

## جرائم الإرهاب الجوي

الدكتور/ علي حسين الدوسري

قسم القانون الدولي

كلية الحقوق - جامعة الكويت

### ملخص:

الإرهاب ظاهرة العصر، وحديث الساعة في العالم كله، حتى بات صдах يصل إلى كل دول العالم بفضل وسائل الإعلام التي تنقل الحدث الإرهابي ساعة اقتراه.

ومع تعاظم اعتماد الإنسان على النقل الجوي - الذي يمثل شريان حياة لحركة السفر بين الدول ووسيلة مهمة من وسائل التجارة الدولية - يبدو أن تكتيكات الإرهاب قد تأقلمت مع الظروف المستجدة في السياسة العالمية ومع التطورات التكنولوجية الحديثة، فقد صار الطيران المدني عرضة للعديد من أعمال الإرهاب وبصفة خاصة محاولات اختطاف الطائرات والاستيلاء عليها في الجو أثناء طيرانها وإرغام ملاحيقها على تغيير اتجاهها نحو وجهة مقصودة أو غير مقصودة أو الهبوط بها في غير المكان المقرر أصلاً لذلك، فضلاً عن أخذ الركاب أو طاقم الطائرة كرهائن للمساومة بهم بهدف الحصول على بعض المكاسب المالية أو السياسية أو الدعائية، أو استعمال الطائرة كأداة انتحارية بغية تنفيذ هجمات إرهابية.

لذا تهدف الدراسة إلى محاولة إبراز أحد المقومات الأساسية التي يضطلع بها المجتمع الدولي ومنظماته من خلال اتفاقيات دولية وتشريعات وطنية لحماية وسلامة أمن الطيران المدني ضد الإرهاب الجوي، وكذا بيان العقوبات المترتبة على الجرائم الإرهابية المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية، خاصة أن السياسة الجنائية الحديثة في مجال حماية المصالح المتعلقة بالطيران المدني تتجه إلى حماية النقل الجوي من الأعمال الإرهابية، وفي ختام الدراسة انتهينا إلى بعض التوصيات.

### مقدمة:

الإرهاب ظاهرة العصر، وحديث الساعة في العالم كله، حتى بات صдах يصل إلى كل دول العالم بفضل وسائل الإعلام التي تنقل الحدث الإرهابي ساعة اقتراه.

ومما لا شك فيه أن كل المجتمعات الإنسانية المعاصرة متفقة على خطورة ظاهرة الإرهاب - باعتبارها عملاً همجياً بربرياً - لا تمس فقط حياة الأبرياء من البشر ومصالحهم، وإنما هي اعتداء على الحضارة الإنسانية، لما تتسم به من أعمال

وحشية مفرطة تقوض دعائم الأمن والاستقرار، التي تعد من الحقوق والحاجات الأساسية للإنسان.

ومع تعاظم اعتماد الإنسان على النقل الجوي - الذي يمثل شريان حياة لحركة السفر بين الدول ووسيلة مهمة من وسائل التجارة الدولية - يبدو أن تكتيكات الإرهاب قد تأقلمت مع الظروف المستجدة في السياسة العالمية ومع التطورات التكنولوجية الحديثة، فقد صار الطيران المدني عرضة للعديد من أعمال الإرهاب وبصفة خاصة محاولات اختطاف الطائرات والاستيلاء عليها في الجو أثناء طيرانها وإرغام ملاحيتها على تغيير اتجاهها نحو وجهة مقصودة أو غير مقصودة أو الهبوط بها في غير المكان المقرر أصلاً لذلك، فضلاً عن أخذ الركاب أو طاقم الطائرة كرهائن للمساومة بهم بهدف الحصول على بعض المكاسب المالية أو السياسية أو الدعائية، أو استعمال الطائرة كأداة انتحارية بغية تنفيذ هجمات إرهابية.

وتعد عملية الإرهاب الجوي هي قمة النشاط الإرهابي وأفضل ما يخدم أغراض الجماعات الإرهابية، فهي من جهة توفر لهم الدعاية الإعلامية بأوسع معانيها، نظراً لما تلقاه هذه الأحداث من تغطية إعلامية واسعة على مستوى العالم كله، وذلك خير تعريف بنشاط الإرهابيين وأهدافهم، ومن جهة أخرى فإن مثل هذه الأنشطة تثبت أن المنظمة الإرهابية وصلت إلى درجة من التنظيم والتدريب يؤهلها لتنفيذ أغراضها وتوجيه ضربات موجعة ناحية الدول المستهدفة.

وعليه فإن ضمان أمن وسلامة قطاع النقل الجوي تعد من أكبر التحديات المعاصرة التي تواجه المجتمع الدولي، مما يتطلب تكثيف الجهود من أجل اتخاذ إجراءات رادعة لمكافحة الجرائم الإرهابية الموجهة ضد أمن وسلامة الطيران المدني. وهو ما سوف نتناوله من خلال عرضنا لماهية الإرهاب الجوي، وموقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية منه وسبل مواجهته.

## مبحث تمهيدي الأحكام العامة للإرهاب الدولي والطيران المدني

### تمهيد وتقسيم:

أدت السهولة المتزايدة لانتقال المعلومات في أرجاء العالم إلى زيادة خطر الإرهاب ببعده العابر للحدود وهو الذي كان قد برز كنتيجة مباشرة لتزايد سهولة تنقل الأشخاص والبضائع. ولهذا سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم الإرهاب والطيران المدني (المطلب الأول) ثم نتطرق في (المطلب الثاني) إلى الاعتداءات الإرهابية على الطيران المدني.

### المطلب الأول مفهوم الإرهاب والطيران المدني

سوف نتناول في هذا المطلب مفهوم الإرهاب الدولي في (الفرع الأول) ثم نعرض في (الفرع الثاني) إلى أنشطة الطيران المدني وأهميته.

### الفرع الأول مفهوم الإرهاب الدولي

#### أولاً: تعريف الإرهاب على مستوى التشريعات الوطنية:

عرف المشرع الكويتي العمل الإرهابي بأنه: "كل فعل أو شروع في ارتكابه بدولة الكويت أو في أي مكان آخر ارتكب في الحالات التالية: أ - إذا كان الفعل يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، أو أي شخص آخر عندما يكون غير مشترك في أعمال عداوية في حالة نشوب نزاع مسلح، عندما يكون غرض هذا العمل بحكم طبيعته أو منظمة سياقه موجهاً لترويع السكان أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به. ب- إذا كان الفعل يشكل جريمة وفقاً للتعريف المنصوص عليها في الاتفاقيات أو البروتوكولات الدولية التالية: ١- اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات (١٩٧٠) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٧٩. ٢- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني (١٩٧٥) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (٦٢) لسنة (١٩٧٩). ٣- اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون، والمعاقبة عليها (١٩٧٣) بالمرسوم بقانون رقم (٧٢) لسنة (١٩٨٨). ٤- الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن (١٩٧١) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (٧٣) لسنة (١٩٨٨)

٥- البروتوكول المتعلق بقمع أعمال العنف غير المشروعة في المطارات التي تخدم الطيران المدني الدولي الموافق عليه بالمرسوم بقانون رقم (٧١) لسنة (١٩٨٨) المكمل لاتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني (١٩٨٨) الموافق عليها بالقانون رقم (٦) لسنة (١٩٩٤). ٦- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية (١٩٨٨) الموافق عليها بالقانون رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٣). ٧- البروتوكول المتعلق بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنشآت الثابتة الموجودة على الجرف القاري (١٩٨٨) الموافق عليه بالقانون رقم (١٦) لسنة (٢٠٠٣). ٨- الاتفاقية الدولية للحماية المادية للمواد النووية (١٩٨٠) الموافق عليها بالقانون رقم (١٢) لسنة (٢٠٠٤). ٩- الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل (١٩٧٧) الموافق عليها بالقانون رقم (٢٧) لسنة (٢٠٠٤). ١٠- أي اتفاقية دولية أخرى، أو بروتوكول دولي آخر، يتعلق بالإرهاب أو تمويله صادقت عليه دولة الكويت وتم نشر قانونها في الجريدة الرسمية<sup>(١)</sup>.

عرف المشرع المصري - في المادة (٨٦) من قانون العقوبات - الإرهاب بأنه: "كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه لخطر من شأنه إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو الاتصالات أو المواصلات أو الأموال أو المباني العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة ممارسة السلطات العامة أو دور العبادة أو معاهد العلم لأعمالها أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح"<sup>(٢)</sup>.

- (١) المادة الأولى من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، كما عرف القانون الإرهابي بأنه: أي شخص طبيعي - سواء كان في الكويت أو في الخارج يقوم بما يلي: أ- ارتكاب فعل إرهابي وفقاً لأحكام هذا القانون بشكل مباشر أو غير مباشر ب- الاشتراك في عمل إرهابي ج- تنظيم ارتكاب عمل أو توجيه أشخاص آخرين لارتكابه. د- المساهمة عمداً في ارتكاب عمل إرهابي من قبل شخص أو مجموعة أشخاص يعملون بغرض مشترك، إما بهدف توسيع العمل الإرهابي مع العلم بنية الشخص أو مجموعة الأشخاص في ارتكاب العمل الإرهابي، كما عرف المنظمة الإرهابية: أي مجموعة من الإرهابيين - سواء كانوا في الكويت أو في الخارج - يقومون بأي من الأعمال المذكورة في التعريف السابق.
- (٢) مضافة بمقتضى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ مكرر في ١٨/٧/١٩٩٢. وفي المعنى ذاته انظر: المادة (٢) من المرسوم بقانون بشأن مكافحة الجرائم الإرهابية (٢٠٠٤/١) لدولة الإمارات العربية المتحدة. وكذا المادة الأولى من نظام جرائم الإرهاب في المملكة العربية السعودية ٢٠١٤.



وفي الولايات المتحدة الأمريكية؛ يعرف الإرهاب بأنه<sup>(١)</sup>: "استخدام مقصود للعنف أو التهديد به لبث الخوف، يقصد منه ترويع أو إجبار الحكومات أو المجتمعات لتحقيق أهداف سياسية في الغالب، أو دينية أو أيديولوجية".

### ثانياً: تعريف الإرهاب في الاتفاقيات العربية والدولية:

نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية العربية لقمع الإرهاب ١٩٩٨ على أن الإرهاب هو: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيّاً كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم، بإيذائهم أو تعريض حياتهم 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"<sup>(٢)</sup>. وهو التعريف نفسه الذي أورده اتفاقية دول مجلس التعاون الخليجي لمكافحة الإرهاب سنة ٢٠٠٤ في مادتها الأولى.

أما على المستوى الدولي فإن هناك محاولات عديدة للوصول إلى تعريف موحد للإرهاب إلا أنها لم تكلل بالنجاح<sup>(٣)</sup>. وبينت المادة الأولى - من معاهدة التعاون بين الدول الأعضاء في كومنولث الدول المستقلة ١٩٩٩- الإرهاب أنه: "كل فعل غير

(١) terrorism: The unlawful use of violence or threat of violence, often motivated by religious, political, or other ideological beliefs, to instill fear and coerce governments or societies in pursuit of goals that are usually political.

انظر: قاموس المصطلحات العسكرية الصادر عن وزارة الدفاع الأمريكية عام ٢٠١٠ والمعدل ٢٠١٦، ص ٢٤١، والمنشور على شبكة الإنترنت على الموقع التالي:  
[http://www.Dtic.Mil/doctrine/jel/new\\_pubs/JP1-02.Pdf](http://www.Dtic.Mil/doctrine/jel/new_pubs/JP1-02.Pdf).

(٢) للاطلاع على نصوص الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، انظر: موقع جامعة الدول العربية على شبكة الإنترنت:

<http://www.arablegiononline.org>.

(٣) للمزيد من الاطلاع والتوسع حول ذلك، انظر:

- كمال حماد: الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.

- أحمد محمد رفعت: الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.

- شريف بسيوني: المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، نادي القضاة القاهرة ٢٠٠١.

- حسين شريف: الإرهاب الدولي وانعكاساته على الشرق الأوسط، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٧.

مشروع يعاقب عليه القانون الجنائي ويرتكب بغرض تقويض الأمن العام أو التأثير على اتخاذ القرار بين السلطات أو ترويع السكان<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: تعريف الإرهاب على المستوى الفقهي:

تعددت التعريفات الفقهية للإرهاب، ومن أهم هذه التعريفات أنه:

"تعتمد خلق واستغلال الخوف من خلال العنف أو التهديد به من أجل إحداث تغيير سياسي، وتمارسه منظمات ذات قيادة محددة، ويرتكب من كيانات غير الدولة"<sup>(٢)</sup>. وهناك من يرى أنه: "نوع من العنف المنظم ترتكبه جماعات منظمة بقصد خلق حالة من التهديد العام الموجه ضد دولة أو جماعة سياسية لتحقيق أهداف سياسية معينة"<sup>(٣)</sup>.

**تعريف الباحث:** باستقراء التعريفات السابقة نجد أنه لا يوجد تعريف محدد للإرهاب الجوي وعليه يمكن تعريف الإرهاب الجوي بأنه: "حالة الرعب والخوف، والشعور بعدم الأمن، التي تنتاب الفرد أو الجماعة، والتي يثيرها البعض على وجه غير مشروع لتحقيق أهداف معينة، على متن أو باستخدام طائرة"<sup>(٤)</sup>.

ومن الملاحظ أن الإرهاب يستند على مجموعة من الركائز والمقومات الأساسية المتعددة وهي القوة<sup>(٥)</sup>، العنف<sup>(٦)</sup>، وكذلك التهديد<sup>(٧)</sup>، وأخيراً الرعب<sup>(٨)</sup>.

(١) د. بدر عبد اللطيف الياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٨٩.

(٢) Bruce Hoffman, "Defining Terrorism", in Russell D. Howard and L. Swayer, "Terrorism and Counter Terrorism", 2002, p.23.

(٣) د. محمد حافظ الرهوان: العمليات الإرهابية وعلاقتها بالجريمة المنظمة، مجلة الأمن العام، العدد ١٥٧، أكاديمية الشرطة، أبريل ١٩٩٧، ص ٥. وفي ذات المعنى انظر: محمد عزيز شكرى: الإرهاب الدولي دراسة قانونية ناقدة، دار العلم للملايين بيروت، الأولى، ١٩٩١، ص ٢٠٤. عبد العزيز محمد سرحان: حول تعريفاً للإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، سنة، ١٩٧٣، المجلد، ٢٩، ص ١٧٣.

(٤) من الجدير بالذكر أن المشرع الكويتي لم يضع تعريفاً محدداً للإرهاب الجوي، وإنما عدد تلك الحالات في القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية.

(٥) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩١، ص ٨٥.

(٦) انظر في تعريف العنف: د. رمسيس بهنام: القسم الخاص من قانون العقوبات، العدوان على أمن الدولة الداخلي "العدوان على الناس في أشخاصهم وأموالهم" منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٨٤. د. محمود صالح العادلي: موسوعة القانون الجنائي للإرهاب، الجزء الأول، المواجهة الجنائية للإرهاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٣ وما بعدها.

(٧) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٩٨١.

(٨) أحمد أبو الروس: الإرهاب والتطرف والعنف الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٣.

## المطلب الثاني

### الاعتداءات الإرهابية على الطيران المدني

بداية نشير إلى أنشطة الطيران المدني وأهميته (الفرع الأول) ثم لأنواع الاعتداءات الإرهابية على الطيران المدني (الفرع الثاني)، وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### أنشطة الطيران المدني وأهميته

تتضمن صناعة الطيران فئتين رئيسيتين: الأولى صناعة الطائرات ومكوناتها مثل المحركات، والثانية: الأنشطة المتعلقة بتشغيل خطوط الطيران وإدارة المطارات أو ما يطلق عليه "الطيران المدني"، تمييزاً له عن الطيران العسكري. وعادة ما يستخدم مصطلح "النقل الجوي" كمرادف للطيران المدني، باعتبار أن النقل هو الخدمة الأساسية التي يقوم بها الطيران المدني سواء أكان هذا النقل للأشخاص أم البضائع أو الطرود، فما هي أنشطة الطيران المدني وما هي أهميته؟

#### أولاً: أنشطة الطيران المدني:

إن العمليات التي تقوم بها الطائرات تنقسم إلى فئتين: الأولى، هي عمليات الطيران المدني ويندرج تحتها النقل الجوي التجاري<sup>(١)</sup>، والأشغال الجوية والطيران العام<sup>(٢)</sup>، والثانية هي طيران الدولة<sup>(٣)</sup>.

(١) يتخذ النقل الجوي أشكالاً عدة، فقد يكون داخلياً أو دولياً، وقد يكون منتظماً أو غير منتظم، وفي جميع تلك الحالات إما أن يكون نقلاً للأشخاص أو للبضائع أو للبريد. لمزيد من التفاصيل راجع:

– د. ضياء علي أحمد نعمان: المسؤولية المدنية للنقل الجوي للبضائع بين القواعد العامة والمقتضيات الخاصة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ٢٠٠٦، ص ٢٦.

– د. محمد فريد العريني: القانون الجوي "النقل الجوي الداخلي والدولي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٨٣.

- ICAO document 9587 "Policy and Guidance Material on the Regulation of International Air Transport"، 1992, P83.

(٢) فاروق أحمد زاهر: تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٣١.

(٣) وهي العمليات التي تستخدم فيها طائرات الدولة في الأعمال العسكرية وخدمات الشرطة، والمرور والجمارك وتنقلات كبار رجال الدولة، انظر في ذلك: بدر عبد اللطيف الياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار الأعمال الإرهابية، مرجع سابق، ص ٢٠.

## ثانياً: أهمية الطيران المدني:

يعتبر النقل الجوي أحد أهم الصناعات في العالم، كما تعد تلك الصناعة من أكبر الصناعات التي ساهمت في تطوير المجتمع الحديث سواء من خلال إسهاماتها التكنولوجية المتطورة أو من خلال إنجازاتها الخدمية في مجال نقل الركاب والبضائع، تعكس الفوائد الاقتصادية والاجتماعية لهذه الصناعة أهميتها للمجتمع على المستوى الوطني والإقليمي والدولي.

ولصناعة النقل الجوي فوائد اقتصادية هائلة، تنجم إما بصورة مباشرة من أنشطته الأساسية، أو بشكل غير مباشر من خلال تأثيره على الصناعات الأخرى المرتبطة به، مثل الطاقة والبتروكيمياويات والإلكترونية، وأنظمة المعلومات والكمبيوتر<sup>(١)</sup>.

غير أن أهم مساهمة اقتصادية لصناعة النقل الجوي، تأتي من خلال تأثيره على أداء الصناعات الأخرى ومساهمته في تنميتها، فهو يسهل التجارة الدولية بمساعدة الدول على الاشتراك في السوق العالمي، بما يسمح بعولمة المنتجات وزيادة القدرة التنافسية للدول، وفي مجال الاستثمار الداخلي والخارجي، ويعتبر من أهم الأمور التي تؤخذ في الحسبان لدى المستثمرين، وجود مرفق جيد للنقل الجوي في البلدان محل استثماراتهم<sup>(٢)</sup>.

والواقع أن أهمية النقل الجوي ليست ناتجة فقط عن فوائده الاقتصادية التي يجنيها أو ييسرها لغيره من الصناعات، بل إن النقل الجوي أيضاً يساهم في تحسين جودة الحياة بالعديد من الطرق، التي لا تقاس بمعايير ومؤشرات اقتصادية، وذلك من خلال مساهمته في التنمية المستدامة، والتقريب بين الثقافات والأجناس المختلفة، وتسهيل تقديم المساعدات الإنسانية للبلدان في حالات الكوارث الطبيعية، وربط الجزر المنعزلة والأماكن النائية بالأماكن الحضرية<sup>(٣)</sup>.

(١) بدر عبد اللطيف ياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٢) Becken, S., Analyzing International Tourism Flows to Estimate Energy Use Associated with Air Travel, Journal of Sustainable Tourism, 202, No 10(2).

(٣) للمزيد من الاطلاع والتوسع حول ذلك، انظر:  
- د. طالب حسن موسى: القانون الجوي الدولي: دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ١٩٩٨.

- د. هاني دويدار: قانون الطيران التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢.



## الفرع الثاني

### أنواع الاعتداءات الإرهابية على الطيران المدني

#### أولاً: الاعتداءات الإرهابية ضد النقل الجوي للركاب:

#### (١) اختطاف الطائرات:

بداية نشير إلى أنه يعتبر خطف الطائرات أو الاستيلاء غير المشروع عليها من أكثر الأعمال الإرهابية شيوعاً، ومن أهم صور العمليات الإرهابية التي عرفها العالم، ويرجع سبب هذا الاختطاف إلى بواعث سياسية<sup>(١)</sup>.

ومنذ أواخر الستينيات وحتى منتصف الثمانينات وقعت سلسلة من حوادث اختطاف الطائرات لبواعث سياسية أيضاً. ولكن تختلف في طبيعتها عن تلك التي وقعت أثناء الحرب الباردة، حيث كان الباعث الرئيسى عليها أغراضاً سياسية تتعلق بصراعات دولية قائمة، ويسعى إلى تحقيقها أعضاء منظمة أو حركة سياسية من أجل الحصول على الحق في تقرير المصير، أو مقاومة سلطات الاحتلال، أو تنبيه الرأي العام إلى قضية سياسية أو تحرير معتقلين سياسيين، وخلال تلك الفترة بلغ عدد حوادث اختطاف الطائرات لبواعث سياسية ثلثي عدد حوادث الاختطاف على مستوى العالم<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر أمثلة لهذه الاختطافات:

- هيثم أحمد الناصري: خطف الطائرات، دراسة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٨، ص ٢٤.  
- PHILLIP. A. KARBUR, "ReUConstructing Global Aviation in An Era of the Civil Aircraft as a Weapon of Destruction," Harvard Journal of law and Public Policy, Vol 25, No2, 2000. P. 784. - Paul Dempsey, Aviation Security, the Role of Law in the War against Terrorism Columbia Journal of Transnational Law, Vol 41, 2002-2003, P653.

- وتعد أول مرة اختطفت فيها طائرة سنة ١٩٣١م عندما كان (التحالف الشعبي للثورة الأمريكية) يناضل ضد الرئيس (سانشيز ستيدو) الذي أوصله الجيش إلى السلطة، وفي أحد أيام فبراير استولت مجموعة من الثوار على إحدى الطائرات المدنية التي كانت بقيادة ملاح أمريكي، والتي انتهت بإنزال عقاب صارم ضد الخاطفين، واعتبرت أول عملية من أعمال القرصنة الجوية في التاريخ.

- كما يُعد اختطاف الطائرة المصرية في مارس ٢٠١٦ الذي نفذه شخص من أجل الحصول على اللجوء السياسي إلى قبرص والاجتماع بطليقته مجدداً! - حيث قام المختطف بإجبار الطائرة المصرية التابعة لشركة مصر للطيران على تحويل مسار رحلتها الذي كان مقرراً من الإسكندرية إلى القاهرة لتهبط الطائرة في مطار لارنكا القبرصي - آخر عملية اختطاف لطائرة.

(٢) هيثم أحمد الناصري: خطف الطائرات، مرجع سابق، ص ١٤.

## (٢) أعمال التخريب والتدمير ضد الطائرات (الهجوم بالقنابل):

تعتبر أعمال التخريب والتدمير أحد أهم التهديدات لأمن الطيران المدني وأكبر خطر من الاستيلاء غير المشروع بالنظر إلى الأضرار البشرية والمادية الناجمة عنها (تدمير الطائرات وقتل الطاقم والركاب).

ومن أشهر تلك الأعمال الإرهابية حادثة "لوكيربي" نسبة إلى القرية الإسكتلندية التي سقطت فوقها طائرة شركة (بان أم) الأمريكية في ٢١ ديسمبر ١٩٨٨ نتيجة لتفجيرها، وقتل في هذه الحادثة جميع الركاب والطاقم (٢٥٩ شخصاً) بالإضافة إلى ١١ شخصاً من سكان القرية تساقط عليهم حطام الطائرة. ووجه الاتهام إلى مواطنين ليبين بأنهم وراء تفجير الطائرة<sup>(١)</sup>.

## (٣) التهديدات الجديدة والناشئة عن الطيران المدني:

وتمثلت عندما اختطفت في صباح ١١/٩/٢٠٠١ أربع طائرات ركاب في رحلات جوية داخلية في الولايات المتحدة الأمريكية واستخدمت في هجمات انتحارية ضد البرجين التوأمين في مركز التجارة العالمي بمدينة نيويورك وضد مبنى وزارة الدفاع في واشنطن، وتمثل تلك الأعمال الإرهابية استخدام الطائرات كأسلحة تدمير، وتعد خطراً جديداً على الطيران المدني.

## ثانياً: التهديدات الإرهابية للنقل الجوي للبضائع:

من بين الخدمات التي تقدمها شركات الطيران نقل البضائع والأمتعة جواً<sup>(٢)</sup>. ومن بين التهديدات المحتملة أن يتم وضع مواد حارقة أو متفجرة في البضائع المحمولة جواً حيث حذر الخبراء في تقييمهم لتهديدات الطيران المدني، من أن تلك البضائع يمكن أن تكون هدفاً محتملاً للإرهابيين، لأن فحصها وتفتيشها قبل تحميلها على متن الطائرة لا يتم حالياً ولا يشمل الفحص المتطلب للركاب وأمتعتهم اليدوية أو المنقولة على متن طائرات الركاب، وبما أن طائرات الركاب ينظر إليها كهدف شديد الجاذبية للإرهابيين وسبق تعرضها لهجمات إرهابية في الماضي، ويتم التدقيق الأمني عليها، فإن البضائع المحمولة على طائرات الركاب يمكن أن تشكل خطراً خاصاً<sup>(٣)</sup>.

(١) صلاح الدين جمال الدين: إرهاب ركاب الطائرات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

(٢) للمزيد من الاطلاع والتوسع حول ذلك، انظر: ضياء على أحمد نعمان: المسؤولية المدنية للنقل الجوي للبضائع بين القواعد العامة والمقتضيات الخاصة، مرجع سابق.

(٣) بدر عبد اللطيف الياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية، مرجع سابق، ص ١٢٧.

## المطلب الثاني أنواع جرائم الإرهاب الجوي

### أولاً: العنف غير المشروع:

تناولت اتفاقية جنيف لعام ١٩٥٨م - المتعلقة بقانون البحار - في المادة ١٥ تجريم أي فعل من أفعال العنف غير المشروع على السفن والطائرات، حيث نصت على أن: "أي فعل من أفعال العنف غير المشروع كالاحتجاز أو أي فعل من أفعال التعرض يرتكب من أجل تحقيق منافع شخصية بواسطة الطاقم والركاب التابعين لسفينة أو طائرة خاصة موجه ضد:

- سفينة أو طائرة أو ضد الأشخاص أو الممتلكات التي على متن السفينة أو الطائرة.

- سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات في مكان خارج الحدود الإقليمية لأي دولة".

### ثانياً: الاستيلاء غير المشروع على الطائرات "اختطاف الطائرات" (١)

تناولت الفقرة الأولى من المادة (١١) من اتفاقية طوكيو ١٩٦٣ تعريف جريمة اختطاف الطائرات، حيث نصت على أن جريمة اختطاف الطائرات تقع في حالة ارتكاب شخص على متن طائرة في حالة طيران عن طريق القوة أو التهديد باستخدام القوة لأحد الأفعال غير المشروعة التي تعد تدخلاً في استعمال الطائرة والاستيلاء عليها، أو نوعاً آخر من السيطرة، أو في حالة الشروع في ذلك، فعلى الدول المتعاقدة اتخاذ كافة الإجراءات المناسبة والالزمة لإعادة السيطرة على الطائرة لقائدها الشرعي أو المحافظة على سيطرته عليها.

### ثالثاً: تفجير الطائرات:

من أهم التهديدات التي تواجه الطيران المدني هو الاعتداء على الطائرات بالتفجير نظراً للأضرار الجسيمة التي يحدثها من قتل الأبرياء (٢).

(١) الطائرة هي: "وحدة قانونية واقتصادية، فهي وحدة قانونية بمعنى أن الطائرة شخصية قانونية في القانون الخاص، وهي تكون وحدة اقتصادية لأنها تعتبر آلة يستطيع بواسطتها نقل الأشخاص والبضائع من مكان لآخر عن طريق الجو". انظر: د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ١٩٨١، ص ١٩٨.

(٢) بتاريخ ٣١ أكتوبر تحطمت طائرة إيرباص إيه ٣٢١ تابعة لشركة كوغاليم أفيا الروسية في رحلتها رقم ٩٢٦٨، وهي في طريقها من منتجع شرم الشيخ إلى سان بطرسبورغ، روسيا. الطائرة تحطمت على بعد ١٠٠ كلم جنوب مدينة العريش المصرية وعلى متنها ٢٢٤ راكباً (٢١٧ مسافراً و ٧ من الطاقم) قتلوا جميعاً في الحادثة. جدير بالذكر أن تنظيم داعش أعلن مسؤوليته عن الحادث.

وعقدت اتفاقية مونتريال سنة ١٩٧١م بغرض توفير الحماية للطائرات ضد جرائم التفجير، حيث تناولت المادة (١) والمادة (٢) من الاتفاقية الحماية القانونية للأفراد الموجودين على متن الطائرات ووسائل الملاحة الجوية بالمطارات، كما جرمت الاتفاقية عملية تعريض الطائرات للخطر نتيجة الإبلاغ عن معلومات خاطئة.

#### رابعاً: الاعتداء على المطارات:

تعرضت العديد من المطارات للاعتداء عليها، ففي عام ١٩٨٤ قتل ٤٠ شخصاً نتيجة وضع متفجرات بإحدى الحقائب في صالة الوصول بمطار مدراس بالهند، وفي عام ١٩٨٥ تم إطلاق النار في مطار روما بإيطاليا ومطار فينيا في الوقت نفسه أسفر عن قتل ١٥ وإصابة ٧٤ في روما، وقتل وإصابة ٤٧ في فينيا<sup>(١)</sup>.

#### خامساً: التعدي على الطائرات من خلال منظومات الدفاع الجوي المحمولة:

نظراً للاهتمام الشديد بالمطارات وإجراءات التأمين والأجهزة الحديثة والتي تحد من ظاهرة اختطاف الطائرات، لجأ الإرهابيون إلى وسيلة جديدة للتعدي على الطائرات وذلك باستخدام منظومات الدفاع الجوي المحمولة والتي يطلق عليها MANPADS.

ويذكر أن أول حادثة لإسقاط طائرة مدنية بدون ركاب بصاروخ أرضي كانت عام ١٩٧٣ في السابع عشر من سبتمبر ضد طائرة مدنية تابعة لشركة AIR ROHODERSIA، وكان على متنها ٨٦ راكباً وطاقمها حيث تم إسقاطها بصاروخ من جيش زيمبابوي ووفاة عدد ٣٦ راكباً وعدد ٤ من طاقمها<sup>(٢)</sup>.

#### سادساً: استخدام الطائرات في ارتكاب أعمال إرهابية

تعرضت الولايات المتحدة الأمريكية لعدة هجمات إرهابية شرسة لم يشهد التاريخ الإنساني مثيلاً لها من قبل، حيث قامت جماعه إرهابية منظمه باختطاف أربع طائرات ركاب أمريكية أثناء طيرانها في الأجواء الأمريكية في رحلة داخلية وتمكنوا من السيطرة على مسيرة القيادة في تلك الطائرات وقاموا بتوجيهها نحو بعض الأهداف الإستراتيجية الأمريكية.

حيث قامت طائرتان بتدمير برجتي التجارة العالمي بنيويورك، وقامت الثالثة

(١) د. محمود وهيب السيد: ماذا بعد الإرهاب؟، منشور مجلة الأمن العام، القاهرة، العدد ١٥٢، يناير ١٩٩٦، ص ٦.

(٢) تقرير معد بمعرفة وزارة النقل البريطانية، نقلاً عن د/ إيهاب سيد العماوي: دور الشرطة في حماية أمن الطيران المدني، مطابع الشرطة، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٣٨.



بتدمير جانب من مبنى وزاره الدفاع الأمريكية بواشنطن، بينما سقطت الرابعة فوق ولاية بنسلفانيا قبل وصولها إلى أهدافها وأسفرت تلك الهجمات الإرهابية عن مصرع ما يزيد عن ثلاثة آلاف شخص من جنسيات مختلفة معظمهم من الأمريكيين، وأصيب حركه الطيران بالشلل<sup>(١)</sup>.

---

(١) وهو ما يعرف بأحداث ١١ من أيلول/سبتمبر ٢٠٠١ وهي مجموعة من الهجمات التي شهدتها الولايات المتحدة في يوم الثلاثاء الموافق ١١ سبتمبر ٢٠٠١. حيث تم تحويل اتجاه أربع طائرات نقل مدني تجارية وتوجيهها لتصطدم بأهداف محددة نجحت في ذلك ثلاث منها. الأهداف تمثلت في برجى مركز التجارة الدولية بمنهاتن ومقر وزارة الدفاع الأمريكية (البننتاجون). سقط نتيجة لهذه الأحداث ٢٩٧٣ ضحية وكذا ٢٤ مفقوداً، إضافة لآلاف الجرحى والمصابين بأمراض جراء استنشاق دخان الحرائق والأبخرة السامة. متاح على: [https://ar.wikipedia.org/wiki/\\_2001](https://ar.wikipedia.org/wiki/_2001).

## الفصل الأول

### جرائم الإرهاب الجوي من منظور القانون الدولي

#### تمهيد وتقسيم:

سنتناول هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: اتفاقية طوكيو (١٩٦٣) والخاصة بالجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرات.

المبحث الثاني: اتفاقية لاهاي (١٩٧٠) بشأن مكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات.

المبحث الثالث: اتفاقية مونتريال (١٩٧١) الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني، والبروتوكول الملحق بها.

## المبحث الأول

### اتفاقية طوكيو ١٩٦٣ والخاصة بالجرائم والأفعال

#### التي ترتكب على متن الطائرات

ثارت المشكلات بين الدول لتحديد القانون الواجب التطبيق على الجرائم التي ترتكب على متن الطائرات، حيث وجدت الدول نفسها أمام نزاع قانوني يستلزم قواعد قانونية دولية من خلال اتفاقية دولية، ومن ثم كانت اتفاقية طوكيو (١٩٦٣) هي أول عمل دولي يعنى بتلك الجرائم ويستهدف تحديد الدولة ذات الاختصاص القضائي، وكان ذلك تحت قيادة المنظمة الدولية للطيران المدني.

واشتملت الاتفاقية على سبعة أبواب<sup>(١)</sup>، واهتمت الاتفاقية بتعريف الأعمال التي تهدد أمن وسلامة الطيران خاصة ما يقع منها أثناء الطيران، وتناولت في مادة واحدة فقط الجرائم والأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات.

#### أولاً: مجال تطبيق الاتفاقية:

حددت المادة الأولى من هذه المعاهدة مجال تطبيقها بنصها في فقرتها الثانية على أن تطبق هذه المعاهدة على الجرائم التي ترتكب والأفعال التي يقوم بها أي

(١) د. أبو زيد رضوان: القانون الجوي قانون الطيران التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، ص ١.

شخص على متن أي طائرة مسجلة في دولة متعاقدة أثناء وجود هذه الطائرة في حالة طيران أو فوق سطح أعالي البحار أو فوق أي منطقة أخرى تقع خارج إقليم أي دولة. وقد أوضحت الفقرة الثالثة من المادة الأولى المقصود بحالة الطيران بقولها (تعتبر الطائرة في حالة طيران منذ لحظة إطلاقها قوتها المحركة بغرض الإقلاع حتى اللحظة التي يكتمل فيها الهبوط). وأخرجت الفقرة الرابعة من المادة الأولى الطائرات المستعملة في الأغراض الحربية والجمركية أو خدمات الشرطة من نطاق تطبيق المعاهدة.

إلا أن الباحث يرى أنه كان يجب التوسع في ذلك النص بحيث تنطبق الاتفاقية على كافة الطائرات سواء أكانت مخصصة لنقل الركاب أم غيرها من الأغراض الأخرى.

والاتفاقية لم تفرض التزامات قانونية على الدولة المتعاقدة وإنما هي التزامات إنسانية، والاتفاقية لا تقمع الجريمة وليس بها ما يلزم الدولة التي تهبط فيها الطائرة بمعاقبة المختطف أو تسليمه إلى الدولة التي تطلبه، فالاتفاقية تحرص على إعادة الطائرة والركاب والحمولة، والاتفاقية لا تستبعد أي اختصاص جنائي يحدث طبقاً للقانون الوطني<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: شروط تطبيق اتفاقية طوكيو<sup>(٢)</sup>:

يجب توافر عدة شروط أو عناصر في عملية السيطرة غير المشروعة على الطائرة، لكي تصبح الدول المتعاقدة ملتزمة باتخاذ التدابير التي تنص عليها الاتفاقية، وهذه العناصر هي:

- ١ - أن يكون الفعل المرتكب عملاً غير مشروع.
- ٢ - أن يقع الفعل على متن الطائرة.
- ٣ - أن يقع الفعل أثناء الطيران.
- ٤ - أن يكون الغرض من الفعل عرقلة استعمال الطائرة أو الاستيلاء عليها، أو التحكم فيها بأية صورة كانت.

(١) بدر عبد اللطيف الياقوت: "تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية"، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٢) د. محمد المجذوب: خطف الطائرات في الممارسة والقانون، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص ١٢١ وما بعدها.

### ثالثاً: الدول المختصة<sup>(١)</sup>:

أما الاختصاص بنظر الجرائم المرتكبة على متن الطائرة فقد حددته المادة الثالثة من المعاهدة في فقرتها الأولى بقولها: (تختص دولة تسجيل الطائرة بمباشرة اختصاصها القضائي فيما يتعلق بالجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرة)، في حين أسندت المادة الرابعة من المعاهدة هذا الاختصاص استثناء لدولة غير دولة التسجيل في حالات معينة وذلك بنصها على أن لا يجوز لدولة متعاقدة غير دولة التسجيل أن تتعرض لأية طائرة في حالة طيران لغرض مباشرة اختصاصها الجنائي بالنسبة لجريمة ارتكبت على متن هذه الطائرة إلا في الحالات التالية:

- أن يكون للجريمة أثر على إقليم هذه الدولة.
- أن تكون الجريمة قد ارتكبتها أو ارتكبت ضد أحد رعايا هذه الدولة أو أحد الأشخاص ذوي الإقامة الدائمة فيها.
- إذا ارتكبت الجريمة ضد أمن الدولة.
- إذا اشتملت الجريمة على خرق للقواعد والأنظمة النافذة في هذه الدولة المتعلقة بالطيران أو تحركات الطائرات.
- إذا كان مباشرة هذا الاختصاص ضرورياً لضمان مراعاة هذه الدولة لأي من تعهداتها طبقاً لاتفاقية دولية متعددة الأطراف.

### رابعاً: تسليم المجرمين وفق اتفاقية طوكيو:

تسليم المجرمين هو نقل فرد من دولة إلى دولة أخرى بهدف المحاكمة، ولم تحصر اتفاقية طوكيو على النص صراحة على إلزامية تسليم المجرمين.

وقد نصت اتفاقية طوكيو في الفقرة الثانية من المادة (١٣) على أن أية دولة متعاقدة سوف تتخذ إجراءات القبض أو الإجراءات التي تضمن وجود المتهم بارتكاب أي من الأفعال الواردة في الفقرة الأولى من المادة (٢)، وأن إجراءات القبض وأي إجراءات أخرى سوف تقوم بها الدولة يجب أن تكون خلال مدة معقولة ومناسبة لاتخاذ الإجراءات الخاصة بالمحاكمة أو التسليم.

فالدول المتعاقدة يتطلب منها اتخاذ الإجراءات الملائمة لضمان القبض على المتهمين ولها أن تختار بين المحاكمة أو التسليم، وفي حالة تسليم الشخص المتهم بواسطة قائد الطائرة إلى السلطات الوطنية الأخرى للدول المتعاقدة على هذه الدولة أن

(١) د. رفعت رشوان: مبدأ إقليمية قانون العقوبات في ضوء قواعد القانون الجنائي الداخلي والدولي، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ١١٧.



تتخذ الإجراءات الفورية لإجراء تحقيق مبدئي لمعرفة الحقيقة، وإذا ما قامت الدول المتعاقدة بأي من الإجراءات الخاصة بالتحقيق أو القبض أو ممارسة الاختصاص القانوني المتعلقة بأي من الجرائم التي ترتكب على متن الطائرات، فإنه يجب عليها أن تعمل على المحافظة على سلامة الطيران والملاحة الجوية، ولهذا يجب أن تعمل الدولة على منع أي تأخير غير ضروري للطائرات والركاب والعفش، وبذلك يتضح أن الاتفاقية توخت الحرص في معالجتها مشكلة التسليم، فنصت على أن جرائم الطائرات يجوز فيها التسليم إلا أنها لم تجعل التسليم إجبارياً<sup>(١)</sup>.

كما نصت الفقرة الأولى من المادة (٨) على أنه يجوز لقائد الطائرة إنزال أي شخص في إقليم أي دولة تهبط فيها الطائرة استناداً لأسباب معتدلة أنه ارتكب أو شرع في ارتكاب فعل يعد جريمة أو لا يعد كذلك.

### خامساً: الاختصاص القضائي في اتفاقية طوكيو:

أوضحت اتفاقية طوكيو فكرة الاختصاص القضائي كما يلي:

- الدولة المسجلة بها الطائرة والتي تكتسب جنسيتها.
- الدولة التي لها اختصاص جنائي عن الأفعال الواردة في المادة الأولى من الاتفاقية حسب قوانينها الوطنية.
- الدولة التي وقعت الجريمة في إقليمها الجوي بشروط:
- إذا كانت الجريمة لها تأثير عليها.
- إذا كانت الجريمة ضد أحد رعايا الدولة أو شخص مقيم بها إقامة دائمة.
- إذا مست أمن الدولة.
- إذا كان الاختصاص القضائي للدولة التزاماً دولياً عليها باتفاقية موقعة عليها أو ملزمة.

ولم تبين الاتفاقية أولوية للدولة صاحبة الاختصاص بل حددت الدول فقط التي لمحاكمها سلطة نظر القضايا المتعلقة بالاختطاف<sup>(٢)</sup>، وهو ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص القضائي.

(١) د. عبد الكريم أبو الفتوح درويش: تحليل السياسة الجنائية لمكافحة الجرائم ضد الطائرات من منظور القانون الجنائي الدولي، مجلة بحوث الشرطة، العدد العاشر، ١٩٩٦، ص ٢٦٢.

(٢) د. محمد منصور الصاوي: أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤، ص ٢٨٩.

## سادساً: تقييم الاتفاقية

يذهب جانب من الفقه إلى أن من أهم ما يؤخذ على اتفاقية طوكيو أنها لم تتعرض بشكل مناسب للمسائل المتعلقة باختطاف الطائرات، ولم تورد نصاً صريحاً ينص على أن عملية الاستيلاء على الطائرات واختطافها جريمة تستوجب معاقبة فاعليها<sup>(١)</sup>.

إلا أن هذا النقد يغفل عن كون الاتفاقية لم يكن يقصد بها التطرق إلى مسألة "اختطاف الطائرات". ليس هذا فحسب، بل وجه نقد للاتفاقية؛ لأنها لم تلزم الدولة التي تهبط فيها الطائرة المختطفة بمحاكمة المختطف أو تسليمه إلى الدولة التي وقع الاختطاف فوق إقليمها أو حتى تسليمه لدولة تسجيل الطائرة<sup>(٢)</sup>. فأصبح البت في أمر مختطف الطائرة متروكاً للدولة التي هبطت فيها الطائرة المختطفة ووفقاً لما تنص عليه قوانينها<sup>(٣)</sup>. باختصار عجزت اتفاقية طوكيو عن تقديم معالجة فعالة وشاملة لمشكلة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات<sup>(٤)</sup>. ولعل هذا ما دعا إلى تكثيف الجهود الدولية بهدف التوصل إلى اتفاقية تكون أكثر فعالية في حماية الطيران المدني من خطر التعرض لأعمال عنف واختطاف.

## المبحث الثاني

اتفاقية لاهاي (١٩٧٠) بشأن مكافحة الاستيلاء  
غير المشروع على الطائرات

واصلت المنظمة الدولية للطيران المدني جهودها بعد اتفاقية طوكيو لإيجاد الحلول الفنية والقانونية للحد من ظاهرة اختطاف الطائرات، حيث عجزت اتفاقية طوكيو عن مواجهة جريمة اختطاف الطائرات<sup>(٥)</sup>.

(١) د. ميهوب يزید: مشكلة المعيارية في تعريف الإرهاب الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠١١، م، ص ١٨٣.

(٢) Bielinski, Eva Halina: The Role Of Law in the Suppression of Terrorism against International Civil Aviation, Master Of Laws, McGill-University, 1978, P66.

(٣) C.S. Thomas and M.J.Kirby, The Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 22, No. 1. Jan 1973, Pp163-164.

(٤) د. علاء الدين راشد: الأمم المتحدة الإرهاب قبل وبعد ١١ سبتمبر، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١١٣.

(٥) د. عبد العزيز مخيمر: الإرهاب الدولي مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ١٤٦.

وعليه فقد دعت الدول الأعضاء لمؤتمر دولي في مدينة لاهاي خلال شهر ديسمبر ١٩٧٠ لبحث ذلك ومعالجة تلك الثغرات. ودخلت اتفاقية لاهاي حيز التنفيذ في ١٤ أكتوبر ١٩٧١، وانضمت إليها مصر عام ١٩٧٥<sup>(١)</sup>، وطالبت الاتفاقية من الدول المتعاقدة بعقاب القائمين على جريمة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات بجزاءات شديدة واعتبرتها من الجرائم التي يجوز فيها التسليم، وألزمت الدول أن تتخذ ما يلزم من إجراءات قد تكون ضرورية لتأسيس اختصاصها القضائي، وألزمت الدول المتعاقدة باتخاذ إجراءات القبض والتحفظ على المتهم مع عمل تحقيق أولي وحبس المتهم إذا لم تقم بتسليمه<sup>(٢)</sup>.

### أولاً: شروط تطبيق الاتفاقية<sup>(٣)</sup>:

- ١ - أن يتم الفعل على متن الطائرة<sup>(٤)</sup>.
- ٢ - استعمال العنف أو التهديد به.
- ٣ - حدوث أعمال الاستيلاء أثناء الطيران.
- ٤ - ارتكاب أعمال الاستيلاء بصورة غير مشروعة<sup>(٥)</sup>.

### ثانياً: مجال تطبيق الاتفاقية<sup>(٦)</sup>:

حددت المادة الأولى من هذه المعاهدة مجال تطبيقها من حيث الجرائم بقولها: "أى شخص على متن طائرة وهي في حالة طيران، يقوم بغير حق مشروع، بالقوة أو التهديد باستعمالها أو استعمال أي شكل آخر من أشكال الإكراه بالاستيلاء على الطائرة أو ممارسة سيطرته عليها أو يشرع في ارتكاب أي من هذه الأفعال أو يشترك

(١) دخلت اتفاقية لاهاي حيز التنفيذ في ١٤ أكتوبر ١٩٧١، وانضمت إليها مصر بالقرار الجمهوري رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٥.

(٢) راجع اتفاقية منع الأعمال غير المشروعة على الطائرات الموقعة في لاهاي ١٩٧٠.

(٣) إيهاب سيد العمالي: دور الشرطة في حماية أمن الطيران المدني، مرجع سابق، ص ٧١.

(٤) يجب أن يتحقق الاستيلاء أو السيطرة من شخص على متن الطائرة أي أن يكون من بين ركابها أو من طاقمها. أما إذا تم السيطرة على الطائرة من خارجها سواء على الأرض أو من على متن طائرة أخرى فهذا يخرج عن نطاق الاتفاقية، راجع: د / أشرف توفيق شمس الدين: مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٢٣.

(٥) لمزيد من التفاصيل راجع: بدر عبد اللطيف الياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٦) د. أحمد محمد رفعت: الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية واتفاقيات الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٩٤.

مع أي شخص يقوم أو يشرع في ارتكاب أي من هذه الأفعال يعد مرتكباً لإحدى الجرائم".

هذا وقد أوضحت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من المعاهدة المقصود بحالة الطيران بقولها: "فيما يتعلق بأغراض هذه المعاهدة تعتبر الطائرة في أي وقت في حالة طيران حتى اللحظة التي يتم فيها فتح أي من هذه الأبواب بغرض تفريغ الطائرة. وفي حالة الهبوط الاضطراري تظل الطائرة في حالة طيران حتى الوقت الذي تتولى فيه السلطات المختصة مباشرة مسؤولياتها تجاه الطائرة والأشخاص والممتلكات الموجودة على متنها".

أما الفقرة الثانية من المادة نفسها فقد استبعدت من مجال تطبيقها الطائرات المستعملة في الخدمات الحربية والجمركية أو الشرطية. كما نصت المادة الثانية على أن: "تتعهد كل دولة متعاقدة بأن تجعل الجريمة معاقباً عليها بعقوبات مشددة".

### ثالثاً: الاختصاص التشريعي والقضائي<sup>(١)</sup>:

عندما تحدثت الاتفاقية عن الاختصاص القضائي لم تأخذ بمبدأ الاختصاص الشمولي، وأعطت لكل دولة متعاقدة أن تأخذ ما يلزم من إجراءات لتأسيس اختصاصها القضائي، فقد ينعقد الاختصاص لدولة العلم أو دولة هبوط الطائرة أو الدولة المستأجرة للطائرة، وألزمت الاتفاقية الدول المتعاقدة إما بمباشرة اختصاصها القضائي أو إحالة المتهم بالاختطاف إلى السلطات المختصة لمحاكمته، وإما أن تسلم المتهم الذي وجد في إقليمها إلى الدولة - ذات الاختصاص - التي تطلبه، كما اعتبرت الاتفاقية أنها تصلح أساساً قانونياً للتسليم بين الدول التي لا يوجد بينها اتفاقية تسليم مجرمين.

أما المادة الرابعة من المعاهدة فقد بينت القواعد المتعلقة بالاختصاص التشريعي والقضائي بنصها في فقرتها الأولى على أن: "تتخذ كل دولة متعاقدة ما يلزم من إجراءات قد تكون ضرورية لتأسيس اختصاصها القضائي بنظر الجريمة، وأي فعل آخر من جانب المتهم بمناسبة ارتكاب الجريمة وذلك في الأحوال الآتية:

- عندما ترتكب الجريمة على متن طائرة مسجلة في تلك الدولة.

(١) د. هيثم الناصري: خطف الطائرات، مرجع سابق، ص ٦٥.



- عندما تهبط الطائرة التي ارتكبت على متنها الجريمة في إقليم تلك الدولة والمتهم لا يزال على متنها.
- إذا ارتكبت الجريمة على متن طائرة مؤجرة إلى مستأجر يكون مركز أعماله الرئيسي في تلك الدولة، أو يكون له إقامة دائمة فيها إذا لم يكن فيها مثل هذا المركز، وقد خولت الاتفاقية لأي دولة يكون المقر الدائم للشركة المستأجرة للطائرة يقع فيها فلها سلطة وحق ممارسة سلطاتها القضائية دون أن يكون لها صلة بمكان وقوع الجريمة أو هبوط الطائرة عليها.
- الدولة التي يوجد المتهم على إقليمها عندما لا تقوم بتسليمه إلى أي من الدول السابقة، تختلف عن الحالة التي يوجد المتهم فيها على ظهر الطائرة وهي كونه غير موجود عليها ولكنه موجود في تلك الدولة بنفسه فلها الحق في محاكمته والقبض عليه إذا رفضت تسليمه".
- وقد ميزت هذه الاتفاقية بين القانون الواجب التطبيق على موضوع الجريمة وذلك الذي يحكم الإجراءات، فإحالتها إلى قوانين الدول الأطراف لتحديد العقوبة التي توقع عند ثبوت الاتهام إلى القاعدة المعروفة بإقليمية قواعد قوانين العقوبات.
- وأما عن الإجراءات فقد أخضعت الاتفاقية للقانون الوطني للدولة المعنية تحديد الإجراءات القانونية التي تتخذ للقبض على الجناة أو التحقيق معهم واحتجازهم ومحاكمتهم في حالة عدم تسليمهم لدولة أخرى، حتى ولو لم تكن هذه الدولة لها صلة مباشرة بالواقعة أو لا ينتمي إليها أي من الجناة.
- كما أخضعت الاتفاقية في حكم لم يرد باتفاقية طوكيو الإجراءات القانونية للقانون الوطني للدولة التي يطلب منها المساعدة القضائية، أي إنه يخضع لمبدأ الإقليمية في تطبيق الاختصاص القضائي.
- ورغم نجاح الاتفاقية في توسيع نطاق الدول التي ينعقد لها الاختصاص بمكافحة هذه الأفعال إلا أنه يلاحظ عليها فيما يتعلق بالاختصاص القضائي:
- أنها لم تضع ترتيباً معيناً للدول في الحالات التي ينعقد لها الاختصاص القضائي بل ساوت بينها، ومن ثم لم تضع نصوصاً للفصل بين الدول في الحالات التي تدعي فيها أكثر من دولة من الدول المتعاقدة اختصاصها لمحاكمة المتهمين.
- أن الاتفاقية لم تزد في الدول التي ينعقد لها الاختصاص في حالات الاعتداء على الطائرة التي تقع فوق أعالي البحار، واكتفت باختصاص دولة الهبوط ودولة التسجيل.

- ألزمت الاتفاقية الدولة التي يوجد الجاني على أراضيها بممارسة اختصاصاتها القضائية وإجراء التحقيق الأولي في الاتهام الموجه إليه وإحالاته إلى قضائها لمحاكمته، إلا إذا قررت تسليم الجاني إلى دولة أخرى ذات اختصاص وفقاً للاتفاقية<sup>(١)</sup>.
- أنها لم تهتم ببيان جنسية الطائرة التي يقع عليها الاعتداء أو على ركبائها عكس اتفاقية طوكيو التي يقتصر تطبيق أحكامها على الاعتداء الذي يقع على طائرة تابعة لدولة متعاقدة.
- أنها لا تحول دون مباشرة أي دولة لاختصاصها الجنائي وفقاً لقانونها الوطني.

#### رابعاً: تسليم المجرمين وفق اتفاقية لاهاي:

شجعت اتفاقية لاهاي الدول على تسليم المجرمين، ووفقاً لهذه الاتفاقية تتعهد الدول الأطراف بإدخال اختطاف الطائرات ضمن إطار اتفاقيات تسليم المجرمين التي عقدت أو التي ستعقد<sup>(٢)</sup>.

#### خامساً: تقييم الاتفاقية

- كسابقته لم تسلم اتفاقية لاهاي ١٩٧٠ من النقد، ولعل أهم الانتقادات التي وجهت لها هي أنها:
- لم تحدد الاتفاقية عقوبة الخاطف، ولم تحدد فترة زمنية للدول الأطراف كي تقدم الالتزام الذي ألقته على عاتقها المادة الثانية، والتي توجب تعهد كل دولة متعاقدة بقمع جريمة اختطاف الطائرات بعقوبات مشددة.
  - أخذت الاتفاقية بنظام تزامم الاختصاصات بأن عقدت الاختصاص لدول العلم وهي دولة هبوط الطائرة ودولة الإقامة للمستأجر ودولة مكان المختطف؛ مما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص.
  - لم تنص الاتفاقية على أية حصانة قضائية لصالح الأبرياء والموجودين على متن الطائرة المخطوفة، والذين يضطرون إلى الهبوط في دولة لا يرغبون الدخول فيها.
  - تستبعد الاتفاقية من نطاقها حالات الاستيلاء غير المشروع على الطائرات التي ترتكب من خارجها ولا تمتد كذلك إلى حالات تدمير وتخريب الطائرة.

(١) د. هيثم الناصري: خطف الطائرات، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٢) محمد حلمي السباعي: المواجهة القانونية والأمنية لاختطاف الطائرات، مجلة كلية الدراسات العليا، يناير ٢٠١٣، ص ١٧٢ وما بعدها.

- أخضعت الاتفاقية التسليم لقوانين الدولة المطلوب منها التسليم رغم اشتغالها على أحكام تسليم المتهمين، وهذا يحول دون تسليم مواطني الدولة أو المجرمين السياسيين<sup>(١)</sup>.
- لم تعالج الاتفاقية بعض الجرائم كالاعتداء على الطائرات الرابضة في المطارات أو ضد منشآت الطيران المدني في المطارات<sup>(٢)</sup>.
- لم تنص الاتفاقية على جزاءات على الدول التي تنهون في تطبيق أحكامها، فتطبيق الاتفاقية أو عدم تطبيقها مرهون بإرادة الدول المتعاقدة.
- لم تهتم الاتفاقية إلا بالأفعال التي ترتكب على متن الطائرة بهدف الاستيلاء عليها أو تغيير مسارها بالقوة<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثالث

## اتفاقية مونتريال (١٩٧١) الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني، والبروتوكول الملحق بها (١٩٨٤)

سنتناول هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: اتفاقية مونتريال.

المطلب الثاني: بروتوكول اتفاقية مونتريال.

### المطلب الأول

#### اتفاقية مونتريال ١٩٧١

اقتضت اتفاقية لاهاي على مواجهة الأعمال التي ترتكب على متن الطائرة أثناء طيرانها بقصد الاستيلاء غير المشروع عليها أو تغيير مسارها بالقوة، ولا تمتد إلى الأعمال غير المشروعة التي تقع من خارجها أو ضد الطائرات الرابضة أو ضد منشآت الطيران المدني، ولذلك كان من الضروري حفاظاً على أمن الطيران المدني ومنشآته أن

(١) د. بدر عبد اللطيف الياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) د. أحمد محمد رفعت: الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٣) د. محمد منصور الصاوي: أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٢١ وما بعدها.

يمتد التجريم ليشمل جميع الأعمال غير المشروعة خلاف ما نصت عليه اتفاقية لاهاي، سواء وقعت على متن الطائرة أو من خارجها أو ضد الطائرة أو ضد منشآت الطيران المدني<sup>(١)</sup>.

ولم تنظم اتفاقية طوكيو ولاهاي حالات التعدي على الطائرات وهي واقفة في أرض المطار بالتفجير والتدمير، فجاءت اتفاقية مونتريال لمعالجة بعض العيوب فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب ضد الطائرات الرابضة في المطارات أو ضد المنشآت الأرضية في هذه المطارات، وقد أبرمت الاتفاقية لمعالجة الأعمال غير الشرعية ضد أمن وسلامة الطيران المدني في الثالث والعشرين من سبتمبر ١٩٧١، فقد وقعت عام ١٩٦٩ أربع حالات تفجير للطائرات، وتسع حالات عام ١٩٧٠، فكان على الدول الدعوة لإبرام تلك الاتفاقية لمواجهة الأعمال غير المشروعة ضد الطائرات وسلامة الطيران المدني<sup>(٢)</sup>.

وقد عالجت الاتفاقية في موادها البالغ عددها ١٦ ست عشرة مادة أعمال التخريب ضد الطيران المدني بجميع صوره، وألزمت الدول الموافقة عليها أن تجعل هذه الأفعال جرائم يعاقب عليها بعقوبات قاسية.

وتجزم الاتفاقية الأفعال الموجهة ضد الطائرات نفسها أثناء تحليقها أو استقرارها في المطارات أو المنشآت والمصالح الأرضية في المطارات ونفس نصوصها هي نصوص لاهاي.

ولم تخرج اتفاقية مونتريال عن الأفكار والمبادئ التي وردت في اتفاقية لاهاي فيما يتعلق بتنازع الاختصاص الدولي لمعاقبة المتهم بالفعل غير المشروع تجاه الطائرة أو ركابها.

وفى حالة تنازع القوانين أخذت مونتريال بمبدأ إقليمية القوانين إذا وقع الفعل على إقليمها أو دولة التسجيل، كما أخذت بقاعدة شخصية القوانين في حالة فرار المتهم إلى دولته. أما أن يكون قانون دولة تسجيل الطائرة وأما قانون الدولة التي تهبط الطائرة في إقليمها إذا كان المتهم عليها.

وقد ارتبطت هذه الاتفاقية بنوعية معينة من الجرائم وهي جرائم الاعتداء على سلامة الطيران المدني، حيث حددت المادة الأولى منها نطاق تطبيقها من حيث الجرائم بنصها على ما يلي:

(١) د. محمد فريد العربي: القانون الجوي، النقل الجوي الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٢) د. عبد الكريم أبو الفتوح درويش: مكافحة الجرائم ضد الطائرات، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٦.



## أولاً: نطاق تطبيقها<sup>(١)</sup>:

يعد مرتكباً لجريمة أي شخص يرتكب عمداً ودون حق مشروع فعلاً من أحد الأفعال التالية:

- ١ - أن يقوم بعمل من أعمال العنف ضد شخص على متن طائرة في حالة طيران.
- ٢ - أن يدمر طائرة في الخدمة، أو يحدث بها تلفاً يجعلها عاجزة عن الطيران، أو يحتمل أن يعرض سلامتها في حالة الطيران للخطر.
- ٣ - أن يقوم بأي وسيلة كانت، بوضع أو التسبب في وضع جهاز أو مادة في طائرة في الخدمة يحتمل أن يدمر هذه الطائرة، أو أن يحدث بها تلفاً يحتمل أن يعرض سلامتها في الطيران للخطر.
- ٤ - أن يدمر أو يتلف تسهيلات الملاحة الجوية أو أن يتدخل في تشغيلها إذا كان من شأن أي من هذه الأفعال أن تؤدي إلى احتمال تعرض سلامة الطائرات في حالة الطيران للخطر.
- ٥ - أن يقوم بإبلاغ معلومات يعلم أنها كاذبة، معرضاً بذلك سلامة الطائرات في حالة الطيران للخطر.
- ٦ - يعد كذلك مرتكباً لجريمة أي شخص يرتكب فعلاً من الفعلين الآتيين:
  - أ - أن يشرع في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة.
  - ب - أن يكون شريكاً لشخص يرتكب أو يشرع في ارتكاب أي من تلك الجرائم.

## ثانياً: شروط انطباق أحكام الاتفاقية<sup>(٢)</sup>:

- بينت الفقرة الأولى من المادة الرابعة شروط انطباق أحكام هذه الاتفاقية:
- ألا تكون الطائرة مستخدمة في الخدمات العسكرية أو الجمركية أو البوليسية.
  - في الجرائم المعنية في الفقرات أ، ب، ج، د من م ١ / ١ لا تنطبق الاتفاقية إلا إذا:

(١) د. عبد الكريم أبو الفتوح درويش: تحليل السياسة الجنائية لمكافحة الجرائم ضد الطائرات، مرجع سابق، ص ٢٥٢-٢٥٣.

(٢) د. هيثم الناصري: خطف الطائرات، مرجع سابق، ص ٥٢.

- أ - كان مكان الإقلاع أو الهبوط الفعلي المقصود للطائرة يقع خارج إقليم دولة التسجيل.
- ب - ارتكب العمل المجرم في إقليم دولة غير دولة تسجيل الطائرة.
- بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في الفقرات أ، ب، ج، هـ من م ١/١ ينبغي لانطباق الاتفاقية ألا تكون الدولة التي يوجد على إقليمها مكان الإقلاع والهبوط الفعلي للطائرة عضواً في مؤسسة تشغيل مشتركة للنقل الجوي أو وكالة تشغيل دولية خاضعة للتسجيل المشترك أو الدولي.
- بالنسبة للجريمة المنصوص عليها بالفقرة ب من م ١/١ تطبق الاتفاقية نصاً إذا كانت تسجيلات الملاحة الجوية تستعمل للملاحة الجوية الدولية.

### ثالثاً: اتفاقية مونتريال وتحديد الاختصاص التشريعي<sup>(١)</sup>:

أحالت هذه الاتفاقية صراحة إلى القانون الوطني لكل دولة طرف فيها تنظيم العقاب والإجراءات التي تتبع في ذلك، فتقرر بالمادة الثالثة أن تتعهد كل دولة متعاقدة تشديد العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في المادة الأولى، وقد استبعدت المادة الرابعة من الاتفاقية من مجال تطبيقها الطائرات المستخدمة في الخدمات الحربية أو الجمركية أو في خدمات الشرطة.

### رابعاً: الاختصاص القضائي<sup>(٢)</sup>:

- حددت المادة الخامسة من الاتفاقية القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي بهذه الجرائم بقولها: "على كل دولة متعاقدة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لفرض اختصاصها القضائي بنظر هذه الجرائم في الحالات التالية:
- عندما ترتكب الجريمة في إقليم تلك الدولة.
  - عندما ترتكب الجريمة ضد أو على متن طائرة مسجلة في تلك الدولة.
  - عندما تهبط الطائرة التي ارتكبت على متنها الجريمة في إقليم تلك الدولة وما يزال المتهم على متنها.
  - عندما ترتكب الجريمة ضد أو على متن طائرة مؤجرة بدون طاقم إلى مستأجر يكون مركز أعماله الرئيسي في تلك الدولة، أو تكون له إقامة دائمة فيها إذا لم يكن له فيها مثل هذا المركز."

(١) د. أحمد محمد رفعت: الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٩٦.

## خامساً: تسليم المجرمين وفق اتفاقية مونتريال

تعرضت اتفاقية مونتريال للتسليم بطريقة صريحة وواضحة، واعتبرت جريمة اختطاف الطائرات من الجرائم التي تستلزم تسليم المجرمين.

وتضمنت (م ٨) من اتفاقية مونتريال الصورة الأساسية للفقرات التي أوردتها اتفاقية لاهاي؛ لهذا فإنها تعامل الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية كأنها جرائم يجوز فيها التسليم طبقاً لأي اتفاقية بين الدول المتعاقدة سواء ما هو موجود منها أو سوف ينشأ من معاهدات في المستقبل، كذلك تعطي اتفاقية مونتريال الدولة المتعاقدة حرية الاختيار لاعتبار الاتفاقية كأساس قانوني للتسليم في حالة طلب التسليم بواسطة دولة غير متعاقدة لا يوجد فيها اتفاقية تسليم.

كما اتبعت اتفاقية مونتريال نفس الإطار الذي سارت عليه اتفاقية لاهاي من حيث تحديد البدائل المطروحة للدول المتعاقدة في أمرين هما إما المحاكمة أو التسليم، فتنص (م ٧) من اتفاقية مونتريال على أن الدول المتعاقدة التي سوف يوجد داخل حدودها الإقليمية المتهم إذا لم تقم بتسليمه يجب أن تتخذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته<sup>(١)</sup>.

## سادساً: عيوب الاتفاقية

لم تستبعد اتفاقية مونتريال أي اختصاص جنائي تتم مباشرته وفقاً للقانون الوطني (م ٣/٥)، ولم تنظم أولوية الاختصاص مثل باقي الاتفاقيات ولم تأت بجديد فيما يتعلق بإجراءات القبض والتحقيق الأولى وذلك في م ٦، ونقلت حرفياً م ٧ من اتفاقية لاهاي المتضمنة إما التسليم وإما المحاكمة إلى مادتها السابقة أيضاً، وكذلك فعلت المادة الثامنة والمتعلقة بأحكام التسليم، وأتت صياغة أحكام المساعدة المتبادلة في م ١١ منها بنفس صياغة المادة العاشرة من اتفاقية لاهاي<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### بروتوكول مونتريال ١٩٨٨

تزايد الاهتمام بالتهديدات الإرهابية الموجهة ضد المطارات الدولية وذلك عقب الاعتداءات الإرهابية على مطار روما في يناير عام ١٩٨٦ ولم تكن الاتفاقيات الثلاث (طوكيو ١٩٦٣، لاهاي ١٩٧٠، مونتريال ١٩٧١) المعنية بالأعمال غير المشروعة ضد سلامة الطيران المدني تشمل تلك الموجهة ضد المطارات، مما دفع المنظمات

(١) د. أحمد محمد رفعت: الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٩٨.

الدولية للطيران المدني بالاهتمام بهذا الموضوع وعرضت مشروعاً بهذا الشأن في المؤتمر الدولي للقانون الجوي الذي عقد بمونتريال، وانتهى إلى تبني البروتوكول في ٢٤ فبراير سنة ١٩٨٨<sup>(١)</sup> ويعتبر البروتوكول تكملة لاتفاقية مونتريال سنة ١٩٧١<sup>(٢)</sup>.

ويوسع البروتوكول من نطاق الاتفاقية لتشمل الجرائم المتعلقة بأعمال العنف في المطارات الدولية، كما يجرم مجموعة جديدة من الأعمال غير المشروعة في المطارات لتلافي ثغرات الاتفاقية، كما ألحق تعديلاً بالإجراءات المتعلقة بتأسيس اختصاصات الدول المتعاقدة لتتناسب مع جرائمه<sup>(٣)</sup>.

وقد بين البروتوكول في الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه يعد مرتكباً للجريمة أي شخص يرتكب عمداً وبصورة غير مشروعة فعلاً من الأفعال الآتية مستخدماً أية أداة أو مادة أو سلاح<sup>(٤)</sup>:

أ - القيام بعمل من أعمال العنف ضد أحد الأشخاص بمطار يخدم الطيران المدني الدولي يسبب أو يحتمل أن يسبب الموت أو الجراح البالغة.

ب - يدمر أو يلحق الضرر الجسيم بخدمات أحد المطارات التي تخدم الطيران المدني الدولي أو طائرة ليست في الخدمة داخل المطار أو يحدث اضطراباً في خدمات المطار، وذلك إذا عرض الفعل أمن وسلامة المطار للخطر أو كان من شأنه ذلك.

### قواعد الاختصاص:

أضافت المادة الثالثة من البروتوكول فقرة جديدة إلى المادة الخامسة من اتفاقية مونترال، وبمقتضى تلك الفقرة على كل دولة متعاقدة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لممارسة اختصاصها بنظر جرائم البروتوكول التي أضيفت إلى الاتفاقية بالفقرة الأولى مكرر من المادة الأولى للاتفاقية، وذلك في حالة تواجد المتهم في إقليمها ولم تقم بتسليمه إلى الدولة التي ارتكبت الجريمة في إقليمها.

(١) دخل بروتوكول مونتريال التكميلي لقمع الأفعال غير المشروعة ضد الطيران المدني حيز التنفيذ في ١٩٨٩/٨/٩ وانضمت له مصر في ١٩٨٨/٢/٢٤ وتضمن مواد توسع في نطاق الاتفاقية لتشمل جميع الأعمال الإرهابية في المطارات انظر: موقع لجنة الإرهاب بالأمم المتحدة: <http://www.un.org/ar/sc/ctc/>.

(٢) نصت المادة الأولى من بروتوكول مونتريال على ما يلي: "هذا البروتوكول يكمل اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة ضد سلامة الطيران المدني الموقعة في مونتريال في سبتمبر ١٩٧٠، وفيما بين أطراف البروتوكول، فإن الاتفاقية والبروتوكول يتم قراءتهما وتفسيرهما كوثيقة واحدة".

(٣) Walter Enders and Todd Sandler: political economy terrorism. Cambridge University press Shaftesbury road Cambridge, uk, 2006, p46.

(٤) د. علاء الدين راشد: الأمم المتحدة والإرهاب قبل وبعد ١١ سبتمبر، مرجع سابق، ص ١٤٣.



## الفصل الثاني

### الأعمال الإرهابية المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية في التشريعات الوطنية

#### تمهيد وتقسيم:

سنتناول هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: القانون الكويتي رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية.

المبحث الثاني: قانون الطيران المدني المصري رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم (١٣٦) لسنة (٢٠١٠).

المبحث الثالث: عقوبة الجرائم الإرهابية المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية في التشريعات الوطنية.

### المبحث الأول

#### جهود المشرع الكويتي في مجال مكافحة الجرائم الإرهابية الموجهة ضد أمن وسلامة الطيران المدني

انضمت الكويت إلى ثلاث اتفاقيات دولية متعلقة بمحاربة الأعمال الإرهابية ضد الطائرات والملاحة الجوية وهي:

- ١ - اتفاقية طوكيو ١٩٦٣ بشأن الجرائم التي ترتكب على متن الطائرات، والتي وافقت الكويت على الانضمام لها بموجب المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٩.
- ٢ - اتفاقية لاهاي ١٩٧٠ بشأن قمع الاستيلاء غير القانوني على الطائرات والتي وافقت الكويت على الانضمام لها بموجب المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٧٩.
- ٣ - اتفاقية مونتريال ١٩٧١ بشأن قمع الأفعال غير القانونية الموجهة ضد سلامة الطيران المدني والتي وافقت الكويت على الانضمام لها بموجب المرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٩.

والتزاماً مع ما تضمنته هذه الاتفاقيات من إلزام الدول الأعضاء بتجريم الأعمال الإرهابية التي ترتكب ضد الطائرات والملاحة الجوية، فقد أصدر المشرع الكويتي القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٤ بشأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية.

ونتناول فيما يلي بحث نماذج من الجرائم الإرهابية المذكورة في هذا القانون، ثم نتعرض للعقوبات المقررة لها في المبحث الثالث.

## نماذج من الجرائم الإرهابية المذكورة في القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٤ بشأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية.

ينص القانون في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات على تجريم مجموعة من الأعمال الإرهابية تشمل:

### (١) أعمال العنف ضد شخص على متن الطائرة:

ويتحقق السلوك الإجرامي المكون لهذه الجريمة طبقاً لنص المادة (٢/أ) من القانون إذا قام الجاني "بعمل من أعمال العنف ضد شخص على متن طائرة في حالة طيران، وكان من شأنه أن يعرض سلامة هذه الطائرة للخطر".

ويتطابق نص الفقرة المذكورة مع نص الفقرة (أ) من المادة الأولى من اتفاقية مونتريال والتي نصت على تجريم: "ارتكاب عمل من أعمال العنف ضد شخص موجود على متن الطائرة في حالة الطيران إذا كان من طبيعة هذا العمل أن يخل بسلامة الطيران".

وتعتبر جرائم العنف ضد شخص على متن طائرة في حالة طيران من الجرائم العمدية طبقاً لنص المادة (٢) من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ والتي جاء في نصها: " ... كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية...".

### (٢) أعمال التخريب ضد الطائرات والمطارات، وخطف الطائرات:

تضمنت الفقرتان (ب، ج) من المادة (٢) من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ هذه الجريمة وجاء في نصهما: "يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية:

ب - إذا قام بأي وسيلة كانت بعمل أو بوضع جهاز أو مادة في طائرة في الخدمة أو تسبب في ذلك وكان من شأنه تدميرها أو إحداث تلف بها يجعلها عاجزة عن الطيران أو يعرض سلامتها للخطر في حالة الطيران.

ج - إذا قام بأي عمل من شأنه تدمير أو إتلاف تجهيزات حرم المطار أو التدخل في تشغيلها وتعريض سلامة الطائرات في حالة الطيران للخطر".

### (٣) جريمة خطف الطائرات:

ووفقاً لنص المادة (٣) من القانون ٦ لسنة ١٩٩٤ فإنه يتطلب قيام جريمة خطف الطائرات ما يلي<sup>(١)</sup>:

- ١ - استخدام القوة.
  - ٢ - غرض الاستيلاء على الطائرة والسيطرة عليها أو تغيير مسارها.
  - ٣ - يتم ارتكاب السلوك الإجرامي خلال فترة طيران الطائرة.
- وتسري أحكام هذا القانون على الجرائم المنصوص عليها فيه أيّاً كان مكان ارتكابها - كما بينته المادة (٩) من القانون ٦ لسنة ١٩٩٤<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثاني

#### قانون الطيران المدني المصري رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم (١٣٦) لسنة (٢٠١٠)

تحديد جرائم الاعتداء على سلامة الطيران المدني<sup>(٣)</sup>:

- ١ - يعتبر كل من يستخدم الطائرات المدنية في الأعمال التخريبية أو كأداة تدميرية مرتكباً لجريمة تهدد أمن وسلامة الوطن.

(١) حيث نصت على أنه "يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات كل من قام بغير وجه حق باستخدام القوة أو التهديد باستعمالها أو أي شكل آخر من أشكال الإكراه للاستيلاء على طائرة في حالة طيران أو لممارسة السيطرة عليها أو لتغيير مسارها، فإذا اقترن ذلك باحتجاز شخص إلى غير الجهة التي كان متجهاً إليها تكون العقوبة الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات". وهذا النص مقتبس من المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٠. ووفقاً لنص المادة الثامنة: "تختص محكمة أمن الدولة بنظر الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والجرائم المرتبطة بها".

(٢) وذلك في الأحوال الآتية:

- إذا ارتكبت الجريمة ضد أو على متن طائرة مسجلة في دولة الكويت، أو طائرة مؤجرة إلى مستأجر يكون مركز أعماله الرئيسي أو محل إقامته في دولة الكويت.
- إذا كان من شأن ارتكاب الجريمة أن تتعرض للخطر طائرة مسجلة أو مستأجرة على النحو المبين في البند أ من هذا المادة.
- إذا هبطت الطائرة التي ارتكب ضدها أو على متنها الجريمة في دولة الكويت وما يزال المتهم على متنها.

- إذا كان المجني عليه كويتي الجنسية.

(٣) نص المادة ١٤٤ من قانون الطيران المدني المصري.

٢ - يعد مرتكباً للجريمة أي شخص يرتكب عمداً ودون حق مشروع فعلاً من الأفعال الآتية:

أ - أن يقوم بعمل من أعمال العنف ضد شخص على متن طائرة في حالة طيران، إذا كان من شأن هذا العمل أن يعرض سلامة هذه الطائرة للخطر.

ب - أن يدمر طائرة في الخدمة، أو يحدث بها تلفاً يجعلها عاجزة عن الطيران، أو يحتمل أن يعرض سلامتها وهي في حالة طيران للخطر.

ج - أن يقوم بأي وسيلة كانت بوضع أو التسبب في وضع جهاز أو مادة في طائرة في الخدمة يحتمل أن يدمر هذه الطائرة، أو أن يحدث فيها تلفاً يجعلها عاجزة عن الطيران، أو يحدث بها تلفاً يحتمل أن يعرض سلامتها وهي في حالة الطيران للخطر.

د - أن يدمر أو يتلف تسهيلات أو منشآت الملاحة الجوية أو أن يتدخل في تشغيلها إذا كان من شأن أي من هذه الأفعال احتمال تعريض سلامة الطائرات وهي في حالة الطيران للخطر.

هـ - أن يقوم بإبلاغ معلومات يعلم أنها كاذبة، معرضاً بذلك سلامة طائرة وهي في حالة طيران للخطر.

و - أن يسرق معدات خدمات تسهيلات الملاحة الجوية أو أية أجهزة أو آلات أو أسلاك تكون لازمة لتأمين سلامة الطيران أو متصلة بها.

ز - أو استخدام أي أداة أو سلاح بدون حق مشروع وعن قصد للقيام بما يلي:

- أن يرتكب ضد شخص ما في مطار يخدم الطيران المدني الدولي، فعلاً من أفعال العنف، من شأنه أن يسبب أو يحتمل أن يسبب إصابة خطيرة أو يؤدي إلى الوفاة.

- أن يدمر أو يلحق ضرراً جسيماً بتسهيلات وخدمات أي مطار يخدم الطيران المدني الدولي، أو بطائرات ليست في الخدمة تكون موجودة بالمطار، أو أن يعطل خدمات ذلك المطار، إذا كان ذلك الفعل يعرض أو يحتمل أن يعرض السلامة في ذلك المطار للخطر.



د - التدخل في أعمال هيئة القيادة والعبث بالطائرة ضمن أفعال التدخل غير المشروع.

٣ - يعد مرتكباً لجريمة أي شخص يرتكب أياً من الأفعال الآتية:

أ - أن يشرع في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في البند (١، ٢) من هذه المادة.

ب - أن يكون شريكاً لشخص يرتكب أو يشرع في ارتكاب أي من تلك الجرائم.

### مجال تطبيق القانون:

تنص المادة (١٤٦) من قانون الطيران المدني المصري على أنه: "تمارس الجمهورية ولايتها القانونية بشأن أي فعل يشكل مخالفة بموجب مواد هذا القانون إذا تم ارتكاب الفعل على متن أي من الطائرات التالية: ١- أي طائرة مدنية مسجلة في الجمهورية. ٢- أي طائرة مؤجرة بدون طاقم لمستأجر يوجد مقر عمله الرئيسي في الجمهورية أو كان محل إقامته الدائم في الجمهورية وذلك في حالة عدم وجود مقر رئيسي. ٣- أي طائرة مدنية موجودة على أراضي الجمهورية أو في أجوائها. ٤- أي طائرة مدنية أخرى أثناء الطيران خارج الجمهورية، إذا: أ - كان هبوط الطائرة المقبل في الجمهورية. ب - كان قائد الطائرة قد قام بما يلي:

١ - تسليم المخالف المزعوم إلى السلطات المختصة في الجمهورية عملاً بالمادة ٩ من الاتفاقية الخاصة بالجرائم وبعض الأفعال الأخرى المرتكبة على متن الطائرات، والموقعة في طوكيو في ١٤/٩/١٩٦٣.

٢ - طلب من الجمهورية مقاضاة المخالف المزعوم.

٣ - تأكيد عدم تقديم طلب مماثل أو أنه لن يقدم من جانب قائد الطائرة أو المستثمر لأي دولة أخرى".

### تحديد جرائم الاعتداء التي تتم على متن الطائرات المدنية<sup>(١)</sup>

يعد مرتكباً لجريمة اعتداء كل من يقوم بأحد الأفعال التالية على متن طائرة مدنية: ١- أن يقوم دون وجه حق مشروع بالقوة أو بالتهديد باستعمال القوة أو بأية صورة من صور الإكراه بالاستيلاء على الطائرة أو السيطرة على قيادتها، أو أن

(١) مادة ١٤٧ من قانون الطيران المدني المصري.

يشرع في ارتكاب أي من هذه الأفعال. ٢- أن يشترك مع أي شخص يرتكب أو يشرع في ارتكاب أي من الأفعال المشار إليها في الفقرة السابقة. ٣- الاعتداء أو التهريب أو التهديد أو أي أفعال ضد أحد طاقم الطائرة مما يؤثر على أداء مهامه أو تقليل قدراته على القيام بتلك المهام. ٤- تخريب أجهزة الكشف عن الدخان أو غيرها من الأجهزة المتصلة بالسلامة والموجودة على متن الطائرة. ٥- التسبب عمداً في تلف الممتلكات أو تدميرها المحمولة على متنها. ٦- تشغيل أي أجهزة إلكترونية محمولة عندما يكون ذلك محظوراً.

### تحديد المخالفات التي ترتكب على متن الطائرات المدنية<sup>(١)</sup>

يعد مرتكباً لمخالفة أي شخص يقوم بأحد الأفعال التالية:

- ١ - الثمالة نتيجة تناول المشروبات الكحولية أو تعاطي العقاقير الممنوعة.
- ٢ - التدخين في الحمامات أو أي مكان آخر بشكل يهدد سلامة الطائرة.
- ٣ - الاعتداء أو التهريب أو التهديد سواء بدنياً أو شفوياً على أحد ركاب الطائرة.
- ٤ - رفض اتباع التعليمات القانونية التي يصدرها قائد الطائرة أو أحد أعضاء طاقم الطائرة بالنيابة عنه بغرض تأمين سلامة الطائرة أو الأشخاص أو الممتلكات المحمولة على متنها أو على سلامة الملاحة الجوية أو كفاءتها أو انتظامها.

### الاختصاص القضائي<sup>(٢)</sup>:

- ١ - تكون محاكم الجمهورية هي المختصة بجميع الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له، وذلك إذا ارتكبت في إقليم الجمهورية وتكون محكمة جنايات القاهرة أو محكمة عابدين الجزئية هي المختصة بهذه الجرائم إذا ارتكبت على متن طائرة مسجلة بالجمهورية أثناء وجودها فوق أعالي البحار أو في الأماكن غير الخاضعة لسلطة أي دولة.
- ٢ - تحرك الدعوى الجنائية في جميع الأحوال بناء على طلب من وزير الطيران المدني.

(١) مادة ١٤٨ من قانون الطيران المدني المصري.

(٢) مادة ١٦٣ من قانون الطيران المدني المصري.

## المبحث الثالث عقوبة الجرائم الإرهابية المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية

سنتناول عقوبة الجرائم الإرهابية المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية على النحو التالي:

المطلب الأول: في التشريعات الوطنية.

المطلب الثاني: في الاتفاقيات الدولية.

### المطلب الأول في التشريعات الوطنية

أولاً: القانون الكويتي رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية  
(١) العقوبات في صورتها البسيطة:

حددت المادة رقم ٢ من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٤ عقوبة الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية:

أ - إذا قام بعمل من أعمال العنف ضد شخص على متن طائرة في حالة طيران وكان من شأنه أن يعرض سلامة هذه الطائرة للخطر.

ب - إذا قام بأي وسيلة كانت بعمل أو بوضع جهاز أو مادة في طائرة في الخدمة أو تسبب في ذلك وكان من شأنه تدميرها أو إحداث تلف بها يجعلها عاجزة عن الطيران أو يعرض سلامتها للخطر في حالة الطيران.

أما جريمة خطف الطائرات فقد حددت المادة (٣) عقوبتها بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات كل من قام بغير وجه حق باستخدام القوة أو التهديد باستعمالها أو أي شكل آخر من أشكال الإكراه للاستيلاء على طائرة في حالة طيران أو لممارسة السيطرة عليها أو لتغيير مسارها.

### (٢) الظروف المشددة للعقوبة:

١ - وفقاً لنص المادة (٣) يجوز تشديد العقوبة إلى الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات إذا اقترن خطف الطائرة باحتجاز شخص إلى غير الجهة التي كان متجهاً إليها.

٢ - وفقاً لنص المادة (٤) إذا ترتب على أي من الجرائم المنصوص عليها في المادتين السابقتين جرح شخص أو إصابته بأذى أو تدمير طائرة أو إلحاق أضرار بها أو أي من تجهيزات حرم المطار تكون العقوبة الإعدام أو الحبس المؤبد. وفي جميع الأحوال يحكم على الجاني بدفع قيمة الأشياء التي تسبب في تدميرها. وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على أي من هذه الجرائم موت شخص.

### (٣) حالات الإعفاء والظروف المخففة:

تنص المادة (٦) من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٤ على أنه: "يعفى من العقوبات المقررة للجرائم المشار إليها في هذا القانون كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات قبل البدء في تنفيذ الجريمة أو بإخبارها بوقوع الجريمة وبمن ساهم فيها قبل قيامها بالبحث والتفتيش، فإذا وقع الإبلاغ بعد بدء البحث أو التفتيش تعين أن يؤدي فعلاً إلى ضبط الجناة الآخرين أو ضبط المرتكبين لجريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة".

وتنص المادة (٧) من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٤ على أنه: "استثناء من أحكام المادة ٨٣ من قانون الجزاء لا يجوز في تطبيق المادة الرابعة من هذا القانون النزول بعقوبة الإعدام عن عقوبة الحبس المؤبد، والنزول بعقوبة الحبس المؤبد عن الحد الأقصى المقرر لعقوبة الحبس المؤقت. ما لا يجوز الأمر بوقف تنفيذ العقوبات أو الامتناع عن النطق بالحكم".

### ثانياً: في القانون المصري

#### (١) قانون العقوبات المصري

تنص المادة (٨٨) من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة كل من اختطف وسيلة من وسائل النقل الجوي، أو البري، أو المائي، معرضاً سلامة من بها للخطر، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة إذا استخدم الجاني الإرهاب أو نشأ عن الفعل المذكور جروح من المنصوص عليها في المادتين ٢٤٠ و ٢٤١ من هذا القانون لأي شخص كان داخل الوسيلة أو خارجها، أو إذا قاوم الجاني بالقوة أو العنف السلطات العامة أثناء تأدية وظيفتها في استعادة الوسيلة من سيطرته، وتكون العقوبة الإعدام إذا نشأ عن الفعل موت شخص داخل الوسيلة أو خارجها".

#### (٢) قانون الطيران المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١:

(أ) عقوبة إحراز الأسلحة والمفرقات أو المواد الخطرة على متن طائرة:

تنص المادة (١٦٢) من قانون الطيران المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ على أنه:



"مع عدم الإخلال بأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له تسري أحكام قانون العقوبات على كل من يقوم بأحد الأفعال الآتية:

- ١ - جلب أو إحراز أسلحة أو مفرقات أو مواد خطرة بالذات أو بواسطة على متن طائرة حتى ولو لم يرتب أثر له مما يعرض أمن وسلامة الطائرة لخطر.
- ٢ - شحن بضائع خطرة باسم بضائع غير خطرة بالذات أو بواسطة على متن طائرة.
- ٣ - الشروع في حمل أو استخدام أو إحراز أو جلب مفرقات أو أسلحة أو مواد خطرة بالذات أو بواسطة على متن طائرة، وفي جميع الأحوال للهيئة الحق في مصادرة الأشياء المحصلة من هذه الجرائم والتصرف فيها، وتؤول حصيلتها للهيئة وفرض الغرامة التي يحددها الوزير المختص في هذا الشأن".

(ب) عقوبة الاعتداء على منشآت الطيران المدني والاستيلاء غير المشروع

تنص المادة (١٦٥) على عقوبة الاعتداء على منشآت الطيران المدني والاستيلاء غير المشروع على الطائرات بأنه:

يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات كل من ارتكب أحد الأفعال المنصوص عليها في المادتين (١٤٤، ١٤٧) من هذا القانون. فإذا ترتب على الفعل تدمير الطائرة أو تسهيلات أو منشآت شددت العقوبة إلى الأشغال الشاقة المؤبدة أو الإعدام.

## المطلب الثاني

### عقوبة الجرائم ضد الطائرات في الاتفاقيات الدولية

نصت الاتفاقيات الدولية على الجرائم ضد الطائرات<sup>(١)</sup> ولكنها لم تحدد العقوبات الخاصة بتلك الجرائم وتركت ذلك للقوانين الداخلية للدول.

فلم تهتم اتفاقية طوكيو بالعقاب على الجريمة ولكن اتفاقية لاهاي اهتمت بذلك حيث طلبت في المادة الثانية من الدول الأطراف أن تعاقب مرتكبي الجريمة بعقوبات صارمة ولكنها لم تحدد العقوبة رغم اقتراحها أن تكون السجن أولاً تقل عن عقوبة الجرائم العمدية الخاصة بالاعتداء على الحياة<sup>(٢)</sup>.

وتضمنت اتفاقية لاهاي تعريف بعض الجرائم التي ترتكب ضد الطائرات ولكنها

(١) د. عبد الكريم إبراهيم درويش: تحليل السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(٢) د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: الإرهاب الدولي، مرجع سابق، ص ١٤٦.

لم تحدد عقوبات معينة لتلك الجرائم وأوضحت الاتفاقية أهمية العقوبة عندما نصت على أن كل دولة متعاقدة يجب عليها أن تعمل على جعل الجرائم معاقباً عليها بأشد العقوبات.

واتبعت اتفاقية مونتريال نفس الأسلوب الذي انتهجته لاهاي بشأن عقوبة الجرائم ضد الطائرات، حيث حددت اتفاقية مونتريال الجرائم ولم تذكر العقوبات الخاصة بها ونبّهت الاتفاقية إلى خطورة الجرائم ضد الطائرات وإلى أهمية العمل على إيجاد عقوبات صارمة لها، ونصت م ٣ من هذه الاتفاقية على أن كل دولة متعاقدة يجب أن تعمل على إيجاد عقوبات صارمة للجرائم المنصوص عليها في المادة الأولى من هذه الاتفاقية.

## الفصل الثالث

### القواعد الدولية والإقليمية والوطنية بشأن تدابير أمن الطيران المدني

#### تمهيد وتقسيم:

سنتناول هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: تدابير أمن الطيران المدني على المستوى الدولي (الملحق السابع عشر وتعديلاته).

المبحث الثاني: تدابير أمن الطيران المدني على المستوى الإقليمي (الاتحاد الأوروبي نموذجاً).

المبحث الثالث: حماية الطيران المدني من أفعال التدخل غير المشروع (سلطة الشرطة).

#### المبحث الأول

### تدابير أمن الطيران المدني على المستوى الدولي (الملحق السابع عشر وتعديلاته)

يعرف أمن الطيران بأنه "حماية الطيران المدني من أفعال التدخل غير المشروع وذلك بمجموعة من الإجراءات والموارد البشرية والمادية". وقد جمعت القواعد المتعلقة بالتدابير الأمنية في الملحق السابع عشر باتفاقية شيكاغو تحت عنوان "الأمن - حماية الطيران المدني الدولي من أفعال التدخل غير المشروع"<sup>(١)</sup>.

والملاحظ أن المعايير والقواعد القياسية المتعلقة بالأمن وغيرها من أنشطة منظمة الطيران المدني الدولي في مجال أمن الطيران تؤدي دوراً بالغ الأهمية وذا علاقة مباشرة بمكافحة الإرهاب الدولي وإستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب، وتحديدًا فيما يتعلق بتحديث نظم ضوابط الحدود والجمارك منعاً لسفر الإرهابيين، كما جاء في الملحق السابع عشر باتفاقية شيكاغو.

والملاحظ أنه عندما تحولت التهديدات التي تعرض لها الطيران المدني من الاختطاف

(١) انظر: الملحق باتفاقية الطيران المدني الدولي، الطبعة الثامنة، أبريل ٢٠٠٦، متاح عبر الإنترنت على الموقع:

[http://www.bucharestairports.ro/files/pages\\_files/annex17,\\_8th\\_ed.\\_April\\_2006pdf](http://www.bucharestairports.ro/files/pages_files/annex17,_8th_ed._April_2006pdf).

إلى التخريب، أدخلت تغييرات إضافية على الملحق في عام ١٩٨٨ واشتملت على مواصفات من شأنها أن تساعد على المزيد من مكافحة التخريب<sup>(١)</sup>. وبعض هذه التغييرات أدرجت في التعديل رقم (٧) للملحق واعتمدت في يونيو ١٩٨٩. وهي توضح القواعد القياسية الخاصة بالجمع بين الأمتعة والركاب منها، وتطبيق الضوابط الأمنية على خدمات البريد الممتاز التجاري، وتطبيق الضوابط على البضائع والبريد في حالات معينة.

ومن أهم تعديلات الملحق السابع عشر التعديل رقم (١٠) الذي يعالج التحديات التي تعرض لها الطيران المدني من جراء أحداث ١١/٩/٢٠٠١، وفي ضوء تلك الأحداث وعملاً بالقرار الذي اتخذته الجمعية العمومية في الدورة الثالثة والثلاثون<sup>(٢)</sup> أعد فريق خبراء أمن الطيران هذا التعديل في نوفمبر ٢٠٠١، واعتمده المجلس في ديسمبر ٢٠٠١ وأصبح منطبقاً في ١-٧-٢٠٠٢، وهو يشمل أحكاماً جديدة تقضي لأول مرة بتطبيق نصوصه على عمليات الطيران الداخلي وبالتعاون الدولي على تبادل المعلومات عن التهديدات وتطبيق مراقبة الجودة على المستوى الوطني وبمراقبة المنافذ، وبالتدابير المتعلقة بالركاب وأمتعتهم المسجلة، ويوضع أفراد أمن على متن الطائرات وحماية مقصورة القيادة، وبالمشاركة في رموز الرحلات الجوية وما إليها من ترتيبات تعاونية، وبالعوامل البشرية وإدارة التصدي لأفعال التدخل غير المشروع. وأوجب على كل دولة اعتباراً من ١-١-٢٠٠٦ أن تضع الإجراءات الكفيلة بالكشف على الأمتعة المقررة أن تنقل منها في مستودع الطائرة قبل تحميلها<sup>(٣)</sup>.

وأحدث تعديل للملحق السابع عشر، هو التعديل رقم (الذي اعتمده المجلس في ٣٠/١١/٢٠٠٥)<sup>(٤)</sup>.

(١) Dominique Antonini, Annex 17 standards Will be Primary Focus of forthcoming System audit, Icao Journal, Vol 57, No5, 2002, P11.

(٢) كلفت الجمعية العمومية للإيكاو في الفقرة من القرار، المجلس والأمين العام للتصدي للتهديدات الجديدة والناشئة ضد الطيران المدني، والعمل على وجه الاستعجال. من بين عدة أمور باستعراض الملحق السابع عشر وملاحق الاتفاقية الأخرى ذات الصلة. انظر: قرارات الجمعية العمومية، القرار، إعلان بشأن إساءة استعمال الطائرات المدنية كأسلحة دمار وبشأن الأعمال الإرهابية الأخرى في الطيران المدني.

<http://www.icao.org/cgi/goto.pl?icao/en/assemble/index.html>.

(٣) بدر عبد اللطيف الياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

(٤) تضمنت التعديلات إضافة تعاريف لعبارة هي: أفعال التدخل غير المشروع، الأشغال الجوية، التفتيش الأمني للطائرات، التراخيص، عملية النقل الجوي التجاري، طيران الشركات، الراكب غير المنضبط، عملية الطيران العام، التدقيق الأمني، التفتيش الأمني، المسح الأمني، اختبار الأمن. انظر الملحق السابع عشر - الأمن، الطبعة الثامنة، أبريل، الفصل الأول (تعاريف).



ويتناول التعديل عدة مواضيع منها: نطاق تطبيق الملحق، وتعزيز أحكام برنامج مراقبة أمن الطيران المدني الوطني، وحراس الأمن على متن الطائرات، والطيران العام والأعمال الجوية، ومفهوم النقطة الأمنية الواحدة للركاب والأمتعة ومفهوم تقييم المخاطر، وأمن عمليات الشحن الخالص والتعاريف.

### أولاً: تنظيم الملحق السابع عشر ومحتوياته:

يحتوي ملحق منظمة الطيران المدني الدولي للأمن الآن على (قاعد قياسية و)توصية عملية، وينقسم إلى خمسة فصول هي: التعاريف، مبادئ عامة، التنظيم، إجراءات الأمن الوقائية إدارة التعامل مع أفعال التدخل غير المشروع<sup>(١)</sup>. وما يهمنا هو إجراءات الأمن الوقائية والتعامل مع أفعال التدخل غير المشروع وهو ما سوف نعرضه:

#### – إجراءات الأمن الوقائية:

وتتمثل هذه الإجراءات في: إجراءات مراقبة الدخول، وإجراءات متعلقة بالطائرات، وإجراءات متعلقة بالركاب وأمتعتهم اليدوية، وإجراءات متعلقة بالأمتعة المنقولة في مستودع الطائرة، وإجراءات متعلقة بالبضائع والبريد والسلع الأخرى، وإجراءات متعلقة بفئات خاصة من الركاب والهدف منها هو حماية أمن الطيران المدني<sup>(٢)</sup>.

#### – الالتزامات الدولية لمواجهة الاستيلاء غير المشروع على الطائرة:

١ – في حالة وجود معلومات بأن طائرة قد تتعرض لفعل غير مشروع:

بداية يجب أن توفر الدولة في مطاراتها أفراداً مدربين ومؤهلين للاستعانة بهم وقت الحاجة، وفي حالة وجود بلاغ أو معلومات وكانت الطائرة على أرض المطار بأنها قد تتعرض لفعل غير مشروع فيجب على الدولة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لحمايتها وتكفل تفتيش الطائرة للبحث عن أسلحة أو متفجرات<sup>(٣)</sup> كذلك تتخذ تلك الترتيبات في المطارات لفحص ما قد يشته في كونه أجهزة لإبطال مفعولها أو التخلص منها إذا لزم الأمر، وإذا كانت الطائرة قد غادرت على الدولة التي لديها معلومات أن تقدم إخطاراً مسبقاً إلى سلطات المطار للدولة المعنية<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر:

<http://www.icao.int/Security/SFP/Pages/Annex17.aspx>.

(٢) بدر عبد اللطيف الياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

(٣) اتفاقية الطيران المدني الدولي، شيكاغو ١٩٤٤، الملحق السابع عشر، الفصل الخامس، م(١-٥).

(٤) الملحق السابع عشر، الفصل الخامس، م(٣-٥)، المرجع السابق.

٢ - في حالة وقوع فعل من أفعال التدخل غير المشروع لطائرة أثناء وجودها على الأرض:

يجب على الدولة أن تتخذ الإجراءات الملائمة لتأمين سلامة الركاب وطاقم الطائرة إلى حين إمكانية مواصلة رحلتهم<sup>(١)</sup>.

٣ - في حالة وقوع فعل من أفعال الاستيلاء غير المشروع على الطائرة في الجو: يجب على كل دولة متعاقدة أن تقدم لها المساعدات الملاحية وخدمات الحركة الجوية وأن تأذن لها بالهبوط حسبما تمليه الظروف، وإذا هبطت في إقليمها تتخذ ما تراه من الإجراءات التي تضمن أن الطائرة ستظل محتجزة على الأرض ما لم تصبح مغادرتها ضرورة يملئها واجب حماية أرواح البشر.

وعلى الدولة التي تهبط فيها الطائرة أن تخطر بواقعة الهبوط بأسرع وسيلة ممكنة دولة تسجيل الطائرة ودولة مشغل الطائرة وترسل جميع المعلومات إليهم وإلى منظمة الطيران المدني الدولي، وإلى كل دولة يكون مواطنوها احتجزوا كرهائن أو قتلوا أو أصيبوا، وإلى كل دولة يكون معروفاً أن لها مواطنين على متن الطائرة، وينبغي على الدول أن تتعاون مع بعضها البعض بغرض التصدي المشترك لأي من أفعال التدخل غير المشروع والاستفادة من الدول التي لديها الخبرة عند اتخاذ التدابير لإطلاق سراح الركاب<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الثاني تدابير أمن الطيران المدني على المستوى الإقليمي (الاتحاد الأوروبي نموذجاً)

سوف نتطرق إلى اللائحة رقم ٢٣٢٠/٢٠٠٢ ثم لللائحة الجديدة، على النحو التالي:

### المطلب الأول اللائحة رقم ٢٣٢٠/٢٠٠٢

الهدف الأساسي من اللائحة هو إنشاء وتنفيذ تدابير أمنية ملائمة للجماعة الأوروبية من أجل منع أفعال التدخل غير المشروع في الطيران المدني. وتطبق تلك

(١) الملحق السابع عشر، الفصل الخامس، م(٥-٢)، المرجع السابق.

(٢) الملحق السابع عشر، الفصل الخامس، م(٥-٢)، المرجع السابق.

اللائحة على جميع المطارات التي تقع في أقاليم الدول أعضاء الجماعة الأوروبية (حوالي ٧٠٠ مطار)<sup>(١)</sup>.

وقد تطلبت اللائحة من الدول الأعضاء في الاتحاد اعتماد برنامج وطني لأمن الطيران المدني يتضمن القواعد القياسية للجماعة الأوروبية ويضمن تطبيقها، وأن تعين سلطة مختصة مسؤولة عن تنسيق وتنفيذ هذا البرنامج.

ويتضمن ملحق اللائحة عدداً من التدابير الأمنية كقواعد قياسية موحدة تنفذها الدول الأعضاء من أجل منع أفعال التدخل غير المشروع ضد الطيران المدني ولحماية مواطني الاتحاد الأوروبي من الإرهاب الذي يشكل تهديداً للديمقراطية والحرية وقيم السلام. ومن أهم تلك التدابير:

- تدابير تتعلق بأمن المطارات.
- تدابير تتعلق بأمن الطائرات.
- تدابير خاصة بالركاب وأمتعتهم اليدوية.
- تدابير بشأن الأمتعة المنقولة في مستودع الطائرة.

## المطلب الثاني اللائحة الجديدة

كان التغيير الأساسي في اللائحة الجديدة هو أن تأتي مشتملة على الأحكام العامة لما يجب أن يتخذ من إجراءات، وتترك التفاصيل الخاصة بتلك الإجراءات لتدابير تنفيذية تعتمد بإجراءات مبسطة بمعرفة المفوضية لا تستغرق سوى شهور قليلة، ومن ثم يمكن الاستجابة السريعة للتطورات الجديدة. لذلك اختصرت اللائحة الجديدة الكثير من التفاصيل التي يتضمنها الملحق باللائحة السابقة.

ومن تلك التغييرات الجوهرية، توسيع مجال اللائحة لتشمل الأمن أثناء الطيران وتتعلق الأحكام الخاصة في هذا الشأن أساساً بمنع الأشخاص غير المصرح لهم بدخول مقصورة القيادة أثناء الطيران، وإخضاع الركاب غير المنضبطين المحتملين لتدابير أمنية مناسبة أثناء الطيران، وذلك دون الإخلال بتطبيق قواعد سلامة الطيران المدني<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة ٣ من اللائحة رقم ٢٣٢٠/٢٠٠٢.

(٢) البند ١٠/١ من ملحق لائحة الاتحاد الأوروبي الجديدة.

وأقرت اللائحة بحق كل دولة في أن تقرر ما إذا كانت سوف تستخدم حراس أمن على متن الطائرات التابعة لها أم لا، وفي حالة استخدامهم ينبغي التأكد من أن يكون ذلك متوافقاً مع قواعد الملحق السابع عشر للإيكاو التي تقضي بضرورة أن يكونوا من العاملين الحكوميين ممن تم اختيارهم وتدريبهم بعناية لهذا الخصوص<sup>(١)</sup>.  
وكمبدأ عام يحظر حمل السلاح على متن الطائرة ما لم تصرح به الدولة، وأن يتم استيفاء الشروط الأمنية المطلوبة<sup>(٢)</sup>.

ومن بين تلك التغييرات أيضاً، النص على إمكانية السماح بإعفاء الركاب المحولين والأمتعة المحولة من إعادة الكشف في مطارات دول الاتحاد الأوروبي إذا كان الكشف في مطارات الدول المحولين منها قد تم وفقاً لقواعد قياسية مكافئة للقواعد القياسية المشتركة الخاصة بالاتحاد الأوروبي<sup>(٣)</sup>.

ونصت أيضاً على أن ذلك الاعتراف "المتبادل" بالقواعد القياسية المتعلقة بأمن الطيران يمكن أن يتحقق من خلال اتفاقيات تعقد بين الجماعة الأوروبية والدول الأخرى المعنية<sup>(٤)</sup>.

### المبحث الثالث

## حماية الطيران المدني من أفعال التدخل غير المشروع (سلطة الشرطة)

لمواجهة الإرهاب يجب أن تتعاون جميع أجهزة الدولة وذلك لوضع آلية لمواجهة الجماعات المتطرفة والإرهابية، ويقع العبء على أجهزة الأمن وخاصة الشرطة لمواجهة ذلك الخطر.

أفعال التدخل غير المشروع Acts of unlawful interference هي أفعال أو محاولات أفعال تعرض سلامة الطيران المدني والنقل الجوي للخطر مثل<sup>(٥)</sup>:

١ - الاستيلاء غير المشروع على الطائرات.

(١) الفقرة ٨ من مقدمة لائحة الاتحاد الأوروبي الجديدة.

(٢) البند ٣/١٠ من ملحق لائحة الاتحاد الأوروبي الجديدة.

(٣) البند ٤-١ من ملحق لائحة الاتحاد الأوروبي الجديدة.

(٤) المادة ٢٠ من لائحة الاتحاد الأوروبي الجديدة.

(٥) أمن المطارات، الجزء ١٠٧، سلطة الطيران المدني المصري، ص ٦-٧.



- ٢ - تدمير الطائرة العاملة في الخدمة.
  - ٣ - أخذ رهائن على متن الطائرات أو في المطارات.
  - ٤ - الدخول عنوة إلى متن طائرة أو مطار أو تجهيزات الطيران.
  - ٥ - إدخال سلاح أو جهاز خطر أو مادة خطيرة على متن طائرة أو في المطار بنية استعمالها لأغراض إجرامية.
  - ٦ - استخدام طائرة عاملة في الخدمة بغرض إحداث الوفاة أو الإصابة الجسدية أو الضرر الجسيم للممتلكات أو البيئة.
  - ٧ - توصيل معلومات كاذبة من شأنها أن تعرض للخطر سلامة الطائرة وهي في حالة طيران أو وهي واقفة على الأرض، أو سلامة الركاب أو الطاقم أو العاملين في الخدمات الأرضية أو الجمهور في المطار أو مباني تجهيزات الطيران المدني.
  - ٨ - أي أفعال أخرى لم ترد ضمن ما سبق تؤثر على أمن وسلامة الطيران المدني. وتقوم الشرطة بالتعاون المستمر مع الجمهور والاستعانة بالبحوث المتخصصة والخبراء في علم النفس والعلوم الجنائية وعلم الاجتماع وذلك لتطوير الأداء بصفة دائمة، كما تستعين بالدراسات الميدانية والتجهيز بأحدث الوسائل الفنية.
- سنتناول هذا المبحث على النحو التالي:
- المطلب الأول: دور الشرطة في تقييم التهديدات الأمنية.
- المطلب الثاني: سلطات الشرطة في جمهورية مصر العربية ذات العلاقة بأمن الطيران.

## المطلب الأول

### دور الشرطة في تقييم التهديدات الأمنية

الواقع أن عملية تأمين المطارات تحظى بأهمية بالغة باعتبارها الخط الأول لمكافحة جرائم اختطاف الطائرات. ولا شك أن عملية تأمين المطارات إن هي إلا منظومة متكاملة تتميز بشراكة العديد من الهيئات والأجهزة، فلا يكون الدور الأمني هو الدور الوحيد والمؤثر والمؤدي لنجاحها، وتتعدد الآراء والاتجاهات نحو تعريف التهديد الأمني:

إنه كل واقعة أو فعل أو أمر يؤدي التخطيط له أو تنفيذه إلى تهديد حالة الأمن العام للمجتمع أو الإخلال به في أي من مجالاته المختلفة بشكل يؤدي إلى المساس في النهاية بالنظام العام، ومن ثم يتطلب ضرورة مواجهته لحماية ذلك النظام بمدلولاته

المختلفة، مع ضرورة تكاتف جهود العديد من الجهات الأمنية وغير الأمنية لإمكان مواجهته بحكمة وخبرة<sup>(١)</sup>.

ونحن نرى أن التهديد الأمني هو الشعور بالخوف مع توقع حدوث الضرر سواء على المستوى الفردي أو الجماعي نتيجة متغيرات خارجية لا يمكن التحكم فيها والسيطرة عليها.

إن الإجراءات التي تتخذ لمنع وقوع جريمة اختطاف الطيران هي سلسلة من الإجراءات تهدف إلى حسن توظيف كافة العمليات الإدارية من قدرات وإمكانات مادية وبشرية للوصول إلى أفضل الطرق لحل المشكلة الأمنية المعقدة.

وتلك الإجراءات مصدرها علم إدارة الأزمات وهي حسن الاستعانة بنتائج علم الإدارة والعلوم الأخرى لمواجهة الأزمة التي يتعرض لها فريق الطيران<sup>(٢)</sup>.

ولذلك فيجب التنبؤ بالأحداث الهامة ووضع الخطط لمواجهتها وفقاً لعلم إدارة الأزمات، وتقوم الشرطة بالتخطيط الأمني لمواجهة أفعال التدخل غير المشروع في الطيران المدني، ويعني ذلك السعي لمنع وصول الراكب الذي ينوي القيام بأي فعل من أفعال التدخل غير المشروع إلى الطائرة وبحيازته ما يمكنه من إتمام جريمته أو قيام من يهدف إلى التخريب العمدي للمطارات ووسائل الملاحة الجوية من تنفيذ مخططة الإجرامي<sup>(٣)</sup>.

ويتم التقييم من خلال المرحلتين الآتيتين:

### المرحلة الأولى: منهج تقييم التهديد

يتم إعداد منهج بشأن تقييم التهديدات يحمل مزايا متعددة لاستخدامه، إذ يحتوي على التنوع في تقييم التهديدات للناسل الجوي والمطارات والدولة، ويعتمد على نهج التحليل الكمي، وهو يوفر إجراء موثقاً به للتعرف على التهديد الذي يساعد خبراء الأمن على توزيع الأموال على أحسن وجه والحصول على الأجهزة والقوى البشرية وفقاً لمفهوم إدارة الحظر الجوي<sup>(٤)</sup>.

(١) د. أحمد إبراهيم نصر: التهديد كعنصر من عناصر الأزمة الأمنية وأساليب مواجهته، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٤، ص ٣٢٢ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٣) محسن مصطفى الفحام: المواجهة القانونية والأمنية لجرائم اختطاف الطائرات، بحث لدبلوم الأمن العام، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٨، ص ٨.

(٤) الوثيقة ٨٩٧٣، دليل الأمن الصادر عن منظمة الطيران المدني الدولي، مرجع سابق، ص ٤٠١.

ويجب قبل إجراء التقييم أن تحدد معايير التهديد ومناطق الضعف ثم يتبع ذلك إعداد أدوات المساعدة في عملية التقييم<sup>(١)</sup> وتسمى مصفوفة مناطق الضعف وهي تصف جماعة يحتمل قيامها بارتكاب أعمال إجرامية، كذلك مصفوفة فئات تهديد أمن الطيران فهي تحدد وتقيم التهديد الموجه لهدف مثل المطار أو يقيم ناقلاً جويًا<sup>(٢)</sup> وتعتمد على ست فئات للتهديد ويمكن إضافة عوامل أخرى وتشتمل هذه الفئات على وجود جماعة يحتمل أن ترتكب عملاً إجرامياً، سوابق أعمال إجرامية ضد الطيران، الصراعات داخل الدولة، الأزمات الاقتصادية، حجم الرحلات الجوية، الرحلات الخطرة<sup>(٣)</sup>.

### المرحلة الثانية: إدارة الخطر

بعد انتهاء تقييم التهديدات يتم من خلال النتائج التي تم التوصل إليها إدارة الخطر باتخاذ إجراءات زائدة لحماية الجمهور وأمن المطار ومنها زيادة عدد الأفراد المسلحين وإظهار وجودهم داخل مبنى الركاب وحوله وزيادة عدد أفراد الأمن السريين، زيادة عدد فرق الكلاب البوليسية وتخفيض عدد نقاط الدخول للمطار، تفتيش عشوائي للدخول للمبنى، تفتيش عشوائي للمركبات على الطرق الموصلة لمباني المطار، منع وقوف المركبات بالقرب من المطار، إلغاء أو تقييد استخدام مخازن الأمتعة العمومية، إزالة صناديق القمامة وغيرها من الحاويات التي قد تخفي متفجرات، استخدام الدوائر التليفزيونية لزيادة مراقبة المناطق العامة في المطار، لصق أغشية مقاومة للكسر على الألواح الزجاجية في المناطق العامة من المبنى، فصل عمليات إصدار التذاكر عن عمليات التسجيل في حالة الناقلين الجويين المستهدفين بصفة خاصة من منطقة التسجيل الرئيسية التي تستخدمها شركات الطيران في استخدام تقنيات التسجيل المشتركة لتقليل إمكانية التعرف على هوية الركاب المسافرين على شبكات طيران معرضة لخطر أعلى<sup>(٤)</sup>.

وقد أصبحت الجرائم الإرهابية تعتمد في الوقت الحالي على التكنولوجيا والتقدم العلمي، ولذلك أصبح على جهاز الشرطة ضرورة التطوير والتحديث لأجهزتها وذلك بإعداد وتأهيل رجال الشرطة لمواكبة ذلك التطور الذي يستخدمه الإرهابيون<sup>(٥)</sup>.

(١) الملحق السابع عشر، مرجع سابق، ص ٦.

(٢) الملحق السابع عشر، ص ٦.

(٣) دليل الأمن، منظمة الطيران المدني الدولي، الوثيقة ٩٧٣، ص ٢٧٦.

(٤) د. هيثم الناصري: خطف الطائرات، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٥) د. حسين توفيق إبراهيم: الأمن في عالم متغير دراسة في أهم القضايا والمشكلات الأمنية العالمية الراهنة، مجلة الفكر الشرطي، الشارقة، العدد الرابع، يناير، ١٩٩٧، ص ٣٦٨.

## المطلب الثاني

### سلطات الشرطة في جمهورية مصر العربية

علاقة الداخلية بأمن الطيران<sup>(١)</sup>:

- ١ - هيئة الشرطة التابعة لوزارة الداخلية مسؤولة عن القيام بالإجراءات واتخاذ التدابير اللازمة لحماية الطيران المدني في مصر من أفعال التدخل غير المشروع.
- ٢ - الإدارة العامة لشرطة ميناء القاهرة الجوي التابعة لوزارة الداخلية مسؤولة عن تأمين مطار القاهرة الدولي، ومصلحة أمن الموانئ مسؤولة عن تأمين مطارات الجمهورية الدولية والوطنية وفق الآتي:
- منع وكشف الجرائم التي تمس مرافق الطيران المدني سواء داخل أو خارج المطارات.
- التحقيق في حالات الإخلال بالأمن أو الانتهاك له.
- المراقبة الدورية لكافة المواقع وتسيير الدوريات اللازمة لتأمين المطارات.
- مراقبة الركاب الوافدين والمغادرين لاكتشاف الأشخاص الذين يمثلون تهديداً لأمن الطيران وإجراء الكشف الأمني عليهم وعلى أمتعتهم.
- إعداد الخطط الاحتياطية وخطط الطوارئ مع السلطات المختصة وسلطة أمن المطار لمواجهة أي أعمال قد تعرض أمن وسلامة الطيران المدني للخطر.
- تنظيم استجابة مسلحة سريعة في حالة الحوادث الجسيمة في المطارات العاملة بجمهورية مصر العربية.
- تدريب أفراد الشرطة الملائمين على أساليب أمن الطيران والإجراءات المناسبة لعملياتهم.
- الإبلاغ عن وقائع السلوكيات الإجرامية ومصادرة البنود المحظورة والإبلاغ عن أي خطر مثل محاولة الدخول بدون تصريح للمناطق الأمنية المقيدة.

(١) سلطات الشرطة، الجزء من التشريعات المصرية الخاصة بالطيران المدني والمتعلق بأمن المطارات، البند ١٠٧-٩- د. متاح على:

<http://www.civilaviation.gov.eg/Regulations/ECAR%20July%202015Part107/Part%20107.pdf> .



- التخلص من أي جهاز متفجر.
- إجراء تفتيش الركاب والحقائب والطرود المشحونة باستخدام أفراد ذكور وإنث مدربين ومؤهلين ومرخصين وعلى دراية كافية بالقوانين والتشريعات المصرية المتعلقة بأمن الطيران المدني باستخدام أجهزة ومعدات أمنية مرخصة.
- إجراء التفتيش اليدوي العشوائي لنسبة من الركاب وحقائبهم وأمتعتهم المحمولة بنسبة ٢٠٪ كحد أدنى طبقاً لمتطلبات البرنامج الوطني لأمن الطيران.
- التحكم في المداخل والمخارج الخاصة بالمطارات وتأمين الأسوار المحيطة بالمطارات.
- تعيين الحراسات المسلحة على الطائرات الرابضة في مواقفها بهدف تأمينها وحمايتها.
- أجهزة الشرطة بكل مطار هي المسؤولة عن إجراء كافة التحريات الشخصية على جميع العاملين بالمطارات والزائرين.

## الخاتمة

تسود عالم اليوم متغيرات اجتماعية ومادية وفكرية أثرت على تفكير الإنسان وسلوكه ومعتقداته وأسلوب حياته، فساد الانحراف وتفشيت الأفكار الخاطئة في المجتمعات التي جانب الصواب وتجاوزت حد الاعتدال إلى الغلو والتعصب في مختلف الممارسات غير مستندة في ذلك إلى المفاهيم الصحيحة والأصول القاعدية للديانات السماوية والفلسفات الإنسانية. فالتطرف سجية إنسانية تزيد وتنقص حسب ظروف كل إنسان ومحيطه، وله عدة مناح فكرية وسلوكية يظل في جميع الأحوال مقنعاً بقناع الإيمان بعقيدة راسخة، فهو يبتدئ بالتشدد في الالتزام ثم غلو وتطرف ورفض واعتزال وأخيراً إشعال العنف والإرهاب. وقد باتت جرائم الاعتداء على أمن الطيران المدني في هذه الفترة من القضايا المهمة التي تشغل الرأي العام العالمي. فالطيران المدني وما يمثله من وسيلة مواصلات دولية أصبح التعدي عليه جريمة تمس العالم أجمع.

ومع تطور التقنيات الحديثة، أصبح العالم قرية واحدة، ومع تطور الفكر الإجرامي وتطور تسليح الإرهابيين وأجهزتهم كل ذلك أدى إلى خطورة واستفحال ظاهرة تهديد الطيران المدني.

مما يحتم ضرورة البحث في القوانين والمعاهدات لمواكبة ذلك التطور، والاستعانة بالأجهزة والأساليب الحديثة لمواجهة تلك التهديدات، وكذلك البحث عن أحدث الإجراءات لتأمين مرفق الطيران. نظراً لما تمثله الجرائم الإرهابية الموجهة ضد أمن وسلامة الطيران المدني من خطر داهم على شتى مناحي الحياة لجميع أعضاء المجتمع الدولي، ولمدى تأثيرها بالغ الخطورة على أمن وسلامة المجتمع، يبذل المجتمع الدولي جهوداً ضخمة من أجل مكافحة تلك الجرائم، والواقع يؤكد أننا لا نزال بحاجة لبذل المزيد من الجهود وبحاجة إلى تضافر جهود جميع الأطراف المعنية.

أما فيما يتعلق بجهود دولة الكويت في هذا المجال فقد حرصت على تأكيد مواكبتها للجهود الدولية الرامية إلى مكافحة الإرهاب بجميع صوره من خلال انضمامها إلى الصكوك الدولية ذات الصلة، فضلاً عن حرص المشرع الكويتي على سن التشريعات الخاصة بحماية المجتمع من الأعمال الإرهابية.

فهذه الظاهرة من منظور دولة الكويت مدانة بكل أشكالها وأنواعها على نحو قاطع لا يقبل التبرير ولا يحتمل التأويل. وقد أكدت وعبرت الكويت عن موقفها ذلك في جميع المحافل والمنابر الدولية وأيدت جميع القرارات الصادرة عن أجهزة الأمم المتحدة ذات العلاقة بمحاربة الجرائم الإرهابية بصفة عامة وتعاونت مع المجتمع الدولي لمحاربة هذه الجرائم بشتى السبل، كما أعلنت حرباً لا هوادة فيها على جرائم الإرهاب الدولي بصفة عامة وجرائم الاعتداء على أمن وسلامة الطيران المدني بصفة خاصة، ويتضح ذلك من حرصها على أن يكون لها دور فاعل على المستويين الدولي والإقليمي في محاربة هذا النوع من الجرائم بالغة الخطورة؛ إذ سارعت بالانضمام إلى جميع المعاهدات الدولية ذات الصلة بأمن وسلامة الطيران المدني والمطارات، كما حرصت على الانضمام إلى المعاهدات الإقليمية التي عقدت، سواء تحت مظلة جامعة الدول العربية أو تحت مظلة مجلس التعاون الخليجي المتعلقة بمكافحة الإرهاب بجميع صوره وأشكاله، وسنت القوانين الداخلية التي تضمن توافق تشريعاتها الداخلية مع التزاماتها الدولية بمكافحة مثل تلك الجرائم وتعقبت كل مرتكب ومحرض عليها، وسعت لتقديمتهم للعدالة لمحاكمتهم. فضلاً عن وجود تشريع خاص بجرائم الاعتداء على أمن وسلامة الطيران المدني تمثل في القانون رقم ٦ لعام ١٩٩٤م، ولكن هذا لا يعني انتهاء الحاجة إلى مزيد من الجهود، بل هي البداية لأن أي تشريع يتطلب مزيداً من القرارات والأنظمة والإجراءات والآليات التي يجب القيام بها لتحقيق الهدف الأساسي وهو القضاء نهائياً على ظاهرة الأعمال الإرهابية - خاصة - جرائم الاعتداء على أمن وسلامة الطيران المدني.

## النتائج

- مع تطور الطيران المدني؛ فقد اختاره الإرهابيون هدفاً لتوجيه هجماتهم الإرهابية إليه ابتداء من اختطاف الطائرات وتدميرها مروراً بتخريب المطارات ومرافق الطيران وأخيراً استخدامها كوسيلة للقتل والتدمير.
- ونظراً للمخاطر والتهديدات الإرهابية التي تواجه سلامة الطيران المدني وما يمكن أن تحدثه من أضرار وخسائر مادية وبشرية جسيمة، حرص المجتمع الدولي ومنظماته على إيجاد اتفاقيات لحماية وسلامة أمن الطيران المدني ضد التهديدات الإرهابية.
- إن وضع تعريف موحد للإرهاب يمثل أكبر التحديات التي تواجه جهود عملية مكافحة الإرهاب، ويعود ذلك إلى طبيعة الظاهرة الإرهابية، فهو مصطلح ديناميكي يختلف نتيجة اختلاف صور الإرهاب وأشكاله وأساليبه، كما أن هناك إشكالية هامة في تعريف الإرهاب تتمثل في غياب الحيادية في وصف ظاهرة الإرهاب.
- تتعدد الدوافع للإرهاب الجوي منها السياسية ومنها الشخصية والنفسية، وما يحدثه من خوف ورعب وفزع في دول العالم نظراً للخسائر والأضرار المختلفة التي تنجم عن ذلك العمل، بالإضافة إلى دقة ومهارة الإعداد والتخطيط من قبل القائمين على ذلك، فقد أصبح من المحتم التطوير في إجراءات التأمين والتعاون بين مختلف دول العالم من أجل الحد من جرائم الإرهاب الجوي، نظراً لوصول الضرر إلى معظم دول العالم من جراء ذلك.
- من أكثر الآثار السلبية على الحياة السياسية جراء ظاهرة الإرهاب إساءة استعمال امتياز الحصانة الدبلوماسية واستخدامها في تمرير الصفقات المشبوهة كصفقات السلاح والأموال.
- تشكل الجرائم الإرهابية والأعمال التخريبية الموجهة ضد أمن وسلامة الطيران المدني تهديداً مستمراً لحركة المسافرين والتجارة الدولية، لذا يجب إدانتها والتصدي لهما بصورة شاملة من خلال اعتماد إستراتيجيات شاملة وفعالة، وجهود دولي يركز إلى الحاجة الماسة للجماعة الدولية للقضاء على هذه الظاهرة واجتثاثها من جذورها.
- بالرغم من وجود الكثير من الصكوك الدولية المعنية بمكافحة الجرائم الإرهابية الموجهة ضد أمن وسلامة الطيران المدني، فإن هناك حاجة ماسة إلى بذل

المزيد من الجهود من قبل المجتمع الدولي؛ نظراً لعدم كفاية النصوص التجريبية الواردة بتلك الصكوك لقمع الهجمات الإرهابية التي يتعرض لها الطيران المدني.

- تتنوع الجرائم ضد الطائرات فمنها القرصنة الجوية والاختطاف، وتفجير الطائرات والتعدي عليها بالأسلحة المحمولة كتفأً والاعتداء على المطارات.
- للشرطة دور مهم في منع جريمة اختطاف الطائرات وذلك من خلال تأمين الميناء الجوي من الداخل والخارج وتأمين الطائرة بأحدث الأجهزة والأفراد المدربين وتفتيش البضائع والبريد والركاب.
- هناك منظمات دولية معنية بأمن الطيران المدني وهي اتحاد النقل الجوي الدولي والمجلس الدولي للمطارات.
- أسفرت جهود الطيران المدني الدولي عن عقد ثلاث اتفاقيات دولية هي طوكيو ١٩٦٣، لاهاي ١٩٧٠ ومونتريال ١٩٧٠ لمواجهة أفعال التدخل غير المشروع ضد الطائرات وأمن الطيران المدني.
- جريمة الإرهاب الجوي جريمة من جرائم الإرهاب الدولي؛ ذلك لأن الإرهاب الدولي جريمة ضد الإنسانية واختطاف الطائرات وما ينطوي عليها من احتجاز للركاب أو قتلهم أو تغيير مسارها أو الاعتداء عليها يعد جريمة ضد الإنسانية.
- يظهر دور الشرطة في مواجهة الإرهاب الجوي من خلال تقييم التهديدات والتنبيه باحتمال حدوث الجرائم ووضع الخطط لمنع وقوع تلك الجريمة، كذلك وضع تصور لكيفية وقوع تلك الجرائم وكيفية مواجهتها، فالشرطة عليها أن تهتم بدراسة الأزمة الأمنية وهي حدث مفاجئ وخطير يزعزع الاستقرار والطمأنينة عن طريق إيقاع الخسائر البشرية والمادية وحتى المعنوية، وعليها وضع إستراتيجية أمنية لمواجهة تلك الجريمة والوصول إلى أفضل النتائج لمنع هذه الجرائم ومواجهتها حال ارتكابها.

### تأسيساً على ما تقدم:

يعد ضمان أمن وسلامة قطاع النقل الجوي من أكبر التحديات التي تواجه المجتمع الدولي، خاصة مع تزايد الانتهاكات والأفعال الإرهابية التي يتعرض لها هذا القطاع الذي يمثل شريان الحياة لحركة السفر بين الدول.

### التوصيات

- ١ - ضرورة وضع تعريف موحد للإرهاب على المستوى الدولي لإنهاء النزاع



السياسي وتعريفه كجريمة مستقلة، وأن يشمل صراحة جرائم اختطاف الطائرات ووضع العقوبات الصريحة والرادعة والملزمة لجميع الدول من خلال المنظمات الدولية ومجلس الأمن الدولي.

٢ - إنشاء قاعدة بيانات دولية لجميع الحوادث الإرهابية واختطاف الطائرات وجميع المتهمين فيها المفرج عنهم والمحبوسين وأقاربهم وتحديث هذه البيانات بصفة مستمرة وأن تكون متاحة بجميع الموانئ.

٣ - ضرورة إعادة النظر في الصكوك الدولية المعنية بمكافحة الجرائم الإرهابية الموجهة ضد أمن وسلامة الطيران المدني، وتضمينها تدابير أكثر صرامة للقضاء على تلك الظاهرة واجتثاثها من جذورها.

٤ - تشجيع المواطنين على التعاون مع أجهزة مكافحة الإرهاب على أن يشمل التشجيع المكافآت المادية والمعنوية.

٥ - تعهد الدول العربية:

أ - بعدم تنظيم أو تمويل أو ارتكاب الأعمال الإرهابية أو الاشتراك فيها بأي صورة من الصور.

ب - الحيلولة دون اتخاذ الدول العربية أراضيها مسرحاً للأعمال الإرهابية تخطيطاً أو تنظيمياً أو تنفيذاً أو الشروع أو الاشتراك فيها.

ج - العمل على منع تسلل العناصر الإرهابية إليها أو إيوائها أو إقامتها على أراضيها أو تدريبها أو تسليحها أو تمويلها أو تقديم أية تسهيلات لها.

٦ - بشأن الأجهزة الأمنية:

أ - الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة في المطارات بحيث تتواءم مع التطور النوعي في العمليات الإرهابية.

ب - التدريب الدائم والمستمر لأفراد أجهزة الأمن العاملين في مجال مكافحة الإرهاب.

ج - الاختيار الجيد للعاملين من الأجهزة الشرطة والأفراد العاملين بالمطارات والموانئ مع المتابعة الدائمة لهم من الجهات الرقابية لمواجهة ضعف النفوس منهم.

٧ - التعاون الدولي لمكافحة الجرائم الإرهابية: يقوم هذا التعاون بين الدول على:

- أ - تبادل المعلومات: حول أنشطة وجرائم الجماعات الإرهابية وقيادتها وأماكن تمركزها وتدوينها ومصادر تمويلها وتسليمها ووسائل اتصالاتها ووثائق السفر التي تستخدمها، فضلاً عن ضرورة تبادل المعلومات التي تيسر القبض على المتهمين الهاربين أو المحكوم عليهم الهاربين من قضايا الإرهاب.
- ب - تبادل التحريات: حول الإرهاب والإرهابيين وأماكن المتهمين والمحكوم عليهم والقبض على الهاربين من المتهمين أو المحكوم عليهم بجرائم إرهابية.
- ج - تبادل الخبرات حيث تلتزم الدول بالتعاون فيما بينها بتبادل الدراسات والبحوث وتوفير المساعدات الفنية المتاحة لإعداد البرامج التدريبية أو عقد الدورات التدريبية، كما تتبادل ما لديها من خبرات في مجال مكافحة.
- د - التعاون القضائي: التزام الدول بتسليم المتهمين أو المحكوم عليهم في جرائم الإرهاب من أي من هذه الدول وفقاً لشروط المعاهدة.
- هـ - تفتيش حقائب الدبلوماسيين، وهي ثغرة يجب تداركها على المستوى الدولي وذلك بالمعاهدات والاتفاقيات مع الدول التي تقبل ذلك.
- ٨ - الكشف السياسي والجنائي عن جميع حاجزي التذاكر للرحلة الجوية أو البحرية قبل صعوده مع توسيع دائرة الاشتباه.
- ٩ - وضع البرامج والدورات التدريبية على المستوى الدولي بخصوص أمن وسلامة الطيران المدني، وعقد الندوات الخاصة بذلك.
- ١٠ - توحيد معايير الأمن في جميع المطارات لأن الخلل في مطار يؤدي إلى كارثة في مطارات أخرى تصيب آخرين وذلك بوضع العقوبات على المطارات المخلة بتلك المعايير.
- ١١ - ضرورة قيام المشرع الكويتي بتحديد سلطة الشرطة في مواجهة جرائم الإرهاب الجوي.

## المراجع

### أولاً: المراجع العربية

#### (١) الكتب

- د. أبو زيد رضوان: القانون الجوي قانون الطيران التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.
- أحمد أبو الروس: الإرهاب والتطرف والعنف الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩١.
- أحمد محمد رفعت: الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- د. أشرف توفيق شمس الدين: مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- د. إيهاب سيد العماوي: دور الشرطة في حماية أمن الطيران المدني، مطابع الشرطة، القاهرة، ٢٠١١.
- د. بدر عبد اللطيف الياقوت: تأمين مرفق الطيران المدني من أخطار العمليات الإرهابية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- حسين شريف: الإرهاب الدولي وانعكاساته على الشرق الأوسط الجزء الثاني الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٧.
- د. رفعت رشوان: مبدأ إقليمية قانون العقوبات في ضوء قواعد القانون الجنائي الداخلي والدولي، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- د. رمسيس بهنام: القسم الخاص من قانون العقوبات، العدوان على أمن الدولة الداخلي "العدوان على الناس في أشخاصهم وأموالهم" منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢.
- شريف بسيوني: المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، نادي القضاة، القاهرة، ٢٠٠١.
- صلاح الدين جمال الدين: إرهاب ركاب الطائرات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

- د. ضياء علي أحمد نعمان: المسؤولية المدنية للناقل الجوي للبضائع بين القواعد العامة والمقتضيات الخاصة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ٢٠٠٦.
- د. طالب حسن موسى: القانون الجوي الدولي: دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ١٩٩٨.
- د. عبد العزيز مخيمر: الإرهاب الدولي مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.
- د. عبد الكريم أبو الفتوح درويش: مكافحة الجرائم ضد الطائرات، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- د. علاء الدين راشد: الأمم المتحدة الإرهاب قبل وبعد ١١ سبتمبر، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- د. فاروق أحمد زاهر: تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
- كمال حماد: الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.
- د. محمد المجنوب: خطف الطائرات في الممارسة والقانون، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
- محمد عزيز شكري: الإرهاب الدولي دراسة قانونية ناقدة، دار العلم للملايين بيروت، الأولى، ١٩٩١.
- د. محمد فريد العريني: القانون الجوي "النقل الجوي الداخلي والدولي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. محمد منصور الصاوي: أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤.
- د. محمود صالح العادلي: موسوعة القانون الجنائي للإرهاب، الجزء الأول، المواجهة الجنائية للإرهاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- د. ميهوب يزيد: مشكلة المعيارية في تعريف الإرهاب الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.



— د. هاني دويدار: قانون الطيران التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

— هيثم أحمد الناصري: خطف الطائرات، دراسة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٨.

## (٢) رسائل علمية

— د. أحمد إبراهيم نصر: التهديد كعنصر من عناصر الأزمة الأمنية وأساليب مواجهته، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٤.

## (٣) أبحاث ودوريات علمية

— د. حسين توفيق إبراهيم: الأمن في عالم متغير، دراسة في أهم القضايا والمشكلات الأمنية العالمية الراهنة، مجلة الفكر الشرطي، الشارقة، العدد الرابع، يناير، ١٩٩٧.

— عبد العزيز محمد سرحان: حول تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، سنة ١٩٧٣، المجلد ٢٩.

— د. عبد الكريم أبو الفتوح درويش: تحليل السياسة الجنائية لمكافحة الجرائم ضد الطائرات من منظور القانون الجنائي الدولي، مجلة بحوث الشرطة، العدد العاشر، ١٩٩٦.

— د. محمد حافظ الرهوان: العمليات الإرهابية وعلاقتها بالجريمة المنظمة، مجلة الأمن العام، العدد ١٥٧، أكاديمية الشرطة، أبريل ١٩٩٧.

— محمد حلمي السباعي: المواجهة القانونية والأمنية لاختطاف الطائرات، مجلة كلية الدراسات العليا، يناير ٢٠١٣، ص ١٧٢ وما بعدها.

— د. محمود وهيب السيد: ماذا بعد الإرهاب، منشور مجلة الأمن العام، العدد ١٥٢، يناير ١٩٩٦.

## (٤) قوانين وتشريعات

— المرسوم التشريعي الجزائري رقم ٩٢/٠٣ المؤرخ في ٣٠/٠٩/١٩٩٢ المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب في الجزائر.

- القانون الكويتي رقم (٦) لسنة ١٩٩٤ بشأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية.
- قانون الطيران المدني المصري رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١، المعدل بموجب القانون ٩ لسنة ٢٠٠٣ و١٣٦ لسنة ٢٠١٠.

#### (٥) اتفاقيات ومعاهدات دولية

- اتفاقية طوكيو ١٩٦٣ بشأن الجرائم التي ترتكب على متن الطائرات.
- اتفاقية لاهاي ١٩٧٠ بشأن قمع الاستيلاء غير القانوني على الطائرات.
- اتفاقية مونتريال ١٩٧١ بشأن قمع الأفعال غير القانونية الموجهة ضد سلامة الطيران المدني.

#### ثانياً: مراجع أجنبية

- Becken, S., Analyzing International Tourism Flows to Estimate Energy Use Associated with Air Travel, Journal of Sustainable Tourism, 202, No 10 (2).
- Bielinski, Eva Halina: The Role Of Law in the Suppression of Terrorism against International Civil Aviation, Master Of Laws, McGill-University, 1978.
- Bruce Hoffman, "Defining Terrorism", in Russell D.Howard and L. Swayer, "Terrorism and Counter Terrorism", 2002.
- C.S. Thomas and M.J.Kirby, The Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 22, No. 1.Jan., 1973.
- Dominique Antonini, Annex 17 standards will be Primary Focus of forthcoming System audit, ICAO Journal, Vol 57, No.5, 2002.
- ICAO document 9587 "Policy and Guidance Material on the Regulation of International Air Transport", 1992.
- Paul Dempsey, Aviation Security, the Role of Law in the War against Terrorism Columbia Journal of Transnational Law, Vol 41, 2002-2003.

- PHILLIP. A.KARBER, "Re-Constructing Global Aviation in An Era of the Civil Aircraft as a Weapon of Destruction," Harvard Journal of law and Public Policy, Vol 25, No2, 2000.
- Walter Enders and Todd Sandler: political economy terrorism. Cambridge University press Shaftesbury road Cambridge, uk, 2006.

### ثالثاً: مواقع على الإنترنت

- اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي ١٩٤٤:
- [http://www.icao.int/publications/Documents/7300\\_orig.pdf](http://www.icao.int/publications/Documents/7300_orig.pdf)
- الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب:
- <http://www.arableguelonline.org>
- اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لمنع الإرهاب ومحاربته لسنة ١٩٩٩:
- <http://www.oic-un.org/26icfm/c.html>
- الملحق السابع عشر، الأمن (Aviation Security Policy Section)، الطبعة الثامنة، أبريل ٢٠٠٦:
- <http://www.icao.int/Security/SFP/Pages/Annex17.aspx>
- أمن المطارات، الجزء ١٠٧، سلطة الطيران المدني المصري:
- [www.civilaviation.gov.eg/Regulations/Part107/Part%20107.pdf](http://www.civilaviation.gov.eg/Regulations/Part107/Part%20107.pdf)
- قاموس المصطلحات العسكرية الصادر عن وزارة الدفاع الأمريكية عام ٢٠١٠ والمعدل ٢٠١٦:
- [http://www.Dtic.Mil/doctrine/jel/new\\_pubs/JP1-02.Pdf](http://www.Dtic.Mil/doctrine/jel/new_pubs/JP1-02.Pdf)
- منظمة الطيران المدني الدولي (CAO):
- [www.icao.int/](http://www.icao.int/)





## المواجهة الجنائية للعنف الإلكتروني في ضوء القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات

الدكتور/ معاذ سليمان الملا  
أستاذ مساعد - القانون الجزائي  
أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية

### ملخص:

ليس العنف ظاهرة جديدة، إنما هو ظاهرة موجودة منذ نشأت المجتمعات البشرية، وتعد إحدى أهم المشكلات المعقدة التي ما زالت تواجهها المجتمعات طوال مراحل تطورها. وما نلمسه الآن هو أن هذه الظاهرة بفكرتها التقليدية لم تترك أثراً أشد خطورة كما هو عليه الحال الآن، حيث تطورت مع ظهور أدوات تقنية المعلومات كجهاز الحاسوب والهاتف المحمول والأجهزة اللوحية وأجهزة الألعاب التفاعلية، وأيضاً شبكات الاتصالات كشبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي وشبكات الهواتف المحمولة، فقد أصبحنا بسببها أمام ما اضطلع بشأنه العنف الإلكتروني الذي تمتد خطورته ليس على الإنسان نفسه أو على أمواله فحسب بل على أمن الدول واستقرار نظامها.

ومرد ذلك كله فقدان ضوابط الاستخدام السليم لتلك الأدوات والشبكات، وأيضاً فقدان القيم والمبادئ وغياب آليات الرقابة الحقيقية هذا من ناحية، والانفتاح التكنولوجي والرقمي على كافة الأمور المتعلقة بجوانب الحياة عبر تلك الأدوات من ناحية أخرى.

وتأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على مشكلة العنف الإلكتروني وتوضيح أبعادها الخطيرة والمستقبلية على النسق القيمي والأخلاقي لأفراد المجتمع، ولا سيما وأن أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات لم تضع حاجزاً للفئات العمرية لمستخدميها وباتت جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية.

وسيكون ذلك من خلال الكشف عن جذور العنف وتاصيل علاقتها بأدوات تقنية المعلومات، والبحث في أسباب العنف الإلكتروني وآثاره ودوافعه من خلال ما توصلت إليه بعض الدراسات والأبحاث ذات الشأن، وتوضيح الفرق بين مفهوم العنف الإلكتروني وغيرها من المفاهيم المشابهة له، وبيان نماذج الأنشطة الإجرامية للعنف الإلكتروني وآلية التصدي له وفقاً لما ورد من أحكام في القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن جرائم تقنية المعلومات.

### مقدمة:

لا ننكر ما قدمته لنا أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات من مزايا لا تعد ولا تحصى، حيث سهلت علينا أداء الكثير من المهام التي اعتدنا على ممارستها بشكل

يومي، فضلاً عن إعطائنا القدرة على التواصل مع الآخرين صوتاً وصورة ونصاً دون اعتبار لقيود المكان والزمان.

وقد تنبهنا في الآونة الأخيرة إلى الخطر المحدق -لا سيما على النشء- بسبب ما يبث وينشر عبر تلك الأدوات أو الشبكات من محتويات عديدة مؤثرة وبصرف النظر عن موضوعها إلا أن معظمها يغلب عليه طابع العنف. واعتمادنا عليها للأسف الشديد في مناحي حياتنا، جعلنا -وبحق- فرائس لمن يتفوق علينا في استخدامها، بسبب قدرته وإمكاناته في استغلال تلك الأدوات بطرق غير مشروعة.

ولا ضير في القول بأننا نعيش واقعاً مريراً فرضه ما أمكنا تسميته بالفوضى الإلكترونية أو الغابة الإلكترونية، حيث بات من الصعب فرض الرقابة على سلوكيات مستخدمي تلك الأدوات، بل أصبحت الرقابة الذاتية للمستخدم نفسه مفقودة، ليتفشى لدينا شعور اللامبالاة، وانعدام المسؤولية لدى الكثير من مستخدمي تلك الأدوات ممن يعتقدون أن لديهم الحرية المطلقة في كافة تصرفاتهم يمارسونها كيفما شاءوا وأينما ذهبوا ودون مراعاة للقيود أو الضوابط العامة التي تحكم السلوك، ونعني بذلك القانون. وقد ظهر العنف بفكرته الجديدة، فأطلق عليه مصطلح العنف الإلكتروني نسبة إلى المظاهر المختلفة للعنف الذي يتحقق عبر أدوات تقنية المعلومات أو شبكات الاتصالات. وما لذلك بطبيعة الحال من آثار سلبية وخطيرة على المجتمع وعلى النسق القيمي والأخلاقي للمجتمع.

ولما كان القانون الجزائي يعد الحلقة الأضعف - إن جاز التعبير - لمواجهة الإجرام الإلكتروني بكافة أشكاله، فإن المشرع الكويتي بادر إلى مواجهة هذا الإجرام بالقانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

### مشكلة البحث

العنف الإلكتروني تغلغل في أروقة المنازل والمدارس وأماكن العمل والأسواق دون أن يشعر به مستخدم أدوات تقنية المعلومات وشبكات الإنترنت أو شعر بها ولكن تجاهل آثاره، فانتشار المشاجرات والألفاظ البذيئة والأفكار الهدامة واستحباب فكرة القتل والحرق والإيذاء وغيرها من سلوكيات غير سوية، ما هي إلا ترجمة حقيقية من واقع ما يشاهده المستخدمون يومياً من محتويات ذات تأثير بالغ على سلوكياتهم وأخلاقهم. وبناء عليه، تتحدد مشكلة البحث في أن معظم سلوكيات مستخدمي أدوات تقنية المعلومات قد ترقى إلى اعتبارها جريمة جنائية، الأمر الذي يثير التساؤل حول مدى إمكانية مواجهة ظاهرة العنف الإلكتروني من خلال أحكام القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات؟

## أهمية البحث

تجلى أهمية البحث في أنها تكشف عن إحدى القضايا المعقدة والخطيرة التي تمس كافة شرائح المجتمع، فالكثير من المجتمعات ومن بينها المجتمع الكويتي تعيش حالة من القلق المستمر بسبب انتشار هذا النوع من العنف وامتداد آثاره التي نلاحظها بين الفينة والأخرى على الأفراد خصوصاً صغار السن. لذلك يهدف البحث إلى تحقيق ما يلي:

- ١ - تسليط الضوء على مشكلة العنف الإلكتروني من خلال التعرف على مفهومه وبيان طبيعته وتحديد مصادره وأسباب ودوافع انتشاره وآثاره على المستخدم والمجتمع وتحديد علاقته بالجريمة.
- ٢ - تناول بعض الدراسات والأبحاث والإحصاءات الحديثة المتعلقة بالعنف الإلكتروني للتعرف على مدى خطورته ولا سيما بين فئتي الأطفال والمراهقين.
- ٣ - التعرف على صور العنف الإلكتروني كسلوكيات قد تتخطى فيها حدود الانحراف وتدخل ضمن حدود الجريمة الجزائية.
- ٤ - تحديد موقف التشريع الجزائي الكويتي ومدى كفايته لمواجهة العنف الإلكتروني.
- ٥ - بيان دور المجتمع المدني في مواجهة ومكافحة هذا النوع من العنف.

## منهج البحث

اتبعنا في سبيل ذلك منهجاً وصفيّاً تحليلياً، وقد اعتمدنا على المنهج الوصفي كأساس لنا في الطرح حيث قمنا بدراسة فكرة العنف الإلكتروني من خلال تعريف العنف كظاهرة عامة وتحديد علاقته بأدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات، ومحاولة تفسير هذه العلاقة بشيء من التفصيل بعرض خصائصه ومصادره وأسبابه وتقدير حجمه، وذلك للوصول إلى علاقته بالانحراف والجريمة. واستعنا أيضاً بالمنهج التحليلي لتحديد صور الأنماط الإجرامية التي تتم عبر أدوات تقنية المعلومات وربطها بقضايا العنف.

## تقسيم البحث

للإحاطة بكل ذلك، سوف نقوم بتقسيم خطة البحث إلى مبحثين مسبقين بمطلب تمهيدي، وذلك على النحو التالي:

مطلب تمهيدي: تقدير حجم العنف الإلكتروني وأسبابه ودوافعه

المبحث الأول: ماهية العنف الإلكتروني

**المبحث الثاني: تجريم صور العنف الإلكتروني في القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥**  
**بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات**  
**\* مدى كفاية هذا القانون في مواجهة العنف الإلكتروني**

## **مطلب تمهيدي**

### **تقدير حجم العنف الإلكتروني وأسبابه**

### **وآثاره ودوافعه**

العنف الإلكتروني أحد ملامح الجانب السلبي للإنسان الذي دائماً ما يوظف المخترعات الحديثة لخدمة مآربه المنحرفة والإجرامية. وقد خصصنا لهذا المطلب فرعين الأول نخصه لبيان حجم العنف الإلكتروني، والثاني لتحديد أسباب انتشار هذا العنف والآثار المترتبة عليه والدوافع التي يتأثر فيها الضحية.

### **الفرع الأول**

### **تقدير حجم العنف الإلكتروني**

### **(حقائق وأرقام)**

بالنظر إلى الإقبال الكبير على أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصال، بسبب مميزاتها العديدة التي ينتفع بها كافة المستخدمين بدون استثناء، فقد أشار أحد التقارير العالمية الحديثة إلى ما يؤكد هذا الإقبال، حيث نشرت مؤسسة "آي إتش إس IHS"، تقريراً يفيد بأن عدد الأجهزة المتصلة بالإنترنت تفوق عدد سكان الأرض<sup>(١)</sup>. ومع ذلك لا بد من التسليم بأن أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات، ساهمت وبشكل كبير في انتشار لغة العنف ولا سيما بين طائفتي الشباب والأطفال، ففي دراسة قامت بها شركة McAfee المتخصصة في مجال الأمن المعلوماتي أن البلطجة الإلكترونية تتضاعف ثلاث مرات وفقاً لدراسة أجرتها سنة "٢٠١٤م على فئة من المراهقين<sup>(٢)</sup>.

كذلك هناك العديد من الدراسات الحديثة نسبياً التي أجراها باحثون حول العالم، تؤكد على انتشار العنف الإلكتروني في كافة أقطار العالم، منها الدراسة التي قام بها

(١) تقرير منشور على موقع سكاي نيوز عربية، بعنوان/ عدد الأجهزة المتصلة بالإنترنت تفوق عدد سكان الأرض، نشر بتاريخ ١١ يونيو ٢٠١٦. راجع:

<http://www.skynewsarabia.com/web/article/848802/>.

<http://www.mcafee.com/us/about/news/2014/q2/20140603-01.aspx>.

(٢)



المركز الوطني للتعليم لمراقبة سلوك العنف لدى الشباب لعام ٢٠١١م في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد وجد أن ١٦٪ من طلبة المدارس الثانوية فصول (٩-١٢) كانوا يتعرضون إلى العنف إلكترونياً<sup>(٣)</sup>. وفي كندا أجرت جمعية جاسمان روي دراسة استقصائية عام ٢٠١٤م شملت ٥٦ ألف طالب وطالبة. وأظهرت أن ٦,٨ في المائة من الفتيات و٧,٧ من الفتيان تعرّضوا أكثر من مرة لأشكال متنوعة من العنف على شبكة الإنترنت<sup>(٤)</sup>. وفي المملكة المتحدة أظهر استطلاع أجرته جمعية مكافحة البلطجة الإلكترونية سنة ٢٠١٤م أن ما يقرب ١٧٪ من أطفال لندن أي ما يقرب ١ من كل ٥ أطفال يتعرضون للعنف عبر الإنترنت من زملائهم.

وفي المملكة المتحدة أيضاً كشف مسح آخر قام به بعض خبراء قانونيين أن أكثر من نصف الشباب والأطفال في إنجلترا (٥٥٪) يتعرضون للعنف بصفة يومية<sup>(٥)</sup>.

وفي أستراليا وتحديداً في ولاية كوينزلاند نشرت في سنة ٢٠١٣م على موقعها الرسمي دراسة تشير إلى أن ٩١٪ من المراهقين بين سن ١٤ إلى ١٧ يتعرضون إلى المضايقات من أصدقائهم عبر شبكة الإنترنت مرة في الأسبوع على الأقل<sup>(٦)</sup>.

وفي الموقع الرسمي للاتحاد الأوروبي أشار برنامج تعزيز القدرات لدى الأطفال سنة ٢٠١٤م أنه وفقاً لمسح قامت به منظمة BeatBullying و Cofaces سنة ضمن حملة عرفت "حذف التسلط الإلكتروني أن أكثر من ٥٥٪ من أطفال أوروبا يتعرضون للتحذير عبر أدوات تقنية المعلومات وشبكة الإنترنت<sup>(٧)</sup>. والجدير ذكره أن هذه الحملة تنظم سنوياً في فبراير لتعزيز الاستخدام السليم لتلك الأدوات<sup>(٨)</sup>.

وتغيب النسب والأرقام الحقيقية بشأن العنف الإلكتروني في العالم العربي، ومع ذلك فإن ما يفرضه الواقع من انتشار أدوات تقنية المعلومات والاعتماد بشكل كبير

(٣) <http://sabti2014.blogspot.com/2013/12/cyberbullying.html>.

(٤) مقال منشور ومتاح على الموقع الإلكتروني لصحيفة الحياة، بعنوان / العنف الإلكتروني يتغلغل في أوساط الناشئة الكندية، نشر بتاريخ ١٥ أكتوبر ٢٠١٥.

(٥) <https://nobullying.com/cyberbullying-bullying-statistics-2014-finally/>.

(٦) <https://nobullying.com/how-to-stop-cyberbullying-in-australia/>.

(٧) [http://europa.eu/epic/news/2014/20140805-cyberbullying-harm-european-children\\_en.htm](http://europa.eu/epic/news/2014/20140805-cyberbullying-harm-european-children_en.htm).

(٨) <http://deletecyberbullying.eu/>.

عليها، وأيضاً ازدياد نسبة استخدام الإنترنت تؤكد - وهذا حقيقي - أن العنف الإلكتروني منتشر بشكل أكبر. ويمكن قراءة ذلك من خلال دراسات وأبحاث عالجت قضايا خاصة كقضية الابتزاز الإلكتروني التي يشكل العنف فيها نمطاً لفظياً، ففي المملكة العربية السعودية كشفت هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن ٧٤ ٪ من قضايا الابتزاز تم معالجتها خلال عام ٢٠١٤، وأن قضايا الابتزاز معظمها ينشأ عن طريق الفيسبوك والحوال<sup>(٩)</sup>.

أو يمكن معرفة ذلك من خلال معدل جرائم تقنية المعلومات، ففي الكويت على سبيل المثال انخفض معدل أنواع كثيرة من الجرائم سنة ٢٠١٥ باستثناء الجرائم الإلكترونية التي ارتفعت بمعدل ٢٠٪<sup>(١٠)</sup>.

وعلى الرغم من افتقار العالم العربي للدراسات والأبحاث الدقيقة حول قضية العنف الإلكتروني، إلا أن هناك دراسة حديثة أجرتها مؤسسة ICDL Arabia الرخصة الدولية لقيادة الحاسوب الآلي لدول مجلس التعاون الخليجي وذلك في تقريرها الخاص بعنوان "السلامة على الإنترنت ٢٠١٥" أشارت فيه إلى أن النشء هم الأكثر تعرضاً للعنف الإلكتروني، وأن حوالي ٦٠٪ ممن شملهم الاستطلاع تعرضوا لمضايقات من أقرانهم، وأن ما يزيد عن ٥٤٪ لم يكونوا يعلمون بأن التنمر أو العنف جريمة يعاقب عليها القانون، كما أشارت الدراسة إلى أن ٢٦٪ لديهم شعور بأن أولياء أمورهم ومعلميهم غير مؤهلين لمساعدتهم في مواجهة أي مشكلة تتعلق بالتهديدات الإلكترونية<sup>(١١)</sup>.

