

محتويات العدد الثانى 2014
مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

- أبحاث فى فلسفة القانون:
الصفحة
- 1- أثر مشروع السنهاورى فى القوانين المدنية
العربية
69 - 13
د. فايز محمد حسين
- أبحاث فى القانون التجارى
- 2- عقود التأمين البحرى بين مبدأى "منتهى
حسن النية" "والإفصاح المنصف" – دراسة
فى ضوء أحدث تشريعات التأمين فى المملكة
المتحدة
129 - 71
د. المعتصم بالله الغريانى
- 3- مسؤولية الناقل البحرى للبضائع عن تعويض
أضرار القرصنة (دراسة تحليلية تأصيلية)
273 - 131
د. علاء التيمى عبده
- 4- آليات إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن
الوساطة كطريق لحل المنازعات التجارية –
دراسة مقارنة
401 -275
د. محمد سالم أبو الفرج
- أبحاث فى القانون المدنى:
- 5- حقوق المرأة العاملة – دراسة مقارنة بين
نظام العمل والعمال السعودى وبعض
التشريعات العربية (المصرى، والأردنى،
والكويتى، والإماراتى)
510 -403
د. عبد الله عبيد عامر النفاعى

- 543 – 511 -6 النظام القانونى للعقارات الأميرية فى سوريا
د. أمل شربا
- 569 - 545 -7 رهن من زالت ملكيته بأثر رجعى – دراسة
فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى رقم 5
لسنة 1985 المعدل
د. صالح أحمد اللهيبى
• أبحاث فى القانون الدولى
- 632 – 571 -8 الدولة والقانون لدى هيجل
د. أحمد على ديهوم
- 755-633 -9 فعالية العقوبات الدولية الاقتصادية بمنظمة
الأمم المتحدة وأثرها على حقوق الإنسان
د. ادريس قادر رسول
- 788 -757 -10 ماهية النزاعات المسلحة غير الدولية
وصورها
د. عبد السلام حسين العنزى
- 821 -789 -11 مبدأ الوجود الحكى فى اتفاقية الأمم المتحدة
لقانون البحار عام 1982 بين النظرية
والتطبيق
أ. على وليد منون
- 859 -823 -12 الإدارة الاستراتيجية للأزمة، صنع القرار
ونظم الدعم " دراسة مرجعية تحليلية".
لواء دكتور عبد العزيز سعيد أحمد الأسمرى
• أبحاث فى القانون الجنائى
- 894 -861 -13 أساليب التحرى الخاصة ومدى مساسها
بحرمة حياة الفرد فى التشريع الجزائرى
أ. ساحلى هشام

- 14 أثر التقدم التكنولوجى على جرائم العرض
د. عبد النبى محمد محمود أبو العينين
945-895
- 15- ضوابط تطبيق الأعدار المعفية من العقوبة فى
التشريع الجزائرى
د. لريد محمد أحمد
992-947
- 16- جريمة تمويل الارهاب والجهود الدولية
والمحلية لمكافحة التمويل
د. بكرى يوسف بكرى محمد
1174-993
- أبحاث فى القانون الاقتصادى
- 17- دور الاستثمار الأجنبى المباشر فى تحقيق
التنمية الصناعية – دراسة مقارنة وتطبيقية
على المملكة العربية السعودية
د. ابراهيم عبد الله عبد الرؤوف محمد
1284-1175
- 18- العلاقة السببية بين الاستثمار الأجنبى
المباشر والانفتاح التجارى والنمو الاقتصادى
فى مصر خلال الفترة (1980 – 2010)
د. على عبد الوهاب نجا
1333-1285
- 19- الدولار الأمريكى واليوان الصينى وصراع
الهيمنة على النظام النقدى العالمى
د. شعبان عبده أبو العز المحلاوى
1379-1335
- أبحاث فى الشريعة الإسلامية
- 20 ولاية المرأة القضاء "دراسة فقهية مقارنة
بين الاختلافات الفقهية والمقاصد الشرعية"
د. خالد فالح العتيبى
1425-1381

أثر مشروع السنهوري فى القوانين المدنية العربية

الجزء الأول

الأستاذ الدكتور

فايز محمد حسين محمد

استاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

fayezmohammed@hotmail.com

مقدمة

لا ينكر أحد دور الأستاذ الكبير والفقير العظيم عبد الرزاق أحمد السنهوري، فى الفكر والنظام القانونى العربى، وحركة التقنين وفلسفة التشريع ومنهجه فى البلاد العربية. فيرجع الفضل للأستاذ الفقيه السنهوري فى إحداث نقلة نوعية كبرى فى القوانين المدنية العربية⁽¹⁾.

لقد كان الاستاذ السنهوري صاحب رسالة ورؤية فيما يتعلق بالقانون المدني فى البلاد العربية، وعلاقته بالقوانين المقارنة والتطورات القانونية الكبرى التى بدأت فى خطواتها الأولى بعد صدور القانون المدني الفرنسى 1804، فضلا عن النهضة الكبرى للقانون المقارن. ومن جهة أخرى، كان يري إن الإتجاه نحو الغرب، والنهل من علومه، دون تدبر ومراعاة التقاليد والتراث القانونى والإسلامى العربى، غير صحيح⁽²⁾.

وبجه عام تتمثل المحاور الأساسية لمشروع الأستاذ السنهوري فيما يلي: أولاً: إدراج الشريعة الإسلامية فى التقنيات المدنية العربية، حيث إن الشريعة

(1) ملحوظة: تم اعداد هذه المقالة ونشرت فى مجموعة اعمال مؤتمر الفقه الإسلامى

– فى 5-8 / ابريل/ 2014 - بسلطنة عمان – وزارة الأوقاف والشئون الدينية.

(2) ملحوظة: لقد قامت إدارة كلية الحقوق جامعة القاهرة مشكورة، بجهد عظيم ومشكور فى تجميع مقالات الأستاذ السنهوري ونشرتها فى عدد خاص من مجلة القانون والأقتصاد التى تصدرها الكلية، وذلك عام 1992 فى مجلدين. ولقد استفدت كثيراً من هذين المجلدين. فخالص التحية والتقدير والشكر لكلية الحقوق جامعة القاهرة على هذا العمل العلمى الجليل.

الإسلامية من التقاليد القانونية لمصر والتراث القانوني المشترك للدول العربية وثانياً: أخذ الشريعة الإسلامية كأساس لتوحيد القوانين المدنية العربية. ثالثاً: تأسيس فقه قانوني مدني يماثل الفقه القانوني الأجنبي؛ حتى لا يظل الفقه القانوني العربي عالمة على الفه القانوني الأجنبي، رابعاً: دراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن والنهوض بدراسة الفقه الإسلامي، خامساً: الأعتداع على الأجماع كمصدر هام للوصول إلى حكم في الوقائع المستحدثة التي يفرزها التغيير الإجماعي. سادساً: وضع أسس صحيحة لحركة التقنين في المسائل المدنية، في مصر والبلاد العربية، تقوم على مجموعة قواعد موضوعية وشكلية، تؤدي إلى وضع تقنينات مدنية حديثة. سابعاً: وضع قانون مدني عربي قائم على التقاليد القانونية العربية والشريعة الإسلامية. ثامناً: تطوير دراسة الشريعة الإسلامية وإظهارها حتى تقوم بدورها في تدعيم القانون المقارن في عالم الفقه القانوني، حيث يجب العناية بدراسة الفقه الإسلامي بأسلوب علمي عصري، ثامناً: إدراج الشريعة الإسلامية في التقنيات المدنية العربية بصورة تدريجية واقتباس التشريعات العربية من بعضها البعض الآخر، حتى نصل في النهاية إلى القانون المدني العربي الموحد المأخوذ من الشريعة الإسلامية بعد النهوض به وتطويره. عاشراً: التركيز على دور الجامعة العربية لتوحيد التشريعات المدنية في البلاد العربية لتدعيم الوحدة السياسية.

ونعالج فيما يلي، تأثير مشروع السنهاوري فى القوانين المدنية العربية على النحو الآتى:

المبحث الأول

السنهاوري وفلسفة علم التقنين وأسس صناعة التشريع فى البلاد العربية

لقد اهتم السنهاوري اهتماماً كبيراً بعلم التقنين، ودرس القوانين الأجنبية المقارنة دراسة جادة، فضلاً عن إنه كان له فضل السبق فى دراسة القانون المقارن، تحت إشراف عالم كبير من أعلام القانون المقارن، وهو الأستاذ ادوارد لامبير. ومن خلال هذه المعارف الكبرى، وضع السنهاوري مشروعه الكبير فى القوانين المدنية العربية، حيث أرسى أسس صناعة التشريع فى البلاد العربية، والتي ابتدأت خطواتها الأولى بواسطته بوضع القانون المدني المصري 1948. وفضلاً عما سبق، فمن المعروف إن السنهاوري عاش فى الفترة التي كانت حركة التقنيات فى أوربا فى أوج عهدها، إذ بالإضافة إلى القانون المدني الفرنسي 1804م، حيث أتجهت الكثير من دول أوربا إلى اقتباس تقنيات نابليون. وتطورت حركة التقنين مع مرور الزمن، ولكن ظل التقنين الفرنسي هو رائدها، ويشاركه فى الريادة التقنيات الجرمانية، ثم المشروع الفرنسي الإيطالي المشترك.

الأمر الذي لا مرأى فيه إن السنهاوري هو مؤسس علم التقنين فى البلاد العربية، فهو الذي قام بتحديث وتطوير القانون فى مصر، عندما وضع القانون المدني المصري الصادر عام 1948 وهو القانون – الذي انتقل إلى البلاد العربية، فيما بعد؛ ولذا يعد القانون المدني المصري هو مصدر حركة التقنين فى مجال القانون المدني فى البلاد العربية، والأساس التي بنتيت عليه الحركة التشريعية فى البلاد العربية.

وقد بين السنهاوري الأطر الموضوعية والأطر الشكلية للتقنين، وبين العيوب الموضوعية والعيوب الشكلية وأسبابها وصورها فى التقنين المدني القديم والتقنيات الأوربية القديمة والحديثة. ومن مجمل الأفكار والمبادئ والتحليلات التي جاءت فى كتابات السنهاوري من خلال استخدام المنهج الاستقرائي تم المنهج

التحليلي يمكن القول أن القواعد الأساسية للتقنين – من وجهة نظر السنهوري تنقسم إلى نوعين: قواعد متعلقة بالموضوع وهي التي تتعلق بأحكام التقنين ومدى حدائته ومدى شموله والوضوح والمعالجة المنطقية، وعلاقته بالقوانين الأخرى التي بنى عليها... الخ. والنوع الثاني قواعد متعلقة بالشكل، مثل تقسيم وتبويب وتنظيم النصوص واللغة ومراعاة أصول الصياغة التشريعية والترتيب المنطقي للموضوعات التي يعالجها التقنين... الخ.

المطلب الأول

فلسفة التقنين

أولاً: مفهوم التقنين:

يقصد بالتقنين Codification جمع القواعد القانونية بفرع بأكمله من فروع القانون مبوبة ومرتببة ومرقمة، في كتاب واحد بواسطة المشرع مثل التقنين المدني والتقنين التجاري⁽¹⁾ ويقصد به أيضاً (تجميع رسمي من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع صادر من المشرع نفسه بهذا الشكل الجامع)⁽²⁾. وبناء عليه فالتقنين هو (جمع القواعد القانونية الخاصة بأحد فروع القانون، بعد ترتيبها وتبويبها في مدونة واحدة تصدرها في شكل قانون السلطة التشريعية في الدولة)⁽³⁾.

وبالرغم من العيوب الكثيرة والانتقادات التي وجهت إلى حركة التقنين القانوني، إلا أن هذا لم يؤثر في انتشار وضع التقنيات. ومن الوظائف الأساسية التي اقترنت بحركة التقنين هو أن التقنين سهل دور وظيفة القانون المقارن، فضلا عن إنه يتخذ كوسيلة للاقتباس من القوانين الأجنبية⁽⁴⁾، كما حدث في مصر، حيث تم اقتباس تقنيات نابليون. فضلا عما سبق، فمن المسلم به أن التقنين يؤدي إلى التوحيد، فقد أدت تقنيات نابليون إلى توحيد القانون في فرنسا، فضلا عن إنها هي

(1) د. نزيه المهدي: المدخل لدراسة القانون، ج 1، نظرية القانون، 1992، ص 150.

(2) د. حسن كيره: المدخل إلى القانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط 1971، ص 259.

(3) د. محمود جمال الدين زكي: دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط 2، 1969، ص 96.

(4) د. نزيه المهدي، المدخل لدراسة القانون، ج 1، نظرية القانون، 1995، ص 152.

مهد حركة التقنين في أوروبا وغيرها. وتعتبر المجموعة المدنية الفرنسية التي صدرت في سنة 1804 أول تقنين في العصر الحديث بالمعنى الدقيق، وانتشرت بعدها حركة التقنين في أوروبا وخارج أوروبا⁽⁵⁾. وكان لصدور التقنيات الفرنسية، وخصوصاً التقنين المدني الفرنسي في بدايات القرن التاسع عشر 1804 أثر كبير في أوروبا وخارجها ودفع الحركة القانونية إلى اتجاه جديد، يقوم على التشريع كمصدر أول للقانون.

ولعل السبب في انتشار التقنيات الفرنسية واستقبالها خارج فرنسا، في الكثير من الدول الأوروبية وغير الأوروبية يرجع في اعتقادنا إلى إنها كانت أول عمل تشريعي ضخم تولته دولة في العصر الحديث، فهو أول مظهر جدي علمي لحركة التقنين⁽⁶⁾.

ومع حركة الإصلاح القضائي في مصر في عهد الخديوي إسماعيل، في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، التحقت مصر بحركة التقنين العالمية، بإنشاء المحاكم المختلطة سنة 1875، ووضع التقنيينات المختلطة؛ إذ وضعت ستة تقنيات أخذت مع إختلاف يسير عن التقنيات الفرنسية لتطبيقها المحاكم المختلطة، ثم وضعت التقنيات الأهلية سنة 1883 لتطبيقها المحاكم الأهلية، ثم توالى حركة التقنين في تطورها، ولما أظهر العمل قصور هذه التقنيات، وتخلصت مصر من الامتيازات الأجنبية، بدأ التفكير في وضع قانون مدني مصري، والذي صدر 1948⁽⁷⁾. ولقد أثر القانون المدني المصري - دون شك - تأثيراً كبيراً على حركة التقنين المدني في البلاد العربية.

(5) انظر:

Konrad Zmeigert and Hien Kotz: Introduction to comparative law, 1998, p. 100 – 101.

(6) د. حسن كيره: المرجع السابق، ص 261، د. نزيه المهدي، ص 154، د. محمود جمال الدين زكي، ص 98.

(7) د. حسن كيره: المرجع السابق، ص 261.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (17)

ثانياً: طرق التقنين:

تنقسم طرق التقنين إلى طريقتين: الطريق الفلسفي والطريق التاريخي (8):
الطريق الفلسفي: ويقصد بهذه الطريقة أن يقوم المشرع بوضع تشريع مثالي، أي وضع قواعد قانونية مثالية، أي قواعد جديدة تتفق مع ما يتصوره المشرع أن يكون مثلاً أعلى للتنظيم القانوني. الطريق التاريخي: وهو قائم على مذهب المدرسة التاريخية، ويقوم على إصدار تقنين ملائم لحاجات الجماعة وقت وضعه، متفق مع حالتها الاجتماعية ويعتمد بالتالي على القواعد القانونية النافذة وعلى ما يكون صالحاً من التقاليد التاريخية.

وبناء على ما سبق، فالطريق الفلسفي يركز على ما يجب أن يكون عليه التقنين في ضوء فلسفة معينة يتبناها المشرع مسبقاً، إذ يصدر تحت تأثير اتجاهات فلسفية معينة ورؤى مثالية، قد لا تتفق مع الواقع الاجتماعي. أما الطريق التاريخي، فهو طريق واقعي بالدرجة الأولى ويقوم على أن المشرع يصدر تقنيناً لما هو عليه الواقع الاجتماعي. ومن الواضح إن الطريق الأول يتأسس على فلسفة مدرسة القانون الطبيعي، بينما الطريق الثاني: يتأسس على فلسفة المدرسة التاريخية.

ولكن السنهوري قد نهج طريقاً ثالثاً وهو إنه جمع بين الطريقتين، فهو من ناحية وضع تقنين لما يجب أن يكون عليه التنظيم القانوني للمعاملات المدنية في مصر، وفي نفس الوقت لم يبتعد عن الواقع وما استقر عليه العمل، والثابت القانونية التي استقر عليها الفقه والقضاء والشريعة في فترة سريان القانونين المختلط 1883 والأهلي 1883م. فهو قد جمع بين الإصالة والتجديد والتطوير واستشراف المستقبل. وخلص إلى وضع قانون مدني عام 1948 مستمد من ثلاثة أصول: الفقه الإسلامي، القانون المقارن، الفقه والقضاء المصري والتقاليد القانونية المصرية المستقرة. وهو القانون الذي لاقى ترحاباً كبيراً ليس في مصر فقط بل في الدول العربية أيضاً؛ إذ هو المصدر التاريخي لكافة القوانين المدنية العربية.

(8) د. محمود جمال الدين زكي: دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط 2، القانون، 1969، ص 98.

المطلب الأول

القواعد الموضوعية للتقنين

تتمثل القواعد الموضوعية التي يجب على المشرع إن يراعيها عند وضع التقنين – في رأى الاستاذ الفقيه السنهوري - في مجموعة من الشروط الواجب توافرها في مضمون التقنين. ويتبين من هذه القواعد كما سنري إنها تعكس دراية السنهوري، بعلم التقنين المقارن وفلسفة التشريع وعلم الاجتماع القانوني والمنطق القانوني. ونوضح فيما يلي هذه القواعد على النحو الآتي:
أولاً: الا يكون التقنين مقتضياً:

يشترط في التقنين الدقيق، أن تكون أحكامه غير مقتضيه، فإذا تناول أمراً تناوله بطريقة علمية سليمة وشاملة، دون غموض أو استطراد أو قصور، ويعتبر هذا العيب من اشد عيوب التقنين خطورة، إذ يكون التقنين المقتضب قاصراً على وضع تنظيم قانوني شامل للمسائل، التي من المفترض أن ينظمها ويبين حكمها؛ ولذا لا يكون التقنين غير ملائم للواقع الإجتماعي.

وفي غالب الأحوال يأتي عيب الاقتضاب في التقنين في حالة الاعتماد على تقنين أجنبي واحد والنقل والاقتباس منه عند وضع التقنين، أو أن واضعوا التقنين لم يقوموا بدراسة كافية للبيئة التي سيطبق فيها التقنين، للوصول إلى ما تحتاجه من نصوص قانونية، مناسبة للوقائع الإجتماعية، وحتى في المسائل التي نظمها، لم يكن تنظيمه لها شاملاً.

ولقد أشار السنهوري إلى أن التقنين المدني الأهلي 1883 كانت أحكامه غامضة ومقتضبة، إذ لم يتضمن تنظيماً لمسائل كثيرة هامة مثل النيابة في التعاقد، عقود الإذعان، الحق في الحبس، الدفع بعدم التنفيذ، تكوين العقد، الإرادة المنفردة⁽⁹⁾.

وفسر ذلك الاقتضاب والغموض السنهوري بأن القانون المدني الأهلي، كان مجرد تقليد منقول من التقنين الفرنسي الذي وضع عام 1804، متجاهلاً التطورات التي حدثت في حركة التقنين الحديثة في أوروبا. والنظم القانونية

(9) د. السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 4 - 5.

الحديثة، مثل نظام المؤسسات، عقود التزام المرافق العامة، حوالة الدين، عقد التأمين⁽¹⁰⁾. ومن مظاهر الاقتضاب أيضاً الإغفال عن بعض المسائل الأساسية التي يفترض تنظيمها. الأمر الذي يؤدي إلى إن التقنين ناقصاً من الناحية الموضوعية للفروض المختلفة للمسائل التي تدخل في نطاقه، وتمثل هذه الحالة أقصى درجات النقص التشريعي.

ثانياً: عدم تناقض أحكام التقنين مع بعضها أو مع غيرها من التقنينات الأخرى. يشترط في التقنين إلا تكون أحكامه متناقضة مع بعضها في داخل التقنين نفسه، أو أن يتضمن أحكاماً تتناقض مع تقنينات أخرى سارية في المجتمع. وبلا شك، إن الصياغة التشريعية الجيدة والمراجعات القانونية لمضمون الأحكام الواردة في التقنين قبل إصداره، تؤدي إلى كشف مناطق التناقض وإزالتها فيما بين نصوص التقنين الواحد هذا من جهة. ومن جهة أخرى فمن المتطلبات الأساسية في المنظومة القانونية في الدولة ألا تتناقض التقنينات مع بعضها، يل يجب أن تتكامل فيما بينها، لتحقيق النظام في المجتمع وحتى تسير في انتظام وانسجام ولا تثير مشاكل في التطبيق العملي. وهو الأمر الذي يؤثر على سير العدالة في المجتمع.

ولقد ضرب السنهوري أمثلة كثيرة لعيب التناقض في التقنين المدني القديم، إذ أشار إلى تناقض بعض النصوص مع بعض من جهة، وإلى تناقض بعض النصوص مع نصوص أخرى في التقنين المدني المختلط 1875، وأيضاً تناقض بعض النصوص مع أحكام الشريعة الإسلامية، فضلاً عما شاب التقنين من أخطاء علمية قانونية⁽¹¹⁾.

ثالثاً: ضرورة الاقتباس من كافة مذاهب الفقه الإسلامي:

تعتبر هذه القاعدة خاصة بمنهجية التقنين في البلاد العربية، والتي تتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، إذ في حالة الاتجاه نحو الأخذ من الفقه الإسلامي، ينبغي الاقتباس من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، حتى لا يكون التقنين مبنياً على مذهب واحد، فلا يكون تقنيناً مذهبياً. ولقد أكد السنهوري على ذلك

(10) د. السنهوري: الوسيط، ج، 1 ص 4 – 5.

(11) السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 6 – 7.

كثيراً. فالسنهوري عندما قام بوضع التشريعات المدنية العربية، لم يعتمد على مذهب واحد، بل استمد الكثير من الاحكام من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، ويمثل ذلك نقلة نوعية كبرى في التقنيات العربية، إذ كانت بعض الدول استناداً أساساً على الفقه الحنفي، تاركة المذاهب الأخرى، إذ استندت أساساً إلى مجلة الاحكام العدلية، وهي مأخوذة من الفقه الحنفي. ولكن السنهوري وسع هذا الأفق الضيق، فعلى سبيل المثال فالقانون المدني العراقي أخذ من القانون المدني المصري فضلاً عن قواعد مجلة الأحكام العدلية، واستمد القانون المدني المصري أحكامه المأخوذة من الشريعة الإسلامية من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، دون التقيد بمذهب معين.

ولكن ما نادى به السنهوري، لم تلتزم به كافة الدول العربية في قوانينها المدنية، حيث بعض الدول، قد تبنت الإتجاه نحو الإستناد إلى ربط الأستدلال القضائي بمذاهب فقيه معينة، وهو الأمر الذي جاء في القانون المدني الإماراتي، كما سنري.

رابعاً: الاستفادة بنتائج ودراسات علم الاجتماع القانوني:

يقوم منهج علم الاجتماع القانوني على نفس مناهج البحث في علم الاجتماع العام، مثل الإحصائيات، الاستبيانات، دراسات الحالة، دراسة الوقائع السابقة، الاستعانة برأي الخبراء والتجارب التاريخية... الخ⁽¹²⁾. وقد أوصى السنهوري بضرورة الاستعانة ببعض الوسائل المشار إليها، عند وضع التقنيات أو تنقيحها، والوسائل التي أشار إليها تدخل ضمن وسائل علم الاجتماع القانوني. ويقول في هذا الصدد ما يلي (... لذلك نستطيع أن نستخلص من هذا القضاء -يقصد القضاء السابق- عند مراجعة تقنيانا، كثيراً من الدروس النافعة، لا يجوز أن نغفل عنها، فهي مستمدة من تجاربنا الخاصة ومن حياتنا اليومية)، ويضيف أيضاً فيقول (... ومن المفيد أيضاً أن نرجع إلى التوثيق القانوني، وما جرت عليه الناس في معاملاتهم، وما اعتادوه من الوسائل لتنفيذ أحكام القانون، بل وللهرب من هذه الأحكام في بعض الأحيان. فتحايل الناس على حكم قانوني

(12) انظر مؤلفنا: د. فايز محمد حسين محمد: مبادئ علم الاجتماع القانوني، الإسكندرية، 2012.

ومضيههم في ذلك دليل على فساد هذا الحكم، فأولى بالمشروع إعادة النظر فيه عند تنقيح تشريعه ولا شك أن هناك كثيراً من الدروس النافعة يمكن استخلاصها من الوقفيات وعقود التأمين وعقود الشركات المختلفة وعقود الإيجار وغير ذلك مما جرى به العمل واستقر عليه العرف⁽¹³⁾.

ومما يرتبط بنفس القواعد، ينبغي عند التقنين وضع النظريات والمبادئ المستقر عليها، أما النظريات الاجتماعية والاقتصادية التي لا تزال محلاً للنزاع، ولم يستقر عليها الرأي، فلا داعي لإدراجها في التقنين⁽¹⁴⁾.

ويؤدي الاستفادة بدراسات ونتائج علم الاجتماع القانوني عند وضع التقنينيات إلى جعل نصوص التقنين موافقه لمتغيرات الواقع الاجتماعي، وانعكاساً له، ويؤدي ذلك إلى جعلها أكثر فعالية وقبولاً لدى الأفراد في المجتمع، ولذا تؤدي دورها في تحقيق الضبط الاجتماعي.

خامساً: الاستعانة بالتشريعات المقارنة الحديثة:

من المسلم به، إن المشروع الجيد، يجب عليه أن لا يغفل ما جاء من أحكام ومبادئ وقواعد في التشريعات السابقة عليه، سواء التشريعات الوطنية أو التشريعات الأجنبية المقارنة، إذ أن الاستفادة من التجارب التشريعية الحديثة السابقة، يؤدي إلى إنتاج تقنين عصري متميز، موافق لظروف تطور حركة التقنين، وفي نفس الوقت انعكاس لظروف المجتمع، الذي يطبق عليه هذا التقنين، ولكن يجب أن يكون الاستفادة من التشريعات المقارنة، في ضوء مراعاة متطلبات علم الاجتماع القانوني، وضوابط الأقتباس من القوانين الأجنبية، حيث إن القانون ظاهرة إجتماعية، وما قد يكون صالحاً لمجتمع ما قد لا يكون صالحاً لمجتمع آخر أو نفس المجتمع، إذا تغيرت ظروف المجتمع، هذا من جهة. ومن جهة أخرى يجب مراعاة الضوابط المتعلقة، بأستقبال التشريعات الأجنبية في النظام القانوني الوطني.

(13) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ص 47
(14) السنهوري، المقالة السابقة، ص 47.

ويقول السنهوري في هذا الصدد (... وأهم ما ينبغي أن يقف عنده المقنن إذا أراد أن يكون تقنيته مرآة صادقة للقانون في عصره، وأن يستجمع في هذا التقنين مزايا كل التقنيات التي سبقته. فيجب إذن أن يكون القانون المقارن هو المصدر الأول بين المصادر التي يستمد منها التنقيح. وينبغي أن نقف من القانون المقارن عند التشريع المقارن، فإننا بصدد عمل تشريعي. ونستخلص حالة التشريع المقارن من حركة التقنيات العالمية..)(15).

سادساً: مراعاة الواقع الاجتماعي واقتباس ما يتفق معه:

يجب المشرع عند اللجوء إلى الاستقبال القوانين الأجنبية، والأخذ منها لتطوير القانون الوطني، إن يراعي خصوصية الواقع الاجتماعي وأن ينقل منها من النظم القانونية، التي تتناقض مع ظروف المجتمع، حتى يبدو التشريع الجديد غير موافق لظروف المجتمع. ومن أمثلة النقل دون وعي عن قوانين أجنبية، حالة القانون المدني الأهلي في مصر 1883 والذي تضمن تنظيمياً مستفيضاً لحق الانتفاع نقلاً عن القانون الفرنسي، ونظم باقتضاب حق الملكية. مع إنه في مصر تطبيقات حق الانتفاع ضئيلة جداً وهو اقل الحقوق العينية خطراً وأضيقتها انتشاراً(16). ويؤكد ما سبق، إن المشرع لم يطلع جيداً على ظروف المجتمع وغير مدرك بها، فنقل نظم أجنبية لا يحتاج إليها المجتمع، وأهمل تنظيم نظم قانونية موجودة في المجتمع، فأحدث فجوة بين نصوص القانون والواقع الاجتماعي. وبناء على ما سبق، فمن الأهمية بمكان الاسترشاد بظروف المجتمع عند الاقتباس من نصوص القوانين الأجنبية، من خلال جعل هذه الظروف المعيار الحاكم، في المفاضلة فيما بين النصوص الأجنبية، بحيث يتم اقتباس أفضل النصوص، التي تتوافق مع ظروف المجتمع. ولكن يجب لا نغفل عن ضرورة المحافظة على تماسك وانسجام نصوص القانون كلها مع بعضها، بحيث تبدو نصوص التشريع الجديد، كبنيان واحد لا انحراف فيه ولا شذوذ(17).

(15) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني.... مقالة سابق الإشارة إليها، ص 173.

(16) السنهوري، الوسيط، ص 5.

(17) وتجدر الإشارة إلى ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني المصري بمجلس الشيوخ، عندما تحدثت عن ما اقتبسه مشروع القانون المدني من القوانين الأجنبية إذ

ومن الأمثلة الواضحة على إن التقنين المدني القديم لم يراع الكثير من متطلبات الواقع الاجتماعي، وبيئة المجتمع المصري، حيث إنه مجتمع إسلامي، ويتمثل عدم المراعاة في إنه هذا القانون قد نقل بعض النصوص التي لا تتوافق مع ظروف المجتمع المصري وإنما هي موافقه للبيئة الفرنسية، ومن أمثلة هذه النصوص ما هو متعلق بتنظيم النفقات وحقوق الإنتفاع. ومرجع تناقض هذه النصوص مع الواقع يتمثل في إنه من جهة إن تنظيم النفقة في مصر من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وهي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. ومن جهة أخرى، إن التقنين المدني القديم، هو تقنين لمسائل الأحوال العينية فقط، والنفقة من مسائل الأحوال الشخصية، ولذا فقد جاء النقل، تقليد ونقلًا حرفياً أعمى غير دقيق من القانون الفرنسي الذي تنظم فيه مسائل النفقة بصورة تتفق مع تقاليد المجتمع الفرنسي، ونظراً لأن القانون الفرنسي يتضمن تنظيمًا لمسائل الأحوال الشخصية كالزواج وغيرها.

سابعاً: دمج النصوص المنقولة من تشريعات أجنبية في جسم النصوص الوطنية: من أهم ضوابط استقبال القوانين والنظم الأجنبية واستزراعها في القانون الوطني، هو ضابط ضرورة العمل على اتحاد وذوبان النصوص المأخوذة من تشريعات أجنبية مع مجمل نصوص القانون الوطني، بحيث تفصل عن أصلها الأجنبي وتتغلز عنه ولا تظل مرتبطة به حتى لا يظل القاضي مرتهاً بالمصدر الأجنبي للنصوص الوطنية التي يلتزم بتطبيقها. ولقد حرص القانون المدني المصري، وهو ينقل من تشريعات أجنبية إن

قالت في هذا الصدد ما يلي: (.. أما النصوص التي اقتبست أحكامها من تقنيات أجنبية من حيث الموضوع فهي قليلة إذا قيست بسائر نصوص المشروع، وهي تعالج أوضاعاً مستقلة أو مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأي أو آخر في أي تقنين من التقنينات، دون أن يخل ذلك بتناسق قواعده العامة أو تماسكها ولم يتوخ المشروع في ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية، ولكنه جعل من ظروف هذه البيئة رائدة، بين غيره مما في تقنينات أخرى وأدخل في كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام وتعديلات جوهرية نزولاً على ما تقضي تلك الظروف... انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 1، ص 133.

يجعل هذه النصوص عندما انتقلت إلى التشريع الوطني لها كيان ذاتي مستقل ومنفصل عن مصادرها الأصلية حتى لا يكون القاضي ولا النصوص تظل مرتبطة بأصلها الأجنبي، بل تكون مستقلة تمام الاستقلال عنه، وتذوب في مجمل نصوص التشريع الوطني. ويقول آخر ضرورة دمج وصهر مبادئ ونصوص القانون الأجنبي في القانون الداخلي، بحيث تنفصل عن أهلها، الأمر الذي عدم الحاجة إلى الرجوع إلى التقنيات الأجنبية التي نقلت منها حتى يمكن تفسيرها وتطبيقها⁽¹⁸⁾.

ويقول السنهوري في هذا الصدد وبمناسبة كيفية تفسير النصوص، التي استقيت من التقنيات الحديثة ما يلي (أهم مبدأ ينبغي أن ننبه له الباحث في تفسير التقنين المدني الجديد هو أن النصوص هذا التقنين التي استمدت من التقنيات الأجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرها وتفسيرها. هذه النصوص التشريعية قد اندمجت في تقنين قائم بذاته، فأصبح لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها. وإنما يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصري سابق ومن فقه مصري تقليدي ومن نصوص تشريعية قديمة...) ⁽¹⁹⁾.

ومرجع ما سبق كما تقول المذكرة الإيضاحية إنه من المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات، وما يخضع له من مقتضيات، فينفصل انفصلاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه، أيأ كان هذا المصدر ⁽²⁰⁾.
ثامناً: المحافظة على التراث القانوني الوطني:

يشترط ضرورة المحافظة على التراث القانوني الوطني بحيث إن التقنين الجديد امتداداً له، ليس منبتاً الصلة بهذا التراث. ويعتبر مبدأ المحافظة على التراث القانوني الوطني، وأن يكون القانون الجديد امتداداً له في آن واحد من

(18) السنهوري: الوسيط، ج 1 ص 52.

(19) السنهوري: الوسيط، ج 1 ص 52.

(20) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب في 17/12/1945 منشور في الأعمال التحضيرية، ج 1، ص 1، ك1 لك منشور في السنهوري، الوسيط، ص 20.

المبادئ الواجب مراعاتها عند الاقتباس من القوانين الأجنبية، لأنه يمثل قيماً أساسياً على الرغبة في النقل منها باستفاضة. وفي نفس الوقت يعتبر من جهة ثانية، من الموجهات الأساسية للضوابط المنهجية في علم التشريع طبقاً لتعاليم المدرسة التاريخية.

ولقد كان السنهوري مؤمن بتعاليم المدرسة التاريخية، وخير ما يؤكد ذلك إنه قال ما يلي: (... فكل من يعرض للتشريع ومساائله يجب أن يعرف أن القانون ليس هو كلمة المشرع يقول له كن فيكون. وقد مضى ذلك الزمن الذي كان تسود فيه هذه النظريات السطحية. والقانون كائن حي، ينشأ ويترعرع وينمو، حتى يبلغ أشده، وليس هو خلق الساعة ولا هي الإرادة وإذا كانت المدرسة التاريخية قد بالغت في هذا المعنى، فإن هذا لا يمنع من أن المذهب في جوهره صحيح. فإذا أريد وضع قانون مدني للعراق وجب أن يراعي فيه أن يكون متصل الحلقات بالماضي بالقدر الذي ينبغي أن يتطلع فيه للمستقبل)⁽²¹⁾.

ولقد روعي المحافظة على التراث القانوني الوطني، وضع القانون المدني المصري، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية ما يلي: (... وما يجب أن أشير إليه في هذا المقام أن المشروع المعروض قام على دعامين رئيسيتين: الأول: الاحتفاظ بالصالح من أحكام التقنين القائم لأبعد الحدود، فما من حكم صالح من هذه الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب... تقنين ما استقر من المبادئ في أحكام القضاء المصري مع ترجيح ما كان منها خليفاً بالرجحان عند اختلاف المحاكم. وعلى هذين الأساسين أقام المشروع أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه، فانتفع بتراث الماضي وجعل الانتقال من الوضع القديم إلى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعي لا يختلف أمره من هذا الوجه عن أي إصلاح يستبدل الخير بالذي هو أدنى في غير تطرف أو عنف. وعلى هذا لا يقطع المشروع الصلة بين الحاضر والماضي، وإنما هو يبسر الانتفاع بما استقر من صالح الأحكام في التقنين الحالي وفي أحكام القضاء، ويصقلها صقلاً يجعلها أقرب مثلاً وأوضح نهجاً. وقد عمد المشروع فوق ذلك إلى إحكام التلاءم بين

(21) السنهوري: من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة، مجلة القضاء العراقية، س 2، ع 1، 2، مايو، 1936.

(26) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

القدر الذي استحدثه من القواعد وبين المبادئ العامة التي ألفها الناس في التعامل من قبل. وبهذا يسر سبيل الانتفاع من الإصلاح⁽²²⁾.

وترتيباً على ما سبق، فقد كان من المنطقي، أن نجد الناس في مصر - كما يقول السنهوري - وقد قبلت القانون المدني الجديد 1948 وامتثلت لأحكامه، دون أن تشعر بقلق أو بشئ غريب، إذ هو يمثل مرحلة تطور طبيعي للتنظيم الشرعي في مسائل القانون المدني؛ ولذا قيل (.. ومن ثم نرى أن هذا القانون - أي القانون المدني الجديد - لم يحدث انقلاباً في المعاملات المدنية، فلا تزال القواعد المدنية القديمة، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء، هي السائرة في التقنين الجديد)⁽²³⁾.

تاسعا: تعدد المصادر الأجنبية وعدم الاكتفاء بمصدر واحد: من ضوابط الاستعانة بالنظم والقوانين الأجنبية حتى لا يكون التشريع الوطني معتمداً اعتماداً كلياً على قانون أجنبي واحد فقط وهو العيب الذي كان يشوب التقنين المدني المختلط حيث كان منقولاً حرفياً من القانون المدني الفرنسي 1804. وعلى خلاف ذلك فقد عمد واضعو القانون المدني الجديد 1948 إلى تجنب هذا العيب الكبير، فقد استعانوا بالكثير من التشريعات الأجنبية والتي تنتمي إلى شرائع قانونية مختلفة، حيث أخذوا منها معاً⁽²⁴⁾.

(22) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرية، ج 1، ص 141 وما بعدها.

(23) السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 34.

(24) السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 51، (ويقول في هذا الصدد ما يلي..... إذ قال عندما تكلم عن التقنيات الحديثة والتقنين المدني المصري ما يلي: (ولكل من هذه = التقنيات مزايا وعيوب، وقد توحى التقنين الجديد أن ينتفع بمزاياها وأن يتوخى عيوبها. وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤها وفقهنا وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد من هذه التقنيات خمسة: المشروع الفرنسي الإيطالي، التقنين الإيطالي الجديد، التقنين السويسري والتقنين الألماني، والتقنين البولوني. فالتقنين الجديد، وإن كان قد اتخذ التقنيات اللاتينية أساساً له، إلا أنه لم يلتزمها وحدها، بل رجع أيضاً إلى التقنيات الجرمانية وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنيات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية، ولكنه رجع إليها أكثر ما رجع في نواحي الصياغة والأسلوب).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (27)

ترتيباً على ما سبق فقد كان يرى إنه من الأهمية بمكان الاستفادة من حركة التقنين الحديثة التي تمت في القرن التاسع عشر والقرن العشرين، وتأثر التقنينات ببعضها، الأمر الذي يؤدي إلى وضع قانون حديث متطور، ليس مستندا على قانون واحد، بل قوانين متعددة، مواكب لحركة التقنين الحديثة وفي نفس الوقت لا يهمل التراث والتقاليد القانونية الوطنية.

ولقد قال في هذا الصدد العبارات الآتية (ولا تنسى أن حركة التقنين الحديثة تنتظم جميع البلاد، وإن كل تقنين حديث يظهر عمل أثر التقنيات التي سبقته، فالتقنين السويسري أخذ عن التقنين الألماني، والمشروع الفرنسي الإيطالي أخذ عن كل من التقنين وعن هذه التقنيات أخذ غيرها من التقنيات الأخرى. فهناك ارتباط لا ينكر بين التقنيات الحديثة بعضها ببعض الآخر. ولا يسع أمة أن تتعزل في تقنياتها عن تقنيات غيرها من الأمم، وإلا حرمت نفسها من ثمرات تجارب هذه الأمم دون أن تستفيد من عزلتها شيئاً. وإنما يطلب من الأمة الرشيدة ألا تقلد غيرها تقليداً أعمى، فلا تنقل عن تشريع أجنبي إلا ما يتلائم مع حالتها)⁽²⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ السنهوري، نبه كثيراً على ضرورة ملاحظة ما جرى عليه التعامل فيما بين الناس في الواقع الاجتماعي، عند تشريع الأحكام، وخصوصاً في المسائل، التي نجد فيها إن الظروف العملية، بمقتضى ما جرى عليه التعامل فيما بين الأفراد، تمثل حاجة عملية تغلبت على الأحكام القانونية، كما هي مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية. فالنصوص المقتبسة من قوانين أجنبية، فيجب أن يأخذ منها ما هو متوافق مع ظروف المجتمع المصري. ونفس الأمر بالنسبة لما هو مأخوذ من الفقه الإسلامي، نظراً لأنه من المعروف إنه في مسائل نظرية الالتزامات يفقد التشريع الإسلامي صبغته الدينية إذ إنها أحكام مدنية بحتة، لا أثر للدين الإسلامي فيها⁽²⁶⁾.

(25) د. السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، مقالة سابقة، ص 140.
(26) يقول الأستاذ الدكتور شفيق شحاتة في هذا الصدد ما يلي (... يتضح من ذلك أن التشريع افسلامي في موضوع الالتزامات يفقد صبغته الدينية.. ونذكر هنا أن هذا التشريع لا يمنع مصدره الديني من اعتباره تشريعاً بالمعنى الصحيح. ذلك إنا إذا نظرنا إلى ماهية القاعدة القانونية في هذا التشريع ألفيناها تتضمن جميع العناصر التي تلاحظ في القاعدة القانونية). ز. د. شفيق شحاتة: النظرية العامة للالتزامات في

خلاصة القول، فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية في علم التقنين وفلسفة التشريع عند السنهوري، هو إنه من خلال دعائم فلسفة التشريع وتطور النظم القانونية ومتغيرات الواقع الاجتماعي، خلص إلى أمرين أولهما: التركيز على ضرورة أن يكون المشرع محيطاً بكافة ظروف المجتمع ومعطياته حتى يضع تشريعاً موافقاً لهذا المجتمع. وثانيهما: الا يتجاهل المشرع التراث القانوني في المجتمع، من أحكام قضائية وفقه، وتشريعات تم استقرار العمل بها، وتثبت صلاحيتها، وذلك لا يحدث التشريع الجديد هزه في المجتمع، وهو الأمر الذي يؤثر على تحقيق العدل والنظام والأستقرار القانوني وهي الغايات الأولى للقانون.

الشريعة الإسلامية، جذ طرفا الالتزام، ص 65 فقرة 15.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (29)

المطلب الثاني القواعد الشكلية للتقنين

يقصد بالقواعد الشكلية للتقنين، مجموعة المسائل المتعلقة بالمصطلحات المستخدمة واللغة وتقسيم وتبويب التقنين وكافة المسائل التي لها علاقة بالفن التشريعي والصياغة التشريعية. ومجموعة القواعد الشكلية للتقنين – لو استعرنا - تقسيم الأستاذ الفرنسي فرانسو جيني هي التي تتعلق بالفن القانوني. ومن المسلم به إنه، لا تقل أهمية مراعاة القواعد الشكلية للتقنين عن مراعاة القواعد الموضوعية، فالشكل والمضمون كلاهما يكمل الآخر، ويؤثر فيه، ويؤثران معاً في دقة وقيمة النصوص القانونية في المنظومة القانونية في المجتمع.

ولقد عالج السنهوري - أهم القواعد الشكلية الواجب مراعاتها عند وضع التقنيات وهي ما يلي:

أولاً: ضرورة وضوح نصوص التقنين:

يشترط في التقنين أن تكون أحكامه واضحة وجلية يسهل فهمها وتطبيقها والاستدلال منها على حكم الوقائع التي تخضع لها بمنطوقها أو بفحواها. فالمشرع الدقيق، هو من يبين بوضوح الفرض والحكم في كل قاعدة قانونية، تتضمنها النصوص التشريعية. ومن المسلم به إن وضوح النصوص يؤثر على تطبيق وإعمال النصوص على الوقائع، حيث يؤثر على طرق الاستدلال القضائي وتدرجها.

ثانياً: سلامة تبويب التقنين:

يشترط أن يكون تبويب القانون منطقياً ومتناسكاً، لأن هذا يساعد على حسن فهم التقنين وبالتالي تطبيقه تطبيقاً صحيحاً. والتبويب الدقيق للتقنين هو أن نقسمه إلى أبواب وفصول تبين الأهمية العملية للأحكام القانونية، وبشرط أن ترتبط الأبواب بالفصول برابط منطقي متماسك متدرج ومنطقي محكم، ويفضل أن يكون هناك باب تمهيدي للأحكام العامة للتقنين يضم المسائل التي تتمشى على جميع نواحي القانون وليس خاصة بباب أو فصل منه⁽²⁷⁾.

(27) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني.. ص 18 وما بعدها.

ثالثاً: عدم الإفراط في التعريفات:

بالرغم من أهمية التعريفات التشريعية، وخصوصاً في التقنيات الحديثة، إلا إنه من الناحية الشكلية يجب أن يبتعد المشرع بقدر الإمكان عن وضع تعريفات في التقنين، إذ أن التعريفات التشريعية، مع مرور الوقت تجمد جموداً لا يتفق مع تطور النظم القانونية ويعاني الفقه عناء كبيراً من جمودها ويتحاييل في التخفيف من هذا الجمود⁽²⁸⁾.

ولكن بالرغم مما سبق قوله، فإنه من الأهمية بمكان، أن يضع المشرع تعريفات للمصطلحات التي استقر العمل بها اصطلاحاً مثل مصطلح عقد البيع، عقد الإيجار، عقد العمل، الوكالة... الخ، فضلاً عن ضرورة تعريف المصطلحات الجديدة التي ظهرت مع تطور حركة التقنين، والاحتكاكات الحضارية الحديثة، والاتجاه نحو وضع تقنيات لتنظيم مسائل دقيقة وفنية، مثل التوقيع الإلكتروني، نقل الأعضاء، الاتجار بالبشر.

ونجد هذا في التقنيات الحديثة حيث إنها دائماً تبدأ بفصل تمهيدي عن تعريف بعض المصطلحات الواردة في القانون⁽²⁹⁾. فضلاً عما سبق، من الناحية الشكلية يجب أن يتجنب المشرع إدراج النظريات الفقهية ولا أن يعلن انضمامه للمذهب المادي أو المذهب الشخصي في الالتزام؛ لأن هذه المسائل يجب أن تترك للفقه⁽³⁰⁾. وبوجه عام، فإيراد المشرع للتعريفات في صلب التشريع، هي مسألة ضرورة، والضرورة يجب أن تقدر بقدرها.

(28) انظر قانون 64 لسنة 2010 بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، قانون 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، قانون الاتصالات رقم ، قانون التوقيع الإلكتروني رقم ، قانون الطفل

(29) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 103.

(30) السنهوري: المرجع السابق، ص 45.

رابعاً: عدم الاستغراق في الأمور التفصيلية:

يجب على المشرع أن يتجنب الرغبة في وضع تنظيم قانوني لكل شيء، في القانون الذي يقوم بوضعه، إذ من المنطقي عدم القدرة على الإحاطة مستقبلاً، بكل ما قد يطرأ في المستقبل مهما كان المشرع بصيراً، ولذلك فيجب الاقتصاد على وضع تنظيم قانوني للكليات والأساسيات تاركاً التفاصيل للاجتهاد الفقهي والقضائي.

وقد قال الأستاذ السنهوري في ذلك ما يلي: (... الذي يمتاز به التقنين الصالح هو ألا يحاول الإحاطة بكل شيء. فإن هذه المحاولة عقيمة: ولا يستطيع المقنن، مهما كان بصيراً بالأمور، أن يتنبأ بكل أمر ليضع له الحكم الذي يقتضيه، فهو عاجز عن ذلك لا محالة. بل هو عاجز في الأمور التي يعرفها، أن يضع لها أحكاماً صالحة لكل زمان ومكان. والمشرع الحكيم هو الذي يترك مجالاً فسيحاً لتطور القانون، فلا يحكم عليه بالجهود بحبسه في ألفاظ محدودة وأحكام معينة. وخير طريق يسلكه هو أن يترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاء).

خامساً: مرونة عبارات التقنين:

يقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد ما يلي (والمشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف دون أن يذهب في ذلك إلى حد الغموض وعدم الدقة. وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هي أن يعدل المشرع في المسائل التي تكون سريعة التطور، عن القواعد الجامدة الضيقة إلى المعايير المرنة الواسعة، معايير يسترشد بها القاضي دون أن يتقيد، ويطبّقها على الاقضية التي تعرض له، فيصل من ذلك إلى حلول تختلف باختلاف كل قضية، وما يحيطها من ملابسات)⁽³¹⁾.

ولقد طبق الأستاذ السنهوري ما سبق عند وضعه للقانون المدني المصري، إن جمع بين المعيار والقاعدة والمعايير المرنة والمعايير الجامدة⁽³²⁾.
سادساً: ترشيد الإحالة التشريعية

(31) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 104.

(32) السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 78 وما بعدها.

(32) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

الإحالة التشريعية وسيلة منهجية فى الصياغة التشريعية، وهى على نوعين الإحالة الداخلية، والإحالة الخارجية، وتعتبر الإحالة التشريعية بنوعيهما، من المتطلبات الأساسية التى يجب مراعاتها عند وضع التقنيات، إذ أنها تؤدي إلى تجنب التكرار، فضلا عن تقوم بدور هام فى تحقيق التكامل التشريعي فيما بين التشريعات النافذة فى الدولة (33). ولكن الأكتار من الإحالة التشريعية، تؤثر فى تطبيق التشريع، إذ تجعله معقدا؛ ولذا ينبغي الإقلال منها قدر الإمكان. ومن أخطر أنواع الإحالة، هو الإحالة المركبة، والإحالة الناقصة. والإحالة المركبة هي – كما فعل القانون المدني الألماني – الإحالة إلى نص من نص ثاني ومن النص الأخير إلى نص ثالث وهكذا(34). ولقد تجنب السنهوري عند وضعه للتقنيات المدنية العربية، من الأكتار من اللجوء إلى الإحالة التشريعية، وبوجه خاص الإحالة التشريعية المركبة.

سابعاً: سلامة اللغة القانونية:

يشترط أن تكون لغة القانون واضحة دقيقة: إذ إنه من المسلم به أن اللغة المعقدة تجعل القانون مغلقاً، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً. هذا من جهة. ومن جهة ثانية، يجب ألا يتغير معنى اللفظ المستخدم من نص إلى آخر. فإذا عبر عن معنى بلفظ معين. وجب ألا يتغير هذا اللفظ، إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى(35).

اللغة القانونية هي فرع من فروع اللغة العامة، وهي مجموعة المصطلحات والمفاهيم المستخدمة فى مجال علم القانون، وتتميز اللغة التشريعية وهي أحد صور اللغة القانونية، بأن النصوص التشريعية لا تتضمن أمثلة أو شروح لتعريفات، إذ أن مهمة المشرع أن يضع قواعد عامة عملية، لأن مهمة المشرع غير مهمة الفقه الذى يقوم بتعليم القانون، بينما مهمة المشرع هي وضع القواعد القانونية التى تأمر الأفراد والتي يجب أن يطابق الأفراد سلوكهم طبقاً لها،

(33) انظر مؤلفنا: التدريبات القانون العملية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2012.

(34) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 104.

(35) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 104 - 105.

القانون يأمر ولا يشرح، ولا يعلم⁽³⁶⁾.

ولقد لعب السنهوري دوراً كبيراً في ميدان اللغة القانونية وتقدمها ويتلخص أهم إسهاماته، في إنه من جهة أولى، أول من بدأ في مشروع التقريب الدقيق بين مصطلحات الفقه الإسلامي ومصطلحات الفقه القانوني الغربي، ومن جهة ثانية، وضع الترجمة الدقيقة للمصطلحات القانونية الأجنبية عند ترجمتها إلى اللغة العربية وخير الأمثلة مصطلح "عقد الإذعان"، ومن جهة ثالثة، أدى إلى وحدة اللغة القانونية في البلاد العربية. وهي التي ساعدت على توحيد المصطلحات القانونية في التشريعات المدنية العربية.

ولقد استفاد السنهوري من تقدم علم اللغة القانونية والصياغة التشريعية في التقنيات الأوربية، حيث إنه - كما قال - (نستخلص منها دروساً نافعة في فن التقنين وأسلوب الصياغة التشريعية)⁽³⁷⁾.

ثامناً: مراعاة التطور في الصياغة التشريعية والفن التشريعي:

يجب على المشرع وهم يهتم بالنقل من قوانين أجنبية، إن يراعي أن يلجأ إلى أحدث القوانين الأجنبية وأكثر تطوراً وتنظيماً، ويأخذ منها ما يوافق الواقع الاجتماعي، وأن يسند قيد في التقدم في الصياغة ورقى الأسلوب التشريعي، حتى يكون التشريع الجديد متميزاً وحديثاً ومواكباً للتقدم التشريعي العالمي.

ومن الأهمية بمكان مراعاة التطور في اللغة القانونية الاصطلاحية وأساليب الصياغة التشريعية عند وضع التشريعات، إذ يرجع الفضل إلى الأستاذ السنهوري في علم التشريع إلى نقل الأساليب الحديثة في الصياغة التشريعية والاستخدام الدقيق للمصطلحات القانونية الحديثة - عند وضع القانون المدني المصري - التي لا يوجد بصدها قضاء أو فقه مستقر في القضائين المختلط والأهلي.

ويرجع السر في تميز ودقة القانون المدني المصري الذي وضعه

(36) السنهوري: عن مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي، سابق الإشارة إليها، ص 315.

(37) السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي...، مرجع سابق، ص 310.

(34) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

السنهوري إلى إنه لجأ إلى القوانين المدنية الحديثة، إذ إنه من جهة أخذ منها الموضوعات الحديثة، ومن جهة ثانية استئناس بها في موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنيات من تقدم في الصياغة ورقي في الأسلوب التشريعي، فانتفع بها إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين المدني الحديث⁽³⁸⁾.
تاسعا: التجانس والوحدة:

من أهم فلسفة التقنين تحقيق التجانس في التنظيم القانوني للمسائل، ويتحقق ذلك من خلال التنسيق الجامع بين نصوص التشريع، بحيث تتماسك بفضل الأصول العامة، ويتم تهذيب الأحكام التفصيلية تهذيباً يحكم ارتباطها فيما بينها ويحلها المحل المناسب في كنف هذه الأصول وجميعها في تقنين واحد جامع لها⁽³⁹⁾.

(38) السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 34.

(39) ولقد أشار إلى هذه الخاصية الأستاذ السنهوري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي الذي قام بوضعه، حيث إن التنظيم القانوني لأحكام المعاملات المدنية في العراق قبل صدور القانون المدني العراقي كانت متناثرة بين عدة قوانين، كمجلة الأحكام العدلية، وقوانين الشهر العقاري والتسجيل (نظام الطابو) وقانون الإجراءات، وقانون الأراضي، قانون الرهن التأميني، ولكنه قام بتجميع هذه الأمور في تقنين واحد بعد التنسيق بينها، فألف بين ما استمد من الفقه الإسلامي، وبين ما اشتق من غيره من المصادر... السنهوري، القانون المدني العراقي...، ص 499.

المطلب الثالث

إدراج الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية

أولاً: معهد الفقه الإسلامي المقارن والنهوض بدراسة الفقه الإسلامي
نادي الأستاذ السنهوري بضرورة النهوض بدراسة الفقه الإسلامي، ومن
اقتراحاته بشأن ذلك هو إنشاء معهد للفقه الإسلامي المقارن، يتولى تطوير الفقه
الإسلامي في إطار الدراسات المقارنة بالفقه القانوني الغربي.

ويقوم معهد الفقه الإسلامي المقارن بهدف إيجاد بيئة علمية عالية
لدراسات في الفقه الإسلامي وقواعده العامة على اختلاف المذاهب مقارنة
بالقواعد القانونية الحديثة وتعريف عالم القانون الغربي بالفقه الإسلامي وما
ينطوي عليه من حسن الصياغة ودقة التحليل، وأن يكون معهداً لتكوين الباحثين
في الفقه الإسلامي المقارن والبحوث الفقهية الإسلامية المقارنة هذا من جهة⁽⁴⁰⁾.
ومن جهة ثانية، نظراً للمكانة السامية للفقه الإسلامي بين النظم القانونية العالمية،
كالفقه الروماني والانجليزي، فضلاً عن إنه من التراث القانوني للشرق
العربي⁽⁴¹⁾.

وسوف يساعد هذا المعهد في الخروج من أزمة الفقه الإسلامي التي
حدثت منذ أواخر القرن الثامن عشر واشتدت مع أوائل القرن التاسع عشر، وهو
عصر التقنين في أوروبا، وعصر الجهود والتوقف في دراسة وتجديد وتحديث
الفقه الإسلامي، ولهذا فإن دراسة الفقه الإسلامي في ضوء القانون المقارن،
يستطيع الفقه الإسلامي أن يعالج مشاكل الحياة المتطورة وأن يساير الحاجات
العملية⁽⁴²⁾.

ومن جهة ثانية، سوف تؤدي دراسات هذا المعهد إلى نتيجة هامة فيما

(40) ذكر الأستاذ السنهوري في مذكراته الشخصية – المذكرة رقم 306، ص 226،
دمشق 1944/3/12 خطته في إنشاء معهد للفقه الإسلامي المقارن، نقلاً عن د.

محمد زكي عبد البر، المقالة المشار إليها، ص 137.

(41) انظر نص المادة الأولى والثالثة من النصوص المقترحة من الأستاذ السنهوري
بشأن التنظيم القانوني لإنشاء معهد الفقه الإسلامي المقارن، نقلاً عن د. محمد زكي

عبد البر، المقالة المشار إليها، ص 144، وما بعدها.

(42) مشروع إنشاء المعهد، د. محمد زكي عبد البر، ص 144، وما بعدها.

يتعلق بوضع القانون المدني العربي على أساس الفقه الإسلامي، ويكون ذلك من خلال توحيد قانون الالتزامات والعقود لجميع البلاد العربية على أساس مشترك من الفقه الإسلامي، بحيث يتم وضع تقنيات مدنية من خلال الاتجاه نحو الأخذ من كافة مذاهب الفقه الإسلامي.

ثانياً: الجوانب القانونية في الشريعة الإسلامية

أكد السنهوري على إن الإسلام يمتاز بأنه دين ودولة معاً، ولكنه أشار إلى ضرورة التمييز بين الدين الإسلامي والدولة الإسلامية، لأن هذا التمييز له أثر كبير من الناحية العلمية؛ إذ مسائل الدولة، فالنظر فيها نظر مصلحة وتدبير ولذا فإنها تتميز بأمرين هامين هما: الأمر الأول: إنه خاضعة لحكم العقل؛ فالأحكام الدنيوية تنزل على حكم العقل، وتبنى على المصلحة وإن العقل هو الذي يهديننا إلى المصلحة. فالعلوم لا تدرك إلا بالعقل⁽⁴³⁾. والأمر الثاني: أن الأحكام في مسائل الدولة تتطور على الزمان والمكان، فهي تابعة للتطور الاجتماعي الذي نصل إليه عن طريق العلم المبني على العقل⁽⁴⁴⁾.

وتتمثل أهمية وجهة نظر السنهوري فيما سبق من أمور في إنها تؤدي إلى نتائج هامة، فمن جهة، الأخذ في الاعتبار إن الأحكام الدنيوية قابلة للتطور بتطور الواقع الاجتماعي، فالأحكام – كما يقول – تطورت تبعاً للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية. ومن جهة ثانية، إن الفقيه السنهوري قد أعطى للعقل دوراً كبيراً في مجال استنباط الأحكام، حيث إن النوازل متغيرة بتغير الظروف، ويتفق ذلك مع خاصة من خصائص الشريعة الإسلامية وهي إنها صالحة لكل زمان ومكان. ومن جهة ثالثة، أبراز دور المصلحة كأساس للتشريع، ويتم الاستدلال على هذه المصلحة بالعقل، ومن جهة ثالثة، العمل بقاعدة لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الزمان.

وبالإضافة إلى ما سبق، فمن المسلم به صلاحية الشرعية الإسلامية لكل

(43) السنهوري: الدين والدولة في الإسلام، مقال، المحاماة الشرعية العدد الأول، س 1، 1929 معاد نشره في مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهوري مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص، 1992، ص 10 وما بعدها.
(44) د. السنهوري، المقالة السابقة، ص 11 وما بعدها.

مكان وكل زمان، وأحكامها مرنة ودقيقة يمكن استخدامها لوضع قانون مدني دقيق ومحكم، ولهذا فمن الناحية العلمية، فمن الأهمية بمكان الاستناد إلى الشريعة الإسلامية في الكثير من الموضوعات إذا أنها تتضمن مبادئ ونظريات قانونية تفوق المبادئ والنظريات القانونية التي عرفها الفقه القانوني العالمي (45)؛ وليس ما سبق عرضه هي كلام مبنى على العواطف إنما مؤسس على حقائق، شهد بها كبار الفقهاء الغربيين مثل ويجمور، دليفيشو، أنساباتو، وغيرهم (46). فلا ينكر أحد: (إن الشريعة الإسلامية تعد في نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية في العالم – وهي تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن. ولا نعرف في تاريخ القانون نظاماً قانونياً قائماً على دعائم ثابتة من المنطق القانوني الدقيق، يضاهي منطق القانون الروماني، إلا الشريعة الإسلامية) (47).

ثالثاً: دور الفقه الإسلامي في توحيد التشريعات العربية تحقيق الوحدة التشريعية لتدعيم الوحدة السياسية:

لقد حلم السنهوري كثيراً بالوحدة العربية، وتمنى وجودها على المستويين السياسي والقانوني. فمنذ إعداد رسالته الثانية للدكتوراه عن الخلافة، ويدرك مدى اهتمام السنهوري ورغبته في رؤية الدول العربية موحدة سياسياً وقانونياً. ففي المجال القانوني، كان ينادي دائماً ضرورة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي باعتباره الأساس المشترك فيما بين الدول العربية. ولقد سعى من جانبه في طريق تحقيق الوحدة التشريعية بين البلاد العربية من خلال توحيد التشريعات المدنية فيما بينها. وبدأ خطوات تنفيذ مشروعه في وضع القانون المدني المصري ثم ما تلاه من قوانين – ولقد قال في هذا الصدد ما يلي: (... وأحب أن أوجه النظر إلى القانون بنوع خاص للبلاد العربية جميعها تراث مشترك هو الفقه الإسلامي

(45) د. السنهوري: القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقي، ع 1، 2، 1962؛ د. محمد يوسف موسي: الفقه الإسلامي مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه، ط2، 1956؛ ص 62 وما بعدها؛ د. عبد الرحمن الصابوني؛ د. خليفة بابكر؛ د. محمود محمد طنطاوي: المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي، القاهرة، مكتبة وهبة، 1982، ص 17-18؛.

(46) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني،...، ص 141.

(47) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني،...، ص 141.

وعندي أن الشريعة الإسلامية مصدر خصب يمدنا بالكثير من الأحكام القانونية التي تتماشى مع أحدث المبادئ وأرقى النظريات وقد جربت ذلك بنفس عند وضع مشروع القانون المدني في العراق، وأني عظيم الإيمان بإمكان توحيد قانون الالتزامات والعقود لجميع البلاد العربية على أساس مشترك من الفقه الإسلامي (48).

قال السنهوري – أيضا في هذا الصدد ما يلي: (... والقانون النهائي الدائم لكل من مصر والعراق بل ولجميع البلاد العربية إنما هو القانون المدني العربي الذي نشته من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطورها وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت فيأتي القانون ليدعم من وحدتها وقد يكون في طريقها إلى التوحيد، فيكون القانون عاملاً من عوامل توحيدها ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة) (49).

ومن جهة ثانية، فمن الناحية السياسية، من المسلم به إن تحقيق الوحدة القانونية، في مجال التقنيات المدنية، يؤدي إلى تدعيم الوحدة السياسية، نظراً لأن الشريعة الإسلامية هي التراث القانوني المشترك فيما بين الدول العربية، فإنها الأساس الوحدة الذي يمكن توحيد القوانين المدنية العربية استناداً إليها، ودون شك إن توحيد القوانين وخصوصاً المدنية، يدعم الوحدة السياسية. رابعاً: أهمية إدراج الشريعة الإسلامية في التقنيات المدنية العربية قام الجزء الأكبر من مشروع السنهوري خصوصاً في مرحلته الأولى هو الوصول إلى إدراج الشريعة الإسلامية – في التقنيات المدنية العربية وقد وصل فعلاً إلى تحقيق هذا الجزء من مشروعه، إذ إدراج الكثير من النظريات والأحوال الفقهية الشكلية والكثير من مبادئ الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية في العالم العربي.

(48) السنهوري: الإمبراطورية العربية التي نبشر بها، بيان الدكتور السنهوري، نشر في مجلة الرابطة العربية، العدد 1، س 1، 1936/8/15.
(49) د. السنهوري: القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقي، ع 1، 2، 1962.

ولقد كان هذا الجزء من مشروع السنهوري مبني على أسس تاريخية وأسس علمية، وليس فقط على مجرد العاطفة نحو الشريعة الإسلامية. ولقد أستند الأستاذ السنهوري إلى ضرورة إدراج الشريعة الإسلامية في التقنيات المدنية العربية لمجموعة اسباب أساسية أهمها أن الشريعة الإسلامية من التقاليد القانونية لمصر والتراث القانوني المشترك للدول العربية؛ ولذا نادى السنهوري كثيراً بضرورة أن تندرج الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية، كمرحلة أولى، على أن نصل فيما بعد إلى وضع قوانين مدنية استناداً إليها بعدما يتم تطوير دراسة الفقه الإسلامي في ضوء علم القانون المقارن.

فمن جهة نجد أن الشريعة الإسلامية هي القانون الذي كان مطبقاً في مصر والعالم العربي قبل اقتباس القوانين الأجنبية في القرن التاسع عشر. وما زالت تطبق في مسائل الأحوال الشخصية. وبناء على ما سبق، كما يقله السنهوري - فإن استمداد القانون المدني بقدر الإمكان من الشريعة الإسلامية، عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة، ويستقيم مع النظر الصحيح من إن القانون لا يخلق خلقاً، بل ينمو يتطور ويتصل حاضره بماضيه⁽⁵⁰⁾.

ومن الجدير بالذكر، نرى من المقولة السابقة للسنهوري إنه استند على وجهة نظر المدرسة التاريخية في القانون والتي ترى إن القانون وليد المجتمع، وأنه نتاج تطور تاريخي لا تستطيع أمه أن تنفصل عن ماضيها المتضمن تراثها القانوني، وذلك من أجل التأكيد والاستدلال على ضرورة قيام القوانين في مصر والعالم العربي على الشريعة الإسلامية، لأنها تمثل التقاليد القانونية والتراث القانوني المشترك في العالم العربي.

ولتحقيق ما سبق فقد أدرج السنهوري الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية من خلال إدراجها أولاً في القانون المدني المصري، ثم انتقلت فيما بعد إلى القوانين المدنية العربية الأخرى بداية من القانون المجني العراقي وبناء عليه، فالقانون المدني المصري هو القنطرة التي من خلالها دخلت الشريعة الإسلامية إلى القوانين المدنية العربية.

(50) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني،...، ص 141.

المطلب الرابع

أسس إدراج الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية

أشار الأستاذ السنهوري إلى مجموعة من الأسس التي تعتبر من متطلبات كيفية إدراج الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية، وهي مجموعة من المتطلبات الأساسية العلمية التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند دراسة الفقه الإسلامي، بهدف تطويره ليكون أساساً للقوانين المدنية العربية هذا من جهة. ومن جهة ثانية أشار السنهوري إلى إنه من الأهمية بمكان، وفي إطار دراسة الفقه الإسلامي ضرورة دراسة تجربة القانون المدني المصري حيث كانت الشريعة الإسلامية مصدراً لأحكامه، فضلاً عن القانون المدني العراقي، بوصفه القانون الذي تلاقى فيه القوانين الغربية (كما اقتبسها القانون المدني المصري) والفقه الإسلامي (كما أخذ من مجلة الأحكام العدلية والمذاهب الأخرى، وتقنين مرشد الحيان لقديري باشا).

وتتلخص هذه الأسس فيما يلي:

أولاً: يجب دراسة الشريعة الإسلامية دراسة علمية دقيقة وفقاً لأصول صناعتها، ولا يجوز أن نخرج على هذه الأصول، بدعوى أن التطور يقتضى هذا الخروج، ولا ينبغي أن نخشى من أن دراسة الشريعة الإسلامية على هذا الوجه العلمي الصحيح قد يؤدي إلى أن نكشف قصورها عن أن تتطور وأنها تضيق بما استجد من حاجات المدنية⁽⁵¹⁾. والهدف من ذلك هو تطوير الفقه الإسلامي وفقاً لأصول صناعته، حتى نشق منه قانوناً حديثاً.

ثانياً: الاهتمام بدراسة "الإجماع" كمصدر من مصادر الفقه الإسلامي: نظراً لأنه مفتاح تطور الشريعة إذ عن طريقه يمكن للفقهاء الاجتهاد في استنباط الكثير من الأحكام التي تلاءم العصر وتلبي حاجات المجتمع المتجددة وفقاً لأصول الصناعة الفقهية الإسلامية، وبذلك يصبح الإجماع مصدراً لقابلية الشريعة للتجديد وشمول أحكامها لوقائع متجددة، دون أدنى إخلال بأصول الشريعة⁽⁵²⁾.

(51) د. السنهوري: القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقية، ع 1، 2، س 1962، ص 506.
(52) د. السنهوري: القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقية، ع 1، 2، س 1962، ص 507.

وتتجلى أهمية الأجماع كمصدر من مصادر تشريع الأحكام فى أن الأحكام
الدينية تتطور تبعاً لتطور المدنية، ولما كان الوحي قد انقطع بوفاء الرسول
"ص" فقد أصبح محتماً أن يكون لدى المسلمين مصدر ثالث للتشريع (أى يعد
القرآن والسنة)، هو الذي يضمن للأحكام الدينية حريتها وتمشيها مع روح الزمن
وهذا المصدر هو الإجماع، والذي يقصد به اتفاق المجتهدين في عصر من
العصور على حكم شرعي.

ومعنى إن الإجماع قانون – فى نظر السنهوري - هو أن طائفة من
المسلمين ينوبون عن الأمة الإسلامية، ونيابتهم آتية لا بطريق التصويت، بل
بطريق العلم وهذه الطائفة تملك قوة التشريع في حدود الكتاب والسنة؛ ولذا
فحكومة المسلمين حكومة علماء. فالأمة الإسلامية صاحبة السلطان في شئونها ما
دامت تستعمل في حدود الكتاب والسنة.

خلاصة القول، فقد نادى الأستاذ السنهوري، بوجوب الأهتمام بالإجماع
كمصدر من مصادر الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي اهتماماً كبيراً استناداً
إلى انه عامل من عوامل التطور في الشريعة الإسلامية، إذ يمكن الانتفاع به إلى
مدى بعيد في تطوير الفقه الإسلامي، فالقائمون بدراسة هذا الفقه عليهم الاجتهاد
في استنباط الأحكام التي تلائم العصر وفقاً لأصول الصناعة الفقهية الإسلامية.

ثالثاً: ملاحظة التاريخ الإجتماعي للفقه الإسلامي والمتغيرات الإجتماعية
أهتم السنهوري بمسألة أساسية فيما يتعلق بالنظر إلى الإستناد إلى
الشريعة الإسلامية فى وضع وتطوير التقنيات المدنية العربية، وهى مسألة
ملاحظة ما جرى عليه التعامل فيما بين الناس في الواقع الاجتماعي، فى ضوء
المتغيرات الإجتماعية.

فقد أشار من حين لآخر السنهوري بضرورة ملاحظة ما جرى عليه
التعامل فيما بين الناس في الواقع الاجتماعي، عند تشريع الأحكام، وخصوصاً في
المسائل التي نجد فيها إن الظروف العملية، بمقتضى ما جرى عليه التعامل فيما
بين الأفراد تمثل حاجة عملية تغلبت على الأحكام القانونية كما هي مأخوذة من
أحكام الشريعة الإسلامية (53).

(53) ومن المسلم به أن الفقه الإسلامي لم يتكون دفعة واحدة، بل إنه سار متدرجا في

ولقد ضرب السنهوري لذلك أمثلة كثيرة، منها نشير إلى مثالين فقط، المثال الأول: تنظيم القوانين فقي التقنيات العربية، والمثال الثاني: إخفاء الوصية لوارث في صورة عقد بيع.

المثال الأول: أشار السنهوري إن الربا محرم دون شك في ذلك بمقتضى القرآن والسنة. ولكن الحاجة الفردية والعامّة هي التي على أساسها تم وضع تنظيم قانوني للقواعد في التقنيات المدنية العربية، نظراً لوجود النظام الرأسمالي، الذي جعل رؤوس الأموال بين الأفراد، وليس الدولة، أوجد حاجة إلى لجوء الأفراد إلى التعاملات التي تتضمن فوائد. ولكن هذه الحاجة كما إنها أساس تشريع الفوائد فإنها أيضاً إذا انتفت أو تغيرت ضيقاً واتساعاً وإلغاء⁽⁵⁴⁾.

المثال الثاني: إخفاء الوصية في صورة عقد بيع: أشار السنهوري إلى مثال واقعي يحدث كثيراً في الواقع العملي، حيث إن الحاجات العملية تدفع البعض إلى إخفاء الوصية للورثة في صورة عقد بيع، وذلك بالتحايل على منع الوصية للوارث.

فقد رأى السنهوري إن القضاء قام بالتوفيق بين أحكام القانون التي يمنع الوصية للوارث، وبين المقتضيات العملية التي تدفع بعض الناس إلى إبرام عقود بيع للورثة لإخفاء الوصية، وخصوصاً إذا كان البيع لا تشوبه شائبه. وتتمثل المشكلة التي رصد وجودها السنوري في أن المحاكم تواجه كل يوم عقود تبرع تفرغ عادة في شكل عقود البيع، وتصدر من الأب لأولاده، أو من الزوج لزوجته ويكاد من يتتبع ظروف هذه العقود أن يجزم إنها وصايا لا بيوع، فالقرائن تؤكد إننا بصدد وصية وليس بيع؛ والسبب في ذلك إن الشخص لجأ إلى البيع لأنه ضاق بأحكام الوصية، فهي لا تجيز الوصية لوارث، ولكن قد تكون هناك أسباب قوية تدعو المورث أن يؤثر بعض الورثة بشئ من ماله، فيضطر إلى استعمال عقد البيع والذي يخفى وصية.

الحياة متسعا بإتساعها، شاملاً لشمولها، وكلما تعاقبت العصور اتسعت آفاق الإجتهد الفقهي، وكثرت فروع المسائل، وتنوعت من غير أن تخرج عن أصلها من هذين الينوبعين الصافين... أنظر: موسوعة الفقه الإسلامي، ج 1، 1387هـ، ص 7.

(54) انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، ص 242 وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (43)

ولقد خلص السنهوري إلى أمرين هامين هما: الأمر الأول: إن اضطراد القضاء على صحة عقود البيع التي تخفي وصايا، يؤكد إن الحاجة العملية هنا تغلبت على الأحكام القانونية، فتكسرت هذه الأحكام، وأخضعتها المحاكم لمقتضيات الظروف بطريق الحيلة. الأمر الثاني: ضرورة عناية المشرع ببحث ما تلجأ له الناس من الحيل للهروب من أحكام تضيق بهم، فيعيد النظر فيها حتى يوفق بينها وبين الواقع⁽⁵⁵⁾.

وقد اقترح السنهوري في هذا الصدد، إنه عند تقنين أحكام الوصية يجب التفكير عند بحث الموضوع في الشريعة الإسلامية، فهل يجد الباحث فيها شيئاً يعين على مجازاة مثل هذه الظروف العملية، فتباح الوصية لوارث، ولو في حدود ضيقة⁽⁵⁶⁾.

ويستخلص مما سبق إن السنهوري كان مؤمناً إيماناً كبيراً بضرورة مراعاة العلاقة بين القانون والواقع الاجتماعي والاستفادة مما جرى عليه العمل في هذا الواقع بالنسبة لبعض النظم القانونية، إذ إن الاعتبارات العملية التي يقرها الواقع الاجتماعي قد تظهر عدم ملائمة الحكم القانوني وبالتالي تلجأ إلى التحايل على أحكامه، ولذا فمن الأهمية بمكان وصول المشرع إلى وسيلة للتوفيق بين حكم القانون والاعتبارات العملية، حتى يكون سلوك الأفراد مطابقاً لما يقضي به حكم القانون.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن السنهوري قد نادى بضرورة ملاحظة تطور الفقه الإسلامي؛ نظراً لأن الفقه الإسلامي – كما قال - لم يلبث جامداً عند المرحلة الأولى للفكر القانوني، بل خطأ خطوات واسعة في طرق التطور. وتطور في المذهب الحنفي نفسه وفي المذهب الشافعي، وتطور أسرع في المذهب المالكي والحنبلي⁽⁵⁷⁾. وهو بهذا يفتح الطريق نحو وجوب الأهتمام بما يطلق عليه (دراسة التاريخ الاجتماعي للفقه الإسلامي).

(55) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 119.

(56) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 119.

(57) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص 150.

رابعاً: الاستدلال من كافة مذاهب الفقه الإسلامي: رأى السنهوري بضرورة التأكيد على أخذ أحكام التقنينات من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، ومنح القاضي السلطة التقديرية الكاملة في الاستدلال من كافة مذاهب الفقه الإسلامي (58). هذا من جهة. ومن جهة ثانية، يجب أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته بمعنى إنه لا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي، يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه، ولذا فللقاضي الرجوع إلى كافة مذاهب الفقه الإسلامي دون تمييز للوصول إلى ما يتفق مع المبادئ العامة للتشريع المدني (59).

ولقد اعتقد الأستاذ السنهوري اعتقاداً جازماً بأن المدخل الرئيسي؛ لتكون الشريعة هي أساس التقنين في البلاد العربية، يقوم على دراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن. ولقد أشار إلى ما سبق الأستاذ السنهوري بالعبارات الأتية: (... أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج بها الصدور، وتنطوي عليها الجوانح، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن. ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون ما يعاون على قيام هذه النهضة) (60).

وهو الحلم الذي راود السنهوري مبكراً، إذ كتب السنهوري في أوراقه الشخصية عام 1923 ما يلي (يخطر لي لأول وهله أن الشريعة الإسلامية هي القانون العام في التشريع المصري الحاضر. فكل ما لم يتعرض له المشرع بنص يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية. أدون هذه الفكرة على أمل أن أرجع إليها في بحث قانوني مفصل) (61).

(58) الوسيط: المرجع السابق، ص 49 - 50

(59) الوسيط، المرجع السابق، ص 50.

(60) السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 48. هامش "1".

(61) المذكرة رقم 120 ص 119 - ليون في 19/10/1923 مذكرات السنهوري، نقلاً عن د. محمد زكي عبد البر أستاذنا السنهوري والشريعة الإسلامية.

لقد وضع السنهوري بالفعل الفكرة التي تحملها سطور السالف الإشارة إليها عند وضع القانون المدني المصري وما تلاه من قوانين غربية، إذ جعل الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية للقانون يلجأ إليها القاضي إذا لم يجد حكماً في الشريعة والعرف.

وبلا شك إن عدم تخصيص رجوع القاضي إلى مذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، يعتبر من أهم أساسيات حركة تقنين الفقه الإسلامي، إذ أنه كما يقول الفقهاء ينبغي عند التقنين عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي وذلك خروجاً من ضيق المذهب الواحد إلى اتساع الفقه بمذاهبه المختلفة، إذ الفقه وحده متكاملة في ضوء منهجية التقنين، خاصة وأن المذهب الإسلامية هي اجتهادات لأصحابها لا تقيد غيرهم، إلا بقدر ما يقوم الدليل على صحتها، على تحقيقها للمصلحة المعتمدة شرعاً⁽⁶²⁾.

(62) د. محمد كمال الدين إمام: مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي، ونظرياته العامة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2011، ص 294.

(46) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

المبحث الثاني

الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية

أكد السنهوري على ضرورة أن يتأسس القوانين المدنية العربية على الشريعة الإسلامية، ولقد جاهد كثيراً على تحقيق ذلك، بداية من إدراج الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي ثالث للقانون في نص المادة 2/1 من القانون المدني المصري عام 1948، ثم توالى بعد ذلك الأهتمام بالشريعة في القوانين المدنية العربية بمجهودات السنهوري، وبتأثير القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي.

كتب السنهوري في أوراقه الشخصية عام 1923 ما يلي (يخطر لي لأول وهله أن الشريعة الإسلامية هي القانون العام في التشريع المصري الحاضر. فكل ما لم يتعرض له المشرع بنص يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية، أدون هذه الفكرة على أمل أن أرجع إليها في بحث قانوني مفصل)⁽⁶³⁾.

لقد وضع السنهوري بالفعل الفكرة التي تتضمنها سطور السالف الإشارة إليها عند وضع القانون المدني المصري وما تلاه من قوانين غربية، إذ جعل الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية للقانون يلجأ إليها القاضي إذا لم يجد حكماً في الشريعة والعرف.

ويتضح من خلال استقراء نصوص القوانين المدنية العربية بخصوص مركز الشريعة الإسلامية فيها من بين مصادر القانون الرسمية نجد إنها كلها اتفقت على إن الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية للقانون التي للقاضي اللجوء إليها، إذا لم يجد حكماً لما يعرض عليه من منازعات، بشرط مراعاة التدرج التشريعي المنصوص عليه في النص المنظم لمصادر القانون هذا من حقه. ولكن من جهة ثانية، فبخصوص ترتيب مصادر القانون ومركز الشريعة الإسلامية، وكيفية استنباط الحكم منها نجد تفاوت كبير ومؤثر في القوانين المدنية العربية.

(63) المذكرة رقم 120 ص 119 – ليون في 19/10/1923 مذكرات السنهوري، نقلًا عن د. محمد زكي عبد البر أستاذنا السنهوري والشريعة الإسلامية.

وتقوم الشريعة الإسلامية بأدوار متعددة ومتنوعة في القوانين العربية المدنية تتمثل في: 1- أن الشريعة الإسلامية من ناحية هي المصدر الموضوعي (أو التاريخي) للكثير من المبادئ العامة والمسائل التفصيلية والنظم القانونية في القوانين المدنية العربية. 2- ويتمثل الدور الثاني للشريعة الإسلامية في إنها المصدر الرسمي للقانون المدني إذا لم يجد القاضي حكماً للمسألة المطروحة أمامه في نصوص القانون المدني، مع اختلاف فيما بين القوانين المدنية العربية حول ترتيب مبادئ الشريعة الإسلامية من بين مصادر القانون الأخرى وبوجه خاص العرف، إذ قدمت بعض القوانين العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية (كالقانون المدني المصري)، وبعض لقوانين قدمت الشريعة على العرف (كالقانون المدني اليميني، الأردن، الإمارات،..). 3- الدور الثالث: الدور التفسيري، ويتمثل في إن بعض القوانين المدنية العربية، نصت على إعمال قواعد التفسير وأصول الفقه، فضلاً عن إدراج نصوص تتضمن القواعد الكلية في الفقه الإسلامي. ومن أمثلة هذه القوانين القانون المدني الإماراتي، القانون المدني اليمني والقانون المدني العماني 4- الدور الرابع: الدور الرقابي لتطبيق التشريعات الأجنبية، إذ خالفت النصوص القانونية الأجنبية، مكونات النظام العام في الدولة، والتي تعتبر الشريعة جزءاً منه، وبالتالي فلا يجوز تطبيق قانون أجنبي يخالفها.

وبناء على ما سبق نلاحظ ما يلي: من ناحية، زيادة واتساع حجم الدور الذي تقوم به الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية، مع مرور الوقت. ومن ناحية ثانية، إن الإدراج التشريعي لمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني في كل دولة اتخذ طابعاً خاصاً، إذ يتأرجح بين المذهبية والعمومية والخصوصية الاجتماعية.

وبناء على ما سبق، فالشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية تتلخص، في إنه من جهة نجد الشريعة الإسلامية من المصادر الموضوعية للقانون، ومن جهة ثانية، من المصادر الرسمية للقانون في القوانين المدنية العربية، ومن جهة ثالثة، تلعب الشريعة الإسلامية دوراً كبيراً في قواعد التفسير والاستدلال القضائي على الأحكام، ومن جهة رابعة، تقوم بدور كبير في تطبيق القانون المدني واستبعاد القوانين الأجنبية.

المطلب الأول

الشريعة الإسلامية في القانونين المدني المصري والعراقي

أولاً: الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري:

قال السنهوري عن أهمية الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري ما يلي: (... يجب أن تنال الشريعة الإسلامية نصيباً كبيراً من عناية المشرع المصري عند تنقيح التقنين، فقد كانت شريعة البلد قبل العمل بالقوانين الحالية ولا تزال شريعة البلد في قسم كبير من القانون المدني. هو قسم الأحوال الشخصية، وفي موضوعات من قانون المعاملات. واستقاء تشريعنا بقدر الإمكان من مصدر الشريعة الإسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة، ويستقيم مع النظر الصحيح من إن القانون لا يخلق خلقاً، بل ينمو ويتطور، ويتصل حاضره بما فيه) (64).

وقال السنهوري: (... والقانون النهائي الدائم لكل من مصر والعراق بل ولجميع البلاد العربية إنما هو القانون المدني العربي الذي نشته من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطورها وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت فيأتي القانون ليدعم من وحدتها وقد يكون في طريقها إلى التوحيد، فيكون القانون عاملاً من عوامل توحيدها ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة) (65).

ولقد استعمل السنهوري بدقة كبيرة دقة الأستاذ والعالم الفقيه منهج التلفيق التشريعي من القوانين المدنية المقارنة والفقه الإسلامي، والقضاء المصري القديم في وضع القانون المدني المصري. ويتضح منهج التلفيق التشريعي في التقريب بين مبادئ ونظريات وقواعد ذات الأصول اللاتينية والجرمانية والإسلامية معاً. ولكن من الجدير بالذكر الإشارة إلى أن منهج التلفيق التشريعي لم يؤثر على وحدة وتماسك وانسجام نصوص القانون المدني المصري.

(64) د. السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني،... مرجع سابق، ص 141.

(65) د. السنهوري: القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقي، ع 1، 2، 1962.

ولقد قدم السنهوري مثالا عمليا لكيفية الأقتباس من الشريعة الإسلامية وإدراجها فى القوانين المدنية من خلال تجربة القانون المدني المصري حيث كانت الشريعة الإسلامية مصدراً لأحكامه، فضلا عن القانون المدني العراقي، بوصفه القانون الذي تلاقى فيه القوانين الغربية (كما اقتبسها القانون المدني المصري) والفقهاء الإسلاميين (كما أخذ من مجلة الأحكام العدلية والمذاهب الأخرى) وتقنين مرشد الحيران لقدري باشا.

نصت المادة الأولى من القانون المدني المصري على (... إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة). وطبقاً لهذا النص فالشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدني في مصر التشريع والعرف. ولكن الآن تثار مجموعة أسئلة هي: ما المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية؟ والسؤال الثاني: كيف نستخلص الأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً.

فمن جهة أوجب المشرع على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يجد ما يستدل منه على حكم القانون فيما هو معروض عليه من مناعات في الشريعة والعرف. ونظراً لأن اصطلاح مبادئ الشريعة الإسلامية اصطلاح عام، وخصوصاً إن الشريعة الإسلامية كنظام قانوني، له طبيعة خاصة، حيث تتحدد مذاهب الفقه الإسلامي، وتتعدد الآراء في داخل كل مذهب، فمهمة القاضي أمامها كثير من العوائق في حالة رجوعه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري.

وترتيباً على ما سبق، فقد خلص شراح القانون المدني إلى أن قواعد الاستدلال القضائي على الأحكام المدنية من مبادئ الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري هي: القاعدة الأولى: الاستدلال القضائي من جميع مذاهب الفقه الإسلامي دون قيود. اتفق الشراح في مصر على إن القاضي في حالة تطبيقه لمبادئ الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً رسمياً للقانون المدني بعد التشريع والعرف عليه يتمتع بالتقديرية الكاملة في الاستدلال من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، فهو غير مقيد بالاستدلال من المذهب الحنفى أو

غيره، بل له الرجوع إلى كل مذاهب الفقه الإسلامي بحسب اختياره⁽⁶⁶⁾.
القاعدة الثانية: أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين
هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته بمعنى إنه
لا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى
لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه، ولذا فللقاضي الرجوع إلى كافة مذاهب
الفقه الإسلامي دون تمييز للوصول إلى ما يتفق مع المبادئ العامة للتشريع
المدني⁽⁶⁷⁾.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى ما قاله السنهوري دور الشريعة
الإسلامية في القانون المدني المصري.. قال ما يلي (... هذا الحد الذي وصل إليه
التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، عدا المسائل الأخرى التي
أخذها بالذات من الفقه الإسلامي... أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول
الذي يبني عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج بها
الصدور، وتنطوي عليها الجوانح، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة
ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون
المقارن. ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون ما
يعاون على قيام هذه النهضة)⁽⁶⁸⁾.

ثانياً: القانون المدني المصري وانتقال الشريعة الإسلامية إلى القوانين المدنية
في البلاد العربية

أدرج السنهوري الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية من خلال
إدراجها أولاً في القانون المدني المصري، ثم انتقلت فيما بعد إلى القوانين المدنية
العربية الأخرى بداية من القانون المدني العراقي وبناء عليه، فالقانون المدني
المصري هو القنطرة التي من خلالها انتقلت الشريعة الإسلامية إلى القوانين
المدنية العربية.

(66) الوسيط: المرجع السابق، ص 49 - 50

(67) الوسيط، المرجع السابق، ص 50.

(68) السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 48. هامش "1".

وقد ساعد الاقتباس من الشريعة الإسلامية وإدراجها في القانون المدني المصري إلى من جهة ترقية مبادئ القانون المصري⁽⁶⁹⁾. هذا من جهة. ومن جهة ثانية: سد النقص في القانون المدني القديم⁽⁷⁰⁾. ومن جهة ثالثة: تطوير القانون المدني في مصر ليكون النموذج الذي احتذى به لقوانين المدنية العربية التي وضعت بعده مثل القانون المدني العراقي والليبي.. الخ.

ومن المسلم به لقد استقى القانون المدني الجديد من الشريعة الإسلامية بطرق ثلاث: تنقيح وتوضيح واستكمال ما اشتمل عليه التقنين المدني القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي، والطريقة الثانية إنه استمدت أحكاماً جديدة من الفقه الإسلامي، ومن ناحية ثالثة من خلال جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون بعد التشريع والعرف، ويقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، حسبما نصت المادة 2/1 من القانون المدني المصري الجديد 1948.

وقد كان القانون المدني القديم بالرغم من إنه كان منقولاً من التقنين المدني الفرنسي، إلا إنه مع ذلك فقد حاول، المشرع إضافة بعض أحكام الفقه الإسلامي فيه، ولذا فقد تضمن بعض النظم والمبادئ المأخوذة من الفقه الإسلامي ولكنها نقلت على عجل ودون دراسة كافية ولذلك شابها الكثير من العيوب كالخطأ العلمي والاقتضاب⁽⁷¹⁾.

ولكن في القانون المدني الجديد 1948، قام السنهوري بالاحتفاظ بما أخذه القانون المدني القديم من الفقه الإسلامي ولكن بعد تهذيبه وإصلاحه وإزالة ما به من اقتضاب وعيوب وعدم دقه في النقل والتنظيم هذا من جهة ومن جهة ثانية قام باستحداث أحكام أخرى أخذها من الفقه الإسلامي، وهذه الأحكام الجديدة كان بعضها مبادئ عامة والبعض الآخر مسائل تفصيلية.

وبناء على ما سبق، فمقدار الأحكام والمبادئ العامة والمسائل التفصيلية التي أخذها القانون المدني الجديد الذي 1948 الذي قام بوصفه السنهوري جعل من الفقه الإسلامي أساساً من أسس القانون المدني مع القضاء والتقنيات المقارنة.

(69) د. السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، مقالة سابقة، ص 157.

(70) د. السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، مقالة سابقة، ص 157.

(71) السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 48.

وإجمالاً – ودون تفصيلات – فالأحكام والمبادئ العامة والمسائل التفصيلية التي في القانون المدني الجديد، والمستمدة من الشريعة الإسلامية - هي⁽⁷²⁾: النزعة الموضوعية، نظرية التعسف في استعمال الحق – المعايير الموضوعية، حوالة الدين، نظرية الظروف الطارئة، الأحكام الخاصة بمجلس العقد، إيجار الوقف، الحكر، إيجار الأراضي الزراعية، هلاك الزرع في العين المؤجرة، انقضاء الإيجار بموت المستأجر، فسخ الإيجار للعدر، وقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده، بعض أحكام عقد الهبة، التنظيم الدقيق لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون، تصرفات المريض مرض الموت، سداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة، الأهلية، الشفعة، الغبن في بيع القاصر، خيار الرؤية، تبعة الهلاك في البيع، عرس الأشجار في العين المؤجرة، الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل، أحكام الحائط المشترك مرة بالتقادم.

ثالثاً: القانون المدني العراقي – خطوة نحو توحيد القوانين المدنية في البلاد العربية:

نصت المادة الأولى/ 2 من القانون المدني العراقي على ما يلي (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة. ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العربية). وبالنظر إلى الفقرتين السابق الإشارة إليهما نجد ما يلي:

- 1- إن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث بعد التشريع والعرف، وفي هذا يتفق القانون المدني العراقي القانون المدني المصري.
- 2- إن النص يتضمن تفسيراً معيناً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي يلجأ إليها القاضي، إذ يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية، المبادئ الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني العراقي هذا من ناحية وذلك حتى ينسجم كلياً القانون

(72) السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 48 وما بعدها.

مع جزئياته وإلا يتم تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية إلا الملاءمة للاتجاه العام وروح وفلسفة النصوص القانونية. ومن ناحية ثانية، لم يقصر دور القاضي على استنباط مبادئ الشريعة الإسلامية من مذهب فقهي واحد دون الآخر، بل منهج القاضي سلطة تقديرية كبيرة في هذا الصدد – إذ للقاضي استنباط لمبادئ الشريعة الإسلامية من جميع مذاهب الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، بشرط إن يكون ما يستخلصه ملائماً لنصوص القانون.

ودون شك إن هذا تجديد كبير – بالنسبة للعراق منشأ المذهب الحنفي، والتي طبقت فيها مجلة الأحكام العدلية فترة طويلة، وهي تقنين للفقه الحنفي في مجال المعاملات المدنية.

3- إذا لم يذكر النص مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي للقانون يلجأ إليه القاضي بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، على النحو الذي عليه الحال في القانون المدني المصري في المادة 2/1 والتي جاء فيها ذكر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وإنما اكتفى المشرع العراقي على النص فقط على قواعد العدالة.

4- إن الفقرة الثالثة من المادة الأولى لا يوجد لها مثيل في التقنيات المدنية في البلاد العربية من نواح عدة على النحو الآتي: فمن ناحية أنها منحت القاضي الاسترشاد بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق، فإذا لم يجد، فله سلطة الاسترشاد بالأحكام التي استقر عليها القضاء والفقه في البلاد الأخرى طالما إنها تتقارب قوانينها مع القوانين العربية. ومن جهة ثانية، فإن النص أعطى للقاضي دوراً كبيراً لمجابهة حالات النقص التشريعي، إذ وضع أمامه طرق كثيرة، يمكن من خلالها مجابهة كل ما سيعرض عليه من منازعات تتضمن وقائع قد لا يجد لها حكماً صريحاً في نصوص القانون المدني العراقي. ومن جهة ثالثة، أشار إلى التقارب القانوني في عجز الفقرة الثالثة ومن المسلم به، لم تدرج هذه العبارة إلا بمقصد التوحيد التشريعي في البلاد العربية، وفي نفس الوقت فتح الباب جلياً أمام التوحيد في الأحكام القضائية في البلاد العربية، بعد تحقيق الوحدة التشريعية.

المطلب الثاني

الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية في دول مجلس التعاون الخليجي

أولاً: في القانون المدني الكويتي:

فقد نصت المادة الأولى منه على ما يلي: (تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف).

وبلا شك إن عدم تخصيص رجوع القاضي إلى مذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، يعتبر من أهم أساسيات حركة تقنين الفقه الإسلامي، إذ أنه كما يقول الفقهاء ينبغي عند التقنين عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي وذلك خروجاً من ضيق المذهب الواحد إلى اتساع الفقه بمذاهبه المختلفة، إذ الفقه وحده متكاملة في ضوء منهجية التقنين، خاصة وأن المذهب الإسلامية هي اجتهادات لأصحابها لا تقيد غيرهم، إلا بقدر ما يقوم الدليل على صحتها، على تحقيقها للمصلحة المعتبرة شرعاً⁽⁷³⁾.

ثانياً: القانون المدني العماني - المرسوم السلطاني 29 لسنة 2013 بإصدار قانون المعاملات المدنية:

نصت المادة الأولى من القانون المدني العماني على (تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه افسلامي، فإذا لم توجد فيمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فيمقتضى العرف). ويستخلص من هذا النص أن المصادر الرسمية للقانون هي: التشريع - أحكام الفقه الإسلامي - المبادئ العامة للشريعة الإسلامية - العرف. هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، فطبقاً للمادة الثانية، يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله، ودون شك إن نص المادة

(73) د. محمد كمال الدين إمام: مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي، ونظرياته العامة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2011، ص 294.

الثانية، يمثل علامة مميزة في استعانة المشرع بالفقه الإسلامي وأصوله في مسألة تطبيق نصوص القانون إذ إنه جعل قواعد الفقه الإسلامي وأصوله المرجع في الفهم وتفسير النصوص التشريعية الواردة في القانون.

ومن جهة ثالثة، لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذ كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام أو الآداب في سلطنة عمان، وهذا طبقاً لنص المادة 28 والتي تنص على (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة؛ إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في سلطنة عمان).

ثالثاً: القانون المدني البحريني (رقم 19 لسنة 2001)

نصت المادة الأولى على (أ) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها. (ب) فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي، حكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهدياً بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

وطبقاً لهذا النص، فالرجوع إلى الشريعة الإسلامية يقصد به الرجوع إلى المبادئ العامة المسلم بها في فقه الشريعة الإسلامية، وهي القواعد والأصول الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية. ولكن في حالة الاستعانة بالحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تختلف فيها المذاهب الإسلامية فيجب الاستهداء بأنسب الآراء فيها في ضوء ظروف البلاد، بمعنى الاستهداء – كما يقول النص – بأصلح الآراء، وذلك في ضوء ظروف البلاد.

ومن جهة ثانية، فمن المسلم به إنه في حالة الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، في إطار الضوابط المشار إليها في النص، فيجب كما يقول الفقه أن يراعى التنسيق بينها وبين المبادئ العامة الساسية التي يقوم عليها القانون الوضعي البحريني في جملته، وبناء عليه، فلا يجوز الأخذ بحكم من أحكام الشريعة الإسلامية، يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، وذلك حتى لا يفقد القانون

الوضعي تجانسه وإنسجامه (74).

ومن جهة رابعة، فطبقاً للترتيب الذي وضعه النص للشريعة الإسلامية، حيث إنها تأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف، فإنه من الناحية الواقعية، فالقاضي لا يلجأ إليها، إلا نادراً (75). وهو نفس الأمر الذي يصدق على دور مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في القانون المدني المصري، حيث إنها تأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف.

رابعاً: القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004:

نصت المادة الأولى من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على ما يلي: (1- تسرى النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة).

ومن النص نستخلص ما يلي: 1- بناء على ما جاء في النص فمصادر القانون هي التشريع - الشريعة الإسلامية - العرف - قواعد العدالة؛ 2- إن المشرع استعمل اصطلاح "بمقتضى الشريعة الإسلامية" وهنا فتح الطريق أمام القاضي لاستنباط الحكم من الشريعة الإسلامية دون قيود مذهبية. 3- لم يشير النص إلى مبادئ القانون الطبيعي.

خامساً: قانون المعاملات المدنية الإماراتي 1985:

نصت المادة الأولى على (تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساعً للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام

(74) د. محمد حسين عبد العال: المدخل لدراسة القانون المدني البحريني، ط1، 2004، ص 194.

(75) د. محمد حسين عبد العال: المدخل لدراسة القانون المدني البحريني، ط1، 2004، ص 194.

أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة، فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة).

ونصت المادة الثانية على ما يلي (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي). وهذا النص ممثال لنص المادة الثالثة من القانون المدني الأردني.

نصت المادة الثالثة على ما يلي: (يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية).

نصت المادة 27 على (لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة).

وتضمن الفصل الثاني بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية وذلك في المواد من 29 – 270 ومن القواعد التي نص عليها نذكر: الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذراً (المادة 29) الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره (المادة 3)، ما ثبت بنص أمر يقدم على ما وجب بالشرط (المادة 31)، المثليات لا تستهلك (المادة 34)، اليقين لا يزول بالشك، الأصل براءة الذمة، لا ضرر ولا ضرار، الضرر يزال، الضرر لا يزال بمثله، الضرورات تبيح المحظورات، درء المفاسد أولى من جلب المنافع، استعمال الناس حجة يجب العمل بها، التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، الخراج بالضمان، الغرم بالغنم.

المطلب الرابع

الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني والقانون المدني الليبي

أولاً: القانون المدني اليمني قانون رقم 14 لسنة 2002:

تضمن الكتاب الأول – الأحكام العامة للمعاملات في الباب الأول منه والذي بعنوان (القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون). نصت المادة الأولى على (يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة).

ونصت المادة 18 على ما يلي: (المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة)

وطبقاً لمجموعة النصوص التي جاءت في الباب الأول في المواد 1- 19 من القانون المدني اليمني نجد ما يلي: من جهة أولى، أن المشرع أثبت المصدر الموضوعي لأحكام الواردة في القانون، إذ نص صراحة في صدر المادة الأولى على يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على.... وهي عبارة غير دقيقة نظراً لأنه تضمن أحكاماً مأخوذة من الفقه القانوني الغربي نقلاً عن القانون المدني المصري. ونعتقد إن المشرع يقصد إن هذا القانون في مجموعه يتضمن الأحكام التي تتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن جهة ثانية، أن مصادر القانون هي: النصوص الواردة في القانون، ومبادئ الشريعة الإسلامية – العرف الجائز شرعاً – مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة جملة ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة

الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون جائزاً شرعاً وأن يكون ثابتاً ولا تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب.

ومن جهة ثالثة، أشار القانون إلى أن مجموعة قواعد للإلغاء والتعديل التشريعي لا نظير لها مطلقاً في القوانين المدنية في البلاد العربية، حيث نصت المادة الثانية على ما يلي: (يجوز إلغاء أو تعديل القوانين الشرعية في الأحوال الآتية: 1- إذا كان دليل الحكم نصاً صريحاً من الكتاب أو السنة النبوية الصحيحة لا يحتمل التأويل أو الترجيح. 2- إذا كان دليل الحكم إجماعاً. 3- إذا كان الهدف من الإلغاء أو التعديل العدول عن الحكم الشرعي إلى حكم يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وفيما عدا ذلك يجوز الإلغاء أو التعديل ابتغاء الوصول إلى حكم شرعي آخر أقوى دليلاً وأوفى بالمصلحة).

ومن جهة رابعة، لقد أدرج القانون في نصوص المواد 3 - 16 مجموعة من القواعد الكلية الفقهية، كما وردت في مجلة الأحكام العدلية ولكن يلاحظ إنه جمع بين قاعدتين أو أكثر معاً في نص واحد فمثلاً نصت المادة 15 على (تصرف الدولة منوط بالمصلحة، والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة).

ومن جهة خامسة، جعل المرجع في تفسير النصوص وتطبيقها ما يلي الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة. ومن جهة سادسة، نصت المادة 35 على لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية.

ثانياً: القانون المدني الليبي:

أما فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية في القانون المدني الليبي ودور السنهوري، فقد سافر السنهوري إلى ليبيا في عام 1953، وعاد في سبتمبر 1953 ولكن في هذه الفترة القصيرة أنجز إنجازات ضخمة كما يذكرها المستشار عثمان حسين عبد الله في مقالته عن السنهوري، حيث ذكر ما يلي بشأن دور السنهوري في الحركة الشرعية في ليبيا، فمن ناحية، إن السنهوري وضع حجر الأساس لتعريب القانون في ليبيا وللتقريب بين العمل التشريعي فيها والعمل التشريعي في

مصر. لقد كانت التقنيات الرئيسية في ليبيا هي التقنيات الإيطالية وكانت سائر التشريعات كذلك. وكانت اللغة الإيطالية هي لغة القضاة ولغة الحاكم ولغة الأحكام وسائر الإجراءات القضائية. ومن جهة ثانية، وضع القانون المدني الليبي وهو يطابق القانون المدني المصري مع إضافة بعض النصوص وإدخال بعض التعديلات التي اقترحها القضاة الإيطاليون في ليبيا، واقتنع هو بأن ظروف البلاد تقتضيها وصور القانون المدني الليبي في نوفمبر سنة 1953⁽⁷⁶⁾.

وقد نصت المادة الأولى على (مادة (1) أصول القانون - 1 - تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة). ومن الواضح أن الفقرة الأولى من هذا النص تماثل الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني المصري. ولكن على خلاف ترتيب مصادر القانون في مصر، فالقانون المدني الليبي، جعل من مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بعد النصوص التشريعية، ثم يليها العرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ثالثاً: القانون المدني الأردني:

نصت المادة الثانية على (1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص. 2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. 3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد؛ 4- ويسترشد في ذلك كله بما أقره

(76) انظر حول جهود السنهوري في النهضة القانونية في ليبيا: م/ عثمان حسين عبد الله، الفقيه والرائد والمشرع العظيم السنهوري، مجلة هيئة قضايا الدولة، 1989، ص 99 وما بعدها.

القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر). ونصت المادة الثالثة على (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي). ويتبين من النص ما يلي: من جهة انه يميز بين احكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة الاسلامية؛ ومن جهة ثانية، لم يشر الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ومن ناحية ثالثة، لقد أشار إلى الاستعانة في فهم النصوص وتفسيرها وتأويلها إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي، وهي أكثر انضباطاً من قواعد التفسير الوضعية، فضلاً عن إنها تمثل خطوة هامة للاستفادة من قواعد أصول الفقه الإسلامي، في مجال تطبيق النصوص القانونية الوضعية، حيث إن علم اصول الفقه الإسلامي، من العلوم الإسلامية الخالصة، ولم لا يوجد لها نظير في النظم القانونية الوضعية. ولقد أثر القانون المدني الأردني في القانون المدني اليمني والقانون المدني الإماراتي.

المطلب الرابع

دور السنهوري في أستحداث منهج التزواج فيما بين الشرائع القانونية أولاً: أسس منهج التزواج بين النظم القانونية عند السنهوري: قام الأستاذ الفقيه السنهوري باستبدال منهج استقبال القوانين الأجنبية واستزراعها في النظام القانوني الداخلي بمنهج أحر أكثر دقة وفعالية وهو منهج التزواج فيما بين القوانين الأجنبية والقوانين الوطنية. ونعتقد إن منهج التزواج فيما بين التشريعات الوطنية والأجنبية، قد اقتبسه السنهوري من منهج التفريق الفقهي في الفقه الإسلامي ومعطيات الفقه المقارن. ففي الفترة الأولى في النصف الأخير من القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، جاءت التشريعات الوطنية في مصر، تطبيقاً عملياً لظاهرة استقبال القوانين الأجنبية واستزراعها في مصر. فقد تم استقبال واستزراع تقنيات نابليون في مصر في بناء على حركة الإصلاح القضائي التي تمت في عهد الخديوي إسماعيل لتطوير وإصلاح النظام القانوني في مصر، ليكون نموذجاً للنظم القانونية الأجنبية، ولذا وضعت التقنيات المختلطة عام 1875 والتقنيات الأهلية 1883 فضلاً عن تقنيات نابليون.

ومرجع ما سبق، هو الرغبة في تطوير وتحديث النظام القانوني في مصر وعلى أثر حركة الإصلاح القضائي فضلاً عن أثر الحملة الفرنسية وحركة البعثات والترجمة، وعموماً فالتقاء الثقافات القانونية المصرية والأجنبية، أدى إلى حدوث استقبال قانوني للتقنيات الأجنبية في مصر⁽⁷⁷⁾.

ويتمثل دور السنهوري في التزواج بين الثقافات القانونية المختلفة في القانون المدني في البلاد العربية، من خلال إحداث تزواج بين الثقافة القانونية الإسلامية والثقافة القانونية الأوروبية، والتقاليد والتراث القانونيين الوطنيين، وتم ذلك في الأطر الآتية:

- 1- إجراء تزواج بين الثقافات القانونية.
- 2- الاحتفاظ بخصوصيات الثقافة القانونية الإسلامية.

(77) د. حسن عبد الحميد: ظاهرة استقبال القوانين الأجنبية في مصر (دراسة في علم الاجتماع القانوني) القاهرة 1995، ص 35.

- 3- الاحتفاظ بالتقاليد والثوابت القانونية المستقرة في البلاد العربية.
- 4- بيان أوجه التقارب بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني الغربي دون الإخلال أو الحط من قيمة ما يتضمنه الفقه الإسلامي من مبادئ ونظم أصيلة.
- 5- الاستفادة من الثقافات القانونية الأجنبية في دراسة الفقه الإسلامي طبقاً للمناهج العلمية التي يدرس بها النظام القانوني الغربي، وذلك لتقريب الفقه الإسلامي إلى الأذهان.
- 6- الاقتباس من الثقافات القانونية الأجنبية للغة والمصطلحات القانونية مع تعريبها بدقة.
- 7- التعريب الدقيق للمصطلحات القانونية، لتقريبها إلى الفكر العربي، دون الأخلال بمضمونها العلمي القانوني الدقيق. وتحديث نظم الصياغة التشريعية، من خلال الاسترشاد بالقوانين المقارنة، وأشار السنهوري إلى أن عند الاقتباس من القوانين الأجنبية ينبغي الاقتباس المسائل المتعلقة بالشكل، مثل التبويب والتنظيم والتقسيم والصياغة وأساليبها والمصطلحات، أن يكون الاقتباس من أحدث التقنيات، حتى تجاري ما وصل إليه مآل حركة التقنين من رقى في التنظيم والتبويب والصياغة واللغة القانونية. ويؤدي ما سبق إلى أن تبويب القانون يكون منطقياً⁽⁷⁸⁾.
- وبتطبيق ما سبق على القانون المدني المصري نجد إنه كما أشارت الأعمال التحضيرية – قد اقتبس من القوانين المدنية الأجنبية الكثير من القواعد المتعلقة بالشكل والصياغة كالتبويب والتقسيم واللغة الاصطلاحية. وبوجه عام قد استفاد السنهوري من حركة التقنين خصوصاً في مجال القانون المدني في أوربا وغيرها في إنها – كما قال (نستخلص منها دروساً نافعة في فن التقنين وأسلوب الصياغة التشريعية)⁽⁷⁹⁾.
- ثانياً: تزواج القوانين في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي:
- قال السنهوري: (يتميز القانون المدني العراقي، باتجاه خاص ينفرد به

(78) السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي، ص 311.

(79) السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي، ص 310.

(64) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

عن القانون المدني المصري وعن سائر القوانين الحديثة. فهو أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنباً إلى جنب بقدر متساو في الحكم والكيف وهذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث (80).

وقال – أيضا السنهوري - (وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الإسلامي إلى جانب القوانين الغربية ممتلكة في القانون المصري الجديد، فلسنا مغالين إذا قلنا أن تجربة القانون المدني العراقي تعد من أخطر التجارب في تاريخ التقنين. فهذه أحكام الفقه الإسلامي قننت في نصوص واضحة وضعت إلى جانب نصوص القوانين الغربية، وبذلك تم جمع الفقه الإسلامي والقوانين الغربية على صعيد واحد، فممكن لعوامل المقارنة والتعريب من أن تنتج أثرها ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الإسلامي) (81).

يمثل القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي – وهما قد وضعا بيد السنهوري – أكثر النماذج القانونية، لدور السنهوري في إحداث تزواج فيما بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية والفقه الإسلامي، فضلا عن إنهما يتضح مدى تأثير السنهوري بالمدرسة التاريخية للقانون وبتعاليم علم الأجماع القانوني، فضلا عن علم القانون المقارن.

استقى السنهوري مصادر القانون المدني العراقي أولاً: من نصوص مجلة الأحكام العدلية؛ باعتبارها نموذجاً للفقه الإسلامية وفي نفس الوقت نظراً لأنها كانت تطبق في العراق، فالاحتفاظ ببعض أحكامها يتوافق مع ضرورة مراعاة المورث القانوني وما جري عليه العمل، وطبقاً لمنطق التطور التدريجي في فلسفة التشريع. وثانياً من نصوص التشريعات العراقية الخاصة، حيث إن البعض من أحكام القانون المدني كانت متناثرة في قوانين خاصة، وثالثاً: من نصوص القانون المدني المصري، نظراً لأنه أحدث التشريعات المدنية العربية، التي صدرت قبل إصدار القانون المدني العراقي هذا من جهة، ومن جهة ثانية نظراً لأنه من التقنييات المتخيرة التي جمعت بين أحدث ما وصل إليه علم التشريع في

(80) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 500.

(81) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 500 - 501.

اوربا حينذاك، فضلا عن ما تضمنه من احكام مستمدة من الشريعة الإسلامية. ثالثاً: فلسفة القانون المدني العراقي وإرهاصات القانون المدني العربي يتفق القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري في الاتجاهات العامة، مثل طابع الاعتدال والتوسط بين الاستقرار والتطور بين حماية الفرد وحماية الجماعة. ومن جهة أخرى، أخذ القانون المدني العراقي بنفس الترتيب والتبويب متابعة تامة، حتى يمكن القول إن الباب التمهيدي في القانون المدني العراقي يكاد أن يكون منقولاً نقلاً حرفياً من القانون المدني المصري، فيما عدا بعض القواعد الكلية التي نقلت عن المجلة(1).

ولكن من ناحية ثانية، نجد إن القانون المدني العراقي ينفرد بخصائص لا يشترك فيها مع غيره في القوانين الحديثة العربية الأخرى، وهي إنه أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الإسلامي والقوانين الغربية معاً في تقني واحد، وبقدر متساو في الكم والكيف(2).

ومن ناحية ثالثة، أدى القانون المدني العراقي إلى تحقيق الوحدة التشريعية للقواعد المنظمة للمعاملات المدنية في تقنين واحد، حيث إنه جمع شتات المسائل المدنية التي كانت موجودة في قوانين خاصة، وهي المسائل التي لم تتناولها مجلة الأحكام العدلية، ولهذا فهو حق الانسجام والتكامل في التنظيم والتجانس القانوني للمعاملات المدنية في العراق(3).

ومن جهة رابعة، فإن من أهم خصائص القانون المدني العراقي هو إنه وضع ليكون – كما يقول الأستاذ السنهوري – تمهيداً للقانون المدني العربي(4)، إذ إنه تضمن أحكام مأخوذة من الفقه الإسلامي مع أحكام مأخوذة من القوانين الغربية متمثلة في القانون المدني المصري، وبذلك فهو يجمع معاً بين الإحالة متمثلة في الفقه الإسلامي والمعاصرة متمثلة في النصوص المأخوذة من القانون المدني المصري والذي بدوره مأخوذ من قوانين أجنبية متخيرة، ولهذا فالقانون

(1) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 499.

(2) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 501.

(3) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 499.

(4) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 499.

المدني العراقي تطبيق عملي للجميع بين نظم قانونية متعددة معاً، ولذا فهو يؤكد وجود نظم قانونية مختلطة Mixed legal systems هذا من جهة. ومن جهة خامسة، فقد فتح القانون المدني العراقي الباب نحو اختبار مصير تجربة المقارنة والتعريب بين الفقه الإسلامي، والفقه القانوني الغربي ومآلها⁽¹⁾، فإذا نجحت، كانت الخطوات أخرى أفضل ومتقدمة وهي وضع قانون مدني عربي مؤسس على نهضة حقيقية مدنية لأحكام الفقه الإسلامي. ومن جهة سادسة، نجد إنه بالنسبة للقانون المدني العراقي وبخصوص الاقتباس من مجلة الأحكام العدلية، فهي بالنسبة للقانون المدني العراقي لها علاقة وثيقة به من ناحيتين، الناحية الأولى باعتبارها مدونة معاملات مدنية مأخوذة من الشريعة الإسلامية وبوجه الخاص المذهب الحنفي والاعتبار الثاني فهي طبقت عليها في تنظيم معاملاتهم المدنية طبقاً للنصوص الواردة بها. وبناء على ما سبق، فقد كان من المنطقي أن يتم الاحتفاظ بها أساساً مع استكمال ما لم تتضمنه من مصادر أخرى، بشرط ألا يتعارض معها سواء من القوانين الغربية نقلاً عن القانون المدني المصري أو من مذاهب الفقه الإسلامي الأخرى غير الفقه الحنفي.

وترتيباً على ما سبق، فقد كان من المنطقي أن تبرز لجنة وضع التقنين المدني العراقي والسنهوري فيها تقرر ضرورة الاستناد إلى مجلة الأحكام العدلية أساساً نظراً لأنها مألوفة، وضرورة استقرار التعامل، فضلاً عن الاقتباس من الفقه الإسلامي لأنه يتضمن مبادئ وأحكام تداني وتفوق أحدث القوانين الأجنبية⁽²⁾.

(1) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 501.

(2) ولقد جاء ما يلي في تقرير لجنة التقنين المدني العراقي – كما أشار إليها السنهوري في مقالته من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون العراقي – مقالة سابق الإشارة إليها، ص 371، (... (أولاً) تكون مجلة الأحكام العدلية أساساً للقانون المدني الجديد، = ولا يجوز العدول عنها إلى غيرها من القوانين المدنية لسببين: 1- أن فيه قانون يوضع لبلد هو القانون الذي يألّفه هذا البلد، ويتفق مع مزاجه وينشأ في تربيته، ويستقر عليه التعامل. وقد ترعرع الفقه الإسلامي في العراق، واستقر فيه دهوراً طويلاً.

وبوجه عام يتضح من خلال السمات العامة للتقنين المدني العراقي (وكذلك من باب أولى القانون المدني المصري) ما اشار اليه السنهوري بخصوص قواعد استقبال القوانين الأجنبية وتطوير القانون الوطني وعلم التشريع، ومنها بوجه خاص قاعدة في إن يراعي عند الاقتباس من القوانين الأجنبية، حتى ولو كانت تنتمي إلى جنس القانون الوطني (مثل القانون المدني المصري بالنسبة للقانون المدني العراقي مثلاً)، أن يتم دمج مجموعة القواعد والمبادئ والنظريات التي تم استعارتها مع جسم التقنين على نحو لا يحدث تناقضاً بين أجزاء التقنين وأن يتم تنسيق النصوص وتنجس الأحكام معاً، بحيث لا تؤدي الاستعارة من القوانين الأجنبية مصداً لوجود تعارض بين نواحي التقنين المراد وضعه⁽¹⁾.

ويعني ما سبق، بقول آخر، في حالة الاستعارة من قوانين أجنبية أو حتى وطنية أخرى عند وضع تقنين ما، يجب صهر هذه القواعد كلها مع بعضها، حتى يصدر التقنين متكامل متناسق وملتحم الأجزاء كلا واحداً لا تعارض بين قواعده، بل تتكامل كلها مع بعضها لتحقيق الهدف المتبقى منه، وذلك ما نلاحظه في التقنين المدني المصري والعراقي.

الخاتمة

خلاصة القول: أن مشروع السنهوري قد أثر تأثيراً كبيراً في القوانين المدنية العربية، ويتمثل هذا التأثير فيما يلي بإيجاز:

- تطوير حركة التقنين في مجال القانون المدني في البلاد العربية.
- تأثير القانون المدني المصري 1948 في القوانين المدنية العربية.
- توحيد اللغة القانونية والمصطلحات القانونية في البلاد العربية.
- الاستفادة من القانون المقارن في تطوير القوانين المدنية العربية.

2- لا يقل الفقه الإسلامي، من حيث رقى المبادئ وسمو المنطق القانوني، عن أعظم النظم القانونية مقدماً، وهو قابل للتحويل بحيث يتمشى مع أحدث النظريات القانونية، وما داع لنا هذا التراث العظيم. فمن السفه أن نبده، ثم نلتمس ما في أيدي الغير).

(1) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 499.

- إدماج الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون فى القوانين المدنية العربية، حيث اقتباس الكثير من الأحكام والمبادئ والقواعد القانونية من الشريعة الإسلامية وإدراجها فى القوانين المدنية العربية.
- التركيز على الاقتباس من كافة التشريعات العالمية، دون الأعتما د على تشريع واحد؛ ولهذا فهو بحق من جعل النظم القانونية العربية نظم قانونية مختلطة Mixed legal systems وهو احد النظم القانونية العالمية المقارنة، طبقا لبعض علماء القانون المقارن الجدد.
- تأسيس علم التقنين الحديث وفلسفة التشريع الحديث فى البلاد العربية.
- فتح الطريق نحو التقريب بين الفقه الإسلامى والقانون الغربى، مع الإحتفاظ بخصوصية وصناعة الفقه الإسلامى، ودون شك إن مؤلفه القيم (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى) خير مثال على هذا.
- الاستفادة من كافة مذاهب الفقه الإسلامى معاً، دون التقييد بمذهب فقهى واحد.
- المحافظة على التقاليد والتراث القانونى الوطنى، وجعله أساس التقنين، فضلا عن الاستفادة من القوانين المقارنة، وذلك أنطلاقاً من تأثر السنهورى بفلسفة المدرسة التاريخية للقانون.

عقود التأمين البحري
بين مبدأي "منتهى حسن النية" و"الإفصاح المنصف"
دراسة في ضوء أحدث تشريعات التأمين في المملكة المتحدة
دكتور/ المعتمد بالله الغرياني
مدرس القانون التجاري والبحري
كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

مقدمة

التطورات في مبدأ منتهى حسن النية في التأمين البحري

يعد مبدأ "منتهى حسن النية" أحد أركان النظام القانوني لعقد التأمين¹، بحيث أن أحد مميزات عقد التأمين هو كونه من "عقود منتهى حسن النية"²، وتتمثل أهم آثاره في التزام المؤمن له بالإدلاء إلى المؤمن قبل إبرام العقد بكافة المعلومات الجوهرية التي قد تؤثر على تقييمه للخطر محل التأمين. ويترتب على مخالفة المؤمن له لهذا الالتزام قابلية العقد للإبطال.

¹ انظر Jonathan Gilman, Robert Merkin, Claire Blanchard, Mark Templeman, Law of Marine Insurance and Average, Eighteenth ed., Sweet&Maxwell, London 2013, صفحة 583، مذكور فيما بعد "أرنولد"؛ محمد شرعان، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية 1984، ص 66 وما بعدها (مشار إليه من بعد: شرعان) حيث يتناول تاريخ مبدأ حسن النية واعتبار عقد التأمين من عقود حسن النية في القوانين اللاتينية المنشأ؛ أنظر أيضاً محمد توفيق المنصوري وشوقي سيف النصر سيد، التأمين الأصول العلمية والمبادئ العملية، دار الفكر العربي، القاهرة 1983، ص 63 (مشار إليه من بعد المنصوري وسيف النصر)؛ عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998، ص 609؛ طارق سيف، التأمين البحري في إطار الاعتماد المستندي، مع دراسة وثائق ضمان الاعتمادات المستندية غير المعززة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2011 ص 23.

² مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1995، بند 592، ص 422-423.

ويجد مبدأ "منتهى حسن النية" مصدره في أحكام مجلس اللوردات الإنجليزي، وبخاصة أحكام اللورد مانسفيلد¹، والذي كان يسعى إلى إقرار المبدأ كمبدأ عام يحكم كافة العقود. غير أن التاريخ أبى إلا أن يصير المبدأ مبدأ خاصاً، بالغ الضيق من حيث نطاق تطبيقه، بحيث لا ينصرف إلا إلى عقود التأمين بصفة عامة، وعقد التأمين البحري بصفة خاصة، بعد أن قننه المشرع الإنجليزي في قانون التأمين البحري سنة 1906².

ثم انتقل المبدأ من القانون الإنجليزي إلى سواه من القوانين، بما في ذلك القانون المصري، في صورة جعلته استثناءً من القواعد العامة في العقود (م361 من قانون التجارة البحرية المصري). ونظراً لأهمية دور التأمين البحري، وأهمية سوق التأمين الإنجليزي، فقد انتقل المبدأ مرة أخرى من الخصوص إلى العموم وصار مبدأً عاماً يحكم عقود التأمين كلها³.

غير أن نشأة المبدأ في ظل القانون الإنجليزي، وارتباطه بسوق التأمين البحري، أدت بتفاصيل المبدأ المتراكمة على مر السنين إلى التعقيد ثم إلى الانحياز بصورة أو بأخرى للمؤمنين. وهو ما اقتضى من المشرع الإنجليزي، تحت ضغوط تعديل قواعد التأمين البحري بصفة عامة، على

¹ Howard Bennett, The law of Marine Insurance, Second Edition, Oxford University Press, 2006, 102 "بينيت".

² Marine Insurance Act 1906 (كما هو 21 ديسمبر 1906 بغرض) مذكور في عنوانه) تقنين القانون المتعلق بالتأمين البحري.

³ أنظر The Law Commission, Consultation Paper No. 204 and the Scottish Law Commission Discussion Paper No. 155, Insurance Contract Law: The Business Insured's Duty of Disclosure and the Law of Warranties, p 17. حيث يناقش انتشار المذهب ليحكم كافة أنواع التأمين وليس التأمين البحري فقط. وفي إطار القانون المصري، أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع -التأمين (الضمان)-الإيجار (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2001 ص 470-471 موضحاً كيف أن القضاء المصري حاول أو يقيس أحكام التأمين المدني على التأمين البحري، غير أنه وجد هذا القياس غير مجد لاختلاف الطبيعة بين نوعي العقود.

المستويين الوطني والدولي¹ إعادة النظر في المبدأ وتطبيقاته. وكان من نتيجة ذلك أن أصدر البرلمان الإنجليزي قانوناً خاصاً بعقد تأمين المستهلكين يتناول المبدأ في علاقة المؤمن المحترف بطالب التأمين الفرد (المستهلك)، في حين عكفت لجنة مراجعة القوانين² على إعداد مشروع بتعديل قواعد المبدأ في إطار المعاملات بين التجار بوجه عام.

ويهدف هذا البحث من ناحية للعرض لأهم التطورات في المبدأ، وبخاصة بعد التعديلات المقترحة، كما يهدف إلى إعادة تقييم موقف المشرع المصري من تطبيقات المبدأ في ضوء هذه التعديلات.

وتحقيقاً لذلك، نعرض أولاً في الصفحات القادمة لمبدأ منتتهى حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد، في القانونين الإنجليزي والمصري، ثم نعقب ذلك بالحديث عن التعديلات التي أدخلت أو يقترح إدخالها على المبدأ في القانون الإنجليزي، ثم نخصص الخاتمة لاستنباط النتائج وتقديم المقترحات في هذا الشأن.

¹ أنظر على سبيل المثال جهود مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "أونكتاد"، راجع هذه الجهود على الموقع الإلكتروني للمؤتمر <http://unctad.org/en/Pages/DTL/TTL/Legal/Admiralty-Law.aspx>

أنظر أيضاً جهود اللجنة الأسترالية لأصلاح القوانين، وتقريرها Australian Law Reform Commission, ALRC Report 91 Review of Marine Insurance Act 1909.

² أنظر في تشكيل اللجنة وعملها في ذلك الشأن David Hertzell and Laura Burgoyne, The Law Commission and Insurance Contract Law Reform: an Update, 19 The Journal of International Maritime Law 105, 2013.

مشار إليه فيما بعد "التحديث"، وراجع أيضاً الموقع الإلكتروني للجنة <http://lawcommission.justice.gov.uk/index.htm>

الفصل الأول

مبدأ منتهى حسن النية بين التوازن العقدي والتوازن الاقتصادي
يتقرر المبدأ في القانون الإنجليزي بمقتضى نص المادة 17 من
قانون التأمين البحري الإنجليزي الصادر عام 1906¹ والتي نصت على أن
"عقد التأمين البحري هو عقد مبناه منتهى حسن النية" ورتبت على عدم
مراعاة أي من الطرفين لمنتهى حسن النية إمكانية إبطال الطرف الثاني للعقد.
ولا ينص قانون التجارة البحرية المصري على مبدأ مماثل، غير أن
مواده ترتب على عقد التأمين الكثير من الآثار التي يرتبها القانون الإنجليزي
على المبدأ. ولذلك فإننا نعرض للمبدأ في القانون الإنجليزي أولاً ثم له في
القانون المصري.

المبحث الأول

مبدأ منتهى حسن النية *Utmost Good Faith* في قانون التأمين البحري
الإنجليزي

يورد قانون التأمين البحري 1906 المبدأ تحت الفصل المخصص
لواجبي الإفصاح والصدق في البيانات والمعلومات التي يدلي بها الطرفين
*Disclosure and Representation*²، ثم يتبعه في المواد من 18-21
بتفصيل هذين المبدأين.

ونعرض أولاً للمبدأ نفسه، ثم للمبادئ الفرعية المترتبة عليه.

المطلب الأول

مبدأ منتهى حسن النية كمبدأ عام

لا يعرف قانون العموم الإنجليزي *Common Law* مبدأ حسن
النية باعتباره مبدأ عاماً يحكم العقود، وبصفة خاصة فترة ما قبل التعاقد،

¹ تأتي هذه المادة بعنوان *Insurance is Uberrimae Fidei*. ويقصد بذلك "عقد
يلتزم فيه الطرفان كلاهما للآخر بمنتهى حسن النية". *Black's Law Dictionary*,
7th ed, West Group, Minn, USA. P 320

² يقصد بـ *Representation* ما يدلي به أحد المتعاقدين للآخر من بيانات ومعلومات
الغرض منها تزيين التعاقد للمتعاقد الآخر. *Black's Law Dictionary*, المرجع
السابق ص 1303.

ويستغني عن ذلك بالقواعد العامة بالغلط والتدليس، وعليه فإن الأصل أن القانون لا يفرض على أي من أطراف العقد واجب التبصر بالإدلاء بالمعلومات وإنما يكتفي بعقاب الطرف الذي يضل الطرف الآخر أو يخدعه¹. إلا أن أحد أهم القضاة في التاريخ الإنجليزي، وهو اللورد مانسفيلد كان قد حاول تعميم مثل هذا المبدأ. وكانت نتيجة ذلك، أن التصق مبدأ منتهى حسن النية بعقود التأمين البحري بصفة خاصة². وعلى ذلك فإن المبدأ كما قننه قانون التأمين البحري 1906 يعد تقنياً جزئياً لما كان قانون العموم قد استقر عليه في تطوره حتى ذلك التاريخ³.

والمبدأ كما هو وارد في المادة 17 يتميز عن المبادئ المفصلة له في المواد من 18-20 من ثلاث نواح: "أنه يتحدث عن التزام متبادل بين طرفي العقد، وأنه لا ينص صراحة على اشتراط الجهرية [في الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه]، وأنه غير محصور في مرحلة ما قبل إبرام العقد"⁴، وإن كان يشترك معها في النهاية في ترتيب أثر قابلية العقد للإبطال عند مخالفته. وتتمثل أهم خصائص المبدأ وأثاره فيما يلي:
أولاً: حسن النية مبدأ ملزم للجانبين:

فالمبدأ يقرر التزام كل من الطرفين، المؤمن والمؤمن له، بمنتهى حسن النية. ويترتب على ذلك أن إخلال المؤمن بهذا الالتزام يسوغ للمؤمن له اللجوء إلى القضاء لطلب إبطال عقد التأمين واسترداد القسط⁵.

غير أن هذه التبادلية في الالتزام نظرية أكثر منها واقعية، ولذا فإن القضاء والفقهاء قليلاً ما يجد نفسه مضطراً لاعتماد المبدأ في شأن إخلال

¹ بينيت، المرجع السابق ص 101.

² أرنولد، المرجع السابق ص 590.

³ أرنولد، المرجع السابق ص 583. وانظر هامش 1 حيث يقرر أن هذا التقنين الجزئي كان من فوائده استمرار تطور مبادئ قانون العموم في ضوء السوابق القضائية.

⁴ أرنولد، المرجع السابق ص 583-84؛ أنظر أيضاً بينيت المرجع السابق ص 104 حيث يقرر أن القراءة المتأنية لأحكام القضاء اللاحقة تجعل من الممكن فهم الالتزام بحسن النية متميزاً عن الالتزام بالإفصاح بحيث يكون بينهما عموم وخصوص وجهي.

⁵ أرنولد المرجع السابق، ص 595.

المؤمن بهذه الإلتزامات، فإذا ما عرض عليه فنادراً ما يقضي للمؤمن له بناءً على هذا المبدأ¹.

ولهذه التفرقة الواقعية أصل في تبرير إختصاص عقد التأمين بمبدأ منتهى حسن النية، أو حسن النية المطلق، إستناداً إلى طبيعة عقد التأمين البحري ودور كل من الطرفين فيه.

فالمؤمن له في هذا العقد يطلب من المؤمن له أن يتحمل عنه أخطاراً مستقبلية، ترتبط إرتباطاً وثيقاً بالرحلة البحرية. ويتوقف قبول المؤمن للتحمل بهذا الخطر، وشروط تحمله به، وبصفة خاصة المقابل المادي لهذا التحمل (القسط) على إحاطته الكاملة بالظروف المحيطة بالرحلة البحرية التي تمكنه من الحساب الدقيق لإحتمال وقوع الخطر². غير أن معظم العوامل التي تؤثر في حدوث الخطر، وبالتالي تقييمه، متوافرة بتفاصيلها لدى المؤمن له وحده، دون المؤمن، الذي لا يملك الوصول إلى هذه المعلومات أصلاً، أو يمكنه ذلك بتكلفة باهظة لا تتناسب مع كون المؤمن له هو الساعي إلى طلب التأمين وهو ما يقتضي تكليفه بالأداء بها. فإذا ما إنعقد العقد، فإن المؤمن له يكاد يستقل بالعلم بأي تغيير في العوامل المؤثرة في الخطر، حتى إذا ما تحقق الخطر فعلاً، كان المؤمن له أيضاً هو من يحوز المعلومات عن طبيعة الحادث، وكيفية

¹ المرجع السابق، ويسوق مثلاً وحيداً لقضية في 1990 حيث لجأ المؤمن له للدعاء به طلباً للتعويض، وهو ما تم رفضه في النهاية. أنظر Banque Keyser Ullmann SA, v. Skandia (UK) Ins Co Ltd [1990], بينيت المرجع السابق 167-168.

² فالمؤمن يريد أن يعرف ما إذا كان الخطر محققاً، ونسبة إحتمال وقوع مثل هذا الخطر، كما يريد أن يصنفه بحيث يضيفه إلى الأخطار المشابهة التي يتحملها، وهي مسائل تؤثر كلها على احتساب القسط. أنظر بصفة عامة في الأسس الفنية التي يلجأ إليها المؤمن في إحتساب الأخطار والتحكم فيها عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة 1964، الجزء السابع، المجلد الثاني ص 1091، بند 543 وما بعده.

حدوثه، وهو في النهاية من يخطر المؤمن بالحدث ويطالب بدفع مبلغ التأمين¹.

أما المؤمن فيقتصر دوره على تقييم الخطر، ودفع مبلغ التأمين عند تحققه. وإذا كان الغش والتدليس مازالا متصورين من المؤمن، فإن القواعد العامة تكفي في الغالب لتوفير الحماية القانونية للمؤمن له.

بعبارة أخرى، فإن مبرر المبدأ في ظل الظروف التي نشأ فيها هو عدم التوازن القائم بين الطرفين، في شأن توافر المعلومات عن الخطر المؤمن ضده، وهو توازن مختل لصالح المؤمن له، فأراد القضاء والمشرع رد الأمر إلى نصابه بإلقاء مثل هذا الالتزام الصارم على المؤمن له وضعاً للمؤمن على قدم المساواة مع المؤمن له².

بالإضافة إلى ذلك، تجد التفرقة سبباً عملياً هاماً. ذلك أن المشرع قصر جزاء الإخلال بهذا الالتزام على طلب إبطال عقد التأمين. وإذا كان المؤمن يجد مصلحته، عند تحقق الخطر، في طلب إبطال العقد ورد القسط، عوضاً عن دفع مبلغ التأمين، فإن المؤمن له يندر أن يجد في محض إبطال العقد تعويضاً له عن غياب التغطية التأمينية التي كان يسعى إليها أصلاً³.

ومع ذلك، فإن الأمر لا يخلو من محاولات قضائية لتطبيق المبدأ في شأن المؤمن كذلك، مقرررة أن "المكاتب يتعين ألا يحول الإلتزام بحسن النية إلى وسيلة يتخلص بها من إلتزاماته التعاقدية التي يتعين عليه، في ضوء قواعد العدالة أن يوفي بها"، فنص المادة 17 يجعل هذا الإلتزام "متبادلاً"⁴.

¹ قارب أرنولد، المرجع السابق ص 599-600. أنظر في مبررات المبدأ بصفة عامة، التحديث، ص102.

² على حسن يونس، المرجع السابق ص 311؛ قارب بينيت المرجع السابق ص¹⁰³.

³ أنظر أرنولد المرجع السابق 596.

⁴ أنظر Container Transport International Inc v. Oceanus Mutual Indemnity Association (Bermuda) Ltd. [1984] 1Lloyd's Rep. 476 CA.

ثانياً: حسن النية مبدأ يحكم العقد كله، قبل وبعد التعاقد:
وفقاً للصياغة الأصلية للمبدأ في قضاء اللورد مانسفيلد، فإنه يحكم العقد كله، ولا يقتصر ما يدلي به المؤمن له من بيانات في الفترة المؤدية إلى التعاقد، وهي أيضاً الصياغة التي جاء بها قانون التأمين البحري عند تفنيده¹. وفي القضاء محاولات لتوسيع نطاق الإلتزام ليصبح بصورة فعلية إلتزاماً عاماً يظل العقد كله بظله، وينظر إلى المواد اللاحقة له باعتبارها مجرد أمثلة للآثار المتوقعة².

وإذا كان المشرع الإنجليزي قد أورد المبدأ في الباب المتعلق بالإفصاح والبيانات اللازمة للتعاقد، وهو أيضاً ما يبرر جزاء الإبطال الذي يصيب العقد عند الإخلال بهذا الإلتزام، فإن المقرر قضاءً إمتداد الإلتزام ليحكم تنفيذ العقد أيضاً.

ومع ذلك، فإن نطاق الإلتزام سواء أقبل التعاقد أم بعده يكاد يقتصر عملاً، على ضرورة الإخطار ببيانات معينة متعلقة بالخطر.
ثالثاً: جزاء الإخلال بالمبدأ يقتصر على تمكين الطرف حسن النية³ من طلب الإبطال:

وترجع أهمية وخطورة هذه المسألة، إلى أن الغالب أن المؤمن لا يطلب إبطال العقد إلا عند تحقق الخطر فعلاً (وهو الوقت الذي يعلم فيه،

¹ بينيت المرجع السابق ص 103.
² في عمومية مبدأ حسن النية بما يتجاوز الإلتزام بالإفصاح، تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق ص 17، أنظر أيضاً في آثار المبدأ بعد مرحلة التفاوض بينيت، المرجع السابق، ص 175 وما بعدها.
³ نستخدم تعبير حسن النية هنا بالمقابلة بالطرف المذنب الذي أخل بالإلتزامه بمنتهى حسن النية. ولزم التنويه لهذا المعنى بسببين: الأول أن الطرف الذي يتمسك بالإبطال لا يشترط فيه حسن النية، كما سنبين لاحقاً في المتن. والثاني أن الطرف الذي أخل بالإلتزامه لا يشترط فيه "سوء النية" بالمعنى الدقيق، أي قصد الإضرار مثلاً، بل ولا لزوم لعلم بجوهرية البيان للمؤمن، أنظر أرنولد، المرجع السابق ص 601. ويعد هذا هو الفارق والمميز الرئيسي بين مخالفة واجب حسن النية والتدليس أو الغش. أنظر أرنولد، المرجع السابق ص 588 مقررراً أن القواعد القانونية المستقرة هي أن "الإدلاء ببيانات خاطئة (أو عدم الإفصاح) عن بيانات جوهرية، سواء أكان بسبب خطأ أم جهل أم صدفة، وبغض النظر عن براءة مقصد من أدلى به" يؤدي إلى نفس نتيجة البيان الذي تم الإدلاء به مع القصد العمدي للخداع. قارب أرنولد، المرجع السابق ص 595 في تمييز معنى حسن النية عن المعنى المتعارف عليه المضاد لمعنى "سوء النية".

غالباً بعدم صحة البيانات التي كان المؤمن له أقدم أدلى بها). ويترتب على ذلك حرمان المؤمن له من التغطية التأمينية في وقت أشد إحتياجه إليها، مع عدم إمكان لجوئه لتغطية بديلة.

فإذا وضعنا في الإعتبار بالإضافة إلى ذلك أن البيان الخاطئ قد لا يكون له علاقة مباشرة بالخطر الذي تحقق، أو أن المؤمن له قد أدلى بالبيان بحسن نية، دون قصد تضليل أو تدليس، أو أن المؤمن كان سيدخل في العقد فعلاً حتى لو علم بالبيان الصحيح ابتداءً (وإن بشروط مختلفة مثلاً)، فإن كل هذه العوامل تدفع القضاة أحياناً، مع قضائهم بالإبطال، إلى اعتبار مثل هذا الجزاء قاسياً، أو مبالغاً فيه¹.

ولا يقتصر القضاء على التعبير عن جزعه من هذا الجزاء، بل إنه يؤثر في رؤية القاضي للعوامل الأخرى المحيطة بالخطر، في محاولة واقعية لتطبيق قدر من العدالة في توقيع الجزاء².

مثال ذلك ما قضت به المحكمة في قضية *Kausar v. Eagle Star*، حيث أعلن القاضي Staughton أن "الفسخ لعدم الإفصاح هو جزاء قاسي جداً، يتيح للمؤمن أن يتخلى عن المسؤولية بعد، وليس قبل، إكتشافه أن الخطر الذي قام بالتأمين عليه خطر سيئ: فنتترك المؤمن له دون التغطية التي كان يظن أنه قد تعاقد عليها ودفع من أجلها. بالطبع فإن هناك بعض الظروف التي يكون فيها المؤمن لها غير شريف، فيلاقي جزاءه المناسب بإبطال العقد". غير أن المحكمة لم تأخذ هذا المبدأ حتى النهاية، لتعدل به عن القانون المقرر. فإن القاضي لم يلبث أن استدرك بقوله "إنني لا أزعم أن عدم الإفصاح لا يؤثر أثره إلا إذا صدر عن سوء نية. لكنني أعتقد أن من المحتم تطبيق المبدأ بقدر من التحفظ. إن الإبطال لعدم الإفصاح يتعين أن يقتصر على القضايا الصريحة (الواضحة)".

¹ أرنولد، المرجع السابق ص 584؛ وهو ما تترتب عليه أن القضاء يدقق أشد التدقيق في تطبيق المبدأ، بينيت، المرجع السابق ص 100.

² أرنولد، المرجع السابق ص 584.

وسنرى في الصفحات اللاحقة، كيف أن ذلك كان أحد أهم المسائل التي تعرض لها قانون حماية المستهلك في عقود التأمين الصادر في 2010¹.

المطلب الثاني

مبدأ منتهى حسن النية وأثاره في مرحلة ما قبل التعاقد

تناولت المواد من 18 إلى 21 من قانون التأمين البحري القواعد المتعلقة بواجبي الإفصاح والصدق في البيانات التي يدلي بها المؤمن له إلى المؤمن عند طلب التأمين. ورغم أن هذا ليس هو الأثر الوحيد لمبدأ حسن النية، على ما قدمنا، فإن هذا هو التطبيق التشريعي الوحيد. وبالإضافة إلى القواعد التفصيلية الواردة في النص، فإن السوابق القضائية لعبت دوراً كبيراً في تفسير واستكمال أحكام هذا الالتزام.

ويستلزم العرض لهذا الالتزام الحديث عن نطاقه من حيث الموضوع والأشخاص، ومحلّه وزمانه وجزاء الإخلال به.

أولاً: نطاق الالتزام من حيث الموضوع:

تتناول المادتان 18 و 20 إلتزامين متمايزين² هما الإلتزام بالإفصاح عن المعلومات ذات الأهمية، والإلتزام بالصدق فيما يدلي به المؤمن له من بيانات من شأنها حث المؤمن على إبرام العقد. غير أن الوقع عملاً هو ارتباط هذين الإلتزامين ارتباطاً تلازم، بحيث أن الإدعاء بالإخلال بأحدهما يكاد يقتضي الإدعاء بالإخلال بالواجب الثاني³.

ووفقاً لنص المادة 18 فإن المؤمن له⁴ يلتزم بأن يفصح إلى المؤمن: (أ) قبل إبرام العقد، (ب) عن كل ظرف جوهرى، (ج) معلوم للمؤمن له.

¹ أنظر لاحقاً، وأنظر أيضاً تفصيلاً: أرنولد، المرجع السابق ص 662، بند 15-217 ومابعدها.

² قارب BorhamAtallah, Insurance and Reinsurance Disputes: Old Concepts in New Settings, Bulletin of International Court of Arbitration, 77Vol. 16/No.1-Spring 2005 (offprint), p77. فيما بعد برهام عطاالله التأمين وإعادة التأمين. أنظر كذلك: تقرير المحترفين التشاورى، المرجع السابق ص 17.

³ أرنولد، المرجع السابق ص 584.

⁴ نستخدم تعبير المؤمن له، لأنه المصطلح الذي استخدمه المشرع سواء في القانون المدني المصري أو قانون التجارة البحرية. قارن مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 421 ومابعدها حيث يستخدم إصطلاح "المستأمن"، وانظر مع ذلك عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 1085 هامش 1 في التمييز بين الإصطلاحين وتفضيل إصطلاح المؤمن له.

وتعتبر المادة المؤمن له "عالمًا حكماً" بكل ظرف يلزم أن يكون معلوماً له في الأحوال العادية. كما تعرف المادة في فقرتها الثانية الظرف الجوهرية بأنه كل ظرف من شأنه أن يؤثر على قرار المؤمن الحريص في تحديد القسط أو في قبول التحمل بالخطر. وتقدير كون ظرف معين من الظروف الجوهرية هي مسألة واقع (فقرة 4) تتحدد في ضوء وقائع كل قضية على حدة. وتشمل الظروف بصفة خاصة (فقرة 5) أي إتصالات أو معلومات يتلقاها المؤمن له.

وتنص الفقرة الثالثة من المادة على مسائل تعتبرها المادة غير جوهرية، وتعفي المؤمن له، بالتالي، من الإلتزام بالإفصاح عنها. غير أن هذا الإعفاء مشروط بعدم إستعلام المؤمن عنها، إذ يعد هذا الاستعلام منه دليلاً على أهميتها بالنسبة له. وهذه المسائل هي:

أ. الظروف التي يكون من شأنها تقليل الخطر.

ب. الظروف المعلومة حقيقة أو حكماً للمؤمن، ومن ذلك الظروف المشهورة أو المتواترة، أو الظروف التي يتعين على المؤمن باعتبار عمله كمؤمن ومن خلال الممارسة المعتادة لمهنته أن يعلمها.

ج. الظروف التي يعفي المؤمن المؤمن له من الإدلاء بمعلومات عنها.

د. أي ظروف يعد الإفصاح عنها غير مجد، أو تزيدياً، نظراً لأنها محل لاللتزام أو تعهد صريح أو ضمني من قبل المؤمن له.

أما نص المادة 20 فيلزم المؤمن له بالإدلاء بمعلومات صحيحة. فبالإضافة إلى فرض الإلتزام إيجابي على المؤمن له بالإدلاء بالمعلومات الجوهرية، تلزم المادة 20 من القانون المؤمن له، في كل ما يقدمه للمؤمن من معلومات جوهرية، أثناء فترة التفاوض وقبل إبرام العقد، بصحة هذه المعلومات. ويترتب على عدم صحة هذه المعلومات قابلية العقد للإبطال. ويتفق تعريف المعلومة الجوهرية مع تعريفه في المادة 18.

وتنص المادة على أن التعبير المشار إليه قد يكون متعلقاً بحقائق، أو بتوقعات أو اعتقادات. ويعد التعبير عن الحقائق صادقاً، إذا كان صحيحاً بصفة أساسية، أو يغلب عليه الصحة. ويعد التعبير مستوفياً هذا الشرط إذا

كان الفارق بين ما ذكره المؤمن له، والحقيقة لا يعد فارقاً جوهرياً في نظر المؤمن الحريص. أما التعبير عن ما يعتقد أو يتوقعه المؤمن له، فيكفي أن يكون صادراً عن حسن نية. ويعد تقدير جوهرياً أي من البيانات مسألة واقع. وأخيراً فتنص المادة على حق المؤمن له أن يتراجع أو أن يصحح ما أدلى به من بيانات قبل إبرام العقد.

ويلاحظ على أحكام هذا النص ما يلي:

أ. أنه لا يشترط لمخالفة واجبي الصدق أو الإفصاح سوء النية، بالمعنى المعروف في الغش أو التدليس. بل ينطبق الحكم، سواء "أكان الإخفاء بقصد الغش، أي النية العمد لتضليل الطرف الآخر لتحقيق مصلحة المدلس"، أم كان ناشئاً عن خطأ أو إهمال أو بمحض المصادفة غير المتعمدة... كما لا يغني عن المؤمن أنه مع علمه بالوقائع لم يتبين أنها جوهرياً وبالتالي لم يفصح عنها"¹

ب. لتعبير Representation في القانون الإنجليزي معنى خاص هو "عرض لحقائق، سواء بالقول أو الفعل، بغرض حث شخص على التصرف، بصفة خاصة على التعاقد"²، وهو في مجال التأمين البحري "بيان شفهي أو كتابي مقدم من المؤمن له لمكتب التأمين، في لحظة التعاقد أو قبلها، بشأن قيام وقائع أو وضع واقعي معين يغلب أن يسهل معه إقناع المكتب بتحمل الخطر، وذلك بالتقليل من توقعات المؤمن للخطر والتي كانت لتتكون لديه في غيبة هذه الوقائع"³. وعليه، ورغم أن نص القانون لم يذكر ذلك صراحة، فإن أحد عناصر الألتزام هنا، على ما سنرى تتمثل في علاقة البيان المقدم بإقدام المؤمن على إبرام عقد التأمين تحت تأثيره.

ج. يشترط لكلا الألتزامين كون البيان المقصود بياناً جوهرياً في التعاقد. ومعيار الجوهريّة في الحاليين واحد هو أثره على المؤمن الحريص (معيار

¹ أرنولد، المرجع السابق ص 601.

² هامش 9 عاليه.

³ أرنولد، المرجع السابق ص 602.

موضوعي)⁴ في الإقدام على التعاقد أصلاً أو في تقدير القسط. ويلاحظ مع ذلك أن القانون ينص على القابلية للإبطال حتى في الحالة الأخيرة التي كان المؤمن فيها سيكتفي برفع قيمة القسط.⁵

ويعد شرط الجوهرية من الشروط التي تثير الكثير من المشكلات، والتي يخرج تحليلها تفصيلاً عن إطار هذا البحث، غير أننا نكتفي هنا بالقول بأن هذه الجوهرية يلزم فيها من ناحية 1- أن تكون الوقائع بحيث أن المؤمن الحريص كان ليأخذها في الاعتبار عند التقييم، في حين 2- لا يلزم فيها أن تكون لها أثر حاسم على مثل هذا المؤمن الحريص، لكنها في كل حال 3- يلزم لقيام المؤمن بإبطال العقد، أن يكون البيان قد ساهم (وإن لم يكن هو العامل الوحيد) في إقناع المؤمن الفعلي بتحمل الخطر وفقاً للشروط التي أبرم بها العقد فعلاً⁶.

ثانياً: نطاق الالتزام من حيث الأشخاص:

لا يلتزم بهذين الإلتزامين المؤمن له وحده. فنظراً لأن الغالب في عقود التأمين أن يتم إبرامها من خلال سمسار أو وكيل، فقد ألزم المشرع الوكيل كذلك بالإفصاح عما كان على الأصل أن يفصح عنه. ويشمل هذا الواجب بالنسبة للوكيل:

⁴ بينيت المرجع السابق، ص 109.

⁵ أنظر في تفاصيل الجدل حول معنى الجوهرية، بينيت المرجع السابق ص 108 وما بعدها. والحاصل أن معنى الجوهرية أثار جدلاً واسعاً وخلافاً قضائياً هاماً استنتج صدور حكم هام لمجلس اللوردات الإنجليزي في قضية *Pan Atlantic v Pine Top* (قبل إلغائه، وقبل إصدار قانون حماية المستهلك في التأمين). وموضوع الخلاف هو مدى اشتراط كون غياب البيان، أو كذبه له "أثر حاسم" على قبول المؤمن *Decisive Influence*، وهو ما رفضته المحكمة، غير أنها استقرت على اشتراط اثبات المؤمن أن كذب البيان مع ذلك كان له في الواقع أثر "دفع" المؤمن لقبول التأمين، بمعنى آخر قيام رابطة سببية بين البيان والتأمين بشروطه. أنظر حكم المجلس في *Pan Atlantic Insurance Co Ltd v Pine Top Insurance Co Ltd*, [1995] A AC 501, [1992] 1 Loyd's Rep 101، وانظر التعليق والنقاش والتفصيلي في بينيت، المرجع السابق ص 108 وما بعدها؛ برهام عطالله، التأمين وإعادة التأمين، 78-79.

⁶ أرنولد، المرجع السابق ص 602 و 608.

أ- كل ظرف جوهرى معلوم للوكيل. ويفترض علم الوكيل بكل ظرف يتعين أن يكون معلوماً له، أو يتعين أن يتم إعلامه به، في الأحوال العادية.

ب- كل ظرف يلتزم المؤمن له بالإفصاح عنه، وذلك ما لم يعلم به المؤمن له في ميعاد لا يسمح له بإبلاغ الوكيل به.

ثالثاً: زمان الإفصاح:

تتحدث المادتان 18-20 عن التزام المؤمن له بالإدلاء بمعلومات صحيحة قبل إبرام العقد. وبياناً لذلك، نصت المادة 21 على أن عقد التأمين البحري يعد مبرماً بقبول المؤمن بإيجاب المؤمن له، سواء أتم إصدار البوليصة أم لا. واستثناءً من حكم المادة 22، والتي تستلزم إثبات العقد ببوليصة تأمين، تجيز المادة 21 في شأن إثبات زمان إبرام العقد بقبول الإيجاب، الاعتماد على وثيقة سابقة على البوليصة من الوثائق التي يجري على استخدامها عرف المؤمنين لتوثيق الشروط التعاقدية التي اتفق عليها. وعليه فإن إبرام العقد بأي صورة، ولو بوثيقة مؤقتة هو الخط الذي يتوقف عنده واجب الإدلاء بالبيانات في فترة ما قبل التعاقد⁷. غير أن المسألة قد تأخذ شكلاً خاصاً في الحالات التي تكون فيها وثيقة التأمين وثيقة مشتركة⁸، إذا كان من حق المؤمن قبول أو رفض تعيين السفينة أو السفن التي يريد المؤمن له إخضاعها للتأمين، إذ يكون ذلك بمثابة الإبرام للعقد في شأن تلك السفينة، وعلى العكس إذا ما كان المؤمن ملزماً بقبول تعيين المؤمن له، فيكون الإبرام

⁷ تقرير المحترفين التشاوري، ص 52. قارب العطير المرجع السابق ص 689. راجع في أن الأصل في القانونين المصري والفرنسي هو الرضائية التعاقد في التأمين ما لم يشترط خلاف ذلك، أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، دراسة مقارنة، جامعة الكويت 1983 ص 152 وما بعدها. أنظر في عرض موسع لفكرة الرضائية في عقد التأمين في دراسة مقارنة، الحفناوي، المرجع السابق 147 وما بعدها.

⁸ راجع في وثيقة الاشتراك بصفة عامة، جلال وفاء محمدين، التأمين البحري على البضائع بوثيقة الاشتراك (وثيقة التأمين العائمة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004.

وقد تم في بداية التعاقد⁹. ويمكن القول بالنتيجة ذاتها في ضوء اتفاقيات إعادة التأمين الإطارية، إذ يتوقف تحديد لحظة الإبرام على مدى حرية شركة إعادة التأمين في قبول ورفض التغطية لبعض المخاطر تحت الاتفاقية العامة¹⁰.

وبنفس المنطق فإن تعديل البوليصه، يستدعي إنطباق الالتزام بشأن البيانات والتغيرات المتعلقة بالتعديل ذاته، وتتعلق بزيادة الخطر أو إعادة تقدير القسط أو شروط التغطية، والتي قامت في الفترة بين إبرام العقد الأصلي وتعديله. كذلك فإن إبرام عقد إعادة تأمين، يقتضي الإفصاح عن البيانات في الحالة التي عليها عند إعادة التأمين لا عند إبرام التأمين الأصلي¹¹.

أخيراً فإن تجديد بوليصة التأمين يقتضى التزام المؤمن له بالإفصاح الكامل والصدق عند تقديم البيانات المتعلقة بالتجديد، إلا أن الصعوبة تكثف مسألة البيانات التي تم الإفصاح عنها عند البوليصة الأصلية، خاصة إذا كان قد أصابها التغيير ولم يفصح المؤمن له عن هذه التغييرات، فهل يمكن القول بوجود تعبير ضمني، أو مفترض، بأن الواقع الذي أبرمت البوليصة الأصلية وفقاً له مازال كما هو؟ ورغم عدم وضوح الإجابة عن السؤال، يبدو أن المسألة مدارها على تفسير وقائع التعاقد والتجديد وطبيعة البيانات وطبيعة التغيير في البوليصة عند التجديد¹².

رابعاً: آثار مخالفة الإلتزام:

أخيراً فقد رتبت المواد السابقة على الإخلال بهذه الإلتزامات جزاءً واحداً هو جزاء القابلية للإبطال بأثر رجعي من تاريخ الإبرام¹³. غير أن هذا الحق طبعاً مشروط بعدم قبول المؤمن للعقد بعد علمه بالمعلومات التي أخفيت عنه،

⁹ أنظر أرنولد، المرجع السابق ص 628.

¹⁰ أرنولد، المرجع السابق ص 629 والمراجع المشار إليها في الهامش.

¹¹ أرنولد، المرجع السابق ص 630-631.

¹² راجع أرنولد، المرجع السابق ص 635-637.

¹³ في طبيعة هذه البطلان وكونه بطلان مطلق أو قابلية للإبطال وأساس هذا التمييز، بينيت المرجع السابق، ص 104-108.

سواء أكان القبول صريحاً أو ضمناً، أو كان المؤمن قد صدر منه سلوك يمنعه من بعد من التمسك بالحق في الإبطال وفقاً لمبدأ الـ Estoppel¹⁴.
ويثير إنطباق هذا الجزاء تساؤلات في حالات خاصة يكون فيها الغير طرفاً في النزاع.

فقد يكون عقد التأمين عقداً مركباً يشمل العديد من المؤمن لهم في ذات العقد، في حين يكون أحدهم فقط قد أدخل بالتزامه بمنتهى حسن النية. وفي هذه الحالة فإن الإبطال لا يؤثر إلا على التغطية التأمينية للمؤمن له المذنب¹⁵.
من ناحية أخرى، تثار مسألة تداول بوليصة التأمين، وما إذا كان يمكن للمؤمن الاحتجاج بالإبطال في مواجهة من انتقلت إليه بوليصة التأمين، دون أن يكون طرفاً في التعاقد. خاصة أن المادة 50 من قانون التأمين البحري تنص في فقرتها الثانية على حق المؤمن في استخدام الدفع "الناشئة عن العقد"¹⁶. ويلاحظ أن الإبطال في هذه الحالة لا يؤثر على شرطي التحكيم والاختصاص القضائي والقانوني، إذ تظل هذه الشروط عاملة رغم إبطال البوليصة. أخيراً فإن الإبطال كما قد يؤثر على العقد كله، فإنه قد ينصب على جزء من العقد فقط إذا كان العقد مبرماً بحيث يمكن إبطال بعضه دون البعض الآخر¹⁷.

¹⁴ فشرط القول بالتنازل الثلاثة: 1- العلم بكذب البيان، 2- العلم بحقه في الإبطال 3- سلوك ينبئ عن أن المؤمن يعلم بحقه في الإبطال ويقصد التنازل عنه: بينيت المرجع السابق، 163-164. وليس مبدأ Estoppel المبدأ في الحقيقة سوى أعمال قاعدة "من سعى في نقض ما تم علي يديه فسعيه مردود عليه"، غير أنه يشترط في قواعد العدالة والإنصاف الإنجليزية شروطاً أهمها صدور سلوك معين من المؤمن، يترتب عليه اعتماد المؤمن له على وجود تأمين قائم، وأن المؤمن حال اتخاذ السلوك كان يجب أن يتوقع حصول هذا الاعتماد المعقول من قبل المؤمن له. أنظر باختصار Black's Law Dictionary، المرجع السابق ص 570-72.

¹⁵ أرنولد، المرجع السابق ص 591.

¹⁶ راجع في ذلك على سبيل المثال، طارق سيف، الاعتماد المستندي، المرجع السابق ص

¹⁷ أرنولد، المرجع السابق ص 662.

المبحث الثاني

الالتزام بمنتهى حسن النية في القانون المصري

رأينا أن قانون التأمين البحري الإنجليزي ينص صراحة، في المادة 17 منه على أن عقد التأمين البحري هو من عقود حسن النية *Uberrimae Fidei*، وعلى أنه مبناه أقصى حسن النية، أو منتهى حسن النية *a contract based on utmost good faith*. وإذا كان المبدأ بهذا المعنى العام، هو مبدأ استثنائي في العقود وفقاً للقانون الإنجليزي، فإنه كذلك مبدأ غير واضح المعالم إلا أن أهم أثاره في القانون الإنجليزي، بل الأثر الوحيد الذي نص عليه القانون في 1906، هو ترتيب القابلية للإبطال على مخالفة المؤمن له واجب الإفصاح الكامل عن جميع البيانات ذات الأهمية بالنسبة للمؤمن في تقدير الخطر محل التأمين.

أما قانون التجارة البحرية المصري الجديد¹⁸، والذي استقى كثيراً من أحكامه من القانون الإنجليزي، أو من أعراف التأمين المأخوذة عنه، فلم ينص على المبدأ العام صراحة، وإن تبناه الفقه المصري¹⁹، إلا أن القانون جاء بأهم أثار المبدأ المتمثلة في واجب الإخطار السابق على التعاقد بجميع البيانات المتعلقة بالتأمين²⁰.

¹⁸ قانون رقم 8 لسنة 1990. وكان قانون التجارة البحري القديم، الصادر في 1883 يتبع نفس المنهج، فلم ينص على مبدأ حسن النية كمبدأ عام، مع إلزامه للمؤمن له بالإدلاء ببيانات صحيحة وترتيبه البطلان على مخالفة ذلك (م 190 بحري قديم).

¹⁹ مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص 421، وقارن مع ذلك ملش المرجع السابق 346.

²⁰ ويسوق الفقه لذلك ذات التبريرات السابق ذكرها، أنظر مثلاً السنهوري، المرجع السابق ص 1247، بند 611، كما يضيف البعض لذلك اعتبارات عملية، الأولى، هو أن حاجة المؤمن له إلى السرعة في إبرام عقد التأمين، تقتضي أن يقتصر المؤمن على النظر فيما يوفره له المؤمن له من بيانات، دون أن ينشغل بالتحقق من صحتها وتطابقها مع الواقع، مصطفى كمال طه 472، ويؤكد هذه الفكرة غيبة طلب التأمين في التأمين البحري، الذي يتم على وجه السرعة بالتوقيع على العقد النموذجي، أو على مذكرة التأمين المؤقتة، أو تتم عن طريق التليفون والبرق، جمال الحكيم دراسة علمية عملية قانونية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة 1955 ص 43 و44. الثاني هو أنه لما كان المؤمن له هو طالب التأمين، فإنه ملزم بأن يخطر المؤمن بكل الظروف الهامة

وإذا كان القانون الإنجليزي قد عمم قواعد التأمين البحري لتحكم من بعد عقد التأمين بشكل عام، فإن الوضع مختلف بعض الشيء في القانون المصري، في ضوء وجود قواعد محدودة تحكم عقد التأمين في القانون المدني المصري.

ونعرض أولاً لالتزام المؤمن له في ضوء أحكام قانون التجارة البحرية، ثم نقيم هذه الأحكام في ضوء قواعد القانون المدني العامة، وأحكام عقود التأمين المدنية.

المطلب الأول

التزام المؤمن له بالإفصاح وفقاً لقانون التجارة البحرية المصري
تنص المادة 361 من قانون التجارة البحرية على إلزام المؤمن له بان يعطى بياناً صحيحاً عند التعاقد بالظروف التي يعلم بها والتي من شأنها تمكين المؤمن من تقدير الأخطار التي يجرى التأمين عليها. وتنص المادة 347 على أن للمؤمن أن "1- يطلب إبطال عقد التأمين إذا قدم المؤمن له ولو بغير سوء نية بيانات غير صحيحة أو سكت عن تقديم البيانات المتعلقة بالتأمين وكان من شأن ذلك في الحالتين أن قدر المؤمن الخطر بأقل من حقيقته 2 - ويقع الإبطال ولو لم يكن للبيان غير الصحيح أو للسكوت عن تقديم البيان أى علاقة بالضرر الذي لحق الشيء المؤمن عليه 3- وللمحكمة مع مراعاة جميع الظروف، أن تحكم للمؤمن على المؤمن له في الأحوال المبينة في الفقرتين

المحيطة = بالخطر، حتى يحصل على التغطية التأمينية المتفقة مع اشتراطاته. وفي القانون الإنجليزي قاعدة عامة، تعرف بقاعدة *Hadly v. Baxendale*، ومقتضاها أن المتعاقد لا يسأل عن الأضرار والنتائج التي مصدرها إعتبارات خاصة لدى المتعاقد الآخر مالم يخطره بها المتعاقد الآخر أو يكون المتعاقد الأول بحيث يجب عليه أن يعلم بهذه الظروف. ورغم التشابه بين المبدأ ومبدأ حسن النية خاصة أن المؤمن له يعفى من الإدلاء بالبيانات التي كان على المؤمن أن يعلم بها، إلا أن الأخير يتجاوز ذلك المبدأ العام، خاصة أنه يرتب الإبطال من ناحية دون أن يقتصر على إعفاء المؤمن من التعويض عن الضرر الذي أصاب المؤمن له فعلاً، خاصة وأنه لا يشترط وجود علاقة بين البيان غير المفصح عنه وذلك الضرر. أنظر *Hadly v. Baxendale*, 9 Exch. 341.

السابقتين بمبلغ مساو لقسط التأمين إذا أثبت سوء النية من جانب المؤمن له ،
أو بمبلغ لا يجاوز نصف هذا القسط إذا انتفى سوء النية.

ويتبين من هذين النصين عناصر الإلتزام الملقى على عاتق المؤمن له:

1- فالإلتزام واقع في مرحلة التعاقد، لابعدها، ونعتقد أن ذلك يمتد ليشمل
التعاقد على التعديل أو التجديد أو التمديد. والحكم هو نفسه الموجود
في القانون الإنجليزي²¹.

2- أن الإلتزام الملقى على عاتق طالب التأمين هو إلتزام إيجابي
بالإفصاح، في مرحلة التعاقد إلتزاماً إيجابياً بأن يفصح للمؤمن، فيعد
محض السكوت عن تقديم البيان مخالفة للإلتزام.

3- أن الإلتزام كما في القانون الإنجليزي، هو التزم مزدوج: أ- التزم
بالمبادرة بالإفصاح، دون أن يسأل، وإلتزام بالصحة في كل ما يفصح
عنه²².

²¹ يلاحظ أن المادة 348 تطلب من المؤمن له أن يخطر المؤمن بالظروف التي تطرأ
أثناء سريان التأمين ويكون من شأنها زيادة الخطر الذي يتحملة المؤمن. واستلزمت
المادة حصول هذا الإخطار خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ العلم بها ، فإذا لم يتم
الإخطار في هذا الميعاد جاز للمؤمن فسخ العقد. فإذا ما حصل الإخطار في مواعده،
تعين التمييز بين فرضين: الأول أن تكون زيادة الخطر غير ناشئة عن فعل المؤمن له.
ففي هذه الحالة يبقى التأمين سارياً مقابل زيادة في قسط التأمين . الثاني: أن تكون زيادة
الخطر ناشئة عن فعل المؤمن له ، فيجوز للمؤمن إما فسخ العقد خلال ثلاثة أيام عمل
من تاريخ إخطاره بزيادة الخطر ، وإما إبقاء العقد مع المطالبة بزيادة قسط التأمين
مقابل زيادة الخطر. ولما كان المؤمن عند الفسخ يفقد مبلغ القسط، فقد أجازت المحكمة
-بناء على طلب المؤمن - أن تحكم له بمبلغ مساو لقسط التأمين. والمشرع بذلك خالف
القواعد العامة في استلزام تحديد الخطر والقسط عند مبدأ العقد. أو هو بعبارة أخرى،
قد اختار أن يحمل المؤمن له عاقبة زيادة الخطر بزيادة القسط. وكان الحل البديل، أن
يتحمل المؤمن زيادة الخطر، باعتبار أن الزيادة هنا داخلية في الخطر الذي ارتضى
التأمين عنه من البداية. وهو الحل الذي يأخذ به القانون الإنجليزي. وهذه القاعدة ليست
مجرد إمتداد لمبدأ حسن النية، إذ أن حسن النية لا يقتضي توزيع مخاطر العقد على هذه
الصورة، خاصة وأن المؤمن محترف.

²² على حسن يونس، أصول القانون البحري-الاستغلال البحري، دار الفكر العربي،
القاهرة، سنة النشر غير مذكورة، ص 308، وهو وإن كان يتناول قانون التجارة
البحرية القديم فالمعنى صحيح في القانون الجديد كذلك، كما سبق وأسلفنا في ظل
القانون الإنجليزي أيضاً؛ محمد بهجت قايد، المرجع السابق ص 429-430؛

- 4- أن الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة. إذ أن تقديم بيان غير صحيح، حتى وإن كان ذلك بحسن نية، يترتب عليه جزاء القابلية للإبطال.
- 5- أن الالتزام متعلق بالبيانات التي يعلم بها المؤمن. وظاهر نص المادة لا ينصرف إلا إلى العلم الحقيقي. غير أن بعض الفقه يقرر أن الالتزام يشمل ما كان علي المؤمن له أن يعلم به، أي العلم المفترض أو الحكمي²³.
- 6- أن محل الالتزام هو البيانات "التي من شأنها تمكين المؤمن من تقدير الأخطار التي يجرى التأمين عليها"²⁴. ولا يتناول النص تحديد ما إذا كان المقصود هو المؤمن الفعلي، أم أن المعيار موضوعي مرده "المؤمن العادي". غير أن المؤكد أنه لم يشترط "المؤمن الحريص" كما في النص الإنجليزي المقابل. وأخيراً، فلا يتناول النص مدى تقدير المؤمن له لأهمية البيان: فمثلاً ما الحكم إذا كان المؤمن له أساء التقدير، فاعتقد أن البيان غير ذي أهمية للمؤمن مثلاً. غير أنه لا يبدو أن ذلك يعد دفاعاً كافياً، إذ أقصى ما يثبتته هو كون المؤمن له حسن النية وهي مسألة غير ذات اعتبار في توقيع الجزاء²⁵.
- 7- أن المشرع يشترط أن يكون نقص البيان أو عدم صحته قد أدى فعلاً إلى تقدير المؤمن للخطر بأقل من حقيقته. غير أن المشرع لا يشترط أن تكون إساءة التقدير هي الدافع للتعاقد، أو أن المؤمن "ما كان ليتعاقد بذات الشروط" أو بذات الأقساط لو علم بحقيقة الأمر.²⁶

23 مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ص 473.

24 وهو شرط جوهرية البيان، محمد بهجت قايد، المرجع السابق ص 430.

25 محمد بهجت قايد، المرجع السابق، ص 431.

26 مع ذلك يشترط بعض الفقه أن يكون البيان من شأنه " أن يمنع التأمين أو يغير شروطه لو علم المؤمن حقيقة الحال" مصطفى كمال طه المرجع السابق ص 474.

- 8- أن المشرع يقر جزاء الإبطال²⁷ حتى ولو لم يكن للبيان الناقص علاقة بالضرر المتحقق فعلاً²⁸.
- 9- أخيراً يلاحظ أن المشرع لم يشترط سوء نية المؤمن له، غاية الأمر أنه جعل حسن وسوء النية مؤثراً في نسبة القسط التي يكون للمحكمة أن تقضي للمؤمن باستبقائها.
- 10- يقرر البعض أن "السكوت أو البيان غير الصحيح لا يكون مبطلاً للعقد إلا إذا تعلق بوقائع لا يتسنى للمؤمن العلم بها، إلا عن طريق المستأمن نفسه. فإذا كانت الوقائع والظروف معروفة للكافة ومفروضاً معرفتها من المؤمن، أو إذا كان في مقدور المؤمن أن يتحرى عنها بنفسه، فلا يعد السكوت عنها أو تقديم بيان غير صحيح بشأنها مبطلاً للتأمين²⁹، إذ أن المؤمن يعتبر مخطئاً لعدم معرفة هذه الوقائع أو لعدم تحريه عنها، وخطؤه هذا يجب خطأ المستأمن"³⁰ فإذا ما اجتمعت هذه الشروط، كان للمؤمن أن يطلب إبطال العقد، وهو إبطال يمتد طبعاً بأثر رجعي، ثم يكون للمحكمة بالإضافة إلى ذلك القضاء للمؤمن بمبلغ القسط، إذا كان المؤمن له سئ النية، أو نصفه، إذا كان

²⁷ فهو في حقيقته بطلان نسبي، أو قابلية للإبطال لصالح المؤمن، على حسن يونس المرجع السابق، ص 334؛ محمد بهجت قايد، المرجع السابق 430-431 وانظر ما سيلي في شأن القانون المدني المصري.

²⁸ وتثير هذه الجملة بصفة خاصة التساؤل، إذ أن الحديث عن الإبطال يكون في بداية التعاقد، لا عند تحقق الضرر. غير أن واقع الأمر أن المؤمن لا يلجأ إلى محاولة إبطال العقد إلا بعد تحقق الخطر فعلاً، محاولة منه للتوصل من دفع مبلغ التأمين.

²⁹ تتقرر هذه القواعد في القانون الإنجليزي بالنص، غير أنها غير منصوص عليها في القانون المصري. ومع ذلك فقد يكون من المقبول الإخذ بها في ضوء اشتراط المادة أن يكون أثر حجب البيانات "أن قدر المؤمن الخطر بأقل من قيمته"، إذ يشترط هذا رابطة سببية بسو التقدير.

³⁰ مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص 473-474. وذلك تماشياً مع القواعد العامة من حيث أن انقطاع رابطة السببية بين الخطأ والضرر بخطأ المضرور، ينفى مسئولية المستأمن. غير أن في تبني نظرية التعويض عن الخطأ مشكلة، إذ أن المشرع لا يشترط أن يكون المؤمن قد أصابه أي ضرر أولاً، ولأن إبطال العقد قد يجاوز بكثير أي ضرر قد يكون أصابه أصلاً.

حسن النية. وتقدر ذلك "مع مراعاة جميع الظروف"، وهو تعبير لا يشترط حصول ضرر فعلي للمؤمن.

المطلب الثاني

إلتزام المؤمن له (البحري) بالإفصاح في ضوء القواعد العامة بمراجعة الإلتزام كما نص عليه قانون التجارة البحرية في ضوء القواعد العامة للتعاقد، يمكن أن نلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن المبدأ ليس إلتزاماً ناشئاً عن العقد، وإنما مصدره القانون³¹: ذلك أن مطالبة المؤمن له بالبيانات سابق على إبرام العقد، وأثر المخالفة هي إبطال العقد بأثر رجعي. والواقع أن مصدر المبدأ قد أثار الجدل في القانون الانجليزي كذلك، ويذهب الرأي الراجح أن الإلتزام مصدره القانون لا العقد، على الأقل فيما يتعلق بالإلتزام بالإفصاح في فترة التعاقد.

ثانياً: أن المبدأ ليس محض تطبيق لقاعدة حسن النية:

فالمادة 148 فقرة 1 من القانون المدني تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". ثم تنص الفقرة الثانية على أنه "لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام". ذلك أن هذا المبدأ أيضاً يحكم تنفيذ العقد، لا إبرامه³².

ومع ذلك، فنلاحظ أن المادة 150 التي تتحدث عن تفسير العقد، إذا كان هناك محل لتفسيره، تحيل إلى نية المتعاقدين المشتركة، مع الاستهداء، ضمن أمور أخرى، بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين. وهذا المادة

³¹ شرف الدين، المرجع السابق ص 295. قارن مع ذلك السنهوري، المرجع السابق، الجزء 7 ص 1247 حيث يسوق سيادته المادة التي تنشئ الإلتزام ثم يذكر أن هذا الإلتزام ينشئه عقد التأمين وهو ما قد يوحي بأن الراجح لديه نشأة الإلتزام عن العقد.

³² راجع في شرح وافي للمادة، السنهوري، المرجع السابق ص 626. قارن مع ذلك هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2002 حيث يرد المبدأ إلى المادة 148 مدني، مع التسليم بأنها تتميز بأحكام خاصة، قارب محمود سمير الشرقاوي، الخطر في التأمين البحري، المكتبة العربية، الثقافة والإرشاد القومي، 1966 ص 26.

تتحدث عن تفسير العقد، وبالتالي فهي تفترض الأمانة والثقة بين المتعاقدين في فترة التعاقد، وهي أقرب ما يكون إلى اعتبار النزاهة والوضوح واجباً عاماً.³³

إلا أننا نلاحظ، مع ذلك، أن المادة 347 (بحري) تجعل جزاء المخالفة بالغ الصرامة،³⁴ وهو القابلية للإبطال، حتى في الحالات التي ينتفي فيها سوء النية عن المؤمن له، ودون اشتراط أن يكون للبيان أثر جوهري على إقدام المؤمن على التعاقد، أي ولو كان المؤمن ليتعاقد على كل حال مع علمه بالبيان، إكتفاءً بأن يكون من آثار عدم الإفصاح أن يقدر المؤمن الخطر بأقل من قيمته. والنص على هذه الحال، منقول من القضاء الإنجليزي، دون مراعاة عمومية لمبدأ حسن النية، إن صح القول بالأخذ به. فالمبدأ كما يقره المشرع، نقلاً عن التطبيق الإنجليزي، لا يشترط قيام المؤمن بأقل إستعلام عن البيانات، بل ولا يشترط أن يكون المؤمن له قادراً على العلم بأهمية البيان للمؤمن أصلاً. ولا يكتفي المشرع بأن ينقل الحكم حرفياً، مع صرامته ومخالفته لقواعد العدالة بين الطرفين، بل إنه لا يضع أي توقيت زمني لإمكانية إبطال العقد بعد علم المؤمن بالخطر على حقيقته.

³³ قارب مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية 204، الترجمة العربية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص، روما 2008: حيث تنص المادة 7/1 منها على التزام كل طرف "بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية". ويؤكد التعليق على المادة أن تحكم "طوال حياة العقد، بما في ذلك عملية المفاوضات"، ص 17، ويسوق التعليق مثلاً يخلص في نهايته إلى أن أحد الطرفين "عليه إذا ما حدد ميعاداً معيناً لتلقي القبول أن يتيح مكنة لـ [الطرف الآخر] لتلقي الرسائل في مكتبه طوال المهلة".

³⁴ إذ يضحى المؤمن له غير قادر على الحصول على تغطية بديلة، وهو قد أمضى الوقت معتقداً بوجود التغطية. ينتقد القضاء الإنجليزي بشدة هذه القسوة التي تكون غير مبررة في كثير من الأحيان بل ويحاول التهرب من تطبيقها في كثير من الأحيان. ويبرر أسنادنا الدكتور مصطفى كمال طه البطلان هنا باعتباره "تعويضاً" عن الإخلال بالالتزام، ويكفي فيه أن يكون المؤمن له مهملأ بأن كان عالماً بالبيان الصحيح أو كان في إمكانه أن يعلم به. المرجع السابق ص 473. غير أن الملاحظ أن المشرع هنا قد نص على نوع واحد من التعويض، قد لا يكون ملائماً للإهمال ولا للضرر الذي نشأ عنه، كما لا يجيز للقاضي أن يتدخل بتقدير تعويض مختلف إذا بدا ذلك التعويض أكثر ملائمة.

ثالثاً: أن المبدأ ليس محض تطبيق لقواعد الغلط أو التدليس في التعاقد، لامن حيث الشروط ، ولامن حيث الآثار³⁵:

1- أما بالنسبة للغلط:

فالقانون المدني يشترط لإمكانية إبطال العقد للغلط، أن يكون الغلط جوهرياً (م 120 مدني)، ويعرف الغلط الجوهري بأنه الغلط الذي "بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد على إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط" (م121). وبصفة خاصة يكون الغلط جوهرياً "إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرياً في إعتبار المتعاقدين، أو يجب إعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية".

ولا يكفي أن يكون الغلط جوهرياً بهذا المعنى، بل تتطلب المادة 120 كذلك، أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثل المتعاقد الأول في الغلط، أو كان على علم به (بالغلط للاحقيقة البيان)³⁶، أو كان من السهل عليه أن يتبينه. وقد اشترط المشرع البحري المصري أن تكون البيانات التي تخلف الإدلاء بها معلومة فعلاً للمؤمن له، وأن يكون من شأنها تمكين المؤمن من تقدير الأخطار التي يجري التأمين عليها، وهو ما يعد اشتراطاً مخففاً لشرط الجوهريية في البيان محل الغلط، خاصة في حالة انتفاء سوء النية أو قصد التدليس. إلا أن المشرع تجاوز عن اشتراط هام جداً عند توقيع جزاء الإبطال. فالمادة 124 مدني تنص على أنه "1- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، 2- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد"، "حيث إن مصلحة العاقد في إبطال العقد تكون قد انتفت طالما أنه

³⁵ قارب مصطفى كمال طه، المرجع السابق 472، شرف الدين، المرطع السابق ص 294 وما بعدها في تفصيل الاختلاف عن القواعد العامة في هذا الشأن.

³⁶ "وهو بذلك يعتبر سيئ النية، لأنه بالرغم من ذلك لم يلفت نظر المتعاقد إلى هذا الغلط" سمير عبد السيد تناغو ونبييل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية 1993 ص 133.

سيحصل على ما كان ينبغي من تعاقدته³⁷. وهي الأثار التي يرفض القضاء الإنجليزي، حتى هذه اللحظة تطبيقها لتحديد أثار المبدأ التشريعي في إنجلترا، وإن كانت هي ذاتها النتائج التي بدأ المشرع في الأخذ بها هنالك بالفعل.

2- أما التدليس:

فيتطلب له القانون المدني وجود حيل لجأ إليها أحد المتعاقدين، وأن تكون من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر السكوت تدليساً، إذا كان عمداً، وثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملايسة. (م 125 مدني)، وبين أن هذه الشروط تتجاوز ما اشترطه القانون البحري سواء من حيث عمدية السكوت أو من حيث أثر التدليس على المدلس عليه.

المطلب الثالث

التزام المؤمن له بالإفصاح في مواد التأمين المدنية

خلا القانون المدني المصري، في معرض حديثه عن عقد التأمين، من حديث عن مبدأ منتهى حسن النية، أو عن التزام المؤمن له بالإفصاح قبل التعاقد³⁸. غير أن الفقه والقضاء متفقان على قيام الالتزام رغم ذلك³⁹، واعتمد فقهاء القانون المدني في تحديدهم للقواعد الحاكمة لعقد التأمين لمشروع قانون التأمين الذي كانت الحكومة المصرية قد أعدته. وعلّة ذلك هو احتواء

³⁷ تناعو وسعد، المرجع السابق ص 136. ويتبين في ذلك الشرط صحة القول بأن "التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق"، السنهوري الوسيط، المرجع السابق الجزء 1 ص 629، إذ لاشك لدينا أن طلب الإبطال في هذه الحالة فيه نوع من التعسف من قبل المؤمن.

³⁸ ومرد ذلك كله أن مواد عقد التأمين اختصرت اختصاراً شديداً، مع الوعد باصدار قانون خاص يحكم التأمين بالكامل. غير أن هذا القانون لم يصدر بعد. راجع في ذلك كله، السنهوري المرجع السابق ص 1084 هامش 1.

³⁹ محمد حسن قاسم المرجع السابق، ص 606.

المشروع على ما اعتبره الفقهاء تقنياً للقواعد العامة، أو للأعراف السارية في سوق التأمين⁴⁰.

وتنص المادة 15 من مشروع الحكومة على أنه "يلتزم المؤمن له بما يأتي: (أ) أن يقرر في دقة وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له والتي يهتم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، ويعتبر مهما في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة محددة ومكتوبة". ويذهب الفقه في تفسيره لنص هذه المادة إلى أن المقصود بالبيانات التي تمكن المؤمن من تقدير الخطر قد تكون بيانات شخصية، أو موضوعية، بشرط أن يتوقف عليها قبول التعاقد أصلاً⁴¹. مع ملاحظة أن اشتراط كون البيانات معلومة للمؤمن له مخالف للقواعد العامة في الغلط: لأن الغلط يفترض إما أن يكون المتعاقد الثاني عالماً بالغلط أو واقعاً في الغلط، في حين أن القانون هنا يشترط ألا يكون واقعاً في الغلط⁴². فإذا كان المؤمن والمؤمن له كلاهما لا يعلم بالبيانات الصحيحة، فيمكن أن يشكل هذا أساساً لإعمال القواعد العامة في الغلط عند التعاقد.

غير أن الفقه لا يشترط العلم الفعلي للمؤمن له، بل يكفي باستطاعة العلم⁴³. بحيث أن المؤمن له كان يمكنه ببذل قدر معقول من العناية في العلم بالخطر الذي يؤمن منه، و"جهله بواقعة جوهرية تتعلق بهذا الخطر لا يعفيه من الالتزام بتقديم بيان عنها، إلا إذا كان من المعقول أن يكون جاهلاً بهذه

40 برهام عطالله، التأمين: تشريعات، وثائق، دراسات 2006-2007، مكان النشر غير مذكور، ص 82-83، السنهوري المرجع السابق ص 1246؛ محمد حسن قاسم، المرجع السابق ص 471؛ رمضان أبو السعود، أصول التأمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الثانية 2000 ص 476.

41 السنهوري، المرجع السابق ص 1250-1251.

42 السنهوري المرجع السابق ص 1253.

43 مصطفى الجمال، التأمين، الإسكندرية 1986، الناشر غير مذكور، ص 191؛ محمد حسن قاسم، المرجع السابق ص 607؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 454.

الواقعة⁴⁴. ويستدل الفقه بالأسئلة التي يوردها المؤمن في طلب التأمين في إثبات علم المؤمن له بأهمية البيان⁴⁵، وفي تسهيل إثبات الغش من جانبه⁴⁶. ويلاحظ أن جهل المؤمن له يختلف عن حسن نيته، الذي لا يشترط في هذه الحالة. فحسن النية معناه "أن يكون [المؤمن له] عالماً [بالبينات]، ولكنه أهمل في تقديمها دون أن يقصد بذلك غش المؤمن أو الإضرار به، فإهماله صادر عن عدم إكتراث لا عن سوء نية"⁴⁷. غير أن ذلك كله يفترض أن يكون البيان المتروك مؤثراً في التعاقد⁴⁸، وإن لم يكن له علاقة بالخطر المتحقق فعلاً من بعد⁴⁹.

أما عن الجزاء على مخالفة الالتزام فقد خلا القانون المدني من نصوص تنظمها⁵⁰، غير أن مواد المشروع المشار إليها جاءت بأحكام تفصيلية نقلاً عن القانون الفرنسي للتأمين الصادر في 1930. وقد كانت أحكام القانون الفرنسي ابتداءً تأخذ بالقواعد المقررة في القانون البحري⁵¹ من تقرير البطلان في جميع الحالات⁵².

44 السنهوري، المرجع السابق ص 1254.

45 بل ويلاحظ أن الجهل بأهمية الظرف في حد ذاتها غير معفية من الجزاء، شرف الدين، المرجع السابق ص 304.

46 السنهوري، المرجع السابق ص 1255. ومن ناحية أخرى، فإذا تجاهل المؤمن له الإجابة عن بعض البيانات، ثم تجاوز المؤمن عن هذا الترك في ملء البيانات فقد يعد هذا تنازلاً منه عن هذا البيان أو عن حقه في الإبطال بناءً على هذا الترك، قارب برهام عطاالله، المرجع السابق ص 81.

47 قارب محمد حسن قاسم، المرجع السابق ص 608، علماً بأن حسن النية يكون له مع ذلك أثر في الجزاء.

48 محمد حسن قاسم المرجع السابق 606.

49 محمد حسن قاسم، المرجع السابق 624.

50 محمد حسن قاسم، المرجع السابق ص 619.

51 السنهوري، المرجع السابق ص 1273، وهامش 1 والمراجع المذكورة هناك؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 476.

52 شرف الدين، المرجع السابق، ص 337. مصطفى الجمال، المرجع السابق ص 194-195.

أما مواد المشروع، والتي اعتبرها الفقه من القواعد العامة والعرف التأميني، فقد ميزت بين حالة العمد وحالة حسن نية المؤمن له⁵³.

ففي حالة العمد، "إذا كتم طالب التأمين أمراً أو قدم عن عمد بياناً كاذباً، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن"، فإن الجزاء يكون هو القابلية للإبطال⁵⁴. وفي هذه الحالة تكون الأقساط التي تم دفعها حقاً للمؤمن، ويكون له كذلك المطالبة بالأقساط التي حلت فعلاً ولم تدفع⁵⁵.

أما المخالفة الواقعة بحسن نية، فيتوقف الجزاء عليها بحسب وقوع الخطر من عدمه. فإذا اكتشفت قبل تحقق الخطر، كان للمؤمن الحق في الفسخ، ما لم يقبل المؤمن له الزيادة في القسط. أما لو لم تكتشف المخالفة إلا بعد تحقق الخطر، فلا يكون للمؤمن إلا تخفيض التعويض بسنبة الفرق بين الأقساط التي دفعت، والأقساط التي كان يجب أن تدفع (م1068)⁵⁶.

خاتمة الفصل الأول

يبين لنا من العرض السابق أن القانون الإنجليزي قد خالف القواعد العامة في تقريره لواجبي الإفصاح والصدق والآثار المترتبة عليهما في شأن

⁵³ أنظر في تفصيل ذلك، برهام عطالله المرجع السابق ص 82-82؛ محمد حسن قاسم، المرجع السابق ص 623-626.

⁵⁴ يذهب جانب من الفقه إلى تقرير البطلان في هذه الحالة هو مجرد عادة إتفاقية العبرة فيها باتفاقها مع القواعد الأمرة. وعلى ذلك فإن البطلان لا يتقرر إلا إذا كان البيان دافعاً للتعاقد، وفي هذه الحالة يكون شرط الاحتفاظ بالقسط شرطاً جزائياً يخضع لقواعده في إعادة تقدير القاضي له، أما لو لم يكن البيان دافعاً للتعاقد فلا يصح القول بالبطلان، لأن البطلان هنا ليس تعويضاً، لأن التعويض يشترط الضرر. وعلى كل حال يتعين أن يكون الشرط صريحاً ومكتوباً في صورة ظاهرة، لأن القانون يبطل كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحال من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط" أنظر في ذلك مصطفى الجمال المرجع السابق 197-199. أنظر كذلك في مناقشة طبيعة وأساس هذا البطلان رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 489 وما بعدها.

⁵⁵ ولا عبرة في هذه الحالة بوجود علاقة بين البيان المتروك والخطر المتحقق، محمد حسن قاسم، المرجع السابق 624.

⁵⁶ محمد حسن قاسم، المرجع السابق 624-626.

عقد التأمين البحري. وهو إذ فعل ذلك استند، في أصل تقرير الإلتزامين، إلى مبدأ عام أراد واضعوه أن يحكم عقد التأمين البحري من جميع جوانبه، هو مبدأ منتهى حسن النية. وكان مقتضى المبدأ كما تقرر أولاً أن يشمل في أثره المؤمن والمؤمن له على السواء، وأن يشمل الإدلاء بالبيانات قبل التعاقد، وكافة أوجه أداء الإلتزام الأخرى.

والبادي لنا من الفحص السابق هو أن القضاء ثم التشريع استجابا للدواعي العملية في التأمين البحري بإنشاء التزام المستأمن بالمبادرة بالإفصاح عن كافة المعلومات المتعلقة بالخطر والتي تتيح للمؤمن حسن تقييم هذا الخطر واتخاذ قراره التأميني على أسس سليمة ثم بوضع جزاء صارم للإخلال بهذا الإلتزام، وذلك كله في ضوء حقائق السوق التأمين والخطر البحري ومدى توافر المعلومات في وقت إنشاء الإلتزام، غاية الأمر أن القضاء الإنجليزي رغب في أن يرد مثل هذا الإلتزام إلى قاعدة عامة يستند إليها مثل هذا الإلتزام غير التقليدي وفي صياغة بدت عند نشأتها متوازنة.

غير أن ما يزيد عن مائة عام من تطبيق المبدأ من القضاء الإنجليزي أفقدت هذا المبدأ توازنه تماماً، بحيث أضحي المبدأ حبراً على ورق، لا يظهر لا يظهر من أثره إلا واجبات للمؤمن له، دون المؤمن، يشوبها الغموض القانوني، وعدم الواقعية العملية، والتعسف والقسوة في الجزاء الموقع، بحيث غدا من المسلم به أن المبدأ هو في حقيقته، على النحو الذي طبق به، محاب لمصالح المؤمنين².

كما رأينا أن القانون المصري، ولذات الدوافع العملية، مضافاً إليها طابع السوق التأميني، قد اتبع خطوات القانون الإنجليزي في تقريره للإلتزام الإدلاء بالبيانات الصادقة في الفترة السابقة على التعاقد³. وهو في هذا التقرير

¹ تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق ص 50.

² تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق، ص 33 حيث يقرر هذه الحقيقة بالمقارنة بالمعايير الدولية.

³ قارن مع ذلك، محمد بهجت قايد، المرجع السابق ص 378 حيث يقرر أن أصل قواعد التأمين البحري في القانون المصري هي القانون الفرنسي. ولاشك لدينا أن القانون الفرنسي نفسه، خاصة في صدد مبدأ حسن النية كان متأثراً بقواعد القانون الإنجليزي في هذا الشأن.

التقرير قد خالف القواعد العامة في القانون المصري، من ناحية، وخالف المقرر في القانون الإنجليزي من ناحية ثانية.

فقد تجاهل المشرع المصري النص على التزام عام بحسن النية، ثم ألقى على المؤمن له بالتزام الإفصاح الصادق عما يعلمه من وقائع وملابسات، دون أن يضع لسوء النية، أو حتى لمجرد العلم الفعلي بغلط المؤمن، إعتباراً في تقرير المخالفة ودون أن يعتد بعلاقة البيان بتحقيق الضرر فعلاً، ثم جعل جزاء هذه المخالفة موحداً وبالغاً في القسوة، بالمخالفة للقواعد العامة، بتقرير الإبطال جزاءً وحيداً، ودون أن يتكلف عناء الإشارة إلى إلتزام المؤمن بحسن النية عند طلب الإبطال، كما تنص عليه القواعد العامة في الغلط. والمشرع المصري في ذلك متابع للقانون الإنجليزي من ناحية، وللعادات والأعراف المتبعة في سوق التأمين البحري.

وقد رأينا كيف أن الفقه والقضاء المدني، وإن تابع القانون البحري، في تأسيس واجب الإفصاح على عاتق المؤمن له، إلا أنه خالفه في شأن الجزاء، وتابع في ذلك القانون الفرنسي في ثوبه الجديد، وما استقر من أعراف في إطار التأمين غير البحري، وبصفة خاصة في تمييزه بين المخالفة بحسن نية وبسوء نية، وبين المخالفة قبل وقوع الخطر وبعد وقوعه، وذلك دون وجود نص تشريعي.

غير أن التطورات والتغيرات الكبيرة في الاعتبارات النظرية والعملية المؤسسة للمبدأ لاشك باتت تستوجب إعادة النظر في تأسيس مثل هذا الإلتزام الصارم في مجال التأمين البحري. وهو ما استجابت له محاولات التعديل والتقيد التي جرت في القانون الإنجليزي نفسه بهذا الشأن. فنعرض في الفصل الثاني لأهم هذه المحاولات، والمتمثلة في أعمال اللجنة الإنجليزية للقوانين.

الفصل الثاني

عودة التوازن إلى الالتزام بمنتهى حسن النية في القانون الانجليزي و ظهور
الالتزام بالإفصاح المنصف

رأينا كيف أن هناك الكثير من المشكلات التي يثيرها مبدأ حسن النية على النحو القائم في قانون التأمين البحري. وقد تصدى القضاء في الكثير من الأحيان لمحاولة حل مشكلات هذا القانون سواء في ما يتعلق بشروط الالتزام، أو فيما يتعلق بآثاره. غير أنه، ونظراً لأن القانون هنا قانون تشريعي مكتوب، فإن التدخل القضائي لم يكن كافياً وحده لإدخال التعديلات اللازمة¹، ولذلك فقد تدخل المشرع الإنجليزي بإصدار قانون خصصه لحماية المستهلك، فيما تستكمل لجان مراجعة القانون دورها في تقييم واقتراح تعديلات بشأن القانون بصفة عامة.

المبحث الأول

حماية المستهلك ومبدأ منتهى حسن النية

ينص قانون تأمين المستهلكين لسنة 2012² على أن نطاق تطبيقه هو عقد التأمين المبرم بين المستهلك ومقدم خدمة التأمين المحترف. فتعرف المادة 1 عقد تأمين المستهلكين بأنه عقد يبرم بين (أ) فرد يتعاقد لأسباب لاتتعلق مطلقاً أو بصفة أصلية بتجارة الفرد أو مهنته أو حرفته، و(ب) شخص يحترف التأمين ويتعاقد مع الطرف الأول من خلال عمله. ويعد الطرف الأول في هذه الحالة "مستهلكاً" في مفهوم القانون في حين يعد الطرف الثاني "مؤمناً"³.

¹ قارب تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق ص 3.

² The Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012 (CIDRA)

³ تتناول المادة 7 من القانون حالة التعاقد لمصلحة الغير الذي يكون قد قدم معلومات للمؤمن قبل التعاقد، بحيث تنطبق الالتزامات وتحقق الجزاءات بالنظر إلى أفعال وظروف هذا الغير (المستفيد).

ويشتمل القانون على مسائل ثلاثة: إلغاء مبدأ حسن النية في ما يتعلق بتأمين المستهلكين، وإعادة تعريف إلتزامات المستهلك، ثم إنشاء نظام متكامل للجزاءات التدريجية.

أولاً: إلغاء مبدأ حسن النية:

وتنص المادة 4 على أن هذا الإلتزام ينسخ أي التزام كان واقعاً على عاتق المستهلك، قبل نفاذ هذا القانون، بشأن الإفصاح أو تقديم معلومات غير صحيحة. ولم يكتف المشرع بهذا النص العام، فجاءت المادة 5 لتنص صراحة على أن نصوص هذا القانون تعدل، حسبما يقتضيه الأمر، أي قاعدة قانونية أخرى كان مقتضاها إعتبار عقد تأمين المستهلكين "عقد من عقود منتهى حسن النية"⁴. ثم تبالغ المادة في الوضوح فتنص في فقرتها الثانية على أن المادة 17 من قانون التأمين البحري والتي تنص على أن عقد التأمين البحري من عقود منتهى حسن النية، تخضع في سريانها لأحكام هذا القانون في شأن عقود التأمين البحري للمستهلكين. وتعود المادة 11 لتنص صراحة على تعديل المواد 18 و19 و20 من قانون التأمين البحري، بحيث لا تسري بشأن التأمين البحري للمستهلكين.

ثانياً: تعريف إلتزامات المستهلك:

تتناول المادة 2 إلتزامات المستهلك عند التعاقد، سواء أكان التعاقد مبتدئاً أو بغرض إدخال تعديلات على عقد تأمين قائم.

ويلقي القانون على عاتق المستهلك (فقرة 2 من المادة 2) بأن يبذل العناية المعقولة حتى لا يقدم معلومات غير صحيحة للمؤمن. وتنص المادة 3 على حالة ما إذا ما وجه المؤمن للمستهلك طلباً صريحاً بـ"تأكيد أو تعديل" (confirm- or-amend) بيانات معينة سبق تقديمها، فتنص على أن عدم إستجابة المستهلك لهذا الطلب يمكن إعتباره "تقديم لمعلومات غير صحيحة" وفقاً لهذا القانون.

⁴ أنظر أيضاً أرنولد، المرجع السابق ص 585 .

وعلى ذلك، فقد عدل القانون عن الالتزام بتحقيق نتيجة والذي كانت تلقيه مواد قانون التأمين البحري والسوابق القضائية، والذي كان يقتضي الإفصاح، إلى الالتزام ببذل عناية معقولة في هذا الشأن. وعلى ذلك فقد خصص المشرع المادة 3 لتحديد فكرة بذل العناية المعقولة.

فتنص المادة 3 فقرة 1 على أن العناية المعقولة يتم تقييمها في ضوء "كافة الظروف ذات الصلة" (الظروف المحيطة). ثم يعطى المشرع في الفقرة الثانية بعض أمثلة على الظروف التي قد يلزم اعتبارها عند تقييم العناية المبذولة، فمن ذلك: نوع عقد تأمين المستهلكين والسوق المستهدف به، أي وثائق ومستندات تعريفية أو دعائية يصدرها المؤمن أو تصدر بإذنه، مدى وضوح وتحديد الأسئلة التي يوجهها المؤمن.

كما تشمل هذه الظروف مسألتين نعتقد أن لهما أهمية خاصة، الأولى هي ما إذا كان السمسار أو الوكيل يعمل لحساب المؤمن أو لحساب المستهلك. والثانية يتعلق بحالة تعديل أو تجديد عقد التأمين، وهو ما إذا كان المؤمن قد أوضح للمستهلك، أن الأسئلة التي يوجهها له هامة، ومدى أهمية الإجابة عليها، والآثار المحتملة لعدم إجابته عنها.

ومصدر أهمية هاتين المسألتين، هو أن المستهلك غالباً ما يعتمد كلياً على السمسار أو وكيل التأمين المحترف، فيثق به وفي خبرته وقدراته، ويسلم له أمره. فإذا كان السمسار في النهاية لا يعمل لحساب المستهلك وإنما لحساب المؤمن، فإن الأمر يختلف تماماً. ومن ناحية أخرى، فإذا كان الوكيل يمثل المؤمن، فإن الواجبات الملقاة على عاتقه في هذه الحالة، ودرجة العناية والقدرة على إدراك أهمية مسائل معينة تختلف أيضاً في ضوء خبرة هذا الوكيل⁵.

⁵ وفقاً للمادة 9 من القانون، فقد خصص المشرع الجدول رقم 2 المرفق به لمسألة تحديد من هو الأصل في علاقته بوكيل التأمين، فتتص الفقرة 2 من الجدول على أن الوكيل يعد عاملاً لحساب المؤمن في الحالات التالية: إذا تصرف الوكيل باعتباره الممثل المعين للمؤمن لأغراض قانون الخدمات والأسواق المالية؛ إذا قام الوكيل بتجميع معلومات من المستهلك بناءً على تفويض صريح من المؤمن باعتباره وكيلاً عنه؛ وإذا ما دخل الوكيل العقد مع المستهلك باعتباره ممثلاً عن المؤمن بناءً على تفويض صريح

أما في شأن التجديد والتمديد، فيتصور أن المستهلك العادي لا يلقي بالأهمية لما يتلقاه من إستثمارات التجديد أو التعديل ولا يدرك أهمية البيانات الواردة بها، بل قد يتعامل معها باعتبارها إجراءات روتينية شكلية بحتة. ثم تنص الفقرة 3 من المادة 3 على أن معيار العناية المعقولة هنا هو معيار "المستهلك العادي" reasonable-consumer. ومع ذلك، تتناول الفقرتان 4 و 5 حالتين خاصتين: الأولى إذا ما كان المؤمن عالماً، أو يتعين عليه أن يعلم بصفات معينة أو ظروف خاصة للمستهلك، فيتعين أخذ هذه الصفات والظروف الخاصة قيد الاعتبار. وتستخدم المادة عبارة Actual consumer، أي المستهلك الفعلي، أو المستهلك المعين الذي أبرم العقد، بالمقارنة بالمستهلك العادي. أي أن المعيار الشخصي يحل هنا محل المعيار الموضوعي، بشرط علم المؤمن بالظروف والصفات التي تجعل المعيار الموضوعي غير معبر عن المستهلك المتعامل معه في الواقع. والحالة الثانية هي حالة ما إذا قدم المستهلك معلومات غير صحيحة بسوء نية dishonestly، إذ يعد ذلك قرينة قاطعة على عدم بذل العناية المعقولة⁶.

من = المؤمن. في غير ذلك من الأحوال، تنص الفقرة 3 على أن الوكيل يعد وكيلاً عن المستهلك، ما لم يتضح من الظروف المحيطة أن الوكيل يعمل لمصلحة المؤمن. ثم تسوق المادة بعض الأمثلة لظروف ترشح أن الوكيل يعمل لمصلحة المستهلك، أو المؤمن. فمثال الأولى: تعهد الوكيل بإعطاء المستهلك نصيحة مخلصه محايدة، أو القيام بدراسة منصفة للسوق، أو يدفع المستهلك عمولة الوكيل. ومثال الثانية: أن يقوم الوكيل بإبرام عقود نوع معين من التأمين دائماً مع نفس المؤمن، أو يلتزم الوكيل تعاقدياً بالتعامل مع عدد محدود من المؤمنيين يعدون نسبة ضئيلة من موفري هذا النوع من التأمين، أو أن المؤمن يوفر هذا النوع من التأمين من خلال نسبة بسيطة من الوكلاء منهم الوكيل المعني، أو يأذن المؤمن للوكيل باستخدام اسمه في توفير التأمين، أو يتم تسويق المؤمن تحت اسم الوكيل، أو يطلب المؤمن من الوكيل الدعاية له عند المستهلك.

⁶ يلاحظ أن المشرع استخدم dishonestly وليس in bad faith، وهو تعبير ترجمته الدقيقة "بطريقة غير نزيهة" وليس بسوء نية التي هي ترجمة التعبير الأخير. أنظر في تبرير استخدام dishonesty عوضاً عن مبادئ الغش المعروفة التحديث، المرجع السابق ص 108. أنظر أيضاً:

أخيراً، فلا يكفي أن يكون البيان المدلى به غير صحيح، وأن يكون ذلك ناجماً عن عدم بذل المستهلك العناية المعقولة، بل يتعين أن تستوفي هذه البيانات شرطاً ثالثاً، هو التأثير الفعلي في قرار المؤمن. وفي هذه الحالة يعد خطأ المستهلك في التعبير "معتبراً" Qualifying misrepresentation فتنص المادة 4 على أن المؤمن لا ينشأ له حق قبل المستهلك الذي أدلى بمعلومات غير صحيحة قبل التعاقد، بالإضافة إلى كونه ناشئاً عن عدم بذل العناية المعقولة، إلا إذا أثبت المؤمن أنه لولا البيان غير الصحيح، ما كان المؤمن ليقبل التعاقد (أو التعديل)، أو ما كان ليقبل إلا بشروط مختلفة. ثالثاً: جزاء الإخلال بواجبات المستهلك:

إذا استوفى إخلال المستهلك بواجباته شرط "الإخلال المعتبر" كان للمؤمن حقوقاً تعتمد في نوعها على كيفية حصول هذا الإخلال، وبمدى تأثير هذا الإخلال على إرادة المؤمن. وقد حدد الجدول رقم 1 المرفق بالقانون هذه الجزاءات.

فبالنسبة للتعاقدات الجديدة ميز المشرع بين نوعين من الإخلال:

1- فإذا كان الإخلال عمدياً، أو برعونة، فإن للمؤمن طلب إبطال العقد. ويكون له مع ذلك الاحتفاظ بقسط التأمين المدفوع ما لم يكن هذا الاحتفاظ "غير منصف" في شأن المستهلك. فلا يجوز له الاحتفاظ بالقدر غير العادل من القسط.

ويلاحظ أن الأصل في حالة الإبطال هو عدم استحقاق المؤمن لأي مقدار من القسط. كما يلاحظ أن القانونين المصري والإنجليزي يبيحان في المحكمة عقود التأمين البحري أن تسمح للمؤمن بالاحتفاظ بالقسط (كله أو بعضه). كما يلاحظ أن الجزاء لا يتوقف على طبيعة أثر الإخلال على المؤمن، فيكفي أن يكون نشأ عنه قبول المؤمن للتعاقد بشروط ما كان ليقبلها لو علم بالحقيقة.

= The Law Commission and The Scottish Law Commission, Consumer Insurance Law: Pre-Contract Disclosure and Misrepresentation, (Law COM No. 319), 2009. page 68.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (105)

وتتنص المادة 5 فقرة 2 من القانون على أن الإخلال يكون عمدياً أو برعونة إذا كان المستهلك يعلم (وهي حالة العمد)، أو لاييالي (في حالة الرعونة) (أ) أن البيان غير صحيح أو مضلل، وب) أن المسألة المتعلقة بالبيان ذات أهمية بالنسبة للمؤمن. ويتعين أن تجتمع المسألتان، فلا يكفي علمه بعدم صحة البيان إذا كان جاهلاً بأهميته.

ويقع عبء إثبات العمد أو الرعونة على عاتق المؤمن. غير أن المشرع يقيم قرينة بسيطة على أن المستهلك لديه علم المستهلك العادي (م5 ف5)، وأن المستهلك يعلم أن المسائل التي سأل عنها المؤمن سؤالاً خاصاً واضحاً هي مسائل ذات أهمية بالنسبة للمؤمن.

2- فإذا كان البيان الخاطئ ليس ناشئاً عن عمد أو رعونة، فإنه يكون ناشئاً عن إهمال (مادة 5 فقرة 3) ، وفي هذه الحالة يتوقف الجزاء على أثر الإخلال على إرادة المؤمن (فقرة 4 من الجدول):

أ. إذا كان أثر الإخلال قبول المؤمن لتأمين ما كان ليقبله أصلاً لو علم بالحقيقة، فيجوز له في هذه الحالة طلب إبطال العقد، مع التزامه برد الأقساط المدفوعة. ويتفق هذا مع القواعد العامة في عيوب الإرادة.

ب. إذا كان أثر الإخلال قبول المؤمن لشروط (يقصد بها هنا شروط التعاقد سوى شرط مبلغ القسط)، ما كان ليقبلها، فإن للمؤمن أن يطلب قراءة العقد وكأنه محتوٍ على الشرط التي كان المؤمن ليتعاقد وفقاً لها.

ج. إذا كان أثر الإخلال قبل المؤمن لمبلغ قسط أقل مما كان ليقبله عند علمه بالحقيقة، فإن له أن يخفض مبلغ التعويض بنفس نسبة النقص في القسط الفعلي عن القسط الذي كان ليقبله. وينطبق هذا الجزاء بالإضافة إلى جزاء تغيير الشروط، وبغض النظر عن هذا الجزاء.

بعبارة أخرى، إذا كان المؤمن ليقبل عقد التأمين بشروط مختلفة وقسط مختلف، فيكون له أن يطلب تغيير شروط العقد، ويستزل مع ذلك من قيمة

التعويض بنفس نسبة نقص القسط الفعلي عن القسط المطلوب. فإذا كان أثر الإخلال مجرد التأثير في القسط، كان الجزء مجرد تغيير مبلغ التعويض. وتشرح الفقرة 8 المقصود بتخفيض مبلغ التعويض بنسبة نقص القسط الفعلي عن القسط الافتراضي. فتتنص على أن المؤمن يصير مطالباً بدفع (س%) من مبلغ التعويض المنصوص عليه في العقد (سواء أكان العقد الفعلي أو العقد بعد تعديل شروطه). وبحيث أن:
س = (مبلغ القسط الفعلي ÷ مبلغ القسط الأعلى) × 100.

هذه الأحكام تسري سواء أكان العقد قد أبرم ونشأت عنه بالفعل مطالبات بالتعويض، أو كان قد أبرم ولم تنشأ عنه أية مطالبات بعد. ومع ذلك أعطى المشرع للمؤمن إختياراً إضافياً إذا كان العقد قد أبرم وتبين للمؤمن حصول الخطأ، بإهمال، في البيانات المقدمة له. فيجوز للمؤمن:

- 1- أن يخطر المستهلك بتعديل العقد وفقاً للفقرتين ب وج المذكورتين أعلاه (فقرتين 6 و 7 من الجدول المرفق بالقانون)، ويكون للمستهلك في هذه الحالة أن يفسخ العقد بمجرد إخطار المؤمن.
- 2- أن يخطر المستهلك في مدة معقولة بفسخ العقد. على أنه لا يمكن له ممارسة الحق في الفسخ إذا كان عقد التأمين، كلياً أو بصفة أساسية، متعلقاً بالتأمين على الحياة.

فإذا ما قرر أي من الطرفين إنهاء العقد، التزم المؤمن برد الأقساط المدفوعة المستحقة عن المدة المتبقية من العقد. وهو أيضاً ما يتفق والقواعد العامة. وفي كل حال، لا يؤثر إنهاء العقد على أي مطالبات تنشأ وفقاً للعقد في المدة السابقة على فسخه.

أخيراً، يلاحظ أنه في حالة ما تعلقت البيانات بتعديل العقد، لا الدخول في عقد جديد، فإنه يتم النظر: فإذا أمكن اعتبار محل التعديل مستقلاً عن باقي العقد، فإن هذا الجزء من العقد يتم التعامل معه باعتباره عقداً مستقلاً، وإلا عد مخالفة الالتزام مؤثرة على العقد بكامله.

رابعاً: الحماية المقررة في القانون هي حماية الحد الأدنى:
أراد المشرع التأكد من حصول المستهلك على الحماية المقررة
بمقتضى التشريع، دون أن يتمكن المؤمن من التحايل عليها وتعديلها بطريقة
أو أخرى.

فنصت المادة 6 على أنه لايجوز للأطراف، سواء من خلال شرط في
العقد، أو من خلال عقد مستقل، تحويل الالتزامات الواردة في القانون لتعهد
(ضمان) Warranty. ويقصد بالـWarranty اشتراط، صريح أو ضمني،
بمقتضاه يضمن أحد الطرفين، هنا المستهلك، قيام واقعة مادية معينة، أو قيامه
هو بأداء معين، بحيث يترتب على أدني إخلال بالتعهد (الضمان) إبطال العقد،
بغض النظر عن كون الاشتراط جوهرية من عدمه، أو عن علاقته، بالنسبة
لعقد التأمين، بالحادث المؤدي للتعويض.

وينصرف ذلك بصفة خاصة لما يعرف بالـBasis of the contract
clause، والذي تتضمنه بعض وثائق التأمين وبمقتضاه يتفق على أن كل
البيانات التي تم الإدلاء بها قبل التعاقد جوهرية وتشكل Warranty. هذا
الشرط يسمح للمؤمن بأن يتفادى تطبيق أحكام القانون المتعلقة بواجب
الإفصاح (خاصة شرط الجوهرية)، وذلك بأن يطالب بالإبطال الفوري للعقد
في حالة ظهور عدم صحة البيانات. وبتحريم هذا الشرط، يكون المشرع قد
حرم المؤمن من تفادي الحماية المقررة للمستهلكين بإدراج مثل هذا الشرط
في عقودهم.

كذلك فقد نصت المادة 10 على أن كل اشتراط، سواء أكان في عقد
تأمين المستهلكين أو غيره، يؤدي إلى وضع المستهلك المؤمن له في وضع
أسوأ، من وضعه وفقاً لأحكام هذا القانون، سواء فيما يتعلق بواجباته في
الإدلاء بالبيانات وصحته أو فيما يتعلق بالجزاءات المترتبة على ذلك، يكون
من مجرداً من أي أثر قانوني.

المبحث الثاني

مقترحات التعديل في تأمين المحترفين

إذا كانت التعديلات التي أدخلتها اللجنة، وتبناها المشرع البريطاني مبناهها خصوصية عقود المستهلكين، وبدت وكأنها اقتطاع من القواعد العامة لأسباب خاصة، فإن اللجنة استمرت في عملها لتحديد مشكلات وتقترح تعديلات عامة، تمس القواعد الحاكمة لعقد التأمين بصفة عامة، وتحديدًا العقود المبرمة بين المحترفين الذين يبرمون عقود التأمين بمناسبة تجارتهم ومهنتهم وحر فهم.

وقد اتبعت اللجنة في شأن هذه المسألة ما اتبعته في شأن المسائل الأخرى من المبادرة أولاً بالتشاور مع المتخصصين ثم إصدار تقرير نهائي مصحوب بمشروع قانون⁷، ونعرض هنا لمضمون التقرير المبدئي الذي كان محلاً للتشاور ثم للتقرير في صورته النهائية والقانون المقترح . ومن خلال التقرير يمكن تبين المشكلات التي رصدتها اللجنة، ثم الحلول المقترحة.

المطلب الأول

التقرير المبدئي: المشكلات والحلول

أولاً: المشكلات:

بداية، قيمت اللجنة التزام منتهى حسن النية في ضوء تبريراته المنطقية، وهي أن المؤمن له وحده يستطيع الإحاطة بالكثير من المعلومات ذات الأهمية في تقييم الخطر، وبالتالي فإنه يكون من المستحيل، أو من

⁷ راجع في أهم أعمال اللجنة وخطوات مراجعتها للتأمين، INSURANCE CONTRACT LAW: BUSINESS DISCLOSURE; WARRANTIES; INSURERS' REMEDIES FOR FRAUDULENT CLAIMS; AND LATE PAYMENT, THE LAW COMMISSION THE SCOTTISH LAW COMMISSION,, Law Com No 353 / Scot Law Com No 238, 2014. مشار إليه من بعد تقرير المحترفين النهائي، ص 4 وما بعدها

المكلف جداً تكليف المؤمن بالبحث عن هذه البيانات، بل يتعين أن يلقي العبء في توفيرها على المؤمن له.⁸

ومع ذلك فقد عينت اللجنة خمس مشكلات رئيسية في النظام القانوني الحاكم للالتزام في الوقت الحالي.⁹

1- أن طبيعة ومضمون الالتزام بالإفصاح غير واضحين بدرجة كبيرة لأصحاب الأعمال، حتى بالنسبة للمشروعات الكبيرة¹⁰ التي تلجأ لخبراء واختصاصيين محترفين في إدارة المخاطر. واعتبرت اللجنة أن القانون غامض في بيان ما يجب فعله ومن يتعين عليه فعله¹¹.

2- أن الوفاء بالالتزام صعب ومكلف جداً خاصة بالنسبة للمشروعات الكبيرة والمتوسطة. وقد يبدو ذلك غريباً، إذ يتوقع الباحث، كما توقعت اللجنة، أن يكون ذلك مشكلة للمشروعات الصغيرة فقط. غير أن اللجنة وجدت أن المشروعات المتوسطة والكبيرة، نظراً لتوسعها وتعقدها، تعاني من صعوبة في تحديد وتجميع كافة المعلومات التي تشكل "معلومات جوهرية" كان المؤمن الحريص ليرغب في معرفتها عند تقييم الخطر.

3- في ضوء العيبيين السابقين، فإن العديد من طالبي التأمين يجدون الحل المناسب في "إغراق" المؤمن بسيل من المعلومات التي تمت بأي صلة وإن ضعفت، بل وما لا يمت بأي صلة أصلاً، للخطر، تاركين للمؤمن تقييم المعلومات واستخلاص المهم منها. وبديهي أن ذلك يجعل من المستحيل فعلاً على المؤمن أن يتوصل للمعلومات المتعلقة بالخطر وقيمها تقييماً صحيحاً. بعبارة أخرى، فإن أثر الالتزام هو تحقيق نتيجة عكسية تماماً للغرض منها.

⁸ التحديث ص 107، تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق ص 7.

⁹ في عرض هذه المشكلات الخمس، تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق، ص 8-7

¹⁰ تقرير المحترفين التشاوري 38.

¹¹ يشير التحديث، المرجع السابق ص 107، إلى تقرير ماكتافيش الذي وجد أقل 87% من المشترين، للتأمين، على غير دراية بالعبء الحقيقي الذي يلقيه الالتزام عليهم.

هذه العيوب الثلاثة تتعلق بسلوكيات المؤمن له وقدرته على فهم واستيعاب مضمون الالتزام وكيفية الوفاء به. بالإضافة إلى ذلك حددت اللجنة عيبيّن آخرين متعلقين بسلوكيات المؤمن في تقييم المعلومات والمطالبة بالجزاء.

4- فالقانون بقواعده الحالية يشجع المؤمن على "تقييم المعلومات بعد وقوع الخطر"، أو كما أسمته اللجنة "الاكتتاب عند المطالبة". فبدلاً من أن يتولى المؤمن المهمة المستحيلة للتأمين الدقيق للخطر، فإنه يكتفي بالسلبية عند تلقي المعلومات، بحيث إذا تحقق الخطر فعلاً، وتمت المطالبة، سارع إلى فحص كل ما يتعلق بالعقد واستخراج معلومات لم يدل بها المؤمن له، أو لم يدل بها بشكل صحيح، ثم المطالبة بإبطال العقد هرباً من دفع استحقاقاته. وإذا كان القاء عبء الإفصاح على المؤمن له مفهوماً في ضوء سيطرته على المعلومات، فإنه من غير المفهوم أن يكتفي القانون من المؤمن، بالسلبية المحضة بل ويشجعه عليها.

5- أخيراً، فإن الجزاء المقرر للإخلال بالالتزام، وهو جزاء الإبطال، هو جزاء بالغ في القسوة من ناحية خاصة في غيبة أي علاقة بين البيان والحادث المتحقق، وغير متناسب بالمرّة مع سلوكيات المؤمن له الذي قد يكون أدلى بالبيان بحسن نية، بل ولا مع سلوكيات المؤمن نفسه الذي ربما كان ليقبل التأمين بشروط مختلفة أو أقساط أعلى إذا ما علم بالمعلومات على الوجه الصحيح¹².

¹² شرح المشكلات الخمسة منقول من التحديث ص 107، تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق ص 7 بتصريف يسير.

ثانياً: الحلول المقترحة:

1- الإفصاح المنصف (المتعادل):

وتتبنى بمقتضاه اللجنة أتجهاً قضائياً يجعل الإفصاح على شقين: فمن ناحية فإن على المؤمن له الإفصاح عن كل بيان جوهرى يعلمه أو يتعين عليه أن يعلمه ويكون من شأنه التأثير في قرار المؤمن. ومنا ناحية ثانية، فإنه إذا ما كانت هذه المعلومات تشير إلى وجود مشكلات محتملة، فإن المؤمن يتعين عليه أن يقوم بتحريات وتوجيه أسئلة لاستيضاح حقيقة الموقف¹³. وكما فعلت اللجنة في شأن قانون تأمين المستهلكين، فإنها تتبع أسلوب الأمثلة التشريعية لتوضيح مسائل معينة، وعلى ذلك فإنها تعطي بعض الأمثلة للمعلومات الجوهرية، كأى ظروف غير عادية أو خاصة قد تؤدي لزيادة الخطر، أو اي اعتبار خاص بالخطر أدى بالمؤمن له إلى طلب التأمين ابتداءً، كما يتعين الإفصاح عن المعلومات التقليدية التي يعرف كل المتعاملين في السوق عادة أن عليهم الإفصاح عنها.

2- علم من:

تثور المشكلة بصفة خاصة في الشركات الكبرى عن المقصود بعبارة "يعلمه المؤمن" أو "يعلمه المؤمن له"، فمن هو المقصود بالمؤمن أو المؤمن له، هي هو المدير العام، أو الشخص الذي يملأ استمارة الطلب فعلاً. كما تثار المشكلة عن المقصود بعبارة "كان عليه أن يعلم"، فما هي المعلومات التي يمكن افتراض علم المؤمن أو المؤمن له بها؟ أما بالنسبة للعلم الفعلي، فقد كانت اللجنة تقترح بالنسبة للمؤمن والمؤمن له نفس الحل، فتتطلب العلم الفعلي لطبقتين من العاملين:

أ- الإدارة العليا للشركة أو المؤسسة (مجلس الإدارة).

ب- أو الموظف القائم على إبرام التأمين فعلاً.

غير أن ردود الفعل التي تلقتها اللجنة جعلتها ترجع عن ذلك، إذ تبين لها أن إدارة شركات التأمين لا تتدخل أبداً في إبرام التأمين، وبالتالي فإن مجرد علم

¹³ تقرير المحترفين التشاوري ص 11، و بخاصة ص 54 حيث يشير إلى أن القضاء هو من سبق إلى تشكيل الالتزام بهذه الصورة.

أعضاء مجلس الإدارة مثلاً، لا يمكن الاعتداد به في نسبة العلم لشركة التأمين ككل عند إبرام عقد تأمين معين.

أما بالنسبة للعلم المفترض، فتقترح اللجنة أن ينص التشريع على المقصود بالعلم المفترض، وتقترح لذلك اعتبار المؤمن له عالمياً بـ "المعلومات التي يمكن اكتشافها بتحرر معقول مناسب لحجم وطبيعة وتعقيد تجارته"، في حين يعد المؤمن عالمياً بـ "بالمعلومات التي كان يجب أن يتم إبلاغها للمكتب (الموظف القائم بإبرام التأمين)".

3- الجزاءات:

تبنت اللجنة نفس الجزاءات التي قررتها في شأن تأمين المستهلكين، بجعل الجزاء متناسباً مع الفعل. غير أن اللجنة أوضحت أن التناسب هنا محدود من جهتين:

أ- فمن ناحية، فإنها إذ اعتبرت رد الفعل المحتمل للمؤمن، استبعدت رد فعل المؤمن له على رد فعل المؤمن. فمثلاً: عندما جعلت الجزاء هو زيادة القسط على عقد التأمين، استبعدت في الواقع إمكانية قيام المؤمن له بالبحث والعتور على مؤمن آخر بشروط أفضل.

ب- من ناحية أخرى، فإنها إذ اعتبرت رد فعل المؤمن بشأن الخطر المباشر المطروح للتأمين، غضت النظر عن قراراته بشأن إعادة التأمين مثلاً.¹⁴

أخيراً، فإن اللجنة قررت عدم جواز الشروط التي كانت تعتبر كل البيانات والمعلومات أساساً جوهرياً للتعاقد Basis of-the-contract clauses يشكل جزءاً من ضمان عام يترتب على أدنى مخالفة له بطلان العقد ككل.

¹⁴ التحديث، المرجع السابق، ص 8.

المطلب الثاني

التقرير النهائي: مشروع قانون الإفصاح المنصف بشأن المحترفين إذا كان إيجاد الحلول لمشكلات التأمين للمستهلكين يبدو سهلاً، من حيث أن منطقته، ومبناه والحلول التي تأتي منه يتوقع منها كلها أن تأتي حمائية، فإن الأمر على النقيض من ذلك بشأن المؤمن لهم المحترفين الذين يبرمون عقود التأمين لشأن تجارتهم، إذا يتردد المشرع دوماً قبل التدخل خوفاً من الإخلال من التوازن العقدي القائم، والتوازن الاقتصادي المحيط. وقد رأينا أن مبدأ منتهى حسن النية نفسه كان الغرض منه إعادة هذا التوازن في ظروف كانت تجعل المؤمن له هو المستحوز على المعلومات محتكراً لها، والمؤمن هو المحتاج للتدخل القضائي والتشريعي لحمايته.

وإذا كانت الأوضاع قد تغيرت، وثبت أن مبدأ حسن النية على إطلاقه غير قادر على تحقيق الغرض منه، فإن المشرع الحصيف ليس له إلا أن يتدخل بأقل قدر ممكن بغرض إعادة التوازن بين أطراف العقد، ثم يطلق لهم الحرية التعاقدية كما هي.

وبالفعل فقد جاء التقرير النهائي للجنة، بعد مشاورات مكثفة وطويلة مع جميع المعنيين بهدف تحقيق هذا التوازن بقدر الإمكان¹⁵.

وتتجسد الحلول المقترحة في التقرير ومشروع القانون المرافق، كما في قانون حماية المستهلكين، في إعادة النظر في دور مبدأ حسن النية، ثم استبدال التزام الإفصاح المنصف بالتزامي الإفصاح والصدق، مع النظر في تعريف المقصود بالمعلومات الجوهرية، ثم أخيراً إعادة النظر في الجزاءات المترتبة على مخالفة الالتزام.

أولاً: إعادة النظر في مبدأ حسن النية:

رغم أن مبدأ حسن النية كان هو الأساس الأول للالتزام بالإفصاح، فإن مشروع القانون يعبر، حتى من الناحية الشكلية، عن العدول عن هذا المنهج، فيأخر ذكر المشرع لمبدأ حسن النية إلى المادة 14 منه. وتنص هذه المادة على مسألتين:

¹⁵ تقرير المحترفين النهائي، ص 67.

الأولى، هي إلغاء أي قاعدة قانونية تسمح لأحد الطرفين بإبطال عقد التأمين استناداً إلى أن منتهى حسن النية لم يتم الوفاء به. ويشكل هذا قضاءً على الأثر الأهم للمبدأ حسبما وصل إليه التطبيق، ويفتح الباب مباشرة للقضاء لإيجاد حلاً آخرى تضمن قدر من التوازن والتعادل بين الأطراف.

ويحمل هذا النص أيضاً معناً آخر. فالمشروع يحتفظ بجزء الإبطال في حالات الكتمان أو الكذب بسوء نية. ومعنى ذلك، أن المشرع بهذا النص أراد أن ينفي أي رابطة بين هذا الالتزام الجديد ومنتهى حسن النية كمبدأ عام يحكم العقد دون أن يرتب أثراً فعلية¹⁶.

غير أن المشرع لم يتوقف عند هذا الحد، بل تعداه، وهي المسألة الثانية، إلى النص على تعديل آثار هذا المبدأ لتتقيد بما ورد في القانون المرفق. وإذا لم يكن هذا إلغاءً كاملاً للمبدأ، إلا أنه عملياً يشكل مثل هذا الإلغاء في ضوء ما كان نطاق المبدأ قد وصل إليه أصلاً من شبه اقتصره على تقرير البطلان في حالة عدم الإفصاح عند التعاقد.

وبذلك يعود مبدأ حسن النية في حقيقته ليشكل مبدأ عاماً في تفسير العقود، لكن ليس سبباً للدعاوى القضائية في حد ذاته¹⁷.
ثانياً: مبدأ الإفصاح المنصف:

كما في حالة المستهلك، فقد أتى المشرع بالالتزام واحد، هو الالتزام بالإفصاح المنصف ليحل محل الالتزامين بالإفصاح وبالصدق عند الإفصاح¹⁸. وليس المبدأ في حقيقته جديداً إذ أن العديد من الأحكام القضائية كانت قد استخدمت هذا المصطلح في محاولتها للحد من الآثار المجحفة للمبدأ الأصلي¹⁹.

وخلاصة المبدأ هو تطلب حد معين من الإفصاح من المؤمن له يتيح للمؤمن المعلومات الكافية أو ينبهه على الأقل لوجودها حتى يستعلم عنها، ثم

¹⁶ تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق، ص 15.

¹⁷ أنظر في هذا المعنى ومسايرته للاتجاه العالمي، تقرير المحترفين التشاوري ص 15 وكذلك بصفة خاصة ص 130.

¹⁸ تقرير المحترفين النهائي، المرجع السابق، ص 62.

¹⁹ تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق ص 54.

ينتقل إلى المؤمن دور الاستعلام إن شاء. وقد أقام المشرع نظام جزاءات تدريجي مماثل لحالة المؤمن له المستهلك.

وينص التقرير النهائي للجنة على أن هدف اللجنة من التعديلات التي أدخلتها هو كالتالي:

أ. " تشجيع المؤمن على أن يلعب دوراً إيجابياً، عوضاً عن مجرد الدور السلبي في الاكتتاب في الخطر، وذلك بأن يسأل المؤمن أسئلة إذا رأى أن المعلومات المطلوبة لم يتم توفيرها.

ب. تشجيع المؤمن لهم على تنظيم وتنسيق إفصاحهم بحيث يكون واضحاً عوضاً عن الإغراق بالمعلومات الذي كان متبعاً و عديم الفائدة.

ج. إرشاد المؤمن لهم على كيفية تحضير إفصاح منصف، بما في ذلك القيام ببحث معقول عن المعلومات المتوافرة، وإعطائه بعض الأمثلة عما قد يعد معلومات جوهرية للمؤمن.

د. توضيح من هو المقصود بشأن توافر العلم أو استطاعة العلم.

هـ. توضيح الاستثناءات من الالتزام بالإفصاح بما في ذلك الحالات التي يفترض فيها علم المؤمن.

و. استبدال جزاءات متدرجة بحسب درجة الإخلال بجزاء القابلية للابطال في جميع الصور.

مع التأكيد في كل ذلك أنه نظام "مكمل" يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه، بشروط معينة " 20.

1- نطاق المبدأ:

يتحدد نطاق المبدأ بعقود التأمين طبعاً، غير أنه يتحدد أكثر من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع:

فمن ناحية ينطبق المبدأ على التأمين المبرم مع غير المستهلكين فقط. ويرجع في تعريف المستهلك إلى قانون حماية المستهلك في شأن التأمين، كما أسلفناه في المبحث السابق.

20 نقلاً عن تقرير المحترفين النهائي، المرجع السابق، ص 62 بتصرف يسير.

ومن ناحية ثانية ينطبق المبدأ بشأن الإفصاح السابق على التعاقد، أو السابق على إدخال أية تعديلات على العقد²¹.

2- معنى الإفصاح المنصف:

تتطلب المادة 3-1 من طالب التأمين قبل التعاقد أن يقوم بالإفصاح الكافي عن الخطر محل التأمين. وتضع المادة وصفاً لما يعد إفصاحاً منصفاً، بذكر الأثر المتوقع من مثل هذا الإفصاح، فهو إفصاح:

- أ. واضح بطريقة معقولة ومفهوم للمؤمن الحريص.
- ب. إذا كان الإفصاح بشأن وقائع: فإن جميع المسائل الجوهرية المذكورة بشأنها يجب أن تكون صحيحة بصفة أساسية!!
- ج. إذا كان الإفصاح بشأن معتقدات أو آراء بشأن الخطر (تقييم شخصي مثلاً) فإن أي من هذه المعتقدات بشأن مسائل جوهرية يجب أن يفصح عنها بحسن نية.

ويلاحظ هنا تكرار استخدام عبارات تتيح قدر من المرونة في التقييم، فالإفصاح واضح، لكن هذا الوضوح ليس وضوحاً تاماً، لكن وضوح كاف، بالنسبة للمؤمن الحريص. وهو ما يشترط معه أيضاً، كما سنرى أن يبذل المؤمن نفسه قدر من الجهد في فهم مضمون الإفصاح²².

كما أن اشتراط الصحة مثلاً، مقترن أولاً بأن تكون البيانات جوهرية، ثم يتطلب أن يكون الإفصاح صحيحاً بدرجة أساسية، متوقفاً أن الإفصاح قد يشوبه بعض الخطأ، مادام هذا الخطأ ليس "أساسياً".

- أ- أما عن الجوهرية، فقد عرفها القانون بكون المعلومات تؤثر على قرار المؤمن الحريص في التأمين على الخطر وشروط هذا التأمين. ومن أمثلة ذلك: حقائق خاصة أو غير معتادة بشأن الخطر. أي اعتبار

²¹ كما ينطبق القانون على عقد التأمين ينطبق أيضاً على أية تعديلات تدخل على عقد التأمين، غير أن أثرها ينحصر بالنسبة للمخاطر أو التعديلات في المخاطر المرتبطة في التعديلات في العقد. مادة 2 فقرة 2.

²² انشغل معدو التقرير والمشروع بالسؤال التالي: هل نعتقد بالمؤمن الحريص Prudent Insurer أو بالمؤمن العادي Reasonable Insurer وخلص اللجنة بعد مشاورات الى معيار المؤمن الحريص المعمول به أصلاً، نظراً لأن فكرة المؤمن العادي يشوبها قدر من الغموض. تقرير المحترفين التشاوري ص 46.

خاص أدى بالمؤمن له إلى طلب التأمين. أي مسألة أخرى مما يعتبر عادة من قبل المشتغلين بهذا النوع من التأمين وفي هذا النوع من النشاط، هامة بحيث يلزم أن تكون محلاً للإفصاح²³.

ب- أما شرط الصحة "بصورة أساسية" فقد اعتمد لمشرع معياراً موضوعياً هو المؤمن الحريص. بحيث إنه إذا كان المؤمن الحريص إذا قارن الإفصاح الفعلي مع الوقائع فإن الفارق بينهما لا يشكل بالنسبة له فارقاً جوهرياً²⁴.

وفي كل ذلك لا يتعين أن يكون الإفصاح في وثيقة واحدة ولا في حديث واحد متصل، أما الظروف التي يجب الإبلاغ بها فتشمل كل المعلومات التي وصلت واري اتصالات حصلت مع المؤمن بشأن الخطر. وأخيراً يمكن لأي تصريح أن يتم سحبه أو تعديله قبل تمام إبرام العقد.

3- مضمون الإفصاح (البيانات المتضمنة) :

بالإضافة إلى ذلك، تضع المادة 4/3 شروطاً بشأن مضمون

الإفصاح:

أ- فيتعين أولاً، أن يشمل الإفصاح كل ظروف جوهرية يعلم بها المؤمن له أو يتعين عليه أن يعلم بها.

ب- أو، على الأقل، يتعين عليه أن يشمل معلومات كافية لتنبية المؤمن الحريص أن عليه القيام بالتحري للوصول لمثل هذه الظروف الجوهرية.

وتضيف الفقرة 5 من المادة 3 أحوال معينة لايلزم فيها الإفصاح مالم يستعلم عنها المؤمن: هذه الحالات هي :

أ. إذا كانت الظروف تؤدي إلى التقليل من الخطر.

ب. أو إذا كان المؤمن يعلمها،

ج. أو إذا كان علي المؤمن أن يعلمها. وتعرف المادة 3/5 هذه الطائفة من الظروف بأنها ظروف إما من المعلومات العامة

²³ مادة 7 فقرة 3 من المشروع.

²⁴ مادة 7 ف 5 من المشروع.

لجميع، أو من المعلومات التي يتوقع، في ظل ظروف العمل العادية، أن يعلم بها أي مؤمن يقوم بهذا النوع من التأمين لمؤمن لهم قائمين بنفس نوع النشاط محل التأمين.
د. أو إذا كان المؤمن يفترض فيه أن يعلمها.
ه. أو كان متعلقاً بمسألة تنازل المؤمن عن الحصول على معلومات عنها.

ثالثاً: معنى العلم بالنسبة للمؤمن والمؤمن له:

رأينا من المشكلات التي كانت تشوب القانون القديم عدم وضوح ا لشخص المقصود عند الحديث عن العلم واستطاعة العلم. وعلى ذلك أفرغ المشرع مساحة لتحديد المقصود بذلك، مميّزاً زيادة في الإيضاح بين المؤمن والمؤمن له²⁵.

1- علم المؤمن له:

فبالنسبة للمؤمن له، يميز النص بين المؤمن له الفرد، والشخص المعنوي. فبالنسبة للفرد: لا يعد الفرد عالماً إلا بما يعلم به هو شخصياً، أو يعلم به شخص أو أكثر من القائمين على التأمين له (م4ف2).

وبالنسبة للشخص المعنوي (م4ف3) ، فإنه يعد عالماً بما يعلم به شخص أو أكثر من القائمين بأعمال الإدارة العليا فيه، أو من هؤلاء القائمين على التأمين له.

