. يوسف ذياب عواد: بعض الصعوبات التي تواجه معلمي التربية الخاصة في العمل مع المعاقين، جامعة القدس المفتوحة - فرع نابلس، ص ٧.

والجدير بالذكر أن أكثر المصطلحات استخداماً هو مصطلح ذوي الاحتياجات الخاصة الذي عرفه البعض^(١٠) بأنه: "كل فرد غير قادر على حماية نفسه اعتماداً على ذاته وذلك بحكم سنه - سواء كان حدثاً أو متقدماً - أو بحكم المرض أو العاهة أو الضعف العضوي أو النفسي أو حالة الحمل؛ أو هو "كل من ينحرف في مستوى أدائه في جانب أو أكثر من شخصيته عن مستوى أداء أقرانه العاديين إلى الحد الذي يتحتم عليه - أو يصبح لازماً - ضرورة تقديم خدمات أو وجود رعاية خاصة كالخدمات التربوية أو الطبية أو التأهيلية أو الاجتماعية أو النفسية"^(١١).

الفرع الثاني

الحق الرقمي المقرر لذوي الاحتياجات الخاصة

سنتناول في هذا الفرع التعريف بالحقوق الرقمية من خلال بيان تعريف الحق في القانون واللغة (أولاً) والتعريف بحقوق الإنسان بالنسبة للمعاق (ثانياً) وأخيراً نذكر تعريف الحق الرقمي وخصائصه.

أولاً - تعريف الحق في القانون واللغة

أ - الحق لغة :

للفظ "الحق" معاني عدة منها: أن الحق اسم من أسماء الله تعالى^(١٢)، والحق بمعنى القرآن^(١٣)؛ وقد يراد به العدل (ضدّ الباطل)^(١٤)، ويقال الحق ويقصد به النصيب

(١٠) د. السيد عتيق: المرجع السابق، ص ٣٩.

(١١) والجدير بالذكر أن المشرع الإماراتي (١م) من القانون الاتحادي رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٦ بشأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة) قد عرف صاحب الاحتياجات الخاصة، بأنه: كل شخص مصاب بقصور أو اختلال كلي أو جزئي بشكل مستقر أو مؤقت في قدراته الجسمية أو الحسية أو العقلية أو التواصلية أو التعليمية أو النفسية إلى المدى الذي يقلل من إمكانية تلبية متطلباته العادية في ظروف أمثاله من غير ذوي الاحتياجات الخاصة؛ وفي نفس المعنى راجع: م/٣ من القانون القطري رقم (٢) لسنة ٢٠٠٤ بشأن ذوي الاحتياجات الخاصة.

(١٢) وقيل: صفة من صفاته، فهو سبحانه الموجود الحق الثابت وجوده وألوهيته. كقوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَتَبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ...﴾ (المؤمنون الآية ٧١) وقوله تعالى: ﴿فَوَرَبِّ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ إِنَّهُ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَا أَنَّكُمْ تَنطَفُونَ﴾ (الذاريات الآية ٢٣)؛ وكذلك قوله تعالى: ﴿ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقِّ أَلا لَهُ الْخُكْمُ وَهُوَ أَسْرَعُ الْحَاسِبِينَ﴾ (الأنعام الآية ٦٢).

(١٣) كقوله تعالى: ﴿فَدَجَاءَكُمْ الرَّسُولُ بِالْحَقِّ مِنْ رَبِّكُمْ فَتَأْمِنُوا بِهِ خَيْرَ لَكُمْ﴾ (النساء الآية ١٧٠).

(١٤) كما في قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ﴾ سورة غافر الآية ٢٠. وقوله: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ أَلْفِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (الإسراء الآية ٣٣).

الواحد للفرد أو الجماعة^(١٥)؛ والحق: هو الواجب والأمر المؤكد الثبوت والوجود^(١٦)؛ وحقّ الأمر، حقاً وحقوقاً: صح وثبت وصدق؛ وتحقق عنده الخبر أي صح وثبت^(١٧)؛ ويقال: ماله في حق ولا حقائق: خصومة؛ وقد يرد الحق بمعنى اليقين^(١٨)؛ كما قد يذكر الحق ويقصد به الموت^(١٩).

ب - مفهوم الحق اصطلاحاً:

اختلفت الآراء وتعددت الاتجاهات في تعريف الحق، لكونه من أكثر الأفكار التي تعرضت للجدل والاختلاف حولها؛ لذلك فسوف تقتصر دراستنا حول الإشارة إلى التعريفات الراجحة لهذا المفهوم؛ فالحق في الفقه الإسلامي هو "ما يثبت بالشرع لله تعالى أو للإنسان على الغير على وجه اللزوم"^(٢٠).

أما في القانون فالحق هو "استثناء بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه"^(٢١) وقد حاول الفقه الراجح المزج بين التعريف الفقهي للحق ومفهومه القانوني، فعرفه بأنه: "استثناء بقيمة معينة ثابتة بالشرع أو القانون لله تعالى أو

(١٥) كما في قوله تعالى: ﴿قَالُوا لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا لَنَا فِي بَنَاتِكِ مِنْ حَقٍّ وَإِنَّكَ لَنَعْلَمُ مَا تُرِيدُ﴾ (هود الآية ٧٩)؛ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ﴾ (المعارج الآية ٢٤). وقوله -ﷺ-: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث". أي أعطاه حظه ونصيبه الذي فرض له.

(١٦) كما في قوله تعالى: ﴿قَالُوا بَلَىٰ وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ (الزمر الآية ٧١)، وقوله تعالى: ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَىٰ أَكْثَرِهِمْ﴾ (يس الآية ٧) بمعنى وجب عليهم العذاب بكفرهم. وفي ذلك يقول الفيروز آبادي في بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز: أصل الحق: المطابقة والموافقة... والحق يقال على أربعة أوجه: الأول: يقال لموجد الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة، ولذلك قيل في الله تعالى: هو الحق. الثاني: يقال للموجود بحسب ما تقتضيه الحكمة، ولذلك يقال: فعل الله تعالى كله حق نحو قولنا: الموت حق، والبعث حق. الثالث: الاعتقاد في الشيء المطابق لما عليه ذلك الشيء في نفسه كقولنا: اعتقاد فلان في البعث والثواب والعقاب والجنة والنار حق. الرابع: للفعل والقول الواقع بحسب ما يجب، وبقدر ما يجب، وفي الوقت الذي يجب...الخ).

(١٧) كما في قوله تعالى: ﴿قَالَ فَالْحَقُّ وَالْحَقُّ أَقُولُ﴾ (ص الآية ٨٤).

(١٨) كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ سورة يونس الآية ٣٦.

(١٩) كما في قوله تعالى: ﴿وَجَاءَتْ سَكْرَةُ الْمَوْتِ بِالْحَقِّ﴾ سورة ق الآية ٩. راجع: تاج العروس ج ٣، ص ٣١٥؛ وللمزيد في معاني الحق في اللغة راجع كل من لسان العرب لابن منظور مادة حق ص ١٠: ٤٩، ٥٢. وأساس البلاغة للزمخشري ص ١٨٧، والقاموس المحيط مادة حق.

(٢٠) د. محمد أحمد الدهمي: نظرية الحق في الشريعة الإسلامية، محاضرات أقيمت على طلاب دبلوم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق -جامعة عين شمس ١٩٧٤م، ص ٣ وما بعدها.

(٢١) د. أحمد سلامة: دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة عين شمس، ص ١٢٩.

للشخص أو لهما معاً على الغير مع حمايته عن طريق التسلط أو الاقتضاء^(٢٢)؛ ويتميز هذا التعريف بأنه ينطبق على حقوق المعاق سواء التي يمنحها القانون أو الشرع والتي يمكن اقتضاؤها جبراً في حالة الإخلال بها؛ إلا أنه يخرج منها الحقوق التي نصت عليها الشريعة ولكنها غير إلزامية، بحيث لا يمكن إجبار الأبوين على الوفاء بها، لأنها لا تقتزن بجزاء قانوني، وإن كانت تعرض من ينتهكها لعذاب ديني في الآخرة (كالختان وحسن اختيار الزوج للآخر)^(٢٣).

ثانياً - التعريف بحقوق الإنسان بالنسبة للمعاق:

حقوق الإنسان بالنسبة للمعاق هي "المكنات أو السلطات التي يستأثر بها، المعاق بمقتضى عمره أو ظروفه الخاصة، أو بمقتضى صفته الأدمية وباعتباره عضواً في جماعة بشرية - بالمشاركة مع غيره من أفراد المجتمع - بناءً على نص في القانون أو حكم الشرع، ويحق له أو لمن ينوب عنه اقتضاؤها بالقوة"^(٢٤). وتتميز

(٢٢) د. هلالى عبداللاه أحمد عبدالعال، حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية، مقارنة بالقانون الوضعي، جامعة القاهرة - فرع بني سويف ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ص ٥٣.

(٢٣) والجدير بالذكر أن الفلاسفة والمفكرين قد درجوا على تعريف الحقوق بأنها: "إقرار من جانب المجتمع أو القانون بما تستطيع المطالبة به من دون تبرير (Raymond Whiting, (A Natural Right to Die, Greenwood Press, (Westport, CT, 2002), p. 50) كما ورد ليل اوكسفورد للفلسفة أن الحقوق في أقوى معانيها هي دعوى ثابتة لحماية منافع مهمة يختص بها شخص..، وقد ميز هذا القاموس بين أربعة معانٍ للحق هي: الدعوى والحرية والسلطة والحصانة، للمزيد راجع: Ted Honderich (ed.), The Oxford Companion to Philosophy, Oxford University Press, 1995, p. 776.

(٢٤) أما حقوق الإنسان -بوجه عام - فقد عرفها البعض بأنها: "مجموعة الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بوصفه إنساناً". (محمد نور فرحات، القانون الدولي لحقوق الإنسان والحقوق المترابطة، الدليل العربي (حقوق الإنسان والتنمية)، متاح بموقع المنظمة العربية لحقوق الإنسان على الإنترنت (www.aohr.net) وعرفها آخر بأنها: "حقوق مشتركة بين الناس لا يستأثر بها أحد على سبيل الاستثناء والانفراد، وبذلك فهي لا تتفق مع المعنى الاصطلاحي الدقيق للحقوق إلا أنها في نفس الوقت تعطي للأفراد سلطات معينة يصبغ عليها القانون حمايته من أي اعتداء يقع عليها، ولذلك أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم الحقوق". (د. إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي: مصطلحات حقوق الإنسان، مايو ٢٠٠٦، بدون دار نشر، ص ٢٢٥). وللמיד عن الأصول الفلسفية للحقوق الإنسان راجع:

د. عبد الله العروى: مفهوم الحرية، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ٢٠٠٢م.

Villey Michel: Le droit et les droits de l'homme, PUF 1983; Y. Benachour: L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale, Tunis 1980, p.166; Blandine Barret-Kriegel: Les droits de l'homme et le droit naturel, PUF,

= Quadrige, p.75.

هذه الحقوق بأنها حقوق طبيعية لا تعطى ولا تمنح ولا توهب من أحد؛ كما أن هذه الحقوق تتكامل معاً باعتبارها قيم أخلاقية عالمية تقابلها وتستحق منها واجبات على الأفراد وعلى سلطات الدولة، وعلى البشرية جمعاء، باعتبارها حقوق مطلقة كما أنها حقوق تامة يعترف بها القانون ويحميها عن طريق اللجوء للقضاء.

ثالثاً - تعريف الحق الرقمي

ربما ينصرف ذهننا إلى أن الحق الرقمي هو قرين حق المؤلف أو ما يثبت للشخص على مصنف رقمي^(٢٥) كما هو الشائع في الفهم، إلا أن المقصود به في نطاق البحث هو حقوق الطفل الرقمية ونعرفها بأنها: "حقوق يقرها القانون أو الشرع، للإنسان أياً كان نوعه أو عمره أو أصله؛ تكفل له الاستفادة والتمتع بثمار التقنية الحديثة في المجال الرقمي (المعلوماتي)، على نحو عادل ومتكافئ مع غيره ودون أن يخل ذلك بكرامته الإنسانية أو يمس حريته، خاصة عند استخدامه للنظم المعلوماتية المفتوحة وشبكات الاتصال الرقمية".

ومن خلال التعريف السابق يتضح لنا أن من أهم خصائص الحق الرقمي هي: أنه يمثل امتداداً لحقوق الإنسان التقليدية وتطبيقاً لها في المجال الإلكتروني، ولا محل لإثارة الحديث عنها إلا في إطار مجتمعي معلوماتي و وطني، أو في حالة قدرة الفرد على الاتصال بشبكة المعلومات العالمية؛ فعجز الفرد أياً كان عمره أو جنسه أو ظروفه الاقتصادية عن الوصول إلى شبكات المعلومات، وغياب الخدمات الحكومية والخاصة ذات الطبيعة الإلكترونية، ينفي إمكانية مناقشة أو تصور هذا النوع من الحقوق بالنسبة للفرد^(٢٦).

= أما عن أهمية حقوق الإنسان للشخص المعاق، راجع:

Your Human Rights A guide for disabled people, The British Institute of Human Rights, School of Law King's College London, June 2006.

(٢٥) http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82_%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%82%D9%85%D9%8A%D8%A9.

(٢٦) وعلى الرغم من أن العصر الرقمي قد بدأ في عام ١٩٣٩ مع بناء أول جهاز حاسوب ومن لحظتها قد زاد امتداد الحوسبة في حياتنا، إلا أن الاهتمام بتأثير التقنية الرقمية على حقوق الإنسان - خاصة الحق في الخصوصية، وحرية التعبير، والحق في الوصول والتجمع والكرامة الإنسانية - لم يظهر إلا في السنوات الأخيرة ومنذ عهد قريب، راجع:

Mathias Klang; Human Rights in the Digital Age, Routledge-Cavendish, 23 December, 2004; Dunstan Allison Hope, BSR; Protecting Human Rights in the Digital Age, February 2011.

المطلب الثاني

مفهوم مجتمع المعلومات وأهميته القانونية، ومعوقاته في مصر والبلدان العربية، وعلاقته بحقوق الإنسان

تمهيد وتقسيم:

تفاعلت التطورات المعلوماتية مع المجتمعات البشرية التي نشأت في أحضانها These developments، ولعبت دوراً بارزاً في زيادة الإنتاجية، وفي المعاملات التجارية والمالية وتطور قطاع الإعلام- ليظهر لنا ما يسمى بمجتمع المعلومات. وفي الوقت الذي بدأ فيه التطور المذهل في المجال المعلوماتي - منتصف القرن الماضي- وافق المجتمع الدولي على المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان؛ وازدهرت "ثقافة حقوق الإنسان" بفضل هذا التطور؛ إلا أنه لم يثر الحديث عن تأثير التطور التكنولوجي على حماية حقوق الإنسان والعلاقة بينهما حتى ١٩٦٨م^(٢٧). وقد أسفر هذا الأمر عن اعتراف الأمم المتحدة - في المؤتمر العالمي الأول لمجتمع المعلومات (WSIS) الذي عقد في ديسمبر ٢٠٠٣- بضرورة أن تنسجم تنمية مجتمع المعلومات مع المعايير المعترف بها عالمياً لحقوق الإنسان. وأكدت على ذلك في قمة تونس - نوفمبر ٢٠٠٥- وقد أبدى الكثير من المفكرين والخبراء قلقهم البالغ من التأثير السلبي لهذا التطور التكنولوجي على حقوق الإنسان^(٢٨). وسوف أوضح ما سبق عرضه من وجهة نظر القانون في إطار التقسيم التالي بشيء من التفصيل:

الفرع الأول: مفهوم مجتمع المعلومات وسماته الأساسية.

الفرع الثاني: الأهمية القانونية لمجتمع المعلومات.

الفرع الثالث: التأثير المتبادل بين مجتمع المعلومات وحقوق الإنسان.

(٢٧) Cees J. Hamelink; Human Rights for the Information Society, P.124. http://comunica.org/com_rights/hamelink.pdf

(٢٨) Justice Michael Kirby, The impact of technology on human rights, 17 December 1997 <http://www.austlii.edu.au/au/journals/PLPR/1998/26.html>

"حقوق الإنسان وإدارة الإنترنت" بيان مجموعة حقوق الإنسان التابعة للمجتمع المدني جنيف ٢٣ فبراير ٢٠٠٥م.

الفرع الأول

مفهوم مجتمع المعلومات وسماته الأساسية^(٢٩)

نظراً للدور الجوهري الذي تلعبه المعلومة في إطار مجتمع المعلومات، باعتبارها أساس هذا المجتمع؛ جاءت التعريفات متعددة لهذا المجتمع، فهي مرتبطة بها وتطور حولها، مؤكدة على ضرورة وجود من يستطيع التعامل معها سواء أكان منتجاً أم مستهلكاً لها؛ فعلى سبيل المثال: عرفه البعض بأنه: "المجتمع الذي يعتمد أساساً على المعلومات الوفيرة كمورد استثماري وكسلعة إستراتيجية وكخدمة، كما أنها أيضاً مصدر للدخل القومي ومجال للقوة العاملة"^(٣٠) كما عرفته الموسوعة العربية للمجتمع المعلوماتي بأنه: "مجتمع تتاح فيه الاتصالات العالمية، وتنتج فيه المعلومات بكميات ضخمة، كما توزع توزيعاً واسعاً، والتي تصبح فيه المعلومات لها تأثير على الاقتصاد"^(٣١). وعرفه البعض بأنه: "مجتمع تستخدم فيه المعلومات والمعرفة والتقانات المرتبطة بهما على نحو يؤثر على إنتاجية المجتمع وطرق تعليمه والعلاقات الاجتماعية بين أفراده وسياساته ومختلف أوجه الحياة الأخرى؛ ويمكن تعريف مجتمع المعلومات أيضاً بأنه: مجتمع تكون فيه عمليات النفاذ إلى المعلومات والبحث عنها واستخدام المعلومات وإنتاجها، وكذلك تبادل المعلومات هي العمليات الأساسية المؤثرة في حياة الأفراد والمؤسسات كافة"^(٣٢).

(٢٩) المجتمع - بوجه عام - عبارة عن منظومة لها تاريخ ومكان وأفراد لها علاقات مع بعضها، وهو كيان معقد يتم دراسته على أجزاء ثم ربطها مع بعضها؛ للمزيد راجع: <http://www.hdrmut.net/vb/t119529.html>

(٣٠) راجع: محمد فتحي عبد الهادي، المعلومات وتكنولوجيا المعلومات على أعتاب قرن جديد - القاهرة: مكتبة الدار العربية للكتاب، ٢٠٠٠. ص ١٨.

(٣١) أحمد محمد الشامي، سيد حسب الله: الموسوعة العربية لمصطلحات علوم المكتبات والمعلومات والحاسبات، المكتبة الأكاديمية، ٢٠٠١م، ص ١٢٩٧.

(٣٢) د. نبال إدلبي، د. عماد الصابوني: واقع مجتمع المعلومات في الجمهورية العربية السورية، ص ٣؛ د. عماد الصابوني، د/عماد مصطفى - د. راضي خازم - د. دريد درغام - د. يمن اتاسي - د. على أبو عمشة - رفيف السيد و د. نبال إدلبي: تقييم الجاهزية الإلكترونية في سورية، تقرير مشروع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في التنمية الاجتماعية والاقتصادية، تقرير لا. UNDP.

Defining the information Society, European Commission,, <http://itu.int/wsis/documents/> كما عرفه البعض (Senge, P. The Fifth discipline: The art and practice of the learning organization. New York: Doubleday Currency, 1990.) مجموعة من الأفراد يرتبطون بالعالم المحيط بهم يسودهم التفاعل، ويشتركون في ثلاث =

وأعرف هذا المجتمع بأنه: "مبدأ توظيف التقنية المعلوماتية لإنتاج جميع أنواع البضائع والخدمات عن طريق توزيع الرموز الإلكترونية عبر شبكة المعلومات بدلاً من السلع التقليدية.

ويتضمن مجتمع المعلومات مجموعة من العناصر أو القطاعات الرئيسية، حصرتها البعض في قطاع الحكومة الإلكترونية^(٣٣)، التجارة الإلكترونية^(٣٤)، والتعليم الإلكتروني^(٣٥)، والصحة الإلكترونية^(٣٦).

= خصائص، هي: التفكير الإبداعي، والتعلم مدى الحياة، والتعلم التعاوني. ومن نافذة القول أن هناك من المتخصصين من قدموا تصورهم عن مجتمع المعلومات إلا أنهم ربطوا بين هذا المجتمع وبعض القطاعات المرتبطة به (كقطاع التعليم)، وللمزيد عن ذلك راجع: Sergiovanni (T.), Moral leadership: Getting to the heart of school improvement. San Francisco: Jossey-Bass, 1992; Hord (S.), Professional learning communities: Communities of continuous inquiry and improvement. Austin, TX: Southwest Educational Development Laboratory, 1997.)

(٣٣) وهي فكرة أثارتها الإدارة الأمريكية بهدف ربط مواطنيها بالأجهزة الحكومية آلياً، إضافة إلى إنجازها لمختلف أنشطة الحكومة اعتماداً على شبكات الاتصال، ويمكن تعريفها بأنها: "الاستخدام التكامل للفعال لجميع تقنيات المعلومات والاتصالات بهدف تسهيل العمليات الإدارية للقطاعات الحكومية" (راجع: بكوش لطيفة، مزهودة عبد المالك، عيشوش عواطف، خلف منى: تكنولوجيا المعلومات كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ ص ١٠) وترتكز هذه الفكرة على: تجميع كافة الأنشطة والخدمات المعلوماتية في موقع الحكومة الرسمي على الإنترنت مع تحقيق الاتصال الدائم والسريع والفعال بالجمهور، مع القدرة على تأمين كافة احتياجاتهم. (راجع: إبراهيم بختي، تكنولوجيا ونظم المعلومات في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، على الخط: http://bbekhti.online.fr/trv_pdf/TIC.pdf,29/04/2008,09:58)

(٣٤) وهي العمليات المتمثلة في بيع وشراء وتسويق وتقديم الخدمات الخاصة بالسلع أو الخدمات عبر العديد من شبكات الحاسب الآلي كالإنترنت والإكسترنات لمساندة كل خطوة من الخطوات التجارية العالمية". فهي مرحلة متطورة من التجارة طبقت تكنولوجيا المعلومات والاتصال في إنتاج وتوزيع سلع والخدمات على المستوى العالمي من أجل خلق محيط تجاري جديد في وسط إلكتروني. راجع: منال محمد الكردي، جلال إبراهيم العبد، مرجع سابق، ص: ٤٢.

(٣٥) و يمثل شكلاً من أشكال التعليم عن بعد، ويعرفه البعض بأنه: "طريقة لتعليم باستخدام آليات الاتصال الحديثة كالحاسوب أو الشبكات والوسائط المتعددة"، راجع: إبراهيم بختي، تكنولوجيا ونظم المعلومات في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، http://bbekhti.online.fr/trv_pdf/TIC.pdf,29/04/2008,09:58

(٣٦) وهي تعبر عن الاستفادة من تكنولوجيا المعلومات والاتصال في مجال الخدمات الصحية سواء إذا ما تعلق الأمر بالكشف أو التدريب الطبي أو التعليم المتواصل في المجال الصحي =

والتوظيف الإلكتروني^(٣٧)، والبيئة الإلكترونية^(٣٨)، والزراعة الإلكترونية^(٣٩)، وإن كنا نرى أن عناصر مجتمع المعلومات لا تقتصر على القطاعات السابق ذكرها.

أما عن السمات الرئيسية لمجتمع المعلومات فتتمثل في الخصائص الآتية:

- ١ - استخدام المعلومات كمورد اقتصادي تعمل فيه معظم المؤسسات والشركات على استخدام المعلومات لزيادة الكفاءة الإنتاجية في العمل، وتنمية التجديد والابتكار وهناك الآن اتجاه نحو إنشاء شركات للمعلومات لتحسين اقتصاد الدولة^(٤٠).
- ٢ - استخدام معظم أفراد المجتمع للمعلومات بشكل مكثف سواءً أكانوا منتجين أم مستهلكين للمعلومات، وإنشاء مراكز لنظم المعلومات التي بدورها توفر فرصاً أفضل للتعليم^(٤١).

= وكذلك يشمل على الأبحاث الطبية بهدف إنشاء الأنظمة المعلوماتية للرعاية الصحية، وسوف نعرض في إطار البحث لبعض تطبيقاتها في مجال خدمة المعاقين.

(٣٧) وهي خدمة شبكية تستخدمها بعض المؤسسات لطرح الوظائف الشاغرة لديها بهدف استقطاب كوادر خارجية واختيار مرشحين ملائمين. كما تسمح هذه الخدمة لمقدمي طلبات التوظيف بمتابعتها من خلال الزاوية المخصصة لهم في الموقع، وهذه الخدمة تسهل للأفراد الحصول على فرص عمل وإعدادهم لتولي مناصب وظيفية تتلاءم مع مؤهلاتهم العلمية، وباستخدامها يمكن توفير فرص عمل جديدة وتحسين التنافسية والإنتاجية.

(٣٨) وهي تلك الخدمات التي توقعها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بغرض حماية البيئة من الأخطار المحدقة بها وحماية الأفراد والمجتمعات منها.

(٣٩) وهي مجال حديث الظهور ضمن العلوم الزراعية، ويشير المصطلح إلى تطوير الخدمات الزراعية من خلال دعم وتبادل المعلومات عبر شبكة الإنترنت.

(٤٠) للاقتصاد المعرفي والتطور التقني دوره في نمو الاقتصاد الوطني وزيادة الإنتاج بصورة لا يمكن إنكارها، أثبتتها الواقع وتجارب الدول المتحضرة، وفي ذلك راجع:

UNCTAD: Trends and Problems in World Trade and Development, Dok. TD 28/ Supp. 1, 1967, P.8; Machlup (F.): The Production and Distribution of Knowledge in the US, Princeton, 1962; Munasinghe, Muhan (editor): Computer and Informatics in Developing Countries. Third World Academy of Science, London 1989, P. 17: 25; Alfred Marshall; Principles of Economics, 8th ed., London, Macmillan, 1956, P 222,223, 668; Gerald M.Meier, The Old Generation of Development Economists and the New, in meier and Stiglitz, eds, Frontiers of Development Economics, Oxford University press, 2001.

(٤١) للمزيد عن أهمية تكنولوجيا المعلومات في توفر فرص أفضل للتعليم - خاصة بالنسبة للمناطق النائية التي تمثل أكبر عقبة أمام المعاقين للحصول على حقهم في التعليم - من خلال آلية التعليم عن بعد، راجع:

Crede (A.), Mansell (R.): Knowledge Society in Nut Shell. Information Technology for Sustainable Development: International Development Research Center, Ottawa 1998, P. 19: 22.

- ٣ - تساوي فرص الأفراد في الحصول على المعلومات بصرف النظر عن الجنس أو العمر أو مستوى المعيشة.
- ٤ - تنوع المحتوى - للمعلومات - بحيث يسد حاجات ورغبات جميع فئات المجتمع بثقافتهم وفئاتهم المختلفة.
- ٥ - توفير نفاذ آمن وموثوق للمعلومات مع مراعاة حماية الخصوصية للأفراد.
- ٦ - ضرورة تطبيق حقوق الملكية الفكرية في عصر أصبحت فيه المعلومة هي المحرك الأساسي للحياة .
- ٧ - ظهور قطاع المعلومات كقطاع مهم من قطاعات الاقتصاد، فهناك الكثير من الدول أصبح فيها قطاع إنتاج المعلومات وتجهيزها وتوزيعها نشاطاً اقتصادياً رئيسياً^(٤٢).
- ٨ - عظم حجم القوى العاملة في الأنشطة المعلوماتية : إذ وصلت نسبتهم في بعض الدول المتقدمة إلى ٥٠٪ أي أنها أكثر من إجمالي القوى العاملة في المجالات الاقتصادية التقليدية مجمعة، ويحتل قطاع التعليم في مجتمع المعلومات رأس الحربة إلى جانب قطاعات البحوث والتنمية والاتصالات والإعلام والحاسبات والآلات وخدمات المعلوماتية^(٤٣).

الفرع الثاني

الأهمية القانونية لمجتمع المعلومات وتحديات تنظيمه

لا يمكن للمعلوماتية وما أوجدته من مجتمعات إلكترونية واقتصاد رقمي.. إلخ من تطبيقاتها المختلفة، أن تستمر أو يكتب لها النجاح دون مساهمة القانون في تطويرها، فدور القانون في المجتمعات الحديثة يتعدى أهدافه التقليدية - العدل والاستقرار - الذي يثبت دوره في خدمة قضية التطور التي تعيشها هذه المجتمعات بنفس القدر

(٤٢) لذلك فقد أطلق البعض على هذا العصر، "عصر الاقتصاد غير الملموس"، أو "الاقتصاد الجديد" أو "الاقتصاد الخفيف" أو "غير المادي". راجع:

Joy ULLAL, The knowledge economy when ideas are capital, www.unesco.org

(٤٣) د. نبال إدلبي، د. عماد الصابوني: واقع مجتمع المعلومات في الجمهورية العربية السورية، ص ١؛ بكوش لطيفة، وآخرون: المرجع السابق، ص ١١؛ التقرير الدولي عن المعلومات الذي أصدرته اليونسكو عن العام ١٩٩٨/٩٧؛ د. أحمد علي: مفهوم المعلومات وإدارة المعرفة، مجلة جامعة دمشق - المجلد ٢٨ - العدد الأول ٢٠١٢، ص ٤٨٤

Cees J. Hamelink; Human Rights for the Information Society, P.124.

الذي يؤديه في خدمة أهدافه التقليدية، خاصة بعد أن أصبحت المعلوماتية في هذه المجتمعات من أعمدة اقتصادها وقاطرة لمختلف القطاعات فيها^(٤٤) وتتمثل أبرز ملامح الأهمية القانونية لمجتمع المعلومات فيما يلي:

- ١ - سهولة نقل المعرفة العملية للحقوق القانونية الأساسية وسبل الانتصاف المنصوص عليها في القوانين المختلفة المتعلقة بالمرأة وغيرها من الفئات المهمشة، مما يجعلها مؤهلة لمواجهة التحديات في مواقف الحياة الحقيقية.
- ٢ - احتياج أشخاص مجتمع المعلومات - وبصفة خاصة واضعي السياسات وصانعي القرار- إلى التوعية القانونية الدائمة بالتدابير القانونية والأمنية اللازمة لحماية حقوق المؤلف، وحماية مستخدمي الإنترنت ونظم المعلومات من الأخطار التي تهددهم (كحماية الأطفال من المحتوى الضار بهم)؛ وبوجه عام التوعية بكل الإشكاليات القانونية المستحدثة والمتعلقة ببناء مجتمع المعلومات^(٤٥).
- ٣ - يثير الحديث عن مجتمع المعلومات عدداً من الإشكاليات القانونية التي تتعلق بإقامته وتنميته واستمراره؛ حيث لا يمكن أن ينمو هذا المجتمع أو يزدهر إلا في ظل إطار قانوني يكفل كافة الحقوق والحريات الأساسية لأفراده جميعاً، ويتضمن كافة الأسس والمبادئ الرئيسة التي يمكن من خلالها تحقيق تنمية متوازنة ومستمرة؛ ومن هذه الأسس:
 - ضمان الحريات الشخصية للأفراد وحقوقهم الأساسية.
 - يقوم على التمثيل الشامل لعموم أفراد المجتمع، مع الاعتماد على المؤسسات القائم عملها على الشفافية المطلقة.
 - خضوع مؤسسات هذا المجتمع للمساءلة الفعالة في إطار القانون.
 - دعم تطبيق القانون والمؤسسات القائمة على تطبيقه^(٤٦).
- ٤ - يحتاج نجاح مجتمع المعلومات في تحقيق النتائج المأمولة منه واستمراره إلى

(٤٤) للمزيد عن التأثير المتبادل بين المعلوماتية والقانون، راجع: رسالتنا للدكتوراه، بعنوان: الخطر محل التأمين من المسؤولية المدنية في مجال المعلوماتية، كلية الحقوق - جامعة بني سويف، ٢٠١٠؛ منشورة لدى دار الحكمة، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣، ص ٧: ١١.

(٤٥) ميرنا الحاج بربر: مشروع تنسيق التشريعات السيبرانية لتحفيز مجتمع المعرفة في العالم العربي، ص ٢٣.

(٤٦) د. ياسين الشيباني: دور القانون في إقامة مجتمع المعرفة [دراسة في مدى ملاءمة الإطار القانوني في اليمن لإقامة مجتمع المعرفة]، جامعة صنعاء، بدون تاريخ، ص ١٣ وما بعدها.

تجانس الأطر القانونية والتنظيمية والمتعلقة به في البلدان المختلفة؛ الأمر الذي يقتضي توحيد التشريعات المتصلة بالمعلوماتية، ومجتمع المعلومات الدولي الآتي من خلال إقامة نظام دولي يتعلق بهما، قادم من خلال إقامة نظام دولي للمعلوماتية والتأمين من أخطارها، يحكمه قانون عالمي للاتصالات والمعلوماتية، موازناً بين حاجة الشعوب إلى تقنية المعلومات وحاجة منتجها إلى الحماية وتحقيق الربح اللازم لاستمرارهم، بالإضافة إلى وجود تأمين يغطي الأخطار التي تهددهم. ويؤدي توحيد التشريعات إلى القضاء على سلبيات تنازع القوانين والاختصاص القضائي، وإلى استقرار التعاملات المعلوماتية^(٤٧) والاستفادة من تطبيقاتها المعلوماتية على نطاق عالمي أوسع، إضافة إلى تشجيع الاستثمار فيها لما له من تأثير إيجابي واضح على أداء الشركات العالمية^(٤٨)، وتحقيق مصالح الدول النامية^(٤٩). ولا يفوتنا بالذكر أن نشير إلى أن توحيد التشريع على المستوى الدولي لا يخلو من بعض السلبيات، فغالباً ما تغلب مصلحة الدول المتقدمة باعتبارها المحتكرة للتكنولوجيا والمصدرة لها، وعلى الأغلب أيضاً ما تسعى

(٤٧) فالاستقرار في المجال المعلوماتي يتحقق عن طريق تلافي الكثير من المشاكل القانونية الناتجة عن العقود المعلوماتية باعتبار أن جانب كبير منها ذو طبيعة دولية، واختلاف جنسية المضرور عن جنسية محدث الضرر في إطار المسؤولية التقصيرية. وكذلك يردع التجريم الدولي للجرائم الإلكترونية مجرمي الحاسب ومخترقيه ومطلقي الفيروسات وغيرهم ممن قد يكونون سبباً في إثارة مسؤولية محترفي الأنشطة المعلوماتية، والقضاء على هذه المشكلات يؤدي تلقائياً إلى ازدهار المعلوماتية كقطاع اقتصادي، وانتشار التأمين من أخطارها، وخلق ما نسميه عالمية المواجهة لها وعالمية الضمان.

(٤٨) حيث يؤدي توحيد التشريعات إلى السرعة في إبرام الصفقات المعلوماتية الكبيرة دون الحاجة للمزيد من الوقت قبل إبرام هذه الصفقات لتوفيق الأوضاع مع تعدد القوانين وتنازعها، وأهم أفضل لمقدم الخدمة والقانون المختص وموقف القضاء الوطني من شروط الإنعان المدمجة في العقد بمعرفته، وما يقترن بذلك من تكاليف وجهد في مرحلة التفاوض.

(٤٩) حيث تتمثل الفائدة الحقيقية من التنظيم الدولي لأحكام التعاملات المعلوماتية بالنسبة للدول النامية - وهذا في رأي الباحث - في أن التقيد بالمعايير والتشريعات الدولية (والتي يسيطر على صياغتها في الغالب الدول الكبرى سواء من حيث الأفكار أو الكوادر المشرفة) يعطي للدول النامية الفرصة للاستفادة من التطورات التشريعية بالبلدان المتقدمة والمفاهيم المرتبطة بها دون إلزام أن تمر بالتطورات العلمية والتشريعية التي أدت إليها أو الارتباط بمبدأ التبعية الثقافية أو الأصل القانوني، خاصة أننا نجد أن الكثير من أعضاء الهيئات التشريعية بالبلدان النامية غير ملمين بأحكام القوانين أو بالمبادئ التي تقوم عليها المعلوماتية، بمعنى أن اللجوء إلى هذه الوسيلة يعطي الدول النامية الفرصة لتعويض نقص الكوادر القانونية في هيئاتها التشريعية.

للحفاظ على الفجوة الرقمية بينها وبين العالم النامي، لما يتبعه ذلك من انعكاسات سياسية واقتصادية واتجاه الشركات الدولية والمحكرة للخدمات المعلوماتية نحو المركزية في إدارة المشروعات التابعة لها، مما يعني ذلك تضائل فرص كثيرة لظهور كوادرات إدارية وفنية من أبناء الدول النامية؛ لعدم الحاجة إليهم في إدارة الفروع بصفة أساسية^(٥٠).

تحديات لتنظيم مجتمع المعلومات:

سبق وأن أشرنا أنه لن يتسنى للمعلوماتية القيام بدورها التنموي دون قواعد تحمي منتجاتها ومنتجاتها من الأعمال التطفلية والمنافسات غير المشروعة والقرصنة والاختراق حامية مستهلكيها من الاعتداء على حياتهم الخاصة، وإفشاء أسرارهم، وضمان حصولهم على تعويضات جارية لما يصيبهم من ضرر؛ وذلك من خلال التنظيم القانوني الشامل لمختلف جوانبها، فهي كأي نشاط علمي أو مهني لا بد من أن يخضع في ممارسته لمبدأ الشرعية القانونية، وبدون ذلك مؤكد ستعم الفوضى مؤدية إلى ضياع المصالح، إلا أنه يواجه التنظيم القانوني لها عدد من التحديات^(٥١) لعل أبرزها ما يلي:

- ١ - الكثير من القوانين القائمة في غالبية النظم القانونية غير قادرة على التكيف مع التطور التكنولوجي السريع والمتلاحق في كافة المجالات، وخاصة فيما يتعلق بتنظيم أنشطة الإنترنت، فلا تزال مسألة الاتصالات المأمونة وسريتها بلا قوانين تحكمها وتحميها، وغياب مثل ذلك سيكون عائقاً كبيراً في المداورات المالية والأعمال عموماً.
- ٢ - صعوبة الحفاظ على القيم الأساسية للإنسان وحقوقه في مواجهة الضغوط الاقتصادية أو التكنولوجية التي تميل إلى تفويضها.
- ٣ - صعوبة التنسيق العالمي بين الدول - بأنظمتها القانونية المختلفة - في إطار قانون المعلوماتية (الإنترنت والحاسوب) وبالتالي صعوبة وجود بيئة قانونية متسقة على الصعيد العالمي.
- ٤ - غياب الكوادرات القانونية القادرة على صياغة التشريعات القانونية لمواجهة المستجدات المعلوماتية، وبالتالي ندرة وجود القوانين ذات المرونة التي من شأنها التكيف السريع مع الظروف المتغيرة والمستحدثة.
- ٥ - إن الخدمات الإلكترونية (الحكومة الإلكترونية) تتطلب تنسيقاً كبيراً بين الوزارات وتوحيداً للمعايير وطرقاً للعمل والإجراءات.

(٥٠) راجع رسالتنا للدكتوراه ص ٣٨ وما بعدها.

(٥١) والجدير بالذكر أن هذه التحديات تعد أبرز معوقات نمو مجتمعات المعلومات بوجه عام.

- ٦ - غياب البيانات الإحصائية الكاملة والدقيقة عن خدمات المعلومات في مصر وعن محترفيها، لعدم وجود هيئة أو كيان يهتم خصيصاً أو بصفة ثانوية بتقديم هذه البيانات عن المعلوماتية بانتظام.
- ٧ - ندرة الأبحاث القانونية التي تتناول بالدراسة الإشكاليات القانونية التي تتعلق بإقامة مجتمع المعلومات وتنميته واستمراره، إن لم تنعدم هذه الأبحاث بصدد البعض منها^(٥٢).

الفرع الثالث

التأثير المتبادل بين مجتمع المعلومات وحقوق الإنسان

سنتناول في هذا الفرع التأثير المتبادل بين تكنولوجيا المعلومات وحقوق الإنسان، وذلك من خلال دراستنا لأهمية الأخيرة لمجتمع المعلومات، مع الإشارة إلى التحديات التي تواجه حقوق الإنسان في إطار هذه المجتمعات؛ ثم نتطرق إلى دراسة التأثير الإيجابي والسلبي لتكنولوجيا المعلومات على حقوق الإنسان.

أولاً - أهمية حقوق الإنسان لمجتمع المعلومات

لحقوق الإنسان أهمية خاصة بالنسبة لمجتمع المعلومات والاتصالات، حيث لا يكتمل مجتمع المعلومات أو يكتب له الاستمرار دون حقوق الإنسان؛ ونفصل ذلك على النحو التالي:

(٥٢) للمزيد عن التحديات التي تواجه مجتمعات المعلومات العربية راجع: د. نبيل علي، د. نادية حجازي: الفجوة الرقمية، عالم المعرفة العدد ٣١٨، أغسطس ٢٠٠٥. وبمقارنة هذه التحديات مع التحديات العامة لمجتمعات المعلومات العالمية نجد تطابقاً فيما بينها بما يؤكد رأينا الذي انتهينا إليه حيال عدم ضرورة أفراد مبحث منفرد لوضعية المعاق في كل مجتمع المعلومات الغربي ومجتمع المعلومات العربي، للمزيد عن هذه التحديات راجع أيضاً:

Pamela Samuelson, Five Challenges for Regulating the Global Information Society, paper is based on a presentation given at a conference on Communications Regulation in the Global Information Society held at the University of Warwick in June of 1999; PAUL M. SCHWARTZ, JOEL R. REIDENBERG, DATA PRIVACY LAW: A STUDY OF UNITED STATES DATA PROTECTION, 1996; PETER P. SWIRE AND ROBERT E. LITAN, NONE OF YOUR BUSINESS: WORLD DATA FLOWS, ELECTRONIC COMMERCE, AND THE EUROPEAN PRIVACY DIRECTIVE, 1998; Charles R. McManis, Taking TRIPS on the Information Superhighway: International Intellectual Property Protection and Emerging Computer Technology, 41 VILL. L. REV. 207 1996.

أولاً: تمثل حقوق الإنسان البعد الأخلاقي لمجتمع المعلومات مثل حرية التعبير والمعلومات، وحقوق الملكية الفكرية، والحق في الحياة الخاصة وسرية المراسلات عبر الإنترنت، والتنوع الثقافي واللغوي لمحتوى الإنترنت والتحرر من التمييز، والمساواة بين الجنسين، والحق في القضاء النزيه، والحق في المشاركة في الحياة الثقافية، وحقوق الأقليات، والحق في التعليم، والحق في مستوى معيشي لائق، بما في ذلك الحق في الصحة ... إلخ؛ فكل هذه الحقوق تنتمي إلى مجموعة قوانين حقوق الإنسان المعترف بها دولياً، ويجب أن تعزز من خلال مجتمع المعلومات والاتصالات.

ثانياً: تمثل معايير حقوق الإنسان الركائز الأساسية لتطوير مجتمع معلومات يقوم على مبادئ الحرية والمساواة؛ لذلك تعد هذه المعايير المرجعية الأساسية لهذا المجتمع؛ والتي تفضل الاعتبارات التقنية والعلمية. فحقوق الإنسان في الغالب ترتبط بصفة أساسية بالتنمية البشرية وتحسين مستوى الحياة للفرد والجماعة، وبالتالي لا يمكن أن يثار الحديث عن حقوق الإنسان في المجتمعات المتخلفة أو التي يسودها الجهل والفقر^(٥٣).

ثالثاً: ورد الحق في الحصول على التكنولوجيا وتقاسم المنافع الناشئة عن تطورها في المادة ١/٢٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(٥٤)؛ حيث ذكر أن "١- لكل فرد الحق في أن يشترك اشتراكاً حراً في حياة المجتمع الثقافي وفي الاستمتاع بالفنون، والمساهمة في التقدم العلمي والاستفادة من نتائجه". وبذلك يكون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد اعتبر العلم والتكنولوجيا جزءاً من التراث المشترك للبشرية، ويحق لكل فرد أن يتمتع - بالمساواة مع غيره - في أن يساهم في نمو تكنولوجيا المعلومات وتطويرها والاستفادة من ثمارها^(٥٥).

كما أكدت ذات المادة السابقة في فقرتها الثانية على ضمان حقوق الأفراد في حماية المصالح الأدبية والمادية المترتبة على إنتاجهم العلمي أو الأدبي أو الفني، ومن ناحية أخرى فإنه إذا وضعت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في خدمة حقوق الإنسان - باعتبارها أدوات مميزة للتعليم - فإنها ستساعد على تمكين الأفراد في

(٥٣) د. صبري الحاج المبارك: المعلومات ودورها في التنمية، مجلة دراسات المعلوماتية، العدد الخامس والعشرون، متاح على الموقع الإلكتروني للمجلة.

Cees J. Hamelink; Human Rights for the Information Society, p.124.

(٥٤) اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨).

Cees J. Hamelink; Human Rights for the Information Society, p.124. (٥٥)

جميع أنحاء العالم وعبر الثقافات المختلفة بمعرفة هذه الحقوق والمطالبة بها، وإلى احترام وتعزيز حقوق الآخرين بروح التضامن^(٥٦).

ثانياً – التحديات التي تواجه حقوق الإنسان في مجتمع المعلومات والاتصالات
يواجه تطبيق حقوق الإنسان في مجتمع المعلومات العديد من المعوقات والتحديات، نجلها على النحو التالي:

– القيود والرقابة من قبل الأطراف الحكومية أو الخاصة التي تؤدي إلى استبعاد معظم الأفراد في البلدان النامية من مزايا التقدم في المجال المعلوماتي، وتسليع المعلومات والمعرفة، والتركيز المتزايد على الملكية والسيطرة على وسائل إنتاج ونشر المعلومات والمعرفة؛ بمعنى آخر تؤدي هذه القيود إلى انعدام "حركية المعلومات" التي تعد إحدى ركائز مجتمع المعلومات، وأحد المعايير التي يقاس بها مدى مواكبة هذا المجتمع للتكنولوجيا الحديثة^(٥٧)؛ كما أننا نرى أن هذه القيود أحد العوامل التي تعيق القضاء على الأمية المعلوماتية، من خلال الاستفادة من المنشورات والوسائط الإلكترونية التي تقف هذه الرقابة حجر عثرة أمامها^(٥٨).

– الفجوة الرقمية التي ظهرت نتيجة لعدم المساواة في توزيع الثروة المعلوماتية بين البلدان، مما يقلل كثيراً من قدرات الأفراد على التمتع بحقوق الإنسان، حيث إنه من أهم النتائج السلبية لهذه الفجوة عدم المساواة في الوصول إلى المعلومات ووسائل الاتصال، والتي ينتج عنها – في الغالب – الإقصاء واسع

(٥٦) International Symposium on the Information Society, Human Dignity and Human Rights, Palais des Nations, Geneva, 3-4 November 2003, n.11)

(٥٧) للمزيد عن دور المنشورات الإلكترونية في القضاء على الأمية المعلوماتية راجع: Shirley Bach, Online learning and teaching in higher education, 2007, p 62-92

(٥٨) ومن أهم أسباب الفجوة الرقمية: التكلفة المرتفعة للمنتجات المعلوماتية التي تمنع ما يقرب من نصف سكان العالم من الحصول على أي شكل من أشكال التقنية الحديثة. وعدم وجود المنتجات المعلوماتية المناسبة: فالكثير من هذه المنتجات – في الغالب – ما تكون غير مصممة لتلبية احتياجات الفقراء، أو الأشخاص الموجودين في المناطق النائية؛ غياب الخدمات الأساسية والبنية التحتية لتشغيل شبكات المعلومات ونظم الاتصالات؛ هذا إلى جانب غياب الوعي والمعرفة المعلوماتية - انتشار الأمية المعلوماتية - في المجتمعات النامية، وغياب الكوادر البشرية المؤهلة والمدربة علي التطوير في هذا المجال؛ وأخيراً سيطرة اللغة الإنجليزية على معظم محتوى الإنترنت. للمزيد راجع:.....

النطاق، للأشخاص والجماعات المهمشة والمستضعفة؛ لأنه ما زالت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بعيدة عن متناول أيديهم^(٥٩).

ثالثاً - تأثير تكنولوجيا المعلومات على حقوق الإنسان

قبل أن نتناول التأثير الإيجابي والسلبي لتكنولوجيا المعلومات على حقوق الإنسان؛ فإنه يلزم أولاً أن نستعرض التعريف الراجح لتكنولوجيا المعلومات أو المعلوماتية؛ وذلك على النحو التالي:

أولاً - التعريف الراجح لتكنولوجيا المعلومات

تواترت التعريفات اللغوية لمصطلح "تكنولوجيا (التقنية) technologie" على أنه علم الصنائع، أو بحث في الفنون عموماً، أو الاصطلاحات الفنية^(٦٠). وقد أقر البعض في الفقه القانوني^(٦١) ترجمة هذا المصطلح بمعنى "علم الفنون والحرف" أو علم الصناعة، وهو ذات المعنى الذي أخذ به خبراء الحاسب، فعرفه جانب منهم^(٦٢) بأنه: "علم الفنون والمهن ودراسة المادة التي تصنع منها الآلات والمعدات"^(٦٣). أما إذا

(٥٩) قاموس الباس للجيب فرنسي - عربي تأليف ميري ألياس. ١٩٥٥. وعرفه القاموس القانوني Bouvier's Law Dictionary بأنه "١- كل ما يخص أو يتعلق بدقة بالفن / الصناعة....".
- John Bouvier: LAW DICTIONARY. Revised Sixth Edition, 1856; DICTIONARY du FRANCAIS p.705.

(٦٠) د. محمد شكري سرور: التأمين من الأخطار التكنولوجية، دار الفكر العربي ١٩٨٦، ص ١٤.

(٦١) د. أنطونيوس كرم: العرب أمام تحديات التكنولوجيا، العدد ٥٩ من سلسلة عالم المعرفة، الصادرة عن المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت، نوفمبر ١٩٨٢، ص ٢٥.

(٦٢) وعرفها البعض بأنها: "المعرفة المنهجية للتقنية؛ فهي مجموع المعارف العلمية والتقنية التي يجب أن نتحكم بها من أجل تشكيل الأهداف، فالتكنولوجيات تتطور وفق العلوم والتقنيات فهما متلازمتان، وتنتشر بفعل انسياق السريان العادي أو التقليد؛" راجع: رتيبة حديد ونوفل حديد، اليقظة التنافسية وسيلة تسييرية حديثة لتنافسية المؤسسة، ورقة عمل قدمت إلى المؤتمر الدولي حول الأداء المتميز للمنظمات والحكومات، ٨-٩ مارس ٢٠٠٥، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر.

(٦٣) مصطلح "informatique" إدغام الكلمتين "معلومات information" و"آلي automatique"، والذي يطابق المصطلح الإنجليزي "informatic"، إدغام الكلمتين "information" و"automatic". وكذلك المصطلح "information processing" (بمعنى تنفيذ تتابع منهجي لعمليات تمت على معلومات). راجع: د. حسام لطفي: عقود خدمات المعلومات القاهرة ١٩٩٤م، ص ٧؛ م. فاروق حسين: القاموس الشامل لمصطلحات الحاسب، ط ١، هلا للنشر والتوزيع ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م، ص ١٦٤؛ د. أحمد خليفة الملت: الجرائم المعلوماتية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة بنى سويف ٢٠٠٥، ص ٨٩. وراجع للفقيه الفرنسي Raphaël Rivière مقالاً بعنوان: تاريخ المعلوماتية (historique) Informatique مقالاً غير منشور، متاحاً على الموقع التالي: <http://encyclo.erid.net/document.php?id=185>.

اقتترنت كلمة تكنولوجيا أو تقنية بـ "نظم المعلومات"، فقد بات دارجاً اليوم الحديث عن المعالجة الآلية للمعلومات أو علم الحاسب الآلي، أو المعلوماتية "informatique" (٦٤) والمصطلح الأخير هو الأكثر شيوعاً في المؤلفات القانونية، لذلك فقد رأينا أنه من الأجدر أن نتناول أولاً هذا المصطلح بالتعريف والتوضيح، بحيث تعددت التعريفات التي قدمها الفقه والخبراء لهذا المصطلح والتي اختلفت لفظاً (بحسب تخصص الكاتب) واتفقت من حيث المعنى؛ فإننا نكتفي بذكر التعريف الراجح - وهو ما عرفته الموسوعة الحرة "ويكيبيديا" - بأنه: "العلم الذي يدرس الحوسبة ومعالجة البيانات والنظريات والتطبيقات التي تشكل الأساس لمكنة نقل المعلومات وتشغيلها وتحويلها، وذلك بدراسة برامج وتطبيقات (برمجيات) ومكونات (عتاد) الحاسوب" (٦٥). ونعرف المعلوماتية بأنها: "العلم الذي يدرس المعالجة الآلية للمعلومات ونقلها وتشغيلها؛ وتطوير صناعة الحاسوب وشبكاته" (٦٦).

(٦٤) (4) ftnalt راجع: الموسوعة الإلكترونية "ويكيبيديا" الموسوعة الحرة المعلوماتية، أما التعريف المبسط للمعلوماتية فهو: "علوم وتقنيات المعلومات والاتصال". راجع: الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.canalu.com>.

(٦٥) وتجدر الإشارة إلى أن غالبية الفقه الجزائري قد اتفق على أن: تكنولوجيا المعلومات هي حقل من حقول التكنولوجيا والتي تهتم بمعالجة المعلومات والذي يركز على عمليات الاستقطاب، التخزين والمعالجة (المعلوماتية)، وعملية البث (الاتصال). راجع: مراد رايس، أثر تكنولوجيا المعلومات على الموارد البشرية في المؤسسة، رسالة ماجستير في علوم التسيير فرع إدارة الأعمال، جامعة الجزائر ٢٠٠٥-٢٠٠٦ ص: ٢٨؛ فاطمة الزهرة غربي، خديجة بلعلياء، تكنولوجيا المعلومات وأثرها في تحقيق الميزة التنافسية في ظل اقتصاد المعرفة، ورقة عمل قُدمت إلى الملتقى الدولي الثاني حول المعرفة في ظل الاقتصاد الرقمي ومساهمتها في تكوين الميزة التنافسية في الدول العربية ٢٧-٢٨ نوفمبر ٢٠٠٧ كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الشلف، الجزائر؛ سعاد بومايه وفارس بوباكور: أثر التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال في المؤسسة الاقتصادية، مجلة الاقتصاد المناجمت، العدد ٣، مارس ٢٠٠٤، ص ٢٠٥. وللمزيد حول تعريف المعلوماتية وعلاقتها بالقانون، راجع: رسالتنا للدكتوراه، سالفه الذكر، ص ١٢:٦.

(٦٦) راجع ما يلي:
Gina Klein Jorasch, Technology's Positive Impact on Human Rights, 7 May 2009, http://www.ssiereview.org/blog/entry/a_web_20_to_embrace; C.G. Weeramantry, The Impact of Technology on Human Rights, UN UNIVERSITY LECTURES: 4, A Presentation Made at the United Nations University on 14 May 1993, Tokyo, Japan, ; JAN BEATING, Technological impacts on human rights: Models of development, science and technology, and human rights, <http://archive.unu.edu/unupress/unupbooks/uu08ie/uu08ie04.htm>.

ثانياً - التأثير الإيجابي لتكنولوجيا المعلومات على حقوق الإنسان

يتعرض المدافعون عن حقوق الإنسان، للكثير من الضغوط والمضايقات أو التخويف أو غيره من الانتهاكات؛ لذلك فإن التقنية المعلوماتية الجديدة تتيح فرصاً جديدة للمدافعين عن حقوق الإنسان للقيام باتصالات على نطاق واسع من خلال الإنشاء أو المشاركة في شبكات المعلومات المحلية والوطنية والإقليمية والدولية والتي تتخذ أشكالاً عديدة وتعمل بطرق مختلفة، وتتميز بقدرتها على الوصول إلى جمهور واسع، كما تتيح هذه الشبكات فرصاً أكبر من أجل: مراقبة سلامة هؤلاء الأشخاص (المدافعين عن حقوق الإنسان)، ونشر المعلومات بسرعة في حالة تهديدهم بالخطر، وتحقيق تعبئة وضغط سياسي أوسع نيابة عن أعضائها، ونقل الخبرات والتعلم من تجارب الأعضاء وإيجاد حلول للمشكلات المشتركة مع الاستفادة من آليات الحماية الإقليمية والدولية؛ كما تفيد هذه التقنية في إبراز دور المدافعين عن حقوق الإنسان ومنظماتهم وزيادة شرعيتهم، وبخاصة العاملين بشأن قضايا جرت العادة على أن تتجاهلها حركة حقوق الإنسان، أو أولئك الذين يتعرضون للتمييز على أيدي السلطات الوطنية، هذا بالإضافة إلى تحديد أنماط انتهاكات حقوق الإنسان؛ ورصد هذه الانتهاكات وتوثيقها، وإيجاد حلول للمشكلات المشتركة بين المجتمعات، وتعزيز الدعوة لدعم حقوق الإنسان، وبناء القدرات اللازمة لذلك^(٦٧).

كما تتيح هذه التقنية لأفراد الأسرة الحصول على المعلومات الجديدة وخاصة المعلومات ذات الصلة بحقوق الإنسان وعلى وجه الخصوص إذا كانت تضم إحدى الفئات التالية: "الأطفال أو ذوي الاحتياجات الخاصة".

كما أنها تفتح مجالات أوسع أمام الأسرة للانفتاح على العالم، كما تتيح لأفرادها موضوعات حيوية متجددة للحديث والمشاركة في المناقشات^(٦٨).

كما أنه سبق وذكرنا مدى الفائدة التي تعود على الفئات المستضعفة والمهمشة في المجتمعات من استخدام الوسائل التقنية الحديثة في ضمان التمتع بحقوقهم المرتبطة بصفتهم الأدمية على النحو الموضح تفصيلاً في هذا البحث.

(٦٧) د. بركات عبد العزيز محمد: تأثير الإنترنت في التفاعل العائلي (قراءة في توجهات البحوث العلمية). المؤتمر العلمي الأول، الأسرة والإعلام وتحديات العصر ١٥-١٧ فبراير ٢٠٠٩.

(٦٨) JAN BEATING, Technological impacts on human rights, op. cit.; C.G. Weeramantry, ea., Human Rights and Scientific and Technological Development, United Nations University, Tokyo, 1990, p. 1; P.A. Sorokin, Social and Cultural Mobility (The Free Press of Glencoe, New York, 1964), p. 542.

يضاف إلى ما سبق أثر التقنية الحديثة على حماية شخصية الإنسان وسلامته البدنية والذهنية في ضوء التقدم في مجال البيولوجيا والطب، والكيمياء الحيوية، والذي يظهر أثره بوضوح في التدخل المبكر في اكتشاف الإعاقة والتخفيف من آثارها. ودور التقنية الحديثة في ضمان الحق في المشاركة والتعبير عن الرأي والاستقلال، وبوجه عام دعم الممارسة الديمقراطية في كل المجتمعات^(٦٩).

ثالثاً - التأثير السلبي لتكنولوجيا المعلومات على حقوق الإنسان

كان للتقنية المعلوماتية عدد من الآثار التي أثرت بالسلب على حقوق الإنسان نذكر منها - على سبيل المثال لا الحصر - ما يلي:

- ١ - حاول عدد من الحكومات - في الآونة الأخيرة - بمساعدة البعض من أكبر شركات تقانة المعلومات في العالم تقييد حرية المشاركة والتعبير عبر مواقع التواصل الاجتماعي ومنها حكومات الصين وفيتنام وتونس ومصر وليبيا وسوريا قبل وأثناء الثورات التي حدثت في هذه الدول الأخيرة، كما تعرض المدافعون عن حقوق الإنسان للمضايقة والسجن بسبب استخدام الإنترنت كوسيلة للتعبير عن آرائهم.
- ٢ - ظهور نمط جديد من الإجرام، يوظف المعرفة العلمية السائدة في ميدان تقانة الحاسوب والمعلوماتية لاقتراف أي إساءة أو هجوم على الغير؛ حيث اقترن بنمو القطاع المعلوماتي وانتشار استخدام شبكات الحاسوب ظهور نمط جديد من الإجرام يطلق عليه جرائم الحاسوب أو الجرائم المعلوماتية والتي لم يتفق الفقه

(٦٩) ومن المصطلحات الأخرى الدالة على الجرائم المعلوماتية: جرائم الحاسبات - إساءة استخدام الحاسبات - جرائم المعالجة الآلية للبيانات - جرائم التكنولوجيا الحديثة - الجرائم المعلوماتية - الاستخدامات غير المشروعة للحاسبات - جرائم الكمبيوتر والإنترنت - جرائم التقنية العالية - الجريمة الإلكترونية - جرائم السيبر - جرائم أصحاب الياقات البيضاء. وللمزيد عن هذه المصطلحات راجع - حسن طاهر داود: الحاسب وأمن المعلومات، معهد الإدارة العامة المملكة العربية السعودية ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، ص ٥٥ و- د. أحمد الملط: الجرائم المعلوماتية، رسالته السابقة، ص ١١٥ و- المحامي يونس عرب، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأمن العربي ٢٠٠٢، تنظيم المركز العربي للدراسات والبحوث الجنائية - أبو ظبي من ١٠: ١٢ فبراير ٢٠٠٢ و- القاضي وليد عاكوم: التحقيق في جرائم الحاسوب، الدليل الإلكتروني العربي ص ١، بحث غير منشور متاح على موقع www.arablawninfo.com و- د. رواء زكي يونس الطويل: تنمية وتفعيل التكنولوجيا في ظل العصر الرقمي والإعلام والعولمة والإرهاب، مركز الدراسات الإقليمية، جامعة الموصل/ العراق، ص ٨ و- مظفر حسن الرزق، الأمن المعلوماتي، معالجة قانونية أولية، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شركة دبي، السنة ١٢، العدد ٢٠٠٤، ١، ص ٦٨-٩٣.

القانوني على تعريف موحد لها أو مصطلح محدد للدلالة عليها؛ وذلك لارتباطها بالأنظمة التقنية في مجال المعلوماتية التي تتسم بالتطور مع كل فجر جديد، ويدل حصرها على مدلول معين ونطاق محدد إضراراً بمصالح المجتمع المعلوماتي وإفلات المجرمين ذوي المستوى التقني العالي من العقاب لقدرتهم على تطوير أنشطتهم؛ لكي لا ينطبق عليهم الوصف القانوني للجريمة المعقب عليها^(٧٠). ومن أبرز صور الإجرام المعلوماتي ما يلي:

- القرصنة والتي تتم من خلال سرقة واستغلال البرمجيات دون وجود إذن مسبق بذلك.
- اقتحام النظم المعلوماتية، وشبكات الهواتف لاستغلال الموارد المتاحة فيها. والتلاعب بالبيانات وتغيير محتوى ملفات الغير، أو إتلافها، أو نقلها ونشرها بدون تصريح.
- نشر وزرع فايروسات الحاسوب، أو إحدى البرمجيات العدائية الأخرى المشابهة له لإحداث خلل في أداء النظام المعلوماتي، أو إتلاف محتوياته المعلوماتية، أو ممارسة أنشطة إرهابية إزاء البنى التحتية للدول، أو المؤسسات، أو الأفراد^(٧١).

٣ - إن بعض القيم التي يتم ترويجها عبر شبكات المعلومات، تشكل خطراً حقيقياً يهدد حقوق الإنسان وحياته، ومنها: حقه في الاعتقاد الديني وما يتصل به من

(٧٠) جاسوس البرامج: الذي يجمع المعلومات الشخصية، من حاسوب الغير بدون تفويضه، وإرسالها إلى المسؤول عنه. وهناك مسجل الضربات على لوحة المفاتيح: وهو برنامج خفي يركب على محطة استقبال المستعمل لتسجيل ملامساته للوحة المفاتيح، بدون علمه. وهناك نماذج أخرى للأخطار التقنية إلا أنها غير شائعة وتتطلب معرفة خاصة جداً لا تتوفر إلا للمتخصص المعلوماتي (مهني أو تابع) منها: برنامج تكسير البرنامج الذي يهدف لتعديل البرامج لتعطيل حمايتها من أجل الاستخدام الكامل الممتد لمدة غير محدودة. وفك رموز الرسائل بالإضافة إلى استغلال أخطاء الصياغة واختلاس واستعمال بيانات الويب.. الخ. وأخيراً تقنية الهروب أو التسلل التي تسمح للاختفاء عن نظام الكشف عن الاختراق. وللمزيد عن هذه البرامج راجع:

د. أمجد حسان: "الفيروسات إرهاباً تهدد أنظمة المعلومات" مقال مقدم إلى ملتقى "الإرهاب في عصر الرقمي" جامعة الحسين بن طلال معان - البتراء - عمان، ١٠-١٢/٧/٢٠٠٨؛

Reid Highley, Viruses: The Internet's Illness, 1999,

http://fr.wikipedia.org/wiki/Ins?©curit?©_du_syst?me_d'information

<http://uqu.edu.sa/page/ar/90681>.