- يتضح مما سبق أن الحقائق والأرقام التي قدمتها بعض الدراسات والأبحاث تعد مؤشراً خطيراً يدعونا وبحق للوقوف بجدية للحد من خطورة الآثار المترتبة على العنف الإلكتروني، وهناك دراسة أجرتها شركة كاسبرسكي مع شركة B2B

(٩) مقال منشور على موقع شبكة الإعلام العربية (محيط)، بعنوان / "الأمر بالمعروف": ٧٤٪ من قضايا الابتزاز "جنسية" عن طريق الفيسبوك والحوال، نشر بتاريخ ٢٨ نوفمبر ٢٠١٥. <http://www.moheet.com/>.

(١٠) مقال منشور على الموقع الإلكتروني لصحيفة الأنباء الكويتية، بعنوان / ٩٪ انخفاضاً بمعدل الجرائم في الكويت، ٢١ فبراير ٢٠١٦. <http://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news/incidents-issues/627694/21-02-2016>.

(١١) مقال منشور على موقع صحيفة الرياض الإلكترونية، بعنوان / توعية أولياء الأمور مطلب أساسي لمكافحة انتشار مخاطر الإنترنت لدى النشء، العدد ١٧٣٧٣، نشر بتاريخ ١٧ يناير ٢٠١٦. <http://www.alriyadh.com/1120074>.

International في دولة الإمارات العربية والتي أظهرت نتائجها أن ٤٠٪ من أولياء الأمور في الإمارات يشعرون بالقلق إزاء هذه المشكلة، وأن نحو ٣٠٪ منهم يجدون أن تأثيرها قد امتد إلى الحياة الحقيقية لأطفالهم.

## الفرع الثاني

### أسباب انتشار العنف الإلكتروني

#### وآثاره ودوافعه

يتبين لنا مما سبق أن مجمل الدراسات والأبحاث كانت معنية بصغار السن من أطفال ومراهقين، ومع ذلك فإن الخطورة المترتبة على العنف الإلكتروني لا تقتصر فقط على هذه الفئة بقدر امتداد خطورتها أيضاً إلى كافة أفراد المجتمع. يدعونا ذلك إلى التساؤل حول أسباب انتشار هذا العنف والآثار التي يمكن أن تترتب عليه والدوافع التي يمكن أن تقود الضحية نتيجة لهذا العنف؟

#### أولاً: أسباب انتشار العنف الإلكتروني

ليس هناك مشكلة ما إلا وكان ظهورها وانتشارها قائماً على أسباب ودوافع معينة، وللعنف الإلكتروني أسباب كثيرة ومتداخلة مع صور العنف الأخرى، إلا أن السبب الرئيسي الذي يجب التعويل عليه في توضيح باقي الأسباب هو أن الانفتاح الرقمي على كافة جوانب حياة الإنسان وأنشطته مما صعب من فرض الرقابة سواء على الذات أو الرقابة على سلوكيات الغير من المستخدمين. وسوف نقسم هذه الأسباب إلى قسمين الأول مجموعة الأسباب المتعلقة بالبيئة الداخلية للفرد، والثاني مجموعة الأسباب المتعلقة بالبيئة الخارجية للفرد. وسنعرضها على النحو التالي:

١ - الأسباب المتعلقة بالبيئة الداخلية للفرد (داخل الأسرة): وهي كافة الأسباب التي تتعلق بالمحيط الذي ينشأ فيه الفرد في كنف أسرته، ولما كانت الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع كما عرفها علماء الاجتماع، فإن العبء الأساسي في تنشئة الفرد وبناء شخصيته هو دورها الأساسي والذي يتمثل في غرس القيم الأخلاقية والدينية للفرد، وتوجيهه على النحو الذي يشعره بالمسؤولية تجاه الآخرين وإعطائه الثقة التي تتناسب مع سنه. ولا شك أن ذلك سيساهم في بناء رقابة ذاتية لدى الفرد، ويكون قادراً على تقييم تصرفاته مع الآخرين.

ولا نخطئ الآن عندما نقول أن بعض الأسرة باتت تعاني من مشكلات عديدة تهدد التنشئة السليمة للفرد، بل هناك من يرى بأن الأسرة قد تخلت عن دورها الحقيقي في تربية أبنائها وباتت تصنع أفراداً منحرفين ومجرمين من خلال تقديم

أدوات تقنية المعلومات كهدايا لهم دون أن يكون لديهم الإلمام الكافي بكيفية استخدامها أو تعليم الأبناء وتوجيههم بالاستخدام الصحيح لها، هذا فضلاً عن السماح لهم بالولوج بدون رقابة إلى شبكة الإنترنت والسماح لهم بالاشتراك في مواقع التواصل الاجتماعي. إلى جانب ذلك يعتبر الجانب الاقتصادي للأسرة من العوامل المؤدية أيضاً إلى انتشار ثقافة العنف الإلكتروني، فقلة تكاليف ابتلاع أدوات تقنية المعلومات مثل جهاز الحاسوب وجهاز الهاتف المحمول وأجهزة الألعاب الفيديوية وغيرها هذا من ناحية، وقلة تكاليف الاتصال بشبكة الإنترنت وخدمات الهاتف المحمول والاتصال بها بشكل مستمر وشراء مستلزمات الألعاب من كروت تمويل الألعاب من ناحية أخرى سببٌ مباشرٌ لظهور العنف الإلكتروني وانتشاره. وعليه يمكن القول بأن مجموعة الأسباب المتعلقة بالمحيط الداخلي للفرد، تتخلص فيما يلي:

- ضعف الوازع الديني وفقدان القيم الأخلاقية.
- عدم استغلال أوقات الفراغ بشكل سليم.
- انعدام الرقابة الذاتية لدى المستخدم وعدم شعوره بالمسؤولية (اللامبالاة).
- الإسراف المالي على أدوات تقنية وخدمات الاتصالات.
- انعدام رقابة أولياء الأمور على سلوكيات أبنائهم، يكشف في بعض الأحوال عن عدم إلمام أولياء الأمور بكيفية استخدام أدوات تقنية المعلومات، أو يعلمون ذلك ولكن لم يوجهوا أبنائهم إلى ثقافة الاستخدام السليم لها.
- أسباب أخرى تدخل في مضار العلاقات داخل الأسرة كحالات الطلاق والخيانة الزوجية وغيرها.
- ٢ - الأسباب المتعلقة بالمحيط الخارجي للفرد (خارج الأسرة): نقصد بالمحيط الاجتماعي العلاقات التي يرتبط فيها كل فرد مع كيانات أخرى من خارج الأسرة كالمدرسة والنوادي والمساجد وغيرها من أماكن لا تقل أهمية عن دور الأسرة في تكوين شخصية الفرد، فمن خلال تفاعله مع الغير في هذه الأماكن قد يتأثر بالصفات الحسنة لدى البعض فيكتسبها وقد يتأثر بصفات سيئة فيكتسبها، وهنا يأتي دور ما غرسه الأسرة في الفرد، فإذا كانت القيم السليمة المغروسة فيه فإنه



لن يتأثر بمؤثرات سلبية تحيطه، أما إذا لم يكن محصناً بتلك القيم فإنه بلا شك سيكون عرضة للولوج في دائرة الانحراف والجريمة.

والحقيقة أن المؤثرات التي يتعرض لها الفرد كثيرة سيما في وقتنا هذا، فقد يجد نفسه مضطراً للاحتكاك مع غيره عبر وسائل التواصل الاجتماعي كتويتر وسناب شات والواتساب والفيسبوك وغيرها والتي يتم من خلالها تبادل كافة أنواع المحتوى الرقمي نصية كانت أو سمعية أو مرئية، فهذه المواقع كثير ما تشهد صنوف مختلفة من العنف. كذلك المشاركات عبر الألعاب التفاعلية كالمشاركة بين عدة أطراف في ألعاب المحاكاة القتالية التي لعبت دوراً في التأثير على سلوكيات الأطفال حيث اكتسبوا لغة العنف والعدوان من خلالها<sup>(١٢)</sup>، وتكمن خطورة هذه النوعية من المشاركات في أن الأطراف قد لا يعلمون من هو الطرف الآخر مما يترك المجال أمام المجهول للتسلل إليهم والتأثير على أفكارهم. ومن أهم الأمثلة التي نطرحها حول ذلك لعبة سهيل الصوارم وهي عبارة عن لعبة إلكترونية استخدمها تنظيم الدولة الإرهابية "داعش" لتجنيد صغار السن، ومثال أيضاً لعبة رابلاي Rape Lay وهي لعبة محاكاة لعمليات اغتصاب النساء، ويذكر أن هذه اللعبة أثارت جدلاً في اليابان، وغيرها العديد من الألعاب الإلكترونية التي تنتشر في الأسواق أو في شبكة الإنترنت، والتي من شأنها أن تغزو العقول وتملاها بالفكر المنحرف والإجرامي.

بجانب ذلك تعتبر وسائل الإعلام بكافة أنواعها كالتلفاز والسينما ومواقع التواصل الاجتماعي ومنصات الإنترنت من المؤثرات الحقيقة التي قد تدفع الأفراد إلى العنف أو حتى إلى الجريمة، فما نعيشه الآن وسط ما تعج به شبكة الإنترنت وما يتم تناقله عبر مواقع التواصل الاجتماعي من مواد ومحتويات، تؤكد لنا أننا نعيش فوضى إلكترونية يصعب وضع ضوابط رقابية سواء على سلوك الأفراد المستخدمين أم على ما يتم تثبيته وتداوله على مواقع شبكة الإنترنت، فموقع يوتيوب YouTube على سبيل المثال يحتوي مقاطع توضح كيف يتم صنع قنبلة بدائية أو كيف تقتل نفسك

(١٢) مريم قويدر، رسالة ماجستير بعنوان/ أثر الألعاب الإلكترونية على السلوكيات لدى الأطفال، جامعة الجزائر. كلية العلوم السياسية والإعلام، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٨٢. وانظر حول ذلك أيضاً:

Dmitri Williams & Marko Skoric, Internet Fantasy Violence: A Test of Aggression in an Online Game, Communication Monograph, Vol. 72, No. 2, June 2005, P218. & Jodi L. Whitaker and Brad J. Bushman, A Review of the Effects of Violent Video Games on Children and Adolescents, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009 P 1035.

أو مواد أخرى تضعنا أمام دائرة كبيرة من الاستفهام. كذلك شبكات التواصل الاجتماعي التي أصبحت مسرحاً للتراشق الفكري والتحريضي. وعليه تتعدد أسباب انتشار العنف الإلكتروني المتعلقة بالمحيط الخارجي للفرد، إلى ما يلي:

- ١ - رفقاء السوء في المدرسة أو في الأماكن الأخرى التي يقضي فيها الفرد أوقاته.
  - ٢ - غياب آلية الرقابة الفعالة على المحتويات التي يتم تداولها عبر مواقع ومنشآت شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي.
  - ٣ - غياب التوعية المستمرة من قبل أجهزة الدولة لأفراد المجتمع، وغياب أيضاً آلية التنسيق بين الأجهزة لضبط الأدوات والألعاب المؤدية للعنف.
- نخلص مما سبق إلى أن كل الأسباب سواء تلك التي تتعلق بداخل الأسرة أم خارجها، قد تكون أيضاً موضوعاً لنشوء صور أخرى للعنف كالعنف الأسري والسياسي والجنسي والفكري وغيرها، وما يجعلها عنفاً إلكترونياً هو استخدام أدوات تقنية المعلومات والاتصالات في التعبير عنها.

## ثانياً: آثار العنف الإلكتروني ودوافعه

إن للعنف الإلكتروني آثاراً عديدة قد لا تختلف كثيراً عن الآثار التي ترتبها صور العنف الأخرى، وهذه الآثار لها بالطبع انعكاسات سلبية على المستخدم وعلى الأسرة وعلى المجتمع، وقد تدفعه كردة فعل منه إلى انتهاج سلوك العنف. سوف نتناول هذه الآثار والدوافع على النحو التالي:

- أ - آثار تتعلق بالمستخدم: يعتبر مستخدم أدوات تقنية المعلومات الضحية الأولى للعنف الإلكتروني بصرف النظر عن جنسه سواء أكان رجلاً أم امرأة، وكذلك عمره أكان كبيراً أم صغيراً، فالجميع ممكن أن يتعرض لآثارها كتعرض المستخدم لاضطرابات نفسية كقلة النوم أو قلة التركيز أو إصابته بمرض نفسي مثل الاكتئاب والقلق والخوف والإحباط، وقد تتفاقم الحالة لتدفع المستخدم ذاته إلى العزلة وعدم مشاركة الآخرين كالعزوف عن الذهاب إلى المدرسة أو العمل (العزلة) وتشير إحدى الدراسات التي أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن ثلاثة ملايين طالباً يغيبون بالشهر عن مدارسهم بسبب البلطجة الإلكترونية، وقد تدفعه إلى التفكير بالانتحار أو الشروع به، وقد أشارت الدراسة نفسها إلى أن الانتحار بسبب البلطجة الإلكترونية يحتل المرتبة الثالثة بعد حوادث السيارات وجرائم القتل<sup>(١٣)</sup>.

كذلك قد يدفع العنف الإلكتروني إلى انتهاج المستخدم المتضرر للعنف ذاته كردة فعل منه تجاه من وجهه إليه وهذا ما يسمى (العنف المضاد)، هذا فضلاً عما يتم تداوله أو استخدامه من محتوى سواء على شبكة الإنترنت أم عبر الألعاب الإلكترونية الافتراضية أو حتى غيرها من مواد أخرى تحمل في جعبتها ما يؤثر على المستخدم أخلاقياً أو فكرياً.

وقد كشفت دراسة أجراها فريق من وزارة الدولة لشؤون الشباب في الكويت سنة ٢٠١٤ وضحت أن من بين أسباب انتشار العنف بين الشباب هي مواقع التواصل الاجتماعي وأجهزة الألعاب التفاعلية وأجهزة التلفاز<sup>(١٤)</sup>.

ب - آثار تتعلق بالأسرة: الأسرة ليست بمعزل تام عن آثار العنف الإلكتروني، بل تمتد إليها بالنظر إلى سلوكيات أفرادها وكيفية تعاطيهم مع تلك الأدوات، فجميعنا يلاحظ العزلة التامة التي تعيشها الأسر في الوقت الحالي بسبب انشغالهم الدائم بتلك الأدوات، إلى أن أصبحنا أمام حالة من الضمور في الحياة الأسرية، وما يرافق ذلك بطبيعة الحال من ضعف الرقابة على سلوكيات أفرادها، فكثر حالات الخيانة بين الأزواج وعدم الإحساس بالمسؤولية تجاه الآخرين أو الشك بهم وغيرها من ظروف مؤدية بطبيعة الحال إلى تفكك الروابط الأسرية.

على سبيل المثال أجرت مؤسسة مؤشر الإنترنت العالمي في لندن دراسة استطلاعية بينت أن الخيانة هي العنوان الصارخ للعلاقات التي تتم عبر مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة، وقد اتخذت من تطبيق Tinder على أجهزة الهواتف المحمولة مثلاً، فهذا التطبيق مخصص لتسهيل لقاءات أشخاص يبحثون عن شركاء، فأظهرت أن ٣٠٪ من الباحثين عن علاقات عبر هذا التطبيق هم من المتزوجين ومن بين كل عشرة أشخاص يرتادون هذا التطبيق هناك أربعة أشخاص مرتبطون بعلاقات عاطفية أخرى.

أيضاً كشفت دراسة حديثة أجرتها وزارة العدل الكويتية أظهرت فيها أن ٣٣٪ من حالات الطلاق في الكويت سببها مواقع التواصل الاجتماعي وإدمان استخدام الهواتف المحمولة.

وهذه الحالات في واقع الأمر قد تدفع من وقع عليه ضرر إلى الانتقام كقيام أحد الأشخاص بقتل زوجته أو أخته التي ظهرت في مقطع مغل بالشرف، وهو جانب

يمثل أبرز صور العنف ضد النساء أو الفتيات، وتكثر مثل هذه الحوادث في وطننا العربي<sup>(١٥)</sup>.

ج - الآثار المتعلقة بالمجتمع: ما ينعكس على الأسرة ينعكس بالضرورة على المجتمع واستقرار كيانه، فالمجتمع أمامه أعباء كثيرة لمواجهة المشكلات المحدقة بالأسر وغيرها من خلال تقديم الحلول المناسبة والراعية في ذات الوقت لمواجهة كل ما يهدد النسيج الاجتماعي ومبادئه. ومن الآثار التي يمكن أن تترتب عن العنف الإلكتروني على المجتمع هو تقويض أمنه ومبادئه من خلال إطلاق الشائعات أو العبارات المحرصة ضد السلطات أو بث خطابات الكراهية والفرقة بين المذاهب أو الطوائف، أو التأثير في العلاقات بين الدول.

وهذه التأثيرات التي يمكن أن تخلقها وسائل التواصل الاجتماعي أو كما أطلق عليها أيضاً بالإعلام الجماهيري<sup>(١٦)</sup>، قد تكون دافعاً أو سبباً رئيسياً للحرب الإلكترونية كاختراق مواقع وزارات أو هيئات حكومية، كما قد تكون دافعاً لتجنيد ضعاف العقول وتحبيذهم على الخوض في غمار الجريمة.

(١٥) تقرير منشور على الموقع الإلكتروني لهيئة الإذاعة البريطانية بي بي سي، بعنوان / العار: الجنس والشرف والابتزاز في عالم الإنترنت، نشر بتاريخ ٢٦ أكتوبر ٢٠١٦.

<http://www.bbc.com/arabic/features-37767119>

(١٦) Charles, Kadushin, Understanding Social Networks, Theories, Concepts, and Findings, 2012, Oxford University Press. New York, P4.

وانظر حول ذلك أيضاً:

Ludovic Pailler, Les réseaux sociaux sur Internet et le droit au respect de la vie privée, Bruxelles, Larcier, coll.Droit des technologies, 2012, P16.

وانظر حول هذا المضمون أيضاً لدى: د. محمد بن علي العصيمي، تجريم التضليل الإعلامي - دراسة تأصيلية، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، ٢٠١٤، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا - قسم العدالة الجنائية، الرياض، ص٤٢.



## المبحث الأول ماهية العنف الإلكتروني

تتطلب معرفتنا بماهية العنف الإلكتروني، إلقاء الضوء أولاً على مفهومه وذلك من خلال استعراض تطور فكرة العنف التقليدي، ثم بعد ذلك نبحت في أصل العلاقة بين العنف وأدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات، ثم بعد ذلك نميز بين العنف الإلكتروني والمفاهيم المشابهة له.

لذلك قسمنا المبحث إلى مطلبين اثنين الأول هو مفهوم العنف الإلكتروني، والثاني هو تمييز العنف الإلكتروني عن المفاهيم المشابهة له.

### المطلب الأول مفهوم العنف الإلكتروني

بالرجوع إلى الإرث الذي قدمه الباحثون والدارسون فيما يتعلق بظاهرة العنف نجد أنها ظاهرة لا تقتصر على صورة معينة، بل تتعدد صورها بتعدد المشكلات التي يفجرها الإنسان حتى يومنا هذا.

سنحاول قدر الإمكان أن نحيط بالمفهوم العام للعنف وهذا هو موضوع الفرع الأول، ثم بعد ذلك نؤصل العلاقة بينه وبين أدوات تقنية المعلومات والاتصالات في الفرع الثاني.

### الفرع الأول المفهوم العام للعنف

العنف كما عرفه ابن منظور لغوياً في لسان العرب هو "الخرق بالأمر وقلة الرفق به، وهو ضد الرفق. عنف به وعليه يعنف عنفاً وعنافة وأعنفه وعنفة تعنيفاً، وهو عنيف إذا لم يكن رقيقاً في أمره. واعتنف الأمر: أخذه بعنف" (١٧).

أما اصطلاحاً فقد تعددت تعريفات العنف بحسب العلم الذي يدرسه الباحث، كعلم النفس أو علم الاجتماع أو في علم القانون، أو بحسب النطاق الموضوعي لها في مجال الأسرة أو السياسة أو الجنس. إلا أن التعريف الاصطلاحي للعنف الذي نراه أكثر وضوحاً من حيث الصياغة هو تعريف منظمة الصحة العالمية WHO حيث

(١٧) ابن منظور، لسان العرب، بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٥٠، ص ٢.

عرفته بأنه الاستخدام المتعمد للقوة البدنية الفعلية أو التهديد باستخدامها ضد الذات أو ضد شخص آخر أو ضد مجموعة من الأشخاص أو المجتمع ككل مما يسفر عن وقوع إصابات أو وفيات أو إيذاء نفسي أو سوء نمو أو حرمان، أو قد يؤدي بشكل كبير إلى ذلك<sup>(١٨)</sup>.

أو هو " الاستخدام غير العادل للقوة من قبل مجموعة من الأفراد لإلحاق الأذى بالآخرين والضرر بممتلكاتهم"<sup>(١٩)</sup>.

وفي الفقه الجنائي فقد سعى إلى وضع تعريف للعنف بالاعتماد على نظريتين أساسيتين هما النظرية التقليدية والنظرية المعنوية، وترى الأولى أن العنف يرتكز على ممارسة الإنسان الطاقة الجسدية والطاقات الأخرى المستمدة من قوى الطبيعة التي يمكن أن يسخرها الإنسان لخدمته كقوى الحيوانات مثلاً أو القوى الميكانيكية ليستخدامها كأداة للقتل أو للضرب، وذلك للسيطرة على إرادة غيره، بطريق مادي، كما ينصرف هذا المفهوم إلى استخدام القوة ضد الأشياء أو الممتلكات كتدميرها أو إتلافها. لذلك فقد عرف أصحابها العنف بأنه هو " الإكراه المادي الواقع على الشخص لإجباره على سلوك أو التزام"، أو "هو تجسيد الطاقة أو القوى المادية في الإضرار المادي بشخص آخر أو بشيء"<sup>(٢٠)</sup>. وعلى العكس من ذلك تذهب النظرية المعنوية التي تبناها الفقه الحديث، إلى أن العنف يتمثل في السلوك الضاغظ على إرادة الغير أو إجباره أو إكراهه على أمر لا يرغب القيام به. فعرف أصحابها العنف بأنه صورة من صور الضغط على إرادة المجني عليه لفرض توجه أو موقف معين، فهو إجبار غير جائز<sup>(٢١)</sup>.

World Report on Violence and Health (١٨)

<http://apps.who.int/iris/handle/10665/1363?locale=ar&null>.

Charles Rivera and Kenneth Switzer-Violence-New Jersey: Hayden Book Company, Inc, 1976-P35. (١٩)

د. زينب وحيد دحام، العنف العائلي في القانون الجزائي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٤. وفي الفقه الإنجليزي: (٢٠)

Smith and Hogan's - Criminal Law - 14th edition-Oxford University Press 201 -United kingdom - P1230.

ويأخذ الفقه الفرنسي بهذه النظرية، راجع:

Michele-Laure Rassat -Droit pénal spécial -6e édition 2011Daloz - Paris- P387.

د. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الترويع والتخويف (البلطجة)، رقم الطبعة غير مذكور - ٢٠١١، مكتبة عالم الفكر والقانون، جمهورية مصر العربية، ص ٣١. ود. إبراهيم عيد نايل، جريمة الترويع والتخويف (البلطجة)، رقم الطبعة غير مذكور. ٢٠٠٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٤. (٢١)

أما التشريعات العقابية فبعضها عرف العنف كجريمة جنائية كالتشريع الجنائي الأمريكي حيث عرف العنف في المادة ٩٢٤ في فقرتها الثالثة من الفصل الثامن عشر، بأنها جناية استخدام أو محاولة استخدام القوة البدنية ضد شخص أو ممتلكات<sup>(٢٢)</sup>، بينما تشريعات أخرى اكتفت باستخدام لفظ العنف دون تعريفها كالتشريع الفرنسي الذي استخدم لفظ العنف كعنوان في قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٩٤، حيث أدرج هذا اللفظ في الباب الخاص بالجرائم المرتكبة ضد الأشخاص وتحديداً في الفصل الثاني المعنون بجرائم المساس بالسلامة الجسدية أو العقلية للأشخاص. والجدير ذكره أن المشرع الفرنسي يميز بين العنف *Violence* كسلوك مؤثر على السلامة الجسدية، والتهديد *Menace* كسلوك مؤثر على السلامة النفسية أو العقلية. أما المشرع الكويتي فلم يعرف العنف ذاته ولم يستخدمه كعنوان سواء في قانون الجزاء الصادر سنة ١٩٦٠ أو حتى في القوانين المكملة له، ولكن ذكره في بعض القوانين الخاصة كالقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية حيث حظر في المادة الأولى منه فعل التحريض على أعمال العنف. والمادة ١٣٥ من قانون الجزاء التي أضيفت في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء والتي حظرت استخدام العنف ضد الموظف العام أثناء تأدية عمله، كما ورد هذا اللفظ في المادة ٨ من قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص.

فالعنف إذاً سلوك يتسم في غالب الأحوال بطابع العدوانية الذي يعبر عن عدم رغبته للطرف الآخر، ويلجأ إليه الشخص كوسيلة لتحقيق هدف معين كاستخدام العنف للانتقام أو وسيلة لإشباع حاجة ما، وفي هذا السياق يفرق البعض بين العنف والإكراه باعتبار الأول نتيجة للثاني كاستخدام الضرب أو الجرح للانتقام، وفي هذه الصورة لا تلازم بينهما إذ إن العنف يسبق الإكراه، وحالة يتلازم فيها العنف مع الإكراه فيكون العنف وسيلة والإكراه غاية لإشباع حاجة ما قد تتحقق أو لا، كضرب الزوج زوجته لإكراهها على طلب الطلاق وإبرائه من الالتزامات المالية<sup>(٢٣)</sup>. وقد يكون العنف مجرد ردة فعل لشخص واجه تهديداً ما أو خطراً دفعه إلى استخدام العنف

(٢٢) Title 18-Crimes and Criminal Procedure - act June 25, 1948, ch. 645, 1, 62 Stat. 683. <http://uscode.house.gov/download/download.shtml>.

(٢٣) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، العنف داخل الأسرة المشكلة والمواجهة في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الجنائي، بحث نشر في مجلة كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد ٢٠، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص ٤٢٥.

فعلى سبيل المثال مواجهة تهديدات شخص للدفاع عن نفسه أو عن ماله في الأوقات التي يصعب معها طلب المساعدة أو النجدة، كاستخدام شخص للقوة تجاه آخر دخل منزله ليسرق، أو مواجهة خطر محقق يلزم الشخص باتخاذ ما أمكن من احتياطات لدرئه عن سلوكيات معينة كضرب طفل لتحذيره من مرافقة أصحاب السوء، فالعنف في هذه الحالة استخدم لدرء خطر الانحراف والجريمة. كذلك قد يكون العنف حالة عرضية تتعلق بالجانب الصحي كالجنون أو الصرع أو بالجانب الاقتصادي كال فقر أو بالجانب السياسي كالإحباط أو الخوف، فالعنف هنا هو الأسلوب الأمثل الذي يراه صاحبه الحل الأخير، فيدفعه إلى مواجهة تلك ظروف باستخدام العنف للتعبير عن معاناته أو حالته بشكل غير مشروع يصل في أحوال كثيرة إلى استخدام العنف ضد نفسه كالانتحار مثلاً.

### أنماط العنف وأشكاله وصوره

العنف حالة لا تتأثر بخصوصية معينة، بل هو ظاهرة عامة ومستمرة تتغير بتغير الزمان والمكان والموضوع، وبمعنى آخر ظاهرة تتطور بتطور المجتمع الإنساني وتنتقل من بيئة لأخرى، وتتعدد موضوعاتها وأساليب التعبير عنها لكونها تتصل بكافة جوانب حياة الإنسان وأنشطته.

#### ١ - أنماط العنف:

يأخذ سلوك العنف نمطين أساسيين هما العنف الفردي والعنف الجماعي، أما العنف الفردي وهو الصورة الأولى لبداية العنف ويرتقي بعد ذلك من النمط الفردي ليخرج من محيط الأسرة إلى المحيط الاجتماعي ليكون عنفاً جماعياً، فهذا السلوك يصدر عن فرد واحد ويكون موجهاً إلى شخص بعينه، ومثله عنف الزوج على زوجته أو عنف الأب على بناته وهكذا.

أما العنف الجماعي فهو العنف الذي تتفاعل معه العديد من العوامل الاجتماعية والنفسية والاقتصادية والعقائدية عند مجموعة من الأشخاص تجمعهم مصالح معينة يوجهون سلوكهم ضد أمر معين للحصول على مطالبهم، وهذا ما يحدث في المظاهرات السلمية التي تتحول إلى عنف وإتلاف، ومثاله العنف الصناعي والعنف الاجتماعي والعنف السياسي وغيرها.

#### ٢ - أشكال العنف:

أما أشكاله فهي تتعدد بالنظر إلى الموضوع الذي يدور حوله العنف أو أسلوب التعبير عنه، أما العنف الجسدي ويعني استخدام القوة الجسدية بشكل متعمد اتجاه



الآخر لإيقاع الأذى أو الضرر بجسده كالحرق أو الكي بالنار، والركل بالأرجل، الخنق، الضرب بالأيدي أو بواسطة الأدوات، والسيطرة على أعضاء الجسم، الزج أو الاغتصاب أو هتك العرض وغيرها من نماذج تتعلق بسوء المعاملة الجسدية للإنسان، وهذا النوع من أبرز أنواع العنف والأكثر انتشاراً حتى لحظتنا هذه، وتتعرض له كافة الفئات البشرية من أطفال ونساء ورجال، فأصبح هذا العنف يأخذ صوراً عدة كالعنف ضد الأطفال والعنف ضد المرأة والعنف الجنسي وغيرها، ونرى من جانبنا أن هذا المفهوم ينصرف أيضاً إلى طائفة الحيوانات.

**والعنف النفسي أو المعنوي** فهو يتحقق من خلال عمل أو الامتناع عن القيام بعمل لإحداث ضرر نفسي بالغير، فهو عنف غير محسوس من شأنه أن يمس الشعور أو الإرادة لدى الغير، ويحدث ذلك عادة على يد شخص أو أشخاص يمتلكون القدرة في السيطرة على الآخرين ويجعلهم في موضع الضعف.

الصور التي تدخل في عداد هذا الشكل من العنف هو العنف اللفظي الذي يتحقق من خلال المساس بشرفه واعتباره، أو من خلال تخويله أو تهديده أو استغلاله، كما يدخل في عداد ما اصطلح بشأنه بالعنف الرمزي الذي يتحقق من خلال تجاهل الطرف الآخر وتجنب الكلام معه أو النظرة إليه بشكل أو بعدم القبول، وغير ذلك من ممارسات تشعره بالعزلة أو الإهانة أو الإذلال أو الإهمال أو اللامبالاة أو عدم الاكتراث. كذلك يمكن أن تتحقق صور العنف الأخرى كالعنف ضد المرأة والعنف ضد الأطفال أو العنف الجنسي ضمن العنف النفسي.

**ج - العنف الاجتماعي:** وهو العنف الذي يتعلق بما يفرضه المحيط الاجتماعي من تحديات كثيرة في البيئة الاجتماعية كالأسرة على سبيل المثال أو المدرسة أو في غيرها، ومن هذه التحديات غياب مفاهيم العدالة الاجتماعية لتسود حالة من الحرمان في توزيع الحقوق بين أفراد المجتمع كالحرمان من المشاركة السياسية أو الحرمان من الحقوق المدنية وغيرها من أمور قد تدفع البعض إلى معاداة السلطات. فنكون بصدد ما يقال عنه بالعنف السياسي والعنف الاقتصادي، أو غياب المعايير الاجتماعية المتعارف عليها من عادات وتقاليد وقيم لتسود حالة الانحراف الأخلاقي وانتشار الثقافة المغايرة، فيصبح لدينا صور عديدة من العنف كالعنف الأسري والعنف المدرسي والعنف الجنسي، أو عند غياب الفكر الديني المعتدل ولغة التسامح فتسود حالة التطرف في الفكر الديني أو الطائفي، وحالة الانفلات الأمني فيصبح لدينا عنف فكري أو عقائدي.

- وبعد هذا العرض يمكن القول بأن العنف مصطلح واسع الدلالة، وله من

المرونة ما يدخل فيه العديد من الصور ذات الطبيعة العدوانية، ويتعدى نطاقه الاعتداء المادي ليشمل أيضاً الاعتداء المعنوي.

لذلك تعرف دراستنا العنف بأنه سلوك مادي أو معنوي يتصف بعدم المشروعية، وتتعدد أنماطه وأشكاله بالنظر إلى موضوعاته أو أهدافه أو أسلوب التعبير عنه، ويترتب عليه آثار مادية أو معنوية.

## الفرع الثاني تأصيل العلاقة بين العنف وأدوات تقنية المعلومات

قلنا إن العنف ظاهرة مستمرة ومتغيرة عبر الزمان والمكان؛ لكونها تتداخل وتتفاعل دائماً مع واقع الغريزة البشرية، ولما فرض العصر الرقمي أدوات امتزجت بشكل كبير مع حياة البشر بكافة جوانبها الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية وغيرها من جوانب أخرى، فقد أعطى ذلك للعنف طابعاً خاصاً يختلف من حيث جسامته خطورته على المجتمع عن العنف بمفهومه التقليدي<sup>(٢٤)</sup>.

ولتأصيل هذه العلاقة فإننا سوف نتحدث عن التعريفات التي تناولها الباحثون في معرض دراساتهم، ثم نحدد مصادرها وخصائصها المميزة عن العنف التقليدي.

### أولاً: تعريف العنف الإلكتروني:

لم يكن هناك إجماع حول وضع تعريف محدد للعنف الإلكتروني، ومع ذلك هناك العديد من المسميات أو المصطلحات التي استخدمها الباحثون كمرادف لها على سبيل المثال التمرر الإلكتروني، والعنف عبر الإنترنت، والعنف الافتراضي، والتعدي الإلكتروني، والتسلط عبر الإنترنت، وأيضاً البلطجة الإلكترونية. ومع ذلك كانت هناك بعض الاجتهادات من قبل الباحثين والمهتمين بتعريفها، فمنهم من يعرفها على أنها نوع من أنواع البلطجة التي تحدث في البيئة الافتراضية<sup>(٢٥)</sup>. أو هي سلوك يشكل

(٢٤) ليس العنف الظاهرة الوحيدة التي انسجمت مع معطيات العصر الرقمي، بل هناك ظواهر أخرى تتداخل وتترابط من حيث الأصل مع العنف التقليدي منها الإرهاب والحرب والجريمة.

(٢٥) Mireille Tremblay, Implantation dun Programme de Prevention et de Sensibilisation de Lintimidation aupres deleves du 2e et 3e Cycle du Primaire, et dun Programme dintervention aupres deleves Victimes dintimidation du 3e du Cycle du Primaire, Aout 2013, Université du Québec à Chicoutimi, P13.

bibvir2.uqac.ca/archivage/travaux/030543943.pdf

<http://www.collegedechampigny.com/vie-scolaire/prevention-de-la-violence/>

أذى مادياً ونفسياً وعاطفياً لشخص أو عدة أشخاص عبر شبكة الإنترنت<sup>(٢٦)</sup>. وعرفها تقرير مجلس الشيوخ الكندي بمصطلح البلطجة الإلكترونية بأنها "استخدام أجهزة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بشكل متعمد ومتكرر بقصد الإضرار بشخص أو جماعة". وقد استخدم هذا المصطلح مركز أبحاث التسلط الإلكتروني الأمريكي. وعرفها أيضاً بذات التعريف<sup>(٢٧)</sup> المركز الوطني الأمريكي لمنع الجريمة N.C.P.C بأنها "استخدام الإنترنت والهواتف المحمولة والأجهزة الأخرى لإرسال أو نشر نص أو صور لإحراج أو إيذاء الآخر"<sup>(٢٨)</sup>. كذلك استخدم اللواء محمود الرشيدي مصطلح العنف الإلكتروني للتدليل عليه كسلوك إجرامي فعرفه كجريمة جنائية بأنها جميع أنواع الاستخدام غير المشروع للحاسبات الآلية وشبكات المعلومات والاتصالات وغيرها من التقنيات الحديثة، والتي تنجم عنها خسائر أو تهديد (مادي أو معنوي) للمجني عليه (عادي / اعتباري)<sup>(٢٩)</sup>. وهذا التعريف لنا تعليق عليه فيما بعد.

- يتضح لنا من هذه التعريفات أن كل المصطلحات المستخدمة وإن كانت تختلف فيما بينها من حيث طبيعة السلوك، حيث يشترط بعضها التكرار لتحقيقها كالتممر<sup>(٣٠)</sup> والتسلط، وبعضها الآخر يتحقق بمجرد ارتكاب السلوك لمرة واحدة كالبلطجة، ومع ذلك نجد أن جميعها قائمة على فكرة واحدة وهي تخويف الآخرين وإرهابهم، كما أنها تهدف في النهاية إلى إحداث الأذى بالغير أو الإضرار بهم أو بممتلكاتهم عبر أدوات تقنية المعلومات والاتصالات.

(٢٦) Susan C. Herring, Cyber Violence: Recognizing and Resisting Abuse in Online Environments. Asian Women, 14 (Summer), 187-212. (2002).

<http://ella.slis.indiana.edu/~herring/violence.html>

(٢٧) Rapport du Sénat sur la cyberintimidation -La cyberintimidation ca blesse respect des droit a l'ere numerique-Décembre 2012 - P12.

<http://www.parl.gc.ca/content/sen/committee/411/ridr/dpk/01dec12/news-f.htm>.

<http://cyberbullying.org/2015-data>.

(٢٨) For more details see the website-National Crime Prevention CouncilCyberbullying <https://www.ncpc.org/topics/cyberbullying>.

(٢٩) راجع اللواء محمود الرشيدي، العنف في جرائم الإنترنت، طبعة ١ - ٢٠١١، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، ص ٣٥.

(٣٠) التمر في قاموس اللغة العربية المعاصر [ن م ر]. تَمَرَّ، يَتَمَرَّرُ، مصدر تَمَرَّرٌ: أَرَادَ أَنْ يُخِيفَ رِفَاقَهُ فَتَمَرَّرَ: تَشَبَّهَ بِالنَّمِرِ وَحَاوَلَ أَنْ يُقَلِّدَ شَرَّاسَتَهُ. راجع موقع المعاني الإلكترونية - تمر

مصطلح البحث، راجع الموقع الإلكتروني لمعجم المعاني على الرابط التالي:

<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AA%D9%86%D9%85%D8%B1/>.



ومن جانبنا نرى أنه ومن باب أولى اعتماد كل هذه المسميات تحت مصطلح واحد وهو العنف الإلكتروني، وذلك لاعتبارين موضوعيين أولهما هو أن جميع هذه المصطلحات تتبنى فكرة وهدفاً واحداً، أما الثاني فهو أن العنف سلوك مرن ممكن أن يتحقق بمجرد ارتكابه لمرة واحدة أو لعدة مرات. والعنف الإلكتروني قد يوجه بشكل مباشر إلى الضحية كمن يرسل الرسائل المعنفة نصياً أو عبر البريد الإلكتروني، وقد يوجه بشكل غير مباشر كمن يرسل تلك الرسائل في مواقع يتشارك فيها آخرون. كما أن العنف الإلكتروني يمكن أن يكون نمطه فردياً كمن يبتز إحدى الفتيات بالصور أو المقاطع التي بحوزته، وقد يكون جماعياً كمن يبث خطابات كراهية لطائفة أو قبيلة، كما يمكن أن يكون العنف الإلكتروني عنفاً جنسياً ضد المرأة أو ضد الأطفال، ويمكن أن يكون سياسياً وغيرها من أمثلة ستكون محلاً للحديث فيما بعد.

وعلى أية حال فإنه يشترط لتحقيق العنف الإلكتروني توافر شرطين أساسيين هما استخدام الشخص أدوات تقنية المعلومات كالحاسوب والهاتف المحمول والآيباد وغيرها من أجهزة، أو استخدام شبكة الإنترنت التي تشمل أيضاً مواقع الإنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي كالفيسبوك والانستغرام وغيرها. أما الشرط الثاني فهو يتمثل في قصد إيقاع الأذى أو الضرر بالغير.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل يمكن تصور حدوث اعتداء جسدي أو اعتداء ضد الممتلكات عبر العنف الإلكتروني؟

بالنسبة للاعتداء الجسدي فإنه يصعب تصور حدوثه في العنف الإلكتروني، لأنه ليس هناك أي مواجهة مباشرة بين الجاني والضحية بل المواجهة فيه تكون افتراضية إن جاز الوصف، بمعنى آخر إن الاعتداء فيها لا يكون إلا من خلال التأثير عن بعد على الضحية، وهذا التأثير بدوره قد يكون تأثيراً مادياً وهنا يتحقق نموذج الاعتداء على الممتلكات كإرسال الفيروسات الخبيثة لتدمير أجهزة أو برامج الضحية أو اختراق المواقع، وقد يكون تأثيراً معنوياً بتهديده أو ابتزازه أو التحرش فيه، وفي كلتا الحالتين قد يكون التأثير دافعاً للمتلقي لارتكاب العنف التقليدي سواء بقصد الانتقام أو كان مجرد ردة فعل جعلته ينتهج أسلوب العنف كمن يتأثر من مشاهد أو مقاطع فيديو، فيلجأ إلى ارتكاب جريمة قتل أو ضرب.

وعليه نحاول تعريف العنف الإلكتروني على أنه " سلوك غير أخلاقي يتخذ من وسائل تقنية المعلومات والاتصالات أداة للتأثير على فرد أو أفراد بقصد إيقاع الأذى المعنوي بأنفسهم أو إيقاع الضرر المادي بممتلكاتهم".



## ثانياً: مصادر العنف الإلكتروني:

لا بد من الإقرار بأن الإنسان هو المصدر الأول للعنف الإلكتروني، فلولا إساءته لاستخدام أجهزة تقنية المعلومات والاتصالات لما وجد هذا العنف أو حتى غيره من المشكلات الاجتماعية الأخرى، أما الأدوات فهي لا تعدو أن تكون عاملاً مساعداً للنوايا السيئة التي تجول داخله. وفضلاً عن كون الإنسان هو المصدر الحقيقي والأول للعنف الإلكتروني، فإن له أيضاً مصدرين آخرين هما:

١ - أدوات تقنية المعلومات: تشير دراسات وأبحاث سابقة إلى أن شاشات التلفاز والسينما من بين أهم المصادر المؤدية إلى العنف والجريمة، بل وإلى الآن يشكلان خطورة على المشاهدين ولكن ليس مع ظهور أدوات تقنية المعلومات الجديدة، كأجهزة الحاسوب والهاتف المحمول والأجهزة اللوحية كالأيباد والآيبود. ويدخل في عداد هذه الأدوات أيضاً الألعاب الإلكترونية التفاعلية التي تعد ضمن برامج الحاسوب أو أجهزة الهواتف المحمولة أو أجهزة خاصة ومنفصلة كالبلاي ستيشن والإكس بوكس وغيرها.

٢ - شبكات الاتصالات: ومثلها شبكات الاتصالات الهاتفية وما لها من خدمات كالرسائل النصية والفيديو كول، وأيضاً مواقع شبكة الإنترنت التي تزخر بالمواد التي تحتوي على طابع العنف بكافة أنواعه وأشكاله، ومن أشهر هذه المواقع موقع يوتيوب الذي يعد الوجهة الأساسية التي يلجأ إليها المستخدمون للبحث عن صور ومواد الفيديو المتنوعة، كذلك وسائل التواصل الاجتماعي تويتر وفيسبوك وغيرها، هذا بالإضافة إلى خدمة البريد الإلكتروني.

## ثالثاً: خصائص العنف الإلكتروني:

إذا كان العنف الإلكتروني - كما يراه - البعض امتداداً لفكرة العنف التقليدي، وأن كل ما يميزه عنه هو استخدام أدوات تقنية المعلومات والاتصالات<sup>(٣١)</sup>، إلا أن هناك أيضاً العديد من الخصائص التي تميزه أيضاً عن العنف التقليدي، يمكن إجمالها على النحو التالي:

---

(٣١) Jessica Laurin, Le "problème" de la cyberintimidation dans la presse écrite québécoise de 1998 à 2014: une analyse de la rhétorique médiatique, Thèse soumise à la Faculté des études supérieures et postdoctorales dans le cadre des exigences du programme de maîtrise ès art en criminologie, Département de criminologie Faculté des sciences sociales Université d'Ottawa, Canada, 2016, P5.

- ١ - العنف الإلكتروني لا يتطلب مواجهة مباشرة بين الأطراف، وأساليبه دائماً تنفذ عن بعد، وإذا كانت هناك مواجهة مباشرة فهي تكون افتراضية وليست حقيقة كما هو الحال في العنف التقليدي، ونتيجة لذلك فإن علم الضحية بوقوع العنف الإلكتروني ضده قد لا يكون بشكل فوري كمن يبلغ زميله في وقت لاحق بوجود محتوى يشهر به على شبكة الإنترنت.
- ٢ - في العنف التقليدي عادة ما يعرف الضحية الشخص الذي وجه إليه العنف، بينما في العنف الإلكتروني قد يكون من الصعب معرفة هوية الفاعل، حيث أتاح التطور لهذه الفئة الضالة إمكانية إخفاء الهوية أو التستر وراء هوية شخص آخر، هذا فضلاً عن إمكانية إخفاء المحتوى محل العنف أو إتلافه مما يصعب بالتالي إثبات واقعة العنف.
- ٣ - العنف الإلكتروني لا يتطلب استخدام أسلحة أو أدوات مادية أو استخدام مكنات الجسم (البنية الجسدية) كما هو الحال في العنف التقليدي، فوسائله دائماً - كما رأينا - إما أن تكون أدوات تقنية المعلومات كالحاسب الآلي أو الهاتف المحمول وإما أن تكون شبكات الاتصالات كشبكة الإنترنت أو شبكات التواصل الاجتماعي أو شبكات الهاتف المحمول.
- ٤ - وكما أوضحنا سابقاً فإن العنف الإلكتروني لا يترتب عليه إيذاء أو ضرر جسدي كما هو الحال في العنف التقليدي، ولكن يمكن أن يكون دافعاً له.
- ٥ - الآثار المترتبة على العنف التقليدي عادة ما تكون محدودة تنتهي خلال فترة زمنية معينة، كما أن العلم به من قبل الأفراد يكون محدوداً، على عكس العنف الإلكتروني الذي يصعب إزالة آثاره كون المحتوى العنيف ما زال موجوداً أو محفوظاً سواء على شبكة الإنترنت أو موجودة في الأجهزة أو ملحقاتها، كما أن العلم بها بين الأفراد يكون بطرف دقائق معدودة، وقد يمتد العلم أيضاً إلى العالم كله أي انتقاله إلى خارج النطاق الإقليمي.
- ٦ - العنف التقليدي عادة ما يحده الزمان والمكان، أي تنفيذه يكون في أوقات معينة وأماكن محددة، بينما العنف الإلكتروني يمكن القيام به بأي وقت وفي أي مكان، فمصرحه افتراضي.
- ٧ - العنف التقليدي عادة ما يسبقه تفكير وتخطيط مدبر، بينما العنف الإلكتروني كثيراً ما يكون القيام به دون ذلك، بل ودون الاهتمام أو التفكير حتى بالنتائج المترتبة عليه.
- ٨ - عزوف من وقع عليه العنف الإلكتروني عن إبلاغ الجهات المختصة بالحدث الذي

وقع عليه، سيما في القضايا المتعلقة بالشرف والقضايا المتعلقة بالجنس، وذلك خوفاً من الفضيحة.

من خلال تناولنا هذه الخصائص نجد أن العنف الإلكتروني يتقارب بشكل كبير مع خصائص جرائم تقنية المعلومات، وسوف نوضح في المبحث الثاني مدى اعتبار العنف الإلكتروني جريمة جنائية، ومدى اعتباره نموذجاً من نماذج جرائم تقنية المعلومات.

## المطلب الثاني تمييز العنف الإلكتروني عن غيره من المفاهيم المشابهة له

بيّنا سابقاً أن العنف الإلكتروني سلوك غير مشروع يتخذ من أدوات تقنية المعلومات أداة للتأثير على الغير بقصد إيقاع الأذى المعنوي أو الضرر المادي بممتلكاتهم. إلا أنه لم تكن المشكلة الوحيدة التي ظهرت بظهور تلك الأدوات، بل هناك مشكلات أخرى ظهرت معها وتكاد تختلط أو تتداخل معه في المفهوم كالإرهاب الإلكتروني والحرب الإلكترونية والجريمة الإلكترونية.

وعليه قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع، والأول خصصناه للإرهاب الإلكتروني، والثاني للحرب الإلكترونية، والثالث والأهم هو للجريمة الإلكترونية.

## الفرع الأول العنف الإلكتروني والإرهاب الإلكتروني

الإرهاب ظاهرة اجتماعية سلبية تحظى باهتمام كبير جداً على المستويين الوطني والدولي، وذلك لما لها من آثار مهددة لأمن المجتمع ونظامه العام، ومع ذلك تكشف الدراسات والأبحاث المتعلقة عن عدم اتفاق الباحثين والمهتمين على تعريف محدد لها، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في المعايير المتبينة عندهم، ونؤيد الرأي الذي يرى بأن " شيوع كلمة الإرهاب أفقدت الكلمة معناها المحدد بحيث أصبحت وصفاً يطلق على أي فرد أو جماعة عندما ما لا تروق تصرفاتهم للآخرين، أو يطلق على أي عمل من أعمال العنف أو الجريمة<sup>(٣٢)</sup>.

(٣٢) د. مصطفى الزعابي، الإرهاب - دراسة مقارنة حول أسبابه وطرق مكافحته، رقم الطبعة غير مذكور - ١٩٩٦، لا توجد دار نشر، الكويت، ص ٣٧.

لذلك يكتفي البعض في بيان المفهوم العام للإرهاب من خلال سرد الخصائص التي يتمتع بها، وهي كالتالي:

- ١ - الإرهاب يتخذ من العنف أو التهديد به وسيلة للتعبير عنه.
  - ٢ - الإرهاب يتحقق من خلال تنظيم جماعي أي من خلال مجموعة من الأفراد تجمعهم أهداف محددة يسعون للقيام بها سواء على المدى القصير أم البعيد، ويكون تنظيم علاقاتهم وتدريباتهم وتمويلاتهم المالية بشكل سري كتنظيم داعش وتنظيم القاعدة وتنظيم الأولوية الحمراء وغيرها من تنظيمات أيديولوجية، وبالتالي لا يمكن تصور إرهاب فردي.
  - ٣ - العمليات الإرهابية أنشطة إجرامية تتصف بطابع العنف المادي كتفجير المواقع أو احتجاز الرهائن أو خطف الطائرات وغيرها من أنشطة تخريبية، كما يمكن أن يكون النشاط مجرد التهديد بهذه الأنشطة على نحو يقوم بتعريض حياة الناس أو حريتهم أو أمنهم للخطر، هذا بجانب أن العمليات الإرهابية قد تكون داخل الإقليم (الإرهاب الوطني) أو خارجه (الإرهاب الدولي).
  - ٤ - تسعى التنظيمات الإرهابية إلى تحقيق أهداف معينة تختلف عن أهداف الأنشطة الإجرامية الأخرى، فالأهداف النهائية للتنظيمات الإرهابية هي سياسية تماماً إذ لا يهمل إسقاط الضحايا بقدر ما تسعى إلى توجيه رسائلها ببث حالة من الرعب والخوف للمجتمع أو لفئة فيه أو توجيهها للدولة كأسلوب للاستجابة لمطالبها، ولا يختلف الأمر إذا كان النشاط الذي قام به التنظيم الإرهابي كنشاط إجرامي عادي كالسطو المسلح مثلاً فهو يعتبر من قبيل الأعمال الإرهابية طالما كان الهدف من وراء هذه العملية هو تمويل أنشطتهم الإجرامية.
- إذاً بالنظر إلى تلك الخصائص نجد أن العنف له مفهوم واسع عن مفهوم الإرهاب؛ ذلك أن الأول يكون مجرد أداة وليس غاية كما هو الحال في الثاني، كذلك ليس كل نشاط عنيف يكون بالضرورة إرهاباً، ولا يشترط في جرائم العنف ارتكابها بواسطة تنظيم جماعي إذ يستوي وقوعها من قبل فرد أو جماعة، بجانب ذلك تعتبر أهداف العنف متنوعة ومتعددة على عكس الإرهاب. لذلك فسر البعض أن الإرهاب شكل من أشكال العنف<sup>(٣٣)</sup>.

ولما كانت التنظيمات الإرهابية قد استفادت كثيراً من استغلالها للتطور

(٣٣) د. مصطفى الزعابي، المرجع السابق، ص ٤١.



التكنولوجي حيث طورت عملياتها الإرهابية وخدماتها اللوجيستية باستخدام أنشطتها الإجرامية عبر أدوات تقنية المعلومات<sup>(٣٤)</sup>، كإنشاء مواقع على شبكة الإنترنت أو شبكات التواصل الاجتماعي لتجنيد الأشخاص أو عبر الألعاب الإلكترونية كما سوف نرى لاحقاً، أو استخدام تلك الأدوات أو المواقع لتمويل عملياتها أو استخدامها لاستهداف مواقع إلكترونية رسمية أو قانونية، أو استخدام الهاتف المحمول كأداة للتفجير عن بعد. وهذا يؤكد أن أدوات التكنولوجيا بيئة خصبة لتنفيذ العمليات الإرهابية من خلالها<sup>(٣٥)</sup>.

وقد عُرف الإرهاب الإلكتروني بتعريفات عديدة، فالبعض يعرفه بأنه " الاستخدام العدائي والعذواني غير المشروع للإنترنت، بهدف ترويع الحكومة والمدنيين أو قسم منهم في إطار السعي لتحقيق أهداف سياسية أو اجتماعية"<sup>(٣٦)</sup>. أو هو "استخدام الحاسوب لتخويف أو إكراه الأشخاص المدنيين، بقصد تقويض قدرة المجتمع على الحفاظ الداخلي"<sup>(٣٧)</sup>. أو هو الهجمات التي تتم عبر الحاسوب وشبكاته بسبب قضايا سياسية أو دينية أو أيديولوجية<sup>(٣٨)</sup>. ونرى من جانبنا أن التعريف الأقرب إلينا في البيان هو تعريف الدكتور مصطفى محمد موسى حيث عرفه بأنه " نشاط إجرامي

(٣٤) Ulrich Sieber, International Cooperation against Terrorist Use of the Internet, 2d- ERES 2006/3 (Vol. 77). P396.

(٣٥) M. Jouglaux Philippe, La Criminalite dans Le Cyberspace, Universite de Droit d'economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit Et De Science Politique D'Aix-Marseille, Mémoire de D.E.A. Droit des Médias, 1999, P26-27. ULRICH SIEBER, OP.CIT, P399-A.

(٣٦) أمير يوسف فرج، جريمة مكافحة الإرهاب الإلكتروني، الطبعة الأولى - ٢٠١٦، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ص١٢٦. ود. عبد الرحمن السند، وسائل الإرهاب الإلكتروني حكمها في الإسلام وطرق مكافحتها، بحث منشور على شبكة الإنترنت، ص٦. وقد عرفته وكالة الطوارئ الفيدرالية في تقريرها المقدم إلى الكونجرس الأمريكي الولايات المتحدة الأمريكية راجع ذلك لدى:

Clay Wilson, Botnets, Cybercrime, and Cyberterrorism: Vulnerabilities and Policy Issues for Congress, Congressional Research Service, January 29, 2008, P4. <http://fpc.state.gov/96291.htm>

(٣٧) Susan W. Brenner, Cybercrime, Cyberterrorism and Cyberwarfare, Revue internationale de droit pénal, 2d- ERES, 2006/3 (Vol. 77), P458. [www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-3-page-453.htm](http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-3-page-453.htm)

(٣٨) Jonathan Clough, Principles of Cybercrime, 2ed - Cambridge University Press 2015, United Kingdom, P12.

مخطط ومنظم مخالف للقانون يقوم به التنظيم الإرهابي بالتقنية الإلكترونية الرقمية لتحقيق غرض معين تحت تغطية" (٣٩).

نستفيد من هذه التعريفات أنه وعلى الرغم من اختلاف الصياغة إلا أن الإرهاب الإلكتروني لا يختلف مفهومه عن الإرهاب التقليدي - بالنظر إلى خصائصه - إلا في أمرين هما: الأول هو أن الأنشطة الإرهابية الإلكترونية تتم عبر أدوات تقنية المعلومات، والثاني أنها لا تتطلب المواجهة المباشرة بين الإرهابي والضحية بل تتم أنشطتها عن بعد.

ولما كان العنف الإلكتروني يتفق مع الإرهاب الإلكتروني في هذين الأمرين، فإن الاختلاف بينهما يتمثل في الخصائص أو العناصر الأساسية للإرهاب التي تميزها عن العنف التقليدي وذلك على النحو الذي بيناه.

## الفرع الثاني

### العنف الإلكتروني والحرب الإلكترونية

الحرب وفقاً للمفاهيم الحديثة هي حالة صراع أو نزاع بين قطبين أو بين دولتين أو أكثر، قد تطول مدتها وقد تقصر بالنظر إلى ظروف نشأتها والأهداف التي تسعى الأطراف إلى تحقيقها، وتستخدم فيها الأسلحة بكافة أشكالها وأنواعها، ويترتب عليها عادة أضرار مادية سواء في الأرواح أم في الممتلكات أو كلاهما معاً وترتب أيضاً أضراراً نفسية لمن عانوا منها. فهي بالتالي لا تقل خطورتها عن العنف والإرهاب بل أن آثار الحرب قد تكون أكثر دماراً على المجتمع.

فالحرب إذاً إحدى أشكال العنف التي تتجسد في حالات الصراع الدولي أو الإقليمي، وتتنوع أهدافها بين الرغبة في التغيير الجغرافي أو لصد عدوان، وهي بذلك تختلف عن الإرهاب من حيث أطرافها، فالأخير أحد أطرافه تنظيمٌ جماعيٌ لمواجهة الدولة والمجتمع، ويختلف عن العنف من حيث المدة الزمنية وأيضاً يختلف عنه من حيث التكاليف. وقد استخدمت الأدوات الإلكترونية كأجهزة الاتصالات اللاسلكية وأجهزة نقل المعلومات في الحرب العالمية الأولى، وأصبحت محل اهتمام أكثر في الحرب العالمية الثانية إذ هي البداية الحقيقية للحرب الإلكترونية حيث استخدمت فيها أسلحة ومعدات قتالية تعتمد على نظم السيطرة والتوجيه الإلكتروني التي حققت

(٣٩) د. مصطفى محمد موسى، الإرهاب الإلكتروني، الطبعة الأولى - ٢٠٠٩، سلسلة اللواء الأمنية في مكافحة الجريمة الإلكترونية - كتاب ١١، مطابع الشرطة، ص ١٧٣.

الأهداف العسكرية بدقة عالية<sup>(٤٠)</sup>. وقد أحدث التطور التكنولوجي طفرة هائلة وكبيرة في تطوير الوسائل الحربية وأساليب استخدامها، حيث بدأت تعتمد على أجهزة الحواسيب وشبكة الإنترنت كأداة توجيه وتنفيذ العمليات، ولا يخفى أن هذه الأدوات خصوصاً شبكة الإنترنت التي ظهرت سنة ١٩٦٩ حيث كانت من الوسائل العسكرية الأمريكية السرية ثم أتيحت تجارياً في أوائل تسعينيات القرن الماضي.

وقد اجتهد البعض في تعريف الحرب الإلكترونية أو كما يقال تارة أخرى بحرب المعلومات، فعرفوها على أنها "استخدام الجيوش وسائل تكنولوجيا المعلومات في عملياتها العسكرية، لتحقيق ذات الغايات التي تسعى إليها من خلال استخدام القوة العسكرية التقليدية"<sup>(٤١)</sup>. أو هي التي تشمل وحدات منظمة للقيام بعمليات هجومية ودفاعية باستخدام أجهزة الحاسوب أو الشبكات الأخرى<sup>(٤٢)</sup>. أو هي استخدام نظم المعلومات لاستغلال وتخريب وتدمير وتعطيل معلومات الخصم وعملياته المبنية على المعلومات ونظم معلوماته وشبكات الحاسب الآلي الخاصة به، وكذلك حماية كل ما لديه من ذلك من هجوم الخصم المماثل؛ لإحراز سبق، والتقدم على نظمه العسكرية والاقتصادية<sup>(٤٣)</sup>.

نستفيد من هذه التعريفات أن مسرح الحروب المستقبلية لا تقتصر فقط على البر أو البحر أو الجو بل أصبح الفضاء الإلكتروني Cyber Space مسرحاً وأداة ضرورية باعتبارها توجيهية لإدارة العمليات العسكرية في المسارح الأخرى<sup>(٤٤)</sup>، وتشمل الحرب الإلكترونية الأساليب الهجومية والدفاعية عبر برامج تسليحية كبرامج

(٤٠) Hartin C. Libicki, Cyberdeterrence and Cyberwar, 2009, Published by Rand Corporation, United States, p118.

(٤١) Thomas J Holt - Adam M Bossler -Kathryn C Seigfried-Spellar, Cyber crime and digital forensics, 1ed, 2015, Routledge london and new york, P 265.

(٤٢) Charles Billo and Welton Chang, report: Cyber Warfare-Aa Analysis of The Meansand Mottvations of Selected Nation States, Institute for Securitiy Technology Studiesat Dartmouth College, December 2004, P17.

(٤٣) قطافي حكيم، حرب المعلومات، المفهوم والتطبيق (دراسة وصفية تحليلية)، رسالة ماجستير في علوم الإعلام والاتصال، كلية العلوم السياسية والإعلام-٢٠٠٥/ ٢٠٠٦، قسم علوم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر، ص٦٦. منشور على الرابط التالي:

193.194.83.98/xtf/data/pdf/723/GUETTAFI\_HAKIM.pdf

(٤٤) P. W. Singer and Allan Friedman, Cybersecurity and Cyberwar, What Everyone Needs to Kno, Oxford University Press, Published in the United States of America -2014, P121.



الفيروسات والاختراق وبرامج الحماية أو الأمن المعلوماتي الذي يعد ضرورياً حتى بالنسبة لكافة مستخدمي أدوات تقنية المعلومات، كذلك لا يشترط في الحرب الإلكترونية تعدد القائمين عليها إذ يمكن أن يكون فرداً واحداً، فالحرب الإلكترونية لا تقتصر على الموضوعات التقليدية فيها بل يمكن أن يكون موضوعها اقتصادياً أو اجتماعياً أو ثقافياً أو غيرها.

إذاً القاسم المشترك بين العنف الإلكتروني والحرب الإلكترونية أن أدوات تقنية المعلومات تلعب دوراً كبيراً فيها، وأن تنفيذ الاعتداءات من خلالها لا يكون إلا عن بُعد، أما الاختلاف بينهما فهو يكمن في نطاقها الواسع، والأهداف التي يسعى من خلالها الأطراف إلى تحقيقها.

### الفرع الثالث

#### العنف الإلكتروني والجريمة الإلكترونية

الجريمة هي كل فعل أو امتناع يخالف مقتضى القانون ويقرر له عقوبة أو تدبيراً احترازياً. وتتفق الجريمة مع العنف في أن كليهما سلوكان يندبهما المجتمع الذي يسعى دائماً إلى محاولة القضاء عليهما، كذلك يتفقان في أنهما يمكن أن يتحققا بشكل مادي كالعنف الجسدي الذي يعتبر جريمة جزائية كجريمة الضرب أو الجرح أو بشكل معنوي كالعنف اللفظي كالقذف والسب.

ويختلفان في نطاق كل منهما، فالجريمة نطاقها مقيد بالمبادئ المقررة في القانون الجنائي وأهمها هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذي يقرر بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فلكي يعتبر السلوك جريمة يجب أن يكون منصوصاً عليه في القانون وأن يقرر لها أيضاً عقوبة أو تدبيراً مناسباً. أما سلوك العنف فنطاقه أوسع لكون أن ما يحكمه هو مبادئ الأخلاق بمفهومها الواسع، فهو من حيث الأصل لا يشكل جريمة، وبالتالي لا عقاب عليه في القانون، وإنما العقاب يكون اجتماعياً أو تأديبياً بحسب الأحوال، فالعنف إذاً لا يدعو أن يكون سلوكاً منحرفاً يحتاج إلى تقويم أو إصلاح، مالم يتطابق هذا السلوك مع أحد نماذج السلوك الإجرامي المنصوص عليها في قانون الجزاء على نحو ما بيّنا في الفقرة السابقة.

والجريمة كغيرها من الظواهر السلبية الأخرى تطورت مع ظهور أدوات تقنية المعلومات وشبكتها، وقد تعددت المصطلحات الفقهية التي أطلقت على هذه النوعية من الجرائم كالجرائم المعلوماتية والجرائم الإلكترونية وجرائم تقنية المعلومات وجرائم الإنترنت وجرائم الكمبيوتر أو الحاسب الآلي وغيرها من مصطلحات.



وقد تأثرت التشريعات والاتفاقيات ذات الشأن فيما قدمه الفقه من مصطلحات، التشريع الكويتي والتشريع الإماراتي اللذان أُطلقا على هذا القانون مسمى مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وأطلقت عليه المملكة العربية السعودية مسمى قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية، وقانون إساءة استخدام الكمبيوتر في إنجلترا، وقانون إساءة استخدام الكمبيوتر في الولايات المتحدة الأمريكية. ومن أمثلة الاتفاقيات الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الجرائم المعلوماتية الموقعة في بودابست سنة ٢٠٠١، والاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات الموقعة في القاهرة في ٢١ ديسمبر ٢٠١٠.

أما بالنسبة للتعريفات فقد اختلف الفقهاء في المعايير أو المناهج التي تبناها من أجل ذلك، فترتب على ذلك تعدد تلك التعاريف، فمنهم من عرفها وفقاً لسمات خاصة بالجاني كتعريف الفقيه الأمريكي دون باركر الذي عرفها على أنها "الجرائم التي يستخدم فيها الجاني معرفته الخاصة بتكنولوجيا الكمبيوتر والفضاء الإلكتروني"<sup>(٤٥)</sup>. ومنهم من يعرفها بالنظر إلى الأداة المستخدمة فعرفها على أنها كل الجرائم التي لا يمكن تصورها دون أدوات الحوسبة وشبكاتها"<sup>(٤٦)</sup>. ومنهم من يعرفها بالنظر إلى محل أو موضوع الجريمة كتعريفها على أنها مجموعة من الجرائم ضد الممتلكات أو الأشخاص باستخدام التكنولوجيات الجديدة"<sup>(٤٧)</sup>. ولم تخلُ هذه التعريفات وغيرها من النقد بسبب قصورها في البيان.

وقد انفرد المشرع الكويتي بتعريف هذه الجريمة في المادة الأولى من القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ تحت وصف الجريمة المعلوماتية، فعرفها بأنها "كل فعل يرتكب من خلال استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية أو غير ذلك من وسائل تقنية المعلومات بالمخالفة لأحكام هذا القانون". وهذا التعريف محل نظر كونه تضمن شكلاً واحداً لهذه الجريمة ولم يتضمن الأشكال الأخرى.

فالذي نراه الأقرب إلى الصواب هو ما ذهب إليه الدكتور أيمن فكري حيث عرف هذه الجرائم بأنها "مجموعة من الأفعال غير المشروعة التي ينص المشرع

(٤٥) Donn B. Parker, Fighting Computer Crime: A New Framework for Protecting Information, 1998 Wiley computer publishing, United States of America, P72.

(٤٦) Jonathan Clough, op.cit, p11.

(٤٧) Vincent Lemoine, La CyberCriminalité (Les acteurs, les infractions, Cas concret et retour d'expérience) 2013.

www.cerdi.u-psud.fr/wp.../09/cv-vincent-lemoine-2013-civil.pdf

على تجريمها، والتي تتعلق بالمعالجة الإلكترونية للمعلومات، أو نقلها<sup>(٤٨)</sup>. وسبب تأييدنا لهذا التعريف أمران هما:

الأول أنه راعى فيه أهم المبادئ المقررة في القانون الجنائي وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي أشرنا إليه سلفاً.

الثاني هو أنه تضمن وصفاً مختصراً عبر فيه عن الأداة ومحلها ونقل المحتوى المعالج، وهذا مما يدخل في مفهومه أن الاعتداء قد يكون باتخاذ تلك الأدوات كوسيلة لارتكاب الجريمة أو أن يكون محلاً لها؛ أي أن تكون هدفاً لهذه الاعتداءات أو أن تكون بيئة لها بمعنى أن تكون تلك الأدوات أو شبكات الاتصال حاملة للمحتويات غير المشروعة.

وعلى ضوء ما ذكرناه، فإن السؤال الذي نطرحه في هذا السياق هو: ما مدى اعتبار سلوك العنف الإلكتروني جريمة جزائية؟ وإذا كان فعلاً يشكل جريمة جزائية فهل جميع السلوكيات في الجرائم الإلكترونية تشكل عنفاً إلكترونياً أيضاً أم أنها تقتصر فقط على سلوكيات معينة؟

يصف اللواء محمود الرشيدي في كتابه العنف عبر الإنترنت<sup>(٤٩)</sup> الجرائم الإلكترونية بأنها جرائم العنف الإلكتروني، وهذا الوصف أطلق كمصطلح للدلالة على هذه النوعية من الجرائم، وقد أشرنا إلى التعريف سلفاً حيث عرفها بأنها " كل أنواع السلوك غير المشروع أو المخالف أو غير المرخص به؛ الذي يستهدف أو يستخدم التقنيات التكنولوجية الحديثة كالحاسبات الآلية وشبكات المعلومات والاتصالات وغيرها على نحو غير آمن؛ ويتسبب في الأضرار المادية أو المعنوية بحقوق وحرمان وخصوصيات الغير (عادي/ اعتباري)". وأضاف أيضاً أن "جرائم العنف الإلكتروني تطلق على كافة الأفعال غير المشروعة والمخالفة وغير المرخص لها التي تُرتكب عبر شبكة الإنترنت".

وفي رأينا أن هذا التعريف محل نظر لكونه يخلط بين العنف الإلكتروني والجرائم الإلكترونية، حيث اعتبر كافة أشكال السلوك الإجرامي للجرائم الإلكترونية تتسم بطابع العنف، وهذا الأمر يتناقض أصلاً مع فكرة العنف كسلوك غير أخلاقي أو سلوك منحرف، فليس كل عنف إلكتروني يشكل جريمة إلكترونية فسلوك الإقصاء أو

(٤٨) د. أيمن عبدالله فكري، جرائم نظم المعلومات، دراسة مقارنة، رقم الطبعة غير منكور-

٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٩٥.

(٤٩) اللواء. محمود الرشيدي، المرجع السابق، ص ٣٥ و ٣٧ و ٣٨.

الإبعاد على سبيل المثال أو توجيه اللوم عبر رسائل البريد الإلكتروني أو عبر شبكات التواصل الاجتماعي أو حتى الطرد من مجموعة المشاركة في الواتساب أو عمل بلوك على المستخدم وغيرها من سلوكيات تتصف بالعنف إلا أن ذلك لا يدخل في إطار الجريمة.

كذلك ليس كل جريمة إلكترونية يتصف سلوكها بالعنف فالنصب والاحتيال على سبيل المثال أو السرقة أو انتهاك الملكية الفكرية أو انتحال شخصية أو غسيل الأموال جميعها لا يمكن تصورها من السلوكيات المعنفة.

ولذلك فإنه على الرغم من تشابه العنف الإلكتروني كسلوك غير أخلاقي مع الجرائم الإلكترونية من حيث الخصائص وذلك على نحو ما وضعنا سابقاً، فإن سلوك العنف الإلكتروني يكون جريمة إلكترونية متى تطابق مع بعض النماذج السلوكية في الجرائم الإلكترونية المنصوص عليها في القانون. وبمعنى آخر أن العنف الإلكتروني لا يعدو أن يكون سلوكاً معبراً عن مفهوم الإساءة لاستخدام أدوات تقنية المعلومات وليس أكثر من ذلك، وبالتالي لا يمكن اعتبارها جريمة إلكترونية إلا إذا كان السلوك بذاته يعبر عن فكرة العنف كتوجيه كلمات عبر رسائل نصية أو عبر البريد الإلكتروني، أو إرسال صور أو رسوم رقمية أو مقاطع فيديو، كما يتحقق العنف الإلكتروني من خلال نشر أو بث مثل هذا المحتوى، أو اختراق النظام بهدف تدميره أو إتلاف محتوياته أو تدمير وإتلاف النظام أو المواقع، فجميع هذه السلوكيات تعبر فعلاً عن مفهوم العنف.

## المبحث الثاني

### تجريم صور العنف الإلكتروني في القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات

تبين لنا مما سبق أن الأصل في العنف الإلكتروني أنه سلوك غير أخلاقي يعبر عن أسلوب منحرف من خلال استخدام أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات، وقد يتطور هذا السلوك ليكون لنا نماذج لاعتداءات كثيرة يعاقب عليها القانون. وقد أورد المشرع في الفصل الثاني من القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجرائم وأحكامها في المواد من ٢ إلى ١٠.

سنوضح صور الجرائم المعبرة عن فكرة العنف الإلكتروني، فقمنا بتقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب، الأول نبين فيه النماذج الإجرامية الموجهة ضد الأشخاص أو أموالهم، والثاني نخصه للنماذج الإجرامية الموجهة ضد المجتمع، بينما الثالث والأخير نتناول فيه النماذج الإجرامية الموجهة ضد أمن الدولة.

## المطلب الأول

### النماذج الإجرامية للعنف الإلكتروني الموجه ضد الأشخاص أو أموالهم

إذا كان الإنسان هو من وظف أدوات تقنية المعلومات وشبكاتهما لخدمة الجريمة وذلك بوصفه جانباً، فهو أيضاً الضحية الأولى لها بوصفه مجنياً عليه. سنتناول صور الجرائم التي يسبغ على سلوكها العنف الإلكتروني. وقد حدد المشرع نموذجين هما التهديد والابتزاز الإلكتروني، وتدمير أو إتلاف أو تعطيل الأنظمة أو البرامج أو الشبكات أو المعلومات.

## الفرع الأول

### التهديد أو الابتزاز الإلكتروني

التهديد أو الابتزاز كما جرى تعريفهما بأن الأول هو الوعيد بشر. بينما الثاني انتزاع شيء بالقوة أو بالإكراه أو بالعنف، أي أن كليهما سلوكان ينطويان على إنذار طرف آخر بخطر إيقاع الضرر به أو بماله أو بنفس أو مال غيره<sup>(٥٠)</sup>. إذاً التهديد

(٥٠) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات - القسم الخاص، طبعة ٢٠١٢-٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩٠٥ فيما يتعلق بالتهديد. وصفاً ١١٠٠ فيما يتعلق بالابتزاز. وانظر في تعريف التهديد لدى:

Michele-Laure Rassat-op.cit, p502 et p244.



والابتزاز نشاطان يحملان الغير أو يكرهانه على القيام بعمل أو الامتناع عنه، من خلال ترويعه أو تخويفه.

وقد فضل ضعفاء النفوس ارتكابهما عبر أجهزة تقنية المعلومات وشبكات الاتصال كإرسال رسالة نصية لهم أو عبر البريد الإلكتروني أو غيرها أو عبر مقاطع فيديو أو صور تحمل تلك المعاني ليصبح لدينا نموذج للعنف المعنوي أو النفسي يُرتكب عبر تلك الأدوات، وتُعتبر هذه النوعية من الأفعال الإجرامية الأكثر انتشاراً على مستوى العالم وتزداد خطورتها متى ارتُكبت عن طريق الإنترنت أو عن طريق أدوات تقنية المعلومات، لكونها تعطي للجناة القدرة على التخفي من أوجه العدالة، أو ممارسة أسلوب الضغط على المجني عليه.

وقد جرم المشرع الكويتي هذين السلوكين في الفقرة ٤ من المادة ٣ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥<sup>(٥١)</sup>، حيث نصت على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: ٤...- استعمل الشبكة المعلوماتية أو استخدم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه. فإذا كان التهديد بارتكاب جنائية أو بما يعدّ مساساً بكرامة الأشخاص أو خدشاً للشرف والاعتبار أو السمعة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

مفاد هذا النص أن النموذج القانوني لهذه الجريمة يطلب توافر ركن مادي يتمثل

(٥١) جرم المشرع الكويتي التهديد والابتزاز أيضاً في القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠١ بشأن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية وأجهزة التصنت، وتناول تجريم التهديد عبر أجهزة الاتصالات في صورتين الأولى وردت في المادة الأولى منه وتمثل الصورة البسيطة، حيث اعتبرها المشرع من قبيل الجرح المعاقب عليها مدة لا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تجاوز ألفي دينار أو إحدى هاتين العقوبتين. أما الصورة المشددة فقد نص عليها في الفقرة الثالثة من المادة الأولى مكرر، وبين فيها أن التهديد يكون ظرفاً مشدداً للعقاب متى اقترن بفعل الإساءة أو التشهير بالغير عبر أجهزة الاتصالات. وأردف المشرع فعل الابتزاز مع التهديد. وقد اعتبرهما المشرع جنائية معاقباً عليها بالحبس مدة خمس سنوات وغرامة لا تجاوز خمسة آلاف دينار، ولم يخير المشرع بين العقوبتين. وقد قرر المشرع فضلاً عن ذلك عقوبة أخرى تتمثل في مصادرة أدوات الجريمة. فضلاً عن ذلك جرم المشرع الكويتي التهديد والابتزاز في قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، وقد تناولهما على نحو منفصل، فجرم التهديد في المادة ١٧٣ جزاء، وجرم الابتزاز في المادة ٢٢٨ جزاء.

في تحقق أحد النشاطين، فلا يلزم تحققهما معاً وإن كان من المتصور ذلك، كتهديد شخص لآخر بإيقاع الضرر به إذا لم يحصل على مبلغ من المال. ففي هذا المثال يتوافر الفعلان معاً، ولا يؤدي ذلك إلى تحقق مفهوم تعدد الجرائم، بل تظل جريمة واحدة. ويستوي وقوع هذين الفعلين أيضاً على الشخص الاعتباري أو المعنوي، كقيام شخص على سبيل المثال ببث إشاعات للإضرار بسمعة الشركة إذا لم تدفع له الأموال التي يطلبها.

وقد اشترط المشرع لقيام هذه الجريمة استعمال الجاني الشبكة المعلوماتية كتهديد المجني عليه أو ابتزازه عبر وسائل التواصل الاجتماعي أو مدونات شبكة الإنترنت أو عبر البريد الإلكتروني، أو باستخدام وسيلة من وسائل تقنية المعلومات<sup>(٥٢)</sup>، ومثلها التهديد أو الابتزاز باستخدام جهاز الحاسب الآلي أو الهاتف المحمول<sup>(٥٣)</sup>. ويستوي بعد ذلك أن يكون توجيه التهديد أو الابتزاز إلى شخص المجني عليه مباشرة أو عبر أشخاص آخرين، ويجب في جميع الأحوال أن يكون التهديد أو الابتزاز في أمر جدي بحيث يسيطر الخوف أو الرعب عليه، فيحمله الاعتقاد بعزم الجاني تنفيذ ما هدد به. كذلك يتحقق التهديد أو الابتزاز بأي صورة عبر تلك الأدوات نصوصاً كانت أم صوراً أو مقاطع فيديو.

واعتبر المشرع التهديد أو الابتزاز عبر هذه الأدوات جريمة عمدية تتطلب توافر عنصري القصد الجنائي العام<sup>(٥٤)</sup>، وهما العلم ويعني وجوب علم الجاني أن سلوكه يتضمن تهديد أو ابتزاز الغير عبر شبكة أو وسيلة معلوماتية، وعلمه أيضاً بأن سلوكه

(٥٢) عرفت المادة الأولى من القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ الشبكة المعلوماتية في البند ٦ بأنها ارتباط بين أكثر من منظومة اتصالات لتقنية المعلومات للحصول على المعلومات وتبادلها. وعرفت وسيلة تقنية المعلومات في البند ١٠ من ذات المادة، بأنها "أداة إلكترونية تشمل كل ما يتصل بتكنولوجيا المعلومات ويكون ذا قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو وسائل أخرى مشابهة سلكية أو لا سلكية وما قد يستحدث في هذا المجال".

(٥٣) د. معاذ سليمان الملا، المسؤولية الجنائية عن إساءة استعمال الهاتف المحمول - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس، كلية الحقوق - الدراسات العليا، القاهرة، ص ١٠٦ وما بعدها.

(٥٤) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الكويتي يعتبر جريمة الابتزاز الواردة في قانون الجزاء من جرائم القصد الخاص؛ لأن المشرع ربط الابتزاز بالحصول على المال من المجني عليه أي أن الباعث من وراء الابتزاز هو الحصول على المال وليس شيئاً آخر. ويأتي ذلك على عكس توجهه في القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥، حيث اعتبرها من قبيل جرائم القصد الجنائي العام.

كان لحمل المجني عليه على القيام بعمل أو الامتناع عنه. أما العنصر الثاني وهو الإرادة وتعني بعد العلم اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب جرمه عبر تلك الأدوات وإحداث حالة الرعب أو القلق في نفس المجني عليه.

وقد وضع المشرع عقوبتين للتهديد أو الابتزاز عبر تلك الأدوات، الأولى من قبيل الجرح وهي عقوبة بسيطة وردت في الفقرة الأولى، تتمثل في الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. أما الثانية وهي العقوبة المشددة فقد اعتبرها المشرع من قبيل الجنايات المعاقب عليهما بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن المشرع اعتبر فعل الابتزاز في هذا القانون تحديداً، جنحة أو جناية، في حين اعتبره في قانون الجزاء وقانون إساءة استعمال أجهزة الاتصالات من قبيل الجنايات فقط.

## الفرع الثاني

### تدمير أو إتلاف أو تعطيل الأنظمة أو البرامج أو الشبكات أو المعلومات

الفيروسات هي برامج خبيثة تنال من أداء النظام بحيث تحد من فعالية الأجهزة أو الوصول إلى المواقع، ومن أشهر التعريفات التي وضعت لها هو تعريف الفقيه دون باركر حيث عرفها بأنها "نوع معين من البرمجيات الخبيثة التي تعيد نفسها أو تنسخ برامج أخرى عند تشغيلها مع برامج مصابة، وهي تختلف في آثارها على نظام الحاسب<sup>(٥٥)</sup>. ونؤيد ما ذهب إليه الفقيه فليب جيولويكس من أن الفيروس يستغل العيوب الموجودة في الأنظمة الحاسوبية<sup>(٥٦)</sup>، مما يؤكد أن الأمن على هذه الأنظمة

Don B. Parker, op.cit, p82-83.

(٥٥)

(٥٦) تتنوع الفيروسات أو البرامج الخبيثة بحسب خطورتها أو ضررها على النظام سواء أكان النظام يتعلق بالحاسب الآلي أو بالهاتف المحمول أو غيرها من الأجهزة الإلكترونية، ومثلها فيروس الدودة وفيروس حصان الطروادة وتروغان وغيرها من فيروسات تنتشر على شبكة الإنترنت أو على أقراص محمولة، وتنتظر دخول المستخدمين عليها بمجرد تنزيل ملف معين من على الشبكة أو مجرد الولوج إليها. وهذه الفيروسات من شأنها أن ترتب ضرراً مادياً على صاحب الجهاز كإتلافه جزئياً أو تدميره كلياً أو تعطيل شبكات الاتصال.

مهّد في ظل ظهور برامج معقدة<sup>(٥٧)</sup>. ويرمي المشرع من وراء تجريم الاعتداء على الأنظمة الإلكترونية وشبكات الاتصالات إلى حمايتها من أشكال الاختراق أو الدخول غير المشروع إلى النظام أو الموقع، ومع ذلك لا يمكن القول بتحقيق العنف الإلكتروني إلا إذا انطوى على هذه الأنشطة ما يدل على ذلك أي تدمير تلك الأنظمة أو تدمير محتواها أو إتلافها لإعاقة صاحبها من الانتفاع بها جزئياً كان أم كلياً. فالعلة هي بث الثقة في نفوس المتعاملين عبر أدوات تقنية المعلومات.

وقد ورد التجريم في عدة نصوص وهو البند ٢ من المادة ٢ والبند ١ من المادة ٣ والبندين ١ و٢ من المادة ٤. أما البند ٢ من المادة ٢ فقد نصت على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب دخولاً غير مشروع إلى جهاز حاسوب أو نظامه أو إلى نظام معالجة إلكترونية للبيانات أو إلى نظام إلكتروني مؤتمت<sup>(٥٨)</sup> أو إلى شبكة معلوماتية. فإذا ترتب على هذا الدخول إلغاء أو حذف أو إتلاف أو تدمير أو إفشاء أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات، فتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت تلك البيانات أو المعلومات شخصية، فتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وبالنسبة للبند ١ من مادة ٣ نصت على أنه "يعاقب بالحبس ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: ١. ارتكب دخولاً غير مشروع إلى موقع أو نظام معلوماتي مباشرة أو عن طريق الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات بقصد الحصول على بيانات أو معلومات حكومية سرية بحكم القانون. فإذا ترتب على ذلك الدخول إلغاء تلك البيانات أو المعلومات أو إتلافها أو تدميرها أو نشرها أو تعديلها، تكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف

M. Jougleux Philippe, op.cit, p27.

(٥٧)

(٥٨) المؤتمت في معجم اللغة العربية المعاصر أتمت يؤتمت، أتمته، فهو مؤتمت، والمفعول مؤتمت، أما اصطلاحاً فتعني أتمت الماكينة جعلها أتماتيكية. انظر موقع المعاني الإلكتروني. وقد عرفها المشرع الكويتي في المادة الأولى من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بأنه "برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي تم إعداده ليتصرف أو يستجيب لتصرف مستقل، كلياً أو جزئياً، دون تدخل أو إشراف أي شخص طبيعي".



دينار ولا تجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويسري هذا الحكم على البيانات والمعلومات المتعلقة بحسابات عملاء المنشآت المصرفية".

أما البندان ١ و ٢ من المادة ٤ فنصت على أنه "يُعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

١ - أعاق أو عطل عمداً الوصول الى موقع خدمة إلكترونية أو الدخول إلى الأجهزة أو البرامج أو مصادر البيانات أو المعلومات الإلكترونية بأي وسيلة كانت، وذلك عن طريق الشبكة المعلوماتية أو باستخدام وسيلة من وسائل تقنية المعلومات.

٢ - أدخل عمداً عن طريق الشبكة المعلوماتية أو باستخدام وسيلة من وسائل تقنية المعلومات ما من شأنه إيقافها عن العمل أو تعطيلها، أو دخل موقعاً في الشبكة المعلوماتية لتغيير تصاميم هذا الموقع أو إلغائه أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه أو إيقافه أو تعطيله. ويعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار ولا تقل عن ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أيّاً من هذه الجرائم أو سهل ذلك للغير وكان ذلك أثناء أو بسبب تأدية وظيفته".

بالنظر إلى هذه النصوص نجد أنها تتفق في موضوع الجريمة وهي البرامج أو المعلومات التي تشكل العنصر الأساسي لعمل النظام سواء تعلقت ببيانات شخص معين أو كانت تتعلق ببيانات حكومية، وبصرف النظر عن طبيعة هذه البيانات أو المعلومات فإنها تعد مكونات محمية في نظر القانون لا يجوز لغير المصرح له الاطلاع عليها، وتعتبر هذه المكونات كيانات منطقية أو معنوية موجودة في الجهاز أو في وسيلة تقنية المعلومات، ودونهما لا يمكن التسليم بصلاحيّة الجهاز سواء بشكل كلي أو جزئي، فالإضرار بها من شأنه أن يعطل أو يعيق من أداء هذا الجهاز أو يقلل من كفاءته. أما الشبكة المعلوماتية فهي تعتبر أيضاً مهمة ولكن ليست بقدر البرامج والمعلومات<sup>(٥٩)</sup>.

وقد عرف المشرع هذه المفاهيم في المادة الأولى من القانون محل البحث، ففي

(٥٩) لا يدخل ضمن هذا المفهوم المكونات المادية للجهاز، لأنها تخضع للمفهوم التقليدي للشيء المنقول وبالتالي فإن تجريم الاعتداء عليها كإحراق القرص الصلب أو الشاشة على سبيل المثال أو تدمير الملحقات بها كالطابعة أو غيرها، يخضع لأحكام قانون الجزاء وذلك بحسب طبيعة فعل الاعتداء الواقع على الشيء.

البند ٣ منها عرف المعلومات بوصفها بيانات إلكترونية أنها " بيانات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو قواعد بيانات". وعرف في البند ٤ النظام الإلكتروني المؤتمت بأنه برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي تم إعداده ليتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون تدخل أو إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم التصرف أو الاستجابة له. وفي البند ٥ عرف نظام المعالجة الإلكترونية للبيانات بأنه نظام إلكتروني لإنشاء أو إدخال أو استرجاع أو إرسال أو استلام أو استخراج أو تخزين أو عرض أو معالجة المعلومات أو الرسائل إلكترونياً.

كذلك تتفق الأنشطة الإجرامية في الأداة المستخدمة لارتكابها وهي أدوات تقنية المعلومات، وهي شرط أساسي أو جوهري لقيام الجريمة، إذ لا يمكن تصور وقوعها أصلاً إلا من خلالها.

يتحقق النشاط المادي في هذه المواد في سلوك إدخال الفيروس أو البرنامج الخبيث إلى النظام الآلي أو شبكة الاتصالات أو الموقع، والإدخال نعني فيه الولوج إلى النظام أو الشبكة أو الموقع لاستخدام المحتوى المعنوي أو المنطقي بغرض إتمام عمليات معينة غير مشروعة، ولا يكفي لتوافر فكرة العنف الإلكتروني مجرد تحقق سلوك إدخال الفيروس، بل لابد من أن يحقق الفيروس آثاره المدمرة المتمثلة في إعاقه أو تعطيل النظام أو الشبكة أو الموقع، والمصطلحان يفيدان بوضع عقبات أو قيود للمستخدم تمنعه من الوصول إلى النظام أو الشبكة أو الموقع إما بسبب حذف المعلومات أو تغييرها أو إلغائها أو مسحها، أو تمثلت آثار الفيروس بإتلاف المعلومات أو تدميرها على النحو الذي تؤثر على أداء الجهاز بشكل كلي أو جزئي، وبالتالي الإنقاص من قيمة الجهاز. وهذه الاعتداءات من قبيل الجرائم العمدية التي يأخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي العام<sup>(٦٠)</sup>، بعنصره العلم أي علم الجاني بسلوكه المتمثل في إدخال فيروس أو برنامج خبيث على نظام وما يتضمنه من بيانات أو كان على شبكة أو على موقع يخص الغير، وذلك عن طريق أدوات تقنية المعلومات أو شبكاتهما. فضلاً عن علمه أن من شأن سلوكه أن يعطل أو يعيق أو يدمر أو يتلف أو غير ذلك من نتائج يترتب عليها إيقاف العمل بشكل كلي أو جزئي. وينتفي هذا العلم

(٦٠) قد يتوافر القصد الجنائي الخاص بالنظر إلى لفظ " بقصد " الذي أدرجه المشرع وهو يشير إلى غاية الفاعل من الدخول غير المشروع أو إدخاله الفيروس والذي يتمثل في الحصول على بيانات أو معلومات حكومية سرية أو بيانات مصرفية تعد سرية بحكم القانون.

بطبيعة الحال إذا كان المستخدم لا يعلم بأن ما أدخله في النظام من قرص أو برنامج يحتوي على فيروس، وقد يسأل المستخدم عن الإهمال إذا لم يتخذ احتياطاته بفحص البرنامج أو الشيء الذي قام بإدخاله. ويجب أيضاً أن يتحقق العنصر الثاني للقصد وهو اتجاه إرادة المستخدم إلى إحداث النتيجة الإجرامية المتمثلة في إيقاف النظام أو الشبكة أو الموقع عن العمل سواء بشكل كلي أو جزئي. أما العقوبة فقد قرر المشرع إنزال عدة عقوبات تتفاوت بحسب جسامتها، وهي كالآتي:

- ١ - في البند ٢ من المادة ٢ قرر المشرع إنزال عقوبة الحبس التي لا تتجاوز مدته ستة أشهر وغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تتجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان النشاط لا يتعدى الدخول غير المشروع. وإذا ترتب على الدخول أي من النتائج المذكورة فإن العقوبة تكون الحبس مدة لا تتجاوز سنتين وغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تتجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. أما إذا كانت البيانات محل الاعتداء بيانات شخصية فإن العقوبة تكون الحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تتجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. وعلى الرغم من تدرج المشرع في هذه المادة إلا أن عقوبة هذه الجريمة لا تخرج عن وصفها جنحة.
- ٢ - في البند ١ من مادة ٣ قرر المشرع إنزال عقوبة الحبس مدة ثلاث سنوات وغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تتجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان النظام أو محتواه يتعلق بالحكومة أو المصارف متى كانت ذات طابع سري بحكم القانون. أما إذا ترتب عليها إحدى النتائج المشار إليها بالنص، فإن العقوبة تصبح جنائية وتتمثل في الحبس الذي لا تتجاوز مدته عشر سنوات وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تتجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.
- ٣ - في البندين ١ و ٢ من المادة ٤ قرر المشرع إنزال عقوبة الحبس الذي لا تتجاوز مدته سنتين وغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تتجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا ارتكب الفاعل أحد السلوكيات المنصوص عليها في البندين ١ و ٢. وتضاعف العقوبة إلى الحبس الذي لا تتجاوز مدته ثلاث سنوات وغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار ولا تقل عن ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان مرتكب الفعل موظفاً عاماً أو اقتصر سلوكه على التسهيل للغير للقيام بتلك الأنشطة، والعقوبة الأخيرة محل نظر كون أن المشرع كان من باب أولى أن يعتبرها جنائية وليست جنحة.

## المطلب الثاني النماذج الإجرامية للعنف الإلكتروني الموجه ضد المجتمع

لا بد من الإقرار بأن المجتمع بكامل فئاته معرض لغزو ثقافي وأخلاقي يعزز من فكرة العنف بكافة أشكاله. وقد أدرج المشرع الكويتي في القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بعض النماذج الإجرامية التي تمس أواصر المجتمع بشكل مباشر. سنوضح هذه النماذج في فرعين الأول نخصه لنماذج وردت في قانون المطبوعات والنشر رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧، والثاني نتناول فيه الأنشطة الإرهابية عبر أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات.

### الفرع الأول نماذج إجرامية وردت في القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن المطبوعات والنشر<sup>(٦١)</sup>

أحال المشرع النظر في تطبيق أحكام القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن قانون المطبوعات والنشر على بعض النماذج الإجرامية التي يمكن أن ترتكب عبر أدوات تقنية المعلومات والاتصالات، وهي نماذج تنال من الروابط الاجتماعية والثقافية والدينية للمجتمع. سوف نتناول هذه النماذج على النحو التالي:

أ - محتويات تحرض على الفتنة أو الكراهية بين طوائف المجتمع: مما يؤسف عليه أن معظم الصور والمقاطع والتعليقات التي نلاحظها تُكتب أو تُضاف أو تنزل على جدران مواقع التواصل الاجتماعي كتويتر والفيس بوك والانستغرام وغيرها أو على مواقع شبكة الإنترنت ومنتدياتها، أو المحتويات التي يتم تبادلها بين الأطراف عبر المجموعات، أو المحتويات التي تبث عبر القنوات الفضائية، أصبحت ساحة حقيقية لإثارة الفتن وبث روح الكراهية بين أفراد المجتمع وأطيافه. وهذه الإثارة إما أن تكون قائمة على أساس التفرقة الدينية أو المذهبية، أو تكون قائمة على أساس التفرقة الاجتماعية بين القبلية والحضرية، وقد تكون في بعض الأحيان قائمة حتى

(٦١) يؤخذ على المشرع الكويتي أنه اكتفى بالإشارة إلى تطبيق أحكام القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن المطبوعات والنشر، في حين لم يشير إلى القانون رقم ٦١ لسنة ٢٠٠٧ بشأن الإعلام المرئي والمسموع الذي تناول في المادة ١١ منه ذات النماذج الإجرامية المنصوص عليها في قانون المطبوعات والنشر.



على أساس الجنس. ومما لا شك فيه أن هذه الممارسات جميعها تضع المجتمع في مرحلة ممهدة للانهايار والتفكك الاجتماعي بسبب ما يمكن وصفه بالعنف الفكري أو العنف الاجتماعي أو العنف اللفظي الذي يطلقه أصحاب هذه المحتويات. لذلك واجه المشرع الكويتي هذه النماذج في المادة ٦ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث نصت على أنه "يعاقب بحسب الأحوال بالعقوبة المنصوص عليها في البنود (١، ٢، ٣) من المادة السابعة والعشرين من قانون المطبوعات والنشر المشار إليه، كل من ارتكب عن طريق الشبكة المعلوماتية أو باستخدام وسيلة من وسائل تقنية المعلومات المنصوص عليها في هذا القانون أحد الأفعال بحسب الأحوال المبينة بالمواد (١٩، ٢٠، ٢١) من القانون المشار إليه".

وقد بين قانون المطبوعات والنشر في البند ٧ من المادة ٢١ ما نصه "يحظر نشر كل ما من شأنه: ٧... - المساس بكرامة الأشخاص أو حياتهم أو معتقداتهم الدينية والحض على كراهية أو ازدراء أي فئة من فئات المجتمع".

نستفيد من هذا النص أن المشرع أراد المحافظة على روابط المجتمع الكويتي الذي تختلف فيه الأعراق والمذاهب والديانات، وذلك بما يضمن وحدته الوطنية وعدم المساس بها، فجرم أي سلوك من شأنه أن يزعزع السلام الاجتماعي بإثارة الفتن والنعرات الطائفية. وقد استغل البعض ما لأدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات من مكنات عديدة تسهل لهم تحقيق رغباتهم الإجرامية المتمثلة في النيل من هذه الوحدة<sup>(٦٢)</sup>.

(٦٢) لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الكويتي أفرد قانوناً خاصاً جرم فيه كل ما يمس الوحدة الوطنية وهو القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية، وهذا يدعو إلى الاستغراب في عدم قيام المشرع بالإحالة إلى هذا القانون على الرغم من صدوره في فترة سابقة على صدور قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات هذا من ناحية. وإشارته من ناحية أخرى إلى ارتكاب أنشطة إجرامية عبر أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات في قانون الوحدة الوطنية. وقد نصت مادته الأولى على أنه "يحظر القيام أو الدعوة أو الحض بأي وسيلة من وسائل التعبير المنصوص عليها في المادة (٢٩) من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء، على كراهية أو ازدراء أي فئة من فئات المجتمع أو إثارة الفتن الطائفية أو القبلية أو نشر الأفكار الداعية إلى تفوق أي عرق أو جماعة أو لون أو أصل أو مذهب ديني أو جنس أو إذاعة أو نشر أو طبع أو التحريض على عمل من أعمال العنف لهذا الغرض أو نسب بث أو إعادة بث أو إنتاج أو تداول أي محتوى أو مطبوع أو مادة مرئية أو مسموعة أو بث إشاعات كاذبة تتضمن ما من شأنه أن يؤدي إلى ما تقدم، كما تسري أحكام الفقرة السابقة على كل شخص يرتكب خارج إقليم دولة الكويت فعلاً يجعله فاعلاً أصلياً أو شريكاً في الجريمة إذا وقعت كلها أو بعضها في إقليم دولة الكويت. ويعد من وسائل التعبير الشبكات المعلوماتية والمدونات التي تنشر عليها وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة".

لذلك اشترط المشرع لقيام الركن المادي ارتكاب الجاني النشاط الإجرامي المتمثل في سلوك الحض على الكراهية، وتعني بث أو إثارة روح البغضاء والعداوة تجاه فئة من فئات المجتمع كالدعوة إلى عدم التعامل معهم أو مقاطعتهم أو إلى غير ذلك من ممارسات تهدف إلى شق الوحدة أو الفرقة، أو سلوك الازدراء ويعني الاحتقار والاستهانة والحق من قدر إحدى فئات المجتمع<sup>(٦٣)</sup>.

كما اشترط المشرع أيضاً ارتكاب الأنشطة المجرمة بواسطة إحدى أدوات تقنية المعلومات أو شبكات الاتصالات والتي يمكن أن تتحقق من خلالها فكرة العلانية بمجرد نشر المحتوى المجرم أو بثه أو كتابته على الموقع ليكون بعد ذلك متاحاً للمتابعين.

وقد نص المشرع الكويتي صراحة في المادة الأولى من قانون حماية الوحدة الوطنية على اعتبار شبكة الإنترنت ومواقعها وغيرها من وسائل الاتصالات الحديثة من وسائل التعبير التي يتحقق فيها مفهوم العلانية، حيث نصت على أنه "ويعد من وسائل التعبير الشبكات المعلوماتية والمدونات التي تنشر عليها وغيرها من وسائل الاتصالات الحديثة". وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية على هذا المبدأ فاعتبرت شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي مكاناً عاماً، وصدرت العديد من الأحكام القضائية التي تبنت هذا المبدأ في حيثيات أحكامها، منها ما صدر عن المحكمة الكلية دائرة الجنايات بتاريخ ٢٩/٥/٢٠١٣: "أنه من المستقر عليه بقضاء التمييز أن ما يطلق من عبارات من مستخدمي شبكة الإنترنت الدولية على برنامج التواصل الاجتماعي (تويتر) يعتبر في حكم المكان العام"<sup>(٦٤)</sup>.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة؛ فيلزم توافر القصد العام الذي يتطلب توافر عنصرين الأول يتمثل في العلم أي علم الجاني بأن سلوكه يدعو إلى الحض أو إثارة الفتنة عن طريق نشر أو بث محتوى يتضمن كراهية أو ازدراء تجاه فئة من فئات المجتمع مستخدماً أدوات تقنية المعلومات أو شبكات الاتصالات أو المواقع الإلكترونية. والعنصر الثاني وهو الإرادة ويتطلب بعد علم الجاني انصراف إرادته نحو إتمام السلوك الإجرامي.

(٦٣) راجع: د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، جرائم النشر في ضوء قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ وفي ضوء قانون الجزاء، الطبعة الأولى - ٢٠٠٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧٩ وما بعدها.

(٦٤) حكم المحكمة الكلية الكويتية الصادر في الجلسة المنعقدة بיום ٢٩/٥/٢٠١٣ بشأن القضية رقم ٢٧٦/٢٠١٢ جنایات أمن دولة - جنایات/٧، ص ٧. تمييز ٢٧٥/٢٠٠٨ جزائي، ص ٤.

أما بالنسبة للعقوبة المقررة، فقد نصت عليها المادة ٢٧ من قانون المطبوعات والنشر حيث نصت على أنه "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب رئيس التحرير وكاتب المقال أو المؤلف:

١ - إذا نشر في الصحيفة ما حظر في المادة (١٩) بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

٢ - إذا نشر في الصحيفة ما حظر في المادة (٢٠) بالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار.

٣ - إذا نشر في الصحيفة ما حظر في المادة (٢١) بالغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار.

٤ - يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف عن كل مخالفة أخرى لأحكام الفصل الثاني من هذا القانون.

ويجوز للمحكمة الجزائية في أي من الحالات السابقة أن تأمر بإلغاء الترخيص أو تعطيل الصحيفة مدة لا تزيد على سنة واحدة ومصادرة العدد المنشور وضبط النسخة والدعامة الأصلية المثبت عليها وإعدامها وإغلاق المطبعة المستخدمة في الطبع".

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ماذا لو كان مرتكب الفعل شخصاً طبيعياً وليس اعتبارياً، وبمعنى آخر ماذا لو قام شخص طبيعي بنشر العبارات المجرمة على صفحة الفيسبوك أو تويتر على صفحته الشخصية، فأي قانون يكون واجباً للتطبيق؟

باختصار شديد إن القانون الواجب التطبيق هو القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية، حيث نصت المادة ٢ منها على أنه "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب كل من يرتكب فعلاً يخالف الحظر المنصوص عليه في المادة الأولى من هذا القانون بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على مائة ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويحكم بمصادرة الوسائل والأموال والأدوات والصحف والمطبوعات المستعملة في ارتكاب الجريمة، وتضاعف العقوبة في حالة العود"<sup>(٦٥)</sup>.

ب - محتويات تتضمن المساس بالرموز والمعتقدات الدينية: نقصد بالرموز الدينية كل

(٦٥) نص المادة الأولى مشار إليها في الهامش رقم (٦١) صفحة رقم (٤٣).

ما يتعلق بالذات الإلهية وبنبينا عليه أفضل الصلاة والسلام والرسول والأنبياء عليهم السلام والقرآن الكريم والصحابة رضوان الله عليهم وزوجات النبي صلى الله عليه وسلم وجميع آل البيت عليهم السلام. أما المعتقدات فهي تعني القدر من الارتباط بأمر معين أو تصديقه بشكل جازم<sup>(٦٦)</sup>.

وهذه الرموز والمعتقدات مع الأسف الشديد لم تسلم من الطعن أو التجريح بها من قبل البعض، فبين الفينة والأخرى يظهر لنا من يمس برموز ديننا الحنيف ومعتقداتنا عبر شبكة الإنترنت أو عبر مواقع التواصل الاجتماعي أو على موقع اليوتيوب أو غيرها من منابر الفتنة. وقد تصدى القضاء الكويتي للعديد من القضايا التي أثارت بهذا الشأن ومثلها قيام أحد الأشخاص بإذاعة عبارات تضمنت تجريحاً للرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته رضي الله عنهم وأم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، وقد أدانته محكمة الجنايات الكويتية حيث قررت إنزال عقوبة الحبس مدة عشر سنوات مع الشغل والنفاد ومصادرة أدوات الجريمة<sup>(٦٧)</sup>.

لذلك جرم المشرع الكويتي هذا السلوك في إطار المادة ١٩ من قانون المطبوعات والنشر، وأشارت إليها المادة ٦ من قانون جرائم تقنية المعلومات، حيث نصت المادة ١٩ على أنه "يحظر المساس بالذات الإلهية أو القرآن الكريم أو الأنبياء أو الصحابة الأخيار أو زوجات النبي صلى الله عليه وسلم أو آل البيت عليهم السلام بالتعريض أو الطعن أو السخرية أو التجريح بأي وسيلة من وسائل التعبير المنصوص عليها في المادة ٢٩ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠".

إذاً يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإطلاق عبارات نصية أو صوتية أو صور أو مقاطع تتضمن تحقيراً أو سخرية أو ازدراء يتعمد فيها الجاني إثارة مشاعر الآخرين، وذلك على النحو الذي يثير مشاعر طائفة أخرى وإشاعة الفتنة في المجتمع الكويتي، وليس ذلك فحسب بل قد تصل أيضاً إلى الإضرار بالعلاقات بين الكويت ودول أخرى، وقد أدانت محكمة الجنايات الكويتية بحبس أحد الأشخاص أربع سنوات لبثه عبارات ضد إحدى الدول الخليجية عبر موقعه الخاص "تويتر"<sup>(٦٨)</sup>. كذلك يشترط

(٦٦) انظر: د. طارق عبد الرؤوف صالح، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٦٧) تمييز ٢٠١٤/٧/٢١ طعن رقم ٢٠١٣/٧٤٦ جزائي/٢.

(٦٨) حكم المحكمة الكلية الكويتية الصادر في الجلسة المنعقدة بيوم ٢٠١٤/١٢/٣٠ بشأن القضية رقم ٢٠١٤/١١ جنايات أمن دولة - جنايات/٤، ص ١٣.



لقيام الجريمة ارتكابها عن طريق إحدى وسائل تقنية المعلومات أو شبكات الاتصالات المختلفة أو عبر المواقع الإلكترونية والتي يمكن أن يتحقق من خلالها ركن العلانية كما وضعنا سلفاً.

وتعتبر هذه الجريمة عمدية، يلزم فيها توافر القصد الجنائي العام الذي يتطلب توافر عنصرين الأول العلم أي علم الجاني بأن سلوكه يتمثل في الطعن بالرموز أو المعتقدات الدينية عبر تلك الأدوات وذلك لإطلاع الغير عليها سواء في إطار (القروب) الذي يشترك فيه الجاني أم في مكان آخر يستطيع أن يدلي بدلوه، فالعلانية تتحقق باعتبار شبكة الإنترنت والمواقع الإلكترونية وشبكات التواصل مكاناً عاماً متى استطاع الغير الاطلاع عليها. أما العنصر الثاني فيتمثل في اتجاه الإرادة نحو ارتكاب الجريمة، ويكفي لثبوت القصد أن تكون التعليقات أو الصور أو المقاطع التي تدل على المساس بالرموز أو المعتقد الديني، ما لم يثبت أن ذلك كان بقصد النقد العلمي الخالص، وأيضاً ما يثبت حسن نيته عند طرح التعليق أو المقطع<sup>(٦٩)</sup>، وذلك وفقاً لنص المادة ١١٢ من قانون الجزاء<sup>(٧٠)</sup>. فقد قضت محكمة الاستئناف الكويتية بشأن إحدى القضايا ببراءة أحد المشايخ من ازدراء أحد المذاهب في الكويت من خلال مقاطع بثت على موقع يوتيوب، وقد عبرت المحكمة بقولها "وترى المحكمة أنه وإن كانت عبارة المتهم قد اشتدت في بعض مواضعها إلا أنه استند إلى آراء وأحكام لها أصولها من وجهة نظره في المراجع الفقهية وأمها كتب الفقه... وجاء حديثه خلواً بما يتضمن حضاً على كراهية أو ازدراء أبناء الطائفة... في البلاد، ولم تستشعر المحكمة أن إرادة المتهم قد اتجهت إلى إثارة مشاعر الكراهية لدى أفراد تلك الطائفة أو الطعن في عقيدتهم... وحيث إن المادة ٤١ من قانون الجزاء قد جرى نصها على أنه "يعد القصد الجنائي متوافراً إذا ثبت اتجاه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة وإلى إحداث النتيجة التي يعاقب القانون عليها في هذه الجريمة" وقد استندت المحكمة ببعض العبارات الدالة على حسن نية المتهم<sup>(٧١)</sup>.

(٦٩) للمزيد من التفاصيل حول النقد المباح راجع: د. طارق عبد الرؤوف رزق، المرجع السابق، ص ١٤٥ و ٢٦٥ وما بعدها.

(٧٠) تنص المادة ١١٢ جزاء على أنه " لا جريمة إذا أُنِيعَ بحث في دين أو في مذهب ديني، في محاضرة أو مقال أو كتاب علمي، بأسلوب هادئ متزن خال من الألفاظ المثيرة، وثبت حسن نية الباحث باتجاهه إلى النقد العلمي الخالص".

(٧١) حكم محكمة الاستئناف حكم رقم ٢٠١٥/٤٠٨٢، في الجلسة المنعقدة في ١٦ يناير ٢٠١٧، رقم ٢٠١٤/٧٥١/ج، ٢٠١٤/٣٨٧، المباحث. ص ١٢ و ١٣.

وقرر المشرع وفقاً للبند الأول من المادة ٢٧ من قانون المطبوعات والنشر، إنزال عقوبة الحبس الذي لا تتجاوز مدته سنة واحدة وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف ولا تزيد عن عشرين ألف أو بإحدى هاتين العقوبتين، متى نشرت المواد المحظورة عبر الصحف، وهنا يظهر عجز نص المادة ٦ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، عن مواجهة بث المحتوى عبر القنوات الفضائية لا سيما وأن الأخيرة بدت تعتمد كثيراً على تلك الأدوات في خدماتها.

أما إذا كانت الجريمة مرتكبة من قبل شخص عادي، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون حماية الوحدة الوطنية الصادر سنة ٢٠١٢، الذي تقرر مادته الأولى عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على مائة ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين باعتبارها العقوبة الأشد مقارنة بالمادة ١١١ جزاء<sup>(٧٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### نماذج إجرامية تتعلق بالأعمال الإرهابية<sup>(٧٣)</sup>

استطاعت التنظيمات والجماعات الإرهابية استغلال أدوات تقنية المعلومات

(٧٢) تنص المادة ١١١ من قانون الجزاء الكويتي، على أنه " كل من أذاع، بإحدى الطرق العلنية المبيّنة في المادة ١٠١، آراء تتضمن سخرية أو تحقيراً أو تصغيراً لدين أو مذهب ديني، سواء كان ذلك بالطنع في عقائده أو شعائره أو طقوسه أو في تعاليمه، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تتجاوز خمسة وسبعين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

(٧٣) عرف المشرع الكويتي العمل الإرهابي في القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن غسل الأموال وتمويل الإرهاب، فقد نصت المادة الأولى منه بأن " كل فعل أو شروع في ارتكابه بدولة الكويت أو في أي مكان آخر ارتكب في الحالات التالية:

أ - إذا كان الفعل بهدف قتل شخص مدني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة عندما يكون غير مشترك في أعمال عداوية في حالة نشوب نزاع مسلح، ويكون غرض هذا العمل ترويع جماعة سكانية أو إرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به.

ب- إذا كان الفعل يشكل جريمة وفقاً للتعاريف المنصوص عليها في الاتفاقيات أو البروتوكولات الدولية التالية:

١- اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات (١٩٧٠) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٧٩.

٢- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني (١٩٧٥) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (٦٢) لسنة (١٩٧٩).

=

وشبكات الاتصالات في تنفيذ أعمالها<sup>(٧٤)</sup>، بل ودعمت برامجها المختلفة من خلال نشر وبث أفكارها ومبادئها الهادمة للمجتمع عبر مواقع وشبكة الإنترنت، وقد أصبح موقع يوتيوب على سبيل المثال أحد المنابر الإعلامية التي تعتمد عليها تلك الجماعات في بث ونشر تلك الأفكار ابتداء بالأحاديث أو الدعوات التي تدعو إلى قتل الأقربين للانضمام إلى تلك التنظيمات الإجرامية، مروراً بتصوير مقاطع وصور توضح العمليات

= ٣- اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون، والمعاقبة عليها (١٩٧٣) بالمرسوم بقانون رقم (٧٢) لسنة (١٩٨٨).

٤- الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن (١٩٧١) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (٧٣) لسنة (١٩٨٨).

٥- البروتوكول المتعلق بقمع أعمال العنف غير المشروعة في المطارات التي تخدم الطيران المدني الدولي الموافق عليه بالمرسوم بقانون رقم (٧١) لسنة (١٩٨٨) المكمل لاتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني (١٩٨٨) الموافق عليه بالقانون رقم (٦) لسنة (١٩٩٤).

٦- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية (١٩٨٨) الموافق عليها بالقانون رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٣).

٧- البروتوكول المتعلق بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنشآت الثابتة الموجودة على الجرف القاري (١٩٨٨) الموافق عليها بالقانون رقم (١٦) لسنة (٢٠٠٣).

٨- الاتفاقية الدولية للحماية المادية للمواد النووية (١٩٨٠) الموافق عليها بالقانون رقم (١٢) لسنة (٢٠٠٤).

٩- الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل (١٩٧٧) الموافق عليها بالقانون رقم (٢٧) لسنة (٢٠٠٤).

أي اتفاقية دولية أخرى، أو بروتوكول دولي آخر، يتعلق بالإرهاب أو تمويله صادقت عليه دولة الكويت وتم نشر قانونها في الجريدة الرسمية.

(٧٤) عرف القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، المقصود بالإرهابي والمنظمة الإرهابية في المادة الأولى، بأن الإرهابي هو "أي شخص طبيعي - سواء كان في الكويت أو في الخارج يقوم بما يلي:

١. ارتكاب فعل إرهابي وفقاً لأحكام هذا القانون بشكل مباشر أو غير مباشر.

٢. الاشتراك في عمل إرهابي.

٣. تنظم ارتكاب عمل أو توجيه أشخاص آخرين لارتكابه.

٤. المساهمة عمداً في ارتكاب عمل إرهابي من قبل شخص أو مجموعة أشخاص يعملون بغرض مشترك، إما بهدف توسيع العمل الإرهابي مع العلم بنية الشخص أو مجموعة الأشخاص في ارتكاب العمل الإرهابي". ..

وأما المنظمة الإرهابية فقد عرفها بأنها "أي مجموعة من الإرهابيين - سواء كانوا في الكويت أو في الخارج - يقومون بأي من الأعمال المذكورة في التعريف السابق".

التي يقومون بتنفيذها كالإعدامات والكمائن وغيرها لتصور لضعاف النفوس بأن هذا جهاداً في سبيل الله، ووصولاً إلى كيفية صنع قنابل المولوتوف أو العبوات الناسفة أو غيرها.

وقد تصدى المشرع الكويتي لحماية المجتمع من هذه الآفات وذلك بتجريم هذه الأنشطة في إطار المادة ١٠ من القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث نصت على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف دينار ولا تجاوز خمسين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أنشأ موقعاً لمنظمة إرهابية أو لشخص إرهابي أو نشر عن أيهما معلومات على الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات ولو تحت مسميات تمويلية، لتسهيل الاتصالات بأحد قياداتها أو أعضائها، أو ترويج أفكارها، أو تمويلها، أو نشر كيفية تصنيع الأجهزة الحارقة، أو المتفجرة، أو أية أدوات تستخدم في الأعمال الإرهابية.

وبالنظر إلى نص المادة نجد أن المشرع اشترط لقيام الركن المادي ارتكاب المتهم أحد الأنشطة الواردة في النص وهي إنشاء موقع إلكتروني خاص بالمنظمة الإرهابية بهدف إخفاء طبيعة الأنشطة التي يمارسونها تحت مسميات تمويلية أو مستترة، وليس ذلك فحسب بل قد تكون تلك الأنشطة ظاهرة عبر مواقع إلكترونية شهيرة ما زالت تبث وتنشر سمومها المتطرفة. أو يكون هذا الموقع يعود لشخص إرهابي يحمل الأفكار ذاتها فيقوم بعرض تلك السموم على الجمهور لا سيما على الصغار منهم الذين يسهل التفرير بهم عن طريق الألعاب الإلكترونية كلعبة "سهيل الصوارم" وقد أشرنا إليها سالفاً<sup>(٧٥)</sup>. فهذه المواقع - وبحق - تلعب دوراً كبيراً في نشر الأفكار المتطرفة والترويج لها على نطاق واسع بحيث تصل بفكرتها إلى أكبر قدر ممكن من الأشخاص. وقد قضت محكمة الجنايات الكويتية بمعاينة شخص انضم إلى (حزب التحرير التكفيري) بالحبس مدة ثلاث سنوات وأربعة أشهر لقيامه بالتحريض علناً عبر موقع يوتيوب، وذلك عن طريق الكتابة حيث نشر ما يدعو إلى اعتناق مذاهب تقوض النظم الأساسية للدولة<sup>(٧٦)</sup>. بجانب ذلك تساهم هذه المواقع في

(٧٥) انظر صفحة رقم (١٠) من البحث.

(٧٦) حكم المحكمة الكلية الكويتية الصادر في الجلسة المنعقدة بيوم ٢٤/١٢/٢٠١٤ بشأن القضية رقم ٢٠١٤/١٣ - جنايات أمن دولة - جنايات/٧، ص ١٣.



تسهيل عمليات الاتصال والتواصل بين القيادات وأعضاء الجماعات الإرهابية، وأيضاً في عمليات تمويلها تحت غطاء التبرعات أو الأعمال الخيرية<sup>(٧٧)</sup>.

وهذه الجريمة عمدية يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي العام الذي يتطلب توافر عنصرين هما العلم والإرادة، أما العلم فيعني علم الجاني بأنه ينشأ موقعاً لجماعة إرهابية باعتباره عضواً منتماً لها، أو علمه بأن المشاركين في موقعه هم من الجماعات الإرهابية، لأنه صاحب الموقع، أو إذا كان يجهل هوية المشاركين في موقعه، فإن القصد الجنائي لا يتوافر بحقه. وكمال القصد لا يستقيم إلا إذا توافر عنصر الإرادة فبعد علم الجاني تتجه إرادته إلى تسهيل اتصالات الجماعة، أو الترويج لأفكارها ومعلوماتها أو تمويلها. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل تكتمل صورة القصد الجنائي في هذه الجريمة تحديداً؟

إن الجرائم التي ترتكبها الجماعات الإرهابية دائماً ما تحمل في طياتها العزم على تحقيق غايات معينة، وبمفهوم آخر إن جرائم الإرهاب تحديداً دائماً ما يأخذ القصد الجنائي فيها صورة القصد الخاص والتي تتمثل في غالب الأحوال في تقويض النظام أو المصالح الأساسية للدولة، وفي ذلك عبرت محكمة الجنايات في ذات الحكم المشار إليه سالفاً بقولها: "... وليس من شك في أن حزب التحرير يُعتبر في نظر القانون الجزائي جماعة محظورة، وذلك لأن أي تشكيل جماعي من الناس يرمي إلى هدم النظم الأساسية في الدولة وعرقلة المبادئ المستقرة بين أفرادها حكومة وشعباً من أجل تحقيق أهداف غير مشروعة إنما يرمي إلى فعل إجرامي وهو الذي تناوله المشرع بالخطر..."<sup>(٧٨)</sup>.

وأما بالنسبة للعقوبة المقررة لهذه الجريمة، فقد قرر المشرع توقيع عقوبة الحبس الذي لا تتجاوز مدته عشر سنوات، وغرامة لا يقل حدها الأدنى عن عشرين ألف دينار ولا تتجاوز خمسين ألف دينار أو توقيع إحدى هاتين العقوبتين.

ويكون للقاضي الخيار في الحكم بين الحدين الأدنى والأقصى لعقوبة الحبس، والخيار أيضاً في الحكم بين الحدين الأدنى والأقصى لعقوبة الغرامة، ويجوز للقاضي أن يختار في توقيع إحدهما على الجاني.

(٧٧) عرفت المادة الأولى من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن غسل الأموال وتمويل الإرهاب، المقصود بتمويل الإرهاب بأنه أي فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة ٣ من هذا القانون.

(٧٨) الحكم المشار إليه سالفاً في الهامش رقم (٧٥)، ص ١٠.

وعلاوة على ذلك، يعاقب الفاعل بالعقوبة المنصوص عليها في المادة ١٣ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات والتي تنص على جواز مصادرة الأجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو الأموال المتحصلة منها.

كما يجوز الحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي ارتكب فيه أي من هذه الجرائم إذا كان ارتكابها قد تم بعلم مالئها وذلك بمدة لا تزيد على سنة بحسب الأحوال، ويكون الحكم بإغلاق المحل أو الموقع إذا تكرر ارتكاب الجريمة.

### المطلب الثالث صور العنف الإلكتروني الموجه ضد الدولة

تعتبر الدولة من بين الأهداف التي يسعى البعض إلى زعزعة الاستقرار فيها داخلياً كان أو خارجياً. وسنحاول التركيز على أهم الاعتداءات التي تتضمن فكرة العنف الموجه ضد الدولة وقد واجهها القضاء بالعديد من الأحكام الصادرة عنه استناداً لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء والقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن المطبوعات والنشر، واللذين أشار إليهما قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

ولذلك سنتناول ثلاثة نماذج لكل منها فرعٌ كاملٌ، الأول سنبين فيه جريمة التعرض لشخص الأمير، والثاني نخصصه لجريمة التحريض على الإضرار بالعلاقات الخارجية لدولة الكويت، أما الثالث والأخير فسوف نخصصه للتحريض على قلب نظام الحكم.

### الفرع الأول التعرض لشخص أمير البلاد بالنقد

إن التعرض لشخص أمير الدولة بالنقد سواء بالإيجاب أم بالسلب أمر لا يجيزه الدستور والقانون، فالأمير له مطلق الحرية في التعامل وبالشكل الذي يريده ويراه متوافقاً مع مصلحة البلاد، كما لا يجوز أن يُنسب له قول أو فعل حول موضوع معين إلا إذا حصل ناشره على إذن من الديوان الأميري.

لذلك نصت المادة ٢ من الدستور على أنه "الأمير رئيس الدولة، وذاته مصونة لا تمس"، ونصت المادة ٢٠ من قانون المطبوعات والنشر على أنه "لا يجوز

التعرض لشخص أمير البلاد بالنقد، كما لا يجوز أن ينسب له قول إلا بإذن خاص مكتوب من الديوان الأميري". ونصت المادة ٢٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء، على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات كل من طعن علناً أو في مكان عام، أو في مكان يستطيع فيه سماعه أو رؤيته من كان في مكان عام عن طريق القول أو الصياح أو الكتابة أو الرسوم أو الصور أو أية وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الفكر، في حقوق الأمير وسلطته، أو عاب في ذات الأمير، أو تناول على مسند الإمارة".

ومفاد هذه النصوص إن مسألة التعرض للأمير أو الاعتراض على تصرفاته من السلوكيات المحظورة دستورياً ومجرمة جزائياً. فالعلة من التجريم هو احترام رمز الدولة وصد أي محاولة لزرع البغضاء بين الحاكم والمحكوم. فالسلوك الإجرامي وفقاً لنص المادتين ٢٠ و ٢٥ ذو طبيعة معنوية تتجسد في إطلاق العبارات أو الكتابات أو الأصوات أو الصور التي قد تكون عنيفة كونها تتضمن تجريحاً من شأنه أن يمس أو يسيء إلى رمز الدولة وبكرامته.

وقد دأب بعض مستخدمي أجهزة تقنية المعلومات وشبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي، إلى مخالفة مفردات هذه النصوص، بإطلاق ألفاظ أو تعليقات أو غيرها مما يحمل مظاهر التطاول بحقوق الآخرين متستريين وراء دوافع حرية التعبير عن الرأي والفكر، في حين عبارات البعض أو مقاطعه قد تخرج أصلاً عن مبادئ الأخلاق وليس فقط النقد.

لذلك قرر المشرع الكويتي التأكيد على هذه الحماية بالإشارة في نص المادة ٦ من قانون جرائم تقنية المعلومات، إلى تطبيق العقوبات المقررة في البنود ٢ و ٣ من المادة ٢٧ قانون المطبوعات والنشر متى ارتكب الفعل المحظور في المادة ٢١ من ذات القانون عن طريق الشبكة المعلوماتية أو باستخدام وسيلة من وسائل تقنية المعلومات.

يشترط لقيام الركن المادي في هذه الجريمة توافر صفة في المجني عليه وهي رئيس الدولة، فبدون هذه الصفة لا يمكن القول بتطبيق النص، وبأن تُمارس ضده أفعالاً تتضمن التعرض لحقوقه وسلطته المستمدة أصلاً من الدستور والقانون، ونلاحظ أن المشرع لم يحدد نوع هذه الأفعال أو شكلها، وحسناً فعل المشرع بعدم تحديده لتلك الأفعال لضمان مرونة النص، وبالتالي يستوي وقوع الأفعال المجرمة كما قلنا بالألفاظ أو التعليقات أو الصور أو مقاطع الفيديو أو المقاطع الصوتية التي تعبر بطبيعة الحال عن التعرض لحقوق الأمير وسلطته، وكذلك اشترط المشرع ارتكاب

الأفعال المجرمة عن طريق أدوات تقنية المعلومات أو شبكة الإنترنت أو مواقع التواصل الاجتماعي. ومن الأمثلة التي يمكن أن نسوقها حول هذا الموضوع ما قضت به محكمة الجنايات الكويتية بمعاقبة شخص بالحبس مدة ثلاث سنوات مع شمول الحكم بالنفاذ الفوري بسبب قيامه بالطعن علناً من خلال نشر أربعة مقاطع صوتية ومصورة عبر تطبيق " سناب شات " أصبحت على مرأى ومسمع جميع المتابعين، احتوت على السخرية من اختيارات الأمير لأعضاء الحكومة، واشتملت أيضاً على ألفاظ وعبارات تقلل من واجب الاحترام والتقدير<sup>(٧٩)</sup>.

وتعتبر هذه الجريمة عمدية لأنها تتخذ صورة القصد الجنائي العام، الذي يتطلب توافر عنصري العلم، أي علم الجاني بحقيقة ما صدر منه من مصطلحات تتجاوز حدود النقد لترتقي إلى حد التجريم، وعلمه أيضاً بأن تلك المصطلحات موجهة لشخص الأمير وتتعلق بحقوقه وصلاحياته، وعلمه أيضاً بأن هذا المحتوى الذي وضعه سيطلع عليه الغير، وقد قضى بأنه "... وحسب ما شهد به مجري التحريات النقيب.... وطالعه وتفحصته المحكمة عبارات وألفاظ من شأنها الطعن بوضوح في حقوق الأمير وسلطته والتجريح به وبما يمس هيئته حول اختياره لرؤساء الحكومة المتعاقبين والوزراء وهو ما يؤذي الشعور بعدم التوقير لمقام سمو الأمير سيما وأن المتهم تعمد الجهر في تلك الألفاظ ونشرها بأقصى الحدود.... وهو عالم على حد تعبيره وقوله أن هذا الاختيار إنما يدخل ضمن حقوق سموه وسلطاته دون أن تشتمل تلك الألفاظ الصادرة منه على ما يعد في حكم النقد المباح الذي هو مجرد إبداء الرأي في أمر أو عمل دون أن يكون فيه مساس بشخص صاحب الأمر"<sup>(٨٠)</sup>. وبالتالي لا عبرة بالباعث في هذه الجريمة، بل يكفي لقيامها بعد علم الجاني بتصرفه اتجاه إرادته نحو التدخل في تلك الصلاحيات أو الحقوق الممنوحة للأمير من الدستور والقانون.

وأما العقوبة المقررة فقد قرر المشرع إحالة النظر فيها إلى العقوبات الواردة في البنود ٢١ و ٢٢ من المادة ٢٧ من قانون المطبوعات والنشر، والتي تقضي بمعاقبة رئيس التحرير وكتائب المقال أو المؤلف على النحو التالي:

١ - إذا نشر في الصحيفة ما حظر في المادة ١٩ يُعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة

(٧٩) حكم المحكمة الكلية الكويتية الصادر في الجلسة المنعقدة ببيوم ٢٠/٩/٢٠١٦ بشأن القضية

رقم ٢٠١٦/٣ جنایات أمن دولة- جنایات/٤، ص ٨.

(٨٠) الحكم ذاته مشار إليه في الهامش، ص ٦، ٥.



- واحدة وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين.
- ٢ - إذا نشر في الصحيفة ما حظر في المادة ٢٠ يُعاقب بالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار.
- ٣ - يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينار عن كل مخالفة أخرى لأحكام الفصل الثاني من هذا القانون.
- ويجوز للمحكمة أن تأمر كعقوبة جوارية بإلغاء الترخيص أو تعطيل الصحيفة مدة لا تزيد على سنة واحدة ومصادرة الأعداد والدعائم وإغلاق المطبعة".
- والواضح من هذه العقوبات أن المشرع خصصها لرئيس التحرير أو كاتب المقال أو مؤلف المادة، وهو ما يحال النظر في تطبيقها إذا كانت الصحيفة إلكترونية، وبالتالي فإن هذه العقوبات لا تناقض ارتكاب الجريمة من المستخدم العادي.
- لذلك فإن القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الأحوال يكون وفقاً لأحكام المادة ٢٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء<sup>(٨١)</sup>.
- وأيضاً القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠١ بشأن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية وأجهزة التنصت الذي سنشير إليه في نهاية هذا البحث، وتطبق العقوبة الأشد عملاً بنص المادة ٨٤/١ من قانون الجزاء الكويتي.

## الفرع الثاني

### الإضرار بالعلاقات الخارجية بين الكويت والدول الأخرى

استخدم البعض أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات كمنافذ لهم للتعبير عن آرائهم التي قد تمس بشكل أو بآخر بإحدى الدول التي ترتبط مع دولة الكويت بعلاقات دولية وإقليمية بصرف النظر عن مدى قوة هذه العلاقات أكانت علاقات قوية

(٨١) تنص المادة ٢٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات كل من طعن علناً أو في مكان عام، أو في مكان يستطيع فيه سماعه أو رؤيته من كان في مكان عام عن طريق القول أو الصياح أو الكتابة أو الرسوم أو الصور أو أية وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الفكر، في حقوق الأمير وسلطته، أو عاب في ذات الأمير، أو تناول على مسند الإمارة".

أو بسيطة، وبصرف النظر عن شكل أو نوع هذه العلاقات التي قد تكون مبنية على اتفاقيات ثنائية أو جماعية.

وتداركاً للانفتاح بين الحدود الجغرافية للدول وسهولة انتقال وتداول المحتويات وصعوبة السيطرة عليها، فقد حرص المشرع على حماية هذه العلاقات من خلال تجريم السلوكيات التي من شأنها أن تؤثر على العلاقات مع دولة الكويت متى وقعت عبر أجهزة تقنية المعلومات أو شبكات الاتصالات، وذلك في البند التاسع من المادة ٢١ من قانون المطبوعات والنشر، والمشار إليها في المادة ٦ من قانون جرائم تقنية المعلومات، فقد نصت على أنه "يحظر نشر كل ما من شأنه.. ٩- الإضرار بالعلاقات بين الكويت وغيرها من الدول العربية أو الصديقة إذا تم ذلك عن طريق الحملات الإعلامية".

ومما لاشك فيه أن التعليقات النصية أو المشاهد أو الصور التي يتم نشرها أو بثها على مواقع ومنديات شبكة الإنترنت كالعبارات المسيئة أو غير اللائقة التي تتضمن ألفاظاً أو صوراً عنيفة قد توجه إلى أحد رؤساء الدول أو أحد ممثلي البعثة الدبلوماسية لها، مما تضرر بشكل كبير في العلاقات بين الكويت والدول الأخرى. ويُعتبر من بين إحدى المشكلات أو القضايا التي واجهها القضاء الكويتي منها ما قضت به محكمة الجنايات بمعاينة شخص أربع سنوات مع النفاذ، ومصادرة أدوات الجريمة عن جريمته التي ارتكبها بتسطير عبارات شائنة غرد فيها عبر تطبيق تويتر ضد إحدى دول الجوار<sup>(٨٢)</sup>.

وعلى ضوء ذلك، يشترط لقيام الركن المادي في هذه الجريمة ارتكاب نشاط إجرامي يتمثل في الإضرار بالعلاقات بين دولة الكويت والدول الأخرى عن طريق وسائل تقنية المعلومات أو عبر شبكة الإنترنت أو مواقع التواصل الاجتماعي بصرف النظر عن نوع النشاط أكان قذفاً أو سباً أو إهانة، بل يكفي فقط إلقاء العبارات أو التعليقات أو غيرها مما يحط من قدر الدول الأخرى أو المساس برموزها أو ممثليها، ليشكل عملاً عدائياً ضدها يستوجب ذلك اتهام الفاعل، وقد عبر القضاء الكويتي عن هذا النشاط واصفاً وقوعه عبر تلك الأدوات بأن المتهم "استخدم وسائل الاتصالات

(٨٢) حكم المحكمة الكلية الكويتية الصادر في الجلسة المنعقدة بيوم ٢٠١٤/١٢/٣٠ بشأن القضية رقم ٢٠١٤/١١ جنایات أمن دولة - جنایات/٤، ص١٣. وانظر أيضاً: حكم آخر صدر عن الفعل ذاته من المحكمة الكلية الكويتية في الجلسة المنعقدة بيوم ٢٠١٦/١٢/٢٧ بشأن القضية رقم ٢٠١٦/١٤ جنایات أمن دولة - جنایات/٧، ص١٥.

الهاتفية" جهازي الكمبيوتر والهاتف النقال" للنفاز لذلأ الموقع، وكتب فيه عبارات (تغريدات) اتسمت بالطابع العدائي وتضمنت عبارات وأقوال جاءت واضحة الألفاظ وصريحة الدلالة والمعنى على الإساءة...، ومن شأنها التأثير على العلاقة القائمة بينها وبين دولة الكويت، وتكدير صفو تلك العلاقة حين هاجم... وقضائها وادعى احتلاله لبعض الأراضي الكويتية...". كذلك يجب أن يكون النشاط علنياً بحيث يراه من يلج إلى الموقع أو الشبكة أو حتى فيما اصطلح بشأنه " القروب"، وقد عبر الحكم السابق بأن المتهم " استخدم الشبكة العالمية الإنترنت، التي يستطيع الدخول إليها أي شخص من أي مكان في العالم، وأن يقرأ ما يكتب فيها، وأنشأ موقعاً على تلك الشبكة العنكبوتية باسمه على موقع التواصل الاجتماعي (تويتر) وأعلن عن نفسه فيه بوضع صورته واسمه ورمز حسابه.."<sup>(٨٣)</sup>. ولا يشترط لقيام الجريمة تحقق النتيجة الإجرامية بل يكفي توافر السلوك محل التجريم.

أما ركنها المعنوي فإن صورته هي القصد الجنائي العام، أي أنها جريمة عمدية يتطلب فيها القصد عنصرين هما العلم والإرادة، ونعني بالعلم أن يكون الجاني عالماً بطبيعة نشاطه الإجرامي المتضمن نشر محتوى يسيء إلى دولة معينة أو رموزها أو ممثليها، وعلى النحو الذي قد تتأثر فيها العلاقات بين البلدين بسببه عبر أدوات تقنية المعلومات أو عبر شبكة الإنترنت، وعلمه أيضاً بأن هذا المحتوى سيعرض أمام الجمهور سواء من داخل الكويت أو من خارجها، ومع ذلك تتجه إرادته إلى ارتكاب النشاط العدائي.

وقد عبرت المحكمة الكلية عن هذا القصد في حكمها بأن المتهم " قد نشر تلك العبارات البالغ عددها ست عشرة تغريدة في حسابه على موقع التواصل الاجتماعي الإلكتروني (تويتر) عن طريق شبكة المعلومات الدولية، وكان ذلك بأسلوب عدائي موجه وقد استمر قرابة خمسة عشر يوماً من أواخر...، مع علمه بأنه موقع عالمي ومتاح للكافة مشاهدته من داخل وخارج الكويت، قاصداً إطلاع الغير عليها، إذ أن.. قد استنكرت وقدمت احتجاجاً رسمياً لوزارة الخارجية بشأن عبارات المتهم "تغريداته" بما ينبئ عن احتمال تأثر العلاقة الأخوية بين البلدين بسبب أفعال المتهم العدائية.."<sup>(٨٤)</sup>.

أما بالنسبة للعقوبة المقررة فقد أحالت المادة ٦ من قانون جرائم تقنية

(٨٣) حكم المحكمة الكلية الصادر بيوم ٢٠١٤/١٢/٣٠، المشار إليه في الهامش السابق، ص ١١.

(٨٤) حكم المحكمة الكلية الكويتية الصادر في الجلسة المنعقدة بيوم ٢٠١٤/١٢/٣٠ بشأن القضية رقم ٢٠١٤/١١، مشار إليه سابقاً، ص ١٢.

المعلومات، تطبيق العقوبات الواردة في المادة ٢٧ من قانون المطبوعات والنشر المشار إليها سالفاً والتي تقرر إنزال عقوبة الغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار، ولا تزيد عن عشرة آلاف وذلك عملاً بالبند الثالث منها، على رئيس التحرير وكاتب المقال أو المؤلف.

كما يجوز للمحكمة أن تأمر بإلغاء ترخيص الصحيفة أو تعطيلها مدة لا تزيد عن سنة واحدة ومصادرة الأعداد المنشورة وضبط النسخة، والدعامة الأصلية المثبت عليها.

وإذا كان النشاط أرتكب من قبل شخص عادي، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء، وتحديداً المادة الرابعة منها<sup>(٨٥)</sup>، والقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠١ بشأن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية وأجهزة التنصت، وتطبق العقوبة الأشد طبقاً لحكم المادة ٨٤/١ من قانون الجزاء الكويتي.

### الفرع الثالث التحريض على مخالفة أنظمة الدولة أو الدعوة إليها

التحريض على مخالفة الأنظمة المعمول بها في دولة الكويت من المسائل المُجرّمة في قانون الجزاء الكويتي، وقد استعان بعضُ المستخدمين بالميزات المتوفرة في أدوات تقنية المعلومات ومواقع شبكة الإنترنت كموقع يوتيوب وشبكات التواصل الاجتماعي كتيوتر وفيسبوك للقيام بأعمالهم الإجرامية المتمثلة في حث الآخرين أو دعوتهم إلى مخالفة النظام العام في الدولة.

وجميعنا يعلم ما لهذه القنوات من سرعة في نشر المعلومات بكافة أشكالها وقوة تأثيرها في تحريك الرأي العام<sup>(٨٦)</sup>، ولدينا العديد من الأمثلة نتذوق مرها الآن.

(٨٥) تنص المادة ٤ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء على أنه "يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات كل من قام بغير إذن من الحكومة بجمع الجند أو قام بعمل عدائي آخر ضد دولة أجنبية من شأنه تعريض الكويت لخطر الحرب أو قطع العلاقات السياسية. فإذا ترتب على الفعل وقوع الحرب أو قطع العلاقات السياسية تكون العقوبة الحبس المؤبد".

(٨٦) للمزيد من التفاصيل راجع د. معاذ سليمان الملا، المرجع السابق، ص ٢٧٨ وما بعدها.



ومما لا شك فيه أن مثل هذه الدعوات إنما تشكل مخالفة حقيقية للمبادئ المتعارف عليها في المجتمع الكويتي. لذلك واجه المشرع الكويتي تلك المخاطر بتجريمها في إطار المادة ٧ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث نصت على أنه " يعاقب بالعقوبة المقررة بالمادة ٢٩ فقرة أولى من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، كل من ارتكب أحد الأفعال المنصوص عليها بالمادة ٢٨ من قانون المطبوعات والنشر المشار إليه عن طريق الشبكة المعلوماتية أو باستخدام وسيلة من وسائل تقنية المعلومات المنصوص عليها في هذا القانون".

أما المادة ٢٨ من قانون المطبوعات والنشر التي حددت الأفعال المجرمة والتي أشارت إليها المادة السابقة، فتنص على أنه " إذا نشر تحريض على قلب نظام الحكم في البلاد، وكان التحريض متضمناً الحث على تغيير هذا النظام بالقوة أو بطرق غير مشروعة، أو الدعوة إلى استعمال القوة لتغيير النظام الاجتماعي أو الاقتصادي القائم في البلاد، أو إلى اعتناق مذاهب ترمي إلى هدم النظم الأساسية في الكويت بطرق غير مشروعة عوقب رئيس التحرير وكاتب المقال بالعقوبة المقررة بالمادة ٢٩ فقرة أولى من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م".

بالنظر إلى تلك النصوص نجد أن المشرع أراد التأكيد على حماية ما قرره الدستور الكويتي، مثل المادة ٤ التي تقرر بأن " الكويت إمارة وراثية في ذرية المغفور له مبارك الصباح..."، وأيضاً ما جاء في المادة ٦ بأن " نظام الحكم في الكويت ديمقراطي، السيادة فيه للأمة..."، وأيضاً المادتان ٣٥ و ٣٦ اللتان تكفلان حرية الاعتقاد والشعائر الدينية وحرية التعبير عن الرأي شريطة عدم الإخلال بالنظام العام أو أن يناهز الآداب، وغيرها من المبادئ التي عززها الدستور. لذلك جرم المشرع الكويتي الإخلال بهذه الأنظمة في المدونة الجزائية أخذاً في عين الاعتبار مدى خطورتها إذا ارتكبت بواسطة أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات المختلفة.

ويتطلب الركن المادي ارتكاب الجاني أحد النشاطين الواردين في النص وهما نشر التحريض على تغيير نظام الحكم بالقوة أو بطرق غير مشروعة، والتحريض على استخدام القوة ضد النظام الاجتماعي والاقتصادي، والتحريض كما عرفه العلامة

الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني هو نشاط يتجه إلى نفسية الفاعل كي يؤثر عليه فيدفعه إلى الجريمة<sup>(٨٧)</sup>.

أي أنه نشاط من شأنه أن يحرك أو يدفع الجانب النفسي للفرد بحيث يتأثر ويرتكب الجريمة على ضوء هذا التأثير، وهي إما تغيير نظام الحكم بالقوة كدفع الآخرين نحو استخدام السلاح لتغيير نظام الحكم من وراثي إلى جمهوري أو من ديمقراطي إلى دكتاتوري أو تغيير النظم الأساسية للدولة كتغيير نظام الحكومة وهذا يشكل بطبيعة الحال انقلاباً على الدستور، أو الدعوة إلى ذلك عن طريق عقد اجتماعات سرية تحت فيها أشخاصاً معينين للقيام بذلك، أو التحريض على تغيير النظام الاجتماعي والاقتصادي في البلاد، كالدعوة إلى اعتناق مذهب تكفيري أو الدعوة إلى تبني فكرة قبول الاعتراف بالجنس الثالث أو غيرها مما يمس بالمقومات الأساسية للمجتمع الكويتي وثوابته، ولا يشترط لكمال الركن المادي تحقق النتيجة الإجرامية بل يكفي توافر السلوك محل التجريم.

وقد اشترط المشرع أن يكون التحريض أو الدعوة إليه عبر وسائل تقنية المعلومات أو شبكات الاتصالات المختلفة، وهذا النوع من الجرائم عادة ما تتم عبر مواقع التواصل الاجتماعي أو مدونات شبكة الإنترنت كاليوتيوب<sup>(٨٨)</sup>.

ومن التطبيقات القضائية ما قضت به محكمة الجنايات في قضية حزب التحرير المشار إلى بعض حيثياتها سابقاً، حيث قررت المحكمة بمعاقتهم ثلاث سنوات وأربعة أشهر مع الشغل والنفاذ، وذلك عن ثلاث تهم وجهت إليهم الأولى الاشتراك في جماعة محظورة لكونها تقوم على فكر تكفيري، والثانية نشروا دعوة للانضمام إلى جماعة محظورة، أما التهمة الثالثة والأخيرة فهي موضوع الفرع نشر مطبوع يتضمن ما يتعارض مع المصلحة الوطنية ويمس النظام الاجتماعي والسياسي في دولة الكويت، فقد عبرت المحكمة بالنسبة للتهمة الثالثة بقولها "وحيث إنه باستجواب المتهم الأول في تحقيقات النيابة العامة أنكر جميع التهم المسندة إليه فيما عدا تهمة نشر مطبوع يتضمن ما يتعارض مع المصلحة الوطنية ويمس النظام الاجتماعي والسياسي في دولة الكويت التي اعترف بها، وأقر أنه بالفعل عضو في حزب التحرير... وأضاف أنه نشر بواسطة هاتفه النقال مقطع فيديو على موقع التواصل الاجتماعي (يوتيوب)

(٨٧) أ. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، طبعة سابعة ٢٠١٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٨٥.

(٨٨) راجع د. معاذ سليمان الملا، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

بعنوان "تهنئة ولاية الكويت بحلول شهر رمضان" للعمل مع هذا الحزب ومساندته في إقامة دولة الخلافة الإسلامية، وأنه يرى أن نظام الحكم في البلاد كافر" (٨٩).

أما بالنسبة للركن المعنوي، فالجريمة تعتبر عمدية، وصورتها القصد الجنائي العام القائم على توافر عنصرين ضروريين هما العلم والإرادة. أما العلم فيلزم أن يكون الجاني عالماً بأن نشاطه يخالف الأنظمة الأساسية للدولة، وأن ذلك سيؤدي إلى هدم مقوماتها، فضلاً عن علمه بأن نشر هذا المحتوى عبر مواقع التواصل الاجتماعي كان بقصد إطلاع الغير عليها. أما العنصر الثاني وهي الإرادة فتعني اتجاه إرادة الجاني بعد علمه إلى مخالفة الحظر.

وقد قرر المشرع إنزال العقوبة المنصوص عليها في المادة ٢٩ فقرة أولى من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء، حيث نصت على أنه "كل من حرض علناً أو في مكان عام، أو في مكان يستطيع فيه سماعه أو رؤيته من كان في مكان عام، عن طريق القول أو الصياح أو الكتابة أو الرسم أو الصور أو أية وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الفكر، على قلب نظام الحكم القائم في الكويت، وكان التحريض متضمناً الحث على تغيير هذا النظام بالقوة أو بطرق غير مشروعة، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات".

ويلاحظ هنا أن المشرع لم يميز في العقاب بين ما إذا كان مرتكبه رئيس تحرير أو كاتب المقال أو شخصاً عادياً أو اعتبارياً، بل الجميع يخضع للعقاب الوارد في المادة ٢٥ السالف ذكرها. وكذلك يعاقب الفاعل وفقاً للمادة ١٣ من قانون جرائم تقنية المعلومات، والتي تقضي بمصادر الأجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وهي المادة ٧ من ذات القانون، أو مصادرة الأموال المتحصلة منها.

ويجوز للمحكمة في مثل هذه الأحوال أن تحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي ارتكب فيه أي من هذه الجرائم إذا كان ارتكابها قد تم بعلم مالئها وذلك لمدة لا تزيد على سنة بحسب الأحوال، ويكون الحكم بإغلاق الموقع أو الحساب أو المحل وجوبياً، إذا تكرر ارتكاب هذه الجريمة.

(٨٩) حكم المحكمة الكلية الصادر بيوم ٢٤/١٢/٢٠١٤ بشأن القضية رقم ١٣/٢٠١٤، المشار إليه سابقاً، ص ٤.

وقد استثنى المشرع من العقاب من كان حسن النية وقت ارتكاب الجريمة كمن يستقبل رسالة لا يعلم فحواها ويقوم بدوره بإعادة نشرها وهذا كثيراً ما يحدث في الواقع العملي، فالشخص في مثل هذه الأحوال لعب دوراً في ارتكاب الجريمة ويمكن أن يُعتبر مساهماً فيها بوصفه فاعلاً أصلياً كمن يعود إلى إرسال المحتوى بإضافة صورة أو تعليق على المحتوى الأصلي، أو بوصفه شريكاً فيها إذا اقتصر دوره على الإرسال فقط دون إضافة ما لم يثبت حسن نيته بأنه لم يفتح الرسالة وأنه قام مباشرة بإرسالها دون الاطلاع عليها، أو قام بالاطلاع عليها وقرر الاحتفاظ بها ولكن قام بإرسالها خطأ، وبالتالي فإذا عجز عن إثبات ذلك؛ فإنه بلا شك مسؤول عن جريمة غير عمدية.

### \* مدى كفاية هذا القانون في مواجهة فكرة العنف الإلكتروني

يتضح لنا مما سبق أن فكرة العنف الإلكتروني في القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ قد اقتصر على نماذج إجرامية معينة، وبمفهوم المخالفة هناك نماذج أخرى لم ينص عليها المشرع أصلاً، ومع ذلك وردت النماذج الأخرى التي تحمل الفكرة ذاتها في نصوص جزائية أخرى.

وهذا الأمر قد يضعنا أمام تصور غامض في السياسة الجزائية التي اتبعتها الشارع الكويتي في سبيل مواجهة الجرائم المتعلقة بأدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات المختلفة، كونه لم يضع نموذجاً متكافئاً لمواجهتها.

ولذلك، سنحاول إلقاء الضوء على النماذج الإجرامية التي تضمنت فكرة العنف الإلكتروني التي وردت في أحد أهم التشريعات التي يستند إليها القضاء في تطبيق أحكامه على الوقائع الإجرامية المعروضة أمامه وتتصل بشكل مباشر بأدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات ومواقع الإنترنت، وهو القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠١ بشأن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية وأجهزة التصنت<sup>(٩٠)</sup>. والذي يعد من أهم القوانين التي سنها المشرع الكويتي بغية مواجهة بعض جرائم تقنية المعلومات، وما زال معمولاً به حتى يومنا هذا، بل أن بعض التطبيقات القضائية التي أوردناها جاءت تطبيقاً لهذا القانون.

(٩٠) ألغى المشرع الكويتي العمل بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٧٦ بشأن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية، واستبدله بالقانون المشار إليه بموجب نص المادة الخامسة.



ومن النماذج الإجرامية التي ينطوي سلوكها على فكرة العنف في هذا القانون، التي أوردها المشرع في نص المادتين الأولى والأولى مكرر<sup>(٩١)</sup>.

وقد تناولت هاتان المادتان عدة نماذج إجرامية ينطوي سلوكها على فكرة العنف الإلكتروني، وقد بيانها على النحو التالي:

١ - جريمة القذف والسب والإهانة الإلكترونية: عُرف القذف بأنه إسناد واقعة مشينة إلى شخص بوسيلة علنية أو غير علنية من شأنها أن تؤذي سمعة شخص أو تحقره، بينما عُرف السب بأنه إسناد صفة لشخص بوسيلة علنية أو غير علنية من شأنها أن تחדش شرفه أو اعتباره، وأما الإهانة فتعني إذلال الشخص أو الاستخفاف به. والحقيقة أن هذه الأساليب أصبحت إحدى اللغات التي يمارسها الكثير من مستخدمي أدوات تقنية المعلومات على وجه الخصوص الهاتف

(٩١) أما المادة الأولى فنصت على أنه "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة والغرامة التي لا تتجاوز ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أساء عمداً استعمال وسائل الاتصالات الهاتفية. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنتين والغرامة التي لا تتجاوز ألفي دينار أو إحدى هاتين العقوبتين إذا اشتمل الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة على ألفاظ بذيئة أو مخلة بالحياء أو تحريض على الفسق والفجور أو على تهديد يمس النفس أو المال أو الشرف أو العرض".

ونصت المادة أولى مكرر على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعمد الإساءة أو التشهير بغيره عن طريق استعمال جهاز أو وسيلة من وسائل الاتصال الهاتفية أو غيرها في التقاط صورة أو أكثر أو مقاطع فيديو له دون علمه أو رضائه، أو استغل إمكانات هذه الأجهزة واستخرج صوراً منها دون إذن أو علم أصحابها، أو قام باصطناع صور مخلة بالآداب العامة لأشخاص آخرين. ويعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام عن طريق هذه الأجهزة أو الوسائل بإرسال الصور المبيّنة في الفقرة السابقة أو أي صورة أو مقطع فيديو مخلة بالآداب العامة إلى أشخاص آخرين أو قام بنشرها أو تداولها بأي وسيلة كانت. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تتجاوز خمسة آلاف دينار إذا اقترنت الأفعال المشار إليها في أي من الفقرتين السابقتين بالتهديد أو الابتزاز أو تضمنت استغلال الصور بأي وسيلة في الإخلال بالحياء أو المساس بالأعراض أو التحريض على الفسق والفجور. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة أجهزة ووسائل الاتصالات أو غيرها مما استخدم في ارتكاب الجريمة".

والجدير ذكره أن المشرع الكويتي أضاف المادة أولى مكرر بموجب القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٧ بشأن تعديل أحكام القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠١. قد كان الهدف من هذا التعديل وفقاً لما ورد في المذكرة الإيضاحية هو لمواجهة مخاطر سوء استخدام أجهزة الهواتف المحمولة.

المحمول سواء بشكل علني أم غير علني، ويكون ذلك من خلال بث صور أو مقاطع أو نشر نصوص عبر شبكة الإنترنت أو على جدران مواقع التواصل الاجتماعي كتيوتر، وفيسبوك، والانستغرام، وغيرها. لتشكل لنا نموذجاً للعنف اللفظي أو الجنسي أو نموذجاً للعنف ضد المرأة أو ضد الطفل، وذلك بحسب الموضوعات التي يتم تداولها عبر أدوات تقنية المعلومات وشبكتها.

٢ - بث أو نشر صور أو مقاطع تتضمن اعتداءات جنسية أو جسدية: كرس البعض أنفسهم للتسلية بالآخرين من خلال بث أو نشر صور أو مقاطع تتضمن مشاهد اعتداء جنسي أو بدني، وقد اشتهرت هذه الظاهرة بمصطلح happy slapping أو الصفع السعيد أو الإيذاء المبهج، وهو ما يحصل عندما يقوم بعض مستخدمي أدوات تقنية المعلومات كالهاتف المحمول أو الأجهزة اللوحية أو غيرها ببث صور أو مقاطع فيديو تتضمن اعتداءات جسدية أو جنسية، وهذا ما يعطي نموذجاً لوقائع العنف الجسدي أو الجنسي عبر شبكة الإنترنت<sup>(٩٢)</sup>.