ويعرف المشرع "القائم على التأمين" بأنه من يقوم، أو يشارك، نيابة عن المؤمن له في الحصول على التأمين أياً كانت صفته: موظف لدى المؤمن له، سمسار أو وكيل، موظف لدى السمسار أو الوكيل، أو غير ذلك. أما القائمين على الإدارة العليا، فيعرفهم المشرع بأنهم من يقومون بدور هام في إتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة أو تنظيم أنشطة المؤمن له.

²⁵ غير أنه معنى العلم يظل واحداً، وهو، وفقاً للقانون العلم: لا يقصد بالعلم العلم اليقيني فحسب. بل يشمل أيضاً الشكوك التي تساور الشخص والتي كان يمكنه أن يعلم بها لولا أنا تعمد أن يكف نفسه عن التحري عنها أو التأكد منها، مادة 6 من المشروع.

ومع ذلك يحترز القانون من أن يجعل المؤمن له مسئولاً عن معلومات يعلمها وكيله، أو سمساره في التأمين، دون أن تكون لها علاقة به أو بعقد التأمين محل النزاع.

وعليه، فقد نصت المادة على أن المؤمن له لا يعد عالمياً بأيّة معلومات سرية يعلم بها وكيله أو الموظف لدى وكيله، وكان الوكيل قد حصل على هذه المعلومات السرية من خلال علاقة عمل مع شخص من الغير لا علاقة له بعقد التأمين. وزيادة في الإيضاح تنص المادة على أن الأشخاص ذوي العلاقة بعقد التأمين هم المؤمن له، أو المستفيد من عقد التأمين، غير المتعاقد نفسه، أو في حالة إعادة التأمين، المستفيد من عقد التأمين الأصلي²⁶.

أما بالنسبة بما يجب على المؤمن له أن يعلم به، فتنص الفقرة 6 من المادة 4 على أنه يجب عليه أن يعلم، سواء أكان فرداً أم شخصاً معنوياً، بما كان يمكن الحصول عليه من خلال بحث معقول في المعلومات المتوافرة لدى المؤمن له، سواء كانت هذه المعلومات متوافرة داخلية المؤسسة نفسها (أو الشركة) أو لدى وكيل المؤمن له أو المستفيد من عقد التأمين وغيرهم.

2- علم المؤمن²⁷:

أما بالنسبة للمؤمن، فلا يعد المؤمن عالمياً إلا بما يعلمه واحد أو أكثر من المشاركين، نيابة عن المؤمن، في إتخاذ القرار بشأن قبول الخطر وشروط التأمين عليه. ومن ناحية أخرى فإن المؤمن يجب عليه أن يعلم بالظروف المحيطة بالتأمين: إذا كان أحد موظفيه أو وكلائه يعلم بهذه الظروف وكان يجب عليه عادة أن يخطر بها المؤمن أو المشاركين في إتخاذ القرار بشأن التأمين، وكذلك المعلومات المتوافرة فعلاً لدى المؤمن والمتاحة بسهولة لهؤلاء المسؤولين.

رابعاً: جزاء الإخلال بالالتزام:

كما في شأن المؤمن له المستهلك، فقد وضع المشرع نظام جزاء متدرج بحسب سوء نية المؤمن له²⁸.

²⁶ مادة 4فقرة 5 من المشروع.

²⁷ مادة 5 من مشروع القانون.

غير أنه وضع أولاً شرطاً مبدئياً، وهو أن يثبت المؤمن أنه لولا اخلال المؤمن له بواجباته فإن المؤمن ماكان ليقبل التأمين أصلاً، أو كان ليقبل لكن بشروط مختلفة²⁹.

فإذا تحقق هذا الشرط، فإن هذا الإخلال يسمى في اصطلاح القانون بـ "الإخلال المعتبر"³⁰ وهو على أنواع: إما عمدي، أو بعدم مبالاة (reckless)، وإما أن لا يكون ناشئاً لاعن عمد ولاعن عدم مبالاة. ويقع عبء إثبات العمد أو عدم المبالاة على المؤمن.

أما العمدي، فيكون في حالة علم المؤمن له أنه مغل بالتزامه، ويكون الاخلال مع عدم مبالاة (باستخفاف) إذا كان لايبالي إذا كان مغللاً أم لا.

1- فإذا كان الإخلال عمدياً أو بعدم مبالاة: فإن للمؤمن إبطال العقد، ورفض دفع مبلغ التأمين، كما لايلتزم برد أي من الأقساط التي حصل عليها.

2- إذا لم يكن الإخلال عمدياً أو مصحوباً بعدم مبالاة:

أ. إذا كان أثر الإخلال هو قبول المؤمن للتأمين، وما كان ليقبل لولا غياب الإفصاح، فيكون له أن يبطل العقد ويرفض دفع مبلغ التأمين، لكن يلتزم برد الأقساط.

ب. لو كان المؤمن يقبل دخول العقد في كل حال لكن بشروط مختلفة، فإن العقد يعتبر وكأنه قد أبرم بالموافقة لهذه الشروط التي كان المؤمن ليقبلها.

28 مادة 8 من مشروع القانون ، والملحق رقم واحد منه.

29 وهو شرط الدافع، أو رابطة السببية، المشار إليه آنفاً.

30 ولايختلط هذا الشرط بشرط الجوهرية. فالجوهرية صفة تلحق بالبيان، فيكون بياناً جوهرياً إذا كان المؤمن الحريص ليرغب في معرفته، اما "الاعتبار" فصفة تلحق الإخلال نفسه استناداً إلى قيام رابطة السببية بينه وبين ابرام العقد. فيتصور والحال كذلك وقوع عدم ادلاء ببيان جوهري، لكن هذا الاخلال يفتقد شرط الاعتبار لعدم قدرة المؤمن على اثبات السببية بينه وبين ابرام العقد بشروطه.

ج. لو كان أثر الإخلال هو دفع مبلغ قسط أقل، فإن يتم تخفيض مبلغ التأمين بنسبة انخفاض القسط عن القسط المقبول للمؤمن. (سواء أكان ذلك مصحوباً بتغيير للشروط كذلك أم لا).

جزاءات الإخلال في حالة التعديل:

بالإضافة إلى ما تقدم، أفرد المشرع مواداً للحديث بمناسبة تعديل في العقد

1- في حالة العمد وعدم المبالاة: له الإخطار بالإنهاء من تاريخه. وعدم رد الأقساط.

2- في حالة عدم ثبوت العمد أو عدم مبالاة، وكان القسط التأميني قد زاد بسبب التعديل أو لم يتغير: له التعامل مع العقد وكأنه لم يتغير. ويرد القسط. بشرط ألا يكون المؤمن ليوافق على التعديل لولا الإخلال. أما لو كان المؤمن ليوافق في جميع الحالات لكن بشروط مختلفة، فإن هذه الشروط تعتبر وقد تضمنت في العقد مع تعديل مبلغ التعويض بما يتناسب مع الأقساط التي كان ليتم الاتفاق عليها في هذه الحالة.

3- أما في الحالة السابقة لو كان ذلك مصحوباً بتخفيض القسط، فإن التعديل يعد وكأنه لم يتغير، ويخفض مبلغ التأمين أيضاً بنسبة القسط الفعلي إلى القسط المستحق. أما لو كان المؤمن ليوافق في كل حال لكن بشروط مختلفة، اعتبرت الشروط المختلفة.

4- وفي كل هذه الأحوال، يعاد تقدير مبلغ التأمين بالنظر إلى الشروط الجديدة، أو المقبولة، ثم نسبة القسط المتفق عليه للقسط الذي كان المؤمن ليتفق عليه وذلك بمعادلة مركبة يذكرها المشرع في المادة 11 من الملحق رقم 1 بشأن الجزاءات.

خامساً: إمكانية الاتفاق على شروط أكثر صرامة في حق المؤمن له:

رأينا في شأن المستهلك، أن قواعد الحماية القانونية التي أتى بها المشرع هي حماية الحد الأدنى التي لا يمكن التقليل منها. أما في شأن المحترف فالأمر مختلف. فليس هدف اللجنة الحجر على الأطراف وإنما محض رد التوازن بينهم ثم حماية حريتهم التعاقدية غير مشوبة بغش أو ادعان.

وعليه فإن قواعد القانون في كل ما سبق هي في حقيقتها قواعد مكملة، لم ينص القانون على عدم جواز التعاقد على ما يخالفها³¹. غاية الأمر أنه أقام التزاماً على المؤمن في هذه الحالة بما يسميه الشفافية

:Transparency

فقد نصت المادة 17 فقرة 3 من القانون على عدم نفاذ أي شروط في أي عقد تضع المؤمن له، في شأن تأمين غير المستهلكين، في وضع أسوأ مما هو عليه طبقاً لقواعد مواد الإفصاح المنصف. غير أن مثل هذه الشروط تصبح نافذة إذا ما استوفت الشروط الواردة في المادة 18 منه. أما المادة 18 مذكورة، فقد تطلبت التالي:

- أ- على المؤمن أن يتخذ اللازم لتنبيه المؤمن له، قبل التعاقد أو قبل تعديل أي عقد، إلى أي شروط تضعه في موقف أسوأ من القانون.
- ب- هذه الشروط في صياغتها، يتعين أن تكون واضحة ولا تثير لبساً بشأن أثرها.

ثم تنص المادة، على أن تقييم مدى تحقق الشرطين السابقين يتعين أن يتم بالنظر إلى نوع العميل وظروف التعاقد. ويلاحظ أن المعيار هنا موضوعي هو "خصائص المؤمن لهم من نفس طبيعة (نوعية) المؤمن له المعني"³² ومع ذلك تنص الفقرة 5 من المادة على أن المؤمن له لا يستطيع الاحتجاج بإغفال المؤمن القيام بواجبه في التنبيه، إذا كان هذا المؤمن له عالماً فعلاً وقت التعاقد أو التعديل بهذا الشرط الأسوأ أثراً بالنسبة له. فالمسألة هنا أيضاً هي مسألة ضمان التوازن العقدي والأمانة في التعامل، لا الحمائية كما كانت الحالة في شأن المستهلكين.

³¹ تقرير المحترفين النهائي، المرجع السابق ص 68.

³² characteristics of insured persons of the kind in question.

المطلب الرابع

مقارنة بين القواعد الحاكمة للمستهلكين وغير المستهلكين
إذا كان هدف المشرع هو تعديل القواعد الغامضة والمجحفة للالتزام
بمنتهى حسن النية، فإن هذا لا ينفى وجود فوارق حتمية بين المستهلك وغيره.
ويترتب على ذلك فوارق في الهدف والأسلوب عند تناول نوعي العقود³³.
فمن حيث الهدف، تأتي القواعد الحاكمة للمستهلك بقصد الحماية من
عسف المحترف وتضع قواعد تخفف العبء عن المستهلك وتلقي به على
المحترف ثم تصبغها بالصبغة الأمرة بحيث تحمي المستهلك من محاولات
المحترف التهرب من تطبيق هذه القواعد. أما في شأن المحترفين فغاية الأمرة
هو محاولة إقامة توازن لا في العقد نفسه، فهذه مسئولية المتعاقدين، وإنما في
الموقف التفاوضي بحيث تجعل الالتزامات المتبادلة متوازنة عند التعاقد بما
يتطلب من كل طرف بذل جهد مناسب متوازن في الوصول إلى أفضل نتيجة
تعاقدية ثم تحمل النتائج الناجمة عن تصرفاته وإرادته³⁴.
وإذا كان مشروع القانون قد ساوى بين المحترف والمستهلك من حيث
انشاء النظام التدريجي للجزاءات، إلى أن طبيعة الإلتزام وقسوته نفسها
تختلف من وجهين أساسيين.

1- فمن حيث طبيعة الإلتزام: فإن المؤمن له المحترف مازال يلتزم، كما
كان الوضع القديم بأن يتقدم ويبادر إلى الإفصاح عن المعلومات
المتوافرة لديه. وهو في ذلك ملتزم بنتيجة، هي تقديم المعلومات
المتوافرة بدقة، ووضوح، وعلى وجه صادق. أما المستهلك، فقد رأينا
أن التزامه قاصر على بذل العناية المعقولة لعدم تقديم معلومات غير
صحيحة. والفارق بين الإلتزامين واضح. ولاشك أن هذا الفارق يزداد
مع استعمال معايير المستهلك العادي والمؤمن له العادي خاصة أن ما

³³ بصورة عامة راجع بحثنا حوكمة شركات المساهمة دراسة في الأسس الاقتصادية
والقانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص 122-126 وبصفة خاصة
ص 123 حيث نتناول الفارق بين عقود المحترفين وعقود المحترفين مع المستهلكين.
³⁴ قارب تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق، ص 10.

يتطلب من مؤمن له محترف عادي يفوق طبعاً ما يتطلب من المؤمن المستهلك.

2- من حيث الزامية القواعد: فالقواعد الحامية للمستهلك متصفة بالصفة الأمرة لايجوز الاتفاق على ما يخالفها، في حين أن قواعد غير المستهلكين يجوز الاتفاق على ما يخالفها بشرط الشفافية كما بينا في السابق.

بالإضافة إلى ذلك توجد بعض الاختلافات التي لاشك تشكل فارقاً في التطبيق، مثل اختلاف فكرة المؤمن له العادي بين المؤمن له المستهلك والمؤمن له المحترف. كذلك يلاحظ مثلاً اختلاف تعريف عدم المبالاة بين القانونين، فبينما عرفها في شأن المستهلك بأنها عدم المبالاة بصحة البيان أو بكون البيان هاماً، في حين أن تعريف عدم المبالاة بشأن غير المستهلك هو عدم المبالاة بما إذا كان متفقاً في سلوكه مع القانون من عدمه، وهي مسألة قد تكون أسهل في الإثبات أمام القضاء.

خاتمة البحث

لا يمكن للباحث المنصف أن يقيم قواعد التأمين البحري في عزلة عن طبيعة سوق التأمين البحري الدولية، من حيث النطاق الجغرافي للأخطار والانتماء القانوني للعملاء المؤمن عليهم والسفن والبضائع المؤمن عليها، ولا عن الطبيعة المركزية شبه الاحتكارية من حيث التمركز الجغرافي للمؤمنين ومعيدي التأمين، ومن حيث صياغة القواعد القانونية، والنماذج التعاقدية، والأعراف المتبعة. كما لا يمكن فهم نشأة وتطور هذه القواعد في غيبة الوعي بطبيعة ونتائج المؤثرات السياسية والثقافية والاقتصادية، بالذات، على صانع القانون، سواء أكان البرلمان أو منصة القضاء، أو الأفراد.

ومن هذا المنطلق، فإن قانون التأمين البحري الإنجليزي، المكتوب منه والعرفي، هو قانون محترف في صناعة التأمين، بلا منازع. وهو بذلك النموذج الأمثل للقانون يصنعه التجار المحترفون لحماية التجار المحترفين وسوقهم وصناعاتهم. ويتجسد ذلك بصورة خاصة وواضحة، بل وفجة، في القواعد المقررة لمبدأ منتهى حسن النية في التأمين البحري.

في الوقت نفسه، يمثل قانون التجارة البحرية المصري، في تناوله لمسألة حسن النية، نموذجاً للمعضلة التي تواجه واضعي القوانين في الدول النامية، إذ تتطلع إلى دعم صناعتها داخلياً، ودعم مكانة صناعتها وتجارتها دولياً، ودعم مكانة نظامها القانوني داخلياً ودولياً كغاية وكوسيلة لتحقيق الغايتين الأوليين. وهو إذ يقتبس أولاً من القانون الفرنسي، ثم يقتبس من القانون الإنجليزي، تتصارعه دوافع نظرية متعلقة بانتمائه القانوني، ودوافع عملية متعلقة بالأعراف المستقرة على أرض الواقع وعلاقتها بحركة التجارة الدولية.

وأخيراً، فإن التأمين، بوجه عام، والبحري منه بوجه خاص، يشكل حقلاً خصباً لدراسة العلاقة بين المؤمن المحترف، والمستهلك غير المحترف، في ضوء الإذعان والغرر الذين يشوبان العقد، بحيث تتجلى في العقد أهمية بل وخطورة فكرة حماية المستهلك.

وقد رأينا أن قانون التأمين البحري الإنجليزي، قد انصاع أخيراً للتغيير المناخي القانوني الذي بات معنياً بوضوح بمسائل حماية المستهلك، ورأينا أن هذه الرياح لم تتوقف في القانون الإنجليزي عند حماية المستهلك بمعناه الضيق، فامتدت بيد التغيير إلى حماية "العميل" باعتباره المستهلك بالمعنى الأوسع.

وفي مصر، وعالمنا العربي، تتعالى صيحات التدخل باصدار القوانين الخاصة بحماية للمستهلك. ويكون من المنطقي أن ننظر إلى القانون الإنجليزي، مصدر القواعد المصرية في التأمين البحري لننظر كيف تصرفت الدولة الأم في قانونها، فنسعى إلى تغيير محتمل في قانوننا.

غير أننا إذ ننظر إلى التغييرات التي طرأت على القانون الإنجليزي، لايسعنا إلا أن نرى مدى تشابهها، إن لم نقل تطابقها، مع قواعد القانون المدني العامة، أو على الأقل مع القواعد الخاصة التي يقررها الفقه والقضاء المدني للتأمين³⁵. وكان الزمان قد استدار دورته، وعدنا إلى التطلع إلى قواعد

³⁵ أنظر في مراجعة المشرع الإنجليزي نفسه للقانون المقارن واسترشاده به العرض التفصيلي في تقرير المحترفين التشاوري، المرجع السابق ص 27 ومابعدها.

القانون المدني المصري، في علاقته بالقانون التجاري عامة وقانون التجارة البحرية خاصة (في شأن البحث المائل) باعتباره القانون الذي يحمي الأطراف "غير المحترفين" في السوق المعني، ليحميهم من عسف خضوعهم لقواعد قانونية ما وضعها إلا المحترفون، وما موضوعها إلا لمصلحتهم الخاصة، وما أسبغ عليها القانون التجاري عباءة دعمه وحمايته إلا بغرض تيسير التعامل بين هؤلاء المحترفين وهي الحماية التي يتعين أن تلتزم بهذا النطاق الذي تقتضيه طبيعتها ومبرر وجودها. وكأن القانون المدني، قد بات، بعد أن كان الشريعة العامة، القانون الخاص الذي يحمي المستهلك، في ضوء توسع وتغول قواعد القانون التجاري على شتى مناحي الحياة الاقتصادية في مستهل القرن الواحد والعشرين.

-أما في شأن المحترفين، فإن المسألة قد تبدو في ظاهرها أكثر تعقيداً.

-فالالتزام ناشئ عن محاولة إقامة التوازن بين عوامل شتى.

فمن ناحية هناك الارتباط الجوهرى بين عقد التأمين وفكرة الخطر، هذا الخطر الذي يؤدي أي تغير في حجمه أو في نسبة توقعه إلى آثار بالغة على توقعات الطرفين وعلى الجدوى الاقتصادية للعقد بل للمنشأة التأمينية ذاتها، وهي فكرة تحكم العديد من الأحكام المتضمنة في قانون التأمين البحري³⁶. ينضاف إلى هذا الاعتبار كون شركات التأمين حجر زاوية في النظام المؤسسي الاقتصادي والمالي للدولة بحيث أن حمايتها من التلاعب أو تحمل أخطار على أسس وهمية هي مسألة بالغة الخطورة.

ولا بد أن ينظر إلى هذين العاملين في ضوء عاملين آخرين: الأول هو كون عقد التأمين من عقود التعويض واقتصار حقوق المؤمن له في العقد على التعويض عن الضرر الفعلي الذي يصيبه وهو ما يجعل التقدير الصحيح لهذا الضرر الفعلي المحتمل حتمي في تحديد المؤمن للموارد الاقتصادية اللازمة

³⁶ راجع على سبيل المثال، ملش المرجع السابق ص 295

لوفاء بالتزامه في التعويض³⁷. والعامل الثاني هو الكيفية التي كان يجري، وما زال، عليها التأمين بالاككتاب في الخطر. هذا الاككتاب بين المؤمنين في الخطر والذي يشبه في كثير من نواحيه الاككتاب في سوق الأوراق المالية، لا يتيح للمكتتبين الوقت اللازم ولاتتوافر له ظروف التمحيص عن الخطر³⁸، وإنما يأتي استجابة لاحتياجات السوق والمظهر العام للخطر والبيانات المعلنة عنه، بحيث يتعين أن يتطلب من معد البيان، كما في سوق الأوراق المالية، الدقة البالغة.

بل إن هذا الاعتبار الأخير يجعل الاككتاب في التأمين في هو في حقيقته قريب الشبه بعقد الشركة، بحيث يتطلب ويستلزم التعاون بين المؤمن والمؤمن له باعتبارهما شركاء حقيقة في المخاطرة³⁹.

هذه الاعتبارات كلها يضاعف منها ما كان عليه السوق من غيبة التكنولوجيا المتطورة وقواعد البيانات التفصيلية التي تتيح فحصاً دقيقاً سريعاً للمخاطر أو المعلومات المبينة. وإذا أضفنا إلى ذلك كله كون المؤمن لهم عادة من المحترفين في مجال النقل البحري أصلاً، وإبرام العقود من قبل وكلاء وسماسرة محترفين كذلك، يمكن تفهم صرامة الالتزام.

ولاشك أن العديد من هذه العوامل قد مسها التغيير وبصفة خاصة مدى توافر المعلومات والبيانات ودخول المستهلكين غير المحترفين كمؤمن لهم. وهو ما يقتضي إعادة النظر في المبدأ لالتخلص منه نهائياً ولكن بتعديله⁴⁰.

37 أنظر في فكرة التعويض السنهوري، الوسيط المرجع السابق، الجزء السابع عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ص 1609 وما بعدها.

38 بل إن فكرة تقديم طلب التأمين نفسه قد لاتكون قائمة أصلاً، جمال الحكيم، التأمين البحري دراسة علمية عملية قانونية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة 1955، 43-44.

39 عبد المنعم البدر اوي ص 304 مشار إليه في رمضان أبو السعود 448.

40 أنظر على سبيل المثال تقرير المحترفين التشاوري ص 36 في تعداد بعض عوامل تعقيد التعاقد في شأن التأمين البحري، وبصفة خاصة غيبة أي إفصاح حقيقي، وتنوع أنواع المخاطر، وتدخّل السماسرة وكون المؤمن لهم من المحترفين. لكن أنظر التقرير نفسه ص 2 وهو يتحدث عن التغييرات التي طرأت على سوق اللويدز منذ نشأتها، بعد

فإذا كانت علة نشأة الالتزام الصارم بالمبادرة للإفصاح الصادق هي وضع المؤمن على قدم المساواة مع المؤمن له من حيث الإحاطة بالمعلومات الجوهرية عن الخطر¹، فإن هذا الالتزام يقدر بقدره، وهو إذ تجاوز الغرض منه، أصبح من الضروري التدخل لإعادة التوازن بين المتعاقدين مرة أخرى، هذه المرة بوضع المؤمن له على قدم المساواة مع المؤمن من حيث تبادل الالتزامات بالإفصاح وبالتقصي عن المعلومات.

غير أننا قد رأينا مرة أخرى، كيف أن ما جاء به المشرع الإنجليزي كان في حقيقته محاولة لمسايرة ركب القوانين الأوروبية والدولية في هذا الشأن، فعاد بنا، هو كذلك، إلى باحة القانون المدني الرحبة، إنطلاقاً من من اعتبار حسن النية مبدأً عاماً يحكم التفسير والتنفيذ دون ترتيب التزامات محددة، وانتهاءً بتدرج الجزاءات بحسب تدرج درجة سوء النية، مع اختلاف طفيف في تفاصيل الأمر ومع مراعاة الحرية التعاقدية اللصيقة بالحياة التجارية.

وليس الهدف من هذا البحث هو الدعوة للاقتباس مرة أخرى، وإنما الدعوة لإعادة النظر، على بصيرة، في ضوء الاعتبارات الوطنية، النظرية والواقعية التي تحقق المصلحة الوطنية.

أن صارت تقبل في عضويتها الشركات وليس الأفراد، وبعد أن تغيرت أنظمة التعاقد من التعاقد فرد لفرد إلى التعاقدات من خلال أنظمة اليكترونية معقدة
1 على حسن يونس، المرجع السابق ص 311.

مسئولية الناقل البحري عن تعويض أضرار القرصنة

(دراسة تحليلية تأصيلية)

الدكتور

علاء التميمي عبده

مدرس القانون التجارى والبحرى – كلية الحقوق جامعة المنصورة

والأستاذ المساعد بكلية الشريعة والأنظمة جامعة تبوك – السعودية

مقدمة عامة

لعبت القرصنة البحرية⁽¹⁾ في الآونة الأخيرة⁽²⁾ دورًا خطيرًا في تهديد

(1) راجع:

تعد القرصنة من أقدم المهن التي عرفتھا المدن اليونانية القديمة وقد كانت تمارس على نطاق واسع، ومن العجيب أنها كانت تعد من المهن الشريفة للعيش، هذا وقد شهد البحر الأبيض المتوسط انتشارًا واسعًا لأعمال القرصنة خلال الإمبراطورية الرومانية، وقد كانت مواجهتها تتم بحملات قمعية.

Bjørn Møller, Piracy – Maritime Terrorism and naval strategy, Danish institute for international studies report 2009, p6; H.E. Jose' Luis Jesus, Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects, The international journal of marine and coastal law, Vol 18, No 3, 2003, p 364.

(2) فالملاحظ أن ظاهرة القرصنة قد تفاقمت بصورة كبيرة في السنوات الأخيرة ، وغدت ظاهرة تقتضي حشد الجهود لمواجهتها، فقد رصدت الإحصائيات في عام 2002 وقوع حوالي 270 حادث قرصنة في المياه الآسيوية، وخلال الربع الأول من عام 2003 ما يقرب من 230 حادث في المنطقة ذاتها ، وخلال التسعة أشهر الأولى من عام 2009 كان هناك ما يقرب من 294 حالة قرصنة على مستوى العالم، وقد شملت هذه الهجمات 34 حالة سطو. والغالبية العظمى من هذه الحالات وقعت في جنوب شرق آسيا، وقبالة القرن الأفريقي، وعلى طول الساحل الغربي لأفريقيا، مع هجمات قليلة متناثرة على طول ساحل أمريكا الجنوبية.

Diana Chang, Piracy laws and the effective prosecution of pirates, Boston College International & Comparative Law Review (Vol. 33:273),2010, p 273;

د.أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية، دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، 2009، ص64.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (131)

النقل البحري⁽¹⁾، وأثرت بشكل ملحوظ على حركة التجارة الدولية⁽²⁾، مما دفع المجتمع الدولي للانتفاض ذعراً على سلامة رافده الأساس لنقل السلع والبضائع (النقل البحري)⁽³⁾، باحثاً عن الآليات التي يمكن من خلالها مواجهة هذه

(1) وتأتى القرصنة البحرية وغيرها من أعمال العنف المسلح كحلقة ضمن مسلسل الحرب الباردة، التي ساعد على إشعالها تفشى النزاعات الطائفية والعرقية من ناحية، وانتشار أسلحة الدمار الشامل من ناحية أخرى، وحالة الانفلات الأمني التي تعاني منها العديد من الدول في الوقت الراهن، بالإضافة إلى تردي الأوضاع الاقتصادية في كثير من هذه الدول. وقد وجدت أعمال القرصنة في شل حركة الملاحة البحرية ضالتها المنشودة، باعتبار أن انتظام وسلامة هذه الملاحة هي مسألة أمن قومي بالنسبة لأية دولة. وقد تزايدت خطورة هذه الأعمال على انتظام حركة الملاحة البحرية على أثر ما شهدته أعمال القرصنة المعاصرة من تطور في مفهومها وأساليب ارتكابها وصفة الأشخاص الذين يقفون وراءها ويمولونها، فهي لم تعد مجرد حوادث فردية تستهدف أشخاصاً معينين لتحقيق أغراض خاصة، بل أضحت أعمالاً منظمة تمولها الجماعات الخارجة عن القانون، والمدعومة من بعض الدول لتحقيق أغراض سياسية أو اقتصادية معينة. المرجع السابق، ص 5.

Jean Marie, La Cour Pénale Internationale et le terrorisme international: Le problème de compétence razione materiae, Memoire Online 2007, p6; Christopher Joyner, Navigating Troubled Waters(Somalia, Piracy, and Maritime Terrorism), Georgetown Journal of International Affairs, Winter/Spring 2009, p3.

(2) راجع:

H.E. Jose' Luis Jesus, Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects, op. cit, p363; Batoul Modarress & A. Ansari & Emil Thies, The effect of transnational threats on the security of Persian Gulf maritime petroleum transportation, Springer Science Business Media, 24 June 2012, p169.

(3) راجع في ذلك:

Guo Xinning, Anti-Terrorism Maritime Security and ASEAN-China Cooperation; A Chinese Perspective, Institute of Southeast Asian Studies, 2005, p3; Bjorn Moller, piracy & maritime terrorism and naval strategy, op. cit, p5; Diana Chang, Piracy laws and the effective prosecution of pirates, op. cit, p 273; Peter Gordon - James E. Moore- Harry W. Richardson, Economic Impact Analysis of Terrorism Events, Discussion Paper No.22(Prepared for the= =OECD/ITF Round Table of 11-12 December 2008 on Security, Risk Perception and Cost-Benefit Analysis, p 11. available at:

الظاهرة والقضاء عليها، بعد أن انتشرت بشكل ملحوظ بالقرب من شواطئ كينيا وتنزانيا ومدغشقر، وشاطئ بحر العرب في عمان وخليج عدن ومضيق باب المندب، وأيضًا في جنوب غرب المحيط الهندي قبالة السواحل الصومالية⁽¹⁾. الأمر الذي تسبب في كارثة اقتصادية حقيقية، طالت آثارها العديد من الدول⁽¹⁾.

<http://www.internationaltransportforum.org/jtrc/discussionpapers/DP200822.pdf>;

Andrew Marshall, maritime terrorism could have global economic impact, insurance journal, March 5, 2010, p1; Kevin X Li; Jin Cheng, Maritime Law and Policy for Energy Security in Asia: a Chinese Perspective, journal of Maritime Law and Commerce, vol.37, No 4, 2006, p 567.

- ويشهد على ذلك ما أورده التقارير الدولية في هذا الشأن، فقد جاء في التقرير الصادر عن مؤسسة شاتام هاوس البريطانية المختصة بشؤون السياسة الخارجية أن تنامي عمليات القرصنة المستهدفة للملاحة البحرية من شأنها أن تضرب في عمق التجارة الدولية بأسرها، وذلك بالنظر إلى أن الملاحة البحرية هي شريان الحياة بالنسبة لهذه التجارة. أيضًا أكد تقرير صادر عن رابطة أمم جنوب شرق آسيا (ASEAN) أن انتشار الإرهاب البحري هو بمثابة إعلان للحرب على الاقتصاد العالمي، خاصة بالنسبة لاقتصادات الدول البحرية. وهذا ما كشفت عنه أحداث بالي التي وقعت في 12 أكتوبر 2002، والتي تزامنت مع الذكرى الثانية للاعتداء على سفينة (USS) في ميناء اليمن في أكتوبر 2000، أيضًا صادف الذكرى السابعة عشرة لاختطاف سفينة سياحية إيطالية عام 1985 والاعتداء على 511 من ركابها وأفراد طاقمها، وأيضًا الاعتداء الذي وقع على السفينة الفرنسية ليمورج قبالة السواحل اليمنية في 6 أكتوبر 2002. راجع:

Necmettin Akten, Shipping accidents: a serious threat for marine environment, J. Black Sea/Mediterranean Environment, Vol 12:269-304(2006), p 271. Graham Gerard, Pre-empting Maritime Terrorism in Southeast Asia, Institute of South East Asian Studies, 29 November 2002, P1.

(1) ويعود اتساع حجم القرصنة في السواحل الصومالية إلى ما تشهده دولة الصومال من تردّي الأوضاع السياسية والأمنية، بسبب سقوط الحكومة المركزية في مطلع التسعينيات. وقد استطاع القراصنة الصوماليون في 2008/9/25 من خطف السفينة الأوكرانية *The Faina*، والتي كانت محملة بأسلحة وذخائر روسية الصنع من بينها دبابات T-72. كما أنهم تمكنوا في 2008/11/17 من احتجاز ناقلة النفط السعودية *Sirius star*. وقد تسبب هذا الوضع في تدخل مجلس الأمن بالعديد من القرارات، كان أهمها القرار رقم (1838) الصادر بتاريخ 2008/10/7، والذي خول جميع دول العالم في اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لمكافحة القرصنة البحرية، وأيضًا القرار رقم (1816) بتاريخ 2 يونيو 2008، والذي أعطى للدول الحق في دخول المياه الإقليمية الصومالية والقبض على القراصنة. د. عادل عبد الله المسدي، أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية وإجراءات مكافحتها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،

وعلى الرغم من تعدد وتنوع الآليات التي قد تتبع للتصدي للقرصنة ما بين ملاحقة أمنية وتدابير احترازية⁽²⁾، فإن المواجهة التشريعية والقانونية (خاصة في مجال المسؤولية المدنية) تأتي على رأس الأولويات التي يجب الاهتمام بها، حيث إنها تعد السبيل الوحيد الذي يحقق جبراً حقيقياً لما لحق المضرور من أضرار، الذي لا تعنيه كثيراً ملاحقة القرصنة أمنياً لا اعتقالهم والقبض عليهم، ليس فقط لصعوبة هذا الأمر، ولكن لصعوبة الحصول منهم على التعويضات المستحقة، بالنظر إلى أنهم في الغالب ممن لا مأوى لهم ولا مال. يأتي هذا متواكباً مع تبنى النظم القانونية لفلسفة جديدة في التعامل مع حادثة القرصنة، حيث لم تعد تنظر إليها على أنها من قبيل حوادث القوة القاهرة، كما أن

2010، ص7؛ د. عبد الله الهواري، القرصنة البحرية في ضوء القانون الدولي، المكتبة العصرية- المنصورة، الطبعة الأولى، 2010، ص3.
- وفي يناير عام 2009 صدر عن مجلس التقارير التابع للغرفة الدولية للتجارة التابع للمكتب البحري الدولي تقريراً أفاد بتصاعد مدهل في عمليات القرصنة في هذا العام مقارنة بما كان عليه الحال عام 2008، حيث وقعت ما يقرب من 293 حادثة قرصنة بحرية استهدفت سفناً من جميع أنحاء العالم، بما يمثل ارتفاعاً في نسبة 11%.
Christopher Joyner, Navigating Troubled Waters, Somalia, Piracy, and Maritime Terrorism, Law&Ethics, Winter/Spring 2009, p83.

- (1) فما يقرب من 30% من حجم التجارة البترولية التي تأتي من دول الخليج العربي يمر بالبحر الأحمر وصولاً إلى أمريكا وأوروبا، ناهيك عن العدد الهائل من سفن البضائع الكبيرة. د. أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية، مرجع سابق، ص8.
- (2) وقد ظهرت العديد من التدابير الأمنية منذ عام 2001، والتي تهدف إلى مجابهة أشكال العنف الموجهة ضد السفن خاصة أعمال القرصنة. وفي هذا السياق أعدت منظمة التعاون والتنمية بالاشتراك مع مؤتمر وزراء النقل الأوروبي ين (ECMT)، دراسة لبحث النقل الآمن للحاويات عند تعرض السفن المحملة بها لهجمات القرصنة، خاصة إذا كانت هذه الحاويات تحتوي مواد نووية أو بيولوجية أو كيميائية. وقد تمت الموافقة على نتائج هذا التقرير من قبل مجلس وزراء النقل ولجنة القانون البحري لمنظمة التعاون في باريس مايو 2004.

La Surete du transport intermodal de conteneurs , conference Europeenne des ministres des transports , OCDE 2005, disponible à;
<http://www.internationaltransportforum.org/4E8983DA-8251-4AE9-8891-F21758491965/FinalDownload/DownloadId-BFEDC984C13691CEAE959E6F1EBC8A61/4E8983DA-8251-4AE9-8891-F21758491965/pub/pdf/05ContainerSecF.pdf>

أحكام القضاء اتجهت في الآونة الأخيرة إلى اعتبار القرصنة من الحوادث البحرية التي يمكن للناقل توقعها و دفعها، ومن ثم يمكن أن يسأل عن التعويضات المستحقة عما تسببه من أضرار في مواجهة الشاحن. يصاحب كل ذلك، حرص الناقل على حصول الشاحن على تعويض مناسب عند وقوع مثل هذه الحوادث، وذلك حتى يضمن استمرارية ثقته في الاعتماد على النقل البحري لنقل السلع والبضائع، خاصة بعد أن بدأت شركات التأمين تقبل تغطية مخاطر القرصنة.

- أهمية الدراسة:

تبدو أهمية هذه الدراسة في محاولتها لتأصيل المسؤولية المدنية للناقل البحري عن أضرار القرصنة، خاصة في ظل وجود فراغ تشريعي على المستويين الوطني والدولي لتنظيم هذا الأمر بنصوص خاصة. فقد انشغلت التشريعات القانونية بالتعامل مع القرصنة من خلال تقرير المسؤولية الجنائية والمدنية للقرصنة رغم عدم جدوى هذا الأمر بالنسبة للمضروب، الذي يصعب عليه التعرف عليهم أو تحديد هويتهم حتى ينتهي له الرجوع عليهم، يأتي هذا في ظل ما شهدته صناعة النقل البحري من تطور هائل، زاد من قدرة الناقل على توقع حوادث القرصنة وعظم من قدرته على دفعها والتصدي لها، خاصة وأنه المسؤول الأول عن سلامة البضائع في مواجهة الشاحن.

- إشكاليات الدراسة:

تتجلى إشكالية هذه الدراسة في أن القرصنة ظلت لفترة زمنية طويلة ينظر إليها على أنها من حوادث القوة القاهرة التي يصعب على الناقل توقعها أو دفعها من الناحية العملية، الأمر الذي أثار التساؤل حول مدى اعتبار القرصنة من قبيل الحوادث البحرية التي يمكن أن يسأل عنها الناقل، وأساس مسؤوليته عن أضرارها في ضوء أحكام التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التعويض عنها.

وعلى صعيد متصل، أثارت القرصنة العديد من التساؤلات حول أثر احتجاز السفينة عند وقوعها في أيدي القراصنة على عقود العمل البحري التي تجمع الناقل بالعاملين على متن السفينة، وهل القرصنة سبباً لفسخ هذه العقود أو لا، وهل توجد التزامات خاصة تقع على عاتق كل من الناقل والعاملين البحريين خلال فترة احتجاز السفينة. من ناحية أخرى هل يؤدي احتجاز السفينة إلى إسقاط جنسيتها عنها ومن ثم إسقاط حقها في رفع علم الدولة التي تتبعها بجنسيتها.

- خطة الدراسة:

مقدمة عامة.

المبحث التمهيدي: أهمية تقرير مسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة.

المطلب الأول: ماهية القرصنة البحرية.

المطلب الثاني: تبرير المسؤولية المدنية للناقل البحري عن أعمال القرصنة.

الفصل الأول

الضوابط القانونية لاعتبار القرصنة حادثة يسأل عنها الناقل البحري.

المبحث الأول: مدى اعتبار القرصنة حادثة بحرية يسأل عنها الناقل.

المطلب الأول: التمييز بين الحادثة والحادث في مجال النقل البحري.

المطلب الثاني: تعريف الحادثة البحرية.

المبحث الثاني: اشتراط وقوع القرصنة خلال فترة زمنية معينة.

المطلب الأول: النطاق الزمني لمسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة.

المطلب الثاني: مدى اشتراط وجود البضاعة في حراسة الناقل أثناء وقوع

القرصنة.

الفصل الثاني: أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة ووسائل دفعها.

المبحث الأول: أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة.

المطلب الأول: أساس مسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة وكيفية دفعها في

القانون المصري.

المطلب الثاني: أساس مسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة وكيفية دفعها في اتفاقية

هامبورج.

المبحث الثاني: أحكام تعويض المضرور من حادثة القرصنة.

المطلب الأول: التعويض المستحق من الناقل عن أضرار القرصنة.

المطلب الثاني: مدى مسؤولية جهة التأمين عن تعويض أضرار القرصنة

البحرية.

المطلب الثالث: التزامات الناقل في حالة احتجاز السفينة من قبل القرصنة.

المبحث التمهيدي

أهمية تقرير مسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة

تبدو أهمية الوقوف على تعريف محدد للقرصنة بخصوص الحديث عن مسؤولية الناقل البحري عن تعويض الأضرار الناجمة عنها، انطلاقاً من ضرورة الوقوف بدقة على التوصيف القانوني لهذا الاعتداء، للنظر في مدى إمكانية تقرير مسؤولية الناقل عنه وحدود هذه المسؤولية، خاصة وأن القرصنة قد ينظر إليها البعض على أنها من قبيل القوة القاهرة التي يصعب على الناقل توقعها أو دفعها. من ناحية أخرى أختلف الفقه على نفسه بخصوص علاقة القرصنة بالإرهاب، وهل تعد القرصنة صورة من صور الإرهاب، أو إنها اعتداء له ذاتيته الخاصة.

المطلب الأول

ماهية القرصنة البحرية

أولاً/ تعريف القرصنة البحرية:

على الرغم من أن القرصنة تعد من أخطر صور الاعتداءات البحرية التي تسببت في شل حركة المسارات والخطوط البحرية على مستوى العالم، وأضرت بالتبعية باقتصاد وأمن العديد من الدول، فإن المجتمع الدولي يغيب عنه تنظيم قانوني موحد لها⁽¹⁾، الأمر الذي أدى إلى تعدد وتنوع التعريفات التي صيغت في هذا الشأن.

(1) ومن أهم مشاكل غياب تنظيم قانوني موحد للقرصنة أن المتعارف عليه أن هذه الجريمة تنسم بالدولية، مما يعطي لكل دولة الاختصاص في اتخاذ إجراءات الضبط وملاحقة الفاعلين، ومع ذلك يتسبب هذا الأمر غالباً في إفلات مرتكبي الفعل من العقاب، بسبب تراخي القوانين الوطنية في التعامل مع هذه الظاهرة، أو بسبب اعتبار هذا الفعل من وجهة نظر العديد من القوانين جرائم سياسية، الأمر الذي دفع بالعديد من الدول إلى العزوف عن ملاحقتها، ومن أمثلة هذه الدول المملكة المتحدة (UK)، بسبب أن قوانينها تمنع ملاحقة القرصنة الذين ينتمون لجنسيات معينة، وتسمح لهم بالبقاء في البلاد لأجل غير مسمى بعد المحاكمة. وقد أصدرت وزارة الخارجية البريطانية فتوي قانونية تفيد بأنه لا يمكن إبعاد قرصنة الصومال الذين يتعرضون لمعاملة قاسية في بلادهم، حيث إن مثل هذا الأمر يتنافى مع قانون حقوق الإنسان البريطاني. أيضاً في البرتغال لا يتم اتخاذ إجراءات القبض أو المحاكمة ضد القرصنة إلا إذا تعلق الأمر بالاعتداء على

ويعود الطرح الأول في مجال تعريف القرصنة البحرية إلي عام 1932، وذلك عبر مشروع الاتفاقية الخاصة بمكافحة القرصنة المعد من قبل جامعة هارفارد بالولايات المتحدة الأمريكية، حيث عرفت الجامعة القرصنة بأنها عبارة عن: " أعمال العنف التي تقع في مكان لا يخضع للاختصاص الإقليمي لأي دولة، وتتمثل في أعمال العنف والسلب لغاية خاصة ومن غير غرض مشروع، شريطة أن يتعلق هذا العمل بهجوم في البحر أو منه"⁽²⁾.
- تعريف اتفاقيتي جنيف لأعالي البحار لسنة 1958، واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982:

والملاحظ على التعريف الوارد بمشروع الاتفاقية الخاصة بمكافحة القرصنة المعد من قبل جامعة هارفارد بالولايات المتحدة الأمريكية أنه رسم ملامح خاصة بالقرصنة البحرية انعكست ظللها فيما بعد على الاتفاقيات الدولية التي تناولت هذا الموضوع بالتنظيم، فهي اتفاقيتي جنيف لأعالي البحار لسنة 1958⁽³⁾، واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982⁽⁴⁾ تعرفان القرصنة بأنها عبارة عن: "عمل غير قانوني ينطوي على العنف أو الاحتجاز أو النهب يرتكب لأغراض خاصة، من قبل طاقم السفينة أو أحد ركابها ضد سفينة في أعالي البحار أو طائرة في حالة طيران، أو ضد أشخاصها أو الأشياء المحملة عليها. أو ضد سفينة أو طائرة أو الأشياء المحملة عليها في مكان خارج الولاية القضائية

سفينة أو أشخاص يحملون الجنسية البرتغالية. راجع:

Diana Chang, Piracy laws and the effective prosecution of pirates, op.cit, p 280.

(2)

Counter piracy under International Law, academy briefing No. 1, Academy of International Humanitarian, , August 2012, p11.

(3) راجع:

Convention on the High Seas, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 30 September 1962. United Nations, Treaty Series, vol. 4, article (15), available at: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf

(4) راجع:

United Nations Convention on the Law of the Sea, , article (101), available at: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

لأي دولة. أو الاشتراك الاختياري في تشغيل سفينة أو طائرة مع العلم باستغلالها في أعمال قرصنة. أو أي عمل من أعمال التحريض لارتكاب واحد من الأعمال السابقة".

وقد وجه النقد لهذه التعريفات للأسباب الآتية:

- 1- إن حوادث القرصنة التي وقعت كشفت عن ضيق الألفاظ والعبارات المستخدمة في هذه التعريفات لاستيعاب الأساليب الجديدة للقرصنة، حيث قصرت مفهومها على أعمال العنف أو الاحتجاز أو النهب، واستبعدت محاولات الخطف والهجمات السرية التي تتم ليلاً لسرقة البضائع دون علم طاقم السفينة، وهذه هي الأساليب التي تم اتباعها في هجمات القرصنة التي وقعت في جنوب شرق آسيا والبرازيل. وقد برر البعض هذا القصور بتأثر هذه التعريفات بهجمات القراصنة التي تتم قرابة السواحل الصومالية، والتي يستخدمون فيها القنابل والصواريخ لتنفيذ هجماتهم⁽⁵⁾.
- 2- إن التعريفات السابقة اشترطت وقوع القرصنة في أعالي البحار، وهذا من شأنه عدم اعتبار كثير من أعمال العنف والنهب التي تقع للسفن في المياه الإقليمية أو المياه الداخلية أو في المياه الأرخيلية أو وهي في المرساة من قبيل القرصنة⁽⁶⁾، على الرغم من أن معظم الهجمات التي وقعت في جنوب شرق آسيا تمت في المضائق المائية الواقعة في المياه الإقليمية⁽⁷⁾.

(5) راجع:

James Kraska & Brian Wilson, Maritime piracy in east Africa, Journal of International Affairs, Vol. 62, No. 2, Spring/ Summer 2009, p 58.

(6) وقد تأثرت العديد من الأحكام القضائية بهذا الاتجاه، فقد عرفت المحكمة العليا الأمريكية القرصنة بأنها عبارة عن ارتكاب أعمال السرقة والنهب في أعالي البحار، يستوي أن يكون مصدر الاعتداء في البحر أو على الأرض بشرط أن يقع الضرر في أعالي البحار.

See, e.g., Sale v. Haitian Centers Council, Inc., 509 U. S. 155, 173–174 (1993); KIOBEL v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO.

(7) راجع:

James Kraska & Brian Wilson, Maritime piracy in east Africa, op. cit, p 58; H.E. Jose´ Luis Jesus, Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects, op. cit, p 366.

3- إن التعريفات السابقة ربطت وقوع القرصنة بتوافر غرض خاص أو مصلحة شخصية لدى مرتكبها، ومن ثم استبعدت من نطاقها أعمال العنف التي ترتكب لأغراض سياسية أو اقتصادية، كما استبعدت أيضاً وقوع القرصنة من جانب الدولة وقصر وقوعها فقط على الأفراد العاديين، وذلك على الرغم من وقوع العديد من حوادث القرصنة لأغراض سياسية واقتصادية، وإن كان ظاهرها أنها ترتكب للسلب والنهب. ويبدو لنا أن اشتراط وجود غرض خاص لدى مرتكب هذا الفعل هو أمر منتقد، حيث إن التشريعات القانونية تجرم القرصنة ليس لغرض مرتكبها، ولكن لخطورتها على الأمن وسلامة الأرواح والأموال.

- اتفاقية روما لقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد السلامة البحرية
1988:

وقد استمر المفهوم السابق للقرصنة حتى تم الاعتداء على السفينة الإيطالية (أكيلي لارو) في تاريخ 1985/10/8، حيث تم اختطافها من قبل مجموعة من الفلسطينيين للضغط على إسرائيل لإطلاق سراح بعض المعتقلين الفلسطينيين. وقد انتفض المجتمع الدولي على أثر هذا الاعتداء، مطالباً بعقد اتفاقية دولية تكفل سلامة الملاحة البحرية وحماية الأرواح في البحار⁽⁸⁾.

هذا وقد تمت الاستجابة فعلياً لهذا الأمر، حيث وجهت الدعوة للدول المختلفة بعقد مؤتمر في مدينة روما في الفترة من 1 حتى 10 مارس 1988. وقد خلص هذا المؤتمر إلي عقد اتفاقية دولية بعنوان: "اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد السلامة البحرية"⁽⁹⁾.

(8) راجع:

H.E. José Luis Jesus, Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects, op. cit, p388.

(9) هذا وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في عام 1992، كما ألحق بها بروتوكول لحماية الأرصفة البحرية وغيرها من المنشآت العائمة الثابتة. راجع:

Convention for the suppression of unlawful acts of violence against the safety of maritime navigation, 1988, available at: <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv8-english.pdf>

وبخصوص تعريف القرصنة، يلاحظ على هذه الاتفاقية أنها قد نجحت بشكل كبير في الحد من الانتقادات التي نالت من التعريفات السابقة (اتفاقيتي جنيف لأعالي البحار لسنة 1958 واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982)، حيث عرفت القرصنة بأنها عبارة عن قيام أي شخص عن عمد وبصورة غير مشروعة:

- 1- بالاستيلاء أو السيطرة على السفينة بالقوة أو التهديد أو أي شكل من أشكال العنف.
- 2- ارتكاب أي عمل من أعمال العنف ضد أي شخص متواجد على متن السفينة، إذا كان من شأن هذا الإضرار بالملاحة الآمنة للسفينة.
- 3- تدمير السفينة أو الإضرار بها أو بشحناتها، والذي من شأنه الإضرار بالملاحة الآمنة للسفينة.
- 4- وضع أشياء أو مواد على متن السفينة، يكون من شأنها تدميرها، أو الإضرار بالملاحة الآمنة لها.
- 5- الإضرار بأمن وسلامة المرافق البحرية، إذا كان من شأنه الإضرار بأمن وسلامة الملاحة البحرية.
- 6- نقل معلومات كاذبة يكون من شأنها الإضرار بأمن وسلامة الملاحة البحرية.
- 7- قتل أو جرح أي شخص أو الشروع في ارتكاب أي فعل من تلك التي نظمتها المادة الرابعة فقرة (7).

وحيث بنا أن نسجل عدة ملاحظات على هذا التعريف:

- 1/ إن هذا التعريف لم يعرف القرصنة فقط، ولكنه تعرض لبيان الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة السفن، والتي من بينها القرصنة، لذلك فقد استفاض في عرض هذه الصور.
- 2/ إن هذا التعريف قد أماط اللثام عن اشتراط توافر قصد خاص لدى مرتكبي القرصنة (على عكس اتفاقيتي جنيف لأعالي البحار لسنة 1958، واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982)، الأمر الذي يعني تصور ارتكابها لأغراض سياسية أو اقتصادية. ولعل هذا الموقف قد ساهم في تدعيم وجهة النظر التي ترى أن القرصنة صورة من صور الإرهاب.

3/ إن هذه الاتفاقية قد وسعت إلى حد ما من النطاق المكاني لوقوع القرصنة، حيث قررت أن هذه الجريمة من المتصور وقوعها خارج نطاق البحر الإقليمي للدولة الساحلية، ومن ثم يتصور وقوعها في المياه الاقتصادية الخالصة وفي المياه الأرخيلية وفي أعالي البحار، أيضاً يتصور وقوعها في المضائق المائية (بشرط ألا تكون واقعة في نطاق البحر الإقليمي لدولة ما). وهي بذلك تكون قد وسعت من نطاق وقوع القرصنة بالمقارنة بحال الاتفاقيات السابقة. وعلى الرغم من ذلك، فإن الاتهام بضيق النطاق المكاني لوقوع القرصنة ظل قائماً بسبب استبعاد الأعمال التي تقع في المياه الإقليمية. وقد حاولت المنظمة البحرية الدولية (IMO)⁽¹⁰⁾ أن تخفف من غلواء ذلك بالقول، إن أعمال العنف إذا ما وقعت داخل حدود الولاية القضائية للدولة وكان قانون العقوبات الخاص يعاقب عليه فإنها تعد من قبيل القرصنة.

- اتفاق (ريكاب) لمنع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد السفن في منطقة آسيا:

شهدت منطقة جنوب شرق آسيا في مطلع القرن الحادي والعشرين تزايداً ملحوظاً لحوادث القرصنة البحرية، الأمر الذي دعا دول هذه المنطقة إلى إبرام اتفاقية إقليمية للتعاون المشترك لمواجهة القرصنة. وفي نوفمبر لعام 2004 اجتمعت الدول الآسيوية المعروفة باسم "آسيان" بالإضافة إلى الصين واليابان وكوريا الجنوبية وبنجلادش وسريلانكا لبحث هذا الأمر. وقد أسفر هذا الاجتماع

(10) تعد المنظمة البحرية الدولية أحد الوكالات المتخصصة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وقد أنشئت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948. وقد وقف وراء إنشاء هذه المنظمة الرغبة في حفظ أمن وسلامة السفن البحرية من كافة أشكال الإرهاب والعنف، وذلك من خلال إصدار التوصيات الخاصة بصياغة المعايير الفنية التي تضمن تحقيق ذلك، والعمل على منع كافة أعمال التلوث البحري. وتتألف هذه المنظمة من جمعية عامة ومجلس خاص، وخمسة لجان رئيسية (لجنة السلامة البحرية، ولجنة حماية البيئة البحرية، واللجنة القانونية، ولجنة التعاون الفني، ولجنة التيسير)، بالإضافة إلى عدد من اللجان الفرعية تساعد اللجان الرئيسية في أداء عملها.

International Maritime Organization, Structure of IMO, available at:

<http://www.imo.org/About/Pages/Structure.aspx>Read phonetically

عن عقد اتفاقية عرفت باسم الريكاب (Recaab)، والتي دخلت حيز النفاذ في 4 سبتمبر لعام 2005⁽¹¹⁾.

وقد عرفت القرصنة من قبل هذا الاتفاق بأنها عبارة عن كل عمل غير قانوني من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أي عمل من أعمال النهب يرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة، وترتكب في أعالي البحار ضد سفينة أخرى أو ضد أشخاص أو ممتلكات على متن تلك السفينة في مكان خارج ولاية أي دولة، كذلك أي عمل ينطوي على الاشتراك الطوعي في تشغيل سفينة أو طائرة لاستخدامها في عمليات قرصنة، أيضاً أي عمل من أعمال التحريض أو المساعدة على ارتكاب أي من الأعمال السابقة⁽¹²⁾.

والملاحظ على هذا التعريف أنه يتشابه إلى حد كبير مع التعريفات التي جاءت في اتفاقيتي جنيف لأعالي البحار لسنة 1958، والأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982، من حيث ضيق الألفاظ المستخدمة لتعريف القرصنة، ومن حيث اشتراط توافر قصد خاص لدى مرتكبيها، وأيضاً قصر وقوع هذا الفعل على الاعتداءات التي تقع فقط في أعالي البحار دون غيرها من المناطق، كالمياه الإقليمية أو الأرخيلية. وقد حرصت الاتفاقية على تأكيد هذا المعنى من خلال قيامها بإفراد فقرة خاصة (الفقرة الثانية من المادة الأولى) من اتفاق ريكاب لتعريف أعمال السطو المسلح "armed robbery against ships" حيث عرفتتها بأنها: عبارة عن أي عمل من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أي عمل من أعمال السلب أو التهديد به يرتكب لأغراض خاصة موجه لسفينة أو أشخاص أو أموال محملة عليها، إذا كانت السفينة موجودة داخل المياه الإقليمية لدولة متعاقدة". ولعل هذا الموقف يعكس دلالات خاصة، أهمها أن واضعي هذه الاتفاقية قد حرصوا حرصاً شديداً على استبعاد وصف القرصنة عن أعمال العنف التي تقع داخل المياه الإقليمية، وأطلقوا عليها وصف أعمال السطو المسلح، وذلك على الرغم

(11) راجع:

Report issued by the Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia (ReCAAP), available at:
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kaiyo/pdfs/kyotei_s.pdf

(12) راجع:

Ibid, article (1).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (143)

من وجود تطابق تام بين القرصنة وأعمال السطو المسلح من حيث الأفعال والمقاصد، ولكن الهدف الأساس من هذا الأمر ألا يتم ملاحقة هذه الأعمال من قبل القوى الدولية داخل المياه الإقليمية، بما يشكل انتهاكاً لسيادة هذه الدول، لذلك قررت إضفاء وصف السطو المسلح عليها، حتى تبقى جريمة جنائية داخلية، تختص بها السلطات الوطنية.

- رأينا الخاص:

ويبدو لنا من مجمل ما سبق أن الاتفاقيات الدولية قد حرصت على أن تميز القرصنة عن غيرها من أشكال وصور الاعتداءات البحرية بأمرين:
الأول/ إن القرصنة عبارة عن أعمال العنف والنهب التي ترتكب لتحقيق أغراض خاصة لمرتكبيها، بمعنى أنها لا ترتكب لأغراض سياسية أو أيديولوجية أو عقائدية مباشرة.

الثاني/ إن أعمال العنف حتى تحظى بوصف القرصنة يجب أن تقع خارج المياه الإقليمية للدول، بمعنى أنها لا تقع إلا في أعالي البحار.

ونحن من جانبنا نؤيد ضرورة ربط القرصنة بتوافر قصد خاص لدى مرتكبها، وهو أن يسعى من وراء هذا الاعتداء إلى تحقيق مصالح خاصة (كالنهب أو السرقة أو السطو)، لكن لا نحبذ مطلقاً اشتراط وقوع أعمال العنف في المياه الدولية فقط، لأن الاتفاقيات التي حرصت على هذا الشرط كانت تنظر إلى اعتبارات تتعلق بحماية سيادتها على مياهها الإقليمية، وهو اعتبار تقل أهميته كثيراً أمام اعتبار آخر يتعلق بضرورة حماية قطاع النقل البحري في مجموعته، الذي يشكل ثروة تعود ملكيتها في الحقيقة للمجتمع الدولي بأسره، الأمر الذي يجب معه أن يسعى لحمايتها في أي مكان، حتى ولو اضطرت إلى اختراق المياه الإقليمية، خاصة وأن هناك حالات تستدعي ذلك كما هو الحال في السواحل الصومالية، التي يغيب عنها الأمن الداخلي، الأمر الذي لا يمكن معه اعتبار هذه الأفعال من قبيل السطو المسلح، ومن ثم يسند الأمر فيها للأمن الداخلي.

وبناء عليه يبدو تعريف القرصنة البحرية بأنها عبارة عن كل عمل غير قانوني من أعمال العنف أو الاحتجاز أو النهب أو السطو المسلح يرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة ضد سفينة أخرى، أو ضد أشخاص أو ممتلكات على متن تلك السفينة في أي مكان في البحر، وكذلك أي عمل ينطوي على الاشتراك الطوعي في تشغيل سفينة أو طائرة

لاستخدامها في عمليات قرصنة، وأيضًا أي عمل من أعمال التحريض أو المساعدة على ارتكاب أي من الأعمال السابقة.

وقد جاء موافقًا لرأينا أحدث ما صدر عن المنظمة البحرية (IMO) من تعريفات للقرصنة بخصوص الاعتداءات التي تقع قرابة السواحل الصومالية، حيث عرفتها بأنها عبارة عن: "جميع أعمال العنف ضد السفن وطاقمها وحمولتها، بما في ذلك أعمال السطو المسلح ومحاولات الصعود إلى السفينة والسيطرة عليها، وذلك في أي مكان كانت، وذلك بغرض الحصول على فدية"⁽¹³⁾.

ثانيًا/ العلاقة بين القرصنة والإرهاب البحري:

بداية نود الإشارة إلى عدم وجود إجماع حول طبيعة علاقة الإرهاب البحري بالقرصنة، حيث يرى البعض عدم وجود اختلاف واضح بينهما، بينما يرى آخرون أنه لا يوجد دليل على وجود علاقة بينهما⁽¹⁴⁾.

ويقتضى هذا الاختلاف ضرورة التعرض لتعريف الإرهاب البحري لفهم طبيعة علاقته بالقرصنة.

وتجدر الإشارة إلى أن تعريف الإرهاب البحري قد شغل حيزًا كبيرًا من اهتمام الأدبيات السياسية والنشاطات الدبلوماسية والاجتهادات القانونية⁽¹⁵⁾، ويعود ذلك لوجود رغبة قوية في تحديد مضمونه وأبعاده المختلفة، حتى يتسنى صياغة الآليات القانونية المناسبة لمواجهة والتصدي له، والوقوف على طبيعة المسؤوليات القانونية الناشئة عنه⁽¹⁶⁾.

(13) راجع في ذلك:

Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia, Best Management Practices for Protection against Somalia Based Piracy, International maritime origination, MSC.1/Circ.1339 14 September 2011, p1.

(14) راجع:

Batoul Modarress & A. Ansari & Emil Thies, The effect of transnational threats on the security of Persian Gulf maritime petroleum transportation, op. cit, p171.

(15) راجع في ذلك:

ZDZISLAW GALICKI, International Law and Terrorism, American behavioral scientist , Vol. 48 No. 6, February 2005, p 745.

(16) كانت من أولي المحاولات الحديثة التي تعرضت لوضع تعريف قانوني للإرهاب باعتبارها جريمة دولية من قبل عصبة الأمم في 1934-1937 ، وذلك على أثر محاولة اغتيال الملك اليوغسلافي الكسندر الأول من قبل الانفصاليين الكروات أثناء زيارته

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (145)

وعلى الرغم من ذلك، فإن المجتمع الدولي عجز عن التوصل إلى تعريف موحد له⁽¹⁷⁾. فقد ظهرت قرارات مجلس الأمن الدولي ذات الصلة وهي تنطوي على عبارات عامة لا تعكس وجود رؤية محددة وموحدة لهذا المصطلح⁽¹⁸⁾.

لفرنسا، وقد نجم عن هذا الحادث مقتل وزير الخارجية الفرنسي واثنين من المارة، حيث هرب الجناة إلى إيطاليا، وقد تقدمت فرنسا بطلب لإيطاليا لتسليمه بموجب معاهدة 1870، وقد رفضت إيطاليا التسليم، حيث إن هذه المعاهدة لا تشمل التسليم في حالة الجرائم السياسية. وقد أعقب ذلك وقوع جرائم مشابهة: (محاولة اغتيال الوزير الروماني Duca، ومحاولة اغتيال الجنرال الإيطالي Tellini عندما كان يقوم بترسيم الحدود الألبانية اليونانية)، على أثرها واجهت عصبة الأمم ضغطاً دولياً شديداً لمحاولة وضع اتفاقية دولية تنظم جرائم الإرهاب الدولي، وخاصة وضع تعريف قانوني له. راجع: Ben Saul, The Legal Response of the League of Nations to Terrorism, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), p79; Antonio Cassese, The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in international Law, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 933-958, p 934.

(17) ويعود عجز المجتمع الدولي عن التوصل لتعريف موحد للإرهاب البحري إلى أسباب معينة، أهمها:

- 1/ ارتباط تعريف الإرهاب البحري باعتبارات سياسية تخدم أغراض مختلفة لدى كل دولة، الأمر الذي أدى إلى تبني كل دولة لتعريف يحقق مصالحها، حتى ولو لم يكن يتفق مع طبيعة الاعتداءات الإرهابية.
 - 2/ وجود اختلاف شديد بين الأوساط القانونية المختلفة حول مدى اشتراط توافر قصد خاص لدى مرتكب العمل الإرهابي البحري، وهو أن يكون ارتكاب الإرهاب لتحقيق غرض سياسي أو عدم أهمية ذلك.
 - 3/ تعدد الزوايا والمعايير التي تبناها كل فريق في تعريف الإرهاب البحري، بحسب مجال عمله ونشاطه، فما تتبناه المنظمات الحكومية بخلاف ما تتبناه المنظمات غير الحكومية، مما أدى إلى كثرة وتنوع التعريفات التي قيلت في هذا الصدد.
 - 4/ تعدد وتنوع البواعث الدافعة إلى ارتكاب الاعتداءات الإرهابية البحرية (دينية وسياسية واقتصادية)، إلى حد أن وصل البعض تبرير ارتكابه الاعتداءات الإرهابية بأنه من قبيل الدفاع عن النفس.
- د. أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية- القاهرة، (بدون تاريخ نشر)، ص 188.

=Liste de critères de l'OCDE visant à définir le terrorisme dans une perspective d'indemnisation, 15 décembre 2004, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/55/3/34065616.pdf>

(18) راجع القرارات التالية:

- United Nations, Security Council, S/RES/1535 (2004), Distr.: General 26 March 2004, available

وكننتيجة طبيعية لصعوبة وضع تعريف محدد للإرهاب البحري، تعددت وتشعبت التعريفات التي قيلت في هذا الشأن، والتي يمكن حصرها في اتجاهين، على النحو الآتي:

الاتجاه الأول/ اشتراط وجود باعث خاص من ارتكاب الإرهاب البحري: ظهر في تعريف الإرهاب البحري طائفة عريضة من التعريفات استلزمت توافق قصد خاص من وراء ارتكابه، وهو القصد السياسي. فالاعتداء لا يوصف بأنه إرهاب إلا إذا سعى مرتكب هذا العمل إلى ترويع الأمن البحري بصورة جسيمة لحمل الدولة أو أحد مؤسساتها على القيام أو الامتناع عن عمل بصورة غير مشروعة، أو زعزعة الهياكل السياسية أو الدستورية في الدولة. فقد عرفه مكتب التحقيقات الفيدرالي الأمريكي بأنه عبارة عن: " الاستخدام غير المشروع للقوة أو العنف ضد الأشخاص أو الممتلكات لتخويف أو إكراه الحكومة أو السكان المدنيين وذلك لتحقيق أهداف سياسية أو اجتماعية"⁽¹⁹⁾. وعندما قامت لجنة الإرهاب الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة بإعداد مشروع اتفاقية موحدة للإجراءات القانونية ضد الإرهاب الدولي عام 1980، عرفته بأنه: " عمل من أعمال العنف الخطيرة أو التهديد به يصدر عن فرد، يستوي أن يكون بمفرده أو بالاشتراك مع آخرين، ضد الأشخاص أو المنظمات أو الأماكن أو وسائل النقل والمواصلات أو ضد الجمهور العام بما يؤدي إلى تهديدهم أو جرحهم أو قتلهم، وذلك بقصد تقويض علاقات الصداقة بين الدول أو بين مواطني الدول المختلفة"⁽²⁰⁾.

at:<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/CTED%20Res%201535.pdf>

- United Nations, Security Council, S/2004/642, Distr.: General, 12 August 2004, available at:<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/S-2004-642.pdf>

- United Nations, Security Council, S/2004/70, Distr: General ,26 January 2004, available: <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/founding/s-2004-70.pdf>

(19) راجع :

U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, Reports and Publications, Terrorism 2002-2005, available at: <http://www.fbi.gov/stats-services/publications/terrorism-2002-2005>

(20) راجع :

وفى توصيتها رقم (1426) عرفت اللجنة البرلمانية التابعة للبرلمان الأوروبي الإرهاب بأنه عبارة عن: "الجريمة التي يرتكبها فرد أو مجموعة ضد الدولة أو مؤسساتها أو سكانها أو أفراد بعينهم بدافع من الأغراض الانفصالية أو الأيديولوجية المتطرفة والمتعصبة كي يتسبب في إشاعة حالة من الرعب أو التخويف لدى أفراد المجتمع" (21).

ومن جانبها سعت الجمعية العامة للأمم المتحدة لتعريف الإرهاب، وقد حرصت على مراعاة الاعتبارات المختلفة التي تتنازعها، فعرفته بأنه عبارة عن: "الأفعال الإجرامية التي يقصد منها إشاعة حالة من الرعب بين جمهور الناس أو جماعة معينة من الأشخاص لأغراض سياسية (فلسفية أو أيديولوجية أو عرقية، أو غيرها)، وأياً ما كانت التبريرات التي تقف وراء ارتكاب هذه الأفعال" (22).

الاتجاه الثاني/ عدم اشتراط وجود باعث خاص من ارتكاب الإرهاب البحري: وعلي صعيد مقابل، عرف الإرهاب دون اشتراط وجود باعث خاص لدي مرتكبه، حيث اكتفي هذا الاتجاه بمجرد استخدام القوة أو العنف بصورة غير مشروعة للاعتداء على الأشخاص أو السفن أو البضائع أو المنشآت البحرية.

M. Cherif Bassiouni, Legal responses to international terrorism, martinus Nijoltoff publishers, 1988, p xxiii.

(21) راجع :

Parliamentary assembly, Recommendation 1426 (1999), available at: <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/erec1426.htm>

(22) راجع :

General Assembly, Sixth Committee - 4th Meeting (AM), 7/10/2005, available at: <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/ga13276.doc.htm>

- وقد تبني هذا الاتجاه العديد من التشريعات: كالقانون الألماني الذي أشتراط القانون الألماني لحماية البيئة حتى يعد العمل إرهاباً أن يرتكب بغرض سياسي أو عرقي أو طائفي. أيضاً عرفه القانون الانجليزي بأنه عبارة عن الأفعال التي ترتكب بغرض الإطاحة بنظام الحكم في الدولة. راجع:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victimes de terrorisme, bureau du comite europeen de cooperation juridique (CDCJ-BU), Strasbourg, 27 novembre 2006, p4.

- كما عرفه عدد غفير من رجالات الفقه، مثل: (mickolus)، (Ferracuti)، (Philip Wilcox). راجع: د.أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، مرجع سابق، ص189.

وقد تم تبني هذا الاتجاه من قبل المؤتمر الثالث لتوحيد قانون العقوبات في بروكسيل عام 1930 ، حيث عرف الإرهاب بأنه: " الاستخدام المدى للوسائل القادرة على إحداث خطر مشترك، والتي من شأنها تعريض حياة الإنسان وسلامته للخطر، وتدمير الممتلكات المادية، وتشتمل على أعمال التفجير والحرق والإغراق وإشعال المواد الخائفة وإثارة الفوضى في وسائل النقل والمواصلات والتخريب في الممتلكات والمرافق وتلويث الأغذية ومياه الشرب، وما يسفر عن ذلك من أمراض تصيب الإنسان أو الحيوان أو النبات"⁽²³⁾.

أيضاً عرفته لجنة القانون الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة في مشروع قانون مكافحة جرائم الأمن والسلم الإنساني في المادة(24) منه بأنه: " قيام شخص أو مجموعة من الأشخاص بمفردهم أو بالاشتراك مع آخرين بارتكاب أو تنظيم أو تمويل أو تشجيع أو التعاضى عن أفعال العنف والتدمير ضد دولة أو أشخاص أو ممتلكات" ⁽²⁴⁾.

تبنت أيضا الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الاتجاه ذاته حيث عرفته بأنه عبارة عن: " أي عمل أو تهديد بالعنف أيًا كانت دوافعه أو أغراضه يقع تنفيذاً لأغراض جنائية فردية أو جماعية سعياً لبث الذعر بين الأفراد، أو إلحاق الأذى بهم في أجسادهم أو حرياتهم، أو الإضرار بالبيئة أو بالمنشآت العامة أو الخاصة، أو الاستيلاء عليها، أو تهديد الموارد الوطنية"⁽²⁵⁾.

ونحن من جانبنا ننضم للاتجاه الثاني في تعريف الإرهاب البحري، ونري عدم تقييده باشتراك قصد خاص يجب توافره عند ارتكابه، وذلك لما يلي:

(23) راجع :

Myra Williamson, Terrorism & war and international law, the Ash gate international law series, 2009, p 49.

(24) راجع :

Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, International Law Commission,1995, vol. II(1), p 47, available at: <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>

(25) راجع :

The Arab Convention for the Suppression of Terrorism a serious threat to human rights,2002, part two- (2-1), available at: http://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20050107181518.pdf

(1) إن ما يميز الإرهاب البحري — كما يري جانب من الفقه (1) — ضخامة حجم الضرر الناتج عنه بالمنشآت البحرية بأنواعها المختلفة، سواء السفينة أم حمولتها أم أحد مرافق الميناء، أم غيرها من المنشآت البحرية، وذلك بصرف النظر عن نية أو قصد مرتكبه. فالإرهاب البحري بوصفه جريمة تسعى الدول لمواجهته بشتى الطرق ليس لنية أو قصد مرتكبه، ولكن لضخامة الأضرار الناجمة عنه وخطورتها. وهذا ما أكده مجلس الأمن الدولي في قراره رقم (1566) لسنة 2004، والذي دعا من خلاله الدول للتصدي لكل الأفعال التي تعد من قبيل الإرهاب، وذلك بصرف النظر عن سبب ارتكاب هذه الأفعال (سياسية أو فلسفية أو أيديولوجية أو بسبب الجنس أو العقيدة أو لأسباب أخرى) (2). وبضيق البعض (3) لذلك إن الإرهاب لا يمكن تعريفه بصورة موضوعية إلا من خلال طبيعة الفعل، وليس من خلال تحديد مرتكبه أو من خلال السبب الذي ارتكب من أجله.

(2) إن الاتجاه الأول جاء متأثراً بالنظرة التقليدية للإرهاب، والتي سادت في المراحل الأولى لظهوره، والتي كانت تركز بشدة على الجانب السياسي فيه، حيث تمثل في ممارسة أعمال العنف المتبادل بين السلطة السياسية ومجموعات الثوار المناهضة. لكن الإرهاب شهد تطوراً في مفهومه، جاء علي أثر توظيف أعمال العنف ليس فقط لخدمة الأغراض السياسية، ولكن أيضاً لغيرها من الأغراض الإجرامية (كالابتزاز وتحقيق مآرب شخصية أو ذاتية) (4). فالعنصر المميز للإرهاب البحري يكمن في وقوع الإرهاب من خلال تنظيم إجرامي، وضخامة الآثار المترتبة عليه.

وبناء عليه نري أن يعرف الإرهاب البحري بأنه: عبارة عن استخدام العنف بصورة منظمة وغير مشروعة أو التهديد به (كالنهب أو الاحتجاز أو الاعتقال أو

(1) راجع :

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p4.

(2) راجع :

United Nations - Security Council, Resolution 1566 (2004), S/RES/1566, available at: <http://fr.unrol.org/files/n0454282.pdf>

(3) د. علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الإرهاب، دار النهضة العربية، 2006، ص 28.

(4) د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية- القاهرة، 1986، ص 40.

الإتلاف) في البيئة البحرية، على النحو الذي من شأنه الإضرار بالأشخاص أو بالأموال أو بالمباني أو بالأموال العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعطيل سير الملاحة البحرية، وذلك أيا ما كان الدافع من وراء هذا. وبعد الوقوف على تعريف للإرهاب البحري، يلاحظ أنه يقترب كثيراً من تعرف القرصنة، وذلك على النحو الذي يدفعنا للقول بأن القرصنة هي صورة من صور الإرهاب البحري، وإن كان ما يميزها أن القرصنة تقع غالباً من أشخاص خاصة (من غير الدول) من أجل تحقيق أغراض خاصة (سرقة أو نهب أو سطو أو ابتزاز). بتعبير آخر لا يتصور وقوع القرصنة سعياً لتحقيق أهداف عامة (سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية)، أما الإرهاب البحري فيتميز بأنه ذو مفهوم واسع وشامل، حيث لا يقتصر فقط على أعمال العنف التي ترتكب من قبل أشخاص خاصة أو لأغراض خاصة (1)، ولكنه يشمل أيضاً على أعمال العنف التي ترتكب من قبل الأشخاص العامة (كالدول)، ولأغراض عامة (كالأغراض السياسية أو الأيديولوجية).

(1) راجع:

Diana Chang, Piracy laws and the effective prosecution of pirates, op. cit, p 283; Bjørn Møller, Piracy – Maritime Terrorism and naval strategy, op. cit, p 6.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (151)

المطلب الثاني

تبرير المسؤولية المدنية للناقل البحري عن أعمال القرصنة

أولاً/ خطورة آثار القرصنة على النقل البحري:

مما لا شك فيه أن القرصنة من شأنها شل حركة الملاحة البحرية، ومن ثم تدمير روافد التجارة الدولية فيما بين دول العالم، باعتبارها تشكل تهديداً خطيراً على أمن وسلامة السفن وما عليها من أشخاص وبضائع. ويمكن إبراز أهم الآثار المترتبة على القرصنة، والتي تظهر بصورة مباشرة في علاقة الناقل بالشاحن، والتي من أهمها⁽¹⁾:

1/ ارتفاع تكاليف النقل بشكل كبير، حيث يضطر الناقل البحري على أثر تركيز القرصنة في أماكن محددة إلى تغيير اتجاه المسارات المعتادة بالنسبة له، بغية تفادي مخاطرها، الأمر الذي يترتب عليه تضخم حجم النفقات التي يتكبدها بسبب طول المسافات التي تبحرها السفينة، وما يستتبعه ذلك من نفقات تموين السفينة وصيانتها، بالإضافة إلى مخاطر الطقس⁽²⁾.

2/ ارتفاع تكاليف التأمين البحري على السفن والأفراد والبضائع، حيث تلجأ شركات التأمين على أثر تزايد عمليات القرصنة وضخامة ما تخلفه من خسائر إلى رفع أقساط التأمين بصورة كبيرة، حتى تتمكن من مواجهة الآثار المترتبة على هذه الحوادث⁽³⁾.

3/ تراجع الطلب على خدمات النقل البحري، حيث يلجأ الشاحنون لاستخدام وسائل بديلة لنقل بضائعهم (كالنقل الجوي أو النقل البري)، بما يؤثر من ناحية أخرى على الشركات القائمة على تسيير الملاحة البحرية، كشركة قناة السويس⁽⁴⁾.

(1) د.أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية، مرجع سابق، ص 79.

(2) فقد غيرت العديد من السفن التي كان من المفترض مرورها بقناة السويس متجهة لبعض بلدان جنوب شرق آسيا اتجاهها قاصدة المحيط الهندي عبر طريق رأس الرجاء الصالح، على أثر وجود أنشطة إرهابية في البحر الأحمر.

(3) راجع في ذلك:

Bjørn Møller, Piracy – Maritime Terrorism and naval strategy, op. cit, p7.

(4) فقد تراجعت إيرادات شركة قناة السويس على أثر العمليات الإرهابية في البحر الأحمر من 504,5 مليون دولار في أغسطس 2008 إلى 467,5 في أكتوبر 2008. بل

كل هذه الآثار وغيرها أثرت بشكل كبير على قطاع النقل البحري، وباتت تهدده بصورة خطيرة، الأمر الذي دعا (خاصة بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر) (1) إلى حشد الجهود المختلفة (2)، ليس فقط لرفع درجات الاستعداد الأمني واتخاذ التدابير اللازمة لمكافحة القرصنة، ولكن أيضًا لبناء ترسانات من التشريعات القانونية على الصعيدين الدولي والوطني لتنظيم المسؤولية القانونية عن تعويض ضحايا الاعتداءات الإرهابية بأشكالها المختلفة، خاصة عمليات القرصنة (3).

وصل الأمر إلى الحد الذي توقعت فيها دراسة صادرة عن مركز "شاتام هاوس" البريطاني المتخصص في السياسة الخارجية إلى احتمالات إغلاق قناة السويس، حيث إن زيادة العمليات الإرهابية في خليج عدن من شأنها أن تتسبب في إلغاء الرحلات التجارية العالمية عبر القناة. د. أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية، مرجع سابق، ص 79.

(1) قامت الولايات المتحدة الأمريكية في 15 يناير عام 2002 بتقديم دراسة إلى المنظمة البحرية (IMO) في دورتها السابعة والخمسين والتي حملت عنوان " تدابير لتحسين الأمن البحري"، وقد شملت الدراسة على العديد من المقترحات، كان أهمها؛ تزويد السفن بنظم آلية للتحقق من الشخصية (Automatic Identification Systems)، ووضع خطط لتأمين معدات السفينة وأجهزتها ومرافقها، ووضع خطط لتأمين الموانئ، وتزويد السفينة بضباط الأمن، محاولة تقييم نقاط الضعف في السفينة وإجراء الفحوصات الشاملة والدورية لها، إجراء فحص للحاويات المحملة =بها السفينة، ومحاولة إيجاد نوع من التعاون مع المنظمة العالمية للجمارك لتأمين حركة السفن، وتزويد السفينة بوسائل التنبيه ومعدات الأمن اللازمة.

Report of the maritime safety committee on its seventy-fifth session, Maritime Safety Committee, Agenda item 24, MSC 75/24, 29 May 2002, available at:

<http://www.crs.hr/hrv/PDF/regulative/MS75-24.pdf>

(2) راجع في ذلك:

Security Council debates legal options for pursuing pirates off Somali coast, UN daily news, Issue dh/5722, Wednesday, 25 August 2010, p1. available at:

<http://www.un.org/news/dh/pdf/english/2010/25082010.pdf>

(3) هذا وقد تعددت وتنوعت الجهود الدولية الساعية إلى قمع الإرهاب البحري، والتي عكست مدى تقديرها لخطورة الأمر، كان أهمها:

(أ) الاتفاق الإقليمي لمكافحة القرصنة البحرية والأعمال غير المشروعة في منطقة آسيا (RECAAP).

(ب) التعاون الدولي لمكافحة الإرهاب البحري في منطقة القرن الأفريقي (مؤتمر نيروبي 2008- مؤتمر جيبوتي 2009- مجموعة الاتصال الخاصة بمكافحة القرصنة قبالة الساحل الصومالي نيويورك 2009).

ثانيًا/ وجود قصور في قواعد المسؤولية عن أضرار القرصنة البحرية: وعلى الرغم من حرص التشريعات الوطنية والدولية على تبني قواعد تنظم المسؤولية القانونية عن أعمال القرصنة البحرية، فإن هذا التنظيم ظل مقصورًا عن تحقيق الحماية المنشودة للمضروور من هذه العمليات، لاستغراق هذه التشريعات في تنظيم المسؤولية الجنائية والمدنية للقرصنة، رغم عدم جدوى هذا الأمر في كثير من الأحيان خاصة بالنسبة للمضروورين (كالشاحنين)، وذلك للأسباب التالية (1):

(1) صعوبة ملاحقة القرصنة، خاصة وأن غالبيتهم من مجهولي الهوية (المختلين عقليًا أو السجناء الفارين من تنفيذ الأحكام أو الفدائيين)، كما أن معظم هذه الاعتداءات ترتكب في أعالي البحار، مما يصعب معه التعرف على مرتكبي هذه الاعتداءات أو إثبات تورطهم في ارتكابها (2).

(2) انشغال الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بمواجهة القرصنة من خلال التركيز فقط على إجراءات الملاحقة الأمنية وتقرير المسؤولية الجنائية لمرتكبي هذه الأفعال وتغليظ العقوبات عليهم (3)، رغم عدم أهمية هذا الأمر

(ج) دور المنظمة البحرية الدولية (IMO) في مكافحة الإرهاب البحري (اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة 1988 وبرتوكول عام 1988 المنصات- مؤتمر الأمن البحري في ديسمبر 2002، وذلك لوضع قواعد جديدة لتعزيز أمن السفن).

(1) راجع في ذلك: =
=Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , Master II droit maritime et des transports, Centre de Droit Maritime et des Transports Universite de droit , D'economie et des sciences D'aix – marseille III, Faculte de droit, 2008, p 43; M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p 5

(2) راجع في ذلك:
John King, The security of merchant shipping, op. cit, p 240.
(3) فقد بلغ عدد التشريعات الدولية من الاتفاقيات والبرتوكولات الدولية ما يقرب من 16 تشريع جميعها أنشغل بالتركيز على المسؤولية الجنائية لمرتكبي الحوادث الإرهابية. راجع في ذلك:

Legislative guide to the universal legal regime against terrorism , Prepared by the United Nations Office on Drugs and Crime, United nations publication Sales No.: E.08.V.9 ISBN 978-92-133780-8, 2008, p 1; Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p 28.

كثيرًا بالنسبة للمضرورين، الذين يهتمهم في الغالب الحصول على تعويض يجبر الأضرار التي لحقت بهم. يأتي هذا في ظل ما تشهد به التقارير الأمنية من أن معظم القرصنة ممن لا مأوى لهم ولا مال، الأمر الذي يقلل من جدوى الرجوع على هؤلاء بالتعويض عن الأضرار التي تسببوا فيها.

(3) ضعف دور المسؤولية الجنائية إن لم يصل الحال إلى انعدام دورها تمامًا في عمليات القرصنة ضد السفن، حيث غالبًا ما ترتكب هذه العمليات خارج المياه الإقليمية للدول، الأمر الذي يصعب معه تقرير مسؤولية الجناة وفقًا لقانون وطني محدد، بل حتى في الحالات التي ترتكب فيها هذه الجرائم في إقليم دولة معينة، يكون من الصعب ملاحقة مرتكبيها لتقرير مسؤوليتهم، حيث غالبًا ما ينتمون إلى جماعات منظمة مدعومة من بعض الدول. يضاف لذلك عدم وجود قضاء دولي يختص بنظر جرائم القرصنة ضد السفن، حيث غالبًا ما يسند الأمر في هذه القضايا للقضاء الوطني⁽¹⁾.

وقد تسببت أوجه القصور السابقة التي تشير بوضوح إلى غياب الأمن القانوني عن حماية السفن ضد القرصنة، في عزوف الأشخاص وأصحاب البضائع عن اللجوء للنقل البحري، خاصة في ظل وجود زيادة مضطردة في حجم ونوعية عمليات القرصنة المستهدفة للسفن ومرافق الموانئ البحرية، الأمر الذي دعا الفكر القانوني في الآونة الأخيرة إلى الانشغال بقضايا النقل البحري، خاصة في مجال المسؤولية المدنية، وتحديدًا التساؤل عن مدي مسؤولية الناقل البحري المدنية عن حوادث القرصنة؟

ولعل هذا التساؤل من شأنه أن يثير شيء من الدهشة، لاعتبارات تتعلق بأن الثابت أن حوادث القرصنة والإرهاب من تعد من قبيل القوة القاهرة، التي يصعب على الناقل عملاً أن يتوقعها أو يدفعها. يضاف لذلك، أن الناقل هو المضرور الأول من هذه الحوادث، فكيف يتحمل تعويض الأضرار الناشئة عنها.

(1) فالمحكمة الجنائية الدولية التي أنشئت عام 1998 بموجب معاهدة روما، منحت لها الولاية القضائية لنظر جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والعدوان، وقد رفض منحها الولاية لنظر جرائم الإرهاب خلال مفاوضات إعداد الاتفاقية. راجع في ذلك:

Legislative guide to the universal legal regime against terrorism , op. cit, p 28.

هذا وقد سعى الفقه الفرنسي إلى التقليل من حدة هذه الدهشة، من خلال تبرير مسؤولية الناقل عن أضرار حوادث القرصنة بالأسباب الآتية⁽¹⁾:

- 1- إن قانون الميناء الفرنسي يجعل الشركات العاملة في الميناء مسؤولة عن الحوادث التي تقع، إذا ما ثبت تخاذلها في اتخاذ ما يلزم من تدابير السلامة على الرغم من أنها لم ترتكب الفعل المكون للحادثة، ومن ثم يمكن أن يسأل الناقل عن تعويض أضرار القرصنة بالقياس على ذلك.
- 2- إن مسؤولية الناقل البحري يمكن أن تقوم عن أضرار القرصنة بالقياس أيضاً على قيام مسؤولية الشرطة عن حوادث الطرق السريعة التي من شأنه الإخلال بسلامة الجمهور، والتي اعتاد القضاء الإداري على تقريرها.
- 3- يمكن لمسؤولية الناقل أيضاً أن تجد أساسها في نص المادة (1-342) من قانون الموانئ الفرنسي، والذي يقرر مسؤولية كل من تهاون في إبلاغ ربان السفينة أو الضابط المسؤول عن طبيعة السلع التي من المحتمل أن تحترق أو تنفجر، ومن ثم يمكن مساءلة الناقل عن حوادث القرصنة التي يتخاذل في التعامل معها.
- 4- البعض ينظر إلى مسؤولية الناقل عن حوادث القرصنة على أنها مسؤولية فرعية أو تبعية، حيث يجب على الدولة أن تغطي الأضرار الناجمة عن مثل هذه الحوادث من خلال إنشاء الصناديق الخاصة لتعويض المضرورين من هذه الحوادث.

(1) راجع في ذلك:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p48.

وعلى الرغم من منطقية الاعتبارات السابقة، فإننا نرى أن الناقل يمكن أن يسأل في مواجهة الشاحن عن تعويض الأضرار الناشئة عن اعتداءات القرصنة، وذلك للأسباب الآتية:

1. ضرورة توفير ضمانات قوية وناجعة للشاحنين لاستعادة ثقتهم في النقل البحري، من خلال توفير وسائل بديلة تحقق لهم جبراً سريعاً وحقيقياً لما لحقهم من أضرار، كتقرير المسؤولية المدنية للناقل، خاصة وأنه المسؤول الأول عن سلامة بضائعهم المحملة على السفينة، بما يبرر تحمله لتبعية مخاطر النقل، خاصة في ظل قدرته المالية على ذلك. يأتي هذا في ظل ما تشهده الأوساط القانونية من سيادة مبدأ يتمثل في ضرورة حصول المضرور عن حوادث الإرهاب بصورة عامة والقرصنة بشكل خاص على تعويض عادل ومناسب وفي وقت ملائم من وقوع الضرر⁽¹⁾.
2. عدم كفاية القواعد العامة في مجال المسؤولية المدنية للناقل البحري عن التصدي لهذه الحوادث، نتيجة تحميلها المضرور - في الغالب - عبء إثبات خطأ الناقل، الأمر الذي يمثل صعوبة بالغة بالنسبة للمضرور نتيجة جهله بطرق تشغيل الآلات والوسائل الحديثة في النقل البحري، وصعوبة قيامه بالرقابة على أداء الناقل أثناء الرحلة البحرية، ناهيك عن تعقد وصعوبة الملابسات المحيطة بالحوادث البحرية، خاصة في جرائم القرصنة.
3. تسبب التقدم التكنولوجي والتقني الهائل في قطاع النقل البحري في أواخر العقد المنصرم خاصة في مجال أمن السفن⁽²⁾ إلى زيادة قدرة الناقل على توقع الحوادث البحرية والتصدي لها، الأمر الذي أثار الشك في اعتبار حوادث القرصنة من قبيل القوة القاهرة التي يصعب على الناقل دفعها أو توقعها، بمعنى أصبح من السهل عليه أن يتنبأ بوقوع هذه الحوادث ويتصدى لها. وقد تم تأكيد هذا الأمر من قبل أحدث التقارير الصادرة عن

(1) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p 3.

(2) راجع في ذلك:

Necmettin Akten, Shipping accidents: a serious threat for marine environment, op.cit, p 271; Piracy - Issues arising from the use of armed guards, international law firm, available at: <http://www.igpandi.org/downloadables/piracy/news/Marsh%20Piracy%20implications.pdf>

البحرية الأمريكية، الذي تضمن ما يفيد أن الناقل يجب أن يغير مفهومه عن الحماية الذاتية Self protection، كما يجب عليه الالتزام بما جاء في دليل المبادئ التوجيهية لمواجهة القرصنة البحرية، والتي من أهمها ضرورة وجود أفراد أمن مسلحين لحماية السفينة أثناء رحلتها البحرية⁽¹⁾.

وبناء عليه، يبدو لنا أن الناقل البحري يمكن أن يسأل عن تعويض أضرار القرصنة في مواجهة الشاحنين، لكن الملاحظ على التشريعات الدولية والوطنية أنها جاءت خالية من نص ينظم مسؤولية الناقل البحري عن تعويض أضرار القرصنة بصورة صريحة ومباشرة، الأمر الذي يدعونا للبحث في التشريعات المنظمة لمسؤولية الناقل البحري عن مدى إمكانية تقرير هذه المسؤولية، وأساسها، ووسائل دفعها، وأحكام التعويض الناشئ عنها، وقواعد التأمين ضد مخاطر القرصنة، وذلك على التفصيل التالي:

(1) راجع:

Paying Ransoms – Could the US make this more difficult?,
international law firm, available at:
<http://incelaw.com/documents/pdf/strands/shipping/article/paying-ransoms-could-the-us-make-this-more-difficult.pdf>

(158) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

الفصل الأول

الضوابط القانونية لاعتبار القرصنة حادثة يسأل عنها الناقل البحري

استقرت التشريعات البحرية ردحًا من الزمن على أن مسؤولية الناقل البحري عما يلحق البضائع من أضرار مرتبط بضابطتين: الأول/ هو أن تحظى الواقعة المسببة للإضرار بالبضائع على وصف الحادثة البحرية (- Occurrence Event) ((1) (2)، والثاني/ أن تقع هذه الحادثة خلال الفترة الزمنية لمسؤولية

- (1) هذا وقد تعددت المصطلحات المستخدمة للتعبير عن الحادث من قبل الاتفاقيات والتشريعات المختلفة، وهي مثل: (occurrence)، (casualty)، (Incident).
- (2) نصت المادة (1/227) من القانون البحري المصري رقم 8 لسنة 1990 على أن: " يضمن الناقل هلاك البضاعة وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسلّم الناقل للبضائع في ميناء الشحن وبين قيامه في ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق في تسلمها، أو إيداعها طبقًا للمادة السابقة". ونصت أيضًا المادة (229) على أن: " يعفى الناقل من المسؤولية المنصوص عليها في المادة (1/227) من هذا القانون إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها يعود إلى سبب أجنبي لا يد له أو لوائبه أو لأحد تابعيه فيه". كما نصت المادة (1/240) من القانون ذاته على أن: " يسأل الناقل عن التأخير في تسليم البضاعة إلا إذا أثبت أن التأخير يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه". =
- = والملاحظ على هذه النصوص أنها لم تتلفظ صراحة بكلمة الحادثة، لكنها أشارت إليها بصورة ضمنية، وذلك من خلال ذكر النتائج المترتبة على وقوعها، والمتمثلة في الهلاك أو التلف أو التأخير في الوصول، فهذه النتائج حتمًا تقع بسبب حادثة بحرية. ويؤكد ما سبق أن المادة (1/10) لأحكام الفقرة المذكور قضت بأنه: " إذا نص عقد النقل البحري صراحة على قيام شخص مسمي غير الناقل بتنفيذ جزء محدد من النقل المشمول بالعقد المذكور، يجوز أن ينص العقد أيضًا على عدم مسؤولية الناقل عن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم الذي ينتج عن حادث يقع وقت وجود البضائع في عهدة الناقل الفعلي أثناء هذا الجزء من النقل. ومع ذلك فإن أي نص بتحديد أو استبعاد المسؤولية يكون عديم المفعول إن لم يكن من المستطاع إقامة الدعوى ضد الناقل الفعلي أمام محكمة مختصة وفقًا للفقرة 1 أو الفقرة 2 من المادة 21، ويتحمل الناقل عبء إثبات أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم قد نتج عن هذا الحادث. كما يسأل الناقل الفعلي (وفقًا لأحكام الفقرة 2 من المادة 10) عن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم الذي ينتج عن أي حادث يقع أثناء وجود البضائع في عهده. وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية، فالملاحظ أنه على الرغم من أن كلاً من اتفاقية هامبورج (2) ومن بعدها اتفاقية روتردام (2) لم تقوما بسرد الأفعال الموجبة لمسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق بالبضائع، واكتفت بعرض صور للأضرار التي يمكن أن تلحق بالبضائع؛ مثل (الحريق، والتلف، والفقد، والتأخير)، فإنهما قد صرحتا باشتراط وقوع حادثة (- Occurrence Event) ((2) لانعقاد مسؤولية الناقل المتعاقد أو الفعلي. راجع في اتفاقية هامبورج

الناقل عن سلامة البضائع. ويقضي هذا البيان النظر في مدى اعتبار القرصنة حادثة بحرية، واشتراط وقوعها خلال فترة زمنية معينة، وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول

مدى اعتبار القرصنة حادثة بحرية يسأل عنها الناقل يتضح مما سبق أن الثابت هو ارتباط مسؤولية الناقل بوقوع حادثة بحرية، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت مسؤوليته مؤسسة على الخطأ المفترض أو واجب الإثبات، من ناحية أخرى عندما يسعى الناقل إلى هدم هذه المسؤولية فإنه سيعمل على إثبات انتفاء وصف الحادثة عن الواقعة المسببة للضرر. الأمر الذي يدعو للبحث عما إذا كانت القرصنة تعد من قبيل الحوادث البحرية أو لا، ومن ثم يجب أن نقف على توصيف محدد للحادثة البحرية، والنظر فيما إذا كانت القرصنة تعد حادثة بحرية يمكن أن يسأل عنها الناقل أو لا، وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

التمييز بين الحادثة والحادث في مجال النقل البحري أثار تحديد المقصود بالحادثة البحرية جدلاً واسعاً⁽¹⁾، حيث ذهب بعض الفقه إلى عدم وجود أوجه للتمييز في المجال البحري بين الحادث (Accident) والحادثة (Occurrence)، ورأى أنها ألفاظ مترادفة⁽²⁾. في حين يرى اتجاه آخر - يمثل غالبية الفقه - وجود اختلاف قانوني بين المصطلحين، حيث إن الحادث أضيق مدلولاً من الحادثة، حيث إن الأخيرة تشمل كافة الأسباب المؤدية للضرر، الأمر الذي من شأنه أن يوسع من مسؤولية الناقل، بحيث يسأل عن كافة الوقائع التي من شأنها الإضرار بالبضائع ولو كان سبب وقوعها أجنبياً عن النقل (كما لو تلوثت البضاعة لتجاورها ببضاعة أخرى ضارة)⁽³⁾. من ناحية

نصوص المواد: (1/5)، (2-1/11)، (7/19)، (1/71). راجع أيضاً اتفاقية روتردام نصوص المواد: (b/19)، (1/71).

- (1) ديجي أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، 1993، بند 53، ص 114.
- (2) د.محمد موسي دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفي، دار النهضة العربية، 1406 هـ - 1985 م، بند 75، ص 108.
- (3) المرجع السابق، بند 75، ص 108.

أخرى الحادث لا يقع إلا في نقل الأشخاص، أما الحادثة فهي تقع في نقل البضائع لما يتمتع به الناقل من سلطة وسيطرة على البضائع لا تتحقق له بخصوص الأشخاص⁽¹⁾. يضاف لذلك، أن وقوع الحادث مرتبط بسبب ينجم عن استغلال السفينة، بحيث إذا ما كان وقوعها منفصلاً عن هذا الاستغلال فلا تعد حادثاً، أما الحادثة فهي كل ما ينجم عن الرحلة البحرية من أسباب تؤدي إلى وقوع الضرر بصرف النظر عن ارتباطها من عدمه باستغلال السفينة⁽²⁾.

ونحن من جانبنا نرى ضرورة التفرقة فيما بين الحادثة والحادث. فالملاحظ أن الاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم النقل الدولي (سواء النقل البحري أم الجوي) قد حرصت على تبنى هذه التفرقة. فقد عبرت كل من اتفاقية هامبورج وروتterdam للنقل البحري عن سبب قيام مسؤولية الناقل البحري في حالة نقل البضائع بالحادثة (Event) - (Occurrence)⁽³⁾، بينما تبنت اتفاقية وارسو مصطلح الحادث (Accident) في حالة نقل الأشخاص⁽⁴⁾. ولعل هذا يعود بالفعل إلى

(1) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند 53، ص 114.

(2) د. محمد موسي دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفى، المرجع السابق، بند 75 ص 109.

(3) راجع في ذلك نص المادة (1/5) من اتفاقية هامبورج، والمادة (1/17) من اتفاقية روتردام على الترتيب التالي:

"The carrier is liable for loss resulting from loss of or damage to the goods, as well as from delay in delivery, if the occurrence which caused the loss, damage or delay took place while the goods were in his charge as defined in article 4, unless the carrier proves that he, his servants or agents took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences".

" The carrier is liable for loss of or damage to the goods, as well as for delay in delivery, if the claimant proves that the loss, damage, or delay, or the event or circumstance that caused or contributed to it took place during the period of the carrier's responsibility as defined in chapter 4".

(4) راجع في ذلك نص المادة (17) من اتفاقية وارسو:

"The carrier is liable for damage sustained in the event of the death or wounding of a passenger or any other bodily injury suffered by a passenger, if the accident which caused the damage so sustained took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking".

الرغبة في توسيع نطاق مسؤولية الناقل البحري عن الأسباب المؤدية للإضرار بالبضائع، عما هو الحال بالنسبة لنقل الأشخاص؛ حيث يتمتع في نقل البضائع بسيطرة واسعة عليها لكونها توجد تحت حراسته منذ تسلمها وحتى تسليمها، الأمر الذي يبرر امتداد مسؤوليته عن كافة الأسباب المؤدية للأضرار التي تلحق بها. أما في حالة نقل الأشخاص، فالناقل لا يتمتع بسيطرة كاملة على الشخص، حيث إن الأخير يتمتع بقوة ذاتية في الحركة والتنقل، وذلك على النحو الذي قد يجعله يساهم في الإضرار بنفسه، ومن ثم لا يسأل الناقل عن كافة الأسباب المؤدية للإضرار به. يضاف لذلك أن التفرقة بين المصطلحين من شأنها أن تحقق ضماناً أكبر لشاحن البضاعة حيث إن تبني هذه التفرقة من شأنها توسعة نطاق مسؤولية الناقل عن الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى الإضرار بالبضائع.

المطلب الثاني

تعريف الحادثة البحرية

خلا القانون البحري المصري وكذلك كل من أو أحكام القضاء وروتريام من تحديد المقصود بمصطلح الحادثة البحرية⁽¹⁾. وحسباً فعلت هذه التشريعات. حيث إن وضع تعريف من شأنه أن يضيق من نطاق الحالات التي يمكن أن تتعدّد معها مسؤولية الناقل، خاصة في ظل تعدّد أشكال ووسائل وقوع الحوادث البحرية، وما تشهده من تطورات في طرق وقوعها والأسباب التي تقف وراءها⁽²⁾، والأكثر من ذلك أن الحادثة البحرية الواحدة قد يقف وراءها أكثر من سبب⁽³⁾.

(1) يعرف قاموس أكسفورد الانجليزي مصطلح الحادث البحري بأنه عبارة عن: "حدث غير عادي يقع دون إمكانية توقعه أو دفعه، يكون سببه معروفاً أو غير معروف". راجع في ذلك:

Oxford English Dictionary, university Oxford press, 2011, available at:

http://oxforddictionaries.com/view/entry/m_en_gb0003860#m_en_gb0003860

(2) وتتعدّد الحوادث البحرية وتتعدّد أسبابها، وتتزايد هذه الحوادث في حالات زيادة كميات البضائع والأشخاص المنقولين بما يتجاوز الطاقة الاستيعابية للسفينة، وتقع غالباً في القنوات والممرات الضيقة، الأمر الذي تتزايد معه احتمالات وقوع هذه الحوادث، ويزداد الأمر خطورة إذا ما نجم عن هذه الحوادث تسرب في الغازات أو السوائل المحملة بها السفينة.

(3) وقد عرفت المادة (2) من الفصل الأول للتشريع الأردني للتحقيق في الحوادث والخسائر البحرية أسباب الحوادث البحرية (causes of marine incident) بأنها عبارة عن: "أي فعل أو إهمال أو واقعة سواء وقعت بالفعل أو من المحتمل وقوعها أو قوة قاهرة، أو كل هذه الأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى وقوع الحادث، أو من شأنها أن تؤدي إليه. راجع في ذلك: =

= Regulations for the investigation of marine casualties and incidents, available at:

<http://www.jma.gov.jo/INCIDENTS.pdf>

- ويقف وراء وقوع الحوادث البحرية العديد من العوامل:
- الظروف الطبيعية، مثل المد والجزر والرياح الشديدة وانخفاض الرؤية للضباب وهبوط الأمطار أو الثلوج، وعواصف البحار التي من شأنها أن تؤدي إلى فقد السيطرة على السفينة مما يؤدي إلى وقوع الحوادث.
- العيوب الذاتية في السفينة، مثل تآكل جدران السفينة، ضعف المحركات، أو تعطل أدوات الملاحة المساعدة أو ضعف القدرات الملاحية للسفينة.
- الأخطاء الملاحية التي تؤدي إلى انحراف سير السفينة، بسبب الاعتماد على خرائط ملاحية غير دقيقة، أو رسومات بيانية غير موثوقة، أو دراسات استقصائية قديمة، أو السير في مناطق ضحلة مليئة بالشعاب المرجانية.

يلاحظ من خلال استقراء التشريعات الأخرى وأحكام القضاء وآراء الفقه القانوني وجود اتجاهين في تعريف الحادثة البحرية، أحدهما مضيق والآخر موسع، وذلك على التفصيل التالي:
الاتجاه المضيق/ ربط الحادثة البحرية بوقوع أضرار معينة أو في أوقات معينة أو بسبب شخص معين:

حاول أنصار هذا الاتجاه تعريف الحادثة البحرية من خلال ربطها بوقوع أضرار معينة تصيب السفينة أو حمولتها، أو وقوعها خلال وقت معين أثناء الرحلة البحرية، أو أن يكون المتسبب فيها شخصاً معيناً.
1- التعريفات الفقهية:

فقد عرفها بعض الفقه بأنها: عبارة عن واحد أو أكثر من الوقائع أو الأحداث غير المتوقعة، التي تؤدي إلى فقد البضائع أو تلفها على متن السفينة، أو إصابة السفينة بصورة فعلية أو مفترضة، وذلك على النحو الذي يؤدي إلى تحطمها أو تركها أو تصادمها أو جنوحها، أو حدوث أي ضرر مادي للسفينة⁽¹⁾.
ويؤخذ على هذا التعريف أنه ربط وقوع الحادثة البحرية بتحقيق أضرار مادية معينة، كفقد البضائع أو تحطم السفينة أو تركها، وهذا يتنافى مع واقع الحوادث البحرية، التي تتعدد صور الأضرار الناجمة عنها، بل وتشهد تغيراً بسبب تطور أسباب وقوعها، وذلك على النحو الذي يصعب معه حصرها في أنواع معينة. فعلى سبيل المثال يمكن أن تقع الحادثة البحرية لمجرد احتجاز السفينة بالكامل مدة معينة على النحو الذي يؤدي إلى تأخير وصول البضائع أو تعرض السفينة لسطو مسلح يؤدي إلى سرقة البضائع المحملة على السفينة.

- العوامل المتعلقة بالبضائع ذاتها، كالبضائع الخطرة بطبيعتها (مثل الزيوت والمواد النووية)، أو مكان حفظ البضائع، كما لو حفظت على سطح السفينة أو في مخازنها، كما قد توجد بعض البضائع التي تحتاج لعناية خاصة، مثل الأخشاب أو الحبوب.
راجع في ذلك:

Necmettin Akten, Shipping accidents: a serious threat for marine environment, op.cit, p 272, 273.

(1) راجع في ذلك:

J. R. Kuehmayer, Marine Accident and Casualty Investigation Boards, Austrian Marine Equipment Manufacturers, 2008, p3.

ذهب جانب آخر من الفقه لتعريفها بأنها عبارة عن: "الحدث الناتج عن عوامل خارجية مستقلة عن إرادة الناقل وتابعيه"⁽¹⁾.

وقد انتقد هذا الرأي، لأنه يفترض انفصال الحادث دائماً عن تقصير الناقل وتابعيه، وهو أمر يصعب قبوله، فلو تحطمت البضائع المحملة بسبب خطأ ربان السفينة في توجيهها، فلا يمكن القول هنا بأن هذا التحطم لا يعد حادثاً بحرية.
2- التعريفات القضائية:

عرفت المحكمة الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية الحادثة البحرية بأنها عبارة عن: "الأضرار التي تحدث أثناء الرحلة البحرية بسبب أنشطة تخضع لإشراف قائد السفينة"⁽²⁾.

ويعاب على هذا التعريف أنه قصر الحوادث البحرية على الأضرار التي تقع أثناء الرحلة البحرية، رغم أن الواقع العملي يشهد بأن هناك العديد من الحوادث التي تقع قبل بداية الرحلة البحرية وأثناء عمليات الشحن والتفريغ، وتعتبر من قبيل الحوادث البحرية⁽³⁾. كما أنه ربط وقوع الحوادث البحرية بالأنشطة المتصلة بنشاط قائد السفينة، والتي تتركز في الغالب في الأنشطة الملاحية، رغم أنه من المتصور أن تقع الحوادث البحرية في غير ذلك، كالحوادث الناشئة عن عدم تأمين البضائع أثناء شحنها وتفريغها أو أثناء الرحلة البحرية، يضاف لذلك أن هناك العديد من تابعي الناقل من غير الربان، الذين يتصور وقوع الحوادث البحرية بسبب نشاطهم⁽⁴⁾.

(1) د. محمد موسي دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فانسوفى، المرجع السابق، بند 75 ص 108.

(2) راجع في ذلك:

Federal District Court Jurisdiction in Passenger Claims Against Cruise Ship Companies, available at: <http://www.rivkindlaw.com/lawyer-attorney-1703400.html> Listen

Read phonetically

(3) راجع في ذلك:

M. Lortie - R. Pelletier, Incidents in manual handling activities, Safety Science 21 (1996), p224.

(4) ولا يشترط وجود علاقة وكالة أو إشراف ورقابة للناقل لتحقيق التبعية، بل تقرر أن كل شخص يؤدي أو يتعهد بأداء عمل من الالتزامات المفروضة على الناقل بموجب عقد النقل فهو تابع له، سواء كان يؤدي هذا العمل بصورة مباشرة أم غير مباشرة، وسواء كان يؤديه تحت رقابة وإشراف الناقل، أم فقط يؤديه بناء على طلب الناقل. وبناء عليه يكون أساس التبعية للناقل هو العمل لمصلحته لتنفيذ الرحلة البحرية، حتى ولو كان من

عرفت أيضاً من قبل المحكمة العليا الأمريكية بأنها عبارة عن الأضرار التي تقع نتيجة إهمال ربان السفينة في تنفيذ الواجبات الملتمزم بها، وأن هذه الأضرار كان من الممكن حدوثها، ومن الممكن تجنب حدوثها⁽¹⁾.

يعمل لمصلحته لا يخضع لإشرافه المباشر، كما لا يهم أن تمارس هذه الرقابة من قبل الناقل نفسه، كما لو كان يمارسها نيابة عنه الربان أو الناقل الفعلي. فالناقل المتعاقد يتمتع بسلطة عامة على تنفيذ الرحلة البحرية، حتى ولو لم يكن ينفذ هذه الرحلة بنفسه. وقد تم تأكيد هذا المعنى من قبل مجلس اللوردات الانجليزي - كما سبق القول - حيث ذهب إلى أن السوابق القضائية مستقرة في تاريخ عمل مجلس اللوردات على أن المقصود بوكيل الناقل لا يقتصر فقط على من تجمعه بالناقل عقد يلتزم بموجبه بأداء معين لمصلحة الناقل، وإنما يتسع ليشمل كل شخص يكلفه الناقل بالقيام بعمل يقتضيه تنفيذ إحدى الالتزامات المفروضة على الناقل، والخاصة بتجهيز وتشغيل السفينة، حتى ولو لم يكن خاضعاً لإشراف الناقل ورقابته فيما يقوم به من أعمال.

HOUSE OF LORDS, Riverstone Meat Co. v. Lancashire Shipping Co.,
The Muncaster Castle, 1961, AC 807, available at:

http://pntodd.users.netlink.co.uk/cases/cases_m/munc_c.htm

بل ويسأل الناقل عن نشاط كل من يساعده في تنفيذ هذا التزاماته، بصرف النظر عن كون من يساعده مفروض عليه أو قام باختياره، ففكرة التبعية المرتبطة بتلقي الأوامر والتعليمات أخذ نجمها في الأفول، وهذا ما أوحى به صياغة نصوص الاتفاقيات الدولية التي نظمت النقل البحري في هذا المجال (بروكسل وهامبورج وروتterdam)، =والعديد من أحكام القضاء، والتي أفادت بأن وكيل الناقل صفة تلحق بكل من يقوم بتنفيذ إحدى الالتزامات الواقعة على الناقل، وذلك حتى ولو لم يثبت أنه تابع للناقل يعمل في ضوء الأوامر والتعليمات التي يصدرها له فيما يقوم به من أعمال. يضاف لذلك أن هذه الاتفاقيات ذاتها حددت النطاق الزمني لالتزام الناقل بالسلامة، حيث جعلته يبدأ من لحظة تسلمه البضائع من الشاحن أو أي شخص أو سلطة تنوب عنه في ذلك، وحتى تمام عملية التسليم. فالعبرة هي باللحظة التي يبدأ فيها الناقل بممارسة سلطته في الرقابة والتحكم على البضائع، وليس باللحظة التي يتم تحميل البضائع على متن السفينة، الأمر الذي يجعل الناقل مسؤولاً عن السلامة بداية من تسلم البضائع ومسؤولاً عن نشاط أي شخص يتولى تنفيذ هذا الالتزام نيابة عنه، حتى ولو لم يكن تابعاً للناقل. يضاف لذلك أن اعتبارات حماية الشاحن، تقتضى بسط مسؤولية الناقل عن أعمال مقاولي الشحن والتفريغ الإجمالي حتى ولو لم يساهم في اختيارهم ولو كان مجبراً عليهم من قبل إدارة الميناء، حيث يصعب على الشاحنين في غالب الوقت إثبات إهمالهم نظراً لضعف خبرتهم في هذا المجال، الأمر الذي لا يبدو بالصعوبة ذاتها بالنسبة للناقل. وفي كافة الأحوال لا يمكن إنكار قيام الناقل بدور في توجيه مقاولي الشحن والتفريغ حتى ولو كان مجبراً على استخدامهم، حيث يقوم في الغالب بإصدار التوجيهات إليهم خاصة في التعامل مع السفينة أثناء الشحن والتفريغ حتى لا تصاب بمكروه من أدوات الشحن والتفريغ المستخدمة.

(1) راجع في ذلك:

Supreme Court, International Jurisdiction in Claim for Damages in Shipping Accident, Case No. 22285(wa) of 2005, available at:

وعلى الرغم من تلافى هذا التعريف للأخطاء التي وقع فيها أصحاب التعريفات السابقة، من كونه لم يربط الحادثة البحرية بوقوع أضرار معينة أو في أوقات معينة، فإنه مما يؤخذ عليه أنه قصر الحوادث البحرية على الأحداث التي تقع بسبب إهمال ربان السفينة في تنفيذ الواجبات الملتمزم بها، وذلك على الرغم من أن هناك العديد من الحوادث البحرية التي تقع لأسباب تخرج عن سيطرة ربان السفينة، لعدم قدرته على توقعها أو دفعها، كالحوادث الناتجة عن البراكين، والأعاصير المدمرة، أو الاعتداءات الإرهابية والقرصنة. الاتجاه الموسع/ عدم ربط الحادثة البحرية بوقوع أضرار معينة أو في أوقات معينة:

وعلى صعيد آخر ظهر اتجاه يتبنى نظرة واسعة لمفهوم الحادثة البحرية، من خلال عدم ربطها بوقوع أضرار معينة أو بوقوعها في أوقات معينة.

1- التعريفات التشريعية:

عرف قانون الشحن التجاري والأمن البحري الانجليزي الحادثة البحرية بأنها عبارة عن تصادم السفن أو جنوحها أو أي واقعة بحرية أخرى تحدث على متن السفينة أو خارجها تؤدي إلى حدوث أضرار مادية أو تهدد بوقوعها أو تجعل وقوعها وشيكاً⁽¹⁾.

وعرفها قانون أمن النقل البحري الأمريكي لسنة 2002 في المادة (70101) بأنها عبارة عن أي حادث أمني يؤدي إلى خسائر خطيرة في الحياة، أو الإضرار بالبيئة، أو تعطيل نظام النقل، أو حدوث اضطراب اقتصادي في منطقة معينة⁽²⁾.

http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/transaction/case/pdf/h181031e_maritime.pdf

(1) راجع في ذلك:

Merchant Shipping and Maritime Security Act 1997-(Chapter 28), available at:

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/28/pdfs/ukpga_19970028_en.pdf

(2) راجع في ذلك:

Maritime transportation security Act of 2002, Public Law 107-295 107th Congress, chapter 701- port security, available at:

<http://www.tsa.gov/assets/pdf/MTSA.pdf>

أيضاً عرفها قانون التحقيق في الخسائر والحوادث البحرية الصادر عن المنظمة البحرية الدولية (IMO) في المادة (4/4)⁽¹⁾ بأنها عبارة عن: " واقعة أو حدث يقع بسبب نشاط السفينة من شأنه أن يشكل خطورة عليها، أو يلحق بها الضرر أو بحمولتها أو بالبيئة البحرية".

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يتسم بالعمومية، حيث عرف الحادثة البحرية دون ربطها بوقوع ضرر معين، كما أنه لم يشترط وقوع الحادثة في وقت أو مرحلة معينة من الرحلة البحرية، فهي كل واقعة أو حدث يقع بسبب نشاط السفينة من شأنه أن يشكل خطورة عليها، أو يلحق بها الضرر أو بحمولتها أو بالبيئة البحرية.

ولم يكتف قانون التحقيق في الخسائر والحوادث البحرية سابق الذكر بتعريف الحادثة البحرية، ولكنه عرض بمزيد من التفصيل لأنواع الكوارث البحرية (Marine casualty).

فقد عرفت المادة (1/4) الكارثة البحرية بأنها عبارة حدث يترتب عليه أحد النتائج التالية:

- وفاة الشخص أو إصابته إصابة خطيرة⁽²⁾ بسبب نشاطه، أو بسبب نشاط السفينة.
- فقدان الشخص من السفينة بسبب نشاط السفينة.
- فقدان السفينة حقيقة أو حكماً.
- التلف المادي للسفينة.

(1) وقد صدر هذا القانون عن المنظمة البحرية الدولية IMO، حيث ألزم كل دولة تحمل السفينة علمها أن تجرى تحقيقاً في الحوادث التي تقع على متنها. ويهدف هذا القانون إلى تعزيز منهج مشترك للتعاون الدولي لتحقيق السلامة ضد وقوع الحوادث البحرية، وأيضاً التعاون من أجل الوقوف على أسباب الحوادث البحرية، واتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق السلامة البحرية. وقد راعي هذا القانون أحكام المادة (94) من اتفاقية قانون البحار، وذلك فيما يتعلق بالسلطة المسؤولة عن التحقيق في الحوادث البحرية، ومدي التزام السلطات الساحلية بالتعامل معها. راجع في ذلك: =

=IMO Code for the investigation of marine casualties and incidents, Resolution, A.849(20) is from 1997, available at: <http://www.maiif.org/codes.htm>

(2) عرفت المادة (8/4) من القانون ذاته الإصابة الخطيرة بأنها: عبارة عن الأذى الذي يلحق بشخص ما مما يؤدي إلى عجزه أكثر من 72 ساعة خلال سبعة أيام من تاريخ الإصابة.

- جنوح السفينة أو تعطلها أو تصادمها.
 - الأضرار المادية بالسفينة.
 - الأضرار البيئية الناتجة عن تعرض السفينة لحادث.
- ويلاحظ على هذا التعريف أنه يتسم بعدم الدقة، حيث لم يضع تعريفًا واضحًا لمهية الكارثة البحرية، وإنما اكتفى بسرد صور الأضرار المترتبة على وقوعها، كما أنه يتسم بالغموض، فمثلا لم يبين المقصود بالأضرار المادية، أيضًا لم يحدد المقصود بنشاط السفينة كسبب لوقوع الحادثة، كما لم يعرض لأسباب وحالات وقوع الكارثة البحرية.
- وفى المادة (3/4) عرفت الكارثة الخطيرة (serious casualty) بأنها: عبارة عن الحادثة التي لا توصف بأنه خطيرة جدًا، والتي يترتب عليها:
- الحريق⁽¹⁾ أو الانفجار أو الجنوح أو التصادم أو التلف بسبب الطقس السيئ أو تكسير جسم السفينة أو تعيب جسم السفينة الناتج عن ذلك.
 - الإضرار بهيكل السفينة على النحو الذي يجعلها غير قادرة على الإبحار، كما لو تسربت المياه داخل جسم السفينة، أو لدى المحركات مما يؤدي إلى تعطلها عن العمل.
 - التلوث (بصرف النظر عن الكمية).
 - الإصابات التي تستلزم القطر إلى الشاطئ.
- وعرف الكارثة الخطيرة جدًا (Very serious casualty) في المادة (6/4) بأنها: عبارة عن الواقعة التي يترتب عليها فقدان الكامل للسفينة أو الخسائر في الأرواح أو التلوث الشديد.
- والملاحظ على موقف هذا القانون أنه قصد من التفرقة السابقة ربط وصف درجة خطورة الحادثة أو الكارثة بحسب حجم الخسائر وخطورة النتائج المترتبة على وقوعها، فالكارثة الخطيرة تتعلق بالوقائع والأحداث التي يترتب عليها

(1) ويحتل الحريق المرتبة الثانية في قائمة الحوادث البحرية من حيث الوقوع، حيث يشكل نسبة 50% من نسبة الحوادث التي تقع للسفن التجارية خلال الخمسة والعشرين عامًا الماضية. وغالبًا ما ينشأ هذا الحريق في غرفة محركات السفينة، والذي غالبًا ما ينتهي بهلاك السفينة بحمولتها. راجع في ذلك:

J. R. Kuehmayr, Marine Accident and Casualty Investigation Boards, op.cit, p3

الفقدان أو الخسارة الجزئية في الأرواح أو الممتلكات. أما الحادثة أو الكارثة الخطيرة جدا فهي تتعلق بالوقائع والأحداث التي تؤدي إلى الفقدان الكامل والكلي للأرواح أو الممتلكات.

2- التعريفات الفقهية:

وعلى صعيد التعريفات الفقهية فقد عرفت الحادثة البحرية بأنها عبارة عن: "حادثة تقع بشكل فجائي، يكون الضرر فيها وشيك الحدوث فيما يتعلق بتشغيل السفينة⁽¹⁾."

وعرفها جانب آخر من الفقه⁽²⁾ بأنها عبارة عن حدث مفاجئ وغير متوقع يحدث أثناء قيام تابعي الناقل بتنفيذ التزاماتهم، سواء قبل بداية الرحلة البحرية أم بعدها، وسواء وقعت من حمولتها.م السفينة أم من عمال الشحن والتفريغ، بما يؤدي إلى وقوع خسائر بشرية أو مادية، أو إعاقة السفينة بصورة كلية أو جزئية. ونحن من جانبنا نتفق مع الاتجاه الموسع في تعريف الحادثة البحرية، فتعدد وتباين وتطور أسباب وقوع هذه الحوادث (أسباب أمنية⁽³⁾ أو ملاحية أو أسباب تتعلق بالسفينة أو بطبيعة حمولتها .) يدفعنا لدفعنا للقول بعدم ملائمة ربطها بوقت معين أو بشخص معين أو بأضرار معينة، بل الأنسب - خاصة في ظل ما تشهده هذه الحوادث من تطورات في أساليب وطرق ارتكابها - تبني تعريفاً موسعاً لها. ويبدو لنا تعريف الحادثة البحرية بأنها: عبارة عن كل واقعة من شأنها الإضرار بالسفينة أو بحمولتها أو بالبيئة البحرية، وذلك بصرف النظر عن وقت وقوعها، أو الأسباب التي تقف وراءها، أو الأشخاص المتسببين فيها. ومن خلال النظر إلى القرصنة من منظور المفهوم السابق للحادثة البحرية يتضح لنا أنها تدخل تحت مظلة هذا المفهوم، وذلك للأسباب التالية:

(1) راجع في ذلك:

Ibid, p3.

(2) راجع في ذلك:

Patrick Chaumette , Accident du travail maritime, marin : comment les définir

Cass. civ. 2è, 3 septembre 2009, n° 08-12732, El Harouat c/ ENIM, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 15, 2009, p 2.

(3) وفقاً للبند الأول فقرة (13) من الفصل الثاني من اتفاقية السلامة البحرية، يعرف الحادث الأمني بأنه عبارة عن أي فعل أو عمل مشبوه من شأنه أن يهدد أمن السفينة.

(1) اتساع المفهوم الذي تبناه القانون المصري وكذلك الاتفاقيات الدولية للحادثة البحرية يقتضى القول بأنها تشتمل على كل واقعة تخل بالسير العادي لعملية النقل البحري، وذلك بصرف النظر عن ارتباط وقوع الحادثة باستغلال السفينة أو بخطأ الناقل أو تابعيه، وبصرف النظر عن مدى توقع هذه الحادثة أو إمكانية دفعها، بل يكفي مجرد وقوع ضرر بالسفينة أو بحمولتها أو بالبيئة البحرية. والمدقق يلاحظ أن القرصنة لا تخرج عن هذا المعنى، فهي واقعة تخل بالسير العادي لعملية النقل، بما تسببه من إخلال بأمن السفينة⁽¹⁾، وذلك على النحو الذي من شأنه إلحاق الضرر بها أو بحمولتها.

(2) إن العديد من الاتفاقيات الدولية البحرية قد تبنت المسؤولية الموضوعية بوصفها أساساً لمسؤولية الناقل البحري عن الأضرار التي تصيب البضائع بشكل عام⁽²⁾، مستبعدة فكرة الخطأ كأساس لمسؤوليته - وإن لم تكن قد تخلت عنها تمامًا - الأمر الذي جعل الناقل ضامن لكل ضرر يصيب البضائع المشحونة يقع بسبب نشاطه⁽³⁾، بما يفهم منه الأخذ بالمفهوم الموسع للحادثة البحرية.

(3) إن أحكام القضاء سعت على أثر تزايد القرصنة إلى تبني مفهومًا موسعًا للحادثة البحرية بغية اعتبار هذه الأنشطة من قبيل الحوادث البحرية المسؤول عنها الناقل. وقد ظهر صدى هذا الأمر جليًا في أحكام القضاء الأمريكي الذي اكتفى لوقوع الحادثة البحرية مجرد وقوع ضرر بالسفينة أو

(1) حددت اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة 1988 الأفعال التي تشكل اعتداء على أمن السفن، وهي:
1/ مصادرة أو ممارسة السيطرة على السفينة بأي صورة من صور التهديد.
2/ ممارسة العنف ضد أي شخص على متن السفينة.
3/ تدمير السفينة أو الإضرار بها أو بحمولتها.
4/ وضع أي مادة على متن السفينة من شأنها أن تدمر أو تلحق الأضرار بالسفينة أو بشحنتها.
5/ تدمير أو إلحاق أضرار خطيرة بالمرافق البحرية.

راجع:

- SUA Convention, Article 3, 1988.

(2) راجع في ذلك: اتفاقية بون الموقعة في 14 أكتوبر 1890، واتفاقية جنيف الموقعة في 19 مايو 1956.

(3) د. عبد الرافع موسي، مدى الشدة في أساس مسؤولية الناقل البحري في عقد نقل الأشخاص، دار النهضة العربية- القاهرة، (بدون تاريخ نشر) ص 39.

Marcel Fontaine - Marcel Fontaine, Drafting international contracts: an analysis of contract clauses, BRILL, 2006, p 219.

بمحملتها أو بالبيئة البحرية، الأمر الذي ساعده ليس فقط على اعتبار القرصنة من قبيل الحوادث البحرية، ولكن أيضاً في إعفاء الشاحن من عبء إثبات خطأ الناقل كي يقيم مسؤوليته عن هذه الاعتداءات. وقد ترجم القضاء الأمريكي هذا الموقف صراحة في أحد المنازعات التي عرضت عليه، والتي تتلخص وقائعها في أن أحد منصات البترول الموجودة في تكساس الأمريكية قد تم بيعها في عام 2005 لتحويلها إلى وحدة إنتاج بحرية متنقلة قبالة السواحل الماليزية، وقد قام المدعي بالتأمين عليها لدى إحدى شركات التأمين (المدعى عليه) وذلك ضد مخاطر نقلها من تكساس إلى ماليزيا. وقد تم اقتحام الوحدة البحرية من قبل إحدى الجماعات المسلحة، وتم كسر أحد الأعمدة الحاملة لمنصة البترول، مما أدى إلى تلف المنصة. وقد حكمت محكمة أول درجة بعدم التزام شركة التأمين بتعويض الأضرار التي حدثت، معللة ذلك بأن واقعة الاعتداء لا تعد من الحوادث التي يشملها التأمين، وإنما هي من قبيل الظروف الاستثنائية الخارجة عن التوقع والدفع، التي لا يمكن معها القول بوجود خطأ من قبل الناقل أو تابعيه. وقد تصدت المحكمة بهذه المناسبة لتعريف الحادث البحري، فعرفته بأنه عبارة عن كل ضرر يقع أثناء الرحلة البحرية نتيجة خطأ الناقل أو تابعيه⁽¹⁾. وعندما طعن على هذا الحكم أمام المحكمة العليا ألغت الحكم، وأبدت تحفظات على تعريف الحادث البحري، ورأت أن التعريف الذي أورده محكمة أول درجة يتسم بالضيق، لذلك عرفته بأنه عبارة عن: " كل ضرر يقع أثناء الرحلة البحرية بما في ذلك أي حدث خارجي وغير متوقع كالقرصنة، وذلك بغض النظر عن قدرة الناقل أو تابعيه على دفعه أو تجنبه". ويتضح من هذا الحكم بوضوح وجود ارتياح شديد للمفهوم الموسع للحادثة البحرية من قبل القضاء الأمريكي، بحيث إن الحادثة البحرية ليست مرتبطة فقط بالوقائع المرتبطة بصلاحيات السفينة للإبحار أو بقدرة الناقل على توقعها أو دفعها، ولكن بكافة الوقائع

(1) راجع في ذلك:

Global Process Systems Inc and another (Respondents) v Syarikat Takaful Malaysia Berhad, (Appellant), UKSC 5, On appeal from the Court of Appeal (Civil Division), 2009.

التي تخل بسير وسلامة الرحلة البحرية ومن شأنها أن تسبب ضرراً للشاحن⁽¹⁾.

4) على أثر ما شهده العالم من تنامي وتصاعد وتيرة عمليات القرصنة خاصة بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر، ظهرت اتجاهات قوية لتعديل اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد السفن، وعلى أثرها تم تشكيل لجنة قانونية قامت في أكتوبر 2001 بدراسة إجراء تعديل على نصوص الاتفاقية، وقد كانت أولى الملاحظات التي أبديت على هذه الاتفاقية ضيق النصوص المنظمة للأفعال التي تعد حوادث بحرية تخل بأمن السفينة، وأن الأمر يحتاج إلى توسعة هذه الأفعال لمواجهة مستجدات الإرهاب بصورة عامة والقرصنة بشكل خاص. وقد أضافت الاتفاقية ثلاثة طرق جديدة يمكن أن تقع بها القرصنة، وهي⁽²⁾:

أ/ استخدام السفينة كسلاح أو وسيلة للاعتداء. وهذه الهجمات تحتاج إلى وجود قصد خاص وهو تهديد الأفراد أو الحكومات لحملهم على القيام بعمل ما أو الامتناع عن عمل، وتعد هذه الهجمات من الجرائم المستحدثة التي تهدد سلامة السفن البحرية.

ب/ تجريم أنشطة استخدام السفن في عمليات الاتجار في أسلحة الدمار الشامل في البحر، سواء كان ذلك بغرض الحصول على ربح أم بغرض القيام بأنشطة إرهابية.

ج/ جرائم تهريب أي شخص ارتكب عملاً ضمن الأعمال التي حظرتها اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة 2005 وبروتوكولها لعام 2005.

ويبدو لنا بعد هذا التأصيل أن القرصنة تعد في الوقت الراهن من قبيل الحوادث البحرية التي يمكن أن يسأل عنها الناقل، وأنها لم تعد من قبيل حوادث القوة القاهرة التي لا يستحيل على الناقل أن يتوقعها أو يدفعها، خاصة بعد أن زادت قدرة الناقل الأمنية على توقع مثل هذه الحوادث وتفاديها، وبعد أن أصبح هناك تعاون وثيق بين شركات النقل (البحري والجوي) مع أجهزة الاستخبارات الأمنية

(1) راجع في ذلك:

FARRANDOC, (Robin Hood Flour Mills Ltd. v. N.M. Paterson & Sons Ltd.), cité par William TETLEY: « Marine Cargo Claims », p. 385.

(2) راجع:

Article 3bis (1)(a), 2005 SUA Protocol, ibid.

على مستوى العالم، كما أن تقدم وسائل الاتصال مكن السفينة من التواصل طوال فترة الرحلة حتى وهى في عرض البحر مع كافة الأجهزة الأمنية، الأمر الذي أحدث تغييراً شاملاً في طبيعة الالتزامات الأمنية التي يلتزم بها الناقل تجاه الشاحن بمناسبة عقد النقل البحري، وأيضاً في مفهوم الحوادث البحرية التي يسأل عنها الناقل.

المبحث الثاني

اشتراط وقوع القرصنة خلال فترة زمنية معينة

لا يكفى لقيام مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة أن تحظى هذه الواقعة بوصف الحادثة البحرية فقط، ولكن يجب أيضاً أن تقع القرصنة خلال مدة زمنية معينة، وهى الفترة التي يكون فيها الناقل مسؤولاً عن سلامة البضائع، وذلك وفق البيان التالي:

المطلب الأول

النطاق الزمني لمسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة

ليست كل حادثة قرصنة يسأل عنها الناقل، ولكن يجب أن تقع هذه الحادثة خلال الفترة التي يكون فيها الناقل مسؤولاً عن سلامة البضائع. وقد أكد قانون التجارة البحرية المصري، وكذلك اتفاقية هامبورج وروتterdam هذا المعنى⁽¹⁾، وهو ما عبرت عنه اتفاقية هامبورج في نسختها الفرنسية بعبارة: "Durée de la responsabilité"، وعبرت عنها النسخة الإنجليزية بعبارة: "period of responsibility" وأيضاً استخدمت اتفاقية روتردام المصطلح ذاته، والذي يعنى الفترة الزمنية لمسؤولية الناقل عن الحوادث البحرية.

ويقف وراء تبرير هذا الشرط أنه ليس من الجائز مسائلة الناقل عن الأضرار التي تلحق بالبضائع إذا لم يكن هو المسيطر عليها وحده، فإذا شاركه غيره في السيطرة على هذه البضائع، كان من المحتمل إرجاع الحادثة إلى خطأ هذا الغير⁽²⁾. فالناقل يجب أن تتوافر صلة بين نشاطه والضرر الذي لحق بالبضائع على أثر اعتداءات القرصنة.

هذا وقد تباينت مواقف كل من القانون المصري والاتفاقيات الدولية في تحديد النطاق الزمني لمسؤولية الناقل. فقد قرر القانون المصري حصر هذه المدة بين وقت تسلّم البضائع في ميناء الشحن حتى قيامه بتسليمها في ميناء التفريغ، حيث

(1) فقد نص القانون المصري في المادة (1/227) على أن: "يضمن الناقل هلاك البضاعة وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسلّم الناقل للبضائع في ميناء الشحن وبين قيامه في ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق في تسليمها، أو إيداعها طبقاً للمادة السابقة".

راجع نص المادة (1/4) من اتفاقية هامبورج:

- " The responsibility of the carrier for the goods under this Convention covers the period during which the carrier is in charge of the goods at the port of loading, during the carriage and at the port of discharge".

راجع نص المادة (1/12) من اتفاقية روتردام:

- " The period of responsibility of the carrier for the goods under this Convention begins when the carrier or a performing party receives the goods for carriage and ends when the goods are delivered".

(2) د. ثروت أنيس الأسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي، (بدون دار نشر)، الطبعة الأولى، 1960، ص 185.

يكون الناقل مسؤولاً عما يصيب البضائع من ضرر حتى ولو كانت هناك مدة فاصلة بين التسلم وبداية الشحن. وقد كان هذا هو موقف اتفاقية هامبورج أيضاً. ويلاحظ على هذا الموقف أنه اشترط أن يتم التسلم في ميناء الشحن وأن يتم التسليم في ميناء التفريغ، ومن ثم لا عبّرة بالتسليم أو التسليم الذي يتم خارج هذه الأماكن. كما تعتبر البضائع قد تم تسليمها إذا وضعت تحت يد المرسل إليه، أو وضعت تحت تصرفه طبقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد أو القوانين أو العادات التجارية المتبعة في ميناء التفريغ. وقد أضافت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها ما يفيد بأن الوكلاء والتابعين يأخذون حكم الناقل والمرسل إليه في تطبيق هذه المادة.

ويمثل هذا الحكم تقدماً ملموساً بالمقارنة بموقف اتفاقية بروكسل 1924، والتي قصرت هذه المدة على الفترة ما بين الشحن والتفريغ، ومن ثم لا يسأل الناقل عن الحوادث البحرية التي تقع أثناء وجود البضائع في الميناء أو على الرصيف البحري. بمعنى آخر لا يسأل الناقل إلا عن الحوادث التي تقع على ظهر السفينة أثناء الرحلة البحرية فقط.

وقد جاءت اتفاقية روتردام مسجلة خطوة أخرى للأمام في هذا الصدد، حيث قررت أن مسؤولية الناقل عن البضائع تبدأ من لحظة تسلمها لها وحتى تمام التسليم، وذلك بصرف النظر عما إذا كان هذا التسلم قد تم في ميناء الشحن أو خارجه، وبصرف النظر عما إذا كان التفريغ قد تم في ميناء التفريغ أو خارجه، فالعبّرة هي بالتسليم والتسليم، أي ما كان المكان الذي تم فيه ذلك. بل زادت على ذلك الفقرة الثالثة من ذات المادة، حيث قررت أنه يجوز للشاحن والناقل الاتفاق على مكان وزمان التسلم والتسليم، على أن يقع باطلاً كل اتفاق من شأنه جعل التسلم لاحقاً لشحن البضائع، وكل اتفاق على جعل التسلم سابقاً لتفريغها.

ويبدو لنا دقة المعيار المتبع من قبل اتفاقية روتردام في هذا الخصوص، وتناسبه مع ظروف النقل المختلفة، حيث ربط مسؤولية الناقل عن البضائع بوجودها في حيازته، وذلك بصرف النظر عن مكان تسلمها، أو ارتباطها بعملية الشحن أو التفريغ على متن السفينة، الأمر الذي من شأنه أن يوسع نطاق مسؤولية الناقل عن البضائع، ويتناسب مع بعض أنواع النقل؛ مثل النقل متعدد الوسائط، الذي قد يحدث أن يتسلم فيه الناقل البضائع خارج ميناء الشحن قبل بداية الرحلة أو يسلمه خارج ميناء التفريغ.

المطلب الثاني

مدى اشتراط وجود البضاعة في حراسة الناقل أثناء وقوع القرصنة

يثير الحديث عن اشتراط وقوع حادثة القرصنة خلال فترة زمنية معينة التساؤل حول مدى اشتراط وجود البضائع في حراسة الناقل؟ بمعنى هل يكفي مجرد تسلم الناقل للبضائع حتى يسأل عن الأضرار التي تلحق بها أم يجب أن يتحقق له عليها الحراسة بمفهومها القانوني؟

تتوقف الإجابة عن هذا التساؤل على التعرف على مفهوم التسلم والتسليم، ومقارنة ذلك بمفهوم الحراسة. فقد عرفت اتفاقية هامبورج المقصود بتسلم البضائع في الفقرة الثانية من المادة الرابعة بالقول، تعتبر البضائع قد سلمت للناقل من الوقت الذي تكون فيه تحت يده أو يد من يعمل باسمه أو لحسابه، أو تحت يد شخص يتعين أن تودع لديه البضائع لترحيلها وفق القوانين واللوائح الواجبة التطبيق في ميناء الشحن.

أيضاً قررت المادة (2/12) من الاتفاقية ذاتها بأن تعتبر البضائع قد سلمت للناقل إذا كانت العادات والأعراف الحاكمة للتعامل في ميناء الشحن أو التفريغ تقتضى اعتبار التسليم قد تم بوضع البضائع تحت تصرف شخص أو سلطة معينة.

أما عن مفهوم الحراسة فقد خلا القانون المصري، وكذا الاتفاقيات الدولية من وضع تعريف للحراسة، ولا من هو الحارس، الأمر الذي فتح باب الاجتهاد أمام الفقه والقضاء لمعالجة هذه الأمور. وقد تبينا في البداية نظرية الحراسة القانونية؛ تلك التي تقضى بأن الحارس هو الشخص صاحب السلطة القانونية على الشيء بموجب ما له من حق عيني أو شخصي عليه بناء على عقد أو نص في القانون. لكن سرعان ما توارت هذه النظرية على أثر ما وجه إليها من انتقادات، تعلقت بغياب الأساس القانوني السليم لربط الحراسة بوجود سلطة قانونية على الشيء؛ فقد يسرق الشيء من مالكه (1)، فكيف يسأل الأخير عما يحدثه هذا الشيء من أضرار وهو تحت سيطرة السارق.

(1) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء (رسالة دكتوراه)، مكتبة النهضة المصرية، 1957، ص 77.

وسرعان ما تحول الفقه (1) والقضاء (2) على أثر هذه الانتقادات إلى الأخذ بنظرية الحراسة الفعلية؛ تلك التي تقضي بأن الحارس هو الشخص صاحب السلطة الفعلية على الشيء، بما له من سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة عليه، وذلك لحساب نفسه، أي بصورة مستقلة.

والملاحظ بعد مزاهاة مفهوم كل من التسلم والحراسة وجود اختلاف فيما بينهما. حيث إن التسلم وفق موقف الاتفاقيات الدولية يتجاوز حدود الحراسة، حيث لا يشترط لتحقيق معنى التسلم وجود سلطة للناقل على البضائع تسمح له بممارسة الرقابة والتوجيه والاستعمال، بل يكفي مجرد قيام الشاحن بإيداع البضائع لدى سلطة أو هيئة لها الحق في تسلمها وفق القوانين المعمول بها في ميناء الشحن لتحقيق معنى التسلم، حتى ولو لم يكن في مقدور الناقل التحكم في هذه البضائع بالرقابة والتوجيه. ويساعد هذا المفهوم للتسلم على فهم لماذا قررت كل من اتفاقيتي هامبورج وروتterdam مسؤولية الناقل المتعاقد عن الأضرار التي تلحق بالبضائع التي توجد في حراسة الناقل الفعلي، رغم أنه لا يتمتع بصدها بسلطات التوجيه والرقابة، حيث إن العبرة هي بتسلم الناقل للبضائع بغض النظر عن تحقق الحراسة من عدمه.

وبناء عليه يسأل الناقل عن الحادثة التي تقع على البضائع حتى ولو لم يتحقق له عليها الحراسة الفعلية، حيث يكفي أن يكون قد تسلمها وفق مفهوم الاتفاقيات الدولية.

ويلاحظ على موقف القانون المصري والاتفاقيات الدولية أنها تبنت ضابطا زمنيا لتحديد ما يعد حادثة بحرية يسأل عنها الناقل البحري، والذي يتمثل في وقوع الحادثة خلال الفترة ما بين تسلم البضائع وحتى تسليمها. ومن ثم يستبعد المعيار النوعي في تحديد الحوادث المسؤول عنها الناقل، فأياً ما كان نوع أو طبيعية الحادثة البحرية، فالناقل مسؤول

(1) د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية) دار النهضة العربية، 2008، هامش ص 209.

(2) ذهبت محكمة النقض المصرية إلى " أن نص المادة 178 من القانون المدني يدل على أن الحراسة على الأشياء الموجبة للمسؤولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لهذا النص تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعي أو المعنوي على الشيء سيطرة فعلية من خلال الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه" ، راجع نقض مدني مصري، 17/ 1995، طعن 554، لسنة 59 ق، مجموعة أحكام النقض (الجزء الثاني)، قاعدة 274، ص 1396.

عنها مادامت قد وقعت خلال مدة مسؤوليته عنها، فلا يشترط في الحادثة البحرية مثلاً أن تكون من الحوادث اللصيقة بالاستغلال البحري. كما أننا لا نتفق مع جانب من الفقه⁽¹⁾ قام بالربط بين الحادثة البحرية ووقوعها في مكان معين، فما يفهم من القانون المصري والاتفاقيات الدولية أن العبارة بوقوع الحادثة خلال الفترة ما بين التسلم وحتى التسليم، الأمر الذي يستبعد معه المعيار المكاني لتحديد الحادثة البحرية، حيث يستوي أن تقع على ظهر السفينة أو على الرصيف البحري أو في أماكن الشحن والتفريغ. وفي ضوء ما سبق نلاحظ اتساع المفهوم الذي تبناه القانون المصري وكذلك الاتفاقيات الدولية للحادثة البحرية، فاستبعاد المعيار المكاني وكذلك معيار ارتباط الحادثة بالاستغلال البحري للسفينة من شأنه القول بأن الحادثة البحرية عبارة عن: كل واقعة تخل بالسير العادي لعملية نقل البضائع. وبناء عليه يسأل الناقل عن كافة حوادث القرصنة التي تسبب ضرراً بالبضائع بداية من تسلمه لها وحتى قيامه بتسليمها، وذلك بصرف النظر عن مكان وقوع الحادثة، وبصرف النظر عن ارتباط هذه الحادثة بالاستغلال البحري للسفينة من عدمه.

الفصل الثاني

أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة ووسائل دفعها

بداية تجدر الإشارة إلى أن التشريعات البحرية على المستويين الدولي والوطني تخلو من تنظيم قانوني خاص لمسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة في مواجهة الشاحن، الأمر الذي دفعنا إلى محاولة تأصيل هذه المسؤولية في ضوء القواعد العامة المقررة من قبل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، مع مراعاة خصوصيات القرصنة بوصفها حادثة بحرية حديثة العهد في مجال مسؤولية الناقل البحري. وسوف ينتظم حديثنا عن هذا الموضوع من خلال تناول أساس مسؤوليته عن أضرار القرصنة، ثم وسائل دفعها، وذلك على التفصيل التالي:

(1) راجع في ذلك: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، (بدون تاريخ نشر)، ص 179.

المبحث الأول

أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة

- خصوصية مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة:
يحظى الحديث عن أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة بخصوصيات معينة يجب أن تؤخذ في الاعتبار لما لها من آثار وانعكاسات على تحديد هذا الأساس وبيانه، والتي من أهمها⁽¹⁾:

1/ استبعاد الغش كأساس لمسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة، لصعوبة تصور تعمده وقوع هذه الحادثة، بالنظر إلى أنه المضرور الأول منها.

2/ يرتكز الحديث على أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة من كونه ملتزماً في مواجهة الشاحن ليس فقط بنقل البضائع من مكان لآخر، ولكن أيضاً بضمان سلامة هذه البضائع، من خلال اتخاذ مجموعة من التدابير الأمنية اللازمة للمحافظة عليها ضد الاعتداءات المحتملة، ومن ثم من المتصور أن يكون الخطأ أساساً تقوم عليه مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة، إذا ما ثبت تخاذه أو تهاونه في اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة لسلامة البضائع⁽²⁾.

3/ يصعب الاعتماد على الخطأ كأساس لمسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة (خاصة الخطأ واجب الإثبات)، لأن الشاحن يصعب عليه إثبات خطأ الناقل من الناحية العملية ليقوم مسؤوليته عن أضرار القرصنة، بالنظر إلى أن عملية النقل تتم بعيداً عن رقابته وإشرافه، كما أنه ليس على دراية بالناوحي الفنية الخاصة بعملية النقل وكيفية اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة ليثبت تقصير الناقل في مراعاتها.

4/ مراعاة الظروف الخاصة التي يمارس فيها الناقل البحري نشاطه، وهي ظروف تعد صعبة، بالنظر إلى مخاطر البحر وتقلبات الطقس المختلفة،

(1) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique :un cas excepté en perte de sens, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes Faculté de Droit et de Sciences politiques, Juin 1999, p29.

(2) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p7.

يضاف لكل ذلك أنه يمارس نشاطه في الغالب بعيداً السلطات الأمنية، بما يصعب عليه عادة الاستغاثة بالجهات المختصة، الأمر الذي يجب مراعاته عند تقرير أساس مسؤولية الناقل عن حوادث القرصنة، حيث يجب ألا تتسم بالصرامة والشدة، بل يجب أن تؤخذ مثل هذه العوامل والظروف في الاعتبار.

ويمكن القول بأن مسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة في مجملها لن تخرج عن نظامين:

الأول/ نظام المسؤولية القائم على الخطأ (عقدي أو تقصيري)، وهو الذي يتطلب لإقامة مسؤولية الناقل إثبات خطأه الشخصي أو افتراض هذا الخطأ، ويستطيع الناقل دفع مسؤوليته في هذه الحالة بإثبات عدم صدور خطأ منه أو من أحد تابعيه. ويجب عدم الخلط بين عدم تنفيذ الالتزام والخطأ في تنفيذه، حيث إن الأخير يتطلب إثبات وجود تقصير من قبل الناقل، وليس إثبات عدم تنفيذ الالتزام المفروض عليه⁽¹⁾.

الثاني/ نظام المسؤولية القائم على الضرر، حيث تقوم مسؤولية الناقل وفق هذا النظام لمجرد وقوع الضرر بصرف النظر عن صدور خطأ منه أو نسبته إليه، ولا يمكن للناقل دفع مسؤوليته بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، بل يجب عليه إثبات السبب الأجنبي.

ولعل الحديث عن أساس مسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة يقلل من أهمية البحث في خطئه وإن كان لا ينفيه تماماً. هذا وقد حرص فريق من الفقه القانوني⁽²⁾ ردحاً من الزمن على توجيه النداء بضرورة تبنى المسؤولية الموضوعية كأساس لمسؤولية الناقل، منادياً باستبعاد فكرة الخطأ، الأمر الذي دعا أحدهم إلى القول بأنه يكفي وقوع ضرر بالبضائع لقيام مسؤولية الناقل البحري. وقد تأثرت العديد من التشريعات البحرية خاصة الاتفاقيات الدولية

(1) راجع في ذلك:

Michel Cannarsa, Compensation for Personal Injury in France, p3, available at: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/2002/cannarsa.pdf>

(2) د. عبد الرافع موسي، مدى الشدة في أساس مسؤولية الناقل البحري في عقد نقل الأشخاص، مرجع سابق، ص 39.

Marcel Fontaine, Drafting international contracts: an analysis of contract clauses, op. cit, p 219.

الحديثة بهذه النداءات⁽¹⁾، فحرصت على إقرار المسؤولية الموضوعية مستبعدة فكرة الخطأ، الأمر الذي جعل الناقل ضامن لكل ضرر يصيب البضائع المشحونة يقع بسبب نشاطه، ما لم يثبت السبب الأجنبي. وعلى الرغم من حرص التشريعات على استبعاد فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الناقل البحري، فإنها لم تتخل عنها تمامًا، حيث اعتمدت هذه التشريعات فكرة الخطأ لتبرير إعفاء مسؤولية الناقل أو التخفيف منها.

ويقتضى منا الأمر الوقوف بدقة على أساس مسؤولية الناقل البحري عن الأضرار التي تلحق البضائع على أثر وقوع حادثة الإرهاب في ضوء قواعد القانون المصري، والاتفاقيات الدولية، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

أساس مسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة وكيفية دفعها في القانون المصري
أولاً/ أساس مسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة في القانون المصري:
خلا قانون التجارة البحرية المصري من نص خاص ينظم مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق البضائع على أثر حادثة القرصنة، واكتفى بمعالجة أساس مسؤوليته بصورة عامة، كما أن هذا القانون لم يعالج أساس المسؤولية عن أنواع محددة للحوادث البحرية، وإنما ركز على أشهر صور الأضرار المترتبة على الحوادث البحرية بغض النظر عن نوع أو طبيعة الحادثة البحرية⁽²⁾.

(1) راجع في ذلك: اتفاقية بون الموقعة في 14 أكتوبر 1890، واتفاقية بروكسل الموقعة في 25 أغسطس 1924، واتفاقية جنيف الموقعة في 19 مايو 1956.
(2) فقد نصت المادة (1/227) من القانون البحري رقم 8 لسنة 1990 على أن: " يضمن الناقل هلاك البضاعة وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسلم الناقل للبضائع

وقد صرحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأن مسؤولية الناقل ليست مسؤولية موضوعية، وإنما هي مسؤولية قائمة على أساس الخطأ المفترض، وقد أرجعت المذكرة الإيضاحية ذلك إلى تأثر القانون المصري بموقف اتفاقية هامبورج في هذا الصدد.

هذا وقد تفرقت آراء الفقه القانوني حول فهم مقصود النصوص السابقة في تحديد الأساس القانوني لمسؤولية الناقل البحري إلى ثلاثة آراء، وذلك على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: قرر أنصار هذا الاتجاه تأييد موقف المذكرة الإيضاحية، بالقول بأن مسؤولية الناقل وفق أحكام القانون المصري تقوم على أساس الخطأ المفترض، فالمضروور لا يكلف بإثبات خطأ الناقل، ولكن يكفي إثبات الضرر المتمثل في فقدان أو هلاك أو تلف البضاعة، وتبرير ذلك أن المنطق يقتضى مادام الهلاك أو التلف قد وقع في الوقت الذي كانت فيه البضائع في حيازة الناقل فإنه يفترض أنه قد وقع بسبب خطئه دون أن يكلف المضروور بإثباته بإعتباره مفترض لمجرد وقوع الضرر⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: وعلى صعيد آخر تبني فريق فقهي ثانٍ رأياً مخالفاً لما سبق، حيث يرى أن القانون المصري يؤسس مسؤولية الناقل البحري على أساس قرينة المسؤولية وليس قرينة الخطأ، وقد استشهدوا بالصياغة التي ظهرت عليها نصوصه، والتي يرون أنها تفصح عن أن الناقل مكلف بتحقيق نتيجة وليس

في ميناء الشحن وبين قيامه في ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق في تسلمها، أو إيداعها طبقاً للمادة السابقة

كما نصت المادة (229) من القانون ذاته على أن: " يعفى الناقل من المسؤولية المنصوص عليها في المادة (1/227) من هذا القانون إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها يعود إلى سبب أجنبي لا يد له أو لثابته أو لأحد تابعيه فيه"، كما نصت المادة (1/240) على أن: " يسأل الناقل عن التأخير في تسليم البضاعة إلا إذا أثبت أن التأخير يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه".

وقد قررت الفقرة الثانية من المادة (227) بأن أحكام المسؤولية الواردة في الفقرة الأولى من المادة ذاتها لا تسري على الحالات التالية:

- الملاحة الساحلية بين موانئ الجمهورية إلا إذا اتفق على غير ذلك.

النقل بمقتضى عقد إيجار إلا إذا صدر سند الشحن تنفيذاً لهذا النقل، فتسري أحكام هذه المسؤولية ابتداءً من الوقت الذي ينظم فيه السند العلاقة بين حامله والناقل.

(1) راجع في ذلك: د. عمر فؤاد عمر، إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، 2000 ص 95؛ د. محمد بهجت فايد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل اتفاقية هامبورج، دار النهضة العربية، 1992، ص 47.

مجرد بذل عناية، كما أنه لا يمكنه دفع مسؤوليته بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، الأمر الذي يستبعد معه أن يكون الخطأ المفترض هو أساس مسؤولية الناقل هي ، حيث إن هذا الأساس يتم اللجوء إليه فقط في الحالة التي يكون فيها الناقل مكلفًا ببذل عناية، ويستطيع دفع مسؤوليته بإثبات أنه بذل العناية اللازمة⁽¹⁾. الاتجاه الثالث: وذهب أنصار هذا الاتجاه للقول بأن أساس مسؤولية الناقل وفق النصوص السابقة هو الخطأ واجب الإثبات، وقد برر هذا الرأي موقفه بأن صاحب البضائع مكلف بإثبات عدم تسلم بضائعه أو تسلمها ناقصة أو تالفة أو متأخرة، وكافة هذه الصور تنطوي على إثبات خطأ الناقل، باعتباره ملتزمًا بسلامة البضائع حتى تمام التسلم⁽²⁾.

- رأينا الخاص:

ونحن من جانبنا نتفق مع الاتجاه الثاني في أن مقصود المشرع المصري من وراء النصوص سابقة الذكر هو بناء مسؤولية الناقل على أساس قرينة المسؤولية، أو بمعنى آخر أراد تبنى المسؤولية الموضوعية كأساس لمسؤولية الناقل البحري. ونبرر موقفنا هذا بالأسباب الآتية:

1- إن العبارات التي اعتمد عليها المشرع في تنظيم هذه المسؤولية تفصح عن أن الناقل ضامن لكل ما يقع من أضرار للبضائع أثناء وجودها في حيازته، كما أنه لا يستطيع دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، كما أن التعديل الذي أجراه المشرع على المواد (229، 240) يؤكد نية المشرع الصريحة في التشديد من مسؤولية الناقل، وتحويلها من الالتزام ببذل عناية إلى الالتزام بتحقيق نتيجة معينة.

2- إن ما جاء في المذكرة الإيضاحية وأقره أصحاب الرأي الأول يعد من وجهة نظرنا من قبيل تحميل النصوص ما لا تحتمل، فعبارات القانون المصري (المواد 227، 229، 290) لا تدع مجالاً للشك في أن مسؤولية

(1) راجع في ذلك: د. محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، منشأة المعارف، 1995، بند 4، ص 30.

(2) راجع في ذلك: د. جلال وفاء محمدين، مدى فعالية قواعد مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجديد في حماية الشاحن المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، ص 42.

الناقل مسؤولية موضوعية، فهي لم تمكن الناقل (كما فعلت اتفاقية هامبورج) من دفع مسؤوليته بإثبات انتفاء الخطأ في حقه أو حق أحد تابعيه، وإنما جعلته ضامناً لهلاك البضاعة وتلفها إذا حدث ذلك في المدة بين تسلّم الناقل لها في ميناء الشحن وبين قيامه في ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق فيها. وعندما أراد القانون أن يمكن الناقل من دفع مسؤوليته قصر وسائله لدفع المسؤولية فقط على السبب الأجنبي، ولم يمكنه حتى من إثبات اتخاذ التدابير المعقولة هو وتابعيه لدفع الضرر، لذلك يبدو لنا جلياً أن المشرع قد عمد إلى تقرير المسؤولية الموضوعية للناقل البحري عن الحوادث البحرية، متجاوزاً في ذلك اتفاقية هامبورج، وليس متفقاً معها. ولعل ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية قد جاء متأثراً بحالة النصوص (229)، (1/240) قبل التعديل⁽¹⁾، والتي كانت تعطي للناقل الحق في دفع مسؤوليته بإثبات أنه اتخذ هو وتابعوه كافة التدابير اللازمة لدفع الضرر.

3- لا يبدو توافق ما ذهب إليه الرأي الثالث مع صريح النصوص السابقة، التي لم تقرن قيام مسؤولية الناقل بإثبات ارتكابه خطأ ما، كما لم تمكنه حتى من دفع مسؤوليته بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، الأمر الذي لا يمكن معه القول بأن أساس مسؤولية الناقل هو الخطأ واجب الإثبات. كما لا يمكن تبرير هذا الأساس بالقول بأن صاحب البضاعة يجب عليه إثبات خطأ عدم تسلّم البضاعة أو تسلمها بغير الحالة التي تسلمها عليها، حيث إن هذا الإثبات يتعلق بصور الضرر، وليس خطأ الناقل، يضاف لذلك أن القول بأن

(1) وقد كانت هذه المواد قبل أن تعدل تنص على:
مادة (229):

- 1- يعفى الناقل من المسؤولية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 227 إذا أثبت أنه قام هو ومن ينوب عنه وتابعوه باتخاذ التدابير المعقولة لمنع وقوع الضرر، أو أنهم لم يكن في استطاعتهم اتخاذ هذه التدابير.
- 2- ومع ذلك لا يسأل الناقل عن الضرر الناشئ عن الحريق إلا إذا أثبت طالب التعويض أن الحريق حدث بفعل الناقل أو نائبه أو أحد تابعيه أو أنهم أهملوا في اتخاذ التدابير المعقولة لإطفاء الحريق بعد نشوبه أو لمنع آثاره أو الحد منه.

مادة (240):

- 1- يسأل الناقل عن التأخير في تسليم البضائع إلا إذا أثبت أنه قام هو ومن ينوب عنه وتابعوه باتخاذ التدابير المعقولة لمنع التأخير أو أنه لم يكن في استطاعتهم اتخاذ هذه التدابير.

أساس مسؤولية الناقل هو الخطأ واجب الإثبات، فهذا يعنى إمكانية نفي الناقل مسؤوليته بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، وهذا ما لم تفصح عنه النصوص.

وبعد بيان موقف القانون المصري من تحديد أساس مسؤولية الناقل، ويبدو لنا أن الناقل البحري وفق أحكام القانون المصري مسؤول عن الأضرار التي تلحق البضائع على أثر وقوع حادثة القرصنة على أساس المسؤولية الموضوعية، وذلك للأسباب التالية:

(1) إن الناقل مسؤول عن تحقيق نتيجة محددة، وهى ضمان سلامة البضائع بداية من تسلمه لها وحتى تمام التسليم، كما أن مسؤوليته مفترضة في حالة وقوع الضرر، ومن ثم يسأل عن كافة ما يلحق البضائع من أضرار ناشئة عن نشاطه بما في ذلك أضرار حادثة القرصنة، يستوي في ذلك وقوع الحادثة بسبب خطأ من الناقل (إرادي أو غير إرادي) أو لا، حيث يكفي تحقق أحد الأضرار التي نظمتها النصوص السابقة (فقدان البضائع أو هلاكها أو تأخيرها).

(2) إن المشرع المصري لم يعدد صور الحوادث التي يمكن أن يسأل عنها الناقل، وإنما أكتفى بتعداد صور الأضرار، حيث راعي صعوبة حصر صور الحوادث البحرية، الأمر الذي يفسح المجال لإمكانية مساءلة الناقل عن أضرار حادثة القرصنة، مادامت تسببت هذه الحادثة في هلاك أو فقدان أو تأخير هذه البضائع.

(3) إن الناقل — وفق أحكام القانون المصري — لا يمكنه إخلاء ساحته من المسؤولية عن أضرار حادثة القرصنة بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه أو من جانب أحد تابعيه، حيث إن مسؤوليته مفترضة لمجرد تحقق الضرر، ومن ثم لا يجدي إثباته بذل العناية اللازمة في تأمين السفينة وعدم صدور خطأ أو إهمال من جانبه في هذا الصدد. ويكفى الشاحن لإقامة مسؤولية الناقل في هذه الحالة إثبات هلاك البضاعة سواء كان الهلاك كلياً أم جزئياً، وذلك بالاستعانة بسند الشحن، الذي يتضمن مقدار وحجم البضاعة وحالتها، ولا يلتزم صاحب البضاعة هنا بإثبات خطأ الناقل، وإثبات الأسباب التي أدت إلى وقوع هذا الهلاك أو التلف، كعدم صلاحية السفينة للإبحار، أو عدم كفاية إجراءات الأمن والسلامة المتبعة على ظهر السفينة.

ويبدو لنا تقيماً لموقف القانون المصري أنه قد بالغ في حماية مصلحة المضرورين من حادثة القرصنة على حساب مصلحة الناقل، حيث شدد من مسؤولية الأخير وقلص من وسائله لدفع مسؤوليته، ومكن الشاحن من إقامة مسؤوليته عن هذه الحادثة بمجرد إثبات الضرر المتمثل في عدم تحقق النتيجة المتفق عليها، وهي تسليم البضائع بالحالة التي تسلمها عليها، ولم يكلف الشاحن بإثبات أسباب وقوع حادثة القرصنة، أو إهمال الناقل في التعامل معها لتلافي آثارها، وذلك على أساس أن مسؤولية الناقل مفترضة، ولا حاجة لإثباتها.

وعلى الرغم من ذلك، فقد دعم جانب من الفقه موقف المشرع المصري في هذا الصدد بدعوى أن الناقل يمارس نشاطاً ينطوي على خطورة خاصة، ومن ثم يجب أن ترتقي مسؤوليته إلي قدر النشاط الذي يمارسه، حتى ولو لم يشكل هذا النشاط خطأ⁽¹⁾. أما إذا ما ثبت خطأ الناقل في تجهيز السفينة أو تأمينها لتفادي حوادث القرصنة، أو الحد من آثار هذه الحوادث بعد وقوعها فمسؤوليته أولى وأجدر، فعجز الناقل عن تفادي وقوع حادثة القرصنة في بعض الأحيان لا يبرر عجزه في الحد أو التقليل من آثارها بعد وقوعها⁽²⁾.

ثانياً/ مدي اعتبار القرصنة سبب أجنبي يعفي الناقل من المسؤولية طبقاً للقانون المصري:

يفهم من عجز المادتين (229، 1/240) من القانون البحري المصري بصورة واضحة أن الناقل لا يمكنه دفع مسؤوليته بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، بل يجب عليه علاوة على ذلك أن يثبت السبب الحقيقي للضرر، أي أن يثبت السبب الأجنبي⁽³⁾. وكما هو معلوم أن صور السبب الأجنبي مثل خطأ الشاحن والعيب الذاتي للبضاعة والقوة القاهرة⁽⁴⁾. ومن غير المتصور استناد

(1) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p7.

(2) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p7.

(3) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، مرجع سابق، ص 46.

(4) هذا وقد استفاضت اتفاقية بروكسل 1924 في تعداد صور وحالات السبب الأجنبي التي يعفي الناقل البحري على أثرها من المسؤولية راجع في ذلك اتفاقية بروكسل الموقعة في 25 أغسطس لسنة 1924 (المادة 2/4):

الناقل على خطأ الشاحن أو العيب الذاتي للبضاعة للتخلص من مسؤوليته عن
حادثة القرصنة، حيث لا يتصور عملياً رد هذه الحادثة إلى أحد هذه الأسباب،
لكن الصورة التي يمكن تصورها في هذا الخصوص هي صورة القوة القاهرة.
وإذا كانت القرصنة وفق ما سبق أن قررناه لم تعد من قبيل القوة القاهرة في
حوادث النقل البحري، إلا أن هذا القول لا يمنع من تصور وقوعها في بعض
الحالات كقوة القاهرة يمكن أن يعتمد عليها الناقل لدفع مسؤوليته عما لحق البضائع
من أضرار. ومن ثم يثور تساؤل حول متى تعتبر القرصنة سبباً أجنبياً يمكن
للناقل أن يعتمد عليه لدفع مسؤوليته؟
يمكن القول إجابة عن هذا التساؤل أنه يشترط لاعتبار القرصنة قوة القاهرة
يعفى الناقل على أثرها من المسؤولية توافر مجموعة من الشروط، وذلك على
التفصيل التالي:

" Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:
(a) Act, neglect, or default of the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship.(b) Fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier. (c) Perils, dangers and accidents of the sea or other navigable waters. (d) Act of God.(e) Act of war.(f) Act of public enemies.(g) Arrest or restraint or princes, rulers or people, or seizure under legal process.(h) Quarantine restrictions.(i) Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative.(j) Strikes or lockouts or stoppage or restraint of labour from whatever cause, whether partial or general. (k) Riots and civil commotions.(l) Saving or attempting to save life or property at sea.(m) Wastage in bulk or weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality or vice of the goods.(n) Insufficiency of packing.(o) Insufficiency or inadequacy of marks.(p) Latent defects not discoverable by due diligence.(q) Any other cause arising without the actual fault or privity of the carrier, or without the actual fault or neglect of the agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage".

1- أن تكون القرصنة هي السبب الحقيقي والأكيد للضرر الذي لحق بالبضائع: حتى ينطلي على حادثة القرصنة وصف القوة القاهرة يجب أن تكون هي السبب الحقيقي للضرر، أي ترتبط الأضرار التي لحقت بالبضائع بحادثة القرصنة بعلاقة سببية. ولا يكتفى في هذا الشأن أن يقتصر دور القرصنة على زيادة فرصة تحقق الضرر من خلال جعله أمراً ممكناً، حيث لا توجد عندئذ علاقة سببية، ولا تعد القرصنة في هذه الحالة هي السبب الحقيقي لوقوع الضرر⁽¹⁾. وبناء عليه إذا تعددت أسباب الضرر (كخطأ الناقل أو تابعيه أو قلة الاحتياطات الأمنية)، وكانت القرصنة من بينها وثبت أنها ليست السبب المنتج للضرر، فإنها لا تعتبر في هذه الحالة قوة القاهرة تعفي الناقل من المسؤولية. أما إذا اشترك مع القرصنة أسباب أخرى وكانت متساوية في إحداث الضرر فإن المسؤولية ستوزع بين هذه الأسباب كل بحسب مقدار إسهامه في وقوع الضرر، حيث ستكون القرصنة في هذه الحالة سبباً جزئياً لوقوع الضرر.

وتقدير ما إذا كانت القرصنة تعد السبب الحقيقي للضرر من عدمه أمر يترك لقاضي الموضوع، يقدره وفق خبرته وظروف الواقعة، أخذاً في اعتباره مجريات الأمور، حيث إن تقدير سبب الضرر مسألة واقع، وليست مسألة قانون، أو بتعبير أكثر دقة هي مسألة واقع يترتب عليها آثار قانونية.

2- أن تكون حادثة القرصنة خارجة عن الناقل:

حتى تعد حادثة القرصنة سبباً معفياً من المسؤولية يجب أن تكون خارجة وبعيدة عن تدخل الناقل، أي لا تنسب إليه، ولا يثبت أنه أسهم في وقوعها. فلو ثبت مثلاً أن الناقل كان على علم باحتمال وقوع القرصنة في ضوء ما وصل إليه من بيانات ومعلومات، ولم يحمي بالغاء الرحلة أو قام بها دون أن يستعين بالأدوات والتجهيزات الأمنية اللازمة لصد هذه الاعتداءات، فإنه لا يمكنه أن ينفى مسؤوليته عن هذه الحادثة بدعوى أنها خارجة عن سيطرته.

ويجد هذا الشرط ما يبرره في الرغبة في التأكد التام من انتفاء خطأ الناقل بأي صورة من الصور، كما أنه يفيد من ناحية أخرى في تحميل الناقل تبعاً للمخاطر اللصيقة بالسفينة وتجهيزاتها وتلك المحيطة بعملية النقل.

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، مرجع سابق، ص 199.

ويري جانب من الفقه⁽¹⁾ ضرورة التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي في مجال حوادث النقل البحري، حيث قصر مفهوم القوة القاهرة على الحوادث الناجمة عن أسباب خارجة عن سيطرة الناقل والأدوات والأشخاص الذين يعتمد عليهم في تنفيذ النقل، أما الحادث الفجائي فيشتمل على الحوادث الناجمة عن أسباب تخضع في الأصل لسيطرة الناقل. وقد سعي هذا الاتجاه من وراء ذلك إلى تضيق مجال إعفاء الناقل من خلال قصره على الوقائع الخارجة عن نشاطه فقط دون الوقائع الناجمة عن نشاطه⁽²⁾.

وقد وجه نقد شديد لهذا الاتجاه على أساس أن شرط الخارجية شرط عام يجب توافره في كافة حالات السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية، كما أن القواعد العامة تقتضي أن الحارس لا يستطيع أن يعفي نفسه من المسؤولية بالاستناد إلى وجود عيب داخلي في الشيء الخاضع لحراسته⁽³⁾.

3- عدم إمكانية توقع اعتداء القرصنة:

ويقصد بهذا الشرط عدم قدرة الناقل على توقع وقوع حادثة القرصنة بصورة مطلقة، أي أنها كانت فجائية، وذلك رغم ما قام به من استطلاعات أمنية واتصال بالجهات الأمنية المختصة للتعرف على الحالة الأمنية للرحلة البحرية. ويقدر توقع الناقل في هذا الصدد بمعيار موضوعي مؤسس على معيار الناقل شديد الحريص في ذات ظروف الناقل الذي وقعت له حادثة القرصنة.

ويعكس هذا الشرط ضرورة تحلى الناقل ببعد استشرافي يمتد إلى الحوادث المتوقعة في ضوء طبيعة الرحلة البحرية وخط سيرها وطبيعة حمولة السفينة، بحيث لا يمكن التسليم بانتفاء خطأ الناقل إلا بالتأكد من أنه قد اتخذ كافة التدابير اللازمة لدفع وقوع الحادثة، وذلك من خلال محاولة توقع كافة العوامل والأسباب التي من المحتمل أن تؤدي لوقوعها. فالقوة القاهرة لا يكفي بخصوصها أن تكون واقعة مجردة في ذاتها، ولكن يجب أيضاً الاعتداد بمسلك الناقل حيالها.

ويترتب على ثبوت توقع الناقل حدوث القرصنة — وفقاً لمعيار الناقل شديد الحرص في ذات ظروف الناقل المسؤول — عدم اعتبار القرصنة قوة القاهرة

(1) المرجع السابق، ص 207.

(2) المرجع السابق، الموضوع ذاته.

(3) المرجع السابق، الموضوع ذاته.

يمكن للناقل أن يرتكن عليها لنفي مسؤوليته عن ما وقع من أضرار، بل على العكس من ذلك، يترتب على ثبوت توقع الناقل وقوع القرصنة ومضيه قدمًا — رغم ذلك — في القيام بعملية النقل، أو عدم اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة لتأمين سلامة البضائع، فإن ذلك يعد خطأ إراديًا يجعله مسؤولاً بشكل شخصي عن الأضرار التي لحقت بالبضائع على إثر حادثة الإرهاب(1).

4 - استحالة دفع الناقل اعتداءات القرصنة:

ويقصد بهذا الشرط عدم قدرة الناقل على مواجهة اعتداءات القرصنة المستهدف للسفينة والبضائع المحملة على متنها أو لم يتمكن من تغيير مسار السفينة بعد أن علم بوجود جماعات مسلحة في خط سيرها(2)، بمعنى أن الاعتداءات كانت تفوق قدرة الناقل على التصدي لها. ويشترط استحالة الدفع، وليس مجرد صعوبة الدفع.

وتقدر قدرة الناقل على الدفع بمعيار موضوعي، العبرة فيه تكون بقابلية الحادثة للدفع من الناحية الموضوعية، وذلك بصرف النظر عن القدرات الشخصية للناقل، أي بمدى قابلية اعتداءات القرصنة للمواجهة والصد من الناحية العملية في ضوء قدرات الناقل الحريص. ويترك تقدير الأمر لمحكمة الموضوع وفق ما تراه من وقائع الحادثة.

هذا وقد ذهبت أحد أحكام القضاء الفرنسي إلى اعتبار السرقة المصحوبة بعنف ووسطو مسلح من قبيل القوة القاهرة، وقد برر هذا بالقول بأن مثل هذه الحوادث لا يمكن دفعها من قبل من وقعت في مواجهته. هذا وإن كانت المحاكم الفرنسية لا تطبق هذه القاعدة على إطلاقها، حيث تراعي ظروف كل حالة، وتقدر مدى إمكانية الدفع والتوقع بصدد كل حالة(3).

(1) راجع في ذلك:

Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, Analysis and Trends of Recent German Case Law, 1997, p160,

(2) راجع في ذلك:

Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia, Best Management Practices for Protection against Somalia Based Piracy,(IMO), op. cit, p4.

(3) راجع في ذلك:

Cass, CA November 15, 1983; Cass. com. May 14, 1991.

هذا وقد ذهب المحكمة العليا الفرنسية إلى أن عدم القدرة على دفع الحادثة أو مقاومتها يمثل قوة قاهرة، إذا كان هذا التنبؤ لا يمكن معه تجنب آثار الحادثة، وبشرط أن يكون الناقل قد اتخذ كافة التدابير اللازمة لمنع وقوع الحادث⁽¹⁾. ويجب ملاحظة أن الأعطال والإخفاقات التي تلحق بالسفينة أثناء الرحلة البحرية لا تعد من قبيل القوة القاهرة، حيث إنها حوادث الأصل أن الناقل قادر على مواجهتها والسيطرة عليها⁽²⁾.

المطلب الثاني

أساس مسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة وكيفية دفعها في اتفاقية هامبورج أولاً/ أساس مسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة في اتفاقية هامبورج: لم تفرد اتفاقية هامبورج نصاً خاصاً لمعالجة مسؤولية الناقل البحري عن حوادث القرصنة، ولكنها اشتملت على نصوص تنظم مسؤولية الناقل عن أضرار الحوادث البحرية بصورة عامة⁽³⁾.

والملاحظ على موقف هذه النصوص أنها وضعت قاعدة عامة وأوردت عليها استثناءات محددة، فقد قررت الفقرة الأولى من المادة الخامسة أن أساس مسؤولية الناقل عن الحوادث التي تقع أثناء الرحلة البحرية تقوم على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس. فمجرد وقوع الضرر يفترض معه خطأ الناقل دون أن يكلف الشاحن بإثباته، لكن يملك الناقل أن يدفع مسؤوليته بإثبات أنه لم يصدر عنه

(1) راجع في ذلك:

Cass. com. Oct. 1, 1997.

(2) راجع في ذلك:

Paris. October 29, 1955.

(3) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج على أن: "يسأل الناقل عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها، وكذلك الناتجة عن التأخير في التسليم، إذا وقعت الحادثة التي تسببت في الهلاك أو التلف أو التأخير أثناء وجود البضائع في عهده على الوجه المبين في المادة (4)، ما لم يثبت الناقل أنه قد اتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع ما كان يجب اتخاذه من تدابير معقولة لتجنب الحادث وتبعاته". كما نصت الفقرة الرابعة من المادة ذاتها على: "يسأل الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير في التسليم بسبب الحريق، إذا ثبت المدعي أن الحريق نشأ عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو مستخدميه أو وكلائه. يسأل الناقل عن الهلاك أو التلف أو التأخير الذي يثبت المدعي أنه نتج عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو مستخدميه أو وكلائه في اتخاذ جميع التدابير التي كان من المعقول اتخاذاها لإخماد الحريق وتجنب تبعاته أو التخفيف منه".

خطأ أو تابعوه، بل قام باتخاذ كافة التدابير والإجراءات اللازمة لدفع الضرر، وقد أكد الملحق رقم (2) من الاتفاقية هذا المعنى⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن اتفاقية هامبورج تتشابه مع اتفاقية بروكسل في تحديد أساس المسؤولية (الخطأ المفترض)، فإن اتفاقية هامبورج تتسم بالوضوح في تبنى هذا الأساس بالمقارنة باتفاقية بروكسل التي تبنت العديد من النصوص التي تنظم التزامات الناقل وتحدد مسؤوليته عنها، الأمر الذي سبب صعوبة في الوقوف بدقة على طبيعة هذه المسؤولية وأساسها، حيث قررت العديد من الالتزامات الملقة على عاتق الناقل من تجهيز السفينة وطاقمها وجعلها صالحة للملاحة وغيرها، ثم أتبع ذلك بسلسلة طويلة من الإعفاءات، كان من أهمها إعفاؤه من المسؤولية في حالات الهلاك أو التلف الناتج عن الخطأ الملاحي⁽²⁾،

(1) راجع في ذلك:

Basis of carrier's liability, clause(18):

" The Hamburg Rules effect a more balanced and equitable allocation of risks and responsibilities between carriers and shippers. Liability is based on the principle of presumed *fault or neglect*. That is, the carrier is liable if the occurrence that caused the loss, damage or delay took place while the goods were in his charge, and he may escape liability only if he proves that he, his servants or agents took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences. This principle replaces the itemization of the carrier's obligations and the long list of his exemptions from liability under the Hague Rules, and eliminates the exemption from liability for loss or damage caused by the faulty navigation or management of the ship. The liability of the carrier under the Hamburg Rules corresponds with the liability imposed upon carriers under international conventions governing carriage of goods by other modes of transport, such as road and rail".

(2) وقد كان يبرر موقف اتفاقية بروكسل باستثناء الخطأ الملاحي، بأن النقل البحري في الماضي كان يتسم بصعوبة قدرة مالك السفينة على الاتصال بها وطاقمها أثناء الرحلة البحرية، ومن ثم ضعف قدرته على مباشرة رقابة حقيقية على نشاط السفينة خاصة أثناء الرحلات البحرية طويلة الأجل، الأمر دفع بالتشريعات إلى تبنى أساس لمسؤولية الناقل يتسم بالتخفيف، تماشيًا مع الفكرة التقليدية التي كانت تنظر إلى الرحلة البحرية على أنها مغامرة مشتركة بين الناقل والشاحن كل منهما يتحمل جزءا منها. لكن مع التقدم الهائل الذي شهدته وسائل الاتصالات، وما وفره ذلك من سهولة اتصال الناقل بالسفينة أثناء الرحلة البحرية، وقدرته على توجيهها والإشراف عليها، الأمر الذي زالت عنه مبررات

الأمر الذي كان يشكل إخلالاً بحقوق الشاحنين، بالنظر إلى كثرة الإعفاءات المقررة للناقل⁽¹⁾.

وفي محاولة لتأصيل أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة في ضوء نصوص اتفاقية هامبورج يمكن القول بأن الناقل مسؤول عن الضرر المترتب علي حادثة القرصنة مادامت قد وقعت خلال الفترة ما بين تسلمه للبضائع وحتى تسليمها، حيث يفترض أن هذه الأضرار قد وقعت بسبب خطأ الناقل أو تابعيه. ولا يكلف الشاحن بإثبات هذا الخطأ، فلا يكلف الشاحن مثلاً بإثبات علم الناقل باحتمال وقوع حادثة القرصنة وتقصيره في تقادي وقوعها، أو أنه لم يجهز سفينته بالوسائل الأمنية سواء على صعيد الأشخاص أم الأجهزة للتصدي لهجمات القرصنة، ولكن عليه فقط أن يثبت الأضرار التي لحقت بالبضائع، وأن هذه الأضرار قد وقعت خلال فترة تواجد البضائع في عهدة الناقل، لتقوم مسؤولية الناقل عن هذه الأضرار التي خلفتها القرصنة.

وإذا كان ما سبق ذكره يتعلق بأساس مسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة وفق اتفاقية هامبورج، فإن الاتفاقية قد تبنت استثناءً خاصاً يتعلق بحادثة الحريق، فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج على أن أساس مسؤولية الناقل عن هذه الحادثة قائم على الخطأ واجب الإثبات، حيث لا مجال لإقامة مسؤوليته عن هذه الحادثة إلا إذا تمكن الشاحن من إثبات خطأ الناقل أو أحد تابعيه في اتخاذ جميع التدابير التي كان من المعقول اتخاذها لإخماد الحريق وتجنب تبعاته أو التخفيف منها، كما يمكن للناقل دفع مسؤوليته من خلال إثبات أنه لم يصدر عنه أو أحد تابعيه خطأ، بل قام باتخاذ كافة التدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر.

كثرة إعفاءات الناقل من المسؤولية، الأمر الذي دعى إلى إعادة توزيع للمسؤوليات فيما بين الناقل والشاحن، وهذا ما حرصت عليه اتفاقية هامبورج راجع في ذلك: د. محمد بهجت قايد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل اتفاقية هامبورج، دار النهضة العربية، 1992، بند 37، ص 42.

(1) راجع في ذلك:

وقد تسببت كثرة هذه الإعفاءات في الإضرار بالدول النامية المستفيدة من خدمات النقل البحري ضحية تسلط الدول الناقلة، الأمر الذي أدى إلى اعتماد اتفاقية هامبورج، والتي تميزت بأنها تضع نظاماً صارماً لمسؤولية الناقل البحري، حيث تؤسس لمسؤولية الناقل على أساس الخطأ المفترض. ولم تكن هذه الاتفاقية تحظى بموافقة الدول المتقدمة لكونها تتعارض مع مصالحها، وذلك علي عكس الحال بالنسبة لاتفاقية بروكسل.

ولا أجد ما يبرر موقف اتفاقية هامبورج بتمييز حادثة الحريق بحكم خاص، بل على العكس قد يجد الشاحن صعوبة أكبر في إثبات خطأ الناقل وتابعيه بخصوص هذه الحادثة، والتي غالبًا ما تقع أثناء الرحلة البحرية، ويجد الشاحن صعوبة في الوقوف بدقة على أسبابها⁽¹⁾، ومدى ثبوت خطأ الناقل من عدمه⁽²⁾.

وعلى أية حال، يبدو لنا أن النص السابق يتعامل مع الحريق كحادثة مستقلة، وليس كنتيجة مترتبة على حادثة القرصنة، ومن ثم لا يستوقفنا الحديث عن هذه الحالة كثيرًا لخروجها عن موضوع البحث.

ثانيًا/ دفع الناقل مسؤوليته عن أضرار القرصنة طبقًا لاتفاقية هامبورج:

ينتظم الحديث عن دفع الناقل مسؤوليته عن حادثة القرصنة وفق اتفاقية هامبورج على محورين، الأول ينصرف إلي الحالة العامة لدفع المسؤولية، والثاني ينصرف للحالات الخاصة، وذلك علي التفصيل التالي:

(1) الحالة العامة لدفع الناقل مسؤوليته عن حادثة القرصنة:

وعلى الرغم من افتراض اتفاقية هامبورج خطأ الناقل في حالة وقوع حادثة القرصنة، فإنها سمحت له دفعها بإثبات أنه اتخذ التدابير المعقولة لتجنب وقوع هذه الحادثة. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج على أن الناقل يمكنه دفع مسؤوليته بإثبات أنه قد اتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع ما كان يجب اتخاذه من تدابير معقولة لتجنب الحادثة وتبعاتها".

(1) وبسبب صعوبة إثبات خطأ الناقل أو أي من تابعيه في حوادث الحريق، فقد نصت المادة (4/5) من اتفاقية هامبورج على أنه: " في حالة نشوب حريق على السفينة من شأنه أن يؤثر في البضائع المحملة يجب أن تتم معاينة وفقا للمستقر عليه في الممارسات الملاحية، وذلك للوقوف على أسباب الحريق وملابساته، وعند الطلب توضع نسخة من تقرير المعاينة تحت تصرف الناقل أو الشاحن".

(2) وقد برر البعض تمييز اتفاقية هامبورج حوادث الحريق بحكم خاص لسببين: الأول/ إن الاتفاقية تتضمن التزام على الناقل باتخاذ تدابير للوقاية من الحريق، والتي غالبًا ما يحرص عليها الناقل، كما أنه سيعمل على الإضافة لها بما يمكنه من مواجهة كافة الظروف.

الثاني/ إن حادثة الحريق تتميز بأنها إذا وقعت فإنها لا تقتصر فقط على البضائع، وإنما تضر بالسفينة أيضًا، بما يجعل الناقل، هو أول ضحايا الحادثة. راجع في ذلك: د. محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، مرجع سابق، بند 6، ص 33.

فهذا النص خفف من غلواء الخطأ المفترض للناقل عن حادثة القرصنة، وذلك بأن أتاح له دفع مسؤوليته بإثبات أنه قد أتخذ كافة التدابير المعقولة لتجنب وقوع حادثة القرصنة أو تجنب أضرارها، ولكنها مع ذلك وقعت⁽¹⁾.

ولا مرأ في أن الأساس الذي تبنته اتفاقية هامبورج يعكس تخفيفاً بالمقارنة بالقانون المصري، فعلي الرغم من أن الاتفاقية جعلت مسؤولية الناقل مفترضة لمجرد وقوع الضرر، فإنها مكنته من دفع مسؤوليته بإثبات اتخاذ التدابير المعقولة لتفادي الضرر، وذلك علي عكس الحال بالنسبة للقانون المصري، الذي جعل مسؤولية الناقل مفترضة لمجرد وقوع الضرر، ولم يمكنه من دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ويرى جانب من الفقه⁽²⁾ أن إعفاء الناقل من المسؤولية عن أضرار حادثة القرصنة بإثبات اتخاذه التدابير المعقولة لمنع وقوع هذه الحادثة هو إعفاء نهائي، ومن ثم لا يجوز للشاحن بعد ذلك أن يثبت تقصير أو خطأ الناقل. ويعود ذلك إلى أن إعفاء الناقل من المسؤولية في مثل هذه الحالة يتطلب منه ليس فقط إثبات اتخاذه التدابير اللازمة لتفادي وقوع الحادثة، ولكن أيضاً إثبات السبب الحقيقي للضرر، الأمر الذي تنتفي معه مسؤولية الناقل بصورة نهائية.

وعلي الرغم من وضوح أساس مسؤولية الناقل عن أضرار حادثة القرصنة وفق اتفاقية هامبورج، فإن الخلاف قد نشب حول مضمون عبارة " التدابير المعقولة" التي إذا ما تمكن الناقل من إثباتها انتفت مسؤوليته عن الأضرار التي خلفتها حادثة القرصنة، حيث إن إثبات اتخاذاها يعني دحض قرينة الخطأ المفترضة في حقه بمجرد وقوع الحادثة.

ويقتضي تحديد مضمون التدابير المعقولة، التعرف على شكل وطبيعة التدابير التي يجب على الناقل أن يتخذها بخصوص حادثة الإرهاب، ثم تحديد معيار العناية الواجب الإلتباع لتحديد هذه التدابير، وذلك علي التفصيل التالي:

(1) راجع في ذلك:

Madeleine Jansson, The consequences of a deletion of the nautical fault, op. cit, p14.

(2) راجع في ذلك: د.عمر فؤاد عمر، إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، مرجع سابق، بند 152، ص 160.

(أ) مضمون التدابير المعقولة لدفع الناقل مسؤوليته عن أضرار القرصنة وفق اتفاقية هامبورج:

لم يرد في اتفاقية هامبورج تحديداً دقيقاً لمفهوم التدابير المعقولة كوسيلة لدفع الناقل مسؤوليته، ولعل واضعي الاتفاقية قد قصدوا من وراء ذلك إفساح المجال أمام القضاء ليقدر التدابير المعقولة في ضوء كل حادثة، وذلك بالنظر إلى تعدد ظروف وملابسات كل واحدة منها، الأمر الذي سيؤدي إلى اختلافها من واقعة لأخرى.

وعلى الرغم من حرصنا الدائم على عدم تورط التشريعات في وضع وصياغة التعريفات، حتى لا يتسبب ضيق الألفاظ في عدم استيعاب مستجدات الواقع، فإننا رغم ذلك كنا نود لو أن الاتفاقية قد تضمنت بعض الضوابط لتقريب الرؤية قدر الإمكان، بغية إيجاد نوع من توحيد المعاملة القانونية من قبل المحاكم، حتى لا تتفرق بها السبل وتتعدد التفسيرات، ومن ثم تختلف الأحكام .

وتبدو لنا ضرورة التصدي لتحديد مفهوم التدابير المعقولة بخصوص حادثة القرصنة، وذلك في ضوء روح نصوص اتفاقية هامبورج وطبيعة حادثة القرصنة.

بداية وقبل التعرف على الاتجاهات المختلفة في تعريف التدابير المعقولة تبدو أهمية إبداء بعض الملاحظات على المقصود بهذه التدابير:

1- إن الاتفاقية استعملت مصطلح التدابير المعقولة (Reasonable measures) ولم تستعمل مصطلح التدابير الضرورية (The necessary measures) (1) ، حيث إن المصطلح الأخير يعكس تشدداً في حق الناقل لا يتوافق مع الأساس الذي وضعته (الخطأ المفترض). فمصطلح التدابير الضرورية يفترض أن الضرر ما كان ليقع لو اتخذت كافة التدابير اللازمة لتجنبه. بمعنى آخر، حدوث الضرر يدل في ذاته على أن التدابير الضرورية لم تتخذ، الأمر الذي لا يُبقي من سبيل أمام الناقل

(1) وقد أستعمل مصطلح التدابير الضرورية من قبل اتفاقية فارسوفي في المادة (20) من الاتفاقية، وإن كان الفقه يري عدم تفسير هذا المصطلح بحرفيته، وذلك للتخفيف من شدته فيما يتعلق بنفي الناقل لمسؤوليته. راجع: د. الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، بند 324، ص 446.

للتخلص من مسؤوليته إلا إثبات القوة القاهرة، وهذا ما لم تقصده الاتفاقية، لأنها أسست المسؤولية على قرينة الخطأ وليس قرينة المسؤولية.

2- لا مجال لاستفادة الناقل من حالات الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها بإثبات اتخاذ التدابير المعقولة إذا ما ثبت أن ما صدر عنه كان خطأ إراديًا (1).

3- شهد مفهوم التدابير المعقولة تطورًا في مضمونه ومعيار تحديده علي أثر ازدياد مخاطر القرصنة في الأونة الأخيرة ، حيث أصبحت هذه الإجراءات ذات مضمون فني ومهني وأمني يرتبط بكل ما يلزم لضمان سلامة البضائع منذ لحظة تسلم البضائع وحتى تمام تسليمها، كما أصبحت هذه التدابير تنصرف إلي السلوكيات الشخصية للناقل وليس إلي التجهيزات المادية فقط. ومن ثم لا يكفي القول بأن الناقل مكلف بتقديم سفينة صالحة للملاحة من الناحية الفنية، وأنها مزودة بكافة أجهزة الاتصال والاستقبال، وأنه يستعين بطاقم مؤهل تأهيلاً علمياً مناسباً، لكن يجب عليه أن يكون مؤهلاً هو وتابعه على مواجهة القرصنة، والحد من آثارها بعد وقوعها. وقد ذهب جانب من الفقه الأمريكي تأكيداً لهذا المعنى إلى القول بأن السفينة لا تعد جاهزة وصالحة للملاحة لمجرد توافر المون والأجهزة والمعدات، ولكن يكون الطاقم مؤهلاً من الناحية الفنية والتكنولوجية للتعامل مع القرصنة. ولعل هذا المفهوم يتوافق مع الأساس الذي تبنته اتفاقية هامبورج، والذي يفترض الخطأ لمجرد وقوع الضرر، ولا يمكن للناقل دفع مسؤوليته إلا بإثبات اتخاذ التدابير المعقولة لدفع الضرر (2).

(ب) صور للتدابير المعقولة التي يجب على الناقل اتخاذها لدفع أضرار القرصنة:

نظمت المنظمة البحرية الدولية (IMO) في 7 يوليو 1978 عقد اتفاقية دولية عرفت باسم اتفاقية معايير التدريب والترخيص والمراقبة الخاصة بالبحارة

(1) راجع في ذلك:

Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): op. cit, p160.

(2) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique :un cas excepte en perte de sens, op. cit, p 115.

(SCTW) والتي دخلت حيز التنفيذ بعد ست سنوات في عام 1984، والتي عكفت على تنظيم المؤهلات الدولية التي يجب أن يحصل عليها البحارة، وذلك للحد من المخاطر المرتبطة بوجود طاقم غير مؤهل على متن السفينة، ومن ثم ضمان سلامتها وحمولتها أثناء الرحلة البحرية. كما حرصت هذه الاتفاقية على أن تنسم هذه المعايير بالدولية، لضمان توفير حد أدنى لسلامة السفن⁽¹⁾.
أيضًا تبنت المنظمة البحرية الدولية مدونة للسلوك، نصت فيها على مجموعة من التدابير الأمنية التي يجب على الناقل مراعاتها تجنبًا لحوادث القرصنة، مثل التأكد من هوية كل من يصعد إلى السفينة، والتأكد من كافة التعزيزات الأمنية من أجهزة إنذار ومراقبة، وتأمين كافة المرافق التي تمر بها السفن. وقد ألزمت المنظمة كافة السفن بداية من أول يوليو 2004 أن تكون مجهزة بنظام الاستنفار الأمني (SSAS: Ship Security Alert System)، في مرحلة لاحقة للتحقق منها، وتلقى استغاثاتها عن طريق أجهزة اللاسلكي⁽²⁾.
وقد ألزمت المنظمة كافة الناقلين بتطبيق تعليمات الأمن والسلامة التي اعتمدها المنظمة، حتى تحصل السفينة على الشهادة الدولية لأمن السفينة (ISSC)⁽³⁾. حيث تخضع لفحص شامل مع الأخذ في الاعتبار طبيعة البضائع التي تقوم بنقلها، والمسافات التي تقطعها، والمسارات البحرية التي ستسلكها، وذلك حتى يتسنى وضع خطة لتأمين السفينة (SSP) بما يتناسب مع ظروفها، كما أكدت على أهمية تفتيش كافة ما يتم تحميله على السفينة للتأكد من خلوها من المتفجرات والأسلحة. مع الأخذ في الاعتبار بضرورة تحديث هذه الإجراءات كلما دعت إليها الحاجة⁽⁴⁾.

(1) راجع في ذلك:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p 13.

(2) راجع في ذلك:

International ship and port facility security code (ISPS Code), certification regulations , 2003, available at:

<http://www.prs.pl/pages/obszary/certyfikacja-isps/ISPScode.pdf>

(3) راجع:

Claude Pohlit, New Developments in Maritime Security and Their Impact on International Shipping, op. cit, p 21.

(4) راجع في ذلك:

Surveys, Verifications and Certification, available at:

من ناحية أخرى يجب على الناقل وضع خطة أمنية على مستويات ثلاثة (منخفضة ومتوسطة وعالية)، ووضع ضوابط خاصة لصعود السفينة، وتحديد الإجراءات واجبة الإلتباع في حالة وقوع اعتداء القرصنة بالفعل، وتحديد التزامات ومسؤوليات أفراد طاقم السفينة في هذه الحالة، وإجراء فحص دوري لكافة الأجهزة والمعدات.

وقد ألزمت مدونة أمن السفن والمرافق المائية ضرورة تعيين ضابط لأمن السفينة، بحيث يكون مسؤولاً عن الجوانب الأمنية على السفينة من خلال الإشراف على خطة تأمين السفينة وتنفيذها⁽¹⁾.

أيضاً حظي هذا الأمر باهتمام منظمة العمل الدولية، حيث وضعت بعض النصوص التي تفرض ضرورة ممارسة رقابة على طاقم السفينة، من خلال إجراء عمليات تفتيش دورية على شهادات وتراخيص هذا الطاقم⁽²⁾، وفرضت على الدول إنشاء قواعد بيانات تحوي كافة المعلومات والبيانات الخاصة بالبحارة التابعين لها، حتى يسهل تبادل هذه البيانات والرجوع إليها عند الحاجة⁽³⁾.

أيضاً حدثت مبادرة مشتركة بين المنظمة البحرية الدولية ومنظمة العمل الدولية في عام 2004 ظهرت في صورة مدونة سلوك لأمن الموانئ، والتي سعت إلى وضع إطار عام ينظم سياسة خاصة بتأمين الموانئ والممرات البحرية ضد هجمات القرصنة وغيرها⁽⁴⁾.

<http://www.imo.org/OurWork/Safety/Implementation/Pages/SurveysAndCertification.aspx>

(1) راجع في ذلك:

International ship and port facility security code (ISPS Code), op. cit.

(2) راجع:

Claude Pohlit, New Developments in Maritime Security and Their Impact on International Shipping, LL.M in Shipping Law-Heiligenhagen Germany, (Without the date of publication), p14, available at:

lawspace.law.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/233/1/Pohlit.pdf

p14.

(3) راجع في ذلك:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p 15.

(4) راجع في ذلك:

ILO/IMO Code of practice on security in ports, available at:

هذا وقد صدر عن لجنة النقل البحري التابعة لمنظمة التعاون والتنمية (OECD) العديد من المقترحات المتعلقة بأمن وسلامة السفن، كان أهمها⁽¹⁾:

- وضع قواعد محكمة من قبل الناقل للسيطرة والرقابة على السفينة.
- وضع خطط أمنية للسفينة ومرافق الموانئ للتعامل مع السيناريوهات المختلفة للمخاطر خاصة مخاطر القرصنة.
- حصر المشاكل الأمنية المتعلقة بمرور البضائع خلال المرافق المختلفة في حالة النقل متعدد الوسائط.

(ج) المقصود بالتدابير المعقولة التي يجب على الناقل اتخاذها لدفع أضرار القرصنة:

ظهر في تعريف التدابير المعقولة اتجاهان، أحدهما موسع والآخر مضيق، وذلك على التفصيل التالي:

الاتجاه الأول: التعريف الموضوعي للتدابير المعقولة في حادثة القرصنة: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تعريف التدابير المعقولة بأنها عبارة عن: كافة التدابير التي يؤدي اتخاذها إلي منع وقوع الضرر⁽²⁾.

ويقتضي هذا الأمر من وجهة نظرهم قيام الناقل بإثبات أن سلوكه وسلوك تابعيه هو سلوك الناقل الحريص في الظروف ذاتها التي وقعت فيها حادثة القرصنة، والتي تتمثل في قيامه باتخاذ كافة ما يلزم لتأمين الرحلة البحرية واتخاذ التدابير اللازمة للتصدي لآثار القرصنة بعد وقوعها، وأنه مارس في ذلك رقابة دائمة وصارمة على تابعيه وأجهزته، وذلك بصرف النظر عما اعتاد عليه الناقل في سلوكه المعتاد (كما لو كان مهملًا في شؤونه الخاصة)⁽³⁾.

وبناء على هذا الاتجاه يلتزم الناقل باتخاذ كافة التدابير التي من شأنها أن تحول دون وقوع اعتداءات القرصنة على السفينة، بما يقتضى قيامه ببذل أقصى

<http://www.imo.org/OurWork/Security/Instruments/Pages/CoP.aspx>

(1) راجع في ذلك:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p 17.

(2) راجع في ذلك:

Paul Chauveau, Droit Aerien, paris, librairie technique, 1951, p 179; Han-Ru ZHOU, Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile, Revue du Barreau/Tome 61/Automne 2001, p486

(3) د.محمد موسي دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفى، مرجع سابق، بند 205، ص 242.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (201)

درجات العناية بما يتناسب مع طبيعة الخطر الذي يهدد سلامة البضائع، بحيث كلما كانت احتمالات وقوع الضرر كبيرة كان على الناقل اتخاذ التدابير التي تتناسب مع حجم هذا الخطر⁽¹⁾. والملاحظ على هذا المعيار أنه يتسم بالموضوعية والتجرد في تحديد المقصود بالتدابير المعقولة في حادثة القرصنة، الأمر الذي يحقق أقصى حماية ممكنة للشاحنين من خلال التزام الناقل باتخاذ كافة ما يلزم اتخاذه للتصدي لهذه الحادثة.

وقد وجهت العديد من الانتقادات لهذا الاتجاه، كان من أهمها:

- 1- إن الأخذ بهذا التعريف يعني عدم قدرة الناقل على دفع مسؤوليته عن حادثة القرصنة إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهذا ما لم تقصده اتفاقية هامبورج، حيث يكفي الناقل لدفع مسؤوليته عن هذه الحادثة إثبات اتخاذه التدابير المعقولة، وليس إثبات السبب الأجنبي⁽²⁾. فوفقاً لأساس مسؤولية الناقل طبقاً للاتفاقية (الخطأ المفترض) يترتب على وقوع حادثة القرصنة افتراض وقوعها بسبب خطأ الناقل، أى بسبب تقصيره في اتخاذ التدابير اللازمة لتأمين البضائع، ويستطيع رغم ذلك دفع مسؤوليته بإثبات أنه اتخذ التدابير المعقولة لدفع الضرر، دون أن يكلف بإثبات السبب الأجنبي.
 - 2- إن التعريف الموسع يفترض أن اتفاقية هامبورج جعلت التزام الناقل بالحفاظ على سلامة البضائع التزاماً بتحقيق نتيجة، وهذا ما لم تقصده الاتفاقية، بل وفق المستقر عليه فالناقل مكلف ببذل عناية، الأمر الذي لا يقبل معه تفسير عبارة التدابير المعقولة بصورة موضوعية، والقول بأن الناقل مكلف بمنع وقوع ضرر القرصنة.
 - 3- أن هذا التعريف تضمن تشدداً في تحديد طبيعة التدابير التي يجب على الناقل اتخاذها للتخلص من مسؤوليته عن أضرار القرصنة، بما يجعله يختلط بمفهوم التدابير الضرورية التي سبقت الإشارة إليها، وهو ما لا يتناسب مع ما مقصد اتفاقية هامبورج.
- الاتجاه الثاني/الاتجاه المضيق لتحديد التدابير المعقولة في حادثة القرصنة:

(1) راجع في ذلك: د. جلال وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، ص 82.

(2) راجع في ذلك: د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، بند 73، ص 211.

يعرف هذا الاتجاه التدابير المعقولة بأنها عبارة عن مجموعة الاحتياطات المناسبة التي يتعين على الناقل اتخاذها لتفادي وقوع القرصنة، بحيث يمكن للناقل أن يدفع مسؤوليته بإثبات انتفاء الخطأ، بأن يثبت أنه وتابعيه قد بذلوا الهمة المعقولة والعناية الكافية لتفادي وقوعها⁽¹⁾. ويترتب على الأخذ بهذا المفهوم إعفاء الناقل من المسؤولية إذا ما أثبت اتخاذ التدابير المناسبة، ولا يكلف بإثبات السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر. وقد تبنت محكمة استئناف باريس هذا الاتجاه، حيث قضت بالتزام الناقل بإثبات أنه اتخذ التدابير والإجراءات العامة لتفادي وقوع الحوادث البحرية بصورة عامة⁽²⁾.

ويرجع جانب من الفقه⁽³⁾ سبب التفرقة بين الاتجاهين السابقين إلى أنهما يمثلان انعكاساً لاختلاف الأنظمة القانونية الوطنية حول مفهوم الخطأ. حيث يمثل الاتجاه الموسع موقف الأنظمة اللاتينية، والتي ترى أن التزام الناقل بضمان سلامة البضائع هو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم لا يستطيع أن يعفي نفسه من المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تحقق النتيجة يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه. أما الاتجاه المضيق فهو يعكس موقف الأنظمة الأنجلوأمريكية التي تنظر لالتزام الناقل بضمان سلامة البضائع على أنه التزام ببذل عناية، ومن ثم يكفي الناقل أن يثبت أنه اتخذ كافة الإجراءات الضرورية بوجه عام.

ويبدو لنا أن الاتجاه المضيق يمثل التفسير الأنسب لعبارة التدابير المعقولة بمفهوم اتفاقية هامبورج، والتي تنصرف إلى اتخاذ الناقل الاحتياطات المناسبة لتفادي وقوع حادثة القرصنة وغيرها من الحوادث البحرية، وليس اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع هذه الحادثة بالذات، وهذا ما يتفق مع طبيعة التزام الناقل في هذه الاتفاقية من كونه التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، ويتفق مع أساس المسؤولية كما قررتة الاتفاقية وهو الخطأ وليس الضرر (المسؤولية الموضوعية). هذا وإن كنا نود أن تتبنى الاتفاقية مفهوماً أكثر تشدداً في مواجهة الناقل، بحيث يتم حمله على بذل جهد أكبر في تفادي حوادث القرصنة، بالنظر إلى أن كثرة هذه الحوادث وانتشارها من ناحية، وإتاحة

(1) المرجع السابق، بند 73، ص 212.

(2) المرجع السابق، بند 73، ص 202.

(3) المرجع السابق، الموضع ذاته.

الوسائل التي يمكن للناقل الاستفادة منها لتوقع ودفع هذه الحادثة من ناحية أخرى، يستدعي بذل الناقل جهداً أكبر في ضمان سلامة البضائع.

ويرى جانب من الفقه إلى أن المعيار الواجب الإلتباع لقياس مدى التزام الناقل باتخاذ الإجراءات المعقولة من عدمه يعتمد على مقارنة سلوك الناقل في تفادي حادثة القرصنة بسلوك الناقل الحريص (*bonus ac diligens pater familias*) في ظروف الناقل نفسها الذي وقعت له الحادثة⁽¹⁾، وهو ما يترتب عليه اختلاف مقدار العناية الملتزم بها الناقل في كل حادثة قرصنة، حيث ستتفاوت حجم وطبيعة العناية المكلف بها الناقل بحسب ظروف وملابسات كل حادثة، في ضوء مدى إمكانية توقعها ودفعها والسيطرة عليها.

وعلى صعيد مقابل، ذهب اتجاه آخر إلى أن العناية المطلوبة من الناقل هي أقصى درجات العناية (The highest degree of care) بصرف النظر عن الظروف المرتبطة بكل حادثة⁽²⁾. ولاشك أن الأخذ بهذا المعيار من شأنه التشديد والمغالاة في طبيعة العناية المكلف بها الناقل، وذلك على النحو الذي سيجعله مسؤولاً عن أبسط الأخطاء.

ونحن من جانبنا نتفق مع الاتجاه الأول فيما ذهب إليه من تبني المعيار الموضوعي لتحديد مقدار العناية المطلوبة من الناقل، وهو المعيار المجرد الذي يقارن سلوك الناقل البحري الذي وقعت له حادثة القرصنة بسلوك الناقل الحريص، وذلك لما يتسم به هذا المعيار من عدالة وموضوعية، حيث يراعى اختلاف ظروف وملابسات كل حادثة قرصنة، ومن ثم اختلاف مقدار العناية المتبع من قبل كل ناقل. كما أن هذا المعيار لا يراعى فقط القدرات والإمكانات الخاصة للناقل، ولكن أيضاً يلزمه ألا يقل حرصه والتزامه عن حرص والتزام الرجل الحريص.

(د) كيفية إثبات الناقل اتخاذه التدابير المعقولة لدفع أضرار حادثة القرصنة: والسؤال الذي يلقي بظلاله على بساط البحث يتعلق بكيفية إثبات الناقل اتخاذه إجراءات العناية المعقولة ليتقلت من رتبة المسؤولية عن أضرار حادثة القرصنة؟

(1) د. أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، منشأة المعارف – الإسكندرية، (بدون تاريخ نشر)، ص 69.
(2) راجع في ذلك: د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، بند 74، ص 315.

لاشك في أهمية إثبات الناقل اتخاذه إجراءات العناية المعقولة خلال الفترة السابقة على بدء الرحلة البحرية لتجنب أضرار حادثة القرصنة، باعتبار أن هذه الفترة تؤثر بشكل كبير في كافة المجريات التالية للرحلة البحرية⁽¹⁾. هذا وقد عرف المقصود بأمن السفينة في قبرص بأنه عبارة عن: كافة التدابير الوقائية اللازمة لتأمين السفينة من خلال حماية الأشخاص والبضائع الموجودة على متنها، وأيضا حماية الموانئ والسفن الأخرى التي تتعامل معها⁽²⁾. هذا وقد نص القانون ذاته على ما يسمى بالاتفاق الخاص المكتوب "written private agreement"، والذي ينظم علاقة الناقل البحري بأحد الشركات المتخصصة في تأمين السفن لتنفيذ التدابير الأمنية التي نصت عليها الفقرة الأولى والثانية من المادة الرابعة من هذا القانون.

فيجب على الناقل أن يثبت صلاحية السفينة للإبحار من الناحية الفنية والأمنية، كما يجب عليه إثبات خلو السفينة بشكل تام من كافة العناصر والمواد التي من شأنها أن تهدد أمن السفينة (كالمفجرات والأسلحة)، كما يجب عليه أيضًا إثبات قيامه بممارسة رقابة قوية على البضائع قبل تحميلها على متن السفينة، وأنه في الحالات التي كانت هناك فترات زمنية تفصل بين تسلم البضائع وشحنها قد قام بإيداع هذه البضائع في أماكن آمنة داخل ميناء الشحن، وأنه لم يكتف في هذا الشأن بإجراءات التأمين المتبعة من قبل سلطة الميناء، ولكن قام بنفسه باتخاذ التدابير الأمنية الكفيلة بضمان سلامة البضائع (وذلك علي اعتبار أن نطاق التزامه بضمان سلامة البضائع لا يبدأ مع بداية الرحلة البحرية، ولكن يبدأ قبل ذلك، منذ تسلمه البضائع من الشاحن). كما يجب عليه أيضًا أثناء شحن البضائع على متن السفينة أن يستعين بجهاز قياس مغناطيسي للتأكد قبل بداية الرحلة من خلو البضائع المشحونة تمامًا من كافة أنواع المواد المتفجرة. يضاف لكل ذلك، أن الناقل ملتزم بالاتصال بكافة الأجهزة الأمنية والاستخباراتية المعنية

(1) راجع في ذلك:

H.E. Jose' Luis Jesus, Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects, op. cit, p390.

(2)

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), available at: http://psm.du.edu/media/documents/national_regulations/countries/europe/cyprus/cyprus_2012_protection_of_ships_against_piracy.pdf

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (205)

لاستطلاع الموقف الأمني قبل بدء الرحلة البحرية، للتأكد من خلو خط السير من وجود قرصنة.

وحرصاً من جانب الولايات المتحدة الأمريكية علي استكمال منظومة تأمين السفينة قبل بدء الرحلة البحرية، فقد سعت بصورة منفردة تارة، وبالتعاون مع غيرها من الدول تارة أخرى إلي وضع معايير لتقييم مستوى أمن الموانئ، وقد قصرت تعامل سفنها بالتحميل أو التفريغ مع الموانئ التي يتوافر بها المعايير الأمنية المقررة فقط. أيضاً ألزمت الناقل اتخاذ العديد من التدابير الرامية إلي فرض الرقابة على كل ما يتم تحميله على السفينة من بضائع⁽¹⁾.

هذا وقد صدر مؤخراً عن المنظمة البحرية الدولية (IMO) توجيهات خاصة باستعانة الناقل البحري بأفراد أمن مدربين على متن السفينة، خاصة أثناء مرورها بالمناطق الخطرة. وقد جاء فيها أنه ملتزم بالاستعانة بأفراد أمن خاصة على أن يكون مهمتهم ما يلي⁽²⁾:

1/ منع صعود أي شخص مجهول على متن السفينة، خاصة الاقتراب من أماكن تواجد طاقمها سواء أثناء الرحلة البحرية أم عند رسوها في أحد الموانئ⁽³⁾.

2/ الكشف عن الحالة الجنائية لكل من يصعد السفينة، بما في ذلك العاملين على متنها.

3/ إجراء فحص لسجلات اللياقة البدنية والذهنية للعاملين على متن السفينة (بما في ذلك المخدرات والكحول).

4/ التأكد من ترخيص كل من يحمل سلاح على متن السفينة.

5/ وضع نظام قوى للتأكد من صحة شهادات السفر والتأشيرات لكل الموجودين على متن السفينة.

وقد جاء في هذه المدونة ما يفيد بأن الناقل يجب عليه أن يختار أفراد الأمن بعناية تامة، وأن يتأكد من توافر المستندات التالية لديهم⁽⁴⁾:

Ibid, p391.

(1) راجع في ذلك:

Ibid, p391.

(2) راجع في ذلك:

(3) راجع في ذلك:

Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia, op. cit, p5.

(4) راجع:

Revised interim guidance to ship-owners , ship operators and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel

- 1/ الخبرة بشؤون تأمين المنشآت البحرية.
 - 2/ ما يفيد تمتعهم بمهارات الإدارة ومهارات قيادة الفريق وإنقاذ الأرواح.
 - 3/ أن يكونوا على علم ودراية بالقوانين والتشريعات الخاصة بالدول الساحلية فيما يتعلق بحمل السلاح واستخدامه.
 - 4/ توافر الخبرة بشؤون صناعة النقل البحري.
 - 5/ أن يكون لديهم من الأدلة على أن الأسلحة التي في حيازتهم مرخصة من جهة موثوقة.
 - 6/ فهم جيد لطبيعة القرصنة وكيفية التعامل معهم.
 - 7/ الإحاطة بالطبيعة الخاصة للسفينة وفنياتها وطريقة تشغيلها.
 - 8/ القدرة على الحصول على الاستشارة القانونية السليمة فيما يتعلق بالإجراءات التي يتخذونها للحفاظ على سلامة السفينة.
- وبناء عليه يدخل في نطاق التزام الناقل بإثبات اتخاذ التدابير المعقولة لدفع مسؤوليته طبقاً لأحكام اتفاقية هامبورج إثبات استعانتة بأفراد أمن مدربين على التعامل مع هجمات القرصنة بالمفهوم السابق، بحيث إن تخاذله عن مراعاة هذا الأمر يجعله مقصراً، بما يمنعه من دفع مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق البضائع بسبب القرصنة.
- وقد ألزم قانون مكافحة القرصنة القبرصي كل من الناقل البحري وربان السفينة بالتأكد من اتخاذ كافة التدابير اللازمة لضمان وحفظ أمن السفينة لمنع كافة الأعمال غير المشروعة لأحكام الفصل الحادي عشر الفقرة الثانية من اتفاقية سلامة الأرواح في البحر 1974 (chapter XI-2, the ISPS Code and Regulation (EC) No 725/2004 (المادة 1/4). كما يلتزم ربان السفينة في حالة تعرض السفينة لخطر القرصنة أن يبادر باتخاذ التدابير الأمنية الإضافية التي نظمها هذا القانون لحماية السفينة وما عليها من بضائع، بشرط ألا تتعارض هذه الإجراءات مع القوانين الوطنية لدول المرور أو المياه الإقليمية (المادة 2/4). ولم يكتف هذا القانون بذلك فقط، ولكنه ألزم كافة العاملين على متن السفينة

on board ships in the high risk area, International maritime organization, MSC.1/Circ.1405/Rev.2, 25 May 2012, available at: <http://www.imo.org/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Guidance/Documents/MSC.1-Circ.1405-Rev2.pdf>

منفردين أو مجتمعين باتخاذ التدابير الأمنية اللازمة لحفظ الأرواح والممتلكات الموجودة على متن السفينة وقت تعرضها لخطر القرصنة (المادة 3/5). كما يلتزم ربان السفينة بكتابة تقرير مفصل عن كافة الوقائع والأحداث التي وقعت عند تعرض السفينة للقرصنة وذلك لتسليمها للسلطة المختصة (المادة 1/6-b). ويلتزم الناقل في حالة احتجاز السفينة من قبل القراصنة أن يقوم بإبلاغ أقارب كل من تم قتله أو جرحه أو اعتقاله أو خطفه أو أخذه كرهينة من قبل القراصنة، كما يجب إبلاغ الدول التي يحملون جنسيتها.

المطلب الثالث

أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة وفق اتفاقية روتردام وكيفية دفعها
أولا/ أساس مسؤولية الناقل عن أضرار حادثة القرصنة وفق اتفاقية روتردام
Rotterdam Rules⁽¹⁾:

تعد اتفاقية روتردام من أحدث الاتفاقيات الدولية في مجال النقل البحري، والتي
جاءت على أثر شعور المجتمع الدولي بحجم وطبيعة المتغيرات التي لحقت
بقطاع النقل البحري، خاصة نوعية المخاطر التي تهدده، وباتت معه الاتفاقيات
السابقة عاجزة عن إحداث التوازن المطلوب بين التزامات الناقل البحري
ومسؤولياته⁽²⁾.

(1) هذا وقد تم التوقيع على قواعد روتردام (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود النقل الدولي
للبنائات كليا أو جزئيا عن طريق البحر) في مدينة روتردام في 23 سبتمبر 2009،
وهي تهدف إلى تنظيم مختلف عناصر النقل الدولي للبنائات عن طريق البر والبحر بما
في ذلك النقل المتعدد الدولي متعدد الوسائط، والتجارة الإلكترونية، والشحن، وحقوق
الامتياز المرتبطة، ووثائق النقل، والمسؤولية، والتسليم، وغيرها من القواعد الخاصة
بالنقل البحري. وقد استغرقت هذه القواعد جهداً كبيراً من قبل القائمين على وضعها.
وتتسم قواعد روتردام بطول نصوصها وتعقدها الأمر الذي قد يشكل صعوبة في فهمها
من قبل الشاحنين والناقلين والمستأجرين والمرسل إليهم. هذا وقد تم اقتراح من جانب
الولايات المتحدة الأمريكية، والذي حاولت من خلالها التوفيق بين قواعد لاهاي لعام
1924 وقواعد اتفاقية هامبورج 1978، وقد سعت الولايات المتحدة من وراء هذه
القواعد إلى استحداث قواعد تحكم النقل البحري تتلاءم مع الممارسات الحديثة في قطاع
النقل البحري.

William Tetley, Marine Cargo Claims, 4 Ed., 2008. available at:
<http://www.mcgill.ca/maritimelaw/mcc4th/>

(2) وهذا ما أكدته الاتفاقية في ديباجتها، حيث جاء فيها:

- Convinced that the adoption of uniform rules to modernize and
harmonize the rules that govern the international carriage of goods
involving a sea leg would enhance legal certainty, improve efficiency
and commercial predictability in the international carriage of goods
and reduce legal obstacles to the flow of international trade among all
States. Believing that the adoption of uniform rules to govern
international contracts of carriage wholly or partly by sea will
promote legal certainty, improve the efficiency of international
carriage of goods and facilitate new access opportunities for
previously remote parties and markets, thus playing a fundamental
role in promoting trade and economic development, both domestically

والملاحظ على هذه الاتفاقية أنها أقامت مسؤولية الناقل على أساس الخطأ المفترض، حيث اكتفت المادة (1/17) أن يثبت الضرر أن ما لحق بضاعته من ضرر قد وقع خلال فترة مسؤولية الناقل عن سلامة البضائع كما أوضحته الاتفاقية، أي أن يثبت علاقة السببية بين الضرر ونشاط الناقل. من ناحيتها مكنت الفقرة (2) من المادة ذاتها الناقل دفع مسؤوليته من خلال إثبات عدم صدور خطأ من جانبه أو من جانب تابعيه⁽³⁾.

and internationally, Noting that shippers and carriers do not have the benefit of a binding and balanced universal regime to support the operation of contracts of carriage involving various modes of transport.

United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, United nations commission on international trade law, United nations publication Sales No. E.09.V.9, Vienna, 2009, p 1; M. Fehmi Ulgener, Obligations and Liabilities of the Carrier, Chapter 5, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011, p139.

(3) تقضي المادة (1/17) من اتفاقية روتردام بأن: " يسأل الناقل عن خسارة البضائع أو تلفها أو تأخير تسليمها إذا تمكن المدعي من إثبات أن الخسارة أو التلف أو أي حادث آخر قد وقع خلال الفترة التي تكون البضائع فيها في حراسة الناقل". كما تقضي المادة (4/17) من الاتفاقية ذاتها بأنه: " بصرف النظر عما ورد بالفقرة رقم (3) من الاتفاقية، يكون الناقل مسؤولاً عن كل أو جزء من الهلاك أو التلف أو التأخير، في الحالات التالية:

أ- إذا أثبت المدعي أن خطأ الناقل أو أحد تابعيه قد أسهم في وقوع أحد الأحداث التي يعتمد عليه الناقل لإعفاء نفسه من المسؤولية.

ب- إذا أثبت المدعي أن الحدث الذي وقع غير مدرج ضمن الأحداث المبينة في الفقرة (3) من هذه المادة، وأنه قد ساهم في الخسارة أو الضرر أو التأخير، وأن الناقل غير = قادر على إثبات أن خطأه أو خطأ أحد تابعيه المشار إليهم في المادة (8) من الاتفاقية لم يسهم في وقوع الحادثة.

- أيضاً تقضي المادة (5/17) بأن يكون الناقل مسؤولاً بالإضافة لما ورد في الفقرة (3) عن كل أو جزء من الهلاك أو التلف أو التأخير، وذلك في الحالات التالية:

أ- إذا أثبت المدعي أن الهلاك أو التلف أو التأخير تسبب فيه أو أسهم فيه:
- عدم صلاحية السفينة للإبحار.

- إن السفينة غير مجهزة بطاقم كفاء، أو أن المؤن والمعدات فيها غير كافية.

- إن أماكن حفظ البضائع في السفينة أو الحاويات غير صالحة أو ملائمة أو آمنة لاستقبال أو حفظ البضائع.

ب- الناقل غير قادر على إثبات:

- وقوع حدث من الأحداث المشار إليها في الفقرة الخامسة (أ).

- أنه توخي الحرص الكافي وفق المادة (14) من الاتفاقية.

وعلى صعيد آخر، قامت الفقرة (3) من المادة ذاتها بسرد حالات إعفاء الناقل من المسؤولية في حالة تحققها دون أن يكلف بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، لكن قامت الفقرة (4) بإعطاء المضرور الحق في إقامة مسؤولية الناقل حتى في حالة توافر إحدى حالات الإعفاء من المسؤولية، وذلك بإثبات خطأ الناقل أو أحد تابعيه⁽⁴⁾. كما قامت الفقرة (5) منها بسرد صور لأخطاء الناقل التي يمكن أن يعتمد عليها المضرور لإقامة مسؤوليته.

ويمكن القول بأن هذه الاتفاقية قد تبنت أساسين لمسؤولية الناقل:

الأول/ قائم على الخطأ المفترض، حيث إن مجرد وقوع الضرر بالبضائع خلال فترة مسؤولية الناقل عن سلامتها، يفترض معه أن السبب في ذلك يعود لخطئه، كما يمكن للناقل رغم ذلك أن يتخلص من مسؤوليته بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه.

الثاني/ قائم على الخطأ واجب الإثبات، حيث يستطيع الشاحن في حالة تحقق أحد حالات إعفاء الناقل من المسؤولية أن يقيم مسؤوليته بإثبات خطأ الناقل رغم ذلك.

والملاحظ على هذه الاتفاقية أنها سعت من خلال هذا التنظيم إلى تحقيق أكبر قدر من التوازن بين مصالح الأطراف الشاحن والناقل، من خلال تبني فكرة ما يمكن لنا أن نطلق عليه " المسؤولية النسبية للناقل"، فمجرد قيام مسؤولية الناقل لوقوع الضرر خلال فترة مسؤوليته عن سلامة البضائع ليست نهائية أو مطلقة، بل يملك أن يدفعها بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه. كما أن تحقق حالة من

(4) نصت الاتفاقية على أنه: " يعفى الناقل من المسؤولية المبينة بالفقرة الأولى إذا أثبت أن الهلاك أو التأخير يعود لأحد الأسباب التالية: (أ) حوادث القضاء والقدر. (ب) مخاطر أو حوادث البحر، أو مخاطر الملاحة الأخرى. (ت) الحرب والأعمال العدائية، أو الصراع المسلح أو القرصنة أو الإرهاب أو أعمال الشغب أو الاضطرابات. (ث) قيود الحجر الصحي والعوائق التي تقيهما السلطات العامة أو الحكومة، بما في ذلك الاعتقال أو الاحتجاز أو الاستيقاف، وغيرها من أعمال الضبط التي لا يتسبب فيها الناقل. (ج) حريق السفينة. (ح) العيوب الخفية التي يصعب اكتشافها ببذل عناية معقولة. (خ) خطأ أو إهمال الشاحن أو أي شخص يقوم مقامه. (ع) أعمال التحميل أو المناولة أو الرص أو التفريغ، ما لم يثبت أن الناقل قد قام بهذه الأعمال نيابة عن الشاحن. (غ) حدوث نقص في حجم أو وزن البضائع أو غيرها من الأضرار الناجمة عن وجود عيوب متأصلة في البضائع. (ص) وجود نقص أو خلل في التغليف ما لم يتم بمعرفة الناقل. (ض) إنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح في البحر. (س) التدابير المعقولة لتجنب أو محاولة تجنب أضرار البيئة. (ش) الأعمال التي يقوم بها الناقل والتي حددتها المادتين (15)، (16) من الاتفاقية.

حالات إعفاء الناقل من المسؤولية ليس مطلقاً، حيث يملك الشاحن رغم ذلك إقامة مسؤوليته بإثبات خطئه.

ويبدو لنا أن الأساس الذي تبنته اتفاقية روتردام لا يتناسب مع طبيعة حوادث القرصنة، فمن غير المقبول تمكين الناقل من دفع مسؤوليته عن أضرار القرصنة بمجرد إثبات عدم صدور خطأ من جانبه أو من جانب تابعيه، بل كان الأولى معاملة الناقل معاملة أكثر تشدداً من ذلك، من خلال اشتراط إثبات السبب الأجنبي للتخلص من مسؤوليته، بالنظر إلى أن الشاحن طرف ضعيف في مواجهة الناقل الذي يفوقه في الخبرة الفنية، والذي ينتظر منه بذل همة عالية تتناسب مع خبرته الفنية وسيطرته على كافة الأدوات الفنية اللازمة لتسيير الرحلة البحرية. من ناحية أخرى، استفاضت الاتفاقية في تعداد أسباب دفع الناقل مسؤوليته، وجعلت القرصنة أحد هذه الأسباب، وعندما أرادت أن تخفف من هذا الكم الهائل من أسباب الإعفاء من المسؤولية كلفت الشاحن أن يثبت خطأ الناقل، رغم صعوبة هذا الأمر خاصة في حوادث القرصنة، التي غالباً ما تقع في أعالي البحار بعيداً عن سمع وبصر الشاحن، ومن ثم يصعب عليه إثباتها.

والجدير بالذكر أن الاتفاقية قد عالجت نوعين من حالات المسؤولية، أحدهما المسؤولية الكاملة، وذلك إذا ثبت أن الحادثة قد وقعت فقط بسبب خطأ الناقل، بما يجعله يتحمل كامل المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالضائع. والأخرى هي حالة المسؤولية الجزئية للناقل حيث يتحمل الناقل فقط جزء من المسؤولية، وذلك إذا ثبت أن خطأه أو خطأ تابعيه قد أسهم بصورة جزئية في إحداث الضرر⁽⁵⁾. ومن ثم يمكن للشاحن أن يثبت فقط مساهمة خطأ الناقل في وقوع الحادثة أو تهيئة الفرصة لوقوعها، وفي المقابل يجب على الناقل لنفي مسؤوليته أن يثبت عدم إسهام خطأه في حدوث الضرر، ويتحمل الناقل كامل المسؤولية إذا فشل في إثبات عدم إسهام خطئه في وقوع الحادثة⁽⁶⁾.

(5) راجع في ذلك:

(Rotterdam- article 17-8): "When the carrier is relieved of part of its liability pursuant to this article, the carrier is liable only for that part of the loss, damage or delay that is attributable to the event or circumstance for which it is liable pursuant to this article".

(6) ومثال على ذلك لو فرض أن شحنة من الفاكهة قد وصلت إلى ميناء التفريغ وهي غير صالحة للاستهلاك الأدمي، مما دفع سلطات الميناء إلى إعدامها، وقد تبين أن عدم صلاحيتها مرجعه إلى أن جني هذه الفاكهة قد تم قبل الشحن بمدة زمنية كبيرة، أضيف

ويتضح مما سبق وجود تباين بين موقف كل من القانون المصري واتفاقية هامبورج وروتردام في تحديد أساس مسؤولية الناقل البحري، فالقانون المصري يقيمها على أساس قرينة المسؤولية، أما اتفاقية هامبورج فهي تقيمها على أساس قرينة الخطأ، أما اتفاقية روتردام فقد أسست هذه المسؤولية على أساس الخطأ ووجب الإثبات.

ثانياً/ دفع الناقل مسؤوليته عن أضرار القرصنة وفق اتفاقية روتردام: تعكس القراءة الأولية لنصوص اتفاقية روتردام أنها تعاملت مع حادثة القرصنة على أنها إحدى حالات إعفاء الناقل من المسؤولية، بمعنى أنه بمجرد ثبوت نسبة الضرر الذي لحق البضائع إلى حادثة القرصنة فإن هذا كاف في حد ذاته لإخلاء ساحة الناقل، دون أن يكون مكلفاً بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه أو من جانب أحد تابعيه. ولا يبقى أمام المضرور من سبيل سوى إثبات خطأ الناقل وارتباطه مع القرصنة بعلاقة سببية.

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد، يتعلق بمدى إمكانية قيام الناقل بدفع مسؤوليته عن حادثة القرصنة بعد أن يتمكن المضرور من إثبات خطئه أو خطأ أحد تابعيه؟

الملاحظ بعد مطالعة ما جاء في اتفاقية روتردام أنها لم تتعرض للإجابة الصريحة عن هذا التساؤل، الأمر الذي قد يعكس حلين لهذا التساؤل: الأول/ أن تكون الاتفاقية قد اعتبرت أن تمكن المضرور من إثبات خطأ الناقل كاف لجعل مسؤوليته مطلقة ونهائية عن حادثة القرصنة، ومن ثم لا يملك بعدها أن يدفع مسؤوليته بأي وسيلة.

الثاني/ أن تكون الاتفاقية قد قصدت من هذا السكوت نقل عبء الإثبات على عاتق الناقل، بحيث لا يملك أن يدفع مسؤوليته، ليس فقط بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، لأن الشاحن قد أثبت هذا الخطأ بالفعل، ولكن بإثبات السبب الأجنبي. ويبدو لنا: أن التفسير الأول هو الأقرب إلى المنطق وإلى مقصود الاتفاقية، فالأخيرة عندما عدت حالات إعفاء الناقل من المسؤولية (والتي من بينها القرصنة) كانت تنظر إليها على أنها من قبيل السبب الأجنبي، ومن ثم إذا ما تمكن المضرور من إثبات خطأ الناقل رغم ذلك، فلا مجال للحديث عن محاولة

لذلك أن توقف أجهزة التبريد عن العمل فترة طويلة، ففي هذه الحالة يعد خطأ الناقل مسهم بجزء في وقوع الحادث.

الناقل التخلص من مسؤوليته بإعادة إثبات السبب الأجنبي، وأن القول بغير ذلك سوف يفتح باباً لا يغلق من الإثبات المتبادل بين الطرفين. من ناحية أخرى طبقاً لقاعدة ألا ينسب لساكت قول، لا يمكن افتراض أن الاتفاقية قصدت نقل عبء الإثبات على عاتق الناقل.

وبناء عليه يمكن لنا القول بأن الناقل البحري وفق اتفاقية روتردام لا يمكن له أن يدفع مسؤوليته عنها إذا ما تمكن الناقل من إثبات خطئه.

وكما سبق أن ذكرنا، أجازت اتفاقية روتردام إقامة مسؤولية الناقل عن جزء فقط من الأضرار التي تقع للبضائع، متى ثبت أن هذا الجزء فقط قد نجم عن خطأ الناقل، ولا يسأل عن باقي الأضرار التي لم يتسبب فيها بخطئه. وارتباطاً بذلك، أجازت الاتفاقية للناقل عندما يسعى لنفي مسؤوليته عن أضرار حادثة القرصنة أن يثبت عدم صدور خطأ من جانبه، أو أن هذا الخطأ لم يتسبب فيما وقع من ضرر⁽⁷⁾.

رأينا الخاص:

يمكن لنا تقييم موقف اتفاقية روتردام فيما يتعلق بالأساس الذي تبنته وكيفية دفع المسؤولية طبقاً لها من خلال التعرض لأمرين، وذلك على التفصيل التالي :

- خصوصية موقف اتفاقية روتردام من حادثة القرصنة:

الملاحظ على موقف اتفاقية روتردام أنها لم تعالج مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق بالبضائع المسؤول عنها على أثر وقوع حادثة القرصنة بنص خاص، ولكنها من ناحية أخرى نظرت لحادثة القرصنة علي أنها من أسباب إعفاء الناقل من مسؤوليته عما يلحق بالبضائع من أضرار. لكن هذا يجب ألا يفهم منه أن الشاحن لن يتمكن من إقامة مسؤولية الناقل عن هذه الحادثة وفق اتفاقية روتردام، لكنه يمكنه إقامة مسؤوليته رغم ذلك، إذا ما تمكن من إثبات أن هذه الحادثة قد وقعت نتيجة خطأ الناقل أو أحد تابعيه، كما لو أثبت عدم صلاحية السفينة للإبحار، أو أن السفينة غير مجهزة بطاقم كفاء، أو أن المون والمعدات فيها غير كافية (كأجهزة الأمن والدفاع)، أو أن أماكن حفظ البضائع في السفينة أو الحاويات غير صالحة أو ملائمة أو آمنة لاستقبال أو حفظ أو نقل البضائع.

(7) تقضي المادة (6/17) من الاتفاقية بأنه عندما يعفى الناقل من جزء من المسؤولية المقررة في هذه المادة، يكون مسؤولاً فقط عن الجزء من الهلاك أو التلف أو التأخير الذي يكون قد تسبب فيه.

ويستحضر موقف اتفاقية روتردام هذا موقف القانون الفرنسي المؤيد من قبل القضاء، حيث إنه جعل من الحوادث البحرية سبباً يعفى على أثره الناقل من المسؤولية، لكن القضاء لم يكن يمكنه من الاستفادة بهذا الإعفاء إلا إذا أثبت أن هذه الحوادث لم يكن من المتوقع حدوثها، وكان من العسير دفعها(8).

صفوة القول، إن اتفاقية روتردام لم تنظر لحادثة القرصنة على أنها سبباً يمكن علي أساسه إعفاء الناقل من المسؤولية عما يلحق البضائع من أضرار بصورة مطلقة، ولكن جعلتها سبباً للإعفاء فقط إذا ما ظهرت بمظهر السبب الأجنبي، الأمر الذي يعني إمكانية مسائلة الناقل عن الأضرار الناتجة عن هذه الحادثة متى ثبت أن الناقل توقع أو كان في إمكانه توقع حدوثها ولم يتخذ رغم ذلك التدابير الكافية لمنع وقوعها أو أضرارها، أو أنه لم يتوقع حدوثها، لكن كان في مقدوره دفعها وتلاشي أضرارها، وقصر أو أهمل في التعامل معها على النحو الذي أدى إلي الإضرار بالبضائع.

- صعوبات قيام مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة وفق اتفاقية روتردام: يتضح من خلال العرض السابق أن الأساس الذي تبنته اتفاقية روتردام لمسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة لا يراعي مصلحة المضرور، يتزامن ذلك مع ما تشهده الأوساط القانونية من سيادة مبدأ يتمثل في ضرورة حصول المضرور من حوادث الإرهاب بصورة عامة والقرصنة بصورة خاصة على تعويض عادل ومناسب، وفي وقت ملائم من وقوع الضرر(9).

وتتجلى أهم صور هذه الصعوبات فيما يلي:

1- ليس من الملائم لاتفاقية دولية بهذه الحادثة أن تنظر لحادثة القرصنة على أنها من قبيل السبب الأجنبي الذي يمكن للناقل أن يتخلص من مسؤوليته عن تعويض الأضرار المستحقة على أثرها، وذلك بعد ما شهدته النقل البحري من تطور هائل، خاصة على صعيد التجهيزات الأمنية، ووسائل الاتصال بأجهزة الأمن المختلفة، ومن ثم لم يكن من الجائز أن تنظر الاتفاقية لحادثة القرصنة على أنها من قبيل حالات إعفاء الناقل من المسؤولية.

(8) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique :un cas excepte en perte de sens, op. cit, p 115.

(9) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p 3.

2- صعوبة قيام المضرور بإثبات خطأ الناقل في حادثة القرصنة، حيث يعجز عليه غالبًا إثبات الظروف التي وقعت فيها هذه الحادثة ومن قام بارتكابها، نظرًا لوقوعها في الغالب في أعالي البحار بعيدًا عن سمعه وبصره. من ناحية أخرى يصعب عليه إثبات نسبة هذه الحادثة إلى خطأ الناقل، نظرًا لارتباط وقوعها بالالتزامات الأمنية للناقل⁽¹⁰⁾، وهو أمر يجعل إثبات خطأ الناقل عنه هو درب من دروب المستحيل من الناحية العملية.

3- إن الاتفاقية قد تعاملت مع الناقل والشاحن كأنهما طرفين متساويين فألقت بعبء الإثبات على عاتق كل منهما دون مراعاة الاختلافات الكبيرة بينهما، فالناقل طرف قوى يملك كافة أدوات الإثبات، في حين أن الشاحن طرف ضعيف، أولى بالحماية. الأصل أن الناقل ضامن لسلامة البضائع وليس فقط مكلف ببذل عناية للحفاظ عليها والأمر علي هذا النحو من شأنه أن يفقد اتفاقية روتردام — من وجهة نظرنا — حيادها المفترض، حيث إنها أظهرت تحيزًا واضحًا لصالح الناقل البحري، وذلك علي حساب مصلحة المضرور الأولي بالحماية خاصة في حوادث القرصنة.

والجدير بالذكر، أن الناقل في حالة استعانتته بأفراد أمن على متن السفينة لتأمينها أثناء رحلتها، فإنه سوف يسأل عن الأضرار التي تصيب الأفراد أو البضائع الموجودة على متن السفينة بسبب الأخطاء التي تقع منهم في تأمين السفينة، وهذا ما صرحت به المادة (1/15) من قانون مكافحة القرصنة القبرصي، والتي أكدت مسؤولية الناقل عن تعويض هذه الأضرار في مواجهة الأفراد وأصحاب البضائع⁽¹¹⁾.

(10) راجع في ذلك:

Necmettin Akten, Shipping accidents: a serious threat for marine environment, op.cit, p 271; John King, The security of merchant shipping, op. cit, p 240.

(11) راجع في ذلك:

“The ship's operator has the obligation to pay compensation to the persons on board the ship for damage they may suffer due to the fault or negligence of the private ship security company or of the private ship security guards or of any of the other persons employed by the private ship security company who were on board with the permission of the master of the ship, where the damage arose due to the concurrent fault or negligence of the ship's

ويفهم من هذا النص أنه قد أقام مسؤولية الناقل على أساس قاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، فالناقل هو المسؤول الأول عن سلامة كل من على متن السفينة، وأنه في حالة استعانتة بأفراد أمن متخصصين للعمل على متن السفينة فهم يعملون لحسابه وتحت رقابته وإشرافه، ومن ثم يسأل الناقل شخصياً عن أخطائهم التي سببت ضرراً، مادام ذلك قد وقع خلال فترة قيامهم بتأدية مهام عملهم أو بمناسبةها.