(٧١)

أخلاقيات، أو التزامات دينية أو اجتماعية، فمن أهم أهداف الثقافة الجديدة التي تبت عبر هذه الشبكات حرية الإنسان وحثه على التمرد على قيمه الدينية والأخلاقية، واعتبارها أحد الأسباب الكامنة وراء تخلفه الثقافي، كالدعوة إلى الإباحية الجنسية والشذوذ الجنسي، ومن ذلك أيضا الدعوة إلى الانتحار أو اعتناق مذاهب تناهض الدين وتنشر ازدراء الأديان، على الرغم من أن الثقافة الدينية هي من المسلمات والحقائق الثابتة التي تضمن إقامة التوازن ما بين أفراد المجتمع، وتعمل على تنظيم علاقاتهم الاجتماعية والأخلاقية الهادفة، وتحافظ على كرامتهم دون استثناء أو تمييز بينهم، كما أنها قيم تربوية روحية تحول دون انزلاق الفرد أو المجتمع في هاوية الجريمة بمختلف أنواعها.

٤ - بجانب التأثيرات الإيجابية لتكنولوجيا المعلومات على الأسرة توجد بعض الآثار السلبية التي قد تحدث بسببها ومن أهمها: إهمال الأسرة والأبناء والانشغال الدائم عنهم وانقطاع التواصل والحديث اليومي المنتظم معهم، والتقصير في الوفاء باحتياجاتهم الصحية والانفعالية والاجتماعية، وكل ذلك يقود إلى ضعف سلطة الأهل على الأبناء الذين يستقون معلوماتهم من خلال نظم المعلومات الإلكترونية^(٧٢)

٥ - يشكل استخدام التقنية الحديثة ومنها تكنولوجيا المعلومات في مجال الإثبات الجنائي خطراً يهدد حقوق الإنسان الأساسية وحرياته؛ لذلك أجمعت الآراء على ضرورة إخضاعها لرقابة دقيقة حماية لهذه الحقوق، ضماناً لتمتع الإنسان بحرياته الأساسية^(٧٣).

(٧٢) راجع د. فيصل مساعد العنزي: أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسالته للماجستير، كلية الدراسات العليا - جامعة نايف، ٢٠٠٧، ص ٢٤٩؛

وللمزيد عن الجرائم المعلوماتية أو الإلكترونية راجع:

Kaspersen (W.K.Henrik): "computer crime and other crime against Information Technology In Netherlands" R.I.D.P 1993; Yamaguchi (Atsushi): "computer crime and other crime against Information Technology In Japan" R.I.D.P 1993; David Bainbridge- Introduction to computer law-third edition-Pit Man publishing 1996; Tom forester, Essential problems to Hig-Tech Society First MIT Pres edition, Cambridge, Massachusetts, 1989, P. 104.

ftnalt <http://www.fub.it/files/europeandisabilityforum.doc>.

(٧٣)

المبحث الثاني الأهمية القانونية والعملية لنظم المعلومات الإلكترونية في دعم الحماية القانونية للمعاق

تقسيم:

نتناول في هذا المبحث الأهمية القانونية والعملية لنظم المعلومات الإلكترونية في دعم الحماية القانونية للمعاق، وبصفة خاصة تمتعه بحقوقه الأساسية كإنسان، هذا إلى جانب استعراضنا لسلبات التقنية على حياتهم وتمتعهم بهذه الحقوق، مع إشارتنا إلى أهم المعوقات التي تواجه استفادتهم منها:

المطلب الأول: الأهمية القانونية والعملية لنظم المعلومات الإلكترونية في دعم الحماية القانونية للمعاق.

المطلب الثاني: سلبات التقنية على ذوي الاحتياجات الخاصة ومعوقات استفادتهم منها.

المطلب الأول أهمية نظم المعلومات الإلكترونية في دعم الحماية القانونية للمعاق

تلعب نظم المعلومات الإلكترونية دوراً بارزاً في دعم الحماية القانونية للمعاق، سواء أكان ذلك على المستوى الوطني أم الدولي، كما أصبح لها عظيم الأثر في تمتعه بحقوقه الأساسية كإنسان، وصارت حقوق الإنسان الإلكترونية حاجة ملحة بالنسبة إلى المعاق ينبغي إشباعها لطائفته بصورة أبرز من غيرهم من الأسوياء جسدياً؛ ولا يؤثر في ذلك أن هذه النظم تعد أحد أهم العوائق الحديثة التي تواجه طائفة ذوي الاحتياجات الخاصة، باعتبار أن التقنية الحديثة لا تعد عائقاً بذاتها، وإنما يأتي العائق من التخلف وغياب الوعي المعلوماتي من المجتمع.

ومن أبرز مزايا التقنية المعلوماتية الحديثة بالنسبة إلى المعاقين ما يلي:
أولاً: يوفر تقديم الخدمات العامة بالطريق الإلكتروني - عبر الخط - فرصة مهمة وحقيقية لتعزيز الاندماج للأشخاص المعوقين وتيسير حصولهم على المعلومات والخدمات العامة، دون الحاجة إلى الانتقال الجسدي بما ينطوي عليه من مشقة

وإرهاق نفسي وجسماني للمعاق^(٧٤). وبالتالي تتحقق المساواة بين المعاقين والأشخاص الأسوياء جسدياً؛ فبالنسبة إلى حق المعاق في الحصول على المعلومات، نجد - على سبيل المثال - أنه أصبح بإمكان المعاق بصرياً، الحصول على المعلومات ذات المحتوى الإلكتروني، من خلال الاستعانة ببعض التطبيقات الخاصة، ومن المعلوم أن الإعاقة البصرية من أكثر التحديات إعاقاً لاستفادة ذوي الاحتياجات الخاصة من النظم الإلكترونية ومشاركتهم في المجتمعات المعلوماتية^(٧٥).

ثانياً: أتاحت تكنولوجيا المعلومات للفئات المهمشة في المجتمعات فرصة للعمل والاندماج، وأصبحت شبكات المعلومات وسيلة من وسائل التبرج وممارسة العمل من داخل المنزل، وهو ما يضمن للمعاق حقه في العمل في إطار مجتمعات المعلومات^(٧٦).

ثالثاً: توفر التقنية المعلوماتية الجديدة بعض الاستقلالية للمعاقين في حياتهم الخاصة، فعلى سبيل المثال: تعمل المنازل الذكية على دعم أهداف الرعاية الاجتماعية للمعاقين وخاصة الشباب فضلاً عن كبار السن منهم، حيث تسهم هذه التكنولوجيا في تحقيق استقلال معيشتهم وتقليل اعتمادهم على الغير، وتحقيقاً للفوائد والثمار

(٧٤) للمزيد عن دور التقنيات المعلوماتية في تعليم ذوي الاحتياجات الخاصة من المعاقين بصرياً، وخدمتهم، راجع، خالد تيسير الشرايري وعبدالرحمن حسني أبو ملحم، واقع التقنيات الحديثة الخاصة بالمكفوفين وضعاف البصر المستخدمة في المجالات التعليمية والأكاديمية، المؤتمر السنوي الثالث عشر، التربية وآفاق جديدة في تعليم ورعاية ذوي الاحتياجات الخاصة (المعوقون والموهوبون في الوطن العربي)، الإمارات، ٢٠٠٥م، ٣٥:٩٢؛ د. صبحي أحمد محمد سليمان: مقرر مقترح في تكنولوجيا التعليم للفئات الخاصة لطلاب شعبة تكنولوجيا التعليم بكلية التربية النوعية، رسالة دكتوراه، كلية التربية - جامعة الأزهر، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ٢٤-٢٦، ٦٩-٧٦.

Blackhurst, A.E., & Cross, D.P.: Technology in special education 1993. In: A. E Blackhurst & Bedrdine, W. H. An introduction to special education. (3rd ed). N.Y. Harper Collins, 1993; Higgins, K & Burne, R.: Technology as a tutor, tools and agent for reading. Journal of special education technology, 1993, 12(1), p8-37; Whitworth, j.: what's new in special education, an overview. The clearing house, 1993, p.123-133.

(٧٥) راجع حق المعاق في العمل في هذه الدراسة.

(٧٦) للمزيد عن دور المنازل الذكية في دعم استقلال المعاق وضمان حقه في الخصوصية راجع: Celler, Branko, Nigel Lovell, and Daniel Chan. "The Potential Impact of Home Telecare of Clinical Practice". The Medical Journal of Australia. 1999: 518-521; Penny Cheek, "Aging Well With Smart Technology". Nursing Administration Quarterly, 2005, Vol. 29, No. 4: 329-338; Henrik Eriksson.

المرتقبة لهذه المنازل، نرى ضرورة دعم المعاقين ومساعدتهم في إنشائها من خلال الإعانات والقروض الحسنة^(٧٧).

رابعاً: يتم الاستعانة بتكنولوجيا المعلومات في الكشف المبكر Early Detection عن أسباب الإعاقة وعلاجها قبل أن تستفحل آثارها السلبية على الطفل، والواقع أن لهذا المستوى من مستويات الوقاية أهمية كبيرة في منع الوصول بحالة الفرد المصاب إلى درجة الإعاقة أو العجز، ولحسن الحظ أن التقدم العلمي والتكنولوجي في مجالات الرعاية التربوية والاجتماعية والنفسية والطبية وخاصة الجراحة والعلاج الطبيعي وعلاج عيوب النطق والكلام وكسور العظام ورتق بعض الأنسجة أو تجبير الأعضاء المصابة أو زرع أعضاء بديلة وبرامج التوجيه والتدريب والتأهيل المهني .. كل هذه المجالات قد أتاحت الفرصة لمعالجة الكثير من آثار الإصابات والعوامل المسببة للإعاقة أو التخفيف منها واستخدام الأجهزة التعويضية واكتساب الفرد للمهارات التي تمكنه من أداء الأعمال والقيام بالأنشطة اليومية بدرجة لا تختلف عن الشخص العادي أو أقرب ما يكون للعادي^(٧٨).

وفي كل الأحوال إذا وضعت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في خدمة حقوق الإنسان؛ فإنه باعتبارها إحدى الأدوات المتميزة في التعليم، تساعد على تمكين الأفراد في جميع أنحاء العالم وعبر الثقافات المختلفة لمعرفة هذه الحقوق والمطالبة بها، وإلى احترام وتعزيز حقوق الآخرين بروح التضامن^(٧٩).

وسوف نبرز أهمية التقنية المعلوماتية في حياة المعاق بصورة أكثر وضوحاً في إطار دراستنا لأهم المشكلات التي يواجهها المعاق، ودور الإطار القانوني لمجتمع المعلومات في معالجتها على النحو التالي ذكره، كما سبق وأن أشرنا إلى الأهمية القانونية لمجتمع المعلومات، ومدى استفادة الأشخاص منه وعلى وجه الخصوص ذوي الإعاقة.

(٧٧) وبالتالي يمكن القول إن الكشف المبكر عن أسباب الإعاقة، يؤدي إلى ما يسمى " بالتدخل المبكر" الذي يحقق النتائج الإيجابية المشار لها أعلاه، لكونها توفر للطفل المعاق إمكانية النمو الاجتماعي والعقلي واللغوي، والتفاعل الاجتماعي مع آبائهم وأفراد أسرهم، راجع؛ Freeman, R. D., C. F. Carbin & R. J. Boses: Can't your child hear? A guide for those who care about deaf children, London, Croom Helm, 1981; Conlon, Charles J.: Early intervention. In Batshaw, M.L., Children with disabilities. (5th ed.) Baltimore, Paul. H. Brooks Publishing Com, 2002.

(٧٨) ftnalt International Symposium on the Information Society, Human Dignity and Human Rights, Palais des Nations, Geneva, 3-4 November 2003, n.11

(٧٩) راجع في هذا البحث حق المعاق في محو الأمية الإلكترونية (الثقافة الإلكترونية).

المطلب الثاني

سلبيات التقنية على المعاقين ومعوقات استفادتهم منها

تتعدد العقبات التي تقف حجر عثرة أمام الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى تكنولوجيا المعلومات، وتحقيق استفادتهم المثلى من تقنيات المعلومات والخدمات الإلكترونية؛ ونرى أن أهم هذه التحديات تتمثل فيما يلي:

أولاً: غياب الوعي الأسري بأهمية التقنية المعلوماتية في حياة الأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة، ودورها في سد احتياجاتهم، وتحقيق قدر كبير من الخصوصية لهم واستقلالهم عن الآخرين، وضمان مشاركتهم الفعالة في الأنشطة الثقافية والاجتماعية؛ ويرجع غياب الوعي الأسري بأهمية الإشكالية محل البحث، إلى غياب الوعي المجتمعي - بصفة عامة في المجتمعات النامية - بأهمية هذه التقنية في حياة الأفراد ومنهم الأطفال سواء أكانوا أسوياء أم من ذوي الاحتياجات الخاصة.

ثانياً: عدم التوسع في اعتماد واستثمار التقنيات الخاصة بالاتصالات والمعلومات، في تطوير الإدارات الحكومية - أو ما يسمى بالحكومة الإلكترونية- والتي تؤدي إلى تحسين نوعية الخدمة المقدمة إلى المواطنين ومنهم الشباب والأطفال من ذوي الاحتياجات الخاصة، وأداء هذه الخدمات عن بعد إذا كان من الممكن ذلك. والتي تؤدي بوجه عام إلى زيادة نفاذ المواطنين إلى الخدمات الإلكترونية، وتحسين إبداء الآراء والمقترحات بشأنها.

ثالثاً: انتشار الأمية المعلوماتية بين الأطفال المعاقين، على النحو السالف ذكره في إطار البحث^(٨٠).

رابعاً: سكونية المناهج الدراسية، وعدم استغلال وسائل الإعلام العامة الجديدة، التي من شأنها توسيع مدارك الطفل ومعلوماته وتهيئته للتعليم من مصادر تختلف عن طرق التعليم التقليدية، ليتمكن من المشاركة الفعالة في مجتمع المعلومات والاستفادة من الخدمات الإلكترونية.

خامساً: غياب الكوادر الفنية المدربة القادرة على تقديم الخدمات الإلكترونية المتنوعة إلى الأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة وغيرهم من الأطفال وباقي أفراد المجتمع؛ بدءاً بمحترفي المجال المعلوماتي (كمشغلي الشبكات وموردي المعلومات...إلخ)

(٨٠) - Tambo CAMARA; Technologie de l'information et de la communication pour une société, Comité francophone de l'Organisation Mondiale des Personnes Handicapées (OMPH), Nouakchott Mauritanie, p 23.

ومحترفي المهن الحرة القادرين على أداء خدماتهم عن بعد وتشغيل المعدات المهنية التي تعمل بالحاسوب (كالأطباء والأخصائي النفسي والمحامين..الخ) وانتهاء بالعمال بالمدرسين والمساعدين للمهنيين السابق ذكرهم، والذي يصعب أداء الخدمات المهنية عن بعد بدونهم؛ كطاقم التمريض الذي يلزم الطفل المعاق المريض في منزله في حالة التطبيب عن بعد، القادر على تلقي أوامر الأطباء وتنفيذها بعناية عن بعد؛ فغياب هذا الطاقم المدرب يعني صعوبة إن لم يكن استحالة تطبيق آلية التطبيب عن بعد.

سادساً: غياب الدافع والحافز المعنوي لدى غالبية الأفراد في المجتمعات النامية ومنهم المعاقون والأطفال ذوو الاحتياجات الخاصة في السعي نحو محو أميتهم المعلوماتية أو الاستفادة من الخدمات الإلكترونية؛ فعلى سبيل المثال فيما يتعلق بخدمات الاتصالات نجد أن اهتمامات الشخص المعاق، تختلف عن اهتمامات الشخص العادي، عند الوصول إلى مواقع التواصل الاجتماعي، كما تختلف الاهتمامات من معاق إلى آخر، بحسب نوع الإعاقة، والبيئة الاجتماعية التي نشأ فيها، ومستواه التعليمي؛ هذا إلى جانب عدم قدرة قطاع كبير من المعاقين في المجتمعات النامية أو أسرهم على تحمل نفقات الحصول على هذه الخدمات على النحو التالي ذكره.

سابعاً: التكلفة المرتفعة لتلقي الخدمات الإلكترونية؛ وهذا يرجع إلى ارتفاع تكلفة تقديم هذه الخدمات من أجور الخبراء والفنيين وتكلفة التأمين من المخاطر، والتكلفة الباهظة لإنشاء البنية التحتية اللازمة لتقديم هذه الخدمات؛ هذا إلى جانب عدم تعدد مصادر الحصول عليها مما يسهل احتكار لتقديم هذه الخدمات، من قبل عدد محدود من المنتجين، مما يعطيهم القدرة على تحديد السعر الذي يحقق صالحهم، في صورة هامش ربح يزيد عما يتحملونه من نفقات على النحو السابق ذكره؛ لذلك صار الحديث عن قدرة المعاق على تحمل تكاليف التقنيات الجديدة هو مطلب أساسي لتسهيل اتجاه الدولة نحو دمج التقنيات الجديدة في النظم السائدة، حتى تتمكن نسبة كبيرة من المعاقين من الاستفادة والوصول إلى ميزات هذه التقنيات.

ثامناً: ندرة الدراسات والأبحاث المتصلة بالإشكالية محل البحث - استفادة الطفل المعاق المثلي من التقنيات المعلوماتية - في الدول النامية بوجه عام - ومنها الدول العربية - إن لم تنعدم بصورة كلية في الكثير منها، واقتصر دورها في هذا الشأن في لعب دور المستهلك لنتائج هذه الأبحاث، وذلك بعد انتشار تطبيقها في البلاد المتقدمة - المنتجة والمحتكرة لها - الأمر الذي يترتب عليه، تأخر استفادة المعاقين في الدول النامية لفترة زمنية كبيرة تختلف من دولة إلى أخرى ومن معاق إلى آخر، بحسب الظروف الخاصة بكل منهم.

تاسعاً: عدم وجود التوافق بين أنظمة تشغيل الهواتف في جميع أنحاء العالم أو حتى في بعض المناطق الإقليمية. (تصميم الأجهزة) حتى أن كل دولة من الدول لديها نظام مختلف فيما يتعلق بالوصول إلى خدمة الطوارئ للمعوقين؛ وفي الكثير من الحالات لا يوجد نظام مناسب لضمان الحصول على هذه الخدمة.

وأخيراً: يضاف إلى ما سبق أن هناك مخافة من أن تؤدي ثورة المعلومات إلى المزيد من الحواجز الجديدة أمام المعاقين، وإلى تعطيل الاندماج الكامل لهم ومساهمتهم في المجتمع؛ فعلى سبيل المثال: أدى تطور تكنولوجيا الحاسوب الجديدة، إلى تقليل فرص المعاقين وقدرتهم - بشكل كبير - على استخدام أجهزة الحاسوب الشخصية - في حين أنه كان بإمكانهم استخدام نحو ٩٩ من أجهزة الحاسوب في عام ١٩٩٠م. الأمر الذي يمكن القول معه أن المعاقين لديهم - عملياً - وصول جزئي فقط إلى تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وخصوصاً المعوقون الذين يعانون من إعاقات حسية.

المبحث الثالث

حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في مجتمعات المعلومات، وما يرتبط بها من إشكاليات

تقسيم:

نتناول في هذا المبحث أهم المشكلات التي يواجهها ذوو الاحتياجات الخاصة، ودور الإطار القانوني لمجتمع المعلومات في معالجتها؛ وكذلك أهم حقوق المعاق في مجتمع المعلومات؛ وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: أهم المشكلات التي يواجهها ذوو الاحتياجات الخاصة، ودور الإطار القانوني لمجتمع المعلومات في معالجتها.

المطلب الثاني: أهم حقوق المعاق في مجتمع المعلومات.

المطلب الأول

أهم المشكلات التي يواجهها ذوو الاحتياجات الخاصة، ودور الإطار القانوني لمجتمع المعلومات في معالجتها
(الحق الرقمي ودوره في القضاء على مشكلات المعاق)

أدت ظاهرة العولمة إلى زيادة كم المشكلات التي يواجهها المعاق في حياته اليومية، والتي تعبر عن انتهاك حقوقه الإنسانية، وأصبحت تمثل أهم الجوانب الأساسية التي تميز حياة المعوقين؛ والتي يجب القضاء عليها ومعالجتها من أجل تشجيع قيام مجتمع معلومات أكثر شمولاً وتنوعاً، هادفاً إلى تعزيز حقوق المعاقين في المشاركة الفعالة في بنائه؛ ومن أهم هذه المشكلات، والتي سوف نقوم بدراستها ونبين دور تقنية المعلومات في القضاء عليها، ما يلي:

أولاً - التحامل والتمييز

ما زالت النظرة إلى الإعاقة على أنها وصمة عار - حتى في ظل الحديث عن بناء مجتمعات المعلومات الوطنية والعالمية التي تقوم على ضمان حقوق الإنسان - عائقاً أمام اندماج المعاقين وقبولهم اجتماعياً والاعتراف بحقوقهم الأساسية؛ لذلك يجب تغيير طريقة التفكير والعقلية التي أدت إلى هذه النظرة - أيّاً كان الشكل الذي تتخذه في الواقع والمواقف (اللامبالاة، أو الجهل، أو الخوف أو العداء) - التي تؤثر بشكل مباشر وكبير على حياة المعاق ومستقبله؛ سواء في إطار الأسرة أو المجتمع.

والجدير بالذكر أن المواقف والسلوكيات التي تمارس في مواجهة المعاق - في المجالات الثقافية والاجتماعية والاقتصادية - تعد أبرز الحواجز الاجتماعية أمام تمكين المعاق واندماجه، ومن السهل - في كثير من الأحيان - التعرف عليها، باعتبارها جزءاً من الثقافة الاجتماعية للأفراد، وخاصة في المجتمعات النامية^(٨١).

ونظراً لما تعرض له الأشخاص ذوو الاحتياجات الخاصة من ممارسات تنطوي على تهميشهم والتمييز ضدهم على مدار التاريخ، فقد جاءت اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة مؤكدة على حق الشخص المعاق في المساواة والحماية اللتين يوفرهما القانون؛ وخاصة فيما يتعلق بالطفل المعاق والمرأة المعاقة؛ حيث اعتبرت هذه الاتفاقية مبدأ عدم التمييز - في المادة الثالثة منها - أحد المبادئ التوجيهية لها التي تلتزم بمقتضاه الدول الأطراف بها بأن تحظر أي شكل من أشكال التمييز على أساس الإعاقة، وأن تكفل هذه الدول للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية والحماية المتساوية والفعالة من التمييز على أي أساس.

كذلك تلتزم الدول بدعم البحوث، وتطوير التكنولوجيات الجديدة، وتعزيز توفيرها واستعمالها، بما في ذلك تكنولوجيات المعلومات والاتصال، والوسائل والأجهزة المساعدة على التنقل، والتكنولوجيات المُعِينَة الملائمة لهم، مع توفير المعلومات المتعلقة بها، وإيلاء الأولوية للتكنولوجيات المتاحة بأسعار ملائمة؛ فضلاً عن أشكال المساعدة الأخرى، وخدمات ومرافق الدعم^(٨٢).

كما تضمنت الاتفاقية بنوداً خاصة بالأطفال والنساء ذوي الإعاقة، حماية لهم من التمييز والتهميش، فقد تضمنت المادة السابعة منها: "١ - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الضرورية لكفالة تمتع الأطفال ذوي الإعاقة تمتعاً كاملاً بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وذلك على قدم المساواة مع غيرهم من الأطفال. ٢ - يكون توخي أفضل مصلحة للطفل، في جميع التدابير المتعلقة بالأطفال ذوي الإعاقة، اعتباراً أساسياً. ٣ - تكفل الدول الأطراف تمتع الأطفال ذوي الإعاقة بالحق في التعبير بحرية عن آرائهم في جميع المسائل التي تمسهم، مع إيلاء الاهتمام الواجب لآرائهم هذه وفقاً لسنهم

(٨١) راجع المادة (٤) من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

(٨٢) للمزيد عن دور هذه المراكز راجع أهداف ودور وحدة تكنولوجيا المعلومات للمعاقين التي تأسست في شهر يناير من العام ٢٠٠٧م، وهي تتبع لقسم علوم التأهيل في كلية مجتمع العلوم المهنية والتطبيقية في المملكة العربية السعودية؛ بحيث تكون رافعة لتطويع التكنولوجيا لاستخدام المعاقين لمساعدتهم في حياتهم العلمية والمهنية والارتقاء بالجوانب الاجتماعية والثقافية لدى المعاقين لخلق شخصية بناءة في المجتمع.

ومدى نضجهم، وذلك على أساس المساواة مع غيرهم من الأطفال وتوفير المساعدة على ممارسة ذلك الحق، بما يتناسب مع إعاقاتهم وسنهم."

ثانياً - صعوبة الوصول إلى الإنترنت والتقنيات الحديثة

برغم أهمية حق الوصول إلى الإنترنت والتقنيات الحديثة في دعم وضمان حقوق الفرد الأخرى وخاصة بالنسبة إلى المعاق والفئات المهمشة الأخرى على النحو السابق بيانه، وأن الحرمان منه - سواء أكان ذلك بالمنع أم بعدم توفير الإمكانيات والتجهيزات الفنية اللازمة لذلك - يعد اعتداء على أحد حقوقه الأساسية، وتضيف إلى الحواجز التي يواجهها الأشخاص ذوو الاحتياجات الخاصة حاجزاً جديداً وعائقاً يمنعه من المشاركة في بناء مجتمع المعلومات، ويزيد من معاناته وتهميشه داخل المجتمع.

وفي الغالب تتبع إشكالية الوصول إلى الإنترنت والتقنيات الحديثة - بالنسبة للمعاق - إما لارتفاع مقابلها المادي أو لعدم وجود مراكز تدريب على استخدام هذه التقنيات والبرامج المعلوماتية وتوظيفها في حياته اليومية، أو بسبب عدم وجود الوعي الكافي بأهمية هذه التقنيات والبرامج.

وحتى يتسنى معالجة هذه الإشكالية نرى ضرورة اتخاذ كافة التدابير الملائمة لضمان وصول الطفل المعاق إلى تقنيات المعلومات والاتصالات، والاهتمام بإنشاء مراكز خاصة بتكنولوجيا المعلومات التي تخدم المعاقين وذوي الاحتياجات الخاصة في مراكز التأهيل والتعليم الخاصة بهم، وكذلك في أماكن عملهم؛ مما ييسر حصولهم على وسائل هذه التكنولوجيا واقتنائها دون تحملهم بنفقات كبيرة؛ خاصة مع استفادة صاحب الإعاقة البصرية أو الإعاقة السمعية من هذه التكنولوجيا وزيادة فرص وصول الطلاب المعاقين بصرياً إلى مصادر المعلومات المقروءة والمطبوعة والمسموعة. الأمر الذي يقود في النهاية إلى الارتقاء بالجوانب الاجتماعية والثقافية للمعاق وخلق شخصية بناءة في المجتمع المعلوماتي ذات معرفة ودراية بتموحياته وأدواته؛ ورفع مستوى وعي المجتمع والأسرة باحتياجات ومشكلات الأشخاص ذوي الإعاقة، وأهمية تكنولوجيا المعلومات بالنسبة لهم^(٨٣).

ثالثاً - نقص فرص الحصول على التعليم الجيد والعمل

أصبح التعليم - بداية - شرطاً مسبقاً للمشاركة الكاملة والمنصفة في مجتمع المعلومات القائم على تبادل المعلومات والمعرفة؛ إلا أن الحصول عليه ولا سيما في

(٨٣) راجع في البحث مفهوم التعليم الإلكتروني.

البلدان النامية يواجهه مجموعة متنوعة من العقبات والتحديات وخاصة بالنسبة للطفل المعاق الذي يكون له احتياجات خاصة تربوية وتعليمية تختلف عن احتياجات الطفل الطبيعي، وتظهر حاجته إلى تقنيات التعليم المساعدة له في عملية الاستيعاب والتحصیل، وخاصة تقنيات التعليم الإلكتروني؛ التي تتنوع من حيث التعقيد وسهولة الاستخدام، بحسب نوع الإعاقة ودرجتها^(٨٤).

ومن أبرز التحديات التي تعيق إعمال حق المعوقين في التعليم، عدم الاهتمام بالاحتياجات الخاصة بالفتيات المعوقات؛ ونقص المهارات لدى المدرسين؛ وتعذر الوصول إلى التعليم، لاسيما الوصول المادي إلى المباني والوصول إلى المواد التعليمية؛ والقيود المتعلقة بالموارد؛ وعدم الاهتمام بما يكفي بالاحتياجات التعليمية الخاصة لطلاب المدارس العامة؛ هذا إلى جانب الأفكار والقيم السلبية المنتشرة في المجتمعات النامية فيما يتصل بالمعوقين والتي تؤثر على إدماجهم في المؤسسات التعليمية^(٨٥).

وبوجه عام يمكننا القول بأن السياسات التعليمية الحالية والعقبات الثقافية والإدارية سالفة الذكر؛ تعمل على عزل ذوي الإعاقة وإقصائهم عن المجتمع، وتنتهك حقهم في الحصول على التعليم الجيد. ويمكن التصدي للعديد من هذه الصعوبات من خلال اللجوء إلى تقنيات التعليم الإلكتروني والذي يعد أفضل الوسائل وأنجحها لخلق بيئة تعليمية تفاعلية عالية الجودة، تجذب اهتمام الطلبة وتحثهم على تبادل الآراء والخبرات؛ كما تتجاوز حدود الزمان والمكان.

ومما ييسر الاستعانة بتطبيقات التعليم الإلكتروني وإدخالها في عملية تعليم المعاق، نجاح خبراء صناعة الحاسب في إنتاج أجهزة حاسوب يسهل استخدامها من

(٨٤) حق المعوقين في التعليم، تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التعليم، السيد فيرنور مونيوس، البند ٢ من جدول الأعمال، من- الدورة الرابعة مجلس حقوق الإنسان، تنفيذ قرار الجمعية العامة ٢٥١/٦٠ المؤرخ ١٥ آذار/مارس ٢٠٠٦ المعنون "مجلس حقوق الإنسان" بند ٣٥.

(٨٥) ومن ذلك المتصفحات الصوتية التي تفيد فاقد البصر وذوي البصر الضعيف والأشخاص المصابين بعمى الألوان؛ والتي تتميز بقدرتها على قراءة النصوص، والتمييز بين الصور، والروابط، ومن أشهر هذه المتصفحات Browser Sensus internet ومتصفح Home Page Reader ومتصفح Easy Web Browser. راجع: روان حمود فهد السراني: استخدام الإنترنت بأسلوب أسهل لذوي الاحتياجات الخاصة، الرياض ٢٠٠٩، ص٢؛ سلمان عبد الملك السلطان وهند بنت سلمان الخليفة: الاتجاهات والتطورات الحديثة في تقنية الحاسب والإنترنت لخدمة المعاقين بصرياً، ورقة عمل قدمت في المؤتمر الدولي الثاني للإعاقة والتأهيل - مركز الأمير سلمان لأبحاث الإعاقة وجمعية المعوقين من ٢٣-٢٦ أكتوبر ٢٠٠٠م.

قبل الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، وعلى سبيل المثال يمكن للمعاق جسدياً "تشغيل الحواسيب باستخدام مفتاح واحد وليس من خلال لوحة المفاتيح العادية، ومن جانب آخر فقد مكنت أنظمة الأوامر الصوتية^(٨٦) إضافة إلى المفاتيح الهوائية - التي تعمل بالهواء المضغوط - وكذا مرونة التحكم في الأجهزة الأخرى بواسطة الحاسوب إلى إتاحة المجال لإدخال تطبيقات عديدة لهذه التكنولوجيا في مساعدة الأفراد من ذوي الإعاقات، وذلك عن طريق تعويضهم عن فقدان أطراف جسدية أو تعطل وظائفها، فعلى سبيل المثال يمكن للطلبة التواصل على نحو أفضل مع الأفراد الطبيعيين وحتى مع أقرانهم من الصم الموجودين في حجر صفية بعيدة، وذلك باستخدام أجهزة الاتصال الحاسوبية"^(٨٧). كما يمكن للمعاقين بصرياً التواصل مع غيرهم عن طريق الكتابات المطبوعة بحروف بارزة مكبرة عن طريق الحاسوب أو الترجمات المعدة بنظام برايل. هذا إلى جانب تمكن ذوي الإعاقات البسيطة في التعويض عن إعاقاتهم باستخدام الحواسيب، فالفرد الذي يعاني من إعاقة عقلية أو صعوبة تعليمية أو اضطرابات سلوكية أو صعوبات في الكتابة اليدوية يمكنه استخدام الحاسوب كوسيلة لمعالجة الكلمات من أجل الكتابة والمراجعة والطباعة، وبالمثل يستطيع الطلبة ذوو الإعاقات البسيطة ممن يعانون من صعوبات شديدة في النحو والإملاء استخدام برامج حاسوبية خاصة لذلك الغرض، كما يمكنهم كذلك استخدام برامج حاسوبية خاصة بالقراءة والرياضيات.

رابعاً - الفقر والتبعية والتهميش والإقصاء

الفقر هو الآفة الأبرز في معظم البيئة العربية، وتظهر آثارها السلبية (وأهمها التبعية والتهميش والإقصاء) بصورة أكثر وضوحاً لدى الفئات المستضعفة كالنساء والأطفال والمعاقين، مما يجعلهم عرضة لمخاطر الاتجار بهم وتعرضهم لعدد من

(٨٦) راجع: د. علي بن محمد بكر هوساوي: استخدامات الحاسب الآلي في تنمية مهارات التلاميذ المتخلفين عقلياً بدرجة بسيطة، ص ٢٠؛ جيمي ليندسي: استخدام الحاسوب والأجهزة مع الأفراد غير العاديين ٢٠٠٢ (ترجمة: عبد العزيز السرطاوي، أيمن خشان، وائل أبوجوده) دبي، دار القلم الإمارات العربية المتحدة.

(٨٧) ومن أبرز هذه الضغوط، الضغوط التي تعاني منها أسر الأطفال المعاقين في مصر مثل: ضغوط رعاية الطفل - ضغوط الهموم المستقبلية - ضغوط التوافق الزوجي - ضغوط ردود فعل الآخرين - ضغوط الأبناء العاديين - ضغوط مادية - ضغوط خصائص الإعاقة - ضغوط مجتمعية، للمزيد راجع: د. أيمن فؤاد كاشف: حق أسر الأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على خدمات إرشادية، المؤتمر العلمي الأول، قسم الصحة النفسية، كلية التربية جامعة بنها، ٢٠٠٠م، ص ٩٢ وما بعدها.

الممارسات العنيفة الأخرى، وسوف نتناول في إطار البنود التالية دور التقنية المعلوماتية في مواجهة ظاهرة الفقر وتبعاتها.

أ - نظم المعلومات الإلكترونية ودورها في توعية أسرة المعاق

نظراً لتأثر العلاقات الأسرية بين جميع أفراد الأسرة بوجود طفل معاق في محيطها، وظهور احتياجات جديدة لديها، وخاصة حاجتها إلى المعلومات الإرشادية اللازمة لرعاية الطفل، ومعرفة أفضل الطرق للتعامل معه، والتي تعد أهم احتياجاتها المعلوماتية لمعرفة أكبر قدر ممكن من المعلومات عن طبيعة الإعاقة التي أصابت الطفل وأسبابها واحتياجاته النفسية والتربوية والتعليمية؛ لتحقيق المصلحة الفضلى للطفل المعاق، وتخطي الضغوط التي تتعرض لها الأسرة^(٨٨). لذلك نرى أن تدعم الدولة إنشاء مواقع إلكترونية (ويب web) مجانية توفر خدمة الحصول على المعلومات ذات الصلة بموضوع الإعاقة بالإضافة إلى الوثائق الأرشيفية ذات الصلة.

ب - نظم المعلومات الإلكترونية ودورها في توفير الاستقلالية للمعاقين

تسمح التقنية الجديدة بتوفير بعض الاستقلالية للمعاقين - ولاسيما الشباب منهم- داخل منازلهم خاصة مع الاستعانة بتكنولوجيا المعلومات في إدارة المنازل أو ما يسمى بالمنازل الذكية، التي تعمل على دعم أهداف الرعاية الاجتماعية للمعاقين؛ حيث تسهم هذه التكنولوجيا في تحقيق استقلال معيشتهم وتقليل اعتمادهم على الغير؛ لذلك نرى أن تدعم الدولة والمنظمات المعنية بشؤون المعاقين إنشاء هذه المنازل من خلال الإعانات والقروض الحسنة التي تمنح للمعاق وفق معايير معينة.

ج - حق المعاق في الاستفادة من الخدمات المعلوماتية في حياته اليومية

لما كان الفقر والتبعية والتهميش والعزلة، أشد النتائج السلبية المترتبة على الإعاقة والتي تجعل منه عضواً غير منتج في المجتمع؛ فإن الاعتراف بحق المعاق في الاستفادة من خدمات التكنولوجيا الحديثة في حياته اليومية من شأنه أن يجعله مشاركاً - على قدم المساواة مع الآخرين - في بناء مجتمع المعلومات؛ كما تساعد التطبيقات والخدمات المعلوماتية على التواصل مع الآخرين والتفاعل معهم وتكوين الصداقات والتعرف على الثقافات الأخرى - وذلك من خلال مواقع التواصل الاجتماعي - والتعليم والعمل عن بعد دون حاجة للانتقال الجسدي لمقر العمل أو للمؤسسة التعليمية، كما يمكنه الاستفادة من تطبيقات التجارة الإلكترونية.

(٨٨) نحو مجتمع معلومات عربي إطار خطة العمل المشترك، وثيقة المؤتمر العربي رفيع المستوى للتخضير للقمة العالمية لمجتمع المعلومات - القاهرة ١٦-١٨ يونيو ٢٠٠٣ ص ٢٠.

كذلك يمكن للطفل المعاق المأثون له بالتجارة؛ إدارة تجارته الخاصة بواسطة التطبيقات المعلوماتية؛ فهناك من البرامج ما ييسر معرفة المخزون من البضائع والكميات المستهلكة، والبضائع غير المتوفرة دون الحاجة إلى الجرد المادي الذي يحتاج إلى مجهود جسدي خاص؛ كما تساعده هذه التطبيقات أيضاً في الرقابة على التابعين ومواقع العمل البعيدة دون الحاجة للانتقال الجسدي؛ هذا إلى جانب قدرته على المتابعة المستمرة والفعالة مع الأطباء المعالجين له عن بعد، خاصة إذا كانوا يمارسون عملهم في الخارج.

وأخيراً تساهم التطبيقات المعلوماتية في الترفية عن الأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة كبرامج الألعاب.

د - الحكومة الإلكترونية ودورها في خدمة الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة والحد من الفقر

يؤدي التوسع في الاستفادة من خدمات التطبيقات المعلوماتية، في مجال الخدمة العامة، والإدارة الحكومية، إلى تحسين نوعية الخدمة المقدمة إلى المواطنين ومنهم الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، وأداء هذه الخدمات عن بعد إذا كان من الممكن ذلك. وبوجه عام يؤدي تطبيق نظم الحكومة الإلكترونية إلى زيادة نفاذ المواطنين إلى الخدمات، وتحسين إبداء الآراء والمقترحات بشأنها، وتعزيز الشفافية والتعاون مع الحكومة، كما تساعد أنظمة الحكومة الإلكترونية على توسيع مدى التوظيف الحكومي بإتاحة الوظائف للمواطنين بالمراكز النائية وإتاحة الوظائف للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة عن طريق آليات العمل عن بعد. كما تساعد تلك الأنظمة في فاعلية نظم المراقبة والتقييم الحكومي، والمتابعة الفعالة لخطط الحد من الفقر والوقوف على المشكلات التي تعترض تقديم الخدمات^(٨٩).

وأخيراً؛ لا يمكن أن نغفل دور التطبيقات المعلوماتية في مجال الطب في الكشف المبكر EarlyDetection عن أسباب الإعاقة وعلاجها قبل أن تستفحل آثارها السلبية على الطفل وأسرته؛ والواقع أن لهذا المستوى من مستويات الوقاية أهمية كبيرة في منع الوصول بحالة الفرد المصاب إلى درجة الإعاقة أو العجز؛ كما أتاحت هذه التقنيات الفرصة لمعالجة الكثير من آثار الإصابات والعوامل المسببة للإعاقة أو

(٨٩) للمزيد عن دور التطبيقات المعلوماتية في خدمة صحة الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة راجع ما سبق ذكره في هذا البحث.

التخفيف منها، واستخدام الأجهزة التعويضية واكتساب الفرد للمهارات التي تمكنه من أداء الأعمال والقيام بالأنشطة اليومية بدرجة لا تختلف عن الشخص العادي أو أقرب ما يكون للعادي^(٩٠).

المطلب الثاني

أهم حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في مجتمع المعلومات

إن التمتع الكامل والشامل بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية يتطلب التحقيق الفعلي لهذه الحقوق أيضاً على شبكة الإنترنت، وفي إطار النظم الإلكترونية؛ خاصة وأن للإنترنت آثاراً إيجابية وأخرى سلبية مباشرة على أعمال جميع حقوق الإنسان وحرياته الأساسية؛ وحيث إن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة نالت اهتمام الكثيرين من رجال الفقه والفكر حتى ولو لم يكن ذلك بالقدر الكافي، أو بصورة معمقة إلا أننا سوف نكتفي في هذا المطلب بدراسة الحقوق الأكثر صلة بمجتمع المعلومات دون غيرها، أو ما يمكن أن يطلق عليه بالحق الرقمي^(٩١).

أولاً - حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى الإنترنت و في الحصول على معلومات

سبق أن أشرنا إلى أن من أبرز المشكلات التي يواجهها المعاق هي صعوبة الوصول إلى الإنترنت والتقنيات الحديثة - للأسباب التي ذكرناها سابقاً - ومدى أهمية ضمان هذا الحق للمعاق؛ وأعرف هذا الحق بأنه: "قدرة المعاق على الاتصال الدائم والحر بشبكة المعلومات الدولية "إنترنت"، بدون أي قيود مصنعة أو مفروضة. وأن تتاح له القدرة على الاختيار بين الأجهزة والمعدات اللازمة للاتصال، وأن يتم ذلك بأسعار ملائمة لدخل الأسرة، وأن تكون هذه الأجهزة خالية من أي قيود". وتحقيقاً لهذا المعنى - في رأيي - يجب أن يتم تخصيص جزء من فضاء شبكة الإنترنت لتطبيقات الاهتمامات العامة والمحتوى غير التجاري، الخاص بذوي الاحتياجات الخاصة.

ونستنتج مما سبق أن حصول المعاق على حقه في الوصول إلى الإنترنت، يقتضي

(٩٠) للمزيد عن الحقوق الإلكترونية للفرد راجع: د. طارق عفيفي صادق: الحقوق الإلكترونية للطفل في مجتمع المعلومات، ٢٠١٣، تحت الطبع.

(٩١) للمزيد راجع: الإستراتيجية العربية للاتصالات والمعلومات، بناء مجتمع المعلومات ٢٠٠٧-٢٠١٥، نوفمبر ٢٠٠٦، ص ٢٦.

جودة خدمات الإنترنت التي يحصل عليها، وحرية اختيار النظام وحرية اختيار تطبيقات البرمجيات التي تسهل عملية الوصول، وضمان حقهم في الحصول على الوسائط الرقمية، والمنصات والأجهزة الخاصة بالاتصالات اللازمة لإدارة المعلومات وتجهيزها واستخدامها بفاعلية. وإتاحة نقاط نفاذ إلى الإنترنت تكون ذات طابع عام؛ تمكن الجمهور من الوصول إلى الإنترنت، دون تمييز بينهم وبين غيرهم من أفراد المجتمع.

أما حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المعلومات، فنعرفه بأنه: "قدرة المعاق على الاطلاع على المعلومات اللازمة له أو التي يحتاج إليها بدون أي قيود أو رقابة لا تتطلبها حماية النظام العام والآداب". وهذا الحق كسابقه لضمان التمتع به يقتضي أن يضمن النظام القانوني سهولة الوصول إلى مصادر المعلومات (الوصول المادي للمعلومات) بتكلفة معقولة، وحماية هذه المعلومات من سوء الاستخدام؛ إقرار مبدأ المساواة في الوصول للمعلومات والحصول عليها، وأن يكون هناك توافق بين ما يحصل عليه المعاق من معلومات وبين قدراته العقلية التي تحددها في الغالب المرحلة العمرية التي يمر بها، وكذلك تطوره المعرفي والاجتماعي، وأخيراً أن تتاح هذه المعلومات في الوقت المناسب والذي يجعلها فعالة في تحقيق صالحه^(٩٢).

ثانياً: حق ذوي الاحتياجات الخاصة في محو أميتهم المعلوماتية والاستفادة من خدمات التعليم الإلكتروني^(٩٣): اعتنى الإسلام والاتفاقيات الدولية بحق الفرد في التعليم لكونه ينمي شخصيته إنماءً كاملاً، ويعزز احترام حقوقه كإنسان وحياته الأساسية (كالحق في حرية الرأي والتعبير والتثقيف وحرية الاعتقاد والحق في العمل... إلخ)، وينمي داخله مفاهيم التسامح والقيم^(٩٤). ومع شيوع استخدام التطبيقات

(٩٢) التعلم الإلكتروني في جوهره وأبعاده ومضامينه هو "عملية تحويل التعليم التقليدي (وجهاً لوجه) إلى شكل رقمي للاستخدام عن بعد" للمزيد راجع: د. بن خليفة أحمد: المعرفة الإلكترونية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير مدرسة الدكتوراه اقتصاد تطبيقي وتسيير المنظمات جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠٠٨/٢٠٠٩، ص ١١.

(٩٣) راجع: المادة ٢٨ من اتفاقية حقوق الطفل رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٠ والتي عيّنت بحق الطفل بالتعليم؛ وكذلك المادة رقم ٢٦ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨.

(٩٤) غريب سليمان غريب: حق ذوي الإعاقة في التعليم؛ مقال متاح على موقع أطفال الخليج ذوي الاحتياجات الخاصة؛ د. يحيى محمد شديفات، طارق محمد أرشيد: أثر استخدام الحاسوب والإنترنت في تحصيل طلاب الصف الثامن الأساسي في مبحث العلوم مقارنة بالطريقة التقليدية في محافظة المفرق، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية المجلد ٤، العدد ٢، جمادى الأولى ١٤٢٨هـ، يونيو ٢٠٠٧م، ص ١٠٩: ١٤٢.

المعلوماتية في قطاع التعلم ظهر ما يسمى بتكنولوجيا التعليم أو التعليم الإلكتروني، والذي أعطى للحق في التعليم بعداً آخر، وخاصة بالنسبة للفئات المهمشة في المجتمع كالمعاقين والنساء، حيث يساهم في تمكينهم وضمان المشاركة الاجتماعية الفاعلة من قبلهم^(٩٥). تقتضي طبيعة هذا الحق والغاية منه، أن تكفل الدول، تنظيمه في إطار عدد من المبادئ التوجيهية، التي تضمن أن يتمتع به كافة الأطفال أو الشباب (سواء أكانوا أسوياء جسدياً أم ذوي احتياجات خاصة) على نحو متكافئ دون تمييز بينهم. ومن هذه المبادئ مبدأ مجانية التعليم، ومبدأ إلزامية التعليم، ومبدأ الإتاحة (إمكانية الالتحاق - توفر البنية التحتية - إزالة كافة العوائق أمام تمتع الفرد المعاق به)، ومبدأ الملاءمة وأن يكون التعليم وثيق الصلة بالاحتياجات الفعلية للمعاق والمجتمع... الخ^(٩٦). وقد سبق أن ذكرنا إشكالية نقص فرص المعاق في الحصول على التعليم الجيد والعمل، ودور التعليم الإلكتروني في القضاء عليها.

ونعرف التعليم الإلكتروني بأنه: "شكل من أشكال التعليم المرن عن بعد؛ يعتمد على الاستخدام الأمثل لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مجال التعليم من أجل تحسين جودة ونوعية الخدمات التعليمية وتسهيل الوصول إلى مصادر التعلم والتفاعل بين أطراف العملية التعليمية"^(٩٧).

(٩٥) للمزيد عن هذه المبادئ راجع: د. طارق عفيفي صادق: الحقوق الإلكترونية للطفل في مجتمع المعلومات، المرجع السابق؛ منيرفا زبيق: حق الطفل في التعليم بين المواثيق الدولية والتشريعات الفلسطينية، المرجع السابق ص ٤.

(٩٦) ومن التعريفات الشائعة للتعليم الإلكتروني عرفه البعض بأنه: "إيصال التعليم (جميع الأنشطة ذات الصلة بالتلقين والتعليم، والتعلم) من خلال مختلف الوسائط الإلكترونية".
Koochang, A., & Harman, K., Open source: A metaphor for e-learning. Informing Science Journal, 2005, 8, 75-86).

ويعرفه البعض الآخر بأنه: "التعليم، أو التعلم الذي يجري، من خلال تقنيات ويب"
"Liao H. & Lu H., Richness versus parsimony antecedents of technology adoption model for E-learning websites, 2008, http://dx.doi.org/10.1007/978-3-540-85033-5_2.

وللمزيد عن التعليم راجع:

Albert Sangrà, Dimitrios Vlachopoulos, and Nati Cabrera: Building an Inclusive Definition of E-Learning: An Approach to the Conceptual Framework, April - 2012; Stein, S. J., Shephard, K., & Harris, I. (2011). Conceptions of e-learning and professional development for e-learning held by tertiary educators in New Zealand. British Journal of Educational Technology, 42(1), 145-165.

(٩٧) للمزيد عن معوقات التعليم الإلكتروني راجع: ناصر بن عبدالله ناصر الشهراني: مطالب استخدام التعليم الإلكتروني في تدريس العلوم الطبيعية بالتعليم العالي من وجهة نظر =

وتجدر الإشارة إلى أنه يواجه التعليم الإلكتروني في المؤسسات التعليمية، في الوطن العربي، عدد من المعوقات التي تعرقل تطبيقه، منها؛ ضعف وعي المتعلمين وأسرهم بأهميته؛ وسكونية المناهج الدراسية، وعدم استغلال وسائل الإعلام العامة الجديدة في عرضها، وعدم إلمام المتعلمين بمهارات استخدام وسائط التعليم الإلكتروني، هذا إلى جانب ارتفاع كلفة التعليم الإلكتروني^(٩٨).

أما بشأن الأمية الإلكترونية أو الأمية المعلوماتية information illiteracy – والتي تعد أبرز معوقات استفادة المعاق من تكنولوجيا المعلومات بوجه عام ومن خدمات التعليم الإلكتروني بشكل خاص – فنعرّفها بأنها: "عدم قدرة المعاق على التعامل مع الحاسب، أو عدم قدرته – حتى ولو كان أحد مستخدمي الحاسوب الآلي – على الوصول إلى مصادر المعلومات"؛ لذلك تتنوع الأمية المعلوماتية ما بين أمية التعامل مع الأدوات و أمية التعامل مع مصادر المعلومات والنشر والتكنولوجيا البارة وكذلك النقد الموضوعي^(٩٩)؛ لذلك فإن أهمية برامج محو الأمية المعلوماتية أو ما يطلق الوعي المعلوماتي بالنسبة للمعاق، تتمثل فيما يلي:

أولاً: تمنحه مهارات البحث عن المعلومات على الإنترنت وغيره من الوسائط الإلكترونية؛ التي تيسر له عملية التعلم، والبحث العلمي، وتنمية مهاراته، طوال مراحل حياته. ثانياً: تأكيد حق الفرد كإنسان في الوصول للمعارف وضمان الحصول على المعلومات المطلوبة بسرعة كافية لتحقيق أقصى قدر ممكن من التعلم، وخفض

= المختصون، رسالته للدكتوراه، كلية التربية، جامعة أم القرى ١٤٢٩ - ١٤٣٠، ص ٣؛ د. محمد محمود زين الدين، د. يحيى بن حميد الظاهري: فاعلية برنامج تدريبي مقترح في تنمية مهارات استخدام بعض وسائط التعليم الإلكتروني في تعليم العلوم لدى معلمي المرحلة الابتدائية في منطقة مكة المكرمة ٢٠١٠م - ١٤٣١هـ، مشاركة مقدمة إلى الندوة الأولى لتطبيق تقنية المعلومات والاتصال في التعليم والتدريب خلال الفترة من ٢٧ - ٢٩ بيب الثاني ١٤٣١ الموافق ١٢-١٤ أبريل ٢٠١٠؛ ص ٢ وما بعدها.

(٩٨) وتتعدد أسباب انتشار الأمية المعلوماتية في المجتمعات العربية، ومنها غياب الوعي الأسري، بأهمية الوسائل التقنية، وضعف إن لم يكن غياب هذه الوسائل من المدارس ودور الرعاية الأخرى والتكلفة المرتفعة لها وارتفاع نسبة الأمية (٤٥٪) في أوطاننا العربية؛ للمزيد عن تأثير الأمية على وجود مجتمعات المعلومات راجع: نادية حجازي: تحديات وفرص مجتمع المعلومات في مصر، مقال متاح على شبكة الإنترنت في صيغة الأكروبات على الرابط التالي <http://css.escwa.org.lb/ICTpolicymaking/2.pdf>.

(٩٩) للمزيد عن أهمية هذا الحق للطفل راجع الموقع التالي: <http://hind-alghaanm.blogspot.com/2009/10/blog-post.html>.

الإجهاء والقلق، ومنحه الثقة والقدرة على تحديد مكان المعلومات واسترجاعها واستخدامها، بما يضمن دائماً مقاومة الأمية المعلوماتية.

ثالثاً: تؤدي برامج محو الأمية المعلوماتية دوراً رئيسياً في بناء مجتمع المعلومات؛ لكونها تعمل على تثقيف الأطفال والكبار، مما يشجعهم على حرية الفكر ورفض احتكار وسيطرة الفكر الواحد، وجعلهم مستهلكين للمعلومات^(١٠٠).

ثالثاً - حق المعاقين في الاستفادة من خدمات التكنولوجيا الحديثة

الحاسوب ضرورة أساسية وملحة للمعاقين في ظل الطفرة المعلوماتية والتطور التكنولوجي المستمر. لذلك قد تمكن الخبراء من تطوير برامج خاصة تمكن المعاقين من التعامل مع الحاسوب بالشكل الملائم^(١٠١). ولكن هذه البرامج ليست متاحة لغالبية نزي الاحتياجات الخاصة إما بسبب عدم وجود الوعي الكافي بأهمية هذه البرامج أو لصعوبة الحصول عليها لارتفاع مقابلها المادي أو لعدم وجود مراكز تدريب على العمل بهذه البرامج؛ الأمر الذي يستدعي ضرورة العمل على إعفاء الشركات والمؤسسات التي تطور المنتجات المعلوماتية من كافة الضرائب والرسوم حتى يستفيد منها المعاقون؛ وأن تمد الدولة لها يد المعونة. وسوف نرى كيف أن استفادة المعاق من هذه الخدمات من شأنه أن يسمح للمعاق بالمشاركة في صناعة المحتوى الإلكتروني وصناعة التطبيقات المعلوماتية بوجه عام وللتين أصبحتا عنصرين مهمين في الدخل القومي^(١٠٢). هذا إلى جانب مساهمة هذه الخدمات في تحقيق وتفعيل

(١٠٠) فعلى سبيل المثال قامت إحدى الشركات المصنعة للبرامج (ATI) بالكشف عن أحدث منظومة للتكنولوجيا المساعدة للمعاقين المتوافقة مع برنامج ميكروسوفت ويندوز XP والذي يساعد الأطفال والأشخاص فاقد القدرة على النطق. ويطلق عليه اسم "مركزي" حيث يمكن لهؤلاء الأشخاص من الإعلان عن أفكارها بشكل سريع وواضح، فعلى سبيل المثال عندما يضغط الشخص على صورته، يقول الصوت الصناعي "مرحباً، اسمي... هل تريد اللعب على الكمبيوتر، مشاهدة التلفزيون، أو تصفح الإنترنت معي؟" ومن أجهزة الكمبيوتر التي تستخدم حالياً مع الأطفال غير العاديين:

ATARI-800 GENIS, PILOT, APPLE, I.B.M, North Star, Xerox, Texas.

(١٠١) د. رأفت غنيم: استخدامات تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات لخدمة المعاقين القاهرة ٢٠٠٧/١١/١٥.

(١٠٢) Naney Hafkin and Sophia Huyer, Engendering the Knowledge Society: measuring women's participation, Montreal, ORBICOM, 2007; Radhika Lal, "WSIS: Some reflections on emerging discourses and frameworks", in Gurumurthy, 2006, P. 31.

مشاركته في الحياة السياسية وضمان حريته في التعبير، وحقه في العدالة الاجتماعية والمساواة مع الآخرين خاصة في حالة اختلاف الجنس^(١٠٣).

وقد سبق أن أشرنا إلى حق المعاق في الاستفادة من هذه الخدمات في حياته الخاصة؛ لذلك فأرى ضرورة الاهتمام بإنشاء مراكز خاصة بتكنولوجيا المعلومات التي تخدم المعاقين، في مراكز التأهيل الخاصة بهم، وكذلك في أماكن عملهم، مما ييسر حصولهم على وسائل هذه التكنولوجيا واقتنائها دون تحملهم بنفقات كبيرة، خاصة مع استفادة أصحاب الإعاقة البصرية والإعاقة السمعية من هذه التكنولوجيا وزيادة فرص وصول الطلاب المعاقين بصرياً إلى مصادر المعلومات المقروءة والمطبوعة والمسموعة. وأيضاً للارتقاء بالجوانب الاجتماعية والثقافية لدى المعاقين لخلق شخصية بناءة في المجتمع. وفي كل الأحوال يجب أن تحقق هذه الوحدات الأهداف التالية :

- أ - رفع المستوى المعلوماتي للمعاقين وخاصة المعاق بصرياً وبزيادة معرفتهم بالتكنولوجيا المساعدة الخاصة بهم في هذا المجال.
- ب - رفع مستوى وعي المجتمع والأسرة باحتياجات ومشكلات وخصائص الأشخاص ذوي الإعاقة وأهمية تكنولوجيا المعلومات لهم.
- ج - استخدام الحاسب في تعليم الأفراد المعاقين وتدريبهم؛ لأن تعليم هؤلاء الأفراد يحتاج إلى أسلوب مشوق وجذاب، وهو ما يحققه استخدام الحاسب في العملية التعليمية.
- د - الارتقاء بالجوانب الاجتماعية والثقافية لدى المعاقين لخلق شخصية بناءة في المجتمع^(١٠٤).

(١٠٣) للمزيد عن دور هذه المراكز راجع أهداف ودور وحدة تكنولوجيا المعلومات للمعاقين التي تأسست في شهر يناير من العام ٢٠٠٧م، وهي تتبع لقسم علوم التأهيل في كلية مجتمع العلوم المهنية والتطبيقية في المملكة العربية السعودية، بحيث تكون رافعة لتطويع التكنولوجيا لاستخدام المعاقين لمساعدتهم في حياتهم العلمية والمهنية.

(١٠٤) والجدير بالذكر أن الاستفادة من التقنية المعلوماتية في مجال العمل والتشغيل لم يقتصر على المعاقين وحدهم بل أنه امتد ليغير من مفهوم بيئة العمل والانتاج وما يرتبط بهم من أحكام قانونية، الأمر الذي انعكس على كل من العامل وصاحب العمل وعلى الحياة الأسرية للأول، ونمط حياته، خاصة إذا كان أحد ذوي الاحتياجات الخاصة؛ للمزيد راجع:

Jean Emmanuel RAY: Avant- propos Nouvelles technologies, nouveau droit du travail? Droit Social, (no special: Le Droit Du Travail L'épreuve Des Nouvelles Technologies), 21 eme colloque social, 20 mars 1992, P.522.

رابعاً: حق المعاق في العمل: تبرز ذاتية حق المعاق في العمل في مجتمعات المعلومات من خلال:

- ١ - كفالة حق المعاق في احتراف العمل في هذا القطاع الحيوي والمهم بمعنى أن: يكون له الحق في امتحان صناعة وإنتاج برامج الحاسب المختلفة والتي تتناسب مع مستواه الأكاديمي والفعلي كإنتاج برامج الألعاب والبرامج الخدمية.
 - ٢ - ضمان حق المعاق في استخدام التقنية المعلوماتية في العمل - آلية العمل عن بعد أو العمل في المنزل^(١٠٥) - سواء لحساب نفسه أو لحساب الغير.
- ويحقق الاعتراف بهذا الحق للمعاق فائدة كبيرة وذلك من ناحيتين؛ الأولى: ضمان دخل مجزٍ للمعاق يساعده في تدبير أموره الخاصة والمعيشية، وكذلك يساعده في مواجهة نفقات العلاج والتأهيل، دون انتظار لطلب المعونة من الدولة أو غيرها من المؤسسات الأهلية أو الأفراد الآخرين. أما الثانية: فبإمكان المعاق تسويق منتجاته والتعاقد مع عملائه عن بعد، دون الحاجة للانتقال الجسدي وتحمل أعبائه المادية.
- وقد أثبتت الدراسات أن تبني وتنفيذ أسلوب العمل عن بعد يخلق فرصاً حقيقية لتشغيل الأفراد المعاقين في المجتمع^(١٠٦). الذين تمنعهم إعاقاتهم من التنقل ومن ثم لا يجدون فرصاً وظيفية تناسب إعاقاتهم البدنية أو الذهنية؛ فبجانب عدم الحاجة للانتقال الجسدي في العمل عن بعد، يستطيع الحاسب - على سبيل المثال - أن يترجم نصاً إلى أصوات لذوي الإعاقة البصرية، والعكس لذوي الإعاقة السمعية^(١٠٧)، وبالتالي فإن تقنية المعلومات هي سبيل المعاقين للحصول على حقهم في العمل، والعيش في حياة كريمة ولاتقة والتمتع بالخصوصية وعدم الاعتماد على الآخرين؛ فهي وسيلة راقية وفعالة في تمكين المعاقين من الحصول على حقوقهم وخاصة حقهم في العمل والاستقلال عن الآخرين، والإحساس بذاتهم كمساهمين في التنمية وتطوير المجتمع الذي ينتمون إليه.

(١٠٥) د. صالح بن سليمان الرشيد: استشراف إمكانيات تطبيق أسلوب العمل عن بعد في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود، جامعة العلوم الإدارية، الرياض (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م) ص ١٣٥.

(١٠٦) العمل عن بعد ومتطلبات التطبيق في مصر، أحد منشورات مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار - مجلس الوزراء المصري، ديسمبر ٢٠٠٣، ص ٢٠ وما بعدها.

(١٠٧) العمل عن بعد ومتطلبات التطبيق في مصر، أحد منشورات مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار - مجلس الوزراء المصري، ديسمبر ٢٠٠٣، ص ٢١.

وإذا كان من المتصور أن يقود العمل عن بعد المعاقين إلى مزيد من العزلة الاجتماعية، إلا أن هذا الأمر يمكن مواجهته من خلال حرص المعاق على حضور الاجتماعات الدورية التي تعقدتها منشأة صاحب العمل مع العاملين عن بعد، وكذلك الدورات التدريبية التي تهدف إلى تنمية المهارات الوظيفية، هذا إلى جانب حرصه على الاتصال بالزملاء بالشركة وتكوين صداقات معهم عن بعد^(١٠٨). وقد قامت الحكومة الأمريكية بمبادرة (تمزيق اللامساواة) في ١ فبراير عام ٢٠٠١، وكانت تهدف إلى إتاحة الفرصة للمعوقين للعمل عن بعد في وكالات العمل الاتحادية؛ وذلك بتطوير تكنولوجيا جديدة تؤهلهم لممارسة العمل في المنزل؛ لأنهم كانوا يجدون صعوبة بالغة في السفر واستخدام وسائل النقل العام، وليس لديهم الشروط التي تؤهلهم للحصول على رخصة قيادة، وبالتالي فكان تعيينهم في وكالات العمل الاتحادية أمراً بالغ الصعوبة، ولكن بعد تلك المبادرة أصبح لهم الحق في التوظيف ومباشرة العمل عن بعد^(١٠٩).

خامساً: ضمان حق ذوي الاحتياجات الخاصة في التعبير عن آرائهم وكفالة حريتهم في الدين والمعتقد على الإنترنت (مجتمع المعلومات): كفلت المواثيق الدولية^(١١٠)؛

(١٠٨) تقرير الشبكة الحكومية الأمريكية عن بعد (مكتب إدارة شؤون الموظفين - إدارة الخدمات العامة) بتاريخ ١١ أغسطس عام ٢٠٠٣ (office of personnel Management - General Services Administration) على العنوان التالي: http://www.telework.gov/documents/tw_man03/ch1.asp.

ومن الحري بالقول أنه يجب عدم غض الطرف عن سلبيات العمل عن بعد والتي قد يراها بعد المتفائلون - ونحن معهم - أنها مجرد معوقات يسهل التغلب عليها، لأنه بدون الوعي الكامل بهذه المعوقات والسعي جدياً للتغلب عليها، سوف يزداد وضع المعاق سوءاً في المجتمع المعلوماتي. وللمزيد عن الاتجاه الفقهي السابق راجع:

Swink, Dawn(R.): Telecommuting law, a new Frontier in legal liability, America Business Law Journal, Summer 2001, Vol.38, Issue 4, P.857).