٣ - مضايقة الآخرين أو التحرش بهم: الإزعاج والمضايقة كلاهما مصطلحان يدلان على إقلاق راحة الغير أو إيذائهم من خلال القيام ببعض الممارسات التي تطور شكلها منذ ظهور أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصال، كالاتصالات أو الرسائل المتكررة. وقد يكون الإزعاج أو المضايقة وسيلة للتحرش بالآخرين باستفزازهم أو إيذائهم من خلال إرسال عبارات أو صور أو مقاطع تتضمن إيحاءات جنسية أو قد تكون بهدف تحريضهم على الفجور والدعارة بإرسال صور لנסاء أو أطفال عبر مواقع ومنديات شبكة الإنترنت المختلفة أو مواقع التواصل الاجتماعي تدعوهم بها لممارسة الرذيلة. وبذلك ندخل في دائرة واسعة من المفاهيم المختلفة للعنف كالعنف الجنسي على سبيل المثال أو العنف الأسري أو العنف الموجه ضد المرأة أو الموجه ضد الأطفال، وإلى غير ذلك. وخلاصة القول هناك وقائع أخرى يمكن أن تطبق عليها أيضاً الأحكام الواردة

(٩٢) Jean Pradel, op.cit, p373-375. et Michele -Laure Rassat, op.cit, p97-98. Jonathan Clough, op.cit, P445.

الإيذاء المبهج مصطلح أطلقته الدكتورة فتحية قوراري للتدليل على هذا النمط الإجرامي المستحدث. انظر حول ذلك لدى د. فتحية قوراري، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإيذاء المبهج، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والأربعون ٢٠١٠، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، الشارقة. البحث متاح على شبكة الإنترنت: <https://app.box.com/shared/p6x5y4o7tt>

في قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، كوقائع التحريض على استخدام العنف ضد النفس (الانتحار)، والانتحار هو قتل الإنسان نفسه بأي وسيلة ممكنة، أي يلجأ إليها لإنهاء حياته، ويستوي بعد ذلك أن يكون الانتحار بفعل الإنسان نفسه أو بمساعدة شخص آخر. وتعتبر أدوات تقنية المعلومات من الأسباب غير المباشرة التي دفعت مستخدميها إلى الانتحار إما خوفاً من كشف أسرارهم أو خوفاً من هتك أعراضهم أو إلى غير ذلك من الأسباب. كما يُعتبر وسيلة مساعدة على الانتحار بارشاد المستخدم أو تدريبه على ذلك، حيث تزرع فكرة الانتحار في ذهنه من خلال مقاطع أو صور عبر تلك المواقع، وهذه النوعية من المحتويات منتشرة بشكل كبير في شبكة الإنترنت ومواقعها ويتم عرضها على الجمهور وتداولها.

ولم يعالج المشرع الكويتي هذه المسألة في قانون جرائم تقنية المعلومات سوى أنه تناول في المادة الثامنة من هذا القانون فعل الترويج للمواد المخدرة أو المؤثرات العقلية التي قد تكون وسيلة للانتحار، ومع ذلك يمكن تطبيق حكم المادة ١٥٨ من قانون الجزاء التي نصت على أنه " كل من حرّض أو ساعد أو اتفق مع شخص على الانتحار، فانتحر، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ".

ولا يقتصر الأمر على ذلك فحسب، بل أن شبكة الإنترنت ومنتدياتها تتضمن صوراً أخرى تعرض على الضرب أو كيفية القتل أو طرق التعذيب.

## الخاتمة

على ضوء ما خلصنا إليه، فقد توصلنا إلى بعض النتائج التي قادتنا بدورها إلى مجموعة من المقترحات التي نتمنى أن تسهم في مواجهة العنف الإلكتروني. وعليه سوف نتناول هذه النتائج والمقترحات على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج:

- ١ - إن أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات وسائل رئيسية للتعبير عن فكرة العنف، كما تعد في نفس الوقت مصادر لها.
- ٢ - إن العنف الإلكتروني نموذج يتطابق مع الأشكال والمفاهيم التقليدية، فهو ممكن أن يكون فردياً ويمكن أن يكون جماعياً، ويمكن أن يكون موجهاً ضد المرأة أو ضد الأطفال، كما يمكن أن يكون عنفاً سياسياً أو اجتماعياً أو دينياً أو غير ذلك.
- ٣ - إن العنف الإلكتروني له تأثير معنوي على مستخدمي أدوات تقنية المعلومات سواء من خلال المواد النصية أم الصوتية أم المرئية، وبالتالي لا يمكن تصور هذا العنف أن يكون مادياً كما هو الحال في المفهوم التقليدي، إلا إذا تجسد في إحدى المواد المشار إليها، أي من خلال عرض لقطات أو مقاطع مصورة أو تعليقات نصية.
- ٤ - على الرغم من تعدد أسباب انتشار العنف عبر أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات التي يمكن معالجتها بالمعرفة الفنية أو الثقافية أو الإعلامية أو غير ذلك، إلا أن السبب الرئيسي والمعضلة الحقيقية تكمن في غياب معايير الرقابة الفعالة لدى الأسرة أو المشرفين على سلوكيات صغار المستخدمين، بل وتتعقد المشكلة عندما تغيب الرقابة الذاتية على النفس لدى كبار المستخدمين.
- ٥ - إن الأبحاث والدراسات الإحصائية المختلفة تشير إلى أن فئتي المراهقين والأطفال هما من أكثر ضحايا العنف الإلكتروني.
- ٦ - إن العنف الإلكتروني مجرد وصف يسبغ على السلوك الذي يقوم به بعض مستخدمي أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات، وهذا السلوك قد يكون منحرفاً بحيث يتنافى مع قواعد الاستخدام الصحيح الذي وجدت من أجله، ويتناقض في ذات الوقت مع قواعد الأخلاق، وقد يكون سلوكاً إجرامياً يتطابق مع النماذج القانونية المنصوص عليها سواء في قانون الجزاء أم القوانين المكمل له.
- ٧ - تكمن خطورة العنف الإلكتروني في تأثيرها الخطير ولا سيما على فئتي الأطفال والمراهقين بسبب الألعاب الإلكترونية ومقاطع الفيديو المثبتة على مواقع ومنديات شبكة الإنترنت والمواد التي يتم تداولها عبر شبكات التواصل الاجتماعي، وأيضاً



ما يتم بثه على القنوات الفضائية والأفلام السينمائية وغيرها من مصادر قد تدفع المستخدم من ترجمة سلوكه الافتراضي إلى واقع حقيقي.

٨ - يترتب على العنف الإلكتروني آثار خطيرة على ضحاياه سواء على أنفسهم كإصابتهم بالأمراض النفسية التي قد تقودهم إلى الانتحار أو آثار على أموالهم كإتلاف البرامج والمواد المثبتة في الجهاز، كما أن آثاره قد تمتد أيضاً إلى أمن الدولة واستقرارها السياسي سواء من الداخل أم من الخارج.

٩ - إن العنف الإلكتروني أسلوب ممنهج تتخذه الجماعات الإرهابية في تشجيع واستقطاب بعض مستخدمي أدوات تقنية المعلومات وشبكة الإنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي.

١٠ - يمكن للمشروع الكويتي أعمال قانون جرائم تقنية المعلومات الجديد والقوانين الجزائية الأخرى لمواجهة العنف الإلكتروني.

١١ - لا يمكن الاكتفاء بالتشريع الجزائي لمواجهة العنف الإلكتروني، لأن المواجهة التشريعية تعالج الأعراض التي تنتج عن أي ظاهرة أو حالات سلبية تناولها المشرع بالنص عليها في قانون الجزاء أو في القوانين المكملة له، ولكنها لا تعالج جذورها التي ظهرت بسببها، ويعني ذلك أننا بحاجة إلى سياسة وقائية أو تدابير مساندة للقاعدة الجزائية.

### ثانياً: المقترحات:

إن اقتراحاتنا البسيطة تدعو إلى التركيز على إيجاد سياسة أو تدابير وقائية فعالة مساندة للقاعدة الجزائية لمواجهة العنف بكافة أشكاله بما في ذلك العنف الإلكتروني. ولا يتأتى ذلك بطبيعة الحال إلا من خلال معرفة مؤسسات المجتمع كافة بدورها الأساسي في تلك المواجهة، وإدراك حقيقة وخطورة ما نحن مقبلون عليه بسبب الفوضى الإلكترونية بسبب فقدان زمام السيطرة في الرقابة على سلوكياتنا عند استخدام أدوات تقنية المعلومات وشبكات الاتصالات. وعليه تتجلى هذه المقترحات على النحو التالي:

١ - يجب أن يكون لدى الأسرة وعي إلكتروني بالقدر الذي يمكنها من فرض الرقابة والمتابعة الفعالة على أفرادها عند استخدامهم لأدوات تقنية المعلومات وشبكاتهما. والعمل باستمرار على تحذير الأبناء من المشاركات المشبوهة وتذكيرهم بالعواقب التي ستؤول إليهم في حال أساءوا استخدامها.

- ٢ - يجب على متلقي المحتوى أن يمتنع عن إعادة نشره أو بثه إلى الآخرين، لأن إعادة النشر أو البث قد تقوده إلى المشاركة في الجريمة.
- ٣ - يجب على المؤسسات التعليمية أن تعمل على عقد اجتماعات أو مجالس تتشارك فيها مع أسر الطلاب؛ لبحث المشكلات التي قد يتعرض لها الطلاب.
- ٤ - عمل ندوات أو لقاءات مختلفة المحاور (أمنية أو ثقافية أو دينية) مع الطلبة أو عمل كتيبات إرشادية تهدف إلى توعيتهم وتعريفهم بمخاطر العنف أو التنمر أو التسلط الإلكتروني الذي قد ينجم عنه انتحار الطرف الآخر.
- ٥ - إعداد مناهج تربوية تتعلق بضرورة احترام القانون ومبادئه، ليشعر الطالب بالمسؤولية تجاه الآخرين، وذلك بالقدر الذي يتوافق مع إدراكه وتمييزه للأمور.
- ٦ - يجب على الأجهزة الإعلامية بما في ذلك مواقع شبكة الإنترنت أن تعمل على مواجهة الإعلام المنحرف من خلال بث برامج توعوية تهدف إلى تنبيه أفراد المجتمع بمخاطر المحتويات العنيفة، والسعي إلى ترسيخ عقيدة المواجهة الجدية لديهم لمنع وقوع جرائم العنف ونشر روح التسامح والألفة.
- ٧ - الشركات التجارية والخدمات الجمركية، مدعوة إلى وضع آلية مناسبة لمتابعة المحتوى الذي يُقدم للجمهور، فهذه المؤسسات جزء حقيقي من مشكلة تفاقم العنف الإلكتروني بسبب الأفلام والألعاب الإلكترونية التي يتم تداولها في الأسواق التقليدية أو في أسواق شبكة الإنترنت التي يصعب السيطرة عليها، كالبيع عبر موقع الانستغرام الذي يعد من أشهر المواقع التي ظهرت مؤخراً لعرض السلع المتنوعة وبيع المواد، كبيع الأفلام والألعاب الإلكترونية المحظورة.
- ٨ - يجب على المحافل الثقافية والاجتماعية كالنوادي والمعاهد والمساجد وجمعيات النفع العام وغيرها تقديم أنشطة ودروس ثقافية متنوعة أو القيام بدراسات وأبحاث ومؤتمرات وحلقات نقاشية تساهم في حل قضايا العنف بكافة أشكاله.
- ٩ - تفعيل دور الشرطة المجتمعية من خلال عقد ندوات ومحاضرات وحلقات نقاشية سواء مع الأهالي أو مع الطلبة، تشجعهم على التعاون مع الجهاز الأمني في مواجهة الظواهر السلبية بما في ذلك قضايا العنف.
- ١٠ - التركيز على ما تقدمه الدراسات والأبحاث والإحصائيات المحلية والعالمية بشأن الجرائم والسلوكيات المنحرفة، لدراستها ووضع الحلول المناسبة لها، فذلك يمهّد لوضع سياسة استباقية أو وقائية ناجحة للقضاء عليها.

- ١١ - ندعو المشرع الكويتي إلى مراجعة أحكام قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات وبعض التشريعات الجزائية الأخرى، والبحث في ضرورة ما يلي:
- أ - إضافة نص في قانون جرائم تقنية المعلومات يبرز المسؤولية الجزائية للآباء والمشرفين بسبب إهمالهم في الرقابة على الأبناء أو الخاضعين للإشراف عند استخدام أدوات تقنية المعلومات ومواقع شبكة الإنترنت.
- ب - إعادة النظر في المعاملة الجزائية المقررة للأطفال والمراهقين، لأن قدراتهم العقلية لم تعد كما هو الحال في السابق، مما يستلزم ضرورة استحداث تدابير أو عقوبات جديدة فعالة يمكن من خلالها مواجهة فكرة العنف الإلكتروني كحظر استخدامهم لأجهزة تقنية المعلومات أو حرمانهم من الولوج إلى شبكة الإنترنت أو حرمانهم من الخروج من المنزل لمدة معينة.
- ج - استحداث تشريعات أو لوائح مدرسية تحدد مسؤولية المعلمين باعتبارهم مشرفين على سلوكيات وتصرفات الطلبة داخل المدرسة، وفرض تدابير مناسبة على المتسلطين أو المتنمرين منهم.
- د - العنف الإلكتروني مشكلة عالمية تتطلب تعاوناً دولياً للحد من تداول محتويات العنف على شبكة الإنترنت، وذلك يكون بالتنسيق مع إدارات المواقع الإلكترونية أو شبكات الاتصالات المختلفة التي تشتهر بعرض تلك المواد كموقع يوتيوب أو غيره من المواقع.

## المصادر والمراجع

### أولاً: المعاجم والقواميس

- ابن منظور، لسان العرب، بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٥٦.
- معاجم اللغة العربية على موقع المعاني الإلكتروني:

<http://www.almaany.com/>

### ثانياً: المراجع العربية

- إبراهيم عيد نايل، جريمة الترويع والتخويف (البلطجة)، رقم الطبعة غير مذكور. ٢٠٠٠، دار النهضة العربية، القاهرة.
- أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، العنف داخل الأسرة المشكلة والمواجهة في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الجنائي، بحث نشر في مجلة كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد العشرون ١٤٢٣، ٢٠٠٢م.
- أمير يوسف فرج، جريمة مكافحة الإرهاب الإلكتروني، الطبعة الأولى ٢٠١٦، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية.
- أيمن عبدالله فكري، جرائم نظم المعلومات دراسة مقارنة، رقم الطبعة غير مذكور - ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- زينب وحيد دحام، العنف العائلي في القانون الجزائي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.
- طارق عبد الرؤوف صالح رزق، جرائم النشر في ضوء قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ وفي ضوء قانون الجزاء، الطبعة الأولى - ٢٠٠٧، دار النهضة العربية، القاهرة
- عبد الرحمن السند، وسائل الإرهاب الإلكتروني حكمها في الإسلام وطرق مكافحتها، بحث منشور على شبكة الإنترنت:

<http://arabicmegalibrary.com/pages-7841-14-1.html>

- فتحية قوراري، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإيذاء المبهج، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والأربعون ٢٠١٠، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، الشارقة. البحث متاح على شبكة الإنترنت

<https://app.box.com/shared/p6x5y4o7tt>

- قطافي حكيم، حرب المعلومات، المفهوم والتطبيق (دراسة وصفية تحليلية)،



رسالة ماجستير في علوم الإعلام والاتصال، كلية العلوم السياسية والإعلام  
٢٠٠٥/٢٠٠٦، قسم علوم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر.

193.194.83.98/xtf/data/pdf/723/GUETTAFI\_HAKIM.pdf

- محمد بن علي العصيمي، تجريم التضليل الإعلامي - دراسة تأصيلية، رسالة  
ماجستير ٢٠١٤، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا - قسم  
العدالة الجنائية، الرياض.

- محمود الرشيد، العنف في جرائم الإنترنت، الطبعة الأولى-٢٠١١، الدار  
المصرية اللبنانية، القاهرة.

- محمود نجيب حسني، قانون العقوبات - القسم الخاص، طبعة ٤-٢٠١٢، دار  
النهضة العربية، القاهرة.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، طبعة سابعة ٢٠١٢،  
دار النهضة العربية، القاهرة.

- مريم قويدر، رسالة ماجستير بعنوان/ أثر الألعاب الإلكترونية على السلوكيات  
لدى الأطفال، جامعة الجزائر. كلية العلوم السياسية والإعلام ٢٠١١، ٢٠١٢.

- مصطفى الزعابي، الإرهاب - دراسة مقارنة حول أسبابه وطرق مكافحته، رقم  
الطبعة غير مذكور - ١٩٩٦، لا توجد دار نشر، الكويت.

- مصطفى محمد موسى، الإرهاب الإلكتروني، الطبعة الأولى - ٢٠٠٩، سلسلة  
اللواء الأمنية في مكافحة الجريمة الإلكترونية، كتاب ١١، مطابع الشرطة.

- معاذ سليمان الملا، المسؤولية الجنائية عن إساءة استعمال الهاتف المحمول -  
دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس، كلية الحقوق - الدراسات  
العليا، القاهرة.

- معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الترويع والتخويف (البلطجة)، رقم  
الطبعة غير مذكور - ٢٠١١، مكتبة عالم الفكر والقانون، جمهورية مصر  
العربية.

### ثالثاً: المراجع الأجنبية

#### ١ - المراجع باللغة الإنجليزية

- Charles Rivera and Kenneth Switzer- Violence -New Jersey: Hayden Book Com -Pany- Inc, 1976.

- Clay Wilson, Cybercrime, and Cyber terrorism: Vulnerabilities and Policy Issues for Congress, Congressional Research Service, January 29- 2008.
- Charles Billo and Welton Chang, report: Cyber Warfare - Aa Analysis of The Means and Motivations of Selected Nation States, Institute for Security Technology Studies at Dartmouth College, December 2004.
- Kadushin Charles, Understanding Social Networks, Theories, Concepts, and Findings, 2012, Oxford University Press. New York.
- Dmitri Williams & Marko Skoric, Internet Fantasy Violence: A Test of Aggression in an Online Game, Communication Monograph, Vol. 72, No. 2, June 2005.
- Donn B. Parker, Fighting Computer Crime: A New Framework for Protecting Information, 1998 Wiley computer publishing, United States of America.
- Hartin C. Libicki, Cyber deterrence and Cyber war, 2009, Published by Rand Corporation, United States.
- Jodi L. Whitaker and Brad J. Bushman, A Review of the Effects of Violent Video Games on Children and Adolescents, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009.
- Jonathan Clough, Principles of Cybercrime, 2 ed - Cambridge University Press 2015, United Kingdom.
- P. W.Singer and Allan Friedman, Cyber security and Cyberwar,- What Everyone Needs to Know, Oxford University Press, Published in the United States of America -2014.  
[www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-3-page-395.htm](http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-3-page-395.htm)
- Susan C. Herring, Cyber Violence: Recognizing and Resisting Abuse in Online Environments, Asian Women, 14 (Summer), 187-212.(2002).

- Smith and Hogan's, Criminal Law - 14th edition-Oxford University Press 201-United kingdom.
- Susan W. Brenner, Cybercrime,Cyberterrorism and Cyberwarfare, Revue internationale de droit pénal,?d -ERES, 2006/3 (Vol. 77).  
[www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-3-page-453.htm](http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-3-page-453.htm)
- Thomas J Holt -Adam M Bossler -Kathryn C Seigfried-Spellar, Cyber crime and digital forensics, 1 Ed, 2015, Routledge london and new york.
- Ulrich Sieber, International Cooperation against Terrorist Use of the Internet,?d- ERES 2006/3 (Vol. 77).

## ٢ - المراجع باللغة الفرنسية

- Jean Pradel, Droit Penal General,19ed,CUJAS, 2012, Paris.
- Jessica Laurin, Le "problème" de la cyberintimidation dans la presse écrite québécoise de 1998 à 2014: une analyse de la rhétorique médiatique, Thèse soumise à la Faculté des études supérieures et postdoctorales dans le cadre des exigences du programme de maîtrise ès art en criminologie, Département de criminologie Faculté des sciences sociales Université dOttawa, Canada, 2016.
- Ludovic Pailler, Les réseaux sociaux sur Internet et le droit au respect de la vie privée, Bruxelles, Larcier, coll.Droit des technologies, 2012.
- Michele-Laure Rassat, Droit pénal spécial - 6e édition, 2011 Dalloz- Paris.
- Mireille Tremblay, Implantation dun Programme de Prevention et de Sensibilisation de Lintimidation aupres déléves du 2e et 3e Cycle du Primaire, et dun Programme dintervention aupres deleves Victimes dintimidation du 3e du Cycle du Primaire, Aout 2013, Université du Québec à Chicoutimi.  
[bibvir2.uqac.ca/archivage/travaux/030543943.pdf](http://bibvir2.uqac.ca/archivage/travaux/030543943.pdf)
- M. JOUGLEUX Philippe, La Criminalité dans le Cyberspace,

Université de Droit d'économie et des Sciences d'aix-Marseille,  
Mémoire de D.E.A. Droit des Médias, 1999 Faculté de Droit et  
de Science Politique d'aix-Marseille.

<http://lthoumyre.chez.com/uni/mem/07/presentation.htm>

- Vincent Lemoine, La CyberCriminalité (Les acteurs, les infractions, Cas concret et retour d'expérience) 2013.

[www.cerdi.u-psud.fr/wp.../09/cv-vincent-lemoine-2013-civil.pdf](http://www.cerdi.u-psud.fr/wp.../09/cv-vincent-lemoine-2013-civil.pdf)



## امتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى الدول غير الأطراف فيها من حيث التعاون القضائي

الدكتور/ محمد شبلي الشبلي العتوم(\*)

جامعة الزرقاء

المملكة الأردنية الهاشمية

### ملخص:

نشأت المحكمة الجنائية الدولية بموجب معاهدة دولية (معاهدة روما لعام ١٩٩٨ أو ما يعرف بنظام روما الأساسي)، مما يعني أن الالتزامات الواردة فيها تسري بمواجهة الدول الأطراف فيها، إلا أن هناك حالات أو التزامات معينة قد تسري بمواجهة الدول غير الأطراف، كالالتزام بالتعاون مع المحكمة، بصرف النظر عن الأساس القانوني لهذا الالتزام إن كان في نظام روما الأساسي أم غيره. وتأتي أهمية هذا الالتزام لحاجة المحكمة عند ممارستها لاختصاصها، بل تقوم هذه الممارسة أساساً على تعاون الدول جميعاً، لتسهيل إجراءات التقاضي، فبدون هذا التعاون تبقى المحكمة ضعيفة في مواجهة القضاء على الجرائم التي تمارس اختصاصها بمواجهتها ومكافحتها.

وقد أرسى نظام روما آلية لتعاون الدول الأطراف، إلا أن الأمر بالنسبة للدول غير الأطراف يعد من المسائل المثيرة للجدل، من حيث معرفة الطرق والأسس القانونية التي يمكن من خلالها الحصول على التزام الدول بالتعاون مع المحكمة في ما تجريه من تحقيقات. لذا فقد توصل الباحث إلى أن تعاون الدول غير الأطراف يقوم أساساً على دراسة العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة من جانب، والعلاقة بين الدول ومجلس الأمن من جانب آخر، والتي قد تؤدي إلى انصراف بعض التزامات التعاون نحو هذه الدول. وتبعاً للعلاقة بين المجلس والمحكمة من جهة، وبين المجلس ودول منظمة الأمم المتحدة من جهة أخرى، فإننا نجد أن المجلس يمتلك العديد من الصلاحيات إزاء الدول كافة، مقابل عدد من الضوابط التي تقيد المجلس وصلاحياته.

وإلى جانب صلاحيات المجلس هذه، هناك العديد من المواثيق الدولية التي تركز الالتزام بالتعاون، كمعاهدات القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي، الأمر الذي قد يكشف عن وجود التزام بالتعاون مع المحكمة، يقع على عاتق الدول غير الأطراف في النظام الأساسي. لذا فقد قامت هذه الدراسة بتناول الأحكام الخاصة المتعلقة بإمكانية امتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ليشمل الدول غير الأطراف في مجال التعاون القضائي مع المحكمة.

(\*) "نشر بدعم من عمادة البحث العلمي والدراسات العليا في جامعة الزرقاء / الأردن"

## مقدمة:

نشأت المحكمة الجنائية الدولية بموجب معاهدة روما لعام ١٩٩٨، وبما أن الأصل في القانون الدولي هو نسبية آثار المعاهدة، فيما يتعلق بالالتزامات الناتجة عنها، إلا أن هناك احتمالية لامتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف في معاهدة روما، خاصة في مجال التعاون مع المحكمة. حيث تعد مسألة تعاون الدول غير الأطراف من أهم الإشكاليات التي تثور عن دراسة نظام المحكمة، والتي تحتاج إلى تعاون الدول معها لتسهيل إجراءات التقاضي، حيث كرس نظامها الأساسي آلية التعاون بالنسبة للدول الأطراف، أما تعاون الدول غير الأطراف فقد بقي مسألة جدلية، يمكن العثور عليها ضمناً في بعض ملامح نظام المحكمة، ومن العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة، والعلاقة بين الدول ومجلس الأمن، ومن بعض المعاهدات في القانون الدولي بكافة فروعها.

كما أنه وتبعاً لهذه العلاقة والصلاحيات الممنوحة للمجلس إزاء الدول غير الأطراف، يثور التساؤل عما إذا كان هناك ضوابط تحكم عمل المجلس أم لا؟ وإن كان هناك انتقاد لمنح المجلس هذه الصلاحيات، فيما إذا اعتبر ذلك خلافاً بالمجلس أم بالميثاق نفسه؟ وأنه في ظل التزام الدول بالتعاون، هل هناك آثار وملاحم له في مواثيق أخرى؟ وأنه إذا استقر التزام التعاون على عاتق الدول غير الأطراف، فما هي أوجه التعاون المفروض عليها وما هي مجالاته؟ وهل هناك مزايا أو انتقادات حول مسلك المجلس بالنسبة للدول غير الأطراف لتقع تحت التزام وواجب التعاون؟

وفيما يتعلق بتعاون الدول غير الأطراف، نجد بعض الأمثلة الواقعية التي يجب التطرق لها، وهي قضية دارفور، حيث يثور التساؤل عما إذا خرجت المحكمة والمجلس عن حدود سلطاتهما، لأنّ السودان ليس طرفاً في معاهدة روما. كما يثور التساؤل عن مدى تمتع رئيس الدولة بالحصانة من الملاحقة القضائية بموجب القانون الدولي. لذا يقوم الباحث بتقسيم الدراسة للمباحث التالية:

المبحث الأول: مجالات امتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى الدول غير الأطراف من حيث التعاون

المبحث الثاني: الأساس القانوني لامتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى الدول غير الأطراف من حيث التعاون

المبحث الثالث: نموذج عملي لامتداد اختصاص المحكمة الدولية إلى دول غير أطراف (قضية دارفور)

المبحث الرابع: تقييم عملية امتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف من خلال مجلس الأمن الدولي

## المبحث الأول

### مجالات امتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى الدول غير الأطراف من حيث التعاون

يتناول الباحث في هذا المجال من الدراسة أوجه امتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى الدول غير الأطراف بموجب نظامها الأساسي من حيث التعاون، ومجالاته التي قد تشمل هذه الدول. كما يتناول الباحث وضع هذه الدول غير الأطراف بالنسبة لمبدأ التعاون مع المحكمة عندما يصل اختصاصها إليها. وذلك في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: أوجه التعاون ومجالاته التي قد تمتد لتشمل الدول غير الأطراف

المطلب الثاني: وضع الدول غير الأطراف بالنسبة لمبدأ التعاون

## المطلب الأول

### أوجه التعاون ومجالاته التي قد تمتد لتشمل الدول غير الأطراف

تتشابه مجالات التعاون المطلوب من الدول غير الأطراف مع تلك المطلوبة من الدول الأطراف بموجب نظام روما، وقد فصل نظام روما التزامات التعاون التي تخاطب الدول الأطراف، أما بالنسبة للدول غير الأطراف فإنها ملزمة بالتعاون في مجال ملاحقة الجرائم الدولية، كالالتزام عام باعتبارها أعضاء في المنظومة الدولية، لذا فإننا سنتعرف على أهم أوجه التعاون التي قد تمس الدول غير الأطراف، وهي:

أولاً: الالتزام العام بالتعاون التام وفقاً لأحكام النظام الأساسي مع المحكمة فيما تجريه في إطار اختصاصها من تحقيقات في الجرائم والمقاضاة عليها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: للمحكمة أن تدعو أي دولة غير طرف في النظام الأساسي إلى تقديم المساعدة المنصوص عليها في باب التعاون معها، على أساس ترتيب خاص أو اتفاق مع هذه الدولة، أو على أي أساس مناسب آخر. وفي حالة امتناع دولة غير طرف في النظام الأساسي، عقدت ترتيباً خاصاً أو اتفاقاً مع المحكمة عن التعاون بخصوص الطلبات المقدمة بمقتضى ترتيب أو اتفاق من هذا القبيل، يجوز للمحكمة أن تخطر بذلك جمعية الدول الأطراف أو مجلس الأمن إذا كان المجلس قد أحال المسألة إلى المحكمة<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة ٨٦ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (معاهدة روما لعام ١٩٩٨).

(٢) الفقرة الخامسة من المادة ٨٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ويمتلك المجلس تبعاً لذلك دعوة الدول غير الأطراف في المحكمة للتعاون معها، خاصة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: يجوز للمحكمة أن تقدم طلباً للقبض على شخص قد يكون موجوداً في إقليمها، وتقديمه إلى أي دولة، وعليها أن تطلب تعاون تلك الدولة في القبض عليه وتقديمه. وعلى الدول الأطراف أن تمتثل لطلبات إلقاء القبض والتقديم وفقاً لأحكام باب التعاون مع المحكمة، وللإجراءات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية<sup>(٤)</sup>. وفي حالة تلقي دولة طرف طلباً من المحكمة بتقديم شخص، وتلقيها أيضاً طلباً من أية دولة أخرى بتسليم الشخص نفسه، بسبب السلوك ذاته الذي يشكل أساس الجريمة التي تطلب المحكمة من أجلها تقديم الشخص المعني، يكون على الدول الطرف أن تخطر المحكمة والدولة الطالبة بهذه الواقعة. وإذا كانت الدولة الطالبة دولة غير طرف في النظام الأساسي، كان على الدولة الموجه إليها الطلب أن تعطي الأولوية لطلب التقديم الموجه من المحكمة، إذا كانت المحكمة قد قررت مقبولية الدعوى، ولم تكن هذه الدولة مقيدة بالتزام دولي بتسليم الشخص إلى الدولة الطالبة. وفي الحالات التي يكون فيها الأولوية لطلب المحكمة على طلب دولة غير طرف - باستثناء أن يكون على الدولة الموجه إليها الطلب التزام دولي قائم بتسليم الشخص إلى الدولة الطالبة غير الطرف في النظام الأساسي، يكون على الدولة الموجه إليها الطلب أن تقرر ما إذا كانت ستقدم الشخص إلى المحكمة أم ستسلمه إلى الدولة الطالبة<sup>(٥)</sup>.

(٣) Schabas, Willuam, the UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, New York: Cambridge University Press, 1st edd, 2006, available at: <http://books.google.com>, P.60.

And: Cryer, Robert (2004), General Principles of Liability in International Criminal Law, in: Dominic McGoldrick, Peter Rowe, and Eric Donnelly (2004), the Permanent International Criminal Court: Legal AND Policy Issue, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, p.407 available at: [http://books.google.-com/](http://books.google.com/).

And: Hakan Friman, Darryl Robinson, and Elizabeth Willmshurst (2007), An Introduction to International Criminal Law and Procedures, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, available at: <http://books.google.com/>.

(٤) الفقرة الأولى من المادة ٨٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٥) الفقرة الأولى والرابعة والسادسة من المادة ٩٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ويعنى "التقديم" نقل دولة ما شخصاً إلى المحكمة عملاً بالنظام الأساسي، ويعنى "التسليم" نقل دولة ما شخصاً إلى دولة أخرى بموجب معاهدة أو اتفاقية أو تشريع وطني.



## المطلب الثاني

### وضع الدول غير الأطراف بالنسبة لمبدأ التعاون

إن الأصل في القانون الدولي فيما يتعلق بالاختصاص المكاني لسريان المعاهدة، أنها لا تسري إلا على أقاليم الدول الأطراف فيها طبقاً لمبدأ نسبية آثار المعاهدات<sup>(٦)</sup>، وهذا هو شأن نظام روما الأساسي، فهو كمعاهدة دولية - من حيث الأصل - يقتصر اختصاصه المكاني ونطاق تطبيقه فقط على الدول الأطراف في معاهدة روما، والتي يجب أن تكون<sup>(٧)</sup>:

١ - الدولة الطرف التي يقع الفعل المجرم أو الركن المادي للجريمة على إقليمها، أو تلك الدولة الطرف والمسجل فيها السفينة أو الطائرة، إذا ما ارتكبت الجريمة قيد البحث على متن تلك السفينة أو الطائرة.

٢ - الدولة الطرف والتي يكون الشخص المتهم بارتكاب الجريمة أحد رعاياها. بالتالي فإنه واستناداً إلى مبدأ نسبية آثار المعاهدة، فإن المعاهدة لا ترتب أية حقوق أو التزامات على الدول غير الأطراف فيها، كما يترتب عليه اعتبار المعاهدة في وضع لا تضر به بالغير مثلما لا تفيد، أي أن آثارها تقتصر على الدول الأطراف فيها<sup>(٨)</sup>.

وفيما يتعلق بواجب التعاون<sup>(٩)</sup> فإنه يتأثر بالالتزامات الناتجة عن الانضمام للمعاهدة<sup>(١٠)</sup>، بالتالي فإن الدول المعنية بالتعاون هي الدول الأطراف في معاهدة

(٦) أشارت المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ إلى أن المعاهدة لا تنشئ حقوقاً أو التزامات للدول الغير دون موافقتها.

(٧) انظر: فقرة ١ من المادة ١٢ من النظام الأساسي، كما أنه يجوز لدولة غير طرف أن تقبل باختصاص المحكمة بموجب إعلان منها يودع لدى مسجل المحكمة، وفي هذه الحال على هذه الدولة أن تتعاون مع المحكمة دون أي تأخير أو أية استثناءات.

(٨) شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة: شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٧، ص ٧٠.

(٩) لا يوجد تعريف محدد لمفهوم التعاون في نظام روما الأساسي، إلا أن النظام يفصل كل ما يتعلق بالتعاون من أحكام والتزامات.

(١٠) ينصرف مفهوم التعاون إلى التعاون المعروف بين الدول في المجال الجنائي، إلا أن التعاون لم يعد يقتصر على الدول، بل يشمل المنظمات الدولية التي أصبحت ذات تأثير قوي ومتزايد في المجتمع الدولي، بحيث لم تعد الدولة هي الوحدة الأساسية في النظام العالمي، وقد استهدفت المنظمات الدولية في نشأتها تعميق مظاهر ومجالات التعاون بين الدول وتنظيم شؤون المجتمع الدولي: علاء الدين شحاتة، التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، القاهرة، ٢٠٠٠، ط ١، ص ١٥.

المحكمة، كما أن واجب التعاون والنصوص المتعلقة به لا تخاطب إلا الدول الأطراف في النظام الأساسي دون غيرها.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه وبمراجعة نصوص معاهدة روما، نجد أنها تضيف إلى الدول الأطراف من حيث الالتزام بالتعاون، الدول التي تعلن قبولها باختصاص النظام الأساسي للمحكمة. بالتالي يستثنى من مجال دراستنا التعاون المطلوب من الدول الأطراف والدول التي تعلن قبولها باختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وهذا أمر واضح لا لبس فيه. أما دراستنا فإنها تتجه نحو تعاون الدول غير الأطراف في النظام الأساسي، أو بمعنى آخر كيف يمكن للمحكمة الجنائية الدولية أن تمتد باختصاصها إلى الدول غير الأطراف فيها من حيث الالتزام بالتعاون؟

لقد طرحت ثلاثة خيارات في مؤتمر روما حول مسألة التعاون مع المحكمة وهي: وضع نص عام يسهل التعاون مع المحكمة في النظام الأساسي، أو وضع نص عام تكمله قائمة غير حصرية بالموضوعات التي يمكن أن يطلب فيها التعاون، أو إبرام معاهدة للتعاون القضائي ترفق مع النظام الأساسي<sup>(١١)</sup>، مما يدل على الأهمية البالغة لمسألة التعاون.

أما ما يتعلق بتعاون الدول غير الأطراف، فإنه يعد أحد الإشكاليات التي تثور عن دراسة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمبادئ المنبثقة عنه، فقد تحتاج المحكمة عند نظرها لدعوى ما تعاوناً من الدول لتسهيل إجراءات القضاء، ولقد نظمت معاهدة روما آلية واضحة بخصوص ذلك بالنسبة للدول غير الأطراف في بعض المسائل. وقد يكون هذا التعاون مطلوباً أيضاً من الدول غير الأطراف في النظام الأساسي، ولفهم ذلك يجب أن نشير ابتداءً إلى أنه يعتمد على العلاقة بين الدول والمحكمة من جانب، وعلاقتها بمجلس الأمن من جانب آخر، ويعتمد أيضاً على العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية. وهو ما سنبحثه تباعاً.

فبالنسبة للعلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، فإنها تظهر من خلال عملية تحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية، حيث نصت المادة ١٣ من نظام روما الأساسي على ثلاث طرق لتحريك الدعوى هي:

- الإحالة من دولة طرف إلى مدعي عام المحكمة، في الحالة التي قد يكون ارتكب فيها جريمة أو أكثر من الجرائم الواقعة ضمن اختصاص المحكمة.

(١١) زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ط١، ص٣٨١.

- أن يقوم مدعي عام المحكمة بالتحقيق من تلقاء نفسه، وبناء على معلومات تفيد بوقوع جريمة من الجرائم الواقعة ضمن اختصاص المحكمة.
- الإحالة من مجلس الأمن إلى مدعي عام المحكمة بموجب الفصل السابع من الميثاق، في الحالة التي يظهر فيها ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الواقعة ضمن اختصاص المحكمة.

كذلك فإن المادة ١٦ من النظام الأساسي تنص على عدم جواز البدء بالتحقيق والمقاضاة لمدة ١٢ شهر، بناء على طلب المجلس بقرار يصدر عنه بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة يجوز تجديدها. إلا أنه يمكن اعتبار ذلك كقيد من القيود على الصلاحيات التي منحت أو كانت لتمنح لمجلس الأمن من قبل الدول أثناء مؤتمر روما الدبلوماسي، حيث يرى البعض - والذين نتجه معهم - أن مدة إيقاف التحقيق والمقاضاة مقيدة ومحددة رغم إمكانية تجديدها، فقد يواجه قرار المجلس بممارستها حق الفيتو، بالتالي لن يكون من السهل على مجلس الأمن التوصل لمثل هذا القرار، مما يعني مواصلة المحكمة عملية التحقيق والمقاضاة<sup>(١٢)</sup>.

ومن هنا نلاحظ أن علاقة المجلس بالمحكمة تقوم على الصلاحية التي منحها النظام الأساسي للمجلس، وهي صلاحيته بتحريك دعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية، بصرف النظر عن كون الدولة المعنية تعد طرفاً في المحكمة أم لا.

أي أن مجلس الأمن - وخروجاً على ما هو مألوف في قانون المعاهدات الدولية - يمتلك الدخول إلى نظام المحكمة الجنائية وإجبارها على ممارسة اختصاصها على دولة غير طرف في النظام الأساسي، وهو ما يعبر عنه بامتداد آثار المعاهدة إلى دول غير أطراف فيها.

ويشترط في هذه الحالة أن يتصرف بموجب الفصل السابع الذي يتعلق بالترتيبات المتخذة في حالات تهديد السلم والأمن الدوليين، أو الإخلال بهما، أو وقوع العدوان، وهي الحالات التي يكون فيها للمجلس صلاحيات وسلطات تقديرية واسعة بموجب المادة ٣٩ من الميثاق، كما يشترط أن تصدر الإحالة منه بصورة قرار، ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الميثاق.

وقد تعددت الاتجاهات في مؤتمر روما الدبلوماسي لصياغة النظام الأساسي للمحكمة حول علاقة المجلس بالمحكمة، فالدول الغربية وبعض الدول الأخرى ارتأت

(١٢) زياد عيتاني، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

منح المجلس صلاحية الإحالة للمحكمة بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة فيما يتعلق بجريمة العدوان، وفي إيقاف المحكمة عن عملها لمدة معينة إذا رأى المجلس ذلك، أما الولايات المتحدة وروسيا والصين فقد ارتأت إعطاء صلاحية كاملة للمجلس في الإحالة للمحكمة بموجب الفصلين السادس والسابع من الميثاق بالنسبة لجريمة العدوان، وفي إيقاف المحكمة عن عملها دون تقييده بمدة معينة، واتجاه آخر الذي مثلته الهند والمكسيك وإيران وبعض الدول العربية، رفض منح المجلس أي دور، أما باقي الدول العربية فقد ارتأت تحديد وتقييد دور المجلس<sup>(١٣)</sup>.

ويرى الباحث بما لا يدع مجال للشك والجدل، أنه لو لم يعط المجلس هذه الصلاحية، لما تم إقرار نظام روما ونشأت المحكمة الجنائية الدولية، فقد كانت هذه الصلاحية سبباً لدى الكثير من الدول، خاصة الكبرى وذات العلاقة بدول الفيتو، للمصادقة على نظام روما.

ويمكن فهم مسألة تعاون الدول غير الأطراف أكثر، متى عرفنا أن القرارات الصادرة عن مجلس الأمن في مجال تحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية، لا تختلف من حيث الطبيعة القانونية عن تلك الصادرة عنه في مجال آخر، فجميع الدول تقع تحت التزام بالتعاون مع هذه القرارات، وعليه يصبح التزام التعاون مع المحكمة واحداً طالما كان بقرار من مجلس الأمن الدولي، فلا يفرق عندها ما بين دولة طرف أو غير طرف في المحكمة، بالتالي فإن المجلس يمتلك سحراً إذا مس المنظومة الدولية جعلها برمتها وكأنها أطراف في المحكمة الجنائية الدولية، لأنها ستصبح تحت ذات الالتزامات، فلا فرق يصبح ما بين الانضمام وعدم الانضمام للمحكمة الجنائية الدولية؟!.

(١٣) تقرير الوفد الليبي إلى مؤتمر روما الدبلوماسي، مأخوذ من: الطاهر مختار علي سعد، دار الكتب الجديدة المتحدة، بيروت، ٢٠٠٠، ط١، ص ٢١٤.



## المبحث الثاني

### الأساس القانوني لمتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى الدول غير الأطراف من حيث التعاون

يرجع الأصل في واجب تعاون الدول غير الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلى عدة أسس هي: النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من خلال ميثاق الأمم المتحدة، وبعض الاتفاقيات الدولية في بعض فروع القانون الدولي ذات الصلة، وفي مبادئ القانون الدولي العرفي.

ففي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن أساس التعاون بالنسبة للدول غير الأطراف مع المحكمة يستند إلى صلاحية المجلس في الإحالة للمحكمة، بالتالي تطبق جميع المبادئ والالتزامات الواردة في النظام الأساسي على الدول غير الأطراف عندما تحال الدعوى من قبل المجلس، ولكون نظام روما منح المجلس هذه الصلاحيات فإنه امتد بنفسه ليشمل وبطريق غير مباشر دولاً غير أطراف. إلا أن النظام لم يرقم بذلك جزافاً، بل استند إلى كون المجلس يمتلك صلاحيات واسعة واستثنائية مسبقة في حفظ السلم والأمن الدوليين استناداً إلى ميثاق الأمم المتحدة.

بالتالي أقوم في هذا المبحث بتناول إمكانية امتداد اختصاص المحكمة إلى الدول غير الأطراف استناداً إلى ميثاق الأمم المتحدة، وبعض الاتفاقيات الدولية، واستناداً إلى مبادئ القانون الدولي العرفي، وذلك ضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: ميثاق الأمم المتحدة كآلية لامتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية كآلية لامتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي

المطلب الثالث: مبادئ القانون الدولي العرفي كآلية لامتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي

## المطلب الأول

### ميثاق الأمم المتحدة كآلية لامتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي

يستند مجلس الأمن عندما يضطلع بمسؤولياته في حفظ الأمن والسلم الدوليين إلى ميثاق الأمم المتحدة، وخصوصاً الفصل السابع منه. ويعد ميثاق الأمم المتحدة

أهم المواثيق الدولية، وقد عبر عنه الفقه القانوني الدولي بأنه دستور المعاهدات الدولية. وقد أوضحت المادة الأولى منه الهدف الأساسي للأمم المتحدة حيث تنص على مقاصد الأمم المتحدة وهي:

أولاً: حفظ السلم والأمن الدوليين، وتحقيقاً لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم ولإزالتها، وتقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم، وتتدرّع بالوسائل السلمية، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم أو لتسويتها.

ثانياً: إنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب، وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها، وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام.

ثالثاً: تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً، والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء.

رابعاً: جعل هذه الهيئة مرجعاً لتنسيق أعمال الأمم وتوجيهها نحو إدراك هذه الغايات المشتركة.

ويعد مجلس الأمن أهم أجهزة الأمم المتحدة التي وضعها الميثاق، حيث يتولى التبعات الرئيسية المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين، والنيابة عن الأعضاء في القيام بالواجبات التي تفرضها عليه هذه التبعات<sup>(١٤)</sup>. ويصدر المجلس قراراته في كافة المسائل غير الإجرائية بموافقة تسعة أصوات من أعضائه على الأقل، يكون من بينها أصوات الأعضاء الدائمين متفقة، بالتالي لا يمكن لمجلس الأمن أن يصدر قراراً يعارضه أحد الأعضاء الدائمين، وهذا ما يسمى بحق النقض الفيتو الذي تتمتع به الدول دائمة العضوية<sup>(١٥)</sup>.

ويتمتع المجلس بصلاحيات استخدام القوة لوقف الحرب، واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة المناسبة لمحاكمة المسؤولين عنها، وعما يرتكب من جرائم خلالها،

(١٤) الفقرة الأولى من المادة ٢٤ من ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٨.

(١٥) مادة ٢٧ من ميثاق الأمم المتحدة.

فإذا رأى المجلس أن التدابير المنصوص عليها في المادة ٤١ (التدابير السلمية) لا تف بالغرض أو ثبت أنها لم تف به، جاز له أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية التابعة لأعضاء الأمم المتحدة من الأعمال، ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي أو لإعادته إلى نصابه<sup>(١٦)</sup>.

وقد اتخذ المجلس في هذا المجال العديد من القرارات، ومنها قراراته بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية لروندا، حيث أكدت هذه القرارات على وجود إخلال بالسلم والأمن الدوليين، وصدرت استناداً إلى الفصل السابع من الميثاق، والذي يسمح للمجلس أن ينشئ من الفروع الثانوية ما يراه ضرورياً لأداء وظائفه<sup>(١٧)</sup>. وهنا يمكن اعتبار أن المحكمتين المذكورتين تعد من قبيل هذه الفروع المناسبة التي تمكن المجلس من أداء وظائفه.

واستناداً إلى ما سبق، وقبل القول بتعاون الدول غير الأطراف في نظام روما، فإن الدول كأطراف في المنظومة الدولية (منظومة الأمم المتحدة) تقع تحت العديد من الالتزامات في سبيل تحقيق أهداف ومقاصد الأمم المتحدة، وأهم هذه الالتزامات واجب التعاون في تحقيق مقاصد الأمم المتحدة، وإنفاذ أحكام ميثاقها.

ويعد مبدأ التعاون<sup>(١٨)</sup> وبحق أحد أهم المبادئ القانونية الدولية، إذ أن عصر التنظيم الدولي، وخصوصاً في ظل الأمم المتحدة، قد دفع بمبدأ التعاون إلى دائرة المبادئ القانونية، بدلاً من أن يكون مجرد باعث على التنظيم أو أصل من أصول العلاقات الدولية<sup>(١٩)</sup>، وتتبع الميثاق يظهر لنا بعض ملامح واجب التعاون في العديد من نصوصه وهي كالآتي:

أولاً: التزام الدول بتحقيق التعاون الدولي لحل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً، والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء<sup>(٢٠)</sup>.

(١٦) مادة ٤٢ من ميثاق الأمم المتحدة.

(١٧) مادة ٢٩ من ميثاق الأمم المتحدة.

(١٨) أي التعاون بين الدول في سبيل الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين والقضاء على الجرائم الدولية ومنع ارتكابها ومعاقبة مرتكبيها.

(١٩) علاء الدين شحاتة، مرجع سابق، ص ١٧.

(٢٠) الفقرة الثالثة من المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة.

ثانياً: التزام الدول بتقديم كل ما في وسعهم من عون للأمم المتحدة في أي عمل تتخذه وفق هذا الميثاق، كما يتمتعون عن مساعدة أية دولة تتخذ الأمم المتحدة إزاءها عملاً من أعمال المنع أو القمع<sup>(٢١)</sup>.

ومن البديهي في انضمام الدول للميثاق أن تلتزم بما يفرضه من التزامات، حتى إن تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق<sup>(٢٢)</sup>.

من ذلك يتبين لنا أن الدول كأعضاء في هيئة الأمم، تقع تحت التزام دولي بالتعاون مع قرارات الهيئة والفروع التابعة لها، فتكون الدول ملزمة بالتعاون لإنفاذ القرارات الصادرة عنها أياً كانت طبيعتها، وهذا الالتزام ليس امتيازاً حصل عليه المجلس وخص به نفسه، إنما عبارة عن نتيجة لإنشاء المنظمة الدولية والانضمام لها. كما أن هذا الالتزام بالتعاون لا يقع فقط على عاتق الدول الأعضاء في المنظمة، بل يمتد إلى الدول غير الأعضاء، فهي ملزمة بطريقة غير مباشرة بالالتزامات الناشئة عن الميثاق<sup>(٢٣)</sup>.

## المطلب الثاني

### الاتفاقيات الدولية كآلية لامتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي

إضافة لما يقدمه نظام روما وميثاق الأمم المتحدة فيما يتعلق بالتعاون، تقدم لنا معاهدات القانون الدولي الأخرى أصولاً أخرى للتعاون بين الدول في مجال مكافحة وعقاب الجرائم الدولية. فمن حيث القانون الدولي الإنساني تقدم لنا اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ أصلاً لواجب التعاون، فهي تنص على تعهد الدول الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم هذه الاتفاقيات وتكفل احترامها في جميع الأحوال<sup>(٢٤)</sup>، ويمكن إعادة النظر في هذا التعهد وتفسيره على اعتبار أن التعاون يعد أحد أوجه احترام الاتفاقيات.

(٢١) الفقرة الخامسة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة.

(٢٢) المادة ١٠٣ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٢٣) محمد الصاوي، مرجع سابق، ص ٥٩٢. والمادة ٣٢ والمادة ٥٠ من الميثاق تبين حقوق والتزامات الدول غير الأطراف فيه.

(٢٤) المادة الأولى المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩.



كما تضمن البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٧٧، التزام تقديم الأطراف السامية المتعاقدة كل منها للآخر أكبر قسط من المعاونة، فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية التي تتخذ بشأن الانتهاكات الجسيمة لأحكام اتفاقيات جنيف، وأحكام البروتوكول الأول، وتعاونها فيما بينها لتسليم المجرمين عندما تسمح الظروف بذلك، مع الأخذ بالاعتبار طلب الدولة التي وقعت المخالفة لأحكام البروتوكول على أراضيها<sup>(٢٥)</sup>.

والأهم من ذلك ما تضمنه البروتوكول نفسه من تعهد الأطراف السامية المتعاقدة، بأن تعمل مجتمعة أو منفردة في حالات الخرق الجسيم لاتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول، بالتعاون مع الأمم المتحدة، وبما يتلاءم مع ميثاق الأمم المتحدة<sup>(٢٦)</sup>.

ومن جانب القانون الدولي الجنائي نجد اتفاقية الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨، تنص على اعتراف الأطراف المتعاقدة بأن الإبادة الجماعية قد أُلحقت في جميع عصور التاريخ خسائر جسيمة بالإنسانية، وإيماناً منها بأن تحرير البشرية من مثل هذه الآفة البغيضة يتطلب التعاون الدولي<sup>(٢٧)</sup>. وتسري أحكام والتزامات هذه الاتفاقية بمواجهة جميع الدول أطرافاً فيها أم غير أطراف، باعتبار أنها تتضمن مبادئ عامة تعترف بها الأمم المتمدينة، وتحقق غايات وأهداف إنسانية، الأمر الذي يتطلب تعاون كافة الدول لتنفيذ أحكامها<sup>(٢٨)</sup>.

كما أشارت اتفاقية قمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها لعام ١٩٧٣، إلى أحكام ميثاق الأمم المتحدة التي تعهد فيها جميع الأعضاء بالعمل فرادى وجماعات، بالتعاون مع المنظمة لتحقيق الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، للناس جميعاً دون تمييز<sup>(٢٩)</sup>.

كما نجد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٣ تؤكد على رؤية الدول الأطراف لميثاق الأمم المتحدة على أنه يقوم على مبدئي الكرامة والتساوي الأصليين لجميع البشر، وأن الدول الأعضاء قد تعهدت باتخاذ إجراءات

(٢٥) المادة ٨٨ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية.

(٢٦) المادة ٨٩ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧.

(٢٧) ديباجة اتفاقية الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨.

(٢٨) محمد الصاوي، مرجع سابق، ص ٤٣٣.

(٢٩) ديباجة اتفاقية قمع جريمة الفصل العنصري لعام ١٩٧٣.

جماعية وفردية، بالتعاون مع المنظمة، بغية إدراك مقاصد الأمم المتحدة المتمثلة في تعزيز وتشجيع الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الإنسان، والحريات الأساسية، للناس جميعاً دون تمييز<sup>(٣٠)</sup>.

ومن جانب المبادئ الصادرة عن الأمم المتحدة، هناك مبادئ التعاون الدولي في تعقب واعتقال وتسليم ومعاقبة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية لعام ١٩٧٣<sup>(٣١)</sup>، والتي تضمنت المبادئ التالية ذات العلاقة بالتعاون:

أولاً: المبدأ رقم ٣، والذي يتضمن تعاون الدول مع بعضها البعض، على أساس ثنائي ومتعدد الأطراف، بغية وقف جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والحيلولة دون وقوعها، وتتخذ على كلا الصعيدين الداخلي والدولي التدابير اللازمة لهذا الغرض. ثانياً: المبدأ رقم ٤، والذي يتضمن مؤازرة الدول بعضها بعضاً، في تعقب واعتقال ومحاكمة الذين يشتبه بأنهم ارتكبوا مثل هذه الجرائم، وفي معاقبتهم إن وجدوا مذنبين.

ثالثاً: المبدأ رقم ٥، والذي يتضمن تقديم الأشخاص الذين تقوم ضدهم دلائل على أنهم ارتكبوا جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية للمحاكمة، ومعاقبتهم إن وجدوا مذنبين، وذلك كقاعدة عامة في البلدان التي ارتكبوا فيها هذه الجرائم. وفي هذا الصدد، تتعاون الدول في كل ما يتصل بتسليم هؤلاء الأشخاص.

رابعاً: المبدأ رقم ٦، وفيه تتعاون الدول بعضها مع بعض في جمع وتبادل المعلومات والدلائل، التي من شأنها أن تساعد على تقديم الأشخاص المشار إليهم في المبدأ رقم ٥ إلى المحاكمة.

خامساً: المبدأ رقم ٩، ويفيد بأن تتصرف الدول، حين تتعاون بغية تعقب واعتقال وتسليم الأشخاص الذين تقوم دلائل على أنهم ارتكبوا جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية، ومعاقبتهم إن وجدوا مذنبين، وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، وإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول.

كذلك نجد قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٧٠، بشأن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول، قد أكد على واجب الدول في

(٣٠) ديباجة الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥.

(٣١) اعتمدت ونشرت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٠٧٤ (د-٢٨) المؤرخ في ٣ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٣.

التعاون مع بعضها البعض وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة<sup>(٣٢)</sup>، وفيما يتعلق بواجب التعاون، تضمن القرار بشكل صريح متطلبات التعاون، والتي تفيد بأن على الدول أن تتعاون في شتى مجالات العلاقات الدولية للحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، وتحقيقاً لذلك على الدول التعاون لحفظ الأمن والسلم الدوليين وأن تتعاون لتعزيز الاحترام العالمي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع، وفي القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري والتعصب الديني.

### المطلب الثالث

#### مبادئ القانون الدولي العرفي كآلية لامتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي

تجدر الإشارة إلى أن أهم هذه المبادئ هو مبدأ الاختصاص العالمي، فالجرائم الدولية التي تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظرها، تقع ضمن دائرة مبدأ الاختصاص العالمي، الذي يتضمن واجب الدول أو حقها في مقاضاة مرتكبي الجرائم الدولية، بصرف النظر عن جنسية مرتكبها أو مكان ارتكابها<sup>(٣٣)</sup>. وبالنسبة لهذا المبدأ فإن العمل على إنفاذه وتطبيقه يتطلب التعاون التام فيما بين الدول دون شك.

ويتجه الباحث مع الكثير من الفقه الذي يرى أن الخطورة العالية لهذه الجرائم التي يتقرر لها الاختصاص العالمي، هي مبرر نشأته، واعتباره أحد أهم المبادئ القانونية الدولية العرفية ذات الشأن الجنائي، فخطورة هذه الجرائم تجعل الدول فرادى عاجزة عن مكافحتها، والعقاب على ارتكابها، مما يعني أن الوصول إلى نتائج أفضل يتطلب التعاون التام بين الدول، وهذا التعاون يتمثل بممارسة الاختصاص العالمي من جانب كل دولة<sup>(٣٤)</sup>.

كما أن مبدأ الاختصاص العالمي وحسب جانب كبير من الفقه، يعدّ مكملاً لمبدأ تسليم المجرمين، والذي يعدّ من أفضل الطرق - وليس أكملها - لتحقيق التعاون في مكافحة وعقاب الجرائم الدولية، فمبدأ التسليم يبقى قاصراً، فيكملة الاختصاص

(٣٢) المبدأ رقم د من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة تاريخ ٢٤/١٠/١٩٧٠ بشأن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول.

(٣٣) محمد الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٢٠.

SCHABAS, WILLIAM, opcit, 154.

(٣٤)

العالمي، الذي يمثل نوعاً من التضامن بين الدول لمكافحة وعقاب هذه الطائفة من الجرائم الخطرة. وفكرة التضامن هذه هي الأساس النظري لمبدأ الاختصاص العالمي<sup>(٣٥)</sup>، وما التضامن إلا معنى رديف للتعاون.

أما بالنسبة لموقف المحكمة الجنائية الدولية، فقد وجه نقد لاختصاص المحكمة الذي تمارسه من خلال مبدأ التكامل بينها وبين القضاء الوطني، أنها تؤثر على مبدأ الاختصاص العالمي، إلا أن المحكمة لا تعتدي بنظامها الأساسي على مبدأ الاختصاص العالمي، إنما تعمل وتشجع على تطبيقه<sup>(٣٦)</sup>.

بالتالي فإنه بالنظر لمضمون وأهداف هذا المبدأ، وغيره من مبادئ القانون الدولي الجنائي العرفي أو الاتفاقي، نجد أنها تمثل حالة من التعاون، أو على الأقل تحمل بطياتها واجب التعاون فيما بين الدول على إنفاذها وتطبيقها<sup>(٣٧)</sup>.

(٣٥) محمد الصاوي، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٣٦) محمد شبلي العتوم، الإشكاليات القانونية لاتفاقيات الحصانة التي أبرمتها الولايات المتحدة مع بعض الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٧، ص ٧١.

(٣٧) بالتالي فإنه بالنظر لمضمون وأهداف هذا المبدأ وغيره من مبادئ القانون الدولي الجنائي العرفي أو الاتفاقي، نجد أنها تمثل حالة من التعاون أو أنها تحمل بطياتها واجب التعاون فيما بين الدول على إنفاذها: Robrt Cryer, Robert, opcit, p.409.



### المبحث الثالث

## نموذج عملي لامتداد اختصاص المحكمة الدولية إلى دول غير أطراف (قضية دارفور)

لا ينص النظام الأساسي على أية حدود جغرافية لممارسة اختصاص المحكمة، إن كان تحريك الدعوى أمامها قد تم بالإحالة من مجلس الأمن، أم تطبيقاً لنص المادة ١٣ من النظام<sup>(٣٨)</sup>، وهذا ما مكن مدعي عام المحكمة (أوكامبو) من إجراء تحقيقات في إقليم دارفور، انتهت بإصدار مذكرة توقيف بحق رئيس دولة غير طرف في نظام المحكمة<sup>(٣٩)</sup>.

وحول قانونية إجراءات المحكمة حيال الملف السوداني، نجد من يرفض ذلك مثلما نجد من يبرره، لذا نتناول في هذا المبحث الآراء المتعلقة بامتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي من حيث التعاون القضائي، كما نتناول معيقات هذا الامتداد كإشكالية الحصانة الرئاسية، كما نتناول تأثير مسلك مجلس الأمن والمحكمة في قضية دارفور على التعاون القضائي، خاصة بالنسبة للدول غير الأطراف. ويتم ذلك ضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: الآراء حول مسلك المجلس والمحكمة من مسألة امتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير الأطراف.

المطلب الثاني: إشكالية الحصانة الرئاسية كمعيق لامتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف.

المطلب الثالث: تأثير مسلك المجلس في الملف السوداني على امتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف.

(٣٨) Dan, Sarooshi, the Peace and Justice Paradox: The International Criminal Court and the UN Security Council, 2004, in: Dominic McGoldrick, Peter Rowe, and Eric Donnelly (2004), the Permanent International Criminal Court: Legal AND Policy Issue, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, p.98 available at: <http://books.google.com/>.

(٣٩) فرض مجلس الأمن الدولي على حكومة السودان وعلى جميع أطراف النزاع في دارفور واجب التعاون التام مع المحكمة الجنائية الدولية ومدعيها العام، وأن تقدم أية مساعدة ضرورية من خلال القرار رقم ١٥٩٣ تاريخ ٢٠٠٥/٣/٣١، كما صدر عن رئيس المجلس بيان بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١٦ حثّ حكومة السودان وأطراف النزاع على التعاون التام مع المحكمة لوضع حد للحصانة من العقاب على جرائم دارفور، وحث المجلس جميع الدول والمنظمات على التعاون مع المحكمة (القرار ١٥٩٣ تاريخ ٢٠٠٥/٣/٣١): [www.amnesty.org/...](http://www.amnesty.org/.../) president-sudan-could-face-arrest-over-darfur-war-crimes-20080718

## المطلب الاول

### الآراء حول مسلك المجلس والمحكمة من مسألة امتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير الأطراف

تتمثل هذه الآراء من خلال التعرف على الاتجاه المؤيد لاحتمالية امتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي، والاتجاه المعارض لذلك، ثم بيان موقف المحكمة ذاتها من ذلك، ويتم بحث ذلك كالاتي:

#### أولاً: الاتجاه المعارض لمسلك المحكمة ومجلس الأمن

يعتبر هذا الرأي أن المحكمة الجنائية الدولية قد خرجت عن حدود سلطتها، لأن السودان ليس طرفاً في معاهدة روما، ولأن هذه الإجراءات تتعلق برئيس دولة يتمتع بموجب القانون الدولي بحصانة من الملاحقة القضائية<sup>(٤٠)</sup>. وتعليقاً على هذا الرأي، يرى الباحث أنه رأي سليم من الناحية السياسية، لقيام القرار على الانتقائية والتسييس الواضحين، وصدوره بدون ممارسة الضوابط التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة، والتي سيتم الحديث عنها تباعاً. إلا أنه رأي غير سليم من الناحية القانونية، وسنقف على ذلك عند الحديث عن الرأي الموافق.

كما وتثور هنا إشكالية الحصانة بالنسبة للرئيس السوداني، حيث ادعى الرأي المخالف بعدم شرعية مذكرة اعتقال البشير، لتمتعه بحصانة رؤساء الدول، وقد آثر الباحث مناقشة ذلك تحت عنوان مستقل، بعد تناول الرأي الموافق لمسلك المحكمة.

بالتالي نخلص من هذا الاتجاه، أنه يعارض أي امتداد لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى دول غير أطراف في نظامها الأساسي، سواء من حيث ممارسة اختصاص المحكمة ذاته، أو من حيث النتائج المترتبة على ممارسة الاختصاص، كمسألة التعاون القضائي مع المحكمة الجنائية الدولية.

#### ثانياً: الاتجاه المؤيد لمسلك المحكمة ومجلس الأمن

تستند صلاحية المجلس في الإحالة إلى معاهدة روما، وإلى سلطاته في حفظ السلم والأمن الدوليين، فالجرائم المنصوص عليها في نظام المحكمة (جرائم الحرب والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية)، تشكل بذاتها تهديداً للسلم والأمن

(٤٠) دريد بشراوي، حصانة رؤساء الدول في القانون الجنائي الدولي، دراسة منشورة في موقع "يقال نت" الإلكتروني، الخميس ٠٤ ديسمبر ٢٠٠٨، زيارة بتاريخ ٢٧/٨/٢٠٠٩:

doreid.blogspot.com/2008/12/blog-post.html

الدوليين، وهذه الصلاحيات لم تكن المحكمة لتنشأ بدونها حسبما ذكرت سابقاً، الأمر الذي شجع عدد من الدول الكبرى ذات الشأن على الانضمام لمعاهدة المحكمة<sup>(٤١)</sup>.

وهنا يتشابه قرار المجلس بالإحالة، مع قراراته حول إنشاء محكمتي يوغوسلافيا ورواندا، إلا أن الفرق يكمن في أنه أحال إلى محكمة قائمة أساساً، وتمثل القضاء الجنائي الدولي الدائم، وليس محكمة مؤقتة ومحددة بزمان ومكان معينين، وهذا ما يفترض فيه الصحة في العدالة الجنائية الدولية، على عكس هذه النماذج الجديدة فيها، كالمحاكم الخاصة والمؤقتة، ولكن بتوفر شروط عند تسييس القضايا، والابتعاد عن الانتقائية، والتعامل بعمومية وتجريد مع القضايا والحالات التي يتم فيها ارتكاب جرائم دولية أياً كانت.

ويعزز ذلك، بحسب جانب من الفقه الذي برر إطلاق صلاحية المحكمة فيما يتعلق بالتحقيقات والإجراءات القضائية التي يحركها مجلس الأمن، أنه من الناحية العملية المتمثلة بعدم إمكانية آليات عمل المحكمة الجنائية الدولية، كالانتربول الدولي والتعاون الدولي، من تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة بحق رئيس معين أو مسؤول معين محكوم عليهما، فتحال القضية إلى مجلس الأمن الذي يقع عليه مسؤولية اتخاذ القرار والإجراء المناسب حيال ذلك<sup>(٤٢)</sup>.

بالتالي فإنه للوصول إلى نتائج أفضل فيما يتعلق بالتحقيق والمقاضاة في ارتكاب الجرائم الدولية، لا بد من تدخل مجلس الأمن ومنحه هو والمحكمة صلاحيات واسعة أو شبه مطلقة لاعتبارات عملية، ولعدم كفاية الإجراءات المتاحة للمحكمة بدون الإحالة من المجلس. وهذا إضافة إلى ما يمكن افتراضه من تنازل ضمني ومسبق من قبل الدول والمجلس للمحكمة، لتطبيق الاختصاص العالمي بمناسبة ارتكاب الجرائم الدولية.

(٤١) بالمقابل عبّر عدد من حضور مؤتمر روما الدبلوماسي عن قلقهم من صلاحية مجلس الأمن في تحريك الدعوى القضائية لدى المحكمة الجنائية الدولية، حيث حذر المندوب الهندي من أن الدور البارز لمجلس الأمن في تحريك سلطة المحكمة القضائية، سوف يشكل إخلالاً بمبدأ المساواة في السيادة والمساواة أمام القانون، لأنه يفترض أن الدول الخمس التي تتمتع بحق الفيتو، لا ترتكب جرائم منصوص عليها في نظام المحكمة، أو أنها ستكون فوق القانون وعدم التعرض للمحاكمة. بينما الدول الأخرى يمكن أن يرتكب أبنائها مثل هذه الجرائم: داود خير الله، المحاكم الجنائية الدولية وتجاوزات مجلس الأمن الدولي، ١٠ / ٠٥ / ٢٠٠٩، دراسة منشورة في موقع اللجنة العربية لحقوق الإنسان الإلكتروني: [www.achr.net/art647.htm](http://www.achr.net/art647.htm)

(٤٢) دريد بشراوي، مرجع سابق.

### ثالثاً: موقف المحكمة من مسألة تعاون الدول غير الأطراف

ظهر توجه لدى المحكمة لطلب التعاون معها من قبل الدول غير الأطراف في النظام الأساسي، وذلك استناداً إلى صلاحيات مجلس الأمن، وواجب الدول في احترام قراراته، حيث ظهر ذلك عندما دعت المحكمة قطر للتعاون معها في توقيف الرئيس عمر البشير، عندما قبل دعوة قطر لمشاركته في القمة العربية التي انعقدت في العاصمة القطرية. وقالت المتحدثة باسم المحكمة (لورنس بلارون) أن المحكمة تعول على تعاون الدول، وأن قطر ليست دولة عضواً في ميثاق روما، لكنها عضو في الأمم المتحدة، وأن قرار مجلس الأمن يتضمن مطالبة كل الدول بالتعاون مع المحكمة<sup>(٤٣)</sup> مما يعني أن قطر ملزمة بالتعاون مع المحكمة وإن كانت غير طرف.

بالتالي يمكن أن نلاحظ مسعى المحكمة لبسط اختصاصها على دول غير أطراف في بعض الحالات، كمسألة التعاون القضائي معها في ما تجريه من تحقيقات، وقد عبرت المحكمة عن هذا الأمر عندما طلبت من قطر اعتقال الرئيس السوداني.

### المطلب الثاني

### إشكالية الحصانة الرئاسية كعائق لامتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف

استند جانب من أصحاب الرأي المخالف لمسلك المجلس والمحكمة، على مسألة حصانة الرؤساء والمسؤولين الحكوميين، علماً أن مسألة الحصانة كانت من أكثر المسائل جدلاً أثناء انعقاد مؤتمر روما الدبلوماسي عام ١٩٩٨، لأن الدساتير<sup>(٤٤)</sup> عادة ما تنص على حصانة رئيس الدولة والمسؤولين الحكوميين والبرلمانيين ضد المقاضاة الجنائية.

(٤٣) المحكمة الجنائية الدولية تدعو دولة قطر للتعاون في توقيف عمر البشير، خبر منشور في صحيفة صدى سوريا الأحد ١٥/٣/٢٠٠٩: [www.sadasoria.com/.../page-select-id-show\\_det-32-13915.htm](http://www.sadasoria.com/.../page-select-id-show_det-32-13915.htm)

(٤٤) في فرنسا عدل الدستور الفرنسي لكي يتم المصادقة على نظام روما، وذلك بعد وضع حد لحصانة الرئيس على أثر قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٢ كانون الثاني سنة ١٩٩٩، الذي قضى بضرورة تعديل الدستور لإمكانية المصادقة على معاهدة روما. حيث قام المشرع الفرنسي بتعديل أحكام الدستور الفرنسي الذي يمنح الرئيس الفرنسي حصانة جزائية مطلقة أثناء قيامه بوظائفه، بشكل لا يمكن معه تطبيق هذه الحصانة في حال أسندت إلى الرئيس جرائم تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية (فقرة ٢ من المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي): دريد بشرأوي، مرجع سابق.



إلا أنه تم معالجة ذلك بصياغة المادة ٢٧ من نظام روما، التي تبين أن الصفة الرسمية والحصانات المتعلقة بها، سواء أكان مصدرها القانون الدولي أم القانون الداخلي، لا تلغي صلاحية المحكمة بنظر الدعوى المحالة إليها. وما ينطبق على حصانة الرؤساء ينطبق على الحصانة المرتبطة بالصفة الرسمية للأشخاص<sup>(٤٥)</sup>.

ومثل نظام روما نجد معظم معاهدات القانون الدولي الجنائي، تسقط مسألة الحصانة إذا ما تعلق الأمر ببعض أنواع الجرائم ذات الخطورة العالية، فنجد مثلاً اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية عام ١٩٤٨ تنص صراحة في مادتها الرابعة على معاقبة الأشخاص الذين اقترفوا جريمة الإبادة الجماعية، سواء أكانوا حكماً أم موظفين عامين، أم أفراداً عاديين.

وفي هذا السياق أيضاً جاء عدد من المواثيق الدولية التي تتعلق بالمحاكم الجنائية الدولية، يطرح هذه الحصانة كالاتي:

- قرارات المعهد الدولي لحقوق الإنسان (التابع للأمم المتحدة) في مؤتمره المنعقد في هامبورغ عام ١٨٩١، ومؤتمره المنعقد في إكس أون بروفانس لعام ١٩٥٤، ومؤتمره المنعقد في بال عام ١٩٩١، والتي كرست جميعها عدم تمتع رئيس الدولة بأي حصانة جزائية في وجه المحاكم الجنائية الدولية، سواء أكان يمارس سلطاته الرئاسية وقت حصول المحاكمة، أم عند صدور الحكم الجزائي بحقه، وقد أضاف قرار مؤتمر المعهد نفسه المنعقد عام ٢٠٠١ في فانكوفر، أن الرئيس يتمتع بحصانة جزائية عادية فيما يخص الجرائم المنسوبة إليه، أو المحكوم عليه بها، والتي لا توصف بالجرائم الدولية، وفي هذه الحالة لا يمكن توقيفه، أو إلقاء القبض عليه، أو ملاحقته جزائياً، أو تنفيذ حكم جزائي كان قد صدر بحقه من قبل، وعلى الدولة التي يتواجد على أراضيها أيّاً كانت، أن تؤمن حمايته، وأن تدعه يتمتع بحصانته

(٤٥) تنص المادة (٢٧) من نظام روما الأساسي أنه: "١- يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء أكان رئيساً لدولة أو حكومة أو عضواً في حكومة أو برلمان أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي. كما أنها لا تشكل في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقوبة. ٢- لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء أكانت في إطار القوانين الوطنية أم الدولية دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص".

الجزائية هذه، والتي تقوم أمام قضاء أي دولة أخرى، وليس أمام المحاكم الجنائية الدولية<sup>(٤٦)</sup>.

- أكدت معاهدة فرساي لعام ١٩١٩، على أن حصانة رؤساء الدول ليست حصانة مطلقة، وتسقط إذا وجه إلى رئيس يمارس صلاحياته الرئاسية، تهم بارتكاب جرائم دولية.
- أكد النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ على أن الصفة الرسمية للمتهمين، سواء أكانوا رؤساء دول أم موظفين كبار، لن تؤخذ بعين الاعتبار كعذر، أو كسبب مخفف للعقوبة<sup>(٤٧)</sup>.
- كرس النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا<sup>(٤٨)</sup>، مبدأ استبعاد صفة رئيس الدولة

(٤٦) دريد بشراوي، مرجع سابق، وهذا ما أكدته المادة ١١ من القرار الصادر عن هذا المؤتمر الأخير التي تفيد بأن هذه الحصانة لا يصلح الدفع بها، ولا يمكن تطبيقها إزاء الالتزامات المفروضة بموجب ميثاق الأمم المتحدة أو بموجب أنظمة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة أو المحكمة الجنائية الدولية، وتضيف المادة ذاتها بأن حصانة الرئيس الجزائية لا تحميه من المحاكمة أمام المحاكم الجنائية الدولية، ولا يمكن الدفع بها أمام هذه المحاكم على أنواعها. كما لا يمكن الدفع بها لمنع تطبيق القواعد والأصول المتعلقة بمحاكمة الجرائم الدولية التي تشكل اعتداء على الأمن والسلم الدوليين.

(٤٧) المادة (٧) من النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ لعام ١٩٤٩.

وقد تم تأكيد هذا المبدأ في الأحكام الصادرة عن المحكمة، والتي صاغتها فيما بعد لجنة القانون الدولي ضمن سبعة مبادئ هي: ١- أي شخص يرتكب فعلاً يشكل جريمة وفقاً للقانون الدولي يكون مسؤولاً عنها ومعرضاً للعقاب عليها. ٢- لا يعفي عدم وجود عقوبة، في القانون الداخلي عن الفعل الذي يعد جريمة وفقاً للقانون الدولي، الشخص الذي ارتكب الفعل من المسؤولية طبقاً للقانون الدولي. ٣- لا يعفي الشخص الذي ارتكب جريمة وفقاً للقانون الدولي كونه قد تصرف بوصفه رئيساً للدولة أو مسؤولاً حكومياً، من المسؤولية بالتطبيق للقانون الدولي. ٤- لا يعفي الشخص الذي ارتكب الفعل بناء على أمر من حكومته أو رئيسه الأعلى من المسؤولية وفقاً للقانون الدولي، بشرط وجود خيار معنوي كان متاحاً له. ٥- لكل شخص متهم بجريمة وفقاً للقانون الدولي الحق في محاكمة عادلة بخصوص الوقائع والقانون. ٦- يعد من الجرائم المعاقب عليها الجرائم التالية: أ - الجرائم ضد السلام. ب - جرائم الحرب. ج - الجرائم ضد الإنسانية. ٧- يعتبر جريمة وفقاً للقانون الدولي الاشتراك في ارتكاب جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية: الدكتور خليل حسين، حصانة الرؤساء أمام المحكمة الجنائية الدولية، ٧ نيسان ٢٠٠٩، مقال منشور في موقع الدكتور خليل حسين للدراسات والأبحاث الإستراتيجية على الإنترنت: [http://drkhalilhussein.blogspot.com/2009/04/blog-post\\_2309.html](http://drkhalilhussein.blogspot.com/2009/04/blog-post_2309.html)

(٤٨) الفقرة ٤ من المادة ٦ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة لعام ١٩٩٣ و الفقرة ٤ من المادة ٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا لعام ١٩٩٤.

كعائق في وجه ملاحقة ومحكمة الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة الإبادة الجماعية.

من جانب آخر يرى البعض، أن الحصانة يجب أن تقتصر على الغرض المقصود منها، إذ أنها تطبق عادة بالنسبة للجرائم التي تتعلق بممارسة الوظائف المتصلة بالمنصب الرسمي، حيث تقتصر بعض الدساتير الحصانة البرلمانية على ما يديه عضو البرلمان من أفكار وآراء بمناسبة أدائه لعمله، دون أن تتركس الإفلات من العقاب والمساعدة عليه.

وفي هذا الصدد يرى الفقيه محمود شريف بسيوني<sup>(٤٩)</sup>، أنه يجب التفرقة بين نوعين من الحصانات، وهما: الحصانة الموضوعية والحصانة الإجرائية، ويرى بسيوني أن مضمون المادة (٢٧) من نظام روما الأساسي، هو عدم جواز التذرع بالصفة الرسمية للإعفاء من المسؤولية الجنائية. ومن ثم فلا يجوز الدفع أمام المحكمة الدولية الجنائية بالحصانة المقررة لرئيس الدولة، عند ارتكابه إحدى الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي حين مثوله أمامها. أما الحصانة الإجرائية فإنها تبقى لصيقة برئيس الدولة طالما بقي في منصبه، ولا تزول عنه إلا بعد أن يتركه، أو وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، أو النظم القانونية الداخلية.

### المطلب الثالث

## تأثير مسلك المجلس في الملف السوداني على امتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف

يمكن إيجاز هذا التأثير في احتمالين رافقا البحث في مدى تأثير مذكرة اعتقال الرئيس البشير على التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، كالتالي:

الأول<sup>(٥٠)</sup>: من الخبرة السابقة للقارة الإفريقية، والتي تمكنت من تحدي الحصار الغربي على ليبيا في أزمة لوكيربي، حيث استطاعت بعض الدول الإفريقية الكبرى، كجنوب إفريقيا، أن تفرض إرادتها لكسر الحصار، فكان من الممكن أن تتكرر التجربة،

(٤٩) تاور ميرغني علي، المحكمة الجنائية الدولية وجهل الجاهلين بها: سياسة الاتجاه الواحد في مواجهة المحكمة الجنائية الدولية، ١٤ آذار ٢٠٠٩، مقال منشور في موقع سودانيز أونلاين على الإنترنت: [www.sudaneseonline.com](http://www.sudaneseonline.com)

(٥٠) حمدي عبد الرحمن حسن، الجنائية الدولية.. للأفارقة فقط!!، مقال منشور في موقع إسلام أونلاين: [www.islamonline.net/servlet/Satellite?c...C...](http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?c...C...)

خاصة مع وجود مخاوف إفريقية متزايدة من أن تصبح المحكمة الجنائية الدولية أداة للاستعمار الجديد في القارة الإفريقية، لأن جميع الحالات التي تنظرها المحكمة حالات إفريقية، ولأن تدخل المحكمة في بعض الصراعات قد يقوض إجراءات تحقيق السلام كما هو الحال في شمال أوغندا ودارفور<sup>(٥١)</sup>، وذلك إلى جانب تخوف الاتحاد الإفريقي على قواته العاملة لحفظ السلام في دارفور.

بالتالي فإن السير بهذا الاتجاه قد يفشل مبدأ التعاون، ويكرس النقيض، أي عدم التعاون مع المحكمة، وهذا أمر خطير، خاصة بعد الإنجاز الكبير في التوصل لمحكمة جنائية دولية دائمة، وبعد أن واجهت العديد من العوائق منذ نشأتها، وبالتالي إفشالها في مهدها.

الثاني<sup>(٥٢)</sup>: من الممكن قيام الدول الإفريقية استناداً إلى توصية مجلس السلم والأمن الإفريقي، بالتحرك على الصعيد الدبلوماسي والسياسي داخل مجلس الأمن الدولي، لتأجيل قرار اعتقال البشير، وتجميد كافة الإجراءات المرتبطة به لمدة عام، وهي الصلاحية الأخرى للمجلس بموجب النظام الأساسي للمحكمة، إلى جانب صلاحية إحالة القضية للمحكمة. وإذا ما تم ذلك فإن إفريقيا قد تتخذ إجراءات عملية، كعدم التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، أو الانسحاب كلياً من نظامها الأساسي، من قبل الدول الإفريقية الأطراف فيها، الأمر الذي يقوض مفهوم التعاون، ويشكل خطوة سلبية في طريق العدالة الجنائية الدولية، مما يعني أن على المجلس إعادة النظر في قرار الإحالة، إما بالتخلي عنه، أو العمل على إحالة غيره من الحالات، وبشكل جدي بعيداً عن الانتقائية والتسييس.

مما سبق نلاحظ مدى تأثير تدخل مجلس الأمن، أو امتداد اختصاص المحكمة الدولية، ليشمل دولاً غير أطراف فيه، على مبدأ وواجب التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، إذا ما مارس المجلس صلاحياته الممنوحة له بموجب نظام روما، استناداً على أسس العدالة الجنائية الدولية، وعند تسييس القضايا التي يتعامل معها، وتحقيقاً لمقاصد وغايات الأمم المتحدة التي أنشئت لأجلها.

(٥١) تبنت الدول الأعضاء في الاتحاد الإفريقي قراراً بعدم التعاون والتعامل مع المحكمة بشأن اعتقال البشير في ختام قمة استمرت ثلاثة أيام في ليبيا، استناداً إلى حصانته الرئاسية، رغم مصادقة ٣٠ دولة أفريقية على نظام روما: القرار الإفريقي برفض التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية يثير رداً متبايناً، تقرير إخباري لوكالة أنباء شينخوا بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٥:

www.xinhuanet.com .

(٥٢) دريد بشراوي، مرجع سابق.



وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مجلس الأمن يمتلك مقابل رفض التعاون والانصياع لقراراته، عدداً من الخيارات، فمن صلاحياته فرض العقوبات الاقتصادية والمالية كالحصار، والسياسية مثل قطع العلاقات الدبلوماسية، ووقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية، بحق الدولة المتخلفة عن تنفيذ القرارات الصادرة استناداً للفصل السابع من الميثاق<sup>(٥٣)</sup>. كما يجوز له اللجوء إلى استعمال القوة لتنفيذ قراراته، إذا ما رأى أن العقوبات الاقتصادية غير كافية أو غير فعالة<sup>(٥٤)</sup>.

(٥٣) المادة ٤١ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٥٤) المادة ٤٢ من ميثاق الأمم المتحدة.

## المبحث الرابع

### تقييم عملية امتداد اختصاص المحكمة إلى دول غير أطراف من خلال مجلس الأمن الدولي

نتناول في هذا المبحث الضوابط القانونية لمسلك مجلس الأمن بالنسبة للدول غير الأطراف أولاً، وفوائد ومزايا هذا المسلك ثانياً، والانتقادات التي وجهت لهذا المسلك ثالثاً. كالآتي:

**أولاً: الضوابط القانونية لمسلك المجلس بالنسبة للدول غير الأطراف**  
بداية لا بد من الإشارة إلى أن الصلاحية الواسعة لمجلس الأمن لم تأت من فراغ، بل منحت له بإرادة أغلبية الدول التي صادقت بإرادتها على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أو انضمت إليه. ومن جانب آخر قدمها القانون الدولي للمجلس ابتداءً عند انضمام الدول لميثاق الأمم المتحدة، الذي يمتلك فيه المجلس مثل هذه الصلاحيات الواسعة لحفظ الأمن والسلم الدوليين.

ويترتب على هذا القول أن العبرة في القانون الدولي تكون لإرادة أغلبية الدول، وإن غالبية الدول تعد أطرافاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إضافة لكونها أطرافاً في ميثاق الأمم المتحدة، أما إرادة الدول غير الأطراف في نظام المحكمة، فلا ينظر لها أمام إرادة الأغلبية الدولية، التي تتجه إلى نبذ العنف والعدوان والجرائم الدولية التي تهز الضمير الإنساني.

وقد يكون مسلك مجلس الأمن ذا طبيعة قانونية يتفق مع الشرعية الدولية وهو الأصل، إلا أن ذلك لا يعني مشروعية تعامله وقانونيته في جميع القرارات الصادرة عنه، فقد يظهر من جانبه نوع من الانتقائية والتسييس أثناء ممارسته لصلاحياته، مما يستوجب الحديث عن الآليات المناسبة في القانون الدولي للرقابة على عمل المجلس، أو الضوابط القانونية لعمله.

فإزاء تمتع مجلس الأمن بالصلاحيات الواسعة فيما يتعلق بحفظ السلم والأمن الدوليين، التي أساسها المادة ٢٤/١ من ميثاق الأمم المتحدة، وقيامه بذلك نيابة عن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، فإن هناك مجموعة من القيود والضوابط القانونية لعمله. ويعتبر غالبية فقهاء القانون الدولي أن مجلس الأمن ملزم بحد أدنى من عدم الخروج على ضوابط رئيسية قانونية معينة نصّ عليها في الميثاق، وعلى مجلس الأمن التقيد بها، وهي<sup>(٥٥)</sup>:

(٥٥) داود خير الله، مرجع سابق.

- أن تتفق التدابير التي يتخذها المجلس لحفظ السلم والأمن الدوليين، مع مبادئ العدل والقانون الدولي، ومقاصد الأمم المتحدة ومبادئها<sup>(٥٦)</sup>: ويعد هذا المبدأ من مبادئ القانون الدولي التي تفرضها القواعد الأمرة<sup>(٥٧)</sup>، التي تعلق القواعد القانونية الأخرى، عرقية كانت أم تعاھدية.
- المساواة في الحقوق بين الشعوب، واحترام حقوق الإنسان للناس جميعاً دون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، كأساس للعلاقات الودية بين الأمم، وتحقيق التعاون الدولي<sup>(٥٨)</sup>.
- المساواة في السيادة بين جميع الدول، وعدم التدخل في شؤونها الداخلية<sup>(٥٩)</sup>.
- مراعاة مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها بشكل عام<sup>(٦٠)</sup>، وقد تم التعرض لمقاصد الأمم المتحدة مسبقاً.

## ثانياً: فوائد ومزايا مسلك المجلس بالنسبة للدول غير الأطراف

يمكن اعتبار قرار المجلس بإحالة قضية دارفور، وإصدار مذكرة توقيف بحق الرئيس السوداني، وتوجيه التهمة بالمسؤولية عن جرائم معينة له كرئيس دولة غير طرف في نظام المحكمة أثناء ولايته، بصرف النظر عن مدى مصداقية هذه الاتهامات، سابقة يمكن أن تشعر كبار المسؤولين في الدول بأن زمن الإفلات من العقاب قد ولى، أو على الأقل هناك توجه عالمي لنبد الإفلات من العقاب، بالرغم من الحصانات الممنوحة للرؤساء والمسؤولين بموجب التشريعات الداخلية للدول، وبالرغم من التذرع بالسيادة الوطنية للامتناع عن المصادقة على نظام المحكمة.

بالتالي فإن منح المجلس مثل هذه الصلاحية، من شأنه أن يخضع دولاً ليست أطرافاً في النظام الأساسي لاختصاص المحكمة، الأمر الذي يساعد على الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، خصوصاً في مجال الجرائم الدولية التي دل التاريخ على بشاعتها<sup>(٦١)</sup>.

(٥٦) الفقرة الأولى من المادة الأولى من الميثاق.

(٥٧) ليس هناك تعريف محدد لما قد يعتبر مخالفة للقواعد الأمرة، لكن لجنة القانون الدولي اعتبرت أن جرائم العدوان والإبادة الجماعية والعبودية والتمييز العنصري والجرائم ضد الإنسانية والتعذيب وحق تقرير المصير، كلّها تدخل في نطاق القواعد الأمرة.

(٥٨) الفقرة الثانية والثالثة من المادة الأولى من الميثاق.

(٥٩) المادة الثانية من الميثاق.

(٦٠) المادة ٢٤ من الميثاق.

(٦١) عبد الله علي عبو سلطان، دور القانون الجنائي الدولي في حماية حقوق الإنسان، دار بجلة، عمان، ٢٠٠٨، ط. ١، ص ٢٨٨.

وهنا يرى البعض أن منح المجلس سلطة تحريك دعوى وإحالتها للمحكمة أو إرجائها، من شأنه أن يمنع أي تعارض محتمل بين المحكمة والمجلس، إذ من الممكن أن يؤدي غياب هذه العلاقة إلى قيام كل منهما بالتعامل مع قضية معينة، بشكل يختلف باختلاف طبيعة تعامل كل منهما سياسية أم قضائية، ولكون اختصاص المحكمة يقوم على الجرائم ذات الخطورة البالغة، التي تهدد السلم والأمن الدوليين<sup>(٦٣)</sup>.

كما يرى البعض، أنه ورغم الإشكاليات التي تنثور عن سلطة المجلس في الإحالة للمحكمة، فإن صلاحياته التي يمارسها تستند إلى اتفاقية روما وميثاق الأمم المتحدة، وأن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية بحد ذاته، يعد خطوة مهمة على طريق دعم السلم والأمن الدوليين، وتعزيز احترام حقوق الإنسان، فهذه الصلاحيات - كما سبق وأن ذكرت - لم تكن المحكمة لتنشأ بدونها، الأمر الذي شجع عدد من الدول الكبرى للانضمام لمعاهدة المحكمة، غير أن تحقيق عدالة جنائية دولية صارمة كفيلة بمنع الإفلات من العقاب، يتطلب توافر إرادة سياسية حقيقية لدى دول العالم، وخصوصاً الدول الكبرى التي تمتلك حق الفيتو<sup>(٦٣)</sup>.

كما يرى البعض أن هناك اعتبارات يتلأشى مبدأ السيادة أمامها، سواء تعلقت بأثر السيادة على التعاون مع المحكمة، أم أثرها على توجه الدول نحو إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، وبالتالي التعاون معها، بالتالي فإن الدول أمام ارتكاب جرائم معينة تشكل تهديداً للأمن والسلم الدوليين، فلا يجوز لها التذرع بالسيادة أمام المحكمة الجنائية الدولية<sup>(٦٤)</sup>.

= ويرى الباحث هنا ويحاول من خلال هذا البحث، وغيره من الأبحاث، الوصول إلى فكرة أن الانضمام أو عدمه إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أصبح عديم الجدوى والفائدة (نظرياً)، لمحاولة التهرب من امتداد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، ليشمل دولاً غير أطراف في النظام الأساسي، وهذا الامتداد يجد آثاره حسب الباحث في ظل مبدأ التعاون (هذا البحث)، وفي ظل العلاقة بين المحكمة والمجلس، وفي ظل الصلاحية الممنوحة للمجلس، وكذلك في ظل الصياغة للاختصاص المكاني للمحكمة الجنائية الدولية، وامتداد الاختصاص بالنسبة للدول الراغبة، وكذلك مبدأ الاختصاص العالمي، ذلك المبدأ الدولي القانوني العرفي والذي يكرسه نظام روما أيضاً.

(٦٢) إدريس الكريني، المحكمة الجنائية الدولية والعدالة المؤجلة، مقال منشور في مدونة إدريس الكريني على الإنترنت: drisslagrini.maktoobblog.com

(٦٣) داود خير الله، مرجع سابق.

(٦٤) Aksar, Yusuf (2004), Implementing International Humanitarian Law from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court, Routledge, 11 New Fetter Lane, London EC4P 4EE, p.50 Available at: <http://books.google.com/>.



### ثالثاً: انتقادات مسك المجلس بالنسبة للدول غير الأطراف

بمقابل مزايا هذا المسك، فهناك ما يثير الانتباه والشكوك، حيث نلاحظ من الواقع الدولي، تغليب مصالح الدول الكبرى، ومنطق الانتقائية، وعدالة الأقوى، بمعنى تغليب الاعتبارات السياسية على الاعتبارات القانونية، فهناك كثير من الجرائم ارتكبت ولا تزال ترتكب، وبشكل أقطع مما هو مثار اتهام في دارفور، فهناك الجرائم الدولية الخطيرة التي ارتكبتها الولايات المتحدة في العراق وأفغانستان، كالعدوان والإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب، والجرائم التي ارتكبتها، وترتكبها إسرائيل على مدار الساعة في فلسطين المحتلة.

فبالرغم مما يراه البعض من مزايا في منح المجلس هذه الصلاحيات التي تمنع أي تعارض محتمل بين المحكمة والمجلس، فإن هذه الصلاحية - وإن لم تمنحه حسب هذا الاتجاه موقِعاً حاسماً ومقرراً في قضاء المحكمة، بالصفة التي كانت تريدها الولايات المتحدة-، إلا أنها فتحت المجال للمجلس للتدخل والالتفاف على صلاحيات المحكمة، والانحراف بعملها لدوافع واعتبارات سياسية، بسبب طبيعة وطريقة تشكيله، وطريقة اتخاذ قراراته المرتبطة بحفظ السلم والأمن الدوليين، والتي يظهر فيها الانتقائية وتسييس العدالة بشكل واضح<sup>(٦٥)</sup>.

ويرى البعض أن تسييس عمل المجلس، قد بلغ ذروته، عندما تناول بإجراءاته مسائل ذات طبيعة قضائية، تمارسها هيئة قضائية دولية دائمة، ذات طبيعة تعاھدية، في مضمونها طلب اعتقال رئيس دولة غير طرف في معاهدة إنشاء المحكمة.

كما ظهرت عملية تسييس قرارات المجلس بشكل أكثر وضوحاً، بعيداً عن القانون الدولي والشرعية الدولية، عندما استعمل المجلس صلاحياته في رعاية وإقامة المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بلبنان، لمحاكمة المسؤولين عن جريمة اغتيال الرئيس الحريري. فهذا القرار - حسب البعض<sup>(٦٦)</sup> - يخالف البند السابع من المادة الثانية للميثاق، والتي تنص على أن ليس في الميثاق ما يسوِّغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون في صميم السلطان الداخلي لدولة، ولا يتفق مع أحكام

(٦٥) إدريس الكريني، مرجع سابق.

(٦٦) يرى الباحث بالمخالفة للاتجاه المذكور أعلاه، أن مسك المجلس سليم، لأن الاشتباه بالجناة طال قيادات في دولة أخرى، وهذا الأمر يعد خارجاً عن صلاحية واختصاص القوانين الداخلية للدول، الأمر الذي يتطلب تدخل جهة دولية، على الأقل للتحقيق والتوصل إلى نتائج يمكن أن يبنى عليها قرارات على صعيد الهيئة الدولية بالنسبة لمثل هذه المسألة.

الاستثناء المذكور في نفس المادة الذي يتعلق بتدابير القمع الواردة في الفصل السابع من الميثاق.

كما وجه نقد آخر لهذه الصلاحيات الممنوحة للمجلس، أن مجرد إخضاع إحالة قضية تتعلق بدولة غير طرف في المحكمة، من قبل المجلس استناداً للفصل السابع، يتطلب موافقة الأعضاء الخمس الدائمين في المجلس، وعدم استخدام حق النقض الفيتو من أي منهم، بالتالي فإن هذه الدول الخمسة، لن تكون معرضة للإحالة إلى المحكمة، إلا إذا كانت طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، أو أعلنت قبولها به، كما أنه من الممكن أن تستخدم هذه الدول حق النقض أمام أي مشروع قرار لإحالة قضية تتعلق بها أو بدول تربطها بها علاقات ومصالح<sup>(٦٧)</sup>.

وفي ظل اختلاط عمل المجلس من الناحية القانونية بالجوانب السياسية، يظهر جلياً تجاوز المجلس للحدود والضوابط القانونية لشرعية عمله، مما يشير إلى الحاجة إلى وجود مرجعية قضائية، وسائل أخرى لضبط وتعديل سلوك المجلس، والرقابة عليه، وإلا فإنه بمرور الزمن سوف يفقد احترامه وتنفيذ قراراته<sup>(٦٨)</sup>.

## الخاتمة

تبين لنا من خلال البحث، أن المحكمة الجنائية الدولية نشأت بموجب معاهدة دولية (نظام روما الأساسي لعام ١٩٩٨)، بالتالي فإنه وبحسب قانون المعاهدات الدولية، تسري الالتزامات الناتجة عن المعاهدة على الدول الأطراف فيها من حيث الأصل، إلا أن هناك حالات استثنائية قد تسري فيها التزامات المعاهدة على الدول غير الأطراف، كما هو الحال بالنسبة لنظام روما، وخصوصاً في مجال الالتزام بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية.

كما تبين لنا أن مسألة تعاون الدول غير الأطراف، تعد أحد أهم الإشكاليات التي

(٦٧) عبدالله علي عبو سلطان، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٦٨) تمت مناقشة ميثاق الأمم المتحدة ونظام محكمة العدل الدولية في مؤتمر سان فرانسيسكو، الذي بحث اقتراح إعطاء محكمة العدل الدولية صلاحية النظر في قانونية قرارات مجلس الأمن، وقد رفض هذا الاقتراح وبقيت صلاحية النظر بقانونية التدابير التي يتخذها جهاز من أجهزة الأمم المتحدة ضمن السلطة التقديرية لهذا الجهاز. بالمقابل نجد أن المادة ٩٦ من الميثاق تعطي كلاً من الجمعية العامة ومجلس الأمن، الحق بأن يطلب إلى محكمة العدل الدولية رأياً استشارياً في أية مسألة قانونية تحال إليها، وقد طلب من محكمة العدل الدولية في عدة مناسبات إصدار قرارات استشارية حول قانونية التدابير التي تتخذها أجهزة الأمم المتحدة: داود خير الله، مرجع سابق.

تنشور عن دراسة نظام روما الأساسي والمبادئ المنبثقة عنه، فالمحكمة تحتاج عند ممارستها لاختصاصها تعاون جميع الدول معها، لتسهيل إجراءات التقاضي. وتبين أن معاهدة روما لعام ١٩٩٨ قد نظمت آلية للتعاون بالنسبة للدول الأطراف، إلا أن تعاون الدول غير الأطراف يخرج من إطار النص القانوني، إذ أن بحثه يقوم على دراسة العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، والعلاقة بين الدول ومجلس الأمن، والتي قد تؤدي إلى انصراف بعض التزامات التعاون على هذه الدول. وقد تبين لنا من خلال البحث أنه تبعاً للعلاقة بين المجلس والمحكمة من جهة، وبين المجلس ودول منظمة الأمم المتحدة من جهة أخرى، فإن مجلس الأمن يمتلك العديد من الصلاحيات الممنوحة إزاء الدول كافة، أطرافاً في النظام الأساسي للمحكمة أم غير أطراف، وذلك مقابل عدد من الضوابط على عمل المجلس وصلاحياته الواسعة.

وفي ظل التزام الدول بالتعاون، تبين لنا أن هناك آثاراً للالتزام بالتعاون في معاهدات ووثائق أخرى، كمعاهدات القانون الدولي الإنساني والدولي الجنائي، مما قد يسفر عن وجود التزام بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، يقع على عاتق الدول غير الأطراف في النظام الأساسي لها، وقد تعرضنا من خلال البحث إلى أوجه هذا التعاون المفروض عليها ومجالاته. وقد تعرضت الدراسة إلى أحد الأمثلة على الصعيد الدولي، ذي الصلة بجوهر الدراسة وهو الملف السوداني، فقد تم مناقشة مدى خروج المحكمة أو المجلس عن حدود سلطاتهما، كون السودان ليس طرفاً في معاهدة روما لعام ١٩٩٨، ولأن الأمر تم بمواجهة رئيس دولة يتمتع بموجب القانون الدولي بحصانة من الملاحقة القضائية. وقد تم ذلك أيضاً ضمن مظلة التطرق للمزايا والانتقادات المتعلقة بمسلك المجلس بالنسبة للدول غير الأطراف، لتقع تحت التزام وواجب التعاون.

## التوصيات

- أن يقوم مجلس الأمن بمراجعة الضوابط القانونية على استخدامه لصلاحياته الواسعة.
- تشجيع المجلس وحثه على إصدار قرارات بإحالة القضايا إلى المحكمة الجنائية الدولية، وإصدار مذكرات توقيف بحق كل رئيس أو مسؤول في أي مكان وزمان في العالم، يشتهب ضلوعهم بارتكاب جرائم دولية، بالرغم من الحصانات الممنوحة لهم بموجب التشريعات الداخلية لدولهم، وبالرغم من التذرع بالسيادة الوطنية، وبالرغم أيضاً من كون دولهم أطرافاً في نظام المحكمة أم لا.

- حث المجلس لدعم المحكمة الجنائية الدولية ودعم السلم والأمن الدوليين، وتعزيز احترام حقوق الإنسان، وتشجيع الدول للانضمام لمعاهدة المحكمة.
- حث الدول على توجيه إرادتها السياسية الحقيقية لدعم المحكمة الجنائية الدولية، ودعم السلم والأمن الدوليين، وتعزيز احترام حقوق الإنسان في أي مكان.
- حث المجلس للابتعاد عن الانتقائية وعدالة الأقوى، اللتين تظهران من قراراته العديدة في مجال التعامل مع الجرائم الدولية، والابتعاد عن تغليب الاعتبارات السياسية على الاعتبارات القانونية.
- حث المجلس على اتخاذ نفس النهج الذي قام به بالنسبة للملف السوداني، مع الجرائم الدولية الخطيرة التي ارتكبت في أماكن أخرى من العالم، وعلى مرأى المجتمع الدولي وشاشات التلفزة الدولية، كالجرائم التي ارتكبتها وترتكبها إسرائيل على مدار الساعة في فلسطين المحتلة.



## المراجع

### أولاً - المراجع العربية:

- داود خير الله، المحاكم الجنائية الدولية وتجاوزات مجلس الأمن الدولي، ١٠/٥/٢٠٠٩، دراسة منشورة في موقع الإلكتروني.
- اتفاقيات جنيف الأربع.
- اتفاقية الإبادة الجماعية.
- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥.
- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات.
- اتفاقية قمع جريمة الفصل العنصري.
- البرتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية.
- تاور ميرغني علي، المحكمة الجنائية الدولية وجهل الجاهلين بها: سياسة الاتجاه الواحد في مواجهة المحكمة الجنائية الدولية، ١٤ اذار ٢٠٠٩، مقال منشور في موقع سودانيز أونلاين على الإنترنت.
- تقرير الوفد الليبي إلى مؤتمر روما الدبلوماسي، مأخوذ من: الطاهر مختار علي سعد، دار الكتب الجديدة المتحدة، بيروت، ٢٠٠٠، ط ١.
- حمدي عبد الرحمن حسن، الجنائية الدولية.. للأفارقة فقط!!، مقال منشور في موقع إسلام أونلاين على الإنترنت.
- داود خير الله، المحاكم الجنائية الدولية وتجاوزات مجلس الأمن الدولي، ١٠/٥/٢٠٠٩، دراسة منشورة في موقع الإلكتروني.
- دريد بشراوي، حصانة رؤساء الدول في القانون الجنائي الدولي، دراسة منشورة في موقع "يقال. نت" الإلكتروني، الخميس ٠٤ ديسمبر ٢٠٠٨، زيارة بتاريخ ٢٧/٨/٢٠٠٩.
- الدكتور خليل حسين، حصانة الرؤساء أمام المحكمة الجنائية الدولية، ٠٧ نيسان ٢٠٠٩، مقال منشور في موقع الدكتور خليل حسين للدراسات والأبحاث الإستراتيجية.
- زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ط ١.

- شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة: شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٧.
- عبدالله علي عبو سلطان، دور القانون الجنائي الدولي في حماية حقوق الإنسان، دار دجلة، عمان، ٢٠٠٨، ط١.
- علاء الدين شحاتة، التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، د. ن، القاهرة، ٢٠٠٠، ط١.
- القرار الأفريقي برفض التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية يثير ردوداً متباينة، تقرير إخباري لوكالة أنباء شينخوا بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٥.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة تاريخ ٢٤/١٠/١٩٧٠ بشأن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٠٧٤ (د-٢٨) المؤرخ في ٣ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٧٣.
- المحكمة الجنائية الدولية تدعو دولة قطر للتعاون في توقيف عمر البشير، خبر منشور في صحيفة صدى سوريا الأحد ٢٠٠٩/٣/١٥.
- محمد الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دس، د. ط.
- محمد شبلي العتوم، الإشكاليات القانونية لاتفاقيات الحصانة التي أبرمتها الولايات المتحدة مع بعض الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٧.
- ميثاق الأمم المتحدة.
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة.
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ.

## ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Aksar, Yusuf (2004), Implementing International Humanitarian Law from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court, Routledge, 11 New Fetter Lane,

- London EC4P 4EE, p.50 Available at: <http://books.google.com/>.
- Cryer, Robert (2004), General Principles of Liability in International Criminal Law, in: Dominic McGoldrick, Peter Rowe, and Eric Donnelly (2004), the Permanent International Criminal Court: Legal AND Policy Issue, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, available at: <http://books.google.com/>.
  - Dan, Sarooshi, the Peace and Justice Paradox: The International Criminal Court and the UN Security Council, 2004, in: Dominic McGoldrick, Peter Rowe, and Eric Donnelly (2004), the Permanent International Criminal Court: Legal AND Policy Issue, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, available at: <http://books.google.com/>.
  - [doreid.blogspot.com/2008/12/blog-post.html](http://doreid.blogspot.com/2008/12/blog-post.html)
  - Hakan Friman, Darryl Robinson, and Elizabeth Willmshurst (2007), an Introduction to International Criminal Law and Procedures, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, available at: <http://books.google.com/>.
  - Schabas, Willuam, the UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, New York: Cambridge University Press, 1st edd, 2006, available at: <http://books.google.com>
  - [www.amnesty.org/.../president-sudan-could-face-arrest-over-darfur-war-crimes-20080718](http://www.amnesty.org/.../president-sudan-could-face-arrest-over-darfur-war-crimes-20080718)
  - [www.sadasoria.com/.../page-select-id-show\\_det-32-13915.htm](http://www.sadasoria.com/.../page-select-id-show_det-32-13915.htm)





## أحكام التظلم الإداري في ضوء نظام الخدمة المدنية الأردني (دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور/ بسام محمد أبو أرميله  
أستاذ القانون الإداري المساعد  
كلية القانون - جامعة جدارا  
المملكة الأردنية الهاشمية

### ملخص:

تقوم هذه الدراسة على بيان القواعد الأساسية المنظمة للتظلم الإداري بموجب نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧، وقانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، كإجراء إداري تمهيدي يلجأ إليه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو لسلطتها الرئاسية أو إلى لجان إدارية متخصصة قبل رفع الدعوى القضائية لإلغاء القرار محل التظلم، يهدف من خلاله مراجعة هذه الجهات لقرارها المتخذ بشأنه مع بيان الأسانيد القانونية التي تبطله، طالباً سحب القرار أو إلغائه أو تعديله.

### مقدمة:

في ظل وجود الدولة القانونية التي تسود فيها اعتبارات القانون، كان لا بد من وضع قواعد قانونية تحمي حقوق الأفراد وتضمن مصالحهم تجاه تجاوزات الجهات الإدارية بحقهم.

ونظراً لتزايد نسبة تلك التجاوزات من قبل السلطات الإدارية تجاه الموظفين المنسوبين إليها، وما استتبعه من كثرة القضايا المرفوعة ضد هذه السلطات أمام القضاء الإداري، جاءت فكرة "التظلم الإداري" كوسيلة قانونية استباقية منحها المشرع للأفراد كسبيل ودي لحل المنازعات القائمة بين الموظفين والإدارة في مراحلها الأولى وبعيداً عن تدخل القضاء في ذلك.

فجاءت الأنظمة الحديثة مقررّة أحقية ذوي الشأن في تقديم تظلماتهم إلى الجهات الإدارية المعنية على شكل اعتراضات، تحمل تلك الجهات على مراقبة نفسها بنفسها من خلال مراجعتها لقراراتها المتخذة وإعادة النظر فيما يشوبها من عيوب تمس مشروعيتها أو عدم ملاءمتها بغية سحبها أو إلغائها أو تعديلها.

فالتظلم الإداري يستهدف، في النتيجة، عدول الإدارة مصدرة القرار أو سلطتها الرئاسية عن قراراتها المعيبة والتي تؤثر في المراكز القانونية المستحقة للموظفين وتمس مصالحهم المشروعة.

## منهجية الدراسة :

تعتمد هذه الدراسة على الأسلوب التحليلي للأفكار التي تنطوي عليها، بمنهجية تأصيلية مقارنة تقوم على تأصيل تلك الأفكار من خلال عرضها بثوب جديد، وتقسيم بعضها إلى عناوين فرعية جديدة، تسهل على القارئ فهمها وتدارك نقاط التشابه والاختلاف بين النظام الأردني والنظام المصري المقارن، مع الارتكاز على الجوانب الفقهية والتشريعية والقضائية التي تصدت لموضوع الدراسة.

ونظراً لسمة المرونة والتطور التي تتصف بها قواعد القانون الإداري، فقد عنيّا بانتقاء المراجع الحديثة ما أمكن، وذلك لمواكبة ما قد يستجد من تطورات تخص موضوع الدراسة.

## نطاق الدراسة :

ترتكز هذه الدراسة بشكل أساسي على إبراز الأحكام الخاصة بالتظلم الإداري في نطاق نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته، وقانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته، بالإضافة لبعض القوانين الأخرى التي يفرضها مقام البحث.

## أهمية الدراسة :

تبرز أهمية هذه الدراسة فيما تتمتع به فكرة "التظلم الإداري" من قيمة نظرية وعملية في آن واحد، بحيث تتجلى القيمة النظرية في اهتمام المشرعين الأردني والمصري المقارن بإفراد نصوص تشريعية منظمة لأحكام التظلم الإداري في كلا البلدين كحق مشروع للأفراد. أما القيمة العملية فتبرز من خلال تفعيل الرقابة الذاتية للإدارة على فحص مدى مشروعية تصرفاتها تجاه موظفيها والعاملين لديها، بإمكانية مساءلتها عما تصدره من قرارات غير مشروعة أو غير ملائمة بحقهم، تمس من مراكزهم القانونية المستحقة لهم، فهي تشكل ضمانة أساسية للأفراد في تحقيق مبدأ العدالة الإدارية برفع الظلم عنهم وإنصافهم.

## هدف الدراسة :

تستهدف هذه الدراسة إظهار الجانب النظري والتطبيقي لفكرة "التظلم الإداري" في النظامين الأردني والمصري المقارن، من خلال عرض أبرز الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الشأن، وبيان مدى تطور الأسانيد القانونية والنصوص التشريعية التي تصدت لموضوع التظلم وما يعترئها من نواقص، فضلاً عن إبراز الدور التطبيقي

لفكرة التظلم في القضاء الإداري الأردني والمقارن، وما مدى التطور الذي وصل إليه القضاء في هذا المجال.

### مشكلة الدراسة :

تكمن المشكلة الأساسية في هذه الدراسة في الجانب الأردني بشكل أساسي، وتتمثل في ندرة المراجع والمؤلفات المتخصصة بشكل عام، وأن معظم تلك المؤلفات عامة، ويبدو أنها تُؤلف من أجل تقريرها كمناهج جامعية وليس كمراجع علمية، هذا فضلاً عن امتناع بعض دور النشر في الأردن عن نشر الكتب القانونية المتخصصة والتي لا تجد لها رواجاً إلا من قبل الأساتذة والباحثين وهم قلة نسبةً إلى عدد طلاب الجامعات، الأمر الذي دعانا إلى اللجوء إلى النصوص التشريعية والأحكام القضائية التي توافرت لدينا بهذا الخصوص.

### خطة الدراسة :

تنقسم الدراسة إلى أربعة مباحث أساسية على النحو الآتي :

المبحث الأول : مفهوم التظلم الإداري وأهميته

المبحث الثاني : أنواع التظلم الإداري

المبحث الثالث : شروط التظلم الإداري

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على التظلم الإداري

### المختصرات :

- يكون للكلمات والعبارات التالية حيثما وردت في هذه الدراسة المعاني التالية :
- نظام الخدمة المدنية : نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧
- قانون محكمة العدل العليا : قانون محكمة العدل العليا الأردنية الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢
- مجلة نقابة المحامين : مجلة نقابة المحامين الأردنيين
- قانون مجلس الدولة : قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢
- المحكمة الإدارية العليا : المحكمة الإدارية العليا المصرية

## المبحث الأول مفهوم التظلم الإداري وأهميته

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول مفهوم التظلم الإداري في الأردن والنظام المصري المقارن، ونخصص المطلب الثاني لبيان أهمية التظلم الإداري على النحو الآتي:

### المطلب الأول مفهوم التظلم الإداري

#### أولاً: تعريف التظلم الإداري

تصدى جانب من الفقه الإداري في الأردن لتعريف التظلم الإداري بالقول: "هو أن يتقدم الموظف بالتماس أو طلب إلى مصدر القرار الإداري نفسه، أو إلى رئيس مصدر القرار أو إلى لجنة إدارية خاصة، يلتمس من خلاله صاحب الشأن إعادة النظر في القرار المعيب، إما بسحبه أو تعديله أو إلغائه"<sup>(١)</sup>. وعرفه آخر بذات المضمون قائلاً: "هو لجوء صاحب الشأن إلى الإدارة شاكياً من قرار إداري يعتقد أنه معيب، وسبب له ضرراً مادياً ومعنوياً، ويطلب بإلغاء هذا القرار كلاً أو جزءاً"<sup>(٢)</sup>.

أما في مصر، فقد تصدى جانب كبير من الفقه لتعريف التظلم الإداري، من أبرزهم ما قاله الدكتور سليمان الطماوي بأن التظلم الإداري هو "أن يصدر قرار إداري معيب أو غير ملائم على الأقل، فيتقدم أحد الأفراد ممن يمسهم الضرر إلى الجهة التي أصدرت القرار أو إلى الجهة الرئاسية طالباً سحبه أو تعديله"<sup>(٣)</sup>. وعرفه آخر بأنه: "شكوى أو التماس يتقدم به صاحب الشأن، إما إلى الجهة التي أصدرت القرار، أو إلى السلطة الرئاسية، ويسمى تظلاً ولائياً في الحالة الأولى وتظلاً رئاسياً في الحالة الثانية"<sup>(٤)</sup>.

(١) د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٥، ص ١٧٧.

(٢) د. محمد وليد العبادي، القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٧٧-٣٧٨.

(٣) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٥٣٣.

(٤) د. رمضان بطيخ، قضاء الإلغاء، ضمانات للمساواة وحماية للمشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٤١.



ومع اختلاف التعريفات الفقهية في صياغتها، إلا أنها تدور حول فكرة واحدة وهي أن التظلم الإداري يقدم إلى مصدر القرار نفسه أو الجهة الرئاسية بغية إصدار قرار آخر أكثر اتفاقاً مع القانون، يحل محل القرار المتظلم منه، على اعتبار وجود نزاع ما بين الإدارة والأفراد المتعاملين معها، وعليه لا يمكن اعتبار الطلبات التي يقدمها صاحب الشأن تظلاً إدارياً إذا لم تتضمن تحديداً واضحاً ودقيقاً لموضوع النزاع القائم، ويتوجب على صاحب الشأن أن يبرز في تظلمه موضوع النزاع القائم مع الإدارة بصورة واضحة لا غموض فيها<sup>(٥)</sup>.

وعليه ينبغي على الجهة الإدارية، باعتبارها خصماً شريفاً تسعى لتحقيق العدالة الإدارية بشتى صورها، أن تتعامل مع صاحب الشأن (المتظلم) بكل موضوعية وفق ما أورده في طلب التظلم من أسباب قانونية ومبررات جدية، وإنصافه إذا كان محقاً فيما يدعيه، وذلك بسحب قرارها أو إلغائه أو تعديله<sup>(٦)</sup>.

وقد أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد قراراتها بالقول: "إن التظلم هو الأصل في مجال استخلاص نوي الشأن لحقوقهم، ورفع الظلم عنهم، وجهة الإدارة هي الخصم الشريف يتعين عليها أن تعيد الحق لأصحابه، دون أن تكبدهم مشقة القضاء وإجراءاته..."<sup>(٧)</sup>.

أما على المستوى التشريعي، فلم ينص المشرع الأردني في نظام الخدمة المدنية الحالي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧ وكذلك المشرع المصري في قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على تعريف التظلم الإداري أو تحديد شكل خاص له، وذلك يعود للطبيعة المرنة للتظلم، فيكفي أن يكون واضح الدلالة لما يبتغيه صاحب الشأن من موضوع شكواه<sup>(٨)</sup>. إلا أن المشرع الأردني قد ذكر، في المادة ١٦٢/ب من نظام الخدمة المدنية، الحالات التي يجوز فيها للشخص تقديم طلب التظلم وهي:<sup>(٩)</sup>

- (٥) د. علي خنجر شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٧٨.
- (٦) د. سعد الشنتوي، المسألة التأديبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٣٦.
- (٧) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٦٨٠) لسنة ٣١ ق، بتاريخ ١٢/٧/١٩٨٦، مجموعة المبادئ، س ٣١، ١٨.
- (٨) د. عبد العزيز خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٤٧. والجدير بالذكر هو أن المشرع الأردني لم يشر بتاتاً إلى التظلم الإداري في قانون محكمة العدل العليا الأردنية الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢، في حين أن المشرع المصري قد نص على التظلم في قانون مجلس الدولة المصري الحالي.
- (٩) سوف نكتفي بذكر تلك الحالات دون التعقيب عليها وعلى حكم التظلم فيها، فيما إذا كان جوازياً أو وجوبياً منعاً للتكرار، فسيتم توضيح ذلك عند الحديث عن أهمية التظلم وأنواعه.

- ١ - وجود أي مسألة أو مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات إذا كانت تتعلق بطبيعة العمل في الدائرة أو لها علاقة بالموظف المتظلم وشؤونه والقرارات المتخذة بحقه.
  - ٢ - صدور أي تصرف أو مخالفة من شأنها الإخلال بأخلاقيات الوظيفة العامة، أو الإخلال بمبادئ العدالة والنزاهة.
  - ٣ - التعرض إلى أي ضغط أو إكراه أو طلب غير مشروع من أي موظف سواء أكان رئيساً أم زميلاً أم مرئوساً للتصرف بشكل غير قانوني، أو القيام أو الامتناع عن القيام بإجراء معين من شأنه أن يشكل انتهاكاً لواجبات الموظف المتعلقة بالنزاهة والسرية.
- وفي مصر، فقد نص المشرع في المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة المصري على الحالات التي يجب التظلم منها قبل الطعن فيها كشرط لقبول الطعن القضائي وحددها على سبيل الحصر وهي:
- ١ - القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو منح العلاوات. (المادة ١٠/٣).
  - ٢ - القرارات الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم عن غير الطريق التأديبي. (المادة ١٠/٤).
  - ٣ - القرارات النهائية للسلطات التأديبية الصادرة ضد الموظفين العموميين. (المادة ١٠/٩).
- ويتضح مما تقدم، بأن محل التظلم الإداري، في النظامين الأردني والمصري، ينصب على القرارات الإدارية المتعلقة بشئون الموظفين والمعينة أو غير الملائمة في نظر الشخص المتضرر من هذا القرار، إلا أن الفارق الجوهرى بين النظامين يكمن في مدى إلزامية تقديم التظلم من عدمه، وهو ما سنوضحه لاحقاً.

### ثانياً: التكييف القانوني للتظلم الإداري

يعد التظلم وسيلة من الوسائل الاستباقية لفض النزاع القائم بين الموظف المتضرر من قرار إداري معين والإدارة التي أصدرته، مطالباً بإعادة النظر في هذا القرار إما بسحبه أو بإلغائه أو بتعديله، مستنداً إلى أسباب قانونية تبرر ذلك. وبالتالي فإن التظلم، وإن كان طريقاً ودياً، إلا أنه يقوم على اعتبارات قانونية وموضوعية، مناطها احترام مبدأ المشروعية والتقيّد بأحكام القانون بمعناه الواسع، وليست مجرد آراء شخصية لاستعطاف الجهة الإدارية بالرجوع عن قرارها، فهو

بمثابة طعن إداري يحوز في طياته أسباب الطعن المعهودة أمام القضاء، لكي تثبت فيه الإدارة قبل أن يصل الأمر إلى القضاء ليفصل فيه<sup>(١٠)</sup>.

## المطلب الثاني أهمية التظلم الإداري

للتظلم الإداري أهمية خاصة، فهو لا يصب في مصلحة المتظلم فحسب، وإنما تمتد أهميته لتشمل الإدارة والقضاء أيضاً، وتبرز هذه الأهمية من الناحية القانونية ومن الناحية العملية على النحو الآتي:

### أولاً: الأهمية القانونية للتظلم الإداري.

تتمثل الأهمية القانونية للتظلم الإداري فيما يلي:

#### ١ - إن التظلم الإداري يحقق مبدأ المشروعية والملاءمة.

يلعب التظلم دوراً كاشفاً، حيث يكشف للإدارة ما يعتري قرارها من بطلان، فتعيد النظر فيه وتبادر إلى تصحيح ما شابه من بطلان<sup>(١١)</sup>. فهو وسيلة من الوسائل القانونية التي تسمح باستصدار قرار إداري يتفق وأحكام القانون والأنظمة، من خلال تفعيل الرقابة الذاتية للإدارة على فحص مدى مشروعية قراراتها، ومدى ملاءمتها في الوقت ذاته، بحيث تستطيع أن تلغي أو تسحب أو تعدل قراراتها بداعي عدم ملاءمة تلك القرارات، مما يجسد مفهوم العدالة الإدارية برفع الظلم عن المتضرر وإعطائه حقه المشروع وإنصافه<sup>(١٢)</sup>.

وقد أكد المشرع الأردني في نظام الخدمة المدنية على أهمية التظلم في ترسيخ دعائم المشروعية بالقول: "يحق للموظف التقدم بتظلم رسمي في أي من الحالات التالية: ١- وجود أي مسألة أو مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات إذا كانت تتعلق بطبيعة العمل في الدائرة أو لها علاقة بالموظف"<sup>(١٣)</sup>.

(١٠) محمد بن عبد الله الحسني، التظلم الإداري، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، عمان، ٢٠٠١، ص ٩١.

(١١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٦١٧.

(١٢) د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص ٢٣٩.

(١٣) المادة (١٦٢/ب/١) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

## ٢ - إن التظلم الإداري هو نظام قانوني مستقل.

يتمتع التظلم الإداري بنظام قانوني مستقل بذاته، فقد حرص المشرع - الأردني والمصري - على النص عليه كنظام قانوني قائم بذاته، فقد أفرد المشرع الأردني في نظام الخدمة المدنية فصلاً خاصاً بالتظلم هو الفصل السابع عشر، صاغ فيه خمس مواد خاصة بالتظلم، من ضمنها "ضرورة تأكد صاحب الشأن، قبل أن يتقدم بالتظلم، من كافة المعلومات الواردة في تظلمه، وأن يكون على اطلاع بالأنظمة والتعليمات المتعلقة بطلباته" (١٤).

كما عني المشرع المصري بالنص على التظلم في المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة المصري، وجعله وجوبياً في الحالات الثلاث - سאלفة الذكر -، وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا المصرية حرص المشرع على تقرير نظام التظلم بالقول: "... ويؤكد ذلك أن المشرع، حرصاً منه على تخفيف العبء على العامل وتجنبه أعباء التقاضي، اشترط لقبول دعوى الإلغاء في بعض الأحوال أن يسبقها تظلم، لعل صاحب المصلحة يحقق طلباته دون طرح النزاع على القضاء" (١٥).

## ٣ - إن التظلم الإداري يحقق مبدأ حسن سير المرافق العامة.

يؤدي التظلم الإداري إلى تبصرة الإدارة بأخطائها وتجاوزاتها بحق المتظلم، الأمر الذي يؤدي أحياناً إلى رجوعها عن قراراتها غير الصائبة، ويحد من أخطائها وتجاوزاتها، وهو ما ينعكس إيجاباً على السلوك الوظيفي في المرفق، ويجعل أداء العمل في الجهاز الإداري أكثر انضباطاً (١٦).

فانضباط الجهة الإدارية وحرصها على عدم تكرار الأخطاء فيما تتخذه من قرارات غير مشروعة، يسهم في محاربة كل أشكال الفساد في المرفق ويزيد من الكفاءة الإدارية للموظفين في ظل وجود العدالة الإدارية، الأمر الذي يعزز الثقة بالجهاز الإداري وما يقدمه من خدمات عامة للمواطنين، وهو ما يكفل في النهاية حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد (١٧).

(١٤) المادة (١٦٢ / أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(١٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٦٨٠)، سابق الإشارة إليه.

(١٦) المادة (١٦١ / ج) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(١٧) د. حسنين المحمدي بوادي، الفساد الإداري، لغة المصالح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٨-٢٩.



## ثانياً : الأهمية العملية للتظلم الإداري.

تتجلى الأهمية العملية للتظلم الإداري فيما له من فوائد عملية كبيرة تتمثل فيما يلي :

- ١ - إن تلقي الجهة الإدارية المعنية للتظلمات الإدارية والبت فيها ابتداءً، من شأنه أن يقلل من عدد القضايا الواردة للمحاكم، مما يخفف العبء عن كاهل القضاء، وذلك بإتاحة الفرصة لتسوية النزاع في مراحله الأولى، ودون اللجوء إلى القضاء<sup>(١٨)</sup>. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: " ... بأن الحكمة من هذا التظلم هي الرغبة في التقليل من المنازعات بإنهائها في مراحلها الأولى بطريق أيسر للناس، وذلك بالعدول عن القرار المتظلم منه إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه"، وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن: " علة التظلم الإداري لمصدر القرار أو لمن يعلوه في السلم الرئاسي إنما هو احتمال تبين خطأ القرار والعدول عنه بسحبه في المدة القانونية"<sup>(١٩)</sup>.
- ٢ - إن التظلم الإداري إجراء مرن وسهل يخلو من الشكليات التي تتسم بالإطالة والرتابة، ويمتاز بسهولة استخدامه من قبل الأفراد، بحيث يجنبهم إجراءات التقاضي التي قد تكون طويلة، كما يعفيهم من رسوم التقاضي وأتعاب المحاماة، وغير ذلك من المتطلبات<sup>(٢٠)</sup>. فكل ما يتطلب ببساطة من صاحب الشأن، في حال عدم رضائه بالقرار الذي علم به بواسطة النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني، أن يبادر بكتابة موضوعه أو مشكلته بوضوح على شكل تظلم، ويرسله إلى الإدارة مصدرة القرار أو لرئيسها طالباً إعادة النظر فيه وسحبه أو إلغائه<sup>(٢١)</sup>.
- ٣ - إن التظلم الإداري يعد وسيلة للاتصال المباشر بين الموظف صاحب التظلم

(١٨) د. عبد العزيز خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٨٣، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، أحكام التظلم الإداري في القانون المصري والكويتي، دراسة فقهية وقضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٩١.

(١٩) د. رحاب عبدالعزيز البيلي سالم، التظلم الإداري كسبب لانقطاع الميعاد في الدعوى الإدارية، منشور على الشبكة الإلكترونية <http://ar.wikibooks.org/wiki1>

(٢٠) د. محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٥.

(٢١) د. أحمد يوسف محمد، التظلم الإداري وميعاد دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراة، جامعة طنطا، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢، ٨٤.

ومصدر القرار أو الرئيس الإداري، فهو حلقة وصل بينهما، فصاحب التظلم يلتقي بالمسؤول الإداري ويبدأ بشرح شكواه أمامه، ويتوجب على مصدر القرار من جانبه - حال علمه بعدم مشروعية قراره - أن يصحح قراره ويظهره من العيوب التي لحقت، وهذا أفضل من إلغاء القرار قضائياً، إذ أنه بذلك قد أظهر احترامه للقانون، وتقديره لهيبة القضاء فغناه البحث في شرعية قراره، وأعاد للمتضرر حقوقه دون إجباره على الذهاب إلى القضاء، وهذا هو المفروض أصلاً في مصدر القرار. فالتظلم يحافظ من ناحية على أخلاقيات العمل والوظيفة في جو يسوده الاحترام المتبادل بين الرئيس ومروؤسيه، ومن ناحية أخرى يظهر هيبة القضاء ومكانته المرموقة لدى الإدارة، وإن رفضت الإدارة التظلم ولم تبت فيه خلال الميعاد المقرر فله أن يلجأ إلى طريق التقاضي<sup>(٢٢)</sup>. وهذا ما أورده المشرع الأردني في نظام الخدمة المدنية بالقول: "إن التظلم يعمل على فتح قنوات الاتصال بين الموظفين وجمهور المواطنين من جهة ومختلف مستويات الإدارة من جهة أخرى في الحالات التي تتطلب ذلك"<sup>(٢٣)</sup>.

(٢٢) د. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، دعاوى

الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ١٢٠.

(٢٣) المادة (١٦١/ب) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

## المبحث الثاني أنواع التظلم الإداري

تختلف أنواع التظلم الإداري وفقاً للزاوية التي ينظر إليها، وبناءً عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه أنواع التظلم من حيث السلطة المختصة به، بينما نعرض في المطلب الثاني أنواع التظلم من حيث حكمه القانوني، وفيما يلي بيان ذلك :

### المطلب الأول التظلم الإداري من حيث السلطة المختصة به

وفقاً لنظام الخدمة المدنية الأردني وقانون مجلس الدولة المصري، فإن التظلم يقسم من حيث السلطة المختصة به إلى ثلاثة أنواع هي التظلم الولائي والتظلم الرئاسي والتظلم الوصائي، وسنتناول بيان هذه الأنواع كما يلي :

#### أولاً : التظلم الولائي

ويقصد به أن يتوجه الموظف صاحب الشأن بتقديم تظلمه بطريقة كتابية أو بصورة شفوية، إلى الجهة التي أصدرت القرار تحديداً، يطالبها بإعادة النظر في القرار الذي أصدرته بهدف إلغائه أو تعديله أو سحبه<sup>(٢٤)</sup>.

وهذا النوع من التظلم يفعل الرقابة الذاتية، بحيث يتيح الفرصة لمصدر القرار ذاته أن يعيد النظر بقراره المتخذ، ويمحصه فيما إذا كان سليماً من الناحية القانونية أم لا، قبل أن يصل إلى السلطة الرئاسية المختصة، ويتم حل النزاع في أولى مراحلها بطريقة مختصرة وسهلة وبشكل ودي<sup>(٢٥)</sup>.

وقد عني المشرع الأردني بهذا النوع من التظلم، فأوجب على الموظف صاحب الشأن - إذا ما أراد التظلم - أن يتوجه إلى رئيسه المباشر الذي أصدر القرار ويناقشه بموضوع تظلمه قبل أن يشرع بالبدء في إجراءات التظلم الرسمية؛ أي قبل كتابته بشكل رسمي، كوسيلة لتقريب وجهات النظر علّها تغني عن تقديم التظلم

(٢٤) د. عبدالرؤوف كساسبة، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية أمام القضاء الأردني، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ٢٠١٠، ص ٤٤٩.

(٢٥) د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، دار قنديل للنشر، عمان، ٢٠٠٩، ص ٤١.

الولائي بشكل رسمي، وتقنع مصدر القرار بتعديل قراره بشكل تلقائي، فقد جاء في نظام الخدمة المدنية ما نصه " لا يجوز البدء بإجراءات التظلم الرسمي إلا بعد مناقشة موضوع التظلم مع الرئيس المباشر، وعلى الموظف التأكد من صحة تظلمه أو معلوماته والاطلاع على الأنظمة والتعليمات الصادرة بهذا الخصوص قبل التقدم بالتظلم" (٢٦).

وعلى الرغم من تلك الأهمية لهذا التظلم فإنه قد لا يجدي أحياناً، خاصةً أن الجهة الإدارية التي أصدرت القرار غير ملزمة قانوناً بالرد عليه والفصل فيه، وحتى لو تصدى مصدر القرار لطلب التظلم، فقد يتعامل مع الطلب بشكل غير موضوعي وبعيداً عن اعتبارات الحيطة والنزاهة فيما يتضمنه فحوى التظلم، لاسيما أن الجهة المعنية بالفصل في طلب التظلم هنا هي ذات الجهة التي أصدرت القرار محل التظلم، فهي الخصم والحكم في الوقت ذاته (٢٧).

ولذلك - نرى من جانبنا - أنه إذا كان سلوك طريق التظلم مهماً جداً بالنسبة لسالكه، فإن الأهم منه هو أن تقدر الإدارة حقيقة ذاتها ووجودها، وأن القوانين والأنظمة لم توجدها وتمنحها امتيازات متعددة لتكون خصماً ونداً لموظفيها تتجاوز بحقهم مبدأ المشروعية وحدود القانون، وإنما لتكون شريكاً متعاوناً معهم بغية تحقيق الصالح العام للموظفين وللمواطنين على حدٍ سواء، ولذلك تنعى بالخصم الشريف من قبل الفقه والقضاء عامةً.

## ثانياً : التظلم الرئاسي

لا يختلف هذا النوع من التظلم عن سابقه من حيث موضوعه، وإنما يختلف من حيث الجهة التي يتوجه إليها المتظلم للبت في تظلمه، وهو الرئيس الإداري الأعلى لمصدر القرار، باعتباره المسؤول الأول عن حسن سير المرفق العام الذي يرأسه، يقوم بإعادة النظر في القرار محل التظلم من حيث مدى مشروعيته وملاءمته (٢٨).

وقد نص المشرع الأردني في نظام الخدمة المدنية على التظلم الرئاسي، وخول

(٢٦) المادة (١٦٢/أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(٢٧) د. عبدالرؤف كسابسة، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية أمام القضاء الأردني، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

(٢٨) د. عبدالله محمد محمود، الأحكام الجزائية والموضوعية للتظلم الإداري، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، مصر، ١٩٩٤، ص ٤٣.



صاحب الشأن أن يقدم تظلمه إلى الوزير المختص قائلاً: " ... يقدم طلب التظلم الرسمي إلى الوزير..."<sup>(٢٩)</sup>.

وعلى الرغم من هذا النص التشريعي، فإن الوزير كسلطة رئاسية يستطيع أن يمارس رقابته على التظلم المقدم إليه من تلقاء نفسه ودون وجود نص قانوني يخوله ذلك، وذلك وفقاً لما استقرت عليه الأنظمة عامةً من أن السلطة الرئاسية تعد من النظام العام، ولا حاجة للنص عليها، فهي من مستلزمات سير العمل الإداري في المرفق<sup>(٣٠)</sup>.

كما تضمن قانون مجلس الدولة المصري النص على التظلم الولائي والرئاسي في نفس المادة بالقول: "لا تقبل الطلبات المقدمة رأساً بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود ثالثاً ورابعاً وتاسعاً من المادة ١٠<sup>(٣١)</sup> وذلك قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبث في هذا التظلم"<sup>(٣٢)</sup>.

ونرى من جانبنا، أن تضمين نظام الخدمة المدنية الأردني وقانون مجلس الدولة المصري بالنص على السلطة الرئاسية هو من باب التأكيد عليها وتبصرة الموظفين بجواز سلوك هذا الطريق، وذلك لما تسهم به السلطة الرئاسية من تفعيل الرقابة الإدارية من قبل الرئيس على أعمال مرؤوسيه لاكتشاف مواطن الخلل والقصور في أعمالهم، فضلاً عن تزايد احتمالات توفر ضمانات الحيدة والموضوعية في نظر التظلم والفصل فيه من قبل الرئيس الإداري الأعلى، باعتبار أن القرار محل التظلم لم يصدر من جهته بشكل مباشر، كما أن توجه المتظلم للجهة الرئاسية العليا يشكل ملاذاً له في حال تعنت ورفض الجهة الولائية عن الرجوع في قرارها المعيب.

(٢٩) المادة (١٦٢/ب) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(٣٠) لقد أضفى مجلس الدولة الفرنسي منذ عام ١٨٨١ طابع النظام العام على التظلم الرئاسي، بحيث يوجد بلا نص قانوني عليه، ولا داعي لوجود نص قانوني على التظلم الإداري لإجازته، فهو موجود حكماً وهذا هو الأصل ولا يستبعد إلا بنص قانوني صريح بذلك، انظر د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٨٤. وبذات المعنى كذلك د. عبد العزيز خليفه، الشرعية الإجرائية في التأديب الرئاسي والقضائي للموظف العام، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٣١.

(٣١) وهي القرارات الصادرة بشأن الموظفين العموميين والمتعلقة فقط (بالتعيين والترقية ومنح العلاوات والإحالة إلى المعاش والاستبعاد والفصل بغير الطريق التأديبي، بالإضافة للقرارات النهائية للسلطات التأديبية) سابق الإشارة إليها.

(٣٢) المادة (١٢/ب) من قانون مجلس الدولة المصري.

وفي هذا الشأن، قضت محكمة العدل العليا الأردنية في أحد أحكامها بأن: "... طلب المستدعي من المحافظ الإيعاز لرئيس البلدية لإعادته إلى عمله هو من قبيل التظلم من القرار المطعون فيه، والمتضمن الاستغناء عن خدماته للجهة الإدارية صاحبة الوصاية على البلدية، قصد به العودة عن قرار إنهاء خدماته وسحب، ولا يعتبر إذعائاً للقرار المطعون فيه" (٣٣).

### ثالثاً : التظلم أمام اللجان الإدارية (التظلم الوصائي)

خول نظام الخدمة المدنية الأردني وقانون مجلس الدولة المصري الموظف صاحب الشأن بالجوء إلى لجان إدارية خاصة تتلقى التظلمات والاعتراضات المقدمة من الموظفين بهدف الفصل فيها بعد فحصها ودراستها دراسة وافية، فتعمل على إلغاء القرارات غير المشروعة أو إبلاغ الرئيس الإداري بما يظهر لها من مخالفات قانونية ليتخذ الإجراء المناسب بخصوصها، وذلك في حالة استنفاز طرق التظلم الولائي والرئاسي (٣٤).

وفي هذا الصدد، نص نظام الخدمة المدنية الأردني بما يلي: "يتم التحقق أو التحقيق في التظلم باتباع إجراءات شفافة وموثقة، ويتم اتخاذ القرار المناسب بشأنها استناداً إلى البيانات والقرائن الموضوعية، ووفقاً للتعليمات التي يقرها المجلس بهذا الشأن، على أن تتضمن هذه التعليمات آلية تشكيل اللجان الخاصة بالنظر في طلبات التظلم ومهامها وصلاحياتها وآليات عملها، وآليات النظر في طلبات التظلم والتحقق أو التحقيق فيها وصلاحيات إصدار الإجراءات المنبثقة عن هذه التعليمات وتنفيذها" (٣٥).

فعلى سبيل المثال، خول نظام الخدمة المدنية في الأردن لجنة منبثقة منه تحت مسمى "ديوان الخدمة المدنية" صلاحية النظر في طلبات التظلم المقدمة إليه من المعنيين في حالة عدم البت في طلب التظلم من قبل الجهة الإدارية (ولائية أو رئاسية) خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، كما له أن يحقق في طلب التظلم إذا دعت الضرورة لذلك (٣٦).

كما نص قانون مجلس الدولة المصري على تشكيل هذا اللجان (إدارات قسم

(٣٣) قرار محكمة العدل العليا الأردنية (١٩٩٤/٣٠٥)، بتاريخ ١٩٩٥/٢/٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (٤)، ١٩٩٥.

(٣٤) د. ماجد راغب الطلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٦٤.

(٣٥) المادة (١٦٤) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(٣٦) المادة (١٦٥/ب/ج) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

الفتوى بمجلس الدولة) لفحص التظلمات الواردة من قبل مقدميها كما يلي: "يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة، ويرأس كل إدارة منها مستشار أو مستشار مساعد، ويعين عدد الإدارات وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس، وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينة في الفقرة الأولى ويفحص التظلمات الإدارية"<sup>(٣٧)</sup>. ويتعين على هذه اللجان والهيئات أن تفصل في التظلم خلال مدة ستين يوماً من تاريخ تقديمه وإلا اعتبر ذلك بمثابة رفض للتظلم، وفي هذه الحالة يجب أن يكون هذا الرفض مسبباً<sup>(٣٨)</sup>.

## المطلب الثاني

### التظلم من حيث حكمه القانوني

يقسم التظلم من حيث حكمه القانوني إلى تظلم جوازي وآخر وجوبي، وسنعرض ذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: التظلم الجوازي

##### ١ - مفهومه:

ويقصد به حرية صاحب الشأن في تقديم أو عدم تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية، سواء أكانت جهة ولائية أم رئاسية، فهو رخصة للموظف إن شاء قدمه وإن شاء حجب عنه والتجأ مباشرة إلى طريق الطعن في القرار محل التظلم أمام القضاء الإداري<sup>(٣٩)</sup>.

فالقاعدة العامة في الأردن ومصر تقضي بأن التظلم الجوازي هو الأصل في مجال الطعون والتظلمات الإدارية، والاستثناء جعله وجوبياً، بحيث يتضمن النص عليه من قبل المشرع في حالات محددة على سبيل الحصر.

##### ٢ - موقف التشريعين الأردني والمصري من التظلم الجوازي:

في الأردن، ومن خلال استقراء الأحكام الخاصة بالتظلم في نظام الخدمة المدنية، نجد أن المشرع الأردني قد أخذ بالتظلم الجوازي في جميع أحكامه بموجب

(٣٧) المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري.

(٣٨) المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري.

(٣٩) د. حمدي ياسين عكاشة، المرافعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٧١٧ وما بعدها.

هذا النظام، حيث لم يوجب على صاحب الشأن تقديم التظلم مسبقاً كشرط لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري محل التظلم، وإنما استهل تلك الأحكام بعبارة "يحق للموظف التقدم بالتظلم" أو "للموظف حق الاعتراض"، مما يفيد أن المسألة تعود لمحض اختيار وحرية الموظف في تقديم هذا التظلم من عدمه<sup>(٤٠)</sup>.

وهذه الصياغة التشريعية السابقة، وإن اختلفت في مصطلحاتها إلا أنها تحمل في طياتها نفس الدلالة، فاستخدام المشرع الأردني لمصطلحات "حق التظلم" و"حق الاعتراض" في أكثر من موضع، يدل على أنه قصد المعنى ذاته وهو التظلم، بدليل أنه حدد نفس المهلة القانونية لأحقية تقديم التظلم أو الاعتراض وهي عشرة أيام من تاريخ علمه بالقرار الصادر بحقه، وكان الأجدر بالمشرع الأردني في هذا الصدد أن يوحد هذه المصطلحات أو أن يذكرها - على الأقل - في قائمة التعاريف المدرجة تحت الفصل الأول في المادة الثانية من نظام الخدمة المدنية<sup>(٤١)</sup>.

وقد حسمت محكمة العدل العليا الأردنية من جانبها - وخيراً فعلت - هذا الأمر، عندما أوضحت بشكل صريح أن التظلم والاعتراض هما مصطلحان مترادفان في المعنى، حيث قالت: "... وأما جواز الاعتراض على القرارات الصادرة عن أي مجلس إلى المجلس الذي يعلوه تسلسلاً فذلك لغايات التظلم الإداري، وحيث إن هذين النصين (المادة ٢٧ من قانون الجامعات الأردنية رقم ٢ لسنة ١٩٧٢ والمادة ٢٣ من ذات القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٩) لم يوجبا على صاحب المصلحة التقدم باعتراض على القرار الصادر عن أي مجلس إلى المجلس الذي يعلوه تسلسلاً، يغدو الدفع الذي أثاره وكيل المستدعي ضدهما غير وارد متعيناً رده"<sup>(٤٢)</sup>.

ويتضح جلياً من قرار المحكمة السابق، بأن الأصل في التظلم هو أن يكون

(٤٠) المادة (١٦١) والمادة (١٦٢/ب) من نظام الخدمة المدنية الأردني، سابق الإشارة إليهما، انظر في ذلك، محمد خليفة الخيلي، التظلم الإداري، دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ٢٠٠٩، ص ٤٤.

(٤١) ورد مصطلح "التظلم" كعنوان رئيسي للفصل السابع عشر من النظام المذكور، وشملته المواد من المادة (١٦١) إلى المادة (١٦٥)، كما جاء ذكره في المادة (٨) تحت بند مهام مجلس الخدمة المدنية، وورد مصطلح "الاعتراض" في المادتين (٧٣/) و (١٦٩/ج) من ذات النظام.

(٤٢) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١١٥/١٩٩٩) (هيئة خماسية) صادر بتاريخ ١٩/٩/١٩٩٩، منشورات مركز عدالة.



اختيارياً وجوازياً ما لم ينص القانون على وجوبه، فعندها فقط يغدو التظلم إلزامياً بحق مقدمه وشرطاً لقبول دعوى الإلغاء. وبهذا الاجتهاد القضائي تكون المحكمة قد لعبت دوراً كاشفاً في تفسير ما قد يعتري القواعد القانونية أحياناً من غموض وعدم وضوح إرادة المشرع بشكل صريح<sup>(٤٣)</sup>.

أما في التشريع المصري، فإن الوضع مختلف عما هو عليه في الأردن، فعلى الرغم من أن التظلم الجوازي هو الأصل في قانون مجلس الدولة المصري، إلا أن هذا القانون قد انطوى على فكرة التظلم الوجوبي استثناءً في بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر<sup>(٤٤)</sup>، في حين أن فكرة التظلم الوجوبي لا وجود لها في نظام الخدمة المدنية الأردني، وأن نصوصه جاءت خالية من النص عليه.

### ٣ - موقف القضائيين الأردني والمصري من التظلم الجوازي :

استقر القضاءان الأردني والمصري على أن تقديم الموظف لطلب التظلم بمحض اختياره يؤدي إلى قطع ميعاد الطعن القضائي لإلغاء القرار، والمحدد بستين يوماً من تاريخ علمه بالقرار بالوسائل القانونية المقررة.

ففي الأردن، أشار الفقه على استقرار قضاء محكمة العدل العليا على أن تقديم صاحب الشأن لطلب التظلم بمحض اختياره وإرادته إلى الجهة الإدارية - سواء أكانت جهة ولائية أم رئاسية - من شأنه أن يقطع مدة الطعن القضائي لإلغاء القرار محل التظلم، طالما أنه قدّم في غضون تلك المدة، وهي ٦٠ يوماً من تاريخ علمه بالقرار، سواء عن طريق النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني.

وقد أشار الدكتور علي شطناوي إلى ذلك بالقول: "أنه يتعين تقديم التظلم الإداري في غضون مدة الطعن القضائي حتى يؤدي التظلم الإداري إلى قطع ميعاد الطعن القضائي والبدء في احتساب مدة طعن جديدة"<sup>(٤٥)</sup>.

كما أشار الدكتور عمر الشوبكي إلى ذات المعنى بالقول: "ينقطع سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء بالتظلم الذي يقدمه صاحب الشأن باختياره من القرار الإداري إلى

(٤٣) د. علي خطر شطناوي، التظلم كشرط لقبول دعوى الإلغاء، المجلة القضائية الأردنية، المعهد القضائي، العدد (١٢)، عمان، ١٩٩٨، ص ١٤.

(٤٤) راجع تلك الحالات الواردة في المادة (١٢) في قانون مجلس الدولة المصري.

(٤٥) د. علي خطر شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٧٩.

الهيئة التي أصدرته أو إلى الهيئات الرئاسية، بشرط أن يتم تقديمه قبل انقضاء ميعاد الطعن المحدد لرفع الدعوى" (٤٦).

وتأكيداً على ذلك، فقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية على أن التظلم الذي يقطع المدة هو التظلم المنصوص عليه قانوناً سواء على سبيل الجواز أو الوجوب بالقول: "إن التظلم الذي يقطع هذه المدة (مدة الطعن) هو التظلم الذي يقع ضد قرارات إدارية قابلة للتظلم منها أمام الجهات الإدارية ذاتها" (٤٧). وقضت أيضاً: "إن التظلم الذي يقطع المدة القانونية هو التظلم المنصوص عليه في القانون، وليس في القانون نص يجيز التظلم من قرار الطبيب إلى وزير الصحة" (٤٨).

ومن تطبيقاتها كذلك ما مفاده: "إن التظلم الإداري الذي يقطع ميعاد الطعن هو التظلم الذي يقدم ضد قرار قابل للتظلم منه، أي أنه يجب أن يكون هناك نص في القانون يجيز التظلم إلى الجهة التي أصدرت القرار أو إلى الجهة التي تملك سحب القرار أو تعديله أو إلى الجهات الرسمية إذا كانت هي المرجع" (٤٩).

من هذه الأحكام السابقة وغيرها الكثير بهذا الشأن، يتضح بأن اتجاه محكمة العدل العليا قد استقر على أن تقديم التظلم الجوازي الخاضع لرغبة واختيار المتظلم له أثر في قطع ميعاد الطعن بالقرار المتظلم منه أمام القضاء، ولا يستأنف بدء ميعاد جديد - كما سنرى ذلك تفصيلاً - إلا بعد علم المتظلم بقرار رفض التظلم الصريح أو بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب التظلم في حال سكوت الإدارة عن البت فيه.

وذاً الوضع في مصر، فقد انتهى الفقه المصري إلى أن القضاء قد استقر على أن التظلم الجوازي المقدم من الموظف ذي المصلحة هو من مقتضيات قطع مدة الطعن القضائي، طالما أن هذا التظلم قد قدم في الميعاد المحدد قانوناً وهو ٦٠ يوماً من تاريخ العلم بالقرار بالوسائل القانونية المقررة (٥٠).

(٤٦) د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

(٤٧) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٩٥٦/١١)، مجلة نقابة المحامين، العدد (٣)، السنة (١٥)، ص ١٦١.

(٤٨) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٩٦٣/٦٠)، مجلة نقابة المحامين، العدد (٧)، السنة (١١)، ص ٣٩٣.

(٤٩) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٩٩٣/٧١)، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٣، ص ٢٣٧٨.

(٥٠) العميد محمد ماجد ياقوت، الدعوى التأديبية في النظام الوظيفي لضباط وأفراد الشرطة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٩٧. و د. عبد العزيز خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

وعلى الصعيد القضائي، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن تقديم طلب التظلم - سواء أكان جوازيًا أم وجوبيًا - من شأنه قطع ميعاد الطعن القضائي بالقرار محل التظلم، وفي هذه الحالة يتم احتساب مدة طعن جديدة مقدارها ستين يوماً تبدأ من تاريخ رفض الإدارة لطلب التظلم صراحةً أو بعد مضي ستين يوماً في حال سكوتها وعدم ردها<sup>(٥١)</sup> - وهو ما سيتم توضيحه لاحقاً -.

نخلص مما تقدم، أنه في حالة وجود نص قانوني يجيز لصاحب الشأن ويعطيه الحرية في تقديم طلب التظلم من عدمه، ويجعل ذلك خاضعاً لمحض إرادته واختياره، وطالما أنه قدّم ضمن المدة القانونية للطعن، فإن هذا الإجراء الاختياري يترتب عليه قطع ميعاد الطعن القضائي، ذلك لأن المتظلم قد استخدم حقاً مخولاً له من قبل القانون، مادام أن القانون قد رخص له بسلوك هذا المسلك، وأي سلوك وتصرف قانوني يجب أن يترتب عليه أثر قانوني يتبعه.

أما إذا قدّم التظلم بعد انقضاء المدة القانونية المسموح بها وهي ٦٠ يوماً من تاريخ العلم بالقرار، فإن هذا التظلم لا يترتب عليه قطع ميعاد الطعن القضائي، وذلك لمخالفة القيد الزمني المحدد في القانون لتقديم التظلم. ذلك أن تفويت المدة القانونية للطعن من شأنه أن يحصّن القرار الصادر ضد الإلغاء، فلا أثر يترتب عليه في ذلك ويعد كأن لم يكن.

## ثانياً : التظلم الوجوبي

### ١ - مفهومه :

يقصد بالتظلم الوجوبي أن يُلزم القانون بنص صريح أصحاب الشأن بتقديم تظلماتهم إلى الجهة الإدارية - ولائية أو رئاسية - قبل إقامة دعوى الإلغاء أمام القضاء، وذلك في المدة المقررة قانوناً للطعن بالقرار محل التظلم، كشرط شكلي من شروط قبول الدعوى<sup>(٥٢)</sup>.

وأجمع الفقه على أن التظلم الوجوبي ليس إجراءً مقصوداً لذاته، وإنما هو افتتاح

(٥١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعين رقم (١١٨٩) و (١٣٤٦)، جلسة ١٦/٣/١٩٩٦، لسنة ٢٩ ق. مشار إليه لدى د. عبد العزيز خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٥٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ولاية قضاء الإلغاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٠، ص ٧١، وكذلك د. علي خنجر شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٨١.

للمنازعة الإدارية<sup>(٥٣)</sup>، فالتظلم قائم على فكرة وجود نزاع، ولا مجال للقول بوجود تظلم ما لم ينازع في سلامة أو ملاءمة قرار إداري معين. وعليه فإن الحكمة من اقتضائه - كشرط مسبق للطعن القضائي - تكمن في تعميق الشعور بالثقة في الإدارة، وإعطائها الفرصة لإصلاح أخطائها ذاتياً وإعادة النظر بمشروعية قراراتها وحسم بعض المنازعات ابتداءً وبشكل ودي، الأمر الذي يغني عن مخاصمة الإدارة أمام القضاء، وضياح الوقت والجهد والمال في مباشرة الدعوى القضائية<sup>(٥٤)</sup>.

## ٢ - موقف التشريعين الأردني والمصري من التظلم الوجوبي :

سبق القول بأن المشرع الأردني لم يشترط، بموجب نظام الخدمة المدنية، على الموظفين العموميين تقديم تظلم لقبول الطعن القضائي، فجاء ذلك على سبيل الجواز لا الوجوب، وعليه فإن المشرع الأردني لم يأخذ بفكرة التظلم الوجوبي سواء بموجب نظام الخدمة المدنية أو بموجب قانون محكمة العدل العليا، وذلك على عكس موقف المشرع المصري الذي تبنى فكرة التظلم الوجوبي في بعض الحالات التي وردت على سبيل الحصر في المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة المصري وهي: القرارات المتعلقة "بالتعيين والترقية ومنح العلاوات والإحالة إلى المعاش والاستിاداع والفصل بغير الطريق التأديبي، بالإضافة للقرارات النهائية للسلطات التأديبية"، فإذا ما صدر أحد هذه القرارات بحق الموظف بطريقة غير مشروعة أو غير ملائمة، فإنه يتعين عليه قبل التوجه إلى القضاء للطعن بالقرار أن يتظلم منه خلال ٦٠ يوماً من تاريخ علمه بالقرار<sup>(٥٥)</sup>.