ويبدو لنا رغم منطقيته هذا النص، إلا أنه يحمل شيئاً من التعارض مع ما تواترت عليه الاتفاقيات الدولية (كاتفاقية هامبورج لسنة 1976). فهذه الاتفاقيات تقرر إعفاء الناقل من المسؤولية إذا ثبت أن الضرر قد وقع بمناسبة قيامه بعمليات إنقاذ الأرواح والأموال، وذلك على عكس ما عليه قانون القرصنة القبرصي الذي قرر مسؤولية الناقل عن أخطاء وإهمال أفراد الأمن رغم أن المتوقع أن هذه الأخطاء ستكون بسبب سعيهم لإنقاذ الأرواح والأموال الموجودة على متن السفينة. لكن رغم هذا التعارض، فنحن نؤيد موقف القانون القبرصي في هذا الخصوص، لأن فكرة الأمن لا تقتصر فقط على دفع الأذى الموجه من قبل الآخرين، ولكن يمتد ليشمل حرص القائم بالأمن على ألا يتسبب نشاطه في الإضرار بالشخص أو الشيء محل الحماية، كما أن هذا الموقف (الذي قد يبدو متشدداً) من شأنه أن يزيد من حرص الناقل وأفراد الأمن على بذل أقصى ما يمكنهم بذله لتحقيق أمن السفينة، لذلك نتفق مع تقرير مسؤولية الناقل عن أخطاء أو إهمال أفراد الأمن في حادثة القرصنة.

- مدى مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تصيب العاملين على متن السفينة على أثر حادثة القرصنة:

مما لا شك فيه أن أضرار القرصنة ليست مقصورة فقط على البضائع أو الأشخاص المرتبطين مع الناقل بعقد نقل، ولكنها ستطال أيضاً العاملين على متن السفينة من ربان وبحارة وأفراد أمن، الأمر الذي يثير التساؤل حول مدى مسؤولية الناقل عن هذه الأضرار؟

operator, or of the master of the ship or of the ship's personnel".
The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other
unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), (article 15-1).

والملاحظ أن الاتفاقيات الدولية المعنية بشؤون النقل البحري (هامبورج روتردام) غاب عنها نص يجيب عن هذا التساؤل. لكن هذا لم يمنع قانون مكافحة القرصنة القبرصي من معالجة هذا الأمر، حيث جاء في نص المادة (2/15) منه ما يفيد مسؤولية الناقل عن تعويض الأضرار التي تصيب أفراد الأمن العاملين على متن السفينة والتي تقع بسبب خطأه أو إهماله.

ويعكس هذا النص بشكل واضح الاعتراف بمسؤولية الناقل تجاه أفراد الأمن إذا ما أصيبوا بأضرار على أثر وقوع حادثة القرصنة، لكن الظاهر من هذا النص أنه أسس مسؤولية الناقل على أساس الخطأ، وعلى الرغم من أن النص لم يفصح عن طبيعة هذا الخطأ، وما إذا كان خطأ مفترضا أم واجب الإثبات، إلا أن شواهد النص يمكن أن يستدل منها على أن المقصود هو الخطأ واجب الإثبات، حيث إنه ميز بين الخطأ والإهمال في مسؤولية الناقل، الأمر الذي قد يبدو لنا أنه بمثابة تمييز بين الخطأ الإرادي وغير الإرادي للناقل، وهو الأمر الذي يحتاج إلى إثبات من قبل المضرور.

من ناحية أخرى، على الرغم من أن هذا النص قد عالج فقط مسؤولية الناقل تجاه أفراد الأمن، ولم يتعرض صراحة لمسؤوليته تجاه باقي العاملين على متن السفينة، فإنه ليس هناك ما يمنع من سريان حكم أفراد الأمن عليهم بطريق القياس.

وتعود الحكمة من تقرير مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق العاملين على متن السفينة إلى في حالة وقوع حادثة القرصنة إلى أنه ملتزم بتأمينهم وحمايتهم، من خلال تزويد السفينة بكافة أدوات الحماية اللازمة، وتزويدهم بأحدث المعدات الفنية والتقنية التي يحتاجون إليها، ومن ثم إذا ثبت خطؤه وتقصيره في مراعاة هذه التدابير مما تسبب في الإضرار بالعاملين على متن السفينة فإنه يسأل عن تعويضهم عما لحق بهم.

ويمكن لنا أن نفهم منطقية موقف القانون القبرصي من جعل مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق العاملين على متن السفينة مؤسسة على الخطأ واجب الإثبات، حيث إنهم يعملون على متن السفينة، ويمكن لهم بسهولة إثبات خطأ الناقل بخصوص هذه الحوادث.

المبحث الثاني

أحكام تعويض المضرور من حادثة القرصنة

مما لا شك فيه أن محور ارتكاز الحديث عن قواعد المسؤولية بصورة عامة هو التزام المسؤول بتعويض الضرر. وتزداد أهمية الأمر إذا ما تعلق بمسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة، وذلك للأسباب التالية⁽¹²⁾:

1. انشغال التشريعات الدولية والوطنية بالتصدي للقرصنة البحرية عن طريق التركيز على إجراءات الملاحقة الأمنية وتقرير المسؤولية الجنائية لمرتكبي هذه الأفعال وتغليظ العقوبات عليهم⁽¹³⁾، رغم عدم جدوى هذا الأمر كثيرًا بالنسبة لأصحاب البضائع المضرورين، حيث إن ما يشغلهم في الغالب هو الحصول على تعويض يجبر الأضرار التي لحقت ببضائعهم.
2. تشهد التقارير الأمنية بأن معظم القرصنة ممن لا مأوى لهم ولا مال، الأمر الذي يقلل من جدوى الرجوع على هؤلاء بالتعويض عن الأضرار التي تسببوا فيها، ويدعو من ناحية أخرى للتساؤل عن أحكام التزام الناقل بتعويض المضرورين من هذه الأفعال، خاصة إذا ما ثبت إخلال الناقل بضمان سلامة البضائع، كأن قصر في اتخاذ التدابير اللازمة لتأمينها.
3. صعوبة إقرار المسؤولية الكاملة للناقل عن أضرار حوادث القرصنة في كافة الحالات، حيث إن الناقل هو المضرور الأول من مثل هذه الحوادث، الأمر الذي يجب معه مراعاة ذلك، من خلال تحديد مسؤوليته عن التعويض بمبلغ محدد يمثل الحد الأقصى لمسؤولية الناقل، حيث إن القول بالمسؤولية الكاملة من شأنه العزوف عن ممارسة عمليات النقل البحري، ومن ثم الإضرار بحركة التجارة الدولية بأسرها.

وإذا كان الناقل البحري ملتزمًا بضمان سلامة البضائع المشحونة، فإنه متى ثبتت مسؤوليته عن الأضرار التي لحقت بالبضائع بسبب حوادث القرصنة فالأصل أنه يسأل عن تعويض هذه الأضرار، سواء كانت مادية أم أدبية، مع ملاحظة أنه لكون هذه المسؤولية تعاقدية فالناقل لا يسأل إلا عن الأضرار

(12) راجع في ذلك:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p 43.

(13) راجع في ذلك:

Ibid, p 28.

المتوقعة وقت إبرام عقد النقل، ما لم يكن إخلال الناقل بتنفيذ الالتزام بضمان السلامة يعود إلي غشه أو خطئه الجسيم.

والأصل التزام الناقل بتعويض كافة الأضرار التي لحقت بالبضائع من جراء حوادث القرصنة، لكن التشريعات القانونية على الصعيد الوطني والدولي رأّت ضرورة إحداث توازن بين المصالح المختلفة لكل من الناقل والشاحن، فقررت مسؤولية الناقل عن الأضرار التي لحقت بالبضائع وعدم جواز الاتفاق علي إعفائه منها، ولكنها في الوقت ذاته قررت جعل هذه المسؤولية محدودة بحدود معينة، بحيث لا يلتزم الناقل بأكثر منها وذلك بشروط معينة. كما قررت في الوقت ذاته جعل هذه المسؤولية مطلقة في حالات أخرى، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

التعويض المستحق من الناقل عن أضرار القرصنة

يمكن أن يسأل الناقل في مواجهة صاحب البضائع المضروب عن التعويض في حدود مبلغ معين، أو يسأل بصورة مطلقة عن كامل مبلغ التعويض المستحق، وذلك على التفصيل التالي:

1/ التعويض المحدود عن أضرار القرصنة:

تقوم فكرة التعويض المحدود على وضع حد أقصى للمبلغ الملتزم الناقل بدفعه عند قيام مسؤوليته عن حادثة القرصنة. وتجد هذه الفكرة أصلها في نظام الترك المتعارف عليه في القانون البحري، الذي كان يجيز للناقل أن يحدد مسؤوليته بترك السفينة والأجرة للدائنين في حالات معينة. لكن هذا النظام قد شهد تطوراً، من خلال تحديد مبلغ معين يمثل الحد الأقصى لمسؤولية الناقل عن الحوادث البحرية. ويختلف التعويض المحدود بالمعنى السابق عن الشرط الجزائي، حيث يلتزم الشاحن في حالة التعويض المحدود بإثبات مقدار الضرر الذي أصابه. ويقف وراء تبرير تبني نظام التعويض المحدود عن أضرار القرصنة العديد من الاعتبارات، أهمها⁽¹⁴⁾:

- إن حوادث القرصنة قد تؤدي إلى تحطم السفينة أو غرقها أو جنوحها، فإذا ما تقرر رغم ذلك المسؤولية المطلقة للناقل ودفع مبالغ التعويض كاملة، فإن ذلك حتماً سوف يأخذ بناصيته إلى هاوية الإفلاس على أثر ضخامة الخسائر الناتجة عن مثل هذه الحوادث، بما يضر ليس فقط بمصالح الناقل، بل بمصالح المجتمع بأسره، وذلك في ظل ما تقوم به شركات النقل من خدمات مهمة لهذا المجتمع، باعتبارها الرافد الأول للتجارة الدولية.
- يشكل التأمين ضد حوادث القرصنة أهمية كبرى، سواء بالنسبة للناقل المسؤول أم الشاحن المضروب، نظراً لدور شركات التأمين في تغطية الأضرار الناتجة عن هذه الحوادث، بدفع التعويضات للمضروبين

(14) ديجي أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، بند 101، ص 259.

المستحقة عن الناقل المنكوب⁽¹⁵⁾. ولن يتسنى للتأمين لعب هذا الدور إذا ما كانت مسؤولية الناقل مطلقة، حيث سيصعب علي شركات التأمين تقدير حجم المخاطر التي قد تتعرض لها السفينة أثناء رحلتها البحرية، كما سيصعب عليها بالتبعية تقدير المبالغ اللازمة لتغطية هذه المخاطر. لكن إذا كانت مسؤولية الناقل عن هذه الأضرار محدودة، فإن شركات التأمين ستتمكن من تقدير نسبة المبالغ اللازمة لتغطية المخاطر، ومن ثم لن تجد ما يمنع قبول التأمين ضد هذه الحوادث.

■ إن تحديد مسؤولية الناقل بحدود معينة خاصة إذا ما تم إقراره من قبل اتفاقية دولية له أهمية عملية كبيرة، تتمثل في توحيد المعاملة أيًا ما كان مكان وقوع حادثة القرصنة، ومن ثم تجنب الخضوع للقوانين الوطنية، التي تتباين حلولها ومواقفها في خصوص هذا الأمر.

وفي ضوء هذه الاعتبارات تتأكد أهمية الحديث عن أحكام التعويض المحدود للناقل عن أضرار القرصنة، وذلك طبقًا لما قرره قانون التجارة البحري المصري والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن، ثم التعرض لكيفية حساب مقدار التعويض المستحق، وذلك على التفصيل التالي:

(أ) التعويض القانوني عن أضرار القرصنة:

يلاحظ على مجموع النصوص المنظمة للمسؤولية المحدودة للناقل البحري⁽¹⁶⁾ أنها لم تتضمن حكمًا خاصًا بحوادث القرصنة، ولعل هذا الأمر له التعويض بما

(15) د. خالد مصطفى فهمي، تعويض المضرورين من الأعمال الإرهابية، مرجع سابق، ص 195.

(16) ففي قانون التجارة البحري المصري نصت المادة (223) على: " تحدد المسؤولية أيًا كان نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها بما لا يجاوز ألفي جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن أو بما يجاوز ستة جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي، أي الحدين أعلى". وإذا جمعت الطرود أو الوحدات في حاويات وذكر في سند الشحن عدد الطرود أو الوحدات التي تشملها الحاوية عد كل منها طردًا أو وحدة مستقلة فيما =يتعلق بتعيين الحد الأعلى للمسؤولية، وإذا لم تكن الحاوية مملوكة للناقل أو مقدمة منه هلكت أو تلفت اعتبرت طردًا أو وحدة مستقلة". نصت أيضًا المادة (3/240) على أنه: " لا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذي يحكم به على الناقل في حالة التأخير في تسليم البضائع أو جزء منها على الحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه في الفقرة (1) من المادة 223 من هذا القانون". وفي اتفاقية هامبورج فقد نص البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة السادسة من اتفاقية هامبورج على " تحدد مسؤولية الناقل وفقًا لأحكام المادة الخامسة عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها بمبلغ يعادل 835 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى، أو 2.5 وحدة حسابية عن كل كيلو جرام من الوزن القائم للبضائع يهلك أو يتلف أيهما أكبر". وفي اتفاقية روتردام فقد نظمت المادة (59) من

أن الأضرار التي تصيب البضائع على أثر حادثة القرصنة لا تتميز بطابع خاص حتى يفرد لها حكما خاصا. كما أن القانون المصري واتفاقيتي هامبورج وروتterdam قد عالجا كافة صور الأضرار المتصور أن تلحق بالبضائع (هلاك، تلف، تأخير)، وذلك أيًا ما كانت نوع الحادثة.

وبناء عليه لا مجال للتقدير الجزافي للتعويض المستحق عن حادثة القرصنة من خلال تقدير قيمة التعويض في ضوء نسبة الضرر، فالناقل ملتزم بالتعويض بما لا يجاوز الحد الأقصى المقرر، وحتى ولو كان الضرر يتجاوز هذا الحد. فإذا ما تمكن الشاحن من إثبات حجم ما لحقه من ضرر فإن أمره لن يخرج عن فروض ثلاثة:

- أن يكون الضرر أكبر من الحد الأقصى للتعويض، فإن الشاحن لن يحصل إلا على الحد الأقصى فقط.
- إذا كان الضرر مساو للحد الأقصى للتعويض، فإن الشاحن سوف يحصل على هذا الحد.
- أن يكون مقدار الضرر أقل من الحد الأقصى للتعويض، فإن الشاحن سوف يحصل على تعويض يعادل ما أصابه من ضرر، ولا يحق له المطالبة بالحد الأقصى للتعويض في هذه الحال.

وقد أشارت المادة (3/59) من اتفاقية روتردام إلي أن المقصود بالوحدة الحسابية بأنها عبارة عن حق السحب الخاص حسب تعريف صندوق النقد الدولي، ويتم تحويل المبالغ المحددة في الاتفاقية إلى العملة الوطنية في تاريخ الحكم أو القرار أو التاريخ المتفق عليه. ويتم تحديد حق السحب الخاص بالنسبة للدول التي ليست عضوا في صندوق النقد الدولي في ضوء القواعد المقررة في هذه الدولة.

ويلاحظ أن التحديد المقرر لمبالغ التعويض المستحقة متعلق بالنظام العام، فلا يمكن الاتفاق على إنقاص مبلغ التعويض عن المبلغ المقرر قانونًا، وإلا كان مثل

الاتفاقية الأحكام الخاصة بحدود مسؤولية الناقل، حيث قضت بأنه " مع مراعاة ما قضت به المادتين (60، 61) من الاتفاقية يكون الناقل مسؤول عن الإخلال بالتزاماته المقررة في الاتفاقية في حدود 875 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى، أو 3 وحدات حسابية عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي للبضائع المشحونة موضوع النزاع أيهما أكبر، كل ذلك ما لم يكن الشاحن قد أعلن الناقل بقيمة البضائع، وتم إدراج ذلك في العقد، أو تم الاتفاق على حدود أكبر للمسؤولية مما هو مقرر في نص الاتفاقية".

هذا الاتفاق باطلا، ويعد كأن لم يكن، ويظل العقد صحيحا. لكن ليس هناك ما يمنع من إمكانية الاتفاق على رفع الحد الأقصى المقرر مراعاة لمصلحة الشاحن. وبناء عليه لا تختلف قواعد التعويض القانوني الملتمزم به الناقل في حادثة القرصنة عن القواعد العامة.

(ب) التعويض الاتفاقي عن أضرار القرصنة:

إذا كان ما سبق ذكره كان يتعلق بالتحديد القانوني لمسؤولية الناقل، فإن التساؤل يثور بخصوص مدى إمكانية اتفاق الناقل مع الشاحن على تعديل هذه الحدود بما يتناسب مع المخاطر الاستثنائية للقرصنة؟

الأصل أن التحديد القانوني لمسؤولية الناقل البحري من النظام العام، ومن ثم تقع كافة الاتفاقات التي تتم بين الناقل والشاحن حول تعديل القواعد السابقة باطلة، ويجب على المحكمة أن تعمل ما قرره القانون في هذا الصدد بصرف النظر عن ما تم الاتفاق عليه. ومع ذلك يجب التفرقة بين فرضين:

الأول/ إذا كان الاتفاق على أن يكون الحد الأقصى للتعويض أقل من الحد الذي قرره القانون، وكان هذا الاتفاق قد تم قبل وقوع حادثة القرصنة، حيث يقع مثل هذا الاتفاق باطلا لمخالفته صريح نص المادة (236). لكن إذا ثبت أن مثل هذا الاتفاق قد تم بعد وقوع الحادثة، فإن هذا الاتفاق صحيحا مرتباً لآثاره.

الثاني/ إذا كان الاتفاق على تحديد مسؤولية الناقل بأكثر من الحد الأقصى الذي قرره القانون، فإن هذا الاتفاق يعد صحيحا وناظرا ومرتباً لآثاره، حيث منحت المادة (237) من قانون التجارة البحري للناقل الحق في أن ينزل عن كل أو بعض الحقوق والإعفاءات المقررة له كما يجوز له أن يزيد من مسؤوليته والتزاماته بشرط أن يذكر هذا الاتفاق في سند الشحن. ويعد مثل هذا الاتفاق صحيحا ومرتباً لآثاره، يستوي أن يكون قد تم قبل وقوع حادثة القرصنة أو بعدها. وتعد مثل هذه الاتفاقات منطقية، فالأخذ بالمسؤولية المحدودة مقرر في الأصل لمصلحة الناقل، ومن ثم يملك أن يتنازل عنه باتفاق يرفع من خلاله حدود مسؤوليته عن تعويض الأضرار الناجمة حوادث القرصنة. وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى بخصوص أحد حوادث النقل الجوي، حيث قضت بأنه: " إذا كانت المادة (22) من اتفاقية وارسو قد وضعت حداً أقصى لمسؤولية الناقل عن الأمتعة أو البضائع مقدارها 250 فرنكاً عن كل كيلو جرام، إلا أن النص في المادة الثالثة والعشرين في الاتفاقية ذاتها يدل على أنها قد أجازت بمفهوم المخالفة

كل شرط يهدف إلى تشديد مسؤولية الناقل أو تقدير حد أعلى للتعويض على الحد المقرر من الاتفاقية".

وبناء عليه يمكن للشاحن أن يعقد اتفاقاً مع الناقل يقرر من خلاله تشديد مسؤوليته من خلال رفع الحد الأقصى للتعويض عما هو مقرر في نصوص القانون في حالة وقوع القرصنة، وذلك إذا ما رأى الشاحن أن ذلك يحقق مصلحة خاصة له، كما لو أراد حث الناقل على اتخاذ كافة التدابير الأمنية اللازمة لضمان سلامة البضائع ضد حوادث القرصنة.

ويلاحظ أن مثل هذه الاتفاقات عديمة الأثر تجاه الناقل الفعلي، حيث إنه ليس طرفاً في الاتفاق الذي تم بين الشاحن والناقل المتعاقد، كل ذلك ما لم يقبل الناقل الفعلي هذا الاتفاق صراحة، حيث يجب عليه الالتزام به.

ويرى جانب من الفقه⁽¹⁷⁾ أنه لا يجوز للشاحن أن يطلب من الناقل رفع قيمة التعويض نظير أداء أجره إضافية في حالة حوادث القرصنة.

ونحن من جانبنا لا نرى ما يمنع إمكانية قيام الناقل بطلب أجره إضافية في حالة طلب الشاحن رفع الحد الأقصى للتعويض، وذلك لأن قبول الناقل ممارسة النقل في ظروف خطيرة يغلب عليها احتمالات وقوع القرصنة يتطلب منه استعدادات أمنية خاصة وتكاليف تزيد عن المقرر في الرحلات العادية، فإذا ما طلب الشاحن رغم كل ذلك رفع الحد الأقصى للتعويض، فلا أقل من أن يطلب الناقل هو الآخر بأجره إضافية. ويرى جانب من الفقه - نتفق معه - أن الناقل يمكنه رغم وجود اتفاق في العقد على تحديد مقدار التعويض أن يطلب بتطبيق القيود القانونية، وذلك بعد قيامه بالتنبيه على الطرف الآخر بالخضوع لهذه القيود قبل انتهاء مدة العقد، وبعد قبول الطرف الآخر لها صراحة⁽¹⁸⁾.

2/ التعويض الكامل عن أضرار القرصنة في حالة الخطأ الإرادي أو الإهمال الجسيم:

الأصل أن تحديد مسؤولية الناقل هي ميزة منحت له للتخفيف من حدة المسؤولية الواقعة على عاتقه خاصة في الحوادث التي يغلب عليها مخاطر

(17) ديجي أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، بند 109، ص 279.

(18) راجع في ذلك:

F. Letacq, responsabilite des transporteurs routiers et reparation des dommages, op. cit, p6.

الهلاك كالإرهاب والقرصنة. ولما كان الأمر يتعلق بميزة فإن الاستفادة منها مرهون بحسن نية الناقل، بحيث إذا ما تبين أنه قد خرج عن مقتضيات حسن النية، بأن شاب سلوكه غش أو إهمال جسيم تسبب في الإضرار بالبضائع، فإنه لا مجال لاستفادته من ميزة تحديد المسؤولية، ومن ثم يسأل عن التعويض الكامل.

وقد شهد تعريف الخطأ الإرادي (willful misconduct) بوصفه أساساً لمسؤولية الناقل تطوراً كبيراً انعكس على مضمونه، فقد كان يعرف في بادئ الأمر تعريفاً يقربه من الغش، حيث كان يشترط لتحققه توافر نية الإضرار لدى الناقل، ولا يكتفي فقط بإرادة الفعل، لذلك كان يعرف بأنه عبارة عن: " اتجاه إرادة الناقل إلى إحداث الضرر " (19). كما عرف أيضاً بأنه عبارة عن: " فعل أو امتناع من جانب الناقل أو أحد تابعيه وذلك بقصد إحداث ضرر، أو برعونة مقرونة بإدراك أن الضرر قد يترتب عليها" (20).

وقد وجه النقد لهذه التعريفات على أساس أن هناك فرقا بين الخطأ الإرادي والغش، فالأخير يقوم على قصد القيام بالفعل وقصد تحقق الضرر، أما الخطأ الإرادي يكتفي بشأنه مجرد إرادة الفعل دون إرادة الضرر. فالخطأ الإرادي وإن كان يدل على وجود تقصير شديد من قبل المخطئ يبرر تشديد مسؤوليته، إلا أن هذا التقصير وإن عظم يجب ألا يتجاوز حدود الإهمال، وينصرف إلى قصد وقوع الضرر (21).

ولعل في هذه التفرقة ما يخدم تأسيس مسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة بناء على فكرة الخطأ الإرادي، حيث يصعب القول بأن الناقل كان يريد من وراء ما قام به من نشاط ووقوع حادثة القرصنة وما يصاحبها من أضرار، فهذا سوف يعني أنه لن يسأل عن هذه الأضرار إلا إذا ثبتت مسؤوليته الجنائية عن هذه الحادثة، وهذا فرض يصعب تصوره من الناحية العملية، لأنه المضرور الأول منها، ومن غير المتصور أن يساهم في إلحاق الضرر لنفسه.

(19) د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1995، ص 63.

(20) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، بند 119، ص 301.
(21) ولعل هذا ما يميز الخطأ في مجال المسؤولية المدنية عنه في مجال المسؤولية الجنائية، حيث إن الأخيرة تقوم على توافر القصد الجنائي الذي تعكسه انصراف الإرادة لتحقيق النتيجة الإجرامية.

وقد ذهب جانب من الفقه الألماني(22) للقول: بأنه يكفي لتحقق الخطأ الإرادي اتجاه إرادة الناقل إلى الفعل المادي، حتى ولو لم تنصرف نيته إلى إحداث الضرر، نتيجة أنه أساء التوقع، أو توقع الضرر، ولكن هذا التوقع لم يكف لمنعه من مباشرة الفعل.

وفي محاولة لسلوك طريق وسط، ذهب الفقه الفرنسي: إلى أن الخطأ الإرادي للناقل يتحقق لمجرد توقعه حدوث الضرر، حتى ولو لم تتجه إرادته بصورة مباشرة إلي إحداثه(23).

هذا وقد سعت محكمة النقض الفرنسية إلي تبني مفهومًا موسعًا لفكرة الخطأ الإرادي، حيث عرفته بأنه عبارة عن: رفض الناقل عمدًا تنفيذ التزاماته العقدية، ولو لم يكن يقصد بذلك الإضرار بالعائد الآخر(24).

ويعاب على هذا التعريف أنه حصر خطأ الناقل فقط في حالات الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية فقط، رغم أن خطأ الناقل يتحقق حتى ولو كان إخلاله بتنفيذ التزام غير عقدي مفروضًا عليه من قبل القواعد العامة للقانون.

وعرف الخطأ الإرادي للناقل في القانون الأمريكي بأنه عبارة عن: كل من الأفعال العمدية أو أعمال عدم الاكتراث التي تقع دون مبالاة بالنتائج(25). وعرف أيضًا بأنه عبارة عن: " فعل أو امتناع عن فعل يتم بصورة إرادية، يعلم معه الفاعل باحتمال وقوع الضرر، أو لا يعلم باحتمال وقوع الضرر نتيجة عدم اكترائه بوقوعه" (26).

(22) راجع في ذلك:

Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, op. cit, p130

(23) راجع في ذلك:

Kelly Compton Grems, punitive damages under the Warsaw convention: revisiting the drafters intent, the American university law review, Vol. (41:141),1992, p149.

(24) راجع في ذلك:

Comedi francaise, cour de cassation, chamber civile 1, publie au bulletin, du 4 fevrier.

(25) د. ثروت أنيس الأسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، ص 592.

(26) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique :un cas excepte en perte de sens, op.cit, p 122.

وعلى هدي التعريفات السابقة يبدو لنا تعريف الخطأ الإرادي للناقل في حوادث القرصنة بأنه عبارة عن تقصير متعمد (عدم تنفيذ أحد الالتزامات العقدية أو غير العقدية) يقع من الناقل بناء على فعل أو امتناع عن فعل، مع علمه باحتمال وقوع الضرر وعدم اكترائه لذلك، دون تعمد تحقق الضرر.

ويتشابه مفهوم الخطأ الإرادي بالمعني السابق مع فكرة الخطأ الجسيم المعروفة في القانون الألماني⁽²⁷⁾، والتي تعرف بأنها عبارة عن: "ترك الاحتياط عن دفع ضرر متوقع"⁽²⁸⁾. كما يعرف أيضاً بأنها عبارة عن: فعل أو امتناع عن فعل يقع بسبب استهتار الناقل، مع علمه باحتمال وقوع الضرر وفق ما ترجمه الظروف⁽²⁹⁾.

أيضاً يتشابه مضمون الخطأ الإرادي ومضمون الخطأ غير المغتفر في القانون الفرنسي (faute inexcusable)، والذي يعرف بأنه عبارة عن: فعل إرادي يقترفه الناقل عن وعى بخطورة الفعل، أو وجوب الوعي بذلك في ضوء الظروف المحيطة، مع عدم توافر سبب من أسباب الإباحة⁽³⁰⁾.

وعلى هدي التعريفات السابقة يظهر التمييز بين قبول القرصنة وإرادتها، فعند توافر الإرادة يتحقق الخطأ العمدي، وهذا يتطلب توقع النتائج الضارة وتوافر الرغبة في تحققها. أما قبول المخاطر ففيه توقع الضرر، ولكن لا توجد رغبة في تحققه⁽³¹⁾.

(27) ويرى الأستاذ الدكتور الأسبوتي أنه لا يوجد تطابق بين فكرتي العمد والخطأ الجسيم (قانون ألماني وفرنسي) وفكرة "willful misconduct" (أنجلوأمريكي)، لأن أخف صور الأخير هو عدم الاكتراث يتطلب أن يكون الفعل إرادى، وأن ينطوي سلوك الفاعل على عدم مبالاة بالنتائج، وهذا لا يتوافر في الخطأ الجسيم.

(28) د. محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية - القاهرة، 1410-1990، ص 161.

(29) راجع في ذلك:

Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, op. cit, p 160.

(30) د. محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 161.

(31) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، المرجع السابق، ص 245.

وتتأسس فكرة الخطأ الإرادي للناقل بالمفهوم السابق على عنصرين: الأول، اتجاه الإرادة لارتكاب فعل ما أو الامتناع عن أداء واجب معين. والثاني، وجود وعى لدى مرتكب الفعل أو الامتناع بالنتائج الضارة المحتملة⁽³²⁾.

هذا وقد نصت المادة (1/241) من قانون التجارة البحري المصري علي حرمان الناقل من تحديد المسؤولية إذا ما ثبت أن الضرر الذي وقع كان بسبب فعله أو امتناعه بقصد إحداث الضرر، أو بعدم اكتراث مصحوب بإدراك أن ضرراً يمكن أن يحدث، ويسري ذات الحكم على تابع الناقل.

ويجسد النص السابق بالتعاون مع نص المادة (223) من قانون التجارة البحري) نظرة القانون المصري لفكرة تحديد مسؤولية الناقل عن أضرار حادثة القرصنة، وذلك باعتبارها ميزة له أن يستفيد منها مادام قد راعى مقتضيات حسن النية في تنفيذ التزاماته، أما إذا ما تبين أن الناقل قد خرج عن مقتضيات حسن النية، وقام بسوء سلوك إرادي فإنه يحرم من هذه الميزة.

وكما سبق أن ذكرنا، يسأل الناقل وفق أحكام القانون المصري عن أضرار حادثة القرصنة البحري إذا ما ثبت خطؤه الإرادي بالمفهوم السابق، ليس هذا فحسب، بل إن الناقل يسأل في حالة خطئه الإرادي أو إهماله الجسيم عن التعويض الكامل، أي لا يمكنه في هذه الحالة الاستفادة من فكرة تحديد المسؤولية⁽³³⁾.

وعلى الرغم من أن الاتفاقيات الدولية قد تبنت فكرة الغش بوصفها أساساً لإطلاق مسؤولية الناقل عن الحوادث البحرية، فإنها لم تستخدم مصطلح الغش صراحة، ولكنها عبرت عنه "بانصراف إرادة الناقل إلى ارتكاب فعل أو امتناع عن فعل مصحوب بالعلم التام بأن من شأن ذلك حصول الضرر، مع الإقبال رغم ذلك على ارتكابه"، وقد كان مرد ذلك إلى أن مصطلح الغش ليس له مرادف في القانون الأنجلوأمريكي، مما دعا إلى التعبير عنه بالعبارة السابقة⁽³⁴⁾.

(32) د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، بند 117، ص 298.
(33) راجع: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، مرجع سابق، بند 214، ص 305. د. محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، مرجع سابق، بند 122، ص 189.
(34) راجع في ذلك: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، مرجع سابق، بند 214، ص 305.

والخطأ الإرادي أو الإهمال الجسيم لا يفترض في حق الناقل، حيث يقع على الشاحن عبء إثباته وذلك حتى ولو كانت مسؤولية الناقل مفترضة.

وقد أدرك المشرع المصري صعوبة قيام الشاحن بإثبات الخطأ الإرادي أو الإهمال الجسيم للناقل، لذلك نظم المشرع قرائن يمكن أن يعتمد عليها الشاحن لإثبات انصراف نية الناقل إلى إحداثه. فقد نصت المادة (241) أنه: " يفترض اتجاه قصد الناقل إلى إحداث الضرر في الحالتين الآتيتين:

(أ) إذا أصدر سند شحن خال من التحفظات، رغم توافر الأسباب الداعية إلى ذكرها في سند الشحن، وذلك بقصد الإضرار بالغير حسن النية.

(ب) إذا شحنت البضائع على سطح السفينة بالمخالفة لاتفاق صريح يوجب شحنها في عنابر السفينة.

وبتوافر أيًا من الفرضين السابقين يحرم الناقل من التمسك بتحديد مسؤوليته، بحيث يتحمل التعويض الكامل عن كل ما لحق البضائع من أضرار على أثر حادثة الإرهاب البحري.

ويري البعض⁽³⁵⁾ أن هذه القرائن قاطعة في الدلالة على انصراف قصد الناقل إلى إحداث الضرر، بما لا يجوز معه للناقل نفي هذه القرينة بإثبات العكس.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الفقه، ونري أن الصياغة التي ظهر عليها النص السابق لا تفيد في اعتبار القرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، فهي لم تتضمن عبارات تفيد عدم جواز إثبات غير ذلك، ومن ثم يمكن للناقل إثبات عكس القرينة السابقة، بأنه لم يصدر عنه خطأ، أو أن خطأه غير إرادي، وذلك حتى يستفيد من تحديد المسؤولية. ويجب ملاحظة أن قيام الناقل بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، أو أن خطأه غير إرادي لا يحول دون قيام مسؤوليته عن أضرار القرصنة، حيث إن مسؤوليته طبقًا للقانون المصري مفترضة، ومن ثم سعيه لهذا الإثبات ينحصر في الرغبة في الاستفادة من تحديد المسؤولية عن التعويض فقط.

ويبدو لنا عدم كفاية القرائن التي تبناها المشرع بخصوص الأضرار الناجمة عن حوادث القرصنة، وكان من المتعين إضافة قرائن أخرى تدل على الخطأ الإرادي للناقل، كعدم كفاية التدابير الأمنية المتخذة من الناقل قبل وأثناء الرحلة

(35) راجع في ذلك: د. محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، مرجع سابق، بند 122، ص 190.

البحرية، نظرًا لصعوبة قيام الشاحن بإثبات الخطأ الإرادي للناقل في حوادث القرصنة.

وأما عن اتفاقية هامبورج فلم تتضمن نصًا خاصًا ينظم مسؤولية الناقل عن التعويض الكامل عن أضرار الإرهاب البحري، ولكنها تضمنت نصوصًا تنظم حالات المسؤولية عن التعويض الكامل بصورة عامة.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من الاتفاقية على أنه: " لا يحق للناقل الاستفادة من تحديد المسؤولية المنصوص عليها في المادة (6) إذا ثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم نتج عن فعل أو تقصير من الناقل ارتكبه بقصد التسبب في هذا الهلاك أو التلف أو التأخير، أو ارتكب عن استهتار وعلم باحتمال أن ينتج عنه هذا الهلاك أو التلف أو التأخير".

وتعود حكمة النص السابق لذات ما قرره قانون التجارة البحرية المصري، حيث يحرم الناقل من تحديد المسؤولية إذا ما ثبت خطأه الإرادي أو إهماله الجسيم.

أيضًا حرصت اتفاقية هامبورج على تنظيم قرائن يمكن للشاحن الاعتماد عليها لتقرير مسؤوليته عن التعويض الكامل عن أضرار القرصنة. حيث نصت المادة (4/9) على أن يسأل الناقل عن التعويض الكامل في حالة قيامه بشحن بضائع على سطح السفينة بالمخالفة لشروط العقد. أيضًا نصت المادة (4/17) على مسؤوليته الكاملة في حالة إصدار سند شحن خال من التحفظات مقابل خطاب ضمان بقصد الأضرار بالغير.

ويلاحظ على موقف كل من القانون المصري واتفاقية هامبورج أنها حصرا حرمان الناقل من تحديد مسؤوليته فقط على حالة صدور فعل أو امتناع يصدر منه هو فقط، أما ما يصدر عن تابعيه من أفعال فإنها لا تحول دون إمكانية تمسكه بتحديد مسؤوليته، ولو بلغت هذه الأفعال حد العمد.

ويعد غياب نص صريح يحرم الناقل من تحديد مسؤوليته، ويقرر مسؤوليته المطلقة عن أضرار حادثة القرصنة في حالة وقوع خطأ إرادي من تابعيه مما يؤخذ على كل من القانون المصري واتفاقية هامبورج، وذلك بالمقارنة لما عليه الحال في اتفاقية وارسو للنقل الجوي، حيث نصت المادة (1/25) من هذه الاتفاقية على أنه: " ليس للناقل أن يتمسك بأحكام هذه الاتفاقية التي تعفيه من المسؤولية أو تحد منها إذا كان الضرر قد تولد عن غشه أو من خطأ يراه قانون

المحكمة المعروض عليها النزاع معادلاً للغش" ، كما تنص المادة (2/25) على أنه: " يحرم الناقل من هذا الحق إذا أحدث الضرر في نفس الظروف أحد تابعيه في أثناء تأديته لأعمال وظيفته".

وقد دعا هذا الأمر البعض إلى القول بأن موقف كلا من القانون المصري واتفاقية هامبورج في هذا الخصوص من شأنه إهدار كل قيمة للاستثناء الوارد على تحديد المسؤولية، حيث لا يتصور وقوع الخطأ الإرادي إلا من تابعي الناقل، حيث غالباً ما لا يباشر الناقل عملية النقل بنفسه، وإن كان البعض يرى أنه مما يخفف من غلواء ذلك ما سمحت به الاتفاقية من إمكانية قيام الناقل بالاتفاق مع الشاحن على تجاوز حدود المسؤولية المقررة في الاتفاقية⁽³⁶⁾.

وأما عن اتفاقية روتردام فقد نصت المادة (1/61) على أنه: " لا يجوز للناقل ولا لأي شخص من المشار إليهم في المادة(18) من الاتفاقية الاستفادة من أحكام تحديد المسؤولية المقررة في المادة (59) أو المقررة في عقد النقل، إذا ما أثبت المدعي أن الهلاك ناتج عن إخلال الناقل بأحد التزاماته المقررة في الاتفاقية، والتي تعود إلى فعله أو امتناعه الذي يمثل إهمالاً من جانبه، مع علمه بأن مثل هذه الأضرار كان من المرجح وقوعها.

وطبقاً لنص المادة (2/61) لا يحق للناقل ولا لأي شخص من المذكورين في المادة (18) الاستفادة من أحكام تحديد المسؤولية على النحو المقرر في المادة (60)، وذلك إذا ما أثبت المدعي أن التأخير يعود إلى فعل أو امتناع المدعى عليه الذي يمثل إهمال من جانبه، مع علمه بأن مثل هذه الأضرار كان من المرجح وقوعها.

والملاحظ أنه على الرغم من أن اتفاقية روتردام قد تبنت فكرة التعويض الكامل بناء على الخطأ الإرادي والإهمال الجسيم كما جاء في القانون المصري واتفاقية هامبورج، فإنها ألفت بعبء الإثبات على عاتق الشاحن ووضعت له عدة قرائن يمكنه الاعتماد عليها لإثبات خطأ الناقل. فاتفاقية روتردام قد بالغت في حماية الناقلين على حساب الشاحنين في حوادث القرصنة، بداية من تأسيس مسؤولية الناقل على أساس فكرة الخطأ واجب الإثبات، مروراً بتقيد مسؤوليته الكاملة عن هذه الحوادث بإثبات خطئه الإرادي أو إهماله الجسيم. والتي تتسم

(36) راجع في ذلك: د. محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، مرجع سابق، بند 128، ص 202.

بصعوبة الإثبات، بالنظر إلي ما تخلفه من تدمير يتسبب في صعوبة الوقوف بدقة على سبب ما لحق البضائع من أضرار، يأتي هذا في ظل ضعف قدرات الشاحن وإمكانياته على إثبات خطأ الناقل في حوادث القرصنة.

المطلب الثاني

مدى مسؤولية جهة التأمين عن تعويض أضرار القرصنة البحرية

ما من شك في أهمية الدور الذي يلعبه التأمين لتغطية الأضرار الناجمة عن الحوادث البحرية بشكل عام، وذلك لمساعدة الناقل في دفع التعويضات المستحقة عن هذه الحوادث، فالناقل مهما بلغت قدراته المالية لن يتمكن من دفع التعويضات المستحقة بمفرده بصورة كاملة⁽³⁷⁾. وقد زادت أهمية هذا الأمر في

(37) راجع:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p 32.
- ويعتبر التأمين البحري من أقدم أنواع التأمين بشكل عام، حيث يعود تاريخ نشأته إلى قانون التجار " Lex "mercatoria" ويعود الظهور الأول لقانون التأمين لعام 1906، الذي تم خلاله تقنين السوابق والأعراف السابقة على صدره في مجال التأمين.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (233)

الأونة الأخيرة بسبب ما تبناه القضاء من تشدد في مسؤولية الناقل البحري على أثر الاستخدام المفرط للتكنولوجيا في تسيير حركة السفن وتشغيل الموانئ⁽³⁸⁾.
ومما لاشك فيه أن ظهور اتجاهات قوية لتقرير مسؤولية الناقل البحري عن أضرار القرصنة من شأنه أن يثير التساؤل عن مدى إمكانية تقرير مسؤولية جهة التأمين من خلال اختصاصها في دعوى مسؤولية الناقل عن تعويض هذه الأضرار.

ويقتضي الحديث عن هذا الأمر التعرض لصعوبات التأمين ضد مخاطر القرصنة، وموقف التشريعات من مسؤولية جهة التأمين عن تغطية هذه المخاطر، وذلك على التفصيل التالي:

1) مشاكل التأمين ضد مخاطر القرصنة البحرية:

يواجه التأمين ضد مخاطر القرصنة بالعديد من المشاكل، التي دفعت بالعديد من التشريعات إلى العزوف عن قبول التأمين ضد هذه المخاطر، ودفعت بالبعض الآخر إلى قبوله على استحياء، والتي من أهمها⁽³⁹⁾:

(أ) صعوبة الوقوف على تعريف محدد للقرصنة البحرية، والذي يعود في الأساس لتباين مواقف الدول والاتفاقيات الدولية حول ربط وقوعها بشروط معينة كارتكابها لأغراض خاصة أو اشتراط ارتكابها في أعالي البحار. من ناحية أخرى وجود بعض التعريفات التي تخلط بين القرصنة وبعض الصور المشابهة لها مثل الإرهاب البحري، الأمر الذي يتسبب في تباين موقف الدول من قبول التأمين ضد هذه المخاطر.

(ب) إن بعض القوانين الوطنية لا تغطي مخاطر القرصنة إلا إذا وقعت داخل المياه الإقليمية، لكن إذا وقعت في المياه الدولية فإن التأمين لا يشملها. يأتي هذا الحكم على الرغم من أن معظم قوانين التأمين (كقانون التأمين الفرنسي) تنظر للسفينة التي تحمل علم دولة ما على أنها جزء من إقليم هذه الدولة، إلا أنه

Stella sakellaridou, Maritime insurance & piracy, Athens Greece, 2009, p4.

(38) راجع في ذلك:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p 36.

(39) راجع في ذلك:

Stella sakellaridou, Maritime insurance & piracy, op. cit, p76; Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p39.

بخصوص مخاطر القرصنة على وجه الخصوص يقصر التأمين فقط على الحوادث التي تقع في المياه الإقليمية.

ت) ترى شركات التأمين أنه من الصعب تغطية المخاطر الناتجة عن القرصنة، حيث إن هذه المخاطر غير مستوفاة للشروط والمعايير اللازمة لسريان نظام التأمين عليها. كما أنهم يقولون بأنهم لا يملكون أية بيانات أو معلومات واضحة عن شكل القرصنة الذي يمكن أن يخضع للتأمين، كما أنهم يخشون من أن حجم الخسائر الناجمة عن حوادث القرصنة قد تتجاوز حجم المبالغ المتاحة لدي شركة التأمين.

ث) تذهب شركات التأمين إلى أن القرصنة تختلف عن الكوارث الطبيعية، حيث إن الأولى تسعى إلى التدمير والنهب والاستيلاء كجزء من مؤامرة تهدف إلى إحداث خلل داخل المجتمع بما يجعل من الصعب جدا التنبؤ بنتائجها وعواقبها. أما الكوارث الطبيعية فهي تقع بشكل عشوائي ودون غرض محدد، كما أن نتائجها وعواقبها يمكن التنبؤ بها باستخدام البيانات والأساليب العلمية. يضاف لذلك أن مخاطر القرصنة يقل بشأنها الحافز أو الفرصة لدي المؤمن عليه لاتخاذ التدابير الوقائية اللازمة لمواجهة مخاطر ها.

ج) وأخيراً تجد شركات التأمين صعوبة في تسعير مخاطر القرصنة، خاصة ما يطلق عليها حوادث القرصنة العملاقة "mega-piracy" (40).

وعلى الرغم من المشاكل والصعوبات السابقة فإن شركات التأمين كانت تسعى دائماً إلى صياغة سياسات تأمينية جديدة للتأمين ضد مخاطر القرصنة بصورة

(40) راجع في ذلك:

وتبدو صعوبة تسعير مخاطر القرصنة في تحديد مكان خطر القرصنة (pricing of risk)، حيث يصعب نسبته لدولة معينة، فتسعير مخاطر (وقد قيل منذ سنوات بسيطة كان يحدد في ضوء النطاق الجغرافي على أساس المناطق التي يوجد بها = صراعات قائمة أو حديثة أو على الأقل الأماكن التي بها بعض التوتر. لكن الأمر قد شهد تغيراً، وذلك بسبب أننا نأخذ في الاعتبار المناطق الجغرافية بخصوص مخاطر أقل بكثير، لكن مخاطر القرصنة بطبيعتها غير متوقعة (وقد قيل هذا بأن البحر الأبيض المتوسط قد شهد مخاطر من هذا النوع عام 1985 قبل هجوم (Achille Lauro). وسابقاً كان التسعير يتم على أساس سعر الأساس (base rates) والضرائب الإضافية، وهذا الأخير كان الأقوى، ومنتاسباً مع المخاطر، لكن من اللازم الآن تغيير كل نظم التسعير، ومراجعة فكرة سعر الأساس، وجعلها أكثر مرونة مع نظام الأقساط.

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op. cit, p 36.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (235)

خاصة ومخاطر الإرهاب بصورة عامة، خاصة بعد وقوع أحداث الحادي عشر من سبتمبر⁽⁴¹⁾.

(2) مدى إمكانية اختصاص شركة التأمين كمدعى عليه في دعوي المسؤولية عن أضرار القرصنة:

لا يوجد في قانون التجارة البحري المصري نص خاص يعالج مسؤولية شركة التأمين عن تعويض أضرار القرصنة البحرية وكذا اتفاقية هامبورج وروتterdam. قديماً وقبل الحرب العالمية الثانية كان الأصل عدم وجود فرق بين مخاطر الحرب وباقي المخاطر الأخرى كالإرهاب والقرصنة فيما يتعلق بجواز التأمين، حيث كانت الحروب في ذلك الوقت منتشرة في أوروبا وكان السلام هو الاستثناء، وكانت مخاطر الحرب المختلفة منتشرة ومختلطة بمخاطر السلم. لكن مع نهاية القرن التاسع عشر، وعلى أثر قلة الحروب والنزاعات المسلحة أصبح خطر الحرب خطراً استثنائياً، وعزفت شركات التأمين علي أثر ذلك عن قبول التأمين ضد مخاطر الحرب والقرصنة⁽⁴²⁾. وفي عام 1937 خصصت شركات التأمين الفرنسية اتفاق خاص لمخاطر النقل عن طريق البحر، وهذا الاتفاق لم يكن يغطي مخاطر الحرب والقرصنة التي تلحق البضائع المنقولة خارج المركبات⁽⁴³⁾.

وقد أقر قانون التأمين الفرنسي رقم (67-522) في المادة (16-176) الصادر في 3 يوليو 1967 هذا الأمر، حيث نص على أن المؤمن لا يضمن المخاطر الناجمة عن:

- (1) الحرب أو الحرب الأهلية، وجميع الأسلحة وأدوات الحرب.
- (2) القرصنة.
- (3) الاعتقال أو الاحتجاز من قبل أية حكومة أو سلطة أخرى.

(41) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p8.

(42) راجع:

Claude Pohlit, New Developments in Maritime Security and Their Impact on International Shipping, op. cit, p 32 ; Y.O.M. Nyampong, The Insurance of Aviation War and Terrorism Risks by Specialist War Insurance Markets, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013, p73.

(43) راجع في ذلك:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op.cit, p 36.

4) مكافحة الشغب، والاضطرابات ومخاطر الإرهاب. وقد أضافت المادة (16-176) إلى الاستثناءات السابقة المخاطر الناجمة عن الأنشطة النووية.

هذا وقد شهدت المخاطر الناجمة عن حوادث الإرهاب والقرصنة تغييرًا كبيرًا علي أثر كثرة الهجمات الإرهابية التي شهدتها البلاد، والتي كشفت عن عدم ملائمة القوانين السارية لواقع النقل البحري، والبحث عن آلية جديدة للتعامل مع مخاطر الإرهاب والقرصنة. ففي عام 1898 قامت إحدى شركات التأمين البريطانية (شركة لويندز Lloyd's of London) - على أثر تزايد مخاطر القرصنة البحرية، التي انتشرت بشدة خاصة في السواحل الإفريقية- بتمرير قرار مفاده أن المخاطر البحرية يجب أن يتم تقييمها بصورة مستقلة وبسياسات ومعايير تأمينية خاصة. وبناء عليه سمحت بالتأمين ضد مخاطر القرصنة. بمعنى أن التأمين ضد مخاطر القرصنة والإرهاب يجب ألا يتم التعامل معه وفقًا للسياسات التأمينية التقليدية التي يتم من خلالها التعامل مع المخاطر التقليدية⁽⁴⁴⁾.

وقد عمد الاتحاد الأوروبي عام 1983 إلى إبرام اتفاقية لتعويض ضحايا الجرائم العنيفة⁽⁴⁵⁾، والتي دخلت حيز النفاذ في 1 فبراير عام 1988 وقد ألزمت هذه الاتفاقية الدول الأعضاء فيها بتبني نظم قانونية تسمح بتعويض ضحايا الجرائم العنيفة، خاصة القرصنة. وقد نصت الاتفاقية في المادة (3-b) على التزام كل دولة بتعويض المضرور من القرصنة التي ترتكب علي إقليمها، حتى ولو كان الجاني غير معروف، وذلك بشرط أن يكون المضرور ينتمي لجنسية دولة متعاقدة، أو ينتمي لدولة عضو في الاتحاد الأوروبي، وأن يكون مقيمًا في الدولة التي وقعت القرصنة على أراضيها.

وقد صدر علي أثر ذلك في 9 سبتمبر 1986 قانون لتعديل قانون التأمين السابق، حيث خصص الفصل الرابع من هذا القانون للتأمين ضد مخاطر الإرهاب والقرصنة، وهي في الأصل لا تعد من قبيل المخاطر العادية إذا ما

(44) راجع:

Y.O.M. Nyampong, The Insurance of Aviation War and Terrorism Risks by Specialist War Insurance Markets, op. cit, p73.

(45) راجع في ذلك:

The European Convention on the Compensation of Victims, available at: <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (237)

كانت هذه الأعمال قد وقعت لأغراض سياسية أو مرتبطة بحرب أو أعمال تخريب.

وقد ألحق بهذا القانون المادة (126-2)، والتي نصت علي أنه لا يمكن لشركة التأمين أن تقرر إعفاءات أو تقرر حد أقصى للتعويض عن تلك التي قدمتها عن الأضرار المشابهة للأضرار الناشئة عن الإرهاب والقرصنة، ولا تقيّد من التزاماتها بخصوصها.

وينطبق النص السابق علي كافة عقود التأمين الخاصة بالملكيات والأراضي والبحار، سواء التأمين على الحياة أم علي الممتلكات أو المركبات البرية والجوية والبحرية، والتأمين على البضائع.

وفي 23 نوفمبر 1989 كانت شركات التأمين تدرج في عقودها شرطاً يعرف بشرط ضمان الأضرار والخسائر الناجمة عن الإرهاب والقرصنة"،
Guarantee Clause damages and losses resulting from acts of terrorism or attacks حيث كان هذا الضمان يقدم عن أضرار الإرهاب والقرصنة في حالات الحرب.

وطبقاً للقانون السابق حتى يستفيد المؤمن من تحمل شركة التأمين التعويضات المستحقة عن حادثة القرصنة يجب عليه إثبات أن هذه الحادثة هي سبب الضرر. وفي حالة ما إذا كان سبب الضرر غير معروف فإنه يفترض أنه نتج عن حادثة بحرية أو خطر ما غير الحرب، أي أن التأمين يشمل الأضرار الناجمة عن أعمال القرصنة مادامت ليست متعلقة بالحرب. لكن هذا الضمان كان مقصوراً على ما يقع من حوادث على إقليم الدولة أو مياهاها الإقليمية أو مجالها الجوي.

وفي عام 1990 تم تأسيس صندوق تعويض ضحايا الأعمال الإرهابية والقرصنة (FGTI)، حيث يضمن هذا الصندوق تعويضاً كاملاً لضحايا هذه العمليات إذا ما ارتكبت على الأراضي أو في المياه الإقليمية الفرنسية⁽⁴⁶⁾. ويمول هذا الصندوق من ضريبة عقود التأمين على الممتلكات، وتستكمل مواردها من

(46) راجع في ذلك:

le Fonds de garantie pour les victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, voir <http://www.fgti.fr>

صندوق يمول من حصيلة الأشياء التي تتم مصادرتها من القرصنة، والمطبقة بموجب نص المادة (422-7 من قانون العقوبات الفرنسي)⁽⁴⁷⁾.

هذا وقد كشفت أحداث 11 سبتمبر عن مدى خطورة حوادث الإرهاب، الأمر الذي دعا الحكومة الفرنسية في 28 نوفمبر 2001 إلى إصدار المرسوم بقانون رقم (1337-2001) ، الذي عدل من أحكام قانون التأمين، وقضى بإمكانية التأمين ضد مخاطر الإرهاب والقرصنة. وقد سمح هذا التعديل بجواز اتفاق شركة التأمين والمؤمن على أن يكون التأمين في حدود 20% من قيمة المبلغ المستحق عن تأمين الممتلكات (قيمة جسم السفينة والبضائع) بحد أدنى 20 مليون يورو في حالة التأمين على جسم السفينة، و 20% من قيمة الشيء المؤمن عليه أيهما يفضل المؤمن⁽⁴⁸⁾.

ووفق هذا القانون تلتزم شركة التأمين بتغطية التعويضات المستحقة إذا ما ثبت أن القرصنة كانت سبب الضرر. ويتم في هذه الحالة استبعاد المسؤولية الشخصية للناقل، حيث سيحل محلها نظام التأمين الخاص بحوادث الإرهاب والقرصنة والصناديق التعويضات الخاصة (compensation fund).

ومن ناحيته فرض الاتحاد الفرنسي لشركات التأمين مجموعة من الضوابط على شركات التأمين الفرنسية فيما يتعلق بالتأمين ضد مخاطر القرصنة والإرهاب البحري، كان أهمها:

- إن التأمين يجب أن يشتمل على الأضرار التي تلحق الممتلكات المادية والأدوات التكنولوجية.
- مبالغ التأمين عن الأضرار المباشرة والخسائر التشغيلية يجب أن تتجاوز 6 مليون يورو.
- يجب أن يكون الحادث قد وقع في الإقليم الفرنسي، أو في المياه الإقليمية الفرنسية.

(47) راجع:

Committee of experts on terrorism (codexter), Profiles on counter - terrorism capacity, council of Europe, p3, available at: www.coe.int/gmt

(48) راجع في ذلك:

articles R.126-1 and R.126-2 of the française Insurance Code.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (239)

والملاحظ أن شركات التأمين الفرنسية قدمت مؤخرًا نوعين من الضمانات لتأمين مخاطر القرصنة والإرهاب البحري، والتي تمثلت في:
الأول: توسيع نطاق الضمان ضد أضرار الإرهاب البحري (وذلك على غرار السلع الدولية)، بحيث يغطي التأمين كافة الحوادث التي تقع من بداية الرحلة وحتى نهايتها، بما في ذلك النقل عن طريق البر.
الثاني: هو النص الصريح على تأمين مخاطر القرصنة التي تقع في المياه الدولية.

وفي المملكة المتحدة عام 1966 قرر المتخصصون في سوق التأمين في لندن أن الاتفاق الذي يتم ما بين الناقل البحري وشركة التأمين لا يشتمل على مخاطر الإرهاب والقرصنة، وإن المخاطر الأخيرة تعد من قبيل مخاطر الحرب. لكن في عام 1970 تزايدت هذه المخاطر، الأمر الذي دفع بشركات التأمين إلى إصدار وثيقة تأمين لتغطية مثل هذه الحوادث، تضمنت الوثيقة بندًا خاصًا يسمى: " War, Hijacking and other perils clause"⁽⁴⁹⁾.

وفي عام 2002 صنفت المملكة المتحدة مخاطر الإرهاب والقرصنة من المخاطر العادية، وذلك على أثر وقوع عدة هجمات من الجيش الأيرلندي، وأنشئت صندوقًا خاصًا لتغطية الأضرار الناجمة عن مثل هذه الهجمات، ممولا من قبل الدولة بموجب قانون إعادة التأمين ضد مخاطر الإرهاب (Reinsurance Acts of Terrorism Act 1993)⁽⁵⁰⁾، والذي حرصت الدولة على تمويله بصورة غير مباشرة.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية فقد تم اتباع النهج ذاته المتبع في فرنسا، حيث تم السماح بالتأمين ضد مخاطر الإرهاب والقرصنة دون مخاطر الحرب، حيث تم الاستبعاد الصريح لمخاطر الحرب والحرب الأهلية والأعمال العسكرية والتمرد والأنشطة الحكومية المضادة للأعمال العسكرية واغتصاب السلطة من المخاطر التي يمكن التأمين عليها، ولم يرد ذكر للمخاطر الإرهابية ضمن هذه

(49) ديجي أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، بند 130، ص 321.
(50) راجع في ذلك:

Reinsurance (Acts of Terrorism) Act 1993, available at:
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/18/pdfs/ukpga_19930018_en.pdf

المخاطر، وذلك باعتبارها من المخاطر العادية. وفي عام 2002 صدر قانون التأمين ضد مخاطر الإرهاب (TRIA)، وذلك في أعقاب هجمات الحادي عشر من سبتمبر، وقد أشرط هذا القانون لتغطية التعويضات المستحقة عن حوادث الإرهاب والقرصنة ما يلي⁽⁵¹⁾:

- أن يكون هناك عمل من أعمال العنف الذي يشكل خطرًا على حياة البشر أو الممتلكات أو البنية التحتية.
- يشترط تحقق النتائج الضارة داخل الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك باستثناء الاعتداءات الإرهابية التي تتم ضد الطائرات أو السفن أو مقر البعثات الدبلوماسية الأمريكية.
- ويلاحظ إن القانون الأمريكي قد سجل خطوة للأمام عن نظيره الفرنسي، حيث سمح بتغطية أضرار حوادث القرصنة والإرهاب البحري إذا ما وقعت خارج المياه الإقليمية الأمريكية، وذلك عكس ما عليه الحال في القانون الفرنسي، الأمر الذي يظهر جدوى التأمين وفاعليته، حيث إن غالبية هذه الحوادث تقع في أعالي البحار بعيدًا عن سيطرة الدول.
- وبالإضافة إلى شركات التأمين ظهرت نوادي تعمل على تغطية الرسوم والمصاريف الناتجة عن مخاطر الإرهاب والقرصنة، والتي لا تغطيها شركات التأمين (Protection & Indemnity Clubs) كما تهتم بتغطية المخاطر المستحدثة، وهي تشمل الأضرار التي تلحق السفينة والبضائع والأشخاص، ويرتبط تحديد المبلغ المستحق بقيمة السفينة، وحدود مسؤولية شركة التأمين عن تغطية المخاطر التي تلحق بالسفينة⁽⁵²⁾.
- وبناء عليه يري بعض الفقه⁽⁵³⁾ ضرورة إعادة النظر في مبدأ التأمين ضد مخاطر الإرهاب البحري والقرصنة بشكل كامل، وذلك من خلال:

(51) راجع في ذلك:

Terrorism Risk Insurance Act, available at:

<http://terrorism.uslegal.com/terrorism-risk-insurance-act/>

(52) راجع في ذلك:

International Group of P&I clubs, available at:

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

(53) راجع في ذلك:

Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , op.cit, p 42.

1/الوقوف بدقة على تعريف للقرصنة، وذلك للتخفيف على المؤمن عليه من الآثار الضارة للاعتداءات العشوائية أو المقصودة، والتي قد تستبعد مبدأ التأمين.

2/ ضرورة تشجيع الحكومة على ضرورة التدخل لتأمين المخاطر الناجمة عن حوادث الإرهاب البحري والقرصنة، ولا يترك الأمر فقط لشركات التأمين.

وقد حظي هذا الأمر باهتمام واسع النطاق لدى العديد من الدول خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام 1962 والتي سعت منذ هذا الوقت إلي تشكيل لجنة تضم منظمات ومندوبين عن شركات النقل، وقد انتهت اللجنة إلى ضرورة أن يكون التأمين ضد مخاطر الإرهاب البحري والقرصنة إجباريًا.

وقد سعت شركات النقل إلى توسعة نطاق التأمين، حيث قررت جعله يشتمل علي مخاطر الحرب في مناطق معينة بموجب اتفاق خاص مع شركات التأمين، على أن يتم دفع قسط إضافي نظير التأمين ضد هذه المخاطر، حيث يتم عمليا نقل التكلفة الإضافية لمالك البضائع، مع العلم أنه في بعض الحالات النادرة لا يتم فرض قسط إضافي إذا كانت السفينة تمارس نشاطها عادة في طرق تكثر فيها حوادث القرصنة، حيث يصعب وضع آلية منضبطة في هذه الحالة لتقدير القسط الإضافي المستحق⁽⁵⁴⁾.

وتقوم شركات التأمين في بعض الأحوال بدفع الفدية التي قد يطلبها القراصنة للإفراج عما تحت أيديهم كشكل من أشكال المصروفات العامة التي تقوم بها الشركة، وقد أظهرت الممارسة العملية قيام شركات التأمين بدفع هذه الفدية⁽⁵⁵⁾

(54) راجع في ذلك:

Piracy – the insurance implications, Marine Practice, 2011 Marsh Ltd, available at:

<http://www.igpandi.org/downloadables/piracy/news/Marsh%20Piracy%20implications.pdf>

(55) ويجب ملاحظة أن العديد من الدول (كالولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي) تعترض على مسألة دفع الفدية للقراصنة، بسبب أن هذه الأموال تستخدم لتمويل

دون أن تعلن عن حجم المصروفات العامة بصورة رسمية⁽⁵⁶⁾. وتلجأ شركات التأمين لدفع الفدية لأنها ترى أنها أفضل من دفع التعويضات المستحقة بسبب هلاك البضائع أو تلفها أو تأخير وصولها، حيث عادة ما تشمل الفدية الإفراج عن السفينة بالإضافة للبضائع المحملة عليها.

ويتم الإعلان عن متوسط المصروفات لأشخاص غير الناقل، مثل مالك البضائع وكل من له مصلحة مالية في وصول البضائع آمنة.

وبناء عليه لصاحب البضائع المضرور أن يقيم دعوي المسؤولية لتعويض الأضرار الناجمة عن حوادث القرصنة ويختصم فيها الناقل وشركة التأمين، فكل منهما ملتزم بالتعويض، وذلك على سبيل التضامن، حيث يفترض في العلاقة بينهما، باعتبار أننا بصدد مسألة تجارية التضامن فيها مفترض، ولا يحتاج لاتفاق خاص. لكن يجب ملاحظة أن مسؤولية شركة التأمين مرتبطة بقيام مسؤولية الناقل، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "متى كان اختصاص شركة التأمين أمام محكمة الموضوع مبناه وثيقة التأمين المعقودة بينها كمؤمنة وبين الناقل المؤمن له، على أن تضمن شركة التأمين بموجبها أداء مبلغ التعويض الذي يحكم به على الناقل إذا ما ثبتت مسؤوليته قبل الغير عن الحادثة بتعويض الضرر الناشئ عنه"⁽⁵⁷⁾.

الإرهاب، الأمر الذي قد يعرض الناقل وشركة لخطر التأمين للملاحقة القضائية، الأمر الذي يجب معه الحصول على المشورة القانونية السليمة قبل التعامل مع القرصنة.
Ibid.

(56) Ibid.
(57) نقض مدني، جلسة 1966/3/15، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 17، العدد الثاني، ص 585.

المطلب الثالث

التزامات الناقل في حالة احتجاز السفينة من قبل القراصنة

أولاً/ حكم قيام الناقل بدفع فدية للقراصنة للإفراج عن السفينة وحمولتها:

مما لا شك فيه أن القراصنة يسعون من وراء اختطاف السفينة واحتجازها الحصول على فدية مقابل الإفراج عنها وعن البضائع المحملة على متنها، خاصة وأن هذا الحل قد يراه الكثيرون يمثل طريقاً وسطاً للأطراف المختلفة، بعيداً عن الإضرار بالسفينة وحمولتها.

ويثير هذا الأمر بداية التساؤل حول مدى مشروعية قيام الناقل بدفع الفدية المطلوبة للقراصنة؟

الملاحظ أن العديد من الدول خاصة الولايات المتحدة الأمريكية تحظر دفع الفدية للقراصنة خشية وقوعها في أيدي الجماعات الإرهابية، فيعد ذلك تمويلاً غير مباشر لهم، لذلك تفرض عليهم ضرورة التأكد من أن القراصنة لا ينتمون للمنظمات الإرهابية المدرجة على القائمة المعدة من قبل وزير الخارجية الأمريكي، وهذا ما أكده قانون العقوبات الأمريكي صراحة (Title 18 of the U.S.A criminal code &2339B)، حيث قرر هذا القانون أن قيام الناقل بدفع الفدية لأحد القراصنة التابعين لإحدى المنظمات الإرهابية سيجعله يسأل جنائياً عن ذلك وفق أحكام قانون باتريوت (The Patriot Act). من ناحية أخرى قام الرئيس الأمريكي عام 2010 بإعداد قائمة بأسماء القراصنة الصوماليين الذين حصلوا على فدية⁽⁵⁸⁾.

(58) راجع:

Neil Klein, Maritime and transport law, The Cruise Industry – Tales from Davy Jones' Locker Wednesday, October 8th 2010, p5.

والملاحظ على ما سبق أنه لا يوجد حظر صريح بدفع فدية للقراصنة، وأن الهدف الأساس هو منع وصول أموال الفدية للمنظمات الإرهابية. لكن هذا لم يمنع الولايات المتحدة من فرض بعض العقوبات على الناقل الذي يقوم بدفع فدية للقراصنة، كان أهمها: حظر التعامل مع السفينة التي كانت تحت أيدي القراصنة وتم دفع فدية لتحريرها، وتجميد أصول أصحاب السفن المسجلة لدى الولايات المتحدة الأمريكية⁽⁵⁹⁾.

وقد وجد لهذا الاتجاه صدى في بعض أحكام القضاء الانجليزي، حيث ذهبت المحكمة العليا البريطانية إلى أنه على الرغم من أن دفع الفدية للقراصنة أمر من شأنه أن يشجع على هذا الأمر، خاصة إذا كانت شركة التأمين سوف تقوم بتغطية هذه المبالغ، فإن النظر إلى هذا الأمر على أنه السبيل الأسرع لإنقاذ الأرواح والممتلكات المتواجدة على متن السفينة أمرًا لا يمكن النظر إليه على أنه مخالف للسياسة العامة في بريطانيا، خاصة أن التدخل العسكري والدبلوماسي لا يجدي كثيرًا في مثل هذه الظروف⁽⁶⁰⁾. أيضًا أقرت المحاكم الكولومبية مسألة دفع الفدية، خاصة إذا ما كانت تدفع لأسباب إنسانية، مثل محاولة إنقاذ الأرواح أو تحرير الرهائن⁽⁶¹⁾.

ومن الناحية العملية يصعب تكليف الناقل بالتأكد من صفة القراصنة وانتماءاتهم، خاصة وأنه غالبًا ما سوف يعجل من إجراءات دفع الفدية لسرعة

(59) راجع:

Paying Ransoms – Could the US make this more difficult?, op. cit.

(60) راجع:

Masefield v Amlin Corporate Member Limited, High court of justice Queen's bench division commercial court, 2010 EWHC 280, available at: <http://www.steptoec.com/assets/htmldocuments/Masefield%20AG%20v%20Amlin.pdf>

(61) راجع:

Paying Ransoms – Could the US make this more difficult?, international law firm, op . cit, p3.

إنفاذ الأرواح والبضائع الموجودة على متن السفينة، نظراً لوجود مصلحة قوية له في الإفراج عن السفينة، ليس فقط لإنقاذ السفينة، ولكن لارتباط هذا الأمر بشكل وثيق بسمعته التجارية لكن هذا لا يمنع من ضرورة الاتصال بالسلطات المعنية لتقديم المساعدة المطلوبة في التعرف على صفة القرصنة(62).

ويثير العرض السابق تساؤلاً حول مدى إمكانية قيام الناقل بالرجوع على أصحاب البضائع بما دفعه من فدية لإنقاذ بضائعهم؟

يبدو لنا أن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على مدى ثبوت مسؤولية الناقل عن حادثة القرصنة من عدمه، حيث إن ثبوت مسؤولية الناقل عن هذه الحادثة من شأنه أن يلزمه بدفع الفدية اللازمة لإنقاذ البضائع، كشكل من أشكال التعويض الملتزم به تجاه مالك البضائع. لكن إذا تبين أن الناقل غير مسؤول عن وقوع حادثة القرصنة فإنه غير ملتزم بتحمل مبلغ الفدية وحده، ويمكن له الرجوع على أصحاب البضائع بما دفعه طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

لكن هل يمكن للناقل استرداد ما دفعه من فدية من شركة التأمين؟

بالنظر إلى غياب سياسة موحدة بين شركات التأمين حول مدى إمكانية قبول التأمين ضد أضرار القرصنة، يمكن القول بأن الأمر سوف يتوقف على السياسة المتبعة من قبل شركة التأمين التي تعاقدها معها الناقل، وهل قبلت التأمين ضد مخاطر القرصنة أو لا، وهل شمل هذا التأمين السفينة فقط أو امتد أيضاً للأشخاص والبضائع(63).

وجدير بالذكر، أن الناقل سوف يسعى دائماً للأخذ بزمام المبادرة فيما يتعلق بالمفاوضات التي سوف تتم فيما يتعلق بالإفراج عن السفينة، لكن مما لا شك فيه

(62) راجع:

Neil Klein, Maritime and transport law, op. cit, p6.

(63) راجع:

Ibid, p6.

أنه سوف يأخذ في اعتباره دور شركة التأمين في تغطية مبالغ الفدية المستحقة لدفع نسبة من الفدية عن السفينة، كما ستتولى شركات التأمين الخاصة بالضائع المحملة على متن السفينة دفع الفدية للإفراج عن هذه البضائع، والتي من المتوقع أنها سوف تحوز على النسبة الأكبر من مبلغ الفدية المستحقة⁽⁶⁴⁾.

وليس هناك ما يمنع تحمل مستأجر السفينة لنفقات الفدية إذا ما كان استغلال السفينة يتم لحسابه خلال الفترة الزمنية التي وقعت فيها القرصنة، وله أن يستفيد أيضاً من تغطية شركة التأمين في هذه الحالة.

ثانياً/ أثر احتجاز السفينة على وضعها القانوني:

بالنظر إلى أن احتجاز السفينة يعد من أكثر التبعات المترتبة على وقوع السفينة في أيدي القرصنة، فإن كثيراً من التساؤلات التي تطرح في هذا الصدد تتعلق بأثر هذا الاحتجاز على الوضع القانوني للسفينة.

تعرض القانون القبرصي لمكافحة القرصنة لتنظيم مجموعة من هذه الآثار القانونية، مقررًا أنه لا يترتب على احتجاز السفينة ما يلي⁽⁶⁵⁾:

- 1- فقدان ملكيتها من قبل مالكيها الشرعي.
- 2- لا يتم إسقاط جنسية السفينة عنها، ولا يسقط حقها في رفع علم الدولة التي تحمل جنسيتها.
- 3- لا تفقد السفينة صلاحيتها للإبحار.
- 4- لا يتم فسخ عقود عمل الأفراد العاملين على متن السفينة.
- 5- لا يتم فسخ مشاركة الإيجار المسجلة في السجل الخاص للسفينة.

(64) راجع:

Paying Ransoms – Could the US make this more difficult?, international law firm, op . cit, p3.

(65) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), (article 37).

6- لا يؤثر الاحتجاز في صحة أي عقد أبرمه مالك السفينة أو مستأجرها مع الغير.

ويتضح من النص السابق أنه لم يرتب أي أثر على احتجاز السفينة على وضعها القانوني، فمالكها يحتفظ بملكيتها رغم أن حيازتها ليست معه، وهذا يتفق مع الطبيعة القانونية الخاصة للسفينة التي رغم أنها مال منقول فإنها لا يسرى عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. أيضاً لا مجال للقول بإسقاط جنسية السفينة عنها لمجرد احتجازها من قبل القراصنة، بالنظر إلى أن هذا الأمر ليس هناك مبرر لحدوثه إلا إذا تم استغلال السفينة من قبل القراصنة في تنفيذ عمليات إجرامية. أيضاً لا أثر للقرصنة على استمرارية عقود عمل الأفراد العاملين على متن السفينة، بل يبدو لنا أنه يجب أن يضاف لهذا النص ما يفيد بأنه إذا ما أنقضت مدة عقد العمل أثناء فترة الاحتجاز فإن مدته تجدد تلقائياً حتى نهاية فترة الاحتجاز وعودة العاملين إلى أوطانهم، مع تحمل الناقل لكافة الأجور والنفقات المستحقة لهم، وذلك بالنظر إلى أن الناقل يجب عليه أن يتحمل تبعات هذه الظروف الاستثنائية الخاصة التي لا يد للعاملين فيه، خاصة إذا لم يصدر عنهم خطأ. وأخيراً لا أثر للقرصنة على صحة العقود التي يكون الناقل (سواء كان مالك السفينة أم مستأجرها) قد أبرمها مع الغير؛ كعقود نقل البضائع والأشخاص.

ثالثاً/ التزامات الناقل تجاه العاملين على متن السفينة خلال فترة احتجازها:

إذا كان عقد العمل يفرض على الناقل مجموعة من الالتزامات تجاه العامل بخصوص تشغيل وتسيير السفينة في الظروف العادية، فإنه مما لا شك فيه أن هذه الالتزامات سوف تصطبغ بصبغة الظروف الاستثنائية الخاصة بحادثة القرصنة.

وفى ظل أهمية وخطورة هذا الأمر، فقد حرص القانون القبرصي على التعرض لتنظيم التزامات الناقل تجاه العاملين على متن السفينة في أكثر من موضع.

وقبل أن يتعرض هذا القانون للالتزامات الناقل تجاه العاملين، عرض لمجموعة من التوجيهات التي يجب أن يحرص عليها العاملون خلال فترة احتجاز السفينة، فقد نص على(66):

(1) يكون الربان خلال فترة احتجاز السفينة هو قائدها طبقاً لأحكام القانون القبرصي.

(2) لا يتم التعامل مع أي أوامر تصدر عن القراصنة خلال فترة احتجاز السفينة على أنها أوامر صادرة عن ربان السفينة.

(3) يلتزم ربان السفينة وبقية العاملين على متن السفينة بالقيام بواجباتهم المفروضة عليهم طبقاً لعقد العمل وأحكام القانون قدر الإمكان خلال فترة احتجاز السفينة.

(4) إذا وقع من ربان السفينة أو أحد العاملين على متن السفينة خلال فترة احتجاز السفينة أي فعل يشكل جريمة أو مخالفة للقوانين فإنه لا يسأل عن ذلك مادام أن فعله لا يشكل لا يمثل اعتداء على الأرواح أو تهديدها.

والملاحظ على هذا النص أنه سعى إلى تأكيد صفة الربان بوصفه قائداً وحيداً للسفينة ومصدرًا لجميع الأوامر والتعليمات الخاصة بشؤونها بصفته نائباً عن الناقل في ذلك. كما حرص أيضاً على تأكيد التزام جميع العاملين بأحكام

(66) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), (article 40-1).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (249)

القانون رغم احتجاز السفينة، وذلك قدر المستطاع، وفي حدود عدم الإضرار
بسلامة المتواجدين على متن السفينة.

وفي أول فرصة يتعرض فيها هذا القانون لالتزامات الناقل تجاه العاملين خلال
فترة احتجاز السفينة قرر بأن الناقل ملتزم بإعادة جميع الأفراد المفقودين إلى متن
السفينة، وفي حالة الإفراج عنها يجب أن يعيدهم إلى أوطانهم مع تحمل كافة
النفقات الناشئة عن ذلك⁽⁶⁷⁾. قضى القانون أيضاً بأنه يجب على السلطة المختصة
أن تقضي بتعويض خاص لطاقم السفينة خلال الفترة من نهاية احتجاز السفينة
حتى وصولها إلى ميناء الوصول نظير ما تحملوه من أعباء عمل إضافية نظراً
لوجود نقص في عدد أفراد الطاقم. كما قضى أيضاً بأنه يجوز للسلطة المختصة
إيقاف أو تعليق تنفيذ الربان أو العاملين لالتزاماتهم طبقاً لأحكام القانون القبرصي
والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بالحد الأقصى لساعات العمل⁽⁶⁸⁾.

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد يتعلق بحكم غياب العاملين أثناء فترة
احتجاز السفينة، ومدى اعتبار هذا الغياب انقطاع عن العمل يبرر للناقل فسخ عقد
عملهم؟

قرر القانون القبرصي إجابة عن هذا التساؤل أن أفراد طاقم السفينة المتغيبين
خلال فترة احتجازها لا يعتبرون قد قصروا، وتظل عقود عملهم سارية، وذلك
إذا ما ثبت أن غيابهم يعود لأحد الأسباب الآتية⁽⁶⁹⁾:

(67) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful
acts law of- 2012, law 77-(1), (article 43-1).

(68) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful
acts law of- 2012, law 77-(1), (article 39).

(69) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful
acts law of- 2012, law 77-(1), (article 42-1).

- 1- أجبروا على النزول من السفينة بفعل القرصنة.
 - 2- أنهم كانوا معتقلين أو محتجزين خارج السفينة أو تم إعاقة عودتهم إليها.
 - 3- عدم قدرتهم على العودة للسفينة في المكان التي كانت فيه رغم إطلاق سراحهم.
 - 4- عدم قدرتهم على العودة للسفينة في المكان التي كانت فيه رغم تمكنهم من الهرب من الاعتقال.
 - 5- أنهم لم يتمكنوا من العودة للسفينة في المكان التي كانت فيه بسبب مرضهم بغض النظر عن أسباب مرضهم أو وقت مرضهم.
- والملاحظ على هذا النص أنه تعامل مع الأسباب السابقة على أنها أضرار يعفى العامل على أثرها من المسؤولية عن الانقطاع عن العمل، ويمتنع على الناقل في الوقت ذاته أن يفسخ عقودهم في حالة غيابهم لتحقق أحد الأضرار السابقة. وتأكيداً من قبل القانون على هذا الأمر، نص أيضاً على أن الناقل ملتزم بعودة العاملين المتغييبين بعذر، وذلك حتى ولو انتهت عقود أعمالهم، ماداموا لم يعودوا لأوطانهم⁽⁷⁰⁾.
- ولعل النص السابق حرص بصورة جلية على التأكيد على خصوصية الظروف الاستثنائية لحادثة القرصنة على علاقة العمل، والتي تفرض بدورها التزامات استثنائية على عاتق أطراف العلاقة، خاصة الناقل، والتي من أهمها الالتزام بالإبقاء على عقد العمل رغم تغيب العامل مادام هذا الغياب كان بعذر، بل والإبقاء على هذا العقد رغم انتهاء مدته لحين عودة العامل إلى وطنه.

(70) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), (article 42-2).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (251)

والملاحظ أن الالتزام لا يتحملوه الناقل بمفرده، بل يلتزم العامل بالعودة إلى السفينة فور انتهاء الظروف التي كانت تحول دون عودته(71).

وجدير بالذكر أن التزام الناقل بعودة العاملين إلى السفينة ليس مطلقاً، ولكنه مقيد بالأشكال صعودهم على السفينة مخاطر على أمنهم وسلامتهم أو صحتهم أو على أمن وسلامة المتواجدين على متن السفينة(72).

وعلى الرغم من التزام الناقل بإعادة العامل المفقود على أثر تعرض السفينة للقرصنة إلى وطنه، فإن القانون قد صرح للناقل أن تغادر السفينة مكانها بعد إطلاق سراحها من الاحتجاز، وذلك إذا تبين أن بقائها في هذا المكان من شأنه أن يعرضها للخطر أو يعرض حياة أو صحة الأفراد المتواجدين على متنها للخطر. لكن يلتزم الناقل رغم ذلك بإخطار السلطات المختصة للبحث عن هؤلاء الأشخاص في المنطقة الجغرافية التي احتجزت فيها السفينة، كما يجب عليه أن يتخذ الترتيبات اللازمة لإعادة الأعضاء الذين تغيبوا بعذر قدر الإمكان، وتغطية النفقات اللازمة لذلك(73).

وإذا كان ما سبق ذكره من التزامات الناقل تجاه العاملين على متن السفينة يتعلق بعلاقة العمل التي تجمع بينهم، فإن القانون القبرصي قد قرر إعفاء الناقل من مسؤوليته عما يلحق العاملين من إصابة بدنية أو وفاة إذا استطاع أن يثبت:

1- إن إصابة العامل وقعت خارج وقت مباشرته لعمله على متن السفينة.

(71) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), (article 43-2).

(72) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), (article 42-2).

(73) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), (article 43-2-b).

- 2- إن إصابة العامل تعود لخطأه.
- 3- إن العجز أو الإصابة كانت بالعامل وقت إبرام عقد العمل.
- ولعل الأسباب السابقة تعكس بصورة جلية أن إعفاء الناقل من مسؤوليته تجاه ما يصيب العامل من أذى بدني مرتبط بحدوث سبب أجنبي يقطع علاقة السببية بين نشاط الناقل والضرر الذي وقع⁽⁷⁴⁾.

خاتمة

سعت هذه الدراسة جاهدة إلى إبراز مدى خطورة حوادث القرصنة على رافد التجارة الدولية الأول، وهو قطاع النقل البحري، والتي تمثلت ليس فقط في فداحة الخسائر البشرية والمادية لهذه الحوادث، ولكن أيضاً في صعوبة حصول المضرور على تعويض جابر لأضراره في ظل عجزه عن ملاحقة القرصنة من ناحية، وعدم قدرته على إثبات عناصر المسؤولية المدنية في حقهم من ناحية أخرى، خاصة وأن هذه الحوادث تقع بعيداً عن سمع وبصر المضرور.

وقد دعت الأسباب السابقة إلى التساؤل عن مدي إمكانية تقرير مسؤولية الناقل عن تعويض صاحب البضائع عن ما لحق به من أضرار على أثر حادثة القرصنة. ولم يكن الدافع من وراء هذا التساؤل مجرد إيجاد شخص يتحمل المسؤولية في مواجهة المضرور، والتضحية بالناقل في سبيل تحقيق ذلك الهدف، ولكن لأنه - وفق ما أظهرته الدراسة - يمكن أن يتسبب بخطئه في الإضرار بالبضائع عند وقوع حادثة القرصنة، بعدما ثبت أنه أضحي ملتزماً بمجموعة من الالتزامات الأمنية التي تبرر مسؤوليته عن أضرار القرصنة في مواجهة

(74) راجع:

The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), (article 54-1).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (253)

المضرور إذا ما أخل بتنفيذ هذه الالتزامات، رغم ما توصف به حوادث القرصنة من كونها حوادث فجائية يصعب توقعها أو دفعها.

وقد دعا التساؤل السابق إلى البحث عن تنظيم قانوني خاص يقرر مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة، إلا أن هذه المحاولة كشفت عن وجود فراغ تشريعي لمواجهة واحدة من أهم الإشكالات القانونية خطيرة في الوقت الراهن، وذلك بعد أن أصبحت حوادث القرصنة التي ترتكب قرابة السواحل الصومالية من أكثر العقوبات التي تهدد وبشدة مستقبل التجارة الدولية فيما بين دول العالم، وطرحت تحديات قانونية خطيرة.

وقد تسبب هذا الفراغ في البحث في أروقة التشريعات البحرية على الصعيدين الوطني والدولي لتأصيل مسؤولية الناقل على هدي نصوصها، وقد كشف هذا البحث عن العديد من النتائج القانونية، كان أهمها أن القرصنة تعد من قبيل الحوادث التي يمكن أن يسأل عنها الناقل في مفهوم القانون المصري وكذا الاتفاقيات الدولية المعنية بالنقل البحري، خاصة وأن ما شهده قطاع النقل البحري من تقدم مذهل على صعيد وسائل الأمن من ناحية ووسائل الاتصال من ناحية أخرى، زاد إلى حد بعيد من قدرة الناقل على توقع القرصنة وعلى دفعها.

من ناحية أخرى صار من المقبول أن تتأسس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة، ليس فقط لكونه ضامن لسلامة البضائع ويجب أن يتحمل كافة تبعات المخاطر التي قد تضرر بها، ولكن أيضاً لتصور خطئه الذي يمكن أن يتسبب في الإضرار بالبضائع في حوادث القرصنة. أيضاً أظهرت الدراسة وجود اختلاف بين التشريعات القانونية الوطنية والدولية في أساس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة، فبعضها كان يجعل الناقل مكلف ببذل عناية والبعض كان يلزمه بتحقيق نتيجة، والبعض كان يجعل خطأه مفترض والآخر كان يجعل خطأه

واجب الإثبات، وأن هذا الاختلاف جاء على أثر تباين قدرات الناقل الأمنية من فترة زمنية لأخرى، والتي انعكست بشكل كبير على طبيعة مسؤوليته عن أضرار الإرهاب والقرصنة. وقد تبين لنا ضرورة تأسيس مسؤولية الناقل عن هذه الحادثة على فكرة الضمان، باعتبارها الأكثر ملائمة مع دور الناقل الملتزم بالسلامة، وذلك في ظل تطور الأدوات والأجهزة المستخدمة في النقل البحري والتي مكنت الناقل من إمكانية توقع ودفع حادثة القرصنة، وقد ظهر أثر ذلك فيما اتجهت إليه أحكام القضاء من التشدد في مفهوم القوة القاهرة.

أظهرت هذه الدراسة أيضاً أهمية تحديد مسؤولية الناقل عن تعويض أضرار القرصنة بحدود معينة، وذلك بغية إحداث توازن بين حق المضرور في الحصول عن تعويض يجبر الضرر، وحق الناقل في عدم إطلاق مسؤوليته عن تعويض أضرار القرصنة، التي تتسم بجسامة وفداحة الأضرار الناجمة عنها، الأمر الذي يصعب معه إطلاق مسؤوليته خشية العزوف عن القيام بنشاط النقل البحري، على أن يبقى تحديد مسؤوليته مرهوناً بعدم صدور غش أو خطأ جسيم من قبله. وقد أوضحت الدراسة أيضاً الأهمية الخاصة للتأمين ضد مخاطر القرصنة البحرية، لكونه يساهم بشكل كبير في دعم حصول المضرور على تعويض جبرا لما أصابه من ضرر، خاصة بعد أخذت شركات التأمين في العدول عن موقفها الراض للتأمين ضد مخاطر القرصنة، على أثر انتشار هذه الحوادث، وقيامه بوضع ضوابط معينة للتأمين عليها.

وأخيراً كشفت هذه الدراسة النقاب عن مجموعة من الالتزامات الحديثة للناقل عند احتجاز السفينة تجاه العاملين على متن السفينة وأيضاً تجاه أصحاب البضائع، كما تعرضت لبحث مدى التزام الناقل بدفع فدية للقرصنة.

التوصيات

هذا وقد خلصت هذه الدراسة لمجموعة من التوصيات نجملها فيما يلي:

- 1- ضرورة تبني تعريف دولي موحد للقرصنة بغية تمييزها عن أعمال العنف الأخرى التي تختلط بها.
- 2- يجب إعادة النظر في طبيعة الالتزامات الأمنية للناقل، خاصة بعد التطور الهائل الذي شهده قطاع النقل البحري، والذي ساعد الناقل كثيرًا على إمكانية توقع القرصنة وإمكانية التصدي لها، ويجب تنظيمها بموجب اتفاقية دولية موحدة، وذلك لضمان معاملة متساوية للشاحنين.
- 3- يجب التخلي عن المفهوم التقليدي لخطأ الناقل البحري الذي يرتبط من حيث الأصل بالمخاطر التقليدية للنقل البحري؛ كالأعطال الميكانيكية للسفينة، وتبني مفهومًا يناسب مع المخاطر الحديثة لهذا النقل، خاصة في ظل ما يشهده قطاع النقل البحري من تقدم يسمح له بذلك.
- 4- يجب تأسيس مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة بناء على مبدأ المسؤولية الموضوعية، بحيث لا يتحمل الشاحن عبء اثبات خطأه، ولا يسمح للناقل أن يدفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.

- 5- يجب التمييز فى مجال مسؤولية الناقل عن أضرار القرصنة بين الخطأ الارادى والخطأ غير الارادى حتى فى ظل الأخذ بالمسئولية الموضوعية، وذلك لحرمان الناقل من امكانية دفع مسؤوليته (حتى بإثبات السبب الأجنبى) أو التمسك بالتعويض المحدود فى ظل ثبوت خطأه الارادى، وذلك عكس الخطأ غير الارادى.
- 6- يجب تبنى تشريعات قانونية تنظم مسؤولية شركات التأمين عن أضرار القرصنة، وتقضى على المشاكل التى كانت تعترض التأمين عن هذه الأضرار، وتمكن المضرور من اختصام شركة التأمين فى دعوى المسؤولية عن أضرار القرصنة.
- 7- يجب التعامل مع القرصنة على أنها من قبيل الحوادث البحرية التى يمكن أن يسأل عنها الناقل
- 8- ضرورة إعادة النظر فى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالنقل البحري لتضمينها نصوصاً تراعى خصوصيات مسؤولية الناقل البحري عن حوادث القرصنة، خاصة فيما يتعلق بأساس المسؤولية ووسائل دفعها.
- 9- يجب تبنى تشريعات قانونية تنظم التزامات الناقل تجاه الشاحنين وكذلك تجاه العاملين على متن السفينة خلال فترة احتجازها على أثر اعتداء القرصنة وطبيعة مسؤوليته عند الاخلال بأحد هذه الالتزامات، خاصة وأن مثل هذه المسائل لا يتم الاتفاق عليها فى العقود البحرية (كعقد النقل البحرى وعقد العمل البحرى).
- 10- يجب وضع اتفاقية دولية تنظم آليات التعاون والمساعدة التى يجب على الدول أن تقدمها للسفينة عند تعرضها للقرصنة، خاصة فى مجال المساعدة القضائية لإثبات حجم الضرر وسببه والمسئول عنه.

قائمة المراجع

أولاً/ المراجع العربية:

- 1- د.أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية، دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، 2009.
- 2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، (بدون تاريخ نشر).
- 3- د. أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية- القاهرة، (بدون تاريخ نشر).
- 4- د.أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، منشأة المعارف – الإسكندرية، (بدون تاريخ نشر).
- 5- د.ثروت أنيس الأسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي، (بدون دار نشر)، الطبعة الأولى، 1960.

- 6- د. جلال وفاء محمد، مدى فعالية قواعد مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجديد في حماية الشاحن المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995.
- 7- د. خالد مصطفى فهمي، تعويض المضرورين عن الأعمال الإرهابية، دار الفكر الجامعي، 2007.
- 8- د. عادل عبد الله المسدي، أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية وإجراءات مكافحتها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2010.
- 9- د. عمر فؤاد عمر، إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.
- 10- د. عبد الرافع موسي، مدى الشدة في أساس مسؤولية الناقل البحري في عقد نقل الأشخاص، دار النهضة العربية- القاهرة، (بدون تاريخ نشر) ص 39.
- 11- د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية- القاهرة، 1986.
- 12- د. عبد الله الهواري، القرصنة البحرية في ضوء القانون الدولي، المكتبة العصرية- المنصورة، الطبعة الأولى، 2010.
- 13- د. علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الإرهاب، دار النهضة العربية، 2006.
- 14- محمد بهجت قايد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل اتفاقية هامبورج، دار النهضة العربية، 1992.
- 15- د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية) دار النهضة العربية، 2008.

- 16- د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1995.
- 17- د. محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، منشأة المعارف، 1995.
- 18- د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء (رسالة دكتوراه)، مكتبة النهضة المصرية، 1957.
- 19- د. محمد موسي دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفي، دار النهضة العربية، 1406هـ - 1985م.
- 20- د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، 1993.
- ثانياً/ - الأحكام القضائية:
- 1- نقض مدني مصري، 17/ 12/ 1995، طعن 554، لسنة 59 ق، مجموعة أحكام النقض (الجزء الثاني)، قاعدة 274.
- 2- نقض مدني، جلسة 1966/3/15، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 17، العدد الثاني.
- ثالثاً/ المراجع الأجنبية:

- 1- Andrew Marshall, maritime terrorism could have global economic impact, insurance journal, March 5, 2010.
- 2- Antonio Cassese, The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in international Law, Journal of International Criminal Justice 4 (2006).

- 3- Batoul Modarress & A. Ansari & Emil Thies, The effect of transnational threats on the security of Persian Gulf maritime petroleum transportation, Springer Science Business Media, 24 June 2012.
- 4- Ben Saul, The Legal Response of the League of Nations to Terrorism, Journal of International Criminal Justice 4 (2006).
- 5- Bertrand SABADIE, La faute nautique :un cas excepte en perte de sens, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes Faculté de Droit et de Sciences politiques, Juin 1999.
- 6- Bjørn Møller, Piracy – Maritime Terrorism and naval strategy, Danish institute for international studies report 2009.
- 7- Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, Analysis and Trends of Recent German Case Law, 1997.
- 8- Christopher Joyner, Navigating Troubled Waters (Somalia, Piracy, and Maritime Terrorism), Georgetown Journal of International Affairs, Winter/ Spring 2009.

- 9- Christopher Joyner, Navigating Troubled Waters, Somalia, Piracy, and Maritime Terrorism, Law&Ethics, Winter/Spring 2009.
- 10- Claude Pohlit, New Developments in Maritime Security and Their Impact on International Shipping, LL.M in Shipping Law-Heilighenhagen Germany, (Without the date of publication), available at: lawspace.law.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/233/1/Pohlit.pdf
- 11- Diana Chang, Piracy laws and the effective prosecution of pirates, Boston College International & Comparative Law Review (Vol. 33:273),2010.
- 12- El Harouat c/ ENIM, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 15, 2009.
- 13- Graham Gerard, Pre-empting Maritime Terrorism in Southeast Asia, Institute of South East Asian Studies, 29 November 2002.
- 14- Guo Xinning, Anti-Terrorism Maritime Security and ASEAN-China Cooperation; A Chinese Perspective, Institute of Southeast Asian Studies, 2005.
- 15- H.E. Jose' Luis Jesus, Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects, The

international journal of marine and coastal law, Vol 18,
No 3, 2003.

- 16- Han-Ru ZHOU, Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile, Revue du Barreau/Tome 61/Automne 2001.
<http://www.imo.org/OurWork/Security/Instruments/Pages/CoP.aspx>
- 17- ILO/IMO Code of practice on security in ports, available at:
- 18- J. R. Kuehmayer, Marine Accident and Casualty Investigation Boards, Austrian Marine Equipment Manufacturers, 2008.
- 19- James Kraska & Brian Wilson, Maritime piracy in east Africa, Journal of International Affairs, Vol. 62, No. 2, Spring/Summer 2009.
- 20- Jean Marie, La Cour Pénale Internationale et le terrorisme international: Le problème de compétence ratione materiae, Memoire Online 2007, p6.
- 21- Kelly Compton Grems, punitive damages under the Warsaw convention: revisiting the drafters intent, the American university law review, Vol. (41:141),1992.

- 22- Kevin X Li; Jin Cheng, Maritime Law and Policy for Energy Security in Asia: a Chinese Perspective, journal of Maritime Law and Commerce, vol.37, No 4, 2006.
- 23- M. Bernhard A. Koch, indemniser les victimes de terrorisme, bureau du comite europeen de cooperation juridique (CDCJ-BU), Strasbourg, 27 novembre 2006.
- 24- M. Cherif Bassiouni, Legal responses to international terrorism, martinus Nijloff publishers, 1988.
- 25- M. Fehmi Ulgener, Obligations and Liabilities of the Carrier, Chapter 5, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011.
- 26- M. Lortie - R. Pelletier, Incidents in manual handling activities, Safety Science 21 (1996).
- 27- Marcel Fontaine - Marcel Fontaine, Drafting international contracts: an analysis of contract clauses, BRILL, 2006.
- 28- Michel Cannarsa, Compensation for Personal Injury in France, p3, available at:<http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/2002/cannarsa.pdf>
- 29- Myra Williamson, Terrorism & war and international law, the Ash gate international law series, 2009.

- 30- Necmettin Akten, Shipping accidents: a serious threat for marine environment, J. Black Sea/Mediterranean Environment, Vol 12:269-304(2006).
- 31- Neil Klein, Maritime and transport law, The Cruise Industry – Tales from Davy Jones’ Locker Wednesday, October 8th 2010.
- 32- Paul Chauveau, Droit Aerien, paris, librairie technique, 1951.
- 33- Pierre chichkine , terrorisme et droit maritime , Master II droit maritime et des transports, Centre de Droit Maritime et des Transports Universite de droit , D'econome et des sciences D'aix –marseille III, Faculte de droit, 2008.
- 34- Stella sakellaridou, Maritime insurance & piracy, Athens Greece, 2009.
- 35- William Tetley, Marine Cargo Claims, 4 Ed., 2008. available at: <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/mcc4th/>
- 36- Y.O.M. Nyampong, The Insurance of Aviation War and Terrorism Risks by Specialist War Insurance Markets, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013.

- 37- ZDZISLAW GALICKI, International Law and Terrorism, American behavioral scientist , Vol. 48 No. 6, February 2005.

رابعاً/ المؤتمرات:

- 1- Peter Gordon - James E. Moore- Harry W. Richardson, Economic Impact Analysis of Terrorism Events, Discussion Paper No.22(Prepared for the OECD/ITF Round Table of 11-12 December 2008 on Security, Risk Perception and Cost-Benefit Analysis, available at: http://www.internationaltransportforum.org/jtrc/discussion_papers/DP200822.pdf

خامساً/ التقارير:

- 1- Committee of experts on terrorism (codexter), Profiles on counter - terrorism capacity, council of Europe, p3, available at: www.coe.int/gmt.
- 2- Counter piracy under International Law, academy briefing No. 1, Academy of International Humanitarian, , August 2012.
<http://www.crs.hr/hrv/PDF/regulative/MS75-24.pdf>
<http://www.internationaltransportforum.org/4E8983DA-8251-4AE9-8891->

[F21758491965/FinalDownload/DownloadId-BFEDC984C13691CEAE959E6F1EBC8A61/4E8983DA-8251-4AE9-8891-F21758491965/pub/pdf/05ContainerSecF.pdf](https://www.fgti.fr/F21758491965/FinalDownload/DownloadId-BFEDC984C13691CEAE959E6F1EBC8A61/4E8983DA-8251-4AE9-8891-F21758491965/pub/pdf/05ContainerSecF.pdf)

- 3- International Group of P&I clubs, available at:
<http://www.igpandi.org/>
- 4- La Surete du transport intermodal de conteneurs , conference Europeenne des ministres des transports , OCDE 2005, disponible à;
- 5- le Fonds de garantie pour les victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, voir <http://www.fgti.fr>
- 6- Liste de critères de l'OCDE visant a définir le terrorisme dans une perspective d'indemnisation, 15 décembre 2004, available
at:<http://www.oecd.org/dataoecd/55/3/34065616.pdf>
- 7- Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia, Best Management Practices for Protection against Somalia Based Piracy, International maritime origination, MSC.1/Circ.1339 14 September 2011.
- 8- Report issued by the Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in

Asia (ReCAAP), available at:

http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kaiyo/pdfs/kyotei_s.pdf

- 9- Report of the maritime safety committee on its seventy-fifth session, Maritime Safety Committee, Agenda item 24, MSC 75/24, 29 May 2002, available at:
- 10- U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, Reports and Publications, Terrorism 2002-2005, available at: <http://www.fbi.gov/stats-services/publications/terrorism-2002-2005>

سادساً/ التشريعات القانونية والاتفاقيات الدولية:

- 1- Convention on the High Seas, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 30 September 1962. United Nations, *Treaty Series*, vol. 4, article (15).
- 2- Convention for the suppression of unlawful acts of violence against the safety of maritime navigation, 1988, available at:
<http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv8-english.pdf>

- 3- Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, International Law Commission, 1995, vol. II(1), p 47, available at: <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.
<http://terrorism.uslegal.com/terrorism-risk-insurance-act/>
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/18/pdfs/ukpga19930018_en.pdf
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/28/pdfs/ukpga19970028_en.pdf
<http://www.tsa.gov/assets/pdf/MTSA.pdf>
- 4- IMO Code for the investigation of marine casualties and incidents, Resolution, A.849(20) is from 1997, available at: <http://www.maiif.org/codes.htm>
- 4- International ship and port facility security code (ISPS Code), certification regulations , 2003, available at: <http://www.prs.pl/pages/obszary/certyfikacja-isps/ISPScode.pdf>
- 5- Legislative guide to the universal legal regime against terrorism , Prepared by the United Nations Office on Drugs and Crime, United nations publication Sales No.: E.08.V.9 ISBN 978-92-133780-8, 2008.

- 6- Maritime transportation security Act of 2002, Public Law 107–295 107th Congress, chapter 701- port security, available at:
- 7- Merchant Shipping and Maritime Security Act 1997- (Chapter 28), available at:
- 8- Paying Ransoms – Could the US make this more difficult?, international law firm, available at:
<http://incelaw.com/documents/pdf/strands/shipping/article/paying-ransoms-could-the-us-make-this-more-difficult.pdf>
- 9- Piracy – the insurance implications, Marine Practice, 2011 Marsh Ltd, available at:
<http://www.igpandi.org/downloadables/piracy/news/Marsh%20Piracy%20implications.pdf>
- 10- Regulations for the investigation of marine casualties and incidents, available at:
<http://www.jma.gov.jo/INCIDENTS.pdf>
- 11- Reinsurance (Acts of Terrorism) Act 1993, available at:
- 12- Terrorism Risk Insurance Act, available at:
http://www.naic.org/cipr_topics/topic_tria.htm
- 13- The Arab Convention for the Suppression of Terrorism a serious threat to human rights,2002, part two- (2-1),

available at:

http://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20050107181518.pdf

- 14- The European Convention on the Compensation of Victims, available at: <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal>
- 15- The protection of Cyprus ships against acts of piracy and other unlawful acts law of- 2012, law 77-(1), available at: http://psm.du.edu/media/documents/national_regulations/countries/europe/cyprus/cyprus_2012_protection_of_ships_against_piracy.pdf
- 16- United Nations - Security Council, Resolution 1566 (2004), S/RES/1566, available at: <http://fr.unrol.org/files/n0454282.pdf>
- 17- United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, United nations commission on international trade law, United nations publication Sales No. E.09.V.9, Vienna, 2009.
- 18- United Nations Convention on the Law of the Sea, , article (101), available at: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

سابعًا/ الأحكام القضائية:

- 1- Comedi francaise, cour de cassation, chambre civile 1, publie au bulletin, du 4 fevrier.
- 2- FARRANDOC, (Robin Hood Flour Mills Ltd. v. N.M. Paterson & Sons Ltd.), cité par William TETLEY: « Marine Cargo Claims ».

- 3- Federal District Court Jurisdiction in Passenger Claims Against Cruise Ship Companies, available at: <http://www.rivkindlaw.com/lawyer-attorney-1703400.html>
- 4- Masefield v Amlin Corporate Member Limited, High court of justice Queen's bench division commercial court, 2010 EWHC 280.
- 5- Supreme Court, International Jurisdiction in Claim for Damages in Shipping Accident, Case No. 22285(wa) of 2005, available at: http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/transaction/case/pdf/h181031e_maritime.pdf
- 6- Sale v. Haitian Centers Council, Inc., 509 U. S. 155, 173–174 (1993); KIOBEL v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO.
- 7- Global Process Systems Inc and another (Respondents) v Syarikat Takaful Malaysia Berhad, (Appellant), UKSC 5, On appeal from the Court of Appeal (Civil Division), 2009.
- 8- HOUSE OF LORDS, Riverstone Meat Co. v. Lancashire Shipping Co., The Muncaster Castle, 1961, AC 807, available at: http://pntodd.users.netlink.co.uk/cases/cases_m/munc_c.htm
<http://www.steptoel.com/assets/htmldocuments/Masefield%20AG%20v%20Amlin.pdf>
- 9- Cass, CA November 15, 1983; Cass. com. May 14, 1991.

ثامناً/القرارات:

- 1- United Nations, Security Council, S/RES/1535 (2004), Distr.: General 26 March 2004, available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFC>

[F9B-6D27-4E9C-8CD3-
CF6E4FF96FF9%7D/CTED%20Res%201535.pdf](http://www.un.org/News/Press/docs/2005/gal3276.doc.htm)

- 2- United Nations, Security Council, S/2004/642, Distr.: General, 12 August 2004, available at:<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/S-2004-642.pdf>
- 3- United Nations, Security Council, S/2004/70, Distr: General ,26 January 2004, available:
<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/founding/s-2004-70.pdf>
- 4- Parliamentary assembly, Recommendation 1426 (1999), available at:
- 5- General Assembly, Sixth Committee - 4th Meeting (AM), 7/10/2005, available at:
<http://www.un.org/News/Press/docs/2005/gal3276.doc.htm>
- 6- Security Council debates legal options for pursuing pirates off Somali coast, UN daily news, Issue dh/5722, Wednesday, 25 August 2010, p1. available at:
<http://www.un.org/news/dh/pdf/english/2010/25082010.pdf>
- 7- Revised interim guidance to ship-owners , ship operators and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel on board ships in the high risk area, International maritime organization, MSC.1/Circ.1405/Rev.2, 25 May 2012, available at:
<http://www.imo.org/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Guidance/Documents/MSC.1-Circ.1405-Rev2.pdf>
<http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/er ec 1426.htm>

آليات إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة
كطريق لحل المنازعات التجارية
دراسة مقارنة
دكتور محمد سالم أبو الفرج
دكتوراه في القانون التجاري- جامعة مانشستر- المملكة المتحدة
وسيط معتمد من المركز الفعال لتسوية المنازعات (CEDR (London
كلية الحقوق- جامعة القاهرة - كلية القانون - جامعة قطر

ملخص البحث:

يعتبر موضوع إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة enforcement of settlement agreements resulting from mediation or enforcement of mediated settlement agreements من أهم الموضوعات التي تثار عادة في وسط المشتغلين و المهتمين بالوساطة. وعندما كانت الوساطة تستخدم قديما بشكل كبير في تسوية المنازعات العائلية والعمالية، لم يكن هناك قدر هائل من المنازعات المتعلقة بموضوع إنفاذ هذه الاتفاقات. ولكن بدأت تظهر مشكلة إنفاذ اتفاقات التسوية بصورة واضحة مع استخدام هذه الآلية حاليا بشكل ملحوظ في فض المنازعات التجارية. ولذا تساءلنا في هذا البحث عن مدى إمكانية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة عن طريق العقد (باعتبار أن هذا الاتفاق هو في النهاية عقدا) أو عن طريق تدخل المحاكم. و تساءلنا أيضا عن مدى إمكانية إنفاذ مثل هذا الاتفاق عن طريق التحكيم و ذلك بوصفه حكم صادر من قبل محكم أو هيئة تحكيمية تم تعيينها بعد التوصل إلى هذا الاتفاق؟ وفي هذا الصدد، يثور التساؤل حول إمكانية اعتبار هذا الحكم قابلا للتنفيذ في إطار اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف و إنفاذ أحكام التحكيم الأجنبية (اتفاقية نيويورك 1958)؟

إن الإجابة على هذه الأسئلة تمثل محور البحث الحالي. بعبارة أخرى، تحاول هذه الدراسة الإجابة عن السؤال المتعلق بكيفية تفعيل و إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة كآلية لفض المنازعات التجارية. و تركز هذه الدراسة على الحلول التي تبنتها الدول المختلفة من أجل إنفاذ مثل هذه الاتفاقات، و ذلك من خلال تقسيم هذا البحث إلى

فصلين، تناولنا في الأول منهما لإمكانية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة بواسطة العقد (الإنفاذ العقدي)، و في ثانيهما عالجتنا موضوع الإنفاذ الإجرائي لاتفاقات التسوية (الإنفاذ عن طريق المحاكم و الإنفاذ عن طريق التحكيم) .

روى أنس (τ) أن النبي (ε) قال لأبي أيوب: ألا أدلك على تجارة؟ قال بلى يا رسول الله قال: " تسعى في إصلاح بين الناس إذا تفسدوا، وتقارب بينهم إذا تباعدوا. "

“Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser—in fees, and expenses, and waste of time.”

"لا تشجع على التقاضي. حاول إقناع جيرانك (وخصومك) بتقديم تنازلات كلما استطعت. وضح لهم الحقيقة التالية: أن الفائز المعلن هو غالباً الخاسر في الواقع، وذلك من ناحية الرسوم والمصاريف فضلاً عن الوقت الضائع."

Abraham Lincoln (The Former US President).

المقدمة

الوساطة mediation – باعتبارها وسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات¹ - عبارة عن "آلية لتسوية المنازعات بين شخصين أو أكثر بواسطة طرف ثالث محايد (يسمى الوسيط)، ويقوم هذا الوسيط بتسهيل ومساعدة الأطراف على التفاوض بغرض التوصل إلى تسوية."² وتمتاز بأنها آلية منظمة تحتوى على خطة وجدول زمني، وتتسم

1 ويقصد بها الوسائل المختلفة التي يستخدمها الأطراف لحل منازعاتهم خارج نطاق المحاكم أو الهيئات القضائية الرسمية بصفة عامة. وتعتبر الوسائل الآتية أهم الآليات البديلة التي يلجأ إليها لتسوية المنازعات التجارية: المفاوضات والتقييم المحايد والتوفيق والصلح والتحكيم. لمزيد من التفاصيل عن هذه الوسائل راجع:

Tony Marks and Julio Cesar Betancourt, 'Rethinking Public Policy and Alternative Dispute Resolution: Negotiability, Mediability and Arbitrability' (2012) 78 (1) Arbitration and= =Eric D. Green, "International Commercial Dispute Resolution: Courts, Arbitration, and Mediation- Introduction" (1997) 15 Boston University International Law Journal 175.

2 راجع:

Michael McIlwrath and John Savage, International Arbitration and Mediation: A Practical Guide (the Netherlands: Kluwer Law International, 2010) p.9.

بالفاعلية من جانب الوسيط والأطراف، وهذه السمات والخصائص "عادة" ما يفتقر إليها التفاوض كوسيلة لفض المنازعات التجارية.³ ويمارس الوسيط دوره في مساعدة الأطراف للتوصل إلى تسوية للنزاع المثار بينهم بحيادية كاملة.⁴ ولا يفترض أن يقوم الوسيط بتقديم اقتراحات محددة أو بفرض تسويات معينة على الأطراف.⁵ ويعتبر العديد من الأطراف المتنازعة أن الوساطة هي الآلية المثلى لتسوية المنازعات التجارية لأسباب متعددة، منها أنهم باتوا يشكون من الإجراءات الطويلة والتعقيدات المصاحبة للجوء إلى المحاكم وإلى ارتفاع تكلفة التقاضي، فالتحكيم أصبح يعاني بصفة عامة - من بعض هذه المشكلات.⁶ وبما أن الوساطة تعد طريقة يسيرة

فقد حاولوا أن يضعوا تعريفاً بسيطاً للوساطة الدولية كآلية لفض المنازعات التجارية الدولية، فعرفوها بأنها " محاولة من جانب الأطراف في معاملة تجارية دولية للوصول إلى تسوية وذلك من خلال مساعدة شخص محايد، لا شيء أكثر من ذلك. "

"It is an attempt by the parties to an international commercial transaction to reach a settlement through the assistance of a neutral third party, and nothing more."

وعن تاريخ الوساطة وخصائص عملية الوساطة واختيار الوسيط وغير ذلك من الموضوعات المهمة والمتعلقة بالوساطة، راجع:

Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration- Volume II- Handbook*, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2006) p. 120 et seq.

3 راجع:

Anna Giordano Ciancio, 'Meditation at the Intersection with Contract Law: The Settlement Agreement' p. 1 et seq. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2272989

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

4 انظر المرجع السابق- نفس الموضوع.

5 لمزيد من التفاصيل عن المخاطر التي قد تصاحب عملية الوساطة في حالة ما اذا قدم "الوسيط" توصيات معينة لتسوية النزاع، راجع:

=Harold I. Abramson, 'Mining Mediation Rules for Representation Opportunities and Obstacles' (2004) 15 (1) *The American Review of International Arbitration* 103, pp. 105-108.

6 لمزيد من التفاصيل عن التحكيم في الفقه العربي راجع: ا. د محمود مختار بريري- رحمه الله- التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الثالثة- القاهرة - دار النهضة العربية - 2004. ا. د فتحي والي- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق- الإسكندرية- منشأة المعارف- 2007. ا. د أحمد السيد صاوي - الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية - الطبعة الثالثة - بدون ناشر- 2010. ا. د محمود سمير الشرقاوي- التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة- القاهرة- دار النهضة العربية- 2011. ا. د سميحة القليوبي- الأسس القانونية

وغير مكلفة، وغالبا ما تتم في خلال مدة قصيرة جدا - بالمقارنة إلى القضاء والتحكيم - فإنهم يلجؤون إليها ويستخدمونها في فض نزاعاتهم التجارية. وتعد الزيادة المضطردة لاستخدام الوساطة كطريق لتسوية المنازعات التجارية خلال العقدين الماضيين دليلا على نجاح هذه الآلية في الحياة العملية،⁷ ويعد سببا لهذا النجاح ارتفاع معدلات الوصول إلى تسوية من خلال هذه العملية لتصل إلى ما بين 85-90%.⁸ حيث إن الأطراف ينظرون إلى الوساطة باعتبارها وسيلة تحقق لهم جميعا مكاسب كبيرة win/win situation for all the parties حيث إنه لا يوجد فيها فائز أو خاسر Win/lose situation.⁹

للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994- القاهرة- دار النهضة العربية- 2013. ا.د محمد فهمي الجوهري - ملاحظات في التحكيم التجاري الدولي- بدون ناشر- 2000. M.I.M. Aboul-Enein, Peaceful Settlement of Commercial Disputes: Commercial Arbitration and other ADR Techniques (Cairo-without publisher- 2005).

وبخصوص التحكيم الإلكتروني راجع ا.د سامي عبد الباقي أبو صالح- التحكيم التجاري الإلكتروني- دراسة مقارنة- القاهرة- دار النهضة العربية- بدون تاريخ. و ا. د عبد المنعم زمزم- قانون التحكيم الإلكتروني- دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية و تنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي- القاهرة- دار النهضة العربية- 2011.

7 ونعطى مثالا لهذا التزايد في استخدام الوساطة بما أورده "المركز الفعال لتسوية المنازعات (CEDR- London) Centre for Effective Dispute Resolution من أنه في عام 2012 كان هناك أكثر من 800 قضية نظرت من خلال الوساطة في المملكة المتحدة . وهذه تمثل 15% زيادة عن مثيلاتها في عام 2010. ولمزيد من التفاصيل انظر التقرير الصادر عن المركز في عام 2012- ص 3. هذا التقرير موجود على موقع المركز على شبكة الإنترنت:

<http://www.cedr.com/docslib/TheMediatorAudit2012.pdf>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

8 راجع:

Edna Sussman, 'The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement' p. 1. Available at: http://www.sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf [hereinafter Sussman: The Final Step.]

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

9 انظر: المرجع السابق - نفس الموضوع . ينبغي في نفس الوقت ألا ننسى أن اتفاقا بدون آلية معينة لإنفاذه لا يعد ميزة. من هنا تأتي أهمية الدراسة الحالية. راجع بصفة خاصة:

Bruce R. Parker, 'What Can Be Done To Enforce Mediation Agreements?' (July 1992) Defense Counsel Journal 322.

ونتيجة لهذا النجاح الباهر لعملية الوساطة، فقد لجأت محاكم بعض الدول -خصوصاً في الولايات المتحدة- إليها كوسيلة لفض النزاع بين المتخاصمين. ويذكر أن هناك ما يزيد عن ألف برنامج في أمريكا وحدها يتعلق بالوساطة معتمد من قبل المحاكم -court-based mediation¹⁰ ومن المتوقع أن تزيد حالات الاعتماد على الوساطة في الاتحاد الأوربي بعد إصدار التوجيه المتعلق ببعض جوانب الوساطة في الموضوعات المدنية والتجارية في عام 2008.

وتجدر الإشارة إلى أن المحامين المشتغلين في المنازعات التجارية تزايد اهتمامهم بشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة بالوساطة إدراكاً منهم بأهميتها كآلية فعالة لتسوية المنازعات، ويظهر ذلك من خلال تضمين العقود التي يبرمونها بنوداً تلزم الأطراف - في حال نشوء نزاع - بمحاولة التوصل إلى تسوية عن طريق الوساطة أولاً قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء.¹¹

النزاع حول اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة

يعد موضوع إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة¹² من أهم الموضوعات التي تثار عادة في وسط المشتغلين والمهتمين بالوساطة.¹³ وعندما كانت الوساطة تستخدم

10 راجع:

Sussman: The Final Step, op. cit. p. 1.

11 انظر: المرجع السابق- ص 2.

12 لا يعد مصطلح "الإفاد" مصطلحاً شائعاً في الفقه القانوني العربي، بينما نجد أن مصطلح "التنفيذ" هو المصطلح المستخدم عادة ليشير إلى معان عدة بحسب السياق الذي وردت فيه. فقد نعني بكلمة التنفيذ: التنفيذ الجبري، أو التنفيذ الطوعي للالتزام. وقد نعني بها التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض... والذي يعيننا في هذا المقام هو التفريق بين مصطلح التنفيذ الجبري والإفاد. التنفيذ الجبري هو مجموعة الإجراءات التي نص عليها القانون لتنفيذ الأوامر والأحكام القضائية وغيرها من السندات التنفيذية أمام قاضي التنفيذ المختص. أما مصطلح "الإفاد" كترجمة لكلمة (enforcement) فيمكن تعريفها بأنها الوسيلة أو الوسائل التي تجعل عقداً أو اتفاقاً أو قراراً ما قابلاً للتنفيذ بالطرق القانونية. ولتوضيح ما سبق نورد المثال الآتي: تنص المادة 56 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 و المعدل في 1997 على أن "يختص رئيس المحكمة ... أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي: 1- أصل الحكم أو صورة موقعة منه. 2- صورة من اتفاق التحكيم. 3- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها. 4- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة (47) من هذا القانون." من هذا يمكننا القول أن تقديم أصل الحكم أو

قديمًا بشكل ملحوظ في تسوية المنازعات العائلية والعمالية، لم يكن هناك عدد كبير من المنازعات المتعلقة بموضوع إنفاذ الاتفاقات، ولكن مع استخدامها بكثرة في فض المنازعات التجارية بدأت مشكلة الإنفاذ تظهر بصورة كبيرة.² وفي هذا الخصوص تجدر الإشارة إلى أن اتفاقات³ التسوية الناتجة عن الوساطة تنفذ بقدر أعلى من أحكام المحاكم. ويرجع ذلك إلى أن الأطراف أنفسهم هم من قاموا بالتوصل إلى هذه الاتفاقات ومن ثم فهم يشعرون بعدالتها وبقدرتهم على تنفيذها.⁴ ولذلك

صورة موقعة منه و صورة من اتفاق التحكيم و صدور أمر من رئيس المحكمة هو "إنفاذ لحكم المحكمين" وجعله قابلاً للتنفيذ. وأمر قاضي المحكمة هو الذي أضفى على حكم المحكمين صفة السند التنفيذي وجعله قابلاً بالتالي للبدء بإجراءات "التنفيذ الجبري". وأشكر الزميل الفاضل الأستاذ الدكتور عماد قطان على اقتراحه المتعلق بضرورة بيان التفرقة بين كلمتي "الإنفاذ" و "التنفيذ".

1

Mark C Hilgard and Jan Wendler, 'Enforcement' in Patricia Barclay, *Mediation Techniques* (London: International bar Association, 2010) p. 193. See also Ellen E. Deason, 'Competing and Complementary Rules Systems: Civil Procedure and ADR: Procedural Rules For Complementary Systems of Litigation and Mediation- Worldwide' (2005) 80 Notre Dame Law Review 553, p. 576.

ويشير موضوع إنفاذ اتفاقات التسوية مسألة السرية والتي تعتبر من أساسيات الوساطة. وقد سبق لنا أن تناولنا موضوع الالتزام بالسرية في الوساطة في بحث مستقل، لمعرفة المزيد عن هذا الالتزام ومضمونه والأشخاص الملزمين به في التشريعات المقارنة (فانون الوساطة الموحد الأمريكي 2001، وقانون الأونسيترال للتوفيق التجاري الدولي 2002، والتوجيه الأوروبي للوساطة 2008، و مشروع القانون المصري لتنظيم إجراءات الوساطة الاتفاقية والقضائية لتسوية المنازعات التجارية و المدنية). انظر: محمد سالم أبو الفرج- الالتزام بالسرية في الوساطة كاحدى أليات تسوية المنازعات التجارية: دراسة مقارنة، بحث مقبول للنشر في مجلة القانون و الاقتصاد التي تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة. وانظر أيضا:

Ellen E. Deason, 'Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides With Confidentiality' (2001) 35 U.C. Davis Law Review 33. [hereinafter: Deason: Enforcing Mediated Settlement Agreements].

2 انظر:

Sussman: *The Final Step*, op. cit., p.2.

3 اتفاق التسوية هو في جوهره عقد، ولذا يلزم أن تتوافر فيه العناصر الأساسية لتكوين العقد. لمزيد من التفصيل، انظر المبحث الأول من هذا البحث. و انظر أيضا:

Anna Giordano Ciancio, op. cit., p. 1 et seq.

4 انظر:

ولذلك فإن احتمالية عدم تنفيذ أي من الالتزامات المتفق عليها في هذه الاتفاقات تقل بشكل ملحوظ. فعلى سبيل المثال عندما يتفق الأطراف في الاتفاق الناتج عن الوساطة بإلزام طرف ما من أطرافها بدفع مبالغ معينة على سبيل التعويض في تواريخ محددة، فهذا الاتفاق من المؤكد سيجد طريقة للتنفيذ على أساس أنه راعى قدرة المدين على الوفاء. بخلاف ما إذا كان هناك حكم من المحكمة بإلزام ذات الطرف بدفع نفس القيمة. فهنا سيجد الطرف الذي كسب القضية نفسه أمام طريق طويل ومعقد من أجل تنفيذ هذا الحكم خاصة إذا كان الطرف الخاسر لا يمتلك أموالاً للقيام بالوفاء.¹

وعلى الرغم من ذلك، ومع زيادة حالات اللجوء إلى الوساطة لتسوية المنازعات بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة، فإنه من المتوقع أن تتزايد حالات النزاع حول الاتفاقات الناتجة عن استخدام هذه الآلية.² وتجدر الإشارة أن هناك مؤشرات على هذه الحالات، فمن خلال دراسة قام بها أحد المتخصصين في الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية ونشرت نتائجها في عام 2006، اتضح أن هناك ما يزيد عن 1200 قضية

Cathleen Cover Payne, 'Enforceability of Mediated Agreements' (1986) 1(2) *Journal on Dispute Resolution* 385. See also Brette L. Steele, 'Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards Under the New York Convention' (2007) 54 *University of California Los Angeles Law Review (UCLA)* 1385, p. 1387 and James J. Alfani and Catherine G. McCabe, 'Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law,' (2001) 52 *Arkansas Law Review* 171, p. 195.

1 انظر:

Sussman: *The Final Step*, op. cit., pp.2-3.

2 انظر:

James Coben and Peter Thompson, 'Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation,' (2006) 11 *Harvard Negotiation Law Review* 45. Available at: http://law.hamline.edu/files/Coben_Disputing_Iron_0.pdf.

آخر زيارة في 16 مارس 2014. فقد زادت هذه الحالات على المستوى الفيدرالي من 63 قضية في عام 1999 إلى 218 قضية في عام 2005. أما على مستوى الولاية الواحدة فقد ارتفعت هذه القضايا خلال نفس الفترة الزمنية من 109 إلى 303. لمزيد من التفاصيل انظر:

<http://law.hamline.edu/dri/mclp/index.html>

آخر زيارة في 16 مارس 2014. و انظر أيضا:

Sussman: *The Final Step*, op. cit., p.3.

أثيرت فيها مسائل موضوعية متعلقة بالوساطة نظرتها المحاكم وصدر فيها حكم.¹ وأن معظم هذه القضايا كانت تتعلق بموضوع تفعيل وإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة.² وعلى الرغم من أن هذا الاتفاق يمثل النتيجة المثلى والرغبة من وراء اتفاق قد أبرم بإرادة حرة قصدت إلى استخدام الوساطة كآلية لتسوية المنازعات بين الأطراف المعنية، توجد أسباب عديدة قد تؤدي إلى تراجع طرف ما عن تنفيذ ما تم الاتفاق عليه خلال عملية الوساطة. و من هذه الأسباب على سبيل المثال:³

- حدوث تغيير في النوايا بعد تمام عملية الوساطة.
- وجود رئيس جديد أو مالك جديد للشركة المعنية.
- عدم توافر اتفاق بخصوص موضوع جوهري أو عدم وجود اتفاق خاص يتعلق بتفسير هذه المسألة الجوهرية.
- تأثير عوامل خارجية، مثل تقلب مفاجئ في سعر صرف العملات الذي يؤدي إلى جعل الاتفاق الذي يحوى بنودا جيده ويحقق نتائج ممتازة، إلى اتفاق مصاحب بنتائج غير مرضية على الإطلاق.
- استحالة تنفيذ الاتفاق لأسباب متعددة، منها أفعال صدرت عن الحكومة، أو أفعال أخرى ناتجة عن وقائع محددة في الدولة.

1 انظر: بخصوص هذه الدراسة والنتائج القيمة التي تم التوصل إليها:

Coben and Thompson, op. cit., p. 45 and p. 143.

وتجدر الإشارة إلى أن كلية القانون جامعة هاملين تحتوى على قاعدة بيانات خاصة بمعظم القضايا التي عرضت على المحاكم الأمريكية منذ عام 1999 وإلى وقتنا الحاضر. لمزيد من التفاصيل انظر:

=
=<http://law.hamline.edu/dri/mclp/index.html>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 انظر : المرجع السابق (Coben and Thompson). و انظر أيضا:

Edna Sussman, 'A Brief Survey of US Case Law on Enforcing Mediation Settlement Agreements over Objections To Existence or Validity of such Agreements and Implications for Mediation Confidentiality and Mediation Testimony' (April) 2006 Mediation Committee Newsletter, ABA Legal Practice Division, pp.32-40. [hereinafter Sussman: Survey of US Case Law on Enforcing Mediation Settlement Agreements].

3 انظر:

Sussman: The Final Step, op. cit., pp3-4. See also Brette L. Steele, op. cit., p. 1387.

- أمور متعلقة بالجمهور، مثل رد فعل الجمهور الناتج عن الدعاية السيئة، أو عدم تفضيله لهذا الأمر.

آليات تفعيل وإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة

على الرغم من أن موضوع تفعيل وإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة قد أثار جدلاً واسعاً بين كل المهتمين بهذه الوسيلة، فإن آلية واحدة لم تظهر بعد لمثل هذا التفعيل والإنفاذ. ويظهر ذلك جلياً من المناقشات المصاحبة للقانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في عام 2002. فقد كان من المأمول أن يتم إقرار آلية واحدة تقضي بالتعجيل بإنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة أو على الأقل معاملة هذه التسويات- لأغراض الإنفاذ- كما لو كانت حكماً تحكيمياً أو شبيهة به.³ وبالرغم من هذه الجهود الكبيرة، فإن الهدف المنشود لم يتم التوصل إليه واكتفي بنص المادة الرابعة عشرة من هذا القانون النموذجي والتي تقضي بأنه "إذا أبرم الطرفان اتفاقاً يسوي النزاع، كان ذلك الاتفاق ملزماً وواجب النفاذ، (ويمكن للدولة المعنية أن تضع وصفاً لطريقة تنفيذ الاتفاق الناتج عن التوفيق، أو تقوم بالإحالة إلى النصوص المنظمة لهذا التنفيذ)."⁴

- 1 ووفقاً للفقرة الثالثة من المادة الأولى من هذا القانون النموذجي، يقصد بالتوفيق - لأغراض هذا القانون- " أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين ("الموفقي")، مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة. ولا يكون للموفقي الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين."
- 2 وكان الهدف الرئيس لهذا القانون تشجيع دول العالم على تبني نصوص هذا القانون في أنظمتهم القانونية. راجع:

Jiaqi Liang, 'The Enforcement of Mediation Settlement Agreements in China' (2008) 19 American Review of International Arbitration 489, p. 492.

- 3 راجع: قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله 2002 - منشورات الأمم المتحدة - رقم المبيع -A.05.V.4 نيويورك - 2004- فقرة رقم 87 (الطبعة العربية) يشار إليه فيما بعد بـ "قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق: الدليل الإرشادي".
- 4 ويجري النص الإنجليزي على الآتي:

"If the parties conclude an agreement settling a dispute, that settlement agreement is binding and enforceable . . . [the enacting State may insert a

ويمثل هذا النص "القاسم المشترك للنظم القانونية المختلفة. وكانت اللجنة المختصة بوضع هذا القانون موافقة بصفة عامة عند البدء في إعداده على السياسة العامة الداعية إلى ضرورة التشجيع على إنفاذ اتفاقات التسوية على نحو سهل وسريع . ولكن كان هناك إدراك بأن طرق تحقيق هذا الإنفاذ المعجل تختلف باختلاف النظم القانونية وتتوقف على التفاصيل الفنية للقانون الإجرائي الداخلي، وأن هذه التفاصيل الفنية لا تستجيب بسهولة للمواءمة بواسطة تشريعات موحدة. وهكذا تترك المادة 14 للقانون الداخلي الواجب التطبيق البتقي مسائل الإنفاذ والدفع على الإنفاذ وتعيين المحاكم (أو الهيئات الأخرى التي يمكن أن يلتمس منها إنفاذ اتفاق تسوية)، أو هيئته كتلك المسائل للأحكام التي ستصاغ في التشريع الذي سيتبنى القانون النموذجي.¹

والمادة بهذا الشكل تشير إلى فشل واضعي القانون النموذجي في التوصل إلى اتفاق نهائي بخصوص وضع نص ملزم وإجباري خاص بإنفاذ أي اتفاق تسوية. وعلى سبيل المثال: معاملة مثل هذه التسوية كحكم تحكيم أو حكم قضائي وليس فقط كاتفاق بين الأطراف.² وهو وضع منتقد من جانب كثير من الفقهاء والممارسين للوساطة.³ ونظرا لأن معظم الدول لم يتسن لها حتى الآن إصدار قوانين أو تبني نصوص تتعلق بإنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة، فلا يوجد أمام الأطراف في هذه الدول سوى طريق الإنفاذ عن طريق العقد،⁴ كما سنبين لاحقا.⁵

ويقر التوجيه الأوروبي المتعلق ببعض جوانب الوساطة في الموضوعات المدنية والتجارية والصادر في عام 2008،⁶ بأهمية تفعيل وإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة

[description of the method of enforcing settlement agreements or refer to provisions governing such enforcement].

1راجع قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق: الدليل الإرشادي - المرجع السابق - الفقرة 88.

2 راجع:

Linda C. Reif, ' The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes ' (2007) 45 Canadian Business Law Journal, p. 43.

3 انظر على سبيل المثال:

Sussman: The Final Step, op. cit., 5.

4 راجع:

Mark C Hilgard and Jan Wendler, op. cit., p. 194.

5 وتجدر الإشارة إلى أننا سنستخدم كل من مصطلحي "العقد" و "الاتفاق" كمترادفين في هذه الدراسة إلا إذا اشرنا إلى عكس ذلك.

6 سيتم تناول هذا التوجيه بشيء من التفصيل فيالفصل الثاني من هذه الدراسة.

حيث ينص في الفقرة 10 من الديباجة على أنه "لا ينبغي النظر إلى الوساطة كبدي لأقل أهمية مقارنة بالإجراءات القضائية، بمعنى أن الامتثال للاتفاقات الناتجة عن الوساطة تعتمد على حسن النية من الطرفين. ولكن ينبغي على الدول الأعضاء التأكد من أن أطراف أي اتفاق مكتوب ناتج عن وساطة، لديهم من الوسائل الممكنة التي تمكنهم من إنفاذ محتوى هذا الاتفاق."¹

وتدعو - أيضا - المادة السادسة في فقرتها الأولى من التوجيه الدول الأعضاء إلى العمل على إتاحة الفرصة لأطراف الوساطة أو لأحدهما - بالرضاء الصريح من الأطراف الأخرى- أن يطلب جعل محتوى اتفاق مكتوب ناجم عن الوساطة قابل للإنفاذ. ويجوز لأي دولة عضو رفض جعل مثل هذا الاتفاق قابلاً للإنفاذ إذا كان محتواه مخالفاً لقانونها أو إذا كان قانونها لا ينص على تفعيل أو إنفاذ محتوى هذا الاتفاق.²

وتتمتع الدول الأعضاء بحرية واسعة في هذا المجال، حيث يمكن لها أن تجعل الاتفاق الناتج عن الوساطة "قابلاً للإنفاذ" بواسطة المحكمة المختصة أو أي سلطة أخرى مختصة بذلك، وذلك عن طريق حكم أو قرار أو أداة للتصديق أو للتوثيق، كل ذلك وفقاً لقانون الدولة العضو.³

1 ويقضى النص الإنجليزي بالآتي:

"Mediation should not be regarded as a poorer alternative to judicial proceedings in the sense that compliance with agreements resulting from mediation would depend on the good will of the parties. Member States should therefore ensure that the parties to a written agreement resulting from mediation can have the content of their agreement made enforceable."

2 وتنص الفقرة الأولى من المادة السادسة على:

"Member States shall ensure that it is possible for the parties, or for one of them with the explicit consent of the others, to request that the content of a written agreement resulting from mediation= =be made enforceable. The content of such an agreement shall be made enforceable unless, in the case in question, either the content of that agreement is contrary to the law of the Member State where the request is made or the law of that Member State does not provide for its enforceability."

3 الفقرة الثانية من المادة السادسة من التوجيه. وتقضى هذه الفقرة بـ

"The content of the agreement may be made enforceable by a court or other competent authority in a judgment or decision or in an authentic instrument in accordance with the law of the Member State where the request is made."

وفيالولايات المتحدة وخلال الإعداد لقانون الوساطة الموحد Uniform Mediation Act، والصادر عام 2001 والذي تم تعديله في عام 2002،¹ كانت هناك مجهودات لتبني آلية واحدة لتفعيل وإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة. ولكن لم تسفر هذه المجهودات عن نتيجة مرضية للمشتغلين والمهتمين بالوساطة كألية فعالة لفض المنازعات.² وتجدر الإشارة إلى أن النسخة الأخيرة من قانون الوساطة الموحد تضمنت نصا صريحا يجيز لجميع الأطراف التوجه إلى المحكمة لاستصدار حكم وفقا للاتفاق الناتج عن الوساطة.³ لكن لجنة مراجعة القانون أوصت بعدم تضمين مثل هذا النص. وقد قيل في تبرير ذلك بأنه قد يمر وقت طويل حتى يتم التوصل إلى هذه الآلية الفعالة والتي تضمن حماية حقوق الأطراف، ومع مرور هذا الوقت فإن هذا لن يساهم بإضافات قوية إلى القانون. والنتيجة أن قانون الوساطة الموحد قد صدر ولم يشتمل على آية آليات لإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة.⁴

ونتيجة للمسائل النظرية والإجرائية المحيطة بمحاولة التوصل إلى آلية مناسبة وملاءمة لتفعيل وإنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة، فإن هذا كله أدى إلى عدم تبني آلية فيما يتعلق بالوساطة الدولية international mediations " الوساطة المتعلقة بموضوعات ذات طبيعة تجارية دولية أو بأطراف ينتمون إلى دول مختلفة".⁵ مشكلة البحث والهدف منه:

في الواقع تؤدي الوساطة إلى توفير الوقت والمال في الغالبية العظمى من الحالات. ولكن ماذا يحدث لو فشل طرف من الأطراف في الامتثال للبنود والشروط التي اتفق عليها في اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة؟ إن عدم الامتثال لاتفاق التسوية يمثل إهدارا كبيرا للوقت والمال. ومن ناحية أخرى هل يجبر الطرف الآخر على

1 للمزيد عن هذا القانون، راجع:

Ellen Deason, op. cit.,p. 562 et seq.

2 راجع:

Ellen Deason, op. cit.,pp. 584-585 and Sussman: The Final Step, op. cit.,pp.5-6.

3 المرجعان السابقان.

4 المرجعان السابقان.

5 انظر:

Ellen E. Deason, "Procedural Rules for Complimentary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide"(2005) 80 Notre Dame LawReview 553 and Sussman: The Final Step, op. cit., p.6.

مواصلة المطالبة بإنفاذ هذا الاتفاق في مواجهة الطرف الذي لا يحترم الاتفاق في دعوى أمام المحكمة المختصة؟ هذه العملية هي بالتحديد ما سعى الأطراف إلى تجنبها من خلال اللجوء إلى الوساطة. وهل يمكن إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة عن طريق محكم أو هيئة تحكيمية وذلك بوصفه حكماً تحكيمياً صادراً من قبل هذا المحكم أو الهيئة التحكيمية التي تم تعيينها بعد التوصل إلى هذا الاتفاق؟ وهل يمكن أن يكون ذلك الحكم قابلاً للتنفيذ في إطار اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (اتفاقية نيويورك 1958)؟ الإجابة على هذه الأسئلة تمثل محور البحث الحالي. بعبارة أخرى، تحاول هذه الدراسة الإجابة عن السؤال المتعلق بكيفية تفعيل وإنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة كآلية لفض المنازعات التجارية. وتركز هذه الدراسة على الحلول التي تبنتها الدول المختلفة لتفعيل وإنفاذ مثل هذه الاتفاقات.

ومن ثم تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

- التأكيد على أن وجود حلول وآليات محددة لإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة سيعزز مكانة الوساطة كطريق بديل لتسوية المنازعات التجارية.
- تسليط الضوء على حقيقة مهمة وهي أن المعرفة المسبقة للطرق والوسائل التي يلجأ إليها أطراف الوساطة لإنفاذ اتفاقاتهم الناتجة عنها، ستعطي مزيداً من الثقة والاطمئنان لدى المتعاملين في التجارة سواء الدولية أو الداخلية.
- التأكيد على أن اتفاق التسوية هو في النهاية عقد، لذا لزم أن تتوافر فيه كل الشروط اللازمة لتكوين أي عقد، وبخاصة الرضاء السليم الخالي من العيوب، وذلك حتى يمكن المطالبة بإنفاذه.
- التأكيد على الدور المهم الذي يمكن أن تقوم به المحاكم فيما يتعلق بإنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة.
- بيان أن اتفاق التسوية من الممكن إنفاذه بصفته حكماً تحكيمياً.
- بحث إمكانية إخضاع حكم التحكيم الذي يصدر من محكم معين بعد الاتفاق على التسوية الناتجة عن الوساطة للقواعد الخاصة بإنفاذ أحكام المحكمين وفقاً لاتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (اتفاقية نيويورك 1958).

منهج الدراسة:

تعتمد الدراسة على المناهج التالية:

المنهج الوصفي: سوف يستخدم لبيان آليات إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة كطريق لفض المنازعات التجارية. وسوف يستخدم - أيضاً - لبيان تعريف وحدود هذه الاتفاقات والأشخاص الملزمين بها والدفع القانوني التي قد تثار بشأنها.

المنهج التحليلي: سوف يستخدم لتقييم النصوص التشريعية التي تناولت تنظيم إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة كآلية لفض المنازعات التجارية.

المنهج المقارن: سوف يستخدم لمقارنة ومعرفة التشريعات والاتفاقيات الدولية التي تناولت إنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة. وقد اخترنا في هذه الدراسة أن ندرس ونحلل الآليات المتوافرة لإنفاذ هذه الاتفاقات في بعض البلاد الأوروبية (فرنسا وإنجلترا وإيطاليا) و التي قامت بتطبيق التوجيه الأوروبي المتعلق ببعض جوانب الوساطة في الموضوعات المدنية والتجارية والصادر في عام 2008. واخترنا -أيضا- الولايات المتحدة الأمريكية لدراسة كيفية إنفاذ هذه الاتفاقات بداخلها وبصفة خاصة إنفاذها بصفتها عقد وإبراز أهم القضايا التي أثير بصدد مسألة إنفاذ هذه الاتفاقات. وتناولنا اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (اتفاقية نيويورك 1958) وإمكانية تطبيق نصوصها على اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة. ومن البلاد العربية، فقد اخترنا مشروع قانوني الوساطة في كل من مصر وقطر.

وبهذا العرض نقدم للمشرع العربي بوجه عام نماذج مختلفة من الممكن أن يؤخذ بإحداها أو بأفضل ما تضمنته هذه القوانين، عند إعداد مشروع قانون ينظم عملية الوساطة وكيفية إنفاذ الاتفاقات الناتجة عنها، أو عند تعديل مثل هذا القانون، إن وجد.

خطة الدراسة:

تنقسم الدراسة إلى فصلين أساسيين، وذلك على النحو التالي:-

الفصل الأول: العقد كوسيلة لإنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة (الإنفاذ العقدي)

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة و الدفع التي تستخدم لإيقاف إنفاذه كعقد.

المبحث الثاني: كيفية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره عقداً.

الفصل الثاني: الإنفاذ الإجرائي لاتفاق التسوية الناتج عن الوساطة كطريق بديل
لحل المنازعات التجارية
المبحث الأول: دور المحاكم في إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة.
المبحث الثاني: دور التحكيم في إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة كوسيلة
بديلة لحل المنازعات التجارية.
الخاتمة

الفصل الأول

العقد كوسيلة لإنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة (الإنفاذ العقدي)

تمهيد و تقسيم:

اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة هو في جوهره عقد. ونتيجة لذلك لزم علينا توضيح وبيان ماهية هذا العقد والشروط الواجب توافرها فيه حتى يعتد به ومن ثم يتم إنفاذه. وفي هذا المجال لنا أن نتساءل هل تعد الكتابة شرطا أساسيا لغرض إنفاذ مثل هذا العقد أم يجوز إنفاذه على الرغم من عدم كتابته. وإذا ما توافرت هذه الشروط والأركان، وجب علينا بيان الكيفية التي على أساسها يتم إنفاذ هذا العقد في كل من أمريكا ومصر وقطر.

بناء على ذلك، سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة والدفع التي تستخدم لإيقاف إنفاذه كعقد.

المبحث الثاني: كيفية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره عقداً.

المبحث الأول

اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة والدفع التي تستخدم لإيقاف إنفاذه كعقد

تمهيد و تقسيم:

بما أن اتفاق التسوية هو في جوهره عقد،¹ ينبغي علينا قبل التحدث في كيفية إنفاذ هذا الاتفاق أن نتناول في عجالة مقومات هذا العقد، والعيوب التي قد تشوبه وتعطل إنفاذه في حال وجود أحداها. فنتحدث بداية عن هذا الاتفاق كعقد وشروط صحته في أمريكا ثم في مصر وقطر. وسنبين كذلك الموقف القانوني والقضايا التي عرضت بخصوص الاتفاقات الشفوية والنيابة في التعاقد.

بناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: ماهية اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة وأركانه.

المطلب الثاني: اتفاقات التسوية الشفوية

المطلب الثالث: النيابة في التعاقد عند إبرام عقد التسوية

المطلب الرابع: عيوب الإرادة في عقد التسوية

المطلب الأول

ماهية اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة وأركانه

تحبذ المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية² في الأغلب الأعم من القضايا إنفاذ الاتفاقات التي تهدف إلى تسوية المنازعات، وذلك عند إثارة أي دفع أو مطالبات خاصة باتفاق التسوية. لكن قبل أن تقرر إنفاذ مثل هذه التسويات، فإنها تقوم بالنظر في الأدلة المقدمة لتحديد ما إذا كان هناك عقد ملزم بين الأطراف وتقوم، أيضاً، بمراجعة

- 1 وكما سبق لنا أن أوضحنا أننا سنستخدم مصطلحي "العقد" و "الاتفاق" كمترادفين في هذه الدراسة إلا إذا أشرنا إلى عكس ذلك
- 2 هذا لا يمنع من الإشارة بالأحكام القضائية الصادرة في إنجلترا فيما يتعلق بالموضوع محل البحث. ولقراءة نبذة مختصرة عن تاريخ الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية وعن الوساطة في لوس أنجلوس، راجع:

Eric van Ginkel, 'Mediation under National Law: United States of America' (August 2005) Mediation Committee Newsletter (IBA: Legal Practice Division) 43.

ولمزيد من التفاصيل عن القضايا التي عرضت على المحاكم الأمريكية وتعلق بعيوب الرضاء وغيرها من الدفع المتعلقة بإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة راجع:

Peter Robinson, 'Centuries of Contract Common Law Can't Be All Wrong: Why the UMA's Exception to Mediation Confidentiality in Enforcement Proceedings Should be Embraced and Broadened' (2003) Journal of Dispute Resolution 135.

أي من الدفوع المثارة والتي قد تكون متعلقة بهذا العقد. وهي تفعل هذا كما تفعل بخصوص أي نزاع آخر متعلق بأي عقد آخر من العقود الأخرى.³ ويعرف العقد بصفة عامة بأنه "اتفاق ملزم قانونا بين طرفين أو أكثر يوافقون على أداء أو الامتناع عن أداء عمل معين سواء في الوقت الحالي أو في المستقبل."⁴

عقد ملزم *Binding Contract*

وهذا يعني أننا يجب أن نكون بصدد اتفاق ملزم لأطرافه. ويشترط لوجود هذا الاتفاق أن يكون لدينا تطابق وتلاقٍ للإرادات حول كل العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه، وأن تدعمه الوقائع والظروف المصاحبة لهذا التطابق والتلاقي. فإذا دعمت هذه الظروف والوقائع هذا التطابق والتلاقي، فإننا نكون بصدد اتفاق ملزم ونهائي.⁵ بناء على التعريف السابق للعقد، يمكن القول بأن هناك عدة عناصر أساسية يجب أن تتوافر حتى نكون بصدد عقد صحيح ملزم ومنتج لآثاره. وهذه العناصر هي:⁶

3 انظر:

Cathleen Cover Payne, op. cit., pp. 388-389. See also Sussman: The Final Step, op. cit., p.8.

4 انظر الأصل الإنجليزي:

A contract is "a legally binding agreement between two or more parties who agree to perform or to refrain from performing some act now or in the future."

راجع:

Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz and Frank B. Cross, Business Law: Text and Cases, 11th edition (USA, South-Western-Cengage Learning, 2009)p. 217.

5 في إنجلترا تقرر المحاكم إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة باعتبارها عقوداً متى تحققت من توافر أركان هذه العقود ، انظر على سبيل المثال:

KiritLaljiThakrar v.CiroCitterio Menswear Plc (in administration) [2002] EWHC 1975 (Ch).

6 لمزيد من التفاصيل راجع:

Gregory Klass, Contract Law in the USA (the Netherlands: Kluwer Law International, 2010) p. 63 et seq. ; Robert W. Emerson, Business Law, 5th Edition (New York: Baron's Educational Series, 2009) p. 87 et seq. ; Henry R. Cheeseman, Business Law: Ethical, International and E-Commerce Environment, 4th Edition (USA: Pearson Education- Prentice Hall, 2001) p. 180 et seq.; Clarkson, et. al., op. cit., p. 216 et seq.; Cathleen Cover Payne, op. cit., p. 388 et seq.

- الاتفاق an agreement : ولكي نكون بصدد اتفاق يجب أن يتوافر لدينا إيجاب an offer وقبول an acceptance، ويجب أن يقدم الإيجاب من قبل طرف ويقوم الطرف الآخر بقبول كل بنود هذا الإيجاب، لكي نكون بصدد اتفاق قانوني.⁷
- مقابل الوفاء consideration : أي تعهد من قبل الأطراف يجب أن يكون مصحوبا بمقابل وفاء. وهذا المقابل يمكن أن يكون قيمة لشيء ما تم استلامها بالفعل أو وعد أن يتم استلامها في المستقبل- أموال على سبيل المثال.⁸
- أهلية التعاقد: contractual capacity يجب أن تتوافر لدى الأطراف الأهلية التي تتطلبها القانون فيما يتعلق بالعقد المزمع إبرامه.
- رضاء المتعاقدين consent of the parties: يجب ألا يكون هناك عيب في رضاء المتعاقدين، فالرضاء قد يكون معيبا إما بسبب الغلط في إرادات المتعاقدين أو قد يكون موجودا ولكنه لم يكن حرا مثل وجوده بسبب الإكراه-duress أو coercion أو التدليس fraud أو التصوير غير الصحيح misrepresentation أو التأثير غير المشروع undue influence.⁹
- المشروعية legality lawful object or : ويجب أن يكون هدف العقد وغرضه متوافقا مع القانون وغير مخالف للنظام العام.¹⁰

7 بخصوص هذا الموضوع راجع بصفة خاصة:

Gregory Klass, op. cit., p. 64 and p. 65.

ويعتبر هذا الموضوع من أهم الموضوعات المتعلقة بالدفوع التي تهدف إلى تعطيل إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، راجع:

Steven Weller, 'Court Enforcement of Mediated Agreements: Should Contract Law Be Applied' (Winter 1992) The Judges' Journal 13.

8 انظر:

See also Cathleen Cover Payne, op. cit., pp.93-96.

9 راجع بخصوص هذه الجزئية: على يوسف صاحب- مفهوم العقد في القانون الأنجلو-أمريكي: دراسة مقارنة- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية – العددان 1-2 من المجلد الثالث 2010- ص 333-334.

10 انظر:

Cathleen Cover Payne, op. cit., pp. 392-294.

دفع متعلقة بإنفاذ العقد

قد تكون الظروف والوقائع المصاحبة لتلاقي وتطابق الإرادات حول العناصر الأساسية للعقد غير واضحة تماماً عند إبرام بعض العقود. وهنا يثار التساؤل عن أسباب ودفع يمكن الاعتماد عليها والتمسك بها من أجل جعل العقد الذي أبرم في مثل هذه الظروف غير قابل للإنفاذ، على الرغم من توافر العناصر الأساسية للعقد.¹¹ ويكون ذلك عند تخلف أحد المتطلبات الآتية:¹²

- الإرادة الحقيقية للأطراف genuineness of assent: يجب أن يكون التعبير عن إرادة كل من الطرفين حقيقياً. فلو تم إبرام عقد وكان هناك عيب التدليس أو الغلط أو الإكراه أو الاستغلال، فإن هذا العقد قد يكون غير قابل للإنفاذ.
- الشكل form: قد يتطلب القانون شكلاً معيناً يجب أن ينصب فيه هذا العقد، فإذا لم يتوافر فيه الشكل المطلوب، فإنه قد لا ينفذ. مثال ذلك أن يتطلب القانون أن تكون بعض العقود مكتوبة حتى تكون قابلة للإنفاذ.
- والعقد الصحيح ساري المفعول قد يكون قابلاً للإنفاذ أو قابلاً للإبطال أو غير قابل للإنفاذ. وقد يوسم العقد بأنه باطل. ونوضح هذا كله في النقاط التالية:¹³
- عقد قابل للإبطال: voidable contract هو عقد صحيح ولكن يمكن أن يتم تجنب آثاره إذا ما مارس أحد الطرفين أو كلاهما حقه في ذلك. ويكون للطرف الذي له حق الاختيار أن يختار ما بين تجنب أي التزامات من الممكن أن تنشأ عن هذا العقد وبالتالي عدم الالتزام به، أو يصدق عليه بمعنى يجعله صحيحاً وساري المفعول وبالتالي يلتزم الأطراف بتنفيذ كل بنوده. وتعتبر العقود التي يبرمها القاصر - بصفة عامة - عقوداً قابلة للإبطال. وتعتبر - أيضاً - العقود التي تبرم نتيجة أفعال تدليسية قابلة للإبطال للطرف الواقع عليه هذه الأفعال.¹⁴

11 للمزيد من التفاصيل عن الدفع المتعلقة بالعقد، راجع:

Scott J. Burnham, Contract Law for Dummies (USA: New Jersey, John Wiley & Sons, 2012) p. 79 et seq.

12 للمزيد من التفاصيل انظر:

Clarkson, et. al., op. cit., p. 216 et seq. & Cheeseman, op. cit., p. 180 et seq.

13 للمزيد من التفاصيل راجع:

Clarkson, et. al., op. cit., p. 216 et seq. & Cheeseman, op. cit., p. 188 et seq.

14 راجع:

- عقد غير قابل للإنفاذ *unenforceable contract*: وهو عقد لا يمكن إنفاذه لتعلق دفوع قانونية به. وهو غير قابل للإنفاذ ليس لأن طرفاً من أطرافه فشل في احترام الشروط التي تتطلبها القانون حتى نكون بصدد عقد صحيح ونافذ، ولكن هو في الحقيقة عقد صحيح وملزم ولكنه غير قابل للإنفاذ بناء على نص القانون. وعلى سبيل المثال يشترط القانون أن يتم كتابة بعض العقود (مثل عقد بيع الأراضي، عقد رهن العقارات أو إيجارها) وفي حال الإخلال بهذا الشرط، فلا يجوز إنفاذها كقاعدة عامة إلا في حالات استثنائية معينة واردة على سبيل الحصر.

- العقد الباطل: *void contract* وهذا النوع من العقود لا يعتبر عقداً في الأساس. ومثال ذلك إذا كان غرض العقد هو القيام بأنشطة غير قانونية أو غير مشروعة.

وتجدر الإشارة إلى أن العيوب المتعلقة بالرضاء هي الدفوع الرئيسية التي يتمسك بها في مواجهة طلب تنفيذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة. أما فيما يتعلق بالمنازعات ذات الطابع الدولي، فإنه غالباً ما يلجأ إلى دفوع تتعلق بعدم الاختصاص، أو بانعدام السلطة، أو في حالات معينة يعيب الإكراه. وذلك لأن أطراف المنازعة الدولية أكثر دراية وعلماً بوقائع القضية. وغالباً ما يتم تمثيلهم بمستشارين قانونيين لمساعدتهم في التغلب على أية مشكلات قانونية قد تنشأ خلال فترة التعاقد، وبالتالي استبعاد عيوب الإرادة التقليدية كالغلط.¹⁵

وقد حكم في قضية¹⁶ *Certainteed Corp. v. Celotex* أن اتفاقات التسوية المختصرة أو مذكرة التفاهم *Abbreviated settlement agreements or memoranda of understanding* والتي عادة ما تعد خلال مرحلة الوساطة

Scott J. Burnham, *op. cit.*, p. 85.

15 انظر:

Edna Sussman: *The Final Step*, *op. cit.*, pp.7-8.

(162005 WL 217032, p. 14 (Del.Ch. 2005) ، مشار إليه في:

Edna Sussman: *The Final Step*, *op. cit.*, p. 8. See also Deason: *Enforcing Mediated Settlement Agreements*, *op. cit.* pp. 84-85.

كمذكرة للبنود المتفق عليها- لا يمكن اعتبارها اتفاقات نهائية ملزمة، حيث إنها تعتبر اتفاقات أو تفاهات مبدئية من أجل التوصل إلى اتفاق نهائي ناجم عن الوساطة. وعادة ما تقر المحاكم بصعوبة التوصل إلى الإقرار بوجود اتفاق نهائي ملزم في القضايا المعقدة التي تستخدم فيها الوساطة للوصول إلى تسوية. ولكن في حال تأكدها من أن كل العناصر الجوهرية للعقد قد تمت الموافقة عليها بإرادة واضحة وخالية من أي عيب، فإن المحكمة تحكمفي هذه الحالة بتفعيل وتنفيذ الاتفاق الناجم عن الوساطة.¹⁷و تحكم المحكمة بتنفيذ الاتفاق الناتج عن الوساطة مع وجود أدلة ووقائع تشير إلى احتمالية توقيع مستند شامل وجامع.¹⁸ وتجدر الإشارة إلى أهمية اللغة المستخدمة بين الأطراف في الاتفاقات المبرمة. فعندما يتفق الأطراف على أن التسوية تتوقف على إبرام اتفاق رسمي نهائي، فإنه لا يجوز إنفاذ مثل هذا الاتفاق إلى أن يتم إبرام هذا الاتفاق بالطريقة المتفق عليها.¹⁹ وهذا

17 راجع ما قرره القاضي في هذا الشأن:

=
"...the parties' signed and written mediation agreement to be an enforceable contract because the repudiating party failed to prove fraud, mistake, duress, or any other ground for invalidating the contract."

مشار إليها في:

PNC MULTIFAMILY CAPITAL INSTITUTIONAL FUND XXVI LIMITED PARTNERSHIP, et al. v. CARL MABRY. 402 S.W.3d 654 (2012). Available at: <http://www.leagle.com/decision/In%20TNCO%2020121126399>.

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

18 انظر:

Georgia Anne SNYDER-FALKINHAM v. Bruce C. STOCKBURGER, et al. 457 SE 2d 36 (Va. 1995). Available at: http://www.leagle.com/decision/1995493457SE2d36_1488

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

19 انظر:

Billie A. GOLDING, t/a Golding Appraisal Company v. Robert K. FLOYD, Jr., et al. 539 S.E.2d 735 (Va. January 2001). Available at: http://www.leagle.com/decision/20011274539SE2d735_11264.xml/GOLDING%20v.%20FLOYD.

في هذه القضية إلى الآتي: Stephenson القاضي خلص

"the Memorandum was amended before the parties signed it by striking the language, "the parties agree to execute" a formal agreement, and inserting in its place the language that the Memorandum "is subject to execution of a formal agreement. The execution of a formal agreement, therefore, was a condition precedent to the existence of a binding contract. A formal contract was never executed; as a result, no contract exists."(emphasis added).

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

بخلاف الحالة التي يتفق فيها الأطراف على أن اتفاق التسوية يتبع بإبرام اتفاق نهائي ينفذ البنود المتفق عليها.²⁰

ورفضت المحاكم طلبات يطلب فيها الأطراف تنفيذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة عندما تتأكد من أن العناصر الجوهرية لاتفاق ما غير محددة على وجه قاطع يمكن به القول بوجود تلاقٍ لإرادات الأطراف المعنية.²¹ وعلى النقيض توافق المحاكم على تنفيذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة على الرغم من عدم التوصل إلى حلول بخصوص بعض المسائل الثانوية أو الفرعية.²²

الأهلية Capacity

بالإضافة إلى عنصرى الاتفاق ومقابل الوفاء، يشترط لوجود عقد نافذ وملزم أن تتوافر لدى أطرافه أهلية التعاقد. ويعتبر وصول الشخص إلى سن الثامنة عشرة عاماً إيداناً بدخوله مرحلة الرشد، أي اعتباره كامل الأهلية.²³ وتقضي القاعدة العامة بأن القاصر minor له حق إبرام جميع العقود التي للشخص الراشد بشرط أن لا يكون العقد من ضمن العقود التي لا يجوز إبرامها بواسطة قاصر (مثل عقد بيع السجائر

20 انظر:

Quinlan v. Ross Stores, 932 So.2d 428 (Ct App. Fla. 1st Dist. 2006).

= هذه القضية و التعليق عليها متاح على الموقع الآتي:

<https://www.courtlistener.com/fladistctapp/9GJq/quinlan-v-ross-stores/>

آخر زيارة في 16 مارس 2014

21 انظر:

Weddington Productions Inc. v. Flick, 71 Cal Rptr. 2d 265 (Cal. App. 2 Dist. 1998); Lindsay v. Lewandowski, 139 Cal App. 4th 1618 (Cal. App. 4th Dist 2006)

مشار إليهما في:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p. 8.

22 انظر:

Ronan Feehily, 'The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreement', (2013) 12 (1) Hibernian Law Journal, p. 7. I would like to thank Dr.Ronan Feehily for giving me a copy of this study. Pages stated in the current research are according to this copy.

23 يتطلب القانون الأمريكي في بعض الحالات سناً أكبر (21 عاماً) من ذلك لإجراء بعض التصرفات القانونية مثل شراء واستهلاك المشروبات الكحولية. وهناك حالات أخرى تنتهي بتوافر إحداهما وصف الشخص بأنه قاصر مثل زواجه، انظر:

Clarkson, et. al., op. cit., p. 265.

والمشروبات الكحولية). وتجدر الإشارة إلى أن العقد الذي يبرمه القاصر يكون- كالقاعدة عامة- قابل للإبطال لمصلحته. وإذا أراد القاصر تفادي آثار مثل هذا العقد، فعليه أن يظهر نيته بأي قول أو فعل لتجنب مثل هذا العقد.²⁴ وينصرف تجنب آثار العقد إلى كل بنوده. فلا يجوز للقاصر أن يختار جزءاً من البضاعة المشتراة وفقاً لعقد ما وإعادة الجزء المتبقي.²⁵

وتعتبر التصرفات التي يجريها شخص يدعي فقدان القدرة العقلية على التعاقد *mentally incompetent person* تصرفات صحيحة ونافذة طالما أن المحكمة لم تعلن أنه فاقده لأهلية التعاقد، وأنه كان لديه هذه القدرة عندما أبرم هذا العقد.²⁶ وقد تكون تصرفات هذا الشخص باطلة أو قابلة للإبطال حسب الأحوال. فقد تكون باطلة (أي لا يوجد عقد من أساسه) إذا قررت المحكمة سابقاً أن هذا الشخص فاقده القدرة العقلية على التعاقد وقامت بتعيين وصي عليه لتمثيله قانونياً.²⁷ وقد تكون قابلة للإبطال في حال ما إذا لم تقرر المحكمة من قبل بأنه فاقده القدرة العقلية على التعاقد ولكن حقيقة الأمر تشير إلى أن هذا الشخص كان يعاني من فقدان هذه القدرة عند إبرام العقد.²⁸ ويفترض لصحة التصرفات القانونية أن تكون صادرة عن شخص يتمتع بأهلية كاملة وإرادته غير معيبة بعيب من عيوب الرضاء. ويجب على الشخص الذي يتمسك بفقدان الأهلية أن يثبت صحة ادعائه.

وتجدر الإشارة إلى أن الادعاءات المتعلقة بفقدان الأهلية وعدم القدرة على التعاقد- وفقاً لعبء الإثبات السابق إيضاحه- لم تقابل بالنجاح في القضايا المتعلقة بإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة. ففي إحدى القضايا، رفضت المحكمة ادعاءات أحد الأطراف بأنه لم تتوافر لديه القدرة العقلية الكاملة اللازمة لإبرام اتفاق التسوية، حيث عانى من

24 وعندما يختار القاصر عدم التقيد بعقد أبرمه، فيسمى هذا في القانون الأمريكي بـ *disaffirmance*. وهذا مؤسس على السياسة العامة التي تقضي بحماية القاصر في مواجهة الراشدين، راجع:

Cheeseman, op. cit., p.226.

25 راجع:

Clarkson, et. al., op. cit., p. 266.

26 انظر المرجع السابق – ص 271.

27 انظر المرجع السابق – نفس الموضوع.

28 انظر المرجع السابق – نفس الموضوع.

أعراض جانبية – اكتئاب وفقدان للذاكرة - مصاحبة لأدوية تناولها خلال عملية الوساطة، وأنه ذكر مرارا وتكررا بأنه كان مرتبكاً ومضطرباً ولم يفهم مجريات عملية الوساطة.²⁹ وفي قضية أخرى، رفضت المحكمة ادعاءات أحد الأطراف بأنه عانى – خلال عملية الوساطة- من آلام مبرحة ناتجة عن عملية جراحية أجراها قبل بدء عملية الوساطة مباشرة، وبأنه أخذ جرعة زائدة من دواء مضاد للآلام ومن دواء مضاد للاكتئاب، وأنه نتيجة لذلك عانى من صداع نصفي خلال عملية الوساطة، مما استلزم تناول حقنة لمعالجة هذا الصداع.³⁰ ولم تعد المحاكم في قضية ثالثة بادعاء أحد الأطراف بأنه عانى من مشكلة عقلية ساهمت في عدم فهمه لطبيعة وبنود الاتفاق، وأقرت المحكمة هنا بأنه يجب عليه في هذه الحالة الاستعانة بخبير وذلك لدعم ادعائه.³¹

المشروعية *Legality*

ولكي يكون عقد ما عقداً صحيحاً وملزماً، يجب أن يكون سببه مشروعاً. فإذا كان السبب من عقد ما هو القيام بعمل ما وكان هذا العمل لا يجيزه القانون الفيدرالي ولا القوانين التشريعية العادية، كان العقد في حد ذاته باطلاً وغير قابل للإنفاذ.³² وينصرف نفس الحكم إلى العقد الذي يتضمن فعلاً تقصيرياً أو مخالفاً للنظام العام أو السياسة العامة *public policy*،³³ ومثال ذلك العقد الذي يبرم لارتكاب جريمة أو لبيع طفل.

29 راجع:

PEGGY Domangue v. CHARLES Domangue, (Tex. App.- Tyler August 2005).
Available at:
http://tx.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20050803_0005822.TX.htm/qx

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

30 راجع:

Mc Mahon v. Mc Mahon, 2005 WL 3287475 (Tenn. Ct. App. 2005)

مشار إليه في:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p.13 and Ronan Feehily, op. cit., p. 14.

31 راجع:

Alexander v. Naden, 2005 WL 3150323 (Wa. App. Div. 1 2005)

مشار إليه في:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p.13 and Ronan Feehily, op. cit., p. 14

32 راجع:

Cheeseman, op. cit., p.232.

33 انظر المرجع السابق – نفس الموضوع.

فيما عدا عنصر المقابل consideration الذي يعد عنصرا جوهريا في العقد في النظام القانوني الأنجلو- أمريكي على عكس الموقف القانوني العربي بخاصة في القانونين المصري والقطري،³⁴ يتقارب كل ما ذكر سابقا عن العقد والعناصر الأساسية التي يقوم عليها في القانون الأنجلو أمريكي مع حقيقة العقد وعناصره في قوانين وكتابات أساتذتنا المصريين وغيرهم من الأساتذة العرب الذي تناولوا العقد وبيان أهم عناصره. فتعريف العقد في الفقه القانوني العربي هو "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين. أيا كان هذا الأثر القانوني، سواء إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزام."³⁵ من هذا التعريف يتضح لنا أنه يلزم لقيام العقد توافر الأركان التالية: 1- التراضي 2- المحل 3- السبب.³⁶ ويكون التراضي موجودا عندما يحدث توافق وتطابق بين إرادتين أو أكثر، وأن تتجه إرادة أطراف العقد إلى إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضاؤه.³⁷ وإذا انعدم التراضي (لعدم توافق الإرادتين وذلك لعدم مطابقة القبول للإيجاب أو لانعدام أهلية أحد المتعاقدين لصدور إرادة من مجنون أو الصبي غير المميز) فإنه لا وجود للعقد أصلا (عقد باطل بطلانا مطلقا).³⁸ وهناك عيوب تشوب التراضي يترتب على توافرها أن يكون العقد قابلا للإبطال. وهذه العيوب هي: 1- الغلط، 2- التدليس، 3- الإكراه، 4- الاستغلال. ويكون قابلا

34 هذا هو الموقف بصفة عامة في دول القانون المدني (النظام اللاتيني) حيث يكتفي فقط - بصفة عامة - بالإيجاب والقبول والرضاء الصحيح، راجع بصفة خاصة في القانون الألماني:

Emerson, op. cit., p 94.

- 35 انظر على سبيل المثال:
على نجيده- النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول- مصادر الالتزام- القاهرة- دار النهضة العربية- 2004-2005- ص 6. انظر أيضا عبد المنعم فرج الصده- مصادر الالتزام- القاهرة- دار النهضة العربية- بدون تاريخ- ص 52. جميل الشرفاوي- النظرية العامة للالتزامات- الكتاب الأول مصادر الالتزام- القاهرة- دار النهضة العربية- 1984- ص 47. عبد الرشيد مأمون- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات- الكتاب الأول مصادر الالتزام- القاهرة- دار النهضة العربية- بدون تاريخ- ص 25. فتحي عبد الرحيم عبدالله- شرح النظرية العامة للالتزامات- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- 2006- ص 24.
- 36 انظر للمزيد من التفاصيل:
على نجيده- المرجع السابق- ص 45. عبد المنعم فرج الصده- المرجع السابق- ص 80. فتحي عبد الرحيم عبدالله- المرجع السابق- ص 44.
- 37 انظر: على نجيده- المرجع السابق- ص 45. عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 42.
- 38 للمزيد من التفاصيل انظر: على نجيده- المرجع السابق- ص 45. عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 42. جميل الشرفاوي- المرجع السابق- ص 78.

للإبطال—أيضا—إذا أبرم العقد ناقص الأهلية¹ والسبب في جعل العقد الذي شابه أحد عيوب الرضاء قابلا للإبطال هو أن إرادة المتعاقد تحت تأثير هذه العيوب- سواء كان الغلط أو التدليس أو الإكراه- لا يجوز الاعتداد بها. فلو كان الطرف أو المتعاقد على بينة من أمره أو كان يتمتع بحرية كاملة في اختياره، ما كان ليقدم على إبرام مثل هذا العقد.²

ولا يكفي وجود التراضي فقط بل يشترط أن تتوافر شروط المحل والسبب لكي ينعقد العقد. والمحل هو "ما ينصب عليه الالتزام وقد يكون عملا أو الامتناع عن عمل أو تسليم شيء."³ ويشترط في المحل أن يكون موجودا وممكنا إذا كان عملا أو امتناعاً عن عمل. فإذا كان غير موجود أو كان مستحيلا⁴ - في حال ما إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعاً عن عمل- فإن العقد يقع باطلا.⁵ ويشترط في المحل—أيضا- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً.⁶ فإذا لم يكن معيناً أو قابلاً للتعيين، كان العقد باطلاً. وأيضا يكون كذلك إذا كان محله غير مشروع أي مخالف للنظام العام أو الآداب.⁷

- 1 للمزيد من التفاصيل انظر: على نجيده- المرجع السابق- ص 201 و ما بعدها. عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 92.
- 2 انظر: على نجيده- المرجع السابق- ص 183. و انظر أيضا عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 111.
- 3 انظر: على نجيده- المرجع السابق- ص 158. و انظر أيضا الصده- المرجع السابق- ص 231. على نجيده ومحمد حاتم البيات- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنيالقطري مقارنة بإحكام الشريعة الإسلامية- الجزء الأول - مصادر الالتزام- الدوحة- جامعة قطر- بدون تاريخ- ص 151.
- 4 يقصد هنا الاستحالة المطلقة طبيعية (كالالتزام بإحياء الموتى) كانت أو قانونية (كالالتزام برفع استئناف بعد انتهاء موعده). انظر: على نجيده- المرجع السابق- ص 160. الصده- المرجع السابق- ص 233.
- 5 راجع المادة 132 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا." و راجع أيضا: على نجيده- المرجع السابق- ص 159. الصده- المرجع السابق- ص 233.
- 6 انظر المادتين 133 و 135 من القانون المدني المصري. و انظر أيضا: على نجيده- المرجع السابق- ص 159 وما بعدها. الصده- المرجع السابق- ص 239 و ما بعدها. على نجيده و محمد حاتم البيات- المرجع السابق- ص 155.
- 7 انظر المراجع المذكورة في الهامش السابق.

أما السبب فهو الغاية أو الغرض الذي يهدف إليه المتعاقد من وراء تعاقدته أو التزامه. ويشترط فيه أن يكون مشروعاً أي لا يخالف النظام العام أو الآداب وإلا كان باطلاً¹. ويشترط فيه أيضاً- أن يكون موجوداً (وتصور عدم وجود السبب في العقود الصورية) أن يكون صحيحاً.²

وتطبيقاً لذلك يمكن تعريف اتفاق التسوية بأنه "عقد يتفق فيه الأطراف على موضوعات معينة تنتهي به المنازعة الناشئة بين الأطراف." "يتبين من ذلك أن هناك توافقاً وتطابقاً بين إرادة الأطراف على نقاط معينة، وأن إرادتهم بذلك اتجهت إلى إحداث أثر قانوني هو إنهاء النزاع المثار بينهم.

المطلب الثاني

اتفاقات التسوية الشفوية

المطلب الثالث

النيابة في التعاقد

Representation

لقد رفضت المحاكم في الغالبية العظمى من القضايا الادعاءات من قبل أحد الأطراف بأنه لم يوقع على اتفاق التسوية وأن محاميه الذي قام بالتوقيع على هذا الاتفاق لم يكن مأذوناً له في القيام بذلك.³ فوجود محامى في عملية الوساطة يفترض على الفور بأنه مأذون له بالتوقيع نيابة عن موكله، وهذه قرينة لا يمكن دحضها إلا بوجود دليل قوي وإيجابي بأن هذا المحامي لا يملك أية سلطة من قبل الطرف المعنى للتوقيع مكانه على اتفاق التسوية.⁴

1 راجع: على نجيده- المرجع السابق- ص 174-175. الصده-المرجع السابق- ص 256.

2 انظر: على نجيده-المرجع السابق-ص 173-174. الصده-المرجع السابق- ص 255.

3 راجع:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p.14.

4 راجع:

Inwood International Co. v. Wal-Mart Stores, 243 F.3d 567 (C.A. Fed. 2000)

مشار اليه في:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p.14 and Ronan Feehily, op. cit. 14.

وقد أقرت المحاكم الاعتماد على نظرية السلطة الظاهرة (الوكالة الظاهرة) لدحض أي ادعاء يتعلق بنفي وجود سلطة للوكيل بالتوقيع على اتفاق التسوية، وذلك في حال ما إذا كان المحامي الآخر لم يثر لديه أي شك بخصوص سلطة هذا المحامي الأول.¹ وتجدر الإشارة إلى الحالة التي يشترط فيها قانون الولاية الواجب التطبيق ضرورة توقيع الطرف بنفسه على الاتفاق الناتج عن الوساطة، حيث أقرت المحاكم بصحة هذا الاتفاق على الرغم من عدم وجود مثل هذا التوقيع وذلك في حال ما إذا كان غياب الطرف المعني عن عملية الوساطة لم يكن بعذر مقبول.²

وتتفق هذه الأحكام بصفة عامة مع الوضع في القانون والفقهاء العربي، حيث إنه يشترط لقيام النيابة في التعاقد توافر ثلاثة شروط وهي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وأن يكون التعاقد باسم الأصيل، وأن يعمل النائب في حدود نيابته.³ وقررت محكمة النقض المصرية بأن "الأصل أن تصرفات الوكيل التي يعقدها خارج حدود الوكالة لا تكون نافذة في حق الأصيل إلا بإجازته، وعلي الغير الذي يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى صفته وحدودها وينتبه من انصراف أثر تعاقدته إلي الأصيل، فإذا قصر في ذلك تحمل تبعه تقصيره، إلا أنه إذا أسهم الأصيل بخطئه سلباً أو إيجاباً في خلق مظهر خارجي من شأنه أن يوهم الغير حسن النية ويجعله معذوراً في اعتقاده باتساع الوكالة لهذا التصرف، فإن من حق الغير في هذه الحالة- وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يتمسك بانصراف أثر التصرف إلى الأصيل علي أساس الوكالة الظاهرة ،

1 انظر:

Patrick EnowTakuanyi v. Allstate InsuranceCompany, et al., Filed March 21, 2006 (Ct. App. Minn. June 20, 2006). Available at: <http://mn.gov/web/prod/static/lawlib/live/archive/ctapun/0603/opa050887-0321.htm>

آخر زيارة 30 يناير 2014.

2 انظر:

Georgos v. Jackson, 790 N.E.2d 448 (Ind. 2003). Available at: http://www.leagle.com/decision/20031238790NE2d448_11215

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

3 انظر:

على نجيده- المرجع السابق- ص 109 و ما بعدها. و انظر أيضا عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 68 و ما بعدها. جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص 91 و ما بعدها. على نجيده و محمد حاتم البيات- المرجع السابق-170.

متي كان هذا الغير قد سلك في تعامله سلوكاً مألوفاً لا يشوبه خطأ غير مغتفر إذ كان ذلك.¹ وقررت -أيضا- نفس المحكمة بأنه "إذا كان الغير المتعاقد مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة بين الوكيل والموكل مما يوجب عليه في الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل وانصراف أثر التعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته سواء في التعامل باسمه بأن يكشف عن مظهر خارجي منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذورا في اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما ومن حق الغير حسن النية في هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذي أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل -إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما- وهي غير موجودة في الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة.²

المطلب الرابع

عيوب الإرادة²

Vitiating Factors

الفرع الأول

Mistake الغلط

قد يقع أحد اطراف العقد في الغلط أو قد يكون كلاهما واقعا فيه unilateral and bilateral. ويتوافر بوجود اعتقاد خاطئ بخصوص موضوع العقد أو غير ذلك من نواحي العقد.⁴ وطالما كان أحد طرفي العقد واقعا في الغلط وكان متعلقا بأمر جوهري أو بالواقع المادي⁵ material fact- ويشير إلى واقعة مهمة متعلقة بموضوع العقد-

- 1 الطعن رقم 512 لسنة 53 ق- جلسة 1987-06-30. و الطعن رقم 545 لسنة 66 ق - جلسة 2002-12-25.
- 2 الطعن رقم 65 لسنة 56 ق - جلسة 1989-05-10.
- 3 نكتفي هنا فقط بالغلط والتدليس (الغش) والإكراه على أساس أن معظم القضايا التي أثرت بصدد عيوب الرضاء تناولت هذه العيوب فقط.
- 4 راجع:
- 5 Emerson, op. cit., p. 104 ; Cheeseman, op. cit., p.247. وهناك الغلط الذي يتعلق بالقيمة- القيمة السوقية المستقبلية أو بموضوع العقد- والعقد الذي يعتريه مثل هذا الغلط يكون على الرغم من ذلك، قابلا للإنفاذ. انظر: Clarkson, et. al., op. cit., p. 289 ; Cheeseman, op. cit., p.249; &Emerson, op. cit., p. 105.

يكون العقد هنا قابلاً للإبطال لمصلحة الشخص المضروب والذي له أن يطلب إلغاءه.¹ أما إذا كان الغلط من جانب واحد وكان متعلقاً بواقع مادي، فإنه وفقاً للقاعدة العامة،² لا يكون له أي سبيل إلا لتنفيذ العقد.³

على الرغم من تعدد القضايا التي يثار فيها الغلط كعيب من عيوب الإرادة للتوصل من إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، فإنه في نفس الوقت يعتبر من الدفوع التي قلما ما تقبل بها المحاكم.⁴ ففي إحدى هذه القضايا رفضت المحكمة تمسك أحد الخصوم بالغلط حيث إنه لم يتمكن من قراءة الاتفاق لفهم بنوده.⁵ وفي قضية أخرى رفضت المحكمة الدفع حيث إن الطرف الذي تمسك به ادعى أن المبلغ الذي يجب الوفاء به هو تعويض عن مبلغ مالي تم الوفاء به من قبل.⁶

1 انظر:

Clarkson, et. al., op. cit., p.286 & Emerson, op. cit., p. 106.
2 ويوجد استثناءان على هذه القاعدة هما: 1- إذا ما علم الطرف الآخر أو كان من المفترض أن يعلم أن خطأ ما قد وقع، فهنا لا يكون مثل هذا العقد قابلاً للإنفاذ. 2- الخطأ المادي في الحساب أو الطرح أو التقسيم أو الضرب. انظر:

Clarkson, et. al., op. cit., p.289.
3 ولتوضيح ذلك نعرض المثال الآتي: أراد أحمد أن يبيع سيارته القديمة بمبلغ 10000 دولار وعلم أن بكرًا مهتم بشراء سيارة مستعملة. بناءً على ذلك، قام أحمد بإرسال فاكس إلى بكر متضمناً عرضاً ببيع السيارة بـ 1000 دولار فقط (أحمد ارتكب خطأً عند قيامه بطباعة المبلغ) قام بكر بقبول العرض (الإيجاب). هنا على الرغم من أن أحمد أراد بيع السيارة بمبلغ 10000 دولار فإن ارتكابه لمثل هذا الخطأ لا يؤثر على الواقع من أنه ملتزم ببيع السيارة بالمبلغ المذكور في الفاكس المرسل إلى بكر. انظر:
Clarkson, et. al., op. cit., p.289.

(مع تصرف من مؤلف البحث الحالي)

4 راجع:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p. 15 and Ronan Feehily, op. cit.16 .

5 انظر:

Darren Stewart v. Preston Pipeline et al., 36 Cal Rptr. 3d 901 (Cal. App. 6 Dist. 2005). Available at:
http://www.leagle.com/decision/200593736CalRptr3d901_1851.xml/STEWART%20v.%20PRESTON%20PIPELINE%20INC.

آخر زيارة في 16 مارس 2014.
6 انظر:

Ellyn Feldman v. Karl Kritch and State Farm Mutual Automobile Insurance Company, 824 So.2d 274 (Fla. App. 4 Dist. 2002). Available at:
http://www.leagle.com/decision/20021098824So2d274_11035.xml/FELDMAN%20v.%20KRITCH

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

والغلط في القانون والفقہ العربي، خصوصاً في القانونين المصري والقطري، قد يكون غلطا مانعا من شأنه أن يعدم الإرادة ويجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، كالغلط الذي ينصب على ماهية العقد كمن يسلم شخصا شيئا على أنه ودیعة، بينما يتسلمه الطرف الآخر ظنا منه أنه هبة.¹ وقد يكون الغلط غير مؤثر ولا يكون له تأثير على العقد لأنه لا يؤثر على صحة الإرادة، مثل غلطات القلم أو الخطأ في الحساب والأرقام.² وأخيرا قد يكون الغلط معيبا وهو الذي يعيب الرضا ويؤثر على صحة العقد. ويشترط في هذا الأخير أن يكون جوهريا أو جسيما بمعنى أن يبلغ حداً من الجسامه لولاه لما أقدم المتعاقد على التعاقد.³ والعبرة هنا بشخص المتعاقد وليس بالشخص العادي.⁴ وقد يتعلق هذا الغلط بصفة جوهرية في المحل كمن يشتري آنية على أنها أثرية ثم يتضح له أنها حديثة الصنع. والغلط يعيب -أيضا- الإرادة إذا ما وقع في ذات المتعاقد، كالغلط في شخص الوكيل في عقد الوكالة. وقد يكون الغلط في صفة من صفات المتعاقد، كالغلط في المؤهل العلمي أو في سن المتعاقد.

وقد يكون الغلط في القيمة كمن يبيع شيئا بأقل من قيمته في السوق وهو لا يعلم بذلك. ولا يعتد بالغلط في هذه الحالة إلا إذا كان الفارق بين السعرين كبيرا. وقد يكون الغلط في الباعث وهو يمثل الدافع غير المباشر للتعاقد. فإذا كان جوهريا كمن يشتري سيارة معتقدا أن سيارته قد سرقت، فالعقد هنا يقع قابلا للبطلان. وأخيرا قد يكون الغلط في القانون كمن يبيع نصيبه في التركة بمبلغ معين معتقدا أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف، فهنا يكون العقد قابلا للإبطال.⁵

- 1 انظر: على نجیده-المرجع السابق-ص 120. جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص 116.
- 2 انظر: على نجیده- المرجع السابق- ص 120. جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص 115.
- 3 راجع المادة 120 مدني مصري والتي تنص على أنه "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهری جاز له أن يطلب إبطال العقد...." وأيضا المادة 130 من القانون المدني القطري (قانون رقم 22 لسنة 2004). وبخصوص شرح القانون القطري، انظر: . على نجیده و محمد حاتم البيات- المرجع السابق- 127 و ما بعدها.
- 4 راجع: على نجیده- المرجع السابق- ص 121. جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص 119.
- 5 راجع: المادة 122 مدني مصري. المادة 130 مدني قطري. على نجیده- المرجع السابق- ص 123. جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص 122.

ويشترط -أيضا- في الغلط المعيب أن يتصل المتعاقد الآخر به. ونصت على هذا الشرط المادة 120 مدني مصري بقولها "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه."¹ أو وفقا للرأي الراجح في الفقه لا يشترط أن يكون الغلط مشتركا بمعنى أن يكون كلا المتعاقدين قد وقع في نفس الغلط، ويكتفي هذا الرأي بأن يكون المتعاقد الآخر يعلم أو كان في إمكانه أن يعلم أن المتعاقد الأول واقع في غلط.²

إذا توافرت هذه الشروط، كان للطرف الذي أعيبت إرادته- دون الطرف الآخر- أن يطلب إبطال العقد. وإذا لم يفعل ذلك أو تنازل عن حقه في البطلان بإجازة العقد يصبح العقد صحيحا منتجا لأثاره.³

الفرع الثاني التدليس أو الغش

Fraud

التدليس هو " تمثيل زائف لواقع أمر ما-سواء بالقول أو بالفعل، وسواء بسبب مزاعم كاذبة أو مضللة، أو إخفاء ماكان ينبغي أن يتمالك الكشف عنها-من شأنه أن يخدع أو يهدف إلى خداع شخص آخر، بحيث يتصرف هذا الشخص بناء على هذا الخداع ضد مصلحته القانونية."⁴

يعد التدليس أحد عيوب الرضا المهمة على أساس أن إرادة الطرف الواقع تحت تأثير الأعمال التدليسية هي إرادة غير حرة لم تنصرف إلى التعاقد إلا نتيجة هذه الأعمال. ويكون للطرف المدلس عليه أن يبطل العقد ويرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد أو أن يطلب إنفاذه ويسعى للحصول على تعويض للأضرار التي أصابته نتيجة الأعمال التدليسية.⁵

- 1 راجع أيضا المادة 130 مدني قطري.
 - 2 راجع: على نجيده- المرجع السابق- ص 124. جميل الشرفاوي- المرجع السابق- ص 126 و ما بعدها .
 - 3 انظر: على نجيده- المرجع السابق- ص 125.
 - 4 راجع:
 - 5 انظر: Anna Giordano Ciancio, op. cit., p. 2. See also Emerson, op. cit., p. 106.
- Clarkson, et. al., op. cit., p.290 & Cheeseman, op. cit., p.250..

وتشير الأعمال التدليسية إلى الأعمال والأفعال التي هي في الحقيقة غير واقعية ويقصد بها خداع الطرف الآخر. ويعلم الشخص الذي يقوم بها أن غرضها الأساسي هو خداع الطرف الآخر لحمله على التعاقد وفقا لهذه الظروف. وتقوم الأعمال أو الأفعال التدليسية على ثلاثة عناصر:¹

- وقوع تزيف أو تشويه لحقيقة مادية *misrepresentation of a material fact* و *must occur*: ويمكن أن يقع ذلك بالكلمات (إذا ما كتب على تمثال ما أنه من صنع فنان معين على غير الحقيقة) أو بالأفعال (و قد يكون بمجرد الصمت وعدم الإدلاء بأية تصريحات، كما لو طلب شخص ما من صاحب معرض للصور صورة لفنان ما، ثم أرشده صاحب المعرض إلى صور موجودة في مكان ما فيه. يعتبر صاحب المعرض مرتكبا أفعالا تدليسية). ولا تعد أعمالا تدليسية الآراء والتوقعات التي تصدر من قبل بعض الأشخاص. ويفرض القانون على جميع الأشخاص أن يأخذوا من الحيطة عند إبرام العقود، فالقانون لا يتدخل لمساعدة شخص لم يساعد نفسه باتخاذ التدابير اللازمة لحماية مصالحه الشخصية.²
- يجب توافر نية للخداع *intent to deceive*: و يطلق عليها *scienter or guilty knowledge*. وتوجد عند علم طرف ما بأن الحقيقة والواقع ليسا كما عبر عنهما. وأيضا عندما يصرح أحد الأشخاص بأن ما يعتقد غير مطابق للواقع أو يطلق تصريح بتهور غير عابئ بما إذا كان حقيقة أو غير ذلك. وتوجد أيضا- عندما يصرح أو يلمح شخصا ما بأن بيانا ما اعتمد على معلومات شخصية أو تحقيق شخصي، على غير الحقيقة.³

1 انظر:

Clarkson, et. al., op. cit., p.290 ; Cheeseman, op. cit., p.250 et seq. and Emerson, op. cit., p. 106 et seq.it., p. 2. sent لى هذه

توافر الرضاء الحيقى المبني على معلومات كافية، لكى تعمل المحاكم

2 انظر:

Clarkson, et. al., op. cit., p.290 & Cheeseman, op. cit., p.251.

3 انظر:

Clarkson, et. al., op. cit., p.294 ; Emerson, op. cit., p. 108 and Ellen K. Curry, op. cit., p. 95.

- اعتماد الطرف المدلس عليه بصورة مبررة على التشويه المادي للحقائق *reliance on the misrepresentation* : وينبغي أن يكون لدى المدلس عليه أسباب تبرر اعتماده على المعلومات غير الحقيقية وأن يمثل التشويه المادي للحقائق عاملاً مهماً (ليس بالضرورة أن يكون العامل الوحيد) في حث وإقناع هذا الطرف لإبرام العقد.¹ وتجدر الإشارة إلى أن الغالبية العظمى من المحاكم لا تتطلب وقوع ضرر للمدلس عليه عند إبطال هذا العقد، وذلك لأنه بإبطال العقد يرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد، وتقديم دليل على الضرر لا يعد أمراً ضرورياً. أما بالنسبة للتعويض، فيشترط وقوع ضرر على الطرف المدلس عليه.² في إطار الغش والتدليس، طبقت المحاكم القواعد المتعلقة بقانون العقد تطبيقاً صارماً حيث إنها تتطلب معرفة وانصراف النية لتزيف وتشويه الحقائق لكي يعتمد عليها الطرف الآخر بصورة منطقية. وهذا التطبيق الصارم امتد ليشمل نطاقات تعتمد على المفاوضات والعلاقات المباشرة بين الأطراف مثل مجال الوساطة.³ فعدم توافر واجب الإفصاح أو مجرد عدم الإفصاح عن وقائع قد تكون جوهرية للطرف الآخر، لا يعتبر دفعا أو سبباً يمكن التعويل عليه لأجل تعطيل إنفاذ اتفاق الوساطة الناتج عن الوساطة.⁴ ففي إحدى القضايا التي اعتقد فيها المدعي أن حدود تأمين المدعى عليه هو 100000 دولار وليس مليون دولار، قررت المحكمة أن المدعى عليه كان في خصومة *adversarial position* وليس في موضع ثقة خاص يمل عليه أن يصرح للمدعي بكل شيء. ولكن قررت المحكمة أن تجري جلسة لاستماع الأدلة لتحديد ما إذا كان المدعى عليه قد قام بتزيف أو تشويه إيجابي من الممكن الاعتماد عليه لدحض حجة تفعيل اتفاق التسوية.⁵

1 انظر:

Cheeseman, op. cit., p.251 ; Emerson, op. cit., p. 108 and Ellen K. Curry, op. cit., p. 95.

2 انظر:

Cheeseman, op. cit., p.251.

3 انظر:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p.14 and Ronan Feehily, op. cit. 16.

4 انظر المرجعان السابقان.

5 انظر:

وفي بعض الولايات التي تتوافر فيها نصوص صارمة متعلقة بسرية المعلومات المتعلقة بالوساطة، فإن المحاكم عادة ما ترفض الادعاء بالغش أو التدليس إذا كان مؤسساً على ما تم تناوله خلال عملية الوساطة، لتعلقه بمبدأ سرية معلومات الوساطة الذي يجبر أطرافها- وغيرهما- على عدم الإفشاء عن المعلومات المتعلقة بها. في Delaware فقد اقترحت إحدى المحاكم – وذلك بغرض الخروج السليم والقانوني من النصوص المتعلقة بالسرية في الوساطة- أن يقوم الأطراف أنفسهم بتضمين واقعة جوهرية – التي على أساسها يقوم اتفاق التسوية- في هذا الاتفاق نفسه.¹

والتدليس في القانون والفقهاء العربي، خصوصاً في مصر وقطر، لا يختلف في جوهره عما ذكر عنه في القانون الأمريكي. حيث يعرف على أنه "إيهام المتعاقد بغير الحقيقة بقصد دفعه إلى التعاقد." فهو في الحقيقة غلط ولكنه ليس بغلط تلقائي يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، وإنما غلط يقع فيه المتعاقد بمجهودات شخص آخر. ويشترط لتحقيق التدليس عدة شروط يمكن استخلاصها من المادة 125 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد."² وأول هذه الشروط وجوب استعمال طرق احتيالية (يجب توافر حيل أو وسائل مادية تستعمل للتأثير على إرادة المتعاقد وأن تتوافر سوء نية تتمثل في قصد الوصول إلى غرض غير مشروع). وثاني هذه الشروط يتمثل في اشتراط أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد. إن استعمال الطرق الاحتيالية لا يعد عيباً في ذاته، إنما يتمثل العيب في تأثير هذه الطرق على إرادة المتعاقد- تتولد لديه حالة نفسية تدفعه إلى التعاقد.³

Brinkerhoff v. Campbell, 994 P.2d 911 (Wa. App. Div. 1 2000). Available at: <https://www.courtlistener.com/washctapp/7rji/brinkerhoff-v-campbell/> آخر زيارة في 16 مارس 2014.

1 انظر:

Princeton Insurance Co. v. Vergano, 883 A.2d 44 (Del. Ch. 2005). Available at: <https://casetext.com/case/princeton-ins-co-v-vergano>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 تقابل هذه المادة في القانون القطري المادة 134. انظر في شرح هذه المادة على نجيده و محمد حاتم ألييات- المرجع السابق-ص 134 و ما بعدها.

3 انظر: على نجيده- المرجع السابق-ص 130. انظر أيضا عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق-ص 126. الصده-المرجع السابق-ص 201-202.

والشرط الأخير لتحقيق التدليس هو اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، ويكون كذلك إذا كان قد قام بنفسه بالطرق الاحتمالية، أو قام بها شخص آخر، بشرط أن يثبت المدلس عليه في الحالة الأخيرة، أن المدلس كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس. فإذا عجز عن إثبات ذلك الأمر، فلا يجوز إبطال العقد، ولكن يجوز للمدلس عليه أن يرجع على الغير الذي قام بالتدليس بالتعويض، ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية.¹ وقد نصت على ذلك المادة 126 من القانون المدني المصري بقولها "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس."²

ويحق للمتعاقد المدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد. والعقد قبل إبطاله هو عقد صحيح ونافذ ومنتج لآثاره.³ وفي حال ما إذا قررت المحكمة إبطال العقد فإن المتعاقدين يرجعان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا تعذر ذلك، فيكون التعويض هو السبيل الوحيد.⁴ ويحق- أيضاً- للمتعاقد المدلس عليه أن يطالب بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء الطرق الاحتمالية، وتكون تلك المطالبة على أساس المسؤولية التقصيرية.⁵

الفرع الثالث

الإكراه

Duress

يمكن تعريف الإكراه بأنه "إجبار طرف على إبرام عقد تحت الخوف من تهديد أو ضغط- على سبيل المثال التهديد بممارسة عنف أو ضغط اقتصادي." وإذا ما أكره طرفاً طرفاً آخر على إبرام عقد من العقود، فإن إرادة الطرف الأخير لا تكون حرة

- 1 انظر: عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 127. انظر أيضاً على نجيده- المرجع السابق- ص 132.
- 2 راجع أيضاً المادة 135 مدني قطري.
- 3 راجع: على نجيده- المرجع السابق- ص 134.
- 4 راجع: المرجع السابق.
- 5 انظر: عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 123.

وبالتالي يجوز له طلب إبطال العقد.¹ ويعتبر الابتزاز blackmail أو التهديد بالابتزاز بمثابة إكراه. ويعتبر الإكراه دفعا يمكن التمسك به لتلافي إنفاذ العقد، إلى جانب كونه عيبا من عيوب الإرادة يمكن التمسك به لإبطال هذا العقد.² ويشترط للاعتداد بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة أن يكون العمل أو الأعمال المهدد بها غير مشروعة أو غير قانونية.³ أما التهديد باستخدام حق مشروع أو قانوني، مثل الحق في رفع دعوى قضائية، لا يعتبر حسب المنطق العادي للأمور غير قانوني ولا يتوافر بشأنه عيب الإكراه.⁴

وقد يوصف الإكراه بأنه اقتصادي، ويتوافر في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة التعديلات اللاحقة لهذا العقد. ولكي يعتد بالإكراه الاقتصادي يجب أن يكون الضغط الممارس من طبيعة غير شرعية وأن يكون سببا مهما يحفز الشخص على الموافقة على شروط العقد. ويجب أن تكون التهديدات والضغوط التي تمارس تتصف بصفة القسرية، ويكون لها ثقل كبير بحيث تسبب خسارة جسيمة أو إضرارا للمصالح الاقتصادية للضحية. ويجب أن يتأثر سلوك الضحية بصورة مؤثرة وكبيرة بالإكراه، ويجب أن لا يكون هناك بديل معقول آخر متاح في ذلك الوقت لضحية الإكراه.⁵ والأمثلة التالية تشير إلى احتمالية وجود إكراه اقتصادي:⁶

- 1 انظر: Cheeseman, op. cit., p.254. See also Emerson, op. cit., p. 112. وقد قصد من ذلك أن تكون الوساطة خالية من الإكراه. انظر: James J. Alfini and Catherine G. McCabe, op. cit., 204. . ولا يقتصر حدوث الإكراه من جانب طرف على الطرف الآخر، ولكنه قد يحدث أيضا من الوسيط، انظر: Steven Weller, op. cit., p. 15.
- 2 انظر Clarkson, et. al., op. cit., p. 298. See also Emerson, op. cit., p. 112.
- 3 انظر: Cheeseman, op. cit., p.254. See also Emerson, op. cit., p. 112.
- 4 انظر: Cheeseman, op. cit., p.254 and Emerson, op. cit., p. 112.
- 5 انظر: Anna Giordano Ciancio, op. cit., p. 2.
- 6 ذكرت في: Anna Giordano Ciancio, op. cit., p. 3.

1. إطلاق التهديدات دون أي مبرر قانوني.
2. تهديد بارتكاب بعض الأفعال غير المشروعة.
3. تهديدات بإنهاء العقد، عندما ينظر إليه بأنه تهديد غير مشروع.
4. ممارسة تهديدات بسوء نية.
5. ممارسة تهديدات قد تلحق ضررا بالغا بآخر، مثل الابتزاز.
6. تهديدات بالمقاضاة عند معرفة أن التهمة غير حقيقية.
7. طلبات بمدفوعات إضافية تتجاوز السعر الأصلي في العقد.
8. التهديد باستخدام معلومات شخصية للضحية.

ويمكن القول بأن الحاجة الاقتصادية لا تمثل بصفة عامة إكراهها، حتى ولو طلب طرف ما ثمنا باهظا لشيء يريده الطرف الآخر بشدة.¹ ولكن إذا ما ساهم الطرف الذي يضع سعرا عاليا لسلعة ما في خلق الحاجة الاقتصادية لها، فإن الإكراه قد يوجد في هذه الحالة.²

وتطبق المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية مبدأ أساسيا من مبادئ قانون العقود على القضايا المتعلقة بتنفيذ وإنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، وهو أن هذا

“The following descriptive examples may give rise to a claim for economic duress:

1. making threats without any legal justification
2. threatening to commit some unlawful act
3. threats to terminate a contract, where the threat is properly regarded as illegitimate pressure
4. applying pressure in bad faith =
- =5. making threats that are calculated to seriously damage another, such as blackmail
6. threats to prosecute where the charge is known to be false
7. requirements for extra payments to be made over and above the original contract price
8. using knowledge of the affairs of the person suffering the duress to apply illegitimate pressure.”

1 انظر:

Cheeseman, op. cit., p.254.

2 انظر:

Clarkson, et. al., op. cit., p. 296.

الاتفاق لا يمكن تنفيذ بنوده إذا ما كان إبرامه قد تم نتيجة إكراه.¹ وتقر المحاكم بأن هناك بعض الوقائع التي يدعى حصولها خلال بعض القضايا يكون من الصعب تخيلها أو تصديقها لأنه يستحيل أن تحصل في الواقع. وعلى النقيض وفي حالات نادرة، تأمر المحاكم بعدم تنفيذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة لأنها أيقنت بصحة الوقائع المتعلقة بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة.²

فبداية تقوم المحاكم بمراجعة الوقائع المدعى حصولها للتأكد من صحتها، فإذا ثبت صحتها فتحكم بعدم تنفيذ بنود اتفاق التسوية. وعلى سبيل المثال لم تعد المحاكم بادعاء أحد الأطراف بحدوث إكراه وذلك بسبب منعه من مغادرة الحجرة التي تجرى فيها الوساطة لفترة زمنية طويلة، وأن إرادته الحرة قد أهدرت في هذا النطاق.³ وعلى نفس المنوال، أمرت المحكمة بتنفيذ اتفاق التسوية على الرغم من ادعاء أحد الأطراف بأنه قد تم تهديده برفع دعوى إفلاس ضده، وذلك لأن مثل هذا الادعاء لا يمكن أن يعتبر سبباً وجيهاً للامتناع عن تنفيذ اتفاق التسوية.⁴

ورفضت المحكمة ادعاءً بالإكراه من جانب سيده تبلغ من العمر 65 عاماً كانت طرفاً في عملية وساطة، بأنها قد حضرت جلسات الوساطة من الساعة العاشرة صباحاً حتى الواحدة صباحاً من اليوم التالي، وأنها كانت تعاني من أمراض عديدة منها ضغط عال في الدم، وصداع شديد، وأن الوسيط ومحاميها أخبراها بأنها إذا لجأت إلى رفع

1 انظر:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., pp.9-10 and Ronan Feehily, op. cit. p. 11.

2 راجع:

Vernon v. Acton 732 NE 2nd 805 (Ind 2000)

مشار إليه في:

Ronan Feehily, op. cit. p. 11 (footnote no. 76). See also Edna Sussman: Final Step, op. cit., pp.9-10.

3 انظر:

Joseph Ollie DeVille v. USA, 2006 WL 373491 (W. D. La. 2006). Available at: <https://www.courtlistener.com/ca5/eQF/deville-v-usa-et-al/>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

4 انظر:

Chantey Music Publishing Inc.,v. Malaco, Inc., 915 So. 2d 1052 (2005).

Available at: http://www.leagle.com/decision/20051967915So2d1052_11946

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

دعوى أمام المحكمة المختصة سوف تخسر منزلها.¹ وفي قضية أخرى لم تعد المحكمة بما ذكره أحد الخصوم من أنه منع من مغادرة المبنى الذي تعقد فيه جلسات الوساطة عندما أراد أن ينهي المفاوضات وأن محاميه لم يسمح له بالمغادرة إلا بعد توقيع اتفاق التسوية.²

وتجدر الإشارة إلى توفر عوامل توضيحية معينة تمثل ضغوطا مفرطة يمكن اعتبارها سببا أو أسبابا يعتمد على أحدها أو عليها كلها للتمسك بعيب الإكراه:³مثل:

- 1- مناقشة الصفقة في وقت غير عادي أو غير مناسب.
- 2- عقد جلسات الوساطة في مكان غير عادي.
- 3- الإصرار على طلب أن يتم الانتهاء من الأعمال كلها في وقت واحد.
- 4- التركيز الشديد على عواقب غير مرغوب فيها إذا حصل تأخير في إبرام اتفاق التسوية.
- 5- استخدام وسائل متعددة من جانب الطرف المهيم، منها الاستعانة بأشخاص يحاولون بثتى الطرق إقناع الطرف الآخر (الضعيف).
- 6- عدم توافر مستشارين سواء أكانوا قانونيين أم فنيين للطرف الضعيف.
- 7- التصريح بأنه لم يعد هناك وقت للتشاور مع مساعدين أو مستشارين ماليين أو قانونيين.

وعندما يتم تمثيل الطرف الذي يسعى إلى التراجع عن اتفاق التسوية، بمستشار قانوني أثناء عملية الوساطة، وكان يتمتع -أيضا- بفرصة مناسبة للتفكير في بنود هذا

1 انظر:

Donna ConlinOlam v. Congress Mortgage Co., 68 F.Supp.2d 1110 (N.D. Ca. 1999). Available at: <http://classes.ils.edu/fall2006/altdispute-horn/documents/OLAMv.CONGRESSMORTGAGECO..doc>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 انظر:

William Peacock v. Spivey et al., No. A05A1823. (Ct. App. Ga. March 2006). Available at: <http://caselaw.findlaw.com/ga-court-of-appeals/1244491.html>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

3 مشار اليهم في:

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p.10 and Ronan Feehily, op. cit. p.12.

الاتفاق، فإن أي دفع يؤسس على الإكراه لينال من صحة هذا الاتفاق سيتم رفضه من قبل المحاكم.¹

ويوجد عدد متزايد من القضايا يدعى فيها أن مصدر الإكراه هو الوسيط نفسه. وتعد هذه الحالات مقلقة وربما تشير إلى الحاجة إلى مزيد من التدريب والإشراف على منهجيات والأساليب التي يتبعها الوسيط، ومع ذلك، فإن المحاكم ترفض - في معظم القضايا - مثل هذه المحاولات التي ترمي أساساً إلى عدم تنفيذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة.² وقد حكم بأن الطرف الذي حذر من قبل الوسيط بادعاءات متعلقة بالغش أو الاحتيال في مجال التأمين، وأن الوسيط مارس ضغوطاً عليها، وأنها بكتل مدة ساعة وأنه لم يكن هناك أي اهتمام للضغوط العصبية المتعرضة لها، حيث لا يجوز الاعتماد على هذه الوقائع لإثبات الادعاء بتوافر عيب الإكراه، ولذلك فقد قضت المحكمة برفض كل هذه الادعاءات، وبالتالي تم تنفيذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة.³

وقد حكم بأن تصريحات الوسيط بخصوص الرسوم القانونية الأساسية التي سيتم تكبدها، والتي جعلت الطرف في الوساطة تدعى بأنها شعرت بتهديد مالي، وبأنها وقعت تحت وطأة الإكراه. إن مثل هذه الادعاءات لا تمثل أسباباً وجيهة لرفض تنفيذ اتفاق التسوية.⁴ وفي قضية أخرى أيدت المحكمة تنفيذ اتفاق التسوية على الرغم من ادعاء أحد الأطراف بأن الوسيط قد قال "لا توجد أسس قوية لقضيتك" "لأن القضية تفحص الآن من قبل أمين التفليسة، وأن الطريقة الوحيدة التي يمكن للمدعي أن يربح أموالاً

1 انظر:

Advantage Properties, Inc. v. Commerce Bank N.A., 00-3014 (10th Cir. 2000). Available at: <https://www.courtlistener.com/ca10/PFb/advantage-properties-v-commerce-bank-na/>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

Edna Sussman: Final Step, op. cit., p.11

2 انظر:

3 انظر:

Anjanette R.Vela v. Hope Lumber & Supply Company, 966 P.2d 1196 (Okla. Civ. App. Div. 1 1998). Available at:

<http://law.justia.com/cases/oklahoma/court-of-appeals-civil/1998/60621.html>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

4 انظر:

Matter Marriage of Banks, 887 S.W.2d 160 (Tex. App. - Texarkana 1994). Available at:

http://www.leagle.com/decision/19941047887SW2d160_11031.

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

"ستكون حينما يوافق على تسوية النزاع بطريق الوساطة. وسبب ذلك -وفقا لحكم المحكمة- أن بيان الوسيط فيما يتعلق بقيمة المطالبة يستند على وقائع وحقائق يمكن أن يتم التحقق من صحتها، وأنه لا يمكن الاعتماد عليها من قبل أحد الخصوم طالما كان المحامي الخاص بهذا الطرف كان حاضرا عندما أعلن الوسيط هذا البيان.¹

ومع ذلك قد تقرر المحاكم اللجوء إلى جلسة استماع للأدلة إذا اقتنعت أن هناك من الوقائع والحقائق ما يمكن أن تثور بصدها مسألة الإكراه أو القسر. بناء على ذلك رفضت المحكمة تنفيذ اتفاق التسوية عندما اتضح لها أن الوسيط قد مارس ضغوطا كبيرة، وأدعى أن المحكمة سيكون لها أن تأمر بإزالة وتدمير الأجنة (embryos جمع جنين الذي يحفظ في معهد للخصوبة (Fertility Institute) بدلا من إعطائهم لها. وأنهم لن يستحقوا إعانة أطفال لو استخدمتهم في عملية للولادة بعد الطلاق.² وسوف تقرر المحكمة نفس الحكم عندما تتأكد من أن الوسيط ادعى أن قيمة العقارات في القضية كانت غير متناسبة بشكل صارخ لتكلفة اتخاذ المزيد من إجراءات التقاضي، وأن الطرف في الوساطة سوف يكون لها فرصة للاحتجاج على أي بند من بنود الاتفاق في جلسة استماع نهائية حتى لو أنها وقعت على اتفاق التسوية.³

وبطبيعة الحال، يمكن لمسألة الإكراه والقسر أن تنشأ حتى في المفاوضات المباشرة دون وجود وسيط لتسهيل التوصل إلى تسوية. ففي قرار صادر عن مركز تسوية

1 انظر:

Chitkara v. New York Telephone Company, 45 Fed. Appx. 53 (2d Cir. 2002). Available at: <http://federal-circuits.vlex.com/vid/somnath-chitkara-nynex-bloomfield-18534015>.

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 انظر

:Kalliope Vitakes-Valchine v. David Valchine, No. 4D00-2013 (Dist. Ct App. Fla. 2001). Available at: <http://caselaw.findlaw.com/fl-district-court-of-appeal/1404264.html>

آخر زيارة في 16 مارس 2014. لفظ في معهد للخصوبة

3 انظر:

Chitkara v. New York Telephone Company, 45 Fed. Appx. 53 (2d Cir. 2002). مشار إليها سابقا.

منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين من مواطني دول أخرى¹ ICSID في 2008 في قضية مشاريع خط الصحراء ضد اليمن،² قررت المحكمة أن تطرح جانباً اتفاق التسوية الذي تم التوصل إليه بين الأطراف على أساس أن هناك عيب الإكراه. وترجع وقائع القضية إلى تعاقد شركة خط الصحراء مع اليمن لتنفيذ مشروع طريق رئيس واستمرت في تنفيذ المشروع اعتماداً على تأكيدات مستمرة بدفع الأموال المستحقة لها. وعند عدم قيام اليمن بدفع المستحقات لمدة عام ونصف، قدمت شركة خط الصحراء طلباً للتحكيم وصدر حكم لصالحها. بعد الحكم بدأت مفاوضات التسوية ووافقت الشركة على قبول نصف المبلغ المستحق لها وفقاً لحكم التحكيم. ولأسباب متعلقة بتنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد بدأت الشركة في اتخاذ إجراءات التحكيم للمرة الثانية، وهنا قررت هيئة التحكيم أن تطرح جانباً اتفاق التسوية وأعاد تحكم التحكيم الأصلي، وذلك لوجود إكراه اقتصادي، استناداً إلى الإجراءات التي اتخذت خلال فترة المفاوضات والتي تضمنت التدخل المسلح ونصيحة مفادها "أنه من الأفضل أن تقبل بهذه التسوية you better take this deal" وقد لاحظت المحكمة أن "الإكراه الاقتصادي موجود في العديد من التسويات، ولا يمكن أن يكون أساس الرفض لتنفيذ الاتفاق. لكن يجب على الحكم القضائي أن يرسم الخط الفاصل بين الحتمية الاقتصادية التي يمارسها طرف على طرف آخر وعلى السير العادي للقوى الاقتصادية." ويمكن استخلاص تمييز مماثل عند تحليل الوساطة وتنفيذ الاتفاقات الناتجة عنها.

1 هذه هي الحروف الأولى لاسم المركز باللغة الإنجليزية: "International Centre for Settlement of Investment Disputes." ولمزيد من المعلومات عن اختصاصات هذا المركز والقضايا التي عرضت عليه، انظر: طه أحمد على قاسم- تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية: دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار- الإسكندرية- دار الجامعة الجديدة- 2008. ويرجى زيارة الموقع الآتي لمركز تسوية منازعات الاستثمار على شبكة الإنترنت:

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.
انظر:

Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID 2008. Available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/DesertLine.pdf>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

وبصفة عامة يمكن القول بأن المبادئ السابقة تتفق مع المبادئ العامة التي قررها القانون والفقهاء المدني في العالم العربي، حيث يعرف الإكراه¹ بأنه "ضغط يتعرض له الشخص دون وجه حق، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد."² وبناء على ذلك تكون العبرة "بما تولد في نفس المتعاقد من رهبة دفعته إلى التعاقد، وذلك بغض النظر عن الوسائل التي استعملها المكره والتي تولدت عنها تلك الرهبة."³ وقد أوردت المادة 127 من القانون المدني المصري شروطاً عامة للإكراه وذلك بقولها: "1- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس. 2- تكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحالة تصور للطرف الذي يدعها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. 3- يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه."⁴

بناء على هذا النص، يشترط لإبطال العقد لسبب الإكراه أن يكون هناك تهديد بخطر جسيم للنفس أو المال. وتقدير جسامته هذا الخطر متروك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية.⁵ وقررت محكمة النقض المصرية في حكم لها أنه "لا عبرة بالوسيلة المستخدمة في الإكراه، فيستوى أن تكون مشروعة أو غير مشروعة متى كانت من شأنها أن تشيع الرهبة في نفس الموفي وتدفعه إلى الوفاء، كما تدفع المتعاقد المكره إلى قبول التعاقد."⁶ وهذا على خلاف القانون الأمريكي الذي-كما سبق أن ذكرنا- يشترط للاعتداد بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة أن يكون العمل أو الأعمال المهدد بها غير مشروعة أو غير قانونية. أما التهديد باستخدام حق مشروع أو قانوني، مثال الحق في

- 1 والمقصود هنا الإكراه كعيب من عيوب الرضاء والذي يفسد الإرادة ولا يعدمها. فالإكراه المادي لا يقتصر على إفساد الإرادة بل يعدمها ويؤدي إلى جعل العقد باطل بطلاناً مطلقاً. انظر: الصده-المرجع السابق-ص 206. على نجيده-المرجع السابق-ص 136
- 2 انظر: على نجيده- المرجع السابق- ص 136. الصده- المرجع السابق- ص - 206.
- 3 انظر: نفس الموضوع في المرجعين السابقين.
- 4 انظر: أيضاً المادة 137 مدني قطري.
- 5 نقض مدني مصري أول مارس 1983 الطعن رقم 306 سنة 53، 21 يناير 1974، مشار إليه في على نجيده- المرجع السابق- ص 137.
- 6 نقض مدني مصري 26 يناير 1976 مجموعة أحكام النقض 27-301-68-1976 مجموعة الأحكام 27 ص 815، مشار إليه في على نجيده- المرجع السابق- ص 138.

رفع دعوى قضائية أو تهديد الاستدعاء الشرطة، لا يعتبر حسب القاعدة العامة غير قانوني ولا يتوافر بشأنه عيب الإكراه.

ويشترط- أيضا- للإكراه كعيب من عيوب الإرادة أن يصيب المكره رهبة تدفعه إلى التعاقد، وينظر في هذا الأمر إلى المعيار الذاتي - شخص المتعاقد- وليس إلى المعيار الموضوعي - الشخص المعتاد.¹ وهذا ما أقره المشرع المصري في نصه السابق الإشارة إليه. وينبغي أن تكون الرهبة موجودة في نفس المتعاقد وقت إبرام العقد، وأن تكون هي التي دفعته إلى إبرامه، فإذا اتضح أن الطرف المتعاقد قد أبرم العقد للحصول على مصلحة خاصة له، ولم تكن الرهبة هي التي دفعته إلى التعاقد، فلا يكون العقد قابلا للإبطال.²

وأخيرا، يشترط اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه، ويستوي أن يصدر الإكراه من المتعاقد الآخر أو من الغير، ولكن يشترط في الحالة الأخيرة أن يقوم المكره بإثبات أن المتعاقد الآخر كان يعلم بهذا الإكراه أو كان من المفروض حتما أن يعلم به. وهذا ما نصت عليه المادة 128 من القانون المدني المصري بقولها "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه."³

وفي الختام تجدر الإشارة إلى أهمية الاستعانة بالقضايا التي فصلت فيها المحاكم الأمريكية بخصوص اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة وذلك لعدة أسباب أهمها التشابه الكبير بين القواعد القانونية المطبقة على هذه القضايا والقواعد القانونية في مصر وقطر. وأيضا لعدم وجود أحكام صادرة في هذا الخصوص من المحاكم في البلاد العربية.

- 1 انظر: عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 131. انظر أيضا على نجيده- المرجع السابق- ص 141.
- 2 انظر: عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص 132. انظر أيضا على نجيده- المرجع السابق- ص 141.
- 3 انظر: أيضا المادة 138 مدنى قطرى.

المبحث الثاني

كيفية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره عقداً

تمهيد وتقسيم:

تعد الآلية التي يجب إتباعها لإنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره عقداً مهمة للغاية من أجل تحقيق هذا الغرض. وتجدر الإشارة إلى أن هناك تبايناً بين الكيفية المتبعة في كل من أمريكا من ناحية، ومصر وقطر من ناحية أخرى.

بناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: كيفية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره عقداً في أمريكا.

المطلب الثاني: كيفية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره عقداً في كل من مصر وقطر.

المطلب الأول

كيفية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره عقداً في أمريكا نظراً للولايات المتعددة ووجود اختصاص قضائي لكل ولاية على المنازعات المثارة، وأيضاً وجود الاختصاص القضائي الفيدرالي، فإنه يمكن القول بأنه لا يوجد قانون واحد يحكم الوساطة على المستوى الوطني¹ ولا توجد قواعد معينة خاصة بإنفاذ اتفاقات الوساطة الناتجة عن عملية الوساطة في الولايات المتحدة.² وتجدر الإشارة إلى أن العديد من هذه الولايات تبنت تشريعات منظمة للوساطة هذا من ناحية، ومن

1 على الرغم من وجود قانون الوساطة الموحد. ويعتبر هذا القانون قانوناً نموذجياً يجوز لكل ولاية تبنيه أو تبني بعض أحكامه. وقد تبني هذا القانون أكثر من 11 ولاية حتى الآن. ولمزيد من التفاصيل، يرجى زيارة الموقع الرسمي للقانون على شبكة الإنترنت:

<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act>
آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 انظر:

Edna Sussman: Survey of US Case Law on Enforcing Mediation Settlement Agreements, op. cit., p. 32.

ناحية أخرى نجد أن العديد من المحاكم طورت إجراءات متعلقة بالوساطة خاصة بها.¹ فنجد على سبيل المثال أن بعضاً من هذه الولايات تشترط أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً وموقعا عليه من قبل الأطراف، بينما تتطلب وتنص صراحة ولايات أخرى على سرية كل ما يتعلق بالوساطة.²

وتعتمد كيفية إنفاذ اتفاق التسوية كعقد في أمريكا³ على عدة عوامل منها: تفاصيل هذا العقد، وقوانين الولاية التي من المفترض أن موضوع العقد سينفذ فيه، وأخيراً أوجه الإخلال المتعلقة بهذا العقد. ويراعى الأخذ باعتبارات معينة عند التفكير بإنفاذ عقد ما منها: موضوع العقد، والتقدم، والقواعد المتعلقة بالغش والاحتيال. وتمثل هذه الاعتبارات أهمية خاصة بالنسبة للعقود المعروفة بعقود الأعمال business contracts. وعادة ما يعاني أصحاب الأعمال الصغيرة من مشاكل متنوعة تتعلق بالعقود التي يبرمونها، ومن أمثلة هذه الصعوبات: التكلفة والوقت المتطلب لعملية الإنفاذ؛ ولذلك وتجنباً لهذه الصعوبات، يلجأ هؤلاء إلى صياغة أحكام وبنود متعلقة بالإنفاذ يضمنونها في العقود التي يبرمونها.

1 المرجع السابق.

2 المرجع السابق.

3 أتوجه بالشكر إلى الأستاذ مارك ماجي المحامي في ولاية نيويورك على المعلومات القيمة التي قدمها لي بخصوص هذه الجزئية من البحث. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الجزء من البحث يعتمد اعتماداً كلياً على هذه المعلومات ذات الطبيعة العملية، بالإضافة إلى المراجع الآتية التي تعطي مزيداً من التفصيل عن الإخلال بالعقود والإجراءات المتاحة للطرف المضروب من الإخلال بالعقد:

David P. Twomey, Marianne Moody Jennings and Ivan Fox, Anderson's Business Law and the Legal Environment, 19 edition (USA: West Legal Studies, 2005) pp. 382 et seq.; William Markham, An Overview of Contract Law, 2002, available at: <http://www.markhamlawfirm.com/law-articles/contract-lawyer-san-diego/>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

See also Cheeseman, op. cit., p. 300 et seq.; Clarkson, et. al., op. cit., pp. 338-350.

وحرى بالإشارة أن القاعدة العامة في القانون الأنجلو-أمريكي تقضي بأنه إذا ما قام أحد الأطراف بالتنفيذ التام والكامل لكل بنود العقد المفروضة عليه، فإن هذا "يعفيه أو يحرره من كل المسؤولية المتولدة عن ذلك العقد رغم أن الطرف الآخر قد يبقى ملزماً بقدر الالتزامات المتعلقة به".¹ ويتم التفرقة بين الإخلال البسيط للعقد والإخلال الجوهري. فالإخلال البسيط هو ذلك الإخلال الذي يتعلق بانتهاكات لا تتعلق بالجوانب الأساسية لهذا العقد والتي تتمثل في أسعار السلع والخدمات المقدمة أو في مواعيد تسليم واستلام البضائع. ففي مثل هذه الحالات فإن شروط العقد نفسه هي التي تملّي على صاحب الحق الإجراءات التي من الممكن اتخاذها. وفي حال عدم تضمّن العقد أي إجراءات خاصة لمواجهة حالات الإخلال البسيط للعقد، فعادة ما تعطي المحكمة المختصة للطرف الذي أخل بالتزاماته وقتاً إضافياً لتلافي هذا الإخلال.²

أما إذا كان الإخلال بالعقد إخلالاً جوهرياً، فبنود العقد ذاته قد توضح كيفية التعامل في هذه الحالة. وبصفة عامة يمكن القول بأنه في حال الإخلال الجوهري بالعقد، فإن الطرف المتضرر يتم إعفاؤه من تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد. وقد يتضمّن العقد ذاته التعويضات التي يجب أن يؤديها الطرف الذي أخل بالتزاماته (التعويض الاتفاقي-الشرطي الجزائي) وذلك بغض النظر عن قيمة الضرر الذي أصاب الطرف الذي لم يخل بالتزامه.³ وقد يطلب الطرف المتضرر من المحكمة إجبار الطرف الذي أخل بالتزاماته على تنفيذ العقد بصورة عينية، وهو المقصود بالتنفيذ العيني للعقد.⁴

1 انظر على يوسف صاحب- المرجع السابق- ص 360.
2 انظر:

Cheeseman, op. cit., p. 300 et seq.; Clarkson, et. al., op. cit., pp. 338-335 and David P. Twomey, et. al., op. cit., pp. 382 et seq.

3 المراجع السابقة.
4 على يوسف صاحب- المرجع السابق- ص 361.

وتجدر الإشارة إلى أمر مهم في هذا الشأن وهو أن الطرف الذي يزعم رفع دعوى أمام المحكمة لإنفاذ العقد، عليه أن يفكر في الدفوع التي من الممكن أن يثيرها الطرف الآخر أمام المحكمة. فقد يدعي أن العقد قد شابته عيب من عيوب الإرادة، أو أنه لم تكن لديه الأهلية اللازمة لإبرام مثل هذه العقود، أو أن العقد لم يكتب على خلاف ما يفرضه القانون خصوصا فيما يتعلق بالقواعد الخاصة بالتدليس والاحتيال.¹

ومن الناحية العملية وبغرض إنفاذ العقد بصفة عامة في أمريكا، يقوم صاحب الحق بداية بالاتصال بالطرف الآخر لمعرفة ما إذا كان يعتزم القيام بالوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد. وفي حال عدم قيام الطرف الذي أخل بالتزاماته، يقوم الطرف الآخر - بعد إعدار الطرف الذي أخل بالتزاماته - برفع دعوى قانونية موضوعها الإخلال بالعقد. وقبل اتخاذ الإجراءات القانونية المتعلقة برفع دعوى أمام المحاكم، يجب التحقق من بنود العقد لمعرفة ما إذا كان يحتوي على شروط تتعلق بإجازة اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم لتسوية المنازعة المثارة. وحتى وإن لم يتضمن العقد شروطا خاصة بالتوفيق أو التحكيم، فيجوز للأطراف اللجوء إلى أحدهما أو كليهما منفردين أو مجتمعين لتسوية نزاعهم.²

وإذا لم تأت مفاوضات التسوية بنتيجة مثمرة، فيجوز لصاحب الحق أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة، وهي غالبا ما تكون أمام المحكمة التي تم في نطاقها إبرام العقد أو المحكمة التي كان من المنتظر أن ينفذ في نطاقها هذا العقد. وفي جميع الحالات، يجب أن ترفق بأوراق الدعوى نسخة من العقد المدعى الإخلال به، وأيضا كيفية الإخلال به وقبل ذلك بعض الحقائق التي صاحبت إبرام مثل هذا العقد.³

1 انظر: سابقا لمزيد من التفاصيل.
2 انظر:

Cheeseman, op. cit., p. 300 et seq.; Clarkson, et. al., op. cit., pp. 338-335 and David P. Twomey, et. al., op. cit., pp. 382 et seq.

3 المراجع السابقة.

المطلب الثاني

كيفية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره

عقدًا في كل من مصر وقطر

إذا ما اتفق الأطراف على تسوية ما من خلال عملية الوساطة، فيجدر بكل طرف أن يقوم بتنفيذ عين ما التزم به طواعية (ويطلق عليه التنفيذ العيني)، فهذا هو الأصل. فإذا لم يتم هذا الطرف، اختياريًا، بتنفيذ التزامه، أُجبر بوسائل معينة، مثل حبسه أو الغرامة التهديدية،¹ على هذا التنفيذ، الذي يسمى تنفيذًا جبريًا أو قهريًا.² وتنص الفقرة الأولى من المادة 199 من القانون المدني المصري الصادر في عام 1948 على هذا المعنى بقولها "ينفذ الالتزام جبرًا على المدين". وتنص على هذا المعنى -أيضًا- الفقرة الأولى من المادة 241 من القانون المدني القطري حيث تنص على: "إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبرًا عنه." وفي حال كون التنفيذ العيني غير ممكن، يستعاض عنه بالتنفيذ بمقابل أو ما يقال له التنفيذ بطريق التعويض.³

وسواء أكان التنفيذ عينيًا أم بمقابل، يجب على المدين، قبل أن يباشره، أن يطالب المدين رسميًا بتنفيذ التزامه ليثبت عليه تقصيره في

- 1 وقد يكون التنفيذ عن طريق الاستعانة بالسلطة العامة و يتخذ صورة الحجز على أموال المدين ولكن يشترط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي للقيام بذلك. للمزيد من التفاصيل انظر الفصل الثاني من هذه الدراسة.
- 2 انظر: محمود عبد الرحمن- النظرية العامة للالتزامات- الجزء الثاني- أحكام الالتزام- الطبعة الثانية- القاهرة- دار النهضة العربية- ص 3. انظر -أيضًا- رمضان أبو السعود- أحكام الالتزام- الإسكندرية- دار المطبوعات الجامعية- 1998- ص 47. مندر الفضل- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية- الجزء الثاني- أحكام الالتزام- عمان- مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع-1992- ص 11.
- 3 انظر: سعيد مبارك و حسن حسين البراوي- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري- الجزء الثاني- أحكام الالتزام- الدوحة- جامعة قطر- ص 5. عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات-المصادر- الأحكام- الإثبات-القاهرة - دار النهضة العربية- 1994- ص 377. محمود عبد الرحمن-المرجع السابق-ص 3. رمضان أبو السعود- المرجع السابق-ص 49.

الوفاء، وتسمى هذه المطالبة بالإعذار. ¹وبعبارة أخرى، الإعذار هدفه مجرد التنبيه على المدين قبل الشروع في اتخاذ الإجراءات القضائية في سبيل الحصول على حكم بإلزامه وإكراهه على التنفيذ العيني.² وسنتناول لاحقاً شروط التنفيذ العيني للالتزام والتنفيذ بطريق التعويض (التنفيذ بمقابل) وذلك عند الحديث عن إنفاذ اتفاق التسوية عن طريق المحاكم.

الفصل الثاني

الإنفاذ الإجرائي لاتفاق التسوية الناتج عن الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات التجارية

تمهيد وتقسيم:

قد يتم إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة بتدخل من المحاكم أو من هيئة تحكيمية إذا ما كان النزاع معروضا عليها للفصل فيه. بناء على ذلك سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:
المبحث الأول: دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات التجارية.
المبحث الثاني: دور التحكيم في إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات التجارية.

المبحث الأول

دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات التجارية

تمهيد وتقسيم:

كما يمكن أن يتم إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة بالطريقة المألوفة باعتباره عقداً، فإنه يجوز -أيضاً- إنفاذه بواسطة حكم أو قرار صادر من المحكمة.

1 انظر: محمود عبد الرحمن- المرجع السابق- ص 26.

2 انظر: رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص 57-58.

وفي هذا المطلب سنتناول تفصيل هذا الوضع في التشريعات التي تبنته. وبناء على ذلك، سنتناول المادة السادسة من التوجيه الأوروبي بشأن الوساطة وتشريعات بعض الدول الأوروبية (إنجلترا- إيطاليا- فرنسا) إلى أقرت وتبنت هذا التوجيه. ونظرا لعدم وجود آلية واحدة لإنفاذ اتفاق التسوية في الولايات المتحدة، سنعرض لمثال خاص بولاية كولورادو والتي تسمح - وفقا لقانون تسوية المنازعات- للمحاكم أن تتدخل من أجل إنفاذ اتفاق التسوية بحكم أو قرار، حتى ولم تكن هناك إجراءات قضائية قد بدأت بالفعل. وبعد ذلك سنعرض لمشروع قانون الوساطة المصري والذي يعطي المحاكم سلطات محددة لإنفاذ اتفاقات التسوية سواء أكانت هذه التسويات ناتجة عن وساطة قضائية أم وساطة اتفاقية. وبعد ذلك سنشير إلى ما أورده مشروع قانون التوفيق (الوساطة) القطري بخصوص إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن التوفيق.

بناء على ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية:
المطلب الأول: دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية وفقا للتوجيه الأوروبي للوساطة وتشريعات بعض الدول الأوروبية.
المطلب الثاني: دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية وفقا لقانون تسوية المنازعات في ولاية كولورادو الأمريكية.
المطلب الثالث: دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية وفقا لمشروع قانوني الوساطة المصري والتوفيق القطري.

المطلب الأول

دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية وفقا للتوجيه الأوروبي للوساطة وتشريعات بعض الدول الأوروبية

تقسيم:

الفرع الأول: مقدمة عن التوجيه الأوروبي الخاص بالوساطة.
الفرع الثاني: إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة في إنجلترا.
الفرع الثالث: إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة في إيطاليا.
الفرع الرابع: إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة في فرنسا.

الفرع الأول

مقدمة عن التوجيه الأوروبي الخاص بالوساطة

أصدر البرلمان الأوروبي في 21 مايو 2008 التوجيه رقم 2008/52/EC المتعلق ببعض جوانب الوساطة في الموضوعات المدنية والتجارية. ووفقاً للمادة 12 من التوجيه تلتزم كل الدول الأعضاء² بتطبيق أحكام التوجيه قبل 21 مايو 2011 وذلك باستثناء نص المادة العاشرة والتي يجب التقيد بأحكامها يوم 21 نوفمبر 2010.³

1 تم نشر هذا التوجيه في الجريدة الرسمية بالاتحاد الأوروبي في 24 مايو 2008. ووفقاً لنص المادة 13 من التوجيه، فإنه يدخل حيز التنفيذ بعد 20 يوماً من نشره في الجريدة الرسمية. يمكن الحصول على نسخة من التوجيه من:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

وعن نظام إنفاذاتفاقات التسوية في الاتحاد الأوروبي بصفة عامة، راجع:

R. Jagtenberg & A. de Roo, 'Enforcing Mediated Settlements in Europe' in C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010) p. 271 et seq.

2 اختارت دولة الدنمارك عدم التقيد بأحكام هذا التوجيه، انظر بند 30 من الديباجة والفقرة 1 من المادة 1 من التوجيه.

3 انظر:

Felix Steffek, 'Mediation in the European Union: An Introduction', p. 8. Available at:

http://www.diamesolavisi.net/kiosk/documentation/Steffek_Mediation_in_the_European_Union.pdf

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

وانظر أيضاً:

Nadja Alexander, 'Harmonization and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform' in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2013) p. 172 et seq.

- ويمكن القول إن الأهداف الأساسية لهذا التوجيه هي:⁴
- تشجيع الدول الأعضاء على تبني "الوساطة" كآلية مستقلة من آليات فض المنازعات، وبصفة خاصة مستقلة عن إجراءات تسوية المنازعات عن طريق الإجراءات القضائية العادية. بناءً على ذلك فإن هذه الدول يجب عليها اتخاذ ما يلزم من أجل منح المحاكم سلطة اقتراح الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات على الأطراف في المنازعات المدنية أو التجارية، والتي غالبًا ما تكون منازعات عابرة للحدود cross-border disputes.⁵ ويلاحظ أن آلية الوساطة - في نظر المفوضية الأوروبية - لا تفضي إلى حرمان الأطراف من اللجوء إلى الإجراءات القضائية العادية، أي أنها لا تعد طريقًا بديلًا نهائيًا. ولكن يجب النظر إليها على اعتبار أنها آلية من آليات حل المنازعات بصفة عامة.⁶
 - من الممكن أن يضاف إلى ذلك هدف آخر للتوجيه الأوروبي المتعلق بالوساطة، وهو أنه يرمي إلى تدعيم جودة إجراءات الوساطة، وبالتالي تعزيز ثقة الأطراف والمتعاملين بصفة عامة في عملية الوساطة وذلك عن طريق تبني إطار عام ووجود حد أدنى من الشروط التي يجب أن تلتزم بها الدول الأعضاء دون اللجوء إلى خلق إجراء موحد للوساطة أو تنظيم مهنة الوسيط.⁷
- وفي اعتقادنا يهدف التوجيه الأوروبي المتعلق بالوساطة أساسًا إلى تشجيع استخدامها في المنازعات المدنية والتجارية على أساس أنها آلية

4 انظر: محمد سالم أبو الفرج - المرجع السابق- ص 102-103.

5 انظر: المادة 3 من التوجيه.

6 انظر: الفقرة الخامسة والفقرة الرابعة عشر من ديباجة التوجيه.

7 انظر:

The European Parliament, Cross-Border Alternative Dispute Resolution in the European Union, a report published by the European Parliament 2011, p. 64. This document is available at: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/dv/adr_study/_adr_study_en.pdf

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

سريعة وغير مكلفة في تسوية المنازعات.⁸ ويهدف -أيضاً- إلى محاولة خلق قواعد قانونية متجانسة فيما يتعلق بآلية الوساطة كطريق لفض المنازعات في دول الاتحاد الأوروبي، وذلك بمعالجته موضوعات مهمة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالوساطة، مثل: موضوع الالتزام بالسرية وموضوع إنفاذ الاتفاقات الناتجة عن استخدام آلية الوساطة.⁹

ويطبق التوجيه - حسب نص المادة الأولى منه - على الوساطة في "المنازعات العابرة للحدود المتعلقة بموضوعات مدنية أو تجارية." عبارة أخرى فإنه لا ينطبق إلا على المنازعات التي تتجاوز حدود الدولة العضو cross-border disputes.¹⁰ ولذلك فإنه لا يطبق على عمليات الوساطة المحلية إلا إذا قامت الدولة المعنية بمد نطاق تطبيقه إلى هذا النوع من الوساطة.¹¹ ونتيجة لذلك لا تسري أحكامه - بحسب الأصل - على منازعة بين شركتين فرنسيتين أو بين شركتين ألمانيتين.¹²

8 انظر أيضاً: John M. Bosnak, op. cit., p.

=629.

يركز الكاتب على أهمية التوجيه للتخفيف من عدد القضايا التي تعرض على المحاكم وأيضاً تكلفة هذه الإجراءات القضائية. ويذكر الكاتب دولة إيطاليا (تبنّت التوجيه في عام 2010-الوساطة إجبارية في موضوعات متعددة) كمثال على هذا، حيث أن أهم ما ذكر لتبنيها هذا التوجيه هو تخفيف العبء الكبير من على المحاكم فيما يتعلق بالقضايا المدنية التي كانت تستغرق حوالي 8 سنوات للفصل في إحداها.⁹

9 يذكر أن التوجيه لا يلزم الدول الأعضاء بتبني أوامر الوساطة الإجبارية عن طريق المحاكم لكن في نفس الوقت لا يمنع هذه الدول من تبني هذا النوع من الوساطة (المادة الخامسة من التوجيه) انظر: Felix Steffek, op. cit., p. 10

10 انظر: الفقرة الثانية من المادة الأولى والفقرة الأولى من المادة الثانية والفقرة الثامنة من الديباجة. انظر: John M. Bosnak, op. cit., p. 633.

متسانلاً لماذا يجب أن نعطي حماية أقل لإجراءات الوساطة الداخلية من تلك الممنوحة إلى العابرة للحدود. ويشير إلى أن المحامين وأصحاب الأعمال يفضلون أن يمتد نطاق تطبيق التوجيه إلى الوساطة الداخلية. انظر: الفقرة الثامنة من الديباجة والتي تنص على الآتي:

11 وانظر أيضاً:

Gordon Blanke, 'The Mediation Directive: What Will it Mean for Us?' (2008) 74 (4) Arbitration [The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management]" (The Journal

والمنازعة التي تتجاوز حدود الدولة هي "المنازعة التي يكون أحد أطرافها - على الأقل - مقيم أو له موطن معتاد في دولة عضو بخلاف ذلك الخاص بالطرف الآخر...."¹³ وبناءً على ذلك يمكن القول أن هذا التوجيه يسري على عملية وساطة بين أطراف من دول أعضاء في الاتحاد الأوروبي، وأيضاً على عملية الوساطة التي تشمل طرفاً من دولة ليست عضواً في الاتحاد.¹⁴ ويمكن أن يفضي هذا الطرح إلى تعقيدات قانونية وعدم يقين من الناحية القانونية. فالدول الأعضاء تتمتع بحق تقييد أو بسط نطاق تطبيق التوجيه إلى أطراف ينتمون إلى دول غير أعضاء في الاتحاد الأوروبي، وهذا يعني شيئاً واحداً وهو أن النصوص التشريعية المتعلقة بالوساطة سوف تنجزاً وتنقسم في القانون الوطني.¹⁵

of the Chartered Institute of Arbitrators) Published by Sweet & Maxwell], pp. 441-442.

وأيضاً:

David Cornes, 'Mediation Privilege and the EU Mediation Directive: An Opportunity ' (2008) 47 (4) Arbitration, p. 395 and p. 404.

Peter Phillips, op. cit., p.2.

12 انظر:

13 تنص المادة الثانية على:

"For the purposes of this Directive a cross-border dispute shall be one in which at least one of the parties is domiciled or habitually resident in a Member State other than that of any other party on the date on which:

- (a) the parties agree to use mediation after the dispute has arisen;
- (b) mediation is ordered by a court;
- (c) an obligation to use mediation arises under national law; or
- (d) for the purposes of Article 5 an invitation is made to the parties...."