(١٠٩) راجع: المادة ١٩ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي تنص على: "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية". وانظر: اتفاقية حقوق الطفل المواد (١٢/١، ١٣/١، ١٤/٢) والتي تقضي بحقه في التعبير عن آرائه بحرية خاصة في المسائل التي تمسه، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات وتلقيها وإذاعتها دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول أو الكتابة أو الفن أو بأي وسيلة أخرى يختارها الطفل، مع التزام الدولة باحترام حقوق وواجبات الوالدين أو الأوصياء القانونيين عليه في توجيهه في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدراته.

(١١٠) انظر: سوسن عبد الحميد رسلان: الإعلام وحقوق الطفل، رسالة لنيل الماجستير المتخصص في حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية الجامعة اللبنانية، ٢٠٠٧، ف ٢-٤-١؛

والقوانين الوطنية؛ حق الإنسان في حرية الرأي والتعبير؛ باعتباره وسيلة فعالة لتعزيز المساواة بين البشر، وتضمن مشاركة الفئات المهمشة في المجتمع من أجل تدعيم الحوار والتكامل؛ لمواجهة حالات العنف والإساءة والاستغلال ضدهم، كالنساء والأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة^(١١١)؛ ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية؛ عن طريق إنشاء المواقع الإلكترونية أو المساهمة فيها بالمشاركات، واختيار المحتوى الذي يعبر به عن آرائه، ويتبادل من خلالها الأفكار. ومن ذلك يمكن لنا أن نستخلص مقتضيات هذا الحق والتي تتمثل في ضمان حق المعاق في الحصول على المعلومات، ومحو أميته المعلوماتية؛ وأن يكون له الحق في الحصول على مكان جيد على شبكة المعلومات العالمية، تمكنه من التعبير عن نفسه، بطريقة تختلف عن محتويات الصفحات الأخرى المخصصة للأصحاء، بأن يكون له الحق في حذف أو تعديل أي معلومات أو آراء قام بنشرها على شبكة الإنترنت في الوقت الذي يحدده.

أما بخصوص حرية الدين والمعتقد للمعاق فنعرّفها بأنها: "شعور المعاق بالحرية في اعتناق الأديان والمعتقدات دون جبر أو إكراه"^(١١٢)، في إطار النظام القانوني للمجتمع". ومن مقتضيات هذه الحرية عدم التمييز ضد المعاق على أساس الدين أو العقيدة؛ أيًا كان مركزه القانوني. وتبرز أهمية كفالة تمتع المعاق بهذه الحرية في مجتمع المعلومات ما ترتب عليه ظهور الإنترنت من تحطيم الحدود الجغرافية والاجتماعية للأسرار الدينية، وأصبحت متاحة للجميع، وأجبرت الجماعات والتنظيمات الدينية والعقائدية على التكيف معها، وأصبح للجميع إمكانية امتلاك المعرفة الدينية بسهولة ويسر، وأتاحت للأديان والحركات الدينية الجديدة والصغيرة، الفرصة

(١١١) د. محمد بشاري: الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة- دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٤.

(١١٢) أحمد محمد صالح: ماذا فعلت الإنترنت بالأديان؟! الخميس ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ٢٠١١،

<http://www.addthis.com/bookmark.php?v=250&pub=xa-4a8869ea5b7bc7db>

- Linda Woodhead, Rebecca Catto: 'Religion or belief': Identifying issues and priorities, AHRC/ ESRC Religion and Society Programme, Lancaster University, Research report 48, 2009; Margaret Harris, 'Religion and Good Relations', London Seminar 24 March 2009; INTERNATIONAL NORMS AND STANDARDS RELATING TO DISABILITY, Part IV. Towards a Rights Based Perspective on disability. 2/3 <http://www.un.org/esa/socdev/enable/comp401.htm>.

للالانتشار، ومباشرة أنشطة الهداية والإرشاد للتحويل من عقيدة إلى أخرى خارج الحدود الوطنية^(١١٣).

المطلب الثالث

الحماية المدنية المكفولة للمعاق في مجتمع المعلومات

تمهيد:

ندرس في هذا المطلب تأثير التقنية المعلوماتية على الحماية المدنية للمعاق، التي وردت في القواعد والأحكام التقليدية للقانون المدني المصري والكويتي، ومن ذلك جعل البطلان حكماً قانونياً ثابتاً - كما في الشرع الحنيف - لكل تصرف يصدر عن المجنون أو المعتوه (المعاق عقلياً) بعد تسجيل الحجر عليه^(١١٤) وهذا كله في إطار نظام حمائي هدفه وقيته من أي خطر قد تتعرض له أمواله^(١١٥)؛ ونفصل ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المساعدة القضائية.

الفرع الثاني: حق المعاق في الحصول على التعويضات الجارية لما يلحقه من ضرر.

الفرع الأول

المساعدة القضائية

قد تكتمل أهلية الشخص (بكمال تمييزه وإدراكه) ومع ذلك يقوم به مانع يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية أو الاستقلال بمباشرتها، وموانع الأهلية هي: الغيبة،

(١١٣) أما إذا كان التصرف أبرم قبل قرار الحجر فإنها تكون صحيحة ما لم يكن الطرف الآخر على بينة من حالته العقلية (وفقاً لنص المادة ١١٤ م مصري والمواد ٩٨: ١٠٠ م كويتي)؛ وتجدر الإشارة إلى أن الحجر يقتصر على التصرفات المالية دون الأحوال الشخصية التي ينظر فيها إلى وقت صدورها؛ للمزيد راجع: د. محمد سمير عطية: أحكام المعاقين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص ٣٨٩.

(١١٤) حكم محكمة النقض في ٥ يناير ١٩٧٧م، رقم ٢٣ لسنة ٤٤ق، أحوال شخصية، مجموعة المكتب الفني ٢٨/١.

(١١٥) وتجدر الإشارة إلى أن "حالة العجز الجسماني الشديد" قد مثلت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بالشلل النصفي والضعف الشديد وضعف السمع والبصر ضعفاً لا يبلغ مبلغ الصم أو العمى وما إلى ذلك. للمزيد راجع: د. محمود خيال: المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، ص ٢١٥ وما بعدها؛ د. محمد كمال عبد العزيز: الالتزامات، ج ١، نادي القضاة، ص ٣٣١؛ د. السيد عتيق: المرجع السابق، ص ٩٦.

والحكم على الشخص بعقوبة جنائية، أو إصابته بعاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد - كما في الفرض محل البحث والتي تسمى "بالمانع الطبيعي" - التي ليس له من حيث المبدأ أي تأثير على أهليته القانونية، وإنما يترتب عليها أن يتعذر على الشخص التعبير عن إرادته أو يخشى عليه من عدم الإلمام بالظروف المحيطة بالتعاقد الذي يبرمه وأهميته؛ من أجل ذلك كان من الواجب أن يمنحه المشرع الحماية والتي تتمثل في "المساعدة القضائية" حيث يجوز للمحكمة بناء على طلب الشخص أو من كل ذي مصلحة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في إبرام التصرفات التي يتعذر عليه فيها بسبب ذلك التعبير عن إرادته أو تلك التي يخشى عليه انفراده بمباشرتها. (وفقاً للمادة ١١٧/١ مدني، المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال)^(١١٦).

وكما أن المساعدة القضائية لا تفرض تلقائياً على الشخص لمجرد وجود العاهتين أو العجز - حيث يلزم طلبها من المحكمة - فإن الحكم بالمساعدة القضائية ليست إلزاماً على المحكمة بل هو جوازي لها، فلها الحرية في تقدير حالة الشخص وما إذا كان في حاجة إلى تعيين مساعد قضائي له من عدمه؛ فإذا استجابت المحكمة

(١١٦) راجع: د. محمود خيال: المرجع السابق، ص ٢٢٣؛ د. السيد عتيق: المرجع السابق، ص ٩٧. وتجدر الإشارة إلى أن الفقه قد اختلف حول تفسير ماهية أحوال المساعدة القضائية وتكييف أحوالها، في نطاق البحث - الإصابة بعاهة مزدوجة (أصم أبكم، أعمى أصم، أعمى أبكم) أو الإصابة بعجز جسماني شديد - حيث اعتبر بعض الفقهاء أن الإصابة بعاهة مزدوجة عارض من عوارض الأهلية، تطراً على الشخص فتؤثر على سلامة التمييز لديه وإظهار إرادته بشكل واضح بحيث تفهم من الكافة؛ أو تيسر وقوعه في الغلط (د. سليمان مرقس: شرح القانون المدني ٢ في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤م، ص ١٤٣؛ د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٨٩؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي: دروس في مصادر الالتزام، مطبعة النهضة، القاهرة، ص ١٦٥؛ د. عبد الحميد عثمان محمد: المفيد في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١٨هـ، ص ١٣٧). واعتبرها البعض الآخر مانعاً من موانع الأهلية يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه (د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٨٩؛ د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧١، ص ١٩٠: ٢٠١١؛ مؤيد عيسى محمد دغش: المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨ م، ص ٢٤: ٢٦). أما رأينا في ذلك، فإننا نرى أن إقرار المشرع للمعاق في الحالات الواردة على النحو السابق لا تزيد عن كونها مزية قانونية أعطها المشرع للمعاق متى قدر أنه في حاجة إليها؛ باعتبار أنها ليست ملزمة سواء للمعاق ولا للقاضي.

لطلب تعيين مساعد قضائي للمعاق فإنه يترتب على ذلك أن يشترك المساعد القضائي مع من تقررت المساعدة له في إبرام التصرفات القانونية التي تقررت المساعدة القضائية بشأنها (م ٧١ الولاية على المال) بمعنى أن التصرفات القانونية التي تقررت المساعدة القضائية بشأنها لا تصدر من أحدهما منفرداً ولكن منهما معاً^(١١٧).

وحيث بدأت آليات التجارة الإلكترونية في الانتشار وأصبحت أمراً ميسراً للمعاق، يستطيع من خلالها إشباع احتياجات الخاصة والتجارية، ووسيلة يمكنه من خلالها البيع والشراء وإبرام العديد من التصرفات القانونية؛ لذلك نخلص إلى أنه يجب أن يكون المساعد القضائي للمعاق ذا قدرة على التعامل مع تقنيات مجتمع المعلومات ووسائله التكنولوجية، التي تجعله قادراً على استخدام آليات التعاقد الإلكتروني وإبرام العقود عن بعد، واتخاذ تدابير الحيطة والإجراءات الوقائية التي تضمن حقوق المعاق وتصورها.

ولأن الشيء بالشيء يذكر فإن حصول المعاق على حقه في المساعدة القضائية هو أحد مظاهر ضمان حق المعاق في الوصول إلى العدالة والتي كفلته له المادة ١٣ من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والمتعلقة بإمكانية اللجوء إلى القضاء^(١١٨). وهو أمر تظهر أهميته في حالة حاجة المعاق لإعمال حقه في طلب الحصول على التعويضات الجارية لما يلحقه من ضرر^(١١٩).

(١١٧) تنص هذه المادة على: "١- تكفل الدول الأطراف سبلاً فعالة للأشخاص ذوي الإعاقة للجوء إلى القضاء على قدم المساواة مع الآخرين، بما في ذلك من خلال توفير التيسيرات الإجرائية التي تتناسب مع أعمارهم، بغرض تيسير دورهم الفعال في المشاركة المباشرة وغير المباشرة، بما في ذلك بصفتهم شهوداً، في جميع الإجراءات القانونية، بما فيها مراحل التحقيق والمراحل التمهيدية الأخرى. ٢ - لكفالة إمكانية لجوء الأشخاص ذوي الإعاقة إلى القضاء فعلياً، تشجع الدول الأطراف التدريب المناسب للعاملين في مجال إقامة العدل، ومن ضمنهم الشرطة وموظفو السجون".

(١١٨) للمزيد عن حق المعاق في الوصول للعدالة راجع:

ENSURING EQUAL ACCESS FOR PEOPLE WITH DISABILITIES: A GUIDE FOR WASHINGTON COURTS, August 2006, Available online at www.wsba.org/atj; Tennessee v. Lane, 124 S.Ct. 1978, 1993-4 (2004) _

(١١٩) الخطأ لغوً: (خطئ) خطأ، وخطئاً: أذنب أو تعدد الذنب. و(أخطأ): غلط وحاد عن الصواب ويقال: خطأ فلان أذنب عمداً أو سهواً. و(الخطء) الذنب، أو ما تعدد منه، وفي القرآن الكريم (إن قتلهم كان خطئاً كبيراً) (ج) أخطاء. و(الخطأ): ضد الصواب. و-: ما لم يعتمد من الفعل، وفي الحديث "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان". راجع المعجم الوجيز، مادة (خطئ). أما في الاصطلاح: فقد ترك المشرع تحديد مفهوم الخطأ بصفة عامة لاجتهاد الفقه، الذي لم يفرق

الفرع الثاني

حق المعاق في الحصول على التعويضات الجابرة

لما يلحقه من ضرر

وفقاً للقواعد العامة تنهض المسؤولية المدنية التي يستحق بتحقيقها المعاق تعويضاً عما أصابه من ضرر على ثلاثة عناصر أساسية هي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية؛ وحيث تتصل أحكام هذه العناصر بالقواعد العامة، التي تنطبق على المسؤولية المدنية في إطار البحث. لذلك فسوف نشير إلى هذه العناصر بإيجاز على النحو التالي:

نعرف الخطأ^(١٢٠) - في نطاق البحث والذي يرتب حق المعاق في التعويض - بأنه: "كل فعل إيجابي أو سلبي، يصدر عن المسؤول عن رعاية المعاق أو رقابته أو يصدر عن الغير، لا يقع من الشخص الحريص، ويمثل إخلالاً منه بأحد الالتزامات التي يلقيها على عاتقه القانون أو العقد".

وقد راعينا في هذا التعريف التأكيد على مسؤولية المسؤول عن رعاية المعاق أو رقابته، خاصة وأنه قد يكون المسؤول عن المطالبة بحق المعاق في التعويض باعتباره الممثل القانوني له أو مساعده القضائي.

وحماية لمصلحة المعاق فإنه في كل الأحوال يسأل كل من أنيط به حماية المعاق ورعايته، إلا أنه قصر في ذلك؛ فإنه يسأل عن نوعين من الأضرار؛ الأولى: الأضرار التي تلحق بالمعاق - سواء في بدنه أو ماله - نتيجة هذا التقصير، سواء تعمد وقع هذا الضرر بالمعاق أم كان حسن النية، وأياً كانت طبيعة السلوك الصادر

= في تعريفه بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري. فالخطأ في نوعي المسؤولية هو تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقط، وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالمسؤول؛ للمزيد راجع: د/حسام لطفي وآخرون: مصادر الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ٤٨؛ رسالتنا للدكتوراه سألقة الذكر ص ١٦١.

والجدير بالذكر أن هناك من الفقه الفرنسي من عرف الخطأ بأنه: "إخلال بالالتزام سابق" (Planiol: Etude Sur Responsabilite Civil, Revue Criitgue Legis et Juris, 1905, p. 278) وقد أخذ بهذا التعريف الفقيه "سافتيير" إلا أنه أضاف إليه عبارة: "كان بالإمكان معرفته ومراعاته" (Savatier: Traite de La Responsabilite civile droit francais, edition 2, 1951, p. 4.).

(١٢٠) د. محمد سمير عطية: أحكام المعاقين، رسالته السابقة، ص ٣٨٩.

عنه (إيجابياً أو سلبياً)؛ أما الثانية: فإنه يسأل عن كل ضرر يلحق بالغير نتيجة أعمال المعاق عقلياً، لإهماله في مراقبته^(١٢١).

أما الضرر الذي قد يلحق بالمعاق فقد يكون ضرراً مادياً يصيب المعاق في مصلحة مالية تتصل بأمواله أو بجسده^(١٢٢)، كأن يؤدي الاعتداء على المعاق بالضرب أو بتسميمه أو الامتناع عن تقديم العناية الطبية اللازمة له؛ إلى إصابته بجرح أو بتر أحد أعضائه أو يؤدي إلى إزهاق روحه أو يسبب له ضرراً نفسياً^(١٢٣) يلحق به؛ مما قد يؤدي إلى توقفه عن ممارسة عمله؛ أو عجزه عن العمل، هذا إلى جانب تحمله تكاليف العلاج. وقد يكون الضرر الذي يلحق بالمعاق ضرراً أدبياً (وهو الضرر الذي يصيب شخص المضرور في مصلحة غير مالية ولا يؤثر في زمتة؛ كالآلام الجسدية الناتجة الإصابة بجرح أو تسمم. ويتميز هذا الضرر بأن المشرع المصري قد قيد التعويض عنه - وفقاً للمادة ٢٢٢ مدني - بعدم جواز انتقال الحق فيه إلى الغير إلا بمقتضى اتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء. كما لا يجوز الحكم به إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب^(١٢٤).

ومتى قامت علاقة السببية بين الخطأ (سواء أكان خطأ معلوماتياً أم خطأ عادياً) والضرر الذي لحق بالمعاق المضرور نسبة هذا الخطأ إلى شخص معين؛ التزم الأخير بإصلاح الضرر الذي لحق بالمعاق أو بماله، والأصل أن يتم تعويض الضرر عيناً عن طريق أداء المدين لعين ما التزم (في المسؤولية العقدية)؛ أو إعادة الحال إلى ما كان

(١٢١) تتمثل الأضرار الجسدية للإنسان في المساس بالتكامل الجسدي للمضرور بإتلاف عضو من أعضاء جسده أو الانتقاص من منعته أو إصابته بجرح يترتب عليه الإخلال بقدرة هذا الجسد على العمل وأداء وظائفه الطبيعية، مما يترتب عليه التأثير على قدرة هذا الشخص على الكسب وتحمله نفقات العلاج وأعباء الرعاية الصحية اللاحقة. للمزيد راجع د. طارق عفيفي صادق: خصوصية التعويض الناشئ عن الضرر المرتبط بالتلوث الإلكتروني، بحث مقدم للنشر بمجلة الحقوق الكويتية، ٢٠١٢، ص ٤١.

(١٢٢) من السهل الاعتقاد بأن الحديث عن الضرر النفسي يكون أقرب في إطار الضرر الأدبي، إلا أن الأضرار النفسية هنا ترجع إلى أسباب عضوية وتمثل في ذاتها مرضاً يمكن العلاج منه، كما أنها تؤثر في ذمة المضرور المالية. راجع: بحثنا السابق ذكره، ص ٤٤.

(١٢٣) راجع: بحثنا المشار إليه في الهامش السابق، ص ٤٥.

(١٢٤) د. السنهوري: المرجع السابق، ص ٩٦١؛ د. صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٦م، ص ١٦٣؛ مصطفى عبد الحميد شحاتة: جرائم الاتجار بالبشر بين القانون الدولي والقانون الوطني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة حلوان، ٢٠١١، ص ٩٥ وما بعدها؛ د. طارق عفيفي صادق: خصوصية التعويض عن التلوث الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

عليه (في المسؤولية التقصيرية) باعتبار أن الغاية من الحماية المدنية للمعاق ليس هدفها الوحيد ضمان حصوله على التعويض المناسب؛ بل أنها تساهم بشكل كبير في منع تفاقم الضرر وردع المتسبب والغير عن تكرار هذا الخطأ أو الفعل الضار^(١٢٥). أما إذا لم يكن من المتيسر أو الممكن إعادة الحال إلى ما كان عليه -كأن تنتهي فترة علاج المعاق دون شفائه^(١٢٦) - فإن القاضي يلجأ إلى التعويض الاحتياطي (التعويض النقدي - م ١٧١ مدني) وهو عبارة عن مبلغ من المال يعطى دفعة واحدة أو مقسطاً أو إيراد مرتب مدى الحياة إذا قدر القاضي ذلك، دون خضوعه لرقابة محكمة النقض مادام أسس حكمه على أسس مقبولة سائغة لها ما يبررها^(١٢٧).

ونرى أنه يجب أن يحظى المعاق بمعاملة تشريعية وخاصة بصدد حمايته المدنية بإقرار نظم تعويض بديلة خاصة في الحالات التي يقصر فيها المسؤول عن رعايته أو ممثلة القانوني عن المطالبة بحقه في التعويض أو كان هو مصدر الضرر؛ أو كان الغير المسؤول عن الفعل الضار به (المعاق) غير ملئ، أو كان من الصعب على المعاق أو ممثله القانوني إثبات مسؤوليته أو كان من المستحيل معرفة المسؤول عن الضرر^(١٢٨).

الخاتمة:

تناولنا في هذه البحث دراسة بعض الجوانب القانونية لإشكالية الحماية القانونية الواجبة للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في مجتمعات المعلومات، وقد قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في الأول: التعريف بالحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة ومجتمعات المعلومات، ومفهوم الحق الرقمي؛ هذا إلى جانب

(١٢٥) Yvonne Lambert Faivre; le Droit du dommage corporel, 1993, P. 203.

(١٢٦) د. السيد نايل: المسؤولية القانونية عن الأضرار البيئية، بدون ناشر، ٢٠٠٦ / ٢٠٠٧، ص ٥٦٠؛ نقض مدني: جلسة ٢٠/٥/١٩٥٧، س ٨، مج، ص ٥٥٤؛ نقض مدني: جلسة ٢٨/١٠/١٩٦٥، س ١٦، مج، ص ٩٢٩.

(١٢٧) ومن الأمور المستحسنة تبني بعض مكاتب المحاماة والاستشارات القانونية في العديد من الدول قضايا الإعاقة ومناهضة التمييز ضدهم، والتي يمكن الاستفادة من خدماتها عبر شبكة المعلومات الدولية "إنترنت" ومن ذلك راجع الروابط التالية:

Disability discrimination claims, <http://www.leighday.co.uk/Asserting-your-rights/Discrimination-claims/Disability-discrimination-claims>; <http://mylegalaid.org/about/our-work/>

(١٢٨) ومن ذلك توصيات المؤتمر العربي الأول "الإعاقة الذهنية بين.. التجنب.. والرعاية" المنعقد بجامعة أسيوط - مصر، يناير ٢٠٠٤.

الإشارة إلى مفهوم مجتمع المعلومات وأهميته القانونية ومعوقاته في مصر والبلدان العربية، وعلاقته بحقوق الإنسان. وفي المبحث الثاني: استعرضنا الأهمية القانونية والعملية لنظم المعلومات الإلكترونية في دعم الحماية القانونية للمعاق، وسبلات التقنية على ذوي الاحتياجات الخاصة ومعوقات استفادتهم منها. أما المبحث الثالث فخصصناه للإشارة إلى حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في مجتمعات المعلومات، وما يرتبط بها من إشكاليات؛ فذكرنا في المطلب الأول: أهم المشكلات التي يواجهها ذوي الاحتياجات الخاصة، ودور الإطار القانوني لمجتمع المعلومات في معالجتها. وتناولنا في المطلب الثاني: أهم حقوق المعاق في مجتمع المعلومات. وفي المطلب الثالث تناولنا الحماية المدنية المكفولة للمعاق في مجتمع المعلومات وعلى وجه الخصوص تناولنا المساعدة القضائية وتأثير تقنيات مجتمع المعلومات على أحكامها، وأهمها قدرة المساعد القضائي استخدام آليات التعاقد الإلكتروني وإبرام العقود عن بعد، واتخاذ تدابير الحيطة والإجراءات الوقائية التي تضمن حقوق المعاق وتصونها؛ هذا إلى جانب دراسة حق المعاق في الحصول على التعويضات الجارية لما يلحقه من ضرر، عند الاتصال بنظم المعلومات أو الاعتداء على أحد حقوقه الإلكترونية، أو حرمانه منها؛ وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات:

النتائج:

- إن التمتع الكامل والشامل لجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية يتطلب التحقيق الفعلي لهذه الحقوق أيضاً على شبكة الإنترنت؛ خاصة وأن للإنترنت آثار إيجابية وسلبية مباشرة على أعمال جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية والديمقراطية والتنمية والعدالة الاجتماعية.
- مجتمع المعلومات هو: "مبدأ توظيف التقنية المعلوماتية لإنتاج جميع أنواع البضائع والخدمات عن طريق توزيع الرموز الإلكترونية عبر شبكات المعلومات بدلاً من السلع التقليدية.
- إن إقرار المشرع للمعاق في الحالات الواردة على النحو السابق لا تزيد عن كونها مزية قانونية أعطاها المشرع للمعاق متى قدر أنه في حاجة إليها؛ باعتبار أنها ليست ملزمة سواء للمعاق ولا للقاضي.
- الخطأ في نطاق البحث هو: "كل فعل إيجابي أو سلبي، يصدر عن المسؤول عن رعاية المعاق أو رقابته أو يصدر عن الغير، لا يقع من الشخص الحريص، ويمثل إخلالاً منه بأحد الالتزامات التي يلقيها على عاتقه القانون أو العقد".

- تتمثل أبرز المشكلات التي يواجهها ذوو الاحتياجات الخاصة في مجتمع المعلومات: التحامل والتمييز، وصعوبة الوصول إلى الإنترنت والتقنيات الحديثة، ونقص فرص الحصول على التعليم الجيد والعمل، و الفقر والتبعية والتهميش والإقصاء، وفي كل الأحوال تلعب التقنية المعلوماتية دوراً في حل هذه المشكلات؛ أما أبرز الحقوق التي يتمتع بها في هذا المجتمع أو التي يجب أن يتمتع بها فيه هي: حقه في الوصول إلى الإنترنت وفي الحصول على معلومات، حقه في الاستفادة من أमितه المعلوماتية والاستفادة من خدمات التعليم الإلكتروني، حقه في الاستفادة من خدمات التكنولوجيا الحديثة، وحقه في العمل، وحرية في التعبير عن رأيه وكفالة حرية في الدين والمعتقد؛ هذا إلى جانب حقوقه التقليدية الأخرى.
- للتقنية المعلوماتية تأثير مزدوج على حياة ذوي الاحتياجات الخاصة؛ حيث إن لها آثاراً إيجابية وأخرى سلبية عليهم.
- يجب أن يكون المساعد القضائي للمعاق ذا قدرة على التعامل مع تقنيات مجتمع المعلومات ووسائله التكنولوجية، التي تجعله قادراً على استخدام آليات التعاقد الإلكتروني وإبرام العقود عن بعد، واتخاذ تدابير الحيطة والإجراءات الوقائية التي تضمن حقوق المعاق وتصورها.

التوصيات:

- يجب تعزيز حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، على أساس مبدأ تكافؤ الفرص وإزالة الحواجز التي تؤدي إلى التمييز والاستبعاد. واعتماد وتعزيز المعايير المتاحة من أجل إزالة الحواجز المادية والاجتماعية التي تعيق تمكين المعاقين ومشاركتهم في مجتمع المعلومات، وسن القوانين اللازمة لذلك؛ والتي يجب أن تراعي تنوع الحاجات، ودرجة الإعاقة والإجراءات المحددة لكل فئة.
- تبادل الخبرات الدولية ومساعدة البلدان النامية في دمج الاحتياجات التعليمية للمعاقين في خطط "التعليم للجميع (EFA)"; والنظر في احتياجات هؤلاء الأشخاص في تطوير تكنولوجيا التعليم والتدريب عن بعد لخدمتهم، مع إجراء الإصلاحات التشريعية لتنفيذ هذه المقترحات؛ وتهيئة الأماكن اللازمة لتعليم الأطفال المعوقين.
- ضرورة الحرص على المشاركة الجدية للأشخاص ذوي الإعاقة ومنظماتهم على اتخاذ القرارات التي تؤثر على حقوقهم في مجتمع المعلومات (كالتصميم والتنفيذ، وتقييم الإستراتيجيات والسياسات والبرامج والمشاريع التي تتعلق بهم).

- العمل على دعم المنظمات الأهلية المعنية بشؤون المعوقين من قبل الدولة، وخاصة من الناحية المالية وربطها بالطريق السريع للمعلومات - الإنترنت - وتدريب أفرادها على استخدام التقنيات الحديثة. وتهيئتها لدعم إنشاء واستضافة المواقع الإلكترونية التي يرغب في إنشائها الأشخاص المعاقون؛ والمشاركة في وضع قواعد ومعايير إمكانية الوصول.
- دعم إنشاء مواقع ويب مجانية توفر خدمة الحصول على المعلومات ذات الصلة بموضوع الإعاقة بالإضافة إلى الوثائقية الأرشيفية ذات الصلة.
- يجب إعفاء الشركات والمؤسسات التي تطور المنتجات المعلوماتية التي يستفيد منها ذوو الاحتياجات الخاصة، من كافة الضرائب والرسوم، بل يجب أن تجدد المعونة من الدولة؛ حتى تتاح هذه المنتجات بأسعار زهيدة لهم؛ وتعزيز المهارات الحياتية للأطفال المعوقين، واتخاذ التدابير الملائمة لضمان وصول المعاق إلى تقنيات المعلومات والاتصالات.
- تنفيذ ما انتهت إليه المؤتمرات العالمية والإقليمية والوطنية والمنعقدة بشأن قضايا المعاقين والتي تدور - في الغالب - حول توفير مصدر دخل ثابت يحقق حياة كريمة للمعاق، مع الاهتمام بقضاياهم في وسائل المعلومات وضمان حقهم في الحصول على المعلومات.. إلخ من الحقوق الأخرى.

ظاهرة فساد الشركات المساهمة العامة

الدكتور/ محمود محمد عيابه

كلية الحقوق - جامعة البتراء

ملخص:

استقطبت ظاهرة فساد الشركات المساهمة العامة أنظار المجتمع العربي، وتصدرت فضائح الشركات الصحف والمجلات سيما وأن العالم العربي يمر بمرحلة مخاض إصلاحي دفع إليه بالإضافة إلى عوامل أخرى ظهور حالات فساد الشركات وانتفاع أعضاء مجلس إدارتها على حساب حقوق المساهمين.

هذا البحث يرمي إلى تحليل ومناقشة طرق الفساد المتبعة من قبل بعض أعضاء مجالس الإدارة، سواء الطرق التي تترافق مع مرحلة التسجيل كتضخيم المقدمات العينية وتسجيلها بغير قيمتها الحقيقية أو من خلال مضاعفة مصاريف التأسيس أو الانتفاع من آثار القرارات المتخذة من قبل كبار أعضاء مجلس الإدارة في الشركات القابضة ك شراء شركات متعثرة وفاشلة مملوكة لهم أو لمحاسبهم وبأكثر من قيمتها لينتهي ثمنها أخيراً في جيوبهم، وتم معالجة ذلك على ضوء النصوص القانونية الرخوة مع الاستشهاد ببعض حالات فساد الشركات التي وقعت.

وبالإضافة إلى حالات الالتفاف على نصوص قانون الشركات فإن الباحث يستعرض عوامل مساعدة للفساد من واقع الأعراف واستغلال السلطة في غياب قيود قانونية. وينتهي البحث بتقديم مجموعة من الحلول والتوصيات للحد من ظاهرة فساد الشركات المساهمة العامة.

مقدمة:

تعدّ ظاهرة الفساد عموماً، وفساد الشركات المساهمة العامة بشكل خاص ظاهرتين عالميتين لا تقتصر على بلد معين^(١)، ومن المتفق عليه أن انهيار الشركات الكبرى في العالم نتيجة تورط بعض أعضاء مجالس الإدارة فيها بقضايا الفساد المالي والانتفاع الشخصي على حساب الاقتصاد الوطني وحقوق المساهمين^(٢) كان

(١) انظر: ديباجة "اتفاقية مكافحة الفساد الصادرة من الأمم المتحدة لعام ٢٠٠٢".

(٢) تعد الممارسات غير المشروعة التي أدت إلى انهيار أنرون Enron، وشركة آرثر أندرسون Arthur Anderson نماذج صارخة لغياب حوكمة الشركة نتيجة عدم التزام الشفافية تجاه المستثمرين، فضلاً عن عدم تحمل المسؤولية من قبل المديرين التنفيذيين واستغلالهم لنفوذهم ومراكزهم القيادية في تحقيق مكاسب شخصية، وذلك من خلال التلاعب بالتقارير المالية وإهدار حماية حقوق المساهمين. د. محمد مصطفى سليمان - حوكمة الشركات " دور أعضاء مجلس الإدارة والمديرين التنفيذيين " الدار الجامعية عام ٢٠٠٨ ص ١٩.

الدافع نحو ظهور مفهوم حاكمية الشركات^(٣) بمضامينها المتمثلة بتفعيل الرقابة والمساءلة واتباع الشفافية والإدلاء بالإفصاحات المالية على وجهها الصحيح من خلال سن التشريعات وظهور دلائل الإرشاد^(٤) الاختيارية والإجبارية، بالإضافة إلى قوانين مكافحة الفساد.

وفي الأردن يستمر الحديث عن فساد قطاع الشركات العامة والخاصة، وهو حديث لا يخرج من فراغ على ضوء انهيار أسعار أسهمها في السوق المالي خلال فترة قصيرة^(٥) وبرأي الباحث فإن استفحاله لا يعود دائماً إلى تقصير هيئات الرقابة والتنظيم^(٦)، التي يعمل بعضها ضمن إمكانيات متواضعة وضمن ثقافة مجاملة صغار الموظفين لأعضاء مجلس الإدارة من بعض المسؤولين المتقاعدين والمتنفذين. كما أن قصور التشريعات المنظمة لضبط التزام الشركات بنصوص القانون ليست السبب الأوحد لتفشي ظاهرة فساد الشركات، بل هناك أسباب رئيسية تعود إلى انعدام الوازع الأخلاقي لدى البعض من ذوي الياقات البيضاء من أعضاء مجالس الإدارة^(٧) بالإضافة إلى رخاوة النصوص التشريعية واستغلال ثغراتها والدخول منها بواسطة فتاوى يحبكها قانونيون وموظفون يعملون مساءً في مكاتب خاصة.

هذا البحث الموجز يستقرئ أهم مكامن الفساد التي من الممكن النفاذ منها أو

(٣) د. محمد مصطفى سليمان - حوكمة الشركات -، مرجع سابق، ص ١٥.

(٤) محاضرة للدكتور محمد الحسين - وزير الاقتصاد السوري الأسبق " ندوة حوكمة شركات التأمين" برعاية اتحاد شركات التأمين العربية - دمشق - تشرين ثاني عام ٢٠٠٧، صدر قانون الممارسات الأجنبية الفاسدة في أمريكا عام ٢٠٠٢ كأثر مباشر لفضيحة شركة لوكهيد الأمريكية التي تورط بها رئيس وزراء اليابان الذي استقال وتمت محاكمته، وقد بدأت الدول بإصدار دليل حوكمة الشركات في قطاع البنوك والتأمين وسوق الأوراق المالية.

(٥) هاشم خريسات "فساد الشركات مرة أخرى" مقال منشور في جريدة بتر نيوز الإلكترونية http://petra.gov.jo/Public_News/Nws_NewsDetails.aspx?lang=1&NewsID=58823.

(٦) المقصود بهيئات الرقابة... الهيئات المتخصصة بتسجيل وترخيص ومراقبة تنظيم تداول الأسهم للشركات المساهمة العامة، وهذه الهيئات هي هيئة الأوراق المالية ودائرة مراقبة الشركات وهيئة التأمين، والبنك المركزي. انظر: د. محمود عابنه، الحوكمة ودور هيئات الرقابة بحث منشور في مجلة المشهد الأردني لعام ٢٠٠٨ - منشورات منتدى عبد الحميد شومان.

(٧) سوزان روز كرمان - الفساد والحكم - ترجمة فؤاد سروجي، عمان، الأهلية للتوزيع والنشر ٢٠٠٣ ص ٧٨.

الالتفاف فيها على النصوص القانونية لمخالفة جوهر التشريع وتغيب الحاكمية وإتيان فعل الفساد المالي والتربح الشخصي واستغلال جمهور المساهمين.

وتكمن إشكالية البحث بالتنقيب والتحري عن تلك النصوص المعمول بها في قانون الشركات والأنظمة الصادرة بموجبه والتي من الممكن الاتكاء عليها ظاهرياً لإتيان فعل الفساد ومن قبل المتنفذين وكبار مالكي الأسهم في الشركات المساهمة العامة المملوكة من القطاع الخاص، بناء على مسلمة أن الفساد لا يعني الموظف العام لوحده، بل هناك فساد لا يقل شراسة على المجتمع والاقتصاد الوطني يأتيه جهابذة القطاع الخاص للاغتناء والتربح في ظل صعوبة إيجاد نظم مالية سليمة ومعافاة دون استنادها إلى دراية تامة بأسس ومفاهيم الحاكمية المؤسسية الجيدة والإدارة السليمة للمخاطر. آخذين بعين الاعتبار أهمية وجود بيئة قانونية وتشريعية مساندة تشتمل على تشريعات تختص بالحاكمة المؤسسية ورسم نطاق السيطرة الإدارية للمديرين، وواجباتهم إلى جانب حقوق وواجبات مجالس الإدارة ودورها في عملية اتخاذ القرار الإداري ومسؤوليتها تجاه هذا القرار في حال تضارب المصالح^(٨) لصالح الانتفاع الشخصي على حساب عدم ترجيحها مبادئ الحوكمة الرشيدة وقيم الإدارة الصالحة، وفوق ذلك على حساب صغار المدخرين والمستثمرين بهذه الشركات.

وتنبع أهمية هذا البحث في التصاعد المطرد للحديث عن ظاهرة الفساد بشكل عام، وتوجه الدراسات إلى الاهتمام بفساد القطاع العام والشركات المملوكة من الدولة، وخصوصاً في عمليات التحول الاقتصادي نحو الخصخصة، وما يرافق ذلك من فساد موظفي المؤسسات العامة، وبالرغم من زخم هذا التوجه بالدراسات إلا أن فساد رجال القطاع الخاص من كبار مالكي الشركات المساهمة لم يحظ بالدراسة الكافية المتناسبة مع أهمية هذا الموضوع، ومن هنا فإن هذه الدراسة التطبيقية ليست من قبيل السرد الأدبي عن مفهوم الفساد وأضراره ومسبباته بل هي دراسة حصرية لنصوص قانون الشركات المتعلقة بالشركات المساهمة العامة التي لا تديرها الدولة أو تتملكها، ومحاولة رصد هذه النصوص والإشارة إلى رخاوتها، ويزيد من أهمية البحث تشابه قوانين الشركات في معظم الدول العربية وخضوعها للتعديلات والتغيرات كما هو الحال في قانون الشركات الأردني الذي تعمل عليه الدولة لتعديله أو إصدار قانون

(٨) أمية طوقان، محافظ البنك المركزي الأردني في محاضراته في ورشة "الحكومة وإدارة الشركات المساهمة العامة" المنشورة في مجلة رسالة الشركات العدد الثاني السنة الأولى لسنة ٢٠٠٦ ص ٦.

شركات جديد نرجو أن يرى النور بعد استكمال إجراءات عرضه على مجلس النواب الجديد المنتخب في عام ٢٠١٣^(٩).

اتبع الباحث الأسلوب التحليلي والتطبيقي العملي للنصوص القانونية في قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لعام ١٩٩٧ وتعديلاته والمنظمة للشركات المساهمة العامة المملوكة من القطاع الخاص لرصد الثغرات الممكنة لمحاولات الفساد واستغلال المساهمين للنفاز منها، مع طرح سبل المعالجة المقترحة، وقد تم بناء على ذلك تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد عن ارتباط الفساد بالحوكمة ومبحثين: المبحث الأول ويتصدره تمهيد موجز ثم تناول النصوص القانونية "الرخوة" والتي من الممكن الالتفاف عليها لإتيان فعل الفساد، وينقسم البحث إلى مطالب يتناول كل مطلب حالة من هذه الحالات.

أما المبحث الثاني فيتناول الحالات التي تدخل تحت مظلة فساد الشركات بسبب الممارسات المخالفة لمبادئ الإدارة الرشيدة والتي تدخل ضمن المحظورات القانونية مباشرة، بل تصنف تحت باب انعدام الوازع الأخلاقي لأعضاء مجلس الإدارة^(١٠) وقصور أداء هيئات الرقابة ذات العلاقة، كما يتضمن البحث عدداً من الحلول المقترحة لمختلف أسباب منافذ الفساد في الشركات المساهمة العامة.

وينتهي البحث بخاتمة ومجموعة توصيات قد تسهم بإذن الله مع غيرها من الدراسات في تنوير المشرع والباحثين في تعديل وضبط بعض النصوص القانونية أو التدقيق في تطبيقها للحد من ظاهرة فساد الشركات المساهمة في القطاع الخاص.

(٩) تبدأ إجراءات سن القوانين أو تعديلها في الأردن بعرضها على مجلس الوزراء، ويقوم المجلس بإحالتها إلى ديوان الرأي والتشريع لمناقشتها مع الجهة المعنية بتطبيق القانون، من ثم تعرض على اللجنة الوزارية ومستشاري ديوان التشريع، ثم تنقح النصوص وتعود لمجلس الوزراء الذي يناقشها ويحيلها إلى مجلس النواب الأردني لمناقشتها وإقرارها ثم توشح بالإرادة الملكية السامية وتُنشر بالجريدة الرسمية.

Brenda Hannigan. Company law "Director" Levis Nexis, Butterabrits, 2003. p.189.

Corporate citizenship (in the following, CC) has emerged as a prominent term in the management literature dealing with the social role of business., it has since begun to enter the language of the global business community. A landmark in this process has been the

Brenda Hannigan. Company law "Director" Levis Nexis, Butterabrits, 2003. (١٠) p.189.

المبحث الأول

جدلية الفساد والحوكمة الرشيدة للشركات المساهمة العامة

في هذا المبحث سنتناول العلاقة الجدلية المترابطة بين ظاهرة الفساد في الشركات المساهمة العامة ومدى الالتزام بتطبيق حوكمة الشركات على مرتكزاتها الرئيسية، وهي الرقابة والمساءلة على قاعدة من الشفافية والمساواة بين حقوق المساهمين، وسيخصص المطلب الأول للحديث عن الارتباط المتلازم لمفهوم الفساد والحوكمة، وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع، أما المطلب الثاني فسنبحث حالات فساد الشركات في مرحلة تأسيس الشركة والذي ينقسم بدوره إلى عدة فروع.

المطلب الأول

أهمية الحوكمة

هناك ارتباط كبير بين الفساد وبين كيان الشركة المساهمة العامة وممارستها كمواطن صالح^(١١) ينبغي عليها الالتزام بأخلاقيات العمل التجاري والشفافية والعدالة وإعمال مبدأ الرقابة والمساءلة على أعمال الشركة ومديريها ومجلس إدارتها وقد حظيت ظاهرة الفساد بشمولية المعنى في السنوات الأخيرة باهتمام باحثي علوم الاقتصاد والقانون وعلم السياسة والاجتماع، كما عملت على الحد من انتشاره العديد من المنظمات الدولية، على اعتبار أنه ظاهرة عالمية ذات جذور عميقة ومتداخلة وتختلف من بلد إلى آخر ومن مجتمع إلى آخر، ولكنها في جوهرها تلتقي حول غياب مبادئ وقيم أخلاقيات العمل وغياب أدوات الحاكمية الرشيدة التي أقرت مبادئها منظمة التنمية والتعاون الدولية، وانعكاس هذه المبادئ على واقع أعمال الشركة المساهمة العامة، وهو ما سمي بحوكمة الشركات، وهو ما سنأتي على جوهره ومعناه تالياً.

(١١) Corporate citizenship (in the following, CC) has emerged as a prominent term in the management literature dealing with the social role of business). it has since begun to enter the language of the global business community. A landmark in this process has been the joint statement on "Global Corporate Citizenship -ExxonMobil We pledge to be a good corporate citizen in all the places we operate worldwide. We will maintain the highest ethical standards, comply with all applicable laws and regulations, and respect local and national cultures. We are dedicated to running safe and environmentally responsible operations". <http://195.130.87.21:8080/dspace/bitstream/123456789/1087/1/04-%20an%20extended%20theoretical%20conceptualization.PDF>.

وقد جرى تصنيف الفساد إلى أشكال مختلفة، فيجري الحديث عن الفساد السياسي والإداري والاقتصادي والاجتماعي والقانوني، وجرى تصنيفه من حيث العمق إلى الفساد الصغير Minor Corruption والذي ينصرف للدلالة على فساد صغار موظفي القطاع العام في المعاملات الإدارية اليومية من خلال غش الطرف على مخالفات القانون مقابل الرشوة أو الحصول على منافع للأبناء والمحاسيب والأقارب، وهناك الفساد الكبير (Gross Corruption) وهو مرتبط بالصفقات الكبرى ومثالها ما يحصل من عمولات على أعمال المقاولات وتجارة السلاح، وعادة ما يرتبط بالفساد السياسي^(١٢). وقد استدعى ذلك إلى سعي المجتمع الدولي إلى مكافحة آفة الفساد على المستوى العالمي، فكانت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد^(١٣)، واتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، وقد شملت الاتفاقية من النصوص ما يدعو إلى ضبط عمل الشركات والحد من تجاوزاتها ومشاكلها التي تمنع الشركات من الانحرافات المالية المشبوهة، والانتفاع لأشخاص الإدارة العليا على حساب مقدرات الشركة ومساهميها، أما التحكم البعدي فيجب أن يأتي على شكل قرارات وعقوبات تفرض على الشركة المخالفة مع ضرورة الالتفات إلى نصوص قانون الشركات ودلائل الحوكمة الرشيدة لمختلف القطاعات التي تعمل الشركات لتحقيقها. وفي حين تقوم الهيئات الرقابية الموكولة بمراقبة الحوكمة الرشيدة لهذه الشركات في القطاع العام والقطاع الخاص، حيث جرى الحديث عن حوكمة وإصلاح مؤسسات القطاع العام وهياكله الحكومية عن طريق تحسين الموظف العام ضد الرشوة واستغلال المنصب ومكافحة المحسوبية، إلا أن المناداة بإصلاح وتحسين إدارة شركات القطاع الخاص وحماية المساهمين من استغلال أعضاء مجالس الإدارة أخذ منحى بحثياً خاصاً وتطوراً ملحوظاً في السنوات التي أعقبت انهيار الشركات الكبرى الناتج عن فساد وتورط مجالس الإدارة نتيجة غياب مبادئ الحوكمة الرشيدة.

(١٢) شهد العالم العديد من قضايا الفساد التي تورط بها رؤساء وأمراء دول تتعلق بإبرام صفقات أسلحة للاستفادة من العمولات دون حاجة لهذه الأسلحة، ومثال ذلك: تورط موبوتوسيكيكو في زائير ١٩٦٥-١٩٧٩ وحكم فرنسوا دوفالبيير في هايتي (١٩٧٥-١٩٨٦) ومعمّر القذافي في ليبيا (١٩٦٨-٢٠١١) وزين العابدين في تونس (١٩٨٧-٢٠١١)، انظر بذلك:

Moody-stuartGeorge.Grand corruption in the Third-world development-Oxford-Worldview Publishing1997.

<http://www.icgg.org/downloads/Corruption%20-%20Where%20We%20stand%20and%20where%20to%20go.pdf>.

(١٣) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المصادق عليها في ٢٤ شباط ٢٠٠٥ بموجب قانون تصديق اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٤.

الفرع الأول مفهوم الفساد

التعريف بالفساد: في القاموس اللغوي هو من (فسد) عكس (صلح) بمعنى البطلان، وفسد الشيء أي بطل واضمحل، وجاء الفساد بمعان أخرى وحسب موقعه في الجملة، فجاء بمعنى الجذب أو القحط، فقد جاء بقوله تعالى: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾^(١٤) وجاء الفساد بمعنى الطغيان أو التجبر لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا﴾^(١٥) ونستنتج أن الفساد وبمعانيه السابقة قد تم تحريمه بشكل قاطع في الشريعة الإسلامية، وأن مرتكبيه لهم عذاب الآخرة وخزي الحياة الدنيا.

أما المعنى الاصطلاحي للفساد، فلا يوجد تعريف محدد ومانع جامع، ولكن أغلب الاتجاهات المتخصصة تلتقي حول مكونات ثابتة متفق عليها، فالفساد اصطلاحاً هو "إساءة استعمال السلطة العامة من قبل موظف عام للكسب الخاص" ويحدث الفساد عندما يقوم الموظف أو المسؤول بقبول أو طلب أو ابتزاز رشوة أو خدمة لتسهيل معاملة مخالفة أو تسهيل انعقاد عقد أو إجراء لطرح مناقصة عامة، وبالرغم من أن أعضاء مجالس إدارة الشركات المساهمة العامة ليسوا من موظفي القطاع العام إلا أن أموال الشركات المساهمة العامة تعتبر بحكم القانون أموالاً عامة^(١٦).

وقد بدأت قضية مكافحة الفساد المالي والإداري في القطاع الخاص أو العام تستحوذ على قدر كبير من الاهتمام ولا سيما في أعقاب الأزمة العالمية الأخيرة التي كشفت عن هشاشة الرقابة التشريعية، وانخراط كبار المتنفذين في قضايا فساد الشركات، وإحالة العطاءات ومشاريع الخصخصة لمرافق القطاع العام وللشركات الحكومية الكبرى^(١٧) وكل ذلك كان بسبب غياب النزاهة والشفافية، وقد استدعى ذلك إبرام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عام ٢٠٠٣، وانضمام كثير من الدول إليها والتصديق عليها، وبعض هذه الدول أحال بقوانينها الخاصة إلى جرائم الفساد المنصوص عليها بالاتفاقية، كما لجأت كثير من الدول وبحكم الحركات الشعبية والمنظمات الدولية إلى سن التشريعات أو تعديلها أو إنشاء هيئات ومؤسسات

(١٤) سورة الروم، آية ٤١.

(١٥) سورة القصص الآية ٨٣.

(١٦) انظر: قانون الجرائم الاقتصادية الأردني رقم ١١ لعام ١٩٩٣.

(١٧) فاروق الكيلاني، جرائم الفساد، ط، ١ عمان، دار الرسالة العالمية عام ٢٠١١، ص ٢١.

متخصصة لمكافحة الفساد، سواء أكان في القطاع العام أم الخاص^(١٨). وتكاد أخبار فساد الشركات الكبرى تنصدر حديث الصحافة العربية الدولية اليومي، وبحود هذا البحث فإن ما يهمنا هو التعرض للواقع التشريعي والعملي لفساد الشركات المساهمة العامة المملوكة للقطاع الخاص في الأردن كنموذج بحثي يكاد يصدق على واقع فساد الشركات المساهمة العامة في كثير من الدول العربية، والأردن كنموذج لواقع هذه الشركات فإن نصف رأسمالها يزيد عن نصف مجموع رؤوس أموال الشركات بجميع أنواعها^(١٩).

الفرع الثاني أسباب الفساد وآثاره

الحديث عن أسباب الفساد يتصدر أجندة مشروعات الإصلاح في مختلف الدول، وكذلك الأمر بالنسبة للمنظمات الدولية المختصة بموضوع الحاكمية الرشيدة، ويمكن القول أن انعدام الوازع الأخلاقي ومحدودية ثقافة الحاكمية^(٢٠) لدى المرتبطين بفعل الفساد (طالب الخدمة ومتلقي الرشوة) هو الأرضية الخصبة لإتيان فعل الفساد، بالإضافة إلى انخفاض رواتب موظفي القطاع العام مقارنة بأقرانهم في القطاع الخاص، وارتفاع مستوى المعيشة وفتح المجال لنمط الحياة الاستهلاكي والكمالي. وبالإضافة

(١٨) في الأردن تم إنشاء هيئة مكافحة الفساد بموجب القانون رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٦ وهي هيئة مستقلة تتمتع بشخصية اعتبارية ذات استقلال مالي وإداري مرتبطة برئيس الوزراء، من أهدافها حسب المادة ٤ من القانون وضع وتنفيذ وترسيخ سياسة فعالة بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة لمكافحة الفساد والوقاية منه، وتتولى الهيئة مهام وصلاحيات التحري عن الفساد المالي والإداري والكشف عن المخالفات والتجاوزات وجمع الأدلة والمعلومات الخاصة بذلك، ومباشرة التحقيقات والسير في الإجراءات الإدارية القانونية اللازمة، وتباشر التحقيقات أيضاً بناء على إخبار يرد من أي جهة وإذا تبين بنتيجة التحري والتحقيق أن الإخبار الوارد إلى الهيئة كان كاذباً أو كيدياً يتم تحويل مقدمه إلى الجهات القضائية المختصة وفقاً للأصول القانونية المتبعة، وهذا يتفق مع المواثيق والمعايير الدولية للمحاكمة العادلة.. انظر: قانون مكافحة الفساد رقم ٦٢ لعام ٢٠٠٦.

(١٩) بلغ عدد الشركات الأردنية المسجلة في دائرة مراقبة الشركات بجميع أنواعها حوالي ١٢٠٠٠٠ شركة يبلغ رأسمالها حوالي (١٥ مليار) خمسة عشرة مليار دينار أردني، وعدد الشركات المساهمة العامة من مجموع هذه الشركات هو ٣٠٦ شركات يبلغ مجموع رؤوس أموالها ٧,٩٤٥ مليار... انظر: موقع دائرة مراقبة الشركات. www.ccd.gov.jo.

(٢٠) أمير فرج يوسف، الحوكمة ومكافحة الفساد، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ٢٠١١، ص ١١.

إلى هذه العناصر الأساسية، فإن هناك عناصر مشجعة أخرى تتمثل بغياب الرقابة والإجراءات المكتوبة الواجب اتباعها، وغياب مدونات السلوك لموظفي القطاع العام والتضييق من حرية الإعلام^(٢١) وعرقلة الوصول إلى المعلومة والسجلات العامة^(٢٢)، وكذلك ضعف دور مؤسسات المجتمع المدني أو عدم حياديتها، وبالمجمل غياب هيكل مؤسسي لمكافحة الفساد أو ضعفه بسبب ارتباط القائمين عليه بالطبقة السياسية والبيروقراطية الحكومية، وتقييد مبادرته ضمن دوائر محددة، ويضاف إلى ذلك تجاوز مبادئ حاكمية الشركات من خلال الالتفاف على النصوص الرخوة في قانون الشركات وقانون هيئة الأوراق المالية وقانون تنظيم أعمال التأمين عن طريق توظيف قدرات لمسؤولين نافذين يعملون في مجالس للشركات المساهمة العامة.

ولا شك أن ارتفاع الأسعار الجنوني وانخفاض رواتب الموظفين في مجتمعات السوق الحر تشكل دوافع ضاغطة تدفع بكثير من الموظفين للانخراط بعمليات "الفساد الصغير" (Minor Corruption) وقبول الرشوة أو البقشيش أو الإكرامية التي ما تلبث أن تصبح جزءاً من الثقافة السائدة وتعمل على خلخلة منظومة القيم، ويصبح ما هو غير مقبول مقبولاً ومتعارفاً عليه، فلم يعد جمهور المحامين يتبرم من تكريم المراسل والمحضر لإجراء التبليغ أو تصوير ملف القضية.

الفرع الثالث

تأثير الفساد في النظام السياسي والاقتصادي

يهدد شيوع الفساد النظام السياسي برمته ويهدد استقراره وسمعته وقد يتعدى الأمر للنظر بشرعيته ولا سيما عند استخدام المال لتحقيق أهداف معينة من خلال التأثير في العملية السياسية، وأكثر ما يتجلى ذلك عند تمويل الحملات الانتخابية^(٢٣) أو شراء الأصوات لل فوز بالنيابة أو الرئاسة أو الحكم المحلي، وتفاوت نجاح ذلك

(٢١) فاروق الكيلاني، جرائم الفساد، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٢٢) بالرغم من إصدار قانون الحصول على المعلومات هو القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٧، إلا أن القانون يعاني من تقييدات منها صلاحيات المسؤول باعتبار الوثيقة سرية، وعدم منح الإن ببالاطلاع عليها، وكذلك استمرار العمل القانوني بقانون أسرار الدولة، انظر بذلك: د. محمود عيابه، ملاحظات على قانون ضمان الحصول على المعلومات، مقال منشور بتاريخ ١٨/١٢/٢٠١١، جريدة العرب اليوم.

<http://www.sahafi.jo/files/f780273b006919c6006ca50202665f7a019d.html>.

(٢٣) أمير فرج يوسف، الحوكمة ومكافحة الفساد، مرجع سابق، ص ١٦٠.

يعتمد على قدرة الدولة في تلبية المتطلبات الأساسية للمواطنين الذين يستحقونها بموجب حقوقهم بالدستور كتكافؤ الفرص وحرية إبداء الرأي أو نشر المعلومة والمشاركة بالقرارات الاقتصادية المصيرية كخصخصة هيئات القطاع العام ومنح الامتيازات لمدة طويلة مقابل منافع شخصية لكبار المسؤولين أو أفراد عائلاتهم^(٢٤).

وبانعدام المشاركة الديمقراطية والرقابة البرلمانية الصحيحة فإن القرارات حتى المصيرية والإستراتيجية تتحد صفاً لمجاملة مصالح الطبقة الحاكمة الشخصية، وتنشأ نتيجة لذلك ظاهرة النفاق السياسي نتيجة لشراء الولاءات السياسية والعشائرية والمحاباة والوساطة في التعيينات الحكومية على أساس المكافآت والقرابة والولاء على حساب الكفاءة؛ مما يضعف الجهاز الوظيفي للدولة، وينعكس على أدائه الخجول والمهمل والضعيف أمام استشرى ظاهرة الفساد المؤذنة بخراب العمران وزوال الدولة^(٢٥).

يعتبر الفساد من أكبر التحديات أمام التنمية الاقتصادية نظراً لما يحدثه من تشوهات عميقة في جسم الاقتصاد الوطني، بالإضافة إلى الإدارة العاجزة لمنفعته نظراً لطريقة تعيين هؤلاء المنوط بهم قيادة الاقتصاد، فإن الفساد يؤدي إلى حالات عجز كبيرة بالمؤسسات نظراً لطريقة غض الطرف والمراضاة والانتفاع؛ مما يؤدي إلى زيادة كلفة إنجاز المعاملات الإدارية لتجاوز التأخير المفتعل، وكذلك دفع الإكramيات والرشاوى مقابل عدم تعطيلها، كما يكثر استثمار المال العام في مشروعات رأسمالية تكثر فيها العمولات والرشوة، ويلجأ المسئولون إلى حيلة زيادة التعقيدات لمشاريع القطاع العام لإخفاء أو لتمهيد الطريق لهذه التعاملات غير المشروعة، ويؤدي الفساد إلى انخفاض مستوى الالتزام بضوابط البناء والتشييد والمحافظة على البيئة، كما قد يرتبط الفساد السياسي بالفساد الاقتصادي^(٢٦).

الفرع الرابع

الحوكمة الرشيدة للشركات

على الرغم من عدم اعتماد تعريف شامل محدد لحوكمة الشركات إلا أن مجمل التعريفات في مجال علم الحوكمة لم تخرج عن ثوابتها الأساسية المتلخصة حسب

(٢٤) سوزان روز أكرمان، ترجمة فؤاد سروجي، مرجع سابق، ص ٢٠٦. انظر كذلك: فاروق الكيلاني، جرائم الفساد، مرجع سابق، حيث يعلق على شبهة خصخصة مؤسسة الاتصالات، وشركة البوتاس وأكاديمية الطيران الملكية، ص ٢١.

(٢٥) ابن خلدون - المقدمة، من مجلة الزرقاء.

(٢٦) أمير فرج يوسف، الحوكمة ومكافحة الفساد، مرجع سابق، ص ٨٩.

أدبيات منظمة التنمية والتعاون الـ OCED بأنها مجموعة الإجراءات والأعراف والسياسات والقوانين التي تؤثر في إدارة الشركة بطريقة شفافية ومراقبة إدارتها وفرض موازنة عادلة بين أطراف العلاقة المرتبطة بعمل الشركة لتحقيق أهدافها وزيادة ربحيتها^(٢٧) وقد عرفها أستاذ الشركات جون فرار Johon Farrar بأنها وبالمفهوم الضيق تعود على الرقابة على الشركات ونظام المساءلة "Corport governance in its narrow sense, refers to control corporation and system of accountability"^(٢٨).

وقد احتلت حوكمة الشركات أهمية ملحوظة في السنوات القليلة الماضية، ويعود ذلك لانهايار كبرى الشركات العالمية وظهور الفضائح المالية نتيجة إتيان أفعال الفساد المالي والذي كان ضحيته أموال الشركات وحقوق المساهمين؛ مما دفع إلى المناداة بتفعيل مبادئ الحوكمة وفصل الملكية عن الإدارة، وظهور لمبادئ الحاكمية الرشيدة من قبل المنظمات الدولية ذات العلاقة، وكذلك ظهور التشريعات التي أصبح بعضها معلماً يجذر ارتباط الحوكمة والفساد كقانون الممارسات الفاسدة المسمى Sarbanes-Oxley Act لعام ٢٠٠٢ في الولايات المتحدة والذي تضمنت نصوصه تعزيز المساءلة القانونية لأعضاء مجلس الإدارة عن المخالفات التي يرتكبونها، وضرورة استقلال لجان المراقبة والمراجعة والحوكمة، ومع التشديد على تغليظ العقوبة عند التلاعب بالتقارير المالية أو إصدار السندات بطريقة الاحتيال أو استغلال الشركة للمنافع الشخصية لأعضاء مجلس الإدارة^(٢٩) كما ظهرت مبادئ الحوكمة التي تبنتها منظمة OECD والتي تضمنت مبادئ تقوم على تحقيق العدالة بين المساهمين وتفعيل الشفافية والمساءلة لأعضاء مجلس الإدارة وتحديد حقوق أصحاب المصالح^(٣٠).

وبالتالي فإن جدلية الفساد والحوكمة هي جدلية متلازمة ومتنافرة طردياً، فكلما زاد منسوب الحاكمية في الشركة قل مستوى الفساد المالي والإداري والعكس صحيح كلما زاد حجم الفساد المالي والإداري المؤدي إلى الإفلاس والتعثر أظهر ذلك غياباً

(٢٧) OECD منظمة التنمية والتعاون أسست عام ١٩٦٠ وهي متخصصة بتعزيز النمو الاقتصادي والاستقرار المالي ومساعدة الدول وهي تعد التقارير الإحصائية في مجالات التجارة الدولية، وقد انتدبت لصياغة المبادئ الخمس التي تقوم عليها حاكمية الشركات عام ٢٠٠٤.

(٢٨) Farrar J Corporate. Governance, Theories and practices principles 2 ed 2005.

(٢٩) طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات (المفاهيم، المبادئ، التجارب)، الدار الجامعية، ٢٠٠٤، ص ٥١.

(٣٠) <http://www.oecd.oecd principle of corporate governance 2004. p.22>.

لحوكمة الشركات متمثلاً بضعف هيئات الرقابة ووجود النصوص الرخوة وانتشار ثقافة الجشع والاستغلال من قبل أعضاء مجلس الإدارة لمقدرات الشركة لمصالحهم الشخصية وعلى حساب حقوق المساهمين، وغياب دور الرقابة الداخلية أو مجلس الطبقة الثابتة (Two-Tier) من المديرية والأعضاء غير التنفيذيين كما هو الحال في ألمانيا، حيث يدير المجلس التنفيذي الشركة بينما يقدم المجلس الإشرافي ونصف أعضائه من العاملين النصح ومراقبة مكافآت أعضاء المجلس التنفيذي^(٣١). إن وجود أعضاء مستقلين واللجوء إلى اللجان التي تملك توجيه أسئلة صعبة إذا اقتضى الأمر لأعضاء مجلس الإدارة التنفيذيين يحقق آلية توازن القوى، وبالتالي ترشيد إدارة الشركة^(٣٢).

المطلب الثاني

الفساد في مرحلة تأسيس الشركة

على الرغم من عدم اقتصار الرقابة القانونية على نشاط الشركات بعد مباشرة نشاطاتها إلا أن أفعال الفساد قد تبدأ في مرحلة التأسيس، فقد يتم تسجيل الشركة لغايات احتيالية أو غير قانونية، ومثال ذلك بعض الشركات التي قامت بصياغة غايات مهمة وقت التأسيس وتثبيت النية لممارسة غايات غير مجازة في القانون، أو تسجيل شركة برأسمال مضخم وغير حقيقي، أو المبالغة بمصاريف التأسيس والاستفادة منها على حساب المكتتبين المستقلين، وحتى نقف على هذه الحالات لا بد من أن نعرض واقع تسجيل الشركات كما ينبغي التنبيه لظاهرة احتساب مكافآت التأسيس، حيث لم يتعرض قانون الشركات الأردني لهذا الموضوع^(٣٢)، ونتناول ذلك في عدة فروع على النحو التالي:

(٣١) مريك هسيل، مجالس الشركات، الرقابة من خلال التمثيل، مقال منشور في منشورات حوكمة الشركات في القرن الواحد والعشرين، منشورات المركز الدولي للمشروعات الخاصة ٢٠٠٣، ص ٨٥، وانظر أيضاً: طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٣٢) انظر: مبادئ حوكمة الشركات الأساسية في الولايات المتحدة، ص. ٦ content/uploads/ ٢٠١٣/٧/٢ تاريخ الدخول 2011/07/%D8%A7%D9%84%.