وإذا خلا نظام الخدمة المدنية الأردني من فكرة التظلم الوجوبي في أحكامه، فإن هذه الفكرة تجد لها أساساً في قوانين أخرى، كقانون الزراعة الأردني - على سبيل المثال - والذي اشترط فيه التظلم المسبق من قرارات الحاكم الإداري المتعلقة بصيانة

(٥٣) انظر على سبيل المثال، د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣٩، ود. مصطفى أبو زيد فمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص ٦١٩ ود. فهد الدغثير، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١١٥.

(٥٤) د. علي خطار شطناوي، التظلم كشرط لقبول دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٤.

(٥٥) ويرى جانب من الفقه المصري أن المشرع استحدث منذ عام ١٩٥٥ أسلوب التظلم الوجوبي، حيث اشترط أن يسبق الطعن أو رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية، انظر في ذلك: د. سامي جمال الدين، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بشئون الموظفين، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٧٩-١٨٠.



الأشجار والمزروعات قبل رفع دعوى الإلغاء<sup>(٥٦)</sup>. وفي ذلك قضت محكمة العدل العليا في أحد قراراتها بما يلي: "لا يقبل قرار الحاكم الإداري المتعلق بصيانة الأشجار والمزروعات الطعن مباشرة أمام محكمة العدل العليا، وإنما يستأنف أمام المحافظ خلال ثمانية أيام، عملاً بالمادة ٨٥ من قانون الزراعة رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٣، وعليه فقد كان على المستدعين أن يستأنفوا قرار مدير القضاء إلى الحاكم المختص، ويكون قرار المحافظ هو الذي يقبل الطعن في هذا الحالة أمام محكمة العدل العليا، باعتباره قراراً إدارياً نهائياً تنفيذياً"<sup>(٥٧)</sup>.

### ٣ - موقف القضاء المصري من التظلم الوجوبي:<sup>(٥٨)</sup>

استقر القضاء المصري بضرورة قيام صاحب الشأن بتقديم تظلمه كشرط لقبول الطعن القضائي، وإلا فإن الأثر المترتب على ذلك هو رد الدعوى شكلاً، لانتفاء شرط من شروط صحتها.

وإذا كان المشرع المصري قد حدد حصراً الحالات الموجبة للتظلم في المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة وهي: القرارات المتعلقة "بالتعيين والترقية ومنح العلاوات والإحالة إلى المعاش والاستبعاد والفصل بغير الطريق التأديبي، بالإضافة للقرارات النهائية للسلطات التأديبية"، فإنه بذلك يكون قد استبعد القرارات المتعلقة بالنقل والإعارة والانتداب والاستقالة من الخضوع لشرط التظلم الوجوبي. وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا المصرية عندما قضت بأن حالة التظلم الوجوبي لا تنطبق على القرارات الإدارية المتعلقة بنسب ونقل العاملين، والقرارات الصادرة

(٥٦) المادة ٨٥ من قانون الزراعة الأردني رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٣، انظر في ذلك، د. محمد البيانوني، دور التظلم الإداري في ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، مجلة الإدارة العامة، العدد ٦٠، الرياض، ١٩٨٨، ص ١٨٧-١٨٨.

(٥٧) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٩٩٨/٣٩٣)، مجلة نقابة المحامين، ٢٠٠٠، العدد (٢-١)، ص ١٦٥، تنص المادة ٨٥ من قانون الزراعة الأردني على أن "تستأنف قرارات الحاكم الإداري إلى المحافظ خلال ثمانية أيام من صدورهما إذا كانت وجاهية، أو من تاريخ تبليغها إذا كانت غيابية، ويكون قرار المحافظ قطعياً"، وكذلك الحال بالنسبة لقانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم ٧٩ لسنة ١٩٦٦، والذي أوجب على المتضرر من قرار الترخيص التظلم منه أمام اللجنة اللوائية كشرط مسبق قبل الطعن به بدعوى الإلغاء.

(٥٨) من البديهي أن يقتصر الحديث هنا عن القضاء المصري فقط، لأن المشرع الأردني لم يأخذ - كما أسلفنا - بفكرة التظلم الوجوبي في نطاق أحكام نظام الخدمة المدنية، وجعله اختيارياً دائماً، وبالتالي لا تطبيقات تذكر للقضاء الأردني بهذا الخصوص، وإنما طبقه في قوانين أخرى - كما أشرنا -.

بالموافقة على الإعادة أو الحرمان منها<sup>(٥٩)</sup>، وكذلك القرارات الصادرة بإنهاء الخدمة للانقطاع عن العمل<sup>(٦٠)</sup>.

فاقتضاء شرط التظلم الوجوبي - كاستثناء على الأصل وهو التظلم الجوازي - محصور في الحالات السابقة المحددة من قبل المشرع فقط، وعليه فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن القرارات النهائية للسلطات التأديبية يتعين على الموظف العمومي التظلم منها قبل التقدم بطلب إلغائها، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة<sup>(٦١)</sup>.

والجدير بالذكر في هذا المقام، أن مناط قاعدة التظلم الوجوبي هو دعوى الإلغاء دون دعوى القضاء الكامل، فكل دعاوى القضاء الكامل سواء أكانت دعوى تعويض عن قرار إداري باطل، أم دعوى عقدية، لا تخضع لهذه القاعدة، ويستطيع المدعي فيها أن يلجأ إلى مجلس الدولة مباشرة دون اشتراط تقديم تظلم<sup>(٦٢)</sup>.

كذلك الحال بالنسبة للتعيين في الوظائف العامة عن طريق أوامر التكليف، حيث لا ينبغي على الموظف أن يتظلم من قرار التكليف قبل الطعن فيه أمام مجلس الدولة، وذلك لاختلاف النظام القانوني للتكليف بالتعيين في وظيفة عن التعيين ذاته، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا على أن "التكليف مستقل بنظامه القانوني الذي يتميز به عن التعيين في كيانه وآثاره، ومن ثم فإنه لا يخضع للتظلم الوجوبي الذي جعله المشرع شرطاً لقبول طلب إلغاء القرارات الخاصة بالموظفين العموميين المنصوص عليها على سبيل الحصر في قانون مجلس الدولة"<sup>(٦٣)</sup>.

(٥٩) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (١٥٢١) لسنة ٢٧ ق، جلسة ١٢/٨/١٩٩٢.

(٦٠) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٥٠٨) لسنة ٣٤ ق، جلسة ٢٣/١/١٩٩٣.

(٦١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المنشور بالموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٢، ص ١٠٠٨، مشار إليه لدى د. عبد العزيز خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

(٦٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص ٦٢١.

(٦٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في السنة ١٣، بند ٥٩، ص ٤٣٢، مشار إليه لدى د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص ٦١٨.

## المبحث الثالث شروط التظلم الإداري

لكي يعتد بصحة التظلم الإداري - بشقيه الجوازي والوجوبي - يجب أن تتوافر فيه بعض الشروط الأساسية التي لا يصح من دونها، وفيما يلي بيان أهمها:

### أولاً: الشروط المتعلقة بالشخص المتظلم

لابد من توافر بعض الشروط في الشخص المتظلم من أهمها:

- ١ - يجب أن يقدم التظلم باسم الشخص المتظلم مباشرةً أو عن طريق نائب له موكل بموجب وكالة معتمدة قانوناً، كما يمكن أن يقدم التظلم عن طريق محام، يتضمن اسم المتظلم ووظيفته وعنوانه<sup>(٦٤)</sup>.
  - ٢ - يجب أن يكون الشخص المتظلم كامل الأهلية، متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه وأكمل ثماني عشرة سنة شمسية كاملة، ويعتبر هذا الشرط بديهياً، حيث لا يتصور أن يزاول وظيفة عامة من هو فاقد الأهلية القانونية لذلك<sup>(٦٥)</sup>.
  - ٣ - يجب أن يكون للموظف المتظلم مصلحة مشروعة في تقديم تظلمه، وتقوم المصلحة في وجود الموظف ذي الشأن في مركز قانوني يؤثر فيه القرار محل التظلم تأثيراً مباشراً، بحيث يكون القرار المتظلم منه قد مسّ حالة قانونية خاصة بالموظف، تجعل له مصلحة شخصية مباشرة مادية كانت أم أدبية في طلب التظلم<sup>(٦٦)</sup>.
- ولا يقتصر حق التظلم على الأشخاص الطبيعيين فقط، بل يشمل أيضاً الأشخاص الاعتباريين بما لهم من شخصية معنوية قانونية، كالوزارات والمؤسسات العامة والنقابات<sup>(٦٧)</sup>.

(٦٤) د. سامي جمال الدين، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتعلقة بشئون الموظفين، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٦٥) المادة ٤٣ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

(٦٦) د. محمد إبراهيم الدسوقي، حماية الموظف العام إدارياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٢٣.

(٦٧) د. عبد العزيز السيد الجوهري، الطعن الإداري (التظلم الإداري)، دراسة مقارنة، مجلة المحاماة المصرية، العدد (٩-١٠)، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٧.

## ثانياً: الشروط المتعلقة بشكل التظلم

الأصل أن التظلم لا ينطوي على شكل محدد وليس له صيغة معينة، إلا إذا نص القانون على غير ذلك، فيجوز التظلم بعريضة عادية أو إنذار على يد محضر أو عن طريق البريد.

إلا أن التظلم يجب أن يشتمل على البيانات الأساسية حتى يكون واضحاً في مدلوله، كاسم المتظلم ووظيفته وعنوانه وتاريخ صدور القرار المتظلم منه، وتاريخ علمه بالقرار عن طريق النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني، وكذلك موضوع القرار ومضمونه والأسباب القانونية التي بُني عليها التظلم، وذلك ليكون واضحاً حتى يتسنى للإدارة فهمه ومعرفة المتظلم والقرار المتظلم منه وأسباب التظلم وما يهدف إليه<sup>(٦٨)</sup>.

وقد اشترط المشرع الأردني، بموجب نظام الخدمة المدنية، أن يكون التظلم مكتوباً، وبهذا نصت المادة ١٦٥/أ من النظام المذكور أن "يقدم طلب التظلم خطياً"، كذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري، حيث اشترط الشكل الكتابي لاسيما في حالة التظلم الوجوبي، وذلك بموجب المادة الأولى من القرار التنظيمي لرئيس مجلس الدولة المصري رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٣، الخاص بالإجراءات الضابطة للتظلم الوجوبي، حيث ذكرت هذه المادة عبارة " ... بطلب يقدم إليها أو يرسل إليها بكتاب موصى عليه بعلم الوصول " (٦٩).

وترجع أهمية الشكل الكتابي في التظلم لإثبات وجود نزاع قائم بين الموظف المتظلم والإدارة سواء التي أصدرت القرار المتظلم منه أو سلطتها الرئاسية، فمن خلال صياغة التظلم الإداري يمكن للإدارة والقضاء تكييف الطلب المقدم للإدارة فيما إذا كان تظلاً إدارياً بالمعنى القانوني أم أنه مجرد التماس أو استرحام<sup>(٧٠)</sup>.

## ثالثاً: الشروط المتعلقة بوقت تقديم التظلم

يجب أن يقدم التظلم في الميعاد المحدد وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها في كل دولة.

(٦٨) العميد محمد ماجد ياقوت، الإجراءات والضمانات في تأديب ضباط الشرطة بالمقارنة بتأديب العاملين المدنيين بالدولة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٣٤٧.

(٦٩) نصت المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على ما يلي " ... وتبين إجراءات التظلم وطريقة الفصل فيه بقرار من رئيس مجلس الدولة ".

(٧٠) د. علي خاطر شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٨٠.



ففي الأردن، ووفقاً لنظام الخدمة المدنية، فإن الموظف إذا ما أراد أن يقدم تظلمه (كونه تظلماً اختيارياً)، فإن النظام المذكور قد حدد له مدة عشرة أيام لتقديمه من تاريخ علم الموظف أو وقوع الحالة أو من تاريخ صدور القرار موضوع التظلم، على أن يتم البت فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه<sup>(٧١)</sup>. ولكون المشرع الأردني وفقاً للنظام السابق قد جعل التظلم اختيارياً للموظف، فإنه يجب التفريق بين حالتين:

**الحالة الأولى:** حالة إذا لم يرغب الموظف بتقديم التظلم، فإنه يستطيع مباشرة في هذه الحالة التوجه إلى القضاء للطعن في القرار الصادر بحقه خلال ستين يوماً من تاريخ تبليغ القرار الإداري المشكو منه للموظف، أو من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، أو بأية طريقة أخرى مقرر قانوناً<sup>(٧٢)</sup>.

**الحالة الثانية:** حالة إذا قدّم التظلم من قبل الموظف باختياره، في هذه الحالة يبدأ ميعاد الطعن خلال ٦٠ يوماً من تاريخ الرفض الصريح للتظلم من قبل الإدارة، وبعد انقضاء ٣٠ يوماً في حالة عدم رد الإدارة على التظلم من تاريخ تقديمه لتلك الجهة لتتخذ ذلك القرار<sup>(٧٣)</sup>. فيعتبر انقضاء مدة ٣٠ يوماً دون الرد على التظلم من قبل الإدارة بمثابة قرار ضمني برفض التظلم، يستطيع الموظف المتظلم أن يطعن بالقرار المتظلم منه خلال مدة ٦٠ يوماً بعد انتهاء مدة ٣٠ يوماً الممنوحة للإدارة.

أما في مصر، ولكون التظلم وجوبياً في الحالات التي حددها المشرع - آنفة الذكر - في قانون مجلس الدولة المصري، فإن التظلم يجب أن يقدم خلال ٦٠ يوماً من تاريخ النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني، وعلى الإدارة المعنية أن تبت فيه خلال تلك المدة، فإذا كان الرفض صريحاً من جانب الإدارة وجب أن يكون مسبباً، بحيث تورّد فيه الإدارة أسباب هذا الرفض، وهنا يجوز للمتظلم أن يطعن بالقرار محل التظلم خلال ٦٠ يوماً من تاريخ قرارها الصريح برفض التظلم، أما إذا مضت مدة الستين يوماً دون أن تبت الإدارة في طلب التظلم، فيعد ذلك رفضاً ضمناً للتظلم المقدم إليها، ويحق للمتظلم في هذه الحالة أن يطعن بالقرار خلال فترة ستين يوماً التالية لانتهاؤ فترة الستين يوماً الأولى، أما في حالة عدم تقديم التظلم الوجوبي خلال الميعاد، فإن

(٧١) المادة (١/١٦٥) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(٧٢) المادة (١/١٢) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

(٧٣) المادة (١٢/ب) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

القرار الإداري يتحصن ضد الطعن بالإلغاء حتى لو كان معيباً بعيب من عيوب الإلغاء<sup>(٧٤)</sup>.

وأوضح القضاء المصري أن العبرة في تحديد تاريخ تقديم التظلم هو تاريخ وصوله الفعلي إلى الجهة التي قدّم إليها التظلم، وليس بتاريخ إيداعه بالبريد إذا أرسل التظلم بريدياً، ولذلك يجب على المتظلم أن يرسل تظلمه قبل انتهاء الميعاد المقرر بستين يوماً بوقت كاف، حتى يتقين من وصوله إلى الجهة الإدارية المختصة قبل انقضاء هذه المدة، أما إذا تأخر وصول التظلم للجهة الإدارية المعنية لسبب يعود لهيئة البريد أو للإدارة، فإن من مقتضيات العدالة أن لا يسأل المتظلم عن هذا التأخير، طالما أنه لم يحدث بسببه، إذ أن الموظف لا يسأل إلا عن أعماله هو لا عن أعمال هيئة البريد أو جهة الإدارة، وهذا يعود لتقدير هيئة المحكمة إعمالاً لسلطتها التقديرية كمحكمة إدارية<sup>(٧٥)</sup>.

وتبرز أهمية السلطة التقديرية للقضاء في هذا الخصوص من جانب آخر، وهي في حال تعجل المتظلم برفع دعوى الإلغاء أمام القضاء قبل انتهاء فترة الستين يوماً وانتظار رد الإدارة، ففي هذه الحالة استقر اجتهاد المحكمة الإدارية العليا المصرية على أن تستمر في نظر الدعوى في حالتين<sup>(٧٦)</sup>:

**الحالة الأولى:** إذا ردت الإدارة برفض التظلم خلال نظر الدعوى وقبل انقضاء الميعاد المقرر للبت في التظلم (٦٠ يوماً).

**الحالة الثانية:** إذا انقضى الميعاد المقرر للبت في التظلم (٦٠ يوماً) أثناء سير الدعوى دون أن تبت الإدارة فيه نهائياً.

في هاتين الحالتين، فإن المحكمة تستمر في نظر الدعوى دون أن تقضي بعدم قبولها للدعوى، أما الحالة الوحيدة التي توقف فيها المحكمة الدعوى وتحمل المتظلم المصاريف هي حالة استجابة الإدارة للتظلم وسحب قرارها نتيجة لذلك.

(٧٤) د. رمضان بطيخ، قضاء الإلغاء، ضمانات للمساواة وحماية للمشروعية، مرجع سابق، ص ١٤١، ويستثنى من ذلك الحالات التي يجوز الطعن فيها أمام القضاء دون التقيد بميعاد، كحالة صدور القرار بناءً على غش من صاحب الشأن أو إذا كان القرار منعماً.

(٧٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٥٤٨ لسنة ٣٨ ق، جلسة ١٢/٣١/١٩٩٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء (٤٦)، ص ٨٤٣.

(٧٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، مجموعة السنة الخامسة، ص ٢٠٨، مشار إليه لدى د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص ٦٢٩.

#### رابعاً: الشروط المتعلقة بالجهة المختصة بنظر التظلم<sup>(٧٧)</sup>

على نحو ما أوضحناه - في موضوع التظلم من حيث السلطة المختصة به - فإن نظام الخدمة المدنية الأردني وقانون مجلس الدولة المصري قد حددا الجهات المختصة بنظر التظلم، وهي الجهة الإدارية مصدرة القرار أو سلطتها الرئاسية بالإضافة للجان الوصائية.

وبناءً عليه، ينبغي لصاحب الشأن أن يقدم التظلم إلى الجهات ذات الصلاحية القانونية للبت فيه، وهي إما السلطة مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها، أو إلى جهات أخرى منحها القانون حق الرقابة على السلطة مصدرة القرار كديوان الخدمة المدنية في الأردن<sup>(٧٨)</sup> وإدارات قسم الفتوى بمجلس الدولة في النظام المصري<sup>(٧٩)</sup>.

#### خامساً: الشروط المتعلقة بمحل التظلم

تتمثل الشروط الخاصة بمحل التظلم بما يلي:

##### ١ - أن ينصب التظلم على قرار إداري نهائي متنازع فيه<sup>(٨٠)</sup>

إن مناط التظلم هو مخاصمة مشروعية قرار إداري، ولذلك فهو ينصب على وجود قرار إداري بالمفهوم القانوني له وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين.

ففي الأردن، تصدرت محكمة العدل العليا لتعريف القرار الإداري بأنه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء المصلحة العامة"<sup>(٨١)</sup>.

وأجمع الفقه الأردني على تعدد صور القرار الإداري: فممكّن أن يظهر بصورة

(٧٧) منعاً للتكرار، لن نتوسع في هذه النقطة، حيث تم التطرق إليها في هذا البحث تحت بند "التظلم من حيث السلطة المختصة به".

(٧٨) راجع المادة (١٦٤) والمادة (١٦٥/ب/ج) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(٧٩) راجع المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري.

(٨٠) إن مجال الحديث هنا يقتصر على الشروط الخاصة بمحل التظلم ولا يشمل كافة شروط القرار الإداري.

(٨١) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٣٧/١٩٨٠)، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٠، ص ١٤٨٠، وذات التعريف ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٤٣٢) لسنة ٢٣ ق، جلسة ١٩٧٩/١/٢٧، مجموعة الخمسة عشر عاماً، الجزء الأول، ص ٧٥.

صريحة أو ضمنية، أو بطريقة إيجابية أو سلبية، أو في شكل مكتوب أو شفوي، وقد يصدر على هيئة قرار فردي أو تنظيمي<sup>(٨٢)</sup>.

كما يجب أن يكون القرار الإداري المتظلم منه قد صدر بصورة نهائية حتى يكون مؤثراً في مركز الموظف المتظلم، وبالتالي فإن القرارات التمهيدية والتحضيرية لا تكون محلاً للتظلم لأنها لم ترتب أثراً على صاحب الشأن، فالتظلم هو بداية نزاع إداري شأنه في ذلك شأن الطعن القضائي وعليه يجب أن يكون قراراً نهائياً، بحيث يحدث أثره بمجرد صدوره ودون الحاجة للتصديق عليه من قبل سلطة إدارية أعلى، وبعبارة أخرى يكون التظلم سابقاً لأوانه، فقد يعدل القرار أو لا يتم التصديق عليه من قبل السلطة المختصة بالتصديق على القرار، الأمر الذي يجعل التظلم منه بلا معنى<sup>(٨٣)</sup>.

وتأكيداً على ذلك، قضت محكمة العدل العليا الأردنية بما يلي: "إن القرار الذي يقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا هو القرار النهائي الذي تصدره اللجنة بوضع المشروع التنظيمي موضع التنفيذ، أما القرار الصادر بإيداع المشروع للاعتراض عليه فهو قرار تحضيرى غير نهائي"<sup>(٨٤)</sup>.

وقد أفصحت محكمة القضاء الإداري المصرية بضرورة أن ينصب التظلم على قرار إداري نهائي كونه بداية لنزاع إداري، بالقول: "... فالتظلم يكون من القرارات الإدارية النهائية، والقرار النهائي هو القرار الذي يكون نافذاً بمجرد صدوره، دون حاجة إلى التصديق عليه من سلطة أخرى"<sup>(٨٥)</sup>.

ومن ناحية أخرى، يجب أن يكون التظلم محل نزاع قانوني، مناطه مخاصمة مشروعية القرار أو عدم ملاءمته، فهو ينصب على قرار إداري معيب بعبء أو أكثر من عيوب المشروعية (عيب عدم الاختصاص، عيب الشكل والإجراء، عيب مخالفة القانون، وعيب انحراف السلطة)<sup>(٨٦)</sup>، أو ينصب على عدم ملاءمة محل القرار المتخذ مع سببه. فالتظلم يقوم على فكرة واحدة مفادها أن التظلم الإداري يقدم إلى الجهة

(٨٢) د. نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٧٨.

(٨٣) د. عبد العزيز خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٨٤) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٩٨٢/٣)، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٣، ص ١٠٥٧.

(٨٥) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ١٥٠٧ لسنة ٥ ق، س ٦، ص ٦٢٧.

(٨٦) وردت هذه العيوب الأربعة في المادة ١٠ من قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ والمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.



مصدرة القرار أو إلى جهتها الرئاسية بغية إصدار قرار أكثر اتفاقاً مع القانون يحل محل القرار الأول (المعيب)، على اعتبار وجود نزاع بين الإدارة وصاحب المصلحة (المتظلم)<sup>(٨٧)</sup>.

## ٢ - أن ينصب التظلم على قرار إداري قابل للسحب

إن الغاية من التظلم سواء أكان جوازيًا أم وجوبيًا هو فض النزاع القائم في مراحله الأولى وقبل اللجوء إلى القضاء، وذلك بتبصير الجهة الإدارية عن أخطائها في القرار المتخذ ومن ثم قيامها بسحبه أو إلغائه، ولذلك يجب أن يكون القرار محل التظلم قابلاً للسحب من الناحية القانونية، حتى تتم الغاية المرجوة منه، فإذا كان القرار غير قابل للسحب، بحيث يمتنع عن الجهة الإدارية سحبه أو تعديله بمجرد صدوره، فإنه والحالة هذه لا جدوى من تقديم التظلم، لأنه لن يحقق النتائج المرجوة منه حتى لو أرادت الإدارة واقتنعت بسحبه<sup>(٨٨)</sup>. ولا يكون أمام صاحب الشأن في هذه الحالة إلا اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى الإلغاء، وذلك خلال مدة السنتين يوماً المقررة في النظامين الأردني والمصري.

وقد أجمع الفقه الأردني والمصري على السواء، على أن التظلم لكي يكون مجدياً يجب أن يوجه إلى قرار إداري نهائي تملك الإدارة إعادة النظر فيه بسحبه أو بتعديله<sup>(٨٩)</sup>.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية: "إن التظلم الوجوبي على القرارات الإدارية لا يصدق إلا بالنسبة إلى ما كان قابلاً للسحب من هذه القرارات، فإذا امتنع على الإدارة إعادة النظر في القرار لاستئنافها ولاية إصداره، أو لعدم وجود سلطة رئاسية تملك التعقيب على مصدره ... كان التظلم غير منتجاً"<sup>(٩٠)</sup>.

(٨٧) د. علي خطر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ٤٤٧

(٨٨) العميد محمد ماجد ياقوت، الدعوى التأديبية في النظام الوظيفي لضباط وأفراد الشرطة، مرجع سابق، ص ٦٠٤.

(٨٩) ينظر على سبيل المثال في الفقه الأردني، د. علي خطر شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٨٧ و د. عمر الشويكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤١، وفي الفقه المصري، د. صبري السنوسي، الإجراءات أمام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٧، و د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص ٦٢١.

(٩٠) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٣/٢/١٩٩٦، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء (٤٦)، ص ٨٤٠.

وتأكيداً على ذلك قضت المحكمة الإدارية المصرية بأنه: "لا جدوى من التظلم قبل رفع الدعوى من قرار صادر من وزير الداخلية بالتصديق على قرار لجنة العمد والمشايخ لكون هذا القرار غير قابل للسحب" (٩١).

وعلى ذات النهج سار القضاء الأردني، إذ قررت محكمة العدل العليا أن التظلم إلى لجنة التقاعد المدني أو إلى لجنة التقاعد العسكرية لا جدوى منه، وذلك لأن لجان التقاعد تستنفذ ولايتها بإصدار قرار الفصل في الحقوق التقاعدية، وفي هذا تقول المحكمة: "إن قرارات لجنة التقاعد هي قرارات إدارية نهائية لها صبغة القرارات القضائية، ولا تملك الجهة التي تصدر عنها أن تعيد النظر فيها ولو كانت باطلة، ذلك لأنه بمجرد إصدار هذه الجهة لتلك القرارات تستنفذ ولايتها ولا يكون الطعن في قراراتها إلا بالطريق الذي نظمته المشرع" (٩٢).

وبذات المضمون قضت محكمة العدل العليا في حكم آخر: "إن لجنة التقاعد العسكرية لا تملك الحق بإعادة النظر بما فصلت به بقرارها الأول الذي أصبحت له قوة القضية المقضية" (٩٣).

بالإضافة إلى ما سبق، هناك حالات لا يجدي معها التظلم الإداري - جوازيماً كان أم وجوبياً - حيث لا يؤدي تقديم طلب التظلم إلى غايته في العدول عنه أو تعديله، وبالتالي لا يؤثر في قطع ميعاد الطعن القضائي، وتتمثل أهم تلك الحالات فيما يلي:

### الحالة الأولى: التحصين التشريعي لبعض القرارات

قد ينص المشرع أحياناً على تحصين بعض القرارات الإدارية من العدول عنها أو تعديلها بمجرد صدورهما، كأن ينص على اعتبار القرار الصادر قطعياً، بحيث لا تملك أية سلطة إدارية التعقيب عليه بالإلغاء أو التعديل، ففي هذه الحالة يكون التظلم غير مجد، ومثال ذلك في الأردن، ما نصت عليه المادة ٢٣ من قانون تنظيم شئون المصادر الطبيعية رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ من اعتبار قرار سلطة المصادر الطبيعية فيما

(٩١) حكم المحكمة الإدارية المصرية في القضية رقم (١٦/٢) لسنة ٨ ق، جلسة ١١/٦/١٩٦٦، مشار إليه لدى محمد عبد الله الحسني، التظلم الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٩٢) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٩٥٩/٨)، مجلة نقابة المحامين، العدد (١)، السنة (٨)، ص ١٠.

(٩٣) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٩٧٠/٧)، مجلة نقابة المحامين، العددان (٤، ٣)، السنة (١٨)، ص ٣٤٣.

يختص بمنطقة المشروع قطعياً، غير قابل للاعتراض عليه أو التظلم منه أمام أي مرجع إداري آخر.

وقد استقر القضاء الأردني على أن التظلم والاعتراض على قرارات غير قابلة أصلاً للاعتراض عليها، ليس من شأنه قطع ميعاد الطعن القضائي، بل يبقى هذا الميعاد سارياً في حق صاحب الشأن من تاريخ تبليغه به. وفي ذلك قضت محكمة العدل العليا بما يلي: "وحيث إن المادة ١٤/ب من نظام العلوات الفنية رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ نصت على أن قراراتها بهذا الشأن غير خاضعة للاعتراض، فيكون اعتراض المستدعي غير قانوني ويكون القرار برده متفقاً مع أحكام المادة المذكورة، ولا يعطيه تفويته للميعاد باعتراضه المذكور حقاً بقطع أو توقيف مرور الزمن للطعن" (٩٤).

وفي التشريع المصري نجد أن قرارات مجلس المراجعة المنصوص عليها في القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ في شأن الضريبة على العقارات المبنية قرارات نهائية لا يجوز الرجوع فيها، حيث إن التظلم منها لا يقطع ميعاد رفع الدعوى بطلب إلغائها (٩٥).

### الحالة الثانية : تتابع التظلمات على ذات القرار

في حال قيام صاحب الشأن بتوجيه أكثر من تظلم لنفس القرار أمام الجهة مصدرة القرار أو لسلطتها الرئاسية، فإن العبرة لا تكون بانقطاع مدة الطعن القضائي إلا في التظلم الأول فقط، أما باقي التظلمات التي تلت التظلم الأول فلا أثر لها في انقطاع المدة القانونية للطعن بالقرار محل التظلم، وينبغي على صاحب الشأن أن يرفع دعواه خلال مدة الستين يوماً التالية للرفض الصريح أو الضمني للتظلم الأول (٩٦).

وعلى هذا الاتجاه استقر اجتهاد محكمة العدل العليا بأن: "متابعة المستدعي تظلماته من القرار المطعون فيه، لا يعتد به ولا يؤثر على الوضع القانوني للطاعن، إذ أن العبرة في مثل هذه الحالة لتاريخ تبليغ قرار رد التظلم الأول" (٩٧). وبذات

(٩٤) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٦٥/١٩٨٢)، مجلة نقابة المحامين، العدد (٦)، ١٩٨٣، ص ٨٠٢.

(٩٥) د. رحاب عبد العزيز الببلي، التظلم الإداري كسبب لانقطاع الميعاد في دعوى الإلغاء، منشور على الموقع الإلكتروني "ar.wikibooks.org"

(٩٦) د. عبد الرؤوف كسابسة، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية أمام القضاء الأردني، مرجع سابق، ص ٤٦٤.

(٩٧) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (٣٧/١٩٥٤)، بتاريخ ١/١/١٩٥٤، منشورات مركز عدالة.

المضمون قضت في حكم آخر: "إن تكرار التظلمات ... لا يبقي باب الطعن مفتوحاً" (٩٨).

وعلى ذات الاتجاه استقر قضاء مجلس الدولة المصري، مقررًا بما يلي: "إذا قدم الشخص عدة تظلمات من القرار الإداري فإن العبرة في حساب المواعيد، وقطع ميعاد رفع الدعوى هي بالتظلم الأول، دون اعتداد بما أعقبه بعد ذلك من تظلمات لاحقة، فالميعاد لا يقطع إلا مرة واحدة، وإلا اتخذ المتظلم من تكرار تظلماته وسيلة للاسترسال في إطالة ميعاد رفع الدعوى" (٩٩).

واستقر الفقه والقضاء على أن الإدارة إذا ما استجابت لطلب التظلم المقدم إليها واستبدلته بقرار جديد حل محل القرار الأول، فإن ذلك لا يحول دون التظلم من القرار الجديد وفقاً للإجراءات المقررة، إذ أن التظلم هنا انصب على قرار آخر هو القرار البديل الذي حل محل القرار المستبدل (١٠٠).

ونرى بأن الحكمة من الاعتداد بالتظلم الأول دون باقي التظلمات المتعاقبة له، تكمن في الغاية منه، حيث إن القانون قد فرض التظلم قبل رفع الدعوى ليفسح المجال أمام الجهة الإدارية حتى تعيد النظر في صحة قرارها ومدى ملاءمته، وبما أن تتابع التظلمات على ذات القرار يفترض لزماً رفض الإدارة للتظلم الأول، سواء أكان الرفض صريحاً أم ضمنياً، فإن ذلك لا يجدي نفعاً لصاحب الشأن في تقديم أكثر من تظلم على ذات القرار، حيث إن التظلم الأول يكون قد أدى غرضه في الكشف عما شاب القرار من بطلان أو مخالفة للقانون، وعليه إذا أصرت الإدارة على موقفها فقد تحققت الغاية التي أرادها المشرع من وراء التظلم، وليس ثمة ما يدعو إلى تظلم جديد بعد إصرار الإدارة على موقفها برفض التظلم الأول، وتفويت الفرصة لتصحيح ما شاب قراراتها من أخطاء.

ومن جانب آخر حتى لا يتخذ المتظلم من التظلمات التي يقدمها بالتعاقب سبباً

(٩٨) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٩٩٨/٥٢٢)، بتاريخ ١٣/٦/١٩٩٩، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

(٩٩) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (١٦٩٩)، لسنة ٢ ق، جلسة ١٤/١٢/١٩٥٧، ص ٦٠٥.

(١٠٠) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٣/٦/١٩٧٦، مجموعة المبادئ القانونية، ص ٢٠٧٢، مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٧٠٧.



وهدفًا لإطالة أمد ميعاد الطعن القضائي، الأمر الذي يجرد التظلم من غايته السامية التي أرادها المشرع في التقليل من المنازعات بإنهائها في مراحلها الأولى.

### الحالة الثالثة : إفصاح الإدارة مسبقاً عن عدم استجابتها لأي تظلم

استقر القضاء المصري على أن الإدارة إذا ما أفصحت مسبقاً على عدم استجابتها لأي تظلم يقدم إليها من ذوي الشأن، فإنه في هذه الحالة لا جدوى ولا فائدة تعود على المتظلم من تقديم تظلمه، حيث سيكون مآله الرفض - سواء أعلنت الإدارة رفضها بشكل صريح أم التزمت الصمت ولم ترد عليه، وفي هذه الحالة أعلن القضاء بأنه لا سبيل أمام صاحب الشأن إلا سلوك طريق الطعن بالقرار أمام القضاء في المواعيد المقررة لدعوى الإلغاء، فإذا أصر المتضرر على الرغم من ذلك على الالتجاء للإدارة متظلماً من قرارها، فلا أثر لهذا التظلم في قطع ميعاد الطعن بالإلغاء<sup>(١٠١)</sup>.

(١٠١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٨٧) لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣، مجموعة أحكام السنة العاشرة، ص ٢٢٤. ولا يوجد ذكر للفقه والقضاء الأردني بخصوص هذه الحالة.

## المبحث الرابع الآثار المترتبة على التظلم الإداري

يترتب على تقديم صاحب الشأن تظلمه إلى الجهة الإدارية خلال المهلة القانونية المتاحة له أثاران: إما قبول التظلم أو رفضه، وفيما يلي بيان ذلك في المطلبين الآتيين:

### المطلب الأول قبول التظلم الإداري

يعد قبول التظلم من قبل الإدارة التي أصدرت القرار المتظلم منه أو من سلطتها الرئاسية الهدف الأساسي الذي من أجله قُدِّم التظلم، ويظهر هذا القبول الإداري للتظلم في ثلاث صور أساسية على النحو الآتي:

#### الصورة الأولى: سحب القرار المتظلم منه

يقصد بسحب القرار الإداري رجوع الإدارة عن القرار بعد اتخاذه وتجريده من قوته القانونية الإلزامية بالنسبة للماضي والمستقبل، بحيث يصبح القرار كأن لم يكن<sup>(١٠٢)</sup>.

وفي حال قبول التظلم الإداري تستطيع الجهة الإدارية مصدرة القرار أو سلطتها الرئاسية القيام بسحب قرارها محل التظلم خلال مدة الطعن البالغة ٦٠ يوماً بأثر رجعي من تاريخ صدوره واعتباره كأن لم يكن، وهنا يكون التظلم قد رتب آثاره المرجوة منه، ولم تكن هناك حاجة لرفع الدعوى<sup>(١٠٣)</sup>.

وفي ذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية بما يلي: "وحيث إن السلطة الإدارية التي أصدرت القرار الخاطئ تملك حق سحبه ضمن مدة الطعن القضائي، فإن قرار رئيس الوزراء بسحب قراره المذكور ولزوم طرح العطاء محددًا يعتبر قراراً سليماً"<sup>(١٠٤)</sup>.

وباستعراض الأحكام الحديثة لمحكمة العدل العليا، نجد بأن تلك المحكمة قد

(١٠٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٦١.

(١٠٣) د. محمود الجبوري، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٨٤.

(١٠٤) قرار محكمة العدل العليا الأردنية الصادر بتاريخ ١١/٢/١٩٨٤، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٥، ص ٣٠٤. مشار إليه لدى د.علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٨٧.

خرجت عن اجتهادها السابق، وأقرت بجواز سحب القرار الإداري غير المشروع في أي وقت ودون التقيد بمدة الطعن المحددة، ومن أمثلة تلك الأحكام قرارها الذي جاء فيه: "... للإدارة الحق في سحب قراراتها إذا كانت مخالفة للقانون ... فإذا استبان لها فيما بعد أن تصرفها كان خاطئاً، فحق السحب هذا يتقرر للإدارة دون تقيد بموعد محدد، ولا يمكن الاحتجاج تجاهها بالحقوق المكتسبة، إذ ليس هناك حق مكتسب يتمتع عليها المساس به، لكون القرار الخاطئ لا ينشئ حقاً" (١٠٥).

وقد درجت أحكام القضاء المصري على اعتبار أن القرار، وإن بُني على تسوية خاطئة، فإنه لا يجوز سحبه بعد مضي ٦٠ يوماً من صدوره، وهذا الأمر أضحى أصلاً عاماً ... مادام لم يصل إلى درجة الانعدام الذي يجعل منه عملاً مادياً بحثاً لا يتمتع بالحصانة... (١٠٦).

وقد استقر الفقه والقضاء - سواء في الأردن أو في مصر وغيرها من الدول - على عدم جواز سحب القرارات الإدارية المشروعة، وأن سلطة السحب تقتصر على القرارات غير المشروعة فقط، وذلك مراعاةً للحقوق المكتسبة التي تتولد عن القرارات الإدارية المشروعة، ومن البديهي أن الحافز على قيام الإدارة بسحب قراراتها يرجع لكونها مشوبة بالبطلان أو مخالفة لمبدأ المشروعية أو الملاءمة.

### الصورة الثانية: تعديل القرار المتظلم منه

قد يتمثل قبول الإدارة للتظلم المقدم إليها في صورة تعديل للقرار الذي يتضمنه سواء بالإضافة إليه أو بالحذف منه.

وتعني سلطة التعديل هنا أن القرار المعدل يبقى قائماً ومنتجاً لآثاره، وبالتالي لا يجوز استبداله بقرار إداري آخر، لأنه لو تم استبدال القرار بقرار آخر فإن ذلك يعني سحب القرار الإداري وليس تعديله، فالتعديل يبقي القرار الأصلي قائماً مع إجراء بعض التعديلات عليه إما بالحذف أو بالإضافة (١٠٧).

والتعديل يشكل إلغاءً جزئياً للقرار الإداري، أي أنه يتعلق بجزء من القرار

(١٠٥) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (٢٠٠٤/١٤٩)، بتاريخ ٢١/٦/٢٠٠٤، منشورات مركز عدالة، وبذات المعنى قرارها رقم (٢٠٠٥/٢٩٠)، بتاريخ ٢٨/٩/٢٠٠٥، مجلة نقابة المحامين، العدد (١) لسنة ٢٠٠٦، ص ١٢٧.

(١٠٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٢١٣) لسنة ٣٥ ق، جلسة ٢٣/١٢/١٩٩٠.

(١٠٧) د. علي خنجر شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٩٨.

الإداري، فيتم حذف الجزء المعيب والإبقاء على الجزء الصحيح منه<sup>(١٠٨)</sup>. وهو ما أكدته الفتوى الصادرة من مجلس الدولة المصري الذي جاء فيها: "... إلغاء القرار قد يكون إلغاءً جزئياً يقتصر على شطر منه أو أثر من آثاره"<sup>(١٠٩)</sup>.

وقد أقرت محكمة العدل العليا الأردنية للرؤساء الإداريين صلاحية تعديل القرارات الإدارية، حيث قضت في حكم لها: "أن هذا الترخيص بالإقامة هو تصرف إداري يتم بالقرار بمنحه، وهذا التصرف مؤقت بطبيعته قابل للسحب أو التعديل في أي وقت متى اقتضت المصلحة العامة ذلك"<sup>(١١٠)</sup>.

### الصورة الثالثة: إلغاء القرار المتظلم منه

يقصد بإلغاء القرار الإداري زوال الآثار المترتبة على القرار بالنسبة للمستقبل فقط، دون أن يترد ذلك إلى الماضي، ويتم الإلغاء الإداري عن طريق صدور قرار جديد يلغي القرار المعيب محل التظلم، ويكون ذلك من قبل الجهة مصدرة القرار المعيب أو من قبل سلطتها الرئاسية التي لها حق التعقيب على القرارات<sup>(١١١)</sup>.

وتستطيع الإدارة إلغاء القرار بدلاً من سحبه إذا ارتأت الاحتفاظ بالآثار التي رتبها القرار في السابق، حيث إن إلغاء القرار يختلف عن سحبه، فسحب القرار يؤدي إلى إزالة القرار مع كافة الآثار التي رتبها في الماضي والمستقبل، ويصبح القرار المسحوب في حق الإدارة ومن صدر بحقه كأن لم يكن، بينما يقتصر إلغاء القرار على زوال آثاره القانونية بالنسبة للمستقبل فقط، في حين تبقى الآثار التي رتبها القرار قبل إلغائه قائمة، وفي هذا الصدد تستطيع الإدارة ممارسة صلاحية إلغاء القرار محل التظلم في حالة عدم مشروعيته<sup>(١١٢)</sup>.

وتخضع ممارسة صلاحية إلغاء القرارات الإدارية لذات القواعد التي تحكم ممارسة صلاحية سحب القرارات الإدارية، إلا فيما يتعلق - كما أشرنا - بمحو الآثار القانونية التي يربتها كل من سحب القرار وإلغائه من حيث الزمان<sup>(١١٣)</sup>.

(١٠٨) د. أحمد يوسف محمد علي، التظلم الإداري وميعاد دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٧٦.

(١٠٩) فتوى مجلس الدولة المصري رقم (٨٦٥) الصادرة بتاريخ ١٢/٧/١٩٥٩.

(١١٠) قرار محكمة العدل العليا الأردنية الصادر بتاريخ ١٤/١/١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩١، ١٠٤٠، مشار إليه لدى د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(١١١) د. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٢٠.

(١١٢) د. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(١١٣) د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٩٦.



وبناءً عليه، فإن مناط سحب وإلغاء أي قرار هو جزاء لعدم مشروعيته، لكونه قراراً غير مشروعاً أو مخالفاً للقانون، وبالتالي لا يجوز إلغاء القرارات المشروعة مراعاةً لمبدأ المشروعية واحترام الحقوق المكتسبة التي تمخضت عن تلك القرارات السليمة<sup>(١١٤)</sup>، بخلاف صلاحية تعديل القرارات الإدارية التي تنصب - كما أسلفنا - على القرارات المشروعة.

ومن هنا يتبين مدى أهمية الصلاحيات الممنوحة للإدارة - الولاية أو الرئاسية - في سحب وتعديل وإلغاء قراراتها بناءً على التظلمات المقدمة إليها، من خلال تصحيح قراراتها غير المشروعة بنفسها، سواء عن طريق الجهة التي أصدرت القرار المتظلم منه أو عن طريق سلطتها الرئاسية بتفعيل وجودها وكيانها في التعقيب على أعمال الجهات الإدارية الخاضعة لها، وعلى هذا الأساس بُنيت أحكام التظلم الولاية والرئاسية.

## المطلب الثاني رفض التظلم الإداري

غالباً ما ترفض الجهة الإدارية التظلم المقدم إليها، ويظهر هذا الرفض بصورتين: إما برد الإدارة الصريح برفض التظلم أو بعدم ردها والتزامها الصمت وهو ما يعكس رفضها الضمني للتظلم، وسنعرض هذين الفرضين على النحو الآتي:

### الفرضية الأولى: الرفض الصريح للتظلم

أولاً: تماثل النظامين الأردني والمصري في حق الإدارة برفض التظلم صراحةً استقر النظامان الأردني والمصري على أحقية مصدر القرار وسلطته الرئاسية أن يتمسك بقراره في رفض التظلم المقدم من صاحب الشأن بشكل صريح. ففي الأردن، نص المشرع في قانون محكمة العدل العليا على ذلك صراحةً بالقول: " يعتبر في حكم القرار الإداري رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار... " <sup>(١١٥)</sup>. وذات النص ورد في قانون مجلس الدولة المصري، بالقول: " ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية ... اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذها وفقاً للقوانين واللوائح " <sup>(١١٦)</sup>.

وبموجب نظام الخدمة المدنية الأردني، يترتب على رفض الإدارة الصريح للتظلم

(١١٤) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٩٣.

(١١٥) المادة (١١) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية.

(١١٦) المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصري.

خلال مدة ٣٠ يوماً الممنوحة لها وفقاً لهذا النظام<sup>(١١٧)</sup>، بداية ميعاد الطعن بالقرار أمام القضاء خلال ٦٠ يوماً من تاريخ علمه بقرار الرفض الصريح أو تبليغه به، سواء أكان التظلم اختيارياً أم وجوبياً.

وفي مصر، يترتب على قرار الإدارة برفض التظلم صراحةً خلال مدة ٦٠ يوماً الممنوحة لها وفقاً لقانون مجلس الدولة المصري، بدء ميعاد الطعن بقرار رفض التظلم الصريح خلال ٦٠ يوماً من تاريخ علم المتظلم بهذا القرار<sup>(١١٨)</sup>، سواء أكان التظلم اختيارياً أم وجوبياً<sup>(١١٩)</sup>.

**ثانياً: تباين النظامين الأردني والمصري في وجوب تسبیب قرار رفض التظلم**  
تقتضي القاعدة العامة بأن الإدارة غير ملزمة بتسبیب قراراتها برفض التظلم إلا إذا ألزمتها القانون ذلك بنص صريح.

وفي الأردن، لا يتضمن قانون محكمة العدل العليا الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ وكذلك القانون المعدل له رقم ٢ لسنة ٢٠٠٠ فضلاً عن نظام الخدمة المدنية الحالي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته أي نص يلزم الإدارة بتسبیب رفضها للتظلم، وبناءً عليه، فإن الجهات الإدارية في الأردن - ولائحة كانت أم رئاسية - لا تلزم بتسبیب رفضها للتظلمات الواردة إليها.

أما في مصر، فإن الوضع مختلف عما هو في الأردن، حيث نص المشرع المصري في المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة على وجوب تسبیب قرارات الإدارة المتضمنة رفض التظلم صراحةً، وذلك خلال ٦٠ يوماً من تاريخ تقديمه، بالقول: " إذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً ".

### ثالثاً: تقديرنا لهذا التباين

ونرى من جانبنا بأن فكرة وجوب تسبیب قرار رفض التظلم من عدمه - سواء أكان جوازياً أم وجوبياً - له جانب إيجابي وآخر سلبي:

#### ١ - الجانب الإيجابي لفكرة وجوب تسبیب قرار رفض التظلم.

يتمثل الجانب الإيجابي لوجوب تسبیب قرار الإدارة الصريح برفض التظلم، لما

(١١٧) المادة (١/١٦٥) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(١١٨) المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري.

(١١٩) د. عبد الرؤوف بسيوني، أحكام التظلم الإداري في القانون المصري والكويتي، مرجع سابق، ص ٩٣.

يتمخض عن هذا التسبب من فوائد، لا تعود على المتظلم فحسب وإنما تشمل الإدارة ذاتها فضلاً عن القضاء.

**فبالنسبة للشخص المتظلم،** فإن تسبب قرار رفض التظلم يشكل ضماناً جوهرياً له - لاسيما في حالة التظلم الوجوبي - بحيث يتيح له بوضوح معرفة الأسباب والمبررات التي استندت إليها الإدارة في قرارها بمجرد قراءتها، وتبصرته بما نُسب إليه من أفعال دفعت الإدارة إلى صدور مثل هذا القرار، وهنا سيتيقن المتظلم من مدى صحة هذا القرار، فإما أن يقتنع بفحوى القرار أو يطعن به أمام القضاء<sup>(١٢٠)</sup>.

**وبالنسبة للإدارة،** فإن تسبب قرارها برفض التظلم في صلب القرار ذاته يدفعها إلى التمعن والتحصص بشكل دقيق في الوقائع التي انطوى عليها القرار المتظلم منه، وسلامته من كل شائبة تؤدي إلى بطلانه، فهو يحمل الإدارة العامة على احترام مبدأ المشروعية وسلامته من العيوب، ويقودها إلى الحرص على عدم مخالفة القواعد القانونية، وهكذا تحافظ الإدارة على هيبتها كسلطة عامة وعدم المساس بسمعتها أمام القضاء<sup>(١٢١)</sup>.

**أما بالنسبة للقضاء،** فإن تسبب القرارات الإدارية يسهل مهمة القضاء الإداري في بسط رقابته على الوقائع المادية والقانونية التي بُني عليها القرار، والكشف عن مشروعية الأسباب القانونية والواقعية التي يقوم عليها القرار الإداري المطعون به، بحيث يصبح القضاء على بيئة من هذه الأسباب والمبررات التي دفعت الإدارة لإصدار قرارها، من ناحية أخرى فإن التسبب يقلل عدد الدعاوى مما يخفف العبء عن كاهل القضاء، هذا بالإضافة إلى أن التسبب يعد شكلية جوهرياً يترتب على تخلفها بطلان القرار الإداري في حالة التظلم الوجوبي<sup>(١٢٢)</sup>.

## ٢ - الجانب السلبي لفكرة وجوب تسبب قرار رفض التظلم.

إذا كان تسبب قرار الإدارة برفض التظلم له ما له من فوائد، فإنه ينطوي بالمقابل على بعض الجوانب السلبية من أهمها أن الإدارة إذا ما علمت مسبقاً بضرورة تسبب قرارها في حال رفضه، فإن ذلك سيدفعها لتجنب التصدي للتظلم من أساسه سواء أكان التظلم جوازياً أم وجوبياً، طالما أن القانون لم يلزمها البت في

(١٢٠) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٦ وما بعدها.

(١٢١) د. عبد العزيز خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

(١٢٢) د. علي خنجر شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ٥٧٦ وما بعدها.

التظلمات المقدمة إليها، وطالما أن تسببها لقراراتها بمحض إرادتها ودون إلزامها بذلك يخضع لرقابة القضاء الإداري كما استقر على ذلك الفقه والقضاء.

ومن ذلك - على سبيل المثال - ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية بالقول: "ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وإن كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قرارها إلا حيث يوجب القانون ذلك عليها، إلا أنها إذا ما ذكرت أسباباً فإن هذه الأسباب، ولو في غير الحالات التي يوجب القانون ذكر أسباب فيها، تكون خاضعة لرقابة محكمة القضاء الإداري" (١٢٣).

كل ذلك سيدفعها لتجنب التصدي للتظلمات الواردة إليها خاصة إذا لم تكن متيقنة من سلامة قراراتها، حتى لا تظهر بمظهر يمس من هيبتها وكيانها كسلطة تتمتع بامتيازات قانونية، لاسيما إذا قُدم التظلم للسلطة الرئاسية للإدارة، الأمر الذي يجبر المتظلم على اللجوء إلى القضاء بعد انقضاء المهلة الزمنية المحددة للرد على التظلم.

وبالموازنة بين الجوانب الإيجابية والسلبية لفكرة وجوب تسبب قرار الرفض، نجد بأن إيجابياته تنغى على سلبياته، وذلك لما تتمتع به فكرة وجوب التسبب من فوائد جمة لا يمكن التضحية بها على حساب تلك السلبيات، خاصة أن الإدارة إذا ما تجنبت التصدي للتظلم، فإن هناك باباً يبقى مفتوحاً أمام المتظلم للطعن بإلغاء القرار إذا كان معيباً حقاً. وبناءً على ذلك، كان من الأجدر للمشرع الأردني أن يلزم الإدارة بتسبب قرارها في حال رفضها للتظلم بشكل صريح؛ وذلك لما سبق ذكره من فوائد وإيجابيات التسبب.

### الفرضية الثانية: الرفض الضمني للتظلم

أولاً: تماثل النظامين الأردني والمصري في حق الإدارة بعدم البت في التظلم.

تعكس هذه الفرضية الجانب السلبي للإدارة والمتمثل في سكوت الإدارة وامتناعها عن الرد على التظلم المقدم إليها، ولكون هذه الحالة تعكس تجاهل الإدارة للمتظلمين في البت في تظلماتهم، فإن القانون قد وضع حداً زمنياً للإدارة لكي تبت في التظلم، حتى لا يبقى المتظلم تحت رحمة الإدارة أمداً طويلاً دون أن يعلم مآل تظلمه، وتختلف تلك المدة وفقاً لما تقضي به قوانين وأنظمة كل دولة على حدة.

(١٢٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/٤/١٩٦٨، مجموعة الثلاث سنوات، ص ٣٠٤، مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٥.



ففي الأردن، حدد نظام الخدمة المدنية مدة ٣٠ يوماً للإدارة لكي تبت في التظلم المقدم إليها من ذوي الشأن<sup>(١٢٤)</sup>، فإذا تصدت للبت فيه خلال تلك المدة رافضةً التظلم، كان للمتظلم الطعن بقرار الرفض خلال ٦٠ يوماً من تاريخ علمه بقرار الرفض، وإذا التزمت الصمت ولم ترد على التظلم خلال مدة ٣٠ يوماً الممنوحة لها، فإن القانون اعتبر ذلك بمثابة رفض للتظلم، وجاء تقرير هذا الرفض الحكمي في المادة ١١ من قانون محكمة العدل العليا الأردنية بالقول: "يعتبر في حكم القرار الإداري رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار أو امتناعها عن أخذه، إذا كان يترتب عليها أخذه بمقتضى التشريعات المعمول بها".

ويحق هنا للمتظلم رفع دعوى الإلغاء طاعناً بقرار الرفض الضمني خلال ٦٠ يوماً تبدأ من تاريخ انقضاء فترة الثلاثين يوماً، وذلك لأن مدة الطعن القضائي تنقطع بتقديم التظلم ولا تستأنف من جديد إلا بعد مضي المدة الممنوحة للإدارة لردّها على التظلم.

أما في مصر، فإن المدة الزمنية لرد الإدارة على التظلم هي ٦٠ يوماً وفقاً لما جاء في قانون مجلس الدولة المصري، فإذا انقضت هذه الفترة دون أن ترد على التظلم، فإن ذلك يعد رفضاً للتظلم وهنا يحق للمتظلم الطعن بالقرار الضمني بالرفض خلال ٦٠ يوماً تبدأ من تاريخ انقضاء فترة الستين يوماً الأولى<sup>(١٢٥)</sup>.

وتقرير أن سكوت الإدارة وامتناعها عن البت في التظلم خلال مدة الستين يوماً هو بمثابة قرار برفض التظلم قد جاء في المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة المصري بالقول: "ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها أخذه وفقاً للقوانين واللوائح".

## ثانياً: تباين النظامين الأردني والمصري في المهلة المحددة للبت في التظلم.

إذا كان النظامان الأردني والمصري قد اتفقا على القاعدة العامة التي تقضي بعدم إلزام الإدارة بالبت في التظلمات المقدم إليها من ذوي الشأن، فإنهما اختلفا في تحديد المهلة الزمنية الممنوحة للإدارة للبت في تلك التظلمات.

فقد منح المشرع الأردني للإدارة مدة ٣٠ يوماً لكي تنظر في طلب التظلم وتبت فيه، بينما حدد نظيره المصري مدة ٦٠ يوماً للإدارة في هذا الصدد، وعليه فإن

(١٢٤) المادة (١٦٥/أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(١٢٥) المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري.

موقف المشرع الأردني جاء أكثر تشدداً تجاه الإدارة وأكثر تجاوباً مع مصالح الأفراد من موقف المشرع المصري، ذلك أن مدة ٣٠ يوماً - في تقديرنا - هي مدة كافية للإدارة لتقوم بفحص مدى مشروعية القرار وملاءمته، وهذا يحفز الإدارة على الإسراع في النظر في التظلمات المقدمة إليها والبت فيها إما بقبولها أو برفضها، كما أنه من غير المجدي أن تبقى المعاملات الإدارية والمراكز القانونية للأفراد غير مستقرة لفترة أطول مما ينبغي، وهو ما يستتبع بالضرورة الإسراع في بدء ميعاد الطعن بالقرار أمام القضاء بعد ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم التظلم بدلاً من الانتظار لفترة ستين يوماً.

### خاتمة :

#### أولاً : النتائج المستخلصة

- ١ - إن التظلم الإداري هو نظرية قانونية مستقلة بذاتها، لها نظامها القانوني الخاص بها، أفردتها كلا المشرعين - الأردني والمصري - بنصوص خاصة نظراً لما تتمتع به من سمات خاصة تميز طلب التظلم عن غيره من الطلبات.
- ٢ - اهتمام الجانبين الفقهي والقضائي في كلا البلدين (الأردن ومصر) للتصدي لمفهوم التظلم الإداري، واستجلاء أهم الدعائم والمرتكزات التي تقوم عليها فكرة التظلم، لاسيما أن النصوص التشريعية جاءت خالية من التصدي لمفهوم التظلم.
- ٣ - إن التظلم الإداري هي فكرة قائمة بشكل أساسي على تحقيق العدالة الإدارية، من خلال تفعيل دور الرقابة الذاتية للإدارة على تصرفاتها وما تصدره من قرارات غير مشروعة في ممارستها لنشاطها الإداري، فهي وسيلة لاستخلاص نوي الشأن لحقوقهم بطرق ودية مختصرة، تجنب اللجوء إلى إجراءات التقاضي واستبداله بإجراء أكثر سهولة ويسر ودون تحمل أعباء التقاضي.
- ٤ - إن فكرة التظلم الإداري وسيلة قانونية قائمة على أساس موضوعي، مجردة ومنزهة عن أي اعتبارات شخصية قد تمس بها، تتمركز على فحص مدى مشروعية وملاءمة القرارات المتخذة من قبل الإدارة وتكشف عما يعترئها من بطلان.
- ٥ - إن فكرة التظلم الإداري تسهم إلى حد بعيد في إيجاد روح التعاون بين الإدارة وموظفيها، فهي وسيلة لتقريب وجهات النظر والاتصال المباشر بين الإدارة والموظف العامل لديها، ويتوجب هنا على المسؤول الإداري أن يتحلى بأخلاقيات العمل في تعامله مع المتظلم، وينظر إلى طلبه بموضوعية وجدية.

٦ - من أسمى ما يميز فكرة التظلم الإداري، هو ما تتمتع به تلك الفكرة من فوائد ثلاثية الأبعاد :

فمن ناحية، يشكل التظلم وسيلة يلجأ إليها الأفراد للمطالبة بحقوقهم تجاه الإدارة، وإذا كان التظلم لا يجدي أحياناً لعدم استجابة الإدارة له أو عدم الرد عليه، فإنه يسهم بالمقابل في زيادة وعي الفرد وتبصرته بحقه في مخاطبة الجهات الإدارية، وأن القانون قد منحه الحق في الاعتراض على ما تصدره الإدارة من قرارات تمس مركزه القانوني بطريقة غير مشروعة.

ومن ناحية أخرى، فإن فكرة التظلم تحافظ على هيئة الإدارة بعدم تجاهلها وتخطيها واللجوء إلى القضاء مباشرة، كما تلفت نظرها لما قد يشوب تصرفاتها وقراراتها من بطلان، ويتوجب على الإدارة في هذه الحالة، باعتبارها خصماً شريفاً، أن تتلقى تلك الطلبات بعناية واهتمام، أولاً لكي تعطي كل ذي حق حقه، ثانياً لتجنب الوقوف أمام القضاء بموقف يمس من هيبتها وكيانها، ثالثاً لكي تحافظ على استمرارية عمل المرفق الذي تديره.

ومن ناحية ثالثة، فإن التظلم يلعب دوراً أشبه بالدور القضائي في حث الإدارة على الرجوع في قراراتها غير المشروعة وإعادة صفة المشروعية إليها بسحبها أو إلغائها أو تعديلها، وعليه فإن التظلم الإداري يساند وظيفة القضاء ويخفف العبء عن كاهله، خاصة مع تزايد نسبة الدعاوى المرفوعة أمامه.

### ثانياً: التوصيات المرجوة

١ - يتطلب الأمر من المشرع الأردني إعادة النظر بشكل عام بالأحكام المنظمة للتظلم في نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧ مراعيًا ما يلي :

(أ) الأخذ بفكرة التظلم الوجوبي - على غرار الوضع في مصر - على الأقل في بعض الحالات ذات الأهمية، خاصة تلك المتعلقة بشئون الخدمة المدنية للموظفين كقرارات التعيين والترقية والفصل من الخدمة والقرارات التأديبية وغيرها من القرارات، حيث أثبت الواقع أن تلك المسائل تشكل الجانب الكبير من القضايا المرفوعة أمام القضاء، وبإلزام التظلم فيها مسبقاً كشرط لقبول دعوى الإلغاء قد يخفف العبء عن كاهل القضاء إذا ما استجابت الإدارة واقتنعت بمضمون التظلم.

(ب) أن يبقى المشرع الأردني - وكذا المصري - باب الطعن الإداري (التظلم الإداري) مفتوحاً لجميع القرارات دون استثناء، فمن شاء سلكه ومن شاء حجم عنه وتوجه إلى القضاء مباشرة، طالما أن النظامين الأردني والمصري قد استقرا على أن تقديم التظلم الإداري بنوعيه الجوازي والوجوبي، يرتب أثراً في قطع مدة الطعن

القضائي، ولا يترك بعض القرارات بمنأى عن التظلم منها أو الاعتراض عليها، بحجة أنها قرارات قطعية تستنفذ الجهة التي أصدرتها ولايتها بمجرد صدورها، أو لعدم وجود جهة أخرى تملك التعقيب على قراراتها، فمن الجائز أن ينص القانون في مثل هذه الحالة على إحالة طلب التظلم إلى الوزير المختص، كما فعل بشأن القرارات القابلة للتظلم منها بجواز تقديمها إلى الوزير المختص كسلطة رئاسية أو إلى وكيل الوزارة، أو إحالتها - على الأقل - إلى لجان وصائية خاصة لهذا الغرض.

٢ - بالنظر لما سبق عرضه من فوائد وإيجابيات لفكرة تسبب رفض التظلم من جانب الإدارة، نتمنى من المشرع الأردني أن يورد نصاً - على غرار نظيره المصري - يلزم فيه الجهات الإدارية بتسبب قراراتها برفض التظلم، حتى يستطيع ذوو الشأن الإحاطة بأسباب الرفض ومعرفتها، فقد يقتنع بها المتظلم ويحجم عن رفع الدعوى.



## المراجع

### أولاً - الكتب:

- د. حسنين المحمدي بوادي، الفساد الإداري، لغة المصالح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د. حمدي ياسين عكاشة، المرافعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- د. رمضان بطيخ، قضاء الإلغاء، ضمانات للمساواة وحماية للمشروعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، أحكام التظلم الإداري في القانون المصري والكويتي، دراسة فقهية وقضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- د. عبد العزيز خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٨.
- د. عبد العزيز خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- د. عبد العزيز خليفة، الشرعية الإجرائية في التأديب الرئاسي والقضائي للموظف العام، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- د. علي خنجر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤.
- د. علي خنجر شطناوي، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٥.
- د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
- د. سامي جمال الدين، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بشئون الموظفين، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. سامي جمال الدين، دعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، دعاوى الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١.
- د. سعد الشتيوي، المسألة التأديبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦.
- د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦.
- د. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- د. صبري السنوسي، الإجراءات أمام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- د. فهد الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥.
- د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، دار قنديل للنشر، عمّان، ٢٠٠٩.
- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- د. محمد إبراهيم الدسوقي، حماية الموظف العام إدارياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ولاية قضاء الإلغاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٠.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- محمد ماجد ياقوت، الدعوى التأديبية في النظام الوظيفي لضباط وأفراد الشرطة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- محمد ماجد ياقوت، الإجراءات والضمانات في تأديب ضباط الشرطة بالمقارنة بتأديب العاملين المدنيين بالدولة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- د. محمد وليد العبادي، القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الوراق للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٨.

- د. محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
- د. نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.

## ثانياً - الرسائل والأبحاث :

- د. أحمد يوسف محمد، التظلم الإداري وميعاد دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، ٢٠٠٧.
- د. رحاب عبدالعزيز البيلي سالم، التظلم الإداري كسبب لانقطاع الميعاد في الدعوى الإدارية، منشور على الشبكة الإلكترونية: <http://ar.wikibooks.org/wiki>
- د. عبد الرؤوف كساسبة، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية أمام القضاء الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٠.
- د. عبد العزيز السيد الجوهري، الطعن الإداري (التظلم الإداري)، دراسة مقارنة، مجلة المحاماة المصرية، العدد (٩-١٠)، القاهرة، ١٩٨٧.
- عبد الله محمد محمود، الأحكام الجزائية والموضوعية للتظلم الإداري، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، مصر، ١٩٩٤.
- د. علي خطار شطناوي، التظلم كشرط لقبول دعوى الإلغاء، المجلة القضائية الأردنية، المعهد القضائي، العدد (١٢)، عمان، ١٩٩٨.
- د. محمد البيانوني، دور التظلم الإداري في ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، مجلة الإدارة العامة، العدد ٦٠، الرياض، ١٩٨٨.
- محمد خليفة الخيلي، التظلم الإداري، دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ٢٠٠٩.
- محمد بن عبد الله الحسني، التظلم الإداري، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، عمان، ٢٠٠١.





## عيب الإجراء والشكل في القرار الإداري وتطبيقاتهما في قضاء ديوان المظالم - دراسة مقارنة(\*)

الأستاذ الدكتور/ الدين الجيلالي بوزيد

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود - المملكة العربية السعودية

### ملخص:

شكلت امتيازات القانون العام التي تتمتع بها الجهات الإدارية، خطراً مستمراً على حقوق الأفراد وحياتهم، مما حدا بكثير من القوانين إلى إحاطتها بشكليات من شأنها أن توفر ضمانات لتلك الحقوق، بل ذهبت بعض القوانين المعاصرة إلى حد تقنين إجراءات اتخاذ القرار الإدارية، فيما عرف بقوانين الإجراءات الإدارية (غير القضائية). غير أن الإشكالية التي واجهت تلك القواعد هي إلى أي حد يمكن التوفيق بين الحريات الفردية التي تقتضي التمسك بالشكليات التي نص عليها القانون، وبين المصلحة العامة التي تقتضي عدم عرقلة النشاط الإداري بإغراقه في الشكليات وضرورة التغاضي عن بعض التجاوزات. أوكلت هذه المهمة إلى القضاء الذي حاول، في مسيرته الطويلة، وضع معايير للتفرقة بين عيوب الشكل التي يؤدي إغفالها إلى إلغاء القرار، وتلك التي لا تؤثر على مشروعية القرار، رغم إغفالها من جهة الإدارة.. وانتهت هذه المسيرة بحكم رائد لمجلس الدولة الفرنسي انتهى فيه إلى اعتماد معيار الشكل المؤثر الذي من شأنه أن يؤثر على نتيجة القرار، وهو المعيار الذي اعتمدته ديوان المظالم في كثير من أحكامه.

### مقدمة:

يقتضي مبدأ المشروعية أن تخضع الإدارة للقانون بمفهومه الواسع، في أعمالها القانونية السلبية والإيجابية، وكذا في أعمالها المادية، وتعتبر الأعمال القانونية، خاصة القرارات، المجال الرحب الذي تظهر فيه امتيازات السلطة العامة، كإصدارها للقرارات بالإرادة المنفردة، مما قد يؤدي إلى تجاوز كثير من الضمانات التي يوفرها القانون لحقوق الأفراد وحياتهم. ومن أهم الضمانات التي يجب على الإدارة مراعاتها، قبل اتخاذ القرار، الشكل. ونظراً لأهمية الشكل في القرار الإداري حرصت بعض الدول

(\*) الشكر والتقدير لمركز البحوث بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الملك سعود، على الدعم الذي يقدمه لبحوث أعضاء هيئة التدريس.

على إصدار قانون ينظم إجراءات اتخاذ القرارات، من هذه الدول ألمانيا وأمريكا وفرنسا<sup>(١)</sup> ولم يصدر في السعودية حتى الآن مثل هذا النظام.

وعلى الرغم من أن الشكليات هي ضمانات إلا أنه كثيراً ما تجاوزتها الإدارة، لأسباب مختلفة، ومع ذلك لا بد من التسليم بأن المبالغة في التمسك بالشكليات من شأنه أن يخنق العمل الإداري، وقد يضر بسير المرفق العام، علماً أن أي عيب يشوب ركناً من أركان القرار قد يؤدي إلى إلغائه، إذا رفع صاحب الشأن الدعوى في الميعاد المحدد، إلا عيباً واحداً، وهو عيب الشكل الذي مع تخلفه، أحياناً، لا يؤدي إلى إلغاء القرار، مما يستدعي البحث في معيار التفرقة بين عيوب الشكل التي تؤدي إلى إلغاء القرار، وتلك التي، مع وجودها، لا تؤدي بالقاضي إلى إعلان البطلان. والإشكالية الأولى التي واجهت القضاء هي كيفية أو معيار التمييز بين الشكل الجوهرية الذي يؤدي إلى الإلغاء وغير الجوهرية الذي لا تأثير له على مشروعية القرار، بل أن القضاء في بعض تطبيقاته جعل تخلف الشكل من العيوب التي تجعل القرار معدوماً، لا يتحصن بمضي المدة<sup>(٢)</sup>.

والإشكالية الثانية التي يثيرها عيب الشكل هي معرفة مدى حق الإدارة في استدراك عيب الشكل دون الحاجة إلى إصدار قرار جديد.

سنحاول في هذا البحث دراسة الإشكاليتين، وبيان الحلول التي اتبعتها القضاء السعودي في ما عرض عليه من أقضية.

### أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في أنه يعالج موضوعاً لا زال يثير بعض الإشكاليات المتعلقة بعيب الشكل في القرار الإداري، ذلك أن القضاء لا زال لم يستقر على معيار موحد للتفرقة بين الشكل الذي يؤدي إلى إلغاء القرار وذلك الذي لا تأثير له على مشروعية القرار، مما أدى إلى تباين التطبيقات القضائية، وخاصة في غياب تقنين القواعد الإجرائية غير القضائية كما هو الحال في المملكة..

(١) صدر في فرنسا قانونان مهمان هما القانون رقم ٧٩-٥٨٧ بتاريخ ١٠ جويلية ١٩٧٩ والمتعلق بتسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور

loi n 79-587 du 11juillet 1979 relative a la motivation des actes administratifs et a l'amellioration des relations entre l'administration et le public.

الثاني القانون رقم ٢٠١١-٥٢٥ بتاريخ ١٧ ماي ٢٠١١ الخاص بتبسيط وتحسين تطبيق القانون. Loi n 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et amelioration de la qualite du droit.

(٢) الدين الجيلالي د. بوزيد، القرارات الإدارية المعدومة في الفقه والقضاء، مجلة الإدارة العامة المجلد ٤٥ العدد الرابع شوال ١٤٢٦ الموافق نوفمبر ٢٠٠٥ ص ٥٩٨ وما بعدها.

## إشكالية البحث:

يثير البحث إشكالية في غاية الأهمية وهي هل كل إغفال للشكل في القرار الإداري يؤدي إلى الحكم ببطلان القرار؟ واعتباره أحياناً قراراً معدوماً. وكيف يمكن التمييز بين عيوب الشكل التي تبطل تلك التي لا تؤثر على مشروعية القرار الإداري؟

## أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

- تحديد مفهوم عيب الشكل وتمييزه عن العيوب الأخرى.
- القيام بدراسة نقدية لمعيار التمييز بين الشكل الجوهرى وغير الجوهرى.
- بيان موقف قضاء ديوان المظالم من عيب الشكل والمعيار المعتمد.
- تحديد الصور التي يتجلى فيها عيب الشكل عملياً.

## منهج البحث:

تقوم الدراسة على المنهج التحليلي للمبادئ القانونية والتعليق على الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع.

## خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة ومبحثين، المبحث الأول خصصته لتحديد مفهوم عيب الشكل كأحد عيوب القرار الإداري ومعياره، والمبحث الثاني بينت فيه الصور التي يتجلى فيها عيب الشكل، ثم الخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول

### مفهوم عيب الشكل ومعياره

لقد ظهر عيب الشكل في تاريخ القضاء الفرنسي في منتصف القرن التاسع عشر وارتبط بعدم الاختصاص، وتحديداً انتهاك الشكليات الجوهرية، كما شكل بعد ذلك تطبيقاً لعدم المشروعية لمخالفة أو تجاهل الإجراءات. ويمكن عيب الشكل في حقيقته في إغفال الإجراءات والأشكال التي أوجب القانون مراعاتها، وبهذا يتميز عن عيب عدم الاختصاص الذي يتجسد في صدور القرار ممن لا يملك صلاحية إصداره (موضوعياً أو مكانياً أو زمنياً).

### المطلب الأول

#### مفهوم عيب الشكل<sup>(٣)</sup>

لقد شكلت الإجراءات والشكليات نوعاً من الضمانات للأفراد والمصلحة العامة، وليس المقصود منها عرقلة النشاط الإداري أو تكبيل الإدارة بقيود تحول دون إنجازها للعمل في موعده وإعمال سلطتها التقديرية، بما يخدم المصلحة العامة، وقد أكد ديوان المظالم في أحد أحكامه هذا المعنى، حيث جاء في الحكم "... إن قواعد الشكل والإجراءات إنما وضعت لحماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على حد سواء ومخالفتها تستدعي بطلان القرار..."<sup>(٤)</sup>.

وأردف "ولا ينبغي النظر إليها على أنها مجرد شكليات يمكن التغاضي عنها، بل إن مراعاة تلك الأوضاع الشكلية للقرار الإداري لا تقل أهمية عن مراعاة النصوص الموضوعية للنظام بأي حال؛ لأن القرار يمتاز بقوة الشيء المقرر وبقرينة السلامة".

ونظراً لأهمية ركن الشكل في القرار الإداري توسع القضاء في نظرية القرارات المعدومة، وأدخل إغفال الشكل الجوهري في كثير من تطبيقاته ضمن حالات القرار المعدوم.

وقد بدأت معالم هذا العيب تتشكل في مجموعتين، الأولى تتعلق بالإجراءات التي

(٣) الديد أمون مصطفى أحمد، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، الهيئة العامة المصرية للكتاب ١٩٩٢ ص ١٣.

(٤) حكم رقم ٢٢٣ /ت/ ٥ لعام ١٤٢٧ في القضية رقم ٤٩٤٤/١/ق لعام ١٤٢٥ هـ. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧ ص ١١٤٥.



تسبق اتخاذ القرار وتدخل في مراحل تكوينه، كالتحقيق في التأديب والاستشارة المسبقة، وعرفت بعيوب الإجراءات، وهذه المجموعة لها تأثير مباشر على مشروعية القرار. أما المجموعة الثانية فتتعلق بالمظهر النهائي<sup>(٥)</sup>، الذي يجب أن يظهر فيه العمل الإداري، وهذه في الغالب لا تؤثر على مضمون القرار، إلا إذا نص النظام على خلاف ذلك، فهي مظاهر أو قوالب يصب فيه العمل الإداري كالتسبيب والنشر والكتابة.

الحقيقة أن عيب الشكل مركب من عيبين، الأول الإجراء والثاني الشكل، وقد درجت الكثير من أحكام القضاء على التمييز بين عيب الإجراء وعيب الشكل، واعتبر عيب الإجراء بمثابة ضمانات حرص القضاء على ضرورة مراعاتها، واعتبر كل إغفال للإجراء يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري، بينما ليس الأمر كذلك بالنسبة للشكل.

ونشير هنا إلى أن القضاء في كثير من أحكامه استعمل عبارة عيب الشكل للدلالة على الإجراء والشكل أو أحدهما، وهذا هو عيب الشكل بالمعنى الواسع، من ذلك ما جاء في حكم ديوان المظالم "ومن حيث إن الشكل في القضاء الإداري يبرز في حال لا تحترم فيها جهة الإدارة القواعد الإجرائية والشكلية المقررة في النظام لصدور القرارات الإدارية، سواء أكان ذلك بإهمال القواعد بصورة كلية أم مخالفتها جزئياً، وعلى هذا الأساس يصدر حينئذ مشوباً بعيب الشكل..."<sup>(٦)</sup>. وأما الشكل بالمعنى الضيق فقد يقصد به الإجراء فقط أو الشكليات فقط، كما أن القضاء في بعض الأحكام يميز بين الشكل الجوهرى والشكل غير الجوهرى، أو الثانوي. ودون التمييز بين الشكل والإجراء كما سنبين لاحقاً.

ويحظى الشكل في القرار الإداري بأهمية خاصة، فهو يشكل ضمانات كما ذكرنا، ليس للأفراد فحسب، بل أيضاً بالنسبة للمصلحة العامة والإدارة<sup>(٧)</sup> حيث يحملها على اتخاذ ما يلزم من إجراءات للوصول إلى الحقيقة، ويعطي للفرد فرصة لحماية حقه بأسلوب وقائي، وكما يقول لافريار وظليفة الشكل انتقاء ظلم أو خطر، والتأكد من نضج وملاءمة القرار الإداري، وبالتالي لا تفترض في القرار الإداري الصحة إلا إذا احترمت الشكليات المطلوبة<sup>(٨)</sup>.

(٥) Andre de laubadere -,Jean -Claude VENEZEA,et Yves GAUDEMET,traite de droit administratif,L.G.D.J Paris1984 p426.

(٦) حكم التدقيق رقم ٤٣٣/ت/٦ لعا ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ٣٣٧٥/١/ق لعام ١٤٢٥ هـ.

(٧) خليفة، عبد العزيز: الأسس العامة للقرارات الإدارية مقومات وعيوب القرار الإداري، المكتب الجامعي الحديث ٢٠١٢م. القاهرة.

(٨) Laferriere(E).Traite de la jurisprudence administrative.Berger- levrault, 1869. T2.p521.

ولا بد من الإشارة إلى أن مخالفة الشكل تعني تجاوز الشكليات التي حددها النظام (القانون) أو تلك التي استقرت عليه المبادئ العامة للقانون.

ويمكن تعريف عيب الشكل بأنه:

مخالفة الجهة الإدارية للإجراءات أو الأشكال التي يتطلبها القانون (النظام) عند إصدارها القرار الإداري، أو إغفالهما أو القيام بهما على نحو مخالف للقانون<sup>(٩)</sup>.

## المطلب الثاني

### معيار الشكل الجوهري وغير الجوهري<sup>(١٠)</sup>

بداية نؤكد أن القصد هو كيف نميز بين العيب (في ركن الشكل) الذي يبطل القرار والذي لا يبطله، سواء أكان ذلك العيب في الإجراء أم في الشكل، لذا وضع هذا المعيار لمساعدة القاضي على تحديد طبيعة الشكل، علماً أن بعض القوانين قننت الكثير من هذه الإجراءات غير القضائية مما أفقد المعيار الكثير من أهميته كما سنبين، ومن بين المعايير التي قيل بها:

١ - معيار النص: بمعنى أن يكون الشكل جوهرياً إذا نص القانون على ضرورة مراعاته ورتب البطلان على عدم استيفائه، والمقصود بالنص هنا النظام (القانون) أو اللائحة أو مبدأ عام للقانون<sup>(١١)</sup>، والمعيار هنا لا يميز بين الإجراء والشكل وإنما يعتبر العيب جوهرياً إذا تعلق بأحدهما. فوجب أخذ رأي لجنة، بموجب النص، هو في حقيقته إجراء، اعتبر شكلاً جوهرياً. جاء في أحد أحكام ديوان المظالم "... رقابته القضائية هي رقابة مشروعية تقف عند حد التحقق من شرعية تصرفات الإدارة، وعليه فإذا وجد نص يرتب البطلان على إغفال أو مخالفة شكل، أو إجراء محدد، يتعين النزول على حكم هذا النص والحكم ببطلان القرار الإداري"<sup>(١٢)</sup>.

(٩) "Le vice de forme consiste dans l'omission ou l'irregularite des formes et procedures auxquelles etait assujetti l'accomplissement de l'acte administratif"  
Andre de laubadere -,Jean -Claude VENEZEA,et Yves GAUDEMET,traite de droit administratif,L.G.D.J Paris1984 p.426.

(١٠) الدبد أمون، مرجع سابق ص ٢٣٠.

(١١) J.M.AUBY.et R.DRAGO.traite de contentieux administratif t2.L.G.D.J1984.p.301.

(١٢) حكم ديوان المظالم رقم ١٨٦/ت/٣ لعام ١٤٠٩ هـ (غير منشور).

ونشير هنا إلى أن النصوص القانونية بالمفهوم السابق لا تغطي كل العيوب الجوهرية التي يمكن أن تبطل القرار.

٢ - الشكل المقرر لصالح الإدارة والشكل المقرر لصالح الأفراد: هذا المعيار يعتمد على النظر إلى الطرف الذي تقرر لصالحه الشكل المغفل، فإذا كان لصالح الإدارة فلا يؤثر على القرار، فهو غير جوهري، لأن القانون يلزم الإدارة بمراعاة الإجراءات والشكليات التي تحمي مصالح الإدارة، وأي تفريط منها في ذلك تتحمل هي نتائجه، وبالتالي لا يؤثر على مشروعية القرار، بينما إذا كان الشكل مقررًا لصالح الأفراد، فهو جوهري فيجب أن يحترم لأنه ضمانة مقررة لصالح الفرد الطرف الضعيف، وإغفاله يبطل القرار. من ذلك ما جاء في أحد أحكام ديوان المظالم " إن القضاء الإداري درج على أن هناك إجراءات شكلية ثانوية من الممكن ألا يترتب على مخالفتها بطلان القرارات الإدارية، وهما نوعان أولهما الإجراءات المقرر لمصلحة الإدارة وحدها<sup>(١٣)</sup>.

ونعتقد أن هذا المعيار معيب فهو يعتمد على أن الشكل المقرر لصالح الأفراد جوهري بينما المقرر لصالح الإدارة غير جوهري، والحقيقة أنه لا يمكن الاعتماد على هذا الافتراض. والسؤال إذا كان الشكل مقررًا لصالح الإدارة أليس معناه للصالح العام؟ والمفروض أن الصالح العام أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة أو الفردية، ثم أليس من الصحيح أن الشكل، أيًا كان، هدفه تحقيق المصلحة العامة؟ وأن المنظم قصد حماية مبدأ قانوني يحقق الصالح العام حتى لو كان مقررًا لصالح الأفراد؟ وهل الأنظمة التي يسنها المنظم وتعطي مزايا لفئة معينة من الأفراد، كزيادة الرواتب، تعني أنها لصالح الأفراد وليست للمصلحة العامة؟ فهذا القول يهدر المصلحة العامة، ويمكن أن يؤدي إلى الفساد الإداري. فقد تتخطى الإدارة بعض الشكليات التي تحمي المصلحة العامة ويحصن القرار من الإلغاء لأنه ليس لصالح الأفراد، وهذا غير مقبول.

الحقيقة أن هذا المعيار قليل به في حالة نادرة، ومعظم الحالات التي أشارت إليها المراجع هي تطبيق لمعيار الشكل الجوهري المقرر لصالح الأفراد وليس لصالح الإدارة<sup>(١٤)</sup>. ويمكننا إعطاء مثال من النظام السعودي، ففي نظام المنافسات يشترط النظام أن يقدم صاحب العرض ضماناً ابتدائياً بقيمة ١-٢٪ من قيمة العقد، فإذا صدر

(١٣) حكم ديوان المظالم رقم ٤٣٣/٤/ت/٦ لعام ١٤٢٧ مجموعة الأحكام والمبادئ ص ٦٩٣.

(١٤) هاني علي الطهراوي، التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري هل يعتبر شكلية جوهرية أو ثانوية، مجلة الحقوق العدد ٤ السنة ٣٤، محرم ١٤٣٢، ديسمبر ٢٠١٠ ص ٢١٢.

قرار الترسية دون تقديم الضمان فهل يعتبر قرار الترسية صحيحاً؟ لا يمكن التسليم بصحة قرار الترسية، لأنه أهمل شرطاً نص عليه القانون، ثم أن الضمان هنا مقرر للصالح العام بما يضمن جدية صاحب العرض، ويمكن الجهة الإدارية من معاقبته بمصادرة الضمان الابتدائي، إذا لم يستمر في إجراءات التعاقد، دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي. مثال آخر: أصدرت الإدارة قرار تعين موظف دون إجراء الفحص الطبي اللازم للتأكد من خلوه من الأمراض المعدية، فهل يمكن القول بتحصى القرار لأن الإجراء هنا مقرر لصالح الإدارة وبالتالي لا يؤدي إلى إلغاء القرار؟ نعتقد أن الإجراء هنا مقرر للصالح العام (الإدارة) ويؤدي إلى إلغاء القرار.

وعلى العموم نعتقد أنه لا يوجد شكل مقرر لصالح الإدارة وآخر لصالح الأفراد، لسبب بسيط هو أن كل الأعمال الإدارية القانونية والمادية ينبغي أن تستهدف المصلحة العامة، والإجراءات هي جزء من العمل الإداري الذي يستهدف المصلحة<sup>(١٥)</sup>. ونشير هنا إلى أن التمييز بين الشكل المقرر لصالح الأفراد والمقرر لصالح الإدارة يكون له أثر على المسؤولية، بحيث تتحمل الإدارة المسؤولية عن إغفال الشكل المقرر لصالحها باعتباره خطأ مرفقياً.

وبالنسبة لديوان المظالم رفض القاضي في أحد الأحكام طلب الجهة الإدارية استرداد تكاليف الابتعاث (من المبتعثين) بناء على أن القرار صدر مشوباً بعيب وهو عدم موافقة لجنة الابتعاث على القرار، كما نص على ذلك النظام، وقد رأى البعض<sup>(١٦)</sup> أن ذلك يعد تطبيقاً لمعيار الشكل المقرر لصالح الإدارة، ففي وقائع القضية صدر قرار بابتعاث موظفين للتدريب في الخارج دون أخذ موافقة لجنة التدريب طبقاً للمادة ٣٤/ ١٢ من لائحة التدريب الصادرة بقرار من مجلس الخدمة المدنية رقم ١٦ بتاريخ ١٩/٣/١٣٩٨ جاء في الحكم "إنه ولئن كان قرار الابتعاث للدورة قد جاء مخالفاً لأحكام لائحة التدريب بما يجعله باطلاً لعب في الشكل، وما يترتب على ذلك في فرض نظامي من اعتباره كأن لم يكن، إلا أن ذلك لا ينفي واقع القيام بمهمة الدورة وأن قواعد العدالة، هي من أصول الفقه الإداري توجب، في خصوصية المنازعة الإدارية موضوع القضية المطروحة تحمل جهة الإدارة المدعى عليها وحدها التكاليف المترتبة على هذا القرار دون الموظفين المذكورين".

(١٥) أيوب بن منصور الجربوع، عيب الشكل في القرارات الإدارية، مجلة العدل العدد ٥٦ شوال ١٤٣٣ السنة الرابعة عشرة ص ٢٠٥.

(١٦) فؤاد محمد موسى عبد الكريم، القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث معهد الإدارة العامة ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣ م ص ١٩٧.



وفي تعليقنا على هذا الحكم نرى أن القاضي اعتبر الإجراء المغفل شكلاً جوهرياً، يؤدي إلى إلغاء القرار وكان من الممكن سحبه من طرف الجهة الإدارية، ولكن يبدو أن الدعوى المنظورة أمامه كانت تتعلق بتحمل تكاليف الدورة وليس بإلغاء القرار، وأن الجهة الإدارية طالبت الموظفين بدفع تكاليف الدورة بناء على أن قرار الابتعاث باطل، ولما رفعت الدعوى إلى الديوان أكد القاضي أن القرار حري بالإلغاء، وبما أن الجهة الإدارية هي التي أصدرت القرار المعيب كان بإمكانه في البداية تصحيح الخطأ وسحب القرار والرجوع إلى لجنة الابتعاث لكنها لم تفعل حتى تحصن القرار من الإلغاء القضائي (بمضي المدة)، فطالبت تعويضها عن طريق تحميل المبتعثين تكاليف الدورة، على أساس أن القرار كان معيباً. ولكن القاضي هنا رفض طلب الجهة الإدارية، وهو محق، بتحميل المدعى عليهم تكاليف الدورة، واعتبر تجاوز للجنة واتخاذ قرار الابتعاث المعيب يشكل خطأ إدارياً (مرفقياً)، تتحمل الجهة الإدارية نتائجه، وليس المبتعثين.. ولم يتصد القاضي في القضية إلى مسألة إلغاء القرار ولم يطلب منه ذلك<sup>(١٧)</sup>.

### ٣ - الشكل المؤثر وغير المؤثر على نتيجة القرار:

لقد انتقدت مسألة المبالغة في التمسك بالشكليات إلى حد اعتباره البعض عرقلة للنشاط الإداري ويمكن أن يخنقه ويحول دون إنجاز العمل الإداري في موعده لتحقيق الصالح العام، وعلى حد قول Guy Braibant "إن إصدار القرارات الإدارية أصبح مسار محارب، وعليه فكل مرحلة من مراحل القرار يمكن أن تكون مصدر عدم مشروعية يترتب عليها انهيار القرار الإداري النهائي"<sup>(١٨)</sup>. وإذا رجعنا إلى مسيرة القضاء يتبين أن هناك حالات كثيرة ألغى القاضي قرارات إدارية لشكليات ليست ذات أهمية بدعوى ضرورة احترام الشكليات، فمثلاً التسبب حتى ولو نص عليه القانون لا ينبغي أن يؤدي إلى إلغاء القرار إلا إذا عجزت الجهة الإدارية عن إثبات الأسباب التي

(١٧) من ذلك ما جاء في أحد أحكام ديوان المظالم "وأما بخصوص موضوع الدعوى فإنه لما كان من المستقر عليه فقهاً وقضاء على أن عيب الشكل إذا كان ثانوياً يمكن للجهة الإدارية أن تعيد تصحيح القرار وفقاً للشكل المطلوب نظاماً فلا يحكم بالتعويض " وبمفهوم المخالفة يبدو أن الديوان يعتبر الشكل الجوهري خطأ يستوجب المسؤولية. انظر: حكم الديوان رقم ١٣٢ / د / ٨ / لعام ١٤٣١ حكم الاستئناف رقم ١ / ٣٩٤ س / ٣ لعام ١٤٣٤ (غير منشور). انظر في ذلك: أيوب منصور الجربوع مرجع سابق ص ٢٢٧.

(١٨) 'L'élaboration des décisions devienne un parcours de combatant et que chaque phase du processus puisse être la source d'irrégularités qui entraînent l'effondrement de la décision finale'. Arnaud.

Gossement; www.arnaudgossement.com/archive/2012/0214.p.1/4.

بني عليها القرار أثناء نظر الدعوى، ولا ينبغي أن يتمسك بها القاضي لمجرد عدم ذكر الأسباب في متن القرار. لقد كان حكم مجلس الدولة الفرنسي في الفترة الأخيرة (٢٠١١) نقلة نوعية في مسألة التمييز بين الأشكال الجوهرية وغير الجوهرية، ففي حكم له في ٢٣ ديسمبر ٢٠١١ أكد على ضرورة التركيز على مدى تأثير الشكل المغفل على القرار الإداري، ووصف هذا التطور الجديد بأنه نهاية المعيار القديم، عيب الشكل "نهاية الشكليات الإجرائية" (١٩).

ويمكن القول أن المنحنى الجديد للقانون (٢٠) والقضاء الفرنسيين يحاول تجنب حالات الإلغاء المبنية على مجرد الإغفال للشكل، ويركز أولاً وأخيراً على مدى تأثير الشكل المغفل (الرأي الاستشاري مثلاً) الملزم أو الاختياري، على نتيجة القرار وأنه لا يجوز إلغاء القرار الذي لم تراعى فيه الاستشارة إلا إذا تأكد لدى القاضي أن أخذ الاستشارة كان من شأنه أن يغير في نتيجة القرار (٢١).

وهذا المنحنى يبدو أكثر واقعية ويحمي العمل الإداري من المبالغة في التمسك بالشكل في القرار الإداري، ولم تعد أية أهمية للتمييز بين الشكل والإجراء أو بين الأشكال المقررة لصالح الأفراد وتلك المقررة لصالح الإدارة، أو بين الإجراء الاختياري والملزم، وكل ما يجب أن ينظر إليه القاضي هو مدى تأثير ما أغفل على موضوع القرار (٢٢).

C.E.23 decembre 2011.

(١٩)

(٢٠) جاء في المادة ٧٠ من قانون رقم ٢٠١١-٥٢٥ بتاريخ ١٧ ماي ٢٠١١

"Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision.

L'alinéa précédent s'applique également aux consultations ouvertes conduites en application de l'article 16 de la présente loi".

(٢١) "il n y a pas d'obstacle a ce que dans les cas des consultations facultatives comme dans celui des consultaions obligatoires,seules les irregularities substentielles c'est -a-dire celles ayant exerce une unfluence sur le sens de la decision prise, puissent etre de nature a entacher la legalite de cette decision.C.E 23/12/ 2011.

(٢٢) انظر في ذلك:

Delphine Costa,contentieux administratif.Lexis Nexis. 2011

Daniel Chabanol,la pratique du contentieux administratif.10 edition.Lexis Nexis 2013.

## المطلب الثالث

### تطبيقات ديوان المظالم لعيب الشكل

استقر اجتهاد ديوان المظالم على وجوب احترام الجهة الإدارية للإجراءات والأشكال المقررة نظاماً ويترتب على إغفالها تعرض القرار الإداري للإلغاء جاء في أحد الأحكام "... مراعاة تلك الأوضاع الشكلية للقرار الإداري لا تقل أهمية عن مراعاة النصوص الموضوعية للنظام بأي حال من الأحوال، لأن القرار يمتاز بقوة الشيء المقرر وبقرينة السلامة..."<sup>(٢٣)</sup>. ويضيف في نفس الحكم "... والمنظم عندما يوجب على جهة الإدارة مراعاة بعض الإجراءات الشكلية في بعض الأحيان كأخذ رأي إحدى اللجان أو ترشيحها أو إجراء تحقيق أو العرض على مسؤول أو إبداء الأسباب الموجبة لاتخاذ القرار فهو إنما يقصد أمن مواطن الزلل أو عدم صدور قرارات ارتجالية أو توخي الظلم بعدم المحافظة على الحقوق...".

وقد سار اجتهاد ديوان المظالم على اعتبار ركن الشكل واحداً ولا يفرق دائماً بين الإجراء والشكل ولكنه درج على التمييز بين الأشكال الجوهرية والثانوية واعتبر النوع الأول فقط هو الذي يؤدي إلى الإلغاء، لكنه لم يعتمد معياراً واحداً في التمييز بين الأشكال الجوهرية والثانوية، فهو في أحد الأحكام يرى أن الأشكال غير الجوهرية، أو الثانوية، "نوعان أولهما الإجراءات المقررة لصالح جهة الإدارة وحدها وآخرهما تلك الإجراءات التي لا تؤثر على مضمون القرار المطعون فيه". أما معيار الأشكال الجوهرية في رأي الديوان فهي "كل إجراء من شأنه أن يؤثر في صحة القرار الإداري، والمقصود بالشكل والإجراء الجوهرية هو ذلك الإجراء الذي إذا أهمل كان من شأنه أن يقلل من الضمانات التي تحمي حقوق الأفراد، أو هو ذلك الإجراء الذي إذا رعي كان سيؤدي إلى تعديل القرار الإداري.... وعلى هذا يكون الإجراء جوهرياً بنص النظام عليه كإجراء تحقيق.... وثانيها أن يكون هذا الإجراء جوهرياً بطبيعته إذا كان أثره حاسماً في مسلك جهة الإدارة وهي تخرج القرار الإداري إلى الواقع..."<sup>(٢٤)</sup>.

وبالملاحظ أن القضاء السعودي، على غرار القضاء المقارن، يعتبر الإجراء والشكل عيباً واحداً، في كثير من التطبيقات، رغم أهمية التمييز بينهما في كثير من الأحيان.

(٢٣) حكم رقم ٢٢٣ /ت/ ٥ لعام ١٤٢٧ في القضية رقم ٤٩٤٤/١/ق لعام ١٤٢٥هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧ ص ١١٤٥.

(٢٤) حكم ديوان المظالم (تدقيق) رقم ٤٣٣/ت/ لعام ١٤٢٧، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية ص ٧٠٤.

## المبحث الثاني صور عيب الشكل

كما سبقت الإشارة إليه فإن عيب الشكل في القرار الإداري يكمن في تخطي الجهة الإدارية للإجراءات والأشكال المقررة في النظام، سواء أكان ذلك بإهمال تلك القواعد بصورة كاملة أم مخالفتها جزئياً، فعيب الشكل في القرار في حقيقته مركب من جزئيتين هما الإجراء، وهي مراحل يجب أن يستوفيها القرار، وهي تسبق الشكل دائماً، أو تدخل في تكوين القرار، أما الشكل فهو المظهر الذي يخرج به القرار في مظهره النهائي، مع العلم أن مراعاة الشكل أو الإجراء لا يلزم إلا حيث نص النظام، فالمبدأ العام أو الأصل أن القرارات الإدارية لا يلزمها دائماً إجراء أو شكل معين.

### المطلب الأول عيب الإجراءات (procedures vice de)

يعتبر الإجراء أهم عيب يمكن أن يؤدي إلى الإلغاء وهو غير قابل للتصحيح اللاحق، علماً أن بعض الكتابات لا تفرق بين الإجراء والشكل في القرار الإداري كما ذكرنا، والحقيقة أن ذلك مهم جداً، فإغفال الإجراء يؤدي في الغالب إلى الإلغاء، بينما إغفال الشكل لا يؤدي دائماً إلى الإلغاء. والإجراء هو ما يلزم أن تتخذه الجهة الإدارية قبل إصدارها القرار الإداري، بمعنى أن الإجراء يدخل في تكوين القرار. ويمكن القول أن كل عمل إداري محكوم بمجموعة من الإجراءات تحددها النصوص (الأنظمة واللوائح) أو مبادئ القانون ويجب أن تحترمها الإدارة<sup>(٢٥)</sup>.

ونظراً لخطورة هذا العيب كانت هناك محاولة في بعض الدول تسعى إلى تقنين الإجراءات الإدارية غير القضائية، لكنها لم تصل في كثير من الدول، إلى حد القانون الموحد الذي تعتمده الإدارة في إصدار قراراتها، علماً أنه تم تقنين بعض هذه الإجراءات، منها ما يتعلق بعلاقة المواطن بالإدارة مثل حق المواطن في الاطلاع على الوثائق الإدارية، تسبب القرارات الإدارية، تنظيم التظلم الاختياري<sup>(٢٦)</sup>.

(٢٥) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع - الجزائر ٢٠٠٢ ص ٧٨.

(٢٦) من أهم هذه التقنيات القانون الفرنسي من ذلك: loi n 79-587 du 11 juillet 1979 relative a la motivation des actes administratifs et a l'amélioration des relations entre l'administration et le public  
= loi n 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et amélioration de la qualité de droit.



والذي يجب التأكيد عليه أنه ينبغي النظر إلى الإجراء من حيث تأثيره على القرار سواء في الاتجاه السلبي أو الإيجابي، فمثلاً إذا كان القانون يفرض استشارة هيئة معينة، ولكن توصية اللجنة كانت غير نظامية كما لو لم يحضر النصاب أو كان تشكيلها مخالفاً للنظام ففي هذه الحالة ينظر القاضي في مدى تأثير القرار بقرار اللجنة ولا يلغي القرار للعيب الذي شاب قرار اللجنة إلا إذا كان للتوصية أثر على القرار. فمثلاً أوصت اللجنة برفض طلب تعيين أحد الأشخاص لكن الوزير عمد إلى تعيينه بمخالفة رأي اللجنة، فرأي اللجنة هنا لم يكن مؤثراً، وبالتالي لا فائدة من الطعن في عدم نظامية قرار اللجنة، والقاضي لا يلغي القرار للعيب الذي تعلق بالإجراء وإنما يلغي القرار إذا لم يستوف الإجراء. بينما لو أخذت الجهة الإدارية برأي اللجنة غير النظامي (أي لم تعين) ففي هذه الحالة يبدو التأثير واضحاً ويؤدي إلى إلغاء القرار لمخالفة الإجراء المطلوب، من ذلك حكم ديوان المظالم الذي جاء فيه "أما الحالة الثانية هي تجاهل ضمانات يفرضها القانون؛ حيث إن كثيراً من الشكليات صممت على أساس حماية الأفراد من عسف الإدارة، وحيث إن عيب الشكل يتشكل في القضاء الإداري في كل حال لا تحترم فيه جهة الإدارة القواعد الإجرائية والشكلية المقررة في النظام عند إصدار القرارات الإدارية، سواء أكان ذلك بإهمال القواعد بصورة كلية أو مخالفتها جزئياً..."<sup>(٢٧)</sup>.

وأهم الإجراءات التي يجب على الإدارة مراعاتها هي:

**أولاً - الاستشارات:** بعض القرارات الإدارية تستوجب استيفاء استشارة معينة قبل إصدار القرار، وعادة ما يترتب على عدم مراعاتها بطلان القرار الإداري، لكن الاستشارة في حد ذاتها ليس لها أي أثر تنفيذي ولكنها تدخل في تكوين القرار، بحيث يمكن القول أن القرار الإداري لا يعدو أن يكون النتيجة النهائية لمجموع ما اتخذ من إجراءات. وعلى الرغم من أن الجهة الإدارية تحتفظ بحقها كاملاً في اتخاذ القرار إلا أن الاستشارة المسبقة من شأنها أن تؤثر على مشروعية القرار، فقد يتطلب القانون أن تستشير الجهة الإدارية، هيئة أو لجنة معينة، أو حتى فرداً (رئيس البلدية) قبل اتخاذ القرار، والقاضي الإداري لا يهتم مضمون هذه الاستشارة بقدر ما يهتم

= في أمريكا صدر قانون الإجراءات الإدارية الموحد سنة ١٩٤٦: The federal administrative Prosecutorial act

الدكتور أيوب الجربوع، مرجع سابق.

(٢٧) حكم ديوان المظالم رقم ١٧٠/ت/١٤١١هـ، والحكم رقم ٣٦٥/ت/١٤١٠هـ، مجموعة القضاء الإداري.

وجود الاستشارة ذاتها فهي جزء من المشروعية، وعلى العموم يحق للجهة الإدارية عدم الأخذ بالاستشارة ولكنها يجب أن تتم وفق القواعد النظامية، ومع ذلك هناك حالات يجب على الإدارة عدم تخطي رأي اللجنة إلى رأي آخر فيما يعرف بالرأي المقيّد (avis contraignant)، فقد يوجب القانون على الجهات الإدارية استشارة هيئة معينة ويمكنها عدم الأخذ برأي اللجنة وتمتنع عن اتخاذ القرار أو تطلب اقتراحاً آخر لكنها لا تستطيع مخالفة الإجراء، أي الرأي. مثلاً إذا نص القانون على أخذ رأي لجنة معينة لتعديل لائحة معينة، فطلب الجهة الإدارية الرأي من اللجنة المذكورة واجب، لكن إذا لم يعجبها الرأي فمن حقها ألا تعدل، ولكنها لا يمكنها التعديل خلاف رأي اللجنة، وبالتالي فقرارها بالتعديل يصمه البطلان. من التطبيقات في النظام السعودي ضرورة موافقة وزارة الخدمة المدنية على نقل موظف من وظيفة تعليمية إلى وظيفة إدارية، وقد صدرت أحكام عديدة من ديوان المظالم في هذا الشأن<sup>(٢٨)</sup>.

كما يوجد نوع آخر من الاستشارة يسمى الرأي المطابق (avis conforme)<sup>(٢٩)</sup> فقد يفرض القانون على جهة إدارية أخذ الرأي من جهة، ويترتب على عدم الأخذ به بطلان القرار وكل ما تملكه الجهة هو الامتناع عن اتخاذ القرار، كما أن عدم أخذ الرأي المطابق من النظام العام ويستطيع القاضي إثارته من تلقاء نفسه. ونشير هنا إلى أنه من حيث المبدأ فإن الرأي الاستشاري لا يتقدم وتستطيع الجهة الإدارية إصدار قراراتها بناء على رأي سابق، في غير الحالات الفردية، إلا إذا تغيرت ظروف إصدار القرار.

ومن حيث الطبيعة القانونية للاستشارة يترتب على الاستشارة التي يشترطها القانون أن تصبح جزءاً من القرار الإداري، وتكون عنصراً رئيسياً من مشروعيته، ولكن لا يمكن الطعن فيها منفردة؛ لأنها مجرد عمل تحضيري للقرار لا يؤثر على المراكز القانونية.

ومن أهم الإجراءات المتعلقة باللجان والهيئات الاستشارية ما يلي:

– **تشكيل الهيئة الاستشارية:** يجب أن تشكل الهيئات الاستشارية حسب القانون أو تستند الإدارة في تكوينها إلى القانون، ولا يجوز للجهة الإدارية إيجاد لجنة أو هيئة لا ينص عليها القانون لتشركها في اتخاذ القرار، فهذا نوع من الانحراف في

(٢٨) حكم ديوان المظالم رقم ١٧٠/ت/١٤١١ هـ، والحكم رقم ٣٦٥/ت/١٤١٠ هـ، مجموعة القضاء الإداري.

J.M.Auby et Drago. Op.cit p 323.

(٢٩)

الإجراءات. ولكن إذا رأت جهة إدارية أن تأخذ رأي هيئة دون أن يلزمها القانون بذلك يسري على رأي اللجنة ما يسري على رأي اللجنة الإلزامية من حيث سلامة رأي اللجنة من العيوب وخاصة إذا كان رأيها مؤثراً على القرار الإداري، ويجب أن تتخذ اللجنة قرارها بالتشكيكية والنصاب المطلوب نظاماً، من ذلك ما جاء في حكم ديوان المظالم "...إذا كان قد سبق للوزارة أن شكلت - بعد إخلاء الدار - لجنة من مندوبين عن إدارة التعليم والمنطقة والبلدية والمالية لتقدير ما يستحق المدعي من تعويض عما لحق بداره من أضرار، وقدرت اللجنة هذا التعويض... وصدرت موافقة معالي الوزير... فإن تلك اللجنة جرى تشكيلها بعد نفاذ قرار مجلس الوزراء رقم ٣٩٤ بتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥ هـ على نحو يخالف التشكيل الذي نص عليه ذلك القرار، ومتى كان الأمر كذلك، فإن تشكيل اللجنة يكون قد وقع باطلاً لمخالفته حكم النظام مما يبطل عملها ومن ثم يبطل القرارات الصادرة منها... إعمالاً لقاعدة إن ما بني على باطل فهو باطل" (٣٠). فحكم الديوان هنا لا ينعي على تقدير التعويض الذي قدرته اللجنة وإنما ينعي تشكيل اللجنة ذاتها حيث كان مخالفاً للنظام.

- **تعيين أعضاء الهيئة الاستشارية:** تعيين أعضاء اللجنة الاستشارية يخضع لقواعد تحددها القوانين، فقد يكون الأعضاء منتخبين، وفي هذه الحالة يتم الطعن وفق آلية الطعون الانتخابية بالنسبة لعضوية اللجنة، أما إذا كانوا معينين، وهنا أيضاً يجب التمييز بين اللجان الدائمة واللجان المؤقتة، فبالنسبة للجان الدائمة فلا بد أن يكون الطعن في حدود آجال الطعن القضائي، وإلا تحصن القرار من الطعن، ولا يجوز بعد ذلك، بمناسبة القرار المبني على الاستشارة، الطعن في تشكيل اللجنة ذاتها، كما لا يمكن الطعن قبل صدور الاستشارة؛ لأن الفرد يفقد الصفة والمصلحة لرفع الدعوى. أما بالنسبة للجان المؤقتة فيمكن الدفع بعدم صحة تشكيل اللجنة عند الطعن في القرار.

- **نشر قائمة أعضاء اللجنة:** من حيث المبدأ لا يلزم النشر إلا إذا كان هناك نص يقضي بذلك، غير أن بعض أحكام مجلس الدولة اعتبرت ذلك من الإجراءات الواجب احترامها، خاصة إذا كانت مصلحة الفرد مهددة، كأن تكون الهيئة المعنية المخولة بإجراء التحقيق معه، مما يخوله التحفظ على بعض أعضاء اللجنة لأسباب موضوعية.

(٣٠) الحكم رقم ٨٦/١٣ لعام ١٤٠١ هـ القضية رقم ١/١٤٩/ق لعام ١٣٩٩ هـ - مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠١.

- **تعويض الرئيس:** إذا كانت اللجنة متساوية الأعضاء ولم يتضمن نص الإنشاء من يعوض الرئيس، لا يكون اجتماع اللجنة صحيحاً بدون الرئيس، من ذلك لجنة فتح المظاريف أو فحص العروض المنصوص عليهما في المواد ١٤ و ١٦ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم م الملكي رقم (٥٨م) بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ.

- **تعويض الأعضاء:** من حيث المبدأ توفر النصاب يحل مشكلة غياب عضو أو أكثر في بعض اللجان، علماً أنه لا يحصل اجتماع اللجنة بدون النصاب القانوني المطلوب في الظروف العادية والاستثنائية، ومع ذلك تكون بعض اللجان مكونة من أشخاص يمكن أن يؤثروا على أعضاء اللجنة بحكم تخصصهم في موضوع النزاع وبالتالي تغييرهم يؤثر على اجتماع اللجنة، من ذلك لجنة فحص العروض في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي حيث نصت المادة السادسة عشرة "تكون في الجهة الحكومية لجنة أو أكثر لفحص العروض تتكون من ثلاثة أعضاء على الأقل إضافة إلى رئيسها..... على أن يكون من بينهم المراقب المالي ويرأس اللجنة مستشار قانوني..". فغياب المراقب المالي أو المستشار القانوني يجعل تكون اللجنة غير نظامي، ويكون قرار الوزير بالترسية مبنياً على استشارة (توصية) باطلة.

- **حضور أشخاص من خارج اللجان:** قد تتضمن النصوص الإشارة إلى إمكانية استعانة اللجنة بأشخاص من خارج الهيئة الاستشارية أو التداولية، ورغم أن الطرف المدعو لا يشارك في التصويت إلا أن رأيه قد يكون مؤثراً على قرار اللجنة، لذا خول الاجتهاد القضائي قاضي الموضوع التأكد من مدى تأثير اللجنة برأي الشخص الأجنبي، في غير الحالات التي يسمح فيها القانون بحضور هذا الشخص، ومن حيث المبدأ يبيّن القاضي اجتهاده على ثلاث مسائل هي:

عليه أن يتأكد من طبيعة الاستشارة وخطورتها على الحق ومدى تأثير اللجنة بالرأي الخارجي، وكذا مكانة الشخص، فقد يكون الشخص ممن له تأثير على أعضاء اللجنة كأن يكون المدير العام أو له سلطة ما على أعضاء اللجنة، كما للقاضي أن يفحص درجة التدخل وإلى أي حد من شأنه أن تؤثر على القرار، وفي حالة الشك يفسر لصالح التأثير السلبي.

**ثانياً - التحقيق:** يمثل التحقيق أهم الإجراءات التي حرص الاجتهاد القضائي على إدراجها ضمن الإجراءات الجوهرية (الأشكال الجوهرية)<sup>(٣١)</sup> وخاصة في المسائل

(٣١) سمية محمد كامل: الشكل في القرار الإداري، دراسة مقارنة منشورات دار الحلبي الحقوقية،

بيروت ٢٠١٤ ص ٤٣.



التأديبية. والتحقيق يعتمد أساساً على سماع المتهم وتمكينه من التعبير عن وجهة نظره كاملة وبحرية، ومواجهته بما نسب إليه كاملاً، وتمكينه من الاطلاع على ملفه، ويتمتع القاضي بسلطات واسعة للتأكد من سير التحقيق في ظروف تكفل الضمانات الأساسية لصاحب الحق. فبعض التدابير الإدارية لا يمكن اتخاذها إلا بعد التأكد من أن المعني بها كان في وضعية تسمح له بإبداء ملاحظاته، ويترتب على عدم مراعاتها بطلان القرار الإداري. وهذا الحق مشتق من الإجراءات القضائية التي تقضي بحق المتهم في الدفاع عن نفسه، كما أكدت قواعد التحقيق الإداري على هذا الإجراء.. ويعتبر مجال التأديب المجال الخصب لهذا الإجراء. وباستقراء اجتهاد ديوان المظالم نجد أنه استقر على عدة ضمانات في التحقيق منها:

- إجراء التحقيق يجب أن يتم وفق القواعد المقررة، ولا يمكن للجهة الإدارية أن تتخطى بعض الإجراءات أو تقوم بها على نحو مخالف. جاء في حكم الديوان "التقرير محل النظر قد جرى إعداده بتاريخ واحد عن فترتين مختلفتين وهذا فيه مخالفة لما ورد في نموذج تقويم الموظف خلال فترة التجربة. كما أن معد التقرير لم يعتمد عند وضعه للتقرير على مصادر تقويم الأداء الوظيفي الذي نص عليه نموذج تقرير الأداء الوظيفي والتي منها ملف الموظف وسجل تدوين الملاحظات وتقرير الإنجاز الشهري للموظف ودفتر الدوام..."<sup>(٣٢)</sup>.
- أن تكون الاتهامات موجهة للموظف المتهم بشكل صريح، ولا يكفي التوجيه الضمني، وينبغي أن تواجه الجهة الإدارية بما نسب إليه حتى لا يضل دفاعه، ثم تبني قرارها على رده الذي قد يبني ربما على تضليل من الجهة الإدارية. جاء في حكم الديوان "... وأنه بعد الاطلاع على التحقيق ومحتوياته يتضح أنه لم يواجه باتهام صريح باستيلائه على تلك الأشياء، في حين أن الاتهام وجه إليه ضمناً ولكن الاتهام الضمني لا يعول عليه في مثل هذه الأشياء، بل لا بد من توجيه الاتهام صراحة ومسألته عن الجواب..."<sup>(٣٣)</sup>.

= - علي شفيق الرقابة على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة، معهد الإدارة العامة ٢٠٠٢.

- عاطف عبد الله، القرارات الإدارية، مؤسسة طيبة ٢٠١٢م. القاهرة.  
(٣٢) حكم ديوان المظالم رقم ١١/د/ف/٢ لعام ١٤٢٧ في القضية رقم ١/٨١/ق لعام ١٤١٧ بتاريخ ١٤١٧/٤/٢٦.

(٣٣) قرار هيئة التدقيق رقم ٦٠/ت/١ لعام ١٤٠٥ هـ في القضية رقم ١/٧٥١/ق لعام ١٤٠٤ بتاريخ ١٤٠٥/٦/٢١.

- أن يكون التحقيق من اللجنة التي حددها النظام، ولا يجوز الاكتفاء بالتحقيق الذي أجرته لجنة أخرى. جاء في أحد الأحكام " .. أن المدعى عليها لم تقدم ما يثبت التحقيق مع المدعي من قبل لجنة النظر في مخالفات المؤسسات الصحية الخاصة مصدرة القرار الطعين بمخالفة المادة ٢٥/٣ ل من اللائحة التنفيذية لنظام المؤسسات الصحية الخاصة.... وأما التحقيق الذي اعتمدته اللجنة لم يكن أمامها وإنما كان بإجراء من إدارة متابعة الشؤون الصحية..."<sup>(٣٤)</sup>.

وفي حكم آخر يرى الديوان "توقيع الجزاء التأديبي على الموظف دون تحقيق معه وسماع دفاعه يصم القرار بمخالفة النظام مما يوجب إلغاءه..... ولا يغير من ذلك قول الجهة الإدارية بأنه تم التحقيق مع المدعي بواسطة جهة هيئة الرقابة والتحقيق"<sup>(٣٥)</sup>.

نشير في هذا الصدد إلى الخلاف حول مسألة تحقيق الإجراء بطريقة غير تلك التي حددها النظام للجهة الإدارية، محل خلاف، فإذا اكتفت الجهة الإدارية بالتحقيق الجنائي الذي انتهى بالإدانة، فهل يجب عليها التحقيق مع الموظف في نفس التهمة التي أدانته فيها القضاء لتسليط العقوبة التأديبية؟

هناك من يرى أن الإجراء ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية، فإذا تحققت الغاية بشكل آخر، وخاصة عن طريق التحقيق القضائي، المحايد فلا حاجة لإبطال القرار بناء على أن الجهة الإدارية اكتفت بالتحقيق القضائي وبالتالي يكون النعي على القرار الإداري بعدم المشروعية غير مقبول، ويؤدي إلى عرقلة النشاط الإداري بلا فائدة.

وفي حكم لديوان المظالم رفض القاضي اكتفاء الجهة الإدارية بالتحقيق القضائي، وأوجب على الجهة الإدارية إعادة التحقيق مع الموظف، وألغى القرار الإداري. تتلخص وقائع القضية في أن لجنة تأديب مازوني عقود الأنكحة أصدرت قراراً (صادق عليه الوزير) بإلغاء التصريح الممنوح له، فطعن في القرار على أساس أن اللجنة لم تحقق معه وأكتفت بتحقيق المحكمة، وبذلك تكون اللجنة قد أهملت شكلاً (إجراء) جوهرياً يستوجب إلغاء القرار. ومما جاء في حيثيات الحكم " .... ولا يمكن القول أن تحقيق جهة أخرى يكفي، إذ لو كان ذلك كافياً لنص على ذلك المنظم وهو أعلم وأحكم، وبالتالي لا بد من تطبيق نص المادة فيما تضمنته، وحيث إن صدور

(٣٤) حكم التدقيق رقم ١٥١/ت/٤ لعام ١٤٢٧ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية ص ١٤٣٧.

(٣٥) حكم الديوان رقم ١٦١/ت/٢/١٤١٢ هـ مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من الديوان ص ٢٦٧.

القرار جاء مخالفاً للإجراءات المنصوص عليها نظاماً، فإنه يضحى معيباً بعيب مخالفة الإجراءات والشكل الجوهريين المحددين نظاماً لإصدار ذلك القرار متعين الإلغاء. ولهذه الأسباب حكمت الدائرة بإلغاء قرار اللجنة التأديبية لمأذوني عقود الأنكحة....." (٣٦).

وفي تعليقنا على هذا الحكم نلاحظ أن القاضي اعتبر التحقيق مع المأذون من قبل اللجنة المحددة نظاماً شكلاً (إجراء) جوهرياً يترتب عليه الإلغاء، وأسس قناعته على أن هذا الإجراء أكدت عليه النصوص، ولا يمكن أن يغفل أو يكون له بديل لم يتضمنه النص.

وكما أشرنا فإن التوجه الجديد في القضاء الإداري هو اعتبار الإجراء أو الشكل الذي من شأنه تغيير نتيجة القرار فقط، وهو ما أشار إليه نفس الحكم في فقرة أخرى بقوله " .. وهو ذلك الإجراء الذي إذا راعته كان سيؤدي إلى تعديل القرار فلا يصدر على النحو الذي صدر به..".

والتحقيق كأي إجراء قانوني يجب أن يخضع لضوابط يجب أن تراعيها الجهة الإدارية، وعلى العموم يقع على الجهة الإدارية أن تراعي الأمور التالية:

- إبلاغ صاحب الشأن بإرادة الإدارة في اتخاذ الإجراء العقابي ضده، ولا يشترط شكل معين بل يكفي أن يصله العلم اليقيني بنية الإدارة (٣٧).
- تمكين الموظف من الاطلاع على ما نسب إليه من تهم حتى يتمكن من صناعة دفاعه. وإعطائه مدة كافية للاطلاع وتحضير ردوده وإبلاغ الإدارة بوجهة نظره، قبل اتخاذ القرار.
- كما يشترط حسب المادة ٣٥ من نظام التأديب السعودي أن يكون التحقيق مكتوباً، وأن يثبت ذلك في القرار أو محضر مرفق مع قرار العقوبة التأديبية، ولا يقبل التحقيق الشفوي مع الموظف (٣٨). ونشير هنا إلى ضرورة أن تراعي الجهة الإدارية المدة اللازمة لإصدار القرار، فعندما يستوجب على الجهة الإدارية اتخاذ

(٣٦) حكم التدقيق رقم ٢٢٣/ت/٥ لعام ١٤٢٧ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية ص ١١٤٧.

(٣٧) محمد جمال ذنيبات - حمدي محمد العجمي، القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقاً لنظام ديوان المظالم الجديد - دراسة مقارنة، ١٤٣١هـ. ص ٢٧٦.

(٣٨) "يجوز للوزير المختص أن يوقع العقوبات المنصوص عليها في المادة (٣٢) عدا الفصل، ولا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به".

- القرار في مدة محددة ينبغي أن تصدر قرارها في ميعاده، وإلا اعتبر القرار صادراً ممن لا يملك صلاحية إصداره (عدم الاختصاص الزمني).
- ثالثاً - حالات لا يلزم فيها الإجراء: إذا كان الأصل أن إغفال أي إجراء يؤدي إلى بطلان القرار، فإنه في بعض الحالات يكون من غير الممكن استيفائه، من ذلك:
- في حالة الاستحالة المادية كأن يمتنع أعضاء لجنة عن الحضور رغم توجيه الدعوة إليهم أو يمتنعون عن التصويت، أو يستحيل على الجهة الإدارية تبليغ المعني أو رفضه الاستجابة للدعوة وحضور التحقيق، من ذلك ما جاء في الفقرة الثالثة من "رابعاً" من المادة ١٥٢ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار من وزير المالية رقم ٣٦٢ وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠ .. لا يجوز للجنة إصدار القرار قبل استدعاء صاحب الشأن أو وكيله حضورياً، وسماع أقواله واستكمال دفعاته، ويتم إبلاغ ذوي الشأن بميعاد الجلسة بموجب خطابات رسمية على عناوينهم لدى اللجنة، أو عن طريق الحاكم الإداري، أو بأي وسيلة مناسبة. ومن لم يحضر للمرة الثالثة بعد تبليغه مرتين فللجنة الحق بإصدار القرار بشأنه غيابياً. ويقع على الإدارة إثبات هذه الاستحالة".
  - كما يمكن أن تؤثر الظروف الاستثنائية على الإجراء ويعفي الجهة الإدارية من اتباع الإجراءات المقررة في الظروف العادية، فتتخطى بعض الضمانات المقررة للأفراد في الظروف العادية، وتعتبر حالة الحرب التطبيق النموذجي لهذه النظرية، وفي جميع مجالات الضبط الإداري، والسبب أن وظيفة الضبط وقائية والتمسك بالشكليات قد يفوت مسألة حماية النظام العام، تجد هذه النظرية سنداً في الشريعة الإسلامية في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ، لِيُغَيِّرَ اللَّهُ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>(٣٩)</sup> وفي آية أخرى ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقُلُوبُهُ مَطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَنِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾<sup>(٤٠)</sup> ومن القواعد الفقهية التي استنبطت من هذه الآية قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وحتى لا يتم تجاوز حدود الضرورة، جاءت قاعدة أخرى تضبط القاعدة الأولى وهي الضرورة تقدر بقدرها.

(٣٩) سورة البقرة الآية ١٧٣.

(٤٠) ١٠٦ من سورة النحل.



## المطلب الثاني عيب الشكل (formevice de)

لقد سبق وأن اشرنا إلى أن عيب الشكل يشمل في الاصطلاح السائد عيب الإجراء والشكل، ولكننا أكدنا على الاختلاف بين الشكل والإجراء، وعليه يقصد بعيب الشكل في ما نعرضه الآن عدم قيام الجهة الإدارية باستيفاء الشكل المطلوب وهو المظهر الذي ينبغي أن يستوفيه القرار كالتسبيب أو النشر أو الكتابة<sup>(٤١)</sup>.

من المستقر عليه قضاء أن القرار الإداري ليس له، من حيث المبدأ، شكل معين، إلا في حدود ما ينص عليه القانون، وعليه يمكن للجهة الإدارية إصدار قرارات إدارية شفوئية أو مكتوبة مسببة أو غير مسببة، وعلى حسب تعبير ديوان المظالم "الجهة الإدارية غير مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن إرادتها الملزمة فيما تصدره من قرارات ما لم يحتم النظام شكلاً معيناً"<sup>(٤٢)</sup>.

درج الفقه والقضاء الإداريان على التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، والحقيقة أن هذا المعيار أصابه كثيراً من الوهن ولم يعد يُعتمد عليه، وظهر في مرحلة لم يكن فيها الفقه يميز بين الإجراء والشكل، ولكن بعد فصل الإجراء عن الشكل اتضحت الصورة وأصبح إغفال الإجراء يؤدي إلى الإلغاء غالباً وهو ما كان يعتبر شكلاً جوهرياً بينما اعتبر الشكل (غير الجوهري) غير مؤثر في مشروعية القرار، إلا إذا اعتبره القانون كذلك، وبهذا تقلص مجال الشكل في القانون الإداري<sup>(٤٣)</sup>.

وفي تطور مثير كشف تحول مجلس الدولة الفرنسي<sup>(٤٤)</sup> عن منحني جديد انتهى فيه إلى اعتبار العيب (الإجراء والشكل) غير مؤثر على مشروعية القرار الإداري، ولا يؤدي إلى إلغائه إلا في حالتين:

أولاً: إذا كان من شأن الإجراء أو الشكل المنسي، أن يؤثر على موضوع القرار.

ثانياً: إذا كان يتجاهل ضمانة مقررة لصاحب الحق.

(٤١) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية (دون سنة طبع) ص ٣٣٨.

(٤٢) القرار رقم ٨٦/٦ لعام ١٤٠١ / مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية ١٤٠١.

(٤٣) ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

(٤٤) عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م ص ٣١٤.

## أولاً - صور عيب الشكل في القرار الإداري:

نؤكد هنا أن المقصود بالشكل هو المظهر الذي ينبغي أن يستوفيه القرار ولا يتضمن الإجراء الذي تعرضنا إليه أعلاه، والقاعدة كما سبق الإشارة أن إغفال الشكل لا يؤدي دائماً إلى إلغاء القرار على خلاف الإجراء الذي يؤدي في الغالب إلى الإلغاء.

- ١ - قاعدة توازي الأشكال (Parallélisme des formes) مؤدى القاعدة أنه في غياب النصوص التي تضع أحكاماً خاصة، يستوجب في القرار الناقض لقرار إداري سابق اتباع نفس الأشكال (الإجراء والشكل) التي صدر بموجبها القرار الأول، ويترتب على مراعاة هذه القاعدة أن إلغاء قرار صادر من الوزير لا يمكن إلغاؤه إلا بموجب نفس الوسيلة، أي بقرار من الوزير، وبنفس الإجراءات، أو بما هو أعلى منه كالأمر الملكي (في النظام السعودي)، وترد على هذه القاعدة ثلاثة استثناءات هي:
  - هناك بعض الشكليات لا بد من مراعاتها وهي ضرورية للقرار الأول مثلاً طلب انتداب لا بد أن يتم بناء على طلب الموظف، ولكن لا يلزم موافقة الموظف على إنهاء الانتداب، وكذلك جميع الرخص لا بد من توفر شروط الحصول عليها ولكن للجهة الإدارية إنهاءها أو إلغاؤها كلما توفرت أسباب الإلغاء، كذلك تعيين موظف في مرتبة معينة يتطلب موافقة مجلس أو هيئة معينة لكن إعفائه لا يتطلب هذه الشكلية.
  - يمكن استبعاد قاعدة توازي الأشكال في حالة إجراءات الضبط إذ أن الهدف من إجراء الضبط هو حماية النظام العام وهي وقائية لا يلزم الالتزام فيها بالشكليات الخاصة في حالة الظروف الاستثنائية.

- ٢ - الكتابة كشكل في القرار الإداري: القرار التنفيذي يلزمه من حيث المبدأ المظهر، المادي (PRESENTATION MATERIELLE) الذي يعكس طبيعته التنفيذية، ومراعاة لذلك تصدر أغلب القرارات الإدارية مكتوبة بعبارة تفيد هذه الطبيعة، ومع ذلك استقر الاجتهاد القضائي على أن الإدارة ليست ملزمة بكتابة قراراتها، وأنه بإمكانها إصدار قرارات شفوية، بل أحياناً يعتبر سكوت الإدارة قراراً سلبياً أو ضمناً<sup>(٤٥)</sup>، حسب الأحوال، يرتب عليه القانون آثاراً قانونية، ولا علاقة بين الكتابة

(٤٥) Considérant, en premier lieu, que si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative

ومشروعية القرار أو وجوده، وهناك أحكام قضائية اكتفى فيها القاضي بالتأكد من الوجود الفعلي للقرار، أي التأكد من صدور القرار فعلاً، جاء في أحد أحكام ديوان المظالم "... قيام المدعي بالعمل خلال فترة الإجازة بناء على تكليف شفهي من مديره يجعله مستحقاً للتعويض وإن لم يكن هناك قرار رسمي بالتكليف على اعتبار أن المعول عليه هو صدور قرار من مختص، وهو ما لا تنازع فيه الإدارة..." واستثناء قد يتطلب القانون أحياناً استيفاء شكلية الكتابة مما يستوجب مراعاتها وترتيب البطلان على عدم مراعاتها، من ذلك في النظام السعودي ما جاء في المادة ٢٥ من نظام الجنسية "جميع المراسيم والقرارات الخاصة بكسب الجنسية العربية السعودية أو بسحبها أو بإسقاطها أو باستردادها تعتبر نافذة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية". فالنشر يحمل<sup>(٤٦)</sup> الجهة الإدارية على كتابة قراراتها. ومن أحكام الديوان ما اعتبر الكتابة في إجراء التحقيق شكلاً يترتب عليه الإلغاء، جاء في أحد أحكام الديوان "... وبما أن قرار مدير الشؤون الصحية صدر بناء على سؤال وجواب شفوي، وكذلك استناداً إلى عدم توقيع الموظف على سجل الحضور، فإن هذا الإجراء يخالف الأصول الواجب اتباعها في التحقيق الإداري مع الموظف المتهم بارتكاب المخالفة، حيث يجب إجراء تحقيق كتابي مع الموظف.... وبناء على ما سبق ونظراً لتخلف هذا الإجراء الجوهري من إجراءات التحقيق حكمت الدائرة بإلغاء القرار المشار إليه" <sup>(٤٧)</sup>.

٣ - الخطأ في الإحالة<sup>(٤٨)</sup>: إن الخطأ أو الإغفال في الإحالة على النصوص التي اعتمد عليها القرار، لا تعتبر شكلاً جوهرياً يترتب عليه البطلان، واعتبر هذا الخطأ أو

= préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie.

Conceil d'Etat 13 decembre 2011.

M.Pauti Les decisions implicites d' acceptation et la jurisprudence administrative.R.D.P.1975.P1525. <sup>(٤٦)</sup>

Pierre Tifine, ' Droit administratif français - Deuxième Partie - Chapitre 2, Chapitre 2: Sanction du principe de légalité ': Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4342 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4342](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4342)).

<sup>(٤٧)</sup> "يجوز للوزير المختص أن يوقع العقوبات المنصوص عليها في المادة (٣٢) عدا الفصل. ولا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به".

<sup>(٤٨)</sup> حكم رقم ١٥٢/ج/٨ لعام ١٤٣٣ (غير منشور).

- الإغفال مجرد خطأ مادي لا تأثير له على القرار. مع ذلك يجب أن يتأكد القاضي أن الإغفال كان مجرد خطأ مادي، ولم يشكل خطأ في تطبيق القانون أو شكل سبباً للقرار مما يستوجب إلغاء، كما أن الخطأ في الإحالة قد يكون أحد مظاهر الانحراف في استعمال السلطة بالاستناد إلى نصوص ملغاة أو الاعتقاد بأن إلغاءها كان غير نظامي. كما نشير بهذا الصدد إلى أن عدم الإشارة إلى سير أعمال اللجنة مثلاً كذكر أسماء الأعضاء وعدد من صوت لصالح القرار لا يعيب القرار، بل تكفي الإشارة على النسبة المطلوبة لصحة القرار (النصاب) وتوقيع الحاضرين على محضر الجلسة.
- ٤ - تسبیب القرار الإداري: يقصد بالتسبیب إفصاح الإدارة في صلب القرار عن الأسباب التي ارتكزت عليها في إصدار القرار<sup>(٤٩)</sup>. والتسبیب يختلف عن السبب، فتختلف السبب يؤدي إلى تخلف ركن السبب وبالتالي بطلان القرار لانعدام السبب، بينما عدم التسبیب يعني انعدام الشكل، ويهدف التسبیب إلى تحقيق ثلاثة أهداف وهي:
- من جهة القاضي تمكنه من بسط رقابته على مشروعية الأسباب في القرار الإداري والتأكد من وجودها أو الخطأ في تكييف الوقائع أو التناسب بين السبب ونتيجة القرار (العقوبات التأديبية).
- ومن جهة الأفراد تسبیب القرار يسهل علمية معرفة الأسباب التي قام عليها القرار دون حاجة إلى طلب توضيح من الجهة الإدارية، التي قد لا تفصح لهم عن الأسباب الحقيقية، وهي ليست ملزمة بذلك دائماً، مما يمكنهم من حماية مراكزهم عن طريق التظلمات ثم الطعن أمام القضاء إذا لزم الأمر.. ونشير هنا إلى القانون الذي صدر في فرنسا رقم ٧٩-٥٨٧ بتاريخ ١١/٧/١٩٧٩<sup>(٥٠)</sup> والذي أوجب على الجهات الإدارية تسبیب جميع قرارات الرفض وتلك التي تقيد الحريات الفردية. وقد اشترط النظام السعودي التسبیب في بعض الحالات، كما سنرى، ونتمنى أن يسلك المنظم السعودي طريق النظام الفرنسي ويصدر نظاماً بقواعد الإجراءات غير القضائية، ولو على مراحل، والحكمة ضالة المؤمن.

J.M.AUBY et R. DRAGO, op. cit. p.304.

(٤٩)

(٥٠) نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م عمان الأردن، ص ٢٧٥.



- من جهة الإدارة يجعلها أكثر حذراً، وتتجنب إصدار القرارات التي لا تقوم على أسبابها، مما قد يعرض سير العمل الإداري لاضطرابات، كما هو في حالة الإلغاء القضائي للقرار، كما يمكن الرئيس الإداري من مراقبة مشروعية القرارات الخاضعة لتصديقه. كما أن التسبب من شأنه حماية الحريات الفردية، فالجهة الإدارية كثيراً ما تتعسف في ممارسة السلطة التقديرية كما هو الحال في مجال الضبط الإداري، وتقوم بإصدار قرارات غير مبنية على أسباب قائمة، وكثيراً ما يجهل الفرد هذه الأسباب ويجد نفسه تحت رحمة رجل الإدارة الذي يدعي حماية النظام العام<sup>(٥١)</sup>.

وعلى الرغم من هذه الأهمية لتسبب القرار الإداري إلا أن القاعدة أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، على عكس الأحكام القضائية الإدارية التي يجب أن تكون مسببة دائماً، وترد على هذه القاعدة أربعة استثناءات وهي:

- النص في النظام: قد يفرض النظام على الجهة الإدارية تسبب قراراتها، من ذلك نص المادة السابعة من نظام البلديات والقرى السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥ في ٢١/٢/١٣٩٧ هـ "لوزير الشؤون البلدية والقروية أن

#### Article 1

(٥١)

A cet effet, doivent être motivées les décisions qui:

restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police

infligent une sanction;

subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions;

retirent ou abrogent une décision créatrice de droits;

opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance;

refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir;

refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public;

rejetent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire.

#### Article 2

Doivent également être motivées les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement.

يطلب من المجلس البلدي أو رئيس البلدية إلغاء أو تعديل الإجراءات التي تتخذ خلافاً للأنظمة، وله أن يلغي أو يعدل تلك الإجراءات بقرار مسبب<sup>(٥٢)</sup>. كذلك المواد ١٣، ٢١ من نظام الجنسية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨/٢/٥٦٠٤ بتاريخ ١٣٧٤ والتي تقضي بوجوب تسبیب مرسوم إسقاط أو سحب الجنسية. من ذلك أيضاً المادة الثامنة فقرة ٢ من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بتاريخ ١٤٣٥هـ/٢٠١٣م، التي تلزم الجهة الإدارية (الجهة العسكرية أو ديوان الخدمة المدنية) بتسبیب قرارات رفض التظلم، علماً أن التسبیب مطلوب هنا في حالة الرفض الصريح فقط، ولا يلزم الإدارة بتسبیب سكوتها (القرار السلبي أو القرار الضمني) أو قرارات الموافقة.

— التسبیب الذي تقتضيه طبيعة الأشياء: في هذه الحالة التسبیب لا يفرضه النص وإنما طبيعة الإجراء الذي لجأت إليه الإدارة، ويعتبر التسبیب في هذه الحالة جزءاً من المشروعية، بدونها لا نستطيع معرفة سبب الإجراء أو القرار، مثال ذلك تقسيم جائزة بين مستحقين اثنين، بينما القانون ينص على عدم صحة هذا الإجراء إلا في حالات استثنائية، ففي هذه الحالة لا بد من التسبیب لتبرير إجراء تقسيم الجائزة<sup>(٥٣)</sup>. كذلك الحال في حالة اللجان شبه القضائية، التي ليست جهة إدارية يجب أن تسبب قراراتها حتى يمكن تقدير مشروعيتها<sup>(٥٤)</sup>.

— التسبیب الذي تفرضه طبيعة الهيئة التي تتخذ القرار: قد تكون هناك بعض الهيئات التي لا تنعقد بصفة دورية وتحوز هذه الهيئة بعض امتيازات السلطة العامة وعادة ما لا يكون لها إدارة تحفظ أرشيفها، وبالتالي فالمصدر الوحيد الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير مشروعية أعمالها هو القرار نفسه، فيما ذكره من أسباب، ومن هذه التطبيقات في البلدان الإسلامية لجان القرعة للحجاج ففي حالة استبعاد حاج من القرعة ليس هناك أمام القاضي سوى محضر اللجنة والتأكد من مشروعية الأسباب التي استبعدت بموجبها أحد الحجاج من القرعة، وبالتالي فاللجان من هذا النوع يجب عليها تسبیب قراراتها حتى يتسنى للقاضي مراقبة المشروعية، علماً أن هذه اللجان تنفذ بمجرد إجراء القرعة ولا يوجد لها جهاز إداري دائم.

— تسبیب القرارات التأديبية<sup>(٥٥)</sup>: من حيث المبدأ يمكن أن تكون القرارات التأديبية

(٥٢) نزار أبودان مايا محمد، الرقابة على التناسب، مؤسسة الكتاب الحديث ٢٠١١ ص ١١٢.

(٥٣) C.E.19 octobre 1934.Kervégand.p.935.

(٥٤) D.Linotte,la motivation obligatoire de certaines decisions administratives.R.D.P 1980P 1699.

غير مسببة؛ لأن الموظف المتهم يكون قد استفاد واستنفذ جميع الضمانات التي تخضع لرقابة القاضي، مثلاً التحقيق والاطلاع على أوراق الملف، ولا يلزم التسبب إلا حيث يرد نص بذلك، أو تطبيق بعض العقوبات التأديبية التي لا تخضع لتحقيق كما هو الحال في الإنذار واللوم، في نظام التأديب السعودي، غير أن القضاء غير منهجه واعتبر كل جزاء تأديبي يجب أن يكون مسبباً، فالتسبب في القرارات التأديبية تمليه مقتضيات العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون، فالحكم التأديبي يشبه الحكم القضائي لأنه يفصل في خصومة بين طرفين هما الإدارة والموظف، وبالتالي لا بد من تسببه<sup>(٥٥)</sup>، إلا إذا كان هناك نص خاص لا يشترط السبب. فتسبب القرارات الإدارية يسهل على القاضي مسألة تقدير المشروعية، ومن أهم القرارات التي يشترط فيها التسبب (حسب قانون ١١ جويلية ١٩٧٩ بفرنسا):

- القرارات التي تقيد الحريات الفردية وجميع إجراءات الضبط.
- القرارات التي تتضمن عقوبة.
- القرارات التي تعلق الحصول على رخصة أو إذن على شروط محددة أو تشترط إضافات.
- القرارات التي تسحب أو تلغي القرارات التي رتب حقاً مكتسباً.
- القرارات التي تقرر تقادماً أو نهاية مدة.
- قرارات رفض منح مزية الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط للحصول عليها.

وقد استثنى القانون المذكور أعلاه من التسبب القرارات التي يؤدي التسبب فيها إلى إفشاء أسرار يحميها القانون، أو تضر بالنظام العام. علماً أن القرارات التنظيمية لا يشملها التسبب لأنها لا تنشأ حقاً مكتسباً، وكذا القرارات الإدارية الفردية التي لا تتضمن رفضاً، وبعض القرارات ذات الطابع الخاص والخاصة بالعسكريين<sup>(٥٦)</sup>. ولكي يكون التسبب مقبولاً لا بد أن يتضمن كافة الحثيات التي تكشف عن السبب الحقيقي الذي استند إليه القرار وإذا اعتمدت الإدارة على عدة أسباب يجب أن يكون من بينها السبب الفعال الذي يشكل سبباً كافياً يبرر محل القرار، ويكفي أن يشير القرار إلى رأي الجهة المسبب المذكور في حثيات القرار.

(٥٥) محمد ذنبيات - حمدي محمد العجمي، مرجع سابق ص ٢٧٩.

(٥٦) الديد أمون، مرجع سابق ص ٢٣٠.

- ٥ - تاريخ القرار: من حيث المبدأ إغفال التاريخ لا يسم القرار بالبطلان، وهو من الشكليات التي يمكن تغطيتها، ومع ذلك قد يكون لتاريخ القرار انعكاس على مشروعية القرار، يمكن القاضي من مراقبة جوانب أخرى في القرار من شأنها أن تؤثر على مشروعيته، فمثلاً قرار يحمل تاريخ سابق على تكوين مجلس (البلدي) فهذا التاريخ يعكس عيب عدم الاختصاص الزمني بالنسبة للقرار.
- ٦ - نشر القرار: يعتبر النشر خاصة في القرارات التنظيمية نقطة مهمة يحتسب منها تاريخ العلم بالقرار، وسريانه في مواجهة الأفراد، ومنه يحتسب ميعاد التظلم أو رفع الدعوى، ولكن لا يؤثر على القرار نفسه إلا إذا نص القانون على النشر فيعتبر شكلاً جوهرياً، وكذلك في حالة إصدار قرار فردي بناء على قرار تنظيمي (لائحة) لم ينشر. وهناك حالات يمكن فيها تجاوز النشر منها<sup>(٥٧)</sup>:
- الظروف الاستثنائية: عادة ما تحول الظروف الاستثنائية دون استيفاء بعض الأشكال كالنشر، كما هو الحال في حالة الحرب، فمراعاة الشكل قد يفوت المصلحة العامة<sup>(٥٨)</sup>.
- الشهر الفعلي، ويعني ذلك أن القرار يكون قد طبق فعلاً على من يعينهم، وأن هناك إجراءات سبقت تطبيق القرار علموا بها، مما يفيد علمهم بالقرار، فقد رفض القضاء التمسك بعدم النشر في مثل هذه الحالات.
- استحالة إتمام الشكل المطلوب، قد يتعذر على الجهة الإدارية مراعاة الشكل المطلوب فيصدر القرار الإداري، ومع ذلك لا يصمه البطلان لعدم النشر بسبب الحرب أو التسبب لمسائل تتعلق بالمحافظة على النظام العام.
- تحقق الغرض من النشر، والمعنى هنا أن نشر القرار لم يعد مجدياً لأن الغرض قد تحقق ولا يمكن التمسك به. مثلاً صدور قرار بتشكيل لجنة وفعلاً شكلت اللجنة بناء على القرار الذي لم ينشر وأن أعضاء اللجنة أبلغوا بذلك رسمياً وأصدرت قرارات، كما أن الفرد هنا لم يضر من عدم النشر.

J.M.AUBY et R.DRAGO.op.cit.p.307.

(٥٧)

(٥٨) عبد العزيز السيد الجوهري، القانون والقرار الإداري في الفترة بين الإصدار والنشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٩٥ ص ١٦٧.



## ثانياً - قبول صاحب الشأن والاستيفاء اللاحق لعب الإجراءات والشكل:

نذكر مرة أخرى أن كثيراً من الكتب تعالج تغطية عيب الإجراءات والشكل تحت عنوان واحد هو تغطية عيب الشكل<sup>(٥٩)</sup>، ورغم اختلاف الآثار بينهما، كما أن تغطية العيب قد تمس بعض مبادئ القانون كمبدأ عدم الرجعية والحق المكتسب، وعليه نرى أن الإجراءات لا يمكن تغطيته لأنه جزء من القرار أو بالأحرى يدخل في تكوين القرار ويؤثر على موضوعه، فمثلاً الاستشارة والتحقيق لا يمكن أن تغطي، وإعادة التحقيق معناه إعادة إصدار قرار جديد قد يختلف عن القرار الأول. كما أن إجراء التحقيق اللاحق على إصدار القرار، وحتى بدون تعديل نتيجة القرار، يعتبر تطبيقاً رجعياً للقرار، وهذا غير جائز. ولكن ليس هناك ما يمنع الجهة الإدارية من إصدار قرار جديد تراعي فيه الإجراءات المغفل، وذلك لا يعتبر تغطية وإنما هو قرار جديد. وهذا المبدأ أكدته ديوان المظالم في أحد أحكامه، جاء في الحكم "ذلك أن القرار الأول اتصف ببعض العيوب الشكلية التي تم استدراكها في القرار الثاني ولم تكن هناك عيوب موضوعية في القرار ذاته ما لا يلزم والحالة هذه التسوية بين القرارين في الحكم..."<sup>(٦٠)</sup>. أما الشكل فيمكن في بعض الحالات تصحيح بعض الأخطاء المادية التي لا تؤثر على نتيجة القرار من ذلك كتصحيح رقم، والقاعدة أنه لا يمكن للجهة الإدارية القيام بأي تصرف مؤثر في المراكز القانونية بأثر رجعي؛ لأن ذلك في الحقيقة يعتبر تطبيقاً رجعياً، وكما ذكرنا فإن القاضي لا يلغي القرار الإداري إلا إذا كان الشكل المغفل من شأنه التأثير على نتيجة القرار<sup>(٦١)</sup>.

ونشير في هذا الصدد إلى أن الجهة الإدارية تستطيع دائماً أن تصحح الخطأ أو تستدرك ما فاتها من الإجراءات، وتصدر قراراً جديداً مراعية الأشكال التي أغفلت، ولا مجال هنا لتمسك بمبدأ الحق المكتسب، ففي حكم رائد لديوان المظالم أكدت هيئة التدقيق مجمعة على أن جهة الإدارة تستطيع إلغاء أي قرار غير مشروع كانت قد أصدرته سواء أكان قراراً فردياً أم تنظيمياً، وذلك في أي وقت تبين لها عدم مشروعيتها، جاء في الحكم "وحيث أنه بناء على ما تقدم فقد قررت هيئة التدقيق

(٥٩) Chapus: droit administratif general. Paris. Montchrestien. 1986. p710.

(٦٠) فهد بن عبد العزيز الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية ١٩٩٠، ص ٢٠٧. مصر.

(٦١) حكم التدقيق ٧٨٠/ت/٦ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، ص ٨٧٦.

مجتمعة بالأكثرية أن القرارات الإدارية الصادرة بالمخالفة للأنظمة لا تتحصن بالنسبة للجهات الإدارية المصدرة لها بمضي المدة" (٦٢). ونشير هنا إلى أن القرار الإداري يتحصن بانقضاء ميعاد التظلم أو رفع الدعوى (٦٠ يوماً) بالنسبة للقاضي أو صاحب الحق، لكن بالنسبة للجهة الإدارية يمكنها دائماً استدراك المخالفة للأنظمة.

أما مسألة قبول صاحب الشأن، فقد تردد الاجتهاد القضائي حول هذه المسألة، فقد رفض مجلس الدولة في بعض أحكامه إلغاء القرار إذا رضي صاحب الشأن بالقرار ولم يتمسك بالإجراء المغفل، إلا إذا كان الشكل متعلقاً بالنظام العام، غير أن المجلس تخلي بعد ذلك عن الفكرة واعتبر الشكل مقررراً للمصلحة العامة ولا عبء برضا صاحب الشأن (٦٣). ولم نجد في قضاء ديوان المظالم ما يكشف عن موقف النظام من هذه القضية، ولا يمكن الاستدلال (٦٤) بما جاء في أحد أحكام الديوان التي أشار فيها إلى قضية الرضا، جاء في الحكم "علاوة على أن المدعين قاموا بإفراغ الأرض للجهة المدعى عليها واستلموا المبلغ، مما يدل على الرضا التام من قبلهم. ولذلك وبناء على ما سبق فقد حكمت الدائرة: عدم قبول الدعوى ضد وزارة النقل شكلاً لما هو مبين بالأسباب والله الموفق" (٦٥). علماً أن الدعوى، كما ورد في حيثيات الحكم رفضت لعدم التظلم في الميعاد وليس لرضا المدعين.

## الخاتمة:

لقد ظلت امتيازات القانون العام التي تتمتع بها الجهة الإدارية، مصدر تهديد دائم للمراكز القانونية، وقد حاولت القوانين المختلفة وضع ضمانات تلغزم بها الإدارة ويراقب احترامها القضاء، حتى يطمئن الأفراد إلى مراكزهم القانونية. وتعتبر القرارات الإدارية، الصادرة بالإرادة المنفردة، أهم وسائل الإدارة في إدارة النشاط العام وأخطر الوسائل على حريات الأفراد، لذا كان لا بد من إحاطتها بإجراءات وشكليات يجب على الجهات الإدارية مراعاتها عند إصدارها للقرار، وكما قيل الإجراءات أخت الحريات. غير أن المبالغة في مراعاة الشكليات قد يتسبب في عرقلة النشاط الإداري ويؤدي في كثير من الأحيان إلى الإضرار بالمصلحة العامة، وظهرت الحاجة إلى التفرقة بين الأشكال الجوهرية التي يترتب على عدم مراعاتها إلغاء القرار والأشكال الثانوية التي لا تؤثر

(٦٢) عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء -دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٧١، ص ٥٤٧.

(٦٣) قرار هيئة التدقيق مجتمعة رقم ١٩ لعام ١٤٢٣.

(٦٤) فهد الدغيثر، مرجع سابق ص ٢٠٩.

(٦٥) أيوب منصور الجربوع، مرجع سابق ص ٢٢٤.

على مشروعية القرار، وكان هم القضاء في هذا الصدد هو حماية حقوق الأفراد وفي نفس الوقت عدم عرقلة النشاط الإداري الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

لقد كانت هناك محاولات لوضع معيار يهتدي به القاضي في التمييز بين نوعي الشكل، وقد قيل بعدة معايير، وانتهى القضاء في الفترة الأخيرة إلى تجاوز كل المعايير القديمة وابتدع معياراً بموجبيه تحدد طبيعة الشكل من مدى تأثيره على نتيجة القرار، فكل شكل من شأنه أن يؤثر على نتيجة القرار يعتبر جوهرياً سواء نص عليه القانون أن لم ينص. والحقيقة أن مفهوم عيب الشكل الذي قد يشوب القرار الإداري في أحد أركانه، يتضمن عنصرين هما الإجراء والشكل، وبينت في هذه الدراسة الفرق بينهما وكيف أن كل إغفال للإجراء يعتبر شكلاً جوهرياً يترتب عليه إلغاء القرار، بينما لا يترتب على إغفال الأشكال إلغاء القرار دائماً.

وإذا تتبعنا مسيرة القضاء الإداري السعودي، من خلال الأحكام التي أصدرها في هذا الشأن، يتبين أنه يساير الاتجاهات الحديثة في التوفيق بين حماية الحقوق الفردية وضرورة سير المرافق العامة باطراد وانتظام، وانتهى في اجتهاداته الأخيرة إلى النظر في مدى تأثير الشكل المنسي على نتيجة القرار، فلا يكفي أن يثبت خصم الإدارة أنها أغفلت شكلاً معيناً، بل يجب إثبات أن ذلك كان من شأنه التأثير في نتيجة القرار، والحقيقة أن هذا الموقف يؤكد ترجمة القضاء السعودي للمبادئ العامة للقانون الإداري الذي يقوم على مسعى التوفيق بين مصلحتين غير متساويتين هما المصلحة العامة والمصلحة الفردية، وإيجاد نقطة التوازن بين المصلحتين، مما قد يجعل مهمة القاضي الإداري ليست بالأمر السهل.

### النتائج والتوصيات:

- ١ - إن القضاء السعودي لم يميز دائماً بين الإجراء والشكل وكثيراً ما اعتبرهما عيباً واحداً هو عيب الشكل، على خلاف مسلك القضاء الفرنسي الذي كثيراً ما يفرق بين عيب الإجراء وعيب الشكل في كثير من تطبيقاته القديمة والحديثة<sup>(٦٦)</sup>.
- ٢ - اعتبر الشكل المقرر لصالح الإدارة من الأشكال غير الجوهرية على رأي بعض الفقه، والحقيقة أن هذا المسلك منتقد كما ذكرنا، لأن الشكل وضع لحماية المصلحة العامة قبل الخاصة ومصلحة الأفراد جزء من المصلحة العامة، فالنظام

(٦٦) حكم ديوان المظالم (حكم التدقيق) رقم ٢٧٥/ت/٥ لعام ١٤٢٧هـ، ص ٢٧٥.

عندما يصدر يفترض فيه تحقيق المصلحة العامة حتى لو كان يكفل بعض الامتيازات لمجموعة من الأفراد.

- ٣ - في كثير من الحالات اعتمد القاضي على معيار الشكل المؤثر على نتيجة القرار، وهذا هو المعيار المعتمد في القضاء الإداري المعاصر، بينما لا زالت بعض التطبيقات القضائية تعتبر الشكل الذي يستوجب القانون مراعاته شكلاً جوهرياً، ويترتب على عدم مراعاته البطلان، ولكن هذا المبدأ تم تجاوزه وأصبحت العبرة بمدى تأثيره على نتيجة القرار، وكمثال على ذلك التسبب في بعض النصوص (المادة ٧ فقرة ج من نظام البلديات والقرى السعودي)، يعد من الأشكال الجوهرية، لنص النظام، بينما ووفق معيار التأثير في نتيجة القرار لا اعتقد أنه كذلك، إلا إذا عجزت الجهة الإدارية عن إبداء الأسباب التي اعتمدت عليها في إصدار القرار، بعد رفع الدعوى، أو اعتبرها القاضي غير كافية لحمل القرار على سببه.
  - ٤ - يلاحظ على أحكام الديوان أنه يتشدد كثيراً في مسألة الشكل لحماية الأفراد من عسف الإدارة، غير أن ذلك قد يؤدي إلى تعطيل العمل الإداري بسبب المبالغة في الشكليات، وهذا المسلك غير مرغوب فيه، فالنشاط الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وقد يتطلب الأمر التضحية ببعض الشكليات بالنظر لما قد يترتب على إلغاء القرار المعيب من أضرار على المصلحة العامة.
  - ٥ - الشكليات أخت الحريات ومن هنا كان إلزام الجهات الإدارية ببعض الإجراءات والشكليات أمراً ضرورياً لحماية حقوق الأفراد، غير أن المبالغة في الشكليات من شأنه أن يعرقل النشاط العام ويشغل السلطة العامة في استيفاء الشكليات، التي قد لا يكون لها أثر على نتيجة القرار؛ ولذا يجب البحث عن نقطة توازن بين حماية الحريات الفردية وسلاسة العمل الإداري وذلك بالاكْتفاء بالقدر اللازم من الشكليات، وعلى القضاء أن يلعب دوره في البحث عن هذا التوازن.
- ونظراً لما لركن الشكل من أهمية في القرار الإداري نوصي بما يلي:
- الإسراع في إصدار نظام متكامل بالإجراءات الإدارية (غير القضائية) في المملكة على نحو ما فعلت كثير من الدول ولو على مراحل، خاصة بعد ما صدر نظام المرافعات أمام ديوان المظالم (١٤٣٥هـ).
  - إلزام الجهات الإدارية بتسبيب جميع قرارات الرفض ويكون ذلك بموجب قواعد عامة في القرارات الإدارية (نظام) وليس بموجب أحكام متناثرة (نظام البلديات والقرى، نظام المرافعات، نظام الجنسية السعودي.....).