14 انظر:

Eva- Maria Henke, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive (Germany: Druck und Bindung, 2009) p. 23.

15 المرجع السابق- ص 24.

وتسري نصوص التوجيه على المنازعات التي تثار بخصوص الموضوعات المدنية والتجارية فقط.¹⁶ وهذا ما أكدته المادة الأولى من التوجيه.¹⁷ ولكن الحقوق والواجبات التي ليست تحت تصرف الأطراف بموجب القانون ذات الصلة والواجب التطبيق، فإنها مستبعدة من نطاق تطبيق التوجيه.¹⁸ وتعتبر الحقوق والواجبات المتولدة عن نصوص قانون الأسرة وقانون العمل أمثلة لتلك الحقوق والواجبات المستبعدة من نطاق تطبيق التوجيه.¹⁹ ويذهب البعض إلى القول بأن التوجيه يمكن أن يسري على فئة من الحقوق الناشئة عن القوانين المتعلقة بالأسرة والمواريث والإفلاس طالما أن الأطراف يستطيعون التصرف فيها.²⁰

ومن المعلوم أن تقييد نطاق تطبيق التوجيه بالموضوعات المدنية والتجارية يرجع إلى نصوص معاهدة إنشاء الجماعة الأوروبية والتي تحصر سلطات البرلمان الأوروبي في إصدار تشريعات متعلقة بموضوعات مدنية وتجارية فقط.²¹ ومن الواجب الإشارة إلى أن التوجيه

16 ويعني هذا أن الالتزام بالسرية المنصوص عليه في المادة السابعة من التوجيه لا يسري على القضايا الجنائية أو الإدارية ما لم يكن القانون الداخلي للدولة العضو يقضي بغير ذلك. راجع أيضاً:

John M. Bosnak, op. cit., p. 633.

17 انظر: أيضاً الفقرة العاشرة من الديباجة والتي تنص على

"The Directive should apply in civil and commercial matters. However, it should not apply to rights and obligations on which the parties are not free to decide themselves under the relevant applicable law. Such rights and obligations are particularly frequent in family law and employment law."

18 الفقرة الثانية من المادة الأولى من التوجيه.

19 انظر: الفقرة العاشرة من الديباجة.

20 انظر:

Eva- Maria Henke, op. cit., p. 25. See also Michel Kallipetis, 'The European Directive Scuppered'. Available at: <http://www.kallipetis.com/articles.html>. under section 6.

21 انظر:

The European Commission, 'Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Certain Aspects of Mediation in Civil and

لا يسري على فئة أخرى من الموضوعات وهي موضوعات الضرائب والمسائل الإدارية والأفعال والامتيازات التي تصدر عن الدولة بصفقتها سلطة عامة [actaiureimperii]. أما الأعمال والتصرفات التي تصدر عن الدولة بصفقتها شخصاً عادياً من أشخاص القانون الخاص [actaiuregestionis] فإن التوجيه يسري بصددها.²²

إنفاذ الاتفاقات: المادة السادسة من التوجيه

تعالج المادة السادسة من التوجيه الأوروبي المتعلق ببعض جوانب الوساطة في الموضوعات المدنية والتجارية والصادر في عام 2008، موضوع إنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة. فوفقاً لهذه المادة²³ ينبغي على الدول الأعضاء العمل على إتاحة الفرصة لأطراف الوساطة، أو لأحدهما بالرضاء الصريح من الأطراف الأخرى،²⁴ أن يطلب جعل محتوى اتفاق مكتوب ناجم عن الوساطة قابلاً للإنفاذ. ويجوز لدولة عضو

Commercial Matters' COM (2004) 718 final, 2004/0251 (COD), p. 4. This document is available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

وانظر أيضاً: John M. Bosnak, op. cit., p. 632.

22 انظر: Eva- Maria Henke, op. cit., p. 25.

23 وتنص الفقرة الأولى من المادة السادسة على:

"Member States shall ensure that it is possible for the parties, or for one of them with the explicit consent of the others, to request that the content of a written agreement resulting from mediation be made enforceable. The content of such an agreement shall be made enforceable unless, in the case in question, either the content of that agreement is contrary to the law of the Member State where the request is made or the law of that Member State does not provide for its enforceability."

24 يعني هذا أن موافقة كل الأطراف المعنية شرط للحصول على الإنفاذ. بناء على ذلك فإن اتفاق للتسوية لا يمكن إنفاذه في حالة اعتراض طرف من الأطراف. انظر:

Mark C Hilgard and Jan Wendler, op. cit., p. 195. See also Felix Steffek, op. cit., p. 11.

رفض جعل مثل هذا الاتفاق قابلاً للإنفاذ إذا كان محتواه مخالفاً لقانونها أو إذا كان قانونها لا ينص على تطبيق وتنفيذ محتوى هذا الاتفاق.¹ وتكفل الاتفاق.¹ وتكفل الدول الأعضاء "للأطراف، أو لوحد منهم بموافقة صريحة من الآخرين، أن يطلب أن يكون مضمون اتفاق مكتوب قابلاً للإنفاذ بواسطة محكمة أو سلطة مختصة أخرى عن طريق حكم أو قرار أو عن طريق وسيلة موثقة أو مشهورة وذلك وفق القانون الدولة العضو حيث يقدم الطلب."² وتلتزم الدول الأعضاء بإبلاغ المفوضية الأوروبية بالمحاكم أو غيرها من السلطات ذات الشأن والتي تختص بإنفاذ هذه الاتفاقات.³

ويهدف هذا الالتزام إلى التيسير على الأطراف في الحصول على وسائل لإنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة من عملية الوساطة.⁴ وهذا مسلك حسن وذلك لاختلاف اللغات والقوانين في دول الاتحاد الأوروبي. وعادة ما تمنح قوانين هذه الدول المحاكم السلطة الكافية لغرض الاعتراف باتفاقات التسوية المتحصلة عن استخدام آلية الوساطة، وذلك لأنها عقود ملزمة وقابلة للإنفاذ.⁵

1 مضمون هذه المادة مماثل إلى حد كبير لمحتوى الفقرة 19 من ديباجة التوجيه.

2 الفقرة الثانية من المادة السادسة من التوجيه:

"The content of the agreement may be made enforceable by a court or other competent authority in a judgment or decision or in an authentic instrument in accordance with the law of the Member State where the request is made."

3 الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجيه:

"Member States shall inform the Commission of the courts or other authorities competent to receive requests in accordance with paragraphs 1 and 2."

4 انظر:

Bettina Kootzl and Evelyn Zack, op. cit., p. 671.

5 انظر:

Peter Phillips, op. cit., p.2.

وكما هو واضح فإن التوجيه يدعو الدول الأعضاء إلى العمل على إتاحة الفرصة لأطراف الوساطة، أو لأحدهما بالرضاء الصريح من الأطراف الأخرى، أن يطلب جعل محتوى اتفاق مكتوب ناتج عن الوساطة قابلاً للإنفاذ. ويجوز لدولة عضو رفض جعل مثل هذا الاتفاق قابلاً للإنفاذ إذا كان محتواه مخالفاً لقانونها أو إذا كان قانونها لا ينص على تطبيق وإنفاذ محتوى هذا الاتفاق.

وفي النقاط التالية سنتناول آلية تطبيق هذا التوجيه داخل بعض الدول الأوروبية، مشيرين في الوقت نفسه إلى إجراءات إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة المحلية. ففي الفقرات التالية سنتعرض لأنظمة إنفاذ هذه الاتفاقات في كل من إنجلترا وإيطاليا وفرنسا.

الفرع الثاني

إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة في إنجلترا

من المسلم به جيداً أن الوساطة في المملكة المتحدة تعد وسيلة مقبولة من وسائل فض المنازعات بالطرق البديلة. ويفرض القانون على الأطراف الذين يرغبون في اتخاذ الإجراءات القضائية أن يفكروا في تسوية نزاعهم بأية وسيلة من وسائل تسوية المنازعات بالطرق البديلة، وتتمتع المحاكم في هذا الصدد بسلطات واسعة وذلك لتشجيع الأطراف على استخدام الوساطة. وعند النظر في تطبيق التوجيه الأوروبي المتعلق بالوساطة، رأت وزارة العدل أن القانون الممارس في إنجلترا وويلز يمثلان بالفعل نموذجاً كبيراً منهما مع نصوص التوجيه، ولكن كان هناك حاجة إلى تشريعات إضافية لتحقيق جوانب معينة وإدخالها حيز النفاذ.² وتم تطبيق التوجيه الأوروبي

1 انظر: عن نظام إنفاذ الأحكام في إنجلترا بصفة عامة:

N. Andrews & R. Turner, 'The System of Enforcement of Civil Judgments in England' in C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010) p. 127 et seq.

2 انظر:

Linklaters, *Commercial Mediation: A Comparative Review*, 2013.p. 43. Available at:

بموجب قواعد الوساطة العابرة للحدود (توجيه الاتحاد الأوروبي) The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011 والذي دخل حيز التنفيذ في 20 مايو 2011، والتعديلات على الجزء 78 من قواعد الإجراءات المدنية Civil Procedure Rules 2011. وتطبق هذه الأحكام على الوساطات العابرة الحدود فقط، حيث قررت وزارة العدل أن الأحكام التي تضمنها التوجيه لا ينبغي أن تمتد إلى الوساطات المحلية في المملكة المتحدة.²

وحيثما يتفق الأطراف على تسوية نزاعاتهم، فإن المحكمة عادة ما تقر بنود هذه التسوية وذلك إعمالاً لقواعد السياسة العامة التي تقضي "بتجنب اللجوء إلى المحاكم واتخاذ إجراءات التقاضي" وأيضاً إلى المبادئ التي تقضي بـ "تشجيع تسوية المنازعات ودياً".³ وعندما يتفق الأطراف على تسوية معينة وواضحة في بنودها، فإن موقف محكمة الاستئناف الإنجليزية واضح في هذا الشأن حيث إنها تقر في الغالب الأعم من القضايا هذه التسويات.⁴ وفي حكم حديث نسبياً لها، أشارت هذه المحكمة إلى أن "برنامج محكمة الاستئناف الخاص بالآليات البديلة لتسوية المنازعات حقق نجاحاً مشجعاً ومرتفع النسبة، وأنه كموضوع

<http://www.linklaters.com/Publications/Commercial-mediation-comparative-review-2013/Pages/Index.aspx>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

1 انظر:

Jens M. Scherpe and Bevan Marten, 'Mediation in England and Wales: Regulation and Practice' in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2013) p. 370.

2 انظر:

Linklaters, *op. cit.*, p. 43.

3 انظر:

Penny Brooker, *Mediation Law: Journey Through Institutionalism to Juridification* (London: Routledge, 2013) p. 87.

4 المرجع السابق.

متعلق بالسياسة العامة، يكون من المهم لهذه المحكمة أن تقر وتعترف بالتسويات الواضحة التي يتفق عليها الأطراف خلال عملية الوساطة"¹ وفي حال رفض أحد الأطراف الالتزام ببنود اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، فإنه يكون من حق الطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة. ولجؤه هذا إلى المحكمة يتوقف على ما إذا كان الأطراف قد بدأوا في إجراءات التقاضي أم لا.² فإذا كان الأطراف قد اتفقوا على تسوية النزاع المثار بينهم عن طريق الوساطة قبل البدء في إجراءات التقاضي، فيكون لهم الحق في التقدم إلى المحكمة للحصول على أمر *a court order* لإنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة. وفي مثل هذه الحالات وقبل إصدار مثل هذه الأوامر، تتأكد المحاكم من مشروعية هذه الاتفاق وتوافقها مع القواعد والمبادئ المعمول بها في قانون العقود³. principles of contract law

أما إذا كان الأطراف قد بدأوا بالفعل إجراءات التقاضي وحصل خلالها أن تم التوصل إلى تسوية للنزاع القائم بينهم، فإن جانباً من الفقه اقترح قائمة من الطرق والوسائل التي يجوز اللجوء إليها من أجل تسجيل أو قيد هذا الاتفاق مع المحكمة. وفي الحقيقة فإن هذه الطرق أو الوسائل تعتمد أساساً على "تشعب وتعقد موضوع النزاع *complexity of the dispute*"⁴ فعلى سبيل المثال يكون للأطراف التقدم للحصول على حكم أو أمر بخصوص دفع مبلغ معين أو استخدام ما يعرف بـ *consent order* لإعلام المحكمة ببنود اتفاق التسوية. وقد يلجأ الأطراف إلى *staying proceedings on the agreed terms* " أمر

1 انظر حكم المحكمة في:

Rothwell v. Rothwell (2008)EWCA CIV 1600, p. 8.

Brooker, op. cit.,p. 87.

Brooker, op. cit.,p.

2 انظر:

3 انظر:

88.

4 انظر:

(references omitted)*Brooker, op. cit.* 88.

إيقاف الإجراءات لتنفيذ البنود والشروط المتفق عليها في اتفاق التسوية.¹

ويراعى في كل الحالات المتقدمة وغيرها أن تكون المحكمة مختصة بنظر النزاع حتى يجوز لها إصدار الأمر أو القرار المطلوب إصداره. وحينما تكون بنود اتفاق التسوية خارجة عن سلطات المحكمة أو غير متعلقة بموضوع القضية التي تختص بنظره المحكمة، فينصح باللجوء إلى استخدام ما يعرف بـ "أمر توملين Tomlin order"². ويستخدم Tomlin order عندما يكون الأطراف قد بدأوا في إجراءات التقاضي ولكن اختاروا تسوية النزاع القائم بينهم عن طريق الوساطة وذلك لأن المحكمة أوقفت الإجراءات القضائية انتظاراً للنتيجة التي من الممكن للأطراف التوصل إليها من خلال استخدامهم إحدى الطرق البديلة لفض المنازعات (مثل الوساطة) أو لأن الأطراف قد لجؤوا إلى الوساطة من تلقاء أنفسهم. ويتم بعد ذلك إقرار وتسجيل اتفاق التسوية في Tomlin order والذي يكون أثره المباشر في إيقاف الإجراءات القضائية.³

وتتكون صيغة Tomlin order على النحو التالي:

"إن الأطراف قد وافقت على الشروط المبينة في الجدول المرفق وأمر بالآتي بعد موافقتهم: أن إيقاف جميع الإجراءات الأخرى في هذا الادعاء ليس له إلا غرض واحد وهو وضع هذه الشروط موضع التنفيذ. ويكون للأطراف الحرية في التقدم بطلبات لوضع هذه الشروط موضع التنفيذ."⁴

1 انظر: المرجع السابق.

2 انظر: المرجع السابق.

3 انظر: المرجع السابق.

4 وتقر الفقرة السادسة من المادة 40 من قواعد الإجراءات المدنية في إنجلترا وويلز هذا الأمر القضائي. انظر:

Brooker, op. cit. 88 and Leigh Ellis, 'Tomlin Order' (November 2013) available

ويكون لهذا الأمر ثلاث صور:¹

- 1- إيقاف الإجراءات لتنفيذ البنود والشروط المتفق عليها.
- 2- دفع أموال معينة وفوائدها إلى المحكمة عندما تتطلب هذه الشروط والبنود ذلك.
- 3- تقييم النفقات والمصروفات، سواء التي أنفقت من جانب الأطراف أم من خلال الأموال العامة.

ووفقاً للفقرة الأولى من المادة 78.24 من قواعد الإجراءات المدنية يكون اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة العابرة للحدود قابلاً للإنفاذ من قبل المحكمة بناء على طلب الطرفين، أو أحدهما بموافقة صريحة من الآخرين. ويكون طرفاً في اتفاق تسوية الوساطة، الشخص الذي: (أ) يوافق في اتفاق التسوية على أنه ينبغي أن يصدر أمر إنفاذ متعلق بتلك التسوية؛ (ب) يكون طرفاً في الطلب بموجب الفقرة (1)، أو (ج) ويكون قد وافق كتابة للمحكمة على طلب أمر إنفاذ اتفاق التسوية، حيث يفترض أن هذا الطرف قد أعطى موافقة صريحة على طلب هذا الأمر.² وعندما يتقدم شخص ما بطلب إنفاذ اتفاق تسوية ناتج عن وساطة والذي يتضمن صراحة عملة أجنبية، فإن الطلب يجب أن يحتوي على شهادة مكتوب بها

at:<http://www.drukker.co.uk/publications/reference/tomlin-order/#.UuVM0NLfrs1>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.
1 انظر الفقرة السادسة من المادة 40 من قواعد الإجراءات المدنية في إنجلترا وويلز. وانظر أيضاً:

Brooker, op. cit. 89.

2 القاعدة 78.24، الفقرة 7 من قواعد الإجراءات المدنية. انظر أيضاً:
Elena D'Alessandro, 'Enforcing Agreements Resulting from Mediation within the European Judicial Area: A Comparative Overview from an Italian Perspective (October 1, 2011). Available at: SSRN: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1950988> p. 21.

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

(338) الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

المبلغ المتبقي بالجنية الإسترليني المستحق بموجب الأمر في نهاية يوم العمل السابق على تاريخ تقديم الطلب.¹
الفرع الثالث

إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة في إيطاليا
تم تطبيق التوجيه الأوروبي المتعلق بالوساطة في إيطاليا في 24 مارس 2010 بواسطة المرسوم التشريعي رقم 28/2010 (*decreto legislativo* 28/2010). وهذا المرسوم التشريعي الجديد رقم 28 لسنة 2010 لا يقتصر تطبيقه على الوساطة العابرة للحدود، ولكنه يطبق أيضا على عملية الوساطة الداخلية.³

ويشترط لكي تكون اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة التي تتم في إيطاليا قابلة للإنفاذ، أن تكون مكتوبة وموقعاً عليها من قبل الأطراف. ويتم إنفاذ هذه الاتفاقات من قبل رئيس المحكمة المختصة (Tribunale) بناء على طلب يقدم من طرف من الأطراف (ما يسمى " الموافقة على التنفيذ *homologation* " أو "القيام بإجراءات التنفيذ *exequatur proceedings* "). وبعبارة أخرى، فإنه لا يمكن تنفيذ مثل هذه التسويات جبريا إلا بعد أن يتم إقرارها من قبل المحكمة المختصة.⁴

1 انظر المادة 78.25 . و انظر أيضا: المرجع السابق- نفس الموضوع.
2 انظر:

Giuseppe De Palo and Lauren Keller, 'Mediation in Italy: Alternative Dispute Resolution for All' in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2013) p. 669 et seq.
3 المرجع السابق- ص 670. و انظر أيضا:

Elena D'Alessandro, *op. cit.* p. 6

4 انظر:

Elena D'Alessandro, *op. cit.*, p. 7.

والغرض من شرط الكتابة¹ والتوقيع هو تفويت الفرصة على أي من الأطراف من التنصل في وقت لاحق من اتفاق التسوية الذي تمت الموافقة عليه.²

وفي النقاط التالية تلخيص لأهم المبادئ التي قررها المرسوم التشريعي رقم 28 لسنة 2010:³

(أ) أمر التنفيذ الصادر من رئيس المحكمة (الأمر بالتنفيذ) هو الإجراء العامل لإنفاذ اتفاقات الوساطة.

(ب) يجب الحصول على أمر التنفيذ بناء على طلب من أحد الأطراف المعنية، حتى دون الحصول على موافقة صريحة من الآخرين.

(ج) لا يوجد حد زمني يتم التقيد به من أجل إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة.

(د) تجري إجراءات التنفيذ بدون سماع أقوال الطرف الآخر *inaudita altera parte*.

(هـ) يقوم رئيس المحكمة بالتأكد من وجود اتفاق تسوية، وذلك قبل إصدار أمر التنفيذ. وبالتالي، يجوز رفض طلب الإنفاذ إذا ظهر أن الاتفاق يخالف السياسة العامة الإيطالية أو قاعدة من القواعد الأمرة الإيطالية (ما يسمى *imperativa norma*).

ولا تتضمن المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 28 لسنة 2010 أي التزامات واضحة على القضاة لتبرير رفضهم طلب الإنفاذ. ومع ذلك، فإن ذكر أسباب مثل هذا القرار تكون مفيدة بلا شك. حتى لو أمرت المحكمة بقبول الطلب، يكون لأي طرف في أي وقت البدء في اتخاذ

1 لا يجوز إنفاذ اتفاقات التسوية الشفوية في القانون الإيطالي. و الاتفاقات المكتوبة يجب أن تحتوي على العناصر الآتية: 1- شرح لحقوق والتزامات الأطراف، 2- توقيع الأطراف، 3- توقيع الوسيط. انظر المرجع السابق- ص 6- هامش 10.

2 انظر المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 28/2010. و انظر أيضا: Elena D'Alessandro, op. cit. pp. 6-7.

3 انظر:

Elena D'Alessandro, op. cit. p. 7

الإجراءات اللازمة لإبطال أو فسخ الاتفاق (وذلك عندما يكون القانون الإيطالي هو القانون الواجب التطبيق) الذي أعلن سابقاً أنه قابل للتنفيذ، على الرغم من وجود خطأ قانوني يتعلق بموضوع النزاع أو على أساس عدم الأهلية القانونية.²

وبالإضافة إلى ذلك، يجوز للأطراف، أو لواحد منهم، أن يطلب بطلان الاتفاق إذا كان هذا الاتفاق يتعلق بعقد غير مشروع.³ فوفقاً للقانون الإيطالي، لا يوجد اختلافات بين تسوية تم التوصل إليها من خلال عملية الوساطة وتسوية تم التوصل إليها من قبل الأطراف دون مساعدة من وسيط. ففي كلتا الحالتين يتم معاملة الاتفاقات وفقاً للقواعد المطبقة على العقود.⁴

ومن ناحية أخرى، ومع ذلك، يكون تنفيذ اتفاقات الوساطة التي تم إقرارها من جانب المحكمة المختصة في إيطاليا، بنفس الشروط الخاصة بتنفيذ أحكام المحاكم. ولا تتضمن المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 2010/28 أحكاماً بشأن إمكانية الاستئناف من قبل صاحب طلب الإنفاذ الذي رفض طلبه. ولكن الرأي الغالب في إيطاليا يعطيه مثل هذا الحق.⁵ وفيما يخص الوساطة المتعلقة بالمنازعات العابرة للحدود، تكون اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة بهذه المنازعات قابلة للإنفاذ عن طريق رئيس المحكمة المختصة حيث يجري تنفيذ الاتفاق في نطاق اختصاصه.⁶ ويشترط للحصول على تصريح الإنفاذ تقديم طلب من أحد الأطراف، وبدون الموافقة الصريحة من الأطراف الآخرين. وذلك على

1 المادة 1969 من القانون المدني الإيطالي.
2 انظر:

Elena D'Alessandro, op. cit. p. 7
3 المادة 1972 من القانون المدني الإيطالي.
4 انظر: Elena D'Alessandro, op. cit. p. 8.
5 انظر المرجع السابق- ص 9.
6 انظر المرجع السابق- ص 19.

الرغم من اشتراط الفقرة الأولى من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي المتعلق بالوساطة حصول موافقة صريحة من الأطراف الأخرى.¹ وقد أكد غالبية الفقه الإيطالي توافق المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 28/2010 مع الفقرة الأولى من المادة 6 من التوجيه الأوروبي المتعلق بالوساطة EC45/52/2008. ويستندون في ذلك على أن الفقرة الأولى من المادة السادسة تضع فقط حدودا دنيا للالتزام بها؛ وذلك لتشجيع الوساطة في القضايا المدنية والتجارية العابرة للحدود. والحد الأدنى لهذه المعايير يتمثل في أن اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة يكون قابلا للإنفاذ بموافقة الأطراف على ذلك. ومع ذلك، فإن الدول الأعضاء تتمتع بحرية تامة وفقا لنصوص التوجيه في تطبيق قواعد أكثر ملاءمة وفقا لمبدأ الاستقلال الوطني. وهذا هو الحال في إيطاليا.² ومن أجل الحصول على تصريح بإنفاذ اتفاق تسوية ناتج عن وساطة متعلقة بمنازعة عابرة للحدود، يتعين على رئيس المحكمة أن يتأكد بصفة أولية من وجود اتفاق. بالإضافة إلى ذلك، فإنه يجوز رفض الطلب إذا ظهر أن اتفاق التسوية مخالف للسياسة العامة أو لأية قاعدة من القواعد الأمرة الإيطالية.³ ومن المثير للاهتمام أن نلاحظ أنه- على خلاف الوساطة المحلية- هناك نوعا من البدائل للحصول على طريقة لإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة المتعلقة بالمنازعات العابرة للحدود:⁴ الطريق الأول يتمثل في جعل اتفاق التسوية قابلا للإنفاذ في الدولة التي جرت فيها إجراءات الوساطة وذلك لغرض الحصول على اعترافها في دول أوروبية أخرى وفقا للقواعد (EC) رقم 2004/805⁵ والقواعد (EC) رقم 2001/44.¹

- 1 المرجع السابق- نفس الموضوع.
- 2 المرجع السابق- نفس الموضوع.
- 3 انظر المرجع السابق- ص 20.
- 4 المرجع السابق- نفس المرجع.
- 5 انظر:

الطريق الثاني يتمثل في جعل اتفاق التسوية قابلاً للإنفاذ، لأول مرة، في الدولة العضو التي سوف يجري فيها إنفاذ الاتفاق. وتجدر الإشارة إلى وجود هذه الإمكانية في بعض الدول الأعضاء، على سبيل المثال في إيطاليا وألمانيا وإنجلترا. ومع ذلك قد يفضل الأطراف استخدام أمر الإنفاذ الأوروبي كوسيلة لإنفاذ الاتفاقات العابرة للحدود، وذلك عندما تكون الأنشطة المتعلقة بالإنفاذ متواجدة في العديد من الدول الأعضاء.

الفرع الرابع

إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة في فرنسا

تم تطبيق التوجيه الأوروبي المتعلق بالوساطة رقم 52 لسنة 2008 في القانون الفرنسي بموجب الأمر رقم 1540-2011 والصادر في 16 نوفمبر 2011 ("النظام "). وقد وسع هذا الأمر نطاق الأحكام الواردة في التوجيه لتشمل ليس فقط الوساطة عبر الحدود، ولكن أيضاً- الوساطة داخل البلاد، باستثناء المنازعات المتعلقة بعقد العمل أو تلك التي تنطوي على مسائل القانون الإداري (السلطة السيادية للدولة).² وتضمن

REGULATION (EC) No 805/2004 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims. Official Journal of EU, 30-04-2004. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0015:0039:EN:PDF>

(القواعد المتعلقة بأمر الإنفاذ الأوروبي) آخر زيارة في 16 مارس 2014.

1 انظر:

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Official Journal of EU, 16-01-2001. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:en:HTML>

(القواعد المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحاكم الصادرة في المواد المدنية والتجارية وإنفاذها) آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 عن نظام إنفاذ الأحكام في فرنسا بصفة عامة، انظر:

المرسوم رقم 2012-66 والصادر في 20 يناير 2012 القواعد التفصيلية للأمر الصادر في 2011.¹ وقد غير كل من الأمر والمرسوم القواعد السابقة التي كانت تحكم الوساطة، خاصة القواعد التي تحكم الوساطة الاتفاقية في المسائل المدنية والتجارية.²

وهناك نوعان من الوساطة قد تكون ذات صلة في تسوية المنازعات التجارية في فرنسا: الوساطة التي تجرى بأمر من المحكمة (الوساطة القضائية) والوساطة التي تجرى بناء على اتفاق الأطراف، وتكون إما في شكل شرط منصوص عليه في العقد الأصلي لتسوية المنازعات عن طريق الوساطة أو نتيجة اتفاق لاحق ("الوساطة التعاقدية أو الاتفاقية").³

ويوجد قسم مخصص من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية ("Civil Procedures Code CPC") للوساطة القضائية في المسائل المدنية والتجارية (المواد من 1-131-1-131 من CPC). ووفقا للفقرة الأولى من المادة 131 من هذا القانون، يجوز للمحكمة الفرنسية، بعد الحصول على موافقة الأطراف، أن تعين شخصا ثالثا للوساطة بين هؤلاء الأطراف بغرض تسوية النزاع المثار بينهم. وقد أضاف المرسوم رقم 2012-66 والصادر في 20 يناير 2012 قسما جديدا مخصصا

M. Chardon, 'Enforcement in France: An Overview of Legislation and Practice' in C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010) p. 147 et seq.

1 انظر

:Mediation in Member states- France, available at: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fr-en.do?member=1

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 انظر:

Katrin Deckert, 'Mediation in France: Legal Framework and Practical Experiences' in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2013) p. 458.

Linklaters, op. cit., p. 14.

3 انظر:

(344) الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

لتسوية المنازعات بالطرق الودية، وللوساطة الاتفاقية على وجه الخصوص. وقد أصبح هذا القسم الجديد جزءاً لا يتجزأ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية (المادة 1528-1568).¹

أما فيما يتعلق بإنفاذ اتفاقات الوساطة، فاتفاق التسوية هو في النهاية عقد، ويكون واجب النفاذ على هذا النحو. ومع ذلك، يمكن أيضاً إنفاذ هذا الاتفاق المبرم خلال الوساطة من خلال إقرار المحكمة بهذا الاتفاق (المشار إليها باسم "الموافقة على التنفيذ")² وتمشيا مع التوجيه الأوروبي، ينص الأمر Ordonnance على أنه بمجرد موافقة المحكمة على اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، فإنه يجوز أن ينفذ حكمها بواسطة الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام.³ ويلتزم رئيس المحكمة الذي كان من المفترض أن يختص بالفصل في موضوع النزاع لو لم يتم الفصل فيه من خلال الوساطة، بناء على طلب أحد الأطراف، أن يأمر بإنفاذ اتفاقات التسوية المكتوبة المقدمة إليه. ويجوز رفض إنفاذ الاتفاق إذا وجدت المحكمة أنه يتعارض مع السياسة العامة للدولة الفرنسية.⁴

ويحق لأي من الأطراف أن يطلب لاحقا إلغاء الاتفاق الذي صرح بإمكانية إنفاذه، وذلك إذا استطاع أن يثبت أنه قد وقع في غلط، سواء تعلق بالطرف الآخر أو بموضوع النزاع، أو بناء على إكراه أو تدليس.⁵ وفيما يتعلق بالوساطة القضائية، فإن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ينص على أن اتفاقات التسوية التي تم التوصل إليها خلال عملية الوساطة يجوز، بناء على طلب الأطراف، أن يتم الاعتراف بها من قبل المحكمة التي أمرت بها من خلال إجراء غير متنازع عليه - a non-adversarial procedure.⁶

- 1 المرجع السابق - نفس الموضوع.
- 2 المرجع السابق - ص 16.
- 3 المادة الأولى من الأمر Ordonnance وتم تضمينها في المادة 21-5 من قانون الوساطة 1995 المعدل.
- 4 انظر:
Elena D'Alessandro, op. cit. p. 11 and Linklaters, op. cit., p. 16.
- 5 انظر:
Elena D'Alessandro, op. cit. p. 11
- 6 انظر:
Linklaters, op. cit., p. 16.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية، في حكم صدر مؤخرًا في 2010، أقررت- كإجراء بديل- إمكانية إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة عن طريق توثيقه من قبل كاتب العدل بهذه الطريقة، يصبح اتفاق التسوية قابلاً للإنفاذ دون تدخل من المحكمة.²

المطلب الثاني

إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة

في ولاية كولورادو الأمريكية

يجوز للمحاكم في ولاية كولورادو الأمريكية³- كمثال لدور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة في أمريكا⁴- أن تتدخل من أجل إنفاذ اتفاق التسوية عن طريق حكم، حتى ولم تكن هناك إجراءات قضائية قد بدأت بالفعل، وذلك وفقاً لقانون تسوية المنازعات الدولية في كولورادو؛ وذلك لتعزيز سياسة تشجيع الأطراف في المعاملات الدولية على تسوية المنازعات، عند الاقتضاء، عن طريق التحكيم والوساطة، أو التوفيق.

ولتعزيز هذا الهدف ينص هذا القانون على أنه:

"في حال توصل الأطراف المشاركة في نزاع ما إلى اتفاق كامل أو جزئي، مكتوب وموقع من جانب الطرفين، يمكن أن يقدم هذا الاتفاق إلى المحكمة من قبل أي طرف أو من قبل محاميهم- إن وجدوا- كأنه تعاقدي،

1 انظر:

Court de cassation, 2 ch. civ., October 21, 2010 No 09-12378, available at www.legifrance.gouv.fr

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

Elena D'Alessandro, op. cit. p. 11

2 انظر أيضاً: وعن نظام تنفيذ وإنفاذ الأحكام في أمريكا بصفة عامة انظر:

3 N. Pajic, 'Avenues for Enforcement and Execution of Judgments in the United States' in in C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010) p. 237 et seq.

4 ويقوم القاضي قبل إصداره الحكم المطلوب بتأكد من أن التسوية "عادلة وكافية ومعقولة"، انظر في هذا الشأن:

Brette L. Steele, op. cit., pp. 1388- 1389.

وإذا وافقت عليه المحكمة، يكون قابلاً للتنفيذ كما لو كان أمراً صادراً من المحكمة.¹

ووفقاً لهذا النص، يشترط أن يكون الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف فيما يخص تسوية النزاع القائم بينهم، أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه من جانب الطرفين. ويجب أن يقدم إلى المحكمة المعنية حتى تصدر أمرها بجعله قابلاً للتنفيذ. وللمحكمة سلطة تقديرية في هذا الشأن، فلها أن ترفض تنفيذ مثل هذا الاتفاق إذا اتضح لها على سبيل المثال أنه شابه عيب من عيوب الرضا أو أن أحد أطرافه لا يتمتع بالأهلية القانونية المقررة قانوناً.

ومع ذلك، حتى لو أمكن الحصول على حكم من المحكمة في هذا الشأن، فإن الصعوبات التي تواجه تنفيذ هذا الحكم الأجنبي في الشأن التجاري الدولي في كثير من الأحيان تمثل عقبات كبيرة، وفي معظم الحالات تؤدي إلى تقليص الفائدة المرجوة من هذا الحكم.² وهذه الصعوبات والعقبات يمكن تفاديها، إذا كان من الممكن إنفاذ اتفاق التسوية

1 انظر:

“If the parties involved in a dispute reach a full or partial agreement, the agreement upon request of the parties shall be reduced to writing and approved by the parties and their attorneys, if any. If reduced to writing and signed by the parties, the agreement may be presented to the court by any party or their attorneys, if any, as a stipulation and, if approved by the court, shall be enforceable as an order of the court.”

Section 13-22-308. Settlement of disputes, of Part 3 of Colorado Dispute Resolution Act. Available at: <http://coma.com/colorado-arbitration-dispute-resolution-statutes>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 انظر:

Edna Sussman, ‘The New York Convention Through a Mediation Prism’ (Summer 2009) 15(4) Dispute Resolution Magazine, p.11. [hereinafter Sussman: The New York Convention and Mediation].

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 14 (347)

الناتج عن الوساطة باعتباره حكماً تحكيمياً، وبالتالي الحصول على منفعة آليات الإنفاذ المعمول بها وفقاً لنصوص اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (اتفاقية نيويورك 1958).¹

المطلب الثالث

دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية وفقاً لمشروع قانوني الوساطة المصري والتوفيق القطري

تمهيد وتقسيم:

قد يكون للمحكمة دور مهم في تفعيل وإنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة. ولكن قبل أن نتناول ما أورده مشروع قانوني الوساطة المصري والتوفيق القطري بشأن إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة، علينا أن نعرض في عجلة لدور المحاكم في التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض للالتزامات.

بناء على ذلك نقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور المحاكم في التنفيذ العيني للالتزامات أو التنفيذ بطريق التعويض.

الفرع الثاني: دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية في مشروع قانوني الوساطة المصري والتحكيم والتوفيق القطري.

الفرع الأول

دور المحاكم في التنفيذ العيني للالتزامات أو التنفيذ بطريق التعويض

كما ذكرنا سابقاً، إذا اتفق الأطراف على تسوية ما من خلال عملية الوساطة، فيجدر بكل طرف أن يقوم بتنفيذ عين ما التزم به طواعية (ويطلق عليه التنفيذ العيني)، فهذا هو الأصل. فإذا لم يتم هذا الطرف، اختيارياً، بتنفيذ التزامه، أجبر بوسائل معينة على هذا التنفيذ،

1 المرجع السابق- نفس الموضوع.

(348) الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

الذي يسمى تنفيذًا جبريًا أو قهريًا.¹ وتنص الفقرة الأولى من المادة 199 من القانون المدني المصري الصادر في عام 1948 على هذا المعنى بقولها "ينفذ الالتزام جبراً على المدين". وتنص على هذا المعنى أيضاً، الفقرة الأولى من المادة 241 من القانون المدني القطري حيث تنص على: "إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبراً عنه." وفي حال كون التنفيذ العيني غير ممكن، يستعاض عنه بالتنفيذ بمقابل أو ما يقال له التنفيذ بطريق التعويض.²

وسواء كان التنفيذ عينياً أم بمقابل، يجب على الدائن، قبل أن يباشره، أن يطالب المدين رسمياً بتنفيذ التزامه ليثبت عليه تقصيره في الوفاء، وتسمى هذه المطالبة بالإعذار.³ فالإعذار هدفه الأساسي – وكما سيتضح بالتفصيل لاحقاً – هو مجرد التنبيه على المدين قبل الشروع في اتخاذ الإجراءات القضائية في سبيل الحصول على حكم بالزامه وإكراهه على التنفيذ العيني.⁴ وتشير الفقرة الأولى من المادة 203 من القانون المدني المصري إلى ضرورة الإعذار بنصها على أنه "يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً." وتقضي الفقرة الأولى من المادة 245 من القانون المدني القطري بنفس المعنى بقولها إنه "يجبر المدين، بعد إعذاره، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً."

- 1 انظر: محمود عبد الرحمن - المرجع السابق- ص 3. انظر أيضاً رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص 47. منذر الفضل- المرجع السابق- ص 11.
- 2 انظر: سعيد مبارك و حسن حسين البراوي- المرجع السابق ص 5. عبد الودود يحيى – المرجع السابق- 1994- ص 377. محمود عبد الرحمن- المرجع السابق- ص 3. رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص 49.
- 3 انظر: محمود عبد الرحمن- المرجع السابق- ص 26.
- 4 انظر: رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص 57-58.

ويشترط لتنفيذ أي التزام تنفيذًا عينيًا عدة شروط. أولها أن يكون هذا التنفيذ ممكنًا، فإذا أصبح تنفيذ أحد أطراف اتفاق الوساطة لالتزاماته غير ممكن لاستحالته لأي سبب من الأسباب، فلا يمكن إجبار هذا الطرف على تنفيذه. وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان سبب الاستحالة راجعًا إلى خطأ طرف ما، يستعاض عن التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل (التعويض). وفي حال ما إذا كانت الاستحالة لسبب أجنبي لا يد للطرف فيه انقضى الالتزام ولا يلتزم هذا الطرف بشيء ما.² وتشير المادة 256 من القانون المدني القطري إلى هذا المعنى بنصها على أنه: "إذا لم ينفذ المدين الالتزام عينياً، أو تأخر في تنفيذه، التزم بتعويض الضرر الذي لحق الدائن، وذلك ما لم يثبت أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه." وهذا ما نصت عليه -أيضاً- المادة 215 من القانون المدني المصري بقولها إنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه."

ويشترط -أيضاً- للتنفيذ العيني للعقد أن يطلبه الدائن أو يعرضه المدين، حيث إن هذا التنفيذ يعد الأصل ولا يستعاض عنه إلا بموافقة الدائن والمدين. فإذا عرض أحدهما أن ينفذ التزامه بطريق التنفيذ بمقابل ورفض الطرف الآخر ذلك، فلا يمكن إجباره على قبول التنفيذ بمقابل، لأنه يتمسك بالأصل وهو التنفيذ العيني.³ ويجب ألا يكون التنفيذ العيني

- 1 للمزيد عن هذه الشروط، انظر: سعيد مبارك وحسن البراوى - المرجع السابق - ص 16-22. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص 377-382.
- 2 انظر: سعيد مبارك وحسن البراوى - المرجع السابق - ص 17. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص 378.
- 3 انظر: سعيد مبارك وحسن البراوى - المرجع السابق - ص 18. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص 379.

مرهقا للمدين.¹ ويقصد بالإرهاق هنا الخسارة الفادحة غير العادية. فمجرد العسرة لا يكفي للقول بوجود إرهاق.² وتقدير هذا يرجع لقاضي الموضوع.³ وقضت بهذا الشرط الفقرة الثانية من المادة 203 من القانون المدني المصري بنصها "على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذ كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً." وأشارت إلى نفس المعنى الفقرة الثانية من المادة 245 مدني قطري بنصها على أنه "ومع ذلك إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلبه أن تقتصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً."

ويشترط للتنفيذ العيني ألا يكون فيه مساس بالحرية الشخصية للطرف المدين. فإذا ما التزم هذا الطرف بالقيام بعمل ما في اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة مثل قيامه برسم تصميم هندسي لمجمع سكني،⁴ فإنه لا يجوز إجباره على التنفيذ العيني لهذا الالتزام إذا لم يتم بتنفيذه اختيارياً، وذلك لسببين:

"الأول: أن في إجبار المدين على القيام بالتنفيذ العيني رغم إرادته مساس بحريته الشخصية، واعتداء على كرامته الإنسانية، وهو أمر تأباه الشرائع الحديثة التي تجعل أموال المدين هي الضامنة لديونه وليس شخصه. والسبب الثاني: إذا سلمنا بإمكانية التنفيذ جبراً، فإن هذا سوف يؤدي إلى تنفيذ معيب لا يتمناه الدائن وليس في مصلحته."⁵ وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن استخدام "الغرامة التهديدية" لإجبار المدين على الوفاء بهذا الالتزام. ووفقاً لهذا النظام يفرض على المدين مبلغ مالي عن كل فترة زمنية لا يقوم فيها بتنفيذ التزامه. وفي النهاية يحكم القاضي

- 1 انظر: عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص 380.
- 2 انظر: سعيد مبارك و حسن البراوى- المرجع السابق- ص 19 .
- 3 انظر: سعيد مبارك و حسن البراوى- المرجع السابق- ص 19. عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص 381.
- 4 انظر: عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص 378.
- 5 انظر: سعيد مبارك و حسن البراوى- المرجع السابق- ص 21.

بالتعويض إذا لم يقد المدين بتنفيذ التزامه رغم استخدام الغرامة التهديدية ضده.¹

ويشترط أخيراً للتنفيذ العيني أن يقوم الدائن بإعذار مدينه. ويقصد الإعذار وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه.² "فتقصير المدين لا يستفاد من مجرد عدم التنفيذ مع حلول أجله، فقد يفهم هذا على أنه تسامح من الدائن. فالإعذار ينفي مظنة التسامح من قبل الدائن."³ ولا يشترط الإعذار في حال التنفيذ العيني الاختياري، إنما يعد متطلباً أساسياً في التنفيذ العيني الجبري.⁴ وبناء على ذلك، "إذا قام الدائن بالمطالبة القضائية دون أن يسبق ذلك إعذار المدين، وعرض المدين التنفيذ، فإن الدائن هو الذي يتحمل مصروفات الدعوى. فضلاً عن أنه لا يستطيع أن يطالب المدين بتعويض عن التأخير في التنفيذ، لأن الإعذار فقط هو الذي يجعل المدين مقصراً ويحمله ما يترتب على التأخير في التنفيذ بعد الإعذار."⁵

وتجدر الإشارة إلى أن هناك وسائل مباشرة وغير مباشرة تهدف إلى حمل المدين على التنفيذ العيني لالتزامه منها التنفيذ عن طريق الاستعانة

- 1 انظر: سعيد مبارك و حسن البراوى- المرجع السابق- ص 21. و انظر أيضاً عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص 379.
- 2 بعبارة أخرى، الإعذار هو "التنبيه على المدين بالوفاء." انظر عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص 377.
- 3 وتنص المادة 219 من القانون المدني المصري على كيفية وقوع الإعذار بقولها " يكون إعذار المدين بإذاره أو بمايقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذوراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر." و تشير المادة 261 من القانون المدني القطري إلى نفس المعنى بنصها على أنه " يكون إعذار المدين بإذاره، أو بورقة رسمية تقوم مقام الإنذار. ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد المسجل أو بأية وسيلة أخرى يتفق عليها."
- 3 انظر: سعيد مبارك و حسن البراوى- المرجع السابق- ص 21. و انظر أيضاً عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص 377-378.
- 4 انظر: سعيد مبارك و حسن البراوى- المرجع السابق- ص 22.
- 5 انظر: عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص 378.

بالسلطة العامة والتنفيذ على نفقة المدين في حال ما إذا كان التنفيذ لا يستلزم تدخل المدين. وفيما يتعلق بالتنفيذ عن طريق الاستعانة بالسلطة العامة، فإنه يكون للدائن الذي بيده سند تنفيذي أن يستعين بهذه السلطة لجبر المدين على تنفيذ التزامه.¹ ويتخذ التنفيذ صورة الحجز على أموال المدين.² والسندات التنفيذية وفقا للمادة 280 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 المعدل، هي:³ الأحكام والأوامر والمحرمات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون قوة التنفيذ.⁴

- 1 وهذا التنفيذ الذي يتم بواسطة السلطة العامة يتولاه موظف مختص بالتنفيذ، يطلق عليه اسم "المحضر" ويقوم بعمله هذا تحت إشراف قاضي التنفيذ، انظر المادة 274 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري. للمزيد حول وظائف قاضي التنفيذ واختصاصاته، راجع ا.د/ أسامة أحمد شوقي المليجي- الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري- بدون ناشر- 2000 - ص 189 وما بعدها. ا.د أحمد السيد الصاوي و ا.د أسامة عبد العزيز الروبي- التنفيذ الجبري في المواد المدنية و التجارية- القاهرة- دار النهضة العربية- 2005- ص 140 وما بعدها. وفي قطر يجري التنفيذ بواسطة أحد موظفي قسم التنفيذ بالمحكمة أو بواسطة الشرطة تحت إشراف قاضي التنفيذ و رقابته. المادتان 363 و 367 من قانون المرافعات المدنية و التجارية القطري.
- 2 انظر: سعيد مبارك و حسن البراوي- المرجع السابق- ص 34. و انظر أيضا عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص 390- 396.
- 3 وتنص هذه المادة على أنه "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء. والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والمحرمات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة." للمزيد من التفاصيل حول هذه السندات انظر أسامة أحمد شوقي المليجي- المرجع السابق- ص 29 وما بعدها. أحمد السيد الصاوي و أسامة عبد العزيز الروبي- المرجع السابق- ص 20 وما بعدها.
- 4 تنص المادة 362 من قانون المرافعات المدنية و التجارية القطري رقم 13 لسنة 1990 على أنه "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي، اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء. والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر الصادرة من المحاكم واتفاقات الصلح التي أثبتت بمحضر الجلسة أو ألحقت به والأوراق الرسمية التي يعطيها القانون قوة التنفيذ...."

ويعد الإكراه البدني (حبس المدين) والغرامة التهديدية (أو التهديد المالي) الوسائل غير المباشرة التي نص عليها القانون (سواء المصري أو القطري) لحمل المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً.¹ وفي حال تخلف أحد شروط التنفيذ العيني، فإنه لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بالتنفيذ بطريق التعويض.² والأصل أن القاضي هو الذي يقدر مقدار التعويض، ويطلق عليه في هذه الحالة "التعويض القضائي".³ وفي حالات كثيرة قد يتفق أطراف العقد مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الطرف المضرور في حالة الإخلال بالعقد، وهذا هو "التعويض الاتفاقي" أو "الشرط الجزائي". ويستحق التعويض سواء القضائي أو الاتفاقي في حال عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.⁴

وتجدر الإشارة إلى أن تفعيل وإنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة بصفة أساسية بواسطة العقد (عن طريق التنفيذ العيني للعقد) يعتبر نتيجة غير مرضية لأن هذه الآلية تترك الأطراف في معظم الحالات في نفس المرحلة التي بدأوا عندها، وهي وجود عقد يرغب بعضهم في تفعيله وتنفيذه في مواجهة الآخر.⁵

- 1 ولمزيد من التفاصيل عن هاتين الوسيلتين انظر: سعيد مبارك و حسن البراوى- المرجع السابق- ص 35-43. وانظر أيضا عبد الودود يحيى – المرجع السابق- ص 390-396.
- 2 للمزيد من التفاصيل انظر: سعيد مبارك وحسن البراوى- المرجع السابق- ص 45- وما بعدها. وانظر أيضا عبد الودود يحيى – المرجع السابق- ص 397 وما بعدها.
- 3 المراجع السابقة.
- 4 المراجع السابقة.
- 5 انظر: Edna Sussman: Final Step, op. cit., p.7

الفرع الثاني

دور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية في مشروع قانوني: الوساطة
المصري والتحكيم والتوفيق القطري

أولاً: مشروع قانون تنظيم إجراءات الوساطة الاتفاقية والقضائية لتسوية
المنازعات التجارية والمدنية المصري

عالج مشروع قانون تنظيم إجراءات الوساطة الاتفاقية
والقضائية لتسوية المنازعات التجارية والمدنية المصري (مشروع قانون
الوساطة المصري) حال التوصل إلى اتفاق لتسوية النزاع خلال عملية
وساطة اتفاقية تتم قبل رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة. وقد تناولت
المادة 26 من هذا المشروع الإجراءات الواجب اتباعها من أجل إنفاذ
مثل هذا الاتفاق، حيث نصت على أنه: "إذا أبرم الأطراف اتفاقاً لتسوية
النزاع، فإنه يجوز لأي منهم طلب إثبات محتواه في دفتر يعد لهذا
الغرض بإدارة الوساطة بالمحكمة المختصة، ويكون له قوة السند
التنفيذي، ويتعين في هذه الحالة إرفاق شهادة معتمدة من الوسيط المقيد
بجدول الوسطاء، بما تم من إجراءات الوساطة وما أسفر عنه من اتفاق."
ويشترط للحصول على السند التنفيذي في هذه الحالة وجود اتفاق
يسوى النزاع بين الأطراف ويكون موقعا عليه منهم. وينبغي، بناء على
طلب أي من هؤلاء الأطراف، أن يثبت محتوى هذا الاتفاق في الدفتر
الموجود لدى إدارة الوساطة بالمحكمة المختصة. ويجب إرفاق شهادة
معتمدة من الوسيط المقيد بجدول الوسطاء تبين ما تم من إجراءات
الوساطة ومضمون اتفاق التسوية.

وتناول هذا المشروع -أيضا- في المادة 27 الحالة التي لا يمثل
فيها طرف من أطراف اتفاق التسوية بينوده، فنصت هذه المادة على أنه
"1- إذا أخل أحد الأطراف باتفاق التسوية يجوز للطرف الآخر، بعد
إعلان خصمه بأسبوع بذلك الإخلال ومطالبتة بتنفيذ التزامه، التقدم
لإدارة الوساطة المختصة بطلب تذييل اتفاق التسوية بالصيغة التنفيذية. 2-
إذا ما تبين لإدارة الوساطة المختصة استيفاء طلب تذييل اتفاق التسوية

للشروط الشكلية والموضوعية للطلب، أمرت بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التسوية".

ويجب من أجل تذييل اتفاق التسوية بالصيغة التنفيذية أن نكون بصدد إخلال من جانب طرف من أطراف اتفاق التسوية بالتزاماته الواردة في هذا الاتفاق. وينبغي على الطرف المتضرر أن يقوم بإعلان الطرف الذي أخل بالتزاماته ويطلبه بتنفيذ هذه الالتزامات. وبعد انقضاء أسبوع من تاريخ هذا الإعلان، يجوز لهذا الطرف المضرور أن يتقدم لإدارة الوساطة المختصة بطلب تذييل اتفاق التسوية بالصيغة التنفيذية. وبعد تحقق هذه الإدارة من استيفاء هذا الطلب للشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة به، تأمر بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التسوية. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز -في كافة الأحوال- تذييل اتفاق التسوية المترتب عن إجراءات الوساطة وفق أحكام هذا القانون، إذا ما تعلقت التسوية بحقوق شخصية عقارية أو حقوق عينية عقارية.¹

أما في حال ما إذا بدأت الوساطة بعد تم رفع الدعوى قضائية، فإنه من الممكن في العديد من الدول أن يكون للمحكمة دور في تنفيذ اتفاق التسوية عن طريق قرار يصدر منها.² وقد يتم دمج هذا القرار في حكم إنهاء الدعوى. ويجوز للمحكمة، إذا طلب منها ذلك، أن تحتفظ بالولاية على القرار الصادر منها في خصوص هذا الشأن.³

وقد أفرد مشروع قانون الوساطة المصري عددا من المواد في حال رفع الدعوى ثم البدء في إجراءات الوساطة (وتسمى هذه الحالة بالوساطة الاتفاقية أثناء رفع الدعوى القضائية). حيث أشارت المادة 28

1 الفقرة الثالثة من المادة 27 من مشروع قانون الوساطة المصري.
2 انظر:

Edna Sussman, 'The New York Convention Through a Mediation Prism' (Summer 2009) 15(4) Dispute Resolution Magazine, p.11. [hereinafter Sussman: The New York Convention and Mediation]. .

3 انظر المرجع السابق- نفس الموضوع.

من هذا المشروع إلى أنه يجوز لأطراف الدعوى القضائية أو التحكيمية، الاتفاق على اللجوء للوساطة لتسوية النزاع المثار بينهم، وعلى قاضي الموضوع أو هيئة التحكيم بحسب الأحوال، بناء على طلب أطرافها أو وكلائهم القانونيين وقف الدعوى وإحالة النزاع إلي إدارة الوساطة لتسمية قاضٍ وسيط أو وسيط خاص لتسوية النزاع ودياً.

وإذا ما توصل الوسيط¹ الذي يجري وساطة أثناء نظر الدعوى القضائية، إلى تسوية النزاع كلياً أو جزئياً، يقدم إلي قاضي الدعوى تقريراً بذلك يرفق به اتفاق التسوية الموقع من أطراف النزاع للتصديق عليه، وإحاقه بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ويكون لذلك المحضر قوة السند التنفيذي، وفي حال الإخلال بشروط اتفاق التسوية، يكون للطرف المضرور أن يلجأ إلى التنفيذ بذات الإجراءات المنصوص عليها في المادة 27 من هذا القانون، والسابق الإشارة إليها.

وعالج مشروع قانون الوساطة المصري الحالة التي يتم فيها التوصل إلى تسوية خلال إجراءات الوساطة القضائية، حيث تنص المادة 43 من هذا المشروع على أنه "إذا توصل القاضي الوسيط² من خلال إجراءات الوساطة القضائية إلى تسوية النزاع، كلياً أو جزئياً، يقدم إلى قاضي الدعوى تقريراً بذلك يرفق به اتفاق التسوية الموقع من أطراف النزاع للتصديق عليها، وإحاقه بمحضر الجلسة، وإثبات محتواه فيه ويكون لذلك المحضر قوة السند التنفيذي، وفي حال الإخلال بشروط اتفاق التسوية، يكون للطرف المتضرر أن يلجأ إلي التنفيذ بذات الإجراءات المنصوص عليها في المادة 27 من هذا القانون."

- 1 هذا ما تقرره المادة 35 من مشروع قانون الوساطة المصري. ولكن تجدر الإشارة إلى أن الوسيط لا يقوم بالتوصل إلى تسوية للنزاع المثار بين الأطراف وإنما هم الأطراف أنفسهم من يقومون بهذا الأمر. فالوسيط يقوم فقط بعملية تسهيل الحوار بين الأطراف وتقريب بين وجهات نظرهم والعمل على تقييد هوة الخلاف بينهم. وفي بعض الأنظمة القانونية لا يجوز للوسيط أن يقوم بتقديم اقتراحات لتسوية النزاع. وإذا قام بذلك نكون بصدده عملية توفيق وليس وساطة.
- 2 انظر ما سبق ذكره في الهامش السابق.

نخلص من هذا إلى أن مشروع قانون الوساطة المصري تناول بالتفصيل الإجراءات التي يلزم أتباعها لغرض إنفاذ اتفاق التسوية سواء تم التوصل إليه خلال وساطة اتفاقية تتم قبل رفع دعوى إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أم تم بعد رفع هذه الدعوى، حيث يكون للمحكمة أن توقف الدعوى بغرض إعطاء فرصة للأطراف للتوصل إلى اتفاق خلال الوساطة. وعالج المشروع أيضا الحالة التي يتم التوصل فيها إلى تسوية خلال الوساطة القضائية.

ثانيا: مشروع قانون التحكيم والتوفيق القطري

على خلاف مشروع قانون الوساطة المصري، تناول مشروع قانون التحكيم والتوفيق القطري¹ موضوع إنفاذ اتفاق الوساطة في مادة واحدة فقط. وتنص هذه المادة على أنه " إذا أبرم الطرفان اتفاقا يسوى النزاع، يصاغ اتفاق التوفيق في محضر، يوقعه الطرفان والموفق، ويكون الاتفاق ملزما وواجب النفاذ. ويجوز لمن شاء من الطرفين، تقديم محضر الاتفاق إلى رئيس محكمة الاستئناف، أو من يندبه من قضاتها، للمصادقة عليه بدون رسوم، خلال تسعين يوما من تاريخ الاتفاق، ويكون له في هذه الحالة ما لأحكام المحكمين من أثر وقوة بالنسبة للتنفيذ."

المبحث الثاني

دور التحكيم في إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة باعتبارها وسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية

تمهيد وتقسيم:

بعد أن تناولنا كيفية إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة سواء عن طريق العقد – باعتبار أن هذه الاتفاقات ما هي إلا عقود- وعن طريق المحاكم، نبحث الآن كيفية إنفاذ هذه الاتفاقات عن طريق التحكيم.

1 يذكر أن هذا المشروع فيما يتعلق بموضوع التوفيق يعتمد اعتمادا كليا على قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر في 2002.

وهذا مسلك متبع في بعض الدول، وأيضاً اتبعه مشروع قانون الوساطة المصري. وسنقوم في هذا المبحث بمبحث إمكانية إخضاع مثل هذا الحكم التحكيمي لاتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجانب وإنفاذها (1958)، ذلك لما لهذه الاتفاقية من أهمية كبيرة في إنفاذ أحكام المحكمين الأجنبية في دول كثيرة. وسنتناول كل هذه الموضوعات تباعاً ولكن علينا أن نمهد لهذا الموضوع بتبيان ماهية التحكيم وغيره من الآليات المشابهة له مثل طريقة (الوساطة-التحكيم) و (التحكيم-الوساطة) وغير ذلك من الآليات البديلة التي تستخدم لفض المنازعات التجارية، وذلك للأهمية العظمى لهذه التفرقة وتأثيرها على فهم بعض الموضوعات التي يتم بحثها في هذا المبحث.

وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:
المطلب الأول: ماهية التحكيم والتفرقة بينه وبين غيره من الآليات المشابهة.
المطلب الثاني: إنفاذ اتفاق التسوية عن طريق التحكيم.

المطلب الأول

ماهية التحكيم والتفرقة بينه وبين غيره من الآليات المشابهة له سنحاول في هذا المطب عرض ماهية التحكيم ومحاولة التفرقة بينه وبين غيره من الآليات المشابهة له والتي تستخدم لتسوية المنازعات التجارية.¹ وكما سبق أن ذكرنا تعرف الوساطة² بأنها "محاولة من جانب الأطراف في نزاع حول موضوع تجارى للوصول إلى تسوية لهذا النزاع وذلك من خلال مساعدة شخص محايد يسمى بـ "الوسيط". ولذلك

1 للمزيد من التفاصيل عن هذه الوسائل وغيرها وأسباب وظروف اللجوء إلى كل واحدة منها، انظر:

Jeremy Lack, op. cit., pp. 357-371.

2 وللمزيد من التفاصيل انظر: محمد سالم أبو الفرج – المرجع السابق- ص 22.

فإن الدور الأساسي للوسيط Mediator هو محاولة التقريب بين وجهات نظر أطراف المنازعة والعمل على تقييد هوة الخلاف بينهم. من ذلك يتضح أن الوسيط يعمل على تسهيل إجراء الحوار بين أطراف النزاع من أجل الوصول إلى تسوية له.¹ وقد يطرح الوسيط على كل طرف أوجه القوة وأوجه الضعف المتعلقة بالنزاع المعروف.² وقد يقوم الوسيط بترتيب مقابلات مشتركة أو منفردة مع أطراف الخصومة.³ وفي جميع الأحوال يجب التذكير بأن الأطراف هم- وليس الوسيط- من يقررون ما إذا كان هذا النزاع سيجد طريقه إلى تسوية مرضية وماهية تلك التسوية.⁴ وفي حال الوصول إلى حل للنزاع يرتضي به أطرافه، فيفترض أن يقوموا بالتوقيع على الوثيقة التي تتضمن هذه التسوية.⁵ ويتم تسوية عدد لا بأس به من المنازعات التجارية عن طريق التوفيق. والتوفيق عبارة عن قيام شخص مستقل محايد (ويسمى الموفق conciliator) متفق عليه من قبل الأطراف بمساعدتهم في حل الخلاف الناشئ بينهم.⁶ وقد يلجأ - وهو في سبيله إلى تحقيق هذا النتيجة- إلى طرح بعض الحلول في صورة توصيات محددة لتسوية النزاع.¹

1 انظر:

Linda C. Reif, op. cit., p. 22.

2 انظر:

Benjamin F. Tennille, Lee Applebaum, and Anne Tucker Nees, 'Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Cases' (2010) 11 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 35,p. 48.

3 انظر:

Pamela A. Kentra, 'Hear no Evil, See no Evil, Speak no Evil: The Intolerable Conflict for Attorney-Meditators between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct' (1997) Brigham Young University Law Review 715, p. 719. See also Tennille et al.op. cit. p. 48.

Tennille et al. op. cit. p. 48.

4 انظر:

Klaus Peter Berger, op. cit., pp. 272-273.

5 انظر:

6 انظر:

التحكيم Arbitration

التحكيم² هو إجراء يتفق أطراف المنازعة على المثلول للحكم الذي يصدره شخص (ويسمى "محكم" arbitrator) مستقل محايد ذو خبرة في موضوع النزاع.³ ويتم تعيين هذا الشخص من قبل الأطراف.⁴ بناءً على ذلك لا يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء بخصوص موضوع المنازعة إلا من أجل الحصول على قرار لتنفيذ حكم التحكيم.⁵ وتتميز إجراءات التحكيم بالسرية وبأنها أقل شكلية ومرونة بالمقارنة بالإجراءات التي تتبع أمام المحاكم.⁶ ويقال -أيضاً- عن مميزات التحكيم أنه أقل كلفة.⁷

Tobi P. Dress, 'International Commercial Mediation and Conciliation' (1988) 10 The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal 569,p. 574.

1 المرجع السابق. وانظر أيضاً: Linda C. Reif, op. cit., p. 22.
2 للمزيد من التفاصيل عن التحكيم في الفقه العربي انظر: محمود مختار بريري- رحمه الله-المرجع السابق. فتحي وإلى-المرجع السابق. 2007.
أحمد السيد صاوي-المرجع السابق. محمود سمير الشرقاوي-المرجع السابق. سميحة القليوبي- المرجع السابق. محمد فهمي الجوهري - المرجع السابق. و بالنسبة للتحكيم الإلكتروني سامي عبد الباقي أبو صالح-المرجع السابق. عبد المنعم زمزم-المرجع السابق.
3 انظر:

See also Holly Streeter-Schaefer, 'A Look at Court Mandated Civil Mediation' (2001) 49 Drake Law Review 367, p. 370.Tobi P. Dress, op. cit., p.573.

4 انظر:
Tobi P. Dress, op. cit., p.573. Aboul-Enein, op. cit., p. 24.
5 انظر: محمود مختار بريري- المرجع السابق- ص 256.
6 للمزيد من التفاصيل عن المظاهر الإيجابية للتحكيم التجاري الدولي، انظر محمد فهمي الجوهري - المرجع السابق- ص 5 وما بعدها.
سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص 5 Aboul-Enein, op. cit., p.25-28 .

7 انظر:
Linda C. Reif, op. cit., p. 21. See also Holly Streeter-Schaefer, op. cit., 370.

والتحكيم في مجمله يعتمد على ما يقدمه ويتفق عليه الأطراف.¹ فقد يتفقون على أن يتولى الفصل في موضوع النزاع محكم واحد معروف بخبراته الواسعة المرتبطة بموضوع المنازعة أو أن يتولى الفصل في هذا الخلاف هيئة تحكيمية من ثلاثة أو خمسة محكمين.² ومن الجدير بالذكر أنه كلما زاد عدد المحكمين ارتفعت تكلفة التحكيم. وعادة ما يلجأ الأطراف إلى هيئة تحكيمية مكونة من خمسة محكمين إذا كانت قيمة المنازعة التجارية مرتفعة. وبعد تقديم كل طرف ما لديه من أدلة إلى المحكم أو الهيئة التحكيمية، يصدر حكم نهائي وملزم للأطراف.³ وكأصل عام يجب أن يتضمن حكم التحكيم أسبابه.⁴

1 انظر: محمد الجوهري- المرجع السابق- ص 5-6.

2 انظر:

Holly Streeter-Schaefer, op. cit., 370. Aboul-Enein, op. cit., p. 24.

3 انظر: مختار بريري- المرجع السابق- ص 172 وما بعدها.

4 المرجع السابق- ص 184 وما بعدها، مشيراً إلى أنه يجوز لأطراف التحكيم الاتفاق على استبعاد استلزام التسبب وإعفاء المحكمين من بيان ما انتهوا إليه في حكمهم المنهي للخصومة. وهذا وفقاً للفقرة الثانية من المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(362)هـ الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

الوساطة - التحكيم¹ (Med-Arb)

هذه الآلية – كما هو واضح من تسميتها- هي مزيج من آليتي الوساطة والتحكيم. ومع ذلك تبقى كل عملية من هاتين العمليتين مستقلة بذاتها. حيث يلجأ إلى الوساطة بداية، فإذا لم يتم التوصل إلى تسوية مرضية للجانبين يتم الاحتكام إلى التحكيم حيث يكون الحكم الصادر ملزمًا للجانبين.² وفي بعض القضايا يتم الاتفاق على أن يكون الوسيط هو نفسه المحكم. ولكن في الأغلب الأعم من المنازعات التجارية، يفضل الأطراف أن يتم التحكيم عن طريق شخص مختلف.³

وتتميز عملية الوساطة- التحكيم بأنها تجمع مزايا الوساطة والتحكيم في نفس الوقت. حيث يتفق الأطراف على تسوية الخلاف بينهم عن طريق الوساطة فإذا لم يتحقق لهم ذلك يتم اللجوء إلى الخطوة التالية

1 انظر بصفة عامة عن هذه الآلية:

Brian A. Pappas, ‘ Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution’ Accepted for publication, Volume 20 of the Harvard Negotiation Law Review, Spring 2015. A copy is available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2332726

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

Martine C. Weisman, Med-Arb: The Best of Both Worlds, (Spring 2013)19 (3) Dispute Resolution Magazine 40; David J. McLean and Sean-Patrick Wilson, Compelling Mediation in the Context of Med-Arb Agreements, (Aug-Oct. 2008) 63 Dispute Resolution Journal; Edna Sussman, Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process, (Spring 2009) New York Dispute Resolution Law.

2 انظر:

Katherine V.W. Stone, ‘Alternative Dispute Resolution: Encyclopedia of Legal History’, p. 2. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=631346

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

3 انظر:

Christopher Newmark and Richard Hill, ‘Can a Mediated Settlement Become an Enforceable Arbitration Award’ (2000) 16 (1) Arbitration International 81.

المتفق عليها ألا وهي التحكيم حيث يقوم المحكم المعين أو المحكمون المعينون من قبلهم بإصدار حكم ملزم لهم.¹ ويتعين على الأطراف دراسة الأمر جيداً قبل الاتفاق على أن يقوم شخص واحد بدوري الوسيط والمحكم في نفس النزاع. ومن ناحية أخرى هناك ميزة مهمة وهي أن قيام شخص واحد بهذين العمليتين يعني أنه سيصدر حكمه بناءً على معرفة تامة بتفاصيل الخلاف محل المنازعة.² ولكن توجد مشكلة غير هينة، وهي أن الوساطة تقتض أن يقوم كل طرف بمناقشة وجهة نظره بحرية كاملة وبإظهار مستنداته وبطرح بعض الأفكار التي تكون مقبولة بالنسبة له. وكل طرف يقوم بذلك وهو على يقين بأن كل هذه الأفكار ووجهات النظر والمعلومات التي تتضمنها هذه المستندات سوف تبقى سرية. حيث يلتزم كل المشاركين في عملية الوساطة بسرية المعلومات التي تطرح خلالها. وأيضاً لا يجوز لأي طرف أن يستخدم أيّاً من هذه المعلومات في أي قضية أو نزاع يمكن أن يعرض مستقبلاً أمام القضاء، إلا إذا كان ذلك بأمر القاضي وبناءً على أسباب مبررة. وحيث إنه في عملية "الوساطة- التحكيم" يقوم الوسيط بعد ذلك بدور المحكم، وبما أنه قد وصلت إليه معلومات تفصيلية في مرحلة الوساطة، فيتولد الخوف لدى بعض المتعاملين في مجال التجارة من أن قرار هذا الشخص - بصفته كمحكم- لن يكون محايداً بالكامل.³

التحكيم - الوساطة *Arb-Med*

- 1 وتتبع هذه الطريقة المختلطة القواعد الخاصة بهيئات دولية في مجال تسوية المنازعات مثل: المنظمة العالمية للملكية الفكرية، وغرفة التجارة الدولية بباريس، وجمعية المحكمين الأمريكية، انظر: Jeremy Lack, op. cit., p. 357.
- 2 واقتصاداً في وقت حل النزاع وذلك لأن علمه بموضوع النزاع سيساعده على اتخاذ القرار المناسب في وقت أقل، انظر: Harold I. Abramson, op. cit., p. 326.
- 3 وأيضاً حتى لا يختلط الأمر على الأطراف أنفسهم من حيث تعاملهم مع نفس الشخص مرة كوسيط ومرة أخرى كمحكم، المرجع السابق.

في التحكيم – الوساطة Arb-Med يبدأ الأطراف في التحكيم، وعندما يتم التوصل إلى حكم تحكيمي، يحرص على عدم إصداره أو إعلانه. ثم تجرى الوساطة، فإذا لم يستطع الأطراف من خلال الوساطة التوصل إلى تسوية مرضية لهم، يتم الكشف والإعلان عن حكم التحكيم الذي تم وضعه في مظروف مغلق.¹ وهذا الحكم هو حكم ملزم لأطرافه.² على النقيض من الوساطة- التحكيم Med-Arb. حيث يسعى الأطراف إلى التوصل إلى تسوية النزاع من خلال الوساطة، ولذلك فهم يتجنبون تكاليف التحكيم، فإن الأطراف في التحكيم-الوساطة Arb-Med يتحملون تكاليف ونفقات التحكيم حتى لو تم تسوية النزاع من خلال عملية الوساطة.³ وتجدر الإشارة إلى أن التكاليف التي من الممكن أن يتحملها الأطراف في التحكيم-الوساطة، تجعل الأطراف يفضلون عملية الوساطة-التحكيم Med-Arb عن هذه الآلية Arb-Med.⁴

التحكيم – الوساطة – التحكيم (Arb-Med-Arb)

يتفق الأطراف على إعطاء المحكم المعين بواسطتهم سلطة القيام بالوساطة بينهم بغرض الوصول إلى تسوية تنال رضاهم جميعاً، فإذا ما فشل هذا المحكم بصفته وسيطاً في التوصل إلى هذه التسوية، يباشر سلطته كمحكم.⁵ وتفترض هذه الحالة أن هناك شخصاً واحداً سيقوم

1 ويشير بعض الفقهاء إلى أن أهمية وجود حكم التحكيم الموجود في المظروف المغلق، حيث إن وجوده في حد ذاته يشجع الأطراف إلى التوصل إلى تسوية من خلال الوساطة، حيث إن هذا الحكم سيكون لمصلحة طرف ضد آخر، انظر:

Rita Drummond, 'A Case for Arb-Med: Why Consider it and How to Draft an Arb-Med Clause,' p. 2. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951194
آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 انظر:

Brian A. Pappas, op. cit., p. 2.

3 انظر المرجع السابق- ص 2-3.

4 المرجع السابق – ص 3.

5 انظر:

بدوره أولاً كمحكم، ولكن قبل أن يبدأ دوره هذا يقوم بمباشرة دوره كوسيط- وفقاً لاتفاق الأطراف-محاولاً التوصل إلى تسوية مقبولة من جانب هؤلاء الأطراف. فإذا لم ينجح في دوره كوسيط- أي لم يتم التوصل إلى اتفاق تسوية من جانب الأطراف بمساعدة الوسيط- يباشر دوره من جديد كمحكم.¹

آلية الوساطة- التحكيم المشتركة *Co-Med-Arb*

هنا يقوم كل من الوسيط والمحكم بسماع ما لدى الأطراف من حجج وأدلة بخصوص النزاع المعروض عليهما.² ثم يقوم الوسيط بمحاولة لتسوية هذا النزاع بمفرده ودون تدخل من جانب المحكم الذي يستدعى فقط في إحدى الحالتين الآتيتين:³

- إصدار حكم بشروط متفق عليها-أيحكم تحكيم يسجل أحكام تسوية توصل إليها أطراف النزاع بإرادتهم.
- فشل الوسيط في مهمته، ويتدخل هذا المحكم لمباشرة مهمته المعينة له وهي كمحكم.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن هذا المحكم قد تم تعيينه من قبل الأطراف قبل التوصل إلى تسوية للنزاع المثار بينهم. وهذه الحالة تختلف عن الحالة التي يتم فيها تعيين المحكم بعد التوصل إلى تسوية للنزاع والتي غالباً ما تكون نتيجة عملية الوساطة. ففي هذه الحالة ولسهولة إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، يتفق الأطراف إما على تعيين الوسيط كمحكم أو تعيين شخص آخر كمحكم من أجل تأكيد اتفاق التسوية في

Edna Sussman, 'Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process' (Spring 2009) 2(1) New York Dispute Resolution Lawyer, p. 71.

- 1 انظر المرجع السابق- نفس الموضوع.
- 2 المرجع السابق.
- 3 المرجع السابق.

صورة حكم تحكيمي. وهذا ما تبنته صراحة المادة 14 من قواعد معهد الوساطة التابع لغرفة تجارة ستوكهولم.¹

ولهذا الأمر أهمية بالغة – كما سنرى لاحقاً في هذا البحث- من حيث مدى اعتبار هذا الحكم حكماً تحكيمياً – حكم التحكيم الصادر بناءً على شروط متفق عليها² – بالمعنى الفني الدقيق، حيث تشترط قوانين بعض الدول (منها قانون التحكيم الإنجليزي وقانون التحكيم المصري) أن يكون التحكيم بصدد نزاع نشأ أو سينشأ في المستقبل وليس بصدد نزاع قد تمت تسويته وكتابة بنوده في اتفاق. وتظهر أهمية هذا الموضوع – أيضاً في إمكانية إخضاع مثل هذه الأحكام لاتفاقية نيويورك 1958.³

التحكيم بالصلح *Ex aequo et bono*

على عكس التحكيم بالقانون حيث يصدر المحكم الذي ينظر في النزاع المعروض عليه حكمه وفقاً للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، فإن التحكيم بالصلح لا يتقيد المحكم فيه بأحكام القانون الموضوعية، حيث إنه يصدر حكمه وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، بشرط أن يكون الحكم منطقياً ومعقولاً بعد الأخذ في الاعتبار كافة الظروف المحيطة بالقضية.⁴ وتجدر الإشارة إلى

- 1 سيتم لاحقاً دراسة مثل هذه الحالات في المطلب الثاني من المبحث الحالي والمخصص لدراسة إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة عن طريق التحكيم.
- 2 أو حكم التحكيم الذي يسجل أحكام تسوية توصل إليها الأطراف بإرادتهم الحرة.
- 3 تفصيل كل هذه الموضوعات متاحة في المطلب الثاني من هذا المبحث.
- 4 انظر: الفقرة الرابعة من المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 و الفقرة الثالثة من المادة 28 من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. وانظر أيضاً: سمير الشرقاوي- المرجع السابق- ص 415. مختار بري - المرجع السابق- ص 139. حمزه أحمد حداد - التحكيم بالصلح (و التوفيق) - ورقة مقدمة لندوة رؤية الجوانب القانونية للتكامل في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي- 25-26 مايو 2005. هذا البحث متاح على الموقع الآتي: <http://www.aiadr.com/aiadr%20re/12.pdf> آخر زيارة 26 يناير 2014. Aboul-Enein, op. cit., p. 229.

أن المحكم في التحكيم بالصلح يستطيع رغم ذلك أن يحكم وفقا لقواعد القانون. فصلاحيات المحكم هنا تعطيه الحق في عدم التقيد بالقواعد الموضوعية للقانون ولكن يحق له أن يحكم وفقا لهذه القواعد إذا وجد ذلك عادلا ومنصفا.¹

ويشترط أن يكون الاتفاق على التحكيم بالصلح صريحا على أساس أن هذا النوع من التحكيم يمثل استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن يصدر المحكم حكمه وفقا للقواعد الموضوعية التي يحددها القانون الواجب التطبيق على النزاع. وتشترط بعض القوانين كقانون المرافعات المدنية والتجارية القطري في المادة 191 وجوب ذكر أسماء المحكمين. حيث تنص على: "لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل".

ويتضح من ذلك أن التحكيم مع تخويل المحكم بالصلح ما هو إلا تحكيم حقيقي. وهو في هذا يختلف عن الوساطة حيث إنه في الوساطة يكون القرار النهائي للأطراف وليس للوسيط. فالوسيط يسهل عملية الاتصال والتواصل بين الأطراف من أجل تقريب وجهة نظرهم، ولكن لا يأتي بقرار من عنده. وفي حال التحكيم بالصلح يجوز الطعن على حكم المحكم بطرق تنص عليها القوانين الوطنية. أما في حال الاتفاق الناتج عن الوساطة فهو في النهاية عقد لا يطعن عليه إلا إذا أراد أحد الأطراف تعطيل إنفاذه، ويطعن عليه بصفة عامة- بصفته عقداً لا حكم.²

المطلب الثاني

إنفاذ اتفاق التسوية عن طريق التحكيم

تقسيم:

نقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

- 1 انظر: حمزه أحمد حداد - المرجع السابق. وانظر - أيضا- مختار بريري - المرجع السابق- ص 144.
- 2 لمزيد من التفاصيل انظر: حمزه أحمد حداد - المرجع السابق- ص 11.

الفرع الأول: إنفاذ اتفاق التسوية عن طريق التحكيم في التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني: إمكانية إنفاذ حكم التحكيم الصادر بعد حل النزاع خلال عملية الوساطة بموجب اتفاقية نيويورك.

الفرع الأول

إنفاذ اتفاق التسوية عن طريق التحكيم في التشريعات المقارنة
تنص قوانين بعض الدول صراحة على إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة عن طريق التحكيم، باعتباره حكماً تحكيمياً. والهدف الرئيس من وراء ذلك-كما سنبين لاحقاً في الفرع القادم - هو جعل هذا الحكم التحكيمي قابلاً للإنفاذ على المستوى الدولي من خلال اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجانب وإنفاذها (1958).¹ فعلى سبيل المثال، تنص الفقرة الثالثة من المادة 18 من قواعد مجلس التحكيم التجاري الكوري على مايلي:²

"إذا نجح التوفيق في تسوية النزاع، يعتبر الموفق كالمحكم المعين بموجب اتفاق بين الطرفين، ويجب أن تعامل التسوية الناتجة عن التوفيق بنفس طريقة حكم التحكيم...."³

وبالمثل، فإن المادة 14 (المعنونة بـ "التأكيد على معاملة اتفاق التسوية على أنه حكم تحكيمي) من قواعد معهد الوساطة التابع لغرفة تجارة ستوكهولم، تؤكد ذلك بنصها:

1 انظر: Newmark and Hill, op. cit., p. 81.
2 هذه القواعد تعالج قواعد التحكيم الوطنية domestic arbitration rules وعنوان المادة 18 هو "تسوية النزاع بواسطة التوفيق "Settlement through Conciliation"

3 Article 18 (3) provides:
"If the conciliation succeeds in settling the dispute, the conciliator shall be deemed to be the arbitrator appointed under the agreement of the parties; and the result of the conciliation shall be treated in the same manner as such an award given and rendered upon settlement by compromise under the provisions of Article 53, and shall have the same effect as an award."

وهذه القواعد متاحة على موقع مجلس التحكيم التجاري الكوري:
http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_eng/law/law_03_ex.jsp
آخر زيارة في 16 مارس 2014.

" عند التوصل إلى اتفاق تسوية، يجوز للأطراف، رهنا بموافقة من الوسيط، الاتفاق على تعيين هذا الوسيط كمحكم ويطلب منه تأكيد اتفاق التسوية فيصوره حكم تحكيمي."¹ ويلاحظ على هذا النص أن الوسيط لا يمكن أن يكون محكما إلا في حال نجاح الوساطة فقط.² وأتاحت بعض الولايات الأمريكية وسائل قانونية مماثلة لمنازعات التجارة الدولية. فمثلا، ينص قانون الإجراءات المدنية الخاص بولاية كاليفورنيا على أنه:³

"إذا نجحت عملية التوفيق في تسوية النزاع، وتم كتابة نتيجة التوفيق وتم التوقيع عليه من قبل الموفق أو الموفقين والأطراف أو ممثلهم، يعامل هذا الاتفاق المكتوب كحكم تحكيم صادر عن هيئة تحكيم

1 وتنص هذه المادة على الآتي:

"In case of settlement, the parties may, subject to the consent of the Mediator, agree to appoint the Mediator as an Arbitrator and request him/her to confirm the settlement agreement in an arbitral award."

هذه القواعد متاحة على موقع معهد الوساطة التابع لغرفة تجارة ستوكهولم:

[http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46582/SCC%20-%20Mediation%20Rules%20-%20English%20\(Clean%20Updated%2011-29\).pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46582/SCC%20-%20Mediation%20Rules%20-%20English%20(Clean%20Updated%2011-29).pdf)

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 انظر: Newmark and Hill, op. cit., p. 81.

3 والنص باللغة الإنجليزية يجرى على النحو الآتي:

Title 9.3. Arbitration and Conciliation of International Commercial Disputes, § 1297.401 states: "If the conciliation succeeds in settling the dispute, and the result of the conciliation is reduced to writing and signed by the conciliator or conciliators and the parties or their representatives, the written agreement shall be treated as an arbitral award rendered by an arbitral tribunal duly constituted in and pursuant to the laws of this state, and shall have the same force and effect as a final award in arbitration."

و قواعد هذا القانون متاحة على الموقع الآتي:

<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=ccp>
آخر زيارة في 16 مارس 2014.

شكلت حسب القواعد المنصوص عليها في قوانين هذه الولاية، ويكون له نفس القوة والتأثير باعتباره حكماً نهائياً صادراً في عملية تحكيمية.¹ إشكالية: تعين المحكم يستلزم وجود منازعة مثارة ولم يتم تسويتها في وقت تعيينه:

في حين أن إصدار مثل هذه النصوص والقوانين يبدو وسيلة مفيدة لإنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة، ولكن تبقى مشكلة مهمة يجب إثارتها وهي أن تعيين المحكم بعد تسوية النزاع لا يمكن أن يحدث في بعض الدول الأخرى، لأن قوانين هذه الدول تشترط أن يكون هناك نزاع ما لم يتم تسويته عند تعيين المحكم. فعلى سبيل المثال تتطلب الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون التحكيم الإنجليزي الصادر في عام 1996، وجود مثل هذا الشرط في تعريفها لاتفاق التحكيم. وتجري هذه المادة على النحو التالي:

" في هذا الجزء من هذا القانون، " يعني اتفاق التحكيم اتفاقاً على تسوية نزاعات قائمة أو مستقبلية (سواء كانت عقدية أملاً) بواسطة التحكيم."¹

وأيضاً تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997، على الآتي:²

1 النص باللغة الإنجليزية كما يلي:

"In this Part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not)."

هذا القانون متاح على الموقع الآتي:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 تجدر الإشارة إلى أن المادة 36 من مشروع قانون الوساطة المصري تنص على أنه "إذا توصل الوسيط الذي يجري وساطة أثناء نظر الدعوى التحكيمية إلى تسوية النزاع، كلياً أو جزئياً، يقدم إلى هيئة التحكيم تقريراً بذلك يرفق به اتفاق التسوية الموقع من أطراف النزاع وتصدر الهيئة قراراً بذلك يتضمن شروط التسوية، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ. ولأطراف الدعوى

"1- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وتنص الفقرة الأولى من المادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (قانون رقم 38 لسنة 1980) على الآتي:
"يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين."
ويجرى نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من المرسوم السلطاني العماني رقم 47 لسنة 1997 بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية على الآتي:

1- اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقرر فيه طرفاه اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية."
وتنص المادة 190 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري على الآتي:

"يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين... ويجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة..."

أما مشروع قانون التحكيم القطري، فتنص المادة السابعة منه على تعريف لاتفاق التحكيم:

"اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية..."

التحكيمية إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 27 من هذا القانون حال الإخلال باتفاق التسوية المبرم بينهم." وقد سبق أن تناولنا بالشرح المادة 27 من المشروع في المبحث الأول من الفصل الثاني.

وتعرف المادة السابعة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام 1985، حسب التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، اتفاق التحكيم بأنه:

"اتفاق بين الطرفين على أن يُحيل إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية..."¹

وبناء على هذه النصوص، فإنه لا يوجد "نزاع قائم أو مستقبلي"، على أساس أن هذا النزاع قد تمت سويته خلال عملية الوساطة، ولذلك لا يمكن أن يتم تعيين محكم لتأكيد هذه التسوية من خلال حكم تحكيمي.² وبالتالي يعد باطلاً وغير قابل للتنفيذ أيحكم صادر من محكم معين بعد تسوية النزاع خلال عملية الوساطة.³ وهنا يثار التساؤل عما إذا كان ممكناً الوصول إلى حل لهذه المشكلة، وذلك حتى يتم تفادي هذه المشكلة بتعديل تشريعي يجيز تعيين محكم بعد تسوية النزاع في التشريعات السابقة وغيرها. ويمثل هذا النص – في حال تبنيه في الدول المعنية- محاولة مشروعة لعدم مهاجمة حكم التحكيم، بناء على أن المحكم قد عين بعد إقرار تسوية النزاع. وينبغي أن يحكم هذا القانون الذي يجيز تعيين محكم بعد تسوية النزاع اتفاق التسوية مع إعطاء المحكم سلطة التصرف بناء على ذلك.⁴

ويقترح في هذا الشأن أن يتم تعيين المحكم قبل بدء الوساطة وتسوية المنازعة المطروحة من خلال ما يعرف بطريقة " التحكيم-الوساطة- التحكيم Arb-Med-Arb" إما عن طريق المحكم نفسه مع صياغة

- 1 نسخة من القانون متاحة على الموقع الآتي:
<https://cms.unov.org/.../GetDocInOriginalFormat.drsx>
- 2 آخر زيارة في 16 مارس 2014.
هذا المحكم ليس لديه شيء يقوم به هنا. بعبارة أخرى ليس لديه نزاعاً ليفصل فيه، راجع:
- 3 راجع: Newmark and Hill, op. cit., p. 83.
Edna Sussman: The Final Step, op. cit., p. 18.
- 4 المرجع السابق – ص 19.

وثيقة تسوية المنازعة بعناية كبيرة حتى يتم تنفيذها من قبل الأطراف الموافقة على هذه العملية أم عن طريق وسيط يعين مستقلا وعلى حده لتسوية المنازعة. افي حين أن هذا قد يكون مرضيا للبعض، ولكن هنا كالعديد من الحالات التي يكون فيها طرف ما على استعداد للذهاب إلى الوساطة ولكن يفضل تسوية النزاع عن طريق المحكمة بدلا من اللجوء إلى التحكيم، وذلك في الحالة التي لم ينجح الأطراف في عملية الوساطة في التوصل إلى تسوية.²

الفرع الثاني

إمكانية تنفيذ حكم التحكيم الصادر بعد حل النزاع من خلال عملية الوساطة بموجب اتفاقية نيويورك

اعترافا بازدياد أهمية التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، تسعى اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجانب وإنفاذها (1958)³ إلى توفير معايير تشريعية مشتركة بشأن الاعتراف باتفاقات التحكيم وكذلك اعتراف المحاكم بأحكام التحكيم الأجنبية وغير المحلية وإنفاذها. والهدف الرئيس الذي ترمي إليه الاتفاقية هو السعي إلى عدم التمييز تجاه أحكام التحكيم الأجنبية وغير المحلية؛ ومن ثم فإن الاتفاقية تلزم الدول الأطراف بضمان الاعتراف بتلك الأحكام واعتبارها عموما قابلة للإنفاذ في ولاياتها القضائية على غرار أحكام التحكيم المحلية.⁴ كما أن من الأهداف الأخرى التي ترمي إليها

1 راجع: Newmark and Hill, op. cit., p. 85.

2 راجع: Sussman: The Final Step, op. cit., p. 19.

3 النص العربي لهذه الاتفاقية متاح على الموقع الآتي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/1958NYConvention_A.pdf

آخر زيارة في 16 مارس 2014. وللمزيد من التفاصيل عن الخلفية التاريخية لهذه الاتفاقية انظر:

Brette L. Steele, op. cit., p.1392 et seq.

4 مقدمة عن اتفاقية الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958) ("اتفاقية نيويورك")، متاحة على الموقع الآتي:

الاتفاقية أنها تطلب من محاكم الدول الأطراف أن تجعل اتفاقات التحكيم ذات مفعول تام، وذلك باقتضائها من المحاكم حرمان الأطراف من سبل اللجوء إلى المحكمة إخلالا باتفاقهما على إحالة نزاع ما إلى هيئة تحكيم.¹ ويثار التساؤل عما ما إذا صدر حكم تحكيم يتعلّق بإنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، فهل يمكن أن ينفذ هذا الحكم وفقا لاتفاقية نيويورك؟ بعبارة أخرى هل يمكن تنفيذ حكم التحكيم بموجب اتفاقية نيويورك حتى إذا تمتع بين المحكم بعد حل النزاع خلال عملية الوساطة؟ وتجدر الإشارة إلى حقيقة مهمة يجب أخذها في الاعتبار وهي أن عدم وجود مثل هذه الآلية (اتفاقية نيويورك)، سيؤدي إلى جعل إنفاذ حكم التحكيم في كثير من الأحيان ذات فائدة أقل.²

وفي تحلي لهذا الموضوع، تجدر الإشارة بداية إلى أنه من المقبول أن يؤيد المحكم اتفاق الأطراف لتسوية نزاع نشب بينهم خلال عملية التحكيم وذلك عن طريق " حكم تحكيم اتفاقي يسجل أحكام تسوية توصل إليها الأطراف بإرادتهم الحرة -agreed award".³ ويمثل هذا الحكم بصفة عامة انعكاسا لاتفاق الطرفين وليس تحليلا للمحكم لأسباب وظروف النزاع.⁴ ويقر قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

1 المرجع السابق- نفس الموضوع.
2 انظر:

Brette L. Steele, op. cit., p.1392 and p. 1397.

3 وتجدر الإشارة إلى أن ما يعرف بـ "agreed award" or "award on " "agreed terms" and "consent award" يشيرون إلى نفس المعنى في هذا البحث. وللمزيد من التفاصيل انظر:

Brette L. Steele, op. cit., p. 1391 (footnote 21) and p. 1397.

4 المرجع السابق- نفس الموضوع.

1985 حسب التعديلات التي أقرت في عام 2006، اصراحة مثل هذه الأحكام والاعتراف بها وذلك في الفقرة الأولى من المادة 30: "إذا حدث أثناء إجراءات التحكيم، أن تم التوصل إلى تسوية للنزاع بين الأطراف، وجب على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات، وإذا طلب الأطراف ولم يكن هناك اعتراض من جانب هيئة التحكيم، يجوز تسجيل هذه التسوية في شكل حكم تحكيم وفقا لما تم الاتفاق عليه."² وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة (المادة 30) على أنه "... يكون لهذا الحكم نفس الصفة ونفس الأثر الذي يكون لأي حكم تحكيم آخر يصدر في موضوع الدعوى."³

علاوة على ذلك، فإن هناك العديد من قوانين التحكيم في بعض الدول تحيز للمحكم، وفي بعض آخر تشجع وتطلب من المحكم، أن يحاول

1 هذا القانون متاح باللغة الإنجليزية على الموقع الآتي:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

ومتاح باللغة العربية على الموقع الآتي:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.htm

2 ونص الفقرة الأولى من المادة 30 باللغة الإنجليزية كما يلي:

"If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms"

3 ونص الفقرة الثانية من المادة 30 باللغة الإنجليزية كما يلي:

"...such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case."

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 41 من قانون التحكيم المصري تنص على أنه "إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبتا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قرارا يتضمن شروط التسوية وينتهي الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ." وتنص المادة 30 من مشروع قانون التحكيم و التوفيق القطري في مجملها على أحكام مماثلة.

التوسط بين الأطراف أو لا لحل النزاع القائم. ومن هذه قواعد التحكيم في البرازيل والصين وهونغ كونغ، حيث يجوز للمحكم أن يحاول إجراء الوساطة أو التوفيق في أثناء إجراءات التحكيم.

وتنص الفقرة الرابعة من المادة 21 من قانون التحكيم البرازيلي على أنه: "يتعين على المحكم أو هيئة التحكيم، عند بدء الإجراءات، محاولة التوفيق بين الأطراف، وتطبيق، إلى أقصى حد ممكن، المادة 28 من هذا القانون."¹ ويجري نص المادة 28 على مايلي: "إذا توصل الأطراف إلى تسوية النزاع عن طريق الاتفاق بينهم، وذلك في سياق إجراءات التحكيم، فإنه يجوز للمحكم أو لهيئة التحكيم، بناء على طلب الأطراف، جعل حكم التحكيم متضمنا ومعلنا هذه الحقيقة، ويجب أن يحتوي على المتطلبات المنصوص عليها في المادة 26 من هذا القانون."²

وتنص المادة 51 من قانون التحكيم لجمهورية الصين الشعبية رقم 31 لسنة 1994³ على الآتي: "قبل أن يتم إصدار حكم التحكيم، يجوز

1 وتنص هذه المادة على:

Art. 21 (4) sets out that:

"The sole arbitrator or the arbitral tribunal shall, at the commencement of the procedure, try to conciliate the parties, applying, to the extent possible, Article 28 of this law."

ونصوص هذا القانون متاحة باللغة الإنجليزية على الموقع الآتي:

<http://cbar.org.br/site/eng/brazilian-legislation/law-9-307-96-english/>

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 وتنص هذه المادة على:

Article 28 provides:

"If the parties settle during the course of arbitral proceedings, the arbitrator or arbitral tribunal may, at the parties' request, render an arbitral award declaring such fact, containing the requirements provided for in Article 26 of this law."

3 دخل هذا القانون حيز التنفيذ في 1 سبتمبر 1995. وللمزيد من المعلومات راجع:

<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6598>

لهيئة التحكيم أن تحاول أولاً التوفيق. وإذا طلب الأطراف بداية التوفيق بإرادتهم، وجب أن تتولى هيئة التحكيم التوفيق. وإذا لم ينجح التوفيق، فيجب أن يصدر حكم التحكيم على وجه السرعة. وعندما يتم التوصل إلى اتفاق تسوية عن طريق التوفيق، تتولى هيئة التحكيم بإعداد مذكرة توفيق أو حكم تحكيم على أساس نتائج اتفاق التسوية. ويكون لمذكرة التوفيق نفس القوة القانونية التي تكون لحكم التحكيم.¹

وتقضي المادة 33 من القسم الثاني من الجزء الرابع من مرسوم التحكيم الخاص بهونغ كونغ،² على جواز أن يقوم المحكم بدور الوسيط،

1 آخر زيارة في 16 مارس 2014.
وتنص هذه المادة على:

Article 51 provides:

“The arbitration tribunal may carry out conciliation prior to giving an arbitration award. The arbitration tribunal shall conduct conciliation if both parties voluntarily seek conciliation. If conciliation is unsuccessful, an arbitration award shall be made promptly. If conciliation leads to a settlement agreement, the arbitration tribunal shall make a written conciliation statement or make an arbitration award in accordance with the result of the settlement agreement. A written conciliation statement and an arbitration award shall have equal legal effect.”

الطبعة الإنجليزية لهذا القانون متاحة على الموقع الآتي:

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182634

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

2 وتجرى هذه المادة على النحو الآتي:

- 1) If all parties consent in writing, and for so long as no party withdraws the party's consent in writing, an arbitrator may act as a mediator after the arbitral proceedings have commenced .
- 2) If an arbitrator acts as a mediator, the arbitral proceedings must be stayed to facilitate the conduct of the mediation proceedings .
- 3) An arbitrator who is acting as a mediator
 - a) may communicate with the parties collectively or separately;and

إذا وافق جميع الأطراف كتابة على ذلك، وأن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت بالفعل. ويجوز له أن يجتمع مع الأطراف سواء في جلسات مشتركة أو كل على حده. ولكن إذا لم يتم التوصل إلى تسوية، وجب عليه أن يعلن- قبل استئناف إجراءات التحكيم- عن رأيه للأطراف في الموضوعات المهمة للتحكيم. وينص المرسوم كذلك على أنه لا يجوز إبداء أي اعتراض على سير إجراءات التحكيم الذي تم على أساس أن المحكم قد قام بدور الوسيط في السابق.

ونرى أن " أحكام التحكيم الاتفاقية agreed awards التي تصدر من جانب محكم معين قبل تسوية النزاع ستكون خاضعة لأحكام اتفاقية نيويورك وستكون قابلة للإنفاذ بموجب هذه الاتفاقية. ونعتقد في صحة نفس النتيجة إذا تم تعيين المحكم بعد تسوية النزاع من خلال عملية الوساطة. ويؤيد رأينا في هذا الصدد الكلمات والعبارات المستخدمة في هذه الاتفاقية. والنصوص ذات الصلة بهذا الموضوع في هذه اتفاقية هي كما يلي:

• المادة 1 (1): " تنطبق هذه الاتفاقية على اعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم ... الناشئة عن منازعات بين الأشخاص ... "

-
- b) must treat the information obtained by the arbitrator from a party as confidential, unless otherwise agreed by that party or unless subsection (4) applies .If4)
 - a) confidential information is obtained by an arbitrator from a party during the mediation proceedings conducted by the arbitrator as a mediator; and
 - b) those mediation proceedings terminate without reaching a settlement acceptable to the parties, the arbitrator must, before resuming the arbitral proceedings, disclose to all other parties as much of that information as the arbitrator considers is material to the arbitral proceedings .
 - 5) No objection may be made against the conduct of the arbitral proceedings by an arbitrator solely on the ground that the arbitrator had acted previously as a mediator in accordance with this section..

•المادة 2 (1): "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم في كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم."

•المادة 5 (2): "يجوز لدولة ما أن ترفض الاعتراف والإنفاذ إذا تبين لها: (أ) أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو (ب) أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو إنفاذهما يخالف النظام العام في هذا البلد."

إن لغة المصطلحات المستخدمة في اتفاقية نيويورك لا تشير إلى العنصر الزمني الدقيق، مثل قواعد التحكيم الوطنية كقانوني التحكيم الإنجليزي¹ وقانون التحكيم المصري. حيث إن هذه القوانين تتطلب نزاعاً قائماً بالفعل أو سوف ينشأ في المستقبل. ويصعب علينا تحديد ما إذا كان النزاع يجب أن يكون موجوداً ومثاراً في وقت تعيين المحكم أم لا.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى توصيات الأونسيترال المتعلقة بتفسير اتفاقية نيويورك والتي تعتبر آلية متاحة لتوضيح المعنى الحقيقي

1 انظر: Sussman: The Final Step, op. cit., p. 22. ولمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع انظر:

Christopher Newmark and Richard Hill, Can a Mediated Settlement Agreement Become an Enforceable Arbitration Award? Vol.16 Arbitration International, No 1 at 81 (2000); James T Peter, Med-Arb in International Arbitration, 8 Am. Rev. Int'l Arb. 83,88 (1997); Harold I. Abramson, Mining Mediation Rules for representation Opportunities and Obstacles, 15 Am.Rev. Int'l Arb. 103 (2004) and Ellen E. Deason, Procedural Rules for Complimentary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide 80 Notre Dame L. Rev. 553, fn. 173 (2005).

الذي يمكن أن يعطى للغة المستخدمة في هذه الاتفاقية.¹ وهذه التوصيات يمكن أن توضح مدى تطبيق الاتفاقية على أحكام التحكيم التجارية الدولية التي تعتبر في الأساس اتفاقات للأطراف تمت نتيجة عملية وساطة.²

1 على سبيل المثال تبنت الأونسيترال توصية بشأن تفسير الفقرة الثانية من المادة الثانية في عام 2006. ونص هذه التوصية جاء على النحو الآتي:

"صيغت التوصية، التي اعتمدها الأونسيترال في 7 تموز/يوليه 2006، اعترافاً باتساع نطاق استخدام التجارة الإلكترونية وبسنّ تشريعات داخلية، وكذلك سوابق قضائية، أكثر موثابة من اتفاقية نيويورك فيما يتعلق باشتراط الشكل الذي يحكم اتفاقات التحكيم وإجراءات التحكيم وإنفاذ أحكام التحكيم. وتُشجّع التوصية الدول على تطبيق الفقرة (2) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك "مع إدراك أن الحالات المذكورة فيها ليست حصرية". وإضافة إلى ذلك، تُشجّع التوصية الدول على أن تعتمد المادة 7 المنقحة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. وكلا خيارَي المادة 7 المنقحة يتيحان نظاماً أكثر موثابة للاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها من النظام المتاح بمقتضى اتفاقية نيويورك. وبفضل "الحكم المتعلق بالقانون الأنسب" الوارد في الفقرة (1) من المادة السابعة من اتفاقية نيويورك، توضح التوصية أن "أي طرف ذي مصلحة" ينبغي أن يسمح له بأن "يستفيد مما قد يتمتع به، بمقتضى قانون أو معاهدات البلد الذي يُلتمس فيه الاعتماد على اتفاق التحكيم، من حقوق في التماس الاعتراف بصحة ذلك الاتفاق." وهذه التوصية متاحة على الموقع الآتي على شبكة الإنترنت:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.htm

آخر زيارة في 16 مارس 2014.

و انظر أيضاً: Sussman: The Final Step, op. cit., p. 23.

2 انظر المرجع السابق- نفس الموضوع.

خاتمة الدراسة

خلال العقود الماضية ارتفعت حالات اللجوء إلى الوساطة كآلية بديلة لتسوية المنازعات التجارية سواء على المستوى المحلي في بعض البلدان أو على المستوى الدولي.¹ ومن بين الأسباب التي أدت إلى هذا التزايد في نسبة لجوء الأطراف إلى هذه الآلية أنها تمتاز بالعديد من المميزات منها السرعة وقلة التكلفة وأنها آلية منظمة تحتوي على خطة وجدول زمني يوضع بواسطة الوسيط بالاشتراك مع الأطراف. وتمتاز - أيضا - بأنها تعتمد أساسا على الأطراف وقدرتهم على التوصل إلى تسوية لنزاعهم بمساعدة الوسيط. ويقتصر دور الوسيط على تسهيل إجراء الحوار بين الأطراف ومساعدتهم على التوصل إلى هذه التسوية. وهو في سبيل ذلك يقوم بعرض ومناقشة أوجه القوة وأوجه الضعف المتعلقة بموقف كل طرف من الأطراف، وغالبا ما يتم ذلك في مقابلات منفردة مع كل طرف من هؤلاء الأطراف.

وكما سبق أن ذكرنا، تنفذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة بقدر أعلى من أحكام المحاكم. ويرجع ذلك إلى أن الأطراف أنفسهم هم من قاموا بالتوصل إلى هذه الاتفاقات ومن ثم يشعرون بعدالة هذه الاتفاقات وبقدرتهم على تنفيذها. ولذلك فإن احتمالية عدم تنفيذ أي من الالتزامات المتفق عليها في هذه الاتفاقات تقل بشكل ملحوظ.

ومع الزيادة المستمرة في اللجوء إلى الوساطة كآلية فعالة لفض المنازعات التجارية، زادت - أيضا - نسبة المنازعات حول اتفاقات التسوية الناتجة عنها، ومن المتوقع أن تتزايد - أيضا - في المستقبل. وغالبا ما تكون هذه المنازعات متعلقة بموضوع إنفاذ هذه الاتفاقات.

وتجدر الإشارة إلى أن اتخاذ إجراءات معينة لتفعيل أو إنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة يؤثر تأثيرا مباشرا على المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الوساطة وهي - كما سبق أن ذكرنا - السرعة في

1 انظر ما سبق ذكره في مقدمة هذا البحث.

الوصول إلى تسوية ما، والاقتصاد في النفقات، والحفاظ على العلاقات الودية بين الأطراف المعنية. ومدى تأثر هذه المبادئ يتوقف على الآلية المتاحة لتفعيل وإنفاذ مثل هذه الاتفاقات.¹

وكما بينا يوجد ثلاث آليات رئيسة يمكن من خلالها إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، وهي:

- عن طريق العقد: يمكن للأطراف محاولة إنفاذ اتفاق التسوية وفقا للمبادئ العامة لقانون العقود باعتبار هذا الاتفاق في النهاية عقداً. ولكن في هذه الحالة سيخضع الاتفاق للدفع المعتادة التي من الممكن أن تشوب أي عقد (مثل عيوب الرضا أو الأهلية). ومع ذلك نلاحظ أننا أمام عقد تسوية ناتج عن عملية الوساطة، والأطراف لم تلجأ إلى الوساطة إلا بسبب أن العقد الأصلي لم يتم تنفيذه من جانب أحد الأطراف. وهذه هي المشكلة الأساسية التي تواجه الجميع بخصوص هذه الآلية.
- عن طريق المحكمة: يمكن إنفاذ هذا الاتفاق عن طريق المحكمة، وقد أخذ بهذه الطريقة بصورة واضحة- ضمن غيرها- التوجيه الأوروبي المتعلق بالوساطة ومشروع قانون الوساطة المصري.
- عن طريق هيئة تحكيمية: يمكن إنفاذ هذا الاتفاق بصفته حكماً تحكيمياً، سواء كان ذلك باعتبار اتفاق التسوية في حد ذاته حكماً تحكيمياً كما هو الوضع في الهند² أو استلزام اعتماده من هيئة

1 راجع:

Sussman: The Final Step, op. cit., p. 4.

2 راجع المادتان 73 و 74 من قانون التحكيم و التوفيق الهندي. وينص المادة 73 و المعنونة "اتفاق التسوية- Settlement Agreement " على الآتي:

1. " When it appears to the conciliator that there exist elements of a settlement which may be acceptable to the parties, he shall formulate the terms of a possible settlement and submit them to the parties for their observations. After receiving the observations of the parties, the conciliator may reformulate

تحكيمية عينت قبل التوصل إلى تسوية أو بعدها، كما هو الحال – كما سبق أن ذكرنا- في الصين.
وبالإضافة إلى هذه الآليات، يوجد طرق أخرى يمكن من خلالها إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة. من هذه الطرق ضرورة توثيق هذه الاتفاقات، كما هو متبع في سلوفاكيا.¹ وفي بلجيكا تعتبر الأوامر الصادرة من المحاكم والمصدقة لاتفاقات التسوية أحكاماً.² أما في هولندا، فيجب أن يصادق قاض على هذه التسويات.³
وبعد هذا العرض الموجز لأهم ما تناولناه في هذا البحث نخلص إلى النتائج التالية:

- على الرغم من الأهمية الكبيرة لدور المحاكم في إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة، فإنه تجدر الإشارة إلى أنه حتى مع الحصول على حكم قضائي، فإن الصعوبات التي تواجه تنفيذ هذا الحكم المتعلقة بالشأن التجاري الدولي في دولة أخرى أجنبية، تعد

the terms of a possible settlement in the light of such observations. =

- =2. If the parties reach agreement on a settlement of the dispute, they may draw up and sign a written settlement agreement. If requested by the parties, the conciliator may draw up, or assist the parties in drawing up, the settlement agreement.
3. When the parties sign the settlement agreement, it shall be, final and binding on the parties and persons claiming under them respectively.
4. The conciliator shall authenticate the settlement agreement and furnish a copy thereof to each of the parties.”

- وتحت عنوان "وضع وتأثير اتفاق التسوية Settlement Agreement" يجرى نص المادة 74 على الآتي:

“The settlement agreement shall have the same status and effect as if it is an arbitral award on agreed terms on the substance of the dispute rendered by an arbitral tribunal under section 30.”

1 انظر: Vilalta, Aura, op. cit. p. 18.

2 انظر المرجع السابق- نفس الموضوع.

3 انظر المرجع السابق- نفس الموضوع.

في كثير من الأحيان عقبات غير هينة.¹ ومن هذه الصعوبات أن هذه الأحكام تنفذ في داخل الدولة التي تنتمي إليها المحكمة التي أصدرتها ولا تنفذ خارج إقليم هذه الدولة إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية أو إقليمية تسمح بهذا.² ومن ثم فإن عدم وجود مثل هذه الاتفاقية سيقطع إلى حد كبير الفوائد التي يأمل في الحصول عليها من تنفيذ الحكم الأجنبي. ويمكن تفادي هذه الصعوبات إذا كان ممكناً أن يتم إنفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة باعتباره حكماً تحكيمياً، وبالتالي الاستفادة من آليات التنفيذ المعمول بها في اتفاقية نيويورك.³

- من أجل الاستفادة من نظام اتفاقية نيويورك تنص قوانين بعض الدول على إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة عن طريق التحكيم، مثل كوريا وقواعد معهد الوساطة التابع لغرفة تجارة ستوكهولم وقانون ولاية كاليفورنيا. وتسمح هذه القوانين بأن يعين المحكم بعد التوصل إلى اتفاق للتسوية. وتعد هذه مشكلة لبعض الدول التي تنص قوانين التحكيم بها على أنه يجب أن يعين المحكم للفصل في نزاع ما موجود وقت تعيينه (مثل قانون التحكيم الإنجليزي وقانون التحكيم المصري وغيرهما من قوانين التحكيم في البلاد العربية). وللتغلب على هذه المشكلة – وإلى أن يتدخل المشرع بتعديل تشريعي يجيز صراحة إمكانية تعيين المحكم بعد التوصل إلى اتفاق للتسوية- اقترحنا أن تجرى عملية

1 انظر: Sussman: The Final Step, op. cit., p. 17.

2 وقد تكون بعض الدول المهمة في مجال التجارة الدولية ليست عضواً في اتفاقيات مهمة في هذا المجال، وهذا سيؤثر بلا شك في فعالية الأحكام الصادرة بخصوص اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة و بالتالي في نظام الوساطة ككل. انظر في تفصيل ذلك:

Brette L. Steele, op. cit., pp. 1391- 1392.

3 انظر: Sussman: The Final Step, op. cit., p. 17.

فض النزاع من خلال ما يسمى بطريقة "التحكيم- الوساطة- التحكيم".

- هنا كالعديد من قوانين التحكيم في بعض الدول تجيز للمحكم، وفي بعض آخر تشجع وتطلب من المحكم، أن يحاول أن يتوسط بين الأطراف¹ولا لحل النزاع القائم. من هذه قواعد التحكيم في البرازيل والصين وهونغكونغ، حيث يجوز للمحكم أن يحاول إجراء الوساطة أو التوفيق في أثناء إجراءات التحكيم.

- فيما يتعلق بما يسمى بـ " أحكام التحكيم الاتفاقية agreed awards - أحكام تحكيمية تسجل أحكام تسويات توصل إليها الأطراف بإرادتهم الحرة-والتي تصدر من جانب محكم معين قبل تسوية النزاع، نرى خضوعها لأحكام اتفاقية نيويورك وتكون قابلة للإنفاذ بموجب هذه الاتفاقية. ¹واعتقد في صحة نفس النتيجة – للأسباب التي ذكرت سابقا- إذا تم تعيين المحكم بعد تسوية النزاع من خلال عملية الوساطة. ولكن نرى في نفس الوقت ضرورة إصدار توصية لتفسير مدى انطباق نصوص اتفاقية نيويورك على حكم التحكيم صادر عن محكم معين بعد حل النزاع من خلال عملية الوساطة.

ونشير الآن إلى أهم التوصيات التي ينبغي أخذها في الاعتبار قبل الموافقة النهائية على مشروع قانوني: الوساطة في مصر والتوفيق في قطر:

- ينبغي على المشرعين في كل من مصر وقطر أن ينصا صراحة في القوانين المتعلقة بالوساطة أو التحكيم على أن يحاول المحكم تسوية النزاع بداية عن طريق الوساطة قبل البدء في إجراءات

1 وهذا هو مسلك المشرع المصري وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 41 من قانون التحكيم. ويتفق المشرع القطري مع ما ذهب إليه المشرع المصري في هذا الصدد، راجع المادة 30 من مشروع قانون التحكيم و التوفيق القطري.

- التحكيم. وهذا الأمر متبع – كما سبق أن ذكرنا – في البرازيل والصين وهونج كونج.
- ينبغي على المشرع المصري أن يحسم أمره بصدد ما يسمى بأحكام التحكيم الاتفاقية *agreed awards* – التي تصدر من محكم تم تعيينه بعد تسوية النزاع من خلال عملية الوساطة- سواء باعتبارها صراحة أحكاما تحكيمية ومن ثم تخضع لاتفاقية نيويورك أم لا.
 - يحبذ أن يصدر المشرع القطري قانونا مستقلا يعالج الوساطة. فحاليا يوجد مشروع قانون واحد ينظم إجراءات التحكيم والتوفيق (الوساطة) معا.
 - ينبغي أن يتضمن هذا القانون المستقل المخصص للوساطة نصوصا تفصيلية متعلقة بعملية الوساطة سواء القضائية أو الاتفاقية، وذلك بغرض تخفيف الضغط على المحاكم وإيجاد تسويات سريعة للمنازعات التجارية. ونرى أن يؤخذ مشروع قانون الوساطة المصري كنموذج يحتذى به في هذا الصدد لاشتماله على نصوص تفصيلية جيدة لعملية الوساطة سواء القضائية أو الاتفاقية.
 - ينبغي على المشرع القطري في مشروعه المقترح والخاص بالوساطة أن يتضمن طرقاً وإجراءات تفصيلية خاصة بكيفية إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة. وللمشرع القطري أن يهتدي في هذا الأمر بالنصوص الموجودة في مشروع قانون الوساطة المصري.
 - وكما ذكرنا مع المشرع المصري، ينبغي على المشرع القطري في مشروعه المقترح أن يتضمن موقفا صريحا بالنسبة لمسألة أحكام التحكيم الاتفاقية.
- وختاما نود أن يصدر المشرع في كل من مصر وقطر القوانين المتعلقة بالوساطة في أسرع وقت ممكن حتى يجد المتعاملون في المجال

التجاري أسسا قانونية واضحة لتسوية منازعاتهم من خلال الوساطة،
ويجد هؤلاء - أيضاً- طرقاً واضحة متعلقة بإنفاذ اتفاقات التسوية التي
يتوصلون إليها خلال هذه العملية، حيث إنه بدون قواعد بينة لإنفاذ اتفاقات
التسوية الناتجة عن الوساطة، فإن هذه العملية لن تحقق النجاح المنشود من
وراء تبنيها.
تم بحمد الله والله الموفق.

قائمة المراجع الرئيسية

أولاً: مراجع باللغة العربية:

(1) المؤلفات العامة:

- 1- أحمد السيد صاوي و أسامة عبد العزيز
التنفيذ الجبري في المواد المدنية و التجارية- القاهرة- دار النهضة العربية- 2005
الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية - الطبعة الثالثة - بدون ناشر- 2010.
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية- القاهرة- بدون ناشر- 2005.
- 2- أحمد السيد صاوي
الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية - الطبعة الثالثة - بدون ناشر- 2010.
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية- القاهرة- بدون ناشر- 2005.
- 3- أسامة أحمد شوقي المليجي
الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري- القاهرة- بدون ناشر- 2000.
النظرية العامة للالتزامات- الكتاب الأول مصادر الالتزام- القاهرة- دار النهضة العربية- 1984.
أحكام الالتزام- الإسكندرية- دار المطبوعات الجامعية- 1998.
النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري- الجزء الثاني- أحكام الالتزام- الدوحة- جامعة قطر- بدون تاريخ.
- 4- جميل الشرقاوي
أحكام الالتزام- الإسكندرية- دار المطبوعات الجامعية- 1998.
النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري- الجزء الثاني- أحكام الالتزام- الدوحة- جامعة قطر- بدون تاريخ.
- 5- رمضان أبو السعود
الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994- القاهرة- دار النهضة العربية- 2013.
- 6- سعيد مبارك و حسن حسين البراوى
الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994- القاهرة- دار النهضة العربية- 2013.
- 7- سميحة القليوبى
الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994- القاهرة- دار النهضة العربية- 2013.
- 8- عبد الرشيد مأمون
الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994- القاهرة- دار النهضة العربية- 2013.

- العربية- بدون تاريخ.
مصادر الالتزام- القاهرة- دار
النهضة العربية- بدون تاريخ.
الموجز فى النظرية العامة
للالتزامات- المصادر- الأحكام-
الإثبات- القاهرة - دار النهضة
العربية- 1994.
- 9- عبد المنعم فرج الصده
10- عبد الودود يحيى
- 11- على نجيده
النظرية العامة للالتزامات - الكتاب
الأول- مصادر الالتزام- القاهرة- دار
النهضة العربية- 2004-2005.
- 12- على نجيده و محمد حاتم
البيات
النظرية العامة للالتزامات فى القانون
المدنى القطرى مقارنا بإحكام
الشريعة الإسلامية- الجزء الأول -
مصادر الالتزام- الدوحة- جامعة
قطر- بدون تاريخ.
- 13- فتحي عبد الرحيم عبدالله
شرح النظرية العامة للالتزامات-
الكتاب الأول- مصادر الالتزام-
2006.
- 14- فتحي والى
قانون التحكيم فى النظرية و التطبيق-
الإسكندرية- منشأة المعارف- 2007.
- 15- محمود سمير الشرقاوي
مقارنة-القاهرة- دار النهضة
العربية- 2011.
- 16- محمود عبد الرحمن
النظرية العامة للالتزامات- الجزء
الثانى- أحكام الالتزام- الطبعة الثانية-
القاهرة- دار النهضة العربية- بدون
تاريخ.
- 17- محمود مختار بريرى
الثالثة-القاهرة - دار النهضة العربية-
2004.
- 18- منذر الفضل
النظرية العامة للالتزامات فى القانون
المدنى- دراسة مقارنة بين الفقه
الإسلامي و القوانين المدنية

الوضعية- الجزء الثانى- أحكام
الالتزام- عمان- مكتبة دار الثقافة
للنشر و التوزيع-1992.

(2) المؤلفات المتخصصة (الأبحاث و رسائل الدكتوراه)

- 1- سامى عبد الباقي أبو صالح
التحكيم التجارى الإلكتروني- دراسة
مقارنة- القاهرة- دار النهضة العربية-
بدون تاريخ.
- 2- طه أحمد على قاسم
تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية:
دراسة سياسية قانونية لدور المركز
الدولى لتسوية منازعات الاستثمار-
الإسكندرية- دار الجامعة الجديدة-
2008.
- 3- عبد المنعم زمزم
قانون التحكيم الإلكتروني- دراسة
مقارنة لقواعد جمعية التحكيم
الأمريكية و تنظيم محكمة القضاء في
ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي-
القاهرة- دار النهضة العربية- 2011.
- 4- على يوسف صاحب
مفهوم العقد فى القانون الأنجلو-
أمريكي: دراسة مقارنة- مجلة
القاسية للقانون و العلوم السياسية –
العددان 1-2 من المجلد الثالث
2010.
- 5- محمد سالم أبو الفرج
الالتزام بالسرية في الوساطة كإحدى
آليات تسوية المنازعات التجارية:
دراسة مقارنة، بحث مقبول للنشر في
مجلة القانون و الاقتصاد التى تصدر
عن كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- 6- محمد فهمي الجوهري
ملاحظات في التحكيم التجارى
الدولى- بدون ناشر- 2000.

ثانيا: المراجع باللغة الإنجليزية

1. Anna Giordano Ciancio, 'Meditation at the Intersection with Contract Law: The Settlement Agreement'. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2272989
2. Bettina Kootzl and Evelyn Zack, 'Taking the Best from Mediation Regulations: the EC Mediation Directive and the Austrian Mediation Act' (2007) 23 (4) *Arbitration International* 663.
3. Brette L. Steele, 'Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards Under the New York Convention' (2007) 54 *University of California Los Angeles Law Review (UCLA)* 1385.
4. Bruce R. Parker, 'What Can Be Done To Enforce Mediation Agreements?' (July 1992) *Defense Counsel Journal* 322.
5. C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010).
6. Cathleen Cover Payne, 'Enforceability of Mediated Agreements' (1986) 1(2) *Journal on Dispute Resolution* 385.
7. David Cornes, 'Mediation Privilege and the EU Mediation Directive: An Opportunity' (2008) 47 (4) *Arbitration*.
8. David P. Twomey, Marianne Moody Jennings and Ivan Fox, *Anderson's Business Law and the Legal Environment*, 19 edition (USA: West Legal Studies, 2005).
9. Edna Sussman, 'A Brief Survey of US Case Law on Enforcing Mediation Settlement Agreements over Objections To Existence or Validity of such

Agreements and Implications for Mediation Confidentiality and Mediation Testimony' (April) 2006 *Mediation Committee Newsletter*, ABA Legal Practice Division, pp.32-40.

10. Edna Sussman, 'Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process' (Spring 2009) 2(1) *New York Dispute Resolution Lawyer* 71.
11. Edna Sussman, 'The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement' p. 1. Available at:
http://www.sussmanadr.com/docs/Enforcement_For_dham_82008.pdf
12. Edna Sussman, 'The New York Convention Through a Mediation Prism' (Summer 2009) 15(4) *Dispute Resolution Magazine*.
13. Elena D'Alessandro, 'Enforcing Agreements Resulting from Mediation within the European Judicial Area: A Comparative Overview from an Italian Perspective (October 1, 2011). Available at: SSRN:
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1950988>.
14. Ellen E. Deason, 'Competing and Complementary Rules Systems: Civil Procedure and ADR: Procedural Rules For Complementary Systems of Litigation and Mediation- Worldwide' (2005) 80 *Notre Dame Law Review* 553.
15. Ellen E. Deason, 'Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides With Confidentiality' (2001) 35 *U.C. Davis Law Review* 33.
16. Eric van Ginkel, 'Mediation under National Law: United States of America' (August 2005) *Mediation*

Committee Newsletter (IBA: Legal Practice Division) 43.

17. Eva- Maria Henke, *Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive* (Germany: Druck und Bindung, 2009).
18. F. Peter Phillips, 'The European Directive on Commercial Mediation: What It Provides and What It Doesn't.' Available at:
<http://www.businessconflictmanagement.com/publication-european-commercial-mediation.html>
19. Giuseppe De Palo and Lauren Keller, 'Mediation in Italy: Alternative Dispute Resolution for All' in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
20. Gordon Blanke, 'The Mediation Directive: What Will it Mean for Us?' (2008) 74 (4) *Arbitration [The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management]* (The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators) Published by Sweet & Maxwell].
21. Gregory Klass, *Contract Law in the USA* (the Netherlands: Kluwer Law International, 2010).
22. Harold I. Abramson, 'Mining Mediation Rules for Representation Opportunities and Obstacles' (2004) 15 (1) *The American Review of International Arbitration* 103.
23. Harrie Samaras, 'What is a Settlement Enforceable? – Court Challenges to Settlements'. Available at:
http://www2.aipla.org/html/mw/2010/papers/Samaras_Paper.pdf.

24. International Bar Association Sub-Committee on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (“MLICC”), Singapore 2007, p. 14. This report is available at: <http://www.ibanet.org/Search/Default.aspx?q=model%20law%20on%20international%20conciliation>.
25. James Coben and Peter Thompson, ‘Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation,’ (2006) 11 *Harvard Negotiation Law Review* 45. Available at: http://law.hamline.edu/files/Coben_Disputing_Iron_0.pdf
26. James J. Alfini and Catherine G. McCabe, ‘Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law,’ (2001) 52 *Arkansas Law Review* 171.
27. Jens M. Scherpe and Bevan Marten, ‘Mediation in England and Wales: Regulation and Practice’ in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
28. Jiaqi Liang, ‘The Enforcement of Mediation Settlement Agreements in China’ (2008) 19 *American Review of International Arbitration* 489.
29. John M. Bosnak, ‘The European Mediation Directive: More Questions Than Answers’ in Arnold Ingen-Housz, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures, Volume II* (The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2011).
30. Katrin Deckert, ‘Mediation in France: Legal Framework and Practical Experiences’ in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and*

Regulation in Comparative Perspective (Oxford: Oxford University Press, 2013).

31. Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz and Frank B. Cross, *Business Law: Text and Cases*, 11th edition (USA, South-Western-Cengage Learning, 2009).
32. Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
33. Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration- Volume II- Handbook*, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2006).
34. Leigh Ellis, 'Tomlin Order'(November 2013) available at: <http://www.drukker.co.uk/publications/reference/tomlin-order/#.UuVM0NLfrs1>.
35. Linda C. Reif, ' The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes ' (2007) 45 *Canadian Business Law Journal*.
36. Linklaters, *Commercial Mediation: A Comparative Review*, 2013.p. 43. Available at: <http://www.linklaters.com/Publications/Commercial-mediation-comparative-review-2013/Pages/Index.aspx>
37. M. Chardon, 'Enforcement in France: An Overview of Legislation and Practice' in C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010).
38. M.I.M. Aboul-Enein, *Peaceful Settlement of Commercial Disputes: Commercial Arbitration and*

- other ADR Techniques (Cairo- without known publisher- 2005).
39. Mark C Hilgard and Jan Wendler, 'Enforcement' in Patricia Barclay, *Mediation Techniques* (London: International bar Association, 2010).
 40. Michael McIlwrath and John Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide* (the Netherlands: Kluwer Law International, 2010).
 41. Michel Kallipetis, 'The European Directive Scuppered'. Available at: <http://www.kallipetis.com/articles.html>.
 42. N. Andrews & R. Turner, 'The System of Enforcement of Civil Judgments in England' in C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010).
 43. N. Pajic, 'Avenues for Enforcement and Execution of Judgments in the United States' in in C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010).
 44. Nadja Alexander, 'Harmonization and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform' in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
 45. Penny Brooker, *Mediation Law: Journey Through Institutionalism to Juridification* (London: Routledge, 2013).
 46. Peter Robinson, 'Centuries of Contract Common Law Can't Be All Wrong: Why the UMA's Exception to Mediation Confidentiality in

Enforcement Proceedings Should be Embraced and Broadened' (2003) *Journal of Dispute Resolution* 135.

47. R. Jagtenberg & A. de Roo, 'Enforcing Mediated Settlements in Europe' in C.H. van Rhee and A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Intersentia Publishers, UK, 2010).
48. Robert W. Emerson, *Business Law*, 5th Edition (New York: Baron's Educational Series, 2009).
49. Ronan Feehily, 'The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreement', (2013) 12 (1) *Hibernian Law Journal*.
50. Scott J. Burnham, *Contract Law for Dummies* (USA: New Jersey, John Wiley & Sons, 2012).
51. William Markham, An Overview of Contract Law, 2002, available at: <http://www.markhamlawfirm.com/law-articles/contract-lawyer-san-diego/>
52. Tony Marks and Julio Cesar Betancourt, 'Rethinking Public Policy and Alternative Dispute Resolution: Negotiability, Mediability and Arbitrability' (2012) 78 (1) *Arbitration*.
53. Eric D. Green, "International Commercial Dispute Resolution: Courts, Arbitration, and Mediation-Introduction" (1997) 15 *Boston University International Law Journal* 175.
54. Pamela A. Kentra, 'Hear no Evil, See no Evil, Speak no Evil: The Intolerable Conflict for Attorney-Meditators between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct' (1997) *Brigham Young University Law Review* 715.

55. Benjamin F. Tennille, Lee Applebaum, and Anne Tucker Nees, 'Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Cases' (2010) 11 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 35.
56. Holly Streeter-Schaefer, 'A Look at Court Mandated Civil Mediation' (2001) 49 *Drake Law Review* 367.

ثالثاً: السوابق القضائية:

- 1- Advantage Properties, Inc. v. Commerce Bank N.A., 00-3014 (10th Cir. 2000).
- 2- Alexander v. Naden, 2005 WL 3150323 (Wa. App. Div. 1 2005).
- 3- Anjanette R. Vela v. Hope Lumber & Supply Company, 966 P.2d 1196 (Okla. Civ. App. Div. 1 1998).
- 4- Billie A. GOLDING, t/a Golding Appraisal Company v. Robert K. FLOYD, Jr., et al. 539 S.E.2d 735 (Va. January 2001).
- 5- Brinkerhoff v. Campbell, 994 P.2d 911 (Wa. App. Div. 1 2000).
- 6- Chantey Music Publishing Inc., v. Malaco, Inc., 915 So. 2d 1052 (2005).
- 7- Chitkara v. New York Telephone Company, 45 Fed. Appx. 53 (2d Cir. 2002).
- 8- Claridge House One Condominium Ass'n. v. Beach Plum Properties, 2006 WL 290439 (N.J. Super. A.D. 2006).
- 9- Darren Stewart v. Preston Pipeline et el., 36 Cal Rptr. 3d 901 (Cal. App. 6 Dist. 2005).
- 10- Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID 2008.
- 11- Donna ConlinOlam v. Congress Mortgage Co., 68 F.Supp.2d 1110 (N.D. Ca. 1999).

- 12- Ellyn Feldman v. Karl Kritch and State Farm Mutual Automobile Insurance Company, 824 So.2d 274 (Fla. App. 4 Dist. 2002).
- 13- Georgia Anne SNYDER-FALKINHAM v. Bruce C. STOCKBURGER, et al. 457 SE 2d 36 (Va 1995).
- 14- Georgos v. Jackson, 790 N.E.2d 448 (Ind. 2003).
- 15- Inwood International Co. v. Wal-Mart Stores, 243 F.3d 567 (C.A. Fed. 2000).
- 16- Joseph Ollie DeVille v. USA, 2006 WL 373491 (W. D. La. 2006).
- 17- Kalliope Vitakes-Valchine v. David Valchine, No. 4D00-2013 (Dist. Ct App. Fla. 2001).
- 18- Lindsay v. Lewandowski, 139 Cal App. 4th 1618 (Cal. App. 4th Dist 2006).
- 19- Matter Marriage of Banks, 887 S.W.2d 160 (Tex. App. - Texarkana 1994).
- 20- Mc Mahon v. Mc Mahon, 2005 WL 3287475 (Tenn. Ct. App. 2005).
- 21- Patrick EnowTakuanyiv. Allstate Insurance Company, et al.,, Filed March 21, 2006 (Ct. App. Minn. June 20, 2006).
- 22- PEGGY Domangue v. CHARLES Domangue, (Tex. App.- Tyler August 2005).
- 23- PNC MULTIFAMILY CAPITAL INSTITUTIONAL FUND XXVI LIMITED PARTNERSHIP, et al. v. CARL MABRY. 402 S.W.3d 654 (2012).
- 24- Princeton Insurance Co. v. Vergano, 883 A.2d 44 (Del. Ch. 2005).
- 25- Quinlan v. Ross Stores, 932 So.2d 428 (Ct App. Fla. 1st Dist. 2006).

- 26- Standard Steel, LLC v. Buckeye Energy, Inc., 2005 (W.D. Pa. 2005).
- 27- UNITED STATES v. JOHN C. KAVANAUGH, United States District Court, W.D. Pennsylvania. August 29, 2012.
- 28- Weddington Productions Inc. v. Flick, 71 Cal Rptr. 2d 265 (Cal. App. 2 Dist. 1998).
- 29- White v. Fleet Bank of Maine, 875 A.2d 680 (Me. 680).
- 30- William Peacock v. Spivey et al., No. A05A1823. (Ct. App. Ga. March 2006).
- 31- Steven Weller, 'Court Enforcement of Mediated Agreements: Should Contract Law Be Applied' (Winter 1992) *The Judges' Journal* 13.
- 32- Christopher Newmark and Richard Hill, 'Can a Mediated Settlement Become an Enforceable Arbitration Award' (2000) 16 (1) *Arbitration International* 81.
- 33- KiritLaljiThakrar v.CiroCitterio Menswear Plc (in administration) [2002] EWHC 1975 (Ch) (England).
- 34- Eduardo Corpaneda and Gerald Louis v. Quayside Place Partners LLP. Case no. 09-20740-civ. Florida.

حقوق المرأة العاملة
دراسة مقارنة بين نظام العمل والعمال السعودي
وبعض التشريعات العربية (المصري، والأردني، والكويتي، والإماراتي)
دكتور
عبد الله عبيد عامر النفاعي
رئيس قسم الأنظمة بجامعة لطائف

مقدّمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين،
سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

وبعد:

فإننا لو نظرنا إلى موضوع (حقوق المرأة العاملة) لوجدنا أنه ما بين
الواجب الديني المأمور به في قول الله تعالى: { وَقُلِ اعْمَلُوا }⁽¹⁾، والتأييد
من الدساتير والقوانين والأنظمة الداخلية بالحق في العمل، تبرز العلاقة التي
تحكم طرفي عقد العمل (العامل- وهو الباحث عن أمنه الاقتصادي
والاجتماعي من خلال جهده الجسدي والفكري)، و (صاحب العمل- وهو
الباحث عن الإنتاج والربح) وهي علاقة التبعية.

* والتبعية بمفهومها القانوني: هي خضوع العامل خلال تنفيذه لعقد
العمل لسلطة صاحب العمل متمثلة في الإشراف والتوجيه والرقابة، وما
يمكن أن ينبثق عنها من هيمنة للطرف الأقوى على الطرف الأضعف والتي
قد تسهم بإخراج العامل من إنسانيته إلى دائرة قد تهدر فيها كرامته الإنسانية
ويكرس من خلالها لنظام أشبه ما يكون بنظام الرق والعبودية.

* ومن صور التبعية: التبعية الفنية والتبعية التنظيمية والإدارية.
والأخيرة هي ما يتعلق بالظروف التي تحيط بالعامل أثناء تأديته لعمله، فمثلا

(1) سورة التوبة من الآية 105.

يقوم صاحب العمل بتحديد ساعات أو تنظيم أوقات العمل والإجازات، والتأكد من التزام العامل بالتعليمات الصادرة إليه.

وكثيراً ما تسهم التبعية في ظل متطلبات الإنتاج والغاية الربحية لصاحب العمل في إهدار حقوق العامل، الذي هو محور العملية الإنتاجية. وقد تدخل المنظم لحماية حقوق العامل من أن تهدر، فسن القانون لينظم العلاقات التي يمكن أن تنشأ عن قيام الإنسان بالعمل لحساب شخص آخر، هادفاً إلى منع استغلاله.

ورغم ذلك، ومن خلال الواقع العملي، ولكون العامل هو الطرف الأضعف في عقد العمل يلاحظ أن العامل قد يقدم بعض التنازلات رغبة ورهبة لصاحب العمل، خشية على حقه المشروع في العمل مضافاً إليه أسباب أخرى، منها ضعف الثقافة القانونية لدى الغالبية من العمال فيما يتعلق بحقوقهم وواجبات أصحاب العمل تجاههم، خاصة إذا ما تدعم ذلك الضعف بالمستوى الأكاديمي المتدني للعامل في بعض الأحيان، ووقوف الأوضاع الاقتصادية والأعباء الحياتية عائقاً أمام العامل صاحب الثقافة والوعي القانوني في مطالبته بالحقوق المترتبة له.

ويتوج الواقع العملي ضعف الإلزام القانوني، لكون المسؤولية القانونية المترتبة على صاحب العمل ليست بالدرجة الكافية لحماية بعض الحقوق. فإذا ما قورن قانون العمل بغيره من القوانين لوجد أنه قانون حديث النشأة. إلا أن العلاقات الناشئة عنه هي في تسارع مستمر. وبحاجة إلى متابعة وعناية من المشرع ليتسنى له معالجة ما يستجد.

ومن هنا، كانت الرؤية بالبحث في الحقوق التي كفلها النظام والقانون للمرأة العاملة.

وفى بداية بحثنا عن (حقوق المرأة العاملة) لا بد أن نؤكد أن الاهتمام بالمرأة وقضاياها هو اهتمام بكل المجتمع، ونعلن انحيازنا التام لجميع الحقوق التي تسعى المرأة لنيلها ؛ لأن ذلك ليس في صالح المرأة فقط وإنما في صالح المجتمع ككل: رجالاً ونساءً، وأي محاولة لعرقلة هذا، هي عرقلة لإمكانات وطاقات نصف المجتمع، فالمرأة قبل كل شيء هي عماد الأسرة،

وهي كذلك الأم والزوجة والأخت والابنة، وساهمت - وما تزال - يداً بيد مع الرجل في الحفاظ على قيم المجتمع وتطوير المقومات الأساسية له، وتصدت مع الرجل لجميع الأخطار التي هددت المجتمع، وحاولت النيل منه. وفي المقابل فإننا نقف ضد أصحاب دعاوى (قهر المرأة وتخلفها)، لأنهم أبعد ما يكونون عن سماحة الأديان والفهم الإيجابي لمكانة المرأة ودورها، كما أكدت المناهج والأديان السماوية، فهي لم تتقاعس يوماً عن أداء دورها نحو أسرتها ومجتمعها ووطنها، ووقعت عليها مظالم وانتهاكات في المجتمع (ماضياً وحاضراً)؛ وبالرغم من ذلك قَدِّمت ذات التضحيات التي بذلها الرجل من أجل الوطن، وتحملت مع ذلك مظالم وانتهاكات عديدة لكونها "امرأة"، وجاهدت - وما زالت - للحصول على حقوقها الدنيا التي يبخسها لها المجتمع، ومادام الأمر كذلك فهي تمثل نصف طاقتها، وتهميش دورها يعني تهميش نصف المجتمع وإهدار قدراته، ولا يمكن تطوير المجتمع أو الحلم بغد أفضل إذا تم إهمال وتنحية المرأة عن مجتمعها.

ولكي تستطيع المرأة أن تقوم بالدور المنوط بها، يجب أن تحيا في بيئة آمنة. ولكن المتأمل لواقع المرأة الذي تحياه من خلال عملها، يشعر بمدى اتساع الفجوة بين ما ينادي به المجتمع، وما يدبجه من قوانين لحمايتها، وما تقوم به جميع مؤسسات المجتمع المدني لحمايتها، وبين واقعا المر الذي تحياه، فبيئة العمل للمرأة لا تزال تحتاج إلى تضافر الجهود لكل عقل يؤمن بحق المرأة في العمل وفي الحياة، وكل قلم حر يؤمن أن النساء أرق أفئدة، وبالتالي فهن أولى بالرعاية، ولن يتحقق ذلك إلا بتفعيل كافة القوانين التي تضمنها نظام العمل، والتي هدفت إلى حماية المرأة العاملة (في بيئة العمل)، وكذلك كافة أشكال الحماية الاجتماعية والضمانات القانونية التي تنادي بها مؤسسات المجتمع المدني.

إن موضوع حقوق المرأة العاملة من المواضيع المهمة، والمغفول عن حقيقتها حيث إنه لم ينل الاهتمام الكافي رغم كثرة طرقها في الساحة الإعلامية، وهي واقعة بين طرفين،

* أولهما: طرف لا يرفع أي حق للمرأة، معرضاً بذلك عن جميع

الضوابط الشرعية والنظامية.

* وثانيهما: طرف يزعم أن هذه البلاد المباركة ظالمة للمرأة في أصل نظامها وتنظيمها.

لذلك يهدف هذا البحث إلى إلقاء الضوء على أوضاع المرأة العاملة في المملكة العربية السعودية وفقاً لنظام العمل السعودي الجديد الصادر بمرسوم ملكي رقم 51/م بتاريخ 1426/8/23 هـ، وبعض التشريعات العربية (كقانون العمل المصري والأردني والكويتي والإماراتي)، من خلال بيان الضمانات القانونية للمرأة العاملة والتعرف على أهم العوامل التي تؤثر سلباً أو إيجاباً على مستوى الحماية الاجتماعية.

* منهج البحث: -

والمنهج الذي اتبعته في هذا البحث هو المنهج الوصفي التحليلي، حيث أقوم بوصف وشرح كل حق من حقوق المرأة العاملة في كل من النظام السعودي والأنظمة القانونية المشار إليها، فإن كان النظام السابق للعمل والعمال السعودي الصادر برقم م/ 21 بتاريخ 1389/9/6 هـ يختلف عن النظام الجديد ذكرت الفروق، مع ذكر نصوص المواد التي أستند إليها في كلامي سواء من النظام السعودي الجديد أو القديم أو القانون المصري أو الأردني.

* خطة البحث: -

وقد رأيت أن أتناول هذا البحث (الحقوق الخاصة بالمرأة في نظام العمل والعمال السعودي وبعض التشريعات العربية كقانون العمل المصري والأردني) في مبحث تمهيدي ومبحثين وخاتمة على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: وأوضح فيه ما يلي: -

أولاً: ماهية العمل، وطرفا عقد العمل (صاحب العمل والعامل).
ثانياً: نبذة مختصرة في التطور التاريخي لحقوق المرأة عبر الحضارات القديمة والأديان السماوية.
ثالثاً: مدى مشروعية حق المرأة في العمل.
رابعاً: موقف الشريعة الإسلامية من عمل المرأة.

خامساً: ظروف استخدام المرأة والأبعاد الاجتماعية والاقتصادية لتشغيلها.
سادساً: مناهضة التمييز ضد عمل المرأة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية.

سابعاً: التدابير الحمائية للمرأة العاملة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية.

ثامناً: الإجازات المستحقة للمرأة العاملة وحماية الأمومة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية.
تاسعاً: أهمية عمل المرأة.

المبحث الأول: حقوق المرأة العاملة القائمة على اعتبارات إنسانية.
وينقسم إلى مطلبين: -

المطلب الأول: نطاق عمل المرأة، (حق المرأة العاملة في العمل مع ما يتوافق وطبيعتها كامرأة).

المطلب الثاني: ساعات العمل (حق المرأة العاملة في تحديد ساعات عمل محددة لها).

المبحث الثاني: حقوق المرأة المرتبطة بطبيعتها.

وينقسم إلى تسعة مطالب على النحو التالي: -

المطلب الأول: حق المرأة العاملة في الإجازات.

أ- إجازة وضع.

ب- إجازة وفاة الزوج (إجازة الحداد).

المطلب الثاني: حق المرأة العاملة في الأجر أثناء إجازة الحمل والوضع.

المطلب الثالث: حق المرأة العاملة في الرعاية الطبية.

المطلب الرابع: حق المرأة العاملة في الإجازة المرضية

المطلب الخامس: حق المرأة العاملة في فترات راحة لإرضاع

مولودها.

المطلب السادس: حق المرأة العاملة في الإجازة الدراسية

المطلب السابع: حق المرأة العاملة في عدم فصلها من العمل أثناء فترة

مرضها الناتج عن الحمل أو الوضع.

المطلب الثامن: حق المرأة العاملة على صاحب العمل في أن يوفر لها مكاناً لحضانة مولودها.
المطلب التاسع: حق المرأة العاملة في الحصول على إجازة لرعاية الطفل.
المطلب العاشر: حق المرأة العاملة في الحصول على مقعد لراحتها.
المطلب الحادي عشر: إجازة الحج وزيارة بيت المقدس.
المطلب الثاني عشر: حق المرأة العاملة في إجازات الأعياد.
المطلب الثالث عشر: حق المرأة العاملة في إنهاء عقدها بإرادتها المنفردة.
الخاتمة ونتائج البحث.

المبحث التمهيدي

ينقسم هذا المبحث إلى ثماني نقاط على النحو التالي: -
أولاً: ماهية العمل ونشأة قانون العمل وتسميته، وطرفا عقد العمل (صاحب العمل والعامل).
ثانياً: نبذة مختصرة عن التطور التاريخي لحقوق المرأة عبر الحضارات القديمة والأديان السماوية.
ثالثاً: مدى مشروعية حق المرأة في العمل.
رابعاً: موقف الشريعة الإسلامية من عمل المرأة.
خامساً: ظروف استخدام المرأة والأبعاد الاجتماعية والاقتصادية لتشغيلها.
سادساً: مناهضة التمييز ضد عمل المرأة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية.
سابعاً: التدابير الحمائية للمرأة العاملة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية.
ثامناً: الإجازات المستحقة للمرأة العاملة وحماية الأمومة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية.
تاسعاً: أهمية عمل المرأة.

* أولاً: ماهية العمل، وطرفا عقد العمل (صاحب العمل والعامل).
مما لا شك فيه أن (العمل حق)، بل لعله أهم الحقوق الاجتماعية التي تكفل للإنسان تأمين حياته وتجعله مطمئناً على حاضره ومستقبله،

وتحقق له الأمن بمفهوميه الاجتماعي والاقتصادي.
ولقد كفل الإسلام (دين الدولة (1)) للفرد الحق في تولي الوظائف على أساس الكفاءة والصلاحية وذلك لأنَّ الناس وفقاً للمنظور الإسلامي سواسية، ولا توجد لأحد أفضلية على أحد، وإنما أكرم الناس عند الله أكثرهم تقوى وصلاحية. والصلاحية تبرز في العمل الصالح الذي يؤديه المسلم بأمانة وصدق مبتغياً وجه الله. كما أن العمل في الإسلام هو فرض وواجب (2) قال تعالى: { وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ } (3).

كما نصت المواثيق الدولية على هذا الحق - فقد تضمنت المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الهيئة العامة للأمم المتحدة بياناً شاملاً عن حق العمل، وما ينبثق عنه من حقوق وحرريات، وما يلزم لحمايته من ضمانات إذ تضمنت المادة الأولى منه النص على أن: -
(لكل إنسان الحق في العمل، وله حرية اختياره، كما له حق العمل في ظروف عادلة وملائمة، وحق الحماية من التعطل أو البطالة) (4).
وكذلك فعلت الدساتير في الدول المختلفة، فقد نص الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر 1971 م في المادة رقم 13 على أن: -
(العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة، ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع. ولا يجوز فرض أي عمل جبراً على

-
- (1) انظر في هذا نص المادة 1 من دستور المملكة العربية السعودية، حيث نصت على أن (المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة؛ دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ولغتها هي اللغة العربية. وعاصمتها مدينة الرياض).
 - (2) انظر في هذا د / عبدالغني بسيوني عبد الله - النظم السياسية- الدار الجامعية بيروت - لبنان 1984م - ص 351.
 - (3) سورة التوبة - آية رقم 105.
 - (4) انظر في هذا نص المادة 23 / 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الهيئة العامة للأمم المتحدة.

المواطنين إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل عادل⁽⁵⁾ .
وهو ما فعله الدستور الأردني الصادر سنة 1952 م⁽⁶⁾ في الفصل
الثاني، حيث نصت المادة 2/6 منه على أن: -
(تكفل الدولة العمل والتعليم ضمن حدود إمكانياتها وتكفل الطمأنينة
وتكافؤ الفرص).

وما فعله الدستور الكويتي، حيث نصت المادة 41 / ج منه على أن
(لكل كويتي الحق في العمل واختيار نوعه، والعمل واجب على كل مواطن
تقتضيه الكرامة ويستوجب الخير العام، وتقوم الدولة على توفيره للمواطنين
وعلى عدالة شروطه)⁽⁷⁾ .

و بما أن الديانات السماوية والمواثيق الدولية و دساتير الدول وقوانينها
قد أكدت على الحق في العمل- فإن التساؤل الذي يثار هنا هو ما المقصود
بالعمل وما هيته ؟

يمكن تعريف العمل بأنه: كل جهد فكري أو جسماني يبذله العامل لقاء
أجر سواء كان بشكل دائم أو عرضي أو مؤقت أو موسمي⁽⁸⁾ .

ويمكن تعريف قانون العمل بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تحكم
العلاقات الناشئة عن قيام شخص طبيعي بالعمل لحساب شخص من
أشخاص القانون الخاص وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر⁽⁹⁾ .

وعرفت المادة 31 من قانون العمل المصري الرقم 12 لسنة 2003
بأنه " العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل أن يعمل لدى صاحب عمل وتحت

(5) انظر في هذا نص المادة 13 من الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر
1971 م.

(6) نصوص مواد من الدستور الأردني لسنة 1952 م.

(7) انظر في هذا المادة 41 / ج من الدستور الكويتي.

(8) نص المادة (2 التعريفات) من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 وفقاً
لآخر تعديلاته.

(9) د/ محمد عادل عبد الرحمن، د. السيد عيد نايل: قانون العمل الجديد، 2005،
بدون ناشر - ص11، وأيضاً د/ محمد لبيب شنب: شرح أحكام قانون العمل،
الطبعة الخامسة، 1993، ص13، وأيضاً د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله: مبادئ في
قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الجزء الأول، 1993، ص6.

إدارته وإشرافه لقاء أجر".

ومما سبق نجد أن عقد العمل يتميز بخصائص كالاتي (10):

أنه عقد رضائي: - أي يتم بالتراضي بين العامل وصاحب العمل ولا يشترط في عقد العمل أي شكل خاص ما لم تنص القوانين واللوائح الإدارية على خلاف ذلك م (677 مدني).

- أنه من العقود المعاوضة: - فالعامل فيه يؤدي العمل مقابل أجر بينما رب العمل يؤدي الأجر عوضاً عن العمل الذي يستوفيه.

- عقد ملزم للجانبين: - فعقد العمل يلزم العامل بأداء العمل والمحافظة على أسرار صاحب العمل وأيضاً يلزم صاحب العمل بأداء الأجر وتهيئة العمل للعامل.

- أنه عقد من العقود الواردة على العمل التابع للإشراف الغير أو إدارته وبذلك يصبح من عقود المدة إذا تحدد العمل بزمان ما وقد لا يكون من عقود المدة إذا تحدد العمل بغير المدة.

نشأة قانون العمل وتسميته:

صاحب ظهور الثورة الصناعية في أوروبا واختراع الآلة، الاستغناء عن كثير من العمال في البداية مما أدى إلى قبول العمال أجور لا تتناسب مع الحد الأدنى للمعيشة واضطروهم ذلك إلى تشغيل نساءهم وأطفالهم في ظروف صناعية غير مأمونة على حياتهم وصحتهم وقد أدى انتشار المذهب الفردي في ذلك الوقت إلى تدعيم سلطة صاحب العمل وتمكينه من فرض شروط مجحفة بالعامل لما تنادى به فلسفة هذا المذهب من إطلاق حرية التعاقد وسلطان الإدارة للأفراد واعتبار العقد شريعة المتعاقدين في كافة الظروف ثم انتشرت الأفكار الاشتراكية بين العمال ونادت برفع الأجور ورعاية العمال فظهرت الحركات العمالية فأصدرت تشريعات تتضمن

(10) شرح أحكام قانون العمل (الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 2003) د/ عبد الناصر توفيق العطار - أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق بأسبوط سابقاً 1428 2008م ص5.

الحماية للعمال، ثم أخذت تزداد تدريجياً حتى تكون منها قانون متكامل مستحدث استقرت تسميته بقانون العمل⁽¹⁾. وتسمية هذا القانون بقانون العمل محل نظر؛ لأن كل القوانين تنظم عمل الإنسان إلا أن المقصود بالعمل هو العمل التابع للمأجور وقد حذف وصف العمل بالتابع للمأجور باعتبار أنه مفهوم لأهل التخصص، كما أن شيوع التسمية جعلته مفهوماً للعمامة بأنه قانون ينظم علاقات طائفة من الناس تقوم بأداء عمل خاص مقابل أجر وقد دعي هذا المفهوم البعض إلى تسميته بالقانون العمالي إلا أن هذه التسمية محل نظر لأنه لا يقتصر على تنظيم شؤون العمال وإنما ينظم كذلك شؤوناً لأصحاب الأعمال وأكثر أحكامه تخاطب أصحاب الأعمال⁽²⁾.

قانون العمل في مصر ومصادره:

يقصد بقانون العمل هو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات الناشئة عن قيام شخص طبيعي بالعمل لحساب شخص آخر من أشخاص القانون الخاص وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر⁽³⁾.

قانون العمل: هو القواعد الملزمة التي تنظم العلاقات الناشئة عن قيام شخص بالعمل لحساب شخص من أشخاص القانون الخاص وتحت إدارته أو إشرافه نظير أجر وما يتصل بذلك من علاقات قانونية⁽⁴⁾.

وتظهر أهمية قانون العمل: - فبالرغم من أن هذا القانون حديث نسبياً إلا أنه يعتبر من أهم فروع القانون في الوقت الحاضر، إذ يوجد له أثر بعيد المدى من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية.

فمن الناحية الاجتماعية: - لا ترجع أهمية قانون العمل إلى كثرة عدد المخاطبين بأحكامه فحسب وإنما لأثره العميق في حياة المخاطبين بأحكامه

- (1) انظر د/ عبدالناصر توفيق العطار - مرجع سبق ذكره - ص 17-18.
- (2) انظر د/ عبدالناصر توفيق العطار - مرجع سبق ذكره - ص 17-18.
- (3) آثار عقد العمل - د/ محمد شريف عبدالرحمن - أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة الزقازيق - 1427 - 2007 م دار النهضة العربية ص 10.
- (4) انظر مرجع سبق ذكره - عبدالناصر توفيق العطار ص 18.

إذ أن قانون العمل بما يتضمنه من أحكام خاصة بالأجور وبتحديد ساعات العمل وظروفه وبما يفرضه من تأمينات اجتماعية للعمال ولذويهم في حالات الإصابة والمرض والوفاة هو الذي يضع الإطار الذي تشكل وفقاً له حياة الغالبية العظمى من أفراد المجتمع والذين يقومون بعمل لحساب الغير وتحت إدارته وإشرافه وبذلك يؤدي قانون العمل دوراً أساسياً في تحقيق السلام الاجتماعي بين الطبقات في المجتمع⁽¹⁾.

ولا تقل أهمية قانون العمل من الناحية الاقتصادية عن الناحية الاجتماعية وذلك لأنه يؤثر في الحياة الاقتصادية من عدة وجوه بما يفرضه من حماية للطبقة العاملة من حيث الأجور وساعات العمل وتوفير الخدمات الصحية والاجتماعية لهم الأمر الذي يجعل أصحاب الأعمال يقاومون هذه الاصطلاحات ويرون أن تقريرها يزيد الأعباء المالية للمشروعات ويؤدي إلى زيادة نفقة الإنتاج التي يترتب عليها ارتفاع الأسعار، وانخفاض أرباح أصحاب الأعمال.

أما الضمانات التي أقرها قانون العمل العمالي إذا كانت تؤدي إلى زيادة نفقة الإنتاج فإنها تؤدي إلى زيادة القوة الشرائية لطبقة العمال الأمر الذي يترتب عليه زيادة الاستهلاك والتي تؤثر بدورها في الإنتاج وتؤدي إلى زيادته، وقد يتخذ قانون العمل في بعض الأحيان وسيلة لتوحيد الاقتصاد القومي الوجهة التي تتفق مع صالح الدولة.

فسياسة تحديد الأجور ورفعها في مناطق معينة أو رفع الأجور في صناعات معينة يمكن أن تكون وسيلة لتوجيه الأيدي العاملة إلى بعض المناطق وإلى بعض الصناعات التي تحتاج لهذه الأيدي وتخفيض ساعات العمل يمكن أن يكون وسيلة لمعالجة البطالة فضلاً عن أن سياسة الأجور وتحددتها وفرض أعباء على أصحاب الأعمال لصالح العمال من شأنها أن تؤثر في توزيع الدخل القومي بما يؤدي إلى تحقيق التقارب بين الدخل⁽²⁾.

(1) انظر مرجع سبق ذكره في (1) ص 29.
(2) د/ محمد شريف عبدالرحمن - مرجع سبق ذكره.

* أما عن أطراف عقد العمل: فإنهما يتمثلان في صاحب العمل،
والعامل:

أولاً: صاحب العمل: -

وقد عرفت المادة الأولى من قانون العمل المصري رقم 137 لسنة
1981 م صاحب العمل بأنه: - كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً
أو أكثر لقاء أجر (1).

و يقابلها تماماً وبالنص ما جاء بالمادة الأولى من قانون العمل السوري
رقم 91 لعام 1959 م.

و بذات المعنى جاءت المادة الثانية من قانون العمل الأردني حيث
عرفت صاحب العمل بأنه:

(كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم بأي صفة كانت شخصاً أو أكثر
مقابل الأجر) (2).

وبناءً على ذلك فإن صاحب العمل قد يكون شخصاً طبيعياً، أي شخصاً
عادياً كأبي واحد من أفراد المجتمع، وقد يكون شخصاً اعتبارياً كشركة أو
مؤسسة أو مصنع أو ما شابه ذلك.

ثانياً: العامل: -

وقد عرفت المادة الثانية من القانون الأردني العامل بأنه: (كل شخص
ذكر أو أنثى يؤدي عملاً لقاء أجر ويكون تابعاً لصاحب العمل وتحت
إمرته ويشمل ذلك الأحداث ومن كان قيد التجربة أو التأهيل) (3).

وعرفته المادة الأولى من قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي
الاتحادي بأنه: (هو كل ذكر أو أنثى يعمل لقاء أجر مهما كان نوعه في
خدمة صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه ولو كان بعيداً عن نظره
ويندرج تحت هذا المدلول الموظفون والمستخدمون الذين يعملون في خدمة

(1) نص المادة الأولى من قانون العمل المصري رقم 137 لسنة 1981م.

(2) نص المادة الثانية من قانون العمل الأردني.

(3) نص المادة الثانية من قانون العمل الأردني.

صاحب العمل والخاضعون لأحكام هذا القانون (1).
وبالتالي فإن المستقر عليه فقهاً وقانوناً أن العامل هو (شخص طبيعي)،
ويستبعد في هذا المجال أن يكون العامل (شخصاً معنوياً) وذلك حرصاً
على تأكيد صفة الإنسان في العمل (2).
و لم تميز القوانين في كون الشخص الطبيعي رجلاً أو امرأة، بل ساوت
بينهما في الصفة (عامل).

وبناءً على ذلك نجد أنه من خلال النصوص القانونية، ولغايات انطباق
صفة العامل المعني بقانون العمل وبالتالي يخضع لأحكامه لا بد وأن يكون
العامل شخصاً طبيعياً وأن يؤدي عملاً تحت إدارة وإشراف صاحب العمل،
وأن يقدم جهده في مقابل العوض (الأجر)، وأن يكون ممن لم يستثنهم
القانون من تطبيق أحكام قانون العمل.

ويتضح مما سبق أن العامل لا بد وأن يكون إنساناً ذكراً أو أنثى، ذلك
أن العمل هو مجهود إرادي يقوم به الإنسان، يستوي في ذلك أن يكون
مجهوداً عضلياً أو ذهنيّاً فلا يتصور أن ينسب العمل بهذا المعنى إلى شخص
اعتباري حيث إن المجهود الإرادي ينسب دائماً إلى الأشخاص الطبيعيين
العاملين فيه.

وقد قصد الشارع بتنظيمه لأحكام العمل حماية العامل في إنسانيته
وبدنه، فخصه بنظام يختلف عن سائر النظم التي تحكم العقود الأخرى، وقد
أطلق المشرع لفظ العامل ولم يقيد به بأي وصف، وبذلك فكل عامل يعمل في
خدمة صاحب عمل لقاء أجر ينطبق عليه وصف العامل بغض النظر عن
العمل الذي يقوم به، ويستوي أن يكون العمل مادياً أو ذهنيّاً أو فنيّاً، كما
يستوي أن يشغل العامل منصباً صغيراً أو يكون من ذوى المناصب العليا.

-
- (1) نص المادة الأولى من قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي رقم 8
لسنة 1980 م.
(2) انظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع قانون العمل
المصري - الباب الأول- الفصل الأول، ص86، وأيضاً د / توفيق حسن فرج -
قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد - ص 213.

أيضاً يتّضح أن صاحب العمل قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً (كشركة أو جمعية أو مؤسسة) مادام يمارس نشاطاً ويستعين في سبيل تحقيق ذلك النشاط بجهود أشخاص طبيعيين يعملون تحت إشرافه لقاء أجر، ويستوي أن يكون نشاط صاحب العمل نشاطاً إنتاجياً أو نشاطاً يقوم على أداء خدمات فلا أهمية للنشاط الذي يمارسه.

أيضاً لا يشترط أن يكون صاحب العمل محترفاً للمهنة التي يعمل بها العامل.

فقوانين العمل على تعاقبها (القانون رقم 91 لسنة 1959 م أو 137 لسنة 1981) لم تستبعد كما كان الأمر في ظل القانون رقم 317 لسنة 1952 م " الأشخاص الذين يتعهدون إلى آخر بتأدية عمل لهم دون أن يتخذوا من هذا العمل حرفة لهم "

فقد يستخدم شخص عدد من الفنيين للقيام بعمل معين، بينما لا تتوافر لديه شخصياً الدراية الكافية بهذا العمل من الناحية الفنية ولكنه يظل مع ذلك صاحب عمل طالما أنه يشرف على مشروعه من الناحية الإدارية أو التنظيمية⁽¹⁾.

أيضاً لا يشترط في صاحب العمل أن يكون أداؤه لعمله بقصد الربح ومن ثم تطبق أحكام عقد العمل الفردي على من تستخدمهم الهيئات الثقافية والخيرية والدينية وأيضاً النوادي الخاصة ومعاهد التعليم الحر والنقابات وتعتبر هذه الهيئات بمثابة صاحب عمل بالنسبة للعمال الذين تستخدمهم لقاء أجر ويعملون لحسابها وتحت إدارتها وإشرافها.

وبناء على ذلك قررت محكمة النقض اعتبار عقود عمل العاملين بالهيئات والجمعيات والكنائس التابعة للبطريركية عقوداً قائمة بين هؤلاء العاملين وبين البطريركية وأن علاقة الكاهن لدى الهيئة الكنسية للأقباط

(1) طعن رقم 512 لسنة 44 ق – جلسة 1977/12/17.
طعن رقم 193 لسنة 41 ق – جلسة 1976/4/24 – س 27 ص 1051.

الأرثوذكس هي علاقة عمل (1).

والأشخاص الاعتبارية نوعان: - وهم أشخاص اعتبارية خاصة وأخرى عامة والشخص الاعتباري الخاص كالشركات والجمعيات يعتبر صاحب عمل في مفهوم قانون العمل أما الأشخاص العامة فتخضع في علاقاتها مع عمالها لأحكام القانون الإداري وقد نصت على ذلك المادة الرابعة من قانون العمل المصري " لا تسرى أحكام هذا القانون على العاملين بأجهزة الدولة بما في ذلك وحدات الإداري المحلية والهيئات العامة ما لم يرد نص على خلاف ذلك.

علاقة التبعية في عقد العمل:

تعتبر رابطة التبعية أحد العنصرين المميزين لعقد العمل الفردي. ويقصد بالتبعية (2) قيام العامل بالعمل تحت إدارة وإشراف صاحب العمل. بحيث يكون من حق صاحب العمل إصدار أوامر وتوجيهات للعامل بشأن تحديد العمل المطلوب منه وأيضًا كيفية القيام به ووقت ومكان أدائه، وأن يوقع عليه الجزاء إذا لم يراع هذه الأوامر.

ويُضح أن التبعية هنا هي التبعية القانونية والتي تختلف عن التبعية الاقتصادية. ويقصد بالتبعية الاقتصادية: - هي استئثار صاحب العمل بجهود العامل مقابل أجر يعتبر مصدر رزق العامل الوحيد ويعتمد عليه في معيشتة اعتمادا كلياً بحيث يمكن القول أنه تابع اقتصادياً لصاحب العمل.

وقد أخذ القانون المصري صراحةً بمعيار التبعية القانونية، م (1) من قانون العمل والتي عرّفت العامل بأنه " كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه ".

أيضًا م (31) عمل عرفت عقد العمل بأنه " العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل أن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر ".

(1) طعن رقم 414 لسنة 304 ق، جلسة 1971/1/20.

طعن رقم 404 لسنة 36 ق، جلسة 1972/12/22.

طعن رقم 777 لسنة 46 ق، جلسة 1979/3/27.

(2) د/أحمد حسن البرعي - مرجع سبق ذكره - ص128.

وقد أخذ القضاء في مصر بالتبعية القانونية والتي تقوم على أساس تأدية العمل لصاحب العمل وائتمار العامل بأوامر صاحب العمل وخضوعه لإشرافه ورقابته وتعرضه للجزاءات إذا ما قصر في عمله أو أخطأ، وهذا مستفاد من الرجوع إلى نص المادة 676 مدني والتي تقرر سريان أحكام العمل على الوسطاء حتى ولو كانوا يعملون في خدمة جملة من أصحاب العمل وتقتصر على اشتراطهم بتبعيةهم لأصحاب العمل وخضوعهم لرقابتهم (1).

ويستفاد من نص المادة 1/676 مدني المشار إليها في أحكام القضاء أنه لا يشترط ارتباط العامل بصاحب عمل واحد، ولا استئثار هذا الأخير بنشاط العامل ولا أن يعول العامل كلية على الأجر الذي يتقاضاه من صاحب العمل، حتى يمكن القول بتطبيق أحكام عقد العمل الفردي، بل يجوز أن يعمل شخص لدى عدة أرباب أعمال وأن يتقاضى من كل منهم أجراً ويظل بالرغم من ذلك عاملاً طالما كان يخضع لكل واحد منهم ويأتمر بأوامره وذلك كما هو الحال بالنسبة لطائفة الجوابين التجاريين و مندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء.

فالاستئثار بنشاط العامل وتحويله على الأجر هما من مقتضيات التبعية الاقتصادية وليست التبعية القانونية وقد عول القانون والقضاء في مصر كما ذكرنا على التبعية القانونية واستبعدوا فكرة الأخذ بالتبعية الاقتصادية، وقد أخذ أغلب الفقه في مصر بوجه النظر السابقة وذلك بحجة أنه لا يجوز تكييف عقد العمل بالاستعانة بعنصر أجنبي عن العقد مرة (عقد العمل) ومرة أخرى عقد مقاوله في ضوء المركز الاجتماعي لمن يقوم بالعمل. أيضاً أن الاكتفاء بالتبعية الاقتصادية يهدد بطغيان عقد العمل على غيره من العقود التي ترد على العمل خاصة أن معظم الأشخاص يعتمدون اعتماداً

(1) انظر الطعن رقم 540 لسنة 35 ق جلسة 1972/2/2 سنة 23 ص 121.
الطعن رقم 32/38 ق، جلسة 1972/2/23.
نقص مدني 1976/11/8 المجموعة ص 18 634 (الطعن رقم 283 لسنة 33 ق).

كليا على ما يحصلون عليه من عملهم باعتباره المورد الوحيد لرزقهم (1).
صور التبعية القانونية:

كما أوضحنا سابقاً أن المشرع يعتد بالتبعية القانونية ويجعل منها مناط تطبيق قانون العمل.

وتتفاوت التبعية في درجاتها فهي قد تكون تبعية فنية بموجبها يشرف صاحب العمل على العامل إشرافاً كاملاً في كل دقائق العمل وجزئياته من الناحية الفنية وهي تفترض بالطبع إلمام صاحب العمل بالأصول الفنية للعمل، وقد تكون رقابة صاحب العمل وإشرافه أخف وطأة بحيث يكتفي صاحب العمل بالإشراف على الظروف الخارجية للعمل كأن يحدد للعامل وقت العمل ومكانه دون أن يتدخل في العمل من الناحية الفنية وتلك هي (التبعية الإدارية أو التنظيمية) ولم يحدد المشرع المصري أيّ درجة من هذه الدرجات ينبغي توافرها للقول بتوافر التبعية القانونية.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن أيّ صورة من صور التبعية تكفي للقول بتوافر علاقة التبعية. فلا يشترط أن تتوافر التبعية الفنية بل يكفي أن تتوافر التبعية التنظيمية أو الإدارية للقول بتوافر عنصر التبعية في علاقة العمل، ويقوم عنصر التبعية بين طرفيه على نوع من الخضوع يخل باستقلال أحدهما لمصلحة الآخر وهذا هو مفهوم التبعية القانونية التي تنحصر في نطاق الروابط العقدية ويقصد بها هيمنة صاحب العمل أثناء العقد على نشاط العامل فقوامها نوع من السلطة لأحد العقدين على الآخر تظهر في أمرين: -

أولهما: - حق صاحب العمل في توجيه العامل وملاحظته أو رقبته أثناء قيامه بالعمل والتزام العامل بإطاعته في هذا التوجيه وبالامتثال في تلك الملاحظة.

ثانيهما: - الجزاءات التي يمكن لصاحب العمل عند المخالفة توقيعها على العامل. وتتفاوت التبعية القانونية بتفاوت إمكانيات صاحب العمل في

(1) انظر مرجع سبق ذكره - د/ أحمد حسن البرعي - ص 130.

استعمال سلطته وتختلف سعة وضيقا باختلاف وجوه نشاط العامل فهي إما
تبعية فنية تضع العامل بصفة مباشرة تحت إدارة صاحب العمل وأما تبعية
مهنية تقتصر على التضييق من حرية العامل في نشاطه أو في ممارسة
مهنته، وأما تبعية تنظيمه لا تمس غير الظروف التي يقوم فيها العامل بتأدية
عمله (1).

ولقد استقرت محكمة النقض المصرية على ما سبق توضيحه، حيث
قررت في العديد من أحكامها أنه يكفي للقول بتوافر عنصر التبعية أن تظهر
هذه التبعية ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية: - " إن مناط تكييف عقد
العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود وذلك على ما جرى به
قضاء هذه المحكمة هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل
لرب العمل وإشرافه ورقابته، وهذا ما نصت عليه م (674) من التقنين
المدني " عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة
المتعاقدين الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".
كما عرفت المادة 42 من القانون رقم 91 لسنة 1959 عقد العمل:

" هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشغل تحت إدارة صاحب
عمل أو إشرافه في مقابل أجره، وأنه يكتفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو
في صورتها التنظيمية أو الإدارية (2).

* ثانياً: نبذة مختصرة عن التطور التاريخي لحقوق المرأة عبر الحضارات
القديمة والأديان السماوية: -

من المعلوم أنه منذ أن خلق الله - سبحانه وتعالى- سيدنا آدم عليه
السلام وخلق حواء لتكون سكناً ومودةً ورحمةً له، وهما شركاء في العمل

-
- (1) محكمة بورسعيد الابتدائية 111961/29، القضية رقم 151 لسنة 1961
الفكحاني - الجزء السابع - قضاء (1) ص5.
(2) نقض 1976/4/15، الطعن رقم 458 لسنة 41 ق.
الطعن رقم 540 لسنة 35 ق جلسة 1972/2/2 سنة 23 ص121.
الطعن رقم 136 لسنة 29 ق جلسة 1963/2/13 س14 ص239.
الطعن رقم 95 لسنة 33 ق جلسة 67/3/29 س18 ص688.

وفي الحياة الدنيا ومتساويان في الأجر والثواب، حيث إنهما في الأصل شركاء في الإنسانية أياً كان لونهم أو دينهم أو جنسيتهم. وقد حفظت الديانات السماوية للمرأة حقوقها، ومع ذلك مرت المرأة عبر العصور المختلفة بمواقف كانت فيها حقوقها مهدرة، وكرامتها الإنسانية غير معتبرة، وظلت المرأة تعاني من نفس المعاملة اللاإنسانية التي كانت تعانيها في ظل العهد القديم، ففي الحضارة المصرية القديمة حظيت الأسرة بنصيب من التنظيم حيث ارتكزت آنذاك على أعراف وتقاليد أعطت للمرأة حقوقاً. فرغم تعدد الزوجات إلا أنها منحت حق الاحتفاظ بملكية ما تقدمه بموجب عقد الزواج وفي حال وفاة الزوج تنتقل السلطة العائلية مباشرة إلى الأم التي تدير شؤون الأسرة داخل وخارج البيت باستثناء وجود ابن بلغ سن الرشد والذي يقوم بدور رب الأسرة اتجاه أمه وأخواته وإخوته، كما وجد الأطفال نصيبهم من الاهتمام عن طريق إحاطتهم بعناية خاصة وعطف كبير.

وفي قانون حمورابي: أهم التشريعات التي اكتشفت في بلاد ما بين النهرين، هذا القانون الذي سنه حمورابي وجد منقوشاً نقشاً جميلاً على أسطوانة من حجر البازلت نقلت من بابل إلى عيلام حوالي 1100 ق.م فيما نقل من مغانم الحرب و كانت هذه الأسطوانة من بين أنقاض مدينة سوسة التي كانت مقراً للإمبراطور داريوس وكان يحتوي على خمسة أبواب رئيسية هي: التقاضي وأصول المرافعات، المعاملات المالية، الأحوال الشخصية، الأجور والعبيد، ويشتمل هذا القانون على 282 مادة. يخضع هذا القانون جميع المواطنين لأحكامه من موظفين وقضاة ورجال دين ومواطنين عاديين وعبيد، رجال ونساء على حد سواء. وقد تضمن مبدأ التعسف في استعمال الحق الفردي أي أن الحقوق الخاصة يجب ألا تسبب إضراراً بحقوق الآخرين، ونظم القانون حقوق الأسرة و أوجب العقد في الزواج وإلا كان باطلاً، وحد من سلطة الزوج على زوجته ومنح الزوجة شخصية حقوقية تسمح لها بالدفاع عن حقوقها و بإدارة أملاكها وأموالها و كان باستطاعتها أن تمارس التجارة باسمها الخاص، كما كانت البنات تذهبن

إلى المدرسة لتلقي العلم مع الصبيان جنباً إلى جنب، كما تحسنت أحوال الطلاق حيث ألزم حمورابي الزوج عند الطلاق بأداء نفقة لها لتعول أطفالها وجعل إليها الوصاية عليهم فضلاً عن أداء الصداق لها، و خفف من السلطة الأبوية وحصر حق الحرمان من الإرث بالمحكمة و بهذا لم يعد بإمكان الأب أن يحرم ابنه من الإرث إلا بسبب تقدره المحكمة وتقضي به ونص القانون على أن ينال الأرامل واليتامى والفقراء حقوقهم غير أنه ميز بين المواطنين والأجانب وبين الأحرار والعبيد في المجتمع البابلي وميز بين المواطنين الأحرار بتصنيفهم إلى فئات اجتماعية متباينة.

المرأة في اليهودية

لم يكن حال المرأة اليهودية أفضل، فالمرأة أدنى حالاً من الرجل حتى أنها تشكر الرب في صلاتها الرب لأنه خلقها كما شاء، أما الرجل فيشكره لأنه لم يخلقه امرأة⁽¹⁾.

المرأة في المسيحية

أثرت الكنيسة على النظرة الاجتماعية للمرأة في جميع أنحاء العالم بطرق هامة، حسب بعض المؤرخين أمثال جيوفيريبيليني، أما في تاريخ المسيحية، فبدوره لعبت النساء أدواراً متعددة إن كان في السلك الرهباني أو العلماني، كاللاهوتيات، والراهبات، والملكات، والصوفيات والشهداء، والمرضات، والمعلمات

في اللاهوت المسيحي يتساوى الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات استناداً إلى تعالي ميسوع في المساواة بين الجنسين ولعل من أبرز مظاهر تكريم ورفع شأن المرأة هو التكريم الخاص لمريم العذراء⁽²⁾.

المرأة في الإسلام

وجاء الإسلام وسأوى بين الرجال والنساء في التمتع بالحقوق والحريات وتحمل التبعات والمسئوليات، ولقد خص الإسلام النساء في كثير

1- أحمد الشلبي - اليهودية - مطبعة المعرفة - مصر 1974م -ص306.
2- <http://ar.wikipedia.org/wiki/> -

من جوانب الحياة فأكثر من ربع القرآن يخصهن، والأهم من ذلك هو إنزال سورة باسمهن هي سورة النساء، كما عني الإسلام بالمرأة عناية فائقة وأعطاهن الحرية ما لم تكن تحلم به، ولها حقوق وواجبات ومثلها عليها، فنراه يوصي بالعطف عليهن ورعاية حقوقهن، وتحريم إبدائهن أو أخذ شيء منهن دون رضاهن. قال تعالى: (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)⁽¹⁾ ووضع أسس ما يعرف اليوم بحقوق الإنسان وذلك قبل أن تعرفها التشريعات الوضعية.

بداية الاهتمام بحقوق الإنسان في القانون الدولي:

من منطلق أن مجرد النص على الحقوق والحريات في دستور الدولة وقوانينها الداخلية ووضع الضمانات لحمايتها لم يعد كافياً ليتمتع الإنسان فعلاً بحقوقه، بدأت ضرورة الاعتماد على ضمانات دولية أخرى، والتي بإمكانها أن تحقق حماية فعالة لحقوق الإنسان وحرياته. وكانت أولى مظاهر الجهود التي بذلت من أجل ذلك في القانون الدولي تتمثل في:

1- إلغاء الرق في كافة أشكاله، ومنع تجارة الرقيق، وظهر الاهتمام بذلك منذ بداية القرن 19 حيث أبرم عدد كبير من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وكانت أولى المواثيق عامي 1814-1815 وهي معاهدة باريس للسلام، وإعلان مؤتمر فيينا 1815 وإعلان فروينا 1822 والتي تضمنت مبدأ عاماً مفاده أن تجارة الرقيق تتنافى وتتعارض مع مبادئ العدالة الإنسانية، كما تلت بعد ذلك معاهدات تتناول أساس العمل المشترك في البحار لمحاربة تجارة الرقيق والقضاء عليها مثل معاهدات 1831-1833 بين فرنسا وبريطانيا، ومعاهدة لندن 1841 ومعاهدة واشنطن 1862.

2- قمع الاتجار في الأولاد والنساء: فقد ظهر في هذا العصر اتجاه يدعو إلى منع الاتجار بالأفراد لا سيما النساء والأطفال، وقد جسد هذا الاتجاه عدد من

1-سورة البقرة الآية 228

الاتفاقيات منها على وجه الخصوص الاتفاقيات الدولية المعتمدة في لاهاي عام 1902 بشأن المضارب بين القوانين و الاتفاقيتين الدوليتين الخاصة بقمع التجارة بالنساء و الأطفال المعتمدين عامي 1904-1910 بباريس على التوالي في 16 و 04 مايو.

في موانيق المنظمات الدولية المتخصصة:

إن المنظمات الدولية المتخصصة بصفة عامة هي هيئات نشأت نتيجة اتحاد إرادات عدة دول، والتي تعمل لدعم التعاون الدولي في مجال متخصص . من المجالات الاقتصادية والاجتماعية أو الثقافية أو الفنية، أو تتولى تنظيم أداء خدمات دولية تمس المصالح المشتركة للدول. منظمة العمل الدولية:

بدأت المحاولات الأولى لإنشاء تنظيم دولي للعمل في أوائل القرن 19 في شكل محاولات غير رسمية يقوم بها الأفراد، فكان أول ظهور للجنة التشريع الدولي للعمل، في مؤتمر السلام التمهيدي في 25 يناير 1919. وقد شارك في هذا المؤتمر ممثلون وتختص هذه اللجنة بدراسة وسائل حماية العمل والعمال.

وقدمت هذه اللجنة إلى مؤتمر السلام مشروع إنشاء منظمة دولية للعمل، ووافق المؤتمر عليه في 19 أبريل 1919 فأصبح يشكل القسم الثالث عشر من اتفاقية فرساي(المواد من 387-427) تحت عنوان العمل، وتقرر أن تكون جنيف المقر الرئيسي للمنظمة.

وقد كان الدستور الأصلي للمنظمة، يشكل جزءا من معاهدات الصلح الأخرى والذي جاء في ديباجته أنه لا سبيل لإقامة سلام عالمي ودائم إلا إذا بني على أساس من العدالة الاجتماعية، وأن ظروف العمل الصعبة تعرض السلام والوثام العالميين للخطر، وأن تحسين هذه الظروف أصبح أمرا ملحا. وقد اعتمدت الدورة السادسة والعشرون للمؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في فيلادلفيا في 1944 إعلان بشأن أهداف وأغراض منظمة العمل الدولية.

كما أن الإعلان يقضي بأنه لجميع البشر الحق في التمتع بكل من

الرفاهية المادية والتقدم المعنوي.دون تمييز بسبب العنصر أو العقيدة أو الجنس وهذا في جو من الحرية والكرامة والضمان الاقتصادي والفرص المتكافئة.

* ثالثاً: مدى مشروعية حق المرأة في العمل: -

لقد تعرضت القواعد الدستورية المنظمة لحق المرأة في العمل والمبادئ الأساسية لهذا الحق التي تقوم عليها وأهمها حرية العمل وحرية اختيار العمل والمساواة فيه.

كما تعرضت النظم القانونية الداخلية لحق وحرية عمل المرأة، ونالت الكثير من الاهتمام والعناية، ولازالت الطموحات المتطلعة للتغيير نحو الأفضل للحصول على مساواة فعلية سواء في القوانين أو على أرض الواقع والتطبيق العملي.

أما عن المواثيق الدولية المتعلقة بحق المرأة في العمل، فقد حرص المجتمع الدولي بجهوده الحثيثة على توفير الحماية الدولية لكافة الحقوق والتأكيد على حق المرأة في العمل مع الرجل من خلال إعلانات ومواثيق ومعاهدات وضمان المساواة في كافة مظاهر الحياة داخل المجتمع الواحد دون أي تفرقة أو عصبية على أساس النوع، فاعترف المجتمع الدولي للمرأة بحقوقها كافة بشأن حرية العمل وحظر العمل الجبري واهتمام منظمة العمل الدولية بحكم اختصاصها ونزولاً على دستورها وما قررت من آليات للإشراف والمتابعة، وكذا ما أكد عليه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة 1966م في المادة (25) منه، حيث كفل التساوي بين المواطنين دون أية وجه من وجوه التمييز في شأن فرص تقلد الوظائف العامة داخل البلد الواحد، حيث اشتمل العهد الخاص على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام 1966م في مادته السادسة، إلى وجوب اعتراف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل لجميع المواطنين دونما أية تفرقة، وتحث المادة السابعة من هذا العهد الدولي الأطراف على ضمان تمتع المرأة بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل، وأن تتقاضى أجراً يساوي أجر الرجل طالما أنهما يقومان بذات العمل، وجاء

إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الصادر عن الأمم المتحدة في عام 1967م، مؤكداً على فكرة حق المرأة في المساواة في ذلك مع الرجل في تقلد المناصب العامة ومباشرة جميع الوظائف العامة، ويكون ذلك باتخاذ التدابير المناسبة، كما جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الأمم المتحدة في عام 1979، والمعروفة بمسمى (اتفاقية سيداو) لتؤكد على ضرورة قيام الدول المتعاقدة، بتحقيق المساواة في ميدان العمل بين الرجل والمرأة، وحثت الاتفاقية الدول الأطراف على اتخاذ جميع التدابير المناسبة والتي من شأنها التأكيد على الحق في العمل بوصفه حقاً ثابتاً لكل البشر، والحق في التمتع بنفس فرص العمل، والحق في حرية اختيار المهنة، ونوع العمل، والحق في الترقية، والتدريب، والحق في المساواة في الأجر، ولا شك أيضاً الحق في الضمان الاجتماعي، والوقاية الصحية، وحظر الفصل من العمل بسبب الحمل أو إجازة الأمومة، وغير ذلك من الأحكام التي تضمنتها المادة الحادية عشرة من الاتفاقية والتي تعتبر ملزمة ما لم تتحفظ عليها أي من الدول المتعاقدة، وقد صدقت عليها الدول العربية وعكست ذلك في تشريعاتها.

* رابعاً: موقف الشريعة الإسلامية من عمل المرأة: -

لا خلاف في الإسلام حول إباحة عمل المرأة، فالإسلام أباح للمرأة أن تزاول العمل خارج بيتها طالما كانت تحافظ على آداب الإسلام ولم يكن في ذلك إهمال لبيتها وأولادها وزوجها أو خروج عن الحياء أو الآداب الإسلامية، ومادام في غير معصية وملتزمة فيه بالضوابط الشرعية التي وضعت حماية لها ورعاية لمصلحتها.

وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وجاءت أدلته من الكتاب والسنة والإجماع وشرع من قبلنا.

ففي القرآن الكريم: - قال تعالى: { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } (1). فالرضاعة هنا عمل يجوز تقاضى أجر عنه.

(1) الآية 6 سورة الطلاق.

وفى السنة النبوية: - قال رسول الله ﷺ: ((أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه))(1)، والأمر هنا بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد وأيضاً قال ﷺ: ((من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره))(2)، وأيضاً قال صلى الله عليه وسلم: قال الله عز وجل في حديث قدسي: ((ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يعط أجره))(3).

ومن السنة التقريرية: - أن رسول الله ﷺ بعث والناس يتعاقدون على إجارة عمل الأشخاص فلم ينكر عليهم شيئاً.

ومن السنة الفعلية: - أن رسول الله ﷺ استأجر هو وأبو بكر رجلاً من بنى الدليل هادياً للطريق عند هجرتهم إلى المدينة (4).

الإجماع: لقد أجمعت الأمة الإسلامية على جواز إجارة الأشخاص أي أجازوا عقود العمل (المقاولة). وهناك من يرى أنه لا يجوز كما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم وذلك لأن فيه غرر ولانعقاده على منافع لم تخلق (5).

شرع من قبلنا (وهو شرع الأمم والديانات السابقة ما لم يرد ما ينسخه):
لقد أجر موسى عليه السلام نفسه على رعاية الغنم، قال تعالى: { قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ * قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نُكْحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَاجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَسْقُكَ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ } (6).
وروى ابن ماجه في سنته عن عقبه بن المنذر قال: كنا عند رسول الله ﷺ

-
- (1) أخرجه البيهقي في السنن الصغیر: 321/2، وأخرجه في السنن الكبرى: 120/6.
 - (2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 120/6.
 - (3) صحيح البخاري، كتاب البيوع، ح 2227.
 - (4) شرح السنّة: 106/7.
 - (5) المغنى – لابن قدامه 378/5 وفيه أيضا يجوز استئجار الأدمي بغير خلاف بين أهل العلم.
 - (6) الأيتان 36-37 من سورة القصص.

فقرأ " طس " حتى إذا بلغ قصة موسى قال: ((إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثمانين حجج أو عشرا على عفة فرجه وطعام بطنه)) (1).

وهذا في شرع من قبلنا ولم يرد شرعنا ما ينسخه فيعتبر دليل لنا. أيضا فإن مصالح الناس أنها تقتضي جواز عقد العمل، حيث لا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى العمل فالناس في حاجة إلى أصحاب الصنائع وهم يعملون بأجر فكان لا بد من التعاقد معهم من أجل ذلك وقد جعل الله عز وجل هذا العقد طريقاً للرزق حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع (2).

ومما سبق يتضح أن عقد العمل يقصد به تمليك عمل العامل لصاحب العمل مقابل أجر. فالعمل المعقود عليه معدوم عند العقد والأصل أن يرد العقد على محل موجود، وإضافة تمليك هذا العمل إلى ما سيوجد في المستقبل منه لا يصلح للغرر الذي يجلب النزاع بين الناس فكان القياس ألا يصلح عقد العمل، ولكن هذا القول مردود عليه فالعمل وإن كان معدوم حال الانعقاد إلا أنه مستوفى في الغالب بعد ذلك وقلما يكون هناك غرر فيه. وبهذا يكون الأصل أن عقد العمل جائز شرعاً كما أوضحنا بالأدلة الشرعية من قرآن وسنة وإجماع وشرع من قبلنا إلا إنه قد يكون حراماً عندما يكون العمل المعقود عليه أو الأجر المتفق عليه أمراً غير جائز شرعاً (3).

وهذا هو ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ في دورته رقم 18؛ قرار رقم 169، حيث جاء فيه ما يلي: -

(إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع حقوق وواجبات المرأة المسلمة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، واستحضاره أن الإسلام وضع المرأة في موضعها الصحيح، وجعلها أساساً لتكوين الأسرة، وفَسَحَ

-
- (1) الجامع الصغیر للسيوطي: 2504.
 - (2) انظر مرجع سبق ذكره - المفتي 356/5.
 - (3) انظر مرجع سبق ذكره - د/عبدالناصر توفيق العطار - ص7.

لها المجال للعمل، وهيأ لها المكان للعطاء، وأتاح لها الفرصة للمشاركة والإبداع، وعني بها عناية خاصة، وشملها في توجيهاته برعاية حانية، ووقاها حقوقها كاملة، وأوصى بها أمًا وأختًا وبننًا وزوجة، وسوى بين الرجل والمرأة في استحقاق التكريم الإلهي، وفي شئون العقيدة وفرائض العبادات، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وفي العمل الصالح، وفي المسؤولية والجزاء وحق التعليم، وفي التصرفات المالية، ووضع لذلك ضوابط شرعية معتبرة، وأنَّ الأصل العام أنَّ خطاب التكليف شاملٌ للرجال والنساء، إلا ما خُصَّ به أحدهما..

قرَّر ما يلي:

أولاً: للمرأة أن تملك ما شاءت من العقارات والمنقولات على أساس ضوابط الملكية الشرعية.

ثانياً: عمل المرأة يخضع لضوابط شرعية، وتُشجَّع على العمل في المجالات التي تتفوق فيها نظرًا لطبيعتها الخاصة؛ حيث تُقدِّم إنتاجية عالية، مثل التربية والتعليم وطب النساء والأطفال والعمل الاجتماعي.

ثالثاً: للمرأة المسلمة الإسهام في الأنشطة الاجتماعية والثقافية والتربوية التي لا تتعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة وفقاً لضوابطها المقررة (1).

ولو رجعنا إلى السيرة النبوية العطرة – سيرة سيدنا محمد – p لوجدنا أن المرأة قد مارست كل المهن المشروعة على عهد الرسول p، والوحي ينزل.

ولذلك فإننا قد نعجب من هؤلاء الذين قد يحجرون على النساء المسلمات في ممارسة عمل يتكسبن به! ويعدون مشاركتهن للرجل في الأعمال ومزاولتهن للوظائف تبرجاً وتعرياً ونأياً عن الجادة، وبعداً عن المحجة البيضاء.

لا خلاف في أن إجماع أمة الحبيب المصطفى ع قد انعقد على وجوب

(1) راجع في هذا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ في دورته رقم 18، قرار رقم 169.

تستر المرأة المسلمة وحرمة اختلاطها مع غير محارمها، كما أن أي عمل تقوم به يجب أن تراعي فيه – وجوباً وليس استحباباً ولا ندباً – كل ما يؤدي إلى عدم تبرجها، فالإسلام لم يشدد على ستر المرأة تضييقاً عليها وإنما خوفاً عليها من فتنتها وافتتان غيرها بها، وكذا صوتاً لعرضها وحفظاً لقداسة شخصها، كما أنه لا خلاف أيضاً في أن الإسلام شرع للمرأة العمل في أي مجال يصون حرمتها ويحترم كرامتها، فقد كانت المرأة في العهد النبوي تمارس نشاطاتها في بيتها وخارجها – إن دعت الحاجة – مع التزامها بما أمرها به دينها، فقد عملت في شتى المجالات من تجارة وطب وتعليم، كما أنها أخذت قسطها من المشاركة في العمل العسكري وغير ذلك من الأعمال التي تتطلبها حاجة الوقت وتليق بها، وسأذكر هنا نماذج من مجالات الأعمال التي قامت- المرأة بممارستها ليتبين لنا أنها لم تكن على الهامش في العهد النبوي، ولم تكن كذلك آلة تستخدم من طرف الرجل، مهضومة الحق، ممنوعة من ممارسة دورها الحياتي.

و سأقسم هذه الأعمال حسب القطاعات التي عملت فيها المرأة في زمن
النبي ﷺ.

* 1- في مجال التعليم والإفتاء: -

فقد نقل الإمام السيوطي في كتاب تدريب الراوي عن أبي حزم قوله: (إن أكثر الصحابة إفتاء - مطلقاً - ستة هم: عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وعائشة رضي الله عنهم)⁽¹⁾.

كما ذكر الإمام الغزالي في كتاب الإحياء قوله: (لم ينصب أحد من الصحابة نفسه للفتوى إلا بضعة عشر رجلاً وعد معهم عائشة)⁽²⁾.

وهكذا كان نساء النبي ﷺ يدرّسن غيرهن من النساء ويفتوهن في بعض الأحكام.

* 2- في مجال التجارة: -

لا شك أن السيدة خديجة بنت خويلد - رضي الله عنها - تمثل نموذجاً يحتذى به في ممارسة المرأة للتجارة، ولا شك كذلك في أنه لا سنة للنساء في ممارسة التجارة أظهر وأهدى من الاقتداء بها في هذا المجال، فقد كانت لها تجارة تبعث بها إلى الشام حتى أن غيرها كانت كعامة عير قریش، تستأجر لها الرجال يجلبون لها المال فيبيعونه وتجازيهم عوضاً عن ذلك.

فقد خرج في غيرها خير الرجال سيدنا محمد ﷺ مع غلامها ميسرة وقالت له: أعطيك ضعف ما أعطي قومك وقيل رسول الله ﷺ وخرج إلى سوق بصرى وباع سلعته التي خرج بها، واشترى غيرها وربحت ضعف ما كانت تربح. فأربحت السيدة خديجة رسول الله ﷺ ضعف ما سمت له⁽³⁾.

كما ذكر العلامة ابن سعد في طبقاته في ترجمة السيدة قبيلة أم بني أنمار - أنها قالت: جاء النبي ﷺ إلى المروة ليحل بعمره من عمرة، فجنّت

(1) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي " عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي - مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف - ج 219 ص.

(2) انظر في هذا إحياء علومالدين - للإمام الغزالي - ج 1/ ص 23.

(3) انظر في هذا الإصابة في تمييز الصحابة - للإمام أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي - دار الجيل بيروت الطبعة الأولى 1412 هـ - ج 4 - ص 81 - رقم 334.

أثوكأ على عصا حتى جلست إليه فقلت: يا رسول الله إني امرأة، أبيع وأشتري فربما أردت أن أشتري سلعة، وأعطي فيها أقل مما أريد أن أخذها به، وربما أردت أن أبيع السلعة فاستمت بها أكثر مما أريد أن أبيعها به ثم نقصت ثم نقصت حتى أبيعها بالذي أريد أن أبيعها به، فقال لي رسول الله ع: ((لا تفعلي هكذا يا قبيلة ولكن إذا أردت أن تشتري شيئاً فأعطي به الذي تريد أن تأخذه به أعطيت أو منعت، وإذا أردت أن تبيع شيئاً فستأمي الذي تريد أن تبيعه به أعطيت أو منعت))(4).

* 3- في مجال الطب والتمريض: -

فمن المعلوم كذلك أن النسوة في عهد الرسول م كن يمرضن ويداوين، ومن أشهر أولئك الممرضات الربيع بنت معوذ بن عفراء التي كانت تخرج مع النبي م في بعض غزواته لمعالجة الجرحى، وكذلك ربيعة الأنصارية التي كانت لها خيمة جنب المسجد تعالج فيها الجرحى من أصحابه ع وحديث علاجها لسعد بن معاذ م مشهور معروف.

وفي ترجمة عائشة - رضي الله عنها - من الإصابة قال هشام ابن عروة عن أبيه ((ما رأيت أحداً أعلم بفقهِ ولا بطب ولا بشعر من عائشة))(5).

كما كانت السيدة عائشة - رضي الله عنها - تعالج رسول الله ع فقد أخرج الإمام أحمد من حديث هشام بن عروة عن أبيه أن عائشة قالت: إن رسول الله ع عند آخر عمرة أو في آخر عمرة كانت تقدم عليه وفود العرب من كل وجه، وتنتعت له الأنعات وكنت أعالجه بها (6).

(4) كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال " علاء الدين علي المتقي الهندي " دار الكتب العلمية - بيروت 1419هـ/ 1998م الطبعة الأولى تحقيق محمود الدمياطي - ج 4 ص 21، 37.

(5) انظر في هذا الإصابة في تمييز الصحابة - للإمام أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي - مرجع سابق - ج 4 - ص 359 انظر: مصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن حمد أبي شيبة، دار النشر فكتيه الرشد، الرياض ص 91 تحقيق كمال يوسف الحوت ج 6 ص 239.

(6) مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني دار النشر: مؤسسة قرطبة مصر - ج 6 ص 67، الوفا بأحوال المصطفى، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي،

* 4- المجال العسكري: -

كذلك ثبت أن المرأة شاركت في الغزو مع رسول الله ﷺ ودافعت عنه وأعانت رجال جيوشه بالسقيا، والإطعام، والعلاج.

فقد روي عن عمر π في ترجمة أم عمارة الأنصارية - رضي الله عنها - قوله: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((ما التفت يميناً ولا شمالاً يوم أحد إلا وأنا أراها تقاتل دوني. يعني أم عمارة نسيبة بنت كعب)) (7).

وروي كذلك عن أنس π قوله: إن أم سليم اتخذت خنجراً يوم حنين، وقالت: اتخذته إن دنا مني أحد من المشركين بقرت بطنه (8).

وروي أنس كذلك أنه لما كان يوم أحد انهزم الناس عن النبي ﷺ قال: ولقد رأيت عائشة وأم سليم مشمرتان أرى خدماً سوقهما تنقزان القرب فقال: غيره تنقلان القرب على متونهما ثم ترجعان فتملأنها ثم تجبئان فتفرغانها في أفواه القوم (9).

و لأبي داود من طريق حشرج بن زياد عن جدته أنهن خرجن مع النبي ﷺ في حنين، فسألهن النبي ﷺ عن ذلك فقلن: خرجنا نغزل الشعر ونعين

-
- دار النشر: دار الكتب العلمية بيروت 1408 هـ 1988 م ط1 تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا ج1 ص661، سير أعلام النبلاء، محمد أحمد عثمان الذهبي، دار النشر: مؤسسة الرسالة بيروت 1413 هـ الطبعة التاسعة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي - ج2 ص182، الأدب الشرعية والمنح المرعية، أي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1417 هـ - 1996 م، ط2 تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عمر القيام - ج2 ص335.
- (7) انظر في هذا الإصابة في تمييز الصحابة - للإمام أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي - مرجع سابق - ج4 - ص479، فتح الباري بشرح صحيح البخاري " أحمد بن حجر العسقلاني " دار المعرفة بيروت (6 / 80)، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم " عبد الرحمن علي الجوزي " دار صادر بيروت 1358 هـ الطبعة الأولى (4 / 189).
- (8) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (3 / 198) برقم 12129، مسند أبي يعلى " أحمد بن علي المثني الموصلي التميمي " دار المأمون للتراث دمشق 1404 هـ 1984 م (6 / 226) برقم 3510.
- (9) أخرجه البخاري في صحيحه في باب اللهو بالحراب ونحوها (3 / 1063) حديث رقم 2746، ومسلم في صحيحه في باب قوله تعالى وهو الذي كف أيديهم عنكم (3 / 1442) حديث رقم 1811.

في سبيل الله ونداوي الجرحى ونناول السهام ونسقي السويق (10).
*5- مجال السفارة والوساطة والشفاعة: -

لقد حظيت النساء المسلمات بمكانة عظيمة عند رسول الله ﷺ فكان محبيات إليه، يعطف عليهن، ويرحمهن، ويقضي لهن الحوائج، وقد كن يسألن في المسائل فيجيبهن، ويستشفعن عنده ويشفعهن.
ومن ذلك ما روي في ترجمة أسماء بنت يزيد الأنصارية أنها أتت رسول الله ﷺ سفيرة عن بعض النسوة، لتسأله هل يشاركن - أي النسوة - الرجال في الأجر؟ فبش لها رسول الله ﷺ والتفت إلى الصحابة وقال لهم: هل سمعتم مقالة امرأة أحسن سؤالاً عن دينها من هذه؟ إلى آخر الحديث (11).

أما شفاعتهن عنده فقد وردت في غير ما محل، فمن ذلك ما روي ابن عبد البر في الاستيعاب أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام قال: أسلمت يوم الفتح، فاستأمنت النبي ﷺ في زوجها عكرمة ابن أبي جهل حين فر إلى اليمن، فخرجت في طلبه وردته حين أسلم، فقال له رسول الله ﷺ حين رآه لما أتت به: ((مرحباً بالراكب المهاجر)) (12).

وكذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لأم هانئ بنت أبي طالب - لما أجات رجلين أراد علي أخوها أن يقتلها -: ((قد أجرنا من أجات يا أم هانئ)) (13).

-
- (10) سنن أبي داود، كتاب الجهاد، ح 2729.
(11) انظر في هذا الاستيعاب في معرفة الأصحاب لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر - دار الجيل ببيروت - لبنان - تحقيق علي محمد الجاوي - ج4 - ص237، أسد الغابة في معرفة الصحابة " عز الدين بن الأثير الجزري " دار إحياء التراث العربي بيروت 1417هـ - 1996م الطبعة الأولى (18/ 192).
(12) أخرجه الترمذي، في سننه في باب ما جاء في مرحباً، (78/5) حديث رقم (2735)
وانظر كذلك: المستدرک علی الصحیحین، محمد عبد الله النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت 1411هـ ط1 تحقيق مصطفى عبد القادر (271/3) حديث رقم (5059) وقال: صحيح الإسناد، وانظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي أبي بكر الهيثمي دار الريان، القاهرة، بيروت 1407هـ (385/9).
(13) أخرجه البخاري في صحيحه في باب الصلاة في الثوب الواحد ملتحقاً به،

* وخلص القول: -

إن كل ما لعبته المرأة المسلمة في عهد المصطفى ρ من دور يتعدز الإحاطة به.

وقد آثرنا أن نبرز في عرضنا السابق المجالات المهمة في المجتمع والتي كان للنسوة مكانة فيها خلال ذلك العهد، مع العلم أن تدبيرهن شئون بيوتهم لسننا في حاجة لذكره، وكذا ما ورد في قيامهن واعتنائهن بأموهن الشخصية مثل التجميل والطب النسائي والغزل والخياطة، وغير ذلك من الأعمال والحرف التي مارسنها في ذلك الوقت.

* خامساً: ظروف استخدام المرأة والأبعاد الاجتماعية والاقتصادية لتشغيلها: -

مما لا ريب فيه أن هناك مجموعة من المتغيرات والعوامل التي تعكس نفسها على حياة المرأة العاملة وتتأثر بها وتؤثر عليها، وهذه العوامل تؤثر على مشاركة المرأة في النشاط الاقتصادي في المجتمع ويتأثر بها النشاط الاقتصادي، وهذه العادات والتقاليد والحالة الاجتماعية للمرأة والبنيان الاقتصادي للمجتمع والحالة الاقتصادية تؤثر في خروج المرأة للعمل من عدمه وفي اختيار نوعية العمل، إضافة إلى أن عمل المرأة يؤثر في الظروف المحيطة بها سلباً وإيجاباً ويؤثر في حياتها وأفكارها وسلوكها، كما يؤثر في حياة أسرتها ويؤثر على المجتمع الذي تعيش فيه ويساعد في عملية التنمية.

فالمساواة بين الرجل والمرأة لا تزال تصطدم بالواقع الذي يؤثر فيه في المقام الأول المحيط الاجتماعي المثقل بالعادات والتقاليد.

(141/1) حديث رقم (350)، ومسلم في صحيحة في باب استحباب صلاة الضحى، (498/1) حديث رقم (336).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (435)

* سادساً: مناهضة التمييز ضد عمل المرأة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية:

لا شك أن الاتفاقيات الخاصة بالتمييز والتي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، والأحكام المناهضة للتمييز سواء في الأنظمة الداخلية واتفاقيات العمل الدولية والعربية، قد أقرت مساواة المرأة والرجل في كافة شروط وظروف العمل، بمعنى مساواة العمال والعاملات في الأجر، وعدم التمييز في المعاملة بين ذوي المسؤوليات العائلية لتمكين الجنسين من ممارسة الأعمال المهنية دون أن يتعرضوا للتمييز بسبب مسؤولياتهم العائلية.

ومع ذلك فإن المرأة لا تزال تعاني تمييزاً ناتجاً في الأساس عن تخلي المنظم عن تنظيم المسائل التفصيلية في علاقة العمل وتركها للمجال الاتفاقي في إطار التفاوض الجماعي وكذا تدني مستوى التكوين النقابي عند المرأة والرجل الأمر الذي أدى إلى إهمال الكثير من الضمانات والآليات التي تؤمن حقوق المرأة في حياتها المهنية.

* سابعاً: التدابير الحمائية للمرأة العاملة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية: -

لقد حظيت المرأة العاملة باهتمام منظمات العمل الدولية والعربية وكذا التشريعات في القانون المقارن فمنحت المرأة تقديراً لدورها وطبيعتها الفسيولوجية ووضعت بعض القيود على عملها إذ حظرت عليها القيام بالأعمال الشاقة والخطرة والاشتغال ليلاً بغية التوفيق بين عملها وأسررتها وحماية لها ولأطفالها وحددت الأعمال الشاقة بقرار وزاري على سبيل الحصر، كما حظر عمل المرأة ليلاً في بعض الأحوال والمناسبات وردت على سبيل الحصر.

* ثامناً: الإجازات المستحقة للمرأة العاملة وحماية الأمومة في الأنظمة الداخلية والمواثيق الدولية: -

تعرضت الأنظمة المختلفة لبيان الإجازات المستحقة بشكل عام لكل من الرجل والمرأة، وكذلك ساعات العمل بصفة عامة باعتبارهما عمالاً، ذلك

أن قوانين العمل شملتهما بكلمة عامل.

وقد قرر المنظمون والمشرعون حماية المرأة العاملة في حال الحمل والوضع، فوضعوا بعض الأحكام التي قصدوا منها توفير أكبر قدر من الحماية لأسرتها سواء في ذلك ما يتعلق منها بأطفالها أو بزوجها، فقرروا لها الحق في فترات الرضاع لطفلها، كما ألزموا صاحب العمل بتوفير دور حضانة لرعاية الأطفال العاملات لديه.

كما أنهم راعوا أن العاملة قد تضطرها ظروف الزواج أو الحمل أو الإنجاب إلى ترك العمل للتفرغ لشئونها الأسرية فقرروا لها الحق في إنهاء عقد العمل بإرادتها المنفردة سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة. وهذه القواعد بلا شك توفر بعض جوانب الحماية فيما يتعلق برعاية النشء والمرأة، وبالرغم من أن هذه القواعد لا تكفل للمرأة الحماية الكاملة، إلا أن هناك قطاعاً من العاملات مستبعد نهائياً من أي حماية وذلك لاستثنائهن صراحة من الخضوع لقانون العمل كالعاملات في الزراعة البحتة.

تاسعاً: أهمية عمل المرأة: -

مما لا شك فيه أن عمل المرأة يجعل المرأة أكثر قوة وأكثر قيمة في مختلف النواحي الواقعية والمعنوية، فالمرأة بالعمل لا تبقى هي ذلك الكائن الضعيف ذو القدرات المحدودة الذي لا حول له ولا قوة، والحقيقة أن الإنسان بلا عمل يصيبه الخمول والكسل والضياع والقلق، كما أنه لا ينمو ولا يعيش الحياة بشكل كامل، وكأنه يعيش الحياة أقل من غيره، ومن المعروف في العلوم الطبية أن العضو الذي لا يعمل يصاب بالضمور والضعف وهكذا الإنسان الذي لا يعمل.

وإذا تحدثنا عن السلبيات المرتبطة بعمل المرأة من الناحية النفسية نجد أن ذلك يرتبط بمدى مناسبة العمل لشخصية المرأة وقدراتها ومهاراتها، وأيضاً بنوعية شروط أداء العمل وظروفه، فإن العمل الروتيني الممل أو العمل القاسي الصعب يساهم بشكل سلبي في صحة المرأة النفسية.

ومن العوامل الهامة والمؤثرة أيضاً الشعور بالظلم وعدم الحصول على الحقوق إضافة إلى نقص المكافآت والتشجيع.

وفي بلادنا لا تزال القيم الاجتماعية المرتبطة بعمل المرأة غير إيجابية عموماً، وفي ذلك تناقض كبير مع الواقع المعاش، حيث إن المرأة قد انخرطت فعلياً في ميادين العمل المتنوعة والضرورية، ولكن القيم الغالبة لا تزال تخصّ عمل المرأة داخل البيت فقط، ويمكن لهذه الضغوط الاجتماعية أن تلعب دوراً سلبياً في الصحة النفسية للمرأة العاملة.

ومما لا شك فيه أن العمل المنزلي له أهميته الكبيرة، ولكن الحياة المعاصرة بتعقيدها المختلفة وتطوراتها ومتطلباتها قد ساهمت في تغيير الصورة، وظهرت العديد من الأعمال الضرورية والأساسية التي تتطلب العمل خارج المنزل، مثل الخدمات الطبية والتعليمية والأعمال التجارية والمؤسسات الخاصة بشئون المرأة المتنوعة، وغير ذلك في حياتنا المعاصرة.

كما أن المرأة لم تنقطع عن العمل خارج المنزل، بل استمرت فيه في البيئات القروية والصحراوية، وفي أعمال الزراعة وتربية المواشي والأعمال الإنتاجية الأخرى المساندة.

وقد تغيرت أهميّة الأعمال المنزلية مع التطور الهائل في الأجهزة المنزلية واستعمال الكهرباء وتقنيات الرفاهية المتنوعة المستعملة في الغسيل والتنظيف والطبخ، كما أن تربية الأطفال ورعايتهم أصبح لها متطلبات وأشكالاً أكثر تعقيداً. وذلك من حيث ضرورة الثقافة والتعليم في العملية التربوية، وفي التغذية والرعاية الصحية وغير ذلك، كما أن التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والمشكلات الحياتية اليومية التي تواجه مجتمعاتنا قد ساهمت في زيادة المتطلبات الاستهلاكية، وفي زيادة النفقات والضرورات المادية التي تواجه الأسرة، إضافة إلى ضرورات التنمية والتحديث، وكل ذلك يؤدي إلى الاهتمام المتزايد بعمل المرأة المنتج خارج المنزل وداخله.

وتختلف تجربة المرأة العاملة في العمل باختلاف النظام الاجتماعي

الذي تعيش في ظله، وباختلاف الطبقة الاجتماعية التي تنتمي إليها، إذ لا يمكن اعتبار المرأة الفقيرة التي تعمل في بيوت الأغنياء وفي الأزقة والأعمال اليدوية المبتذلة على أنها ضرب من المساواة مع الرجل في حق العمل، هذا النظام الذي يفرض قوانينه وأنظمتها على أسلوب العمل والمعاملة، ويطلع المجتمع بطابعه الأخلاقي والاجتماعي، انطلاقاً من نظرياته التي تحدد طبيعة عمل شرائح المجتمع، وكان الإسلام أول من حرر المرأة من وطأة الجاهلية حيث أعاد لها كرامتها وجعلها جزءاً من كيان المجتمع مع مراعاة الفوارق في التركيبة الجسمانية والنفسية بين الرجل والمرأة وبما يضمن كرامة وحقوق كل منهما (14).

المبحث الأول

حقوق المرأة العاملة القائمة على اعتبارات إنسانية

لقد حرصت النصوص الدستورية علي تأكيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الميادين المختلفة، سواء كانت سياسية، أو اجتماعية، أو ثقافية، أو اقتصادية، وفي مجال علاقات العمل، فالأصل أن المنظم يسوى بين الرجل والمرأة، بما مؤداه خضوع المرأة العاملة لجميع أحكام قانون العمل التي يخضع لها الرجل.

إلا أنه من المسلم به أن الله عز وجل عندما خلق البشر من جنسين ذكر وأنثى، جعل لكل منهما بعض الوظائف والخصائص التي لا يمكن للآخر القيام بها وذلك لكي لا يصبح كل منهما في غنى عن الآخر، وحقبةً فإن الأنظمة السعودية قد سلكت مسلكاً مميزاً عن باقي أنظمة الدول عندما منحت المرأة الحق في ممارسة أعمال تتوافق مع طبيعتها كامرأة، هذا بالإضافة إلى منحها الحق في تحديد ساعات عمل محددة لها لا تتعارض مع قيامها بواجباتها الزوجية والعائلية.

(14) انظر في هذا أ / شرين حربي الضابى - عمل المرأة في الإسلام - مقالة منشورة على موقع الحوار المتمدن - العدد 3176 / 2010، ضمن محور الملف الفكري والسياسي والاجتماعي لمناهضة العنف ضد المرأة.

ولتوضيح هذه الحقوق بالتفصيل فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي: -
المطلب الأول: نطاق عمل المرأة، (حق المرأة العاملة في العمل مع ما يتوافق وطبيعتها كامرأة).
المطلب الثاني: ساعات العمل (حق المرأة العاملة في تحديد ساعات عمل محددة لها).

المطلب الأول

نطاق عمل المرأة (حق المرأة العاملة في العمل مع ما يتوافق وطبيعتها
كامرأة)

نصّ المنظم في المادة 149 من نظام العمل والعاملين السعودي على أن المرأة تعمل في جميع المجالات التي تتفق مع طبيعتها، وحظر عملها في ناحيتين:

1 - الأعمال الخطرة.

2 - الصناعات الضارة (15).

وهنا نلاحظ أن هذه الأعمال الخطرة والضارة يشتغل فيها نساء في كثير من الدول ما عدا في المملكة، وهذا دليل على أن المملكة قد حفظت للمرأة أنوثتها وحقوقها عملاً بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام: ((ويحك يا أنجشة رويدك سوقاً بالقوارير)) (16).

وإيماناً من المنظم بضعف القدرة الجسمانية للمرأة، وعدم قدرتها على تحمل بعض الأعمال فقد نظم عملها من خلال وضع بعض القيود المتعلقة بنوعية الأعمال التي يمكن أن تعمل بها، حيث أشار المنظم إلى مراعاة تطبيق أحكام الشريعة في هذه المجالات التي تعمل فيها المرأة. ولم يحدد النظام بطبيعته ماهية هذا الأعمال والصناعات، وإنما أحال

(15) أ / عبد الله الوهيبي المحامي - نظام العمل السعودي وحقوق المرأة فيه - بحث منشور على موقع Knol - وحدة المعرفة، وأيضاً أ / مروان الروقي - حقوق المرأة العاملة في نظام العمل السعودي - بحث منشور على موقع Twit mail (16) أخرجه البخاري، كتاب الأدب، ح 6149.

تحديد ذلك على وزير العمل، وقد خول له الصلاحية إما بالمنع أو بوضع الشروط والقيود، حيث جاء نص المادة على النحو التالي: -
(لا يجوز تشغيل المراهقين والأحداث والنساء في الأعمال الخطرة أو الصناعات الضارة كالألات في حالة دورانها بالطاقة والمناجم ومقالع الأحجار وما شابه ذلك، ويحدد وزير العمل بقرار منه المهن والأعمال التي تعتبر ضارة بالصحة أو من شأنها أن تعرض النساء والأحداث والمراهقين لأخطار معينة مما يجب معه تحريم عملهم فيها أو تقييده بشروط خاصة، ولا يجوز في حالة من الأحوال اختلاط النساء بالرجال في أمكنة العمل وما يتبعها من مرافق وغيرها).

وبناءً على ذلك أصدر وزير العمل القرار الوزاري رقم 2834 بتاريخ 9/9/1427 هـ يقرر فيه ما يلي: -

(تعتبر الأعمال التالية من الأعمال التي تضر بصحة النساء أو من شأنها أن تعرضهن لأخطار محددة:

1- المناجم والمحاجر والأشغال الأخرى التي تتصل باستخراج مواد معدنية من باطن الأرض.

2- الصناعات التي يتم فيها تحويل المواد كتوليد الطاقة وتحويلها ونقلها.

3- العمل في الصرف الصحي أو تركيبات الغاز وتوزيعه والمشنتات البترولية الأخرى (17).

ولم ينص على منع الاختلاط بين الرجال والنساء في أماكن عمل النساء، وهذا ما أثار بعض الغيورين، حيث كان هذا الحكم منصوصاً عليه في النظام السابق الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ 21 وتاريخ 1389/9/6،

(17) د / محمد بن براك الفوزان - التعليق على نظام العمل السعودي الجديد - مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض - الطبعة الثانية - بدون تاريخ - ص 351، وأيضاً د / منير فريد الدكمي - نظام العمل السعودي الجديد في ميزان التحليل الفقهي - شرح مفصل لأحكام نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 51 وتاريخ 23 / 8 / 1426 هـ - بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم 219 وتاريخ 22 / 8 / 1426 هـ- الناشر دار حافظ للنشر والتوزيع بجدة - سنة 1430 هـ- 2009م - ص 125.

حيث نص المنظم في المادة 160 منه والتي تتكلم عن نطاق عمل المرأة على منع الاختلاط صراحة بقوله: (ولا يجوز بحالة من الأحوال اختلاط النساء بالرجال في أمكنة العمل وما يتبعها من مرافق ونحوها).

وقد يجاب عن ذلك بأن النظام أشار في أول المادة إلى مراعاة ما ورد في المادة الرابعة، وهي وجوب تطبيق أحكام الشريعة على العامل وصاحب العمل.

إلا أن الإشكال يبقى موجوداً، حيث إن حذف مثل هذه العبارة مع أنها كانت موجودة في السابق يشير إلى أن المنظم لم يعد يهتم بهذه القضية كما كان.

حيث نصت المادة 149 من نظام العمل السعودي الجديد على أنه (مع مراعاة ما ورد في المادة الرابعة من هذا النظام تعمل المرأة في كل المجالات التي تتفق مع طبيعتها، ويحظر تشغيلها في الأعمال الخطرة أو الصناعات الضارة، ويحدد الوزير بقرار منه المهن والأعمال التي تعد ضارة بالصحة أو من شأنها أن تعرض النساء لأخطار محددة، مما يجب معه حظر عملهن فيها أو تقييده بشروط خاصة).

ويتفق هذا الحكم مع ما نصت عليه المادة 90 من قانون العمل المصري رقم 12 تاريخ 2003م، حيث نصت هذه المادة على أن (يصدر الوزير المختص قراراً بتحديد الأعمال الضارة بالنساء صحياً وأخلاقياً، وكذلك الأعمال التي لا يجوز تشغيل النساء فيها).

وفى اعتقادنا أن الحكمة التي ابتغاها المنظم من هذا الحظر تكمن في ضعف القوة البدنية للنساء، فلا يستطيعن العمل في الأعمال الشاقة، كالعمل في المناجم أو المحاجر أو في الأفران المعدة لصهر المواد، ذلك أن طبيعة المرأة الجسمانية تجعلها أقل قدرة علي تحمل مشقة بعض الأعمال التي تحتاج لقوة عضلية.

وكذلك هدف المنظم إلى حماية النساء بعدم السماح لهن بالعمل في أعمال تسيء إلى سمعتهن، كالعمل في البارات أو نوادي القمار، فهذه الأعمال يُخشى منها على أخلاق النساء.

وإعمالاً لنص المادة 90 من قانون العمل - سالف الذكر - والخاصة بتحديد الأعمال التي لا يجوز تشغيل النساء فيها، صدر القرار الوزاري رقم 155 لسنة 2003م ليحدد هذه الأعمال كالاتي: العمل في البارات ونوادي القمار والشقق المفروشة والبنسيونات وصناعة الكحول والبطولة وكافة المشروبات الكحولية والعمل تحت سطح الأرض واستخراج المعادن والأحجار والعمل في الأفران المعدة لصهر المواد المعدنية أو تكريرها وصناعة المفرعات والأعمال المتعلقة بها وإذابة الزجاج وغيرها من الأعمال التي تضمنها القرار الوزاري المنوه عنه.

ولقد استثنى المنظم من انطباق الحظر الوارد في النص السالف، العاملات في مجال الزراعة البحتة، حيث نصت المادة 97 من قانون العمل على أن: " يُستثنى من تطبيق أحكام هذا الفصل العاملات في الزراعة البحتة" (18).

ونحن من جانبنا نرى مع جانب كبير من الفقه أن هذه الأعمال التي وردت في نص المادة 149 من نظام العمل السعودي يجب أن تكون محلاً للمراجعة كل فترة وبصفة دورية حتى يمكن توفير الحماية الكاملة للمرأة العاملة، حيث إنه من الممكن أن تستجد أعمال شاقة أو خطيرة أخرى فيمتنع عليها العمل بها.

وعلى أية حال فإن التحديد الوارد في المادة 149- سالف الذكر - هو بطبيعته تحديد يتضمن قدراً كبيراً من المرونة التي تسمح للقضاء بممارسة سلطته التقديرية في تحديد ما يدخل ضمن الأعمال الشاقة أو الخطرة أو الضارة بالصحة أو الأخلاق، ومن ثم يمكنه أن يضيف من الأعمال ما لم يرد ذكره في النص السابق، أو في قرارات وزير العمل (19).

(18) انظر في هذا د. صالح عبد المعتمد الحملاوي، " الحماية الاجتماعية والضمانات القانونية الواجب توافرها للمرأة العاملة في قانون العمل " ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السادس والعشرين الذي نظّمته مؤسسة البرنامج التنموي للمرأة والطفل في مدينة الفيوم 6:7 فبراير 2010 م، تحت عنوان (مؤتمر يناقش " قانون العمل للمرأة ")، وهو بحث منشور على موقعي عالم التربية، والموسوعة العربية.

(19) انظر في هذا د / منير فريد الدكمي - نظام العمل السعودي الجديد في ميزان التحليل الفقهي - شرح مفصل لأحكام نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم

وهو ذات ما اهتم به المشرّع الكويتي الذي اهتم في قانون العمل الكويتي رقم 6 لسنة 2010م، بتهيئة ظروف مناسبة لتشغيل النساء، فحرّم تشغيلهن ليلاً، حماية لهن من الأضرار الاجتماعية والصحية التي تترتب على قضاء الليل خارج المنزل، واستثنى بعض الأعمال التي تقتضي طبيعة عملها وجود المرأة ليلاً، كدور العلاج وغيرها، ونصّ على ذلك صراحة في المادة 22 من قانون العمل الكويت التي نصت على أنه: (لا يجوز تشغيل النساء ليلاً في الفترة من العاشرة مساءً والسابعة صباحاً، ويستثنى من ذلك المستشفيات والمصحات ودور العلاج الأهلية والمؤسسات التي يصدر بها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل، على أن تلتزم جهة العمل في جميع الحالات المشار إليها في هذه المادة بتوفير متطلبات الأمن لهن، مع توفير وسائل الاتصال من جهة العمل وإليه).

كما حظر المشرع الكويتي كذلك تشغيلهن في الأعمال الضارة بالأخلاق، أو التي تقوم على استغلال أئوتتها بما لا يتفق مع الآداب العامّة، وكذلك حظر تشغيلهن بمقتضى نص المادة 23 في الجهات التي تقدّم خدماتها للرجال فقط (20).

والخلاصة: -

أنّه مما سبق نلاحظ وجود اتفاق بين المشرعين السعودي والمصري والكويتي فيما يتعلق بضرورة تهيئة الظروف المناسبة لعمل المرأة، بحظر تشغيلها ليلاً، وحظر تشغيلها في الأعمال الخطرة أو الضارة كما سبق توضيح ذلك بالتفصيل.

الملكي رقم م / 51 وتاريخ 23 / 8 / 1426هـ - بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم 219 وتاريخ 22 / 8 / 1426هـ - مرجع سابق - ص 126.
(20) انظر في هذا المادتين 22، 23 من قانون العمل الكويتي، م / محمود سالم - في مقال له بعنوان (المرأة الكويتية بين دستور البلاد والقوانين المعمول بها) صادر عن الاتحاد العام لعمال الكويت

المطلب الثاني

ساعات العمل (حق المرأة العاملة في تحديد ساعات عمل محددة لها) وفقاً لنص المادة 150 من نظام العمل الجديد يحظر تشغيل النساء في الفترة الليلية لمدة إحدى عشرة ساعة متوالية، واستثنى من ذلك حالات، أحال تحديدها على الوزير، حيث نصت هذه المادة على أنه: (لا يجوز تشغيل النساء أثناء فترة من الليل لا تقل عن إحدى عشرة ساعة متتالية إلا في الحالات التي يصدر بها قرار من الوزير) (21).

وبناءً على ذلك صدر من وزير العمل ضمن القرار السابق، ما يلي:
(استثناء من حكم المادة (150) فإنه يجوز تشغيل المرأة في الحالات التالية:

1- إذا كان العمل صحياً أو خيرياً أو تعليمياً أو تأديبياً.

2- إذا كانت المنشأة لا تستخدم سوى أفراد الأسرة.

3- حالة القوة القاهرة وحالة الطوارئ.

4- إذا كان العمل الليلي ضرورياً للمحافظة على المواد من التلف السريع).

ويلاحظ على هذه الأعمال أنها من قبيل الأعمال التي لا يمثل العمل فيها ليلاً أية خطورة بالنسبة للمرأة ولا يتعارض مع قيامها بواجباتها الزوجية أو العائلية، كالعامل في الفنادق والمطاعم والمستشفيات ودور العلاج والصيدليات وأجهزة الإعلام.

وبالنسبة لهذه الأعمال فإنه يتعين الحصول على ترخيص من الجهات الإدارية المختصة بتشغيل النساء ليلاً، مع التزام صاحب العمل بتوفير كافة الضمانات الخاصة بحماية النساء العاملات لديه، وضمان عدم اختلاطهن بالرجال في أمكنة العمل، وأن يوفر لهن مقاعد تأميناً لاستراحتهن وفقاً لما

(21) جدير بالذكر أن هذه المادة يقابلها في نظام العمل والعمال الملغى المادة 161 التي كانت تنص على أنه (لا يجوز تشغيل المراهقين والأحداث والنساء أثناء فترة من الليل فيما بين غروب الشمس وشروقها لا تقل عن إحدى عشرة ساعة إلا في الحالات التي يصدر بها قرار من وزير العمل في المهن غير الصناعية وحالات الظروف القاهرة).
انظر في هذا د / محمد بن براك الفوزان - التعليق على نظام العمل السعودي الجديد - مرجع سابق - ص 325.

ورد النص عليه في المادة 158 من نظام العمل.
ويتفق هذا إلى حد ما مع ما أخذ به المشرع المصري في هذا الصدد،
حيث نصت المادة 89 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003م على أن:
(يُصدر الوزير المختص قراراً بتحديد الأحوال والأعمال والمناسبات التي
لا يجوز فيها تشغيل النساء في الفترة ما بين الساعة السابعة مساءً إلى
الساعة السابعة صباحاً).

ولقد صدر قرار وزير القوى العاملة والهجرة رقم 183 لسنة 2003م
الذي نص في المادة الأولى منه على أنه: (مع عدم الإخلال بأحكام
الاتفاقيات الدولية المصدق عليها، لا يجوز تشغيل النساء ليلاً في أي منشأة
صناعية أو أحد فروعها، في الفترة ما بين الساعة السابعة مساءً والساعة
السابعة صباحاً).

ويتبين من النصين - سالفَي البيان - أن الأصل هو حرية العمل ليلاً
للنساء، إلا في الأحوال التي لا يجوز تشغيلهم فيها، والتي نص عليها قرار
وزير القوى العاملة السابق، وذلك خلافاً لما كان معمولاً به في ظل قانون
العمل السابق والذي كان يحظر - كأصل عام - عمل النساء ليلاً، إلا في
أحوال معينة.

وبذلك فإن المشرع المصري يكون قد أخذ بمبدأ إباحة عمل النساء ليلاً،
شأنهن في ذلك شأن الرجال، إلا في أحوال معينة نص عليها قرار وزير
القوى العاملة والهجرة، وهي العمل في المنشآت الصناعية أو أحد فروعها
في الفترة ما بين الساعة السابعة مساءً إلى الساعة السابعة صباحاً.

لذلك ومنذ صدور قانون العمل الحالي - وحسناً فعل المشرع - يجوز
تشغيل النساء ليلاً في أي منشأة غير صناعية، والتي قد تكون منشأة تجارية
أو زراعية أو خدمية.

ولقد نصت المادة الثانية من قرار وزير القوى العاملة والهجرة المشار
إليه على أن المقصود بالمنشأة الصناعية: " المنشآت التي يجرى فيها
تصنيع المواد وتعديلها وتنظيفها وإصلاحها وزخرفتها وإعدادها للبيع
وتفكيكها أو تدميرها أو تحويل موادها، بما في ذلك المنشآت التي تعمل في

مجال بناء السفن أو في توليد أو تحويل أو توصيل الكهرباء أو القوى المحركة من أي نوع، والمنشآت التي تعمل في مشروعات البناء والهندسة المدنية، بما في ذلك أعمال الإنشاءات والتشييد والترميم والصيانة والتعديل والهدم، وما يصدر بشأنه قرار من وزير القوى العاملة بناءً على طلب عرض الجهة المختصة بإضافة بعض الأنشطة أو الاستثناء منها".

ولقد نص قرار وزير القوى العاملة على حالات يُستثنى فيها من الحظر الوارد على عمل النساء ليلاً في المنشآت الصناعية السابق الإشارة إليها، بمعنى آخر، أن المشرع قد وضع استثناء على الاستثناء الأول، ليعود بذلك إلى الأصل العام وهو جواز تشغيل النساء ليلاً في المنشآت الصناعية فقط في الأحوال التالية:

- حالة القوة القاهرة، إذا ما توقف العمل في مؤسسة معينة بسبب لا يمكن التنبؤ به، وليس من طبيعته أن يتكرر.

- إذا كان العمل ضرورياً للمحافظة على المواد الأولية، أو مواد التجهيز من تلف مُحقق.

- إذا كانت العاملات يشغلن وظائف إشرافية إدارية أو فنية.

وفى جميع الأحوال يجب على صاحب العمل في الحالات التي يتم فيها تشغيل النساء ليلاً مراعاة الأمور التالية:

- أن يوفر لهن كافة ضمانات الحماية والرعاية والانتقال والأمن.

- أن يحصل على الترخيص الخاص بتشغيل النساء ليلاً من مديرية القوى العاملة المختصة، ولا يصدر هذا الترخيص إلا بعد التحقق من توافر كافة الضمانات والشروط سالفة الذكر.

ويلاحظ أخيراً أن هذا التنظيم الخاص بعمل المرأة لا يسرى على النساء العاملات في مجال الزراعة البحتة، كما لا يسرى على العمل في الخدمة المنزلية، ولا على الحالات التي تكون فيها المرأة العاملة زوجة لصاحب العمل أو من أصوله أو من فروعه، ولو لم يكن صاحب العمل عائلاً فعلياً

لها وفقاً لنص المادة السابعة من قانون العمل الجديد (22).
ومما يؤكد حرص المشرع المصري على تطبيق الأحكام السابقة أنه
فرض جزاءً جنائياً وجزاءً مدنياً على صاحب العمل الذي يخالف هذه
الأحكام، وتتمثل هذه الجزاءات فيما يلي: -
* الجزاء الجنائي: أن صاحب العمل الذي يخالف هذه الأحكام يتعرض
لعقوبة الغرامة التي تتراوح بين خمسمائة جنيه وألف جنيه، وتتعدد الغرامة
بتعددعاملات اللاتي يعملن بالمخالفة للأحكام السابقة، وتضاعف العقوبة
في حالة العود.

* والجزاء المدني: أن العقد الذي يُبرم بالمخالفة لهذه الأحكام يُعتبر
باطلاً بطلاناً مطلقاً، استناداً إلى أن القواعد المقررة لهذه القيود قواعد أمره
تتعلق بالنظام العام لا تجوز مخالفتها (23).

المطلب الثالث

حق المرأة العاملة في حصولها على الأجر

الأجر هو أحد العناصر الجوهرية في عقد العمل بل وأهمها وذلك من
وجهة نظر العامل، باعتباره المصدر الذي يعول عليه في حياته وكذلك من
وجهة نظر صاحب العمل لما للأجر من علاقة مباشرة ومؤثرة في تكلفة
الإنتاج.

ومن الطبيعي القول أن الالتزام الجوهري في عقد العمل الذي يقع على
عاتق صاحب العمل هو الالتزام بأداء الأجر ومن الطبيعي أن تولى منظمي
العمل الدولية والعربية، الأجر عناية خاصة وأن تصدر العديد من الاتفاقيات
والتوصيات في المنظمتين من أجل تحديد الحد الأدنى للأجر وقواعد

(22) د / منير فريد الدكمي - نظام العمل السعودي الجديد في ميزان التحليل الفقهي -
شرح مفصل لأحكام نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 51
وتاريخ 23 / 8 / 1426 هـ - بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم 219
وتاريخ 22 / 8 / 1426 هـ- مرجع سابق - ص 126.
(23) فيما يتعلق بموقف القانون المصري في هذا الصدد. انظر في هذا د / حسيني
هيكل - شرح أحكام قانون العمل وفقاً لقانون العمل رقم 12 لسنة 2003م- سنة
1432 هـ- 2011م - ص 113 وما بعدها.

حمايته، ولعل هذا ما يفسر مسلك المشرع إبان إصدار القانون المدني بالاكْتفاء بتنظيم التزام صاحب العمل بأداء الأجر م (690 – 691 مدني) وما يتعلق بالالتزامات الأخرى إلى القوانين الخاصة، حيث نصت المادة 693 مدني على أنه " يجب على صاحب العمل إلى جانب التزاماته المبينة في المواد السابقة أن يقوم بالالتزامات التي تفرضها القوانين الخاصة "، وهذا دليل على الأهمية الخاصة للالتزام بأداء الأجر للعامل حيث إنه مقابل لقيام العامل بأداء العمل المتفق عليه، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية " إن التزام صاحب العمل بالأجر هو مقابل التزام العامل بأداء العمل المتفق عليه " (24).

فالأجر هو المقابل القانوني للعمل وهما يرتبطان ارتباطاً وثيقاً يقوم على فكرة السبب التقليدي في العقود الملزمة للجانبين إذ يعتبر التزام كلاً من الطرفين سبب التزام الطرف الآخر فالتزام صاحب العمل بأداء الأجر سببه التزام العامل بأداء العمل المتفق عليه والعكس صحيح.
تعريف الأجر: -

الأجر كما عرفته المادة الأولى من قانون العمل الموحد رقم 12 لسنة 2003 م هو: -

كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله، ثابتاً كان أو متغيراً نقداً أو عينياً ويعتبر أجراً على الأخص ما يلي: -
العمولة التي تدخل في إطار علاقة العمل.
النسبة المئوية وهي ما قد يدفع للعامل مقابل ما يقوم بإنتاجه أو بيعه أو تحصيله طوال قيامه بالعمل المقرر له هذه النسبة.
العلاوات أيّاً كان سبب استحقاقها أو نوعها.
المزايا العينية التي يلتزم بها صاحب العمل دون أن تستلزمها مقتضيات العمل.

المنح وهي ما يعطى للعامل علاوة على أجره أو ما يصرف له جزاء

(24) الطعن رقم 1462 لسنة 49 ق جلسة 1985/4/22.

أمانته أو كفاءته متى كانت هذه المنح مقرررة في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو في الأنظمة الأساسية للعمل وكذلك ما جرت العادة بمنحه متى توفرت لها صفات العمومية والدوام والثبات.
نصيب العامل من الأرباح.

الوهبة التي يحصل عليها العامل إذا جرت العادة بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بتحديدتها وتعتبر في حكم الوهبة النسبة المئوية التي يدفعها العملاء مقابل الخدمة في المنشآت السياحية.

ويصدر قرار من الوزير المختص بالاتفاق مع المنظمة النقابية المعنية بكيفية توزيعها على العاملين وذلك بالتشاور مع الوزير المعنى.
ويمكن تعريف الأجر بأنه: -

كل ما يستحق للعامل من مال في مقابل قيامه بالعمل، وذلك أيا كان الاسم الذي يطلق عليه أو نوعه أو صورته أو الطريقة التي يحتسب على أساسها وأيا كانت كيفية الوفاء به، وسواء كان يدفع الأجر صاحب العمل أو كان العمال يدفعون جزء من ملحقاته (كالوهبة). ويخرج عن الأجر كل ما يستحق للعامل دون أن يكون مقابلا لعمله مثل النفقات التي يتكبدها مقابل العمل (كبدل السفر)، والتعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل، والتبرعات التي يحصل عليها العامل من صاحب العمل.

وإذا كانت الفقرة ج من المادة الأولى من قانون العمل الموحد عرفت الأجر بأنه كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله سواء كان ثابتاً أو متغيراً أو نقداً أو عينياً. فإنه يترتب على ذلك ما يلي: -

يشترط لاستحقاق الأجر أن يكون عقد العمل قائماً؛ لأن الأجر التزام أساسي من الالتزامات المترتبة عليه، ولأن عقد العمل يعدّ عقداً من عقود المعاوضة فالعامل لا يستحقّ أجرًا عن المدة اللاحقة لإنهاء خدمته.

الأجر يعدّ مقابل قانوني للعمل ويلتزم صاحب العمل بالوفاء به إذا أدى العامل العمل على الوجه الوارد في عقد العمل ويجب أن يقدر العمل الذي قام به العامل ويترتب على ذلك أن عدم أداء العامل للعمل لسبب يرجع إلى فعله أو خطئه يبرر عدم استحقاقه للأجر مثل غياب العامل بدون عذر مقبول

أو إتلاف العامل للآلة التي يعمل عليها (25).

ويتفق تعريف الأجر على النحو الوارد بالقانون مع التعريف الوارد باتفاقية العمل الدولي رقم 95 بشأن (حماية الأجور) والتي تقرر في مادتها الأولى أن تعبير الأجر يعني: " أيّ مكافأة أو كسب يمكن أن تقدر قيمته نقدًا أيا كانت تسميته أو طريقة حسابه وتحدد قيمته بالتراضي أو بالقوانين أو اللوائح الوطنية ويدفعه صاحب عمل لشخص يستخدمه مقابل عمل أداه أو يؤديه أو خدمات قدمها أو يقدمها بمقتضى عقد استخدام مكتوب أو غير مكتوب (26).

أيضًا يتفق تعريف الأجر مع التعريف الوارد باتفاقية العمل العربية رقم 15، والتي تعرف الأجر بأنه: " كل ما يتقاضاه العامل مقابل عمله، بما فيه العلاوات والمكافآت والمنح والمزايا وغير ذلك من متممات الأجر" (27).

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الأجر في العديد من أحكامها بأنه: " كل ما يستحقه العامل في مقابل أداء العمل أيا كان نوعه وأيا كانت طريقة تحديده وأيا كانت تسميته. أو هو: " كل ما يدخل في ذمة العامل من مال أيا كان نوعه، مقابل قيامه بالعمل موضوع العقد مهما كانت تسميته (28).
كما قررت أيضًا محكمة النقض المصرية " ليس هناك ما يمنع في أن يأخذ الأجر صورة طعام أو ملابس أو إيواء ؛ لأنّ الأجر كما هو كل ما يعطى للعامل لقاء عمله، مهما كان نوعه، ولا يغير من وصف هذه الميزات

-
- (25) انظر - د/ محمد شريف - مرجع سبق ذكره ص 180.
(26) مؤتمر العمل الدولي - الدورة 32 يونيو 1949، الاتفاقية رقم 95 لسنة 1949 والتي دخلت إلي حيز التنفيذ في سبتمبر 1952 وصادقت عليها مصر في 1960/7/26.
(27) اتفاقية العمل العربية رقم 15 لسنة 1983 بشأن تحديد وحماية الأجور ومؤتمر العمل العربي الدورة 11 عمان، مارس 1983، المادة الأولى.
(28) نقض مدني رقم 416 لسنة 34 ق جلسة 1970/4/15.
نقض مدني الطعن رقم 441 لسنة 25 ق جلسة 1960/3/24 س 11 ص 246.
نقض مدني الطعن رقم 419 لسنة 19 ق جلسة 1969/12/23 ص 1203 رقم 174.

العينية (29). بالأجر عدم ثباتها أو منحها لكافة العاملين دون تمييز أو وقوفها عند حد الكفاية.

وقد أخذت محكمة النقض الإيطالية بنفس المنهج: -

حيث قرّرت أن كل ما يحصل عليه العامل نقدًا أو عينًا يعد أجرًا متى كان استحقاقه لها مقابل العمل الذي يقوم بأدائه ويجب أن يمثل مجموعهما أجرًا عادلًا للعامل (30).

ومما سبق يتّضح أن التزام صاحب العمل بأداء الأجر لا يقف عند حد الوفاء بالأجر الأساسي بل يشمل أيضًا علاوة على الأجر الأساسي، ملحقات الأجر التي يحصل عليها العامل والتي تأخذ حكم الأجر وتعتبر جزء لا يتجزأ منه أيا كانت التسمية التي تطلق عليها طالما كان صاحب العمل يؤديها للعامل مقابل الحصول على خدمات هذا الأخير.