(٣٢) سمير نصار، الشركات التجارية، الجزء الثاني، منشورات المكتبة القانونية، دمشق عام ٢٠٠٤ حيث يشير الكاتب إلى أن القانون اللبناني كان يجيز ذلك حتى صدور المرسوم ١٩٧٩٨ لعام ١٩٦٨، وبعد ذلك تم منع صرف المكافآت للمؤسسين وطلب من الشركات تسوية أوضاعهم في حين أجاز القانون السوري منح المؤسسين المكافآت على التأسيس، ص ١٧٠-١٧١ ومنعها المشرع المصري.

الفرع الأول

الواقع القانوني لتأسيس الشركات المساهمة العامة

تعتبر الشركات المساهمة العامة من أهم أنواع الشركات التي تقوم على الاعتبار المالي، وتنبع أهميتها من قدرتها على إنجاز المشروعات الكبرى واستخدام مئات العاملين، وقوة تأثيرها على الاقتصاد الوطني، وتتألف الشركة المساهمة العامة من عدد من المؤسسين وهم أشخاص يبادرون فعلياً إلى تحقيق فكرة إنشاء الشركة والسعي لإنجاز الإجراءات الخاصة بذلك^(٣٤)، ويجب ألا يقل عددهم عن اثنين^(٣٥) يكتتبون فيها بأسهم قابلة للإدراج في أسواق للأوراق المالية وللتداول والتحويل وفقاً لأحكام هذا القانون وأي تشريعات أخرى معمول بها^(٣٦). ومع ذلك يجوز لوزير الصناعة والتجارة في الأردن بناء على تنسيب مبرر من مراقب عام الشركات، الموافقة على أن يكون مؤسس الشركة المساهمة العامة المحدودة شخصاً واحداً أو أن تؤول ملكية الشركة إلى مساهم واحد في حال شرائه كامل أسهمها. كذلك يمكن أن تتحول مؤسسة ما مملوكة بالكامل للحكومة إلى شركة مساهمة عامة عن طريقة خصصتها، وتكون مملوكة من شخص واحد هو الحكومة^(٣٧).

يقدم طلب تأسيس الشركة المساهمة العامة في الغالب من قبل "مؤسسي الشركة" إلى مراقب الشركات في الأردن على النموذج المقرر لهذا الغرض، مرفقاً به عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي وأسماء المؤسسين ومحضر اجتماع المؤسسين الذي يتضمن انتخاب لجنة منهم تسمى "لجنة المؤسسين"^(٣٨) تتولى الإشراف على إجراءات التأسيس، ويجب على المؤسسين في جميع الأحوال وبالاستناد إلى الأوراق المثبتة، أن يقوموا بإجراء تحقيق ليروا مدى مراعاة الشروط اللازمة لتأسيس الشركة

(٣٤) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٩، ص ٢٦١. انظر: محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، عام ٢٠٠٣، ص ١٤٦-١٤٩.

(٣٥) بعض التشريعات رفعت عدد الحد الأدنى للمؤسسين بحيث لا يقل عددهم عن ثلاثة أشخاص، انظر: المواد من ٧-١٤ من قانون الشركات المصري. انظر: سمح القليوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، القاهرة، طبعه ٢، بدون دار نشر عام ١٩٩٢ ص ١٤٣.

(٣٦) المادة ٩٠/أ من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

(٣٧) انظر: المادة (٨) من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

(٣٨) المادة ٩٢/أ من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

على وجه صحيح وتحت طائلة المسؤولية^(٣٩) وتحديد صلاحية التوقيع عن الشركة خلال مدة التأسيس^(٤٠). كما يجب أيضاً أن يتم انتخاب مدقق الحسابات من قبل المؤسسين لمراقبة نفقات التأسيس. ويجب أن يتضمن عقد تأسيس الشركة المساهمة ونظامها الأساسي اسم الشركة ومركزها الرئيسي وغاياتها وأسماء مؤسسي الشركة وجنسياتهم وعناوينهم المختارة للتبليغ، وعدد الأسهم المكتتب بها ورأس مال الشركة المصرح به والجزء المكتتب به فعلاً، وبيان بالمقدمات العينية في الشركة (إن وجدت) وقيمتها وكيفية إدارة الشركة والمفوضين بالتوقيع عنها في الفترة ما بين تأسيسها واجتماع الهيئة العامة الأول الذي يجب أن يعقد خلال ستين يوماً من تاريخ تأسيس الشركة، وأمور أخرى وردت في نصوص قانون الشركات^(٤١).

ويجب أن يوقع عقد تأسيس الشركة المساهمة العامة ونظامها الأساسي من كل مؤسس أمام المراقب أو من يفوضه خطياً بذلك، ويجوز توقيعهما أمام الكاتب العدل أو أحد المحامين المجازين. ويصدر وزير الصناعة والتجارة (بناء على تنسيب المراقب) قراره بقبول تسجيل الشركة أو رفض هذا التسجيل خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تنسيب المراقب، وعلى المراقب أن يجري التنسيب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب إليه موقعاً من المؤسسين ومستكملاً للشروط القانونية، فإذا لم يصدر الوزير قراره خلال تلك المدة يعتبر الطلب مقبولاً^(٤٢). ولمؤسسي الشركة في حالة رفض الوزير تسجيل الشركة الطعن في قراره لدى محكمة العدل العليا^(٤٣) تكون أسهم الشركة المساهمة العامة نقدية، وتسدد قيمة الأسهم المكتتب بها دفعة واحدة،

(٣٩) فوزي عطوي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية، منشورات الحلبي ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

(٤٠) أجاز قانون الشركات وبالمادة ١٠٧ لمساهمين يحملون ما لا يقل عن ٢٠٪ من الأسهم الممثلة في اجتماع الهيئة العامة التأسيسي، الاعتراض على أي بند من بنود نفقات تأسيس الشركة، وعلى مراقب عام الشركات التحقق من صحة اعتراض المساهمين وتسويته، فإذا لم يتمكن من ذلك يجوز لمقدمي طلب الاعتراض إقامة الدعوى لدى محكمة البداية، ولا تؤثر هذه الدعوى على استمرار الشركة في أعمالها إلا إذا قررت المحكمة غير ذلك.

(٤١) المادة ٩٢ من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

(٤٢) انظر: المادة ٩٤ من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧. "إذا لم ينص القانون بصريح العبارة على قبول الوزير حال عدم صدور القرار فيعتبر الطلب مقبولاً، في حين أنه إذا لم يتضمن النص على القبول أو الرفض في حالة عدم إصدار القرار فالغالب أن يفسر ذلك على أنه رفض ضمني - انظر: طعنة الشمري، ص ٢٧٢.

(٤٣) المادة ٩٤ من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

ويجوز أن تكون أسهم الشركة عينية، تعطى مقابل مقدمات عينية مقومة بالنقد وفقاً لأحكام هذا القانون^(٤٤)، وتعتبر حقوق الامتياز وحقوق الاختراع^(٤٥) والمعرفة الفنية وغيرها من الحقوق المعنوية التي يوافق المؤسسون على اعتبارها مقدمات عينية، شريطة تقديم تقارير تحدد قيمتها النقدية من ذوي الخبرة والاختصاص^(٤٦) مع مراعاة ما يلي:

١ - إذا لم يلتزم أصحاب المقدمات العينية بتسليمها أو نقل ملكيتها إلى الشركة خلال شهر من تاريخ تسجيلها، فيكونوا ملزمين حكماً بدفع قيمتها نقداً وبالسعر الذي اعتمده المؤسسون في طلب تأسيس الشركة؛ لأنه بعد تقدير هذه الحصص المقدمة للشركاء فأنها يجب أن تستقر في الذمة المالية للشركة وتخرج عن ملكية مقدمها^(٤٧) وللمراقب طلب ما يثبت صحة تقدير قيمة المقدمات العينية^(٤٨).

٢ - إذا لم يقتنع المراقب بصحة تقدير الأسهم العينية المقدمة من قبل المؤسسين فعلى الوزير تشكيل لجنة على نفقة الشركة من ذوي الخبرة والاختصاص لتقدير الحق المراد تقيومه بالنقد، على أن يكون أحد المؤسسين من أعضاء اللجنة، وتقدم اللجنة تقريرها خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ تشكيلها إلى المراقب، وللمؤسسين الاعتراض عليه لدى الوزير خلال عشرة أيام من تاريخ اعتماده من قبل المراقب^(٤٩).

٣ - على الوزير البت في الاعتراض خلال أسبوعين من تقديمه، فإذا قبل الاعتراض يرفض تسجيل الشركة إلا إذا عاد المؤسسون ووافقوا على التقدير، فعندها تستكمل إجراءات التسجيل ولا يحق لأي من المؤسسين أو المساهمين اللاحقين

(٤٤) المواد من ١٠٩-١١١ من قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٧.

(٤٥) عرفت المادة (٥٣) من القانون المدني المال بأنه: (المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل) المادة ٥٣ مدني أردني.

(٤٦) المادة ٩٧ / أ من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

(٤٧) انظر: قرار محكمة التمييز الكويتية رقم ٨٤/١٨٥ تجاري - جلسة ١٩٨٣/٣/٦ مشار إليه بمؤلف د. أحمد عبد الرحمن الملحم. قانون الشركات الكويتي - المفارق - مجلس النشر العلمي - الكويت ٢٠٠٩ ص ٢٧٤

(٤٨) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية " الشركات التجارية "، المجلد الخامس، عمان، دار الثقافة ٢٠٠٨، ص ١٠٠.

(٤٩) المادة ٩٧/٢ من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

الاعتراض على قيمة الأسهم العينية المقدمة في مرحلة التأسيس، وتنتقل الحقوق من ملكية مقدميها إلى الشركة طبقاً لنصوص القانون المدني وأحكام عقد البيع^(٥٠).

الفرع الثاني

شبهة تضخيم المقدمات العينية كجزء من رأس المال

إنّ ما يلفت الانتباه هو أن النصوص القانونية أجازت للمراقب حق قبول تقدير المقدمات العينية بناءً على ما يصرح به أصحاب هذه المقدمات العينية التي ستكون بالتأكيد مضاعفة ثلاث أو أربع مرات من قيمتها الحقيقية، وهنا تبرز رخاوة النصوص القانونية التي تسمح بتضخيم رؤوس الأموال على الرغم من أنه قد درج العرف لدى مراقب الشركات إلى عدم الأخذ بالتقدير المقدم بعداً عن الشبهة، وعادة ما يقرر المراقب التنسيب للوزير بتشكيل لجنة على نفقة الشركة من ذوي الخبرة والاختصاص لتقدير الأموال المراد تقويمها بالنقد، كما هو الحال في معظم قوانين الشركات العربية^(٥١) ومن جهة ثانية نص القانون على أن يكون أحد المؤسسين من أعضاء هذه اللجنة التي تقوم بدورها بتسمية ثلاثة مكاتب عقارية أو سماسرة أراضي لتقدير المقدمات العقارية سواء أكانت أراضي أم أبنية، ويتم احتساب المتوسط الحسابي لتقدير كل واحد من المقدرين العقاريين؛ ليكون التقدير المعتمد لقيمة العقار المراد اعتباره جزءاً من رأسمال الشركة، ففي قضية لشركة قائمة جاءت تقديرات دونم الأرض من المقدمات العينية البالغة ما يزيد عن مائة دونم في قاع أحد الأودية بمبلغ (٢٣٠٠٠) دينار/ للدونم الواحد^(٥٢) ثلاثة وعشرون ألف دينار للدونم الواحد ما

(٥٠) انظر: نصوص القانون المدني الأردني م/٤٦٥ وما بعدها، ويشترط تسليم العقار وضمان العيوب الخفية وتحمل تبعة هلاك المقدمات العينية قبل نقل الملكية، انظر: نص المادة ١١٤٨ من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به" وكذلك الحال عند نقل السيارات والمركبات، فلا بد من إتمام نقلها لدى دائرة الترخيص عملاً بالمادة ١/٤. ومن الملاحظ أن التعامل مع حصة الشريك المملوكة أو أي حق عيني آخر له مضمون في حالة الهلاك أو الاستحقاق أو ظهور عيب أو نقص فيها. فإذا كانت الحصة للانتفاع سرت بشأنها أحكام عقد الإيجار، وهكذا يجري التعامل معها في قانون دولة تطور التعاون الخليجي. انظر: عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٧٤-٢٧٦.

(٥١) فوزي عطوي، الشركات، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٥٢) الدونم وحدة قياس لمساحة من الأرض تعادل ١٠٠ م مربع.

يعادل (٣٥٠٠٠ دولار أمريكي) وسجلت الشركة على هذا الأساس عندما علم المراقب أن رسوم نقل ملكية الأرض تشير إلى ثمن أقل من ذلك بكثير وقبل تقديمها، ولعدم قناعة المراقب بذلك الحين قام بإلغاء شهادة التسجيل وتشكيل لجنة ثانية بعد تحليل الخبراء اليمين، وجاءت النتيجة أن قيمة دونم الأرض هو عشرة آلاف دينار وبالتالي فقد انخفض رأس المال إلى ما يزيد عن النصف^(٥٣) وهناك قضية أخرى تصدت لها هيئة الأوراق المالية واستدعت هيئة متخصصة لإعادة تقييم المقدمات العينية المقدرة.

إن المشاركة بالمقدمات العينية للشركة هو مبدأ معمول به في جميع الأنظمة القانونية وهو جائز وقانوني، ولكن يجب أن يكون ضمن ضوابط منها أن يتم تشكيل لجان تتسم بالنزاهة، وأن يكون تجريم من يثبت مغالاته في التقدير تحت ضغط مؤسسي الشركة، ويجب تعديل النص لاستبعاد عضوية الشريك المؤسس فيها (كما هو الحال ببعض التشريعات)^(٥٤)، بحيث يتم تسمية الخبراء العقاريين بمعزل عن علمه، ويجب على لجنة الخبراء العقاريين إعلام المراقب عن أي اتصال أو إغراء يقدم من قبل الشركاء المؤسسين، كما يجب إلزامهم بحلف يمين الخبرة أمام المراقب قياساً على يمين الخبير أمام القاضي.

إن تقدير الحصص العينية من المؤسسين بأكثر من قيمتها الحقيقية لا تمس فقط مصلحة الدائنين في الضمان العام لديونهم، وإنما تمس أيضاً مصلحة المساهمين، لأن مثل هذه الحالة تجعل أصحاب الحصص العينية يأخذون من الشركة أسهماً لا تعادل القيمة الحقيقية لما قدموه من أموال عينية^(٥٥) وقد تمتد غاية بعض المؤسسين إلى تضخيم مقصود برأس المال وخداع المكتتبين بقيمة الأسهم الاسمية (دينار واحد) ثم طرحه في السوق المالي وإخضاعه للمضاربة ومن ثم بيع الأسهم والخروج من الشركة التي يبدأ تدهور سعر السهم في سوق بورصة هيئة الأوراق المالية مما يتضرر باقي المساهمين، وهي تدخل ضمن حالات الاحتيال على المكتتبين الأبرياء.

(٥٣) الشركة X للاستثمار - أخبار الأردن الإلكترونية والتي تم حظر التصرف بالأسهم التأسيسية فيها لمدة أربع سنوات من قبل مركز إيداع الأوراق المالية في التعميم رقم (٢٠١٢/٢٠) صادر من مركز الإيداع بتاريخ ٢٠١٢/٨/٦.

(٥٤) ينص قانون الشركات الألماني بالمادة ٣٦ على عدم جواز اشتراك تقدم الحصص العينية في التصويت على تقويمها ولو كانت لديه أسهم نقدية. انظر: أ. د. عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص ١٠٥.

(٥٥) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

الفرع الثالث

استغلال اندماج الشركات

أجاز القانون بالمادة (٢٢٢) من قانون الشركات حالة اندماج الشركات عندما تكون غاياتها متماثلة أو متكاملة، بحيث تندمج الشركة المندمجة في شركة أخرى (الدامجة) يسمى اندماج عن طريق الضم (Merger by Absorption) وإذا كانت الشركة الدامجة مساهمة عامة فيمكن تداولها بالسوق المالي، وقد يتم اندماج شركتين لتأسيس شركة جديدة هي الشركة الناتجة عن اندماج شركتين ويسمى الدمج بطريقة المزج (Merger by Combination) بحيث تنتهي الشخصية المعنوية لكلتا الشركتين المندمجتين وتنشأ شخصية معنوية جديدة لشركة جديدة، وعليه ففي كلتا الحالتين يتطلب الأمر موافقة مجلس الإدارة والمساهمين على قرارات الدمج^(٥٦).

وغالباً ما تقع عملية الالتفاف على القانون من خلال حالات الدمج الصوري بإحدى طريقتين: الطريقة الأولى تكون عندما تقوم شركة مساهمة عامة بتأسيس شركة أخرى برأسمال متواضع، وبعد مرور المدة اللازمة للدخول بالدمج وهي سنتان على تأسيسها تقرر الشركة المساهمة العامة الكبيرة والشركة الصغيرة المملوكة لها باتخاذ قرارات نحو الاندماج، وفي مثل هذه الحالة يستدعي القانون القيام بإعادة تقييم الموجودات، وهنا تكمن الخطورة فيتم تضخيم قيمة الموجودات الحقيقية لكلتا الشركتين، وتطالب بعض الشركات أن يتم اعتبار حصيلة الفرق بين التقييم الجديد لأصول وأموال الشركتين بعد الاندماج وبين أصول وأموال الشركتين قبل الاندماج ربحاً صافياً، على الرغم من أن الأرباح الصافية معرفة بالقانون^(٥٧) ويجب أن تكون نقدية أو قابلة لتسجيلها نقداً وناتجة عن إيرادات متحققة ويمكن توزيعها على المساهمين فوراً وليس بناء على إعادة التقييم التي من الممكن أن تدخل في حقوق المساهمين ولكنها ليست ربحاً صافياً^(٥٨) ففي قضية الميغا مول وشركة التأمين

(٥٦) Ribstein Letsou, Business Associations 4th ed cincinnati, ohio 2003 p.756.

(٥٧) نصت المادة (١٨٩) على ما يلي: تحقيقاً للغايات المقصودة من المواد (١٨٦، ١٨٧، ١٨٨) من هذا القانون يقصد الأرباح الصافية للشركة المساهمة العامة الفرق بين مجموع الإيرادات المتحققة عن أي سنة مالية من جانب ومجموع المصروفات والاستهلاك في تلك السنة من جانب آخر قبل تنزيل المخصص الضريبي الدخل والخدمة الاجتماعية.

(٥٨) ينص قانون شركات الأشخاص في بريطانيا إلى أن القيام بالأعمال التجارية بقصد الربح، ويقصد بالربح الصافي أي الجزء المتبقي من توزيع الإيرادات الإجمالية. انظر: عبدالرحمن الملحم - قانون الشركات التجارية - دراسة مقارنة - مجلس النشر العلمي ٢٠٠٩ وكذلك =

الدولية لم يتم اعتماد رأس المال الناتج عن الدمج والمتضمن الأرباح الوهمية التي لم تقرها دائرة مراقبة الشركات في ذلك الحين. على اعتبار أن ذلك قد يدخل في حقوق المساهمين ولكنه ليس ربحاً صافياً أو قابلاً للتسجيل عند احتسابه ربحاً^(٥٩).

الفرع الرابع: تأسيس شركة قابضة وشراء شركات متعثرة أو بأعلى من قيمتها الحقيقية.

تعرف الشركة القابضة على النحو الآتي "بأنها التي تستحوذ على سلطة التأثير القاطع على إدارة أو سياسات شركة أخرى، ويفترض هذا التأثير عند الاستحواذ على ٢٥٪ من حقوق التصويت في الشركة، مالم يثبت خلاف ذلك^(٦٠) على الرغم من أن بعض التشريعات يميل إلى فكرة السيطرة الإدارية والمالية ويحدد نسبة أعلى للتملك ومثال على ذلك: قانون الشركات القطري الذي ينص على تملك ٥١٪ على الأقل من أسهم حصص الشركة لمن يحمل الجنسية القطرية^(٦١). وهناك ثلاث حالات تتحقق بها السيطرة من قبل الشركة القابضة على الشركة التابعة وهي على التوالي ١- الاستحواذ على أغلبية حقوق التصويت ٢- سلطة تعيين أغلبية أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين ٣- السيطرة من خلال عقد يخول ذلك^(٦٢).

كما عرف قانون الشركات الأردني الشركة القابضة (Holding Company)^(٦٣)

= ER.Hurdiyamy, Under hills principles of law of partner ship- 10th ed Butterworths, 1975 p.8.

(٥٩) انظر: مبادئ حوكمة الشركات الأساسية في الولايات المتحدة، ص. ١١ content/uploads/١١-٢٠١٣/٧/٢ تاريخ الدخول 2011/07/%D8%A7%D9%84%

(٦٠) الدكتور أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، مرجع سابق، ص ١٢٩٨.

(٦١) انظر: المادة ٢٦١ من قانون الشركات القطري.

(٦٢) الحالات المشار إليها هي من الحالات التي حددها التوجيه السابع للاتحاد الأوربي وعددها ٦ حالات، ولكن الحالات المشار إليها هي الحالات الثلاث التي ألزم الاتحاد الدول الأعضاء باتباعها.

(٦٣) وقد تسمى هذه الشركة Parent company وبقول فقيه الشركات العربي د. عبد الرحمن الملحم أن هذه التسمية أدق لأن مصطلح Holding company يقترن إلى أن عمل الشركة يقتصر على السيطرة على الشركات الأخرى فقط في حين أنه من الممكن أن تضطلع الشركة القابضة بذات نشاط الشركة التابعة أو أي عمل تجاري آخر، وممن يوافقه الرأي ولكن قد يتضارب المسمى مع الشركة الأم Mother company التي تستمد المكاتب الإقليمية الشرعية فيها، انظر: الدكتور أحمد عبد الرحمن ملحم، قانون الشركات التجارية الكويتي المقارن، مرجع سابق، صفحة ١٤٨٤.

على أنها شركة مساهمة عامة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو شركات أخرى تدعى الشركات التابعة (Subsidiary) بوحدة من الطرق التالية:

- ١ - أن تمتلك أكثر من نصف رأسمالها و/أو
- ٢ - أن يكون لها السيطرة على تأليف مجلس إدارتها^(٦٤). وفي قوانين أخرى تمتد إلى سيطرة تصويتية (Voting Control)^(٦٥) كما أن الاتحاد الأوروبي أخذ طريقة تعدد حالات السيطرة لتحديد صفة الشركة القابضة وعلاقتها بالشركة التابعة، وألزم الاتحاد الأوروبي الدول بثلاث حالات منها وهي الاستحواذ على أغلبية حقوق التصويت أو سلطة تعيين أغلبية أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين وعزلهم أو السيطرة من خلال إبرام عقد يخول ذلك^(٦٦).

وفي كثير من الحالات تقوم مجالس إدارة بعض الشركات المساهمة العامة التي يملك أعضاؤها شركة أخرى صغيرة تم شراؤها بأسعار بخسة لأنها متعثرة أو فاشلة أو متوقفة - بتأسيس شركة قابضة وإدخال الشركة الفاشلة تحت مظلتها، وتصبح تابعة للشركة المسيطرة بعد الحصول على موافقة مجلس إدارة الشركة القابضة بشراء إحدى هذه الشركات المتعثرة، كما تقوم الشركة الصغيرة المملوكة لنفس أعضاء مجلس الإدارة بالشركة المساهمة العامة القابضة أو لأصولهم أو فروعهم أو محاسبهم بالموافقة على البيع، ويتم تملك الشركة المتعثرة أو الصغيرة برأسمالها بسعر مضاعف لا يتناسب مع أصول الشركة وقيمتها السوقية ودفع قيمة أصول الشركة المتعثرة من رأسمال الشركة القابضة، ولنا أن نتصور الضرر الذي يصيب صغار وأقلية المساهمين، وقد حفلت الصحف والمواقع الإلكترونية الأردنية بأخبار العديد من حالات شراء الشركات بأعلى من قيمة موجوداتها بوجود تواطؤ بين مجلسي الإدارة وحول اتخاذ قرار الشراء، وفي حالات لا يتم التصويت على الشراء النهائي من قبل الهيئة العامة^(٦٧). وفي آخر مسلسل فساد تملك الشركات القابضة

(٦٤) انظر: المادة ٢٠٤ من قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته، ويبدو أن المشرع الأردني أقرب ما يكون إلى المنهج الأمريكي بهذا الخصوص والذي يركز على السيطرة الفعلية والإدارية باتخاذ القرار، انظر: د. أحمد عبد الرحمن الملحم ص ١٢٩١.

(٦٥) Geoffrey moves, Company Law - Chatsworth and Moves 15 ed London Sweet and Maxwell 1995 p.48. See Also section 736 from the English companies Law.

(٦٦) د. أحمد عبد الرحمن الملحم - قانون الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ١٢٩٣.

(٦٧) Larry E. Ribstein & petev V. Lestu, Business Associations Anderson Publishing Co Cincinnati, Ohio, 2003. p 834.

لشركات متعثرة بأعلى من قيمتها الحقيقية، أحالت هيئة مكافحة الفساد الشركة X للمطاعم المساهمة العامة في ملف الشركة إلى المدعي العام المختص للتحقيق في مسألة شراء الشركة لشركة أخرى هي الشركة X الأمريكية (ذات مسؤولية محدودة) رأسمالها مليون دينار (ما يعادل ١,٥ دولار أمريكي) قد تم شراؤها بمبلغ ثمانية ملايين دينار على أساس "احتساب شهرة" حيث قدرت قيمة الشهرة بسبعة ملايين دينار ما يعادل (١١٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكي) من دون بيان الأساس الذي تم الاعتماد عليه في احتساب الشهرة رغم وجود خسائر تحققت للشركة المشتراة^(٦٨).

عندما تذهب أموال الشركة المساهمة العامة ظاهرياً إلى من يملك الشركة المتعثرة الذي يكون إما شريكاً خفياً لرئيس أو أحد أعضاء مجلس الإدارة أو أنها مملوكة مباشرة من قبل أحد المساهمين الكبار أو زوجته أو صديقه وبسعر مضاعف؛ ليعود الثمن المضاعف لقيمة الشركة المتعثرة في آخر النهار إلى جيب بعض أعضاء مجلس الإدارة وهم كمن يخرج من جيبه ألف دينار في أول النهار لتعود إليه في نهاية النهار عشرة آلاف دينار، وتصبح الشركة المتعثرة حملاً ثقيلاً على مساهمي الشركة المساهمة العامة القابضة، بعد أن تم دفع ثمنها من جيوب المساهمين المكتتبين، واستقرت في جيب بعض أعضاء مجلس الإدارة في الشركة القابضة، كما قد تقوم الشركة القابضة بتأسيس شركة تابعة واتخاذ هذه الشركة القابضة واجهة للتهرب من التزاماتها أو للقيام بمضاربات غير مدروسة جنيهاً للأرباح السريعة^(٦٩) عن طريق رفع قيمة الأسهم رفعاً صورياً في سوق الأوراق المالية، وقد شاع لدى الشركات المساهمة العامة الأردنية تأسيس شركات تابعة للوساطة في شراء وبيع الأسهم واستخدامها للتلاعب بقيمة الأسهم أو بالقيام بأعمال غير مشروعة^(٧٠) في ظل غياب لجان إدارة المخاطر ولجان المراقبة الداخلية وغياب الأعضاء المستقلين^(٧١).

(٦٨) انظر: خبر جريدة العرب اليوم تاريخ ٢٧/٥/٢٠١٣، ص ٣، شؤون محلية (مكافحة الفساد يحيل ملف الشركة X للمطاعم إلى المدعي العام).

http://www.alarabalyawm.net/Public_News/NewsDetails.aspx?NewsID=83799&Lang=1&Sit_ID=2

(٦٩) د. أحمد عبد الرحمن الملحم - قانون الشركات التجارية الكويتي المقارن، مرجع سابق، ص ١٢٨٧.

(٧٠) د. أحمد عبد الرحمن الملحم - قانون الشركات التجارية الكويتي المقارن، مرجع سابق، ص ١٣١٩.

(٧١) طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات، مرجع سابق، ص ٣٢.

المبحث الثاني

الفساد بعد مرحلة التأسيس.

إذا كان الفساد ممكناً حتى في مرحلة التأسيس سواء كان عن طريق مضاعفة مصاريف التأسيس، كتكاليف دراسة الجدوى (Visibility Study)، والاستشارات القانونية، وأجور خبراء البورصة، والمغالاة بتقدير المقدمات العينية لرأس المال، إلا أن الفساد الذي يحصل بعد مرحلة التأسيس قد يزيد عن ذلك حيث تأخذ الشركة زمام ممارسة الغايات وإحالة عطاءات الشراء والإنتاج، وتبدأ قرارات التوسع بحجة زيادة الإنتاج وعلى الرغم من أن القانون منع أعضاء مجلس الإدارة من الانتفاع المباشر من العقود التي يتم إبرامها مع الشركة، إلا أن ذلك يتم عن طريق الالتفاف على الضوابط الرخوة التي تسمح بذلك. وكما قد يستفيد المؤسسون عن طريق المغالاة بمصاريف التأسيس وطرح السهم بأعلى من قيمته كما سنرى تالياً من خلال الفروع التالية:

المطلب الأول

دور أعضاء مجلس الإدارة

يعتبر مجلس الإدارة العقل المفكر للشركة واليد المنفذة لكل نشاطات وأعمال الشركة، وقد تم اعتباره بمثابة الوكيل لباقي المساهمين الذين أكلوه ثقتهم لإدارة الشركة بأمانة وإخلاص، والالتزام بالنظام والعقد الأساسي للشركة وعدم تجاوز سلطاته التي حدتها النصوص القانونية^(٧٢)، ويسأل أعضاء مجالس الإدارة عن أخطائهم في الإدارة وعن أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة الممنوحة له عن مخالفة لقانون الشركات أو نظام الشركة، وكذلك عن أية أفعال تعد جرائم في قانون العقوبات، ويعود تجديد الرقابة على أعضاء مجلس الإدارة إلى الحاجة إلى حماية أموال وموارد الشركة المساهمة العامة، وكذلك إلى واقع المسؤولية المحدودة للمساهم، ولذلك فإن أعضاء مجلس الإدارة قد يساءلون إما مسؤولية مدنية أو مسؤولية جزائية تجاه الشركة والغير والمساهمين حسب نص المادة ١٥٧ من قانون الشركات الأردني.

ويتبدى مخالفة أعضاء مجالس الإدارة في هذه الشركات من خلال تجاوز النصوص القانونية الغامضة في بعض الأحيان أو التي لم يبت بها من قبل محكمة التمييز، ومن ذلك حالات سنتناولها في الفروع التالية.

(٧٢) عبدالعزيز العكيلي- الشركات التجارية - دار الثقافة - عمان- ٢٠٠٢- صفحته ٢٩٧.

الفرع الأول

انتخاب مجلس إدارة بعد اكتتاب المؤسسين وقبل طرح باقي الأسهم على الجمهور

درجت بعض الشركات المساهمة العامة تحت التأسيس مدفوعة بالحماس وبقوة رأسمال المؤسسين إلى اكتتاب المؤسسين بالحد الأقصى المسموح به بواقع (٧٥٪) من رأسمال الشركة المصرح به في عقد التأسيس، ومن ثم دعوة مراقب الشركات لاجتماع الهيئة العامة الأولى التأسيسي لانتخاب مجلس إدارة وإقرار نفقات التأسيس وتعيين مدقق حسابات.. كل ذلك قبل طرح باقي الأسهم غير المكتتب بها بواقع (٢٥٪) على الاكتتاب العام للجمهور.

مهما كانت الدوافع التي يسوقونها ويحاول بعضهم تسويقها قانونياً لإضفاء طابع الصحة على هذا الإجراء بحجة اختصار وقت الانتظار الصعب لموافقة هيئة الأوراق المالية والرغبة بمباشرة نشاطات الشركة وعدم تجميد رأس المال للشركة المسجلة، وهي مطلب حق يراد بها باطل حيث إن ذلك مخالف لنصوص قانون الشركات ولمفهوم الحوكمة الشركاتية التي من أهم ركائزها حماية أقلية المساهمين، فاقتصار الاكتتاب على المؤسسين بـ (٧٥٪) من أسهم الشركة يعد تجاوزاً ومصادرة صريحة ومسبقة لحقوق باقي المساهمين بالنسبة المتبقية الذين لن يشاركوا بانتخاب مجلس الإدارة وسيحرمون من حق الاعتراض على مصاريف التأسيس التي حددها المؤسسون لأنفسهم وأقروها بأنفسهم.

إن الرأي الذي استند إلى أن المؤسسين غير ملزمين بطرح باقي الأسهم على الفور، وأن القانون منح لهم مدة ثلاث سنوات لاستكمال الاكتتاب متسلحين بنص المادة (٩٥/ب) من قانون الشركات، ولتفنيد هذا الرأي، يرى أن نص المادة (٩٥/ب) يجب أن يقرأ مع منطوق المادة (٩٩/ب) من ذات القانون.

فقد جاءت المادة (٩٩/ب) في الفصل الثالث تحت باب الاكتتاب بأسهم الشركة المساهمة العامة التي تضمنت عدم جواز اكتتاب المؤسسين بنسبة تزيد عن (٧٥٪) من رأس المال المصرح به، ثم استكمل النص بالعبرة التالية: "ويترتب على المؤسس أو لجنة المؤسسين طرح الأسهم المتبقية للاكتتاب حسب ما يسمح به قانون الأوراق المالية الساري المفعول".

والقول بعكس ذلك معناه أنه لا يوجد فرق بين الشركة المساهمة العامة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإذا اكتتب المؤسسون بنسبة (٧٥٪) ولم يتم طرح باقي

الأسهم للاكتتاب العام وبعد مرور ثلاث سنوات قرر المؤسسون عدم الاكتتاب بباقي الأسهم، فإن المراقب يعود إلى تخفيض رأس المال بالنسبة المكتتب بها من قبل المؤسسين، وتصبح شركة مساهمة عامة مغلقة ومقتصرة على مؤسسيها دون الدخول بمرحلة الاكتتاب العام، كما هو حال الشركة ذات المسؤولية المحدودة على الرغم من أن أهم ما يميز الشركة المساهمة العامة هو طرح الأسهم للاكتتاب العام وتداول هذه الأسهم^(٧٣).

ومن جهة أخرى فإنه وحتى ولو جرى طرح باقي الأسهم للاكتتاب بعد انتخاب مجلس الإدارة، فإن ذلك معناه حرمان باقي المساهمين من حق الترشيح والانتخاب، وحرمانهم من حق الاعتراض على مصاريف التأسيس كما هو مستفاد من نص المادة (١٠٧) من قانون الشركات، الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة ثقة المستثمرين والدائنين للشركة على السواء^(٧٤).

الفرع الثاني

طلب وقف تداول الأسهم بحجة الدمج

يلجأ أعضاء مجلس الإدارة إلى الالتفاف على القانون عندما يتم نزول سعر الأسهم لدى إحدى الشركات المساهمة العامة، فيتم تقديم طلب على وجه السرعة من الشركة المساهمة العامة لمراقب الشركة، يتضمن الرغبة بالاندماج أو الدمج مع شركة أخرى تكون شركة حليفة أو مملوكة للشركة المساهمة العامة، وبهذا يستطيعون وقف تداول أسهم الشركة بحكم القانون وتشكيل لجنة لإتمام إجراءات الدمج، وتأخذ عملية الموافقة على الاندماج وتشكيل اللجان من قبل المراقب والوزير ربما شهراً، يستطيع أعضاء مجلس الإدارة خلاله تصريف أسهمهم أو التنازل عنها والخروج من الشركة، ثم تقديم استدعاء للرجوع عن طلب الدمج أو عدم الإيفاء بمتطلبات دمج الشركة خلال مدة الشهر.

(٧٣) د. محمود عبابنة، الشركة المساهمة العامة وحماية أقلية المساهمين، جريدة الرأي، تاريخ ٣ كانون ثاني عام ٢٠٠٦، عدد ١٢٨٨٦.

(٧٤) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠٠٣/٣٤٢٥ تاريخ ٢٧/٤/٢٠٠٤ منشورات مركز عدالة.

الفرع الثالث

إمكانية الاستفادة الشخصية من عقود الشركة ومشاريعها

على الرغم من حظر قانون الشركات أن يكون لرئيس مجلس الإدارة أو أحد أعضائه أو المدير العام أو أي موظف يعمل في الشركة مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في العقود والمشاريع والارتباطات التي تعقد مع الشركة أو لحسابها^(٧٥). ويستثنى من ذلك أعمال المقاولات والتعهدات والمناقصات العامة التي يسمح فيها لجميع المتنافسين الاشتراك في العروض على قدم المساواة. وفي هذه الحالة إذا كان العرض الأنسب مقدماً من رئيس مجلس الإدارة أو أحد أعضائه أو المدير العام أو أي موظف يعمل في الشركة، فيجب أن يوافق ثلثا أعضاء مجلس الإدارة على عرضه، دون أن يكون له حق حضور جلسة المداولة في الموضوع المتعلق به، وتجدد هذه الموافقة سنوياً من مجلس الإدارة إذا كانت تلك العقود والارتباطات ذات طبيعة دورية ومتجددة^(٧٦).

وأمر آخر يترتب على ازدواجية تمتع كبار المالكين لشغل وظيفة رئيس مجلس الإدارة والمدير العام، هو التوجه بكافة الطرق على التعامل بالعطاءات والمناقصات مع شركات حليفة وتابعة مملوك لعائلة كبار المالكين والمدراء بالشركة المساهمة العامة، وعلى الرغم من أن نصوص قانون الشركات قد حاولت تقييد هذه الصلاحية إلا أنها لم تمنع بالمطلق أن يقوم مدير الشركة المساهمة العامة بالتعاقد مع نفسه إذا أعلن المدير عن مصالحة، وتم اصطناع منافسة حرة غير حقيقية، فإن السؤال هو كيف تكون حرة وهو المدير الذي يطلع على تفاصيل العطاء ويصمم متطلباته حسب ما سيقوم بعرضه في غياب لجنة التدقيق التي إن وجدت فهي صورية من أجل طلبه للفوز فيه^(٧٧) وقد يأخذ الأمر وجهاً آخر بالاستفادة من العمولات التي يتقاضاها أحد أعضاء مجلس الإدارة من خلال تأسيس شركات وهمية يديرها محاسب وأقارب لبيع إنتاج الشركة كأعضاء لهذه الشركة الصورية، ويكون مالك الشركة الجديد والوسيط هو نفس الشخص^(٧٨)، وقد تمادى بعض أعضاء مجلس الإدارة للتفريط بمكتسبات الشركة وأصولها لأسباب لا تخلو من شك الانتفاع الشخصي، ففي ملف الشركة X للمطاعم قامت إدارة الشركة بتسجيل أراضٍ للشركة باسم الشركة Y للاستثمارات العامة المساهمة العامة المسجلة بدولة

(٧٥) انظر: المادة (١٤٨/ج) من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

(٧٦) انظر: ذات المادة (١٤٨/ج) من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

(٧٧) مجلة رسالة الشركات، العدد رقم ٣ لعام ٢٠٠٧ ص ١٥.

(٧٨) انظر: قضية الفوسفات الأردنية، حيث اتهم رئيس مجلس إدارتها بإنشاء شركة صورية في دبي واتخاذ القرار لبيعها إنتاج شركة الفوسفات.

الإمارات العربية، وبعد هذا البيع "تم إبرام بيع/ شراء بين الشركتين بمبلغ يقارب ٢٠ مليون دينار أردني، على أن يتم تسديد هذا المبلغ للشركة X بموجب دفعات استحققت أولها في نهاية عام ٢٠٠٨، إلا أن الشركة Y وحتى هذا اليوم لم تقم بسداد هذا المبلغ ولم تقم الشركة باتخاذ أي إجراءات قضائية حيال ذلك^(٧٩).

الفرع الرابع

الاتجاه الفردي للإدارة التنفيذية / المالكة

يعد مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة بمنزلة الوكيل المؤتمن على مصالح الشركة وحقوق المساهمين، ويتمتع بسلطات واسعة في الإدارة والسياسات والتعيينات وتحديد سلم الرواتب والمكافآت وقرارات مجلس الإدارة ملزمة للشركة في مواجهة الغير حسن النية، وقد أكد القضاء الأردني ذلك، والذي جاء فيه إذا كانت الشركة المدعى عليها هي شركة مساهمة عامة وأن رئيس مجلس الإدارة هو الذي وقع الاتفاقية مع المدعي فيكون قد مارس صلاحياته وتكون الاتفاقية ملزمة للشركة بمواجهة الغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية^(٨٠).

هذه الصلاحيات الجسام تتطلب فصلاً بين الملكية والإدارة، وهي أحد متطلبات حوكمة الشركات التي ترمي إلى تفعيل الرقابة الداخلية وكبح الاتجاه الفردي والمصلحي لرئيس مجلس الإدارة الذي يقوم بدور المدير العام للشركة، وبالتالي فإنه لا وجود للمراقبة ولا بد من تعيين مدير تنفيذي للشركة المساهمة العامة من ذوي الخبرة ومن غير المالكين؛ لإحداث التوازن الذي لا يقره قانون الشركات الأردني الحالي وما زال يسمح بتزامن الملكية والإدارة في (يد رئيس مجلس الإدارة والمدير العام) وعادة ما يكون المالك الرئيس، الذي لا يفتأ عن إساءة استعمال سلطته وصلاحياته الإدارية^(٨١) عن تعيين المحاسبين والأقارب في مراكز حساسة بالشركة على الرغم من قلة كفاءتهم سيما وأن معظم الشركات المساهمة العامة تخلو من لجنة خاصة بالتعيينات وإن وجدت فليست من الأعضاء المستقلين غير التنفيذيين^(٨٢)، أما

(٧٩) انظر: جريدة العرب اليوم الأردنية تاريخ ٢٧/٥/٢٠١٣، ص ٣، شؤون محلية (مكافحة

الفساد يحيل ملف الشركة X للمطاعم إلى المدعي العام.

(٨٠) القرار التمييزي رقم ٢١٥٠/٢٠٠٢ - منشورات عدالة.

(٨١) Farrar's company, J.Farrar & B Hanntgan, 4 ed, Butter worths, p.452.

(٨٢) طارق عبد العال، حوكمة الشركات، مرجع سابق، ص ١٦٠-١٦١. وانظر أيضاً: Brenda.

Hannigan- complaint law - Burtterworth - Suffolk 2003.p259.

على صعيد الانتفاع الشخصي الذي يسعى إليه رئيس مجلس الإدارة وبعض أعضائها فهي الالتفاف على القانون الذي يحدد الحد الأقصى للمكافأة بمبلغ خمسة آلاف دينار، فهي تكون بتحميل الشركة نفقات سفره الشخصية بحجة الاطلاع على المعارض التجارية أو حضور مؤتمرات، وقد بلغت مكافأة أعضاء مجلس إدارة إحدى الشركات المالية الأردنية ٥١ ألف دينار إضافة إلى مبلغ ٥١ ألف دينار بدل مياومات سفر وإقامة، وإضافة إلى مبلغ ٢٧٩ ألف دينار بدل تنقلات^(٨٣)، بل إن بعض مجالس الإدارة قد حمل هذه المصاريف تحت بند مصروفات البحث العلمي للإفلات من الضريبة ومن دفع ١٪ من نسبة الأرباح الصافية إلى صندوق البحث العلمي حسبما نصت على ذلك المادة ١٨٨ من قانون الشركات^(٨٤)، ولقد كان هذا السبب المباشر من وراء تأسيس صندوق البحث العلمي عام ٢٠٠٧، وإلغاء مفعول المادة ١٨٨ من قانون الشركات بحيث أصبحت الشركات المساهمة العامة ملزمة بنظام صندوق البحث العلمي لإيداع ١٪ من الأرباح الصافية في صندوق البحث العلمي^(٨٥).

الفرع الخامس

عدم تدوير مدقق الحسابات ومستوى التدقيق المحاسبي في دوائر المراقبة

إنَّ مدقق الحسابات الخارجي هو وكيل عن المساهمين، وهو منتخب من قبلهم ويعتبر صفارة الإنذار العالية المسموعة^(٨٦) وهو المكلف بإخبار مراقب الشركات عند مصادفته لأي مخالفة أو عقبات في طريق عمله^(٨٧).

كما أنه لا شك فيه أن معايير المحاسبة الدولية تلبي قسماً كبيراً من متطلبات

(٨٣) انظر: مقال محمد الصبيحي.. مقال منشور على صحيفة الرأي الأردنية بعنوان "قطاع خاص بالأرقام" بتاريخ ٢١/٦/٢٠١١.

(٨٤) وقبل أن يتم تجميد العمل بهذه المادة لانتقال صندوق البحث العلمي وتفعيله تحت مظلة وزارة التعليم العالي، بموجب قانون التعليم العالي رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٩ و نظام صندوق البحث العلمي. رقم ٤ لسنة ٢٠٠٧.

(٨٥) نصت المادة (١٠) من قانون التعليم العالي لعام ٢٣ لسنة ٢٠٠٩ على استيفاء ١٪ من صافي ربح الشركات المساهمة العامة تودع في صندوق البحث العلمي وينظم صرفها على البحث العلمي بموجب نظام صندوق البحث العلمي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٧.

(٨٦) UNODC - Anti-corruption policies and - measures - of the fortune-global-500.

(٨٧) انظر: نص المادة (١٩٤) من قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

شفافية الاطلاع للمساهم^(٨٨)، في حين ساهمت متطلبات هيئات الرقابة الحكومية في تقوية وتعزيز الشفافية، ولكن لا تزال هناك حاجة لإضفاء مزيد من الشفافية على علاقة مدققي حسابات الشركة مع أعضاء مجالس الإدارة

وعلى الرغم من السجل النظيف الذي يمتاز به أغلب مدققي وشركات تدقيق الحسابات في الأردن إلا أن الظاهرة في العلوم الاجتماعية لا تكون دائماً بمقياس مئة بالمائة، فعدم النص قانوناً على تدوير مدققي الحسابات كل أربع أو ثلاث سنوات يخلق نوعاً من الألفة والانسجام وتبادل المصالح بين مجلس الإدارة ومدقق الحسابات وعلى حساب جمهور المساهمين، وقد يأتي تقديم الميزانية وحساب الأرباح والخسائر على غير حقيقتها ولا تعطي الصورة الحقيقة لواقع الشركة المالي، وفي كثير من المرات يلعب المدير المالي دوراً فاعلاً في إخفاء وتمويل كثير من المكافآت والمبالغ المدفوعة بوجه غير حق لأعضاء مجلس الإدارة وتقيدتها تحت بند مصاريف أخرى، وبطلب من مرؤوسيه ومن أعضاء مجلس الإدارة تحت ضغط تهديده بوظيفته أو حرمانه من مكتسبات مالية مما يؤثر على مستوى معيشته^(٨٩).

وإذا تمت مراجعة هذه الميزانية لدى دوائر التدقيق في هيئات الرقابة الرسمية، فإن فرسان دائرة مراقبة الشركات يبذلون قصارى جهدهم وقد توصلوا في مرات كثيرة للإشارة إلى مواطن اللبس والخطأ وتم تصحيح أو تحفظ المراقب على الميزانية، إلا أنه وفي كثير من المرات تمر المخالفة، المالية المحبوبة دون كشفها بسبب العلم المحاسبي المتقدم لشركات التدقيق المحاسبي الخاصة التي تعمل لدى الشركات المساهمة العامة. في حين أن موارد دائرة مراقبة الشركات لا تساعد على تعيين مدقق حسابات يحمل شهادة عالية المستوى CPA بحيث يكون قادراً على متابعة تطورات علم المحاسبة ورصد المخالفة، من هنا فإن تدوير مدققي الحسابات كل ثلاث أو أربع سنوات ضرورة قصوى يجب الأخذ بها عند إقرار التعديل المرتقب لقانون الشركات^(٩٠).

(٨٨) يُعني إيداع كراس يتضمن وضع الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مجلس الإدارة وتقرير مدقق الحسابات، إلياس نصيف، مرجع سابق.

(٨٩) انظر: مقال منشور على موقع جراسيا الإلكتروني بعنوان "مجالس الإدارة والفساد (٢)" بدون اسم كاتب.

(٩٠) انظر: مقال "إعادة النظر في النظام القانوني للشركة المساهمة العامة" جريدة الدستور، تاريخ ٢٧ / ٩ / ٢٠١٠.

المطلب الثاني

حالات الفساد الخارجة عن نطاق التشريعات القانونية

بعد تعرضنا لحالات فساد الشركات من خلال المنافذ المخترقة للنصوص القانونية الرخوة والتي يقوم أعضاء مجلس الإدارة في الشركات العامة بمساعدة خبراء يحكون طريقة الالتفاف القانوني عليها، إلا أن ذلك لا يشمل كل محاولات الفساد ففي دول العالم الثالث تستشري ظاهرة الفساد الإداري أكثر من غيرها؛ نظراً لسياسة التعيين في المراكز الوظيفية العليا المدعومة من قوى جهوية أو عشائرية أو حزبية، مما يساعد اجتراء هؤلاء المسؤولين لإبداء اللين والمراخاة لتسيير أمور الشركات المساهمة العامة التي يتولاها عادة عدد من أعضاء مجلس الإدارة من ذوي النفوذ والسطوة لتسهيل وتمير معاملات، وخطط الشركات التي لا تخلو من أهداف لبعض أعضاء مجلس الإدارة في تجاوز روح النصوص القانونية وتقييم الرقابة القانونية المفروضة للنصوص في قانون الشركات ويستظهر حالات المساهمة بفساد الشركات التي لا يطالها قانون الشركات بشكل مباشر في الحالات التالية:

الفرع الأول

استقطاب المتنفذين المتقاعدين للعمل كمدرء ورؤساء مجالس إدارة

شهدت الشركات المساهمة العامة أو الراحية بالتحول لشركات مساهمة عامة على استقطاب وزراء سابقين للعمل في مجالس الإدارة من غير المالكين، وعلى غرار استقطاب لاعبي كرة القدم المشهود لهم بتسجيل الأهداف من أول ضربة على المرمى، وما يثير الاستغراب أن هؤلاء الوزراء المحترمين خرجوا من الوزارة ليتسلموا إما مدرء شركات أو أعضاء مجلس إدارة، وإذا كانوا من أصحاب الخبرة الفنية ولهم علاقة بنشاط الشركة وغاياتها فإن ذلك ليس عيباً أو فساداً، لكن المشكلة فيها تكون عندما لا يوجد أي رابطة بين تخصصاتهم ومؤهلاتهم العلمية والعملية بنشاط الشركة وغاياتها، ولكن المقصود باستخدامهم أن أبواب المسؤول وهيئات الرقابة مفتوحة لهم، فإذا كانت النية هي زيادة رأس المال، أو تحويل مساهمة خاصة لمساهمة عامة فما على المالك إلا توجيه مدرءه وأعضاء مجلس إدارته من أصحاب الوظائف وأصحاب النفوذ إلى مراجعة الوزارات وهيئات الرقابة المختصة والضغط عليها للموافقة والتغاضي عن تطبيق القانون أو روحه، والانحراف نحو إجازة التحويل أو السكوت عن المخالفة مجاملة لأصحاب النفوذ.

الفرع الثاني

تضارب الصلاحيات لدى هيئات الرقابة والتنظيم

هناك في الأردن أربع هيئات رقابية مستقلة، وهي على التوالي: هيئة الأوراق المالية ودائرة مراقبة الشركات والبنك المركزي وهيئة تنظيم التأمين، ولكل منها قانونها الخاص^(٩١)، كما صدر لثلاث منها باستثناء دائرة مراقبة الشركات دليل خاص بالحوكمة، حيث إن الشركة المساهمة العامة قد تكون مرتبطة بأكثر من هيئة رقابية، وعليه فإن انسجام التشريعات ودلائل الحوكمة لم تأخذ حقها عند التشريع، ومثال ذلك أن الشركة المساهمة العامة التي تمارس أعمال التأمين يجب أن لا يقل عدد أعضاء مجلس إدارتها عن خمسة أعضاء، في حين أن قانون الشركات يجيز أن يكون عدد أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة ثلاثة أعضاء بحد الأدنى، وهنا نجد أن هناك تضارباً بين دليل الحوكمة الإلزامي لهيئة التأمين وقانون الشركات، كما قد يتم تسجيل شركة مساهمة عامة في دائرة مراقبة الشركات أو إجراء عملية تحول شركة من ذات مسؤولية محدودة إلى مساهمة عامة، ومن ثم لا توافق هيئة الأوراق المالية على إدراج أسهمها في السوق المالي للبورصة، فتصبح هذه الشركة لا هي الشركة الأصل ولا تأخذ صفة الشركة الجديدة، مما دفع بعض الكتاب إلى إطلاق صفة (الشركة المسخ)^(٩٢) فهي لم تعد بالشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ لأن إجراء تحويلها قد تمت في دائرة مراقبة الشركات، ولا هي بالشركة المساهمة العامة حيث لم يتم تسجيل أسهمها أو طرحها للتداول من قبل هيئة الأوراق المالية، وبالتالي فهي شركة معلقة نتيجة عدم وجود آلية للتنسيق بين هيئتين رقابيتين وتنظيميتين تعنيان بالشركة المساهمة العامة، وهذا كله يشير إلى تعارض مضمون نصوص دلائل الحوكمة أو تضارب النصوص القانونية في القوانين المنظمة لتسجيل ومراقبة وإدراج أسهم الشركة المساهمة العامة، ناهيك أن مبدأ الجمع ما بين الملكية والإدارة ما زال

(٩١) هذه القوانين هي: (قانون الشركات الأردني وتعديلاته رقم ٢٢ عام ١٩٩٧ وقانون هيئة الأوراق المالية، ٢٠١٠ المعدل وقانون تنظيم أعمال التأمين رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته وقانون البنك المركزي رقم ٢٣ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته، وكذلك الأنظمة المرتبطة بهذه القوانين).

(٩٢) انظر: د. إبراهيم العموش، مقال "الوضع القانوني للشركات المساهمة العامة المعلقة"، جريدة الرأي، تاريخ ١٧/١٢/٢٠١٢.

معمولاً به في قانون الشركات الحالي، في حين أن دلائل الحوكمة للبنك المركزي وهيئة التأمين تطلب الفصل بين الملكية والإدارة^(٩٣).

الفرع الثالث

الضغوط والإغراءات الواقعة على صغار الموظفين

تصنف المدفوعات إلى الموظفين سواء أكانت بالنقد أم ما شابهها إلى بعدين: الأول ويحمل دلالات خيرية تتعلق بالثقافة السائدة في مجتمع ما، وهذه لا تخرج عن نطاق الفساد فقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية مكافحة الفساد "أنه ليس ضرورياً في أن تكون الجرائم المبينة قد ألحقت ضرراً أو أذى بأمالك الدولة، باستثناء ما تنص عليه خلاف ذلك"^(٩٤) أما البعد الثاني فهو ينطلق من موقع مؤسسي للدافعين والمدفوع لهم، فإذا كان الدفع أو الخدمة المقدمة لموظفي الرقابة لتمرير المعاملة والسكوت عن عدم استكمال الأوراق أو سرعة الإنجاز على حساب باقي المراجعين فتكون من قبيل الرشوة^(٩٥). أو سوء استخدام المنصب العام^(٩٦) أو نهب الأموال العامة والحصول على منافع مادية من خلال فتح التراخيص للشركات أو الإعفاءات الضريبية والجمركية بدون حق لتحقيق مصالح متبادلة أو رشوة مادية مباشرة^(٩٧).

إن حالات الفساد التي قد تحصل بفعل بعض الموظفين في جميع دوائر القطاع العام هي من نوع الفساد الصغير، وقد تكون على شكل رشاوى صغيرة يتم تغليفها تحت عباءة الإحسان والزكاة، كما كان يفعل بعض المحامين، على الرغم من أنه كان يراجع الدائرة إما بنفسه أو بواسطة محامي مكتبه يومياً، كما أن تقاعس المسؤول في الجهات الرقابية على سوء سلوك بعض الموظفين وعن عمل البعض الآخر في مكاتب للشركات أو مكاتب محاماة مقابل أجر يعود بسببه إلى الخوف من الضجة والعاصفة

(٩٣) انظر: دليل حوكمة شركات التأمين رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦، استناداً لنص المادة ٤٥ من قانون تنظيم أعمال التأمين.

(٩٤) المادة ٣ ف٢ من اتفاقية الأمم المتحدة مكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ والمصادق عليها في الأردن في ٢٤ / شباط / ٢٠٠٥ بموجب قانون تصديق اتفاقيات الأمم المتحدة لمكافحة الفساد رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٤.

(٩٥) سوزان روزا كرم، الفساد والحكم، الأهلية للنشر، عمان ٢٠٠٣ ص ١٦٩.

(٩٦) ويعني قيام كبار المتنفذين في المجتمع بالتأثير على صغار الموظفين للحصول على امتيازات أو عموالات مقابل تسلمهم للمعاملات دون وجه حق.

(٩٧) أمير فرج يوسف، الحوكمة مكافحة الفساد، مرجع سابق، ص ١٢٧.

التي ستثور ضده من بعض المتنفذين والوزراء، ورفع القضايا والاستعانة ببعض المواقع الإلكترونية للتشهير بالمسؤول إذا تجرأ ونقل بعض الموظفين أو أنهى خدماتهم أو قام بتجميدهم.

الخاتمة والنتائج والتوصيات:

أولاً - الخاتمة:

استجابة لتنامي الحديث عن الفساد في القطاع الخاص متمثلاً بإتيان فعل الفساد والذي قد يقدم عليه بعض أعضاء مجالس الإدارة في الشركات المساهمة العامة، فقد قمنا باستعراض منافع الفساد الذي قد يسلكها المتنفذون للاستئثار بالمنافع الشخصية على حساب رأس مال الشركة الذي هو الضمان العام للمساهمين العاملين والدائنين، وتبين لنا أن ما يساعد هذه الفئة هو رخاوة النصوص القانونية في قوانين الشركات والتي جرى تحليلها، بالإضافة إلى طرق يتم اللجوء إليها ولا يطالها نص قانوني معين إلا أنه من الممكن الحد منها وتقيدها بمدونات السلوك أو ميثاق العمل الرسمي كحظر انضمام الوزراء والمسؤولين بالهيئات الرقابية إلى عضوية مجالس إدارة الشركات المساهمة العامة إلا بعد مدة معينة بعد ترك المنصب العام.

إن تضخيم المقدمات العينية عند تأسيس الشركات، وتضخيم رأس المال في حالات الاندماج وعدم الإفصاح عن المكافآت والمزايا لأعضاء مجلس الإدارة، وحالات الدمج الصورية وإعادة التقييم هي من أهم حالات فساد الشركات حيث تظهر فيها مؤشرات وغياب الحوكمة، وبالتالي إلحاق الظلم بباقي المساهمين، بالإضافة إلى تضخيم مصاريف التأسيس ومحاولة تفادي حق المساهمة من باقي المساهمين، وكل ذلك بحاجة إلى مراجعة قانون الشركات، وكذلك دعم وإعادة هيكلة دوائر الرقابية وتحسين صغار الموظفين فيها وخبراء التقدير من الوقوع بمحظور تقديم التسهيلات ومجاملة أعضاء مجلس إدارة الشركات المساهمة العامة.

ثانياً - النتائج:

١ - اتباع قواعد حوكمة الشركات:

الأخذ بمبادئ حوكمة الشركات وتفعيل ركائزها الأساسية المبنية على الشفافية والمساءلة لأعضاء مجلس الإدارة عند تداول المصالح أو ترجيحها لغايات ذاتية، فمؤشرات مستوى الحوكمة هي الدافع لجذب الاستثمار الأجنبي^(٩٨).

AlissaKoldertsova. The second Corporate Governance wave in the Middle East (٩٨) and North Africa.

٢ - توسيع قاعدة ملكية الشركة المساهمة العامة وفصل الملكية عن الإدارة

إن الشركة المساهمة العامة رأسمالها كبير وأهمية دورها في التأثير على دور الاقتصاد الوطني، وبالتالي يجب أن لا يتم تملكها من شخص واحد وأن لا يقل عدد مؤسسيها عن ثلاثة أشخاص، كما يجب أن لا يزيد عدد أعضاء مجلس إدارتها عن سبعة أو تسعة أشخاص، كما يجب الالتفات إلى التعارض القائم والواضح بين نص المادة (٩٠) والمادة (١٣٢) من قانون الشركات، فبينما تجيز المادة (٩٠) من قانون الشركات الأردني تأسيس شركة مساهمة عامة من قبل شخص واحد بناء على تنسيب مبرر من مراقب الشركات، وجواز إيلولة ملكية الشركة المساهمة العامة لشخص واحد، تنص المادة (١٣٢) من قانون الشركات على أن يكون مجلس الإدارة مكوناً من ٣-١٣ عضواً مالكاً لأسهم التأسيس أو التأهيل، وهذا لا يمكن أن يتصور في ظل ملكية الشركة لشخص واحد، كما أن إتاحة المجال لملكية الشركة من قبل شخص واحد مكتتب بـ ٧٥٪ من رأسمالها، يدفعه للاعتماد على شخصيات متنفذة في الدولة لتجاوز العقوبات القانونية، كما تسهم في الاحتكار والتركز الاقتصادي الفردي.

كما أصبح مطلب فصل الملكية عن الإدارة مطلباً رئيسياً لاتباع قواعد الحوكمة ومعياري يتم القياس عليه، فلم يعد من المقبول أن يشغل المالكون منصب المدير العام في الشركة المساهمة العامة إذ تتقاطع طبيعة الهدى للانتفاع الشخصي مع متطلب الرقابة، ويبدو أن ذلك دعا إلى تضمين دلائل الإرشاد التي صدرت عن هيئة الأوراق المالية والبنك المركزي وهيئة التأمين مبدأ فصل الملكية عن الإدارة، على الرغم من دليل الحوكمة الصادر عن هيئة التأمين بموجب تعليمات هو الذي أخذ طابعاً إلزامياً، في حين أن قانون الشركات الأردني الحالي رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ ما زال يجيز الجمع بين الملكية والإدارة مما قد يؤدي إلى بلورة اتجاه فردي لرسم السياسات دون رقابة فاعلة أو إفساح المجال أمام أصحاب الخبرة والكفاءة للإدارة اليومية لأعمال الشركة.

٣ - توحيد مرجعية التسجيل والرقابة:

على الرغم من الدور الذي تقوم به دائرة مراقبة الشركات التي تضطلع بمهام ضخمة لمراقبة الشركات، وعلى الرغم من أن مهام التسجيل استغرقت مهام الرقابة، ونظراً للإمكانات الفنية الضخمة لدى هيئة الأوراق المالية، ولأن الشركة وبعد تسجيلها في مراقبة الشركات تبدأ بسلسلة إجراءات طويلة ودقيقة للموافقة على نشرة

الإصدار وانتهاء بطرح أسهم الشركة للتداول وتطبيق قانون هيئة الأوراق المالية بتفاصيل فنية أكثر صرامة، وفرض دليل الحوكمة الذي أقرته هيئة الأوراق وألزمت الشركات المساهمة المتداول أسهمها بالسوق المالي به على طريقة (الاتباع أو الإفصاح) وهي صاحبة الصلاحية بتعليق تداول الأسهم، فإن السؤال المطروح هو: ما الذي بقي لمراقبة الشركات سوى تسجيل الملكية وحضور اجتماعات الهيئات العامة بالإضافة إلى مندوب هيئة الأوراق المالية، في حين يقوم مركز الإيداع بهيئة الأوراق المالية أيضاً بوظائف نقل ملكية الأسهم ورهنها وحجزها، ويحق لهيئة الأوراق المالية وقف تداول الأسهم والنظر في تقييم الأصول العينية قبل التسجيل، فلماذا لا تستأثر الهيئة بكل ما يتعلق بالشركات المساهمة العامة التي يتم تداول أسهمها بالبورصة سيما وأن القدرات المحاسبية والفنية متوفرة في الهيئة التي تستطيع أن تحصل وتعديل القوانين باستصدار الأنظمة بسرعة أكبر كلما استدعت الحاجة لذلك؟.

٤ - فكرة بمجلس الرقابة الداخلي:

أما بخصوص مجلس للرقابة الداخلية والذي كان أهم ما تعرض له تقرير كادبوري (Cadbury Report)^(٩٩)، فذلك معمولٌ به على الشركات ذات المسؤولية المحدودة في عدد كبير من الدول ونظمه القانون الأردني لشركة التوصية بالأسهم^(١٠٠) على الرغم من أن الحد الأدنى لرأسمالها خمسون ألف دينار أي ما يعادل (٧٥٠٠٠ دولار أمريكي)، فكيف نغض هذا الحق للمساهمين بشركة يبلغ الحد الأدنى لرأسمالها خمسمائة ألف. فمجلس الرقابة لا بد أن يحمل جزءاً من اسمه عندما يتشكل من المالكين وصغار المساهمين والمستقلين الخبراء، بحيث يتم كبح جماح حالات الانحراف المالي للشركة أو انحياز كبار المالكين أو الإدارة لمتافعهم الشخصية على حساب جمهور المساهمين ويوسع دائرة المساءلة والعدالة من خلال المراجعة

(٩٩) بمبادرة مجلس التقارير المالية ("FRC" Financial Reporting Council) التابع لبورصة لندن تشكيل لجنة برئاسة (Sir Adrian Cadbury) لدراسة الإخفاقات المالية لأسهم الشركة وتقييم مستوى الشفافية وصدر تقرير كادبوري ١٩٩٢ وأهم ما أوصى به العناية بمستوى الرقابة الداخلية على قرارات أعضاء مجلس الإدارة.