- التقليل من الشكليات التي من شأنها عرقلة النشاط الإداري وعدم إغراق العمل الإداري في الشكليات.
- تحسيس الجهات الإدارية بأهمية الإجراء والشكل في القرارات الإدارية وذلك عن طريق عقد دورات لمن لهم صلاحية إصدار القرارات في الأجهزة الإدارية والمصالح المختلفة.

والله ولي التوفيق

## المراجع

### أولاً - المراجع العربية:

- أبودان، نزار مايا محمد: الرقابة القضائية على التناسب، مؤسسة الكتاب الحديث ٢٠١١ م. لبنان.
- بعلي، محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر ٢٠٠٢.
- بوضياف، عمار: الوسيط في قضاء الإلغاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع -الأردن ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م.
- الجربوع، أيوب بن منصور: عيب الشكل في القرارات الإدارية، مجلة العدل العدد ٥٦ شوال ١٤٣٣ السنة الرابعة عشرة. المملكة العربية السعودية.
- الجوهري، عبد العزيز السيد : القانون والقرار الإداري في الفترة بين الإصدار والنشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٩٥.
- جيرة، عبد المنعم: آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٧١. مصر.
- الحلو، ماجد راغب، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية (دون سنة طبع).
- خليفة، عبد العزيز: الأسس العامة للقرارات الإدارية مقومات وعيوب القرار الإداري، المكتب الجامعي الحديث ٢٠١٢ م. مصر.
- خليفة، عبد العزيز، قضاء التأديب، دار الكتاب الحديث ١٤٢٨ هـ/ ٢٠٠٨ م. مصر.
- الدغيثر، فهد بن عبد العزيز، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية ١٩٩٠. القاهرة.
- الديداموني، أحمد مصطفى، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري والعراقي، الهيئة المصرية للكتاب ١٩٩٢. القاهرة - مصر.
- الدين الجيلالي بوزيد، القرارات الإدارية المدعومة في الفقه والقضاء، مجلة الإدارة العامة المجلد ٤٥ العدد الرابع شوال ١٤٢٦ الموافق نوفمبر ٢٠٠٥ ص ٥٩٨ وما بعدها. معهد الإدارة العامة - المملكة العربية السعودية.

- نزيبات، محمد جمال - حمدي محمد العجمي: القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقاً لنظام ديوان المظالم الجديد - دراسة مقارنة، ١٤٣١هـ/ ٢٠١١م. السعودية.
- شفيق، علي: الرقابة على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة معهد الإدارة العامة. السعودية .
- الطهراوي، هاني علي : التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري هل يعتبر شكلية جوهريّة أو ثانوية، مجلة الحقوق العدد٤ السنة ٣٤، محرم ١٤٣٢، ديسمبر ٢٠١٠. الكويت.
- الظاهر، خالد خليل، قضاء الإلغاء في المملكة العربية السعودية - ديوان المظالم، قضاء الإلغاء، التعويض - دراسة مقارنة مكتبة الاقتصاد والقانون - الرياض ١٤٣٠هـ/ ٢٠١١م.
- عبد الكريم، فؤاد محمد موسى: القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث، معهد الإدارة العامة ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م. السعودية.
- كامل، سمية محمد: الشكل في القرار الإداري، دراسة مقارنة منشورات دار الحلبي الحقوقية ٢٠١٤ بيروت.
- كنعان، نواف: القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م عمان - الأردن.

### ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Andre de laubadere -,Jean -Claude VENEZEA,et Yves GAUDEMET,traite de droit administratif.L.G.D.J.- Paris1984.
- Chapus: droit adminitratif general.Paris.Montechrestien.1986.
- Daniel Chabanol, la pratique du contentieux administratif.10 edition.Lexis. Nexis 2013.
- Delphine, Costa. contentieux administratif.Lexis. Nexis. 2011.
- D.Linotte, la motivation obligatoire de certaines decisions administratives.R.D.P. 1980.

- Hostiou (M), procedure et formes de l'acte unilateralen droit francais.Paris.L.G.D.I 1975.
- J.M.AUBY.et R.DRAGO. traite de contentieux administratif t2.L.G.D.J.1984.
- T2Laferriere (E). Traite de la jurisprudence administrative.- Berger- levrault 1896.
- M.Pauti.Les decisions implicates d' acceptation et la jurisprudence administrative. R.D.P.1975.
- Pierre Tifine: Droit administratif français - Deuxième Partie - Chapitre 2, Chapitre 2: Sanction du principe de légalité: Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4342 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4342](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4342))



## دور المحاكم الإدارية الدولية في تعزيز ضمانات الموظف الدولي تجاه القرار الإداري

القاضي / فائز أبو عجيب  
كلية الحقوق - جامعة دمشق  
الجمهورية العربية السورية

### ملخص:

يعد اللجوء إلى المحاكم الإدارية الدولية أحد الضمانات الممنوحة للموظف الدولي في مواجهة القرار الإداري، بل أهم هذه الضمانات، فالقضاء الإداري الدولي لم يتوقف أثناء بحثه عن الحلول القانونية عند حدود النصوص القانونية بما يشوبها من أوجه قصور، بل اتخذ موقفاً إيجابياً مشهوداً له مستخدماً أساليب قانونية من تفسير موسع وقياس وإعمال لفلسفة التشريع، فراضاً بذلك رقابته التي امتدت لتشمل السلطة التقديرية للإدارة.

يهدف هذا البحث لإبراز دور المحاكم الإدارية الدولية الخلاق الهادف لتعزيز ضمانات الموظف الدولي تجاه القرار الإداري الدولي من خلال الأحكام القضائية التي أصدرتها والمبادئ القانونية التي أقرتها.

### مقدمة:

قد يواجه الموظف الدولي أثناء إشغاله لوظيفته الدولية قراراً إدارياً صادراً عن الجهاز أو الجهة المختصة في المنظمة، بشكل يمس مركزاً قانونياً له أو ينتهك حقاً من حقوقه التي كفلها النظام الأساسي للموظفين الذي يخضع له، أو العقد الموقع بينه وبين المنظمة، فلا يجد أمامه إلا اللجوء لإحدى الضمانات الممنوحة له، وآخر هذه الضمانات اللجوء إلى القضاء الإداري الدولي المختص، لكن النصوص الدولية الناظمة للوظيفة الدولية - كما أي نص قانوني - لا تعد جامعة بما قد تحويه من ثغرات قانونية، أو لقصورها في مواجهة بعض الحالات التي قد تعرض على القضاء، فتجد المحكمة نفسها مضطرة للعب دور خلاق لإيجاد حل قانوني للنزاع المطروح أمامها، هذا الدور الخلاق هو ما سيعمل هذا البحث على تتبع تطوره وعرض المبادئ التي أقرها، وذلك بالاستشهاد بالأحكام القضائية التي أصدرتها المحاكم الإدارية الدولية ذات الصلة وتحليلها تحليلاً نقدياً مقارناً.

لن تعمل هذه الدراسة إلا على بيان دور القضاء الإداري الدولي في تعزيز

ضمانات الموظف الدولي تجاه القرار الإداري دون شرح المهام العادية للمحاكم الإدارية الدولية والصلاحيات القانونية الاعتيادية لهذه المحاكم<sup>(١)</sup>.

ستتوزع هذه الدراسة على مطلب تمهيدي يمهّد لضمانات الموظف الدولي بشكل عام - وللمتمهيد ضرورة أملتتها طبيعة الدراسة -، وذلك إضافة لثلاثة مطالب، يتحدث أولها عن دور المحاكم الإدارية الدولية في تحديد الطبيعة القانونية للوظيفة الدولية. وسيبحث المطلب الثاني في المبادئ العامة التي طورتها وأقرتها المحاكم الإدارية الدولية في مسألة اختصاصها، أما المطلب الثالث فسيبين دور هذه المحاكم في الرقابة على القرار الإداري.

### مطلب تمهيدي

#### ضمانات الموظف الدولي تجاه القرار الإداري

تشكل القواعد النازمة للوظيفة الدولية بشكل عام في الوقت الحالي شقاً أساسياً من ما يسمى القانون الدولي الإداري، والذي يضم إضافة لها القواعد النازمة لما يسمى بالقضاء الإداري الدولي إضافة لكل ما من شأنه أن يمس اختصاص الإدارة الدولية (إدارة المنظمات الدولية) وعملها، أما القانون الدولي الإداري -International-administrative law- فهو فرع متميز من فروع قانون التنظيم الدولي ويختلف عن القانون الإداري العالمي<sup>(٢)</sup> -Global administrative law- سواء من حيث النطاق الموضوعي أو الشخصي رغم بعض التقاطعات.

بعض قواعد القانون الدولي الإداري قديمة قدم المنظمات الدولية، لا بل التنظيم الدولي عموماً (مثل قواعد تعيين موظفي سكرتارية المنظمات أو المؤتمرات)، وتزايد بحث هذه القواعد بشكل مستقل وأصيل في مؤلفات فقهاء القانون الدولي بالترافق مع ازدياد أهمية واختصاصات الإدارات الدولية (إدارات المنظمات الدولية) وتشعب هذه

(١) فالمحاكم الإدارية الدولية مخولة بموجب نصوصها التنظيمية الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه أو الأمر بتنفيذ الالتزام الذي غفلت الإدارة عن القيام به، وقد يكون الإلغاء كلياً شاملاً للقرار برمته، أو جزئياً وقاصراً على شق معين من القرار، وكذلك الأمر بالتنفيذ، فقد يشمل الالتزام بأكمله، أو يقتصر على جزء منه، كل هذا بالإضافة لإمكانية الحكم بالتعويض في حال توافر الموجب القانوني.

(٢) راجع في هذا السياق: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, Nico Krisch and Benedict Kingsbury, The European journal of international law, vol.17, no.1, 2006, P2.

الاختصاصات، إضافة للتطورات الحاصلة في مضممار عمل هذه الإدارات وتزايد أعبائها الذي أدى ولا شك إلى زيادة عددية هائلة في فئة الموظفين الدوليين الذين باتوا يشكلون فئة متميزة لا بد من إحاطتها بشبكة من القواعد لتنظم مركزهم الوظيفي.

يخضع الموظف الدولي لعلاقة تبعية إدارية مع رؤسائه الإداريين في العمل تحددها المواثيق والنصوص النازمة للوظيفة الدولية، وقد يكون الموظف الدولي - نتيجة لهذه العلاقة أو نتيجة لمركزه كموظف دولي بشكل عام - محلاً لقرار إداري صادر عن صاحب الصفة والاختصاص وفقاً لميثاق المنظمة، سواء أكان جهازاً من أجهزتها أو موظفاً فيها كأمينها العام مثلاً أو مدير أحد المكاتب الإقليمية وذلك حسب الحال، وعلى سبيل المثال يمتلك الأمين العام صلاحيات تقديرية واسعة في تعيين وإقالة وترقية موظفي الأمانة العامة والأجهزة الرئيسية الأخرى.

وكما هو الحال وفقاً للمبادئ العامة في القانون الإداري، أمكن أن يشوب هذا القرار الإداري أحد العيوب التي تؤثر في صحته، شأنه في ذلك شأن أي قرار إداري وطني كأن يكون القرار موسوماً بمخالفة القانون أو اللائحة، أو أن يكون معيباً بالانحراف بالسلطة وغير ذلك من العيوب، فلا يجد الموظف الدولي عندها دفاعاً عن حقوقه التي يدعيها سوى اللجوء إلى إحدى الضمانات الممنوحة له، "فالمنظمات الدولية تكفل عادة لموظفيها الحماية القانونية في علاقتهم بها"<sup>(٣)</sup>، وهذه الحماية ضرورية للمنظمة أيضاً، فالوظيفة الدولية ليست مجرد حقوق وواجبات، بل تعني أيضاً تمكين الموظفين من قيامهم بوظيفتهم على الوجه الأكمل في جو من الثقة والاستقلال<sup>(٤)</sup>، الأمر الذي سينعكس إيجاباً على المنظمة ككل.

هذه الضمانات مقررة في نصوص ولوائح دولية، وفي الحقيقة فهي كما كل قواعد القانون الدولي الإداري تدين بجذورها لمبادئ القانون الإداري الفرع الأصيل المستقل لدى الدول الفرانكفونية التي تأخذ بنظام التمييز بين القانون العام والخاص، رغم بروز الطبيعة التعاقدية للوظيفة الدولية.

يمكن أن تقسم الضمانات إلى ضمانات غير قضائية - أو ما قبل القضائية - وأخرى قضائية.

(٣) د. محمد المجنوب، التنظيم الدولي، الطبعة الثامنة ٢٠٠٦، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٠٢.

(٤) هبة جمال ناصر عبد الله علي، المركز القانوني للموظف الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١، ص ١١٣.

أولى الضمانات غير القضائية هي التظلم الإداري، الآلية التي اقتضتها طبيعة العمل الإداري حيث يطلب من خلالها الموظف الدولي التراجع عن قرار إداري أو تعديله وذلك وفق شروط، بطلب يوجه لمصدر القرار أو لجهة إدارية تعلوه في السلم الإداري، وللتظلم آثار غاية في الأهمية فقد يكون شرطاً لقبول الدعوى الإدارية أمام المحاكم الإدارية الدولية وبالتالي ممارسة الرقابة القضائية على القرار الإداري، كما قد يكون للتظلم أثر موقوف أو معلق لاختصاص المحكمة الإدارية في فترة دراسته، أو أثر ملغٍ لاختصاصها في حال قبول التظلم وإلغاء القرار أو سحبه أو تعديله حسب الحال.

ثاني الضمانات غير القضائية هي ما يسمى بمجالس التسوية، وتختص هذه المجالس بمحاولة إيجاد حلول توفيقية بين الإدارة والموظف الدولي، ومثالها الأهم وربما الوحيد ما تم النص عليه في النظام الجديد لإقامة العدل في الأمم المتحدة والذي استُحدث في العام ٢٠٠٩، وللتسوية في إجراءاتها وآثارها أهمية لا تقل عن أهمية التظلم الإداري.

أما الضمانات القضائية فهي المتمثلة باللجوء للمحاكم الإدارية الدولية بما يشمله ذلك من ضمانات فرعية كإعادة المحاكمة مثلاً، ولما كان من المستحيل على الموظف الدولي أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لبلد المقر أو لأي بلد آخر نظراً لما تتمتع به المنظمات الدولية من حصانات قضائية في مواجهة هذه المحاكم<sup>(٥)</sup>، فقد اتجهت بعض المنظمات الدولية إلى إنشاء محاكم إدارية داخل إطارها تختص بالنظر فيما قد يضطر موظفو المنظمة إلى رفعه من دعاوى إلغاء أو تعويض استناداً لأحكام نظامها القانوني.

ويشبه كثير من الفقهاء الفرنسيين اختصاصات هذه المحاكم باختصاصات مجلس الدولة الفرنسي<sup>(٦)</sup>، مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف تشكيل المحاكم الإدارية الدولية وطبقاتها وأصول الطعن بأحكامها عن الأصول التي يقوم عليها القضاء الإداري الفرنسي، "ويمكن القول في هذا الصدد أن الأسلوب والاتجاه المتقدم الذي يسعى نحو إقامة قضاء إداري دولي خاص بالمنظمات الدولية لم ينشأ طفرة، وإنما جاء وليد عدة محاولات شهدها عصر التنظيم الدولي، نادت بوجود إنشاء هذا القضاء

(٥) د. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر، التنظيم الدولي، طبعة عام ١٩٧٨، دار النهضة العربية، ص ١١٠.

(٦) د. محمد عزيز شكري ود. ماجد الحموي، الوسيط في المنظمات الدولية، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق ٢٠١٠-٢٠١١، ص ٩٣.



المتخصص ضماناً لاستقرار الموظفين الدوليين وتحقيقاً لصالح المنظمات الدولية في ذات الوقت<sup>(٧)</sup>، ويمكن تقسيم هذه المحاكم إلى محاكم إدارية إقليمية كالمحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية<sup>(٨)</sup>، ومحاكم إدارية متخصصة بالمنظمة أو الوكالة المتخصصة التي أنشأتها، كالمحكمة الإدارية لصندوق النقد الدولي، أما المحاكم الأكثر أهمية فهي المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية<sup>(٩)</sup> - والتي اتسع اختصاصها القضائي ليشمل نحو ٤٤ منظمة ووكالة ومكتباً دولياً -، والمحكمتين اللتين أحدثتهما نظام إقامة العدل في الأمم المتحدة القائم على مبدأ التقاضي على درجتين، وهو النظام الذي حل مكان المحكمة الإدارية للأمم المتحدة<sup>(١٠)</sup> الملغاة عام ٢٠٠٩ والتي لم تفلح محاولات إصلاحها وكان آخر هذه المحاولات مشروع المواءمة بينها وبين المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية التي أثبتت نجاحها على عدة مستويات (متوسط زمن الفصل في الدعاوى - الإجراءات - المصروفات - ...) وذلك في العام ٢٠٠٤<sup>(١١)</sup>.

ولم تنص معظم دساتير المنظمات الدولية على إنشاء محكمة إدارية دولية أو تقرير الاختصاص لمحكمة إدارية دولية قائمة في نظر النزاعات التي تنشأ بينها وبين موظفيها، بل غالباً ما يتم ذلك بقرار لاحق من أحد أجهزة المنظمة - في حالة إنشاء محكمة إدارية-، أو بتصريح يعترف باختصاص محكمة إدارية قائمة يقدم إليها من قبل مدير المنظمة أو الجهاز المختص فيها وذلك وفقاً لدستور المنظمة أو تبعاً لنظام

(٧) د. جمال طه نداء، الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الإداري، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٦، ص ٢٦٩.

(٨) النظام الأساسي للمحكمة صدر بموجب قرار مجلس الجامعة رقم ١٩٨٠ بتاريخ ٣١/٣/١٩٦٤، أما نظامها الداخلي فقد صدر في ١٦/٤/٢٠٠١ وفق آخر تعديل وافقت عليه هيئة المحكمة بتاريخ ٢٥/١١/١٩٩٧ أثناء دور انعقادها العادي الثاني والثلاثين لسنة ١٩٩٧.

(٩) تم إقرار نظامها الأساسي عام ١٩٤٦ وعدل عدة مرات كان آخرها في العام ٢٠٠٨، وأقرت المحكمة نظام إجراءاتها في العام ١٩٩٣ وعدل في العام ٢٠١١. ومن الواجب ذكره أن هذه المحكمة قامت مكان المحكمة الإدارية الخاصة بعصبة الأمم التي بدأ نظامها المؤقت في العام ١٩٢٧ وتحول لنظام دائم في العام ١٩٣١.

(١٠) أنشأت في العام ١٩٤٩.

(١١) راجع التقرير الصادر عن الأمم المتحدة JIU/REP/2004/3، بعنوان المواءمة بين النظامين الأساسيين للمحكمة الإدارية للأمم المتحدة والمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، وحدة التفتيش المشتركة جنيف ٢٠٠٤.

الموظفين الأساسي فيها، واتباع الشروط التي ينص عليها النظام الأساسي للمحكمة المراد الاعتراف باختصاصها<sup>(١٢)</sup>، وفي تسويق ذلك اعتبرت محكمة العدل الدولية أنه وإن لم يتضمن الميثاق أحكاماً صريحة - تخول المنظمة إنشاء محكمة إدارية-، فإنه يستدل من الميثاق نفسه أن هذه السلطة ممنوحة ضمناً بحكم الضرورة، بل إن هذه السلطة ضرورية لكفالة عمل الأمانة العامة بكفاءة<sup>(١٣)</sup>، كما يمكن القول أن اعتبارات تحقيق العدالة وعدم إنكارها بمواجهة الموظف الدولي تلزم المنظمات الدولية -صاحبة الحصانة تجاه القوانين والاختصاص القضائي الداخلي -، بأن تقيم هيئات قضائية تحمي الموظف -الطرف الضعيف في العلاقة -، وهي الاعتبارات التي شددت عليها متطلبات القانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(١٤)</sup>.

وكان للموقف الإيجابي الذي اتخذته محكمة العدل الدولية في الرأي الاستشاري الذي تبنته حول إلزامية قرارات المحكمة الإدارية للأمم المتحدة<sup>(١٥)</sup> دور كبير في

(١٢) راجع المادة ٢/٥ من النظام الأساسي للمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية التي جاء فيها أن المحكمة تختص في المنازعات ونظر التظلمات وشروط التعيين وبند نظام موظفي "أي منظمة دولية تنطبق عليها الشروط الواردة في الملحق وتكون قد خاطبت المدير العام - لمنظمة العمل الدولية - بإعلان يعترف، وتبعاً لدستور المنظمة أو أنظمتها الإدارية الداخلية، باختصاص المحكمة ..."، بينما جاء في الشروط الواردة في الملحق أن المنظمة الراغبة بإعلان اختصاص المحكمة يجب أن تكون: "أ- ذات طابع دولي بشكل واضح تبعاً للعضوية فيها وتركيبها ونطاق نشاطها. ب- أن لا تكون ملزمة بتطبيق أي قانون وطني في علاقاتها بموظفيها، ويجب أن تتمتع بالحصانة من الإجراءات القانونية كما يكون مثبتاً في اتفاقية المقر المعقودة مع الدولة المضيفة. ج- يجب أن يكون لها وظائف ذات طبيعة دائمة على المستوى الدولي، وأن تمنح .... ضمانات كافية ... للتقيد بقرارات المحكمة".

(١٣) Effect of awards of compensation made by the U.N Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13<sup>th</sup>, 1954 I.C.J. Reports, 1954 P. 56.

(١٤) August Reinisch, The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals, in: "Chinese Journal of International Law", (2008), Vol. 7 No. 2, p 289-290.

(١٥) جاء في نص الرأي الاستشاري الصادر في ١٣ تموز ١٩٥٤:

"This examination of the relevant provisions of the Statute shows that the Tribunal is established, not as an advisory organ or a mere subordinate committee of the General Assembly, but as an independent and truly judicial body pronouncing final judgments without appeal within the limited field of its functions. According to a well-established and generally recognized principle of law, a judgment rendered by such a judicial body is res judicata and has = binding force between the parties to the dispute ... [T]he parties to this dispute

تفعيل القضاء الإداري الدولي كضمانة حقيقية للموظف الدولي حيث " أكدت أن الأمم المتحدة لا تستطيع رفض تنفيذ حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة تحت أي ذريعة<sup>(١٦)</sup> ".

إن اختصاص هذه المحاكم وما تحكم به من إلغاء وتعديل للقرار أو مجرد التعويض عنه كان محل تطور مستمر، وذلك نتيجة الموقف الإيجابي الذي اتخذته المحاكم والذي انعكس دوراً بناءً في زيادة ضمانات الموظف الدولي من خلال عدم الوقوف على المعنى الحرفي للنصوص وإعمال فلسفة التشريع عبر التفسير الموسع والقياس، فالمبدأ يوجب على أي هيئة قضائية دولية أن تلتزم حدود اختصاصها المرسومة في نظامها الأساسي، تلك الحدود التي وضعتها الدول الأعضاء في المنظمة التي انبثقت الهيئة القضائية عنها، لتعبر عن المجال والصلاحيات التي ارتضت أن تمنحها لهذه الهيئة القضائية، وبناءً عليه التزمت، والمحاكم الإدارية الدولية ملزمة كأي هيئة قضائية دولية بحدود نظامها الأساسي<sup>(١٧)</sup>، فهي " تختص عادة بالنظر في الادعاءات المتعلقة بخرق عقود العمل أو شروط تعيين الموظفين في المنظمات

= before the Tribunal are the staff member concerned and the United Nations Organization represented by the Secretary General, and these parties will become bound by the judgment of the Tribunal. This judgment is, according to Article 10 of the Tribunal's Statute, final and without appeal. The Statute has provided for no kind of review. As this final judgment has binding force on the United Nations Organization as the juridical person responsible for the proper observance of the contract of service, that Organization becomes legally bound to carry out the judgment and to pay the compensation awarded to the staff member. It follows that the General Assembly, as an organ of the United Nations, must likewise be bound by the judgment.

C. F. Amerasinghe, Principles of the institutional law of international organizations, Second Revised Edition, Cambridge University Press 2005, p500. (١٦)

(١٧) راجع المادة (٢) من النظام الأساسي للمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، المادة (٢) من النظام الأساسي لمحكمة الأمم المتحدة للمنازعات، والمادة (٢) من النظام الأساسي للمحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية والتي تنص -على سبيل المثال-: "تختص المحكمة بالنظر والفصل في: ١- المنازعات المتعلقة بأحكام لائحة شؤون موظفي جامعة الدول العربية وعقود العمل بها. ٢- المنازعات المتعلقة بأحكام أنظمة الهيئات التي تقوم على توفير الخدمات الاجتماعية لموظفي جامعة الدول العربية كصندوق الادخار وصندوق العلاج الطبي. ٣- الطعون في القرارات التأديبية. ٤- فيما عدا ذلك من القرارات الإدارية المتعلقة بشؤون الموظفين والمستخدمين، باستثناء قرارات مجلس الجامعة بشأن الأمين العام والأمناء المساعدين".



الدولية<sup>(١٨)</sup>، "وتبعاً للشروط المعتادة لن تكون المحكمة الإدارية الدولية متاحة على سبيل المثال لدعوى مقامة من المنظمة ضد الموظفين الدوليين، أو لنزاع بين الموظفين أنفسهم، أو نزاعات كيانات شديدة الارتباط بالمنظمة - كاتحادات الموظفين أو جمعيات الموظفين- مع موظفي المنظمة، أو لنزاعات الأجهزة التمثيلية للموظفين مثل جمعيات الموظفين أو اتحاداتهم مع المنظمة فالاختصاص القضائي محدود بشكل واضح، وهناك عدد من النزاعات - ذات طبيعة عمالية أو غير عمالية - والتي ربما لا تخضع للمحاكم الوطنية بسبب حصانة أحد الطرفين أو كليهما من اختصاصها القضائي وتبقى غير خاضعة للمحاكم الإدارية الدولية<sup>(١٩)</sup>". أي إن مسألة الاختصاص ليست بالبساطة التي توحى بها، فغالباً ما تظهر أثناء العمل ثغرات اعترت النظام الأساسي دالة على عجزه أمام حالة معروضة، وربما كان السبب سكوت النص أو غموضه أو ربما مجرد إمكانية تأويله وغيرها من الأسباب، وهنا ترى هيئة المحكمة نفسها أمام خيارين إما أن تلتزم موقفاً سلبياً من النزاع المعروض مجافيةً بالتالي منظورها عن العدالة التي توحى به المبادئ القانونية العامة، أو أن تتبنى موقفاً جريئاً خلافاً بإيجاد الحلول مسترشدة بذلك روح العدالة وفلسفة القانون، ومن هنا ظهر التمييز بين "الاختصاص القضائي المفروض والاختصاص القضائي بالممارسة المستمرة<sup>(٢٠)</sup>"، ويستطيع المراقب أن يلحظ الاتجاه العام للمحاكم الدولية لتوسيع اختصاصاتها بشكل تدريجي تفرضه نظرة الدول الحذرة تجاه القضاء الدولي عموماً، بالطبع فإن هذا التوسع يضيق كثيراً في ممارسة المحاكم التي تمثل أمامها الدول فقط كأطراف في دعوى - كمحكمة العدل الدولية -، وبشكل أقل على محاكم تفرض التزامات مباشرة على الدول كالمحاكم الدولية لحقوق الإنسان، لكن الدول لن تعارض اتجاهها ليبرالياً لمحكمة إدارية دولية لا تفرض عليها التزامات مباشرة-، وإن كانت الدول الأعضاء ستتحمل الالتزامات التي ترتبها المحكمة على المنظمة كالتعويض تطبيقاً لمسؤولية الدول عن أعمال المنظمات الدولية-، وهو ما أعطى المحاكم الإدارية الدولية حرية ومجالاً في توسيع نطاق اختصاصها، الأمر الذي انعكس تحسناً لموقع

(١٨) August Reinisch and Christina Knabner, From the United Nation Administrative Tribunal to the United nation Appeals Tribunal - Reform of the Administration of Justice System within the United nations, Max Planck UNYB, vol 12, 2008, P 466.

(١٩) C. F. Amerasinghe, op. cit., Pp. 497-498.

(٢٠) Chittharanjan F. Amerasinghe, Jurisdiction of Specific International Tribunals, MartinusNijhoff publishers, 2009, p 300.



الموظف الدولي من خلال زيادة ضماناته في مواجهة إدارة المنظمة التي يعمل لديها، ولا يمكن الانتقاص من أهمية إتاحة النصوص الأساسية للمحاكم إمكانية البت باختصاصها، ولو بدت هذه الصلاحية اعتيادية فقد كان من المستحيل دونها أن تلعب المحاكم الإدارية الدولية الدور المهم الذي لعبته.

ومن الجدير بالذكر أن النظامين الأساسيين للمحكمة الإدارية للأمم المتحدة - الملغاة -، والمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية - وخلافاً للمحاكم الإدارية الدولية الأخرى -<sup>(٢١)</sup>، قد سمحا بطريق استثنائي للطعن بأحكام المحكمتين، من خلال طلب رأي استشاري ملزم من محكمة العدل الدولية<sup>(٢٢)</sup>، وذلك فقط في حالة خروج المحكمة عن اختصاصها أو وقوعها في خطأ في الإجراءات، وأرست محكمة العدل الدولية - في كل آرائها الاستشارية الست ذات الصلة - المبدأ القائل إن دورها في دعاوى المراجعة ليس إعادة المحاكمة ومحاولة إحلال رأيها في جوهر القضية محل رأي المحكمة الإدارية، أو البحث في الموضوع، إنما فقط البحث في مدى تقيد المحكمة الإدارية باختصاصها وبالإجراءات الأصولية. وتسمية طريق الطعن بـ "الاستثنائي" تسمية دقيقة، فلم يتم اللجوء إليه حتى بداية العام ٢٠١٥ سوى مرتين بالنسبة لأحكام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية<sup>(٢٣)</sup>، وأربع مرات بالنسبة للمحكمة الإدارية للأمم المتحدة<sup>(٢٤)</sup>، وانتهت محكمة العدل الدولية في آرائها الاستشارية الست جميعها إلى تقرير صحة جميع الأحكام محل الفحص. أما بالنسبة للنظام المستحدث للأمم

(٢١) انظر: August Reinisch and Christina Knaber, op. cit., p. 451.

(٢٢) انظر: المادة (١٢) من النظام الأساسي للمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية والمادة (١١) من النظام الأساسي للمحكمة الإدارية للأمم المتحدة.

(٢٣) انظر: الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في أحكام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية بشأن الشكاوى الموجهة ضد اليونيسكو - والصادر في ٢٣ تشرين الأول ١٩٥٦ -، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية - الصادر في ١ شباط ٢٠١٢ - في طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية رقم (٢٨٧٦).

(٢٤) انظر: الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في آثار الأحكام بالتعويض الصادرة عن المحكمة الإدارية للأمم المتحدة والصادر في ١٣ تموز ١٩٥٤، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية - الصادر في ١٢ تموز ١٩٧٣ - في طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم (١٥٨)، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية - الصادر في ٢٠ تموز ١٩٨٢ - في طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم (٢٧٣)، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية - الصادر في ٢٧ أيار ١٩٨٧ - في طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم (٣٣٣).

المتحدة لحل المنازعات فهو يقوم على درجتين، وحكم محكمة الاستئناف غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.

## المطلب الأول

### دور المحاكم الإدارية الدولية في تحديد الطبيعة القانونية للوظيفة الدولية

لم تكن مسألة تحديد نوع العلاقة القانونية التي تربط الموظف الدولي بالمنظمة الدولية التي يعمل فيها مجالاً للنقاش أو الخلاف في وقت كان فيه دور السكرتارية في المنظمات الدولية لا يتجاوز ممارسة مهمات روتينية جرى العرف على إسنادها إلى إحدى الدول الأعضاء أو إلى دولة المقر، وكان الموظفون الدوليون يعدون من حيث المبدأ موظفين مدنيين يخضعون لقوانين دولة المقر التي تستضيف المنظمة الدولية<sup>(٢٥)</sup>، وأدى التزايد المستمر لأعداد الموظفين وظهورهم كقوة مستقلة ومن ثم استقلال القواعد النازمة لعملهم لبروز التساؤل حول الطبيعة القانونية للوظيفة الدولية، أي للعلاقة التي تربط الموظف الدولي بالمنظمة الدولية، وكان في ذلك رؤيتان، تقول الأولى بأن العلاقة تعاقدية فما يحكمها هو العقد المبرم بين الموظف والمنظمة، وتقول الثانية بأن العلاقة تنظيمية فالعقد يقتصر دوره على إثبات علاقة العمل ومن ثم يخضع الموظف الدولي لأحكام النظام الأساسي للوظيفة الذي وضعته أجهزة المنظمة والقرارات الإدارية التي تنظم عمل هذه المنظمة، وبين هذين الرأيين يظهر رأي ثالث يتبنى فكرة أن العلاقة علاقة تعاقدية وتنظيمية بأن معاً، هذا الاختلاف الفقهي مبرر، فإلقاء نظرة على النظم القانونية التي تحكم الوظيفة العامة في الدول تكفي لتبريره، ومن المعلوم أن النظم موزعة على مدرستين، المدرسة الأنغلوسكسونية التي تأخذ بالطبيعة التعاقدية، والمدرسة الفرانكفونية التي تأخذ بالطبيعة التنظيمية أو ما يدعى بنظام السلك الوظيفي، فكان من الطبيعي أن ينعكس هذا التباين على آراء الفقه وأحكام المحاكم، "ولا بد من التأكيد على أن الأساس القانوني الذي تستند إليه العلاقة بين الموظف الدولي والمنظمة سيكون له أثر كبير في العديد من أوضاع الموظفين لاسيما فيما يتعلق بحقوقهم وواجباتهم وحتى في مدى الحماية المقررة لهم، والنتائج القانونية التي تنشأ عن هذه العلاقة ستكون متوقفة على التأصيل القانوني لنوع هذه

(٢٥) غسان شاكر محسن أبو طيخ، تعويض الموظف الدولي عن الضرر الناشئ عن خطأ المنظمة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية عام ٢٠١١، ص ٤٩.

العلاقة<sup>(٢٦)</sup>، فالتكييف القانوني التعاقدي "سيجعل الموظف الدولي بعيداً عن المفاجآت التي قد تطرأ على علاقته بالمنظمة بعد دخوله في الخدمة، ولكن يؤخذ عليه أنه يؤدي إلى تقييد المنظمة بشروط العقد ولو ألحق ذلك الضرر بها، كما يؤخذ عليه عجزه عن تفسير مسألة الموظف الدولي في حالات معينة عن أعماله، ليس فقط أمام المنظمة وهي الطرف الثاني في العقد بل أيضاً في مواجهة المتعاملين معها مع أنهم ليسوا طرفاً في العقد<sup>(٢٧)</sup>"، أما التكييف القانوني التنظيمي سيجعل من أنظمة ولوائح المنظمة الأصل فيما يتعلق بأي نزاع بين الموظف والمنظمة، وسيكون العقد بالتالي خاضعاً لهذا الأصل، وهو ما سيضعف من ضمانات الموظف الدولي، لأن عمله - وكما سألين- لا يتصف بالديمومة.

كان من الطبيعي أن يتعرض القضاء الإداري الدولي لمسألة التكييف القانوني للوظيفة الدولية من خلال القضايا المعروضة عليه فهي تشكل مسألة أولية لا بد من البت فيها قبل نظر الكثير من النزاعات، وانتهى جانب من الفقه إلى أن قضاء المحاكم الإدارية الدولية قد استقر على التكييف التنظيمي "اللائحي" للعلاقة، وأرى أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ فيه على إطلاقه ولا بد من التفصيل<sup>(٢٨)</sup>. فنرى في قضية رفعت أمام المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية تأكيد المحكمة على أن "علاقة الموظف بجامعة الدول العربية هي علاقة تنظيمية لا تعاقدية كما هو عليه اجتهاد هذه المحكمة، فتسري على الموظفين الأحكام التشريعية الخاصة بالجامعة بمفعول فوري ما دام لا يوجد نص خاص يقضي بتطبيق أحكام أخرى<sup>(٢٩)</sup>"، وفي حكم آخر لها أوضحت المحكمة "أن ما هو مستقر في شأن تكييف علاقة الموظف بالمنظمة من أنها علاقة تنظيمية وأن مركز العامل أو الموظف هو مركز قانوني عام ويجوز تغييره في أي وقت دون توقف على رضائه أو موافقته، ولا يسري تعديل الأنظمة واللوائح التي تنظم

(٢٦) المرجع السابق، ص ٤٩.

(٢٧) د. علي يوسف الشكري، المنظمات الدولية والإقليمية والمتخصصة، إيتراك للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٣، ص ٤٨، مأخوذ عن المرجع السابق.

(٢٨) د. حمادة محمد بدوي متولي، ضمانات الموظفين الدوليين - دراسة مقارنة -، جامعة أسيوط، ٢٠٠٤، ص ٨٨. مأخوذ عن: هبة جمال ناصر عبد الله علي، المرجع السابق، ص ١٠٢. ويرى الدكتور متولي أن الشروط التعاقدية تكاد تكون شكلية محضة لأن العمل في المنظمات سواء الدولية أو الإقليمية يجري على أن يتم الإعداد المسبق لعقود توظيف نمطية تعتبر هذه العقود في حد ذاتها، وكأنها لائحة لتنظيم عملية التوظيف.

(٢٩) راجع القضية رقم ٦/ لسنة ٩/ قضائية أمام المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية والمنظورة في جلسة ١١/٣/ ١٩٧٧.



شؤون العاملين على الذين تسند لهم المراكز القانونية في الوظائف بعد التعديل فحسب بل أيضاً على العاملين الموجودين في الخدمة في وقت العمل بالتعديل ... وليس للعامل أصل حق في أن يحتج بوجوب معاملته بالنظام القانوني الذي عين في ظله، طالما قد تم تعديل في النظام بذات الأداة التي صدر بها مستهدفاً تحقيق مصلحة عامة<sup>(٣٠)</sup>، ومن الواضح أن المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية قد اعتمدت تكييف العلاقة كعلاقة تنظيمية وتبنت النتائج المترتبة على هذا التكييف بشكل كامل<sup>(٣١)</sup>، ويبدو أن القضاء الإداري في البلد المضيف (مصر) قد أرحى بظلاله على وجهة نظر المحكمة.

وانتهت المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية إلى ذات النتيجة<sup>(٣٢)</sup> معتمدة التكييف التنظيمي للوظيفة الدولية. أما المحكمة الإدارية للأمم المتحدة "تميل إلى وصف العلاقة بين الموظف والأمم المتحدة بأنها مبنية على عناصر عقدية وعناصر نظامية إذ تفرق هذه المحكمة بين العناصر الاتفاقية والعناصر الإدارية للعقد، فكل ما يتعلق بالمركز الشخصي للموظف مثل طبيعة عمله ومرتبته عمله وراتبه يعد عقدياً، أما فيما يتعلق بالوظيفة وما يتطلب لحسن أدائها فيعد تنظيمياً<sup>(٣٣)</sup>"، ويناصر المحكمة في رأيها جانب من الفقه يقول "أن الوظيفة الدولية تخلق علاقة بين الموظف والمنظمة يمكن تكييفها بأنها علاقة تعاقدية تبني في جزء منها على نصوص لا يجوز للإدارة أن تفرد بتعديلها، كما أنها علاقة إذعان على أساس أنها مجموعة من القواعد التنظيمية يفرضها رب العمل (المنظمة) على الموظف، وهذا الإذعان ليس قاصراً على القواعد المطبقة وقت دخول الوظيفة بل كذلك على القواعد المطبقة من تعديلات فيما يسمى بلوائح الموظفين<sup>(٣٤)</sup>"، "وقد تبنت المحكمة في بعض الأحكام<sup>(٣٥)</sup> التي

(٣٠) راجع القضية رقم ٧/ لسنة ١٩٩٠م أمام المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية والمنظورة في جلسة ١٩٩٢/٩/١.

(٣١) راجع القضايا التالية أمام المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية: القضيتين ١٩٨٢/٣ و ١٩٨٢/١٣ بتاريخ ١٩٨٢/١٠/١٣، القضية ١٩٨٣/٢٠ والمنظورة بتاريخ ١٩٨٥/٧/٢٣، والقضية ١٩٨٤/٣٧ والمنظورة بتاريخ ١٩٨٧/٧/٧.

(٣٢) راجع القضية أمام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية المنظورة بتاريخ ١٩٥٥/١٠/٢٩: FROMA, Judgment No. 22, FIFTH ORDINARY SESSION, (Part II).

(٣٣) غسان شاكر محسن أبو طيبخ، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٣٤) د. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم، دراسة في كل من الفكر المعاصر والفكر الإسلامي، التنظيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٤٧، عن المرجع السابق /.

(٣٥) United Nation Administrative tribunal, Judgments from No.29 TO No. 37.



أصدرتها سنة ١٩٥٣ موقفاً محدداً رفضت فيه رأي لجنة الفقهاء الثلاثة التي شكلها مجلس عصبة الأمم، والذي كان ينظر إلى الرابطة التي تقوم بين المنظمة الدولية وموظفيها على أنها تقوم على أساس تعاقدية، وقد اعترفت المحكمة للإدارة الدولية، وهي بصدد تكييف هذه الرابطة، بسلطة تنظيم وإعادة تنظيم المرافق الإدارية الدولية بما يتفق مع مصلحتها، حتى لو أدى ذلك إلى استبدال وحذف الوظائف والدرجات، وتقليل عدد الموظفين، طالما أن ذلك ضروري ولازم لحسن سير العمل وانتظامه في المنظمة. وقد اهتمت المحكمة كذلك بتوضيح مفهومها للحقوق المكتسبة للموظفين وذلك بأن فرقت بالنسبة لكل موظف بين الأمور القابلة للتعديل وتلك التي لا يجوز المساس بها وهو ما دعاها إلى تعريف رابطة الوظيفة بأنها عقدية وتنظيمية معاً<sup>(٣٦)</sup>، ونرى من خلال المنهج الذي اتبعته المحكمة الإدارية للأمم المتحدة، أنها أخذت بحل وسط بين التكييفين التنظيمي والعقدي محاولة - وفق وجهة نظرها - إعطاء الموظف الدولي أكبر قدر من الضمانات دون أن يؤدي ذلك للتأثير سلباً على عمل وتطور المنظمة، الأمر الذي سيعيق المبادرة وانتهاج سياسات جديدة، ولكن وبحسب اعتقادي لا يمكن التسليم بالوجهة التي سارت إليها المحكمة الإدارية للأمم المتحدة وبالتبعية وجهتي نظر المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية والمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، وذلك لأن أي وصف تنظيمي للعلاقة - حتى ولو كان جزئياً - قد يمس سلباً بحقوق الطرف الضعيف وهو هنا الموظف الدولي، فلا يمكننا تفهم المقاربة القائلة بأن العلاقة بين الموظف الدولي والمنظمة شبيهة بعلاقة الوظيفة العامة في القانون الداخلي للدول الفرانكفونية، حيث إن الطابع التنظيمي أوجد لصالح المرفق العام من جهة ولصالح الموظف العام من جهة أخرى، فيجب علينا أن لا ننسى أن الموظف العام متى دخل سلك الوظيفة العامة يمتلك حصانة ضد التسريح ولو كانت مصلحة المرفق تتطلب ذلك - إلا في حالات نادرة تنص عليها قوانين الوظيفة العامة الوطنية ويتعلق معظمها بالنزاهة-، الأمر المفقود في الوظيفة الدولية والتي تعتبر مؤقتة-من حيث زمن إشغال الموظف لها- حتى لو وصفت بالدائمة، فالتمييز بين الوظائف الدائمة والمؤقتة في المنظمات الدولية يقوم على أساس الوظيفة لا على أساس شاغلها الذي مهما كان توصيف الوظيفة التي يشغلها يبقى عقده مؤقتاً، فكيف لنا أن نعامل موظفاً وفق عقد مؤقت معاملة موظف محصن ضد التسريح - من حيث المبدأ -؟ كما أن الموظف الدولي يحتاج لسكينة واستقرار وحماية أكبر من الموظف العام برأبي، فالموظف

(٣٦) د. جمال طه ندا، المرجع السابق، ص ٣١٥.

الدولي غالباً ما يعمل خارج حدود دولته، الأمر الذي يحمل معه مشقة السفر والانتقال، كما أن الموظف العام يحظى بحماية اجتماعية أكبر بكثير من الموظف الدولي، فالنقابات وتجمعات الموظفين في الداخل تلعب دوراً هاماً في ذلك، على عكس جمعيات الموظفين الدوليين التي لا تملك ذات الثقل والتأثير، والحل حسبما أراه يكون بمنح كامل النتائج المترتبة على الطبيعة التنظيمية وأهمها ديمومة العمل، وإلا تكييف العلاقة بأنها عقدية لترتيب كامل الحماية التي تمنحها الصفة العقدية عوضاً عن نزعتها - تعسفاً - وإحلال الشروط التنظيمية التي لن تمنح الموظف أي ضمانات جديدة بسبب زوال صفة الديمومة أساساً، ووفقاً لذلك لا يمكن القبول بما انتهت إليه المحاكم الإدارية الدولية عند مقارنته بالدور الإيجابي الفعال الذي سيتم التعرض له في المطلبين الآتيين.

## المطلب الثاني

### دور المحاكم الإدارية الدولية في توسيع صلاحيتها من خلال المبادئ العامة في التفسير

لا تختلف أصول تفسير النظم الأساسية للمحاكم الإدارية الدولية عن القواعد العامة المتبعة في تفسير قواعد القانون الدولي العام من حيث المبدأ، هذه القواعد التي رسخت من خلال العمل واجتهادات المحاكم الدولية وسّعت من نطاق النصوص هادفة لتحقيق فلسفة تشريعها عوضاً عن التمسك بحرفيتها، والمنطق القانوني السليم يقتضي ذلك، ومن المبادئ المعتمدة إعمال النص عوضاً عن إهماله، والاستناد إلى قواعد واعتبارات العدالة، والالتجاء للقياس، وعدم الإمساك عن النظر في الدعاوى عند سكوت النص، وسيتم بيان مدى أخذ المحاكم الإدارية الدولية بمبادئ التفسير السابقة والغايات التي حققها ذلك في فرعين، يتناول أولهما توسع المحاكم في تفسير النصوص، بينما يبحث الثاني في تطويع النصوص وإعمال فلسفة التشريع.

## الفرع الأول

### توسيع صلاحيات المحاكم الإدارية الدولية من خلال التوسع في تفسير النصوص.

إن نطاق اختصاص المحاكم الإدارية الدولية الشخصي يشمل الموظفين الدوليين في المنظمة التي أنشأت المحكمة والمنظمات التي وافقت على اختصاص المحكمة باتفاق لاحق أو إخطار، وعلى الرغم من أن مفهوم الموظف الدولي بات جلياً وذا دلالة

واضحة خاصة بعد أن عرفته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة الصادر في ١١ نيسان عام ١٩٤٩<sup>(٣٧)</sup>، إلا أن مسألة تحديد مَنْ هو الموظف الدولي الذي يشملته اختصاص المحكمة تبعاً للنظم الأساسية للمنظمات والمحاكم الإدارية، كانت مسألة محل بحث واجتهاد، فعلى سبيل المثال ذهبت المحكمة الإدارية للأمم المتحدة الملغاة إلى عدم حصر مصطلح الموظف الدولي العامل في الأمانة العامة - حسب المادة ٢/١ من نظامها الأساسي<sup>(٣٨)</sup> - بالموظفين الذين عينهم الأمين العام للأمم المتحدة، وكان ذلك في حكمها بدعوى أقامها اثنان من العاملين في وكالة إغاثة اللاجئين الفلسطينيين ضد الأمين العام للأمم المتحدة بعد صدور قرار ماس بمركزهم الوظيفي، ودفع الأمين العام بعدم اختصاص المحكمة كون الموظفين السابقين تم تعيينهما من المدير العام لوكالة إغاثة وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين وليس من قبل الأمين العام وبالتالي لا تنطبق عليهم المادة ٢/١، لم تقبل المحكمة هذا الدفع وأعلنت اختصاصها مفسرة النصوص "بطريقة أكثر مرونة وعلى نحو يعطيها هذا الاختصاص ومستندة في ذلك إلى اعتبارات أُسمى من مجرد الوقوف عند المعنى الضيق والحرفي للنصوص ألا وهي اعتبارات المصلحة العامة وما توجبه من كفالة حق الموظف في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي<sup>(٣٩)</sup>"، وهو توسع منطقي للمحكمة إذ من غير المقبول أن يتم التمييز بين موظفين تابعين لذات الفرع من منظمة بدعوى أن أحدهما لم يعينه رئيس الجهاز بل عينه مدير مخول حق التعيين بموجب نص قانوني، فطالما أن تعيين الموظف قد تم بشكل قانوني يجب أن يستفيد من كل الضمانات الممنوحة لموظفي المنظمة ولو ورد في نص قانوني معين أن موظفي الأمانة العامة يعينهم الأمين العام، والرد على ذلك أن نصاً قانونياً آخر منح سلطة التعيين لمدير الوكالة المعنية، وعلى فرض اعتبار

(٣٧) أكدت المحكمة أنها "تفسر مصطلح الموظف بأكثر المعاني اتساعاً، أي بأنه أي شخص سواء كان يعمل بأجر أو لا، وسواء كان عاملاً دائماً أو لا، تم تكليفه من قبل جهاز في المنظمة ليقوم أو ليساعد في القيام بإحدى وظائفها، وباختصار، أي شخص تعمل المنظمة من خلاله".

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p177.

(٣٨) "The tribunal shall be competent to hear and pass judgment upon application alleging non-observance of contracts of employment of staff members of the secretariat of the united nations.."

(٣٩) دجمال طه نداء، المرجع السابق، ص ٣١٢.



ذلك تناقضاً في النصوص، فمن غير المعقول أن يتحمل الموظف وزر هذا التناقض الذي ليس له يد فيه وهو الطرف الأضعف الذي تقضي فلسفة التشريع بحمايته حماية قانونية. وعموماً فإن المحكمة الإدارية للأمم المتحدة أكدت أن سكوت نظام الموظفين الأساسي عن تنظيم مسألة إجرائية معينة يمنحها الاختصاص في نظر تلك المسألة<sup>(٤٠)</sup>.

أما المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية فقد اتخذت موقفاً أكثر تزمناً عندما أعلنت عدم شمول صلاحيتها لمنازعات موظفي منظمة العمل العربية<sup>(٤١)</sup>، على الرغم من أن نظام موظفي هذه المنظمة ينص في المادة (٥٦) على أن يشمل الاختصاص الوظيفي للمحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية كافة النزاعات الناجمة عن تطبيق هذا النظام، وكانت حجة المحكمة أن هذا النص لا يملك أن يمنحها الاختصاص بغير الطريق الذي رسمه نظامها الأساسي، والواقع أن المحكمة درجت على هذه السابقة لاحقاً<sup>(٤٢)</sup> حتى تم تعديل النظام الأساسي، فقد كانت المادة (١٧) من النظام الأساسي للمحكمة تتطلب لامتداد ولايتها للدعوى التي يرفعها موظفو أي منظمة أو هيئة أو مؤسسة أو مركز أو جهاز ملحق بالجامعة أو منبثق عنها طلب الهيئة المعنية ذلك وصدر قرار من الأمين العام بقبوله. وقد تم تعديل المادة (١٧) في العام ٢٠١٠ وحذا لو كان هذا التعديل قد اتخذ بناء على ممارسة سابقة للمحكمة<sup>(٤٣)</sup>.

وفي مسألة أخرى في دعوى أمام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية أقامها موظف يعمل في أحد فروع منظمة العمل الدولية إثر قرار يحرمه من بعض حقوقه المقررة في نظام الموظفين لدى المنظمة، أشارت المحكمة إلى أن عدم وجود نص يمنحها الاختصاص بنظر الدعاوى الخاصة بفروع المنظمة سيجعل موظفيها في وضع سيء أمام الإدارة الدولية، لأنه سيحرمهم من حق الاعتراض على القرارات

(٤٠) August Reinisch The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals, op. cit., p. 293.

(٤١) راجع حكم المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية في الدعوى رقم ١٧/ لسنة ١٠ قضائية عام ١٩٧٦.

(٤٢) راجع على سبيل المثال القضية /٢٢/ لسنة /١١/ ق جلسة ١٧/١١/١٩٧٧، والقضية رقم /٤٠/ لسنة /٤٠/ ق بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٥.

(٤٣) أصبح نص المادة كالاتي: "يشمل اختصاص هذه المحكمة: أ- كل منظمة أو هيئة أو مؤسسة أو مركز أو جهاز ملحق بالجامعة أو منبثق عنها والعاملين فيها أو من كانت تربطهم علاقة عمل بها. ب- تلتزم هذه المنظمات والأجهزة بالنظامين الأساسي والداخلي للمحكمة وبتنفيذ الأحكام الصادرة عنها باعتبارها حكماً نهائياً وملزمة."



التعسفية التي تصدرها الإدارة قبلهم والطعن فيها، وهذا يتعارض مع الغايات المستهدفة من إنشاء المنظمة، ومع تلك التي يسعى إليها نظام موظفيها، وأهمها ضمان وكفالة حقوق موظفيها، وعلى ذلك فإن المحكمة لا تجد نفسها أمام تفسير نص يتعلق باختصاصها وإنما بمواجهة تفسير نظام الموظفين الداخلي برمته، وبالتالي فإن التفسير الذي يثور بشأن اختصاص المحكمة إنما ينبغي أن يتم في ضوء تلك الأهداف والغايات<sup>(٤٤)</sup>، وبالتالي قررت المحكمة اختصاصها "مستندة في ذلك إلى المبدأ الأساسي الذي تعتنقه غالبية الأنظمة القانونية والقضائية والذي يهيب بالمحكمة ألا تمسك عن نظر الطعن والفصل فيه في حالة غياب وسكوت النص"<sup>(٤٥)</sup>، فالمحكمة إذاً لم تتخذ موقفاً سلبياً بل بادرت بمدّ اختصاصها القضائي إلى أشخاص دون نص قانوني صريح يجيز لها ذلك، مستلهمة في سعيها العدالة التي يوحى بها المنطق القانوني السليم، إذ كيف لغياب النص أن يسبب تمييزاً في الحقوق - وهو هنا حق اللجوء للقضاء - بين موظفين دوليين في ذات المنظمة وإن اختلفت الفروع التي ينتمون إليها، كما إن منظمة العمل الدولية - الطرف في هذه الدعوى - أخذت على عاتقها مهمة حماية حقوق العمال على الصعيد العالمي، فكيف لها أن تنكر أبسط حقوق موظف في أحد فروعها وهو حق اللجوء للقضاء من أجل الطعن في قرار صادر عن أحد أجهزتها، لقد أحسنت المحكمة في توجيهها المبكر هذا والذي اكتسب أهمية كبيرة لا بد وأنها انعكست على القضاء الإداري الدولي عموماً.

## الفرع الثاني

### دور المحاكم الإدارية الدولية في تطوير النصوص من خلال أعمال فلسفة التشريع

تحدثت فيما سبق عن استخدام المحاكم الإدارية الدولية لتقنيات التوسع في التفسير وابتكار الحل عند سكوت النص، إلا إنه من غير المقبول أن تقوم المحكمة بمخالفة نص صريح في نظامها الأساسي أو في نص قانوني آخر وتطبق عوضاً عنه العدالة من وجهة نظرها، وصلاحيّة المحاكم المقررة في نظمها الأساسية بالفصل في مسائل ولايتها لا تخولها الخروج عن باقي النصوص، لكن ماذا إن كانت حرفية

(٤٤) راجع: حكم المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية: DESGRANGES, Judgment No. 11, Third Ordinary Session, 12 August 1953.

(٤٥) د. جمال طه ندا، المرجع السابق، ص ٢٩١.

النصوص مخالفة لفلسفة تشريعها؟ من حيث المبدأ لا يجوز للمحكمة الخروج عن رغبة المشرع وخاصة في المسائل الموضوعية، لكننا نرى في ممارسة بعض المحاكم الإدارية الدولية خروجاً عن النصوص الأساسية بالمخالفة الصريحة وذلك ابتغاء تحقيق فلسفة التشريع في مسائل إجرائية. تقضي فلسفة التشريع دائماً حماية الطرف الضعيف في العلاقات القانونية، ومن ذلك - على سبيل المثال لا الحصر - المستأجر في العلاقة الإيجارية، المرأة في مسائل الزواج، والعامل أو الموظف في علاقة العمل، ففي الحين الذي تتشدد المحاكم الإدارية الدولية كثيراً في الإجراءات الواجب على الإدارة اتباعها لإصدار قرار ماس بالموظف الدولي، نرى بالمقابل أن الإجراءات المطلوبة من الموظف كثيراً ما يتم التغاضي عن مخالفتها من قبله فهو الطرف الذي تقضي فلسفة القانون بحمايته. على سبيل المثال يقضي النظام الأساسي للمحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية في المادة ٩/١ (١) بإلزام الموظف المتضرر من قرار إداري تقديم تظلم للأمين العام لجامعة الدول العربية يطلب منه سحب القرار، لكن المحكمة في دعوى محمود أبو زيد ضد أمين عام مجلس الوحدة الاقتصادية العربية - بصفته - رفضت التقيد الحرفي بالنصوص، معتبرة أن تقديم تظلم لمصدر القرار ورفضه يغني عن تقديم التظلم للأمين العام البعيد عن حيثيات القضية<sup>(٤٦)</sup>، إضافة لأن التشدد في الإجراءات يعيق تطبيق العدالة ولا محل له، حيث إن الموظف المذكور قدم تظلاً ضد القرار المطعون فيه لأمين عام مجلس الوحدة الاقتصادية العربية ولم يقدمه لأمين عام جامعة الدول العربية، كما يلزم النظام الأساسي والنظام الداخلي للمحكمة صراحة<sup>(٤٧)</sup>، وعندما دفعت الإدارة بأن المدعي لم يقدم تظلاً - والمقصود هنا للأمين العام - أشارت المحكمة بأنه وقد ثبت لها أن المدعي قدم تظلمه لأمين عام مجلس الوحدة الاقتصادية، وأن الحكمة من اشتراط التظلم الإداري تكمن في تبصير السلطة التي أصدرت القرار الإداري أو السلطات الرئاسية بوجه مخالفة القانون الذي شاب القرار، وهو ما تحقق في التظلم الذي قدمه الموظف. لكن ما سبق لا يعني أن المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية نصبت نفسها مشرعاً، فالمحكمة أكدت على سبيل المثال أن قواعد العدالة والإنصاف لا يجوز إعمالها عند وجود نص واضح

(٤٦) راجع: القضية رقم ١٤/ لسنة ٤٢/ ق، جلسة ١١/٤/٢٠١٠، أمام المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية.

(٤٧) المادة ٩/١ (١) من النظام الأساسي والمادة (٧) من النظام الداخلي للمحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية.

يحكم الواقعة موضوع النزاع<sup>(٤٨)</sup>، " ولم تتردد أبداً في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف في مسألة موضوعية عند خلو نص في النظام الأساسي<sup>(٤٩)</sup>، " فإذا كان تحقيق العدل القضائي يعتمد في الأساس على القواعد الموضوعية فإن الوصول إلى الحل العادل لا يكون إلا من خلال القواعد الإجرائية، فهي وسيلة إدراكه وإخراجه إلى حيز الوجود بوضعه موضع التطبيق الفعلي في صورة أحكام قضائية تتمتع بصفة الإلزام، ورغم ضرورة القواعد الإجرائية على النحو المتقدم، فإن تلك الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، بحيث تكون هذه القواعد في حدود ما يجب أن تكون عليه وبالقدر اللازم فقط لقيام المحكمة بتحقيق مهمة العدالة في أقصر وقت وبأقل التكاليف، لأن القواعد الإجرائية ليست غاية في حد ذاتها وإنما هي وسيلة لحصول صاحب الحق على حقه، فإذا عجزت تلك القواعد عن بلوغ القضاء غايته في تحقيق العدالة، فإن ذلك يعد مؤشراً على أن ثمة قصوراً في التنظيم الإجرائي عن أداء وظيفته<sup>(٥٠)</sup>، " ومن هنا تبرز أهمية القضاء في تنبيه المشرع إلى مواضع الخلل ليتخذ الأخير دوره في إقرار ما يمكن تسميته تطويع النص أو التعديل الضمني بالممارسة اللاحقة.

### المطلب الثالث

#### دور المحاكم الإدارية الدولية في الرقابة على القرار الإداري

تُمنح الإدارة عادة سلطات تخضع لتقديرها كالتعيين وإنهاء الخدمات والترقية وغيرها من السلطات المحددة بموجب نصوص قانونية، ومن الطبيعي أن القضاء الإداري لا يملك الحق في التدخل في هذه السلطات إلا من حيث تقييد الجهة مصدرة القرار الإداري بالنصوص القانونية التي منحتها الحق في إصداره، لكن تعنت الإدارة قد يدفعها لإصدار قرار هو من حيث المبدأ خاضع لسلطتها التقديرية لكنه يمس بمركز الموظف بشكل يجافي العدالة، فكان للمحاكم الإدارية الدولية دور كبير في مراقبة الرقابة على تقدير الإدارة رغم عدم وجود نص يبيح لها ذلك، وتمكنت من ذلك بعدة أساليب، كاشتراط تسبيب القرار الإداري تحت طائلة البطلان وفحص تناسب التسبيب

(٤٨) القضية رقم/٢٣/ لسنة /١١/ ق جلسة ١٧/١١/١٩٧٧.

(٤٩) القضية رقم/١/ لسنة /١٢/ ق جلسة ١٧/١١/١٩٧٧.

(٥٠) د. عاطف سعدي محمد علي، تأثير إجراءات التقاضي على تحقيق العدالة أمام المحكمة الإدارية للجامعة العربية - دراسة تحليلية، المجلة العربية للفقه والقضاء الصادرة عن جامعة الدول العربية، العدد ٤١، ص ١٠٥.

مع القرار، والتدقيق في تضافر الأسباب وعدم تعارضها والنظر فيما إذا كانت الإدارة وأثناء استخلاصها لمصلحة المنظمة قد جافت العدالة، كأن تكون مارست نوعاً من التمييز غير المبرر على سبيل المثال. وسيتم العمل على بيان دور المحاكم الإدارية الدولية في الرقابة على القرار الإداري من خلال تسبيب القرار الإداري - في الفرع الأول - ومن خلال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة - في الفرع الثاني -.

## الفرع الأول

### رقابة المحاكم الإدارية الدولية على تسبيب القرار الإداري

تعد مسألة تكوين القرار الإداري خاصة بالإدارة تحددها وفق أولوياتها بحسب رؤيتها لمصلحة المنظمة، ولا يمكن للقضاء أن يفرد رقابته على قرار الإدارة دون وجود تسبيب لهذا القرار الذي صدر فكيف للمحكمة أن تفحص مدى شرعية الأسباب التي اعتمدت عليها الإدارة ومدى التزامها بما توجبه هذه الأسباب - أي أن تكون الأسباب المذكورة تؤدي بشكل منطقي للنتيجة التي هي القرار الذي صدر -، وقد تصدت المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية لضرورة التسبيب ورتبت البطلان على خلو القرار من أسبابه، ففي دعوى<sup>(٥١)</sup> أقامتها موظفة في منظمة اليونسكو ضد هذه المنظمة طالبة إلغاء القرار الصادر بإنهاء خدماتها كون هذا القرار صدر دون موجباته، تذرعت المنظمة في ردها أنها غير ملزمة بتسبيب قرارها في إنهاء الخدمات، لكن المحكمة رفضت هذا الدفع كونه "يتعين لصحة القرار الإداري الذي تصدره الإدارة الدولية بإنهاء خدمة أحد الموظفين الدوليين أن يقوم على سببه الصحيح الذي يبرر إصداره، وأن تفصح الإدارة عن هذا السبب في قرارها خاصة إذا كانت نصوص وأحكام النظم واللوائح الوظيفية تتطلب ذلك، وقد درج القضاء الدولي على الحكم ببطلان هذا القرار وإلغائه إذا صدر خلواً من سببه<sup>(٥٢)</sup>"، ودرجت المحكمة على هذا الرأي لاحقاً حتى أنها طورت فهماً جديداً في دعوى *ruth forma* ضد منظمة اليونسكو<sup>(٥٣)</sup>، حيث ادعت إدارة المنظمة أن للقرار المطعون فيه أسبابه الموجبة إلا أنها رأت إبقاء هذه الأسباب سرية، كون القرار صدر بناء على توصية المجلس

(٥١) راجع: القضية أمام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية: PANKEY, Judgment No. 23, Fifth Ordinary Session, part 2.

(٥٢) د. جمال طه ندا، مرجع السابق، ص ٢٩٧.

(٥٣) راجع: القضية أمام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية: Froma, Judgment No. 22, Fifth Ordinary Session, part 2.



الاستشاري للمنظمة وهذا كافي برأيها لحمل القرار على سببه الصحيح دون حاجة الإفصاح عن الأسباب والمبررات، لم تقتنع المحكمة بهذا الدفع "لأن بقاء أسباب القرار سرية وغير معلنة سوف يتعارض بالقطع مع تحقيق الحماية التي تستهدف المنظمة تحقيقها للموظفين إزاء القرارات التعسفية التي تصدرها الإدارة الدولية وتتضمن المساس بحقوقهم ومصالحهم وهو ما يتطلب أن تكون أسباب هذه الإجراءات معلنة ومعروفة كي يتسنى للقضاء الإداري الدولي أن يتحقق من مدى مشروعيتها وسلامتها<sup>(٥٤)</sup>"، هذا بالإضافة لأن مجرد دفع الإدارة في هذه الدعوى أن وجود توصية من المجلس الاستشاري يعفيها من بيان الأسباب يعني أن هناك أسباباً أخرى دفعت الإدارة لاتخاذ القرار أو على الأقل ساهمت في اتخاذه وبالتالي يتوجب ذكر الأسباب ككل، فالمحكمة عندما تشكل قناعتها تفحص الأسباب ككل لا أحدها فقد تنهاتر الأسباب مسببة البطلان.

اتخذت جامعة الدول العربية موقفاً مشابهاً في دعوى أقامها موظف كان يعمل سائقاً في المنظمة وصدر قرار بفصله من العمل دون بيان سبب قانوني، فحكمت المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه على أسس قانونية أوردتها كان أحدها "أن القرار المطعون فيه صدر فاقداً لركن أساسي من أركانه وهو سبب وجوده وعلّة إصداره ووقع مخالفاً للقانون ويتعين من ثم إلغاؤه"<sup>(٥٥)</sup>. أي إن جامعة الدول العربية اتخذت موقفاً واضحاً من ضرورة احتواء القرار على أسباب وأوجه صدوره وفي ذلك ضمانات حقيقية بمواجهة قرارات إدارية تعسفية دون وجه قانوني، ولم تسمح للإدارة بالتذرع بسلطتها التقديرية، الأمر الذي سينعكس على قرارات هذه الإدارة التي ستغدو مكيّنة لناحية قيامها على أسبابها المنطقية.

ولم تتوقف المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية عند هذا الحد بل أعلنت اختصاصها بتقدير السبب الحقيقي لصدور القرار الإداري حتى لو ذكرت أسباب صدوره وكانت قانونية وكافية، لكنها ليست الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة لإصدار قرارها، وهي مسألة تحسب للمحكمة. على سبيل المثال قررت المحكمة في دعوى رفعتها موظفة في مجلس الوحدة الاقتصادية ضد الأمين العام لهذا المجلس أن الأسباب التي وردت في متن القرار لم تكن هي الأسباب الحقيقية لصدوره، وأنها قد

(٥٤) د. جمال طه ندا، مرجع السابق، هامش الصفحة ٢٩٨.

(٥٥) راجع: الوقائع وحكم المحكمة في القضية رقم/٢٠/ لسنة ١١/ قضائية جلسة ١٧/١١/ ١٩٧٧.

تكشّف لها من ملابسات إصدار القرار المطعون ومناخه أنه اتخذ خلال مقاضاة المدعية للجهة الإدارية في شأن من شؤونها الوظيفية، وأن الإدارة سارعت إلى إنهاء خدماتها بعد إقامة دعواها رغم قيام الأسباب التي تدعيها قبل ذلك، وساغ بالتالي أن يتولد في قناعة المحكمة إحساس طبيعي بأن إنهاء الخدمة جاء كرد فعل لرفع الدعوى على الجهة الإدارية وكان لها أن تستشف من هذه الملابسة أنها دليل على إساءة استعمال السلطة، وانتهت المحكمة من ذلك إلى أحقية المدعية في دعواها وإلغاء القرار المطعون فيه<sup>(٥٦)</sup>.

وبنفس المعنى أكدت محكمة الأمم المتحدة للاستئناف أن الإدارة ملزمة بتبرير قرارها بشكل يكون مثبتاً بالحقائق<sup>(٥٧)</sup>. كما أن المحكمة الإدارية لصندوق النقد الدولي تتطلب عموماً أن تكون القرارات الإدارية مدعمة بالأدلة المعقولة، وبالتالي فالقرار الإداري يكون عرضة للإلغاء في حال اعتمد على خطأ في الواقع أو القانون، أو تم تجاهل حقائق أساسية أثناء إصداره، أو تم التوصل إلى نتائج غير صحيحة من الأدلة والأسباب المساقة<sup>(٥٨)</sup>، وهو ذات ما استقرت عليه المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية<sup>(٥٩)</sup>.

ويمكن استخلاص مبدأ مما سبق، أن القضاء الإداري الدولي له أن يراقب مدى صحة الوقائع المسندة إلى الأسباب المحددة التي تفصح عنها الجهة الإدارية لإصدار قرار ومدى صحة تكييفها القانوني، وله كذلك أن يتحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول موجودة أو كانت غير ذلك، وإلا كان القرار فاقداً لركن السبب، ووجود عدة أسباب للقرار اتضح فساد بعضها يجعل من العصي على المحكمة الفصل بين ما فسد من الأسباب وما صح منها، فيغدو القرار غير مستند على أساس صحيح وبالتالي جديراً بالإلغاء<sup>(٦٠)</sup>.

(٥٦) راجع: الوقائع وحكم المحكمة في القضية رقم/١٣/ لسنة /١١/ قضائية جلسة ١٧/١١/١٩٧٧.

(٥٧) انظر: UNAT, Islam v. Secretary- General of the United Nations, Judgment No. 2011 - UNAT-15,11 March 2011, para 29.

(٥٨) انظر: IMFAT, "Y" (No. 2) v. International Monetary Fund, JUDGMENT No. 2002-2, March 5, 2002, paras. 63, 64.

(٥٩) انظر على سبيل المثال: ILOAT, Z. S. v. United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), 118<sup>th</sup> Session, Judgment No. 3378, 15 May 2014, para.6.

(٦٠) حول هذه الحالة راجع حكم المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية في القضيتين ٨٤/٣٤ و٨٤/٣٥ في ٢٦/٧/١٩٨٥.

## الفرع الثاني

### الرقابة القضائية على السلطة التقديرية

بعد الاعتراف بالزامية التسبب غدت عملية إصدار القرار الإداري عملية أكثر شفافية وبالتالي باتت الرقابة على هذه القرارات من ناحية شرعيتها وقانونيتها ومدى استهدافها صالح المنظمة أكثر سهولة، فمن السهل التحقق من مدى مراعاة القرار للمنظمة وللإجراءات اللازمة لصدوره<sup>(٦١)</sup>، أما الفائدة المرجوة من التسبب هي إمكانية الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية، والسلطة التقديرية كما أجمع الفقه والقضاء الإداري لا تعني السلطة المطلقة، فالخضوع لسلطة مطلقة أمر غير منطقي، وحرية الإدارة في استنتاج صالح المنظمة لا يعفيها من أن يكون استنتاجها منطقياً، فليس كل سبب لقرار هو سبب صحيح مقنع، "وحدها الأسباب المنطقية يمكن تسويغها ووحدها جديرة بالاحترام كونها تحمل قوة إقناع شرعية"<sup>(٦٢)</sup>، ويمكن تبرير الرقابة على السلطة التقديرية وإن لم يقررها نص، بأن الغاية من إنشاء المحاكم الإدارية الدولية ليس فقط ضمان حقوق الموظفين، بل أيضاً لضمان انتظام العمل وجودته ضمن المنظمة<sup>(٦٣)</sup> الأمر الذي لا يمكن ضمانه بوجود سلطة تقديرية مطلقة بيد رؤسائها الإداريين.

(٦١) راجع: في مسألة الرقابة على تقيد الإدارة بإجراءات إصدار القرار الدعوى أمام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية:

Prasad, (Execution of Judgment No. 90), Judgment No. 94, Sixteenth Ordinary Session.

والتي أقامها أحد موظفي منظمة الأغذية والزراعة يدعى Prasad لصدور قرار من المدير العام للمنظمة بإنهاء خدمته بعدما اعتبر سلوكه الوظيفي غير مرضٍ، دون إنذار كتابي يفيد بعدم صلاحيته للعمل قبل ٣٠ يوماً من صدور قرار الفصل، واتضح للمحكمة عند نظر الدعوى أن المدير العام اكتفى فقط بالتوبيخ الشفهي معتبراً ذلك مسوغاً للاستغناء عن الإنذار الكتابي، واعتبرت أن الإجراء المقرر لصالح الموظف الدولي لا يجوز استبداله بإجراء آخر ولو كان الموظف عالماً بذلك، وبالمقابل نرى أن الإجراءات المطلوبة من الموظف كثيراً ما يتم التغاضي عن مخالفتها من قبله وهو الطرف الذي تقضي فلسفة القانون بحمايته". راجع القضية رقم ١٤ / لسنة ٤٢ / ق جلسة ٢٠١٠ / ١١ / ٤ أمام المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية سابقة الذكر.

(٦٢) كريس هورنز، إمريسويستاكوت، التفكير فلسفياً، ترجمة د. ليلي الطويل، الهيئة السورية للكتاب ٢٠١١، ص ٢٢.

(٦٣) د. حمادة محمد بدوي متولي، المرجع السابق، ص ٢١١. مأخوذ عن: هبة جمال ناصر عبد الله علي، المرجع السابق، ص ١٢٩.

اعتبرت المحكمة الإدارية لصندوق النقد الدولي أن إدارة الصندوق تمتلك بالضرورة هامشاً من السلطة التقديرية، وهذه السلطة عرضة فقط لرقابة محدودة من قبل المحكمة<sup>(٦٤)</sup>. كما أكدت محكمة الأمم المتحدة للاستئناف -المنشأة وفق نظام إقامة العدل في الأمم المتحدة- في دعوى Sanwidi ضد الأمين العام للأمم المتحدة، أن المحاكم الإدارية على الصعيد العالمي مستمرة في تطوير مبادئ قانونية لتساعدها في الرقابة على إساءة استخدام السلطات التقديرية، ولا يمكن حصر هذه المبادئ القانونية الملائمة فيما يخص القانون الإداري ضمن قائمة محدودة، ويمكن ذكر بعض الحالات التي يمكن للمحاكم الإدارية من خلالها أن تتدخل ولسبب وجيه في تقدير الإدارة، مثل مجافاة الإنصاف والمنطق والعقلانية، ومخالفة القانون والقواعد الإجرائية، والانحراف، والتقلب، والتعسف، وعدم التناسب<sup>(٦٥)</sup>. كما اعتبرت ذات المحكمة في دعوى Ortiz ضد الأمين العام لمنظمة الملاح المدنية الدولية، أنه من الصحيح أن السلطة الإدارية تمتلك هامشاً عريضاً من التقدير، إلا أن سلطته التقديرية ليست مطلقة، فعليها التصرف بحسن نية واحترام القواعد الإجرائية، وكقاعدة عامة لا يمكن للقرار أن يستند إلى أسس توصف بأنها مضللة أو مختلة أو غير شرعية<sup>(٦٦)</sup>. وإلى ذات النتيجة انتهت المحكمة الإدارية للبنك العالمي في دعوى -de Merode-، حيث أكدت أن البنك ينحرف في سلطته التقديرية بما يخص تعديل شروط التوظيف إذا ما اعتمد مثل هذا التعديل لأسباب لا تلائم وظائف المنظمة وواجبها في ضمان امتلاك الموظفين أعلى درجات الكفاءة والجدارة، بل يجب أن يقوم التعديل على حقائق ذات صلة بالهدف المراد تحقيقه، وأن يكون كل ذلك ضمن إطار حسن النية ودون غايات غير لائقة، مع تجنب إلحاق الضرر غير الضروري بالموظفين، وكل ما سبق يخضع لتقدير المحكمة<sup>(٦٧)</sup>. وبمعنى مشابه أكدت المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية أنها

(٦٤) IMFAT, "R" v. International Monetary Fund, JUDGMENT No. 2002-1, انظر: March 5, 2002, para.62.

(٦٥) UNAT, Sanwidi v. Secretary-General of the United Nations, Judgment No. 2010-UNAT-084, 27 October 2010, para.38.

(٦٦) UNAT, Ortiz v. The Secretary General of the International Civil Aviation Organization, Judgment No. 2012-UNAT-231, 29 June 2012, para.37.

UNAT, Asaad v. Commissioner General of United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Judgment No. 2010-UNAT-021, para.11.

(٦٧) WBAT, de Merode Case, Decision No. 1 (1981), para. 47. انظر:



استقرت على عدم تدخلها في السلطة التقديرية للإدارة إلا إذا شاب قرارها عيب إجرائي أو مخالفة للقانون أو اعتمد القرار على وقائع غير صحيحة أو تجاهل حقائق مهمة، أو تم التوصل لنتائج خاطئة من المستندات المبرزة التي اعتمدت أساساً للقرار<sup>(٦٨)</sup>، أو عند اتخاذ القرار بدون صلاحية أو مع إساءة استخدام السلطة<sup>(٦٩)</sup>. وفي قضية نظرتها المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رفعها موظف يدعى Gordon مختصاً الأمين العام للأمم المتحدة بسبب إنهاء خدماته<sup>(٧٠)</sup>، كان السبب الذي اعتمده الأمين العام هو إخلال الموظف بواجبه حيال الأمم المتحدة بعدم الإتيان بنشاط يتعارض مع أدائه الصحيح لواجباته، والمدعي مواطن أمريكي اتهم من قبل الحكومة الأمريكية - بتهمة الشيوعية - ورفض أن يقسم لرد التهمة عن نفسه أمام لجنة شكلها الكونغرس الأمريكي لهذا الغرض، وبعد ضغوط مورست من قبل الولايات المتحدة الأمريكية تم فصل الموظف، وعند فحص المحكمة للسبب الذي أورده الأمين العام اعتبرته غير منطقي، فلا علاقة بين ولاء الموظف الدولي لدولته - والذي يُحدد وفق شروط تحددها دولته - وبين أدائه الصحيح وولائه للمنظمة التي يعمل بها، وللأمين العام للأمم المتحدة أن ينهي خدمات موظف لديه عند الإخلال بواجباته وذلك وفقاً للائحة الموظفين في الأمم المتحدة فقط<sup>(٧١)</sup>، ومسألة تقييم سلوك الموظف كسلوك مخل بواجباته مسألة تخضع لسلطته التقديرية، إلا إن ذلك لا يمنع من رقابة القضاء الإداري على صحة استخلاص النتيجة، ولا ينتقص هذا الأمر من السلطات الممنوحة للإدارة، بل يرشد هذه السلطات و يتجه بالقرار الإداري ليقوم على أسبابه فعلاً أو أن تكون الأسباب كافية لحمله، وتحصين القرار الإداري من عيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها، والملفت أن قضية أخرى عرضت أمام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية لنفس السبب وفي نفس الظرف انتهت المحكمة لذات القرار الذي

(٦٨) انظر: ILOAT, S.S. v. International Criminal Police Organization (Interpol), 96th Session, Judgment No. 2294, 13 November 2003, para.7.

(٦٩) انظر: ILOAT, A. T.-R. v. Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF), 118<sup>th</sup> Session, Judgment No. 3350, 1 May 2014, para.3.

وانظر أيضاً في ذات المعنى: ILOAT, Ms Y. A., Ms A.-M. McC, Mr R. O., Mr J. R. and Mr C. S. v. European Patent Organisation (EPO), 118th Session, Judgment No. 3352, 15 May 2014, para.9.

(٧٠) انظر: United Nation Administrative tribunal, Judgment No. 29, Case No. 37.

(٧١) المادة ١/٩/١(أ) من لائحة موظفي منظمة الأمم المتحدة.

توصلت إليه المحكمة الإدارية لمنظمة الأمم المتحدة - الملغاة - وهو ما يفيد بتوجه مشترك ووحدة المبادئ المعتمدة أمام القضاء الإداري الدولي على اختلاف محاكمه، واعتماد اعتبارات العدالة دون الالتفات للضغوط السياسية<sup>(٧٢)</sup>. أيضاً "تتجه كافة المحاكم الدولية حرصاً منها على الرغبة في توفير الأمن والاستقرار الوظيفي للموظفين الدوليين وتحقيق مصالح هؤلاء الموظفين، إلى بسط رقابتها على الظروف التي تنقضي بسببها رابطة الخدمة الدولية، للوقوف على ما إذا كان قد تولد للموظف الدولي، في ظل هذه الظروف، أمل يكتسبه في إمكانية تجديد عقده<sup>(٧٣)</sup>"، وهذا الأمل قد يتولد من خلال تصريح أو منشور أو بلاغ من قبل إدارة المنظمة الدولية موجه للموظف بالرغبة في تجديد العقد أو إعادة التعاقد، فيفاجأ الموظف المعني بقرار يقضي بإنهاء خدماته عوضاً عن تجديد العقد، إن قرار إنهاء الخدمات الصادر وفق السلطة التقديرية للإدارة مسترشدة صالح المنظمة لا يمكن أن يمس بالحق المكتسب للموظف بعد إخطاره بالرغبة في تجديد عقده، والذي يعد إيجاباً من قبل الإدارة، وقد تبنت المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية هذا المبدأ في حكمها في قضية طرحت أمامها من موظف في اليونسكو مختصاً فيها مديرها العام بسبب فصله من عمله عقب انقضاء مدة العقد، وكان المدير العام قد سبّب قراره استناداً للائحة موظفي المنظمة الذي يسمح له بإنهاء عقود الموظفين المحددة المدة بانتهاء أجلها دون إخطار، فأشارت المحكمة إلى أنه قد غاب على مصدر القرار الطعين أنه كان قد أصدر منشوراً قام بإبلاغه إلى سائر الموظفين في المجموعة التي ينتمي إليها الطاعنون أشار فيه إلى أن جميع الموظفين الذين تنتهي عقودهم في الفترة التي انتهى فيها عقد الموظف

(٧٢) راجع: القضية أمام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية: Tranter, Judgment No. 14, Fourth Ordinary Session.

والتي اختصت فيها موظفة في منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة تدعى ترانتر المدير العام للمنظمة إثر قيام الأخير بإنهاء خدماتها مسبباً قراره بأن سلوك الموظفة لا يعد متفقاً مع الصفات الواجب توافرها في الموظف الدولي ومنها - واجب الإخلاص والولاء الوطني - معتمداً لوصوله لهذه النتيجة رفض المدعية القسم أمام لجنة شكلتها السفارة الأمريكية في باريس لغرض التحقيق في اتهام الموظفة - بتهمة الشيوعية -، لكن المحكمة عدت أن رفض الموظف الممثل أمام مكتب الولاء الأمريكي لا يشكل إخلالاً بالصفات الأساسية ولا يؤدي إلى افتقار صفة من الصفات التي يجب أن يتصف بها الموظف الدولي، واصفة قرار المدير العام بأنه يندرج في إطار التعسف في استعمال الحق وينطوي على إساءة استعمال السلطة.

(٧٣) د. عبد العزيز سرحان، القانون الدولي الإداري، ص ١٣٦، نقلاً عن د. جمال طه ندا، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

سيتم تجديد عقودهم سنة أخرى، وانتهت المحكمة إلى أن الأمل الذي ولده المنشور في نفس الموظف لا يجعل قرار إنهاء عقده واجب الإلغاء فقط، بل ونظراً لما شابه من عيب الانحراف بالسلطة يؤدي لضرورة الحكم بالتعويض إضافة للإلغاء<sup>(٧٤)</sup>، ولاشك أن ما انتهت إليه المحكمة قرار غاية في الجراءة زاد من ضمانات الموظف الدولي مشذباً في الوقت ذاته القرار الإداري الصادر عن إدارة المنظمة من خلال دراسة القرار من كافة جوانبه والابتعاد عن القرارات ذات النزعة الشخصية أو الاعتبارية والنحو بها نحو صالح المنظمة، وليس في هذا الحكم تقييد للسلطة التقديرية للمنظمة بقدر ما يحمل في طياته خطأ لحس المسؤولية أثناء عملية دراسة القرار.

ولعل أهم ما ترتكز إليه المحاكم الإدارية الدولية في مسألة رقابتها على السلطة التقديرية للإدارة هو مبدأ التناسب الذي يعني في نطاق القانون الإداري، أن سلوك الإدارة يجب أن لا يخرج عن النطاق الضروري لتحقيق الغاية المرجوة. وتكون متطلبات التناسب محققة إذا كان مسار السلوك معقولاً دون مبالغة. وهذا يتضمن تقرير ما إذا كانت الغاية ضرورية بشكل كاف لاتخاذ القرار الإداري، أي أن القرار يجب أن يرتبط بشكل معقول بالغاية، دون أن يتعدها، وهو ما يتطلب فحص موازنة متخذ القرار بين الإمكانيات المتاحة والأولويات في تحديد القرار الواجب اتخاذ. وعلى كل حال فإن المحكمة تعترف بأن لمتخذ القرار إطاراً وهامشاً من التقدير لاتخاذ القرارات المشروعة بعد موازنة الخيارات المتاحة مع الأولويات<sup>(٧٥)</sup>. وعلى الرغم من أن دور المحكمة هو فحص الكيفية التي وصل فيها متخذ القرار إلى القرار المطعون فيه وليس مصادرة اختصاص الرئيس الإداري<sup>(٧٦)</sup> أو إبدال قرار الأمين العام بقرار صادر عنها<sup>(٧٧)</sup>، إلا أنه ومن خلال استعراض السوابق أمام محكمة الأمم المتحدة لحل المنازعات ومحكمة الأمم المتحدة للاستئناف يتبين أنهما قد تتدخلان في السلطة التقديرية للأمناء العامين في فرض العقوبات التأديبية ضد الموظفين الدوليين في حالة كانت مثل هذه العقوبات غير متناسبة مع المخالفة المسلكية المرتكبة، وعندها تضطر المحكمة بعد إلغاء العقوبة الشديدة إلى فرض عقوبة بديلة أخف فيما لو كانت المخالفة المسلكية تستحق ذلك وفقاً لتقديرها عوضاً عن ترك المخالف دون عقوبة<sup>(٧٨)</sup>. وقد

(٧٤) راجع: حكم المحكمة في القضايا رقم ١٧/١٨/١٩ / عام ١٩٥٥.

(٧٥) انظر: UNAT, Sanwidi v. Secretary-General of the United Nations, op. cit., para. 39.

(٧٦) انظر: Ibid, para. 42.

(٧٧) انظر: Ibid, para. 40.

(٧٨) انظر: UNDT, BAIDYA v. The Secretary-General of the United Nations, Judgment No. UNDT/2014/106, 24 July 2014, para.67.



قررت محكمة الأمم المتحدة للاستئناف في دعوى Mahdi أنه وعند النظر في الحالات التأديبية تفحص المحكمة ما يلي: ١- فيما إذا كانت الوقائع التي فرضت من أجلها الإجراءات التأديبية قد حصلت فعلاً، ٢- فيما إذا كانت الوقائع الحاصلة تشكل قانوناً مخالفة مسلكية وفقاً للنظم والقواعد المعمول بها، ٣- فيما إذا كان الإجراء التأديبي المفروض متناسباً مع المخالفة المرتكبة<sup>(٧٩)</sup>. وهو ذات ما انتهت إليه محكمة الأمم المتحدة للمنازعات في دعوى<sup>(٨٠)</sup> Makwaka. وعليه استبدلت محكمة الأمم المتحدة للاستئناف في دعوى Abu Hamda عقوبة تخفيض الدرجة والراتب بعقوبة اللوم المكتوب لعدم التناسب<sup>(٨١)</sup>، كما استبدلت عقوبة الفصل الفوري الصادرة بحق الموظف بعقوبة اللوم المكتوب لذات السبب في دعوى<sup>(٨٢)</sup> Doleh، بينما قررت في دعوى Sanwidi سابقة الذكر أنه طالما كانت مخالفة الموظف المسلكية خطيرة - استخدام أموال المنظمة لأغراض خاصة - فإن عقوبة الفصل الفوري المتخذة من الأمين العام كانت متناسبة<sup>(٨٣)</sup>، وأقرت المحكمة بالتالي قرار الفصل.

يندرج في الصلاحية التقديرية للإدارة أيضاً مسألة فسخ العقد مع الموظف لأسباب مثل إلغاء الوظيفة نتيجة لتخفيض حجم العمالة، أي "انتهاء خدمة الموظف الدولي أثناء سريان العقد بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة الدولية لأسباب معينة وفي حالات محددة<sup>(٨٤)</sup>، ودون أن ينطوي الأمر على توقيع جزاء تأديبي على الموظف الدولي، ويتحقق ذلك عن طريق إلغاء عقود شاغلي بعض الوظائف أو باللجوء إلى تخفيض عدد الموظفين الذين يشغلونها<sup>(٨٥)</sup>"، ولا شك أنها صلاحية خطيرة فيما لو

(٧٩) انظر: UNAT, Mahdi v. Commissioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Judgment No. 2010 - UNAT-018, para. 27.

(٨٠) انظر: UNDT, MAKWAKA v. Secretary-General of the United Nations, Judgment No. UNDT/201/002, 11 January 2013, para.3.

(٨١) انظر: UNAT, Abu Hamda v. Commissioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Judgment No. 2010-UNAT-022.

(٨٢) انظر: UNAT, Doleh v. Commissioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Judgment No. 2010-UNAT-025, para. 20.

(٨٣) انظر: UNAT, Sanwidi v. Secretary-General of the United Nations, op. cit., para. 53.

(٨٤) انظر: على سبيل المثال المادة ١٠٦/١ (ج) من لائحة موظفي منظمة الأمم المتحدة.

(٨٥) د. جمال طه نداء، المرجع السابق ص ٢٩٥.



فتح بابها على مصراعيه، فيكفي أن يقرر مدير منظمة ما أن الضرورة تقتضي تخفيض حجم العمالة حتى تغدو حريته مطلقة في فسخ عقد من شاء من الموظفين ولو كان السبب الحقيقي ينطوي على أهداف شخصية، وعندما عرض الأمر على المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية من خلال دعوى أقامتها موظفة في منظمة الأغذية والزراعة إثر فسخ عقدها من قبل المدير العام للمنظمة، قررت المحكمة أنه وإن كان للمدير العام للمنظمة السلطة المطلقة في فسخ العقد بالرغم من أنها معينة على أساس دائم على إثر الضغط في الميزانية مما يستوجب إلغاء بعض الوظائف التي تشغل الموظفة إحداها، إلا أنه ينبغي ألا يترتب على ذلك أي تعسف في استعمال هذه السلطة أو أدنى إساءة لها<sup>(٨٦)</sup>، وبالتالي كان من التعسف في استعمال السلطة فسخ عقد موظفة دائمة والإبقاء على موظف مؤقت، فالحكمة والنصوص النازمة للوظيفة الدولية تقتضي أن أولوية البقاء تكون للموظفين الدائمين، وهو ما توحى به التوقعات المشروعة لهذه الفئة من الموظفين من حيث استمرارياتهم في عملهم والتي تفوق توقعات الموظفين المؤقتين، وبالتالي فالتسليم بالسلطة المطلقة لمدير المنظمة يعني القبول بانتقائية غير مبررة وغير مسببة وكان لابد من أن يلعب القضاء دوره الخلاق على هذه السلطة التقديرية.

ومن أهم سلطات إدارة المنظمات التي تملك فيها صلاحيات واسعة مسألة الترقية، خاصة إذا كان نظام الموظفين يشير بشكل صريح إلى السلطة المطلقة التقديرية في مدى استحقاق والحاجة إلى الترقية، على سبيل المثال تكون الترقية من درجة أخصائي أول إلى درجة مدير ثان بالاختيار الشخصي للأمين العام بعد توفر الشروط الأخرى، وذلك وفق نظام موظفي الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، وتصدت المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية للنص الصريح الذي يمنح الأمين العام صلاحية واسعة في الترقية في دعوى أقامها أحد الموظفين لتخطيه في قرار الترقية رغم كفاءته ودرجته العلمية التي لا تنقص عن نظرائه ممن شملهم قرار الترقية، رفضت المحكمة دفع الأمانة العامة أن الأمر منوط بتقدير الأمين العام وعدت قرار الترقية منطوياً على تمييز واضح، فعند التساوي بالمراكز القانونية لا مجال لإعمال السلطة التقديرية بشكل تعسفي، "حيث إن الأمانة العامة - والحال هذه - قد أساءت استعمال سلطاتها التقديرية وتنكبت الغاية من اشتراط الاختيار الشخصي لمعالي الأمين العام الذي قصد منه ضمان القدرة على الإشراف والقيادة، فإن المحكمة انتهت

(٨٦) راجع دعوى Tranter السابقة الذكر والمقامة أمام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية.

إلى عدم سلامة ما انتهت إليه الأمانة العامة في تخطيها المدعي عند ترقيتها لزملائه؛ مما جعل القرار الطعين مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة<sup>(٨٧)</sup>، ورتبت على ذلك الحكم بإلغاء قرار الترقية المطعون فيه مع إلغاء جميع الآثار المترتبة عليه، ومرة أخرى لعب القضاء الإداري دوره الهام في تعزيز إحدى ضمانات الموظف الدولي والذي سيلعب دوراً مهماً في الإدارة الدولية من حيث اختيار وترقية الكفاءات واعتماد مبدأ عدم التمييز وتفسير السلطة التقديرية المطلقة في ضوء صالح المنظمة ومنطلقات العدالة.

### الخاتمة:

لقد حاولت من خلال هذه المقالة أن أعرض الدور الذي مارسته المحاكم الإدارية الدولية في حماية الموظف الدولي تجاه القرار الإداري، وتوصلت للنتائج التالية:

- لم يكن القضاء الإداري الدولي أثناء تحديده للطبيعة القانونية للوظيفة الدولية - من حيث إنها علاقة تنظيمية أو تعاقدية - على قدر المأمول منه، واعتمدت كل من المحكمة الإدارية للجامعة العربية والمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية التكييف التنظيمي بينما اعتمدت المحكمة الإدارية للأمم المتحدة تكييفاً وسطاً بين الطابع التنظيمي، والطابع التعاقدية، وكان من الأجدى على هذه المحاكم أن تتبنى أحد التكيفين مع ترتيب كامل النتائج المترتبة عليه وأهمها ديمومة عمل الموظف الدولي في التكييف التنظيمي.
- استطاعت المحاكم الإدارية الدولية أن توسع من نطاق صلاحياتها -الموضوعية والشخصية- من خلال المبادئ القانونية في تفسير النصوص كإعمال النصوص عوضاً عن إهمالها و التفسير الموسع للنصوص.
- أخذت المحاكم الإدارية الدولية موقفاً إيجابياً من سكوت النص بابتداع الحلول القانونية مستلهمه في ذلك العدالة وعدم الامتناع عن النظر في نزاع مطروح أمامها.
- أعملت المحاكم الإدارية الدولية ما تمليه فلسفة القانون حتى لو أدى ذلك لمخالفة نصوص قانونية صريحة.
- يتشدد القضاء الإداري الدولي في مسألة الإجراءات اللازمة لصدور قرار إداري

(٨٧) حكم المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية في القضية رقم ٤/ لسنة ٢٦/ ق الصادر في ٢٠٠٢/٤/٧.

في حين يتساهل في الإجراءات المطلوبة من الموظف الدولي للطعن في هذا القرار.

— أجمعت المحاكم الإدارية الدولية على أن خلو القرار الإداري من سببه يورث البطلان.

— أعملت المحاكم الإدارية الدولية قناعتها في تحديد السبب الحقيقي الذي قام عليه القرار الإداري ولو خالف السبب الذي ادعته الإدارة، أي التأكد من أن القرار قام على سببه فعلاً.

— مدت المحاكم الإدارية الدولية رقابتها على السلطات التقديرية للإدارة معلنة أنها صلاحية غير مطلقة، وأن استلهاً الإدارة لمصلحة المنظمة قد يكون محل تدقيق من قبل القضاء.

— لا تنتهك المبادئ التي طورها القضاء الإداري الدولي اختصاصات الإدارة في المنظمات الدولية بقدر ما تعمل على تمكين القرار الإداري وتحسينه وتعزيز صالح المنظمة كهدف يجب أن يسعى القرار الإداري لتحقيقه.

— في المجمل كان دور القضاء الإداري الدولي في حماية الموظف الدولي وتعزيز ضماناته تجاه القرار الإداري الدولي دوراً خلاقاً ساهم في إعطاء مفهوم جديد للقانون الإداري الدولي.

## المراجع :

### أولاً: الكتب والمقالات.

#### أ - باللغة العربية :

- ١ - د. محمد المجنوب، التنظيم الدولي، الطبعة الثامنة ٢٠٠٦، منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٢ - د. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر، التنظيم الدولي، طبعة عام ١٩٧٨، دار النهضة العربية.
- ٣ - د. محمد عزيز شكري ود. ماجد الحموي، الوسيط في المنظمات الدولية، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق ٢٠١٠-٢٠١١.
- ٤ - د. جمال طه ندا، الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الإداري، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٦.
- ٥ - كريس هورنر، إمريسيستاكوت، التفكير فلسفياً، ترجمة د. ليلي الطويل، الهيئة السورية للكتاب ٢٠١١.
- ٦ - غسان شاكور محسن أبو طيخ، تعويض الموظف الدولي عن الضرر الناشئ عن خطأ المنظمة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١.
- ٧ - عاطف سعدي محمد علي، تأثير إجراءات التقاضي على تحقيق العدالة أمام المحكمة الإدارية للجامعة العربية - دراسة تحليلية -، المجلة العربية للفقهاء والقضاء الصادرة عن جامعة الدول العربية، العدد ٤١.
- ٨ - هبة جمال ناصر عبدالله علي، المركز القانوني للموظف الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١.

#### ب - باللغة الإنكليزية:

- 1 - C. F. Amerasinghe, Principles of the institutional law of international organizations, Second Revised Edition, Cambridge University Press 2005.
- 2 - Chittharanjan F. Amerasinghe, Jurisdiction of Specific International Tribunals, MartinusNijhoff publishers, 2009.
- 3 - NicoKrisch and Benedict Kingsbury, Global Governance and



- Global Administrative Law in the International Legal Order, The European journal of international law, vol. 17 no 1, 2006.
- 4 - August Reinisch and Christina Knabner, From the United Nation Administrative Tribunal to the United nation Appeals Tribunal - Reform of the Administration of Justice System within the United nations, Max Planck UNYB, vol 12, 2008.
- 5 - August Reinisch, The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals, in: "Chinese Journal of International Law", (2008), Vol. 7, No. 2.

### ثانياً: التقارير:

- التقرير الصادر عن الأمم المتحدة بعنوان المواءمة بين النظامين الأساسيين للمحكمة الإدارية للأمم المتحدة والمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، وحدة التفتيش المشتركة، جنيف ٢٠٠٤، وثيقة رقم (JIU/REP/2004/3).

### ثالثاً: النصوص القانونية.

#### أ - باللغة العربية :

- ١ - النظام الأساسي للمحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية الصادر بموجب قرار مجلس الجامعة رقم ١٩٨٠ بتاريخ ٣١/٣/١٩٦٤.
- ٢ - النظام الداخلي للمحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية الصادر في ١٦/٤/٢٠٠١ وفق آخر تعديل وافقت عليه هيئة المحكمة بتاريخ ٢٥/١١/١٩٩٧ أثناء دور انعقادها العادي الثاني والثلاثين لسنة ١٩٩٧.
- ٣ - النظام الأساسي لمحكمة الأمم المتحدة للمنازعات في الوثيقة (A/RES/32/2).
- ٤ - لائحة موظفي منظمة الأمم المتحدة.

#### ب - باللغة الإنكليزية :

- 1 - Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization, Adopted by the International Labour Conference on 9 October 1946 and amended by the Conference on 29 June 1949, 17 June 1986, 19 June 1992, 16 June 1998 and 11 June 2008.
- 2 - Rules of the Administrative Tribunal of the International Labour

Organization Adopted by the Tribunal on 24 November 1993 and amended by the Tribunal on 9 November 2011.

#### رابعاً: الأحكام القضائية:

##### أ - المحكمة الإدارية لجامعة الدول العربية:

- ١ - الدعوى رقم ١٧ / لسنة ١٠ / قضائية عام ١٩٧٦.
- ٢ - الدعوى رقم ٢٢ / لسنة ١١ / ق جلسة ١٧ / ١٩٧٧.
- ٣ - الدعوى رقم ٤٠ / لسنة ٤٠ / ق بتاريخ ١٥ / ٥ / ٢٠٠٦.
- ٤ - الدعوى رقم ١٤ / لسنة ٤٢ / ق جلسة ٤ / ١١ / ٢٠١٠.
- ٥ - الدعوى رقم ٢٣ / لسنة ١١ / قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٧.
- ٦ - الدعوى رقم ١ / لسنة ١٢ / قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٧.
- ٧ - الدعوى رقم ٢٠ / لسنة ١١ / قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٧.
- ٨ - الدعوى رقم ١٣ / لسنة ١١ / قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٧.
- ٩ - الدعوى رقم ٨٤ / ٣٤ المنظورة في ٢٦ / ٧ / ١٩٨٥.
- ١٠ - الدعوى رقم ٨٤ / ٣٥ المنظورة في ٢٦ / ٧ / ١٩٨٥.
- ١١ - الدعوى رقم ٤ / لسنة ٣٦ / ق جلسة ٧ / ٤ / ٢٠٠٢.
- ١٢ - الدعوى رقم ٦ / لسنة ٩ / قضائية المنظورة في جلسة ٣ / ١١ / ١٩٧٧.
- ١٣ - الدعوى رقم ٧ / لسنة ١٩٩٠ م المنظورة في جلسة ١ / ٩ / ١٩٩٢.
- ١٤ - الدعويان رقم ٢ و ٣ / ١٩٨٢ المنظورة بتاريخ ١٣ / ١٠ / ١٩٨٢.
- ١٥ - الدعوى رقم ٢٠ / ١٩٨٣ المنظورة بتاريخ ٢٣ / ٧ / ١٩٨٥.
- ١٦ - الدعوى رقم ٣٧ / ١٩٨٤ المنظورة بتاريخ ٧ / ٧ / ١٩٨٧.

##### ب - المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية:

- 1 - Desgranges, Judgment No. 11, Third Ordinary Session 12, August 1953.
- 2 - Pankey, Judgment No. 23, Fifth Ordinary Session, part 2.
- 3 - Froma, Judgment No. 22, Fifth Ordinary Session, Part 2.
- 4 - Prasad, (Execution of Judgment No .90), Judgment No. 94, Sixteenth Ordinary Session.

- 5 - Tranter, Judgment No. 14, Fourth Ordinary Session.
- 6 - ILOAT, Z. S. v. United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), 118<sup>th</sup> Session, Judgment No. 3378, 15 May 2014.
- 7 - ILOAT, S.S. v. International Criminal Police Organization (Interpol), 96<sup>th</sup> Session, Judgment No. 2293, 13 November 2003.
- 8 - ILOAT, A. T.-R. v. Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF), 118<sup>th</sup> Session, Judgment No. 3350, 1 May 2014.
- 9 - ILOAT, Ms Y. A., Ms A.-M. McC, Mr R. O., Mr J. R. and Mr C. S. v. European Patent Organisation (EPO), 118th Session, Judgment No. 3352, 15 May 2014.

#### ج - المحكمة الإدارية للأمم المتحدة:

- - وثائق الأمم المتحدة: (AT/Dec/29 to 37).

#### د- المحكمة الإدارية لصندوق النقد الدولي:

- 1 - IMFAT, "Y" (No. 2) v. International Monetary Fund, JUDGMENT No. 2002-2, March 5, 2002.
- 2 - IMFAT, "R" v. International Monetary Fund, JUDGMENT No. 2002-1, March 5, 2002.

#### هـ- المحكمة الإدارية للبنك العالمي:

- WBAT, de Merode Case, Decision No. 1 (1981).

#### و- محكمة الأمم المتحدة لحل المنازعات:

- 1 - UNDT, BAIDYA v. The Secretary-General of the United Nations, Judgment No. UNDT /2014/106, 24 July 2014.
- 2 - UNDT, MAKWAKA v. Secretary-General of the United Nations, Judgment No. UNDT/2013/002, 11 January 2013.

### ز- محكمة الأمم المتحدة للاستئناف:

- 1 - UNAT, Sanwidi v. Secretary-General of the United Nations, Judgment No. 2010-UNAT-084, 27 October 2010.
- 2 - UNAT, Ortiz v. The Secretary General of the International Civil Aviation Organization, Judgment No. 2012- UNAT-231, 29 June 2012.
- 3 - UNAT, Asaad v. Commissioner General of United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Judgment No.2010-UNAT-021.
- 4 - UNAT, Mahdi v. Commissioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Judgment No. 2010-UNAT-018.
- 5 - UNAT, Abu Hamda v. Commissioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Judgment No.2010-UNAT-022
- 6 - UNAT, Doleh v. Commissioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Judgment No. 2010-UNAT-025.
- 7 - UNAT, Islam v. Secretary- General of the United Nations, Judgment No. 2011-UNAT-115, 11 March 2011.

### ي- آراء محكمة العدل الدولية الاستشارية:

- ١ - الرأي الاستشاري حول التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة الصادر رفي ١١ نيسان عام ١٩٤٩.
- ٢ - الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في آثار الأحكام بالتعويض الصادرة عن المحكمة الإدارية للأمم المتحدة والصادر في ١٣ تموز ١٩٥٤.
- ٣ - الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في أحكام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية بشأن الشكاوى الموجهة ضد اليونيسكو والصادر في ٢٣ تشرين الأول ١٩٥٦.



- ٤ - الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية - الصادر في ١٢ تموز ١٩٧٣ - في طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم (١٥٨).
- ٥ - الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية - الصادر في ٢٠ تموز ١٩٨٢ - في طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم (٢٧٣).
- ٦ - الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية - الصادر في ٢٧ أيار ١٩٨٧ - في طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم (٣٣٣).
- ٧ - الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية - الصادر في ١ شباط ٢٠١٢ - في طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية رقم (٢٨٧٦).



## حصانات وامتيازات الموظف الدولي

د. مايا عبد الرؤوف الدباس  
عضو هيئة تدريسية - مدرسة  
قسم القانون الدولي - كلية الحقوق  
جامعة دمشق

### ملخص:

يرتبط مفهوم الوظيفة الدولية بمفهوم المنظمة الدولية التي تعرف بأنها مؤسسة دائمة ذات إرادة ذاتية وشخصية قانونية دولية مستقلة تنشؤها مجموعة من الدول من أجل تحقيق مجموعة من الأهداف يوضحها ميثاقها، ولما كانت المنظمة الدولية تعمل من خلال أجهزة والأجهزة بدورها بحاجة إلى الإطار العملي على الأرض، فكان أن ظهر مفهوم الموظف الدولي، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل كل العاملين في المنظمة الدولية هم موظفون دوليون؟، وهل للدولة المضيفة أن تعطي تعليمات وتوجيهات للموظف الدولي؟ أم كونه يعمل باسم المنظمة ولحسابها فيتمتع بالاستقلالية وبالحصانات والامتيازات اللازمة ليتمكن من القيام بمهامه على أمثل وجه.

ما هو مصدر القواعد القانونية النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي؟  
هل يتمتع الموظفون الدوليون بكافة فئاتهم بنفس الحصانات والامتيازات أم أن مدى الحصانات والامتيازات يختلف باختلاف فئات الموظفين الدوليين؟  
ماذا يحدث في حال أساء الموظف الدولي استخدام حصاناته وامتيازاته؟  
ماذا لو ارتكب الموظف الدولي جريمة دولية تدخل باختصاص المحكمة الجنائية الدولية؟  
كل هذه الأسئلة سوف نحاول الإجابة عنها من خلال المطالب الثلاثة التالية:  
المطلب الأول: القواعد القانونية النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي.

المطلب الثاني: محتوى حصانات وامتيازات الموظف الدولي.  
المطلب الثالث: أثر إساءة استخدام الموظف الدولي لحصاناته وامتيازاته.  
وفي الخاتمة نبين أهم النتائج والتوصيات المتعلقة بحصانات وامتيازات الموظف الدولي.

### مقدمة:

تعرف المنظمة الدولية بأنها مؤسسة دائمة ذات إرادة ذاتية وشخصية قانونية دولية مستقلة تنشؤها مجموعة من الدول من أجل تحقيق مجموعة من الأهداف

يوضحها ميثاقها<sup>(١)</sup>، ولقد أصبح الاعتراف بالشخصية القانونية الدولية للمنظمة أمراً مستقراً ومسلماً به من جانب القضاء والفقه الدولي، ومن جانب المجتمع الدولي أيضاً، ومن أهم الملامح التي تظهر من خلالها الشخصية الدولية للمنظمة، وإرادتها الذاتية المستقلة عن الدول الأعضاء فيها، تمتعها بالقدرة على إدارة شؤونها الداخلية، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة وجود جهاز وظيفي مستقل للمنظمة تباشر من خلاله الاختصاصات والمهام الموكلة إليها، ويتكون هذا الجهاز من مجموعة من الموظفين الدوليين<sup>(٢)</sup>. فالموظف الدولي هو نواة الوظيفة الدولية والمنفذ لسياسة المنظمة والمسؤول عن تحقيق أهدافها، ولقد ازدادت أهمية دوره بسبب ازدياد تدخل المنظمة الدولية وتنوع مجالات اهتماماتها لتشمل كافة نواحي الحياة، الأمر الذي انعكس على مركز الموظف الدولي<sup>(٣)</sup>.

(١) توكل الدول الأعضاء للمنظمة الدولية مهمة تحقيق بعض الأهداف المشتركة بينها، من خلال الأجهزة الخاصة بالمنظمة المعنية، ولكن ذلك لا يعني أن الدول تنازلت عن سيادتها بشكل كامل للمنظمة الدولية، فالمنظمة الدولية ليست منظمة فوق الدول.

د. حازم محمد عتلم - المنظمات الدولية الإقليمية - دار النهضة العربية - القاهرة - ط ٣ - ٢٠٠٦ ص ٣٣.

هبة جمال ناصر عبد الله علي - المركز القانوني للموظف الدولي - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط - ٢٠١١ - ص ١.

(٢) هبة جمال ناصر عبد الله علي - مرجع سابق - ص ٢٣.

إذا كان من الثابت وجود اختلافات هيكلية بين الدولة والمنظمة الدولية، فإنه يمكن القول أن الدولة كالمنظمة الدولية تماماً، إذ تتكون من أجهزة تعمل وتسهل على تحقيق أهدافها.

د. أحمد أبو الوفا - القانون الدولي والعلاقات الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ ص ٢١٣.

للمزيد حول المنظمات الدولية:

Paul Taylor international organization in the age of globalization-contiumm-London-first published-2003.

(٣) يساعد الأمين العام في أداء وظائفه موظفون دوليون، على رأسهم الأمناء المساعدون، يعينهم الأمين العام وفقاً للأنظمة التي تضعها الجمعية العامة، وهو الذي يزود المجلس الاقتصادي والاجتماعي والأجهزة الأخرى بما يلزمها من الموظفين الدائمين يعدون جزءاً من الأمانة، ويجب أن يراعى عند اختيارهم أعلى مستوى من الكفاءة والنزاهة، ومن المهم أيضاً مراعاة التوزيع الجغرافي.

د. محمد المجذوب - التنظيم الدولي - النظرية العامة والمنظمات العالمية والإقليمية والمتخصصة - منشورات الحلبي الحقوقية - ط ٨ - ٢٠٠٦ - ٣٠٤ - ٣٠٥.

نصت المادة ٩٧ من الميثاق على أن يكون للهيئة أمانة تشمل أميناً عاماً ومن تحتاهم الهيئة من الموظفين، وتعين الجمعية العامة الأمين العام بناءً على توصية مجلس الأمن، والأمين =



وتستعين المنظمات الدولية لدى مباشرتها لمهامها بعدد كبير من العاملين، فمنهم للعمل الفني، والآخر للعمل الإداري، وبعضهم يعمل بصفة مؤقتة لإنجاز مهام محدودة ومعينة، ويطلق غالبية الفقه على هؤلاء جميعاً تعبير العاملين الدوليين<sup>(٤)</sup>.

ولقد عرفت محكمة العدل الدولية العامل الدولي في رأيها الاستشاري الصادر في نيسان ١٩٤٩ بشأن التعويض عن الأضرار التي تلحق موظفي الأمم المتحدة أثناء تأديتهم لمهامهم بأنه: (أي شخص سواء أكان موظفاً يتقاضى أجراً أم لا، وسواء أكان دائماً أم مؤقتاً يعد إليه من قبل جهاز من أجهزة المنظمة بالقيام بمهمة أو المساعدة على تنفيذ واحدة من مهامه، باختصار أي شخص تعمل المنظمة عن طريقه).<sup>(٥)</sup>

= العام هو الموظف الإداري الأكبر في المنظمة، فيتألف الجهاز الإداري لمنظمة الأمم المتحدة من موظفين دوليين يعملون في مقر الأمم المتحدة في نيويورك وفي جميع أنحاء العالم ومتخصص بالأعمال اليومية المتنوعة للمنظمة، وتتولى الأمانة العامة خدمة أجهزة الأمم المتحدة الأخرى وإدارة البرامج والسياسات التي تضعها. د. إيمان أحمد علام - التنظيم الدولي العالمي - برنامج الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة بنها - ٢٠٠٩-٢٠١٠ - ص ١٢٠.

Dr. Khalil Hussenin - international and regional organizations-Dar al Manhal Al Lobnanee-p57-58.

(٤) د. جمال طه ندا - الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الإداري - الهيئة المصرية للكتاب - ١٩٨٦ - ص ٥٦.

<http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-Job:104633>

[http://fsjes.usmba.ac.ma/bib/opac\\_css/index.php?lvl=author\\_see&id=11931](http://fsjes.usmba.ac.ma/bib/opac_css/index.php?lvl=author_see&id=11931)

[www.books.google.com](http://www.books.google.com).

عرفت الاتفاقية المتعلقة بسلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها لعام ١٩٩٤، موظفي الأمم المتحدة بأنهم الأشخاص الذين يستخدمهم الأمين العام للأمم المتحدة أو يقوم بتوزيعهم بوصفهم أفراداً في العنصر العسكري أو عنصر الشرطة أو العنصر المدني لعملية تضطلع بها الأمم المتحدة، الموظفون والخبراء الآخرون الموفدون في بعثات للأمم المتحدة أو وكالاتها المتخصصة أو الوكالة الدولية للطاقة الذرية والموجودون بصفة رسمية في منطقة يجري الاضطلاع فيها بعملية للأمم المتحدة.

اتفاقية بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها مرفق قرار الجمعية العامة - الأمم المتحدة - الدورة ٤٩ - ١٩٩٥ - ص ٤ - A/RES/49/59-4.

(٥) The Court understands the word "agent" in the most liberal sense, that is to say, any person who, whether a paid official or not, and whether permanently employed or not, has been charged by an organ of the Organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions-in short, any person through whom it acts.

REPARATION FOR INJURIES SUFFERED IN THE SERVICE OF THE  
= UNITED NATIONS

ويطلق وصف الموظف الدولي على مجموعة من العاملين الدوليين يشغلون وظائف تتسم بالدوام والاستمرار ويتمتعون بنظام قانوني خاص لتنظيم علاقاتهم بالمنظمة وبيان التزاماتهم نحوها وحقوقهم قبلها.

ولقد عرف الدكتور صلاح عامر الموظف الدولي بأنه كل من تكلفه المنظمة الدولية بالتفرغ على وجه الاستمرار للقيام بعمل من أعمالها تحت إشراف أجهزتها المختصة وطبقاً للقواعد الواردة في ميثاقها ولوائحها.

أما الدكتور حمادة محمد بدوي فتولي عرفه بأنه كل من يعمل في خدمة إحدى المنظمات الدولية بصفة مستمرة ودائمة أو مؤقتة وفق ما تمليه أحكام ميثاقها ولوائحها مستهدفاً تحقيق صالح المنظمة وأهدافها<sup>(٦)</sup>.

وأورد الأستاذ بول ريتير Paul Reuter تعريفاً للموظف الدولي بأنه: العامل في المنظمة الدولية الذي يحكمه نظام قانوني ذو طبيعة خاصة ولا يخضع لقانون داخلي ويباشر وظائف دولية بصفة مستمرة ودائمة.

وتفريق باستيد بين الموظف الدولي بالمعنى الدقيق وغيره من العاملين لدى المنظمة، في أن الأول يعمل بأجر محدد و ماعداه لا يحصل على راتب بالمعنى الدقيق وإنما يتلقى مكافأة<sup>(٧)</sup>.

فيطلق مصطلح الموظف الدولي على من يعمل بالمنظمة الدولية على سبيل الدوام والاستمرار، ويقوم بتحقيق هدف دولي ويخضع لنظام قانوني خاص تضعه المنظمة للذين يعملون بها، ويتضمن ما يتمتع به من حقوق وما يخضع له من

= ADVISORY OPINION OF international court of justice APRIL 11th, 1949.  
international court of justice.

د. جمال طه ندا - الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الإداري - مرجع سابق - ص ١٦.

(٦) د. حمادة محمد بدوي فتولي - ضمانات الموظفين الدوليين - دراسة مقارنة - ٢٠٠٤ - ص ٤١.

والموظف الدولي هو ذلك العامل في خدمة منظمة دولية يربطه بها عقد استخدام دائم يجعله خاضعاً لها، ولاؤه التام للمنظمة الدولية.

د. محمد ربيع هاشم - ضمانات الموظف الدولي - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة فرع بني سويف - ٢٠٠١.

<http://www.youtube.com/watch?v=T8IlgYhUouk>.

(٧) د. عصام محمد أحمد زناتي - القضاء الدولي الإداري - دار النهضة العربية - جامعة أسيوط - ص ٤٤.

واجبات، وتختلف هذه الفئة عما عداها من فئات العاملين أو المعارين لمدة مؤقتة أو لمهمة معينة مثل الخبراء والمحكمين، وتلك التي تجمع صغار العاملين بالمنظمة كالسعاة والخدم الذين تعينهم وفقاً للتشريعات المحلية للدولة، التي يوجد بها مقر المنظمة الدولية<sup>(٨)</sup>.

فهل للدولة المضيفة لمقر المنظمة الدولية أن تمارس اختصاصها القضائي على الموظف الدولي؟ أم أن الموظف الدولي يتمتع بحصانات وامتيازات معينة.

وإذا كان الجواب على هذا السؤال بالإيجاب، فما هو مصدر القواعد القانونية النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي؟

وما هو محتوى حصانات وامتيازات الموظف الدولي؟

وما هو الأثر الذي يترتب على إساءة استخدام الموظف الدولي لحصاناته وامتيازاته؟

سأحاول الإجابة عن هذه الأسئلة من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: القواعد القانونية النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي:

المطلب الثاني: محتوى حصانات وامتيازات الموظف الدولي.

(٨) الموظف الدولي هو الذي يقوم بوظيفة دولية عامة على سبيل الاستمرار والتفرغ، ويستهدف من وراء ذلك صالح المنتظم وتحت إشرافه ويخضع في هذا الشأن لنظام قانوني يضعه المنتظم، ولكن قيام الموظف الدولي في خدمة المنتظم لا يعني بآية حال انفصاله عن جنسية بلاده، كما لا تعفيه من التزاماته كمواطن نحوها، ولكن ولاءه الوظيفي ينبغي أن ينحصر في المنتظم وهذا يصدق أيضاً في علاقة الموظف الدولي بالدول الأخرى (الأعضاء وغير الأعضاء) في المنتظم الدولي.

الموظف الدولي والنظام القانوني المنظم لعمل الموظف الدولي. ١٧ - شباط - ٢٠١٣. الرابط [http://hkbraveheart.blogspot.com/2013/02/blog-post\\_8981.html](http://hkbraveheart.blogspot.com/2013/02/blog-post_8981.html)

لم يفرق نظام المحكمة الإدارية للبنك الدولي في مادته الثانية بين العاملين لدى البنك ومجموعته، فتختص المحكمة بالنظر في كل طعن يتقدم به أحد موظفي مجموعة البنك، ووفقاً للفقرة الثالثة من نفس المادة، فيما يتعلق بتطبيق النظام الأساسي لهذه المحكمة، ينطبق مصطلح موظف على: ١ - كل موظف حالي أو سابق لدى البنك أو مجموعته، ٢ - كل شخص يثبت أحقيته في المطالبة بحقوق أحد الموظفين سواء باعتباره ممثلاً شخصياً له أو بسبب وفاة هذا الموظف، ٣ - كل شخص يمكنه المطالبة بمبالغ لنصوص نظام معاشات الموظفين، سواء لأنه تم تعيينه أم لأي سبب آخر.

د. عصام محمد أحمد زنتاتي - القضاء الدولي الإداري - مرجع سابق - ص ٤٥.

أ. د. محمد عزيز شكري - د. ماجد الحموي - الوسيط في المنظمات الدولية - جامعة دمشق - ط ٧ - ص ٩١ ل ٩٤.

المطلب الثالث: أثر إساءة استخدام الموظف الدولي لحصاناته وامتيازاته.

## المطلب الأول

### القواعد القانونية النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي

يعد حق المنظمة الدولية بالتمتع بالحصانات والامتيازات<sup>(٩)</sup>، من الآثار الناجمة عن تمتع المنظمة الدولية بالشخصية القانونية، ومن أهم الحصانات والامتيازات حصانة مقر المنظمة والحصانات التي يتمتع بها موظفوها<sup>(١٠)</sup>.

فما هو مصدر القواعد القانونية النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي؟

## الفرع الأول

### المصادر الأصلية للقواعد النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي

يتمثل المصدر الأساسي للقواعد النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي، في موثائق المنظمات الدولية، والاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية المبرمة بين المنظمات الدولية ودولة المقر التي تنظم وتبين مدى هذه الحصانات<sup>(١١)</sup>، والأنظمة الأساسية والإدارية لموظفي المنظمات الدولية.

(٩) تعرف الحصانة لغة: الحصانة مصدر الفعل حصن، ومصدر هذه الكلمة يدل على الحفظ والحيطة والحرز، يقال حصن المكان يحصن حصانه فهو حصين منع، وحصن حصين أي منيع، فالحصانة تدل على المنعة وهي العز والقوة التي تمنع الغير من الوصول إلى من اتصف بها بإيذاء أو تنقص.

د. وليد خالد الربيع - الحصانات والامتيازات الدبلوماسية في الفقه الإسلامي والقانون الدولي - دراسة مقارنة - جامعة الكويت - مجلة الفقه والقانون - ص ٤٤.

www.majalh.new.ma.

د. حنان أخميس - تاريخ الدبلوماسية ١ - دراسات دولية - ص ٤٥.  
www.ao-academy.org/.../tareekh\_aldoblomasiyah\_24.

أما الامتياز فيعرف بأنه ميزة أو حق يتمتع به شخص معين أو مجموعة من الأشخاص دون غيرهم.

رمزي نسيم حسونة - مسؤولية قوات الأمم المتحدة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني - رسالة دكتوراه - إشراف أ. د. ماهر ملندي - د. هوش شاهين - جامعة دمشق - ٢٠١٢ - ص ٢٠٠.

(١٠) د. أحمد محمد رفعت - القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٢١٢.  
Dapo Akande- international organizations-p.p 295-298.

(١١) د. علي إبراهيم - المنظمات الدولية - النظرية العامة - الأمم المتحدة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠١ - ص ٤٦٩.



فقد نصت المادة ١٠٥ من ميثاق منظمة الأمم المتحدة على أن:

- ١ - تتمتع الهيئة في أرض كل عضو من أعضائها بالمزايا والإعفاءات التي يتطلبها تحقيق مقاصدها.
- ٢ - وكذلك يتمتع المندوبون عن أعضاء الأمم المتحدة وموظفو هذه الهيئة بالمزايا والإعفاءات التي يتطلبها استقلالهم في القيام بمهام وظائفهم المتصلة بالهيئة.
- ٣ - للجمعية العامة أن تقدم التوصيات بقصد تحديد التفاصيل الخاصة بتطبيق الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة، ولها أن تقترح على أعضاء الهيئة عقد اتفاقات لهذا الغرض<sup>(١٢)</sup>.

لا بد لنا أن نميز بين الموظف الدولي وممثلي الدول الأعضاء في المنظمة إن كان من حيث التبعية أو من حيث آثار التصرفات والحصانات، فتعيين ممثلي الدول يتم من قبل حكوماتهم وهم مسؤولون أمامها، أما الموظف الدولي فتعيينه المنظمة ويسأل أمامها، وفي حين تنصرف آثار تصرفات ممثلي الدول إلى حكوماتهم تنصرف آثار تصرفات الموظف الدولي إلى المنظمة، يتمتع على ممثلي الدول الاحتجاج بحصاناتهم في مواجهة دولهم، أما الموظفون الدوليون فيحتجون بحصاناتهم في مواجهة الدول الأعضاء كافة بما فيها دولهم<sup>(١٣)</sup>.

وفي عام ١٩٤٦ أقرت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة اتفاقية حصانات وامتيازات منظمة الأمم المتحدة، التي بينت في البند ١٨ منها الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها موظفو المنظمة<sup>(١٤)</sup>، وبيّنت اتفاقية حصانات وامتيازات الوكالات

---

(١٢) ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية - نيويورك - الأمم المتحدة - ص ٦٨.  
نصت المادة ٢١ من دستور منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية والمعونة (ب) الأهلية القانونية والامتيازات والحصانات) على أن:

١- تتمتع المنظمة في إقليم كل عضو من أعضائها بالأهلية القانونية والامتيازات والحصانات اللازمة لممارسة وظائفها وتحقيق أهدافها. ويتمتع ممثلو أعضاء المنظمة وموظفوها بالامتيازات والحصانات اللازمة لاستقلالهم في ممارسة وظائفهم المتعلقة بالمنظمة.  
<http://www.ameezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=967&language=ar>.

(١٣) أ. د. محمد عزيز شكري - د. ماجد الحموي - الوسيط في المنظمات الدولية - مرجع سابق - ص ٩١-٩٢.

(١٤) اعتمدت الجمعية العامة في عام ١٩٤٦ عملاً المادة ١٠٥ ف ٣ من الميثاق، اتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها التي أصبحت ١٣٧ دولة عضواً أطرافاً فيها وأدرجت أحكامها في مئات الاتفاقات المتصلة بالأمم المتحدة وأنشطتها، تهدف الاتفاقية إلى حماية فئات مختلفة من الأفراد من كل أنواع التدخل من قبل السلطات الوطنية.

المتخصصة لعام ١٩٤٧ في البند ١٩ منها، حصانات وامتيازات موظفي الوكالات المتخصصة.

كما أن اتفاقيات المقر التي تبرم بين المنظمة الدولية والدولة المضيفة، تمنح حصانات وامتيازات للمنظمة وموظفيها، كاتفاقية المقر بين منظمة الأمم المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٩٤٧<sup>(١٥)</sup> ووقعت في الأعوام ١٩٦٩ و ١٩٦٦ و ١٩٨٠ اتفاقات تكميلية<sup>(١٦)</sup>، وقعت منظمة الصحة العالمية اتفاق مقر مع سويسرا في عام ١٩٤٨.

وقعت حكومتا إيطاليا وفرنسا اتفاقتي مقر مع منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (الفاو) ١٩٥٠ ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم (اليونسكو) ١٩٥٤. ووقع مع حكومة النمسا في عام ١٩٥٨ اتفاق جعلت بموجبه فيينا مقراً للوكالة الدولية للطاقة الذرية.<sup>(١٧)</sup>

والاتفاقية المبرمة بين حكومة المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم لعام ١٩٩٠، والتي نصت في مادتها الخامسة الفقرة الأولى على أن : تطبق الحكومة على اليونسكو وأموالها وممتلكاتها وأصولها وموظفيها، أحكام الاتفاقية

= فتوى محكمة العدل الدولية - الخلاف المتصل بحصانة مقرر خاص لجنة حقوق الإنسان من الإجراءات القانونية - ٢٩ - نيسان ١٩٩٩.

CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS- Adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 February 1946. Entry into force:17 September 1946  
Convention on the privileges and immunities of the specialized agenesi.1947.  
Entry into force:2 December 1948.

(١٥) agreement between the united nation and the united state of America-regarding the headquarter of the united natione-1947.

Widdad khalafalla Abdelrahman - supervisor Akolda Man Tier - Privileges and immunities granted in the headquarters and host agreement-master-faculty of law - university of khartoum -2006.  
<http://etd2.uofk.edu/index.php>.

(١٦) ايون غوريتا وفولفغانغ مونش - استعراض اتفاقات المقر التي أبرمتها المنظمات التابعة لمنظومة الأمم المتحدة: قضايا الموارد البشرية التي تمس الموظفين - وحدة التفقيش المشتركة - الأمم المتحدة - JIU/REP/2004/2- ص ٢.

<https://www.unjiu.org/ar/reports-notes/>.

(١٧) واستفادت فيما بعد من مبدأ المساواة في معاملة المنظمات الدولية الذي تطبقه السلطات السويسرية - المرجع السابق - ص ٢.

الخاصة بالامتيازات والحصانات التي تتمتع بها الوكالات المتخصصة، التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢١ نوفمبر ١٩٤٧، وأصبحت المملكة المغربية طرفاً فيها منذ ١٠ كانون الثاني ١٩٥٨، وكذلك أحكام الملحق الرابع لهذه الاتفاقية.<sup>(١٨)</sup>

ومن ذلك أيضاً ما جاء في البند الثالث من الاتفاقية المتعلقة بالوضع القانوني والمزايا والحصانات المبرمة بين الأردن والمنظمة الدولية للهجرة، والذي نص على أن يتمتع المدير العام ونائب المدير العام للمنظمة من جهة وموظفو المنظمة من جهة أخرى في الأردن بنفس المزايا والحصانات الممنوحة للرؤساء التنفيذيين والموظفين العاملين لدى الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، بموجب معاهدة امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة المؤرخة ٢١ تشرين ثاني - ١٩٤٧ ووفقاً للقوانين والأنظمة الأردنية المتعلقة بهذا الموضوع<sup>(١٩)</sup>.

وفي ١- تشرين الثاني عام ١٩٩٧ دخل اتفاق المقر الذي أبرم بين اللجنة التحضيرية لمنظمة معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية وجمهورية النمسا، وهو يمنح اللجنة الشخصية القانونية والحماية والحرمة لمقرها والامتيازات والحصانات للبعثات الدائمة وممثلي الدول الموقعة وموظفي اللجنة والخبراء المضطلعين ببعثات<sup>(٢٠)</sup>

أشار النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة إلى أن الامتيازات والحصانات التي تتمتع بها الأمم المتحدة بموجب المادة ١٠٥ من الميثاق هي امتيازات و حصانات ممنوحة لخدمة مصالح المنظمة، وفي كل حالة تنشأ فيها مسألة تتعلق بتطبيق هذه

(١٨) اتفاق بين حكومة المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونيسكو) - ٢٢ فبراير ١٩٩٠ - ظهير شريف رقم ١،٩٣،١٣٣ صادر في فاتح رمضان ١٤٣٢ (٢ أغسطس ٢٠١١) بنشر الاتفاق الموقع بباريس في ٢٢ فبراير ١٩٩٠ بين حكومة المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونيسكو) - الجريدة الرسمية عدد ٦٠٣٤ الصادرة بتاريخ ٦ جمادى الأولى ١٤٣٣ (٢٩ مارس ٢٠١٢).

(١٩) اتفاقية حول الوضع القانوني والمزايا والحصانات بين الأردن والمنظمة الدولية للهجرة - منتدى كلية الحقوق - جامعة المنصورة.

<http://www.f-law.net/law/forums/>.

تجدر الإشارة إلى أن منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية وضعت اتفاق نموذجي للتعاون مع حكومات الدول المقر آكلت فيه على نفس المفهوم وذلك في مادتها العاشرة. موقع منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية على شبكة الانترنت:

[www.unido.org](http://www.unido.org).

(٢٠) تدابير التنفيذ الوطنية - التشريعات والامتيازات والحصانات واتفاقات المرافق مذكورة من الأمين التنفيذي - اللجنة التحضيرية لمنظمة معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية - ٢١ أيلول - ٢٠١٢ - ص ٦.



الامتيازات والحصانات، يتعين على الموظف أن يبلغ الأمر فوراً إلى الأمين العام الذي له وحده أن يقرر إن كانت هذه الامتيازات والحصانات موجودة، وإن كان سيتنازل عنها وفق الصكوك الموجودة.<sup>(٢١)</sup>

نص بروتوكول حصانات وامتيازات الجماعات الأوروبية على أن حصانات وامتيازات الموظفين منسجمة مع مصلحة المجموعات، وأكد قانون هيئة الموظفين للجماعات الأوروبية لعام ٢٠٠٤ على ذلك، وأضاف أنه عندما تكون الحصانات والامتيازات محل نزاع أو نقاش على الموظف المعني أن يبلغ السلطة التي عينته.<sup>(٢٢)</sup>

(٢١) المادة الأولى من النظام الأساسي للموظفين - الأمم المتحدة - نيويورك - ٢٠٠٧ - ST/SGB/2007/4.

ينجم عن العلاقة مابين الموظف الدولي والمنظمة الدولية أن يتمتع الموظف الدولي بحقوق وتفرض على عاتقه واجبات تجاه المنظمة التي يعمل بها، وغالباً ما تتحدد حقوق وواجبات الموظف الدولي في مواثيق المنظمات الدولية والأنظمة الأساسية واللوائح الداخلية المتعلقة بشؤون الموظفين، فقد نص النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة في البند ١/١ من المادة الأولى على أن يكفل الأمين العام احترام حقوق الموظفين وواجباتهم، على نحو ما هي مبينة في الميثاق والنظامين الأساسي والإداري للموظفين وفي قرارات الجمعية العامة ومقرراتها ذات الصلة، نصت المادة ١/١٢ على أنه للجمعية العامة أن تستكمل أحكام هذا النظام الأساسي أو تعدلها، دون إخلال بالحقوق المكتسبة للموظفين.

النظام الإداري للموظفين - النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة والنظام الإداري المؤقت - نشرة الأمين العام - الأمم المتحدة - ٢١ - تشرين الأول - ٢٠٠٩ - الوثيقة ST/SGB/2009/7\*\*\*.

(٢٢) Article 18 from the PROTOCOL ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE EUROPEAN COMMUNITIES:(Privileges, immunities and facilities shall be accorded to officials and other servants of the Communities solely in the interests of the Communities. Each institution of the Communities shall be required to waive the immunity accorded to an official or other servant wherever that institution considers that the waiver of such immunity is not contrary to the interests of the Communities). EUROPEAN UNION - Selected instruments taken from Treaties-file://epades\edprint\dg2\_commis\jur-i\dv\JURI\_Hearing%2029.11.2005\TreatyProtocoleIMMEN.htm 28/11/2005 Article 23 The privileges and immunities enjoyed by officials are accorded solely in the interests of the Communities.

Subject to the Protocol on Privileges and Immunities, officials shall not be exempt from fulfilling their private obligations or from complying with the laws and police regulations in force.

When privileges and immunities are in dispute, the official concerned shall immediately inform the appointing authority. Staff regulation of officials of the European communities - conditions of employment of other servants of the European communities -200- p12.



وقد أبرمت حكومة جمهورية العراق مع مفوضية المجموعات الأوروبية في عام ٢٠٠٨، اتفاقاً حول تأسيس امتيازات وحصانات بعثة المفوضية للمجموعات الأوروبية في العراق.<sup>(٢٣)</sup>

ونجد أن بعض الدول اعتمدت قوانين داخلية تنظم المسائل المتعلقة بحصانات وامتيازات المنظمات الدولية وموظفيها، من ذلك على سبيل المثال سويسرا حيث اعتمدت قانون الدولة المضيفة في عام ٢٠٠٧ الذي يحدد امتيازات وحصانات المنظمات الدولية التي تتواجد فوق إقليمها.<sup>(٢٤)</sup>

يلاحظ أن ميثاق الأمم المتحدة لم ينص إلا على أحكام عامة جداً بشأن امتيازات وحصانات الأمم المتحدة وموظفيها، وأكد اعتماد اتفاقات متعددة الأطراف مثل اتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها لعام ١٩٤٦ واتفاقية امتيازات الوكالات المتخصصة للأمم المتحدة وحصاناتها لعام ١٩٤٧، على أهمية ضمان منح المنظمات الدولية وموظفيها امتيازات وحصانات كافية لتمكينها من تأدية واجباتها على نحو فعال.

وتشكل هذه الاتفاقيات الأساس القانوني الذي يقوم عليه إبرام اتفاقيات المقر التي تستهدف توضيح العلاقة بين كل من هذه المنظمات والبلد المضيف المعني.

وتعقد اتفاقات المقر بالضرورة في الوقت الذي تقوم به المنظمة لأول مرة، بفتح أماكنها للعمل في بلد معين، ويلاحظ أن المنظمات التي أنشئت في الآونة الأخيرة استفادت من اتباع نهج أكثر حداثة إزاء عدد من القضايا الاجتماعية والاقتصادية المبينة في اتفاقات المقر الخاصة بها، مثل اتفاق المقر الذي عقده منظمة التجارة العالمية عام ١٩٩٥، والذي تفصل فيه نحو ٥٠ مادة الأحكام والشروط المتعلقة

(٢٣) اتفاقيات العراق مع الدول الأوروبية والاتحاد الأوروبي - ذاكرة العلاقات الدولية - أرشيف وزارة الخارجية - ٢٠١٢-٨-٨.

[http://www.nbraas.com/inp/view\\_printer.asp?ID=183&AUTHOR=](http://www.nbraas.com/inp/view_printer.asp?ID=183&AUTHOR=).

(٢٤) تستضيف جنيف ٢٢ منظمة دولية، كما أن المقرات الرئيسية لأكثر من ٢٠٠ منظمة غير حكومية توجد في سويسرا، من أهم المنظمات الدولية المتواجدة في سويسرا، هناك اللجنة الدولية للصليب الأحمر والمفوضية السامية لشؤون اللاجئين والمنظمة العالمية للصحة والمنظمة العالمية للتجارة وبنك التسويات الدولية، يقيم حالياً في سويسرا، حوالي ٤٠ ألف شخص على علاقة بالمنظمات الدولية، من بينهم ١٤ ألف شخص يعملون في جنيف.

<http://www.swissinfo.ch/ara/detail/content.html?cid=5948076>.

بالمنظمة وموظفيها في سويسرا، أما الاتفاقات التي عقدت في السابق، فلم تكن بمثل هذه الدرجة من التفصيل، فبعضها يتألف من عشر مواد فقط<sup>(٢٥)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أنه من شأن مبدأ المعاملة الأكثر رعاية للمنظمات الدولية، إذا ما طبق التطبيق المناسب واعتمدته البلدان المضيفة أن يتيح إجراء تحديث تلقائي لبعض الاتفاقات التي ربما تجاوزها الزمن<sup>(٢٦)</sup>.

أما بالنسبة للعرف كمصدر للقواعد النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي، فيقصد به العرف الدولي بمعناه التقليدي وعرف المنظمة الدولية ذاتها، أي مجموعة القواعد غير المكتوبة التي يتواتر العمل بها داخل إطار المنظمة مع الشعور بالإلزام، ومن الحصانات والامتيازات العرفية إعفاء الموظف الدولي من المثل للإدلاء بالشهادة أمام المحاكم واللجان الوطنية<sup>(٢٧)</sup>، ونظراً لحدثة عهد المنظمات الدولية بأهمية العرف ستزداد مع الوقت كلما طال عمر المنظمة وكثرت نشاطاتها.

ومن الجدير بالذكر أن لجنة القانون الدولي في دورتها الثامنة والعشرين لعام ١٩٧٦، طلبت من السيد عبد الله العريان المقرر الخاص لموضوع المركز القانوني - حصانات وامتيازات المنظمات الدولية وموظفيها وخبرائها، أن يحضر تقريراً ابتدائياً، كي تتمكن اللجنة من اتخاذ القرارات الضرورية، ولتحدد خطه العمل المتعلقة بالجزء الثاني من موضوع العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية، المعنون بامتيازات وحصانات المنظمات الدولية وموظفيها وخبرائها، وغيرهم من الأشخاص المكلفين بمهمة ولا يعدون ممثلين للدول.

وفي دورتها التاسعة والعشرين كلفته اللجنة بمتابعة الدراسة انطلاقاً من التقرير الذي قدمه، ليقوم بإعداد تقرير آخر مع الأخذ بعين الاعتبار لوجهات النظر والنقاشات التي حصلت أثناء الاجتماع التاسع والعشرين، وقررت أيضاً أن تخوله الحصول على معلومات إضافية، وتأمل بأن ينجز بحثه في المجال العرفي، عن طريق دراسة الاتفاقيات وممارسة المنظمات الدولية، سواء ضمن منظومة الأمم المتحدة أم خارجها، وتشريعات وممارسات الدول.

في دورتها الواحدة والثلاثين في عام ١٩٧٩، عينت اللجنة السيد ليوناردو غونزاليس مقررراً خاصاً الذي قدم عدة تقارير خلال الدورات المتعاقبة للجنة.

(٢٥) ايون غوريثا و فولفغانغ مونش - مرجع سابق - ص ٤٧٠.

(٢٦) المرجع سابق - ص ٥.

(٢٧) رمزي نسيم حسونة - مرجع سابق - ص ٢٢٣.

بالنتيجة توصلت اللجنة في دورتها الرابعة والأربعين إلى عدم الاستمرار في النظر في الجزء الثاني من موضوع العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية، على اعتبار أنه تمت دراسته ضمن الاتفاقيات ذات الصلة، وأيدت الجمعية العامة قرار لجنة القانون الدولي<sup>(٢٨)</sup>.

تعد المبادئ العامة للقانون مصدراً للقواعد القانونية النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي، ويقصد بها مبادئ القانون المتفق عليها في القوانين الداخلية للدول الأعضاء في المنظمة، فكثيراً ما تطبق المبادئ العامة المتفق عليها في القوانين الإدارية للدول الأعضاء في حال سكوت النظم الداخلية للمنظمة<sup>(٢٩)</sup>.

## الفرع الثاني

### المصادر الاحتياطية للقواعد النازمة لحصانات وامتيازات الموظف الدولي

بالنسبة للقضاء الدولي كمصدر استدلالي لقواعد القانون الدولي، أصدرت محكمة العدل الدولية فتويين الأولى في عام ١٩٨٩ والثانية وفي عام ١٩٩٩.

ففي ١٥ - كانون الأول - ١٩٨٩، أصدرت محكمة العدل الدولية بالإجماع فتواها بشأن انطباق الفرع ٢٢ من المادة السادسة من اتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها على حالة السيد دوميترو مازيلو بوصفه مقررراً خاصاً للجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات، وكان قد طلب إصدار الفتوى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة.

لقد رأت المحكمة أن الفرع ٢٢ لا يشمل سوى الخبراء الذين يؤدون مهام للمنظمة، غير أن هذا الفرع لا يعطي أي إشارة إلى طبيعة المهام ومدتها ومكانها، وأن غرض الفرع ٢٢ هو تمكين الأمم المتحدة من إنفاذ مهام بأشخاص لا يتمتعون بمركز الموظف في المنظمة، ومن أن تكفل لهم ما يلزم من امتيازات وحصانات لممارسة وظائفهم بصورة مستقلة.

يقصد بالفرع ٢٢ كفالة استقلال الخبراء لخدمة مصلحة المنظمة بمنحهم

(٢٨) موقع منظمة الأمم المتحدة للمعاهدات على شبكة الإنترنت:

[http://untreaty.un.org/ilc/summaries/5\\_2.htm#\\_ftn1](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/5_2.htm#_ftn1).

الجمعية العامة - الدورة السابعة والأربعون - الجلسة العامة ٧٣-١٩٩٢ - ص ٣٩٢.

(٢٩) أ.د. محمد عزيز شكري - دماجد الحموي - مرجع سابق - ص ٨١.

الامتيازات والحصانات اللازمة لهذا الغرض، وخلصت المحكمة إلى أن الفرع ٢٢ ينطبق على كل خبير يؤدي مهمة سواء سافر أم لم يسافر.

ونظرت المحكمة في مسألة ما إذا كان بإمكان الخبراء الموفدين في مهام الاحتجاج بالامتيازات والحصانات التي ينص عليها الفرع ٢٢ ضد الدول التي هم من رعاياها أو في الأراضي التي يقيمون فيها. ولاحظت في هذا الصدد أن الفرع ١٥ من الاتفاقية العامة ينص على أن الأحكام ١١ و ١٢ و ١٣ من المادة الرابعة المتعلقة بممثلي الدول لا تنطبق فيما بين أي ممثل وسلطات الدولة التي هو أحد رعاياها أو التي هو ممثل لها أو كان ممثلاً لها، ولاحظت أن المادة الخامسة المتعلقة بموظفي المنظمة والمادة السادسة المتعلقة بالخبراء الموفدين في مهام للأمم المتحدة، لا تتضمنان أية قاعدة مماثلة.

وخلصت إلى أن هذا الفرق في النهج ليس عسير التعليل؛ ذلك أن الامتيازات والحصانات الواردة في المادتين الخامسة والسادسة تمنحان بقصد كفالة استقلال الموظفين والخبراء الدوليين تحقيقاً لمصالح المنظمة؛ وينبغي أن تحترم الاستقلال كافة الدول بما فيها دولة الجنسية ودولة الإقامة.

ولاحظت المحكمة، أيضاً أن بعض الدول الأطراف في الاتفاقية العامة قد أدخلت تحفظات على بعض أحكام المادة الخامسة أو المادة السادسة نفسها، فيما يتعلق برعاياها أو الأشخاص الذين يقيمون عادة في أراضيها.

وباختصار رأت المحكمة أن الفرع ٢٢ من الاتفاقية العامة ينطبق على الأشخاص (غير موظفي الأمم المتحدة) الذين أوفدتهم المنظمة في مهام والذين يحق لهم لذلك، التمتع بالامتيازات والحصانات التي ينص عليها هذا الفرع كي يتوفر لهم الاستقلال في ممارسة وظائفهم، وأن الخبراء طوال فترة هذه المهام يتمتعون بهذه الامتيازات والحصانات المتعلقة بأدائهم لوظائفهم سواء سافروا أو لم يسافروا؛ وأنه يمكن الاحتجاج بهذه الامتيازات والحصانات ضد دولة الجنسية أو الإقامة ما لم تكن الدولة قد أدخلت بصورة صحيحة تحفظاً على الفرع ٢٢ من الاتفاقية العامة.

رأت المحكمة بالإجماع أن الفرع ٢٢ من المادة السادسة من اتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها ينطبق في قضية السيد مازيلو بوصفه مقررراً خاصاً للجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات<sup>(٣٠)</sup>.

(٣٠) انطبق الفرع ٢٢ من المادة السادسة من اتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها - الفتوى الصادرة في ١٥ كانون الأول ١٩٨٩ - موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١ - الأمم المتحدة - ص ٢٧٦-٢٧٧.



أصدرت محكمة العدل الدولية فتواها في الخلاف المتصل بحصانة مقرر خاص للجنة حقوق الإنسان من الإجراءات القانونية بـ ٢٩ - نيسان - ١٩٩٩ بناء على طلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي

رأت المحكمة بأغلبية أربعة عشر صوتاً مقابل صوت واحد، أن المادة السادسة من البند ٢٢ من اتفاقية حصانات الأمم المتحدة وامتيازاتها تنطبق على حالة داتو بارام كوماراسوامي، وهو فقيه قانوني ماليزي، عينته لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في عام ١٩٩٤ مقررراً خاصاً لموضوع استقلال القضاة والمحامين، وأنه تحقق له الحصانة من الإجراءات القانونية أيّاً كان نوعها على الكلمات التي قالها في مقال في عدد تشرين الثاني ١٩٩٥ من مجلة (المقاضاة التجارية الدولية) international commercial litigation.

وقررت المحكمة أنه كان ينبغي على حكومة ماليزيا أن تبلغ المحاكم الماليزية بقرار الأمين العام وأنه كان ينبغي أن تتناول مسألة الحصانة كمسألة ابتدائية يبت فيها بسرعة.

وقالت بالإجماع أنه كان ينبغي أن يعتبر السيد داتو بريء الزمة مالياً من أي مصاريف فرضتها عليه المحاكم الماليزية، لاسيما المصاريف المقررة.

وأن على حكومة ماليزيا التزاماً بإبلاغ هذه الفتوى إلى المحاكم الماليزية لإنفاذ التزامات ماليزية الدولية واحترام حصانة السيد داتو<sup>(٢١)</sup>.

صحيح أن الفتويين تتعلقان بحصانات خبراء من غير موظفي الأمم المتحدة، لكن من المفيد الاطلاع عليهما للدلالة على وجود الحصانات والامتيازات، وإذا كان الخبراء يتمتعون بالحصانات والامتيازات فمن باب أولى موظفو الأمم المتحدة، وأن الاحتجاج بالحصانة يكون في مواجهة جميع الدول بما فيها الدولة التي يتمتع الخبير بجنسيتها، من أجل ضمان الاستقلالية في العمل لصالح المنظمة، طالما أن الخبير يقوم بتأدية المهام الموكلة إليه، وأن الدفع بالتمتع بالحصانة من الدفع الابتدائية التي

(٢١) كانت المحكمة مشكلة على النحو التالي: الرئيس شوييل - نائب الرئيس ويرامانثري، والقضاة أودا وبجاوي وغيوم ورائجفا وهيرتزيغ وشي وفلايشهاور وكوروما وفيريشيتشتين وهيغينز وبارا - أراتغورين ورزق وكومانس ومسجل المحكمة فالينسيا - أوسبينا. موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢ - الأمم المتحدة - نيويورك - ٢٠٠٥ - ص ٦٧.

على المحاكم الوطنية للدولة المضيفة والتي يتمتع الخبير بجنسيتها النظر والبت فيها قبل البدء بالنظر في الدعوى.

ولقد أكد العديد من الكتّاب في مجال القانون الدولي ومنهم الدكتور علي إبراهيم والدكتور حمادة محمد بدوي متولي والدكتور محمد المجذوب على أنه لكي يمارس الموظف الدولي مهام وواجبات وظيفته بحرية كاملة، وعلى أمثل وجه تحقيقاً للمصلحة العامة المبتغاة، يتعين أن تتقرر له بالضرورة من الحصانات ما يحقق هذه الحرية، ولهذا تقررت له عديد من الحصانات<sup>(٣٢)</sup>.

فالأساس الذي بنيت عليه الحصانة هو نظرية ضرورات الوظيفة، أي ضرورة حسن سير عمل المنظمة<sup>(٣٣)</sup>، فالغاية من تلك الحصانات تتمثل في تمكين المنظمة الدولية من القيام بتحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها، وهي مقررّة لصالح الوظيفة وليس لصالح شاغلها، والمصدر الأساسي لهذه الامتيازات والحصانات هو الاتفاقات الدولية<sup>(٣٤)</sup>.

## المطلب الثاني

### محتوى حصانات وامتيازات الموظف الدولي

الحصانة الدبلوماسية هي مبدأ في القانون الدولي بموجبه لا يخضع موظفون حكوميون أجانب للاختصاص القضائي للمحاكم المحلية<sup>(٣٥)</sup>، فما مدى الحصانة القضائية التي يتمتع بها الموظفون الدوليون؟ وهل هي حصانة مطلقة أم مقيدة؟ وماهي الامتيازات التي يتمتعون بها؟

(٣٢) د. حمادة محمد بدوي متولي - ضمانات الموظفين الدوليين - دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص ٤٤.

(٣٣) د. محمد المجذوب - التنظيم الدولي - النظرية العامة والمنظمات العالمية والإقليمية المتخصصة - مرجع سابق - ص ١٠١.

(٣٤) د. حمادة محمد بدوي متولي - ضمانات الموظفين الدوليين - دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص ٤٤.

(٣٥) Diplomatic immunity is a principle of international law by which certain foreign government officials are not subject to the jurisdiction of local courts and other authorities -diplomatic immunity.

[http://www.ediplomat.com/nd/diplomatic\\_immunity.htm](http://www.ediplomat.com/nd/diplomatic_immunity.htm).

## الفرع الأول

### الحصانة القضائية للموظف الدولي

يختلف مدى الحصانة القضائية التي يتمتع بها الموظفون الدوليون باختلاف فئاتهم، ومن ثم يمكننا تقسيمهم إلى ثلاث فئات:

١ - يتمتع كبار المسؤولون في المنظمات الدولية مثل السكرتير العام أو المدير العام والمساعدين لهم وقضاة محكمة العدل الدولية وقضاة محكمة العدل الأوروبية، بالحصانات والامتيازات المقررة لرؤساء البعثات الدبلوماسية<sup>(٣٦)</sup>.

فقد منحت اتفاقية حصانات وامتيازات الأمم المتحدة لعام ١٩٤٦ الأمين العام والأمناء المساعدين وزوجاتهم وأولادهم القصر الحصانة المطلقة من القضاء الجنائي مماثلة لتلك التي يتمتع بها المبعوثون الدبلوماسيون وفقاً للمادة ٣١ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، فلا يجوز إلقاء القبض عليهم أو اتخاذ أي إجراء جنائي ضدهم ولا رفع الدعوى الجنائية ضدهم ولا محاكمتهم، فهم يتمتعون بالحصانة من الإجراءات الجنائية أسوة بالدبلوماسيين، ويتمتعون أيضاً بالإعفاء من القضاء المدني والإداري إلا ما استثنى بنص المادة المشار إليها<sup>(٣٧)</sup>.

٢ - أما بالنسبة للحصانة التي يتمتع بها موظفو المنظمة الذين لا يشغلون مناصب عليا

(٣٦) د. علي إبراهيم - المنظمات الدولية النظرية العامة - الأمم المتحدة - مرجع سابق - ص ٤٦٩.  
Linda S.Frey -A Diplomatic analogy:international functionaries and their privileges -1998-  
<http://www.diplomacy.edu/resources/general/diplomatic-analogy-international-functionaries-and-their-privileges>.

(٣٧) أ - ملاوي إبراهيم - حصانة الموظفين الدوليين - جامعة محمد خيضر بسكرة - مجلة المفكر - العدد الثالث - ١٩٤٥هـ - ص ٢٣٨-٢٣٩.