المبحث الثاني

حقوق المرأة العاملة المرتبطة بطبيعتها

لقد وضع نظام العمل والعاملين السعودي للمرأة قواعد وحقوق خاصة إضافية تتمتع بها عن غيرها من العمال، وذلك ليس تقليلاً من شأن الفئات الأخرى ولا تقليلاً من شأنها هي، إنما نظراً لطبيعتها وبعض الظروف الشرعية والطبيعية التي قد تمر بها، وهذه الحقوق هي كالاتي:

1- حقها في الإجازات.

أ - إجازة وضع.

ب- إجازة وفاة الزوج (إجازة الحداد).

2- وحقها في الأجر أثناء إجازة الحمل والوضع.

3- وحقها في الرعاية الطبية.

4- وحقها في فترات راحة لإرضاع مولودها.

(29) نقض مدني، الطعن رقم 1843 لسنة 49 ق جلسة 1984/6/11. وكذلك الطعن رقم 1314 لسنة 47 ق، جلسة 1982/11/14.

(30) محكمة النقض الإيطالية، الدوائر المدنية مجتمعة في 1965/6/28 مجلة قضاء العمل، روما يناير فبراير 1966 - ص7.

- 5- وحقها في عدم فصلها من العمل أثناء فترة مرضها الناتج عن الحمل أو الوضع.
- 6- وحقها في أن يوفر لها صاحب العمل مكاناً لحضانة مولودها.
- 7- وحقها في الحصول على إجازة لرعاية الطفل.
- 8- وحقها في الحصول على مقعد لراحتها.
- 9- وحقها في إنهاء عقدها بإرادتها المنفردة.
- ولتوضيح هذه الحقوق بالتفصيل فسوف نتناولها في تسعة مطالب على النحو التالي.

المطلب الأول

حق المرأة العاملة في الإجازات

يقصد بإجازة العامل: -هي كسب من المكاسب التي حققتها الطبقة العمالية في نضالها، عقب الثورة الصناعية من أجل تحسين شروط العمل.

ففي ظل النظام الحر والأفكار الليبرالية التي سادت المجتمعات الصناعية عقب حدوث الثورة الصناعية لم يكن المشرع يتدخل في تنظيم علاقة العمل وكان ينظر إلى العمل على أنه سلعة كغيرها من السلع يدفع فيها المشتري بقدر ما يحصل عليه من " كم " وبغض النظر عن الاعتبارات الاجتماعية التي تحيط بالموضوع فكان العامل في سبيل الحصول على أجره ملزم بأداء العمل طوال أيام الأسبوع دون توقف ودون راحة وبلغت عدد ساعات العمل 14 وأحياناً 16 ساعة يومياً وقد كان أي انقطاع عن العمل من جانب العامل يستتبع خصم جزء من الأجر مقابل هذا الانقطاع مهما كانت أسبابه حتى ولو كان بسبب المرض بل كان مجرد السماح للعامل بالعودة إلى عمله بعد انقطاعه يعدّ تفضلاً من صاحب العمل الذي كان بإمكانه نتيجة انتشار البطالة وتكدس الأيدي العاملة أن يحل محل العامل المتغيب عامل آخر دون انتظار أو تفهم للمبررات.

وما إن بدأ المشرع يتدخل لتنظيم علاقة العمل تحت ضغط اعتبارات سياسية، واجتماعية وأيدلوجية حتى كان موضوع الإجازة من الموضوعات الأساسية التي التفت إليها المشرع.

فقد فرض المشرع في بداية الأمر إجازة يومية للعمال دون أن يكون من حقهم تقاضى أجرهم عن هذا اليوم الذي لا يعملون فيه ولكن مع ازدهار الأوضاع الاقتصادية وانتشار الأفكار والمبادئ الاجتماعية تحول يوم الإجازة غير المدفوع إلى إجازة أسبوعية مدفوعة.

أما الأمر التالي لذلك فهو تقرير المشرع للإجازة السنوية وعرف من خلالها الإجازة العارضة، ومنها الإجازات التي يحصل عليها العمال في الأعياد والمناسبات القومية، وأيضاً تلك التي يتمتع بها العامل بأجره كاملاً أو بجزء من أجره حسب الأحوال إذا مرض أو أصيب مع اختلاف النسب التي يؤدي بها الأجر، إذا كان المريض أو الإصابة بسبب العمل أو بغير سبب العمل.

وأيضاً عرف القانون بعض أنواع الإجازات التي تقررت لاعتبارات خاصة كإجازات الحمل والوضع ورعاية الطفل أو تلك التي يعرفها القانون المصري وبعض التشريعات العربية لاعتبارات دينية كإجازة الحج أو زيارة بيت المقدس، وهذا تمثيلاً مع سياسة الرعاية الاجتماعية.

ولقد أصدرت منظمتي العمل الدولية والعربية عدة اتفاقيات وتوصيات متعلقة بالإجازة مدفوعة الأجر فقد صدر عن منظمة العمل الدولية الاتفاقية رقم 52 لسنة 1936 والتوصية رقم 47 بشأن " الأحداث السنوية مدفوعة الأجر " مؤتمر العدل الدولي، الدورة العشرين يونيو 1936 وقد بلغ عدد الدول المصدقة على الاتفاقية 54 دولة من بينها مصر (1954/7/3) ودخلت حيز التنفيذ 1939/9/22.

كما حددت المادة 47 و 51 من قانون العمل المصري: - الأحكام الخاصة بتنظيم الإجازات السنوية من حيث مدتها واحتساب الإجازة العارضة ومواعيد الحصول عليها في ضوء مقتضيات العمل وقواعد الحصول على الأجر أثناء الإجازة.

وقد نظمت م (47) من قانون العمل مدة الإجازة وقواعد تحديد مواعيدها على النحو التالي: -

تكون مدة الإجازة السنوية 21 يوماً بأجر كامل لمن أمضى في الخدمة

سنة كاملة تزداد إلى ثلاثين يوماً متى أمضى العامل في الخدمة عشر سنوات لدى صاحب عمل أو أكثر، كما تكون الإجازة لمدة ثلاثين يوماً في السنة لمن تجاوز سن الخمسين ولا يدخل في حساب الإجازة أيام عطلات الأعياد والمناسبات الرسمية والراحة الأسبوعية، وإذا قلت مدة خدمة العامل عن سنة استحق إجازة بنسبة المدة التي قضاها في العمل بشرط أن تكون قد أمضى ستة أشهر في خدمة صاحب العمل، وفي جميع الأحوال تزداد مدة الإجازة السنوية سبعة أيام للعمال الذين يعملون في الأعمال الصعبة أو الخطرة أو المضرة بالصحة أو في المناطق النائية والتي يصدر بتحديدتها قرار من الوزير المختص بعد أخذ رأى الجهات المعنية، مع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة (48) من هذا القانون لا يجوز للعامل النزول عن أجازته.

ويتضمن من أحكام المادة 47/ عمل، أن المشرع جعل عدد أيام للإجازة السنوية مرتبط بعدد سنوات الخدمة تصاعدياً، كما وضع المشرع حد أدنى لمدة الإجازة السنوية تستحق للعامل في السنة الأولى من خدمته وتحسب " بنسبة المدة التي قضاها في العمل " بشرط أن يكون قد أمضى في الخدمة ستة أشهر على الأقل من تاريخ التحاقه بالعمل، فيستحق إجازة مدتها 21 يوماً تزداد إلى شهر متى أمضى العامل في الخدمة عشر سنوات متصلة.

وقد قرر المشرع حرصاً منه على العامل الذي بلغ سن الخمسين باعتبار أنه يقترب من سن التقاعد أن يحصل على إجازة مدتها شهر بغض النظر عن مدة خدمته أي حتى ولو لم يمض عشر سنوات في الخدمة لكن بشرط تجاوز الحد الأدنى من الخدمة اللازم للحصول على إجازة وهو ستة أشهر على الأقل وفيما عدا الحكم الخاص بمن تجاوز سن الخمسين نجد أن مدة الإجازة مرتبطة بأقدمية العامل فحسب وبغض النظر عن درجة العامل في السلم الوظيفي في المنشأة أو طريقة أداء أجره.

ونجد المادة الثالثة من الاتفاقية الدولية 132 قررت أنه يحق لكل شخص تطبق عليه هذه الاتفاقية الحصول على إجازة سنوية مدفوعة الأجر لمدة دنيا محددة، وتحدد كل دولة عضو تصدق على هذه الاتفاقية طول

الإجازة في إعلان مرفق بتصديقها ولا تقل الإجازة بأية حال عن ثلاثة أسابيع عمل في سنة واحدة. ويحق لكل شخص قضي مدة خدمة أقل من تلك المطلوبة لاستحقاقه الإجازة كاملة أن يحصل على إجازة سنوية مدفوعة الأجر تتناسب مع مدة خدمته خلال تلك السنة م (1/4 من الاتفاقية) ويجوز أن تقدر مدة دنيا للخدمة لاستحقاق الإجازة السنوية مدفوعة الأجر وتحدد السلطات الوطنية طول المدة المؤهلة لاستحقاق الإجازة ويزداد طول الإجازة السنوية المدفوعة الأجر بازدياد مدة الخدمة وفقاً لشروط تقررها القوانين واللوائح الوطنية م(5/2 الاتفاقية).

وقد قررت محكمة النقض المصرية: إن أذن صاحب العمل لمستخدميه بإجازات تزيد عن الحد المقرر في القانون ولم تتخذ صفة الاستقرار لا يخولهم حقاً مكتسباً في هذه الزيادة إذ لا يخرج ذلك كونه منحه لا تكتسب حقاً في المطالبة بتكرارها فمتى كان قرار هيئة التحكيم قد التزم في رفض طلب لزيادة الإجازات ولم يرى تكليف صاحب العمل بأكثر مما قرره فإنه لا يكون بحاجة لبحث مبررات الزيادة المطلوبة في الإجازات ولا مسوغات إلغاء الزيادة السابق منحها.

كما أعطي المنظم السعودي للمرأة العاملة الحق في أكثر من إجازة تتقرر لها بقوة النظام، وهذه الإجازات هي كالآتي: -
أ - إجازة وضع: -

* يُقصد بالوضع: انفصال الجنين عن أمه في الوقت المعتاد سواء ولد حياً أو ميتاً، فالإجهاض لا يعتبر وضعاً بل يمكن اعتباره مرضاً تستحق عنه العاملة إجازة مرضية (31).

ومراعاة للمرأة العاملة، وحرصاً على صحتها وصحة وليدها فقد نصت الأنظمة والقوانين على حق المرأة العاملة في الحصول على إجازة الحمل والوضع

(31) ومع ذلك يرى البعض أن المرأة العاملة تستحق إجازة الوضع في حالة الإجهاض المشروع وفقاً لما يراه أهل الخبرة الطبية في هذا الشأن، انظر في هذا د / تامر يوسف سعفان - التشريعات العمالية - ص 229.

ولقد حدد المنظم السعودي التنظيم القانوني لهذه الإجازة في نصوص المواد من 151:157 من نظام العمل الجديد، حيث أعطي المرأة العاملة الحق في إجازة وضع تكون سابقة للتاريخ المحتمل للوضع بأربعة أسابيع والأسابيع الستة اللاحقة للوضع، أما فيما يتعلق بالأجر فقد فرق النظام في طريقة حسابه من ناحية عدد سنوات الخدمة وهي كالاتي:

- من كانت خدمتها أقل من سنة ليس لها أجر.
- من كانت خدمتها من سنة حتى ثلاث سنوات تستحق نصف الأجر.
ويدفع لها نصف الأجر أيضاً عن إجازتها السنوية إذا استفادت منها في نفس السنة.

- من تجاوزت خدمتها الثلاث سنوات يدفع لها الأجر كاملاً عن إجازة الوضع. ولا يدفع لها شيء عن إجازتها السنوية إذا ما استفادت منها في نفس السنة (32).

أمّا في القانون المصري فإنه يكون للمرأة العاملة وفقاً لنص المادة 91 عمل التي أمضت عشرة أشهر في خدمة صاحب العمل أو أكثر الحق في إجازة وضع مدتها تسعون يوماً بتعويض مساوٍ للأجر الشامل تشمل المدة التي تستبق الوضع والتي تليه، بشرط أن تقدم شهادة طبية مبيناً بها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه.

فحق المرأة العاملة في إجازة الوضع ورعاية طفلها فسوف أوضحها من خلال قانون العمل الملغى وقانون العمل الجديد فبالرغم من أن القانون الجديد استبقى أغلب الأحكام التي كانت مقررة بموجب القانون الملغى مادة (151، 152، 153) وذلك بعد تعديل صياغتها وهي تقابل م (88 – 89 – 90) من قانون العمل الجديد، واقتصر على بعض تعديلات أدخلها على المادة (154) عمل ملغى بموجب المادة 91/ عمل فإن إقرار هذه المادة

(32) د / منير فريد الدكمي – نظام العمل السعودي الجديد في ميزان التحليل الفقهي – شرح مفصل لأحكام نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 51 وتاريخ 23 / 8 / 1426 هـ - بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم 219 وتاريخ 22 / 8 / 1426 هـ- مرجع سابق – ص 192

على النحو الذي صدرت به آثار الجدل بين الكثير والاعتراضات فيما يتعلق بتخفيض عدد مرات إجازة الوضع ورعاية الطفولة من ثلاث مرات إلى مرتين فقط طوال مدة خدمة العاملة وتناسى معارضو هذا القانون الجديد ما أعطاه من مزايا للمرأة العاملة بخصوص إجازة الوضع ورعاية الطفل وسوف أوضح ذلك من خلال عرض أحكام قانون العمل الملغى وقانون العمل الجديد على النحو التالي: -

تنص المادة (154) من قانون العمل الملغى التي تنظم إجازة الوضع ورعاية الطفل على أنه " للعاملة التي أمضت ستة شهور في خدمة صاحب العمل الحق في إجازة وضع مدتها خمسون يوماً بأجر كامل تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها بشرط أن تقدم شهادة طبية مبيّنة بها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه، ولا تستحق العاملة هذه الإجازة لأكثر من ثلاث مرات طوال مدة خدمتها كذلك لا يجوز تشغيل العاملة خلال الأربعين يوماً التالية للوضع "

كما نصت المادة (133) من القانون رقم 91 لسنة 1959 الملغى على منح العاملة إجازة قبل الوضع كان أمراً جوازياً لصاحب العمل فقد كانت تنص على أنه " يجوز للعاملة أن تحصل على إجازة وضع مدتها خمسون يوماً تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها، ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الأربعين يوماً التالية للوضع " فهذا النص السابق كان يحظر تشغيل المرأة العاملة خلال الأربعين يوماً التالية للوضع ولكنه يجعل هذا الأمر جوازياً في الفترة السابقة على الوضع وتبلغ مدة الإجازة في مجملها خمسون يوماً فالعاملة كانت عشرة أيام قبل الوضع وأربعون بعده إلا إذا سمح لها صاحب العمل بمدد أطول أو كانت اتفاقيات العمل الجماعية تقرر لها هذا الحق ومن هنا نجد أن نص المادة (133) من القانون الملغى كان معيباً حيث كان يعطى الفرصة لصاحب العمل في تخفيض مدة الإجازة إلى أربعين يوماً فحسب، أيضاً فهذا النص لم يحدد عدد المرات التي يجوز فيها للمرأة العاملة الحصول على إجازة الوضع فالالتزام الذي كان يلقيه على عاتق صاحب العمل هو عدم تشغيل المرأة العاملة خلال الأربعين يوماً

التالية للوضع ولهذا كان بإمكان المرأة العاملة الحصول على هذه الإجازة في كل مرة تضع فيها الحمل مهما تعددت مراته.

بينما م(154) من قانون العمل الملغى والتي جعلت من إجازة الوضع حقا مكتسبا للمرأة العاملة وأمرها وجوبيا لا تقدير فيه لصاحب العمل وحددت عدد مرات هذه الإجازة بثلاث مرات طوال مدة خدمة العاملة، وتستحق العاملة أجرها كاملاً خلال فترة الوضع ولا يمكن أيضاً الانتقاص من الأجر والقول بمعاملتها معاملة من تكون في إجازة مرضية لأنها ليست مريض، فلو فرض أنها مرضت في أعقاب الولادة، فإنها تتعرض لتطبيق نص 50 من القانون فتحسب لها 90 يوماً بما يعادل 75% من الأجر و85% في التسعين يوماً التالية وتحسب الأربعين يوماً (إجازة الوضع) ضمن التسعين يوماً الأولى (إجازة الوضع) 75% فنضيق على المرأة العاملة مزية خصها المشرع بها ولهذا تستحق المرأة العاملة أجرها كاملاً، ونص المادة (154/عمل) من القانون الملغى منتقد من ناحية تقريرها استحقاق العاملة لهذه الإجازة ثلاث مرات طوال مدة خدمتها فقد تجاهل المشرع بهذا ما تعاني منه مصر من تزايد عدد سكانها، حيث تقرير المشرع للمرأة العاملة حقها في إجازة الوضع ولثلاث مرات لم يكن سهو أو حكما غير مقصود بل سياسة تشريعية ثابتة فبالرغم من تقرير هذا المبدأ بالنسبة للعاملات في الحكومة والقطاع العام، نجد أيضاً في المادة(156) ملغى حيث تنص "في المنشأة التي تستخدم أكثر من خمسين عاملاً فأكثر يكون للعاملة الحق في الحصول على إجازة بدون أجر لمدة لا تزيد على سنة وذلك لرعاية طفلها وتمنح هذه الإجازات ثلاث مرات طوال مدة خدمتها.

(إجازة الوضع ورعاية الطفل) للمرأة العاملة وفقاً لأحكام قانون العمل الجديد المادة (91) والتي تنص على أنه: "للعاملة التي أمضت عشرة أشهر لخدمة صاحب عمل أو أكثر الحق في إجازة وضع مدتها تسعون يوماً بتعويض مساو للأجر الشامل وتشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليه بشرط أن تقدم شهادة طبية مبينا بها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه، ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الخمسة وأربعين يوماً التالية للوضع ولا

تستحق العاملة هذه الإجازة لأكثر من مرتين طوال مدة خدمة العاملة " كما تنص المادة (94/ عمل) على أنه: "مع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 1996 يكون للعاملة في المنشأة التي تستخدم خمسين عاملاً فأكثر الحق في الحصول على إجازة بدون أجر لمدة لا تتجاوز سنتين وذلك لرعاية طفلها ولا تستحق هذه الإجازة لأكثر من مرتين طوال مدة خدمتها "

ويتضح من تلك النصوص السابقة ان المرأة العاملة التي أمضت في خدمة صاحب العمل عشر شهور أو أكثر يكون لها الحق في إجازة وضع مدتها تسعون يوماً بتعويض مساو للأجر الشامل، وتشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليه بشرط أن تقدم شهادة طبية، مبينا بها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه. كذلك تستحق العاملة هذه الإجازة مرتين فقط طوال مدة خدمتها، ولا يجوز تشغيل المرأة خلال الأربعين يوماً التالية للوضع، وإلا عوقب رب العمل بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على مائتي جنيه (م 249) عمل. وهذا الحظر يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه، ويلزم صاحب العمل بأن يدفع للعاملة أجرها كاملاً عن مدة إجازة الولادة، وتعتبر إجازة الوضع مستقلة عن الإجازة المرضية ولا تحسب ضمن مدتها ولا يلتزم صاحب العمل بنفقات وضع المرأة العاملة كما هو مقرر في القانون (33).

وقد نصت المادة (156) من قانون العمل المصري على أنه " المنشأة التي تستخدم خمسين عاملاً فأكثر يكون للعاملة الحق في الحصول على إجازة لرعاية طفلها غير مدفوعة الأجر لمدة لا تزيد على سنة وتمنح هذه الإجازة ثلاث مرات طوال مدة خدمة المرأة العاملة "

فإذا حصلت العاملة على هذه الإجازة فإنه من الممكن أن يشعل رب العمل وظيفتها بعامل آخر أثناء مدة الإجازة وعند انتهاء تلك الإجازة المحددة فإن المرأة العاملة إما أن تعود إلى وظيفتها السابقة أو إلى وظيفة

(33) انظر مرجع سبق ذكره -د/محمد شريف عبد الرحمن - ص 292.

أخرى مماثلة لها مما يجعل هذا التعديل غير جوهري في اختصاص هذه العاملة، ويترتب على ذلك أنه لا يحق لتلك العاملة رفض ذلك التعديل وإلاّ اعتبرت مخلة بالتزاماتها بتنفيذ العمل المسند إليها حيث يعتبر التعديل ليس إلا تعديل في شروط العقد وليس في العقد ذاته (34).

وقد أعطى القانون للعاملة التي ترضع طفلها خلال الأربعة والعشرين شهرا التالية لتاريخ الوضع فضلاً عن مدة الراحة المقررة بالمادة (81 عمل) الحق في الفترتين أخريين لهذا الغرض لا تقل كل منهما عن نصف ساعة وللعاملة الحق في ضم هاتين الفترتين (93/عمل) وتحسب هاتين الفترتين الإضافيتين من ساعة العمل ولا يترتب عليهما أيّ تخفيض في الأجر (35). فالعاملة المرضعة تتمتع براحة ساعتين يوميا ساعة للراحة العادية وساعة للرضاعة لا يترتب عليها أي تخفيض في الأجر حتى لا تهمل في إرضاع طفلها حرصا على الأجر، كذلك تستحق العاملة إجازة بدون أجر لمدة لا تزيد على سنتين لرعاية طفلها وذلك في المنشآت التي تستخدم خمسين عاملا فأكثر م(94) عمل، إلا أن هذه الإجازة لا تمنح للعاملة إلا مرتين طوال خدمتها ولم يحدد القانون وقتا معيناً لأخذ تلك الإجازة فلها أن تأخذها في أيّ وقت، ولا يشترط أخذها خلال السنة الأولى لمولد طفلها، كما لا يشترط مضي فترة معينة بين كل إجازة لرعاية الطفولة والإجازة التي تليها فمدة السنة هي الحد الأقصى للإجازة فلا يجوز للعاملة الحصول على مدة أقل أو الحصول عليها متقطعة، وليست دفعة واحدة (36).

وأخيرا سوف أعرض بعض المزايا لقانون العمل الجديد فيما يخص بإجازة الوضع للمرأة العاملة ورعاية طفلها وذلك على النحو التالي (37):
إن قانون العمل الجديد هو الأفضل لحماية الأمومة في مصر فقد رفع

(34) سلطة رب العمل في الانفراد في تعديل عقد العمل – د/محمد عبدالغفار البيسوني – دار النهضة العربية – 32 شارع عبدالخالق ثروت – القاهرة 1417 هـ - 1997 م ص 241 – ص 243.

(35) د/محمد شريف عبدالرحمن – مرجع سبق ذكره – ص 293.

(36) د/ عبدالله مبروك النجار مرجع سبق ذكره ص 386-387.

(37) انظر د/ أحمد حسن البرعى – مرجع سبق ذكره ص 531-533.

مدة إجازة الوضع من خمسين يوماً كما كانت مقررة في القانون الملغى إلى تسعين يوماً في القانون الحالي وذلك لإتاحة الفرصة للمرأة العاملة لكي ترتاح وترعى طفلها في أيامه الأولى ولإقامة المساواة بين العاملات في القطاع الخاص والقطاعات الأخرى وإزالة شبهة عدم الدستورية التي كانت موجودة قبل صدور قانون العمل الجديد.

إنَّ الاكتفاء بتقرير إجازة وضع مرتين فقط للعاملة طوال مدة خدمتها لدى صاحب العمل أو أكثر قد ساعد في حل مشكلة زيادة السكان في مصر وهذا بخلاف ما قرره م (154) من القانون 137 لسنة 1981 والتي جعلتها ثلاثة مرات وبهذا الحكم كانت تتجاهل مشكلة كبرى تعاني منها مصر وهي مشكلة زيادة السكان ولذلك فإنه على الرغم مما يحيط بهذا الحكم من اعتبارات إنسانية فلا يمكن تجاهل الظروف الاقتصادية. فمصر تعاني من مشكلة تزايد السكان بشكل يهدد ابتلاع كل زيادة في الناتج القومي، ويعتقد الخبراء أن تنظيم النسل في مصر يعتبر من العوامل الأساسية التي ستساعد على رفع مستوى المعيشة، ولهذا فالسياسة التشريعية للمشرع يجب أن تأخذ في الأهداف القومية، ولما كانت مشكلة تزايد السكان تقضى أن يكون متوسط المواليد في كل عائلة مصرية لا يزيد عن اثنين فمن الواجب استخدام التشريع الاجتماعي لتحقيق ذلك بحيث يقتصر عدد المرات التي تمنح فيها المرأة إجازة وضع أو إجازة لرعاية طفلها بدون أجر على مرتين فقط وذلك لتساعد عملية تنظيم النسل في مصر وحل مشكلة تزايد عدد سكانها بصورة كبيرة مما يؤثر على الناتج القومي.

أن في تقرير المشرع مدة العشرة أشهر المشار إليها هي مدة خدمة تماماً كمدة الاشتراك في قانون التأمين الاجتماعي وهذا لا يتطلب أن تقضى لدى صاحب عمل واحد، وإنما يكفي أن يتوافر بالنسبة للمرأة العاملة مدة خدمة عشرة أشهر لدى صاحب عمل أو أكثر.

أن القانون الجديد أزال التناقض الذي كان قائماً بين قانون العمل الملغى وبين قانون التأمين الاجتماعي (79 لسنة 1975) مادة 79: -

تنص على أنه: تستحق المؤمن عليها في حالة الحمل والوضع تعويضاً

عن الأجر يعادل 75% من الأجر المشار إليه في الفقرة الأولى م(78) تؤديه الجهة المختصة بصرف تعويض الأجر وذلك عن مدة إجازة الحمل والوضع المنصوص عليها بقانون العمل أو بأنظمة العاملين المدنيين بالدولة أو بالقطاع العام بحسب الأحوال بشرط ألا تقل مدة اشتراكها في التأمين عن عشرة أشهر

وفى ضوء تلك المادة: توحدت مدة استحقاق إجازة الوضع للمرأة العاملة مع المدة المقررة للحصول على تعويض الأجر وفقاً لقانون التأمين الاجتماعي.

فالتنسيق بين القوانين المختلفة المذكورة، يفهم منه أن الأصل أن نتحمل التأمين الاجتماعي، تعويض الأجر للعاملة عند حصولها على عاتق صاحب العمل ألا أن يتحمل 25% فقط من أجر العاملة في حالة إجازة الوضع، وهو ما يقتضي بالضرورة توحيد المدة المتطلبة من الخدمة مع مدة الاشتراك في التأمين التي يتطلبها قانون التأمين الاجتماعي وذلك حتى تستوفى العاملة شروط الحصول على تعويض الأجر من الجهة التأمينية وهو ما قصده المشرع بالنصين المشار إليهما في قانون العمل 137 لسنة 1981م وقانون التأمين الاجتماعي 79 لسنة 1975، والوضع السابق لم يكن يتيح هذا الحل ويؤدي إلى تحميل صاحب العمل بأجر العاملة كاملاً إذا لم تكن قد أتمت مدة خدمة لدى صاحب عمل أو أكثر تبلغ في مجموعها عشرة أشهر وهي نتيجة لم يقصدها المشرع وهي ضد مصلحة صاحب العمل طبعاً ولكنها في نفس الوقت ضد المصلحة العامة حيث قد يحجم أصحاب الأعمال عن تشغيل النساء خشية تحمل كامل الأجر في حالة الوضع قبل مضي العشرة أشهر المشار إليها في قانون التأمين الاجتماعي.

ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الخمسة والأربعين يوماً التالية للوضع (38)، ولا تستحق إجازة الوضع لأكثر من مرتين طوال مدة خدمة

(38) تنص المادة 79 من قانون التأمين الاجتماعي رقم 79 لسنة 1975م علي أن " تستحق المؤمن عليها في حالة الحمل والوضع تعويضاً عن الأجر.. وذلك عن

العاملة (39)

ومدة إجازة الوضع تسعون يوماً تحصل العاملة خلالها علي تعويض يعادل قيمة الأجر الشامل، وهذه المدة تشمل ما تحصل عليه العاملة قبل الوضع وما تحصل عليه بعد تاريخ الوضع بشرط أن تقدم شهادة طبية مبيناً بها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه لتستحق مدة الإجازة قبل تاريخ الوضع، وفي جميع الأحوال إذا كانت المدة التي حصلت عليها العاملة قبل الوضع أكثر من خمسة وأربعون يوماً فلا يجوز تشغيلها بعد تاريخ الوضع إلا بعد مرور مدة خمسة وأربعون يوماً كاملة، وتكون المدة الزائدة عن التسعين يوماً التي حددها المشرع كحد أقصى لإجازة الوضع بدون أجر.

ويشترط لاستحقاق العاملة إجازة وضع أن تكون قد أمضت عشرة أشهر في خدمة صاحب العمل أو أكثر، وقصد بهذا التحديد أن تتفق مدة استحقاق إجازة الوضع مع المدة المقررة للحصول علي تعويض الأجر وفقاً لقانون التأمين الاجتماعي وهي خدمة عشرة أشهر لدي صاحب عمل واحد أو أكثر، ويحقق هذا الشرط مصلحة صاحب العمل والعاملة في أن واحد بتلافي تحمل صاحب العمل كامل أجر العاملة وتجنب إجمامه عن تشغيل النساء خشيّة تحمل هذا العبء (40).

ولقد قيد المشرع حق العاملة في استحقاق إجازة الوضع بمرتين فقط طوال مدة خدمتها، والمقصود بذلك من وجهة نظر فريق من الفقه ونؤيده

مدة الحمل والوضع بشرط ألا تقل مدة اشتراكها في التأمين عن عشرة شهور". (39) د/ عبد الحميد عثمان الحفني، قانون العمل المصري وفقاً للقانون رقم 12 لسنة 2003، الجزء الأول - عقد العمل الفردي الطبعة الأولى سنة 2006 بدون دار نشر - مرجع سابق - ص 400.

(40) د. حسام الأهواني، شرح قانون العمل سنة 1991م - بدون دار نشر - ص 247، وأيضاً د / السيد عيد نايل، شرح أحكام قانون العمل - طبعة 2004 م - 2005م- ص 320.

وانظر عكس ذلك د / محمد لبيب شنب، قانون العمل - الطبعة الرابعة سنة 1983 م - والطبعة الخامسة سنة 1994 م، ص 247، وأيضاً د / محمود جمال الدين زكي، قانون العمل - سنة 1983م - الطبعة الثانية - مطبعة جامعة القاهرة ص 889.

في ذلك مدة خدمة العاملة أياً كان صاحب العمل وليس مدة خدمتها لدى صاحب عمل واحد، فعبارة النص جاءت مطلقة (41) هذا فضلاً عن الحكم من تقييد عدد مرات الإجازة المتمثلة في تنظيم النسل، وليس معني ذلك أن العاملة لا تحصل على إجازة إذا وضعت قبل مرور عشرة شهور خدمة أو إذا وضعت للمرة الثالثة أثناء مدة خدمتها ولكن المقصود ألا تحصل على أجر خلال هذه الإجازة ويعد ذلك سبباً من أسباب وقف عقد العمل دون أجر. ونلفت النظر مع بعض الفقه (42) إلى أنه إذا كان للعاملة الحق في إجازة مرضية فيمكنها الحصول عليها خلال فترة الوضع وبالتالي تحصل على أجر الإجازة المرضية السالف إيضاحه، كذلك فإن هذه العشرة أشهر السابقة تعد شرطاً للحصول على الأجر وليس الإجازة.

ونوضح بأنه لا يوجد تناقض بشأن إجازة الوضع بين قانون التأمين الاجتماعي وقانون العمل: فمن جهة أولى وطبقاً للمادة 79 من قانون التأمين الاجتماعي تستحق العاملة التي تخضع لنظام التأمين الاجتماعي في حالة الوضع والحمل تعويضاً عن الأجر يعادل 75 % من الأجر عن مدة الحمل والوضع المنصوص عليها في حين تعطي هذه العاملة أجرها كاملاً وفقاً لنصوص قانون العمل (43).

ومن جهة ثانية وطبقاً للمادة 85 من قانون التأمين الاجتماعي تلتزم هيئة التأمين الاجتماعي بنفقات الولادة للعاملة التي تخضع لأحكامه بينما لا

(41) وذلك عكس قانون العمل السابق الذي اشترط أن تكون مدة الشهور العشرة متصلة.

(42) د / السيد عيد نايل - مرجع سابق - ص 321.

(43) انظر في هذا الخصوص نص المادة 91 من قانون العمل، وحتى لا يكون قانون التأمين الاجتماعي ضاراً بالعاملة لإعطائها حقوقاً أقل من زميلتها التي لا تخضع لأحكامه نرى مع البعض ضرورة إلزام المشرع لصاحب العمل بأن يدفع للعاملة التي تخضع لأحكام قانون التأمين الاجتماعي الفرق في الأجر ويبلغ 25 % علي سند من أن ما ورد بقانون العمل هو الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه أو الانتقاص منه وأجر العاملة يجب أن يكون كاملاً خلال إجازة الوضع. قرب: حسام الدين الأهواني، السابق ص 552، السيد عيد نايل السابق ص 321.

يلتزم صاحب العمل بذلك للعاملة التي لا تخضع لأحكام قانون التأمين الاجتماعي وبالتالي تتحمل العاملة جميع نفقات الولادة، وفي هذا الفرض منح قانون التأمين الاجتماعي للعاملة ميزة لم ينص عليها قانون العمل ومن ثم نناشد المشرع بضرورة التدخل بتعديل تشريعي مفاده إلزام أصحاب الأعمال بمنح العاملة نفقات الولادة بعد تحديدها بشكل موضوعي وغير مبالغ فيه.

وعملاً بمقتضى نص المادة 92 من قانون العمل لا يجوز لصاحب العمل فصل العاملة أو إنهاء مدة خدمتها ولكن يجوز له حرمانها من التعويض عن أجرها الشامل عن مدة الإجازة أو استرداد ما تم أدائه إليها منه بشرط ثبوت اشتغالها خلال مدة الإجازة لدى صاحب عمل آخر وذلك مع عدم الإخلال بالمساءلة التأديبية وتوقيع الجزاء التأديبي المنصوص عليه في لائحة الجزاءات.

وإذا أخل صاحب العمل بالتزامه بإجازة الوضع يعاقب هو أو من يمثله عن المنشأة بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز مائتي جنيه، وتتعدد الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم الجريمة وتضاعف الغرامة في حالة العود.

وكذلك نص المشرع الأردني على حق المرأة العاملة في الحصول على هذه الإجازة في المادة 70 من قانون العمل الأردني والتي جاء بها: -
(للرأة العاملة الحق في الحصول على إجازة أمومة بأجر كامل قبل الوضع وبعده مجموع مدتها عشرة أسابيع، على أن لا تقل المدة التي تقع من هذه الإجازة بعد الوضع عن ستة أسابيع ويحظر تشغيلها قبل انقضاء تلك المدة) (44).

ويحظر على صاحب العمل تشغيل المرأة العاملة قبل انقضاء مدة إجازتها - وقد جاء هذا الشرط بنص صريح ضمن المادة 70 من القانون حفاظاً على صحة المرأة وصحة مولودها وينطبق هذا الحظر (حتى لو كان

(44) نص المادة 70 من قانون العمل الأردني.

ذلك بناء على طلب المرأة العاملة) حيث إن النص جاء مطلقاً. وأكثر من ذلك فقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية أنه: (نصت المادة 27 /أ من قانون العمل صراحة على عدم جواز إنهاء خدمة المرأة العاملة الحامل ابتداء من الشهر السادس من حملها أو خلال إجازة الأمومة أو توجيه الأشعار بإنهاء الخدمة خلال تلك المدة. وعليه لا يصلح التذرع بأن فصل المدعية لم يكن تعسفياً) (45).

ويعد النص القانوني في المادة أعلاه انتصاراً للمرأة العاملة مقارنة بالنص القانوني الذي جاء به القانون الملغي والذي كان يقصر الإجازة على المرأة العاملة التي تعمل في مؤسسة منتظمة أو في بعض المؤسسات الكبيرة وكان يحدد مدة إجازة الأمومة بستة أسابيع فقط (م 50 من قانون العمل الملغي)، وعلى أن تكون هذه الإجازة بنصف الأجر (م 52 من قانون العمل الملغي) ويشترط لحصول المرأة العاملة على هذا النوع من الإجازة أن تكون المرأة العاملة قد أمضت مدة لا تقل عن 180 يوماً من العمل لدى صاحب العمل (46).

وكذلك نصت المادة 24 من قانون العمل الكويتي 6 لسنة 2010م على أنه: (تستحق المرأة العاملة الحامل إجازة مدفوعة الأجر لا تحسب من إجازاتها الأخرى لمدة سبعة أيام للوضع، بشرط أن يتم الوضع خلالها، ولا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العاملة أثناء تمتعها بتلك الإجازة، أو بسبب انقطاعها عن العمل لسبب مرضي يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل أو الوضع).

* أما عن شروط استحقاق إجازة الأمومة وقيودها في القانون الأردني: - إضافة إلى الشروط الواردة ضمن أحكام القانون من كون المرأة عاملة تخضع لأحكام ونصوص قانون العمل. تضمنت المادة 70 من القانون عدة

(45) قرار محكمة التمييز رقم 2298 / 1998 م، المنشور بمجلة نقابة المحامين في العدد 6 الصفحة 1856 لسنة 1999 م.

(46) للاستزادة انظر قانون العمل الأردني الملغي القانون رقم 21 لسنة 1960 م، وأيضاً دسيد محمود رمضان - الوسيط في شرح قانون العمل الأردني - ص 372:374.

شروط لا بد من توافرها لاستحقاق هذا النوع من الإجازة، وهذه الشروط هي:

1- الإجازة حق للمرأة العاملة متى كانت حاملاً توشك على الوضع. هكذا يفهم من النص (قبل الوضع وبعده).

2- لا يشترط القانون مدة عمل محددة عند صاحب العمل لاستحقاق إجازة الأمومة.

3- إثبات حالة الحمل. فيجب على المرأة العاملة الحامل إثبات حالة الحمل لديها حتى يتسنى لها الحصول على هذا النوع من الإجازة ويتم ذلك من خلال دعمها طلبها الحصول على إجازة الأمومة بتقرير طبي صادر عن جهة طبية معتمدة من قبل المؤسسة التي تعمل لديها المرأة العاملة الحامل أو تعتمدها المؤسسة (على ضوء نص المادة 65 فيما يتعلق بالإجازة المرضية).

4- إثبات موعد متوقع للولادة: وذلك حتى يتسنى لها تحديد موعد واضح لحاجتها استخدام مثل هذا النوع من الإجازة. وتحتاج المرأة العاملة لتحديد الموعد إلى جهة طبية معتمدة أو تعتمدها المؤسسة التي تعمل لديها المرأة الحامل.

* وأما عن مدة إجازة الأمومة في القانون الأردني: -

فقد ألزم المشرع الأردني صاحب العمل بحق المرأة العاملة بإجازة الأمومة والتي مجموع مدتها (عشرة أسابيع) متى تحقق للمرأة العاملة شروطها. وهذه الإجازة قد تكون مقسمة إلى قسمين رئيسيين هما: الإجازة قبل الوضع، والإجازة بعد الوضع.

القسم الأول: (قبل الوضع): -

من خلال قراءة النص القانوني نجد أن المشرع الأردني وإن لم يتعرض لتحديد المدة التي تمنح فيها المرأة العاملة الحامل لإجازة الأمومة قبل الوضع، إلا أنه يستشف من النص انه وضع حداً أعلى لمدة الإجازة تقدر بـ (أربعة أسابيع).

وعلى ذلك فإنه يحق للمرأة العاملة الحامل الحصول على إجازة أمومة

قبل الوضع لمدة غير محددة شريطة أن لا تزيد عن أربعة أسابيع.
* وقد ذهب اتجاه الفقه إلى القول: إن إجازة الأمومة قبل الوضع
اختيارية (47) حيث إنه من النادر قيام المرأة العاملة بطلب إجازة الأمومة
قبل الوضع إلا في حالات تستدعيها الحالة المرضية للمرأة العاملة أو طبيعة
الحمل أو الولادة.

القسم الثاني: (بعد الوضع):

حدّد المشرع الأردني إجازة الأمومة بمدة مجموعها (عشرة أسابيع) (مشتراطاً أن لا تقل المدة التي تقع من هذه الإجازة بعد الوضع عن ستة أسابيع).

وعليه يكون من حق المرأة العاملة إجازة أمومة مجموع مدتها عشرة أسابيع، على أن لها الحق باستخدامها بمجموع مدتها بعد الوضع، وإن كانت قد استخدمت أي مدة من الإجازة قبل الوضع فإن ما استخدمته يخصم من مجموع إجازتها الكلي، على أن لا تقل مدة الإجازة بعد الوضع عن ستة أسابيع.

* وترجع الحكمة من اشتراط ألا تقل مدة الإجازة بعد الوضع عن ستة أسابيع إلى مراعاة صحة المرأة العاملة بعد الوضع وصحة وليدها الرضيع والذي يكون في أشد الحاجة إلى الرعاية في المراحل الأولى من وضعه (48).

على أنه من البديهي أن إجازة الوضع التي يحددها القانون على النحو السابق تتصرف إلى حالة الوضع الطبيعي، بصرف النظر عما إذا ولد الجنين حياً أو ميتاً، وهذا هو ما ينصرف إليه قصد المشرع، وهو ما تنطبق بالنسبة له أحكام الإجازات.

أما إذا تعلق الأمر بنزول الجنين من بطن أمه على نحو غير طبيعي بالإجهاض، قبل الموعد المحدد للولادة، فلا تطبق بشأنه قواعد إجازة

(47) د / أ حمد أبو شنب / المرجع السابق الصفحة 209.

(48) د / سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل الأردني - ص 373

الأمومة، وإن كان يمكن أن نطبق بشأنه أحكام الإجازة المرضية (49).
على أنه يراعى استقلال إجازة الأمومة عن باقي الإجازات التي
تستحقها المرأة العاملة بموجب أحكام ونصوص قانون العمل.

ب - إجازة وفاة الزوج (إجازة الحداد):

وفقاً لنص المادة 160 من نظام العمل والعاملين السعودي تمنح المرأة
العاملة المتوفى عنها زوجها إجازة لا تقل عن 15 يوماً بأجر كامل من
تاريخ الوفاة.

وهذه المادة عليها إشكالان، إشكال نظامي، وإشكال شرعي، أورد
نصها أولاً ثم أتى بالإشكالات،

تقول المادة (للمرأة العاملة التي يتوفى زوجها الحق في إجازة بأجر
كامل مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ الوفاة).

* الإشكال النظامي: الذي يرد على هذه المادة أنها حددت الحد الأدنى
لإجازة المرأى العاملة المتوفى عنها زوجها، وسكنت عن الحد الأعلى، ولم
تفصح أبداً عن طريقة التعامل في حالة ما لو طلبت المرأة العاملة مدة أكثر
من ذلك.

* أما الإشكال الشرعي: الذي قد يورده البعض هو أن المرأة المتوفى
عنها زوجها يجب عليها الحداد، قال تعالى: { وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ
أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا } (50)، وبالتالي فلا تخرج
من البيت إلى العمل، ويجب أن تعطى إجازة لمدة أربعة أشهر وعشراً.

* ويجب عن هذا الإيراد: بأن المتوفى عنها زوجها يجوز لها الخروج
في قضاء حوائجها نهاراً لما روى جابر قال: طلقت خالتي ثلاثاً، فخرجت
تجد نخلها، فلقبها رجل فناهاها، فذكرت ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال:
((اخرجي فجزدي نخلك لعلك أن تصدقي منه أو أن تفعلي خيراً)) (51).

(49) انظر في هذا نص المادة 249 من قانون العمل.

(50) سورة البقرة - آية رقم 234

(51) رواه مسلم 1121/2 وأبو داود 535/1 والنسائي 174/6.

إن هذا الحديث دليل لخروج المعتدة للحاجة ومذهب مالك والثوري والليث والشافعي وأحمد، وآخرين، جواز خروج المعتدة في النهار للحاجة وكذلك يجوز لها الخروج في عدة الوفاة، وخالفهم في البائن حيث يرى - رحمه الله - عدم جواز خروجها مطلقاً سواء بالليل أو بالنهار (52).

ويقول الزيلعي - رحمه الله -: " والحاصل أن مدار الحل كون خروجها بسبب قيام شغل المعيشة فينتقدّر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها " (53).

قلت: ونظرة الفقه الإسلامي الواسعة، أنها ربطت أمر خروجها بالمصلحة والضرورة، ولا شك أن طلب المعيشة (العمل) من الأمور الضرورية، والقاعدة الشرعية أن الضرورة تقدر بقدرها كما أنه يجوز للحاجة ما لا يجوز لغيرها.

يقول ابن قدامة - رحمه الله - في المغني (وللمعتدة الخروج في قضاء حوائجها نهاراً، سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها....، وليس لها المبيت في غير بيتها، ولا الخروج ليلاً إلا لضرورة ؛ لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار، فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش) (54).

وكذلك يقول صاحب القوانين الفقهية، من المذهب المالكي، خلال حديثه عن المعتمد ولها الخروج نهاراً في حوائجها، ولا تبين إلا في دارها " (55).

(52) صحيح مسلم بشرح النووي - يحيى شرف النووي - دار إحياء التراث العربي - بيروت ج10 ص 108، الحاوي الكبير - علي محمد الماوردي - دار الكتب العلمية - بيروت - ج9 ص253، شرح الزرقاني على موطأ مالك - محمد عبد الباقي الزرقاني - دار الكتب العلمية - بيروت - طبعة 1411 هـ ج3 ص289، حاشية ابن عابدين - دار الفكر بيروت 1421 هـ، أحكام القرآن - أحمد علي الرازي الجصاص - دار إحياء التراث العربي - بيروت 1405 هـ ج2 ص123.

(53) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي دار المعرفة بيروت ط2 (166/3)

(54) المغني الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني - مطبعة المنار - الطبعة الأولى سنة 1416 هـ - سنة 1996 م - ج 11 - ص 297.

(55) القوانين الفقهية، محمد بن أحمد ب جزي الكلبي الغرناطي (158/1).

ويقول أحمد الصاوي " وللمعتدة الخروج في حوائجها: أي طرفي
النهار أو وسطه فلا مفهوم لقول خليل طرفي النهار بل المدار على أي وقت
فيه الأمن " (56)

وهذه المادة من الإضافات الجديدة لهذا النظام، حيث إنها غير موجودة
في النظام القديم، ولا في قانون العمل المصري.
المطلب الثاني

حق المرأة العاملة في الأجر أثناء إجازة الحمل والوضع
نظمت المادة 152 من نظام العمل السعودي الجديد حق المرأة في
الأجر أثناء إجازة الحمل والوضع، حيث نصت هذه المادة على أنه: -
(على صاحب العمل أن يدفع إلى المرأة العاملة أثناء انقطاعها عن
عملها في إجازة الوضع ما يعادل نصف أجرها، إذا كان لها خدمة سنة
فأكثر لدى صاحب العمل، والأجرة كاملة إذا بلغت مدة خدمتها ثلاث سنوات
فأكثر يوم بدء الإجازة، ولا تدفع إليها الأجرة أثناء إجازتها السنوية العادية،
إذا كانت قد استفادت في السنة نفسها من إجازة وضع بأجر كامل، ويدفع
إليها نصف أجرها أثناء الإجازة السنوية، إذا كانت قد استفادت في السنة
نفسها من إجازة وضع بنصف الأجر)

ووفقاً لهذه المادة فإن الأجر الذي يمنح لإجازة الحمل والوضع يختلف
بحسب ما إذا كانت المرأة قد قضت في العمل لدى صاحب العمل سنة
فأكثر، أو كانت قد قضت في ذلك أكثر من ثلاث سنوات، وتحتسب هاتان
المدتان من تاريخ استلامها العمل حتى تاريخ بدء الإجازة.
* فإذا كانت المرأة قد قضت في العمل سنة فأكثر، فإنها تستحق نصف
الأجر خلال إجازة الحمل والوضع.
* أما إذا كانت قد قضت المرأة في العمل أكثر من ثلاث سنوات فإنها
تستحق الأجر الكامل.

(56) انظر: بلغه السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، دار الكتب العلمية، بيروت
141 هـ - 1990 م ط1 تحقيق محمد عبد السلام شاهين (450/2).

(472) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

ويترتب على ذلك أن أجرتها في إجازتها العادية يرتبط بحالتها السابقة: -

- 1- فإذا كانت قد تقاضت أجرتها كاملة في إجازة الحمل والوضع فإنها لا تأخذ أجره في إجازتها العادية.
- 2- أما إذا كانت قد أخذت نصف أجرتها في إجازة الحمل والوضع، فإنها تأخذ النصف كذلك في الإجازة العادية (57).

* أما قانون العمل المصري: فقد نصت المادة 91 منه على أن: (للعاملة التي أمضت 10 أشهر في خدمة صاحب العمل أو أكثر الحق في إجازة وضع مدتها 90 يوماً بتعويض مساوٍ للأجر الشامل تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها بشرط أن تقدم شهادة طبية مبينة بها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيهن ولا يجوز تشغيل العاملة خلال 45 يوماً التالية للوضع، ولا تستحق إجازة الوضع لأكثر من مرتين طوال مدة خدمة العاملة)

وبالتالي فإنه وفقاً لنص المادة 91 من قانون العمل - سالف الذكر - يختلف القانون المصري عن نظام العمل والعمال السعودي في عدة نقاط:-

- 1- أنه حدد مدة واحدة فقط لعمل المرأة حتى تستحق إجازة الوضع وهي 10 أشهر.

2- مدة الإجازة كاملة 90 يوماً سواء قبل الوضع أو بعده.

3- مدة الإجازة الإلزامية 45 يوماً.

4- تستحق الأجره كاملة ولا يخصم من أجرتها في الإجازة الاعتيادية.

لا يحق لها أن تأخذ إجازة الحمل أكثر من مرتين طوال مدة عملها.

أمّا عن أجر المرأة العاملة عن إجازة الحمل والوضع في القانون

(57) د / صالح عبد المعتمد الحملوي، " الحماية الاجتماعية والضمانات القانونية الواجب توافرها للمرأة العاملة في قانون العمل " ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السادس والعشرين الذي نظّمته مؤسسة البرنامج التنموي للمرأة والطفل في مدينة الفيوم 6:7 فبراير 2010 م، تحت عنوان (مؤتمر يناقش " قانون العمل للمرأة ").

الأردني فقد ألزم النص القانوني صاحب العمل بدفع الأجر كاملاً خلال مدة إجازة الأمومة. وجعل منها إجازة مدفوعة الأجر لحكمة تتفق مع الغاية التي سنت من أجلها هذه الإجازة وهي المحافظة على صحة المرأة وصحة وليدها وبما يحقق لها الأمن الاجتماعي والاقتصادي بسد حاجتها المالية أثناء إجازة الأمومة. إذا ما أخذ بعين الاعتبار أن الأم تحتاج إلى الكثير من النفقات بعد الوضع.

* التزام على المرأة الحاملة والوالدة:

ولكن يجب ملاحظة أنه لكي تستحق المرأة العاملة أجرها في فترة الحمل والوضع يشترط ألا تعمل خلال هذه الإجازة لدى أية جهة أخرى وإلا سقط حقها في هذا الأجر.

فوفقاً لنص المادة 157 من قانون العمل المصري يحظر على المرأة العاملة العمل لدى جهة أخرى في فترة إجازة الحمل والولادة، ولو فعلت ذلك فإنه يترتب على ذلك ما يلي:

1- يسقط عنها جميع حقوقها السابقة.

2- لصاحب العمل حرمانها من أجرها مدة الإجازة.

3- أو استرداد ما قدمه لها من أجر.

وقد جاء نص المادة 175 من نظام العمل الجديد: (يسقط حق العاملة فيما تستحقه وفقاً لأحكام هذا الباب إذا عملت لدى صاحب عمل آخر أثناء مدة إجازتها المصرح بها، ولصاحب العمل الأصلي - في هذه الحالة - أن يحرّمها من أجرها عن مدة الإجازة، أو أن يسترد ما أداه لها) (58).

المطلب الثالث

حق المرأة العاملة في الرعاية الطبية

يلزم نظام العمل والعاملين السعودي صاحب العمل تحمل المصاريف الطبية اللازمة للحمل والولادة كاملة للمرأة العاملة وتوفير الرعاية الطبية

(58) د / صالح عبد المعتمد الحملاوي، " الحماية الاجتماعية والضمانات القانونية الواجب توافرها للمرأة العاملة في قانون العمل - مرجع سابق. منشور على النت.

لها وذلك بنص المادة 153 منه، حيث نصت هذه المادة على أنه (على صاحب العمل توفير الرعاية الطبية للمرأة العاملة أثناء الحمل والولادة)⁽¹⁾.
والولادة)⁽¹⁾.

ويلاحظ بأنه لا يوجد تناسق بشأن إجازة الوضع بين قانون التأمين الاجتماعي وقانون العمل المصري: -

* فمن جهة أولى: وطبقاً للمادة 79 من قانون التأمين الاجتماعي تستحق العاملة التي تخضع لنظام التأمين الاجتماعي في حالة الوضع والحمل تعويضاً عن الأجر يعادل 75 % من الأجر عن مدة الحمل والوضع المنصوص عليها في حين تعطي هذه العاملة أجرها كاملاً وفقاً لنصوص قانون العمل⁽²⁾.

ومن جهة ثانية: وطبقاً للمادة 85 من قانون التأمين الاجتماعي تلتزم هيئة التأمين الاجتماعي بنفقات الولادة للعاملة التي تخضع لأحكامه، بينما لا يلتزم صاحب العمل بذلك للعاملة التي لا تخضع لأحكام قانون التأمين الاجتماعي، وبالتالي تتحمل العاملة جميع نفقات الولادة، وفي هذا الفرض منح قانون التأمين الاجتماعي للعاملة ميزة لم ينص عليها قانون العمل ومن ثم نناشد المشرع المصري بضرورة التدخل بتعديل تشريعي مفاده إلزام

(1) جدير بالذكر أن هذه المادة تقابل المادة 166 من نظام العمل والعمال الملغى والتي كانت تنص على أنه:-

(يتحمل صاحب العمل مصاريف الفحص الطبيّ ونفقات العلاج والولادة).
انظر في هذا د / محمد بن براك الفوزان - التعليق على نظام العمل السعودي الجديد - مرجع سابق - ص 327.

(2) انظر في هذا الخصوص نص المادة 91 من قانون العمل، وحتى لا يكون قانون التأمين الاجتماعي ضاراً بالعاملة لأعضائها حقوقاً أقل من زميلتها التي لا تخضع لأحكامه فإننا نرى مع البعض ضرورة إلزام المشرع لصاحب العمل بأن يدفع للمرأة العاملة التي تخضع لأحكام قانون التأمين الاجتماعي الفرق في الأجر ويبلغ 25 % على سند من أن ما ورد بقانون العمل هو الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه أو الانتقاص منه، وأجر العاملة يجب أن يكون كاملاً خلال إجازة الوضع.

= انظر في هذا د / حسام الأهواني - شرح قانون العمل لسنة 1991م - مرجع سابق - ص 552، وأيضاً د / السيد عيد نايل - شرح أحكام قانون العمل- طبعة 2004 - 2005م - مرجع سابق - ص 321.

أصحاب الأعمال بمنح العاملة نفقات الولادة بعد تحديدها بشكل موضوعي وغير مبالغ فيه.

المطلب الرابع

حق المرأة العاملة في الإجازة المرضية

نصت المادة 117م من نظام العمل والعمّال السعودي: أنّ للعامل الذي يثبت مرضه الحقّ في إجازة مرضية بأجر عن الثلاثين يوماً الأولى، وبثلاثة أرباع الأجر عن الستين يوماً التالية، ودون أجر للثلاثين التي تلي ذلك خلال السنة الواحدة، سواء أكانت هذه الإجازات متصلة أم منقطعة، ويقصد بالسنة الواحدة: السنة التي تبدأ من تاريخ أول إجازة مرضية. كما نصت م 63 من اللائحة التنفيذية لنظام العمل والعمّال السعودي على أنّه لا يسمح للعامل المريض أن يباشر عمله إلا إذا قرّر طبيب المنشأة مباشرة عمله، وأنّه لا خطر عليه من أداء العمل ولا ضرر منه على مخالطة زملائه في العمل.

تنص المادة (54) من نظام العمل المصري عمل " بأن العامل الذي يثبت مرضه في إجازة مرضية تحددها الجهة الطبية المختصة، ويستحق العامل خلالها تعويضاً عن الأجر وفقاً لما يحدده قانون التأمين الاجتماعي. ويكون للعامل الذي يثبت مرضه في المنشآت الصناعية التي تسرى في شأنها أحكام المادتين (1، 8) من القانون رقم 21 لسنة 1958 م في شأن تنظيم الصناعة وتشجيعها، الحق في إجازة مرضية كل ثلاث سنوات تقضى في الخدمة على أساس شهر بأجر كامل ثم ثمانية أشهر بأجر يعادل (75%) من أجره ثم ثلاثة أشهر بدون أجر وذلك إذا قررت الجهة الطبية المختصة احتمال شفائه. وللعامل أن يستفيد من متجمد أجازته السنوية إلى جانب ما يستحقه من إجازة مرضية كما له أن يطلب تحويل الإجازة المرضية إلى إجازة سنوية إذا كان له رصيد يسمح بذلك.

ويُضح مما سبق: - أن للعامل حقا في إجازة مرضية كل ثلاث سنوات تقضى في الخدمة على أساس شهر بأجر كامل ثم ثمانية أشهر بأجر يعادل (75%) من أجره ثم ثلاثة أشهر بدون أجر وذلك إذا قررت اللجنة الطبية

احتمال شفائه وأن هذا الحق مقرر لجميع العمال أيا كانت طريقة تحديد أجورهم وتحسب السنة التي تستحق عنها الإجازة المرضية منذ بدء التحاق العامل بالعمل، وليس هناك ما يمنع من أن تحسب من أول يناير على أن يستحق العامل إجازة جزئية تتناسب مع المدة التي أمضاها في العمل قبل بدء السنة (1) فلا يحتم القانون إثبات المرض بشهادة طبية، فيجوز لصاحب العمل أن يكتفي بإقرار العامل، كما أن له أن يوفد طبيباً لتوقيع الكشف الطبّي عليه وتقدير الإجازة التي يتطلبها مرضه، أما إذا اختلفت الشهادة الطبية المقدمة من العامل عن تلك التي قدمها طبيب صاحب العمل، كان لكل من الطرفين أن يطلب من مكتب العمل إحالة الموضوع إلى لجنة تحكيم طبي ينظم تشكيلها وإجراءات عرض النزاع عليها قرار من وزير العمل بالاتفاق مع وزير الصحة والعدل (رقم 1976/2/19/70) وهذا أول قرار صدر بإجراءات التحكيم الطبي.

بعض التطبيقات القضائية في الإجازة المرضية: -

لا يجوز للعامل في أثناء أجازته المرضية أن يعلن قطع هذه الإجازة وامتثاله للشفاء والعودة للعمل وأن يرفض إجراء الكشف الطبي عليه بمعرفة طبيب الشركة: فكما أن تقرير الإجازة المرضية يتم بمعرفة الطبيب فإن بإمكان الشركة إرغام العامل قبل تسلمه العمل عقب وأثناء أجازته المرضية أن تخضعه للكشف الطبّي (2).

وفى قضية عرضت على المحكمة الفيدرالية الألمانية لمرافعات العمل وتتلخص وقائعها في أن عاملاً كان إلى جانب عمله الرئيسي (أربعين ساعة أسبوعياً) يقوم بعمل إضافي، في غير أوقات العمل الرسمية يستغرق منه ثماني ساعات أسبوعياً، أصيب في حادث عمل أثناء قيامه بعمل إضافي

-
- (1) مبادئ تشريع العمل - وفقاً لأحكام القانون 12 لسنة 2003 م والقرارات الوزارية الجديدة المنفذة له - د/عبدالله مبروك النجار - الطبعة الخامسة 2005 - 2006 الناشر دار النهضة العربية - ص382.
- (2) محكمة النقض البلجيكية 1966/12/22، مجلة القانون الاجتماعي (بروكسل) 1967، ص 59.

يتطلب علاجه ومن ثم تعيبيه عن عمله الأصلي لمدة شهرين ولما كان القانون الألماني يقرّر أن من حق العامل الحصول على أجره خلال مدة مرضه بحد أقصى تحدده الاتفاقيات الجماعية متى كان انقطاعه عن العمل بسبب لا يد له فيه فقد طالب العامل، صاحب العمل الأصلي بأداء أجره خلال فترة مرضه فرفض هذا الأخير بدعوى أن قانون العمل يمنع العامل من العمل لمدة أكثر من عشر ساعات يوميا وقد تجاوز العامل هذا الحد، بجمعه بين عمله الأصلي وعمله الإضافي (12 ساعة) وهو ما يسقط حقه في الأجر عن فترة الانقطاع بسبب الإصابة، وقد رفض القضاء الألماني دفع صاحب العمل، وقضى باستحقاق العامل لتعويض الأجر وعلل الحكم ذلك بأن العامل يوم الإصابة كان قد بدأ يومه بالعمل الإضافي ووقع الحادث ولم يكن قد مضى على وجوده في العمل أكثر من ساعتين فلا يمكن أن ينسب إليه مخالفة أحكام قانون العمل ولا أن يقال أن خطأ العامل (بتجاوزه عدد الساعات المقرر قانونا) هو السبب في وقوع الحادث مما يتعين معه قيام صاحب العمل بأداء الأجر وفقاً لأحكام القانون⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى، كان عقد العامل، لا ينص صراحة على استحقاقه لأجرة في حالة مرضه وقيامه بإجازة مرضه وقد اضطر العامل المعنى إلى الانقطاع عن عمله لفترات طويلة بسبب المرض، وعند بلوغ عقد العمل نهايته نازع العامل صاحب العمل في مستحققاته عن فترات المرض، وقد استجابت محكمة الدرجة الأولى لطلبات العامل وقررت " أن عقد العمل يحتوي ضمناً على شرط أداء الأجر خلال الإجازة المرضية " ولكن محكمة استئناف لندن، لم تساير محكمة الدرجة الأولى وقررت " أنه يتعين في مثل هذه الحالات، الاستعانة بالقرائن والعرف الجاري في المهنة، وما يجرى عليه الأمر في المنشأة وما اتجهت إليه نية المتعاقدين لم تتجه قط إلى تقرير أداء الأجر أثناء الإجازة المرضية وأن العامل لم ينتظر في أي وقت وأن الانقطاع للمرض، أن يؤدي إليه صاحب العمل أجره، ولذلك رفضت

(1) المحكمة الفيدرالية الألمانية لمنازعات العمل، الحكم الصادر 1982/4/21.

المحكمة دعوى العامل (1)

المطلب الخامس

حقّ المرأة العاملة في فترات راحة لإرضاع مولودها

نصّت المادة 154 من نظام العمل السعودي الجديد على أنه (يحق للمرأة العاملة عندما تعود إلى مزاولة عملها بعد إجازة الوضع أن تأخذ - بقصد إرضاع مولودها - فترة أو فترات للاستراحة لا تزيد في مجموعها على الساعة في اليوم الواحد، وذلك علاوة على فترات الراحة الممنوحة لجميع العمال، وتحسب هذه الفترة أو الفترات من ساعات العمل الفعلية، ولا يترتب عليها تخفيض الأجر).

ووفقاً لنص هذه المادة فإن النظام يسمح للمرأة المرضعة إذا عادت لعملها، أن تأخذ فترات من وقت العمل لترضع فيها رضيعها، وهذه الفترات:

- 1- إما أن تكون متصلة أو متقطعة.
 - 2- لا يزيد مجموعها على الساعة.
 - 3- بالإضافة إلى ساعات الاستراحة التي تعطى لجميع العمال.
 - 4- وهي محسوبة من ساعات العمل.
- ولا يترتب عليها أي تخفيض في الأجر (2).

كما أن المادة 93 من قانون العمل المصري تنص على أن (يكون للعاملة التي ترضع طفلها في خلال الأربعة والعشرين شهراً التالية لتاريخ الوضع - فضلاً عن مدة الراحة المقررة - الحق في فترتين أخريين

(1) محكمة استئناف لندن - الدائرة العمالية - مجلة القضاء لندن مارس 1981 ص 12-10.

(2) جدير بالذكر أن هذه المادة تقابل المادة 165 من نظام العمل والعمال الملغى والتي كانت تنص على أنه:-

(يحق للعاملة عندما تعود لمزاولة عملها بعد إجازة الوضع أن تأخذ بقصد إرضاع مولودها الجديد فترة للاستراحة أو فترات لا تزيد بمجموعها عن الساعة في اليوم الواحد وذلك علاوة على فترات الراحة الممنوحة لجميع العمال).
انظر في هذا د / محمد بن براك الفوزان - التعليق على نظام العمل السعودي الجديد - مرجع سابق - ص 327.

للرضاعة لا تقل كل منهما عن نصف ساعة، وللعاملة الحق في ضم هاتين الفترتين وتحسب هاتان الفترتان الإضافيتان من ساعات العمل، ولا يترتب عليهما أي تخفيض في الأجر).

ووفقاً لنص هذه المادة من قانون العمل المصري فإنه يكون للمرأة العاملة التي ترضع طفلها في خلال السنتين التاليتين لتاريخ الوضع - إلى جانب فترات الراحة اليومية المقررة - الحق في فترتين أخريين راحة للرضاعة لا تقل كل منهما عن نصف ساعة ولها الحق في ضم هاتين الفترتين وتحسب هاتان الفترتان من ساعات التشغيل الفعلية ولا يترتب عليهما أي تخفيض في الأجر وذلك كله بهدف رعاية الأم والطفل معاً.

وننوه هنا مع البعض (1) إلى أن راحة الرضاعة مستقلة عن فترات الراحة اليومية المقررة للعمال بمقتضى نص المادة 81 عمل ولهذا يجوز للعاملة المرضعة الجمع بينهما مع ملاحظة أن راحة الرضاعة تحسب من ساعات العمل الفعلية بعكس فترات الراحة اليومية العادية التي لا تحسب ضمن ساعات العمل وبالتالي فهي غير مدفوعة الأجر.

أما المشرع الأردني فقد نص كذلك على حق المرأة العاملة في الحصول على هذه الإجازة في المادة 71 من قانون العمل الأردني بقوله: (للمرأة العاملة بعد انتهاء إجازة الأمومة المنصوص عليها في المادة (70) من هذا القانون الحق في أن تأخذ خلال سنة من تاريخ الولادة فترة أو فترات مدفوعة الأجر بقصد إرضاع مولودها الجديد لا يزيد في مجموعها على الساعة في اليوم الواحد (2)).

كما أورد المشرع السوري نص المادة 105 من قانون العمل السوري والتي نصت على ما يلي:

(في خلال الثمانية عشر شهراً التالية لتاريخ الوضع يكون للعاملة التي ترضع طفلها- فضلاً" عن مدة الراحة المقررة- الحق في فترتين

(1) انظر في هذا نص المادة 71 من قانون العمل الأردني.

(2) انظر في هذا نص المادة 137 من قانون العمل السوري رقم 91 لسنة 1959 م.

أخريين يومياً" لهذا الغرض لا تقل كل منهما عن نصف ساعة وتحسب هاتان الفترتان الإضافيتان من ساعات العمل ولا يترتب عليها أي تخفيض في الأجر⁽¹⁾.

أما عن شروط استحقاق المرأة العاملة لفترات الراحة لإرضاع مولودها في القانون الأردني فإنها تتمثل في الشروط التي نصت عليها المادة 71 من قانون العمل الأردني والتي تتمثل فيما يلي: -

(مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد من شروط ضمن أحكام قانون العمل لابد من توافر بعضاً من الشروط التي يمكن تستنبط من نص المادة 71 من القانون ذاته وهذه الشروط هي:

1- يقتصر الحق للمرأة العاملة وينصرف إلى حالة وجود مولود حي وهو ما انصرفت إليه إرادة المشرع حين أقر بهذا الحق ونص عليه.

2- أن يتقرر هذا للمرأة العاملة خلال السنة الأولى من تاريخ الوضع وليس من تاريخ انتهاء إجازة الأمومة (حيث جاء النص:... من تاريخ الولادة....) مما يعني أن السريان الزمني للحق يبتدئ منذ اليوم الأول للوضع وينتهي بانتهاء مدة السنة من تاريخ الوضع.

3- أن تكون الغاية من استعمال الحق إرضاع المولود. ومعلوم أن مدة الإرضاع للمولود تصل للسنة أو تزيد وهي من النسب المختلفة غير الثابتة للمولود.

وأما عن مدة الراحة التي تحصل عليها المرأة العاملة لإرضاع مولودها في القانون الأردني فهي كالتالي: -

وبحسب النص القانوني إجاز المشرع للمرأة العاملة الحق في فترة أو فترات لمدة سنة من تاريخ الولادة على أن لا تزيد في مجموعها عن ساعة في اليوم الواحد. شريطة أن لا تكون هذه الفترة أو الفترات ضمن ما يسمى بوقت الراحة المخصصة لراحة العامل ويعلل ذلك بأن (وقت الراحة

(1) د / سيد محمود رمضان - الوسيط في شرح قانون العمل الأردني - مرجع سابق ص-375.

هو حق للعامل، أما وقت الإرضاع فهو حق للرضيع (1). وهو ما نصت عليه المادة 25 من قانون العمل الكويتي، حيث نصت على أنه: (يجب منح المرأة العاملة ساعتين للرضاعة أثناء العمل، وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها قرار الوزارة، ويجب على صاحب العمل إنشاء دور حضانة للأطفال أقل من 4 سنوات في مراكز العمل التي يزيد عدد العاملات فيها على 50 عاملة أو يتجاوز عدد العاملين بها 200 عامل) * ونخلص من هذا: إلى أن لكل امرأة عاملة الحق في فترات راحة متصلة أو متقطعة لا تتجاوز في مجملها الساعة في اليوم وذلك لإرضاع مولودها، وتحسب هذه الساعة من ساعات العمل الفعلية، وذلك بالاتفاق بين القانون المصري والنظام السعودي.

المطلب السادس

حق المرأة العاملة في الإجازة الدراسية

لقد أغفلت قوانين العمل المصرية على تعاقبها تنظيم الإجازة الدراسية مدفوعة الأجر وذلك على الرغم من أهميتها للعامل (المرأة العاملة) فهي وسيلة لرفع مستوى العامل (المرأة العاملة) ليتمشى مع التطور العلمي والتكنولوجي ولتطوير مفاهيم العامل مع تغير أنماط العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بما يساعد على تطوير الإنتاج وعلاقات العمل، فبالرغم من تصديق مصر على الاتفاقية العربية رقم 10 لسنة 1979 بشأن الإجازة الدراسية مدفوعة الأجر والتي تقرر (1/3): "يطبق كل عضو من أعضاء منظمة العمل العربية سياسة تهدف إلى تشجيع الحصول على الإجازة الدراسية مدفوعة الأجر " لذلك فقد استحدث قانون العمل الجديد النص على

(1) وعلى ذلك فإن للمرأة العاملة المرضعة الحق في التمتع براحة ساعتين يومياً عبارة عن ساعة للراحة العادية وساعة للرضاعة، الأولى غير مدفوعة الأجر، بينما الثانية مدفوعة الأجر حتى لا تهمل العاملة إرضاع طفلها حرصاً على استحقاق الأجر الكامل.

انظر في هذا د / عبد الحميد عثمان الحفني - قانون العمل المصري وفقاً للقانون رقم 12 لسنة 2003 - الجزء الأول - عقد العمل الفردي الطبعة الأولى سنة 2006 بدون دار نشر - مرجع سابق - ص 402، 403.

الإجازة الدراسية للعامل فنصت المادة (55) عمل " مع مراعاة ما ورد بالمادة 49 من هذا القانون تحدد اتفاقيات العمل الجماعية أو لوائح العمل بالمنشأة الشروط والأوضاع الخاصة بالإجازات الدراسية مدفوعة الأجر التي تمنح للعمال " وهذه المادة تطبيقاً لأحكام الاتفاقيات وتوصيات العمل الدولية والعربية وعلى الأخص الاتفاقية الدولية رقم 140 والتوصية 148 لسنة 1974 مؤتمر العمل الدولي الدورة (59) يونيو 1974. يقصد بالإجازة الدراسية المدفوعة الأجر: -

نصت م(1) من الاتفاقية (140) على تعريف الإجازة الدراسية المدفوعة الأجر على أنها: " هي الإجازة التي تمنح للعامل لأغراض الدراسة ولمدة محددة خلال ساعات العمل وتدفع خلالها مستحقات مالية كافية " كما نصت م(1) من التوصية العربية رقم (3) لسنة 1979 بشأن الإجازة الدراسية مدفوعة الأجر: -

" هي التي تمنح للعاملين للدراسة أو التدريب " تنظيم الإجازة الدراسية:

من المبادئ التي تحكم الإجازة الدراسية مبدأ الثلاثية وهو التشاور والتفاهم بين الأطراف الثلاثة (الحكومة - العمال وأصحاب الأعمال)، وهو ما عبرت عنه المادة السادسة من الاتفاقية الدولية 140 بقولها " تشترك السلطات العامة ومنظمات أصحاب العمل والعمال والمؤسسات والهيئات التي تقدم التعليم والتدريب بطريقة تتفق والظروف والممارسة الوطنية في صياغة وتطبيق سياسة منح الإجازات الدراسية مدفوعة الأجر " ويجب مراعاة الحالة الاقتصادية في البلد المعنى والأوضاع الخاصة بعلاقات العمل في مجملها وهذا ما قررته اتفاقية العمل الدولية 140 " ينبغي عند وضع السياسة المتعلقة بالإجازات الدراسية أن تراعى مرحلة النمو التي بلغها البلد واحتياجاته الخاصة ومختلف قطاعات النشاط فيه وأن تتسق مع السياسة العامة المتعلقة بالعمالة والتنظيف والتدريب م (4من الاتفاقية).

وأيضاً هذا ما أكدته م(2/3) من اتفاقية العمل العربية 10 بقولها " يجب أن تضع هذه السياسة في الاعتبار مرحلة التطور والاحتياجات الخاصة

بالبلاد ومختلف قطاعات النشاط وأن تنسق مع السياسات العامة المتعلقة بالاستخدام والتعليم والتدريب والسياسات المتعلقة بساعات العمل والأجور".

وتخضع قواعد منح الإجازة: للمبدأ العام الذي يحكم الحقوق الناشئة عن علاقات العمل ألا وهو مبدأ المساواة: - فلا يجوز أن يرفض للعامل طلب إجازات دراسية مدفوعة بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو النسب أو الأصل الاجتماعي وهذا ما أكدته م (8 من الاتفاقية الدولية رقم 140 - م (2/4 من التوصية العربية رقم 3)

أيضًا م (2 من الاتفاقية العربية رقم 10): أكدت على هذا المبدأ ليس فقط فيما بين المواطنين بل بينهم وغيرهم من العمال العرب " يجب المساواة بين جميع العمال العرب والعمال الوطنيين في تطبيق أحكام نظام الإجازة الدراسية مدفوعة الأجر "

وقد أكدت على ذلك ضمن أهداف التعاون العربي م(7) من التوصية العربية رقم (3) فقد قررت أن هذا التعاون ينبغي أن يضمن استفادة العمال الوافدين من دول عربية من نظام الإجازة الدراسية مدفوعة الأجر " (أهداف الإجازة الدراسية الممنوحة للعامل (المرأة العاملة):

م(2) من الاتفاقية 140 " يتم منح الإجازة الدراسية للعامل لتحقيق أيّ من الأغراض التالية: -

التدريب على أي مستوى

التثقيف العام والاجتماعي والمدني

التثقيف النقابي.

بينما م (5) من الاتفاقية العربية رقم (10) حددت هذه الأغراض بشكل أوسع من المادة السابق ذكرها كالآتي: -

التدريب المهني

التثقيف النقابي

التثقيف المدني والاجتماعي

تعليم الكبار ومحو الأمية.

أيضاً م (1/4) من الاتفاقية 140: -

قررت وضع سياسة عامة للإجازة المدفوعة الأجر بحيث تساهم في:
تعزيز التعليم والتدريب المتواصلين والمناسبين عموماً مما يساعد
العمال على التكيف مع مقتضيات عصرهم.
ترقى العمال على الصعيد الإنساني والاجتماعي والتقني.
اكتساب مهارات مهنية ووظيفية وتحسينها وتعزيز العمالة وضمان
العمل في مواجهة التقدم العلمي والتكنولوجي والتغيرات الاقتصادية.
المشاركة الكفؤة والفعالة للعمال وممثليهم في حياة المنشأة والمجتمع
المحلي.

(م (1/4) من التوصية العربية 3-م (15) من الاتفاقية العربية 10، م
(5) من الاتفاقية 140)

يكون من حق كل عامل مهما كان نوع عمله ومستواه المهني الحصول
على إجازة دراسية مدفوعة الأجر، ويتولى المشرع الوطني أو اتفاقيات
العمل الجماعية أو أي أداة أخرى تتفق مع الممارسات الوطنية تحديد الحد
الأدنى لهذه الإجازات والجهات التي تتحمل أجر العامل خلالها.
كما حددت م (14 من الاتفاقية العربية 10): شروط منح تلك الإجازة
على النحو التالي:

يراعى عند تحديد تلك الشروط: -

الحفاظ على مستوى إنتاجية المنشأة

مراعاة دورات العمل وموسميته

مراعاة الاحتياجات التدريبية وأولويتها على مستوى المنشأة

مراعاة شمول جميع المنشأة والإدارات لبرامج التدريب والتثقيف
والتعليم.

الاتفاقيتين الدولية (140) والعربية (10) أوردتنا القواعد العامة التي

يتعين مراعاتها عند وضع الشروط الخاصة بالإجازة الدراسية: -

لا يجوز أن يرفض للعامل طلب إجازات دراسية مدفوعة الأجر بسبب
عرقهم أو لونهم أو جنسهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو نسبهم أو أصلهم

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (485)

الاجتماعي.

ينبغي أن تترك للعمال حرية اختيار البرامج التعليمية أو التدريبية التي يرغبون الاشتراك فيها.

يجب عند الاقتضاء وضع ترتيبات خاصة فيما يتعلق بالإجازات الدراسية مدفوعة الأجر: - أ- فعندما نجد فئات معينة من العمال كعمال المنشآت الصغيرة أو العمال الريفيين أو غيرهم من العمال المقيمين في مناطق نائية صعوبة في الاستفادة من الترتيبات العامة.

يجب عند تحديد شروط الاستحقاق مراعاة أنواع البرامج التعليمية أو التدريبية المتاحة واحتياجات العمال ومنظمتهم واحتياجات المنشآت والصالح العام، وأيضًا ينبغي التعهد إلى منظمات العمال مسئولية اختيار المرشحين للإجازات الدراسية المدفوعة الأجر التي تمنح من أجل الالتحاق ببرامج الثقافة العمالية. وتعتبر مدة الإجازة الدراسية المدفوعة الأجر كأنها مدة خدمة فعلية فيما يتعلق بكافة الحقوق التي تثبت للعامل وأيا كانت الأداة القانونية التي تقررت بموجبها هذه الحقوق م(11) من اتفاقية (140) نصت على أنه " تعتبر مدة الإجازة الدراسية مدفوعة الأجر مدة خدمة فعلية لأغراض تحديد الحقوق في المزايا الاجتماعية وغيرها من الحقوق الناجمة عن علاقة العمل وذلك طبقا لما تقضي به القوانين واللوائح الوطنية أو الاتفاقيات الاجتماعية أو القرارات التحكيمية أو بأي طريقة أخرى تتفق مع الممارسة الوطنية ". أما بالنسبة لتمويل نظام الإجازة الدراسية المدفوعة الأجر: - م(7) من الاتفاقية الدولية 140 ينبغي أن يشارك في تمويل نظام الإجازة الدراسية المدفوعة الأجر كل من السلطة العامة والمؤسسات والهيئات المسؤولة عن التعليم والتدريب وأصحاب الأعمال ومنظمتهم ومنظمات العمال ". وهذا هو نفس الحكم في المادة (17) من الاتفاقية العربية (10) يجب توفير مصادر ثابتة لتمويل نظام الإجازة الدراسية مدفوعة الأجر ويجب أن يكون ذلك على أسس منتظمة ومناسبة ". وفي سبيل توفير تلك المصادر يجوز أن يطلب من أصحاب العمل مجتمعين أو منفردين والسلطات العامة ومنظمات أصحاب العمل والعمال الإسهام في تمويل

الترتيبات المتعلقة بالإجازات الدراسية مدفوعة الأجر كل وفقاً لمسئوليته.
المطلب السابع

حق المرأة العاملة في عدم فصلها من العمل أثناء فترة مرضها الناتج عن
الحمل أو الوضع:

فقد نصت المادة 156 من نظام العمل السعودي الجديد على أنه (لا
يجوز لصاحب العمل فصل العاملة أثناء فترة مرضها الناتج عن الحمل أو
الوضع، ويثبت المرض بشهادة طبية معتمدة، على ألا تتجاوز مدة غيابها
مائة وثمانين يوماً، ولا يجوز فصلها بغير سبب مشروع من الأسباب
المنصوص عليها في هذا النظام خلال المائة والثمانين يوماً السابقة على
التاريخ المتوقع للولادة).

ووفقاً لنص هذه المادة من نظام العمل والعمال السعودي فقد حظر
النظام على صاحب العمل فصل المرأة العاملة أو إنذارها طوال فترة تمتعها
بإجازة الوضع.

ومن جانب آخر: حظر عليه أيضاً فصلها أثناء فترة مرضها الناتج
عن الحمل والوضع إذا أصاب المرأة العاملة مرض ناجم عن حملها
ووضعها إذا ثبت مرضها بموجب شهادة مرضية معتمدة، بشرط ألا تتجاوز
مدة غيابها عن العمل 180 يوماً، ولا يجوز فصلها بغير سبب مشروع خلال
الـ 180 يوم السابقة للوضع، ذلك حماية للمرأة من تهرب أصحاب العمل
عن دفع تكاليف الرعاية الصحية والولادة وغيره من الأمور المستحقة لها.
وعلى ذلك إذا كان يحق للمرأة العاملة الحصول على 10 أسابيع (70 يوماً)
إجازة حمل ووضع، فإنه يظل لها الحق في الحصول على 110 يوم أخرى،
إجازة مرضية للمرض الناجم عن الحمل والوضع، ويحظر على صاحب
العمل فصلها خلال هذه المدة (1).

(1) د. صالح عبد المعتمد الحملوي، " الحماية الاجتماعية والضمانات القانونية
الواجب توافرها للمرأة العاملة في قانون العمل – مرجع سابق. منشور على
النت.

وجدير بالذكر أن هذه المادة تقابل المادة 167 من نظام العمل والعمال الملغى،

المطلب الثامن

حق المرأة العاملة في أن يوفر لها صاحب العمل مكاناً لحضانة مولودها
تنص المادة 159 من نظام العمل السعودي الجديد على أنه:

- 1- على كل صاحب عمل يشغل خمسين عاملة فأكثر أن يهيئ مكاناً مناسباً يتوافر فيه العدد الكافي من المربيات، لرعاية أطفال العاملات الذين تقل أعمارهم عن ست سنوات، وذلك إذا بلغ عدد الأطفال عشرة فأكثر.
- 2- يجوز للوزير أن يلزم صاحب العمل الذي يستخدم مائة عاملة فأكثر في مدينة واحدة أن ينشئ داراً للحضانة بنفسه أو بالمشاركة مع أصحاب عمل آخرين في المدينة نفسها، أو يتعاقد مع دار للحضانة قائمة لرعاية أطفال العاملات الذين تقل أعمارهم عن ست سنوات وذلك أثناء فترات العمل، وفي هذه الحالة يحدد الوزير الشروط والأوضاع التي تنظم هذه الدار، كما يقرر نسبة التكاليف التي تفرض على العاملات المستفيدات من هذه الخدمة (2).

من المعلوم أن المرأة العاملة بعد الوضع تصبح أمّاً، وبالتالي فهي غالباً ما تفكر أين تضع مولودها؟ وكيف تطمئن عليه؟.

ووفقاً لنص هذه المادة يلزم أصحاب العمل الذين يقومون بتشغيل أكثر من خمسين عاملة أن يهيئ مكاناً يتوافر فيه مربيات ذات كفاءة عالية. وأعطت للوزير الحق في إلزام من يشغل أكثر من 100 عاملة بإنشاء داراً للحضانة أو يتعاقد مع دار حضانة ويتقاضى التكاليف من العاملات المستفيدات، لكن للأسف لم نر شيئاً من ذلك حتى هذه اللحظة.
يلزم النظام كما في المادة 159 صاحب العمل، أن يجعل مكاناً في

والتي كانت تنص على أنه (لا يجوز لصاحب العمل فصل العاملة أثناء فترة تمتعها بإجازة الحمل والولادة).
انظر في هذا د / محمد بن براك الفوزان – التعليق على نظام العمل السعودي الجديد – مرجع سابق – ص 328.
(2) جدير بالذكر أن هذه المادة مستحدثة ولا يوجد لها مقابل في نظام العمل والعمال السعودي الملغى. انظر في هذا د / محمد بن براك الفوزان – التعليق على نظام العمل السعودي الجديد – مرجع سابق – ص 330.

المنشأة مهيباً لحضانة أطفال العاملات، ويوظف فيه العدد الكافي من المربيات، وذلك إذا توفرت الشروط التالية:

1- أن يبلغ عدد العاملات خمسين فأكثر.

2- أن يكون عدد الأطفال عشرة فأكثر.

3- ألا يتجاوز أعمار هؤلاء الأطفال ست سنوات.

أما إذا كان لدى صاحب العمل 100 عاملة فأكثر، فقد خول المنظم لوزير العمل في نفس المادة، أن يلزم صاحب العمل، بأن ينشئ داراً لحضانة أطفال العاملات الذين لا تزيد أعمارهم عن الست سنوات، وإذا ما تم ذلك، فإن الوزير بيده وضع الشروط والضوابط، ومقدار نسبة التكلفة على العاملات، وهذا البند الأخير لم يكن موجوداً في النظام السابق.

* أما في القانون المصري: فقد نصت المادة 96 من قانون العمل المصري: (على صاحب العمل الذي يستخدم 100 عاملة فأكثر في مكان واحد أن ينشئ داراً للحضانة أو يعهد إلى دار للحضانة برعاية أطفال العاملات بالشروط والأوضاع التي تحدد بقرار من الوزير المختص، كما تلتزم المنشأة التي تستخدم أقل من مائة عاملة في منطقة واحدة أن تشترك في تنفيذ الالتزام المنصوص عليه في الفقرة السابقة بالشروط والأوضاع التي تحدد بقرار من الوزير المختص).

ويختلف القانون المصري كما في المادة 96 عن النظام السعودي في هذه القضية من عدة نواحي: -

1- أنه لم يلزم صاحب العمل بشيء واضح في هذا المجال ما لم يبلغ عدد العاملات عنده 100 عاملة، وإنما أحال تحديد ذلك على الوزير المختص.

2- أن من لديه مائة عاملة فإنه ملزم بإيجاد دار للحضانة أو أن يعهد بأطفال العاملات إلى دار للحضانة، بعكس النظام السعودي الذي خول الصلاحية في ذلك إلى الوزير، حيث هو من يقرر بإلزام صاحب العمل أم لا.

3- لم يحدد القانون المصري سن الأطفال، بينما في النظام السعودي بين أن

المقصود من أعمارهم لا تزيد عن الست سنوات (3).
المطلب التاسع

حق المرأة العاملة في الحصول على إجازة لرعاية الطفل
حرصاً من المشرع على الدور الأسري الذي تؤديه العاملة في حياة
أسرتها لاسيما وأبنائها في سن لا يستطيعون الاعتماد على أنفسهم فيه قرر
حق العاملة في المنشآت التي تستخدم خمسين عاملاً فأكثر الحق في
الحصول على إجازة بدون أجر لمدة لا تتجاوز سنتين وذلك بغرض رعاية
طفلها لذا تسمى هذه الإجازة بإجازة رعاية الطفل، ويشترط المشرع
لاستحقاقها الشروط الآتية (4): -

1- ثبوت الأمومة: -

ويقصد بذلك أن تكون المرأة العاملة قد وضعت جنيناً حياً يرزق، ومن
ثم لا تستحق هذه الإجازة إذا ولد الجنين ميتاً أو تعرضت أمه لعملية
إجهاض.

2- اقتصار مدة الإجازة علي رعاية الطفل: -

لذا إذا ثبت اشتغال المرأة العاملة خلال فترة الإجازة لدي صاحب عمل
آخر فإنها تحرم من هذه الإجازة، وكذلك الحال إذا توفي الطفل أو نقلت
حضانتها إلى أبية إذا كانت مطلقة، فإذا لم تعد للعمل اعتبر غيابها بغير مبرر
مقبول.

3- ألا يقل عدد عمال المنشأة عن خمسين عاملاً: -

فيجب أن يكون عدد العاملين بالمنشأة خمسين عاملاً على الأقل دون
اشتراط نوع بعينه (5).

(3) د / صالح عبد المعتمد الحملاوي، " الحماية الاجتماعية والضمانات القانونية
الواجب توافرها للمرأة العاملة في قانون العمل - مرجع سابق. منشور على
النت.

(4) نص المادة 94 من قانون العمل. انظر في هذا د/ عبد الحميد عثمان الحفني،
قانون العمل المصري وفقاً للقانون رقم 12 لسنة 2003، الجزء الأول - عقد
العمل الفردي الطبعة الأولى سنة 2006 بدون دار نشر - مرجع سابق - ص
403.

(5) فلم يتطلب المشرع أن يكون جميع العمال من النساء أو الرجال أو خليط منهما.

ولا يشترط المشرع لاستحقاق المرأة العاملة إجازة رعاية الطفل أن تمضي في خدمة صاحب العمل مدة معينة ؛ لأنَّ حق العاملة في هذه الإجازة حق مطلق يلتزم صاحب العمل بمنحه إذا طلبته دون سلطة تقديرية من جانبه، وليس له أيضاً الحق في إجبار العاملة على القيام بها لأنها حق اختياري لها تحدد بمقتضاه مصلحة طفلها (6).

والمدة القصوى لإجازة رعاية الطفل الواحد سنتان بدون أجر ولا تستحق العاملة أكثر من إجازتين (أي أربع سنوات إجازة بدون أجر لطفلين لكل منهما عامان) طوال مدة خدمتها (7).

- أما قانون العمل الأردني فقد نصت المادة 67 منه على أن (للمرأة التي تعمل في مؤسسة تستخدم عشرة عمال أو أكثر الحق في الحصول على إجازة دون أجر لمدة لا تزيد عن سنة للتفرغ لتربية أطفالها، ويحق لها الرجوع إلى عملها بعد انتهاء هذه الإجازة، على أن تفقد هذا الحق إذا عملت بأجر في أي مؤسسة أخرى خلال تلك المدة (8).

* واشترط لاستحقاق المرأة العاملة إجازة لرعاية أطفالها الشروط التالية:

1- استخدام المؤسسة لعشرة عمال أو أكثر، وبناءً على ذلك فإن المؤسسة ملزمة بمنح المرأة العاملة لديها هذا النوع من الإجازة متى كان

(6) يترتب على كون الحق في إجازة رعاية الطفل حقاً اختيارياً للمرأة العاملة أنه يجوز لها قطع هذه الإجازة والعودة إلى عملها في أي وقت حسبما تقتضيه ظروفها العائلية وأحوالها المعيشية.

(7) د / السيد عيد نايل - شرح أحكام قانون العمل- طبعة 2004 - 2005م - مرجع سابق - ص 323.

والراجح هو أن للمرأة العاملة الحق في الحصول على هذه الإجازة في أي وقت سواء بعد الولادة مباشرة أو في السنة الأولى بعد الولادة أو بعد ذلك طالما كانت ترعى طفلاً.

قرب هذا د / محمد لبيب شنب - قانون العمل - الطبعة الرابعة - سنة 1983م - والطبعة الخامسة سنة 1994م - ص 250.

وجعل الحد الأقصى لإجازة رعاية الطفل لمرتين طوال مدة خدمة المرأة العاملة لنفس الحكمة من منح المرأة العاملة إجازة وضع لمرتين فقط والتي تتمثل في إرهابات ميلاد تشريعية كآلية مباشرة لتنظيم النسل، ولقد كانت هذه الإجازة في ظل قانون العمل السابق تعطى للمرأة العاملة ثلاث مرات.

(8) انظر في هذا نص المادة 67 من قانون العمل الأردني.

عدد عمالها عشرة عمال، ومتى طلبت هذه الإجازة، وقد قصد بهذا الشرط أن يكون حجم المؤسسة مما يسمح بغياب أحد العاملين فيها دون أن يتأثر العمل أو العملية الإنتاجية.

2- أن تكون غاية المرأة من نيل هذه الإجازة التفرغ لتربية أطفالها ورعايتهم.

3- أن يكون لدى المرأة العاملة أكثر من طفلين. وهذا الشرط يستند إلى صيغة النص التي جاءت بصيغة الجمع في عبارة (لتربية أطفالها) (9).

4- عدم ممارسة العمل مقابل الأجر في أي مؤسسة أخرى خلال مدة الإجازة، وهذا شرط معطوف على ما جاء بالشرط الثاني في هدف لتحقيق الحكمة التي شرع من أجلها مثل هذا النوع من الإجازات.

* أما عن مدة الإجازة التي تحصل عليها المرأة العاملة لرعاية أطفالها في القانون الأردني: فقد حدّد المشرع الأردني مدة الإجازة بهدف التفرغ لتربية الأطفال للمرأة العاملة بمدة لا تزيد عن السنة بحسب النص القانوني (م 67)، إلا إذا اتفق على مدة أطول (م 4 / أ).

وفيما يتعلق بعدد المرات التي يجوز فيها للمرأة العاملة الحصول على إجازة التفرغ لتربية أطفالها، فإن المشرع الأردني على عكس المشرع المصري تماماً لم يأت بتحديد لعدد المرات التي تستحق فيها المرأة العاملة إجازة التفرغ لتربية أطفالها خلال مدة عملها لدى صاحب العمل أو المؤسسة التي تعمل لديها.

وعلى ضوء النص القانوني الأردني يكون حق المرأة العاملة في الحصول على هذه الإجازة يقتصر على مرة واحدة طول مدة خدمتها لدى رب العمل. (لأنّ المبدأ الخاص بمنح الإجازات على خلاف الأصل وهو استمرار عقود المدة، لذا لا يجوز الحكم بتكرارها إلا بنص) (10).

(9) د / سيد محمود رمضان - الوسيط في شرح قانون العمل الأردني - ص 386.
(10) د / أحمد أبو شنب - شرح قانون العمل الجديد الصفحة 208، وأيضاً د / سيد محمود رمضان - الوسيط في شرح قانون العمل الأردني - ص 369

ونلفت النظر إلى أن التساؤل الذي يثور حول معني الطفل في حكم المادة 94 من قانون العمل هو :-

هل يقصد به المعنى الوارد بالمادة 98 عمل وهو كل من بلغ الرابعة عشرة سنة أو تجاوز سن إتمام التعليم الأساسي ولم يبلغ ثماني عشرة سنة كاملة، أم هو كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة كما جاء بنص المادة الثانية من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996م، أم هو كل من لم يبلغ سن السادسة كما تقضي به قواعد الأهلية ؟

الرأي عندي يرتبط بالحكمة التي لأجلها قرر المشرع أحقية المرأة العاملة في الحصول على إجازة رعاية طفل والتي تتمثل في توفير رعاية خاصة يحتاجها طفلها في مقتبل عمره، ومن ثم يكون المعني الذي تقضي به قواعد الأهلية للطفل وهو كل من لم يبلغ سن السادسة من عمره هو المعول عليه، ويجوز أن تشمل الإجازة رعاية الطفل الذي يتعدى هذه السن إذا كان يحتاج إلى رعاية خاصة (11)، بشرط ألا يتعدى هذا الطفل سن الثامنة عشرة بالتقويم الميلادي.

ولا تستحق المرأة العاملة أي أجر عند قيامها بإجازة رعاية الطفل منذ بدايتها وحتى نهاية مدتها، وبالرغم من ذلك تلتزم المرأة العاملة أثناء فترة الإجازة بدفع اشتراكات التأمين الاجتماعي المقررة بقانون التأمين الاجتماعي رقم 79 لسنة 1975م، ولا ينفي عدم استحقاق العاملة للأجر خلال مدة إجازة رعاية الطفل استمرار صلتها بالمنشأة ومن ثم تحسب مدة الإجازة ضمن مدة خدمتها (12).

وأخيراً يعاقب صاحب العمل أو من يمثله عن المنشأة الذي يخالف أحكام إجازة رعاية الطفل المقررة بنص المادة 94 عمل بغرامة لا تقل عن

(11) د / أحمد السعيد زقرد - الوجيز في قانون العمل شرح قانون العمل الجديد رقم 12 لسنة 2003 طبعة سنة 2004 بدون دار نشر - ص 276.

(12) د/عبد الحميد عثمان الحفني، قانون العمل المصري وفقاً للقانون رقم 12 لسنة 2003، الجزء الأول - عقد العمل الفردي الطبعة الأولى سنة 2006 بدون دار نشر - ص 404.

مائة جنيهه ولا تجاوز مائتي جنيهه، وتتعدد الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم الجريمة، وتضاعف الغرامة في حالة العود وذلك وفقاً لنص المادة 249 عمل (13).

المطلب العاشر

حق المرأة العاملة في الحصول على مقعد لراحتها:
نصت المادة 158 من نظام العمل والعمالين السعودي الجديد على أن (على صاحب العمل في جميع الأماكن التي يعمل فيها نساء وفي جميع المهن أن يوفر لهن مقاعد، تأميناً لاستراحتهن) (14).
ووفقاً لنص هذه المادة فإن النظام السعودي يلزم صاحب العمل أن يوفر مقاعد للنساء في أماكن عملهن، وذلك تأميناً لاستراحتهن، والإلزام هذا إلزام مطلق، لا يختص بعدد، ولا بعمل معين.
هذا مجمل ما يخص المرأة في النظام وهي قبل ذلك تشترك في بقية المواد العامة مع الرجل في شمولها لكل علاقة عمالية تكون المرأة طرفاً فيها.

المطلب الحادي عشر

إجازة الحج وزيارة بيت المقدس

لقد نصّت م 64 من اللائحة التنفيذية لنظام العمل والعمال السعودي (15) على أن: ((تمنح المنشأة العامل المسلم الذي يرغب في أداء فريضة الحج إجازة بأجر كامل مدتها (7) أيام بالإضافة إلى إجازة عيد

-
- (13) تنص المادة 294 من قانون العمل المصري على أن (يعاقب صاحب العمل أو من يمثله عن المنشأة الذي يخالف أياً من أحكام المواد من 76: 96، ومن 139: 144 من هذا القانون والقرارات الوزارية المنفذة له بغرامة لا تقل عن مائة جنيهه ولا تجاوز مائتي جنيهه، وتتعدد الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم الجريمة، وتضاعف الغرامة في حالة العود).
- (14) هذه المادة تقابل المادة 171 من نظام العمل والعمال الملغى، والتي كانت تنص على أنه (في جميع الأماكن التي تعمل فيها نساء، وفي جميع المهن يجب أن يوفر لهن مقاعد تأميناً لاستراحتهن)
- (15) وضعت هذه اللائحة تنفيذاً م 12 من نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/51، وتاريخ 1426/8/23 هـ.

الأضحى المبارك، وذلك لمرة واحدة طوال مدة خدمته، وللمنشأة حق تنظيم هذه الإجازة بما يضمن حسن سير العمل بها.

ولم ينصّ نظام العمل والعمّال السّعودي على إجازة زيارة بيت المقدس. قرّرت المادة (49) من قانون العمل المصري الملغى تقرر أنه " يجوز لصاحب العمل أن يمنح العامل الذي أمضى في خدمته ثلاث سنوات متصلة إجازة أقصاها شهر لأداء فريضة الحج أو لزيارة بيت المقدس وتكون هذه الإجازة مرة واحدة طول فترة خدمته ".

والنص على هذا النحو مستحدث في قانون العمل ولكنه منقول عن قانون العاملين بالدولة، والعاملين بالقطاع العالم مع اختلاف التفاصيل فالمادة 70 مكرر/1 مضافة بالقانون رقم 15 السنة 1983، والمادة 1/73 من قانون العاملين بالقطاع العام، يجرى حكمها كآلاتي " يستحق العامل إجازة خاصة بأجر كامل ولا تحسب ضمن الإجازات المقررة في المواد السابقة وذلك في الحالات الآتية: -

1- لأداء فريضة الحج وتكون لمدة شهر وذلك لمدة واحدة طوال مدة خدمته.... "

وقد استحدث قانون العمل في م (53) تلك الإجازة فنص على أنه: "للعامل الذي أمضى في خدمة صاحب العمل خمس سنوات متصلة إجازة بأجر كامل لمدة شهر لأداء فريضة الحج أو لزيارة بيت المقدس، وتكون هذه الإجازة مرة واحدة طوال مدة خدمته "

وقد عدل القانون الجديد في المادة (53) منه شروط الحصول على إجازة الحج بقوله " للعامل الذي أمضى في خدمة صاحب العمل خمس سنوات متصلة الحق في إجازة بأجر كامل لمدة شهر لأداء فريضة الحج أو زيارة بيت المقدس وتكون هذه الإجازة مدة واحدة طوال مدة خدمته ويتضح لنا الفارق بينه وبين نص المادة (49) من القانون الملغى أول هذه الفوارق (16):-

(16) د/أحمد حسن البرعي – الوسيط في القانون الاجتماعي –ص527.

أن قانون العمل الملغى كان يترك الأمر لسلطة صاحب العمل التقديرية حتى يمنح هذه الإجازة وذلك وفقاً لظروف العمل بالمنشأة لذلك عندما قررت اللجنة التحضيرية للقانون أن تؤكد على حق العامل في هذه الإجازة، فقد عدلت في صياغة المادة 53/عمل بحيث بدأتها " للعامل الذي أمضى " ولكن اللجنة التحضيرية كانت تربط هذا الحق في سياق ذات المادة بعبارة " وفقاً لظروف العمل " وهى عبارة استأقها مجلس الشورى ولجنة القوى العاملة بمجلس الشعب ولكنها حذفت إبان مناقشتها بمجلس الشعب. كانت المادة (49) من قانون العمل الملغى تعطى الإجازة بنصف أجر، قررت المادة (53/عمل) أن تكون هذه الإجازة بأجر كامل أسوة بالعاملين في القطاع العام والحكومي.

شروط استحقاق العامل (المرأة العاملة) لتلك الإجازة :-

يشترط لحصول المرأة العاملة (العامل) على إجازة الحج أو زيارة بيت المقدس شرطان أولهما(17):-

- 1- أن يستمر العامل في خدمة رب العمل خمس سنوات متصلة.
- 2- أن هذه الإجازة لا تعطى إلا مرة واحدة طوال مدة الخدمة وذلك لأداء فريضة الحج فلا تمنح إذا كان العامل قد سبق له الحصول عليها، كما لا تمنح له بسبب العمرة.

ومدة هذه الإجازة شهر كحد أقصى وبأجر كامل وهى حق للعامل والتزام على صاحب العمل ولهذا أحسن المشرع حين بدأ نص المادة بقوله للعامل وكان في القانون الملغى يجعلها جوازية لصاحب العمل فأصلح بذلك خلا كان موجودا.

المطلب الثاني عشر

حق المرأة العاملة في إجازات الأعياد

حدّدت م (59) من نظام العمل والعمّال السّعوديِّ إجازات الأعياد والمناسبات على النحو التّالي:

(17) انظر د/ عبدالله مبروك النجار – مرجع سبق ذكره – ص386.

أ - إجازة لمدة (4) أيام بمناسبة عيد الفطر المبارك تبدأ من اليوم التالي ليوم 29 من شهر رمضان المبارك حسب تقويم أمّ القرى.

ب - إجازة لمدة (4) أيام بمناسبة عيد الأضحى المبارك تبدأ من يوم الوقوف بعرفة.

ج - يوم واحد بمناسبة اليوم الوطني للمملكة (أوّل الميزان)، وإذا صادف هذا اليوم يوم الرّاحة الأسبوعيّة، أو ضمن إجازة أحد العيدين وجب على صاحب العمل تعويض العامل بيوم إجازة آخر أو بأجر إضافي أيّهما أراد العامل.

د - إذا صادف أحد أيّام أحد العيدين يوم الرّاحة الأسبوعيّة تمّدّ الإجازة يوماً آخر.

أمّا في قانون العمل والعمّال المصري فقد قررت المادة (52) عمل: - للعامل الحق في إجازة بأجر كامل في الأعياد التي يصدر بتحديدّها قرار من الوزير المختص بحد أقصى ثلاثة عشر يوماً في السنة. ويقابلها نص المادة (48) من قانون العمل الملغى " لكل عامل الحق في إجازة بأجر كامل في الأعياد التي يصدر بتحديدّها قرار من وزير الدولة للقوى العاملة والتدريب على ألا تزيد على ثلاثة عشر يوماً في السنة "

ولصاحب العمل تشغيل العامل في هذه الأيام إذا اقتضت ظروف العمل ذلك ويستحق العامل في هذه الحالة بالإضافة إلى أجره عن هذا اليوم مثلي هذا الأجر "

وقد صدر بناء على ذلك قرار وزير القوى العاملة والهجرة رقم (12 لسنة 2003 م لتفسير مطلوب المادة المذكورة من القانون المصري وذلك في 2003/6/30 م وحدد أيام إجازات الأعياد وذلك كالآتي:

تعتبر إجازة بأجر كامل طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة رقم (52) من قانون العمل المشار إليه الأيام التالية: -

اليوم الأول من شهر محرم (عيد رأس السنة الهجرية)

اليوم الثاني عشر من شهر ربيع الأول (المولد النبوي الشريف)

اليوم الأول والثاني من شهر شوال (عيد الفطر)

الأيام التاسع والعاشر والحادي عشر من شهر ذي الحجة (الوقوف بعرفات وأول وثاني أيام عيد الأضحى).

اليوم السابع من يناير (عيد الميلاد المجيد)

يوم شم النسيم

اليوم الخامس والعشرون من إبريل (عيد تحرير سيناء)

يوم أول مايو (عيد العمال)

اليوم الثالث والعشرون من شهر يولييه (عيد الثورة)

اليوم السادس من أكتوبر (عيد القوات المسلحة)

وإجازات الأعياد الواردة بهذا القرار، حق لعمال جميع المنشآت سواء كانت تستخدم مائة عامل فأكثر أم أقل من هذا العدد.

وهذا بخلاف ما كان مقرر في ظل عقد العمل الفردي الملغى الذي كان يقصر إجازات الأعياد على المنشآت التي تستخدم مائة عامل فأكثر.

ويحق لكل عامل أيا كانت ديانتته تلك الإجازات، أما الأعياد الأخرى التي لم ترد بالقرار الوزاري فصاحب العمل بالخيار فيها إما أن يعطيها للعمال بأجر أو بدون أجر إلا إذا جرت عادته بمنحها بأجر فينتقي خياره ويتقرر حق العمال فيها (18).

ولصاحب العمل بمقتضى الفقرة (2) من المادة (52) من قانون العمل الحالي الخيار بين تشغيل العامل بأجر مضاعف في تلك الأيام إذا اقتضت ظروف العمل ذلك، وبين إعطاء العامل إجازة والخيار هنا مقرر لصاحب العمل فلا يملك العامل إجباره على قيامه بالعمل وإذا قرر صاحب العمل تشغيل العامل في تلك الأيام فليس له أن يرفض والإلا تعرض للجزاءات التأديبية (19).

مالم يثبت العامل أن ظروف العمل لم تكن تقتضي تشغيله أو أنه قصد منه الإساءة له أو تحقيق مصلحة غير مشروعة لصاحب العمل كما لو

(18) تحكيم القاهرة 1990/4/4 م – المدونة العمالية الدورية – ص 180 رقم 100.

(19) د/محمد لبيب شنب – ص 236.

أصدر صاحب العمل أمراً إلى عامله بالعمل في يوم عيد لينفرد بها في مكان العمل (20).

وقد قرر القانون في الإجازة السنوية أن العامل لا يستحق أجره المضاعف إلا إذا كان صاحب العمل هو الذي كلفه به ومن ثم فلو اشتغل العامل دون تكليف من صاحب العمل فلا يستحق هنا طبقاً للقانون إلا الأجر العادي دون المضاعف (21).

أما عن اتفاقية العمل العربية في شأن إجازات الأعياد:

فقد قررت بموجب المادة (5/52) من اتفاقية العمل العربية رقم 6 لسنة 1976 والتي تقضى بأن: - يمنح العامل إجازات مدفوعة في الأعياد الدينية والمناسبات القومية التي يحددها التشريع "

ويحصل العمال على إجازاتهم في هذه المناسبات الدينية والقومية بأجر كامل وعدد الأعياد المبينة بالقانون والمفصلة بالقرار الوزاري هو الحد الأدنى الذي يحصل عليه العامل من إجازات، ولا يجوز الاتفاق على إنقاصها وإنما يجوز أن يحصل العامل على إجازات أخرى في بعض المناسبات بموجب قوانين خاصة أو بموجب عقد العمل المشترك.

وقد قضت محكمة النقض المصرية " إذا كانت إجازات الأعياد حقا وأوجب الشارع للعامل وفرض حدا لها فإن هذه الإجازة هي التي يلتزم بها صاحب العمل التزاما متعلقا بالنظام العام بحيث لا يمكن الانتقاص منها إلا في الأحوال المستثناة في القانون أما إذا اتفق صاحب العمل مع عماله على منحهم إجازة بأجر في الأعياد يزيد مقدارها على الحد المقرر قانونا فإن هذا الاتفاق يكون صحيحا ويجب اتباعه (22).

ويظل صاحب العمل ملتزما بأداء أجر العامل في الإجازة (المستحقة

(20) د/محمد لبيب شنب - ص 236.

(21) شئون عمال القاهرة 1954/11/23 مدونة الفكهاني - ج 2/1 رقم 182 ص 239.

(22) نقض جلسة 1973/12/29 س 23 ص 1379.
نقض جلسة 1966/3/16 س 17 ص 595.

له بمناسبة الأعياد) كما أوضحنا من (خلال قانون العمل والاتفاقية العربية (حتى لو صادف يوم الإجازة أو أحد أيامها يوم العطلة الأسبوعية (غير مدفوعة الأجر) ؛ لأنّ الوفاء بأجر العامل يوم إجازة العيد وفي المناسبات القومية هو التزام فرضه القانون على صاحب العمل، وهذه الإجازات مقررة لكل العمال وبغض النظر عن النشاط الذي يمارسه صاحب العمل بحسب صياغة المادة 2/48 من قانون العمل الملغى المصري بأداء أجر العامل مضاعفاً، وقد أثارت عبارة (مضاعفاً) في ظل قانون العمل الملغى مشاكل في التطبيق فهل يقصد بها أن يحصل العامل على ضعف أجره أو على أجره بالإضافة إلى ضعفي الأجر.

وقد حسم قانون العمل الجديد هذه المسألة فقد نصت م (2/52 عمل) على أن: " ولصاحب العمل الحق في تشغيل العامل في هذه الأيام (أيام الأعياد) إذا اقتضت ظروف العمل ذلك ويستحق العامل في هذه الحالة بالإضافة إلى أجره عن هذا اليوم مثل هذا الأجر "

ويلاحظ أن المشرع منح صاحب العمل حق الحرية والاختيار منه وحده تشغيل العامل أيام عطلات الأعياد وأن يؤدي له الأجر مضاعفاً وهنا لا يجوز للعامل أن يتمسك بالعمل أثناء عطلات الأعياد فإذا استخدم صاحب العمل الرخصة المخولة له وامتنع العامل عن الالتزام بتعليمات صاحب العمل عد امتناعه خروج على أوامر صاحب العمل وعرضه ذلك للمساءلة التأديبية.

يقع على عاتق صاحب العمل الالتزام بالإجازات التي قررها القانون للعامل (المرأة العاملة) وهي ثلاثة أنواع: - الإجازة السنوية وإجازات الأعياد. الدينية والقومية والإجازات القومية والإجازات المرضية بالإضافة إلى إجازة الوضع للحامل وسوف أوضح ذلك على النحو التالي: -

أولاً: الإجازات السنوية

إن الهدف من تقرير الإجازة السنوية للعامل (المرأة العاملة) هو إتاحة

الفرصة لاستعادة نشاطه وتحديد قواه، ولن يتحقق هذا الغرض إلا إذا كانت الإجازة السنوية طويلة نسبياً (23).

تكون مدة الإجازة السنوية (21) يوماً بأجر كامل لمن أمضى في الخدمة سنة كاملة تزداد إلى شهر متى أمضى العامل في الخدمة عشر سنوات لدى صاحب عمل أو أكثر، كما تكون الإجازة لمدة ثلاثين يوماً في السنة لمن تجاوز الخمسين، ولا يدخل في حساب الإجازة أيام عطلات الأعياد والمناسبات الرسمية والراحة الأسبوعية."

وإذا قلت مدة خدمة العامل عن سنة استحق إجازة بنسبة المدة التي قضاها في العمل بشرط أن يكون قد أمضى ستة أشهر في خدمة صاحب العمل وفي جميع الأحوال تزداد مدة الإجازة السنوية بسبعة أيام للعمال الذين يعملون في الأعمال الصعبة أو المضرة بالصحة أو في المناطق النائية التي يصدر بتحديداتها قرار من الوزير المختص بعد أخذ رأى الجهات المعنية"

أيضاً تتضمن الفقرة الثانية من المادة (48) من هذا القانون: - أنه لا يجوز للعامل النزول عن إجازته م(4/147/عمل) ذلك أن حق العامل في الإجازة السنوية متعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على حرمانه منه كما لا يجوز للعامل التنازل عنه صراحة أو ضمناً بمقابل أو بغير مقابل فمثل هذا الاتفاق وذلك النزول باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته نصاً (باتا) أمراً متعلقاً بالنظام العام(24). والحكمة من إعطاء العامل إجازة سنوية هي المحافظة على صحته بإعطائه فسحة من الوقت يتمكن معها من تغيير جو العمل والخلود إلى الراحة، وتبدأ مدة خدمة العامل من تاريخ استحقاقه العمل ولصاحب العمل أن يمنح العامل إجازة سنوية لمدة أطول من المدة المقررة قانوناً، ولا يلزم بذلك إلا إذا نص على ذلك في القانون أو عقد العمل الفردي أو المشترك أو في لائحة النظام الأساسي للعمل أو إذا اعتاد صاحب العمل ذلك لمدة خمس سنوات(25).

(23) د/ إسماعيل غانم - ص 273، د/حسام الأهواني فقرة 535.

(24) نقض 1972/2/2 مجموعة الأحكام س23 س 112.

(25) محمد علي عمران - ص 283 القاهرة الجزئية في 1963/1/16 موسوعة الهوارى ح2 ص332 رقم 383.

وبالمقارنة بين قانون العمل والعمّال المصري، وقانون العمل والعمّال السعودي من ناحية إجازات الأعياد والمناسبات؛ نجد أن قانون العمل والعمّال السعودي اقتصر على عيدين فقط، وهما (الفطر، والأضحى)، ومناسبة واحدة وهي اليوم الوطني؛ بخلاف قانون العمل والعمّال المصري الذي نصّ على أعياد ومناسبات وطنية كثيرة سبق ذكرها.

ولعلّ السبب في هذه الفروقات هو: ما نصّ عليه النّظام الأساسي للحكم في الدّولة السعوديّة في المادّة الثّانية في الباب الأوّل من المبادئ العامّة وهي: أنّ عيداً الدّولة. هما عيد الفطر والأضحى، وتقويمهما هو التقويم الهجري (26).

المطلب الثالث عشر

حق المرأة العاملة في إنهاء عقدها

هناك حالات يحق فيها للعامل إنهاء العقد بإرادته المنفردة مع احتفاظه بكافة حقوقه ومكافأة نهاية الخدمة كاملة، وهذه الحالات على وجه الحصر لا المثال، والمرأة العاملة أيضاً لها حالة تميزها عن غيرها من الفئات، هذه الحالة هي حالة إنهاؤها للعقد بإرادتها المنفردة مع احتفاظها بكامل حقها في المكافأة متى أنهته خلال ستة أشهر من تاريخ عقد زواجها وخلال ثلاثة أشهر من تاريخ وضعها (27).

ولهذا لم يكتف المشرع الكويتي بحماية المرأة العاملة الحامل، ولكن القضاء الكويتي أيضاً حماها من أي مخالفات لأصحاب العمل عندما ينهي عقداً لامرأة حامل.

ومن الأمثلة على ذلك: أنه لا يجوز لصاحب العمل استعمال حقه في الفسخ المخول له أثناء المرض، أو الإصابة في العقود المحددة المدة. بمعنى أن رب العمل لا يملك إنهاء عقد عمل المرأة الحامل خلال

(26) انظر: النّظام الأساسي للحكم، الصّادر بالأمر الملكي رقم أ/90 1412/8/27 هـ والمنشور بالجريدة الرّسميّة (أم القرى)، العدد: 4068، وتاريخ 1426/9/25 هـ.

(27) أ / مروان الروقي - حقوق المرأة العاملة في نظام العمل السعودي - مرجع سابق - بحث منشور على موقع Twit mail.

الفترات التي يثبت لها فيها الحق في وقف العقد لاستحقاقها إجازتي الحمل والوضع، وإذا ما أنهى صاحب العمل عقد عملها يكون إنهاؤه باطلاً (28).

الخاتمة ونتائج البحث

- من خلال استعراضنا لحقوق المرأة العاملة في كل من نظام العمل والعمال السعودي وبعض التشريعات العربية (كالقانون المصري والأردني والكويتي والإماراتي)، فقد انتهينا إلى النتائج الآتية: -
- 1- ضرورة التركيز على حقوق المرأة التي تعزز من أدوار المرأة الاقتصادية وهي حقوق التعليم والعمل ومجال رعاية الأمومة والطفولة.
 - 2- ضرورة وضع آليات ميدانية لمنع التمييز بين الرجل والمرأة، وتخصيص نسبة معينة للنساء من المناصب في كل الهيئات والأجهزة والأعمال.
 - 3- إبداء مزيد من الاهتمام بالمرأة العاملة، الزوجة، الأم، المرضع، وذلك بالتوجه نحو تعزيز الخدمات المتصلة بمسائل الأمومة والطفولة التي تتيح للمرأة القيام بدورها المزدوج كربة بيت وعاملة على أحسن وجه.
 - 4- تقرير حق المرأة في الحصول على إجازة وضع بأجر كامل دون قيد أو شرط على أن تتكفل بسداد مستحقات المرأة من أجر وإعانات هيئة التأمين الاجتماعي وذلك لرفع الأمر عن كاهل صاحب العمل وبكفيه الاشتراكات التي يدفعها للتأمين على عماله.
 - 5- توفير العناية الصحية الكاملة للعاملة ومنها خضوع العاملة لإشراف طبي طوال فترة الحمل وأثناء الوضع وفي الفترة اللاحقة له، وتوفير لوازيم طبية وصيدلانية وكذلك الفحوص والتحليل التي يقررها الطبيب المشرف.
 - 6- منح العاملة إجازة بناءً على شهادة طبية من الطبيب المشرف أثناء الحمل والوضع، بأجر كامل في حالة تعرضها لمضاعفات أو مرض أو

(28) أ / فاطمة منصور - بعض الراحة لسيدة الحياة: إجازة الأم حق أم هبة؟! - بحث منشور بصحيفة جعفر الخابوري الأسبوعية المستقلة- ومجلة العربي.

احتمال وجود مضاعفات ناتجة عن الحمل والولادة، ويكون تحديد مدتها للطبيب المعالج وتتكفل الجهة التأمينية بإعطائها مستحقاتها عن تلك الإجازة.

7- تشكل هيئة تفتيشية لمتابعة التزام أصحاب الأعمال وكذا المرافق العامة بتوفير دور لرعاية أطفال ودور حضانة ورياض أطفال على أن يكون بأجر رمزي وتتكفل الدولة بمساعدة رجال الأعمال بإنشاء هذه الدور على أحدث المواصفات العالمية على أن تكون المكلفات برعاية الأطفال في هذه الدور متخصصات وبمستوى من العلم والثقافة.

8- حظر تشغيلها في أي عمل يعرض سلامتها وصحتها أو صحة الجنين أو الطفل للخطر وبصفة خاصة العمل الشاق وكذا حظر العمل ليلاً إلا ما كان فيه لحالة ضرورة والضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز القياس عليها.

9- أن تحتفظ المرأة بحقها في العودة إلى عملها السابق للحمل والوضع أو إلى وظيفة مماثلة لوظيفتها متى كانت عودتها لا تشكل خطراً على صحتها.

توصيات الباحث: -

وفى نهاية هذا البحث يتقدم الباحث بالتوصيات التالية: -

1-دعوة المشرعين والمنظمين إلى ضرورة النص صراحة على حظر فصل المرأة العاملة لأي سبب يتعلق بالأمومة.

2- دعوة المشرعين والمنظمين إلى ضرورة مد الحماية القانونية لبعض الفئات من العمالة النسائية المحرومة منها وأهم هذه الفئات العمالة المنزلية والعمالة الزراعية.

3-وضع نظام خاص بتقاعد -معاش- المرأة يراعى فيه ظروف المرأة، ويختلف عن نظام تقاعد الرجل، بحيث يسمح للمرأة بالتقاعد في وقت مبكر.

4- توفر المؤسسات الخاصة بعمل المرأة أماكن، ودور للحضانة حتى تجمع المرأة بين وظيفتها الأسرية وبين العمل.

5- يقترح اعتماد قوانين العمل لعمل المرأة من منزلها - العمل عن بعد، وهذا يعد من المشاريع الناجحة، وخصوصاً في المجتمعات المحافظة " كالنظام السعودي " حيث يحمي - بإذن الله - المرأة من مخاطر الخروج المحتملة كالاختلاط والتحرش، وغيرها. كما أن هذا النظام اعتمد في الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول، وكشفت التقارير الاقتصادية عن جدوى وإيجابية هذا المشروع.

فهرس المراجع

أولاً: المراجع الشرعية:

- ❖ الإمام أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري صحيح مسلم- مطبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة سنة 1375 هـ.
- ❖ أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي الوفا بأحوال المصطفى - دار الكتب العلمية بيروت 1408 هـ- 1988 م
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (505)

الطبعة الأولى.

- ❖ أبو بكر عبد الله بن حمد أبي شيبة
مصنف ابن أبي شيبة - دار النشر مكتبة الرشد - الرياض.
- ❖ الإمام أبو حامد الغزالي
إحياء علوم الدين - دار المعرفة بيروت.
- ❖ الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي
سنن أبي داود - طبعة دار الفكر - سنة 1399هـ
- ❖ أبو عبد الله بن ماجه
سنن ابن ماجه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - مطبعة عيسى البابي
الخطبي- دار الحديث بالقاهرة.
- ❖ الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي ابن بحر بن سنان
النسائي
سنن النسائي - .
- ❖ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر
الاستيعاب في معرفة الأصحاب- دار الجيل - بيروت.
- ❖ أحمد الصاوي
بلغة السالك لأقرب المسالك - دار الكتب العلمية، بيروت 141هـ -
1990م الطبعة الأولى.
- ❖ الإمام أحمد بن حنبل الشيباني
مسند الإمام أحمد -مؤسسة قرطبة مصر.
- ❖ الإمام أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي
الإصابة في تمييز الصحابة - دار الجيل بيروت الطبعة الأولى
1412هـ.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري - دار المعرفة بيروت
- ❖ أحمد بن علي المثنى الموصلي التميمي
مسند أبي يعلى - دار المأمون للتراث دمشق 1404هـ 1984م.
- ❖ عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي
- تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي - مكتبة الرياض الحديثة -
الرياض - تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف.
- ❖ عبد الرحمن علي الجوزي

المنتظم في تاريخ الملوك والأمم - دار صادر بيروت 1358 هـ الطبعة الأولى.

❖ عبد الله محمد بن مفلح المقدسي

الأدب الشرعية والمنح المرعية - مؤسسة الرسالة، بيروت 1417 هـ - 1996 م، الطبعة الثانية.

❖ علاء الدين علي المنقي الهندي

كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال - دار الكتب العلمية - بيروت 1419 هـ / 1998 م الطبعة الأولى تحقيق محمود الدمياطي.

❖ علي أبي بكر الهيثمي دار الريان

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - القاهرة، بيروت 1407 هـ.

❖ محمد بن أحمد ب جزى الكلبي الغرناطي

القوانين الفقهية - دار الكتب العلمية - بيروت.

❖ محمد أحمد عثمان الذهبي

سير أعلام النبلاء - مؤسسة الرسالة بيروت 1413 هـ الطبعة التاسعة

❖ محمد عبد الله النيسابوري

المستدرک علی الصحیحین - دار الكتب العلمية، بيروت 1411 هـ الطبعة الأولى.

❖ الإمام محمد بن عيسى الترمذي

سنن الترمذي المعروف بالجامع الصغير.

❖ الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي

المغنى - مطبعة المنار - الطبعة الأولى سنة 1416 هـ - سنة 1996 م.

ثانيًا: الكتب القانونية: -

- د / أحمد أبو شنب: شرح قانون العمل الجديد.

- د / أحمد السعيد زقرد - الوجيز في قانون العمل شرح قانون العمل الجديد

رقم 12 لسنة 2003 طبعة سنة 2004 بدون دار نشر.

- د / تامر يوسف سعفان - التشريعات العمالية.

- د / توفيق حسن فرج - قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري

الجديد.

- د. حسام الأهواني، شرح قانون العمل سنة 1991 م - بدون دار نشر.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (507)

- د / حسيني هيكل - شرح أحكام قانون العمل وفقاً لقانون العمل رقم 12 لسنة 2003م - سنة 1432هـ - 2011م.
- د / سيد محمود رمضان - الوسيط في شرح قانون العمل الأردني.
- د / السيد عيد نايل، شرح أحكام قانون العمل - طبعة 2004 م - 2005م - ص 320.
- أ / شرين حربى الضابي - عمل المرأة في الإسلام - مقالة منشورة على موقع الحوار المتمدن - العدد 3176 / 2010، ضمن محور الملف الفكري والسياسي والاجتماعي لمناهضة العنف ضد المرأة.
- د. صالح عبد المعتمد الحملاوي، " الحماية الاجتماعية والضمانات القانونية الواجب توافرها للمرأة العاملة في قانون العمل " ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السادس والعشرين الذي نظّمته مؤسسة البرنامج التنموي للمرأة والطفل في مدينة الفيوم 6: 7 فبراير 2010 م، تحت عنوان (مؤتمر يناقش " قانون العمل للمرأة ")، وهو بحث منشور على موقعي عالم التربية، والموسوعة العربية.
- د/ عبد الحميد عثمان الحفني، قانون العمل المصري وفقاً للقانون رقم 12 لسنة 2003، الجزء الأول - عقد العمل الفردي الطبعة الأولى سنة 2006 بدون دار نشر.
- د / عبدالغني بسيوني عبدالله - النظم السياسية- الدار الجامعية بيروت - لبنان 1984م.
- أ / عبدالله الوهيبي المحامي - نظام العمل السعودي وحقوق المرأة فيه - بحث منشور على موقع Knol - وحدة المعرفة.
- أ / فاطمة منصور - بعض الراحة لسيدة الحياة: إجازة الأم حق أم هبة؟! - بحث منشور بصحيفة جعفر الخابوري الأسبوعية المستقلة- ومجلة العربي.
- د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله: مبادئ في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الجزء الأول، 1993 م.
- أ / فواز هدير سالشوبكنا المحامي - الإجازات في قانون العمل الأردني - بحث منشور على موقع knol - وحدة المعرفة.
- د / محمد بن براك الفوزان - التعليق على نظام العمل السعودي الجديد - مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض - الطبعة الثانية - بدون تاريخ.

- د/ محمد عادل عبد الرحمن، د. السيد عيد نايل: قانون العمل الجديد، 2005، بدون ناشر.
- د / محمد لبيب شنب، قانون العمل – الطبعة الرابعة سنة 1983 م – والطبعة الخامسة سنة 1994 م.
- د / محمود جمال الدين زكي، قانون العمل – سنة 1983م – الطبعة الثانية – مطبعة جامعة القاهرة.
- م / محمود سالم - في مقال له بعنوان (المرأة الكويتية بين دستور البلاد والقوانين المعمول بها) صادر عن الاتحاد العام لعمال الكويت
- أ / مروان الروقي – حقوق المرأة العاملة في نظام العمل السعودي – بحث منشور على موقع Twitmail.
- د / منير فريد الدكمي – نظام العمل السعودي الجديد في ميزان التحليل الفقهي – شرح مفصل لأحكام نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 51 وتاريخ 23 / 8 / 1426 هـ - بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم 219 وتاريخ 22 / 8 / 1426 هـ- الناشر دار حافظ للنشر والتوزيع بجدة – سنة 1430 هـ- 2009م.
- ج – دوريات: -
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والصادر في 10 ديسمبر 1948م.
- الدستور الأردني الصادر سنة 1953 م.
- الدستور الكويت الصادر في 14 جمادى الثاني 1383 هـ - الموافق 11 نوفمبر 1962 م.
- الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر سنة 1971 م.
- قانون التأمين الاجتماعي رقم 79 لسنة 1975م.
- قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996.
- قانون العمل السوري رقم 91 لسنة 1959 م.
- قانون العمل الكويتي رقم 6 لسنة 2010 م.
- قانون العمل المصري رقم 137 لسنة 1981م، ورقم 12 لسنة 2003م.
- قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي رقم 8 لسنة 1980 م. -قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ في دورته رقم 18؛ قرار رقم 169. -مجلة نقابة المحامين في العدد 6 الصفحة 1856 لسنة 1999 م. -النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية

السعودية الصادر 1412هـ. -نظام العمل والعمال السعود الصادر
بالمرسوم الملكي رقم 51 بتاريخ 1426/8/23هـ.
-الجريدة الرسمية لنشر الأنظمة السعودية جريدة
أم القـرى - أعدد مختلف

النظام القانوني للعقارات الأميرية في سوريا
الدكتورة أمل شربا
أستاذة مساعدة في قسم القانون الخاص- كلية الحقوق- جامعة دمشق

المقدمة

الأراضي الأميرية هي الأراضي التي فتحت في عهد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتركها ومن بعده في أيدي أهلها وعليهم فيها الخراج وسميت أراضي السواد وبقيت ملكاً لأهلها بدون منازع، يملكونها ويتصرفون فيها حسب مصالحهم، وذلك دون اعتراض من الأفراد أو الدولة، واشتراها المسلمون وتوارثوها حسب نظام الإرث الإسلامي بإقرار الدولة الإسلامية على مرّ العصور.

ثم حصل النزاع عليها أثناء حكم العثمانيين، فالبعض اعتبرها وقفاً للمسلمين وهي في يد المتصرفين فيها مقابل أجره يدفعونها للدولة تمثل خراجها، واعتبرها آخرون ملكاً لأصحابها بتمليك سيدنا عمر وتأخذ الدولة ضريبة هي الخراج ولأصحابها حق بيعها وتوارثها كباقي الأموال، ومنهم من قال أنها ملك للدولة ويملك أصحابها التصرف فيها على سبيل الأجرة التي هي خراجها.

وفي عهد الحكومة الوطنية السورية أوجد المشرع حلاً لهذا النزاع بأن تبنى نظاماً يحكم الأراضي الأميرية ففوضى في المادة 86 من القانون المدني السوري بأنه: "1- تقسم العقارات إلى عقارات ملك وعقارات أميرية وعقارات متروكة مرفقة وعقارات متروكة محمية وعقارات خالية مباحة.....3- العقارات الأميرية، هي التي تكون رقبته للدولة ويجوز أن يجري عليها حق تصرف".

إلا أن مشكلة ثارت عندما امتدت المناطق المحددة إدارياً لتشمل بعض الأراضي الأميرية، فأصبح لدينا في محيط المنطقة العقارية الواحدة نوعين قانونيين من العقارات الأميرية والملك، مما يتطلب تطبيق قانونين على عقارات

ذات المنطقة, ويشكل خرقاً في النظام العقاري القانوني, يستلزم حله القيام بتوحيد القانون العقاري الذي يخضع له أي عقار في ذات المنطقة, ويسهل لأصحاب الحقوق معرفة الطرق الكفيلة باكتساب الحق وبتثبيته ونقله للغير. ونشيد بموقف المشرع المصري تجاه هذا الموضوع حيث تنبه مبكراً إلى هذه المشكلة والى زوال الأسباب التي دعت سابقاً لوجود الأراضي الأميرية فأصدر بتاريخ 1896/9/3م الأمر العالي القاضي بتعديل المادة السادسة من المجموعة المدنية الأهلية (القانون المدني القديم لعام 1883) وبتحويل حق أصحاب الأقطان الخراجية إلى ملكية تامة, ونرجو من المشرع السوري أن يحذو حذوه. فقد جاء قانون الملكية المصري ليكون نظام الملكية واحداً في البلاد مما يحقق نماء للثروة العقارية¹. حيث كان الملتزم يعجل بدفع الخراج سنة من المدة التي التزم بها ويعطى له تقسيط [مستند أو حجة] بذلك من جهة الروزنامة ثم يقوم بتحصيلها بنفسه من المزارعين وغالبا ما كان يحصل أكثر منها ويحصل على الباقي لنفسه وكان يطلق على الزيادة اسم "الفائض" أي فائض الالتزام وكان يتم عمل مساحة عامة في كل عصر للأراضي الزراعية لحصر ما في حيازة كل شخص من الأرض بالفدان وتقدير المال عليه لكل ناحية على حدة حيث كانت الأرض الزراعية هي أساس ثروة البلاد وعمرانها ومصدر الخراج الذي تجبیه الحكومة سنويا والغرض الأسمى من هذا العمل هو جباية الخراج. فبصدور التقنين المدني الأهلي في سنة 1884م الذي جاء في المادة السادسة منه أنه: "تسمى العقارات التي يكون للعقار فيها حق الملك التام, وتعتبر في حكم الملك التام الأقطان الخراجية التي دفعت عنها المقابل", ثم صدر أمر عالي جعل حتى الأراضي الخراجية التي لم يدفع عنها مقابل مملوكة لأصحابها ملكية تامة, وأصبحت جميع الأراضي في مصر ملكية تامة لأصحابها, وهذا تطور يسجل لتطور القوانين الملكية العقارية في مصر².

- 1 - د. زهدي يكن- المرجع السابق- ص: 179.
- 2 - د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- حق الملكية- الجزء الثامن- دار النهضة العربية- القاهرة- بلا تاريخ- فقرة: 293- ص: 488.

مشكلة البحث:

إن تعدد النوع الشرعي للعقارات يثير العديد من الإشكالات التي لا بد من البحث عن حلها في النصوص القانوني، وأهم هذه الإشكالات: تحديد المقصود بالعقار الأميري وأنواعه، وتمييزه عن العقارات الملك، وهل يمكن اكتساب حقوق على الأراضي الأميرية، وهل يمكن نقلها، وإسقاطها، أو تحويلها لعقارات ملك، وهل تستطيع الدولة بصفتها مالكة الرقبة إن تسترد العقار الأميري من المتصرف إذا لم يتم باستغلاله. في ضوء ما سبق ذكر، كان علينا أن ندرس طبيعة هذه الأراضي ومنشؤها، ومن ثم ننتقل للحل القانوني الذي أوجده المشرع السوري عندما قرر إجراءات لتحويل العقار الأميري إلى عقار ملك.

وسوف اتبع في الدراسة أسلوب المنهج الوصفي التحليلي، من خلال البحث في القوانين العقارية العثمانية التي كانت الأساس للتشريع العقاري السوري الحالي، كما سأعتمد على نصوص القوانين العقارية التي صدرت في عهد الانتداب الفرنسي على سوريا، باعتبار التشريع العقاري الصادر بقرارات من المندوب السامي الفرنسي مازالت مطبقة في سورية على العقارات إلى يومنا هذا بالإضافة إلى الاستعانة بأحكام القانون المدني السوري. وسوف أتولى دراسة الموضوع وفق المخطط التالي:

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للعقارات الأميرية

المبحث الأول: ماهية العقار الأميري

المطلب الأول: تعريف العقار الأميري

المطلب الثاني: خصائص العقار الأميري

المبحث الثاني: تمييز العقار الأميري عما يشابهه من عقارات

المطلب الأول: تمييز العقار الأميري عن العقار الملك

المطلب الثاني: تمييز العقار الأميري عن العقار المتروك المرفق

الفصل الثاني: تحويل حقوق التصرف على العقارات الأميرية واكتسابها وإسقاطها

المبحث الأول: القواعد الناظمة لتحويل العقار الأميري إلى عقار ملك

المطلب الأول: شروط التحول وإجراءاته
المطلب الثاني: آثار تحول العقار الأميري إلى عقار ملك
المبحث الثاني: اكتساب الحقوق على العقارات الأميرية وإسقاطها
المطلب الأول: اكتساب حق التصرف
المطلب الثاني: إسقاط حق التصرف

الفصل الأول

الطبيعة القانونية للعقارات الأميرية

قامت الدولة العثمانية أثناء حكمها سوريا، بتقسيم الأراضي إلى أنواع، ولكل نوع وضعت له قواعد الخاصة به، ومنها الأراضي الأميرية التي تكون رقبته للدولة ويجري عليها حق تصرف للأفراد، وسنبين في هذا الفصل نشأة الأراضي الأميرية في سوريا وتطور أحكامها، ومن ثمن ننتقل لبيان الطبيعة الخاصة للأراضي الأميرية والتي تتفرد بها عن بقية الأنواع.

المبحث الأول

ماهية العقار الأميري

ظهر اصطلاح الأراضي الأميرية حين أقرت المشيخة الإسلامية في الدولة العثمانية القانون الخاص بتنظيم انتقال حق التصرف الجاري عليها، ونعلق على قانون انتقال الأموال الأميرية هذا بأنه قانون صدر في وقت كانت الأراضي فيه خارج العمران وتستخدم للزراعة ويعمل الوارث مع مورثه قبل وفاته أما اليوم فكثير من هذه الأراضي قد دخلت أو قاربت العمران ولم تعد أراضٍ زراعية وإنما أصبحت للتجارة أو للبناء وتساوي قيماً مالية ضخمة.

المطلب الأول

تعريف العقار الأميري

ولاً- نشأة العقار الأميري:

خضعت العقارات الأميرية في سوريا لتطور تشريعي انتهى به الحال لتكون هذه العقارات أقرب ما يكون إلى العقارات الملك. وسنلقي الضوء على لمحة تاريخية لتطور هذا النوع من العقارات وفق الصورة الآتية:

لم يعرف القدماء الملكية الفردية الخاصة فقد كانت الأراضي ملك للقبيلة ومن ثم للملوك وللأمراء, وللأهالي حق استعمالها والانتفاع بها مقابل حصة سنوية للدولة من هذه المنافع. وكانت ملكية الأراضي التي يجري فتحها بالحروب تعتبر ملكاً للدولة, إلا أن الوضع تغير وأجازوا تملك الأراضي الزراعية لرعايا الدول التي فتحوها, وعلى هذا سار المسلمون في الفتح الإسلامي فقد كانوا إذا فتحوا بلداً صلحاً تقيدوا بشروط الصلح التي كانت تقضي ببقاء الأراضي في أيدي أصحابها من غير المسلمين مقابل ضريبة تفرض عليهم وهي الخراج, وإذا فتحوا البلد عنوة أصبحت أراضيها من الغنائم وأخذ خمسها لبيت مال المسلمين ووزع الباقي على الفاتحين وفرضت عليهم ضريبة العشر, أو تركت الأراضي في يد أصحابها مقابل دفع ضريبة الخراج, أو تركت ملكاً لبيت مال المسلمين. وهذه الأراضي التي تركت لبيت المال هي التي سميت بالأراضي الأميرية وكانت تسمى أراضي الحوز أو أراضي المملكة ويكون التصرف بها وانتقالها بين الأشخاص خاضعاً لأوامر الدولة التي تصدر وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة. وبعد ذلك قررت الدولة أن تسد نفقات قادة الجيش والجنود من واردات الأراضي الأميرية, فرأت أن تحكم بتوزيع هذه الأراضي عليهم مما أدى إلى تنشيط الاستثمار الزراعي ونمو حركة الاقتصاد.

وفي عهد الاحتلال العثماني لسوريا, كانت الدولة العثمانية تقوم بإحصاء الأراضي الأميرية وحددت ضريبة العشر على المتصرفين بتلك العقارات. و من ثم قامت تلك الدولة بتوزيع الأراضي الأميرية ذات المساحات الكبيرة للسلطان والأمراء والوزراء وسميت هذه الاقطاعات بالخاص, فكان السلطان يحتفظ لنفسه بقسم من الأراضي سمي خاص همايون, ويعهد لوزرائه بقسم يدعى خاص وزراء, أما الاقطاعات الأصغر فوزعت على المحافظين

والمرابطين وأمري القلاع الأميرية وسميت بالزعامة³، في حين أن الاقطاعات الصغيرة فكانت تعطى لكبار قادة الجنود وتسمى التيمار⁴. وكان يلزم كل ممن سبق ذكرهم بالإقامة الدائمة في مركز إقطاعيته والإشراف عليها، ولم يكن بإمكان هؤلاء أن يباشروا زراعة الأرض بأنفسهم فكانوا يمنحون الفلاحين الذين تولوا زراعتها حق التصرف مقابل مبالغ يدفعونها إلى الوزراء والقادة، وكانت هذه المبالغ تعادل المرتبات التي يحق لهم أن يتقاضوها من الدولة⁵. و مقابل هذه المبالغ وضرائب ورسوم الأرض كان على صاحبها أن ينفق على إعداد جنود يتناسب وحجم إقطاعيته. ولكن هذا الوضع لم يدم طويلاً حيث هجر أصحاب هذه إقطاعاتهم وعهدوا بتحصيل رسومها وضرائبها إلى ملتزمين مقابل مبلغ سنوي يأخذونه من الملتزم، حيث صدر قانون عام 1255 هجري/ 1839 ميلادي والذي ألغى الخاص والتيمار و الزعامات. ثم ألغي نظام الملتزمين في عام 1275هـ/ 1858 م، وأسست الدوائر العقارية العثمانية المسماة بالدفتر الخاقاني، وكان الموظفون فيها مخولون بإعطاء الأفراد الأذن بالانتفاع بالأراضي الأميرية وتسجيلها باسمهم في الدفتر الخاقاني، ويعطى لهم سندات للتصرف بالأرض تدعى الطابو. إلى أن صدر قانون التصرف بالأموال غير المنقولة عام 1329 هـ/ 1902م الذي خول صاحب حق التصرف الانتفاع بالأرض الأميرية وإيجارها والتصرف بها تصرفاً مادياً كالهدم و البناء و الغرس والحفر وتصرفاً قانونياً كبيع حق التصرف وهبته ورهنه باستثناء الوقف والوصية كل ذلك بدون إذن الدولة، وبذلك أصبح حق التصرف مشابهاً لحد كبير حق الملكية في الأراضي الملك⁶.

3 د. زهدي يكن- شرح قانون الملكية العقارية- الجزء الاول- دار يوسف صادر- بيروت- 1937.ص: 65.

4 -أمين بركات سعود- محمد حيدر الصبان-التشريع العقاري السوري- علماء وعمالدار الاعتدال للطباعة والنشر-دمشق-دمشق-بلا تاريخ.ص: 161.

5 د. عبد المنعم فرج الصده-الحقوق العينية الأصلية- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري- دار النهضة العربية- بيروت-1982-فقرة: 644- ص:

1039

6 د. محمد علي عرفة- شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية- الجزء الاول- مطبعة جامعة فؤاد الاول- مصر-1950- فقرة: 147- ص: 196.

وفي عهد الاحتلال الفرنسي لسوريا صدر قانون الملكية العقارية بالقرار رقم 3339 لعام 1930 وعرفت المادة 6 منه الأراضي الأميرية بأنها: "العقارات التي تكون رقبته للدولة ويجوز أن يجري عليها حق التصرف" و بينت المواد 14- 18 من هذا القانون حدود حق التصرف فمنحت صاحب حق التصرف جميع حقوق المالك بما فيها الوصية واستثنى الوقف وعدت إنشاءه على العقار الأميري باطلاً. وبذلك انتهى وضع الأراضي الأميرية إلى أن أصبح من اختصاص القاضي الفرد العقاري بموجب المادة 46 من القرار 186 لعام 1926 م والمعدل بالقرار رقم 44 سنة 1932 م، والصادر عن المندوب السامي الفرنسي . وعندما تمكنت السلطة الوطنية في سوريا من تولي زمام الحكم بعد الحكم الفرنسي، تبني القانون المدني ذات الأحكام الواردة في القرار رقم 3339، وفي عام 1958 صدر قانون الأملاك العامة وجعل الأراضي الأميرية من عداد أملاك الدولة الخاصة⁷.

ثانياً - ماهية العقارات الأميرية :

هي العقارات التي تكون رقبته للدولة، ويجوز أن يجري عليها حق تصرف. عملاً بأحكام الفقرة الثالثة من المادة 86 من القانون المدني السوري. وتعد من أملاك الدولة الخاصة. كما تشمل جميع العقارات الخارجة عن نطاق الأماكن المبنية المحددة إدارياً، عملاً بمفهوم المخالفة للفقرة الثانية من المادة سابقة الذكر، والتي تقرر أن العقارات الملك هي العقارات القابلة للملكية المطلقة والكائنة داخل مناطق الأماكن المبنية المحددة إدارياً. وهي الأراضي الزراعية وغيرها من الأراضي التي يكون عليها أبنية ومنشآت⁸، وتشكل محلاً لحق التصرف.

7 - أمين بركات سعود- محمد حيدر الصبان-المرجع السابق- ص: 166.
8 - د. محمد واصل-المدخل إلى علم القانون-منشورات جامعة دمشق- 2011-فقرة: 878- ص: 618.

ويلاحظ أن العقارات المتروكة المرفقة التي يتقرر خلاصها من حق الارتفاق المترتب عليها, وفقدت صفاتها باعتبارها عقارات متروكة مرفقة تتحول إلى عقارات أميرية, إذا كانت واقعة خارج الأماكن المبنية⁹. كما قد تظهر العقارات الأميرية في الأماكن القفرة, حيث لا سكن ولا عمار, وهي بعيدة عن المناطق المأهولة. وتسمى بالعقارات الخالية أو الأراضي الموات وهي الأراضي الأميرية التي تخص الدولة, إلا أنها غير معينة, ولا محددة, فيجوز, لمن يشغلها أولاً, أن يحصل على بترخيص من الدولة على حق أفضلية ضمن الشروط المعينة في أنظمة أملاك الدولة. وظاهر من هذا التعريف أن العقارات الخالية المباحة هي ملك للدولة. ويترتب على اعتبار الأراضي الخالية من أملاك الدولة الخاصة أن العقود المبرمة بشأنها مع الدولة تعد من عقود القانون الخاص, ويعود, بالتالي, إلى المحاكم العادية حق النظر بها. والاستيلاء على الأراضي الموات بترخيص مسبق من إدارة أملاك الدولة, يخول واضع اليد حق تفضيله على من سواه باكتساب حق التصرف عليها ضمن الشروط الواردة في المواد 832 حتى 835 من القانون المدني السوري. فإذا أثبت من أحيا الأرض لمدة ثلاث سنوات بالزراعة أو البناء, يعطى حق عليها, ويمكن تسجيلها من قبل القاضي العقاري أثناء التحديد والتحرير على اسم واضع اليد¹⁰. وهي أقصر من خمس سنوات المدة المعطاة في الأراضي الأميرية¹¹.

المطلب الثاني

خصائص العقار الأميري

- 9 - د. محمد وحيد الدين سوار- شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية- الطبعة الخامسة- منشورات جامعة دمشق-1993-فقرة: 23/7- ص:44.
- 10 - د. عبد الجواد السرميني- القانون المدني المقارن- الموجز في التشريع العقاري- محاضرات أقيمت على طلاب معهد الحقوق العربي عام 1945- مطبعة الإنشاء- دمشق- بلا تاريخ- ص:65.
- 11 - د. مصطفى الجمال- نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن- الدار الجامعية 1987- ص:86.

العقارات الأميرية هي العقارات التي تكون رقبته للدولة، و يجوز أن يجري عليها حق التصرف، وهي تشمل جميع العقارات الخارجة عن نطاق الأماكن المبنية المحددة إدارياً، و هي تعد من أملاك الدولة الخاصة. وبناء على ذلك يتمتع العقار الأميري بالخصائص التالية:

أولاً: وقوعه خارج الأماكن المبنية

ثانياً وقوعه خارج الأماكن المحددة إدارياً

ثالثاً: هو من أملاك الدولة الخاصة وليس العامة

المبحث الثاني

تمييز العقار الأميري عما يشابهه من عقارات

عرف المجتمع القانوني خمسة أنواع من العقارات، تختلف أحكام كل منها عن الأخرى، وهذه الأنواع هي المملوكة ملكية تامة والاميرية والمتروكة المرفقة والخالية المباحة، وسنلقي الضوء في هذا المبحث على أهم نقاط الالتقاء والاختلاف بين الاراضي الاميرية وبين الأنواع الأخرى من الأراضي.

المطلب الأول

تمييز العقار الأميري عن العقار الملك

الأراضي التي هي، في الأصل، من النوع الأميري والتي كانت تعد ملكاً للدولة ومن أملاك بيت المال، ثم ملكت إلى الأفراد استناداً إلى مسوِّغ شرعي، ولم يكن للدولة بيعها إلا عند مسوِّغ شرعي. ويعد مسوِّغاً شرعياً أن تكون الدولة مدينة بدين مستحق الأداء وليس لدى خزينتها من النقد ما يكفي للوفاء بهذا الدين أو أن يكون ريع الأراضي لا يكفي لسداد نفقاتها، ويخشى أن يترتب على الدولة ضرر مادي من بقاء الأرض بعهدتها.

وعندما كانت الدولة تباع هذه الأراضي للأفراد، تصبح الأخيرة ملكاً خالصاً للمشتري، وتسجل باسمه في دفاتر التملك من نوع الملك، بالاستناد إلى وثيقة البيع الرسمية الصادرة عن ممثل السلطان والتي كانت تدعى (ملكنامه) وبذلك ينقلب النوع القانوني لهذه الأراضي من الأميري إلى الملك¹². ويخضع

12 - إن النوع القانوني للعقار هو من البيانات التي يجب أن يشتمل عليها محضر تحديد العقار وتحريره⁰ وقد جرى النص العربي للقرارات 186 و188 و189

كلاً منها إلى نظام قانوني يختلف عن الآخر، بناء على ما سبق ذكره، سنبحث في نقاط الالتقاء والاختلاف بين هذين النوعين من العقارات على الصورة الآتية:

أولاً- التمييز بين العقار الملك والعقار الأميري:

يقصد بالأراضي الملك ، الأراضي التي تكون رقبتهما لصاحبها، وهي تولى صاحبها وحده، حق استعمالها واستغلالها والتصرف فيها. ولقد تبنت المادة 86 من القانون المدني السوري معياراً لتحديد العقار الملك، يتفق مع متطلبات التطور العمراني في البلاد ، وعلى هذا جرت الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر، منه بقولها: " العقارات الملك هي العقارات القابلة للملكية المطلقة و الكائنة ضمن الأماكن المبنية المحددة إدارياً". ويظهر من هذا النص تساؤل يدور حول أن واو العطف الواردة فيه تدعو إلى اللبس فيما يتعلق بالشرائط المطلوبة لتحويل العقار الأميري إلى ملك، أهي شريطة واحدة أم شريطتان؟ الإجابة عن هذا التساؤل أوجد خلاف بين الفقهاء في تفسيره أحدهما ضيق والآخر واسع:

1-التفسير الضيق: يرى أنصار هذا التفسير أن واو العطف الواردة في النص المذكور، تفيد لزوم اجتماع شريطتين لاعتبار العقار ملكاً وهما:
أ- أن يكون العقار واقعاً داخل الأماكن المبنية كما حددتها السلطة المختصة.

ب- أن يكون العقار قابلاً للملكية المطلقة. ويترتب على الأخذ بهذا النظر أن الأراضي الأميرية، في الأصل، إذا ألحقت بمناطق في الأماكن المبنية نتيجة توسيع حدودها الإدارية، تظل محافظة على كيانها، أي تظل أرضاً أميرية بسبب أن هذا النوع من العقارات تكون رقبته للدولة، الأمر الذي يتعارض مع القول بأنه قابل للملكية المطلقة وبذلك تنهار الشريطة الثانية، ويمتنع قيامها.

على استعمال اصطلاح النوع الشرعي ، بدلاً من النوع القانوني، للعقار (0) كما درج التعامل على استعماله. ونحن نؤثر استعمال، النوع القانوني ، نظراً لأن وصف، الشرعي، غالباً ما يضيف على ما له صفة بالفقه الاسلامي.

2- التفسير الواسع: يرى هذا التفسير أنه لا يشترط، لاعتبار العقار ملكاً، إلا توافر شريطة واحدة، هي وجوده داخل الأماكن المبنية، كما هي محددة إدارياً، سواء أكان العقار في أصله أميرياً أو مملوكاً، ويستند هذا الرأي إلى الحجتين التاليتين:

- الأولى إن واو العطف الواردة، في نص المادة الخامسة من القرار 3339 الناظم للملكية العقارية في سوريا اثناء الانتداب الفرنسي، لم ترد في نصها الأصلي باللغة الفرنسية. ومن ثم يكون تعريبها الصحيح على الوجه التالي: "العقارات الملك هي العقارات الكائنة داخل الأماكن المبنية كما هي (أي المناطق) محددة إدارياً فهي قابلة للملكية المطلقة".

- الثانية: لقد بينت المذكرة الإيضاحية للقرار 3339 إرادة المشرع بما يتفق والنص الفرنسي وقد جاء فيها: تعد ملكاً وقابلة لحق الملكية، جميع العقارات الكائنة في حدود الأماكن المبنية، وأميرية الأراضي الزراعية أو الكائنة خارج مناطق العمران، والقابلة أن يجري عليها حق تصرف.

وقد استقر الفقه والقضاء في سوريا على الرأي الموسع، إذ استندوا في اعتبار العقار ملكاً على توافر شريطة واحدة، هي وجوده داخل الأماكن المبنية كما هي محددة إدارياً.

ثانياً - العقار الأمير ملكي:

1- مفهوم العقار الأمير ملكي: العقارات الأمير ملكية كثيرة في سوريا وهي من مخلفات تشريعاتنا العثمانية الملغاة. ويراد بالعقار الأمير ملكي هو العقار الذي تكون أرضه أميرية، والشجر أو البناء القائم عليها ملكاً. ويطلق البعض على هذا النوع من العقارات تسمية العقار مزدوج النوع القانوني، لأنها تجمع في آن واحد عقاراً أميرياً وعقاراً ملكاً. ولقد تم اختيار التسمية الأولى لأنها أكثر إيجازاً ووضوحاً في بيان المعنى المراد منها. ويستلزم توضيح هذا النوع من العقارات بيان أصل هذا النوع من العقارات، وقواعد الإرث التي يخضع لها، ومآل النوع القانوني للأرض، عندما يزول الشجر أو البناء القائم عليها¹³. كما يحتاج التوضيح أن نركز على الأصل التاريخي لهذا النوع من العقارات، وهو ما سنتناوله وفق الآتي:

أ- بموجب المادتين 25 و 31 من قانون الأراضي العثماني لعام 1274هـ جرى استقلال الأرض الأميرية عن البناء والغراس المقام عليها، حيث كان يمتنع على المتصرف في ظل هذا القانون إحداث البناء أو الغراس فوق الأراضي الأميرية إلا بإذن من مأمور الطابو، وهو إن بنى أو غرس، من دون إذن، كان من حق المأمور المذكور إرغامه على هدم البناء وقلع الأغراس، ثم إن الغراس والبناء المحدث بإذن المأمور لم يكن تابعاً في نوعه للأرض الأميرية، بل كان يعد ملكاً خالصاً لصاحبه. وعندئذ يصبح النوع القانوني للعقار مختلطاً، الأرض أميرية والبناء ملك. وهذا ما دفع المشرع إلى إطلاق تسمية عقار أمير ملكي على هذا النوع من العقارات المختلطة النوع الشرعي. وقد كان صاحبه يحصل على سندي تملك: يوثق الأول منهما حقه في التصرف بالأرض الأميرية، ويوثق ثانيهما حقه في ملكية البناء أو الغراس المحدثين عليها.

ب- بموجب المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة الصادر في 30 آذار عام 1913 م، ألغيت القيود التي كان يتضمنها قانون

13 - د. محمد وحيد الدين سوار- المرجع السابق- فقرة: 28 /7 - ص: 49.

(522) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

الأراضي ، وأبىح للمتصرف بالأرض الأميرية أن يغرس فيها ما شاء من الغراس ، وأن يحدث عليها ما شاء من الأبنية من دون إذن من مأمور الطابو، على أن تكون تابعة لحكم هذه الأرض في التصرف والانتقال.

وقد تم تحديد بدء سريان قانون التصرف بالأموال غير المنقولة من حيث الزمان عملاً بمبدأ عدم استناد القوانين على الغراس والبناء المحدثين على الأرض الأميرية بعد صدوره، أي بعد تاريخ 30 آذار 1913 م، ولا يسري على الغراس والبناء المحدثين عليها قبل صدوره. ومن ثم فإن الغراس والبناء المحدثين قبل صدور القانون يكون ملكاً، في حين أن الغراس والبناء المحدث بعد صدوره يتبع في حكمه الأرض ويكون إذن أميرياً. ويجري تقدير عمر الشجر والبناء، عند حدوث النزاع، تحت إشراف القضاء وبمعرفة الخبراء.

2- يخضع الميراث، في العقارات الأمير ملكية، لأحكام قانون الأحوال الشخصية، عملاً بالمادة 81 من قانون الأراضي العثماني. ولا يخضع لأحكام قانون انتقال الأموال غير المنقولة المطبق على الأراضي الأميرية.

3- حكم زوال البناء والغراس في العقارات الأمير ملكية: يترتب على هدم البناء وقلع الغراس في الأرض الأمير ملكية ، عودة هذه الأرض عقاراً أميرياً ولا يبقى للأفراد فيه سوى حق التصرف وتسري عليه حينئذ جميع الأحكام المطبقة على الأراضي الأميرية.

4- تحديد السلطة التي يحق لها تحويل العقار الأمير ملكي إلى عقار أميرى عند هدم البناء وقلع الغراس: يجب في هذا المجال التمييز بين حالين: أ- إذا عمد المالك نفسه إلى هدم البناء وقلع الغراس، وحينئذ يكون تصحيح النوع القانوني للعقار من اختصاص أمين السجل العقاري، وذلك بعد إجراء الكشف عليه من قبل الموظف المختص، والتثبت من هدم البناء وقلع الغراس.

ب- أن يتم هدم البناء واستئصال الغراس بعد وفاة المالك وعندئذ لا يملك أمين السجل العقاري القيام بتصحيح النوع القانوني للعقار، بل يتعين على الورثة أن يلجؤوا إلى القضاء لاستصدار حكم بهذا التصحيح.

وقد ألغيت أحكام العقارات ملكنامة بموجب قانون الملكية العقارية بالقرار رقم 3339 لعام 1930 والذي وضع أحكاماً للعقارات الملك والعقارات الأميرية، غير أن ذلك لم يلغ الحقوق المكتسبة في ظل التشريع العثماني وبقيت العقارات المشتراة من الدولة العثمانية على أساس ملك نامة ويجب أن تسجل على هذا الأساس في عمليات التحديد والتحرير¹⁴.

المطلب الثاني

تمييز العقار الأميري عن العقار المتروك المرفق

يتعين في هذا الصدد أن نبين ماهية العقار المتروك المرفق، ومن ثم نوضح أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذا النوع من العقارات وبين العقارات الأميرية.

أولاً- تعريف العقار المتروك المرفق:

أ- مفهوم العقار المتروك المرفق: عرّف قانون الأراضي العثماني لعام 1274هـ في المادة الرابعة منه العقارات المتروكة المرفقة بأنها: نوع من الأراضي الأميرية الموقوفة التي تركتها الدولة وخصصتها لجميع أهالي قرية أو قسبة أو عدة قرى متجاورة لاستعمالها، وأتت المادة 91 من هذا القانون على ذكر الأحكام الخاصة بهذا النوع من العقارات، وبيّنت حقوق أهالي القرية في العقار المتروك المرفق، كما نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1675 على عدم جواز اكتساب أي حق بالتقادم على هذا النوع من الأراضي. ثم جاء القرار 3339 (المادة/7) فعرف العقارات المتروكة المرفقة بأنها العقارات: "التي تخص الدولة ويكون لجماعة ما، حق استعمال عليها، تحدد عملية استعمال عليها، تحدد ميزاته ومداه العادات المحلية أو الأنظمة الإدارية".

ويصدق هذا التعريف على المحتطبات والبيادر والمراعي المتروكة لانتماع أهل قرية أو عدة قرى وأخيراً تبنى القانون المدني في الفقرة الرابعة من المادة 86 التعريف الوارد في القرار 3339 أنف الذكر، كما نص قانون أملاك الدولة رقم 252 لعام 1959 (المادتين 4/2) على أن العقارات المتروكة

14 - أمين بركات سعود- محمد حيدر الصبان-التشريع العقاري السوري- علماء وعملادار الاعتدال للطباعة والنشر-دمشق-دمشق-بلا تاريخ-ص: 159.

المرفقة هي: " التي يكون لجماعة ما حق استعمالها". دون أن يشير إلى أسس تحديد هذا الحق ومداه وميزاته.

ب - إسقاط حق الاستعمال الممنوح للجماعة على الأرض المتروكة المرفقة:

إن حقوق الجماعة مقيدة بالعادات والأنظمة الإدارية، ولا يحق لهم تجاوزها، ولا تعديلها، ولا تغييرها، إلا بموافقة إدارة أملاك الدولة صاحبة رقبتها، والرقابة على استعمالها. فإذا ما خرج أهل القرية في استعمال حقهم على الوجه المخصص لهم عرفاً، أو بمقتضى الأنظمة الإدارية، كأن يكون للعقار مخصصاً منذ القديم وبحسب العادات المحلية ليكون مرعى لمواشي القرية، فيعتمد أهلها إلى تغيير جهة استعماله كان يستعملوه للزراعة أو أن يحولوه إلى بيدر، بغير موافقة إدارة أملاك الدولة. فإن ذلك يعد إساءة في استعمال الحق، يجيز لإدارة أملاك الدولة إقامة دعوى عليهم من أجل طلب إسقاط حقهم في استعمال الأرض المتروكة المرفقة.

هذا، ولم يضع المشرع سابقاً أحكاماً تجيز إسقاط حق الجماعة عن العقار المرفق. وأمام هذا السكوت فقد لجأ الفقه والقضاء إلى قياس حق الجماعة في استعمال العقار المتروك المرفق على حق المنتفع في الانتفاع بالشيء المنتفع به فكما أن القانون قد أجاز إسقاط حق المنتفع، إذا ما أساء استعمال الشيء المنتفع به، إعمالاً لنص المادة 957 من القانون المدني السوري، فكذا يتعين إسقاط حق الجماعة في استعمال العقار المتروك المرفق إذا ما أساءوا استعمال.

ومن ثم قرر المشرع، فيما بعد، تبني رأي الفقه والقضاء، حيث أتى بنص صرح فيه بإمكان إسقاط حق استعمال الأراضي المتروكة المرفقة بقرار يصدر من السلطة المختصة. ويسقط الحق إذا لم يتم المتصرف بعد تسجيل الحق باسمه عن استعمال حقه خلال ثلاث سنوات متتالية أثناء العشر سنوات التالية للتسجيل¹⁵.

15 - د. توفيق حسن فرج- الحقوق العينية الاصلية- المكتبة القانونية- بلا تاريخ-
فقرة: 232- ص:359.

ج-أثر سقوط الارتفاق: إن العقار المتروك المرفق إذا تم تحريره من حق الارتفاق ، على الوجه المتقدم ذكره، يعود عقاراً خالصاً من عقارات أملاك الدولة الخاصة وثمة سؤال يثور في هذه الحالة حول النوع القانوني الذي يُضفى عليه، أهو عقار ملك أم عقار أميري؟- لقد أجابت اللجنة المختصة للفتوى والتشريع في مجلس الدولة عن ذلك في رأيها رقم 98 لعام 1965 حين ذهبت إلى أن العقار المتروك المرفق إذا شطب حق الانتفاع والاستعمال عنه، فإن نوعه الشرعي يعود ملكاً إذا كان واقعاً داخل مناطق الأماكن المبنية المحددة إدارياً، أو يعود أميرياً إذا كان واقعاً خارج المناطق المبنية المذكورة. كذلك يثور سؤال آخر، في هذا المجال، حول ما إذا كان يحق لصحاب حق الارتفاق المطالبة بالتعويض عن حرمانهم من استعمال العقار المتروك المرفق الذي قررت السلطة إسقاطه؟-الإجابة على هذا السؤال تركز إلى أنه: إذا صدر قرار إسقاط حق الارتفاق عن العقارات المتروكة المرفقة ، استناداً إلى مسوغ قانوني، وفي نطاق المصلحة العامة، التي قدرها وزير الزراعة والإصلاح الزراعي بمقتضى الصلاحية التي خوله إياها القانون ، فإنه يجعل طلب التعويض عن هذا الإسقاط بلا سبب قانوني يبرره(عملاً بالقواعد العامة للمسؤولية).

ثانياً - نقاط الاتفاق والاختلاف بين العقارات الأميرية والعقارات المتروكة المرفقة:

تلتقي العقارات الأميرية والعقارات المتروكة المرفقة من حيث أن رقبة العقار في كل منهما تعود إلى الدولة، ولكنهما يختلفان من ثلاثة وجوه، نحددها وفق الآتي:

أ- من حيث ثبات الحق: إن حق استعمال الأهالي للأراضي المتروكة المرفقة متروك لتقدير الإدارة حيث يعود إليها أمر بقاء هذا الحق أو الثابتة للمتصرف به، ولا يجوز للإدارة أن تمسه ما دامت شرائط المحلولة غير متوافرة، وما دامت ملكية المتصرف لا تتجاوز الحد الأعلى الذي أجازته القانون.

ب - من حيث مدى الحق: إن حق المتصرف في الأرض الأميرية هو حق مطلق، بمعنى أن المتصرف يملك إجراء أي تعديل في الأرض، يراه مفيداً في استغلالها، فله أن يستعملها في الفلاحة كما له أن يجعلها مشجرة. ولا يقيد هذا الإطلاق سوى إلزام المتصرف بأن لا يهمل استغلال أرضه مدة خمس سنوات، وإلا أصبحت من أملاك الدولة الخاصة رقبة وتصرفاً (عملاً) بأحكام المادة 775 من القانون المدني السوري). أما الأراضي المتروكة المرفقة، فإن أصحاب الحقوق فيها ملزمون باستعمالها في حدود ما خصصت له.

ج - من حيث تعيين طرف الحق: إن صاحب الحق في الأرض الأميرية يبقى معلوماً بشخصه، شأنه في ذلك شأن المالك في الأرض الملك، فإذا ما توفي آل حقه إلى ورثته القانونيين. أما المنتفعون بالأراضي المتروكة المرفقة، فإنهم يكونون جماعة غير معلومين بذاتهم. فيظل انتفاعهم محصوراً فيهم باعتبارهم جماعة، وإذا توفي أحدهم لا ينتقل حقه إلى ورثته، وإنما ينتفع الوارث من هذا الحق، باعتباره مقيماً في القرية، ويسقط حقه إذا تركها.

الفصل الثاني

تحويل حقوق التصرف على العقارات الأميرية واكتسابها وسقوطها

بعد أن بحثنا في الفصل الأول من هذه الدراسة الطبيعة القانونية للعقارات الأميرية، سنتناول في هذا الفصل دراسة حق التصرف الذي يرد على العقار الأميري، من خلال بيان ماهية هذا الحق وقواعد اكتسابه وسقوطه، بالإضافة إلى إظهار الأحكام الخاصة بتحويله إلى حق ملكية وما يستتبع ذلك من تغيير للنوع الشرعي للعقار من أميري إلى ملك.

المبحث الأول

القواعد الناظمة لتحويل العقار الأميري إلى عقار ملك

قد نجد في سوريا خارج الأماكن المبنية المحددة إدارياً بعض العقارات مسجلة في السجل العقاري أو دفاتر التملك، على أنها ملك، على الرغم من أنها محاطة بعقارات أميرية. فكيف تسلت هذه العقارات الملك إلى هذه المناطق؟ يجيبنا على ذلك التشريع العثماني الذي كان نافذاً في سوريا، والذي كان يسمح للدولة – على سبيل الاستثناء – ببيع جانب من أراضيها الأميرية إلى الأفراد، عند وجود مسوغ شرعي، يبيح لها هذا البيع، كأن تفتقر خزينة الدولة إلى النقود، أو أن يكون ريع الأرض لا يفي بنفقاتها. وعندما تباع الدولة هذه الأراضي إلى الأفراد، تغدو ملكاً خالصاً للمشتري، وتسجل باسمه في دفاتر التملك على أنها عقارات ملك بالاستناد إلى وثيقة البيع الرسمية المسماة ملكنامة.

ولقد ألغيت هذه الأحكام الاستثنائية بالقرار 3339 لعام 1930 الذي وضع ضابطاً جديداً لتعيين الحد الفاصل بين العقارات الملك والعقارات الأميرية. ونبحث، فيما يلي، الشريطة التي يجب أن تتوافر لكي يتم تحويل العقار من أميري إلى ملك ثم نتكلم في إجراءات التحويل، ونعالج أخيراً أثره الحقوق الإرثية.

المطلب الأول

شروط التحول وإجراءاته

أولاً- شروط التحول:

- يشترط لتحويل العقار الأميري إلى عقار ملك توافر الشرطين التاليين:
- 1- اشترط المشرع أن تكون منطقة الأماكن المبنية محددة إدارياً، لكي يصبح العقار الموجود فيها عقاراً ملكاً. ويجب أن يتم التحديد الإداري بصورة رسمية من قِبَل السلطة المختصة، وأن يصدر القرار الإداري بهذا الشأن ، وعليه فإن مجرد وجود العقار في منطقة مبنية، أو مجرد كون الأرض تابعة لبلدة لها مجلس بلدي لا يكفي لإضفاء صفة العقار الملك على هذا العقار، بل لا بد أن تكون المنطقة المبنية قد تم تحديدها بصورة رسمية من قبل السلطة الإدارية المختصة.
 - 2- اشترط المشرع أن تكون منطقة الأماكن المبنية محددة إدارياً لكي يصبح العقار الموجود فيها عقاراً ملكاً . ويجب أن يتم هذا التحديد الإداري بصورة رسمية من قبل السلطة المختصة ، وأن يصدر القرار الإداري بهذا الشأن.

والتشريعات الناظمة للتحديد الإداري لمناطق الأماكن المبنية منها ما يتعلق بالمدن والقرى التي توجد فيها بلديات، ومنها ما يتعلق بالقرى التي لم تؤسس فيها بلدان بعد ، والمقصود بالأماكن المبنية هي الأماكن المعدة للسكن وفق المخطط التنظيمي الذي يحدد المرافق العامة وأماكن السكن والمؤسسات العامة والحدائق والمدارس¹⁶.

وإذا كان القرار 3339 لعام 1930 م قد عين حدوداً جديدة للعقارات الأميرية والعقارات الملك، فإن ذلك ليس من شأنه أن يهدر الحقوق المكتسبة في ظل التشريع العثماني السابق. وعلى هذا ، فإن العقارات المشتراة من الدولة ،

16 - اجتهاد لمحكمة النقض السورية 270 أساس رقم 1353 1982. مشار إليه في : شفيق طعمة- أديب استانبولي-التقنين المدني السوري- الجزء الأول-الطبعة الثالثة- المطبعة القانونية-دمشق-1997- قاعدة: 104- ص: 216.

على النحو السابق، بالاستناد إلى أسناد التمليك (ملكنامة) ، قبل 1930/11/12 ، يجب أن تسجل على أنها عقارات ملك خلال عمليات التحديد والتحرير. ثانياً - إجراءات التحول:

بحث المادة 16 من القرار 186 في أن محضر التحديد والتحرير الذي ينظم من قبل فرق المسح العقاري، يجب أن يتضمن النوع القانوني، وعلى المهندس المساح أن يدون النوع القانوني للعقار على ضوء موقع العقار وطبيعته ويحق للمالك أن يعترض على ما ذكره المساح كما أن للغير أن يعترض على النوع القانوني، وإذا ثبت النوع الشرعي لعقار في محضر التحديد وكان المحضر لا يزال لدى القاضي العقاري وقبل ختام أعمال التحديد والتحرير فيمكن الاعتراض على المحضر وعلى المعارض تقديم وثيقة تعيين الحدود الإدارية للمدينة أو القرية.

وعند إيداع المحضر في السجل العقاري يمكن تغيير النوع القانوني بإقامة دعوى أمام القضاء العادي، وعلى المحكمة أن تطلب تدوين إشارة الدعوى على صحيفة العقار أو محضر التحديد ثم تتأكد من ناحيتين:
الأولى: دخول العقار ضمن حدود المدينة أو القرية
الثانية: أن العقار وقع ضمن الأماكن المبنية.

وعند صدور حكم من المحكمة على المدعي أن يطلب من دائرة التنفيذ الحكم وأن يبرز الحكم مع مذكرة من دائرة التنفيذ للسجل العقاري و أن ينظم محضراً يضمنه طلباً بتصحيح النوع القانوني للعقار. ولا يجوز بأي حال لمدير السجل العقاري أو لأي جهة أخرى غير القضاء تحويل النوع القانوني على اعتبار أن تسجيل النوع في الصحيفة العينية للعقار كان استناداً إلى قرار القاضي العقاري أي القضاء هو صاحب السلطة في تحويل النوع القانوني¹⁷.
ونشير في هذا المجال إلى حالة احتمال تسجيل عقار أثناء عمليات التحديد والتحرير عقاراً أميرياً، لوقوعه خارج مناطق الأماكن المبنية المحددة إدارياً، وإثر انتهاء عمليات التحديد والتحرير، يجري إدخال هذا العقار ضمن

17 - محمد عدنان البيك- شرح نظام السجل العقاري- مكتبة الكشاف- بلا تاريخ- ص: 311.

حدود الأماكن المبنية ، بسبب توسيع هذه الحدود إدارياً، ويغدو من ثم عقاراً ملكاً. ونسأل: كيف يتم تحول هذا العقار قانوناً من عقار أميرى إلى عقار ملك ؟ وما هي السلطة المختصة بذلك ؟ وهل ثمة مدة يتعين إجراء تصحيح النوع القانوني للعقار خلالها ؟

تتطلب الإجابة عن هذا السؤال إجراء لتوضيح التالي: إن تحول العقار من أميرى إلى ملك يتم حكماً بمجرد دخوله المناطق المبنية ، وحدود المدينة الإدارية ولو لم يطلب أحد تبديل نوعه على السجل، والقرار بشأن ذلك كاشف للحق، وينسحب بأثر مستند إلى تاريخ دخول العقار في المناطق المبنية¹⁸. ونشير إلى أن أمين السجل العقاري لا يستطيع، من تلقاء ذاته ، إجراء أي تحويل في الأنواع القانونية للعقارات المسجلة في السجل العقاري، بل يتعين على ذي الشأن في هذا التحويل أن يقيم الدعوى أمام القضاء العادي ويجري حينئذ إثبات وقوع العقار ضمن الأماكن المبنية المحددة إدارياً بموجب وثيقة صادرة عن البلدية المختصة ونظراً لأن رقبة العقار الأميرى تعود للدولة، ولما يترتب على الحكم بتحويل نوعه القانوني من فقد الدولة لهذه الرقبة، وصيرورة العقار ملكاً للأفراد ، فإنه يتعين دعوة إدارة أملاك الدولة خصماً في الدعوى. هذا إلى أن هذه الإدارة قد تجد لديها من الدفوع ما تحول به دون أيلولة العقار إلى الأفراد ، كما لو أثبتت سقوط حق التصرف، بأحد مسقطاته كالتقدم¹⁹.

هذا، وإذا ما دخل العقار الأميرى في المنطقة المبنية المحددة إدارياً، وفقد صفته عقاراً أميرياً، وأصبح عقاراً ملكاً فإنه يجوز لأصحاب الشأن أن يطلبوا تصحيح النوع القانوني للعقار، حتى لو مضى أكثر من سنتين على قرار القاضي العقاري الذي سجل بموجبه العقار في السجل العقاري، وهي المدة التي منحها القانون للمعترضين والمدعين بحق ما (بموجب أحكام المادة 31 من القرار 186 لعام 1926 م) وذلك على ضوء أحكام المادة 86 من القانون المدني السوري، فتغيير النوع القانوني لا يخضع لمهلة السنتين المنصوص

18 - مجلة المحامون في سوريا- العدد-1-2- لعام 1973- ص: 27.
19 د. محمد وحيد الدين سوار- المرجع السابق- فقرة: 7/ 24- ص: 45.

عليها في المادة 31 أو المادة 17 من القرار رقم 186 الصادر عن المندوب السامي الفرنسي في سوريا، لأن النوع القانوني يتعلق بطبيعة العقار فإذا دخل العقار الأميري بعد التحديد والتحرير ضمن الأماكن المبنية المحددة إدارياً فإنه يصبح حكماً من نوع الملك وتسمع في أي وقت الدعوى التي يقيمها صاحب الحق على العقار الأميري للحصول على حكم بتصحيح النوع الشرعي (أي القانوني) في السجل العقاري.

وكذلك إذا سقط حق الارتفاق في العقار المتروك المرفق فإنه يصبح حكماً من نوع ملك إذا كان واقعا في المناطق المبنية المحددة إدارياً²⁰. وكلمة صدر قرار من السلطة الإدارية بتوسيع حدود المنطقة المبنية المحددة سابقاً من قبلها وذلك بسبب التوسع العمراني في المدينة فإن جميع العقارات الأميرية التي شملها التوسع يتبدل نوعها القانوني إلى عقارات ملك²¹.

فتصحيح النوع الشرعي للعقار يعد من الأمور المتصلة بطبيعة العقار والتي يحكمها وضع العقار وموقعه وهل هو داخل ضمن الأماكن المبنية أو خارجها. ولا صلة له بالتالي بالحقوق العينية المترتبة على العقار والتي تخضع لتصرفات الأفراد، فالعقار يتبدل نوعه الشرعي حكماً ويكتسب صفة ملك من تاريخ دخوله في حدود الأماكن المبنية، والتعديل بموجب حكم له أثر رجعي لأن الحكم في هذه الحالة يعتبر كاشفاً للحق لا منشئاً له، وقرار القاضي العقاري بصدد تحديد النوع الشرعي ليس هو من يعطي الأثر بل تحديد النوع عرضة للتبدل بمجرد دخوله في الأماكن المحددة إدارياً بعد أن كان خارجها، كذلك ليست العبرة للتسجيل في السجل العقاري وإنما لدخول العقار في حدود المدينة²².

-
- 20 - أمين بركات سعود- محمد حيدر الصبان-التشريع العقاري السوري- علماء وعملادار الاعتدال للطباعة والنشر-دمشق-دمشق-بلا تاريخ-ص: 120.
21 - أمين بركات سعود- محمد حيدر الصبان- المرجع السابق- ص: 167.
22 - اجتهاد لمحكمة النقض السورية أساس رقم 318 لعام 1957.
مشار إليه في : شفيق طعمة- أديب استانبولي-التقنين المدني السوري- الجزء الأول-الطبعة الثالثة- المطبعة القانونية-دمشق-1997- قاعدة: 101- ص: 212

والخصم في دعوى تصحيح النوع الشرعي من أميري إلى ملك هم وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي بصفتها صاحبة الرقبة والورثة القانونيين والشركاء في الملكية عند وجودهم، أما مخاصمة المدير العام للمصالح العقارية فليست ضرورية في مثل هذه الدعوى.

ونشير أخيراً إلى أن الدعوى التي يقيمها الورثة بغية تحويل النوع القانوني للعقار في السجلات العقارية، يمكن أن تسمع، حتى لو كانت الأرض ما زالت مسجلة باسم المورث أما فيما يتعلق بقانون انتقالات الأموال غير المنقولة الصادر في العهد العثماني فقد نص أن يعطي ولي الأمر حق التصرف بهذه الأراضي بدون ملكية الرقبة وينتقل حق التصرف هذا إذا توفي المتصرف الحائز إلى الأولاد وأحد الزوجين بنسبة تختلف عن الإرث، فالأولاد يتساوى الذكور والإناث.

المطلب الثاني

آثار تحول العقار الأميري إلى عقار ملك

إن قانون انتقال الأموال غير المنقولة المطبق بشأن العقارات الأميرية يقضي بالمساواة بين الذكور والإناث في الحقوق، في حين أن قانون الأحوال الشخصية المطبق بشأن العقارات الملك يقضي بأن يكون للذكر مثل حظ الانثيين. وعلى ذلك، فإن تحول النوع القانوني للعقار الأميري إلى عقار ملك، بسبب دخوله ضمن المناطق المبنية المحددة إدارياً، ذو تأثير كبير على حقوق الورثة في ذلك العقار، وفي هذا الصدد يجب أن نبحت بين أثر تحول العقار الأميري إلى عقار ملك على أصحاب الحقوق، ومن ثم ننتقل لبيان أثر التحول على حقوق ورثة المتوفى.

أولاً- تغيير نوع الحق بتغيير نوع العقار من حق تصرف إلى حق ملكية حق التصرف: هو حق يخول لصاحبه سلطة استعمال المال واستغلاله والتصرف فيه ويرد هذا الحق على الأراضي الأميرية، و النوع الشرعي للعقار يعينه القانون و بمعزل عن إرادة الأفراد²³.

23 - اجتهاد لمحكمة النقض السورية 2100 أساس رقم 1034 تاريخ 6/29/1967.

وبما أن حق التصرف حق عيني يتفرع عن حق الملكية, وهو يخول المتصرف سلطة مباشرة على الأرض الأميرية, تمكنه من حيازتها والاحتجاج بحقه عليها في مواجهة الكافة, وبمقتضى تلك السلطة يستطيع أن يتتبع الشيء في أي يد يكون دون الحاجة إلى أي وساطة في مباشرة تلك السلطة²⁴.

وعلى الرغم من التقارب الشديد بين حق الملكية وحق التصرف, إلى أن ذلك لا ينفى أن رقبة العقار الأميري تبقى للدولة, فسلطة صاحب حق التصرف تقتصر على المنفعة, أي على حق التصرف ذاته دون الرقبة. ومن ثم يكون حق التصرف حق متفرعاً عن حق الملكية.

حيث يقسم حق الملكية إلى ملك تام وملك ناقص, فالملك التام هو ملك ذات الشيء أو رقبته ومنفعته أيضاً, والناقص ملك المنفعة فقط. وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة, وقد يكون حقاً عينياً ثابتاً على العين, فينتقل من شخص لآخر, وهذا هو حق التصرف على الأراضي الاميرية²⁵.

ونلاحظ أن المشرع السوري أبقى على أحكام العقار وفقاً لقانون الملكية العقارية نظراً لاتصاله بأحكام السجل العقاري. ونجد أن تسمية حق التصرف تثير الخلط بينه وبين سلطة التصرف التي يتمتع بها المالك على العقار الملك وغيره من أصحاب الحقوق العينية, وبالتالي هي تسمية غير سديدة.

وقد عرفت المادة 768 من القانون المدني السوري حق الملكية عندما قضت بأنه: " لمالك الشيء وحده - في حدود القانون - حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ". ويتجلى من هذا التعريف خصائص حق الملكية, وهي كالاتي:

مشار إليه في : شفيق طعمة- أديب استانبولي-التقنين المدني السوري- الجزء الأول-الطبعة الثالثة- المطبعة القانونية-دمشق-1997- قاعدة: 100- ص: 211

24 - "فالحق العيني يفترض رابطة تسلط, وليس رابطة اقتضاء"

د. محمد واصل-المرجع السابق- فقرة: 524- ص409.

25 - د. محمد يوسف موسى- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي-الطبعة الأولى- دار الكتاب العربي- مصر- 1952- فقرة: 238- ص: 167.

- 1- يخول المالك وحده سلطات حق الملكية. وهو بهذا يبرز أهم خصائص حق الملكية, وهي كونه مقصوراً على صاحبه.
- 2- يستوعب تعريف ملكية المنقول وملكية العقار على حد سواء .
- 3- يشمل تعريف ملكية العقار، سواء وقعت هذه الملكية على عقار ملك، أم عقار أميري .

وقد أكدت المادة 772 من القانون المدني ذلك، إذ قررت أنه: " تسري النصوص المتعلقة بحق الملكية على حق التصرف في الأراضي الأميرية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

ولم يأت القانون المدني بتعريف لحق التصرف، بل اقتصر على تعريف حق الملكية، الأمر الذي يستفاد منه أن هذا التعريف يسري على حق التصرف، ويؤكد ذلك المادة 772 السابقة الذكر، التي أخضعت حق التصرف في الأراضي الأميرية لذات النصوص المتعلقة بحق الملكية، ما لم يرد نص على خلاف ذلك .

وحسناً فعل المشرع في إغفاله تعريف حق التصرف، لأن هذا الحق يخول صاحبه من السلطات ما يخوله حق الملكية ذاته، إذ أن كلاهما يولي صاحبه استعمال العقار واستغلاله والتصرف فيه. ولا يقدح في ذلك وجود بعض الفروق الطفيفة بين حق الملكية وحق التصرف، والتي هي آخذة في الزوال.

إن التقاء حق الملكية وحق التصرف بخصائص مشتركة لا ينفي وجود بعض الفروق في أحكامهما:

أ - يرد حق الملكية على العقارات الملك، أي العقارات القابلة للملكية المطلقة الكائنة داخل الأماكن المبنية المحددة إدارياً. في حين أن حق التصرف لا يرد إلا على الأراضي الأميرية، أي الأراضي المملوكة رقيبتها للدولة، فحق التصرف هو مجرد ملك المنفعة، أي ملك ناقص. فسلطة التصرف المقررة

لصاحب حق التصرف يقتصر نطاقها فقط على التصرف في حق التصرف دون الرقبة²⁶.

ب - إن حق الملكية حق دائم، لا يسقط بعدم الاستعمال. في حين أن حق التصرف يسقط بعدم الاستعمال ، وبذلك قضت المادة 775 من القانون المدني السوري، إذ قضت بأنه: " يسقط حق التصرف في العقارات الأميرية بعدم حراثة الأرض، أو بعدم استعمالها مدة خمس سنوات ". والواقع أن الحياة العملية أثبتت عدم تطبيق نص هذه المادة، فليس لدى الدولة كادر إداري كاف يمكن بواسطته مراقبة استعمال الحق. وحتى عندما يجري المسح العقاري أثناء التحديد والتحرير لقيد الأرض في السجل العقاري، لا يلجأ القاضي العقاري إلى إجراء تحقيق في شأن استعمال الأرض وحرثتها. وبذلك أصبح حق التصرف واقعياً حقاً مؤبداً لا يسقط بعدم الاستعمال مثل حق الملكية.

ج- إن حق تسجيل الملكية على العقارات الملك يكتسب بمرور خمس عشرة سنة على حيازتها، وإذا كانت الحيازة مقترنة بحسن النية، ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب على العقارات الملك تكون خمس سنوات .

أما حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية ، فيكتسب بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيازة الهادئة والمستمرة، بسند أو بغير سند في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة²⁷ ، بشرط أن يقوم الحائز بزراعتها، في حين أنه يتمتع اكتسابه بالتقادم في الأراضي الأميرية الخاضعة لإدارة أملاك الدولة²⁸.

في الختام نجد أن هذا الفرق في سبيله إلى الزوال ، وسينقرض يوم تنتهي أعمال التحديد والتحرير في سوريا ، حيث أنه حينها ستخضع جميع

26 - د. نبيل إبراهيم سعد- الحقوق العينية الأصلية- في القانون المصري والقانون اللبناني- دار النهضة العربية- بيروت-1995- ص:327.

27 - بدوي حنا- عقاري- اجتهادات ودراسات ونصوص- الجزء الثاني- منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-1998- ص: 373.

28 - هولوبوظو- التشريع العقاري- الطبعة الثالثة- مطبعة دار الكتب- دمشق- 1990- ص:14.

العقارات لنظام السجل العقاري ، وهو نظام يقوم على أساس استبعاد التقادم أصلاً كسبب مكسب للحقوق المقيدة في السجل العقاري.

د- إن حق الملكية يخضع في حال وفاة المالك إلى أحكام المواريث الشرعية المعينة في قانون الأحوال الشخصية لعام 1953 م. في حين أن حق التصرف في حال وفاة المتصرف يخضع إلى أحكام قانون انتقال الأموال غير المنقولة الصادر عام 1912 م، وهي تختلف اختلافاً بيناً عن قواعد الإرث الشرعية.

هـ-يجوز للمالك أن ينشئ على عقاره الملك وقفاً. علماً بأن الوقف الذري والمشارك باتا محظورين قانوناً، أما الوقف الخيري فما زال مباحاً.

في حين أنه يتمتع على المتصرف إنشاء وقف على الأراضي الأميرية، ويعد كل وقف منشأ خلافاً لهذا المنع باطلاً عملاً بأحكام المادة 774 من القانون المدني السوري التي قررت أنه: "1- ليس للمتصرف في عقار أميري أن ينشئ عليه وقفاً. -2- كل وقف ينشأ على عقار أميري يعد باطلاً".

وفيما عدا ما تقدم من نقاط الافتراق ، ليس هناك من فرق آخر يميز حق الملكية عن حق التصرف، فكلاهما يولي صاحبه استعمال العقار واستغلاله والتصرف فيه

وهذا التشابه بين حق الملكية وحق التصرف هو الذي حدا بالمشرع إلى إخضاعهما إلى أحكام واحدة من حيث المبدأ.

حيث يلاحظ أن حق الملكية يولي صاحبه سلطات : الاستعمال - الاستغلال - التصرف .

وأيضاً حق التصرف يولي صاحبه سلطات : الاستعمال - الاستغلال - التصرف .

أي أن سلطة التصرف الموجودة في كل من الحقين، هي غير حق التصرف.

وهنا لا بد أن نبين أوجه الاختلاف بين حق التصرف وحق الانتفاع فعلى الرغم من أن كلاهما متفرع عن حق الملكية إلا أنهما يختلفان من حيث المحل فحق التصرف لا يرد إلا على العقار الأميري في حين أن حق الانتفاع يرد

على العقار الملك والمنقول، وحق التصرف حق مؤقت بطبيعته، ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له أو بموت المنتفع في جميع الأحوال. أما حق التصرف فلا ينتهي وينتقل لورثة المتصرف.

كذلك يختلف حق التصرف عن حق الارتفاق في أن حق التصرف سلطة لشخص على شيء في حين أن حق الارتفاق عبء منصب على عقار لمنفعة عقار آخر.

ثانياً - أثر تحول العقار الأميري على حقوق الورثة:

كان حق التصرف في عهد الدولة العثمانية شخصي ينتهي بوفاته صاحبه، ولا يجوز التصرف فيه بالبيع أو بغيره من التصرفات، إلى أن صدرت عدة قوانين كقانون الأراضي سنة 1858 م وقانون انتقال الأموال الأميرية سنة 1912 م اللذين سمحا للمتصرف التصرف بحق التصرف واستحدثا نظاماً للإرث في الأراضي الأميرية سمي بحق الانتقال لتمييزه عن الإرث العادي الشرعي، وبصدور قانون الملكية العقارية عام 1930م كرست هذه الأحكام. بناء على ما سبق، لا بد من بيان أوجه الاختلاف بين قواعد حق الانتقال وقواعد الإرث الشرعية، ثم ننتقل للتحدث عن أثر الانتقال على حقوق الورثة على الوجه الآتي:

أ-مظاهر الاختلاف بين قواعد الإرث الشرعية والقواعد الناظمة لحق الانتقال: وأهم مظاهر هذا الاختلاف هي :

- 1 - إيلاء الأولوية في الإرث للأولاد .
 - 2 -التسوية في الحقوق بين الذكر والأنثى .
 - 3 - الأخذ بنظام النيابة في الميراث، أي أن فروع الميت من كل طبقة يقومون مقام أصلهم في استحقاقه .
 - 4 - للزوج (أو للزوجة) ربع التركة مع الفروع ، والنصف مع غير الفروع .
- ويلاحظ أن إيلاء الأولوية في الإرث للأولاد في الأراضي الأميرية ، وتطبيق قاعدة النيابة الإرثية لمصلحتهم ، يستند إلى اعتبار اقتصادي، إذ من مقتضى هذه القاعدة أن تنتقل الأرض الأميرية إلى يد شابة قادرة على استثمارها والاحتفاظ بها.

ب - أثر تحول العقار الأميري قبل وفاة المورث:

إن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث يخضع، في هذه الحالة، لأحكام قانون انتقال الأموال غير المنقولة النافذ على العقارات الأميرية، لأن تغيير النوع القانوني للعقار من أميري إلى ملك، إثر دخوله في حدود المدينة أو القرية، بعد أيلولته إلى أصحاب حق الانتقال بالوفاة، لا يؤثر على الحق الذي انتقل إلى هؤلاء، والذي اكتسبوه قبل تغيير نوع العقار، حتى لو تأخر التسجيل باسمهم، فلو أن صاحب حق تصرف على بأرض أميرية تقع خارج نطاق الأماكن المبنية لبلدية المزة توفي مثلاً، وانتقلت هذه الأرض إلى أولاده الذكور والإناث على التساوي، ثم بعد فترة دخلت الأرض في نطاق الأماكن المبنية المحددة إدارياً لبلدية المزة، وترتب على هذا تحول نوعها القانوني من أميري إلى ملك، فلا يكون لهذا التحول حينئذ أثر ما على حقوق كل من الورثة الذكور أو الإناث، ولا يصار إلى تخفيض حصة الإناث، وزيادة حصة الذكور، إعمالاً لقواعد الإرث الشرعية، حتى لو كانت الأرض ما زالت مسجلة باسم المورث. وإن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث يخضع في هذه الحالة لأحكام قانون انتقال الأموال غير المنقولة النافذ على العقارات الأميرية، لأن تغيير النوع القانوني للعقار من أميري إلى ملك إثر دخوله في حدود المدينة أو القرية، بعد أيلولته إلى أصحاب حق الانتقال بالوفاة، لا يؤثر على الحق الذي انتقل إلى هؤلاء والذي اكتسبوه قبل تغيير نوع العقار، حتى لو تأخر التسجيل أسمائهم²⁹. وذلك عملاً بأحكام المادة 825 من القانون المدني السوري التي قررت أن كل من اكتسب عقاراً بالإرث يكون مالكاً له قبل تسجيله، وأثر اكتساب الحق يتوقف لحين إتمام التسجيل في السجل العقاري.

وتغيير نوع العقار من أميري إلى ملك لا ينسحب إلى الماضي بل يظل من النوع الذي كان عليه العقار عند الوفاة أساساً في تعيين الورثة على الأساس القانوني أو الشرعي³⁰.

29 - د. محمد وحيد الدين سوار- المرجع السابق- فقرة: 7/ 26- ص: 47.
30 - قرار لمحكمة النقض السورية رقم 61/2871 تاريخ 18/12/1975
مشار إليه في: محمد عدنان البيك- المرجع السابق- ص: 317.

ج - أثر تحول العقار الأميري بعد وفاة المورث:
وفاة المورث القانوني للعقار قد أصبح ملكاً، أثناء حياة المورث، لذا فإن تعيين الورثة وأنصبتهم في الإرث يتحدد بتاريخ بعد دخول العقار الأميري في المناطق المبنية المحددة إدارياً: وفي هذه الحال، يكون النوع الوفاة وفق قواعد الإرث الشرعي أي يخضع لأحكام قانون الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني

اكتساب الحقوق على العقارات الأميرية و إسقاطها
إن حق التصرف من الحقوق العينية الأصلية التي تسقط في حال تخلي المتصرف عن حقه في استعمال واستغلال العقار أو أهمل استعمالها خلال مدة حددها القانون، في مقابل ذلك منح المشرع الأفراد حق التصرف على الأراضي الأميرية وفق القواعد التي سنينها في هذا المبحث على الصورة الآتية:

المطلب الأول

اكتساب حق التصرف

يتبين من نص المادة 919 من القانون المدني السوري أن حق التصرف في الأراضي الأميرية يكتسب بمرور مدة عشر سنوات من تاريخ وضع يد الشخص الذي يطالب بتسجيل الحق على اسمه في السجل العقاري، سواء كان بيده سند أم لم يكن. و يشترط أن لا يكون العقار الأميري خاضعاً لإدارة أملاك الدولة، كما يشترط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض.

المطلب الثاني

سقوط حق التصرف

تقضي المادة 775 من القانون المدني السوري بأنه: "يسقط حق التصرف في العقارات الأميرية بعدم حراثة الأرض، أو بعدم استعمالها مدة خمس سنوات".

يظهر من نص المادة السابقة أن حق التصرف يسقط بإهمال المتصرف زراعة الأرض، غير أنه يلاحظ في الواقع العملي تقصير الدولة في تطبيق أحكام القانون المدني المتعلقة بسقوط حق التصرف في الأراضي الأميرية،

عندما غضت البصر عند عدم قيام المتصرف صاحب الحق على العقار الأميري بحراثة الأرض أو بعدم استعمالها مدة خمس سنوات فلم نسمع بأنه قد أقيمت دعوى بهذا الموضوع وعدم سن قوانين لتقاضي الخراج على هذه الأراضي.

وما استقر عليه التعامل بين الأفراد, من أن هذه الأراضي إنما هي مملوكة لمن سجل باسمه حق التصرف ولكن تخضع لقانون خاص يحكم ارثها.

الخاتمة

إن خصوصية الطبيعة القانونية للعقارات الأميرية, تفرض العديد من المشاكل, نظراً لكثرة القوانين المتعاقبة التي نظمت هذا النوع من العقارات, وحاولت إظهار أهم الحلول القانونية لهذه المشاكل بالتوفيق بين القوانين القديمة والحديثة وإظهار نطاق تطبيق كل منها, وبدأت في الفصل الأول بإيضاح الطبيعة القانونية للعقارات الأميرية من حيث تحديد ماهيتها وإلقاء الضوء على تاريخ نشأتها, وتمييزها عن العقارات الملك. ثم انتقلت في الفصل الثاني إلى بيان قواعد تحويل حق التصرف إلى حق ملكية وبالتالي تغيير النوع القانوني للعقار من أميري إلى ملك, وأثر ذلك على حقوق المتصرف وورثته من بعده. وانتهيت بالبحث عند توضيح قواعد اكتساب حق التصرف وإسقاطه.

وحيث إن حق التصرف على الأراضي الأميرية يقارب حق الملكية على العقارات الملك فليس هناك فروق هامة, مما يبرر لنا اقتراح إلغاء نظام الأراضي الأميرية, وجعل الأراضي إما مملوكة للدولة ملكية تامة رقبة وتصرف, أو تحويل حق التصرف إلى حق ملكية, وبالتالي تحويل العقارات الأميرية إلى عقارات ملك.

المراجع:

أولاً - المؤلفات:

- 1- أمين بركات سعود- محمد حيدر الصبان-التشريع العقاري السوري- علماء وعملاً-دار الاعتدال للطباعة والنشر-دمشق-دمشق-بلا تاريخ.
- 2- د. توفيق حسن فرج- الحقوق العينية الاصلية- المكتبة القانونية- بلا تاريخ.

- 3- د. زهدي يكن- شرح قانون الملكية العقارية- الجزء الاول- دار يوسف صادر- بيروت- 1937.
 - 4- د. عبد الجواد السرميني- القانون المدني المقارن- الموجز في التشريع العقاري- محاضرات ألقيت على طلاب معهد الحقوق العربي عام 1945- مطبعة الإنشاء- دمشق- بلا تاريخ.
 - 5- د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- حق الملكية- الجزء الثامن- دار النهضة العربية -القاهرة- بلا تاريخ.
 - 6- د. عبد المنعم فرج الصده- الحقوق العينية الأصلية- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري- دار النهضة العربية- بيروت- 1982.
 - 7- محمد عدنان البيك- شرح نظام السجل العقاري- مكتبة الكشاف- بلا تاريخ.
 - 8- د. محمد علي عرفة- شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية- الجزء الاول- مطبعة جامعة فؤاد الاول- مصر- 1950.
 - 9- د. محمد واصل- المدخل إلى علم القانون- منشورات جامعة دمشق- 2011.
 - 10- د. محمد وحيد الدين سوار- شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية- الطبعة الخامسة- منشورات جامعة دمشق- 1993.
 - 11- د. محمد يوسف موسى- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي- الطبعة الأولى- دار الكتاب العربي- مصر- 1952.
 - 12- د. مصطفى الجمال- نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن- الدار الجامعية- 1987.
 - 13- د. نبيل إبراهيم سعد- الحقوق العينية الأصلية- في القانون المصري والقانون اللبناني- دار النهضة العربية- بيروت- 1995.
 - 14- هولوبوظو- التشريع العقاري- الطبعة الثالثة- مطبعة دار الكتب- دمشق- 1990.
- ثانياً - الاجتهادات القضائية:

- 1- بدوي حنا- عقاري- اجتهادات ودراسات ونصوص- الجزء الثاني- منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-1998.
- 2- شفيق طعمة- أديب استانبولي-التقنين المدني السوري-الجزء الأول-الطبعة الثالثة- المطبعة القانونية-دمشق-1997.
- 3-مجلة المحامون في سوريا- العدد-1-2- لعام 1973.

رهن من زالت ملكيته بأثر رجعي
دراسة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي
رقم 5 لسنة 1985 المعدل
د . صالح أحمد اللهيبي
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون - جامعة الشارقة

مقدمة

قد يكون الشخص مالكا لعقار أو حق عيني عقاري ويقوم برهن ذلك العقار ثم بعد فترة وأثناء قيام الرهن وقبل حلول أجل الدين تزول ملكيته للعقار بأثر رجعي، فيعد كأن لم يكن يوما مالكا للعقار المرهون، مثل زوال ملكية الراهن - المشتري - للعقار المرهون بأثر رجعي لبطلان البيع) سند ملكيته) فالسؤال الذي يثار بعد ذلك ما حكم الرهن الصادر من هذا الشخص، الذي يعد وفقا للأثر الرجعي إنه لم يكن يوما مالكا للعقار المرهون؟ وما مصير حقوق الدائن المرتهن؟ وما علاقة الراهن - غير المالك - بالمرتهن وما علاقة المالك الحقيقي بالراهن؟

كل هذه التساؤلات دفعتني الى اختيار هذا الموضوع ومحاولة إيجاد الحل الامثل لهذه الفرضية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، خصوصا إنه لم يعالج هذه المسألة، مثلما فعل المشرع المصري في القانون المدني في المادة 1034 منه.

وقد أقتصر البحث على الرهن التأميني لسببين، الأول أن الرهن التأميني يمثل القاعدة العامة للرهن عامة، والسبب الثاني أن الرهن الحيازي، وتحديدا رهن المنقول لا ينعقد الا بالقبض فإذا ما قبض الدائن المرتهن المال المرهون فإنه يستطيع بعد ذلك ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الرهن وفقا للمادة 1325 من قانون المعاملات

المدنية الإماراتي رقم 5 سنة 1985 ، التي تعد سندا صحيحا لرهنه وإن يعطل كل الدعاوى في مواجهته وان صدرت من غير المالك بشرط توافر حسن النية والقبض إضافة الى السبب الصحيح، أما الرهن التأميني فإنه يشترط فيه التسجيل في الدائرة المختصة (العقارات) ولا يشترط القبض لانعقاده لذلك كانت التساؤلات السابقة واردة بشأنه، ووجدنا انها جديرة بالبحث، وقد أقتصر البحث على رهن من زالت ملكيته بأثر رجعي، وهذا لا يعني أن غير المالك (كالمنتفع صاحب حق المنفعة – أو غيره من أصحاب الحقوق العينية العقارية (لا يستطيعون الرهن، بل لهم الحق في الرهن مثله، وإنما أقتصر بحثنا على المالك لأن ما ينطبق على المالك الراهن، ينطبق على هؤلاء مع مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه الحقوق، مثل انقضاء حق المساحة أو المنفعة بمدة معينة، أو بموت المنتفع، خلافا للمالك الذي لا تنقضي ملكيته بموته أو بمدة معينة.

وقد قسمنا هذا البحث الى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمن زالت ملكيته بأثر رجعي

المطلب الأول: ماهية من زالت ملكيته بأثر رجعي

المطلب الثاني: تمييز من زالت ملكيته بأثر رجعي عما يشته به

الفرع الأول: تمييز من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين الرهن

الصادر من غير المالك (الفضولي.

الفرع الثاني: تمييز من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين رهن المباني

المقامة على أرض الغير.

الفرع الثالث: تمييز من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين رهن المالك

بسند مزور

المبحث الثاني: شروط وأحكام الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر

رجعي

المطلب الأول: شروط نفاذ الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر

رجعي.

المطلب الثاني: أحكام الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر رجعي.

الفرع الأول: علاقة الدائن المرتهن بالمالك غير الراهن.
الفرع الثاني: علاقة الدائن المرتهن بالمدين الراهن غير المالك.
الفرع الثالث: علاقة الدائن المرتهن بالراهن غير المدين غير المالك

الفرع الرابع: علاقة المالك غير الراهن بالراهن غير المالك.
المبحث الثالث: الأساس القانوني لحكم الرهن الصادر ممن زالت ملكيته
بأثر رجعي.

المطلب الأول: فكرة النيابة القانونية.
المطلب الثاني: فكرة السبب الصحيح.
المطلب الثالث: فكرة حسن النية في العقود.
المبحث الأول

التعريف بمن زالت ملكيته بأثر رجعي
قسمنا هذا المبحث الى مطلبين الأول، لماهية من زالت ملكيته
بأثر رجعي والثاني لتمييزه عما يشته به.
المطلب الأول

ماهية من زالت ملكيته بأثر رجعي
نص المشرع المصري في القانون المدني في المادة 1034 منه
على إنه: يبقى قائما لمصلحة المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي
تقرر أبطال سند ملكيته او فسخه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا
الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن، ولم نجد نص مماثل
في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

ونجد ابتداء ان المشرع المصري قد ركز على أحكام هذا الرهن
أكثر من تركيزه على تعريفه، وبيان من هو بالضبط، لكن يمكن القول
إنه مالك العقار ابتداء (1)، ولكن قد يحدث أثناء مدة الرهن وقبل حلول
أجل الدين المرهون ان تزول ملكيته للعقار المرهون ويحدث ذلك بأثر
رجعي، فيعد كأنه لم يكن مالكا يوما للعقار المرهون والأمثلة على ذلك
كثيرة، مثل أبطال عقد البيع ومن ثم زوال ملكية المشتري – الراهن –
بأثر رجعي، فالعقد الباطل لا يترتب عليه أثر، ولا ترد عليه إجازة،
ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللقاضي أن يحكم به من تلقاء

نفسه⁽²⁾، كذلك قد يخل أحد الطرفين بالتزاماته الناجمة عن العقد فيطلب الطرف الثاني فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزامات القانونية، فيقرر القاضي الفسخ، ولكن المالك الذي فسخ سند ملكيته كان قد رهن العقار قبل فسخ سند ملكيته، وبالتالي فإنه سيعود وفقا للاثر الرجعي للفسخ كأن لم يكن مالكا للعقار⁽³⁾، عليه يمكن تعريف من زالت ملكيته بأثر رجعي بأنه: كل مالك بموجب سند صحيح ابتداء، زال ملكه بأثر رجعي، ورهن العقار قبل زوال ملكه⁽⁴⁾، وهذا ما نقترحه على المشرع الإماراتي عند إيراده لنص يعالج هذه الحالة إذ يجب أبتداء معرفة من هو هذا الشخص.

وكما لاحظنا فإن زوال الملكية يجب أن يكون قد حدث بالنسبة للماضي الأثر الرجعي، وليس بالنسبة للمستقبل، فأذا حدث زوال الملكية بالنسبة للمستقبل كما في حال الأستملاك للمنفعة العامة، فإن حقوق المرتهن في هذه الحالة سوف لن تلاحق العقار بل أنها ستنصب على بدل الأستملاك.⁽⁵⁾

المطلب الثاني

تميز من زالت ملكيته بأثر رجعي عما يشته به

نعالج في هذا المطلب بعض الحالات التي يخيل لأول وهلة أنها مشابهة لهذا الوضع أو يمكن الاعتماد عليها في معالجة هذه الفرضية، وقد قسمنا هذا المطلب الى ثلاث فروع، الفرع الأول لتمييز من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين الرهن الصادر من غير المالك الفضولي، والفرع الثاني للتمييز بين من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين رهن المباني المقامة على أرض الغير والفرع الثالث للتمييز بين من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين رهن المالك بسند مزور.

الفرع الأول

تمييز من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين الرهن الصادر من غير المالك الفضولي

رهن ملك الغير – نظرية الفضولي – إذا ما أردنا تطبيقها على هذه الحالة فإن الرهن الصادر من الراهن وطالما أنه غير مالك فإنه

يعامل معاملة الفضولي ومن ثم فإن الرهن يكون موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي فله إجازة التصرف وله نقضه. (6)

ولكن الحكم في هذه الحالة بعيد عن نظرية الفضولي لسبب بسيط وهو أن المالك الحقيقي – غير الراهن – قد جرد من خيار الإجازة أو النقض وهو لا يستطيع أن يرفض الرهن ولو أنه صدر من غير المالك – بموجب الأثر الرجعي – حيث أن الراهن يفترض أنه لم يكن يوماً مالكا للعقار المرهون ومع ذلك لم يمنح المالك غير الراهن خيار الإجازة أو النقض بل إنه ملزم بقبول الرهن بحالته.

وعليه يمكن القول ان الرهن الصادر من غير المالك، فيه يعد الراهن فضولياً ذلك إنه ليس بمالك من البداية، وهو يعلم) في أغلب الأحوال (بذلك ومع ذلك يقوم بالرهن لسبب أو لآخر – لذلك هو لا يستحق عطف القانون إذا صح التعبير – أما في رهن المالك الذي زال مكله بأثر رجعي فالراهن – وقت الرهن – كان مالكا للعقار المرهون ملكية تامة، وكان الدائن المرتهن يثق بأن التصرف الصادر من المالك ومطمئن الى ذلك ثم يحدث ما يؤدي الى زوال ملكه بأثر رجعي) دون سابق إنذار. (7)

الفرع الثاني

تمييز من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين رهن المباني المقامة على أرض الغير

رهن المباني المقامة على أرض الغير يتشابه أبتداء مع رهن المالك الذي زال ملكه في أن كلتا الملكيتين تزول، إلا أن الفرق الجوهرى هو أن ملكية الراهن في رهن المباني المقامة على أرض الغير تزول ولكن زوالها ليس بأثر رجعي وإنما يحدث بالنسبة للمستقبل فقط ومن تاريخ انتهاء مدة الملكية مثل المساطح، فهو طوال مدة العقد يعد مالكا للمشيديات ويستطيع أن يرهنها رهناً تأمينياً ولكن ملكيته تزول حال انتهاء مدة المساطحة وبعده لا يعامل معاملة المالك. (8)

على عكس الفرض الذي نحن بصدده حيث أن المالك تزول ملكيته ولكن بأثر رجعي، ففي رهن المباني المقامة على أرض الغير الراهن له وجود حقيقي ولو لفترة زمنية معينة، لذلك نقول ان الرهن ينقضي بعد ان كان موجودا ، اما في رهن المالك الذي زال سند ملكيته بأثر رجعي فالرهن يجب ان يزول دون ان ينقضي لأنه لم يكن له وجود في أي وقت من الأوقات حيث يفترض ان الراهن لم يكن مالكا في أي وقت للعقار المرهون.

الفرع الثالث

تمييز من زالت ملكيته بأثر رجعي وبين رهن المالك بسند مزور

قد ينجح شخص ما بتزوير اوراق (عقار) ثم يعطي رهن لمصلحة الغير (الدائن المرتهن) ثم يظهر المالك الحقيقي ويسترد العقار من المزور – المالك غير الحقيقي – فهل مصير الرهن يبقى ؟ أم لا ؟

نجد ان هذه الفرضية بعيدة الى حد ما من الفرضية التي نحن بصددها ذلك ان الرهن في هذه الحالة لم يصدر من مالك أصلا فما بني على الباطل فهو باطل، اما في فرضية البحث فأن الراهن كان مالكا ولو لفترة قصيرة من الزمن، وهو مالك حقيقي وليس وهمي مثل المالك بسند مزور، وعليه فان الرهن يعد باطلا وللمرتهن حق الرجوع على الراهن – المالك بسند مزور – بالتعويض أن كان له مقتضى، فقد يطالبه بسقوط أجل الدين أو تقديم تأمين بديل أو اي ضمان يراه مناسباً أما ان العقار يعود الى المالك الحقيقي وهو منقل بالرهن فهذا غير مقبول، لا بل أن الدائن المرتهن ان كان سئ النية فانه سيتعرض الى المسألة الجنائية حاله (المزور) فقد يعد شريكا في جريمة التزوير (9).

المبحث الثاني

شروط وأحكام الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر رجعي
تناولنا في هذا المبحث الشروط اللازمة لتنفيذ الرهن في مواجهة المالك الحقيقي، في مطلب أول ثم بينا في المطلب الثاني أحكام هذا

الرهن أي العلاقات الناجمة عنه، ما بين إطاره أو الغير، في مطلب ثاني.

المطلب الأول

شروط نفاذ الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر رجعي لكي ينفذ الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر رجعي ويعود العقار الى المالك - غير الراهن - وهو مثقل بالرهن ينبغي توافر شروط بدونها لا يمكن القول بنفاذ الرهن في مواجهة المالك غير الراهن وهذه الشروط هي:

أولا : أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وقت الرهن. وهذا ما أكدته المادة 1034 من القانون المدني المصري، وكما ذكرنا لم ينص قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ذلك، ولكننا نؤكد ونتفق في عدم اقتصار هذا النص على حق الملكية فقط، وإنما على أي حق عيني آخر يمكن رهنه مستقلا وقت الرهن. (10) والسؤال هل ينطبق هذا الكلام على الوارث الظاهر أم لا؟ ظهر رأيان في هذا المجال:

الرأي الأول: ذهب إلى أنه مشمول بالنص ذلك أن النص جاء لحماية الدائن المرتهن لأنه أرتهن ممن كان يثق به انه صاحب حق على العقار وقت الرهن او على الأقل كانت ثقته واعتقاده في ملكية الراهن للعقار المرهون قائمة على أساس ومبررات منطقية، فحكم المادة 1034 يجب تطبيقه سواء كان سند الراهن- غير المالك -باطلا أو قابلا للأبطال، فدرجة البطلان وفقا لهذا الرأي لا تؤثر في مظهر العقد وصحته.

الرأي الثاني: وهو ما نتفق معه، يذهب الى عدم إمكان شمول المالك الظاهر بهذا النص ذلك أن النص واضح في إنه يتكلم عن المالك الذي تزول ملكيته بأثر رجعي أي أنه كان في يوم ما مالكا حقيقة، ثم زالت ملكيته لسبب ما، اما المالك الظاهر فهو لم يكن مالكا مطلقا وأن ظهر بمظهر المالك. (11) ذلك أن النص جاء لحماية الدائن المرتهن

حسن النية بالدرجة الاولى، ولكنه في نفس الوقت، أستند على ملكية حقيقة كانت للراهن ولو كانت هذه الملكية مؤقتة، لذلك كان الدائن كفيل بالحماية لأنه أتخذ كل الوسائل اللازمة للتأكد من ان الرهن صادر ممن يملك حق الرهن أبتداء ، أما المالك الظاهر فهو لا يملك حق الرهن ومن ثم لا يمكن إعادة الملكية الى المالك الحقيقي وهي محملة برهن لمصلحة الدائن الوتهن وان كان حسن النية فهذا الأمر أشبه بعقوبة مالك على شئ لم يقترفه، ممن ليس له حق أصلا على العقار ولو لفترة قصيرة، لذلك نجد أن الأمر في القانون الإماراتي يحتاج الى تأكيد هذه الجزئية وان يورد نص على ذلك يكون نصه كالآتي: ولا يستفيد الدائن المرتهن إن كان قد تلقى الرهن من المالك الظاهر وان كان هذا الدائن حسن النية.

ثانيا : ان تزول ملكية الراهن بأثر رجعي

قد تزول الملكية في فرضيات كثيرة، ولكن قد يأتي زوالها بالنسبة للمستقبل كما قد يكون زوالها بالنسبة للماضي بأثر رجعي فأيهما الذي يثير الإشكالية ويستوجب البحث عن حلول ؟

نقول ان زوال ملكية العقار بالنسبة للمستقبل أمر متوقع وهو وضع طبيعي ولا يثير أي إشكالية وانما هناك نصوص توفر الحماية للدائن المرتهن وأهمها حق التتبع إذ لو زالت ملكية الراهن للعقار بالنسبة للمستقبل وأصبح العقار بيد الحائز – غير الراهن – لكان للدائن تتبعه بسهولة وفقا لحق الرهن، وبالمقابل لا يكون للحائز في سبيل رد هذا التتبع الا إحدى الوسائل الثلاث اما وفاء الدين المضمون او تحرير العقار أو تحمل إجراءات بيع العقار في المزاد العلني. (12)، وإذا ما عطل التتبع في بعض الأحوال مثل نزع الملكية للمنفعة العامة وتلف العقار وقبض عوض التأمين عنه او مبلغ التعويض من الغير - المتلف - فان حق الدائن المرتهن ينصب على المال الذي حل محله وفقا لنظرية الحلول العيني. (13)

أما إشكالية البحث فهي كانت بزوال الملكية بأثر رجعي، أي أن الراهن كان مالكا - حقيقة - وقت الرهن، ثم حدث ما أدى إلى زوال هذه الملكية بأثر رجعي بحيث نفترض أنه لم يملك - نهائيا - العقار المرهون، والأمثلة كثيرة على زوال الملكية بأثر رجعي مثل هبة عقار لشخص وقام هذا الواهب برهنه ثم رجع الواهب عن هبته وكان مستندا الى مبرر معقول، وقد يأتي الأثر الرجعي بحكم القانون كما إنه قد يأتي أحيانا باتفاق الطرفين كما في التقايل. (14)

الشرط الثالث: أن يكون المرتهن حسن النية

ذلك ان المشرع وجد انه امام مصالح متعارضة، مصلحة الدائن المرتهن في حصوله على الضمان ومصلحة المالك غير الراهن في رجوع ملكه اليه خاليا من أي حجوزات أو حقوق للغير تثقله، فوجد المشرع أن المرتهن هو اولى بالحماية إذا كان حسن النية وحسن نيته هو الأمر الذي رجح كفة الميزان لمصلحته ومن ثم الزم المالك بالرهن الذي لم يصدر منه وكان المرتهن بعد ذلك متمتع برهن لم يصدر من المالك، وكان هذا الرهن غير موقوف على إجازة المالك. (15)

والأصل أن الدائن يعد حسن النية وعلى من يدعي عكس ذلك أثباته بكل طرق الإثبات.

وعلى العموم اذا ما أثبتنا ان الدائن المرتهن سئ النية فإنه لا يستفيد من الحماية القانونية وبالتالي فإن رهنه لا يكون نافذا في مواجهة المالك الأصلي (غير الراهن) ونطبق نظرية الفضولي، ويكون الدائن المرتهن سئ النية إذا كان يعلم يقينا بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال وان زوالها سيكون بأثر رجعي، او كان الدائن المرتهن بإمكانه أن يعلم لو أنه بذل جهد معقول أي لو كلف نفسه عناء البحث ولو قليلا ، أي انه كان باستطاعته العلم ولكنه قصر في البحث والتحري ولم يبذل حتى الجهد البسيط، في هذه الحالة يعامل الدائن المرتهن معاملة سئ النية ولا يستحق الحماية المقررة ولا يكون رهنه نافذا في مواجهة المالك الحقيقي غير الراهن. (16)

وبتقديرنا المتواضع فإنه من المفروض بالدائن المرتهن أن يعامل سئ النية ولا يستحق الحماية ومن ثم لا يكون رهنه نافذاً في مواجهة -غير الراهن - في حالة حصوله على حيازة العقار المرهون بالإكراه ولو كان له حق فيها في لحظة حصوله على الأموال وذلك ان حصول الشخص على حيازة أي مال بالقوة والأكراه فإنه يعد سئ النية ولو كان له حق فيها. (17)

ويرى البعض أن معيار حسن النية وسوئها هو معيار شخصي وليس موضوعي فالعبرة هي باعتقاده الشخصي دون النظر الى اعتقاد غيره في مثل ظروفه ومن ثم يجب الاعتداد بقدرات الدائن المرتهن الخاصة سواء كانت أعلى او أقل من قدرات الشخص المعتاد. (18)

ولا نتفق مع هذا الاتجاه بل نؤيد الرأي المغاير الذي يرى أن العبرة في تقدير حسن نية أو سوء نية الدائن المرتهن هو معيار الشخص المعتاد، أي المعيار الموضوعي ذلك أن هذا المعيار أكثر انضباطاً وأسهل تطبيقاً أمام القضاء ويمكن السيطرة عليه ومن ثم الوصول الى الحكم الأقرب لعدالة. (19)

والأصل في النظر الى حسن نية المرتهن أو عدمها هي لحظة انعقاد عقد الرهن فإذا كان في هذه اللحظة حسن النية فإنه يستحق الحماية ولو أصبح بعد ذلك سئ النية، ولكن هذا التوقيت قد أثير بشأنه تساؤلات خصوصاً بالنسبة للرهن الذي يأتي ضماناً لدين مستقبلي، ذلك ان الرهن في هذه الحالة يعد استثناء من القاعدة العامة في تبعية الرهن للدين المضمون بالرهن، إذ ان الدين لم يوجد بعد ومن ثم إذا وجد مستقبلاً فإن الرهن وفي تاريخ وجود الدين سينتج آثاره، لذلك قد يقال ان العبرة في تقدير حسن النية أو سوئها للدائن المرتهن هو بوقت وجود الدين وليس وقت ابرام العقد عقد الرهن. (20)

ولا نتفق مع الرأي السابق، وإنما مع الرأي القائل بان العبرة هي بوقت ابرام عقد الرهن في تقدير حسن نية أو سوء نية المرتهن لا وقت وجود الدين فالرهن الذي يعقد لضمان دين مستقبل قد أنعقد الضمان فيه

وهذه اللحظة هي التي ينبغي أن يعول عليها والنظر إليها، ولو أن الرهن لم ينتج أثره بعد، فهو لا ينتج لأثاره الى حين وجود الدين مستقبلا ، لكن الرهن ذاته قد أنعقد صحيحا منذ البداية. (21)

ولقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير حسن النية أو سوءها حسب ظروف الواقع والملابسات دون رقابة عليه في ذلك من المحاكم العليا ما دام كان استخلاصه لها كان قائما على أسباب سائغة ومبنيا على مقدمات تؤدي لحمله، ومتفقا مع تعريف حسن النية أو سوءها، عليه فما نقترحه على المشرع الإماراتي في خصوص هذه الشروط ان يورد النص الآتي: -1 يبقى الرهن ساريا لمصلحة الدائن المرتهن اذا كان قد حصل على الرهن من المالك أو صاحب الحق العيني إن كان حسن النية وقت الرهن -2 يستفيد الدائن المرتهن من هذه الشروط في حال رهن أموال لضمان دين مستقبل ولو أصبح الدائن المرتهن عند وجود الدين المضمون سئ النية.

المطلب الثاني

أحكام الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر رجعي لفهم العلاقات الناجمة عن هذا الرهن فقد قسمنا هذا المطلب الى أربعة فروع وكالاتي الفرع الأول لعلاقة الدائن المرتهن بالمالك غير الراهن والفرع الثاني خصصناه لعلاقة الدائن المرتهن بالمدين الراهن غير المالك والفرع الثالث خصصناه لعلاقة الدائن المرتهن بالراهن غير المدين غير المالك والفرع الرابع عالجننا فيه علاقة المالك غير الراهن بالراهن غير المالك.

الفرع الأول

علاقة الدائن المرتهن بالمالك غير الراهن

إذا توفرت الشروط السابقة التي تم بيانها في المطلب الأول، فإن العقار يعود الى المالك – غير الراهن – وهو محمل بالرهن لمصلحة الدائن المرتهن وهذا خلافا لحكم الأثر الرجعي، إذ المفروض أن المالك يتلقى الملكية خالصة خالية من الحجوزات المقررة للغير ولكن

المشرع - المصري ولم نجد نص في الإماراتي - أثر تقديم مصلحة الدائن المرتهن في بقاء الرهن على مصلحة المالك غير الراهن في حصوله على مال خالي من الحجوزات، ذلك ان المرتهن كان لحظة الرهن حسن النية وقد أخذ كل الاحتياطات اللازمة للتأكد من ان الراهن له الحق في هذا الرهن، وهذا ما جبر المشرع المصري أن ينحاز في نهاية المطاف الى مصلحة الدائن المرتهن، لذلك فإن الرهن يكون ملزماً للمالك ولكن طالما إن ذلك المالك لم يكن راهناً ، لذلك نجد إنه يعامل معاملة الكفيل العيني، الكفيل العيني هو من يقدم مال معين من أمواله لضمان الوفاء بالديون التي تكون على الغير المدين - دون ان يكون هذا الشخص الكفيل ملزماً ابتداء بالدين الذي على المدين، ولكن يشترط في هذا الكفيل أن يكون مالكا للمال الذي يرهنه، فهو كفيل لهذا السبب، ثم أن كفالته عينية لأنه ملزماً في مواجهة الدائن بحدود هذا المال فقط ولا يمكن للدائن بأي حال من الأحوال أن يتجاوز بالتنفيذ على بقية أموال الكفيل العيني - وهنا هو المالك غير الراهن - في حال عدم كفاية هذا العقار لسداد الديون لمصلحة الدائن المرتهن، لأنه باختصار شديد غير مدين ولا تربطه علاقة مديونية بالدائن المرتهن، لذلك ما نقترحه على المشرع الإماراتي في هذا المجال هو إيراد نص لتنظيم هذه العلاقة يكون كالآتي: 1- إذا توافرت شروط نفاذ الرهن في الراهن، فإن العقار يعود الى المالك وهو مثقل بالرهن لمصلحة الدائن المرتهن -2 تتحصر مسؤولية المالك غير الراهن في العقار المرهون فقط ولا تتعداه الى أمواله الأخرى .

الفرع الثاني

علاقة الدائن المرتهن بالمدين الراهن غير المالك

ابتداء نقول إن العلاقة التي تربط بينهما هي علاقة مديونية، ثم جاء الرهن لضمان الوفاء بذلك الدين، إلا أن العقار محل الرهن قد خرج من ملك الراهن، وعاد الى مالكه الأول وكان ذلك بأثر رجعي، عليه نقول ان علاقة الدائن المرتهن بالراهن تتمثل ابتداء بأنه لا

يستطيع إتخاذ الإجراءات التنفيذية الخاصة بالرهن في مواجهة المدين الراهن لأن العقار لم يعد في ملكه بل إنه لم يعد في حيازته أيضا (22)، وهنا يجب على الدائن المرتهن أن أراد التنفيذ بحقه المضمون أن يوجه إجراءات التنفيذ في مواجهة المالك الحقيقي ولكن كما ذكرنا اذا رجع على المالك فإنه يرجع عليه بوصفه كفيل عيني فهو غير ضامن إلا في حدود العقار، وهنا نحن لانتفق مع المشرع في تقييده حق الدائن المرتهن في إلزامه ان ينفذ ابتداء على العقار المرهون أولا ثم يعود على أموال المدين أن لم تكفي قيمة العقار لسداد حقه، بموجب القيد الوارد في المادة 1419 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ذلك إن الدائن المرتهن المفروض أن له الحق في اختيار أما التنفيذ على أموال المدين بموجب الضمان العام الممنوح له بموجب المادة 391 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أو أن يبدأ بالتنفيذ على العقار المرهون وهو في حيازة المالك غير الراهن (23)، عليه ندعو المشرع الإماراتي الى إضافة فقرة ثالثة الى المادة 1419 من قانون المعاملات المدنية مضمونها: ويحق للدائن المرتهن ان يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى غير المرهونة بوصفه دائنا عاديا ، في حال عودة المال الى ماله بموجب الأثر الرجعي، او اذا لم تباع الأموال المرهونة بالمزاد رغم عرضها للبيع مرتين على الأقل، لكن الدائن المرتهن اذا نفذ على أموال المدين بوصفه دائن عادي ليس بذئ حق عيني فإنه سيتعرض الى مزاحمة بقية دائني المدين الدائنين العاديين وقد تكون مرتبته متأخرة بعد أن كانت متقدمة (24)

ونجد أن هناك أثر آخر للدائن المرتهن يستطيع أن يطالب به لحظة فقد الراهن لملكية العقار المرهون، وهو ان للدائن أن يعتبر ذلك أضعافا للتأمينات ومن ثم يطالب بسقوط أجل الدين في مواجهة الراهن مباشرة، إذ أن فقد ملكية العقار من وجهة نظرنا هو أضعاف للتأمينات لأنه سوف يشتت مطالب الدائن المرتهن حيث أن على الدائن ان يوزع مطالبه بين المالك الحقيقي للعقار، وبين المدين غير المالك،

وهذا في حقيقة الأمر تشتتت لمطالب الدائن المرتهن، الذي كان يعتقد أبتداءً ان إجراءات التنفيذ كانت ستوجه ضد شخص واحد، كما إنه يستطيع فسخ العقد مع الراهن وفقاً لدعوى الغلط ذلك عن هناك غلط في صفة المتعاقد إذ أن هناك غلط في صفة المتعاقد إذ ان الدائن المرتهن كان يعتقد أنه يتعاقد مع مالك مدين راهن، ثم تبين انه ليس بمالك وبالتالي فإنه يستفيد من أحكام الغلط⁽²⁴⁾، أو إنه وهو الأغلب في مثل هذه الحالة ان الغلط كان مشتركاً ، وفي هذه الحالة يكون طلب الدائن المرتهن بفسخ العقد متفقاً مع مبدأ استقرار التعامل لأن المدين –المتعاقد الثاني الذي وقع بالغلط أيضاً – سوف لن يفاجأ بطلب الفسخ، ومن مقتضى مبدأ حسن النية في التعاقد هو التسليم بفسخ العقد، ولكن بتقديرنا وإن كان للدائن المرتهن حق طلب الفسخ ولكنه عملياً ليس من مصلحته ذلك، ما دام بقاء حقه على العقار المرهون أفضل من فسخ الرهن، إلا اذا كان الفسخ أفضل له، ففي هذه الحالة سوف لن يتوانا في طلب الفسخ.

الفرع الثالث

علاقة الدائن المرتهن بالراهن غير المدين غير المالك وهذه الفرضية تظهر لو أن الراهن أصلاً لم يكن هو المدين وانما كان كفيلاً عينياً ، ورهن ما يملك ثم فقد ملكه بأثر رجعي، فما حكم علاقته بالدائن المرتهن ؟ بتقديرنا أن علاقة الدائن المرتهن بالراهن غير المالك (الكفيل العيني) أنتهت بمجرد فقدان الراهن لملكية العقار بأثر رجعي، ولا يستطيع الدائن المرتهن وان كان حسن النية الرجوع عليه، وانما يرجع على المدين أي أن حقه بالرجوع هو حق شخصي وليس حق عيني، أما الراهن فلأنه كان كفيلاً عينياً في البداية وفقد ملكه فلم يبقى ما يبرر الرجوع عليه بأي دعوى، إلا إذا كان هذا الكفيل سئ النية وتواطأ مع المدين بقصد الأضرار بالدائن المرتهن هنا يمكن الرجوع عليه ولكن بموجب أحكام الفعل الضار، وفعله يعد تسبباً في هذه الحالة

لذلك فهو لا يضمن الا بالتعدي، وسوء نية الكفيل العيني هي وجه من وجوه التعدي، ولكن ابتداءً نفترض انه حسن النية وعلى من يدعي سوء نيته أثبات ذلك، والدائن المرتهن في هذه الحالة هو من سيدعي سوء نية الراهن غير المدين (الكفيل العيني)، عليه نقترح على المشرع الإماراتي النص الآتي لمعالجة هذه الحالة يكون كالآتي: -1 إذا كان من فقد ملكية العقار بأثر رجعي هو الكفيل العيني فلا يحق للدائن المرتهن الرجوع عليه، الا إذا كان الكفيل العيني سئ النية -2 ويكون الكفيل العيني سئ النية إذا كان يعلم أن ملكيته مهددة بالزوال .

الفرع الرابع

علاقة المالك غير الراهن بالراهن غير المالك

إذا ما بدأ الدائن المرتهن بإجراءات التنفيذ على العقار المرهون وهو في ملك وحيازة المالك غير الراهن، فإن هذا التنفيذ بحد ذاته يعد تعرضاً للمالك في ملكه رغم إنه ليس بمدين ولا براهن، وفي ضوء غياب النص التشريعي في القانون الإماراتي فهل يستطيع المالك الرجوع على المدين الراهن.⁽²⁵⁾ ، - غير المالك - بدعوى ضمان التعرض ثم ضمان الاستحقاق في حال نجاح الدائن في التنفيذ على العقار المرهون.

وفي تقديرنا أن علاقة المالك غير الراهن بالراهن غير المالك لا تخرج عن أحكام ضمان التعرض والاستحقاق، وتتلخص بما يأتي أولاً : قد يطلب المالك غير الراهن من الراهن دفع هذا التعرض ورده عينا ، وقد ينجح الراهن في رد هذه التعرضات عينا ، ويكون ذلك فيما لو عرض الراهن على الدائن المرتهن عقار ثاني يكون محلاً للرهن وقد يرضى الدائن المرتهن بذلك خصوصاً إذا كان العقار الثاني أكبر قيمة من العقار الأول، وفي هذه الحالة المفروض بالدائن المرتهن أن يسجل رهنه على العقار الثاني، ثم يتنازل عن الرهن الأول على العقار الأول الذي عاد الى مالكه⁽²⁶⁾، وهذا يعني نجاح الراهن في رد التعرضات التي تعرض لها المالك.

ثانياً: قد لا يرضى الدائن المرتهن في تحويل رهنه من عقار الى عقار ثاني، خصوصاً انه صاحب حق عيني، وبما له من سلطة التتبع يستطيع التنفيذ على العقار المرهون أينما كان سواء في ملك الراهن وحيازته أو في ملك الحائز هذا من جهة ومن جهة أخرى حتى إن رضى بتحويل رهنه على عقار ثان فان هذا الرهن يأخذ مرتبته من تاريخ التسجيل لذلك قد يفقد هذا الدائن عدة مراتب عند التنفيذ على العقار المرهون وعليه فأن الدائن المرتهن لا يرضى بتحويل رهنه في الغالب على عقار ثاني وبالتالي فهو سيتسمر في إجراءات البيع على هذا العقار، وإذا ما بيع العقار المرهون فان المالك يستطيع الرجوع على الراهن بدعوى ضمان الأستحقاق - التعويض - ولكن مقدار التعويض يختلف زيادة أو نقصان بحسب ما اذا كان الراهن حسن النية او سيئها. (27)

المبحث الثالث

الأساس القانوني لحكم الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر رجعي

في القانون المدني المصري نحن أمام نص صريح ولكننا في القانون الإماراتي نفتقر الى هذا النص، وحتى في القوانين التي نصت على هذه الحالة نحن بحاجة الى معرفة الأساس القانوني السليم لهذه الفكرة، إذ كيف يجد الشخص نفسه أمام حقوق للغير على أمواله وهو أصلاً غير ملزم قانوناً بها (غير مدين)، لذلك كان لا بد من البحث عن أساس قانوني سليم مقنع لهذه الفكرة، وعليه فقد قسمنا هذا المبحث الى اربع مطالب، الأول لفكرة النيابة القانونية والثاني لفكرة السبب الصحيح والثالث لفكرة رهن ملك الغير والرابع لفكرة حسن النية في العقود .

المطلب الأول

فكرة النيابة القانونية

جاءت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بفكرة النيابة القانونية في محاولتها تأصيل هذا الحكم الوارد في المادة 1034 من القانون المدني المصري إذ نصت على إنه: أن غير المالك الذي صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية.⁽²⁸⁾

ولا تتفق مع المشرع المصري في وجهة النظر هذه ذلك ان النيابة القانونية تقرر في الأصل لمصلحة وحماية للأصيل وهنا هو المالك (وليس لمصلحة شخص آخر ليس له مصلحة بالنيابة) الدائن المرتهن)، والحكم هنا كان مضرا بالمالك الحقيقي عكس فكرة النيابة تماما⁽²⁹⁾ إذ ان تجاوز النائب حدود النيابة قد يكون لمصلحة النائب الأصيل في اغلب الأحيان، كما أن النيابة تفترض موافقة الأصيل – وهنا هو المالك الحقيقي – سواء قبل أو بعد النيابة وذلك بأقرار التصرف الصادر من النائب، في حين أن الأصيل – المالك الحقيقي هنا – وجد نفسه ملزم بالرهن الصادر من النائب دون أن يتوقف ذلك على إقراره⁽³⁰⁾، وبالتالي نجد ان هذه الفكرة قاصرة عن الوصول إلى الأساس القانوني السليم لتأصيل هذه الفكرة.

المطلب الثاني

فكرة السبب الصحيح

وردت الإشارة الى هذه الفكرة في مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، في محاولة ثانية لتأصيل الحكم الوارد في المادة 1034 من القانون المدني المصري إذ نصت على إنه: أو يقال أن الرهن الرسمي كما يكسب بالعقد كذلك يكسب بالسبب الصحيح الصادر من غير المالك في أموال معينة إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية⁽³¹⁾، الا أن السبب الصحيح وأن اقترن بحسن نية فإنه لا يكفي لكسب الحقوق على العقارات وانما يجب أن يكون ذلك مقترن

بفترة زمنية وهي سبع سنوات وإذا أصبح الحائز سئ النية فأنا نذهب الى التقادم الطويل أي المدة تكون هي خمسة عشر سنة (32)، ولا شك ان الدائن المرتهن لا يتمتع بهذه المدة لا الطويلة ولا القصيرة في أغلب الأحيان، وإن كان بالإمكان من حيث المبدأ اكتساب حق الرهن بالحيازة بوصفه حقا عينيا على عقار إلا أن ذلك يفترض أن يحوز الدائن المرتهن محل الحق المراد كسبه بالحيازة حيازة مادية ظاهرة عليه بمظهر صاحب حق الرهن، ولما كان الدائن المرتهن لا يحوز – في الرهن الرسمي – العقار المرهون فإن توافر شرط الحيازة بالنسبة اليه يبدو محل شك وحتى إذا افترضنا جدلا توافر الحيازة فإنها يجب أن تستمر لمدة سبع سنوات متصلة على الأقل، في حين ان المشرع قرر أن الرهن الصادر من مالك زال سند ملكيته يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن دون اشتراط مرور مدة زمنية معينة (33)، إذن هذه الفكرة لا تصلح أيضا للتأصيل هذه الفكرة.