Neil Sinclair, David Vogel, Richard Snowden, Company Directors, Law and Liability.

(١٠٠) المادة (٨٤) من قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لعام ١٩٩٧ وتنص المادة على تكوين مجلس للرقابة من ٣ أعضاء على الأقل بتولي الشركاء المساهمين انتخابهم من بينهم لمدة سنة واحدة.

الدورية لنظام الرقابة الداخلية^(١٠١) ومدى أهميته في حفظ رأس المال وتسخيره لما فيه خدمة الاقتصاد الوطني وحفظ رأس مال الشركة^(١٠٢).

٥ - حسن اختيار كبار الموظفين وتحسين رواتب صغارهم:

يتم تعيين مدراء هيئات الرقابة في الأردن من قبل مجلس الوزراء ويمنح المدير الدرجة العليا وعلى الرغم من حساسية مناصبهم فلا يوجد معيار شفافة وواضح لآلية تعيينهم، ويتم الاعتماد أما على الوزير أو رئيس الوزراء أو مدير المخابرات العامة ويكون التعيين في معظم الأحيان من قبيل الحظوة والتواصل مع هذه الشخصيات وبدون أي مقابلة من لجنة لديها آلية واضحة وترصيد نقاط لإفراز موظف عام نزيه ومجتهد بتخصصه ليتم تعيينه في المركز شاغر، وفي مرات تكون إرادة هذا المدير الذي يدير دائرة رقابية أو تنظيمية مرهونة بتعليمات شفوية لمن ساعد على تعيينه ودعمه في مركزه^(١٠٣).

ومن جهة أخرى فإن تحسين معدل الرواتب واعتماد سياسة توظيف تقوم على الجدارة والكفاءة إضافة إلى الرقابة على المصالح المتبادلة بين موظفي القطاع العام ومراجعي القطاع الخاص خطوات أساسية على طريق الإصلاح، كما أن اعتماد سياسة وممارسة مقبولة لنظام الثواب والعقاب وتوفر العقوبات القانونية الرسمية تشكل دعماً هاماً لهذا الأسلوب^(١٠٤).

٦ - تعزيز قواعد السلوك الأخلاقي:

ينبغي اتباع إجراءات تهدف إلى تعزيز السلوك الأخلاقي ضد أعمال الفساد في الشركات المساهمة العامة مترافقة مع رقابة فاعلة، واتباع سياسة عدم التسامح إزاء مخالفات رئيس وأعضاء مجلس الإدارة (Reinforce zero-tolerance polices) ولجان تقييم المخاطر واتباع الشفافية (transparent) وتعزيز أدوات الرقابة (increase control)^(١٠٥) وتبني برامج المسؤولية الاجتماعية على أساس مواطنة الشركات

(١٠١) Janet Dine, supra 182.

(١٠٢) Vanet Dine, company Law, 3th ed, Macmillan, London. 1998.

(١٠٣) صدر حديثاً نظام التعيين بالوظائف العليا تحمل لعام ٢٠١٣، وتم توشحه بالإرادة الملكية بتاريخ ٢٧/٤/٢٠١٣.

(١٠٤) سوزان روزا كرماني، الفساد والحكم، الأهلية للنشر، عمان ٢٠٠٣، ص ١٤٦.

(١٠٥) See Stockholm School of Economics in collaboration with GlobaltAnsva 2008

" Companay practices for corruption reduction. <http://www.sseriga.edu/en/education/excutive-education/open-programmes/project-management/>.

(Corporate Citizenship) والتي ترمي بالإضافة إلى حماية البيئة ورعاية مجتمع الشركات ومحاربة الفساد^(١٠٦).

ثالثاً - التوصيات:

- ١ - نوصي بإعادة النظر في نصوص قانون الشركات وبالأذات المواد ٩٥/ب، ٩٩/ب، ٩٧/أ، ٩٧/٢، ٢٢٢، والبحث بموضوع تقييم وتقدير المقدمات العينية، عند التأسيس أو الدمج، وكذلك عند انتخاب أعضاء مجلس الإدارة.
- ٢ - كما نوصي بالأخذ بالضمانات الرقابية الكابحة لجنوح مجالس إدارة الشركات المساهمة العامة لإتيان فعل الفساد والاستئثار بالمنافع المادية على حساب باقي المساهمين، ويكون ذلك بالأخذ بمفهوم وعمل مجلس الرقابة الداخلي وإنشاء لجان التعيينات والحوكمة والمراجعة الداخلية ومجلس الطبقة الثانية لتقديم النصح والإشراف على قرارات مجالس الإدارة وترشيدها.
- ٣ - وكذلك نوصي بالعمل على إيجاد موائيق الشرف والمدونات السلوكية للحد من ظاهرة انتقال أصحاب النفوذ من الوزراء السابقين ومسؤولي هيئات الرقابة إلى عضويات مجالس الإدارة، واستغلال نفوذهم لتسليك الإجراءات المتبعة لتحقيق المنافع الذاتية لبعض أعضاء مجالس الإدارة.
- ٤ - ونرى أنه لا بد من تعزيز حقوق أقلية المساهمين نسبة من يحق لهم الدعوة لعقد اجتماع هيئة عامة غير عادية أو من يحق لهم الدعوة من أجل تنحية رئيس أو عضو مجلس الإدارة عند ظهور الشبهات، وعدم إجازة انتخابات أعضاء مجلس الإدارة إلا بعد طرح باقي الأسهم على المكتتبين.
- ٥ - ونطالب بتدوير عمل مدقق الحسابات الخارجي وبالمجمل تعزيز قواعد الحوكمة الرشيدة للشركات لتفادي التعثر والفساد المالي في شركاتنا المساهمة العامة العربية الأردنية.
- ٦ - ونرى تعميم أو اتباع نظام مكافحة الفساد وبنقاطه الأربعة الموصوفة في اتفاقية المجلس الأوروبي من خلال منظمة التنمية والتعاون الدولي OECD.

Michael Hopkins. "Corporate Social Responsibility: An Issues Paper, Policy (١٠٦) Integration, Department Would Commission on the Social Dimension of Globalization " International Labour office. Working Paper; no.27 (May 2004).

المراجع

المراجع باللغة العربية:

- أمير فرج يوسف، الحوكمة ومكافحة الفساد، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية عام ٢٠١١.
- أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات التجاري الكويتي والمقارن، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي ٢٠٠٩.
- عبدالعزيز العكيلي - شرح قانون الشركات الأردني - دار الثقافة، عمان ٢٠٠٢.
- سمير نصار، الشركات التجارية، الجزء الثاني، منشورات المكتبة القانونية، دمشق عام ٢٠٠٤.
- سوزان روز أكرمان، الفساد والحكم، ترجمة فؤاد سروجي، عمان، الأهلية للتوزيع والنشر ٢٠٠٣.
- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، القاهرة، ط ٢، بدون دار نشر، ١٩٩٢.
- طعمه صفك الشمري، الوسيط في دراسة قانون الشركات التجارية الكويتي وتعديلاته ط ٣، الكويت عام ١٩٩٩.
- طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات (المفاهيم، المبادئ، التجارب) الدار الجامعية ٢٠٠٤.
- فوزي عطوي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية، منشورات الحلبي ٢٠٠٥.
- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٩.
- فاروق الكيلاني، جرائم الفساد، طبعة أولى، عمان، دار الرسالة العالمية عام ٢٠١٢.
- ناصيف إلياس، الكامل في قانون التجارة - الشركات التجارية - الجزء الثاني، عويدات للطباعة والنشر ١٩٩٩.
- محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات " دور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، الدار الجامعية للنشر، القاهرة، ٢٠٠٨.
- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية " الشركات التجارية "، المجلد الخامس، عمان، دار الثقافة ٢٠٠٨.

المراجع الأجنبية:

- John H Farrar, Brenda, Hannigan. Nigel and Philip, Farrar's company law 1 thed, Better worth, London 1998.
- Brenda Hannigan Company Law, Lexis, Better worth 2003.
- Farrar. J. Corporate Governance, Thories, principles and practice.
- Larry.E. Ribstein& peter V. Letson,, Business Associations, Aderson Polishing C.O. 2003.
- Geoffrey moves, Company Law - Chatsworth and Moves 15 ed London Sweet and Maxwell 1995.
- Michael Hopkins. "Corporate Social Responsibility: An Issues Paper, Policy Integration, Department Would Commission on the Social Dimension of Globalization " International Labour office. Working Paper; no.27 (May 2004).

مواقع إلكترونية:

- World bank - Report on the observance and codes Rosc: Corporate Governace Center, Available at: www.worldbank.org/ifa/jor-rosc.cg..
- OECD principles of corporate governance 2004 a vailable at: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/3155-7724.pdf>.
- <http://www.oecd.org/finance/financial-markets/47071021.pdf>.
- www.hawkama.net.
- www.adleh.com.
- <http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2011/07/%D8%A7%D9%84>.
- http://petra.gov.jo/Public_News/Nws_NewsDetails.aspx?lang=1&NewsID=58823.

التشريعات:

- قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لعام ١٩٩٧ وتعديلاته.

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ والمصادق عليها في الأردن في ٢٤ / شباط / ٢٠٠٥ بموجب قانون تصديق اتفاقيات الأمم المتحدة لمكافحة الفساد رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٤.
- قانون هيئة مكافحة الفساد الأردني ٢٠٠٦.

المجلات والدوريات:

- مجلة رسالة الشركات، الإصدار الثاني والثالث ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧.
- مجلة المدقق، الأعداد ٦٣-٦٤ أيلول ٢٠٠٥.
- مقالات صحفية منشورة (صحفية الرأي الأردنية، صحيفة العرب اليوم الأردنية، صحفية الدستور).

قاعدة الإغلاق الحكمي (Estoppel) في القضاء الدولي

الدكتور/ نعمان عطا الله الهيتي
أستاذ القانون الدولي المشارك
كلية القانون - جامعة الشارقة

ملخص:

قاعدة الإغلاق الحكمي أو الاستoppel هي من القواعد الراسخة في مجال الإجراءات المدنية والعقود في القانون الداخلي ولاسيما في الدول الإنجلو - أمريكية، وهدفها استقرار المعاملات وحماية التوقعات المشروعة للأطراف، حيث تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يناقض أقواله أو أفعاله بما يسبب للغير ضرراً. وقد استمد القضاء الدولي مضمون هذه القاعدة وطبقها في العديد من النزاعات الدولية على مستوى التحكيم والقضاء، وقد تناولت هذه الورقة المقصود بقاعدة الإغلاق وتطورها على المستوى الدولي وشروط تطبيقها.

مقدمة

قاعدة الإغلاق الحكمي أو الاستoppel هي من القواعد الراسخة في مجال الإجراءات المدنية والعقود في القانون الداخلي ولاسيما في الدول الإنجلو - أمريكية، وهدفها استقرار المعاملات وحماية التوقعات المشروعة للأطراف، حيث تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يناقض أقواله أو أفعاله بما يسبب الضرر للغير، وهي قريبة في أصولها من القاعدة الفقهية الإسلامية (من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه).

وقد استمد القضاء الدولي مضمون هذه القاعدة وطبقها في العديد من النزاعات الدولية على مستوى التحكيم والقضاء. بيد أنه مع رسوخ هذه القاعدة إلا أنها لا زالت تثير العديد من الخلاف والنقاش في مضمونها وشروط تطبيقها، وقد كتب عنها العديد من الكتاب الغربيين، أما على مستوى الكتابات العربية فلازالت كتابات نادرة في مواضع متفرقة ولم أجد - على حد علمي - دراسة تفصيلية في هذا الموضوع مما دفعني لسبر غوره، مستعيناً بإلمامي باللغتين الإنجليزية والفرنسية؛ لتكون هذه الدراسة مشجعة لباحثين آخرين لدراسات مقبلة أوسع وأعمق.

وتكمن أهمية الموضوع - كما سنرى - في أن العديد من الدول فقدت حقوقها بسبب إثارة هذه القاعدة ضدها، وذلك بسبب إهمالها للقيام بما ينبغي لمنع قيام هذه الحجة عليها، مما يستوجب الانتباه لهذا الأمر مسبقاً من قبل الدول لأي مسلك قد يكون فيه انتهاك لحقوقها وذلك بمعارضته والاحتجاج عليه، حتى وإن لم تكن فعلاً

قادرة على منع هذا الانتهاك وقت حدوثه بسبب ضعفها، ولكنها ستحتفظ بحقوقها لو عرض الأمر على القضاء لاحقاً.

ولكن ما المقصود بقاعدة الإغلاق؟ وكيف تطورت في القانون الداخلي حتى امتدت إلى القانون الدولي؟ وما هي شروط تطبيقها؟ وكيف تعامل القضاء الدولي مع هذه القاعدة؟

هذه التساؤلات سنجيب عنها من خلال ثلاثة مباحث، نتناول في الأول ماهية هذه القاعدة وأساسها القانوني، وفي الثاني شروط تطبيقها، أما المبحث الثالث فنتناول فيه أثر السكوت في إثارة الإغلاق الحكمي، ثم نختم بأهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول المقصود بقاعدة الإغلاق الحكمي وأساسها القانوني

المطلب الأول المقصود بقاعدة الإغلاق الحكمي

الإغلاق الحكمي هو تعبير إجرائي يتمثل بغلق الطريق أمام طرف في قضية ما من اعتماد موقف يتعارض مع الموقف الذي سبق القبول به، صراحة كان أو ضمناً، أو أن يتعارض مع الموقف الذي يدعيه الطرف في نفس الدعوى، ويرمي الإغلاق الحكمي إلى حماية الدول التي تتعامل بحسن نية اعتماداً على سلوك دولة أخرى، وذلك بمنع الدول من الادعاء بما يتناقض مع سلوكها، وعليه فإن تطبيق هذه القاعدة تمنع الخصم من الرجوع فيما قال أو فعل ويصبح قوله أو فعله السابق حجة عليه^(١)، وهي كما ذكرنا في المقدمة قريبة في معناها من القاعدة الفقهية الإسلامية التي تقضي بأن "من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه"^(٢).

وقد عبر ماكناير (McNair) عن هذا المبدأ بطريقة مبسطة بالقول: "أن من المنطوق أن نتوقع من أي نظام قانوني وجود قاعدة تمنع الشخص الذي يعلن موافقته على واقعة معينة من مناقضة نفسه إذا اعتمد شخص آخر على هذا الإعلان في سلوكه"^(٣).

فلو اعترفت دولة مثلاً بحالة ما، وبنت دولة أخرى سلوكها وفقاً لذلك، فمن المنطوق أن يغلق على الدولة باب الرجوع عن هذا الاعتراف حفاظاً على مصالح الدولة الأخرى ولضمان استقرار المعاملات الدولية^(٤).

(١) انظر في تعريف الإغلاق الحكمي في القانون الدولي: محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١١١. ومفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد ٢٣، ١٩٦٧، ص ١٩. ومحمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، الدار الجامعية، الإسكندرية، الطبعة السادسة، ١٩٨٤، ص ٢٨٦.

(٢) وردت هذه القاعدة في كتاب درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، المادة ١٠٠، ص ٩٩، متوفر على الموقع <http://oa801506.us.archive.org/29/items/FB61352/> تمت الزيارة ١/٤/٢٠١٥.

(٣) Lord McNair, Law of Treaties, Oxford: Clarendon Press, (1961), p. 485.

(٤) Schwarzenberger, "The Fundamental Principles of International Law", Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1955, Vol. 87, p. 253.

ولكي نحيط بهذه القاعدة نبحث أولاً في أصولها في القانون الداخلي في الفرع الأول قبل أن نتناول تطبيقها في القضاء الدولي.

الفرع الأول

أصول القاعدة وتطورها في القانون الداخلي

يعرف الإغلاق الحكمي في القانون الداخلي بأنه مانع قانوني، يمنع من صدر منه قول أو فعل من الادعاء بما يخالف قوله أو فعله أو تقديم أدلة لإنكاره. بكلمة أخرى هو مانع قانوني يمنع الشخص من مناقضة نفسه، فمثلاً لو أقر الخصم في إحدى مراحل المحاكمة بأمر ما، فإنه لا يجوز له التراجع عن هذا الإقرار في مرحلة لاحقة^(٥).

ويثار الإغلاق الحكمي إذا تسبب شخص بأقواله أو سلوكه، عامداً كان أو مهملاً، بأن جعل شخصاً آخر يعتقد بحالة معينة، رغم أن الأول يعلم أنها غير صحيحة، وتصرف الشخص الثاني بناء على هذا الاعتقاد، فإن الشخص الذي تسبب بذلك يسقط حقه في الادعاء لاحقاً بأن الحالة لم يكن لها وجود في ذلك الوقت^(٦).

وهناك عدة أنواع من الإغلاق عرفها النظام الإنجلو-أمريكي منها الإغلاق بموجب السجل (estoppel by Record)، وهو قريب من قاعدة حجية الأمر المقضي به والتي لا تجيز للخصم رفع الدعوى مجدداً في قضية تم فيها الحكم في نفس المحكمة أو في محكمة أخرى، والإغلاق بموجب العقد أو السند (estoppel by Deed) فلا يجوز للخصم أن ينكر مضمون عقد أو سند وقعه واعترف به، والإغلاق بموجب الاتفاق (estoppels by agreement) ومن تطبيقاته عدم جواز إنكار المستأجر ملكية المؤجر للعقار بعد توقيعه لعقد الإيجار، والإغلاق بموجب الوعد (estoppel by promise) والذي يمنع من أعطى وعداً لشخص ما أن يتراجع عن وعده إذا تسبب له

(٥) Zaid Muhmoud Al-Aqaileh, The English Law Doctrine of Proprietary Estoppel and the Extent to which it could be applied in Jordanian Law, [Journal of Sharia & Law] [College of Law UAE University], Year 27, Issue No. 56 October 2013, p.23.

Wan Izatul Asma Wan Talaat, THE THREATS TO THE LIMITATIONS OUTLINING THE PRESENT PARAMETERS OF PROMISSORY ESTOPPEL: A COMPARATIVE STUDY, International Journal of Business and Social Science, Vol. 3 No. 6; [Special Issue -March 2012], p.155).

PETER ENAHORO v. O'CERONS LIMITED & ORS, Suit No: CA/L/795/ (٦) 2009, In The Court of Appeal(Lagos Judicial Division), 2014, p.25.

بضرر، والإغلاق بموجب السلوك (estoppels by conduct) وهو الذي تدور حوله هذه الدراسة، ويقضي بأن الشخص الذي يعتمد إلى جعل شخص آخر يعتقد حالة معينة ويبنى تصرفاته معه على هذا الأساس، يمتنع عليه بناء على قاعدة الإغلاق أن ينكر وجود هذه الحالة أو يدعي وجود حالة أخرى في ذلك الوقت، كما وينطبق الحكم نفسه في حال أن الشخص قد تسبب بذلك نتيجة إهماله بعدم القيام بالتصرف الواجب القيام به حيال حالة معينة مما تسبب بجعل الطرف الآخر يتصرف اعتماداً على قبوله لتلك الحالة والإقرار بها، وهذا يتم غالباً عند سكوت الشخص حيال حالة كان يفترض أن يبدي فيها رأياً^(٧).

ويختلف الكتاب في أصل هذه القاعدة لكن الأغلب يذهب إلى أنها تعود لكلمات فرنسية قديمة مثل (Garnir d'toupe, touper, toupe)، وتعني ضمناً وضع الشكيمة على الشفاه أي بمعنى منعه من الكلام، أو (pur ceo que le baron est estoppe a dire) وتعني منع الزوج من أن يقول شيئاً، وعبرت هذه الفكرة الحدود عن طريق بحر المانش عام ١٠٦٦ مع وليام الفاتح أو مع النورمانديين في رأي آخر^(٨)، ثم طبقها القضاء الإنجليزي، الذي لم يكن يعرف في ذلك الوقت مبدأ حسن النية، كوسيلة لاستقرار المعاملات المدنية، وذلك بغلق الباب أمام من اعترف أو أقر بحالة ما من الرجوع عن إقراره. وقد بدأ تطبيق هذه القاعدة في القرنين الثاني عشر والثالث عشر بشكل مبسط، ثم تحولت بمرور الوقت إلى مبدأ شامل لعدة أنواع من أنواع الإغلاق الحكمي، ثم أخذت بهذه القاعدة العديد من الأنظمة القانونية المقاربة كالقانون الأمريكي والأسترالي والاسكتلندي^(٩).

(٧) An estoppel, therefore, is an admission; or something which the law treats as equivalent to an admission, of an extremely high and conclusive nature - so high and so conclusive, that, the party whom it affects is not permitted to aver against it or offer evidence to controvert it."OLALEKAN V. WEMA BANK PLC (2006) 12, In The Supreme Court of Nigeria On Friday, the 7th day of July, 2006, S.C. 229/2000.

(٨) John Cartwright, Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, (July 2006), Electronic Journal of Comparative Law, Issue 2011, vol. 15.1, at <http://www.ejcl.org/index.asp> visited in 5-4-2015.

(٩) Bénédicte Fauvarque-Cosson, La confiance légitime et l'estoppel, vol. 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2007), <http://www.ejcl.org/113/article113-8.pdf> visited in 5-4-2015.

أما على مستوى الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني فقد تأخرت في تطبيق هذا المبدأ؛ لأنها تعتمد أصلاً على مبادئ مقارنة مثل حسن النية والوفاء وعدم التعسف في استخدام الحق وحماية الظاهر وغياب المصلحة في الخصومة^(١٠).

بيد أن هذه البلدان أخذت بمبدأ الإغلاق الحكمي حديثاً ولكن بصورة محدودة مع الاختلاف فيما بينها في الأساس الذي تستند إليه في التطبيق، فالقانون البلجيكي يأخذ بها باعتبارها تطبيقاً لمبدأ حماية الأمر الظاهر وحماية التوقعات المشروعة، والقانون الألماني والهولندي اعتماداً على مبدأ حسن النية، والقانون الفرنسي والسويسري على مبادئ حماية التوقعات المشروعة وحسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق^(١١).

وقد طبقت هذه القاعدة بصورة واسعة حديثاً في مجال التحكيم التجاري الدولي^(١٢). والتجارة الدولية^(١٣)، فقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي على أنه: لا يجوز الرجوع عن الإيجاب:

- أ - إذا تبين منه أنه لا رجوع عنه، سواء بذكر فترة محددة للقبول أو بطريقة أخرى، أو
ب - إذا كان من المعقول للمخاطب أن يعتبر أن الإيجاب لا رجوع عنه وتصرف على هذا الأساس^(١٤).

كما أخذت بها بعض القوانين العربية مثل قانون التحكيم السوري الذي ينص على أنه:

(١٠) Guillaume Weiszberg, ACTUALITÉ DE LA THÉORIE DE L'ESTOPPEL DANS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE, Autour d'un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 10 juillet 2007, [http://ft.jurispedia.org/index.php/Actualite%3%A9_de_la_th%C3%A9orie_del'estoppel_dana_la_jurisprudence_\(fr\)](http://ft.jurispedia.org/index.php/Actualite%3%A9_de_la_th%C3%A9orie_del'estoppel_dana_la_jurisprudence_(fr)) visited in 5-4-2015.

(١١) Avis de M. de Gouttes, Premier avocat general, cour de cassation, Arrêt n° 573 du 27 février 2009.

(١٢) مرتضى جمعة عاشور، الدفع بالاستتوبل للتحكيم التجاري الدولي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد ١٤، العدد ٤، كانون الثاني، ٢٠١٢، متوفر على موقع المجلة تمت الزيارة يوم ١٥-٤-٢٠١٥

(١٣) Gaillard, Emmanuel, L'Interdiction de se Contredire au Détriment d'Autrui comme Principe Général du Droit du Commerce International, Rev.d.Arb. 1985, at 241.

(١٤) المادة ٢/١٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، كما يمكن ملاحظة المواد: ٢/٢٩ و ٢/٤٧ و ٢/٦٣ و ٨٠ من الاتفاقية ذاتها.

"إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون يجوز الاتفاق على مخالفته دون أن يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق اعتبر ذلك نزولاً منه على حق الاعتراض" (١٥)، وقانون الإثبات العراقي الذي ينص على أنه: "إذا ناقض المقر ما كان قد أقر به سابقاً، كان هذا التناقض مانعاً من سماح دعواه أو دفعه" (١٦).

الفرع الثاني

تطبيق القاعدة في القضاء الدولي

تطبيق قاعدة (الإغلاق الحكمي) على الصعيد الدولي ضرورة يقتضيها الاستقرار في العلاقات الدولية المبنية على حسن النية والثقة بما يصدر من الدول في علاقاتها ببعضها البعض، لا سيما وأن الدول غالباً ما تبني سلوكها تجاه الغير على ما يصدر عنه من تصرفات، وعليه إذا سمح للدولة أن تنقض ما صرحت أو تصرفت به سابقاً تحت أية حجة كانت، فإنه على الأغلب سيسبب ضرراً للدول الأخرى التي اعتمدت على هذه التصرفات أو الإعلانات في انتهاج سياستها تجاه قضية ما. بيد أنه إذا لم يؤد التغيير في المواقف من قبل الدولة إلى الاضرار بدولة أخرى فهذا الأمر في الحقيقة مختلف عليه بين من يؤيد إثارة (الإغلاق الحكمي) في كل حالة وبين من يرى أنه لا يجوز إثارتها إلا في حالة وجود ضرر جراء هذا التناقض كما سنوضح ذلك لاحقاً.

ويمكن القول أن ضرورة تطبيق مبدأ الإغلاق الحكمي في القانون الدولي يتمثل في عدم وجود سلطة أو حكومة عالمية لإدارة العلاقات الدولية بصورة مستقرة، فيقع على عاتق الدول أن تسعى جميعاً لاستقرار هذه العلاقات على المستوى الدولي، وهذا لا يتأتى إلا بما عبرت عنه محكمة العدل الدولية بالقول: إن الثقة المتبادلة لا بد منها في العلاقات الدولية، ولا سيما في الوقت الذي تشابكت فيه العلاقات الدولية (١٧)، وعليه فإن على الدولة أن تتصرف دائماً بشكل مستقر وأن لا تناقض نفسها، وبما أن الدول تثق بتصرفات وتصريحات بعضها البعض فإن الدولة التي تتصرف أو تصرح

(١٥) المادة ٢٣ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨.

(١٦) المادة ٦٤ / ثانياً / أ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

(١٧) Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v Chad) (Merits) [1994] ICJ Rep 6, p.78).

بموقف ما تجاه قضية معينة عليها أن تعلم أن الدول الأخرى ستعتمد وتثق بحقيقة هذه التصرفات وثباتها، وإنها لا تستطيع إنكارها في وقت لاحق^(١٨).

إلا أن الإغلاق الحكمي في القانون الدولي يختلف في مضمونه عن الإغلاق الحكمي في القانون الداخلي^(١٩). وقد عبر عن ذلك القاضي (الفارو) في محكمة العدل الدولية بالقول بأن الإغلاق الحكمي في القانون الدولي لا يعكس بدقة مضمون الإغلاق الحكمي في القانون العام الإنجلو-أمريكي أو القانون اللاتيني^(٢٠)، وقد وصف (بومبروي) بعض عناصر للإغلاق الحكمي في القانون الإنجلو-أمريكي تصلح للتطبيق على المستوى الدولي وهي:

- ١ - وجود تصرف إن كان على شكل أفعال أو أقوال أو سكوت تجاه بعض الوقائع.
 - ٢ - يجب أن يكون الطرف على علم بهذه الوقائع.
 - ٣ - أن الطرف الذي يرغب بإثارة الإغلاق الحكمي لم يكن يعرف الحقائق المتعلقة بهذه الوقائع في ذلك الوقت.
 - ٤ - أن الطرف الذي يثار ضده الإغلاق الحكمي كان ينوي أو يتوقع أن الطرف الآخر سيعتمد على تصرفاته.
 - ٥ - يجب أن يكون الطرف المشتكي قد اعتمد فعلاً على تصرفات الطرف الآخر اعتماداً تسبب بضرر له^(٢١).
- والإغلاق الحكمي في القانون الدولي كما يذهب إلى ذلك (ماك جيبون) يقوم على حسن النية ومبدأ العدل في الالتزامات الدولية ووجود وعي بأن عدم الاتساق في التصريحات والتصرفات يكون له مردود سيئ على العلاقات الدولية^(٢٢).

(١٨) Ovchar, Alexander (2009) "Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ A principle promoting stability threatens to undermine it," Bond Law Review: Vol. 21: Iss. 1, Article 5., Available at: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol21/iss1/5> visited in 15-4-2015).

(١٩) MacGibbon, Estoppel in International Law, 7 International and Comparative Law Quarterly, (1958), p. 468.

(٢٠) the Temple of Preah Vihear (Cam. v. Thai.), 1962 I.C.J. 6, 39 (June 15).

(٢١) John Norton Pomeroy, LL.D., A treatise on equity jurisprudence, as administered in the United States of America; adapted for all the states, and to the union of legal and equitable remedies under the reformed procedure, (5th ed. 1941).p. 2591. At <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc2.arl:13960/t7vm4c994;view=1up;seq=811> visited in 15-4-2015.

(٢٢) MacGibbon, op.cit, 487.

ويمكن تلخيص الملامح الأساسية لهذه القاعدة في القانون الدولي والمقبولة بشكل عام بما عبر عنه القاضي (سبندر) في قضية معبد (برياه فيهياري) بالقول بما يعني أن مبدأ (الإغلاق الحكمي) يهدف إلى منع الدولة من الادعاء أمام المحكمة بما يخالف إقراراً واضحاً تم من قبل تلك الدولة لصالح دولة أخرى، بغض النظر إن كان هذا الإقرار صريحاً أو ضمنياً، وكان من شأنه اعتماد الدولة الأخرى على هذا الإقرار بما يسبب ضرراً لها، والأثر المترتب على قاعدة (الإغلاق الحكمي) هو أنه في حال توفر هذه المتطلبات فإن الدولة صاحبة الإقرار تمنع من الادعاء بمطالب لاحقة في نفس القضية تناقض ما أقرت به مسبقاً، بغض النظر عن مشروعية هذه الادعاءات من حيث المضمون.^(٢٣)

وتستند هذه القاعدة بشكل كبير على مبدأ حسن النية في العلاقات الدولية والذي يعتبر مبدأ مستقراً من مبادئ القانون الدولي؛ مما حدا بالبعض للاتجاه إلى اعتبار (الإغلاق الحكمي) هو الآخر مبدأ من مبادئ القانون العام المعترف بها من قبل الأمم المتحدة^(٢٤). وهذا ما يجرنا للبحث في الأساس القانوني لهذه القاعدة.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لقاعدة الإغلاق الحكمي

رغم استخدام الإغلاق الحكمي في القانون الدولي إلا أن هناك خلافاً حول الأساس القانوني لهذه القاعدة.

البعض يذهب إلى اعتبارها مبدأ من المبادئ العامة للقانون المشار إليها في المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية^(٢٥)، والبعض الآخر ذهبوا إلى أن الإغلاق الحكمي أساسه قاعدة عرفية مبنية على مبدأ حسن النية في العلاقات الدولية أو أنه تطبيق من تطبيقات هذا المبدأ^(٢٦)، في حين يذهب البعض إلى (أن الإغلاق الحكمي) في القانون الدولي يعتبر من المبادئ الحديثة التي لازالت في طور النشوء،

(٢٣) DISSENTING OPINION OF SIR PERCY SPENDER, Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962, p.131.

(٢٤) MacGibbon, The Scope of Acquiescence in International Law, 31 British Year Book of International Law, (1954), p.143.

(٢٥) Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Clarendon Press, (5th ed.) (1998), p.646.

(٢٦) MacGibbon, The Scope of Acquiescence in International Law", op.cit. p. 147.

ومن الصعب تصنيفه في الوقت الحاضر باعتباره من القانون الدولي العرفي، أو أنه من المبادئ العامة للقانون^(٢٧). والحقيقة وكما سنرى لاحقاً فإن بالإمكان القول أن هذا المبدأ تحول إلى قاعدة عرفية بموجب عدد لا حصر له من الأحكام القضائية الدولية.

محكمة العدل الدولية أشارت في قضية (خليج مين) إلى أن نظرية الإغلاق الحكمي ونظرية الإذعان كلاهما يتبع المبادئ الأساسية لحسن النية والإنصاف والتي تعود في أصولها إلى القانون الروماني والقانون العام، حيث إن هناك مبدأً معترفاً به في أغلب النظم القانونية يقضي بأنه: (لا يجوز لأحد أن يتصرف بما يناقض تصرفه السابق)^(٢٨)، وهذا يعني أن المحكمة طبقت القاعدة هنا باعتبارها من المبادئ العامة للقانون، ومع ذلك يذهب البعض إلى أنه من الصعب اعتبار الإغلاق الحكمي من المبادئ المشار إليها في المادة ٣٨، ولكن تتضافر عدة أمور تجتمع معاً لإيجاد أساس للإغلاق الحكمي وهي المبادئ العامة للقانون، السوابق القضائية، العرف الدولي، والأفضل اعتباره مبدأً قضائياً كما أيدته وطورته محكمة العدل الدولية على أساس حسن النية والإنصاف بالمقارنة مع نظرية مبادئ الانصاف في تحديد الحدود البحرية^(٢٩).

ونحن نميل إلى الرأي القائل أن الإغلاق الحكمي هو مبدأ من مبادئ القانون العامة المعترف بها في أغلب النظم القانونية العالمية، وربما يعترض البعض على ذلك بالقول أن الإغلاق الحكمي مبدأ معترف به في النظام الإنجلو-أمريكي فقط، أما النظام اللاتيني فلا يطبق هذه القاعدة، وربما تكون هذه الحجة صحيحة قبل عقود من الزمن، أما الآن فإن القضاء الفرنسي يأخذ بهذه القاعدة، وإن كان اللجوء إليها حديثاً نسبياً. فقد استندت محكمة النقض الفرنسية إلى هذه القاعدة عام ٢٠٠٥ في قضية عبدالرحمن كولشاني، حيث قضت بأن المدعي في الدعوى التحكيمية لا يجوز له أن يطالب ببطلان حكم التحكيم بعد أن رفع الدعوى، وإلا فإنه يكون قد وقع في دائرة التناقض^(٣٠). كما أشارت إليها نفس المحكمة في حكم آخر عارضت فيه تطبيق القاعدة، ليس لأنها لا تعترف بها بل للرد على شركة كلوك التي أرادت إثارة الإغلاق الحكمي في وجه شركة

SEPARATE OPINION OF JUDGE AJIBOLA, p.75, para. 96. (٢٧)

CASE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY IN THE GULF OF MAINE AREA, Judgment of 12 October 1984, para.130). (٢٨)

Megan L. Wagner, Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice, California Law Review, Volume 74 | Issue 5, P. 1774). (٢٩)

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 6 juillet 2005, 01-15.912, Publié au bulletin). (٣٠)

ميريال، فردت المحكمة بأن السلوك الإجرائي للشركة الاخيرة لم يشكل من الناحية القانونية تغييراً في موقفها، ومن ثم فإنه لا وجه لإثارة الإغلاق الحكمي^(٣١).

كما أن هذه القاعدة تطبق في العديد من القوانين الأوروبية، وأن كانت تحت مسميات أخرى ولكن يبقى المضمون واحداً^(٣٢)، وهو ما يعزز رأينا في أن القاعدة ترقى إلى أن تكون مبدأ من المبادئ المعترف بها عالمياً، وبالتالي تعتبر مصدراً من مصادر القانون تأخذ أساسها من المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

ولم يقتصر الخلاف على أساس القاعدة بل تعداه إلى طبيعتها القانونية، فهناك شيء من عدم الوضوح والثبات في الطبيعة القانونية للإغلاق الحكمي، فالقاضي فيترموريس اعتبر أن الإغلاق الحكمي قاعدة موضوعية^(٣٣)، في حين يرى آخرون أنها قاعدة إجرائية^(٣٤)، وهذا الاختلاف حول الطبيعة القانونية ناجم عن وجود مفهومين مختلفين للإغلاق الحكمي في القانون الدولي هما المفهوم الواسع والمفهوم الضيق. فطبقاً للمفهوم الواسع، فإن الإغلاق الحكمي يطبق ببساطة في حالة التناقض بين سلوك لاحق وسلوك سابق في موضوع من مواضيع القانون الدولي، حيث تقضي القاعدة بمنع الدولة من الادعاء أو التصرف بما يناقض قولاً أو سلوكاً سابقاً^(٣٥)، أما طبقاً للمفهوم الضيق، فإن الإغلاق الحكمي لا ينشأ إلا بوجود عناصر محددة تتمثل في الخطوط

(٣١) د. أسامة ابوالحسن مجاهد، التحكيم والنزاهة في التقاضي، قاعدة الإستoppel، ESTOPPEL، أمام القضاء الفرنسي، متوفر على الموقع تمت الزيارة يوم ١٠-٤-٢٠١٥.

<http://www.google.ae/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&sourceweb&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB4QFjAA&url>.

(٣٢) Elspeth Reid, Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in Scots Law, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006, Available in visited in 10-4-2015.

(٣٣) SEPARATE OPINION OF SIR GERALD FITZMAURICE, CASE CONCERNING THE TEMPLE OF PREAH VIHEAR, (CAMBODIA v. THAILAND), I.C.J., JUDGMENT OF 15 JUNE 1962, p.60; M a c G i b b o n, I.C., «Estoppel in International Law», op.cit., p. 512.

(٣٤) G u g g e n - h e i m, P., Traité de Droit International Public, I I, Genève, Librairie de l'Université, Georg, 1953, p. 158.

(٣٥) SEPARATE OPINION OF VICE-PRESIDENT ALFARO, CASE CONCERNING THE TEMPLE OF PREAH VIHEAR, (CAMBODIA v. THAILAND), I.C.J., JUDGMENT OF 15 JUNE 1962, p. 39.

الأساسية التي وضعها القانون الإنجلو-أمريكي للإغلاق الحكمي^(٣٦). وقد حسمت محكمة العدل الدولية هذا الجدل لصالح المفهوم الأخير، وقررت في أكثر من قضية أن الإغلاق الحكمي ينشأ بنفس شروط نشوء (الإغلاق الحكمي في القانون العام)^(٣٧).

^(٣٦) B o w e t t, D. W., «Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence, B. Y.I.L., 1957, p. 176.

^(٣٧) Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v Serb?Croat?Slovene) [1929] PCIJ (ser.A) No 20, 38 ('Serbian Loans').; Case concerning the BarcelonaTraction, Light and Power CompanyLimited,Preliminary Objections, ICJ Reports 1964, pp. 24-25; ContinentalShelf CasesNorth Sea, ICJ Reports 1969, p. 26;Military andparamilitary activities in Nicaragua, Jurisdiction and Admissibility,ICJ Reports1984, p.415; Land border dispute, Island and Maritime, FRONTIER DISPUTE EL SALVADOR/HONDURAS: NICARAGUA INTERVENING, I.C.J., Judgment of 11 September 1992, p.118.

المبحث الثاني شروط إثارة الإغلاق الحكمي

لإثارة الإغلاق الحكمي في القانون الدولي لابد من تحقق ثلاثة شروط، الأول وجود تصرف أو تصريح واضح وغير غامض من إحدى الدول، والثاني أن يكون التصرف من سلطة مخولة، والثالث اعتماد طرف آخر على هذا التصرف وبحسن نية بما يتسبب عنه ضرر له^(٣٨).

المطلب الأول وجود تصرف أو تصريح واضح وثابت

على الدولة التي تثير قاعدة الإغلاق الحكمي أن تثبت وجود تصريح أو تصرف من قبل دولة أخرى يمتاز بالدقة والوضوح، وأن تثبت أنها قد تصرفت إيجاباً أو سلباً بناء على ذلك التصرف، وأخيراً عليها أن تثبت أن وضعها ومركزها قد تغير تبعاً لذلك تغيراً ضاراً بها، فإذا ما اجتمعت هذه العناصر فإن الدولة التي قامت بالتصريح أو التصرف تمنع لاحقاً من الرجوع عن موقفها الأول^(٣٩).

ويمكن إثارة الإغلاق الحكمي بناء على تصريح أو تصرف أو سلوك مهما كان نوعه، حيث لا يشترط لذلك شكلاً محدوداً وكل ما يجب أن يكون عليه السلوك هو أن يكون واضحاً ولا يثير غموضاً أو التباساً، فمثلاً في قضية القروض الصربية ردت المحكمة طلب صربيا بإثارة الإغلاق الحكمي تجاه فرنسا؛ لأن التصرف الفرنسي لم يكن واضحاً بحيث تستطيع الدولة الاعتماد عليه^(٤٠).

والإعلان أو التصرف الإيجابي يجب أن يكون دقيقاً وواضحاً ويتوافق مع الإعلانات الأخرى للدولة، وهذا ما أكدت عليه المحكمة في قضية (القروض الصربية) بالقول: "أن الإعلان يجب أن يكون واضحاً ودقيقاً لإثارة قاعدة الإغلاق الحكمي"^(٤١).

A. VAMVOUKOS, TERMINATION OF TREATIES IN INTERNATIONAL LAW: THE DOCTRINES OF Rebus Sic Stantibus AND Desuetude 294 (1985); Bowett, Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence, 33 British Year Book of International Law, (1957), p.176

Megan L. Wagner, op.cit., p. 1774.) (٣٩)

Serbian Loans case, op.cit., p. 39; also Military and Paramilitary Activities in Nicaragua op.cit., p.414. (٤٠)

Payment of Various Serbian Loans Issued in France, op.cit., p.38. (٤١)

وفي قضية (الجرف القاري في بحر الشمال) قضت المحكمة أن بالإمكان إثارة قاعدة الإغلاق الحكمي ضد ألمانيا فقط إذا كان قبولها للاتفاقية واضحاً وثابتاً بصورة لا تقبل الشك، وأن مجرد مشاركتها في الأعمال التحضيرية لمشروع الاتفاقية والتصرف بموجب ذلك لا يحقق المعيار المطلوب لإثارة (الإغلاق الحكمي) الذي لابد لإثارته تجاه ألمانيا "وجود تصرف محدد وواضح وثابت بصورة لا تقبل الشك" (٤٢).

وكذلك في قضية (النزاع على الحدود البحرية) بين السلفادور وهندوراس ونيكارجوا حيث أكدت المحكمة بأن إعلانات نيكارجوا لا تثير قاعدة الإغلاق الحكمي لأنها "إعلانات غير واضحة وغير ثابتة وليست سوى بيانات وأفكار غامضة" (٤٣).

وفي قضية (الأعمال العسكرية وغير العسكرية ضد نيكارجوا) بينت المحكمة أن قاعدة (الإغلاق الحكمي) تثور عند وجود تصرف أو إعلانات أو ما شابهها على أن تكون "دقيقة وواضحة وثابتة لا يعترها الشك" (٤٤).

ونفس الأمر في قضية (الحدود البرية والبحرية بين الكاميرون ونيجيريا) قضت المحكمة أن إثارة الإغلاق الحكمي ممكنة فقط إذا ما كانت الكاميرون قد أظهرت "بشكل واضح تماماً عن طريق تصرفاتها أو إعلاناتها أنها كانت قد وافقت على تسوية النزاع الحدودي المطروح أمام المحكمة بالطرق الثنائية فقط"، وبما أن المحكمة لم تتوصل إلى مثل هذه القناعة فإنها رفضت اللجوء إلى قاعدة الإغلاق الحكمي (٤٥).

وعلى العكس، ففي قضية (الوضع القانوني لجرينلاند) قضت المحكمة أن الإعلان الصادر من وزير النرويج للشؤون الخارجية أوضح أن المنطقة بأكملها تعود إلى الدانمارك، ولأن مثل هذا البيان واضح وديق ويتوافق مع الإعلانات النرويجية السابقة، فإن هذا الإعلان يمكن أن يثير (الإغلاق الحكمي) (٤٦).

وفي القرار التحكيمي الصادر من قبل ملك أسبانيا عام ١٩٠٦، ادعت هندوراس أنه بقبول تعيين الحكم فإن نيكارجوا ممنوعة من مناقشة مسألة اختصاصه، وقد اتفقت المحكمة في هذا الأمر مع هندوراس بالقول: "أن نيكارجوا، بقبولها الصريح

(٤٢) Continental Shelf Cases North Sea, op.cit., p.27.

(٤٣) (El Salvador v Honduras) (Application For Permission To Intervene) [1990] ICJ Rep 92.

(٤٤) (Nicaragua v United States of America) (Jurisdiction) [1984] ICJ Rep 392, 415.

(٤٥) (Cameroon v Nigeria) (Jurisdiction) [1998] ICJ Rep 275, 304.

(٤٦) (Denmark v Norway) [1933] PCIJ (ser A/B) No 53 ('Legal Status of Eastern Greenland'), 73.

وبتصرفها الواضح، اعترفت أن حكم التحكيم صالح وإنها لم يعد بإمكانها أن تتراجع عن هذا الاعتراف وتمانع في صلاحية ذلك الحكم^(٤٧).

وفي قضية التجارب النووية، طلبت أستراليا من المحكمة أن تحكم بعدم قانونية التجارب الفرنسية النووية في المحيط الهادي، وكانت فرنسا قبل تقديم القضية للمحكمة قد أصدرت مجموعة من التصريحات التي تفيد بأن هذه التجارب ستكون الأخيرة من نوعها، وقد قضت المحكمة بأن هذه التصريحات ملزمة لفرنسا، وأن التصريح لكي يكون ملزماً فإن السؤال الوحيد ذا الصلة هو فيما إذا كانت اللغة المستخدمة في التصريح تكشف عن نية واضحة^(٤٨).

أما شكل السلوك فيمكن أن يكون وعداً، أو تصريحاً بشأن واقعة ما. ففي قضية التجارب النووية السابقة ألزمت المحكمة فرنسا بتصريحاتها بأن التجارب النووية ستنتهي حالاً. ورغم أن المحكمة لم تستخدم عبارة (الإغلاق الحكمي) إلا أنها أكدت في قرارها بأنه: "كما أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في قانون المعاهدات تقوم على حسن نية، كذلك نفترض في الإعلان الانفرادي أن يكون ملزماً للدولة"^(٤٩)، وهذا يعني أن المحكمة ألزمت الدولة التي أصدرت إعلاناً انفرادياً أن تتصرف بما يتفق وهذا الإعلان، وهذا هو نفسه مضمون الإغلاق الحكمي. ومع ذلك فإن هناك الكثير من الكتاب يميزون بين الإغلاق الحكمي وبين الأعمال الانفرادية وخصوصاً الوعد، (فيدلر) مثلاً يذهب إلى أن الوعد ملزم للدولة ولكن ليس على أساس الإغلاق الحكمي؛ ذلك أنه لا المبادئ العامة ولا قانون المعاهدات - على حد قوله - يعطي إجابة شافية للالتزام بالوعد من جانب واحد، كما أنه لا توجد إجابة على ذلك بالإشارة إلى حسن النية أو إلى الإغلاق الحكمي^(٥٠). (باويت) من جانبه أيضاً يرى أنه لا يشترط للإغلاق الحكمي

(٤٧) Nicaragua, by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and it is no longer open to Nicaragua to go back upon that recognition and to challenge the validity of the Award", (Honduras v Nicaragua) [1960] ICJ Rep 192 ('Arbitral Award Made by the King of Spain).p.25.

Nuclear Tests (Austl. v. Fr.), 1974 I.C.J., p.268).

Ibid.

Fiedler, Zur Verbindlichkeit eisetiger Versprechen im Volkerrecht, 19 German Yearbook of International law (1976), p. 35,quoted in Megan L. Wagner, Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice, California Law Review, Volume 74, Issue 5, p.1782.

وجود وعد بل يكفي لإثارته وجود تأكيد لا لبس فيه حول واقعة ما، وحسن نية من الدولة التي اعتمدت على هذا التأكيد^(٥١).

والحقيقة أن التمييز بين التصريح والوعد ليس دائماً الواضح، وقضية التجارب النووية تعطينا مثلاً جيداً في التشابه بين الحالتين، فالإعلان الفرنسي بإنهاء التجارب النووية يمكن أن ينظر إليه باعتباره وعداً بإنهاء هذه التجارب أو تصريحاً بأن التجارب النووية ستنتهي، ولذا يرى البعض أنه كما أن التصريح بأمر ما يكون ملزماً بسبب الإغلاق الحكمي، كذلك الوعد يمكن أن يكون ملزماً بسبب الإغلاق الحكمي أيضاً^(٥٢).

المطلب الثاني

صدور الفعل أو التصريح من سلطة مخولة

العنصر الثاني من عناصر (الإغلاق الحكمي)، أن التصريح أو السلوك يجب أن يصدر من شخص مخول ويملك صلاحية الفعل أو التصريح، فإذا لم يتوفر هذا العنصر، فلا يمكن إثارة الإغلاق الحكمي حتى وإن كان التصريح واضحاً وثابتاً. والتحويل يكون صحيحاً فقط إذا تم بواسطة شخص أو هيئة تعامل باسم الدولة، وهذا ما دفع المحكمة في قضية برشلونه إلى عدم الأخذ بمطلب أسبانيا لإثارة الإغلاق الحكمي بناء على سلوك الجماعات الخاصة، لأن هذا السلوك ينسب إلى تلك الجماعات وليس إلى الدولة^(٥٣).

وعلى العكس لما أثير هذا الأمر في قضية الوضع القانوني لجرينلاند الشرقية، قضت المحكمة بأن: "مثل هذا الرد من وزير خارجية على طلب من ممثل رسمي لدولة أخرى حول مسألة تقع ضمن اختصاصه يكون ملزماً لدولته"^(٥٤).

والحقيقة أن هذا الشرط ربما لا يثير إشكالاً إذا كان التصرف أو التصريح من أحد الأشخاص الذين نصت عليهم اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، وهم رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية^(٥٥)، لكن الإشكال يثور حين يقوم بذلك أشخاص آخرون لم تذكرهم اتفاقية فينا، ولكن جرى العمل حديثاً على أنهم يمكن أن يلزموا

(٥١) Rubin, The International Legal Effects of Unilateral Declarations, 71 American Journal of International Law, (1977), p.17.

(٥٢) Megan L. Wagner, op.cit. P. 1782.

(٥٣) Case concerning the Barcelona Traction, op.cit., p. 24.

(٥٤) Legal Status of Eastern Greenland, op.cit., 71.

(٥٥) المادة ٧ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

دولهم كوزراء البيئة والعمل والصحة، أو أن يقوم به موظف عادي في جهاز من أجهزة الدولة، لأنه في نظام المسؤولية الدولية يسند الفعل إلى الدولة إذا قام به أحد منتسبي السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، فهل يمكن إثارة الإغلاق الحكمي تجاه الدولة بناء على تصرف أي من موظفيها؟ الحقيقة أنه من الصعب الجواب هنا بالإيجاب وغلق الباب أمام الدولة في الادعاء بحقوقها نتيجة تصرف موظف صغير في أحد أجهزتها، وبالتالي نرى أن نظام المعاهدات الدولية هو الذي يسري على هذه الحالة وهو أن تتوفر شروط تعبير الدولة ارتضاءها الالتزام بمعاهدة دولية على مسألة الإغلاق الحكمي؛ لأن الدولة سيقع عليها التزام في الحالتين، بكلمة أخرى لا بد لإثارة الإغلاق الحكمي أن يكون التصريح أو الفعل من شخص مخول بإلزام دولته على الصعيد الدولي كما هو الحال في قانون المعاهدات، ولا يكفي إسناد الفعل إلى الدولة كما هو الحال في نظام المسؤولية الدولية، ويعزز رأينا ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية حين استندت كندا في قضية خليج مين على سلوك موظف صغير، فإن المحكمة أشارت إلى أن تصرف هذا الموظف لا يمكن أن ينسب إلى حكومة الولايات المتحدة الأمريكية، وردت على طلب كندا الذي اعتبرت فيه تصرفات هذا الموظف إقراراً من الحكومة الأمريكية بالقول أن هذا الموظف ليس لديه اختصاص تمثيل الولايات المتحدة في القضايا الخارجية، وعليه فقد أيدت المحكمة وجهة النظر الأمريكية وقضت بأنه كان من الواجب على كندا أن لا تستند إلى سلوك موظف صغير في شؤون الأراضي للتصرف في مسائل كبيرة تخص الحدود بين الدولتين^(٥٦).

المطلب الثالث

اعتماد الطرف الذي يثير الإغلاق الحكمي على سلوك الدولة

ويتمثل ذلك بقيام الدولة بفعل أو الامتناع عن فعل اعتماداً على سلوك الدولة الأخرى، وعلى الدولة التي تثير الإغلاق الحكمي أن تثبت بأن تصرفها الإيجابي بالقيام بفعل أو السلبي بالامتناع عن فعل كان سببه الحقيقي سلوك الدولة الأولى^(٥٧). وأغلب القرارات القضائية تقضي بأنه لإثارة الإغلاق الحكمي لا بد أن يثبت ذلك

CASE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY IN THE GULF OF MAINE AREA, op.cit., p.308. (٥٦)

Hans DAS, L'ESTOPPEL ET L'ACQUIESCENCE: ASSIMILATIONS PRAGMATIQUES ET DIVERGENCES CONCEPTUELLES, REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL 1997.2, p. 615. (٥٧)

الطرف أنه قد تصرف بناء على تصريحات وسلوك الطرف الثاني بما يضره هو أو بما يفيد الطرف الآخر، أي أن الأمر لا يقتصر فقط على وجود ضرر متحقق لهذا الطرف، بل أيضاً بوجود فائدة مضافة للطرف الآخر على حساب الطرف الأول.

ففي قضية القروض الصربية، قررت المحكمة أنه لا توجد أسس كافية لإثارة (الإغلاق الحكمي)، لعدم حدوث أي تغيير على وضع الدولة المدعية^(٥٨). وفي قضية بحر الشمال أشارت المحكمة إلى أن سلوك ألمانيا الاتحادية يجب أن يتسبب بضرر للدانمارك أو هولندا باعتمادهما على هذا السلوك^(٥٩). كما أشارت إلى ذلك في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارجوا، حيث قالت أن التصريح يجب أن يكون قد تسبب في تغيير الوضع أو الإضرار بدولة أخرى بالاعتماد على هذا التصريح^(٦٠). وفي قضية النزاع حول الحدود البحرية بين السلفادور وهندوراس قضت المحكمة أنه لكي يثار الإغلاق الحكمي، يجب أن تكون الدولة قد اعتمدت على سلوك دولة أخرى بما يسبب لها الضرر أو الفائدة للدولة صاحبة السلوك^(٦١). وفي قضية الحدود البرية والبحرية بين نيجيريا والكاميرون، ادعت نيجيريا أن الكاميريون ممنوعة من اللجوء إلى المحكمة وذلك بسبب سلوكها السابق، وفي ردها على هذا الادعاء بينت المحكمة: إن (الإغلاق الحكمي) ينشأ فقط إذا كانت الكاميريون بسبب سلوكها أو تصريحاتها قد بينت بشكل واضح لا لبس فيه أنها تريد حل الخلافات الحدودية فقط عن طريق المعاهدات الثنائية واعتماد نيجيريا على هذه التصريحات أو التصرفات، بطريقة أدت إلى الإضرار بها^(٦٢). وفي قضية معبد (برياه فهير) أكد القاضي (فيتز مورس) في رأيه المنفصل بأن الشرط الأساسي لإثارة الإغلاق الحكمي هو أن تكون الدولة التي تطالب بإثارته تجاه دولة أخرى تكون قد اعتمدت على تصريحات أو تصرفات ذلك الطرف بما يسبب ضرراً لها أو فائدة للدولة صاحبة السلوك على حسابها^(٦٣). وهو ما ذهب إليه القاضي (كو) في رأيه المنفصل بالقول

Serbian Loans, op.cit., p. 39. (٥٨)

North Sea Continental Shelf (Denmark v Federal Republic of Germany; Netherlands v Federal Republic of Germany) [1969] ICJ Rep 4, 120. (٥٩)

(Nicaragua v United States of America) (Jurisdiction), op.cit., 414. (٦٠)

(El Salvador v Honduras) (Application by Nicaragua to Intervene) [1990] ICJ Rep 3, 118. (٦١)

(Cameroon v Nigeria) [1998] ICJ 275. (٦٢)

CASE CONCERNING THE TEMPLE OF PREAH VIHEAR, SEPARATE OPINION OF SIR GERALD FITZMAURICE, op.cit., p.63 (٦٣)

أن من الأسس القانونية للإغلاق الحكمي هو اعتماد أحد الأطراف على تصرفات طرف آخر بما يسبب له ضرراً أو للآخر فائدة^(٦٤). وكذلك القاضي (سبندر) بالقول: إن الدولة التي تثير الإغلاق الحكمي يجب أن تكون قد تضررت أو أن الدولة التي أصدرت التصريح قد استفادت منه^(٦٥).

ويذهب البعض إلى أن موقف المحكمة من هذا الأمر غير ثابت بحجة أنها في قضايا أخرى لم تشترط وجود الاعتماد الضار لإثارة الإغلاق الحكمي، مشيرين في ذلك إلى قضية الوضع القانوني لجرينلاند الشرقية الذي قضت فيه المحكمة بوجود التزام النرويج بتصريح وزير خارجيتها، وبأن الضرر الناجم عن الاعتماد على مثل هذا التصريح ليس شرطاً لإثارة الإغلاق الحكمي^(٦٦).

وقد علقت (روزالين هيجنز) على هذا القرار بالقول أنه لا يشترط ربط الالتزام القانوني بوجود ضرر، وأن الاعتماد الضار لا تشترطه المحكمة كما هو الحال في قضية النرويج والدنمارك، فعلى الرغم من أن الدانمارك اعتمد على تصريح النرويج إلا أنه لم ينتج عن هذا الاعتماد أي ضرر^(٦٧). كما عبر عن ذلك (ماكشير) بالقول أن هذه القضية تظهر أن الاعتماد الضار لا يشترط لإثارة الإغلاق الحكمي^(٦٨).

والأمر نفسه تكرر في قضية حكم التحكيم من قبل ملك أسبانيا، فقد أثير الإغلاق الحكمي عندما ألزمت نيكارجوا بتصريحها الذي اعترفت فيه بصلاحية حكم التحكيم الصادر من ملك أسبانيا، مع أن هندراوس لم تتضرر في حقيقة الأمر من اعتمادها على هذا التصريح، حيث انتقد القاضي الخاص المعين من قبل نيكارجوا في رأيه المعارض هذا الاتجاه بالقول: إنه لا يمكن إثارة الإغلاق الحكمي لأن هندوراس لم يصعبها أي ضرر باعتمادها على تصريح نيكارجوا^(٦٩).

ومن الأحكام والتعليقات السابقة تختلط ضرورة وجود الاعتماد مع ضرورة وجود الضرر، فالاعتماد شرط متفق عليه، أما اشتراط كون هذا الاعتماد قد تسبب

Ibid., (Dissenting Opinion of Judge Koo), p.97. (٦٤)

Ibid., (Dissenting Opinion of Judge Spender), p.143. (٦٥)

Legal Status of Eastern Greenland, p.843. (٦٦)

Dame Rosalyn Higgins, Problems & Process: International Law and How We Use It (Clevedon Press, Oxford, 1994), p. 36. (٦٧)

Lord McNair, op.cit., p.485. (٦٨)

Arbitral Award Made by the King of Spain, 222, (Dissenting Opinion of Judge Holguin). (٦٩)

بضرر ما فهذا أمر غير متفق عليه تماماً، ونحن نرى أن الضرر المتحقق هو الذي يثير الإغلاق الحكمي، أما ما يقال أن محكمة العدل الدولية لم تشترط الضرر في بعض القضايا فالحقيقة أنها في هذه القضايا لم تكن في معرض التدقيق في الإغلاق الحكمي وإنما في العمل الانفرادي كمصدر للالتزام. والغموض يأتي من الخلط عند البعض بين التصريحات التي تثير الإغلاق الحكمي، وذلك بوجود رد فعل واعتماد من طرف آخر على هذه التصريحات مع تحقق ضرر، وهو شرط ذهبت إليه المحكمة في جميع أحكامها وبين الأعمال الانفرادية التي تلزم الدولة بمجرد إعلانها دون النظر إلى رد فعل الدول الأخرى، وهذا هو الذي أشارت إليه المحكمة في مناسبات عدة واعتبرته ملزماً للدولة دون تحقق ضرر من الطرف المعتمد عليه؛ لأن العمل الانفرادي لا يحتاج أصلاً لتحقيقه وتحقيق إثارة إلى ردة فعل طرف آخر؛ لأنه ببساطة عمل انفرادي والتزام يتم بإرادة منفردة^(٧٠).

ومع هذا الوضوح في الفرق بين الإغلاق الحكمي والعمل الانفرادي إلا أن هناك من يذهب إلى أنه لا فرق بينهما، منهم (براون) الذي يرى أن جهود بعض الكتاب للتمييز بين الإغلاق الحكمي والعمل الانفرادي لا يزيد الأمر سوى غموضاً، فمثلاً في قضية التجارب النووية الفرنسية التي يرى البعض أنها تدخل في نطاق الأعمال الانفرادية وليس الإغلاق الحكمي، هي في حقيقة الأمر قبول من المحكمة بإثارة الإغلاق الحكمي دون اشتراط تحقق ضرر للدولة التي اعتمدت على تصريحات فرنسا^(٧١).

كما أن هناك تساؤلاً آخر ينشأ بصدد اعتماد الدولة على تصريح أو سلوك دولة، وهو: هل كان على الدولة التي تصرفت بناء على سلوك دولة أخرى أن تتثبت من نية تلك الدولة من وراء هذا السلوك، أي هل تنظر إلى السلوك من الناحية الموضوعية فقط أم يجب أن تنظر إليه من الناحية الشخصية لترى نية الدولة من وراء ذلك السلوك لكي تتصرف على أساسه؟ ذلك أن الدولة صاحبة السلوك يمكن أن تحتج بأنها لم تكن تقصد في سلوكها ما فهمته الأطراف الأخرى، وأن الدولة التي اعتمدت على سلوكها لتغيير أوضاعها القانونية قد تجاوزت صلاحياتها في تفسير هذا السلوك

(٧٠) Ales Weingerl, Definition of Unilateral Acts of States, p.5, at: http://www.esilse-di.eu/sites/default/files/Weingerl_0.PDF visited in 10-4-2015).

(٧١) Christopher Brown, 'A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law' (1995) 50 University of Miami Law Review 369, p.408.

وفهمه، وأن ما أصابها من ضرر لم يكن من جراء سلوكها وإنما جراء سوء فهم الدولة الأخرى لهذا السلوك.

من خلال استقراء الأحكام السابقة يمكن الإجابة على هذا السؤال بأن الدولة غير ملزمة بالبحث عن النية الحقيقية للدولة، وأن السلوك الواضح وغير الغامض يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس بأن نية الدولة قد اتجهت إلى ما يتبين من ظاهر السلوك نفسه، ولأجل هذا جاء شرط الوضوح وعدم الغموض لكي لا تقع الدول في التفسير المتناقض. فالمحكمة في قضية التجارب النووية الفرنسية مثلاً اعتمدت المعيار الموضوعي وليس المعيار الشخصي، أي أن المحكمة لم تبحث عن النية الحقيقية لفرنسا في هذه المسألة بل اعتمدت على الإعلان نفسه الذي يكشف عن نية فرنسا إنهاء التجارب النووية، بغض النظر عن إثبات هذه النية أو تفنيدها بقرائن أخرى خارج نطاق التصريحات. ومعيار وضوح النية في التصريحات هو نفسه معيار الوضوح والثبات في القضايا السابقة والذي يجعل الدولة التي تثير الإغلاق الحكمي قد تصرفت فعلاً اعتماداً على هذه التصريحات الواضحة^(٧٢).

الشق الثاني من هذا القسم يتمثل في تحقق ضرر للدولة بسبب اعتمادها على سلوك الدولة الأخرى.

NUCLEAR TESTS CASE (NEW ZEALAND v. FRANCE), I.C.J., JUDG- (٧٢)
MENT OF 20 DECEMBER 1974, p.471).

المبحث الثالث

مدى اعتبار السكوت إقراراً ضمناً لإثارة الإغلاق الحكمي

رغم أن قاعدة الإغلاق الحكمي لا ترتبط بالسكوت وحده، إلا أن أغلب القضايا التي أثّرت فيها قاعدة الإغلاق كانت على أساس القبول الضمني المتمثل بالسكوت، رغم أن السكوت في القانون الدولي من الصعب تفسيره بأنه موافقة على الالتزام، وكما عبرت عن ذلك محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية مراسيم الجنسيات، بأن القيود على سيادة الدولة لا تفترض في القانون الدولي^(٧٣)، رغم وجود حالات أخرى - وإن كانت نادرة - يولد السكوت فيها آثاراً قانونية، فبموجب اتفاقية فينا لقانون المعاهدات فإن الصمت الذي تبديه دولة نحو تحفظ قامت به دولة أخرى لمدة اثني عشر شهراً يعتبر قبولاً بهذا التحفظ^(٧٤)، كما ذهب اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢ إلى أنه إذا تقدمت الدول أو المنظمات الدولية المختصة بطلب لإجراء أبحاث علمية لدى السلطات المختصة في المنطقة الاقتصادية الخالصة لدولة ما، فإن صمت هذه السلطات لمدة أربعة أشهر يعتبر قرينة على الموافقة ويتيح لتلك الدولة أو المنظمة المختصة المباشرة بالبحث العلمي بعد ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب^(٧٥).