نصت الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم في مادتها الخامسة الفقرة ٢ على أن تمنح الحكومة مدير المكتب وممثل اليونسكو حق التمتع بالامتيازات والحصانات والتسهيلات وإجراءات المجاملة، التي تمنح لرؤساء بعثات تمثيل المنظمات الدولية المعتمدين لدى حكومة المملكة المغربية، وتدرج اسمه، لهذه الغاية، في قائمة رؤساء البعثات الأجنبية. الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم لعام ١٩٩٠ - نشرت بالجريدة الرسمية عدد ٦٠٣٤ الصادرة بتاريخ ٦ جمادى الأولى ١٤٢٣ (٢٩ مارس ٢٠١٢).

د. فؤاد شباط - الدبلوماسية - جامعة دمشق - ط ١٠ - ٢٠٠٦ - ص ٥٩-٦٠.

وإنما يعملون تحت إمرة الأمين العام والأمناء المساعدين<sup>(٣٨)</sup>، فهي ليست مطلقة إنما فقط أثناء ومن أجل تأدية مهامهم كما هو واضح في الاتفاقية حيث نصت في البند ١٨ من مادتها الخامسة على أن: موظفي الأمم المتحدة سوف يتمتعون بالحصانة القضائية في كل ما يصدر عنهم من أقوال (شفوية أو مكتوبة) أو أفعال من أجل تأدية مهامهم<sup>(٣٩)</sup>.

وهذا ما تم التأكيد عليه في اتفاقية حصانات وامتيازات الوكالات المتخصصة لعام ١٩٤٧<sup>(٤٠)</sup>.

(٣٨) نص النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة في مادته الثانية - البند ١/٢ على أنه: تمشياً مع المبادئ التي تضعها الجمعية العامة، يتولى الأمين العام وضع أحكام مناسبة لتصنيف الوظائف والموظفين تبعاً لطبيعة الواجبات والمسؤوليات المطلوبة.

النظام الأساسي للموظفين - الأمم المتحدة - نيويورك - ٢٠٠٧ - ST/SGB/2007/4 - ص ٥ ويتمتع موظفو منظمة الأمم المتحدة بالحق في المرور والتنقل في الدولة التي تمارس فيها المنظمة الدولية نشاطاً معيناً يتعلق بأعمالها، وللمنظمة أن تمنح جوازات مرور لموظفيها تعترف بها وتقبلها سلطات الدول الأعضاء كسند صالح للسفر.

CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES

OF THE UNITED NATIONS- Adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 February 1946 Entry into force: 17 September 1946.

يستفيد الموظف الدولي وأفراد عائلته من المعاملة الخاصة التي يعامل بها المبعوثون الدبلوماسيون أثناء الأزمات الدولية والخاصة بالترحيل إلى الوطن

د. فؤاد شباط - الدبلوماسية - مرجع سابق - ص ٦١. (٣٩)

convention on the privileges and immunities of the specialized agencies 1947. (٤٠)

نصت المادة ٣ من الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم في عام ١٩٩٠ على أن يعين المدير العام لليونسكو، وفقاً لنظام ولائحة موظفي اليونسكو، مديراً للمكتب وممثلاً لدى حكومات المملكة المغربية والجمهورية الجزائرية الديمقراطية والشعبية والجمهورية الإسلامية الموريتانية واتحاد المغرب العربي، ولدى المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم وسيعين بالمكتب فضلاً عن ذلك، وفقاً لنظام ولائحة الموظفين وفي حدود الموارد المالية المتاحة، ما يلزمه من موظفين.

الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم لعام ١٩٩٠ نشرت بالجريدة الرسمية عدد ٦٠٣٤ الصادرة بتاريخ ٦ جمادى الأولى ١٤٣٣ (٢٩ مارس ٢٠١٢).

ونصت الاتفاقية المبرمة بين المملكة الأردنية الهاشمية والمنظمة الدولية للهجرة في مادتها الثالثة على أنه يتمتع المدير العام ونائب المدير العام للمنظمة من جهة وموظفو المنظمة من جهة أخرى في الأردن بنفس المزايا والحصانات الممنوحة للرؤساء التنفيذيين والموظفين العاملين لدى الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة بموجب معاهدة امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة المؤرخة ٢١ تشرين ثاني - نوفمبر - ١٩٤٧ وفقاً للقوانين والأنظمة الأردنية المتعلقة بهذا الموضوع

=



كذلك فقد نص البروتوكول المتعلق بالحصانات والامتيازات للجماعات الأوروبية في القسم الخامس من مادته الثانية عشرة على أن: (يتمتع موظفو الجماعات في إقليم كل دولة وأياً كانت جنسيتهم: أ - وفقاً لبنود الاتفاقات المتعلقة بمسؤولية الموظفين تجاه الجماعات، والاختصاص القضائي للمحاكم في النزاعات بين الجماعات وموظفيهم، يتمتعون بالحصانة من الإجراءات القضائية عن كل ما يصدر عنهم من أقوال وأفعال أثناء تأدية مهامهم)<sup>(٤١)</sup>.

وبالتالي يتمتع الموظفون الدوليون بالحصانة عن كل ما يصدر عنهم بصفقتهم الرسمية من قول أو كتابة أو عمل له علاقة مباشرة بتأدية وظيفتهم، ولا يتمتعون بالحصانة عن تصرفاتهم الشخصية خارج نطاق عملهم الرسمي، وعليه فالأعمال التي تصدر عن الموظف الدولي في مسائل لا يتمتع بها بالصفة الرسمية لا تحول دون رفع دعوى ضده ومساءلته.

ويرى الدكتور محمد طلعت الغنيمي أن الحصانة عن الأعمال غير الرسمية للموظفين الدوليين ليس لها ما يبررها، لذا لا يجوز للموظف الدولي أن يحتج بالحصانة عند عدم وجود نص على تقريرها<sup>(٤٢)</sup>.

ولقد أكدت محكمة العدل الدولية على ذلك في الفتوى الصادرة عنها عام ١٩٩٩ في قضية داتو بارام كوماراسوامي وهو فقيه قانوني ماليزي عينته لجنة حقوق الإنسان في عام ١٩٩٤، مقررراً خاصاً للجنة لموضوع استقلال القضاة والمحامين. وتكونت

---

= اتفاقية حول الوضع القانوني والمزايا والحصانات بين الأردن والمنظمة الدولية للهجرة - جامعة المنصورة - مصر - منتدى كلية الحقوق.

(٤١) PROTOCOL ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE EUROPEAN COMMUNITIES file:///\\epades\edprint\dg2\_commis\juri\dv\JURI-Hearing%2029.11.2005\TreatyProtocol\IMMEN.htm 28/11/2005-p3.

(٤٢) أ. ملاوي إبراهيم - مرجع سابق - ص ٢٣٩. نصت الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم في مادتها الخامسة الفقرة ٣ على أنه:

مع عدم الإخلال بالفقرة ٢ من هذه المادة، تمنح الحكومة موظفي اليونسكو المعينين بهذا المكتب، نفس المعاملة التي تمنحها عموماً للموظفين غير المغاربة العاملين بالمنظمات الدولية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة و التي لها مكاتب تمثيل في المغرب؛ فالاتفاقية تبنت مبدأ الأمة الأولى بالرعاية بالنسبة للمنظمات الدولية.

الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم لعام ١٩٩٠ نشرت بالجريدة الرسمية عدد ٦٠٣٤ الصادرة بتاريخ ٦ جمادى الأولى ١٤٣٣ (٢٩ مارس ٢٠١٢).

ولايته من مهام تشمل فيما تشمله، التحقيق في ادعاءات هامة تتعلق باستقلال القضاة والمحامين وموظفي المحاكم، وتعيين الهجمات على استقلالهم وتسجيله. وقدم السيد كوماراسوامي أربعة تقارير إلى اللجنة بشأن تنفيذ مهام ولايته. وبعد التقرير الثالث الذي يحتوي على جزء بشأن المقاضاة المعلقة ضده في المحاكم الماليزية المدنية، جددت اللجنة، في نيسان ١٩٩٧ ولايته لمدة ثلاث سنوات أخرى.

نتيجة لمقال نشر، بناء على مقابلة أجرتها مع المقرر الخاص مجلة international commercial litigation في تشرين الثاني ١٩٩٥، أكدت شركتان تجاريتان في ماليزيا أن المقال يحتوي على كلمات جارحة جلبت لهما فضيحة علنية وكراهية وازدراء، وأقامت كل شركة دعوى ضده تطالب بتعويض مقداره ٣٠ مليون دولار ماليزي، بما في ذلك تعويضات باهظة للقذف.

بالنيابة عن الأمين العام، نظر المستشار القانوني للأمم المتحدة في ظروف المقابلة والعبارات التي كانت مثار جدل من المقال، وقرر أن المقابلة أجريت مع داتو بصفته الرسمية كمقرر خاص للجنة حقوق الإنسان لموضوع استقلال القضاة والمحامين، وأن المقال أشار بوضوح إلى صفته كموظف لدى الأمم المتحدة ولولاية المقرر الخاص العالمية للتحقيق في الادعاءات المتعلقة باستقلال القضاة، وأن العبارات التي اقتبست تتصل بتلك الادعاءات.

وفي ١٥ كانون الثاني ١٩٩٧ أرسل المستشار القانوني مذكرة شفوية طلب فيها من السلطات الماليزية أن تبلغ المحاكم الماليزية على الفور بحصانة المقرر الخاص من الاجراءات القانونية فيما يتعلق بتلك الشكوى بالذات، وفي ٢٠ كانون الثاني ١٩٩٧، قدم المقرر الخاص طلباً للمحكمة العليا في كوالالمبور (محكمة الموضوع التي أقيمت فيها الدعوى) طالباً منها شطب طلب الشركتين المدعيتين بحجة أن الكلمات التي كانت موضوع الدعويين إنما نطق بها في سياق أداء مهمته للأمم المتحدة كمقرر خاص لموضوع استقلال القضاة والمحامين.

وأصدر الأمين العام في ٧ آذار ١٩٩٧ مذكرة أكد فيها أن الكلمات التي تشكل موضوع شكوى المدعين في هذه القضية نطق بها المقرر الخاص في سياق مهمته؛ ولذلك فإن الأمين العام يصر على أن داتو يتمتع بالحصانة من الإجراءات القانونية فيما يتعلق بهذه الكلمات، وقدم المقرر الخاص هذه المذكرة تأييداً لطلبه<sup>(٤٣)</sup>.

(٤٣) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية - ١٩٩٧-٢٠٠٢ - الأمم المتحدة - ٢٠٠٥ - ص ٦٩.

توصلت المحكمة إلى أن السيد داتو له حق الحصانة من الإجراءات القانونية أياً كان نوعها على الكلمات التي قالها في أثناء المقابلة والتي نشرت في مجلة international commercial litigation كما أن المحاكم الوطنية لا تعترف بالحصانة للموظف الدولي خارج نطاق عمله الرسمي، من ذلك مثلاً ما حكمت به إحدى محاكم نيويورك في قضية جوبيتشيك - الموظف الدولي الروسي الجنسية - في مقر الأمم المتحدة، بأنه لا يتمتع بالحصانة الجنائية الكاملة ضد التهمة الموجهة له وهي التجسس، لأن التجسس ليس له علاقة بوظيفته الرسمية في الأمم المتحدة ويقع خارج نطاق عمله الرسمي.

٣ - توجد فئة أخرى تشمل الكتبة والمستخدمين المؤقتين والسعاة والحراس، هؤلاء لا يتمتعون بأية حصانة قضائية ولا بأي امتيازات مالية<sup>(٤٤)</sup>. ففي قضية رانوللو سائق سيارة الأمين العام للأمم المتحدة حيث قدم للمحاكمة أمام محكمة مدنية في أمريكا بتهمة انتهاكه لقوانين المرور وذلك بأن ساق السيارة بسرعة أكثر من السرعة المسموح بها، وفي ١٧-١٠-١٩٤٦، حيث ضبط وهو يقود السيارة بسرعة خمسين ميلاً وكان معه الأمين العام للأمم المتحدة الذي تمسك بالحصانة، إلا أن القاضي روبينز الذي نظر الدعوى أشار في بداية الحكم إلى أنه يأسف لأن أحكام كل من ميثاق الأمم المتحدة وقانون الحصانة الأمريكي لعام ١٩٤٥ وكذلك المرسوم الرئاسي الذي تضمن اللائحة التنفيذية لهذا القانون لا تتضمن تحديداً دقيقاً للامتيازات والحصانات، وأنه في غياب هذا التحديد يكون للقاضي الاختصاص في تفسير هذه الامتيازات والحصانات كي يحدد المعنى العادي لأحكام وشروط هذه الحصانات والامتيازات حتى تسود العدالة وتحقق غرض المشرع منها.

وانتهى القاضي في حكمه الصادر في ٨-١-١٩٤٦ إلى أن (القول بأن موظفي الأمم المتحدة يتمتعون بالإعفاء العام وبدون قيد في كل قضية أو محاكمة إذا كان المتهم يعمل في نطاق مباشرة وظائفه حتى ولو كانت هذه الوظائف ليست لها أية

(٤٤) د. علي إبراهيم - المنظمات الدولية - النظرية العامة - الأمم المتحدة - مرجع سابق - ص ٤٧١ - ٤٧٢.

د. عبد الكريم علوان - الوسيط في القانون الدولي العام - الكتاب الأول - المبادئ العامة - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ط ١ - ١٩٩٧ - ص ٢١٢.

أهمية أو علاقة بنجاح أعمال المنظمة، يؤدي إلى التوسع في مبدأ الحصانة بدون مسوغ<sup>(٤٥)</sup>.

## الفرع الثاني الامتيازات المالية للموظف الدولي

يتمتع الموظف الدولي ببعض الامتيازات المالية كإعفاء مرتبه من الضرائب التي تفرضها دولة المقر على رواتب مواطنيها العاملين في إدارتها الحكومية، ذلك لأن الموظف الدولي يحصل على مخصصاته المالية من مساهمة جميع الدول الأعضاء في ميزانية المنظمة وليس من دولة المقر. فإذا أتيح لدولة المقر أن تفرض ضرائب على رواتب ومكافآت الموظفين الدوليين فستحصل على ميزة مالية خاصة غير متوفرة بالنسبة لبقية الدول<sup>(٤٦)</sup>.

وفي ذلك إخلال بقاعدة المساواة التي تتبناها المنظمات الدولية، لأن وجود المقر ضمن إقليم دولة عضو لا يؤدي إلى حصولها على مزايا مادية ومالية مباشرة. يكفيها المكانة الدولية والمزايا الاقتصادية غير المباشرة التي تعود عليها من جراء الانفاق الذي يقوم به الموظفون الدوليون وممثلو الدول الأعضاء في المنظمة ووفود الزائرون لتكوينهم قوة شرائية تدفع عجلة الإنتاج والدورة الاقتصادية في بلد المقر.

وللموظف الدولي الحق في تحويل العملة في دولة المقر إلى عملة أجنبية وإلى الدولة التي يريدها حتى ولو كانت دولة المقر تعتمد نظام الرقابة على سعر الصرف من الامتيازات المالية أيضاً للموظف الدولي الحق في استيراد حاجاته الشخصية ومنقولات منزله بدون دفع الرسوم الجمركية التي تكون مقررة على مثل هذه الأشياء، ويتمتع الموظف الدولي بهذا الإعفاء لمرة واحدة في بداية وصوله إلى دولة المقر.

وتجدر الإشارة إلى أن الهدف من هذه الإعفاءات هو تحقيق المساواة بين جميع الموظفين - على اختلاف جنسياتهم - من ناحية المرتب المالي، فلو خضع كل منهم

(٤٥) أ. ملاوي إبراهيم - مرجع سابق - ص ٢٤١-٢٤٢.

(٤٦) وضع النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة في المادة الثالثة منه والمعنونة بالمرتبات والبدلات، مرتبات الموظفين والمنح والمكافآت والتعويضات التي يحصلون عليها والاقتطاعات الإلزامية من مرتباتهم.

النظام الأساسي للموظفين - الأمم المتحدة - نيويورك - ٢٠٠٧ - ST/SGB/2007/4، ص ٦ - ١٠.



للضريبة التي تفرضها دولته ودولة المقر فقد يحدث اختلافاً كبيراً بينهم، مما يخل بمبدأ المساواة بين الموظفين الذين يؤدون أعمالاً متساوية من ناحية الأعباء<sup>(٤٧)</sup>.

فقد نص البروتوكول المتعلق بالحصانات والامتيازات للجماعات الأوروبية في القسم الخامس من مادته الثانية عشرة على أن: (يتمتع موظفو الجماعات في إقليم كل دولة وأياً كانت جنسيتهم: س-فيما يتعلق بالعملة وتنظيم تحويل العملة، سوف يحصلون على نفس التسهيلات التي يمنحها العرف لموظفي المنظمات الدولية.

د- يتمتعون بالحق بتصدير أثاثهم وممتلكاتهم الشخصية المنقولة دون رسوم جمركية، عند نهاية واجباتهم في تلك الدولة مع الأخذ بالاعتبار في كل قضية للشروط الضرورية من قبل حكومة الدولة المعنية.

ي- لهم الحق في استيراد سيارة بدون رسوم جمركية لاستخدامهم الشخصي، مكتسب في دولة مكان إقامتهم الأخير أو بالدولة الذين هم من مواطنيها وفق الشروط المطبقة في السوق المحلية بتلك الدولة، وفي إعادة تصديرها بدون رسوم جمركية مع الأخذ بالاعتبار في كل قضية للشروط المدروسة والضرورية من قبل حكومة الدولة المعنية).

نصت المادة ١٣ على أن: (يسأل موظفو الجماعات عن الضرائب لمنفعة الجماعات على الراتب، بدل الطعام، التعويض تدفع لهم من الجماعات وفقاً للشروط والإجراءات التي يضعها المجلس بناء على اقتراح اللجنة سوف يستثنون من الضرائب المحلية على الرواتب وبدل الطعام والتعويضات التي تدفع لهم من قبل الجماعات<sup>(٤٨)</sup>).

### المطلب الثالث

#### أثر إساءة استخدام الموظف الدولي لحصاناته وامتيازاته

قررت حصانات وامتيازات الموظف الدولي لصالح المنظمة نفسها، وليست امتيازاً شخصياً لصالح الموظف، وبالتالي يتمتع الموظف بالحصانات أثناء تأدية

(٤٧) د. علي إبراهيم - المنظمات الدولية النظرية العامة - الأمم المتحدة - مرجع سابق - ص ٤٧٢-٤٧٣.

(٤٨) PROTOCOL ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE EUROPEAN COMMUNITIES file:///epades/edprint/dg2\_commis/juri/dv/JURI\_Hearing%202911112005/TreatyProtocoleIMMEN.htm 28/11/2005-p3-4.

وظيفته وبما يمكنه من تأدية المهام الموكلة إليه على أمثل وجه، عليه أن لا يستخدمها بطريقة تؤدي إلى الإخلال بالقوانين والنظم المطبقة في دولة المقر. فإذا ما أساء الموظف استعمال هذه الحصانات والامتيازات أو بالغ في استعمالها فلن ينجو من المساءلة. فليس من حقه مثلاً أن يستخدم سيارته لتهريب المخدرات والمتفجرات وأدوات الإرهاب، وألا يستخدم منزله في إيواء المجرمين وغير ذلك من صور الإخلال بالقوانين المطبقة، فإذا ما ارتكب عملاً من الأعمال المذكورة فالحل سيكون إما بفرض تدابير تأديبية أو برفع الحصانة عن الموظف أو التنازل عن الحصانة أو إبعاد الموظف الدولي.

## الفرع الأول التدابير التأديبية

تنص المادة العاشرة من النظام الأساسي والمعنونة بالتدابير التأديبية في البند ٢/١٠ على أن (للأمين العام توقيع تدابير تأديبية على الموظفين الذين يكون سلوكهم غير مرض)، وتنص القاعدة ١/١١٠ من قواعد النظام الإداري للموظفين، فيما يتعلق بسوء السلوك، على أنه (يمكن أن يدخل في فئة السلوك غير المرضي.. عدم امتثال الموظف لالتزاماته بموجب ميثاق الأمم المتحدة أو النظامين الأساسي والإداري للموظفين أو الإصدارات الإدارية الأخرى ذات الصلة، أو عدم مراعاة معايير السلوك المطلوب توافرها بالموظف المدني الدولي، الأمر الذي يؤدي إلى اتخاذ إجراءات تأديبية بحق الموظف وتوقيع تدابير تأديبية عليه لسوء السلوك).

وفي إطار هذه المحددات فإن للأمين العام سلطة تقديرية واسعة النطاق في تحديد ما يمثل سوء سلوك، وفي فرض تدابير تأديبية.

قد تتخذ التدابير التأديبية شكلاً أو أكثر من الأشكال التالية (أي أنه بالإمكان فرض أكثر من تدبير في كل حالة): أ - لوم كتابي من الأمين العام، ب - الحرمان من درجة أو أكثر من درجة داخل الرتبة، ج - إرجاء استحقاق العلاوة داخل الرتبة لفترة محددة، د - الإيقاف عن العمل بدون أجر، هـ - الغرامة، و - خفض الرتبة، ز - إنهاء الخدمة بإشعار أو بدون إشعار، ح - الفصل بدون سابق إنذار.

وفيما يتعلق بتحديد التدبير الملائم، يتخذ قرار في كل حالة حسب وقائعها الموضوعية، مع الأخذ في الاعتبار التفاصيل الخاصة بالحالة، بما في ذلك الظروف المخففة والظروف المشددة.

من الحالات مثلاً: قام موظف بأخذ مركبة تابعة للأمم المتحدة للاستخدام

الشخصي دون إذن، ووقع له حادث صغير مع مركبة أخرى يملكها أحد السكان المحليين، تم توجيه لوم كتابي للموظف وتأجيل استحقاق العلاوة داخل الرتبة لثلاث سنوات، والإيقاف عن العمل بدون أجر لمدة شهر.

لم يكن أحد الموظفين متعاوناً عندما طلب منه ضابط أمن تقديم ترخيص الدخول الخاص به، مَخْلاً بذلك بواجبه في أن يمتثل للتوجيهات التي يجوز لضابط الأمن إصدارها تأدية لمهامهم، ثم اشتبك في مواجهة بدنية مع ضابط الأمن. القرار: خفض الرتبة بعد التجاوز عن الإحالة إلى لجنة تأديبية مشتركة<sup>(٤٩)</sup>.

## الفرع الثاني

### رفع الحصانة عن الموظف الدولي

يمثل رفع الحصانة عن الموظف الدولي عقاباً له، ويكون هذا الإجراء من اختصاص الأمين العام للمنظمة أو السكرتير العام. وفي هذه الحالة يمثل الموظف أمام جهات القضاء الداخلي المختصة وقد ينال عقاباً عن أفعاله في حالة ثبوتها ضده، ورفع الحصانة عن الموظفين من الدرجات التي تلي السكرتير العام يكون من اختصاص هذا الأخير.

أما رفع الحصانة عن الأمين العام نفسه فإنه يكون من اختصاص الجهاز العام أو التنفيذي حسب الأحوال.

فرع الحصانة عن الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة من اختصاص مجلس الأمن وفقاً للمادة ٢٠ من اتفاقية حصانات وامتيازات الأمم المتحدة لعام ١٩٤٦م، ورفع الحصانة عن قضاة محكمة العدل الدولية يكون من اختصاص المحكمة مجمعة بكامل هيئتها بموجب نص المادة ١٨ من النظام الأساسي للمحكمة.

ويمثل الموظف الدولي لقرار رفع الحصانة الصادر ضده من الجهاز الأعلى أو من الرئيس الأعلى للمنظمة حسب الأحوال.

لا توجد سابقة تم فيها رفع الحصانة عن الأمين العام للمنظمة بواسطة جهازها العام أو جهازها التنفيذي<sup>(٥٠)</sup>.

(٤٩) تقرير الأمين العام - ممارسات الأمين العام المتبعة في المسائل التأديبية وحالات السلوك الجنائي، من ١ كانون الثاني ٢٠٠٤ لغاية ٣٠ حزيران ٢٠٠٥ - الأمم المتحدة الجمعية العامة - الدورة الستون - البند ١٣٤ من جدول الأعمال المؤقت - ص ٢ - ٨.

(٥٠) د. علي إبراهيم - مرجع سابق - ص ٤٧٤-٤٧٥.

وذكر الأمين العام في تقريره المعنون بممارسات الأمين العام المتبعة في المسائل التأديبية والسلوك الجنائي وذلك بناء على طلب الجمعية العامة الوارد في الفقرة ١٦ من قرارها ٢٨٧/٥٩ تاريخ ١٣ - نيسان - ٢٠٠٥، في الفقرة رابعاً من التقرير والمعنونة بالسلوك الجنائي أنه عندما يظهر تحقيق ما أن هناك احتمالاً بوقوع نشاط جنائي، سواء من جانب الموظفين أو الأفراد الآخرين ذوي الصلة بالأمم المتحدة الذين ليس للأمين العام سلطة تأديبية عليهم، يمكن للأمين العام أن يقرر إحالة هذه الحالات إلى السلطات الوطنية المختصة لاتخاذ إجراء بصددها. وتشير البيانات التي قدمها مكتب خدمات الرقابة الداخلية إلى أن الأمين العام قام خلال الفترة من ١ كانون الثاني ٢٠٠٤ إلى ٣٠ حزيران ٢٠٠٥ بإحالة ٣٢ حالة إلى السلطات الوطنية، من بينهم ١٧ ضد أفراد محددين و١٥ حالة حدد فيها السلوك الجنائي لكن لم يحدد فيها الأشخاص الذين يتحملون المسؤولية<sup>(٥١)</sup>.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يستطيع الموظف الدولي و في حال ارتكابه جريمة دولية تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، أن يدفع بتمتعه بالحصانة امام المحكمة؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد لنا من العودة إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي نص في مادته الثانية والمعنونة بعلاقة المحكمة بمنظمة الأمم المتحدة على أنه: (تنظم العلاقة بين المحكمة ومنظمة الأمم المتحدة بموجب اتفاق تعتمده جمعية الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي ويبرمه بعد ذلك رئيس المحكمة نيابة عنها)<sup>(٥٢)</sup>.

ولقد وافقت الجمعية العامة في قرارها ٣١٨/٥٨ على اتفاق العلاقة بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية الذي أقرته جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في ٧ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٤. ويضع اتفاق العلاقة الذي بدأ نفاذه في ٤ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٤ الإطار القانوني للتعاون بين الأمم المتحدة والمحكمة بغية تيسير وفاء كل منهما بالتزاماته بفعالية.

(٥١) تقرير الأمين العام - ممارسات الأمين العام المتبعة في المسائل التأديبية وحالات السلوك الجنائي، من ١ كانون الثاني ٢٠٠٤ لغاية ٣٠ حزيران ٢٠٠٥ - الأمم المتحدة - الجمعية العامة - الدورة الستون - البند ١٣٤ من جدول الأعمال المؤقت - ص ٩.

(٥٢) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. دخل حيز النفاذ في ١ تموز ٢٠٠٢.



وتتعهد الأمم المتحدة، بموجب اتفاق العلاقة، بالتعاون مع المحكمة مع إيلاء الاعتبار الواجب لمسؤولياتها واختصاصاتها بموجب الميثاق، ومع مراعاة قواعدها. وللأمم المتحدة أن تقدم، بناء على طلب من المحكمة أو المدعي العام، معلومات أو وثائق لها صلة بأعمال المحكمة. وللأمم المتحدة أيضاً أن توافق على تزويد المحكمة بأي أشكال أخرى من التعاون والمساعدة. وينص اتفاق العلاقة أيضاً على إمكانية إبرام ترتيبات تكميلية تنفيذاً لبنوده. وعلى أساس تلك الترتيبات، قدمت الأمم المتحدة بالفعل مساعدة إلى مكتب المدعي العام في عدة مناسبات.

وقررت الجمعية العامة أيضاً، من خلال موافقتها على اتفاق العلاقة، أنه يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تحضر أعمال الجمعية العامة وأن تشترك فيها بصفة مراقب. وتُدفع بالكامل إلى المنظمة جميع النفقات التي قد تتكبدها الأمم المتحدة نتيجة تنفيذ اتفاق العلاقة<sup>(٥٣)</sup>.

وبالنسبة للقواعد المتعلقة بحصانات وامتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها نصت المادة ١٩ من اتفاقية العلاقة بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية على أنه:

(إذا مارست المحكمة اختصاصها بمحاكمة شخص ادعى أنه مسؤول جنائياً عن ارتكاب جريمة تدرج في نطاق اختصاص المحكمة، وكان هذا الشخص في هذه الظروف يتمتع، طبقاً لاتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها وقواعد القانون الدولي ذات الصلة، بالامتيازات والحصانات الضرورية لأداء عمله في الأمم المتحدة بصورة مستقلة، تتعهد الأمم المتحدة بأن تتعاون تعاوناً تاماً مع المحكمة، وبأن تتخذ جميع التدابير اللازمة من أجل السماح للمحكمة بممارسة اختصاصها، لاسيما برفع أي من هذه الامتيازات والحصانات، وفقاً لاتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها وقواعد القانون الدولي ذات الصلة)<sup>(٥٤)</sup>.

(٥٣) تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة ٢٠٠٥ - الجمعية العامة - ١٥-أب-١-٦٠\ موقع منظمة الأمم المتحدة على شبكة الإنترنت:

الرابط [http://www.un.org/arabic/documents/sgreport05/ch4\\_pg2.htm](http://www.un.org/arabic/documents/sgreport05/ch4_pg2.htm)

(٥٤) اتفاق بشأن العلاقة بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية - الجمعية العامة للأمم المتحدة - ٢٠ - آب - ٢٠٠٤ - ٨٧٤\٨٥٨ .

ومن الجدير بالذكر أنه في كل مرة لا تلاحق دولة ما أحد أعضاء قواتها المسلحة لارتكابه انتهاكات لقواعد القانون الدولي الإنساني في معرض أدائه لمهامه، سواء أكان ذلك في قوات حفظ السلام أم في مهمة أخرى تطبيقاً لمفهوم الأمن الجماعي، وهما الشكلان القانونيان لعمل القوات التابعة للأمم المتحدة، فإنه يعود إلى المحكمة الجنائية الدولية الاختصاص بملاحقة هذا الشخص، حتى إن صدرت قرارات مخالفة لهذا المفهوم من قبل مجلس الأمن، =

وفقاً لنص المادة فقد قدمت منظمة الأمم المتحدة تعهداً للمحكمة الجنائية الدولية بالتعاون التام معها وبتخاذ كل التدابير الملائمة كي تتمكن المحكمة من ممارسة اختصاصها، وذكر بشكل واضح وصريح أن المنظمة سترفع الامتيازات والحصانات عن أي شخص يتمتع بها لأداء عمله فيها بصورة مستقلة، ادعى أمام المحكمة أنه مسؤول جنائياً عن جريمة تدرج في اختصاص المحكمة.

= ذلك أن مثل هذه القرارات تعدّ تدخلاً في عمل المحكمة ليس له سند قانوني في نظام المحكمة أصلاً. لذلك فإن قرار مجلس الأمن رقم ١٤٢٢، تاريخ ١٢/٧/٢٠٠٢ والقرار رقم ١٤٨٧، تاريخ ١٢/٦/٢٠٠٣، واللذين طلبا تباعاً من المحكمة أن تمتنع عن بدء التحقيق أو مباشرته أو مقاضاة أي قضية أو إثارتها تمس مسؤولين حاليين أو سابقين لدولة مساهمة ليست طرفاً في نظام روما الأساسي فيما يتصل بأي عمل أو إغفال يتعلق بالعمليات التي تقرّها الأمم المتحدة أو تأذن بها، إلا إذا أقرّ مجلس الأمن ما يخالف ذلك، كما أن المجلس سيطلب تجديد هذا القرار كل عام ما دامت الحاجة إلى ذلك موجودة؛ غداً غير قانونيين بالنسبة إلى المحكمة، ومن ثمّ يمكن للمحكمة تجاهل تطبيقه، فالتزام المحكمة بقرار مجلس الأمن محصور بحق هذا الأخير في تبني قرار بعدم السماح بالبدء أو المضي في التحقيق أو المقاضاة لمدة ١٢ شهراً قابلة للتديد في قضية محددة، وإلا لأصبحت المادة ١٦ بمنزلة تعطيل دائم للمحكمة.

د. أمل اليازجي - المحكمة الجنائية الدولية - القانون - العلوم القانونية والاقتصادية - المجلد الثامن عشر - الموسوعة العربية - ص١٤ - موقع الموسوعة على شبكة الإنترنت الرابط <http://www.arab-ency.com/index.php?t=1>.

القرار ١٤٢٢

- مجلس الأمن - الأمم المتحدة - ٢٠٠٢ - s/RES/1422

القرار ١٤٨٧ - مجلس الأمن - الأمم المتحدة - ٢٠٠٣ - s/RES/1487

ولقد عارضت منظمة العفو الدولية مع الأغلبية العظمى من الدول الأعضاء قرار مجلس الأمن بصفتها هجوماً مباشراً على المحكمة الجنائية الدولية.

المحكمة الجنائية الدولية يجب على مجلس الأمن رفض تجديد القرار ١٤٢٢ غير القانوني.

International Criminal Court Security Council must refuse to renew unlawful Resolution 1422.

موقع منظمة العفو الدولية على شبكة الإنترنت

<http://www.amnesty.org/ar>.

وبعد مراجعة جدول أعمال مجلس الأمن للسنوات التالية لصدور القرارين، تبين لنا أنه لم يعد موضوعهما مدرجاً على جدول الأعمال.

## الفرع الثالث التنازل عن الحصانة

يتم التنازل عن الحصانة من الموظف بعد إخطار الأمين العام للمنظمة، ولا بد أن يكون التنازل صريحاً حتى ينتج أثره القانوني. أما التنازل الضمني فلا يمنع الموظف من التمسك بحصاناته أمام جهات القضاء الداخلي، وفي الحالة التي يقوم فيها الموظف نفسه برفع الدعوى هنا يعد الأمر تنازلاً ضمناً عن الحصانات وينتج أثره في نطاق الدعوى التي رفعها فقط، ولا يتعدى أثر التنازل إلى غيرها من المنازعات<sup>(٥٥)</sup>.

## الفرع الرابع إبعاد الموظف الدولي

قد يطرد الموظف الدولي الذي يسيء استعمال حصاناته وامتيازاته، ويكون هذا الإجراء عادة عند ارتكاب الموظف لجرائم عمدية كالتجسس لصالح دولته أو لصالح دولة أخرى أو مساعدة جماعات الإرهاب أو المعارضين لنظام الحكم في دولة المقر، عندها تطلب الدولة من الموظف مغادرة أرضها فوراً ويتم ذلك بعد الاتصال بالأمين العام للمنظمة وموافقة وزارة خارجية دولة المقر، واعتباره شخصاً غير مرغوب فيه.

وقد يتدخل الأمين العام لدى سلطات الدولة المضيفة في محاولة لإلغاء قرار الطرد، ولكن مساعيه لا تحول دون تمسك الدولة بقرارها إذا ما ثبت لديها فعلاً أن الموظف الدولي قد أساء استعمال حصاناته وامتيازاته بطريقة تتنافى مع الحكمة التي من أجلها قررت هذه الحصانات والامتيازات<sup>(٥٦)</sup>.

كما حدث في قضية مودرتش بعد الانقلاب الذي حدث عام ١٩٤٨ في براغ، اتجهت نية الحكومة التشكوسلوفاكية الجديدة إلى محاكمة بعض الموظفين الدوليين العاملين في براغ بتهمة التجسس والنشاط التخريبي، وعلى ذلك قام شخصان من موظفي بوليس الأمن في ٢٥-٥-١٩٤٩ باقتحام مقر مركز الأمم المتحدة للإعلام في براغ للقبض على أنولف مودرتش تشيكي الجنسية، وقاما بتفتيش مكتبه بدون تصريح وطالباه بمصاحبتهما وقد تمسك مودرتش بحصانة مكاتب الأمم المتحدة وحصانته كموظف دولي ضد أيه إجراءات جنائية، ورفض الإذعان لأمر القبض عليه،

(٥٥) د. علي إبراهيم - مرجع سابق - ص ٤٧٥ - ٤٧٦.

(٥٦) المرجع السابق - ص ٤٧٦.

وطلب من مدير مكتب الأمم المتحدة حمايته والذي قام أيضاً بالاعتراض على هذا الإجراء، وترتب على ذلك أن بقي هذا الموظف في مقر مركز الأمم المتحدة للإعلام لا يبرحه ليل نهار، ومن ثم احتج الأمين العام للأمم المتحدة لدى وزارة الخارجية التشيكوسلوفاكية على انتهاك بوليس الأمن حرمة مكتب الأمم المتحدة والإخلال بحصانة الموظفين الدوليين ضد القبض عليهم، وترتب على ذلك اعتذار الحكومة التشيكوسلوفاكية (سابقاً) للأمم المتحدة على إجراءاتها، إلا أنها مع ذلك طلبت استجواب مودرتش مع تأكيدها للأمين العام أنها لن تستجوب هذا الموظف بالنسبة للوقائع والتصرفات والكتابات التي تتعلق بوظيفته<sup>(٥٧)</sup>.

وهناك قضية أخرى حيث تم القبض على اثنين من الموظفين الكوريين في اللجنة التي أنشأتها الأمم المتحدة لكوريا في ١٠ أيلول - ١٩٤٩، بواسطة الشرطة الكورية بدون تصريح أو إخطار الأمين العام لهذه اللجنة، الذي بادر بالاحتجاج، وأخطر الأمين العام للأمم المتحدة الذي قام بدوره بإرسال برقية احتجاج إلى وزارة الخارجية الكورية، ملفتاً نظرها إلى المادة ١٠٥ من ميثاق الأمم المتحدة وقرار الجمعية العامة رقم ١/٧٦، وقد جاء في البرقية أيضاً أن جنسية الموظف الدولي ليس لها أدنى تأثير على وصفه القانوني باعتباره يتمتع بالحصانة حتى في الحالات التي يعمل فيها هذا الموظف الدولي على إقليم الدولة التي يحمل جنسيتها، وأن الأمم المتحدة تسير في مثل هذه الحالات على ضرورة الالتزام بالإجراءات التالية:

١ - يجب إخطار الأمين العام للأمم المتحدة قبل القيام بأي إجراء من إجراءات القبض أو المحاكمة<sup>(٥٨)</sup>.

(٥٧) أ- ملاوي إبراهيم - مرجع سابق - ص ٢٤٠.

(٥٨) أكدت على ذلك اتفاقية حصانات وامتيازات الوكالات المتخصصة في المادة السابعة البند ٢٤ منها والمعونة بإساءة استعمال الامتيازات، حيث نصت على أنه: (إذا اعتبرت أي دولة عضو في هذه الاتفاقية أنه كان هناك إساءة في استعمال الحصانات والامتيازات الممنوحة بموجب هذه الاتفاقية، تجري مشاورات بين الدولة وبين الوكالة المتخصصة المعنية، لتحديد ما إذا حدثت مثل هذه الإساءة، وفي حال حدوثها يتم التأكيد على عدم تكرارها، وإذا فشلت المشاورات في التوصل إلى نتيجة مرضية للدولة والوكالة المتخصصة المعنية، تقدم مسألة ما إذا حدث إساءة استخدام الحصانات والامتيازات لمحكمة العدل الدولية كما هو وارد في البند ٣٢، إذا وجدت محكمة العدل الدولية أن مثل هذه الإساءة قد حدثت، يحق للدولة الطرف في هذه الاتفاقية والمتأثرة من الإساءة، بعد إبلاغ الوكالة المتخصصة أن تمنع عن الوكالة المتخصصة الاستفادة من الحصانات والامتيازات التي أسّـى استخدامها).

Convention on the privileges and immunities of the specialized agencies. 1947.



٢ - أن تؤكد سلطات الدولة للأمم المتحدة بأن الموظف الدولي الذي يحمل جنسية هذه الدولة لن يتم استجوابه بخصوص الوقائع المرتبطة بنشاط الموظف لدى الأمم المتحدة.

٣ - أن يتم معاملة الموظف طبقاً لمبادئ العدالة المعترف بها عالمياً. وفي ١٣-٩-١٩٤٩ أرسلت وزارة الخارجية الكورية ردها إلى الأمين العام للأمم المتحدة الذي جاء به أنه على الرغم من أن كوريا ليست عضواً في الأمم المتحدة إلا أنها تحترم تماماً المبادئ الواردة في المادة ١٠٥ من ميثاق الأمم المتحدة وقرار الجمعية العامة رقم ١/٧٦ والامتيازات والحصانات الواردة فيهما.

وأضافت وزارة الخارجية في ردها أن سبب القبض على الكوريين هو جرائم لا علاقة لها مطلقاً بالتزامات الأمم المتحدة، لأنها جرائم إرهاب وقتل، وسطو مسلح وتخريب وتجسس، وأنه كان من الصعب الاتصال بالسكرتير العام قبل القبض عليهما<sup>(٥٩)</sup>.

وعليه نجد أن الحصانة التي يتمتع بها الموظف الدولي هي لمصلحة الوظيفة الدولية ولتمكينه من أداء المهام المسندة إليه على أمثل وجه، وبالتالي إذا أساء استخدام الحصانات والامتيازات الممنوحة له ينبغي أن يحاسب من قبل المنظمة، والأكثر من ذلك يعرض المنظمة الدولية للمسؤولية الدولية.

## الخاتمة: أهم النتائج والاقتراحات:

### أولاً: أهم النتائج:

١ - يتمثل المصدر الأصلي لحصانات وامتيازات الموظف الدولي بالمعاهدات الجماعية وأهمها ميثاق المنظمة الدولية واتفاقية امتيازات حصانات منظمة الأمم المتحدة لعام ١٩٤٦، واتفاقية حصانات وامتيازات الوكالات المتخصصة لعام ١٩٤٧م. والمعاهدات الثنائية التي تبرم بين المنظمة والدولة المضيفة (اتفاقات المقر) سبق وأشرنا لأمثلة عنها. ولكن يؤخذ على معظم هذه الاتفاقيات أنها قديمة ومختصرة بحاجة لتطوير بما ينسجم مع تطور الدور الذي تؤديه المنظمات الدولية.

٢ - توصلت محكمة العدل الدولية إلى أن الامتيازات والحصانات الواردة في المادتين الخامسة والسادسة من اتفاقية حصانات وامتيازات الأمم المتحدة لعام ١٩٤٦م تمنحان بقصد كفالة استقلال الموظفين والخبراء الدوليين تحقيقاً لمصالح

(٥٩) أ. ملاوي إبراهيم - مرجع سابق - ص ٢٤٠-٢٤١.

المنظمة؛ وينبغي أن تحترم الاستقلال كافة الدول بما فيها دولة الجنسية ودولة الإقامة، ولاحظت المحكمة أيضاً أن بعض الدول الأطراف في الاتفاقية المذكورة قد أدخلت تحفظات على بعض أحكام المادة الخامسة أو المادة السادسة نفسها، فيما يتعلق برعاياها أو الأشخاص الذين يقيمون عادة في أراضيها، ونجد أن الدول محقة بتحفظها سيما أن الموظف في المنظمة ينتمي بجنسيته إليها ويمارس عمله ضمن إقليمها، كما أن مسألة الولاء المطلق للمنظمة الدولية مسألة صعبة.

٣ - أشارت المحكمة إلى أن المسائل المتعلقة بالحصانة هي مسائل ابتدائية ينبغي الإسراع بالبت بها.

٤ - يختلف مدى الحصانة التي يتمتع بها الموظفون الدوليون حسب فئاتهم فهي مطلقة بالنسبة للأمناء العاميين ومساعدتهم ومقيدة بالنسبة للموظفين المعيّنين من قبل الأمناء العاميين، إذ يتمتعون بالحصانة عن كل ما يصدر عنهم بصفقتهم الرسمية من قول أو كتابة أو عمل له علاقة مباشرة بتأدية وظيفتهم، ولا يتمتعون بالحصانة عن تصرفاتهم الشخصية خارج نطاق عملهم الرسمي، وعليه فالأعمال التي تصدر عن الموظف الدولي في مسائل لا يتمتع بها بالصفة الرسمية لا تحول دون رفع دعوى ضده ومساءلته.

٥ - لم تشر اتفاقية حصانات وامتيازات منظمة الأمم المتحدة ولا اتفاقيات حصانات وامتيازات الوكالات المتخصصة إلى الحصانة الشخصية للموظف الدولي.

٦ - هناك مجموعة من الإعفاءات والامتيازات التي يتمتع بها الموظفون الدوليون غالباً ما تكون متعلقة بالناحية المالية.

٧ - يترتب على إساءة استخدام الحصانة من قبل الموظف الدولي تبعات ممكن أن تكون تأديبية من قبل المنظمة تجاه الموظف قد تؤدي إلى رفع الحصانة عنه، ويمكن أن تصل إلى الطرد من قبل الدولة المضيفة.

وتتعهد منظمة الأمم المتحدة للمحكمة الجنائية الدولية برفع الامتيازات والحصانات عن موظفيها في حال ارتكابهم لجريمة دولية تدخل باختصاص المحكمة.

### ثانياً: أهم الاقتراحات:

١ - تطوير اتفاقات المقر بحيث تواكب التطور الذي حدث في العلاقات بين المنظمات الدولية والدول.

٢ - من الأفضل أن يتم تدريب الموظفين الدوليين على المفاهيم الأساسية في القانون

الدولي خاصة المتعلقة بمدى الحصانات والامتيازات التي يتمتعون بها والآثار الناجمة عن إساءة استخدامها.

٣ - في حال التعارض بين مصلحة الدولة المضيفة ومصلحة الموظف الدولي خاصة إذا كان ينتمي إلى الدولة المضيفة بجنسيته فالرأي الأول والأخير ينبغي أن يكون للدولة المضيفة.

٤ - أن يتم إعداد اتفاقية عامة تنظم حصانات وامتيازات الموظفين الدوليين والخبراء وغيرهم من الأشخاص المكلفون بمهمة ولا يعدون من ممثلي الدول.

والله ولي التوفيق.

## المراجع

### الكتب:

### باللغة العربية:

- د. أحمد أبو الوفا - القانون الدولي والعلاقات الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩.
- د. أحمد محمد رفعت - القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - القاهرة.
- د. إيمان أحمد علام - التنظيم الدولي العالمي - برنامج الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة بنها - ٢٠٠٩ - ٢٠١٠.
- د. جمال طه ندا - الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الاداري - الهيئة المصرية للكتاب - ١٩٨٦.
- <http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-Job:104633>
- [http://fsjes.usmba.ac.ma/bib/opac\\_css/index.php?lvl=author\\_see&id=11931](http://fsjes.usmba.ac.ma/bib/opac_css/index.php?lvl=author_see&id=11931) - [www.books.google.com](http://www.books.google.com)
- د. حازم محمد عتلم - المنظمات الدولية الاقليمية - دار النهضة العربية - القاهرة - ط٣ - ٢٠٠٦.
- د. حمادة محمد بدوي متولي - ضمانات الموظفين الدوليين - دراسة مقارنة - ٢٠٠٤.
- د. سيد إبراهيم الدسوقي - النظرية العامة للعلاقات الدولية - دراسة تطبيقية على العلاقات الخارجية لمجلس التعاون الخليجي - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤.
- د. عبد الكريم علوان - الوسيط في القانون الدولي العام - الكتاب الأول - المبادئ العامة - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ط١ - ١٩٩٧.
- د. عصام محمد أحمد زناتي - القضاء الدولي الاداري - دار النهضة العربية - جامعة أسيوط.
- د. علي إبراهيم - المنظمات الدولية - النظرية العامة للأمم المتحدة . دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠١.
- د. فؤاد شباط - الدبلوماسية - منشورات جامعة دمشق - ط١٠ - ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦.



- د. محمد المجنوب التنظيم الدولي النظرية العامة والمنظمات العالمية والإقليمية والمتخصصة - منشورات الحلبي الحقوقية - ط ٨ - ٢٠٠٦.
- أ. د. محمد عزيز شكري - دماجد الحموي - الوسيط في المنظمات الدولية - جامعة دمشق - ط ٧.

#### باللغة الإنكليزية:

- Paul taylor international organization in the age of globalization - contiumm - London - first publiished - 2003
- Dr. Khalil Hussenin - international and regional organizations - Dar al Manhal Al Lobnane.
- Dapo Akande - international organizations.

#### المقالات:

#### باللغة العربية:

- د. أمل اليازجي - المحكمة الجنائية الدولية - القانون - العلوم القانونية والاقتصادية - المجلد الثامن عشر - الموسوعة العربية - ص ١٤ موقع الموسوعة على شبكة الانترنت الرابط <http://www.arab-ency.com/index.php?t=1>
- د. حنان اخميس تاريخ الدبلوماسية ١ دراسات دولية.
- [www.ao-academy.org/.../tareekh\\_aldoblomasiyah\\_24](http://www.ao-academy.org/.../tareekh_aldoblomasiyah_24)
- د. وليد خالد الربيع - الحصانات والامتيازات الدبلوماسية في الفقه الاسلامي والقانون الدولي - دراسة مقارنة - جامعة الكويت - مجلة الفقه والقانون - ص ٤
- [www.majalh.new.ma](http://www.majalh.new.ma)
- أ - ملاوي ابراهيم - حصانة الموظفين الدوليين - جامعة محمد خيضر بسكرة - مجلة المفكر - العدد الثالث - ١٩٤٥ هـ
- الموظف الدولي والنظام القانوني المنظم لعمل الموظف الدولي. ١٧ - شباط - ٢٠١٣. الرابط: [http://hkbraveheart.blogspot.com/2013/02/blog-post\\_8981.html](http://hkbraveheart.blogspot.com/2013/02/blog-post_8981.html)

### باللغة الإنكليزية:

- diplomatic immunity
- [http://www.ediplomat.com/nd/diplomatic\\_immunity.htm](http://www.ediplomat.com/nd/diplomatic_immunity.htm)
- Linda S.Frey - A Diplomatic analogy:international functionaries and their privileges - 1998.
- [http://www.diplomacy.edu/resources/general/diplomatic\\_analogy\\_international\\_functionaries\\_and\\_their\\_privileges](http://www.diplomacy.edu/resources/general/diplomatic_analogy_international_functionaries_and_their_privileges)

### رسائل الماجستير والدكتوراه:

#### باللغة العربية

- رمزي نسيم حسونه - مسؤولية قوات الأمم المتحدة عن انتهاكات القانون الدولي الانساني - رسالة دكتوراه - إشراف أ. د. ماهر ملندي - د. هوش شاهين - جامعة دمشق - ٢٠١٢
- د. محمد ربيع هاشم - ضمانات الموظف الدولي - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة فرع بني سويف - ٢٠٠١. <http://www.youtube.com/watch?v=T8IlgYhUouk>
- هبة جمال ناصر عبد الله علي - المركز القانوني للموظف الدولي - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط - ٢٠١١.

### باللغة الإنكليزية:

- Widdad khalafalla Abdelrahman - supervisor Akolda Man Tier - Privileges and immunities granted in the headquarters and host agreement - master - faculty of law - university of khartoum - 2006.
- <http://etd2.uofk.edu/index.php>

### الاتفاقيات والوثائق الدولية:

#### باللغة العربية:

- ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية - الأمم المتحدة نيويورك.

- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. دخل حيز النفاذ في ١ تموز ٢٠٠٢.
- اتفاقية بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها - مرفق قرار الجمعية العامة - الأمم المتحدة - الدورة ٤٩ - ١٩٩٥
- A/RES/49/59 - ص ٤.
- اتفاق بين حكومة المملكة المغربية و منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم و الثقافة (اليونيسكو) - ٢٢ فبراير ١٩٩٠ - ظهير شريف رقم ١,٩٣,١٣٣ صادر في فاتح رمضان ١٤٣٢ (٢ أغسطس ٢٠١١) بنشر الاتفاق الموقع ببarris في ٢٢ فبراير ١٩٩٠ بين حكومة المملكة المغربية و منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم و الثقافة (اليونيسكو) - لجريدة الرسمية عدد ٦٠٣٤ الصادرة بتاريخ ٦ جمادى الأولى ١٤٣٣ (٢٩ مارس ٢٠١٢).
- اتفاقية حول الوضع القانوني والمزايا والحصانات بين الأردن والمنظمة الدولية للهجرة - منتدى كلية الحقوق - جامعة المنصورة.
- <http://www.f-law.net/law/forums/>
- اتفاق نموذجي للتعاون بين منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية مع حكومات الدول المقر أكدت فيه على نفس المفهوم وذلك في مادتها العاشرة.
- [www.unido.org](http://www.unido.org)
- اتفاقيات العراق مع الدول الأوروبية والاتحاد الأوروبي - ذاكرة العلاقات الدولية أرشيف وزارة الخارجية - ٨ - ٨ - ٢٠١٢.
- [http://www.nbraas.com/inp/view\\_printer.asp?ID=183&AUTHOR=](http://www.nbraas.com/inp/view_printer.asp?ID=183&AUTHOR=)
- اتفاق بشأن العلاقة بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية - الجمعية العامة - الأمم المتحدة - ٢٠ - أب - ٢٠٠٤ - A/٥٨/٨٧٤.
- النظام الأساسي للموظفين - الأمم المتحدة . نيويورك - ٢٠٠٧ - ST/SGB/2007/4
- النظام الإداري للموظفين - النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة والنظام الإداري المؤقت - نشرة الأمين العام - الأمم المتحدة - ٢١ - تشرين الأول - ٢٠٠٩ - الوثيقة ST/SGB/2009/7\*\*\*
- القرار ١٤٢٢ - مجلس الأمن - الأمم المتحدة - ٢٠٠٢ - s/RES/1422

- القرار ١٤٨٧ - مجلس الأمن - الأمم المتحدة - ٢٠٠٣ - s/RES/1487
- تقرير الأمين العام - ممارسات الأمين العام المتبعة في المسائل التأديبية وحالات السلوك الجنائي، من ١ كانون الثاني ٢٠٠٤ لغاية ٣٠ حزيران ٢٠٠٥ - الأمم المتحدة - الجمعية العامة - الدورة الستون - البند ١٣٤ من جدول الأعمال المؤقت.
- تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة ٢٠٠٥ - الجمعية العامة - ١٥ - أب - A/٦٠/١ - موقع منظمة الأمم المتحدة على شبكة الانترنت - الرابط: [http://www.un.org/arabic/documents/sgreport05/ch4\\_pg2.htm](http://www.un.org/arabic/documents/sgreport05/ch4_pg2.htm)
- ايون غوريتا و فولفغانغ مونش - استعراض اتفاقات المقر التي أبرمتها المنظمات التابعة لمنظومة الأمم المتحدة قضايا الموارد البشرية التي تمس الموظفين - وحدة التفتيش المشتركة - الأمم المتحدة - JIU/REP/2004/2. <https://www.unjiu.org/ar/reports - notes/>
- تدابير التنفيذ الوطنية - التشريعات والامتيازات والحصانات واتفاقات المرافق - مذكرة من الأمين التنفيذي - اللجنة التحضيرية لمنظمة معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية - ٢١ - أيلول - ٢٠١٢.
- انطباق الفرع ٢٢ من المادة السادسة من اتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها - الفتوى الصادرة في ١٥ كانون الأول ١٩٨٩ - موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨ - ١٩٩١ - الأمم المتحدة.
- فتوى محكمة العدل الدولية - الخلاف المتصل بحصانة مقرر خاص لجنة حقوق الانسان من الإجراءات القانونية - ٢٩ - نيسان ١٩٩٩.
- موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧ - ٢٠٠٢ - الأمم المتحدة - نيويورك - ٢٠٠٥

#### باللغة الإنكليزية:

- CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES
- OF THE UNITED NATIONS - Adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 February 1946. Entry into force: 17 September 1946



- Convention on the privileges and immunities of the specialized agencies. 1947.
- Entry into force: 2 December 1948
- agreement between the United Nations and the United States of America - regarding the headquarters of the United Nations - 1947
- Staff regulation of officials of the European Communities - conditions of employment of other servants of the European Communities - 2004.
- PROTOCOL ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
- EUROPEAN UNION - Selected instruments taken from Treaties - file: \\epades\edprint\dg2\_commis\juri\dv\JURI\_Hearing%2029.11.2005\TreatyProtocol IMMEN.htm 28/11/2005

#### مواقع شبكة الانترنت:

- [http://untreaty.un.org/ilc/summaries/5\\_2.htm#\\_ftn1](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/5_2.htm#_ftn1)
- <http://www.un.org/ar/mainbodies/secretariat/>
- <http://www.amnesty.org/ar>
- <http://www.almeezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=967&language=ar>
- <http://www.swissinfo.ch/ara/detail/content.html?cid=5948076>



## الحقوق والحريات الأساسية في العمل في ضوء مبادئ ميثاق الأمم المتحدة العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠ "التجربة التشريعية لدول مجلس التعاون الخليجي"

الدكتور/ محمد عرفان الخطيب  
أستاذ مشارك في قسم القانون  
كلية أحمد بن محمد العسكرية - قطر  
كلية الحقوق - جامعة دمشق - سوريا

### ملخص:

مخطئ من يعتقد أن المبادرات الوطنية للدول، هي وحدها العنصر الفاعل في الارتقاء بحقوق الإنسان عامة والحقوق في العمل خاصة. فالحضور الدولي في هذا المجال بارز جداً ويزداد يوماً بعد يوم، حيث تراجعت خصوصية التشريع الوطني الاجتماعي لصالح عموميته، وانتقل العامل الفرد من مفهوم العامل المواطن إلى مفهوم المواطن العامل وصولاً لمفهوم الإنسان العامل.

فبدءاً من معاهدة فرساي لعام ١٩١٩، ووصولاً إلى المبادئ التوجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان، "الحماية والاحترام والإنصاف"، الصادر عن مجلس حقوق الإنسان لعام ٢٠١١، تعددت المبادرات الدولية التي تتناول حقوق الإنسان عامة والحقوق في العمل خاصة، إلا أن أكثرها التصاقاً بالعمل إنما تمثل بمبادرة الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠، الذي سعت المنظمة الأممية من خلاله لإعادة التأكيد على ضرورة احترام آدمية وحقوق الإنسان في بيئة العمل، ببعديها الإنساني والمهني بما يتوافق مع مجموعة من المعايير الدولية بذات الصلة، سواء منها المتصلة بالشرعية الدولية لحقوق الإنسان، أو بإعلان المبادئ والحقوق الأساسي في العمل لعام ١٩٩٨. وما تزال الآمال كبيرة على تعميم وتفعيل هذه المبادئ في دول عديدة ومن ضمنها دول مجلس التعاون الخليجي ذات الخصوصية الديمغرافية والتشغيلية، مما جعل من قضية احترام الحقوق والحريات الأساسية في العمل لديها قضية ذات أهمية خاصة.

هذه الخصوصية سعى البحث إلى الخوض فيها لفهم واقع هذه الحقوق والحريات في هذه الدول من جهة، ومدى تناغمها مع الاشتراطات الدولية ذات الصلة بمبادئ الميثاق العالمي لقطاع العمال لعام ٢٠٠٠، سواء منها المرتبطة بالعامل الإنسان، بوصفه فرداً في الإنسانية جمعاء، أو تلك المرتبطة بالإنسان العامل، بوصفه فرد في المنشأة أو المؤسسة، للوقوف بشكل أكثر عمقاً على مواقف هذه الدول والاعتبارات القانونية والاقتصادية والاجتماعية التي أملت عليها توجهاتها.

## مقدمة:

مخطئٌ من يعتقد أنَّ المبادرات الوطنية للدول، هي وحدها العنصر الفاعل في الارتقاء بحقوق الإنسان عامةً والحقوق في العمل خاصةً. فالحضور الدولي في هذا المجال بارزٌ جداً ويزداد يوماً بعد يوم؛ حيث انتقل تبني هذه الحقوق من الإطار الوطني الضيق إلى الإطار الدولي الرحب، وأضحى الدفاع عنها أولوية للعديد من الهيئات الدولية العامة والخاصة. كما أن مضمون هذا الخطاب لم يعد مقتصرًا على الدول، وإنما شمل شركاءها في التنمية سواء من القطاع العام أو الخاص أو الأهلي، متجاوزاً إطار الدولة الوطنية إلى إطار الشراكة الدولية، وأضحى لهذا الخطاب ارتدادات تجاوزت حدود التحفيز والتشجيع لتصل إلى حدود الرقابة والمحاسبة<sup>(١)</sup> هذه التحولات منحت الخطاب الاجتماعي ذا الدلالة الوطنية بعداً دولياً، فارتقت بحقوق العمال من إطارها الفردي الوطني إلى إطارها الجماعي الدولي، معززة من مفهوم الخصوصية في الحماية الاجتماعية. فالمتابع لحركة التشريع الاجتماعي، يدرك اليوم، وأكثر من أي وقت مضى، تراجع خصوصية التشريع الوطني الاجتماعي لصالح عمومية التشريع الدولي الاجتماعي. كما يلاحظ تقهقر المفهوم التقليدي للعامل المستند إلى الاعتبار الوطني، على حساب نظيره المستند إلى الاعتبار المهني وصولاً إلى الاعتبار الإنساني<sup>(٢)</sup>.

(١) على المستوى العام يمكن أن نشير لهيئة الأمم المتحدة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لها ومجلس حقوق الإنسان. أما على المستوى الخاص فتبرز منظمة العمل الدولية ومؤسسة الميثاق العالمي لقطاع الأعمال. لمزيد من التفاصيل راجع، المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". بحث ممول من قبل الصندوق القطري لرعاية البحث العلمي. Project ID: UREP 12 - 089 -5- 022. إعداد مجموعة من الباحثين الجامعيين، ٢٠١٣. ص. ١٦ وما بعد. يمكن الرجوع للبحث عن طريق الموقع الرسمي للصندوق القطري لرعاية البحث العلمي/ <http://www.qnrf.org/ar-qa>. محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن "الحماية القانونية" بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم (٢٥) العدد الثاني ٢٠٠٩، ص. ٣٣٩-٣٨٩، لا سيما ص. ٣٤٥. ص. ٣٤٩.

(٢) المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". المرجع السابق، ص. ٢٠ وما بعد. محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم)، بحث قانوني منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد رقم (٢٤) العدد الثاني، ٢٠٠٨، ص. ٩٢-٥٧، تحديداً ص ٨٩.



واليوم تتعدد المبادرات الدولية التي تتناول حقوق الإنسان عامة وحقوقه في العمل خاصة، بدءاً من معاهدة فرساي لعام ١٩١٩، وصولاً إلى المبادئ التوجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان، "الحماية والاحترام والإنصاف"، الصادر عن مجلس حقوق الإنسان لعام ٢٠١١، مروراً بإعلان فيلادلفيا لعام ١٩٤٤ المتعلق بتعزيز العدالة الاجتماعية الصادر عن منظمة العمل الدولية، وصكوك هيئة الأمم المتحدة ذات الصلة بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>، ومن ثم بإعلان المبادئ الثلاثي بشأن المنشآت متعددة الجنسيات والسياسية الاجتماعية لعام ١٩٧٧ الصادر عن منظمة العمل الدولية، وإعلان المبادئ والحقوق الأساسية في العمل لعام ١٩٩٨ الصادر عن المنظمة ذاتها، ومن ثم مبادرة الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNG) الصادر عن المنظمة الأممية لعام ٢٠٠٠<sup>(٤)</sup>.

ولعل هذه الأخيرة تُعدُّ من أهم المبادرات الأممية التي تسعى لاحترام آدمية وحقوق الإنسان في بيئة العمل، كونها أقرت الحماية القانونية للعامل ببعديها الإنساني

(٣) تتضمن هذه الشرعة مواثيق دولية ثلاثة رئيسة هي: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، والعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، ونظيره المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لذات العام.

UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III). UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171. UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3. A Guide for Business, How to Develop a Human Rights Policy, Ed, Nations High Commissioner for Human Rights, 2011. <http://www.ohchr.org>.

(٤) يجدر التنويه، إلى أنَّ الاختصار المعتمد من قبل المنظمة الأممية للتدليل على هذا الميثاق بـ: (UNG)، يشير إلى: "ميثاق الأمم المتحدة العالمي"، غير أنَّه، ووفق الأدبيات الدولية المتعارف عليها حول هذا الميثاق، فإنَّه يقصد بهذه الدلالة في الاختصار الإشارة إلى: "مبادرة الأمم المتحدة للميثاق العالمي لقطاع الأعمال" والتي درجت الأدبيات الفقهية على اختصاره بعبارة: "الميثاق العالمي لقطاع الأعمال"، وهي العبارة المصطلحية التي تم الاعتماد عليها في تحديد عنوان البحث، كما في حثياته، للتدليل على هذه المبادرة الأممية، مما اقتضى التنويه. راجع،

Rapports du Secréter-General: A/60/125, 21 ET A/62/233, 23. Secretary-General proposes global compact on human rights, labor, environment, in address to World Economic Forum in Davos. Following is the address of Secretary-General Kofi Annan to the World Economic Forum in Davos, Switzerland, on 31 January 1999. <http://www.unglobalcompact.org>. <http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html>.

والمهني، داعيةً لاحترام مجموعة من الحقوق الرئيسية في مجال العمل، ومرتبّةً بالتزامات أدبية ومعنوية في مجالات أربع تناولت حقوق الإنسان، والحقوق في العمل، والبيئة، ومحاربة الفساد. مؤكدةً على ضرورة احترام آدمية الإنسان في المجتمع والعمل، من حيث واجب قطاع الأعمال بدعم واحترام وحماية قواعد القانون الدولي المتصلة بحقوق الإنسان، والسهر لئلا يقوم أي من الأشخاص المنتمين له في التورط بأفعال تفضي إلى انتهاك هذه الحقوق. كما اعتراف واحترام هذا القطاع للحرية النقابية والحق بالمفاوضات الجماعية، كما القضاء على مختلف أشكال العمل الجبري وأعمال السخرة، والقضاء على عمل الأطفال، والقضاء على التمييز في مجال المهن والأعمال. إضافة لاحترام آدمية الإنسان في بيئة نظيفة مستدامة، من حيث اتخاذ هذا القطاع لكافة الإجراءات الكفيلة بحماية البيئة من الانبعاثات الضارة الناجمة عن صناعاتها ودعم كافة الجهود المبذولة استجابة للتغير المناخي، واتخاذ إجراءات وقائية لمواجهة تحديات البيئة، وتطوير التقنيات المستعملة في صناعاتها واعتماد تكنولوجيا نظيفة وصديقة للبيئة، وأخيراً، احترام آدمية الإنسان في محيط مجتمعي يتسم بالشفافية والنزاهة المالية والمصرفية، من حيث محاربة هذا القطاع لكافة أشكال الفساد لديه بما فيها الابتزاز والرشوة<sup>(٥)</sup>.

(٥) وفق النص الحرفي لبند الميثاق العالمي، فقد أُطُرَت هذه الالتزامات الأربعة حول احترام حقوق الإنسان والحقوق في العمل، إضافة لاحترام البيئة ومحاربة الفساد في عشرة بنود اعتبرت بمثابة المبادئ الرئيسية للميثاق العالمي وهي على التوالي: ١. دعم واحترام وحماية قواعد القانون الدولي المتصلة بحقوق الإنسان في إطار ممارسته ونشاطاته. ٢. السهر لئلا يقوم أي من الأشخاص المنتمين إليه في التورط بأفعال تفضي إلى انتهاك هذه الحقوق. ٣. الاعتراف واحترام الحرية النقابية والحق بالمفاوضات الجماعية. ٤. القضاء على مختلف أشكال العمل الجبري وأعمال السخرة. ٥. القضاء على عمل الأطفال. ٦. القضاء على التمييز في مجال المهن والأعمال. ٧. اتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بحماية البيئة من الانبعاثات الضارة الناجمة عن صناعاتها ودعم كافة الجهود المبذولة استجابة للتغير المناخي. ٨. اتخاذ إجراءات وقائية لمواجهة تحديات البيئة. ٩. تطوير التقنيات المستعملة في صناعاتها واعتماد تكنولوجيا نظيفة وصديقة للبيئة. ١٠. محاربة كافة أشكال الفساد في مؤسساتها بما فيها الابتزاز والرشوة. ويجدر التنويه إلى أن الصيغة الرئيسية للميثاق العالمي لعام ٢٠٠٠ أقرت إلزام الشركات بثلاثة مجالات من الحقوق هي على التوالي: أولاً، احترام آدمية الإنسان في المجتمع، "المبدأ الأول والثاني". وفي العمل ثانياً، "المبدأ الثالث إلى السادس"، وثالثاً، احترام البيئة التي تعمل فيها المنشأة، "من المبدأ السابع إلى التاسع". في حين أن البند "العاشر" المتعلق بمحاربة الفساد بمختلف أشكاله وصوره، فقد تمت إضافته وتبنيه في العام ٢٠٠٤. راجع،

<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Secretary-General Proposes Global Compact on Human Rights, Labor, Environment, in address to World Economic Forum in Davos. op, cit.

واليوم تُعَدُّ دول مجلس التعاون الخليجي<sup>(٦)</sup> مدعوة أكثر من أي وقت مضى لتفعيل هذه المبادئ لديها لاسيما في الجانب المتصل بالحقوق والحريات الأساسية في العمل، نظراً لما تتميز به هذه الدول، من خصوصية ديمغرافية في ضوء قاعدتها السكانية المتواضعة وطموحاتها الاقتصادية المتنامية، ومن خصوصية تشغيلية بسبب طبيعة العمالة المستقدمة للعمل في هذه الدول؛ مما يجعل من قضية احترام الحقوق والحريات الأساسية في العمل في هذه الدول قضية ذات أهمية خاصة.

### أولاً - إشكالية البحث

الخصوصية التي يتسم بها سوق العمل في هذه الدول تبرز بوضوح الإشكالية التي يثيرها البحث كونه يسعى لتلمس واقع الحقوق والحريات الأساسية لليد العاملة في هذه الدول. بهدف فهم واقع هذه الحقوق والحريات ومدى تناغمها مع الاشتراطات الدولية في هذا المجال؛ لاسيما في إطار مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠؛ ذلك أنَّ العبرة ليست في توافر النص التشريعي من عدمه، رغم أهميته، وإنما في توافر الإرادة الصادقة والإمكانات اللازمة لترجمة هذا النص على أرض الواقع. كذلك تبرز إشكالية البحث في محاولة فهم مواقف هذه الدول والاعتبارات القانونية والاقتصادية والاجتماعية التي أملت عليها هذه الخصوصية، لتبيان موقفها والجهود التي تبذلها في سبيل التوفيق بين اعتباراتها الوطنية في التشغيل والاشتراطات الدولية.

### ثانياً - أهمية البحث

إشكالية البحث تبرز بوضوح أهميته، كونه يُقدم لدراسة قانونية تحليلية لواقع الحقوق والحريات الأساسية في العمل لهذه الفئة من العمال، إنَّ على المستوى الوطني لهذه الدول أو على المستوى البيئي المقارن فيما بينها، ساعياً لوضع المشرعين الخليجين أمام واقع تجربتهم التشريعية ببعديها السلبي والإيجابي، ومقارناً إياها بواحدةٍ من أهم المبادرات الأممية ذات العلاقة، ونعني بذلك، الميثاق العالمي لقطاع

(٦) يقصد بدول مجلس التعاون الخليجي في معرض هذا البحث الدول الخليجية الستة التي وافقت على البيان الختامي لاجتماع الرياض بتاريخ ٠٢/٠٤/١٩٨٠ بإنشاء مجلس للتعاون، ونعني بها كل من المملكة العربية السعودية، ودولة الإمارات العربية المتحدة، ومملكة البحرين، ودولة قطر، وسلطنة عُمان، إضافة إلى دولة الكويت، وعليه سيكون مستبعداً من نطاق الدراسة، الدولتان المرشحتان للعضوية في المجلس ونعني بهما كل من المملكة الأردنية الهاشمية، والمملكة المغربية، وسيشار لمجموعة الدول الست المنوه عنها أعلاه في معرض البحث بمصطلح: "دول المجلس".



الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠، بما يُمكن من الارتقاء بهذه التجربة الخليجية. ذلك أنَّ هذه المبادرة الأممية أضحت اليوم، وفي الكثير من المحافل الدولية، هي المعبر عن الرؤية الأممية لمجموعة الحقوق والحريات الأساسية للعمال الواجب على الشركات احترامها<sup>(٧)</sup>، والأكثر تقبلاً على المستوى الأممي، إنَّ بالنسبة للمنظمة الأممية<sup>(٨)</sup> أو لمنظمة العمل الدولية<sup>(٩)</sup>، حيث أحيات هذه المبادرة في بنودها الست المتعلقة بهذه الحقوق والحريات إلى أهم المواثيق والعهود الدولية المعنية بحقوق الانسان، كما بحقوق العمال.

### ثالثاً - هدف البحث

عديدة هي الأهداف التي يسعى البحث لتحقيقها؛ لاسيما في إطار الجانب القانوني التأصيلي المقارن للبحث الذي يسعى لدراسة واقع الحقوق والحريات الأساسية في العمل في بيئة العمل الخليجية في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠، سواءً منها المرتبطة بالعامل الإنسان، أو الإنسان العامل، ومدى توافقها، إنَّ على المستوى الوطني أو على المستوى البيئي المقارن مع المعايير والاشتراطات الدولية. كما يهدف البحث لمنح رجال القانون والفقه العرب، كما الخليجيين فكرة تحليلية نقدية لواقع التجربة التشريعية الخليجية في ضوء التجارب القانونية المقارنة بهدف تبيان مكامن النقص والخلل في البنيان التشريعي الخليجي، بغية استشراف الحلول القانونية الناجمة للكثير من الثغرات التشريعية والمشاكل القانونية المتعلقة بواقع هذه الحقوق والحريات، أملاً في منحها المزيد من الاهتمام، بما يفضي إلى تعزيزها وتطويره الارتقاء بها.

### رابعاً - موضوع البحث والمنهجية

يتناول موضوع البحث استعراض واقع الحقوق والحريات الأساسية في العمل في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع

(٧) For more details see, T. Lambooy, Legal Aspects of Corporate Social Responsibility. Utrecht Journal of International and European Law 1, 30. (78), 2014. H. Ascensio, le Pacte Mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises. Article cité dans: L-B De Chazournes et E. Mazuyer, Le Pacte Mondial des Nations Unies 10 ans après. Ed. Bruylant, 2011. Pp. 167-184.

(٨) الرجاء مراجعة الهوامش (١٦ - ١٩) من البحث.

(٩) الرجاء مراجعة الهامش رقم (٦٦) من البحث.



الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠، سواءً منها المرتبطة بالعامل الإنسان، بوصفه فرداً في هذه الإنسانية، له مجموعة من الحقوق والحريات المرتبطة بكيونته الإنسانية، أو تلك المرتبطة بالإنسان العامل، بوصفه فرداً في العمل<sup>(١٠)</sup>، له مجموعة من الحقوق والحريات المرتبطة بكيونته المهنية، وذلك وفق المبادئ الست الأولى من الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠ التي ستعتبر الإطار المرجعي الدولي لدراسة هذه الحقوق في هذا البحث. كما سيركز البحث على الجانب المتعلق بقضايا الحريات والعمل في هذا الميثاق، دون القضايا الأخرى ذات الصلة بالجانب البيئي أو بمكافحة الفساد منه؛ وذلك في إطار دراسة قانونية قائمة على تحليل ونقد الواقع التشريعي المرتبط بهذه الحقوق والحريات في هذه الدول، وليس تناول الحالات التطبيقية للشركات العاملة فيها حيال هذه الحقوق والحريات.

في ضوء ذلك، سيسعى البحث لربط التحليل التأصيلي لواقع هذه الحقوق والحريات بالمنهج المقارن للواقع التشريعي في دول المجلس على وقع المبادئ الست الأولى من الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠ التي تناولت هذه الحقوق والحريات؛ ذلك أنّ البعد التأصيلي يساعد على إدراك وفهم واقع هذه الحقوق والحريات إنّ على المستوى التشريعي أو على المستوى التطبيقي، ومدى توافق النص التشريعي مع الواقع العملي. أمّا البعد المقارن فيساعد في عرض الأحكام التشريعية النازمة لهذه الحقوق والحريات في إطار مقارن، مع التركيز على التجربة الدولية التي تتميز في هذا المجال بالغنى التشريعي والفقهية؛ مما يقدم نموذجاً متكاملًا يمكن الاستلham منه في صوغ النصوص التشريعية الخاصة بهذه الحقوق والحريات في هذه الدول<sup>(١١)</sup>.

(١٠) محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم)، سبقت الإشارة ص. ٨٩. المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". المرجع السابق، ص. ٢٠-٢٢.

(١١) هذا الثراء التشريعي والفقهية قبله، للأسف، افتقار في التشريعات الخليجية عموماً، مما كان له الأثر في منهجية البحث، الأمر الذي دفعنا إلى تناول هذه الدراسة معتمدين على التجربة الدولية، مشيرين، ما أمكن ذلك، إلى التجربة الخليجية. كما أنّ نقص المراجع القانونية والفقهية العربية حول البحث، أملت علينا ضرورة الاعتماد على المراجع الغربية الإنكليزية والفرنسية، إضافةً للعديد من الدراسات القانونية والفقهية المنشورة في العديد من المواقع البحثية الإلكترونية الغربية. إلا أنّ هذا الأمر وفقاً، لرأينا الشخصي، لا يطعن في جودة البحث وأصالته، فبقدر ما هو نقطة تسجل عليه، بقدر ما هو نقطة تسجل له، كونه يبرز أهميته وأصالته.

استناداً لما سبق، سنعرض لهذه الحقوق والحريات وفق المنهجية المعتمدة لها في البنود الست الأولى للميثاق العالمي لقطاع الأعمال<sup>(١٢)</sup>، بحيث نعرض في المبحث الأول لواقع هذه الحقوق والحريات المرتبطة بالعامل الإنسان في كينونته الإنسانية، مستعرضين في المطلب الأول لهذه الحقوق التي تتناول الحق باحترام الذات الإنسانية، إضافة لاحترام الحقوق المدنية والسياسة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، لتتناول في المطلب الثاني البحث في الطبيعة القانونية للالتزام المفروض على قطاع الأعمال في هذا المجال<sup>(١٣)</sup>. أما في المبحث الثاني فنعرض لهذه الحقوق والحريات لجهة ارتباطها بالإنسان العامل في كينونته المهنية، من حيث تناول الحق بالاعتراف بالحرية النقابية واحترام الحق بالمفاوضات الجماعية في المطلب الأول، والقضاء على العمل الجبري في المطلب الثاني، ومن ثم الحد من عمل الأطفال والقضاء على أسوأ أشكال عمالة الأطفال في المطلب الثالث، وأخيراً، القضاء على التمييز في مجال الاستخدام والمهنة في المطلب الرابع<sup>(١٤)</sup>.

(١٢) يجدر التنويه بأنه قد يستشعر القارئ لدى قراءته للبحث، وكأنَّ البحث يتناول دراسة هذه الحقوق والحريات في ضوء المواثيق والاتفاقيات الدولية فقط وهو أمر فيه نظر، ذلك أنَّ البحث إضافة لعرضه لهذه الحقوق والحريات وفق ما أشارت إليها المواثيق والاتفاقيات الدولية، فإنه يقدمها وفق منهجية ورؤية الميثاق العالمي الذي انتقى من هذه المواثيق والاتفاقيات أهمها، وضمَّها في نصوص بنوده الستة موضوع البحث. حيث تقوم فكرة الميثاق العالمي على تأطير مجموعة من أهم المواثيق والاتفاقيات المرتبطة بحقوق العمال سواء داخل المنشأة أو خارجها، ووضعها في بنود اتفاقية ذات دلالة توافقية دولية، ودعوة قطاع الأعمال لاحترام هذه الحقوق والحريات، ولذلك فإن تناول هذه الحقوق والحريات بالتحليل والتدقيق إنما هو في ذاته تقديم وعرض لهذه المبادئ التي يقوم عليها الميثاق العالمي، كما هي عرض وتحليل للموقف الدولي من قضية احترام هذه الحقوق والحريات وفق ما ورد في المواثيق والاتفاقيات الدولية. لكن هذا العرض والتحليل، وهنا الفارق، إنما يتم وفق منهجية ورؤية الميثاق العالمي لقطاع الأعمال وليس وفق رؤية المشرع الدولي العام، "المنظمة الأممية"، أو المشرع الدولي الخاص، "منظمة العمل الدولية".

(١٣) وردت هذه الحقوق والحريات في البندين الأول والثاني من الميثاق العالمي لقطاع الأعمال اللذين قضيا بواجب هذا القطاع بأن يعمل على: "دعم واحترام وحماية قواعد القانون الدولي المتصلة بحقوق الإنسان في إطار ممارسته ونشاطاته"، البند الأول. وأنَّ يقوم بـ: "السهر لكلاً من أي من الأشخاص المنتمين إليه في التورط بأفعال تقضي إلى انتهاك هذه الحقوق"، البند الثاني. راجع،

Rapports du Secréter-General: A/60/125, 21 ET A/62/233, 23. op, cit. Following is the address of Secretary-General Kofi Annan to the World Economic Forum in Davos, Switzerland, on 31 January 1999, op, cit.

(١٤) وردت هذه الحقوق والحريات في البنود من الثالث وحتى السادس من بنود الميثاق العالمي، والتي قضت بأنَّ على هذا القطاع واجب: "الاعتراف واحترام الحرية النقابية والحق =

## المبحث الأول

### الحقوق والحريات المرتبطة بالعامل الإنسان

يتحدد الإطار القانوني لحقوق الإنسان عامة في التشريع الدولي في إطار ما يسمى بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان التي تتضمن في مشتملاتها مواثيق دولية ثلاثة رئيسية<sup>(١٥)</sup> هي: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨<sup>(١٦)</sup>، والعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦<sup>(١٧)</sup>، ونظيره المتعلق بالحقوق

= بالمفاوضات الجماعية"، البند الثالث. كما عليه العمل بهدف: "القضاء على مختلف أشكال العمل الجبري وأعمال السخرة"، البند الرابع. و "القضاء على عمل الأطفال"، البند الخامس، وأخيراً، "القضاء على التمييز في مجال المهن والأعمال"، البند السادس. راجع،

Rapports du Secrétaire-General: A/60/125, 21 ET A/62/233, 23. op, cit. Following is the address of Secretary-General Kofi Annan to the World Economic Forum in Davos, Switzerland, on 31 January 1999, op, cit.

(١٥) سبق هذا الإعلان ميثاق عصبة الأمم الذي أوضح الدافع الرئيس لإنشائها حيث جاء في مقدمته أن تأسيسها قد كان من أجل تعزيز التعاون الدولي وإرساء السلام والأمن الدولي والمحافظة على العدل والاحترام التام بين الناس. هذه المبادئ وغيرها تم تكريسها والتأكيد عليها مجدداً في ميثاق الأمم المتحدة الذي تم التوقيع عليه في ٢٦/٦/١٩٤٥؛ حيث تضمن الإشارة إلى حقوق الإنسان في الفقرة السابعة من الديباجة والمواد: (١-١٣-٥٥-٦٢-٦٨-٧٢)؛ حيث جاء في ديباجة هذا الميثاق: "نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على أنفسنا: أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب... وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية... وأن ندفع بالبرقي الاجتماعي قدماً، وأن نستخدم الأداة الدولية في ترقية الشؤون الاقتصادية والاجتماعية للشعوب جميعها". وقّع ميثاق الأمم المتحدة في ٢٦ حزيران ١٩٤٥ في سان فرانسيسكو وأصبح نافذاً في العام ١٩٤٥. راجع، حسين عمر، المنظمات الدولية، هيئات ووكالات منظمة الأمم المتحدة ومنظمات التنمية والتعاون الاقتصادي، دار الفكر العربي، ١٩٩٣. عبد العزيز سرحان الأمم المتحدة، دراسة نظرية عملية بمناسبة مرور ٤٠ عام على إنشائها، ١٩٨٦. المنظمات الدولية، دار النهضة، ١٩٩٠.

F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'Homme. Ed. PUF, 2012. Pp. 15s - 54s - 189s - 719s.

UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, op, cit. (١٦)

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة. يضاف إلى ذلك، العديد من الاتفاقيات الإقليمية الخاصة بحقوق الإنسان من أهمها: اتفاقية المنظمة العربية لحقوق الإنسان الصادرة لعام ١٩٧٤ وإعلان المواطن في الدول والبلاد العربية لعام ١٩٧٧ والاتفاقية الإسلامية لحقوق الإنسان لعام ١٩٨١.

(١٧) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ =



الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لذات العام<sup>(١٨)</sup>، وتعتبر هذه الشرعة المعبر عن الموقف الأممي لمضمون الحقوق والحريات التي يجب أن يتمتع بها كل إنسان في البشرية، بوصفها من الحقوق الأساسية الواجبة له، كما المتوجب على مختلف الشرائع الوطنية احترامها ومراعاتها. هذه الحقوق، تم إعادة التأكيد عليها في البندين الأول والثاني من الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠ الذي تجاوز بخطابه الحكومات إلى الشركات، طالباً منها احترام هذه الحقوق في مواجهة العاملين لديها.

## المطلب الأول عرض الحقوق

تتعدد الحقوق والحريات التي نادت بها الشرعة الدولية لحقوق الإنسان، وإن كان يمكن حصرها في محاور ثلاث: الأول يتعلق باحترام الكرامة والذات الإنسانية، في حين أن الثاني يتصل بالحقوق المدنية والسياسية، أما الثالث، فيتناول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

### أولاً - احترام الذات الإنسانية

ثمة توافق بين المواثيق الدولية الثلاث على ضرورة احترام الذات البشرية ببعدها الإنساني الدولي<sup>(١٩)</sup>. لاسيما في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد

= كانون الأول ١٩٦٦، وقد بدء نفاذه في ٢٣ آذار ١٩٧٦، ويتألف العهد من (٣٥) مادة وستة أجزاء. يضاف له بروتوكولان اختياريان. الأول، يتعلق بكيفية استلام ونظر الرسائل المقدمة من الأفراد الذين يدعون أنهم ضحايا انتهاكات لأي حق من الحقوق المقررة في العهد، والثاني، يتعلق بإلغاء عقوبة الإعدام.

UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, op, cit.

(١٨) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول ١٩٦٦، وقد دخل حيز التنفيذ في ٣ كانون الثاني ١٩٧٦، ويتألف العهد من (٣١) مادة وخمسة أجزاء. يضاف له البروتوكول الاختياري المتعلقة بكيفية استلام ونظر الرسائل المقدمة من الأفراد الذين يدعون أنهم ضحايا انتهاكات لأي حق من الحقوق المقررة في العهد.

UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, op, cit.

(١٩) "يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق، وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم البعض بروح الإخاء"، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨. سبقت الإشارة، المادة (١).



على الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة التي هي أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، وبأنّ تناسي هذه الحقوق وازدراءها قد أفضيا إلى أعمال همجية آذت الضمير الإنساني<sup>(٢٠)</sup>. هذه المسلمات، أعيد التأكيد عليها في ديباجة كل من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ونظيره المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، بالإشارة لما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة تعتبر أساس الحرية والعدل والسلام في العالم<sup>(٢١)</sup>.

وغير خاف أنّ إقرار مفهوم المساواة في الحقوق وعدم التمييز إنما يشكل الضامن الأكبر لاحترام الذات الإنسانية، كونه يعتبر المرتكز الرئيس لقدرة الأفراد على التمتع المنصف والعاقل بهذه الحقوق بعيداً عن أي اعتبارات تمييزية. المبدأ الذي أكدت عليه المواثيق الدولية الثلاثة في أكثر من موضع؛ حيث شدد إعلان حقوق الإنسان على أنّ لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة فيه دونما تمييز من أي نوع ولا سيما التمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً وغير سياسي أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر<sup>(٢٢)</sup>. التوجه ذاته أكدته نصوص العهدين، مؤكدة وجوب احترام مجموع الدول الأطراف المنظمة إليهما للحقوق والحريات المعترف بها فيهما، إضافة

(٢٠) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة، الديباجة.

(٢١) "إنّ الدول الأطراف في هذا العهد، إذ ترى أنّ الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل وفقاً للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، وإن تقر بأنّ هذه الحقوق تنبثق من كرامة الإنسان الأصيلة فيه، وإن تدرك أنّ السبيل الوحيد لتحقيق المثل الأعلى المتمثل، وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، في أنّ يكون البشر أحراراً ومتحررين من الخوف والفاقة، هو سبيل تهيئة الظروف الضرورية لتمكين كل إنسان من التمتع بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك بحقوقه المدنية والسياسية". العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، الديباجة. سبقت الإشارة. راجع كذلك ديباجة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. ذات المعنى، سبقت الإشارة. راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن "الحماية القانونية" سبقت الإشارة. ص. ٣٣٩-٣٨٩، لا سيما ص. ٣٤٢.

(٢٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة، المادة (٢).

لکفالتها لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز يستند إلى الجنس أو البعد الإثني أو الديني أو اللغوي<sup>(٢٣)</sup>.

هذا الموقف لم تكن دول المجلس<sup>(٢٤)</sup> بعيدة عنه؛ حيث أكدت على مفهوم المساواة ومنع التمييز في المعاملة، وإن كانت قد وسمت هذه القضية بطابعها الخاص. فمنها من اشترط توافقها مع الشرع الحنيف ومقتضيات الشريعة الإسلامية، كالمملكة العربية السعودية الذي أكد نظامها الأساسي للحكم بأن الحكم فيها يقوم على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية<sup>(٢٥)</sup>. في حين أن دولاً أخرى كانت أكثر وضوحاً، في حصر هذه الخصوصية بين مواطنيها، كما فعل المشرع الإماراتي الذي أكد في دستوره بأن المساواة والعدالة الاجتماعية وتوفير الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين من دعائم المجتمع، كما أن التعاضد والتراحم صلة وثقى بينهم، وبأن: "جميع الأفراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بين مواطني الاتحاد بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة الدينية أو المركز الاجتماعي"<sup>(٢٦)</sup>، وتبعه في ذلك

(٢٣) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، سبقت الإشارة، المواد (٢-٣-٢٦)، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية، سبقت الإشارة، المواد (٢-٣-٢٧). راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن "الحماية القانونية". سبقت الإشارة، ص ٣٥٢.

(٢٤) في معرض هذا البحث تم تحليل دستور دولة قطر الصادر بتاريخ ٠٨/٠٦/٢٠٠٤، الباب الثالث، الحقوق والواجبات العامة، المواد (٣٤ - ٥٨). دستور المملكة العربية السعودية المسمى النظام الأساسي للحكم الصادر بتاريخ ٠٣/٠١/١٩٩٢، الباب الخامس، الحقوق والواجبات، المواد (٢٣ - ٤٣). دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بتاريخ ١٨/٧/١٩٧١، الباب الثالث، الحريات والحقوق والواجبات العامة، المواد (٢٥ - ٤٤). دستور مملكة البحرين الصادر بتاريخ ١٤/٠٢/٢٠٠٢، الباب الثالث، الحقوق والواجبات العامة (١٧ - ٣١). دستور دولة الكويت الصادر بتاريخ ١١/١١/١٩٦٢، المقومات الأساسية للمجتمع الكويتي (٧ - ٢٦)، الباب الثالث، الحقوق والواجبات العامة، المواد (٢٧ - ٤٩). دستور سلطنة عُمان المسمى بالنظام الأساسي للسلطنة الصادر بتاريخ ٠٦/١١/١٩٩٦. الباب الثاني، المبادئ الموجهة لسياسة الدولة، (١٠ - ١٤)، الباب الثالث، الحقوق والواجبات العامة، المواد (١٥ - ٤٠).

(٢٥) النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، المادة (٨).

(٢٦) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادتان (١٤-٢٥). يجدر التنويه بأن النص الدستوري الإماراتي لم يشير إلى معيار الجنس بوصفه أحد المعايير التمييزية المحظورة، مما قد يساء فهمه بالقول بأن المشرع الإماراتي يقر به بكونه أمراً مشروعاً لديه، مما يجعل من موقفه موضع نظر قانوني، سواء وفق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء أو اشتراطات معايير العمل الدولية ذات العلاقة. لذلك نعتقد أن المشرع الإماراتي مدعو إلى التدخل الفعلي لتعديل النص الدستوري وإزالة اللبس الوارد فيه.

الدستور البحريني، وإن كان قد وسع من مروحة هذه المعايير التمييزية لتشمل الجنس والأصل واللغة والدين والعقيدة<sup>(٢٧)</sup>. ليضيف المشرع العُماني لجملة ما سبق اللون والمذهب كما الموطن والمركز الاجتماعي<sup>(٢٨)</sup>. في حين أنَّ المشرع الكويتي، وبخلاف نظرائه الخليجين السابقين منح هذا الحق بعداً إنسانياً، فبعد تأكيده بأن: "العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين"، أشار بأنَّ الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، حاداً من المعايير التمييزية بأربع حالات هي الجنس والأصل واللغة والدين<sup>(٢٩)</sup>. الموقف ذاته، يقترب منه المشرع القطري، وإنَّ كان النص الدستوري لديه قد قصر هذه المعايير التمييزية على ثلاثة فقط وهي العنصر والجنس والدين<sup>(٣٠)</sup>.

ولعله من غير الخافي الصفة الاختلافية كما الانتقائية لهذه المعايير التمييزية، إنَّ على المستوى البيني بين دول المجلس ذاتها؛ حيث ضيق البعض من نطاق هذه المعايير في حين وسع البعض من هذا النطاق، في الوقت ذاته الذي قصر البعض هذه المعايير على مواطنيه، بخلاف البعض الآخر الذي منحها بعداً إنسانياً، أو على المستوى الدولي المقارن؛ ذلك أنَّ مختلف هذه المعايير لم تتبنَّ الحد الأدنى من المعايير التمييزية التي أقرها المشرع الدولي؛ لاسيما تلك التي وردت في المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، ومن بينها الرأي السياسي وغير السياسي أو الأصل الوطني والمنشأ الاجتماعي أو الثروة أو المولد.

## ثانياً - الحقوق المدنية والسياسية

أكدت المواثيق الدولية الثلاثة؛ لاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أهمية هذه الحقوق؛ لاسيما المرتبطة منها بالحق في الحياة والحرية والأمان<sup>(٣١)</sup>، والتحرر من الاسترقاق والاستعباد، والتحرر من المعاملة اللاإنسانية أو الحاطة من الكرامة، وحرية التنقل والإقامة وحق

(٢٧) دستور مملكة البحرين، المادة (١٨).

(٢٨) النظام الأساسي للحكم في سلطنة عُمان، المادتان (١٢-١٧).

(٢٩) دستور دولة الكويت، المادتان (٧-٢٩). في معنى مقارب، دستور مملكة البحرين، المادتان

(٤-١٨). دستور دولة قطر، المواد (١٨-١٩-٢٠-٣٤-٣٥). النظام الأساسي لسلطنة عُمان،

المواد (٩-١٢-١٧).

(٣٠) دستور دولة قطر، المادة (٩).

(٣١) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة، المادة (٣).

للجوء وحق التمتع بجنسية ما، والحق في حرية الفكر والوجدان والدين وحرية الرأي والتعبير، والحق في الاشتراك في الاجتماعات والجمعيات السلمية، والحق في المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده وفي تَقْلُدُ الوظائف العامة في بلده بالتساوي مع الآخرين<sup>(٣٢)</sup>، وفي إطار هذه الحقوق يمكن أن نشير إلى فئتين رئيسيين من الحقوق ترتبطان بموضوع البحث، هما الحق في حرية التفكير والتعبير، إضافة إلى الحق بحرية العقيدة والعبادة؛ حيث تتفق مختلف الدساتير في دول المجلس على أهمية احترام هاتين المجموعتين من الحقوق ضمن الضوابط القانونية الواجبة الاتباع لديها.

## ١ - احترام الحق في حرية الفكر والتعبير

أكد الدستور الإماراتي بأن حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة، وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون<sup>(٣٣)</sup>. الموقف ذاته ذهب إليه المشرع العُماني الذي قضى بأن حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون<sup>(٣٤)</sup>. عين التوجه توسع فيه كل من المشرعين البحريني والقطري، بإضافة حرية البحث العلمي لهذه الحريات؛ حيث أكد الدستور البحريني بأن حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرهما، وذلك وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، مع عدم المساس بأسس العقيدة الإسلامية ووحدة الشعب، وبما لا يثير الفرقة أو الطائفية<sup>(٣٥)</sup>. في حين قضى المشرع القطري بأن حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، وفقاً للشروط والأحوال التي يحددها القانون<sup>(٣٦)</sup>. في حين لم يشر النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية لهذه الحقوق بشكل واضح، وإن كان قد اشترط التزام مختلف وسائل التعبير بالكلمة الطيبة واحترام القوانين والأنظمة المعمول بها في الدولة<sup>(٣٧)</sup>.

(٣٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة، الديباجة، المواد (١: ٦-٧-١٣-١٨-١٩). العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، سبقت الإشارة، المواد (٦-٧-١٢-١٤-١٥-١٩).

(٣٣) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادة (٣٠).

(٣٤) النظام الأساسي للحكم في سلطنة عُمان، المادة (٢٩).

(٣٥) دستور مملكة البحرين، المادة (٢٣).

(٣٦) دستور دولة قطر، المادة (٤٧).

(٣٧) النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، المادة (٣٩).



## ٢ - الحق بحرية العقيدة والعبادة

أكد الدستور الإماراتي على أنَّ حرية القيام بشعائر الدين طبقاً للعادات المرعية مصونة، شريطة ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب العامة<sup>(٣٨)</sup>. موقف يتوافق معه الدستوران القطري والعُماني اللذان أكداً بأنَّ حرية العبادة مكفولة للجميع، وفقاً للقانون ومقتضيات حماية النظام العام والآداب العامة<sup>(٣٩)</sup>. كما أنَّ حرية القيام بالشعائر الدينية طبقاً للعادات المرعية مصونة على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب<sup>(٤٠)</sup>. في حين أنَّ النص الأوسع ورد في مضمون الدستور البحريني الذي قضى بأنَّ حرية الضمير مطلقة، وتكفل الدولة حرمة نُور العبادة، وحرية القيام بشعائر الأديان والمواكب والاجتماعات الدينية طبقاً للعادات المرعية في البلد<sup>(٤١)</sup>. الموقف عينه أخذ به المشرع الكويتي الذي بيَّنَّ بأنَّ حرية الاعتقاد مطلقة، وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان طبقاً للعادات المرعية على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب<sup>(٤٢)</sup>.

من خلال استعراض مختلف هذه النصوص الدستورية لدول المجلس يمكن القول، بأنَّ الحماية القانونية المتعلقة بحرية الفكر والتعبير كما حرية المعتقد والديانة، ارتبطت بكيونة الإنسان ما لم تتعارض مع مصالح الدولة والأخلاق والآداب العامة؛ حيث احترمت غالبيتها الحريات الدينية بما فيها ممارسة الشعائر الدينية، وأنشأت، باستثناء المملكة العربية السعودية أماكن عبادة خاصة لهم<sup>(٤٣)</sup>.

(٣٨) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادة (٣٢).

(٣٩) دستور دولة قطر، المادة (٥٠).

(٤٠) النظام الأساسي للحكم في سلطنة عُمان، المادة (٢٨).

(٤١) دستور مملكة البحرين، المادة (٢٢).

(٤٢) دستور دولة الكويت، المادة (٣٥).

(٤٣) افتتحت أولى الكنائس في منطقة الخليج، في إمارة دبي بدولة الإمارات العربية في العام ٢٠٠٥، وتبعتها مختلف دول المجلس باستثناء المملكة العربية السعودية، وقد كان آخرها دولة قطر في العام ٢٠٠٩؛ حيث تؤكد الإحصائيات وجود أعداد كبيرة من مختلف الديانات؛ لا سيما المسيحية بمختلف طوائفها من أرثوذكس وبروتستانت وكاثوليك وإنجيليون وأقباط وأرمن، أغلبهم وافدون لا سيما من الهند والفلبين، كما لبنان وسوريا ومصر، إضافة إلى العديد من الدول الأوروبية، وتضم المملكة العربية السعودية أعلى نسبة منهم بنحو يقدر بمليون ونصف مسيحي. تليها دولة الإمارات العربية المتحدة بنحو (٥٠٠) ألفاً، تليها دولة الكويت بنحو (٤٠٠) ألفاً، بينما يقدر عددهم في دولة قطر بنحو (١٠٠) ألفاً، في حين يعيش في مملكة البحرين حوالي (٧٠) ألفاً، وفي سلطنة عُمان فقط نحو (٦٥) ألفاً. جريدة "القبس" الكويتية، تاريخ ٢٠٠٩/٠٧/١٠.

<http://www.alqabas.com.kw/node/629224> | <http://majdmaroun.blogspot.com>.

## ثالثاً - الحقوق الاقتصادية والاجتماعية

اتفقت المواثيق الدولية الثلاثة على ضرورة احترام هذه الحقوق؛ لاسيما الحق بالعمل بشروط عادلة ومرضية تكفل المساواة دون أي تمييز بما يكفل الحياة اللائقة، كما الحق في الضمان الاجتماعي، إضافة للحق في تكوين النقابات والانضمام إليها<sup>(٤٤)</sup>، وكلها حقوق لم تكن تشريعات دول المجلس بعيدة عن تنظيمها والوقوف عندها.

### ١ - الحق في العمل

أشار الدستور الكويتي إلى أنَّ العمل واجب على كل مواطن، وتقوم الدولة على توفيره للمواطنين وعلى عدالة شروطه، وبأنَّ لكل كويتي الحق في العمل وفي اختيار نوعه، ولا يجوز أن يفرض عمل إجباري على أحد إلا في الأحوال التي يعينها القانون، لضرورة قومية وبمقابل عادل<sup>(٤٥)</sup>. في الإطار ذاته بيّن دستور مملكة البحرين بأنَّ العمل واجب وحق لكل مواطن، ولا يجوز فرض عمل إجباري على أحد إلا في الأحوال التي يعينها القانون، لجهة وجود ضرورة قومية أو تنفيذاً لحكم قضائي<sup>(٤٦)</sup>، وإذا كانت عبارة الحكم القضائي يمكن تبين مدلولها بوضوح، فإنَّ مفهوم الضرورة القومية أمر كان يجدر بكلا المشرعين تبين حقيقة مفهومه، لما فيه من رحابة غير محدودة. من جانبه أكد دستور دولة الإمارات العربية المتحدة بأنَّ كل مواطن حر في اختيار عمله أو مهنته أو حرفته في حدود القانون، ولا يجوز فرض عمل إجباري على أحد إلا في الأحوال الاستثنائية التي ينص عليها القانون وبشرط التعويض عنه<sup>(٤٧)</sup>. في حين بيّن النظام الأساسي لسلطنة عُمان بأنَّ لكل مواطن الحق في ممارسة العمل الذي يختاره

(٤٤) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة، المواد (٢٣ - ٢٥ - ٢٨). العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، سبقت الإشارة، المواد: (٢ - ٣ - ٦ - ٧ - ٨ - ٩). العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، سبقت الإشارة، المادة (٢٢).

(٤٥) دستور دولة الكويت، المادّتان (٤١ - ٤٢).

(٤٦) دستور مملكة البحرين، المادة (١٣).

(٤٧) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادّتان (٣٤ - ٣٥)، والحقيقة أنَّ العبارة الأخيرة المقررة بمنح العامل الذي وقع ضحية للعمل الجبري "تعويضاً" تطرح تساؤلاً مشروعاً حول عدالة النص القانوني. لاسيما لجهة الفارق بين التعويض والأجر، ففي حين أنَّ الاتفاقية الدولية قضت بمنح العامل ضحية العمل الجبري أجراً عن العمل الذي قام به، قضى المشرع الإماراتي بمنحه تعويضاً عنه، وليس لكونه ضحية عمل جبري، والفرق بين الأمرين بيّن، ناهيك عن أنَّ التعويض عن العمل قد يكون في بعض الأحيان أقل من الأجر المحدد للعمل، ونعتقد أنه كان حرياً بالمشرع الإماراتي، تقييد هذا التعويض بما لا يقل عن قيمة الأجر المقابل للعمل.

لنفسه في حدود القانون، ولا يجوز فرض أي عمل إجباري على أحد إلا بنص ولأداء خدمة عامة وبمقابل أجر عادل<sup>(٤٨)</sup>. بالنسبة لدستور دولة قطر، فقد أتت نصوصه خالية من الإشارة إلى هذه الفرضية، وإن كان عالجها في قوانينه الداخلية، كما سنرى لاحقاً. موقف يقترب فيه المشرع السعودي من نظيره القطري الذي أحال تطبيق هذه الأحكام للشريعة الإسلامية والقوانين الداخلية<sup>(٤٩)</sup>.

## ٢ - الحق في الضمان الاجتماعي

ربط المشرعون الخليجيون هذا الحق بصفة المواطنة؛ حيث أقر المشرع القطري بأنَّ الحق في الضمان الاجتماعي يقتصر على القطري الذي تقرر له معاش أو نصيب فيه<sup>(٥٠)</sup>. موقف أكدّه المشرعان السعودي والعُماني بالنص بأنَّ تكفل الدولة للمواطن وأسرته المعونة في حالة الطوارئ والمرض والعجز والشيخوخة وفقاً لنظام الضمان الاجتماعي<sup>(٥١)</sup>. بالنسبة للدستور البحريني، فقد كان أكثر وضوحاً في تحديد هذه المعايير التي تتناول مفهوم الضمان الاجتماعي بأنَّ تكفل الدولة تحقيق الضمان الاجتماعي اللازم للمواطنين في حالة الشيخوخة والمرض أو العجز عن العمل أو اليتيم أو الترملة أو البطالة، كما تؤمن لهم خدمات التأمين الاجتماعي والرعاية الاجتماعية، وتعمل على وقايتهم من برائن الجهل والخوف والفاقة<sup>(٥٢)</sup>. في حين أنَّ الدستورين الكويتي والإماراتي، قد أطلقا عليه تسمية التأمين الاجتماعي، وإنَّ كانا قد أعادا التركيز على ذات الحالات التأمينية التي سبقهما إليها نظرائهم الخليجيون<sup>(٥٣)</sup>.

## ٣ - حرية التجمع وتكوين النقابات والاتحادات

بيّن دستور دولة الإمارات العربية المتحدة بأنَّ حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات مكفولة في حدود القانون<sup>(٥٤)</sup>. التوجه ذاته ذهب إليه دستور مملكة البحرين الذي أكد

(٤٨) النظام الأساسي للحكم في سلطنة عُمان، المادة (١٢).

(٤٩) سيتم التطرق إلى هذه الحثثيات بالتفصيل في معرض القسم الثاني من البحث. مما اقتضى التنويه.

(٥٠) قانون الضمان الاجتماعي القطري رقم (٣٨) لعام ١٩٩٥، المادة (٢). قانون التقاعد والمعاشات القطري رقم (٢٤) لعام ٢٠٠٢، المادة (٢).

(٥١) النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، المادة (٢٧). النظام الأساسي للحكم في سلطنة عُمان، المادة (١٢) الفقرة (٤).

(٥٢) دستور مملكة البحرين، المادة (٥) الفقرة (ج).

(٥٣) دستور دولة الكويت، المادة (١١). دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادة (١٦).

(٥٤) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادة (٣٣).



بأنَّ حرية تكوين الجمعيات والنقابات، مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي بينها القانون، وبأنَّه لا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة أو الاستمرار فيها<sup>(٥٥)</sup>. في حين أنَّ المشرعين الكويتي والعُماني والقطري كانوا أكثر وضوحاً في ربط ممارسة هذا الحق بالطابع الوطني؛ حيث أشاروا إلى أنَّ حرية تكوين الجمعيات والنقابات على أسس وطنية وبوسائل سلمية مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي بينها القانون، ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة<sup>(٥٦)</sup>. أخيراً، لم يشر النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية إلى هذه الحرية.

بتحليل النصوص السابقة، يمكن القول إنَّ مجمل الحقوق ذات الدلالة الاقتصادية والاجتماعية في التشريعات الخليجية إنما تصب في مجملها في الإطار الوطني، من حيث حماية مواطني هذه الدول بالدرجة الأولى، وبالتالي فهي لا تأخذ منحاً شمولياً يستند لإنسانية الفرد وإنما لمواطنيته. لذلك أتت مختلف هذه الحقوق، وفي مختلف دساتير دول المجلس موسومة بصفة المواطنة بشكل واضح وصريح؛ بحيث إنَّ البعد الوطني فيها يطغى على البعد الإنساني، سواءً أكان ذلك في إطار الحقوق ذات المدلول المدني والسياسي، كما الحقوق ذات المدلول الاقتصادي والاجتماعي. لذلك، لم تزل معظم دول المجلس مترددة بالتصديق على العهود والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بهذه الحقوق<sup>(٥٧)</sup>؛ ذلك أنَّ العهدين الدوليين المعنيين بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية لعام ١٩٦٦ لم يحظيا بالاهتمام اللازم، فلم يَقم بالتصديق عليهما سوى دولتين فقط هما دولة الكويت ومملكة البحرين<sup>(٥٨)</sup>، وإنَّ كان الموقف

(٥٥) دستور مملكة البحرين، المادة (٢٧).

(٥٦) دستور دولة الكويت، المادَّتان (٤٣-٤٤). في ذات المعنى، دستور دولة قطر، المادَّتان (٤٤-٤٥).

(٤٥). النظام الأساسي لسلطنة عُمان، المادَّتان (٣٢-٣٣).

(٥٧) نخص بالذكر العهدين الدوليين المتعلقين بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية لعام ١٩٦٦. علماً بأنَّ الوثيقة الثالثة المتعلقة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ لا تحتاج إلى أي تصديق أو انضمام بل تعتبر الدول منضوية تحت مبادئها بمجرد انضمامها لمنظمة الأمم المتحدة.

(٥٨) انضمت دولة الكويت إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ونظيره المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بتاريخ ٢١/٥/١٩٩٦. في حين صادقت مملكة البحرين على الأول بتاريخ ٢٠/٩/٢٠٠٦، وانضمت إلى الثاني بتاريخ ٢٧/٩/٢٠٠٧. علماً بأنَّ مملكة البحرين لم تقدم أي من التقارير حول المتابعة التنفيذية لأي من العهدين حتى حينه، مما يتعذر معه تحليل الأثر القانوني المترتب على التصديق على تشريعاتها الوطنية. أما بالنسبة لدولة الكويت فقد قدمت تقريرين حول الواقع التنفيذي للعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، الأول في عام ١٩٩٧ والثاني في عام ٢٠٠٩. في حين =



الإماراتي لا يخلو من تساؤل كبير؛ لاسيما عندما قيد الدستور الإماراتي بصريح النص الدستوري المشرع العمالي لديه بواجب وضع التشريعات التي تصون حقوق العمال وأصحاب العمل وفقاً لمستويات العمل الدولية<sup>(٥٩)</sup>.

واقع، لا تختلف فيه دول المجلس عن الكثير من دول الهجرة بما فيها الدول المتقدمة. فجميع هذه الدول تسعى لحماية حقوق وحريات مواطنيها بالدرجة

= أنها لم تقدم سوى تقرير واحد حول الواقع التنفيذي للعهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية في العام ٢٠٠٢. كذلك الحال بالنسبة للبرتوكولات الثلاث المتعلقة بهذين العهدين؛ لاسيما المتعلقة بحق الأفراد في الدول المنضمة لهذين العهدين بتقديم الشكاوى مباشرة للجنة المحدثين بموجب نصوصهما في حال حصول انتهاك لأي من الحقوق الواردة فيه. فلم تقم حتى حينه أي دولة خليجية بالتصديق على أي منهما. بالرجوع إلى نصوص التقريرين نجد أن الحكومة الكويتية أكدت وفي أكثر من موضع على احترامها لبنود ونصوص هذ العهد والعمل على مواءمة التشريعات الوطنية بما ينسجم ونصوصه. بالرغم من ذلك، يلاحظ التأكيد المستمر على ضرورة تكييف مختلف الحقوق الواردة في العهد، بما يتوافق مع نصوص الدستور والقانون الكويتي، وكأن المشرع الكويتي إنما أراد أن تتوافق نصوص هذا العهد مع نصوصه الوطنية وليس العكس. الأمر الذي ينقل هذه الحقوق من مضمونها الدولي الإنساني إلى مضمونها الوطني السيادي، وهو أمر فيه نظر. علماً بأن هذه الخصوصية الفكرية لا تقتصر على المشرع الكويتي؛ وإنما يمكن تعميمها على مختلف التشريعات الخليجية ذات العلاقة حول التقارير المقدمة من الحكومة الكويتية عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، راجع، بدرجة عبد الله العوضي، دول مجلس التعاون الخليجي ومستويات العمل الدولية، عدد خاص، سلسلة عالم المعرفة، منشورات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، العدد رقم (٨٥) لعام ١٩٨٥، ص. ٤٢. والتقارير المتعلقة بدولة الكويت،

(CCPR /C/SR. 2840 |5 November 2012) (CCPR /C/SR. 2842 |19 October 2012) (CCPR /C/KWT/CO/2/Add.1|7 May 2012) (CCPR /C/KWT/CO/2 |18 November 2011) (CCPR/C/KWT/2| October 2010) (CCPR/C/KWT/2 | 2009) (E/1990/5/Add.57 | 2002) (CCPR/C/120/Add.1 | 1997).

حول التقارير المقدمة من الحكومة الكويتية حول العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، راجع،

(E/C.12/KWT/2 | December 2012).

<http://tb.ohchr.org/default.aspx?country=kw>. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs103.htm>

(٥٩) "يقدر المجتمع العمل كركن أساسي من أركان تقدمه ويعمل على توفيره للمواطنين وتأهيلهم له ويهيئ الظروف الملائمة لذلك بما يضعه من تشريعات تصون حقوق العمال ومصالح أبواب العمل على ضوء التشريعات العمالية العالمية المتطورة". دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادة (٢٠).

الأولى<sup>(٦٠)</sup>. غير أنه ولما كانت هذه الدول تعتمد في نهضتها التنموية على العمالة الأجنبية بشكل كبير، تغدو المشكلة أكثر بروزاً، ولعل هذا ما دفع هذه الدول إلى التلطف بشكل كبير من القيود المفروضة في بيئة العمل والتي يمكن الحديث عنها في محور الورقة الثاني. إضافة إلى إحداث مؤسسات وطنية، لضمان حماية هذه الفئات، ورفع الحيف الواقع عليها قدر المستطاع، وإن كان أغلبها يتسم بالطابع الحكومي، والقليل منها بالطابع الأهلي.

## المطلب الثاني الطبيعة القانونية للالتزام

مجمل هذه الاشتراطات الدولية في مراعاة حقوق الإنسان تم التأكيد والتشديد عليها في المبدأين الأول والثاني من الميثاق العالمي لقطاع الأعمال، لجهة التزام هذا القطاع بدعم واحترام وحماية قواعد القانون الدولي المتصلة بحقوق الإنسان، والسهر لعدم قيام أي من الأشخاص المنتمين له بأفعال تفضي إلى انتهاك هذه الحقوق.

### ١ - دعم واحترام وحماية قواعد القانون الدولي المتصلة بحقوق الإنسان

يمثل هذا الشق الجانب الإيجابي في الالتزام لجهة القيام بعمل مفاده احترام هذه الحقوق والحريات، بالعمل على دعم واحترام وحماية قواعد القانون الدولي المتصلة بحقوق الإنسان ضمن بيئة العمل، وبما لا يتعارض مع مصالح العمل، ودون أن يساء أو يتعسف باستعمال هذه الحقوق من قبل العامل أو المنشأة، وبالتالي تأمين ممارسة هذه الحقوق المدنية والسياسية كما الاقتصادية والاجتماعية من قبل العامل، دون أن تكون بأي حال وسيلة للضغط عليه أو أن تتخذ ذريعة للتمييز بينه وبين أقرانه في مجال التشغيل والعمل.

### ٢ - السهر لعدم قيام أي من الأشخاص المنتمين له بأفعال تفضي إلى

#### انتهاك هذه الحقوق

بخلاف الفرضية السابقة، يمثل هذا الشق الجانب السلبي في الالتزام لجهة الامتناع عن القيام بأي عمل ينطوي على الاعتداء أو الانتقاص من هذه الحقوق

(٦٠) لعل هذه الفلسفة التشريعية لدى المشرع الخليجي، هي التي دفعت به إلى استبعاد مفهوم التمييز القائم على أساس الجنسية من قائمة المعايير التمييزية المحظورة، حتى بالنسبة للدول التي أدخلت ضمن نصوصها القانونية مبدأ عدم التمييز، وهو ما سنحاول بحثه في الفقرة المخصصة لهذه النقطة في البحث، راجع الفقرة: (ثانياً - مبررات الموقف) من القسم الثاني من البحث.

والحريات، وذلك بالسهر لئلا يقوم أي من الأشخاص المنتمين للمنشأة أو القائمين عليها في التورط بأفعال تفضي لانتهاك هذه الحقوق أو عرقلة ممارستها. سواء أتم ذلك بشكل مباشر من خلال الانخراط في هكذا انتهاكات، أو غير مباشر عن طريق السكوت أو التستر على مثل هذه الانتهاكات التي قد تقع من قبل الغير المتعاملين مع هذا القطاع؛ حيث يجب اتخاذ المواقف القانونية اللازمة لمحاسبة ومعاقبة منتهكي هذه الحقوق والحريات، وغني عن البيان أن هذين الالتزامين هما التزامان متكاملان مترابطان، يشكلان وحدة متكاملة لا يمكن أن يتحقق أحدهما دون الآخر.

ومما لا شك فيه أن مختلف الشركات العاملة في دول المجلس، سواء منها الوطنية أو الدولية، إنما تعمل إما وفق التشريعات والقوانين المعمول بها في هذه الدول أو وفق اتفاقيات ببنية تنظم واقع العمل فيها<sup>(٦١)</sup>، ومن المحتم على هذه الشركات أن تعمل وفق مبدأ سيادة وشرعية الدولة؛ مما يجعلها في توافق تام مع شرعة هذه الدول. غير أنه وبالنظر إلى عالمية حقوق الإنسان، فقد يكون الأمر مختلفاً بالنسبة للشركات متعددة الجنسيات التي تعمل في دول متعددة، كالشركات النفطية التي لا تخلو دولة خليجية منها؛ مما يجعل من هذه الشركات تعيش حالة، إن لم نقل حالات من الازدواجية القانونية. ففي حين أنها قد تكون في دولها تحترم هذه الحقوق، كون قانونها يلزمها بها، ربما نجدتها تغض الطرف عنها في دول أخرى، كون قانون هذه الدول لا يلزمها بها، وتكون هذه الشركات في جميع الحالات في وضع قانوني مستقر وفي تصالح تام مع المبادئ الوطنية التي تعمل في نطاقها، فإنها وبالضرورة، ونظراً للبعد الدولي لهذه الحقوق لن تكون كذلك، كونها يجب أن تتعامل مع حقوق الإنسان على نحو شامل وبطريقة منصفة ومتكافئة وعلى قدم المساواة وبنفس القدر من التركيز<sup>(٦٢)</sup>. لا لشيء، إلا لعالمية هذه الحقوق ومدلولها الإنساني. فحقوق الإنسان

(٦١) سواء أكان ذلك في ضوء أحكام قانون العمل النافذ لديها أم في ضوء قواعد اتفاقية معمول بها مع هذه الشركات. فالقطاع النفطي في بعض هذه الدول كما العاملون فيه، لا يخضعون لأحكام قانون العمل، وإنما لقوانين خاصة بهم. راجع قانون العمل القطري، رقم (١٤) لعام ٢٠٠٤، المادة (٣). لمزيد من الاطلاع على الموقف الخاص للمشروع القطري، راجع المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". المرجع السابق، ص. ٢٢، ص ٣٤.

(٦٢) "جميع حقوق الإنسان عالمية وغير قابلة للتجزئة ومتشابكة، ويجب على المجتمع الدولي أن يعامل حقوق الإنسان على نحو شامل وبطريقة منصفة ومتكافئة وعلى قدم المساواة وبنفس القدر من التركيز". برنامج عمل فيينا الصادر عن المؤتمر العالمي الثاني لحقوق الإنسان في فيينا ١٩٩٣.

حقوق واجبة الوفاء والإعمال لكل إنسان لكونه إنساناً، يستحق بصفته هذه الاحترام والحماية والتكريم، ولعل هذه الأمور هي ما يدفعنا لبحث باقي دول المجلس على التصديق على العهدين الدوليين المتصلين بالحقوق المدنية والسياسية من جهة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية من جهة أخرى؛ لاسيما وأن هذه الدول وفي أكثر من مناسبة أكدت حرصها على هذه الحقوق والحريات، الأمر الذي تؤكده العديد من الممارسات الفاعلة التي تقوم بها في داخلها، التي توجب على الشركات العاملة لديها بضرورة احترامها. لاسيما وأن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية قد منح الحق للبلدان النامية في أن تقرر إلى أي مدى ستضمن الحقوق الاقتصادية المعترف بها في هذا العهد لغير المواطنين<sup>(٦٣)</sup>، بالرغم من أملنا بأن يبقى استخدام هذا النص في حدوده الدنيا من هذه الدول.

(٦٣) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، سبقت الإشارة، المادة (٢).



## المبحث الثاني الحقوق والحريات المرتبطة بالإنسان العامل

وفق مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) تتناول هذه الحقوق مجالات أربعة هي: الاعتراف واحترام حرية الاجتماع والحق بالمفاوضات الجماعية، يليها القضاء على مختلف أشكال العمل الجبري وأعمال السخرة، ومن ثم القضاء على عمل الأطفال، وأخيراً القضاء على التمييز في مجال المهن والأعمال<sup>(٦٤)</sup>. هذه المبادئ تمثل الحد الأدنى من الحقوق التي يتوجب أن يتمتع بها العامل في المنشأة<sup>(٦٥)</sup>؛ مما يوجب عرضها تباعاً لفهم الواقع الدولي لهذه الحقوق وموقف دول المجلس منها.

(٦٤) في معرض هذا البحث تم تحليل قوانين العمل في دول المجلس التالية: قانون العمل العُماني رقم (٣٥) لعام ٢٠٠٣. القرار الوزاري العُماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العُمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠ المعدل بموجب القرار رقم (٥٧٠) لعام ٢٠١٢. قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني رقم (٣٦) لعام ٢٠١٢. قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٢ المعدل بموجب القانون رقم (٤٩) لعام ٢٠٠٦. قانون العمل الإماراتي الاتحادي رقم (٨) لعام ١٩٨٠. قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي رقم (٦) لعام ٢٠١٠. نظام العمل السعودي، رقم (٥١) لعام ٢٠٠٥. قانون العمل القطري رقم (١٤) لعام ٢٠٠٤.

(٦٥) من غير الخافي الترابط الوثيق بين هذه المبادئ الأربعة التي تبناها الميثاق العالمي في مجال حقوق العمال، والمبادئ التي نادت بها منظمة العمل الدولية في إعلانها الشهير لعام ١٩٩٨ بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، من خلال اتفاقيات العمل الثماني ذات الأولوية التي أسست لهذه المعايير الأربعة من الحقوق، التي هي على التوالي: اتفاقية الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي رقم (٨٧) لعام ١٩٨٤، اتفاقية الحق في التنظيم النقابي وفي المفاوضات الجماعية رقم (٩٨) لعام ١٩٤٩. اتفاقية السخرة رقم (٢٩) لعام ١٩٣٠، اتفاقية منع السخرة رقم (١٠٥) لعام ١٩٦٧. اتفاقية تحديد الحد الأدنى لسن التشغيل رقم (١٣٨) لعام ١٩٧٣، اتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال رقم (١٨٢) لعام ١٩٩٩. اتفاقية حظر التمييز في مجال الاستخدام والمهنة رقم (١١١) لعام ١٩٥٨، اتفاقية المساواة بين العمال والعمالات في الأجر رقم (١٠٠) لعام ١٩٥١. مما يبرز حجم الاهتمام لدى المنظمين بهذه المعايير الأربعة من الحقوق دون غيرها، كونها تمثل الحد الأدنى من القواعد الاجتماعية التي ينبغي على كل دولة احترامها في عملية العولمة. كما تُعدُّ هذه الحقوق من أكثر الحقوق التي حازت على قبول وتعاطف دوليين بين مختلف الدول الأعضاء في المنظمين. فكلتا المنظمتان تؤمنان بأنَّ هذه الحقوق هي بالفعل قوارب النجاة للمجتمع البشري للوصول إلى تنمية بشرية مستدامة وعولمة منصفة وعادلة. ناهيك عن أنَّ هذه الأهداف المشتركة بينهما إنما تتقاطع بشكل كبير مع أهداف الألفية لعام ٢٠٠٠، وإعلان الحريات السبع الرئيسية حول التنمية وحقوق الإنسان لذات العام. راجع، تقرير التنمية البشرية للعام ٢٠٠٣: "أهداف التنمية للألفية: تعاهد بين الأمم لإنهاء الفاقة البشرية". برنامج الأمم المتحدة الإنمائي =

## المطلب الأول

### الاعتراف بالحرية النقابية واحترام الحق بالمفاوضات الجماعية

يتحدد الإطار الدولي لهذا الحق في اتفاقيتي عمل دوليتين هما: اتفاقية الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي رقم (٨٧) لعام ١٩٤٨<sup>(٦٦)</sup> واتفاقية الحق في

= ٢٠٠٣. تقرير التنمية البشرية المعنون: "حقوق الإنسان والتنمية البشرية"، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ٢٠٠٠. لمزيد من التفاصيل حول هذا الإعلان، يمكن مراجعة: إعلان مبادئ منظمة العمل الدولية: صك جديد من أجل تعزيز الحقوق الأساسية. مونيك كلوتيه. دليل الثقافة العمالية. الطبعة الأولى. مكتب العمل الدولي، جنيف، ٢٠٠٠. قواعد اللعبة: مقدمة موجزة لمعايير العمل الدولية. منشورات منظمة العمل الدولية، الطبعة الأولى ٢٠٠٦. المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". المرجع السابق، ص. ١٨.

Examen des Rapports annuels en vertu du suivi de la Déclaration de IOIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Bureau international du Travail (BIT) 320ème session, Genève, 13-27 mars 2014. Application of International Labour Standards 2014 (I). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. In 31 December 2013. Report III (Part 1A). General Report and observations concerning particular countries. ILOC. 103rd Session BIT2014. Application des normes internationales du travail, 2014 (II). Document information sur les ratifications et les activités normatives. Au 31 décembre 2013. Informations et Rapports sur l'application des conventions et recommandations Rapport III (Partie 2). Conférence internationale du Travail (CIT), 103ème session, 2014. Rapport VI, Principes et droits fondamentaux au travail: Traduire l'engagement en action, CIT, 101ème session, 2012, 1ère E. 2012. ILC.101/VI. BIT. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, BIT, 2ème E. 2003. H. Kellerson, "La Déclaration de 1998 de IOIT sur les principes et droits fondamentaux: un défi pour l'avenir", Revue internationale du Travail (Revu. IT), V. 137, n° 2, 1998, Pp. 243-248. Valticos, Nicolas. 1998: "Normes internationales du travail et droits de l'homme. Où en est-on à l'approche de l'an 2000?" Revu. IT, V. 137, n° 2, Pp. 151-164. "Cinquante années d'activité normative de l'Organisation internationale du Travail", Revu. IT, V. 135, n° 3-4, 1996, Pp. 431-454. Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work: Technical cooperation priorities and action plans regarding the elimination of discrimination in employment and occupation. International Labour Office. GB300-TC-4-2007-09-0149-1. November 2007. E. Lee, Mondialisation et normes du travail: un tour d'horizon, Revu. IT, vol. 136, n° 2, 1997, Pp. 187-204.

(٦٦) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨٧) الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي تاريخ ٩ =

التنظيم النقابي وفي المفاوضة الجماعية رقم (٩٨) لعام ١٩٤٩<sup>(٦٧)</sup>؛ حيث تشكل الاتفاقيتان المفهوم المتكامل لاحترام هذا الحق<sup>(٦٨)</sup>؛ حيث تؤكد الأولى على حق العمال وأصحاب العمل بتكوين المنظمات التي تستهدف تعزيز مصالحهم والدفاع عنها، كما تؤكد على التزام الدول الموقعة على الاتفاقية بالامتناع عن التدخل في شؤون هذه المنظمات بقصد التأثير عليها أو التقييد من نشاطاتها وأعمالها<sup>(٦٩)</sup>. في حين تشدد الثانية على ضرورة توفير حماية كافية للعمال من أية أعمال تمييزية تمارس بحقهم أو تعطل من حريتهم النقابية، لاسيما في حال تعليق الموافقة على تشغيلهم بشرط

= تموز ١٩٤٨. يضاف إليها اتفاقية العمل الدولية رقم (١٥١) الخاصة بحماية حق التنظيم النقابي في الخدمة العامة، تاريخ ٢٧ حزيران ١٩٧٨.

Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 (n? 87), Pp. 11-17. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit. H. Dunning, Les origines de la convention (n? 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, Revu. IT, vol. 137, n? 2, 1998, Pp. 165-186.

(٦٧) اتفاقية العمل الدولية رقم (٩٨) الخاصة بتطبيق مبادئ الحق في التنظيم النقابي وفي المفاوضة الجماعية، تاريخ الأول من تموز ١٩٤٩. يضاف لها اتفاقية العمل الدولية رقم (١٥٤) المتعلقة بتشجيع المفاوضات الجماعية تاريخ ١٩/٦/١٩٨١.

Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 (n? 98), Pp.18-24. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit. B. Gernigon, A. Otero, et H. Guido, La négociation collective: normes de l'OIT et principes des organes de contrôle, Pp. 23-34.

(٦٨) G. Von Potobsky, Liberté syndicale: l'impact de la convention n? 87 et l'action de l'OIT, Revu. IT, vol. 137, Numéro. Spéc. 2, 1998, Pp. 215-241. Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail. Rapport d'OIT. BIT. 1ère éd. 2004. Concernant la liberté syndicale et négociation collective, B. Gernigon, A. Otero et H. Guido, Pp. 5-21 et Pp. 23-34.

(٦٩) أكدت الاتفاقية بأن هذا الحق يجب أن يمارس بحرية كاملة دون أي تمييز من أي نوع، إضافة للحق في الانضمام إلى المنظمات القائمة، وبأن هذه التنظيمات لها الحق في وضع دساتيرها وأنظمتها، وانتخاب ممثليها بحرية تامة. كما يمكن لها أن تكون اتحادات نقابية فيما بينها. اتفاقية العمل الدولية رقم (٨٧) الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة، المواد: (٣ - ٥). المبادئ والحقوق الأساسية في العمل: من الالتزام إلى العمل. المناقشة المتكررة بموجب إعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة ومتابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل. البند السادس من جدول الأعمال. الوثيقة (ILC.101/VI) مؤتمر العمل الدولي، الدورة، ١٠١. التقرير السادس مكتب العمل الدولي جنيف. ٢٠١٢. ص ١٨-٢٢.



انضمامهم أو عدم انضمامهم لتنظيم نقابي ما، أو معاقبتهم أو فصلهم أو سوء معاملتهم بسبب عضويتهم أو أنشطتهم النقابية<sup>(٧٠)</sup>.

على المستوى الخليجي، وبالرغم من تقارب بيئة العمل بين مختلف دول المجلس، فإنها تسجل تبايناً فيما بينها في قضية الحريات النقابية والمفاوضة الجماعية<sup>(٧١)</sup>؛ لاسيما إذا ما علمنا أن دولة خليجية واحدة فقط هي الكويت، قد صادقت على الاتفاقيتين الدوليتين المعنيتين بهذا الحق<sup>(٧٢)</sup>. لفهم أفضل للموقف الخليجي، نعرض تباعاً لمواقف دول المجلس فيما يتعلق بالحريات النقابية قبل تناول مثيله المتعلق بالمفاوضة الجماعية.

### أولاً - الاعتراف بالحرية النقابية

الاعتراف بهذه الحرية ينطوي على الإقرار بأمرين متكاملين، الأول يرتبط بالجانب المؤسساتي والهيكل لممارسة هذا الحق، لجهة السماح بتأسيس التنظيمات النقابية، والثاني يتناول الجانب التطبيقي لجهة عدم تقييد حرية العمال بالقيام بالأنشطة النقابية.

#### ١ - الجانب الشكلي

يتناول هذا الجانب، الحق في تكوين النقابات القادرة على ممارسة نشاطاتها بالحرية والمسؤولية اللازمتين للقيام بمهامها على أكمل وجه. إذ لا يكفي أن يكون هناك حق بإنشاء وإحداث هذه التنظيمات وإنما يجب أن تكون لها الاستقلالية اللازمة

(٧٠) إضافة لتوفير الحماية الكافية لمنظمات العمال وأصحاب العمل من أية تصرفات تمثل تدخلاً في شؤونها أو شؤون بعضها البعض، سواء ارتبط بتكوينها أو أسلوب عملها أو إدارتها. اتفاقية العمل الدولية رقم (٩٨) الخاصة بتطبيق مبادئ الحق في التنظيم النقابي وفي المفاوضة الجماعية لعام ١٩٤٩. سبقت الإشارة، المادتان (٢-١). المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". المرجع السابق، ص. ٤٧.

(٧١) راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن "الحماية القانونية". سبقت الإشارة، ص. ٣٧٧.

(٧٢) صادقت دولة الكويت على اتفاقية العمل الدولية رقم (٨٧) لعام ١٩٤٨ الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي في العام ١٩٦١، في حين صادقت على اتفاقية العمل الدولية رقم (٩٨) لعام ١٩٤٩ الخاصة بتطبيق مبادئ الحق في التنظيم النقابي وفي المفاوضة الجماعية في العام ٢٠٠٧.



التي تمكنها من القيام بهذا الأمر على أفضل وتيرة؛ مما يقتضي التمييز بين مجرد الإقرار بممارسة هذا الحق وبين التمكين من ممارسته، والفرق بين الأمرين بَيِّن.

#### ١.١ - الإقرار بالحق

تتفق التشريعات الخليجية مجتمعة، باستثناء المشرعين السعودي والإماراتي على احترام هذا الحق بالحرية النقابية، وإن كان بتفاوت نسبي. ففي مقدمة دول المجلس التي أقرت بهذا الحق، نجد كلاً من مملكة البحرين وسلطنة عُمان، اللتين أقرتا بهذا الحق بالتشكيل النقابي، وبما يتوافق إلى حد كبير مع نصوص اتفاقيات العمل المشار إليها آنفاً. لاسيما في إطار حماية العمل النقابي والممارسات المرتبطة به، واستقلالية هذا العمل والتنظيمات النقابية<sup>(٧٣)</sup>؛ حيث أكد المشرعان على حق العمال في تشكيل التنظيمات والهيئات النقابية<sup>(٧٤)</sup> التي يجب أن تعمل في ضوء أحكام القانون بعيدة عن أي تجاذبات ذات مدلول تجاري أو سياسي<sup>(٧٥)</sup> بحيث يقتصر نشاطها على القيام بالأنشطة التي تتصل بالعمل النقابي<sup>(٧٦)</sup>، فاتحين باب العضوية لهذه التنظيمات بالنسبة لكافة العمال؛ لاسيما لجهة حرية الانضمام والانسحاب منها؛ بحيث لا يجوز أن يتخذ من العمل النقابي ذريعة للتمييز في الاستخدام أو التأثير على العمال على أي وجه من الوجوه أو للضغط عليهم<sup>(٧٧)</sup>.

في المقابل نجد أن كلاً من دولتي قطر والكويت قد اعترفتا بهذا الحق<sup>(٧٨)</sup>، وقضتا بالسماح بتشكيل هذه التنظيمات، طالما أنها تقتصر في تكوينها على العنصر الوطني فقط،

(٧٣) قانون العمل العُماني، المواد (١٠٨ - ١١٠). القرار الوزاري العُماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العُمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠، المادَّتان (٣-٤). قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٢، المواد (٣-٤-١٤-١٧-٢١).

(٧٤) قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٢ المادة (١). قانون العمل العُماني، المادَّتان (١٠٨-١٠٩).

(٧٥) "يحظر على المنظمات النقابية العمالية: أ - القيام بأية أنشطة تخرج عن الأغراض النقابية الواردة بهذا القانون. ب - توظيف أموالها في مضاربات مالية أو عقارية أو غيرها من أنواع المضاربات.... د - ممارسة العمل السياسي". قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٢ المادة (٢٠).

(٧٦) قانون العمل العُماني، المادة (١٠٨). القرار الوزاري العُماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العُمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠، المواد (١٧-٢٩-٤٢).

(٧٧) قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٢ المادة (٣). القرار الوزاري العُماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العُمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠، المادة (٣).

(٧٨) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٩٨). قانون العمل القطري، المادة (١١٦).

فقصرتا العضوية في هذه التنظيمات على مواطنيهما دون غيرهم من العاملين؛ مما أفقد العمل النقابي جانباً كبيراً من بعده الحمائي، ليرتبط بمدلول المواطنة أقرب منه بمدلول العمل، وهو أمر يخرج العمل النقابي من ثوبه الاجتماعي؛ لاسيما إذا ما علمنا أنَّ الغاية من هذه التنظيمات كما يشير كلا المشرعين إلى رعاية مصالح أعضائها وتحسين حالتهم المالية والاجتماعية وتمثلهم في كافة الأمور الخاصة بهم<sup>(٧٩)</sup>.

## ٢.١ - التمكين من الحق

بالرغم من الإقرار بالحق بالحرية النقابية، إلا أنَّ مختلف التنظيمات النقابية على مستوى دول المجلس لا تزال تعاني من العديد من أوجه القصور فيما يتعلق بالتمكين من ممارسته! فبعد أنَّ أقر كلا المشرعين العماني والبحريني بالشخصية الاعتبارية المستقلة لهذه التنظيمات النقابية، وحققها في ممارسة نشاطاتها بحرية كاملة دون التدخل في شؤونها أو التأثير في قراراتها<sup>(٨٠)</sup>، إلا أنَّهما لم ينصا على الاستقلال المالي لهذه التنظيمات التي تتبع في رقابتها، في العديد من الأحيان لتدخل وزارة العمل التي تتولى سلطة وضع وإصدار القرارات المنظمة لتشكيل وعمل وتسجيل هذه التنظيمات، بما فيها القواعد المتعلقة بالنظام التأسيسي الاسترشادي الذي يجب أنَّ تسترشد به النقابات على اختلاف مستوياتها<sup>(٨١)</sup>، بما يمكنها من الرقابة على هذه التنظيمات وصولاً إلى حلها؛ لاسيما في التشريع العماني<sup>(٨٢)</sup>. بينما أكد المشرع البحريني بأنَّ حل هذه التنظيمات لا يكون إلا وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في نظامها الأساسي، أو بناءً على حكم قضائي<sup>(٨٣)</sup>. وهو الأمر الذي نثني عليه ونشجعه<sup>(٨٤)</sup>.

بالنسبة للمشرعين الكويتي والقطري، وبالرغم من اعترافهما بالشخصية

(٧٩) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادَّتان (١-٩٩). قانون العمل القطري، المادة (١١٨).

(٨٠) القرار الوزاري البحريني المتعلق بالتفرغ النقابي رقم (٩) لعام ٢٠٠٥، المادة (١).

(٨١) القرار الوزاري العماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠، المادَّتان (٤٧-٤٨).

(٨٢) المرجع السابق، المادة (٥٠).

(٨٣) قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٢ المادة (١٧).

(٨٤) من أولى الملاحظات التي تتكرر على الاتفاقية، اختلاف وجهات النظر في تحديد المقصود بالسلطة الإدارية التي لا تملك حق حل هذه التنظيمات. لجهة حظر حل هذه الجمعيات بقرار إداري وفق المادة الرابعة منها؛ حيث تم التأكيد بأنَّ من يملك هذا الحق فقط السلطات الوطنية بموجب النصوص التشريعية ليست الإدارية. اتفاقية العمل الدولية رقم (٨٧) الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة، المادة (٤).

الاعتبارية لهذه التنظيمات النقابية<sup>(٨٥)</sup>، إلا أنَّهما لم يشيرا في نص القانون إلى استقلالية هذه الشخصية مما أفقدها هذه الميزة، وجعلها أكثر تبعية للسلطة التنفيذية ممثلة بوزارة العمل. فقد أحال المشرع في كلا البلدين لوزارة العمل مهمة وضع النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بعمل هذه التنظيمات، مضيفاً على هذه النصوص الصفة الإلزامية كما هو حال المشرع القطري، بخلاف المشرع الكويتي الذي أبقى على طبيعتها الاسترشادية<sup>(٨٦)</sup>. علماً بأنَّ مجرد وضع هذه النصوص بغاية تنظيم عمل هذه التنظيمات لا يعد تدخلاً في شؤونها، إلا أنَّ ربط حصولها على الإنز بالترخيص أو الشهر بموافقة الجهة الإدارية هو ما يعتبر مخالفة صارخة لأحكام هذه الاتفاقية، والحال كذلك في مختلف دول المجلس بما فيها دولة الكويت. كذلك، وفي حين أكد المشرعان على إمكانية الحل الاختياري للجمعية العامة للنقابة<sup>(٨٧)</sup>، فإنَّ المشرع الكويتي، لم يذهب، بذات التوجه الذي أقره المشرع القطري، من حيث منح الوزير سلطة حل التنظيم العمالي إذا خرج عن الأهداف المحددة له<sup>(٨٨)</sup>، الأمر الذي

= Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail. Rapport d'OIT. op. cit. Concernant la Liberté syndicale, B. Gernigon, A. Odero et H. Guido, Pp. 5-21. Votre voix au travail: Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport du Directeur général, CIT, 88ème session, 2000, Rapport I (B).

(٨٥) قانون العمل القطري، المادة (١١٧). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١٠٢).

(٨٦) "تضع التنظيمات العمالية أنظمتها الأساسية وفقاً للنماذج التي يصدر بها قرار من الوزير، التي يجب أن تتضمن على وجه الخصوص ما يلي: ١ - شروط العضوية، وحالات انتهائها. ٢ - قواعد وإجراءات الترشيح والانتخاب... ٤ - أوجه التصرف في أموالها والرقابة على التصرفات المالية والسجلات التي يجب مسكها لهذا الغرض. ٥ - قواعد وإجراءات حلها والتصرف في أموالها". قانون العمل القطري، المادة (١٢١). علماً بأنَّ النصوص التشريعية الخاصة بهذه التنظيمات لم توضع موضع التنفيذ حتى حينه، بسبب عدم صدور القرارات الوزارية ذات الشأن حتى تاريخ تقديم هذا البحث. مثال آخر على هذه التبعية، يتمثل في قدرة الاتحاد العام الممثل لهذه التنظيمات في الانضمام للمنظمات العربية والدولية العاملة في هذا المجال، ففي حين أنَّ المشرع الكويتي أكد على هذا الحق بشرط الإخطار المسبق للوزارة بتاريخ الانضمام، فإنَّ المشرع القطري لم يسمح بهذا الحق إلا بعد موافقة الوزارة. قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١٠٧). قانون العمل القطري، المادة (١٢٣).

(٨٧) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١٠٨).

(٨٨) كلا التشريعين أكدا على ضرورة التزام هذه التنظيمات بالقوانين والأنظمة النافذة ومقتضيات العمل النقابي، وحظر ممارسة أي نشاط يتعلق بالمسائل السياسية والدينية والمذهبية، أو تحضير أو طباعة أو توزيع منشورات تسيء إلى الدولة أو الدخول في مضاربات مالية أياً كان نوعها أو قبول الهبات أو التبرعات إلا بموافقة الوزارة. قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادتان (١٠٣-١٠٤). قانون العمل القطري، المادة (١١٩).



يمكن من القول بأن السلطة المختصة بالحل في هذه الفرضية تبقى للقضاء، الأمر الذي نتفق معه ونثني عليه. في حين أن موقف المشرع القطري حيال هذه المسألة لا يزال يحتاج إلى إعادة نظر. أخيراً، فإن مجموع دول المجلس تتفق فيما بينها على حظر تشكيل أكثر من تنظيم نقابي واحد ممثل للعمال؛ بحيث ترفض بالمطلق مبدأ تعددية العمل النقابي<sup>(٨٩)</sup>، بالرغم من أهمية هذا الأخير وحيويته في العمل النقابي؛ لاسيما في تعزيز البعد الديمقراطي للعملية التمثيلية، التي تقضي بتحقيق الصفة التمثيلية لمختلف العمال وفق الشكل النقابي والتنظيمي الذي يرغبونه<sup>(٩٠)</sup>. هذا الموقف يحتاج إلى مزيد مراجعة من هذه الدول.

## ٢. الجانب التطبيقي

ينطوي هذا الجانب على مدى الهامش القانوني الفعلي المتاح لممارسة العمل النقابي بحرية في ضوء التشريعات التي أقرتها هذه الدول، إن لجهة الانضمام أو لجهة التفريغ النقابي.

### ٢.١ - الانضمام النقابي

هنا يجب الإشارة بموقف المشرعين البحرين والعماني اللذين فتحا باب العضوية لهذه التنظيمات لكل عامل دون التقيد بشرط الجنسية، مكتفين بالتأكيد بأن يكون من بين العاملين الذين تسري عليهم أحكام قانون العمل<sup>(٩١)</sup>، وإن كان المشرع العماني، بخلاف نظيره البحريني، عاد وأكد على ضرورة توافر شرط المواطنة في العضو الراغب في الانسحاب إلى الهيئات الإدارية لهذه التنظيمات<sup>(٩٢)</sup>. بالنسبة للمشرعين الكويتي<sup>(٩٣)</sup> والقطري، وكما سبق بيانه، فقد قصرا العضوية في هذه

(٨٩) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، رقم (٦) لعام ٢٠١٠، المادة (١٠٦). قانون العمل العماني، المادة (١٠٩). قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٢، المادة (٨).  
(٩٠) العديد من الدول، بما فيها الخليجية، قد ترى في هذه التعددية مخالفة لطبيعة النظام الاجتماعي والاقتصادي القائم لديها. راجع،

Countries at risk, violations of Trade Union Rights. Publication of International Trade Union Confederation. 2013. (Bahrain. P. 34) | (Kuwait. P. 71) | (Qatar. P. 72). <http://www.ilo.org>.

(٩١) قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٢، المادة (١٤). القرار الوزاري العماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠، المادة (٤).

(٩٢) القرار الوزاري العماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠، المادة (١١).

(٩٣) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٩٩).



التنظيمات على العنصر الوطني فقط، دون العنصر الأجنبي أو الوافد، وإن كان المشرع القطري قد أضاف إلى شرط المواطنة شرط العدد؛ حيث اشترط ألا يقل عدد هؤلاء العمال عن مائة عامل قطري<sup>(٩٤)</sup>. مع تأكيد كلا التشريعين على حظر إرغام العامل على الانضمام أو عدم الانضمام إلى أي من التنظيمات العمالية أو الامتناع عن تنفيذ أي من قراراتها<sup>(٩٥)</sup>.

والحقيقة، أنَّ عدم حصريّة العمل النقابي بصفة المواطنة وتوسعة نطاقه ليشمل المواطن والأجنبي<sup>(٩٦)</sup>، كانت وما تزال من أكثر القضايا التي تثير حفيظة العديد من الدول، ومن بينها الخليجية التي لا تزال مترددة في التصديق على اتفاقية العمل الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي، التي تعتبر أنَّ الحق أقرب في مضمونه لصفة المواطنة منه لصفة الأنسنة<sup>(٩٧)</sup>، وهو موقفٌ تقترب منه مختلف دول المجلس وإنَّ بتباين ملحوظ فيما بينها، كما سبق بيانه.

## ٢.٢ - التفرغ النقابي

أقر المشرع البحريني بخلاف نظرائه الخليجيين قانون التفرغ النقابي، معتبراً مدة هذا التفرغ من ضمن خدمات العامل<sup>(٩٨)</sup>. هذه الخطوة التي لا تزال معظم دول

(٩٤) قانون العمل القطري، المواد (١١٦ - ١٢٣)، راجع المادة (١١٦). "للعمال الذين يعملون في منشأة لا يقل عدد العمال القطريين فيها عن مائة عامل الحق في تكوين لجنة من بينهم تسمى "اللجنة العمالية"، ولا يجوز تكوين أكثر من لجنة واحدة في المنشأة، وللجان العمالية...الحق في تكوين لجنة عامة من بينها تسمى "اللجنة العامة لعمال المهنة أو الصناعة"، وتكون اللجان العامة لعمال المهن والصناعات المختلفة فيما بينها اتحاداً عاماً يسمى "الاتحاد العام لعمال قطر"، وتكون العضوية في اللجنتين المشار إليهما والاتحاد العام لعمال قطر مقصورة على القطريين، ويحدد الوزير شروط وإجراءات تكوين التنظيمات العمالية المشار إليها والعضوية فيها ونظام عملها، والمهن أو الصناعات المتماثلة والمتراطة ببعضها. (٩٥) قانون العمل القطري، المادة (١٢٢). مع الإشارة بأنَّ هذا النص لم يرد في قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، وإنما في نص الدستور الكويتي، المادة (٤٣). (٩٦) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨٧) الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي لعام ١٩٤٨، سبقت الإشارة، المادة (٢). (٩٧) J. Hodges-Aeberhard, Le droit syndical selon l'article 2 de la convention n° 87. Que signifie l'expression tous les travailleurs sans distinction d'aucune sorte?, Revu. IT, vol. 128, n° 2, 1989, Pp. 197-216. L. Swebston, Droits de l'homme et liberté syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT, Revu. IT, vol. 137, n° 2, 1998 (numéro spécial), Pp. 187-214.

(٩٨) القرار الوزاري البحريني المتعلق بالتفرغ النقابي رقم (٩) لعام ٢٠٠٥، المادة (١).

المجلس الأخرى مترددة في المضي الفعلي فيها؛ ذلك أنَّ المشرع الكويتي، وبالرغم من إقراره بهذا الحق، فإنَّه جعله اختياريًا لصاحب العمل<sup>(٩٩)</sup>، في حين أنَّ هذا الأمر يجب أن يكون وجوبيًا. أما المشرع العُماني، فقد أوكل مهمة وضع هذه التعليمات إلى وزير العمل الذي لم يَقم للأسف بإصدارها حتى تاريخه<sup>(١٠٠)</sup>. بالنسبة للمشرع القطري، فقد أغفل هذا الموضوع، فجاءت نصوص قانون العمل خالية من أي إشارة له، كما أنَّ القرارات الوزارية ذات الطابع التنفيذي والمتعلقة بالعمل النقابي لم تصدر بعد؛ مما يوجد فراغاً تشريعاً واضحاً، يوجب على المشرع القطري العمل على تلافيه.

أخيراً، تتفق التشريعات الخليجية الأربع على حظر أي معاملة تمييزية بحق العمال النقابيين أو الذين يمارسون أنشطة تتصل بالعمل النقابي. لاسيما التشريعان الكويتي والعُماني اللذان حظرا تطبيق عقوبة الفصل أو أي عقوبة أخرى بسبب ممارسة العمل النقابي على ممثلي العمال في النقابات العمالية<sup>(١٠١)</sup>. في حين أنَّ المشرع البحريني اعتبر فصل العامل من عمله بسبب انتمائه النقابي أو مشاركته المشروعة في أي من الأنشطة النقابية، أو بسبب تمثيله الحالي أو السابق في تنظيم نقابي، أو سعيه لهذا التمثيل، فصلاً تعسفياً، يوجب على المحكمة الحكم بإعادته إلى عمله إذا طلب العامل ذلك، وثبت للمحكمة صدق ادعاء العامل<sup>(١٠٢)</sup>.

## ثانياً - احترام الحق بالمفاوضة الجماعية

تعد المفاوضة الجماعية من أهم الوسائل ذات المدلول الجماعي التي يسعى من خلالها العمال للوصول لمطالبهم وتحسين شروط عملهم. هذه الوسيلة غالباً ما تمارس بالطريقة السلمية، وإنَّ كان لا شيء يمنع من ممارستها بالطريقة المطالبية في إطار ما يسمى بالإضراب.

(٩٩) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١١٠).

(١٠٠) القرار الوزاري العُماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العُمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠، المادة (٤٤).

(١٠١) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٤٦). قانون العمل العُماني، المادة (١١٠) مكرر.

(١٠٢) قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (١٠٤)، وقضى بإلزام المحكمة بالحكم بإلزام صاحب العمل بدفع تعويض للعامل لا يقل عن أجر شهرين ولا يجاوز أجر ستة أشهر متى ثبت لها قيام صاحب العمل بالتمييز ضد العامل بسبب نشاطه النقابي. القرار الوزاري البحريني المتعلق بالتفرغ النقابي رقم (٩) لعام ٢٠٠٥، المادة (٤).

## ١ - المفاوضة الجماعية

تتفق التشريعات الخليجية الأربعة من حيث المبدأ على أهمية المفاوضة الجماعية كوسيلة من الوسائل القانونية التي يمكن للعمال ممارستها في إطار الدفاع عن حقوقهم، كما تحسين ظروف عملهم<sup>(١٠٣)</sup>، فإنها تتباين فيما بينها في الهامش متاح لممارسة هذا الحق. ففي حين أكد المشرع البحريني<sup>(١٠٤)</sup> على هذا الحق بموجب نصوص القانون من حيث كونه شكلاً من أشكال الحوار والمناقشات التي تجري بين منظمة أو أكثر من المنظمات النقابية العمالية وبين صاحب عمل أو مجموعة من أصحاب الأعمال أو منظمة أو أكثر من منظماتهم بغرض تحسين شروط وظروف العمل<sup>(١٠٥)</sup>، فقد أحال المشرع العماني النص على هذا الحق للوزير المختص، ليقوم بإصدار القرار الخاص بتنظيم المفاوضة الجماعية التي تتم بهدف حسم النزاع العمالي أو تحسين شروط وظروف العمل أو رفع الكفاءة الإنتاجية<sup>(١٠٦)</sup>. التوجه ذاته تبناه المشرع القطري؛ حيث منح الحق لأصحاب العمل والعمال في التفاوض الجماعي وعقد اتفاقيات مشتركة بكل ما يتصل بالعمل، على أن يصدر الوزير قراراً بتنظيم قواعد وإجراءات التفاوض الجماعي، وكيفية تمثيل أطرافه، والقواعد التي تنظم الاتفاقيات المشتركة<sup>(١٠٧)</sup>. هذه القرارات لما تصدر حتى حينه! أخيراً، فيما يتعلق بالمشرع الكويتي، فلم ينص على موضوع المفاوضة الجماعية بصريح النص، وإنما أحال الأمر فيها إلى عقود العمل الجماعية التي اعتبرها وسيلة يتم من خلالها تنظيم

(١٠٣) يجدر التنويه بأن المشرعين الخليجيين يتفقون على بطلان كل شرط في عقود العمل الجماعية يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على تنفيذه ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل. راجع، قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١١٥). قانون العمل القطري، المادة (٤). قانون العمل العماني، المادة (٣). نظام العمل في المملكة العربية السعودية، رقم (٥١) لعام ٢٠٠٥، المادة (٨). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٤). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٧).

(١٠٤) قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المواد (١٣٧ - ١٤١). عقد العمل الجماعي، المواد (١٤٢ - ١٥٥). منازعات العمل الجماعية، المواد (١٥٦ - ١٦٥).

(١٠٥) قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (١٣٧).

(١٠٦) قانون العمل العماني، المادة (١٠٧). كما أكد القانون على أهمية الحوار الاجتماعي؛ بحيث تنشأ لجنة خاصة بين الوزارة وغرفة تجارة وصناعة عُمان والاتحاد العام لعمال سلطنة عُمان يصدرها الوزير. قانون العمل العماني، المادة (٤٦). القرار الوزاري رقم (٩٩) لعام ٢٠١٠ لتشكيل لجنة الحوار الاجتماعي المعدل بموجب القرار الوزاري رقم (٤٢١) لعام ٢٠١٢.

(١٠٧) قانون العمل القطري، المواد (١٢٤ - ١٢٧). بالأخص المادة (١٢٧).