المطلب الثالث

فكرة حسن النية في العقود

لم يتبقى لدينا بعد ذلك سوى أساس قانوني واحد يصلح من وجهة نظرنا لاعتماده وتبرير ما جاء في المادة 1034 من القانون المدني، الا وهو فكرة حسن النية في العقود، فنحن أمام مصليحتين متعارضتين مصلحة المالك غير الراهن في الحصول على ملك خالي من أي حجوزات ومصلحة المرتهن الذي تعامل مع راهن – مالك – على الأقل لحظة الرهن واتخاذ هذا المرتهن كل الاحتياطات اللازمة لانجاز و ابرام العقد، لذلك فضل المرتهن على المالك وكان السبب بكل بساطة حسن نية المرتهن وحماية الثقة المشروعة التي تولدت في نفس المرتهن من جراء اعتقاده بأنه يتعامل مع المالك الحقيقي للمرهون (34) ذلك ان هدف القانون في أي عملية تشريعية هو تحقيق العدل والاستقرار معا ، العدل بإعطاء كل ذي حق حقه والاستقرار وهو تحقيق الطمأنينة في نفوس الأفراد من خلال حماية الأوضاع الظاهرة

التي يثق بها الأفراد، فعدم حماية هذه الأوضاع تؤدي الى زعزعة ثقة الأفراد بالقانون بوجه عام، فإذا ما تعارضت اعتبارات العدل مع اعتبارات استقرار التعامل فلا مناص من التضحية بأحدهما في سبيل الآخر وتتجه قواعد القانون بوجه عام الى تفضيل اعتبارات استقرار التعامل حتى ولو كان الامر على حساب العدل ذلك دعماً للاوضاع الظاهرة. (35)

الخاتمة

من خلال هذا البحث توصلنا الى عدة نتائج أهمها:

- أن المشرع الإماراتي لم يعالج فرضية فقدان ملكية العقار باثر رجعي، وقيام هذا المالك قبل ذلك برهن العقار فما هو مصير الرهن.
- إن القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية قاصرة عن معالجة هذه الحالة وفي ظل غياب النص سيضطر القاضي الى الرجوع الى قواعد الشريعة الاسلامية مقتدياً بالمذهب المالكي والحنبلي ثم بالمذهب الشافعي والحنفي وفقاً للمادة الاولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 المعدل.
- لكي ينفذ الرهن في مواجهة الصادر من المالك الذي زال ملكه بأثر رجعي في مواجهة لمصلحة الدائن المرتهن في مواجهة المالك، يجب توافر ثلاثة شروط، الأول ان يكون الراهن وقت الرهن مالكا او صاحب حق عيني على العقار، وان يكون المرتهن حسن النية وقت الرهن، وان يفقد هذا الراهن ملكه بأثر رجعي.
- هذه الفرضية تختلف عن تصرفات الفضولي ولا تنطبق عليها احكام تصرفات الفضولي، لسبب بسيط ان المالك في تصرفات الفضولي له الحق في نقضها، وهنا نجد ان المالك ملزم بالرهن ولا يستطيع نقضه إذا توافرت الشروط الثلاثة.
- كما إن هذه الفرضية تختلف عن أحكام رهن المباني المقامة على أرض الغير، ذلك إن الراهن عندما يرهن المباني المقامة على

- أرض الغير فإنه يملكها وان فقد ملكيتها فإنه يفقدها بالنسبة للمستقبل دون أن يكون فقدانها بأثر رجعي مثلما هو الحال في هذه الحالة.
- لا يستفيد من يحوز عقار بموجب أوراق مزورة وغير أصولية من أحكام هذه الفرضية وان كان حسن النية، وإلا فمن السهولة التحايل على أحكام القانون وإعادة العقارات التي يتم التلاعب بسنداتها مرهونة إلى مالكيها.
 - علاقة الدائن المرتهن بالمالك -بعد عودة العقار اليه - تتمثل في سريان الرهن في مواجهته وان كان المالك حسن النية.
 - علاقة الدائن المرتهن بالمدين الراهن غير المالك، تعود الى حق شخصي أي حقه في التنفيذ على كل ذمته المالية لأنه لم يعد مالكا للعقار، ولكنه لازال مدين.
 - الراهن غير المالك إذا كان في الأصل غير مدين - كفيل عيني - فإن علاقته تنتهي بالدائن المرتهن، ويكون غير مسؤول عن الرهن إلا إذا كان سئ النية متواطأ مع المدين ضد الدائن فيمن الرجوع عليه بموجب أحكام الفعل الضار.
 - علاقة المالك غير المدين بالمدين غير المالك، تحكمها قواعد الفسخ أو البطلان على حسب كيفية فقدان ملكية الراهن لملكه، ولكن الإشكالية هي أن المالك عاد اليه عقار مرهون ولم يكن له ذنب بذلك، فيستطيع ان يطلب من المدين غير المالك تخليص العقار من الرهن والا رجع عليه بموجب أحكام ضمان التعرض والأستحقاق وعليه فإن أهم التوصيات التي نوصي بها المشرع الإماراتي هي:
 - ضرورة إيراد نص مشابه لما جاء به المشرع المصري لتنظيم هذه الحالة يكون كالآتي) يبقى قائما لمصلحة المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر أبطال سند ملكيته او فسخه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن.
 - يجب ابراز شروط حكم هذه الحالة لخطورته في مواجهة مالك العقار عليه نقترح النص الآتي في بيان شروط هذه الحالة يكون نصه: لنفاذ الرهن في مواجهة المالك يشترط توافر الشروط الآتية

أ- أن يكون الرهن صادر من مالك وقت الرهن ب- لا يستفيد الراهن إذا كان سند ملكه يستند الى اوراق غير اصولية وان كان حسن النية ج- يجب ان يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن وان اصبح بعد ذلك سئ النية د- ان يفقد المالك الراهن سند ملكيته باثر رجعي.

- كما يجب التأكيد على أن الدائن المرتهن لا يستفيد من هذا الحكم إن كان قد تلقى الرهن من المالك بموجب سند ظاهر – المالك الظاهر - ويكون النص كالاتي: لا يستفيد الدائن المرتهن إن كان قد تلقى الرهن من المالك الظاهر وان كان الدائن حسن النية.
- فيما يخص الرهن الذي يأتي لضمان دين مستقبل ولخصويته اقترحنا النص الآتي: ينفذ الرهن الذي يأتي لضمان الدين المستقبلي إن كان المرتهن حسن النية وقت الرهن ولو أصبح سئ النية وقت وجود الدين.
- فيما يخص العلاقات وتنظيمها أقترحنا ما يأتي:

أ- علاقة الدائن المرتهن بالمالك يكون النص كالاتي: -1 إذا توافرت شروط نفاذ الرهن في الراهن، فإن العقار يعود الى المالك وهو مثقل بالرهن لمصلحة الدائن المرتهن -2 تنحصر مسؤولية المالك غير الراهن في العقار المرهون فقط ولا تتعداه الى أمواله الأخرى.

ب- علاقة الدائن المرتهن بالمدين الراهن غير المدين نقترح النص الآتي: تنحصر علاقة الدائن المرتهن بالمدين الراهن غير المالك بحدود الحق الشخصي ويكون له الحق بالتنفيذ على الذمة المالية للمدين.

ج- علاقة الدائن المرتهن بالراهن غير المدين غير المالك – الكفيل العيني -نقترح النص الآتي: -1 إذا كان من فقد ملكية العقار بأثر رجعي هو الكفيل العيني فلا يحق للدائن المرتهن الرجوع عليه، الا إذا كان الكفيل العيني سئ النية -2 ويكون الكفيل العيني سئ النية إذا كان يعلم أن ملكيته مهددة بالزوال.

د- فيما يخص علاقة المالك غير الراهن بالراهن غير المالك نقترح النص الآتي: (يحكم علاقة المالك غير الراهن بالمدين غير المالك أحكام قواعد ضمان التعرض والأستحقاق، فيكلف الراهن برد التعرضات وإلا فإنه مسؤول عن الضمان -2 تزداد مسؤولية المدين غير المالك بالضمان اذا كان سئ النية وقت الرهن)

قائمة المصادر

الكتب:

- د. أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، ج1، الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، 1970
- د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005
- د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإرادية، مكتبة جامعة الشارقة، 2008
- المستشار أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج3، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، دون سنة طبع.
- د. إسماعيل غانم، الذمة المالية، دون مكان وسنة طبع.
- د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية العينية، دون مكان وسنة طبع
- د. توفيق فرج وجمال العدوي، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، وأحكام الالتزام -مقارنة بين القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002
- القاضي حسين عبد اللطيف، التأمينات العينية، منشورات الحلبي، 2007
- د. جاسم الشامسي، عقد البيع، في ضوء قانون المعاملات المدنية، مطبوعات جامعة الإمارات، 1998
- د. جلال ابراهيم وأحمد سعد، الحقوق العينية التبعية، ج1، الرهن الرسمي، 1999

- د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998
- زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، دون سنة طبع.
- د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، 1994.
- شوقي بتاسي، احكام الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009
- د. صالح الهيبي، الحق الشخصي خير من الحق العيني أحيانا ، مقال منشور في مجلة المعهد، مجلة قانونية تصدر عن معهد دبي القضائي، الإمارات، العدد 16 ، لعام 2013
- د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1982 .
- د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، 1969
- د. علي المهداوي، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، الحقوق العينية الأصلية، ط1، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2010
- د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري، التأمينات الشخصية والعينية، دار نشر الثقافة، القاهرة، 1950
- د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، كلية شرطة دبي، 1991 .
- د. عبد الخالق أحمد حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، ج1، مصادر الالتزام، كلية شرط دبي، ط3، 1999
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 ، دار النشر للجامعات المصرية، . 1952
- د. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات

- والحقوق الشخصية، ج1، مصادر الالتزام، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993
- د. عبد الناصر العطار، مصادر الألتزام الأرادية في قانون المعاملات المدنية، مطبوعات جامعة الإمارات، 1997
- د. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، ط1، دار وائل، عمان، 2005
- د. عدنان السرحان ود. يوسف عبيدات، المصادر الأرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط1، الإفاق المشرفة ناشرون، الشارقة، 2011
- د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، دار النهضة، القاهرة، 1993 .
- د. عمر السيد أحمد عبدالله، أبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة، القاهرة، 1995
- د. قيس عبد الستار، احكام وقواعد الأثبات، ط1، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2011
- د. لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دون مكان وسنة طبع
- د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مكتبة الثقافة، عمان، 1998، ص.160
- د. محمد المرسي زهرة، ضمان الائتمانات العينية، المجلد الاول، مطبوعات جامعة الإمارات، 1997
- د. محمد المرسي زهرة، أحكام الأثبات، مطبوعات جامعة الإمارات، 2005
- د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، 2007
- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، . 2010
- د. محمد ابراهيم بنداري، الكفالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، ط1، 2005

- د. مؤيد محمد علي القضاة، قانون العقوبات الإتحادي الإماراتي، ط1، مكتبة جامعة الشارقة، . 2013
 - د. همام محمد محمود و د. عصام أنور سليم، النظرية العامة للأدبآت فف المواء المذبنة والتجاربفة، منشورات الحلبي الحقوقفة، ط1، . 2010
 - د. يوسف عبفدات، شرح أحكام الأدبآت فف المعاملات المذبنة والتجاربفة فف ضوء قانون الأدبآت الإماراتف، مكتبة الجامعة، الشارقة، . 2010
- القوانين:
- قانون المعاملات المذبنة الإماراتف رقم 5 لسنة 1985 المعدل.
 - القانون المذبني المصري.
 - مجموعة الأعمال التضبفرفة للقانون المذبني المصري، ج. 1.
 - المذبرة الإفضاففة لقانون المعاملات المذبنة الإماراتف .
 - القانون المذبني العراقي.

الدولة والقانون لدى هيجل
الدكتور أحمد على ديهوم
مدرس فلسفة القانون وتاريخه
كلية الحقوق-جامعة عين شمس

مقدمة

تعد الفلسفة السياسية من أهم المجالات التي تحاول أن تربط بين الأفكار السياسية المجردة والواقع الفعلي، وهي تتضمن محاولة الفلاسفة الوصول إلى كيفية اتفاق القوة مع العقل داخل المجتمعات.

هذا السؤال الذي يجد إجابته في الدولة، إذ من خلالها يمكن تحقيق التوافق بين القوة والمجتمع، وقد كان أفلاطون أول من اهتم بهذا الشأن، بل أنه يعد أول من هدف إلى ذلك في فلسفته.⁽¹⁾

وترجع أهمية الفلسفة في المجال السياسي إلى أن الظواهر السياسية مثلها في ذلك مثل الأخلاق تفترض الإرادة الإنسانية، هذه الإرادة تتصف بالحرية وهذا ما يرتب صعوبة التوصل إلى قوانين دقيقة لها، مما يصم الفلسفة السياسية بالطابع المعياري، بحيث تبحث فيما يجب أن يكون وليس ما هو كائن. وفي هذا المجال يعد هيجل من أهم فلاسفة القرن التاسع عشر، إذ أثرت فلسفته على كافة المذاهب التي سادت في القرن العشرين، كما أن الفلسفة الألمانية قد بلغت قممها على يده.⁽²⁾

أهمية الموضوع:

تمر البلدان العربية بما يعرف بفترة "الربيع العربي"، وذلك على أثر سقوط الأنظمة الديكتاتورية فيها، إلا أن الوضع لم يسر كما يتوقع له، وذلك لما ساد المفاهيم الأساسية من غموض، فما هو مفهوم الحرية؟ وما هو دور الفرد

-
- (1) د. أميرة حلمي مطر، في فلسفة السياسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دت، ص 5.
- (2) د. أميرة حلمي مطر، المرجع السابق، ص 131.

فى الدولة؟ وما دور الدولة فى تحقيق رفاهية الأفراد؟ كل هذه الأسئلة وغيرها طرحت فى ظل الأوضاع السائدة بعد الثورات العربية. وهذا ما يجعلنا نتناول أفكار أحد الفلاسفة الذى أثر فى الكثير من المذاهب الفلسفية، وذلك فى سبيل معرفة أفكار مختلفة قد نتمكن من الاستفادة منها، ألا وهو هيجل.

إذ أن هيجل صاغ أفكاره عن حرية الأفراد ودورهم فى المجتمع دون أن ينكر أحدهما، كما أنه وضع تصورًا لدستور الدولة وهيئاتها، وهذا ما قد يفيدنا فى مجتمعاتنا فى ظل سعيها نحو بناء مجتمعات جديدة. نطاق البحث ومنهجه:

اتسم أسلوب هيجل بالسعى إلى إنشاء فلسفة كاملة، إذ عدت الفلسفة لديه علمًا خاصًا، وقد اتبع المنهج الديالكتيكي الذى يقوم على المتناقضات وصراعتها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المنهج لم يكن بالشىء الجديد، إذ ساد هذا المنهج لدى اليونانيين، إلا أن هيجل اختلف عنهم حيث رفض الطريقة الميتافيزيقية فى التفكير. كما قام بشرح القوانين الأساسية لهذا المنهج، وطبقه على دراسة الظواهر الاجتماعية، مما أمكن القول معه أن منهجه عد مرحلة عليا من المنهج لدى اليونانيين. (1)

وقد عد هيجل من أنصار المثالية الموضوعية، ويظهر ذلك من خلال إقراره بأن حجر الزاوية لكل شىء هو الفكرة المطلقة، كما أنه اعتبر الطبيعة وجهًا آخر للروح، وهذا ما وسم منهجه بالعمق والشمول. (2) وسوف نتناول أفكار هيجل بنوع من التحليل، وفى سبيل الوصول إلى أكبر استفادة نقارن بين أفكاره وأفكار غيره من الفلاسفة فى نطاق البحث. ونظرًا لما لهيجل من عدة أفكار فإننا نقصر دراستنا على أفكاره عن الدولة، وذلك فى سبيل تبيان دور الفرد ومدى حرته.

-
- (1) د. علاء حمروش، تاريخ الفلسفة السياسية، دار التعاون للطبع والنشر، 1986، ص 158 وما بعدها.
(2) المرجع السابق.

خطة البحث:

وبناءً على ما سبق نتناول أفكار هيغل عن الدولة فيما يلي:
الفصل الأول: نشأة الدولة.

المبحث الأول: أساس وجود الدولة.

المبحث الثاني: الفرد والدولة.

الفصل الثاني: دستور الدولة.

المبحث الأول: جهات الدولة.

المبحث الثاني: القانون.

الفصل الأول

نشأة الدولة

اعتنق هيغل أفكارًا مخالفة لما ذهب إليه فلاسفة القرن الثامن عشر، وواضعو دساتير الثورة الفرنسية، وذلك من حيث رفضه لفكرتهم عن ماهية الدولة الفضلى. إذ ذهب إلى أن البحث عما قد تكون عليه الدولة لا جدوى منه، إذ أن الدولة سبق وأن وجدت، وإنما البحث يجب أن ينصب عن ماهية الدولة وما ستكون؟⁽¹⁾

وقد تضمنت أفكار هيغل عن الدولة موقف الأفراد منها، ودورهم من خلالها، وهذا ما أدى إلى تباين فكرة الحرية لديه. وبناءً على ذلك نتناول أساس وجود الدولة، ودور الفرد في الدولة، وذلك فيما يلي:

المبحث الأول: أساس وجود الدولة.

المبحث الثاني: الفرد والدولة.

المبحث الأول

أساس وجود الدولة

(1) جان توشار، تاريخ الأفكار السياسية من عصر النهضة إلى عصر الأنوار، ترجمة د. ناجى الدراوشة، دمشق، دار التكوين، الطبعة الأولى 2010، ص 658.

نظر هيجل للدولة على أساس أنها حيلة لا بد من وجودها، وذلك كضرورة للوصول إلى نقطة فاصلة للصراع بين المصالح المتضاربة، وهو في ذلك انتقد فكرة وجود الدولة على أساس نظرية العقد الاجتماعي. وبناءً على ذلك نتناول أساس وجود الدولة، وموقفه من نظرية العقد الاجتماعي، وذلك فيما يلي:

المطلب الأول: ضرورة الدولة.

المطلب الثاني: العقد الاجتماعي.

المطلب الأول

ضرورة الدولة

يبدأ فكر هيجل عن وجود الدولة من وصفه للمجتمع المدني، ذلك الوصف الذي مهد إلى وجود الدولة لديه، لذا نتناول المجتمع المدني لدى هيجل، ثم وجود الدولة ثانياً، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: المجتمع المدني.

الفرع الثاني: وجود الدولة.

الفرع الأول

المجتمع المدني

بدأ هيجل وصفه للمجتمع المدني بتعريفه بأنه "تشكيل اجتماعي تتحقق فيه الحاجات الخاصة بواسطة حاجات سائر الأفراد"⁽¹⁾، والمجتمع المدني لدى هيجل وفقاً لهذا التعريف يشابه المجتمع الحديث، من حيث إن الحاجات الخاصة لا تتحقق إلا من خلال الحاجات العامة، إذ أن الأفراد حديثاً ينصب اهتمامهم على الإنتاج الاقتصادي الجماعي، وذلك في سبيل إشباع حاجاتهم الفردية.⁽²⁾ وقد اتصف المجتمع المدني قديماً بالأنانية - وإن كان أقل أنانية من المجتمع الحديث -، إذ يسعى كافة الأفراد كل على حدة إلى إشباع حاجاتهم، وهذا ما يعد العنصر الجزئي في المجتمع، إلا أن إشباع هذه الحاجات لا يتحقق

(1) د. عبد الرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، القاهرة، دار الشروق، الطبعة الأولى 1996، ص 121.

(2) المرجع السابق، ص 121.

إلا من خلال مساعدة أفراد آخرين لهم ذات الهدف، وهذا ما يعد العنصر الكلى فى المجتمع.⁽¹⁾

ومما سبق يمكن القول أنه لا أحد يستطيع تحقيق مجموع أهدافه دون أن يدخل فى علاقة مع الآخرين. فالآخرون يعدون مجرد وسيلة لتحقيق أهداف الأفراد الخاصة، ونتيجة لذلك فإن الهدف الخاص للأفراد يتحول إلى هدف عام، بحيث يصبح الجزء - هدف الفرد الخاص - متوقفاً على الكل المجتمع.⁽²⁾

ومفاد ذلك أن المجتمع يعد نظاماً لاعتماد الفرد على الكل، أو نظاماً لاعتماد الأفراد على بعضهم البعض فى المجتمع ككل، لذا يمكن القول أن المجتمع هو "دولة الحاجات والتفاهم"، بحيث يعكس مبدأ أن رفاهية الفرد ووجوده القانونى وثيق الصلة برفاهية وحق الجميع.⁽³⁾

والمجتمع وفقاً لذلك يتيح للفرد القيام بما يريد، بما يتضمنه ذلك من منافسة الأفراد الآخرين، وحق الحصول على الخيرات المادية، وذلك فى إطار نشاط الأفراد المتنوع، فى مقابل حق المجتمع فى اعتباره الغاية النهائية.⁽⁴⁾ وتجدر الإشارة هنا إلى تقارب هذه الفكرة مع أفكار أفلاطون التى دعت إلى ضرورة اندماج الفرد فى كيان الدولة، إذ عد الفرد جزءاً فى الكيان الاجتماعى، فهو لم ينظر للفرد كذات منفردة منعزلة.⁽⁵⁾

وبالرغم من هذا التناغم بين الحاجات الشخصية وأهداف المجتمع، إلا أن هناك صراعاً ينشأ بينهم، إذ أن إحداها قد لا تتحقق إلا بالتعارض مع الأخرى.

وتوضيحاً لذلك فإن الأفراد يعتقدون أن دفع الضرائب يعد عقبة فى تحقيق أو سد احتياجاتهم، أو بمعنى آخر أنه انتهاك للجزئيات التى يتكون منها

(1) المرجع السابق، ص 121.

(2) G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, Edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, Cambridge univ. press, 2003, p.220ets

(3) G. W. F. Hegel: Ibid. p.220 et s.

(4) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 122.

(5) د. طه عوض غازى، دروس فى فلسفة القانون "القانون الطبيعى بين المنادين به والمنكرين له"، دار النهضة العربية، 2005، ص 36.

المجتمع، إلا أن المجتمع كجزء كلى إذا لم يكن هناك ضرائب تموله لن يستطيع تحقيق أهدافه. (1)

وتجدر الإشارة إلى أن رغبة الأفراد فى إشباع احتياجاتهم المستمرة المتجددة، يصطدم بالأهداف الكلية للمجتمع، لذا فإن إشباع احتياجاتهم يتصف بالعرضية والتأقبت.

وهذا التعارض بين الجزئيات والكليات يُظهر المجتمع فى شكل شقاء وصراع وفساد، وذلك من الناحية المادية أو المعنوية والأخلاقية. (2)

وتطبيقاً لذلك فإن المجتمعات القديمة اعتقدت أن السعى إلى تحقيق أو سد الاحتياجات الفردية أو بمعنى آخر الذاتية، يعد عامل فساد للأخلاق، بالإضافة إلى كونه سبباً للانحلال. ويرجع ذلك إلى أن العامل الفردى أو الذاتى كان غير واضح، وذلك فى ضوء تكوين المجتمعات على أسس دينية وأبوية.

وهذا الشعور الذاتى أو الفردية هو ما دفع أفلاطون إلى تخيل دولته المثالية، وذلك أمام عدم قدرته على التغلب على مبدأ الفردية الذاتية الذى تنامى لدى الأفراد. (3)

الفرع الثانى

وجود الدولة

صاغ هيجل وضع المجتمع المدنى وما يتضمنه من صراع بين الجزئى والكلى من وجهة نظر فلسفية، وهذا ما أظهر ضرورة وجود الدولة، وذلك وفقاً لأسلوبه الديالكتيكى.

إذ رأى أنه من خلال هذا النمط يمكن الربط بين الواقع والقيم وذلك من خلال رابطة منطقية، فهذا النمط عد وسيلة من قبله لفهم مشكلات الدين والقيم والمجتمع، حيث عد المنهج الديالكتيكى أسلوباً جديداً للكشف عن علاقات المجتمع والتاريخ، بحيث لا يمكن تكشفها بأى وسيلة أخرى غيره، وهذا ما يعيد تقويم القومية بمعزل عن الفردية.

(1) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 122.

(2) المرجع السابق، ص 123.

(3) المرجع السابق، ص 123.

وتجدر الإشارة إلى أن أسلوب هيجل الديالكتيكي تضمن ثلاث نظريات ألا وهي التقدم الإنساني، والتقدم العضوي، والتاريخ الذي يعكس التقدم المتوالي للثقافات القومية.

وقد قام هيجل بمزج هذه التيارات المختلفة استناداً إلى اعتقاده بوجود قانون يحكمها يكمن في الطبيعة العقلية، كما يكمن في طبيعة الأشياء، بحيث يمكن القول أن قواعد العقل تنطبق على الأحداث، وبالمقابل تمثل الأحداث قوانين العقل، حيث تندمج في النهاية قوانين العقل والحوادث والوقائع معاً.⁽¹⁾ وتطبيقاً لذلك ذهب إلى أن هناك ثلوثاً يتواجد دائماً في كافة العلاقات، هذا الثلوث يتضمن طرفاً إيجابياً وآخر سلبياً، وأخيراً طرفاً موقفاً بينهما. وتواجد هذا الثلوث في المجتمع المدني لدى هيجل، فقد تمثل الطرف الإيجابي في رغبات الأفراد في سد احتياجاتهم، وذلك في إطار حريتهم في تحقيق مصالحهم الشخصية، بينما تمثل الطرف السلبي في المصلحة العامة أو مصلحة المجتمع.

ويتطلب هذان الطرفان وجود طرف ثالث، يتسم بالعلو والسمو عن كافة الأطراف الأخرى، وذلك في سبيل إخضاعها والسيطرة عليها، بحيث تتحقق المصلحة العامة مع الحفاظ على مصالح الأفراد الشخصية، هذا الطرف تمثل في الدولة.⁽²⁾

ويرجع ذلك إلى أن الفرد في بداية الأمر باعتباره فرداً داخل الأسرة لم يكن ينظر لمصلحته الشخصية، حيث كان يسعى لتحقيق مصلحة الأسرة العامة. إلا أنه بمرور الزمن والتطور أخذ كل فرد في الاستقلال والسعى نحو مصالحه الشخصية، مما أوجد تضارباً بين مصالح الأفراد في علاقاتهم، حيث يسعى كل فرد إلى تحقيق مصالحه الشخصية، وهذا ما يتطلب وجود تنظيم يوفق بين

-
- (1) ملحم قربان، قضايا الفكر السياسي الحقوق الطبيعية، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1982، ص 199 وما بعدها.
 - (2) د. محمد بكير خليل، دراسات في السياسة والحكم، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، 1957، ص 98 وما بعدها؛ د. يوسف سلامة، مفهوم السلب عند هيجل، المجلس الأعلى للثقافة، 2001، ص 352 وما بعدها.

مصالح الكافة لتحقيق الصالح العام. ويتسم هذا التنظيم بالقوة بحيث يستطيع تحقيق الوحدة للكافة في سبيل تحقيق الصالح العام، وهذا التنظيم هو الدولة.⁽¹⁾ وتجدر الإشارة إلى أن هذا التضاد لم يكن ظاهر الوجود في المدينة الإغريقية، إذ لم يكن الفرد قد كسب حريته الداخلية بعد، كما لم يدرك ذاته باعتبارها مطلقاً، إذ لم يكن للفرد إلا إرادة عامة.⁽²⁾ وهذا التضاد بين المصالح وجب التغلب عليه، وقد وجد هيجل الحل في حيلة. هذه الحيلة تقوم بها الدولة، حيث تقوم باستخدام الحرية الخاصة للأفراد لقيادتهم للاعتراف بالصفة العليا لسلطانها وللقانون، وذلك من خلال تثقيف الأفراد لإدراكهم أنفسهم باعتبارهم شعباً، بمعنى أنهم يكونون كلاً يحقق مصالح الكافة.⁽³⁾

وتطبيقاً لذلك أكد هيجل على أهمية التنشئة والتثقيف، وذلك من أجل رفع مستوى المجتمع المدني من حالة الفطرة الطبيعية إلى مستوى الحضارة.⁽⁴⁾

ومفاد ذلك أن الدولة هي التنظيم الذي يستطيع التوفيق بين المصالح المختلفة.

وتجدر الإشارة إلى أن الدولة يسودها مبدآن هما:⁽⁵⁾

- 1- أن الفرد لا يستهدف إلا تحقيق مصالحه الخاصة.
 - 2- أن مصالح الأفراد مرتبطة بعضها ببعض.
- وتسعى الدولة إلى دمج الأفراد معاً لتحقيق المصلحة العامة، فالفرد في ظل وجود الدولة يسعى لتحقيق مصالحه الشخصية، أما في ضوء المصلحة العامة للجماعة، فالفرد دون الدولة لا وجود له، إذ أن قيمته تبرز من خلالها.⁽¹⁾

-
- (1) ولتر ستيبس، فلسفة هيجل، ترجمة إمام عبد الفتاح، دار الثقافة، 1980، ص 577 وما بعدها.
 - (2) جان توشار، المرجع السابق، ص 660.
 - (3) المرجع السابق، ص 660.
 - (4) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 124.
 - (5) هيربرت ماركيز، العقل والثورة هيجل ونشأة النظرية الاجتماعية، ترجمة د. فؤاد زكريا، الهيئة المصرية للتأليف والنشر، عام 1970، ص 205.

وتجدر الإشارة إلى تقارب هذه الفكرة من فكر أفلاطون حول واجب الفرد تجاه الدولة، فأفلاطون يغلب المصلحة العامة على الخاصة، حيث لا مجال لديه للحقوق الفردية⁽²⁾، وإن كان يختلف في ذلك عن هيجل في أن هيجل راعى الحقوق الفردية للأفراد.

فالدولة تقوم بحماية الملكية الفردية للأفراد، كما تنظم حقوق الأفراد السياسية والمدنية، وذلك من خلال القانون.⁽³⁾

والدولة كتنظيم لم تؤسس على علاقة تعاقدية، بل أنها تعد حقيقة في ذاتها، إذ أنها تتدرج ضمن عالم الروح والفكر المطلق. فهي تجسيد للإرادة الإلهية على الأرض، أي أنها أسمى وأعلى من أي تنظيم، فهي إلهية الأساس. فقد اعتبرت الدولة لدى هيجل غايةً وهدفًا، بحيث تقود المجتمع المدني لتحقيق أهدافها ومن ثم أهدافه.⁽⁴⁾

ومفاد ما سبق كله أن تاريخ المجتمعات الإنسانية قد شهد احتدام الصراع بين الأفراد، وذلك في سبيل سعى كل فرد إلى تحقيق مصالحه الشخصية، وذلك على الأخص بين من يملكون وسائل الإنتاج وإرادة العمال. فالمجتمع تضمن في طياته الفكرة ونقيضها، وتطبيقاً لمنطق التطور الجدلي للتاريخ الإنساني، فإن الدولة كتنظيم مركب يتضمن النقيضين معاً. وقد اتصفت بكونها نتاجاً تاريخياً حقيقياً، وفي ذات الوقت هي مركب عضوي، إذ استطاعت استيعاب الصراع القادم في المجتمع.⁽⁵⁾

(1) د. فايز حسين، فلسفة القانون بين العلمانية والشكلية والغائية، دار النهضة العربية، 1997، ص 63.

(2) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص 36.

(3) د. نازلي إسماعيل، الشعب والتاريخ هيجل، دار المعارف المصرية، د.ت، ص 137.

(4) د. فايز حسين، المرجع السابق، ص 62؛ د. عيد الفتاح الديدي، د. عصام الدين هلال، التربية عند هيجل، دار المعرفة الجامعية، عام 1993، ص 111؛ ملحم قربان، المرجع السابق، ص 201.

G. F. Hegel: principes de la philosophie du droit, traduction, Kaan, 1940, p. 270 et s.

G.del Vecchio, philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1995, p. 130 et s.

(5) د. فايز حسين، المرجع السابق، ص 62.

المطلب الثانى العقد الاجتماعى

أسس هيجل أفكاره عن نشأة الدولة ووجودها على أسس اختلفت عن أسس فلاسفة نظرية العقد الاجتماعى، فبالرغم من عدم تطرق هيجل لحالة الطبيعة لدى فلاسفة العقد الاجتماعى، إلا فى وصفه المجتمع المدنى بصفة عامة، إلا أن وصفه هذا أظهر اختلافاً فى الأسس.

كما أن فكرة العقد ذاتها كأساس لنشأة الدولة لدى فلاسفة العقد الاجتماعى، قد انتقدها هيجل بشدة وذلك فى ضوء أفكاره عن نشأة الدولة. لذا فإننا نتناول الاختلافات فى وصف حالة الفطرة، وفكرة العقد الاجتماعى، وذلك فيما يلى:

الفرع الأول: حالة الطبيعة.

الفرع الثانى: فكرة العقد.

الفرع الأول

حالة الطبيعة

ذهب فلاسفة العقد الاجتماعى فى نظريتهم إلى تصور حالة للطبيعة، وذلك فى سبيل تبريرهم لظهور الدولة، إلا أن هذه التصورات قد اختلفت عن تصور هيجل وأفكاره.

فهو يذهب إلى أن حالة الفطرة لدى الإنسان مثلت حالة بؤس وشقاء وخوف، وذلك لسيطرة العديد من المشاعر والأحاسيس عليه تمثلت فى: (1)

1- المناقسة الدائمة لتحقيق الرغبات.

2- الخوف والريبة والشك فى الآخرين.

A. Brimo, les Grands courants de la philosophie du droit et de l'état, Paris, pedone, 1978, p. 174 et s.

(1) د. سليمان محمد الطماوى، النظم السياسية والقانون الدستورى، "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربى، 1988، ص 27؛ د. على عبد المعطى الفكر السياسى الغربى، دار المعرفة الجامعية، ص 1993، ص 225 وما بعدها؛ رسالتنا للدكتوراه، التأصيل التاريخى والفلسفى لفكرة الديمقراطية، حقوق عين شمس 2011، ص 274.

3-السعى إلى نيل إعجاب الآخرين.

وقد أرجع هوبز هذه المشاعر لدى الإنسان إلى أن الأفراد كانوا متساوين في الحرية والسعى نحو تحقيق الرغبات والسيطرة على الآخرين. هذا الأمر الذى رتب البغضاء والكراهية والحروب بين الأفراد، إذ أن كل فرد فى سبيل سعيه لتحقيق رغباته والسيطرة على الآخرين، سيصطدم لا شك برغبات الآخرين فى سبيل سعيهم لتحقيق رغباتهم، وهذا ما يؤدي إلى حرب الكل ضد الكل.⁽¹⁾

"وبالرغم من هذه المساواة في الحرية والسعي نحو تحقيق الرغبات، فإن هناك بلا شك عدم مساواة في مقدرة كل فرد على تحقيق رغباته، حيث يوجد أفراد أكثر قوة ودهاء من الآخرين⁽²⁾. وهذه المقدرة بجانب النزعة الأنانية للأفراد تؤدي إلى الرغبة في الاستزادة من القوة والسيطرة لتحقيق رغبات وشهوات الطبيعة الإنسانية من نفوذ وسيطرة على الآخرين.⁽³⁾

كل هذه الظروف تؤدي إلى حالة من الفوضى وعدم الأمان، حيث يسيطر الخوف وعدم الأمان على النفس أو الممتلكات⁽⁴⁾، بالإضافة لعدم التمييز بين الصواب والخطأ أو العادل والظالم.⁽⁵⁾

ووسط كل هذه الفوضى والشعور بالخوف اللذين يمنعان الزراعة والصناعة والفن والعلم والاستقرار وبناء حضارة، فإن الأفراد مطالبون بإيجاد

(1) برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية، الكتاب الثالث الفلسفة الحديثة، ترجمة د. محمد فتحى الشنيطي، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1977، ص94؛ جان جاك شوفالبييه، تاريخ الفكر السياسي، ترجمة د. محمد عرب صاصيلاً، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1985، ص326.

(2) د. على عبد المعطي، المرجع السابق، ص225.

Dunning, A History of Political theories, from Luther to Montesquieu, New York, the Macmillan, 1905. p. 209.

(3) د. حسن الظاهر، دراسات في تطور الفكر السياسي، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، 1992، ص268، 269.

(4) د. إمام عبد الفتاح، توماس هوبز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1985، ص330.

(5) د. على عبد المعطي، المرجع السابق، ص226 وما بعدها.

الحل الذي يساعدهم على تحقيق العدالة والاستقرار". (1)، (2)
أما لوك فقد تصور حالة الطبيعة بأنها فترة سلام وود وطمأنينة وأمان،
وتبادل مصالح وحسن نية⁽³⁾، إذ تمتع الإنسان بحرية تامة في التصرف كيفما
يشاء. هذا بالإضافة لتمتعه بالمساواة في اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات،
وهذا ما رتب عنده قيام علاقة قائمة على الحب المتبادل والإحسان فيما بين
الأفراد. (4)

وبالرغم من ذلك فإن حالة الفطرة لدى لوك قد افتقدت عدة أمور، دفعت
الأفراد إلى تكوين الدولة، وتمثلت هذه الأمور في: (5)
"أولاً: عدم وجود قانون معروف ومستقر يحظى بقبول الكافة بوصفه
المعيار المحدد للصواب والخطأ، بالرغم من وجود القانون الطبيعي، وذلك
لغموضه. بالإضافة لتحيز كل فرد لمصلحته الخاصة فيسعى كل فرد لتفسيره
بما يصب في مصلحته أو عدم الاعتراف به في النزاع الخاص به إذا ثبت
خطؤه.

ثانياً: عدم وجود قاضٍ معروف غير متحيز للحكم في كافة النزاعات
بناءً على القانون المعترف به، حيث إن كل فرد في حالة الطبيعة قاضٍ لنفسه
فيكون خصماً وحكماً في نفس الوقت وهو ما لا يجوز، لتحيز كل فرد لمصلحته
الخاصة.

ثالثاً: عدم وجود القوة التي يمكن بها تنفيذ الحكم الصادر، ففي كثير من
الأحيان لا يستطيع الفرد تنفيذ الحكم والحصول على حقه لعدم امتلاكه القوة
اللازمة لذلك.

- (1) د. حسن شحاتة سعفان، أساطين الفكر السياسي والمدارس السياسية،
القاهرة، دار النهضة العربية، 1966، ص 197
- (2) نقلاً عن رسالتنا، ص 275.
- (3) د. حسن الظاهر، المرجع السابق، ص 291؛ د. على عبد المعطي، المرجع
السابق، ص 255.
- (4) د. حسن شحاتة سعفان، المرجع السابق، ص 206.
- (5) العقد الاجتماعي، لوك هيوم رسو، ترجمة د. عبد الكريم أحمد مراجعة توفيق
اسكندر، دار سعد مصر، بدون عام، ص 327 وما بعدها؛ د. محمد كامل ليلة،
النظم السياسية الدولية والحكومة، دار النهضة العربية، 1969، ص 87.

وأمام عدم وجود هذه الأمور الهامة يصبح تمتع الأفراد بالحرية والمساواة والمحافظة على ملكيتهم الخاصة في خطر محقق وتهديد مستمر، لذلك سعى الأفراد لإنشاء المجتمع السياسي والدخول فيه، لضمان تمتعهم بمميزات الحرية والمساواة بصفة دائمة ومستمرة ومستقرة".⁽¹⁾

أما روسو فقد ذهب إلى أن حالة الطبيعة هي فترة هدوء وسلام ومساواة، وقد اتسم الإنسان فيها بالبراءة والصفاء والنقاء. كما اتصف بالرحمة إذ عد صديقاً لبني جنسه، وذلك طالما تحقق له الإشباع. وتأكيداً لذلك فهو يعمل لمصلحته دون الإضرار بالآخرين، أو بأقل الأضرار على أسوأ تقدير.⁽²⁾

وبالرغم من هذه الصفات إلا أن الإنسان البدائي لم يكن متعاوناً مع الآخرين، وذلك في بداية الأمر، إلا أنّ سعى الأفراد إلى الكمال والتقدم، دفعه إلى التقرب والترابط مع الآخرين لتحقيق الأفضل.⁽³⁾

أما هيجل ومن خلال أفكاره يتضح أنه اقترب من بعض هذه الأفكار، وابتعد عن البعض الآخر. فقد ذهب إلى أن الإنسان يختلف عن الحيوان، من حيث إن الإنسان يستطيع تجاوز اعتماده على الحاجات وكليتها، وذلك بعدة أساليب؛ فهو يملك عدة وسائل لإشباع حاجاته، وذلك بخلاف الحيوانات التي ليس لها إلا وسائل محدودة لسد احتياجاتها.⁽⁴⁾

وهذا ما يناقض فكرة هوبز عن حالة الفطرة التي مثلت حرب الكل ضد الكل في سبيل سد احتياجاتهم، وذلك تأسيساً على أن الإنسان يستطيع تجنب ذلك باختياره الأساليب المختلفة لسد احتياجاته.

كما ذهب هيجل إلى أن القول بأن الإنسان عد حراً في تحديد حاجاته في حالة الطبيعة وإشباعها، تأسيساً على كونها قليلة وبسيطة ولا تحتاج في إشباعها إلا إلى أشياء بسيطة، يعد قولاً فاسداً.

(1) نقلاً عن رسالتنا للدكتوراه، ص 284 ، 285.

(2) د. حسن الظاهر، المرجع السابق، ص 345.

(3) د. علي عبد المعطي، المرجع السابق، ص 292؛ د. حسن الظاهر، المرجع السابق، ص 346 وما بعدها.

(4) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 127.

ويرجع ذلك إلى أن الحاجات الطبيعية تمثل تأمل الروح فى الطبيعة،
فهى حالة من التوحش وانعدام الحرية لديه، إذ أن الحرية لا تقوم إلا فى تأمل
الروح فى ذاتها، هذا بالإضافة إلى أن التنوع فى الحاجات لا يقف عند حد. (1)
وهذا الأمر ينافى ما ذهب إليه كلُّ من هوبز ولوك عن حرية الأفراد
فى حالة الطبيعة فى تحديد احتياجاتهم وإشباعها.

وقد اقترب فكر هيجل من فكر روسو فى كونه ذهب إلى أن الإنسان لا
يستطيع سد احتياجاته ومن ثم الوصول إلى الكمال إلا من خلال التعاون مع
الآخرين، إذ أن هيجل رأى أن المجتمع عبارة عن نظام لاعتماد الأفراد على
بعضهم البعض.

فهو يرى أن التعارض لم يكن بصورة أساسية بين مصالح الأفراد فيما
بينهم، وذلك كما ذهب فلاسفة العقد الاجتماعى، وإنما انصب الصراع على
التعارض بين مصلحة الفرد فى سبيل سد احتياجاته من جهة، ومصلحة
المجتمع العامة من جهة أخرى. وهذا هو جوهر الخلاف بين فكر هيجل وفكر
فلاسفة العقد الاجتماعى حول حالة الطبيعة.

الفرع الثانى

فكرة العقد

لم يختلف هيجل فى أفكاره عن حالة الطبيعة فقط مع فلاسفة العقد
الاجتماعى، بل امتد الأمر إلى انتقاده فكرة العقد كأساس لنشأة الدولة.
فقد رفض هيجل فكرة العقد الاجتماعى تأسيساً على عدة أفكار، فمن جهة
أولى ذهب هيجل إلى أن الدولة تتصف بكونها حقيقة دائمة، فهى تجسيد للإرادة
الإلهية على الأرض، فهى سابقة على إرادة الأفراد. (2)

(1) G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, op. cit. p.230
et s.

(2) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف،
1999، ص 188؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 62.

G. F. Hegel: principes de la philosophie du droit, op. cit, p. 270 et s.
Guinle J. p.: la religion et le fondement de l'état dans la
philosophie du droit de Hegel, A.P.D. 1977, p. 127

وذلك بخلاف العقد الاجتماعي الذي يتسم بكونه عقداً مفترضاً، مما يصم الدولة بالتأقيت، كما أن هذا العقد حُدِّد له هدفٌ معينٌ وهذا ما يتنافى مع فكرة وطبيعة الدولة. (1)

ومن جهة ثانية فإن هيجل قد صاغ نظرية عن العقد، فقد رأى أن العقد إجراء قانوني يتضمن التوفيق بين إرادتين. فالعقد وفقاً لذلك ينشأ عندما يتخلى الفرد عن كل ملكية لا يعترف بها الأفراد الآخرون كحق لهم، بحيث لا يحصل الفرد على شيء غصباً. (2)

وقد ذهب هيجل إلى أن العقد بالرغم من أنه اتفاق إرادتين على شيء معين، فإن كل إرادة على حدة لا تستطيع تحقيق الغاية بمفردها دون الأخرى. ومفاد ذلك أن العقد لدى هيجل ينشأ نتيجة اتفاق إرادتين، هذا الاتفاق هو ما يجعل العقد موجوداً من الناحية الواقعية، وهذا الاتفاق المشترك يظهر وجود إرادة مشتركة وليست إرادة عامة في ذاتها ولذاتها. (3)

وقد ترتب على وجود هذه الإرادة المشتركة ضرورة أن يقع موضوع العقد على شيء مفرد خارجي، إذ أن هذا الشيء فقط هو القابل للخضوع للإرادة المشتركة.

ومفاد ذلك أن العقد لدى هيجل لا يمكن إدراجه ضمن فكرة الدولة، وذلك سواء أكان عقد الدولة بين الجميع مع الجميع أو عقداً بين الحاكم والكافة، أو الحكومة مع الكافة، إذ أن طبيعة الدولة تتنافى مع ضرورات العقد لدى هيجل. (4)

وقد ذهب هيجل في انتقاده لفكرة العقد الاجتماعي لنشأة الدولة إلى أن خلط فكرة العقد والعلاقات الناتجة عن الملكية الخاصة بالمسائل المتعلقة بالدولة، أدى إلى نتائج أقل ما توصف به أنها أبشع أنواع التشويش والخلط بين الواقع والقانون.

(1) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 62.

(2) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 62.

(3) المرجع السابق، ص 63.

(4) المرجع السابق، ص 63.

وتأكيداً لذلك نجد النظام الإقطاعي السائد في أوروبا وخصوصاً ألمانيا قد عكس هذا الأمر، حيث عدت الحقوق والوظائف العامة ملكاً خاصاً لأفراد بذاتهم، ليس هذا فحسب بل أن حقوق الحكام والدولة عدت محلاً للعقود، وذلك تأسيساً على نشأتها نتيجة إرادة كافة الأفراد المشتركة، وذلك في سبيل تكوين الدولة⁽¹⁾، وهذا هو مضمون نظريات العقد الاجتماعي.

وقد أضاف هيجل أن فكرة العقد تتدرج ضمن قسم القانون الخاص ضمن نظام الملكية، ويتنافى هذا الأمر مع طبيعة الدولة التي نشأت على أساس هدف إنساني ألا وهو تحقيق الحرية العامة والخاصة. وهذا الأمر لا يمكن إدراجه كمحل للعقود، إذ أن العقد يوصم بالعجز في سبيل تكوين دولة عادلة قادرة على تحقيق الحرية. هذا ومن جانب آخر فإن الدولة لا يمكن أن تصبح ملكاً لأمير أو ملك أو حاكم، أو طبقة معينة أيّاً كان وضعها.⁽²⁾

المبحث الثاني

الفرد والدولة

اهتم هيجل بالفرد وحرية ذلك بالرغم من إنكار العديد من المفكرين ذلك، ويظهر ذلك من خلال فكر هيجل عن حرية الأفراد، إلا أن ذلك لم يعارض فكرته عن الدولة، فقد صاغ أفكاره بشكل متكامل، ويمكن إظهار ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: حرية الأفراد.

المطلب الثاني: دور الفرد في الدولة.

المطلب الأول

حرية الأفراد

أعطى هيجل للحرية مفهوماً نتج عن آرائه وفلسفته المثالية، إذ ارتبطت فكرة الحرية لديه بفلسفته الداعية إلى المثالية المطلقة، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

(1) المرجع السابق، ص 64.

(2) المرجع السابق، ص 64.

الفرع الأول: مضمون الحرية.
الفرع الثاني: الحرية والفلسفة المثالية.

الفرع الأول

مضمون الحرية

كان هيجل مؤمناً بالحرية طوال حياته، إذ ظل يعمل فى إطار ما تقتضيه هذه الحرية، وذلك وفقاً لمفهومها الذى يضمن التقدم ولا يناقض الواقع.

(1)

ويقصد بالحرية لدى هيجل "الوعى بالنفس وذلك بدون التقيد بأى شيء"، أو هى الوعى المنطلق غير المقيد بالنفس، فوفقاً لذلك يقصد بالحرية اختفاء أى شيء يقيد الذات أو النفس، أو عدم ظهور أى شيء يعارض النفس أو الذات، فالحرية هى الشعور بعدم حضور أى شيء فيما عداها. (2)

وقد أثر هيجل فى تطبيق مفهومه عن الحرية فى الوقائع العينية، وذلك للتحرر من التفكير التصورى، وهذا يختلف عن منهج أفلاطون الذى أسس مذهبه المثالى على التصور والتخيل. (3)

وقد ربط هيجل بين الحرية والمعرفة، حيث ذهب إلى أن الحرية لا تظهر إلا ارتباطاً بالشيء المعروف، إذ حينها ندرك الشيء فى ذاته ولذاته، وتصبح الحقيقة الكشف المتقدم للفكر فى كافة المواقف. (4)

وتطبيقاً لذلك على النفس البشرية نجد أنه ذهب إلى أن الوعى الإنسانى فى سبيل سعيه للحرية، ملزم أولاً بتحديد ذاته وذلك باعتباره أول مضمون للوعى. وغاية ذلك هى الاحتفاظ بقيمة موضوعية تمثل نقطة انطلاق، أى أن الوعى أصبح هو ذاته مضموناً أولياً قبل البحث عن الحرية المتمثلة فى الحقائق. (5)

ووفقاً لذلك افترض هيجل أن الذات لدى رجوعها لنفسها، يتبين لها أنها تستمد توافقها واتساقها من خلال هذه الحقيقة، ويرجع ذلك إلى أن هيجل رأى أن الحرية ليست معطى خالصاً، وإنما يفترض وجود شيء محدد مسبقاً

(1) عبد الفتاح الديدى، فلسفة هيجل، مكتبة الانجلو المصرية، 1970، ص 62.

(2) المرجع السابق، ص 63.

(3) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

(4) عبد الفتاح الديدى، المرجع السابق، ص 62.

(5) المرجع السابق، ص 63.

لوجودها، ألا وهو الحقيقة. إذ أن الحرية لا توجد إلا عند بدء اكتشاف الأشياء، إذ أنها تعد حقيقة تتبلور شيئاً فشيئاً، وذلك مع ظهور الأشياء واستمرار ظهورها. (6)

وتتمثل بداية الحرية لدى هيغل في توصل الوعي الإنساني إلى أن النفس متحررة من أى قيد، بحيث تعد وعياً لا محدوداً، وهذا ما يرتب كون النفس العارفة هي الوحيدة في الكون دون أى معارضة من أى شيء، وهذا ما يسميه هيغل "وعي الحرية". (7)

ومفاد ما سبق أن الوعي بالنفس الحرة أو الحرية يعد أول خطوة للأساس المعرفي، فكلما نمت المعرفة الذاتية للفكر نما الوعي بالحرية، وأقصى مراتب الحرية هي الوصول بالنفس كموجود لا محدود.

ويكمن أساس مفهوم هيغل عن الحرية إلى موقفه من الثورة الفرنسية، إذ ذهب إلى أن الأسباب الفكرية هي مكن الثورة، إذ أن الثورة خرجت من الفلسفة، وذلك بوصفها الحكمة الكلية التي ليست الحقيقة باعتبارها ماهية خالصة، ولكن باعتبارها حقيقة حية في الواقع. (8)

ويرتكز الأساس الفكري للثورة الفرنسية في مبدأ حرية الإرادة، وذلك في مقابل حقوق الطبقات الأرستقراطية، فقد تمتعت هذه الطبقات بكافة الامتيازات وذلك دون طبقة العامة. وهذا ما تعارض مع فكرة العدالة ومنطق العقل، وهذا ما عكس فساداً في الأخلاق والروح والعقل، ودفع الأفراد إلى التفكير في تغيير نظام الحكم، وذلك في ظل إيمانهم أن جهودهم لم تكن لمصلحة الدولة، وإنما كانت لتترف الطبقات الأرستقراطية. (9)

(6) المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

(7) المرجع السابق، ص 64.

(8) Hegel: Leçons sur la philosophie de l'histoire: Tr. Fr. par J.Gibelin, nouvelle édition, p.400.

(9) د. نازلي إسماعيل، الشعب والتاريخ هيغل، دار المعارف، د. ت، ص 79.

وفى سبيل تحقيق ذلك سعى الأفراد للبحث عن معانى الحق والدستور، وذلك من أجل إقامة دولة عادلة، وهذا من منطلق أن الإنسان أقر بأن الفكر يجب أن يحكم الواقع. (10)

ويظهر دور الحرية فى نطاق الثورة الفرنسية من خلال اتجاه هيغل فى معرض إجابته عن وضع الثورة الفرنسية إلى أن الحرية تتحدد بمحتواها وموضوعيتها وذاتيتها، إذ أن الحرية تفترض وعى الذات بأنها تقوم بما تريد. ووفقاً لذلك فإن حرية الملكية والحرية الشخصية يجب أن تخضعاً لقوانين العقل، الذى يحدد محتويهما وذاتيتهما. (11)

الفرع الثانى

الحرية والفلسفة المثالية

كانت فكرة هيغل عن الحرية نتاج أفكاره الفلسفية، فقد عدت حلقة من حلقات أفكاره الفلسفية والتي ضمننت الدعوة الفلسفية المثالية، إذ ذهب إلى أنه من خلال هذه الفلسفة المثالية يتحقق التقدم، وذلك بالمخالفة لما ساد لدينا من أن الفلسفة المادية هى فقط التي تحقق التقدم. (12)

وقد وجد هيغل حجر الزاوية فى فلسفته فى أن الفكر هو أساس كل شيء، وهذا ما يجعله - الفكر - الحقيقة النهائية لكل شيء، وقد اتسم الفكر لديه بأنه لا متناهٍ، وذلك تأسيساً على أن اللامتناهى هو الذى يحدد نفسه بنفسه. (13) وترتيباً لذلك وباعتبار أن الفكر أو العقل بمعنى أدق هو المقياس لكافة الحقائق، فإن كل ما يتعارض معه لا بد من تنحيته جانباً وتجاوزه، إذ يعد تزييفاً للحقائق. (14)

(10) Hegel: op. cit. p. 401.

(11) د. نازلى إسماعيل، المرجع السابق، ص 80.

(12) د. إمام عبد الفتاح، دراسات هيغلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1985،

ص 12.

(13) المرجع السابق، ص 13.

(14) المرجع السابق، ص 14.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الفكر يتفق مع الفكر الأفلاطوني والأرسطي، الذي اتسم بإعلاء قيمة العقل، وذلك في سبيل الوصول للمعرفة الحقة. (15)

كما يشار إلى أن الأفكار ليست إبداعاً ذاتياً للنفس، بل هي الواقع الموضوعي أو هي الذات الأولى والوحيدة، إذ أن كل شيء في العالم الواقعي ناتج عن الأفكار، علماً بأن النمو التدريجي للفكرة هي الروح، إذ أنها تقوم باستمرار بنفي ذاتها، وذلك في سبيل صيرورتها أكثر وعياً بذاتها، لكي تصحح أخطاءها وتتقدم. (16)

والروح في سبيل معرفة ذاتها تتجاوز كل ما هو متناهٍ، إذ يرى هيجل أن ما هو متناهٍ يحمل في طياته بذور فنائه، لذا يجب على الروح وهي اللامتناهية التغاضي عنه، ولكن ليس بصفة كلية، إذ يمكن اعتبارها وسيلة للوصول إلى ما هو أعلى في الدراية والوعي بالذات. (17)

وتطبيقاً لذلك على الحرية، فإن النفس تسعى لإدراك حريتها، وذلك من خلال أنه كلما ازدادت معرفة النفس بذاتها كلما زاد إدراكها بحريتها، وذلك في مرحلة وصولها بذاتها إلى اللامتناهي المطلق.

والمعرفة لدى هيجل لها حركات ثلاث، فهي تبدأ بالإدراك الحسي، وهذا مقتصر على الوعي بالموضوع، ثم تمر بمرحلة النقد الشكلي للحواس، بحيث تصبح المعرفة ذاتية خالصة، وأخيراً مرحلة المعرفة بالذات، وهي أعلى صور المعرفة (18)، وهذا ما تقوم به النفس في سبيل إدراكها بذاتها وبحريتها.

وتجدر الإشارة إلى أن تطور الروح في طريق وصولها إلى اللامتناهي، يعد الموضوع الجوهري لفلسفة التاريخ، وماهية الروح هي الحرية أو الإرادة، وقد شهد التاريخ ثلاثة أنماط يمكن من خلالها فهم كيفية تنظيم الإرادة والحرية.

(15) د. طه عوض، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

(16) جان توشار، المرجع السابق، ص 652.

(17) د. إمام عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 15.

(18) برتداند رسل، المرجع السابق، ص 356.

وقد تمثلت هذه الأنماط فى الشرق، واليونان والرومان، وأخيراً الألمان، فالشرق منذ القدم يعتنق مذهب أن فرداً واحداً فقط هو الذى يتمتع بالحرية "الحاكم. بينما يعتنق اليونانيون والرومانيون مبدأ أن البعض يتمتعون بالحرية، فيما يعتنق الألمان مبدأ أن الكل أحرار.

واستدراكاً لذلك يذهب هيغل إلى أن الديمقراطية والأرستقراطية ليست الصورة المثلى للحكم الذى يتمتع فيه الكافة بالحرية، إذ أن كليهما ينتميان إلى مرحلة أن البعض أحرار، فيما يرى أن الملكية هى مرحلة الكل أحرار، وهى ما يجب أن تسود⁽¹⁹⁾، وهو فى ذلك متأثر بجنسيته الألمانية.

المطلب الثانى

حرية الفرد والدولة

بالرغم من اهتمام هيغل فى فلسفته بالحرية المتحققة فى سعى الروح إلى إدراكها ذاتها، إذ أن ماهية الروح هى الحرية كما ذهب، إلا أن هذه الفلسفة لم تعكس إنكار هيغل للدولة والجماعة، بل العكس لقد أكمل هيغل تصوره عن الحرية فى إطار المنظومة المتكاملة، ألا وهى الدولة.

وبناءً على ذلك نتناول فكر هيغل عن الحرية فى ظل وجود السلطة المتمثلة فى الدولة، ثم دور الفرد أو علاقة الفرد المتمتع بالحرية بالدولة، وذلك فيما يلى:

الفرع الأول: الحرية والجماعة.

الفرع الثانى: علاقة الفرد بالدولة.

الفرع الأول

الحرية والجماعة

بدأ هيغل فلسفته من منطلق أن الروح اللامتناهيّة تسعى إلى إدراك ذاتها، وهى فى سبيل تحقيق ذلك تعى حريتها، وهذا ما يستتبع تمتع الفرد بحريته، إذ أن الروح أو الحرية تتغاضى عن كل ما يعارضها - كما سبق الذكر

-

(19) د. إمام عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 360 وما بعدها.

إلا أنه لم يقف بالأمر عند هذا الحد، إذ ذهب إلى أن كل روح أو فرد في سبيل إدراكه لذاته أو حريته، لا ينجح إلا حينما يصل إلى حقيقة أن فرديته لا تمثل شيئاً إلا بوجود الكل. أي أنه يتجاوز فرديته في سبيل الوصول إلى الكل⁽²⁰⁾، إذ أن الكل هو المطلق الذي يجب الوصول إليه.

فالكل المتمثل في الإرادة العامة التي تتضمن كافة الإرادات الفردية، وهذا ما أدى بهيجل إلى القول أن غاية الفرد لا بد أن تكون هي الغاية الكلية، وأن لغته هي القانون العام، بل أن عمله لا بد أن يصبح عمل الجماعة كافة⁽²¹⁾ وتطبيقاً لذلك ذهب هيجل إلى أن الإرادة الفردية حينما تصل بذاتها إلى الإرادة العامة، فإنها تصبح إرادة مواطن وليست إرادة إنسان خاص، إذ حينها سوف تسعى للمشاركة في عمل الجماعة ككل، ويصبح إدراكها، قاصراً على شعورها بغيرها في تحقيق العمل الجماعي⁽²²⁾.

وتأكيداً لذلك ذهب هيجل إلى أن التاريخ لا يبالي إلا بالشعوب التي تكون دولاً، إذ أن الدولة تمثل تحقيق الحرية باعتبارها الهدف المطلق، وذلك تأسيساً على وجودها لذاتها⁽²³⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الإنسان لا يشعر بقيمته ولا يدرك حقيقته إلا من خلال العادات والتقاليد، بالإضافة إلى الحياة الأخلاقية والقانونية للدولة، فالإنسان لا يكون إلا بفضل الدولة⁽²⁴⁾.

ويلاحظ هنا التشابه بين فكر هيجل وفكر أفلاطون، فكلاهما اهتم بالدولة وكيانها وجعل الأفراد يدورون في فلكها وذلك لتحقيق الصالح العام. إلا أنهما اختلفا في كيفية الوصول إلى ذلك، فأفلاطون عظم من الكل الدولة، وأنكر

(20) د. فضل الله إسماعيل، ص 172.

(21) Hegel: Philosophy of right, Translated by T. H. Knorx, oxford, clarendon press, 1942, p. 132

(22) زكريا إبراهيم، هيجل أو المثالية المطلقة، القاهرة، مكتبة مصر، 1970، ص 361.

(23) د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 173.

(24) هيجل، محاضرات في فلسفة التاريخ، ترجمة إمام عبد الفتاح، القاهرة، الثقافة للنشر والتوزيع، 1986، ص 219.

كافة حقوق الأفراد، فيما توصل هيجل لتحقيق صالح الدولة من خلال توجيه أفكار الأفراد إلى ضرورة ذلك.⁽²⁵⁾

ويثار التساؤل حول كيفية كون الوعي الذاتى بالحرية دافعاً إلى الفعل الإنسانى؟ وهنا يذهب هيجل إلى أن الأفراد يسعون لتحقيق مصالحهم الشخصية، إلا أن هناك بعض الأفراد ممن تتوحد مصالحهم مع المصالح الكلية، بحيث تعلق على أى مصلحة أخرى⁽²⁶⁾، وهذا ما أطلق عليه هيجل "الروح العالمية"، وما تتضمنه من تجسيد الأفعال والاتجاهات والجهود فى تحقيق مصالح الحرية والعقل.

وتأكيداً لذلك ذهب إلى أن الإنسان لم يكن سيدياً لوجوده، كما لم يكن واعياً بذاته فى بداية الأمر، وهنا ظهرت القوة الإلهية للروح العالمية وذلك فى شكل قوة موضوعية تسيطر على أفعال الأفراد.⁽²⁷⁾

ومفاد ما سبق أن حرية الفرد عند هيجل هى تحقيق ذاته فى إطار الدولة، فالحرية هى حرية الدولة، أو بمعنى آخر أن الحرية تعنى انصهار الفرد فى كيان الدولة والخضوع لها كلياً.⁽²⁸⁾

ومما سبق يتضح أن هيجل صاغ مبدأ الإرادة العامة لتحقيق أهداف الدولة، إذ أن إرادة الأفراد تصدر من الإرادة العامة المطلقة، وهذا يمثل إخراج الإرادة من حيز المحسوس إلى حيز المطلق.⁽²⁹⁾

والخلاصة أن هيجل قد صاغ فكرته عن الحرية بما يحقق مصالح الجماعة، فهو لم يناصر أنصار المذاهب الليبرالية فى إطلاق حرية الأفراد، بل أنه أدرج فكرة الحرية فى منظومة الجماعة.

(25) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

(26) Hegel: The philosophy of history, Trans, J. sibree, N.Y: The Colonial press, 1899, p.26-57.

(27) Ibid: p.61.

(28) د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 176.

(29) د. عبد المعز نصر، فلسفة السياسة عند الألمان، دراسة فى الفكر الألمانى الحديث، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1959، ص 53 وما بعدها.

وتأكيداً لذلك رأى هيغل أن الشعب يعد نظاماً عضوياً، يمثل الأفراد فيه أعضاء، وقد اتسم بوجود انسجام بين روح الشعب وروح الأفراد، بحيث لا يتحقق كمال الفرد إلا من خلال الشعب، وهذا ما يكفل للفرد حريته واستقلاله.
(30)

الفرع الثاني علاقة الفرد بالدولة

انعكست فكرة هيغل عن الإرادة العامة للجماعة، ودور الإرادة الفردية فيها على علاقة الفرد بكيان الدولة، فقد ناقض هيغل المذاهب الليبرالية الفردية، وقدم تصور تصوراً متكاملًا لعلاقة الفرد بالدولة، بحيث ينصهر الأول في الثانية.⁽³¹⁾

وقد أسس هيغل هذا الانصهار على افتراض أن على الإنسان واجباً أساسياً وأولياً، ألا وهو كونه فرداً في الدولة، إذ أن الأفراد لا وجود لهم بدون الدولة، والإنسان يعي قيمته وحرته من خلال الدولة، إذ أن هذه الأخيرة هي التي تحقق للأفراد قيمتهم الذاتية وحررياتهم.⁽³²⁾

وتأسيساً على ذلك لم تعن الحرية لديه المفهوم الليبرالي، بل عنت تقييد سلطة الفرد بواسطة الدولة، إذ أن الدولة هي الحرية، بل هي مصدر حريات الأفراد وتجسيد لها.⁽³³⁾

(30) د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 172، هيغل، ظاهريات الروح، ترجمة محمد فتحي الشنيطي، مجلة تراث الإنسانية، المجلد الثاني، العدد التاسع، القاهرة، دار المصرية للتأليف والترجمة، سبتمبر 1964، ص 725.

Hegel: The phenomenology nude, Trans, J. J Baillie, 2 vols, N. Y, Macmillan.co. 1910, p.131.

(31) د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون بين العلمانية والشكلية والغائية، دار النهضة العربية، 1997، ص 63.

(32) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 63؛ د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 176.

G. F. Hegel: Principes de la philosophie du droit, op, cit, p.59-362

(33) د. حورية مجاهد، الفكر السياسي، المرجع السابق، ص 253.

وتجدر الإشارة إلى أن الحرية لا تعني وضع قيود على تصرفات الأفراد، بل هي عمل الفرد وفق منظومة الدولة. فهيجل قد جعل للدولة أولوية على الأفراد، وهذا ما استتبع اعتبار الحرية قيام الفرد بخدمة الدولة. (34)

وبناءً على ذلك نجد أن الفرد لا يجد ذاته إلا من خلال الدولة، إذ أنها هي التي تضيء عليه صفة المواطن الحر، كما أن حياة الفرد ذاته تؤسس على وضعه والتزاماته كمواطن، بل أن كافة القيم غير لصيقة بالفرد إنما لصيقة بالدولة، وذلك تأسيساً على أنها لا تتحقق إلا من خلال الدولة، لذا فإن الفرد يستمد كل قيمته من الدولة. (35)

وتأكيداً لذلك انتقد هيجل مفاهيم الفردية المخالفة لذلك، من ذلك مفهوم لوثر، وذلك لتضمنه استقلال الفرد عن كافة القضايا الاجتماعية والسياسية. كما انتقد مفهوم الفلسفة العقلانية عن الفردية، وذلك لاعتقاده أنه سبب همجية ودموية الثورة الفرنسية، وكلا المفهومين يفصلان الفرد عن المجتمع، في حين أن جوهر الدولة هو الجمع بين الكلي المجتمع أو الدولة، والحرية الكاملة للجزئى بما تتضمنه من مصلحة الأفراد. (36)

ويرجع أساس علاقة الفرد بالدولة لدى هيجل إلى محاولته التوفيق بين فكرتين، أولاهما أن الفرد مقيد بذاتيته الخاصة وثانيتها رغبة الفرد ذاته فى الوصول إلى الكلى، وهذا ما جعل الدولة الحل الوحيد، إذ من خلالها فقط تتحقق الحياة الأخلاقية.

فالحياة الأخلاقية موجودة بالفعل من خلال الدولة، كما أن الأفراد يعون حقيقتهم الروحية من خلال الدولة، إذ أنها تمثل الإرادة الكلية فى قوانينها. وهذا

(34) د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 176.

(35) جان توشار، تاريخ الفكر السياسى، المرجع السابق، ص 386، د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 176.

(36) ملحم قربان، المرجع السابق، ص 201،

G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, p.282.

ما دعا هيجل إلى عدم الاعتراف للأفراد بأخلاق خاصة بهم، إذ أنه اكتفى بالأخلاق المتحققة في الدولة وبواسطتها. (37)

وفي سبيل سعيه لتأكيد فكرته بأن الدولة تكفل للفرد كافة حقوقه، وهذا ما يستتبع عدم حقه في مقاومتها، يذكر هيجل أن الأسرة هي بداية النظام الاجتماعي، وأن الأفراد في كنف هذا النظام العائلي يرون في الأسرة رمز الوحدة المقدسة، في حين أنها صور زائفة أو عارضة فيها. وهنا نلمح تبعية الحقوق للوضع الاجتماعي باعتباره صاحب الحق في تحديدها وتكييفها، وليس للفرد أن يطالب بأى حق وتلك حالة رغم انطباقها على الأسرة وفي معناها الضيق، إلا أنه تلمسها في المجتمعات الأخرى التي تخضع لنظام الإقطاع أو رياسة القبيلة. (38)

ومما سبق يتضح أن هيجل في أفكاره استطاع أن يفصل نشأة الدولة عن إرادة الأفراد، إذ أن الدولة لم تنشأ نتيجة الإرادة الفردية، لذا فهي لا تدين بوجودها للإرادة الفردية، بل العكس هو الصحيح إذ أن الأفراد يدينون بتحقيق ذاتيتهم وحررياتهم إلى الدولة. (39)

وقد ترتب على هذه النظرة العديد من النتائج، ومن ذلك: (40)

(37) د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 178، د. محمد عبد المعز، المرجع السابق، ص 56.

(38) د. محمد بكير خليل، دراسات في السياسة والحكم، القاهرة، مكتبة الانجلو، 1957، ص 98؛ د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 178.

(39) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 63.

(40) هيربرت ماركيزوز، العقل والثورة، مرجع سابق، ص 172؛ د. أميرة حلمي مطر، في فلسفة السياسة، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها؛ د. حورية توفيق مجاهد، مرجع سابق، ص 455 وما بعدها؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 64.

G. Del Vecchio: Philosophie du droit, op cit, p.130 et s. =
= A. Brimo: Les Grands courant de la philosophie du droit, op. cit, p.173 et s
B. Bourgeois: Philosophie et droit de l'homme, Paris, PUF, 1990, p. 18.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (597)

- 1- أن الدولة تعد الوصية على معنويات الأمة، وهذا ما يرتب كونها تجسيدا لروحها، كما أن لها السلطة المطلقة على الأفراد.
- 2- أن الدولة تعد الغاية المثلى التي يسعى إلى تحقيقها الأفراد، وهذا ما يستتبع كون إرادة الدولة هي إرادة الأفراد، ويرجع ذلك إلى أن الدولة نشأت نتيجة الصراع الجدلي بين الشيء ونقيضه في المجتمع المدني.
- 3- أن الأفراد ليس لهم غاية مستقلة بعيداً عن الدولة، وذلك تأسيساً على أن الفرد لا وجود له إلا من خلال الدولة، وهذا ما يناقض فكرة تعارض غاية الفرد والدولة.
- 4- أن الحرية هي الحرية الكلية أو حرية الكافة وليس البعض أو فرد، ويرجع ذلك إلى أن حرية الفرد تتبع من حرية الدولة.

الفصل الثاني

دستور الدولة

ذهب هيجل إلى استكمال فكرته عن الدولة، وذلك من خلال تصور أجهزة الدولة ومقوماتها، في إطار دور القانون وأثره، وهذا ما بلور فكرته عن الدستور.

وقد عنى بالدستور "نظام الدولة وعملية حياتها العضوية بالنسبة إلى نفسها، وفي هذه النسبة يميز الدستور بين العناصر المختلفة في داخله، وينميها على نحو يؤمن لها وجوداً مستقراً".⁽⁴¹⁾

ومفاد ذلك أن الدستور لدى هيجل يحدد سلطات الدولة وأجهزتها ودور كلٍّ منها، كما يضمن وجودها بصورة تحقق الاستقرار، إذ أن الدولة من خلال الدستور تترجم نشاطاتها إلى أجهزة وسلطات لتحقيقها.

J. Haesaert: *Théorie Générale du droit*, Bruxelles, Paris, 1948, p.210.

(41) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 178.

(598) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

وبناءً على ما سبق نتناول سلطات الدولة فى نظر هيجل، من حاكم
وسلطة تشريعية وتنفيذية، كما نبين دور القانون فى إطار هذه المنظومة، وذلك
فيما يلى:

المبحث الأول: سلطات الدولة.

المبحث الثانى: القانون والدولة.

المبحث الأول

سلطات الدولة

استقر الأمر على وجود سلطات ثلاث للدولة تتمثل فى سلطة تشريعية،
وتنفيذية، وقضائية، وقد ذهب هيجل إلى التطرق إلى السلطة التشريعية
والتنفيذية، هذا بالإضافة لسلطات حاكم الدولة.

وبناءً على ذلك نتناول حاكم الدولة وسلطاته، ثم السلطات الأخرى من
تشريعية وتنفيذية من وجهة نظر هيجل، وذلك فيما يلى:

المطلب الأول: حاكم الدولة.

المطلب الثانى: السلطات التشريعية والتنفيذية.

المطلب الأول

حاكم الدولة

صاغ هيجل فكره عن الحاكم بما يعكس نظريته الفلسفية بشأن الأفراد
والجماعة، إذ أوجد منصب الأمير أو حاكم الدولة وخوله سلطات تعكس ذلك،
وهذا فى إطار نظام سياسى اختاره لتحقيق ذلك.

ويمكن تبيان ذلك من خلال الوقوف على نظام الدولة السياسى الذى
اعتنقه هيجل، ثم سلطات حاكم الدولة أو الأمير، وذلك فيما يلى:

الفرع الأول: نظام الدولة.

الفرع الثانى: وضع الحاكم.

الفرع الأول

نظام الدولة

ذهب هيجل إلى أن هناك ثلاثة أشكال للنظم السياسية، هذه الأشكال تمثلت في: (42)

أولاً: نظام الملكية، ويعنى انفراد فرد واحد بالحكم.
ثانياً: نظام الأرستقراطية، ويعنى سيطرة فئة محددة على الحكم.
ثالثاً: نظام الديمقراطية، ويعنى حكم الشعب فى مجموعه.
وقد أضاف هيجل إلى أن وجود الثلاثة أنظمة السابقة قائم على أساس وجود الوحدة الجوهرية فى صورتها الأولى، بحيث إنها لم تنقسم بعد، كما أنها لم تصل إلى حقيقتها الذاتية، وذلك وفقاً لفلسفته عن الروح واللامتناهى - السابق الإشارة عنها -، وهذا التقسيم هو التقسيم الحقيقى وفقاً للعالم القديم، إذ أن وجود الوحدة الجوهرية دون تطور فقط، يجعل الفارق بين الأنظمة خارجياً، إذ أنه فارق عددى فقط. (43)

وفى إطار تفضيله لأى نظام، تطرق هيجل إلى العديد من النقاط، من أهمها مبدأ الفصل بين السلطات، والفضيلة كأساس للأنظمة. فمن جهة مبدأ الفصل بين السلطات، ذهب هيجل إلى أهمية هذا المبدأ، وذلك باعتباره ضماناً للحريات العامة، وإن اشترط فهمه بصورة صحيحة لتحقيق ذلك. (44)
فالفصل بين السلطات يحتوى على العناصر الجوهرية للتمييز والمنزع العقلى، والتي من خلالها يمكن الوصول إلى التفكير أو الذهن المجرد. وهذا ما يجعلنا نتوصل إلى أن المبدأ له تصورين أحدهما سلبى زائف، وثانيهما جزئى، والتصور السلبى يتضمن استقلالاً مطلقاً لكل سلطة فى مواجهة الأخرى.
أما التصور الجزئى فيتضمن تحديد العلاقة بين السلطات بشكل سلبى، بحيث تقوم كل سلطة بانتظار السلطة الأخرى لتحديد اختصاصها. وهذا ما

(42) د. نازلى إسماعيل، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها؛ رسالتنا للدكتوراه، المرجع السابق، ص 324.

(43) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها.
Hegel's encyclopedia of the philosophical sciences, no. 82.

متاح على الموقع
<https://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/ol/encycinda.htm>

(44) المرجع السابق، ص 179.

يرتب وجود العداوة والخوف بين السلطات، حيث تنتظر كل منها للأخرى على أنها شر، وهذا ما يؤدي إلى وجود تعارض وتوازن بينها.⁽⁴⁵⁾

ووفقاً لهيجل فإن هذا التصور يؤدي إلى تدمير الدولة، إذ أن وجود تعارض بين سلطات الدولة يرتب محاولة كل منها إخضاع الأخرى لها والسيطرة عليها. وهذا ما دعا هيجل إلى القول بأن تعبير "الفصل" غير دقيق، إذ يجب التوحيد بين كافة السلطات، وذلك تأسيساً على أن الدولة وحدة عضوية واحدة لا تنقسم، ويجب بقاؤها على ذلك مثلها في ذلك مثل أعضاء الجسد الواحد.⁽⁴⁶⁾

وتطبيقاً لذلك نجد أن الدولة عند هيجل تتضمن ثلاث سلطات، تتمثل في:

أولاً: السلطة التشريعية: وهي منوطة بتحديد ما هو كلى.
ثانياً: السلطة الحاكمة: وهي المنوطة بإدراج الجزئيات والأمور الخاصة تحت الكلى.

ثالثاً: سلطة الأمير: وهي منوطة بتحديد القرار النهائي، ويجب هنا توحيد كافة السلطات في يده، إذ أن هذه السلطة تمثل القمة والقاعدة للكل.⁽⁴⁷⁾
أما من جهة أساس النظام فقد رأى أن أساس أو مبدأ الديمقراطية هو الفضيلة، وذلك لأن نظامها المتضمن حكم الشعب يؤسس على الاستعداد النفسى، وهذا ما يعد الشكل الجوهرى الوحيد، الذى يتضمن معقولية الإرادة فى ذاتها ولذاتها.

وقد عقب هيجل على ذلك ذاهباً إلى عرض تجربة إنجلترا فى القرن السابع عشر، وفشلها فى تحقيق الديمقراطية، وذلك بسبب افتقار قاعدتها للفضيلة، - وهذا ما أيد فيه مونتسكيه - ويرجع ذلك إلى أن غياب الفضيلة يؤدي

(45) المرجع السابق، ص 179.

(46) المرجع السابق، ص 179.

(47) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 180.

G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, p.273.

إلى انتشار الجشع والطمع، وهذا ما يرتب وقوع الدولة فريسة للكافة، بحيث تتمثل قوتها في قوة بعض الأفراد.⁽¹⁾

أما النظام الأرستقراطي فإنه يركز على مبدأ الاعتدال، أى أنه يتضمن فصل السلطة العامة عن المصالح الخاصة، وهذا ما رفضه هيجل، إذ رأى أن كليهما - السلطة العامة والمصالح الخاصة - متقاربان، مما يصم النظام الأرستقراطي بالضعف، إذ أنه دائماً ما يكون على حافة الانهيار، أو الانحلال إلى حالة من الطغيان أو الفوضى، وهذا ما عكسه التاريخ الرومانى.⁽²⁾

أما نظام الملكية فإن المبدأ الذى يركز عليه هو الشرف، وهذا ما يجعل النظام يقوم على عاتق أشخاص أصحاب مصالح، إذ أن بقاء الدولة يتوقف على قيام الأشخاص بأعمالهم للمحافظة عليها. ووفقاً للمبدأ السائد فإنهم يخدمون الدولة وفقاً للرأى وليس الواجب، وهذا ما يجعل بقاء الدولة موحدة.⁽³⁾

ومفاد ما سبق كله أن هيجل فضل نظام الملكية، وإن فرق بين نوعين من الملكية، أولهما الملكية المستتبدية "الاستبدادية"، وهى تتضمن خضوع الشعب للحاكم بدافع الخوف، وثانيهما الملكية الدستورية، وتتضمن خضوع الشعب بإرادته وحرية.⁽⁴⁾

ويرجع ذلك إلى أن الملكية الدستورية لديه تمثل القوة الموحدة التى تربط بين كافة السلطات، كما أنها الفكرة المركبة التى تجمع بين كافة أدوات وعناصر الدولة، من تشريع وإدارة وتنفيذ، فالملكية تحقق الكمال العقلى.⁽⁵⁾

الفرع الثانى

وضع الحاكم

ذهب هيجل إلى تفضيل نظام الملكية الدستورية، إذ رأى أن النظام الملكى هو آخر تطورات الحكم الدستورى⁽¹⁾، ويتضمن هذا النظام اعتبار الملك

(1) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 182.

(2) المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

(3) المرجع السابق، ص 183.

(4) د. نازلى إسماعيل، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها؛ رسالتنا للدكتوراه، للدكتوراه، المرجع السابق، ص 324 وما بعدها.

(5) د. فضل الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 180.

الملك أو الحاكم صاحب السلطة المنفردة التي تتمتع بكونها ذا مركز مستقل عن مصالح الأفراد، كما أن هذه المصالح تخضع لسلطانه.⁽²⁾

فقد عد الملك بشخصيته الخاصة الذات النهائية التي تؤسس عليها إرادة الدولة، فهو يمثل السيادة التي تعكس شخصية الكل، بحيث يكون الشعب قد ارتقى وألّفى عضواً حقيقياً.⁽³⁾

وقد ذهب هيجل إلى أن الملكية أو حكم الفرد يعكس حكم الأبطال أو بمعنى آخر الأفراد الذين يحملون رسالة العالم التاريخية، إذ يجب أن يكون على رأس الدولة زعيم، فهيجل يمجّد البطل أو الزعيم الذي يؤسس دولة.⁽⁴⁾

وتأسيساً على ذلك رأى هيجل أنه يجب التغاضي عن انتهاك البطل أو الزعيم للقواعد الأخلاقية العادية، إذ أن إنشاءه للدولة يبرر هذه الانتهاكات أياً كانت قسوتها. ويرجع ذلك إلى أن التغيير يحدث نتيجة تعارض مبادئ سائدة ومستقرة مع مبادئ جديدة، وينطوي دور الزعيم في حمل لواء مبادئ التغيير، إذ أن ذلك يمثل جوهر تطور الفكرة المنشئة، والحقيقة في سعيها نحو إدراكها لذاتها.⁽⁵⁾

وقد هدف هيجل من دفاعه عن الحاكم الزعيم إلى الفصل بين السياسة من جهة والأخلاق العادية من جهة أخرى، إذ أن الحكام يجب أن يهتموا فقط بالأخلاق الاجتماعية أو أخلاقيات الدولة، فهم لا يخضعون لتطبيق مبادئ الفضائل الخاصة كالتواضع والتسامح والإحسان.⁽⁶⁾

(1) زكريا إبراهيم، هيجل أو المثالية المطلقة، القاهرة، 1970، ص 27؛ د. علاء حمروش، تاريخ الفلسفة السياسية، ص 163.

Hegel: the philosophy of history, New York, The colonial press, 1900 p. 46.

(2) د. محمد عبد المعز نصر، المرجع السابق، ص 58.

(3) Hegel: philosophy of right. p. 183 et s.

(4) د. محمد عبد المعز، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.

Hegel: philosophy of history, p.39.

(5) Hegel: Ibid, p. 29.

(6) د. عبد المعز، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها؛ سباين، تطور الفكر السياسي، المرجع السابق، ص 875 وما بعدها. Hegel: Ibid, p.67.

ويرجع ذلك إلى أن أعمالهم متصلة بالتاريخ العالمى وما يتضمنه من هدف الروح المطلق، حيث يحتل تاريخ العالم مرتبة أعلى من مرتبة الأخلاق، إذ أن ما تستلزمه الروح لتحقيق هدفها يسمو فوق أى التزامات أخرى. (1)

ومفاد ما سبق أن سلطات الأمير تمثل سلطات مطلقة، تمثلت فى سن قوانين كلية تسرى على الكافة وتتسم بالعقلانية، كما أنه منوط به الفصل فى كافة الأمور الأخرى، سواء أكانت عسكرية أو إدارية، وتجدر الإشارة إلى أن هذا النظام يشابه النظام الرئاسى المطبق فى الولايات المتحدة الأمريكية. (2)

وبالرغم من تمجيد هيجل للحاكم الزعيم، إلا أنه رأى أن سيطرة فرد لا يعنى استبداده بل لابد من وجود قانون يسود ويسرى على الكافة، سواء أكانوا حكامًا أو محكومين. (3)

وتأكيداً لذلك فقد رأى هيجل أن الحكام لا يختارون بناءً على صفاتهم الطبيعية، وإنما يختارون على أساس صفاتهم الموضوعية، كالكفاءة والمهارة والخلق، إذ يجب أن يؤسس الفرد من أجل ممارسة وظيفة عامة، لذا لا يجوز بيع أو توريث المنصب. (4)

ومفاد ما سبق كله أن الحكم الأمثل لدى هيجل يتمثل فى الحكم المطلق المستبد، حيث تتحقق وحدة الدولة الكلية، إلا أن ذلك لا يعنى لديه تعسف الحاكم، إذ أن الحاكم يستمد سلطاته من شعبه فالعلاقة بينهم تتسم بالعمق والاتحاد المشترك المتمثل فى الإرادة. (5)

ويرجع هذا التفضيل إلى أن هيجل رأى أن النظام الملكى سعى إلى الازدهار على أنقاض المذاهب التحريرية فى أعقاب الثورة الفرنسية، مما

(1) د. عبد المعز، المرجع السابق، ص 62. Hegel: Ibid,

p.67.

(2) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 185.

(3) ولتر ستيبس، المرجع السابق، ص 603 وما بعدها؛ رسالتنا للدكتوراه،

المرجع السابق، ص 325.

(4) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 186.

(5) Hegel: philosophy of right, p. 157.

وصمه بالواقعية والمثالية، وذلك وفقاً لمذهبه الفلسفى المتضمن أن ما هو فكرى واقعى وما هو واقعى فكرى. (1)

المطلب الثانى

السلطة التنفيذية والتشريعية

أوجد هيجل فى هيكل الدولة دوراً لكلٍ من السلطة التنفيذية والتشريعية، وذلك فى إطار النظام السياسى الذى اعتنقه، ويمكن توضيح ذلك فيما يلى:
الفرع الأول: السلطة التنفيذية.
الفرع الثانى: السلطة التشريعية.

الفرع الأول

السلطة التنفيذية

ذهب هيجل إلى أنه يجب التمييز بين مرحلة اتخاذ القرار ومرحلة تنفيذ القرار وتأمين تطبيقه، وبناءً على ذلك فرق بين وزراء الأمير والسلطة الحاكمة. (2)

أما من جهة وزراء الأمير فهم مساعده الذين يقومون بتقديم تطورات شئون الدولة له، وذلك من أمور جارية وتعديلات تشريعية متطلبة لمواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية. وفى هذا الشأن يقوم الوزراء بتبيان التطورات ومظاهرها والأسباب التى تدعو إلى إجراء التعديلات. (3)
وتجدر الإشارة إلى ملحوظتين: أولاً، أن اختيار هؤلاء الموظفين وفصلهم يرجع إلى إرادة الأمير دون تدخل من أحد، وذلك لأنهم يعملون مباشرة معه. (4)

(1) د. علاء حمروش، المرجع السابق، ص 163، Hegel: Ibid, p.10.

(2) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 190 وما بعدها.

(3) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 190 وما بعدها.

G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, p. 326.

(4) د. عبد الرحمن بدوى المرجع السابق، ص 191 .

Hegel: Ibid, p.326.

وثانيتها أن هؤلاء الموظفين هم المسئولون عن القرارات الصادرة، ويرجع ذلك إلى أن العنصر الموضوعي هو الذي يخلق المسؤولية، هذا العنصر الموضوعي المتمثل في المضمون أو التطورات ومظاهرها وأسباب القرار، وهذا ما يقدمه الوزراء إلى الأمير، لذا فإن المسؤولية تقع على عاتقهم.⁽¹⁾ أما من جهة السلطة الحكومية فهي منوط بها ضمان تنفيذ القرارات، من تنفيذ قوانين أو استحداث أجهزة أو إدارات، وذلك في سبيل تحقيق الصالح العام. ويمكن القول أن السلطة الحكومية تختص بإدراج الأمور الجزئية ضمن الأمور الكلية، وهذا ما تقوم به السلطة القضائية والشرطة، وهما في ذلك يسعون إلى تغليب الصالح العام أو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أو الجزئية.⁽²⁾

ولكن هذا لا يعنى أن المصالح الخاصة أو الجزئية مهدرة لدى هيجل، وإنما أوجد النقابات لمراعاتها. وهذه النقابات تدار بواسطة مديرين يحوزون ثقة أقرانهم، لذا فإن تعيينهم يكون عن طريق الانتخاب من جهة والتصديق على الانتخاب من جهة عليا من جهة أخرى.⁽³⁾

وفى إطار المحافظة على المصالح الكلية للدولة فى مقابل ممارسة الحقوق الجزئية، فإن الدولة تقوم بمراقبة هذه الممارسات بواسطة أعضاء السلطة الحكومية، بحيث تسيير المصالح الخاصة فى إطار المصلحة العامة أو الكلية. ويرجع أساس ذلك إلى اعتراف الموظفين بأن الدولة هى الجوهر، وذلك لحفاظها على الممارسات الجزئية وشرعيتها.⁽⁴⁾

(1) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 91.

Hegel: I. bid, p.326- 327.

(2) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 192.

(3) المرجع السابق، ص 193.

(4) Hegel: I. bid, p.232, 287, 328, 335,336

وتجدر الإشارة هنا إلى اختلاف هيجل عن أفلاطون بشأن هذه الجزئية، إذ أن هذا الأخير أهدر كافة الحقوق الفردية في مواجهة مصلحة الدولة، إذ غلب مصلحة الدولة على المصالح الفردية.⁽¹⁾

وقد اهتم هيجل بالعديد من الأمور في إطار تنظيمه للسلطة التنفيذية من ذلك: (2)

أولاً: سيادة مبدأ تقسيم العمل، حيث إن السلطات تنظم بحيث يضمن تقسيمها إلى عدة تقسيمات محددة، وتسد هذه السلطة إلى سلطات أو وسطاء معينين، وذلك لضمان تنفيذ المهام من جانب ولسهولة تحديد المسؤولية من جانب آخر.

ثانياً: أن الوظائف الحكومية تمتاز بالموضوعية في ذاتها، بحيث تتحدد طبيعة نشاطاتها وفقاً لجوهرها، وهذا ما يتطلب وجود أفراد لتأديتها، إلا أن الأفراد لا يرتبطون بصورة طبيعية أو بمولدهم بالوظيفة، وإنما الارتباط بالوظيفة يكمن في المعرفة والقدرات التي تقوم الدولة بأداء اختبار لها، وذلك في سبيل اختيار الأكفأ.

وتجدر الإشارة هنا إلى اقترابه من فكر أفلاطون الذي ذهب إلى أن الفرد ملتزم بأداء دور محدد في إطار الكيان الاجتماعي، هذا الدور يرتبط بفكرة الكفاءة أو الصلاحية، وهذا ما يمكن التوصل إليه من خلال التدريب والتعليم اللذين تقوم بهما الدولة.⁽³⁾

ثالثاً: أن اختيار الأفراد لشغل الوظائف يرجع تقديره إلى سلطة الأمير، وذلك لأنه صاحب السيادة في اتخاذ القرار، وهذا الفرد يلتزم بأداء واجبه، وذلك في مقابل الحصول على دخل محدد، حيث إن الدولة لا تعتمد على الأعمال التطوعية أو الخيرية. وذلك لأن الأعمال التطوعية تؤسس على دوافع ذاتية،

-
- (1) د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون "القانون الطبيعي بين المنادين والمنكرين له"، دار النهضة العربية، د.ت، ص 51 وما بعدها.
 - (2) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 193.
 - (3) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص 51.

فيمكن للأفراد تأديتها أولاً، وهذا ما لا يمكن ارتكان دولة نظامية عليه، كما أن النكوص عن أداء الواجب يعد انتهاكاً للصالح العام، لذا عد جريمة. رابعاً: أن أعضاء الحكومة يمثلون الجزء الأكبر من الطبقة الوسطى، حيث يرى هيجل أن هذه الطبقة تتمتع بوجود العديد من العقول المثقفة بها التي تدرك وتعى القانون، وهذا ما يمنع تحويل الثقافة والكفاءة إلى وسيلة للسيطرة والاستبداد، لذا فإنها تعد العمود الفقري الرئيسى لبناء الدولة، وهذا ما رتب تكوين الحكومة منها.

خامساً: أن الدولة أوجدت نوعاً من الرقابة والضمانة على الأفراد، فمن جهة الرقابة، فإن الدولة سعت لحماية الأفراد من إساءة أو تعسف الموظفين فى استعمال سلطاتهم، وذلك من خلال التدرج الهرمى فى الوظائف والمسئوليات. إذ أن رقابة الأعلى للأدنى تكبح أهواء الموظفين، كما أن رقابة الأفراد المحكومين تعد وسيلة أيضاً لكبح الأهواء.

أما من جهة الضمانة، فإن الدولة من جانب أمنت للموظفين دخلاً يؤمنهم من البؤس أو البحث عن وسائل تكفل لهم العيش مما يؤثر على أداء أعمالهم. بمعنى آخر أن السلطة تمثل الحماية للموظفين ضد أهواء الأفراد الذين يضارون من تغليب المصلحة العامة.

ومن جانب آخر فإنه لضمان الإحساس بالعدالة وإيجاد نوع من الاعتدال فى السلوك، فإن الدولة تهتم بالتكوين الأخلاقى والعقلى، بحيث ينشأ توازن أخلاقى لدى الأفراد. كما أن الدولة بعظمتها تمثل عنصراً يخفف من وطأة العلاقات العائلية والخاصة على الموظفين، كما أنها تخفف من جماح الانتقام والكراهية، وهذا ما يجعل هذه الأمور فى مرتبة أدنى من مرتبة المصالح العامة أو الكلية.

الفرع الثانى

السلطة التشريعية

أفرد هيجل تنظيمياً للسلطة التشريعية ضمن تنظيمه للدولة من خلال الدستور الذى أقره لتنظيم حدود الدولة وسلطاتها، وقد عنيت السلطة التشريعية

بالقوانين، وذلك فى إطار الدستور الذى يتلقى تطوره اللاحق من خلال هذه السلطة التشريعية.⁽¹⁾

إذ ذهب هيغل إلى أن الدستور يعد الأرض الصلبة التى تستند عليها السلطة التشريعية للقيام بمهامها، وهى فى ذلك تسعى لتطوير الدستور، إذ أن الدستور وإن كان موجوداً إلا أن جوهره يتمثل فى كونه فى حالة حركة مستمرة أى التعديل، إذ أن الهدف هو أن ينمو الدستور ويكمل باستمرار، وهذا التطوير يتم بطريقة غير محسوسة.⁽²⁾

وتختص السلطة التشريعية بإصدار القوانين المنظمة للمجتمع كافة، وهنا تتحدد القوانين الصادرة بحسب العلاقة مع الأفراد، وذلك تأسيساً على ما تقدمه الدولة للأفراد فى سبيل تحقيق رفاهيتهم وسعادتهم من جهة، ومن جهة أخرى ما يجب على الأفراد القيام به من خدمات وأعمال للدولة. ويندرج ضمن الأساس الأول، قوانين القانون الخاص المتضمنة الحقوق والحريات، وقوانين النقابات. أما الأساس الثانى فيندرج ضمنه فقط - وفقاً لهيغل - القوانين الخاصة بفرض ضرائب نقدية على الأفراد، وذلك تأسيساً على أن المال يعد القيمة الكلية للأشياء والخدمات، كما أنه يتسم بإمكانية تحديده بطريقة عادلة.⁽³⁾

وتجدر الإشارة هنا إلى تشابه هيغل مع أرسطو، وذلك من حيث تحديد العلاقات التى يخوضها الأفراد. فأرسطو أوجد ذات الأساس وهو فى سبيل تحقيق العدالة بمعنى إعطاء كل ذى حقاً حقه.⁽⁴⁾ ويلاحظ أن هيغل اشترط أن يقوم الفرد بتقديم ما يطلب منه للدولة بإرادة حرة، بمعنى أنه يقر بأنه لا يمكن مطالبة الفرد إلا بما يستطيع.⁽⁵⁾

(1) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 195،

Hegel: Ibid, p. 336.

(2) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 198،

Hegel: Ibid, p. 336.

(3) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 196 وما بعدها.

(4) د. طه عوض غازى، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، دار النهضة العربية، د.ت، ص 209 وما بعدها.

(5) Hegel: Ibid, p. 337 et s.

وبالرغم من منطوقية ذلك وعدم الحاجة إلى تحديده، حيث إن القول بغير ذلك يعد مطالبة بالمستحيل وهو لا يجوز، إلا أن الأمر يتسم بالصعوبة في إطار الإجابة على تساؤل هل من حق الدولة أن تطالب الأفراد بتقديم كل ما يستطيعون أداءه بمواهبهم؟

حيث إن الإجابة بالإيجاب تهدر حرية الأفراد والعدالة فيما بينهم، إذ أن أصحاب المواهب سوف يقومون بأداء العديد من الأعمال، وذلك في مقابل قيام أصحاب المواهب القليلة بالقليل من الأعمال، وذلك بالرغم من أنهم جميعاً يتمتعون بذات الرعاية وذات الحقوق من الدولة.⁽⁶⁾

وبالرغم من أهمية هذه الملحوظة إلا أنها تغافلت نظرية أرسطو عن تحقيق العدل، فقد يقوم فرد بأداء العديد من المهام بالمقارنة بآخر، إلا أن ذلك لا يهدر العدالة فيما بينهما أو الحرية، حيث إنه من الطبيعي أن يميز ذو المواهب عن مفتقدها. وذلك تطبيقاً للعدل التوزيعي لدى أرسطو⁽⁷⁾، إذا أن هذا الأمر لا يمثل إهداراً للعدالة أو حتى حرية الأفراد.

وقد نظم هيجل السلطة التشريعية بحيث تعكس إرادة الشعب، حيث أقر مبدأ التمثيل النيابي فمنح الشعب حق انتخاب ممثليه أو نوابه، وذلك لعدم إمكان قيام الشعب بمباشرة السلطة بنفسه وذلك لكثرة عدد السكان، وهذا ما يعد مثالب للديمقراطية المباشرة.⁽⁸⁾

وقد أنيط بالنواب المشاركة في المناقشات والمشاورات والقرارات الخاصة بالشئون العامة، كما أنهم يعملون على تحقيق الصالح العام وليس مصالح من انتخبوه الخاصة. وفي ذلك يرفض هيجل فكرة المهمة الإلزامية "Mandat impératif" بشأن التمثيل النيابي والتي تقضى بالتزام النائب بمهمة معينة كلفه بها من انتخبوه.⁽⁹⁾

(6) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 197.

(7) د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.

(8) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 200.

Hegel: Ibid, p. 346.

(9) Hegel: Ibid, p. 346.

ويرجع ذلك إلى أن النائب تتمثل مهمته بمجرد انتخابه في تحقيق الصالح العام للدولة وليس الصالح الخاص، وهو في مناقشاته ومحاوراته يتجرد من المصالح الخاصة لأفراد دائرته، ليس ذلك فقط بل يتجرد من مصالح حزبه أو نقابته⁽¹⁰⁾، وهذا ما يعد ركناً في النظم البرلمانية الحديثة.

وتجدر الإشارة إلى أن هيجل أوجب علانية المناقشات في المجالس النيابية، وذلك في سبيل تمكين الأفراد من الإلمام الصحيح بالشئون العامة، بحيث يصبحون قادرين على تكوين أفكار صحيحة ويقومون بتقييماً موضوعياً.
(11)

وقد وضع هيجل بعض المميزات التي يجب أن يتمتع بها النائب، وذلك لنيل ثقة ناخبيه، حيث رأى أن النائب يكتسب قيمته من مواهبه الشخصية ومن خبرته التي اكتسبها من تجاربه في خدمة الصالح العام.

كما ذهب إلى أن الناخبين يجب أن يضعوا معايير لاختيار نوابهم، من ذلك أن يكون لديه مواهب خاصة، وذلك في سبيل أداء الأمانة الموكولة له. كما يجب معرفة إنجازاته السابقة في ميدان العمل العام، كما يفضل أن يكون موهوباً من الناحية العقلية والسياسية على أن يكون ثرياً. وإن كان الثراء يمثل عاملاً يضمن الاستقلال والتمتع بالموضوعية وعدم الجرى وراء المكاسب، ومن ثم البعد عن شبهات الرشوة والاختلاس، بالإضافة إلى ضرورة إحاطة النائب بمشاكل الأفراد حتى يستطيع عرضها.⁽¹²⁾

ويضيف هيجل أنه يجب أن يتضمن المجلس عدداً كافياً من النواب الممثلين لكافة الأنشطة من تجارة وصناعة، إلا أن ذلك لا يمكن ضمانه في ظل النظام الانتخابي الذي يسود كافة الأنظمة الديمقراطية، حيث يؤسس على الأكثرية العددية بمعنى أن المرشح ينتخب لحصوله على أكبر عدد من

(10) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 201.

(11) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 205.

Hegel: Ibid, p.352.

(12) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 202.

الأصوات، وهذا ما يجعل تضمن المجلس كافة الأطياف متوقفاً على الصدفة البحتة. (13)

وتجدر الإشارة إلى أن هيجل يصب جم غضبه على النظام الانتخابي، إذ يرى أن عملية الانتخاب لا تحقق الهدف المرجو منها، ويرجع ذلك إلى أن نسبة المقترعين خاصة في الدول المتقدمة لا تبلغ الثلاثين بالمائة، وذلك لأن الناخبين يصابون بنوع من عدم الاكتراث تجاه أصواتهم، إذ أن الصوت الواحد ليس له إلا تأثير بسيط في ظل مجموع الأصوات.

وهنا يثار التساؤل عن كيف يمثل ثلاثون بالمائة مجموع إرادة الشعب؟ بل كيف تتحكم هذه النسبة في مصير الأمة؟ وذلك مع العلم أن هذه النسبة تتكون في الغالب الأعم من الطبقات الدنيا، إذ ينذر أن يشارك أهل الكفاءة والرأى في الاختيار⁽¹⁴⁾، ويلاحظ هنا التشابه بين هذا الوضع والوضع في مصر في كافة الانتخابات.

ويضيف هيجل أن هيئة الناخبين في مثل هذه الحالات هم خليط من الدهماء وليس شعباً، وذلك لانسامهم بقلّة الوعي والتنظيم، بحيث يصبح هدف الدولة الرئيسي هو الحيلولة دون سيطرة هذه الفئة على السلطة ومن ثم ممارسة العنف، ويرجع ذلك إلى أن هذه الطبقات عادة ما تسعى إلى تحقيق مصالحها الخاصة، وهذا ما يهدم أى نظام.⁽¹⁵⁾

وبناءً على ذلك ذهب هيجل إلى طرح النظام القائم على أساس انتخاب الشعب لنوابه مباشرة، بحيث تتولى منظمة ما مهمة التشريع إذ أنه في سبيل رفضه نظام التصويت العام المباشر يسند مهمة التشريع إلى منظمة أو جماعة منظمة، وهذا ما ظهر تأثيره على "بنيتو موسولينى حين أقام النظام النقابى.⁽¹⁶⁾

(13) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 202،

Hegel: Ibid, p.350.

(14) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 202 وما بعدها.

(15) Hegel's encyclopedia of the philosophical sciences, no. 544,
<https://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/ol/encycind.htm>

(16) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 200.

المبحث الثانى

القانون

أوجد هيجل دوراً للقانون فى فلسفته من ناحية، وفى سبيل تحقيق أهداف الدولة من ناحية أخرى، وهو فى إطار ذلك سعى لتحديد مفهوم للقانون، كما أوجد أساساً له.

كما أنه أوجد تصوراً للقانون الوضعى وعلاقته بالقانون الطبيعى، وهذا فى إطار علاقات الدولة وأهدافها.

وبناءً على ذلك نتناول ماهية القانون وأساسه، ثم القانون الوضعى

وعلاقته بالقانون الطبيعى، وذلك فيما يلى:

المطلب الأول: ماهية القانون وأساسه.

المطلب الثانى: القانون الوضعى وأطره.

المطلب الأول

ماهية القانون وأساسه

سعى هيجل لتحديد مفهوم القانون والعلم القانوني في إطار فلسفته، وفي نطاق ذلك أوجد أساساً للقانون وفقاً لأفكاره، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم القانون.

الفرع الثاني: أساس القانون.

الفرع الأول

مفهوم القانون

يبدأ هيجل تعريفه للقانون من خلال تحديده موضوع فلسفة القانون، إذ ذهب إلى أن مضمون فلسفة القانون هو تحديد وتحقيق مفهومه، فموضوع الفلسفة القانونية لديه يعد صورة، وهذه الصورة هي المفهوم الذي يوجد بالفعل ويستمد تواجدته بالرغم من التعديلات.

فالصورة لدى هيجل لا يقصد بها الشكل، بل المقصود بها المضمون الذي يتخذ لنفسه شكلاً، وقد شبه ذلك الأمر بالروح التي لا بد لها من جسد، وهذا ما ينطبق على المفاهيم التي لا بد لها من واقع يعكسها. (17)

ويعتبر هيجل علم القانون جزءاً من الفلسفة، ويختص بتفصيل المفاهيم - الصورة - والتي تعد علة الشيء، فهو يقوم بمتابعة التطور الخاص بشيء محدد، وهو في ذلك يشرع من نقطة محددة بدقة، وذلك لاعتباره جزءاً من الفلسفة. (18)

ووفقاً لذلك يتسم علم القانون بكونه علماً فلسفياً وليس تجريبياً أو وصفيّاً خالصاً، إذ أنه يتفحص الوقائع في ضوء الأهداف المحددة أو الغايات المراد تحقيقها. (19)

(17) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 15.

G. F. Hegel: La philosophie du droit de 1819, I in L'état de droit, cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, 1993, p.160.

(18) G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, p.26-27.

(19) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 16.

وتجدر الإشارة إلى أن العلم الوضعي للقانون يهتم بصورة أولية بتحديد ما هو قانوني، فهو يضع الأطر الشرعية الجزئية في المجتمع، وبناءً على ذلك تم تفسير مقولة "أن كل تعريف في القانون المدني خطر"، إذ أن وضع التعريفات يساهم في وضع تحديدات عامة. وهذا ما يستتبع إظهار التناقضات، إذ أنه كلما زادت التناقضات كلما ضعفت فرص وضع تعريفات عامة، لذا فإن علم القانون يهتم بالتفصيلات دون العموميات.

وتطبيقاً لذلك لم يوضع تعريف للإنسان في ظل القانون الروماني، إذ لم يتضمن العبيد وهذا ما يعد إهانة لمفهوم الإنسان، وتجدر الإشارة إلى أن التعريف يمكن استنباطه من الاشتقاق إلا أن ذلك يطرح جوهر الأشياء من الناحية العلمية، إذ أن المفهوم هو الأمر الأهم المستخلص من البرهان والاستنباط من الحركة التي يسعى من خلالها إلى تحقيق أهدافه، فالغالب هو استخلاص المفهوم من الأحوال الجزئية.⁽²⁰⁾

وتجدر الإشارة إلى أن حجر الزاوية في علم القانون هو مفهوم الحرية، هذا المفهوم الذي يتسم بالتجدد وفقاً للتطور التاريخي. وقد رأى هيجل أن مفهوم الحرية لا يخترع إذ أن الأجيال السابقة قد ساهمت في وجوده، كما أنه ليس من اللازم إثبات وجوده، ولكن الاهتمام ينصب على إدراك معناه.⁽²¹⁾

وبناءً على ما سبق يعرف القانون عند هيجل بأنه "ظاهرة من ظواهر الحياة العقلية الواعية في الإنسان"، وهذا التعريف يتضمن القانون باعتباره ظاهرة تعكس إرادة الإنسان، وتتضمن هذه الإرادة معنى الحرية التي تعد نقطة البداية في علم القانون.⁽²²⁾

وقد ذهب هيجل إلى أن حرية الإرادة تعود إلى وعي الإنسان، إذ أن الإنسان بمقدوره أن يحدد ماهيته والمضمون الذي يبتغيه بذاته⁽²³⁾. والإنسان في ذلك تتسم إرادته بعدم التحديد، إذ أنه يقوم بالتأمل المحض للذات، وهذا ما

(20) Hegel: Ibid, p.26-27.

(21) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 16.

(22) المرجع السابق، ص 20.

(23) Hegel: Ibid, p. 35 et s.

يستتبع إلغاء كافة التحديدات الواردة من الطبيعة أو من الحاجات أو من الميول والرغبات. (24)

وأساس ذلك أن الإرادة لا تختلف عن الفكر، إذ أنها تعد الفكر في ذاته، الساعى إلى تغيير الواقع طبقاً لإرادته، فهي الرغبة في تحويل الأفكار إلى أشكال عينية واقعية. لذا فإن هيجل يقر بأن العنصر الأول في الإرادة هو التأمل "النظر" الذى يتضمن كافة موجودات العالم، كما يشمل الذات "الأنا" التى تعد الروح للظواهر الخارجية. (25)

وتطبيقاً لذلك عرف هيجل الحق بأنه "الحرية بوجه عام من حيث إنها صورة "Idée" (26)، ومن هذا التعريف يتضح أن هيجل أكد على أهمية الحرية في تكوين القانون والحقوق، وهو في ذلك انتقد كلاً من "كانط" و"روسو"، حيث إن كلا منهما عرفا الحرية من الناحية السلبية. فكانت ذهب إلى أنها "الحد من حريتي أو هواي بحيث يمكن أن تتوافق مع حرية الغير، ووفقاً لقانون كلى". ويتضح من هذا التعريف أن كانط حدد الحرية تحديداً سلبياً وذلك للحد منها، وهذا الأمر عكس ترسيخ نظرة منذ "روسو" تتضمن أن الجوهر ليس متمثلاً في الإرادة القائمة بذاتها ولذاتها، وإنما هو الإرادة الجزئية أو إرادة الفرد وفقاً لهواه، ولكن في إطار عقلى أو معقول، بحيث لا يمكن ظهوره إلا من خلال الحد من الحرية. (27)

ويذهب هيجل إلى أن كلاً من "روسو" و"كانط" أخطأ في هذه النظرة، وذلك لأنهما يتغاضيان عن أن الحرية واقع وحقيقة، فهما يكتفيان بأنها مثل أعلى يسعى لتحقيقه. وهذا ما يستتبع عدم تجاوزها الفردية، وهو الأمر الذى يتعارض مع الكل إذ أن الفردى ذاتى لذا هو غير ممكن التحقق (28) - كما سبق الذكر راجع دور الفرد في الدولة -.

(24) Ibid., p. 37 et s.

(25) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 21.

(26) المرجع السابق، ص 40.

(27) Hegel: Ibid, p.43.

(28) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 41.

وتجدر الإشارة إلى أن هيجل يقدر القانون بصفة عامة، وذلك باعتباره الوجود التجريبي للحرية التي تعد المفهوم المطلق، وهو في ذلك يوقف شكل القانون على تطور مفهوم الحرية، إذ أن مفهوم أو مستوى الحرية يقابله نظام قانوني ينظمه، وهذا المستوى يعد الوجود التجريبي للحرية.

ويضيف هيجل أن القاعدة العامة هي عدم تعارض الحقوق، إذ أن الحقوق تمثل وجوداً تجريبياً للحرية في لحظة معينة وهي تتكامل مع بعضها. فمثلاً لا يمكن للحرية أن تدخل في صراع مع الحق الشخصي أو أي حق آخر، إذ أن كل حق يتضمن معنى للحرية، إلا أن ذلك لا يمنع وجود نزاع؛ وذلك لتعدد الأفراد وتعارض مصالحهم. وهنا تظهر قاعدة خضوع أحدهما للآخر، إذ أن الحق المطلق هو فقط روح العالم، وما دونه يمكن خضوعه للمطلق.⁽²⁹⁾

الفرع الثاني

أساس القانون

صاغ هيجل مفهوم القانون في سياق مفهوم الحرية والإرادة في إطار علاقتهما بالدولة، فالقانون عند هيجل يعد المجرد فيما تعد الدولة هي الوسيلة لتحقيقه.⁽³⁰⁾

فالقانون يتواجد بوجود الإرادة الحرة المفكرة، إذ من خلالها يمكن الكشف عن القانون وتحقيقه من خلال الدولة، فالدولة هي التي تجعل القانون حقيقة ضرورية.⁽³¹⁾

(29) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 41 وما بعدها، Hegel: Ibid, p.59.

(30) د. فايز حسين المرجع السابق، ص 66.

G. F. Hegel: La philosophie du droit de 1819, I in L'état de droit, cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, 1993, p.160.

(31) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، 1999، ص 188؛ د. محمد نور فرحات، الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، دن، 1981، ص 221 وما بعدها.

= A. Brimo: Les Grands courants de la philosophie du droit, op. cit, p. 175 et s.

J. Ph. Guinle: la religion et le fondement de l'état dans la philosophie du droit de Hegel, op. cit, p. 120 et s.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (617)

لذا يمكن القول أن الكيان القانوني يؤسس على ما يتوصل إليه الأفراد الأحرار بعقولهم، لذا فإن الفرد الحر هو المشرع الأصلي الذي أوجد القانون لنفسه. (32)

وبناءً على ذلك يتحدد جوهر القانون في الحرية، فهيجل يرى أن دراسة نشأة القاعدة القانونية وتطورها يعد عملاً تاريخياً صرفاً، وهذا لا يكفي من الناحية الفلسفية، ولذا يجب إدراك الهدف الجوهرى للقانون. (33)

وقد انتقد هيجل أنصار المدرسة التاريخية، إذ رأى أن تأسيس القانون على الأوضاع التاريخية يطرح جوهر الشيء أو مفهومه جانباً، وفي هذا يقول "أن الناس يتحدثون عادة عن مفهومات قانونية رومانية أو جرمانية، وعن مفهومات قانونية محددة في هذا القانون أو ذاك، بينما الواضح هو أن هذه ليست مفهومات بالمعنى الحقيقي، بل مجرد قواعد قانونية عامة ومبادئ الذهن....". (34)

وتطبيقاً لذلك يهاجم هيجل مقولة أن القانون الروماني يتضمن منطقاً عقلياً، وذلك تأسيساً على أن الشواهد تؤكد عكس ذلك، فمثلاً قانون الأسرة وقانون الرق في القانون الروماني، اتسما بالبعد عن مقتضيات العقل. (35)

وقد ذهب هيجل تأكيداً لذلك إلى أن القانون هو نتاج التطور التاريخي العيني، حيث يعكس تعامل أفراد الشعب مع الأوضاع الجغرافية والأوضاع الطبيعية، بحيث تقوم الدولة بسلطاتها المستتدة بفرض القواعد، إلا أن الجانب الأهم هو مدى اتفاق هذه القوانين مع إرادة الشعب، الذي يتسم بالحرية ويدافع عنها للنهائية. (36)

وفي هذا السياق أشاد هيجل بأفكار "مونتسكيه" إذ نسب إليه فضل دراسة القانون واضعاً أمام نظره الوضع التاريخي للشعب، إذ رأى أن

(32) هربرت ماركيز، العقل والثورة، المرجع السابق، ص 210.

(33) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 18.

(34) G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, p. 28 et s.

(35) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 20.

(36) المرجع السابق، ص 18.

مونتسكيه استطاع الوصول إلى نظرة صحيحة للقانون من الناحية التاريخية والفلسفية، حيث تضمنت النظر للتشريع بصورة مجملية للجزئيات، بحيث تعد عنصراً مرتبباً بالكل، وبكافة الظروف المحيطة بالدولة. (37)

ومفاد ما سبق كله أن أساس القانون لدى هيجل هو أساس إرادي، حيث تمثل في إرادة الأفراد الحرة، إذ عد الفرد هو المشرع الأصلي لذاته، وهذا ما عكسه تعريف القانون له وتضمينه الحرية كغاية يسعى لتحقيقها من خلال الدولة.

المطلب الثاني

القانون الوضعي وأطره

صاغ هيجل مفهومًا للقانون بصفة عامة تضمن مفهوم الحرية والإرادة وذلك لضمان تطبيقه، وقد انعكس ذلك على القانون الوضعي لديه، كما تجلى في علاقاته بغيره من القوانين كالقانون الطبيعي، إذ عكست هذه الأفكار فكر هيجل الفلسفي بصفة عامة، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: ماهية القانون الوضعي.

الفرع الثاني: أطر القانون الوضعي.

الفرع الأول

ماهية القانون الوضعي

ذهب هيجل إلى أن القانون الوضعي يشترط فيه عدة مقومات لا اعتبره قانونًا، وتمثلت هذه المقومات في الشكل والمضمون. فمن حيث الشكل يجب أن تكون قواعده سارية المفعول في دولة ما، وهذا ما يكسبه الطابع الشرعي وهو ما يجعل دراسته ممكنة، أي يساهم في قيام العلم الوضعي للقانون.

أما من جهة المضمون فقد اشترط هيجل أن ينعكس فكر شعب ما على قواعده، أي أن يكتسب عنصراً وضعياً، وذلك من خلال اتصافه بسمات خاصة بشعب معين أو عكسه لتطور تاريخي. كما يجب أن يتضمن قواعد أو مفاهيم عامة تطبق على كافة المواقف أو الجزئيات، هذا بالإضافة لمساهمته في

(37) Hegel: Ibid, p.28 et s.

إصدار أحكام فعلية من المحاكم، وذلك من خلال تسهيله إصدار الحكم وتوضيح الإجراءات والمواعيد. (38)

ويضيف هيجل أن القانون يجب ألا ينساق وراء العواطف أو الأهواء، كما يجب ألا ينتج عن طغيان واستبداد، إذ أن الفلسفة لا تعترف بهذه القوانين، حيث إنها تعد أمرًا عارضًا لا يمكن القياس عليه، وذلك بالمخالفة للقانون الوضعي الحقيقي. (39)

ويتصف القانون لدى هيجل بالمساواة أو العدل، فبالرغم من أن المساواة أمام القانون للأفراد لا تنفي التفاوت المادي أو الاجتماعي بينهم، إلا أن القانون في وضعه الضوابط والأسس يتغاضى عن العوامل العارضة أو الطارئة، حيث توضع الضوابط على أسس عامة تعد مشتركة بين الكافة. (40)

وبناءً على ذلك يستطيع القانون إعادة الحقوق إلى مستحقيها، وذلك دون أن يحدث تغيير في النظام الاجتماعي الذي يقضى بالظلم. فالقانون يمنح الطرف الضعيف الحماية، مما يستتبع استلزام علانية القانون وذلك لضمان تنفيذه وطاعته. وقد مثل هيجل لذلك بأن الحكم الاستبدادي يقوم بإعلان القوانين في أماكن مرتفعة بحيث يصعب على أي مواطن الاطلاع عليها. (41)

وقد استلزم هيجل عدة أمور للقضاء على الطغيان بواسطة القانون، من ذلك تقييد سلطة القاضي من خلال اتصاف قواعد القانون بالصراحة والتحديد والوضوح. كما اشترط ضرورة علانية المحاكمة، وقد أسس ذلك على أن تطبيق القانون يستلزم ثقة المواطنين، لذا يجب منحهم هذه الثقة. (42)

ومفاد ما سبق أن القانون لدى هيجل يعد "الحق المجرد" أو الحرية المجردة، لذا وجب على الجهات القضائية تحقيق هذا الجانب المجرد في الواقع، وجعله ضرورة من ضرورات المجتمع. (43)

(38) د. عبد الرحمن بدوي، المرجع السابق، ص 17.

(39) Hegel: Ibid, p. 28 et s.

(40) هربرت ماركيزوز، المرجع السابق، ص 210.

(41) هربرت ماركيزوز، المرجع السابق، ص 210.

(42) هربرت ماركيزوز، المرجع السابق، ص 210، بند 234.

(43) Hegel's encyclopedia of the philosophical sciences, no. 532.

<https://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/ol/encycind.htm>

وفى سبيل تحقيق ذلك أوجد هيغل وسائل مساعدة للقانون، بحيث يستطيع فرض سيطرته على الأفراد بشكل مباشر ومحسوس، من ذلك الشرطة. وتجدر الإشارة إلى اختلاف مفهوم الشرطة فى فلسفة هيغل عنها فى الحكم المطلق.

إذ أنها فى الحكم المطلق منحت حق التدخل فى عملية الإنتاج والتوزيع، ومراقبة الأسعار، كما خولت حق تقييد حرية التجارة والربح. هذا بالإضافة إلى الإشراف على الحياة الخاصة للأفراد، وذلك كلما كان لها تأثير فى الصالح العام. (44)

إلا أن هيغل رأى أن الشرطة تمثل مصلحة الكل ضد القوى الاجتماعية، بحيث لا تضمن حسن سير العملية الاجتماعية أو الاقتصادية دون أى مشاكل أو اضطرابات. فالشرطة لديه لم يعد من اختصاصها الإشراف على الإنتاج، بل تمثلت مهمتها فى صون أمن الشخص وملكيته، وهذه المهمة تعد مهمة سلبية. (45)

ومفاد ما سبق أن الشرطة عدت نتاج تعارض المصالح المتزايد داخل المجتمع، وهذا ما دفع هيغل لإيجادها بحيث يضمن عمل الكل وفقاً للتنظيم الإدارى السائد. بمعنى آخر أن النظام الكلى سوف يقضى على المنازعات وذلك من خلال تقصير أمد القلاقل الخطيرة. (46)

وبجانب الشرطة أوجد هيغل حلاً آخر لاحتواء تعارض المصالح، هذا الحل تمثل فى نظام النقابات "corporation"، حيث هدف هيغل منها تجميع المصالح، فقد حدد هدفها فى توحيد المصالح وأوجه النشاط الاقتصادى من جهة، والدفاع عن مصالح المجتمع ضد الدولة من جهة أخرى، وإن كانت الدولة ذاتها هى التى تتولى الإشراف على النقابة. (47)

(44) هربرت ماركيز، المرجع السابق، ص 211.

(45) G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, Edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, p.259 et

(46) هربرت ماركيز، المرجع السابق، ص 212.

(47) Hegel: Ibid., p. 259 et s.

ومفاد ما سبق أن النقابات تتميز بالتقاء رأس المال والعمل والربح والمصلحة العامة، بحيث تنحى المصالح الخاصة في إطار العمل ضمن النظام الكلى للمجتمع، إذ أنها تحث الأفراد على العمل من أجل مثل أعلى. (48)

وبناءً على ما سبق يمكن القول أن دور القانون لدى هيجل تمثل في توجيه نشاط الأفراد المتضمن الإرادة الحرة، وذلك للعمل وفق المصلحة العامة، ولذلك فإن الدولة تهدف لديه إلى التوفيق بين المصلحة الخاصة والعامة. فهي تهدف إلى تحقيق الصالح العام، ولكن دون الاعتداء على حق الفرد وحرية. (49)

وتجدر الإشارة هنا إلى اختلاف فلسفة هيجل عن فلسفة أفلاطون، في كون الأول لم يهدر حقوق الإنسان في سبيل تحقيق الصالح العام، بخلاف الثاني الذي أهدر حقوق الإنسان وذلك تحقيقاً لمصلحة الجماعة أو الكل. (50)

ولذلك فإن الدولة لا توجد إلا من خلال القانون، فالقوانين تعبر عن مضمون الحريات التي تعد غاية نهائية مطلقة، وهذا ما استتبع تقييد الدولة بالعديد من القوانين، إذ أن القوانين تؤسس على إرادة أفراد المجتمع، لذا فهي تتسم بالكلية والشمولية. (51)

الفرع الثاني

أطر القانون الوضعي

حدد هيجل علاقات القانون الوضعي بغيره من القوانين أو المضامين الأخرى وذلك في إطار فلسفته الكلية، وقد أوجد هيجل علاقة بين القانون الوضعي من جهة والقانون الطبيعي من جهة أخرى، كما حدد دور الدين في مواجهة القانون الوضعي.

(48) هربرت ماركيزوز، المرجع السابق، 213.

(49) المرجع السابق، ص 214.

(50) انظر د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون، المرجع السابق، ص 51 وما بعدها.

(51) هربرت ماركيزوز، المرجع السابق، ص 218،

Hegel's encyclopedia of the philosophical sciences, no 538.

<https://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/ol/encycind.htm>

(622) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

فمن جهة علاقة القانون الوضعى بالقانون الطبيعى، ذهب هيغل إلى أن كلا القانونين مختلفان، إلا أن ذلك لا يعنى أنهما متعارضان أو متناقضان، بل أن العلاقة بينهما علاقة تكاملية. (52)

وقد شبه هيغل علاقة القانون الطبيعى بالقانون الوضعى بعلاقة المدونات "Institutes" والفتاوى "Pandectes"، إذ أن المدونات تتضمن المبادئ العامة، بينما الفتاوى تطبيق المبادئ العامة على الوقائع الجزئية. (53) وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن تشبيه هيغل للعلاقة بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى بعلاقة الفتاوى والمدونات تشبيه يعوزه الدقة. إذ أن مضمون المدونات التى صدرت فى عهد الإمبراطور جستنيان لا تطابق مضمونها الفعلى، إذ أنها لم تقتصر على المبادئ فقط. (54)

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هيغل لم يقصد بالطبيعة ذات المفهوم الإغريقى أو ما يعرف بالمثل، إذ نتيجة لموقفه من المجتمع المدنى والطغيان رفض فكرة الحقوق الطبيعية. فالمجتمع المدنى لديه عد منطقة للميول العمياء والغرائز، وهذا ما يستتبع انتشار الفوضى.

أما من جهة الطغيان فهو يرى أنه نتاج اللا قانونية، إذ أنه لا يقوم على القانون وإنما على الإرادة الجزئية أو الفردية (55). وهذا ما يرفضه هيغل فى ضوء نظريته للحقوق الفردية فى ضوء المصالح الجماعية أو مصالح المجتمع. وتحقيقاً لذلك ارتأى هيغل أن الطبيعة المقررة هى الطبيعة الحقيقية التى توفى بين الإنسان والتاريخ الذى صنعه، وذلك تطبيقاً لمقولته "ما هو عقلانى هو واقع بالفعل وما هو واقع بالفعل هو عقلانى". فوفقاً لهيغل أن القانون المثالى والمثل عدت من ثمرات التاريخ، لذا فلا بد من توجُّه من قبل التاريخ.

(52) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 17.

(53) G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, Edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, p. 28 et s.

(54) Hegel: philosophy of right, trans, T.M. Fox, oxford, 1967, p.307.

(55) ملحم قربان المرجع السابق، ص 202 وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى 2014 (623)

وفى سياق ذلك ذهب هيغل إلى أن الدولة الأخلاقية هي البديل الكامل للقانون الطبيعي المثالي، فالأخلاق الكلية المطلقة ليست سوى الشعب أو الأمة. لذا فإن الحق بالمعنى الواسع يحقق الإرادة الحرة أو الأخلاقية، بحيث يتضمن كافة مظاهر الحياة الأدبية، ومن ضمنها القانون المدنى أو الوضعى.

وتعد الدولة هي التجسيد الأعلى للحياة الأخلاقية، فهي الكل الأخلاقى التى بعثها الله فى التاريخ، لذا فحقها فوق كافة الحقوق، ويتمثل أساسها فى العقل المكون للإرادة، بحيث يعد الأساس للقانون والأخلاقيات. (56)

ومفاد ما سبق أن القانون الطبيعى يعد فى مرتبة أعلى من القانون الوضعى، إذ أن الأول يختص بتحديد المبادئ العامة، أما الثانى فيختص بتطبيق هذه المبادئ وتفصيلها فى الواقع العملى.

ويلاحظ هنا تشابه هذه العلاقة بما حدده أرسطو، وذلك فى سياق تحديده العلاقة بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى، إذ ذهب إلى أن القانون الطبيعى يتضمن مبادئ عامة، فيما يتضمن القانون الوضعى تفصيلات المبادئ، ويرجع ذلك إلى تباين الأنظمة. (57)

ويرجع أساس فكرة القانون الطبيعى لدى هيغل إلى اعترافه بأن الروح البشرى بما تعكسه من فردية تتسم بالمحدودية، فهي تسعى إلى إدراك الروح الكلى المطلق وهى ما تتضمن فى طبيعتها الطبيعة، والعلاقة بين الروح والطبيعة ليست علاقة سطحية وإنما هى علاقة متطورة، فالروح متماثلة مع الطبيعة. (58)

أما من جهة دور الدين فى مواجهة القانون الوضعى، فإن هذا الدور يتجلى فى علاقة الدولة ذاتها بالدين، وقد تناول هيغل العلاقة بين الدين والدولة تحت تأثير بحث بمقولة أن الدين هو أساس الدولة. (59)

(56) ملحم قربان، قضايا الفكر السياسى "القانون الطبيعى"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1982، ص 77 وما بعدها.

(57) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص 68 وما بعدها.

(58) هيغل، محاضرات فى تاريخ الفلسفة، ترجمة د. خليل أحمد خليل، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1986، ص 153.

(59) د. عبد الرحمن بدوى، المرجع السابق، ص 173.

ويلاحظ هيجل أن الدين يعد الملاذ للأفراد، فالكافة يلجئون للدين في أوقات البؤس والإضرابات والظلم، بحيث يسيطر الدين على كافة الأمور، فهو الذى يفصل فى كافة الأمور. كما أنه هو الذى يحافظ على الحق والقانون، وهذا الأمر قد يدفع الدين إلى الإيحاء بالابتعاد عن المصالح الدنيوية، وهذا ما لا يتفق مع الدولة باعتبارها الروح الحاضرة فى الدنيا. (60)

ويستطرد هيجل هنا وينبه على أن الدين كما يمكن أن يحقق نهوض الدولة، فإنه أيضاً يمكن أن يؤدي إلى العبودية القسوى، بحيث تغلظ القيود وينساق الإنسان وراء الخرافات، وهذا مثل القدماء المصريين والهندوس. (61) وهنا يقرر هيجل أنه لتحديد العلاقة بين الدين والدولة لابد من تحديد تصور للدين، وهو فى ذلك يذهب إلى أن الدين هو الحقيقة المطلقة، وهذا ما يجعل الشكل الأمثل للروح يرجع إليه. (62)

فقد عرف الدين بأنه " تجلي المطلق فى إطار الفكر، أو هو الحضور الحى اللامتناهى فى المتناهى " (63)، فالدين عد مرحلة ضرورية فى إطار التطور الجدلى للروح لدى هيجل، فهو لم يكن محض صدفة كما أنه ليس عملاً إنسانياً خالصاً، وإنما كان عملاً ضرورياً للعقل. (64)

وتجدر الإشارة إلى أن الدين يتضمن ثلاث لحظات تعكس الفكر، أولها لحظة الكلية، وتمثل العقل الكلى أو الله، وثانيها هى اللحظة الجزئية التى تمثل بعد الفرد العقلى الجزئى عن الله العقل الكلى، إذ أن العقل يدرك الله باعتباره موضوعاً خاصاً به كما يدرك انفصاله وابتعاده عنه.

وثالثها هى لحظة الفردية وتمثل عودة الجزئى إلى الكلى، حيث يقوم العقل الإنسانى بالسعى إلى الاقتراب إلى الله وإلغاء الانفصال والبعد عنه،

(60) المرجع السابق، ص 173.

(61) المرجع السابق، ص 173.

(62) المرجع السابق، ص 173.

(63) روجيه غارودى، فكر هيجل، ترجمة إلياس مرقص، بيروت، دار الحقيقة، الطبعة الثانية، 1983، ص 234.

(64) د. أمل مبروك، الفلسفة الحديثة، دار قباء الحديثة، 2007، ص 261.

بحيث يربط نفسه بالله من جديد، وهذا ما تعكسه العبادة التي تعد المعول الأساسى فى أى دين. (65)

ومفاد ما سبق أن الدين يمثل الأساس الأخلاقى بصفة عامة، وهذا ما يتضمن الدولة وطبيعتها، وذلك تأسيساً على أن الدولة انعكاس للإرادة الإلهية. إلا أن ذلك لا يعنى التماثل بل يعد الأساس فقط، حيث إن الدين والدولة ينفصلان إذ أن الدولة بالرغم من عكسها الإرادة الإلهية، إلا أنها تعد روحاً حاضرة تنمو وتتطور لتصل إلى الشكل الواقعى. (66)

مما سبق يمكن القول أن الدولة والدين مرتبطان بالضرورة، وتفصيل ذلك أن دستور الدولة يؤسس على مبدأ معين نتيجة لوعى الروح الخاص، أو بمعنى آخر يؤسس على فهم الروح للحرية وعلاقته بها والقانون يعبر عما هو معقول. فجوهر الدولة يتمثل فى كون الإرادة إرادة معقولة بذاتها، لذا فإن جوهر القانون يتمثل فى إدراك شعب ما لحرية، وهذا الأمر يتوقف على مضمون فكرة الأفراد عن الله. (67)

لذلك يقرر أن الحرية السائدة لدى الإغريق لم يكن لها أن تحدث فى الشرق لاختلاف أفكار الأفراد، كما أن فلسفة العصر الحديث لم تكن لتحدث فى اليونان أو روما. (68)

ويقرر هيجل أن الدين باعتباره فكراً إلهياً قد يتعارض مع الدولة باعتبارها فكراً زمنياً غير إلهى أو غير قدسى، إلا أن الوضع الأمثل هو أن يتوافق أو يتناغم المجالان معاً.

إذ أن الدين متمثلاً فى الكنيسة والدولة لا يختلف من حيث الحقيقة والمعقولة، وإنما الاختلاف يكون فى الشكل فقط، لذلك فإن العلاقة بين الدين

(65) ولنر ستيبس، فلسفة هيجل، ترجمة إمام عبد الفتاح، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1980، ص 664 وما بعدها. د. أميرة مبروك، المرجع السابق، ص 261.

(66) G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, p.302.

(67) هيجل، محاضرات فى تاريخ الفلسفة، المرجع السابق، ص 173.

(68) المرجع السابق، ص 173.

والدولة لدى هيجل تمثلت فى أن الدولة لا تهتم بذاتية الدين وإنما تنظر فقط للمبادئ العامة للدين، وهى فى ذلك لا شأن لها باختلاف الأديان، بل أن كافة الأديان لديها سواسية. كما أن الدين المتمثل فى الكنيسة لا يجب أن يتدخل فى شئون الدولة، كما أن رجال الدين ليس لهم أية امتيازات، إذ أنهم يخضعون للقوانين فيقومون بأداء الضرائب والمثول أمام القضاء المدنى أو الجنائى العادى كسائر المواطنين. (69)

الخاتمة

يعد هيجل ممثلاً للمثالية المطلقة وهو فى ذلك يقترب من أفكار أفلاطون، وإن اختلف معه فى العديد من الأمور، كما أنه اختلف مع فلاسفة العقد الاجتماعى بشأن العقد وأثاره. وقد صاغ هيجل أفكاره حول الدولة فى إطار فلسفته العامة، فقد اعتمد على أسلوبه الديالكتيكي، والذى تضمن المتناقضات والوصول إلى هدف من خلاله. وتطبيقاً لذلك رأى أن هناك ثالثاً لا بد من تواجده فى أى علاقة، بحيث يكون هناك طرف سلبى وآخر إيجابى ومن ثم طرف موفق بينهما، وهذا ما جعله يتوصل إلى إقامة الدولة. وقد مثلت الدولة الإرادة الإلهية فى الأرض، وهى هدفت إلى التخلص من حالة الفوضى والفساد الأخلاقى فى حالة المجتمع المدنى، وهى فى ذلك تسعى لتحقيق أهدافها من جهة وأهداف المجتمع المدنى من جهة أخرى. فقد صاغ هيجل علاقة الجزئيات بالكليات أو الفرد بالدولة فى أطر التعاون، حيث لم يكن هناك كيان للفرد بمعزل عن الدولة، كما أن الدولة تحافظ على حقوق الأفراد.

(69) المرجع السابق، ص 173.

وتطبيقاً لذلك نجد دور الدولة والشرطة، كما أنه أوجد دوراً للنقابات فى إطار الدفاع عن المصالح الخاصة، وقد انعكس ذلك لديه على تعريفه للحرية ودورها فى إطار فلسفته المطلقة.

وقد أكمل هيجل سلسلة أفكاره القانونية المتعلقة بالدولة بتصور دستور للدولة، فتناول أنظمة الدولة المختلفة مستعرضاً عيوبها، مما دفعه إلى القول بأن النظام الأمثل هو الحكم الفردى ولكن المقيد بالقانون.

وهذا ما جعله يتناول تعريفاً للقانون الوضعى وتبيان أساسه ومن ثم تحديد أطر العلاقة بينه وبين القوانين والمجالات الأخرى، فمن جهة علاقته بالقانون الطبيعى فقد أنكر هيجل القانون الطبيعى بمفهومه المثالى أو المثل العليا.

ويرجع ذلك إلى إنكاره فكرة الحقوق الطبيعية حيث رأى أن ذلك يعد نوعاً من الطغيان الذى يمثل نوعاً من اللاقانونية، ومن ثم يتعارض مع فكره عن القانون. كما أنه رأى أن المجتمع المدنى يمثل المنطقة العمياء للغرائز، وهذا ما يستتبع انتشار الفوضى والفساد الأخلاقى.

وفى سياق ذلك قام هيجل بتعريف الطبيعة بأنها الطبيعة الأخلاقية التى عكسها التاريخ، فالطبيعة هى الطبيعة الحقيقية التى يجب أن يخضع لها الكافة، هذه الطبيعة الحقيقية التى تبرز من خلال الأخلاق والتى تعد الدولة أعلى درجاتها.

كما أنه تناول علاقة القانون بالدين، موضحاً أن الدين ضرورة لا غنى عنها، وذلك فى إطار مراحل تطور الروح، وإن الدين يقوم بدور بارز، وإن كان دوره يمكن أن يؤدي إلى انهيار الدولة حال استخدامه بشكل خاطئ.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

- أحمد على عبد الحى، التأصيل التاريخى والفلسفى لفكرة الديمقراطية، حقوق عين شمس 2011.
- د. إمام عبد الفتاح، توماس هوبز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1985.

- د. إمام عبد الفتاح، دراسات هيجلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1985.
- د. أمل مبروك، الفلسفة الحديثة، دار قباء الحديثة، 2007.
- د. أميرة حلمي مطر، في فلسفة السياسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ت.
- برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية، الكتاب الثالث الفلسفة الحديثة، ترجمة د. محمد فتحى الشنيطى، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1977.
- جان توشار، تاريخ الأفكار السياسية من عصر النهضة إلى عصر الأنوار، ترجمة د. ناجى الدراوشة، دمشق، دار التكوين، الطبعة الأولى 2010.
- جان جاك شوفالبييه، تاريخ الفكر السياسي، ترجمة د. محمد عرب صاصيلاً، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1985.
- د. حسن الظاهر، دراسات في تطور الفكر السياسي، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، 1992.
- د. حسن شحاتة سعفران، أساطين الفكر السياسي والمدارس السياسية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966.
- زكريا إبراهيم، هيجل أو المثالية المطلقة، القاهرة، مكتبة مصر، 1970.
- روجيه غارودى، فكر هيجل، ترجمة إلياس مرقص، بيروت، دار الحقيقة، الطبعة الثانية، 1983.
- د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1999.
- د. سليمان محمد الطماوى، النظم السياسية والقانون الدستوري، "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربى، 1988.
- د. طه عوض غازى، دروس فى فلسفة القانون "القانون الطبيعى بين المناادين به والمنكرين له"، دار النهضة العربية، 2005.
- د. طه عوض غازى، دروس فى فلسفة القانون "القانون الطبيعى بين المناادين والمنكرين له"، دار النهضة العربية، د.ت.

- د. طه عوض غازى، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، دار النهضة العربية، د.ت.
- د. عبد الرحمن بدوى، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، القاهرة، دار الشروق، الطبعة الأولى 1996.
- عبد الفتاح الديدى، فلسفة هيجل، مكتبة الانجلو المصرية، 1970.
- د. عبد الفتاح الديدى، د. عصام الدين هلال، التربية عند هيجل، دار المعرفة الجامعية، عام 1993.
- د. عبد المعز نصر، فلسفة السياسة عند الألمان، دراسة فى الفكر الألمانى الحديث، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1959.
- د. علاء حمروش، تاريخ الفلسفة السياسية، دار التعاون للطبع والنشر، 1986.
- د. على عبد المعطى الفكر السياسى الغربى، دار المعرفة الجامعية، ص 1993.
- د. فايز حسين، فلسفة القانون بين العلمانية والشكلية والغائية، دار النهضة العربية، 1997.
- لوك هيوم روسو، العقد الاجتماعى، ترجمة د. عبد الكريم أحمد مراجعة توفيق اسكندر، دار سعد مصر، بدون عام.
- د. محمد بكير خليل، دراسات فى السياسة والحكم، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، 1957.
- د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية الدولية والحكومة، دار النهضة العربية، 1969.
- د. محمد نور فرحات، الفكر القانونى والواقع الاجتماعى، دن، 1981.
- ملحم قربان، قضايا الفكر السياسى الحقوق الطبيعية، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1982.
- ملحم قربان، قضايا الفكر السياسى القانون الطبيعى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1982.
- د. نازلى إسماعيل، الشعب والتاريخ هيجل، دار المعارف المصرية، د.ت.
- هيربرت ماركيزوز، العقل والثورة هيجل ونشأة النظرية الاجتماعية، ترجمة د. فؤاد زكريا، الهيئة المصرية للتأليف والنشر، عام 1970.

- هيجل، محاضرات فى فلسفة التاريخ، ترجمة إمام عبد الفتاح، القاهرة، الثقافة للنشر والتوزيع، 1986.
- هيجل، ظاهريات الروح، ترجمة محمد فتحى الشنيطى، مجلة تراث الإنسانية، المجلد الثانى، العدد التاسع، القاهرة، دار المصرية للتأليف والترجمة، سبتمبر 1964.
- هيجل، محاضرات فى تاريخ الفلسفة، ترجمة د. خليل أحمد خليل، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1986.
- ولتر ستيتيس، فلسفة هيجل، ترجمة إمام عبد الفتاح، دار الثقافة، 1980.
- د. يوسف سلامة، مفهوم السلب عند هيجل، المجلس الأعلى للثقافة، 2001.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- A. Brimo, les Grands courants de la philosophie du droit et de l'état, Paris, pedone, 1978.
- B. Bourgeois: Philosophie et droit de l'hommes, Paris, PUF, 1990.
- Dunning, A History of Political theories, from Luther to Montesquieu, New York, the Macmillan, 1905.
- G.del Vecchio, philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1995.
- G. W. F. Hegel: Elements of the philosophy of right, Edited by Allen W. Wood, H. B. Nisbet, Cambridge univ. press, 2003.
- G. F. Hegel: principes de la philosophie du droit, traduction, Kaan, 1940.
- Hegel: Leçons sur la philosophie de l'histoire: Tr. Fr. par J.Gibelin, nouvelle edition.
- Hegel: Philosophy of right, Translated by T. H. Knorx, oxford, clarendon press, 1942.
- Hegel: The philosophy of history, Trans, J. sibree, N.Y: The Colonial press, 1899.

- Hegel: The phenomenology of spirit, Trans, J. J. Baillie, 2 vols, N. Y, Macmillan.co. 1910.
- Hegel's encyclopedia of the philosophical sciences
متاح على الموقع
<https://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/ol/encycind.htm>
- Hegel: the philosophy of history, New York, The colonial press, 1900.
- G. F. Hegel: La philosophie du droit de 1819, 1 in L'état de droit, cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, 1993.
- Hegel: philosophy of right, trans, T.M. Fox, oxford, 1967.
- Guinle J. p.: la religion et le fondement de l'état dans la philosophie du droit de Hegel, A.P.D. 1977.
- J. Haesaert: Théorie Générale du droit, Bruxelles, Paris, 1948.

فعالية العقوبات الدولية الاقتصادية بمنظمة الأمم المتحدة وأثرها على حقوق
الإنسان

بحث مقدم من قبل

ادريس قادر رسول

مدرس مساعد في كلية القانون/ جامعة سوران/ أربيل- العراق
طالب دكتوراه في كلية الحقوق- قسم القانون الدولي العام/ جامعة القاهرة

المقدمة:

إحتلت العقوبات الدولية الاقتصادية مكانة بارزة في مجال العلاقات الدولية وزاد الإهتمام بها، وخصوصاً عندما نص عليها عهد العصبة وميثاق الأمم المتحدة كإجراء يسبق إستخدام خيار القوة العسكرية لردع الدول التي تمارس عملاً من أعمال العدوان أو تأتي بأفعال من شأنها تهديد السلم أو الإخلال به.

وقد تبلور نظام العقوبات الاقتصادية في إطار منظمة الأمم المتحدة، حيث منح مجلس الأمن جهاز تنفيذي للمنظمة سلطة إصدار القرارات الملزمة للدول للقيام بتوقيع العقوبات الاقتصادية على الدول التي تخل بالتزاماتها الدولية، والتي تتسبب في تهديد السلم والأمن الدوليين.

ولاشك أن العقوبات الاقتصادية لاتزال تتأرجح في أروقة مجلس الأمن والتهديد بإستخدامها ضد دول أخرى، حيث يتذرع مجلس الأمن والقوى المتنفذة فيه بأن العقوبات الاقتصادية هي وسيلة لإنزال العقاب بحق الأنظمة السياسية الخارجة عن الشرعية الدولية. وبغض النظر عن كون هذه الذريعة مقبولة أم غير مقبولة، شرعية أم غير شرعية، إلا أن مانتج عن ذلك هو وقوع الشعوب ضحية لمثل هذه العقوبات لما ترتبها من آثار ونتائج إنسانية سلبية على مجالات حياة الأفراد كافة، في الوقت الذي لم نلمس فيه تحول كبير في سياسات النظم الحاكمة المستهدفة بالعقوبات الاقتصادية.

ولاشك أن خرق بعض الدول لمبادئ القانون الدولي العام قد دفعت هيئة الأمم المتحدة في كثير من الحالات إلى فرض العقوبات الاقتصادية على الدول المخالفة بغية إرغامها كي تتصاع لقراراتها، إلا أن دائرة فرض العقوبات الاقتصادية قد اتسعت خلال مرحلة ما بعد الحرب الباردة إثر سقوط الثنائية القطبية وإنهيار المعسكر الاشتراكي، حيث غدت السياسة في ظل النظام الدولي الجديد تفرض قوتها في مجال فرض العقوبات الاقتصادية من خلال وقوع قرارات الأمم المتحدة أسيرة للهيمنة الدولية لنظام أحادي القطبية، إذ يسارعون في إصدار قرار تطبيق العقوبات الاقتصادية على بعض الدول المخلة بالتزاماتها الدولية، متجاهلةً بذلك ماترتبها تلك العقوبات من آثار إنسانية مأساوية وسلبية على الحقوق الأساسية للإنسان في الدول المستهدفة، منتهكةً بذلك الإتفاقيات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، في حين يتهاونون في إصدار مثل هذا القرار على البعض الآخر من الدول تماشياً مع مصالحهم الإستراتيجية، وهذا ما يطلق عليه بازدواجية المعاملة في ظل القانون الدولي العام.

ونظراً للآثار المدمرة التي يفرزها تطبيق العقوبات الاقتصادية بحق الشعوب في البلدان المستهدفة، فقد كانت هذه المسألة قيد الإهتمام من قبل الباحثين المهتمين بحقوق الإنسان، لذلك وبحسب إعتقادنا ، ستتبع أهمية هذا الموضوع من بين ثنايا إهتمامات المجتمع الدولي بتعزيز وإحترام حقوق الإنسان وتضمن ذلك في المواثيق والإتفاقيات الدولية من جانب، ومن ثم إنتهاك تلك الحقوق من جراء تنفيذ العقوبات الاقتصادية بكل ما تحمله من تبعات ومعاناة إنسانية بحق السكان المدنيين في البلدان المستهدفة من جانب آخر.

وتستهدف هذه الدراسة وصف وتحليل دواعي إتخاذ وتطبيق العقوبات الاقتصادية من ناحية، ومتابعة نتائجها على صعيد حقوق الإنسان ومدى تأثيرها بتلك العقوبات من ناحية أخرى، إذ غالباً ما يقود تنفيذ تلك العقوبات إلى نشوء آثار سلبية على حقوق الإنسان والمساس بها ومنها مثلاً صعوبة حصول الإنسان على أبسط حقوقه من متطلبات الحياة، وهذا ما يتناقى مع

مانصت عليه الإعلانات والمبادئ والإتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان. وجدير بالإشارة إلى أن المعاناة تكون عادةً من نصيب الشعب لا السلطة السياسية، وهو ما أثار قدراً كبيراً من الرفض من قبل الرأي العام العالمي وإنبرت للدفاع عنه العديد من المنظمات الدولية وغير الحكومية لحماية حقوق الإنسان وخصوصاً في ظل الشرعة الدولية لحقوق الإنسان. تقتضي طبيعة هذه الدراسة تقسيمها إلى أربع مباحث رئيسية، ينصب المبحث الأول على التعريف بالعقوبات الدولية الإقتصادية وأساسها القانوني في ميثاق الأمم المتحدة، ويتضمن المبحث الثاني دراسة فعالية العقوبات الدولية الإقتصادية، أما المبحث الثالث فيتضمن توضيح أثر العقوبات الدولية الإقتصادية على حقوق الإنسان، فيما سندرس في المبحث الرابع العراق كحالة دراسة لأثر العقوبات الدولية الإقتصادية على حقوق الإنسان، ثم ننهي دراستنا بخاتمة متضمنة ما نتوصل إليه من إستنتاجات وتوصيات.

المبحث الأول

التعريف بالعقوبات الدولية الإقتصادية وأساسها القانوني

في ميثاق الأمم المتحدة

سنبحث في هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مطلبين مستقلين وكما يأتي:

المطلب الأول

التعريف بالعقوبات الدولية الإقتصادية

نحاول في هذا المطلب أن نتناول بالدراسة تحديد مفهوم العقوبات الدولية الإقتصادية، وتوضيح طبيعتها، وكذلك بيان صورها وأهدافها، ومن ثم نتطرق إلى السلطة المنوط بها فرض العقوبات الإقتصادية، وسندرس ذلك من خلال تقسيمه إلى الفروع التالية:

الفرع الأول

مفهوم العقوبات الدولية الإقتصادية

للإحاطة بهذا الموضوع، يجدر أن ينصب إهتمامنا على بيان تعريف و فكرة الجزاء في القانون الدولي العام أولاً، ومن ثم التطرق إلى تعريف العقوبات الدولية الإقتصادية ثانياً، وسنبين ذلك كما يأتي:

أولاً/ تعريف الجزاء في القانون الدولي العام وفكرته

تعتبر مسألة تعريف الجزاء وفكرته في القانون الدولي العام من أكثر الأمور المثيرة للجدل بين أوساط الفقه ، وهي تعتبر أيضاً بمثابة ميدان للمواجهة الفكرية بين فقهاء القانون الدولي العام وبين أقرانهم من فقهاء القانون الداخلي (الوطني) وفي مقدمتهم أولئك المختصين بالقانون الخاص. ولأهمية هذه المسألة فسوف نتناول أولاً تعريف الجزاء في القانون الدولي العام، ثم نبحت بعد ذلك في فكرة الجزاء في القانون الدولي العام.

1- تعريف الجزاء في القانون الدولي العام

لم يرد ذكر مصطلح الجزاءات أو العقوبات في ميثاق الأمم المتحدة على الرغم من كثرة تلفظها والنطق بها على المستوى الدولي، ولكن الذي جاء به النص في الميثاق هو مصطلح (التدابير)⁽¹⁾، حيث جاء إستخدام كل هذه المصطلحات (الجزاءات، العقوبات، التدابير) مصطلحات مترادفة تحمل في طياتها نفس المعنى والهدف⁽²⁾، ويذهب الأستاذ (جون فيشر وليام John Fischer Williams) إلى أن فكرة الجزاء الدولي ترادف فكرة العقوبة الدولية⁽³⁾، وقد أيدت هذا الترادف لجنة القانون الدولي في تقريرها حول مشروع النظام الأساسي بإنشاء محكمة جنائية دولية في دورتها الخامسة والأربعين في 13 أيار/مايو _ 23 تموز/يوليو 1993 في المادتين (52)، (53) من هذا المشروع⁽⁴⁾، ونحن أيضاً نتجه إلى مساندة هذا الترادف بين

- (1) وقد ورد في النص الإنكليزي لميثاق الأمم المتحدة في المادة 41 كلمة (measures) والتي تترجم وتشير في العربية إلى مصطلح (التدابير).
- (2) الطاهر مختار علي سعد، القانون الدولي الجنائي- الجزاءات الدولية-، ط1، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، 2000، ص27.
- (3) مشار إليه لدى: د. السيد أبو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص94.
- (4) حيث تنص المادة (52) من هذا المشروع على أنه: (تعقد هيئة القضاء جلسة إضافية ومنفصلة للنظر في مسألة الجزاءات المناسبة التي يتعين

(636) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

تلك المصطلحات. لذلك وعلى هذا الأساس، فإننا من خلال محاولتنا توضيح هذا المفهوم نورد مصطلح العقوبات الدولية لتوحيد الألفاظ بما يتفق مع مسار الموضوع للحيلولة دون إحداث أي إنعطاف في المصطلحات لتجنب إنصراف ذهن القارئ إلى الشك في ذلك⁽⁵⁾.
وقد تعددت التعريفات بشأن العقوبات الدولية من قبل فقهاء وكتاب القانون الدولي العام.

فقد ذهب البعض من الفقهاء⁽⁶⁾ إلى تعريف العقوبات الدولية بأنها "العقاب الذي يمكن توقيعه على مرتكب المخالفة الجسيمة ضد قاعدة أو إلتزام دوليين من قبل جهاز مؤهل لذلك بناء على قرار صادر بثبوت تلك المخالفة قانوناً".
في حين ذهب آخر⁽⁷⁾ إلى القول بأن مفهوم العقوبات الدولية ينصرف إلى "كل ما يتم إتخاذه من إجراءات أو تدابير ضد من يقوم بارتكاب فعل يعتبر مخالفة لقاعدة أو إلتزام دولي معترف به من قبل المجتمع الدولي، ويكون بقرار صادر بثبوت تلك المخالفة عن جهة دولية مختصة ومخولة قانوناً بذلك، بشرط أن يكون الإجراء أو التدبير يتناسب مع الفعل المرتكب".

توقيعها على الشخص المدان). كما تنص المادة (53) من ذلك المشروع على أنه: (يجوز للدائرة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جناية بموجب هذا النظام الأساسي عقوبة أو أكثر من العقوبات التالية: 1- السجن 2- الغرامة). أنظر: تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الخامسة والأربعين، 13 أيار/ مايو 23 تموز/ يوليو 1993، الجمعية العامة- الوثائق الرسمية، الدورة الثامنة والأربعين، الملحق العاشر، الوثيقة (A/48/10)، الأمم المتحدة- نيويورك، 1993، ص294.

- (5) وكذلك لجأت لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة إلى استخدام مصطلح (العقوبات) وذلك في المادتين 46 و 47 من مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها وذلك في دورتها السادسة والأربعين، 2 أيار/ مايو، 22 تموز/ يوليو 1994. في هذا الصدد راجع: د. السيد أبو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص91، هامش (3).
- (6) ومنهم: د. زهير الحسني، التدابير المضادة في القانون الدولي العام، ط1، دمشق، 1988، ص11.
- (7) الطاهر مختار علي سعد، مرجع سابق، ص31.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (637)

ويرى آخر (8) بأن العقوبات الدولية هي " النتيجة القانونية التي تترتب على الإعتداء، والذي يتجلى في تطبيق الدولة لتدابير القسر ". وعرفها جانب آخر من الفقه (9) بأنها " كل إجراء يمكن أن يحقق إحترام القانون الدولي ومنع إنتهاكاته".

ويرى آخر (10) بأن العقوبات الدولية هي " ضرر يلحق بالدولة أو المنظمات الدولية متى أُخُلَّت بحكم قاعدة إنتهت الفئة المسيطرة على المجتمع الدولي إلى مناسبة سئها ".

وقد ورد تعريف العقوبات الدولية في قاموس المفردات الدبلوماسية والعلاقات الدولية بأنها " إجراءات عقابية تتخذ من قبل الدول في إطار نظام الأمن الجماعي ضد أي دولة تنتهك قواعد القانون الدولي العام" (11).

ولقد عرّفت محكمة العدل الدولية العقوبات الدولية في رأيها الذي أصدرته في 1998/2/27 بشأن ليبيا بأنها " التدابير التي يتخذها مجلس الأمن طبقاً للمواد 39، 41، 42 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة ضد الدولة التي تنتهك أو تهدد بإنتهاك تعهداتها الدولية وبشكل يهدد السلم والأمن الدولي" (12).

ونستخلص من مجمل ماتم ذكره من تعاريف، إلى أن العقوبات الدولية هي (إجراءات أو تدابير ضغط تطبق من قبل الدول أو المنظمات الدولية العالمية والإقليمية ضد دول أو منظمات دولية أو أفراد لإنتهاكها قواعد

(8) ج. ا. تونكين، القانون الدولي العام، ترجمة: أحمد رضا، مراجعة: د. عز الدين فودة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1972، ص 286.

(9) د. عبدالمعز عبدالغفار نجم، الإجراءات المضادة في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 32.

(10) د. محمد سامي عبدالحميد، التنظيم الدولي (الجماعة الدولية)، ط6، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2000، ص 33.

(11) د. كميل حبيب و أحمد عودي، قاموس المفردات الدبلوماسية والعلاقات الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 2005، ص 557.

(12) راجع تعريف المحكمة للعقوبات الدولية في:

United Nations, The International Court of Justice- Its Future Role After Fifty Years, New York, 1997, pp.219-236

ومبادئ القانون الدولي العام بهدف إرغامها على تصحيح سلوكها غير المشروع، وهذه العقوبات يمكن أن تكون دبلوماسية، إقتصادية، عسكرية، وغيرها من العقوبات الدولية الأخرى).

ويتبين لنا من خلال ذكر هذه التعاريف بشأن العقوبات الدولية، بأن جميعها تشترك في الأركان المكونة لها وهي وجود قاعدة قانونية دولية مستقرة وواضحة في المجتمع الدولي، وحدث إنتهاك من قبل أحد أعضاء المجتمع الدولي بإحدى قواعد النظام القانوني الدولي، وترتب العقاب على الطرف المخل بالقواعد والاحكام الدولية بقصد إرغام الطرف المخل على تصحيح سلوكه الخاطيء والمحظور دولياً.

2- فكرة الجزاء في القانون الدولي العام

من البديهي أن فاعلية كل قاعدة قانونية مرهونة بالجزاء الذي يتضمنه ويفرض على من يخالفها. والجزاء يتخذ أشكالاً متعددة تختلف باختلاف طبيعة القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها (قاعدة دولية، مدنية، وهكذا).

وقد اختلف الفقه الدولي بشأن وجود عنصر الجزاء في القانون الدولي العام وإضفاء الصفة القانونية على قواعده، فقد ذهب البعض⁽¹³⁾ من الفقهاء إلى إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام، وإستندوا في ذلك على أن القانون يصدر من قبل سلطة تشريعية عليا وتقوم بتطبيقه هيئات قضائية ومن ثم يتم تنفيذه من قبل هيئات تنفيذية من خلال إستخدام الجزاء لإكراه الأشخاص على إتباع القانون، ويعتقد هؤلاء الفقهاء أن القانون الدولي العام يفتقر إلى وجود مثل هذه الهيئات ولذلك يفتقر إلى عنصر الإلزام، ويؤكدون أن أحكام هذا القانون لاتعدو أن تكون قواعد أخلاقية وضعية لا يترتب على مخالفتها أية مسؤولية قانونية. إلا أن هذا الرأي قد

(13) أمثال الفقهاء: كانت وهوبز وهيغل. راجع في هذه الآراء: د. حكمت شبر، القانون الدولي العام، ج1، منشورات جامعة المستنصرية، مطبعة دار السلام، بغداد، 1975، ص9. وبنفس المعنى راجع: د. مفيد محمود شهاب، القانون الدولي العام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص27.

عارضه البعض الآخر⁽¹⁾ من الفقهاء المؤيدين للقانون الدولي العام ، إذ إنصرفوا إلى القول بأنه لا يمكن حصر مصادر القانون في التشريع فقط، فالقانون يمكن أن يكون مصدره العرف والقضاء أيضاً، إذ أن هذه المصادر تضيف على القانون القوة الإلزامية نفسها التي يضيفها التشريع. وردّ البعض الآخر⁽²⁾ من الفقهاء على معارضي القانون الدولي العام في هذا الجانب بالقول بأنه يمكن اعتبار هيئة الأمم المتحدة كسلطة تشريعية عالمية وإعتبار المعاهدات الشارعة والإتفاقيات الدولية بمثابة التشريع الدولي. أما فيما يتعلق بإفتقار القانون الدولي العام إلى هيئة قضائية تطبق القانون، فقد تم الرد على هذا الجانب أيضاً، حيث أن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون وليس خلقه، وأن القانون هو أسبق من القضاء من حيث الوجود، وكذلك فإن القانون الدولي العام قد عرف القضاء كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية، حيث إنشاء محكمة التحكيم الدولية في لاهاي عام 1899، ومحكمة العدل الدولية الدائمة في عام 1920، ومحكمة العدل الدولية عام 1945 ما هي إلاّ دلائل وشواهد تاريخية تشير إلى وجود هيئة قضائية في القانون الدولي العام. أما القول بإنعدام الجزاء في القانون الدولي العام، فقد أخذ هذا الموضوع حيزاً كبيراً من الجدل وبرز بشأنه العديد من الإتجاهات الفقهية:

الإتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن الجزاء ليس ركناً من أركان القاعدة القانونية، أي أن الجزاء ليس شرطاً لوجودها وإنما هو أداة لضمان حسن تطبيقها، وهذا القول يفضي إلى أن القاعدة القانونية تكون لها وجود حتى وإن لم يكن هناك جزاء⁽³⁾. وعليه نجد أن الجزاء وفقاً لهذا الرأي لا يدخل ضمن ماهية القاعدة القانونية.

- (1) ومنهم الفقيه أوبنهايم. مشار إليه لدى: د.حسن الجليبي، القانون الدولي العام، ج1، أصول القانون الدولي العام: الدولة، مطبعة شفيق، بغداد، 1964، ص15.
- (2) مشار إليه في: د. إحسان هندي، مبادئ القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط1، دار الجليل للطباعة والنشر، دمشق، 1984، ص56
- (3) من أنصار هذا الإتجاه (كافاريه وهوريو وجورج سل)، ويذهب هؤلاء إلى أن القوة الملزمة للقانون تأتي من خلال قبوله والرضى به من قبل أفراد المجتمع، وليس من = خلال الإكراه الذي يقدمه الجزاء، وبالتالي

(640) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الإتجاه الثاني: يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن الجزاء يعد ركناً جوهرياً هاماً ومميزاً للقاعدة القانونية عن سائر قواعد السلوك الأخرى، وبالتالي لا يمكن القول بوجود قانون دولي بدون توافر القوة التي يكفلها عنصر الجزاء، حيث أن هذا الفريق يربط بين الجزاء والقاعدة القانونية إرتباط السبب بالنتيجة أو العلة بالمعلول، مما يعني أن تخلف الجزاء يمنع نشوء القاعدة القانونية الدولية⁽¹⁾.

الإتجاه الثالث: يركز هذا الإتجاه على معنى الإلتزام حيث يرى أن الدول تستشعر هذا الإلتزام بباعث من الإقرار بمصلحة عليا مشتركة تتحقق مع مراعاة قواعد معينة في السلوك⁽²⁾.

ونحن بدورنا نتجه إلى تأييد ما سلك إليه الفقهاء من أنصار الإتجاه الثاني القائل بضرورة توافر الجزاء في القاعدة القانونية الدولية، لأن تجريد القاعدة من الجزاء من شأنه أن يكون بمثابة نصيحة، لذلك فإن وجود الجزاء أمر

يكفي بوجود القاعدة القانونية شعور الأغلبية الكبرى من الناس بأن ما توجبه هذه القاعدة ضروري لنظام المجتمع. راجع: د. محسن الشيشكلي، الوسيط في القانون الدولي العام، ط1، الجامعة الليبية- كلية القانون، بنغازي، 1973، ص210.

(1) من أنصار هذا الإتجاه (أوستن وكلسن)، وعندهم لا يمكن القول بوجود قانون دولي ما لم تتوفر له القوة التي يكفلها عنصر الجزاء. ولكن بالرغم من إتفافهم على ضرورة الجزاء فهم يختلفون في فرضية وجود الجزاء حيث أن منهم من يرى أن عدم وجود الجزاء ينسف وصف وصف القانون، في حين أن البعض الآخر يحاول التذليل على وجود الجزاء في القانون الدولي العام. وبالتالي فلا يوجد إتفاق على نوع الجزاء وطبيعته. فذهب البعض إلى ضرورة أن يكون الجزاء مادياً يجبر الناس على إحترام القاعدة القانونية، في حين أن البعض الآخر يرى أن القانون هو نظام إجبار، لأن ما يميز القانون عن قواعد السلوك الأخرى هو طريقة فرض إحترام قواعده، بينما جانب آخر يقول بفكرة أكثر مرونة، حيث لا يشترط كون الجزاء مادياً لوجود جزاءات غير مادية، وأن عنصر الإجبار هو القاعدة في قانون العقوبات، بينما يختلف الأمر في قواعد القانون المدني الذي يحوي جزاءات أخرى كالإبطال في العقود، بل أن البعض وصل به الأمر إلى الإكتفاء بأن يكون الجزاء معنوياً متمثلاً في رد فعل المجتمع على خرق القاعدة القانونية من خلال إستنكار الرأي العام لذلك الفعل. راجع: المرجع السابق، ص211 وما بعدها.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم: التنظيم الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1971، ص132.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (641)

مهم لوجود القاعدة القانونية الدولية ومن ثم حمايته. وعليه فإن الجزاء في القانون الدولي العام موجود على الرغم من أنه غير منظم بشكل دقيق بخلاف ما هو عليه في ظل القانون الداخلي.

أما فيما يتعلق بإعدام السلطة التشريعية في القانون الدولي العام، فإننا نؤكد بأن وجود القانون لم يكن متوقفاً في وقت من الأوقات على إصدار تشريع به في صورة نصوص مكتوبة، وأن ذلك لا ينتقص من قيمة قواعد القانون الدولي. إذ أنه في سائر المجتمعات البشرية وجد القانون العرفي قبل القانون المكتوب، فالمجتمعات البشرية الأولى قبل أن يوجد المشرع نظمت علاقاتها القانونية بمقتضى قانون عرفي إنساب مباشرة من متطلبات المجتمع، وهذا هو الأسلوب الذي بدأت تظهر في سياقه القواعد القانونية الأولى للعلاقات الدولية، ساهمت فيه الدول مباشرة دون حاجة إلى مشرع. ومن أوضح الأمثلة للقواعد القانونية التي نشأت عن العرف قواعد القانون الإنكليزي التي ثبتت عن طريق العرف وأحكام المحاكم دون أن ينكر عليها أحد صفتها القانونية. أما فيما يتعلق بغياب السلطة القضائية فنقول، بأن عدم وجود القضاء لا ينفي وجود القانون، ذلك لأن مهمة القاضي هي تطبيق القانون وليس خلقه. ومن جانب آخر، فقد وجد التحكيم ومنذ العصور القديمة كوسيلة لتسوية المنازعات ويؤكد تاريخ القانون الدولي ذلك.

وعلى الرغم من كل ما طرح من خلاف فقهي بشأن إضفاء الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام، فإن القانون الدولي العام يعتبر قانوناً كغيره من فروع القانون وينطوي إلزاميته على وجود عنصر الجزاء على الرغم من عدم تكامل وكفاية عنصر الجزاء فيه نتيجة إفتقاره للتنظيم والوضوح⁽¹⁾. والواقع الدولي يؤكد إعراف الدول بالقانون الدولي كقواعد قانونية ملزمة، وهو ما أعلنه صراحةً العديد من الوثائق الرسمية من تصريحات مشتركة، ومعاهدات ثنائية، وإتفاقيات جماعية. ومثال ذلك ما قرره رؤساء الدول في تصريح إكس لاشابل في 25 نوفمبر 1818، من

(1) الطاهر مختار علي سعد، مرجع سابق، ص 25.

(642) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

إلتزامهم " بالأ يحددوا أبدأ فيما بينهم وفي علاقاتهم مع الدول الأخرى عن مراعاة مبادئ القانون الدولي العام بكل دقة"، وما كانت تنص عليه ديباجة عهد عصبة الأمم من أنه " يتعين أن تراعى بكل دقة قواعد القانون الدولي العام بإعتبارها قد أصبحت الضابط الفعلي لسلوك الحكومات". ومثال ذلك أيضاً ما تقرره المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة من أن من أهداف المنظمة العالمية حل المنازعات بالوسائل السلمية " وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي"⁽¹⁾. وبعد أن أوضحنا تعريف و فكرة العقوبات الدولية، فإننا نتناول لاحقاً تعريف العقوبات الدولية ذات الطابع الإقتصادي.

ثانياً تعريف العقوبات الدولية الإقتصادية

تعد العقوبات الدولية الإقتصادية من بين الأنواع المعروفة من العقوبات في القانون الدولي العام، وقد أورد ميثاق الأمم المتحدة، العقوبات الإقتصادية ضمن التدابير التي لا تتطلب إستخدام القوة العسكرية المنصوص عليها في المادة (41) من الميثاق والتي يحق لمجلس الأمن اللجوء إليها لحفظ السلم والأمن الدوليين.

وقد طرحت العديد من التعاريف حول العقوبات الدولية الإقتصادية من قبل فقهاء وكتاب القانون الدولي العام، وبذلك أثرنا أن نستعرض البعض من هذه التعاريف.

فلو تطرقنا إلى الفقه العربي، نجد أن البعض من الفقهاء قد حاولوا التعبير عن وجهة نظرهم بشأن تعريف العقوبات الدولية الأقتصادية، فقد ذهب البعض من الفقهاء⁽²⁾ إلى تعريف العقوبات الإقتصادية بأنها " تتمثل بإستخدام الوسائل الإقتصادية والمالية لإكراه الدول على إحترام القانون". في حين ذهب البعض الأخر من الفقهاء⁽³⁾ إلى تعريف العقوبات الإقتصادية بأنها " إجراءات إقتصادية تهدف إلى التأثير على إرادة دولة في ممارسة حقوقها لحملها على إحترام إلتزاماتها الدولية، بحيث تصبح

- (1) أنظر: نص الفقرة (1) من المادة (1) من ميثاق الأمم المتحدة.
- (2) د. حسن الجلي، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 19.
- (3) د. فانتة عبدالعال أحمد، العقوبات الدولية الإقتصادية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 24 .

قراراتها مطابقة لما يفرضه عليها القانون الدولي". وقد عرّفها آخرون⁽¹⁾ بأنها " وقف العلائق التجارية مع فرد أو جماعة أو بلد لتحقيق غرض إقتصادي أو سياسي أو عسكري".

وفي الفقه الغربي تطرق البعض من الفقهاء إلى تعريف العقوبات الدولية الإقتصادية. فقد عرّفها البعض⁽²⁾ بأنها " الفعل الهادف إلى قطع العلاقات التجارية والإجتماعية التي تفرضها إحدى الدول أو المنظمات الدولية ضد الدولة المعتدية ويمكن تطبيقها في وقت السلم والحرب".

وقد ذهب آخر⁽³⁾ إلى تعريف العقوبات الدولية الإقتصادية بأنها " إحداث أو محاولة إحداث ضرر مادي أو معنوي للفرد، أو لمجموعة من الافراد أو لدولة ما وذلك بوساطة رفض إقامة علاقات معه أو القيام بأعمال عدوانية ضده وبشكل خاص في المجال الإقتصادي والإجتماعي".

في حين يرى آخرون⁽⁴⁾ أن العقوبات الدولية الإقتصادية هي " الإجراءات ذات الطابع الإقتصادي التي تطبقها الدول على دولة معتدية، أما لمنعها من ارتكاب عمل عدواني أو إيقاف عمل عدواني كانت قد بدأتها". وعرّفها البعض الآخر⁽⁵⁾ بأنها " عقوبات تطبق من قبل دولة أو مجموعة من الدول

- (1) د. عبدالحسين القطيفي، القانون الدولي العام، ج1، أصول القانون الدولي العام، مطبعة العاني، بغداد، 1970، ص44.
- (2) بيير رينوفان، مدخل إلى تأريخ العلاقات الدولية، ترجمة: فائز النقش، بيروت، 1967، ص141.
- (3) ومنهم الفقيه: شارل روسو. مشار إليه لدى: رياض يلدا أوشانا السندي، إصلاح الأمم المتحدة في مجال الجزاءات الإقتصادية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق، 2006، ص10.
- (4) مشار إليه لدى: د. فانتة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص25.
- (5) مشار إليه لدى:

Economic sanctions,

Available at:

< [http://en.wikipedia.org/Wiki / Economic_ sanctions](http://en.wikipedia.org/Wiki/Economic_sanctions)> Last visited (09.01.2014)

ضد دولة أخرى لأسباب متعددة، وتقتصر هذه العقوبات على الجانب الإقتصادي".

ويمكننا تعريف العقوبات الدولية الإقتصادية بأنها (أداة ضغط إقتصادية تتخذ ضد أشخاص القانون الدولي العام لإرغامها على الإمتثال لقواعد القانون الدولي العام، أو معاقبتها نتيجة إخلالها بأحكام القانون الدولي العام، وهذه الأداة تفصل بين الجهود الدبلوماسية والحرب).

ومن خلال ما تقدّم ذكره من تعاريف، يمكن تحديد الخصائص الأساسية التي تتصف بها العقوبات الدولية الإقتصادية وهي، أن العقوبات الإقتصادية إجراء ذات طابع دولي إقتصادي، وكذلك هي إجراء قسري وإكراهي يترتب لمواجهة الإخلال بالقواعد والأحكام الدولية، ومن ثم فإنها إجراء إصلاحي يستهدف تصحيح سلوك الدولة المخلة بالتزاماتها الدولية.

الفرع الثاني

طبيعة العقوبات الدولية الإقتصادية

من المعروف والمسلم به أن طبيعة النظام القانوني تؤثر على طبيعة الجزاء، لان الجزاء هو الوسيلة التي تحقق فاعلية القانون، فهناك إختلاف بين القانون الذي يختص بالأشخاص المعنويين " القانون الدولي " والقانون الذي يختص بالأشخاص الطبيعيين " القانون الداخلي " من حيث طرق الإجبار لإحترام القانون وقواعده، وكذلك يختلف من حيث الأساليب التي يستخدمها في الإجبار⁽¹⁾.

فالقانون الدولي يسعى إلى تنظيم العلاقات بين الأشخاص الدولية على أساس مبدأ السيادة المتساوية والإستقلالية، والحيلولة دون إستخدام القوة العسكرية وإستبدالها بطرق سلمية أخرى.

(1) عبدالعزيز عبدالله عبدالله، الجزاءات الدولية وآثارها على حقوق الإنسان " دراسة حالي ليبيا والعراق"، رسالة ماجستير، كلية الإقتصاد والعلوم السياسية- قسم العلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2009-2010، ص7.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (645)

وعليه فإن القانون الدولي يحتاج إلى جزاءات تختلف في طبيعتها عن طبيعة الجزاءات التي يحتاجها القانون الداخلي⁽¹⁾. وبالإضافة إلى الاختلاف بين المهمة التي يقوم بها القانون الدولي عن المهمة التي يقوم بها القانون الداخلي، وأثر ذلك على إختلاف طبيعة الجزاء في القانونين، فإن هناك إختلافات أخرى منها⁽²⁾:

1- إختلاف طبيعة المجتمع الدولي عن المجتمع الداخلي والذي يسهل التمييز بينهما.

2- إختلاف في طبيعة الأشخاص، إذ أن القانون الدولي يخاطب الدول ذات السيادة والمنظمات الدولية، بينما يخاطب القانون الداخلي أفراد ومؤسساته.

3- إختلاف نظام العلاقات في المجتمع الدولي، إذ تحكمها مبادئ وأسس مختلفة عن تلك السائدة في المجتمعات الداخلية، حيث تسود في العلاقات الدولية مبادئ المساواة في السيادة، وعدم جواز التدخل في الشؤون التي تعد من ضمن الإختصاص الداخلي للدول.

4- إختلاف طبيعة المخالفات الدولية التي تستدعي توقيع جزاء مما يؤدي إلى إختلاف طبيعة رد فعل الدول عن رد الفعل الداخلي.

وهكذا، فإن العقوبات الدولية هي رد فعل المجموعة الدولية أو من ينوب عنها- أي المنظمات الدولية- إزاء إنتهاك القاعدة القانونية، وتشكل ضرراً يلحق بالدولة المخلة بقاعدة دولية، ويتمثل هذا الضرر في حرمان الدولة المخلة كرهاً من حق من الحقوق، فقد ينصب على الكيان المادي للدولة أي إقليمها، أو على الكيان المعنوي لها المتمثل في مالها من حقوق جوهرية

(1) د.محمد طلعت الغنيمي، قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 68-69.

(2) د. حازم جمعة، القانون الدولي الإقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 215-216.

(646) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

كالسيادة والإستقلال، كما قد ينصرف الجزاء الدولي أيضاً إلى الذمة المالية للدولة أو المنظمات الدولية⁽¹⁾.

ويترتب على إعتبار العقوبات الدولية رد فعل المجتمع الدولي ومنظّماته إزاء إنتهاك القاعدة القانونية الدولية، والذي يهدف إلى عقاب الدولة المخالفة لتلك القاعدة وإعادة الشيء إلى حاله، النتائج التالية⁽²⁾:

- 1- أن العقوبة لاحقة على وقوع الفعل المحظور.
- 2- يجب أن تتناسب العقوبة مع الضرر الذي وقع، فالتجاوز في تطبيقها يرتب مسؤولية دولية ضد القائم بها، وقاعدة التناسب تتفق مع مفهوم القصاص الذي أكدته الشريعة الإسلامية، كما هو معروف تمييزاً له عن الإنتقام الذي لا تحده ضوابط.
- 3- ألا تستهدف العقوبة القضاء على الطرف المخطيء، كما يجب أن تحترم لدى تطبيقها قواعد الرأفة الإنسانية.
- 4- أن تسبق العقوبة فشل الطرف المتضرر في مطالبة الطرف المخطيء بتقديم الترضية اللازمة.
- 5- أن تكون العقوبة رداً على إنتهاك قاعدة ترتب عليها ضرر، وألا يكون الدافع الوحيد إليها تحقيق مصلحة سياسية معينة، وهنا تفترق العقوبة عن ممارسة الضغط على دولة معينة لإجبارها على تنفيذ سياسة معينة، أو حملها على تعديل سلوكها بما يتفق مع هذه الأهداف.
- 6- كما ويمكن أن نضيف إلى ذلك، بأن لا تتحول العقوبة من إجراءات ضد النظام السياسي إلى إجراءات ضد الشعب كما جرى في حالة العراق بعد غزوه الكويت، فالشعب العراقي هو الذي دفع ثمن العقوبات وليس النظام الحاكم.

-
- (1) د. محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية (دراسة في القانون الدولي الإجماعي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص 88-89.
 - (2) عبدالله الأشعل، الجزاءات غير العسكرية في الأمم المتحدة، رسالة دكتوراه، كلية الإقتصاد والعلوم السياسية- قسم العلوم السياسية، جامعة القاهرة، 1976، ص 7-10.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (647)

والعقوبات الدولية هي الركيزة الأساسية التي يركز عليها القانون في إلزامه، وبدونها لا إلزام وإذا إنتقى الإلزام فقد أصبح السريان الفعلي غير مضمون وغير مؤكد⁽¹⁾.

ولا شك أن قواعد القانون الدولي العام، في مفهومها الوضعي الدقيق، هي قواعد ملزمة تتجلى بالجزاء المادي الملموس غير المختلف على طبيعته، وإن اختلف أحياناً في مظهره عن الصور المتعددة التي ألفتها الجماعات الداخلية⁽²⁾.

الفرع الثالث

صور العقوبات الدولية الإقتصادية وأهدافها

نستعرض هذا الموضوع من خلال محورين، نخصص الأول منه للتعرف على الصور التي تدرج تحت طائلة العقوبات الإقتصادية، فيما نخصص الثاني إلى بيان أهداف العقوبات الإقتصادية. وهذا ما نبحثه تباعاً وكما يلي:

أولاً/ صور العقوبات الدولية الإقتصادية

تمثل العقوبات الإقتصادية نظاماً واسعاً تدخل في إطاره صور متعددة، حيث يتم الأخذ بها بإعتبارها وسائل ضغط تمارس ضد الطرف المخالف للقواعد الدولية لإرغامه على تنفيذ القرارات الخاصة بحفظ السلم والأمن الدوليين وتعديل موقفه وسلوكه نحو جادة الصواب. وتختلف هذه الصور في المفهوم، إذ تنصرف كل منها إلى معنى معين وإلى إتباع شكلٍ معيّنٍ من الإجراءات. وعليه سنقوم بعرض وبيان مفاهيم هذه الصور التي عرفها المجتمع الدولي على النحو التالي:

1- المقاطعة الإقتصادية

تعد المقاطعة الإقتصادية من بين التدابير المعروفة والشائعة التي لجأت إليها الدول والشعوب في منازعاتها السياسية مع الدول الأخرى، وقد نصت

(1) د. فائنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 29.

(2) د. محمد منصور الصاوي، مرجع سابق، ص 86-87.

(648) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

عليها المواثيق الدولية ومنها المادة (16) من عهد عصبة الأمم، والمادة (41) من ميثاق الأمم المتحدة.

والمقاطعة الاقتصادية باعتبارها إحدى وسائل الضغط المؤثرة، إتخذت أوضاعاً مختلفة في إطار العلاقات الدولية، فهي في بعض الأحيان لاتعدو أن تكون مجرد قطع العلاقات التجارية بخصوص الصادرات والواردات، وفي أحيان أخرى شملت المقاطعة جميع أنواع التعامل الاقتصادي بما في ذلك قطع العلاقات مع مواطني تلك الدولة. وقد إتسع نطاق المقاطعة في حالات أخرى لشمولها أطرافاً ثالثة إذا كانت لها علاقات تجارية أو إقتصادية مع الدولة التي تقرر ضدّها المقاطعة، فإستخدم لذلك نظام القوائم السوداء وغيرها من الإجراءات التي يقصد من ورائها زيادة فعالية المقاطعة⁽¹⁾.

وقد وردت العديد من التعاريف من قبل الفقهاء بشأن المقاطعة الإقتصادية، إلا أننا نذكر البعض منها لإقتربها في المفهوم. فقد ذهب البعض من الفقهاء⁽²⁾ إلى أن المقاطعة الإقتصادية هي " الإمتناع عن عموم التبادل التجاري والخدمات مع دولة أو أكثر ووسائل النقل كالسفن والطائرات ". في حين يرى آخرون⁽³⁾ بأنها " إجراء تلجأ إليه سلطات الدولة أو هيئاتها وأفرادها المشتغلون بالتجارة لوقف العلاقات التجارية مع دولة أخرى ومنع التعامل مع رعاياها بقصد الضغط الإقتصادي عليها رداً على إرتكابها لأعمال عدوانية " .

(1) د. سهيل حسين الفتلاوي، المنازعات الدولية، دار القادسية، بغداد، 1985، ص 230 .

(2) ومنهم: د. زهير الحسني، مرجع سابق، ص 19 .

(3) ومنهم: د. سعد بن مطر العتيبي، بحث عن (المقاطعة الإقتصادية للدنمارك من الناحية القانونية)، المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

< [http:// nosra. Islammemo.cc/ onenew. Asp](http://nosra.Islammemo.cc/onenew.Asp) > Last visited (20.01.2014) .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (649)

وذهب آخرون⁽¹⁾ إلى التعبير عن المقاطعة الاقتصادية بأنها " عبارة عن حظر التعامل مع دولة معينة، يمنع التصدير إليها أو الإستيراد منها، وحظر كل تعامل مع من يتعامل معها، سواء كانوا دولاً أو شركات أو أشخاصاً لتحقيق غرض معين، مشروعيته تقرر شرعية هذه المقاطعة "

إذن فإن المقاطعة الاقتصادية هي أداة ضغط إقتصادية مؤداها قطع العلاقات الإقتصادية والتجارية مع الدولة المعتدية وحتى مع مواطنيها، بهدف تحقيق مصالح أو إمتثال دولة ما لقواعد القانون الدولي العام، وينتهي أثرها بزوال الأسباب التي دفعت إلى اللجوء إلى هذا الإجراء. وقد تمت ممارستها من قبل المنظمات الدولية والدول والشعوب على حد سواء.

وبالإضافة إلى ما ذكرناه أعلاه، فإن إستخدام المقاطعة الاقتصادية يفترض وجود وضع إقتصادي يسمح بممارسة هذا الضغط الإقتصادي بنجاح على الطرف المقصود مقاطعته والإضرار بمصالحه، وكما يفترض لنجاح المقاطعة في تحقيق أهدافها أن تشتمل على بضائع الإستهلاك الشائعة التي يحتاج إليها المواطنون أكثر من سواها⁽²⁾.

ويثور السؤال حول مدى مشروعية المقاطعة الاقتصادية؟

حيث رغم إتفاق الفقه الدولي بأن المقاطعة الاقتصادية تعد مشروعة في وقت الحرب، بيد أن هناك خلافاً حول مشروعيته في وقت السلم⁽³⁾، فقد ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار المقاطعة الاقتصادية غير مشروعة في زمن السلم لأنها تؤدي إلى تهديد العلاقات الودية بين الدول وتعد أيضاً تهديداً لحالة السلم ذاتها، في حين يرى آخرون إعتبارها أمراً مشروعاً

(1) عبدالله عبدالجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الأمرة في القانون الدولي، ط1، بغداد، 1986، ص173.

(2) عزيز عبدالمهدي الردام، المقاطعة الاقتصادية العربية لإسرائيل، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية (قسم الدراسات الفلسطينية)، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1976، ص9.

(3) هذه الآراء مشار إليها لدى: د.محمد عبدالوهاب الساكت، دراسات في النظام الدولي المعاصر، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص232.

(650) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

سواء في حالة السلم أو في حالة الحرب حينما تمارس بهدف الضغط الإقتصادي على دولة ما لإرتكابها أعمال عدوانية.

وتهدف المقاطعة الإقتصادية بصفة عامة إلى عدم إتاحة المجال للدولة الهدف في إستيراد المواد والسلاح الضروري لها وعرقلة صادراتها والحد من نشاطها الدولي الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى تحقيق الهدف من نظام المقاطعة، وهو تنفيذ مطالب الدولة التي مارست أسلوب المقاطعة، وقد تكون هذه الأهداف سياسية أو غير سياسية، فقد يكون الهدف سياسياً مثل محاولة إجبار دولة معينة على تفسير سياستها أو نظمها السياسية والإجتماعية، وقد يكون الهدف غير سياسي مثل محاولة إجبار دولة على قبول معاهدة معينة كمعاهدة الحد من التسلح مثلاً⁽¹⁾. وكذلك من الحالات الأخرى التي تكون فيها المقاطعة ذات هدف سياسي هي مقاطعة البضائع الإنكليزية المقررة سنة 1920 في الهند بتحريض من غاندي لدعم مطالب الحركة الوطنية⁽²⁾. لذلك فالمقاطعة تهدف إلى تحقيق العزلة الإقتصادية والإجتماعية للفرد أو مجموعة من الافراد أو الدولة⁽³⁾.

وبما أن المقاطعة الإقتصادية، كما أشرنا، تسعى إلى إيقاف تيار العلاقات الإقتصادية بكافة أشكالها بما في ذلك إيقاف حركة تبادل السلع، لذلك فإننا نرى بأن المقاطعة هي من أهم العقوبات التي يمكن ان توقع على عضو مغل ومن أمضى وأشد الأسلحة الإقتصادية التي يمكن أن توجه نحوه، ولقد أثبتت التجارب العملية ذلك، حيث أن ما من دولة مهما بلغت قوتها الإقتصادية وكثرت مواردها أن تقاوم مقاطعة إقتصادية منظمة جماعية، أي تشترك فيها عدة دول.

- (1) راجع: د. السيد ابو عيطة، مرجع سابق، ص 384.
- (2) راجع: بيير رينوفان، مدخل إلى تاريخ العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 143 وما بعدها.
- (3) قردوح رضا، العقوبات الذكية: مدى اعتبارها بديلاً للعقوبات الإقتصادية التقليدية في علاقتها بحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر- باتنة، الجزائر، 2010-2011، ص 34.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (651)

وكذلك نجد أن سبب إعتبار المقاطعة من أخطر أساليب العقوبات الاقتصادية، هو نظراً لما لها من أثر كبير على التوازن الإقتصادي للدولة الهدف، إذ أن الدولة في العصر الحديث ترتبط بعلاقات إقتصادية كبيرة ومتشابكة مع الدول الأخرى، مما يجعلها في حالة إعتقاد مستمر على التعاون الإقتصادي والتجاري، إما من خلال إحتياجها لسلع أجنبية لإشباع حاجاتها الداخلية، أو لتسويق منتجاتها إلى الخارج، أو الحصول على مساعدات وتسهيلات وغيرها من العلاقات التبادلية بين الدول، فإذا ما تعرضت دولة ما للمقاطعة بصورتها الحقيقية فسوف يؤدي ذلك إلى إلحاق ضرر كبير بإقتصادها قد لا يمكن معالجته بسهولة.

ومن الأمثلة على المقاطعة الاقتصادية، هي التي فرضت على روديسيا الجنوبية عام 1966 ومن ثم فرضت عليها مقاطعة أكثر شدة عام 1968، وكذلك المقاطعة الاقتصادية التي فرضت على العراق عام 1990.

2- الحصار البحري

يعتبر الحصار البحري أداة حرب إقتصادية تلجأ إليه الدول كي لاتضطر إلى إستخدام خيار الحرب الفعلي⁽¹⁾. غير أن المنفذ البحري، رغم أنه يمثل المنفذ الرئيسي للإتصال التجاري والإقتصادي بين الدول، لم يعد يعتبر المنفذ الوحيد لإرتباط الدولة بالعالم الخارجي وخاصةً بعد التطور التكنولوجي الكبير الذي شهده العالم في القرن العشرين في مجال الإتصالات والمواصلات، حيث أصبحت وسائل الإتصال الجوية والبرية أيضاً تحظى بإهتمام بالغ من قبل الدول لما يمثلانه من دور فعّال في تعزيز وتطوير التبادل التجاري بين الدول، لذلك ظهرت فكرة الحصار الإقتصادي الشامل⁽²⁾.

- (1) د. كاظم هاشم نعمة، العلاقات الدولية، ج1، منشورات كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1979، ص195.
- (2) عبدالفتاح عبدالرزاق محمود، مبدأ عدم التدخل والتدخل في القانون الدولي العام، ط1، مؤسسة موكرياني للطباعة والنشر، مطبعة وزارة التربية، أربيل، 2002، ص51.

(652) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

والحصار أداة أو وسيلة من وسائل القسر أو القصاص. ويمثل الحصار أشد ألوان العقوبات الإقتصادية الدولية قاطبةً، وبصفة خاصة في الوقت الراهن. حيث يعتبر تطويقاً إقتصادياً للدولة المطبق ضدها الحصار بل والدول المجاورة لها في بعض الأحيان⁽¹⁾.

ويشكل الحصار عملية حربية عدوانية خاصة بالحرب البحرية تقوم بها الدولة المحاربة بإعلانها حظر المواصلات، في الدخول، وفي الخروج بين البحر العام وساحل العدو، تحت طائلة إيقاف السفن المخالفة وأسرها. ويقضي عدم الخلط بين الحصار وبين حراسة السواحل، وإغلاق الموانئ⁽²⁾، مثلاً الحصار القاري للموانئ البريطانية الذي إعتده نابليون بوناپرت كأعمال إنتقامية إبتداءً من 21 تشرين الثاني/نوفمبر 1806⁽³⁾. وللحصار صورتان وهما الحصار البحري السلمي والحصار البحري الحربي.

أ- الحصار السلمي:

لقد أوضح المعجم القانوني مفهوم الحصار البحري السلمي بأنه " حصار بحري تشترك دولتان أو أكثر في ضربه على دولة أخرى كي تقهرها على الإذعان لسلوك أو تصرف معين. وهو سلاح سلمي ونوع من المراغمة يلجأ إليه بدلاً من الحرب الفعلية"⁽⁴⁾.

ويذهب الدكتور علي صادق أبو هيف إلى التعبير عنه بأنه " عبارة عن منع دخول وخروج السفن من وإلى موانئ وشواطئ دولة ما بقصد حرمانها من الإتصال بالدول الأخرى عن طريق البحر"⁽⁵⁾.

- (1) د. السيد أبو عيطة، مرجع سابق، ص 379.
- (2) شارل روسو، القانون الدولي العام، القانون الدولي العام، ترجمة: شكرالله خليفة، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1987، ص 368.
- (3) د. أحمد سعيغان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، ط1، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2004، ص 158.
- (4) حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط3، مكتبة لبنان، بيروت، ص 86.
- (5) د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، خالي من ذكر سنة الطبع، ص 674.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (653)

ويعد الحصار البحري السلمي من وسائل الإكراه السلمية المألوفة والمشروعة في القانون الدولي شريطة إستخدامها وفقاً للشروط والقواعد الدولية المرعية. ويعود إستخدام هذا النوع لأول مرة إلى عام 1814 عندما حاصرت إنكلترا والسويد شواطئ النرويج. ثم تكررت إستخداماته بعد ذلك. ومن الامثلة الأخرى للحصار السلمي، حصار فرنسا ضد البرتغال سنة 1831، وحصار إنكلترا ضد اليونان سنة 1850⁽¹⁾.

ب- الحصار البحري الحربي:

الحصار البحري الحربي هو منع دخول أو خروج السفن من أو إلى موانئ وشواطئ دولة العدو بقصد السيطرة والقضاء على تجارته الخارجية وإضعاف موارده التي يعتمد عليها ويستعين بها على الدوام في الحرب⁽²⁾. ويذكر بأن أهم ما يميز الحصار الحربي عن الحصار السلمي هو أن آثار الحصار الحربي تنصرف إلى الدول المحايدة أيضاً.

وقد يتطلب تنفيذ الحصار، عندما لا يحقق الغرض المقصود منه، اللجوء إلى إستخدام القوات البرية أو الجوية أو البحرية بهدف الزيادة من فعالية هذا الإجراء. والواقع أن الأمم المتحدة أجازت في المادة (42) من الميثاق لمجلس الأمن أن يختار الحصار في حالات تهديد السلم أو الإخلال به أو وقوع العدوان⁽³⁾. ومن الأمثلة الحديثة على ذلك هو ما حصل ضد العراق وفقاً للقرار (665) الذي أصدره مجلس الأمن في 25 آب/ أغسطس 1990⁽⁴⁾.

(1) عزيز عبدالمهدي الردام، مرجع سابق، ص 34 .

(2) د. علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 740

(3) تنص المادة (42) من ميثاق الأمم المتحدة على ما يأتي: " إذا رأى مجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة 41 لا تفي بالغرض أو ثبت أنها لم تف به، جاز له أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية من الأعمال ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي أو لإعادته إلى نصابه. ويجوز أن تتناول هذه الأعمال المظاهرات والحصار والعمليات الأخرى بطريق القوات الجوية أو البحرية أو البرية التابعة لأعضاء الأمم المتحدة "

(4) نص القرار (665) في الفقرة الأولى منه على ما يأتي: " 1- يطلب من تلك الدول الأعضاء التي تتعاون مع حكومة الكويت والتي تنشر قوات

(654) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ومن الجدير بالإشارة، أن الإتفاقيات البحرية الكبرى التي تضمنت قواعد الحرب البحرية ومنها القواعد الخاصة بالحصار البحري، مثل تصريح باريس البحري لعام 1856 وتصريح لندن البحري لعام 1909، لم تنطبق إلى غير الحصار الذي يقع خلال الحرب، حيث لم تشر إلى الحصار السلمي على الإطلاق⁽¹⁾.

ومن أمثلة الحصار الحربي، هو ما أوصت به الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1951 بفرض حصار بحري على تصدير الأسلحة والمعدات الحربية والذخيرة إلى المناطق الخاضعة تحت سيطرة الصين الشعبية وكوريا الشمالية بسبب هجومها على كوريا الجنوبية. وكذلك لجأت الأمم المتحدة إلى هذا الأسلوب من الضغط ضد العراق لإضفاء الفعالية على العقوبات الاقتصادية المفروضة عليه وفقاً للقرار (661) الصادر في 6 آب/أغسطس 1990.

3- الحظر الإقتصادي

كثيراً ما يختلط مفهوم الحظر مع مفهوم المقاطعة، إلا أن الحظر هو إجراء ذو نطاق أضيق من المقاطعة.

والحظر ينصرف مفهومه إلى الإمتناع عن تصدير السلع والخدمات أو تقديمها إلى دولة أو أكثر⁽²⁾. وقد يتسع أحياناً مفهومه ليشمل حظر الصادرات والواردات معاً⁽³⁾. ويعبر كذلك عن الحظر بأنه يقتصر على مجرد حظر دخول منتج معين أو عدد من المنتجات الخاصة بهذه الدولة⁽⁴⁾.

بحرية في المنطقة أن تتخذ من التدابير ما يتناسب مع الظروف المحددة وحسب الضرورة في إطار سلطة مجلس الأمن، لإيقاف جميع عمليات الشحن البحري القادمة والخارجة بغية تفتيش حمولاتها ووجهاتها والتحقق منها ولضمان الإنفاذ الصارم للأحكام المتعلقة بهذا الشحن والتي ينص عليها القرار 661 (1990) ".

- (1) د. علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 676 .
- (2) د. زهير الحسني، مرجع سابق، ص 19 .
- (3) عزيز عبدالمهدي الردام، مرجع سابق، ص 10 .
- (4) مغاوري شلبي، ورقة عمل عن (المقاطعة... حرب بلا دماء)، المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (655)

ويرى آخر⁽¹⁾ بأن مفهوم الحظر الإقتصادي في القانون الدولي هو إجراء قسري مقتضاه منع دولة أو عدة دول تسليم سلعة أو عدة سلع إلى دولة أو عدة دول أخرى.

وعليه يتبين بأن الحظر لا يتعدى حدود إيقاف حركة تبادل السلع بين الطرفين، بينما تسعى المقاطعة إلى إيقاف تيار العلاقات الإقتصادية بكافة أشكالها بما في ذلك إيقاف حركة تبادل السلع⁽²⁾. وكذلك يختلف الحظر عن المقاطعة من جانب آخر وهو أن الحظر لا يمكن إتخاذة إلا على المستوى الحكومي، في حين أن المقاطعة يمكن أن تمارس على المستويين الشعبي والحكومي وهذا ما أشرنا إليه سلفاً في موضوع المقاطعة الإقتصادية. وقد لجأت الأمم المتحدة إلى تبني هذا الإجراء في العديد من الحالات التي طبقت في وجهها العقوبات الإقتصادية ومنها على سبيل المثال وليس الحصر:

- أ- قرار مجلس الأمن الدولي في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1965 الذي يوصي بفرض حظر على البترول المرسل إلى روديسيا الجنوبية.
- ب- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (661) الصادر في 6 آب/أغسطس 1990 الذي ينص على فرض حظر على كل البضائع أو المواد الأولية الخارجة من العراق والكويت أو المرسله إليهما.
- ج- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (757) الصادر في 30 أيار/مايو 1992 الذي يقضي بحظر التجارة الدولية إلى يوغسلافيا.
- د- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (997) الصادر في 9 حزيران/يونيو 1995 الذي يقضي بحظر الأسلحة إلى رواندا.
- هـ- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1747) الصادر في 24 آذار/مارس عام 2007 الذي نص على حظر شراء الأسلحة من إيران، وحظر تزويد

<<http://www.islamonline.net/arabic/economics/2002/05/article06.shtml>> Last visited: (25.01.2014).

(1) د. أحمد سعيان، مرجع سابق، ص 160-161.

(2) عزيز عبدالمهدي الردام، مرجع سابق، ص 11.

(656) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

إيران بالأسلحة الثقيلة، وحظر سفر الأشخاص المتورطين في البرنامجين النووي أو الباليستي والبالغ عددهم (15) شخصاً.

4- حجز السفن

وهو قيام دولة بإحتجاز السفن التابعة لدولة أخرى والموجودة في موانئ أو مياه الدولة الأولى لإرغام الدولة التي تنتمي إليها السفن على الإستجابة لطلبات أو القيام بتعهدات معينة⁽¹⁾.

ولا يتضمن حجز السفن مصادرتها وما عليها من حمولة إلا إذا كانت الدولة المسيئة إمتنعت عن التعويض عن خسارة أحدثتها للدولة التي قامت بإجراء الحجز⁽²⁾. ويعتبر حجز السفن إجراء مكمل للحصار البحري، حيث يزيد من فاعليته⁽³⁾.

وقد كان إستعمال هذا الإجراء شائعاً من قبل الدول بهدف إنزال عقوبات بالدول التي خاضتها، ولكن هذه الوسيلة تترتب عليها أضرار بمصالح أشخاص لا دخل لهم في النزاع القائم بين حكومتي الدولتين، فهناك شركات خاصة تمتلك سفناً تجارية لا تتدخل في القضايا السياسية⁽⁴⁾. ولذلك لم تعد تلجأ إليه الدول في الوقت الحاضر.

5- وقف المساعدات الفنية والإقتصادية والمالية

ربما قد تلجأ الدول إلى سلاح قطع المعونات والمساعدات الفنية والإقتصادية والمالية كأداة للضغط على دولة أو دول بعينها، لحملها على إتباع سلوك معين⁽⁵⁾. ويمكن اللجوء إلى هذا الإجراء في حالات عديدة، منها في حالة حدوث إنتهاكات لحقوق الإنسان، أو مخالفة الدولة لإلتزام

- (1) د. علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 673.
- (2) د. حسني محمد جابر، القانون الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 285.
- (3) د. فاتنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 39.
- (4) د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 722.
- (5) د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 657-658.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (657)

قانوني دولي يقع على عاتقها⁽¹⁾، حيث نصت بعض الوثائق الدولية التي تبنتها منظمة الأمم المتحدة على إمكانية اللجوء إلى الأجهزة المختصة في المنظمة لإتخاذ الإجراءات المناسبة واللازمة للحد من إنتهاكات بعض حقوق الإنسان، من ذلك المادة (8) من إتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري والعقاب عليها الصادر عام 1948، التي نصت على أن " لأي طرف متعاقد أن يلجأ إلى الأجهزة المختصة في الأمم المتحدة لتتخذ مآتراه مناسباً من عمل وفقاً لميثاق الأمم المتحدة لمنع وإزالة أفعال إبادة الجنس". وكذلك تضمنت إتفاقية القضاء والمعاقبة على جريمة التمييز والفصل العنصري (Apartheid) التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1973 في المادة (8) نصاً مماثلاً للنص أعلاه⁽²⁾.

ويتضح من القول أعلاه، أن الأمم المتحدة تسمح بموجب القواعد المعمولة في داخلها، باللجوء إلى الأجهزة المختصة في إطارها طبقاً للميثاق لإتخاذ مآتراه مناسباً من الإجراءات للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، ومنها فرض العقوبات المنصوص عليها في الميثاق، ولاسيما العقوبات الواردة في الفصل السابع من الميثاق، حيث أن هذا الفصل يعطي مجلس الأمن سلطة تقديرية في إتخاذ مآتراه مناسباً من التدابير، سواء كانت تلك التدابير تتضمن إستخدام القوة العسكرية، أو لا تتضمن ذلك كالعقوبات الإقتصادية والسياسية. ثانياً أهداف العقوبات الدولية الإقتصادية

لا مرآء في أن العقوبات الإقتصادية المفروضة في جميع الحالات تشترك من ناحية الهدف العام وهو الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين، في حين تتباين الأهداف الخاصة والمقصودة من فرض تلك العقوبات من حالة إلى أخرى . وفي كثير من الأحيان تكون الأهداف المعلنة مغايرة للأهداف الحقيقية ، وفي أحيان أخرى تتبدل أهداف العقوبات الإقتصادية مع مرور

-
- (1) د. أحمد أبو الوفا، القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص406. هامش (514).
 - (2) د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص219-220.

الزمن و تتحول الى أهداف مختلفة أو إضافية على الرغم من زوال الهدف المباشر من فرض تلك العقوبات .

وعليه فإن الهدف المعلن لنظام العقوبات الاقتصادية هو عادةً لإرغام الدولة المستهدفة على تغيير سلوكها أو تصرفها غير المشروع دولياً . ولكن قد يقف وراء ذلك هدف آخر غير معلن، أي انه هدف خفي لتلك العقوبات تتمثل في تغيير التركيب السياسي أو الإجتماعي أو الإقتصادي للدولة المستهدفة⁽¹⁾. والعقوبات الاقتصادية هي بحد ذاتها ليست هدفاً بل هي وسيلة لبلوغ هدف.

ومن أجل مشروعية وقانونية و موضوعية أي قرار يتبناه مجلس الأمن بخصوص فرض عقوبات اقتصادية بالإستناد الى الفصل السابع من الميثاق يجب أن تكون متفقة مع الأهداف والشروط والمتطلبات التي نص عليها الميثاق المتمثلة بغرض محدد و هو إزالة العدوان و حالة التهديد والإخلال بالسلم و الأمن الدوليين وأعادتهما إلى نصابهما، حيث لايجوز أن يكون هناك هدف آخر غير الذي ذكرناه آنفا لإستخدام تلك الضغوطات و العقوبات كإبتزاز موقف سياسي أو إقامة واقع جديد أو فرض تسوية ما أو تنفيذ أجندة مثلاً، إذ أن الميثاق لم يشر إطلاقاً الى ما يبيح اللجوء إلى إستخدام العقوبات ومنها الاقتصادية لتحقيق تلك الأمور والمآرب غير المشروعة⁽²⁾.

وفي هذا السياق يصبح نجاح العقوبات الاقتصادية مرهوناً بشكل كبير بالدقة الهائلة في تحديد الأهداف المرجوة من تلك العقوبات، وكذلك لا بد من تفصيل و توجيه العقوبات بعناية تامة و مراعاة و معرفة الآثار التي ستترتب عليها.

(1) أنا سيغال، العقوبات الاقتصادية: القيود القانونية والسياسية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 836، متاح على البريد الإلكتروني التالي:

< <http://www.icrc.org/web/ara/siteara0.nsf/html/5R2AGc> > Last visited (28.01.2014).

(2) فؤاد البطاينة، الأمم المتحدة منظمة تبقى ونظام يرحل، ط1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 2003، ص152-153 .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (659)

ومن الجدير بالإشارة إلى أنه لا بد من وجود علاقة وثيقة ومتناسقة بين القرارات التي تصدرها الأمم المتحدة وبين الأهداف التي تسعى لتحقيقها، إذ تعد القرارات الصادرة من قبل الأمم المتحدة وبالتحديد من قبل مجلس الأمن، كونه الجهاز الرئيسي المسؤول عن الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، صحيحة ومشروعة فيما لو صدرت في حدود السلطات المخولة له في سبيل تحقيق الأهداف والمبادئ التي أنشأت من أجلها منظمة الأمم المتحدة. " وقد عهدت المادة (24/ ف1) من الميثاق إلى مجلس الأمن بالتبعات الرئيسية في أمر الحفاظ على السلم والأمن الدوليين لأنه أصبح من الواجب على المجلس توخي تحقيق هذا الهدف فيما يصدره من قرارات حتى يمكن وصفها بأنها صحيحة وصدرت وفقاً لسلطاته. أما إذا استهدف مجلس الأمن من وراء إصدار قراراته تحقيق أهداف أخرى غير المحافظة على السلم والأمن الدوليين، فإن ذلك يمكن أن يشكل، وكما أطلق عليه الفقيه (لويس كافاريه)، حالة (الإنحراف بالسلطة) إذا ما كانت تتعارض مع تلك الأهداف⁽¹⁾.

وقد أشار الأستاذ (فوسيت) إلى أن منظمة الأمم المتحدة تتركب عيب الإنحراف بالسلطة إذا فرضت في حال مباشرتها لسلطاتها التقديرية على أي عضو من أعضائها أحكاماً أو قرارات ليست ضرورية ولا مناسبة لتحقيق الهدف الذي من أجله حُوِّلت بهذه السلطة⁽²⁾. وفي حالة استعمال مجلس الأمن لسلطاته الممنوحة له بموجب الميثاق في غير الهدف الذي منحت من أجله، فإنه يسمح بالتمسك بعدم مشروعية هذا التصرف، حيث أن هذا الإنحراف لا يختلف عن إثارة عيب التعسف في استعمال الحق في مجال

(1) مشار إليه لدى: د. حسام أحمد محمد هندأوي، حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص150.

(2) نقلاً عن: د. سيف الدين المشهداني، السلطة التقديرية لمجلس الأمن وإستخدامها في حالة العراق، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1999، ص104.

(660) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

العلاقات بين الدول للدفع بعدم مشروعية العمل القانوني الذي لحقه هذا العيب⁽¹⁾.

وفي ضوء ما أسلفنا بالقول بأن فرض العقوبات الاقتصادية تختلف في أهدافها الخاصة من حالة إلى أخرى، فإننا نبين أهداف العقوبات الاقتصادية المفروضة في بعض الحالات على سبيل المثال، ففي حالة العراق كان الهدف في بداية الأمر هو إنسحابه من الكويت، وبعد ذلك أصبح الهدف تجريده من أسلحة الدمار الشامل، وفي حالة هايتي كان الهدف هو إعادة الحكومة المنتخبة ديمقراطياً، وفي حالة ليبيا كان الهدف هو تسليم المشتبه بهم في حادث تفجير طائرة مدنية أمريكية فوق لوكربي، وفي حالة أفغانستان كان الهدف هو القضاء على الإرهاب، وفي حالة إيران فإن الهدف هو إرغامها على وقف تطوير برنامجها النووي، أما الحالة في السودان، فكان الهدف من وراء فرض العقوبات الاقتصادية في المرحلة الأولى هو تسليم المتهمين الثلاثة المشتبه بهم في محاولة اغتيال الرئيس المصري في أديس أبابا، وفي المرحلة الثانية، كان الهدف هو وقف إنتهاكات الحكومة السودانية لحقوق الإنسان ضد سكان إقليم دارفور، وفي رواندا، كان الهدف وقف عمليات التطهير العرقي، في حين كان الهدف من فرض العقوبات الاقتصادية ضد الكونغو هو إعادة السلام والإستقرار ومنع إستغلال الموارد الطبيعية للبلاد بشكل غير قانوني، وكان الهدف من فرض العقوبات ضد الصومال هو وقف النزاعات الداخلية التي من شأنها أن تشكل تهديداً للسلم الدولي.

ويتضح لنا من خلال إستعراضنا لهذا الموضوع، بأن الأهداف العامة التي تفرض من أجلها العقوبات الاقتصادية هي دائماً محددة تحديداً واضحاً وهو الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، ولكن أسباب فرض تلك العقوبات تتغير بتغيير الحالة، ولذلك لانجد سبباً محدداً أو معيناً لفرض العقوبات الاقتصادية لعدم تحديد الأسباب ضد الدول التي تنتهك قواعد القانون الدولي

(1) د. سيف الدين المشهداني، مرجع سابق، ص 104-105 .

العام، أو تقوم بأي فعل يهدد السلم والأمن الدوليين. وقد تكون هناك أسباب أخرى خفية تقف وراء الأسباب التي تفرض من أجلها العقوبات الاقتصادية، وفي هذه الحالة يصعب على مجلس الأمن الإتفاق بشأن الوقت الذي يمكن فيه إعتبار أن الأهداف قد تحققت وأنه يمكن رفع العقوبات. وبما أن مجلس الأمن هو جهاز سياسي وليس جهاز قضائي، فإنه ينبغي له في الوقت الذي يفرض فيه العقوبات الاقتصادية، أن يحدد معايير الأهداف لكي يمكن بها تقرير ما إذا كان الهدف من العقوبات الاقتصادية قد تحقق أم لا.

الفرع الرابع

السلطة المنوط بها فرض العقوبات الدولية الاقتصادية

عند قيام دولة ما بارتكاب مخالفة لأحكام القانون الدولي فهي تستحق في هذه الحالة العقاب، سواء بهدف ردعها أو تعويض الطرف المتضرر من السلوك المنحرف الذي ارتكبه الدولة المخالفة. وأن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن المجتمع الدولي يكون هو صاحب الحق الأول في استخدام آلية فرض الجزاءات الدولية، وذلك بقصد حث الدولة المخالفة على الرجوع عن سلوكها المخالف والالتزام بقواعد القانون الدولي وبقرارات الشرعية الدولية، ومن الناحية العملية فإن المجتمع الدولي لا بد من أن يمثل بجهة أو هيئة معينة، تقوم بعملية فرض العقوبات الدولية، سواء بتقريرها أو بتنفيذها ضد الدولة التي خرقت أحكام النظام القانوني الدولي⁽¹⁾.

هذا وقد تباينت الآراء الفقهية في مسألة تحديد الجهة التي يناط بها سلطة فرض هذه العقوبات الدولية.

فقد ذهب رأي في الفقه إلى أن المجتمع أو الجماعة الدولية ككل هي صاحبة هذا الحق، في حين يرى جانب آخر من الفقه، أن الدول فرادى هي التي تستطيع من الناحية العملية القيام بهذا الدور، في حين يرى فريق ثالث من الفقه، ان المنظمة الدولية هي الكيان القانوني الأحق والأنسب لإستخدام هذه الآلية، سواء في تقرير العقوبة أو في مراقبة تنفيذها، ولأهمية هذه

(1) د. فائنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 32.

(662) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الآراء الفقهية في هذا الموضوع، فإننا سوف نتناولها فيما يأتي بشيء من التفصيل :

أما الرأي الأول فقد ذهب إلى انه لعدم وجود سلطة تنفيذية في المجتمع الدولي، فان الجماعة الدولية هي التي تقوم بالتشريع لنفسها ، كما تقوم بتنفيذ ما شرعته ، ومن ذلك يتبين أن هذه الجماعة تضع الجزاءات وتوقعها⁽¹⁾.

وبتحليل هذا الرأي يتبين لنا انه قد انصرف إلى أن القائم بتقرير جزاء معين على دولة مخالفة هي الجماعة الدولية بشكل عام ، ويقصد بها مجموع الدول والمنظمات الدولية ، وانه لم يقصر هذا الاختصاص على الدول بشكل فردي أو على المنظمات الدولية بشكل مستقل ، ونحن نرجح قليلاً هذا الرأي ، إلا انه وان كان يتمتع بتأييد وتدعيم كثير من الفقهاء ، يفتقد إلى الواقعية ، ذلك انه من الصعب عملاً إجماع الدول والمنظمات على فرض جزاء على إحدى الدول ، وذلك بسبب اختلاف وتشابك المصالح السياسية .

ولذلك فقد ذهب رأي آخر في الفقه، إلى انه بسبب عدم وجود سلطة مركزية قادرة على توقيع العقاب على الدول التي تخالف القانون الدولي، فان الدول تمارس هذا الجزاء فرادى، وذهب أيضا إلى انه في حالة سلوك دولة ما مسلماً يتعارض مع التزامات دولية او أهداف سياسية معينة، فلقد أعطى هذا الرأي للدولة الموجه ضدها هذا المسلك الحق في أن تقوم بتوجيه رد إلى الدولة الأولى تختلف صورته وحدته ومشروعيته على وفق ظروف مختلفة تتعلق بالدول المتضررة، ومدى تطور نظام الضبط في المجتمع الدولي⁽²⁾.

ويؤخذ على هذا الرأي انه لم يميز بين الرد بالمثل أو الأعمال المضادة او الانتقامية وبين العقوبات بالمعنى القانوني لها ، فهذه الأعمال وان كانت ذات خصائص قريبة الشبه بالعقوبات في إطار العلاقات الدولية إلى حد كبير ،

-
- (1) د. محمد منصور الصاوي، مرجع سابق، ص 88-89 .
(2) د. عبد الله الأشعل، الجزاءات غير العسكرية في الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 12.

إلا أنها تفترق عنها في زاوية قانونية معينة وهي أن العقوبة لا تصدر من قبل الطرف وإلا كان فعلاً مخالفاً للقانون ، لأن أي نظام قانوني في أية مرحلة من مراحل نموه لا يسمح أن يجمع طرف من أطراف النزاع بين صفتي الخصم والحكم⁽¹⁾، وان كنا نرى أن الرد بالمثل والأعمال المضادة والانتقامية قد تتمتع بمشروعية خاصة في إطار حالة الانتقال التي يجتازها اليوم النظام القانوني الدولي ، ولكن هذه المشروعية لا ترقى بهذه الأعمال حتى توصف بأنها جزاءات بالمعنى القانوني لها .

والرأي الأخير يذهب إلى أن العقوبة هي الجزاء الذي يمكن توقيعه على مرتكب المخالفة لقاعدة قانونية دولية من قبل جهاز مؤهل لذلك بناءً على قرار صادر بثبوت تلك المخالفة قانوناً .

وبناءً على ذلك فإنه يشترط في العقوبة الدولية ألا تصدر من الطرف المتضرر وهذا ما يلزم معه صدور العقوبة في مرحلتها التنظيمية والإجرائية من قبل جهة مؤهلة قانوناً للقيام بذلك .

وهكذا تخرج العقوبة من كونها مجرد وسيلة فردية لعلاج حالة اللامشروعية والضرر المحدود، إلى اعتبارها إجراءً قسرياً رادعاً لمعالجة المخالفة الدولية التي ترتكب ضد التزامات جوهرية متعلقة بمصالح أساسية للجماعة الدولية⁽²⁾.

وان كانت (مارجريت دوكسي M. Doxey) قد ذهبت إلى أن الاستخدام التنظيمي محتمل ولكنه ليس مكوناً أساسياً للعقوبة⁽³⁾.

ونحن نتفق تماماً مع هذا الرأي، حيث أن واقع العلاقات الدولية يسمح الآن بتقرير العقوبة من قبل جهة مؤهلة لذلك قانوناً، وتنفيذها ومراقبتها بواسطة مجموع الدول أو دولة معينة، وبذلك يكون هذا المنفذ أو المراقب مؤهلاً قانوناً بتفويض من جهة تقرير العقوبة للقيام بهذا الدور .

(1) د. زهير الحسني، مرجع سابق، ص 12.

(2) المرجع السابق، ص 13 .

(3) M.Doxey, International Sanctions in Contemporary Perspective, Macmillan Press Ltd, 1987, p.4.

(664) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة مجلس الأمن الدولي في فرض العقوبات الاقتصادية
في ميثاق الأمم المتحدة

يعد مجلس الأمن الأداة التنفيذية وأحد الأجهزة الرئيسية ضمن هيكلية منظمة الأمم المتحدة. وقد أوكل ميثاق هذه المنظمة إلى مجلس الأمن المسؤولية الرئيسية في حفظ السلم والأمن الدوليين، حيث نصت الفقرة (1) من المادة (24) من الميثاق على أنه ((رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به الأمم المتحدة سريعاً وفعالاً، يعهد أعضاء تلك الهيئة إلى مجلس الأمن بالتبعات الرئيسية في أمر حفظ السلم والأمن الدوليين ويوافقون على أن هذا المجلس يعمل نائباً عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه هذه التبعات)).

وقد أتاح الميثاق لمجلس الأمن لكي يضطلع بمهامه والنهوض بمسؤولياته إتخاذ مايلزم من إجراءات وتدابير وما يستلزمه إتخاذ هذه الإجراءات من إصدار توصيات أو قرارات. ويمتلك مجلس الأمن مسؤوليات متعددة ومختلفة وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، ويمكن تركيز هذه السلطات في طائفتين، منها إختصاصات رئيسية ومهمة كالمحافظة على السلم والأمن الدوليين وتسوية المنازعات والخلافات الدولية، ومنها سلطات ذات طابع إداري يقوم به مجلس الأمن بالإشتراك مع الجمعية العامة كقبول الأعضاء الجدد وتعيين الأمين العام للأمم المتحدة وغيرها من الإختصاصات⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالطائفة الأولى من سلطات مجلس الأمن، فإنه هناك حالتين يلعب فيهما مجلس الأمن دوره في مجال المحافظة على السلام الدولي وفقاً للفصلين السادس والسابع من الميثاق، الحالة الأولى عندما يتعلق الأمر بحل المنازعات الدولية حلاً سلمياً، والحالة الثانية عند حدوث تهديد للسلم والأمن

(1) د. محمد السعيد الدقاق و د. مصطفى سلامة حسين، المنظمات الدولية المعاصرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون ذكر سنة طبع، ص 141 .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (665)

الدوليين أو وقوع عمل من أعمال العدوان⁽¹⁾. ولاشك أن سلطة مجلس الأمن الدولي في إطار الفصل السادس من الميثاق لاتعدو عن كونه يلعب دور الوسيط الذي يحث أطراف النزاع على تلمس الحل السلمي لمنازعاتهم وبالوسائل المشار إليها في الفقرة (1) من المادة (33) من الميثاق، حيث تدعو هذه المادة الأخيرة الأطراف المتنازعة إلى حل منازعاتهم عن طريق اللجوء إلى المفاوضات والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية أو اللجوء إلى المنظمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية⁽²⁾. ولا يخفى بأن هذه الوسائل السلمية لحل النزاعات الدولية برزت كنقيض لحل النزاعات بالوسائل العسكرية، وإستخدام القوة في إطار العلاقات الدولية التي كان ينظر إليها من قبل كوسيلة مشروعة⁽³⁾.

والخوض في بحث تفاصيل سلطة مجلس الأمن في إطار الفصل السادس من الميثاق تخرج عن محل إهتمام دراستنا، لذلك نتطرق إلى تفصيل وبيان الأساس القانوني للسلطة التي يمارسها مجلس الأمن في ميدان حفظ السلم والأمن الدوليين وفقاً للفصل السابع من الميثاق وخصوصاً فيما يتعلق بإتخاذ تدابير فرض العقوبات الإقتصادية ضد الطرف المخل بالقواعد والإلتزامات الدولية، وهذا ما نبينه تباعاً من خلال فرعين كالآتي:

الفرع الأول

مقتضيات تطبيق العقوبات الدولية الإقتصادية وفقاً لميثاق الأمم المتحدة حددت المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة الحالات التي تستوجب إستخدام أو تحريك مجلس الأمن لسلطته التقديرية في إتخاذ أعمال أو تدابير

- (1) د. مندوب أمين الشالجي، مجلس الأمن الدولي والحرب العراقية الإيرانية، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية، تصدرها كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد، السنة الثانية، العدد 5، نيسان 1990، ص 79.
- (2) تنص الفقرة (1) من المادة (33) من الميثاق على ما يأتي: ((يجب على أطراف أي نزاع من شأن إستمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بآديء ذي بدء بطريق المفاوضات والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجأوا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها إختيارها)).
- (3) د. صالح يحيى الشاعري، تسوية النزاعات الدولية سلمياً، ط1، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2006، ص 27.

(666) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

بشأنها ومن بينها العقوبات الاقتصادية التي هي مناط دراستنا هذه، وهي حالات وجود تهديد السلم أو الإخلال به أو وقوع عمل من أعمال العدوان. فقد نصت المادة المذكورة أعلاه على مايلي: ((يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو الإخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب إتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين 41 و 42 لحفظ السلم والامن الدولي او إعادته إلى نصابه)).

وبالرغم من أهمية تحديد مدلول هذه العبارات أو المصطلحات، إلا أن الميثاق لم يحدد المقصود بهذه العبارات⁽¹⁾. هذا بالإضافة إلى أن مجلس الأمن لم يضع ضابطاً عملياً يجري إتباعه في شأن تكييف ما يعرض عليه، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن كل ضابط ينطوي على قيد، ومجلس الأمن يأبى وضع القيود على سلطته التقديرية، فليس من صالح السلطة أن يحد من سلطته في الاختيار، ويضاف إلى ذلك أن وجود حق الاعتراض يتنافى مع وجود هذا الضابط⁽²⁾.

وفي ضوء المادة (39)، فإن شروط تطبيق العقوبات الاقتصادية هي الحالات الثلاث المذكورة أعلاه، وسوف نتطرق إلى تحديد معنى ومضمون تلك المفاهيم بشيء من التفصيل على النحو التالي:
أولاً/ تهديد السلم

يقصد بمصطلح تهديد السلم قيام دولة بتهديد دولة أخرى بالدخول معها في حرب، أو القيام بعمل من أعمال التدخل، أو التهديد باستخدام إحدى صور العنف حتى ولو لم يتحقق ذلك بصورة فعلية، وعندها نكون أمام خطر حال يترتب على وقوعه تحقق حالة الإخلال بالسلم. كما يتحقق التهديد في حالة وقوع صدام داخل إقليم دولة، على أن يكون هذا الصدام متسماً بالعنف

(1) د. جابر إبراهيم الراوي، المنازعات الدولية، مرجع سابق، ص142.
(2) ممدوح علي محمد منيع، مشروعية قرارات مجلس الأمن في ظل القانون الدولي المعاصر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص16-17.

والجسامة إلى حد يؤدي إلى تعريض تجارة ومصالح الدول الأخرى للخطر، وفي حالة الإعراف للاطراف المتحاربة بصفة المحاربين من قبل عدد كبير من الدول، فإن هذا الصدام يتجاوز مرحلة تهديد السلم ليشكل إخلالاً بالسلم⁽¹⁾. فضلاً عن ذلك، فإن نشوب الحروب الأهلية- رغم كونها حروباً داخلية- تدخل أيضاً في إطار حالة تهديد السلم إذا ما عظمت وتطورت المساعدات الخارجية المقدمة إلى الأطراف المتنازعة وأدت تطورها إلى حرب دولي⁽²⁾.

وجدير بالإشارة، إلى انه لا بد من التمييز بين إقرار مجلس الأمن بوجود حالة تهديد السلم الوارد في المادة (39) من الميثاق، وإقرار حالة ما إذا كان هناك نزاع أو موقف من شأن إستمراره أن يعرض السلم والأمن الدولي للخطر الوارد في المادة (34) من الميثاق، حيث أن الحالة الأولى يستتبعها إتخاذ التدابير الجماعية المنصوص عليها في المادتين (42 و 43) من الميثاق، في حين أن الحالة الثانية لا تقتضي ذلك⁽³⁾. وهناك من يرى بأن التمييز بين الحالتين يمكن أن يكون في بعض الأحيان دقيقاً وقد يؤدي إلى الخلط بين الوسائل التي يتمتع بها مجلس الأمن بحسب الفصل السادس من الميثاق، أو تلك التي يتمتع بها وفقاً للفصل السابع، ورغم ذلك فإن كلتا الحالتين يمكن ان تكون لهما إنعكاسات دولية⁽⁴⁾.

وقد أظهر تحديد وصف تهديد السلم على حالة، ما تبايناً في وجهات النظر بين أعضاء مجلس الأمن خلال النظر إلى مشاريع القرارات ومقاربة

- (1) د. يحيى الشيمي، تحريم الحروب في العلاقات الدولية: دراسة في القانون الدولي والسياسة الدولية والإستراتيجية، دون ذكر جهة ومكان النشر، 1976، ص 463-464.
- (2) د. رجب عبدالمنعم متولي، الأمم المتحدة بين الإبقاء والإلغاء في ضوء التطورات الدولية الراهنة، مرجع سابق، ص 166.
- (3) د. جابر إبراهيم الراوي، المنازعات الدولية، مرجع سابق، ص 144.
- (4) عدنان عبدالعزيز مهدي الدوري، سلطة مجلس الأمن الدولي في إتخاذ التدابير المؤقتة، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد- العراق، 2001، ص 178.

(668) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

القرارات بعضها مع البعض الآخر، والإقرار فيما إذا كان هناك تهديد للسلام أم لا⁽¹⁾.

" ففي حالة النظر في قضية (حكم فرانكو) في إسبانيا عام 1946، نجد أن اللجنة الفرعية التي أنشأها مجلس الأمن لدراسة هذه المسألة، لم تجد ما يبرر إعتبار نظام حكم فرانكو تهديداً للسلام على الرغم من معارضة المندوب البولوني لهذا الرأي، حيث يرى أن تهديد السلام هو أمر إحتمال بطبيعته، وقد ينضج التهديد غداً، أو بعد غد، أو بعد خمس سنوات، فالقضية قضية وقت ليس إلا. وإذا إنتفت الصفة الإحتمالية عنه، عندها نكون أمام حالة عدوان فعلي. ولقد أيده في ذلك المندوب السوفيتي. لكن المندوب الفرنسي دافع عن تقرير اللجنة الفرعية قائلاً أن تهديد السلام يشير بوضوح إلى وجود موقف يهدد بخطر متوقع"⁽²⁾.

وكذلك إختلفت الطرق التي عبّر فيها مجلس الأمن في قراراته عن الحالات المؤدية لتطبيق أحكام الفصل السابع من الميثاق والمنصوص عليها في المادة (39). ففي بعض القرارات أشار المجلس بصورة صريحة إلى المادة (39). فمثلاً بشأن الوضع في روديسيا الجنوبية، أصدر مجلس الأمن قراره رقم (232) في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966، حيث نص القرار في فقراته على ((أن المجلس وهو يتصرف وفقاً للمادتين 39، 41 من الميثاق يؤكد أن الوضع الحالي في روديسيا الجنوبية يشكل تهديداً للسلام والأمن الدولي))⁽³⁾. ولا بد من الإشارة، إلى أن القرار (232) يعتبر الأول في تاريخ الأمم المتحدة من حيث الإشارة إلى أنه يعمل وفقاً للمادتين (39 و41) من الفصل السابع من الميثاق⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(2) علاء الدين حسين مكي خماس، إستخدام القوة في القانون الدولي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1988، ص 79-80.

(3) نقلاً عن: د. حسام أحمد محمد هندراوي، حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، مرجع سابق، ص 66.

(4) د. عبدالله الأشعل، النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي، ط 1، القاهرة، 1997، ص 599.

وفي حالات أخرى لجأ المجلس في قراراته بتوصيف الوضع حسب عبارات المادة (39) دون الإشارة إلى تلك المادة بشكل صريح. ففي قضية جنوب أفريقيا، أكد المجلس في قراره رقم (418) الصادر في عام 1977 أن إمتلاك جنوب أفريقيا للأسلحة والمعدات المتعلقة بها يشكل تهديداً للسلم والامن الدولي⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى ذلك هناك حالات أخرى أيضاً وصفتها الأمم المتحدة أنها تشكل تهديداً للسلم، فقد أصدرت الجمعية العامة في 18 كانون الأول/ديسمبر 1962 القرار رقم (1819) بشأن الموقف في أنغولا، مشيراً إلى أن الوضع فيها يشكل تهديداً للسلم. وكذا وصفت الجمعية العامة في قرارها رقم (2307) الصادر في 13 كانون الأول/ديسمبر 1967 سياسة جنوب أفريقيا تجاه إقليم جنوب غرب أفريقيا بأنها تهديد للسلم⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى، قد يقوم مجلس الأمن بإتخاذ قرارات يظهر مضمونها أنها تشكل قرارات ملزمة، لكنها لاتبدي أية إشارة إلى المادة (39) من الميثاق، ولاتقوم بتوصيف الأوضاع حسب مضمون تلك المادة، وينطبق هذا المثل في الحالات التي يتخذ فيها مجلس الأمن قرارات تقضي بإيقاف فوري وكامل لإطلاق النار، أو إيقاف نزاع مسلح وسحب قوات أجنبية، فمثلاً القرار رقم (340) الصادر عن مجلس الأمن في 25 تشرين الأول/أكتوبر عام 1973 بشأن (حرب تشرين) دعا فيه مجلس الأمن إلى وقف فوري وكامل لإطلاق النار⁽³⁾.

ثانياً/ الإخلال بالسلم

يعرف الأستاذ (كوينسي رايت) الإخلال بالسلم الذي ورد ذكره في المادة (39) من الميثاق، بأنه " أعمال العنف التي تقع بين قوات مسلحة تابعة

- (1) مشار إليه في: د. حسام أحمد محمد هندأوي، م حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، مرجع سابق، ص 67.
- (2) د. عبدالله الأشعل، النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 375 ، هامش (23).
- (3) د. غسان الجندي، عمليات حفظ السلام الدولية، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2000، ص 11.

(670) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

لحكومات شرعية أو واقعية وراء حدود معترف بها دولياً⁽¹⁾. ومن جانب آخر، يمكن التعبير عن الإخلال بالسلم بأنه "وقوع عمل من أعمال العنف ضد دولة معينة، أو وقوع صدام مسلح داخل إقليم دولة من شأن استمراره أن يؤدي إلى خلق حالة جديدة أشد من حالة تهديد السلم"⁽²⁾. كما ويعتبر إخلالاً بالسلم جميع صور التدابير غير العسكرية التي تتخذها دولة أو عدة دول ضد دولة أخرى والتي لم تدخل ضمن تعريف العدوان، كالعدوان الإقتصادي والعقائدي، ويُعد إخلالاً بالسلم، أعمال العنف التي يرتكبها ثوار من داخل إقليم دولة أخرى بهدف تحقيق أطماع سياسية⁽³⁾.

ولقد أتيحت الفرصة لمجلس الأمن بأن يقوم بتحديد المقصود بالإخلال بالسلم في 15 تموز/ يوليو 1948 في قراره رقم (54) الذي أصدره بشأن القضية الفلسطينية، حيث عد مجلس الأمن بمقتضى هذا القرار أن عدم الإذعان لقرار وقف إطلاق النار في فلسطين يمثل مظهراً من مظاهر (الإخلال بالسلم) طبقاً للمادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة⁽⁴⁾.

كما أشار مجلس الأمن عند النظر في الأزمة الكورية عام 1950 إلى وجود حالة (الإخلال بالسلم)⁽⁵⁾. وفي هذا المضمار أيضاً وصف مجلس الأمن حالة الغزو العراقي للكويت في 2 آب/ أغسطس 1990 بانها تشكل (خرقاً للسلم)⁽⁶⁾.

ثالثاً/ أعمال العدوان

(1) Quincy Wright, *International Law and United Nations*, 1961, p. 93.

(2) د. جابر إبراهيم الراوي، المنازعات الدولية، مرجع سابق، ص 144.

(3) د. يحيى الشيمي، تحريم الحروب في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 466.

(4) راجع: د. سيف الدين المشهداني، السلطة التقديرية لمجلس الأمن واستخدامها في حالة العراق، مرجع سابق، ص 51-52.

(5) عدنان عبدالعزيز مهدي الدوري، مرجع سابق، ص 179.

(6) لقد نص القرار رقم (660) الصادر عن مجلس الأمن في 2 أغسطس 1990 وفي العبارات الأولى منه على ما يأتي: ((إن مجلس الأمن، إذ يقرر أنه يوجد خرق للسلم والأمن الدوليين فيما يتعلق بالغزو العراقي للكويت. وإذ يتصرف بموجب المادتين 39 و 40 من ميثاق الأمم المتحدة)).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (671)

لم يتطرق ميثاق الأمم المتحدة إلى تعريف أو تحديد مفهوم العدوان، ويعزى السبب في ذلك حسب رأي البعض من الفقهاء⁽¹⁾، إلى رغبة واضعي الميثاق في تجنب تحديد المفهوم خشيةً منهم في ألا يكون التعريف دقيقاً وشاملاً، وأنه من المستحيل حصر جميع الحالات التي يمكن أن ينطبق عليها التعريف، وأن حصرها يؤدي إلى إستفادة المعتدي الذي قد لا يكون عدوانه من بين هذه الحالات.

وجدير بالإشارة إلى أنه خلال الأعمال التحضيرية لإنشاء منظمة الأمم المتحدة، إرتأى المجتمعون ترك تحديد مفهوم العدوان إلى مجلس الأمن، وقد لجأ المجلس بالفعل في كثير من القضايا إلى تعريف العدوان⁽²⁾. إلا أن محاولات مجلس الأمن بهذا الشأن لم تتكلل بالنجاح في إزالة الغموض الذي أحاط بعبارة أعمال العدوان⁽³⁾. فمثلاً عند نظر المجلس في مسألة غزو قوات كوريا الشمالية لأراضي كوريا الجنوبية في 25 حزيران/يونيو 1950، قرر المجلس أن الوضع هو (خرق للسلم) وليس حالة (عدوان)، في حين أن الجمعية العامة عندما حلّت محل مجلس الأمن لم تتردد بالتسمية وعدّ الفعل الذي قامت به كوريا الشمالية فعل عدواني⁽⁴⁾، وقررت في قرارها الصادر في 1 شباط/فبراير 1951، إن القيام بتقديم العون والمساعدة للمعتدي كأنما قد قامت هي نفسها بعدوان على كوريا، وقد قصدت الجمعية العامة بهذا القول جمهورية الصين الشعبية لتقديمها المساعدة المباشرة لكوريا الشمالية وإشترائها في الأعمال الحربية ضد قوات الأمم المتحدة هناك⁽⁵⁾.

(1) د. حامد سلطان، القانون الدولي وقت السلم، القاهرة، دون ذكر سنة طبع، ص 95. د. صالح جواد الكاظم، دراسة في المنظمات الدولية، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1975، ص 122.

(2) علاء الدين حسين مكي خماس، مرجع سابق، ص 81-82.

(3) د. فائنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 69.

(4) عدنان عبدالعزيز مهدي الدوري، مرجع سابق، ص 179.

(5) علاء الدين حسين مكي خماس، مرجع سابق، ص 82.

(672) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وقد إستمر المجتمع الدولي في بذل جهوده لوضع تعريف محدد للعدوان، إلى أن تمكنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها التاسعة والعشرين من التوصل إلى تعريف للعدوان من خلال الأفعال التي تشكل هذه الجريمة وذلك بموجب قرارها المرقم (3314) الصادر في 14 ديسمبر 1974. حيث أن تلك الأفعال لم تكن محددة ومبينة بشكل قانوني في أي وثيقة دولية، إذ كان تعبير (العدوان) مجرد إصطلاح سياسي تفسره كل دولة وفقاً لرؤيتها السياسية ومصالحها الحيوية⁽¹⁾.

وجاء تعريف العدوان من قبل الجمعية العامة في المادة الأولى من القرار المذكور أعلاه، حيث نصت تلك المادة بأن العدوان هو (إستخدام القوة المسلحة من جانب إحدى الدول ضد سيادة ووحدة الأراضي أو الإستقلال السياسي لدولة أخرى، أو بأية طريقة لا تتفق مع ميثاق الأمم المتحدة)⁽²⁾. وفيما يتعلق بتحديد الاعمال التي تعتبر من قبيل الأعمال العدوانية، فقد أوردت المادة الثالثة من القرار نفسه تلك الأفعال بغض النظر عن وجود إعلان للحرب. حيث نصت تلك المادة على ما يأتي: (يعتبر كل فعل من الأفعال الآتية مكوناً لشروط فعل عدواني حتى ولو لم تكن الحرب معلنة، شريطة عدم المساس بأحكام المادة الثالثة، والتطابق مع مقتضياتها:
أ- قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو أو شن هجوم على أراضي دولة أخرى أو أي إحتلال عسكري- ولو بصورة مؤقتة- ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لأراضي دولة أخرى أو جزء منها عن طريق إستخدام القوة.
ب- قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف أراضي دولة أخرى، أو إستخدام دولة لأية أسلحة ضد دولة أخرى.
ج- محاصرة موانئ أو سواحل دولة ما عن طريق إستخدام القوة المسلحة لدولة أخرى.

- (1) د. عبدالواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، مرجع سابق، ص 160.
- (2) المادة (1) من القرار (3314) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1974. وللإطلاع على نص هذا القرار راجع: د. عبدالواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 166-172.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (673)

د-قيام القوات المسلحة لدولة ما بشن هجوم على القوات البرية أو البحرية أو الجوية أو مهاجمة السفن البحرية التجارية والطيران المدني لدولة أخرى.

ه-إستخدام القوات المسلحة لدولة ما، والتي تكون متواجدة على إقليم دولة أخرى بموجب إتفاق بين الدولتين، إستخداماً يتعارض مع الشروط المنصوص عليها في هذا الإتفاق، أو تمديد بقائها في إقليم الدولة المضيفة بعد إنتهاء المدة المحددة في هذا الإتفاق.

و-قيام دولة ما بالسماح بإستخدام أراضيها التي وضعتها تحت تصرف دولة أخرى لإرتكاب عمل عدواني ضد دولة ثالثة.

ز-قيام دولة بإرسال أو إيفاد جماعات مسلحة، أو قوات غير نظامية، أو مرتزقة لإرتكاب أعمال بالقوة ضد دولة أخرى، بصورة تكون على درجة من الخطورة تعادل الأعمال السابق ذكرها آنفاً، أو إلزامها بصورة فعلية بمثل هذا العمل).

وجاء تعداد الأفعال المشار إليها أعلاه على سبيل المثال وليس الحصر، وذلك من خلال إعتراف الجمعية العامة في المادة الرابعة من القرار نفسه بسلطة مجلس الأمن التقديرية في إعتبار حالات أخرى من أعمال العدوان⁽¹⁾.

ولابد من الذكر، بأن من الجوانب الأكثر إيجابية في القرار (3314) هو أنه قد إستثنى من تعريف العدوان إستخدام القوة من قبل الشعوب التي تسعى لنيل حقها في تقرير المصير والإستقلال، ولاسيما الشعوب الواقعة تحت سيطرة الأنظمة الإستعمارية والعنصرية، وهذا مانصت عليها المادة السابعة من ذلك القرار⁽²⁾.

- (1) نصت المادة (4) من القرار (3314) على مايتأتي: ((ان تعداد الأفعال السابق ذكرها ليس على سبيل الحصر، ولمجلس الأمن سلطة وصلاحيه وصف اعمال أخرى بأنها من قبيل أعمال العدوان وفقاً لأحكام الميثاق)).
- (2) نصت المادة (7) من القرار (3314) على مايتأتي: ((لا يوجد في هذا التعريف مايمكن أن يمس حق تقرير المصير، والحق في الحرية والإستقلال للشعوب المحرومة، ولاسيما حق الشعوب الخاضعة لنظم إستعمارية أو عنصرية أو لأشكال أخرى من السيطرة الأجنبية، في الكفاح من أجل هذا الهدف، وفي التماس الدعم وتلقيه من الغير، وفقاً لميثاق

(674) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ومن أجل إضفاء قوة إلزامية على تعريف العدوان، نرى أنه من الجدير أن تخطو الأمم المتحدة خطوة جريئة، يتمخض عنها إدراج هذا التعريف ضمن نصوص ميثاقها، وذلك لأن ما يصدر عن الجمعية العامة من قرارات وتوصيات إنما تخلو من هذه القوة، ومن ثم تخلو من فائدتها العملية في الوضع الراهن. وأن تضمين مثل هذا التعريف في الميثاق سيشكل قيماً على سلطة مجلس الأمن الدولي وهي بصدد القول بإنطباق وصف العدوان على حالة ما أو إنتفائه.