قرار المحكمة السابق ذكره بأن القيود على سيادة الدولة لا تفترض، وهذه الحالات التي ذكرناها من بين حالات أخرى يثير السؤال في معرض قاعدة الإغلاق الحكمي عن مدى إمكانية إثارة هذه القاعدة بمجرد السكوت، وهذا ما سنبحثه في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

إثارة الإغلاق الحكمي استناداً إلى السكوت في الفقه الدولي

أسس التحكيم والقضاء الدولي في مناسبات عديدة الإغلاق الحكمي على السكوت وذلك في الحالات التي كان هذا السكوت يمثل في رأي المحكمة تصرفاً واضحاً لا لبس فيه تجاه قضية ما، كما هو في قضية المعبد^(٧٦)، وخليج

(٧٣) Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (French Zone), Advisory Opinion, 1923 P.C.I.J. (ser. B) No. 4.

(٧٤) المادة ٢٠ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، الفقرة الخامسة.

(٧٥) المادة ٢٥٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.

(٧٦) CASE CONCERNING THE TEMPLE OF PREAH VIHEAR, op.cit., p.31.

مين^(٧٧)، على اعتبار أن قبول الدولة بمسلك دولة أخرى حول قضية ما يمكن أن يستنتج من خلال سكوتها وعدم احتجاجها^(٧٨)، ولذلك كثيراً ما ترتبط قاعدة الإغلاق الحكمي في القانون الدولي بالإقرار الضمني أو ما يمكن تسميته عدم الاحتجاج^(٧٩).

وقد أيد العديد من كتاب القانون الدولي هذا الاتجاه، منهم (لوترباخ) الذي قال: أن غياب الاحتجاج يمكن أن يكون هو نفسه مصدراً للحق القانوني في العلاقة مع (الإغلاق الحكمي)^(٨٠)، و(باير) الذي قال: أن السكوت يمكن أن يمثل موافقة ضمنية وهو ما يشكل قبولاً أو اعترافاً^(٨١)، و(الياس) الذي عبر عن وجهة نظر مشابهة بالقول بأنه: يجب أن تمنع الدولة من الاحتجاج لاحقاً على أي شيء كانت على علم به ولكنها أذعن أو أقرت به، فالإغلاق الحكمي ينطوي على الموثوقية، وحسن النية والقطعية والاستقرار والاتساق في العلاقات الدولية^(٨٢)، وكما عبر عن ذلك القاضي (انزيلوتي) أيضاً بالقول: إن السكوت من قبل دولة ما يعني الرضا بالأمر الذي ابلغت به أو سبق علمها به^(٨٣)، و(فيريكوز) بالقول: إن من المسلم به عموماً أن الصمت الطويل بدون سبب، مساوٍ ومعاادل للموافقة^(٨٤).

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى اتفاقية فينا التي نصت على أنه: "ليس للدولة، بعد وقفها على الوقائع، أن تتمسك بسبب من أسباب إبطال المعاهدة أو انقضائها أو الإنسحاب منها أو إيقاف العمل بها، إذا وافقت صراحة على أن المعاهدة

CASE CONCERNING THE GULF OF MAINE, op.cit., p. 305. (٧٧)

Stein, The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law, 26 HARV. INT'L L.J. (1985), p. 457. (٧٨)

الاحتجاج هو الإجراء الذي تلجأ إليه الدول لتأكيد رفضها سلوك دولة أخرى وإثبات عدم رضاها، انظر في تعريف الاحتجاج: حيدر أدهم الطائي، الاحتجاج في القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢، ص ٣١. (٧٩)

Hersch Lauterpacht, The Scope of Acquiescence in International Law)), British Year Book of International Law, vol. XXIX, 1954, p. 147. (٨٠)

Michael Byers, in: Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law (1999), p.106. (٨١)

Elias, The Modern law of Treaties, 1974, p. 141, quoted in SEPARATE OPINION OF JUDGE AJIBOLA, op.cit, p. 70. (٨٢)

Anzilotti, Cours de droit international, French translation by Gilbert Gidel, Paris, 1929, p. 344. (٨٣)

Verykios, P.A. La Prescription en droit international public (Paris: A. Pedone, 1934). p. 26. (٨٤)

صحيحة أو أنها ما تزال نافذة أو أن العمل بها مستمر، أو إذا اعتبرت بسبب سلوكها أنها قبلت بصحة المعاهدة أو ببقائها نافذة^(٨٥).

فالإقرار إذن يمكن أن ينظر إليه بأنه تصرف سلبي يتمثل بالسكوت أو التواضع أو عدم الاحتجاج على سلوك دولة أخرى والذي يمثل قبولاً ضمنياً يمكن أن يفسره طرف آخر بأنه رضا^(٨٦)، وعليه فإن السكوت يمكن أن يلزم الدولة إذا توافرت شروط الإغلاق الحكمي التي أشرنا إليها، أم إذا لم تتوفر شروط الإغلاق الحكمي فالإقرار يمكن أن يبقى له أثر قانوني ولكن ليس قطعياً، وعليه فإن نتائج السكوت يمكن أن تتراوح بين القناعة والقطعية حسب توفر شروط إثارة الإغلاق الحكمي من عدمها^(٨٧). ودرجة الأهمية التي يمنحها القضاء للسكوت تعتمد على مدى وضوح نية الدولة أولاً، ثم على مدى الاعتماد من قبل الدول الأخرى على هذا السكوت ثانياً، ثم على الضرر الناجم عن هذا الاعتماد ثالثاً. وتعتمد نتائج القانونية على الظروف الملابسة ما بين أداة مساعدة للتفسير والإثبات أو مصدر للإلزام القانوني^(٨٨).

وعليه فالسكوت لا يتضمن بالضرورة الرضا، وإنما يتحدد ذلك وفقاً لظروف كل حالة، فالسكوت الذي يمكن تفسيره بأنه قبول أو رضا ضمني يكون في الحالة التي كان يجب على الدولة أن تبدي عدم رضاها عن وضع ما بصورة صريحة، لأن السكوت وعدم الاحتجاج في معرض الحاجة يعتبر قبولاً أو رضا^(٨٩)، وهذا ما قصدته

(٨٥) المادة ٤٥ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

(٨٦) CASE CONCERNING THE GULF OF MAINE, op.cit., p. 305.

(٨٧) MacGibbon, op.cit., p. 502.

(٨٨) FRONTIER DISPUTE EL SALVADOR/ HONDURAS: NICARAGUA INTERVENING, I.C.J., op.cit., pp. 401 and 563.

(٨٩) Cahier, Philippe, Le comportement des états comme source de droits et d'obligations, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 254; Venturini, G., « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux », Recueil des cours. t. 112 (1964) p. 363.

وهناك قاعدة أصولية في الشريعة الإسلامية تنص على أنه: لا ينسب لسكوت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان، وتعني أنه لا يبنى على السكوت معنى ويؤخذ به، ولكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان وتصديق وقبول لما ذكر. وردت هذه القاعدة في كتاب درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، المادة ٤٣٨، ص ٤٧٨، متوفر على الموقع <http://ia801506.us.archive.org/29/items/FP61352.pdf> تمت الزيارة يوم ١٠-٤-٢٠١٥

des Etats», R.C.A.D.I., t. 112, 1964, I I, p. 376.

المحكمة في قضية المعبد حين أشارت إلى أن الظروف كانت تبين أنه كان على تايلاند أن تحتج أو تعترض في مدة معقولة على أمر يعتبر بالنسبة لها شديد الأهمية^(٩٠).

من هنا كان لابد من التفريق بين السكوت المنتج لآثار قانونية في هذا الصدد وبين السكوت الذي لا يعتد به، فالسكوت الذي يمكن الاستناد إليه لإثارة الإغلاق الحكمي لابد له من أربعة شروط هي الوضوح والعلم والوقت والمصلحة.

أولاً - شرط الوضوح:

كما أشرنا إلى ذلك سابقاً لكي ينشأ الإغلاق الحكمي لابد أن يكون التصرف أو السلوك واضحاً ولا يلتبس بغموض^(٩١)، وعليه إذا اعتبرنا السكوت تصرفاً أو سلوكاً فلا بد لإثارة الإغلاق الحكمي أن يكون هذا السكوت أيضاً واضحاً لا لبس فيه في تعبيره عن رضا الدولة وقبولها، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في أغلب أحكامها، ففي قضية (خليج مين) بين الولايات المتحدة وكندا أثارت كندا مسألة الإغلاق الحكمي ضد الولايات المتحدة وذلك بالقول بأن كندا قامت بإرسال رسالة حول تحديد حدودها البحرية التي تمثل مصلحة لكندا إلى موظف أمريكي في مكتب إدارة الأراضي اسمه هوفمان، وبما أن الولايات المتحدة لم تعترض على هذا التحديد فيعتبر ذلك بمثابة إقرار من جانبها، وبالتالي يجب أن تطبق ضدها قاعدة الإغلاق الحكمي وتمنع من الادعاء بحدود مخالفة. إلا أن المحكمة لم تتفق في هذا الأمر مع كندا مستندة في ذلك إلى ما يلي:

أولاً: إن هوفمان موظف تقني ولا يملك الاختصاص لقبول الحدود المقترحة من قبل كندا.

ثانياً: بغض النظر عن موقع هوفمان فإن كندا لم تكن لتعتمد على مضمون رسالة من مكتب إدارة الأراضي التي تتعلق بمسألة فنية كما لو كانت إعلاناً رسمياً من الولايات المتحدة.

ثالثاً: ليست جميع التصرفات من قبل الدول الأخرى تتطلب رد فعل أو إجابة من أجل تجنب (الإغلاق الحكمي) عن طريق الإقرار، وإنما يكون ذلك فقط بتلك التصرفات التي تبدو أنها ملزمة للمعلن تبرر تطبيق المبدأ.

Case concerning the Temple of Preah Vihear, p. 23.

(٩٠)

(٩١) انظر المطلب الأول من المبحث الثاني.

رابعاً: فضلاً عن ذلك فإن هذه القاعدة تتطلب النية والدول لا يمكن أن تنوي الالتزام الدولي عن طريق نزوة عابرة أو تصريح ارتجالي لموظف مغمور.

خامساً: إنه وعلى الرغم من وجود نوع من الإقرار الذي قد تكون فعلته الولايات المتحدة بسكوتها، إلا أنه ليس كافياً لإثارة الإغلاق الحكمي؛ وذلك لأن مجرد سكوت عابر أو لزمان قصير لا يمكن أن تبني عليه آثار قانونية كبيرة ملزمة عن طريق الإغلاق الحكمي^(٩٢).

ثانياً - شرط العلم:

الإقرار هو في الحقيقة رد فعل وهو يفترض السكوت أو اللامبالاة أو التقاعس عن القيام برد فعل تجاه سلوك دولة أخرى، بما ينتج عنه توقع لدى الطرف الآخر بامتلاك حق أو تعديل وضع حالي^(٩٣)، فالإقرار إذن مساوٍ للرضا أو القبول، وبالتالي فإن من الضروري أن تكون الدولة على علم قطعي بسلوك الدولة الأخرى، وفي حال ثبوت عدم علم الدولة بهذا السلوك فإن سكوتها لا يثير الإغلاق الحكمي؛ لأن السكوت هنا لا يمثل الرضا وذلك لأن الرضا أو القبول يكون بداهة تجاه أمر معلوم مسبقاً، ولذا عندما قررت ألمانيا والاتحاد السوفيتي تقسيم بولندا في الملحق السري لمعاهدة عدم الاعتداء المبرمة بين البلدين عام ١٩٣٩، ولم يصدر عن بولندا أي احتجاج أو إخطار بعدم الرضا فإن مثل هذا السكوت لم يفسر بأنه قبول ضمني لانعدام العلم بالواقعة؛ لأن الاتفاق كان سرياً ولم يصل إلى علم بولندا^(٩٤).

ولكن هل يجب علم الدولة بالواقعة أو التصرف بصورة رسمية؟ أي هل يجب أن يكون هذا العلم بإخطار رسمي وبالتالي فإن تجاهل هذا الإخطار أو السكوت عليه يمثل إقراراً ضمناً، أم أن مسألة العلم واقعة مادية يمكن إثباتها بأي طريقة أخرى؟

الحقيقة أنه لا خلاف حول استنتاج إقرار الدولة الضمني بسكوتها بعد التبليغ أو الإخطار الرسمي، إلا أن هناك خلافاً حول المسألة الثانية وهو ثبوت علم الدولة بالواقعة بوسائل أخرى، حيث يذهب البعض إلى أن السكوت في مثل هذه الحالة لا يعد إقراراً، لكننا نرى أن المسألة تتعلق بالإثبات، فإذا استطاعت الدولة إثبات علم الدولة الأخرى بالواقعة فإن سكوتها يعد إقراراً، وكما عبر عن ذلك أحد الكتاب بالقول:

CASE CONCERNING THE GULF OF MAINE, op.cit.,p. 306. (٩٢)

C a h i e r, Ph., op. cit., p. 254. (٩٣)

حيدر أدهم الطائي، مصدر سابق، ص ١٣٩. (٩٤)

إن الحالة الأولى تفسح المجال للتكهن بالموافقة القانونية، أما الحالة الثانية أي المعرفة المادية فإنها تفسح المجال للتخمين البسيط أو القرينة الدالة على الموافقة والتي يمكن إثبات عكسها^(٩٥).

ثالثاً - شرط الوقت:

إن مرور الوقت لا اعتبار السكوت منتجاً لأثره أمر في غاية الأهمية، حيث إن السكوت أو التغافل يجب أن يستمر لمدة معقولة، ذلك أن مرور فترة معقولة من الوقت يمكن أن يثبت علم الدولة بالواقعة^(٩٦)، ويمكن أن يكون قرينة لإثبات إقرار الدولة بهذا المسلك وقبولها له ضمناً عن طريق سكوتها، فضلاً عن أن الوقت الكافي يمنح الدولة فرصة ومناسبات عديدة لإعلان موقفها بالرفض أو الاحتجاج على مسلك الدولة الأخرى لأن وجود مناسبات للإعلان عن الرفض أو الاحتجاج ولم تستغل الدولة هذه المناسبات يوفر قرينة قوية على إقرار الدولة بمسلك الدولة الأخرى وقبولها به^(٩٧).

رابعاً - شرط المصلحة:

إن مصلحة الدولة في الرد على مسلك الدولة الأخرى بالقبول أو الرفض يعتبر مهماً بهذا الصدد، ذلك أن الدولة لا تستطيع الاحتجاج بأن صمتها جاء بسبب اللامبالاة بهذا المسلك، إذا كان مثل هذا المسلك يمس مصالحها الجوهرية، حيث إن وجود مصلحة واضحة للدولة في الاحتجاج على مسلك الدولة الأخرى ومع ذلك لم تقم به وبقيت على صمتها فإن سكوتها يفسر بأنه قبول ضمني^(٩٨).

وهكذا فإن الدولة التي تدعي عدم رضاها بمسلك ما لأنه يتناقض مع مصالحها الحيوية، يمكن الرد عليها بأن عدم الرضا هذا كان يجب أن يتمثل في احتجاج صريح مسبق وذلك لأن السكوت في معرض الحاجة بيان، وسكوتها يعني أنها قبلت بهذا

(٩٥) نفس المصدر، ص ١٤٠.

(٩٦) J. B a r a l e, «L ' acquiescement dans, la jurisprudence internationale », L'Annuaire fran•ais de droit international., 1 9 6 5, p. 404.

(٩٧) وهناك قاعدة أصولية في الشريعة الإسلامية تقول: الأصل فيما ثبت بزمان بقاءه على ما كان عليه لزمن معقول، والبيئة على من يدعي زواله أو تحوله: وهذا يعني استصحاب الماضي بالحال، فما كان ثابتاً في الماضي يحكم به ما لم ترد البيئة على زواله أو تحوله أي أن القديم يترك على قدمه ما لم يثبت خلافه؛ لأن بقاء الشيء لمدة طويلة دليل على أنه مستند إلى حق مشروع، فيحكم به ما لم ترد حجة على زواله أو تغيره، وتمثلها قاعدة ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل.

(٩٨) Honduras borders. Guatemala, Honduras. Washington, D.C., January 23, 1933., Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 1328.

المسلك قبولاً ضمنياً اعتقاداً منها بأن القبول يصب في صالحها، أما إذا اختلفت وجهة نظرها فيما بعد ورأت أن هذا المسلك لا يحقق مصالحها وأرادت معارضته، فإن هذه المعارضة تتناقض مع مسلكها السابق وهو القبول الضمني المتمثل بالسكوت، وبالتالي يغلق أمامها باب الرجوع.

المطلب الثاني

أهلية السكوت لإثارة الإغلاق الحكمي في القضاء الدولي

عند التدقيق في أحكام المحاكم الدولية - كما سنرى لاحقاً - نجد أن هناك اتجاهين بصدد قدرة السكوت على إثارة الإغلاق الحكمي، يتمثل الأول في أن مجرد السكوت وعدم اتخاذ إجراء مضاد يمثل قرينة قانونية قطعية على تنازل الدولة عن حقوقها، وعليه فليس هناك حاجة لإقامة دليل جديد على موقف تلك الدولة، كما أنه ليس للدولة التي سكنت عن حقوقها أن تأتي بأدلة وحجج مناقضة، فهي ممنوعة من ذلك حسب مبدأ (الإغلاق الحكمي). أما الاتجاه الثاني فيشترط لإثارة (الإغلاق الحكمي) النظر إلى السكوت في ضوء الظروف المحيطة به، وأن قرينة الرضا المستمدة من السكوت يمكن نقضها بدليل يثبت وجود نية مخالفة لدى الدولة، فالسكوت هنا يمثل دليلاً له قيمته ولكن ليس قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس.

محكمة العدل الدولية اعتبرت في بعض أحكامها السكوت قرينة قانونية، في حين اعتبرته في أحكام أخرى مجرد دليل عادي للإثبات، وحين تعتبر المحكمة السكوت مجرد دليل إثبات عادي، فإن وجود ادعاء مقابل قد يجرد السكوت من اعتباره قبولاً ضمنياً.

أول مرة أُثيرت فيها مسألة (الإغلاق الحكمي) أمام محكمة العدل الدولية بناء على سكوت الدولة كان في قضية المصائد، حيث إن المملكة المتحدة عارضت أمام المحكمة النظام النرويجي في تحديد سواحلها على طول بحر الشمال، بحجة أن هذا النظام من التحديد يمد البحر الإقليمي للنرويج إلى أعالي البحار^(٩٩).

أغلبية قضاة المحكمة قرروا أنه كان على المملكة المتحدة أن تعترض على تحديد النرويج لسواحلها مسبقاً لأنه يؤثر على مصالحها، وبما أن المملكة المتحدة لم تحتج على النرويج خلال المدة السابقة التي تبلغ ما يقارب ٦٠ عاماً، فهي ممنوعة

(United Kingdom v Norway) [1951] ICJ Rep 116 ('Fisheries Case').

من الاحتجاج في الوقت الحاضر بما يخالف ذلك، وهكذا فإن سكوت المملكة المتحدة وعدم احتجاجها على النزويج طيلة هذا المدة أثار قاعدة (الإغلاق الحكمي)^(١٠٠).

هنا أخذ أغلبية القضاة بوجهة النظر الأولى فيما يخص السكوت، فهي لم تفحص الظروف التي رافقتها، واعتمدت فقط على حقيقة أن المملكة المتحدة سكوتت لمدة ٦٠ عاماً دون أن تحتج على تحديد النزويج لحدودها البحرية في بحر الشمال. حيث جاء في حكم المحكمة أن مرسومًا نرويجيًا صادرًا عام ١٨١٢، فضلاً عن عدد من المراسيم والتقارير اللاحقة التي تدل على أن طريقة الخطوط المستقيمة قائم في النظام النرويجي وثابت من جراء الممارسة الدائمة على مدى كاف من الزمن، وأن تطبيق هذا النظام لم يلق أي معارضة دولية وحتى المملكة المتحدة لم يحصل أن اعترضت عليه طوال هذه المدة، وبالتالي فإن سكوت المملكة المتحدة وعدم احتجاجها على النهج النرويجي في تحديد الحدود البحرية يمنعها من المطالبة بعد هذه المدة الزمنية الطويلة من ادعاءات مخالفة لما استنبطته النزويج من هذا السكوت بأنه رضا من المجتمع الدولي - بما في ذلك المملكة المتحدة - على هذا النهج^(١٠١).

وقد عارض هذا الرأي كل من القاضيين (ماكناير) و(ريد)، اللذين استندا في معارضتهما لقرار المحكمة إلى أن المجتمع الدولي بما في ذلك المملكة المتحدة لم تكن مدركة إدراكاً حقيقياً مضمون المراسيم النرويجية بهذا الشأن، وذلك واضح من خلال الظروف المحيطة بالقضية، وعدم الإدراك هذا هو الذي منع المملكة المتحدة من الاحتجاج عليها وبالتالي لا يمكن استخدام (الإغلاق الحكمي) ضدها، وأن بإمكانها الآن الاحتجاج على هذا المنهج النرويجي في تحديد حدودها البحرية^(١٠٢).

الفرق بين الأغلبية والقاضيين المعارضين، هو أن القاضيين أخذوا بنظر الاعتبار الظروف التي رافقت سكوت المملكة المتحدة وعدم احتجاجها، في حين أن الأغلبية لم تأخذ ذلك بنظر الاعتبار وتعاملت مع السكوت وعدم الاحتجاج بصورة مجردة عن الظروف المحيطة بهما^(١٠٣).

وفي قضية معبد (برياه فيهيوار)، التي تعتبر أساسية في هذا الموضوع، توصلت المحكمة بأغلبية ٩ أصوات مقابل ٣ على أن المعبد يعود إلى كمبوديا، وأن تايلند ليس لها الحق بالاحتفاظ به. وتعود أصل القضية في الخلاف بين كمبوديا وتايلند حول

Ibid 139.

(١٠٠)

Ibid 138.

(١٠١)

Ibid 180 (Dissenting Opinion of Judge McNair).

(١٠٢)

Alexander Ovchar, op.cit, p.12.

(١٠٣)

السيادة على هذا المعبد، إلى التسويات التي تمت بين الدولتين بشأن الحدود بينهما في الفترة بين ١٩٠٤-١٩٠٨ وذلك بين فرنسا التي كانت تدير كمبوديا والتي كانت تسمى في حينها (الهند الصينية) وبين تايلند التي كانت تسمى (سيام). وتتعلق القضية بشكل خاص بتطبيق معاهدة ١٩٠٤ التي وضعت الطابع العام للحدود وتركت الأمور التفصيلية إلى لجنة فرنسية تايلندية مختلطة. وقد تقرر أن يتبع خط الحدود في القطاع الشرقي من سلسلة دانغريك التي يقع فيها المعبد خط تجمع المياه. وتم الاتفاق على أن يقوم موظفون فرنسيون برسم خرائط لمنطقة الحدود، وبالفعل كان من بين هذه الخرائط واحدة تمثل سلسلة جبال دانغريك تظهر المعبد على الجانب الكمبودي، علماً أن خط الحدود المبين عليها ليس الحد الحقيقي لمستجمع الأمطار، وأن الحد الحقيقي لو رسم بدقة فإن من شأنه أن يضع المعبد داخل الحدود التايلندية، وقد احتجت تايلند بهذا الخطأ المادي أمام المحكمة وأنها لم تقبل الخريطة أصلاً، وأنها حتى لو كانت قبلت الخريطة فذلك بسبب اعتقادها الخاطئ بأن خط الحدود عليها يتطابق مع حد مستجمع الأمطار المتفق عليه^(١٠٤).

إلا أن المحكمة خلصت إلى أنه وأن لم يكن للخريطة ابتداءً طابع رسمي لأنها من عمل موظفين فرنسيين، غير أنه يتضح أن هذه الخرائط قد أرسلت إلى تايلند باعتبار أنها تمثل نتيجة عمل تعيين الحدود، وبما أنه لم يصدر أي رد فعل أو معارضة لهذه الخريطة من السلطات التايلندية، في حينها، أو حتى بعد مرور مدة طويلة، فقد وجب اعتبارها راضية بتلك الخرائط، لاسيما بعد ثبوت علم تلك السلطات بمضمونها؛ لأن الخريطة أرسلت إلى الأعضاء التايلنديين في اللجنة المختلطة لتعيين الحدود، وأن وزير الداخلية التايلندي شكر الوزير المفوض الفرنسي عليها، كما ثبت علم حكام الأقاليم التايلندية بها والذين كان بعضهم يعلم أين يقع المعبد. وأضافت المحكمة بأنه إذا كانت السلطات التايلندية قد قبلت تلك الخريطة وقتها دون أن تدقق فيها، فليس بوسعها الآن أن تدفع بوجود خطأ يبطل قبولها بها، فضلاً عن أن تايلند استمرت في استخدام ونشر خرائط تظهر المعبد في الأراضي الكمبودية، كذلك لم تثر تايلند هذه المسألة في مفاوضات متأخرة عام ١٩٣٧ وعام ١٩٤٧ أمام لجنة التوفيق الفرنسية التايلندية، مما يدعو المحكمة إلى الاستنتاج بأن تايلند قد قبلت الحدود كما رسمت على الخريطة بغض النظر عن عدم مطابقتها مع حد مستجمع الأمطار^(١٠٥).

CASE CONCERNING THE TEMPLE OF PREAH VIHEAR, (CAMBODIA (١٠٤) v. THAILAND), op.cit., p.23).

Ibid., p.24).

(١٠٥)

وقد أثارت تايلند مسألة ممارستها الفعلية لإدارة المعبد، وأنها لم تعترض على تلك الخريطة ولم تثر تلك المسألة لأنها واقعياً هي التي تدير المعبد وتعتبره تحت سيادتها، ولذا فلا حاجة لإثارة المسألة نظرياً مادامت هي فعلياً تمتلك حقوقها على أرض الواقع، بيد أن المحكمة وجدت أنه يصعب اعتبار هذه الأفعال المادية نافية للموقف الثابت للسلطات التايلندية، وأنه من خلال الوقائع، تخلص المحكمة إلى أن تايلند قد قبلت تلك الخريطة رغم الخطأ المادي فيها، وأنه لم يعد بوسع تايلند أن تتذرع بأنها لم تقبل تلك الخريطة بعد أن اعتمدت كل من فرنسا وكمبوديا على قبول تايلند الضمني لها بسكوتها وعدم احتجاجها عليها طول تلك الفترة، لاسيما وأن تايلند ظلت تستمتع بالمزايا التي تمنحها لها تلك المعاهدة لخمسين سنة، كما أن قبولها لتلك الخريطة كان سبب دخولها طرفاً في التسوية التي نصت عليها المعاهدة، حيث أن الطرفين اعتمدا في ذلك الوقت تفسيراً لتلك التسوية أدى إلى أن يكون للخط الظاهر في الخريطة الغلبة على أحكام المعاهدة^(١٠٦).

في هذه القضية نجد أن المحكمة قد اعتمدت بصورة واضحة جداً على السكوت لإثارة (الإغلاق الحكمي) تجاه تايلند رغم وجود أكثر من ظرف يشكك في صحة إثارتها ولاسيما الخطأ المادي الذي شاب الخريطة والذي لولاه لكان المعبد في الحدود التايلندية حسب ما اتفق عليه بأن يكون الحد هو مستجمع الأمطار، فضلاً عن ممارسة تايلند السيادة الواقعية على المعبد وإدارته، إلا أن المحكمة وازنت بين الآثار القانونية للسكوت والآثار القانونية للخطأ المادي والممارسة الفعلية، ورجحت جانب السكوت وتفسيره بأنه قبول من الدولة لتلك الخريطة وأثارت ضدها (الإغلاق الحكمي) لتمنعها من الاحتجاج بما يناقض هذا القبول الضمني، وهذا ما دفع بعض القضاة إلى معارضة هذا القرار مستنديين إلى أن الظروف التي رافقت سكوت تايلند وعدم اعتراضها على تلك الخريطة، ولاسيما الخطأ المادي والممارسة الفعلية للسيادة وإدارة المعبد من قبل السلطات التايلندية لا تسمح بإثارة الإغلاق الحكمي ضد تايلند، وأن بإمكان تايلند أن تثبت سيادتها على ذلك المعبد بحجج جديدة^(١٠٧).

وفي قضية أخرى هي قضية (ايلترونكا - سيكيولاسبا)، ادعت الولايات

Ibid., p.36).

(١٠٦)

Temple of Preah Vihear, op.cit., (Dissenting Opinion of Judge Koo), p.51; (١٠٧) (Dissenting Opinion of Judge Quintana). P.70; ((Dissenting Opinion of Judge Spender.)), p.131.

المتحدة أن إيطاليا قد انتهكت معاهدة الصداقة المعقودة بين الدولتين عام ١٩٤٨^(١٠٨). وقد قدمت إيطاليا اعتراضاً على مقبولية القضية، استناداً إلى أن الشركتين التابعتين للولايات المتحدة لم تستنفذاً سبل الانتصاف المحلية في إيطاليا قبل اللجوء إلى الحكومة الأمريكية وإثارة الحماية الدبلوماسية. وردت الولايات المتحدة الأمريكية بعدم إمكانية تطبيق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، أولاً لعدم النص على ذلك في معاهدة الصداقة، وثانياً لأن إيطاليا لم يسبق وأن اقترحت فترة النزاع على الشركات الأمريكية ضرورة رفع القضية أمام المحاكم الإيطالية واستنفاد سبل التنازع هناك، مما اعتبرته الولايات المتحدة الأمريكية بمثابة إقرار يمنع إيطاليا بموجب قاعدة الإغلاق الحكمي من إثارته مؤخراً^(١٠٩).

غير أن المحكمة رفضت هذه الحجج قائلة: "صحيح أن السكوت في بعض الظروف يثير الإغلاق الحكمي لاسيما إذا كان هذا السكوت عن شيء لا بد من بيانه، إلا أن هناك صعوبة واضحة في إثارته هنا لمجرد عدم إخطار الطرف الآخر بأمر ما في ظل علاقات دبلوماسية مهلهلة^(١١٠). فالمحكمة هنا نظرت في الظروف المحيطة بسكوت إيطاليا، والعلاقات الفاترة بين البلدين لتستنتج أن الإغلاق الحكمي لا محل لإثارته في هذه القضية.

وفي قضية تعيين الحدود بين ليبيا وتشاد^(١١١)، كان من بين حجج تشاد للتأكيد أن الحدود بين البلدين تحددها اتفاقية الصداقة لعام ١٩٥٥، هو أنه حتى بافتراض أن الاتفاقية غير صالحة لتعيين الحدود، فإن عدم اعتراض ليبيا على الحدود الفعلية بين البلدين يمنعها من الادعاء حديثاً بتغيير تلك الحدود.

وقد عبر القاضي (اجيبولا) في رأيه المنفصل عن ذلك بالقول: "إن سكوت ليبيا منذ تاريخ توقيع المعاهدة عام ١٩٥٥ إلى الوقت الحاضر دون أي احتجاج من أي نوع، تقف بوضوح ضد مطالبها، لاسيما وأنه كانت هناك مناسبات عديدة كان بإمكان ليبيا فيها أن تعلن احتجاجها بعدم صلاحية المعاهدة أو أنها لا يمكن الاستناد إليها لتعيين الحدود، بل على العكس فإن ليبيا وقعت اتفاقية أخرى مع تشاد عام ١٩٦٦ دون أن تشير إلى أي اعتراض أو عدم قبول بخصوص معاهدة ١٩٥٥، فضلاً عن

(United States of America v Italy), 1989 ICJ Rep., p. 15. (١٠٨)

Ibid 44. (١٠٩)

Ibid. (١١٠)

Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad/Chad), Judgment, 1. C. J. (١١١)
Reports 1994, p. 6.

ذلك فقد أيدت ليبيا في معاهدة ١٩٦٦ الحدود المرسومة بموجب الاتفاقية السابقة، لأن المعاهدة الجديدة تعترف أن هناك حدوداً موجودة، كما أن هناك مناسبة أخرى كانت تمثل فرصة سانحة لحكومة ليبيا عام ١٩٦٤ خلال مؤتمر القاهرة لمنظمة الوحدة الأفريقية، حيث اعترضت عدة دول منها الصومال والمغرب على إعلان القاهرة حول مبدأ عدم المساس بالحدود الحالية. وملخص رأيي - والكلام للقاضي - أنني مقتنع بأن سكوت ليبيا وسلوكها يجعلها بدون شك ممنوعة من إنكار الحدود بناء على اتفاقية ١٩٥٥ لأنها أقرت بل في الحقيقة اعترفت بها^(١١٢).

وفي قضية حدود ألاسكا، اعتبرت المحكمة أن رسم الحدود من قبل الولايات المتحدة وبمعرفة سلطات المملكة المتحدة وعدم إبداء الأخيرة أي وجهة نظر مغايرة بورقة أو احتجاج أو خريطة أخرى ولمدة طويلة يحول بين المملكة المتحدة ومطالباتها لإعادة رسم الحدود حسب وجهة نظرها بصورة مغايرة^(١١٣).

كما أن هناك بعض أحكام التحكيم الدولية التي تستند إلى سكوت الدولة لإثبات إقرارها، منها حكم التحكيم في قضية (بولاما) عام ١٨٧٠ الذي صدر لصالح البرتغال ضد المملكة المتحدة، لأن البرتغال كانت مستمرة في ادعائها بالسيادة، دون أي اعتراض أو احتجاج من قبل الأخيرة^(١١٤).

وفي حكم التحكيم لـ(كرمبادرانا) بين السويد والنرويج عام ١٩٠٩، قررت محكمة التحكيم الدائمة في حكمها أن القانون الدولي يقضي بعدم تغيير الأشياء الثابتة بعد مضي وقت طويل، وأن النرويج لم تصدر أي رد فعل تجاه ممارسة السويد لسيادتها على الأرض المتنازع عليها، وبهذا فإن النرويج تكون قد أقرت ضمناً بسيادة السويد عليها، وبالتالي لم تعد تملك الحق بادعاءات تخالف ما استقر عليه الوضع لفترة طويلة^(١١٥).

(١١٢) Ibid, p. 81 (Separate Opinion of Judge Ajibola).

(١١٣) The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States), 20 October 1903, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, VOLUME XV pp. 481-540.

(١١٤) Arbitral award between Portugal and the United Kingdom, regarding the dispute about the sovereignty over the Island of Bulama, and over a part of the mainland opposite to it, 21 April 1870, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, VOLUME XXVIII pp. 131-140.

(١١٥) Grisbadarna case(Norway, Sweden)23 October 1909, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDSVOLUME XI pp. 147-166.

وحكم التحكيم للقاضي (ماكس هوبر) في قضية جزر بالماس، فقد قضى الحكم بعائدية الجزيرة إلى هولندا؛ وذلك بسبب بسط سلطتها على تلك الجزيرة وإدارتها للفترة ١٧٠٠-١٩٠٦، دون وجود معارضة لهذا الأمر من جهة أخرى^(١١٦).

الخاتمة:

لقد بينت الدراسة معنى قاعدة الإغلاق الحكمي وأصولها التاريخية وكيف انتقلت من نطاق القانون الخاص إلى نطاق القانون الدولي. وقد تبين أن تطبيق القاعدة في القانون الدولي لا يعتبر نسخة طبق الأصل للقاعدة في القانون الداخلي، بل استخلص مضمونها فقط، وقد طبقها القضاء الدولي باعتبارها مبدأً من المبادئ العامة للقانون وأن كان هناك خلاف فقهي حول هذه النقطة التي يرى البعض أن القاعدة لا زالت في دور التطور وليس مبدأً من المبادئ العامة للقانون، إلا أننا رددنا هذا الاتجاه لصالح الرأي الأول مستشهدين بتطبيقات القاعدة في العديد من الأنظمة القانونية. وقد استخلصنا شروط تطبيق الإغلاق الحكمي من التطبيقات القضائية وأهمها وضوح التصريح أو السلوك واعتماد دولة بحسن نية على هذا السلوك في علاقاتها الدولية مع خلاف حول وجوب التسبب بضرر أو عدمه، وقد أيدنا في البحث وجوب وجود ضرر وذلك من خلال تحليل الأحكام القضائية. ثم تعرضنا لمسألة السكوت وعلاقته بإثارة الإغلاق الحكمي وتبين أن العديد من القضايا التي أثّرت فيها هذه القاعدة كان بسبب سكوت الدولة عن مسلك دولة أخرى وعدم الاحتجاج عليه في حينه، مما اعتبر رضا أو قبولاً ضمناً، وبيننا الأحكام القضائية التي استندت إلى السكوت، واستخرجنا منها شروط السكوت لإثارة الإغلاق وهي الوضوح والعلم والوقت والمصلحة.

وفي الختام نوصي صانعي القرار في دولنا العربية بعدم السكوت تجاه أي مسلك تسلكه دولة أخرى ترى أنه يشكل ضرراً لها، وتقديم احتجاج رسمي واضح وموثق أمام الهيئات الدولية لحفظ حقوقها القانونية فيما لو أثّرت القضية مستقبلاً أمام القضاء الدولي.

(١١٦) Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Report of International Arbitral Awards (United Nations Series), VOLUME II pp. 829-871.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- أسامة أبو الحسن مجاهد، التحكيم والنزاهة في التقاضي، قاعدة الإستوبل أمام القضاء الفرنسي، متوفر على الموقع:
http://www.google.ae/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB4QFjAA&url=http://ia801506.us.archive.org/29/items/FP61352/01_61352.pdf
- حيدر أدهم الطائي، الاحتجاج في القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢.
- علي حيدر، كتاب درر الحكام شرح مجلة الأحكام، متوفر على الموقع:
http://ia801506.us.archive.org/29/items/FP61352/01_61352.pdf
- محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.
- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، الدار الجامعية، الإسكندرية، الطبعة السادسة، ١٩٨٤.
- مفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد ٢٣، ١٩٦٧.
- مرتضى جمعة عاشور، الدفع بالاستتوبل للتحكيم التجاري الدولي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد ١٤، العدد ٤، كانون الثاني، ٢٠١٢، متوفر على موقع المجلة: <http://www.mlawnahrain.org/issue.php?i=3>

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- VAMVOUKOS, TERMINATION OF TREATIES IN INTERNATIONAL LAW: THE DOCTRINES OF Rebus Sic Stantibus AND Desuetude (1985); Bowett, Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence, 33 British Year Book of International Law, (1957)
- Ales Weingerl, Definition of Unilateral Acts of States, at:
- Anzilotti, Cours de droit international, French translation by Gilbert Gidel, Paris, 1929.
- B o w e t t, D. W., Estoppel before International Tribunals

- and its Relation to Acquiescence, British Year Book of International Law, 1957.
- Bénédicte Fauvarque-Cosson, La confiance légitime et l'estoppel, vol. 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2007), at: <http://www.rjcl.org/113/article113-8.pdf>.
 - Brownlie Ian, Principles of Public International Law, Clarendon Press, (5th ed.) (1998).
 - Cahier, Philippe, Le comportement des États comme source de droits et d'obligations, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968.
 - Christopher Brown, 'A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law' (1995) 50 University of Miami Law Review.
 - Dame Rosalyn Higgins, Problems & Process: International Law and How We Use It (Clevedon Press, Oxford, 1994),
 - Elspeth Reid, Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in Scots Law, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006, Available at: <http://www.ejcl.org/103/art103-11.pdf>.
 - G u g g e n - h e i m, P., Traité de Droit International Public, I I, Genève, Librairie de l'Université, Georg, 1953.
 - Gaillard, Emmanuel, L'Interdiction de se Contredire au Dériment d'Autrui comme Principe Général du Droit du Commerce International, Rev.d.Arbitration, 1985.
 - Guillaume Weiszberg, ACTUALITÉ DE LA THÉORIE DE L'ESTOPPEL DANS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE, Autour d'un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 10 juillet 2007, at: [http://fr.jurispedia.org/index.php/Actualit%C3%A9_de_le_th%C3%A9orie_de_l'estoppel_dans_la_jurisprudence_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Actualit%C3%A9_de_le_th%C3%A9orie_de_l'estoppel_dans_la_jurisprudence_(fr)).

- Hans DAS, L'ESTOPPEL ET L'ACQUIESCENCEMENT: ASSIMILATIONS PRAGMATIQUES ET DIVERGENCES CONCEPTUELLES, REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL, 1997/2.
- Hersch Lauterpacht, The Scope of Acquiescence in International Law, British Year Book of International Law, vol. X X X I, 1954.
- J. B a r a l e, «L ' acquiescement dans, la jurisprudence internationale », L'Annuaire français de droit international., 1 9 6 5.
- John Cartwright, Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, (July 2006), Electronic Journal of Comparative Law, Issue 2011, vol. 15.1, at: <http://www.ejcl.org/index.asp>.
- John Norton Pomeroy, LL.D., A treatise on equity jurisprudence, as administered in the United States of America; adapted for all the states, and to the union of legal and equitable remedies under the reformed procedure, (5th ed. 1941). At: [http://babel.hathitrust.org/cgi/\[t?id=uc2.ark:/13960/t7vm4c994;view=1up;seq=811](http://babel.hathitrust.org/cgi/[t?id=uc2.ark:/13960/t7vm4c994;view=1up;seq=811).
- Lord McNair, Law of Treaties, Oxford: Clarendon Press, (1961).
- MacGibbon, Estoppel in International Law, 7 International and Comparative Law Quarterly, (1958).
- MacGibbon, The Scope of Acquiescence in International Law, 31 British Year Book of International Law, (1954).
- Megan L. Wagner, Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice, California Law Review, Volume 74 | Issue 5.
- Michael Byers, in: Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law (1999).

- Ovchar, Alexander (2009) "Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ A principle promoting stability threatens to undermine it," Bond Law Review: Vol. 21: Iss. 1, Article 5., Available at: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol21/iss1/5>.
- Rubin, The International Legal Effects of Unilateral Declarations, 71 American Journal of International Law, (1977).
- Schwarzenberger, "The Fundamental Principles of International Law", Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1955, Vol. 87.
- Stein, The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law, 26 HARV. INT'L L.J. (1985).
- Venturini, G., « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux », Recueil des cours, (1964).
- Verykios, P.A. La Prescription en droit international public (Paris: A. Pedone, 1934).
- Wan Izatul Asma Wan Talaat, THE THREATS TO THE LIMITATIONS OUTLINING THE PRESENT PARAMETERS OF PROMISSORY ESTOPPEL: A COMPARATIVE STUDY, International Journal of Business and Social Science, Vol. 3 No. 6; [Special Issue -March 2012].
- Zaid Muhmoud Al-Aqaileh, The English Law Doctrine of Proprietary Estoppel and the Extent to which it could be applied in Jordanian Law, [Journal of Sharia & Law] [College of Law UAE University], Year 27, Issue No. 56 October 2013.

ثالثاً – أحكام قضائية دولية:

- Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v Serb[1929] PCIJ (ser.A) No 20, ('Serbian Loans').

- (Denmark v Norway) [1933] PCIJ (ser A/B) No 53 ('Legal Status of Eastern Greenland').
- Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v Chad) (Merits) [1994] ICJ Rep.
- CASE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY IN THE GULF OF MAINE AREA, I.C.J., Judgment of 12 October 1984.
- CASE CONCERNING THE TEMPLE OF PREAH VIHEAR, (CAMBODIA v. THAILAND), I.C.J., JUDGMENT OF 15 JUNE 1962.
- North Sea Continental Shelf (Denmark v Federal Republic of Germany; Netherlands v. Federal Republic of Germany) [1969] ICJ Rep 4.
- Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Preliminary Objections, ICJ Reports 1964.
- Military and paramilitary activities in Nicaragua, Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports 1984.
- Land border dispute, Island and Maritime, FRONTIER DISPUTE EL SALVADOR/HONDURAS: NICARAGUA INTERVENING, I.C.J., Judgment of 11 September 1992.
- (Honduras v Nicaragua) [1960] ICJ Rep 192 ('Arbitral Award Made by the King of Spain).
- Nuclear Tests (Austl. V. Fr.), 1974 I.C.J.
- NUCLEAR TESTS CASE (NEW ZEALAND v. FRANCE), I.C.J., JUDGMENT OF 20 DECEMBER 1974.
- (United Kingdom v Norway) [1951] ICJ Rep ('Fisheries Case').
- (United States of America v Italy), CASE CONCERNING ELETTRONICA SICULA S.P.A. (ELSI), 1989 ICJ Rep.

رابعاً – أحكام تحكيم دولية:

- The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States), 20 October 1903, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, VOLUME XV.
- Arbitral award between Portugal and the United Kingdom, regarding the dispute about the sovereignty over the Island of Bulama, and over a part of the mainland opposite to it, 21 April 1870, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, VOLUME XXVIII.
- Grisbadarna case (Norway, Sweden) 23 October 1909, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS VOLUME XI.

مخاطر استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل "بين سلطة المراقبة والحق في الخصوصية"

إعداد/ طالبة الدكتوراه أروى محمد تقوى

إشراف الأستاذ الدكتور/ أيمن أبو العيال

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة دمشق

ملخص:

أحدثت وسائل الاتصال الحديثة، وتكنولوجيا المعلومات ثورة في المجتمع، على مختلف المستويات، وأثبتت فاعليتها وتعاظم دورها في كل المجالات (التعليم، التسويق، التجارة، الحكومة، السياحة...).

ولم يكن أصحاب العمل بمعزل عن هذه التطورات، بل حاولوا الاستفادة من إيجابياتها، إلا أن هذه الإيجابيات لا تخفف من سلبياتها، ومنها استخدام الوسائل الحديثة من قبل العمال، في أغراض غير مهنية، وهو ما يمكن أن ينعكس سلباً على إنتاجية العامل، وربما يلحق الضرر بالنظام المعلوماتي لصاحب العمل.

ولما كان من حق أصحاب العمل المحافظة على حسن سير العمل في مشاريعهم، فقد وجدوا أن من مصلحتهم مراقبة النظام المعلوماتي ككل، وتشمل هذه المراقبة رسائل البريد الرقمي الصادرة من العاملين والواردة إليهم في مكان العمل، إلا أن هذه الرقابة تصطدم، على الصعيد القانوني، بحق العامل في الحياة الخاصة وسرية مراسلاته.

وتتناول هذه الدراسة بحث ضوابط ممارسة الحق في الرقابة على النظام المعلوماتي في مكان العمل، من خلال الموازنة بينه وبين حق العامل في خصوصيته، ومعرفة الاتجاه المتبع في هذا المجال في كل من سورية وفرنسا والولايات المتحدة.

وقد تمّ تقسيم هذه الدراسة إلى قسمين: المطلب الأول - المخاطر الناجمة عن إساءة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، المطلب الثاني - مدى مشروعية مراقبة الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل.

المقدمة

إنّ مراقبة المستخدمين في أماكن عملهم ليست بالأمر الجديد، فكثيراً ما كنا نسمع، قبل استخدام وسائل الاتصالات الحديثة، عن حالات التنصت على - أو تسجيل - المكالمات الهاتفية التي يقوم بها الموظفون المستخدمون في مقسم الهاتف، ولعل بعض هذه الحالات مازال قائماً وإن خف تأثيره، ثمّ تطور الأمر إلى استخدام تقنية التصوير، من خلال تركيب كاميرات عالية الدقة وصغيرة الحجم، لمراقبة جميع

تحركات العامل أثناء ممارسته لعمله، كما أفرز التطور التكنولوجي وسيلة جديدة لتحديد وقت دخول العامل مكان العمل وكذلك وقت خروجه، من خلال استخدام أنظمة البطاقات أو البصمة.

وأخيراً جاءت تكنولوجيا الاتصالات الحديثة لتتسع معها دائرة المراقبة، فقد أدى انتشار استخدام الشبكة الرقمية (الإنترنت Internet) والبريد الرقمي^(١)، إلى إحداث تغيير في طريقة ممارسة الأعمال، وهب أصحاب الأعمال إلى تزويد مشاريعهم بالخدمات التي تتيحها التقنية، وعلى رأسها البريد الرقمي، مستفيدين من مزاياها، من سرعة وسهولة في الاتصال، وانخفاض في التكلفة، واختصاراً لحدودي الزمان والمكان. إلا أن الواقع أثبت أن الأمر ليس بهذه السهولة التي تصورها أصحاب العمل، فقد أفرز استخدام تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال الحديثة، في أماكن العمل، الكثير من الإشكالات، ابتداءً بتخفيض إنتاجية العمل، وإضاعة الوقت، وانتهاءً بمساءلة أصحاب العمل عن الضرر الذي ينجم عن سوء استخدام العمال لكل من الشبكة الرقمية والبريد الرقمي.

وفي الواقع تتعدد أشكال إساءة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي، وتتنوع صورها، كالتعدي على حقوق المؤلف، والعلامات التجارية، وإفشاء أسرار العمل، ونشر الكراهية العنصرية، والمواد المخالفة للآداب العامة، والتشهير، وغير ذلك من الصور التي يضيق المقام عن حصرها.

وقد أدرك أصحاب العمل خطورة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي من قبل مستخدميهم في ارتكاب التعدي والعمل غير المشروع، وهو ما دفع بهم إلى ممارسة الرقابة على ذلك الاستخدام، مع إعلام المستخدمين، أو حتى دون إعلامهم، بوجود تلك الرقابة، بل إن الأمر وصل ببعضهم إلى إنهاء خدمة المستخدمين، استناداً إلى ما وقع تحت أيديهم من أدلة تثبت الاستخدام غير المشروع للشبكة الرقمية والبريد الرقمي، إلا أن العمال كانوا ومازالوا يدفعون بحقهم في الخصوصية في مكان العمل، وأنه لا يجوز لصاحب العمل ممارسة الرقابة عليهم.

ولما كان استخدام البريد الرقمي بشكل عام، وفي مكان العمل بشكل خاص، يثير إشكالات عدة، كان لا بدّ قبل الدخول في الموضوع من بيان ماهية البريد الرقمي وسريته.

(١) يطلق عليه بالفرنسية: Courrier électronique، وبالإنكليزية: E-mail.

يرى البعض أنَّ البريد الرقمي يختلف عن المكالمات الهاتفية، والبث التلفزيوني، في عدم وجود اتصال مباشر وحيد من المرسل إلى المستقبل، حيث يتم إرسال رسالة البريد الرقمي من المرسل إلى أحد الخادmates على الشبكة، وهذا بدوره يرسلها إلى خادم المستقبل، حيث يقوم المستقبل بتنزيل الرسالة^(٢).
ولبيان ماهية البريد الرقمي، لابدَّ من عرض تعريفه، ومن ثمَّ البحث في سرّيته كمبدأ عام.

١ - تعريف البريد الرقمي:

على الرغم من أنَّ التعريف هو مهمة الفقه عادة، فقد تبنت بعض التشريعات تعريفاً محدداً للبريد الرقمي^(٣).
وتتناول الفقرة التالية، عرض تعريف البريد الرقمي، في ضوء كلِّ من التشريعين الأمريكي، والفرنسي.

أ - التعريف الوارد في التشريع الأمريكي:

عرف قانون خصوصية الاتصالات الإلكترونية الأمريكي (ECPA)^(٤)، الاتصال الإلكتروني بأنَّه نقل لرموز أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو أيِّ نوع من أنواع المخابرات، المرسله كلياً أو جزئياً، بواسطة نظام سلكي، أو راديوي، أو كهرومغناطيسي، أو فوتو إلكتروني، أو فوتو بصري، تؤثر على التجارة البينية (بين الولايات) أو الأجنبية، ولكن لا يتضمن أيِّ اتصال سلكي^(٥).

(٢) Mark S. Hayes, Content-related liability for copyright infringement on the internet, The Cyberspace is not a "No Law Land", prepared for Industry Canada, February 1997, P 215. Available at: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364997821334>.

(٣) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون عام نشر، ص ١٣.

(٤) Electronic Communications Privacy Act, available at: http://www.justice.gov/jmd/ls/legislative_histories/pl99-508/pl99-508.html 3/1/2013.

(٥) 18 U.S.C. 2510(12): "electronic communication means any transfer of signs, signals, writing, images, sounds, data, or intelligence of any nature transmitted in whole or in part by a wire, radio, electromagnetic, photoelectronic or photooptical system that affects interstate or foreign commerce. but does not include (A) any wire or oral communication;...". available at: <http://www.law.-cornell.edu/uscode/text/18/2510> 4/1/2013.

وهذا التعريف - كما يرى البعض - يشمل البريد الرقمي واستخدام الإنترنت^(٦).

ب - التعريف الوارد في التشريع الفرنسي:

عرّفت المادة الأولى من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN) رقم ٥٧٥ - ٢٠٠٤ تاريخ ٢١/٦/٢٠٠٤^(٧)، البريد الرقمي بأنه "أي رسالة على شكل نص أو صوت أو صوت وصورة، مرسلّة عبر شبكة الاتصالات العامة، ومخزنة على خادم على الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه، ليتمكن هذا الأخير من استعادتها"^(٨).

ويعتقد البعض أنّ التعريف الوارد في التشريع الفرنسي، يُعد من أدق التعريفات؛ إذ هو يشمل البريد الرقمي بوصفه عملية نقل الرسائل والوثائق من حاسب إلى آخر عبر الشبكة الرقمية، وكذلك أيضاً مجموع الرسائل المتبادلة ذاتها، أيّاً كان نوعها^(٩).

هذا عرض لتعريف البريد الرقمي في التشريعات محل الدراسة، وتتناول الفقرة التالية سرية البريد الرقمي.

٢ - مبدأ سرية البريد الرقمي (كقاعدة عامة):

يحمي المشرع سرية المراسلات والاتصالات، بصرف النظر عمّا تتضمنه المراسلات من أقوال أو صور أو مكاتيب؛ فالمشرع يحمي قدسية المراسلة أو الاتصال؛ لأنّها غالباً ما تكون مستودعاً لسرٍّ من الأسرار، وحتى لو لم تكن كذلك فيجب أن تكون حرية اتصال الأفراد ببعضهم البعض مكفولة^(١٠). وهو ما أيده القضاء^(١١).

(٦) Pamela Bean-Ritter, New Technology May Violate Employees' Privacy Rights, available at: <http://research-papers.pbworks.com/w/page/8513820/New%20Technology%20May%20Violate%20Employees'%20Privacy%20Rights%20by%20Pamela%20Bean-Ritter> 3/1/2013.

(٧) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, disponible à l'adresse: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(٨) tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère.

(٩) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سبق ذكره، ص ١٤.

(١٠) المستشار الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الثاني - الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٧، ص ٩٢.

(١١) على سبيل المثال: قررت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٤/١/١٩٩٦ "تعد مراقبة وتسجيل المحادثات السلكية واللاسلكية والأحداث الشخصية انتهاكاً لحمة الحياة الخاصة وانتقاصاً من الأصل في الحرية الشخصية التي سجلها الدستور". ووصفته بأنه "إجراء مرزول". وجاء =

وينطبق المبدأ السابق على جميع وسائل الاتصال والمراسلات^(١٢)، بما فيها البريد الرقمي^(١٣). ولم تكتفِ بعض التشريعات، بمبدأ سرية الاتصالات والمراسلات، بل نصت صراحة على سرية البريد الرقمي^(١٤).

ففي سورية نصت المادة الأولى من التعليمات التوضيحية والتنفيذية^(١٥)، لقانون

= في قرار لمحكمة التمييز اللبنانية - الغرفة الأولى رقم ١٨ بتاريخ ١٩٩٨/٢/٢٦ "إنَّ خرق سرية المراسلات يشكل جرماً جزائياً...أو على الأقل جرماً مدنياً يعرض من قام به للملاحقة الجزائية وللمطالبة بالعدل والضرر". وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية (الغرفة الشرعية) رقم ٨٨٢/١٠٤٥ للعام ٢٠٠٢ "استقر اجتهاد المحاكم السورية في كافة أنواع القضايا التي تعرض أمامها على عدم اعتماد الدليل المبني على مخابرة هاتفية". وجاء في قرار لمحكمة جنابات الجيزة بتاريخ ١٩٨٩/١١/١٩ "إنَّ التنصت على المحادثات أو تسجيلها من قبل رجال الأمن دون إذن قضائي يعد عملاً مجافياً لقواعد الخلق القويم وللحرية الفردية ويخالف الدستور الذي رفع حرمة المحادثات التليفونية إلى مرتبة الحقوق التي لا يجوز المساس بحرمتها وسريتها إلا بأمر قضائي". المحامي سمير فرنان بالي، الإثبات التقني والعلمي (اجتهادات قضائية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٩٨، ١١٥، ١٧٨، ١٨٦.

(١٢) انظر في هذا المعنى: المادة ١٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة ١٧/١ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة ١١ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة ٢١ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان. ببو خلاف، تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، الجزائر، ٢٠١١، ص ٢٦ - ٢٩.

(١٣) دمحمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون عام نشر، ص ٨٩ - ٩٠؛ مازن خلف ناصر، الحماية الجنائية لمعلوماتية البريد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول المجلد الرابع حزيران ٢٠١١، ص ١٢٦.

(١٤) على سبيل المثال: نصت المادة الأولى من القانون اللبناني رقم ١٤٠ تاريخ ١٩٩٩/١٠/٢٧ الخاص بصون الحق بسرية المخابرات التي تجري بواسطة أية وسيلة من وسائل الاتصال على أن "الحق في سرية التخابر الجاري داخلياً وخارجياً بأي وسيلة من وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية (الأجهزة الهاتفية الثابتة، والأجهزة المنقولة بجميع أنواعها بما فيها الخليوي، والفاكس، والبريد الإلكتروني...،) مصون في حمى القانون ولا يخضع لأي نوع من أنواع التنصت أو المراقبة أو الاعتراض أو الإفشاء إلا في الحالات التي نص عليها هذا القانون وبواسطة الوسائل التي يحددها ويحدد أصولها". منشور في الجريدة الرسمية اللبنانية عدد ٥٢ تاريخ ١٩٩٩/١١/٣، ص ٣١٦٠ - ٣١٦٣، مذكور لدى: المحامي نزيه نعيم شلالا، دعاوى التنصت على الغير (الاتصالات السلكية واللاسلكية والمكالمات الهاتفية دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ٦٩ - ٧٧.

(١٥) الصادرة بقرار وزارة الاتصالات والتقانة رقم ٢٩٠ تاريخ ٢٠١٢/٥/٧، منشور في الجريدة الرسمية عدد (٩ ملحق) الجزء الأول تاريخ ٢٠١٢/٢/٢٩، ص ٢٧٤.

تنظيم التواصل على الشبكة السورية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١٧ تاريخ ٨/٢/٢٠١٢^(١٦)، على أنَّ التواصل على الشبكة يدل على تقديم المعلومات التي يمكن للعموم public الوصول إليها؛ وهو يختلف عن المراسلات الشخصية بين مرسل ومستقبل محدّد، واحد أو أكثر (مثل البريد الإلكتروني أو الرسائل النصية القصيرة).

وفي فرنسا رأى المجلس الدستوري الفرنسي C.C.^(١٧)، في قراره رقم ٢٠٠٤-٩٦-٤٩٦ DC تاريخ ١٠/٦/٢٠٠٤، أنَّ تعريف البريد الرقمي الوارد في قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي، ليس من شأنه أن يقيد أو يؤثر على مفاهيم "المراسلة الخاصة" و"سرية المراسلة" كما هي واردة في القانون رقم ٩١-٦٤٦ تاريخ ١٠/٧/١٩٩١ حول سرية الاتصالات الإلكترونية (المعدل بالقانون رقم ٢٠٠٤-٦٦٩ تاريخ ٩/٧/٢٠٠٤). وأنَّه ينبغي على القاضي المختص تحليل كلّ حالة على حده ليحدّد هل ينبغي النظر إلى البريد الرقمي بصفته اتصالاً عاماً أم خاصاً^(١٨). وأشار المجلس الدستوري إلى التطبيقات القضائية الموجودة، التي أنشأت قرينة على أنَّ رسائل البريد الرقمي هي اتصالات خاصة ما لم يكن من شأن طبيعتها أن تجعل ذلك مستحيلاً^(١٩).

وعملياً تعمل الشركات التي تقدّم خدمات البريد الرقمي على تضمين عقودها مع المشتركين، بنداً يقضي باحترام سرية البريد الرقمي^(٢٠). وهو ما يشكل عامل جذب للمشاركين.

(١٦) منشور في الجريدة الرسمية، عدد ٧ تاريخ ١٥/٢/٢٠١٢، ص ٢٢١.

(١٧) Le Conseil Constitutionnel (C. C.).

(١٨) Bert-Jaap Koops & Others, Constitutional Rights and New Technologies "A Comparative Study Covering Belgium, Canada, France, Germany, Sweden, and the United States", Tilburg Institute for Law, Technology, and Society, Tilburg University, 2007, p 82, available at: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03050710903113063> 21/5/2011.

(١٩) Cass. Soc., 2 October 2001, Bulletin 2001 V No. 291, p. 233. Op. Cit., p 82.

(٢٠) ومن الأمثلة العملية في هذا المجال توفي المجند الأمريكي جستين إلسورث (٢٠ عاماً) بتاريخ ١٣/١١/٢٠٠٥ في العراق بينما كان يقوم بفحص قبيلة هناك، وكانت الوسيلة الوحيدة للتواصل بينه وبين عائلته، بريده الإلكتروني المجاني الذي كان مشتركاً به لدى شركة ياهو Yahoo، فطلب الوالد من الشركة أن تعطيه كلمة سر بريد ابنه، إلا أنَّ الشركة ردت على طلبه بالرفض، بحجة أنَّ العقد الذي أبرم بينها وبين جستين يلزمها أن تحافظ على سرية بريده، ويمنعها أن تعطي كلمة سر المشترك لديها إلى أي شخص أو جهة كانت إلا بموجب نص في القانون أو حكم قضائي. ولدى عرض الأمر على المحكمة، ارتأت أنَّه وإن كان العقد المبرم بين جستين وشركة ياهو يلزم الشركة بالمحافظة على سرية بريده الإلكتروني، إلا أنَّ الإرادة الضمنية لجستين بالسماح لوالده بالإطلاع على بريده الإلكتروني =

وعلى الصعيد القانوني، يمكن القول إنَّ مثل هذا البند غالباً ما يكون تكراراً للقواعد القانونية، التي تضمن سرية المراسلات، سلكية كانت أم لا سلكية. وإذا كان البريد الرقمي يُعد من المراسلات الخاصة، إلا أنَّ القول بتطبيق هذا المبدأ بشكل مطلق في مكان العمل، يمكن أن يثير بعض الإشكالات، وذلك في ضوء احتمال إساءة استخدام البريد الرقمي.

وبناءً على ما سبق تُقسم هذه الدراسة إلى قسمين:

المطلب الأول - المخاطر الناجمة عن إساءة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل
المطلب الثاني - مدى مشروعية مراقبة الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل.

= والمستمدة من الرسالة التي اتفقا فيها على إنشاء سجل تذكاري يدون فيه مذكرات جندي في العراق، تبرر مطلب والد جستين، وبناء عليه قررت المحكمة إعطاء عائلة إلسورث الحق في الحصول على نسخة من محتويات بريد جستين الإلكتروني. المحامي عدنان غسان برانبو، أبحاث في القانون وتقنية المعلومات (دراسات لا غنى عنها من أجل ترسيخ دور المعلوماتية في تطوير المجتمع ونمو اقتصاده)، شعاع للنشر والعلوم، حلب، سورية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ١٧ - ٢٠.

المطلب الأول

المخاطر الناجمة عن إساءة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل

إنَّ استخدام الشبكة الرقمية لأغراض خاصة في مكان العمل، حتَّى ولو كان مرخصاً به، يجب أن يكون معقولاً "raisonnable" ومشروعاً "légal"^(٢١). وذلك إذا ما أخذنا بعين الاعتبار مخاطر الاستخدام وآثاره على الصعيد القانوني.

أولاً - حالات إساءة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل

لا شك أنَّ استخدام التكنولوجيا الحديثة، في ميدان العمل، هو أمر محفوف بالمخاطر، كونه يؤدي إلى انخفاض الإنتاجية، واحتمال نقل الفيروسات^(٢٢)، وغير ذلك من المخاطر التي لا تُعد ولا تُحصى، ومن أمثلة حالات إساءة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل:

١ - إضاعة الوقت وانخفاض إنتاجية العامل

شاع في الآونة الأخيرة استخدام شبكة التواصل الاجتماعي، ومع الاعتراف بمزايا هذه الشبكة وأهميتها في حياتنا العملية، إلا أنَّه يجب أيضاً الاعتراف بأنَّ استخدام بعض المواقع الشهيرة مثل فيس بوك ويوتيوب وتويتر وغيرهم، في مكان العمل، بما تتيحه من تطبيقات متنوعة، يمكن أن ينعكس سلباً على إنتاجية العامل، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أنَّ العامل قد يستخدم تلك الشبكة لفترة طويلة.