شروط العمل وظروفه بين نقابة أو اتحاد عمال أو أكثر وبين صاحب عمل أو أكثر أو من يمثلهم من اتحادات أصحاب الأعمال<sup>(١٠٨)</sup>، وهذا موقفٌ نعتقد أنَّ المشرع الكويتي لم يكن موفقاً فيه؛ لاسيما إذا ما علمنا الطبيعة والدور الخاص لكل منهما، فهما وإنَّ كانا مفهومان متكاملان، إلا أنَّهما حتماً غير متطابقين<sup>(١٠٩)</sup>.

بمزيد من التدقيق في فاعلية الاتفاقيات الجماعية على أرض الواقع، يمكن الاستنتاج بأنَّهم من خصوصية احتكارية وطنية لهذه الاتفاقيات في كلا التشريعين البحريني والعُماني، باعتبار أنَّ العضوية في النقابات القادرة على إبرام مثل هذه الاتفاقيات متاحة للمواطن كما للأجنبي، وإنَّ بتفاوت نسبي بينهما كما سبقت الإشارة إليه. إلا أنَّ الموقف في التشريعين القطري والكويتي مختلف بعض الشيء؛ ذلك أنَّ التحضير لهذه الاتفاقيات يبقى موسوماً بالطابع الوطني في التشريع الكويتي الذي منح الحق بإجراء هذه العقود والاتفاقات للتنظيمات النقابية دون غيرها والتي تقتصر عضويتها على المواطنين<sup>(١١٠)</sup>، في حين أنَّ المشرع القطري منح الحق في القيام بهذه المفاوضات والاتفاقيات لما يسمى بـ: "اللجان المشتركة" التي تتكون من ممثلين عن العمال وعن صاحب العمل، يمكن أنَّ يكون من بينهم عمال غير مواطنين<sup>(١١١)</sup>، وبالتالي يمكن أنَّ يكون في بعض الحالات للعمال غير الوطنيين دوراً في هذه الاتفاقات. موقف يستحق الإشادة والثناء.

(١٠٨) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المواد (١١١ - ١٢٢). بالأخص المادة (١١١). كما اعتبر المشرع الكويتي بأنَّ هذا الاتفاق لا يعد نافذاً إلا بعد تسجيله لدى الوزارة المختصة ونشر ملخصه في الجريدة الرسمية، ويجوز للوزارة المختصة أن تعترض على الشروط التي تراها مخالفة للقانون، وعلى الطرفين تعديل العقد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام الاعتراض وإلا اعتبر طلب التسجيل كأنَّ لم يكن. قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١١٦).

(١٠٩) بعيداً عن التعريفات الفقهية المتعددة، تمثل المفاوضات الجماعية الشكل النموذجي السلمي للوصول لاتفاق عمل جماعي أو مشترك الذي يمكن الوصول إليه أيضاً بالأسلوب المطالب، "الإضراب". بالتالي فهي هي مرحلة سابقة ومنفصلة عن اتفاقات العمل التي لا يمكن تصور حدوثها إلا من خلال أحد هذين الأسلوبين.

(١١٠) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١١٧).

(١١١) حيث يختار صاحب العمل ممثليه في اللجنة من بين العاملين لديه في حين أنَّ اللجنة العمالية في المنشأة، إن وجدت، هي من تتولى اختيار ممثلي العمال، فإذا لم توجد تولى عمال المنشأة اختيار ممثليهم عن طريق الانتخاب المباشر، على أنَّ يصدر الوزير قراراً بتنظيم شروط وإجراءات هذا الانتخاب، علماً بأنَّ هذا القرار لم يصدر حتى حينه. قانون العمل القطري، المادة (١٢٥).



## ٢ - الحق في الإضراب

الطبيعة الخاصة لهذا الحق القائم على الإكراه المطلبي، أملت على الكثير من المشرعين، بمن فيهم الخليجيون، وضع العديد من الضوابط التشريعية التي تنظم عملية ممارسة هذا الحق؛ حيث تراوحت المواقف بين الترحيب وصولاً إلى التجريم، وإن كان أكثرهم وضوحاً في ذلك المشرع البحريني الذي أقر بحق العمال في الإضراب للدفاع عن مصالحهم، معتبراً إياه من الوسائل المشروعة التي يمكن للعمال استخدامها للدفاع عن حقوقهم وفقاً للضوابط التي يقرها القانون<sup>(١١٢)</sup>؛ لاسيما لجهة تشجيع الحل الودي وعدم اللجوء للإضراب إلا بعد تعذر الحل الودي<sup>(١١٣)</sup> معتبراً إياه من الأسباب الموجبة لوقف العقد لا إنهائه<sup>(١١٤)</sup>. التوجه ذاته، سار عليه المشرع القطري الذي أقر بحق العمال في الإضراب، رابطاً إياه بتعذر الحل الودي كما بموافقة ثلاثة أرباع اللجنة العامة لعمال المهنة أو الصناعة<sup>(١١٥)</sup>، ومن غير الخافي أن الشرط الأخير، يجعل من إمكانية ممارسة الإضراب من العمال القطريين صعبة التحقق لارتفاع معدل النصاب، ومستحيلة الحدوث لغير العمال المواطنين، نظراً لأن اللجنة مكونة حصراً من العمال القطريين<sup>(١١٦)</sup>؛ مما يعطل فعلياً القيام بأي حركة مطلبية، ويدخلها في إطار العمل غير القانوني.

بالنسبة للمشرع العُماني، فقد أشار بنص القانون إلى مدلول الإضراب السلمي<sup>(١١٧)</sup>، دون أن يوضح المقصود بهذا الإضراب وما هي قواعده، وفي رأينا، هذا

(١١٢) قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٨).

(١١٣) "الإضراب وسيلة مشروعة للدفاع عن حقوق العمال ومصلحتهم وفقاً للضوابط التالية: أ - موافقة ثلاثة أرباع الأعضاء الذين تتألف منهم الجمعية العمومية للنقابة من خلال الاقتراع السري. ب - منح صاحب العمل مهلة لا تقل عن أسبوعين قبل الشروع في الإضراب، وإخطار الوزارة بذلك. ج - أن يكون الهدف من الإضراب تحقيق مطالب اقتصادية واجتماعية خاصة بالعمال... ز - عدم اللجوء للإضراب إلا بعد تعذر الحل الودي بين العمال وصاحب العمل...". قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٢ المادة (٢١).

(١١٤) قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٨).

(١١٥) "يجوز للعمال الإضراب عن العمل إذا تعذر الحل الودي بينهم وبين صاحب العمل وذلك وفقاً للضوابط التالية: ١- موافقة ثلاثة أرباع اللجنة العامة لعمال المهنة أو الصناعة. ٢- منح صاحب العمل مهلة لا تقل عن أسبوعين قبل الشروع في الإضراب. ٥- عدم اللجوء إلى الإضراب إلا بعد تعذر الحل بين العمال وصاحب العمل بالتوفيق أو التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون". قانون العمل القطري، المادة (١٢٠).

(١١٦) قانون العمل القطري، المادة (١١٦).

(١١٧) قانون العمل العُماني، المادة (١٠٧).

نقص تشريعي كان حري بالمشروع العُماني تلافيه، وهو مدعو لذلك مستقبلاً. في حين أنَّ المشروع الكويتي لم يشير إلى هذا الحق، وإنَّ كان واقع الحال في التشريع يبين أنَّ الأصل المنع في هذه الفرضية لاسيما وأنَّ المشروع الكويتي قضى وبصريح النص بحظر أي توقف عن العمل سواءً أكان كلياً أم جزئياً أثناء إجراءات المفاوضة المباشرة أو النظر في النزاع أمام لجنة التوفيق أو هيئة التحكيم، علماً بأنَّ اللجوء للحل الودي لديه ليس اختيارياً بل إلزامياً على طرفي النزاع بموجب نص القانون، وفي حال فشل هذه المفاوضات يمكن لأي من طرفي المنازعة أن يتقدم للوزارة المختصة بطلب لتسوية المنازعة ودياً عن طريق لجنة التوفيق في منازعات العمل الجماعية التي يتوجب عليها في حال فشلها أن تحيل النزاع إلى هيئة التحكيم التي تصدر قراراتها في النزاع بصفة إلزامية واجبة النفاذ<sup>(١١٨)</sup>.

ولا نغالي، إنَّ قلنا أنَّ المشروع الإماراتي يُعَدُّ من أكثر القوانين الخليجية تشدداً حيال قضية الإضراب، فبالرغم من أنَّه لم يضع أية نصوص قانونية تتناول مفهوم المفاوضات الجماعية، فإنَّه ألزم طرفي العلاقة العمالية باللجوء إلى الحل الودي لفض نزاعات العمل الجماعية<sup>(١١٩)</sup>، مجبراً إياهما في حال الفشل باللجوء للتوفيق والتحكيم<sup>(١٢٠)</sup>، الواجب التنفيذ تحت طائلة المساءلة القانونية<sup>(١٢١)</sup>؛ مما يجعل هذه القرارات واجبة النفاذ ومن غير الممكن عدم تنفيذها<sup>(١٢٢)</sup>. كل ذلك مع النص الصريح

(١١٨) قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي. على التوالي بحسب فقرات العرض: المواد (١٣٢)، (١٢٤)، (١٢٥)، (١٢٧)، (١٣٠). بل إنَّ وزارة العمل لديها السلطة القانونية على إجبار الطرفين باللجوء لتسوية النزاع ودياً أو حتى إحالة النزاع إلى لجنة التوفيق أو هيئة التحكيم، وذلك في حالة الضرورة التي يعود تقديرها للسلطة التقديرية لهذه الوزارة، وحين ذاك يلزم الفرقاء المتنازعون تقديم كافة المستندات التي تطلبها الوزارة المختصة، كما يلزم حضورهم عند دعوتهم للحضور، ويزداد دور الوزارة قوةً في هذه الحالة إذا ما علمنا أنَّ الوزارة تكون منخرطة في النزاع في كافة مراحله بما فيها مرحلة المفاوضات المباشرة من خلال ممثليها في هذا النزاع. قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١٣١).

(١١٩) قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (١٥٥).

(١٢٠) القرار الوزاري الإماراتي رقم (٣٠٧) لعام ٢٠٠٣، بشأن منازعات العمل الجماعية، المادة (٢).

(١٢١) القرار الوزاري الإماراتي رقم (١١) لعام ١٩٨٢، المادة (١٢).

(١٢٢) "يعتبر متسبباً في النزاع الجماعي ومسؤولاً وفق القوانين السارية في الدولة على المستوى الاتحادي والمحلي: كل من خالف نصاً صريحاً من نصوص القانون ولوائحه التنفيذية إذا نشب النزاع بسبب تلك المخالفة. كل من أخل باتفاق ناتج عن الوساطة أو التوفيق. كل من لم يستجيب لأي طلب أو أمر استدعاء صادر من مدير دائرة العمل أو لجنة التوفيق. كل من لا يلتزم بقرار لجنة التوفيق رغم موافقته على قبول قرارها كتابة. كل من لا يلتزم بقرار لجنة =

بحظر وقف العمل في المنشأة كلياً أو جزئياً<sup>(١٢٣)</sup>، معتبراً القيام بالإضراب أو المشاركة فيه أو حتى التحريض عليه من الأفعال الموجبة لتجريم العامل وإيقافه عن العمل<sup>(١٢٤)</sup>.

بالمحصلة، وبالرجوع إلى المواقف التشريعية لمختلف دول المجلس، يمكن القول أنَّ الموقف التشريعي لهذه الدول، حيال قضية الحقوق والحريات النقابية، يتوزع بين مواقف ثلاثة، تتراوح بين الإقرار بهذه الحقوق ضمن الإطار العام، كما هو الحال بالنسبة للموقف البحريني والعُماني، أو الإقرار المشروط، كما هو الحال بالنسبة للمشرعين القطري والكويتي، وصولاً إلى التجاهل التام، كما هو الحال بالنسبة للمشرعين السعودي والإماراتي، وإن كان يمكن القول أنَّ أكثر المشرعين الخليجيين

= التوفيق بعد أن يصبح نهائياً حتى وإن لم يوافق على قبوله كتابة. كل من لا يلتزم بقرار لجنة التحكيم العليا. كل من يخالف الإجراءات المنصوص عليها لتنفيذ قرارات لجان التوفيق والتحكيم". القرار الوزاري الإماراتي رقم (٣٠٧) لعام ٢٠٠٣، بشأن منازعات العمل الجماعية، المادة (١٦).

(١٢٣) القرار الوزاري الإماراتي رقم (٣٠٧) لعام ٢٠٠٣، بشأن منازعات العمل الجماعية، المادة (٣-١٤). القرار الوزاري الإماراتي رقم (١١) لعام ١٩٨٢، المادة (١٧).

(١٢٤) "يجوز وقف العامل مؤقتاً عن العمل عند اتهامه بارتكاب جريمة عمدية من جرائم الاعتداء على النفس أو المال أو الجرائم الماسة بالشرف أو الأمانة أو الإضراب عن العمل، وتبدأ مدة الوقف من تاريخ إبلاغ الحادث إلى السلطات المختصة حتى صدور قرار منها في شأنه، ولا يستحق العامل أجره عن مدة الوقف المذكورة، فإذا صدر قرار بعدم تقديم العامل للمحاكمة أو قضي ببراءته وجب إعادته الى عمله كما يجب أداء أجره كاملاً عن مدة الوقف إذا كان وقفه عن العمل كيدياً من جانب صاحب العمل". قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (١١٢). لا شك أنَّ النص الإماراتي بوضعه الحالي إنما يشكل أداة ضغط قانونية فاعلة لتجنب قيام العمال بمثل هذه الحركات المطلوبة، ليس فقط لجهة تصنيف هذه الأعمال بحكم الأعمال المجرمة فقط، وإنما كذلك، للرخصة الممنوحة لصاحب العمل لوقف العامل عن العمل لمجرد الاتهام وليس الإدانة، مما يجعل إمكانية التصرفات الكيدية واضحة هنا، ناهيك عن أنَّ العامل طوال مدة الوقف والمحاكمة يبقى دون أجر، مما يشكل ضغطاً مالياً لا يستهان به؛ لاسيما بالنسبة للعامل الأجنبي، علماً بأنَّ العامل لن يستحق أجره طوال مدة الوقف حتى لو قضت المحكمة ببراءته وإعادته للعمل، مالم يثبت هذا الأخير الطابع الكيدي لهذا الاتهام من قبل صاحب العمل، الأمر غير اليسير في الكثير من الحالات، وستغدو الأمور أكثر تعقيداً إذا ما علمنا أنَّ الحكومة الاتحادية تحظر على العمال الوافدين العمل في البلاد لمدة عام واحد على الأقل في حالة قيامهم بالإضراب بصورة غير قانونية أو في حالة إثارة الإضراب. القرار الوزاري رقم (٧٠٧) لعام ٢٠٠٦، المتعلق بقوانين وقواعد التوظيف في دولة الإمارات العربية المتحدة لغير المواطن تاريخ ٦/٩/٢٠٠٦. المادة (١٣).



انفتاحاً على هذا الموضوع يسجل للمشرع البحريني مقترباً منه المشرع العُماني<sup>(١٢٥)</sup> في العديد من الحالات. يناقضهما تشدداً في الموقف المشرع الإماراتي.

كذلك فإنَّ العديد من النصوص القانونية التي تتناول هذا الحق، كثيراً ما تحتاج إلى المزيد من التفعيل؛ لاسيما بالنسبة للمشرعين القطري والكويتي<sup>(١٢٦)</sup>؛ حيث إنَّ كلاهما قد أحال للوزير المختص واجب إصدار التشريعات المتعلقة ببعض الجوانب المتصلة بهذه الحريات، في حين أنَّ هذا الأخير لمَّا يصدر هذه التشريعات حتى حينه! وهو الأمر الذي نعتقد أنَّ على كليهما إعادة النظر فيه، كما أنَّ عليهما إعادة النظر في السياسة القانونية المتعلقة بحق الانتساب لهذه التنظيمات وعدم قصره على مواطنيهما فقط. هذا الموقف يغدو أكثر دقة بالنسبة للمشرع الكويتي؛ لاسيما إذا ما تذكرنا بأنَّ دولة الكويت سبق وأنَّ صادقت على اتفاقيتي العمل المعنية بالتنظيمات النقابية والمفاوضة الجماعية. كذلك، فإنَّه من الواجب على المشرعين الإماراتي والسعودي أنَّ يعيدا النظر في موقفهما القانوني حيال هذه المسألة، وهو ما نأمل أنَّ نجد له قبولاً في القريب العاجل؛ لاسيما مع الأخذ بعين الاعتبار حجم العمالة الأجنبية لديهما<sup>(١٢٧)</sup>.

Concerning the position of Bahrain see, C087. C098. Application of International Labour Standards 2014 (I). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, op, cit.P. 576s. Rapports du Comité de la liberté syndicale, 371ème Rapport du Comité de la liberté syndicale. BIT.320èmesession, Genève, 13-27 mars 2014. (GB.320/INS/12). Voir, Cas. n° 2882 (Bahreïn), Rapport intérimaire, Plainte contre le gouvernement de Bahreïn présentée par la Confédération syndicale internationale (CSI) et la Fédération générale des syndicats de Bahreïn (GFBTU). Infra, n°171-195. Pp. 48-56. Application des normes internationales du travail, 2014 (II). Document information sur les ratifications et les activités normatives. op, cit.Bahreïn, Pp. 9-10. Oman, P. 24&34.

Application des normes internationales du travail, 2014 (II). Document information sur les ratifications et les activités normatives. op, cit. Qatar, P. 9s. Kuwait, P. 24&34. Rapports du Comité de la liberté syndicale, 371ème Rapport du Comité de la liberté syndicale. op, cit.Voir, Cas n° 2988 (Qatar), Rapport où le comité demande à être tenu informé de l'évolution de la situation Plainte contre le gouvernement du Qatar présentée par la Confédération syndicale internationale (CSI). Infra, n° 814-862. Pp. 238-252.

(١٢٧) تضم المملكة العربية السعودية أعلى نسبة من العمالة الوافدة بنحو يصل لتسعة ملايين عامل وفق أحدث الاستطلاعات، في حين أنَّ ما يزيد عن الثمانين بالمائة من سكان دولة الإمارات العربية المتحدة هم وافدون. راجع: إصلاحات سوق العمل لتعزيز التوظيف والإنتاجية في مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الاجتماع السنوي لوزراء المالية ومحافظي =



كذلك، يمكن التأكيد، أنَّه بالرغم من الجهود التشريعية الحثيثة التي خطتها دول المجلس في سبيل توفيق قوانينها مع معايير واشتراطات العمل الدولية، فلا تزال في معظمها، باستثناء دولة الإمارات العربية المتحدة، أكثر تحفظاً في القضايا النقابية منها في المسائل المرتبطة بالمفاوضة الجماعية<sup>(١٢٨)</sup>.

## المطلب الثاني

### القضاء على العمل الجبري

نظمت قضية العمل الجبري على المستوى الدولي في اتفاقيتي عمل دوليتين هما اتفاقية العمل الدولية رقم (٢٩) لعام ١٩٣٠ المتعلقة بالسخرة<sup>(١٢٩)</sup>، واتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٥) لعام ١٩٥٧ تتعلق بمنع السخرة<sup>(١٣٠)</sup>؛ حيث أوضحت الاتفاقية رقم (٢٩) المقصود: "عمل السخرة أو العمل القسري"، من حيث كونه: "جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض عنوة على أي شخص تحت التهديد بأي عقاب، التي لا يكون هذا الشخص قد تطوع بأدائها بمحض اختياره"، كما بينت الأعمال التي لا تدخل في مفهوم العمل الجبري بالرغم من احتوائها على الإكراه، كالأعمال العسكرية، وأعمال الخدمة المجتمعية، والأعمال بموجب حكم قضائي، إضافة للأعمال التي تفرض في حالة الطوارئ والقوة القاهرة<sup>(١٣١)</sup>. في حين أكدت الاتفاقية

---

= البنوك المركزية، ٥ أكتوبر ٢٠١٣، الرياض، المملكة العربية السعودية. تقرير خبراء صندوق النقد الدولي، منشورات صندوق النقد الدولي. ٢٠١٤. ص. ٧.

(١٢٨) قانون العمل العُماني، المادة (١٠٧ مكرر). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادَّتان (١٣٧-١٤١). قانون العمل القطري، المادة (١٢٧). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادَّتان (١١١-١٢٢).

(١٢٩) اتفاقية العمل الدولية رقم (٢٩) الخاصة بالسخرة تاريخ ٢٨ حزيران ١٩٣٠. Convention sur le travail forcé, 1930 (n? 29), Pp. 25-37. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit.

(١٣٠) اتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٥) الخاصة بمنع السخرة تاريخ ٢٥ حزيران ١٩٥٧. يجدر التنويه بأنَّ العديد من الأدبيات الفقهية في القانون الدولي درجت على استخدام عبارة: "تحريم السخرة" للدلالة عن هذه الاتفاقية. والحقيقة، أنَّنا أثَرنا استخدام عبارة: "منع" بدلاً من: "تحريم" انطلاقاً من قناعتنا بأنَّ مفهوم "المنع" ذو محتوى قانوني ووضعي يتناسب مع حثيَّات وضع الاتفاقية ومضمونها، في حين أنَّ مفهوم "التحريم"، له محتوى شرعي ديني. فالقانون هو من يسمح ويمنع، في حين أنَّ الشريعة هي من تبيح وتحرم.

Convention sur labolition du travail forcé, 1957 (n? 105), Pp. 38-44. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit.

(١٣١) اتفاقية العمل الدولية رقم (٢٩) الخاصة بالسخرة لعام ١٩٣٠، سبقت الإشارة، المادة (٢).

رقم (١٠٥) على تعهد الدول الأعضاء بحظر أي شكل من أشكال عمل السخرة أو العمل القسري، وبعدم اللجوء إليه كوسيلة للإكراه أو التوجيه السياسي أو كعقاب على اعتناق آراء سياسية أو آراء تتعارض مذهبياً مع النظام السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي القائم، أو كأسلوب لحشد اليد العاملة واستخدامها لأغراض التنمية الاقتصادية، أو كوسيلة لفرض الانضباط على العمال، أو كعقاب على المشاركة في إضرابات، أو كوسيلة للتمييز العنصري أو الاجتماعي أو القومي أو الديني<sup>(١٣٢)</sup>، وتتفق الاتفاقيتان على أن العمل الجبري، جريمة ذات توصيف جنائي<sup>(١٣٣)</sup>، قائمة على إكراه الشخص عنوة دون رضاه للقيام بعمل ما؛ مما يجعله أسلوب الإرادة الحرة للقيام بالعمل من عدمه، ولا يهم بعد ذلك، نوعية وطبيعة العمل، كونه من الأعمال العادية أو الشاقة أو المجهددة وحتى الخفيفة، كما لا يهم أن يكون هذا العمل مأجوراً أو

(١٣٢) اتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٥) الخاصة بمنع السخرة لعام ١٩٥٧، سبقت الإشارة. المادة

(١). تعتبر هذه الاتفاقية مكملة للاتفاقية رقم (٢٩) لعام ١٩٣٠ بشأن تجريم أعمال السخرة، وذلك لسد الثغرات التي كانت تبرر اللجوء لفرض أعمال السخرة أو العمل القسري في الأحوال الاستثنائية التي ورد ذكرها في الفقرة (٢) من المادة (٢) من الاتفاقية رقم ٢٩ لعام ١٩٣٠، بعدما لوحظ أن أكثر أشكال العمل الجبري شيوعاً إنما تركز على مبررات غير جنائية، وكوسيلة عقابية للمناضلين السياسيين والنقابيين. راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن "الحماية القانونية". سبقت الإشارة، ص. ٣٥٢.

Rapport pour la réunion tripartite d'experts sur le travail forcé et la traite des personnes à des fins d'exploitation au travail. Rapport pour la Réunion tripartite d'experts concernant l'éventuelle adoption d'un instrument de l'OIT destiné à compléter la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930. Genève, 11-15 février 2013. Organisation internationale du Travail, (OIT) 2013. Pp. 5-6. Travail forcé: étude d'ensemble des Rapports concernant la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, et la convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957, CIT, 65ème session, Genève, 1979, Rapport III (4B). "Une alliance mondiale contre le travail forcé" Rapport du directeur général, Rapport global en vertu du suivi de la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. CIT 93ème session, 2005 Rapport I (b) BIT. Genève, p. 6. Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail. Rapport d'OIT. op, cit. Concernant l'abolition du travail forcé ou obligatoire, M. Kern et C. Sottas, Pp. 35-58. BIT: Halte au travail forcé, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport du Directeur général, CIT, 89ème session, 2001. Le travail pénitentiaire, Revu. IT, vol. XXV, numéro spécial (3 et 4), mars et avril 1932, Pp. 325-348 et 526-553.

(١٣٣) الاتفاقية رقم (٢٩) الخاصة بالسخرة لعام ١٩٣٠، سبقت الإشارة، المادة (٢٥).

لاخليجياً، تعتبر قضية مكافحة العمل الجبري من أولى اهتمامات هذه الدول، نظراً لطبيعة البيئة الاجتماعية فيها؛ حيث أقرت العديد من النصوص التشريعية التي تعالج هذه الظاهرة. لفهم أفضل نعرض لخصوصية هذا المفهوم عربياً وخليجاً قبل البحث في الصور الأكثر شيوعاً له في بيئة العمل الخليجية.

### أولاً - خصوصية المفهوم

بالرغم من أنَّ معظم الدول الخليجية قد صادقت على الاتفاقيتين الدوليتين المعنيتين بالقضاء على ظاهرة العمل الجبري<sup>(١٣٤)</sup>؛ إلا أنَّ ذلك لم ينعكس تطبيقاً في تشريعاتها الوطنية، حيث آتت معظم قوانين العمل الخليجية خالية من النص صراحة على حظر هذه الظاهرة، باستثناء التشريع العمالي في كل من سلطنة عُمان والمملكة العربية السعودية<sup>(١٣٥)</sup>، حيث قضى المشرع العُماني بصريح النص بحظر كل شكل من أشكال العمل الجبري أو القسري من قبل صاحب العمل. في حين أنَّ المشرع السعودي استخدم لفظ: "السخرة" في العمل، مشدداً على ضرورة أنَّ يتمتع صاحب العمل عن تشغيل العامل سخرة وألا يحتجز دون سند قضائي أجر العامل أو جزء منه، وأنَّ يعامل العمال معاملة لائقة، وأنَّ يتمتع عن كل قول أو فعل يمس كرامتهم أو دينهم<sup>(١٣٦)</sup>. غير أنَّه، وبالرغم من أهمية هذين النصين لِمَا يشكلانه من خطوة تشريعية متقدمة مقارنة بالتشريعات الخليجية الأخرى، فإنَّه يؤخذ عليهما نقاط عدة لعل من أهمها افتقادهما للمؤيد الجزائي الذي يضمن حسن تطبيقهما والالتزام بهما؛ حيث لم يضع أي من التشريعين نصوصاً قانونية تعاقب صاحب العمل في حال

(١٣٤) اتفاقية العمل الدولية رقم (٢٩) لعام ١٩٣٠، تمت مصادقتها من قبل دولة الكويت في العام ١٩٦٨، ومن ثم تبعتها السعودية في العام ١٩٧٨، لتقوم مملكة البحرين بالتصديق عليها في العام ١٩٨١، ومن ثم دولة الإمارات العربية المتحدة في العام ١٩٨٢، تلتها كل من دولة قطر وسلطنة عُمان في العام ١٩٩٨. اتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٥) لعام ١٩٥٧، تمت المصادقة عليها من قبل دولة الكويت في العام ١٩٦١، ومن ثم تبعتها المملكة العربية السعودية في العام ١٩٧٨، ومن ثم دولة الإمارات العربية المتحدة في العام ١٩٩٧، لتقوم بعدها مملكة البحرين بالتصديق عليها في العام ١٩٩٨، تلتها سلطنة عُمان في العام ٢٠٠٥، وأخيراً دولة قطر في العام ٢٠٠٧.

(١٣٥) قانون العمل العُماني، المادة (٣ مكرر). نظام العمل السعودي، المادة (٦١). علماً بأنَّه تمت الإشارة إلى منع العمل الجبري في دساتير بعض الدول الخليجية، كالدستور الإماراتي، المادة (٣٣)، والدستور البحريني، المادة (١٣)، والدستور العُماني، المادة (١٢).

(١٣٦) نظام العمل السعودي، المادة (٦١).



ارتكاب مثل هكذا أعمال؛ مما أفقدهما الفاعلية القانونية على المستوى التنفيذي<sup>(١٣٧)</sup>. أضف لذلك فإنّ كلا المشرعين قصرا السياسة العقابية في هذه الأفعال على التصرفات المرتكبة من قبل صاحب العمل، من حيث كونه كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر، وفق التعريف المحدد له في كلا القانونين<sup>(١٣٨)</sup>، وبالتالي في حال ارتكاب هكذا أفعال من أشخاص غير صاحب العمل فإنّها تخرج من نطاق التجريم وهذه مسألة فيها نظر. كذلك، ولما كانت صور العمل الجبري يمكن أن ترد في مختلف صور العمل لاسيما العمل المنزلي، فإنّ فاعلية النص تغدو موضع تساؤل كبير، في حال علمنا أنّ مختلف التشريعات الخليجية بما فيها، التشريع السعودي والعُماني قد قضيا بصريح النص باستثناء هذه الفئة من نصوص قانون العمل<sup>(١٣٩)</sup>؛ مما يجعل هذه الفئة عرضة لهذه الممارسات دون أن يكون هناك رادع قانوني خاص. بالنسبة لباقي التشريعات الخليجية فلم تشر إلى هذا النص وإن كان البعض منها، كما المشرع القطري قد اعتبر أنّ أي التزام بالعمل مقرون بمدة حياة العامل أو غير مأجور يُعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً، وبالتالي لا يصح أي تعهد من العامل بالعمل مدة حياته عند صاحب عمل معين، أو بعدم ممارسته لعمل معين يمكنه مزاويلته بعد تركه العمل، أو القيام بأي عمل غير مأجور ما لم يكن هذا العمل غير داخل في مهنة العامل أو من الأعمال التي جرت العادة على التبرع به<sup>(١٤٠)</sup>. وقد حاول البعض الاستناد لهاتين المادتين والقول بأن المشرع القطري قد عالج قضية العمل الجبري، إلا أنّنا نعتقد بأنّ مختلف هذه الشروحات لا تعبر عن مفهوم العمل الجبري القائم على معياري الإكراه والجبر! ذلك أن مدة عقد العمل

(١٣٧) من الممكن القول أنّه يمكن للمشتكي الرجوع إلى القواعد العامة؛ لاسيما في ضوء قواعد قانون العقوبات في كلا الدولتين، لكن المشرع لم يشر حتى لهذه الفرضية، علماً بأن عدم الإشارة لا يلغي صحة الفرضية، ولكن برأينا يبقى الفراغ التشريعي قائماً، وكان حرياً بالمشرع في كلا الدولتين إقرار قواعد عقابية خاصة لمثل هذه الأفعال في متن قانون العمل لكل منهما تعزيراً لفاعلية التجريم المقابل لهذه الأفعال.

(١٣٨) قانون العمل العُماني، المادة (١). نظام العمل السعودي، المادة (٢).

(١٣٩) قانون العمل العُماني، المادة (٢)، قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٣). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٢)، نظام العمل السعودي، المادة (٧). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٥). قانون العمل القطري، المادة (٣).

(١٤٠) قانون العمل القطري، المادتان (٤٣-٤٥). للوقوف بشكل أفضل حول موقف المشرع القطري راجع، المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". المرجع السابق، ص ص ٥٩-٦٠.



ووجود الأجر من عدمه تبقى، بالنسبة لنا، مجرد معايير ثانوية قد يشترك العمل الجبري فيها مع غيره من أشكال العمل وقد يختلف. وفي رأينا هذا فراغ تشريع حَرَيَّ بالمشرعين الخليجين تلافيه<sup>(١٤١)</sup>.

## ثانياً - صور العمل الجبري

بعيداً عن أي عبارات تجميلية، فإنَّه لا يمكننا أن ننكر وجود العديد من الممارسات التي ترتبط بالعمل الجبري في هذه الدول، سواءً منها المرتبطة بالأشكال الأكثر شيوعاً ونعني بها العمل المنزلي أو العمل لسداد الدين، أو المرتبطة بالقواعد القانونية التي تحكم بيئة العمل في هذه الدول ونعني بذلك القواعد المتعلقة بنظام الكفالة<sup>(١٤٢)</sup>.

### ١ - العمل المنزلي والعمل الجبري

بالرغم من أنَّ العمل المنزلي بذاته ليس عملاً جبرياً، فمن غير الخافي أنَّه كثيراً ما يقع في فخ العمل الجبري؛ لاسيما حين يمنع العمال المنزليون مادياً أو قانونياً من ترك بيت صاحب العمل عن طريق التهديد باستخدام العنف أو باستخدامه فعلاً، أو من خلال استخدام إجراءات تعطل من قدرتهم على التحرك في مواجهة صاحب العمل مثل الاحتفاظ بوثائق السفر والهوية أو بالأجر<sup>(١٤٣)</sup>، وحين يكون عمال الخدمة المنزلية من

(١٤١) يرى البعض أن هذا الإغفال في المعالجة من قبل المشرعين الخليجين إنما مرده لطبيعة القيم الاجتماعية والاقتصادية التي تسود هذه الدول والمستمدة من قواعد الشرع الإسلامي الحنيف الذي يستنكر أي إكراه يمارسه شخص على آخر لحمله على القيام بعمل لصالحه. وهو أمر نراه قد جانب الصواب الكامل، فوجود قواعد الشرعية الإسلامية لا يجب أن يكون غطاءً لهذا التقصير التشريعي، لاسيما وأن العديد من الدول الخليجية وفي مقدمتها المملكة العربية السعودية التي استمدت مختلف أحكامها الوضعية من الشريعة الإسلامية نصت بصريح النص في نظام العمل السعودي على محاربة هذه الظاهرة. نظام العمل السعودي، المادة (٦١). راجع، المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". المرجع السابق، ص. ٥٨-٦٠. حول الانتقادات الموجهة من منظمة العمل الدولية لهذه الدول راجع،

Application of International Labour Standards 2014 (I). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. op, cit. Kuwait, C105. P. 135s - 581s. Oman, C029. P. 141. Saudi Arabia, C029. P. 153s. United Arab Emirates, C029. C105. P. 168s.

Réunion tripartite d'experts sur le travail forcé et la traite des personnes à des fins d'exploitation au travail, op, cit. Infra 103 p. 28s.

(١٤٣) الغالبية العظمى من الشركات المشغلة في دول المجلس تفرض على العمال والموظفين لديها، باستثناء البريطانيين والأمريكيين والأوروبيين عموماً، التخلي عن وثائق وجوازات سفرهم فور التحاقهم بالعمل لديها، رغم المخالفة القانونية الصريحة لهذا التصرف، لدرجة أنَّ الكثيرين من =

المهاجرين أو من النساء أو الأطفال، يصبح الوضع أكثر تعقيداً؛ حيث تظهر أسوأ أشكال هذا العمل، ويعاني الضحية إضافة إلى صلف العمل الجبري من التمييز المركب؛ حيث يختلط العمل الجبري بالتمييز العرقي أو التمييز القائم على الجنس أو بالاتجار بالبشر<sup>(١٤٤)</sup>. أضف لذلك، فإن بيئة العمل الخاصة التي يعمل فيها خدم المنازل (المنزل) تزيد الأمر تعقيداً، كونهم يعملون في عزلة تجعل من الصعوبة بمكان تجريم أصحاب أعمالهم، وإثبات الانتهاكات والتعديلات التي تقع عليهم، وربما كان هذا المبرر الذي تعللت به معظم تشريعات العمل في الدول المتقدمة والنامية على السواء لعدم تغطية هؤلاء العمال في مظلتها القانونية، وبالتالي الاستبعاد المتكرر لهذه الفئة

= الموظفين وحتى أصحاب العمل يظنون أنه إجراء قانوني روتيني صحيح، ولعل شيوع هذه الظاهرة، إنما يدل على عدم جدية الجهات الرسمية في تصحيح هذا الاعتقاد. "وقف العمل الجبري"، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، التقرير الأول (باء)، مكتب العمل الدولي، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.

La déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi. P. 73s. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit.

يشار إلى أن الحكومة القطرية وفي ضوء التعديلات الأخيرة المقترحة على قانون العمل ستعمل على إعادة التأكيد على تجريم هذه الأفعال، وتعديل العقوبة القانونية المفروضة لترتفع من عشرة آلاف ريال قطري في ضوء القانون النافذ إلى خمسين ألف ريال قطري. جريدة "الشرق" القطرية، العدد رقم (٩٤٦٤) تاريخ ١٥/٠٥/٢٠١٤.

(١٤٤) هذه النتائج أكدها التقرير العالمي: "الاتحاد العالمي في مواجهة العمل الجبري"، لعام ٢٠٠٥ حيث أشار إلى أن ضحايا العمل الجبري وصل إلى (١٢,٣) مليون شخص، وبأن الشكل الأكبر من الاستغلال إنما يندرج في إطار العمل الجبري من قبل القطاع الخاص (٦٤٪) أي حوالي (٩,٨) مليون فرد، ومما لا شك فيه أن الحالات ما هي إلا ترجمة لصور العمل التي تدخل ضمن إطار عبودية الدين والعمل المنزلي والعمل الزراعي والعمل في المناطق النائية والمعزولة. بينما تشكل حالات العمل الجبري المفروض من قبل الدولة (٢٠٪) أي (٢,٥) مليون فرد، في حين تشكل حالات العمل الجبري في إطار الاستغلال الجنسي والاتجار بالأفراد (١٤٪) منه أي (٢,٤) مليون فرد. "وقف العمل الجبري"، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، سبقت الإشارة، ص. ٣٣. "ثمن الإكراه"، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، التقرير الأول (باء)، مؤتمر العمل الدولي، الدورة ٩٨، جنيف، ٢٠٠٩، ص ٥-٧. المبادئ والحقوق الأساسية في العمل: من الالتزام إلى العمل. سبقت الإشارة، ص ٢٢-٢٤.

"Une alliance mondiale contre le travail forcé", op. cit, P. 11. Rapport pour la Réunion tripartite d'experts sur le travail forcé et la traite des personnes à des fins d'exploitation au travail. op, cit, P. 14.

من غطاء تشريعات العمل، بالرغم من أنَّ هكذا مبرر لم يعد له ما يؤيده في الوقت الحاضر؛ لاسيما بعدما عمدت مختلف التشريعات الحديثة إلى وضع نصوص قانونية خاصة على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي كما هو الحال في اتفاقية العمل الدولية رقم (١٧٧) لعام ١٩٩٨ المتعلقة بخدم المنازل، واتفاقية العمل اللائق للعمال المنزليين رقم (١٨٩) لعام ٢٠١١، علماً بأنَّ أي من دول المجلس لم تصادق حتى حينه على أي من هاتين الاتفاقيتين وهي مدعوة بدورها للقيام بذلك<sup>(١٤٥)</sup>، والحقيقة أنَّ المستعرض للواقع التشريعي في البيئة الخليجية، يدرك حجم الصعوبات التي تعاني منها هذه الفئة من العمال، إنَّ على المستوى التشريعي أو على المستوى التطبيقي.

#### ١.١ - على المستوى التشريعي

نجد أنَّ معظم التشريعات الخليجية تخرج هذه الفئة من نصوص قانون العمل<sup>(١٤٦)</sup>؛ مما يفقدها جانباً كبيراً من الحماية القانونية الواجب تأمينها لها. فراغ تشريعي حاولت العديد من دول المجلس تلافيه من خلال العديد من الآليات القانونية التي أقرتها بهدف حماية هذا النوع من العمالة، موكلة، إما صراحة أو ضمناً لوزارة العمل فيها مهمة وضع قواعد قانونية تنظم عملها، سواء فيما يتعلق بكيفية استقدام هذه العمالة، لجهة حصرها بمكاتب الاستقدام أو بمواطنيها، أو بما يتعلق بوضع نموذج لعقد عمل نموذجي ينظم العلاقة بين الخادم والمخدوم يراعي مصالح الطرفين، مشددة الرقابة على حسن تطبيق شروط العمل لهذه الفئة<sup>(١٤٧)</sup>.

#### ٢.١ - على المستوى التطبيقي

أحدثت حكومات هذه الدول العديد من المؤسسات شبه الحكومية والجمعيات الأهلية التي يمكن لهذه العمالة أن تشتكى أمامها؛ لاسيما اللجان الوطنية لحقوق

(١٤٥) Convention n° 177, Home Work Convention, 1996. Convention n° 189, Domestic Workers Convention, 2011. <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en>

(١٤٦) قانون العمل العُماني، المادة (٢)، قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٣). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٢)، نظام العمل السعودي، المادة (٧). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٥). قانون العمل القطري، المادة (٣).

(١٤٧) نظراً للحاجة المتبادلة لهذه العمالة بين الدول الموردة والمصدرة، فقد أخذت تعمل حكومات الدول الموردة لهذه العمالة؛ لاسيما في الآونة الأخيرة، للضغط على الحكومات الخليجية للحصول على المزيد من الضمانات القانونية والمزايا التشغيلية لعمالها؛ لاسيما في حال وجود انتهاكات أو تجاوزات، مشكلة جماعات ضغط على هذه الحكومات لتحسين شروط عمالة مواطنيها. العمالة المهاجرة في منطقة الخليج، مركز الدراسات الدولية والإقليمية، كلية الشؤون الدولية بجامعة جورج تاون، دولة قطر، ٢٠١١.



الإنسان أو الهيئات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر<sup>(١٤٨)</sup>، دون أن تلغي حق هؤلاء العمال في تقديم الشكاوى مباشرة أمام القسم المختص في وزارة العمل<sup>(١٤٩)</sup>. كما أنشأت العديد من دور الرعاية الاجتماعية والإيواء لهذه العمالة؛ لاسيما في حال حصول استغلال لها، أو في حال اقتراب استخدامها من حالات الاتجار بالبشر، وأصدرت القوانين التشريعية الخاصة بذلك، التي تسمح لهذه العمالة باللجوء إلى القضاء والمطالبة بحقوقها والتعويضات، وبالرغم من الأداء المرضي للعديد من هذه المؤسسات والجمعيات، إلا أن دورها لا يزال متواضعاً، إذا ما قيس بحجم العمالة المتواجدة في هذه الدول ومدى فاعليتها على أرض الواقع؛ لاسيما في ضوء إمكانياتها المادية والقانونية المتواضعة<sup>(١٥٠)</sup>.

ومما لا شك فيه أن هذه الإجراءات، بالرغم من أهميتها، تبقى بعيدة عن الطموحات إذا ما قيست بالمعايير المعتمدة في التشريعات الدولية، والمطبقة في العديد من الدول العربية؛ لاسيما لبنان والأردن؛ حيث وافقت الحكومة الأردنية منذ العام ٢٠٠٣ على منح عقد عمل خاص بالنسبة للعمال في المنازل من غير الأردنيين، وهو بمثابة نموذج يحتذى بالنسبة للبلدان الأخرى في المنطقة العربية بما فيها الدول الخليجية؛ حيث يضمن لعمال الخدمة المنزلية من المهاجرين الحق في الحصول على العديد من الحقوق الأساسية ذات الطبيعة الاجتماعية والاقتصادية، كالحق في التأمين على الحياة والرعاية الطبية وأيام الراحة وواجب الإعادة إلى الوطن عند انتهاء العقد، والحق في المعاملة بما يتفق مع معايير حقوق الإنسان الدولية<sup>(١٥١)</sup>.

(١٤٨) على سبيل المثال، المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر المحدث في العام ٢٠٠٥، واللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في دولة الإمارات المحدث في العام ٢٠٠٧، ونظيرتها العُمانية المحدث في العام ٢٠٠٨.

(١٤٩) غالباً ما تكون واحدة من بين هذه المديريات الثلاث: مديرية الشؤون القانونية، أو مديرية علاقات العمل، أو مديرية تفتيش العمل.

(١٥٠) تشير التقارير الدولية إلى أن العمالة المنزلية تشكل حوالي ربع قوة العمل الآسيوية الوافدة لدول مجلس التعاون. وزير العمل البحريني مجيد العلوي، عمالة الخليج ربيعاً خدماً وغالبية غير ماهرة. الاجتماع الوزاري التشاوري، أبو ظبي، ٢٠٠٨. جريدة "الوسط" الإماراتية.

[http://www.alwasatnews.com/%20newspaper\\_pages/print\\_art.aspx?news\\_id=104896&news\\_type=LOC](http://www.alwasatnews.com/%20newspaper_pages/print_art.aspx?news_id=104896&news_type=LOC)

(١٥١) "دليل بشأن وضع سياسات فعالة في مجال هجرة الأيدي العاملة، طبعة منطقة البحر الأبيض المتوسط، بالتعاون بين منظمة العمل الدولية ومنظمة الأمن والتعاون في أوروبا والمنظمة الدولية للهجرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧. ص ١٢٨. تنقل العمالة بين البلدان في العالم العربي، التقرير الخاص، منظمة الهجرة الدولية ومنظمة العمل العربية، ٢٠١١. الخدمة المنزلية في دول الخليج العربي، ص ١٣٨.



## ٢ - العمل الجبري والعمل لسداد الدين

امتزاج العمل الجبري مع العمل لسداد الدين أضحى اليوم ظاهرةً منتشرة وبكثرة في العديد من دول العالم، ومن ضمنها الخليجية. فالسلف العينية والنقدية التي يعطيها الموردون أو أصحاب العمل أنفسهم لعمالهم يمكن أن تجعل من هؤلاء العمال مرتهنيين لمورديهم كما لصاحب عملهم؛ لاسيما في القطاعات التشغيلية ذات الكثافة العمالية العالية كما في القطاعات الزراعية أو في أعمال البناء والتشييد<sup>(١٥٢)</sup>؛ حيث يستخدم الدين كوسيلة إكراه وضغط في مواجهة هؤلاء العمال للاستمرار في العمل، ويزداد اقتراب هذا الشكل من العمل مع العمل الجبري، حينما يمارس العنف ضد هؤلاء العمال للاستمرار بالعمل أو يحرمون من وثائقهم الرسمية كالهوية لمنعهم من الهرب.

والحقيقة أن هذه الظاهرة تعاني منها بعض الدول الخليجية؛ لاسيما في إطار الاشتراطات القانونية التي توضع على توريد هذه العمالة من الدول الموردة؛ بحيث إنها تأتي مثقلة بالسلف والديون الكبيرة التي التزمت بها تجاه مورديها، للوصول إلى هذه الدول، "أرض الإلدورادو" على أمل أن تستطيع تسديد هذه الديون بشكل عاجل، وإن بها تفاجأ بالواقع الفعلي لبيئة العمل وسوية الأجور في هذه الدول؛ مما يجعلها تغرق أكثر في ديونها وتصبح تعمل فقط لسداد هذه الديون في الخارج، وربما تضطر للاستدانة من مشغليها في هذه الدول فتصبح رهينة التشغيل لتسديد الدين من قبل الطرفين المورد والمشغل<sup>(١٥٣)</sup>، وهنا يجب أن ننشئ، مع كثير من الحذر على جهود معظم المشرعين الخليجيين الذين عمدوا إلى تطبيق سياسة حمائية على أجر العامل من حيث تحديد حد أقصى لما يجوز لصاحب العمل أن يقتطعه من أجر العامل لقاء ما يكون قد منحه له من قروض، لا يتجاوز (١٠٪) في أغلب التشريعات الخليجية<sup>(١٥٤)</sup> باستثناء التشريع العُماني الذي رفع هذا الحد إلى (١٥٪)<sup>(١٥٥)</sup>. فمما لا

(١٥٢) أشار التقرير العالمي، "الاتحاد الدولي في مواجهة العمل الجبري" لعام ٢٠٠٥، إلى أن هذا الشكل من العمل الجبري سجل ارتفاعاً ملحوظاً في دول الشرق الأوسط؛ حيث يأخذ شكل الجريمة المنظمة في إطار مفهوم عبودية الدين، وذلك في مواجهة العمال المهاجرين الذين يستخدمون في أعمال البناء والتشييد.

"Une alliance mondiale contre le travail forcé", op. cit, p. 10-13s.

Idem, P. 10-13s.

(١٥٣)

(١٥٤) قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٦٠). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني،

المادة (٤٤)، نظام العمل السعودي، المادة (٩٢). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي،

المادة (٥٩). قانون العمل القطري، المادة (٧٠).

(١٥٥) قانون العمل العُماني، المادة (٥٨).

شك فيه إنَّ هذا الإجراء يعزز الحماية القانونية المقررة لأجر العامل، فإنَّه، وفي الوقت ذاته يطيل من ارتهان العامل لصالح صاحب العمل حتى الانتهاء من تسديد الدين كاملاً.

لذلك كنا نأمل لو أنَّ المشرع الخليجي تنبه لتحديد الحد الأعلى من السلف والقروض التي يمكن لصاحب العمل أن يقدمها للعامل؛ ذلك أنَّه كلما ارتفعت قيمة هذه السلف وقلت قيمة الاستقطاع كلما طالت واستمرت ظاهرة العبودية<sup>(١٥٦)</sup>. كما يجب على المشرعين الخليجين المساهمة في تحصين انعقاد العامل القادم إليها من هذه الظاهرة في بلد المصدر، من حيث الانتباه لقيمة السلف والاستقطاعات المالية التي تحصل عليها مكاتب الاستقدام والتوريد، إمَّا تشكل من قيم مالية مرتفعة تجعل من العمال، بطريقة غير مباشرة، مرتهين للاستمرار في العمل لدى صاحب العمل الخليجي، لا لضغط منه، وإنما لضغط من مكاتب الاستقدام والتوريد التي أثقلت كاهله بمبالغ لا قبل له في سداها؛ مما يدخل العامل في منطوق عبودية الدين<sup>(١٥٧)</sup>.

### ٣ - نظام الكفالة والعمل الجبري

كثيراً ما تهاجم دول المجلس بالاستناد إلى نظام الكفالة الشخصية في العمل التي يرى فيها البعض اقتراباً من مفهوم العبودية في العمل، لا سيما عندما يتم الخلط بين هذا النظام والعمل الجبري؛ مما يطعن في مصداقية هذا النظام ويجعله عرضة للكثير من الانتقادات من قبل الكثير من الهيئات والمنظمات الدولية التي لا تتردد في النظر إليه كأحد أشكال عبودية القرن العشرين الممتدة حتى حينه<sup>(١٥٨)</sup>. والحقيقة أنَّ هذا الطرح، لا يخلو من بعض المغالاة، بل ويحتاج إلى كثير نظر! ذلك أنَّه لا تخلو دولة مستوردة للعمالة من قواعد قانونية تنظم وتضبط واقع العمالة الوافدة إليها، إلا أنَّ الإشكالية في نظام الكفالة في الأنظمة الخليجية، ليست في النظام بحد ذاته وإنما في بعض جوانبه التفصيلية والتطبيقية؛ لاسيما المرتبطة منها بطابع الكفالة الشخصي الذي يسمح لمواطني هذه الدول بصفاتهم الشخصية لجلب جانب من العمالة لحسابهم

(١٥٦) "Une alliance mondiale contre le travail forcé", op. cit, P. 10-13s.

(١٥٧) لمزيد من التفاصيل راجع، العمالة المهاجرة في منطقة الخليج، سبقت الإشارة.

(١٥٨) لاسيما منها المرتبطة بانتهاكات حقوق الإنسان؛ حيث ظهرت ظاهرة المتاجرة بالتأثيرات، والتجارة الوهمية، والعمالة السائبة. راجع، العمالة المهاجرة في منطقة الخليج، سبقت الإشارة. Countries at risk, violations of Trade Union Rights. Publication of International Trade Union Confederation. op. cit, P. 34-71-72. "Une alliance mondiale contre le travail forcé", op. cit, P. 10-13s.

الخاص. سواءً أكانوا أشخاصاً طبيعيين، "أرباب منازل" أم أشخاصاً اعتباريين، "أصحاب عمل"؛ مما يجعل من الكفيل بذاته هو مستقدم العمالة ومشغلها في آنٍ واحد؛ مما يتيح له أن يتحكم في نوعية هذه العمالة من جهة ويجعل من مصيرها الشخصي في بعده الإنساني، ومصيرها المهني في بعده التشغيلي في يد الشخص ذاته، وهذا أمر فيه نظر بشكل كبير. علماً بأنَّ الغايات من إقرار هذا النظام، كما المبررات لهذا التشدد، كانت تتمثل في الرغبة بوجود ضامن لحقوق الغير، إنَّ حصلت، تجاه هذا العامل الوافد، يكون من موطني هذه الدولة. كما ضمان تأمين القنوم والخروج الهادئ والقانوني لهذا الوافد، بشكل تكون كافة إجراءات استقدامه وعمله وإقامته، قد تمت بشكل مسبق من قبل كفيله الشخصي، بما يضمن التنظيم الأفضل لسوق العمل في هذه الدول، ويحد من وجود العمالة غير القانونية كما غير المنظمة؛ بحيث لا يكون أي وافد للعمل، لا سيما في القطاع الخاص، إلا وله كفيل<sup>(١٥٩)</sup>.

هذه الغايات، من الواضح أنَّ المشرع الخليجي لم يوفق بالوصول إليها! لا سيما في ضوء سلبيات هذا النظام والتجاوزات التي حصلت نتيجة تطبيقه، والصورة السلبية التي أُبْرَزَ فيها هذه الدول على المستوى الدولي، واضعاً إياها في مواجهة انتقادات حادة من المجتمع الدولي والمنظمات المعنية بحقوق الإنسان عامة وحقوق العمال خاصة. كما أنَّ هذا النظام أضحى يشكل بحد ذاته مشكلة تنموية لهذه الدول. إذا أصبح الكثيرون يستقدمون العمالة غير الماهرة والرخيصة، التي أصبحت عبئاً على أسواق هذه الدول؛ مما لم يعد يتيح المجال لمواطني هذه الدول في الدخول إلى سوق العمل لاسيما بالنسبة للقطاع الخاص.

واليوم وأمام رغبة هذه الدول في إعادة تنظيم أسواق العمل لديها؛ لاسيما لجهتي التحكم في العمالة السائبة وتشجيع مواطنيها للدخول لهذه الأسواق، عليها أن تعيد النظر في هذا النظام إلى حد إلغائه، فلا يمكن لها بحال من الأحوال، أن تقبل بأنَّ

(١٥٩) مع العلم بأنَّ نظام الكفالة في هذه الدول هو نظام دُخِلَ على قانون العمل؛ حيث لم تشر أي من هذه القوانين إليه، كما لم يرد ذكره في قوانين الجنسية. بل تم الإشارة إليه في إطار القوانين التي تنظم العمالة الوافدة لهذه الدول. ففي دولة قطر أول قانون صدر بهذا الخصوص كان معنياً بدخول الأجنبي وإقامته فيها أكثر منه بموضوع الكفالة التي لم يطرق إليها إلا عرضاً. القانون رقم (٣) لسنة ١٩٦٣ لتنظيم دخول وإقامة الأجانب في دولة قطر، ولم يبرز موضوع الكفيل إلا في القوانين اللاحقة، ابتداءً من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ بتنظيم كفالة إقامة الأجانب وخروجهم، وانتهاءً بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٩ بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم. (المادة ١٨).



يتم التحكم في مدخلات أسواق العمل لديها من قبل أفراد تحكمهم مصالحهم الشخصية وليس مسؤوليتهم الوطنية<sup>(١٦٠)</sup>، ولعل هذه النتائج وغيرها هي ما دفعت بعض الدول الخليجية، وفي مقدمتها مملكة البحرين إلى إلغاء نظام الكفالة في العام ٢٠٠٩<sup>(١٦١)</sup>، في حين أن دولاً أخرى عمدت إلى التلطف من آثاره السلبية كما في دولة الإمارات العربية المتحدة<sup>(١٦٢)</sup> ودولة قطر<sup>(١٦٣)</sup>، علماً بأن هذه الأخيرة أكدت في الآونة الأخيرة نيتها لإلغاء هذا النظام. في حين أن كل من دولة الكويت<sup>(١٦٤)</sup> والمملكة

(١٦٠) بالرغم من عدم وجود أرقام رسمية من قبل حكومات دول المجلس حول العمالة غير الشرعية فيها، فإن ثمة تقارير عديدة من جهات حكومية أو منظمات دولية تبحث في نسب العمالة غير الشرعية في هذه الدول؛ حيث أشار التقرير الصادر عن منظمة العمل الدولية على أن هناك (١٥٪) من القوى العاملة الوافدة يقيمون بصفة غير شرعية، يشير إلى ذلك ما تكشفه الحملات على الهجرة غير الشرعية من وقت لآخر، ففي الفترة من ١٩٩٦ إلى ١٩٩٨، مُنح المخالفون مهلة لإعفائهم من العقوبة لإقامتهم غير الشرعية، وكان عددهم في المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة وجمعهما (٩٥٢) ألف مقيم غير شرعي.

Migrant Labor in the Gulf, Center for International and Regional Studies, Georgetown University School of Foreign Service in Qatar. 2011. P. 9s. M. Shamsi, Evaluation of Labour Immigration Policies in the GCC: Lessons for the Future. Paper issued in UN. ESCWA. Expert Group Meeting on International Migration and Development in the Arab Region. Beirut, 15-17 May 2006. P. 10.

(١٦١) مُنح العامل الأجنبي في القطاعين العام والخاص، ودون الحاجة إلى موافقة صاحب العمل، حق الانتقال للعمل لدى صاحب عمل آخر دون الإخلال بالحقوق المقررة لصاحب العمل الأول شريطة قضائه في عمله الحالي عاماً على الأقل، وإخطاره برغبته في الانتقال قبل ثلاثة أشهر. القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦ المادة (٢٥) والمعدل بالقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١١. تنقل العمالة بين البلدان في العالم العربي، سبقت الإشارة، ص. ١٣١.

(١٦٢) تم السماح للعامل بعد انتهاء علاقة عمله مع صاحب العمل، الانتقال إلى منشأة أخرى دون التقيد بمدة الأشهر الستة التي تحسب من تاريخ إلغاء بطاقة العمل، شريطة انتهاء العلاقة بين الطرفين بالاتفاق ومضي سنتين على الأقل لدى صاحب العمل الأول، وهي مدة الصلاحية الجديدة لبطاقة العمل الجديدة. أخبار وكالة وام، المنشورة في (٥) يونيو ٢٠١٢. جريدة "البيان" الكويتية، الصادرة بتاريخ (٣٠) مايو ٢٠١٢.

(١٦٣) جريدة "الشرق" القطرية، العدد رقم (٩٤٦٤)، سبقت الإشارة.

(١٦٤) سمحت دولة الكويت في العام ٢٠٠٩ للعمال بتغيير كفالتهم بعد انتهاء فترة العقد الأولية، أو بعد العمل ثلاث سنوات متتالية لدى صاحب العمل. موقع إيلاف الإلكتروني، ١٩ ديسمبر ٢٠١٠. تنقل العمالة بين البلدان في العالم العربي، التقرير الخاص، سبقت الإشارة، ص ١٣٣.

<http://www.elaph.com/Web/Economics/2010/12/619340.html>



العربية السعودية، لازالتا ترسلان بين الحين والآخر العديد من الإشارات الصحفية والإعلامية حول الرغبة في إعادة النظر في هذا النظام<sup>(١٦٥)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الحد من عمل الأطفال والقضاء على أسوأ أشكال عمالة الأطفال

يتحدد الإطار القانوني لهذا الحق في كل من اتفاقية العمل الدولية رقم (١٣٨) لعام ١٩٧٣ المتعلقة بتحديد الحد الأدنى لسن التشغيل<sup>(١٦٦)</sup>، واتفاقية العمل الدولية رقم (١٨٢) لعام ١٩٩٩ المتعلقة بحظر أسوأ أشكال عمل الأطفال<sup>(١٦٧)</sup>؛ حيث اعتبرت الأولى بأنَّ الحد الأدنى لسن التشغيل يجب أن يتزامن مع سن إنهاء الدراسة الإلزامية التي يجب أن لا تقل عن (١٥) سنة، مع إمكانية القبول بتخفيضه إلى (١٤) سنة في بعض الحالات الخاصة بالاستناد إلى الظروف الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة<sup>(١٦٨)</sup>. في حين أنَّ الاتفاقية الثانية تحدثت عن أسوأ أشكال عمل الأطفال ومن

<sup>(١٦٥)</sup> <http://akhbaar24.argaam.com/article/>

<sup>(١٦٦)</sup> اتفاقية العمل الدولية رقم (١٣٨) بشأن الحد الأدنى لسن التشغيل تاريخ ٢٦ حزيران ١٩٧٣.

Convention sur l'âge minimum, 1973 (n° 138), Pp. 45-54. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit. M. Lansky, Le travail des enfants: un défi à relever, Revu. IT, vol. 136, n° 2, 1997, Pp. 253-279.

<sup>(١٦٧)</sup> اتفاقية العمل الدولية رقم (١٨٢) المتعلقة بحظر أسوأ أشكال عمل الأطفال تاريخ ١٧ حزيران ١٩٩٩.

Convention sur les pires formes de travail des enfants, 1999 (n° 182), Pp. 55-62. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit.

<sup>(١٦٨)</sup> حددت اتفاقية العمل الدولية رقم (١٣٨) بشأن الحد الأدنى لسن التشغيل لعام ١٩٧٣ الحد الأدنى لسن التشغيل في الأعمال الخطرة على الأطفال هي (١٨) سنة، مع إمكانية السماح بتخفيضه لسن (١٦) سنة بالاستناد إلى الظروف الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة، كما سمحت بتشغيل الأطفال الذين تتراوح أعمارهم ما بين (١٣-١٥) سنة في أعمال خفيفة شريطة ألا تكون ضارة بصحتهم أو نموهم وألا تعطل تحصيلهم الدراسي.

Pourquoi de nouveaux instruments internationaux sur le travail des enfants?, Protection de l'enfant dans le monde du travail, Education ouvrière, 1997/3, n° 108, Pp. 10-17. Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail. op, cit. Concernant la Protection des enfants et des adolescents, R. Hernandez-Pulido et T. Caron, Pp. 93-131.

ضمنها جميع أشكال الرق والممارسات الشبيهة به، كبيع الأطفال والاتجار بهم وعبودية الدين والقنانة والعمل القسري<sup>(١٦٩)</sup>، والتجنيد القسري أو الإجباري للأطفال لاستخدامهم في صراعات مسلحة<sup>(١٧٠)</sup>، أو استخدامهم أو تشغيلهم في أعمال الدعارة أو إنتاج الأعمال الإباحية أو في أداء عروض إباحية<sup>(١٧١)</sup>، أو استخدامهم أو تشغيلهم أو تعريضهم لمزاولة أنشطة غير مشروعة كإنتاج المخدرات والاتجار بها<sup>(١٧٢)</sup>، وأخيراً، استخدامهم في أي نوع من الأعمال التي يرجح أنها تفضي إلى الإضرار بصحتهم أو سلامتهم أو سلوكهم الأخلاقي<sup>(١٧٣)</sup>، واليوم، تُعدُّ قضية الحد من تشغيل الأطفال من أهم القضايا الاجتماعية التي تركز عليها السياسات التشريعية في مختلف دول المجلس والتي أقرت لها نصوصاً قانونية خاصة<sup>(١٧٤)</sup>، بما يتفق، وإن

(١٦٩) بحسب تقارير منظمة العمل الدولية يُقدر إجمالي عدد الأطفال المنخرطين في عمل الأطفال بحوالي (٢١٥) مليون طفل، أي ما يقارب (٧٠) من مجموع الأطفال المستخدمين، يعمل (١١٥) مليون منهم في أعمال خطيرة. تسريع وتيرة القضاء على عمل الأطفال، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولي بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، التقرير الأول (باء)، مؤتمر العمل الدولي، الدورة ٩٩، جنيف، ٢٠١٠، الفقرات ١٦-٣٧. المبادئ والحقوق الأساسية في العمل: من الالتزام إلى العمل، سبقت الإشارة، ص. ٢٤-٢٦. ILO: Children in hazardous work: What we know: What we need to do, IPEC (Geneva, 2011), p. 7. "Un avenir sans travail des enfants", Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de IOIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport du Directeur général à la CIT, 90èmesession, 2002. Minors out of mining. Partnership global action against child labour in small-scale mining. International programme for the elimination of Child labour. Geneva. 2006. C. Grootaert, et R. Kanbur, Travail des enfants: un point de vue économique, Revu. IT, vol. 134, n° 2, 1995, Pp. 205-223.

(١٧٠) ثمن الإكراه، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل ص. ٥-٧، سبقت الإشارة. المبادئ والحقوق الأساسية في العمل: من الالتزام إلى العمل، سبقت الإشارة، ص. ٢٢-٢٤.

Un avenir sans travail des enfants, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de IOIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 2002, CIT, 90èmesession, 2002, Rapport I (B).

(١٧١) وضع حد لعمل الأطفال هدف في المتناول، سبقت الإشارة، ص. ٣٩.

(١٧٢) وضع حد لعمل الأطفال هدف في المتناول، سبقت الإشارة، ص. ٤١.

(١٧٣) يقدر عدد الأطفال العاملين في هذا المجال بحوالي مليون طفل. وضع حد لعمل الأطفال هدف في المتناول، سبقت الإشارة، ص. ٤١.

(١٧٤) قانون العمل العماني، المادّتان (٧٠-٧٩). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادّتان (٢٠-٢٦). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادّتان (٢٣-٢٨). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادّتان (١٩-٢١). قانون العمل القطري، المادّتان (٨٦-٩٢).

بتفاوت نسبي بسيط فيما بينها، مع معايير العمل الدولية<sup>(١٧٥)</sup>. علماً بأنَّ مختلف هذه الدول قد صادقت على هاتين الاتفاقيتين، باستثناء المملكة العربية السعودية التي لم تصادق حتى حينه إلا على اتفاقية القضاء على أسوأ أشكال عمل الأطفال<sup>(١٧٦)</sup>. هذا الواقع يقتضي منا لفهمه، البحث في السياسة التشغيلية المعتمدة لعمل الأطفال لدى هذه الدول، قبل الحديث عن صور تشغيل الأطفال الأكثر شيوعاً لديها<sup>(١٧٧)</sup>.

## أولاً - السياسة التشغيلية

تتماثل السياسة التشغيلية للأطفال في مختلف دول مجلس التعاون، وإنْ بتفاوت نسبي، سواءً فيما يتعلق بسن التشغيل، كما بقواعد التشغيل.

### ١ - سن التشغيل

ضمن مواقف دول المجلس يمكن التمييز بين موقفين؛ حيث تتجه غالبية هذه الدول، كما هو الحال بالنسبة للمشرع السعودي والإماراتي والعُماني والكويتي، وكذلك

---

Concerning the position of GCC Countries see, Application of International Labour Standards 2014 (I). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. op, cit. Oman, C182s. P. 211s. Saudi Arabia, C182. P. 231s. United Arab Emirates, C182. P. 263s.

(١٧٦) اتفاقية العمل رقم (١٣٨) لعام ١٩٧٣، تمت المصادقة عليها من قبل دولة الإمارات العربية المتحدة في العام ١٩٩٨، ومن ثم دولة الكويت في العام ١٩٩٩، تلتها سلطنة عُمان في العام ٢٠٠٥، لتتبعها دولة قطر في العام ٢٠٠٦، وأخيراً مملكة البحرين في العام ٢٠١٢. في حين لم تصادق عليها المملكة العربية السعودية حتى حينه. اتفاقية العمل الدولية رقم (١٨٢) لعام ١٩٩٩، تمت المصادقة عليها من قبل دولتي قطر والكويت في العام ٢٠٠٠، في حين صادقت عليها كل من دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية وسلطنة عُمان في العام ٢٠٠١.

(١٧٧) من المعلوم أن أغلب التشريعات العربية، بما فيها الخليجية، تطلق على الطفل في قضايا العمل والتشغيل مصطلح: "الحدث"؛ حيث عُنُوَ المشرعون في هذه الدول فصول قانون العمل المتعلقة بتشغيل الأطفال تحت مسمى: "تشغيل الأحداث". إلا أننا آثرنا استخدام عبارة تشغيل الأطفال وليس الأحداث، انسجاماً مع أدبيات القانون الدولي عموماً، والقانون الاجتماعي الدولي خصوصاً التي درجت نصوصه على اعتماد مصطلح الطفل وليس الحدث. كذلك، من المعلوم فقهاً وقانوناً أن كلمة الحدث، غالباً ما تستعمل في أدبيات القانون الجنائي، للدلالة على السياسة العقابية التي تطبق على الأطفال الجانحين، تحت مسمى الأحداث الجانحين. قانون العمل القطري، المواد (٨٦ - ٩٢). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المواد (١٩ - ٢١). قانون العمل العُماني، المواد (٧٥ - ٨٦). نظام العمل السعودي، المواد (١٦١ - ١٦٧). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المواد (٢٣ - ٢٨). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المواد (٢٠ - ٢٦).



البحريني لتحديد هذه السن بسن الخامسة عشرة، وإن اختلفت المصطلحات بين هذه الدول بين تعبير بلوغ السن<sup>(١٧٨)</sup> أو تمامها<sup>(١٧٩)</sup>، من حيث النص ببلوغ الخامسة عشرة من العمل أو تمام الرابعة عشرة منها، والمعنى من حيث اللغة واحد. بالمقابل انفرد المشرع القطري بتحديد هذه السن ببلوغ السادسة عشرة، وبالتالي تمام الخامسة عشرة<sup>(١٨٠)</sup>.

والحقيقة أنَّ مواقف مختلف دول المجلس في هذا الإطار تبقى متناغمة مع معايير العمل الدولية ذات العلاقة، التي قضت بألا يقل سن تشغيل الأطفال في أي حال من الأحوال عن سن الخامسة عشرة، باعتباره يمثل الحد الأدنى من الحماية القانونية لهم، تاركة تحديد الحد الأعلى لإرادة المشرع الوطني في كل دولة وبما يتفق مع توجهاته القانونية والاجتماعية والاقتصادية؛ لاسيما وأن رفع هذا الحد يبقى من مصلحة الطفل، وهذا الأمر هو الذي دفع بالمشرع القطري لرفع هذه السن لتصل للسادسة عشرة.

## ٢ - قواعد التشغيل

أقرت مختلف التشريعات الخليجية قواعد قانونية خاصة لتشغيل الأطفال بما يتفق مع المعايير والاشتراطات الدولية، وإن اختلفت متباين فيما بينها؛ حيث أوردتها المشرع الكويتي باقتضاب واضح لم يتجاوز الثلاث مواد، في حين أسهب المشرع السعودي في عرض هذه الأحكام لتصل إلى ثمان مواد قانونية. إلا أنَّ مختلف هذه التشريعات تتفق فيما بينها على تكريس الطابع الحمائي في تشغيل الأطفال؛ لاسيما لجهة تخفيض ساعات العمل المقررة للطفل بحيث لا تتجاوز الست ساعات عمل فعلية تتخللها ساعة راحة على الأقل<sup>(١٨١)</sup>، والتأكيد على انطباق القواعد العامة في قانون العمل على تشغيل الأطفال دون الخاصة أو الاستثنائية منها ما لم تكن أكثر فائدة للطفل وفق ما يقرره المشرع في هذه الدول. لذلك أتت نصوص القوانين في هذه

(١٧٨) قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٢٠). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادتان (٢٣-٢٤).

(١٧٩) قانون العمل العماني، المادة (٧٥). نظام العمل السعودي، المادة (١٦٢). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١٩).

(١٨٠) قانون العمل القطري، المادة (٨٦).

(١٨١) قانون العمل القطري، المادة (٨٩). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٢١).

قانون العمل العماني، المادة (٧٦). نظام العمل السعودي، المادة (١٦٤). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٢٥). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٢٥).



الدول مجتمعة لتؤكد على عدم تشغيل الطفل في أيام الراحة أو في الإجازات الرسمية أو أكثر من ساعات العمل العادية، كما عدم إبقائه في مكان العمل أكثر من سبع ساعات متصلة<sup>(١٨٢)</sup>. إضافة لحظر عمل الأطفال ليلاً<sup>(١٨٣)</sup>، أو تشغيلهم في الأعمال التي تعتبر بحكم الخطورة أو المضرة بصحتهم، التي يدخل في مضمونها مختلف الصور التي عدتها الاتفاقية الدولية المعنية بحظر أسوأ أشكال عمل الأطفال<sup>(١٨٤)</sup>، في حين أنها سمحت بتشغيل الأطفال في الأعمال الخفيفة وغير المجهد وغير الضارة بهم والتي لا تؤثر على سيرهم الدراسي<sup>(١٨٥)</sup>. علماً بأن بعض التشريعات الخليجية

(١٨٢) قانون العمل القطري، المادة (٨٩). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٢١). قانون العمل العُماني، المادة (٧٧). نظام العمل السعودي، المادة (١٦٤). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٢٦). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٢٦).

(١٨٣) تمايزت هذه التشريعات في تحديد مفهوم الليل، فمنها من حدده بتوقيت ساعي معين، كما هو الحال في التشريع الإماراتي والعُماني والبحريني والكويتي، علماً بأن هناك تفاوتاً في تحديد مدة الليل بين هذه التشريعات ففي حين قصرها المشرع الإماراتي على عشر ساعات تمتد من الساعة الثامنة مساءً حتى الساعة السادسة صباحاً. توسع فيها المشرع العُماني والبحريني ليمتد إلى اثنتي عشرة ساعة، من السادسة مساءً إلى السادسة صباحاً في القانون العُماني، ومن الساعة السابعة مساءً إلى الساعة السابعة صباحاً لدى نظيره البحريني. ليبقيها المشرع الكويتي في حدود إحدى عشرة ساعة، من الساعة السابعة مساءً حتى الساعة السادسة صباحاً. بالنسبة للمشرع السعودي، فلم يشر إلى مفهوم العمل الليلي للأطفال، وإنما أحال في تحديد هذه الفترة للوزير المختص، مؤكداً أنه يحظر تشغيل الأطفال أثناء فترة من الليل لا تقل عن اثنتي عشرة ساعة متتالية. إلا في الحالات التي يحددها الوزير. في حين أن المشرع القطري قد حدد مفهوم العمل بين غروب الشمس وشروقها، وكنا نأمل لو أن المشرع القطري مضى بذات التوجه الذي أخذت به باقي التشريعات الخليجية، إنَّ لجهة التحديد الساعي لهذه الفترة الليلية، أو لجهة تحديد المدة الزمنية لفترة الليل؛ حيث إنَّ عبارة "غروب الشمس وشروقها"، عبارة فضفاضة، تجعل الطفل في وضع غير تقضيلى؛ لاسيما مع تزايد ساعات النهار في الصيف وتناقص ساعات الليل فيه. قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٢٣). قانون العمل العُماني، المادة (٧٦). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (١). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٢١). نظام العمل السعودي، المادة (١٦٣). قانون العمل القطري، المادة (٨٩).

(١٨٤) قانون العمل العُماني، المادة (٧٩). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٢٤). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادَّتان (٢٧-٢٨). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٢٠). قانون العمل القطري، المادة (٨٧). نظام العمل السعودي، المادة (١٦١).

(١٨٥) في حال كون الطفل مواطناً، يشترط المشرع القطري إضافة لموافقة الولي موافقة الجهات التعليمية ذات العلاقة. قانون العمل القطري، المادة (٨٧). في حين أن المشرع السعودي قضى بضرورة عدم تعارض عمل الطفل مع سير العملية التدريسية له. نظام العمل السعودي، المادة (١٦٧).

كالمشرعين الإماراتي والكويتي لم يشيرنا لذلك؛ حيث أتت نصوص قوانينها خالية من الإشارة لهذه الأحكام<sup>(١٨٦)</sup>.

## ثانياً- سباقات الهجن وعماله الأطفال

لم تكن دول المجلس يوماً موضع انتقاد لجهة عمالة الأطفال بين مواطنيها، غير أنّها كانت، ولفترة ليست بالبعيدة، موضع انتقاد من قبل المنظمات الأممية فيما يتعلق باستخدام الأطفال في سباقات الهجن<sup>(١٨٧)</sup>، وما تخلفه هذه العملية على حقوق الطفل، كونها تعتبر من الأعمال التي من المرجح أن تضر بصحته أو سلامته؛ مما يدخلها في إطار أسوأ أشكال عمل الأطفال. لما يعانيه الأطفال من سوء التغذية لتكون أوزانهم متلائمة مع هذه السباقات. كما أنّ هؤلاء الأطفال الذين يوضعون على ظهور الجمال التي يتجاوز ارتفاعها ثلاثة أضعاف طولهم، كثيراً ما كانت الجمال تطرحهم أرضاً وترفسهم؛ مما يعرضهم للكثير من الحوادث التي قد يكون بعضها مميتاً، واليوم مع استخدام الراكب الآلي في هذه السباقات، تمكنت معظم دول المجلس من تجاوز الكثير من الانتقادات التي كانت توجه لها حيال هذا الموضوع<sup>(١٨٨)</sup>.

## المطلب الرابع

### القضاء على التمييز في مجال الاستخدام والمهن

يتحدد الإطار القانوني الدولي لهذا المبدأ باتفاقية العمل الدولية رقم (١١١) لعام ١٩٥٨ المتعلقة بحظر التمييز في مجال الاستخدام والمهنة<sup>(١٨٩)</sup>، واتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٠) لعام ١٩٥١ المتعلقة بالمساواة بين العمال والعاملات في

(١٨٦) قانون العمل العُماني، المادة (٧٩). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٢٨).

قانون العمل القطري، المادة (٨٧). نظام العمل السعودي، المادة (١٦٢).

(١٨٧) غالباً ما يكونون من شبه القارة الهندية من دول كينغلاش وسريلانكا وباكستان. العمالة المهاجرة في منطقة الخليج، سبقت الإشارة.

(١٨٨) جريدة "العرب" القطرية، العدد رقم (٧١٩١) تاريخ ١٩ فبراير ٢٠٠٨.

(١٨٩) اتفاقية العمل الدولية رقم (١١١) الخاصة بحظر التمييز في مجال الاستخدام والمهنة تاريخ ٢٥ حزيران ١٩٥٨.

Convention concernant la discrimination (emploi et profession), 1958 (n° 111), Pp. 68-72. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit.

الأجر<sup>(١٩٠)</sup>؛ حيث بينت الأولى بأن مفهوم التمييز يستوعب كل تمييز أو استثناء أو تفضيل يتم على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني أو المنشأ الاجتماعي أو أي شكل آخر من أشكال التمييز أو الاستثناء أو التفضيل، تكون نتيجته إبطال أو انتقاص المساواة في الفرص أو في المعاملة على صعيد الاستخدام أو المهنة. معتبرةً بأنه: "لا يعتبر تمييزاً أي تمييز أو استثناء أو تفضيل بصدد عمل معين إذا كان مبنياً على أساس المؤهلات التي تقتضيها طبيعة هذا العمل"<sup>(١٩١)</sup>. في حين حددت الاتفاقية الثانية الأجر بأنه يشمل الأجر الأساسي إضافة لجميع التعويضات الأخرى التي تدفع من صاحب العمل لقاء استخدامه للعامل. كما بينت بأن مساواة العمال والعاملات في الأجر تشير إلى معدلات الأجور المحددة دون تمييز بسبب اختلاف الجنس<sup>(١٩٢)</sup>، وقد صادقت مجموع دول المجلس باستثناء سلطنة عُمان على اتفاقية حظر التمييز في مجال الاستخدام والمهنة رقم (١١١) لعام ١٩٥٨. في حين أنه وبالرغم من أن مجموع دول المجلس قد صادقت على الاتفاقية الدولية المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة<sup>(١٩٣)</sup> التي أكدت بدورها

(١٩٠) اتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٠) الخاصة بمساواة العمال والعاملات في الأجر تاريخ ٢٩ حزيران ١٩٥١.

Convention sur légalité de rémunération, 1951 (n° 100), Pp. 63-67. Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, op, cit.

(١٩١) اتفاقية العمل الدولية رقم (١١١) الخاصة بحظر التمييز في مجال الاستخدام والمهنة لعام ١٩٥٨ سبقت الإشارة، المادة (١).

(١٩٢) اتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٠) الخاصة بمساواة العمال والعاملات في الأجر لعام ١٩٥١، سبقت الإشارة، المادتان (١-٢).

(١٩٣) الاتفاقية الدولية المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٨٠/٣٤ المؤرخ في ١٨ كانون الأول ١٩٧٩. راجع كذلك، إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٦٣ (د-٢٢) المؤرخ في ٧/١٠/١٩٦٧، والبرتوكول الاختياري الملحق بهذه الاتفاقية الذي اعتمد في ٩/١٠/١٩٩٩، وقد حددت الاتفاقية المقصود بالتمييز بكونه يشمل أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها. الديباجة والمادة الأولى. مكتب العمل الدولي: المساواة في العمل: التحدي المستمر، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، التقرير الأول (باء)، مؤتمر العمل الدولي، الدورة المائة، جنيف، ٢٠١١. المبادئ والحقوق الأساسية في العمل: من الالتزام إلى العمل، سبقت الإشارة، ص ٢٦-٢٩.



على حق المرأة بالتمتع بحق المساواة مع الرجل في مجال العمل والمساواة في الأجر عن العمل ذي القيمة المساوية<sup>(١٩٤)</sup>، فلم يصادق على اتفاقية العمل الدولية المعنية بالمساواة في الأجور بين العمال والعاملات رقم (١٠٠) لعام ١٩٥١ سوى دولتي الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية فقط، ولا تزال باقي دول المجلس مدعوة للقيام بتصرف إيجابي حيال هذه الاتفاقية<sup>(١٩٥)</sup>.

والحقيقة أنّ فهم مواقف دول المجلس من هذه القضية، يحتاج إلى بعض التعمق لفهم طبيعة الحالة الخليجية وخصوصيتها حيال هذا المبدأ، وهو ما سنعرض له من خلال البحث في الخصوصية التشغيلية لهذه الدول، قبل العرض لمبررات هذه الخصوصية.

### أولاً - الخصوصية التشغيلية

يمكن تلمس هذه الخصوصية في قضيتين رئيسيتين: الأولى تتناول مفهوم التمييز وعدم المساواة بحد ذاته، والثانية تتعلق بقضية المساواة في الأجور.

#### ١ - التمييز وعدم المساواة

يقصد بالتمييز وفق المفهوم القانوني المعاملة الأقل تفضيلاً لشخص ما لسبب محظور؛ فهو ليس مجرد تفرقة وحسب، بل هو شكل من أشكال عدم المساواة بين الأشخاص خصوصاً أولئك الذين لا يستفيدون من ذات المزايا التي يتمتع بها أقرانهم لسبب أو لآخر، وإنّ بشكل مباشر أو غير مباشر<sup>(١٩٦)</sup>. هنا يجب التأكيد أنه لا وجود

(١٩٤) الاتفاقية الدولية المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، سبقت الإشارة، المادة (١١).

(١٩٥) اتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٠) لعام ١٩٥١ تمت مصادقتها من المملكة العربية السعودية في العام ١٩٧٨، ودولة الإمارات العربية المتحدة في العام ١٩٩٧. في حين لم تصادق عليها حتى حينه كل من دولة الكويت ودولة قطر ومملكة البحرين وسلطنة عُمان. اتفاقية العمل الدولية رقم (١١١) لعام ١٩٥٨، تمت المصادقة عليها من دولة الكويت في العام ١٩٦٦، وتبعتها دولة قطر في العام ١٩٧٦، تلتها المملكة العربية السعودية في العام ١٩٧٨، ومملكة البحرين في العام ٢٠٠٠، وأخيراً دولة الإمارات العربية المتحدة في العام ٢٠٠١. في حين لم تصادق عليها سلطنة عُمان حتى حينه.

(١٩٦) يقصد بالتمييز المباشر المعاملة التفضيلية لشخص معين لسبب من الأسباب المحظورة قانوناً كالجنس أو الأصل أو غير ذلك. فصاحب العمل الذي لا يسمح للنساء بتوقيع بعض الأنواع من العقود لمجرد كونهم نساء، إنما يرتكب فعل التمييز المباشر المستند إلى الجنس بحقه. في حين يقوم التمييز غير المباشر على الموارد في الإفصاح عن الدافع التمييزي بالجوء لتصرف معين يبدو في ظاهره حيادياً بخلاف مضمونه المستند لأحد المعايير =



لتعريف دقيق لمفهوم التمييز في التشريع الدولي أو الوطني، وإنما مجموعة من المعايير التي تحدد الإطار العام لهذا المفهوم، كونه يخضع للرؤية الاجتماعية والقانونية للمجتمع ويعبر عن فهم ورؤية الضمير الاجتماعي لهذه الظاهرة<sup>(١٩٧)</sup>، ولعل هذه الحقيقة هي التي منحت لهذا المبدأ بعض الخصوصية في التشريعات الخليجية على وجه خاص.

ويمكن القول بأن مواقف دول المجلس حيال هذه القضية، باستثناء مملكة

---

= التمييزية السابقة. راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، "المفهوم". سبقت الإشارة. ص. ٥٧-٩٢. لاسيما ص. ٦١.

Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail. Rapport d'OIT. op. cit. Concernant l'Égalité de chances et de traitement dans l'emploi et la profession, C. Thomas et Y. Horii, Pp. 59-91. Un travail décent pour les femmes - contribution de l'OIT à la session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les femmes en l'an 2000: Égalité entre les sexes, développement et paix pour le XXI<sup>ème</sup> siècle, Conseil d'administration, 277<sup>ème</sup> session, cinquième question à l'ordre du jour, Genève, mars 2000.

(١٩٧) القانون، سواء الدولي أو الأوربي أو الوطني، دوماً يشير إلى العديد من المعايير التي يعتبرها تمييزية لاسيما تلك الموجهة إلى بعض الأشخاص أو الفئات الذين يعتبرهم المجتمع غير مرغوب بهم في سوق العمل. ليتم تحديد التمييز من خلال مجموعة من العناصر والمعايير المحظورة كالعرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو الانحدار الوطني أو الأصل الاجتماعي. مع الإشارة بأن هذه القائمة من المعايير التمييزية إنما تعبر عن ضمير وقيم المجتمع، وبقدر ما هي حصرية بقدر ما هي قابلة للتطور. راجع،

La non-discrimination: un droit fondamental. Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 à Strasbourg, le 11 octobre 2005. Par Emmanuel Decaux. Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH). Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme (DH-DEV). Strasbourg, le 14 novembre 2005. DH-DEV (2005) 010. A. Lester, La législation française contre la discrimination, Droit social, (Dr. Soc). 1987 p.791. D. Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination, Dr. Soc, 1987, p.778. M. Miné, Les concepts de discrimination directe et indirecte, texte révisé de la présentation faite dans le cadre de la conférence, "Lutte contre la discrimination: Les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement", du 31 mars au 1<sup>ère</sup> avril 2003 à Trèves-Allemagne. J-M. Belorgey, De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations. Essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé. Dr. Soc, 2002, p. 683-689. Ch. Tchakaloff, Le principe de non-discrimination Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Droit. Soc. 2000, p. 187-198. F. Gardin, et A-L. Zabel, Les discriminations raciales au travail. Revue de jurisprudence sociale. (RJS), 2003, p.87.

البحرين، يقوم على منح الأولوية في التشغيل للعمالة الوطنية دون الأجنبية أو العربية<sup>(١٩٨)</sup>. فقد أكد المشرع السعودي بأن العمل حق للمواطن وبأن المواطنين متساوون في الحق بالعمل. التعبير ذاته أخذ به المشرع الإماراتي من حيث التأكيد بأن العمل حق لمواطني الدولة ولا يجوز لغيرهم ممارسته إلا بالشروط المنصوص عليها في القانون. الموقف عينه تقريباً، أخذ به كل من التشريعين القطري والعماني، بالتأكيد على أن الأولوية في التشغيل هي لمواطني هذه الدول؛ بحيث لا يجوز استخدام غيرهم إلا إذا دعت الحاجة لذلك؛ لاسيما لجهة عدم توافر شاغر وطني. المشرع الكويتي، وإن كان لم يشير صراحة لنص مماثل لما ورد أعلاه، فإنه حظر على أصحاب العمل تشغيل العمالة الأجنبية ما لم يحصل على الإذن المسبق من الجهة المختصة بذلك<sup>(١٩٩)</sup>، وكما أشرنا سابقاً، تنفرد مملكة البحرين بعدم اشتراط هذا النص القانوني؛ مما يُمكن من القول بأن السياسة التشغيلية واحدة بين المواطن والمقيم لديها.

بالمقابل، فقد أقرت هذه الدول، مجتمعةً، واحتراماً منها لالتزاماتها الدولية، نصوصاً قانونية خاصة لتشغيل الأجانب<sup>(٢٠٠)</sup>، مع التنويه بأن منها من ميز في قضايا التشغيل بين العمالة العربية والأجنبية، كما هو حال المشرع الإماراتي؛ حيث منح الأولوية في التشغيل للعمالة العربية<sup>(٢٠١)</sup>. في حين أن باقي دول المجلس لم تشر لهذا التمييز، ووضعت أحكاماً عامة للتشغيل تتشابه من حيث مشروعية الإقامة

(١٩٨) قانون العمل العماني، المادة (١١). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٩). نظام العمل السعودي، المادة (٣). قانون العمل القطري، المادة (١٨).

(١٩٩) نظام العمل السعودي، المادة (٣). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٩). قانون العمل القطري، المادة (١٨). قانون العمل العماني، المادة (١٨). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١٠). راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن "الحماية القانونية". سبقت الإشارة، ص ٣٧٦.

(٢٠٠) قانون العمل العماني، المادتان (١٨-٢٠). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (١٣). نظام العمل السعودي، المادتان (٣٢-٤١). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (١٠). قانون العمل القطري، المادة (٢٣).

(٢٠١) قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (١٠). بالرغم من أن إحصائيات العمل لديه تشير إلى تفوق كبير للعمالة غير العربية على العمالة العربية. ناصر أحمد بن الغيث، التركيبة السكانية: مشكلة اقتصادية بالمقام الأول، مجلة الرؤية الاقتصادية، الإمارات العربية المتحدة، أبريل ٢٠١٠. ثامر الصباح، خلل التركيبة السكانية بدول الخليج، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التركيبة السكانية في دول الخليج، مملكة البحرين، ٢٠٠٩.

والدخول القانوني والحصول على ترخيص العمل<sup>(٢٠٢)</sup>. بالرغم من ذلك، فإنَّ القضية التمييزية في مواجهة المشرع العمالي الإماراتي تأخذ بعداً خاصاً، لاسيما إذا ما تذكرنا بأنَّ دستوره قيد، بصريح النص، مشرعه العمالي بواجب وضع تشريعات تصون حقوق العمال وأصحاب العمل وفقاً لمستويات العمل الدولية<sup>(٢٠٣)</sup>. ناهيك عن الدستور الإماراتي الذي أعاد التأكيد على تمتع الأجانب في الاتحاد بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية المرعية أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الاتحاد طرفاً فيها، وبحق كل إنسان أن يتقدم بالشكوى إلى الجهات المختصة بما في ذلك الجهات القضائية من امتهان الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور<sup>(٢٠٤)</sup>؛ مما يحتم عليه التوفيق بين تشريعاته الوطنية والمعايير الدولية للعمل ذات العلاقة بموجب النصوص الدستورية ذات الصلة.

## ٢ - المساواة في الأجور

يستند هذا المبدأ على منح الأجر المتساوي عن العمل ذي القيمة المتساوية، بغض النظر عن الفرد القائم به سواءً أكان ذكراً أم أنثى. في هذا الإطار، وبالرغم من أنَّ مختلف دول المجلس قد أقرت أحكاماً قانونية خاصة لتشغيل النساء<sup>(٢٠٥)</sup>، فإنَّها

(٢٠٢) علماً بأنَّ واقع العمالة العربية في هذه الدول ليس أفضل حالاً من نظيراتها الأجنبية، فبالرغم من وجود العديد من الاتفاقيات العربية التي تنظم وضع العمالة الوافدة بينها؛ لاسيما الاتفاقية العربية رقم (٢) لعام ١٩٦٧ بشأن تنقل الأيدي العاملة، والاتفاقية العربية رقم (٤) لعام ١٩٧٥ لذات الموضوع "معدلة"، فإنَّ هاتين الاتفاقيتين لم توقعا إلا من سبع دول عربية موزعة للعمال من بينهم مصر وسوريا واليمن والأردن، والسودان، في حين لم توقع عليها أي من الدول المستوردة لهذه العمالة، ونعني بذلك دول المجلس، لتبقى هذه العمالة دون حماية قانونية تذكر. التقرير العربي الثاني حول التشغيل والبطالة في الدول العربية، قضايا ملحة، منشورات منظمة العمل العربية، ٢٠١٠، ص ١٩.

(٢٠٣) "يقدر المجتمع العمل كركن أساسي من أركان تقدمه ويعمل على توفيره للمواطنين وتأهيلهم له ويهيئ الظروف الملائمة لذلك بما يضعه من تشريعات تصون حقوق العمال ومصالح أرباب العمل على ضوء التشريعات العمالية العالمية المتطورة". دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادة (٢٠).

(٢٠٤) "يتمتع الأجانب في الاتحاد بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية المرعية، أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الاتحاد طرفاً فيها وعليهم الواجبات المقابلة له". "لكل إنسان أن يتقدم بالشكوى إلى الجهات المختصة بما في ذلك الجهات القضائية من امتهان الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الباب". دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، المادتان (٤٠-٤١).

(٢٠٥) قانون العمل العُماني، المادتان (٨٠-٨٦). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادتان (٢٧-٣٢). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادتان (٢٩-٣٦). نظام العمل السعودي، المادتان (١٤٩-١٦٠). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادتان (٢٢-٢٦). قانون العمل القطري، المادتان (٩٣-٩٨).



انقسمت في المعاملة، فبعضها أقر بمفهوم المساواة في المعاملة على إطلاقه بين النساء والرجال، كما هو الحال في التشريع العُماني والبحريني<sup>(٢٠٦)</sup>، في حين أنَّ دولاً أخرى أقرت بهذا المفهوم في إطار المساواة في الأجر فقط كما هو الحال في التشريع الإماراتي والكويتي والقطري<sup>(٢٠٧)</sup>. في حين أنَّ المملكة العربية السعودية انفردت بموقفها محيلةً هذه القضية لأحكام الشريعة الإسلامية صراحة، بالنص بضرورة الالتزام بمقتضيات الشريعة الإسلامية في تشغيل النساء<sup>(٢٠٨)</sup>. كذلك، وفي إطار تعزيز هذه الحماية، انفرد المشرعان البحريني والكويتي بإقرار حظر الفصل المستند لأسباب تمييزية كالجنس أو اللون أو العقيدة أو الحالة الاجتماعية أو المسؤولية العائلية أو الأسباب النقابية<sup>(٢٠٩)</sup>. إضافة لذلك حظر المشرع البحريني أي شكل من أشكال التمييز في الأجور المستند لاختلاف الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة<sup>(٢١٠)</sup>. مع العلم بأنَّ هذا التعداد لهذه الأسباب قد ورد بشكل حصري، ولم يشير فيه إلى مدلول الجنسية أو الأصل الوطني، وهو مبدأ، قد يكون متفهماً من قبل هؤلاء المشرعين وفق ما سيرد بيانه.

## ثانياً - تحليل الموقف

مما لا شك فيه أنَّ موقف التشريعات الخليجية حيال هذه القضية التمييزية ليس في أفضل حالاته، ولكن، ليس في أسوأها! الأمر الذي يملينا ضرورة استعراض مبرراته قبل الوقوف على مصداقيته.

### ١ - مبررات الموقف

إنَّ فهم الموقف التشريعي لهذه الدول حيال قضية العمالة القادمة إليها، سواءً الأجنبية كما الوافدة، يحتاج لفهم موضوعي لخصوصية بيئة العمل في هذه الدول إنَّ على المستوى الديمغرافي كما على المستوى التشغيلي.

(٢٠٦) قانون العمل العُماني، المادة (٨٠). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٢٩).  
(٢٠٧) قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٣٢). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٢٦). قانون العمل القطري، المادة (٩٣).  
(٢٠٨) نظام العمل السعودي، المادة (٤).  
(٢٠٩) قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (١٠٤). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٤٦).  
(٢١٠) قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٣٦).



## ١.١ - على المستوى الديمغرافي

من غير الخافي واقع الارتباط القائم بين طبيعة الواقع السكاني لدولة ما وقوة العمل الفاعلة فيها؛ حيث تعتبر هاتان النقطتان ركيزتين رئيسيتين في أي عملية تنمية اقتصادية واجتماعية، وبقدر ما يتم التعامل مع استغلال قوة العمل السكانية على الوجه الأمثل بقدر ما تكون النتائج التنموية إيجابية والعكس بالعكس<sup>(٢١١)</sup>. غير أنَّ حقيقة هذه المعادلة في دول المجلس تبدو مختلفة! ذلك أنَّ التزايد السكاني المتنامي في هذه الدول لا يعود إلى النمو السكاني لمواطني هذه الدول، بقدر ما يعزى إلى استجلاب عمالة وافدة، تطفى في نسبها المرتفعة على مواطني الدولة الأصليين؛ حيث قفز عدد سكان هذه الدول إلى أكثر من الضعف خلال العشرين سنة الماضية<sup>(٢١٢)</sup>. هذه الزيادة ليست ذات دلالة اجتماعية، بقدر ما هي ذات دلالة اقتصادية، والفرق بين الأمرين بَيِّن. الأمر الذي أفضى لاختلال توازن البنية الديمغرافية، وإنْ بتفاوت فيما بينها، لصالح السكان الأجانب على حساب السكان الأصليين<sup>(٢١٣)</sup>. هذا الخلل في البنية السكانية انعكس خللاً في هيكلية القوى العاملة

(٢١١) يشمل مصطلح السكان جميع الأفراد من مختلف الأعمار المنتمين لدولة ما، بينما يستوعب مصطلح قوة العمل فقط الأفراد القادرين على العمل من هؤلاء السكان، أي الذين يمكن الاستفادة منهم في النشاط الاقتصادي، والذين تتراوح أعمارهم بين حدٍ أعلى ذي اعتبارات وطنية وحد أدنى ذي اعتبارات دولية، لا يقل عن (١٥) عاماً.

(٢١٢) حسب التقارير الدولية تحتل دول المجلس المرتبة الثالثة عالمياً في مجال استقطاب الأيدي العاملة المهاجرة بعد الولايات المتحدة الأمريكية ودول الاتحاد الأوروبي؛ حيث زاد عدد سكانها من حوالي (٢٠) مليون نسمة في العام ١٩٩٠ إلى حوالي (٤٦) مليون نسمة في العام ٢٠١١. المؤشرات الاقتصادية لعام ٢٠١١ لدول مجلس التعاون الخليجي. الأمانة العامة لدول مجلس التعاون الخليجي <http://www.gcc-sg.org>.

(٢١٣) الخطورة على البنية الديمغرافية ليست على ذات السوية بالنسبة لمختلف هذه الدول، ففي حين تغدو المسألة أكثر وضوحاً وخطورة في كل من دولة الكويت وقطر والإمارات العربية المتحدة، بنسب قد تصل إلى ما يزيد عن (٨٠٪)، نظراً لتعدادها السكاني المتواضع. فالوضع أقل خطورة في كل من المملكة العربية السعودية ومملكة البحرين وسلطنة عُمان، لأسباب متعددة. فالقاعدة السكانية بالنسبة للمملكة العربية السعودية تجعلها في منأى من هذا الخوف على الرغم من أنَّها تضم أعلى نسبة من العمالة الوافدة بين دول المجلس بما يقارب السبعة ملايين وافد، مما يجعلها في المرتبة الرابعة بين دول العالم الأكثر استقطاباً للعمالة الأجنبية بعد الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الروسي وألمانيا. في حين أنَّ الوضع الاقتصادي غير النفطي لكل من سلطنة عُمان ومملكة البحرين، إضافة إلى التعددية البشرية لسلطنة عُمان، لا يجعلهما قبلة للعمالة الوافدة كما هو شأن مثيلاتها مثل الإمارات العربية المتحدة وقطر والكويت، فالدولتان لا تمتلكان الموارد المالية الضخمة التي تؤهلها للقيام بمشاريع تنموية =

التي سجلت رجحاناً للقوى العاملة الأجنبية على حساب نظيراتها الوطنية<sup>(٢١٤)</sup>، في الوقت الذي تؤكد البيانات التشغيلية للقوى العاملة في هذه الدول، تدني نسبة مشاركة العمالة الوطنية فيها، بالرغم من كل الإجراءات التحفيزية التي تقوم بها هذه الدول لرفع هذه النسبة<sup>(٢١٥)</sup>.

#### ٢.١ - على المستوى التشغيلي

على الرغم من أن دول المجلس تُعَدُّ من الدول المستقدمة للعمالة، فإنَّ ثمة خصوصية لهذه العمالة، إنَّ لنوعيتها أو لجهة تأثيرها على البنية السكانية لهذه الدول؛ ذلك أنَّ هذه العمالة في عمومها هي عمالة غير انتقائية، محدودة المهارة<sup>(٢١٦)</sup>، رخيصة<sup>(٢١٧)</sup>، وذات

= ضخمة تحتاج لهذا الكم من العمالة. ناهيك عن أنَّ شعوب هذه الدول لاسيما مملكة البحرين وسلطنة عُمان أكثر قبولاً للأعمال التي يُعزف عنها نظراؤهم الخليجيون. إحصائيات منظمة العمل العربية لعام ٢٠١٠. السنوات ٢٠٠٧-٢٠٠٨. راجع، ناصر أحمد بن الغيث، التركيبة السكانية: مشكلة اقتصادية بالمقام الأول، سبقت الإشارة. ٢٠١٠. ثامر الصباح، خلل التركيبة السكانية بدول الخليج، سبقت الإشارة. عبد الله الغيلاني، التركيبة السكانية خلل يهدد الأمن القومي للخليج، مركز الإمارات للدراسات والإعلام، الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر، ٢٠٠٨. جمال سالم الفخري، التركيبة السكانية في دول مجلس التعاون الخليجي، مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٤.

(٢١٤) إحصائيات منظمة العمل العربية لعام ٢٠١٠. السنوات ٢٠٠٧-٢٠٠٨. سبقت الإشارة.

(٢١٥) في الوقت الذي يشكل المواطنون الخليجيون ٦٦٪ من السكان، فإنَّ نسبتهم لا تتعدى ٤٤٪ من قوة العمل. محمد العسومي، الموارد البشرية والتنمية. جريدة "الوقت" البحرينية، العدد ١٠٩١.. تاريخ ١٥/٠١/٢٠٠٩ 9650 www.alwaqt.com/blog\_art.php?baid =

(٢١٦) الكثير من مكاتب الاستقدام في هذه الدول، كما المشغلون، يفضلون العمالة غير الماهرة ذات الأجور المنخفضة وغير المتعلمة على الأقل قانونياً، بما يسهل عملية التعامل معها على العمالة الماهرة والمدرّبة ذات التكلفة العالية. فالكثير من شركات القطاع الخاص لا تنفق الأموال على تدريب القوى الوطنية، وإنَّ كانت هذه الظاهرة آخذة في التراجع بضغط من حكومات هذه الدول. إصلاحات سوق العمل لتعزيز التوظيف والإنتاجية في مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سبقت الإشارة، ص ٧، ص ١١.

(٢١٧) بالرغم من أنَّ العمالة الآسيوية تختلف عن العمالة العربية في كثير من النقاط، أقلها في جنسيتها، وأغلاها في تكوينها الفكري والاجتماعي، مروراً بالبعد الديني، تبقى المفضلة لدى دول المجلس على العمالة العربية، لاعتبارات جلها اقتصادية؛ لا سيما بعد أقول عصر الطفرة البترولية. كما أنَّ طبيعة الحاجة الاقتصادية قد اختلفت؛ حيث تركز الاعتماد الكبير على العمالة العربية في تلك الفترة على قطاع التعليم الذي وجد في العمالة العربية خلاصه نظراً للترابط الإسلامي والعربي. في حين أنَّه ومع تزايد المشاريع الاقتصادية والبنى التحتية قل الاعتماد على العمالة العربية في مقابل الاعتماد على العمالة الآسيوية، واليوم مع استكمال البنية التعليمية في مختلف هذه الدول وتأمين الكوادر البشرية في العديد من القطاعات التعليمية والتربوية أصبح الطلب على العمالة العربية أقل =

مدلول جمعي<sup>(٢١٨)</sup> متعددة الأعراق معظمها من أصول أسيوية<sup>(٢١٩)</sup>. تتسم في جزء كبير منها بالأمية القانونية، وتعمل في القطاعات الخدمية، سواءً في القطاع العام أو الخاص، وبشكل عام في الأعمال التي تحتاج إلى القوة البدنية ولا تحتاج إلى المهارة الذهنية أو الخبرة المسبقة. كما أنَّ لهذه العمالة مجال الصدارة في إشغال الوظائف متعددة الصعوبات<sup>(٢٢٠)</sup>.

= حضوراً، في مقابل الطلب على العمالة الغربية ذات المهارات التعليمية الأكثر تفوقاً؛ ذلك أنَّ نسبة العرب الذين استقبلتهم دول المجلس تراجعت من (٧٢٪) في منتصف السبعينات إلى أقل من (٢٣٪) بنهاية ٢٠٠٨، وهو ما يمثل انخفاضاً بنسبة (٤٩٪) في الفترة بين عامي ١٩٧٥ - ٢٠٠٨، والنسبة إلى تناقص مستمر، فقد بينت دراسة حديثة بأنَّ نسبة السكان من العرب غير الخليجين في قطر، انخفضت من (٧٠٪) من التعداد السكاني في فترة السبعينيات، إلى أقل من (٢٠٪) اليوم، بما لا يجاوز (١٤٦) ألف نسمة، أي ما يعادل (١٣٪) من مجموع القوى العاملة. إصلاحات سوق العمل لتعزيز التوظيف والإنتاجية في مجلس التعاون الخليجي، سبقت الإشارة، ص ٧-١١. زهرة بابار، "العمل في دول الجوار: المغتربون العرب في قطر". مركز الدراسات الدولية والإقليمية في جامعة جورجتاون، قطر. ٢٠١٤/٠١/٢٢. تنقل العمالة بين البلدان في العالم العربي، سبقت الإشارة، ص ص ٩-٣٢. ص ص ٥٥-٦٩.

<http://qatar.sfs.georgetown.edu>. S. Hertog, the Private Sector and Reform in the Gulf Cooperation Council. Kuwait Programme on Development, Governance and Globalization in the Gulf States. The London School of Economics and Political Science, 2013. M. Baldwin-Edwards, Labour Immigration and Labour Markets in the GCC Countries: National Patterns and Trends, Kuwait Programme on Development, Governance and Globalization in the Gulf States Research Paper. 2011.

(٢١٨) وزير العمل البحريني مجيد العلوي، عمالة الخليج ربعها خدم وغالبيتها غير ماهرة. سبقت الإشارة.  
(٢١٩) لاسيما دول منطقة جنوب آسيا التي تُعدُّ اليوم المصدر الرئيسي للعمال المهاجرين لدول المجلس، بنسبة تصل لحوالي (٥٩٪) من المجموع الكلي الذي يقارب الأربعة عشر مليوناً. في حين لا يشكل العرب في الوقت الحالي سوى أقلية، الجزء الأكبر منها يأتي من مصر والسودان وسوريا ولبنان واليمن والمغرب.

\M. Baldwin-Edwards, Labour Immigration and Labour Markets in the GCC Countries. Forthcoming.

(٢٢٠) إصلاحات سوق العمل لتعزيز التوظيف والإنتاجية في مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سبقت الإشارة. يضاف لما تقدم، أنَّه إذا كانت هذه العمالة على وضعها تخضع للحماية القانونية وفق التشريعات القانونية لهذه الدول، فإنَّ ربع العمالة الخليجية، هي عمالة منزلية غير مقبولة في إطار تشريع قانوني واضح، كونها مستثناة بنص القانون من أحكام قوانين العمل في هذه الدول. قانون العمل العُماني، المادة (٢)، قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٣). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٢)، نظام العمل السعودي، المادة (٧). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٥). قانون العمل القطري، المادة (٣).



لمجمل هذه الاعتبارات، لم تكن هذه العمالة موضع ترحيب للاستقرار والبقاء. فالدول المضيفة، لم تعمل ولم ترغب بالعمل، بسبب قاعدتها السكانية المتواضعة، أن تؤمن نوبان هذه الأقليات في نسيجها الاجتماعي والوطني، كون اندماج هذه الأقليات سيكون له الأثر الأكبر على النسيج المجتمعي فيها، لذلك أتت قوانين الجنسية في هذه الدول متشددة جداً في قضايا التجنس. بالمحصلة، لم تتح لا قوانين هذه الدول ولا موروثها الثقافي والاجتماعي لهذه الفئات بالاندماج بالمجتمعات الخليجية التي تعرف بالمحافظة والانغلاق<sup>(٢٢١)</sup>.

بالتالي، إنَّ مدلول المساواة في العمل بين جميع العمال في هذه الدول بمجموعها هو موقف فيه نظر، يستند إلى العديد من المبررات الاقتصادية والاجتماعية، وإنَّ كان لا يزال يحتاج إلى المراجعة في العديد من جوانبه؛ لاسيما إذا ما علمنا أنَّ مجموع دول المجلس باستثناء سلطنة عُمان قد صادقت على الاتفاقية الدولية المتعلقة بمنع التمييز في مجال الاستخدام والعمل<sup>(٢٢٢)</sup>.

## ٢ - مصداقية الموقف<sup>(٢٢٣)</sup>

بداية، ما يجب التنويه إليه، أنَّ إقرار مدلول الجنسية كأحد المعايير التمييزية؛ لاسيما في إطار تفصيل العامل المواطن على العامل الأجنبي، موضع نظر في العديد من الدول، ولعل ذلك وراء عدم الإشارة الصريحة له في أي من المواثيق العالمية الثلاثة المعنية بحقوق الإنسان، وإنَّ كان لفظ: "أي معيار آخر"، يمكن أن يستوعبه. فإذا كان المشرع الدولي يمنح لهذا المعيار بعداً إنسانياً فإنَّ المشرع الوطني في مختلف دول العالم يمنحه بعداً وطنياً وفي أحسن حالاته بعداً إقليمياً، والمنظومة التشريعية لدول المجلس لم تخرج عن هذه القاعدة؛ بحيث إنها أبقت الأفضلية في

---

(٢٢١) إنَّ انغلاق هذه المجموعات من العمالة على نفسها اعتبر، في أحيان كثيرة، من النقاط التي تأخذ بها السياسات الحكومية في هذه الدول. العمالة المهاجرة في منطقة الخليج، سبقت الإشارة.

C. Dustmann, A. Glitz, and T. Frattini, the Labour Market Impact of Immigration, Oxford Review of Economic Policy 24, No. 3. 2008.

(٢٢٢) كما صادقت مجموع هذه الدول على الاتفاقية الدولية المعنية بالقضاء على التمييز العنصري لعام ١٩٦٥.

(٢٢٣) في الحقيقة نحن هنا، لسنا في معرض نقد الموقف أو تبريره، وإنما الوقوف عليه بغية تحليله وتقييمه.



التشغيل والعمل لمواطني هذه الدول دون أن تكون أسواقها مفتوحة للأفراد من جميع ومختلف الجنسيات<sup>(٢٢٤)</sup>.

بالتالي فإنَّ التوجه القائم على وضع العامل الوطني موضع التفضيل بالنسبة للعامل الأجنبي، لا ضير فيه. هذا الموقف أكدته منظمة العمل الدولية في أكثر من مناسبة، مشددة على أن تبني الدولة لسياسة وطنية تقوم على إعطاء الأفضلية لسكانها الأصليين وتمييزهم عن الأجانب المقيمين على أراضيها لا يعتبر عائقاً أمام هذه الدولة للانضمام لهذه الاتفاقية. ناهيك عن أن منظمة العمل الدولية أكدت، وبوضوح، بأن مفهوم التمييز على أساس الأصل القومي أو الوطني، لا يشمل التمييز القائم بين مواطني الدولة والأجانب المقيمين على أراضيها، الأمر الذي يعتبر قانونياً ولا يتعارض مع نصوص هذه الاتفاقية، وإنما يقصد به التمييز بين ذات المواطنين من ذات الدولة على أساس الميلاد أو الأصول التاريخية أو الجغرافية غير الوطنية بين هؤلاء المواطنين. بالتالي، فإنَّ روح الاتفاقية لا تنطوي بحال من الأحوال على إلغاء الخصوصية الوطنية بالمطلق على حساب الخصوصية الإنسانية، ولا تقتضي الإلغاء الفوري لجميع أنواع التمييز وفي كافة المجالات، وإنما الحد والتقليل من هذه المظاهر التمييزية وصولاً إلى إلغائها نهائياً.

والحقيقة، وإنَّ كان موقف دول المجلس في تفضيل العامل المواطن على العامل الأجنبي في قضية الولوج إلى العمل، موقفاً مبرراً لا لبس فيه، وبإلزام ويتوافق مع المعايير التشغيلية في الكثير من دول العالم، إلا أنَّ موقفها لا يزال يحتاج إلى المراجعة في قضية المساواة أمام شروط العمل بين المواطن والأجنبي، من حيث شروط وساعات العمل والقضية الأهم في الأجور. فمبدأ الأجر المتساوي عن العمل ذي القيمة المتساوية مبدأ تفتقد له مختلف التشريعات الخليجية على العموم؛ مما ينعكس اختلافاً في قيم الأجور بين العمالة الوطنية والعمالة الأجنبية من جهة، كما بين

(٢٢٤) لذلك نجد أنَّ دول المجلس، تعطي الأولوية لمواطنيها أولاً ولمواطني دول المجلس ثانياً، ومن ثم تأتي باقي الجنسيات الأخرى. ذات التوجه يذهب إليه المشرع الأوروبي الذي يحظر كل اختلاف في المعاملة بين أبناء دول المجموعة الأوروبية ويستند إلى الجنسية في نطاق تطبيق الحقوق والواجبات الواردة في هذه المعاهدة سواء فيما يتعلق بحرية المرور للعمال في نطاق الدول الموقعة على المعاهدة، وكذلك فيما يتعلق بإلغاء كافة القيود والتصرفات التمييزية القائمة على أساس الجنسية بالنسبة للتشغيل والأجر، وذلك وفقاً لما هو مقرر في المادتين (١٢-٢٩) من معاهدة نيس. راجع في ذلك، Traité de Nice, JOCE. n° C 325/1 du 24.12.2002. Pp. 1-184.

العاملين في القطاع الخاص عنه في القطاع العام<sup>(٢٢٥)</sup>، وأخيراً، اختلافاً في قيم الأجور بين العمال الوافدين بحسب جنسياتهم؛ مما حتم على هذه الدول أن تغض الطرف عن وضع حد أدنى للأجور للعاملين لديها؛ لاسيما للعاملين في القطاع الخاص، بالرغم من أن النصوص القانونية في مختلف هذه الدول تقر بإمكانية وضع حد أدنى للأجور<sup>(٢٢٦)</sup>، ناهيك عن أن منها من قضى بصريح النص بالمساواة بين جميع العمال، كالمرشع العُماني<sup>(٢٢٧)</sup>.

كذلك، فإن حرص هذه الدول على قاعدتها الديمغرافية المتواضعة، المبالغ فيه أحياناً؛ هو ما دفع العديد منها لعدم التصديق على هاتين الاتفاقيتين<sup>(٢٢٨)</sup>، كما كان من المبررات التي دفعت بها، جميعاً، لعدم المصادقة على الاتفاقية الأممية الخاصة بحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم<sup>(٢٢٩)</sup> التي أكدت على حق العمال المهاجرين

Concerning the position of Saudi Arabia, C111. Application of International Labour Standards 2014 (I). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. op, cit. P. 337s. Third item on the agenda: Information and reports on the application of Conventions and Recommendations. Report of the Committee on the Application of Standards. ILC (16). Part II. 102end Session, Geneva, June 2013. Saudi Arabia, Pp. 106-109.

(٢٢٦) قانون العمل العُماني، المادة (٥٠). قانون العمل الإماراتي الاتحادي، المادة (٦٣). نظام العمل السعودي، المادة (٨٩). قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، المادة (٦٣). قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني، المادة (٣٦).

(٢٢٧) قانون العمل العُماني، المادة (١١).

(٢٢٨) بالرغم من المرونة التي تتسم بها أحكام الاتفاقية رقم (١١١) لعام ١٩٥٨؛ لاسيما في ضوء نص المادة الرابعة التي سمحت للدول بالسماح بالمعاملة التمييزية لبعض الفئات، بالقول أنه: "لا تعتبر من قبيل التمييز أية إجراءات تتخذ إزاء شخص يقوم، أو يشتبه عن حق بقيامه، بأنشطة ضارة بأمن الدولة، على أن يكون لهذا الشخص حق التظلم أمام هيئة مختصة أنشئت طبقاً للأساليب المتبعة في البلد". فلا تزال الكثير من الدول تتردد في التصديق على الاتفاقية، لأسباب يأتي في مقدمتها الهاجس الأمني لهذه الدول.

(٢٢٩) مما جعل هذه الدول في موقف قانوني لا تحسد عليه، ولا تستطيع الاستجابة التامة له. فلا تزال تشعر بالحرج الشديد من استخدام كلمات ذات دلالات قانونية مثل: "مهاجر" أو "هجرة"، مفضلة الاعتماد على مدلول: "العمالة المؤقتة"، و"العمال المتعاقدون". بالرغم من أن توجهات هذه الدول في بعض جوانبها تبقى مبررة. فهي تحمي مكوناتها الوطني محاولة الاعتماد عليه. راجع، العمالة المهاجرة في منطقة الخليج، سبقت الإشارة. التقرير العربي الثاني حول التشغيل والبطالة في الدول العربية، قضايا ملحة، سبقت الإشارة. العمالة الوافدة في دول مجلس التعاون الخليجي وتأثيراتها الاقتصادية والاجتماعية وسياسات مواجهة =

في المساواة مع رعايا الدولة المعنية في كافة الحقوق العمالية من حيث شروط الاستخدام والتشغيل والأجر والصحة، إضافة لحالات إنهاء العمل، وغير ذلك من شروط العمل؛ لاسيما الحق في العمل النقابي والضمان الاجتماعي<sup>(٢٣٠)</sup>.

أخيراً، فإنَّ ما يجب التأكيد عليه، هو أنَّ معظم الشركات في مختلف الدول الخليجية، إنما تعمل وفق قواعد قانون العمل النافذ في هذه الدول الذي أكد بأنَّ الحقوق الواردة فيه إنما تمثل الحد الأدنى من الحقوق القانونية المعترف فيها، كما ألزم هذه الشركات بمجموعة من الالتزامات القانونية تجاه العمالة الوطنية لهذه الدول، سواءً من حيث نسبة التشغيل أو حجم التدريب أو التقيُّد بقواعد توطين العمل في هذه الدول ووفق برامجها الوطنية. استناداً لِمَا سبق، فإنَّه لا يوجد نص قانوني في هذه الدول يمنع هذه الشركات من منح شروط تشغيلية أفضل للعاملين لديها سواءً أكانوا مواطنين أم غير مواطنين، إنَّ في إطار تأمين المساواة في العمل أو في إطار المساواة في الأجور، فالمأمول من هذه الشركات؛ لاسيما المتعددة الجنسيات منها، المزيد من الاحترام لهذه الحقوق، وعدم التذرع بالقوانين الوطنية لبعض الدول للتهرب من احترامها؛ لاسيما أنَّ قوانين هذه الدول لا تمنع ذلك، كل ذلك احتراماً منها للصفة العالمية لهذه الحقوق التي توجب تطبيقها واحترامها لبعدها الإنساني.

= سلبياتها، اتحاد الغرف الخليجية، ٢٠٠٨. حوار أبو ظبي وأنشطة المتابعة، المبادرة الوزارية بشأن العمالة في الخارج والعمل التعاقدية لبلدان المنشأ والمقصد في آسيا، تنقل العمالة بين البلدان في العالم العربي، سبقت الإشارة، ص. ١٣٥.

(٢٣٠) الاتفاقية الأممية الخاصة بحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم. اعتمدت بقرار الجمعية العامة رقم ١٥٨/٤٥ المؤرخ في ١٨/١٢/١٩٩٠. يضاف كذلك، حرية الفكر والضمير والدين والحق في اعتناق الآراء والحق في حرية التعبير والمساواة والحرية والسلامة الشخصية. المواد (١٠-١١-١٢-١٣-١٤-١٧-١٨-٢٤-٢٦-٢٧-٥٢).

United Nations, Treaty Series, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/158.

## الخاتمة

تناولنا في هذا البحث واقع الحقوق والحريات الأساسية في العمل في تشريعات دول المجلس في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNGC) لعام ٢٠٠٠، سواءً منها المرتبطة بكيونة العامل الإنسانية أو المهنية، باحثين ذلك وفق المبادئ الست الأولى من الميثاق العالمي في إطار دراسة بحثية قانونية تحليلية نقدية مقارنة؛ حيث بيّن البحث أنّ الواقع التشريعي لهذه الحقوق والحريات لا زال يحتاج إلى العديد من المراجعات، سواءً لتوحيد التوجهات التشريعية والقانونية بين هذه الدول ذاتها، وصولاً إلى توحيد الأطر التشريعية التي تحكم هذه الحقوق والحريات على المستوى الخليجي، أو للارتقاء بهذه التوجهات بما ينسجم مع الاشتراطات والمعايير الدولية ذات العلاقة، بهدف الوصول بها لمصاف الاعتبار الدولية.

وقد خالصنا إلى نتيجتين حتميتين، نعتقد أنهما ستدفعان هذه الدول للتعامل مع قضية الحقوق والحريات الأساسية في العمل بتوافق أكبر مع معايير واشتراطات العمل الدولية؛ إحداها ذات بعد دولي، والأخرى ذات بعد خليجي.

### أولاً - في الإطار الدولي

اليوم، ومع عولمة حقوق الإنسان عامةً والعامل خاصةً، وفي إطار التوافق العالمي على ربط التنمية الاقتصادية بالتنمية الاجتماعية كواحدة من مسلمات التنمية المستدامة، لا يمكن لهذه الدول، في الوقت الذي تنخرط فيه أكثر فأكثر في المنظومة الاقتصادية العالمية، أن تبقى خارج منظومته الاجتماعية. هذه الحقيقة ستدفع هذه الدول للتعامل أكثر فأكثر مع قضية احترام الحقوق والحريات في العمل بإيجابية وفاعلية أكبر<sup>(٢٣١)</sup>.

وهنا لابد من أن تلعب منظمة العمل الدولية دوراً أكثر إيجابية لتفهم مواقف هذه الدول تجاه الإطلاق غير المقيد لمثل هذه الحريات في بيئتها الاجتماعية والاقتصادية؛

(٢٣١) للوقوف أكثر حول ملاحظات منظمة العمل الدولية لمواقف هذه الدول، يمكن مراجعة، Application of International Labour Standards 2014 (I). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. op, cit. Bahrain, C087. C098. P. 576s. Kuwait, C105. P. 135s - 581s. Oman, C029. P. 141. C182s. P. 211s. Saudi Arabia, C029. P. 153s. C081. P. 398s. C111. P. 337s. C182. P. 231s. United Arab Emirates. C029. P. 168s. C105. P. 169s. C182. P. 263s. Qatar. C081s. P. 392. Application des normes internationales du travail, 2014 (II). Document information sur les ratifications et les activités normatives. op, cit. Qatar, P. 9s. Bahrein, Pp. 9-10. Oman and Kuwait, P. 24&34.



مما يقتضي من المنظمة الدولية أن تتعامل مع هذه الدول بطريقة خاصة تراعي فيها خصوصيتها السكانية والتنموية والاجتماعية كما الاقتصادية، ويساعد على الأخذ بيدها لتكون أكثر تقبلاً لهذه الاتفاقيات<sup>(٢٣٢)</sup>. فمن غير الممكن لهذه الدول، إن كانت ترى في هذه الاتفاقيات، مجموعها أو بعضها، تهديداً لأمنها الوطني وقاعدتها الديمغرافية، أن تراهن عليها<sup>(٢٣٣)</sup>. هذه الخلاصة لا نرجو منها تبرير موقف هذه الدول، بقدر ما نسعى من خلالها لتفهم هذه المواقف والهواجس التي أملتتها.

بالمقابل فإن هذه الدول مدعوة وبقوة لإيجاد طرق ابتكارية لإحداث توازن بين احتياجات العمالة لديها والنمو السريع، وحل مشاكل المواطنين الذين يشكلون أقلية في وطنهم، وبالتالي تلبية مطالب المدافعين عن الحقوق على المستويين الدولي والمحلي، بطريقة تراعي مختلف هذه التقاطعات؛ مما يجعل من هذه القضية، قضية ذات دلالة وطنية سيادية باعتبارها إنسانية عالمية.

(٢٣٢) بالرغم من أن انضمام العديد من دول المجلس لمنظمة العمل الدولية يعود إلى ستينيات القرن الماضي؛ حيث تعتبر دولة الكويت من أوائل دول المجلس التي انضمت لمنظمة العمل الدولية في العام ١٩٦١، لتتبعها كل من دولة قطر ودولة الإمارات العربية المتحدة في العام ١٩٧٢، والمملكة العربية السعودية في العام ١٩٧٦ ومملكة البحرين في العام ١٩٧٧، وأخيراً سلطنة عُمان في العام ١٩٩٤. إلا أن التعاون البيني بين هذه الدول والمنظمة لا يزال دون الطموحات، فلم يبلغ عدد الاتفاقيات المصدقة من دول المجلس مجتمعة، حتى حينه، سوى ثلاث وستين اتفاقية عمل دولية، منها تسع عشرة اتفاقية مصدقة من دولة الكويت، وخمس عشرة اتفاقية صدقتها المملكة العربية السعودية، في حين صادقت مملكة البحرين على عشرة اتفاقيات، ولم تصادق دولة الإمارات العربية المتحدة إلا على تسع اتفاقيات، ولا تزال دولة قطر مكتفية بالتصديق على ست اتفاقيات، أما سلطنة عُمان فلم تصادق إلا على أربع اتفاقيات فقط.

(٢٣٣) للأسف لم تحظ هذه الاتفاقيات بالقبول المأمول على المستوى الخليجي. فلا توجد دولة خليجية واحدة صادقت على الاتفاقيات الثماني مجتمعة؛ ففي حين حظيت اتفاقيتا القضاء على العمل الجبري، إضافة إلى الاتفاقية المتعلقة بأسوأ أشكال عمل الأطفال بتصديق مجموع هذه الدول، فقد صادقت مختلف دول المجلس باستثناء المملكة العربية السعودية على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحد الأدنى لسن التشغيل. كما لم تقم سوى دولة خليجية واحدة هي دولة الكويت بالتصديق على الاتفاقيتين الدوليتين المتعلقتين بالتنظيمات النقابية والمفاوضة الجماعية. في الوقت ذاته، صادقت خمس دول خليجية، باستثناء سلطنة عُمان على الاتفاقية الدولية المتعلقة بمنع التمييز في مجال الاستخدام والمهن، ودولتان فقط صادقتا على الاتفاقية المتعلقة بالمساواة في الأجور، هما المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة. هذه النتائج انعكست على الحماية القانونية لمختلف هذه الفئات من العمال، كما بين البحث.

## ثانياً - في الإطار الخليجي

هذه الدول، وعلى الرغم من نقاط الالتقاء العديدة بين مواقفها حيال قضية الحقوق والحريات الأساسية في العمل، إلا أنَّ التباين التشريعي فيما بينها واقع لا يمكن إنكاره؛ حيث تتمايز مواقفها التشريعية حول هذه القضية، إنَّ في إطارها الشكلي أو الموضوعي؛ مما يجعلها مدعوة إلى العمل الجاد لتعزيز التقارب التشريعي فيما بينها، كما العمل على الارتقاء بقواعدها التشريعية بما ينسجم مع معايير واشتراطات العمل الدولية؛ مما يبين حجم المسؤولية القانونية الملقاة على عاتق حكومات هذه الدول لإجراء الدراسات القانونية المقارنة للوقوف على واقعها التشريعي، ومدى حجم الثغرات القانونية التشريعية والتطبيقية الواجب عليها تلافيتها بهدف الارتقاء بهذه الحقوق في بيئتها التشريعية والتشغيلية، وتدرك دول المجلس اليوم أكثر فأكثر، أنَّه إذا ما أرادت الوصول إلى أسواق عمل متحضرة فلا بد لها من أن تستجيب لمتطلبات أسواق العمل العالمية في إطار تعزيز الحقوق والحريات المرتبطة بالمساواة وعدم التمييز سواء في إطار التشغيل والمعاملة أو في إطار الأجور، كما الحريات النقابية.

هذه الخطوة نعتقد أنَّ دول المجلس اليوم، أصبحت قادرة على المضي بها؛ لاسيما مع تنامي المؤشرات التنموية المتعلقة بالموارد البشرية في هذه الدول<sup>(٢٣٤)</sup>. ناهيك عن أنَّ هذه الدول، وفي إطار سعيها لإيجاد أسواق عمل منتظمة وعمالة قانونية مؤطرة، تحاول جاهدة تنقية أسواقها من العمالة السائبة. فلم تُعدَّ ترغب بأن تبقى أسواقها مكبات للعمالة الهامشية والثانوية غير الماهرة؛ لاسيما بعدما اكتشفت التأثير السبيء لهذه العمالة على اقتصاداتها ومكوناتها الاجتماعية والثقافية، وكيف أنَّ هذه العمالة رغم سوءها أخذت مكان عمالتها الوطنية.

(٢٣٤) راجع، نظرة جديدة إلى النمو الاقتصادي: نحو مجتمعات عربية منتجة وشاملة، منشورات منظمة العمل الدولية، ٢٠١٣. التقرير العربي الثالث حول التشغيل والبطالة في الدول العربية: انعكاسات الاحتجاجات الشعبية العربية على أوضاع التشغيل والبطالة حاضراً ومستقبلاً، منظمة العمل العربية، ٢٠١٢. السياسات الاقتصادية في منطقة الإسكوا وأثرها على العمالة، منشورات اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، ٢٠١٢.

## المراجع (٢٣٥)

### ١ - العربية

#### ١.١ - التقارير

- إصلاحات سوق العمل لتعزيز التوظيف والإنتاجية في مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الاجتماع السنوي لوزراء المالية ومحافظي البنوك المركزية، ٥ أكتوبر ٢٠١٣، الرياض، المملكة العربية السعودية. تقرير خبراء صندوق النقد الدولي، منشورات صندوق النقد الدولي. ٢٠١٤.
- تحالف عالمي لمكافحة العمل الجبري " التقرير العالمي المتعلق بمتابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، ٢٠٠٥.
- تسريع وتيرة القضاء على عمل الأطفال، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، التقرير الأول (باء)، مؤتمر العمل الدولي، الدورة ٩٩، جنيف، ٢٠١٠.
- تطبيق معايير العمل الدولية ٢٠١٤ (١). التقرير الثالث (الجزء ١ ألف). تقرير لجنة الخبراء بشأن تطبيق الاتفاقيات والتوصيات. تقرير عام وملاحظات تتعلق ببعض البلدان. مكتب العمل الدولي، ٢٠١٤.
- التقرير العربي الثالث حول التشغيل والبطالة في الدول العربية: انعكاسات الاحتجاجات الشعبية العربية على أوضاع التشغيل والبطالة حاضراً ومستقبلاً، منظمة العمل العربية، ٢٠١٢.
- تنقل العمالة بين البلدان في العالم العربي، التقرير الخاص، منظمة الهجرة الدولية ومنظمة العمل العربية، ٢٠١١.
- ثمن الإكراه، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، التقرير الأول (باء)، مؤتمر العمل الدولي، الدورة ٩٨، جنيف، ٢٠٠٩.
- الكتاب الأبيض، ممارسات حماية حقوق العمال في دولة قطر، تقرير عن واقع

(٢٣٥) تمت الإشارة في هذه القائمة لأهم المراجع القانونية التي تم الاعتماد عليها في البحث، علماً بأن كافة المراجع مسددة في هوامشه، مما اقتضى التنويه.

بيئة العمل والمسؤولية الاجتماعية للشركات في دولة قطر، منشورات دار الشرق، ٢٠١٤.

- المبادئ والحقوق الأساسية في العمل: من الالتزام إلى العمل. المناقشة المتكررة بموجب إعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة ومتابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل. مؤتمر العمل الدولي، الدورة، ١٠١، ٢٠١٢.
- المساواة في العمل: التحدي المستمر، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، التقرير الأول (باء)، مؤتمر العمل الدولي، الدورة المائة، ٢٠١١.
- وضع حد لعمل الأطفال هدف في المتناول، التقرير العالمي المتعلق بمتابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، ٢٠٠٦.

## ٢.١ - الدراسات

- بديرية عبد الله العوضي، دول مجلس التعاون الخليجي ومستويات العمل الدولية، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد رقم (٨٥) لعام ١٩٨٥.
- التقرير العربي الثاني حول التشغيل والبطالة في الدول العربية، قضايا ملحة، منشورات منظمة العمل العربية، ٢٠١٠.
- السياسات الاقتصادية في منطقة الإسكوا وأثرها على العمالة، منشورات اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، ٢٠١٢.
- العمالة المهاجرة في منطقة الخليج، مركز الدراسات الدولية والإقليمية، كلية الشؤون الدولية بجامعة جورج تاون، دولة قطر، ٢٠١١.
- العمالة الوافدة في دول مجلس التعاون الخليجي وتأثيراتها الاقتصادية والاجتماعية وسياسات مواجهة سلبياتها، اتحاد الغرف الخليجية، ٢٠٠٨.
- المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء مبادئ الميثاق العالمي لقطاع الأعمال لعام (٢٠٠٠)، "دراسة قانونية مقارنة، مثال دولة قطر". بحث ممول من قبل الصندوق القطري لرعاية البحث العلمي. Project ID: UREP12 - 089 - 5. ٢٠٢٢. إعداد مجموعة من الباحثين الجامعيين، ٢٠١٣. يمكن الرجوع للبحث عن طريق الموقع الرسمي للصندوق القطري لرعاية البحث العلمي. دولة قطر. يمكن مراجعة البحث على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.qnrf.org/ar-qa/>



### ٣.١ - المقالات

- ثامر الصباح، خلل التركيبة السكانية بدول الخليج، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التركيبة السكانية في دول الخليج، مملكة البحرين، ٢٠٠٩.
- جمال سالم الفخري، التركيبة السكانية في دول مجلس التعاون الخليجي، مركز الخليج للأبحاث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٤.
- زهرة بابار، "العمل في دول الجوار: المغتربون العرب في قطر". مركز الدراسات الدولية والإقليمية في جامعة جورجتاون، قطر، ٢٠١٤.
- سليمان القدسي، سياسات أسواق العمالة في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، ١٩٩٨.
- عبد الله الغيلاني، التركيبة السكانية خلل يهدد الأمن القومي للخليج، مركز الإمارات للدراسات والإعلام، دبي، الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر، ٢٠٠٨.
- ناصر أحمد بن الغيث، التركيبة السكانية: مشكلة اقتصادية بالمقام الأول، مجلة الرؤية الاقتصادية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، أبريل، ٢٠١٠.
- محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (نطاق التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية). ثلاثة بحوث علمية محكمة منشورة في مجلة العلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد رقم (٢٤) العدد رقم (٢) لعام ٢٠٠٨ والمجلد رقم (٢٥) العدد رقم (١) و (٢) لعام ٢٠٠٩.

### ٤.١ - النصوص القانونية

#### ١.٤.١ - النصوص الدولية

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول ١٩٦٦. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول ١٩٦٦. اتفاقية العمل الدولية رقم (٨٧) الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي تاريخ ٩ تموز ١٩٤٨. اتفاقية العمل الدولية رقم (٩٨) الخاصة بتطبيق مبادئ الحق في التنظيم النقابي وفي المفاوضة الجماعية، تاريخ الأول

من تموز ١٩٤٩. اتفاقية العمل الدولية رقم (٢٩) الخاصة بالسخرة تاريخ ٢٨ حزيران ١٩٣٠. اتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٥) الخاصة بمنع السخرة تاريخ ٢٥ حزيران ١٩٥٧. اتفاقية العمل الدولية رقم (١٣٨) بشأن الحد الأدنى لسن التشغيل تاريخ ٢٦ حزيران ١٩٧٣. اتفاقية العمل الدولية رقم (١٨٢) المتعلقة بحظر أسوأ أشكال عمل الأطفال تاريخ ١٧ حزيران ١٩٩٩. اتفاقية العمل الدولية رقم (١٠٠) الخاصة بمساواة العمال والعمالات في الأجر تاريخ ٢٩ حزيران ١٩٥١. اتفاقية العمل الدولية رقم (١١١) الخاصة بحظر التمييز في مجال الاستخدام والمهنة تاريخ ٢٥ حزيران ١٩٥٨.

#### ٢.٤.١ - النصوص الخليجية:

- دستور مملكة البحرين الصادر بتاريخ ١٤/٠٢/٢٠٠٢. قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني رقم (٣٦) لعام ٢٠١٢. قانون النقابات العمالية البحريني رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٢. القرار الوزاري البحريني المتعلق بالتفرغ النقابي رقم (٩) لعام ٢٠٠٥. دستور دولة قطر الصادر بتاريخ ٠٨/٠٦/٢٠٠٤. قانون العمل القطري رقم (١٤) لعام ٢٠٠٤. قانون الضمان الاجتماعي القطري رقم (٣٨) لعام ١٩٩٥. قانون التقاعد والمعاشات القطري رقم (٢٤) لعام ٢٠٠٢. دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بتاريخ ١٨/٧/١٩٧١. قانون العمل الإماراتي رقم (٨) لعام ١٩٨٠. القرار الوزاري الإماراتي رقم (١١) لعام ١٩٨٢. القرار الوزاري الإماراتي رقم (٣٠٧) لعام ٢٠٠٣، بشأن منازعات العمل الجماعية. دستور سلطنة عُمان المسمى بالنظام الأساسي للسلطنة الصادر بتاريخ ٠٦/١١/١٩٩٦. قانون العمل العُماني رقم (٣٥) لعام ٢٠٠٣. القرار الوزاري العُماني المتعلق بالتنظيمات النقابية العُمانية رقم (٥٩) لعام ٢٠١٠. دستور المملكة العربية السعودية المسمى بالنظام الأساسي للحكم الصادر بتاريخ ٠٣/٠١/١٩٩٢. نظام العمل السعودي، رقم (٥١) لعام ٢٠٠٥. دستور دولة الكويت الصادر بتاريخ ١١/١١/١٩٦٢. قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي رقم (٦) لعام ٢٠١٠.

## 2 - Françaises

### 1.2 - Rapports et Etudes

- Application des normes internationales du travail, 2014 (I).

- Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, (Articles 19, 22 et 35 de la Constitution). Informations et Rapports sur l'application des conventions et recommandations. Rapport III (Partie 1A). Rapport général et observations concernant certains pays. BIT. ILO. 103ème session, 1ère E. 2014.
- Application des normes internationales du travail, 2014 (II). Document information sur les ratifications et les activités normatives. Au 31 décembre 2013. Informations et Rapports sur l'application des conventions et recommandations Rapport III (Partie 2A). Conférence internationale du Travail (CIT), 103ème session 1ère E. 2014.
  - Cinquante années d'activité normative de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), Revue internationale du Travail (Revu. IT), V. 135, n° 3-4, 1996, Pp. 431-454.
  - Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail. Rapport d'OIT. BIT. 1ère E. 2004.
  - Examen des Rapports annuels en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. BIT 320ème session, Genève, 13-27 mars 2014.
  - Halte au travail forcé, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport du Directeur général, CIT, 89ème session, 2001.
  - La non-discrimination: un droit fondamental. Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 au Strasbourg, le 11 octobre 2005. Par Emmanuel Decaux. Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH). Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme (DH-DEV). Strasbourg, le 14 novembre 2005. DH-DEV (2005) 010.

- Rapport pour la Réunion tripartite d'experts sur le travail forcé et la traite des personnes à des fins d'exploitation au travail. Rapport pour la Réunion tripartite d'experts concernant l'éventuelle adoption d'un instrument de l'OIT destiné à compléter la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930. Genève, 11-15 février 2013. OIT, 2013.
- Rapport VI, Principes et droits fondamentaux au travail: Traduire l'engagement en action, CIT, 101ème session, 2012, 1ère E. 2012.
- Rapports du Comité de la liberté syndicale, 371ème Rapport du Comité de la liberté syndicale. BIT. 320ème session, 13-27 mars 2014.
- Travail forcé: étude d'ensemble des Rapports concernant la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, et la convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957, CIT, 65ème session, Genève, 1979, Rapport III (4B).
- "Une alliance mondiale contre le travail forcé" Rapport du directeur général, Rapport global en vertu du suivi de la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. CIT 93ème session, 2005, Rapport I (b) Bureau International du Travail (BIT). Genève.
- Un avenir sans travail des enfants, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport du Directeur général à la CIT, 90ème session, 2002.
- Un travail décent pour les femmes - contribution de l'OIT à la session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies sur Les femmes en l'an 2000: égalité entre les sexes, développement et paix pour le XXIème siècle, Conseil d'administration, 277ème session, cinquième question à l'ordre du jour, Genève, mars 2000.
- Votre voix au travail: Rapport global en vertu du suivi de la



Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport du Directeur général, CIT, 88ème session, 2000, Rapport I (B).

## 2.2 - Articles

- Ch. Tchakaloff, Le principe de non-discrimination Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Droit. Soc. 2000, p. 187-198.
- E. Lee, Mondialisation et normes du travail: un tour d'horizon, Revu. IT, vol. 136, n° 2, 1997, Pp. 187-204.
- G. Von Potobsky, Liberté syndicale: l'impact de la convention n° 87 et l'action de l'OIT, Revu. IT, vol. 137, n° 2, 1998 (numéro spécial), Pp. 215-241.
- H. Dunning, Les origines de la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, Revu. IT, vol. 137, n° 2, 1998, Pp. 165-186.
- H. Kellerson, La Déclaration de 1998 de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux: un défi pour l'avenir, Revu. IT, V. 137, n° 2, 1998, Pp. 243-248.
- J. Hodges-Aeberhard, Le droit syndical selon l'article 2 de la convention n° 87. Que signifie l'expression tous les travailleurs sans distinction d'aucune sorte? Revu. IT, v. 128, n° 2, 1989, Pp. 197-216.
- L. Swepston, Droits de l'homme et liberté syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT, Revu. IT, vol. 137, n° 2, 1998 (numéro spécial), Pp. 187-214.
- Pourquoi de nouveaux instruments internationaux sur le travail des enfants?, Protection de l'enfant dans le monde du travail, Education ouvrière, 1997/3, n° 108, Pp. 10-17.
- V. Nicolas, Normes internationales du travail et droits de l'homme. Où en est-on à l'approche de l'an 2000?, Revu. IT, V. 137, n° 2, 1998. Pp. 151-164.

### 3 - English

#### 3.1 - Reports et Studies

- A Guide for Business, How to Develop a Human Rights Policy, Ed, Nations High Commissioner for Human Rights, 2011. <http://www.ohchr.org>.
- Application of International Labour Standards 2014 (I). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. In 31 December 2013. Report III (Part 1A). General Report and observations concerning particular countries. ILOC. 103rd Session BIT. 2014.
- Countries at risk, violations of Trade Union Rights. Publication of International Trade Union Confederation. Edition, ILO. BIT. 2013.
- Following is the address of Secretary-General Kofi Annan to the World Economic Forum in Davos, Switzerland, on 31 January 1999.<http://www.unglobalcompact.org>.
- Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work: Technical cooperation priorities and action plans regarding the elimination of discrimination in employment and occupation. Nternational Labour Office. GB300-TC-4-2007-09-0149-1. November2007.
- Marking progress against child labour - Global estimates and trends 2000-2012, ILO, International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC) - Geneva: ILO, 2013.
- Migrant Labor in the Gulf, Center for International and Regional Studies, Georgetown University School of Foreign Service in Qatar. 2011.
- Minors out of mining. Partnership global action against child labour in small-scale mining. International programme for the elimination of Child labour. Geneva. 2006.

- Rapports du Secréter-General: A/60/125, 21 ET A/62/233, 23. Secretary-General proposes global compact on human rights, labor, environment, in address to World Economic Forum in Davos.
- Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. E/CN.4/2006/97. 61.
- Third item on the agenda: Information and reports on the application of Conventions and Recommendations. Report of the Committee on the Application of Standards. ILC (16). Part II. 102end Session, Geneva, June 2013. Saudi Arabia, Pp. 106-109.

### 3.2 - Articles

- C. Dustmann, A. Glitz, and T. Frattini, the Labour Market Impact of Immigration, Oxford Review of Economic Policy 24, No. 3. 2008.
- M. Baldwin-Edwards, Labour Immigration and Labour Markets in the GCC Countries: National Patterns and Trends, Kuwait Programme on Development, Governance and Globalization in the Gulf States Research Paper. 2011.
- M. Shamsi, Evaluation of Labour Immigration Policies in the GCC: Lessons for the Future. Paper issued in UN. ESC-WA. Expert Group Meeting on International Migration and Development in the Arab Region. Beirut, 15-17 May 2006.
- S. Hertog, the Private Sector and Reform in the Gulf Cooperation Council. Kuwait Programme on Development, Governance and Globalization in the Gulf States. The London School of Economics and Political Science, 2013.





## القيود الأمنية هل هي من أعمال السيادة أم مجرد أعمال مادية بحتة

### تعليق على حكم محكمة التمييز بالطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٢٠١٦ مدني ١ الصادر بجلسة ١٠/٧/٢٠١٧

أ. د. عادل الطبطبائي  
أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق  
بجامعة الكويت سابقاً

#### أولاً - الوقائع:

تتلخص الوقائع بقيام أحد أفراد فئة المقيمين بصفة غير قانونية في البلاد (البدون) بإقامة الدعوى رقم ٢٠١٤/٤٠٣٤ يطالب فيها الحكم بإلغاء القرار الإداري الصادر من وكيل وزارة الداخلية ورئيس الجهاز المركزي لمعالجة أوضاع المقيمين بصورة غير قانونية بصفتها، بوضع قيد أمني عليه وما يترتب على ذلك من آثار على سند من القول أنه من فئة المقيمين بصورة غير قانونية، وقد التحق بالعمل لدى الطاعن الأول بصفته بتاريخ ١٩٦٢/١/٢، واستمرار عمله إلى أن تم انتهاء خدمته في ١٩٩٧/١/٥، إلا أنه بعد انتهاء خدمته فوجئ بصدور القرار المطعون فيه بوضع قيد أمني عليه بقالة التحاقه بالجيش الشعبي العراقي إبان الغزو، على الرغم من أنه ظل في الخدمة بعد الغزو وصرفت مستحقاته المالية، وإذ لم يتلق رداً من الطاعنة بصفتها ومن ثم أقام الدعوى.

حكمت محكمة أول درجة بإلغاء القرار الصادر من الطاعن الأول بوضع قيد أمني على المطعون ضده وما يترتب على ذلك من آثار.

استأنف الطاعنان بصفتها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٥/١٩٨٩ إداري وبتاريخ ٢٠١٦/٢/١٤ قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف.

طعن الطاعن بصفته على هذا الحكم بطريق التمييز وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة المشورة - حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وانتهت محكمة التمييز بحكمها محل التعليق إلى إلغاء الحكم الصادر بإلغاء القرار؛ مسببة حكمها بأنه: "وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد ينعي به الطاعنان على الحكم المطعون فيه بالمخالفة للقانون والفساد في الاستدلال، وفي بيان ذلك يقول

الطاعنان أنهما تمسكا أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بدفاع حاصله أن القرار المطعون فيه يتعلق بأمن الدولة، بحسبان أن المطعون ضده انضم للقوات العراقية إبان الغزو العراقي، بما يعد معه وضع القيد الأمني عليه يعتبر من أعمال السيادة التي تخرج عن الاختصاص الولائي للمحاكم، وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى باختصاصه بنظر الدعوى فإنه يكون معيباً يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي سديد؛ ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أعمال السيادة لا تنصرف إلا إلى تلك الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا أو بالإجراءات التي تتخذها الحكومة باعتبارها سلطة حكم في حدود وظيفتها السياسية، بما لها من سلطة عليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج، ومن ثم تكون المحاكم المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من الحكومة، وما إذا كان يُعد من أعمال السيادة أو لا يُعد كذلك، ويخضع تكييف محكمة الموضوع - لهذا الأمر لرقابة محكمة التمييز - لما كان ذلك وكان القرار الصادر من الطاعن بصفته بوضع قيد أمني على المطعون ضده هو عمل مادي بحت تتخذه الجهات الأمنية حفاظاً على الأمن العام بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة، وقد ورد بكتاب جهاز أمن الدولة التابع لوزارة الداخلية بوجود معلومات جدية بأن المطعون ضده انضم للقوات العراقية أثناء فترة الاحتلال العراقي الغاشم لدولة الكويت بتاريخ ١١/٥/١٩٩٠ من خلال التحاقه بالقوات العراقية وبالمعسكر الخاص لتدريب المقاتلين للجيش الشعبي، ومن ثم فإن وضع القيد الأمني يعتبر من أعمال السيادة ويتعلق بأمن دولة الكويت وسيادتها على مَنْ يقيم على أرضها، وهو الأمر الذي لا تختص فيه المحاكم من ولاية - وإن خالف الحكم الطعين هذا النظر فإنه يكون معيباً يستوجب تمييزه.

وحيث إنه وعن موضوع الاستئناف رقم ١٨٩٨/٢٠١٥ إداري صالح للفصل فيه، ولما تقدم وإن خالف الحكم المستأنف هذا النظر وقضى باختصاص المحاكم بنظر هذا الطلب الأمر الذي يتعين معه إلغاؤه والقضاء بعدم اختصاص المحاكم الولائي بنظر الدعوى.

حكمت المحكمة: بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه، وألزمت المطعون ضدها المصروفات وعشرين ديناراً أتعاب محاماة.

وفي موضوع الاستئناف رقم ١٨٩٨ لسنة ٢٠١٥ إداري بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، وألزمت المستأنف ضده المصروفات عن درجتي التقاضي وعشرين ديناراً أتعاب المحاماة".

## ثانياً - التعليق:

انتهت محكمة التمييز في حكمها محل التعليق إلى أن القيود الأمنية تعتبر من أعمال السيادة، وتتعلق بأمن دولة الكويت وسيادتها على مَنْ يقيم على أرضها، وهو الأمر الذي لا تختص فيه المحاكم من ولاية.

ولكن المحكمة عادت للقول: (لما كان ذلك وكان القرار الصادر من الطاعن بصفته بوضع قيد أمني على المطعون ضده هو عمل مادي بحت تتخذه الجهات الأمنية حفاظاً على الأمن العام بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة).

والسؤال الواجب طرحه هنا: هل وضع قيد أمني هو قرار إداري تتخذه الجهة الإدارية ويعتبر من أعمال السيادة، كما انتهت المحكمة في حكمها، أم هو عمل مادي بحت تتخذه الجهات الأمنية حفاظاً على الأمن العام، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون؟<sup>(١)</sup>

ذلك أن المحكمة في سياق حكمها جاءت بوصفين متناقضين للقيد الأمني، أولهما اعتبرت فيه القيد الأمني عملاً من أعمال السيادة، أما الثاني فاعتبرت القيد الأمني مجرد عمل مادي بحت.

ومن المستقر عليه في أحكام محكمة التمييز وجوب عدم الخلط بين القرار الإداري (ولو ارتقى إلى مقام أعمال السيادة) والعمل المادي، لأن القرار الإداري يتميز عن العمل المادي بأنه يكون مصحوباً بقصد إحداث تعديل في المراكز القانونية - في حين أن العمل المادي يكون دائماً مجرد واقعة مادية أو إجراء مثبتاً لها، ولا يقصد به تحقيق آثار قانونية معينة، ويكون دائماً مجرد نتيجة مادية<sup>(٢)</sup>.

وفي حكم آخر لها قررت (أن القرار الإداري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو عمل تفصح به جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة

(١) من المستقر عليه في أحكام محكمة التمييز الكويتية (أن ما يعتبر عادة عملاً إدارياً قد يرقى في ظروف سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة. كما أن ما يعتبر من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى أعمال الإدارة) - الطعن بالتمييز رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ تجاري، جلسة ١١/٢٥/١٩٨٧.

(٢) انظر: طعن بالتمييز رقم ١٤٨/٢٠٠٤ إداري، جلسة ٢٨/٣/٢٠٠٥.  
- ولدراسة موسعة عن التمييز بين القرار الإداري والعمل المادي انظر: كتاب د. عادل الطبطبائي: النظرية العامة للقرارات الإدارية السلبية، دراسة مقارنة - مطبوعات مجلس النشر العلمي. بجامعة الكويت. ٢٠١٧، ص ٣١-٣٣.

بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين، بما مؤداه، أن القرار الإداري يتميز عن العمل المادي بأن الأول يكون مسبوقاً أو مصحوباً بقصد إحداث تعديل في المراكز أو إجراء مثبتاً لها، ولا يقصد به تحقيق آثار قانونية معينة إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة<sup>(١)</sup>.

ويترتب على التمييز بين القرار الإداري والعمل المادي:

- القرار الإداري تختص المحاكم الإدارية بإلغائه والتعويض عنه إذا كان غير مشروع، ما لم يرق هذا القرار إلى مصادف أعمال السيادة، فعندها يخرج من اختصاص المحاكم لهذا السبب.

أما العمل المادي فهو يخرج من اختصاص القضاء الإداري، وتختص المحاكم العادية بنظر المنازعات المتعلقة به.

ولما كان التصرف أو العمل الواحد لا يمكن أن يكون له طبيعتان قانونيتان مختلفتان في آن واحد، بحيث يكون قراراً إدارياً وفي الوقت نفسه عملاً مادياً، فهو إما أن يكون قراراً إدارياً أو عملاً مادياً، فإنه يترتب على ذلك أن وصف الحكم للقيد الأمني بأنه: قرار إداري بوصفه عملاً مادياً بحت، لا يستقيم مع المنطق القانوني المجرد، مما كان يستلزم على الحكم عدم الاستطالة على وصف القيد الأمني بأنه عمل مادي بحت، لأنه بذلك يكون قد قرر عدم اختصاص القضاء الإداري بنظره، ومن ثم لا يستقيم أن ينتهى الحكم إلى عدم اختصاصه ولائياً بنظر النزاع المطروح عليه، وإنما كان على المحكمة أن تقضي بانتفاء القرار الإداري، لأن القيد الأمني مجرد عمل مادي لا يرتقي إلى مستوى القرار الإداري. ولكن المحكمة انتهت في حكمها إلى وصف القيد الأمني بأنه عمل من أعمال السيادة، وبالتالي يخرج عن نطاق اختصاصها الولائي، الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل أين وصف المحكمة للقيد الأمني بأنه عمل مادي بحت؟ فهل ما حدث هو مجرد استطراد من المحكمة لا محل له، ربما كان الأمر كذلك.

(١) انظر: الطعن بالتمييز رقم ٥٨ لسنة ١٩٩٦ تجاري، جلسة ١٧/٣/١٩٩٧.

- الطعن بالتمييز رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٠ تجاري، جلسة ١٠/٦/١٩٩٠.

- الطعن بالتمييز رقم ١٨٠ لسنة ٢٠١٤ إداري، جلسة ٨/٧/٢٠١٥.



## **L'œuvre complexe en droit tunisien de propriété littéraire et artistique**

**Dr. Baccouche Tarak**  
**Maître -assistant en droit privé**  
**I. M. C., Dubaï (E. A. U.) /Fa-**  
**culté de Droit de Sousse, Univer-**  
**sité de Sousse, (Tunisie)**

### **Abstract:**

The main objective of this study is to understand the different components of these complex creations and their common specificities by studying their nature and its implications on authors in general as well as these creations themselves.

As for its first part, this study mentions the different criteria the Doctrine and legislation were based on to classify these creations and study their specificities. Moreover, this approach shows these criteria's inability to deal with these creations especially in their digital form.