الفرع الثاني

أساس سلطة مجلس الأمن الدولي في فرض العقوبات الاقتصادية طبقاً لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة

لقد سعت الدول التي ساهمت في وضع ميثاق الأمم المتحدة إلى إيجاد جهاز تنفيذي قادر على تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها المنظمة، فأنشأت مجلس الأمن، وأسندت له سلطات عقابية حددتها بشكل مفصل حتى يتمكن من القيام بها دون تعقيد أو خلل، وجعلت لهذه السلطات أساساً يرتكز عليه المجلس عند إعماله لها⁽¹⁾. ومعنى هذا أن توقيع هذه التدابير أمر متروك كليةً للسلطة التقديرية للمجلس، وعليه فإن المجلس يملك سلطة تقرير وجود تهديد للسلم أو الإخلال به أو عمل من أعمال العدوان، وتحديد الطرف المتسبب في هذا التهديد طبقاً للمادة (39) من الميثاق، كما له سلطة توقيع العقوبات وتحديد أي هذه العقوبات التي تناسب الحالة ومتى توقع، وأي الدول ستتولى التنفيذ⁽²⁾.

ويجد المجلس أساس سلطته في فرض العقوبات الاقتصادية في المادة (41) من الميثاق، حيث تشير هذه المادة إلى التدابير العقابية غير المسلحة

الأمم المتحدة وإعلان مبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول)).

- (1) د. أبو عجيبة عامر سيف النصر، مرجع سابق، ص 76.
- (2) د. فائنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 76. وكذلك د. عبدالغفار عباس سليم، مستقبل العقوبات الدولية بالأمم المتحدة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 82.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (675)

التي يجوز لمجلس الأمن توقيعها على الدول بناءً على تحقق إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (39) من الميثاق⁽¹⁾. وبهذا الصدد، تنص المادة (41) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: " لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب إتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الإقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وفقاً جزئياً أو كلياً، وقطع العلاقات الدبلوماسية ".

ويتضح من نص المادة (41) الملاحظات والحقائق الآتية:

- 1- يستبعد مجلس الأمن من نطاق خطابه في المادة (41) من الميثاق الدولة أو الدول المتخذ ضدها التدابير، ويوجه خطابه إلى باقي الدول الأعضاء في الأمم المتحدة⁽²⁾.
- 2- يلاحظ على هذه المادة أنها منحت مجلس الأمن سلطة تقديرية في إتخاذ الإجراءات والتدابير التي لا تقتضي استخدام القوة العسكرية، لذلك فإن المجلس غير ملزم بإتخاذ إجراءات المادة (41) من الميثاق، وإنما له أن يقرر إستخدامها أو عدمه، وله أيضاً أن يختار من بين تلك الإجراءات⁽³⁾.
- 3- وردت التدابير المذكورة في المادة (41) من الميثاق على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، بدليل أن النص قد إستخدم عبارة " ويجوز أن يكون من بينها"، وهذا يعني أن لمجلس الأمن أن يلجأ

(1) وقد سبق وأن تطرقنا في المواضيع السابقة إلى بيان المقصود بهذه الحالات أو العبارات الواردة في المادة (39) من الميثاق، لذلك لا نذكرها هنا لتفادي التكرار.

(2) د. مصطفى أحمد فؤاد، الأمم المتحدة والمنظمات غير الحكومية، دار الكتب القانونية، مصر- المحلة الكبرى، 2004، ص 131 .

(3) عزيز عبدالمهدي الردام، مرجع سابق، ص 48 .

(676) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

إلى استخدام صور أخرى من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوة المسلحة حتى وإن لم يتم ذكرها في تلك المادة⁽¹⁾.

4- ويمكن أن ترد ملاحظة أخرى على المادة (41) من الميثاق وهي أنها استخدمت عبارة "لمجلس الأمن أن يقرر" وهذه العبارة تختلف عن صيغة "لمجلس الأمن أن يوصي" التي استخدمت في نصوص أخرى من الميثاق، حيث أن التدابير التي تتخذ بالإستناد على المادة (41) تصدر بموجب قرارات وهي تصرفات ملزمة لمن توجه إليه، في حين أن التوصية وحسب رأي غالبية الفقه الدولي تخلو من القوة الإلزامية⁽²⁾. وتفرض القرارات الصادرة بإتخاذ التدابير المنصوص عليها في المادة (41) إلزاميتها على جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إلا إذا كانت إحدى أو بعض هذه الدول تواجه مشكلة إقتصادية يحول دون تنفيذ ماقرره مجلس الأمن، وعلى هذه الدولة أن تلتفت نظر مجلس الأمن إلى ذلك. وهذا مانصت عليه المادة (50) من ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁾. إلا انه يلاحظ على هذه المادة الأخيرة أنها لم تتضمن أية آلية عملية محددة لحل المشاكل الإقتصادية أو الخسائر التي تواجه الدول المحايدة من جراء إلزامها بتطبيق قرار العقوبات وبخاصة تلك الدول التي تقيم علاقات وصلات إقتصادية وتجارية مع الدولة التي فرضت عليها تلك العقوبات⁽⁴⁾. وهذا يعد نقصاً أو عيباً في مضمون نص هذه المادة. فمثلاً على إثر فرض العقوبات على روديسيا الجنوبية عام

(1) د. محمد السعيد الدقاق، المنتظمات الدولية العالمية والإقليمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1978، ص 167.

(2) د. محمد السعيد الدقاق و د. مصطفى سلامة حسين، المنتظمات الدولية المعاصرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون ذكر سنة طبع، ص 150-151.

(3) تنص المادة (50) من الميثاق على ما يأتي: " إذا إتخذ مجلس الأمن ضد أية دولة تدابير منع أو قمع فإن لكل دولة أخرى- سواء أكانت من أعضاء الأمم المتحدة أو لم تكن- تواجه مشاكل إقتصادية خاصة تنشأ عن تنفيذ هذه التدابير الحق في أن تتذكر مع مجلس الأمن بصدد حل هذه المشاكل".

(4) فؤاد البطاينة، مرجع سابق، ص 160.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (677)

1968 من خلال القرار رقم (253)، لجأت كل من زامبيا و بوتسوانا وملاوي وموزمبيق إلى مجلس الأمن إستناداً للمادة (50) من الميثاق لحل مشكلة تضررها الإقتصادي من جراء تطبيقها قرار فرض العقوبات على روديسيا، حيث أصدر مجلس الأمن عدداً من القرارات وناشد فيها الدول والمؤسسات الدولية بتقديم العون والمساعدة إلى تلك الدول المتضررة، إلا أن تلك المناشدات لم تكن لها أية جدوى في حل مشاكل تلك الدول⁽¹⁾.

وفي حالة فرض العقوبات الإقتصادية على العراق، تقدمت 21 دولة بالمطالبة بحقها في التعويض عما لحقها من أضرار إقتصادية نتيجة تطبيقها لقرار مجلس الأمن الدولي رقم (661) القاضي بفرض عقوبات إقتصادية على العراق⁽²⁾.

وفي هذا الصدد، إقترح الأمين العام للأمم المتحدة (د. بطرس غالي) في تقريره عن (خطة للسلام) في عام 1992، أن يكون للدول التي تعاني من أضرار ناتجة عن نظم العقوبات، الحق ليس في التشاور حسب مع مجلس الأمن، بل وفي أن تتوافر لها إمكانيات واقعية تكفل معالجة ما يجابهها من صعوبات، وتحقيقاً لهذا الغرض، فقد أوصى الأمين العام للأمم المتحدة، أن يبتكر مجلس الأمن مجموعة من التدابير تشمل المؤسسات المالية الدولية وغيرها من عناصر منظومة الأمم المتحدة ويمكن تنفيذها لمعالجة المشكلة⁽³⁾.

- (1) المرجع سابق، ص 161 .
- (2) وهذه الدول هي: لبنان، الأردن، اليمن، بنغلاديش، بلغاريا، الهند، جيكوسلوفاكيا، فلسطين، باكستان، بولندا، الفلبين، سريلانكا، فيتنام، تونس، السودان، أورغواي، رومانيا، موريتانيا، يوغسلافيا، جزر سيشل و بوتسوانيا. مشار إليه لدى: رياض يلدا أوشانا السندي، مرجع سابق، ص 205، هامش (1).
- (3) راجع تقرير الأمين العام للأمم المتحدة (د. بطرس غالي) بعنوان (خطة للسلام) المقدم إلى مجلس الأمن في الوثيقة (S/24111- A/47/277) الفقرة (41) الصادر في (17. حزيران/ يونيو. 1992). وقد جاء النص فيه باللغة الإنكليزية بالشكل الآتي:

(41. In circumstances when peacemaking requires the imposition of sanctions under Article 41 of the Charter, it is important that

(678) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ويوضح لنا مما سبق، بأن ما دعى الأمين العام إلى طرح الإقتراح أعلاه، كان نتيجة لعدم تجاوب مجلس الأمن مع شكاوي الدول المتضررة من جراء توقيع العقوبات الإقتصادية بشكل أدى إلى إهمال تلك الشكاوي وعدم إتخاذ أي إجراء إيجابي بشأنها، وجعل من هذه الآلية مجرد حبر على ورق. ومن أجل التقليل من الآثار التي تلحق بالأطراف الثالثة من جراء تطبيق العقوبات الإقتصادية، فإننا نرى بأن أفضل آلية لذلك هو رصد الآثار المتوقعة أثناء إصدار قرار فرض العقوبات الإقتصادية وليس بعدها، وتضمن مجلس الأمن في قراراته لمواد تعالج هذه المشكلة. والواقع أن الإجراءات المتخذة وفقاً للمادة (41) من الميثاق تأخذ طابعين⁽¹⁾: أ- إنها إجراءات ذات طبيعة عقابية تقتصر على الجوانب الإقتصادية والدبلوماسية التي يدعو مجلس الأمن جميع الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة إلى القيام والإلتزام بتنفيذها.

ب- تتصف إجراءات المادة (41) بصفة الإلزام، ويتحتم على جميع الدول أن تتصرف بما يفرضه عليها لإقرارها بميثاق الأمم المتحدة وتلتزم بتنفيذها، حيث تنص الفقرة (5) من المادة (2) من الميثاق على أن " يقدم جميع الأعضاء كل ما في وسعهم من عون إلى الأمم المتحدة في

States confronted with special economic problems not only have the right to consult the Security Council regarding such problems, as Article 50 provides, but also have a realistic possibility of having their difficulties addressed. I recommend that the Security Council devise a set of measures involving the financial institutions and other components of the United Nations system that can be put in place to insulate States from such difficulties. Such measures would be a matter of equity and a means of encouraging States to cooperate with decisions of the Council).

متاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<<http://www.un.org/Docs/SG/agpeace.html>> Last visited (10.02. 2014

)
(1) د.مندوب أمين الشالجي، مجلس الأمن الدولي والحرب العراقية الإيرانية، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية، تصدرها كلية العلوم السياسية - جامعة بغداد، العراق، السنة الثانية، العدد 5، نيسان 1990، ص 81.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (679)

أي عمل تتخذه وفق هذا الميثاق، كما يمتنعون عن مساعدة أية دولة تتخذ الأمم المتحدة ازاءها عملاً من أعمال المنع أو القمع". ونذكر بأنه في الحياة الدولية، يمكن ان نلتبس العديد من التطبيقات العملية والواقعية التي إستند فيها مجلس الأمن في قراراته إلى المادة (41) من الميثاق التي أقر فيها تحقق أو وجود إحدى الحالات الثلاث الواردة في المادة (39) من الميثاق والتي تطرقنا إليها سلفاً. وسنتطرق لاحقاً إلى إحدى هذه التطبيقات كنموذج للعقوبات الإقتصادية المفروضة من قبل الأمم المتحدة على الدول المخالفة لأحكام ومبادئ القانون الدولي العام.

المبحث الثاني

فعالية العقوبات الدولية الإقتصادية

يتوقف نجاح وفشل تطبيق العقوبات الدولية الإقتصادية في تحقيق الأهداف المتوخاة منه على توافر العديد من العوامل والمحددات، وكذلك لابد من وجود آليات لتفعيل العقوبات الإقتصادية من أجل إضفاء ودعم فعالية تنفيذ القرارات الصادرة من قبل الأمم المتحدة المتعلقة بتلك العقوبات. لذلك نتناول بالدراسة محددات نجاح وفشل العقوبات الدولية الإقتصادية أولاً، ثم نتعرض إلى آليات تفعيل العقوبات الدولية الإقتصادية ثانياً. وهذا ماسنبحثه في مطلبين مستقلين كالآتي:-

المطلب الأول

محددات نجاح وإخفاق العقوبات الدولية الإقتصادية

تلعب العديد من العوامل والمحددات دوراً في تحديد نجاح وفشل العقوبات الإقتصادية، وسنحاول تشخيص هذه المحددات وإبراز أهمية كل عنصر فيها على النحو الآتي:

أولاً: المحددات القانونية: وهذه المحددات تشتمل على:

1- جماعية العقوبات الدولية الإقتصادية: إن درجة أحكام العقوبات الإقتصادية وبالتالي تحقيقها لاهدافها الموضوعية يرتبط بشكل وثيق

بالقدرة على إستقطاب تعاون دولي يساهم في تطبيق هذه العقوبات ويلتزم بها ويتأتى ذلك من يقين هذه الدول بتحقيق هذه العقوبات للمصلحة الدولية العامة وليس مصلحة فردية خاصة لعضو فيها، على أساس الفكرة القائلة بالعلاقة ما بين إزدياد الصعوبة التي تواجه حكومة الدولة الهدف في مهمتها للتهرب من إلتزاماتها والإلتفاف حولها، والعكس بالعكس⁽¹⁾. وبعبارة أخرى، يمكن القول بأن جماعية العقوبات الدولية الإقتصادية تعني إلتزام جميع الدول الاعضاء أو غير الاعضاء في الأمم المتحدة بأحكام ميثاق هذه المنظمة وقراراتها وعلى الخصوص تلك المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين وفقاً للمادة (25) والفقرة (6) من المادة (2) من الميثاق⁽²⁾.

وجدير بالإشارة، أنّ من شأن تقاعس أي فرد من أفراد المجتمع الدولي (منظمات دولية عالمية وإقليمية، ودول أعضاء وغير أعضاء في هذه المنظمات) عن تنفيذ العقوبات إحداث خلل في نتائجها المرجوة منها، فلا تستطيع أية دولة التمسك بإلتزامات قانونية تجاه الدولة الهدف للإمتناع عن توقيع مثل هذه التدابير، كما لا تستطيع أي من الدول التمسك بحيادها⁽³⁾.

" فمن ناحية المبدأ فإن إجراءات المقاطعة الجماعية يجب أن تكون أكثر فاعلية من الإجراءات التي تتخذها دولة بمفردها أو مجموعة قليلة من الدول لأنها ستكون معتمدة على درجة من الإحتكار والسيطرة على السوق الدولي. كما يكون موقف الدولة الهدف صعباً جداً إذا كانت متطلباته من الواردات حيوية وإشتركت جميع الدول في فرض هذه العقوبات ولقد

(1) د.منى محمد الطائي، التحليل الإقتصادي لآلية العقوبات الإقتصادية في الأزمات الدولية، مجلة النفط والتنمية، العدد 2، بغداد-العراق، نيسان 1989، ص108.

(2) تنص المادة (25) من ميثاق الأمم المتحدة على مايتي: ((يتعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الامن وتنفيذها وفق هذا الميثاق)). وتنص الفقرة (6) من المادة (2) من الميثاق على مايتي: ((تعمل الهيئة على أن تسير الدول غير الاعضاء فيها على هذه المبادئ بقدر ما تقتضيه ضرورة حفظ السلم والأمن الدولي)).

(3) د. فائنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص202.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (681)

نصت موثيق كل من عصبة الأمم والأمم المتحدة على القيام بفرض هذه الإجراءات من أجل قسر الدول العدوانية لكي تتوقف عن عدوانها أو لكي تتوقف الدول المخالفة لقواعد السلوك الدولي عن أعمالها⁽⁴⁾.

ومن الناحية العملية فقد أثبتت تجربة المقاطعة الجماعية وغيرها من العقوبات الاقتصادية عدم الفاعلية في تحقيق الهدف منها. ففي حالة الإجراءات التي إتخذتها عصبة الأمم في مواجهة إيطاليا بسبب إعتدائها على الحبشة عام 1935، فإن عدم الإستجابة الدولية أدت إلى إضعاف فاعلية هذه الإجراءات، وأدت إلى زيادة إيطاليا لمجهودها الحربي من أجل الحرب في أسرع وقت ممكن⁽⁵⁾. ويفضي هذا القول، إلى أن العقوبات الاقتصادية التي فرضت على إيطاليا كانت جزئية لعدم إلتزام الدول بتنفيذ قرار العقوبات وإستمرارها في إجراء التبادلات التجارية مع إيطاليا. والحقيقة أن إنهيار وعدم فاعلية قرار العقوبات ضد إيطاليا وبالتالي عدم تحقيق نظام الأمن الجماعي بشكل كامل كان من الأسباب الرئيسية لزوال عصبة الأمم، وبالتالي دخول المجتمع الدولي في حرب عالمية.

كما أن تعاون دول الجوار للدولة المستهدفة له دور أساسي في إنجاح العقوبات الاقتصادية، ومن الحالات التي شهدت فيها العقوبات تعاوناً كبيراً بين دول الجوار وأدت إلى زيادة فعالية تلك العقوبات هي حالة العراق ويوغسلافيا، ففي حالة العراق كان لتعاون تركيا وإيران مع قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بفرض العقوبات الاقتصادية على العراق دوراً في إضفاء فعالية أكثر على تلك العقوبات. أما في حالة يوغسلافيا فقد كانت للمشاركة النشطة والجادة للدول المجاورة لها مثل (بلغاريا، نمسا، إيطاليا) في مجال

(4) د. محمد عبدالوهاب الساكت، مرجع سابق، ص 239-240.

(5) د. محمد عبدالوهاب الساكت، مرجع سابق، ص 240.

(682) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

المراقبة الواسعة وتطبيقها لقرارات الأمم المتحدة، تأثيراً كبيراً في زيادة فعالية العقوبات الاقتصادية المطبقة على يوغسلافيا⁽⁶⁾.

2- التوافق والتعاون بين المنظمات الدولية المختلفة في سبيل حفظ السلم والأمن الدوليين، ووضع العقوبات موضع التنفيذ عن طريق تسهيل هذا التنفيذ، وتقديم البيانات المطلوبة، وغيرها⁽⁷⁾.

ثانياً: المحددات السياسية:

وتتمثل في الثمن الذي يتطلبه رفع العقوبات، إذ من المحتمل أن توافق دولة ما تحت تأثير إجراءات العقوبات الاقتصادية على تحويل بعض أنماط سلوكها في المجالات غير الحساسة بالنسبة إليها كمسائل البيئة والطاقة ومفاهيم حقوق الإنسان، إلا أنه من بعيد الإحتمال أن يكون هذا التحول في قضايا تعتبرها الدول من صميم سيادتها وكرامتها الوطنية ونعني بذلك شكل النظام في الدولة وما يرتبط به من هياكل سياسية أو اقتصادية أو إجتماعية. ومن هذا يمكن أن نبرز ارتباط قدرة سياسة العقوبات على تحقيق أهدافها مع تقليص وتواضع هذه الأهداف التي قد تساهم في خلق الجو المناسب لتقبلها⁽⁸⁾.

وبرأينا نجد أنه من الممكن إضافة عامل آخر إلى العوامل السياسية المذكورة أعلاه الذي يمكن أن يلعب إلى حد كبير دوراً في زيادة أو إضعاف فعالية العقوبات الاقتصادية المفروضة على الدولة المستهدفة، وهذا العامل هو مدى الإستقرار السياسي المتمثل بالدرجة الأساسية في طبيعة العلاقة بين النظام الحاكم في الدولة الهدف والغالبية من المواطنين فيها، فكلما كان هناك تلاحم وتماسك متين بين نظام الحكم الداخلي للبلد المستهدف وبين المواطنين كلما إنخفضت إحتتمالات نجاح العقوبات، والعكس بالعكس. مثلاً في حالة العراق، لم تكن العلاقة بين الشعب العراقي والنظام الحاكم متماسكة

(6) كامل عبد خلف الجبوري، المقاطعة الاقتصادية في القانون الدولي وقرارات مجلس الأمن المتصلة بمقاطعة العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، 1993، ص 189.

(7) د. فائنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 203.

(8) د. منى محمد الطائي، مرجع سابق، ص 108.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (683)

لسوء تصرفات النظام وتسلمته الدكتاتوري على رقاب الشعب العراقي، حيث أفضت العقوبات المفروضة عليه إلى إحداث تأثيرات مدمرة للبنية الاقتصادية العراقية، والتي إنعكست آثارها بالدرجة الأولى على السكان المدنيين في العراق.

ثالثاً: المحددات الاقتصادية: وتشتمل على:

1- حساسية اقتصاد الدولة الهدف للعقوبات: غالباً ما يكون تأثير العقوبات أشد وطأة على الدول التي تعتمد على الغير في الحصول على احتياجاتها من السلع والخدمات ورأس المال بالإضافة إلى الأسواق الخارجية لتصريف منتجاتها الوطنية، وهنا تؤدي العقوبات إلى قطع شريان الحياة الذي يمد الدولة بأسباب القوة، ويصبح خضوعها لمتطلبات رفع العقوبات أكثر احتمالية. ولذلك هناك من⁽⁹⁾ يصف العقوبات الاقتصادية بأنها خط الهجوم الأول لإنجاح نظام الأمن الجماعي، وذلك لما لها من تأثيرات مدمرة خصوصاً على الدول التي لا تتمتع بقوة اقتصادية كبيرة.

2- إرتباط الدولة الهدف بالطرف الفارض إقتصادياً: إذ من المتوقع أن يزداد الضرر الناجم من سياسة العقوبات الاقتصادية بزيادة الروابط المالية والتجارية التي تربط بين طرفي هذه السياسة (الطرف الهدف والطرف الفارض للعقوبات)، ويزداد دور هذا العامل إذا كانت هذه الروابط بين الدولتين تعبر عن علاقة تبعية إقتصادية من جانب الدولة الهدف لصالح الطرف الفارض، ففي مثل هذه الحالة يفقد الإقتصاد الوطني للدولة المعاقبة أحد أهم ركائزه التي يفقد إستقراره⁽¹⁰⁾.

3- تردد المنظمات الدولية في توقيع العقوبات الاقتصادية: غالباً ما تتردد المنظمات الدولية في توقيع العقوبات الاقتصادية على الدول المخالفة

(1) Inis. L.Claud, Swards into Plowshares, Random House, London, 1973, p.260.

(10) راجع: سياسة العقوبات الاقتصادية، بحث متاح على العنوان الإلكتروني التالي:

> Last visited (17.02.2014) <<http://www.airss-form.com/details.asp?ID=508>

(684) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وذلك لتفادي حدوث مواجهة وقطيعة مع الدول الأعضاء، فهي تمتنع عن توجيه اللوم للحكومة المعنية رغبةً في عدم إثارة غضبها والنيل من كبريائها، ولكي تسهل عودة مثل هذه الدولة إلى الإمتثال للسلوك الواجب. فكل منظمة تهدف إلى توسيع نطاق نشاطها، وليس إلى وضع أعضائها في نطاق من العزلة، فهي ترمي إلى حث الدول الأعضاء لتحقيق الأهداف التي من أجلها تم إنشاء المنظمة المعنية، وليس العمل على إستبعاد الدول الأعضاء من دائرة نشاطها(11).

4- النفقات الإقتصادية للعقوبات بالنسبة للطرف الفارض: قد تكون النفقات الإقتصادية التي تنطوي عليها تدابير فرض العقوبات الإقتصادية باهظة بالنسبة لبعض الدول التي لها علاقات تجارية واسعة مع الدولة الهدف، وعليه فإن ذلك يشكل عامل ضغط لا يستهان به لاسيما في الدول المتقدمة والصناعية على فاعلية العقوبات والإجراءات التي تتخذ من أجلها(12).

رابعاً: المحددات الإجرائية:

وتتمثل في الفترة الزمنية لإستمرار العقوبات الإقتصادية: يعتبر المدى الزمني الذي يستغرقه تطبيق العقوبات وإستمراريتها أحد أهم العوامل المساهمة في إنجاح العقوبات، ذلك لأن طول الفترة الزمنية التي تستخدم في أثنائها العقوبات يزيد من الأضرار الناجمة عنها بحيث تشمل القطاع الأوسع في الدولة شعبياً ومؤسساتياً هذا إلا إذا إستطاعت الدولة أن تكيّف هذه القطاعات للتأقلم مع أجواء المقاطعة وهذا ليس بالأمر السهل تنفيذه(13). إلا أننا نرى بأن إطالة الفترة الزمنية لسريان العقوبات الإقتصادية تساهم في إنجاح تلك العقوبات من ناحية إضعاف مقدرات الدولة في المجالات كافة، بينما لا تكتب لها النجاح من حيث زيادتها لمعاناة الشعب. فمثلاً العقوبات الإقتصادية التي فرضت على العراق أدت إلى تدهور البنية التحتية وإنخفاض القدرة الإنتاجية وإضعاف أداء مؤسسات الدولة لعملها، وفي

(11) د.مصطفى سلامة حسين، المنظمات الدولية، مرجع سابق، ص 391.

(12) د. محمد عبدالوهاب الساكت، مرجع سابق، ص 242.

(13) د.منى محمد الطائي، مرجع سابق، ص 109.

الوقت ذاته، أحدثت الكثير من الآثار المأساوية بحق السكان العراقيين الأبرياء.

خامساً: المحددات الجغرافية:

وتكمن في الموقع الجغرافي للدولة المستهدفة، بحيث هناك إعتقاد قوي بوجود علاقة عكسية بين حجم الدولة ومساحتها الجغرافية من جهة وإحتمالات نجاح العقوبات من الجهة الأخرى، إذ أن إتساع الرقعة الجغرافية يؤدي بالضرورة إلى طول الحدود السياسية والشاطئية (الدولة الساحلية) مما يسهل عمليات التهريب والتجارة غير المشروعة وفي الإطار ذاته يساعد هذا الحجم على توفر البديل المحلي للمواد الخام المستوردة التي تزداد إحتماالية تواجدها مع تنوع المناخات والتركيبة الجيولوجية، وبالتالي إفقاد سياسة العقوبات أهم مميزاتها وهي الحاجة إلى السوق الخارجي⁽¹⁴⁾. فعلى سبيل المثال، ساهم الوضع الجغرافي لجنوب أفريقيا في مساعدتها على تجاوز قرارات العقوبات الإقتصادية المفروضة عليها، وسهولة حصولها على المساعدات من الدول الحليفة لها، حيث أن جنوب أفريقيا تقع على طرف القارة الأفريقية، الأمر الذي جعل معظم أراضيها تطل على سواحل محيطية، مما أدى إلى إعاقة الحصار المفروض على موانئها، وبالتالي أفضى ذلك إلى إضعاف العقوبات الإقتصادية المفروضة عليها وصعوبة مراقبة تنفيذها، وقد شكّل ذلك سبباً في عدم نجاح تلك العقوبات في تحقيق أهدافها المتوخاة منها⁽¹⁵⁾.

سادساً: المحددات الإنسانية

تعتبر العقوبات الدولية الإقتصادية أداة حرب إقتصادية تأخذ بها المنظمات الدولية لضمان الطاعة والإحترام لقرارات هذه المنظمات من قبل الدول، ولكن هذه الأداة في كثير من الحالات لا تستطيع التوصل إلى تحقيق الغايات المرجوة منها ولا تنصب تأثيراتها بشكل أساس على الانظمة السياسية الحاكمة وإنما تصبح الشعوب ضحية هذه العقوبات وما ينتج عنها من آثار

(14) المرجع سابق، ص 109.

(15) د.فاتنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 252.

(686) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

إنسانية مأساوية متجاهلةً بذلك الإتفاقات والمعاهدات والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان في أوقات السلم والحرب وما تتضمنه من مبادئ وأحكام تقضي بضرورة كفالة وتأمين إحترام الحقوق الأساسية للإنسان وحماية المدنيين في أوقات النزاعات المسلحة. وعلى هذا الأساس فإن العقوبات الإقتصادية تشكل أداة قاتلة صامتة بحق الشعوب أكثر مما هي آلية لعقاب القادة والسلطات المسؤولة.

إن إستخدام العقوبات الدولية الإقتصادية يقتضي مراعاة الشروط التالية:

- 1- مشروعية الهدف من وراء توقيع العقوبات.
- 2- مشروعية الوسائل المستخدمة من أجل تحقيق هذا الهدف.
- 3- مشروعية الآثار الإنسانية الناجمة عن توقيع هذه العقوبات.

وبخصوص الشرط المتعلق بمشروعية آثار العقوبات الإقتصادية على الشعوب، يلاحظ أن هناك حقيقة هامة، وهي أن آثار العقوبات الإقتصادية الشاملة بعكس العقوبات الجزئية، لاتسمح بطبيعتها بالتمييز بين المدنيين والسلطة أو المؤسسات الحكومية المعنية أساساً في القضية. وتوضح التجارب العملية مدى ماتعانيه الشعوب ذاتها من جراء تنفيذ العقوبات الإقتصادية، حيث أن رجال السلطة والجيش، وبخاصةً في الأنظمة الدكتاتورية، لاتؤثر فيهم هذه العقوبات نتيجة لإستثمارهم بالمواد الغذائية والإنسانية المتوفرة داخل الدولة، ومعنى هذا أن المدنيين هم المعاقبون الحقيقيون⁽¹⁶⁾.

ففي حالة العراق مثلاً، وبحلول منتصف آب/ أغسطس 1990 عقب غزوه للكويت، بدأ الحظر الإقتصادي على العراق يحدث تأثيره، وأصبح العراق معزولاً عن العالم الخارجي بحراً وبراً، وتوقف تصدير معظم النفط العراقي، المورد الرئيسي للدخل. فضلاً عن ذلك، كان التأثير في إستيرادات الغذاء عالياً، وكان العراق قد إعتاد على إستيراد 70% من حاجاته من الغذاء، ولكنه لم يعد يستطيع ان يفعل ذلك بسبب تجميد الارصدة

(16) د.فاتنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص232.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثانی (687) 2014

ومنع الحصول على إيرادات بيع النفط، وبالتالي بدأت مخزونات الغذاء بالتضاؤل⁽¹⁷⁾.

وإنطلاقاً من ذلك، فإننا نرى مع غيرنا بأن العقوبات الاقتصادية مالم تطبق بشكل يتم فيها عدم إلحاق الأضرار بالسكان المدنيين وبحقوقهم الأساسية وعدم خلق أوضاع إنسانية مؤثرة عليهم، فإنها لم تكتب لها النجاح في تحقيق غاياتها المقصودة. ونستدل على ذلك بحالة العراق، حيث أن العقوبات الاقتصادية الشاملة التي فرضت عليه لم تحقق نجاحها في بلوغ أهدافها المتوخاة منها، في الوقت الذي طال فيه أمد هذه العقوبات وإنصبت تأثيراتها بالدرجة الأساس على الفئات الضعيفة من السكان المدنيين في العراق، دون أن نلمس أي تغيير من حيث إنصياح النظام العراقي لمطالب المجتمع الدولي لفترة طويلة من سريان العقوبات عليه، وحرصاً من المجتمع الدولي ومن أجل إيجاد آلية جديدة لإنجاح العقوبات الاقتصادية وزيادة فعاليتها بهدف الوصول إلى تحقيق أغراضها المنشودة ومن ثم التقليل من الآثار الإنسانية السلبية التي تفرزها هذه العقوبات، فقد كرس جهوده في سبيل إستحداث عقوبات تكون شديدة الفعالية على القادة وأقل حدة وتأثيراً على السكان المدنيين الضعفاء، وقد تكلفت مساعي المجتمع الدولي بإدراك نمط جديد من العقوبات بحيث توتي نتائجها على نحو تقلل من تأثيراتها على الشعوب وتركيزها على الأنظمة الحاكمة، وهذه العقوبات أطلقت عليها تسمية (العقوبات الذكية).

(17) وقد أدركت الدول الكبرى والمهيمنة داخل مجلس الأمن وبالأخص الولايات المتحدة بالوضع المتفاقم والمتدهور للغذاء، حيث جاء في تعليق البيت الأبيض في 13 آب/أغسطس 1990 بشأن ذلك بالقول: ((يبدو من المبكر جداً إعتبار المواد الغذائية من فئة الحاجات الإنسانية)) وكان هذا النوع من التقرير هو الذي كشف غياب إستثناء الغذاء في القرار 661. وكانت هناك علامات كثيرة بأن الولايات المتحدة ستتردد دوماً في الإقرار بالحاجات الإنسانية مهما ساءت محنة الشعب العراقي في الشهور والسنوات اللاحقة. أنظر: جيف سيمونز، التنكيل بالعراق: العقوبات والقانون والعدالة، ط2، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1998، ص68.

(688) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وفي هذا السياق، تطرق الأمين العام للأمم المتحدة كوفي عنان في تقريره السنوي عن أعمال المنظمة لعام 1998 وفي إحدى فقراته من الفصل الأول من التقرير إلى موضوع العقوبات الذكية بالقول:

" شددتُ في الماضي على ضرورة وجود آلية تجعل من العقوبات أداة أقل عشوائية وأكثر فعالية. ولذلك فإنني أرحب بأن مفهوم (العقوبات الذكية) التي ترمي إلى الضغط على الأنظمة بدلاً من الشعوب وتخفف بالتالي من الخسائر الإنسانية، يكتسب التأييد في صفوف الدول الأعضاء...." (18).

إلا أننا نلاحظ أن الأمم المتحدة، في حالة العراق، لم تتخذ قراراً بفرض مثل هذه العقوبات الذكية على النظام العراقي طيلة فترة سريان العقوبات الاقتصادية عليه التي تسببت في إحداث آثار إنسانية مأساوية بحق الشعب العراقي، إلا بعد أن تم إسقاط النظام العراقي في 9/4/2003، حيث أصدر مجلس الأمن القرار رقم 1483 في أيار/مايو 2003 الذي يقضي بتجميد أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية مملوكة لرؤوس النظام العراقي أو حصل عليها صدام حسين، ومسؤولون كبار وأفراد أسرهم الأقربون بما في ذلك الكيانات أو الأشخاص الذين يتصرفون نيابةً عنهم أو بتوجيه منهم. وبهذه الخطوة، نجد أن الأمم المتحدة قد قصدت من وراء ذلك حصر النظام العراقي الحاكم وجعله معزولاً عن إجراء أي تعامل تجاري أو اقتصادي يعود بالنفع عليه⁽¹⁹⁾. وكان من المفروض أن تصدر الأمم المتحدة مثل هذا القرار في السنوات الأولى من فرض العقوبات الاقتصادية على العراق، وبعد أن أدركت مدى المعاناة الإنسانية الفاجعة للسكان العراقيين الأبرياء من خلال التقارير التي إنهالت عليها والمقدمة من قبل البعثات الخاصة التابعة للأمم المتحدة والمنظمات الإنسانية. ولذلك نجد أن العقوبات

(18) راجع: الوثيقة A/53/1 في (27/8/1998) ، الفقرتين (62 و 63).
متاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<<http://www.un.org/arabic/docs/sgrpt98/sg981htm>>Last visited (22.02.2014).

(19) راجع: الوثيقة (S/Res/1483) الفقرة (23)، الصادرة عن مجلس الأمن في 22 أيار/مايو عام 2003.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (689)

الإقتصادية لم تؤثر بشكل كبير على النظام العراقي على نحو يجعله يرضخ لمطالب المجتمع الدولي، وذلك بسبب إستمرار إتصالاته مع بعض الجماعات والشركات ودفعه لهم رشاوي لإغرائهم من أجل بذل جهودهم لإضعاف طوق هذا العزل. وأن إرغام العراق للإمتثال لقرارات مجلس الأمن والإنصياح لإرادة المجتمع الدولي لم يتحقق بالشكل الذي كانت تنشد إليها الأمم المتحدة، إلى أن تم إستخدام القوة العسكرية ضده في آذار عام 2003.

ويلاحظ أنّ العقوبات الذكية قد دخلت كمنط جديد ضمن السياسات العقابية التي تسلكها الدول أو المجموعات أو المنظمات الدولية⁽²⁰⁾.

(20) فقد ذهب الإتحاد الأوربي في نفس المنحى الذي سارت فيه الأمم المتحدة في تبني العقوبات الذكية وتطبيقه على الدول المخالفة، حيث فرض الإتحاد الأوربي عقوبات وصفت بالذكية ضد نظام موجابي في زيمبابوي في شباط/فبراير عام 2003 بسبب ممارساته السياسية الخاطئة، وقد جاءت فرض تلك العقوبات بعد تصاعد حدة التوتر بين حكومة زيمبابوي والأطراف الدولية المعارضة لسياساته، وخصوصاً بعد فوز موجابي في الإنتخابات الرئاسية في مارس عام 2002، حيث تركت التجربة الإنتخابية إنطباعاً لدى هذه الأطراف بأن الضغط الدبلوماسي والدعاية الإعلامية المضادة لا يكفيان وحدهما لمواجهة نظام موجابي. وقد إشتملت العقوبات الذكية المقروضة على زيمبابوي، تجميد أرصدة موجابي وتسعة عشر من مساعديه ومنعهم من دخول دول الإتحاد، بالإضافة إلى فرض حظر على تصدير الأسلحة والمعدات العسكرية إلى زيمبابوي. وفي ذات السياق، حظرت الولايات المتحدة الأمريكية تقديم المساعدات الهادفة لخفض أعباء الديون في زيمبابوي، وأكدت أنها ستقف ضد أي قرار تتخذه المؤسسات المالية الدولية في هذا الشأن. وأعلنت في 6 آذار/مارس 2003 فرض عقوبات إقتصادية على موجابي وستة وسبعين مسؤولاً في حكومته، وهي العقوبات التي جددتها الولايات المتحدة لعام آخر في آذار/مارس 2004 بسبب إستمرار حكومة زيمبابوي في مصادرة الأراضي الزراعية للمزارعين البيض وتقويض النظام الديمقراطي وانتهاك حقوق الإنسان، وهذه العقوبات تشمل تجميد الأرصدة العقارية والمالية للمسؤولين الذين تشملهم العقوبات ومنع الأمريكيين من أي تعامل مالي معهم. راجع: أيمن السيد شبانة، الحصار الدولي لنظام موجابي في زيمبابوي، مجلة السياسة الدولية، مؤسسة الأهرام، القاهرة، العدد 156، أبريل 2004، ص 159-160.

(690) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ويتبين لنا من خلال ماتقدم، أن العقوبات الذكية أسلوب حديث من أساليب الضغط الدولية يلجأ إليها مجلس الأمن لإرغام الأنظمة السياسية للإنصياع لمطالب المجتمع الدولي، ولم تكن معروفة من قبل وبالشكل الحالي بحيث تجعل من هذه العقوبات أكثر فعالية وأقرب إلى المنحى الإنساني، حيث أنها تنصب على الجانب المالي للنظام المستهدف، ومؤداها حرمان الأفراد والجماعات من الوصول إلى مدخراتهم المالية ومواردهم. ويتوقف نجاح العقوبات المالية على إمكانية تحديد وإستهداف أفراد محددين ونخب حاكمة الذين ستجمد أرصدتهم. بالإضافة إلى أن القصد وراء العقوبات الذكية هو التقليل من حدة العقوبات الإقتصادية على السكان المدنيين لتجنب إحداث آثار إنسانية سلبية كثيرة.

وفي ضوء كل هذه المحددات التي ذكرناها آنفاً، التي تساهم في إنجاح وإعاقبة تطبيق العقوبات الإقتصادية، نتطرق إلى إحدى التطبيقات الدولية لتحديد فعالية العقوبات الإقتصادية في تحقيق أغراضها. ونأخذ حالة (روديسيا الجنوبية) كنموذج لتحديد ذلك.

• تحديد مدى فعالية العقوبات الإقتصادية التي فرضت على روديسيا:

كان من أبرز الأسباب التي دعت إلى فرض العقوبات الإقتصادية على روديسيا هي إسقاط نظام الأقلية البيضاء غير الشرعي، ومن ثم إقامة ترتيبات دستورية منصفة للأكثرية السود في روديسيا الجنوبية، وإزالة تهديد السلم الذي ترتب على الموقف الروديسي. حيث تصاعدت سياسة تشديد العقوبات حتى إستكملت حلقاتها النهائية لتصل إلى عزل نظام روديسيا عن العالم الخارجي من الناحية الإقتصادية والتجارية والدبلوماسية⁽²¹⁾، ولكن مع ذلك فشلت العقوبات الإقتصادية في تحقيق هدفها المنشود.

وهنا نتساءل: ما هي مظاهر الفشل وحدوده، وماهي أسبابه الحقيقية؟

(21) ادريس قادر رسول، العقوبات الدولية الإقتصادية وأثرها على حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة- قسم القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل- العراق، 2001، ص 47-49.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (691)

في الواقع، هدفت العقوبات الاقتصادية إلى إسقاط نظام (أيان سميث) بوسيلتين هما، عزل وشل الاقتصاد الروديسي كوسيلة للضغط على النظام من الداخل وإسقاطه، وتخويل بريطانيا حق استخدام القوة لسحق التمرد في روديسيا، إلا أن هذا الترخيص لم تستخدمه بريطانيا⁽²²⁾.

أما عن العقوبات الاقتصادية، فإنها استمرت حوالي ثلاث عشرة سنة، ولم تستطع خلالها تحقيق الأهداف المرجوة منها، ولم يكن لتلك العقوبات تأثير كبير على أغلب المجالات، ولم تتأثر تجارتها بشكل ملموس⁽²³⁾.

ورغم تأكيد الأمم المتحدة على فشل العقوبات الاقتصادية ضد روديسيا، إلا أنها استمرت لفترة طويلة، وقد ثار خلاف فقهي حول جدوى استمرار العقوبات الاقتصادية ضد روديسيا الجنوبية، فقد ذهب إتجاه⁽²⁴⁾ إلى تأييد استمرار العقوبات الاقتصادية على أساس أن استمرار العزل الاقتصادي والنفسي لروديسيا سوف يؤدي ثماره، ولكنه يتطلب وقتاً طويلاً.

بينما ذهب فريق آخر⁽²⁵⁾ إلى معارضة استمرار العقوبات على أساس أنها تسبب أضراراً شديدة للدول المجاورة لروديسيا فلا يستفيد من استمرارها سوى روديسيا نفسها، ولا يرى هذا الفريق أملاً في فاعليتها مالم تقترن بعمل عسكري وبخطوات أخرى أكبر صرامة.

ونحن نرجح ماذهب إليه الإتجاه الثاني المعارض لإستمرار العقوبات الاقتصادية ضد روديسيا وذلك للإعتبارات التالية:

1- إن إستمرار العقوبات يعود بالضرر على الدول المجاورة وعلى الأغلبية الأفريقية في روديسيا، إذ لا يقتصر أثر العقوبات على الأقلية البيضاء

(22) د. عبدالله الأشعل، النظرية العامة للجرائم في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 621.

(23) طارق محمد طيب ظاهر الطائي، الجرائم الاقتصادية في الأمم المتحدة (دراسة حالة العراق)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم السياسية- جامعة بغداد، 1999، ص 56.

(24) William M.Parsonage, Briain and Rhodesia, The Economic Background to Sanctions, World Today, Sept.1973, pp.387-388.

(25) Dennis Austin, Sanctions and Rhodesia, World Today, March, 1966, p.107.

وحدها، بالإضافة إلى أن إستمرار العقوبات وعدم فعاليتها يدفع النظام الحاكم في روديسيا إلى التعتن والتمييز ضد الأفارقة.

2- إن إستمرار العقوبات وتعثرها من شأنه أن يُضعف هبة منظمة الأمم المتحدة في نظر الدول الصغيرة، تلك الهبة التي تحرص هذه الدول على الحفاظ عليها ودعمها.

3- لأنها كانت عقوبات شكلية بسبب عدم التزام الدول التي لها مصالح تجارية مع روديسيا على تطبيق تلك العقوبات. لذلك نجد أن إستمرار العقوبات في ظل وجود هذه الإعتبارات لا يكون له أية جدوى ضد روديسيا.

ويعزى فشل العقوبات الإقتصادية ضد روديسيا في تحقيق أهدافها إلى جملة من الأسباب وهي⁽²⁶⁾:

- 1- العوامل الداخلية في روديسيا، حيث أمكن إستخدام موارد الإقتصاد الروديسي المتنوعة وبفضل سياسة التقشف التي أعلنتها الحكومة الروديسية والتعبئة الشعبية الداخلية.
- 2- تجاهل بعض الدول قرارات فرض الحظر على التجارة مع روديسيا، وبخاصة الخروقات العلنية التي كانت تقوم بها كل من البرتغال وجنوب أفريقيا، كما أن بعض الدول كالولايات المتحدة تذرعت بأن الخرق الحاصل للعقوبات من قبل رعاياها ناجم عن قوانين بعض الولايات الأمريكية التي لاتتلاءم مع تطبيق تدابير الحظر.
- 3- تردد بعض الدول الأفريقية لأسباب إقتصادية أو سياسية في تطبيق العقوبات.
- 4- عدم جدية بريطانيا في تطبيق التدابير التي منحها لها مجلس الأمن، والخاصة بحقها في إستخدام القوة المسلحة إذا إقتضت الضرورة للحيلولة دون خرق العقوبات الإقتصادية.

(26) راجع في ذلك: د. عبدالله الأشعل، النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 623.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (693)

5- الموقع الجغرافي لروديسيا الذي كان له أثر هام في تمكينها من التصدي للعقوبات، حيث أتاح لها ذلك إمكانية تلقي المعونات من حلفائها من جنوب أفريقيا وموزمبيق وأنغولا، بالرغم من أن هذا الموقع لا يتمتع بموانئ أو سواحل بحرية يمكن أن تكون عاملاً حاسماً ضد روديسيا لولا مجاورة تلك الدول لها التي قدمت لها مساعدات.

ويتضح مما سبق، أن العقوبات الاقتصادية إن أريدت لها النجاعة، فلا بد أن تعتمد على جملة من المحددات تعتبر ركائز مهمة لأية عقوبة اقتصادية دولية تتمثل في المحددات القانونية والسياسية والاقتصادية والإجرائية والجغرافية والإنسانية، بحيث أن توافرها أو أخذها بعين الاعتبار من شأنه إضفاء النجاح إلى تلك العقوبات، وفي الوقت نفسه، فإن غياب إحداها أو تجاهلها تجعل من هذه العقوبات غير ذات جدوى، أو على الأقل مفتقرة إلى تحقيق الغاية التي من أجلها فرضت هذه العقوبة. وإلى جانب ذلك، هناك عدة آليات يمكن من خلالها تفعيل هذه العقوبات وجعلها أكثر فاعلية، وهذا ما سنتناوله تباعاً.

المطلب الثاني

آليات تفعيل العقوبات الدولية الاقتصادية

تتعدد آليات تفعيل العقوبات الدولية الاقتصادية بهدف إضفاء الفعالية على القرارات ذات الصلة بتلك العقوبات ووضعها موضع التنفيذ، ولاتكون هناك آلية محددة لذلك، وقد أوضح الواقع الدولي من خلال التطبيقات العملية للعقوبات الاقتصادية العديد من الآليات التي اختلفت باختلاف الحالات المطبقة عليها العقوبات الاقتصادية. وسوف نتطرق إلى تحديد هذه الآليات وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

المعونات الخارجية

تعد المعونات الخارجية التي تقدمها دولة إلى دولة أخرى من أساليب الضغط الاقتصادي المتبع بين الدول. وتهدف هذه المعونات إلى ممارسة

القسر على الحكومات الأجنبية أو الحصول والمحافظة على النفوذ أو لتأييد أو إضعاف المجتمعات الأخرى، حيث يشكل التهديد بقطع المعونة أو تخفيضها عاملاً من عوامل الإكراه على تغيير اتجاهات ونزعات سياسية معينة، ويطلق على هذا النوع من الضغوط الاقتصادية تسمية (العقوبات الإيجابية)⁽²⁷⁾.

والمعونة الخارجية هي عبارة عن تحويل الموارد الموجودة لدى حكومة ما إلى حكومة أخرى، وهي بهذا يمكن أن تأخذ شكل السلع (مصانع صلب-معدات- أغذية) أو قد تأخذ شكل قروض مالية للمساعدة في تنمية موارد الدولة. وكذلك قد تأخذ المعونات الخارجية شكل المساعدات الفنية وهي تمثل تحويلاً للخبرة التكنولوجية على أسس تفضيلية، كما توجد المساعدات العسكرية التي تقدمها الحكومات لبعضها في شكل مساعدة فنية خاصة (التدريب العسكري) أو في شكل إمدادات للمواد العسكرية كهدايا أو قروض تتضمن عنصراً تفضيلياً⁽²⁸⁾.

وتؤثر المعونات الخارجية بكافة أشكالها على مجتمع الدولة المستقبلية وقدرة حكومتها وإقتصادها مباشرةً وحياتها السياسية والاجتماعية بطريقة غير مباشرة. وإذا كانت المعونات عسكرية فإنها لن تدعم القدرات العسكرية فقط، وإنما تؤدي إلى دعم المركز العسكري للدولة المستفيدة في النظام السياسي الدولي والداخلي، وأن أي تهديد بقطع المعونة الخارجية هو عمل من أعمال القسر، وأن إعادتها يعتمد على تصرف الدولة المستفيدة في مجالات معينة⁽²⁹⁾.

ومن الأمثلة المعاصرة للتدليل على إتباع سياسة المعونات الخارجية، هو ما حصل في حالة العراق، حيث لجأت الولايات المتحدة، قبل أن يصدر مجلس الأمن القرار (678) عام 1990، إلى إنتهاج هذه السياسة لضمان

(27) راجع: د. سهيل حسين الفتلاوي، المنازعات الدولية، دار القادسية، بغداد، 1985، ص234.

(28) د. سهيل حسين الفتلاوي، المنازعات الدولية، مرجع سابق، ص262-263.

(29) المرجع السابق، ص235.

إتخاذ ذلك القرار بالإجماع من قبل الدول الأعضاء في مجلس الأمن الذي يقضي بفرض عقوبات إضافية ومن ثم تخويل الولايات المتحدة باستخدام القوة ضد العراق⁽³⁰⁾.

وهكذا نجد أن إستخدام المعونات أو حجبها أو منعها قد يكون ذا فائدة في العصر الحاضر، وأنها بخلاف أدوات القسر الأخرى تتميز بوجود تعويض يتمثل فيما تحصل عليه الدولة المستفيدة من موارد، كما أنه كلما زادت منفعة المعونة كلما قل شعور الدولة بوطأة الشروط غير المرغوب فيها والموضوعة على هذه المعونات.

الفرع الثاني

نظام القوائم السوداء

يعود هذا النظام في أصله إلى ما إتبعته بريطانيا خلال الحرب العالمية الأولى لإحكام إجراءاتها الإقتصادية ضد ألمانيا⁽³¹⁾، ثم طبقته فرنسا

(30) فقد سهلت الولايات المتحدة منح الصين (العضو الدائم داخل مجلس الأمن) قرضاً بقيمة (114) مليون دولار من البنك الدولي، كما ألغى من ديون مصر (7) مليار دولار وضغطت على كندا لإلغاء بعض الديون المصرية، وحصلت تركيا على مساعدات عسكرية بقيمة (8) مليار دولار ومنحت ما قيمته (1.5) مليار دولار من القروض الميسرة من البنك الدولي، وكذلك حصلت إيران على قرض قيمته (250) مليون دولار من البنك الدولي عندما طبقت العقوبات الإقتصادية على العراق، وبعد وقوف اليمن ضد إصدار ذلك القرار، إتصل دبلوماسي أمريكي كبير بالسفير اليمني في نيويورك قائلاً: "لقد كانت أغلى كلمة (لا) أطلقتموها" وخلال بضعة أيام أوقفت الولايات المتحدة برنامجها للمساعدات الذي كان بقيمة (70) مليون دولار، كما أوقف البنك الدولي وصندوق النقد الدولي قروضهما، وأبعدت السعودية أكثر من (800) ألف عامل يمني كانوا على أراضيها، أما زيمبابوي التي كانت منذ البداية معارضة للقرار (678) فقد صوتت لصالحه بعدما هددتها الولايات المتحدة بإيقاف قروض البنك الدولي عنها، كما حذرت الولايات المتحدة الإكوادور من الكارثة التي ستحل بإقتصادها إذا ما صوتت ضد القرار. راجع: د. عقيلة الهاشمي، مسؤولية المجتمع الدولي بموجب إتفاقية حقوق الطفل (1989) وأثار الحصار على أطفال العراق، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد 3، بغداد، 2002، ص44. وراجع أيضاً: العقوبات الإقتصادية وحقوق الإنسان، ورقة عمل متاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<<http://www.damascusbar.org/Almuntada/Printview.php>> Last visited (01.03.2014).

(696) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

والولايات المتحدة الأمريكية. وبمقتضى هذا النظام تدرج أسماء من يظن أن لهم علاقة تجارية مع الدولة العدو في قوائم خاصة تعرف بإسم (القوائم السوداء). ويترتب على هذا الإجراء تطبيق مبادئ الحرب الإقتصادية من جميع الوجوه الممكنة، على الأفراد أو الأشخاص المعنوية المحايدة المدرجة أسماءهم في تلك القوائم وإعتبارهم في حكم الأعداء، فيحظر شحن البضائع المرسله إليهم، ويوضع الحجز على أموالهم الموجودة في منطقة إختصاص الدولة، ويمنع تسليم المراسلات الموجهة إليهم، ويستولي على البضائع المرسله إليهم على إعتبار أنها في حكم البضائع المرسله إلى العدو، ويعتبر المواطنون الذين يتعاملون مع الأشخاص المدرجة أسماءهم في القوائم السوداء مشمولين بأحكام القوانين واللوائح التي تحرم التجارة مع العدو⁽³²⁾. فمثلاً، عندما لجأت بريطانيا إلى تبني نظام القوائم السوداء ضد ألمانيا في عام 1916، أدرجت بريطانيا في هذه القوائم أسماء المنشآت التي كانت تحت الرقابة المباشرة الألمانية والتي تعمل كوسيط لخدمة المصالح الألمانية. وكان الغرض من هذه القوائم هو منع المؤسسات البريطانية من التعامل مع مؤسسات كانت تبدو محايدة، ولكنها في الواقع كانت مؤسسات ألمانية أو تعمل لخدمة المصالح الألمانية⁽³³⁾.

وقد تم إستخدام نظام القوائم السوداء خلال الحرب العالمية الثانية أيضاً، ومنها القوائم الفرنسية الرسمية وشبه الرسمية التي صدرت في عام 1940، والقوائم السوداء الإنكليزية والأمريكية التي صدرت خلال الحرب العالمية الثانية⁽³⁴⁾.

الفرع الثالث

-
- (31) عزيز عبدالمهدي الردام، المقاطعة الإقتصادية العربية لإسرائيل، مرجع سابق، ص 37.
- (32) د. عبدالحسين القطيفي، المقاطعة الإقتصادية في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 60.
- (33) عزيز عبدالمهدي الردام، المقاطعة الإقتصادية العربية لإسرائيل، مرجع سابق، ص 37.
- (34) د. عبدالحسين القطيفي، المقاطعة الإقتصادية في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 61.

تجميد الاموال

أصبحت سياسة تجميد الأموال سياسة متبعة ومستمرة في العلاقات الدولية المعاصرة، سواء كوسيلة ضغط على دولة بعينها، أو كإجراء مضاد من قبل دولة ما للرد على فعل إرتكبه دولة أخرى أو لإجبارها على إتخاذ مسلك معين، حيث يتم تجميد الأموال الأجنبية المودعة في بنوك الدولة لحساب دولة أخرى، وسواء كانت هذه الأموال نقوداً أو أشياء أخرى ذات قيمة⁽¹⁾. فمثلاً، تم إتخاذ هذا الإجراء في العديد من حالات توقيع العقوبات الإقتصادية، ومنها ما حصل ضد العراق وطالبان وهاييتي وليبيا.

الفرع الرابع

نظام المشتريات الوقائية (التحويلية)

مفاد هذا النظام هو شراء المنتجات من الدول المحايدة قبل أن يحصل عليها العدو. بمعنى قيام الدول المتحالفة في الحروب بشراء وإختزان المواد ذات الأهمية الإستراتيجية من الدول المحايدة لتحول دون تصديرها للعدو⁽²⁾.

وقد لجأت الحلفاء إلى إستخدام هذا السلاح خلال الحرب العالمية الأولى لمنع ألمانيا من عقد الصفقات وخاصة المتعلقة بالمواد الخام الضرورية مع بعض المؤسسات في الدول المحايدة⁽³⁾.

وبالرغم من الأهمية والفاعلية التي يتمتع بها هذا السلاح، فإن نجاحه مرهون ع بمدى إمكانية وإستعداد الدول التجارية على تقديم التضحيات بحيث تقوم بشراء كميات من المواد الضرورية للعدو تفوق إحتياجاتها وبأسعار تكون في الغالب مرتفعة لإغراء المجهزين. ويتوقف نجاحه أيضاً على مدى قابلية الدولة المراد حرمانها من تلك المشتريات على الدفع وعدم

(1) د. أحمد أبو الوفا، القانون الدولي والعلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 403-404.

(2) عزيز عبدالمهدي الردام، مرجع سابق، ص 40.

(3) كامل عبد خلف الجبوري، المقاطعة الإقتصادية في القانون الدولي وقرارات مجلس الأمن المتصلة بمقاطعة العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون- جامعة بغداد، 1993، ص 36.

(698) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الإهتمام بالشروط التجارية للصفقات، وأيضاً على الوسائل التي يمكن إتباعها لإفصال عملية تحويل المشتريات عنها⁽¹⁾.

الفرع الخامس

نظام الحصص

تحدد بمقتضى هذا النظام على وجه الدقة الكمية التي يرخص بلد محايد بإستيرادها من بضاعة معينة خلال مدة معلومة. وقد طبقت دول الحلفاء هذا النظام خلال الحرب العالمية الثانية، كما سبق أن طبقته خلال الحرب العالمية الأولى إبتداءً من سنة 1916. ويجري تحديد الحصص على أساس الحاجة الحقيقية للبلاد المحايدة، وذلك بالرجوع إلى إحصائيات فترة زمنية معينة سبقت الحرب (سنة 1913 بالنسبة إلى الحرب العالمية الأولى، وسنة 1936-1939 بالنسبة إلى الحرب العالمية الثانية)⁽²⁾.

الفرع السادس

لجان العقوبات

لأجل أن تحقق العقوبات الاقتصادية، بوصفها أداة لفرض الإلتزام بقرارات الأمم المتحدة، أهدافها المنشودة، يحرص مجلس الأمن على مراقبة ومتابعة تنفيذ العقوبات، وينبع هذا الحرص من مدى تعقيد مثل هذه الإجراءات، ومدى ما يليق مجلس الأمن من آمال عليها، ولذلك فإن مجلس الأمن قد إعتد على إنشاء لجان خاصة تقوم بمراقبة ومتابعة سير تنفيذ العقوبات وآثارها، وتسمى هذه اللجان بـ (لجان العقوبات). ويتم تشكيل هذه اللجان طبقاً للمادة (29) من ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁾، والمادة (28) من

- (1) عزيز عبدالمهدي الردام، مرجع سابق، ص 40-41.
- (2) وقد طبقت الولايات المتحدة الأمريكية هذا النظام على إستيرادات إسبانيا من النفط الأمريكي، فأخفضت هذه الإستيرادات إلى 17.771 طنناً من النفط في سنة 1942، في مقابل 227.347 طنناً في سنة 1941، ثم أوقفت الولايات المتحدة في 1 أيار/مايو سنة 1944 تصدير النفط وقفاً تاماً إلى إسبانيا وذلك لحملها على تخفيض صادراتها إلى ألمانيا. راجع: د. عبدالحسين القطيفي، المقاطعة الاقتصادية في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 63.
- (3) تنص المادة (29) من ميثاق الأمم المتحدة على ما يأتي: (لمجلس الأمن أن ينشئ من الفروع الثانوية ما يرى له ضرورة لأداء وظائفه).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (699)

اللائحة الداخلية لمجلس الأمن⁽¹⁾. ولقد جرى العمل على أن تشكل لجان العقوبات من أعضاء مجلس الأمن الدائمين وغير الدائمين، وتتسم جلسات هذه اللجان بالسرية عادةً، إلا إذا قررت غير ذلك، ويتم تشكيل هذه اللجان بشكل مؤقت خاص بكل حالة تفرض عليها العقوبات الاقتصادية، وينتهي عملها بمجرد إنهاء العقوبات المفروضة على الدولة الهدف⁽²⁾.
وعليه تعتبر اللجنة جهازاً ثانوياً يساعد المجلس في القيام بمهمة تطبيق العقوبات، وتتخذ اللجنة قراراتها بالإجماع، وهو ما يؤدي إلى تعطيل الكثير من الطلبات فيما يتعلق بالموافقات على توريد الإحتياجات الإنسانية⁽³⁾. ويتضح لنا من هذا القول، أن إتخاذ القرار داخل اللجنة يكون صعباً إلى حدٍ ما، وذلك لتعذر التوصل إلى إتفاق بين أعضاء اللجنة كافة.
وقد تعددت تكوين هذه اللجان منذ نشأة منظمة الأمم المتحدة بتعدد الحالات التي فرضت فيها العقوبات الاقتصادية، حتى أصبحت جزءاً من البنيان التنظيمي لمجلس الأمن، وأصبح لها نظام عمل ووظائف محددة، وتحكم العلاقة بينها وبين الأجهزة الدائمة للمنظمة قواعد ثابتة لا تتغير بتغيير هذه اللجان⁽⁴⁾.

- (1) تنص المادة (28) من النظام الداخلي لمجلس الأمن على ما يأتي: (المجلس الأمن أن يعين هيئة أو لجنة أو مقرراً لمسألة محددة).
(2) John Hass, The Histor of Sanction, London, 1996, p.p.186-190
(3) طارق محمد طيب ظاهر الطائي، مرجع سابق، ص48.
(4) ويمكن تحديد لجان العقوبات المشكلة في إطار مجلس الأمن على الشكل الآتي:
- لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (253) لعام 1968 بشأن الحالة في روديسيا الجنوبية.
- لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (421) لعام 1977 بشأن الحالة في جنوب أفريقيا.

- =
- لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (661) الصادر في 6 آب/ أغسطس 1990 بشأن الحالة بين العراق والكويت.
- لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (748) الصادر في 31 آذار/ مارس 1992 بشأن الحالة في ليبيا.

وتختلف وظائف هذه اللجان باختلاف حالات توقيع العقوبات ونوعها، ويمكن ذكر بعض الوظائف التي قامت بها هذه اللجان وهي⁽¹⁾:

1- مطالبة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أو الأعضاء في المنظمات المتخصصة والمعنية بقرارات المجلس بالوفاء بالتزاماتها طبقاً لهذه القرارات.

-
- لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (751) الصادر في 24 نيسان/ أبريل 1992 بشأن الحالة في الصومال.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (864) الصادر في 15 أيلول/ سبتمبر 1993 بشأن الحالة في أنغولا.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (918) الصادر في 17 أيار/ مايو 1994 بشأن الحالة في رواندا.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (985) الصادر في 13 نيسان/ أبريل 1995 بشأن الحالة في ليبيريا.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (1132) الصادر في 8 تشرين الأول/ أكتوبر 1997 بشأن الحالة في سيراليون.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (1160) الصادر في 31 آذار/ مارس 1998 بشأن الحالة في يوغسلافيا.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (1267) الصادر في 15 تشرين الأول/ أكتوبر 1999 بشأن الحالة في أفغانستان.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (1298) الصادر في 17 أيار/ مايو 2000 بشأن الحالة بين أثيوبيا وأرتيريا.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (1343) الصادر في 7 آذار/ مارس 2001 بشأن الحالة في ليبيريا.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (1518) الصادر في 24 تشرين الثاني/ نوفمبر 2003 بشأن الحالة في العراق.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (1533) الصادر في 12 آذار/ مارس 2004 بشأن الحالة في الكونغو.
 - لجنة العقوبات المنشأة لتفعيل القرار (1737) الصادر في 23 كانون الأول/ ديسمبر 2006 بشأن الحالة في إيران.
- راجع العنوان الإلكتروني التالي:

<<http://www.un.org/arabic/sc/committees>> Last visited (07.03.2014).

- (1) Paul Conlon, Lessons From Iraq, The Function of the Iraq Sanctions Committee, Virginia Journal of International law, vol 35 (1995), p.639-640.

- 2- تلقي إخطارات وتقارير التنفيذ، فلجنة العقوبات تتولى مهمة تلقي الإخطارات من الدول الأعضاء، وتتضمن هذه الإخطارات إعلام المنظمة بالتزامها وتقييدها بقرارات العقوبات.
- أما بالنسبة للتقارير، فهي إما التقارير المقدمة من الدول الأعضاء التي تذكر فيها الإجراءات الداخلية التي إتخذتها لوضع العقوبات موضع التنفيذ، أو التقارير المرفوعة من السكرتارية العامة.
- 3- دراسة الأضرار التي تقع على الدول المنفذة ورفع توصيات إلى مجلس الأمن بما يجب القيام به لتعويض هذه الدول، وذلك طبقاً للمادة (50) من الميثاق، وتنسيق التعاون بين الدول في هذا الشأن.
- 4- دراسة المعلومات وتقصي الحقائق عن حدوث أي إنتهاكات للعقوبات، وإصدار التوصيات الخاصة بمواجهة هذه الإنتهاكات.
- 5- تحديد الحالات الإنسانية التي تقتضي إستثناء العقوبات من المواد الغذائية والطبية، والتأكد من حصول الدولة الهدف على هذه المواد.
- وقد جاء في جانب من التقرير الذي رفعه رئيس الفريق الرفيع المستوى المعني بالتهديدات والتحديات والتغيير، والمعنون بـ (عالم أكثر أمناً: مسؤوليتنا المشتركة) إلى الأمين العام للأمم المتحدة في 1 كانون الأول/ديسمبر 2004 الذي عرضها هذا الأخير بدوره في اليوم التالي من خلال مذكرة إلى الجمعية العامة، التأكيد على دور وأهمية لجان العقوبات في تفعيل العقوبات الإقتصادية بالقول:
- " ينبغي تفويض لجان العقوبات التابعة لمجلس الأمن سلطة وضع مبادئ توجيهية محسنة وإجراءات لتقديم التقارير لمساعدة الدول في تنفيذ العقوبات، وتحسين إجراءات الإحتفاظ بقوائم صحيحة للأفراد والكيانات الخاضعة للعقوبات الموجهة.....وعلى لجان العقوبات أن تحسن من إجراءات منح الإستثناءات لدواعي إنسانية وأن تجري بشكل دوري تقييماً للأثار الإنسانية للعقوبات"⁽¹⁾.

(1) راجع الوثيقة (A/59/565) في 2 ديسمبر 2004 متاح على العنوان الإلكتروني التالي:

ومن أوضح حالات تشكيل لجان العقوبات التي تجسد فعالية هذه الأجهزة وإستخدامها لجميع صلاحياتها في سبيل إضفاء النجاح والفاعلية على العقوبات الإقتصادية، هي لجنة العقوبات المكلفة بمراقبة وتنفيذ وإدارة العقوبات التي فرضت على العراق المنشأة بموجب القرار رقم (661) الصادر في 6 آب/أغسطس 1990. كما عُهدَ إلى هذه اللجنة الإضطلاع بوظائف عديدة فاقت جميع اللجان التي تكونت منذ بدء عمل منظمة الأمم المتحدة، ومن أهم هذه الوظائف مراقبة الحالة الغذائية في العراق وذلك بهدف تحديد الإحتياجات الإنسانية للمواد الغذائية والطبية لرفع المعاناة عن الشعب العراقي⁽¹⁾.

وقد سادَ العلاقة بين العراق وبين اللجنة المكلفة بمراقبة تنفيذ العقوبات القلق نتيجة إنعدام الثقة المتبادلة بينهما، حيث أن العراق كان يشك في مدى دور اللجنة وهدفها الحقيقي وإستينائه من المماثلة والتمادي في تجاوز سيادة الدولة، كما أن اللجنة كانت تعاني من المصاعب التي وضعها النظام العراقي لعرقلة أعمالها⁽²⁾.

ونستخلص القول، بأن لجنة العقوبات التي يشكلها مجلس الأمن تكون مسؤولة عن تطبيق نظام العقوبات وتلعب دوراً هاماً في سياسة العقوبات من حيث متابعة تطبيق الدول لها والكشف عن ثغرات هذا التطبيق، ومحاولة سد هذه الثغرات، ومن ثم دراسة الوسائل التي تمكن الدول من تطبيق قرارات العقوبات بشكل أكثر فعالية، وأن تقدم تقارير للمجلس بهذا الصدد، وبذلك فهي تعد جهازاً إستشارياً فنياً مفيداً لمجلس الأمن يأنس إلى توصياتها لدى إتخاذ قراراته في هذا الشأن.

كما ويتضح من كل ما تقدم، أن المجتمع الدولي قد لجأ إلى مجموعة من وسائل وآليات بغية تفعيل العقوبات الإقتصادية، وإن كانت هذه الآليات

<http://www.un.org/arabic/secureworld/report_arabic.doc>

Last visited (07.03.2014).

(1) راجع الوثيقة (S/Res/666) الفقرة (5)، الصادر في 13 أيلول/ سبتمبر 1990.

(2) Paul Conlon, op.cit, p.633.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (703) 2014

متفاوتة ومختلفة من حيث كيفية فرضها أو درجة نجاحها بهدف حمل الدول المخالفة لإيفاء التزاماتها الدولية المترتبة على عاتقها.

المبحث الثالث

أثر العقوبات الدولية الاقتصادية على حقوق الإنسان

قد تولد العقوبات الدولية الاقتصادية التي تفرض على الدول المخلة بالالتزامات والتعهدات القانونية الدولية تأثيرات خطيرة وإنعكاسات سلبية مدمرة مباشرة وغير مباشرة تنصب على شعوب تلك الدول متعدية إلى جميع نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. وقد أثبتت التجارب الدولية في مجال فرض العقوبات الاقتصادية عدم فعالية هذه الإجراءات في العديد من الحالات لحمل الدول المخالفة على تصحيح سلوكها غير المشروع دولياً أو إرغامها بالوفاء بالتزاماتها القانونية التي تعهدت بها، لعدم تأثير الأنظمة السياسية الحاكمة بهذه العقوبات، حيث أن الشعوب هي التي تتأثر بالدرجة الأساس بالتبعات السلبية التي ترتبها العقوبات الاقتصادية، الأمر الذي يجعل الشرعية الدولية تقف أمام حالة تناقض بين التصرفات التي تؤتيها ومنها العقوبات الاقتصادية وبين المبادئ والأهداف التي تدعو إلى تحقيقها والمتعلقة بصيانة الكرامة الإنسانية وضمان حماية حقوق الإنسان في مختلف جوانبه والتأكيد على ضرورة إحترام تلك الحقوق من خلال إصدار الإعلانات والمواثيق والاتفاقات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

ومن الواضح، أن موضوع حقوق الإنسان تقع في بؤرة إهتمامات غالبية أنشطة الأمم المتحدة. إذ من المعروف أنه أثناء مؤتمر سان فرانسيسكو، الذي تم فيه إقرار ميثاق الأمم المتحدة عام 1945، تم إقتراح (إعلان الحقوق الأساسية للإنسان)، لكن لم يتم بحثه بسبب إحتياجه إلى إعادة نظر تفصيلية أكثر مما كانت متاحة في ذلك الوقت⁽¹⁾. لذلك أوصت اللجنة التحضيرية للأمم المتحدة، التي إجتمعت بعد إنتهاء جلسات مؤتمر سان فرانسيسكو أن ينشئ المجلس الاقتصادي والاجتماعي، في أول دورة له، لجنة لتعزير

(1) د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، مرجع سابق، ص 13-14.

(704) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

حقوق الإنسان، وهذا ما فعله المجلس فعلاً بإنشائه لجنة حقوق الإنسان في 27 كانون الثاني/يناير عام 1946 وذلك تطبيقاً للمادة (68) من ميثاق الأمم المتحدة والتي تنص على أن للمجلس أن ينشئ لجاناً من أجل تعزيز حقوق الإنسان⁽¹⁾.

وقد ازدادت وتيرة الإهتمام بحقوق الإنسان في أعقاب الحرب العالمية الثانية، من خلال عدد من الإتفاقيات الدولية والإقليمية في إطار الأمم المتحدة التي ظهر نشاطها في مجال حقوق الإنسان من خلال الجمعية العامة والمجلس الإقتصادي والإجتماعي⁽²⁾.

ورغم العديد من الإعلانات والمعاهدات والمواثيق الدولية التي عنت بالإنسان وبحقوقه، إلا أننا نجد أن هذه الحقوق لم تشهد طوال تاريخها إهتماماً ذا طابع رسمي وشعبي وعلى نطاق عالمي، كالذي شهدته في ظل الأمم المتحدة وعبر هيئاتها ومنظماتها المنبثقة عنها⁽³⁾.

ولقد تجسد الإهتمام بحقوق الإنسان في إطار القانون الدولي بفضل العمل والجهد المتواصل للأمم المتحدة، حيث أصبحت فلسفة حقوق الإنسان في الوقت الحاضر محل إجماع وقبول عالمي واسع، مرفوعة على أعناق

(1) تنص المادة (68) من ميثاق الأمم المتحدة على ما يأتي: (ينشئ المجلس الإقتصادي والإجتماعي لجاناً للشؤون الإقتصادية والإجتماعية ولتعزيز حقوق الإنسان، كما ينشئ غير ذلك من اللجان التي قد يحتاج إليها لتأدية وظائفه).

(2) د.إمام حسانين عطاالله، حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص15.

(3) بخلاف إهتمام عصبة الأمم بمسألة حقوق الإنسان الذي كان هامشياً وبسيطاً، فعلى الرغم من إحتواء عهد العصبة على العديد من النصوص الخاصة بحماية حقوق الإنسان، لكنها لم تكن شاملة لكل الحقوق والأفراد، فقد دعت إلى التعاون في مجال الإهتمام بالشؤون الإقتصادية والمالية الدولية وسعت إلى تعاون الدول على مكافحة الأمراض وتحسين الصحة العامة والإهتمام بالمسائل الإجتماعية والإنسانية لتحسين حالة العمال وتنظيم ساعات العمل ومقاومة الفقر ومحاربة الإتجار بالرقيق والنساء والأطفال، ومقاومة المخدرات، ونجحت بتشجيع التعاون الفكري بين الشعوب، وعقد مؤتمرات علمية وثقافية والإهتمام بتدوين القانون الدولي. راجع: د. حافظ علوان حمادي الدليمي، حقوق الإنسان، منشورات كلية العلوم السياسية- جامعة بغداد، 2006، ص141. د. علي يوسف الشكري، حقوق الإنسان في ظل العولمة، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، ص64.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (705)

المؤسسات العالمية، ومدعمة من قبلها، ومدونة في كبريات المواثيق والنصوص الدستورية الدولية، مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمعاهدات أو الإعلانات أو الإتفاقات المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وترعى منظمة الأمم المتحدة جميع هذه الإتفاقيات، فضلاً عن أن ميثاقها يتضمن عدة نصوص تعني بذات الحقوق الأساسية للإنسان⁽¹⁾.

وقد جاء في مؤتمر فيينا لحقوق الإنسان⁽²⁾، التأكيد على تعزيز حقوق الإنسان وجميع هذه الحقوق هي عالمية وغير قابلة للتجزئة ويتوقف كل منها على الآخر ويرتبط به، وهذا يعني أن حقوق الإنسان السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا بد أن ينظر إليها في مجموعها ولا يجوز للمرء أن يختار وينتقي منها الحقوق التي يحميها ويعززها، فكلها ذات قيمة واحدة وكلها تنطبق على المجتمع⁽³⁾.

وكذلك نص إعلان فيينا لحقوق الإنسان في جانب منه على أن " جهود نظام الأمم المتحدة نحو الإحترام العالمي لحقوق الإنسان والحريات

- (1) د. فيصل شطناوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، مصدر سابق، ص 105. وكذلك راجع: نصوص المواد (1/ف/3، 13/ف/1/ب، 55/ف/ج، 56، 62/ف/2، 68، 76/ف/3) من ميثاق الأمم المتحدة.
- (2) عقد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان تحت إشراف الأمم المتحدة في فيينا عاصمة النمسا في الفترة الممتدة بين 14-25 حزيران/ يونيو 1993. وصل عدد المشاركين إلى (7000) شخص، ممثلين عن 179 حكومة، و(800) منظمة غير حكومية وعدد كبير من الأكاديميين والباحثين والمهتمين بشؤون حقوق الإنسان. وقد افتتح المؤتمر الأمين العام للأمم المتحدة بطرس غالي وأكد في معرض كلامه أن المؤتمر " يشكل رؤيا جديدة للعمل العالمي لحقوق الإنسان في القرن القادم". وإنبثق عن هذا المؤتمر ما يسمى بـ (إعلان وبرنامج عمل فيينا لحقوق الإنسان). أنظر في ذلك: د. صلاح محمد عزيز، مدخل إلى حقوق الإنسان في كوردستان- العراق، ط1، مطبعة وزارة التربية، أربيل، 2000، ص 88.
- (3) رياض العطار، دراسات وموضوعات عامة في شأن حقوق الإنسان، ط2، مطبعة زين، السليمانية، العراق، 2002، ص 100.

(706) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الفردية، ومراعاتها، للجميع، يساهم في الإستقرار والرفاه الضروري للعلاقات السلمية والودية فيما بين الأمم"⁽¹⁾.

وعليه نجد، أن الأمم المتحدة قد أولت إهتماماً كبيراً بحقوق الإنسان، وذلك بإيراد نصوص صريحة في الميثاق تحت وتلزم الدول الأعضاء وغير الأعضاء في المنظمة الدولية للأمم المتحدة على إحترام هذه الحقوق والعمل على تعزيزها باعتبارها ضرورة أنية وركيزة أساسية من ركائز توطيد العلاقات الدولية وإستقرار المجتمع الدولي وحفظ السلم والأمن الدوليين، إلا أن معالجة ميثاق الأمم المتحدة لحقوق الإنسان يمكن عدّها إشارات عامة ولا تكفي لحل ما قد يثور من المشاكل خصوصاً أنه لم يُشر إلى ماهية هذه الحقوق، إلا أن ذلك لا ينفى بأي حال من الأحوال القوة الإلزامية لهذه الحقوق وضرورة تقييد أعضاء المجتمع بإحترامها، وذلك لورودها في صلب الميثاق.

وإظهاراً لإهتمام الأمم المتحدة بمسألة حقوق الإنسان، كان لابد لها أن تضع وثيقة خاصة تصاغ فيها حقوق الإنسان بشكل واضح ومبسط تكون في متناول الجميع بحيث يفهمها الجميع حكماً ومحكومين، أفراداً وهيئات. وفعلاً قامت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة بوضع هذه الوثيقة والتي أطلق عليها إسم (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان) في 10 كانون الأول عام 1948⁽²⁾. ويعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الوثيقة الدولية

(1) مشار إليه لدى: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، مرجع سابق، ص15.

(2) د.هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط1 (الإصدار الثاني)، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص68. وقد تم عرض الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على الجمعية العامة للأمم المتحدة فأقرته في العاشر من شهر كانون الأول/ ديسمبر عام 1948 في دورتها الثالثة بقرارها رقم (217)، ووافقت عليه (48) دولة دون معارضة وإمتنعت ثمانى دول عن التصويت وهي (روسيا- روسيا البيضاء- أوكرانيا- تشيكوسلوفاكيا- بولندا- يوغسلافيا- جنوب أفريقيا- السعودية). راجع: د. علي يوسف الشكري، مرجع سابق، ص72. وكذلك Peter J. Opitz, Human Rights, Universal Declaration of, within book: Encyclopedia of the United Nation, edited= =by: Helmut

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى (707)

الأولى التي رسخت بداية عملية تدوين القواعد القانونية الدولية حول حقوق الإنسان وحمايتها القانونية على مستوى العلاقات الدولية⁽¹⁾.

ويرى البعض⁽²⁾ أن حقوق الإنسان بصدور هذا الإعلان قد اكتسب الطابع القانوني الدولي، حيث صدر هذا الإعلان عن منظمة الأمم المتحدة متضمناً لمجموعة من النصوص العامة التي تتناول معظم حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ولقد اكتسب هذا الإعلان أهمية معنوية وسياسية لاتضاهيه فيها أية وثيقة دولية معاصرة سوى ميثاق الأمم المتحدة.

ولكن في الواقع أننا نختلف مع ما ذكر أعلاه من قول، فلا نرى في اكتساب حقوق الإنسان بصدور ذلك الإعلان الطابع القانوني الدولي، لأن الإعلان العالمي في بداية صدوره كان له حجية أخلاقية وسياسية، ولكن بعد التطورات التي شهدتها العالم في نهاية القرن العشرين، أصبح الإعلان العالمي يتمتع بوضع قانوني أفضل وأكثر مما كان عليه في مراحل البدايات من صدوره.

وتنقسم الحقوق والحريات المعلنة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى طائفتين من الحقوق وهي، الحقوق المدنية والسياسية من ناحية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جهة أخرى⁽³⁾.

Volger, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, p. 223.
and see also:

Shabtai Rosenne, The Perplexities of Modern International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden- Netherlands, 2004, p.213.

وتتأني أهمية وفاعلية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من كونه وضع في وقت لم يكن فيه أعضاء الأمم المتحدة يتجاوزون (56) عضواً. راجع: د. عامر حسن فياض، مقدمة منهجية في الرأي العام وحقوق الإنسان، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 158.

(1) د. طالب رشيد يادكار، بعض الجوانب النظرية لحماية حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة تهرارزوو (الميزان) يصدرها اتحاد حقوقي كوردستان، العددان 27-28، أربيل، العراق، 2006، ص 218.

(2) علي محمد صالح الدباس وعلي عليان محمد أبو زيد، حقوق الإنسان وحرياته ودور شرعية الإجراءات الشرطية في تعزيزها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 56.

(3) أفرد الإعلان المواد (3-21) للحقوق المدنية والسياسية وتشمل: الحق في الحياة والحرية والأمان الشخصي، الحرية من العبودية، عدم الخضوع للتعذيب ولا = المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة

(708) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وبعد إصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وبالنظر لما كان يكتنفه هذا الإعلان من شك في قوته الإلزامية ومن ثم فائدته في مجال إحترام حقوق الإنسان، ظهرت اتجاهات في الأمم المتحدة تتجه نحو عقد إتفاقيات ملزمة لحقوق الإنسان يكون باب الإنضمام إليها مفتوحاً لجميع الدول.

وبعد أن أفلحت لجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس الإقتصادي والإجتماعي في إصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948، ركزت إهتمامها على إعداد مشروعين لإتفاقيتين دوليتين بخصوص حقوق الإنسان تعقدان في ظل الأمم المتحدة، الأولى خاصة بحقوق الإنسان المدنية

بالكرامة، الإعتراف لكل إنسان بالشخصية القانونية، المساواة أمام القانون، الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية للإنصاف في أية أعمال تنتهك حقوق الإنسان، عدم التعرض إلى الإعتقال أو الإحتجاز أو النفي على نحو تعسفي، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته، عدم إدانة أي شخص بجريمة بسبب عمل أو إمتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جريمة بمقتضى القانون، وعدم التدخل التعسفي في حياة الشخص الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، حرية الحركة وإختيار مكان الإقامة بما في ذلك حرية مغادرة بلده والعودة إلى بلده، التماس الملجأ خلاصاً من الإضطهاد، التمتع بالجنسية، الحق في الزواج وتأسيس أسرة، حرية الفكر والضمير والدين، وحق التملك، حرية الرأي والتعبير، حرية الإشتراك في الإجتماعات والجمعيات السلمية، والمشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده. راجع نصوص المواد (3-21) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.

أما المواد (22-27) فقد أفردتها الإعلان للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية، وتتضمن هذه الطائفة من الحقوق مايلي: الحق في الضمان الإجتماعي، الحق في العمل وحرية إختيار العمل، الحق في الأجر المتساوي على العمل المتساوي، الحق في مكافأة عادلة ومرضية لقاء العمل تكفل للعامل ولأسرته عيشة لائقة، حق إنشاء النقابات والإنضمام إليها، الحق في الراحة وأوقات الفراغ، والحق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهية، الحق في الرعاية في حالات المرض أو البطالة أو العجز أو الترميل أو الشيخوخة أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن الإرادة، ورعاية الأمومة والطفولة، حق التعليم، حق المشاركة في حياة المجتمع الثقافية، الحق في حماية المصالح المعنوية والمادية المترتبة على أي نتاج علمي أو أدبي أو فني. راجع نصوص المواد (22-27) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (709)

والسياسية، والثانية خاصة بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽¹⁾. ولهذا الغرض، تم تشكيل لجنة من ثماني عشرة دولة تمكنت من وضع وصياغة مشاريع لتلك الإتفاقيتين بناء على تكليف من الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1953⁽²⁾.

وعقب دراسات مستفيضة، توصلت لجنة حقوق الإنسان إلى إقرار إتفاقيتين، إحداهما تتضمن الحقوق المدنية والسياسية، والثانية تتناول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وقد تم عرض الإتفاقيتين على الجمعية العامة للأمم المتحدة حيث تمت دراستهما خلال السنوات 1955-1966، وفي 16 كانون الأول/ ديسمبر عام 1966 وافقت الجمعية العامة على الإتفاقيتين والبروتوكول الإختياري الملحق بالإتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية⁽³⁾.

ويذكر أن الهدف الرئيسي للإتفاقيتين- اللتين أقرتهما الجمعية العامة بالإجماع- إنما هو تقنين ما تم التوصل إليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من ناحية، وكفالة حماية دولية لهذه الحقوق عن طريق الإشراف والرقابة الدولية على تطبيق هذه الإتفاقيات بشكل يجعلها إلزاماً دولياً مباشراً من ناحية أخرى⁽⁴⁾. حيث جاءت هاتان الإتفاقيتان لسد النقص وإصلاح الخلل الذي كان يشوب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إذ رغم إحتلال هذا الأخير مكانة مهمة في تأريخ حقوق الإنسان، إلا أنه لم يخل من عيوب وثغرات ونقاط ضعف، كان في مقدمتها عدم قدرته على حماية تلك الحقوق من التجاوزات والإنتهاكات التي كانت تواجهها، ومرد ذلك يعود

- (1) د. سلوان رشيد السنجاري، التدخل الإنساني في القانون الدولي العام، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 82-83.
- (2) د.حافظ علوان حمادي الدليمي، مرجع سابق، ص 123.
- (3) د.كامران الصالحي، حقوق الإنسان والمجتمع المدني بين النظرية والتطبيق، ط2، مؤسسة موكرياني للطباعة والنشر، أربيل، العراق، 2000، ص 81.
- (4) د.جعفر عبدالسلام علي، القانون الدولي لحقوق الإنسان (دراسات في القانون الدولي والشريعة الإسلامية)، ط1، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1999، ص 41.

(710) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

إلى أن الإعلان لا يحمل حق الإلزام كذلك عدم تضمنه لأيّة عقوبات بحق كل من يخالف أحكامه أو يتجاوزها، فضلاً عن عدم وجود ضمانات لتنفيذه⁽¹⁾.
وبإقرار هذين العهدين، تحولت الحقوق والحريات التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى التزامات دولية قانونية مصدرها القانون الدولي الإتفاقي، مما يعني نهاية الجدل والخلاف حول القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁾.

ويشترك العهذان في عدد من الأحكام الأساسية، حيث يمكن القول أن الديباجتين والمواد (1، 2، 3، 5) متطابقة، إذ تشير ديباجة كل منهما في فقرتها الأولى والثانية إلى " الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن أن حقوق الإنسان إنما تنبثق من هذه الكرامة من حقوق متساوية وثابتة، تشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم ".
كما أن الديباجة في كل من العهدين تشير إلى التزام الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة بتعزيز حقوق الإنسان وإحترامها، وهذا يعني أن الحقوق المدرجة في العهد ليست حقوقاً محلية وإنما هي حقوق دولية تخرج عن الإختصاص الداخلي للدولة⁽³⁾.

أما المادة الأولى من كلا العهدين، فقد عالجت حقوق الجماعة من حق الشعوب في تقرير مصيرها والتصرف في ثرواتها ومواردها الطبيعية.
كما حرّم كل من العهدين التفرقة العنصرية والتمييز في التمتع بالحقوق الواردة فيهما أيّاً كان أساس التفرقة، اللون، الجنس، اللغة، العرق، الدين،

-
- (1) د.حافظ علوان حمادي الدليمي، مرجع سابق، ص123.
(2) راجع بهذا المعنى: علي محمد صالح الدباس و علي عليان محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص66. د.مازن ليلو راضي و د. حيدر أدهم عبدالهادي، بحث عن (المدخل لدراسة حقوق الإنسان)، المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<http://www.ao-academy.org/wesima_articles/library-html.544-20060810> Last Visited (10.03.2014)

- (3) راجع: ديباجة العهدين الدوليين لحقوق الإنسان لعام 1966. وللاطلاع على ديباجة ونصوص العهدين راجع: د. السيد مصطفى أحمد أبو الخير، نصوص المواثيق والإعلانات والإتفاقيات لحقوق الإنسان، ط1، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص74-117.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (711)

الرأي السياسي أو غير السياسي، الأصل القومي أو الإجتماعي، الثروة أو غير ذلك من الأسباب⁽¹⁾.

في حين تؤكد المادة الثالثة في كلا العهدين على مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في التمتع بجميع حقوق الإنسان⁽²⁾.

وتنص المادة الخامسة من العهدين على توفير الضمانات ضد إهدار أي حق من حقوق الإنسان أو حرياته أو فرض قيود عليها على نحو غير ضروري، وتعالج المادة ذاتها ما قد ينشأ من تعارض بين أي من العهدين والقوانين والأنظمة والأعراف السارية في الدول الأطراف أو الإتفاقيات الملزمة لها غير العهدين⁽³⁾.

وبعد كل هذه الإهتمامات بموضوع حقوق الإنسان من جانب المجتمع الدولي من خلال بذله جهود دولية قضت بضرورة إحترام وتعزيز حقوق الإنسان الأساسية من خلال تضمينها في الإعلانات والإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. وفي هذا الإطار نتساءل: هل أن مفهوم العقوبات الإقتصادية يعد مقبولاً في ظل هذه التطورات التي شهدتها حقوق الإنسان؟ في الحقيقة، نجد أن اللجوء إلى إستخدام سلاح العقوبات الإقتصادية بصورتها الحالية ضد الدول التي تنتهك قواعد القانون الدولي العام، على الرغم من النص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وبالتحديد في المادة (41) منه، لم يعد مقبولاً في عصرنا الحالي، خصوصاً بعد تنامي حركة حقوق الإنسان وصدور الشرعة الدولية لتلك الحقوق، حيث تشكل هذه العقوبات إنتهاكاً واضحاً لحقوق الإنسان من خلال ما ترتبها من أوضاع إنسانية مأساوية بحق شعوب الدول المستهدفة، وحرمانها من أبسط حقوقها في الحياة وما يستلزم لذلك من الغذاء والدواء، بشكل يضع السكان المدنيين

(1) راجع: المادة (2) الفقرة (1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. والمادة (2) الفقرة (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية.

(2) راجع: المادة (3) من العهدين الدوليين لعام 1966.

(3) راجع: المادة (5) من العهدين الدوليين لعام 1966.

الأبرياء أمام حالات الجوع والفقر والتدهور الصحي، خلافاً لما تدعو إليه المبادئ والقواعد الواردة في الإعلانات والإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، إذ ظلت العقوبات الاقتصادية على حالها تصيب السكان الأبرياء عدا النخبة التي كانت سبباً في فرض تلك العقوبات لإنتهاكها للإلتزامات والتعهدات الدولية.

ونلاحظ أيضاً، أن العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، شكلاً إنتقالاً نوعية في مجال حقوق الإنسان خاصةً على صعيد تحريم أشكال معينة من الممارسات المتعلقة بإنتهاكات حقوق الإنسان، وكذلك عنصر الإلزام الذين تضمنتهما الوثيقتان عندما أصبحت الحقوق إلتزامات قانونية دولية على الدول والمجتمع الدولي بالإرتباط مع التعهدات التي تقع على عاتق الدول من أجل المساعدة في تطبيقهما.

ألاً أننا ينبغي القول، بأن كل ذلك لم يحل دون وقف إنتهاكات حقوق الإنسان التي تشير إليها التقارير الدورية المنتظمة الصادرة عن الهيئات والمنظمات الدولية (منظمة العفو الدولية، ومنظمة مراقبة حقوق الإنسان في الشرق الأوسط، ولجنة حقوق الإنسان في الأمم المتحدة،..... إلخ)، وتؤكد إستمرار تلك الإنتهاكات بدرجات متفاوتة في العديد من بلدان العالم.

ومن هنا نجد أن هنالك إشكالية تتعلق بجانبين، الأول إيجابي يتمثل بحزمة الإتفاقيات القانونية الدولية الضاغطة بإتجاه إحترام حقوق الإنسان ووقف إنتهاكها، والجانب الثاني سلبي، يتمثل بغياب آليات الإلزام والتنفيذ لتلك القواعد والمعاهدات والإتفاقيات، مما يؤدي إلى إستمرار الإشكالية، ومن هذا المنطلق أشارت الدورة (62) للجمعية العامة للأمم المتحدة خلال الفترة 2007/9/25 إلى 2007/10/3، وعلى لسان الأمين العام للأمم المتحدة (بان كي مون) في خطابه، أشارت إلى ضرورة إعتقاد معايير عملية لحماية حقوق الإنسان وهذه المسألة تقع على عاتق التنظيم الدولي (الأمم المتحدة والمجتمع الدولي والدول)⁽¹⁾.

(1) كلمة السيد (بان كي- مون) الأمين العام للأمم المتحدة في إفتتاح المناقشة العامة للدورة الثانية والستين للجمعية العامة تحت عنوان " أمم متحدة أقوى من أجل عالم أفضل " ، يوم الثلاثاء 25 أيلول/ سبتمبر 2007.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (713)

وبذلك أصبح لزاماً الضغط من أجل تشريع قواعد تحدد الآليات المناسبة والإجراءات العملية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان، ومن هنا نوصي بأن تصبح هذه المهمة ذات أولوية في الأمم المتحدة حتى لا تبتق المعاهدات المذكورة حبراً على ورق.

ومن الواضح، أن هناك إرتباط وثيق بين مسألة حفظ السلم والأمن الدوليين ومسألة ضمان إحترام حقوق الإنسان، حيث أن أساس تحقيق السلم والأمن الدوليين يرتكز بدرجة كبيرة على مدى إحترام حقوق الإنسان وعدم التجاوز عليها، الأمر الذي يعني أن تحقيق السلام في العالم يجب ألا يكون على حساب إهدار حقوق الإنسان لأن هذه الحقوق هي حقوق أصيلة في الإنسان ولصيقة به لم تمنح أو توهب له من دولة أو مجموعة دول⁽¹⁾. وبات تطبيق إتفاقات حقوق الإنسان ولاسيما تلك المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية، ومنها حق الإنسان في الحياة والعيش اللائق وتمتعه بالرعاية الصحية والتعليم والثقافة، يخضع لإعتبارات موضوعية مترابطة لا يمكن تجاهلها ولا إهمالها⁽²⁾.

ونجد أن تطبيق العقوبات الإقتصادية من قبل مجلس الأمن غالباً ما يترك الكثير من الآثار الإنسانية السلبية التي تؤثر على كافة المجالات والمستويات الإنسانية في البلد الذي تستهدفه، وتخرج في العادة عن الحدود المقبولة، علماً أنها تصيب السكان من دون تمييز، في حين أن هدفها هو الضغط على الحكومة لإحترام قرارات مجلس الأمن. ويلاحظ أن هذه الآثار غير المرغوب فيها على السكان تتزايد بشكل كبير عند تطبيق العقوبات الإقتصادية الشاملة لمدة غير محدودة. وهنا يثور تساؤل هام هو:

المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<<http://www.un.org/webcast/ga/62/2007/pdfs/sg-arabic.pdf>> Last visited (12.03.2014).

(1) الطاهر مختار علي سعد، مرجع سابق، ص108.

(2) المرجع السابق، ص104.

(714) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

هل يعد المدنيون الذين يعانون من توقيع العقوبات الاقتصادية ضحايا
لههدف حفظ السلم والأمن الدوليين أم أن معاناتهم هي جزء من السياسة
العقابية؟

فبالنسبة للشق الأول من التساؤل، فإن حفظ السلم والأمن الدوليين هو
الهدف النبيل الذي أنشئت من أجله المنظمة الدولية وقد يكون الشعب هو
الضحية الأولى لتحقيق هذا الهدف ولكن يستلزم قراءة مبدأ حفظ السلم
والأمن الدوليين من منظور جديد، أي أنه من اللازم تعريفه على أساس سلم
الإنسان وأمنه وليس سلم الدول وأمنها، وقد ذهبت الجمعية العامة إلى تأييد
هذا التعريف، وذلك أن حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية هي القاعدة
الأساسية والغاية من أي نظام قانوني وبالتالي للنظام القانوني الدولي، وعليه
فإن الخيار الأول غير مقبول لأنه لا يمكن التضحية بأساس القاعدة من أجل
تحقيق شعار أو رمز لايشكل حقيقة على أرض الواقع⁽¹⁾.

أما بالنسبة للشق الثاني وهو إعتبار المدنيين المحرك والدافع لتغيير
السلطة الحاكمة لسياستها العقابية أمر غير مقبول، لأنه لا يمكن للمنظمة
الدولية أن تقوم من جهة بالتدخل في الدول التي تنتهك حقوق الإنسان
بالضغط والعقاب من أجل ضمان إعادة تلك الحقوق للإنسان، بينما تقوم من
جهة أخرى بتوقيع التدابير المجحفة بحقوق الإنسان، كما أن إستخدام سياسة
التجويب كأداة للضغط على السلطات الحاكمة هو أمر غير منطقي، إذ
لا يوجد مبرر لمعاناة الشعوب من العقوبات الاقتصادية، مما يستوجب رفض
هذه السياسة والسعي لإلغائها وإستبدالها بالعقوبات الاقتصادية الجزئية التي
تؤثر على النظام الحاكم دون المساس بصحة الشعب وحقوقه⁽²⁾.

وعند النظر في نظام العقوبات، فإنه من الضروري التمييز بين الغرض
الأساسي من ممارسة الضغط السياسي والإقتصادي على النخبة الحاكمة في
البلد الهدف لإقناعهم بالإمتثال للقانون الدولي، وما يرافق ذلك من تسبب في
معاناة الفئات الأضعف داخل البلد المستهدف ولهذا السبب فإن أنظمة

(1) د. فاتنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 233.

(2) د. فاتنة عبدالعال أحمد، مرجع سابق، ص 223.

العقوبات التي وضعها مجلس الأمن الآن تحتوي على إستثناءات إنسانية تهدف إلى إتاحة تدفق السلع والخدمات الأساسية الموجهة لأغراض إنسانية ومن المفترض بصفة عامة أن هذه الإستثناءات تضمن الإحترام الأساسي للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية في البلد المستهدف غير أن عدداً من الدراسات التي أجرتها الأمم المتحدة حديثاً وغيرها من الدراسات الأخرى التي حللت أثر العقوبات الإقتصادية على حقوق الإنسان، إنتهت إلى أن هذه الإستثناءات ليس لها ذلك التأثير، وعلاوة على ذلك فإن الإستثناءات محدودة جداً في نطاقها، فهي لا تعالج – على سبيل المثال- مسألة الحصول على التعليم الإبتدائي، ولاتتيح إصلاح البنى الأساسية الضرورية لتوفير المياه النظيفة، والرعاية الصحية الكافية، إلخ⁽¹⁾.

وقد بادرت الأمانة العامة للأمم المتحدة بطرح موضوع أثر العقوبات على المدنيين ولاسيما الفئات الضعيفة منهم، فقد أشار الأمين العام للأمم المتحدة (د.بترس غالي) عند إصداره (ملحق لخطة السلام) في عام 1995، إلى ضرورة تقييم التأثير المحتمل للعقوبات قبل فرضها، وإلى توسيع تقديم المعونة الإنسانية إلى الفئات الأضعف⁽²⁾.

وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم (242/51) بتاريخ 1997/9/15 حول ملحق الخطة للسلام وألحق به ملحقان، حيث تناول الملحق الثاني مسألة العقوبات المفروضة من قبل الأمم المتحدة. وتقضي الفقرة (3) من هذا الملحق بأن لمجلس الأمن إمكانية تحديد مدة محددة

(1) التعليق رقم (8) الصادر عن لجنة الأمم المتحدة المعنية بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية في في 4 كانون الأول/ ديسمبر عام 1997 الدورة (17) بشأن العلاقة بين العقوبات الإقتصادية وإحترام الحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية. المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<<http://wwwl.umn.edu/humanrts/arabic/cescr-gc8.html>> Last visited (15.03.2014).

(2) أنظر: د. بترس غالي، ملحق لخطة السلام، ورقة موقف مقدمة من الأمين العام بمناسبة الإحتفال بالذكرى السنوية الخمسين لإنشاء الأمم المتحدة، الوثيقة (S/1995/1- A/50/60) الصادر في 25 كانون الثاني/يناير 1995، الفقرة (75/أ، د).

(716) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

للعقوبات لأن هذه المسألة تتسم بأهمية وجدية وترتبط بتبديل وضع الدولة المستهدفة ولا تسبب آلاماً للسكان المدنيين⁽¹⁾.

وكذلك أكدت اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان في ديباجة قرارها رقم (35/1997) على أربعة معايير موضوعية هامة لتقييم العقوبات فيما يتعلق بحقوق الإنسان وهي⁽²⁾:

- 1- يجب أن تكون مدة العقوبات محدودة دائماً.
 - 2- يجب أن تكون قرارات فرض العقوبات الصادرة عن مجلس الأمن بموجب المادة (24) من ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁾.
 - 3- يجب ألا تؤثر العقوبات على السكان الأبرياء ولا سيما أضعفهم.
 - 4- يجب ألا تؤدي العقوبات إلى تفاقم الإختلال في توزيع الدخل.
- ونشير إلى بعض الحالات التي تبين مدى تأثير العقوبات الإقتصادية على المستوى الإقتصادي والمعيشي للسكان المدنيين في البلد المستهدف.
- ففي حالة العراق، يلاحظ أن العقوبات الإقتصادية منذ سريانها قد سببت الإنخفاض في الإقتصاد، مما أدى إلى زيادة معدلات الأجور، ومع ذلك، لم تكن هذه الزيادة كافية للمحافظة على مستوى التضخم. فخلال عام 1993، كان معدل الأجر الشهري للعامل المدني تتراوح بين 200-500 دينار، أي ما يعادل مرتين إلى ثلاث مرات عن مستوى الأجر في آب/ أغسطس عام 1990، في حين كانت أسعار المواد الغذائية تزداد حوالي 75 مرة أكثر لنفس الفترة الزمنية⁽⁴⁾.

-
- (1) راجع الوثيقة (A/51/242) الصادر في 15 أيلول/ سبتمبر عام 1997.
 - (2) راجع قرار اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان رقم (35/1997) الصادر في 28 آب/ أغسطس عام 1997.
 - (3) راجع نص المادة (24) من ميثاق الأمم المتحدة.
 - (4) وفي عام 1995، كانت أسعار المواد الغذائية بحدود 4000 إلى 5000 مرة عن معدلاتها في آب عام 1990 بينما كان متوسط الأجر الشهري للعامل 3000 إلى 5000 دينار. وطبقاً لتقرير منظمة الأغذية والزراعة (FAO) لعام 1995، فإن سعر دقيق الحنطة في آب عام 1995 كان أعلى بـ (11.667) مرة عنه في تموز عام 1990، و (33) مرة أعلى منه في حزيران عام 1993. راجع: رياض يلدا أوشانا السندي، مرجع سابق، ص 193-194.

وبذلك فقد ظهرت آثار العقوبات الاقتصادية بشكل واضح على السكان المدنيين في العراق من خلال تفاقم الوضع الإنساني، وتدني مستويات المعيشة وتفشي الأمراض وانتشار حالات الفقر والبطالة فيه. وسنتطرق لاحقاً إلى شرح تفاصيل تأثير العقوبات الاقتصادية على حقوق الإنسان في العراق.

أما عن العقوبات الاقتصادية التي فرضت على ليبيا، فإنها أثرت بالدرجة الأساس على حقوق الإنسان في ليبيا، حيث تعرضت إلى أضرار فادحة وجسيمة طالت كافة المجالات. وقد شملت تلك الأضرار النواحي الإنسانية التي لحقت بقطاع الصحة والضمان الإجتماعي، والنواحي المادية التي لحقت بمرافق الإقتصاد والتجارة والزراعة والثروة الحيوانية والمواصلات والنقل والصناعة والمعادن والطاقة⁽¹⁾.

وبالتالي، فإن العقوبات الاقتصادية قد كبدت ليبيا للفترة بين عامي 1992-1996 أضراراً كبيرة بلغت حوالي (23.590.379.992) ثلاثة وعشرين مليار وخمسمائة وتسعين مليوناً وثلاثمائة وتسعة وسبعين ألفاً وتسعمائة وإثنين وتسعين دولاراً⁽²⁾.

-
- (1) الطاهر مختار علي سعد، مرجع سابق، ص 110.
 - (2) توزعت الأضرار المقدره أعلاه على القطاعات الآتية:
 - 1- الصحة والضمان الإجتماعي: (210.000.000) مائتين وعشرة ملايين دولار.
 - 2- الزراعة: (337.253.104) ثلاثمائة وسبعة وثلاثين مليوناً ومائتين وثلاثة وخمسين ألفاً ومائة وأربعة دولارات.
 - 3- الثروة الحيوانية: (5.132.973.000) خمسة مليارات ومائة وإثنين وثلاثين مليوناً وتسعمائة وثلاثة وسبعين ألف دولار.
 - 4- المواصلات والنقل: (1.917.743.156) مليار وتسعمائة وسبعة عشر مليوناً وسبعمائة وثلاثة وأربعين ألفاً ومائة وستة وخمسين دولاراً.
 - 5- الصناعة والمعادن: (5.136.410.732) خمسة مليارات ومائة وستة وثلاثين مليوناً وأربعمائة وعشرة آلاف وسبعمائة وإثنين وثلاثين دولاراً.
 - 6- الإقتصاد والتجارة: (5.856.000.000) خمسة مليارات وثمانمائة وستة وخمسين مليون دولار.
 - 7- الطاقة (النفط والكهرباء): (5.000.000.000) خمسة مليارات دولار.راجع في ذلك: المرجع السابق، ص 111.

(718) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

كما أن العقوبات الاقتصادية المفروضة على ليبيا أفضت إلى تدهور مستويات المعيشة للسكان بسبب تدني القوة الشرائية للدينار الليبي، حيث برز انخفاض في معدل صرف الدينار الليبي مقابل العملات الدولية، وفي حين كان التغيير في المعدل الرسمي لصرف الدينار مقابل الدولار محدوداً (من 1 دولار = 0.27 دينار ليبي في نهاية عام 1990 إلى دولار واحد = 0.45 دينار ليبي في نهاية عام 1998)، فإن انخفاض الدينار في السوق السوداء أكثر إثارة. كانت الليرة الأسترلينية تستبدل في السوق السوداء بمعدل مساو للدينار الليبي عام 1990، إلا أن سعر الصرف بلغ زهاء ليرة إسترلينية واحدة مقابل خمسة دنانير ليبية بحلول عام 1998. وبلغ سعر صرف الدولار في السوق السوداء حوالي سبع القيمة الرسمية عام 1998⁽¹⁾. وقد جاءت تلك النتائج السلبية على خلاف ما تدعوا إليها الإعلانات والمواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان بضرورة تأمين وإحترام الحق في الحياة والحق في مستوى معيشي ملائم.

وأثرت العقوبات الاقتصادية أيضاً على قطاع التعليم في ليبيا، فحال دون إحراز أي تقدم أو تطور في مجال التعليم خلال فترة سريان العقوبات الاقتصادية، حيث لوحظ انخفاض الإنفاق في التعليم مما أدى إلى تدني مستويات التعليم بحدّة بين السكان، وتوقف شراء كتب جديدة للمكتبات الجامعية تماماً بين عامي 1992 و1996، ولم تستطع المدارس إنفاق الأموال على شراء المواد التعليمية الجديدة، وتدهورت حالة ترميم المدارس باستمرار⁽²⁾.

وفي حالة أفغانستان، فقد تناول الأمين العام للأمم المتحدة (كوفي عنان) في تقريره الذي قدمه إلى مجلس الأمن بتاريخ 20 مارس عام 2001، الآثار الإنسانية المترتبة على العقوبات المفروضة على أفغانستان بموجب

(1) تيم نبلوك، العقوبات والمنبوذون في الشرق الأوسط، (العراق- ليبيا- السودان)، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، يوليو 2001، ص200.

(2) تيم نبلوك، مرجع سابق، ص208

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (719)

قراري مجلس الأمن 1267 (1999) و 1333 (2000)، حيث أشار إلى أن الآثار المباشرة للعقوبات على الحالة الإنسانية في أفغانستان محدودة ولكنها ملموسة، فقد أدى الحظر المفروض على الخطوط الجوية الأفغانية إلى تقليص النشاط الاقتصادي في بعض القطاعات، والحد من إمكانية إستيراد اللوازم الطبية والمواد الإنسانية، كما أن كبح النظام المصرفي الأفغاني شكّل عاملاً مثبطاً مباشراً للإستثمار في أفغانستان، ومن ثم فإنه عمل على إحباط أو إعاقة جهود الإنتعاش على نطاق محدود. وكذلك لوحظ أن فرض العقوبات قد أدى إلى إنخفاض قيمة العملة الأفغانية بصورة حادة ولكنها مؤقتة، وإلى حدوث إنخفاض مؤقت في القوة الشرائية للأفغان، وخاصةً بالنسبة للأغذية. إضافةً إلى تدهور الحالة الصحية وارتفاع معدلات الوفيات والإعتلال وخاصةً بين الأطفال، مع وجود إنهيار تام للخدمات الصحية الحكومية، علاوةً على إنتشار ظاهرة الأمية على نطاق واسع⁽¹⁾.

أما عن الحالة في سيراليون، فقد أشار الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره المقدم إلى مجلس الأمن في 21 تشرين الأول/أكتوبر عام 1997، إلى الحالة الإنسانية في سيراليون قائلاً: أن الحالة تعتبر خطيرة ولا تزال تتدهور، فعدد المشردين، الذين سجلوا لدى المنظمات الإنسانية خلال شهري تموز وأب يناهز (100000) شخص، غير أنه يعتقد أن العدد الفعلي للمشردين في الداخل يفوق ذلك بكثير. وقد أدى تلوث إمدادات المياه وتدهور الأحوال الصحية في مخيم للمشردين داخلياً في مقاطعة (كينياما) إلى تفشي مرض الإسهال الدموي بدءاً من أواخر أيلول/سبتمبر. وقد كشفت الدراسات الإستقصائية التغذوية عن وجود تزايد ملحوظ في سوء التغذية وخاصةً في المناطق الريفية، إضافةً إلى إزدياد حالات سوء التغذية لدى الأطفال بشكل عام. ومع ذلك لم تتوفر في هذا البلد حتى شهر تشرين الأول/أكتوبر عام 1997 من المعونة الغذائية سوى (3000) طن، أما الأجهزة الصحية، فهي

(1) راجع: تقرير الأمين للأمم المتحدة عن الآثار الإنسانية المترتبة على العقوبات المفروضة على أفغانستان، المقدم إلى مجلس الأمن في 20 آذار/ مارس 2001. الوثيقة (S/200/241)، الفقرتين (16 و 17).

(720) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

على وشك الإنهيار، حيث كان مرد نسبة 30% من حالات وفيات الأطفال هو تفشي وباء الحصبة، فقد كشفت الإحصائيات عن وقوع (3000) حالة وفاة في غضون الأسبوع الثالث من شهر أيلول/سبتمبر عام 1997⁽¹⁾.

وهكذا يمكننا الإشارة إلى أن الآثار الإنسانية المترتبة على فرض العقوبات الاقتصادية في الحالات التي ذكرناها أعلاه، هي نفسها تسري على الحالات الأخرى أيضاً، إذ من المتوقع أن تتسبب العقوبات الاقتصادية في جميع الحالات في إحداث آثار إنسانية مماثلة ولكنها قد تتفاوت في درجة حدتها من حالة إلى أخرى.

ويتضح مما سبق، أن العقوبات الاقتصادية على الرغم من كونها أداة حرب اقتصادية تلجأ إليها الأمم المتحدة بدلاً من الحرب العسكرية لإرغام الدولة المخلة بالتزاماتها وتعهداتها القانونية الدولية نحو الإمتثال لقرارات الأمم المتحدة ومطالب المجتمع الدولي بهدف تصحيح سياستها وإعادتها إلى جادة الصواب. إلا أنها تشكل في الوقت نفسه إنتهاكاً لحقوق الإنسان الأساسية في البلد المستهدف، كونها تستهدف الفئات الضعيفة من السكان المدنيين أكثر من كونها أداة لمعاقبة الحكام والقادة. وبذلك فإنها تتنافى تماماً مع ما جاء في ميثاق الأمم المتحدة والإعلانات والإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان من تأكيدات على ضرورة تعزيز وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية. وعليه نتساءل: كيف يتم تحقيق هدف حفظ السلم والأمن الدوليين بشكل كامل وحقيقي إذا لم تكن هناك حالة من التوافق والتكافؤ بين الأداة التي يتم بها تحقيق ذلك، وبين النتيجة التي تترتب على تحقيق ذلك باستخدام تلك الأداة؟.

وإنطلاقاً من ذلك، فإننا نرى، بأنه لا بد من إحترام الحقوق الأساسية للسكان المدنيين في البلدان المستهدفة بالعقوبات الاقتصادية، وتيسير

(1) راجع: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن الحالة الإنسانية الناجمة عن العقوبات المفروضة ضد سيراليون، المقدم إلى مجلس الأمن في 21 تشرين الأول/أكتوبر عام 1997. الوثيقة (S/1997/811)، الفقرة 11.

الأجواء نحو تمتعهم بكافة الحقوق سواء الحقوق المدنية والسياسية أو الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وأن توصف تلك العقوبات التي تنتهك هذه الحقوق بعدم المشروعية، وحتى بالنسبة لسلطات مجلس الأمن في توقيع العقوبات الاقتصادية يجب أن تنسجم وتتفق مع أهداف ومبادئ الأمم المتحدة التي تسعى إلى ضمان إحترام الحقوق والحريات الأساسية للشعوب.

وتحقيقاً لذلك، نجد أنه من الضروري تفسير سلطة مجلس الأمن، بتوقيع العقوبات الاقتصادية على الدول التي تخل بمبادئ القانون الدولي العام والتي من شأنها تهديد السلم والأمن الدوليين، في ضوء الأحكام والقواعد المقررة في القانون الدولي الإنساني والإعلانات والإتفاقات الدولية لحقوق الإنسان، حيث جاءت هذه الإتفاقيات من أجل حماية حقوق الإنسان في أوقات السلم والحرب على السواء.

وقد أكدت إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 في المادة (23) على ضمان حق المدنيين وقت الحرب في الحصول على المواد الإنسانية كالمواد الطبية، والمواد الغذائية الأساسية، والملابس وإحتياجات الأطفال والحوامل والأمهات المرضعات⁽¹⁾.

في حين نص البروتوكول الإضافي الأول الملحق بإتفاقيات جنيف الأربعة والصادر في عام 1977، في المادة (1/54) منه على قاعدة أساسية تشير إلى أنه " يحظر تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب"⁽²⁾. وكذلك أدان المؤتمر السادس والعشرون للصليب الأحمر والهلال الأحمر في عام 1995 بشدة محاولة تجويع المدنيين في النزاعات المسلحة، وذهب إلى أن تجويع المدنيين وسيلة ممنوعة في الحرب، كما جرى التأكيد على

-
- (1) راجع: نص المادة (23) من إتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين وقت الحرب الموقعة في 12 آب/أغسطس عام 1949. تنظر نصوص هذه الإتفاقية في: وائل أنور بندق، موسوعة القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص 177-195.
- (2) راجع: الفقرة (1) من المادة (54) من البروتوكول الأول الملحق بإتفاقيات جنيف الأربعة والصادر في عام 1977.

(722) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

هذا الحظر في خطة العمل للسنوات 2000-2003، التي إعتدها المؤتمر الدولي السابع والعشرون للصليب الأحمر والهلال الأحمر في عام 1999⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى، هناك من يرى⁽²⁾ بأن العقوبات الاقتصادية هي شكل من أشكال جريمة الإبادة البشرية الجماعية وبالتالي تعتبر إنتهاكاً لإتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري التي أعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق أو للإنضمام بقرار الجمعية العامة رقم (260) ألف (د-3) المؤرخ في 9 ديسمبر 1948. وقد عرفت هذه الإتفاقية جريمة الإبادة الجماعية في مادتها الثانية بأنها " تعني أيّاً من الأفعال التالية المرتكبة على قصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية بصفتها هذه:

- أ- قتل أعضاء من الجماعة.
- ب- إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة.
- ج- إخضاع الجماعة عمداً لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً.
- د- فرض تدابير تستهدف الحيلولة دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة.

ه-نقل أطفال من الجماعة عنوة، إلى جماعة أخرى" .
وأكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بأن تعمد تجويع المدنيين كإسلوب من أساليب الحرب يشكل جريمة الإبادة الجماعية، حيث ينطبق على حالة تعمد فرض أحوال معيشية من بينها الحرمان من الحصول على الطعام والدواء بقصد إهلاك السكان وصف جريمة الإبادة الجماعية⁽³⁾.

(1) جون- ماري هنكرتس و لوييز دوزوالد- بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول (القواعد)، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2007، ص168.

(2) د.عبدالمهدي سليم مظفر، بحث عن (الحصار المفروض على العراق ومسألة حقوق الإنسان)، المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<www.arablawnfo-com> Last visited (18.03.2014).

(3) راجع: المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998. للاطلاع على ذلك راجع: د.ضاري خليل محمود و باسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية (هيمنة القانون أم قانون الهيمنة)، ط1، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2003، ص212-215. د.السيد مصطفى أبو الخير، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقواعد الإجرائية

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (723)

ولكن الأمم المتحدة عالجت في ميثاقها مسألة ما إذا كانت هناك تعارض بين الإلتزامات التي تقع على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، إحداها مقرر في الميثاق، والآخر في أية إتفاقية دولية، حيث جاءت المادة (103) من الميثاق لتنص على أنه " إذا تعارضت الإلتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي إلتزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالإلتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق" .

وفي هذا السياق، فإننا نرى بأن المادة (103) من الميثاق تعالج وتفسر الجانب القانوني لهذا التعارض بين الإلتزامات، ولكن من الناحية الأخلاقية، فليس هناك ما يبرر ذلك، حيث نجد أن كل إجراء قانوني من جانب المجتمع الدولي لا بد أن يكون مقبولاً أخلاقياً أيضاً.

وفي ذلك أشار الأمين العام للأمم المتحدة (كوفي عنان) في تقريره السنوي عن أعمال المنظمة لعام 1998 إلى أنه " ينبغي ألا يخدع المجتمع الدولي نفسه: ذلك أن أهداف السياسة هذه المتعلقة بالشؤون الإنسانية وحقوق الإنسان يصعب توفيقها مع أهداف نظام الجزاءات. وغني عن التأكيد أن الجزاءات تشكل أداة إنفاذ، وهي، كسواها من أساليب الإنفاذ، لا بد أن تلحق ضرراً فينبغي إبقاء ذلك ماثلاً في الأذهان لدى إتخاذ القرار بفرضها ولدى تقييم النتائج لاحقاً " (1).

ومن المتفق عليه أن القواعد التي نصّ عليها القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني هي من تلك القواعد التي تنظم المصالح العليا للمجتمع الدولي التي تحمي الحقوق الإنسانية وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها بخصوص إلتزام الدول بتطبيق العقوبات الإقتصادية على جنوب أفريقيا، حيث رأت أن هذا الإلتزام لا يسري على الإتفاقيات والعلاقات ذات الطابع الإنساني التي يمكن أن يسبب عدم الوفاء بها الإضرار بالمدينين(2).

وقواعد الإثبات وأركان الجرائم الدولية، ط1، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص20.

(1) راجع الوثيقة (A/53/1) الصادر في 1998/8/27، الفقرة (64).

(2) د. فانتة عبد العال أحمد، مرجع سابق، ص237.

(724) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وهكذا نرى، أنه ليس هناك ما يبرر عدم وضع أحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، عند تطبيق نظام العقوبات الاقتصادية، بعين الاعتبار بحجة الحفاظ على السلم والأمن الدوليين طبقاً لنص المادتين (39 و 41) من الميثاق. فالسلم كهدف لنشاط المنظمة لا يمكن أن يحل محل حقوق الإنسان، بل من الأحرى لا بد أن يعرف ويحدد السلم من خلال قواعد حماية حقوق الإنسان، وألا يكون الميثاق قد أفرغ من غاياته.

وفي هذا الصدد، أكدت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التابعة للأمم المتحدة في تعليقها رقم (8) الصادر في 4 كانون الأول/ديسمبر عام 1997، على ضرورة تركيز الانتباه على أثر العقوبات الاقتصادية على المجموعات المتضررة، وأن حماية حقوق الإنسان ينبغي أن تكون جزءاً لا يتجزأ من تصميم ورصد كل نظم العقوبات⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى، فإننا ننتقد الأسلوب الذي يتم به العمل داخل منظمة الأمم المتحدة وبخاصة جهازها التنفيذي- مجلس الأمن- الذي تتحكم فيه الدول صاحبة العضوية الدائمة به، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق باستغلالهم لأحكام الفصل السابع من الميثاق، وطريقة تفسيرهم لأحكامه، ونقدنا هذا ينصب في حقيقة الأمر على سياسة توقيع العقوبات الاقتصادية، وعدم مراعاة مجلس الأمن للمباديء والقواعد الأساسية للقانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان، الأمر الذي يصم هذه السياسة بعدم المشروعية، ونجد أن هذا الإخلال بأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني من قبل مجلس الأمن يتنافى مع الدور الحديث الذي يقوم به في سبيل القضاء على الأنظمة العنصرية وحماية حقوق الشعوب، والعمل على تعزيز وتطوير هذه الحقوق.

وفي هذا السياق، تتحمل المنظمة الدولية للأمم المتحدة جزءاً من المسؤولية بالإشتراك مع النظام السياسي في البلد الذي يتسبب في توقيع تلك العقوبات عليه، عن النتائج التي تترتب على توقيع العقوبات

(1) راجع الوثيقة (E/C.12/1997/8) الصادر في 1997/12/4.

الإقتصادية وعن إنتهاك حقوق الإنسان، وإن كان القانون الدولي لا يملك آلية للرقابة على المنظمة وتحديد المخالف وعقاب مرتكبيها، إلا أن منطق الأمور يذهب إلى أن الدول فرادى هي التي تملك حق الرقابة على مشروعية قرارات المنظمة وتحديدتها أما الإمتثال لهذه القرارات أو عدم الإعراف بها كرد فعل طبيعي لمواجهة إنتهاك المنظمة لحقوق الشعوب⁽¹⁾.

المبحث الرابع

العراق كحالة دراسة لأثر العقوبات الدولية الإقتصادية على حقوق الإنسان نتناول في هذا المبحث الآثار التي رتبها العقوبات الإقتصادية على حقوق الإنسان في العراق، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، نتناول في الأول دراسة أثر العقوبات الإقتصادية على الأوضاع الإنسانية في العراق، بينما نخصص الثاني لبحث أثر العقوبات الإقتصادية على حقوق الأطفال في العراق، وذلك لكون الأطفال من أكثر الفئات البشرية تأثراً وتضرراً في ظل تطبيق نظام العقوبات الإقتصادية نتيجة ضعف قدرتهم على مواجهة آثار تلك العقوبات، وهشاشتهم وعدم نضجهم العقلي والجسدي.

المطلب الأول

أثر العقوبات الدولية الإقتصادية على الأوضاع الإنسانية في العراق لاشك أن الإنسان يعتبر محور الحقوق جميعاً، فهي مبدئياً لا تكون إلا له، وإذا كانت مقيدة لمصلحة المجتمع فليس هذا التقييد إلا لمصلحة الإنسان نفسه، وتستهدف حقوق الإنسان تثبيت القواعد الكلية في الأنظمة الدستورية والقانونية للدول والمنظمات الدولية، وتدور هذه الحقوق حول الحريات المختلفة وتطبيقها.

ولأجل تطبيق الحقوق والواجبات بين الدول، تنظمت المؤسسات الدولية، ثم صدرت المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، ولقد أكد ميثاق الأمم

(1) Hans Kochler, *The United Nations Sanctions Policy and International Law*, in *Turkish Yearbook of International Law* xxll, 1992, p.29-30.

المتحدة، بوصفه أهم مؤسسة دولية في عصرنا الراهن، على الحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وتعزيز احترام تلك الحقوق⁽¹⁾. ولا يخفى أن الإهتمام بحقوق الإنسان قد أضحى يمثل إحدى السمات الأساسية المميزة للنظام الدولي المعاصر الذي أرسيت دعائمه منذ نهاية الحرب العالمية الثانية.

ولا مرأى في أن العقوبات الاقتصادية التي فرضت على العراق هي الأولى في تاريخ الأمم المتحدة والتاريخ الإنساني من حيث شدتها وكثافتها، حيث طبقت تلك العقوبات بشكل تضمنت جميع أشكالها، أي أنها كانت شاملة مما أدى إلى تطويق هذا البلد في كافة النواحي، وكذلك حظيت تطبيقها بتأييد غالبية الدول الأعضاء في الأمم المتحدة⁽²⁾. ومن جانب آخر، فإن تطبيق نظام الأمن الجماعي في أزمة الخليج الثانية أظهر تفاوتاً كبيراً عن تطبيقاتها السابقة على نحو نجد أنه تم العمل بهذا النظام بشكل واسع ضد العراق. ولذلك قد رأى البعض⁽³⁾، أن العقوبات الاقتصادية التي فرضت على العراق شكّلت إنتهاكاً كبيراً وخطيراً لحقوق الإنسان، بحيث إنعكست تأثيراتها على مختلف الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

فمثلاً، نجد أن القرار رقم (661) الذي أصدره مجلس الأمن قد منع العراق من حق تصدير البترول الذي يعتبر المصدر الاقتصادي الأساسي الذي يعتمد عليه العراق في تأمين إحتياجاته⁽⁴⁾، وعلى هذا الأساس، فقد حرم

- (1) د.صبيح المحمصاني، أركان حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، بيروت، 1979، ص51.
- (2) د. نزار جاسم العنبيكي، بحث بعنوان (مشروعية تدابير الحظر الشامل المطبقة على العراق في ضوء أحكام الميثاق والقانون الدولي لحقوق الإنسان)، مقدم إلى أعمال المؤتمر الدولي المنعقد في بيت الحكمة تحت عنوان: إنتهاكات العدوان والحصار لحقوق الإنسان في العراق، بغداد، العراق، مايو 2001، ص29.
- (3) د. عبدالحسين شعبان، السيادة ومبدأ التدخل الإنساني، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق، 2000، ص39.
- (4) راجع: الوثيقة (S/Res/661) الفقرة (3/أ) الصادر في 6 آب/ أغسطس عام 1990.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (727)

الشعب العراقي من أهم حق من حقوقه التي نصت عليها الإتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والإجتماعية والثقافية لعام 1966، حيث تنص الفقرة (2) من المادة (1) من تلك الإتفاقية على أنه: (لجميع الشعوب تحقيقاً لغاياتها الخاصة، أن تتصرف بحرية في ثروتها ومواردها الطبيعية دون إخلال بأي من الإلتزامات الناشئة من التعاون الإقتصادي الدولي، القائم على مبادئ المنفعة المشتركة، والقانون الدولي. ولايجوز بحال من الأحوال حرمان شعب ما من وسائله المعيشية الخاصة).

وفي هذا الصدد، وصفت البعثة الأولى التي أرسلتها الأمم المتحدة إلى العراق في أعقاب وقف إطلاق النار بعد تحرير الكويت، بأن الوضع في العراق ومن كافة جوانبه يمثل كارثة لحقت بالعراق نتيجة تضايف آثار الدمار الناجم عن العمليات الحربية للدول المتحالفة، وآثار العقوبات الاقتصادية المفروضة على العراق، ونذكر بعض ما جاء في هذا التقرير من عبارات بالقول " بيد أنه يجب أن يذكر فوراً أن ما من شيء سبق أن رأينا أو سمعنا عنه قد أعدنا تماماً لهذا الشكل الخاص من الدمار الذي أصاب هذا البلد الآن. فقد جلب الصراع الذي حدث مؤخراً نتائج تشبه أحداث يوم القيامة على الهياكل الاقتصادية لما كان حتى كانون الثاني/يناير 1991 مجتمعاً حضرياً يعتمد على الآلات إلى حد بعيد. أما الآن فإن معظم الوسائل الداعمة للحياة الحديثة قد دمرت أو أصبحت هزيلة. وأدى إلى تقلص تدفق الغذاء عبر القطاع الخاص على نحو كبير. وكثير من أسعار الغذاء أصبحت أعلى ثمناً من القدرة الشرائية لمعظم العوائل العراقية..... وتوصي اللجنة بأن ترفع فوراً العقوبات المتعلقة بشحنات الغذاء" (1).

(1) راجع: تقرير السيد (مارتي إهتيساري) مساعد الأمين العام للأمم المتحدة للإدارة والتنظيم ورئيس البعثة التي أوفدها الأمم المتحدة إلى العراق لتقييم الوضع الإنساني فيه، المقدم إلى رئيس مجلس الأمن برسالة الأمين العام في الوثيقة (S/22366) في 20 آذار/ مارس 1991. المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

وأشارت منظمة الصحة العالمية في تقريرها لعام 1996، أن المصاعب الاقتصادية والضغوط المالية الناتجة عن العقوبات لها آثار مفرجة في السكان وفي نوعية الحياة ليس للجيل الحالي فقط بل للجيل القادم أيضاً، وأضافت المنظمة في تقريرها، أن الوضع الصحي في العراق يزداد تدهوراً بمعدلات تجلب مخاوف كثيرة، فبعد خمس سنوات من سريان العقوبات الاقتصادية، يلاحظ أن غالبية السكان المدنيين العراقيين يعيشون في حالة تكاد تكون على حافة المجاعة نتيجةً للنقص المزمن في الموارد الغذائية والمال اللازم لشرائها وارتفاع أسعار المواد الغذائية بنسبة تفوق مئات المرات الأسعار التي كانت عليها قبل فرض العقوبات الاقتصادية، إضافةً إلى حدوث شلل في خدمات الرعاية الصحية بسبب انخفاض الاستيرادات الدوائية والمعدات والأجهزة الطبية مما أفضى إلى ارتفاع مستوى الأمراض بين السكان مثل الملاريا والكوليرا والتيفوئيد وغيرها من الأمراض، ناهيك عن العذاب النفسي والاجتماعي الذي أصاب الكثير من العوائل العراقية الناجم عن المعاناة التي حلت بهم جراء العقوبات الاقتصادية⁽¹⁾.

وهكذا، فقد تم عزل العراق عن مصادر التمويل التي يعتمد عليها في بناء إقتصاده بشكل يكاد يكون شبه تام رغم مواجهته للكارثة الإنسانية بسبب العقوبات الاقتصادية المفروضة عليه.

وقد ذهبت منظمة الأمم المتحدة للغذاء والزراعة وبرنامج الغذاء العالمي في تحذيرها الخاص رقم (237) في تموز/يوليو 1993 بشأن الحالة الغذائية في العراق إلى القول: " أنه بلد إقتصاده مدمر ولا سيما بسبب استمرار العقوبات التي شلّت فعلياً الإقتصاد كله وأدت إلى عوز مستمر وجوع مزمن ونقص في التغذية مستوطن وبطالة متفشية ومعاناة واسعة الانتشار ويعيش أغلب السكان العراقيين في ظروف يرثى

< <http://www.un.org/Depts/oip/reports/S/22366.html> > Last visited (20.03.2014).

(1) راجع: تقرير منظمة الصحة العالمية بعنوان (الأوضاع الصحية لسكان العراق منذ أزمة الخليج) في الوثيقة (EHA/96) الصادر في 1 آذار/مارس 1996.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (729) 2014

إلى أقصى الحدود، وهم مشغولون بصراع من أجل البقاء وتتكشف
مأساة إنسانية خطيرة ويستمر تدهور الوضع الغذائي للسكان بمعدل
مخيف ويتناول عدد كبير من العراقيين حالياً كمية من الغذاء تقل عما
يتناوله السكان في الاقطار الأفريقية التي تحل بها الكوارث⁽¹⁾.

إن التقارير الموثقة الصادرة عن الامم المتحدة والمنظمات الإنسانية،
أقرت بأن السكان المدنيين العراقيين ككل قد واجهوا الموت والجوع
والأزمة الطبية والرعاية الصحية، وإنهيار النظام التعليمي وغيرها من
النتائج المتعلقة بحق من حقوق الإنسان، ولقد أشارت منظمة(الفاو) في
تقريرها الصادر عام 1995، أن 20% من الشعب العراقي يعاني من نقص
غذائي حاد، وأن 30% من الأطفال دون سن الخامسة من العمر قد تعرضوا
إلى سوء التغذية والهزال المستمر والعوق الجسدي ونقص الوزن⁽²⁾.

ومن خلال إستطلاعنا عن الآثار السلبية التي أفرزتها العقوبات
الإقتصادية على العراق، نجد أن تأثيراتها لم تقتصر على الجانب
الإقتصادي والزراعي والصناعي والتجاري والخدمي فحسب، وإنما طالت
لتشمل أيضاً المؤسسات والمرافق الخدمية التي تتعامل مع رأس المال
البشري، أي أنها تعمل في مجال تنمية الموارد البشرية التي تعد هذه
المؤسسات إحدى أبرز علامات حقوق الإنسان في العراق، لأنها تعمل على
تزويد رأس المال البشري بكل مستلزمات تطوره وإدامته عبر الزمن. ومن
إحدى أهم مرافق الإهتمام برأس المال البشري هو قطاع التربية والتعليم
العالي، بإعتباره يهتم بتنمية الكفاءات والقدرات العلمية والمعرفية لدى
الإنسان⁽³⁾. فقد أثرت العقوبات الإقتصادية سلبياً على المستوى العلمي

- (1) نقلاً عن: جيف سيمونز، مرجع سابق، ص 11.
- (2) راجع: تقرير بعثة منظمة الـ (FAO) إلى العراق، الوثيقة - (FAO/RP-26/09/1995, p.3).
- (3) وصفت منظمة اليونسكو في تقريرها عام 1993، آثار الحرب والعقوبات الإقتصادية على نظام التعليم في العراق، بأنها ألحقت الضرر والخراب بحوالي 40% أو أكثر من (5500) مؤسسة تعليمية، إذ أن تلك العقوبات قد أدت إلى تعذر إستيراد المواد الضرورية لإصلاح الضرر وسد النواقص مالم تأت هذه المواد على شكل مساعدات إنسانية. وكذلك ليس بمقدور

(730) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

للطلاب وقابليتهم على إكمال الدراسة في المدارس والجامعات بسبب عدم توفر الجو الملائم للدراسة، حيث أن آثار العقوبات الاقتصادية على حياة الطلاب في العراق قد ظهرت بشكل ملحوظ تمثلت بإجبار العديد منهم على الدراسة بشكل متقطع، أو الإستغناء عن التعليم كلياً للبحث عن عمل لكسب الرزق بغية إعالة أفراد عوائلهم، حيث وصلت أعداد التاركين للدراسة للعام الدراسي 1994-1995 إلى حوالي 12.3%، ونسبة المؤجلين للسنة الدراسية ذاتها إلى حوالي 10.5%⁽¹⁾.

وفي الوقت الذي تشدد فيه العهود الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على تعزيز واجب إحترام حقوق الإنسان الأساسية، وجعل التعليم في مستوياته المختلفة متاحاً للجميع كما نصت على ذلك الفقرتين (ب، ج) من المادة (13) والفقرة (4) من المادة (15) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فلقد عكس نظام العقوبات الاقتصادية

التلاميذ تلبية احتياجاتهم المدرسية من الغذاء والملبس والكتب والورق. ويلاحظ أيضاً، تزايد عدد المتسربين من المدارس ليصل عام 1997-1998 إلى حوالي (122061) طالباً في مراحل التعليم العام، كما تسرب (26394) معلماً ومدرساً لنفس السنة بسبب تردي مستويات معيشتهم، حيث اضطرت هؤلاء المعلمين والمدرسين إلى العمل في مجالات أخرى خارج نطاق التعليم لكسب أموال لإعالة أسرهم. وحسب إحصائيات وزارة التربية والتعليم العراقية، كانت هناك حاجة لبناء (5132) مدرسة وصيانة (8613) مدرسة وإلى حوالي مليوني رحلة مدرسية و (1000) مختبر مدرسي، وأضافت الإحصائية أن إنفاق الحكومة العراقية على قطاع التعليم لعام 1998 يشكل عشر ما كان عليه قبل فرض العقوبات الاقتصادية عليه. نقلاً عن: الجمعية العراقية لحقوق الإنسان (فرع سوريا)، دراسة عن (الوضع الصحي والتعليمي للطفل العراقي خلال عشر سنوات 1991-2001)، المجلة العراقية لحقوق الإنسان، العدد (6)، تموز 2002، ص 37.

(2) Neama Faris, The Impact of Economic Sanctions on the Human Rights Situation in Iraq, papers presented at the International panel Discussion on “ Economic Sanctions and their Impact on Development” organized by the NGO committee on Development at the Vienna International center (United Nations) on 28 November 1996, within: Economic Sanctions and Development, Edited by: Hans Kochler, 1997, p.39.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (731)

الكثير من المساويء على الجانب التعليمي والتقني في العراق، التي تمثلت بـ (1):

- 1- إمتناع الدول عن التعاون العلمي مع العراق بذريعة إلزامها بتنفيذ قرارات مجلس الأمن.
- 2- عدم قدرة العراق على مواكبة التطورات الحاصلة في المجال العلمي والتقني، ورفض لجنة العقوبات إدخال كل ما يتعلق بضرورات التقدم العلمي من مراجع ومستلزمات البحث العلمي
- 3- هجرة الكفاءات العلمية (هجرة العقول) إلى الخارج بسبب تردي الأوضاع الإقتصادية، وترك الطلاب لمختلف المراحل الدراسية مقاعدهم من أجل تأمين الإحتياجات اليومية البيئية في ظل مثل هذه الظروف الصعبة.

وبصدد ظاهرة هجرة العقول، ذهبت بعض الدراسات إلى أن أكثر من (23) ألف باحث وعالم وأستاذ جامعي وطبيب متخصص ومهندس مرموق قد تركوا العراق في نهاية عام 1994 لينضموا إلى أكثر من (2.5) مليون آخرين يعيشون في الخارج، نسبة كبيرة منهم من حملة الشهادات العليا⁽²⁾. وإزاء إستمرار العقوبات الإقتصادية ضد العراق، وبعد أن كشفت العديد من التقارير التي أعدتها لجان الأمم المتحدة وبعثات مستقلة عن مدى معاناة الشعب العراقي من جراء تطبيق العقوبات الإقتصادية⁽³⁾، أصدر مجلس

- (1) طارق محمد طيب ظاهر الطائي، مرجع سابق، ص 137-138.
- (2) راجع: آثار الحصار، ورقة عمل متاح على العنوان الإلكتروني التالي:
<<http://www.Iraq4all.dk/Iraq/iraq10%2079aar.htm>> Last visited (22.03.2014)
- (3) ومنها على سبيل المثال: التقرير المقدم من قبل بعثة الأمم المتحدة برئاسة (صدرالدين أغا جان) إلى الأمين العام للأمم المتحدة بشأن الأوضاع الإقتصادية والإنسانية المتدهورة للشعب العراقي. حيث لاحظ السيد (صدرالدين أغا جان) أن العقوبات على العراق ستمتد إلى فترة طويلة وأن المساعدات عبر المنظمات الإنسانية المستقلة أخذة في التقلص، مما سيؤدي إلى تفاقم تدهور أوضاع العراقيين الذين يملكون إحتياطاً نفطياً كبيراً يجب إستغلاله في شراء الغذاء والدواء لهم بإشراف الأمم المتحدة. راجع: الوثيقة (S/22799) الصادر في 15 تموز/يوليو 1991.

(732) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الأمن القرارين (706 و 712) واللذين يسمحان للعراق بتصدير ما قيمته (1.6) مليار دولار من النفط كل ستة أشهر⁽¹⁾. ولكن في الحقيقة لم يكن إصدار هذين القرارين نتيجة الحرص الشديد للأمم المتحدة لتخفيف المعاناة عن السكان المدنيين في العراق، وذلك لأن مجلس الأمن أصدر القرار (706) وبصيغة مشابهة القرار (712) في ضوء التقرير الذي قدمه الأمين العام للأمم المتحدة إلى مجلس الأمن في 15 تموز/ يوليو 1991 الذي أكد فيه، أن الطريقة البالغة الوضوح لتغطية نفقات اللجنة الخاصة بمراقبة تنفيذ العقوبات الاقتصادية على العراق، وعمل الوكالة الدولية للطاقة الذرية تكون بالسماح للعراق ببيع كمية من نفطه⁽²⁾. وقد تضمن هذان القراران عدة شروط لم تحظَ بقبول النظام العراقي، على اعتبار أنها تشكل تجاوزاً على سيادة العراق⁽³⁾.

وبعد أن جاءت التأكيدات المستمرة من خلال العديد من التقارير التي إنهالت على الأمم المتحدة من قبل لجان الأمم المتحدة والبعثات المستقلة وضغط الرأي العام العالمي بصدد الوضع الإنساني المأساوي للسكان المدنيين العراقيين، اضطرّ مجلس الأمن في 14 نيسان/ أبريل عام 1995 إلى إصدار القرار (986) لمحاولة التخفيف من محنة الشعب العراقي الناجم عن النقص في الغذاء والدواء اللازم لإستمرار سير حياته، وعلى صيغة ما

(1) راجع الوثيقتين (S/Res/706) الصادر في 15/8/1991 ، (S/Res/712) الصادر في 19/9/1991.

(2) راجع: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المقدم إلى مجلس الأمن في الوثيقة (S/22684) في 15/7/1991.

(3) سمح القرارين (706 و 712) للعراق ببيع كمية من نفطه وفقاً للشروط التالية:

- 1- موافقة لجنة العقوبات على جميع عمليات البيع والشراء.
 - 2- يقوم المشتري بدفع المبلغ كاملاً في حساب إستئماني تفتحه الأمم المتحدة بإدارة الأمين العام.
 - 3- إشراف الأمم المتحدة ورصدها على عملية التوزيع.
- تقسيم المبلغ الناجم عن عملية البيع لسداد المدفوعات المناسبة لصندوق الأمم المتحدة للتعويضات، وتغطية تكاليف اللجنة الخاصة، ونصف تكاليف لجنة الحدود. راجع نص الوثيقتين (S/Res/706) و (S/Res/712).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (733)

عرف بـ (برنامج النفط مقابل الغذاء)، حيث سمح للعراق بموجب هذا القرار ببيع كمية من النفط بقيمة 2 مليار دولار كل ستة أشهر قابلة للتجديد، وهذا المقدار يزيد على ما حدده القراران (706 و 712)، وأكد القرار (986) على أن يتم وضع المبالغ المتحصلة من تلك المبيعات في حساب مصرفي خاضع لسيطرة الأمم المتحدة، ومن ثم إستقطاع 30% منه لدفع التعويضات و 15% منه تخصص للإحتياجات الإنسانية في المحافظات الشمالية الثلاثة (إقليم كردستان العراق)، وتخصيص 5-10% منه لعمليات الأمم المتحدة في العراق، وتخصيص ما لا يقل عن 5% لتغطية نفقات إصلاح وإدامة أنابيب النفط⁽¹⁾. وقد وافق العراق على هذا القرار في الأشهر الأولى من عام 1996، وفي 20 أيار/ مايو 1996 تم التوقيع على مذكرة التفاهم بشأن (النفط مقابل الغذاء) بين العراق والأمم المتحدة⁽²⁾.

- (1) راجع نص الوثيقة (S/Res/986) الصادر في 14/4/1995.
- (2) راجع نص مذكرة التفاهم (النفط مقابل الغذاء) الموقع بين العراق والأمم المتحدة في الوثيقة (S/1996/356) في 20/5/1996. وبمقتضى هذه المذكرة، كان على العراق أن يقدم خطته لتوزيع الغذاء والدواء للمرحلة الأولى من تطبيق (برنامج النفط مقابل الغذاء)، وقد قدمها فعلاً بعد مرور شهر من توقيع الاتفاقية، حيث تضمنت الخطة أرقاماً تحدد حجم الحاجات التي يفتضيها البلاد في القطاعات المعنية بعملية توزيع الغذاء والدواء. وقد تبين أن المبلغ المخصص لسد حاجات السكان في العراق من الغذاء والدواء في ضوء مذكرة التفاهم والذي يتوقع أن يكون (1350) مليون دولار، لا يغطي إحتياجات البلاد حسب خطة التوزيع التي قدمتها الحكومة العراقية، فكانت هناك في الخطة إحتياجات أخرى لإشباع النواقص في القطاعات الأخرى. حيث ذكرت الخطة، بأنه إضافة إلى مبلغ (850) مليون دولار المخصص للغذاء (210) مليون دولار المخصص للدواء، فإن عملية إعداد قطاع المياه والمجاري وخدمات الصحة تتطلب (510) ملايين دولار، بينما خصصت لها الخطة (44.2) مليون دولار. أما بخصوص أنظمة توليد وتوزيع الطاقة الكهربائية، فإن عملية إعادة تأهيلها تحتاج إلى (368) مليون دولار، غير أن المخصص في الخطة لم يصل (50) مليون دولار. وقدرت الخطة الحاجة في القطاع التعليمي - عدا التعليم العالي - بـ (130) مليون دولار، بينما لم تخصص لها الخطة سوى (27.15) مليون دولار. = أما فيما يتعلق بالمعدات والتجهيزات ذات العلاقة بتصدير النفط ومنتجاته، فإنها تتطلب (300) مليون دولار، في حين خصصت لها الخطة (24) مليون دولار. راجع في ذلك: د. مصطفى الأنصاري، العراق والأمم المتحدة (1997-1990)، بنك المعلومات

(734) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وقد بدأ ضخ النفط العراقي حسب مذكرة التفاهم للمرحلة الأولى في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1996⁽¹⁾.

وبعد أن جدد مجلس الأمن برنامج (النفط مقابل الغذاء) للمرحلة الثالثة بموجب القرار رقم (1143) الصادر في 4 كانون الأول/ديسمبر 1997، طلب من الأمين العام للأمم المتحدة في القرار ذاته بتقديم تقرير عن الوضع المعيشي والصحي والغذائي للسكان في العراق، وفي ضوء ذلك، قدم الأمين العام تقريره إلى مجلس الأمن في 1 شباط/ فبراير 1998، وتضمن التقرير عدداً من الاقتراحات لتحسين أعمال المشرفين على تسليم البضائع، والتوصية بتعزيز الحصص التموينية بإضافة أسعار حرارية إضافية وبروتين حيواني وإقترح زيادة مبيعات النفط من (2) مليار دولار إلى (5.2) مليار دولار لتغطية إحتياجات السكان في العراق في المجالات الحياتية المختلفة، ويبقى منها (3.4) مليار دولار بعد الإستقطاعات، إضافةً إلى التوصية بالإسراع في الموافقة على العقود وعدم عرقلة تنفيذها من قبل لجنة العقوبات⁽²⁾.

إلاً أننا نرى، بأنه رغم كون صفقة (النفط مقابل الغذاء) خطوة إيجابية نحو تخفيف المعاناة والألام عن الشعب العراقي، إلا أنها لم تعالج الإنهيار الإقتصادي والإجتماعي الذي حلّ بالبلاد وما أعقب ذلك من ظهور حالات البطالة وتمزق الحياة العائلية نتيجة إرتفاع معدلات الجريمة، والعنف

العراقي، 1998، ص43-44. وللإطلاع على نص مذكرة التفاهم، راجع: المجلة العراقية لحقوق الإنسان، تصدرها الجمعية العراقية لحقوق الإنسان (فرع سوريا)، العدد (4)، تموز 2001، ص174-185. عايدة العلي سزي الدين، الحرب الباردة في الخليج الساخن، شركة بيسان للنشر والتوزيع، خالي من مكان النشر، بلا سنة طبع، ص543-554.

(1) مشار إليه لدى: تقرير اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعنوان (العراق بعد عقد من الحصار)، المجلة العراقية لحقوق الإنسان، الجمعية العراقية لحقوق الإنسان (فرع سوريا)، العدد 2، تموز/ يوليو 2000، ص144.

(2) لمزيد من التفصيل، راجع: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المقدم إلى مجلس الأمن في 1/2/1998. الوثيقة (S/1998/90). المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

< <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/1998/090&Lang=A> > Last visited (24.03.2014).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (735)

الإجتماعي، والرشوة والانتحار والسرقعة، وجنوح الأحداث وغيرها من الظواهر السلبية، وكذلك لم تحد من إنتشار الأمراض في العراق، فهي حلت جزءاً من المشكلة أو المعاناة وليس كلها.

ويذكر أنه على الرغم من وضوح الفقرات التي تضمنها القرار (986) فإن عدداً من الصياغات للفقرات في مذكرة التفاهم تتصف بالغموض بسبب المفاوضات الصعبة والمعقدة بين الأمانة العامة للأمم المتحدة والحكومة العراقية للتوقيع عليها، مما ترك باب التفسير والاجتهاد مفتوحاً وبالتالي جعل الاختلاف قائماً عند التنفيذ، ومما زاد الأمر سوءاً إستغلال القرار لتحقيق أهداف سياسية بعيدة عن الأهداف الإنسانية التي أُخذ من أجلها أصلاً⁽¹⁾.

وفي هذا السياق، ذهب المنسق السابق لبرنامج النفط مقابل الغذاء، الهولندي (هاليداي) الذي إستقال من منصبه في تموز/يوليو عام 1998 بسبب الضغوط التي تعرض لها أثناء تنفيذ البرنامج، إلى وصف هذا البرنامج بقوله أن " برنامج النفط مقابل الغذاء هو برنامج فاشل، أريد به تكريس الحصار، فهو لا يحقق الكفاية من الغذاء للمواطن العراقي، كما أن الجزاءات ما هي إلا حرب غير معلنة ضد العراق عن طريق الأمم المتحدة"⁽²⁾.

وأكدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في التقرير الذي نشرته في كانون الأول/ديسمبر عام 1999، أن العقوبات الإقتصادية كان لها تأثير واضح ومدمر على حياة السكان المدنيين في العراق، وأن برنامج النفط مقابل الغذاء رغم تخفيفه من معاناة الشعب العراقي، فإنه لم يحل دون وقوع إنهيار وتفاقم نظام الخدمات الصحية وتدهور إمدادات المياه، الأمر الذي يشكل تهديداً خطيراً ومؤثراً على صحة السكان المدنيين الأبرياء وسلامتهم⁽³⁾.

(1) عايذة العلي سرّي الدين، الحرب الباردة في الخليج الساخن، مرجع سابق، ص305.

(2) نقلاً عن: طارق محمد طيب ظاهر الطائي، مرجع سابق، ص100.
(3) مشار إليه لدى: الجمعية العراقية لحقوق الإنسان (فرع سوريا)، دراسة عن (الوضع الصحي والتعليمي للطفل العراقي خلال عشر سنوات

(736) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وكذلك جاء في تقرير البعثة المشتركة لمنظمة الأغذية والزراعة وبرنامج الغذاء العالمي لتقييم الوضع الغذائي والزراعي في العراق عام 1997، أنه في الوقت الذي يساهم برنامج النفط مقابل الغذاء في زيادة حجم الإمدادات الغذائية، وما يجب أن ينطوي عليه في تحسين حالة التغذية بالنسبة للشعب العراقي، فإن البعثة لاحظت ظاهرة سوء التغذية المستشرية على نطاق واسع، علاوةً على تردي الوضع التغذوي في البلاد بشكل عام، من جراء نقص الإمدادات الغذائية التي تعرضت لها البلاد نتيجة العقوبات الاقتصادية. وأوضحت البعثة، أنه خلال الفترة بين عام 1991-1997 تم فعلاً تفادي وقوع كارثة في جنوب ووسط العراق بفضل حصص التموين التي وفرتها الحكومة العراقية، أما في مناطق (إقليم كردستان العراق)، فالفضل يعود للمعونة الغذائية التي وفرها برنامج الغذاء العالمي والعديد من المنظمات غير الحكومية، وأضافت البعثة في تقريرها، أنه بالرغم من التحسن في إمدادات الأغذية بشكل عام في العراق في أعقاب تنفيذ قرار مجلس الأمن الدولي رقم (986)، فإن سوء التغذية أضحى يشكل مشكلة خطيرة في جميع أنحاء العراق. ووصفت البعثة أيضاً، بأن المبالغ المخصصة لتوريد المدخلات الزراعية الضرورية غير كافية إلى حد بعيد بالمقارنة مع متطلبات التأهيل والاستثمار للقطاع الزراعي⁽¹⁾.

وبرأيها، أن عدم تحقيق برنامج النفط مقابل الغذاء لغاياته في وسط وجنوب العراق يعود إلى محاولات النظام العراقي في إحباط التطبيق الفعّال للبرنامج لضمان احتفاظه بسلاح سياسي في يديه وهو القدرة على تحشيد الدعم الدولي ضد نظام العقوبات الاقتصادية على أساس تأثيره في الشعب

1991-2001)، المجلة العراقية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 34-35.

(1) راجع: تقرير البعثة المشتركة لمنظمة الأغذية والزراعة وبرنامج الغذاء العالمي حول تقييم الوضع الغذائي والزراعي في العراق في البيان الصحفي رقم (9741) في 10 تشرين الأول/ أكتوبر 1997. المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<<http://www1.fao.org/ar-cp/press/PRESSENG/Pren97041.htm>> Last visited (25.03.2014).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (737)

العراقي. ودليلنا على ذلك، هو أن الوضع في إقليم كردستان العراق)، رغم وقوعه تحت نوعين من العقوبات، أحدهما دولي، والآخر من قبل النظام العراقي البائد، قد إتسم بتحسن أكثر فاعلية جراء تطبيق برنامج النفط مقابل الغذاء. ويعزى أسباب نجاح برنامج النفط مقابل الغذاء في إقليم كردستان إلى عدة عوامل رئيسية من أهمها(1):

- 1- كانت لإدارة الأمم المتحدة البرنامج الإنساني في إقليم كردستان ميزة واضحة، وكان هناك تنسيق وثيق بين إدارة البرنامج والعملية التي تمت بموجبها الموافقة على المشاريع والعقود، إضافة إلى أن توزيع الأغذية والأدوية كانت أكثر فعالية في حال وصولها إلى الإقليم.
 - 2- الموقع الجغرافي لإقليم كردستان العراق، إذ أن الحدود الطويلة مع الدول المجاورة وعدم رغبة تلك الدول في منع المواد من الوصول إلى مناطق إقليم كردستان العراق، قد ساعدت في قيام تجارة واسعة.
 - 3- كانت قاعدة الموارد في إقليم كردستان أكثر ملاءمة لمواجهة العقوبات الاقتصادية، إذ أن نسبة مهمة من أراضي العراق الصالحة للزراعة تقع في إقليم كردستان، وخصوصاً فيما يتعلق بزراعة قمح الدقيق. كما يعتمد القطاع الزراعي في إقليم كردستان على سقوط المطر أكثر من وسط وجنوب العراق. وبذلك فقد أثرت إستيرادات برنامج النفط مقابل الغذاء ومنها قمح الدقيق وتوزيعها على سكان إقليم كردستان، على أسعار السوق المحلية، بحيث كانت الحصة التموينية الشهرية من الدقيق كافية إلى حد ما للسكان بحيث لا يشترون كميات كبيرة من السوق المحلية.
- ويمكننا أن نضيف عاملاً آخر إلى العوامل أعلاه التي ساهمت في تفعيل برنامج النفط مقابل الغذاء في إقليم كردستان، وهو ما لعبته

(1) للمزيد من التفصيل راجع: تيم نبلوك، مرجع سابق، ص 108-111.

(738) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

حكومة الإقليم من دور مميز في تسهيل مهام الوكالات التي تعمل في إطار الأمم المتحدة والمعنية بتنفيذ برنامج النفط مقابل الغذاء، والتعاون معها من أجل أداء وتنفيذ نشاطاتها بأحسن وجه.

وقد إنتهى العمل ببرنامج النفط مقابل الغذاء بشكل رسمي في 21 تشرين الثاني/ نوفمبر عام 2003.

وهكذا لم تترك العقوبات الاقتصادية أية فئة من سكان العراق إلا وشملتها بآثارها المفجعة، وبالتالي تحولت، كما يرى البعض⁽¹⁾، من وسيلة يستعان بها لتحقيق أمر حفظ السلم والأمن الدوليين إلى عقاب جماعي لشعب بأكمله. وبطبيعة الحال، يمكننا أن نربط ما بين العقوبات الاقتصادية وحقوق الإنسان، ونقول بأن سياسة العقوبات الاقتصادية إستهدفت الإنسان العراقي الأعزل، ولم تؤذ رجال الحكم وأعدائه، حيث نجد أن العقوبات الاقتصادية التي فرضت على العراق قد تركزت على حظر إستيراد المواد الغذائية، وحظر تصدير النفط. ففيما يتعلق بحظر إستيراد المواد الغذائية، فقد أدى إلى إلحاق الضرر بالدرجة الأساس بالسكان المدنيين الأبرياء في العراق نتيجة النقص الحاد الحاصل في الغذاء والدواء، إلا أن تلك العقوبات كانت أقل فعالية في التأثير على النظام الحاكم، نتيجة إحتفاظه لنفسه ولرجال المقربين بالمواد الغذائية دون أن ينقصهم شيء، وقد أخذت الأجهزة الشعب العراقي في قبضتها الصارمة من خلال توزيع الحصص التموينية، وبذلك تحول النظام – مستغلاً مأساة شعبه- إلى ضحية في الإعلام العالمي بعد أن كان الجاني، وعلى المستوى المادي إستغل لصالحه النفط المهرب الذي لم تصب عائداته في ميزانية الدولة بل ذهبت إلى جيوب الرئيس وأبنائه وحاشيته، ونستدل على ذلك، بأن فترة سريان العقوبات الاقتصادية على العراق قد

(1) راجع: د. نزار جاسم العنكي، سلطة مجلس الأمن في توقيع جزاءات الفصل السابع وتقدير إستخدامها في تطبيق الجزاءات الاقتصادية في حالة العراق، بحث منشور في مجلة الحقوق، مطبعة الزمان، بغداد، العراق، الأعداد 1-4، 1997، ص41.

شهد تزايد ملحوظ في بناء القصور للنظام الحاكم التي بلغت تكلفتها ملايين الدولارات.

أما فيما يتعلق بالحظر على الصادرات النفطية، نجد أنه قد اتسم بفاعلية فائقة في الضغط على العراق، وأضرّ به ضرراً بليغاً من ناحية الإنهيار الكبير الذي حلّ بإقتصاده. وتعزى أسباب تحقيق العقوبات الاقتصادية لهذه الفعالية بالنسبة للحظر على تصدير النفط إلى ما يأتي⁽¹⁾:

- 1- تضامن جميع الدول في تنفيذ هذه العقوبات بشكل يحكم قبضة المنظمة الدولية للأمم المتحدة على العراق.
- 2- اعتماد العراق بشكل كبير على الصادرات النفطية في دخله القومي، مما أدى إلى إختلال توازنه الإقتصادي في وقت قصير من فرض العقوبات الاقتصادية عليه.
- 3- اعتماد العراق الكبير على الواردات في تأمين الإحتياجات الغذائية والصحية للشعب، فلم تكن للدول أيّة محاولات لتحقيق إكتفاء ذاتي غذائي، وقد أوقفت العقوبات الاقتصادية 90% من هذه الواردات.

وفيما يتعلق بتحديد الجهة التي تتحمل مسؤولية كل هذه الإنتهاكات لحقوق الإنسان في العراق من جراء تنفيذ العقوبات الاقتصادية، نرى أن المسؤولية الأولى تقع بكل وضوح على عاتق النظام البائد الذي تسبب في فرض تلك العقوبات وإطالة أمدّها على نحو إشتدت معها تأثيراتها على كاهل الشعب العراقي، وذلك نتيجةً لإنتهاج النظام لسياسات متغيرة وغير منضبطة بشكل لا يوحى بالثقة الدائرة بين الرفض والقبول لقرارات الأمم المتحدة، إذ أن رفع تلك العقوبات كان مرهوناً بالتطبيق الكامل لقرارات مجلس الأمن من جانب النظام العراقي. لذلك ينبغي على المجتمع الدولي والتنظيم الدولي والقانون الدولي أن يضع قيوداً ملزمة تحول دون وقوع مثل تلك الإنتهاكات أو على

(1) Richard Falk, *International Law and Collective Security*, Columbia Journal of International Law, vol. 29, 1991, pp.506-508.

الأقل منع تكرارها. إلا أن ذلك كما يرى البعض⁽¹⁾ من الفقهاء، لا يعفي الأمم المتحدة من تحمل جزء من المسؤولية عن إنتهاك حقوق الإنسان في العراق من جراء تطبيقها للعقوبات الإقتصادية ضده، وذلك لإستمرارها في السير على تنفيذ تلك العقوبات رغم إدراكها للمعاناة الإنسانية للشعب العراقي، بحيث أصبح السكان المدنيون وخصوصاً الأطفال فريسة تلك العقوبات ومن أولى ضحاياها.

ومن كل ماتقدم يتضح، أن العقوبات الإقتصادية التي فرضت على العراق لأكثر من عقد من الزمن قد أدت إلى نتائج مخيفة في جميع مجالات الحياة العامة الإقتصادية والصحية والبيئية والإجتماعية والتعليمية، بشكل تعمقت معها مظاهر الترددي إلى الحد الذي أفقد المجتمع العراقي سمات المجتمع المتحضر والتماسك.

المطلب الثاني

أثر العقوبات الدولية الإقتصادية على حقوق الأطفال في العراق
لقد مست ولاحقت آثار العقوبات الإقتصادية الشاملة التي طبقت على العراق جميع الشرائح الإجتماعية، ولم تترك أي قطاع من القطاعات الإنتاجية أو الخدمية من دون أن توقع به الدمار، إلا أن وقعها يعتبر كارثياً بالنسبة للشرائح الضعيفة من السكان وخاصة الأطفال، حيث أن العقوبات الإقتصادية تكون أشد وطأة على هذه الفئة بالمقارنة مع الفئات الإنسانية الأخرى، ذلك أن تأثيرات النقص الحاد في الغذاء والدواء، والمستلزمات الأساسية للحياة والمصاعب الإقتصادية، تنصب بسرعة على الأطفال لعجزهم عن المقاومة في مثل هذه الظروف الصعبة.

وقد حظي حقوق الطفل وحماتها بإهتمام بالغ وامتزaid على الصعيد الدولي، بإعتبارها نقطة الإنطلاق والقاعدة الأساسية للتعامل مع حقوق الإنسان، وقد تجسد هذا الإهتمام في وجود تنظيم دولي لرعاية وحماية الطفولة من خلال إقرار العديد من الإتفاقيات والإعلانات الدولية الخاصة

(1) Hans Kochler, The United Nations sanctions policy and International law, op.cit, p.29.

بحقوق الطفل من أجل إرساء قواعد ومبادئ وممارسات قانونية ذات طبيعة إلزامية والتي تهدف إلى حماية وتثبيت حقوق الاطفال على نحو تجعل من تلك القواعد أمرة وتشكل جزءاً من القانون الدولي التي تتحمل جميع المؤسسات الدولية مسؤولية إحترامه والإلتزام به وتنفيذ أحكامه، وأن عدم التقيّد بهذه القواعد يولد مسؤولية دولية على الجهة التي تنتهك أحكام تلك الإتفاقيات⁽¹⁾، ولعل السبب قد يعزى إلى التفكك والتحلل اللذين أصابا المجتمعات الحديثة والأسرة كأثر للتطور الحضاري والتقدم الصناعي، حيث حثّماً على المشرع الدولي لإصدار مثل هذه الإتفاقيات والإعلانات المتعلقة بحماية حقوق الأطفال.

(1) بدأ إهتمام المواثيق الدولية بحقوق الطفل منذ عام 1924 حينما أقرت عصبة الأمم في 26 أيلول/ سبتمبر عام 1924 (إعلان جنيف الخاص بحقوق الطفل). راجع: غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق الطفل في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة- قسم القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق، 2001، ص21. بينما يرجع إهتمام منظمة الأمم المتحدة بحقوق الطفل إلى عام 1946 عندما أقر المجلس الإقتصادي والإجتماعي من خلال اللجنة الإجتماعية المؤقتة التابعة لها بأن أحكام إعلان حقوق الطفل الصادر في جنيف عام 1924 والذي تم إصداره من قبل عصبة الأمم ينبغي أن تكون لها صفة إلزامية لشعوب العالم في ذلك الوقت كما كانت أحكام ذلك الإعلان ملزمة لها في عام 1924، وقد تم تأسيس صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة(اليونيسيف). راجع: د. عبدالكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، ج3، حقوق الإنسان، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص175. وفي سنة 1948 تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، فقد خصص هذا الإعلان الفقرة الثانية من المادة الخامسة والعشرين للأمومة والطفولة. وفي سنة 1949 تم وضع إتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب، حيث تم تقسيم الأطفال وفقاً لهذه الإتفاقية في عدة مواد منها إلى ثلاث فئات من حيث السن طبقاً لنوع الرعاية والحماية التي تقرها الإتفاقية لكل فئة من هؤلاء الأطفال. وفي سنة 1959 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة (إعلان حقوق الطفل) بموجب القرار 1386(د-14) المؤرخ في 20/تشرين الثاني/1959 بغية تمكين الطفل من التمتع بالحقوق والحريات المقررة في هذا الإعلان. وفي عام 1989 إعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إتفاقية حقوق الطفل.

(742) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وقد عرفت المادة(1) من إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 الطفل بقولها (يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، مالم يبلغ من الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه).

إلّا أننا نوجّه النقد إلى الإتفاقيات المتعلقة بحماية حقوق الأطفال لكونها تفتقد للآليات المتعلقة بكيفية تطبيق عنصر الإلزام فيها، لذلك لم نلمس أية فعالية على هذه الإتفاقيات من حيث وضع تلك القواعد موضع التنفيذ والضغط على كافة أعضاء المجتمع الدولي من أجل وقف انتهاكاتها لحقوق الأطفال وخصوصاً في ظل تطبيق نظام العقوبات الإقتصادية بحق الدولة المخالفة لقواعد القانون الدولي العام، حيث نجد أن العقوبات الإقتصادية التي فرضتها منظمة الأمم المتحدة ضد العراق جاءت بشكل منافي للإتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الأطفال.

ففي شباط عام 1993 كلفت منظمة اليونيسيف (إريك هوسكنز) الخبير في الصحة العامة في هارفرد، بإعداد تقرير عن "تأثير الحرب والعقوبات في النساء والأطفال العراقيين"، حيث إنتهى التقرير بالقول " أن العقوبات مالم تطبق على نحو يحمي المدنيين، فإنها قد تعرض للخطر أفراد المجتمع الأضعف، ولاسيما الأطفال والنساء"⁽¹⁾.

والعقوبات الإقتصادية تفضي في الغالب إلى تقاوم الوضع الإنساني في البلد الهدف وتؤثر بشكل كبير على الأطفال بل وتحرمهم من أهم حقوقهم ولاسيما حقهم في الحياة والصحة والتعليم. ونقوم ببيان آثار تلك العقوبات على هذه الحقوق للأطفال العراقيين من خلال تحديد مدى مخالفتها لما أقرته إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 من مواد بشأن حماية وتأمين حقوق الأطفال، كونها تعتبر من أهم الإتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الأطفال التي إعتمدتها الأمم المتحدة وحصلت على مصادقة غالبية الأعضاء عليها⁽²⁾.

(1) مشار إليه لدى: جيف سيمونز، مرجع سابق، ص138.
(2) إعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الإتفاقية في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989 وقد أصبحت نافذة منذ 2 أيلول/ سبتمبر 1990.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (743)

ونستعرض تباعاً تأثير العقوبات الاقتصادية التي فرضت على العراق على أهم الحقوق المقررة للأطفال بمقتضى إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

أولاً: أثر العقوبات الاقتصادية على حق الطفل في الحياة بالنسبة لحق الطفل في الحياة، نصت المادة (6) من إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 على أنه: (1-تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقاً أصيلاً في الحياة. 2-تكفل الدول الاطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه).

إن الإمعان في أثر العقوبات الاقتصادية على حقوق الطفل في العراق، يظهر أن ما تعرض له أطفال العراق يتعارض تماماً مع النص المتقدم، ويعد إنتهاكاً لحق الطفل في الحياة، إذ يلاحظ أن فترة فرض هذه العقوبات بالمقارنة مع الفترات الأخرى، قد شهدت زيادة ملحوظة في معدل

راجع: د. عبدالكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، ج3، حقوق الإنسان، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص178. وتحوي الإتفاقية بالإضافة إلى الديباجة على (54) مادة، وتنقسم هذه الإتفاقية إلى ثلاثة أجزاء، الأول منها تشتمل على إحدى وأربعين مادة، تناولت حقوق الطفل من جميع الجوانب كحقه في الاسم والجنسية والهوية وحرية الفكر والرأي والدين وحقوقه العائلية وحقه في الصحة والتعليم وفي الضمان الإجتماعي ومنع الإساءة إليه وحمايته من جميع أنواع الإستغلال كما تحمي الإتفاقية الأطفال المحرومين من البيئة العائلية والأطفال العاملين والمعوقين.. إلخ من الحقوق، أما الجزء الثاني فيشتمل على أربع مواد (42-45) تبين الأولى منها كيفية نشر مبادئ الإتفاقية وأحكامها، وتبين الثانية كيفية إنشاء اللجنة الخاصة لحقوق الطفل ووظائفها، وتبين الثالثة كيفية وضع الدول الأطراف تقارير عما تقوم به من تدابير بتطبيق حقوق الطفل ونتائج هذا التطبيق، وتبين الرابعة طرق عمل اللجنة، وأما الجزء الثالث من الإتفاقية، فيشتمل على تسع مواد (46-54)، تبين كيفية التوقيع على الإتفاقية والتصديق عليها والإلتزام إليها وبدء نفاذها وتعديلها والتحفظات عليها والإسحاب منها ومن تودع لديه والنصوص ذات الحجية، أي اللغات المعتمدة، وهي الإسبانية والإنكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية. راجع: نصوص إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989. على العنوان الإلكتروني التالي:

(Last visited <<http://www.alhosanilaw.net/etfaqeyathqooqtefl.html>> 27.03.2014).

وفيات الأطفال، حيث وفقاً للإحصائيات التي أجرتها منظمة اليونيسيف بالتعاون مع الحكومة العراقية ومنظمة الصحة العالمية، ونشرتها في آب/ أغسطس عام 1999، فإن معدل وفيات الأطفال حديثي الولادة قد تضاعفت خلال سنوات سريان العقوبات الاقتصادية التي سبقت إصدار هذه الإحصائية وخاصةً في وسط وجنوب العراق الذي يعيش فيه غالبية سكان العراق⁽¹⁾.

ثانياً: أثر العقوبات الاقتصادية على حق الطفل في الصحة
فيما يتعلق بحق الطفل في الصحة، فقد أشارت الفقرتان (1، 2/أ، ب، ج) من المادة (24) من إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 إلى مايلي:
" 1- تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل

(1) حيث ارتفع معدل وفيات الأطفال تحت سن الخامسة من (56) حالة لكل (1000) ولادة خلال الأعوام (1984-1989) إلى (131) حالة لكل (1000) ولادة خلال الأعوام (1994-1999)، وزادت الوفيات لدى الأطفال دون السنة من عمرهم وانتقلت معدلاتها من (47) حالة لكل (1000) ولادة إلى (108) حالة لكل (1000) ولادة، وأضافت المنظمة في إحصائيتها، أن معدل الوفيات بين الأطفال في إقليم كردستان العراق، والذين هم تحت سن الخامسة من العمر قد انخفض من (80) حالة وفاة لكل (1000) ولادة خلال الأعوام (1984-1989) إلى (72) حالة وفاة لكل (1000) ولادة خلال الأعوام (1994-1999)، بعد أن كان قد ارتفع إلى (90) حالة لكل (1000) ولادة خلال الأعوام (1990-1994). وقد عزى المدير التنفيذي لمنظمة اليونيسيف في ذات التقرير، حالة التناقض في نسبة وفيات الأطفال بين وسط وجنوب العراق من ناحية وبين مناطق إقليم كردستان العراق، إلى أن الكثير من المنظمات الدولية قد ساهمت في إرسال الكثير من المساعدات الإنسانية إلى مناطق إقليم كردستان بعد إنتهاء حرب الخليج الثانية، مقارنة مع المساعدات الإنسانية التي بدأت تصل وسط وجنوب العراق بعد نيسان 1996، أي بعد موافقة العراق على برنامج النفط مقابل الغذاء. راجع: الجمعية العراقية لحقوق الإنسان (فرع سوريا)، تقرير عن (الوضع الصحي والتعليمي للطفل العراقي خلال عشر سنوات 1991-2001، المجلة العراقية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص35.

الصحي. وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه.

2- تتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملاً وتتخذ، بوجه خاص، التدابير المناسبة من أجل:

أ- خفض وفيات الرضع والأطفال.

ب كفالة توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمين لجميع الأطفال مع التشديد على تطوير الرعاية الصحية الأولية.

ج- مكافحة الأمراض وسوء التغذية حتى في إطار الرعاية الصحية الأولية، عن طريق أمور منها تطبيق التكنولوجيا المتاحة بسهولة وعن طريق توفير الأغذية المغذية الكافية ومياه الشرب النقية، أخذاً في إعتبارها أخطار تلوث البيئة ومخاطره".

يتضح لنا ، أن واقع حياة الأطفال في العراق في ظل نظام العقوبات الاقتصادية عكست تماماً ما تضمنته المادة (24) من حقوق، حيث تشير أغلب الدراسات والتقارير إلى أن السبب المباشر لإرتفاع نسبة وفيات الأطفال في ظل تطبيق العقوبات الاقتصادية يكمن في الأمراض وسوء التغذية والنقص الحاد من الخدمات الصحية، وولادة الأطفال بأوزان ناقصة نتيجة إصابة الأمهات بأمراض فقر الدم⁽¹⁾. فقد ذكرت منظمة اليونيسيف في إحصائية أجرتها في تشرين الثاني/ نوفمبر عام 1997، أن ثلث أطفال العراق الذين هم دون سن الخامسة من العمر مصابون بسوء التغذية المزمنة، وترتفع هذه الحالة بنسبة 72% منذ عام 1991⁽²⁾. وفي شباط/ فبراير عام 1999، أعطت منظمة (برنامج الغذاء العالمي)، الأولوية لمعالجة موضوع سوء التغذية، حيث خصصت مبلغ قدره (21) مليون

(1) د. عقيلة الهاشمي، مسؤولية المجتمع الدولي بموجب إتفاقية حقوق الطفل (1989) وأثار الحصار على أطفال العراق، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد 3، بغداد، 2002، ص 47.

(2) مشار إليه لدى: الجمعية العراقية لحقوق الإنسان (فرع سوريا)، تقرير عن (العراق بعد عقد من الحصار)، المجلة العراقية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 136.

(746) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

دولار لمساعدة أكثر من مليون مواطن عراقي يعانون من نقص في المواد الغذائية ونقص في مياه الشرب، بالإضافة إلى (200.000) طفل يعانون من سوء التغذية (تحت سن الخامسة)، وهؤلاء الأطفال لم يشربوا مياه نقية منذ ولادتهم⁽¹⁾.

وكذلك لاحظت مصادر اليونيسيف بحسب بياناتها، بأن (4500) طفل عراقي يموتون كل شهر من جراء المجاعة وتفشي الأمراض بسبب العقوبات الاقتصادية⁽²⁾.

وهكذا، فقد تسببت العقوبات الاقتصادية، على مر سنواتها، في إرتفاع معدلات الوفيات لدى الأطفال في العراق وظهور أمراض كانت مختفية أو كادت أن تختفي منه، إذ نجد أن الأمراض الإنتقالية قد فاقت معدلات الإصابة بها بعد فرض تلك العقوبات، والجدول أدناه يبين لنا مدى تأثير العقوبات الاقتصادية على تزايد الإصابة بالأمراض الإنتقالية، من خلال المقارنة بين عامي (1989-1999)⁽³⁾:

اسم المريض	عدد الحالات عام 1989	عدد الحالات عام 1999
1 الخناق	96	142
2 السعال الديكي	368	466
3 الحصبة الألمانية	514	4127
4 النكاف	9639	25554
5 الكوليرا	صفر	2398
6 التايونيد	1812	133925

(1) نقلاً عن: الجمعية العراقية لحقوق الإنسان (فرع سوريا)، تقرير عن (العراق بعد عقد من الحصار)، مرجع سابق، ص 136-137.

(2) مشار إليه لدى: د. نزار جاسم العنكي، سلطة مجلس الأمن في توقيع جزاءات الفصل السابع وتقدير إستخدامها في تطبيق الجزاءات الاقتصادية في حالة العراق، مرجع سابق، ص 39.

(3) راجع في ذلك: د. بسوسن شاكر الجبلي، بحث بعنوان (أثر الحصار الاقتصادي على الجوانب الصحية للأطفال في العراق)، المتاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<http://www.arabpsynet.com/archives/op/OP.Jalabi_embargo.htm> Last visited (28.03.2014).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (747)

535140	73416	الجيارديا	7
609920	19615	الزحار الأميبي	8
13150	1816	التهاب الكبد الفيروسي	9
744	419	الحمى السوداء	10
7083	2464	حمى مالطا	11

وهكذا نجد، أنه رغم ما أكدته المادة (24) من إتفاقية حقوق الطفل، إلا أن العقوبات الإقتصادية المفروضة التي فرضت على العراق كانت لها الأثر الكبير على صحة وبيئة الطفل مما أدى إلى تفاقم الأزمات الصحية وازدياد نسبة الأمراض المختلفة والولادات المشوهة والتلوث البيئي وغيرها.

ثالثاً: أثر العقوبات الإقتصادية على حق الطفل في التعليم وفيما يتعلق بحق الطفل في التعليم، فقد أكدت المادة (28) من إتفاقية حقوق الطفل على هذا الحق من خلال النص على أنه:

" 1- تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم، وتحقيقاً للإعمال الكامل لهذا الحق تدريجياً وعلى أساس تكافؤ الفرص، تقوم بوجه خاص بما يلي:

- أ- جعل التعليم الإبتدائي إلزامياً ومتاحاً مجاناً للجميع.
- ب- تشجيع تطوير شتى أشكال التعليم القانوني، سواء العام أو المهني، وتوفيرها وإتاحتها لجميع الأطفال، وإتخاذ التدابير المناسبة مثل إدخال مجانية التعليم وتقديم المساعدة المالية عند الحاجة إليها.
- ج- جعل التعليم العالي بشتى الوسائل المناسبة، متاحاً للجميع على أساس القدرات.
- د- جعل المعلومات والمبانيء الإرشادية التربوية والمهنية متوفرة لجميع الأطفال وفي متناولهم.
- هـ- إتخاذ تدابير لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات ترك الدراسة.

2- تتخذ الدول الأطراف كافة التدابير المناسبة لضمان إدارة النظام في المدارس على نحو يتمشى مع كرامة الطفل الإنسانية ويتوافق مع هذه الإتفاقية.

3- تقوم الدول الأطراف في هذه الإتفاقية بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي في الأمور المتعلقة بالتعليم، وبخاصة بهدف الإسهام في القضاء على الجهل والامية في جميع أنحاء العالم وتيسير الوصول إلى المعرفة العلمية والتقنية وإلى وسائل التعليم الحديثة، وتراعى بصفة خاصة إحتياجات البلدان النامية في هذا الصدد."

إن ما تدعو إليه المادة (28) من حقوق يتمتع بها الأطفال لاتجد أية أهمية أو وجود في ظل تطبيق العقوبات الإقتصادية بشكلها الحالي وفي العديد من الحالات في البلد الهدف، إذ نجد أن تأثير تلك العقوبات يبرز جلياً وبشكل ملحوظ على الجانب التعليمي للأطفال، ويكمن ذلك التأثير في إنخفاض إنخراط الأطفال في المدارس، أو تركهم المدارس وعدم مواصلة الدراسة، حيث أن عدداً كبيراً من العائلات تعتمد في الغالب على الأطفال في تأمين الموارد البيئية اليومية، وخصوصاً الأطفال الذين تتراوح أعمارهم ما بين 12-18 سنة.

فقد أشارت البيانات الإحصائية لوزارة التربية العراقية إلى أن مجموع الأطفال الملتحقين في رياض الأطفال قد بلغ (86506) في عام 1991/1990، وبمعدل إلتحاق (78) لكل (1000) من السكان للفئة العمرية (4-5) سنوات، في حين لوحظ إنخفاض العدد إلى (70947) في عام 2000/1999، وبمعدل إلتحاق (59) لكل (1000) من السكان للفئة العمرية نفسها المذكورة آنفاً. أما بالنسبة للتعليم الأساسي والإلزامي للأطفال، فتشير إحصائيات الوزارة من أعوام 1990-1995 بأنه لم يلاحظ أية زيادات في عدد المدارس بالرغم من إزدياد عدد السكان، فقد كان عدد المدارس الإبتدائية في عام 1991/1990 (8917) مدرسة وبلغ عدد تلاميذها (3.328.212)، بينما إنخفضت أعداد المدارس إلى (8035) مدرسة في عام 1995/1994 مع إنخفاض عدد التلاميذ إلى (3.277.387)، وقد إرتفع

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني (749)

العدد في عام 2000/1999 إلى (3.634.095) تلميذاً وتلميذة، في حين إنخفض عدد الأبنية المدرسية وتفاقت مشكلات ترميم الأبنية المدرسية، وكانت هناك حاجة لبناء (5132) مدرسة لإستيعاب الأعداد المتزايدة من التلاميذ بسبب الإختناقات في الأبنية. وبذلك بلغ معدل الإلتحاق المتحقق في التعليم الإبتدائي للفئة العمرية (6-11) سنة ، 91.7% من السكان بدلاً من النسبة المطلوبة وهي 98%، كما بلغت هذه النسبة 39.2% للفئة العمرية (12-14) سنة من السكان بدلاً من 65%، وأصبحت النسبة 16.8% للفئة العمرية (15-17) سنة من السكان بدلاً من 44%⁽¹⁾. وهكذا نلاحظ، أن العقوبات الإقتصادية تسبب إزدياد ظاهرة التسرب والتخلف عن الإلتحاق في التعليم الإلزامي.

ومن زاوية أخرى، يلاحظ أن العالم المحيط بالطفل كلما كان غنياً بالخبرات والمميزات كلما زادت قدرات الطفل العقلية وقدرته على الإستيعاب والفهم للأمور المحيطة به، إذ تعتبر هذه من المسائل الضرورية لزيادة قدرات الطفل التعليمية⁽²⁾. لذلك فإن الظروف التي يعيش فيها الأطفال في فترة تطبيق العقوبات الإقتصادية لاتساعدهم على إيجاد المدركات والذوايق التي تتطلبها المدارس، فلا يحصل الطفل على التعزيزات المطلوبة للنجاح الدراسي، وبذلك يكون الطفل أقل إستيعاباً وفهماً للمواد الدراسية وتميل نسبة ذكائه إلى الإنخفاض⁽³⁾. وهذا مالا حظناه بالنسبة لأطفال العراق أثناء تنفيذ العقوبات الإقتصادية، بحيث كانوا يعانون من ضعف الإلتباه وإنصراف الذهن أثناء الدرس، وذلك بسبب الحالة الغذائية والإقتصادية السيئة التي واجهتهم في تلك الفترة التي كان لها الأثر البالغ في تدني القدرات العقلية لدى الأطفال على نحو تؤثر على مستوى الذكاء فيهم وظهور حالات بطء التعلم أثناء الدراسة.

ومن خلال كل ما عرضناه من النتائج الخطيرة التي أفرزتها العقوبات الإقتصادية التي فرضت على العراق على نحو أثرت بشكل كبير على الجوانب المختلفة من حقوق الأطفال، ولاسيما الحقوق المتعلقة بالحياة

- (1) نقلاً عن: د.سوسن شاكر الجليبي، مرجع سابق.
- (2) د. مصطفى الديواني، حياة الطفل، مكتبة النهضة المصرية، ط9، دون ذكر مكان النشر، 1975، ص69 وما بعدها.
- (3) د. موفق الحمداني، الطفولة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، العراق، 1989، ص242.

والصحة والتعليم، بنظام العقوبات الاقتصادية، نرى بأن ذلك يتناقض مع ما أقرته الإتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان بشكل عام وحقوق الأطفال بشكل خاص. وأن العقوبات قد تسببت في إحداث أضرار بالأطفال تزيد عما سببته لأية شريحة أخرى من شرائح المجتمع، ولم تقتصر آثار تلك العقوبات على الجوانب التي تطرقنا إليها فحسب، وإنما طالت لتشمل الجوانب النفسية والبدنية والعقلية، إضافةً إلى الشعور بالخوف والقلق والخمول والضعف في الإستيعاب والذكاء لدى الأطفال. كما نجد أن برنامج النفط مقابل الغذاء لم يأخذ بنظر الإعتبار الإستثناءات الإنسانية للأطفال بشكل خاص، بحيث جاء البرنامج دون تخصيص مبالغ أكثر لسد إحتياجات هذه الفئة الضعيفة غير القادرة على تحمل حالات الفقر والجوع. وبما أن الإتفاقيات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان تفتقر إلى آليات تضمن إلزام أعضاء المجتمع الدولي بوضع الإتفاقيات وما تتضمنها من قواعد موضع التنفيذ، لذلك نجد أن هناك حاجة ملحة وضرورة دولية لصياغة إتفاقيات جديدة بديلة إنطلاقاً من التجربة العراقية تتضمن آليات فعالة لتنفيذ تلك الإتفاقيات وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بحقوق الأطفال، وأن تأخذ بنظر الإعتبار الآثار السلبية المحتملة الناتجة عن فرض العقوبات الاقتصادية، فعلى سبيل المثال، دلت التجربة على أن العقوبات ضد العراق قد تحولت من إجراء ضد النظام السياسي إلى إجراء ضد الشعب ودفع ثمن ذلك غالباً.

وبعد أن تطرقنا إلى الحالة العراقية لبيان أثر العقوبات الاقتصادية على حقوق الإنسان في العراق، تبين لنا أن العقوبات الاقتصادية التي فرضت على العراق كانت من أكثر العقوبات كثافةً وشدةً في تاريخ الأمم المتحدة، التي حازت على تأييد معظم دول العالم، ويرجع ذلك إلى ما شكّله الإحتلال العراقي للكويت من إخلال بالسلم وإستهانة بأحكام القانون الدولي والإتفاقيات الدولية، وما تمثله هذه المنطقة من أهمية خاصة في إطار الترتيبات الأمنية الدولية، وحرص دول العالم على سلامة آبار البترول وتأمين إستقرار النظم التي تحكمها. وبرغم نجاح إحكام قبضة العالم على العراق، إلا أن النظام العراقي البائد لم يمتثل بسهولة لقرارات الأمم المتحدة، ويأتي ذلك من منطلق تخطيط سياسة هذا النظام وعدم حرصه على سلامة وأمن شعبه، الأمر الذي أدى إلى زيادة معاناتهم مع إستمرار سريان العقوبات الاقتصادية لفترة طويلة.

وإنطلاقاً من التجربة العراقية، نرى بأنه لا بد من إعادة النظر في نظام العقوبات الاقتصادية وإعتماد بعض المسائل للحيلولة دون أن ترتب

تلك العقوبات آثاراً مأساوية بليغة وسيئة بحق الشعوب المستهدفة، ومن أهم هذه المسائل التي نرى أن إعتادها أمر ضروري لمستقبل العقوبات الاقتصادية هي:

1- إعتاد مبدأ الشفافية من قبل الجهة المشرفة على تنفيذ ومتابعة العقوبات، لأن غياب الشفافية يؤدي إلى إستشراء الفساد كما دلت التجربة العراقية على ذلك.

2- إعتاد وسائل مرنة وسلسة تيسر عمل لجنة العقوبات الدولية من خلال تسهيل إيصال المساعدات والحاجات الإنسانية، وعدم إعتاد البيروقراطية التي تبطئ سير وصول الحاجات الإنسانية (الغذاء والدواء) إلى السكان المدنيين الأبرياء.

3- يتوجب على الأمم المتحدة خلق آلية فعالة لمراقبة حقوق الإنسان والآثار الإنسانية للعقوبات متى ما فرضت، وضمان ان لا تنتهك تلك المعايير القانونية.

4- ينبغي على مجلس الأمن أن يحدد تفصيلات تنفيذ الشروط في نظام العقوبات، محدداً مجالات العقوبات التي يمكن رفعها في كل خطوة تنفيذية لشروط وقرارات مجلس الأمن.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث، توصلنا إلى جملة من الإستنتاجات والتوصيات يمكن إدراجها على النحو الآتي:

أولاً/ الإستنتاجات

1- إن العقوبات الاقتصادية التي يفرضها مجلس الأمن رغم إستنادها إلى أساس قانوني وارد في الميثاق، إلا أنها أداة غير مقنعة، فهي تخالف وتنتهك العديد من الإتفاقيات والمواثيق الدولية التي تنص على إحترام حقوق الإنسان في وقتي السلم والحرب، حيث لايجوز تحقيق هدف حفظ السلم والأمن الدوليين على حساب إهدار حقوق الإنسان الأساسية.

2- لقد أثبتت تجارب وتطبيقات العقوبات الاقتصادية في أغلب حالاتها، عجزها عن ثني وإرضاخ الحكام في الدول المستهدفة بالكف عن الإستمرار في إنتهاج سياستها التي تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، وبالتالي تنعكس آثارها على مقدرات السكان المدنيين الأبرياء.

3- لم تعد العقوبات الاقتصادية تحقق دورها الفعال على مسرح الحياة الدولية، ولم تعد تتجاوب مع معطيات العصر الحديث لكونها قد أفسحت الطريق لتوجيه سهام النقد إليها لما ترتبها من آثار غير

مرغوبة وفقاً للمعايير القانونية الدولية، وبذلك فهي تشكل إشكالية معقدة.

4- يقف فرض العقوبات الاقتصادية حائلاً أمام التنمية البشرية بكافة جوانبها وهي التي تعتبر حقاً من حقوق الشعوب كافة كما جاء في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

5- أوضحت حالة العقوبات الاقتصادية التي فرضت على العراق بشكل جلي أن العقوبات ليست دائماً بديلاً إنسانياً للحرب، حيث أن الرأي العام العالمي لم يجز هذه الأداة القاتلة الصامتة التي أفضت إلى موت الآلاف وهلاك الملايين من السكان المدنيين الأبرياء في العراق من الشيوخ والنساء والأطفال، إذ أن الأهداف السياسية كانت وراء استمرار سريان العقوبات الاقتصادية لسنوات طويلة فاقت كل التوقعات.

6- إن حالة العراق، تؤكد أن مجلس الأمن قد أبقى على نظام العقوبات الاقتصادية الشاملة عليه لفترة طويلة بدون أن يكون له إتفاقيات واسع لالتزاماته القانونية في التصرف بحسب حقوق الإنسان والمبادئ الإنسانية.

7- إن برنامج النفط مقابل الغذاء الذي أقر بموجب قرار مجلس الأمن رقم (986) في 14/4/1995 لتخفيف المعاناة عن الشعب العراقي، كان بمثابة حل مؤقت للأزمة الإنسانية، ورغم إسهام هذا البرنامج في تحسين ظروف العراق المعيشية، إلا أنه فشل في إنهاء الأوضاع الإنسانية السيئة في العراق، ولم يكن فعالاً على المدى الطويل، ومهد الطريق للفساد على حساب الأموال العامة للشعب العراقي. وقد كان سلوك النظام العراقي البائد من بين العوامل الرئيسية في إفشال برنامج النفط مقابل الغذاء.

8- تهدف العقوبات الاقتصادية كما يحددها الميثاق إلى تعديل سلوك الطرف الذي يهدد السلام، حيث أن هذه العقوبات هي وسيلة وليست غاية، بيد أن هذه الوسيلة لم تنجح في تعديل سلوك النظام العراقي، وكانت بمثابة عملية معاقبة جماعية للشعب العراقي بأجمعه، وبذلك شكّلت تلك العقوبات انتهاكاً لميثاق الأمم المتحدة وللاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

ثانياً/ التوصيات

1- ضرورة قيام هيئة الأمم المتحدة بإعادة النظر في نظام العقوبات الاقتصادية المنصوص عليها في الميثاق، والسعي من أجل إيجاد آليات

- قانونية دولية جديدة تضمن تفعيل ذلك النظام على نحو ينصب تأثيرها المباشر على النظام السياسي في البلد المستهدف دون السكان المدنيين.
- 2- في حالة فرض العقوبات الاقتصادية، فإنه من الضروري عدم السماح بإطالة أمد العقوبات الاقتصادية لمدة غير محدودة، حيث يجب على مجلس الأمن أن يسترعي الإنتباه إلى ضرورة تحديد أهداف تدابير الحظر وتعيين مداها الزمني ووضع معايير واضحة تحول دون الإنحراف بها لتحقيق أغراض أخرى خلافاً لتلك التي رسمها الميثاق. إذ ينبغي رهن رفع العقوبات الاقتصادية بتحقيق الهدف الأساسي الذي فرضت من أجله تلك العقوبات.
- 3- ضرورة فتح كافة المنافذ لتوفير المواد الطبية والغذائية وجميع المستلزمات الإنسانية الأساسية على نحو يكفي لسد حاجات السكان في الدولة المستهدفة، مع السماح لهذه الأخيرة بالتصرف بعوائد صادراتها بالقدر الذي يكفي لتلبية تلك الاحتياجات، حيث أن إستثناء الغذاء والدواء من العقوبات الاقتصادية لا معنى له دون إمكانية دفع فاتورة الإستيراد، ومع كل ذلك من الضرورة وضع آلية دولية لمراقبة إنفاق تلك الأموال في الأغراض الإنسانية بشكل تام.
- 4- العمل بقاعدة الأغلبية في الأصوات عند إتخاذ القرار من قبل أعضاء لجنة العقوبات بدلاً من نظام الإجماع المعمول به حالياً والذي يحق بموجبه لأي عضو رفض ما توافق عليه بقية الأعضاء في اللجنة، وهذا ما يعيق سير عمل اللجنة بشكل فعال.
- 5- العمل على تطوير نظام الرقابة في إطار منظمة الأمم المتحدة وذلك عن طريق السماح لمحكمة العدل الدولية بالنظر إلى قانونية أعمال وقرارات مجلس الأمن الدولي.
- 6- ضرورة إصلاح نظام العقوبات الاقتصادية الشاملة، وإستبدالها بنظام العقوبات الموجهة، إذ لم تعد العقوبات الشاملة مقبولة لدى الرأي العام العالمي كونها وسيلة خاطئة تؤدي إلى الخراب والدمار بحق السكان المدنيين الأبرياء في الدول المستهدفة بتلك العقوبات والتي وصفها الرئيس الأمريكي (وودرو ويلسون) بأنها السلاح الساكت القاتل.
- 7- يتوجب على مجلس الأمن عند تطبيقه لنظام العقوبات الاقتصادية إحترام جميع معايير حقوق الإنسان حسب المواثيق العالمية كإمتداد لإلتزاماته بميثاق الأمم المتحدة، مع ضرورة التأكيد من توافق أعماله مع تلك المعايير وعدم إنتهاكها وحتى في حالة قيامه بواجبات حفظ السلم والأمن الدوليين.

8- يتوجب على المجتمع الدولي العمل من أجل إيجاد آليات فعّالة لوضع نصوص الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان بشكل عام وحقوق الأطفال بشكل خاص موضع التنفيذ ، وعدم الإعتداء على تلك الحقوق في أوقات السلم والحرب، ومنها في أوقات فرض العقوبات الاقتصادية.

9-ينبغي على المنظمات الدولية، العالمية منها والإقليمية، الحكومية وغير الحكومية، أن توازر وتساعد كل منها بالقدر الذي تسمح به ميادين إختصاصها ووسائلها، في التطبيق الشامل للقواعد الواردة في المواثيق والإتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان، وخصوصاً في فترة تطبيق العقوبات الاقتصادية ضد الدول المخالفة لقواعد القانون الدولي العام.

ماهية النزاعات المسلحة
غير الدولية وصورها
الدكتور عبدالسلام حسين العنزي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

المقدمة

قد تنشأ إلى جانب الحروب الدولية حروب أخرى داخل إقليم الدولة سواء بين نظام الحكم والمتمردين عليه أو بين جماعات في الدولة الواحدة أو حتى تلك التي تناضل فيها الشعوب من أجل نيل استقلالها أو استرجاع سيادتها من دولة الاحتلال وقد أطلقت على هذه الحروب عدة مسميات مثل الثورة أو العصيان أو التمرد أو الحرب الأهلية ولكن تم الاصطلاح عليها قانوناً تحت مسمى النزاعات المسلحة غير الدولية.

بالرغم من قدم هذه النزاعات وتعدد صورها إلا أن المجتمع الدولي لم يعطها حقها من التنظيم الدولي وذلك لأنه اعتبر النزاعات المسلحة غير الدولية خاضعة للقانون الداخلي للدولة كما تعتبر من المسائل الداخلية التي يختص القانون الجنائي الداخلي للدولة بمعاقبة المتمردين في حال فشل ثورتهم. فالدولة التي قام النزاع المسلح على إقليمها لها الحرية الكاملة في قمع من لجأوا إلى حمل السلاح ضدها وبكل الوسائل المتاحة وذلك دون تدخل من القانون الدولي الذي يحرم هؤلاء المتمردين من الشخصية القانونية الدولية.

لكن الواقع العملي أثبت أن بعض النزاعات المسلحة غير الدولية والتي تندلع داخل حدود الدولة يكون لها من الضحايا والدمار ما يفوق النزاعات المسلحة الدولية، ففي الحروب الداخلية تنهار مؤسسات الدولة وينتشر العنف والسرقة والفوضى، ويتم اللجوء إلى حرب العصابات مما يجعل المدنيين هم أول الضحايا وبذلك تفقد الدولة طاقاتها البشرية ويتزعزع نظام الدولة المالي والسياسي وتختفي ملامح الدولة الرئيسية من سلطة

وسيادة، ولاسيما تلك الحروب التي قامت في هايتي وراوندا والصومال والجزائر وسوريا. وكذلك ما يسمى بالربيع العربي والتغيرات التي حدثت في تونس وليبيا ومصر والتي وأن لم يرق النزاع فيها إلى النزاع المسلح إلا أن عدم الإستقرار الداخلي وخاصة في جمهورية مصر يشعرا بالقلق لأن مصر تعتبر عمقاً أمنياً وأستراتيجياً لكافة الدول العربية.

مع هذا الانتشار الواسع للنزاعات المسلحة غير الدولية بدأ المجتمع الدولي ينظر بعين الريبة والخوف من تلك النزاعات ومدى تأثيرها على الأمن والسلم الدوليين. وإزاء هذا القلق الدولي المتزايد سعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر حتى تمتد أحكام الحماية الدولية لتشمل ضحايا النزاعات غير الدولية وذلك للتخفيف من حدة الآثار السلبية لهذه المنازعات. وقد أسفرت جهود اللجنة إلى إقرار تنظيم دولي للنزاعات المسلحة غير الدولية حيث تم إدخال تلك النزاعات غير الدولية في إطار القانون الدولي بموجب المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م هذا من جانب. وبعد ذلك تم تبني البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 والذي يضع نظاماً قانونياً آخر للاعتراف الدولي بالنزاعات المسلحة غير الدولية يختلف عما جاءت به المادة الثالثة المشتركة من جانب آخر.

لذلك كله من المهم أن نقسم دراستنا هذه إلى مبحثين مهمين:

المبحث الأول: مفهوم النزاعات المسلحة غير الدولية.

المبحث الثاني: صور النزاعات المسلحة غير الدولية.

المبحث الأول

مفهوم النزاعات المسلحة غير الدولية

واقع الأمر إن إصطلاح النزاعات المسلحة غير الدولية إنما ينصرف، كقاعدة عامة، إلى النزاعات المسلحة التي تثور داخل إقليم الدولة بين، السلطة القائمة من جانب، وجماعة من الثوار أو المتمردين من جانب آخر⁽¹⁾.

(1) د. حازم عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، من كتاب: القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تقديم د. أحمد فتحي سرور، 2006، ص 209 .

كما أن النزاعات المسلحة غير الدولية تنصرف إلى صور أخرى مثل التظاهرات وأعمال العنف والعصيان المسلح والقتل والاضطرابات الداخلية وأعمال الشغب والحروب الأهلية.

وحسب قواعد القانون الدولي يمكن للمتمردين الحصول على صفة المحارب وبالتالي تكون لهم الشخصية القانونية الدولية في حال سيطرتهم على جزء من إقليم الدولة بشكل هادئ ومنظم يكفل لهم الاضطلاع بمقتضيات السيادة واحترام قواعد وأعراف الحرب في هذا الجزء دون أن تنازعهم السلطة القائمة في الدولة.

ولتحديد مفهوم النزاعات المسلحة غير الدولية نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التعريف الفقهي للنزاعات المسلحة غير الدولية.
المطلب الثاني: التفرقة بين النزاعات المسلحة غير الدولية وغيرها من النزاعات المسلحة.

المطلب الأول

التعريف الفقهي للنزاعات المسلحة غير الدولية

لقد اختلف الفقهاء في إيجاد تعريف لظاهرة النزاعات المسلحة غير الدولية غير أنهم اتفقوا في البداية على اعتبارها من صميم المسائل الداخلية التي تخضع للقانون الداخلي. وهكذا ظلت النزاعات المسلحة غير الدولية خارج إطار القانون الدولي وما يوفره من حماية دولية مما جعلها تسفر عن جرائم إنسانية بشعة وخطيرة الأمر الذي معه أصر الفقهاء على نظرية الاعتراف بالمحاربين وكذلك حاولوا تعريف النزاعات المسلحة غير الدولية وذلك للتخفيف من حدة الجرائم المرتكبة في هذه النزاعات وإذا رجعنا إلى الفقيه جروسيوس في تعريفه لهذه النزاعات، نجده قد وصفها بالحرب المختلطة تمييزاً لها عن الحروب الدولية، وقد وصفها بالمختلطة

لأنه يري أنها تجمع بين صفات الحروب الدولية وصفات الحروب غير الدولية التي تقوم بين رعايا دولة واحدة⁽²⁾.

بينما عرفها كالفو بأنها " نزاعات بين المواطنين داخل الدولة الواحدة " أما مارتنز فأعتبرها " الحروب التي تقوم بين أعضاء الدولة الواحدة " وقد ذهب بوفندوف إلى أنها " الحروب التي يكون فيها أعضاء المجتمع الواحد يتناحرون فيما بينهم " ⁽³⁾.

هذا وقد عرف أ.د. صلاح الدين عامر النزاع المسلح غير الدولي بأنه " ذلك النزاع الذي تبقى الحروب الدائرة فيه داخل حدود الدولة والأطراف المتناحرة لا تحارب سلطة أجنبية عنها إنما تحارب حكومتها الداخلية أو أي جماعات مسلحة أخرى " ⁽⁴⁾.

كما عرفها أ.د. عبد الغنى عبد الحميد بأنها " النزاع المسلح الداخلي بين قوات مسلحة حكومية وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى " ⁽⁵⁾.

لذلك يمكن أن نعرّف النزاع المسلح غير الدولي بأنه ذلك النزاع الذي لا يكون أطرافه من الدول والذي يندلع على إقليم دولة معينة بين القوات المسلحة لهذه الدولة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات مسلحة نظامية أخرى تحت قيادة مسؤولة وتسيطر على جزء من إقليم الدولة بما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة وتستطيع تنفيذ قواعد القانون الإنساني.

(1) Jian siotis, Le droit de guerre, et les conflits armés d'un caractère non international L.G.D.J.Paris, 1985,P.18.

(3) المرجع أعلاه، ص 297.

(4) د. صلاح الدين عامر، مجموعة الرسائل العلمية، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 350 .

(5) أ.د. عبد الغنى عبد الحميد، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الإنساني والشريعة الإسلامية، دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم أ.د. مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى، 200، ص 296 .

لذلك فإن الأساس في تمييز النزاع المسلح غير الدولي من غيره من أنواع النزاعات الداخلية هو نظرية الاعتراف للمتمردين على حكومة الدولة بصفة المحاربين.

وبناءً عليه من الجدير بنا تقسيم هذا المطلب إلى:

أولاً: الاعتراف للمتمردين في النزاعات غير الدولية بصفة المحاربين.
ثانياً: آثار الاعتراف بصفة المحاربين.

أولاً: الاعتراف للمتمردين في النزاعات غير الدولية بصفة المحاربين
الإعتراف بنظام قانوني من أنظمة القانون الدولي، وهو عبارة عن عمل قانوني تعبير من خلاله الدولة عن رغبتها في إقامة علاقات دولية مع وحدة جديدة في المجتمع الدولي، بكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية⁽⁶⁾.

وقد عرف الفقيه دو كوليسكو الاعتراف للمتمردين بصفة المحاربين على أنه فعل صادر من طرف الحكومة أو من دولة أجنبية، يمنح من خلاله طرف النزاع المشارك في الحرب الأهلية الوصف القانوني للقيام بالحرب وتحمل النتائج القانونية لهذه الحالة ابتداء من اللحظة التي يتم بها الاعتراف⁽⁷⁾.

ومع بداية الاعتراف للمحاربين بالشخصية القانونية الدولية دخل فقهاء القانون الدولي بخلاف حول طبيعة هذا الاعتراف وما إذا كان إجبارياً على حكومة الدولة القائم فيها النزاع أم أنه اختياري صرف بيد هذه الدولة. إلا أن غالبية الفقه يرى أن الاعتراف بالمحاربين ليس له الصفة الإجبارية وإنما يدخل ضمن السلطة التقديرية للدولة⁽⁸⁾.

(6) د. صلاح الدين عامر، مقدمة الدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1995، ص 611. جبالة عمار، مجال تطبيق الحماية الدولية لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، مجموعة رسائل الدكتوراة، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، 2009، ص 18، 19.

(2) Victor Duculesco, " effet de la reconnaissance de l'état de belligerence " , R.G.D.I.P., Tome 79, 1975, pp.127,128.

(3) René – Jean, Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international , R.G.A.D.I., tome 137, 1972, p.329.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (761)

تتطلب نظرية الاعتراف للمحاربين بالشخصية القانونية الدولية توافر عدة شروط، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى عنصرين: عنصر موضوعي وعنصر شكلي.

يقصد بالعنصر الموضوعي قيامهم بشكل موضوعي وفعلي بالسيطرة على جزء من إقليم الدولة على نحو منظم يكفل لهم ممارسة السيادة التامة المانعة عليه مع احترام قوانين الحرب وأعرافه. وقد تم توضيح العنصر الموضوعي في مجمع القانون الدولي أثناء اجتماع العديد من الدول في 8 سبتمبر 1900 بمدينة نيوشاتل والتي أسفرت عن اصدار لائحة (نيوشاتل) المعنونة بحقوق وواجبات الدول الأجنبية، حيث جاء في نص المادة (8) منها أنه " ليس للدول الأجنبي أن تعترف للجماعات الثائرة بصفة المحاربين إلا إذا كان لها كيان إقليمي متميز بأن تملك جزءاً محدداً من الإقليم الوطني وأن تتوافر لديها عناصر الحكومة النظامية التي تمارس بالفعل على هذا الجزء من الإقليم مظاهر السيادة وأن يكون لديها قوات منظمة تخضع لنظام عسكري وتحترم قوانين الحرب وأعرافه⁽⁹⁾ . فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في المتمردين جاز لأية دولة أجنبية أن تعترف لهم بصفة المحاربين.

أما العنصر الشكلي فيقصد به صدور اعتراف من طرف الحكومة القائم في مواجهتها النزاع أو من أي دولة أجنبية أخرى يكفل للمتمردين صفة المحاربين⁽¹⁰⁾ .

هذا ويرى أ.د. حازم عتلم بأن العنصر الشكلي أصبح غير ضروري للاعتراف للمتمردين بصفة المحاربين وذلك مع إقرار المادة (3)

-
- (1) Abi Saab, droit humanitaire et conflits internes, edition A., Pedone, Paris, 1986, P. 28.
(2) A. Rougier, les guerres civiles et le droit des gens, Paris, Larousse, 1992, P.220.

المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، والبروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977⁽¹¹⁾.

ثانياً: آثار الاعتراف للمتمردين بصفة المحاربين

قبل تبني المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الرابعة لعام 1949 والملحق الإضافي الثاني لعام 1977، كان الاعتراف للمتمردين بصفة المحاربين له عدة آثار يفرضها القانون الدولي. كما أن هذه الآثار مازالت موجودة حتى بعد تبني المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني وإن اختلفت في جزءٍ منها عما كان في السابق كما سنرى لاحقاً.

وباستعراض آثار الاعتراف بالمحاربين قبل 1949، نجد أن هناك آثاراً تترتب على الدولة القائم في مواجهتها النزاع وآثاراً أخرى تترتب على الدول الأخرى.

فإذا صدر الاعتراف من الدولة القائم في مواجهتها النزاع فإنها تكون ملزمة بتطبيق قانون الحرب في مواجهة المتحاربين وتنفي عنها المسؤولية الدولية عن أعمال هؤلاء المتحاربين.

حيث تخضع الحكومة الشرعية والمتحاربين إلى اتفاقية جنيف لعام 1929 وما يترتب على ذلك من اعتبار المقاتلين من كلا الطرفين أسرى حرب إذا تم إلقاء القبض عليهم وما يفرضه ذلك من وجوب حمايتهم من القتل والمعاملة السيئة وحضر إهانتهم واحترام شرفهم وشخصهم.

كما يجب على طرفي النزاع احترام اتفاقية جنيف لعام 1864 المتعلقة بتحسين حالة الجرحى في الميدان واتفاقية جنيف لعام 1929 المتعلقة بتحسين حالة الجرحى والمرضى في الميدان⁽¹²⁾.

(11) د. حازم عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، المرجع السابق، ص 215.

(12) د. عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان واللجنة الدولية للصليب الأحمر، تونس 1997، ص 11.

ويلتزم طرفا النزاع كذلك بما يعرف بقانون لاهاي وهي التي تشمل كل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعمليات القتالية والأعراف الدولية التي تنظم الحقوق والالتزامات الواجب احترامها من قبل أطراف النزاع المسلح الدولي قبل عام 1949.

أما انتفاء مسؤولية الدولة القائم في مواجهتها النزاع فنقصد به أنها تصبح غير مسؤولة أمام الدول الأجنبية عن الأعمال التي يقوم بها هؤلاء المحاربون، بحيث تقوم في هذه الحالة المسؤولية الدولية للمحاربين لاكتسابهم الشخصية القانونية الدولية.

إذا أصدرت دولة أجنبية اعترافها للمتمردين بوصف المحاربين، فإنها تلتزم بتطبيق قانون الحياد، بمعنى أنها لا تتدخل بأي وسيلة لمساعدة أحد الأطراف المتنازعة ضد الآخر. وفيما يتعلق بالحرب البحرية يجب على الدول الأجنبيات التي اعترفت بالمحاربين عدم معاملة سفن المحاربين كسفن قرصنة⁽¹³⁾. ويكون لأطراف النزاع الحق في منع سفينة أجنبية من تزويد العدو بالأسلحة⁽¹⁴⁾، ولهم الحق في الزيارة والتفتيش، فيمكنهم توقيف السفن التجارية وتفتيشها وضبط أي تهريب أو مخالفة تقوم بها تلك السفن⁽¹⁵⁾.

المطلب الثاني

التفرقة بين النزاعات المسلحة غير الدولية

وغيرها من النزاعات المسلحة

النزاع المسلح غير الدولي هو ذلك النزاع الذي لا يكون أطرافه جميعهم من الدول والذي يندلع على إقليم دولة معينة بين القوات المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتكون تحت قيادة مسؤولة وتسيطر على جزء من إقليم الدولة ويمكنها القيام بعمليات

(13) د. رشيد العنزي، القانون الدولي العام، الطبعة الثالثة، 2009، ص 126.

(14) د. محسن الشيشكلي، مذكرات في القانون الدولي العام، جامعة الكويت،

1984، ص 32.

(15) د. رشاد السيد، القانون الدولي العام، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة،

الأولى، 2001، ص 159.

عسكرية متواصلة ومنسقة. وبذلك يمكن التفريق بين النزاع المسلح غير الدولي وبعض النزاعات الأخرى مثل:
أولاً: النزاعات المسلحة الدولية.
ثانياً: الاضطرابات والتوترات الداخلية.
ثالثاً: حركات التحرير الوطني.
رابعاً: النزاع المسلح المدول.
أولاً: النزاعات المسلحة الدولية.

أن النزاعات المسلحة الدولية تختلف اختلافاً كلياً عن النزاعات المسلحة غير الدولية، وقد عرفت اتفاقيات جنيف لعام 1949، النزاع المسلح الدولي بأنه كل حرب معلنة أو أي نزاع مسلح آخر ينشب بين اثنين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يعترف أحد بحالة الحرب هذه. وبذلك يختلف النزاع المسلح الدولي عن النزاع المسلح غير الدولي في أن الأول ينشب بين دولتين أو أكثر لكل منهما سيادة ويتعدى حدود الدولة وذلك عكس النزاع المسلح غير الدولي والتي تبقى الحروب الدائرة فيه داخل حدود الدولة وأنها لا تحارب سيطرة أجنبية عنها وإنما تحارب حكومتها الداخلية أو أي جماعات مسلحة أجنبية⁽¹⁶⁾. كما أن البروتوكول الإضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية لعام 1977 في المادة (1) فقرة (4) أدخل ضمن النزاعات الدولية تلك النزاعات المسلحة التي تحارب فيها الشعوب ضد السيطرة الاستعمارية والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية ممارسة لحق الشعوب في تقرير مصيرها⁽¹⁷⁾.

وفيما يخص تحريم النزاعات المسلحة الدولية، لم تجرؤ عصبة الأمم على تحريم الحرب بصورة مطلقة وكل ما استطاعت تحقيقه هو إحاطة

(16) د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ص 743.
(17) د. صلاح الدين عامر، مجموعة الرسائل العلمية، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 350.

الحرب بقيود توجب اندلاعها وتحث الدول على بذل الجهود لتجنب وقوعها.

ومع قيام الحرب العالمية الثانية ظهر للعيان ضعف المواثيق والاتفاقيات الدولية الخاصة بالنزاعات الدولية وعلى رأسها ميثاق باريس المعروف باسم ميثاق " بريان - كيلوج " لعام 1928، كما أثبتت هذه الحرب أن عصبية الأمم لم تتخذ الإجراءات الفعالة لمنع النزاعات المسلحة وخاصة الحروب العدوانية منها، لذلك سعت الأمم المتحدة إلى إقرار عدة مبادئ حازمة، منها تحريم استعمال القوة أو التهديد باستعمالها في العلاقات الدولية وفرضت على الدول الأعضاء أن يتوصلوا بالطرق السلمية لفض منازعاتهم على وجه لا يجعل السلم والأمن الدوليين عرضة للخطر. وأعطت مجلس الأمن سلطة التدخل في أي نزاع يخشى منه قيام حرب دولية ولها الحق كذلك بتوقيع الجزاء على أية دولة تشن حرباً من أي نوع كان أخلاً بما تعهدت به في ميثاق الأمم المتحدة⁽¹⁸⁾.

ورغم كل تلك الجهود لا يمكن الجزم بأن المستقبل سيكون خالياً من أي نزاع دولي لذلك وضع القانون الدولي التقليدي الاتفاقيات الدولية إلى جانب الأعراف الدولية ليلزم بها الأطراف المتنازعة في الحروب الدولية. حيث ظلت القواعد المنظمة للحرب قواعد عرفية بحتة حتى منتصف القرن التاسع عشر حين بدأت الدول في تدوينها في معاهدات أبرمتها خصيصاً لتنظيم حالة الحرب. وكان أول هذه المعاهدات تصريح باريس البحري سنة 1856 وقد تضمن بعض القواعد الخاصة بالحرب البحرية، ثم تلتها اتفاقية جنيف لمعاملة جرحى ومرضى الحرب في سنة 1864 وقد عدلت بمعاهدة سنة 1906 ثم استبدلت بمعاهدة سنة 1939، ثم تصريح سانت بطرسبورج سنة 1868 الخاص بتحريم استعمال الرصاص المتفجر، ثم اتفاقيتي الحرب البرية والحرب البحرية اللتين أسفر عنهما مؤتمر لاهاي سنتي 1899 و 1907، ثم تصريح لندن البحري سنة 1909 خاصاً بالحرب

(18) د. على صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، بدون رقم طبعة، بدون سنة نشر، ص 685.

البحرية أيضاً، ثم اتفاقية واشنطن في سنة 1922 خاصة بحرب الغواصات وبحرب الغارات، ثم مشروع اتفاقيات جنيف الأربعة التي أبرمت في أغسطس سنة 1949 الخاص بمعاملة جرحى ومرضى أفراد القوات البرية وأفراد القوات البحرية وأسرى الحرب وبحمائية الأشخاص المدنيين والبروتوكولات الإضافية الملحقة به⁽¹⁹⁾.

ومما لا شك فيه أن تلك المواثيق الدولية تطبق على النزاعات المسلحة الدولية أما النزاعات المسلحة غير الدولية فهي محكومة بالمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة وفي البروتوكول الإضافي الثاني المتعلقة بالنزاعات غير الدولية لعام 1977.

كما أن هناك أمران أساسيان هما: الشخصية القانونية الدولية والسيادة المطلقة للدولة اللذان ساهما في إرساء التفرقة بين النزاعات المسلحة الدولية والنزاعات المسلحة غير الدولية.

وبذلك قام القانون الدولي العام بالتفرقة بين هذين النوعين من النزاعات، إذ أخضع الصنف الأول لأحكام القانون الدولي المتعلقة بالحرب، في حين ترك الصنف الثاني خارج نطاق تطبيقه، وجعلها كقاعدة عامة الاختصاص فيها للقانون الداخلي للدولة. ثانياً: الاضطرابات والتوترات الداخلية:

لا يوجد في الحقيقة صك من صكوك القانون الدولي، يقدم لنا تعريفاً دقيقاً لظاهرة الاضطرابات والتوترات الداخلية⁽²⁰⁾. ولكن يمكن تعريف الاضطرابات الداخلية بأنها " المواقف التي تشمل على مواجهات داخلية خطيرة أو مستمرة، وفي مثل هذه المواقف التي قد لا تتصاعد بالضرورة إلى نزاع مفتوح قد تستخدم السلطات قوات شرطة كبيرة، وحتى القوات

(19) د.علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص 691.
(20) شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، مطبوعات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ط 6، 2006 ص 42.

المسلحة لاستعادة النظام داخل البلاد وقد تتبنى إجراءات تشريعية استثنائية، تمنح مزيداً من السلطات للشرطة أو القوات المسلحة " (21).

لذلك يمكن القول بأن الاضطرابات الداخلية تثير حالات عنف لا ترقى إلى النزاع المسلح غير الدولي، إلا أنها تتضمن قيام حالة من المجابهات بين السلطة الحاكمة والمنشقين، تشتمل على درجة من الخطورة والديمومة والتي تتضمن استخدام العنف خلالها وتتخذ هذه الحالات أشكالاً متنوعة بما فيها استخدام العنف والتمرد والنزاع بين جماعات شبه منظمة والسلطة الحاكمة.

لقد بذلت اللجنة الدولية للصليب الأحمر جهوداً كبيرة في هذا الصدد إذ تقدمت بتقرير تمهيدي لمؤتمر الخبراء الحكوميين لعام 1970، أحصت قيد بعض العناصر المميزة للاضطرابات الداخلية، والتي تتمثل في: أعمال عنف ذات خطورة معتبرة، صراع بين جماعتين أو أكثر تستأثر كل منها بقدر من التنظيم الدولي، وأحداث محدودة الزمن، وأخيراً وجود ضحايا غير أن الخبراء الذين عرض عليهم هذا التقرير قالوا بعدم كفايته، الأمر الذي جعل اللجنة الدولية للصليب الأحمر تعيد النظر في هذا التقرير، ووضعت صياغة جديدة له وهي التي تم عرضها على مؤتمر الخبراء الحكوميين لعام 1971، إذ تم تعريف الاضطرابات الداخلية بأنها: " الحالات التي تكون دون مستوى النزاع المسلح غير الدولي، وتكون المواجهة داخل الدولة وعلى درجة عالية من الخطورة وتنطوي على أعمال عنف مستمرة متخذة أشكال مختلفة من أعمال الثورة إلى الصراع من مجموعة مسلحة وبين السلطة الحاكمة والتي قد تستدعي قوات الشرطة أو القوات المسلحة حتى يستعيد السيطرة الداخلية، وحيث إن عدد الضحايا مرتفع أقبلت اللجنة الدولية للصليب الأحمر على تطبيق بعض القواعد الإنسانية ".

(21) فرانسواز بوشيه سولينييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ترجمة أحمد مسعود، دار العلم للملايين، لبنان، ط أ، 2005، ص 120.

ورغم أن المناقشات حول هذه المسألة استمرت أثناء انعقاد المؤتمر الدبلوماسي لعام (1974 / 1977)، إلا أنه لم يتوصل إلى تعريف محدد للنزاعات المسلحة غير الدولية وذلك نتيجة الدور الذي لعبته الدول النامية التي تمسكت بمبدأ السيادة الإقليمية لكي تحول دون أن تتدخل الدول الأجنبية في مثل هذه النزاعات الكثيرة الوقوع على أراضي هذه البلدان. إن إبعاد الاضطرابات والتوترات الداخلية من مجال الحماية الدولية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني، لا يعني أن هذا النوع من النزاعات مستباح وخال من أية حماية دولية بل هناك الكثير من المواثيق الدولية، التي تنطبق عليها خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان، وهو ما نصت عليه العديد من قرارات الأمم المتحدة أهمها قرار رقم 2675 (26) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1970، الذي أكد أن حقوق الإنسان تظل تطبق حتى في النزاعات المسلحة⁽²²⁾.

لذا يجب الأخذ بعين الاعتبار كل الاتفاقيات الدولية والإقليمية، خاصة النصوص الأكثر أهمية في ميدان حقوق الإنسان وهي كالتالي⁽²³⁾:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.
- اتفاقية الأمم المتحدة لمنع وقمع جريمة إبادة الجنس البشري 1948.
- اتفاقية الأمم المتحدة لمنع جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1965.
- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966.
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 ؛ ولا يجوز للدول الأعضاء التحلل من تلك الاتفاقيات إلا بشروط⁽²⁴⁾.

(1) " Asbjorn Eide. " Trouble lensoon intérieurs, in les démenions interationales du humanitaire", institute Henry dunant (Unexo) , Pédone, 1986, p. 282.

(23) المرجع أعلاه p.283.

(24) د. محمد نور فرحات، " تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان جوانب الوحدة والتمييز " دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص 88، 89.

لذلك يمكن القول بأن النزاعات المسلحة غير الدولية تختلف عن الاضطرابات والتوترات الداخلية من حيث أن الأولى قد يتمتع المتمردون فيها بالشخصية القانونية الدولية وبالتالي تطبق عليها قواعد دولية تختلف عن تلك الواجبة التطبيق على ضحايا الاضطرابات والتوترات الدولية. ثالثاً: حركات التحرر الوطني:

كان القانون الدولي التقليدي ينظر إلى حركات التحرير الوطني على أنها من قبيل النزاعات المسلحة الداخلية، التي يؤول الاختصاص فيها للقانون الداخلي للدولة على اعتبار أن الأقاليم المستعمرة كانت تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الدولة القائمة بالاستعمار⁽¹⁾، غير أن القانون الدولي المعاصر المعاصر قد غير هذه النظرة التقليدية وأعطى وضعاً دولياً جديداً ومهماً في المجتمع الدولي لحركات التحرير الوطني، فقد أدخلت هذه الأخيرة في نطاق القانون الدولي، وأصبحت تعد من النزاعات المسلحة الدولية التي يجري عليها ما يجري على غيرها من النزاعات المسلحة الدولية من أحكام.

حيث سعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى عقد المؤتمر الدبلوماسي 1974/1977 والذي فصل في قضية حركات التحرير الوطني، وأدرجها ضمن النزاعات المسلحة الدولية، وذلك بموجب نص المادة 1 الفقرة 4 من البروتوكول الإضافي الأول التي تنص على ما يأتي " تتضمن الأوضاع المشار إليها في الفقرة السابقة المنازعات المسلحة التي تناضل بها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية، وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير، كما كرسه ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان المتعلق بمبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة ". خاصة بعدما أصبح الحق في تقرير المصير أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم الدولي المعاصر، وهو ما تؤكدته العديد من القرارات

(1) د. حسين حنفي عمر، حق الشعوب في تقرير المصير دار النهضة العربية، العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005، ص 158.

التي أصدرتها الجمعية العامة في مختلف المناسبات الدولية، خصوصاً قرارها الشهير رقم 1514 (15) الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1960 الخاص بإعلان استقلال الشعوب الخاضعة للاستعمار، الذي اعترف بحركات التحرير الوطني وأقر بالكفاح الذي تخوضه من أجل استقلالها وتقرير مصيرها.

هذا وقد عرف د. صلاح الدين عامر حركات التحرر الوطني بأنها " عمليات القتال التي تقوم بها عناصر وطنية من غير أفراد القوات المسلحة النظامية دفاعاً عن المصالح الوطنية أو القومية ضد قوى أجنبية، سواء كانت تلك العناصر تعمل في إطار تنظيم يخضع لإشراف وتوجيه سلطة قانونية أو واقعية أو كانت تعمل بناءً على مبادراتها الخاصة سواء باشرت هذا النشاط فوق الإقليم الوطني أو من قواعد خارج هذا الإقليم" (1).

وعرفها كذلك د. طلعت الغنيمي بأنها: " تحركات تستند إلى حق الشعب في استعادة إقليمه المغتصب، وتستمد كيائها من تأييد الجماهير الغاضبة على المغتصب، وتتخذ عادة من أقاليم البلاد المحيطة حرماً لها، تستمد منه تمويلها وتقوم عليه بتدريب قواتها ثم أنها بسبب إمكانياتها تركز جهودها على الإرادة الغاضبة لا على هزيمة جيوش الاحتلال في حرب منظمة" (2).

ويعرف البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، في المادة 1 فقرة 4 حركات التحرير الوطني على النحو التالي: " المنازعات المسلحة التي تناضل فيها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي، وضد الأنظمة العنصرية وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير. والملاحظ على الفقرة 4 أعلاه، أنها أشارت إلى التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي والأنظمة العنصرية، وكذلك إلى حق الشعوب في تقرير

(1) د. صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة، المرجع السابق، ص 40،41.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993 ص 394.

المصير ولعل المقصود من ذلك، هو تحديد نطاق الاعتراف بالمنازعات المسلحة التي تقوم بها حركات التحرير الوطني، وهذا لكي لا يكون أي نزاع تخوضه مجموعة ما تدعي أنها تناضل من أجل الحرية " حرب تحرير "، تخضع تلقائياً لقانون النزاعات المسلحة الدولية⁽¹⁾.

خلاصة القول أنه متى خاض شعب ما نزاعاً مسلحاً ضد سيطرة استعمارية أو احتلال أجنبي أو ضد أنظمة عنصرية من أجل تقرير مصيره، فإن هذا النزاع وحسب نص المادة (1) الفقرة (4) من البروتوكول الأول، يعد نزاعاً مسلحاً دولياً يحضه للأحكام العرفية والمكتوبة للقانون الدولي الإنساني الخاصة بالنزاعات المسلحة الدولية ليخرج بذلك من الأحكام المنظمة للنزاعات المسلحة غير الدولية.

رابعاً: النزاع المسلح المدول:

إن العالم ما بعد الحرب العالمية الثانية، كان شاهداً على انتشار العديد من النزاعات المسلحة التي كانت تحدث دوماً داخل إقليم الدول، وكانت مدعمة من قبل الدول الأغيار وخاصة خلال الحرب الباردة ما جعلها تجمع بين خصائص النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، ونظراً لهذه الخصائص المشتركة يسمى هذا النوع من النزاعات بالنزاع المسلح المدول.

أن النزاعات المسلحة غير الدولية تقوم على إقليم الدولة سواء بين القوات الحكومية والتمردية أو بين الهيئات المتمردة فيما بينها، إلا أنه إذا قامت دولة أو أكثر من الدول الأجنبية بالتدخل في هذا النزاع إلى جانب أحد الطرفين أو كليهما، فإن هذا التدخل يؤدي إلى تدويل النزاع المسلح غير الدولي فيصبح نزاعاً مدولاً⁽²⁾.

(1) د. فريتس كالهوفن، ليزابيث تسغفلد، ضوابط تحكم خوض الحرب، مدخل للقانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الأولى، 2007، ص 100.

(2) د. رشيد حمد العنزي، " معتقلو جوانتانامو بين القانون الدولي الإنساني ومنطق القوة "، مجلة الحقوق، العدد 4، ديسمبر 2004، ص 20.

وعليه يقصد بالنزاع المسلح المدول ذلك النزاع المسلح غير الدولي،
الذي يصبح دولياً لأسباب عديدة معقدة في القانون الدولي، ومنها:

1. إذا اعترفت دولة وقعت ضحية عصيان مسلح للمتمردين بوصفهم
محاربين.

2. إذا قامت دولة أجنبية أو أكثر بتقديم المعونة لأحد الأطراف بقواتها
المسلحة.

3. إذا تدخلت دولتان أجنبيتان بقواتهما المسلحة وقدمت كل منهما المعونة
لأحد الطرفين.

وقد كانت أغلب النزاعات المسلحة التي قامت بعد الحرب العالمية
الثانية، هي نزاعات مسلحة مدولة وما حدث في كوسوفو، الصومال،
أفغانستان، وغيرها من دول العالم.

إن إشكالية النزاع المسلح المدول، تكمن في كونه يحتوي على عنصر
أجنبي إلى جانب عنصر داخلي، مما يشكل نزاعاً مسلحاً مختلطاً، لا هو
دولي ولا هو غير دولي. في حين لا توجد في القانون الدولي الإنساني أية
حلول وسط بين القانون المطبق في النزاعات المسلحة الدولية، والقانون
المطبق في النزاعات المسلحة غير الدولية، الأمر الذي جعلنا نتساءل عن
القانون الذي يخضع له النزاع المسلح المدول أو القانون الذي يجب
تطبيقه على هذا الأخير.

إن هذا الإشكال الذي يطرحه النزاع المسلح المدول يجعلنا نفكر جدياً
في الاتجاه القائل بضرورة تطبيق مجمل القانون الدولي الإنساني على
جميع أشكال النزاعات المسلحة سواء كانت دولية أو غير دولية، وفي هذا
الصدد تجدر الإشارة هنا إلى المحكمة الجنائية الدولية بيوغسلافيا
سابقاً⁽¹⁾، والدور الخلاق الذي لعبته في إزالة التفرقة بين النزاعات

(1) نظراً للأعمال الوحشية التي ارتكبت بإقليم يوغسلافيا سابقاً، والتي أسفرت
عن انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني، أصدر مجلس الأمن قراره
رقم 827 الصادر في 25 مايو 1993، الذي يقضى بإنشاء محكمة جنائية
لمعاقبة مقترفي الانتهاكات الجسيمة للقانون، ويقصر اختصاص المحكمة
بنظر أربعة أنواع من الجرائم هي: الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف

المسلحة الدولية وغير الدولية، إذ ذهبت غرفة الاستئناف في قضية تاديش Tadic في يوليو 1999 إلى تكييف النزاع الذي قام على إقليم يوغسلافيا بأنه نزاع مسلح مختلط، دولي وغير دولي في نفس الوقت⁽¹⁾، إذ قررت المحكمة أن العديد من القواعد المتعلقة بالنزاعات المسلحة الدولية، أصبح من الممكن تطبيقها على النزاعات المسلحة غير الدولية، وقد استندت في ذلك على الأسس القانونية التالية:

إن العديد من المبادئ التي تضمنتها المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، قد أصبحت من قواعد القانون العرفي، وبالتالي فإن نص المادة الثالثة من قانون المحكمة الذي يكرر ما ورد في نص المادة الثالثة المشتركة، ينطبق على جميع الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي العرفي، سواء كانت النزاعات المسلحة دولية أو غير دولية وكذلك هو الأمر بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية، فقد انتهت المحكمة إلى أن هناك قاعدة عرفية مستقرة لا تشترط ارتباط هذا النوع من الجرائم بنوعية النزاع سواء كان دولياً أو غير دولي.

وفيما يخص النزاع الدائر الآن في سوريا بين الجيش النظامي والجيش السوري الحر، فإننا يمكننا القول بأنه يعتبر نزاعاً غير مدول وذلك إن لم تعلن أي حكومة رسمياً عن دعمها لأحد أطراف النزاع بإرسال جيوشها النظامية إلى ساحة المعركة في سوريا. وبذلك يبقى النزاع المسلح غير الدولي مختلفاً في عناصره ومكوناته والقانون المطبق عليه عن النزاع المسلح المدول.

المبحث الثاني

صور النزاعات المسلحة غير الدولية

1949، انتهاكات قوانين وأعراف الحرب، الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية.
(1) د. رشيد حمد العنزي، معتقلوا جوانتانامو بين القانون الدولي الإنساني ومنطق القوة، المرجع السابق، ص 20.

بعد الحرب العالمية الثانية اهتم المجتمع الدولي بهذا النوع من النزاعات ووضع له تنظيماً دولياً ملزماً بموجب المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة عام 1949. كما أنه في عام 1977 تم اعتماد البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف.

فمنذ عام 1949 دخلت النزاعات المسلحة غير الدولية مرحلة جديدة تتضمن حداً أدنى من المعاملة الإنسانية لضحايا تلك النزاعات حسب المادة الثالثة المشتركة. وهذا يعتبر تطوراً ذا فائدة عظيمة على الإنسانية إلا أن تلك المادة يعاب عليها أنها جاءت خالية من أي تعريف للنزاعات المسلحة وغير الدولية كما أنها لم تضع أية آلية لمراقبة ومعاينة الدولة التي تخترق تلك المادة.

ثم بعد ذلك بسنوات عديدة تم اعتماد نظام جديد لتعريف النزاع المسلح غير الدولي وحماية ضحاياه بموجب البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977.

لذلك من المهم أن نسلط الضوء على الأنظمة القانونية الدولية المعنية بالنزاعات المسلحة غير الدولية وذلك على النحو الآتي:
المطلب الأول: النزاعات المسلحة غير الدولية طبقاً للمادة الثالثة المشتركة.

المطلب الثاني: النزاعات المسلحة غير الدولية طبقاً للبروتوكول الإضافي الثاني.

المطلب الأول

النزاعات المسلحة غير الدولية

طبقاً للمادة الثالثة المشتركة

تعتبر المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة 1949، أول تشريع دولي أخضع النزاعات المسلحة غير الدولية لقدرة من التنظيم الدولي، لذلك من المهم هنا أن نوضح المقصود من النزاعات المسلحة غير الدولية وفق المادة الثالثة المشتركة " أولاً"، ثم نوضح بعد ذلك

الأشخاص المستفيدين من الحماية الدولية المقررة في المادة الثالثة المشتركة " ثانياً " .

أولاً: المقصود بالنزاعات المسلحة غير الدولية حسب المادة الثالثة المشتركة:

إذ كان مؤدى إبرام اتفاقات جنيف الأربعة في 12 أغسطس 1949 أن أخضعت الحروب الأهلية إلى الحد الأدنى من مقتضيات الإنسانية، وذلك بقوة القانون وبمقتضى أحكام المادة الثالثة المشتركة بين هذه الاتفاقيات، بات على نحو كان من شأنه أن تحرر التنظيم الدولي للحروب الأهلية من كافة مقومات نظام الاعتراف بالمحاربين وفي الواقع، فإن مؤدى المادة الثالثة المشتركة أنه:

" في حالة قيام اشتباك مسلح ليست له صفة دولية، في أراضى أحد الأطراف السامية المتعاقدين، يتعين على كل طرف في النزاع أن يطبق، الأحكام الآتية:

1 - الأشخاص الذين ليس لهم دور إيجابي في الأعمال العدائية، بما فيهم أفراد القوات المسلحة الذين سلموا سلاحهم أو أبعادوا عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الأسر أو أي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون أن يكون للعنصر أو اللون أو الدين أو الجنس أو النسب أو الثروة، أو ما شابه ذلك، أي تأثير سلبي على هذه المعاملة.

ولهذا الغرض، تعتبر الأعمال الآتية محظورة، وتبقى معتبرة كذلك، في أي وقت وفي أي مكان، بالنسبة للأشخاص المذكورين أعلاه:

أ - أعمال العنف ضد الحياة وحرمة الجسد، وعلى الأخص القتل بكل أنواعه، وبتير الأعضاء، والمعاملة القاسية والتعذيب.

ب - أخذ الرهائن.

ج - الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص التحقير والمعاملة المزرية.

د - إصدار أحكام وتنفيذ عقوبات دون محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة بصفة قانونية تكفل جميع الضمانات القضائية التي تعتبر في نظر الشعوب المتمدنة لا غنى عنها.

2 - يجمع الجرحى والمرضى ويعتنى بهم. ويجوز لهيئة إنسانية محايدة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تقدم خدماتها لأطراف النزاع.

وعلى الدول أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك، عن طريق اتفاقيات خاصة، على تنفيذ كل أو بعض الأحكام الأخرى الخاصة بهذه الاتفاقية. وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع⁽¹⁾.

الملاحظ على المادة الثالثة المشتركة أنها لم تعط تعريفاً واضحاً ومحدداً للنزاع غير الدولي، كما أنها لم تستخدم المصطلحات التقليدية السابقة مثل الثورة أو التمرد أو الحروب الأهلية إنما نصت وبشكل واضح على مصطلح " النزاع المسلح غير الدولي.

واستناداً إلى المعايير والشروط التي وضعتها المادة الثالثة المشتركة يمكن تحديد المقصود بالنزاع المسلح غير الدولي حسب تلك المادة على أنها تلك النزاعات التي ليس لها طابع دولي والتي تفوق في نفس الوقت درجة الاضطرابات والتوترات الداخلية، سواء كانت بين الحكومة وجماعة من المتمردين أو بين المتمردين أنفسهم بحيث يتسم هذا النزاع بشيء من العمومية في حجمه ومداه الجغرافي وأن يملك الطرف أو الأطراف المتمردة قوة عسكرية منظمة وسلطة مسؤولة عن تصرفاتها وتتحكم بجزء من إقليم الدولة وقادرة على احترام أحكام المادة الثالثة المشتركة.

ومن الملاحظ أن هذا التعريف يشمل عنصرين مهمين هما:

1 - أن يكون للمتمردين سلطة عسكرية منظمة تمارس وظائفها على جزء من الشعب وفي جزء محدد من الإقليم.

(1) د. حازم عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، المرجع السابق، ص 216.

2 - قدرة أطراف النزاع على احترام قوانين وأعراف الحرب وأحكام المادة الثالثة المشتركة.

إن الإشكالية المقصودة بالنزاعات المسلحة غير الدولية طبقاً للمادة الثالثة المشتركة تم مناقشتها في المؤتمر الدبلوماسي لعام 1949. تم خلالها تقديم عدة مقترحات لتعريف النزاع المسلح غير الدولي لكن المؤتمر رفض كل تلك الاقتراحات. كما حاول كل من الفقه الدولي واللجنة الدولية للصليب الأحمر وضع تعريف متفق عليه من جميع الأطراف إلا أن الصعوبات القانونية وتضارب المصالح السياسية حال حتى الآن دون ذلك⁽¹⁾.