علاوة على ما تقدَّم، فإنَّ استخدام شبكة التواصل الاجتماعي في مكان العمل يثير، كغيره من النشاطات على الشبكة الرقمية، إشكالات تتعلق بخطورة استخدامها على خصوصية العامل في مواجهة صاحب العمل، وضرورة حماية بياناته الشخصية على الشبكة.

(٢١) La Cybersurveillance Sur Les Lieux de Travail, disponible à l'adresse: <http://assistance.orange.fr/la-cybersurveillance-sur-les-lieux-de-travail-1087.php> 17/5/2013; Lieu de travail: les limites de la cybersurveillance, disponible à l'adresse: http://www.leparticulier.fr/jcms/c_45931/lieu-de-travail-les-limites-de-la-cybersurveillance 17/5/2013.

(٢٢) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٩ - ١٤٠.

٢ - نقل الفيروسات إلى النظام الرقمي في مكان العمل:

أتاحت الشبكة الرقمية الانتشار الواسع للفيروسات على نطاق دولي شامل، وقد تفشت هذه الفيروسات في شكل ملحقات مرتبطة برسائل البريد الرقمي، ويمكن أن تتسبب هذه الفيروسات في إتلاف البيانات أو تعديل الملفات^(٢٣)، وغير ذلك من الأضرار التي تلحق النظام المعلوماتي لصاحب العمل، ولا تقتصر عليه، بل يمكن أيضاً أن تنتقل إلى أنظمة أخرى.

٣ - نشر المحتوى غير المشروع:

تتنوع صور المحتوى غير المشروع الذي يمكن تداوله على الشبكة الرقمية، ولعل أكثرها خطورة المحتوى المخالف للأخلاق والآداب العامة المتعلق بالأطفال.

وعلى الصعيد القضائي، قرّرت المحكمة البلجيكية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٣، مسؤولية مالك نطاق ومشغل موقع إلكتروني يتضمن روابط تشير إلى (الإباحية المتعلقة بالقاصرين)^(٢٤).

وفي السياق ذاته، يمكن أن تقوم مسؤولية العامل فيما لو استخدم نظام صاحب العمل وشبكته الرقمية لإنشاء روابط تحيل مستخدم الشبكة إلى مثل هذا النوع من المحتوى.

وكذلك يُعد من أكثر صور المحتوى غير المشروع شيوعاً على الشبكة الرقمية، التشهير بالأشخاص، لاسيما في ضوء ما تتيحه الشبكة من إمكانية الاتصال بدون الكشف عن الهوية. على سبيل المثال، تقدّم مدعٍ شخصي بصفته الشخصية وبصفته المفوض بالتوقيع عن إحدى الشركات بشكوى ضد مجهول، مدّعياً تعرض شركته والعاملين فيها لحملة شتائم وتشهير، عبر البريد الرقمي، بواسطة شركة INCONET، التي تعنى بتوزيع خدمات الإنترنت في لبنان، الأمر الذي أدى إلى فقدان المصادقية التي يتمتع بها منذ سنوات طويلة، سواء بصفته الشخصية أم عبر الشركة^(٢٥).

(٢٣) د. مصطفى محمد موسى، السيرة الذاتية للفيروسات الإلكترونية بين الوقاية والمكافحة والعلاج، سلسلة اللواء الأمنية في مكافحة الجريمة الإلكترونية (١١ كتاب - الكتاب الرابع)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٤٤ - ٤٥.

(٢٤) Thibault Verbiest, Study on the Liability of Internet Intermediaries, November 12th 2007, P 39, available at: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf 17/5/2013.

(٢٥) نسيب إيليا وجمال عبد الله، تعزيز قدرات الموارد البشرية في عمليات التحقيق والإدعاء والمحكمة في الجرائم المتصلة بالكمبيوتر (تطبيقات عملية)، ندوة إقليمية بعنوان (الجرائم =

ويبين هذا المثال خطورة استخدام الشبكة الرقمية لنشر البيانات التشهيرية، فالشركة فقدت مصداقيتها التي عملت سنوات لبنائها، بعبارات تشهير، أرسلت عبر وسيلة سريعة وغير مكلفة، وقد لا ينحصر الضرر بصاحب العمل، بل يمكن أيضاً أن يطل أشخاصاً من خارج المنشأة فيما لو استخدم نظام العمل للتشهير بهم.

ومن التطبيقات القضائية الأمريكية في هذا الصدد، قضية Stratton Oakmont v. Prodigy Services Company عام ١٩٩٥، وتتلخص وقائعها في قيام مستخدم مجهول الهوية بنشر بيانات تشهيرية عن المدعي. وقضية Zeran v. America Online Inc عام ١٩٩٧، وتتلخص وقائعها في أنَّ شخصاً مجهولاً أعلن على الشبكة عن قمصان تتصل بحادثة انفجار في مدينة Oklahoma، وقُدِّم تفاصيل الاتصال بالمدعي (اسمه الحقيقي وعنوانه) لأولئك الراغبين في شرائها^(٢٦).

وفي مثال آخر عن المحتوى غير المشروع، رُفعت دعوى من قبل جمعية تستهدف القضاء على التمييز العنصري على الشبكة الرقمية، بسبب بوابة أمريكية تدعى Front 14.org، تستضيف مجاناً مواقع نازية ومواقع عنصرية أخرى. وقد قرَّر القاضي الفرنسي Jean-Jacques Gomez بموجب حكمه الصادر بتاريخ ٣٠ تشرين الأول ٢٠٠١ أنَّ البوابة العنصرية تخالف القانون الفرنسي، وكذلك الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان. ونتيجة لذلك منح المزوّد المضيف لبوابة - Front 14.org شركة SkyNetWeb Ltd الأمريكية ١٠ أيام لتحديد الإجراءات التي تنوي القيام بها لتصحيح الوضع^(٢٧).

وفي هذا المجال، يمكن لصاحب العمل الاستفادة من البرمجيات وتقنيات المراقبة

= المتصلة بالكمبيوتر) في إطار المرحلة التنفيذية الثانية لبرنامج تعزيز حكم القانون في الدول العربية . مشروع تحديث النيابات العامة بتعاون بين وزارة العدل بالمملكة المغربية وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي . برنامج إدارة الحكم في الدول العربية Programme on Governance in the Arab Region، عقدت الندوة بتاريخ ١٩ - ٢٠ حزيران ٢٠٠٧ بالدار البيضاء، ص ٨٤، متوفر على الموقع: <http://www.pogar.org/publications/ruleoflaw/cybercrime-09a.pdf>.

(٢٦) N.D. OBRIEN, The Liability of Internet Services Providers for Unlawful Content Posted by Third Parties, degree of MAGISTER LEGUM, Faculty of Law at the Nelson Mandela Metropolitan University, January 2010, P 33 - 37.

(٢٧) Benoît Frydman and Isabelle Rorive, Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA, Oxford January 2002, P 6 - 7, available at: <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/92-1.pdf>.

التي تعتمد على البحث عن بعض المواقع المشهورة بعناوينها وحجبها، أو المواقع التي تحتوي على كلمات مفتاحية أو صور معينة. وهذا يتيح لصاحب العمل ممارسة الرقابة على نظامه المعلوماتي وضمان عدم استخدامه لنشر المحتوى غير المشروع، دون أن يتضمن ذلك من حيث المبدأ انتهاك خصوصية العاملين لديه. وتأكيداً لذلك، أوصت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات CNIL^(٢٨)، في فرنسا بإعداد وسائل للحماية الوقائية، تأخذ بعين الاعتبار مخاطر الفيروسات، وتصفية المواقع غير المسموح بها، ومنع تنزيل البرمجيات أو حظر الاتصال بمنشآت المناقشة (المحادثة chat)^(٢٩).

٤ - التعدي على حقوق المؤلف:

من المعلوم أنَّ حق المؤلف ينطبق على مصادر المعلومات المتاحة على الشبكة الرقمية، أو التي يمكن إرسالها عبر البريد الرقمي، ومن ثمَّ فإنَّ تداولها يتطلب ترخيصاً من صاحب الحق. ويترتب على ذلك أنَّه لا يجوز للمستخدمين أن يستخدموا النظام المعلوماتي المتوفر في مكان العمل للتعدي على حقوق المؤلف، أيّاً كان شكل ذلك التعدي. ومن الأمثلة العملية للتعدي على حق المؤلف على الشبكة، رفع الفرنسي Lafesse دعوى على ماي سبيس MySpace، في حزيران عام ٢٠٠٧، تأسيساً على التعدي على حقوقه في التأليف وحقوقه الشخصية، بسبب ظهور العديد من مصنفاته الفنية على موقع الشركة بدون ترخيص منه. وأمرت محكمة باريس الموقع بسحب المحتوى الذي يشكل تعدياً، تحت طائلة دفع غرامة يومية بمقدار ١٠٠٠ يورو، ودفع تعويض عن الضرر الناجم عن التعدي على حقوقه الشخصية والمعنوية والخسارة التجارية وأتعاب المحاماة^(٣٠).

وختاماً يُطرح التساؤل عن الآثار التي يمكن أن تنجم، على الصعيد القانوني، عن استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في ارتكاب أعمال غير مشروعة في مكان العمل؟ هذا هو محور الفقرة التالية.

Commission Nationale Informatique et Libertés. (٢٨)

Quelle cybersurveillance sur le lieu de travail, disponible à l'adresse <http://www.cnpd.public.lu/fr/dossiers-thematiques/nouvelles-tech-communication/cybersurveillance-lieu-travail/index.html> 17/5/2013; Les Guides de la CNIL, Guide Pour Les Employeurs et Les Salariés, 2^e édition 2010, p 18, disponible à l'adresse: http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/CNIL_GuideTravail.pdf 17/5/2013. (٢٩)

http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1965 17/5/2013. (٣٠)

ثانياً - الآثار المترتبة على إساءة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل على الصعيد القانوني:

تختلف الآثار التي يمكن أن تترتب على إساءة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، على الصعيد القانوني، تبعاً لما إذا كانت إساءة التعامل معهما صادرة من العامل أو من صاحب العمل وفقاً لما يلي:

١ - قيام مسؤولية صاحب العمل عن الضرر الناجم عن إساءة الاستخدام:

يمكن أن يسيء المستخدمون لزملائهم أو زبائن صاحب العمل أو الغير، من خلال البريد الرقمي، فقد يرسل المستخدمون رسائل إلكترونية تحتوي على ذم أو قذف أو تحقير لشخص معين، أو تعتدي على بعض حقوق الملكية الفكرية، أو تتضمن تمييزاً عرقياً أو عنصرياً إلى جانب مخالفات قانونية أخرى عديدة، فيقاضي المضرور صاحب العمل باعتبار المستخدم تابعاً له، وهو متبوع مسؤول عن أعماله^(٣١).

وإن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هي من أبرز الصور التي تنطبق على مسؤولية الشخص المعنوي (الإدارة) عن أفعال المستخدمين التابعين له^(٣٢).

وعلى الصعيد التشريعي نصت المادة ١٧٥ من القانون المدني السوري^(٣٣)، على مسؤولية المتبوع عن الضرر الناجم عن أعمال تابعه غير المشروعة^(٣٤).

ويتطلب قيام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه اجتماع شرطين؛ قيام علاقة التبعية بين المتبوع والتابع، وأن يصدر عمل ضار من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها^(٣٥).

(٣١) المحامي عدنان غسان برانبو، أبحاث في القانون وتقنية المعلومات، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠١ - ٣٠٤.

(٣٢) د. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٩، ص ١١٢.

(٣٣) الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٨/٥/١٩٤٩ وتعديلاته، ممدوح عطري، مؤسسة النوري، ٢٠٠٤.

(٣٤) نصت المادة ١٧٥ من القانون المدني السوري على أن: (١- يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها. ٢- تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه). كما نصت المادة ١٧٦ من القانون نفسه على أن "المسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر".

(٣٥) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، ج٢: الجزء الأول: مصادر الالتزام (المصادر غير الإرادية)، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٦، ص ١٣١؛ =

هذا وتقوم علاقة التبعية إذا توافرت للمتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه، وهذه العلاقة، كما هو ظاهر، تقوم على عنصرين: السلطة الفعلية، وعنصر الرقابة والتوجيه. ويمكن تحديد المتبوع، في ضوء هذا المعيار، بأنه ذاك الذي يلتجئ إلى خدمات شخص آخر لإنجاز عمل معين لمصلحته وحسابه، ويصدر له الأوامر والتعليمات حول الطريقة التي يتعين عليه فيها أن يؤدي هذا العمل^(٣٦)، وتكون له سلطة رقابة تنفيذ هذه الأوامر^(٣٧).

ومن المعلوم أنَّ علاقة التبعية - وفق المفهوم السابق - تتجلى في أبرز صورها في عقد العمل^(٣٨)، فهذا العقد، إذ يضع العامل في خدمة صاحب العمل وتحت سلطته وإشرافه، يضيفي على العامل دائماً صفة التابع^(٣٩)، وهذا ما أكدّه القضاء^(٤٠).

= د. الفصائلي الطيب، النظرية العامة للالتزام (الجزء الأول - مصادر الالتزام)، البديع، مراكش، الطبعة الثانية، ١٩٩٧، ص ٢٥٣؛ د. مصطفى الجمال ود. رمضان أبو السعود ود. نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٣٢٥؛ د. جلال علي العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٣٦٨؛ د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٥٤٧؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص ٣٧٩؛ د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص ٤٠٩؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ١، ١٩٨٧، ص ٣٦٥؛ القاضي طلال عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني "دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٩٦.

(٣٦) د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مرجع سبق ذكره، ص ١٣١ - ١٣٣.

(٣٧) د. نبيل إبراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ١٩٨ - ١٩٩.

(٣٨) عرفت المادة ٤٦ من قانون العمل السوري رقم ١٧ تاريخ ١٢/٤/٢٠١٠، عقد العمل بأنه "العقد الذي يلتزم بموجبه العامل بالعمل لدى صاحب عمل وتحت سلطته وإشرافه مقابل أجر"، منشور في الجريدة الرسمية، عدد ١٦ لعام ٢٠١٠، ص ٤٦٢.

(٣٩) د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٤.

(٤٠) على سبيل المثال، قررت محكمة النقض السورية بتاريخ ٢١/٧/٢٠٠٨ أن "العلاقة العمالية تتوفر في حال ثبوت عناصرها وهي الإشراف والتبعية والأجر". المحامون عدد (٥ - ٦) لعام ٢٠١٠، ص ٨٥٥. وقررت المحكمة الإدارية العليا بدمشق أنَّ "عقد العمل يتميز بخصيصيتين أساسيتين هما التبعية والأجر". القضية ٥١٣ أساس لعام ١٩٩٣، قرار ٥٨ لعام ١٩٩٣ تاريخ ٨/٢/١٩٩٣، المحامون، عدد (١ - ٢) لعام ١٩٩٤، ص ٩٦.

ويجب الإشارة إلى أنَّ سلطة الإشراف تتحقق ولو كان الشخص الذي يتولاها لا يعرف المعلومات الفنية التي تمكّنه من ممارستها، أو تقتصر سلطته على الرقابة الإدارية^(٤١).

ومن ثمَّ فإنَّه لا يشترط أن يكون صاحب العمل عالماً بكيفية استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي، حتّى تقوم مسؤوليته عن الضرر، الناجم عن إساءة استخدامهما من قبل مستخدميه، مادامت شروط قيام مسؤوليته متوفرة.

وفي هذا المجال فإنَّ خوف صاحب العمل من مساءلته عن الضرر الذي يحدثه مستخدمه، من جراء استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، يمكن أن يدفعه إلى تشديد رقابته على اتصالات المستخدمين على الشبكة، أو منعهم من استخدامها لأغراض شخصية، الأمر الذي ينطوي على انتهاك خصوصيتهم، وقد يصل الأمر إلى حدِّ إنهاء خدمة العامل استناداً إلى دليل تحصل عليه صاحب العمل من جراء قيامه بمراقبة رسائل البريد الرقمي التي أرسلها المستخدم أو استقبلها.

٢ - انتهاك خصوصية العامل:

اعترف الباحثون بصعوبة إعطاء مفهوم دقيق وشامل للحياة الخاصة، فالفقهاء، بدلاً من تحديدها، عمدوا إلى تعداد العناصر التي تتكون منها^(٤٢).

ويبدو أنَّ التشريع السوري قد تبني هذا الاتجاه، فقد عرّفت المادة الأولى من قانون تنظيم التواصل على الشبكة السوري، الخصوصية بأنّها: "حق الفرد في حماية أسراره الشخصية والملاصقة للشخصية والعائلية ومراسلاته، وسمعته، وحرمة منزله، وملكيته الخاصة، وفي عدم اختراقها أو كشفها دون موافقته".

ويمكن وفقاً لرأي البعض تحديد نطاق الخصوصية بمظهرين، الأول: يتعلق بتعيين الهوية، والثاني: يتعلق بالبيئة. ومع الافتراض بأنَّ الخصوصية تتعارض مع الحياة العامة public life، فإنَّه يمكن في الواقع تعيين بعض العناصر الموضوعية التي تشير إلى الحياة الخاصة private life لأحد الأشخاص، والتي كثيراً ما تكون مرتبطة بالخصوصية، مثل الصحة، وحرمة المنزل، وحرمة الجسد، والحياة الزوجية،

(٤١) د. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٧٠.

(٤٢) د. نعيم مغيب، مخاطر المعلوماتية والإنترنت (المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها دراسة مقارنة في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، ص ٢٥.

والسمات الاجتماعية والسياسية للشخصية، والحياة المهنية. وهذه العناصر يمكن استخدامها عموماً لتعيين شخص في بعض سمات هويته. أمّا فيما يتعلق بالمظهر البيئي، فإنّ الحماية الممنوحة للخصوصية تختلف باختلاف بعض القيم مثل الزمان والمكان، فما لا يقع في نطاق الخصوصية ينتمي إلى الحياة العامة، وما يُعد اليوم جزءاً من الحياة الخاصة للشخص، يمكن أن يصبح على مر السنين، أو بناءً على تغيير في العادات والقيم من المعلومات العامة. وعلى أية حال فإنّ حماية الخصوصية تتفاوت بشكل رئيس اعتماداً على الشخص المعني، ذلك أنّ الأفراد لا يقومون جميعاً بالدور نفسه في المجتمع، فما يُعد من المعلومات الخاصة بالنسبة لأحد الأفراد لا يُعد كذلك بالضرورة بالنسبة لشخص آخر^(٤٣).

وبتطبيق التحديد السابق للخصوصية على مكان العمل، يمكن القول إنّ العامل وإن كان من حيث المبدأ يتمتع بالخصوصية في مكان العمل، إلا أنّ حقه هذا ليس مطلقاً، لاسيما في ضوء الإمكانية المتاحة لصاحب العمل في مراقبة العامل أثناء ممارسته لعمله، كأحد مظاهر علاقة التبعية التي تربط بينهما، وهو ما يتطلب تحقيق الموازنة بينهما.

وقد لا يقتصر الأمر على مجرد الإطلاع على معلومات العامل وانتهاك خصوصيته، بل قد يمتد الأمر إلى إنهاء خدمة العامل بناءً على ما وصل إلى علم صاحب العمل من معلومات.

٣ - إنهاء خدمة العامل:

قد يقرّر صاحب العمل فصل عامله، استناداً إلى ما اطلع عليه من مراسلاته الشخصية أو اتصالاته، في مكان العمل، كرسائل البريد الرقمي، التي تنطوي على محتوى يعده صاحب العمل ضاراً به، وسبباً كافياً لفصل العامل.

وهناك العديد من الأمثلة التي عُرضت على القضاء الأمريكي، وتتضمن قيام صاحب العمل بفصل العامل، وإنهاء خدمته، استناداً إلى إطلاعه على رسائل غير مشروعة، في نظام البريد الرقمي في مكان العمل، كما هو الحال في قضية Michael A. Smyth v. The Pillsbury Company^(٤٤).

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمين لها بتاريخ ٢٠٠٤ / ٦ / ٢،

(٤٣) Michel Racicot & others, The Cyberspace is not a "No Law Land", Op. Cit., P 149 - 150.

(٤٤) Available at: http://www.loundy.com/CASES/Smyth_v_Pillsbury.html 1/1/2012.

باعتبار استعمال العامل للبريد الرقمي الخاص بالعمل لإرسال رسائل عنصرية أو معادية للسامية، يشكل خطأ جسيماً يبيح فصله^(٤٥).

وفي هذا الصدد، جاء في قرار لمحكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩٦٦/١١/٩ "ليس لربّ العمل أن يتمسك بالدليل المستمد من التسجيل السري الذي أجراه على العامل في مكان العمل بقصد إثبات الخطأ الجسيم المنسوب إليه؛ لأنّ هذه الوسيلة تُعد افتئاتاً على حق العامل في الحياة الخاصة. كما أنّ التعويل على هذا الدليل في الإثبات أمر يترتب عليه خضوع العمال لكافة وسائل التجسس، وهو الأمر الذي يستتبع بالضرورة أن يسود جو العمل نوع من الريبة والشك وعدم الثقة بين العامل وربّ العمل وهو الأمر الذي يهدد الحياة الاجتماعية"^(٤٦).

وفي ضوء هذه الأحكام يصح التساؤل: هل يجوز لصاحب العمل المساس بحق العامل في الخصوصية، من خلال مراقبة استخدامه للشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل؟

أو بعبارة أخرى كيف يمكننا أن نحقق التوازن بين مصالح صاحب العمل وضرورة احترام حقوق العاملين وحرياتهم، ولاسيما حقهم في الحياة الخاصة^(٤٧). هذا ما يحاول المطلب التالي الإجابة عليه.

(٤٥) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٠.

(٤٦) المحامي سمير فرنان بالي، الإثبات التقني والعلمي، مرجع سبق ذكره، قاعدة ٤٨، ص ٢٩.

(٤٧) Julie Bailleul, La cybersurveillance sur les lieux de travail (2004), disponible à l'adresse: <http://www.anis.asso.fr/La-cybersurveillance-sur-les-lieux-de-travail.html> 17/5/2013.

المطلب الثاني

مدى مشروعية مراقبة الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل

يرى أصحاب العمل أنَّ المستخدمين لا يتمتعون بأيَّة خصوصية في مكان العمل، وأنَّهم يتمتعون بالحق في مراقبة سلوك مستخدميهم في مجال استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي. وبالمقابل يعتقد المستخدمون أنَّهم يتمتعون بشيء من الخصوصية، في استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي، في مكان العمل، وينادون إلى عدم الاعتراف لأصحاب العمل بالحق في مراقبة المواقع التي يقومون بزيارتها، أو رسائل البريد الرقمي التي يرسلونها.

وتظهر مراجعة الاتجاه القضائي والتشريعي في كلِّ من الولايات المتحدة وفرنسا أنَّهما لم يتبنيا اتجاهاً موحداً في هذه القضية.

أولاً - الاتجاه القائل بأنَّ المستخدم لا يتمتع بالحق في الخصوصية في مكان العمل (الولايات المتحدة)

يتمثل الاتجاه المتبع في الولايات المتحدة بعدم الاعتراف بحق العامل في الخصوصية في مكان العمل، والسماح لصاحب العمل بمراقبة مراسلاته، ويبدو ذلك من خلال موقف التشريع الأمريكي في هذه القضية، ويسانده في ذلك القضاء.

١ - موقف التشريع الأمريكي

بدايةً يُعد الحق في الخصوصية Privacy Right أحد الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور الأمريكي (التعديل الرابع)^(٤٨).

ويتمجَّه البعض إلى أنَّ هذا الحق في الخصوصية، لا يطبق على القطاع الخاص، أو على الانتهاكات الإلكترونية للخصوصية، وهكذا فإنَّ المستخدم الذي يعمل في

(٤٨) Amendment 4 - Search and Seizure "the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." Available at: http://www.usconstitution.net/xconst_Am4.html 3/1/2013.

القطاع الخاص لا يمكنه أن يدعي انتهاكاً دستورياً لحقه في الخصوصية عندما يتعلق الأمر بمراقبة البريد الرقمي^(٤٩).

ومن جهة أخرى، لم يمنح التشريع الاتحادي حماية لخصوصية المستخدمين في رسائل البريد الرقمي الشخصية، واستخدامات الشبكة الرقمية غير المتعلقة بالعمل. ففي عام ١٩٨٦ سن الكونغرس الأمريكي قانون خصوصية الاتصالات الإلكترونية، لتعديل قوانين التنصت الاتحادية، ومنح الحماية للاتصالات الإلكترونية. إلا أن القانون المذكور لا يحمي المستخدمين عندما يستخدمون الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في العمل لأسباب شخصية، لأن: الحماية التشريعية تستهدف مثل هذه الاتصالات في عبورها، وليس في تخزينها، ولأن القانون يتضمن عدداً من الاستثناءات التي تحد من نطاق تطبيقه^(٥٠).

ومن تطبيقات ذلك، قضية Fraser v. Nationwide Mut. Ins. Co، التي تلخص وقائعها في أن المدعي كان يعمل وكيلاً لشركات التأمين المدعى عليها، كتب المدعي رسالة تتضمن أن الوكلاء قد يتركون الشركات المدعى عليها بسبب سياساتها، وقامت الشركات المدعى عليها بتفتيش رسالة المستخدم المخزنة، وقررت أنها أرسلت إلى شركة تأمين منافسة. وفي هذه القضية قرّرت المحكمة أن الشركات المدعى عليها لم تنتهك التشريعات الاتحادية بقراءة رسالة المستخدم المخزنة، لأن هذه التشريعات تقتصر على حظر اعتراض الاتصالات أو الوصول إليها أثناء إرسالها، وأوضحت المحكمة هذا بالقول إن استرجاع رسالة البريد الرقمي من مخزن ما بعد الإرسال، حيث تبقى الرسالة بعد اكتمال إرسالها، لا يشكل اعتراضاً أو وصولاً للاتصالات^(٥١).

علاوة على ذلك، فإن حظر اعتراض البريد الرقمي، يخضع لاستثناءات ثلاث، يمكن لأي منها أن يسمح لصاحب العمل بمراقبة استخدام البريد الرقمي من قبل مستخدميه. وهي أولاً استثناء الموافقة consent Exception^(٥٢)، الذي يسمح

(٤٩) Pamela Bean-Ritter, New Technology May Violate Employees' Privacy Rights, Op. Cit.; Charles J. Muhl, Workplace e-mail and Internet use: employees and employers beware, Monthly Labor Review February 2003, p 38, available at: <http://www.bls.gov/opub/mlr/2003/02/art3full.pdf> 1/1/2013.

(٥٠) Charles J. Muhl, Workplace e-mail and Internet use, Op. Cit., p 39.

(٥١) 135 F. Supp. 2d 623 (E.D. Pa. 2001). http://www.gaiaac.us/Cases_4.htm 3/1/2013.

(٥٢) 18 U.S.C. 2511(2)(d): "It shall not be unlawful under this chapter for a person not acting under color of law to intercept a wire, oral, or electronic communication where such person is a party to the communication or where one of the parties to the communication has given prior consent to such interception unless such communication is intercepted for the purpose of =

للشخص بمراقبة استخدام البريد الرقمي من قبل الأفراد الذين وافقوا مسبقاً على المراقبة، كما هو الحال عندما يقدم صاحب العمل سياسة حول الاستخدام، ويعترف المستخدم بقراءتها. ويمكن أن تكون الموافقة ضمنية تستخلص من الظروف المحيطة "surrounding circumstances"، بما في ذلك المعرفة بالاعتراض^(٥٣). ثانياً استثناء مزود الخدمة provider exception^(٥٤)، الذي يسمح لمزود خدمات البريد الرقمي باعتراض رسائل البريد على نظامه، وهو ما يعني أن صاحب العمل ليس ممنوعاً من مراقبة البريد الرقمي على النظم التي قدمها لمستخدميه، على أنه يجب أن يكون النظام مقدماً من قبل صاحب العمل وليس من قبل الغير. ثالثاً استثناء السير المعتاد للعمل ordinary course of business exception^(٥٥)، الذي يسمح للشخص بمراقبة رسائل البريد الرقمي كجزء من السير المعتاد للأعمال. وعلى الرغم من أن هذا الاستثناء يُطبق بشكل حرفي على رسائل البريد الرقمي المتعلقة بالعمل، فإنه يمكن أن يسمح لصاحب العمل بالوصول إلى رسائل البريد الرقمي الشخصية، إذا ما تم إرسالها على نظام العمل^(٥٦).

= committing any criminal or tortious act in violation of the Constitution or laws of the United States or of any State".

United States v. Amen, 831 F.2d 373, 378 (2d Cir. 1987) cert. denied, 485 U.S. 1021, 108 S.Ct. 1573, 99 L.Ed.2d 889 (1988). Pamela Bean-Ritter, New Technology May Violate Employees' Privacy Rights, Op. Cit. (٥٣)

18 U.S.C. 2510(5)(a)(ii): "being used by a provider of wire or electronic communication service in the ordinary course of its business, or by an investigative or law enforcement officer in the ordinary course of his duties". (٥٤)

18 U.S.C. 2511(2)(a)(i): "It shall not be unlawful under this chapter for an operator of a switchboard, or an officer, employee, or agent of a provider of wire or electronic communication service, whose facilities are used in the transmission of a wire or electronic communication, to intercept, disclose, or use that communication in the normal course of his employment while engaged in any activity which is a necessary incident to the rendition of his service or to the protection of the rights or property of the provider of that service, except that a provider of wire communication service to the public shall not utilize service observing or random monitoring except for mechanical or service quality control checks". (٥٥)

على النقيض من ذلك يرى البعض أن استثناء الممارسة المعتادة للعمل لا يسمح دائماً بالاعتراض الشامل، لاسيما لاتصالات المستخدم الشخصية. فقد قررت محكمتان أن تسجيل المحادثة الهاتفية سراً لا يعد في السير المعتاد للعمل. انظر:

United States v. Harpel, 493 F.2d 346, 351 (10th Cir. 1974); George v. Carusone, 849 F.Supp. 159, 164 (D. Conn. 1994). Pamela Bean-Ritter, New Technology May Violate Employees' Privacy Rights, Op. Cit.

وهكذا فإنَّ التشريع الاتحادي لا يحمي الاستخدام الشخصي للشبكة الرقمية أو البريد الرقمي في مكان العمل من قبل المستخدمين^(٥٧).

٢ - موقف القضاء الأمريكي

وفقاً لما أقرَّته المحكمة العليا في الولايات المتحدة، في قضية Katz v. United States، لا يكفي، حتَّى يتمتع الشخص بالخصوصية، أن يكون الشخص قد توقع فعلياً تمتعه بالخصوصية (معيار شخصي)، بل يجب أيضاً أن يعترف له المجتمع بأنَّ هذا التوقع معقول (معيار موضوعي)^(٥٨).

ويرى البعض أنَّ هذا المعيار يقوم على الموازنة بين طابع التدخل وأهمية مصلحة الحكومة، وبتطبيق المعيار المتقدم على البريد الرقمي في مكان العمل، فإنَّ بريد المستخدم لا يتمتع بالخصوصية، نظراً لأنَّ مدير النظام يملك الدخول إليه، وهو ما يحقق معقولة التفتيش (الشق الثاني من المعيار)^(٥٩).

وتأكيداً لذلك، أقرت المحاكم الأمريكية الحق لصاحب العمل في تحديد ومراقبة استخدام الهاتف والموارد المكتبية الأخرى من قبل المستخدمين، واستقرت على تضمين تقنيات الاتصالات الجديدة تحت المظلة نفسها^(٦٠).

ومن تطبيقات ذلك، قضية Michael A. Smyth v. The Pillsbury Company، وتتلخص وقائعها في أنَّه على الرغم من أنَّ المدعى عليه أكد لمستخدميه، بمن فيهم المدعي، أنَّ جميع رسائل البريد الرقمي ستبقى سرية confidential، إلا أنَّ المدعي فوجئ باعتراض رسائله الخاصة، وإنهاء خدمته، لقيامه بنقل ما عدَّه المدعى عليه (صاحب العمل) تعليقات غير مهنية وغير ملائمة، وهو ما يُعد انتهاكاً لحقه في الخصوصية (في البريد الرقمي)، إلا أنَّ المحكمة نفت ذلك؛ حيث إنَّ المدعي استخدم البريد الرقمي بإرادته لنقل تعليقاته عبر نظام الشركة، الذي يُستخدم من قبل جميع المستخدمين في الشركة، كما أنَّ المدعي لم يكشف عن أية معلومات شخصية عن

Charles J. Muhl, Workplace e-mail and Internet use, Op. Cit., p 39. (٥٧)

U.S. 347 (1- 389 967), available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Katz_v._United_States 3/1/2013. (٥٨)

Pamela Bean-Ritter, New Technology May Violate Employees' Privacy Rights, Op. Cit. (٥٩)

Pamela Bean-Ritter, New Technology May Violate Employees' Privacy Rights, Op. Cit. (٦٠)

نفسه في الرسائل التي أرسلها، علاوة على ذلك فإنَّ مصلحة الشركة في منع التعليقات غير الملائمة أو حتَّى النشاط غير المشروع على نظامها، تعلو على مصلحة المستخدم في الخصوصية فيما يتعلق بالتعليقات^(٦١).

وفي هذا المجال يشير البعض إلى أنَّ المعيار المبني على الموازنة بين المصالح، كان القاسم المشترك بين القضايا اللاحقة، التي أكدت على أنَّ مصلحة صاحب العمل في الحفاظ على مكان عمل مهني وآمن professional and secure يفوق حق المستخدم في الخصوصية في رسائل البريد الرقمي أو استخدام الشبكة الرقمية^(٦٢).

ففي قضية United States of America v. Mark L. Simons في فيرجينيا، قام أحد المستخدمين في المكتب الأجنبي لخدمات المعلومات Foreign Bureau of Information Services (FBIS) باستخدام نظام الحاسوب والشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، للدخول إلى موقع ذي طابع غير مشروع، حيث قام بتنزيل أكثر من ١٠٠٠ ملف، ونسخها على قرصه الصلب. وكان المكتب المذكور قد تبني سياسة، بموجبها يلزم المستخدمين باستخدام الحواسيب لأنشطة متعلقة بالعمل، ويحظر استخدامها للوصول إلى المواد غير المشروعة، إضافة إلى ذلك أخطرت السياسة المذكورة المستخدمين بأنَّ المكتب سيقوم بعملية تدقيق إلكترونية لضمان الالتزام بهذه السياسة. وأثناء الفحص الروتيني لاحظ مدير شبكة الحاسوب وجود كم كبير من الأنشطة خارج نطاق النظام. واستناداً إلى ذلك قام المكتب بالتفتيش في مكتب وحاسوب المستخدم المذكور، وهو ما عدّه الأخير انتهاكاً لخصوصيته، تأسيساً على التعديل الرابع للدستور الأمريكي. إلا أنَّ المحكمة رأت أنَّ تصرفات المكتب الأجنبي لخدمات المعلومات لا تشكل انتهاكاً لحقوق المستخدم في الخصوصية، وهو ما أيدته الدائرة الرابعة Fourth Circuit^(٦٣).

ومع الاعتراف بوجاهة المعيار الذي تبنته المحاكم الأمريكية، في فصلها في قضايا الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، والقائم على الموازنة بين مصلحة كلٍّ من صاحب العمل ومستخدميه، إلا أنَّه يؤخذ عليها أنَّها غلبت مصلحة

(٦١) 914F. Supp. 97 (E.D. Penn. 1996). Available at: http://www.loundy.com/CASES/Smyth_v_Pillsbury.html 1/1/2012.

(٦٢) Charles J. Muhl, Workplace e-mail and Internet use, Op. Cit., p 38.

(٦٣) 206F. 3d 392 (4th Cir., February 28, 2000), available at: http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case131.cfm 3/1/2013.

الأول، وهو غالباً الطرف القوي في العلاقة^(٦٤)، وأهملت حق المستخدم في الخصوصية المعترف به كحق دستوري. وإنَّ التطبيق الفعال للمعيار المتقدم، يتطلب الموازنة بين مصلحة الطرفين، دون تغليب إحداها على الأخرى، أي بعبارة أخرى أن يحتفظ المستخدم بحقه في الخصوصية في مكان العمل، على أن يكون ذلك ضمن ضوابط وحدود معينة، تُحدد بموجب القانون أو الاتفاق (كعقد العمل أو نظامه الداخلي).

ويبدو ذلك واضحاً من القضيتين المذكورتين آنفاً، فقد انتهت كل منهما إلى أنَّ المستخدم لا يتمتع بالخصوصية في استخدام نظام البريد الرقمي في مكان العمل، إلا أنَّ الفرق بين وقائعهما كان واضحاً، فصاحب العمل في القضية الأولى أكد لمستخدميه أنَّ رسائل البريد الرقمي ستبقى سرية، ثمَّ قام باعتراضها، على خلاف صاحب العمل في القضية الثانية، الذي تبني سياسة واضحة في أنَّ استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي سيخضع لعملية فحص إلكترونية.

ثانياً – الاتجاه القائل بأنَّ المستخدم يتمتع بالحق في الخصوصية في مكان العمل (فرنسا)

على النقيض من الاتجاه السابق، فقد اعترف التشريع والقضاء الفرنسيان بحق العامل في الحياة الخاصة *la vie privée* في مكان العمل.

١ - موقف التشريع الفرنسي

يلجأ بعض أصحاب الأعمال، قصد وضع حد لاستخدام العمال للشبكة الرقمية في العمل لأغراض شخصية، إلى إدراج بعض الشروط وإصدار ميثاق داخلي، يتضمن قواعد تنظيم أو حظر استخدام الشبكة الرقمية، ويشترط في ذلك الميثاق أن يكون هدفه حماية الأمن والنظام داخل المؤسسة، طبقاً للمادة L122-39 من قانون العمل الفرنسي، وفضلاً عن ذلك يلتزم صاحب العمل قبل إصدار هذا الميثاق، باستشارة لجنة المؤسسة، وعرضه على مفتش العمل لمراجعته والتأكد من عدم مساسه بحقوق

(٦٤) انظر في هذا المعنى: د. محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن "المفهوم"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٤ العدد ٢ عام ٢٠٠٨، ص ٧٤. إذ يقول: "إن الاختلاف في الواقع الاقتصادي بين طرفي العقد، يجعل هذه العلاقة ببعدها الفردي تتميز بعدم المساواة بين هذين الطرفين، ذلك أن أحدهما يتبع الآخر، فمفهوم المساواة يتنافى مع مفهوم التبعية. من ثم فإن العقد، بتكريسه لمفهوم التبعية، إنما يشكل انتهاكاً لمفهوم المساواة والعدالة القانونية وفق المفهوم الرسمي لهذين المصطلحين".

العمال وحرياتهم طبقاً للمادة L122-35 من قانون العمل^(٦٥)، وفي حال وجود نزاع فإنه يخضع لرقابة القضاء. وقد أصدرت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات، مجموعة من التوصيات للتوفيق بين سلطة صاحب العمل في وضع هذه القواعد، وبين رغبة العمال في تصفح مواقع الشبكة أو الاطلاع على رسائلهم الإلكترونية، حيث أوصت أصحاب الأعمال بالسماح للعمال بالدخول إلى مواقع الشبكة تحت إشرافه، شريطة ألا يؤدي ذلك إلى تقويض الإنتاجية أو زيادة نفقات المؤسسة، أو الإطلاع على رسائلهم خارج أوقات العمل، ودون الإضرار بالرسائل المهنية، ولصاحب العمل فرض حظر دخول العمال إلى بعض المواقع (كالمواقع غير المشروعة، أو ألعاب الإنترنت، أو الدردشات والمنتديات... إلخ)^(٦٦).

كما بينت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات أنه يجب إعلام المستخدمين مسبقاً وبشكل فردي بإعداد جهاز لمراقبة الشبكة الرقمية^(٦٧)، وهو ما يطلق عليه مطلب الشفافية *transparence*^(٦٨)، وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي في العديد من تطبيقاته.

٢ - موقف القضاء الفرنسي

القاعدة العامة هي التسامح في استخدام البريد الرقمي (وغيره من الأدوات المعلوماتية) في مكان العمل لأغراض غير مهنية، إلا أنه ينبغي أن يكون الاستخدام معقولاً، وألا يؤثر على أمن الشبكات، أو إنتاجية الشركة أو الجهة المعنية^(٦٩)، وألا

(٦٥) Article L122-35 du Code du travail, disponible à l'adresse: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(٦٦) Rapport CNIL "la cybersurveillance sur les lieux de travail" mars 2004, p 12, disponible sur site: <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/rapports/Rcybersurveillance-2004-VD.pdf> 5/6/2010.

مشار إليه لدى: بيو خلاف، تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، مرجع سبق ذكره، ص ٧٢.
(٦٧) Christine Baudoin, Atelier Droit du travail et Nouvelles technologies (Partenariat ADIJ - Commissions ouvertes du Barreau de Paris): Actualité sur la cybersurveillance, LEXBASE HEBDO n° 294 du Jeudi 28 Février 2008 - Edition SOCIALE, p 2, disponible à l'adresse: http://www.adij.fr/wp-content/uploads/2011/12/Lexbase-waechter_100.pdf 17/5/2013; Guide Pour Les Employeurs et Les Salariés, Op. Cit., p 18.

La Cybersurveillance Sur Les Lieux de Travail, Op. Cit. (٦٨)

Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie, disponible à l'adresse: <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/le-contrôle-de-l'utilisation-d'internet-et-de-la-messagerie>. 10/1/2013; Quelle cybersurveillance sur le lieu de travail, Op. Cit.; Guide Pour Les Employeurs et Les Salariés, Op. Cit., p 18. (٦٩)

يتنافى محتوى المواقع التي يتم تصفحها مع النظام العام والآداب^(٧٠).

وقد اتبع المجلس الدستوري الفرنسي التفسير السابق الذي أقره بموجب قراره رقم ٢٠٠٤-٤٩٦ DC لعام ٢٠٠٤ في إطار علاقات العمل، فيما يتعلق بقيام صاحب العمل بمراقبة رسائل البريد الرقمي الخاصة العائدة للمستخدمين^(٧١).

وهذا ما أقره القضاء الفرنسي، بعد ترده مدة من الزمن^(٧٢). ومن تطبيقاته حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٧/١٢/٢٠٠٠، والذي أكدته أيضاً محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢/١٠/٢٠٠١، في قضية Nikon Feance، حيث قضت أن للمستخدم، حتى في وقت ومكان العمل، الحق في حرمة الحياة الخاصة، وهذا يشمل بشكل خاص سرية المراسلات، ومن ثم لا يمكن لصاحب العمل، دون انتهاك هذه الحرية الأساسية، الاطلاع على الرسائل الإلكترونية الشخصية الصادرة عن المستخدم والواردة إليه من خلال الأدوات المعلوماتية المتاحة له لعمله^(٧٣). واستندت المحكمة في قرارها إلى المادة ٩ من القانون المدني (الحياة الخاصة)، ومبدأ سرية المراسلات (المادة ٢٢٦-١٥ من قانون العقوبات)^(٧٤)، وهذا ينطبق حتى في الحالة التي يحظر فيها صاحب العمل الاستخدام غير المهني للحاسوب^(٧٥).

وبذلك انتهت المحكمة إلى أن المستخدم لا يفقد حقه في الحياة الخاصة في مكان العمل. كما اعترفت المحكمة في أحد قراراتها، بأن العامل الحق في الحياة

(٧٠) Lieu de travail: les limites de la cybersurveillance, Op. Cit.

(٧١) Bert-Jaap Koops & Others, Constitutional Rights and New Technologies, Op. Cit., p 82.

(٧٢) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٣ - ١٤٢.

(٧٣) Christine Baudoin, Atelier Droit du travail et Nouvelles technologies Op. Cit., p 3; Guide Pour Les Employeurs et Les Salariés, Op. Cit., p 18; See also: Cour d'appel de Paris, 17 Dec, 2000; Cass. Soc, 2 Oct.2001; www.legalis.net; www.adno-avocats.com.

مشار إلى القرارين لدى: نشوى رأفت إبراهيم، الحماية القانونية لخصوصية مراسلات البريد الإلكتروني، ص ٧، متوفر على الموقع <http://lawfac.mans.edu.eg/arabic/megala/documents/51/6.pdf> 5/1/2013.

(٧٤) Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie, Op. Cit.

(٧٥) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٥.

الخاصة في مكان العمل، وهذا الحق لا يمنع صاحب العمل من مراقبة مراسلات المستخدمين. وهذا ينسجم مع قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي سمحت لأصحاب العمل بمراقبة اتصالات المستخدمين بشرط علمهم بذلك^(٧٦).

وقد اعترفت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٥/٢٢ بحق صاحب العمل في مراقبة وتوجيه نشاط مستخدميه أثناء ممارستهم لعملهم، إلا أنها في الوقت ذاته حظرت استخدام أجهزة المراقبة قبل إعلام المستخدمين بها، وأوضحت الدائرة ذاتها في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٥/١٥ أن هذا الأمر يتحقق عندما يكون الجهاز ظاهراً ومرئياً *visible*^(٧٧).

وعلى حدّ تعبير محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٣/١٤ فإنّ استخدام المراقبة الخفية (أو المستترة) غير مشروع^(٧٨).

وفي حكم لمحكمة Nanterre بتاريخ ٢٠٠٥/٩/١٥ قرّرت أنّ العامل الذي يرسل رسالة إلى منافس ويضع عليها عبارة "رسالة خاصة وسرية جداً" يبرر تسريحه؛ لأنّ ميثاق المعلوماتية للمؤسسة ينص على أنّ الرسائل ذات الطابع الخاص يجب أن تحمل علامة "PRV"^(٧٩).

كما قرّرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٣٠ أنّ الرسالة التي تُرسل أو تُستقبل على نظام البريد المقدّم من قبل صاحب العمل، تكون ذات طابع مهني *professionnel*، ما لم يتمّ تحديدها بصفقتها شخصية "personnel" في سطر الموضوع على سبيل المثال. وبذلك تكون المحكمة قد ألقت على العامل العبء لتحديد الرسائل الشخصية، وعند انتفاء هذا التحديد يُفترض أنّ الرسالة تكون مهنية. ولذا توصي اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات أصحاب الأعمال أن ينبهوا

(٧٦) Cass. Soc., 2 October 2001, Bulletin 2001 V No. 291, p. 233; Cass. Soc., 14 March 2000, Bull. Civ. V. No. 101; EctHR 27 June 1997, Halford v. United Kingdom, Rec. 1997 III., Bert-Jaap Koops & Others, Constitutional Rights and New Technologies, Op. Cit., p 82.

(٧٧) Christine Baudoin, Atelier Droit du travail et Nouvelles technologies, Op. Cit., p 2.

(٧٨) La Surveillance du Salarie est-elle Possible?, disponible à l'adresse: <http://www.helios-detective.com/Articles/La-surveillance-du-salarie-est-elle-possible.htm> 17/5/2013.

(٧٩) بيو خلاف، تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، مرجع سبق ذكره، ص ٨٢.

المستخدمين إلى المعيار المعتمد لتمييز رسائل البريد الرقمي الشخصية عن الرسائل المهنية^(٨٠).

هذا ولا يمكن لأحد المستخدمين أن ينقل وثائق سرّية إلى منافس، بتحديد رسائله بأنّها "شخصية"، فمثل هذا التصرف يتنافى مع مبدأ حسن النية بموجب المادة L1222-1 من قانون العمل. وهذا ما أقرّته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣/٥/٢٠٠٧ فيما يتعلق برسائل البريد الرقمي المتبادلة بين أحد المستخدمين وشخصين أجنيين عن الشركة^(٨١).

وينطبق مبدأ التمييز السابق أيضاً على الملفات التي ينشئها المستخدم على حاسوب العمل، حيث يُفترض أنّها مهنية ما لم يحددها المستخدم بأنّها شخصية، وهذا ما قرّره محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٨/١٠/٢٠٠٦^(٨٢). وفي الصدد ذاته، قرّرت محكمة النقض الفرنسية أنّه يحظر على صاحب العمل أن يفتح الملفات الشخصية الموجودة على وحدة الأقراص الصلبة للحاسب إلا في حضور العامل أو بعد الاتصال به^(٨٣).

وعلى ذلك فالاطلاع على البريد الرقمي للعامل ينبغي أن يكون في أضيق الحدود، ووجود مبررات تدعو لذلك، مثل حماية المشروع من أخطار الاعتداء على أسرارها، كما يحظر على العامل استخدام أدوات العمل لأغراض شخصية إلا بموافقة صاحب العمل^(٨٤).

وفي ضوء الاتجاهين السابقين والمتناقضين، في كلّ من الولايات المتحدة وفرنسا، يطرح التساؤل هل تبني المشرع والقضاء في سورية أحد هذين الاتجاهين صراحة، أم أنّه اكتفى بالنصوص العامة؟

ثالثاً - الاتجاه المتبع في التشريع السوري

يخلو التشريع السوري من نصوص تنظم استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، وتفصل حدود حق العامل في الخصوصية في مكان العمل،

(٨٠) Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie, Op. Cit.; Guide Pour Les Employeurs et Les Salariés, Op. Cit., p 19 - 20.

(٨١) Guide Pour Les Employeurs et Les Salariés, Op. Cit., p 20.

(٨٢) Guide Pour Les Employeurs et Les Salariés, Op. Cit., p 21.

(٨٣) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٨.

(٨٤) بيو خلاف، تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، مرجع سبق ذكره، ص ٨٢.

وسلطة صاحب العمل في المساس بهذا الحق، من خلال مراقبة اتصالات مستخدميه عبر البريد الرقمي.

بدايةً كفل الدستور السوري^(٨٥)، حق المواطن - العامل وغير العامل - في الحياة الخاصة، وسرية مراسلاته^(٨٦).

وبالعودة إلى قانون العمل السوري رقم ١٧ تاريخ ١٢/٤/٢٠١٠، نجد أنَّ الفقرة (هـ) من المادة ٩٣ من القانون المذكور أوجبت على صاحب العمل الامتناع عن الإساءة إلى شخص العامل وكرامته، كما كفلت المادة (٩٥) (أ) (٣) من القانون نفسه للعامل الحق في الحفاظ على كرامته الإنسانية.

واستناداً إلى النصوص المذكورة، لا يجوز لصاحب العمل أن يستخدم الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل للإساءة إلى شخص العامل وكرامته الإنسانية.

وبالمقابل، فقد أوجبت المادة (٩٥) (ب) (٤) من قانون العمل السوري، على العامل أن يحافظ على ما يسلمه إليه صاحب العمل من أدوات أو أجهزة أو مستندات أو أي أشياء أخرى، وأن يقوم بجميع الأعمال اللازمة لسلامتها، وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد.

واستناداً إلى النص المذكور يلتزم العامل بالمحافظة على أدوات العمل، بما فيها الأدوات المعلوماتية، فلا يجوز له مثلاً فتح مواقع أو رسائل غير موثوقة، ممّا يؤدي إلى دخول الفيروسات إلى النظام المعلوماتي لصاحب العمل، والمعيار الذي يُقاس به خطؤه هو معيار الشخص المعتاد، وهذا يتفق مع المعيار الذي تتبناه قواعد القانون المدني.

والسؤال المطروح هنا هل توجد ضوابط واضحة، على الصعيد القانوني، تبين حدود حقوق والتزامات كل من العامل وصاحب العمل في مكان العمل؟

الواقع، حرص قانون العمل السوري، كغيره من قوانين العمل في الدول الأخرى، على ضمان وضع ضوابط للعلاقة بين الطرفين (العامل وصاحب العمل)، فقد اعترفت

(٨٥) الذي أقره الشعب بالاستفتاء الجاري بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٢، والصادر بموجب المرسوم ٩٤ تاريخ ٢٨/٢/٢٠١٢، المنشور في الجريدة الرسمية عدد (٩ ملحق) الجزء الأول تاريخ ٢٩/٢/٢٠١٢، ص ٢٧٤.

(٨٦) نصت الفقرة (١) من المادة ٣٦ من الدستور السوري على أنَّ "للحياة الخاصة حرمة يحميها القانون". ونصت المادة ٣٧ من الدستور السوري على أنَّ "سرية المراسلات البريدية والاتصالات السلكية واللاسلكية وغيرها مكفولة وفق القانون".

المادة ٩٢ من القانون نفسه بحق صاحب العمل في تنظيم العمل واتخاذ القرارات والتوجيهات اللازمة لذلك، وفرض العقوبات المناسبة بحق المخالفين من العمال. كما أوجبت الفقرة (أ) من المادة ٩٠ من القانون نفسه، على كل صاحب عمل يستخدم ١٥ عاملاً فأكثر، أن يضع نظاماً للعمل لديه، ولائحة للجزاءات، ويتضمن النظام الداخلي التزامات وحقوق العامل.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب، لنفاذ النظام ولائحة الجزاءات، أن يتم اعتمادها من قبل وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل (الفقرة (ب) من المادة ٩٠ من القانون)، إضافة إلى إعلانهما في مكان العمل بشكل ظاهر (الفقرة (ج) من المادة ٩٠ من القانون)^(٨٧).

وفي ضوء النصوص السابقة يمكن لصاحب العمل أن ينظم استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، وأن يحدد شروط استخدامها، على أن يُعلم العمال بتلك الشروط، دون أن يتضمن ذلك من حيث المبدأ الاعتداء على الحياة الخاصة للعامل.

ولكن مع الاعتراف بأهمية وفاعلية الاستناد إلى النصوص السابقة، فإنها لا تغني عن تنظيم المسألة بنص خاص يضمن لكل من العامل وصاحب العمل حقه، ويحدد التزاماته، في مجال استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل.

وفي هذا المجال يمكن الاستفادة من الاتجاه المتبع في فرنسا، والقائم على التمييز بين الرسائل المهنية والرسائل الشخصية. وتبدو أهمية هذا التمييز في جواز الاطلاع على الأولى في غياب العامل، على خلاف الثانية، وهو ما يضمن للعامل حقه في الحياة الخاصة في مكان العمل، مع الاحتفاظ في الوقت نفسه بسلطة صاحب العمل في المراقبة والإشراف على حسن سير العمل، كما يمكن إنشاء لجنة على غرار اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات في فرنسا.

الخاتمة:

تناولت الدراسة الحالية واحدة من الإشكالات التي أفرزتها التقنيات الحديثة في مكان العمل، وهي محاولة الموازنة بين حق صاحب العمل في الإشراف والمراقبة على مستخدميهم، وحق هؤلاء في الخصوصية في مكان العمل.

(٨٧) وأوجبت المادة ٩٣ من القانون نفسه على صاحب العمل إعلام العمال بجميع شروط العمل وإبرازها في مكان ظاهر عند صدورها (الفقرة (ز)). كما أوجبت المادة (١٠١) (أ) من القانون نفسه إبلاغ العامل كتابة بما ينسب إليه من ارتكاب المخالفات والقيام بالتحقيق معه خلال ١٥ يوماً من تاريخ اكتشاف المخالفة.

وانتهت الدراسة إلى أنه إذا كان القانون يمنح صاحب العمل سلطة الإشراف والرقابة على أعمال مستخدميه، إلا أنه يجب الإشارة إلى أن هذه السلطة ليست مطلقة، لاسيما إذا أخذنا بالاعتبار خطورة مثل هذه الرقابة، في ضوء ما تتيحه التقنية الحالية من إمكانيات هائلة للمراقبة، كتركيب الكاميرات، وبرامج لرقابة حركة المرور على الشبكة الرقمية (الإنترنت)، وحركة البريد الرقمي، فالمستخدم يحتفظ بحقه في الحياة الخاصة حتى في مكان العمل، ولكن ضمن حدود معينة.

وبالمقابل يحق لصاحب العمل مراقبة البريد الرقمي الشخصي لمستخدميه، عند وجود "سبب جدي" يبرر ذلك، مثل حسن إدارة النظام المعلوماتي في مكان العمل، وفي حضوره.

ونختم البحث بجملة من النتائج والتوصيات:

- اتبع القضاء الأمريكي والقضاء الفرنسي اتجاهين متناقضين في قضية مراقبة البريد الرقمي للعمال، فبينما وقف الأول إلى جانب صاحب العمل، وصل الثاني بعد مدة من التردد إلى الاعتراف بالحياة الخاصة للعامل في مكان العمل. ولذا ندعو القضاء السوري إلى تبني وجهة نظر القضاء الفرنسي، وهي تُعد أكثر رعاية لمصلحة العمال.
- لا تناقض بين حق المستخدم في الخصوصية، وسلطة صاحب العمل في المراقبة والإشراف على مستخدميه؛ فالمستخدم لا يفقد حقه في الخصوصية عند باب العمل، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار المدة التي يقضيها العامل في مكان العمل (8 ساعات على الأقل)، وإن كان هذا الحق محدوداً، لضمان حسن سير العمل.
- إن خصوصية الشبكة الرقمية والبريد الرقمي، وتميزهما عن غيرهما من وسائل الاتصالات، المستخدمة في مكان العمل (كالهاتف مثلاً)، يتمثل في أن استخدامهما ينطوي على خطورة كبيرة، لا تقتصر على احتمال الاستخدام غير المشروع، بل تشمل أيضاً ما يمكن أن يمر عبر الشبكة من فيروسات، يمكن أن تكون السبب في تدمير النظام المعلوماتي في مكان العمل، أو إتلاف سجلاته.
- إن حرمان العامل من استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي لأغراض غير مهنية بشكل مطلق، ليس هو الحل الفعال، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن القانون يعترف للعامل بحقه في الراحة أثناء ساعات العمل.
- على كل صاحب عمل أن يتبنى سياسة جدية واضحة وتفصيلية بشأن استخدام

- الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل. على أن تقوم السياسة المذكورة على التمييز بين الاتصالات المهنية والاتصالات الشخصية.
- ضمان إعلام السياسة المذكورة لجميع المستخدمين عند بدء استخدامهم، وهو ما ينطوي على موافقتهم (الضمنية) على هذه السياسة، أو على الأقل علمهم بها.
 - ينبغي أن تقوم السياسة المذكورة على الموازنة بين حق المستخدم في الخصوصية، وحق صاحب العمل في مراقبة شبكته ونظامه، وذلك بالسماح للمستخدم باستخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي لأغراض شخصية، ضمن حدود وضوابط معينة، ولمدة محدودة.
 - تضمين سياسة استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل بنداً يقضي بعدم جواز استخدامهما لأغراض تخالف القوانين أو تنتهك حقوق الآخرين.
 - تضمين لوائح العمل بنداً يحدد حقوق العامل في استخدام النظام الرقمي وشبكات التواصل الاجتماعي وأجهزة الاتصال الأخرى، وسلطة صاحب العمل في المراقبة بما يضمن سير العمل في المنشأة.
 - تضمين التشريع السوري نصاً يلزم أصحاب العمل بتركيب أنظمة الرقابة والبرمجيات التي تكفل حجب المواقع ذات الطابع غير المشروع بشكل واضح (كالإرهاب، والمواد المخالفة للأداب العامة...)، مع التحديث المستمر لمواكبة التغيير.
 - دعوة الجهات المختصة إلى إصدار مجموعة قواعد لأخلاقيات المهنة، تحظر على صاحب العمل مراقبة اتصالات مستخدميه عبر البريد الرقمي بشكل مطلق دون قيد أو شرط.
 - تفعيل دور وسائل الإعلام المختلفة في نشر التوعية القانونية والتقنية بين أوساط العمال وأصحاب العمل، بحيث يكون كل منهما على بينة من حقوقه والتزاماته فيما يتعلق باستخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل.

المراجع

أولاً - اللغة العربية:

- ١ - د. الفصائلي الطيب، النظرية العامة للالتزام (الجزء الأول - مصادر الالتزام)، البديع، مراكش، الطبعة الثانية، ١٩٩٧.
- ٢ - د. أنور سلطان:
 - مصادر الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣.
 - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ط١، ١٩٨٧.
- ٣ - بيو خلاف، تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، الجزائر، ٢٠١١.
- ٤ - د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨.
- ٥ - د. جلال علي العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.
- ٦ - القاضي طلال عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني "دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٣.
- ٧ - المستشار الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الثاني - الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٧.
- ٨ - د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- ٩ - د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون عام نشر.
- ١٠ - المحامي عدنان غسان برانبو، أبحاث في القانون وتقنية المعلومات (دراسات لا غنى عنها من أجل ترسيخ دور المعلوماتية في تطوير المجتمع ونمو اقتصاده)، شعاع للنشر والعلوم، حلب، سورية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

- ١١ - المحامي سمير فرنان بالي، الإثبات التقني والعلمي (اجتهادات قضائية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
- ١٢ - د. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٩.
- ١٣ - مازن خلف ناصر، الحماية الجنائية لمعلوماتية البريد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول المجلد الرابع حزيران ٢٠١١.
- ١٤ - د. محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن "المفهوم"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٤ العدد ٢ عام ٢٠٠٨.
- ١٥ - د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، ج٢: الجزء الأول: مصادر الالتزام (المصادر الارادية)، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٦.
- ١٦ - د. محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون عام نشر.
- ١٧ - د. مصطفى الجمال ورمضان أبو السعود ونيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.
- ١٨ - د. مصطفى محمد موسى، السيرة الذاتية للفيروسات الإلكترونية بين الوقاية والمكافحة والعلاج، سلسلة اللواء الأمنية في مكافحة الجريمة الإلكترونية (١١) كتاب - الكتاب الرابع)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- ١٩ - المحامي نزيه نعيم شلالا، دعاوى التنصت على الغير (الاتصالات السلكية واللاسلكية والمكالمات الهاتفية دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
- ٢٠ - د. نبيل إبراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
- ٢١ - نسيب إيليا وجمال عبد الله، تعزيز قدرات الموارد البشرية في عمليات التحقيق والإدعاء والمحاكمة في الجرائم المتصلة بالكمبيوتر (تطبيقات عملية)، ندوة إقليمية بعنوان (الجرائم المتصلة بالكمبيوتر) في إطار المرحلة التنفيذية الثانية لبرنامج تعزيز حكم القانون في الدول العربية . مشروع تحديث النيابات العامة بتعاون بين وزارة العدل بالمملكة المغربية وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي . برنامج إدارة الحكم في الدول العربية Programme on Governance in the Arab Region.

- عقدت الندوة بتاريخ ١٩ . ٢٠ حزيران ٢٠٠٧ بالدار البيضاء، متوفر على الموقع:
<http://www.pogar.org/publications/ruleoflaw/cybercrime-09a.pdf>
- ٢٢ - نشوى رأفت إبراهيم، الحماية القانونية لخصوصية مراسلات البريد الإلكتروني، متوفر على الموقع <http://lawfac.mans.edu.eg/arabic/megala/documents/51/6.pdf>
- ٢٣ - د. نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية والإنترنت (المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها دراسة مقارنة في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.
- ٢٤ - مجلة "المحامون"، نقابة المحامين السورية، عدد (٥ - ٦) لعام ٢٠١٠، عدد (١ - ٢) لعام ١٩٩٤.
- ٢٥ - دستور الجمهورية العربية السورية الصادر بموجب المرسوم ٩٤ تاريخ ٢٨/٢/٢٠١٢.
- ٢٦ - قانون تنظيم التواصل على الشبكة السورية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١٧ تاريخ ٢٠١٢/٢/٨.
- ٢٧ - التعليمات التوضيحية والتنفيذية لقانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية، الصادرة بقرار وزارة الاتصالات والتقانة رقم ٢٩٠ تاريخ ٢٠١٢/٥/٧.
- ٢٨ - القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٨/٥/١٩٤٩ وتعديلاته، ممدوح عطري، مؤسسة النوري، ٢٠٠٤.
- ٢٩ - قانون العمل السوري رقم ١٧ تاريخ ١٢/٤/٢٠١٠.

ثانياً - اللغة الإنكليزية:

- 1 - Benoît Frydman and Isabelle Rorive, Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA, Oxford January 2002, available at: <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/92-1.pdf>.
- 2 - Bert-Jaap Koops & Others, Constitutional Rights and New Technologies " A Comparative Study Covering Belgium, Canada, France, Germany, Sweden, and the United States ", Tilburg Institute for Law, Technology, and Society, Tilburg University,

- 2007, available at: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03050710903113063>.
- 3 - Charles J. Muhl, Workplace e-mail and Internet use: employees and employers beware, Monthly Labor Review February 2003, available at: <http://www.bls.gov/opub/mlr/2003/02/art3full.pdf>.
 - 4 - Mark S. Hayes Content-related liability for copyright infringement on the internet, The Cyberspace is not a “No Law Land”, prepared for Industry Canada, February 1997. Available at: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364997821334>.
 - 5 - Michel Racicot & others, The Cyberspace is not a “No Law Land”, a Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet, prepared for Industry Canada, February 1997.
 - 6 - N.D. OBRIEN, The Liability of Internet Services Providers for Unlawful Content Posted by Third Parties, degree of MAGISTER LEGUM, Faculty of Law at the Nelson Mandela Metropolitan University, January 2010.
 - 7 - Pamela Bean-Ritter, New Technology May Violate Employees' Privacy Rights, available at: <http://research-papers.pbworks.com/w/page/8513820/New%20Technology%20May%20Violate%20Employees'%20Privacy%20Rights%20by%20Pamela%20Bean-Ritter>.
 - 8 - Thibault Verbiest, Study on the Liability of Internet Intermediaries, November 12th 2007, available at: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf. <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2510>.
 - 9 - http://www.loundy.com/CASES/Smyth_v_Pillsbury.html.
 - 10 - http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case131.cfm.
 - 11 - http://en.wikipedia.org/wiki/Katz_v._United_States.
 - 12 - http://www.usconstitution.net/xconst_Am4.html.