As far as the second part is concerned, it focuses on the necessity to go beyond the known criteria to classify these creations and to rely instead on the criterion of complicity between the group of components of the complex creations. Thus, both the material and moral aspects of a group help deal with the creations and classify the nature of the relations between their authors and different components.

The second part of the study establishes for the need to move beyond the current standards to divide complex works and rely on the overlapping character of the components of the standard elements of the complex works. The concept of the group 'ensemble' in its material and moral dimensions can surround the different complex workbooks and indicate the nature of the relations between their authors and their various elements.

Consequently, this may lead to very important results in relation to the need to acknowledge the distance between the interests of collective complex works and the self-interests of each author. In fact, this justifies the collective interest to estimate the total amount of the collective interest as well as the prevalence of rights among the contributing authors who are members in the collective works. Accordingly, the rights of ownership that belong to all of them become by no way divisible.

Le droit tunisien de propriété littéraire et artistique se conjugue au singulier. Le constat tient des textes tant il est vrai que le législateur tunisien semble retenir une conception personnaliste de l'auteur. Très souvent, l'auteur est cette personne qui, seule, crée l'œuvre et lui donne forme. Pour le législateur, l'effort de création est intrinsèquement solitaire. C'est manifestement le constat qui ressort de la lecture de la quasi-majorité des textes<sup>(1)</sup>.

Pour preuve, l'alinéa premier de l'article 4 de la loi n 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique ne pose-t-il pas en guise de définition : « *L'auteur d'une œuvre est, sauf preuve du contraire, celui sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». En droit tunisien, l'auteur est traditionnellement, mais pas exclusivement, défini par référence à la personne sous le nom de laquelle l'œuvre est divulguée. Tant par l'esprit que par la lettre, les textes militent en faveur d'une conception personnaliste qui reste, pour le législateur, la plus naturelle, et partant, la plus logique. Il faut convenir ici que la matière traitée se prête bien à cette conception moniste de l'auteur. La création est par essence solitaire.

Mais il arrive de plus en plus souvent, pour ce même législateur, d'envisager le contraire : plusieurs auteurs œuvrent ensemble pour créer. C'est un peu exceptionnel il est vrai, mais le législateur tunisien semble plus disposé aujourd'hui à l'admettre même s'il lui est difficile de se départir complètement de la conception personnaliste de l'auteur.

---

(1) V. par exp. les articles 9, 9 bis, 19, 27, 30... de la loi 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique, *JORT* 1994, n°17, p. 361 et suiv. telle que modifiée par la loi n°2009-33 du 23 juin 2009, *JORT* 2009, n°52, p. 1724 et suiv.

## Deux voies ont été empruntées.

Tout d'abord, l'acception personnaliste de l'auteur, le réduisant à une seule personne, est tempérée. Ainsi, par exemple, le second alinéa de l'art. 4 de la loi du 24 février 1994 précitée reconnaît, *expressis verbis*, la qualité d'auteur «aux agents d'une personne morale publique ou privée » lorsque, «dans le cadre de leur fonctions », ils produisent une œuvre<sup>(2)</sup>. Selon cette dernière disposition, l'œuvre salariale, produite dans ces conditions, revient auxdits agents<sup>(3)</sup>. Il s'agit manifestement d'une œuvre produite pour les besoins propres de la personne morale en question<sup>(4)</sup>. Peu importe que cette personne morale relève du droit public (EPIC, EPA, Associations...)<sup>(5)</sup> ou privé (sociétés civiles ou commerciales, GIE...). La personne morale sous le nom de laquelle l'œuvre est créée, ou divulguée, ou encore dans l'enceinte de laquelle et avec les moyens de laquelle l'œuvre a pu voir le jour, ne saurait prétendre, par cela même, à la qualité d'auteur. La simple mise à disposition des moyens matériels et techniques, si importante soit-elle, si nécessaire soit-elle, est insuffisante pour conférer à l'employeur -de droit public ou privé- la qualité d'auteur.

(2) Sauf, bien entendu, convention contraire et «exception faite du producteur d'œuvres cinématographique et audiovisuelles, qui demeure le propriétaire du droit d'auteur » (art. 5 préc.).

(3) Faut-il ici remarquer que, contrairement à l'œuvre littéraire salariale qui, au sens de la L. 1994, appartient aux personnes qui l'ont matériellement créée, l'œuvre industrielle inventée par les employés, au sens de la L. n°2000-84 du 24 août 2000 sur les brevets (*JORT*, 2000, n°68, p. 1983 et suiv.), appartient, en principe, à l'employeur au sens de l'art. 9 préc. de la L. V. sur l'ensemble de la question en droit français: Blaizot- Hazard (C.), «Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français », thèse, préface Delvové (P.), *Bib. dr. priv.*, tome 159, L. G. D. J., Paris 1991, p. 63 et suiv. ; p. 69 et suiv. Il en va de même en matière de logiciels (V. Blaizot- Hazard (C.), thèse précitée, p. 42 à 45). L'art. 43, al. 1<sup>er</sup> L. du 24 févr. 1994, précitée, prévoit en effet : « Sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs salariés d'un organisme dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'organisme employeur, auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs ». La même solution fut étendue aux organismes publics (art. 43 al. 2<sup>ème</sup>, L.). Tout autre est la solution lorsque le logiciel est réalisé sur commande (art. 44, L.).

(4) Autrement, la question n'aurait pas été posée: il faut que l'œuvre soit faite dans le cadre de leurs fonctions, affirme le texte, et on est tenté d'ajouter pour les besoins de leurs fonctions.

(5) Il faut étendre la même solution aux associations. Car il faut, *lato sensu*, entendre par personne morale publique toute personne morale de droit public. Cf. avec l'art. 9 de la L. n°2000-84 relative aux brevets qui définit, en matière d'invention salariale, l'employeur comme étant : «l'Etat, les collectivités locales, les établissements et les entreprises publics et tout établissement de droit privé ». Aux termes de la même disposition, l'employé serait « l'agent du secteur privé et l'agent du secteur public ».



Cette qualité nécessite beaucoup plus : pour qu'il y ait création littéraire il faut et il suffit qu'il y ait création originale au sens matériel<sup>(6)</sup>, donc apport positif de création. Et inversement : la qualité d'auteur ne résulte pas d'une attitude purement passive<sup>(7)</sup>. Il s'ensuit aussi que la qualité d'auteur appartient à toute personne qui a participé avec d'autres à la création de l'œuvre. Importe peu, à cet égard, le nombre des participants, l'ampleur de leur contribution, et même son importance ou son mérite. Tous ensemble, tout un chacun, selon le cas, jouissent de la qualité d'auteur.

Ensuite et plus fondamentalement encore, le législateur tunisien s'est rendu à l'évidence en reconnaissant franchement les œuvres complexes de nature collective, composite et de collaboration et, plus récemment, l'œuvre numérique<sup>(8)</sup>.

Toutes ces œuvres ont ceci de commun: elles supposent la participation de plusieurs personnes (coauteurs) et / ou l'existence de plusieurs apports littéraires ou artistiques<sup>(9)</sup>. Elles sont dites complexes par opposition à l'œuvre ordinairement créée par une seule personne (l'auteur).

La complexité tient donc à la pluralité des créations et / ou des créateurs. Son origine est donc double.

L'ambition de cet essai est de rechercher un critère commun embrassant toutes les catégories d'œuvres complexes permettant de

(6) V. par exemple en dr. français : C. A. Lyon (1<sup>re</sup> Ch.), 20 mars 2003, R. G. n°01/038, inédit, « *le réaménagement d'une ancienne place publique... n'est pas seulement fonctionnel et résultant uniquement des contraintes du cahier des charges, mais constitue bien une œuvre originale portant l'empreinte de la personnalité de ses auteurs se trouvant comme telle protégé par les... droits d'auteurs* ».

(7) On peut parfaitement le vérifier à propos des héritiers de l'auteur. Ces derniers qui tiennent de leurs *de cujus* des droits importants sont des ayants droit certes (V. en ce sens par ex. les articles 4 al. 2 ; 8 al. 3 ; 18 *in fine* ; 25...), mais pas des auteurs. Ils ne peuvent pas autoriser une représentation de l'œuvre contrairement à la volonté du *de cujus* (V. en ce sens : Trib. Gr. Inst., 3<sup>me</sup> Ch., *aff. En attendant Godo*, 15 oct. 1992, *Rev. trim. dr. com.* 1993, p. 98 obs. Françon).

(8) V. les articles premier (pour l'œuvre numérique) et 5 (à propos des œuvres de collaboration, composites et collectives) de la L. du 24 février 1994, précitée.

(9) Sur l'ensemble de la question, V. avec un intérêt tout particulier: Singh (A.), " Les oeuvres de l'esprit créées par plusieurs personnes en droit français", *Cahiers de propriété intellectuelle*, mai 1998, Vol. 10, No 3, p. 581 et suiv.; consultable également sur: <http://cpi.robic.ca/Cahiers/10-3/08Singh%20W97.html>.



déterminer leur régime juridique. La spécificité des œuvres complexes tenant de leur nature même obligerait à leur réserver un critère de qualification propre.

A cet effet, nous proposons d'étudier les critères possibles de qualification dans une première partie (I) avant d'avancer le critère qui, le mieux, répondrait aux différentes contraintes juridiques de la matière (II).

## **I / Critères possibles de qualification**

La définition de l'œuvre de collaboration dans l'article 5 de la L. recèle tous les éléments de la question. Qu'il nous soit permis de nous y attarder dans les développements qui vont suivre sans pour autant négliger les autres formes d'œuvres qui seront ultérieurement étudiées.

Aux termes de l'alinéa premier de l'article 5 de L., l'œuvre de collaboration est *«l'œuvre à la création de laquelle ont concouru deux ou plusieurs personnes physiques dont les contributions sont inséparables les unes des autres»*. L'accent, en l'occurrence, est double : le concours de ces différentes personnes - que le législateur se garde volontiers de désigner explicitement comme auteurs - et leurs contributions, qui, d'après la même disposition, doivent être inséparables. C'est l'exemple type de l'œuvre complexe qui en présente les traits saillants.

A y regarder de très près, trois critères concurrents s'imposent ici avec force : celui du nombre (plusieurs personnes), celui d'objet (contributions inséparables) et, enfin, un critère mixte qui rallie le nombre à l'objet. A chacun de ces critères, nous réservons un paragraphe

A/ La pluralité d'auteurs, critère de qualification des œuvres complexes

L'œuvre collaboration est tout d'abord, l'œuvre à laquelle ont participé deux ou plusieurs personnes (art. 5 al 1<sup>er</sup>, préc.). C'est le critère du nombre qui prime. Et c'est également le premier qui vient tout naturellement à l'esprit pour qualifier pareille œuvre. En somme, est de collaboration l'œuvre produite par plusieurs personnes à la fois. La pluralité de participants est manifestement une condition *sine qua non* pour qualifier l'œuvre de collaboration<sup>(10)</sup>. Elle pose également le caractère plural de l'œuvre de collaboration.

(10) La définition est d'ailleurs conforme au sens étymologique de la collaboration (co-élaboration) qui signifie élaborer en commun.

Il faut ici entendre par œuvre plurale l'œuvre faite de concert (*in concerto*), par plusieurs personnes (que le législateur qualifierait, en l'occurrence, de collaborateurs) animées par un même esprit, par une même finalité, associant « *leurs efforts artistiques dans une totale intimité spirituelle*<sup>(11)</sup> et révélant « *une communion artistique*<sup>(12)</sup>. Il serait certes difficile de concevoir, dans l'absolu, une pluralité de personnes habitées par la même inspiration. Chaque auteur poursuit un intérêt qui lui est propre et, logiquement, sa contribution dépendrait de cet intérêt strictement personnel. Il serait erroné de négliger le fait ou de le minimiser. La cause subjective présidant à la contribution de chaque auteur diffère d'un auteur à un autre. Et il serait absurde ici d'affirmer le contraire<sup>(13)</sup>.

Mais il reste qu'au-delà de leur différence indéniable, chaque collaborateur contribue, communément avec d'autres, à une œuvre. L'œuvre plurale au sens de cet essai tient à cette volonté qui anime plusieurs auteurs de créer ensemble, donc d'œuvrer ensemble pour un tout qui serait bien distinct de la contribution de chacun; un tout qui rassemblerait leurs créations respectives et leur donnerait un nouveau sens littéraire. Cette volonté commune des collaborateurs est le propre de l'œuvre plurale au sens de cet essai<sup>(14)</sup>.

(11) C. A. Paris, 7<sup>ème</sup> Ch., *aff. Prince Igor*, 8 juin 1971, *D.* 1972, p. 383, note Edelman, *Rev. trim. dr. com.* 1973, p. 268 obs. Debois, et sur pourvoi: Civ. 1<sup>re</sup> 14 nov. 1973, *Bull. civ.*, I, n°390 (Rejet); *R. I. D. A.*, avr. 1974, p. 66; *Gaz. Pal.* 1974, I, 94; *Rev. trim. dr. com.* 1974, 514 obs. Debois (à propos d'une œuvre composite reprenant une œuvre de collaboration).

(12) C. A. Paris, 8 juin 1971, préc., *cf.* à propos d'une œuvre collective: Civ. 1<sup>re</sup>, 21 oct. 1980, *D.* 1981, *Inf. rap.* p. 82 affirmant qu'une: «une communauté d'inspiration et un concert entre les membres de l'équipe n'excluent pas nécessairement l'existence d'une œuvre collective». *Cf.* avec Singh (A.), article préc.

(13) Comment en serait-il autrement, lorsque la contribution d'un auteur ou d'un co-auteur décédé est incorporée dans une œuvre composite? Sauf à supposer l'existence d'une œuvre *post mortem* (!), il ne peut y avoir en l'occurrence une intimité de pensées animant les co-auteurs. Dans l'affaire *Prince Igor*, précitée, la qualification d'œuvre de collaboration a été rejetée par la Cour d'appel de Paris au profit de celle œuvre composite. L'un des soi-disant collaborateurs était, en fait comme en droit, un auteur à part entière. Son œuvre (fragments d'opéra) fut conçue et achevée de son vivant avant d'être incorporée après sa mort à une œuvre de collaboration. Le tout, formant, dit la Cour d'appel de Paris à juste titre, une œuvre composite. Faute d'intimité spirituelle entre l'auteur décédé et les coauteurs survivants qui ont repris ses répartitions, point de collaboration conclut fort justement l'arrêt précité de la Cour d'appel.

(14) Cette volonté tient au fait que l'acte est de nature collectif. (V. sur l'ensemble de cette notion, Roujou De Boubée (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, thèse, *Bib. dr. priv.*, tome 213, *L. G. D. J.* 1961).

Cette volonté forge, en outre, l'intérêt collectif de l'ensemble des collaborateurs (par opposition à l'intérêt individuel de chacun d'entre eux) qui consiste désormais en la réussite de l'entreprise commune, c'est-à-dire, pour ce qui nous concerne, l'œuvre de collaboration. Et il va de soi que cet intérêt collectif formera la cause objective de l'œuvre plurale.

Mieux encore : cet intérêt confondrait la pluralité des collaborateurs en une seule et unique partie. Car force est d'admettre que la qualité de partie dépendrait exclusivement de celle d'intérêt en ce sens bien précis qu'il y a autant de parties que d'intérêts opposés<sup>(15)</sup>.

Au fond, l'interdépendance des notions de « partie » et « d'intérêt » n'est plus à démontrer aujourd'hui<sup>(16)</sup>. Il est bien acquis, en droit privé tout au moins, que l'identité d'intérêt de plusieurs sujets de droit leur confère la qualité de partie. La chose a été notamment vérifiée à propos des actes collectifs conjonctifs, actes supposant toujours une partie plurale car ayant un seul et même intérêt<sup>(17)</sup>.

On peut reprendre, *mutatis mutandis*, le même raisonnement. Poursuivant la même finalité et ayant le même intérêt, les auteurs d'une oeuvre de collaboration doivent être traités comme une et seule partie : une partie plurale. Et pour cause : l'intérêt collectif lie juridiquement les uns aux autres, il les soude en un seul et unique sujet de droit.

Le droit privé tunisien n'est pas insensible à cette approche ; il offre quelques exemples qu'on peut utilement citer. Les contrats ou statuts de sociétés, les résolutions prises par la communauté des associés<sup>(18)</sup>, notamment celles des AGO et AGE ou encore celles prises par les obligataires, l'accord du règlement amiable conclu entre l'entreprise et ses

(15) La partie plurale est une partie ayant un même et unique intérêt dans un acte collectif conjonctif. Ce dernier est défini, par M. le Professeur Remy Cabrillac (Acte juridique conjonctif, thèse, *Bib. dr. priv.*, tome 213, *L. G. D. J.* 1990, n° 319 et suiv.) comme étant « l'acte par lequel plusieurs personnes sont rassemblées lors de sa formation ou postérieurement, au sein d'une même partie, c'est-à-dire par un même intérêt, défini par rapport à l'objet de l'acte ».

(16) Cf. avec Roujou De Boubée, thèse précitée, p. 81 et suiv. à propos du contrat plurilatéral dans lequel les obligations sont assumées par une partie « non pas à l'égard d'une autre, mais à l'égard de toutes les autres ».

(17) Cabrillac, *locus op. cit.*

(18) Cabrillac, thèse préc., n° 264, p. 145 et n° 271 (in *fine*), p. 148 ; Roujou De Boubée, thèse précitée, p. 88, cf. Flour et Aubert, Les obligations- 1. L'acte juridique, 8<sup>ème</sup> éd. Armand Colin, Paris 1998, n° 515, p. 376.



créanciers en application de l'article 11 de la L. n 95-34 du 17 avril 1995 sur le redressement judiciaire, les actes de gestion accomplis par les coindivisaires... sont autant d'exemples d'actes conjonctifs qui supposent une volonté collective, et partant, un intérêt unique. Tous ces actes mettent en présence une partie plurale, ayant un même intérêt, et qui est traitée par le législateur *ès qualité*.

On est alors tenté d'accueillir, *ratione legis*, le même raisonnement. La raison en est fort simple ; tout comme les actes collectifs conjonctifs, voire même plus, l'œuvre de collaboration est une œuvre forcément produite par une partie plurale, soudée par un même et unique intérêt juridique et inspirée d'une volonté commune de créer.

On peut abonder dans ce sens et soutenir qu'en droit privé, l'unité d'intérêt lie les membres de la communauté dans les liens du droit (obligation *in solidum*, obligation solidaire, obligation conjointe...). A deux reprises en effet, le Code des obligations et des contrats retient dans des termes identiques l'idée selon laquelle la solidarité pourrait bien « *être la conséquence nécessaire de la nature de l'affaire* » (art. 163, al.1<sup>er</sup> et art. 174). Et l'alinéa deuxième de l'article 163 COC ajoute fort opportunément « *lorsque plusieurs personnes stipulent une seule prestation conjointement et par le même acte, elles sont censées avoir stipulé solidairement* ».

Dès lors, il n'est pas hors de propos de s'interroger si les contributions faites dans le cadre d'une œuvre de collaboration ne feront pas naître un lien de droit entre ses différents participants. Ce lien qu'il conviendrait de qualifier serait la « *conséquence nécessaire de la nature de l'affaire* » ; et de se demander, toujours dans le même sens, s'il ne fallait pas considérer les contributions des uns et des autres comme des « *prestations conjointes* » au sens de l'article 163 al. 2 COC. La nature même des prestations fournies dans l'œuvre de collaboration n'autorise-t-elle pas l'existence de ce genre de lien qui serait la marque de l'œuvre plurale de collaboration ?

En d'autres termes, de façon plus claire, bien qu'il existe des différences de taille entre le cas de figure des articles 163 et 174 COC et la question qui nous intéresse, il demeure à tout le moins acquis que le droit positif tunisien réserve à la « *prestation conjointe* » un régime particulier.



La tentation est alors grande de rapprocher cette « *prestation conjointe* » de celle fournie par les collaborateurs d'une œuvre de collaboration. Certes, faute de stipulation expresse, le rapprochement ne doit pas conduire à reconnaître une solidarité liant les collaborateurs d'une œuvre de collaboration, mais force est de convenir à l'existence d'un *certain lien de droit* entre les différents co-auteurs de l'œuvre plurale.

A l'image du *jus fraternitatis* qui anime les associés d'une entreprise sociétaire, les collaborateurs d'une œuvre de collaboration seraient, toute proportion gardée, dans une situation proche<sup>(19)</sup>. L'intimité spirituelle des collaborateurs et leur communion artistique remplacent ici l'*affectio societatis*. Ce rapprochement qui s'impose naturellement ne doit pas conduire à une assimilation pure et simple des notions de collaborateur et d'associé ; les deux notions rendent compte des réalités bien différentes et obéissent, par la même, à des régimes différents.

## **B / L'unité d'objet comme critère de qualification de l'œuvre plurale**

La pluralité des auteurs n'est pas le seul critère pour caractériser l'œuvre complexe. Il se peut que ce critère soit évincé par le critère de l'unité d'objet. Dans cette hypothèse, l'objet de l'œuvre, forgé de plusieurs prestations, servira seul pour qualifier l'œuvre complexe.

(19) Cela est d'autant plus vrai que rien n'empêche qu'une œuvre de collaboration soit la propriété d'une maison d'édition (société commerciale par la forme). La tentation est bien réelle en l'occurrence de prendre les collaborateurs pour des associés. Cela est d'autant plus vrai que, dans certains cas, les collaborateurs sont dans une situation très proche des associés d'une société créée de fait. Cf. avec Jaquier (S.), « Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur », thèse, préface Gautier (P-Y), Aix-Marseille, Institut du droit des affaires, *PUAM*, 2001, note 206 de bas de page 84 où l'auteur a pu écrire « la situation des co-auteurs d'une œuvre de collaboration peut dès lors être rapprochée de celle des associés d'une société ». La note renvoie à un article du Pr C. Saint - Alary -Houin (« les critères distinctifs de la société et l'indivision depuis les réformes du Code Civil », article, *Rev. trim. dr. com.* 1979, p. 686 et suiv.). Compr. avec S. Becquet, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2003, *D.* 2003, jurispr. comm., p. 1089, n° 11 où on peut lire sous la plume de l'auteur, à propos de l'exploitation de l'œuvre originale incorporée dans une œuvre composite : « La circulation de ces titres au profit d'un des contributeurs à l'occasion de l'exploitation séparée ne semble d'ailleurs pas contraire à l'*affectio societatis* qui doit présider à la collaboration. L'œuvre qui en résulte étant animée d'une communauté d'inspiration, il ne paraît pas normal, pour que les règles puissent produire leurs plein effet, d'autoriser le contributeur à mettre au service de sa propre création des éléments qui proviennent pas de son fonds, dès lors que leur fonction ne leur permet pas d'engager la substance de l'œuvre commune ».

**L'œuvre collective est un bon exemple à citer.**

Dans une œuvre complexe de nature collective, la contribution de chacun se fond, sous la houlette d'un directeur<sup>(20)</sup> « dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé » (cf. avec l'art. L. 113-2 du C. P.I. français qui retient une formule analogue)<sup>(21)</sup>. Cet ensemble unique mais composé de plusieurs éléments - que constituent les prestations- forme une nouvelle œuvre, sous la direction d'une personne qui l'a pensée intellectuellement. Cette personne rassemble les différents éléments de l'ensemble et assure sa cohérence.

En règle générale, le droit d'auteur revient d'après l'article 5 dernier alinéa précité au « commanditaire » de l'œuvre, c'est-à-dire la personne qui a conçu *ab initio* l'œuvre et pris l'initiative de sa réalisation matérielle. Cette personne a, en droit, ordonné la réalisation et l'édition de l'œuvre, et s'est chargée, en fait, de la coordination et de l'harmonisation des ses composantes.

Il faut observer ici que contrairement à l'œuvre de collaboration où les contributions, bien qu'inséparables, gardent leur individualité, l'œuvre collective fond - au sens premier du mot- toutes les prestations au point de ne pouvoir les démêler<sup>(22)</sup>. On ne peut à coup sûr rattacher tel élément de l'ensemble à telle personne. Un juriste de Droit des contrats conclurait à l'impossibilité de « ventiler » l'œuvre, c'est-à-dire à l'impossibilité de

(20) Le directeur d'une œuvre collective pourrait bien être une personne physique ou morale qui prend l'initiative de créer l'œuvre, assure matériellement et intellectuellement la direction des différentes prestations, et se charge le plus souvent de l'édition de l'œuvre. Celle-ci doit, en tout état de cause, être divulguée sous le nom de son « prometteur ». Mais l'absence des directives de la part de la personne sous le nom de laquelle l'œuvre sera divulguée au public ainsi que l'exécution de l'œuvre en toute liberté devrait, en toute logique, empêcher de voir en elle une œuvre collective. V. en ce sens Paris, 1<sup>re</sup> Ch. B., 25 sept. 1987, *D.* 1988, somm. comm. 205, obs. Colombet; Paris 4<sup>me</sup> Ch. B., 25 fév. 1988, *D.* 1989, somm. comm. 43, obs. Colombet.

(21) V. en dr. fr.: Civ. 1<sup>re</sup>, 16 nov. 2004, *Droit de l'immatériel*, janv. 2005, N 1, p. 17, obs. L. Costes (la Cour d'appel a pu légalement déduire, à propos du dictionnaire le Robert, « que la contribution personnelle des divers auteurs s'était fondue dans l'ensemble en vue duquel il avait été conçu, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun un droit distinct sur l'ensemble réalisé ; qu'elle a ainsi légalement justifiée sa décision de qualifier ' Le Petit Robert ' d'œuvre collective... »); cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 oct. 1980, *Bull. civ.*, n265, *D.* 1981, *Inf. rap.* 82, obs. Colombet.

(22) Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993, *R. I. D. A.* 1993, n° 158, p. 203. Cf. avec Singh (A.), article préc.

rattacher les différentes parties et / ou sous parties d'une œuvre collective à leurs auteurs respectifs.

Rétrospectivement, on peut remarquer que le caractère inséparable des contributions dans une œuvre de collaboration tient de la volonté commune des collaborateurs. Il signifie tout simplement que les différentes contributions ne sauraient être séparées sans altérer, par là même, la cohérence de l'ensemble. En d'autres termes, l'imputation de l'œuvre de l'une de ses contributions nuirait à l'ensemble certes, mais, à proprement parler, la chose resterait toujours possible. L'œuvre de collaboration s'en sortirait seulement mutilée. C'est qu'en définitive, le caractère inséparable des différentes contributions est délibérément consenti par ses coauteurs. L'indivisibilité n'est pas du propre de l'œuvre de collaboration. Elle est en l'occurrence voulue. Elle résulte de la volonté collective des collaborateurs et de la cause objective qui les unit<sup>(23)</sup>.

Rien de tel en matière d'œuvre collective. Les différentes prestations fusionnent, sans qu'il soit possible de déterminer isolément chaque apport, et partant, la part de chaque participant<sup>(24)</sup>. Les ajouts -dont chaque prestation a bénéficiée- rendent difficile, voire impossible, de pouvoir remonter à la prestation initiale du participant<sup>(25)</sup>. C'est le critère retenu par un arrêt de la Cour de cassation française pour distinguer les œuvres collectives des œuvres de collaboration<sup>(26)</sup>. Pour casser l'arrêt de la Cour d'appel qui avait déduit l'existence d'une œuvre de collaboration, la première chambre civile avait relevé l'absence des « *parts respectives de création des différentes personnes qui, ayant concouru à l'élaboration de*

(23) L'exemple de l'encyclopédie rend parfaitement compte du propos. On peut enlever un article à l'ouvrage sans que cela remette en cause son existence, même si l'ensemble en ressortirait mutilé. Le caractère inséparable doit donc s'apprécier intellectuellement et non matériellement.

(24) L'exemple type est la « Une » du journal, considérée comme œuvre collective. V. en ce sens tout particulièrement : C. A. Paris, 4<sup>me</sup> Ch. B., 25 oct. 1990, *D.* 1992, somm. comm. p. 14, obs. Colombet.

(25) Cf. C. A. Paris, 18 juill. 1985, *D.* 1986, *Inf. rap.* 182, obs. Colombet (un groupe de traduction); Trib. Gr. Ins. Seine, 3<sup>me</sup> Ch., 16 mai 1969, *R. I. D. A.*, janv. 1970, p. 213, note A. Schmidt (dictionnaire musical); Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 1994, *R. I. D. A.*, avr. 1995, p. 305 (un livre catalogue qualifié d'œuvre collective, pour la Cour, l'œuvre ne résulte « *ni d'une concertation, ni d'un travail en commun des collaborateurs* ». La coordination a été assurée par une personne morale sous le nom de laquelle l'œuvre a été divulguée; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 nov. 2004, *Droit immatériel*, janv. 2005, p. 15, N°1, obs. L. Costes (pour un dictionnaire *Le petit Robert*).

(26) Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993, *R. I. D. A.* 1993, n°158, p. 203.



*l'œuvre litigieuse, aurait pu éventuellement prétendre à la qualité de coauteurs*<sup>(27)</sup>. Cette détermination serait toujours possible, car l'indivisibilité d'objet des œuvres de collaboration est simplement voulue, recherchée par les coauteurs; elle ne coule pas de source; elle n'est pas de fait; elle est seulement intellectuelle. Dès lors, on pourrait remonter aux différentes contributions, donc les rattacher à leurs auteurs respectifs. Mais lorsque cette indivisibilité est *ab initio* de fait, il devient impossible de démêler les différentes contributions déduit, fort justement, l'arrêt du 24 mars 1993: « *D'où s'ensuivait l'impossibilité d'attribuer à chacune d'entre elles un droit indivis sur l'ensemble créé, divulgué et exploité*<sup>(28)</sup> ».

### Raisonnons sur un exemple.

La prestation du pigiste ou d'un correspondant de presse qui a été corrigée (coquilles, fautes d'orthographe, de style...), mise en forme (mise en page, photos ou documents d'illustration, légendes...) et revue (coupure de certaines phrases voire la suppression des paragraphes entiers, ajouts des références, renvois à des travaux ou articles précédemment publiés, citations des sources...) garde difficilement sa version d'origine<sup>(29)</sup>. A cela s'ajoute le fait que, dans certaines maisons de presse, les articles publiés doivent répondre à une ligne éditoriale<sup>(30)</sup>, annoncer une certaine couleur (politique, artistique, religieuse, sportive...) et véhiculer certaines valeurs<sup>(31)</sup>. Ces différents aménagements, ajouts, et coupures - lorsqu'ils existent - porteront aussi bien sur la lettre de la prestation initiale et donc, sa forme, que sur son esprit. La chose est sans doute vraie lorsque le correspondant de presse transmet oralement son article (par voie de téléphonie, câbles, télégrammes...) à sa rédaction.

(27) Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993, préc.

(28) Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993, préc. Et la Cour de cassation de conclure: «... la Cour d'appel, en refusant de reconnaître à celle-ci, jusqu'à preuve contraire, la qualité de propriétaire d'une œuvre collective, et le droit d'agir contre les contrefacteurs a violé les textes visés...Casse... ».

(29) Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec la contribution du journaliste dans un magazine lorsqu'elle est parfaitement identifiable. Cf. Thoumyre (L.), « L'ensemble journalistique entre le collectif et la collaboration », *Cahiers de propriété intellectuelle*, Vol.12, N°2, 2000, pp. 421-448, n

(30) Ligne ou esprit éditorial ou rédactionnel dirait certains, V. par exp. Thoumyre, article préc.

(31) Cela est d'autant plus vrai que la presse est, en principe, une activité libre et non commerciale. Deux ingrédients qui la rendent perméable aux courants et idéologies de tout genre.



Cette pratique, fort répandue aux débuts du journalisme, n'a pas complètement disparu. Le télex, internet, *twitter*..., entre autres, ont remplacé, dans les agences de presse les vieux outils. De ce fait, l'objet de l'œuvre se trouve irréversiblement modifié.

Cette décomposition -recomposition de l'objet- marque et caractérise l'œuvre collective. En effet, dans toute œuvre collective, il y a forcément imbrication de deux éléments : le « donné » qui en constitue la matière première et le « construit » qui résulte des différentes modifications apportées. Le « donné » serait, dans l'exemple de notre correspondant de presse, l'information en son état brut ; dans celui du pigiste, le « premier jet d'encre », la copie zéro avant tout traitement. Le « construit » résulterait des modifications qui ont été prodiguées et qui donneraient forme à l'œuvre (corrections, ajouts, coupures, légendes, notes, références,...). C'est le *rewriting*<sup>(32)</sup>.

Le donné (l'élément - prestation initiale) et le construit (élément - contribution) forment l'objet final de l'œuvre collective. Cet objet unique en droit et pluriellement composé, en fait, est le résultat d'une fusion totale et absolue entre la prestation initiale (le donné) et la forme sous laquelle il a été divulgué et communiqué au grand public (le construit). Et il s'ensuit de cette fusion l'indivisibilité de l'objet de l'œuvre collective.

Cette indivisibilité est, tout d'abord, d'ordre matériel<sup>(33)</sup>, car touchant la forme même de l'œuvre. Cette indivisibilité est, ensuite, d'ordre intellectuel en ce sens qu'elle correspond à la conception de la personne qui a pris l'initiative de créer l'œuvre (l'éditeur) et qui a donné les directives et « indications nécessaires à son équipe pour parvenir à la réalisation de l'œuvre<sup>(34)</sup>. C'est cette même personne, on ne le dit pas

(32) *Rewriting* est un anglicisme qui signifie réécriture provenant du verbe *rewrite* qui a donné en français le verbe *rewriter* (réécrire).

(33) L'indivisibilité matérielle de l'objet même de l'œuvre collective devrait, en principe, suffire pour la distinguer de l'œuvre de collaboration dans laquelle les contributions sont intellectuellement inséparables. L'inverse n'est pas pour autant vrai. La jurisprudence française rappelle souvent que le fait que les 'contributions' des auteurs soient identifiables ne suffit pas à exclure l'existence d'une œuvre collective. Bien plus, l'existence d'une intimité spirituelle n'exclut pas forcément l'existence d'une œuvre collective d'après l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation française du 21 oct. 1980, préc. (*D.* 1981, *Inf. rap.* 82).

(34) V. Thoumyre L., article préc., n°22.

assez, qui a pris la charge de réaliser l'ensemble en le fédérant. Et cette personne d'intervenir directement sur l'objet même de l'œuvre. Elle peaufine cet objet disparate et abrupt, et lui donne sa forme définitive. L'unité d'objet tient de cette intervention qui fait de l'œuvre « *une chose ou un fait qui n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle* » au sens de l'article 191 COC<sup>(35)</sup>.

Force est de constater, de surcroît, que l'objet est indivisible non pas par la volonté de plusieurs personnes (œuvre de collaboration), mais par la volonté d'une seule (œuvre collective). Cette personne est présumée par le législateur être l'auteur de l'œuvre collective. L'unité d'objet, fruit de son labeur, s'est produite sur sa tête et lui réserve seul la qualité d'auteur.

La comparaison entre l'œuvre de collaboration et l'œuvre collective fait clairement ressortir que, contrairement à la première œuvre où il existe plusieurs auteurs (les co-auteurs) pour réaliser une seule œuvre, la deuxième postule l'existence d'un seul auteur fédérant plusieurs prestations. Le caractère plural tient, dans la première hypothèse, du nombre des participants, alors que dans la seconde résulte du nombre des participations fusionnant en un seul objet.

### **C/ Le critère mixte de qualification**

Le critère mixte rallie le critère du nombre à celui de l'objet. Il suppose une œuvre à laquelle ont participé plusieurs auteurs (critère du nombre) versant leurs contributions respectives en une seule œuvre (critère d'objet)<sup>(36)</sup>.

Le droit tunisien de propriété intellectuelle fourmille d'exemples de ce genre.

---

(35) Il va sans dire ici que l'œuvre n'est ni une chose ni un fait. La définition de l'indivision de l'article 191 vise manifestement et en premier lieu les biens matériels (par opposition aux droits intellectuels et / ou immatériels).

(36) V. avec un intérêt particulier l'article Mr Mouron (Ph.) qui relève les difficultés de qualification de la bande dessinée « Les pieds Nickelés » qui tiennent de la pluralité des co- auteurs, mais aussi de la reprise de la série, tombée dans le domaine public, par d'autres. Une qualification distributive n'est pas exclue (Mouron (Ph.), La nature juridique des ' Pieds Nickelés'- Pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications, article, *Rev. Lamy droit de l'immatériel*, N°38, mai 2008, pp. 68 à 74, consultable également sur : [www.junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/PLA/chron-piedsnickelés.pdf](http://www.junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/PLA/chron-piedsnickelés.pdf), V. les pp. 7 et suiv.).

Le premier exemple provient des œuvres de collaborations précédemment évoquées.

L'article 5 al. 1<sup>er</sup> ne les définit-il pas comme étant l'œuvre à la création de laquelle ont concouru deux ou plusieurs personnes physiques (critère du nombre) dont les contributions sont inséparables les unes des autres (critère d'objet), même si le premier prévaut sur le second.

Hormis l'existence d'une partie plurale, force est de relever l'existence des contributions intellectuellement inséparables et matériellement identifiables, qui concourent pour former l'objet de l'œuvre. L'imbrication de ces contributions forme l'unité d'objet<sup>(37)</sup>. De ce fait, on ne peut raisonnablement séparer une seule contribution sans troubler, par là même, l'unité de l'ensemble. Et c'est certainement cette unité intellectuelle qui renforce l'œuvre complexe dans sa forme et partant, dans son objet.

Autrement dit, au delà de la pluralité des participants qui est l'élément humain de l'œuvre de collaboration, il y a, en l'occurrence, unité intellectuelle d'objet qui transcende la diversité des contributions et leur donne une forme littéraire ou artistique propre. L'unité d'objet, ajoutée à l'unité d'intérêt, gomme la pluralité et des participants et des contributions respectives, même si elles relèvent de « *genre différents* »<sup>(38)</sup>.

L'article 5 alinéa deuxième, précité, n'est pas hostile à cette analyse. Il dispose, en effet : « *le droit d'auteur dans ce cas est la propriété collective de toutes les personnes qui ont concouru à sa réalisation* ».

Cette propriété collective traduit parfaitement l'unité d'objet<sup>(39)</sup>. Elle forge la communauté des collaborateurs et l'investit d'une propriété collective<sup>(40)</sup>. L'intérêt de la partie plurale ne tient plus désormais de leur

(37) L'imbrication est pour l'œuvre de collaboration c'est que la fusion est pour l'œuvre collective.

(38) Cass. fr., Civ. 1<sup>re</sup>, 29 avr. 1975, *Bull. civ.*, I, n°147, p. 126 « *Mais attendu qu'il résulte des articles 9 et 10 de la Loi du 11 mars 1957 que l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs, même si leurs participations respectives relèvent de genres différents* ».

(39) Le concept de propriété est peu commode ici pour relever l'unité d'objet. Cette unité est essentiellement intellectuelle. Elle caractérise l'œuvre de collaboration, même si la jurisprudence française ne l'exclut pas pour les œuvres collectives (V. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 oct. 1980, préc.).

(40) Il s'ensuit qu'aucun collaborateur n'est reçu à se faire attribuer l'œuvre au détriment du reste. L'œuvre revient à tous les coauteurs. Il s'ensuit également que la contribution de chaque participant obéit à un régime spécifique qui traduit « l'appropriation collective de l'œuvre » ; cf. avec la deuxième partie.



seule volonté commune de créer mais, aussi et surtout, de leur appropriation commune de l'objet créé. Vus sous cet angle, les collaborateurs se trouvent manifestement dans une situation très proche des copropriétaires.

### **Le deuxième exemple, typique, a trait aux œuvres composites.**

D'après l'article 5, alinéa 3, précité, l'œuvre composite est, comme son nom l'indique, composée de deux œuvres au moins, une œuvre ancienne étant incorporée dans une nouvelle œuvre. Le droit d'auteur revient dans ce cas de figure à l'auteur de la nouvelle œuvre, sans préjudice, bien entendu, des droits d'auteur de l'œuvre incorporée. L'auteur de l'œuvre composite doit préalablement requérir le consentement de l'auteur de l'ancienne œuvre. L'hypothèse est très fréquente en pratique. Elle concerne, pour ne citer que des exemples, les œuvres d'anthologie littéraires ou musicales, les films documentaires, ou historiques...

Certaines œuvres sont, par leur nature même, donc intrinsèquement composites. Tel est le cas notamment des œuvres d'anthologies. Les alinéas premier et second de l'article 6 de la Loi citent bon nombres d'œuvres<sup>(41)</sup> qui postulent deux éléments: l'existence d'une œuvre originelle<sup>(42)</sup> incorporée dans la nouvelle œuvre d'une part et, d'autre part, l'accord de l'auteur de l'œuvre originelle. Le tout sans préjudice des droits des auteurs des œuvres originelles, affirment invariablement les alinéas précités.

Il faut ici garder constamment présent à l'esprit que l'œuvre originelle est une œuvre à part entière qui génère des droits d'auteur propres et que l'œuvre composite ne l'est pas moins<sup>(43)</sup>. L'auteur de

(41) Il s'agit des « *traductions, adaptations, transformations ou arrangements des œuvres littéraires et artistiques...* » (art.6, al. 1<sup>er</sup> L.) et des « *... recueils d'œuvres, tels que... les anthologies, des recueils d'expression du folklore ou les bases de données comprenant de simples faits ou des données...* » (art. 6, 2<sup>ème</sup> al. L.).

(42) Le législateur utilise les termes « *œuvres originales* » (peut-il en être autrement eu égard aux conditions de reconnaissance de la qualité d'œuvre?) pour désigner œuvres originelles, par référence à l'origine. Cette terminologie défailante fut rectifiée dans le second alinéa de l'art. 6, L. préc.

(43) V. par exemple C. A. Paris, 7<sup>me</sup> Ch., 8 juin 1971, *aff. Prince Igor*, préc. Les faits de l'espèce révèlent que l'œuvre composite, un opéra en l'occurrence, est constitué de deux œuvres



l'œuvre composite est l'auteur d'une œuvre nouvelle qui, de ce seul fait, est digne de protection.

A aller au fond des choses, la contribution de l'auteur de l'œuvre composite doit être bien réelle. L'œuvre composite est une œuvre nouvelle; elle ne saurait se réduire à une simple reprise de l'œuvre originelle. La contribution de l'auteur de l'œuvre composite doit dominer l'ensemble. Elle ne doit être ni accidentelle ni secondaire (*cf.* avec l'art. 16 L.). Elle doit être caractéristique et imprégner toute l'œuvre. Elle doit lui donner son originalité.

Le rapport entre l'œuvre originelle et l'œuvre composite est un rapport d'inclusion: l'objet - ou une partie de l'objet- de l'œuvre originelle figure, en l'état, dans l'œuvre composite. Cet élément exogène doit, sous peine de mutilation de l'œuvre originelle elle-même, être parfaitement repérable et identifiable dans l'œuvre composite. Il y est tout simplement inclus.

La coexistence - dans une seule œuvre- d'une œuvre ancienne à laquelle vient s'ajouter la contribution de l'auteur de l'œuvre composite donne naissance à une œuvre nouvelle. Il y a, *a priori*, comme une adaptation de l'objet de l'œuvre originelle par l'œuvre nouvelle ou mieux, une assimilation de l'objet de l'œuvre originelle par l'œuvre nouvelle, parfois même une absorption pure et simple de la première par la seconde.

En tout état de cause, l'œuvre composite se démarque par la coexistence de deux œuvres dont l'une (élément- contribution) domine, par son objet et sa forme, l'autre (œuvre originelle). Cet élément - contribution en constitue l'élément caractéristique et lui confère son originalité.

### **La même solution est retenue pour le logiciel.**

Aux termes de l'article 45 L., l'auteur du logiciel « *ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel par les tiers dans la limite des droits qu'il leur a*

---

= séparées: l'une appartenant à un auteur décédé, l'autre est une œuvre de collaboration entre deux musiciens. Dès lors, «... il en résulte que le *Prince Igor* constitue entre Rimski-Korsakov et Glazounov une œuvre de collaboration sur laquelle ceux-ci exercent leur droits d'auteur [...], mais que pour les fragments achevés par Borodine et repris sans modification par Rimski-Korsakov et Glazounov, il s'agit d'une œuvre de Borodine seul, sur laquelle Rimski-Korsakov et Glazounov n'ont aucun droit d'auteur... ».

*cédés* ». Lorsque cette « adaptation » consiste dans l'utilisation du logiciel, l'accord de l'auteur du logiciel étant en l'occurrence obtenu avec la licence d'utilisation. Ainsi par exemple, l'œuvre assistée par des logiciels de développements est manifestement une œuvre composite en ce sens qu'elle suppose l'existence d'une œuvre nouvelle (œuvre composite) rendue possible par le recours à une œuvre originelle (le logiciel). Il suffit pour cela de songer aux œuvres architecturales assistées par ordinateur, pour ne citer qu'un exemple.

En guise de conclusion, on peut observer, toutes hypothèses confondues, qu'il y a constamment pluralité d'auteurs (partie plurale) à quoi s'ajoute la pluralité d'œuvres, parfaitement distinctes<sup>(44)</sup>, mais qui forment une et seule œuvre. Le caractère plural de l'œuvre complexe est particulièrement marqué dans les œuvres de collaboration et les œuvres composites.

## **II/ Critère retenu : la notion d'ensemble, critère de qualification de l'œuvre complexe**

L'énoncé du bien fondé de la notion d'ensemble comme critère de qualification propre aux œuvres complexes (A) sera suivi de ses conséquences juridiques (B).

### **A/ Bien fondé de la notion d'ensemble comme critère retenu**

Nous proposons d'approcher les œuvres complexes à travers l'exemple de l'œuvre numérique. L'examen approfondi des spécificités de ce genre d'œuvre renseignera sur les avantages d'appréhender les œuvres complexes à partir et sous l'éclairage de la notion d'ensemble<sup>(45)</sup>.

---

(44) Dans une œuvre collective toutefois, il y a pluralité d'éléments- prestation mais unité d'objet.

(45) La notion d'ensemble défendue en doctrine par Mr Teyssie (Les groupes des contrats, thèse, *L. G. D. J.* 1975, préface J. M. Mousseron, n° 66, p. 35) repose, pour les ensembles contractuels, sur un but commun « quoique lointain, médiat par rapport à chacun d'eux pris isolément, constitue leur cause profonde; leur véritable raison d'être économique et juridique », n° 176, p. 95, n° 181 et suiv. p. 99 (à propos des contrats de publicité), n° 191 et suiv. p. 102 (à propos des contrats de transport...) et M<sup>r</sup> Neret (Le sous contrat, thèse, *L. G. D. J.* 1979, préface Catala, qui avance que le sous contrat (n° 5, p. 9) est un ensemble contractuel visant la réalisation d'une opération commune (n° 264 et suiv., p. 197) a été critiquée et renouvelée depuis (V. les développements de M<sup>me</sup> Mireille Bacache-Gibeili, « La relativité des conventions et les groupes de contrats », préface Yves Lequette, *Bib. dr. priv.*, tome 268, *L. G. D. J.*, Paris 1996, n°s 50 et suiv. p. 47, n°s 55 et suiv. p. 51 et suiv.).

A l'évidence, les critères de pluralité et d'unité d'objet ne suffisent plus, de nos jours, pour caractériser les œuvres numériques<sup>(46)</sup>. Ils postulent, en effet, un "univers clos" dans lequel soit l'auteur soit l'œuvre sont parfaitement identifiables. Le plus souvent et l'un et l'autre sont identifiés. L'univers numérique *lato sensu* est un univers virtuel (cyberspace), caractérisé par 'multiplicité organique'<sup>(47)</sup> mais aussi par une profusion de formes et donc, d'œuvres, difficilement identifiables<sup>(48)</sup>.

Très schématiquement, on peut distinguer deux sortes d'œuvres numériques.

Les œuvres numériques par nature, tels les logiciels, les pro-logiciels et les bases de données d'une part<sup>(49)</sup>, et les œuvres numériques par la forme qui sont principalement des œuvres sonores ou vidéographiques d'autre part.

(46) Le législateur tunisien a tout récemment reconnu l'œuvre numérique sans l'avoir préalablement définie, V. art. 2 de la L. n° 2009- 33 du 23 juin 2009, *JORT* 2009, n° 52, p. 1729 modifiant l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 24 février 1994. Cela étant dit et à proprement parler, il n'existe pas d'œuvre numérique *stricto sensu*, car la numérisation pourrait être définie comme une technique de fixation d'enregistrement et de stockage des données numériques. Certes, une œuvre peut bien revêtir la forme numérique dès sa création, mais force est de convenir qu'il s'agit là plus d'une technique d'expression (un contenant) que l'expression elle-même (contenu). La numérisation est pour l'œuvre numérique ce que l'encre est pour l'écrivain, ou l'huile pour le peintre. Mais il reste que le droit positif protège l'œuvre numérique, car il protège toujours la forme de l'œuvre. C'est en ce sens qu'il faut interpréter l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> L. qui apprend que « la protection est accordée à l'œuvre du seul fait de sa création quels que soient la forme et le mode d'expression et même si elle n'est pas fixée sur un support matériel. »

(47) V. en ce sens : Bensoussan A., intervention in Colloque « Droit de la propriété intellectuelle », Cycle Droit et économie de la concurrence, troisième conférence Droit et propriété intellectuelle : approche juridique et économique 9 nov. 2006, consultable sur le site de la Cour de cassation française : [www.courdecassatio.fr](http://www.courdecassatio.fr).

(48) Comme en atteste l'attendu de droit d'un récent arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de Cassation française du 25 juin 2009 (pourvoi n°07-20387, inédit, consultable sur le site précité de la Cour de cassation française) rendu à propos d'un jeu vidéo - mais le constat peut être généralisé pour les œuvres multimédia- « Mais attendu qu'un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule composante logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui applicable en fonction de sa nature, qu'ayant constaté que les compositions musicales litigieuses incorporées dans le jeux vidéo de la société Cryo émanaient d'adhérents de la Sacem, la cour d'appel a jugé à bon droit qu'une telle incorporation était soumise au droit de reproduction mécanique dont l'exercice et la gestion sont confiés à la Sacem et a, par voie de conséquence, justement admis la création de cette dernière au passif de la liquidation judiciaire de la société Cryo, que le moyen n'est pas fondé... ».

(49) Lorsqu'elles constituent des œuvres originales de par « le choix ou la disposition de la matière » (art. 6 al. 2, L.) qui doivent refléter « un effort personnalisé allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante » selon l'arrêt de l'Ass. plein. C. Cass. fr., 7 mars 1986, préc.



Les œuvres numériques par la forme couvrent tout naturellement la transposition numérique d'une œuvre originelle. La simple numérisation de l'œuvre est, en principe, neutre et ne donne pas matière à création d'une œuvre nouvelle. Il s'agit là d'un procédé technique consistant dans la transcription numérique d'une œuvre existante. Le procédé est le résultat d'une « *simple logique automatique* » (au sens l'arrêt précité du 7 mars 1986 de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation française<sup>(50)</sup> qui exclut tout apport personnel. Mais faut-il ici encore que l'auteur de l'œuvre originelle accepte la numérisation (par ex. roman papier qui a fait l'objet d'une numérisation, donc d'une transposition numérique)<sup>(51)</sup> sauf s'il ressort clairement qu'il a donné mandat pour commercialiser son œuvre<sup>(52)</sup>. Son accord doit également porter sur les modifications rendues nécessaires par le traitement numérique de son œuvre (mise en page, légendes...).

En tout état de cause, l'œuvre ainsi créée semble couverte par la protection prévue par l'article premier de la loi tunisienne sur la propriété

(50) Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, 3 arrêts., Atari et Williams Electronics, *RIDA*, 3/ 1986, p. 136, note A. Lucas ; *D.* 1986, p. 405 Concl. Cabannes et note Edelman ; *J. C. P.* 1986, éd. (G.), II, 20631, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; *Rev. trim. dr. com.* 1986, obs. Françon, Expertises 1986, p. 86.

(51) La solution est bien acquise en dr. fr., V. par exp. CA Lyon, 1<sup>ère</sup> Ch., 9 dec. 1999, *J. C. P. (E.)* 2000, II, 10280, note Derieux ; *Rev. Inter. dr. aff.* 2000, n° 184, p. 357 confirmant Trib. Gr. Ins. Lyon, 21 juill. 1999, *D.* 1999, act. jur., p. 47, obs. B. P. La Cour d'appel de Lyon a pu affirmer dans cette décision que « *le droit de production cédé à la société éditrice... est épuisé dès la première publication sur un support différent implique l'accord préalable des parties contractantes* » ; C. A. Paris (Pole 5, Ch. 2), 27 mai 2011, *aff. CFC, INIST Diffusion, Celong c./ David F.*, inédit, (consultable sur : [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3174](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3174) >). Dans cette affaire, la cour d'appel a donné raison à l'auteur qui soutenait que « *la violation de ses droits de reproduction et d'exploitation est caractérisée comme l'est la violation du droit de destination qui lui confère le pouvoir d'interdire des formes d'utilisation secondaires ou dérivées de l'œuvre au delà de la premier commercialisation puisqu'il n'a jamais destiné ses articles à être vendus indépendamment de la revue...* » ; V aussi la jurispr. citée par M. J. -M. B., *J. C. P. (E)*, 2000, Chr. p. 1903.

(52) V. très récemment l'arrêt rendu par Cour de cassation française (Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2012, n°10-17.780, *Dépêches JurisClasseur-Actualités*, éd. du 3 juin 2012, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris prononçant la condamnation d'une agence de presse pour avoir diffusé des photos numérisées sans l'autorisation préalable de l'auteur fut cassé au motif que les juges du fond n'ont pas recherché « *si les numérisations et mises en ligne litigieuses- ces dernières seulement en basse définition et avec la protection d'un système anti-piratage interdisant leur appréhension par des tiers- n'étaient pas impliquées, en l'absence de clause contraire, par le mandat reçu de commercialiser ces images et le besoin d'en permettre la visualisation par des acheteurs potentiels* ». *A contrario*, le mandat de commercialiser pourrait emporter, sauf clause contraire, autorisation de numériser et de diffuser. Cf. avec Paris, 27 mai 2011, préc.



littéraire qui enseigne, *in fine*, que le droit d'auteur « *s'exerce aussi bien sur l'œuvre dans sa forme originale que sur la forme dérivée de l'originale* ».

Mais il arrive souvent que la numérisation s'accompagne d'une modification de la forme de l'œuvre originelle. En l'occurrence, elle donne lieu à une nouvelle œuvre de nature composite pourvu que l'œuvre originelle garde ses traits caractéristiques telle la création d'un diaporama d'images tirées d'une banque d'images.

Elle peut revêtir également la forme d'une œuvre collective, lorsqu'elle porte, par exemple, sur le développement d'un logiciel par une équipe d'ingénieurs pour les besoins de leur employeur<sup>(53)</sup>.

L'œuvre numérique peut en fin correspondre à une œuvre de collaboration, lorsque les contributions des différents auteurs, parfaitement distinctes, concourent ensemble à la réalisation de l'œuvre. Il suffit ici que les différents coauteurs soient animés d'une 'inspiration commune', d'une 'intimité spirituelle'.

L'hypothèse se vérifie à propos des œuvres originellement de collaboration et par la suite numérisées (numérisation d'une encyclopédie existant originellement en version papier ; l'encyclopédie Dalloz par ex.). La numérisation, neutre en l'occurrence, ne doit pas peser sur la nature de l'œuvre. Cette œuvre de collaboration numérique peut également l'être *ab initio*, lorsqu'elle rassemble des contributions numériques par nature. Tel est le cas de la collaboration numérique d'un journaliste dans un magazine numérique<sup>(54)</sup> ou encore celle d'un *designer* dans une œuvre architecturale numérique.

(53) Pour un exemple récent, V. en dr. fr. Paris 9 juin 2004, inédit, et sur pourvoi : Civ. (Ch. mixte), 3 fév. 2006, Rapport de M. Bague (rejet) consultable sur : [www.courdecassatio.fr/jurisprudence\\_2/chambres\\_mixtes\\_2740/3\\_fev\\_2006\\_8603.html](http://www.courdecassatio.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/3_fev_2006_8603.html). La Cour d'appel de Paris a pu condamner une société pour avoir utilisé un logiciel qui fut développé par une équipe sous la houlette de son directeur technique qui a créé plus tard la société poursuivie. La cour d'appel de Paris a reconnu une œuvre collective appartenant à l'employeur (société) qui est présumée être le titulaire des droits d'auteur (œuvre plurale salariale) et a condamné la société nouvellement créée *in solidum* avec l'ex - directeur technique pour concurrence déloyale.

(54) Traditionnellement, un journal est considéré comme une œuvre collective sans que la possible identification des contributions des auteurs soit de nature à écarter cette qualification (V en ce sens, CA Paris, (4<sup>ème</sup> Ch.), 2 juin 1981, *D.* 1983, I. R. p. 96, obs. Colombet ; *Gaz. pal.* 1982, I, p. 22, note Plaisant).

Mais cette présentation de l'œuvre numérique est un peu désuète. Elle est largement dépassée par les nouvelles réalités du monde virtuel. Concrètement, la nouvelle génération des œuvres numériques contraste avec la forme traditionnelle qui suppose l'identification des œuvres incorporées (œuvres composées), de leurs auteurs (œuvres de collaboration) ou enfin la fusion des différents éléments de l'ensemble numérique (œuvre collective).

De ce qui précède, on peut tirer les enseignements suivants.

I-. Tout d'abord, force est de constater une sorte d'objectivation du lien<sup>(55)</sup> qui devrait, en principe, unir l'auteur à son œuvre<sup>(56)</sup>. Désormais,

(55) En droit français, la conception personaliste semble s'imposer après un certain flottement dans les décisions. Traditionnellement, la jurisprudence française considère l'œuvre comme le prolongement de la personne de son auteur; elle est l'empreinte de la personne qui l'a créée (V. par ex. : Civ 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1993, *RIDA* juill. 1994, n°161, p. 273 ; CA Paris, 4<sup>me</sup> ch., 21 nov. 1994, *RIDA* avr. 1995, n°164, p. 381. *Adde*: Lucas (A.), Lettre de France, § 2.1. et décisions rapportées en notes 7 à 24 en bas de page, en libre consultation sur : <http://cpi.robic.ca/Cahiers/12-1/12-1%2012LucasAndre.htm#fn20>). Cette conception personaliste a pu résister, survivre et finalement s'imposer dans les domaines les plus perméables. Citons deux exemples récents. Après avoir retenu une conception objective en matière de jeux vidéo par trois arrêts de principes rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation française (Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, 3 arrêts, préc. : « la protection légale s'étend à toute œuvre procédant d'une création intellectuelle originale »), la jurisprudence a fini par fléchir sa position et renouer avec la conception personaliste. Un arrêt relativement récent de la première chambre civile de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 27 avr. 2004, *Bull. civ.*, 2004, n°117) a jugé, à propos des jeux vidéo, que l'originalité de leurs logiciels, des « spécifications externes, l'expression télévisuelle et l'enchaînement des fonctionnalités témoignent d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leurs auteurs » ; cf. C. A. Versailles (14 Ch.) 18 oct. 1996, n°97-10, M. Série c./ Société Télévision du savoir, de la formation et de l'emploi (la cinquième), *inédit*, à propos d'un synopsis : « pour être reconnue comme originelle, une œuvre doit être révélatrice de la personnalité de son auteur, comporter un apport intellectuel inédit et traduire la synthèse de la nouveauté et de l'activité inventive ». Le deuxième exemple puise dans les décisions rendues en matière de fragrance de parfum. Alors que la jurisprudence a tendance de refuser toute protection à la fragrance toutes les fois qu'elle est le résultat « d'un simple mise en œuvre d'un savoir-faire » (V. en ce sens : 1<sup>er</sup> juill. 2008, *Bull. inf. cour cass.*, n°691 du 15 nov. 2008 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 2006, *Bull. civ.*, 2006, I, n°1, n°307 : « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas, au sens des textes précités, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit de l'auteur ») elle étend, par contre, la protection du droit d'auteur au parfum « susceptible de constituer une œuvre de l'esprit protégeable... dès lors que, relevant l'effort créatif de son auteur, il est original » (C. A. Paris, 25 janv. 2006 *in* les Concl. de Mme. Pezard sous Com., 1<sup>er</sup> juill. 2008, préc. ; V. aussi Trib. Com. Paris, 24 sept. 1999, *Petit. Aff.* 3 mars 2000, p. 13 note Calvo : la fragrance est « indéniablement une œuvre d'esprit », cf. T. G. I. Paris, 26 mai 2004, *D.* 2004, p. 2641 et suiv. reconnaissance de la fragrance de parfum comme œuvre d'esprit protégeable mais refus de protection en l'espèce : l'originalité n'a pas été suffisamment démontrée).

(56) V. en ce sens Bensoussan, article préc., n°1-1.

à la communauté d'inspiration et d'affinité, critères jadis retenus pour qualifier les œuvres complexes (collectives et de collaborations), s'est substituée la communauté des besoins. Les internautes participants à un projet de logiciel libre, par exemple, entendent l'utiliser dans des conditions optimales et le faire partager avec d'autres. Leur entreprise répond à leur besoin. Ce n'est plus la communauté d'intérêt (partie plurale dans l'œuvre de collaboration) ou l'unité d'objet (œuvre collective) qui prime ici, mais la communauté des besoins.

Les sites contributifs illustrent parfaitement le propos<sup>(57)</sup>.

Dans ces sites, les contributions des auteurs revêtent déjà la forme numérique (songez au Web 2.0). Ce genre d'œuvre se caractérise par la profusion des fichiers qu'il diffuse et le nombre impressionnant des auteurs-internautes. Les sites YouTube ou Wikipédia peuvent être, entre bien d'autres, utilement cités en exemple<sup>(58)</sup>.

Généralement, les sites contributifs présentent des genres différents d'œuvres (scripturaux, sonores, visuels, vidéogrammes...) de nature différentes (œuvres de collaboration, œuvres composites, apports de logiciels, partage des fichiers ou données personnelles...). Le droit d'accès est libre, ainsi que le téléchargement des fichiers qui permettent leur utilisation et / ou modification ultérieure.

Les internautes eux-mêmes peuvent diffuser leurs propres œuvres<sup>(59)</sup>. De ce point de vue, donc de celui du contenu<sup>(60)</sup>, le site se présente comme une structure d'accueil des œuvres numériques de tout genre.

(57) Sur les responsabilités respectives des intervenants dans un site contributif, V. Sirinelli (P.), «La responsabilité des prestataires de l'Internet : l'exemple des sites contributifs », in *The 17<sup>th</sup> Annual Conference, Electronic Transaction*, (E-commerce and E-government), Abu-Dhabi, 19 et 20 mai 2009, publié par *The Emirates Centre for Strategic Studies and Research*, vol. 3, p. 109 et suiv.

(58) Le site Wikipédia se définit comme une encyclopédie *coopérative*, libre et gratuite. Les différentes contributions sont faites sous Licence Creative Paternite- Partage des Conditions Initiales à l'identique 3.0 Unported et GFDL (Licence de document libre GNU). La licéité de ces licences est discutable (l'auteur est tenu de renoncer à certains droits moraux, tel que le droit de retrait et de repentir).

(59) Le mérite de la contribution est sans incidence sur la qualité d'auteur (art. 1<sup>er</sup> L.). Il suffit que l'apport fait au site contributif soit original pour que son auteur soit reconnu en tant que tel. Le problème que posent les sites contributifs a plus trait aux droits patrimoniaux et moraux de l'auteur qu'à la qualité d'auteur elle-même.

(60) Par opposition au contenant qui consiste dans l'ensemble des œuvres (logiciels notamment) et = structures d'accès ou d'hébergement permettant la diffusion sur internet des fichiers des



Or, ce qui pousse cette communauté 'd'auteurs en puissance', c'est manifestement le besoin de divulguer et de diffuser planétairement une œuvre. Ce besoin de visibilité, de se faire connaître ou de faire connaître son œuvre, ou encore ce besoin de partager ses choix, goûts et affinités avec d'autres personnes caractérise le contenu des sites contributifs. Mieux, on ne conçoit pas comment cette communauté d'internautes puisse être unie autrement que par le besoin qu'éprouve chacun des ses membres d'être lié, connecté *via* Internet par et avec d'autres internautes.

II-. Ensuite, ce besoin commun et permanent constitue la cause objective liant les différents intervenants dans un logiciel libre. Les participants sont concernés parce qu'intéressés en tant qu'éventuels utilisateurs du produit final de leur entreprise. Leur situation n'est pas sans rappeler celle des associés d'une société créée de fait. A tout le moins, on n'est pas loin de l'esprit mutualiste qui caractérise les œuvres coopératives.

Or, comme toujours, le besoin crée l'union. Cette communauté d'internautes ayant un même besoin participera à la constitution d'un ensemble d'œuvres. La notion d'ensemble répond parfaitement aux contraintes juridiques propres à la question qui nous intéresse.

En effet, elle rend pleinement compte de cette diversité d'œuvres diffusées sur un site contributif. Ces œuvres peuvent revêtir des formes multiples et appartenir à des genres différents. Elles peuvent néanmoins être appréhendées par la notion d'ensemble en tant qu'éléments entrant dans sa composition. Mais, le tout, c'est-à-dire l'ensemble, ne se réduit pas à la simple addition arithmétique de chaque composant. Les éléments de l'ensemble ne doivent pas forcément être de même nature.

Tout bien pesé, cette notion d'ensemble saurait parfaitement résoudre la complexité des œuvres numériques et embrasser les autres œuvres complexes (œuvre de collaboration, collective et composite). En effet, la notion d'ensemble sous-tend la cohésion d'éléments la composant. Cette cohésion résulterait en l'occurrence de l'unité d'intérêt

---

= internautes. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles (1<sup>re</sup> Ch., 1<sup>re</sup> sec.), 25 mars 2004, a pu qualifier le site, donc le contenant, d'œuvre collective alors que « *les images litigieuses, même si elles peuvent donner lieu à un tirage à part* » ne constituent pas une œuvre distincte caractérisant une œuvre de collaboration.



(partie plurale pour les œuvres de collaboration), ou de l'unité d'objet (œuvres composite). Pour les sites contributifs, elle tiendrait de la communauté des besoins.

Mais ceci n'est pas tout.

III- En réalité, la notion d'ensemble permet de reconnaître une vie juridique propre à chaque élément le composant. Un ensemble contractuel, par exemple, tout en engendrant des effets propres<sup>(61)</sup> ne fait pas perdre à chaque élément le composant sa nature juridique<sup>(62)</sup>. Une vente ne change pas de nature parce qu'elle est un maillon dans une chaîne des contrats par exemple<sup>(63)</sup>.

Ce rapport ensemble / élément qui, en principe, préserve leurs autonomies juridiques respectives est de première importance. De sorte que chaque composante de l'ensemble « *est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature* » pose fermement un attendu de droit d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation française<sup>(64)</sup>. S'ensuit le droit dont dispose le coauteur d'une œuvre de collaboration d'exploiter son œuvre, à nouveau. Ainsi le compositeur ou le scénariste d'un film peuvent toujours exploiter leurs œuvres sur d'autres supports (phonogramme, support papier...)<sup>(65)</sup>. Le fait que ces œuvres soient

(61) L'action directe, la nullité d'un contrat se communiquant à un deuxième contrat, l'obligation caractéristique (s'appréciant en fonction de l'économie de l'opération, donc eu égard à l'ensemble) sont, entre autres, les effets juridiques découlant de l'ensemble contractuel. V. par exemple sur la question de l'action directe, Jamin (C.), La notion de l'action directe, thèse, préface par J. Ghestin, *Bib. dr. priv.*, tome 215, L. G. D. J., Paris 1991, spéc. n<sup>os</sup> 340 et suiv., p. 297 et suiv.

(62) V. avec intérêt : Pellé (S.), « La notion d'interdépendance contractuelle - Contribution à l'étude des ensembles de contrats », thèse, préface J. Froyer et M-L. Demeester, éd. Dalloz, *Nouvelle Bibliothèque des Thèses*, Paris 2007, n<sup>o</sup> 501 p. 446 et suiv., spéc. n<sup>o</sup> 504 p. 448.

(63) Pellé, thèse précitée, n<sup>os</sup> 503 et suiv. p. 447-448 : « En cela, il est possible d'affirmer que chaque contrat imbriqué produira, à titre principal, son régime propre c'est-à-dire celui qui découle de sa qualification »)

(64) Civ.1<sup>re</sup>, 25 juin 2009, préc.

(65) En droit français, la solution est bien acquise par les juges du fond, notamment en matière de presse. Un journaliste doit toujours consentir à l'exploitation en réseau de son œuvre. V par exp. : CA. Lyon, 9 déc. 1999, préc. ; TGI Strasbourg, 3 février 1998, *JCP (E.)* 1999, p. 952 ; C. A. Paris, 27 mai 2011, préc. Mais un récent arrêt de la Cour de cassation française (Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2012, préc.) semble tempérer cette position en admettant que le mandat de commercialiser des photos pourrait emporter l'autorisation de numériser et diffuser les photos en vue de leur visualisation par des acheteurs potentiels.

apportées à l'ensemble n'empêche pas de les rediffuser séparément de l'ensemble<sup>(66)</sup>. En droit tunisien, la solution est explicitement retenue en matière d'œuvres cinématographiques. L'article 41 L., dernier alinéa, dispose que « *sauf stipulation contraire, les collaborateurs d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle peuvent disposer librement de leur contribution personnelle en vue de son exploitation dans un genre différent, à condition de ne pas porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre à laquelle ils ont collaboré.* »

Cette solution devrait être étendue, autant que faire se peut, aux autres œuvres de collaboration en vertu de la règle générale énoncée dans l'article premier affirmant le droit d'auteur aussi bien sur « *la forme originale que sur la forme dérivée de l'original*<sup>(67)</sup> » (art. 1<sup>er</sup> L., *in fine*<sup>(68)</sup>).

IV- La notion d'ensemble permet, en outre, ce qui n'est pas moindre, d'étendre la protection du droit d'auteur aux éléments courants. En tant que tels, ces éléments dénués de toute originalité ne méritent aucune protection par le droit d'auteur<sup>(69)</sup>. Mais ces données banales en l'état et *a priori* non protégeables<sup>(70)</sup>, pourraient bien constituer « *par le choix ou la disposition des matières* » des créations intellectuelles (. art. 112-3 *in fine* de la L. française n° 96-1106 du 18 déc. 1996<sup>(71)</sup>). Le législateur tunisien le

(66) Ceci explique, du moins en fait, que certains sites contributifs autorisent l'appropriation et l'exploitation des certaines œuvres diffusées. La cession perpétuelle de l'œuvre au site permet de l'expliquer en fait. Mais seulement en fait et non en droit. Cette possibilité de cession perpétuelle des droits d'auteur s'accommode mieux avec le copyright.

(67) V. par exemple en dr. fr. : Civ. 1<sup>re</sup>, 9 fév. 1994, *D.* 1994, p. 405 (à propos d'un romancier qui a refusé de proroger l'exploitation cinématographique de son œuvre).

(68) Une interprétation large et bienveillante pour les auteurs peut faire fonder la même solution sur l'art. 8 dernier alinéa, L. D'après ce texte, « *sauf exceptions légales, nul n'a le droit de communiquer au public ou reproduire une œuvre appartenant à un tiers sous forme ou dans des circonstances qui ne tiennent pas compte des droits moraux et patrimoniaux de l'auteur* ».

(69) Cass. Req. 23 mai 1900, *D.* 1902, 1, p. 405 ; « *si les dépêches et nouvelles de l'agence Havas ne peuvent être considérées comme une propriété littéraire, elles n'en constituent pas moins une propriété particulière acquise à grand frais, et conférant à celle-ci et à ses abonnés un droit exclusif à la propriété de la publication jusqu'au moment où, soit par son fait, soit par celui de ses abonnés, elles ont été mises en circulation et sont tombées dans le domaine public.* »

(70) C. A. Paris 18, déc. 1985, *J. C. P. (G.)* 1986, II, 20615, note Françon, après renvoi du Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1983, *J. C. P. (G.)* 1984, II, 20189 ; V. les commentaires de notre Professeur A. Lucas sur cette affaire dans son ouvrage (*Le droit de l'informatique*, coll. Thémis, *P. U. F.* 1<sup>re</sup> éd., Paris 1987, n° 263 et suiv., p. 297 et suiv., à rapp. Req. 23 mai 1900, préc.).

(71) JORF n° 295 du 19 déc. 1996, p. 18687.

reconnait pour les bases de données comprenant des « *simples faits ou données* » (art. 6 al.<sup>er</sup> L.)<sup>(72)</sup>. Ainsi, la coexistence des simples faits ou données génère des droits d'auteur qui n'auraient pas existé, s'ils étaient présentés séparément. En droit français, un arrêt de la Cour d'appel de Paris enseigne, mais à propos des cartes de vins, qu'elles « *réalisent un apport original... même si elles résultent de la combinaison d'éléments courants* »<sup>(73)</sup>. Cette combinaison d'éléments courants (des simples faits au sens de l'alinéa premier de l'article 6 L. précité) révèle l'existence d'un ensemble qui, par ce que original, mérite la protection du droit d'auteur. Le « *choix, l'ordre et la méthode sous lesquels leur ensemble est présenté, constituent incontestablement un travail de l'esprit* »<sup>(74)</sup>.

C'est donc l'ensemble, et non pas ses éléments pris isolément, qui est protégé. L'ensemble est protégé parce qu'original. Une présentation servile des éléments constituant l'ensemble est de nature à exclure toute idée de protection<sup>(75)</sup>. En droit tunisien, on peut sans doute expliquer la protection des bases de données comportant d'éléments courants (simples faits) par la notion d'ensemble. L'ensemble n'est pas l'addition de ses éléments mais leur synthèse. Mieux, cet *unitas multiplex* est différente de ses éléments : une publicité par exemple ne se réduit pas à une simple «

(72) Cf. avec l'art. 5 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) du 20 déc. 1996, consultable sur le site de la *wipo* : [www. http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs\\_wo033.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf)

(73) C. A. Paris, 26 mars 1991, 4<sup>me</sup> Ch (A.), *D.* 1992, p. 462. ; C. A. Paris, 2 nov. 1982, 4<sup>me</sup> Ch., *R. I. D. A.*, janv. 1983, p. 148 (les analystes programmeurs ont à choisir entre divers modes de présentation et d'expression, que leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité. V. aussi les références citées par Mr C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, *Dalloz*, 9<sup>me</sup> éd., Paris 1999, p. 86, n° 101, note 1 de bas de page.

(74) Cass. fr., Civ. 18 mai 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 2, 34. Cf. C. A. Paris 18, déc. 1985, *J. C. P.* (G.)1986, II, 20615, note Françon, après renvoi du Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1983, *préc.*, pour la Cour de Paris en tant que Cour de renvoi, « *un banal classement par ordre chronologique* » des prétendues citations ne suffit pas à déduire l'existence d'une œuvre ; V. les commentaires de notre Professeur A. Lucas sur cette affaire dans son ouvrage (*op. cit.*, n° 263 et suiv., p. 297 et suiv., à rapp. du Req. 23 mai 1900, *préc.*).

(75) Faut-il ici citer un jugement du Trib. 1<sup>re</sup> Ins. Tunis, 29 déc. 1975, *aff. Abou-kacem Echebbi*, inédit, cité par le Professeur N. Mezghani, article précité, p. 111. On en trouve en dr. français une décision analogue : Civ. 4<sup>me</sup>, 27 fév. 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 58 ; *J. C. P.* éd. (G.), 1990, II, 21545, note F. Polland-Dulian : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'édition d'une collection d'ouvrages, présentant un certain nombre de caractéristiques communes, telle que celle dont M. Mazenod a conçu l'idée, ne constitue pas en soi la création d'une œuvre distincte de ces ouvrages eux-mêmes et dont l'éditeur pourrait être considéré comme l'auteur, la Cour d'appel a violé les* »



prise » d'éléments photographiés alors même que ses éléments, pris isolément, soient protégés par le droit d'auteur<sup>(76)</sup>. Et inversement, un élément de l'ensemble peut faire l'objet d'une exploitation spécifique en dehors de l'ensemble. Un plasticien, par exemple, ne perd pas son droit d'exploitation du fait que son œuvre fut produite dans un ensemble.

V- La notion d'ensemble impose un mode particulier d'appréciation. Pour caractériser l'apport original de l'œuvre complexe, le juge appréciera l'œuvre *in globo*<sup>(77)</sup>. Cette appréciation portera sur le "Tout" et non pas sur chaque élément constituant ce tout<sup>(78)</sup>. Il faut entendre l'appréciation *in globo* par opposition à l'appréciation au cas par cas (*in casu*) portant sur chaque élément *in specie*. Exemple : le juge appréciant

= textes susvisés... Casse ». Dans cette affaire, faute de création personnelle, le juge a refusé de reconnaître à la personne qui s'est contentée de rechercher la date des poèmes et les circonstances de leur création la qualité d'auteur. Pareille recherche, certainement banale en effet, est impuissante à conférer à la personne qui l'a effectuée la qualité d'auteur. Et inversement, dans l'arrêt du 26 mars 1991, précité, la Cour de cassation française a pu retenir que « la présentation des appréciations portées sur les vins, sous la forme d'un tableau comportant une dimension, une typographie, une disposition et des couleurs particulières, donnent à la carte publiée par l'association une physionomie particulière qui la distingue d'autres cartes du même genre » ; cf. avec C. A. Paris, 4<sup>me</sup> Ch., 14 oct. 1993, *R. I. D. A.* 1994, n° 160, p. 240 «... Considérant que, toutefois, comme il a été relevé ci-dessous, le répertoire des époux C... est protégeable, non par la seule reproduction de carte postales mais par leur présentation particulière... ».

(76) V. à propos du droit d'auteur sur deux clichés publicitaires: Jug. Trib. Gr. Inst. Nanterre, 1<sup>re</sup> Ch A., 10 mars 1993, *Aff. Erwitt et autres c. / Sté Brasserie Kronenbourg, D.* 1994, somm. comm., p. 89, obs. Colombet : « Par la qualité technique de l'image, de l'éclairage, de l'angle, de la singularité de la mise en scène créée par le choix du lieu et des accessoires, et par le fait qu'il s'agit d'une suite indissociable provoquant un effet humoristique et poétique à l'origine d'une certaine émotion pour le spectateur, cet ensemble de deux clichés dégage une originalité incontestable marquée de l'empreinte personnelle de son créateur, cette originalité dépassant le seul choix du thème ou de l'idée à la base de cette création et en faisant une œuvre de l'esprit protégeable en tant que telle ».

(77) Cf. Pellé, thèse précitée, n° 508 p. 452 qui reconnaît une qualification globale de l'ensemble contractuel.

(78) Compr. en dr. français avec le jug. Trib. Gr. Inst. Nanterre, 1<sup>re</sup> Ch. A., 10 mars 1993, *Aff. Erwitt et autres c. / Sté Brasserie Kronenbourg, D.* 1994, somm. comm., p. 89, obs. Colombet : « Constitue une contrefaçon par imitation et une atteinte aux droits de l'auteur la publicité ayant pour support des photographies dont la structure globale est identique, formée de trois bandes horizontales de même proportions séparées par des lignes parallèles, dont l'effet lumineux est similaire dans le choix de la juxtaposition de nuances plus ou moins claires selon la nature de décor, dont la cadrage, l'angle de prise de vue et l'éclairage de l'ensemble sont très ressemblants et enfin dont les accessoires tels les chaises longues en toile, la lice blanche devant laquelle elles se trouvent, la toile vide gonflée par le vent, sont les mêmes ».



*l'existence d'un apport original d'un recueil d'œuvres ou d'anthologie s'interrogera de savoir si le choix, la disposition des éléments constituant l'ensemble est de nature à le distinguer des œuvres existantes*<sup>(79)</sup>. Autrement, le juge se demandera si l'auteur a pu, par ses choix et la nouvelle disposition de la matière, créer un nouvel apport original.

Or, force est de constater que pris isolément, ces éléments courants ne présentent aucune originalité. L'appréciation s'effectuera donc au regard de l'ensemble dans sa totalité. On dit qu'elle se fera *in globo* parce que fondée, selon les motifs d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris<sup>(80)</sup>, rendu en droit des marques, « *sur l'impression d'ensemble produite, en tenant compte de(s)... éléments distinctifs dominants* ». Car, rappelons-le encore, les éléments constituant l'ensemble ne sont pas, par hypothèse, forcément protégeable par le droit d'auteur. En droit tunisien, l'exemple des banques de données peut encore être utilement cité. Les données banales et les faits simples (dit pertinemment l'article 6 alinéa premier, L.) ne sont pas forcément protégeable. Et pourtant, le législateur tunisien protège les banques de données. Le regard ne doit pas être porté sur les éléments composant l'ensemble, mais sur l'ensemble lui-même.

C'est le sens que nous donnons à l'appréciation *in globo*<sup>(81)</sup>.

(79) Cf. Mezghani, article préc., p. 140 : « La seule interprétation de la chanson ne constitue pas une œuvre. Au contraire, il faut prendre la chanson dans sa globalité. La chanson se compose en effet de paroles, de répartition musicale exécutée et de son interprétation ».

(80) 4<sup>ème</sup> Ch., section A, 20 fév. 2008, *aff. Stiebel Eltron c./ Delage*, consultable sur : [www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2240](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2240). Pour la Cour d'appel, « *les signes opposés n'étant pas identiques, il convient de rechercher s'il n'existe..., entre eux un risque de confusion qui doit être apprécié globalement, en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce* » ; cf avec Com. 6 nov. 2007, *aff. Trader Classified Media France c./ Atemi, Liins*, consultable sur [www.legalis.net/...](http://www.legalis.net/...), préc.

(81) Le juge français a eu recours à ce mode particulier d'appréciation pour déduire l'existence des situations apparentes contrairement aux situations de fait qui postulent un mode d'appréciation différent pour caractériser l'existence matérielle de chaque élément (appréciation *in casu* et *in specie*). Or, à l'instar du droit d'auteur, l'appréciation de la situation apparente porte sur la forme. On peut parfaitement le vérifier en droit français des sociétés (Com. 16 fév. 1993, *JurisData*, pourvoi n° 90-20307, inédit ; Paris 5<sup>ème</sup> Ch. A, 2 fév. 1983, *Rev. soc.* 1984, p. 542, note Philippe (C.) ; Paris 1<sup>ère</sup> Ch. 26 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, § 361, note Daigre. Cf. avec Baccouche (T.), *Essai sur la notion d'apparence en droit des sociétés commerciales - Etude en droit comparé français et tunisien*, thèse, Nantes 1999, n°s 45 et suiv., 700 à 702). On a, par ailleurs, déjà remarqué les similitudes entre les œuvres complexes et les sociétés créées de fait (V. *supra*). Plus proche encore, l'appréciation *in globo* a fait ses preuves en droit des marques. = Le droit communautaire des marques complexes (1<sup>re</sup> Direc. 89/104/CEE du Conseil du 21 déc.

VI-. Enfin, cette idée d'ensemble impose de lui reconnaître un intérêt propre<sup>(82)</sup>. Cet intérêt est différent de l'intérêt de chacun des membres de la communauté, mais aussi de l'intérêt des éléments composants l'ensemble<sup>(83)</sup>.

= 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, J. O. 1989, L. 40. p. 1) impose d'apprécier le risque de confusion *in globo*. V. par exemple: CJCE, 20 mars 2003, C-291/00, Plén., *aff. LTJ Diffusion SA c./ Sadas Vertbaudet SA, Rec., I*, p. 2799 (rendu à propos de l'application de l'article 5 § 1 sous a), point 52: " Toutefois, la perception d'une identité entre le signe et la marque doit être appréciée globalement dans le chef d'un consommateur moyen qui est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Or, à l'égard d'un tel consommateur, le signe produit une impression d'ensemble... »; CJCE, 11 nov. 1997, C-251/95, *aff. Sabel BV c./ Puma AG*: " La simple association entre deux marques qui pourrait faire le public par le biais de la concordance de leur contenu sémantique ne suffit pas en elle-même pour conclure à l'existence d'un risque de confusion au sens de la disposition visée (i. e. article 4 § 1 sous b) de la 1<sup>re</sup> Direc. 89/10/ préc".; Trib. 1<sup>re</sup> Ins. des Communautés Européennes, 4 nov. 2003, T-85/02, *aff. Pedro DÍAZ SA c. / Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur OHMI*, arrêt inédit, point 29: « Selon cette même jurisprudence, le risque de confusion dans l'esprit du public doit être apprécié globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce » avant de conclure au point 39 « Il ressort de la jurisprudence que l'appréciation globale du risque de confusion, en ce qui concerne la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause, doit être fondée sur l'impression d'ensemble produite par celle-ci, en tenant compte, notamment, de leur éléments distinctifs et dominants », CJCE, 29 sept. 1998, C-39/97, *aff. Cannon et Metro- Gold wyn-Mayer Inc., Rec., I*, p. 5507 (rendu à propos de l'interprétation de l'article 4 § 1 sous b) de la 1<sup>re</sup> Direc. préc., point 17); CJCE (2<sup>me</sup> Ch.), 6 oct. 2005, C- 120/04, *aff. Medion AG c./ Thomson Multimedia GmbH*, arrêt inédit, points 27 et 29: « l'impression d'ensemble produite dans la mémoire du public pertinent par une marque complexe". Et sous la notable influence du droit communautaire, le juge français a reconduit ce mode particulier d'appréciation pour protéger les marques complexes. V. par exemple: Com. 26 nov. 2003, *Bull. civ., IV*, n°180, p. 199 « ... en se déterminant ainsi, alors qu'elle constatait que le risque n'était pas identique à la marque, faute de reproduire sans modification, et sans rechercher si, considéré dans son ensemble, il recelait des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision... Casse »; Com. 26 2003, n°1653: « ... en examinant le risque de confusion au vu des seules similitudes qu'elle avait relevées entre les risques 'move' et 'moove', et non au terme d'une appréciation globale fondée sur l'impression d'ensemble produite par les marques, dont ces éléments n'étaient que des facteurs parmi d'autres, la Cour d'appel a violé le texte susvisé... Casse », V. aussi Com. n°1654, 26 nov. 2003 (cassation); Com. n°1655, rendu le même jour (cassation); Com n°1651, 26 nov. 2003 (rejet), Com. n°1652, rendu le même jour (rejet). Tous les arrêts sont en consultation libre sur le site [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr). Cf. avec Com. 18 fév. 2004, arrêt inédit, *pourvoi n° 01-10339 cité par Mr Pezard (Rapport sous Com. 1<sup>er</sup> juill. 2008, Bull. inf. de la Cour de cassation, 15 nov. 2008 p. 12)*.

(82) Sur l'ensemble de la question, V. Jacquier Sarah, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, thèse, Aix- Marseille 2001, préface P- Y Gautier, Institut de droit des affaires, PUAM, 2001, n 154 et suiv., p. 81 et suiv.; spécial. n° 171, p. 86, n° 177, p. 88, n° 179, p. 89.

(83) L'intérêt commun n'est pas toujours synonyme de l'intérêt de l'œuvre d'après un arrêt inédit de la Cour d'appel de Paris du 18 sept. 1997, cité par Jaquier, thèse précitée, note 218 de bas de page 89, d'après la décision « En l'espèce, l'intérêt commun de l'indivision se confond avec =

Illustrons notre propos.

Si, pour une raison quelconque, l'un des collaborateurs refuse, dans une œuvre cinématographique, d'achever sa réalisation, « *il ne pourra pas s'opposer à l'utilisation, en vue de l'achèvement de l'œuvre, de la partie de cette contribution déjà réalisée* » (art. 41, 1<sup>er</sup> al, L.). Manifestement, l'auteur de la contribution inachevée doit céder devant l'intérêt de l'ensemble. Ce dernier intérêt prévaut sur l'intérêt privé de l'auteur et sur les autres intérêts catégoriels. On peut, *a priori*, imaginer la même difficulté pour les autres œuvres de collaboration (scénario inachevé dans une œuvre théâtrale, contribution inachevée à une encyclopédie...). La solution qui a été retenue pour les œuvres cinématographiques doit jouer *a simili*. L'intérêt de l'œuvre, toujours dans son ensemble, servirait de critère pour le juge aux fins de résoudre les difficultés nées entre les différents cotitulaires du droit d'auteur.

Il en va manifestement ainsi lorsque la loi offre aux collaborateurs la faculté de demander l'annulation des contrats les liant au producteur, si ce dernier refuse de réaliser l'œuvre ou se trouve dans l'impossibilité de le faire (art. 41, al. 2, L.). Il ne s'agit pas, en effet, d'intérêts catégoriels<sup>(84)</sup> (familiaux<sup>(85)</sup>, des co-indivisaires successoraux<sup>(86)</sup> ou touchant les seuls collaborateurs), mais de l'intérêt de l'œuvre dans son ensemble<sup>(87)</sup>. *L'intérêt de l'œuvre consiste dans son exploitation la plus large et la plus rémunératrice possible, dans le respect du droit moral de l'auteur(s) et du projet qui a présidé à sa réalisation*<sup>(88)</sup>.

= l'intérêt de l'œuvre de P. S. ». En l'espèce seulement, insiste avec pertinence la Cour. Les faits tels que rapportés par Mme Jaquier (thèse précitée, notes 218 et 219 de bas de la page 89) font état d'un conflit opposant deux groupes d'héritiers d'un auteur décédé sur l'exploitation de ses œuvres. Certains souhaitent, en effet, accepter la réédition de certains ouvrages proposés par l'éditeur alors que les autres privilégiaient l'édition des œuvres complètes de l'auteur pour lesquelles espéraient obtenir l'accord d'un autre éditeur. Le juge a tranché en faveur des premiers : l'intérêt de l'œuvre ne correspond pas forcément avec l'intérêt commun des héritiers.

(84) Sur la distinction entre l'intérêt de la famille et l'intérêt des indivisaires, V. par exemple : Jaquier, thèse, n° 162, p. 83.

(85) Jaquier, thèse précitée, n° 162, p. 83 ; n° 169, p. 85 ; n° 182, p. 90 conflits entre époux.

(86) Jaquier, thèse précitée, n° 170, p. 86.

(87) Il en est notamment ainsi lorsqu'un conflit surgit entre les héritiers de l'auteur à propos de l'exploitation commerciale de son œuvre. L'affaire " *En attendant Godot*", précitée, l'illustre bien.

(88) Jaquier, thèse précitée, n° 177, p. 88. Cf. avec les commentaires de Mr Gautier sous Civ. 1<sup>er</sup>, 4 avril 1991, D. 1992, p. 261 (*aff. Picasso*).



Il est à peu près de même en cas de litige entre les titulaires de droit d'auteur. En pareille hypothèse, « *les tribunaux compétents sont saisis par la partie concernée pour statuer sur ce litige* » (art. 8, al. 4, L.). Le juge connaîtra, en l'occurrence, des intérêts opposés. Là aussi, il s'agit des intérêts catégoriels différents de l'intérêt de l'œuvre dans son ensemble. Certaines décisions de la jurisprudence française le laissent penser<sup>(89)</sup>.

L'intérêt de l'ensemble correspond à l'intérêt de l'œuvre en question. Il n'est pas sans rappeler l'intérêt social. La chose ne doit pas surprendre tant les ressemblances entre les œuvres complexes et la société sont frappantes<sup>(90)</sup>. Et ce n'est pas la méconnaissance de personnalité morale pour l'œuvre qui empêcherait de lui reconnaître un intérêt propre. Le législateur tunisien a bien reconnu à l'entreprise<sup>(91)</sup> et au groupe des sociétés un intérêt propre sans subordonner cette reconnaissance à l'existence d'une personnalité morale<sup>(92)</sup>.

*De lege ferenda* et dans le sillage de l'œuvre cinématographique, le droit tunisien de propriété littéraire sera amené à reconnaître un intérêt propre à l'œuvre dans son ensemble. Cet intérêt devrait permettre au juge d'apprécier objectivement cette fois-ci les retombées sur l'œuvre des décisions prises par les cotitulaires du droit d'auteur sur l'existence de l'œuvre et sa diffusion<sup>(93)</sup>. Bon gré, mal gré, le juge sera appelé à

(89) Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1984, *Bull. civ.*, I, n° 301, *Rev. trim. dr. civ.* 1985, p. 756 obs. Patarin (l'existence d'intérêts divergents étrangers à l'indivision ne sont pas opérant pour apprécier l'intérêt commun); Civ. 1<sup>re</sup>, 5 dec. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 189.

(90) Cf. avec Jacquier, thèse précitée, n 165, p. 84.

(91) V. la loi n 95- 34 du 17 avr. 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques, telle que modifiée par la loi n° 2003-79 du 29 décembre 2003 *JORT*, 2003, np. 3713. Cette loi reconnaît à l'entreprise un passif (art. 18, al. 2) et un intérêt propre qui justifie l'éviction de son dirigeant (V. l'art. 28 par ex. L1995, précitée), voire sa cession à un tiers cessionnaire (art. 47 et suiv.).

(92) Le Code tunisien des sociétés commerciales définit le groupe des sociétés comme suit : « *le groupe de sociétés est un ensemble de sociétés ayant chacune sa personnalité juridique, mais liées par des intérêts communs, en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, tient les autres sous son pouvoir de droit pou de fait et y exerce son contrôle, assurant, ainsi, une unité de décision* » (art. 461, al. 1<sup>er</sup> CSC). L'article 477 du même Code offre aux associés minoritaires d'une filiale la possibilité d'exercer l'action *ut singuli* contre les majoritaires de la société mère lorsque la décision de celle-ci est entachée d'abus. Ceci s'explique par l'intérêt collectif, reconnu aux membres d'un même groupe.

(93) Cf., Jacquier, thèse précitée, n° 164, p. 84 où on peut lire : « Si on part du principe que l'intérêt de l'œuvre réside a priori dans sa diffusion la plus large possible auprès du public par les = procédés les plus divers, sa coïncidence avec les intérêts personnels de chacun des coindivisaires



reconnaître cet intérêt. La reconnaissance d'une forme d'action *ut singuli* au profit de l'auteur cotitulaire pour défendre l'intérêt de l'œuvre n'est pas à exclure.

La question se posera un jour. Elle obligera à reconnaître l'intérêt de l'œuvre dans son ensemble.

## B/ Effets

Deux effets sont à signaler.

L'un porte sur l'œuvre (2), l'autre concerne les auteurs (1).

1/ la cotitularité des droits<sup>(94)</sup>

La cotitularité est l'état de deux ou plusieurs personnes disposant d'un même droit. En droit tunisien, la cotitularité se rencontre en matière d'indivision et de copropriété notamment. Les copropriétaires et les coindivisaires jouissent des mêmes droits.

La question est de savoir si les auteurs participant à une œuvre complexe jouissent communément des droits d'auteur sur l'ensemble ainsi créé.

A notre connaissance, la loi de 1994 n'évoque pas explicitement la cotitularité des droits<sup>(95)</sup>.

Et pourtant, il ne fait pas de doute que « *la propriété collective* » reconnue aux coauteurs d'une œuvre de collaboration (art. 5 al. 2, L.) désigne et implique la cotitularité de leurs droits. A l'image des copropriétaires, l'œuvre de collaboration appartient en copropriété à l'ensemble des collaborateurs.

Le législateur tunisien ne définit pas, pour autant, le régime de cette propriété collective.

---

= et donc, avec l'intérêt commun, apparait facilement. Les revenus produits par l'exploitation de l'œuvre profitent à l'indivision, la notoriété accrue de l'auteur décédé rejaillit sur celle des membres de sa famille et promet une hausse de sa cote,... etc..., sur les critères retenus pour apprécier l'intérêt de l'œuvre, *idid.*, n° 180, p. 89-90.)

(94) Sur la notion de la cotitularité en dr. français, V. avec intérêt particulier : Briand (P.), *Eléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse, Nantes, 1990.

(95) V. cependant l'art. 62. al. 2 de la loi n°2000- 84du 24 aout 2000, relative aux brevets d'invention, *JORT* 2000, n°68, p. 1983 et suiv. qui prévoit : « *lorsque plusieurs personnes sont déposantes de la même demande de brevet ou co-titulaire du brevet, chacune d'elles peut séparément céder ou transmettre sa quote-part de la demande de brevet ou du brevet.* »

Faut-il l'aligner sur le régime commun de la copropriété et considérer les coauteurs comme des simples copropriétaires? Et par extension, faut-il, par exemple, appliquer la règle de l'unanimité ou celle de la majorité pour tout ce qui concerne l'exploitation de l'œuvre? Et *quid* du droit moral de chaque auteur. Est-il, lui aussi, appréhendé par le régime de la copropriété?

La réponse à ces questions doit tenir compte de deux éléments.

Tout d'abord, il y a des différences de nature entre le droit de la propriété (droit réel par excellence) et la « propriété » d'une œuvre d'esprit (droit immatériel) alors même que, par abus de langage, certaines décisions sèment le trouble<sup>(96)</sup>. Il n'est pas du tout certain que les solutions du droit de la copropriété soient transposables aux œuvres de l'esprit.

Ensuite, et en tout état de cause, le co-auteur ès qualité d'auteur dispose toujours d'un droit "privatif" et souverain qu'est le droit moral. Ce droit ne s'épuise pas avec la première divulgation de l'œuvre au public<sup>(97)</sup>. Il permet au coauteur de s'opposer à toute exploitation de

(96) V. par exemple en droit français: Civ. 1<sup>re</sup>, 9 fév. 1994, (2<sup>me</sup> espèce), *aff. Mazoyer c. / Mme Barbier*, D. 1994, p. 405, note B. Edelman: « Mais attendu, d'abord, que Mme. B. était titulaire sur son roman d'un droit de propriété intellectuelle opposable à tous, la Cour d'appel a exactement retenu qu'elle n'avait fait qu'user de ce droit en s'opposant à l'exploitation des œuvres dérivées au-delà du terme qui avait été consenti à leurs auteurs par l'éditeur du roman lors de la cession par celui-ci des droits d'adaptation; que toute référence aux art. L. 113-3 et L.113-7 C. P. I. se trouve donc dépourvue de pertinence ». L'opposabilité *erga omnes* de droit réel est ici malvenue pour qualifier le pouvoir souverain de l'auteur sur son œuvre. Sur la distinction entre la propriété réelle et la propriété intellectuelle, et les conflits pouvant surgir entre le propriétaire du support matériel de l'œuvre et l'auteur-propriétaire de son œuvre, V. avec intérêt particulier Abello (A.), « La propriété intellectuelle, une propriété de marché » in *Droit et Economie de la propriété intellectuelle*, sous la direction de Marie-Anne Frisson-Roche et Alexandra Abello, coll. *Droit et Economie*, L. G. D. J., Paris 2005, p. 358-359 et références citées en note 90 et suiv. en bas de page 358 et suiv.). V aussi à propos du conflit entre le propriétaire du bâtiment sur son image et le droit d'auteur de l'architecte: Clavier (J-P), « La protection de la création architecturale par le droit d'auteur », in *Annual Conference 18th Building and Construction contracts between traditional legal rules & developed legal systems*, Colloque annuel de la faculté de droit, Université des E A U, du 19-21 avr. 2010, Dubaï, p. 243 et suiv.

(97) Cf. Trib. Gr. Ins. Paris, 09 juill. 2010, *aff. David F. c./ INIST Diffusion, CFC*, préc. L'auteur (demandeur) soutenait que ses « œuvres ont été publiées à nouveau dans les conditions différentes de celles auxquelles il avait initialement consenti, puisque la publication d'un tel article dans une revue complète avec ses rubriques diffère de l'exploitation d'un article vendu séparément dans le contexte dans lequel il s'insère ce qui violerait ainsi son droit de divulgation ». Le tribunal n'a pas cru bon d'accueillir le moyen au motif, fort discutable, à notre sens, qu'en « confiant à ses éditeurs le soin de rendre public ses articles, avait déjà exercé ce droit, lequel s'est donc trouvé épuisé lors de cette première communication au public ».

l'œuvre décidée par le reste des coauteurs, lorsqu'il la juge contraire à ses intérêts moraux<sup>(98)</sup>. L'article 39 (alinéa deuxième, L.) illustre bien l'hypothèse. Il réserve aux collaborateurs des œuvres cinématographiques et audiovisuelles le plein exercice de leurs droits moraux. Les contrats de cession conclus entre les collaborateurs et le producteur ne doivent aucunement, selon l'article précité, tenir ce droit en échec.

Il semble que la cotitularité doit s'accommoder de la nature immatérielle de l'œuvre complexe dans son ensemble. Le juge doit veiller à ce que la propriété collective d'une œuvre d'esprit profite collectivement à l'ensemble des coauteurs. On rejoint ici l'idée de l'intérêt collectif de l'œuvre dans son ensemble. L'œuvre complexe devrait jouir d'un intérêt propre qui transcende les différents intérêts catégoriels. C'est en ce sens qu'il faut entendre la cotitularité des droits.

Concrètement, l'accord unanime de tous les auteurs cotitulaires des droits sur l'œuvre n'est pas exigé du moins lorsque l'action est intentée contre un tiers<sup>(99)</sup>. Un cotitulaire est reçu, pensons-nous, à agir *ut singuli*.

La cotitularité doit, par ailleurs, se conjuguer avec le droit moral de l'auteur. Ce droit est un droit discrétionnaire. Sous réserve d'abus manifeste, l'auteur décide seul, s'il entend exercer ses droits moraux ou pas dans l'hypothèse où il estime, par exemple, que l'œuvre a été injustement modifiée ou dénaturée, ou encore mutilée<sup>(100)</sup>.

(98) Cf. avec Jug. Trib. Gr. Ins. Paris, 3<sup>me</sup> Ch., 15 oct. 1992, *aff. En attendant Godo*, *Rev. trim. dr. com.* 1993, p. 98 obs. Françon, précitée. Les juges ont privilégié l'intérêt moral de l'auteur. De son vivant, Beckett ayant voulu que sa pièce soit exclusivement jouée par des hommes ; décédé, personne ne peut aller contre sa volonté. La décision insiste sur « le respect est dû à l'œuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit ».

(99) Cf. avec Paris 4<sup>eme</sup> Ch. Section B, 12 sept. 2008, film 'Etre et avoir', RG 07/00860, inédit, consultable sur [http://legimobile.fr/fr/jp/j/ca/75056/2008/9/12/07\\_00860](http://legimobile.fr/fr/jp/j/ca/75056/2008/9/12/07_00860) : « Considérant qu'il résulte de l'article L. 113-3CPI que la recevabilité d'un coauteur agissant en justice pour la défense de ses droits patrimoniaux n'est subordonnée qu'à la mise en cause des coauteurs de l'œuvre ; que ces derniers ont été régulièrement assignés dans la procédure et n'ont pas constitué avoué ; que dès lors, la demande de la SAIF en contrefaçon pour la défense des droits patrimoniaux dont elle est cessionnaire est recevable ; que le jugement sera confirmé de ce chef ».

(100) L'affaire *Mazoyer* (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 fév. 1994, préc.) présente bien la difficulté. Un romancier a aliéné ses droits à une maison d'édition. A son tour, cette dernière a cédé, les droits d'adapter et d'exploiter des téléfilms réalisés à partir de roman à une société tiers. Au terme de la cession, la société poursuivait le romancier en dommages et intérêts pour avoir abusivement interdit toute exploitation des téléfilms dérivés de son œuvre. La demande fut fondée sur le dernier alinéa de l'article 113-7 CPI français. Autrement dit, la société demanderesse a préféré placer le débat sur



Dans ce cas de figure, le juge doit apprécier les allégations de l'auteur en ayant constamment à l'esprit l'intérêt de l'œuvre en son ensemble. Dès lors, si l'exercice du droit est discrétionnaire, le succès du recours dépendrait réellement de l'appréciation de l'intérêt de l'œuvre, toujours dans son ensemble.

Par ailleurs, l'appréciation de la cotitularité doit varier selon l'ensemble d'œuvre en question.

Elle est nettement affirmée, lorsque l'ensemble littéraire ou artistique correspond à une œuvre de collaboration. Elle se traduit en l'occurrence par une propriété collective que le juge aura à apprécier le contenu et les prérogatives au regard de l'intérêt de l'ensemble de l'œuvre.

La cotitularité existe, avec moins de netteté, dans l'œuvre composite. La loi impose à son auteur de tenir compte des droits de l'auteur de l'œuvre incorporée. Le droit de ce dernier tient de la convention passée avec l'auteur de l'œuvre composite. La cession ne doit pas faire oublier que l'auteur de l'œuvre incorporée pourrait bien être financièrement associé au succès de l'entreprise, lorsqu'il opte dans le contrat à une rémunération proportionnelle aux produits d'exploitation (cf. par exp. avec l'art. 28 L.).

---

= la qualité de coauteur du romancier pour mieux caractériser l'abus. La chambre civile de la Cour de cassation n'a pas suivi le raisonnement. Elle a privilégié la qualité d'auteur de l'œuvre originale (roman) et reconnu le caractère souverain du droit d'auteur en ces termes : « Mais attendu, d'abord, que Mme Barbier était titulaire sur son roman d'un droit de propriété intellectuelle opposable à tous, la Cour d'appel a exactement retenu qu'elle n'avait fait qu'user de ce droit en s'opposant à l'exploitation des œuvres dérivées au-delà du terme qui avait été consenti à leurs auteurs par l'éditeur du roman lors de la cession par celui-ci des droits d'adaptation. ». Il en découle que :

1- l'auteur de l'œuvre originale ne perd pas son droit du fait qu'il soit coauteur dans l'œuvre dérivée ;

2 - l'auteur de l'œuvre originale doit toujours consentir à l'œuvre dérivée lorsque son œuvre y est incorporée ;

3 - le droit de l'auteur d'une œuvre originale opposable à tous saurait suffire à repousser les demandes de réparations pour abus. Ce droit original prime le droit dérivé qu'aurait même eu l'auteur es qualité de collaborateur. Cf. avec C. A. Paris, 27 mai 2011, préc. (la cour n'a pas suivi le moyen qui faisait valoir que le droit moral « ne se limite [...] pas à la première communication de l'œuvre au public [...] hors du contexte dans lequel elle a été créée [...] à savoir : à titre gracieux au sein d'une revue considérée comme un ensemble cohérent rassemblant des œuvres reliées par un thème commun... », au motif que l'auteur n'a pas, entre autres, démontré « qu'il faisait de la gratuite la condition de leur divulgation... »).



Aussi bien l'auteur de l'œuvre composite que celui de l'œuvre incorporée se partagent, dans des proportions différentes bien entendu, les produits de l'exploitation de l'œuvre. La cotitularité paraît se circonscrire au seul domaine financier.

Observons ici que, contrairement au droit commun qui impose aux cotitulaires de disposer des droits de même nature<sup>(101)</sup>, l'ensemble d'œuvres peut bien comporter des droits d'auteurs de nature différente. Une œuvre de collaboration, par exemple, peut comporter une ou plusieurs œuvres composites à côté des contributions des collaborateurs et *vice versa*<sup>(102)</sup>.

La cotitularité des droits est, enfin, absente pour les œuvres collectives. Seule, en effet, la personne sous le nom de laquelle l'œuvre est divulguée est investie des droits d'auteur. Sauf abus manifeste, cette personne exerce son droit d'auteur en toute discrétion.

## 2/ L'indivisibilité<sup>(103)</sup>

L'indivisibilité touche l'œuvre elle-même. Elle signifie que l'œuvre complexe est une œuvre intellectuellement et/ou matériellement indivisible. L'indivisibilité confère à l'ensemble son unité, donc sa forme, et partant, son existence juridique. Cette indivisibilité provient de la fusion des prestations dans l'ensemble, du caractère inséparable des contributions d'une œuvre de collaboration et de la coexistence des œuvres incorporées avec la contribution de l'auteur de l'œuvre composite.

L'indivisibilité de l'œuvre complexe a ceci de particulier.

Tout d'abord, elle couvre l'œuvre complexe dans son ensemble, à l'exception des éléments de l'ensemble. Ceux-ci sauraient, en principe,

(101) Ainsi par exp. le nu-propriétaire et l'usufruitier disposent des droits de nature différente et ne sauraient, de ce fait, être cotitulaires des droits.

(102) Comme en atteste l'affaire dite du *Prince Igor*, (C. A. Paris, 8 juin 1971, préc.).

(103) Sur la notion d'indivisible, sur sa distinction des notions voisines et ses rapports avec les ensembles contractuels, V. avec intérêt bien particulier Amrani-Mekki (S.), « Indivisibilité et ensembles contractuel : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois* 2002, n° 06, doctrine, n° 37505, p. 355 et suiv.)

faire l'objet d'une exploitation autonome<sup>(104)</sup>, du moins lorsqu'ils sont parfaitement identifiables<sup>(105)</sup>.

La solution se justifie amplement au regard de l'objet de l'œuvre complexe. Cet objet est autonome de chaque élément composant l'ensemble de l'œuvre<sup>(106)</sup>. L'œuvre complexe doit être présentée au public sous forme d'un ensemble cohérent et indivisible. Il y a donc tout lieu de distinguer l'ensemble de ses composantes, lorsque celles-ci ont le caractère d'une œuvre à part (œuvre incorporée, contribution dans une œuvre de collaboration)<sup>(107)</sup>. Tel n'est pas le cas d'une œuvre collective qui suppose une fusion totale des éléments dans l'ensemble empêchant ainsi leur exploitation dans un genre différent. La Cour de Versailles<sup>(108)</sup> a certainement entendu l'affirmer en refusant au salarié d'un site internet tout droit d'auteur sur sa contribution, « *dès lors que les images*

(104) Cass. Fr., Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2003, *aff. Angélique*, D. 2003, p. 1088, note S. Becquet : « *Mais attendu que la Cour d'appel a exactement énoncé que l'auteur d'une musique écrite pour un film lui-même adapté d'un roman pouvait, sauf atteinte à l'œuvre commune, se livrer à l'exploitation autonome de son œuvre propre ; qu'elle a, par ailleurs, observé à bon droit qu'en l'absence de stipulation en ce sens dans l'acte d'adaptation, les auteurs de l'œuvre originale ne pouvaient ni lui reprocher des titres nécessairement en relation avec elle, ni, à l'occasion de cette exploitation séparée, exiger de lui une rémunération ; que, par ces seuls motifs... Rejette...* », cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2009, préc. (sol. impl.).

(105) Cf. avec Civ. 1<sup>re</sup> fr., 12 juin 2012, n 11-10.923, inédit, *Dépêches JursClasseur-Actualites*, LexisNexis, consultable sur [www.lexisnexis.fr/depeches/index2.jsp?date\\_new=2012-06-14&url\\_key=data/...](http://www.lexisnexis.fr/depeches/index2.jsp?date_new=2012-06-14&url_key=data/...) ; (constitue une reproduction photographique non autorisée « la présentation des meubles nettement visibles et parfaitement identifiables ». Pour la première chambre civile de la Cour de cassation, il n'y a point d'ensemble dans lequel le tout se fond ; les éléments ont gardé leur autonomie réciproque et n'ont pas pu s'intégrer dans une nouvelle œuvre. Il y a tout lieu, estime la Cour, de poursuivre le photographe pour contrefaçon.)

(106) V. avec intérêt particulier en dr. fr. : C. A. Lyon (1<sup>re</sup> Ch.), 20 mars 2003, R. G. n°01/03048, préc., après avoir reconnu dans le réaménagement d'une place publique (éclairage création d'œuvre plastiques...) un « *travail de mise en valeur original et créatif, nécessairement concerté et conduit en commun par les trois auteurs, participant de la même œuvre de collaboration, propriété commune des coauteurs* », la Cour d'appel de Lyon avait deduit que « *l'œuvre de réaménagement d'une place publique historique fait partie de l'ensemble de cette place et peut légitimement être reproduite avec celui-ci. Les auteurs de l'œuvre de réaménagement doivent donc être déboutés de leur action en réparation formée contre les éditeurs de cartes postales représentant la place, aucune des cartes postales litigieuse n'ayant pour objet de reproduire cette œuvre* ».

(107) Cf. par exp. en dr. fr. l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de Cass. (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 2005, n°567, n° 567, pourvoi 03-14820, *Propr. Intell.*, avr. 2005, n° 15, p. 25, obs. Sirinelli (une œuvre de collaboration qui est en même temps une œuvre composite nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre ancienne).

(108) 1<sup>ère</sup> Ch., 1<sup>re</sup> sec., du 25 mars 2004, préc.

*litigieuses, même si elles peuvent donner lieu à un tirage à part, ne constituent qu'une partie des éléments d'illustration des pages du site dans lesquelles elles se fondent, caractérisant ainsi la participation à une œuvre collective au sens de l'article L. 113-2 du CPL ».* Il faut ici relever le fait que les éléments, pris isolément (en l'occurrence des images publiées sur le site), peuvent faire l'objet d'une exploitation autonome. Ces images qui « *peuvent donner lieu à un tirage à part* » nuance avec force la Cour de Versailles. Le fait que l'élément de l'ensemble est susceptible de faire l'objet d'une exploitation spécifique ne doit altérer en rien le droit de l'auteur sur son œuvre dans son ensemble. Le droit au tout (l'ensemble) est différent du droit à l'exploitation de chaque élément. Ce droit à l'ensemble est spécifique, autonome et différent. Le tout, donc l'ensemble, ne se ramène pas aux éléments<sup>(109)</sup>.

La chose ne doit pas étonner. Elle se rencontre dans les universalités de droit. Le fonds de commerce, par exemple, est différent de ses éléments constitutifs. Un fonds de commerce ne se ramène pas au droit à la clientèle ou au droit au renouvellement, ou encore au droit de brevet, si importants soient-ils. Certains droits, comme l'enseigne, le nom, la marque et d'une manière générale, les signes de ralliement de la clientèle peuvent être cédés séparément. Leur cession obéit à règles spécifiques différentes de la cession du fonds de commerce lui-même<sup>(110)</sup>.

En droit tunisien de propriété littéraire, la solution pourrait bien se défendre par l'article 23 L. qui définit restrictivement l'objet de la cession

(109) Pellé, thèse précitée, n° 501 et suiv. p. 446 et suiv., spéc. n° 502 p. 447 et bibliographie citée en note 627 en bas de page 446. V. pour l'anecdote jug. Trib. Gran. Ins. Draguignan, 16 mai 1972, *Gaz. pal.* 1972, 2, p. 568. Le moyen soulevait pertinemment « *le droit de produire des vues de Port Grimaud... que ce village avec rues, places, magasins, banques, services de toutes sortes, est un site géographique étendu dont le spectacle est res communis...* ». Le tribunal n'a pas suivi le moyen et a reconnu à la Cite de Port Grimaud un droit à l'image : « *L'établissement dans le fond du Golf de Saint-Tropez... d'une Cité LaCustre dont les plans d'eau réguliers et les masses bâties, de volume et de couleurs contrastés et variés, provoquent la surprise et entretiennent la curiosité et l'attente, constitue bien, dans son ensemble, par la combinaison harmonieuse de ses éléments, une création personnelle... ; qu'en l'espèce, c'est la totalité de la Cité de Port Grimaud considérée comme une œuvre d'art qui bénéficie de la protection de la loi et non tel ou tel édifice déterminé* ».

(110) Sur les conventions portant sur un signe distinctif constitué d'un nom, V. par exemple : Loiseau (G.), *Le nom objet d'un contrat*, *Bib. dr. priv., L. G. D. J.*, tome 274, préface J. Ghestin, Paris 1997, n° 168 et suiv., p. 179 et suiv., not. n° 180 p. 187, n° 384, p. 378 et suiv., n° 393 et suiv. p. 387).



du droit d'auteur<sup>(111)</sup>. Selon cet article, « *la cession de droit de communiquer l'œuvre au public n'implique le droit de la reproduire sur un support matériel tel que l'enregistrement sur bande à titre d'exemple ; de même l'œuvre qui est enregistrée sur un support matériel ne peut être communiquée au public sans l'autorisation de l'auteur.* »<sup>(112)</sup>

(111) V. en ce sens, Lucas, article préc., Lettre..., § 2.4.1. et 2.4.2 et décisions citées. Encore faut il ici que les termes de la convention soient explicites. Car il y a tout lieu de penser qu'il s'agit en l'occurrence d'une renonciation de la part de l'auteur. Or, celle ci est sans effets si elle ne résulte pas des termes clairs et sans ambiguïté de la convention. Comme tout acte abdicatif, l'interprétation de la renonciation doit être stricte (article 522 COC « *Les renonciations à un droit doivent être entendues strictement et n'ont jamais que la portée qui résulte évidemment des termes employés par leur auteur, et ne peuvent être étendues au moyen de l'interprétation...* ») et protéger la partie la plus faible (interprétation *in favorem*), en l'occurrence l'auteur (cf. article 529 COC). V. C. A. Paris (Pôle 5, Ch. 2), 27 mai 2011, *aff.* CFC, INIST Diffusion, Celong c./ David F., inédit (consultable sur : [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3174](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3174)) confirmant partiellement Jug. Trib. Gr. Inst. Paris, 3<sup>ème</sup> Ch. 2<sup>ème</sup> Sect.), 9 juill 2010, inédit (*ibidem*). La cour d'appel a relevé, à propos d'une cession à titre gracieux, que l'article L. 122-10 CPI français « *qui organise une cession légale du droit de reproduction par reprographie au bénéfice d'une société collective et déroge au principe de l'autorisation de l'auteur requiert une stricte interprétation [...], qu'à cet égard, les appelantes ne peuvent se prévaloir d'une cession tacite ou implicite des droits d'auteur à l'éditeur, compte tenu des dispositions de l'article L. 131-3 CPI dès lors que la convention de cession doit résulter d'éléments précis ne pouvant laisser subsister aucun doute quant à son domaine et à ses modalités et que tel n'est pas le cas en l'espèce puisque Monsieur F. s'est borné à autoriser le plus souvent sans contrepartie financière, leur publication dans la revue de l'éditeur.* » cf. Mezghani (N.), « *Panorama jurisprudentiel relatif au droit d'auteur au cours des cinq dernières décennies* » in Cinquante ans de jurisprudence civile 1959- 2009, sous la direction du Pr. M-K Charfeddin, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Unité de Recherche: Droit Civil ». C. P. U., Tunis 2010, p. 133).

(112) Mme N. Mezghani (article préc., p. 129), rapporte un attendu d'un jugement inédit du Trib. 1<sup>re</sup> Ins. Tunis, 10 juin 1995(n° 28094, *aff.* Zied Lassram c./ la Société d'édition Alyssa et Nicole Ben Youssef) rendu sur la foi de l'article 23 L. 1994 qui a justement énoncé que « *la cession du tableau n'emporte pas la cession du droit de son exploitation dans la mesure où la cession de l'œuvre ne vaut pas nécessairement la cession des droits d'auteur, et ce conformément aux dispositions de l'article 23 de la loi de 1994* » (V. spéc. p. 132). Les faits montrent que la décision fut rendue à propos de la publication d'une toile sur la couverture d'un livre par le cessionnaire sans l'autorisation préalable du peintre ; elle est rapportée *in extenso* par Faten Rouisse Cherif, Les droits patrimoniaux de l'auteur (en arabe), éd. *Dar il mizen*, 1<sup>re</sup> éd., Hammam Sousse, 2005, pp. 228-229. V aussi le jug. du Trib 1<sup>re</sup> Inst. de Sfax, n°44032, du 20 nov. 2006, inédit, cité et rapporté par S. El Euch Mallek, La protection du droit à l'image, in mélanges en hommage à Dali Jazi, CPU, Tunis 2010, n°39, p. 321(le consentement à une prise de vue ne vaut pas autorisation pour la publication d'image). Cf. avec Cass. civ. n°19320 du 25 juin 2008, inédit confirmant le jug. Trib. 1<sup>re</sup> Ins. de Tunis, n°56199 du 23 juin 2005, inédit, cité par S. El Euch Mallek, article préc. notes 117 et 118 en bas de page 322 (illicéité de la rediffusion d'une image publicitaire sans l'autorisation spéciale et préalable de la personne concernée). Cf. en droit français avec Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002 (cassant l'arrêt de la C. A. Versailles (Ch. 12 =



On peut ajouter dans le même sens l'article 41 qui, plus explicite encore, autorise les collaborateurs d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle à exploiter leurs œuvres dans un genre différent, donc dans une forme différente<sup>(113)</sup>. Et même si tous les collaborateurs décident de réexploiter leur contribution, ils doivent le faire, sous peine de contrefaçon, dans un genre différent. Le nouveau genre permet, en l'occurrence, de bien démarquer de l'œuvre complexe, dans son ensemble, de l'œuvre dérivée. Cela est d'autant plus vrai que le législateur, lui-même, distingue l'œuvre dans sa forme originale de l'œuvre dans sa forme dérivée (art. 1<sup>er</sup> L.).

L'indivisibilité de l'œuvre complexe signifie ensuite que son objet doit, en soi, être original par rapport aux éléments composant l'ensemble. Il doit imprégner le tout et dominer l'ensemble de l'œuvre<sup>(114)</sup>. Il ne faut pas, en effet, que l'œuvre complexe se réduise à une simple présentation d'œuvres préexistantes. Un arrêt relativement récent de la Cour de cassation française semble franchement l'admettre<sup>(115)</sup>.

= section 2), 23 sept. 1999, n°11670, inédit), D. 2002, note Daleau (J.), pp. 1908 et suiv.: "L'emploi publicitaire d'un cliché ne s'étend pas, eu égard à la suite que l'usage donne à l'obligation d'après sa nature et sauf clause contraire spéciale expresse non relevée en l'espèce à l'exploitation publique de celle-là lorsqu'elle est faite pour la promotion des ventes de celui-ci"; C. A. Paris, 27 mai 2011, préc.

(113) V. en ce sens Trib. 1<sup>re</sup> Ins. Tunis, 29 oct. 1996, *Aff. Anwer Brahem c. / Sté Ciné Télé Film*, n° 28772, inédit et sur appel C. A. Tunis, 11 fév. 1998, n° 43190 (arrêt confirmatif), inédit et sur pourvoi Cass., 16 juin 1998, n° 65579, inédit (Rejet), tous cités par le Pr. N. Mezghani, article préc. pp. 126 et 127 : les œuvres musicales interprétées par un compositeur pour les besoins d'un film demeurent la propriété de ce dernier. Le producteur n'aurait pas le droit de produire des morceaux extrait de la musique du film sans l'autorisation de l'auteur compositeur originaire. V. en dr. français dans le même sens : Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2003, *aff. Angélique*, préc.; Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 1995, *JCP* 1996, IV, 77, *Bull. civ.*, I, n°421, p. 294 (reproduction de l'œuvre sur des posters n'emporte pas sa reproduction par voie de presse).

(114) V. Cass. fr. Civ.1<sup>re</sup>, 15 mars 2005, préc., confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 20 mars 2003 cité par Mr Clavier (J-P), article préc., p. 251-252. On peut déduire que l'ensemble architectural a fusionné ses différentes composantes.

(115) V. Cass. fr. Civ.1<sup>re</sup>, 15 mars 2005, préc.; « Mais attendu qu'ayant relevé que, telle que figurant dans les vues en cause, l'œuvre de MM. X... et Z... se fondait dans l'ensemble architectural de la place des Terreaux dont elle constituait un simple élément, la cour d'appel en a exactement déduit qu'une telle présentation de l'œuvre litigieuse était accessoire au sujet traité, résidant dans le représentation de la place, de sorte quelle ne réalisait pas la communication de cette œuvre au public ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches....Rejette ».

En clair, l'objet de l'œuvre complexe dans son ensemble doit être caractéristique<sup>(116)</sup> et pas simplement secondaire ou accidentel<sup>(117)</sup> comme en témoigne la théorie dite de l'accessoire (ou de l'arrière plan). D'après cette théorie prétorienne de droit français, l'insertion d'une œuvre "en arrière plan" dans un ensemble plus vaste<sup>(118)</sup> n'est pas soumise aux droits exclusifs de son auteur, du moment où elle est l'accessoire au sujet principal traité<sup>(119)</sup>. Dès lors, l'auteur de l'œuvre

(116) CA Paris, 12 sept. 2008, n° 07/00860, préc.; les éléments composant le dessin du chemin de table sont « immédiatement décelables et discernables, non seulement individuellement, mais aussi dans la combinaison d'ensemble qui confère à ce dessin un caractère original »; cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1987, *Bull. civ.*, I, n° 225, p. 165 : la cour d'appel « a souverainement estimé que les éléments figurant sur ces affiches ne communiquaient pas au public des traits caractéristiques originaux de la fontaine, c'est justement qu'elle en déduit que lesdites affiches ne constituent pas une reproduction même partielle de l'œuvre...ce dont il résultait quelles ne portaient pas atteinte au droit patrimonial et moral de l'auteur... Rejettes ».

(117) Cf. Avec l'art. 16 L. qui autorise l'insertion d'une œuvre d'art figurative ou architectural exposée d'une manière permanente dans un lieu public, pour les besoins de la cinématographie ou de la télévision, « à condition que leur insertion dans le film cinématographique ou de l'émission télévisée revête un caractère accidentel ou secondaire par rapport au sujet principal du film ou de l'émission ». Tel n'est pas le cas, estime un arrêt de la Cour d'appel de Versailles (1<sup>ère</sup> Ch. A., 15 janv. 1998, n°98-274, *aff. Société Movie Box c./ Société des auteurs des arts visuels et a.*, inédit, consultable sur le site de la Cour de cassation française préc.) lorsqu'un mouvement de zoom porte sur une sculpture filmée intégralement pour servir comme élément de décor dans un film publicitaire. La Cour en a déduit une reproduction illicite ouvrant droit à réparation. L'ensemble (ici le film) ne se réduit pas à l'un de ses composantes (la sculpture en l'occurrence) qui continue à générer des droits propres.

(118) C. A. Paris (4<sup>ème</sup> Ch.), 7 nov. 1980, *aff. CAP Thiojac*, citée par Mr Michel Huet, *Le droit de l'architecture*, Economica, 1990, p. 105 : « le droit à la protection cesse lorsque l'œuvre en question est reproduite non pas en tant qu'œuvre d'art, mais par nécessité, au cours d'une prise de vue dans un lieu public ; sur la carte postale litigieuse, la Tour Montparnasse n'a pas été photographiée isolément, mais dans son cadre naturel qui ne fait l'objet d'aucune protection ».

(119) La jurisprudence française est bien fournie sur la question (V. sur cet état, Lucas, article préc., *Lettre...*, 2.3.1. et décisions citées en notes 41 à 43 en bas de page. *Adde* aux références citées *supra* : C. A. Paris, 4<sup>ème</sup> Ch. Section B, 12 sept. 2008, *film "Etre et avoir"*, arrêt n° 07/00860, inédit, infirmant le jug. Du Trib. Gr. Ins. Paris, R-G. n° 05/10941, consultable sur le site *legifrancegouv.fr.*, «... que le plus fréquemment, elles (i.e. les œuvres insérées\*) sont en arrière plan, la camera mettant en valeur les personnages des élèves et du maître, qu'il n'est à aucun moment du documentaire présenté une utilisation de ces illustrations par le maître, qu'elles ne sont qu'un élément de l'environnement de la salle de classe qui correspond d'ailleurs à leur finalité,...que ces œuvres font ainsi corps, de manière nécessaire étant un outil pédagogique, avec le décor de la salle de classe...et qui sont placées en arrière -plan revêtent un caractère accessoire par rapport au sujet principal traité ; quelles sont également accessoires par rapport au sujet représenté en ce qu'elles n'apparaissent pas de manière principale à l'écran, l'étant en arrière plan, et qu'à aucun moment, elles ne sont représentées pour elles mêmes...» ; C. A. Paris 14 sept. 1999, *JCP éd. (E)*, 2000, 137, n° 6, obs. Lucas (pas besoin de l'autorisation de filmer une fresque murale en arrière plan d'une scène d'un film, où elle apparaît de manière accessoire).

principale n'enfreint pas les droits de l'auteur de l'œuvre accessoire insérée et ne commet pas le délit de contrefaçon. Le principe de la liberté de panorama est manifestement bien acquis<sup>(120)</sup>. La présentation de l'œuvre insérée n'est pas considérée comme une communication au public. Et inversement : il y a manifestement atteinte aux droits moraux et pécuniaires de l'auteur, lorsque l'œuvre est présentée pour elle-même<sup>(121)</sup> ou lorsqu'elle constitue l'élément central de la présentation<sup>(122)</sup>, ou encore lorsqu'elle occupait « une place déterminante »<sup>(123)</sup> ou, enfin, lorsqu'elle est volontairement placée dans le champ pour être vue<sup>(124)(125)</sup>. La solution tient de l'indivisibilité de l'œuvre complexe dans son ensemble. L'objet de cette dernière est bien différent de l'œuvre insérée.

(120) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 1995, *aff. Antenne 2 c. / spadem et a.*, *Gaz. pal.* 1996, p.18, *D.* 1996, somm. 73, obs. J. Daleau ; *RIDA*, janv. 1996, n° 167, p. 323. Pour la Cour de cassation : « la représentation d'une œuvre située dans un lieu public n'est licite que lorsqu'elle est accessoire par rapport au sujet traité ».

(121) Commet une contrefaçon la personne qui diffuse, sans l'accord de son auteur, une œuvre en gros plan et de façon intégrale. V. par exemple en ce sens en droit français : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 1995, préc. : la Cour d'Appel avait « souverainement retenu que, filmées intégralement et en gros plan - ce qui ne s'imposait pas compte tenu du sujet traité - les sculptures avaient été volontairement présentées pour elles-mêmes » ; cf. C. A. Versailles, 26 janv. 1998, *Sté Movie Box c./ Spadem et a.* : « constitue une représentation illicite d'une statue de Maillol la diffusion d'un film publicitaire dans laquelle figure, alors qu'elle a été utilisée, non pas dans une séquence tournée en décor naturel, ce qui justifie une apparition fugace de la sculpture, placée dans le jardin des Tuileries, totalement accessoire au sujet traité comme élément du décor ».

(122) Trib. Gr. Ins. Paris. 12 juill. 1990, *RIDA*, janv. 1991, p. 359 : l'œuvre figure « dans un panorama dont elle constitue l'élément central ou tout au moins, un élément essentiel, sans pouvoir être considérée comme simple partie d'un cadre naturel non protégé » cf. C. A. Paris, 10 juin 1979, *D.* 1980, *Inf. rap.*, p. 83 ; C. A. Paris, 23 oct. 1990, *Sté Fotogram-Stone et a. c./ la Cité des sciences et de l'industrie* (inédit).

(123) C. A. Paris, 7 avr. 2010, *JurisData* n° 2010-008823, cité et rapporté in <http://jastrow.wordpress.com/2010/05/05/de-minimis-non-curat-praetor/>.

(124) Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2000, cité in [http://www.en-droit.com/lettres\\_intellex\\_pdf/mars02.pdf](http://www.en-droit.com/lettres_intellex_pdf/mars02.pdf), constitue un acte de contrefaçon le fait de filmer une chaise de Robert Mallet- Stevens dans un spot publicitaire, même rapidement, car la chaise a été placée dans le champ pour être vue, les ayants-droit n'ayant pas été sollicités au préalable.

(125) Trib. Gr. Ins. Paris (1ère Ch. 1 ère section), 28 mai 1997, *aff. Bloch c./ Darty et a.*, inédit, cité par Mr Mendras (O.), « La production dans la publicité d'une œuvre située dans un lieu public » in *Revue des Marques*, N 23, juill. 1998 consultable sur : [http://www.prodimarques.com/documents/gratuit/23/reproduction\\_publicite.php](http://www.prodimarques.com/documents/gratuit/23/reproduction_publicite.php). (solution par *a contrario* : pas de communication au public d'une sculpture reproduite d'une manière trop imprécise qui, en outre, n'a pas été placée en gros plan et n'avait pas été filmée pour elle-même).



Il s'impose comme tel par sa forme originale qui forcément, là aussi, exprime son indivisibilité.

## Bibliographie

### I. Table des textes

#### I.1. Codes, Traités et Directives

1. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) du 20 déc. 1996 consultable sur : [http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs\\_wo033.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf).
2. Code français de la Propriété Intellectuelle (CPI 1992), dans sa version consolidée du 2 mars 2013, JORF n°0053 du 2 mars 2012, p. 3986
3. Code tunisien des sociétés commerciales, promulgué par la Loi n°2000-93 du 3 novembre 2000, JORT n°89, 7 nov. 2000.
4. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) du 20 déc. 1996 consultable sur : [http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs\\_wo033.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf).
5. 1<sup>re</sup> Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 déc. 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, J. O. 1989, L. 40. p. 1.

#### I.2. Lois tunisiennes et françaises

1. Loi n°2009-33 du 23 juin 2009, JORT 2009, n°52, p. 1724.
2. Loi n°95- 34 du 17 avr. 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques, telle que modifiée par la loi n° 2003-79 du 29 décembre 2003 JORT, 2004, np. 3713.
3. Loi n°2000- 84 du 24 août 2000, relative aux brevets d'invention, JORT 2000, n°68, p. 1983.
4. Loi 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique, JORT 1994, np. 361.
5. Loi française n°96-1106 du 18 déc. 1996 JORF n°295 du 19 déc. 1996, p. 18687.



## II. Doctrine

### II.1. Ouvrages généraux (par ordre alphabétique des auteurs)

1. Abello (A.), « La propriété intellectuelle, une propriété de marché » *in Droit et Economie de la propriété intellectuelle*, sous la direction de Marie-Anne Frisson-Roche et Alexandra Abello, coll. *Droit et Economie*, L. G. D. J., Paris 2005, p. 358-359.
2. Colombet (C.), Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Précis Dalloz, Dalloz, 9<sup>me</sup> éd., Paris 1999, p. 86, n 101.
3. Flour et Aubert, Les obligations- 1. L'acte juridique, 8<sup>ème</sup> éd. Armand Colin, Paris 1998.
4. Lucas (A.), Le droit de l'informatique, coll. Thémis, P. U. F. 1<sup>re</sup> éd., Paris 1987, n° 263 et suiv., p. 297.

### II.2. Thèses et Mémoires (par ordre alphabétique)

1. Baccouche (T.), *Essai sur la notion d'apparence en droit des sociétés commerciales - Etude en droit comparé français et tunisien*, thèse, Nantes 1999, n<sup>os</sup> 45 et suiv., 700 à 702.
2. Blaizot- Hazard (C.), « Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français », thèse, préface Delvové (P.), *Bib. dr. priv.*, tome 159, L. G. D. J., Paris 1991.
3. Briand (P.), *Eléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse, Nantes, 1990.
4. Clément-Fontaine (M.), La licence publique générale GNU (Logiciel libre), Mémoire DEA droit des Créations Immatérielles, Université Montpellier, 1998-1999 consultable sur
5. Jacquier Sarah, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, thèse, Aix- Marseille 2001, préface P- Y Gautier, Institut de droit des affaires, PUAM, 2001.
6. Jamin (C.), La notion de l'action directe, thèse, préface par J. Ghestin, *Bib. dr. priv.*, tome 215, L. G. D. J., Paris 1991.
7. Laurent (Ph.), « Logiciels libres : le droit d'auteur contre le droit d'auteur », Mémoire, K. U. B., V. A. O. *in intellectuele rechten*, année académique 2002-2003 consultable sur « [www.crid.be/pdf/public/4266.pdf](http://www.crid.be/pdf/public/4266.pdf) ».
8. Loiseau (G.), *Le nom objet d'un contrat*, *Bib. dr. priv.*, L. G. D. J., tome 274, préface J. Ghestin, Paris 1997.
9. Mireille Bacache-Gibeili, « La relativité des conventions et les

- groupes de contrats », thèse, préface Yves Lequette, *Bib. dr. priv.*, tome 268, *L. G. D. J.*, Paris 1996.
10. Neret (J.), Le sous contrat, thèse, préface Catala, *Bib dr. priv*, tome 163, *L. G. D. J.*, Paris 1979.
11. Pellé (S.), « La notion d'interdépendance contractuelle - Contribution à l'étude des ensembles de contrats », thèse, préface J. Froyer et M-L. Demeester, éd. Dalloz, *Nouvelle Bibliothèque des Thèses*, Paris 2007.
12. Remy Cabrillac, Acte juridique conjonctif, thèse, *Bib. dr. priv.*, tome 213, *L. G. D. J.* 1990.
13. Roujou De Boubée (G.), Essai sur l'acte juridique collectif, thèse, *Bib. dr. priv.*, tome 213, *L. G. D. J.*, Paris 1961.
14. Teyssie, Les groupes des contrats, thèse, préface J. M. Mousseron, *Bib dr. priv*, tome CXXXIX, Paris 1975.
- II.3. Articles (par ordre alphabétique)
1. Amrani-Mekki (S.), « Indivisibilité et ensembles contractuel : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois* 2002, n° 06, doctrine, n° 37505, p. 355.
2. C. Saint - Alary -Houin, « les critères distinctifs de la société et l'indivision depuis les réformes du Code Civil », article, *Rev. trim. dr. com.* 1979.
3. Laurent (Ph.), « Logiciels libres et droit d'auteur : Naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux », article, *Cahiers du CRID*, N 25, partie II, pp. 23 et suiv., consultable sur « [www.crid.be/pdf/public/5132.pdf](http://www.crid.be/pdf/public/5132.pdf) ».
4. Lucas (A.), Lettre de France, consultable sur : <http://cpi.robic.ca/Cahiers/12-1/12-1%2012LucasAndre.htm> fn20.
5. Mezghani (N.), « Panorama jurisprudentiel relatif au droit d'auteur au cours des cinq dernières décennies » in Cinquante ans de jurisprudence civile 1959- 2009, sous la direction du Pr. M-K Charfeddin, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Unité de Recherche : Droit Civil ». *C. P. U.*, Tunis 2010, p. 133.
6. Mouron (Ph.), La nature juridique des 'Pieds Nickelés'- Pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications, *Rev. Lamy droit de l'immatériel*, N 38, mai 2008, pp. 68 à 74, consultable également sur : [www.junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/PLA/chron-piedsnickeles.pdf](http://www.junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/PLA/chron-piedsnickeles.pdf),

7. Piatti (M-Ch.), « Commerce électronique et propriétés intellectuelles, l'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques », *Rev. trim. dr. com.* 2006, p. 12.
8. Rideau (F.R.), « Le libre logiciel », consultable sur [www.tunes.org/...](http://www.tunes.org/)
9. Singh (A.), “ Les œuvres de l'esprit créées par plusieurs personnes en droit français”, *Cahiers de propriété intellectuelle*, mai 1998, Vol. 10, No 3, p. 581; consultable également sur: <http://cpi.robic.ca/Cahiers/10-3/08Singh%20W97.html>.
10. Thoumyre (L.), « L'ensemble journalistique entre le collectif et la collaboration », *Cahiers de propriété intellectuelle*, Vol.12, N 2, 2000, pp. 421- 448.

#### II.4. Notes et Chroniques

1. M. J. -M. B., *J. C. P.* (E), 2000. Chr. p. 1903.
2. Gautier note sous Civ. 1<sup>er</sup>, 4 avril 1991, *D.* 1992, p. 261 (*aff. Picasso*).
3. S. Becquet, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2003, *D.* 2003, jurispr. comm., p. 1089.

#### II.5. Colloques et Rapports

1. Bensoussan A., intervention in Colloque « Droit de la propriété intellectuelle », Cycle Droit et économie de la concurrence, troisième conférence Droit et propriété intellectuelle: approche juridique et économique 9 nov. 2006, consultable sur le site de la Cour de cassation française: [www.courdecassatio.fr](http://www.courdecassatio.fr).
2. Clavier (J-P), « La protection de la création architecturale par le droit d'auteur », in *Annual Conference 18th Building and Construction contracts between traditional legal rules & developed legal systems*, Colloque annuel de la faculté de Droit des Emirats Arabes Unis, Université des E A U, du 19-21 avr. 2010, Dubaï, p. 243 et suiv.
3. Sirinelli (P.), « La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs », in *The 17<sup>th</sup> Annual Conference, Electronic Transaction*, (E- commerce and E- government), Abu-Dhabi, 19 et 20 mai 2009, publié par *The Emirates Centre for Strategic Studies and Research*, vol. 3, p. 109.
4. Rapport sous Com. 1<sup>er</sup> juill. 2008, *Bull. inf. de la Cour de cassation*, 15 nov. 2008 p. 12.



### III. Jurisprudence

#### III.1. Jurisprudence tunisienne (Arrêts et Jugements)

1. Cass. civ. n°19320 du 25 juin 2008, inédit confirmant le jug. Trib. 1<sup>re</sup> Ins. de Tunis, n°56199 du 23 juin 2005, inédit, cité par S. El Euch Mallek, La protection du droit à l'image, *in* mélanges en hommage à Dali Jazi, CPU, Tunis 2010, notes 117 et 118 en bas de page 322.
2. Cass., 16 juin 1998, n 65579, inédit (Rejet), cité par le Pr. N. Mezghani, « *Panorama jurisprudentiel relatif au droit d'auteur au cours des cinq dernières décennies* » *in* Cinquante ans de jurisprudence civile 1959- 2009, sous la direction du Pr. M-K Charfeddin, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Unité de Recherche: Droit Civil ». C. P. U., Tunis 2010, p. 133.
3. C.A. Tunis, 11 fév. 1998, n° 43190 (arrêt confirmatif), inédit, cité par le Pr. N. Mezghani, article préc.
4. Trib 1<sup>re</sup> Inst. de Sfax, n°44032, du 20 nov. 2006, inédit, cité et rapporté par S. El Euch Mallek, La protection du droit à l'image, *in* mélanges en hommage à Dali Jazi, CPU, Tunis 2010, n°39, p. 321.
5. Jug. Trib. 1<sup>re</sup> Ins. Tunis, 29 oct. 1996, *Aff. Anwer Brahem c. / Sté Ciné Télé Film*, n° 28772, inédit, cité par le Pr. N. Mezghani, article préc.
6. Jug. Trib. 1<sup>re</sup> Ins. Tunis, 10 juin 1995 (n° 28094, *aff. Zied Lassram c./ la Société d'édition Alyssa et Nicole Ben Youssef*, inédit, rapporté par Mezghani (N.), article préc; rapporté *in* extension par : Faten Rouisse Cherif, Les droits patrimoniaux de l'auteur (en arabe), éd. Dar il mizen, 1<sup>re</sup> éd., Hammam Sousse, 2005, pp. 228-229.

فاتن رويس الشريف، الحقوق المالية للمؤلف، دار الميزان للنشر، حمام سوسة (الجمهورية التونسية)، الطبعة الاولى ٢٠٠٥، صص ٢٢٨-٢٢٩.

7. JUg. Trib. 1<sup>re</sup> Ins. Tunis, 29 déc. 1975, *aff. Abou-kacem Echebbi*, inédit, cité par N. Mezghani, article précité.

#### III.2. Jurisprudence française

##### III.2.1. Jugements

1. Trib. Gr. Ins. Paris, R-G. n° 05/10941, consultable sur le site [legifrancegouv.fr](http://legifrancegouv.fr).



2. Trib. Gr. Inst. Paris, 3<sup>ème</sup> Ch. 2<sup>ème</sup> Sect.), 9 juill 2010, inédit, consultable sur :
3. Trib. Gr. Ins. Paris, 26 mai 2004, *D.* 2004, p. 2641.
4. Trib. Com. Paris, 24 sept. 1999, *Petit. Aff.* 3 mars 2000, p. 13 note Calvo.
5. Trib. Gr. Ins. Lyon, 21 juill. 1999, *D.* 1999, act. jur., p. 47, obs. B. P.
6. TGI Strasbourg, 3 fév. 1998, *JCP (E.)* 1999, p. 952.
7. Trib. Gr. Ins. Paris (1<sup>re</sup> Ch. 1<sup>re</sup> section), 28 mai 1997, *aff. Bloch c./ Darty et a.*, inédit, cité par Mr Mendras (O.), « *La production dans la publicité d'une œuvre située dans un lieu public* » in *Revue des Marques*, N 23, juill. 1998.
8. Trib. Gr. Inst. Nanterre, 1<sup>re</sup> Ch A., 10 mars 1993, *Aff. Erwitte et autres c. / Sté Brasserie Kronenbourg*, *D.* 1994, somm. comm., p. 89, obs. Colombet.
9. Trib. Gr. Ins. Paris, 3<sup>me</sup> Ch., 15 oct. 1992, *aff. En attendant Godo*, *Rev. trim. dr. com.* 1993, p. 98 obs. François
10. Trib. Gr. Ins. Paris. 12 juill. 1990, *RIDA*, janv. 1991, p. 359.
11. Trib. Gr. Ins. Draguignan, 16 mai 1972, *Gaz. pal.* 1972, 2, p. 568.
12. Gr. Ins. Seine, 3<sup>me</sup> Ch., 16 mai 1969, *R. I. D. A.*, janv. 1970, p. 213, note A. Schmidt.

### III.2.2. Arrêts des Cours d'appel

1. CA. Paris (Pôle 5, Ch. 2), 27 mai 2011, *aff. CFC, INIST Diffusion, Celong c./ David F.*, inédit (consultable sur : [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3174](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3174))
2. C A. Paris, 7 avr. 2010, *JurisData* n < <http://www.junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/PLA/chron-piedsnickeles.pdf> 2010-008823, cité et rapporté in
3. CA Paris 4<sup>ème</sup> Ch. Section B, 12 sept. 2008, film 'Etre et avoir', RG 07/00860, inédit, consultable sur [http://legimobile.fr/fr/jp/j/ca/75056/2008/9/12/07\\_00860](http://legimobile.fr/fr/jp/j/ca/75056/2008/9/12/07_00860).
4. CA. Paris, 4<sup>ème</sup> Ch., section A, 20 fév. 2008, *aff. Stiebel Eltron c./ Delage*, consultable sur : [www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2240](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2240) < [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2240](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2240) > .

5. C. A. Paris, 25 janv. 2006 *in* les Concl. de Mme. Pezard sous Com., 1<sup>er</sup> juill. 2008, préc.
6. CA Paris 9 juin 2004, inédit, cité *in* rapport de M. Bargue, consultable sur : [www.courdecassatio.fr/jurisprudence\\_2 /chambres\\_mixtes\\_2740 /3\\_fev\\_2006\\_8603.html](http://www.courdecassatio.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/3_fev_2006_8603.html).
7. CA Versailles (1<sup>re</sup> Ch., 1<sup>re</sup> sec.), 25 mars 2004, aff. Francois Z. c./ Log-Access, inédit, consultable sur : [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=1352](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1352).
8. C. A. Lyon (1<sup>re</sup> Ch.), 20 mars 2003, R. G. n°01/038, inédit, cité par Mr Clavier (J-P), article préc.
9. CA Lyon, 1<sup>re</sup> Ch., 9 dec. 1999, *J. C. P (E.)* 2000, II, 10280, note Derieux, *Rev. inter. dr. aff.* 2000, n° 184, p. 357.
10. C A. Paris 14 sept. 1999, *JCP éd. (E)*, 2000, 137, n° 6, obs. Lucas.
11. C.A. Versailles (Ch. 12 section 2), 23 sept. 1999, nn°11670, inédit, cité par Daleau (J.), note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002, *D.* 2002, p. 1908.
12. C. A. Versailles, 26 janv. 1998, Sté Movie Box c./ Spadem et a., inédit.
13. CA. Versailles (1<sup>ère</sup> Ch. A.), 15 janv. 1998, n°98-274, *aff. Société Movie Box c./ Société des auteurs des arts visuels et a.*, *JCP* 1999, IV, 1214, consultable sur le site préc. de la Cour de cassation française.
14. CA Paris du 18 sépt. 1997, cité par Jaquier, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, thèse, Aix- Marseille 2001, préface P- Y Gautier, Institut de droit des affaires, *PUAM*, 2001, note 218 de bas de page 89.
15. C. A. Versailles (14 ch.) 18 oct. 1996, nn°97-10, M. Série c./ Société Télévision du savoir, de la formation et de l'emploi (la cinquième), *inédit*.
16. CA Paris, 4<sup>me</sup> ch., 21 nov. 1994, *RIDA* avr. 1995, nn°164, p. 381.
17. C. A. Paris, 4<sup>me</sup> Ch., 14 oct. 1993, *R. I. D. A.* 1994, nn° 160, p. 240.
18. CA Paris 1<sup>re</sup> Ch. 26 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, § 361, note Daigre.
19. C. A. Paris, 26 mars 1991, 4<sup>me</sup> Ch (A.), *D.* 1992, p. 462.
20. C. A. Paris, 4<sup>me</sup> Ch. B., 25 oct. 1990, *D.* 1992, somm. comm. p. 14, obs. Colombet.
21. C. A. Paris, 23 oct. 1990, Sté Fotogram-Stone et a. c./ la Cité des

- sciences et de l'industrie, inédit, cité par Gérard (Ph.), Ost (M.), Van de Kerchove (M.), « Image et usages de la nature en droit » Bruxelles, 1993, p. 390.
- 22.CA. Paris 4<sup>me</sup> Ch. B., 25 fév. 1988, *D.* 1989, somm. comm. 43, obs. Colombet.
- 23.CA. Paris, 1<sup>re</sup> Ch. B., 25 sept. 1987, *D.* 1988, somm. comm. 205, obs. Colombet.
- 24.C. A. Paris 18, déc. 1985, *J. C. P. (G.)* 1986, II, 20615, note Françon. C. A. Paris, 18 juill. 1985, *D.* 1986, *Inf. rap.* 182, obs. Colombet.
- 25.CA Paris 5<sup>me</sup> Ch. A, 2 fév. 1983, *Rev. soc.* 1984, p. 542, note Philippe (C.).
- 26.C. A. Paris, 2 nov. 1982, 4<sup>me</sup> Ch., *R. I. D. A.*, janv. 1983.
- 27.CA Paris, (4<sup>me</sup> Ch.), 2 juin 1981, *D.* 1983, *Inf. rap.* p. 96, obs. Colombet, *Gaz. pal.* 1982, 1, p. 22, note Plaisant.
- 28.C A. Paris (4<sup>me</sup> Ch.), 7 nov. 1980, *aff. CAP Thiojac*, citée par Mr Michel Huet, *Le droit de l'architecture*, Economica, 1990, p. 105.
- 29.C. A. Paris, 10 juin 1979, *D.* 1980, *Inf. rap.*, p. 83.
- 30.C. A. Paris, 7<sup>me</sup> Ch., *aff. Prince Igor*, 8 juin 1971, *D.* 1972, p. 383, note Edelman, *Rev. trim dr. com.* 1973, p. 268 obs. Debois.

### III.2.3. Arrêts de la Cour de cassation

#### *1<sup>re</sup> Chambre civile de la cour de cassation française*

1. Civ. 1<sup>re</sup> fr., 12 juin 2012, n 11-10.923, inédit, *Dépêches JursClasseur-Actualites*, LexisNexis, consultable sur [www.lexisnexus.fr/depeches/index2.jsp?date\\_new=2012-06-14&url\\_key=data/...](http://www.lexisnexus.fr/depeches/index2.jsp?date_new=2012-06-14&url_key=data/...)
2. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2012, n°10-17.780, *Dépêches JurisClasseur-Actualités*, éd. du 3 juin 2012.
3. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2009, pourvoi n°07-20387, inédit, consultable sur le site précité de la Cour de cassation française.
4. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2008, *Bull. inf. cour cass.*, n°691 du 15 nov. 2008.
5. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 2006, *Bull. civ.*, 2006, I, n°1, n°307.
6. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 2005, n567, nn° 567, pourvoi 03-14820, *Propr. Intell.* avr. 2005, nn° 15, p. 25, obs. Sirinelli.
7. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 nov. 2004, *Droit immatériel*, janv. 2005, N 1, p. 15, obs. L. Costes,
8. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 avr. 2004, *Bull. civ.*, 2004, I, n°117.



9. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2003, *aff. Angélique*, *D.* 2003, p. 1088, note S. Becquet.
  10. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002, *D.* 2002, note Daleau (J.), p. 1908.
  11. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2000, cité in [http://www.en-droit.com/lettres\\_intellex\\_pdf/mars02.pdf](http://www.en-droit.com/lettres_intellex_pdf/mars02.pdf)
  12. Civ. 1<sup>er</sup>, 5 dec. 1995, *Bull. civ.*, I, nn° 189.
  13. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 1995, *JCP* 1996, IV, 77, *Bull. civ.*, I, n°421, p. 294.
  14. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 1995, *aff. Antenne 2 c. / spadem et a.*, *Gaz. pal.* 1996, p.18, *D.* 1996, somm. 73, obs. J. Daleau ; *RIDA*, janv. 1996, n n° 167, p. 323.
  15. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 1994, *R. I. D. A.*, avr. 1995, p. 305.
  16. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 fév. 1994, (2<sup>me</sup> espèce), *aff. Mazoyer c. / Mme Barbier*, *D.* 1994, p. 405, note B. Edelman, *D.* 1994, p. 405.
  17. Civ 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1993, *RIDA* juill. 1994, n°161, p. 273.
  18. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993, *R. I. D. A.* 1993, n° 158, p. 203.
  19. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1987, *Bull. civ.*, I, n° 225, p. 165.
  20. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1984, *Bull. civ.*, I, n° 301.
  21. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1983, *J. C. P. (G.)* 1984, II, 20189.
  22. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 oct. 1980, *Bull. civ.*, I, n265, *D.* 1981, *Inf. rap.* 82, obs. Colombet
  23. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 avr. 1975, *Bull. civ.*, I, n°147, p. 126.
  24. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 1973 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, 94.
  25. Civ. 18 mai 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 2, 34.
- 4<sup>me</sup> Chambre civile de la cour de cassation
- Civ. 4<sup>me</sup>, 27 fév. 1990, *Bull. civ.*, IV, n°58 ; *J. C. P. éd. (G.)*, 1990, II, 21545, note F. Polland-Dulian:
- Chambre commerciale de la cour de cassation*
1. Com. 16 fév. 1993, *JurisData*, pourvoi n° 90-20307, inédit.
  2. Com. 18 fév. 2004, arrêt inédit, *pourvoi n°* 01-10339 cité par Mr Pezard, article préc.
  3. Com. 26 nov. 2003, *Bull. civ.*, IV, n°180, p. 199.
  4. Com. 6 nov. 2007, *aff. Trader Classified Media France c./Atemi*, Liins, consultable sur
  5. Com n°1651, 26 nov. 2003 (rejet), consultable sur le site [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr).



6. Com. n°1652, 26 nov. 2003, consultable sur le site [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr).
7. Com. 26 2003, n°1653, consultable sur le site [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr).
8. Com. n°1654, 26 nov. 2003 (cassation), consultable sur le site [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr).
9. Com. n°1655, 26 nov. 2003, consultable sur le site [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr).

*Autres décisions (dans l'ordre chronologique)*

1. Civ. (Ch. mixte), 3 fév. 2006, inédit, Rejet, cité *in* rapport de M. Bargue consultable sur : [www.courdecassatio.fr/jurisprudence\\_2/chambres\\_mixtes\\_2740/3\\_fev\\_2006\\_8603.html](http://www.courdecassatio.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/3_fev_2006_8603.html) < [http://www.courdecassatio.fr/jurisprudence\\_2/chambres\\_mixtes\\_2740/3\\_fev\\_2006\\_8603.html](http://www.courdecassatio.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/3_fev_2006_8603.html) > .
2. Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, 3 arrêts., Atari et Williams Electronics ; *Rev. trim. dr. com.* 1986, obs. Françon ; *Expertises* 1986, p. 86, *J. C. P.* 1986, éd. (G.), II, 20631, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; *RIDA*, 3/ 1986, p. 136, note A. Lucas ; *D.* 1986, p. 405 *Concl.* Cabannes et note Edelman.
3. Cass. Req. 23 mai 1900, *D.* 1902, 1, p. 405.

III.3. Jurisprudence communautaire

1. CJCE (2<sup>me</sup> Ch.), 6 oct. 2005, C- 120/04, *aff. Medion AG c./ Thomson Multimedia GmbH*, arrêt inédit, consultable sur : [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=62004CJ0120](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=62004CJ0120).
2. CJCE, 20 mars 2003, C-291/00, Plén., *aff. LTJ Diffusion SA c./ Sadas Vertbaudet SA*, *Rec.*, I, p. 2799.
3. CJCE, 29 sept. 1998, C-39/97, *aff. Cannon et Metro- Gold wyn-Mayer Inc.*, *Rec.*, I, p. 5507.
4. CJCE, 11 nov. 1997, C-251/95, *aff. Sabel BV c./ Puma AG*, consultable sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995CJ0251:EN:NOT>.
5. Trib. 1<sup>re</sup> Ins. des Communautés Européennes, 4 nov. 2003, T-85/02, *aff. Pedro DÍAZ SA c. / Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur OHMI*, arrêt inédit.