- 13 - http://www.gaicac.us/Cases_4.htm.
- 14 - http://www.justice.gov/jmd/ls/legislative_histories/pl99-508/pl99-508.html.

ثالثاً - اللغة الفرنسية:

- 1 - Christine Baudoin, Atelier Droit du travail et Nouvelles technologies (Partenariat ADIJ - Commissions ouvertes du Barreau de Paris): Actualité sur la cybersurveillance, 2008, disponible à l'adresse http://www.adij.fr/wp-content/uploads/2011/12/Lexbase-waechter_100.pdf.
- 2 - Code du travail, disponible à l'adresse: <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- 3 - Julie Bailleul, La cybersurveillance sur les lieux de travail (2004), disponible à l'adresse: <http://www.anis.asso.fr/La-cybersurveillance-sur-les-lieux-de-travail.html>.
- 4 - La Surveillance du Salarie est-elle Possible?, disponible à l'adresse: <http://www.helios-detective.com/Articles/La-surveillance-du-salarie-est-elle-possible.htm>.
- 5 - La Cybersurveillance Sur Les Lieux de Travail, disponible à l'adresse: <http://assistance.orange.fr/la-cybersurveillance-sur-les-lieux-de-travail-1087.php>.
- 6 - Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie, disponible à l'adresse <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/le-controle-de-lutilisation-dinternet-et-de-la-messagerie>.
- 7 - Les Guides de la CNIL, Guide Pour Les Employeurs et Les Salariés, édition 2010, disponible à l'adresse: http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/CNIL_GuideTravail.pdf.
- 8 - Lieu de travail: les limites de la cybersurveillance, disponible à l'adresse: http://www.leparticulier.fr/jcms/c_45931/lieu-de-travail-les-limites-de-la-cybersurveillance.

- 9 - Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, disponible à l'adresse: <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 10 - Quelle cybersurveillance sur le lieu de travail, disponible à l'adresse <http://www.cnpd.public.lu/fr/dossiers-thematiques/nouvelles-tech-communication/cybersurveillance-lieu-travail/index.html>.
- 11 - http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&i-d_article=1965.

Specifying the Elements of the Political, Social and Economic Democracy in Kuwaiti Constitution

**Dr. Majid Salman Hussain
Faculty of Law & Politics
Basra University**

Abstract:

The purpose of this research is to see how far the Kuwaiti constitution has taken from the two paradigms of democracy, based upon principles of free individual enterprise and socialists.

As well as, the aim of this research is to identify the main principles of Kuwaiti constitutional law in the context of the political and social values that influence their development. The main theme underlines this research is to compare the articles of Kuwaiti constitution in the aspects of the social and political system with the United Nation's Universal Declaration of Human Rights, Islamic Sharia Law and other Human Rights declarations, which particularly relate to the political freedoms and underpin democracy. These include freedom of expression and assembly, access to information, and national security.

1. Introduction

For any regime or ruling system, its socio-political philosophy is simply a reflection of the ideological and economical environment in which it exists. Democracy in the traditional sense, based upon principles of free individual enterprise, it is in fact political democracy advocated by the rule of people and based on principles of political freedom and equality before the law. However, democracy as defined by the socialists

is democracy based on a rule that is for the benefit of the people and to achieve social justice and equality among individuals. These two paradigms of democracy are discussed to see how far the Kuwaiti constitution has taken them?

As well as, the aim of this research is to identify the main principles of Kuwaiti constitutional law in the context of the political and social values that influence their development. The main theme underlines this research is to compare the articles of Kuwaiti constitution in the aspects of the social and political system with the United Nation's Universal Declaration of Human Rights and Islamic Sharia Law. Also, other issues have to be discussed such as Human Rights declaration and selected topics which particularly relate to the political freedoms and underpin democracy. These include freedom of expression and assembly, access to information, and national security.

However, to achieve our aim of this research, we have used primary sources, which were the Kuwaiti constitution; the Explanatory memorandum for the Kuwaiti constitution; the Holy Qur'an; the United Nations, Universal Declaration of Human Rights, General Assembly resolution 217 A (111) of 10 December 1948; the United Nation: General Assembly, The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 3rd January 1966, and the United Nation, 'Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile', 1965, Sale no.65.XIV. Also, the secondary sources have been used in this research dealing with various aspects of this subject, in both English and Arabic. Some of these sources deals with aspects of political rights in Kuwaiti constitutional system and some other sources, recently published, deals with the philosophical foundations of human rights and their limits and deals with the modern democracies. However, all these sources provided relevant information about constitutional issues but dealt with different issues from different point of view, written from a general approach and to a large extent none of these sources dealt in details with the issues investigated in this research. However, I hope this study will be regarded as a modest attempt to contribute valuable information about the constitutional system in Kuwait in English Language.

This study has divided to introduction and two sections; the first section deals with the defining political democracy in the constitution. The second section examines the elements of social and economic democracy in the Kuwaiti constitution and this research ended with a conclusion.

SECTION ONE - DEFINING POLITICAL DEMOCRACY IN THE CONSTITUTION:

Human rights have been considered an essential element of democracy and both cannot exist without each other. However, although the large number of declarations, covenants, and other international agreements in the most of countries in our world, human rights still are principle rather than custom. Similarly, the existence of human rights in constitutions does not apply into exact value for all human rights. In reality, the protection of rights requires more than ratified conventions, constitutions, or even independent judiciary. It depends on the nature of a political system and on the social circumstances and values about the political system that exist among the leaders and ordinary citizens.

When we look to the historical experience and to the review of the violations in the present world, recommend that human rights are well protected in political systems based on the principle of separation of powers and with checks and balances that prevent extreme concentration of political power. However, without separation of powers, the rights of individuals and minorities cannot be efficiently protected. It is noteworthy; this fact has become well noticed since the writings of Montesquieu⁽¹⁾.

This kind of checks need an independent courts in order to able the citizens bring their cases about violations before the judiciary. Normally, the courts are subordinated to the executive, and they depend on executive authority for the implementation of their decisions. But the enforcement of constitutional decisions is up to the legislature. Therefore, this relationship make legislature respect the decisions of the constitu-

(1) Montesquieu, Charles-Louis, *The spirit of the laws*, (1748), Trans. And Ed. By Anne M. Cohler, Basia C. Miller and Harolg S. Stone, Cambridge: Cambridge university Press, 1989, part 2, book II, Chapter 6.

tional courts and reinstate unconstitutional laws with new laws are essential for protection of these rights⁽²⁾.

The system of checks and balances between legislative and executive authorities provide common rule and supervision. In the presidential system, the presidential veto and the power to refer laws to courts for judicial review, checks the legislature. In the same time, the executive is controlled by the legislative authority with veto of confidence, questions submitted to the government and supervised by parliamentary commissions. However, in the political system based on the principle of separation of powers and with checks and balances, the protection of human rights of particular relevance, there is civilian control over military and security services. Also, Human rights are improved by independence of the media and freedom of speech. Right to information prevents abuse of power under the pretext of secrecy. The practice of freedom and safeguarding of rights is relatively to the strength institutional organisation of civil society, which it should be independent from the state and able of the safeguarding of rights through many political and judicial means.

Human rights can be presented and be valued in political systems that adapt limitation of power. Limited government and a system of checks and balances assisted the safeguarding of rights of individuals and minorities long before the notion of universal declaration of human rights was formulated. However, limited government and guarantees of individual freedom were introduced in England 1689⁽³⁾ and in the USA by 1791⁽⁴⁾. Since the end of World War II, human rights have been considered an essential element of democracy; as the conventional

(2) Osiatynski, Wiktor, *Human Rights and Their Limits*, Cambridge: Cambridge university Press, 2010, pp.70-71.

(3) For more details see: Lyon, Ann, *Constitutional History of the United Kingdom*, London: Cavendish Publishing Limited, 2003, pp.254 et seq., and Keir, David Lindsay, *The Constitutional History of Modern Britain since 1485*, eight edition, London: Adam & Charles Black, 1966, pp.268-273.

(4) For more details see: Wilson, Woodrow, *constitutional Government in the United States*, (7th edit.), New York: Columbia University Press, 1927, and Agar, Herbert, *The United States: the President, the Parties & the Constitution*, London: Eyre & Spottiswood, 1950, pp. 625 et seq.

opinion states that human rights cannot exist in the absence of democracy and democracy cannot exist without human rights⁽⁵⁾.

In the case of Kuwait, the constitution states that the political system base on the principle of separation of powers and with checks and balances (article 50); it also states that the judiciary is independent (article 163) because the need of checks and balances for independent courts in order to able the citizens bring their cases about violation of their rights before the judiciary. The constitution also states that the constitutional court shall be (article 173) to censorship the constitutionality of laws and to reinstate unconstitutional laws with new laws are essential for protection of these rights.

However, Kuwaiti constitution defines political democracy very clearly by adoption the principle that sovereignty belongs to the people is the source of all power; it also adopts the principle of equality, and it defines the public rights and freedom (part 2 articles 7-26) and (part 3 articles 27-49). We study these principles as follows:

1 - The Constitution adopts the dictum that sovereignty belongs to the Nation.

The Western concept of 'popular sovereignty' suggested that political authority was legitimate only if it was conferred, and willed, by the people, and not because of the 'state-objectives'. However, it is not the King; the people considered as the source of the law. Article 2 of the Virginia Bill of Rights of 1776 stated this point very briefly: 'All power is vested in, and consequently derived from, the people... Magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them'⁽⁶⁾. A similar notion was stated in the French Declaration of Rights and Duties of Man and Citizen of 1789 that 'The source of all sovereignty is essentially in the nation; no body, no individual can exercise authority that does not proceed from it in plain terms'⁽⁷⁾.

(5) Osiatynski, Wiktor, op cit., p.71-72

(6) Morison, Samuel Eliot (ed.), Sources and Documents illustrating the American Revolution, 1764-1788 and the Formation of the Federal Constitution, 2nd edition, New York: Oxford University Press, 1965, pp.149-151.

(7) Anderson, Frank M. (ed.), The Constitutions and Other Select Documents Illustrative of the History of France, 1789-1901, Minneapolis, MN: Wilson Company, 1904, p.59.

The sovereignty of the people was implicit as being unquestionable, that it could not be repealed by some other body. The important act of practicing this sovereignty was thought that the people, when they agree to live together, could give themselves a constitution, in which the people establish a government with powers, which they regulate and control these powers. 'Popular sovereignty' is an attempt to tackle the problem of legitimacy of political institutions. 'The people', is the whole body of a territory's legal residents, whom are seen as the collective source of the state's authority, determining how this authority should be constituted and worked. Consequently, 'popular sovereignty' clarifies itself in the 'constituent sovereignty' of the people, who establish the political institutions and accordingly create a political community⁽⁸⁾.

However, in the case of Kuwaiti constitution, has expressed a strong connection between democracy and sovereignty. The concept of sovereignty in the Kuwaiti constitution shows some similarity with the French Declaration of Rights but the constitution has not gone far from its Arabic characteristics, which shows very clearly in its articles. It is stated that the system of rule in Kuwait is democratic; sovereignty belongs to the people and is the source of all powers, and this sovereignty is exercised in accordance with the way it is shown in the Constitution⁽⁹⁾.

In the French tradition, the nation was defined as a unity of individuals who determined to form a voluntary alliance between themselves, as citizens, and enjoyed civil equality and equal political citizenship rights as 'of right'⁽¹⁰⁾. The explanatory note for the Kuwaiti constitution stated the meaning of the word "nation" to be the expression of the democratic principle, which says, "The Nation is the source of all powers". But in the same time the constitution stated in its first article that the population of Kuwait is part of the Arab Nation. Therefore, it could be said that the word "nation", pertaining to the Kuwaiti State (as is the case of Article 6 and others) means the people of the Arab nation in the frame of the State of Kuwait, i.e. the "Arab nation in Kuwait"⁽¹¹⁾.

(8) Axtmann, Roland, *Democracy: Problems and Perspectives*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007, pp. 166-167.

(9) Kuwaiti constitution: Article 6.

(10) Axtmann, Roland, *op cit.*, p.167.

(11) Explanatory Note for the Constitution: explanation of Article 6.

It seems that democracy, which is national sovereignty and the rule of the people by the people, is in fact the theoretical dictum contained by most modern constitutions. However, reality shows that in most of the world's states, it is the minority that represents economic power, as in the case of capitalist countries, or the minority that calls itself the Elite or the Vanguard, as in the case of the former socialist countries⁽¹²⁾.

Thus we can say that democracy is not achieved by the Constitution through its declaration that sovereignty is for the nation; or by assemblies formulated by the minority under the name of the people's representatives, or by setting up ministerial accountability before these representatives. The existence of real democracy is the existence of mature public opinion overseeing these minority rulers in the achieving of the proper functions of governance so that such a ruling minority will find no other way than to yield to the opinion of the general public and to work in accordance with its demands⁽¹³⁾.

2 - The Constitution adopts the principle of Equality:

It can be seen that even though they differ in their definitions of equality, the ruling systems individual for both the ex-socialist countries and the capitalist countries all agree that democracy would not exist except through equality amongst the whole population⁽¹⁴⁾. The first Article of the UN's Universal Declaration of Human Rights stated, "All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in spirit of brotherhood"⁽¹⁵⁾.

The 1948 Universal Declaration of Human Rights arose from a situation when human beings experienced a terrible abuse for their rights

(12) Al-Salih, 'Uthman, *Al-Nizam al-Dustury wal Mu'assat al-Siyassiyah fi al-Kuwait* (Constitutional System and Political Institutions in Kuwait), Kuwait: University of Kuwait Press, 1989, p. 271.

(13) For more details on public opinion see: Bryce, James, *Modern Democracies*, Vol.1, London: Macmillan, 1921, pp. 321 et seq.; Emden, Cecil. S., *The People and the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1956, pp. 388 et seq.; also al-Sha'ir, Ramsay, *Al-Nadariyat al-'Amat Lil Qanun al-Dusturi*, (General Theory of Constitutional Law), Cairo, 1970, pp.78 et seq.

(14) Hauriou, M., *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris 1972, pp. 638 et seq.

(15) United Nations, *Universal Declaration of Human Rights*, General Assembly resolution 217 A (111) of 10 December 1948, Article one.

even in the modern history, for example during the wars, such as the World War I and II with its violation towards all the human rights against millions of victims all over the World⁽¹⁶⁾. Also, there were a calls and ambitions for the beginning of a World in which human beings should enjoy freedom; and this aspiration directed against those who tried to prevent these rights being achieved. The declaration insisted on the universality of human characteristics as the foundation for truly human existence. Universality is the foundation for any valid codification of human rights. The preamble of the Universal Declaration did not mention of duties to higher authorities, or towards country, nation, or culture but the declaration itself indicated all these points very clearly.

In the case of the Kuwaiti constitution is different for a reason that Kuwait gained its independence in 1961, however, on one hand, the constitutional legislators took in consideration that they have to apply the Islamic notions, which had in fact appeared clearly within the text of the constitution, establishing that Shari'a continued to exist in the minds of the people. Therefore, the constitution states that 'the religion of the state is Islam' and that 'Islamic Shari'a shall be a main source of legislation'⁽¹⁷⁾, therefore, the constitutional legislator allocated provisions in the constitution concerned with public rights and duties in its third section which are compatible with Islamic Shari'a law. On the other hand, the constitutional legislators have complied with Universal Declaration of Human Rights, which most of these rights were based upon Islamic Law.

However, the Kuwaiti constitution was influenced by some Islamic notions of justice, cooperation and equality. Hence the Kuwaiti Constitution states that "Justice, Liberty and Equality are the pillars of society..."⁽¹⁸⁾ The principle of equality is also stipulated in the constitution, which states that all people are equal in human dignity, and in public rights and duties before the law, without distinction as to race, origin, language or religion⁽¹⁹⁾. This is in fact was no more than the

(16) Ibid., (The preamble).

(17) Kuwaiti Constitution: Article 2.

(18) Kuwaiti constitution: Article 7.

(19) Kuwaiti Constitution: Article 29.

implementation of Islamic Sharia law, where the Holy Qur'an says 'O mankind! We created you from a single (pair) of a male and a female, and made you into nations and tribes, that ye may know each other, the most honoured of you in the sight of God is the most righteous of you'⁽²⁰⁾. As well as 'Believers are brothers'⁽²¹⁾. Here the Holy Qur'an clarified that mankind is descended from one pair of parents. Their tribes, race, and nations are convenient labels by which we may know certain differing characteristics. Before God they are all one (equal), and he gets most honour who is most righteous. Also the enforcement of the Muslim Brotherhood is the greatest social ideal of Islam, and Islam cannot be completely realised until this ideal is achieved. Therefore, it is very clear that the constitutional provisions in the aspect of equality are based on the Islamic Shari'a law because as said above that Shari'a is continued to exist in the minds of the people. However, the explanatory note for Article 29 also stated the principle of equality in rights and duties in a general way, along with its main applications⁽²²⁾. The human rights declaration indicates non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without discrimination, establishes a fundamental and universal rule relating to safeguard of human rights. Thus the International covenant on Civil and Political Rights obliges each State Party to respect and guarantee to all people within its land and subject to its jurisdiction the rights acknowledged in the covenant without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status⁽²³⁾. However, although they are stated in the United Nations Declaration of Human Rights, the terms "colour" and "wealth" were avoided in Kuwaiti constitution (Article 29), this is due to the absence of racial prejudice in Kuwait. Discrimination among people due to class or wealth does not exist and is deplored by the Kuwaiti people; therefore there is no need for its negation by special provision in the text.

(20) The Holy Qur'an: 'Surat al-Hujurat', verse 13.

(21) Ibid, verse 10.

(22) Explanatory Note of the Kuwaiti constitution: Explanation of Article 29.

(23) Eide, Asbjorn and others (Edit.), The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary, Oslo: Scandinavian University Press, 1992, p.129.

3 - Defining the Public rights and freedoms adopted by the Kuwaiti Constitution:

The Constitution allocated provisions concerned with public rights and duties in its third section. Its stated social and democratic rights are examined later. The traditional individual freedoms adopted by the Constitution include the followings:

1. Individual Freedom: This involves:

a. The right of the individual in security. The Constitution was specific in tabling the basis on which legal policy was founded so as to balance public power (in safeguarding the society and assuring an individual's rights) with the country's framework. This legal balance makes citizens feel secure, due to the rule of the law.

Islam stipulates such rights in its rules and makes personal punishment for individual criminals as stated in the Holy Qur'an: "No bearer of burdens can bear the burden of another"⁽²⁴⁾ which meant that the salvation for the guilty cannot be attained by the punishment of the innocent. One man cannot bear the burden of another: that would be unjust. Every man must bear his own personal responsibility; in another words, it meant no crime is accused to another. Islamic Sharia lays down that the accused is innocent until proven guilty without any doubt; it also prohibits restrictions on freedom except through the provisions of the law. The Universal Declaration of Human Rights has also ascertained the security of the individual through its Articles 7 to 9⁽²⁵⁾. However, every person has given the right to equality before the law and equal protection of the law but also any discrimination forbidden under the law and guaranteed to all individuals equal and efficient protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. The Universal Declaration of Human Rights states that 'no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile'. The protection against arbitrary arrest and detention is one of the most important measurements of the right to freedom of individual. It seems that the Universal Declaration of Human Rights did not lay more detail

(24) The Holy Qur'an, 'Surat al-Isra'i', verse 15.

(25) United Nations, Universal Declaration of Human Rights: Articles 7 to 9.

on this article but for further expansion left to future conventions. In 1965, the United Nation Study on this article adopted the following definition: 'An arrest or detention is arbitrary if it is (a) on grounds or in accordance with procedures other than those established by law, or (b) under the provisions of a law the purpose of which is incompatible with respect for the right to liberty and security of person'⁽²⁶⁾.

The Kuwaiti Constitution contains in its texts the right of the individual to safety; therefore, it indicates that no crime and no penalty may be established except by virtue of law, and no penalty may be imposed except for offences committed after the relevant law has come into force⁽²⁷⁾. This expresses the principle of no crime or punishment, except through the law. The law also stipulates the non-retrospection of criminal law, and there is no punishment except on actions pertaining to those laws, which are stipulated by Articles 32 and 179.

The Constitution further stipulates in its articles that punishment is personal; a man will not be asked about the action of others if he is not a participant in that action⁽²⁸⁾. It also indicates that no person shall be arrested, detained, searched or compelled to reside in a specified place... except in accordance with the provisions of law⁽²⁹⁾. Another article states that an accused person is presumed innocent until proved guilty in a legal trial at which the necessary guarantees for the exercise of the right of defence are secured. The infliction of physical or moral injury on an accused person is prohibited⁽³⁰⁾. Article 11 of the UN's Universal Declaration of Human Rights also states that 'everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence'; it also added that 'no one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than

(26) United Nation, 'Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile', 1965, Sale no.65.XIV.2.

(27) Kuwaiti Constitution: Article 32.

(28) Kuwaiti Constitution: Article 33.

(29) Kuwaiti Constitution: Article 31.

(30) Kuwaiti Constitution: Article 34.

the one that was applicable at the time the penal offence was committed⁽³¹⁾. However, the first paragraph of this article concerns the basic human rights to be complied with in criminal procedures. The second paragraph of the same article concerns the principle of legality, which limits the application of the criminal law. This article has a strong connection with article 10 in the aspect of the right to a public hearing. In any case, this article consists of the presumption of innocence until proven guilty and the right to defence; it also includes the right to a public hearing and the non-retroactivity of laws.

b. Freedom of movement and selection of abode: here the individual has the right to move to and/or from any place and can choose his/her place of residence; such freedom can be restricted only in accordance with the rules of law. Islamic Sharia outlines this freedom of movement,⁽³²⁾ as does Article 13 of the Universal Declaration of Human Rights, which indicates that 'everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state; and everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country'⁽³³⁾. There is a direct connection between the rights and freedoms lay down in article 13 and the reference to the necessities of a democratic society in article 29, and the inclusion of article 13 in the Universal Declaration of Human Rights constitutes a acknowledgment to democracy as the definitive foundation for government. However, everyone lawfully within given territory may move about freely within that territory, without given permission and obstacle, and without having to ask the authorization of the authorities or having to give good reason for anyone presence in any particular place. It is worth noting, some countries with a dictator leadership restricted the freedom of people to move about and to settle as they wish, such as in Iraq during the rule of Saddam Hussein.

The Kuwaiti Constitution stated the right to freedom of abode and movement, which states that no Kuwaiti may be deported from Kuwait or prevented from returning thereto⁽³⁴⁾. Also, in another Article states

(31) United Nations, Universal Declaration of Human Rights: Article 11.

(32) Al-Nabhan, Muhammad Farooq, Nadam al-Hukum fi al-Islam, Kuwait: Kuwait University Press, 1974, pp. 231-232.

(33) United Nations, Universal Declaration of Human Rights: Article 13.

(34) Kuwaiti Constitution: Article 28.

that no person shall be arrested, detained, searched or compelled to reside in a specified place, nor shall the residence of any person or his liberty to choose his place of residence or his liberty of movement be restricted, except in accordance with the provisions of law⁽³⁵⁾. It is very clearly that the Kuwaiti constitution complied with Islamic Shari'a law in this aspect of human rights and Universal Declaration of Human Rights as indicated in its constitutional provisions.

c. The right to enjoy individual privacy: this right also contains the right of privacy in correspondence with, and the sanctity of abode. Concerning the sanctity of abode the Holy Qur'an says: "O ye who believe! Enter not houses other than your own, until ye have asked permission and saluted those in them: that is best for you, in order that ye may heed. If ye find no one in the house, enter not until permission is given to you: if ye are asked to go back, go back: that makes for greater purity for yourselves: and Allah knows well all that ye do"⁽³⁶⁾. It meant that the principles of respectability and privacy are vital to a cultured life of righteousness and clarity. The Muslim principle of asking polite permission and exchanging greetings guarantees privacy without exclusiveness, and friendliness without undue familiarity. If no one replies; there may be people in the house not in a presentable state. Or even if the house is empty, you have no right to enter it until you obtain the owner's permission. Human Rights Declaration also dealt with this right by stating that 'no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks'⁽³⁷⁾. This provision covers a wide range of different interferences. But the right to privacy is connected with the protection of the family, home life, place of residence, correspondence, and physical and mental integrity.

The Kuwaiti Constitution stipulates these rights in respect of privacy; Article 38 states, "Places of residence shall be inviolable. They may not be entered without the permission of their occupants except in

(35) Kuwaiti Constitution: Article 31.

(36) The Holy Qur'an: 'Surat al-Noor', Verses 27, 28, and 29.

(37) United Nations, Universal Declaration of Human Rights: Article 12.

the circumstances and manner specified by law”⁽³⁸⁾. In another article also notes that, freedom of communication by post, telegraph and telephone and the secrecy thereof shall be guaranteed; accordingly, censorship of communications and disclosure of their contents shall not be permitted except in the circumstances and manner specified by law⁽³⁹⁾. However, these articles cover a large variety of interferences, which has increased significantly in the present time in relation with sophisticated hi-tech progresses and thereby the increased possibility of interferences such as electronic observation carried out by either state agents or private actors. It also the construction of wide-ranging computerised files systems and data banks are another example of modern technological developments which may cause a threat for the protection of privacy; therefore, all these rights has to be respected and laws has to be legislated according to these modern technological developments in order to safeguard the principles of human rights stipulated in the constitution.

2 - Freedom of Thought: This is the most important freedom needed by a human in his/her life, since it is connected with his moral values and is the foundation on which his character is moulded. The following represent freedom of thought:

a. Freedom of opinion and its expression: this is a fundamental freedom ordained by Islam. There are many verses in the Holy Qur'an containing sentences that call for man to think, see and imagine, and in which one finds the phrases, “those who think”; “those who contemplate”; “those who recognize”; “those who realize”, and so on⁽⁴⁰⁾. The Holy Qur'an directed the God's messages to the human being for those who believe, understand, consider, identify, and so on..., therefore, the Holy Qur'an indicates that this magnificent nature passage stands out like a hill in landscape, enhancing the beauty of our view, and preparing us for the every-day laws and ordinance which follow. The Universal Declaration of Human Rights also contains such freedom, as states that 'everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and

(38) Kuwaiti Constitution: Article 38.

(39) Kuwaiti Constitution: Article 39.

(40) The Holy Qur'an, 'Surat al-Baqarat', verse 164 and 'Surat al-In'am', verse 65.

impart information and ideas through any media and regardless of frontiers⁽⁴¹⁾. The right to freedom of opinion and expression as proclaimed in this article of the Universal Declaration of Human Rights constitutes a cornerstone of democratic society. This is the reason why many human rights instruments adopted by the UN bodies since 1948 elaborate principles set out in this article such as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, paragraphs 1 and 2 of article 19 which indicates that everyone shall have the right to hold opinions without interference and to freedom of expression.

The Kuwaiti Constitution stated that 'freedom of opinion and scientific research shall be guaranteed. Every person shall have the right to express and propagate his opinion verbally, in writing or otherwise, in accordance with the conditions and procedure specified by law'⁽⁴²⁾. This article of the right to freedom of opinion and expression constitutes a major element of democratic society. The constitution guaranteed the right freely to express opinion and freedom of speech and the press but it also indicates that such freedoms should not be used for illegal purposes, that is why the constitution indicates there are conditions to be laid down by law to safeguard the use of these rights. However, the right to freedom of opinion and expression, including the freedom of information, is an absolute requirement for a democratic society.

b. The right of belief: within its teaching, Islam states the freedom of belief, as mentioned in the Holy Qur'an: "Let there be no compulsion in religion: Truth stands out clear from error: whoever rejects Tagut (Tyrant) and believes in God hath grasped the most trustworthy handhold that never breaks. And God is all knowing and listening"⁽⁴³⁾. It meant that compulsion is incompatible with religion; because religion depends upon faith and will, and these would be meaningless if induced by force. Also truth and error have been so clearly shown up by the mercy of God that there should be no doubt in the minds of any person of goodwill as to the fundamentals of faith. God's protection is continuous, and his plan is always to lead us from the depths of

(41) United Nations, Universal Declaration of Human Rights: Article 19.

(42) Kuwaiti Constitution: Article 36.

(43) The Holy Qur'an, 'Surat al-Baqarat', Verse 256.

darkness into the clearest light. The Declaration of Human Rights stipulates this right of belief in its principles as states that 'everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance'⁽⁴⁴⁾. This right has long custom both in internal and in international law. There are even foundations to say that the basis of the general thought of human rights lies in the long history of protecting religious minorities. In time of Islamic conquest, the Muslims respected and protected the people who have different faith and gave them the rights to keep their religion and to practice it freely or they have the choice to be converted to Islam. However, since the rise of Islam until the present time the most of Islamic states have been applied the freedom of religion and thought; one of these states is Kuwait when promulgated its constitution specified this right in its provisions.

The Kuwaiti Constitution states the freedom of belief very clearly in its provisions when it says, "Freedom of belief is absolute; the State protects the freedom to practise religion in accordance with established customs, provided that it does not conflict with public policy or morals"⁽⁴⁵⁾. Although this article seems rather limited, because Kuwaiti constitutional legislator complied with the belief of Kuwait people (who are all Muslim) and in the same time indicated the freedom of other people belief (who are the migrants working in Kuwait), however, it is a step forward with regard to rights of belief when compared with other Gulf States such as Saudi Arabia.

c. The right of learning: here again, Islam called for the right or freedom to learn. This was revealed to the Prophet Muhammad in the first verse of the Holy Qur'an, which says, "Read in the name of God; who created the human out of a leech-like clot: read! And thy Lord is most bountiful, who taught the human that he knew not"⁽⁴⁶⁾. This is a God's message to learn writing, reading and knowledge; this message

(44) United Nations: op cit, Article 18.

(45) Kuwaiti Constitution: Article 35.

(46) The Holy Qur'an, 'Surat al-'Alaq', Verses 1-5.

involves not only the duty of proclaiming into the God's message with visionary way, but also the duty of promulgation and wide spreading of the truth by all who read and understand. This complete meaning of reading refers not only to a particular person and occasion but also gives a universal direction. Islam also encouraged learning and placed the educated at a higher level of knowledge than the ignorant; the Holy Qur'an says, "God raised up, to (suitable) ranks (and degrees), those of you who believe and who have been granted knowledge"⁽⁴⁷⁾.

The UN Declaration of Human Rights states such freedom of learning in Article 26, and most modern constitutions stipulate the duty of learning by the citizens and make teaching mandatory and free up to a given stage. Thus, the Kuwaiti Constitution adopted the same principle and stated in its articles that education was a right for Kuwaitis, guaranteed by the State, "in accordance with the law and within limits of public policy and morals. Education in its preliminary stages shall be compulsory and free in accordance with the law which shall lay the necessary plan to eliminate illiteracy"⁽⁴⁸⁾. However, the Kuwaiti nation is a Muslim society and Islam indicated very clearly its encouragement for learning and put educated at higher knowledge; therefore, the Kuwaiti constitutional legislator acted in accordance with Islamic Shari'a law in this aspects, and in the same time complied with Universal Declaration of Human Rights, when laid down provision to ensure education in its preliminary stages should be compulsory and free and also set plan to eliminate illiteracy.

d. Freedom of the Press: The Universal Declaration of Human Rights states that 'everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontier'⁽⁴⁹⁾. This freedom gives individuals rights to express their opinions and thoughts through means of written communication, such as newspapers, magazines, books and leaflets, within the conditions set down by law. The Kuwaiti Constitution

(47) The Holy Qur'an, 'Surat al-Mujadila', Verse 11.

(48) Kuwaiti Constitution: Article 40.

(49) United Nation: op cit., Article 19.

stated that “Freedom of the press, printing and publishing shall be guaranteed in accordance with the conditions and manner specified by law”⁽⁵⁰⁾. This kind of freedom have created a good environment for democracy in Kuwait by encouraging to publish various news papers and magazines, books in many field to give the Kuwaiti people rights to express their opinions and thoughts.

e. Rights of assembly and establishment of societies: the freedom to have meetings or assemblies means the meeting of individuals in a temporary situation and in a specific place for the purpose of expressing and exchanging thoughts and opinions. However, the right of establishing societies means the ability of individuals to participate in meetings and to exercise a type of activity in a continuous or permanent fashion to achieve a specific purpose. Article 20 of the Declaration of Human Rights stated the rights of meetings and of establishing societies: “Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association”⁽⁵¹⁾. Freedom of association and assembly are important for many human activities undoubtedly relating to the private sphere. They are necessary for any valuable exercise of the freedom of conscience and religion, as stated in article 18 of Universal Declaration of Human Rights (UDHR), and essential also in the field of education, as stated in article 26 of UDHR. The right to form and join trade unions is included in freedom of association, but has been dealt with as a separate matter in association with other rights relating to work, as stated in article 23 paragraph 4 of UDHR.

The Kuwaiti Constitution stipulated the right of the individual in assembly through its provisions, which states:

Individuals shall have the right of private assembly without permission or prior notification, and the police shall not attend such private meetings. Public meetings, processions and gatherings shall be permitted in accordance with the conditions and manner specified by law, provided that their purpose and means are peaceful and not contrary to morals⁽⁵²⁾.

(50) Kuwaiti Constitution: Article 37.

(51) United Nations: op cit, Article 20.

(52) Kuwaiti Constitution: Article 44.

The explanatory note commented that this article safeguarded people's private meetings. Neither the law nor the government requires permission to be sought or advance warnings to be given for such meetings. Nor can the security forces raid these meetings, though this would not prevent people asking for police protection for their meetings in accordance with proper measures. However, public meetings, whether in a normal place of assembly or taking the shape of a procession passing on public roads, or meetings of people in public places, in all their various forms are not possible except "in accordance with conditions and circumstances pointed out by the law"⁽⁵³⁾ and provided that "the purposes of these activities are for peaceful purposes and do not contradict with morals"⁽⁵⁴⁾.

The law should define the precise meaning of public meetings, as compared with private meetings. Furthermore, assurances for such meetings do not mean permission to exploit such freedom in order to commit a crime or to plot against the law. In this case, penal law and its provisions depict the ways required to ascertain the security of the state and the safety of the people. These provisions, which contain penal punishments and safety measures, would prevent crime happening and would facilitate at the same time the search and tracing of criminals⁽⁵⁵⁾.

The Constitution stated in another article that, "Freedom to form associations and unions on a national basis and by peaceful means shall be guaranteed by law. No one may be compelled to join any association or union."⁽⁵⁶⁾ The explanatory note commented that this determined the freedom of establishing associations and unions (without mentioning the word "organisations"). In its definition it contains political parties so that the constitutional text will not contain the obligation to allow such parties. Further, the non-mention of such an obligation in the text does not mean a constitutional prohibition, since this would be limiting for an indefinite period in the future and would prevent the legislators from allowing the establishment of parties if there was a place for them. Thus,

(53) Explanatory Note for the Constitution: Explanation of Article 44.

(54) Explanatory Note for the Constitution: explanation of article 44.

(55) Explanatory Note for the Constitution: explanation of article 44.

(56) Kuwaiti Constitution: Article 43.

while the constitutional text does not necessarily constitute the freedom to establish political parties, at the same time it does not prohibit such establishments but leaves this matter for the ordinary legislator, without either ordering or prohibiting him in such matters⁽⁵⁷⁾.

However, freedom of assembly and freedom of association, together with freedom of expression, constitute the central part in the category of political rights. They are the legal foundation for an active civil society enabling rational-collective will-formation, for the publicity of public affairs, and also for any participatory or representative democratic processes.

3. Rights with social and economic agenda: these rights to freedom include:

a. the freedom of choosing a Profession and a Union: the Universal Declaration of Human Rights outlined such a right in Article 23, which gave the right to a profession and the formation of unions⁽⁵⁸⁾. The Kuwaiti Constitution also contains in its texts the freedom to choose employment and form unions; however, the constitution states that “every Kuwaiti has the right to work and to choose the type of his work”⁽⁵⁹⁾; and it also states that there is “freedom to form associations and unions... in accordance with the conditions and manner specified by law. No one may be compelled to join any association or union”⁽⁶⁰⁾. The constitution in its provisions indicates that the right to work means that the individual should be able to choose employment without the authorities’ interference. Forced work is not acceptable in all its types. However, the wages and the working conditions must reach to an acceptable standard in order to comply with the proper contents of the right to work. Also, the free choice of employment cannot exist if the unemployed are not protected. However, the right to work can be considered as a requirement for the safeguard against discrimination, the freedom of association and other economic and social rights of the employees. The Kuwaiti constitution also indicates that the right to

(57) Ibid: explanation of article 43.

(58) United Nations, op cit: Article 23.

(59) Kuwaiti Constitution: Article 41.

(60) Kuwaiti Constitution: Article 43.

constitute and join labour unions. The freedom to form association, are more important in some extent than the right to work principle. The right to constitute unions without the authorities' interference is fundamental principle of the international conventions such as the constitution of international labour organisation which was form 1919 and it was revive after World War II. However, the freedom of association is a civil and political right as well as a social and cultural right.

b. Right of Ownership: the right of ownership is an individual right, and signifies the right of the individual to be a proprietor whose ownership is inviolable and protected from any attack. Islam outlined private ownership, but surrounded it with restrictions in order to direct such ownership in a proper form and reduce its risks⁽⁶¹⁾.

Article 17 of the Universal Declaration of the Human Rights stipulated private ownership⁽⁶²⁾. Most modern constitutions state that the right of ownership is one of individual choice, though it should not be ignored that such a right has a social function. Moreover, as noted earlier, Articles 16, 17 and 18 of the Kuwaiti Constitution and the comments of the explanatory notes on Article 16, have made private ownership a right for the individual which has a social function regulated by the law⁽⁶³⁾.

4. Rights with Political Agenda:

a. Freedom of Election: it is the freedom of a representative to nominate himself and the freedom of the electorate in choosing whoever is going to represent him. Article 80 stated, "The National Assembly shall be composed of fifty members elected directly by universal suffrage and secret ballot in accordance with the provisions prescribed by the electoral law"⁽⁶⁴⁾.

b. Rights of addressing the public authorities: the rights of individuals, societies, unions and people to address the public authorities are stated in Article 45, "Every individual shall have the right to address

(61) Al-Nabhan, Muhammad Farooq, *Al-Itjah al-Jama'I fi al0Tashri'a al-Iqtisadi al-Islami*, Beirut: Dar al-Fikr al-Hadith, pp. 182 et seq.

(62) United Nations, op cit: Article 17.

(63) Kuwaiti Constitution: Articles 16, 17, 18.

(64) Kuwaiti Constitution: Article 80.

the public authorities in writing over his signature. Only duly constituted organisations and corporate bodies shall have the right to address the authorities collectively”⁽⁶⁵⁾.

However, it should be mentioned that there are absolute rights and rights that are regulated by legislation; for instance, some public rights were made absolute by the Constitution and here the Constitution did not allow for the issuing of a law to regulate it, nor did the ordinary legislation give the right to specify it or put regular limits upon it. For example, the legislator has no right to put limits upon the right of worship. Article 28 of the Constitution states that, “No Kuwaiti may be deported from Kuwait or prevented from returning thereto”⁽⁶⁶⁾; this, in fact, is an absolute right for every Kuwaiti and the legislator was not allowed to legislate on this issue. There is another example concerning equality before the law, i.e., that no one can be charged or punished except according to the law; nor is anything retrospective in the Penal Code.

Certain public rights and freedoms are outlined by the text of the Constitution, but their details have been left to be regulated by the legal framework. The ordinary legislator would embark upon the details and the limitation and would then issue them in a law to enable an individual to exercise these rights and freedoms in their objective framework⁽⁶⁷⁾.

However, the declaration of human rights is to protect individual dignity; democracy cannot be guaranteed without participation; and dignity cannot be existed without participation. Hence, proper democracy is not achievable without acknowledgment and safeguarding of individual dignity; therefore, democracy and human rights are connected to each other very strongly. In fact, human rights are the basis of modern democracy; thus, there is no democracy without political rights such as the right to vote and to be elected or to participate in the conduct of public affairs. As mentioned earlier that the democracy needs freedom of

(65) Kuwaiti Constitution: Article 45.

(66) Kuwaiti Constitution: Article 28.

(67) Al-Salih, 'Uthman, *Al-Nizam al-Dustury wal Mu'assat al-Siyassiyah fi al-Kuwait* (Constitutional System and Political Institutions in Kuwait), Kuwait: University of Kuwait Press, 1989, p. 296.

expression, freedom of movement, freedom of association and the right to assembly, and other conventional civil liberties. Democracy also requires the right to information and freedom of press.

The human rights would be flourishing in democratic states because the democratic system supplies means for censorship the implementation of laws. Human rights are equal for everyone regardless of distinctions of sex, race, wealth, and hierarchy...etc. Democracy establishes equality because the democratic system offers a method for direct those who exercise power. In fact that ruling group can be dismissed in election or the government can lose support of a minority coalition partner, which already limits their power. Usually, the separation of powers go together with democracy; thus without this principle any safeguarding of human rights is a misleading. Because the individual is in a weaker position than the governmental body or official who breaches the individual rights, the individual should be able to request the state for help, whether dress its issue before the courts, police, and prosecutor, etc., against abuses by state officials. Safeguarding of individuals' rights requires a strong and effective state,⁽⁶⁸⁾ but state authorities have to be separated and the protective powers of the state have to be made available to individuals and minorities.

However, although there is a strong connection between democracy and human rights but some time democracy could cause intimidation to the rights of individual and minority for example when some times the majority in power could use political rights to raise its opportunities for re-election. It also might suspend the rule of law to safeguard its interest; or it may not apply the rights of an ethnic or religious minority, depending on such standing zeal as religious extremism or ethnic hatred⁽⁶⁹⁾. Human rights are to safeguard the individual from a majority, whether as a dissident or as a member of a minority. Therefore, the government should not promulgate some decisions as a valid laws and it should not carry it out, even when this government is working with the

(68) Holmes, Stephen and Cass R. Sunstein, *The Case of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York: W.W. Norton & Company, 1999, pp. 48-58.

(69) Elster, Jon, 'Majority Rule and Individual Rights', in Shute, Steven and Hurley, Susan, (eds.), *On Human Rights*, New York: Basic Books, 1993, pp.175-216.

support of majority. Human rights protect individuals and minorities when their legal interests conflict with the interest of the majority.

However, there are many means to protect human rights from the democracy's intimidation, such as separation of powers, checks and balances, judicial review, and extraordinary measures for constitutional amendments. These means are the institutional features of modern constitutionalism and they provide the limitation of the determination of the majority and the safeguard of constitutional democracy. Especially, constitutions state in its provisions the protection of minority and individual rights that can be endangered by a majority under interest or passion⁽⁷⁰⁾. This kind of constitutional rights is different from legislative rights because they cannot be brought under control by the democratic legislators.

Although acts safeguard individuals and minorities against executive authority, they leave them helpless vis-à-vis legislature that can change an act at will. But in States where a constitutional system with a separation of powers and constitutional courts do not exist, a short-term majority can take certain rights away. However, there are some exceptional cases, such as in the case of Hitler, Stalin, Saddam Hussein, and Mugabe of Zimbabwe...etc. presented themselves as the executors of the will of the people as publicised in acts, and issued laws that disregard rights of minorities.

Usually, constitutions stipulate provisions to safeguard rights against legislatures. Therefore, legislators may take up any bill except the proposed bill may contradict with the provisions of the constitution. In this case, the law cannot violate the rights of minorities, even if the majority is in favour of such a law because the constitution cannot be changed by the same rules as the ordinary laws that are being legislated.

Although democratic measures identify the method in which social decision are made, human rights lay down the restrictions to the content of such decisions, according to Sajo 'the extrication of certain issues from majority decision making goes to the heart of constitutionalism'⁽⁷¹⁾.

(70) Sajo, Andras, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest: Central European University Press, 1999, p.8.

(71) *Ibid.*, p.60.

However, even basic rights cannot be absolute; it can be put aside when conflict with other significant values, such as imprisonment contradicts individual freedom, and some measures carried out by police and courts breach privacy...etc. it is important that such invasions into the sphere of personal rights not be illogical, that they be restricted to situations that are defined before a agreed case of interference takes place, and it should not breach the appropriate course of law.

However, in constitutional states, human rights can be restricted or suspended as stipulated in the constitution. Legislative restrictions of rights are authorised in the cases to safeguard some important values such as national security, public safety, public health...etc. Also, the constitution has to state which rights can be restricted by the legislature.

Usually, the constitution specifies the circumstances and the procedures in which the emergency can be declared. Constitutions also stipulate the restriction of constitutional rights authorised during an emergency and some constitutions state the rights cannot be restricted and others stipulate the rights cannot be suspended even during an emergency. In fact, the rights that are supported during an emergency and cannot be limited within the procedure of constitutional amendment can be considered 'supra-constitutional'.

SECTION TWO

ELEMENTS OF SOCIAL AND ECONOMIC DEMOCRACY IN THE KUWAITI CONSTITUTION

With the exception of the collective right of peoples to self-determination stated in the provisions of the covenants, and some references to the rights of trades unions in the covenant on economic, social and cultural rights⁽⁷²⁾, all these rights lay down in Bill are pronounced as individual rights. However, the rights of 'persons' belonging to ethnic, religious and linguistic minorities⁽⁷³⁾, and the rights of the economic, social and cultural, all are pronounced as the rights of 'everyone'. Some time the collective rights have priority over the rights of individuals. Frequently, collective rights become to be state rights which may or may not reveal the interests of the majority⁽⁷⁴⁾. However, collective rights are occasionally confounded with economic, social and cultural rights, but the concepts are relatively different because these rights are considered as rights of individuals. The Universal Declaration of Human Rights states that 'Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and protection against unemployment'⁽⁷⁵⁾. Nevertheless, these rights are not to trade unions or any other collectively; it is belong to individuals. Their inclusion in the declaration and later in the covenant on Economic, social and cultural Rights was another fundamental departure from conventional approaches. Therefore, the claims, that collective right have priority over the rights of the individual and the economic, social and cultural rights have priority over the rights of individuals, must be rejected⁽⁷⁶⁾. These rights frequently come into disagreement with the traditional civil and political rights but both types have the same values.

(72) United Nation, General Assembly: The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 3rd January 1966.

(73) The covenant on Civil and Political Rights: Article 27.

(74) Ricoeur, Paul, *Philosophical Foundations of Human Rights*, Paris: UNESCO, 1986, p.62.

(75) United Nation: *The Universal Declaration of Human Rights*, article 23.

(76) Ricoeur, Paul, *op cit.*, p.63.

Moreover, the democracy has to deal with these challenges in order to resolve such disagreements without affecting individual freedom.

However, the notion of traditional public freedoms was to a certain extent attached to the doctrine of free enterprise. Here the individual was considered to be the conserver of his rights and freedoms and the State was required to refrain from intervening in the rights of individuals or regulating their activities. Its duty was merely to defend the country from outside attacks and to safeguard security and order⁽⁷⁷⁾.

The idea of public rights was connected to the notion of the individual doctrine of equality, which did not extend beyond equality before the law. However, the adoption by the Kuwaiti Constitution of a reasonable individual doctrine encouraged it to add other social and economic rights besides (traditional) political rights for individuals, i.e., the modern right to achieve social justice. The right are formulating the Constitution attempted to achieve this modern outlook on social justice in order to safeguard the citizen against economic power. Here, the Constitution attempted to strike a balance between the public and private economies in order to achieve the social aims of tranquillity and prosperity for the people in accordance with its article which stated, that the national economy shall be based on social justice. It is founded on fair co-operation between public and private activities. Its aim shall be economic development, increase in productivity, improvement in the standard of living and achievement of prosperity for the citizen, all within the limits of the law⁽⁷⁸⁾.

In addition, as noted before, Article 16 stated that individual property has a social function and that the right of ownership was not absolute. The Constitution also stipulated that granting permission or a monopoly is allowed only through the law, as stated in Article 152, that no concession for exploitation of either a natural resource or a public service may be granted except by a law and for a limited period...,⁽⁷⁹⁾ while Article 153 stated, that no monopoly shall be granted except by law

(77) Duverger, Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, T. 1-2, 1971, pp.55 et seq.

(78) Kuwaiti Constitution: Article 20.

(79) Kuwaiti Constitution: Article 152

and for a limited period⁽⁸⁰⁾. And as previously mentioned, Article 21 of the Constitution prohibits the private ownership of, and income from, natural resources; these are a property of the State, which will look after them and preserve their use in a proper manner.

The Constitution also regulated the position of the weak before the strong, by protecting tenants renting from proprietors and workers from business owners. This was achieved by regulating such relations in a social justice manner rather than according to offer and demand or through the principle of management power as called for by free enterprise doctrines. Article 22 states that relations between employers and employees and between landlords and tenants shall be regulated by law on economic principles, due regard being given to the rules of social justice⁽⁸¹⁾. The Constitution also stated that social justice was the basis of the national economy in production and in the raising of citizens' living standards.

In this regard, the Constitution contained texts prohibiting members of the National Assembly and Ministers from exploiting their positions to accumulate wealth. Article 121 prohibited National Assembly members from appointment to any company directorships or from participating in any contracts signed by the government and those companies; nor could they hire or purchase any public property, or to sell any of their property to government establishments, or bid for anything of this sort⁽⁸²⁾. As Article 131 stated,

While in office, a Minister shall not hold any other public office or practise, even indirectly, any profession or undertake any industrial, commercial or financial business. Further, he shall not participate in any concession granted by the government or by public bodies or hold the ministerial post with membership of the board of directors of any company. Further, during the said period, a minister shall not buy or take on hire any property of the state even by

(80) Kuwaiti Constitution: Article 153.

(81) Kuwaiti Constitution: Article 22.

(82) Kuwaiti Constitution: Article 121.

public auction, nor shall he let, sell or barter any of his property to the government⁽⁸³⁾.

The Constitution also urged the State to encourage cooperation, savings and life assurances in order to regulate the positions of the economically weak. In Article 48 the Constitution stated the exemption of small incomes from duties, which would entail the exclusion of minimum income⁽⁸⁴⁾. It also stated in Article 41 that work is a duty of every citizen necessitated by personal dignity and public good. The state shall endeavour to make it available to citizens and make its terms equitable⁽⁸⁵⁾. Article 42 said, "There shall be no forced labour except in the cases specified by law for national emergency and with just remuneration"⁽⁸⁶⁾.

Articles in the Constitution pointed to the protection of citizens from social dangers. Article 9 spoke of the care and protection of mothers and children and Article 10 referred to the protection of childhood and the safeguarding of children's physical behaviour and spiritual neglect Article 11 states that the State ensures aid for citizens in old age, sickness or inability to work. It also provides them with services of social security, social aid and medical care⁽⁸⁷⁾. Articles 13 and 40 assured free education and Article 15 assured health service facilities for prevention of and safety from diseases and epidemics. In addition, Article 25 of the Constitution stated that the State shall ensure the solidarity of society in shouldering burdens resulting from public disasters and calamities and provide compensation for war damages or injuries received by any person as a result of the discharge of his military duties⁽⁸⁸⁾. However, for more of our analysis to this subject, it is placed in the conclusion with more details and comparison with other international conventions and human rights declaration.

(83) Kuwaiti Constitution: Article 131.

(84) Kuwaiti Constitution: Article 48.

(85) Kuwaiti Constitution: Article 41.

(86) Kuwaiti Constitution: Article 42.

(87) Kuwaiti Constitution: Article 11.

(88) Kuwaiti Constitution: Article 25.

Conclusion

From our study to this topic of our research we can conclude the following findings:

- 1 - The Kuwaiti constitution divided the elements of the political, social, and economic democracy into two groups: Political rights on the one hand and social and economic rights on the other hand. These two groups differ as to the obligations they impose on the contracting states. Political rights basically create an obligation for the state to refrain from certain activities, while social and economic rights often impose an economic and social burden on contracting states.
- 2 - The liberalism has the same consideration of individualists with rights such as freedom of speech but would also support social and economic rights such as health and education. Wellbeing liberalism prefers democratic mechanisms rather than the courts. However, the political, social and economic rights in Kuwait always have been based on the Arabic and Islamic Shari'a heritage even before its independence. Therefore, the Kuwaiti constitutional legislators dealt with all these rights such as freedom of speech and social and economic rights, such as health and education, according to the Arabic and Islamic shari'a rules. However in the same time, the legislator constituted these rights in the way to comply with the international principles for human rights such as the Universal declaration of Human Rights and others international conventions.
- 3 - Liberal worries the dictatorship of the majority but usually favour a democratic constitution as a compromise between individual freedom and the public interests. In some sense, an elected government can limit freedom by promoting policies that support one way of life over another; and on the other sense, a liberal constitution must not rule out change or claim universal truth for any policy. The liberals support partial checks on democracy by dividing up power⁽⁸⁹⁾. Therefore, the Kuwaiti constitutional legislator laid down many means to protect human rights from

(89) Alder, John, Constitutional and Administrative Law, London: Palgrave Macmillan, 2005, p.31.

the democracy's intimidation, such as separation of powers, checks and balances, judicial review, and extraordinary measures for constitutional amendments. Also, the legislator improved human rights in Kuwait by making the media and freedom of speech independence. The practice of freedom and safeguarding of rights is relatively to the strength institutional organisation of civil society, which it should be independent from the state and able of the safeguarding of rights through many political and judicial means. However, human rights can be presented and be valued in political systems that adapt limitation of power. Limited government and a system of checks and balances assisted the safeguarding of rights of individuals and minorities.

- 4 - The constitutional legislator laid down the provisions of human rights is to protect individual dignity; democracy cannot be guaranteed without participation; and dignity cannot be existed without participation. Hence, proper democracy is not achievable without acknowledgment and safeguarding of individual dignity; therefore, democracy and human rights are connected to each other very strongly. In fact, human rights are the basis of modern democracy; thus, there is no democracy without political rights such as the right to vote and to be elected or to participate in the conduct of public affairs. As mentioned earlier that the democracy needs freedom of expression, freedom of movement, freedom of association, freedom of press and the right to assembly, and other conventional civil liberties.
- 5 - Kuwaiti constitution has expressed a strong connection between democracy and sovereignty. The concept of sovereignty in the Kuwaiti constitution shows some similarity with the French Declaration of Rights. But the constitution has not gone far from its Arabic characteristics, which shows very clearly in its articles. It is stated that the system of rule in Kuwait is democratic; sovereignty belongs to the people and is the source of all powers, and this sovereignty is exercised in accordance with the way it is shown in the Constitution (Article 6).
- 6 - The democracy is not accomplished by the Constitution through its announcement that sovereignty is for the nation; or by assemblies constituted by the minority under the name of the people's representatives, or by setting up ministerial responsibility before

these representatives. The existence of real democracy is the existence of mature public opinion overseeing these minority rulers in the achieving of the proper functions of governance so that such a ruling minority will find no other way than to yield to the opinion of the general public and to work in accordance with its demands. The Kuwaiti constitutional legislator have taken in consideration that democracy is well protected in political systems based on the principle of separation of powers and with checks and balances that prevent extreme concentration of political power. Therefore, in order to secure the democratic life in Kuwait, the legislator laid down provisions to guarantee that the political system base on the principle of separation of powers and with checks and balances (Article 50), and independent of judiciary. (Article 163) This is because the need of checks and balances for independent courts in order to able the citizens to bring their cases about violation of their rights before the judiciary. The constitution also states that the constitutional court shall be (article 173) to censorship the constitutionality of laws and to reinstate unconstitutional laws with new laws are essential for protection of these rights. However, without separation of powers, the rights of individuals and minorities cannot be efficiently protected.

- 7 - The idea of public rights was connected to the notion of the individual doctrine of equality, which did not extend beyond equality before the law. Although, the ex-socialist countries and the capitalist countries differ in their definitions of equality and the ruling systems but both agree that democracy would not exist except through equality amongst the whole people. However, Kuwaiti constitution defines political democracy very clearly by adoption the principle that sovereignty belongs to the people is the source of all power; it also adopts the principle of equality, and it defines the public rights and freedom (part 2 articles 7-26 and part 3 articles 27-49).
- 8 - The constitutional legislators took in consideration that they have to apply the Islamic notions, which had in fact appeared clearly within the text of the constitution, establishing that Shari'a continued to exist in the minds of the people. Therefore, the constitution states that 'the religion of the state is Islam' and that 'Islamic Shari'a shall be a main source of legislation' (article 2),

therefore, the constitutional legislator allocated provisions in the constitution concerned with public rights and duties in its third section which are compatible with Islamic Shari'a law. On the other hand, the constitutional legislators have complied with Universal Declaration of Human Rights, which most of these rights were based upon Islamic Law. Although they are stated in the United Nations Declaration of Human Rights, the terms "colour" and "wealth" were avoided in Kuwaiti constitution (Article 29), this is due to the absence of racial prejudice in Kuwait. Discrimination among people due to class or wealth does not exist and is deplored by the Kuwaiti people; therefore there is no need for its negation by special provision in the text.

- 9 - The adoption by the Kuwaiti Constitution of a reasonable individual doctrine encouraged it to add other social and economic rights besides (traditional) political rights for individuals, i.e., the modern right to achieve social justice. Those formulating the Constitution attempted to achieve this modern outlook on social justice in order to safeguard the citizen against economic power. Here, the Constitution attempted to strike a balance between the public and private economies in order to achieve the social aims of tranquillity and prosperity for the people in accordance with the content of the constitutional articles.
- 10 - Also, the Kuwaiti constitution states that the right to form and join trade unions is included in the freedom of association (article 43). This right has been dealt with in article 22-1 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Universal Declaration of Human Rights (article 23-4), and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Right (article 8).
- 11 - The Kuwaiti constitution states in article 11 that social and economic rights have been conceptually associated with the practically dealt with social security policies since the declaration of the constitution in 1962. According to this article, the state ensures aid for citizens in old age, sickness, or inability to work. It also provides them with services of social security, social aid, and medical care. The content of this article is similar to article 22 of the Universal Declaration of Human Rights, which has shown that the framers of the article deliberately avoided defining a minimum core of the social and economic rights indispensable for the dignity

- and personal development of any individual. Thus, the definition of minimum entitlements to social and economic goods and services, and the corresponding obligations of the state and society to provide and secure these minimum entitlements, remain as major challenges to the human rights research and action-taking community.
- 12 - The Kuwaiti constitution indicates in article 7 that justice, liberty, equality are the pillars of society; co-operation and mutual help are the firmest bonds between citizens. It also state the right to equal work (article 41), and the right to form and join labour unions, freedom of associations (43) and the right to work and to choose the type of his work (41). However, there is a similarity between these articles and article 23 of the Universal Declaration of Human Rights, which stated that the right to equal pay for equal work and the right to form and join labour unions, freedom of association, are to an even greater extent than the right to work principle products of modern thoughts. The right to form unions without interference from the state is a basic principle of the Constitution of International Labour Organisation (ILO), which was formed in 1919.
- 13 - However, we would like to mention that all the issues of the human rights have been mentioned in the Kuwaiti constitution and the United Nation Universal Declaration of Human Rights of 1948 and other International conventions were based upon Islamic Sharia Law as explained previously in this research. Therefore, the constitutional legislators in Arabic and Islamic States have to use Islamic Sharia Law as the main source in the Human Rights issues because Islam have dealt with these aspects comprehensively.
- 14 - All aspects of the political, social and economic democracy, which have been dealt with by the Kuwaiti constitutional legislator made Kuwait more advance in the process of democracy and human rights in the region and give Kuwaiti constitution international dimensions in this field.

References

1 - Documents:

- 1 - Kuwaiti Constitution of 1962: Articles 6-7, 11, 16-19, 20-22, 25, 28-29, 31-45, 48, 80, 121, 131, 137, and 152-153.
- 2 - Explanatory Note for the Kuwaiti Constitution: explanation of Articles, 6, 29, 43, and 44.
- 3 - The Holy Qur'an, 'Surat al-Isra'i', verse 15; Surat al-Noor, verses 27, 28, and 29; Surat al-Baqarat, verses, 164, and 256; Surat al-In'am, verse, 65; Surat al-'Alaq, verses, 1-5; and Surat al-Mujadila, verse, 11.
- 4 - United Nations, Universal Declaration of Human Rights, General Assembly resolution 217 A (111) of 10 December 1948, Articles 1, 7-9, 11-13, 17-19, 23, and 26.
- 5 - United Nation: General Assembly, The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 3rd January 1966.
- 6 - United Nation, 'Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile', 1965, Sale no.65.XIV.

2 - Books:

1. Arabic Books:

- 1 - Badawi, Tharwat, Al-Qanoon al-Dusturi wa Tatawir al-Indimat al-Siyassiyat fi Masir, (Constitutional Law and the Development of the Political Systems in Egypt), Cairo: Dar al-Nahdat al-Arabiyyat, 1970.
- 2 - Al Jamal, Yahya, Democracy in the Arab world, (conference on freedom and Democracy in the Arab World in Cyprus between 1st and 4th December 1983).
- 3 - Al-Jurif, T'ama, Nadhariyat al-Dawlat, (Theory of the State), Cairo: Maktabat al-Qahira al-Haditha, 1973.
- 4 - Al-Nabhan, Muhammad Farooq, Nadam al-Hukum fi al-Islam, Kuwait: Kuwait University Press, 1974.
- 5 - Al-Salih, 'Uthman, Al-Nizam al-Dustury wal Mu'assat al-Siyas-siyah fi al-Kuwait (Constitutional System and Political Institutions in Kuwait), Kuwait: University of Kuwait Press, 1989.
- 6 - Al-Sha'ir, Ramsay, Al-Nadariyat al-'Amat Lil Qanun al-Dusturi, (General Theory of Constitutional Law), Cairo, 1970.

2. Books In Western Languages:

- 7 - Agar, Herbert, The United States: the President, the Parties & the Constitution, London: Eyre & Spottiswood, 1950.
- 8 - Alder, John, Constitutional and Administrative Law, London: Palgrave Macmillan, 2005.
- 9 - Anderson, Frank M. (ed.), The Constitutions and Other Select Documents Illustrative of the History of France, 1789-1901, Minneapolis, MN: Wilson Company, 1904.
- 10 - Axtmann, Roland, Democracy: Problems and Perspectives, Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.
- 11 - Bryce, James, Modern Democracies, Vol.1, London: Macmillan, 1921.
- 12 - Duverger, Maurice, Constitutions et Documents Politiques, Paris, 1960.
- 13 - Duverger, Maurice, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, Paris, T. 1-2, 1971.
- 14 - Eide, Asbjorn and others (Edit.), The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary, Oslo: Scandinavian University Press, 1992,
- 15 - Elster, Jon, 'Majority Rule and Individual Rights', in Shute, Steven and Hurley, Susan, (edits.), On Human Rights, New York: Basic Books, 1993.
- 16 - Emden, Cecil. S., The People and the Constitution, Oxford: Oxford University Press, 1956.
- 17 - Graham, Keith, Karl Marx, Our Contemporary: Social Theory for a post- Leninist World, Toronto: University of Toronto Press, 1992.
- 18 - Hauriou, M., Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Paris 1972.
- 19 - Holmes, Stephen and Cass R. Sunstein, The Case of Rights: Why Liberty Depends on Taxes, New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- 20 - Keir, David Lindsay, The Constitutional History of Modern Britain since 1485, eight edition, London: Adam & Charles Black, 1966.

- 21 - Lyon, Ann, *Constitutional History of the United Kingdom*, London: Cavendish Publishing Limited, 2003.
- 22 - Montesquieu, Charles-Louis, *The spirit of the laws*, (1748), Trans. And Ed. By Anne M. Cohler, Basia C. Miller and Harolg S. Stone, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, part 2, book II, Chapter 6.
- 23 - Morison, Samuel Eliot (ed.), *Sources and Documents illustrating the American Revolution, 1764-1788 and the Formation of the Federal Constitution*, 2nd edition, New York: Oxford University Press, 1965.
- 24 - Osiatynski, Wiktor, *Human Rights and Their Limits*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- 25 - Ricoeur, Paul, *Philosophical Foundations of Human Rights*, Paris: UNESCO, 1986.
- 26 - Sajo, Andras, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest: Central European University Press, 1999.
- 27 - Wilson, Woodrow, *constitutional Government in the United States*, (7th edit.), New York: Columbia University Press, 1927.

3. Unpublished Theses:

- 28 - Hussain, Majid Salman, *A Critical Study of Constitutional and Judicial Development in Kuwait*, Unpublished PhD Thesis, Newcastle University, Britain, 2011.
- 29 - Khalaf, Jassim M., *The Kuwait National Assembly: A Study of Its Structure and Functions*, PhD thesis, The University of New York at Albany, 1984.
- 30 - Al-Muqat'a, Mohammed A.A., *A Study of The Kuwaiti Constitutional Experience, 1962-1986*, Unpublished PhD Thesis, University of Warwick, 1987.
- 31 - Al-Shayej, Abdullah Khalifah, *Democratization in Kuwait: The National Assembly as a strategy for political survival*, PhD, The University of Texas at Austin, 1988.