ثانياً: الأشخاص المستفيدين من الحماية الدولية المقررة في المادة الثالثة المشتركة:

لقد حددت الفقرة (1) من المادة الثالثة المشتركة بشكل واضح الأشخاص المستفيدين منها بقولها: الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، وهؤلاء الأشخاص هم الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية من المدنيين الذين انضموا إلى الطرف المتمرد أو رافقوا المقاتلين، وكذلك الأشخاص الذين ألقوا أسلحتهم وكفوا عن القتال، وأخيراً الأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو لأي سبب آخر. كل هؤلاء يجب معاملتهم في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون أي تمييز يقوم على العنصر أو اللون أو الدين أو المعتقد أو الجنس أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر. إلا أن ما يؤخذ على المادة الثالثة المشتركة أنها لم تعالج أسير الحرب، إذ لا يتمتع المقاتل المتمرد في حالة القبض عليه بالمركز القانوني لأسرى الحرب، على خلاف المقاتل من القوات المسلحة التابعة للدول في النزاع المسلح الدولي، بل يمكن أن يعاقب المقاتل المتمرد بسبب حمل السلاح ضد

(1) حول نقاشات المؤتمر الدولي، أنظر: جون ستيوارت، نحو تعريف واحد للنزاع المسلح في القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2003، ص 1.

بلده وخرقة للقانون الوطني، كما أن المادة الثالثة المشتركة لم تقرر أية حماية خاصة لبعض الفئات كالأطفال والنساء والصحفيين والموتى والمفقودين الذين لا يتمتعون إلا بالمعاملة الإنسانية التي توفرها هذه المادة باعتبارهم لا يشاركون مباشرة في الأعمال العدائية، إضافة إلى ذلك لم يتطرق نص المادة الثالثة المشتركة إلى الحماية التي يجب منحها إلى أفراد الخدمات الطبية والمؤسسات الصحية والنقل الطبي.

كما أن هذه المادة لم تضع أي ضمانات دولية تجبر أطراف النزاع على احترامها فلم تحدد أية جهة دولية معينة تقوم بالرقابة على تنفيذ أحكام المادة الثالثة المشتركة، كما أن مهمة الرقابة الدولية في النزاع المسلح غير الدولي من قبل اللجنة الدولية للصليب الأحمر أمر جوازي لأطراف النزاع.

أما فيما يخص الحماية الدولية التي جاءت بها المادة الثالثة المشتركة في الحد الأدنى من المعاملة الإنسانية لحماية الأشخاص سألني الذكر فيمكن حصرها بمنع الأعمال التالية:

1 - الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية وبخاصة القتل بجميع أشكاله والتشويه والمعاملة القاسية أو التعذيب.

2 - أخذ الرهائن.

3 - الاعتداء على الكرامة الشخصية وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

4 - إدانة الأشخاص وإعدامهم دون حكم سابق صادر من محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتعدنة.

أما فيما يخص المساعدة الإنسانية فقد اكتفت المادة الثالثة المشتركة بذكر " جمع الجرحى والمرضى والعناية بهم، دون التفصيل في الأمور المساعدة على ذلك كعملية جمع المعلومات وتسجيلها، والوضع القانوني لأفراد الخدمات الطبية ومراكز الإسعاف والمستشفيات، وغيرها من الأمور التي تم ذكرها عند تناول ضحايا النزاعات المسلحة الدولية. وبالنظر إلى

الفقرتين ما قبل الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة المشتركة تجد أنهما قررتا وضع أساس قانوني للتدخل الموازي للهيئات الإنسانية المحايدة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر والجمعيات الوطنية للصليب والهلال الأحمر، وفتح المجال أمام أطراف النزاع لإبرام اتفاقيات خاصة، تقضي بتجاوز الحد الأدنى المقرر في المادة الثالثة المشتركة. ويمكن لأطراف النزاع أن تلجأ إلى مثل هذه الاتفاقيات الخاصة، إذا كانت هناك مصلحة مشتركة بين طرفين كتبادل الأسرى مثلاً.

إن المادة الثالثة المشتركة تعد حقيقة خطوة كبيرة إلى الأمام بالمقارنة مع ما كان سائداً قبل اعتمادها، فقد أحدثت ثغرة كبيرة في جدار السيادة، حين وضعت التزاماً قانونياً على أطراف النزاع ينطبق بشكل آلي وتلقائي مستقل عن إرادة الدولة، يضمن حداً أدنى من مقتضيات الإنسانية كلما كان هناك نزاع مسلح غير دولي، إلا أن عدم تدقيق المادة الثالثة المشتركة في مفهوم النزاع المسلح الذي ليس له طابع دولي وعدم تعيينها لهيئات متخصصة لمعاينة الشروط الموضوعية لوجود هذا النزاع، جعل تطبيق المادة الثالثة المشتركة سلطة تقديرية للدولة القائم على إقليمها النزاع، التي طالما كانت تردد في إعلان النزاع القائم على إقليمها يخضع للمادة الثالثة المشتركة، وهو ما أدى إلى مشاكل لم تستطع المادة الثالثة المشتركة حلها، الأمر الذي دفع بالمجتمع الدولي إلى بذل جهود أكبر من أجل وضع قواعد تكمل نقص المادة الثالثة المشتركة، وقد أسفرت تلك الجهود عن اعتماد بروتوكول إضافي ثانٍ عام 1977 خاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية.

المطلب الثاني

النزاعات المسلحة غير الدولية طبقاً للبروتوكول

الإضافي الثاني والملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1977

في العاشر من يونيو 1977، تم اعتماد البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة. وواقع الأمر أن مؤدى اعتماد هذا

البروتوكول الإضافي، أنه قام في ظل القانون الدولي الإنساني نظامان متوازيان للحماية الدولية الإنسانية للمتمردين، بحيث كان الشأن في ذلك أن انطبق الأول منهما في مواجهة طائفة بذاتها من النزاعات المسلحة غير الدولية التي أستوفت عناصر انطباق المادة الثالثة المشتركة. وبينما ينطبق نظام الحماية الثاني على النزاعات المسلحة غير الدولية متى استوفى عناصر انطباقه في البروتوكول الإضافي الثاني.

إذاً نظام الحماية الوارد في البروتوكول الإضافي الثاني هو متمم ومكمل لنظام الحماية الوارد في المادة الثالثة المشتركة فهو لا يلغيها أو يحجم دورها المهم في الانطباق على النزاعات المسلحة غير الدولية المستوفية لشروط انطباقها⁽¹⁾.

لذلك من المهم هنا تحديد المقصود بالنزاعات المسلحة غير الدولية حسب البروتوكول الإضافي الثاني " أولاً، ثم نوضح بعد ذلك الأشخاص المستفيدين من الحماية الدولية المقررة حسب هذا البروتوكول. أولاً: المقصود بالنزاعات المسلحة غير الدولية طبقاً للبروتوكول الإضافي الثاني.

ورد تعريف النزاع المسلح غير الدولي في المادة الأولى من البروتوكول على أنها تلك التي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكّنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة وتستطيع تنفيذ هذا البروتوكول.

لا يسري هذا الملحق " البروتوكول " على حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية، مثل الشغب وأعمال العنف العرضية وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تعد نزاعات مسلحة⁽²⁾.

(1) د. حازم عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، المرجع السابق، ص 222.

(2) د. حازم عتلم، المرجع السابق، ص 223.

لذلك يمكن تعريف النزاع المسلح غير الدولي حسب هذا البروتوكول بأنه ذلك النزاع الذي لا يكون أطرافه من الدول والذي يندلع على إقليم دولة معينة بين القوات المسلحة لهذه الدولة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية أخرى تحت قيادة مسؤولة وتسيطر على جزء من إقليم الدولة وتقوم بعمليات عسكرية منظمة.

وبناء على هذا التعريف يمكن أن نفرق بين المقصود بالنزاع المسلح حسب البروتوكول الإضافي والنزاع المسلح حسب المادة الثالثة المشتركة حيث يتطلب النزاع المسلح حسب البروتوكول الإضافي ثلاثة عناصر مهمة هي:

1 - أن يملك الطرف المتمرد قوة عسكرية منظمة وسلطة مسؤولة عن تلك القوة، بحيث توضع هذه القوة العسكرية تحت أوامر السلطة المنظمة المسؤولة عنها.

2 - أن يمارس الطرف المتمرد سلطته على جزء من الشعب وفي جزء محدد من الإقليم بحيث يبلغ النزاع المسلح جانباً من العمومية في حجمه ومداه ليشمل جزءاً من الشعب والإقليم.

3 - أن تكون سيطرة الطرف المتمرد هادئة ومستقرة لا زعزعة فيها ولا اضطراب يخلقه الطرف الآخر في النزاع فيجب أن تكون السيطرة وممارسة السلطة على جزء من الشعب والإقليم بطريقة تضمن له على سبيل المثال القيام بحماية قوافل الإغاثة والمرافق العامة وتنظيم شؤون الأمن والصحة والقضاء وكل ذلك بهدوء واستقرار دون أية فوضى.

أما النزاع المسلح غير الدولي الوارد في المادة الثالثة المشتركة قد تطلب العنصرين الأول والثاني المذكورين أعلاه فقط. حيث يشترط هذا النوع من النزاعات الداخلية شرط التنظيم وذلك بخضوع المتمردين لقيادة منظمة تحترم القانون الدولي الإنساني وشرط العمومية بحيث يكون النزاع واسع النطاق في حجمه ومداه⁽¹⁾.

(1) د. حازم عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، المرجع السابق، ص 223.

وأخيراً نوضح أن البروتوكول الإضافي الثاني اعترته ثغرة جسيمة حيث أنه يحمي الأشخاص الذين لا يشتركون بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو الذين يكفون عن الاشتراك في الأعمال العدائية فقط وبذلك فهو لا يوفر حماية دولية خاصة للمقاتلين أو أسرى الحرب إلا ما تم النص عليه في المادة (4) فقرة (1) وهي منع إصدار أوامر بقتل من هم على قيد الحياة من جانب الطرف المتمرد. أما مقاتلي القوات الحكومية فيعتبرهم أسرى وهناك حماية خاصة لهم. كما أن هذا البروتوكول أخرج الاضطرابات والتوترات الداخلية والنزاع الداخلي الذي لا تكون فيه القوات الحكومية طرفاً من الحماية المقررة فيه.

ثانياً: الأشخاص المستفيدون من الحماية الدولية المقررة في البروتوكول الإضافي الثاني.

يحتوي هذا البروتوكول على سلسلة الأحكام الموضوعية التي تتعلق بالحماية الدولية التي يوفرها البروتوكول الثاني لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية وهي:

- المعاملة الإنسانية⁽¹⁾: يكون لجميع الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة أو الذين يكفون عن الاشتراك في الأعمال العدائية، سواء قيدت حريتهم أم لم تقيد. الحق في احترامهم ومعاملتهم معاملة إنسانية، دون أي تمييز مجحف. كذلك يمنع القيام بأعمال الإرهاب وأخذ الرهائن والاعتداء على الحياة والصحة والسلامة البدنية أو العقلية، ولاسيما القتل والمعاملة القاسية والتعذيب أو التشويه وكذا انتهاك الكرامة الشخصية وبوجه خاص المعاملة المهينة والحاطة من كرامة الإنسان والاعتصاب والإكراه على الدعارة والرق إضافة إلى السلب والنهب والتهديد بارتكاب هذه الأفعال.

- حماية الأطفال: نص البروتوكول على وجوب توفير الرعاية والمعونة للأطفال وركز بصفة أساسية على الأمور التالية: وجوب توفير التعليم للطفل، ضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتسهيل جمع شمل الأسرة، وعدم جواز تجنيد الأطفال دون خمسة عشرة سنة سواء كان التجنيد جبراً أو تطوعاً أو كان الاشتراك مباشراً أو غير مباشر في

(1) الباب الثاني المواد من (4) إلى (6).

العمليات العدائية، وأخيراً حظر إجلاء الأطفال إلا بتوافق شرطين هما:
أسباب ملحة وموافقة الوالدين أو من يقوم مقامهما.
- الأشخاص الذين قيدت حريتهم:

إن المادة الخامسة جاءت تحت عنوان: الأشخاص الذين قيدت حريتهم، تلك المادة تعكس الفرق الشاسع بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، حيث تم تخصيص اتفاقية كاملة لتحكم أسرى الحرب في النزاعات المسلحة الدولية، أما في النزاعات المسلحة غير الدولية فقد تم الاكتفاء في المادة الخامسة التي تتضمن بعض القواعد التي يجب احترامها كحد أدنى عند معاملة الأشخاص الذين حرموا أو قيدت حريتهم بسبب النزاع المسلح ومع ذلك تعتبر هذه المادة تطورا هاما، إذا ما قورنت مع المادة الثالثة المشتركة⁽¹⁾.
- المحاكمة العادلة:

نص هذا البروتوكول على عدم إدانة أي شخص بسبب النزاع المسلح، إلا بعد محاكمة عادلة تتوافر فيها كل الضمانات الأساسية من استقلال وحيّدة، كما قررت من جهة أخرى عدم جواز إصدار حكم الإعدام على المرأة الحامل، وأمّهات صغار الأطفال والأشخاص الذين تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة. مع إمكانية إصدار العفو الشامل في حقهم عند نهاية الأعمال العدائية⁽²⁾.

- حماية الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار⁽³⁾: سواء شاركوا أم لم يشاركوا في النزاع المسلح ويجب معاملتهم معاملة إنسانية دون أي تمييز، إلا لاعتبارات طبية. كما يجب البحث عنهم وعن الموتى وحمايتهم من السلب والنهب وسوء المعاملة عقب أي اشتباك مسلح، وقد اتسعت الحماية لتشمل القائمين بهذه الأعمال: كأفراد الخدمات الطبية وأفراد الهيئات الدينية ووسائل النقل الطبي، بالمقابل يتوجب على هؤلاء إبراز شارة الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو الأسد والشمس الأحمرين وتوجب احترام هذه العلامة في جميع الأحوال وعدم إساءة استعمالها.
- حماية السكان المدنيين:

يجب حماية السكان المدنيين من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية وحظر أعمال العنف الرامية إلى بث الذعر بين المدنيين أو حتى

(1) فريتنس كالسيوقن، ليزابيث تسغفلد، المرجع السابق، ص 159.

(2) المادة السادسة الفقرة الأخيرة.

(3) الباب الثالث، المواد من 7 إلى 12.

التهديد بها وهذا بشرط عدم مشاركة المدنيين في الأعمال العدائية بصورة مباشرة. كما يمنع تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب القتال، وتم حظر توجيه العمليات العسكرية ضد المنشآت التي تحتوي على قوى خطيرة، وكذلك الأعيان الثقافية وأماكن العبادة، إضافة إلى حظر الترحيل القسري، إلا للضرورة العسكرية. وأخيراً ضمان عمليات الإغاثة التي كرست بشكل واضح حق المبادرة لجمعيات الهلال والصليب الأحمر بشرط موافقة الطرف السامي المتعاقد أي الحكومة الشرعية⁽¹⁾.

الخاتمة

في نهاية بحثنا هذا المتعلق بماهية النزاعات المسلحة وصورها نتمنى أن نكون قد أوضحنا الإشكالية الرئيسية التي يطرحها وهي التعريف بأنواع النزاعات المسلحة غير الدولية التي يعترف بها القانون الدولي ويقرر لضاياها حماية دولية خاصة عن النزاعات المسلحة الدولية وباقي النزاعات المسلحة الداخلية التي لا يعترف بها.

وهنا نود أن نورد النتائج والاقتراحات التي توصلنا لها وذلك على النحو الآتي:

1 - أولاً النتائج:

- 1 - هناك نوعان من النزاعات المسلحة غير الدولية يعترف بهما القانون الدولي الإنساني، النزاع المسلح غير الدولي حسب المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة، النزاع المسلح غير الدولي حسب البروتوكول الإضافي الثاني.
- 2 - لكل نوع من هذه النزاعات غير الدولية عناصر خاصة به وحماية دولية لضاياها كل منهما وذلك دون أن يلغي أحدهما الآخر.
- 3 - لم تعط المادة الثالثة المشتركة تعريفاً واضحاً ومحددًا للنزاع المسلح غير الدولي.
- 4 - لم تعط المادة الثالثة المشتركة للمقاتل المتمرد المركز القانوني لأسرى الحرب في حال إلقاء القبض عليه.
- 5 - لم تضع المادة الثالثة المشتركة نظام رقابة قانوني دولي يفرض على الأطراف المتنازعة احترامه
- 6 - لا يعتبر البروتوكول الإضافي الثاني مقاتلي الطرف المتمرد أسرى حرب ولا يوفر حماية دولية لمقاتليه وذلك على عكس المقاتلين التابعين لقوات الدولة.

(1) الباب الرابع، المواد من 13 إلى 18.

- 7 - لا يعتبر البروتوكول الإضافي الثاني الاضطرابات والتوترات الداخلية نزاعاً دولياً له حماية دولية.
- 8 - لا يعتبر البروتوكول الإضافي الثاني النزاع المسلح غير الدولي كذلك وله حماية دولية إلا إذا كان أحد أطراف النزاع هو القوات المسلحة الحكومية.
- ثانياً: المقترحات
- 1 - إزالة التفرقة بين النزاعات المسلحة الدولية غيره الدولية وتطبيق نظام دولي موحد على كل تلك النزاعات.
 - 2 - وضع نظام رقابي دولي يلزم أطراف النزاع غير الدولي احترامه ويكون هناك عقوبات في حال مخالفته.
 - 3 - توسع نطاق الأشخاص الذين يستفيدون من النزاع المسلح غير الدولي ليشمل العسكريين المقاتلين وغير المقاتلين.
 - 4 - لحين وضع نظم قانوني موحد لجميع أنواع النزاعات المسلحة غير الدولية يجب أن يعدل النظام الحالي للنزاعات المسلحة الداخلية لتلافي العيوب الجسيمة التي تشوبه.

المراجع

- (1) المراجع العربية:
 - د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة.
 - د. جبالة عمار، مجال تطبيق الحماية الدولية لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، مجموعة رسائل الدكتوراة، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، 2009.
 - د. جون ستيوارت، نحو تعريف واحد للنزاع المسلح في القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2003.
 - د. حازم عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، من كتاب: القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تقديم د. أحمد فتحي سرور، 2006.
 - د. حسين حنفي عمر، حق الشعوب في تقرير المصير دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005.
 - د. رشاد السيد، القانون الدولي العام، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2001.
 - د. رشيد العنزي، القانون الدولي العام، الطبعة الثالثة، 2009.

- د. رشيد حمد العنزي، " معتقلو جوانتانامو بين القانون الدولي الإنساني ومنطق القوة "، مجلة الحقوق، العدد 4، ديسمبر 2004.
 - د. صلاح الدين عامر، مجموعة الرسائل العلمية، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر.
 - د. صلاح الدين عامر، مقدمة الدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1995.
 - د. عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان واللجنة الدولية للصليب الأحمر، تونس 1997.
 - د. عبد الغنى عبد الحميد، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الإنساني والشريعة الإسلامية، دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم أ.د. مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى، 2000.
 - د. على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، بدون رقم طبعة، بدون سنة نشر.
 - د. فريتس كالسهورف، ليزابيث تسغفلد، ضوابط تحكم خوض الحرب، مدخل للقانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الأولى، 2007.
 - د. محسن الشيشكلي، مذكرات في القانون الدولي العام، جامعة الكويت، 1984.
 - د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
 - د. محمد نور فرحات، " تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان جوانب الوحدة والتميز " دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.
 - د. فرانسواز بوشيه سولينييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ترجمة أحمد مسعود، دار العلم للملايين، لبنان، ط أ، 2005.
 - شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، مطبوعات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ط 6، 2006.
- (2) المراجع الأجنبية:

- **Abi Saab, droit humanitaire et conflits internes, edition A., Pedone, Paris, 1986.**
- **Asbjorn Eide. " Trouble intérieur, in les déviations internationales du humanitaire", institute Henry dunant (Unexo) , Pédone, 1986.**
- **Jian siotis, Le droit de guerre, et les conflits armés d'un caractère non international L.G.D.J.Paris, 1985. .**
- **René – Jean, Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international, R.G.A.D.I., tome 137, 1972.**
- **Victor Duculesco, " effet de la reconnaissance de l'état de belligerence " , R.G.D.I.P., Tome 79, 1975.**
- **A.Rougier, les guerres civiles et le droit des gens, Paris, Larousse, 1992.-**

مبدأ الوجود الحكمي
في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982
بين النظرية والتطبيق
إعداد الباحث
علي وليد منون
ماجستير في القانون الدولي- جامعة دمشق
باحث قانوني لدى المديرية العامة للموانئ
وزارة النقل السورية

مقدمة:

ارتبط نشوء القانون الدولي للبحار وتطوره تاريخياً بأعالي البحار، إذ مرت أعالي البحار نفسها بمراحل عديدة متأثرة بالتطورات السياسية والقانونية التي مرت بالمجتمع الدولي. حيث كان نشاط الإنسان مقتصرًا على الساحل لخوفه من البحر المليء بالمخاطر، ولكن مع تطور وسائل الملاحة وازدياد قدرة الإنسان على تحمل مخاطر البحار جعله ينظر إليها بأنها مصدرًا للثراء. فازدادت ادعاءات الدول بحقها بتملك مساحات من البحار ومنع الغير من الاستفادة منها إلا بإذنها، فادعت روما السيادة على البحر المتوسط، وادعت البندقية السيادة على البحر الأدرياتيكي، وادّعت البرتغال السيادة على بحار غربي إفريقيا وحرّمت الملاحة فيها على السفن الأجنبية، وكانت تطارد من تحاول منها الوصول إلى الهند عن هذا الطريق وتشنق بحارتها. وادعت إسبانيا السيادة على القسم الجنوبي من المحيط الأطلسي، وادعت بريطانيا سيادتها على القسم الشمالي منه وعلى بحر المانش، في حين ادعت الدانمارك والسويد السيادة على بحر البلطيق⁽¹⁾. وأثارت هذه الأوضاع اهتمام المشتغلين بالقانون

1- د. محمد عزيز شكري، قانون البحار، الموسوعة العربية، انظر:

الدولي حيث هبّ جانب منهم ينادي بحرية البحار، ونشر الفقيه الهولندي "جروسيوس" كتابه "البحر الحر" عام 1609م مهاجماً فيه ما كانت تدعيه الدول المتقدمة من السيادة على البحار، ولم ترق أفكار الفقيه الهولندي لبريطانيا فجندت فقهاءها لمعارضة ما دعا إليه جروسيوس فأخرج "سلدن" مؤلفه "البحر المغلق" عام 1613م مدافعاً فيه عن فكرة إمكان تملك البحار، ونتيجة لذلك نشأت مدرستان مختلفتان تدعو إحداها إلى وجوب تحرير البحار من السيادة وتدافع الأخرى عن إبقاء البحار خاضعة للسيادة الوطنية، وما لبث أن انتصر في هذا الصراع المدرسة الأولى، وأصبح يتم التمييز بين ما هو خاضع لسيادة الدولة الساحلية أو لاختصاصها وبين ما هو مشترك بين جميع الدول المتمثل في أعالي البحار⁽¹⁾. ولكن على الرغم من انتصار المدرسة الأولى واستقرار مبدأ حرية أعالي البحار إلا أن هناك استثناءات ترد عليه فرض بعضها ضرورة حماية المصالح الجوهرية للمجتمع الدولي بينما فرض بعضها الآخر ضرورة حماية مصالح الدولة الساحلية، ويعد مبدأ الوجود الحكمي أحد هذه الاستثناءات.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية البحث في مبدأ الوجود الحكمي من كونه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة الدفاع عن مصالح الدولة الساحلية وحماية أمنها في المناطق البحرية الخاضعة لسيادتها أو لاختصاصها. فلقد ترتب على التنظيم القانوني الجديد لأحكام البحار في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 الاعتراف للدول الساحلية بحقوق على البحار المجاورة لها تمكّنها من التمتع بخيراتها وتحقيق الرفاه الاقتصادي لشعوبها، وأصبحت قدرة الدولة الساحلية على الدفاع عن

http://www.arab-ency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func=display_term&id=14964&m=1

تاريخ الزيارة 2014/1/3.

1- لمزيد من التفاصيل، راجع: د.صلاح الدين عامر، القانون الدولي الجديد للبحار: دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، دار النهضة، القاهرة، 1983، ص 11 وما بعدها.

(790) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

مصالحها وحماية حقوقها في البحار المجاورة لها هي الكلمة العليا، فالدولة الساحلية التي لا تستطيع ذلك لن تستطيع أن تمتلك طعامها وستقلب البحار عليها من نعمة إلى نقمة تهدد أمنها ولاسيما في ظلّ نظام عالمي جديد لا يعرف إلا المصالح، وهو الأمر الذي اقتضى الاعتراف بامتداد اختصاص الدولة الساحلية تجاه السفن القابعة في أعالي البحار عندما ترسل زوارق إلى المناطق البحرية الخاضعة لسيادة الدولة الساحلية أو اختصاصها تقوم بانتهاك قوانينها أو أنظمتها، وبذلك يحتل مبدأ الوجود الحكمي أهمية كبيرة في الدول الساحلية، بينما لا نجد له مثل هذه الأهمية بالنسبة للدول الحبيسة.

أهداف الدراسة:

تتمثل الأهداف من وراء هذا البحث بصفة أساسية في تحديد المفهوم القانوني لاصطلاح الوجود الحكمي وموقعه في القانون الدولي من خلال التركيز على القواعد التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، وذلك كله بغية الوصول إلى نتائج عملية وقانونية تساعد في حل القضايا الخلافية المتعلقة بمبدأ الوجود الحكمي وتطبيقه بشكل سليم يتفق مع اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

منهجية الدراسة:

اتخذت هذه الدراسة أسلوب الاستقراء القانوني القائم على تحليل نصوص المواد القانونية المتعلقة بمبدأ الوجود الحكمي، حيث إن جوهر ذلك المنهج هو الانتقال من الجزئيات إلى الكليات وهو الأمر الذي اتبعناه في هذه الدراسة، إذ تناولنا مبدأ الوجود الحكمي بحسبانه استثناء على القاعدة العامة حول حرية أعالي البحار. فهذه الدراسة هي تصور قانوني يقوم على التحقق من الوصف القانوني لمبدأ الوجود الحكمي والوقوف على طبيعته المادية. صعوبات الدراسة:

كان من أهم الصعوبات التي واجهت الباحث أثناء كتابة هذا البحث افتقار المكتبة المحلية بشكل خاص، والعربية بشكل عام، إلى الدراسات والبحوث التي تناولت مبدأ الوجود الحكمي كأساس لممارسة الاختصاص ضد السفن المخالفة، وهو الأمر الذي زادني إصراراً وحماساً للتصدي لهذا البحث، ونأمل إن شاء الله أن تساهم هذه الدراسة في توضيح المقصود بمبدأ الوجود الحكمي وحل المسائل الخلافية المتعلقة به.

خطة البحث:

سنتناول "مبدأ الوجود الحكمي في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 بين النظرية والتطبيق" في ثلاثة مطالب:
يعالج المطلب الأول "ماهية مبدأ الوجود الحكمي" في فرعين رئيسيين هما:

الفرع الأول: المقصود بمبدأ الوجود الحكمي.

الفرع الثاني: أنواع الوجود الحكمي.

بينما يتناول المطلب الثاني "الطبيعة القانونية لمبدأ الوجود الحكمي" في فرعين رئيسيين هما:

الفرع الأول: الوجود الحكمي كاستثناء على حرية أعالي البحار.

الفرع الثاني: علاقة مبدأ الوجود الحكمي بحق المطاردة الحثيثة.

أما المطلب الثالث من البحث، فسوف نخصصه لدراسة "صعوبات

تطبيق مبدأ الوجود الحكمي" من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: غموض بعض المصطلحات المتعلقة بمبدأ الوجود الحكمي.

الفرع الثاني: صعوبة إثبات الصلة بين السفن المخالفة.

المطلب الأول

ماهية مبدأ الوجود الحكمي

يستوجب البحث في ماهية مبدأ الوجود الحكمي الوقوف عند تحديد المقصود بهذا المبدأ في القانون الدولي للبحار ومعرفة أنواعه؛ من أجل وضع تصور دقيق لهذا المبدأ وهو ما نبينه في الآتي:

الفرع الأول

المقصود بمبدأ الوجود الحكمي

يسمح مبدأ الوجود الحكمي للدولة الساحلية بممارسة اختصاصها على السفينة الأجنبية التي تبقى في أعالي البحار ولكن أفعالها تحدث بالتنسيق مع مراكب أخرى متصلة بها، بحيث إذا قامت هذه المراكب المتصلة بانتهاك قوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها في المناطق البحرية الخاضعة لسيادتها أو لاختصاصها⁽¹⁾ يمكن في هذه الحالة للدولة الساحلية ممارسة اختصاصها على السفينة الأم القابعة في أعالي البحار⁽²⁾. فمن المعترف به كمبدأ عام في القانون الدولي أن الأفعال التي تحدث خارج إقليم الدولة ولكن مقصود بها أن تنتج فيها نتائج ضارة أو كانت بالفعل تنتج فيها هكذا نتائج، تبرر للدولة ممارسة اختصاصها الجنائي خلف إقليمها. وذهب اللورد McNair إلى وصف مبدأ الوجود الحكمي بالآتي: "عندما تقوم سفينة أجنبية موجودة خارج المياه الإقليمية بإرسال زوارق إلى المياه الإقليمية ترتكب مخالفات هناك، فإن السفينة الأم تجعل نفسها عرضة للاحتجاز بسبب هذه المخالفات بالنيابة"⁽³⁾.

1- يقصد بالمناطق البحرية الخاضعة لسيادة الدولة الساحلية المياه الداخلية أو المياه الأرخيبالية والبحر الإقليمي، بينما يقصد بالمناطق البحرية الخاضعة لاختصاص الدولة الساحلية المنطقة المتاخمة والمنطقة الاقتصادية الخالصة، راجع: د.حازم محمد عتلم، أصول القانون الدولي (القسم الثاني: أشخاص القانون الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص113-114.

2- Yoshifumi Tanaka, the International Law of the Sea, Cambridge University Press, UK, 2012, p.165.

3- William C. Gilmore, Hot Pursuit and Constructive Presence in Canadian Law Enforcement: A Case Note, Marine Policy, Vol.12, No.2, 1988, p.109.

ولقد قُتِنَ مبدأ الوجود الحكمي في المادة 3/23 من اتفاقية جنيف حول أعالي البحار عام 1958 ثم كررت المادة 4/111 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 تعابير المادة 3/23 من اتفاقية جنيف حول أعالي البحار، حيث نصت المادة 4/111 على الآتي: ((لا تعتبر المطاردة الحثيثة قد بدأت ما لم تكن السفينة القائمة بالمطاردة، قد اقتنعت بالوسائل العملية المتاحة لها، بأن السفينة هدف المطاردة، أو أحد زوارقها أو مراكبها الأخرى التي تعمل كفريق واحد وتستخدم السفينة هدف المطاردة كسفينة أم، موجودة داخل حدود البحر الإقليمي أو، حسبما يكون عليه الحال، داخل المنطقة المتاخمة أو داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة أو فوق الجرف القاري....)).

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 4/111 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 استخدمت كلمة "مركب" Craft وليس كلمة "زورق" Boat عند الإشارة إلى أعضاء الفريق الآخرين في عمليات السفينة الأم⁽⁴⁾، مما يعني امتداد مبدأ الوجود الحكمي ليس فقط إلى الحالات التي تعمل فيها السفينة الأم مع زوارق متصلة، وإنما أيضاً إلى الحالات التي تعمل فيها السفينة الأم مع طائرات متصلة، كما يجب أن يمتد مبدأ الوجود الحكمي بشكل منطقي إلى "الطائرة الأم" عندما تقوم هذه الطائرة على سبيل المثال بإيصال بعض السلع المهربة إلى سفن شحن صغيرة في أثناء وجودها في أعالي البحار، ومن ثم تقوم هذه السفن بخرق قوانين الدولة الساحلية، حيث يجب أن

4- يذهب النص الإنكليزي للمادة 4/111 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار في جانب منه إلى الآتي:

((Hot pursuit is not deemed to have begun unless....that the ship pursued or one of its boats or other craft working as a team and using the ship pursued as a mother ship is within the limits....)).

تعدّ "الطائرة الأم" موجودةً بشكلٍ حكميٍّ ضمن مياه الدولة الساحلية تماماً مثل "السفينة الأم"⁽⁵⁾.

ومما تقدم يشترط لتطبيق مبدأ الوجود الحكمي كأساس لممارسة الدولة الساحلية لاختصاصها على السفينة الأم القابعة في أعالي البحار توافر العناصر الآتية:

أ- وجود سفينة أجنبية تعمل كسفينة أم في منطقة بحرية لا تستطيع أن تمارس الدولة الساحلية عليها اختصاصاً تنفيذياً بموجب قانون البحار.

ب- وجود زورق متصل بها في منطقة بحرية تستطيع الدولة الساحلية أن تمارس عليه الاختصاص التنفيذي.

ج- أن تتوافر لدى سلطات الدولة الساحلية أسباب وجيهة للاعتقاد بأن السفينتين تعملان كفريق في خرق قوانينها وأنظمتها.

الفرع الثاني

أنواع الوجود الحكمي

يتفرغ عن مبدأ الوجود الحكمي حسب الأستاذ O'Connell

مفهوم الوجود الحكمي البسيط ومفهوم الوجود الحكمي الواسع⁽⁶⁾.

5- "The convention's choice of the term "craft" when referring to the other team members in a mothership operation extends the constructive presence doctrine to cases where a mothership works with contact aircraft, as well as contact boats. logically, the right of hot pursuit should extend to "mother aircraft" too: where an aircraft, for example, delivers contraband to pickup vessels while outside coastal state waters, and those contact vessels then violate coastal state law, the "mother aircraft" is constructively present as much as a mothership would be". Craig H. Allen, Doctrine of Hot Pursuit: A Functional Interpretation Adaptable to Emerging Maritime Law Enforcement Technologies and Practices, Ocean Development and International Law, Vol.20, 1989, p.315.

أولاً- الوجود الحكمي البسيط:

يكون الوجود الحكمي البسيط عندما يتم انتهاك قوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها بواسطة زوارق مملوكة للسفينة الأجنبية⁽⁷⁾. وهذا المفهوم البسيط للوجود الحكمي مستقر في الممارسة الرسمية للدول، كما حظي بتأييد واسع من قبل لجنة القانون الدولي التي تولت العمل التحضيري لمؤتمر جنيف حول قانون البحار عام 1958⁽⁸⁾، إذ أقرت لجنة القانون الدولي المفهوم البسيط للوجود الحكمي دون المفهوم الواسع في مسودة المواد النهائية التي أعدتها حول قانون البحار، حيث نصت مسودة المادة 3/47 على الآتي: ((لا تعدُّ المطاردة الحثيثة قد بدأت ما لم تقتنع السفينة القائمة بالمطاردة... أن السفينة هدف المطاردة أو أحد زوارقها موجودة داخل حدود البحر الإقليمي، أو حسبما يكون عليه الحال داخل المنطقة المتاخمة))⁽⁹⁾. وكمثال عن قضايا الوجود الحكمي البسيط نشير إلى:

- قضية السفينة The Araunah:

تعدُّ القضية الشهيرة الأولى لمبدأ الوجود الحكمي ولاسيما لمفهومه البسيط هي تلك الخاصة بالسفينة الكندية The Araunah عام 1888، حيث تم احتجاز هذه السفينة على بُعد 16 ميلاً بحرياً من الطرف الجنوبي لجزيرة Copper من قبل السفن الروسية لقيامها بصيد عجول البحر عن طريق زورق صغير، بينما بقيت The Araunah خارج المياه الإقليمية الروسية، وأكدت المحكمة الروسية التي نظرت في القضية على مشروعية الاحتجاز، كما أن الحكومة البريطانية لم

6- D P O'Connell, the International Law of the Sea, Oxford University Press, Oxford, Vol.2, 1984, p.1093.

7- Ibid., p.1093.

8- William C. Gilmore, Hot Pursuit and Constructive Presence in Canadian Law Enforcement: A Case Note, op. cit., p.109.

9- Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1956, p.284.

تثر مشروعية احتجاز السفينة The Araunah بحسبان أن امتداد الاختصاص من جانب الحكومة الروسية كان مبرراً⁽¹⁰⁾.

- قضية السفينة Tenyu Maru:

كانت تتواجد السفينة اليابانية Tenyu Maru على بعد 11.5 ميلاً بحرياً من شاطئ جزر Pribilof عندما أرسلت زوارق مملوكة لها من أجل اصطيد عجول البحر، وفي 9 تموز 1909 اكتشف قارب أمريكي زورقين على بُعد ميل ونصف الميل من شاطئ جزيرة Otter، وتمكن من احتجاز أحد الزورقين ضمن حدود الأميال الثلاثة بينما تم احتجاز الزورق الآخر بعد هذا الحد، كما تم إيقاف السفينة Tenyu Maru واقتيدت مع ربانها وطاقمها إلى ميناء.

ولقد عدّ القاضي Over field أن "السفينة كانت متورطة تماماً في قتل عجول البحر حسب القوانين عندما تم ضبط زورق صغير ضمن حدود الأميال الثلاثة في التاسع من تموز كما لو كانت السفينة موجودة في المنطقة البحرية نفسها في ذلك الوقت في ظل غياب أي دليل يخفف من هذه الظروف"، وهكذا تمت مصادرة السفينة لصالح الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹¹⁾.

ثانياً - الوجود الحكمي الواسع:

يكون الوجود الحكمي الواسع عندما تستخدم السفينة الأجنبية زوارق أخرى غير مملوكة لها في انتهاك قوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها⁽¹²⁾، ولم يحظ مبدأ الوجود الحكمي بمفهومه الواسع بالتأييد نفسه الذي حظي به الوجود الحكمي بمفهومه البسيط، وواجه هذا المفهوم الواسع معارضة من قبل بعض الأعضاء عند مناقشة حق المطاردة الحثيثة أمام لجنة القانون الدولي عام 1951، إذ ذهب

10- Nicholas M. Poulantzas, the Right of Hot Pursuit in International Law, MartinusNijhoff Publishers, Hague, Second Edition, 2002, pp.246-247.

11- Yoshifumi Tanaka, op. cit., p.165.

12- D P O'Connell, op. cit., p.1093.

Francois إلى أنه يجب لتبرير المطاردة أن تكون الزوارق المستخدمة في ارتكاب المخالفة زوارق السفينة المشتبه بها نفسها ورفض بالنسبة للحالات الأخرى مبدأ الوجود الحكمي⁽¹³⁾، ولقي هذا الرأي تأييداً من قبل رئيس الجلسة السيد James L. Brierly الذي أشار إلى أن السيد Francois رفض وجهة النظر القائلة: "إنه حتى ولو لم تستخدم السفينة زوارقها المملوكة لها وإنما استخدمت زوارق أخرى لارتكاب المخالفات في المياه الأجنبية، فإنّه مع ذلك يبقى ذنبها قائماً"، وفي رأيه أنّ السفينة التي تبيع المشروبات الكحولية في أعالي البحار لزوارق أخرى تقوم بعد ذلك بإحضارها إلى الدولة الساحلية لا ترتكب أية مخالفة، وإنّما كان يجب على الدولة الساحلية أن تمارس السيطرة اللازمة على زوارقها⁽¹⁴⁾، وهكذا أدخل مبدأ الوجود الحكمي بمفهومه البسيط دون الواسع في المادة 3/47 من مسودة المواد النهائية، وعند التعليق على المادة المذكورة يظهر الشرح الآتي للجنة القانون الدولي "تطبق هذه المادة على السفن التي تتموضع خارج البحر الإقليمي وتتسبب زوارقها في ارتكاب أفعال غير قانونية في ذلك البحر، ورفضت اللجنة على كل حال جعله مشابهاً للحالات التي تبقى فيها السفينة خارج البحر الإقليمي وتستخدم زوارق أخرى غير زوارقها المملوكة لها"⁽¹⁵⁾.

وخلال مؤتمر البحار الأول عام 1958 نوقشت المادة المتعلقة بالمطاردة الحديثة بشكلٍ تفصيلي، واقترحت المكسيك خلاله تعديلاً دَعَتْ فيه إلى إقحام تعبير "أو أحد مراكبها الأخرى التي تعمل كفريق، وتستخدم السفينة هدف المطاردة كسفينة أم" بين تعبير "أو

13- Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, 1951, p.365.

14- Ibid., p.365.

15- Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1956, p.285.

أحد قواربها" وتعبير "موجودة داخل حدود"⁽¹⁶⁾، وقصد من اقتراح هذا التعديل وفقاً للمندوب المكسيكي "منح الدولة الساحلية حق المطاردة الحثيثة ضد السفن غير الموجودة بشكل فعلي بنفسها أو من خلال أي من زوارقها المملوكة لها ضمن البحر الإقليمي أو المنطقة المتاخمة، إذا كانت متورطة في أفعال غير قانونية استخدمت فيها زوارق أخرى غير زوارقها المملوكة لها"⁽¹⁷⁾، وبالفعل تم تبني التعديل المكسيكي بواقع 35 صوتاً مؤيداً ضد 13 صوتاً معارضاً مع امتناع 16 عن التصويت⁽¹⁸⁾، وبذلك أقر مبدأ الوجود الحكمي بشقيه البسيط والواسع في المادة 23 من اتفاقية جنيف حول أعالي البحار لعام 1958 وهو الذي كرسته أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 في المادة 4/111.

وهكذا يمكن القول: إن مبدأ الوجود الحكمي بمفهومه البسيط عند تقنينه في المادة 23 من اتفاقية جنيف حول أعالي البحار عام 1958 كان انعكاساً للقانون الدولي العرفي، بينما شكّل تقنين مبدأ الوجود الحكمي بمفهومه الواسع تطوراً تقديمياً في قانون البحار⁽¹⁹⁾، وإن كان ذلك لا يمنع أن يكون مبدأ الوجود الحكمي بمفهومه الواسع أصبح من القواعد العرفية المستقرة في وقتنا الحالي عملاً باتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام 1969م⁽²⁰⁾. وكمثال عن قضايا الوجود الحكمي الواسع نشير إلى:

16- A/CONF.13/C.2/L.4.

17- United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. IV, 1958, p.29.

18- Ibid., p.91.

19- William C. Gilmore, Hot Pursuit and Constructive Presence in Canadian Law Enforcement: A Case Note, op. cit., p.110.

20- تنص المادة 38 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام 1969م على الآتي: ((ليس في المواد من 34 إلى 37 (المتعلقة بأثر المعاهدات على الدول غير الأطراف) ما يحول دون أن تصبح قاعدة واردة في معاهدة ملزمة للدولة الغير بحسبانها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي معترفاً لها بهذه الصفة)).

- قضية Regina v Sunila and Soleyman :

في 13 آذار عام 1985 أبحرت السفينة الكندية Lady Sharell من مقاطعة Nova Scotia الكندية باتجاه جزيرة Sable الكندية، وبقيت هناك حتى مساء 22-23 آذار حيث التقت مع السفينة الهندوراسية Ernestina، وخلال هذا اللقاء الذي حدث ضمن المياه الإقليمية الكندية نُقلت كميات من المخدرات إلى السفينة Lady Sharell، ومع اكتمال الصفقة أبحرت Lady Sharell إلى ميناء Lockeport بينما عادت Ernestina إلى أعالي البحار، وفي صباح 24 آذار احتُجزت Lady Sharell، ثم أُعلِّمت القوة المكافئة باحتجاز السفينة Ernestina بنجاح المهمة في ميناء Lockeport، فأمرُوا هذه السفينة بالوقوف وأرسلوا فريقاً للصعود عليها، وكانت تبعد حينها 400 ميلٍ بحريٍّ عن الشاطئ⁽²¹⁾.

وبناء على هذه الوقائع رفع المتهمون الذين كانوا على ظهر Ernestina دعوى أمام المحكمة العليا في مقاطعة Nova Scotia طالبوا فيها أن يبرِّروا من كل التُّهم المنسوبة إليهم على أساس أنهم أُخضعوا لاعتقالٍ غير قانونيٍّ في المياه الدولية، وبذلك يشكل اعتقالهم خرقاً لقاعدة القانون الدولي حول الاختصاص الحصري لدولة العلم على سفنها في أعالي البحار، وأضافوا أن اعتقالهم لم يكن مبرراً بموجب حق المطاردة الحثيثة، بينما أكد المحامي العام على شرعية الأفعال المتَّخذة ضد المتهمين، وصدّر قرار رئيس المحكمة العليا بقانونية تفتيش السفينة واعتقال المتهمين⁽²²⁾.

وتم استئناف الحكم، ومن بين الأسباب التي بُنيَ عليها الاستئناف أن "قاضي الغرف أخطأ في استنتاج أن المتطلبات الأساسية للمطاردة الحثيثة استوفيت من قبل الشرطة الكندية"، وأكد المحامي العام لكندا على أن احتجاز السفينة واعتقال طاقمها تمَّ بما

21- William C. Gilmore, Hot Pursuit and Constructive Presence in Canadian Law Enforcement: A Case Note, op. cit., pp.105-106.
22- Ibid., p.106.

يتوافق مع متطلبات المادة 23 من اتفاقية جنيف حول أعالي البحار عام 1958، واعتمد في تبرير ذلك على مفهوم الوجود الحكمي حيث أشار إلى أنه في وقت البدء بمطاردة السفينة Ernestina تمّ احتجاز السفينة Lady Sharell في ميناء Lockport، كما استشهد بالمادة 3/23 من اتفاقية جنيف حول أعالي البحار، وحسب رأيه إن كلتا السفينتين "متورطتان بمغامرة مشتركة وتعملان كفريق"، ولذلك يجب أن تُوصف السفينة Ernestina بأنها "سفينة أم" للسفينة Lady Sharell التي تمّ الزعم أنها اشترت خصوصاً للعمل كسفينة تفريغ، ووفقاً لذلك فإن القيام بالمطاردة الحثيثة وممارسة الاختصاص ضد السفينة Ernestina قانوني طالما "كانت السفينة الأخرى التي هي جزء من فريق العمل ضمن حدود كندا"⁽²³⁾، وبناءً على هذه المعطيات رفضت المحكمة في 1986/1/2 بالإجماع الاستئناف المقدّم من المتهمين⁽²⁴⁾.

- قضية R.v. Millis and Others:

تمّ تأييد الوجود الحكمي بمفهومه الواسع أيضاً في هذه القضية عام 1993 عندما نقلت السفينة MVposeidon المسجلة في دولة سان فانسننت وجرينادين في أعالي البحار ما يقارب 3.25 طناً من المخدرات إلى قارب صيدٍ مسجلٍ في بريطانيا يدعى Delvan الذي كان قد أتى من Cork في جمهورية إيرلندا لهذا الغرض، وبعد إتمام عملية نقل المواد المخدرة إلى القارب Delvan اتجه هذا القارب إلى المملكة المتحدة، ولدى وصوله نحو الساحل الجنوبي لميناء Littlehampton تم تفريغ الشحنة، ولكن بعد ذلك بوقتٍ قصير تمّ احتجازه، ثم بعد ذلك تمّ احتجاز السفينة MVposeidon في أعالي البحار من قبل قوة المهام البريطانية.

وبناءً على هذه الوقائع كانت القضية التي طُرحت أمام المحكمة البريطانية هي هل تفي العلاقة بين السفينة MVposeidon والقارب Delvan بمتطلبات المادة 3/23 من اتفاقية جنيف حول أعالي

23- Ibid., pp.106-107.

24- Ibid., p.108.

البحار عام 1958، أي فريق العمل وعلاقة أمومة بين السفينتين (25)؟
وجد القاضي Devonshire أن علاقة الأمومة بين السفينتين قائمة،
واستشهد بقضية Regina v Sunila and Soleyman وقضايا مشابهة
أخرى، ولكن النقطة الأساسية التي أثارها اهتمامه هي "أنه في كل
قضايا الوجود الحكمي المشار لها... قُدِّمَت السفينة التابعة من سواحل
الدولة القائمة بالمطاردة وعادت إلى هذه السواحل"، ولكن في هذه
القضية لم يأت القارب Delvan من سواحل المملكة المتحدة وإنما أتى
من ميناء في جمهورية إيرلندا (26)، وحسب رأيه كان "العنصر
الأساسي" بالنسبة للسلطات هو حقيقة شحن المخدرات من سفينة إلى
سفينة أخرى بناءً على خطة مسبقة، كما أكد على الآتي: "من الواضح
بالنسبة لي أن أسباب السياسة الكامنة خلف المفهوم (مفهوم الوجود
الحكمي) هي منع ارتكاب الجرائم ضمن المياه الإقليمية للدولة التي
تمارس حق المطاردة الحديثة، وسيُلغى ذلك المفهوم إذا كانت نقطة
الانطلاق ذات صلة، عندما لا يكون من المستطاع على الإطلاق
احتجاز السفينة الأم التي تبحر خارج المياه الإقليمية إذا قامت السفينة
التابعة بالانطلاق من نقطة خاضعة لاختصاص قانوني مختلف إلى
وجهتها المقصودة" (27). وبناءً على ذلك يرى الباحث أيضاً أن مبدأ
الوجود الحكمي بمفهومه الواسع يطبق كأساس لامتداد اختصاص
الدولة الساحلية حتى ولو أتت الزوارق المتصلة من شواطئ الدولة
الساحلية أو من جهةٍ أخرى (28).

25- Yoshifumi Tanaka, op. cit., pp.165-166.

26- William C. Gilmore, Hot Pursuit: the Case of R. v. Mills and Others, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44, No.4, 1995, p.955.

27- Ibid., p.955.

28- يتبنى بعض الفقهاء العرب رأياً معاكساً حول هذه النقطة، حيث يذهب أستاذنا الدكتور محمد طلعت الغنيمي إلى القول: "نفرض أن السفينة الموجودة في خارج المياه الخاضعة لولاية الدولة الساحلية لا تبعث بزوارقها أو بطاقمها ولكن تستقبل ذلك من الساحل، أي هناك من يرسل إليها من الساحل زوارق أو أشخاصاً على خلاف ما تسمح به قوانين الدولة الساحلية، فما هو الحكم عندئذٍ؟ إن السوابق القليلة في هذا الخصوص تدل على أن الدولة الساحلية لا تملك في هذه الحالة أن تمارس ولايتها على السفينة الأجنبية من حيث أنها كائنة في البحر العالي حيث لا يجوز طبقاً للقانون

- قضية سفينة الإجهاض التابعة للمنظمة غير الحكومية "نساء على متن الأمواج":

مما أثار انتباه الباحث مؤخراً قضية سفينة الإجهاض الهولندية تاريخ 2012/10/3، فقد لاقت دعوة الحركة البديلة للحريات الفردية والمعروفة بـ(مالي) في المغرب استجابةً من قبل المنظمة الهولندية غير الحكومية "نساء على متن الأمواج" المدافعة عن حق المرأة في الإجهاض، ولذلك أرسلت سفينة هولندية من قبل هذه المنظمة لمساعدة عددٍ من المغريبات اللواتي يرغبن في الإجهاض عن طريق تقديم المعلومات اللازمة حول الإجهاض الآمن والأدوية المساعدة على ذلك، وستبقى السفينة الهولندية حسب المنظمة في المياه الدولية بسبب الحظر القانوني على عمليات الإجهاض في المغرب، وأكدت الدكتورة الهولندية ريببكا غومبرتز التي ترأس منظمة "نساء على متن الأمواج" عدم قيام فريق السفينة بعمليات إجهاضٍ للفتيات المغريبات الراغبات في ذلك، وأن حملتهم تتركز على الإرشاد الصحي المتعلق بالإجهاض وتوزيع الأدوية المساعدة عليه مجاناً، كما أطلق الفريق الطبي خطاً هاتفياً مباشراً يمكن من خلاله للفتيات المغريبات الاتصال بالأطباء الموجودين على سطح السفينة من أجل الاستعلام عن هذا الموضوع⁽²⁹⁾.

وبناءً على هذه الوقائع هبّ أن سفناً أبحرت من المغرب إلى المياه الدولية حيث تتواجد السفينة الهولندية للاستفسار عن هذا الموضوع، بل حتى في حالة قيام تلك السفينة بعمليات إجهاضٍ على متنها في المياه الدولية، فإن المغرب لا يتمتع بمثل هذه الأحوال بأيّ اختصاص على تلك السفينة وفقاً لقاعدة الاختصاص الحصري لدولة

الدولي للدولة الساحلية في غير حالة الملاحة المتواصلة- أن تمتد بولايتها إلى السفن الأجنبية". د.محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام: القانون الدولي العام أو قانون الأمم زمن السلم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص790.

29- انظر:

http://www.bbc.co.uk/arabic/multimedia/2012/10/121003_abortion_dutch_ship.shtml

تاريخ الزيارة 2014/1/14.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (803)

العلم على سفنها في أعالي البحار، وإنما يمكن للمغرب أن يمارس السيطرة اللازمة عملاً بالقاعدة نفسها على سفنه فقط، ولكن الحال يختلف بتقدير الباحث فيما لو قامت السفينة الهولندية بتوزيع أدوية وعقاقير تساعد على الإجهاض على السفن القادمة من شواطئ المغرب أو من مكان آخر لا يُسمح باستيرادها من دون إذن رسمي من السلطات المغربية، فإذا قامت تلك السفن بعد ذلك بإدخالها إلى الشواطئ المغربية تكون عندئذٍ قد انتهكت القوانين والأنظمة المغربية ضمن المياه الخاضعة لسيادتها، وتنسب المخالفة للقوانين المغربية في هذه الحالة أيضاً إلى السفينة الهولندية بحسبان أن هذه السفن التي تقوم بإدخال الأدوية والعقاقير تعد جزءاً من فريق العمل وتساعد في نشر رؤية منظمة "نساء على متن الأمواج" وتحقيق أهدافها، وبذلك يمكن الاستفادة من مبدأ الوجود الحكمي بمفهومه الواسع لممارسة الاختصاص واتخاذ الإجراءات المناسبة ضد السفينة الهولندية القابعة في أعالي البحار.

• موقف المشرع السوري من مبدأ الوجود الحكمي:

لم تصادق الجمهورية العربية السورية على كلمن اتفاقية جنيف حول أعالي البحار واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار⁽³⁰⁾، ويتولى حالياً تنظيم أحكام البحر فيها قانون الولاية الوطنية على المناطق البحرية رقم 28 لعام 2003 ويتضمن الأحكام نفسها الموجودة في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار. وفيما يتعلق بمبدأ الوجود الحكمي تنص المادة 40/أ من قانون الولاية الوطنية على المناطق البحرية على الآتي: ((يحق للسلطات السورية المختصة مطاردة أي سفينة أجنبية مطاردة حثيثة، عندما يكون لديها أسباب وجيهة للاشتباه بأن السفينة المطاردة قد انتهكت القوانين والأنظمة السورية، وتبدأ هذه المطاردة حينما تكون السفينة الأجنبية أو أحد

30- بلغ عدد الدول المصدقة على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار 166 دولة بما في ذلك الاتحاد الأوروبي وذلك حتى 2013/9/20، انظر:

http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm. تاريخ الزيارة 2014/1/27

زوارقها أو قواربها داخل حدود المياه الداخلية أو البحر الإقليمي أو المنطقة المتاخمة للجمهورية العربية السورية...))، وبذلك يكون المشرع السوري قد أخذ بالمفهوم البسيط للوجود الحكمي دون المفهوم الواسع وذلك استناداً إلى تعبير "أو أحد زوارقها أو قواربها" دون الإشارة إلى المراكب الأخرى في عمليات السفينة الأم غير المملوكة لها، ولكن ذلك لا يمنع الجمهورية العربية السورية من تطبيق مبدأ الوجود الحكمي بشقيه البسيط والواسع استناداً إلى أن مبدأ الوجود الحكمي بشقيه أصبح من القواعد العرفية في القانون الدولي للبحار ومستقر في الممارسة الرسمية للدول كما أوضحت سلفاً.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لمبدأ الوجود الحكمي

نتناول من خلال هذا المطلب مبدأ الوجود الحكمي كاستثناء على مبدأ حرية أعالي البحار ضمن فرع أول لنبحث بعد ذلك علاقة مبدأ الوجود الحكمي بحق المطاردة الحثيثة ضمن فرع ثانٍ.

الفرع الأول

مبدأ الوجود الحكمي كاستثناء على حرية أعالي البحار

يبدو مبدأ الوجود الحكمي متعارضاً مع مبدأ حرية أعالي البحار؛ لكونه يسمح للدولة الساحلية بممارسة اختصاصها على السفينة الأم القابعة في أعالي البحار، وسنتناول مبدأ حرية أعالي البحار ثم نعالج ضرورة مبدأ الوجود الحكمي بحسبانه استثناء على تلك القاعدة.

أولاً- القاعدة العامة: مبدأ حرية أعالي البحار

تشمل أعالي البحار جميع أجزاء البحر التي لا تشملها المياه الداخلية أو البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية لدولة ما أو لا تشملها المياه الأرخبيلية لدولة أرخبيلية⁽³¹⁾، ولا تدخل أعالي البحار

31- تنص المادة 86 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 على الآتي: ((تطبق أحكام هذا الجزء (أعالي البحار) على جميع أجزاء البحر التي لا تشملها المنطقة

في ملكية أحد، ولا تخضع لسيادة دولة أو دول معينة دون غيرها، ويتمتع الجميع، دولاً وأفراداً، بحق الانتفاع الحر بها على السواء⁽³²⁾، وكنتيجة لذلك يحكم أعالي البحار مبدأ الحرية⁽³³⁾.

ويتفرع عن حرية أعالي البحار مبدأ: يقوم المبدأ الأول على إتاحة الفرصة لكل دولة ساحلية كانت أم غير ساحلية لتسيير سفن ترفع علمها في أعالي البحار وهو ما يعرف بمبدأ حرية الملاحة في أعالي البحار⁽³⁴⁾، بينما يضمن المبدأ الثاني خضوع السفن في أعالي البحار للاختصاص الحصري لدولة العلم وهو ما يعرف بمبدأ الولاية الخاصة لدولة العلم⁽³⁵⁾.

- مبدأ حرية الملاحة في أعالي البحار:

يتضمن مبدأ حرية الملاحة في أعالي البحار الحق في تسيير كل أنواع السفن العامة والخاصة، سواء على سطح المياه أم باطنها ولأي غرض كان، وبأي حجم أو سرعة كانت، وبالطريق الذي تختاره السفن وفقاً لقواعد القانون الدولي ويمنع مبدأ حرية الملاحة كل الدول من وضع عراقيل في طريق الملاحة الدولية أو فرض قواعد معينة عليها غير تلك المتفقة مع القانون الدولي، وتقتصر حرية الملاحة على الملاحة الاعتيادية ولا تشمل تسيير السفن التي يقصد

الاقتصادية الخالصة أو البحر الإقليمي أو المياه الداخلية لدولة ما، أو لا تشملها المياه الأرخيبيلية لدولة أرخبيلية....)).

32- د. محمد عزيز شكري، مرجع سابق.

33- تجدر الإشارة إلى أن المنطقة الاقتصادية الخالصة تعد من أعالي البحار عندما يتعلق الأمر بتطبيق المواد من 88-115 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 وذلك لصراحة المادة 2/58 من الاتفاقية نفسها، حيث نصت على الآتي: ((تطبق المواد 88 إلى 115 (الواردة ضمن الأحكام المتعلقة بأعالي البحار) وغيرها من قواعد القانون الدولي المتصلة بالأمر على المنطقة الاقتصادية الخالصة بالقدر الذي لا تتنافى به مع هذا الجزء)).

34- تنص المادة 90 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 على الآتي: ((لكل دولة، ساحلية كانت أو غير ساحلية، الحق في تسيير سفن ترفع علمها في أعالي البحار)).

35- تنص المادة 1/92 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 على الآتي: ((تبحر السفينة تحت علم دولة واحدة فقط، وتكون خاضعة لولايتها الخالصة في أعالي البحار إلا في حالات استثنائية منصوص عليها صراحة في معاهدات دولية أو في هذه الاتفاقية.....)).

منها ارتكاب الجرائم ضد سلامة أراضي الدول الأخرى، أو ضد سلامة الملاحة الدولية⁽¹⁾. ولقد اقتضت مصالح المجتمع الدولي فرض فرض عدد من القيود على مبدأ حرية الملاحة في أعالي البحار حتى يسود النظام فيه ويُمنع استغلال هذه الحرية في غير مقاصدها، ويمكن تقسيم هذه القيود إلى قيودٍ تتعلق بحماية المصالح الجوهرية للمجتمع الدولي من أجل محاربة بعض النشاطات المحرمة دولياً كالأقراصنة وتجارة الرقيق وتجارة المخدرات والبث الإذاعي غير المصرح به، وقيود ناجمة عن ضرورات واقعية ومنطقية تبرر مد الاختصاص القضائي للدولة الساحلية إلى السفن القابعة في أعالي البحار بسبب ارتكابها لأفعال تقع في حدود اختصاصها كما في حالة الوجود الحكمي⁽²⁾.

- مبدأ الولاية الخالصة لدولة العلم على سفنها في أعالي البحار:
تخضع السفن في أعالي البحار وفقاً لمبدأ الولاية الخالصة لدولة العلم لولاية الدولة التي ترفع علمها واختصاصها وسلطانها، وليس ذلك إلا نتيجة طبيعية لمبدأ حرية أعالي البحار⁽³⁾، فلقد استلزم عدم خضوع أعالي البحار لسيادة أي دولة⁽⁴⁾ خضوع السفن الموجودة الموجودة هناك للاختصاص الحصري لدولة العلم بحيث يكون ضمان احترام القاعدة القانونية في أعالي البحار عن طريق اختصاص كل دولة تجاه السفن التي ترفع علمها وهذا الاختصاص من حيث المبدأ اختصاص مانع، ولكن بالرغم من ذلك تتضمن هذه الصفة المانعة عدداً من الاستثناءات وفقاً للمادة 92 من اتفاقية قانون البحار⁽⁵⁾، ويعد

1- د. محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار: البحر العالي، دار الأديب، بغداد، 2000، ص 65-66.

2- أحمد بن عبد الله سمباوة، إجراءات الضبط والتحقيق في جرائم تهريب المخدرات وفق نظام أمن الحدود والقانون البحري، محاضرة مقدمة في الدورة التدريبية (التحقيق المتقدم في قضايا المخدرات)، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص 34.

3- د. أحمد أبو الوفا، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 344.

4- نصت المادة 89 من اتفاقية قانون البحار على أنه: ((لايجوز لأية دولة شرعاً أن تدعي إخضاع أي جزء من أعالي البحار لسيادتها)).

5- د. محمد الحاج حمود، مرجع سابق، ص 122-123.

ويعد مبدأ الوجود الحكمي أحد الاستثناءات على مبدأ الاختصاص الحصري لدولة العلم على سفنها في أعالي البحار؛ لأنه يسمح للدولة الساحلية أن تمتد سلطتها على السفن الأجنبية الخاصة في أعالي البحار.

وبناءً على ما تقدم هل يمكن القول: إن مبدأ الوجود الحكمي يتعارض مع مبدأ حرية الملاحة ومع مبدأ الولاية الخاصة لدولة العلم على سفنها في أعالي البحار؟ يرى الباحث أن مبدأ الوجود الحكمي استثناء على مبدأ حرية أعالي البحار، ويوجد سنده في أن أعالي البحار يجب ألا تكون ملاذاً آمناً للسفن المخالفة التي تحاول الهرب من الاختصاص القانوني للدولة الساحلية عن طريق استخدام مراكب متصلة بها حيث لا ينتهك مبدأ الوجود الحكمي السيادة الإقليمية لأي دولة، كما أنه لا ينتهك مبدأ الولاية الخاصة لدولة العلم على سفنها؛ لأن السفن المخالفة بطريق التبعية دون غيرها والتي تقع بشكل قانوني ضمن الاختصاص القانوني للدولة الساحلية تكون معفاة من الولاية الخاصة لدول علمها.

ثانياً - الاستثناء: ضرورة مبدأ الوجود الحكمي

لمبدأ الوجود الحكمي ما يبرره من الناحية القانونية حيث تعدُّ الزوارق الصغيرة المستخدمة في ارتكاب أفعال غير مشروعة مساعدين للسفينة، ومن ثم تعد السفينة الأم نفسها ارتكبت الأفعال غير المشروعة التي قامت بها الزوارق الصغيرة، وبذلك فإن السفينة الأم تجعل نفسها عرضةً للاحتجاز بسبب هذه المخالفات بالنيابة، كما يعمل مبدأ الوجود الحكمي على تجنب التهرب من القانون بسهولة عن طريق استخدام زوارق أخرى تكون السفينة الأم على استعداد للتضحية بها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

علاقة مبدأ الوجود الحكمي بحق المطاردة الحثيثة

1- Nicholas M. Poulantzas, op. cit., p.243.

يُعرّف حق المطاردة الحثيثة بأنه حق الدولة الساحلية في مواصلة مطاردة السفينة الأجنبية الخاصة التي تنتهك قوانينها أو أنظمتها في المناطق البحرية الخاضعة لسيادتها أو اختصاصها إلى ما وراء هذه المناطق في أعالي البحار شريطة فورية البدء بالمطاردة عقب وقوع الانتهاك وأن تكون مستمرة من دون انقطاع⁽¹⁾، وبذلك يتفق حق المطاردة الحثيثة مع مبدأ الوجود الحكمي بأنهما استثناء على مبدأ حرية أعالي البحار؛ لأنهما يسمحان باستمرار ولاية الدولة الساحلية على السفن الأجنبية الخاصة في أعالي البحار⁽²⁾.

وعلى أي حال يستلزم حق المطاردة الحثيثة أن ترتكب السفينة الأجنبية مخالفة لقوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها في أثناء تواجدها في المياه الداخلية أو المياه الأرخيبيلية أو البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة ومن ثم تبدأ المطاردة من هذه المناطق وتستمر حتى ولو هربت السفينة المخالفة إلى أعالي البحار أي خارج المنطق البحرية الخاضعة لسيادة الدولة الساحلية أو لاختصاصها أي بعد 200 ميل بحري من خطوط الأساس للدولة الساحلية، وهو الأمر الذي أكدته المادة 111 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 في فقرتها الأولى والثانية اللتين نصتا على التوالي: ((....)) ويجب أن تبدأ هذه المطاردة عندما تكون السفينة الأجنبية أو أحد زوارقها داخل المياه الداخلية أو المياه الأرخيبيلية أو البحر الإقليمي أو المنطقة المتاخمة للدولة القائمة بالمطاردة...)) ((ينطبق حق المطاردة الحثيثة، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال على ما يقع في المنطقة الاقتصادية الخالصة أو على الجرف القاري، بما في ذلك مناطق السلامة المحيطة بالمنشآت المقامة في الجرف القاري، من انتهاكات لقوانين الدولة الساحلية وأنظمتها المنطبقة وفقا لهذه الاتفاقية على المنطقة الاقتصادية أو الجرف القاري، بما في ذلك مناطق السلامة

1- سمير جرجس بطرس، حق المطاردة الحارة في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1977، ص16.
2- د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، المطبعة التجارية الحديثة، 1990، ص302-303.

المذكورة))، وبمفهوم المخالفة لا يجوز أن تبدأ المطاردة الحثيثة في أعالي البحار خارج المناطق البحرية المذكورة (المياه الداخلية أو المياه الأرخيبيلية أو البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة) حتى ولو وقعت المخالفة للقوانين أو الأنظمة في هذه المناطق البحرية ولكن سلطات الدولة الساحلية لم تعلم بها ولم تبدأ المطاردة إلا بعد نجاح السفينة المخالفة في تجاوز تلك المناطق⁽¹⁾، إلا إذ كانت السفينة المخالفة تقوم بأعمال القرصنة أو الاتجار بالرقيق أو البث الإذاعي غير المصرح به حيث يجوز أن تبدأ مطاردتها في أعالي البحار⁽²⁾. ولكن استثناءً مما تقدم – عملاً بمبدأ الوجود الحكمي- يمكن للدولة الساحلية أن تطارد السفينة الأجنبية الأم التي تبقى في أعالي البحار حيث تعد موجودة حكماً ضمن المناطق البحرية الخاضعة لسيادة الدولة الساحلية أو لاختصاصها، إذ يستدل على مثل هذا الوجود عندما تبقى السفينة الأجنبية خارج هذه المناطق، ولكنها تحتفظ باتصال مع هذه المناطق البحرية عن طريق قوارب صغيرة⁽³⁾، وفي هذه الحالة يمكن أن تستمر مطاردة السفينة الأم إلى أن يتم احتجازها شريطة عدم دخولها البحر الإقليمي لدولتها أو لدولة ثالثة⁽⁴⁾، ويجد هذا الانتهاء لحق المطاردة عند دخول السفينة الأم البحر الإقليمي لدولتها أو لدولة ثالثة تبريره في خضوع البحر الإقليمي لسيادة الدولة التي يتبعها، ولا يحد هذه السيادة أي قيد باستثناء حق المرور البريء، ولذلك فإن ممارسة أفعال تنفيذية من قبل السفن

- 1- د.حسين حنفي عمر، احتجاز وتفتيش سفن القرصنة والاتجار بالمخدرات والمخالفة لحق المرور البريء: حق الملاحة الدولية بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009، ص 298-299.
- 2- حول الاستثناءات على مبدأ حرية أعالي البحار، راجع: د. إبراهيم محمد الدغمة، القانون الدولي الجديد للبحار: المؤتمر الثالث واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 318 وما بعدها.
- 3- د. جبر هارد فان غلان، القانون بين الأمم: مدخل إلى القانون الدولي العام، الجزء الثاني، ترجمة: وفيق زهدي، دار الأفاق الجديدة، بيروت، 1970، ص 66.
- 4- تنص المادة 3/111 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 على أنه ((ينتهي حق المطاردة الحثيثة بمجرد دخول السفينة التي تجري مطاردتها البحر الإقليمي للدولة التي تنتمي إليها أو البحر الإقليمي لدولة أخرى)).

العامة في المياه الإقليمية التابعة لدول أخرى ستجعل مرورها غير بريء⁽¹⁾، وهكذا فإنّ السماح لدولة ما بتنفيذ قوانينها عن طريق احتجاز السفينة الأم في المياه الإقليمية التابعة لدولة أخرى يسبب توتراً غير مرغوب فيه، ويكون من الأفضل أن تنتهي المطاردة عند دخول السفينة هدف المطاردة البحر الإقليمي لدولتها أو لدولة ثالثة⁽²⁾. ويثير انتهاء حق المطاردة الحثيثة عند دخول السفينة الأم البحر الإقليمي لدولتها أو لدولة ثالثة إشكالية تتعلق حول ما إذا كان من المقبول استئناف المطاردة بعد خروج السفينة الأم من البحر الإقليمي لدولتها أو لدولة ثالثة. لم تنص اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 على ذلك، ويتبع هذه القضية على المستوى الفقهي نجد أن آراء فقهاء القانون الدولي لم تكن متفقة حول هذا الموضوع، حيث يميل جانب من الفقه إلى أنه لا يوجد أي سبب صحيح للاعتقاد بأن المطاردة لا يمكن أن تبدأ مرة ثانية عندما تظهر السفينة المشتبه بها ثانية في أعالي البحار حيث لا تؤدي المصلحة العامة في الملاحة بسبب المطاردة والاحتجاز اللذين يحدثان بعد هذه الفترة من الوقت بشكل أكبر من الحالة التي تحدث فيها المطاردة والاحتجاز فوراً بعد ارتكاب التصرف المحظور⁽³⁾. بينما يميل جانب آخر من الفقه إلى منع السفينة القائمة بالمطاردة من التربص والانتظار خارج المياه الإقليمية حتى تظهر السفينة هدف المطاردة، فمثل هذا الاستئناف غير مرغوب فيه؛ لأنه يطيل حق المطاردة الذي يجب أن يكون استثنائياً بالإضافة إلى أن حق المطاردة الحثيثة يُعدُّ انتقاصاً من القاعدة التي تمنع الدول من التدخل بالسفن الأجنبية في أعالي البحار، ولذلك يجب

- 1- Erik Jaap Molenaar, Multilateral Hot Pursuit and Illegal Fishing in the Southern Ocean: the Pursuits of the Viarsa 1 and the South Tomi, the International Journal of Marine and Coastal Law, Vol.19, No.1, 2004, p.29.
- 2- Myres Smith McDougal, William T. Burke, the Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea, New Haven Press, New Haven, 1985, pp.897-898.
- 3- Ibid., p.320.

أن يفسر بمنهج ضيق⁽¹⁾. ويذهب فريق ثالث من الفقه إلى الأخذ بحلٍ وسطٍ لا يمنع استئناف المطاردة كما لا يسمح به بشكل مطلق من خلال الذهاب إلى أنه لا تمنع الإقامة القصيرة للسفينة هدف المطاردة أو مرورها في المياه الإقليمية للدولة بهدف التملص من تطبيق القانون من استئناف المطاردة، ويمكن للدولة التي تتبعها المركبة القائمة بالمطاردة أن تعترض على حجة عدم مشروعية استئناف المطاردة بأن السفينة هدف المطاردة سلكت طرقاً خداعيةً من خلال الإقامة القصيرة أو المرور في المياه الإقليمية بهدف تجنب تطبيق القانون لذلك فإن مثل هذا التصرف من قبل السفينة هدف المطاردة يُجرّد من النتائج القانونية، وتعتمد الفترة التي تمكّنها السفينة هدف المطاردة في المياه الإقليمية كي تعدّ المطاردة الحثيثة قد انتهت ويُمنع استئنافها؛ على الظروف الخاصة بكلّ حالة على حدة⁽²⁾. ويناقش فريق رابع من الفقه هذه المسألة من أبعادها المختلفة، حيث يرى أن منع استئناف المطاردة يجعل السفينة هدف المطاردة كأنها تغتسل من ذنوبها في المياه الإقليمية للدولة الثالثة ومما لا شك فيه أن ذلك يقوّض النظام الدولي، وعلى أي حال تتوافر لدى الدول وسائل أخرى لتنفيذ القانون والنظام إذا كان استئناف المطاردة غير مسموح به، إذ يمكن مطاردة السفينة المشتبه بها من خلال القنوات الدبلوماسية كما يبقى هناك إمكانية لمطاردة السفينة المشتبه بها من قبل الدولة الثالثة التي دخلت تلك السفينة إلى بحرها الإقليمي، ويرى هذا الاتجاه حقيقة عدم وجود قاعدة تسمح باستئناف المطاردة، حتى ولو كان استئناف المطاردة يشكل قاعدة فإن ذلك من دون وسائل واضحة يعيق تنفيذ القانون بشكل فعال بحسبان أن تنفيذ القانون ليس الهاجس الوحيد، إذ يوجد أمرٌ هامٌّ مساوٍ آخر وهو قاعدة الاختصاص الحصري لدولة العلم على سفنها التي تمنع الدول الأخرى من التدخل بسفنها، ويمثل حق المطاردة الحثيثة استثناءً من هذه القاعدة العامة، كما أن الدول قلقة

1- C. John Colombos, the International Law of the Sea, Longmans Green, London, Sixth Edition, 1967, pp.169-170.

2- Nicholas M. Poulantzas, op. cit., p.231.

بشكلٍ طبيعي حول توسع هذا الاستثناء عندما ينبجُم عنه نقصانٌ مقابلاً في اختصاصها الحصري على سفنها وبذلك يقيم حق المطاردة الحثيثة التوازن بين الحاجة إلى تنفيذ القانون بصورة فعالة وقاعدة الاختصاص الحصري، ولذلك فإن أي توسع في حق المطاردة والسماح باستئنافها يجعل التوازن غير مستقرٍ ضدَّ حقوق دولة العلم، ولذلك يكون من الأفضل جعل حق المطاردة الحثيثة مقصوراً على الحالات التي تكون فيها المطاردة مستمرة⁽¹⁾.

ويجب أن تبدأ المطاردة فوراً عقب انتهاك قوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها حتى لا تأخذ شكل انتهاك لحرية أعالي البحار، فإذا لم تكن المطاردة فورية يعد استمرارها في أعالي البحار إساءة لاستعمال الحق⁽²⁾، إلا أن متطلب البدء الفوري ليس متطلب جامد⁽³⁾، وإنما يجب أن يعطى مفهوماً واسعاً⁽⁴⁾، حيث يمكن أن يتأخر بدء المطاردة بشكلٍ مبررٍ في قضايا الوجود الحكمي، إذ يكون الانتهاك من جانب السفينة الأم انتهاكاً تابعاً بمعنى أن مخالفة السفينة الأم تكون كاملة فقط عندما تنجز السفينة التابعة لها خرق قوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها حيث يمكن أن يتأخر بدء المطاردة الحثيثة في مثل هذه الأحوال يوماً أو أكثر⁽⁵⁾.

المطلب الثالث

صعوبات تطبيق مبدأ الوجود الحكمي

- 1- Robert C. Reuland, the Customary Right of Hot Pursuit Onto the High Seas: Annotations to Article 111 of the Law of the Sea Convention, Virginia Journal of International Law, Vol.33, 1993, p.581.
- 2- VasiliosTasikas, Unmanned Aerial Vehicles and the Doctrine of Hot Pursuit: A New Era of Coast Guard Maritime Law Enforcement Operations, Tulane Maritime Law Journal, Vol.29, No.1, 2004, p.78.
- 3- Craig H. Allen, op. cit., p.318.
- 4- Nicholas M. Poulantzas, op. cit., p.210.
- 5- Craig H. Allen, op. cit., p.318.

يثير تطبيق مبدأ الوجود الحكمي في الواقع العلمي صعوبات
جمة تنجم عن غموض بعض المصطلحات المتعلقة بهذا المبدأ،
بالإضافة إلى صعوبة إثبات الصلة بين السفن المخالفة.

الفرع الأول

غموض بعض المصطلحات المتعلقة بمبدأ الوجود الحكمي

يشترط نص المادة 4/111 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون
البحار عام 1982 وجود "علاقة أمومة" و "علاقة فريق عمل" عند
استخدام السفينة الأم لزوارق غير مملوكة لها دون تحديد المقصود
بهذه المصطلحات، ولذلك يعد نص هذه المادة حول هذه النقطة غير
كامل يتسبب بمشاكل أكثر من حلها، فاستخدام هكذا مصطلحات
فضفاضة و غامضة يؤدي إلى إساءة استعمال مبدأ الوجود الحكمي في
غير مقاصده والتدخل ضد السفن القابعة في أعالي البحار بغير مبرر،
ويزداد الأمر صعوبة إذا علمنا أن القضاء الدولي لم يتصدى بعد
لوضع ضوابط تفيد بتوافر "علاقة أمومة" و "علاقة فريق عمل" في
القضايا المعروضة عليه على حد علم الباحث.

وعلى أي حال يثير استخدام تعبير "علاقة أمومة" و "علاقة
فريق عمل" تساؤلات عديدة تتعلق حول ما إذا كانت المخالفة
المرتكبة من قبل أية سفينتين إحداها ضمن المياه الخاضعة لسيادة
الدولة الساحلية أو لاختصاصها والأخرى في أعالي البحار تُعدُّ
مُبرِّرةً لممارسة الاختصاص ضد السفينة المتواجدة في أعالي البحار.
وبتقدير الباحث يجب أن يكون هناك صلة معينة بين السفينتين حتى
يمكن القول بوجود "علاقة أمومة" كأن يتلقى الزورق الذي يقوم
بإيصال بعض المهربات تعليماته وتوجيهاته من السفينة الأم القابعة
في أعالي البحار بحيث دورها يكون مثل دور الأم في الإشراف
والتوجيه والإرشاد. وأيضاً حتى يمكن القول بوجود علاقة "فريق
العمل" لا بد أن يتوافر قصد انتهاك قوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها
لدى السفن المختلفة حتى تعد جزءاً من فريق العمل، بحيث لو قامت
السفينة المتواجدة في أعالي البحار بشكلٍ مستقلٍ على سبيل المثال
ببيع بعض البضائع لسفنٍ أخرى ثم قامت هذه الأخيرة بإدخالها إلى

شواطئ الدولة الساحلية بصورة غير مشروعة لتجنب دفع الرسوم الجمركية، فإن ذلك لا يشكل مُبرراً لممارسة الاختصاص تجاه السفينة التي باعت هذه البضائع طالما استقل عملها عن عمل تلك السفن التي قامت بإدخالها، حيث يُعدُّ عملُ هذه الأخيرة عملاً أصيلاً وليس عملاً تابعاً للسفينة الأم، وبالتالي لا يمكن أن توصف السفينة الأم بأنها جزء من "فريق العمل". ولذلك يرى الباحث أنه في قضايا الوجود الحكمي يجب أن يحال القرار بممارسة الاختصاص ضد السفينة الأم القابعة في أعالي البحار إلى أعلى السلطات في الدولة الساحلية حتى لا ينتهك مبدأ حرية أعالي البحار.

الفرع الثاني

صعوبة إثبات الصلة بين السفن المخالفة

إن القضايا التي تشتمل على مبدأ الوجود الحكمي تكون معقدة، وإذا كان من السهولة نوعاً ما تطبيق مبدأ الوجود الحكمي بمفهومه البسيط بحسبان أن الزوارق المخالفة تكون مملوكة للسفينة الأم القابعة في أعالي البحار وبالتالي يكون من اليسير التحقق من وجود الصلة بين السفينة الأم وزوارقها من خلال رفع العلم نفسه وأوراق التسجيل ونوع العمل. ولكن يزداد الأمر صعوبة في القضايا التي تشتمل على مبدأ الوجود الحكمي بمفهومه الواسع حيث تكون الزوارق المستعملة في انتهاك القوانين والأنظمة غير مملوكة للسفينة الأم القابعة في أعالي البحار وخاصة أن علم هذه الزوارق يكون مختلفاً عن علم السفينة الأم، إذ يسهل في مثل هذه الأحوال على السفينة الأم أن تزعم بأن تلك الزوارق ليست تابعة لها وأنها تقوم بعمل مستقل عن العمل الذي تقوم به هذه الزوارق. وعلى الرغم من ذلك يمكن الاستناد إلى بعض الضوابط للقول بوجود الصلة بين السفن المخالفة في حالة الوجود الحكمي الواسع مثل أن تكون السفينة الأم تحمل المهربات نفسها الموجودة على الزوارق المستعملة للتهريب، استجواب أفراد طاقم الزورق. ولا بد من الإشارة إلى أنه في قضية R.v. Millis and Others التي تعد مثلاً على مبدأ الوجود الحكمي الواسع تم إحباط عملية نقل المهربات إلى المملكة المتحدة بسبب أن

القارب Delvan كان يحمل من بين طاقمه أفراد من الجمارك والشرطة بشكل سري وربما لولا ذلك لما تم اكتشاف الصلة بين السفينة MVposeidon والقارب Delvan⁽¹⁾.
الخاتمة

على هدى الأساس الذي اخترناه لموضوع "مبدأ الوجود الحكمي في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982 بين النظرية والتطبيق"، فقد تم بحث مبدأ الوجود الحكمي ودراسته من كافة جوانبه وذلك في عرض استغرق ثلاثة مطالب.

حيث اشتمل المطلب الأول من الدراسة وعنوانه "ماهية مبدأ الوجود الحكمي" على فرعين رئيسيين، إذ تناول الفرع الأول المقصود بمبدأ الوجود الحكمي، ولاحظنا أن مبدأ الوجود الحكمي من الممكن أن يمتد تطبيقه بالنسبة للطائرات المتصلة بالسفينة الأم أو للطائرة الأم نفسها عندما تستخدم زوارق متصلة بها، أما الفرع الثاني فقد تناول أنواع الوجود الحكمي، وتم من خلاله بحث المفهوم البسيط والواسع لمبدأ الوجود الحكمي.

بينما تناول المطلب الثاني من هذه الدراسة "الطبيعة القانونية لمبدأ الوجود الحكمي"، وتناولت من خلاله مبدأ الوجود الحكمي كاستثناء على حرية أعالي البحار في فرع أول، وبحثت فيه مبدأ حرية أعالي البحار وأهم النتائج المترتبة عليه والمتمثلة في حرية الملاحة والاختصاص الحصري لدولة العلم على سفنها في أعالي البحار ثم وضحت ضرورة مبدأ الوجود الحكمي، بينما تناولت علاقة مبدأ الوجود الحكمي بحق المطاردة الحثيثة في فرع ثانٍ ومدى التداخل بين مبدأ الوجود الحكمي وحق المطاردة الحثيثة.

أما المطلب الثالث وعنوانه "صعوبات تطبيق مبدأ الوجود الحكمي" فقد اشتمل على فرعين، حيث تناول الفرع الأول غموض بعض المصطلحات المتعلقة بمبدأ الوجود الحكمي، حيث لم تحدد اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار مدلول علاقة الأمومة وعلاقة فريق العمل

1- William C. Gilmore, Hot Pursuit: the Case of R. v. Mills and Others, op.cit., p.950.

بين السفن التي ينسب إليها انتهاك قوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها، ولقد لاحظت من الصعوبة وضع تعريف محدد لهذه الملاحظات، أما الفرع الثاني فقد عالج صعوبة إثبات الصلة بين السفن المشتركة في انتهاك قوانين الدولة الساحلية أو أنظمتها. وختاماً نورد أهم النتائج والتوصيات المتعلقة بمبدأ الوجود الحكمي:

النتائج:

- إن مبدأ الوجود الحكمي نظام قانوني مقصود به حماية المصالح الجوهرية للدول الساحلية عند حصول انتهاك لقوانينها أو أنظمتها، وليس مقصود به حماية المصالح الجوهرية للمجتمع الدولي ككل في البحار، أي ليس مقصود به مكافحة جريمة القرصنة البحرية والاتجار بالرقيق وإنما ينحصر بدوره بالدرجة الأولى في منع انتهاك قوانين الدولة الساحلية وأنظمتها.
- يعد مبدأ الوجود الحكمي استثناء على مبدأ حرية أعالي البحار، كونه يسمح بالتدخل ضد السفن الأم القابعة هناك.
- يشكل مبدأ الوجود الحكمي امتداداً قانونياً من جانب واحد لاختصاص الدولة الساحلية في أعالي البحار تجاه السفينة الأم القابعة هناك، وبالتالي يمنع أن يتخذ التدخل تجاهها شكل انتهاك لحرية أعالي البحار.
- تملّي اعتبارات العدالة وجود مبدأ الوجود الحكمي، فبدون هذا المبدأ لن تستطيع الدولة الساحلية ممارسة اختصاصها على السفينة الأم التي تكون العقل المدبر بينما تتحمل المسؤولية الزوارق الصغيرة التي يكون المسئولين على ظهر السفينة الأم على استعداد للتفريط بها.
- يفعل مبدأ الوجود الحكمي الحق في العقاب ويمنع من الإفلات منه عن طريق استخدام زوارق صغيرة وبذلك يفوت على السفينة الأم فرصة التحايل على القانون ويرد عليها قصدها.

التوصيات:

- نظراً لعدم وضوح وكفاية النصوص الموجودة في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار يقترح الباحث اللجوء إلى عمل تشريعي دولي يوضح المقصود بشكل دقيق بمبدأ الوجود الحكمي أو أن يتم ذلك من خلال القضاء الدولي ولا سيما فيما يتعلق بتحديد مدلول تعبير "علاقة الأمومة" و "علاقة فريق العمل" بين السفينة الأم ومراكبها الأخرى حتى لا يستفاد من غموض هذه التعابير والتدخل ضد السفن الأجنبية في أعالي البحار بغير طائل وبالتالي إساءة استخدام مبدأ الوجود الحكمي والاعتداء على مبدأ حرية أعالي البحار.
- يقترح الباحث تعديل نص المادة 3/111 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بحيث تذكر إمكانية استئناف المطاردة بعد خروج السفينة الأم أو السفينة هدف المطاردة من المياه الإقليمية لدولة ثالثة حتى لا تصبح السفينة الهاربة وكأنها تغتسل من ذنوبها بمجرد دخولها هذه المياه التابعة لدولتها أو لدولة ثالثة، كما يمكن أن يضاف لذلك حجة أخرى وهي أن حق المرور البريء الذي تتمتع به السفن في المياه الإقليمية التابعة لدول أخرى لم يوجد كما يدل عليه اسمه من أجل توفير ملاذ للسفن الهاربة من الاحتجاز وإنما من أجل المرور من منطقة إلى أخرى من أجل الأعمال السلمية.

مراجع البحث

أولاً: المراجع باللغة العربية:

- د. إبراهيم محمد الدغمة، القانون الدولي الجديد للبحار: المؤتمر الثالث واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، المطبعة التجارية الحديثة، 1990.

د. أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

أحمد بن عبد الله سمباوة، إجراءات الضبط والتحقيق في جرائم تهريب المخدرات وفق نظام أمن الحدود والقانون البحري، محاضرة مقدمة في الدورة التدريبية (التحقيق المتقدم في قضايا المخدرات)، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.

د. جيرهارد فان غلان، القانون بين الأمم: مدخل إلى القانون الدولي العام، الجزء الثاني، ترجمة: وفيق زهدي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1970.

د. حازم محمد عتلم، أصول القانون الدولي (القسم الثاني): أشخاص القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001.

د. حسين حنفي عمر، احتجاز وتفتيش سفن القرصنة والاتجار بالمخدرات والمخالفة لحق المرور البريء: حق الملاحة الدولية بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009.

سمير جرجس بطرس، حق المطاردة الحارة في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1977.

د. صلاح الدين عامر، القانون الدولي الجديد للبحار: دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، دار النهضة، القاهرة، 1983.

د. محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار: البحر العالي، دار الأديب، بغداد، 2000.

د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام: القانون الدولي العام أو قانون الأمم زمن السلم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.

ثانياً: المراجع باللغة الإنكليزية:

Books:

- C. John Colombos, the International Law of the Sea, Longmans Green, London, Sixth Edition, 1967.
- D P O'Connell, the International Law of the Sea, Oxford University Press, Oxford, Vol.2, 1984.
- Myres Smith McDougal, William T. Burke, the Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea, New Haven Press, New Haven, 1985.
- Nicholas M. Poulantzas, the Right of Hot Pursuit in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, Second Edition, 2002.
- Yoshifumi Tanaka, the International Law of the Sea, Cambridge University Press, UK, 2012

Articles:

- Craig H. Allen, Doctrine of Hot Pursuit: A Functional Interpretation Adaptable to Emerging Maritime Law Enforcement Technologies and Practices, Ocean Development and International Law, Vol.20, 1989.
- Erik Jaap Molenaar, Multilateral Hot Pursuit and Illegal Fishing in the Southern Ocean: the Pursuits of the Viarsa 1 and the South Tomi, the International Journal of Marine and Coastal Law, Vol.19, No.1, 2004.
- Robert C. Reuland, the Customary Right of Hot Pursuit Onto the High Seas: Annotations to Article 111 of the Law of the Sea Convention, Virginia Journal of International Law, Vol.33, 1993.
- Vasilios Tasikas, Unmanned Aerial Vehicles and the Doctrine of Hot Pursuit: A New Era of Coast Guard Maritime Law Enforcement Operations, Tulane Maritime Law Journal, Vol.29, No.1, 2004.
- William C. Gilmore, Hot Pursuit and Constructive Presence in Canadian Law Enforcement: A Case Note, Marine Policy, Vol.12, No.2, 1988.
- William C. Gilmore, Hot Pursuit: the Case of R. v. Mills and Others, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44, No.4, 1995.

Documents:

- A/CONF.13/C.2/L.4.
- Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, 1951.
- Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1956.

- United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. IV, 1958.

المواقع الإلكترونية:

http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm

http://www.bbc.co.uk/arabic/multimedia/2012/10/121003_abortion_dutch_ship.shtml

الإدارة الإستراتيجية للأزمة.. صنع القرار ونظم الدعم

دراسة مرجعية تحليلية

لواء دكتور

عبد العزيز سعيد أحمد الأسمرى

مدير إدارة تدريب حرس الحدود بوزارة الداخلية المملكة العربية السعودية

محاضر بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية

المقدمة

عرفت المجتمعات البشرية عبر مختلف الحقب التاريخية ظاهرة الأزمات بجميع أشكالها البسيطة الأولية والموسعة حسب كل فترة زمنية، رغم إختلاف تسميات الموضوع وأساليب تناوله، ومواجهتها بما يلائمها من قرارات. لهذا أصبح إتخاذ القرار الإستراتيجى لإدارة الأزمة Crisis Management على مستوى أجهزة الإدارة العامة فى خضم الثورة الهائلة فى مجالات الاتصالات والمعلومات للدول قاطبة من أهم عناصر الحفاظ على أمن وأمان المجتمعات وإستقرارها، حيث ينصب الإهتمام الإجتماعى والسياسى والإدارى على الأزمات التى تؤثر بشكل مباشر على كافة مجريات الحياة، والتى توجب أن يكون هناك إستعداد دائم للتعامل مع الأحداث المباغتة.

فبعد أن بدأ التركيز الأكاديمى فى إدارة الأزمات كعلم مؤسس مثل بقية العلوم على مجموعة من المبادئ والمفاهيم الخاصة، أصبح لذلك العلم أساليب مختلفة فى تطبيقاته عن العلوم الإدارية الأخرى، والتى يهدف من خلالها إلى التحكم فى أحداث مفاجئة ومتفاقمة والتعامل معها ومواجهة أثارها ونتائجها بأستخدام كافة المعلومات المتوفرة كأساس للقرار الرشيد الصادر عن منظومة دعم هذا القرار DSS والتى تتكون من عناصر متفاعلة فيما بينها.

وعلى ذلك أصبح علم إدارة الأزمات علماً متخصصاً في دعم اتخاذ القرار بنظم المعلومات والوسائل والإجراءات التي تضعه في أهبة الاستعداد من خلال التنبؤ للمواجهة الفورية للمواقف الطارئة والأزمات، وبذلك فرض هذا العلم نفسه على واقع عالمنا المعاصر الذي تزايدت تعقيداته وتناقضت مصالحه مع الانطلاقات الهائلة في المجال التكنولوجي وسبل الاتصالات التي حطمت الفاصل الزمني بين الفعل ورد الفعل مما وضع اتخاذ القرار في خيار وحيد وهو أن يكون دائماً مستعداً للمواجهة الفورية للمواقف الطارئة والأزمات واتخاذ القرارات الملائمة الموقوتة.

لقد وضع الأساس الذي تقوم عليه إدارة الأزمات بحيث يتم من خلالها إتخاذ القرارات المناسبة لكل مشكلة وفقاً للأهداف المرجوة والإمكانات الداخلية للمنظمة بناءً على الإستراتيجية أو السياسة الموضوعية المعتمدة على بدائل الإختيار المتاحة، وإن بدت عملية إتخاذ القرار عملية مستقلة يحددها القائمون على الإدارة فإنها بالضرورة تراعى الظروف الخارجية المحيطة بالمنظمة مباشرة أو تمس الأوضاع العامة أو سياسة الدولة.

إن إدارة الأزمات هي عملية إدارية علمية مخططة ومنظمة تستهدف إحداث القرارات الإستراتيجية الصحيحة لمواجهتها وعلاج ما يترتب عليها، فهي عملية ديناميكية متكاملة من أنشطة جمع وتحليل المعلومات وصياغة البدائل وإتخاذ القرارات وتنفيذ العمليات ومتابعتها. حيث تؤدي كل دورة في هذه السلسلة إلى تغيير الواقع بما يتناسب مع الدورة التي تليها حتى تصل في النهاية لقرار حاسم يؤدي إلى حل الأزمة طبقاً للمصلحة، فالقرار الحاسم أو الإقرار كفعل هو بمعنى الحكم بترجيح جانب على جانب آخر، أو الوصول لحل في مسألة أو موقف أو مشكلة ما، وقد ينظر إليه كحدث فيسمى صنع القرار حيث تستخدم فيه أساليب التصميم والقياس. ومن الناحية الإستراتيجية يعد القرار الحاسم هو النتيجة لعملية الإعداد والتقدير المنظم والمنتظم للمشكلات الداخلية والخارجية التي تهدد بدرجة خطيرة سمعة المنظمة

وبقاءها⁽¹⁾.

وتستند إدارة الأزمات على إتخاذ قرار حاسم بشأن مشكلة ما، وهو قطع لعمليات التفكير المستمر -أو حبل التفكير- للوصول الى وضع متوازن لإقرار موقف معين أو طريقة من الطرق، واتخاذ القرار لا يعني إنهاء عملية التفكير والفحص ولكنه يمثل قطع على قمة من القمم التي ترتفع إليها عملية التفكير والفحص. وعملية القطع على القمة المناسبة هي أحد أهم أسباب جودة القرار. فاستمرار التفكير والفحص أكثر من اللازم لإتخاذ القرار يؤدي إلى نوعين من الخسارة، الأولى ضياع الوقت والثانية إنخفاض الجودة نتيجة تأثيرات الملل.

والقرار إذا ما صدر عن إدارة ما لحل أزمة فهو قرار تكتيكي أو قرار إستراتيجي والأول ينشأ لمقابلة موقف حالته معروفة ومتطلباته ظاهرة، اما الثاني وهو الأهم لأنه يتعلق بمحاولة التعرف على وضع لم ينشأ بعد وعلى كيفية حله عن طريق موارد وإمكانيات غير مضمونة. فالقرار هو اختيار بين بدائل لمن لهم حرية وحق الإختيار سواء عن أنفسهم أو عن من يمثلونهم من أفراد أو شعوب، وقد يكون متخذ القرار فردا هو المرجع الأخير فى تقييم أفضليات معايير الإختيار وقد يكون مجموعة حيث يلزم بناء إطار مرجعي لموازنة اختلافات أفراد المجموعة في تقييمهم لأفضليات معايير الإختيار⁽²⁾.

ومتخذ القرار ليس مطلق الحرية في اتخاذه للقرار، بل تحكمه العديد من القيود الخارجة عن سيطرته والتي تحد من حريته في الإختيار. وتجعل تلك العملية تتم في نطاق يعرف بمجال القرار. وفي بعض الأحيان يكون هناك ضرورة لتخصيص مجهود كاف للتخفيف من هذه القيود في اتجاه معين للوصول الى قرار ذي مستوى جودة مناسب.

-
- (1) أبو قحف , عبد السلام (1999): إدارة الأزمات (القاهرة: مطبعة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع) ص20
 - (2) ساعاتى، توماس ل (2000): صناعة القرار للقادة.. عملية التحليل الهرمى لقرارات فى عالم معقد، ترجمة أسماء محمد باهرىمى وسهام على همشرى (الرياض: معهد الإدارة العامة، مركز البحوث) ص96.

مشكلة الدراسة:

تبرز ظاهرة الأزمة كتحد إدارى وإقتصادى وسياسى وأمنى للدولة التى يتوجب عليها حماية ووقاية حياة مواطنيها وممتلكاتهم من المخاطر التى قد تتعرض لها، مما يستدعى التأمل والتبصر فى الكيفية التى يمكن بها الحيلولة دون وقوع مثل هذه الأزمات، وعلى مر التاريخ بذلت كثير من الجهود الإبداعية بهدف درء الأزمات وتقليص أضرارها، غير ان هذه التدابير ظلت فى إطار التجربة العملية ولم تتجسد كعلم له منهجية محددة وخصائص مميزة إلا حديثاً. وفى ضوء التجارب والممارسات الخاصة بإدارة الأزمات يتبين أن معظم القرارات التى تتخذ للتعامل مع الأزمة من النوع الأستراتيجى، ومن ثم فإن إتخاذ مثل هذه القرارات يتطلب إدراك تام من منظومة دعم إتخاذ القرار بأهمية إتخاذ القرار الأستراتيجى لمواجهة الأزمات بإستخدام الأساليب العلمية الحديثة.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى ما يلى:

- 1 - الوقوف على الأهمية التى يوليها المسئولين عن إدارة الأزمات لمنظومة دعم القرار، والأنشطة والإجراءات التى تتخذ لدعم القرار الإستراتيجى وفى مقدمتها التنبؤ المبني على الأسلوب العلمى المتخصص والموجه لتحقيق غرض عملى من خلال جمع المعلومات وتحليلها والإتصالات والرقابة وجميعها تتم فى مستويات إدارية مختلفة.
- 2 - وضع منظومة متكاملة لإدارة الأزمات مبنية على نظام المصفوفة التنظيمية لما يتوافر فيه من مرونة، ومن تأصيل للمشاركة، ولما يؤمنه من استخدام امثل للقدرات والامكانات.
- 3 - إبراز أهمية دقة وصحة المعلومات عن الأزمة وذلك للإدراك السليم والواعى بالتحديات الماثلة والمستقبلية، كما أنها فى ذات الوقت المنظمة والمحددة لأوجه التحكم الواجبة فى كل مرحلة من مراحل ادارة الأزمة.

حدود الدراسة:

القيادات الأمنية المسؤولة عن إدارة الازمات بقيادة عمليات وزارة الداخلية.

منهجية الدراسة:

لكي يتطور العلم ويحقق أهدافه يجب أن يتبع أسلوباً علمياً، وبدون المنهج العلمي لن يصل العلم إلى تحديد نظرياته وقوانينه التي بواسطتها يستطيع الفرد التغلب على المشاكل التي تواجهه وتقابله وقد وصف برتراند راسل تطور التفكير العلمي في قوله: "إن العلم خلال قرون تاريخه الكلية قد نما نمواً داخلياً ولعله لم يكتمل بعد، وهذا النمو في أوجز عباراته هو الانتقال من التأمل إلى التحكم"⁽³⁾

إن طبيعة موضوع الدراسة والأهداف التي يحاول الباحث تحقيقها يلعبان دوراً فعالاً في إختيار منهجية الدراسة ووسائل وأساليب جمع البيانات المتعلقة بها. ونتيجة لأن الدراسة الراهنة تركز حول طبيعة الأزمة والقرار الإستراتيجي المتعلق بها لذا فإن هذه الدراسة سوف تعتمد أساساً على التكامل بين المنهج الأستقرائي والمنهج الأستنباطي.

المبحث الأول

أساليب التنبؤ بالأزمات والتخطيط الإستراتيجي لإدارتها

يثار دائماً تساؤلات حول إمكانية إيجاد طريقة منطقية ودقيقة لتحديد الأزمات التي يجب على المنظمة الإعداد والتخطيط لها فليس من المنطقي إقتصادياً القيام بتلك الأعمال لجميع المخاطر الممكنة. غير ان المشكلة الحقيقية تكمن في عدم وجود النموذج المستقبلي المبني على مؤشرات التنبؤ التي يمكن من خلالها رصد المخاطر المتوقعة ومراحلها المتدرجة لدى أجهزة الإدارة العامة.

(3) دوركايم، أميل (د.ت): التربية الأخلاقية، ترجمة السيد محمد بدوي، مراجعة على عبد الواحد وافى (القاهرة: مكتبة مصر) ص62.

إن مشكلة التنبؤ بالازمات تبدو متأصلة في عدم الربط بين الإدارة الإستراتيجية السليمة للآزمات وفعالية التأهيل والتدريب للمستويات الإدارية المختلفة وأدائها وتصحيح ذلك الأداء. فالإدارة الإستراتيجية هي مجموع التصرفات التي تقوم بها المنظمة حيال موقف معين والتي يمكن منها الإجابة على السؤال المزوج الخاص بنوعية النشاط الذي تزاوله المنظمة حالياً ومستقبلاً، وكيف يمكنها تحليل الحاضر للوصول إلى وضع تصورات المستقبل في ضوء الموارد الخاصة أو التي يمكن إتاحتها⁽⁴⁾.

وفي ذات السياق تكمن أهمية التنبؤ لما يؤديه من أدوار أساسية من خلالها يمكن تهيئة مؤشرات ترجح مصادر خطر محتملة ونوعية ما يمكن أن تفرزه من آزمات ووضع التصورات الخاصة بطبيعة وخصائص التجهيزات التي يتعين تهيئتها للتعامل مع الأزمة ولهذا حدد كثير من الباحثين مجموعة من المقاييس لتقييم الآزمات السابقة والمشابهة والتي يمكن عن طريقها إتخاذ القرارات بشأن الأولويات المطلوبة للآزمات والتخطيط لمواجهتها

وتعد عملية التنبؤ بالآزمات في علاقات المنظمات بعضها ببعض مسألة بالغة التعقيد وذلك لأنها تتطلب دراسة عدد هائل من المتغيرات القابلة بطبيعتها للحسابات الصحيحة إذا توافرت المعلومات الدقيقة وأستبعدت ما يمكن أن يكون من العوامل السلبية المؤثرة على التنبؤ بحدوث الآزمات⁽⁵⁾.

ولهذا كان لا بد من إعداد سيناريوهات لتلك التنبؤات وتحديد أساليب العمل المتوقع حيالها على المستوى الإستراتيجي والتخصصي للعاملين في مجال إدارة الآزمات على إعتبار أنه مجموعة الأجراءات المحتملة (البدائل) لمواجهة موقف أو أزمة ويمكن أن يوضع السيناريو لمواجهة أزمة محتملة

-
- (4) خاطر، أحمد مصطفى (1993): الإدارة ونقويم مشروعات الرعاية الإجتماعية (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث) ص68.
- (5) خليل، أحمد ضياء الدين (1992): أسس الإستراتيجية الجنائية وتطبيقاتها الأمنية (الرياض: دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض).

أو إختلاق أزمة وإدارتها لتحقيق أهداف محددة وهو ما يطلق عليه علميا إدارة المصالح بالأزمات ويستخدم جميع العاملين في مجال إتخاذ القرارات مفهوم السيناريو لإعداد تصور منطقي ومستقبلي للمناخ وللظروف المحيطة بالقرار.

إن عملية رسم سيناريو للتعامل مع الأزمة ليس نموذجاً جامداً أو قالباً محددًا، حيث لكل أزمة ظروفها وقوتها ومحركاتها لذا فإن السيناريو هو المنظم لحركة فريق الأزمة ويجب ان يرسم بدقة كل التفاصيل ويوزع الأدوار وينظم العمل في إطار مهمة متكاملة يقوم بها أعضاء فريق الأزمة بشكل متتابع ومتلاحق ومترابط ومتزامن وفقا لبرنامج زمني محدد يتم التدريب عليه.

ولكتابة السيناريو عدة جوانب أساسية يجب مراعاتها تتمثل في الشكل والأسلوب والمسئولية والسلطة والحيز والنطاق وتطور الأحداث وتغير المواقف وأخيرا العوامل الثابتة مثل المعطيات الجغرافية والعوامل المتحركة مثل المشاعر والأحاسيس، وهناك تصور مراحل جديدة للسيناريو تشمل التعقب والتحليل والتصور والقرار ثم التصرف، حيث يتم ذلك في صورة متسلسلة تشمل مراحل جمع المعلومات وتقييمها وتحليلها ثم تقييم البدائل وأخيرا تحديد السيناريو وادوات تنفيذه لإتخاذ القرار الرشيد وتنتهي بمرحلة الاستعداد والوقاية.

مؤشرات الإنذار المبكر

تعد نظم الإنذار المبكر أدوات يمكن للمنظمة من خلالها أستشعار موطن الخلل المنتظر حدوثه، فهي بمثابة نظام معلوماتي يصدر إشارات أولية ومسبقة للمشكلات المحتملة والتي يمكن من خلال التفسير الصحيح لها والتعرف على أبعاد الموقف قبل تدهوره أن نحول دون تحول تلك المشكلة أو الموقف إلى أزمة تهدد كيان الدولة أو المنظمة وإستمرارية وجودها، فتلك المؤشرات تعطى "التحذير في التوقيت الزمني المناسب لإتخاذ الإجراء الوقائي المضاد"

إن التقاط إشارات الإنذار بشكل جيد وفعال يتطلب أن يتوافر لدى المنظمات هياكل إدارية وتكنولوجية لديها القدرة على ملاحظة البيئة بشقيها الداخلي والخارجي والتقاط الإشارات الصادرة عنها حتى ولو كانت ضعيفة في بعض الأحيان⁽⁶⁾. ويمكن التعرف على نظم مؤشرات الإنذار المبكر من النقاط التالية.

أولاً: إكتشاف مؤشرات الإنذار المبكر (التنبؤ)

إن التقاط إشارات الإنذار المبكر (Early Warning Signals) (Detection Phase) تعنى أكتشاف الأزمات قبل حدوثها، وهذا أهم ما يميز المجتمعات المتقدمة والمنظمات المستعدة للأزمات (crisis prepared) مقارنة بالمجتمعات والمنظمات الأخرى المستهدفة له (crisis prone)⁽⁷⁾. فعادة ما ترسل الأزمة قبل وقوعها بفترة طويلة سلسلة من اشارات الانذار المبكر او الاعراض التي تنبئ باحتمال وقوع الأزمة وما لم يوجه الاهتمام الكافي لهذه الاشارات فمن المحتمل جداً ان تقع الأزمة، وأهم وظيفة من وظائف وحدة ادارة الازمات هي الاشراف على عمليات اكتشاف الانذار وتعبها وتحليلها ، وتتميز تلك المرحلة بالآتي:

- 1 - إنشاء أساليب إكتشاف إشارات الإنذار للأزمات المحتملة.
- 2 - إنشاء مركز تلقي ومتابعة إشارات الإنذار المبكر.
- 3 - تكوين فريق داخلي لاختبار الإجراءات المتبعة.
- 4 - تحفيز المبادرة الشعبية من جانب الجماهير لمكتسفي إشارات الإنذار المبكر.
- 5 - وصف الوظائف الرسمية المستخدمة في هذا النظام.
- 6 - مسح البيئة المحيطة بحثاً عن الإتجاهات العامة والمشاكل المؤثرة على المنظمة قريباً.

(6) الحملأوى، محمد رشاد (1993): إدارة الازمات: تجارب محلية (القاهرة: مكتبة عين شمس) ص90

(7) Ian. I. Mitroff and Christine. M.Person, (1991): Programs, Framework and services (USC Center For Crises Management)

(830) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وحتى يمكن لأنظمة الإنذار المبكر أن تتلافى عنصرى المفاجأة
وضرر الأزمة يجب ان تتسم تلك النظم بالابعاد التالية:

- 1 - القدرة على تمثيل المواقف.
 - 2 - معايير محددة مسبقا للمقارنة.
 - 3 - التفسير الصحيح لإشارات الإنذار الصادرة.
- ثانيا: وظائف الإنذار المبكر

يجب أن يؤدي نظام الإنذار المبكر إلى وظيفتين أساسيتين وهما
التقييم، والبث والتوصيل وتشير عملية التقييم إلى الأنشطة التنظيمية التي
تتم منذ أكتشاف خطر محدد في البيئة المحيطة حتى يتم إعداد رسالة عن
التهديد المحتمل، اما البث والتوصيل فيشير إلى عملية الإصدار والتوصيل
الفعلى لرسالة التحذير(8). فلقد دعا قادة المؤسسات والمنظمات العاملة في
مجالات الأمن والإقتصاد ومن قبلهم القادة العسكريون إلى الاهتمام بالدراسة
والبحث الدائم لتطوير نظم القيادة والسيطرة والاستخبارات والاتصالات
لتلائم وتلاحق التطور العلمي. حيث أصبحت هذه النظم تتطور تقنيا
وعملياتيا بخطوات سريعة لتصير ذات فعالية كبيرة، وقادرة على تقدير
احتمالات التهديد من جميع الاتجاهات وتضمينها مجموعة من المكونات
الفرعية الهامة وهي المستشعرات ومعالجة البيانات ووسائل الاتصال ونقل
المعلومات ووسائل العرض. فيفترض في مركز إدارة الأزمات أنه المكان
الذى تتوفر فيه وسائل الإتصال وقواعد المعلومات والخبرة والمعرفة
وأدوات التحليل وبناء النماذج وتعريف البدائل وصنع وأختيار القرار
ومنظومات القيادة والسيطرة.

ويشكل تجميع هذه المكونات المختلفة في شبكة واحدة والربط بينها
أساس النظام الذي يحقق الاستغلال الأمثل للبيانات المتدفقة من المستشعرات
وييسر معالجتها بالأسلوب المناسب ومقارنتها بانتظام لتسهيل عملية عرض
الموقف والمعاونة في اتخاذ القرار، ولعل أصعب مراحل تصميم هذه النظم

(8) Nigg, J.M (1995):Risk Communication and Warning Systems
(Disaster Research Center, University of Delaware.p370.

هي عملية الموائمة بين المكونات المختلفة لتسهيل عملية تبادل البيانات مع اختلاف نظم عملها وخاصة النظم الآلية، حيث يلزم الربط بين نظم الحواسيب ووصلات نقل المعلومات.

ولقد تطورت المكونات الأساسية لهذه النظم حتى وصلت إلى مستشعرات ذاتية لها مواصفات خاصة ونظم اتصالات تضمن استمرارية العمل في مواجهة جميع الظروف. وفي ظل تأكيد مبادئ هامة مثل سرعة الإنذار وتقييم الموقف لإمكان الرد بالسرعة المناسبة. ويتركز تطوير هذه النظم في الاتجاهات الآتية⁽⁹⁾:

- ❖ تحقيق شبكات اتصالات لنقل وتبادل المعلومات بين عناصر النظام.
- ❖ تكامل المعلومات التي يتم الحصول عليها من المستشعرات المستقلة.
- ❖ تقليل زمن تحليل المعلومات.
- ❖ استخدام مراكز تبادلية أرضية أو جوية مع الاستفادة من الأقمار الصناعية.
- ❖ تأمين وسائل الاتصال ونقل المعلومات ضد أعمال الإعاقة والشوشرة.

ثالثاً: مصفوفات إشارات الإنذار المبكر للأزمة

يمكن إكتشاف إشارات الإنذار المبكر للأزمات من خلال تحديد نقاط الضعف للمنظمة والتي تجعلها مستهدفة لأنواع معينة من الأزمات، وأيضا وضع معايير تحكم وجود أو عدم وجود أزمة مستقبلية، وحصر وتحليل المعلومات المتعلقة بنقاط الضعف هذه وتشخيص المواقف، والتخطيط لتجنب الأزمات وشبكة الوقوع أو الإقلال من أثرها .

شكل يوضح مصفوفة إشارات الإنذار المبكر

لا أزمة	أزمة		القرار
الإنذار الكاذب	التوفيق	أزمة	
الرفض الصريح	الفشل	لا أزمة	

(9) زغلول، نعيم سعد (1999): استخدام تكنولوجيا المعلومات في إدارة الأزمات (القاهرة: جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية) ص68

(832) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ومن الشكل السابق نجد أن ما يبذله واضعوا السياسة والمنفذون من جهد فى هذا الصدد يمكن أن يسفر عن أربعة إحتتمالات:

- 1 - التوفيق حيث ينجح واضعوا السياسة والمخططون فى التعرف على إشارات الإنذار لأزمة وشبكة الوقوع.
- 2 - الفشل: وهو عدم التعرف على إشارات الإنذار لأزمة وشبكة الوقوع.
- 3 - الإنذار الكاذب: حيث يعتقد أن هناك أزمة وشبكة الوقوع بينما لا توجد أزمة.
- 4 - الرفض الصحيح: حيث لا يعتقد بوجود أزمة وشبكة الوقوع ويثبت صحة ذلك.

رابعاً: المستشعرات ومراكز قيادة الأزمات

المستشعرات هي المصدر الأساسي للبيانات التي يتم الحصول عليها من نظم الاستطلاع المختلفة، ولقد تطورت هذه المستشعرات بشكل كبير على ضوء التقدم الهائل فى الالكترونيات الدقيقة والذي حقق إمكانية معالجة البيانات على نظم الاستشعار (مثل مقارنة البيانات وتأكيداها أو معالجة الصور والتعرف على الأهداف) فزاد بالتالى من كفاءة النظم الحديثة المستخدمة فى مراكز قيادة الأزمات والسيطرة.

وفى هذا الصدد فإن المراقبة والإنذار هي أقرب إلى عمليات السياسات منه إلى عمليات التسجيل والتصنيف والاسترجاع، فالتخطيط لمواجهة الأزمات وإدارتها يتطلب توفير وتبادل البيانات والمعلومات اللازمة لتقدير الموقف واتخاذ القرارات بين القيادات المختلفة خلال وسائل اتصال مؤمنة، أما نجاح مواجهة الأزمات فإنه يتوقف على سرعة ودقة الموقف أمام متخذي القرارات وإصدار الأوامر للمنفذين فى الوقت المناسب⁽¹⁰⁾.

والهدف الرئيسي لنظام معلومات القيادة والسيطرة هو جعل عملية القيادة والسيطرة تتم بصورة آلية بتداول المعلومات المؤتمنة والاتصالات

(10) العبودى، محسن (1995): نحو إستراتيجية علمية فى محال الأزمات والكوارث (القاهرة: دار النهضة العربية) ص 112

الرقمية ومعالجة البيانات، وهذا النظام هو نظام إجراءات متكاملة، وبرامج، وأفراد، ومعدات، واتصالات تمد القادة ببيانات موقوتة صحيحة تستطيع بمقتضاها أن تخطط وتوجه عملياتها في تجاوز الأزمة.

ويحتاج متخذ القرار إلى معلومات عن موارده وطاقته ومناصريه وبنفس المقدار عن جوانب الأزمة المختلفة بوضوح وتفصيل، وأن يتم تأكيد هذه المعلومات بأكثر من مصدر قبل استخدامها، وأن يتم الحصول عليها ونقلها إلى المستخدمين في وقت مناسب يسمح بالاستفادة منها. ومهام نظم المعلومات للقيادة والسيطرة تقتضى النقاط التالية:

- ❖ استقبال المعلومات من المصادر المختلفة ومعالجتها إحصائياً لتقدير الموقف.
- ❖ اتخاذ القرارات وإجراءات تنفيذها (تقدير الموقف- اختيار أحسن البدائل. اتخاذ القرار. الوثائق. تحديد المهام. تنظيم التعاون..).
- ❖ إصدار التوجيهات والتعليمات للمرؤوسين ومتابعة تنفيذها.
- ❖ تعميم الخبرات المكتسبة.

ومع التفسير المستمر للبيانات الواردة من المستشعرات يتم لحظياً متابعة تفسير جوانب الأزمة من خلال نظم توزيع المعلومات القادرة على تبادل المعلومات ما بين المشتركين على بنية اتصالات مشتركة وذلك بالإرسال والاستقبال في فترات زمنية محدودة.

كما تم الاستفادة من تقنية الحاسبات الالكترونية في مجال الذكاء الاصطناعي للوصول إلى درجة كبيرة من الآلية لنظم القيادة والسيطرة وتطوير النظم الخبيرة التي تعتمد على هندسة المعرفة لنقل الخبرة من البشر إلى النظام الآلي وحل المشاكل بالاستدلال المنطقي.

المبحث الثانى

الأسلوب العلمى لمنظومة دعم القرار

يعتبر موضوع صنع القرار موضوعاً مهماً شغل العلماء المضطلعين بعلم الاجتماع أو الإدارة أو النفس أو السياسة. وذلك لأهمية هذا

النوع من الدراسات بالنسبة للمخططين والمنفذين مع تسابق المجتمعات النامية في الدخول إلى مضمار التنمية والتحديث.

وإذا كان هناك ثمة فرق بين كل من صنع القرار Decision Making واتخاذ Decision Taking، فإن القرار يعنى البت النهائي والارادة المحددة لصانع القرار بشأن ما يجب وما لا يجب فعله للوصول لوضع معين والى نتيجة محددة. على أن هناك بعداً آخر يمكن أن يضاف الى مفهوم القرار فأفعالنا يمكن أن تقسم قسمين: قسم ينتج من تزواج التمعن والحساب والتفكير، وقسم آخر لا شعوري تلقائي ايجائي . وينتج عن القسم الأول ما يسمى قرارات، أما القسم الثاني فينتهي الى أفعال آنية. وحينما يكون هناك محل لقرار فانه بالتداعي لابد وأن تكون هناك نتيجة ينبغي انجازها ووسائل ومسارات للوصول اليها.

وعلى ذلك كان لممارسة الأسلوب العلمى في منظومات دعم القرار ضرورة قصوى حيث تساعد على اتخاذ القرار من خلال معايير موضوعية للاختيار، بحيث يكون القرار منطقياً. وهذا يحقق عملية التجريد واختفاء المعاني والتفسيرات الضمنية التى قد تؤثر فى القرار عند اتخاذه بالأساليب الأخرى. كما يمكن لهذا الأسلوب متابعة الخطوات المختلفة واجراء تغييرات في بعض المعطيات مع توفر مصادر جديدة للمعلومات.

ويتميز الأسلوب العلمى لاتخاذ القرار بوجود نموذج لموضوع القرار مصمم من أجل إظهار المشكلة، ودراسة مدى التأثير المنتظر للعوامل الداخلة فيها والظروف المحيطة بها على إمكانيات الوصول إلى الحل المطلوب، كما يعكس النموذج مدى إمكانية تغيير أي من تلك العوامل أو الظروف وأثره على تحقيق الهدف المنشود.

وتستخدم النماذج عادة فى التحليل ومعرفة تأثير العناصر أو العوامل على النتائج، من خلال مناقشة التفاعل الذي تصوره هذه النماذج (ديناميكية المنظومات) وعمليات التمثيل والمحاكاة. والنماذج هى عنصر أساسى فى تأكيد جودة القرار، حيث تفيد فى بحث المشاكل مقدما ووضع توقعات للتطورات، كما تفيد فى التدريب وإختبار الكفاءات.

أساليب صناعة القرار الأزموى

تختلف أساليب إتخاذ القرارات من شخص إلى آخر تبعاً لشخصية صانع أو متخذ القرار وتجربته وسلطته وعلمه وثقافته وكذلك موقف صانع القرار السائد فى وقت إتخاذ القرار أى البيئة التى يتخذ فيها القرار، ومدى أهميته.

فهناك إختلاف فى درجة الخطر بالنسبة لقرار معين وظاهرة معينة من حالة لأخرى ومن شخص لآخر. من الواضح أنه ليس هناك مقاييس مادية ملموسة لقياس درجة الخطورة التى هي درجة عدم التأكد أو الشك، حيث إنها تحتاج مقاييس معنوية مشابهة للخطر نفسه. فالشخص عندما يقتنع بقرار معين ويقرر اتخاذه إنما يكون ذلك بناء على حالة نفسية معينة وشعور معين بأن درجة الخطورة أقل ما يمكن بالنسبة لقراره والعكس صحيح، فحساب درجة الخطر حساباً كمياً ليس ممكناً إلا إذا وجدت مقاييس معنوية وقد بذلت محاولات عديدة لقياس درجة الخطورة، إلا أن النتيجة النهائية التى وصل إليها البعض هي تحديد حدود عليا وحدود دنيا لدرجة الخطر، ولكن بشكل عام فإن القرارات غالباً تتخذ بأحد أسلوبين مميزين أو بالجمع بينهما، وهما(11):

أولاً: الأساليب النظرية

ويتم فى هذا المجال إستثمار قدرات متخذ القرار مثل الحكم الشخصى والبديةهة Intuition وإتخاذ القرار تبعاً لما يتوفر من حقائق عن المشكلة، وكذلك إتخاذ القرار تبعاً للسابق Experience أو تبعاً للأراء التى يقدمها الآخرون ويأخذ بها متخذ القرار.

ثانياً: الأساليب الكمية:

تعتبر الاساليب الكمية Quantitative Methodes أسلوباً رياضياً يتم من خلاله معالجة الأزمام الإقتصادية والإدارية بمساعدة الموارد المتاحة

(11) علاقى، مدنى عبد القادر: الإدارة.. دراسة تحليلية للوظائف والقرارات الإدارية، (جدة: دار تهامة للنشر والتوزيع) ص64.

(836) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى

من البيانات والادوات والطرق⁽¹⁾، وتعتمد عملية صنع القرارات وإتخاذها بواسطة هذه الأساليب على افكار المدرسة العملية فى الإدارة وافكار أصحاب المنهج الرياضى فى الإدارة أيضاً⁽²⁾. وعلى العكس من الأساليب النظرية فإن الأساليب الكمية تركز على لغة الأرقام والمنطق والنماذج الرياضية سواء فيما يتعلق بتحليل البيانات أو المعلومات أو تحديد البدائل ومقارنتها، أو عملية القرار نفسها، وتستثمر الأساليب الكمية إلى حد كبير الوسائل والأدوات التى تتيحها بحوث العمليات وأسس التحليل الإقتصادى والمحاسبى ومن الوسائل والادوات المستخدمة فى عميلة صنع القرارات بالأساليب الكمية ما يلى:

- ❖ البرمجة الخطية Linear Programming وهى الأسلوب الرياضى الذى يهدف إلى تقرير الوضع الأمثل لإستخدامات الموارد.
- ❖ نظرية الإحتمالات⁽³⁾ Probability Theory والتى تفيد فى محاولة القضاء على أو تخفيف من درجة عدم التأكد التى تميز نتاج كثير من القرارات الإدارية.
- ❖ التشبيه والمحاكاة Simulation وهى عملية بناء نموذج مناظر أو مماثل للواقع الفعلى للمشكلة وإخضاع هذا النموذج للدراسة بواسطة تبديل وتغيير عناصره للتعرف على نتائج التبديلات وإختيار النتيجة الأفضل⁽⁴⁾.

وتحتوى هذه الوسائل وغيرها على تفرعات عديدة مثل نموذج النقل، التخصيص وأساليب المباريات، شجرة القرارات، ونماذج الإحلال،

-
- (1) سعيد، سهيلة عبد الله (2007): الجديد فى الأساليب الكمية وبحوث العمليات (الأردن: دار حامد للنشر والتوزيع) ص16.
 - (2) نجم، نجم عبود (2008): مدخل للأساليب الكمية بتطبيق ميكروسوفت أكسل (الأردن: الوراق للنشر والتوزيع) ص19.
 - (3) أبو زيد، كمال خليفة وزينات محمد محرم (2006): دراسات فى استخدام استخدام بحوث العمليات فى المحاسبة (القاهرة: المكتب الجامعى الحديث) ص1.
 - (4) العتيبي، سعد بن محمد (1993): بحوث العمليات وتطبيقاتها فى القوات المسلحة (الدمام: مطابع التريكي) ص176

وأساليب التنبؤ، أما أكثر العلوم التي يشيع إستخدامها عند إعتقاد الأساليب الكمية لإتخاذ القرارات فهي الإحصاء والرياضيات والإقتصاد وبالتأكيد فإن للحاسب الألى دوره فى كل ما سبق⁽¹⁾

صناعة القرار الأزموى فى ظل عدم التأكد

عملية إتخاذ القرارات تعتبر الركيزة الأساسية فى إدارة الأزمة، كما يعتقد كثير من القادة بأنها من صميم عملهم الأساسى⁽²⁾، حيث يواجهون وضعا يفرض عليهم أفرادا أم منظمات ضرورة إتخاذ قرارات سريعة ولكنها غير مرتجلة، فيتم تبني أحد بدائل التصرف المطروحة فى موقف معين لتحقيق أهداف محددة بعيدا عن نمطية التفكير التي قد لا تناسب موضوع الأزمة ومما يذكر عن انشتاين قوله "من الخطأ أن نحل المشكلة بنفس منهجية التفكير التي قادتنا الى المشكلة أصلاً".

وتبرز فى هذا السياق أهمية جمع المعلومات والحقائق وبالتالى أهمية إدارة الأزمة عموما فالمعلومات هى العصب المحرك لكافة أنواع القرارات المتخذة فى أية منظمة وبتوفير المعلومات المناسبة عن نشاطات المنظمة وعن المؤثرات البيئية التي تتعرض لها يمكن للإدارة العليا الإعتداد على الطرق التحليلية والأستنتاجية بشكل أكبر من الإعتداد على الظن والحكم الحدسى والتي تضطر إلى اللجوء إليه عند غياب المعلومات عنها⁽³⁾. فغالبا ما يقاس نجاح القائد بقدرته على إصدار القرارات الرشيدة والتي تمكنه من معالجة الأزمة وفقا لأهداف المنظمة وسياستها⁽⁴⁾. كما أنه من المهم مشاركة

(1) Grether, D.M. and Plott, e.R (1979), Economic Theory of Choice and the Preference Reversal Phenomenon, (The American Economic Review, Vol. 69, No.4, pp. 623-638.

(2) على، كريم ناصر (2006): الإدارة والأشراف التربوى (عمان: دار الشروق) ص39

(3) دسيلدورب رالف فان (1989): إتخاذ القرارات التربوية من خلال بحوث العمليات (الرياض: دار العلوم للطباعة والنشر)ص75

(4) الدمهورى، محمد محمود (2009): المهارات الأساسية لمدير مدرسة المستقبل.. رؤية مقترحة (بوسعيد: المؤتمر العلمى السنوى الثانى لكلية التربية، جامعة قنال السويس بعنوان: "مدرسة المستقبل الواقع والطموح فى الفترة 28-29 مارس 2009) ص78

(838) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى

أفراد الجماعة للقائد – متخذ القرار – فى اتخاذ قراره حيث لا يمتلك المدير المسئول عن إدارة الأزمة كل المعلومات اللازمة لإتخاذ قراره. الذى يتوقف على مهارات إتخاذ القرار وخطوات أكتسابها متغيرات كثيرة منها طبيعة ومضمون القرار وبيئة إتخاذ القرار، وإدراك المسئول للموقف، وفهمه للمشكلة، وقدرته على التحليل والبحث عن البدائل على ضوء العناصر الموضوعية للأزمة وطبيعة وحاجات المستفيدين من القرار⁽¹⁾.

وفى حالة المخاطرة لا يكون لكل بديل من بدائل القرار نتيجة واحدة ثابتة ومؤكدة بل تكون هناك عدد من النتائج المختلفة المتوقعة فإذا كانت إحتتمالات وقوع كل نتيجة مقدره تقديرا مناسبا تعرف عملية إتخاذ القرار فى هذه الحالة بالقرار فى ظل المخاطرة أو المنفعة الذاتية وفى هذه الحالة يمكن إستخدام الأسلوب العلمى المعروف بشجرة القرارات لإختيار أنسب قرار⁽²⁾.
تعريف شجرة القرارات

شجرة القرارات هي تمثيل بياني لعملية صنع القرار، يبدأ جذرها من اليسار، وتمتد فروعها إلى اليمين، حيث يبين بها البدائل واحتمالات الحالات الطبيعية. (الأحداث). وتعد شجرة القرارات طريقة مناسبة لصناعة القرار فى حالة عدم التأكد والتي تنطوي على اتخاذ قرار متعدد المراحل بحيث يؤثر ناتج قرار ما على قرارات تالية له.
مكونات شجرة القرارات:

- 1- نقطة القرار (Decision node): هي النقطة التي يتعين على صانع القرار اختيار أحد البدائل أو الفروع المنبثقة منها حيث تتضمن احتمالات معينة
- 2- نقطة الأحداث (Shade of nalvne): هي النقطة التي تنطوي على احتمالات معينة، وتسمى الحالات الطبيعية

(1) إبراهيم، مجدى عزيز (2003): موسوعة التدريس، ج5 (عمان: دار المسيرة) ص1830
(2) الحملاوى، محمد رشاد (1993): إدارة الأزمات (القاهرة: مكتبة عين شمس) ص87

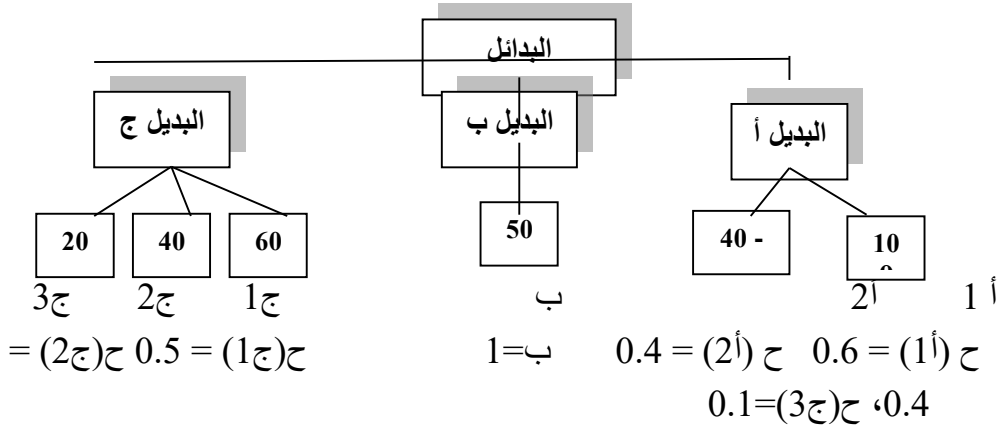
3- الفروع (Branches): وهي الخطوط التي تصل بها نقاط القرار ونقاط الأحداث ولكل فرع ثلاث احتمالات هي: قرار جديد ، أو حدث جديد، أو نهاية.

شجرة القرارات بدون احتمالات:

يعد بناء شجرة القرارات دون إدراج احتمالات (Probability) خياراً مناسباً عندما لا يتوافر لمتخذ القرار المعلومات الكافية التي تمكنه من تقرير احتمالات الأحداث التي تتكون فيها شجرة القرارات، كما أنها مناسبة عند الرغبة في تحليل أفضل أو إبداء البدائل بمعزل عن الاحتمالات.

والمثال التالي يوضح استخدام شجرة القرارات بفرض أن وحدة القرار عند إدارتها لأحد الأزمات وجدت أنه يمكنها الاختيار بين ثلاث بدائل للقرار في أحد مواقف الإدارة – ويرمز لهذه البدائل بالرموز أ. ب. ج. وبتقدير وحدة إتخاذ القرار للموقف وباستخدام المعلومات المتوفرة أمكن تقدير النتائج المحتملة لكل بديل من بدائل القرار حيث وجد أن لكل بديل من هذه البدائل عدة نتائج مختلفة لكل منها قيمة احتمال مقدرة، ويمكن توضيح هذا الأسلوب بالشكل التالي:

شكل يوضح شجرة القرارات في حالة المخاطرة



ولإتخاذ القرار بإستخدام هذا الأسلوب تحسب القيمة المتوقعة لكل بديل من البدائل بناء على إحتتمالات وعائدات النتائج المتفرعة منها كالآتى:

❖ القيمة المتوقعة للبديل الاول أ

$$= \text{العائد} \times \text{ح (أ 1)} + \text{العائد} \times \text{ح (أ 2)} \text{ وهى نسبة الإحتمال المتوقع} = 100 \times 0.4 + 0.6 \times (40-) = 44$$

❖ القيمة المتوقعة للبديل الثانى (ب) $50 = 1 \times 50$

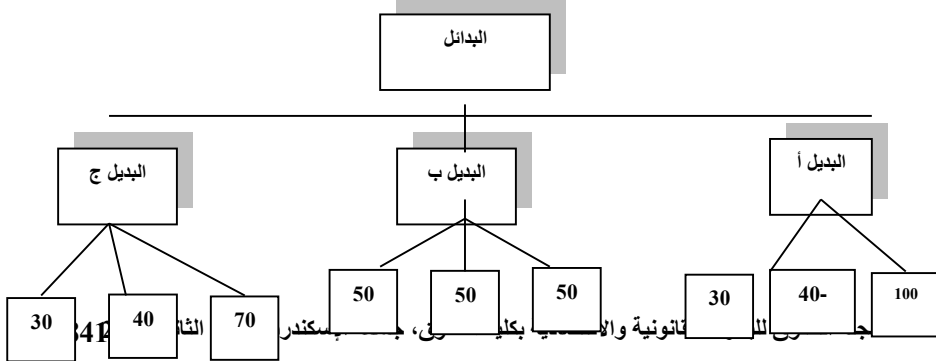
❖ القيمة المتوقعة للبديل الثالث (ج) $0.1 \times 20 + 0.4 \times 40 + 0.5 \times 60 = 48 = 2 + 16 + 30 =$

وبذلك نجد أن أفضل بديل هو البديل الثانى حيث أن إجمال القيمة المتوقعة للنتائج المحتملة عند تنفيذه أكبر من قيم البدائل الأخرى.

أما فى حالة إتخاذ القرار فى ظل عدم التأكد، فتنشأ هذه الحالة عندما تكون قيم الإحتمالات للنتائج المختلفة لبديل القرار غير معلومة أو يصعب تقديرها، أى أنه إذا إختار صانع القرار أحد البدائل فإن النتائج المتوقعة الناجمة عن تنفيذ هذا البديل معلومة الأسماء وكذا قيم العائد إلا أن إحتمالات النتائج المختلفة بالنسبة لبعضها البعض غير معلومة وهنا يلجأ متخذ القرار إلى إختيار احد البدائل بإتباع أسلوب إختيار يتوقف على نظرة وطبيعة صانع القرار من حيث التفاؤل والتشاؤم او الحيطة فى مواجهة الجراءة او التوسط فى إختيار البدائل.

ولنوضح أسلوب إتخاذ القرار فى ظل عدم التأكد. فالوصول إلى هدف معين فى حل الأزمة التى يواجهها متخذ القرار عليه أن يختار ما بين أ، ب، ج علما بأن تنفيذه لكل خطة قد تواجهه ثلاث أنماط من ردود الافعال أو النتائج المترتبة على تنفيذ الخطة وبالتالي تختلف النتيجة النهائية أو العائد النهائى لتنفيذ كل خطة كما هو بالشكل التالى:

شكل يوضح شجرة القرارات فى حالة عدم التأكد



وفى هذا الأسلوب لا يعرف متخذ القرار إحتتمالات ردود الأفعال المختلفة وبالتالي فإنه وفقاً لطبيعته يحدد المعيار المناسب للاختيار بين البدائل. ومن الطرق المتبعة فى هذا المجال (معيار التفاؤل أو الجراءة – معيار الحيطة والحذر – معيار التوسط – معيار أقل ندم)

أولاً: أسلوب التفاؤل *Aptimstic Approachj*

يعتمد هذا الأسلوب على تقديم البدائل من أجل اختيار البديل الذي يتضمن أفضل العوائد الممكنة في ظل الحالات الطبيعية التفاضلية دون اعتبار للحالات الطبيعية المتشائمة لذلك البديل ويقوم على تعظيم المنافع من خلال اختيار البديل الذي يتميز عن غيره من البدائل بعظم المنافع. (maximize Profit). وذلك عندما يكون متخذ القرار فى ثقة من إمكانياته وقدرته على تنفيذ خطته بنجاح وأن الظروف فى صالحه وعندما تكون الأطراف المتنافسة أقل قدرة وأمكانيات فإنه يستخدم هذا الأسلوب فى إختيار الخطة التى تحقق أكبر عائد من الخطط الثلاث هى (100، 50، 70) ومنها تختار الخطة (أ) التى تحقق أكبر عائد (100) دون النظر إلى إمكانية الخسارة.

ثانياً: أسلوب الحذر المحافظ (*Conservative Approach*)

يعد هذا المدخل مدخلاً تشاؤمياً، ويعتمد على تقويم البدائل من أجل اختيار البديل الذي يتضمن أفضل عائد ممكن في ظل الحالات الطبيعية التفاضلية دون أي اعتبار للحالات الطبيعية التفاضلية لذلك البديل. فإذا كان متخذ القرار قلق من الآثار السلبية للخطة التى يختارها لمواجهة الأزمة ويحرص دائماً على تقليل الخسائر دون البحث فى تحقيق أكبر عائد من الخطة فإنه يحدد خسارة (أقل عائد) لكل خطة – وفى هذا المثال نجدها (-40، 50، 30) ثم يختار الخطة التى تضمن له اقل خسارة وفى هذه الحالة يختار الخطة (ب)، وفى المثال الآخر فإن أفضل استثمار يكون

في معهد الحاسب الآلي (80) حيث يتضمن أعلى عائد في حالة الإقبال الضعيف.

ثالثاً: أسلوب التوسط

في هذا الأسلوب يفترض متخذ القرار أن احتمالات ردود الفعل التي يمكن أن تحدث عند إتباع أى خطة تكون متساوية بمعنى إن كل رد فعل له احتمال $3/1$ كما في المثال وبناء على ذلك يكون العائد المتوقع للخطط الثلاث كالآتي:

$$1. \text{ عائد الخطة (أ) } = 3/1 = (30+40-100) = 30$$

$$2. \text{ عائد الخطة (ب) } = 3/1 = (50 + 50 + 50) = 50$$

$$3. \text{ عائد الخطة (ج) } = 3/1 = (30 + 40 + 70) = 46.6$$

وبالتالي نختار الخطة (ب) حيث أنها تحقق أكبر عائد

رابعاً: أسلوب أقل ندم *Regret Approach*

وهذا الأسلوب لا يعد مدخلاً تشاؤمياً كما أنه ليس مدخلاً تفاؤلياً، فهو يعتمد على تقديم البدائل من أجل اختيار البديل الذي يحتوي على أقل الفرص الضائعة (Oppontvny Loss). أى أن متخذ القرار ينفذ الخطة التي تضمن له ألا يندم كثيراً إذا نفذها ولتحقيق ذلك يحدد متخذ القرار أعلى عائد لكل رد فعل ثم يحدد مقدار الندم في حالة تنفيذ الخطط المتاحة، والجدول التالي يوضح مقياس الندم

جدول يوضح مقياس الندم

رد الفعل الخطة	1	2	3	أكبر ندم
أ	0	90	20	90
ب	50	0	0	50
ج	30	10	20	30

فمثلاً إذا أختار الخطة (ا) وحدث رد فعل الأول لا يكون هناك أي ندم(100-100)= صفر

وإذا حدث رد الفعل الثانى يكون مقدار الندم (50 - (40-))=90، وطبقا للأرقام المفترضة فى الجدول نختار الخطة (ج) حيث يكون أكبر ندم متوقع يساوى 30 وهو أقل ندم متوقع.

وهناك معايير أخرى يمكن إستخدامها وإختيار أنسب الخطط فى حالة عدم التأكد كما يمكن النظر إلى النتائج المختلفة بإتباع كافة المعايير وإختيار الخطة الأفضل بعدد كبير من المعايير ويلاحظ أن المراحل الثلاثة تنتج عنها خيارات متباينة وذلك إثراء لعملية اتخاذ القرار وتنوع فلسفاتها، كما لا تعير تلك الأساليب اهتماماً لاحتمالات الأحداث، وعند التطرق لهذا الأمر فإن شجرة القرارات فى ضوء الإحتمالات تتيح لمتخذ القرار تقدير احتمالات كل حدث عن طريق إستخدام مدخل جديد هو: القيمة النقدية المتوقعة Expected monotony value ويرمز لها بالرمز EMV وبهذا يقع الإختيار على البديل الذي يحقق أعلى قيمة تقريبية متوقعة.

المبحث الثالث

صناعة القرار الأزموى ضمن منهج أستنتاجى والمنهج النظامى يمكن تحليل وتفسير أى منظومة عمل منطقيا بتمثيلها فى شبكة واحدة مقسمة إلى سلاسل وحلقات⁽¹⁾. دون النظر إلى الميكانيكية التى تربط أجزاء الشبكة أو العلاقة بين أجزاءها والبيئة المحيطة بها وهذا هو المنهج الإستنتاجى، فى حين أن المنهج النظامى يقدم وسيلة فهم لنفس المنظومة ولكن باختبارها بشكل طبيعى وعادى دون النظر لأهمية الوظائف التى تؤديها أجزاء هذه المنظومة.

إن عملية التحليل الهرمى تمكننا من هيكلية النظام مع بيئته فى أجزاء ذات تفاعل مشترك ومتبادل، ثم يتم تدارسها عن طريق قياس وتصنيف أثر كل جزء من هذه الأجزاء على النظام ككل. وبإيجاد منطق جديد للتجميع فإن هذا المنهج الهيكلى لصناعة القرار سوف يزيل كثيرا من الالتباس والتخمين الذى يتعرض له النظام من خلال أسلوبنا العادى فى تكوين تفسير كلى للنظام عن طريق التفسيرات الجزئية التى نصل إليها عن طريق

(1) مثل تحليل النظم الطبيعية يقوم علماء الأحياء بتفكيك شبكتها إلى سلاسل الغذاء وحلقات الماء

(844) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى

الاستنتاج(2).

والطريقة التى نستعملها يوميا لفهم وحل الأزمات تعتمد على استعمال الاستنتاجات المنطقية فى مناقشة الأمور العادية. لكننا فى الواقع نتجه لمعاملة جزء كبير من مشكلاتنا بالاعتماد على أمور أخرى غير المنطق مثل: المشاعر، التجارب، العواطف، تقبل الناس الآخرين وتفهمهم لنا، وأحيانا نعلم على القوة أيضا. ومعظم الأزمات السياسية فى الدول المتقدمة وفى الدول الأقل تقدما تعالج بهذه الطريقة. ففى الوضع غير الهيكلى يعتمد الناس على مشاعرهم الصرفة بدلاً من الاعتماد على الواقع أو الأراضيات الراشدة، وبعد ذلك يأتى دور المنطق لينظم الكلمات والأفكار فقط بعد أن نكون قد توصلنا إلى نتائج معينة.

ولهذا فإن كثيرا من القرارات لا تعتمد على وضوح الأفكار، ولا على كثرة المعلومات المقدمة بقدر اعتمادها على وجود شخص من صانعى القرارات له القدرة على إقناع الآخرين بقبول أفكاره تماما، وعندما نحاول صنع قرار رشيد فإن الأهواء الشخصية وسبل الإقناع تتغلب عادة على المنطق الواضح والمستقيم، وإن عمليات إتخاذ القرارات الحقيقية قد وضحت بدراسات حديثة من قبل علماء السلوك، وعلماء النفس ودارسى الدماغ.

نظريات علماء السلوك والتفكير الهرمى

يؤسس منهج صناعة القرار من الإجابة على عدة أسئلة محورية تتعلق جميعها بطرق التفكير المنظم والتى تستفسر عن الكيفية التى تمكنا من فهم الأزمات المعقدة المكونة من عناصر كثيرة، والأنواع الأساسية من الأفكار والسلوكيات التى تدخل فى عملية صنع القرار(3)،
ويجد الكثير منا بعض المتاعب فى التوافق مع الأزمات العادية

-
- (2) Saaty, T.L. and Vargas, L.G. (1993),: Experiments on Rank Preservation and Reversal in Relative Measurement, (Mathematical and Computer Modelling, 17, No. 4/) pp. 13-18.
 - (3) Saaty, T.L. (1982): Decision Making for Leaders (RWS Publications, 4922 Ellsworth Ave., Pittsburgh, Pennsylvania).

والتي لا يمكن فهمها بالطرق الاستنتاجية أو طرق السبب والنتيجة. فتقديرنا للأسلوب العلمى الذى يعتمد على الاستنتاج جعلنا نحل جميع مشكلاتنا بالمناقشة المنطقية، ولأن العلوم تناقش أموراً مادية نستطيع ملاحظتها باستعمال الحواس فإن هذا جعلنا نشعر أن هناك دقة كبيرة فيما نقوم به، إلا أن هناك دور لا يمكن تجاهله فى عملية صنع القرارات ألا وهو مشاعرنا وبديهية أحكامنا فهى غالباً ما تحدد طريقة أفكارنا وتصرفاتنا، لذلك فنحن بحاجة إلى أسلوب جديد فى التفكير حتى نحل الأزمات المعقدة، وهو وضع نظام تفكير إستنتاجى يلتحم بصلات قوية بالواقع ومن ثم فلا بد من تطبيق بعض المعايير الأخلاقية لعملية صناعة القرارات وتلك المعايير هى:

- 1 - توخى الحقيقة الكاملة بدون تبسيط لصعوبة الوضع القائم.
- 2 - توخى العدالة.
- 3 - المقدره على التخطيط للمستقبل إعتامدا على المتغيرات وتحديد مكان حدوثها وأى منها سيكون له الأولوية التى تفرض التصرف.
- 4 - الاستجابة للأوضاع الجديدة بقبول التغيير عن طريق التخطيط أو التنفيذ.

وعلى ذلك ظهر أننا بحاجة لإعادة وضع أسس استخدام التفكير بطريقة غير تقليدية بهدف التوصل للمعرفة. وذلك عن طريق توسيع إجراءات التحليل المنطقى حتى نزيد من فهمنا للوقائع والأزمات التى يلعب فيها الوقت والبيئة والظروف وأطراف أخرى كثيرة إضافة إلى السلوك الإنسانى دوراً رئيسياً فى تحديد النتيجة التى نسعى لها.

إن عملية التحليل الهرمى تساعد فى تعريف عناصر الأزمة ووضع أولويات لها تعتمد على ما يريده صناع القرار من أهداف وفق مشاعرهم وخبرتهم بكل أزمة، ورؤية التفاعل المستمر بين عناصر الأزمة فى أوضاع معقدة وغير هيكلية، وإن إطار العمل الجديد هذا ينظم أحكامنا البديهية المتولدة عن مشاعرنا تماماً مثلما ينظم منطقنا؟ وذلك حتى نتمكن من تشخيص الأوضاع المعقدة عندما ندركها، هذا الأسلوب يعكس الطريقة البسيطة التى نتعامل بها مع الأزمات، وفى نفس الوقت يطور العملية عن

طريق تقديم منهج هيكلى لصنع القرار⁽⁴⁾.
مبادئ التفكير التحليلي:

يمكن التمييز بين ثلاثة مبادئ عند حل الأزمات عن طريق التحليل المنطقي البين وهى: مبدا بناء المدرجات، ومبدأ تحديد الأولويات، ومبدا الثبات المنطقي:

- 1- بناء المدرجات الأشكال الهرمية: لدينا القدرة على إدراك الأشياء والافكار وتحديدها ونقل الملاحظات بشأنها، كما تكون واقعا معقدا من أجزاء المعرفة التفصيلية، وبتجزئة الوقائع إلى فئات متجانسة، وتجزئة هذه الفئات إلى وحدات اصغر نستطيع دمج مجموعة كبيرة من المعلومات فى بناء الأزيمة وتكوين صورة أكثر كمالا للنظام بأكمله⁽⁵⁾.
- 2- تحديد الأولويات: لدينا المقدرة على فهم أى نظام ككل بإدراك العلاقات بين أجزاءه ومقارنة أزواج منها متشابهة بمعيار معين، والتفرقة بين كل اثنين بالحكم على قوة تفضيلهم لواحد على الآخر. وقد يضع المخططون العلاقات بين عناصر كل مستوى من المدرج بمقارنة العناصر ثنائيا، وتمثل العلاقات التاثير النسبى لعناصر مستوى معين على كل عنصر فى المستوى الأعلى مباشرة، وفى هذا السياق يعتبر العنصر التالى كمقياس ويسمى "خاصية"، وتصبح نتيجة هذه العملية التمييزية هى "متجه الأولوية"، أو متجه الأهمية النسبية للعناصر فيما يتعلق بكل خاصية. وتكرر هذه المقارنة الثنائية بجميع العناصر فى كل مستوى بلوغا إلى الخطوة النهائية التى تصل إلى نهاية المدرج بوزن كل متجه بأولوية خاصيته. وهذا التركيب يعطى مجموعة من أوزان الأولوية للمستوى الأدنى فى نهاية المدرج، ويصبح العنصر ذو الوزن

-
- (4) Saary, T.L.and Alexander, J. (1989): **Conflict Resolution: (The Analytic Hierarchy Process, Praeger, New York).**
 - (5) Saaty, T.L. and Vargas L.G. (1993): **Diagnosis with Dependent Symptoms (Bayes Theorem Derived from the Analytic Hierarchy Process",working paper, University of Pittsburgh, Pittsburgh), PA**

الأعلى هو البديل الذى يستحق الأهتمام الأكبر وإتخاذ قرار بشأنه، ومع هذا فإن ذلك الأمر لا يلغى البديل الأخرى تماما.

3- الثبات المنطقي: المبدأ الثالث للفكر التحليلي هو الثبات المنطقي، لدى البشر مقدرة على تحديد العلاقات بين الأشياء أو الأفكار بطريقة متماسكة، أى أن العلاقة بين الأشياء تكون خالية من التناقض، الثبات يعنى شيئين الاول أن الأشياء والافكار المتشابهة تجمع حسب تجانسها وأرتباطها ببعضها البعض، والمعنى الثانى للتوافق هو أن قوة العلاقات بين الأفكار والأشياء المبنية على معيار معين تبرر بعضها البعض بطريقة منطقية.

وباستخدام هذه المبادئ فإن أسلوب الهرم التحليلي يشمل النواحي الكمية والنوعية لتفكير الفرد والناحية النوعية لتعريف الأزمة وبنائها الهرمي والناحية الكمية للتعبير عن الأحكام والأولويات بإيجاز. وقد صمم الأسلوب نفسه لدمج هاتين الخاصيتين المزدوجتين معا. ويظهر بوضوح أنه من أجل قرارات أفضل تعتبر الناحية الكمية أساسية فى أوضاع معقدة، بينما من الضروري تحديد الأولويات وعمل المقايضات ولذلك فنحن بحاجة لأسلوب عملي لإنتاج موازين للقياس.

مقياس الأولويات:

كثيرا ما تعجز الكلمات عن التعبير بصورة مناسبة عن إحساسنا التام بما يجب أن يتخذ حيال موقف معين فهى تحد من منظور مشاعرنا(6)، كما يصعب على البعض أن تتخذ الأرقام لتمثل تفاوت المشاعر فى عملية صناعة القرارات التقليدية، ولكن الأرقام المختارة بطريقة صحيحة من الممكن أن تمثل تفاوت المشاعر بعمق أكثر من الكلمات أو علم البيان. وعلى ذلك فى أى أزمة نستطيع تمييز وقياس العلاقات المجردة التى

(6) Hershey, J.e. and Schoemaker, P.J.H. (1980) Prospect Theory's Reflection Hypothesis: A Critical Examination (Organization of Behavioral Human Performances Vol. 25, No.3) pp. 395-418.

1

(848) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى

2014

تربط بين عناصرها وتحديد أي منها له تأثير أكبر على الحل المطلوب، وهكذا نقوم بعملية قياس أولويات الآثار وفق ترتيب معين حتى نحل الأزمات من خلال منهج رياضي للمساعدة في تحديد الأولويات وعمل المقايضات وذلك المنهج هو أسلوب التحليل الهرمي.

التحليل الهرمي نموذج مرن لصناعة القرار

يمثل التحليل الهرمي نموذج نافع لحل الأزمات كميًا، من خلال تشكيل أفكار الأفراد أو المجموعات وتحديد المشكلات المتفرعة عن الأزمة عن طريق وضع إفتراضاتهم الشخصية، وإستخلاص الحل الذي يرغبونه. وأختبار حساسية الحل أو ناتج التغيير في المعلومات. ومن ثم كان هذا الأسلوب منهجاً قويا لحل الأزمات السياسية والاقتصادية والاجتماعية المعقدة.

يؤسس أسلوب التحليل الهرمي مدرج الأزمة ويعتمد على البديهة والخبرة لإعطاء الأحكام والقيم الشخصية بطريقة منطقية تعتمد على الخيال والمعرفة للبناء. وبمجرد أن يقبل الأسلوب ويتبع، فإنه يرينا كيف نربط عناصر جزء آخر من الأزمة مع عناصر جزء آخر، لنحصل على الناتج المركب من كل منهما، إنه منهج لتعريف وفهم وتقييم التداخلات في النظام ككل.

أن أسلوب التحليل الهرمي مرن بقدر كاف بحيث يستطيع صانعو القرار المراجعة والتوسع في عناصر مدرج الأزمة وتغيير أحكامهم، كما يمكنهم من التحقق من حساسية الناتج لأي تغييرات متوقعة. وكل تكرار لعملية التحليل الهرمي يشبه عملية صنع الفرضية Hypothesis وإختبارها ويؤدي التنقيح التدريجي للفرضيات إلى فهم أفضل للنظام⁽⁷⁾.
ومن صفات أسلوب التحليل الهرمي أيضا أنه يوفر إطارا لمشاركة

(7) Hershey, J.e. and Schoemaker, P.J.H. (1980): Prospect Theory's Reflection Hypoth-esis: A Critical Examination (Organization of Behavioral Human Performances Vol. 25, No.3) pp. 395-418.

الجماعة فى صناعة القرار أو فى حل الأزمة. لقد رأينا أن الأحكام غالبا ما تكون عرضة للمساءلة، كما يمكن تقويتها أو إضعافها نتيجة للأدلة التى يقدمها الآخرون.

فعملية تنظيم أى أزمة بأسلوب التحليل الهرمى يتطلب من الفرد أن يأخذ فى الاعتبار الأفكار والأحكام والحقائق المقبولة من الآخرين كنواح هامة للأزمة. وتساهم مشاركة الجماعة فى مصداقية الناتج النهائى، وان كانت لا تساهم فى سهولة التطبيق إذا كانت وجهات النظر شديدة التباين، ولذا فإنه بالإمكان إدراج أى معلومات مشتقة علمياً أو بديهيها فى عملية التحليل. ويمكن تطبيق الأسلوب على أزمات حقيقية، ويعتبر مفيداً بصفة خاصة فى توزيع الموارد، والتخطيط، وتحليل تأثير السياسة، وحل النزاعات. ويمكن لكل من علماء الاجتماع والطبيعة والمهندسين والساسة، بل والرجل العامى استخدام الأسلوب بدون أى تدخل من الخبراء، إن أصحاب الأزمة هم أفضل من يعرف تفاصيلها.

وتزداد الحاجة لإجراء متماسك لصناعة القرارات فنواجه صعوبة خاصة عندما لا تساعدنا فطرتنا وحدها على تحديد بديل من ضمن عدة بدائل ليكون الأفضل أو الأقل اعتراضاً عليه. وتزداد الحاجة أيضاً عندما يعجز المنطق والفطرة عن المساعدة، لذلك فنحن بحاجة إلى طريقة تحدد أى الأهداف يرجح الآخر وزناً فى كل من المدى القصير والطويل. ولما أن اهتمامنا موجه لأزمات الحياة الحقيقية، فيجب علينا إذن أن ندرك الحاجة للمبادلة والأخذ والعطاء بهدف خدمة الصالح العام على أحسن وجه، ولذلك يجب أن يتيح هذا الأسلوب الفرصة للحصول على الإجماع والحل الوسط.

أما المشكلة الحقيقية التى تواجه القادة هى تحديد كيفية تأثير كل جزء من أجزاء الأزمة عليها بأكملها. ومن الصعوبة بمكان تجزئة أزمة كبيرة معقدة ببساطة إلى عدد من الأزمات الأصغر والتى يمكن دمج حلولها لنحصل على حل شامل. فإذا كان هذا الأسلوب ناجحاً؟ فإنه بالإمكان حينئذ إعادة صياغة السؤال المبدئى ومراجعة الحلول المطروحة. والجدير بالذكر هنا أن هناك عيباً أساسياً لعدد من أساليب صناعة القرار التقليدية وهى أنها

تتطلب خبرة متخصصة لتصميم البنية الصحيحة، ثم طمر أسلوب صناعة القرار فيها(8).

ويعكس أسلوب التحليل الهرمي الطريقة الفطرية لتصرفنا وتفكيرنا. ولكنه يحسن الطبيعة بتسريع عملية أفكارنا وتوسيع إدراكنا لإدخال عوامل أكثر، إنه يمكننا من النظر في الأزمة ككل لندرس تفاعلات مركباتها أنيا من خلال مدرج، وهذا الأسلوب متطور جدا.

ويتعامل أسلوب التحليل الهرمي مع الأزمات المعقدة حسب تفاعلات كل منها، فهو يتيح للأفراد وضع الأزمة كما يرونها من حيث تعقيدها، كما يتيح لهم تشذيب تعريفها وتكوينها على مراحل الهرمي يتطلب معلومات وأحكاما من عدة مشاركين في العملية. ومن خلال تسلسل رياضى يقوم صانع القرار بتحويل أحكام المشاركين له فى الرأى إلى تقدير شامل للأولويات النسبية لبدائل القرار. والأولويات الناتجة عن أسلوب التحليل الهرمي تمثل الوحدات الأساسية المستخدمة فى كل أنواع التحليل، فيمكن استخدامها كمؤشرات دالة لتوزيع الموارد أو عمل التنبؤات .

أيضا يمكن استخدام أسلوب التحليل الهرمي لشحذ الأفكار للقرارات المبدعة ولتقييم كفاءتها. كما أنه يساعد القادة على تحديد أى المعلومات تستحق الحصول عليها لتقويم أثر العوامل ذات العلاقة فى مواقف معقدة. كما أنه يقتفى التغيرات فى أحكام المشاركين وأولوياتهم، ومن ثم يمكن القادة من تقييم نوعية معرفة مساعديهم وثبات الحل.

تحليل وبناء الأشكال الهرمية

لعل أهم ما فى صناعة القرار والذى له تأثير كبير على الناتج هو صياغة الأزمة، التى تبنى كمدرج فى عملية التحليل الهرمي، ويتبع ذلك عملية تحديد الأولويات التى تتضمن أحكاما واضحة بالإجابة عن أسئلة عن مدى هيمنة عنصر على آخر عندما يقارنان بالنسبة لصفة معينة

(8) Tversky, A and Simonson, I. (1993):Context-Dependent Preferences (Management Science,Vol.39, No. 10) pp. 1179-1189.

مشتركة بينهما. ويمكننا المضي في صياغة القرار عن طريق تحديد الهدف الأسمى ثم التحرك من أعلى إلى أسفل وتجزئة هذا الهدف قدر الإمكان إلى العوامل الأكثر عمومية والأسهل تحكما حتى تصبح هذه العوامل أكثر تحديداً، ومن جهة أخرى نحاول تجميع أبسط المعايير في البدائل المطروحة في معايير عامة ذات مستوى أعلى إلى أن تتصل مستويات العمليتين بطريقة تجعل المقارنات الزوجية ممكنة في كل مستوى.

حساب الأولويات بأستعمال الطريقة المضبوطة

تحسب الأولويات من مصفوفة المقارنات الزوجية بحساب الهيمنة الكلية لكل من الأنشطة (أ، ب، ج) ممثلة بالأحكام في كل صف. يمثل الصف الأول نشاط (أ) وهكذا نبدأ بمصفوفة ثابتة الأحكام.

تمثل القيمة (2) في الصف الأول من العمود الثاني هيمنة العنصر (أ) في اليمين على العنصر (ب) في الصف الأعلى. وهي مساوية للقيمة (4) الموجودة في الصف الأول من العمود الرابع، مقارنة (أ) مع (د)، مضروبة في 0.5، وهي القيمة التي في الصف الرابع والعمود الثاني (مقارنة د مع ب). بمعنى آخر، يمكننا هنا معرفة هيمنة (أ) على (ب) بطريقة مباشرة من خلال علاقة (أ) ب (د) ب (ب). كذلك يمكن معرفة هيمنة (أ) على (ب) من خلال أخذ هيمنة (أ) على (ج) في الصف الأول من العمود الثالث (2) مضروباً في هيمنة (ج) على (ب) والذي يساوي (1) في الصف الأول من العمود الثاني. عندما تكون المصفوفة ثابتة تحقق جميع المدخلات هذه العلاقة لجميع أنواع الهيمنة المتداخلة من خلال عنصر للآخر. للتحقق من كل أنواع الهيمنة في خطوتين نحتاج أن نضرب مصفوفة الأحكام في نفسها والذي سيعطينا جميع المنتجات اللازمة من خلال المرور بالأنشطة الوسيطة وجمع هذه المنتجات. ولكن هذا لا يمثل كل الطرق التي يمكن للعنصر (أ) أن يهيمن على العنصر (ب). بإمكاننا النظر في هيمنة ثلاثية الخطوات مثلاً: نفس القيمة (2) لمقارنة (أ) مع (ب) تساوي الهيمنة الثلاثية الخطوات، وذلك عن طريق أخذ أولاً، على سبيل المثال، هيمنة (أ) على (ج)، ثم هيمنة (ج) على (د) وأخيراً (د) على (ب). لدينا القيمة (2) من

الصف الأول للمقارنة الأولى، والقيمة (2) أيضا من الصف الثالث للمقارنة الثانية.

شكل يوضح الهيمنة بالرسم

د	ج	ب	أ	
4	2	2	1	أ
2	1	1	1/2	ب
2	1	1	1/2	ج
1	1/2	1/2	1/4	د

ومن الصف الرابع القيمة 0.50 للمقارنة الثالثة إذا ضربنا $2 \times 2 \times 0.50$ نحصل مرة أخرى على (2). جميع أنواع الهيمنة الثلاثية الخطوات يمكن الحصول عليها بضرب مصفوفة الأحكام في نفسها ثلاث مرات. و تكرر هذه العملية بضرب المصفوفة في نفسها أربع مرات، أو خمس مرات وهكذا. نلاحظ أنه في هذه العملية يمكننا مثلاً مقارنة (أ مع أ)، ثم (أ مع ج) وأخيراً (ج مع ب) (ممر طوله 3)، أو نستطيع مقارنة (أ مع ج)، (د مع أ)، (أ مع د)، (د مع د) ثم (د مع أ). وبكلمات أخرى لا يمكننا استبعاد أى طريقة لتكرار جزئى. و للتأكد من أن جميع احتمالات الهيمنة قد غطيت، نحتاج للنظر في جميع قوى مصفوفة الأحكام. وعندما تكون المصفوفة ثابتة وغير متناقضة؟ فإن جميع قواها تعطى نفس الهيمنة مضروبا في مقدار ثابت. و لتوضيح ذلك:

مربع المصفوفة المعطاة في الشكل الاخير هو:

$$\begin{pmatrix} 16 & 8 & 8 & 4 \\ 8 & 4 & 4 & 2 \\ 8 & 4 & 4 & 2 \\ 3 & 2 & 2 & 1 \end{pmatrix} \begin{pmatrix} 4 & 2 & 2 & 1 \\ 2 & 1 & 1 & 1/2 \\ 2 & 1 & 1 & 1/2 \\ 1 & 1/2 & 1/2 & 1/4 \end{pmatrix} \begin{pmatrix} 4 & 2 & 2 & 1 \\ 2 & 1 & 1 & 1/2 \\ 2 & 1 & 1 & 1/2 \\ 1 & 1/2 & 1/2 & 1/4 \end{pmatrix}$$

المصفوفة الأصلية. وبمفهوم نسبي، فإن هيمنة كل نشاط نسبة للأنشطة

الأخرى هو نفسه كما هو فى المصفوفة الأصلية. ومن الممكن بسهولة إثبات أن قوى ك للمصفوفة يعطى كل الطرق من الطول ك بين نشاطين، ويساوى مقدارا ثابتا (ن^{ك-1}) مضروبا فى المصفوفة، حيث ن تساوى عدد الأنشطة محل المقارنة. وهكذا فى المثال السابق حسبنا الطرق ذات الطول (2) لأربعة أنشطة (أ، ب، ح، د) والذى يعنى أن ك = 2 ون = 4 و(ن^{ك-1}) = 4

وتلخيصا لذلك: عندما تكون المصفوفة ثابتة، أى قوى المصفوفة تساوى قيمة ثابتة مضروبة فى المصفوفة، ولن يتحقق شىء من رفع المصفوفة إلى قوى (ضربها فى نفسها) لأن المصفوفة نفسها لديها كل معلومات النسب اللازمة. ولكن لا يكون الحال كذلك عندما تكون المصفوفة غير ثابتة. ولاستنتاج الأولويات من مصفوفة، نضيف الأرقام فى كل صف، ونقسم ناتج كل صف على مجموع جمع الصفوف (مجموع جميع الأرقام فى المصفوفة) للحصول على الإجابة المطبوعة. ونتيجة لقصور العقل البشرى فى الدقة؟ فقد تكون الأحكام غير ثابتة، ومن ثم لا يمكننا الحصول على الأولويات مباشرة من المصفوفة الأصلية. وتصبح الهيمنة المباشرة المعطاة من المصفوفة لا تساوى الهيمنة فى خطوتين، أو ثلاث خطوات وهكذا. ولاستنتاج الأولويات لكل من قوى المصفوفة، نفترض أنها رفعت للقوى واحدا واحدا، وكل مصفوفة نجمع صفوفها، ونقسمها على مجموعها. هذه العملية تعطينا عددا لا نهاية له من الأولويات لكل نشاط. ونحصل على أولوية وحيدة لكل نشاط عن طريق أخذ المتوسط وهذا هو نفس ما يعرف فنيا بمتجه أبحن الرئيس للمصفوفة الأصلية. ومن الأسهل عمليا حساب هذا المتجه، وذلك برفع المصفوفة إلى قوى كافية، وجمع صفوفها، وحساب القيمة المطبوعة للناتج، ويجب التأكد من أن القوى كبيرة بما فى الكفاية لنحصل على ناج دقيق بالكسر العشرى المطلوب.

تستنتج الأولويات الصحيحة (والمعروفة فى الرياضيات بالمتجه) برفع مصفوفة الأحكام إلى قوى كبيرة مثلاً، تربيعها، ثم تربيع الناتج، وهكذا، ثم تجمع صفوف المصفوفة الناتجة وتطبع. ويبرمج الحاسب

بالتوقف عندما يصبح الفرق بين متجهين مطبعين متتالين ضئيلاً جداً ولا يكاد يذكر، كأن يكون جزءاً من عشرة آلاف. تعطى هذه العملية ما يعرف رياضياً بمتجه أيجن الرئيسى، وناتج هامشى لهذه العملية هو قيمة أيجن الرئيسى والتي تستخدم لحساب الثبات فى الأحكام. ونحصل على ذلك بجمع كل عمود، وهكذا نحصل على (ن) من الأرقام، ثم نضرب كلا منها بالأولوية المناظرة لها، وهى المعطاة فى متجه أيجن الرئيسى وإضافة النواتج. ويعكس متجه أيجن الرئيسى بدقة الرتبة المختفية فى الأحكام لمستمر مقبول من التناقض. وبصفة عامة الأمر يتطلب برنامجاً على الحاسب للقيام بذلك. وهناك برنامج مصمم للقيام بهذه العمليات الحسابية يعرف باسم Expert Choice.

وعلى ذلك يتضح أن عملية التحليل الهرمى توفر لنا إطار العمل اللازم لحل الأزمات وإتخاذ القرارات الرشيدة الفعالة فى أمور معقدة بتبسيطها وإذكاء عملية إتخاذ القرارات الطبيعية لدينا، إنها هى طريقة تقوم بتفكيك أى وضع معقد وغير هيكلى إلى أجزائه الأساسية، ثم تنظم هذه الأجزاء أو المتغيرات بشكل تسلسلى، ثم بعد ذلك نستعمل رأينا الشخصى لتعيين قيمة عددية لقياس أهمية كل متغير على حدة، وبعد ذلك يمكننا التوصل إلى أحكام معينة تحدد لنا أياً من هذه المتغيرات له أولوية البحث والدراسة بحيث يؤثر على النتيجة النهائية لحل الوضع القائم. نتائج الدراسة

شهدت نهايات القرن الماضى وبدايات القرن الحالى مجموعة من العوامل والمتغيرات فى مجال إدارة الأزمات أدت إلى توجيه أنظار الباحثين والكتاب إلى أهمية نظم دعم القرار الأستراتيجى بإستخدام نظم المصفوفات بغية إتخاذ القرار الأستراتيجى المناسب لمواجهة تلك الأزمات وما يتبعها من تأثيرات سواء على مستوى المنظمة أو الدولة.

ولقد تم فى هذه الدراسة تقديم منهجية متكاملة لإدارة الأزمات، وتناول فى إطارها العديد من المفاهيم التحليلية والأمثلة والنماذج والمقولات، ونظر فى التجارب الادارية المعاصرة ذات الصلة بإدارة الأزمات، وخلص من

كل ذلك إلى مجموعة من النتائج من أهمها ما يلي:
أولاً: ان تكون المنظومة المتكاملة لإدارة الأزمات مبنية على نظام المصفوفة التنظيمية لما يتوافر فيه من مرونة، ومن تأصيل للمشاركة، ولما يؤمنه من استخدام امثل للقدرات والامكانات.
ثانياً: إن المعلومات تمثل الجهاز العصبى لإدارة الأزمات فهى النمىة لإلإراك بالتحديات المائلة كما هى فى ذات الوقت المنظمة والمحددة لإوجه التحكم الواجبة فى كل مرحلة من مراحل إدارة الأزمة.
ويمكن فى هذا الإطار عمل ما يلى:

- ❖ التدرىب على التقييم الملموماتى والموقفى بشكل مناسب وفورى وكيفية التعامل مع الشائعات التى تصاحب الأزمة، وما بعدها، وتقييم الواقع والموارد المتاحة.
- ❖ دعم وتسهيل نشوء روابط أو حلقات تنسيق رسمية وغير رسمية تلتقى فيها التدفقات الملموماتية ولا سيما تلك التى يطورها المواطنون وخدمات الطوارئ.

ثالثاً: إن الإدارة الأستراتيجية للأزمات لا تعنى فقط مجابهة الأزمة كما يوحى الانطباع العام، إنما هى منظومة من أربع مراحل أساسية تتصف بعلاقات التواصل والتماذج والتفاعل العضىوى، وهى: مرحلة تلطف أو تخفيف حدة الأزمة ومرحلة الاستعداد والتحضير، ومرحلة المجابهة، ومرحلة إعادة التوازن إلى وضعه الطبيعى أو إلى نحو أفضل بعد انتهاء الأزمة.

ولكل من هذه المراحل الأربع مقوماتها ومكوناتها الأساسية التى ينبغى العناية بتأصيلها لكى يتحقق لإدارة الأزمات الكفاءة والفعالية الواجبة فيها.

رابعاً: إن إدارة الأزمات بإستراتيجية فعالة لا يمكن ان تتحقق بالانكفاء على الجهود الرسمية وحدها، إنما بتجاوز ذلك وتنمية العلاقات المؤسسية مع كل فعاليات البيئة ذات العلاقة لتأمين التكامل فى الجهود وتحقيق الدرجة المطلوبة من الوعى للبعد عن مواطن الخطر أو بيئة الأزمة،

والتعاون الايجابي مع الأجهزة الرسمية بتنفيذ التدابير والتوجيهات في مختلف مراحل إدارة الأزمة.

خامساً: إن التحكم في المتغيرات الظرفية للأزمة يظل أمراً ممكناً متى توافرت الإرادة الموحدة القادرة على ابتداع تدابير وقائية حيث يستدعى التعامل مع الأزمة تجاوز الطرائق المعتادة في الحل، وبلورة النشاطات العملية، وتوظيف كل الجهود الممكنة في إطار منظومة موحدة الاهداف لدرء الأزمة أو تخفيف أضرارها المتوقعة. سادساً: العمل مع الإعلام وأصحاب المصالح والجمهور المعنى من خلال إتصال فاعل وعالي المصدقية لإرسال رسائل موثقة متجانسة وصريحة ومستمرة وواقعية وفورية للتغلب على الشائعات والقلق المتوقع، وإعادة الإحساس بالسيطرة لدى المضارين من الأزمة، حيث دائماً ما تكون العلاقة بين المنظمة ووسائل الإعلام حرجة أثناء الأزمة والتي تحدث في مناخ من اللاتأكد مما يؤدي إلى فقدان الثقة وانتشار الشائعات.

سابعاً: المراجعة الموضوعية للأزمات الماضية والتعلم من الأخطاء، ومن الأزمات المشابهة أينما تحدث من أجل الأعداد السليم لخطط كفاءة مستقبلية لمواجهة ما قد يطرأ على المجتمع من أزمات أو كوارث.

الخاتمة

لقد ساعد التقدم الحادث في مجال تداول وتبادل المعلومات وإسترجاعها على ظهور مفهوم عصر ما بعد الصناعة (عصر المعلوماتية) حيث أستغل هذا التقدم في جميع مجالات الحياة ومن بينها إتخاذ القرار الأستراتيجي الرشيد لإدارة الأزمة المبني على التنبؤ المستند إلى الأسس والقواعد العلمية أي التعرف على مؤشرات حدوث الأزمة قبل وقوعها. وعلى هذا فإن التنبؤ لإتخاذ مثل هذه القرارات الأستراتيجية لإدارة الأزمة يتطلب قدراً كبيراً من التجربة والتفكير والإلهام إضافة إلى الخيال المجدي ليتمكن متخذ القرار من تقدير أثار الأحداث الحالية والمستقبلية، وهو ما يمكن أن يمثل سيناريو لأحداث متوقعة، كما تعتبر المعلومات

المرتبطة بالعوامل المؤثرة على المنظمة سواء كانت عوامل إقتصادية أو سياسية أو أمنية هي أسلحة القائم على إدارة الأزمة فى ذلك.

وتتوقف درجة فاعلية إدارة الأزمة على الأيمان بأهمية التنبؤ Prediction العلمى بالمتغيرات البيئية وإجادة إعداد سيناريو الأزمة، لإتخاذ القرار الإستراتيجى الرشيد لإدارتها والتقليل من حدتها ومعالجة آثارها، ولهذا يتعين توافر الرغبة فى إثارة أسئلة على نمط ماذا لو حدث وهو ما يتيح القدرة على توقع حدوث أزمات محتملة أيا كانت درجة إحتمال حدوثها من مصادر خطر متنوعة وينصرف ذلك إلى الأزمة على المستوى المحلى أو على مستوى المنظمة.

وتحاول المنظمات الحديثة مواجهة الأزمات دون أن تخل بسياستها العامة التى تحدد فيها رؤيتها الأساسية للمنظمة وتضع أهدافها وتشكل جميع محددات العمل ووضع أهمية تلك المحددات وأولوياتها وفق مصفوفة، بحيث يكون المحافظة على تلك الأهداف هو العامل الأول المؤثر فى عملية إتخاذ القرارات الإستراتيجية الرشيدة لمواجهة الأزمات.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر العربية

- 1 - أبو زيد، كمال خليفة وزينات محمد محرم (2006): دراسات فى استخدام بحوث العمليات فى المحاسبة (القاهرة: المكتب الجامعى الحديث)
- 2 - أبو قحف , عبد السلام (1999): إدارة الأزمات (القاهرة: مطبعة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع).
- 3 - الحملوى، محمد رشاد: دور الإتصالات فى إدارة الأزمات (القاهرة: مكتبة عين شمس)
- 4 - خليل، أحمد ضياء الدين (1992): أسس الإستراتيجية الجنائية وتطبيقاتها الأمنية (الرياض: دار النشر بالمركز العربى للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض)
- 5 - دسيلدورب رالف فان (1989): إتخاذ القرارات التربوية من خلال بحوث العمليات (الرياض: دار العلوم للطباعة والنشر)

- 6 - زغلول، نعايم سعد (1999): إستخدام تكنولوجيا المعلومات فى إدارة الأزمات (القاهرة: جامعة القاهرة، كلية الأقتصاد والعلوم السياسية)
- 7 - ساعاتى، توماس ل (2000): صناعة القرار للقادة.. عملية التحليل الهرمى لقرارات فى عالم معقد ، ترجمة أسماء محمد باهرىمز وسهام على همشرى (الرياض: معهد الإدارة العامة، مركز البحوث)
- 8 - سعيد، سهيلة عبد الله (2007): الجديد فى الأساليب الكمية وبحوث والعمليات (الأردن: دار حامد للنشر والتوزيع)
- 9 - الشافعى، محمد محمد (2003): أستراتيجية إدارة الأزمات والكوارث (القاهرة: دار الكتاب العربى)
- 10 - العتيبى، سعد بن محمد (1993): بحوث العمليات وتطبيقاتها فى القوات المسلحة (الدمام: مطابع التريكى)
- 11 - نجم، نجم عبود (2008): مدخل للأساليب الكمية بتطبيق ميكروسوفت أكسل (الأردن: الوراق للنشر والتوزيع)

ثانيا: المصادر الأجنبية

- 12 - Hershey, J.e. and Schoemaker, P.J.H. (1980) Prospect Theory's Reflection Hypothesis: A Critical Examination (Organization of Behavioral Human Performances Vol. 25, No.3)
- 13 - Nigg , J. M (1995): Risk Communication and Warning Systems (Disaster Research Center, University of Delaware)
- 14 - Saary, T.L.and Alexander, J. (1989): Conflict Resolution: (The Analytic Hierarchy Process, Praeger, New York).

أساليب التحري الخاصة ومدى مساسها بحرمة

تنقل الفرد في التشريع الجزائي

أ/ ساحلي هشام

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة باجي مختار - عنابة - الجزائر

مقدمة:

يعرف العالم المعاصر ثورة علمية و تكنولوجيا هائلة صاحبها أشكالاً إجرامية متعددة ومتشابكة في جميع ميادين الحياة ومجالاتها الجريمة المنظمة، الجريمة الإرهابية، جرائم الفساد، تبيض الأموال جرائم الصرف، الجريمة المعلوماتية)، ولم تعد أساليب التحري التقليدية (التفتيش، سماع، الأقوال، التتبع، الغارات، الكمائن... الخ) قادرة على التصدي لهذه الأشكال الإجرامية الجديدة التي تتسم بالتشابك والتداخل ويتميز مرتكبوها بالاحترافية. لهذا وجدت الدول نفسها في مواجهة مجرمين هجروا الوسائل التقليدية في تنفيذ الجرائم إلى ما استحدثته التطور من منجزات واختراعات حديثة، فكان واجبا على هذه الدول أن تواجه هذا الإجرام المنظم بأساليب حديثة ومتطورة تتماشى معه إن لم تتفوق عليه للحد من خطورته، والعمل على مكافحته، لهذا لجأت الدول والحكومات للأساليب العلمية الحديثة لمكافحة الإجرام المتطور وهو ما يعرف بأساليب التحري الخاصة أو ما يسمى بالإجراءات التي تتم خفية.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم للقانون الإجراءات الجزائية في المواد (65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 18)، الذي منح لضباط الشرطة القضائية صلاحيات أوسع في مجال البحث والتحري عن الجرائم كالتسرب واعتراض المراسلات وتسجيل الكلام واخذ الصور

ولاسيما أثناء التحقيق في الجرائم الخطيرة على الأمن والاقتصاد الوطنيين.

هذه الأساليب الخاصة (مراقبة المكالمات الهاتفية، التسرب)، تؤمن للسلطات القضائية والأمنية وسيلة مهمة جداً في أعمال التحقيق، وأكثر فعالية ونجاحاً في كشف الجرائم والقبض على فاعليها والمشاركين فيها.

من هنا نكون أمام إشكالية موازنة بين مصلحتين متضاربتين هما: مصلحة الفرد وحقه في التمتع بسرية حياته الخاصة، ومصلحة الدولة في الحفاظ على سلامتها الداخلية والخارجية من خلال الاستعانة بما توصل إليه العلم من وسائل ومن أجهزة قادرة على الكشف عن الجريمة وتعقب المجرمين وبعبارة أدق ماهي هذه الأساليب المستحدثة في مجال التحريات الجنائية؟ وماهي ضمانات وحقوق الفرد في مواجهة هذه الأساليب الخاصة؟

ولقد رأينا لدراسة هذا الموضوع اعتماد الخطة التالية:

المطلب الأول: ماهية أساليب التحري الخاصة

المطلب الثاني: ضمانات وحقوق الفرد في مواجهة هذه الأساليب

المطلب الأول

ماهية أساليب التحري الخاصة

نص المشرع الجزائري على هذه الأساليب الخاصة في التحري بموجب القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم للقانون الإجراءات الجزائية في المواد (65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 18)، الذي منح لضباط الشرطة القضائية صلاحيات أوسع في مجال البحث والتحري كالتسرب واعتراض المراسلات وتسجيل الكلام واخذ الصور ولاسيما أثناء التحقيق في الجرائم الخطيرة على الأمن والاقتصاد الوطنيين.

الفرع الأول

اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور (التنصت الهاتفي)

أن مبدأ حرمة الحياة الخاصة الذي أقرته معظم الدساتير والمواثيق الدولية والقوانين في مختلف الدول الحديثة، يشمل حق الإنسان في حرمة اتصالاته الهاتفية الخاصة ومراسلاته التي تشكل وسيلة التعبير المألوفة للبوح بالأسرار.

لذلك تتولى الدولة ضمان سريتها وعدم مراقبتها أو الاطلاع عليها إلا في الحدود التي يقررها المشرع¹، وهو ما نص عليه دستور 1996 في المادة 39 منه «...سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة». بالرغم من عمومية هذا النص الدستوري إلا أن حماية سرية المكالمات الهاتفية ليست حماية مطلقة؛ حيث أجازت العديد من قوانين الدول المساس بهذا الحق في أحوال معينة تغليباً للصالح العام في مكافحة الجريمة على حق الفرد في حرمة اتصالاته الهاتفية الخاصة. ولاشك بأن الأصل هو حرية المحادثات التليفونية وسريتها، إلا أنه يجوز مراقبتها والتنصت عليها لضرورة التحقيق في بعض الجرائم، أو لتحقيق الأمن في المجتمع². ومن خلال إلقاء نظرة أولية على هذه المواد، نلاحظ أن هذه الأساليب الممنوحة لرجال الضبط القضائي فيه مساس بحرمة الحياة الخاصة من ثلاثة أوجه هي:

- فيه اعتداء على حرمة الرسائل إذا سجلت هذه المحادثة التليفونية وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 5 فقرة 2 «...اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية».

- يكون فيه اعتداء على حرمة المسكن إذ وضع جهاز التسجيل في مسكن دون علم صاحبه أو إذنه وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 5 فقرة 4 «... يسمح الإذن المسلم بغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من هذا القانون وبغير علم أو رضا الأشخاص الدين لهم حق على تلك الأماكن».

- فيه اعتداء على حرية الشخص وحرمة وإخلال بقواعد الآداب إذا سجل حديث شخص في الطريق أو في مكان عام بدون إذن منه، وهي ما نصت عليه المادة 65 مكرر 5 فقرة 3 «...وضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين، من أجل التقاط وتثبيت وبت وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص».

أولاً: ماهية اعتراض المراسلات وتسجيلها والتقاط الصور قبل التطرق إلى تعريف هذا الإجراء نود أن نشير في البداية إلى اختلاف شرح القانون في التعبير عن هذا الحق، بعضهم يعبر عنه بالتصنت على التليفونات أو المحادثات الهاتفية أو على المكالمات الهاتفية أو على المخابرات الهاتفية أو مراقبة الاتصالات السلوكية واللاسلكية أو غير ذلك، وكل ذلك يصب في معنى واحد هو الحق في اعتراض المكالمات الهاتفية الخاصة.

والتصنت على الاتصالات والمكالمات الهاتفية بمختلف أنواعها لا يمكن مقارنتها بمراقبة المراسلات، فالشخص عندما يكتب رسالة أو كتاباً إلى أشخاص آخرين يركز ذهنه ويرتب أفكاره وينتقي الكلمات التي يعبر بواسطتها عما يختلج في نفسه تجاه الشخص الذي يكتب إليه أو يرأسله، أما من يتحدث على الهاتف ليتصل بشخص آخر أو ليرد على مكالمته، فإنه يتكلم بعفوية دون تركيز مسبق، بل ويترك لسانه أحياناً على عواهنه غير عابئ بما يرتبه من نتائج لأنه كلام في الهواء لا يترك أثراً، ويمكن أن لا يكون معبراً إلا عن نزوات عابرة. كما ينبغي في هذا الصدد التفرقة بين اعتراض المكالمات الهاتفية كوسيلة اتصال وبين وضع الخط الهاتفي تحت المراقبة، هذا الإجراء الأخير الذي يتم برضا صاحب الشأن، ويخضع لتقدير الهيئة القضائية بعد تسخير مصالح البريد والمواصلات لهذا الغرض، كما أنه غير محدد الموضوع بمحادثة أو محادثات معينة.

ومراقبة الاتصالات الهاتفية تعني بالضرورة التنصت عليها، فمراقبة التليفون تعني من ناحية التنصت على المحادثات ومن ناحية أخرى تسجيلها بأجهزة التسجيل ويكفي مباشرة إحدى العمليتين

التنصت أو التسجيل لقيام المراقبة، فقد تتم بمجرد التنصت وقد يكتفي بالتسجيل الذي يسمع بعد ذلك.

أ - تعريف مراقبة المكالمات الهاتفية

1- اعتراض المراسلات:

يتمثل في اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية، ويقصد به التنصت التليفوني³، أو هو الاستماع سر بوسيلة أيا كان نوعها إلى كلام له صفة الخصوصية، أو سري صادر من شخص ما، أو متبادل بين شخصين أو أكثر دون رضا أي من هؤلاء⁴، وفي اجتماع للبرلمان الأوروبي بستراسبورغ 2006/10/06، حول أساليب التحري التقنية وعلاقتها بالأفعال الإرهابية نجدها تعرف اعتراض المراسلات بأنها مراقبة سرية المراسلات السلكية واللاسلكية وذلك في إطار البحث والتحري عن الجريمة وجمع المعلومات حول الأشخاص المشتبه فيهم في ارتكابهم أو في مشاركتهم في ارتكاب الجرائم.

2- تسجيل الأصوات:

يتمثل في وضع الترتيبات التقنية، دون موافقة المعنيين من أجل التقاط وتثبيت وتسجيل الكلام المتفوه بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية⁵، أو هو حفظ رسالة الاتصالات على مادة معدة لذلك كي يستمع إليها أو يشاهدها فيما بعد.... أن التسجيل يعني اقتصار العلم بمضمون الرسالة على القائم بعملية التسجيل فقط⁶.

3- التقاط الصور:

يتمثل في وضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل التقاط الصور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص⁷. أو هو استعمال وسائل تقنية أو معدات تمكن من أخذ صور للمتورطين في جرائم محددة سواء من خلال آلة للتصوير أو كاميرا فيديو للحصول على فيلم يسمح لنا بمعاينة الأحداث مرة ثانية، من خلال تقنية الإعادة البطيئة التي يمكن الوقوف من خلالها على كل ما يهم في التحري والتحقيق.

ويمكن تعريف التنصت على المكالمات الهاتفية بأنه الاستماع خلسة إلى الحديث الهاتفي، سواء ثم ذلك بالأذن المجردة أو باستخدام جهاز من الأجهزة المتخصصة في ذلك⁸، كما يعرف الفقه الفرنسي مراقبة المحادثات الهاتفية بأنها " ذلك الإنصات المباشر، أو تسجيل الغير لمحادثة هاتفية بين متراسلين دون علمهما⁹.

وبالنظر لخطورة الموضوع ودقته يقتضي استعراض الوسائل التي يمكن أن تتبع في عملية استراق السمع والتنصت الهاتفي بغية إدراك خطورتها على حرية المواطن وحقه في حماية حياته الخاصة.
ب - وسائل التنصت و التجسس

لقد ولى عهد استراق السمع من وراء الباب أو النافذة أو بالاختباء في الخزانة ليحل محله عهد الالكترونيات الشديدة الحساسية والفاعلية بالرغم من صغر حجمها حتى يكاد لا يجاوز رأس الدبوس أحيانا¹⁰، فقد أصبح بالإمكان ضبط المحادثات بواسطة آلات الكترونية متطورة جدا وعلى مسافات مختلفة، سواء عن طريق وضع الميكروفونات الصغيرة داخل المنازل، أو عن طريق الدخول في الهاتف، أو عن طريق تلقي المخابرات بواسطة آلات لاقطة صغيرة ممكن تخبئتها في إحدى الجيوب، ولم يعد ضروريا وصل هذه الآلات بخطوط الهاتف.

هذا فضلا عن العيون التلفزيونية الصغيرة التي من الممكن تخبئتها حيثما كان، وعن آلات صغيرة جدا تعطي أفلاما بالأشعة وتسمح بالتصوير في الظلام الدامس، وما سوى ذلك مما أوجده الاختراعات الحديثة¹¹. والشيء الخطير هو أن هذه الآلات أصبحت بمتناول العامة من الناس بأسعار زهيدة ولم تعد وقفا على أجهزة التجسس أو الشرطة وهذا ما جعل بعض الدول تتحرك في سبيل سن تشريعات تمنع صناعتها واستعمالها حماية لحياة المواطن الخاصة وللمخاطر التي يتعرض لها من جراء أوجه الاعتداء المختلفة التي تنتهك خصوصياته. مثال هذه التشريعات القانون الصادر عن الكونغرس الأمريكي سنة 1968 الذي يمنع صنع وتوزيع وحيارة هذه الآلات تحت أية ظروف¹².

لقد أصبحت هذه الأجهزة العلمية والمخترعات الحديثة إحدى أهم الوسائل التي يستعين بها المجرمين في ارتكاب جرائمهم منها الهاتف وبخاصة الهاتف النقال¹³، الذي يعد وسيلة فعالة في يد المجرمين بصفة عامة والعصابات الإجرامية بصفة خاصة يستخدمونه في الإعداد للجرائم والعمل على تنفيذها.

ثانياً: طبيعة ومدى مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية قبل التطرق إلى دراسة مدى مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية لابد من تحديد طبيعته

أ - التكيف القانوني لمراقبة المحادثات الهاتفية

ذهب رأى في الفقه إلى القول بأن مراقبة المحادثات التليفونية نوع من التفتيش، غير أن هذا التكيف لا يتماشى مع تعريف التفتيش بأنه التنقيب عن (الأدلة المادية) للجريمة، فالمحادثات السلوكية واللاسلكية ليس لها كيان مادي ملموس يمكن ضبطه، مع أن مراقبتها تتضمن اعتداء على سر المتحدث ولكن ليس من شأنها ضبط دليل مادي، ذلك أن المتصنت عليها لا يضبط دليلاً مادياً، وإنما هو دليل قولي ليس إلا¹⁴، كما وأن أسلاك الهاتف لا تعتبر جزءاً من مسكن المتهم، وشريط التسجيل الذي تسجل عليه المحادثات التليفونية ليس هو بذاته الدليل وإنما هو وسيلة عاونت في الوصول إلى الدليل القولي أو في المحافظة عليه، وبمعنى أصح مكن فقط هذا الشريط في تسجيل الدليل بحيث أصبح من الميسور مواجهة المتهم به ليس إلا، فهو مجرد دليل قولي وليس دليلاً مادياً ملموساً كتلك الأدلة التي تستمد من واقعة التفتيش يضاف إلى ذلك أن مراقبة المحادثات التليفونية ليست (ضبطاً) فالضبط إجراء يهدف إلى أن تضع العدالة يدها على الأدلة المادية التي تقيد في كشف الجريمة¹⁵.

وذهب البعض إلى القول أن أقرب الإجراءات الجنائية إليه هو إثبات الحالة؛ لأن اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، هو نقل لصورة كاملة ودقيقة لمكان معين أو لحدث معين غير أن أسلوب إثبات الحالة لا يمكن ممارسته خفية على عكس إجراء

اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور الذي يمارس بصورة سرية مما يجعله يختلف تماما عنه.
وهناك اتجاه آخر يرى أن مراقبة المحادثات الهاتفية وتسجيلها لا يعد نوعا من التفتيش إنما هو إجراء من نوع خاص وفقا لمعناه الفني، بحيث يعتبر من الإجراءات التي تهدف إلى الكشف عن الحقيقة لكنه غير مسمى أي لم يرد ذكره في نصوص قانون الإجراءات الجزائية فقط¹⁶.

ب - مدى مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية
1- على مستوى الفقه:

أثارت مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية جدلا في الفقه والقانون المقارن، إذ تباينت آرائهم حول مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية إلى ثلاث اتجاهات فقهية:

الاتجاه الأول: يرى بعدم مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية وتسجيلها ولو ثم ذلك بإذن من القاضي الجزائري (تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة) وذلك لعدة اعتبارات منها:

- ان التنصت على المكالمات الهاتفية وتسجيلها لا يعدو أن يكون نوع من التحايل المنبوذ، فهو لا يختلف كثيرا عن دفع المتهم خلسة إلى شرب أو شرب مادة معينة تجعله يفقد التحكم في حواسه أو أفعاله، مما يسمح للسلطة القضائية بالوصول إلى الاعتراف المنشود.
- الخوف والخشية من يصبح التنصت الهاتفي هو الإجراء الوحيد في التحقيق.

الاتجاه الثاني: يرى فريق آخر من فقهاء القانون أن التقاط المكالمات الهاتفية وتسجيلها إجراء مشروع وضروري في التحقيق الجنائي، وأن المصلحة العامة في حفظ النظام العام وقمع الجريمة أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة وذلك للاعتبارات التالية:

- أنه ليس محذور على العدالة الجنائية الاستعانة بالتقدم العلمي والتكنولوجي.

- ليس في التسجيل الصوتي أو التقاط المكالمات الهاتفية ما يشكل انتهاكا للحرمات طالما أنها صدرت عن السلطة القضائية وللمصلحة

العامة (مكافحة الجريمة) هي أولى من المصلحة الفردية بالرعاية، لذلك يرى الفقيه (Jean graven)¹⁷: إن رفع السرية عن المحادثات الهاتفية وتسجيلها أمر ممكن ومشروع وفقا للقوانين والقواعد العامة في الإجراءات الجنائية بناء على طلب السلطة المختصة التي تباشر التحقيق أو المحاكمة مادام هذا الإجراء ضروريا للأمن العام أو للدفاع عن النظام أو لمنع وقوع الجرائم أو الكشف عن مرتكبيها.

الاتجاه الثالث: وهو الأقرب إلى الصواب يأخذ موقف وسط بين الاتجاهين السابقين يرى مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية من أجل الحفاظ على المصالح العليا للدولة بخصوص الجرائم الخطيرة التي تهدد كيانه ووجوده، وخاصة الجرائم التي لا يمكن إثباتها بواسطة الوسائل التقليدية، وأن من شأن استبعاد هذه الوسائل الحديثة في الإثبات أن تبقى هذه الجرائم خارج العقاب. وهو ما ذهب إليه الفقه الأمريكي القائل بجواز مراقبة المحادثات التليفونية لضرورتها في محاربة الجريمة، فالمراقبة وإن كانت أمر مقبولا، فإن الجريمة تفوقها مقبولا¹⁸.

2- على مستوى الشرائع والمواثيق الدولية

حرصت الشريعة الإسلامية على حماية الحياة الخاصة للإنسان، بما في ذلك المحافظة على أحاديثه، ونهت عن التجسس لقوله تعالى " ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا"¹⁹. والتصنت على الأحاديث يعد من التجسس المنهي عنه شرعا، وهو ما أكدته السنة النبوية لقوله عليه الصلاة والسلام " من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون، صب في أذنه الأنك- الرصاص المذاب- يوم القيامة" رواه البخاري، ومن ذلك يظهر إن الشريعة الإسلامية تنهى عن التجسس سواء باستراق النظر أو السمع²⁰ وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية حديثا من خلال اجتهادهم إلى أنه يجوز ذلك للدولة أن تمارس الرقابة على أحاديث المتهم ورسائله وفق ضمانات أو قيود يحددها القانون وفي بعض الجرائم الخطيرة فقط، كالخيانة والخطر الداهم، بعد تلقي الإذن من القضاء²¹.

كما أن الإعلانات العالمية والمواثيق الدولية أكدت أيضا على حرمة الحياة الخاصة وعدم انتهاكها، من ذلك الإعلان العالمي لحقوق

الإعلان الصادر عن الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 الذي ينص في المادة 12 منه بأنه "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل" كما أن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة 1966 جاء مماثلاً له في المادة 17 منه، وهو نفس الأمر الذي أكدته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي صدرت في روما سنة 1950 ونصت على حرمة الحياة الخاصة في المادة الثامنة منه²² والمادة الثالثة عشرة منه، والاتفاقية الأمريكية في المادة الثامنة، ومشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان في المادة السادسة، وهو ما تضمنه مشروع الدستور الإسلامي في المادة الثلاثين منه²³.

3 - على مستوى القوانين

أما بخصوص القوانين الوطنية نجد المشرع الفرنسي وبموجب القانون رقم (91-646) لسنة 1991 المعدل القانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، نص على مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية إذا اقتضت مصلحة العدالة ذلك، ويجب عند المساس بحرمة الاتصالات لمصلحة العدالة أن تكون هناك ضمانات معينة. ولقد أقر القضاء الفرنسي مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية بناء على أمر يصدر من قاضي التحقيق.... لأن تلك المراقبة تماثل ضبط الرسائل ولا تعارض المبادئ الأساسية القانونية²⁴.

أما القانون الانجليزي فالثابت أنه يجوز بإذن من وزير الداخلية ضبط الرسائل ومراقبة المحادثات التليفونية²⁵، وكان ذلك بعد إدانة إنجلترا من طرف المحكمة الأوروبية لمخالفتها لنص المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية²⁶ malon: بعد طعنه أمامها وقد دفع هذا الحكم الحكومة البريطانية إلى التقدم للبرلمان بمشروع قانون ينظم التنصت على الاتصالات، وقد أقره البرلمان وصدر قانون مراقبة الاتصالات في 25 يوليو 1985، أما القضاء الانجليزي فقد اتجه أخيراً إلى أن الدليل المستمد من تسجيلات الأحاديث لا يبطل لمجرد أن الشرطة وضعت (ميكروفون) جلسة في مكان خاص²⁷.

كما أجاز المشرع الأمريكي التنصت على المكالمات الهاتفية في قانون الاتصالات لسنة 1970 بضوابط وقيود منها أن تكون المراقبة مقصورة على الأحاديث التي لها صلة بالجريمة؛ كذلك القضاء الأمريكي فقد استقر حديثا على إجازة التسجيل بإذن من القاضي إذ لم يتضمن أي إكراه يؤدي بالمتهم إلى الإدلاء بأقواله²⁸.

لقد أجاز المشرع الجزائري بنص المواد (65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10) من القانون رقم 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، مراقبة المكالمات إذا اقتضت ضرورة التحري ذلك وفي التحقيق الابتدائي في جرائم معينة وردت على سبيل الحصر.

ويمكن القول في الأخير أن المشرع الجزائري يتفق مع الكثير من القوانين والمواثيق الدولية التي تسلم بتدخل الدولة في خصوصية الفرد المتمثلة بمراسلاته ومحادثاته الهاتفية ضمن شروط وضوابط محددة، مما يعنى تضحية الفرد لجزء من حقوقه في سبيل المصلحة العامة.

الفرع الثاني

التسرب

التسرب هو إجراء يبشره ضابط الشرطة القضائية أو عون الشرطة القضائية، والذي يهدف إلى التوغل في الوسط الإجرامي واختراق هو قد نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية بالتعديل المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المنصوص عليه بالباب الثاني الفصل الخامس، وسوف نتعرض له بشيء من التفصيل ولو ان التطبيق القضائي له ينعدم تقريبا لحدثة التشريع وعدم صدور اجتهادات بشأنه. فما حقيقة هذا الإجراء الخطير وما أثره على حقوق وحرريات الأفراد؟.

أولاً: ماهية التسرب

أ - تعريف التسرب

التسرب في اللغة يعنى الدخول، أي دخل وانتقل خفية وهو الولوج والدخول بطريقة متخفية إلى مكان ما أو داخل جماعة ما، أما اصطلاحا فقد عرفته المادة 65 مكرر 12 ف1 من القانون 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية بقوله « التسرب قيام ضابط

أو عون الشرطة القضائية، تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جنائية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف». هو إجراء يقوم به ضابط الشرطة القضائية أو أحد أعوانه Infiltration بالتسرب تحت مسؤولية الضابط، يوهم الأشخاص المشتبه في ارتكابهم لجريمة من الجرائم التي تعتبر جنائية أو جنحة بأنه واحد منهم ليتمكن من مراقبتهم قصد الكشف عن ملابسات هذه الجريمة والإحاطة بمرتكبيها²⁹.

وعليه فالتسرب هو عملية ميدانية يقوم بها أشخاص مؤهلون لذلك، تحت إشراف ورقابة الجهات القضائية المختصة، تقوم على اختراق وتغلغل المتسرب داخل مكان أو هدف أو تنظيم يصعب الدخول إليه أو ما يسمى بالمكان المغلق للجماعات إجرامية، بهدف الكشف عن الجرائم الخطيرة والمتورطين فيها والحد من تأثيرها على المجتمع. فهو في الغالب عملية تتطلب أن يدخل العون المكلف بالعملية في اتصال بالأشخاص المعنيين ويربط معهم علاقات ضيقة، ويحافظ على السر المهني لغاية تحقيق الهدف النهائي من العملية وهي تتطلب على الخصوص المشاركة المباشرة في نشاط الخلية الإجرامية التي تسرب إليها والذي يكون أحيانا ضرورة لقبوله وتتطلب العملية موارد مادية وبشرية متناسقة.

ب - الأصول التاريخية لنظام التسرب

عرف نظام التسرب منذ زمن بعيد لكن مفهومه لم يكن متبلور بشكل دقيق، لذلك سوف نتطرق بشكل موجز للمرشد والمتسرب.

1- المرشد أو المخبر

تشير الدراسات التاريخية إلى اعتماد الشرطة في العصر الفرعوني على الكثير من المرشدين الذين كانوا ينتشرون كعيون للسلطة الحاكمة، و ثم الإشارة إلى ذلك من خلال قصة موسى عليه السلام باستعانة فرعون بهم لجمع معلومات عن صبية اليهود الذكور، وتطور دوره عبر التاريخ إلى درجة أن وزير الداخلية الفرنسي الأسبق روجي فرأي صرح سنة 1966 أمام الجمعية الفرنسية " أنه بدون

الاستعانة بالمرشدين لن يكون هناك شرطة ولن تكون هناك عدالة قادرة على تنفيذ القانون العقابي " ولقد صدرت عدة قرارات قضائية تبيح العمل مع المرشدين منها القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية في 09/06/1980 الذي جاء فيه « يستطيع مأمور الضبط أن يستعين بمعاونيه من رجال السلطة العامة أو المرشدين السريين الذين يندسون بين المشتبه فيهم بقصد كشف الجرائم ومرتكبيها ولا يعيب الإجراءات أن تظل شخصية المرشد سرية»³⁰.

والمخبر هو مواطن عادي يثق فيه المحقق ويلجأ إليه للحصول على بعض المعلومات المتعلقة بقضية ما، وقد يتلقى المخبر عن ذلك العمل الذي يقوم به أجرا أو يكون بدون مقابل، والمخبر لا يعد موظف عمومي. وعليه لا يجوز له القيام بأعمال الضبطية القضائية ويحصر دوره في جمع المعلومات ونقلها للمحقق. والسبب الذي يجعل المحقق يستعين بالمخبرين هو قدرت هؤلاء من التغلغل في مختلف الأوساط الاجتماعية لا اعتبارهم أفراد عاديين غير ملفتين للنظر، فالمخبر أو المرشد هو مثل أي شخص على عكس رجال الشرطة الذي يتجنبهم الأفراد بمجرد رؤيتهم أو معرفة هويتهم³¹، ومن أجل حماية مصدر المعلومات هذا وتشجيعه، فقد منح المخبرون امتيازاً عرف باسم " امتياز المخبرين " وهو يكمن في إبقاء أسمائهم مكتومة وسرية. لأنه لو أفصح عنهم فإن كثير من الأشخاص يحجمون عن إعطاء المعلومات خوفاً على أنفسهم، مما قد يتعرضون له من انتقامات، فلا يعودون للاهتمام بالحصول على أية معلومات و بإيصالها إلى مرجعها، ما قد يفسح المجال واسعا للمجرمين في التمادي بأفعالهم الإجرامية³².

2 - التسرب

إن الإمعان في استعمالات نظام التسرب في بداية عهده وظف الأغراض سياسية أكثر منها قانونية خصوصا خلال الحرب الباردة، وعرفت الدول الأجنبية نظام التسرب منذ زمن بعيد في بلجيكا مثلا سنة 1875 عرضت قضية على محكمة على مستوى الاستئناف، ملخص القضية قيام أحد أفراد الشرطة بالتسرب إلى مطعم لمعاينة جريمة على أساس أنه مستهلك بعد التأكد من معلومات وصلت

إلى جهاز الشرطة على أن هذا المطعم يقدم أطباق لحم صيد خارج المواسم المسموح بها للصيدوبعد نهاية الحرب العالمية الثانية استعانت الولايات المتحدة الأمريكية بعدة متسربين للعمل لصالحها بقراره أوربا و ابتداء من الستينات ظهرت فرقة خاصة لدى المكتب الفدرالي للتحقيقات تعرف باسم فرقة مكافحة المخدرات وفي بلجيكا أنشئت سنة 1973 لدى القيادة العليا للدرك فرقة خاصة لمكافحة المخدرات تحت قيادة العقيد فرو نسوا من بين مهامها التنسيق ما بين الفرق الإقليمية في مجال مكافحة المخدرات حتى انه يمكن لها ربط علاقات بالمخبرين والإشراف على الملاحقات لكنه منذ 1975 بدأ العمل بنظام التسرب متعديا بذلك على صلاحيات المكتب الوطني للمخدرات وفي سنة 1980 ثم إيداع قائدها الحبس وبعد تحقيق دام سنتين في 1982 تمت إدانته رفقة أعضاء فرقة الدرك الذين يعملون معه بتهمة المتاجرة بالمخدرات وتم حل الفرقة نهائيا³³.

ثانياً: أساليب وصور التسرب

أ - أساليب التسرب

الأسلوب الأول: بحسب الجهة المخولة بمنح هذا الإذن ويمارس من خلال الصور التالية:

- 1 - صدور الإذن بالتسرب من وكيل الجمهورية إلى ضابط الشرطة القضائية³⁴، والذي يتولى بنفسه تنفيذ العملية وهذا لا يخرج عن نطاق أساليب التحري والتحقيق الواردة في المادة 65 مكرر 5، والتي جاء فيها «عندما تقتضي ضرورات التحري في الجريمة أو التحقيق في إحدى الجرائم المذكورة في المادة 65 مكرر 5....».
- 2 - في إطار التحقيق طبقاً لنص المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية التي تشكل إطار للإجراءات التحري في حالة التلبس.
- 3 - صدور الإذن من وكيل الجمهورية إلى ضابط الشرطة القضائية الذي يتولى تنفيذ العملية والتي نجد إطارها القانوني في نص المادة 63 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي والتي تتحدث عن التحقيق الأولي الذي هو شكل من أشكال التحقيقات التي ينفذها ضابط

الشرطة القضائية بمجرد علمهم بوقوع الجريمة أو بناء على تعليمات نيابية أو بناء على تعليمات من رؤسائه.

4 - صدور الإذن بالتسرب من قاضي التحقيق إلى ضابط الشرطة القضائية والتي يحكمها نص المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الأسلوب الثاني: بحسب الجهة القائمة بتنفيذ هذه العملية

ويمارس من خلال الصورتين التاليتين:

1 - يصدر فيها الإذن بالتسرب من وكيل الجمهورية إلى ضابط الشرطة القضائية منسق العملية وتحت مسؤوليته ينفذها عون الشرطة القضائية، وهذا يتم في إطار حالي التلبس والتحقيق الأولي.

2 - صدور الإذن بالتسرب إلى ضابط الشرطة القضائية منسق العملية وينفذها تحت مسؤوليته عون الشرطة القضائية في إطار الإنابة القضائية.

ب - صور التسرب

نقصد بالصور الطرق التي يمارس في ضلها القائم بعملية التسرب عمله والأفعال التي أذن له القانون القيام بها ويتم ذلك من خلال الصور التالية :

1 - المتسرب كفاعل: طبقا لنص المادة 65 مكرر 12 « يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون شرطة قضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف.... »، ويقصد بالفاعل ما جاء بيانه في نص المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري « كل من يساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة الولائية أو التحايل أو التدليس الإجرامي ». وهو أن يوهم المتسرب الفاعل المشتبه فيهم بأنه فاعل يحتل مركزا مباشرا في تنفيذ العمل الإجرامي، وهنا يجب أن نميز بين من يقوم بإيهام غيره ومن يحرضهم على القيام بذلك، لأن المقصود بالإيهام هو مسايرة المشتبه فيه في مسلكه الإجرامي حتى يضبط ويده في الجرم

وهذا مشروع لأنه لا يبدو فيه تدبير من المتسرب أو دفعا له للقيام بالجريمة وهذا النوع من الإيهام هو تحريض للحصول على دليل وليس بتحريض على الجريمة نفسها لا يوجه لأفراد لم يكن لديهم أية فكرة قائمة على الجريمة³⁵.

وفي هذا الإطار يقول الدكتور فتحي سرور: يجوز لرجال الشرطة تشجيع من يتوفر لديهم الاستعداد لارتكاب الجريمة بقصد ضبطهم وذلك في جرائم محددة من الجرائم الخطيرة إذا اقتضت الضرورة بالاتجاه إلى هذا التشجيع الذي لا يصل إلى حد التحريض في سبيل ضبط الجناة³⁶. وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية في نص المادة 65 مكرر 12 منه في عبارة «... ولا يجوز تحت طائلة البطلان، أن تشكل هذه الأفعال تحريضا على ارتكاب جرائم» وفي نفس الاتجاه ذهب جانب من الفقه، كما أقر ذلك المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات الذي عقد في أثينا سنة 1957 الذي خلص إلى إن التحريض لا يتوفر إلا إذا كان هو الدافع إلى الجريمة وأما تدخل رجل السلطة العامة لكشف الجريمة لا يعد تحريضا.

2 - المتسرب كشريك: حيث يقوم المتسرب بإيهام مرتكبي الجرائم المنصوص عليه قانونا بأنه شريك معهم حسب ما جاء في نص المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وبالرجوع إلى نص المادة 42 من قانون العقوبات التي تعرف الشريك كالآتي: « يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك»، كما يدخل في حكم الشريك بحسب نص المادة 43 من قانون العقوبات كل من يقدم مسكنا أو ملجأ أو مكانا للاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون الصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي. و عليه فالمتسرب في صورة الشريك يقوم بإيهامهم الجماعة الإجرامية من خلال قيامه بالأعمال التحضيرية المستعملة أو المساعدة أو المنفذة لهذه الجرائم أو

تقديم مسكن أو ملجأ، ومسايرتهم في السلوك الإجرامي إلى حين الإيقاع بهم متلبسين بجرمهم.

3 - المتسرب كخاف: يقوم فيه المتسرب بمهمته من خلال إيهام مرتكبي الجرائم السالفة الذكر، بأنه واحد منهم وذلك من خلال إخفائه للأشياء التي تم اختلاسها أو تبديدها، في والتي تم تحصيلها من خلال ارتكاب هذه الجرائم سواء كلياً أو جزئياً، وطبقاً لنص المادة 387 من قانون العقوبات الجزائي التي تعرف فعل الإخفاء كالتالي: « كل من أخفى عمداً أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنائية أو جنحة في مجموعها أو جزء منها يعاقب عليها»، كما وردت صورة إخفاء في نص المادة 43 من قانون 06/01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته « كل شخص أخفى عمداً كلاً أو جزءاً من العائدات المحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون».

ولكن ماذا لو اكتشف المتسرب جرائم أخرى خارج عن تلك الجرائم المذكورة على سبيل الحصر؟.

لم يشر المشرع إلى ذلك في أحكام التسرب غير انه بالرجوع للمادة 65 مكرر 6 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي التي نصت على « إذا اكتشفت جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي، فإن ذلك لا يكون سبباً لبطلان الإجراءات العارضة»، و رغم أن هذه المادة ذكرت بالفصل المتعلق باعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات والتقاط الصور، إلا أننا نرى أن الحلقة المشتركة بينها وبين أحكام التسرب هي المادة 65 مكرر 5 منه المشار إليها بالمادة 65 مكرر 11، المتعلقة بالجرائم المطلوبة لتطبيق أحكام هذه الطرق الخاصة في التحقيق ومن ثم يمكن القول أن اكتشاف جريمة عند مباشرة العملية يخضع لإجراءات عارضة كما ذكر سالفاً، ولا يمكن أن يكون سبباً للبطلان فإذا اكتشف المتسرب بخفية متاجرة بالمخدرات جنائية قتل يمكن له رفع تقرير بذلك إلى المشرف عليه إدارياً غير إن التساؤل المطروح هو هل يمكن اتخاذ إجراءات خاصة للمتابعة القضائية ضد المتهم بعيداً عن المهمة الأساسية؟ و ما مدى تأثير تلك

المتابعة على سير العملية برمتها؟ إذ يمكن أن يكون القاتل هو المتهم الرئيسي لعصابة المتاجرة بالمخدرات فتشل العملية في منتصفها وهذه من الإشكالات العملية التي تطرح بالميدان.

ثالثاً: صفات المتسرب والأعمال المأذون له بها والمخاطر المحتملة عليه
أ - صفات الشخص المتسرب

يشترط توافر جملة من الشروط في الضابط أو العون المتسرب داخل الجماعة الإجرامية منها:

- 1 - أن يكون ضابط أو عون شرطة قضائية وأن يكون متطوعاً لذلك.
- 2 - توفر الإرادة والقابلية لتأدية المهمة مع توفر روح التضحية والمبادرة.
- 3 - يجب أن يتمتع بقدرة الاستيعاب، دقة الملاحظة، سرعة البديهة، سرعة الاندماج، قوة الذاكرة.
- 4 - تمتعه بقدرة جسدية تمكنه من تحمل الصعوبات.
- 5 - إطلاعه على كيفية استعمال الوسائل الإعلامية و التقنية الحديثة (كالإعلام الآلي وتقنياته، ومختلف أجهزة الاتصال... الخ).
- 6 - له إطلاع بالوسط الإجرامي.
- 7 - أن لا يكون معروف بالوسط الذي يتوغل فيه، أي لا يكون من نفس المنطقة التي يعمل فيها أو يقيم بها وأن لا يكون معروف بالوسط الإعلامي كالصحافة.

ب - الأعمال المأذون بها للمتسرب

هي عدد من الأفعال المادية والوسائل المختلفة، التي تسهل للمتسرب مهمته وتوهم مرتكبي الجرائم المذكورة سابقاً بأن المتسرب سوء كان فاعل أو شريك أو خافي هو من أفراد هذه الشبكة الإجرامية وتبعد كل شك في مهمته، وقد نصت المادة 65 مكرر 14 فقرة 2 على بعض الأفعال التي إذن بها القانون للمتسرب القيام بها وهي تعفيهم من مسؤولية الجزائية المترتبة على القيام بهذه الأفعال أو استعمال هذه الوسائل وهي:

- اقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم وإعطاء مواد أو أموال أو منتجات أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو المستعملة في

ارتكابها، ولكن ما مدى استعمال المتسرب للأموال التي أجاز له القانون استغلالها رغم عدم شرعية مصدرها وقد تتجاوز مهمة المتسرب الحدود الوطنية والمعروف أن الجريمة المنظمة تتشكل من شبكة قد تتجاوز حدود عدة دول وفي هذه الحالة ما مدى سلطة القاضي المصدر لإذن عملية التسرب.

- استعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي الجرائم وسائل ذات الطابع القانوني، الوسائل ذات الطابع المالي، وسائل النقل، وسائل التخزين، وسائل الإيواء، وسائل الحفظ، وسائل الاتصال، ويجب في هذه الحالة التنسيق بين مصالح الأمن، فكل تدخل لجهة أمنية دون علمها المسبق قد يشكل ضربة للعملية برمتها، وبالتالي السرية المنصوص عليها قانونا التي جعلها المشرع في دائرة مغلقة بين القاضي والضابط و العون المتسرب.

ج - الأخطار الممكن أن تنجم عن عملية التسرب

1 - الأعوان المتسربون غالبا ما يكونون محققين ناقصي التجربة وتخميناتهم ناقصة ميدانيا وفي هذا الصدد يكونون معرضين إلى إخطار محدقة.

2 - استغلال الأموال والموارد الناتجة من الأعمال الإجرامية للمصلحة الشخصية للمتسرب.

3 - كما يمكن أن تنشأ بين الفرد المتسرب والعصابة الإجرامية علاقة ودية، قد تجعله يعمل لصالحهم مثال عشيق لعنصر نسوي من هذه العصابة.

4 - تعرض حياة المتسرب للخطر كالتعذيب أو الموت في حالة اكتشاف أمره خاصة إذا كان التوغل داخل جماعة إرهابية.

5 - أن يصبح المتسرب عميل أو مخبر مزدوج يعمل لصالح العصابة الإجرامية، ويكون ذلك أما لتعرضه لتهديد وإكراه يمس حياته أو حياة أسرته، أو إغراءه بالمال.

لقد منح المشرع الإجرائي لرجال الضبط القضائي بموجب التعديل الأخير لقانون للإجراءات الجزائية صلاحية التسرب، ورغم أنها تشكل خطر داهم على سرية الحياة الخاصة للأفراد، إلا أنها من

الناحية النظرية تتسم بالفاعلية في مكافحة الجرائم والقبض على مرتكبيها، رغم ما يثيره من إشكالات سبق ذكر بعضها ومنها أيضا: إن العون المتسرب سيتعامل مع جماعة إجرامية خطيرة لاسيما الجماعات الإرهابية التي ستخضعه لا محالة إلى التجربة، حتى تطمئن إلى تواجده ضمنها، ولعل أهم هذه التجارب الإجرامية ارتكاب جرائم القتل، وضع المواد المتفجرة في الأماكن العمومية وهذا ما يخالف حدودا لأفعال غير القانونية التي سمح بها المشرع للضابط أو العون المتسرب، فما هو وضعه القانوني والعملي في هذه الحالة؟ وماهي حدود المسؤولية الجزائية التي ستلقى على عاتقه؟ ولعل تطبيق أحكام التسرب ما يزال في بداية عهده سيكون مستقبلا إجابة على جميع الإشكالات.

المطلب الثاني

ضمانات وحقوق الفرد في مواجهة هذه الأساليب الخاصة في التحري إن مبدأ حرمة الحياة الخاصة مصون في معظم دساتير وقوانين دول العالم، إلا أن هذا الحق ليس مطلقا؛ لأن حق المجتمع في مكافحة الجريمة أولى بالرعاية من حق الفرد في حرمة حياته الخاصة، وكما أن القوانين لم تجعل ذلك الحق مطلقا وأجازت المساس به في أحوال معينة تغليباً للصالح العام، فهي كذلك لم تبح المساس به في تلك الأحوال بشكل مطلق وإنما وضعت ضوابط محددة يجب مراعاتها في الحالات التي يجوز المساس بحرمة ذلك الحق، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي قيد اللجوء إلى أساليب التحري الخاصة (التي تنصت على المكالمات الهاتفية، التسرب)، بمجموعة من الإجراءات والضوابط نص عليها بموجب القانون 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، والمشمول على 14 مادة من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 18.

الفرع الأول

الضمانات الموضوعية

أولاً: طبيعة الجريمة

لا يمكن لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق اللجوء إلى أساليب التحري الخاصة (التنصت الهاتفية، التسرب)، إلا في الجرائم الآتي بيانها: جرائم المخدرات، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية المعطيات، جرائم تبييض الأموال، الجرائم الإرهابية، الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، جرائم الفساد.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري عدد هذه الجرائم على سبيل الحصر وقد يرجع هذا للخطورة الإجرامية لهذه الأفعال وأثرها على السياسة العامة في الدولة واقتصادها، أما إذا كانت هذه الأعمال في غير هذه الجرائم فإجراؤه باطل. ولا يتم اللجوء إلى أساليب التحري الخاصة (التنصت على المكالمات الهاتفية، التسرب)؛ إلا عندما تكون هناك جريمة وقعت بالفعل، وبمفهوم المخالفة إذا كانت الجريمة لم تقع بعد فلا يجوز اتخاذ هذه الإجراءات للكشف عن جريمة لم تقع بعد مهما كانت درجة رجحان وقوعها³⁷ بالإضافة إلى استنفاد كافة الوسائل الأخرى أو عجزها على إيضاح الحقيقة، كما يجب أن يكون الإجراء بناء على تحريات جديّة وقرائن ودلائل سابقة ومعقولة.

والمراقبة تكون لاحقة أي لتأكيد الدلائل والأمارات التي ترجح الشبهة والاتهام، ولا يجب أن تكون عملية وضع الهاتف تحت المراقبة وسيلة من وسائل البحث عن الأدلة وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي في إيطاليا حيث ألغى رئيس الدائرة الجنائية لمحكمة روما بتاريخ 10 نوفمبر 1966 التصريح للممنوح للتنصت الهاتفية بموجب أمر مبنى على دوافع وهمية³⁸.

ثانياً: الجهة المكلفة بالعمليات

لقد حول المشرع الإجراءي سلطة الأمر بمراقبة المكالمات الهاتفية والتسرب حصرياً إلى كل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق، وفق شروط وإجراءات خاصة: حيث حول لوكيل الجمهورية إذا اقتضت ضرورات التحري في الجرائم المتلبس بها أو في التحقيق الابتدائي في جرائم محددة وردت على سبيل الحصر بنص الفقرة الأولى من المادة

65 مكرر³⁹⁵. وقاضي التحقيق في حالة فتح تحقيق قضائي، بأن يأمر كتابة ضابط الشرطة القضائية باعترض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية، ووضع ترتيبات تقنية دون موافقة المعنيين من اجل التقاط الصور وتثبيت و بث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن عامة أو خاصة، أو القيام بعملية التسرب داخل الخلايا الإجرامية والتجسس عليهم.

بما أن القاضي الجزائي (وكيل الجمهورية، قاضي التحقيق) يمكنه اللجوء إلى أساليب التحري الخاصة (مراقبة المكالمات الهاتفية، التسرب)، كلما اقتضت ضرورة التحري في الجريمة المتلبس بها وفي حالة الاستعجال الناتج عن الخوف من ضياع أدلة الإثبات، فإن بعض الفقه أبدى تخوفه من الإفراط والاستسهال في استخدام هذه الأساليب ما يجعل الإقدام عليها بشكل تلقائي كلما اعترضت الجهة المكلفة بالبحث صعوبة أو تعقيد في الجريمة، لان مفهوم «إذا اقتضت ضرورات التحري...»، هو مفهوم واسع لذلك يخشى الفقه من أن تصبح أساليب التحري الخاصة هي الإجراء الوحيد في التحقيق، ويضيع مبدأ الاقتناع الشخصي لدى القاضي الجزائي لاضطراره إلى الخضوع إلى ما سوف يراه ويعتبره مجسد في المكالمة أو المراسلة أو محاضر وتقرير الفرد المتسرب، على عكس التحقيق الابتدائي الذي حدد فيه الجرائم التي يجوز له فيها الإذن بهذا الإجراء.

ثالثاً: الجهة المأمورة بالعمليات

تتمثل في السلطة القضائية المكلفة بالبحث والتحقيق وهي ضباط الشرطة القضائية دون الأعوان أو الموظفون في عملية التنصت الهاتفي وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 5 منه « يحزر ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب من طرف القاضي المختص عن كل عملية اعتراض...»، والمادة 65 مكرر 10 منه « يصف أو ينسخ ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب... ».

يتم التسرب من قبل ضابط الشرطة القضائية أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق

العملية، ويتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية من جاء ذكرهم في نص المادة 15 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ونستثني منهم لاعتبارات ميدانية رؤساء المجالس الشعبية البلدية. بالإضافة إلى مساعدي ضباط الشرطة القضائية وهم الأعوان الذين جاء ذكرهم من مادة 19 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، يمارس الأعوان عملية التسرب الميداني تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، والصادر بأسمائهم الإذن بالتسرب وتحت مسؤولياتهم، كما ورد في نص المادة 65 مكرر 13 والمتعلقة بتحديد الأشخاص المكلفين في عملية التسرب كلمة المسخرين إلى جانب ضباط الشرطة القضائية وأعوان الشرطة القضائية وذلك في نص المادة 65 مكرر 14 منه، ويقصد بالمسخر (المرشد) كل شخص من الجنسين يراه ضابط الشرطة القضائية القائم بتنسيق عملية التسرب مفيدا في إنجاز مهمته وهنا يبقى التقدير لضابط الشرطة منسق العملية تحت رقابة القضاء.

وعليه نقول أن ضباط الشرطة القضائية هم الذين يقومون بعملية مراقبة المكالمات الهاتفية ووضع الترتيبات التقنية بالإضافة إلى الأعوان والمسخرين (المرشدين) في التسرب، وتتم تلك العمليات تحت إشراف سلطة وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق الذي يقف دورهم على إصدار الأمر ومراقبته.

الفرع الثاني الضمانات الشكلية

أولاً: الإذن

محرر رسمي صادر من جهة مختصة تتمثل في وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، مسلمة إلى جهة مختصة متمثلة في ضابط الشرطة القضائية وهو إجراء شكلي اشترطه المشرع في نص المادتين 65 مكرر 5 فقرة 5 و6 والمادة 65 مكرر 11 منه، فالجهة المختصة لإصداره إما وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، حماية للحقوق الأساسية المكرسة في الدستور وعليه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يقوم

ضابط الشرطة القضائية بالعملية(التنصت على المكالمات أو التسرب)، بمفرده دون المرور على الجهاز القضائي.

يمنح وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق هذا الترخيص بعد أن يقدر جميع العناصر التي جمعها المحقق، وضمها تقريره الذي يطلب من خلاله مباشرة العملية، ويجب أن يكون هذا الإذن سابقا على التنفيذ، فلا يجوز لرجال الشرطة القضائية الشروع في مراقبة المكالمات الهاتفية أو القيام بالتسرب قبل حصوله على الإذن من الجهات القضائية المختصة. كما يجب أن يكون الإذن مكتوبا ما يعنى عدم الاعتداد بالأوامر الشفوية، فضابط الشرطة القضائية المكلف أو المناب من طرف قاضي التحقيق بالتنصت أو التسرب، لا يمكن له مباشرة أي إجراء إلا بناء على أمر مكتوب من الجهة المختصة، وذلك لأن الأصل في العمل الإجرائي الكتابة.

ويجب أن يكون هذا الإذن مسببا ويقصد بالتسبب هنا أن يوضح في الإذن أن التنصت أو التسرب استدعته ضرورة التحقيق، بمعنى أن تحديد الجناة وضبطهم أصبح مستحيلا، أو على الأقل صعبا بوسائل التنقيب والتحري المعتادة، ويجب أن يحدد في الإذن نوع الجريمة التي استدعت القيام بهذا الإجراء(التنصت أو التسرب)، وضابط الشرطة القضائية المسؤول عن العملية أو الذي يشرف على تنفيذها وتكون تحت مسؤوليته(الاسم واللقب، الصفة، الرتبة، المصلحة). وإن يتضمن جميع البيانات التي تسمح بالتعرف على العملية المطلوب انجازها والمكان المقصود ومدتها التي لا تزيد عن أربعة أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحقيق. وهذا ضمانة قوية حتى لا يصدر الإذن باتخاذ أي من تلك الإجراءات إلا بعد مراجعة وقائع الجريمة وظروفها وحتى تكشف سلطة التحقيق عن الأسباب التي دعته إلى إصدار تلك الأوامر التي تنتهك حرمة الحياة الخاصة⁴⁰، وهو ما نصت عليه المادتين 65 مكرر 7 ف1 والمادة 65 مكرر 15 منه.

إن الإذن المسلم من طرف وكيل الجمهورية لغرض وضع الترتيبات التقنية يسمح بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها خارج المواعيد القانونية و بغير علم أو رضي الأشخاص الذين لهم الحق على

تلك الأماكن، أما إذا كانت تلك العمليات يقصد إجراؤها في أماكن يشغلها شخص ملزم بكتمان السر المهني، فهي تخضع للقيود الواردة في نص المادة 45 إجراءات جزائية جزائري وهو ما نصت عليه كذلك المادة 65 مكرر 6 منه، نلاحظ أن المشرع أحال القيود المفروضة على المساس بالسر المهني في التنصت على المكالمات الهاتفية إلى القيود التي تطبق على الشخص الملزم بكتمان السر المهني في التفتيش، ويعود ذلك إلى أن العلة التي أقرت حماية المراسلات بموجبها- وهي مراعاة حق المتهم في الدفاع- متوفرة في الاتصالات الهاتفية الدائرة بين المتهم ومحاميه.

ثانياً: تحرير محضر بكل عملية من العمليات

عند الشروع الفعلي في عملية مراقبة المكالمات الهاتفية أو التسرب من طرف ضابط الشرطة القضائية المأذون له من طرف وكيل الجمهورية أو المناب من طرف قاضي التحقيق، له الاستعانة بكل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالاتصالات السلكية أو اللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية لعملية التنصت والاستماع ومن ثم تسجيل هذه المكالمات، مما يترتب على ذلك تحرير محاضر بمجمل هذه العمليات.

حيث نصت كل من المادة 65 مكرر 9 منه «يحرر ضابط الشرطة القضائية القضائية المأذون له أو المناب من طرف القاضي المختص محضرا عن كل عملية اعتراض وتسجيل المراسلات وكذا عن عمليات وضع الترتيبات التقنية وعمليات الالتقاط والتنشيط و التسجيل الصوتي أو السمعي البصري»، وهو ما يعنى أنه كلما تعددت عمليات الاعتراض والتصنت ووضع الترتيبات التقنية كلما تعددت المحاضر المنجزة، على اعتبار أن كل عملية تستدعي تحرير محضر مفصل ومدقق عن كل عملية على حدة، ويجب أن يبين في المحضر تاريخ وساعة بداية هذه العمليات ونهايتها، ويرسله إلى القاضي المختص.

يثبت فيه ما انتهت إليه تلك التسجيلات الهاتفية مشفوعا بطلب الإذن له بالضبط والتفتيش للشخص المعني إذ كان له ما يبرره، أي أن الإذن الصادر من النيابة بمراقبة المحادثات التليفونية لا ينصرف إلى

مهمة الضبط والتفتيش بل أن الأمر يستلزم بالضرورة قبل البدء في اتخاذ الإجراءات الأخيرة الحصول على إذن (آخر) من النيابة العامة ومسبقا قبل الإقدام على أي إجراء آخر من شأنه التعرض للحريات العامة للأفراد⁴¹، كما يجب عليه كذلك أن يصف وينسخ هذه المراسلات والمحادثات المسجلة والمفيدة في إظهار الحقيقة في محضر يودع بالملف، وإذا كانت المكالمات قد تمت باللغة الأجنبية تنسخ وترجم عند الاقتضاء بمساعدة مترجم يسخر لهذا الغرض، وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 10 منه.

أما فيما يتعلق بالتسرب فإنه يتعين على العضو المتسرب إعداد تقرير يتضمن جميع ما قام به من إجراءات معاينة الجريمة، شرط أن لا يتعرض هذا العضو والمسخرين لهذه المهمة للخطر، وهو ما نصت المادة 65 مكرر 13 منه «يحرر ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية التسرب تقريرا يتضمن العناصر الضرورية لمعاينة الجرائم غير تلك التي قد تعرض أمن الضابط أو العون المتسرب وكذا الأشخاص المسخرين طبقا للمادة 65 مكرر 14». ويجب عليه أن يراعي في إعداد هذا التقرير مراحل العملية كاملة في ضل احترام التسلسل الزمني وإيراد جميع المعلومات ذات الصلة بالأفعال المجرمة ويأتي التقرير على ذكر ما يلي:

- تحديد هوية العناصر المشتبه في تورطهم في العملية: أسماؤهم- ألقابهم المستعارة-الأفعال المجرمة والمعاقب عليها.
 - تحديد الوسائل المستعملة نوعيته او تحديدها كالسيارات والآلات، الأدلة المحجوزة.
 - تحديد الأماكن(العناوين التي تم استعمالها، أماكن التخزين، طرق التوزيع).
 - تحديد الكيفيات التي بها وعبرها تتم مخادعة رجال الأمن، يتناول في محاضره مجريات عملية التسرب بكل تفاصيلها من بدايتها إلى نهايتها.
- وقد ألزم ضابط الشرطة القضائية بتحرير التقرير الكتابي دون سواه ممن قاموا بعملية التسرب لأن الأعوان يقومون بهذه المهمة تحت

تنسيقه ومسؤوليته في كل الأحوال، مع جواز سماع منسق عملية التسرب كشاهد وذلك طبقاً لنص المادة 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي التي أجازت لجهات التحقيق القضائي سماع ضابط الشرطة القضائية الذي تتم تحت تنسيقه ومسؤوليته عملية التسرب طبقاً للشروط المذكورة سابقاً، وهذا في أي مرحلة من مراحلها، وهذا دون السماع الأشخاص الذين يباشرون هذه العملية تحت مسؤوليته، وهم عون الشرطة القضائية أو المخبر ويرجع ذلك لكونه هو من يتمتع بصفة الضبطية القضائية وهو من يسلم الإذن باسمه وتحت مسؤوليته وهو ما لا يتوفر في من يقومون بها تحت مسؤوليته.

ثالثاً: جزاء بطلان الإجراءات

أ - بطلان الإجراء

من أهم الضمانات الحامية للحقوق و الحريات الفردية؛ بطلان الإجراءات المستمدة من مراقبة المكالمات الهاتفية أو الاطلاع على الرسائل الخاصة، وعدم الأخذ بالأدلة الناتجة عنها ما لم تكن نفذت طبقاً للشروط التي حددها القانون⁴²، وكل خروج عنها يجعل الإجراء غير مشروع ويجب استبعاده. فإذا قام به مأمور الضبط بدون ندب صحيح من النيابة العامة أو قاضي التحقيق فهو باطل، وهو باطل من باب أولى إذ قام به أحد رجال البوليس أو مرشديه ممن ليست لهم صفة الضبط القضائي⁴³، كذلك يكون عمل الضبط القضائي باطلاً إذا خرج من حدود قرار الندب الصادر له من المحقق، فإذا ندبه المحقق لتسجيل محادثة معينة فليس له أن يسجل سواها⁴⁴، ذلك أن الوصول إلى الحقيقة لا يجب أن يكون على حساب الإخلال بمبدأ حرمة الحياة الخاصة.

أما بالنسبة إلى التسرب فقد حدد المشرع حالاته بنص المادة 65 مكرر 12 والمادة 65 مكرر 15 وذلك في حالتين:

1 - عدم مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية التي استوجبتها المادة 65 مكرر 15 منه، في الإذن المسلم لضابط الشرطة القضائية لإجراء عملية التسرب المتمثلة في الكتابة والتسبيب.

2 - ارتكاب المخالفات الواردة في المادة 65 مكرر 13، التي سمح القانون بها في إطار عملية التسرب ولكن بهدف التحريض على ارتكاب جرائم، والتحريض بمفهومه القانوني هو: دفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة بالتأثير في إرادته وتوجيهها الوجهة التي يريدتها المحرض، ويشترط في التحريض لكي يكون معاقبا عليه توفر الشروط التالية:

- أن يتم بإحدى الوسائل المحددة قانونا وهي: الهبة، الوعد، التهديد، استعمال السلطة، التحايل التدليس الإجرامي.

- أن يكون شخصا أي موجهها إلى المراد دفعه إلى ارتكاب الجريمة، ومباشرا حيث يعتبر المحرض في هاته الحالة فاعلا أصليا، طبقا لنص المادة 41 من ق.ع» يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي».

يتعرض العمل الإجرائي الذي يقوم به ضابط الشرطة القضائية في إطار مباشرة عملية التسرب إلى البطلان القانوني في حالة التحريض على ارتكاب جريمة بمناسبة ارتكاب الممارسات غير القانونية التي سمح بها القانون، بالإضافة إلى عدم مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية لإجراء عملية التسرب.

ب - الجزاءات والعقوبات

الضمانات المتمثلة في العقوبات التي يتعرض لها الموظفون المكلفون بالتحريات أو غيرهم إذا أفشوا أسرار الغير إلى أشخاص غير مؤهلين وفي غير الحالات التي نص عليها القانون. ويتعرض الشخص الذي يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير - بسوء نية- إلى عقوبة من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 25.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين (المادة 303 من قانون العقوبات الجزائري). أما إذا كان الشخص موظفا أو من أعوان الدولة كمستخدمي البريد فإن العقوبة تكون أشد وتطبق المادة 137 من قانون العقوبات التي تنص على أن « كل موظف من موظفي الدولة ، وكل مستخدم أو

مندوب عن مصلحة البريد يقوم بفض أو اختلاس أو إتلاف رسائل مسلمة إلى البريد أو يسهل فضاها أو اختلاسها أو إتلافها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 30.000 إلى 500.000 دج. ويعاقب بالعقوبة نفسها كل مستخدم أو مندوب في مصلحة البرق يختلس أو يتلف برقية أو يذيع محتواها، ويعاقب الجاني فضلا عن ذلك بالحرمان من كافة الوظائف والخدمات العمومية من خمس إلى عشر سنوات».

أما بالنسبة للتسرب فقد وفر المشرع للقائمين بعملية التسرب حماية قانونية خاصة في حال تعرضهم لاعتداء، ورتب عقوبات لكل من يكشف عن هويتهم وأجاز لهم استخدام أو استعمال اسم مستعار يمكنه من عدم إظهار هويته الحقيقية، وهي وسيلة تبقى سارية المفعول في أي مرحلة من مراحل التحقيق تجعل المتسرب يتمتع بحماية في شخصه وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 16 منه:

- 1 - توقيع العقاب في حالة الاعتداء على المتسرب أو أهله:
لقد أقر المشرع الإجرائي عقوبات في حق كل من يكشف هوية المتسرب أو يعتدي عليه أو على أهله وجاءت في المادة 65 مكرر 16 فقرة 1 و 2 و 3 على النحو التالي:
- الكشف على هوية المتسرب دون وقوع ضرر له يعاقب عليه بالحبس من سنتين إلى خمسة سنوات وغرامة مالية من 50.000 إلى 200.000 دج.
- الكشف على هوية المتسرب المفضي إلى أعمال عنف في حق المتسرب أو ذويه وهم زوجته أو أبناء أصوله المباشرين يعاقب عليه بالحبس من خمسة سنوات إلى عشرة سنوات وغرامة من 200.000 إلى 5000.000 دج
- الكشف المفضي إلى وفاة المتسرب أو أحد ذويه المذكورين سابقا تكون العقوبة من عشرة سنوات إلى عشرين سنة والغرامة من 5000.000 دج إلى 1.000.000 دج دون الإخلال عند

الاقتضاء بتطبيق أحكام الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من قانون العقوبات.

ب - الحماية القانونية بعد انتهاء عملية التسرب

لقد جاءت المادة 65 مكرر 17⁴⁵ بحكم يوفر للفرد المتسرب الحماية في حالتين: عند انتهاء المدة الزمنية المرخصة بها وعدم تمديدها أو وقف العملية من قبل الجهة المانحة الإذن بالتسرب في أي وقت، وهو ما يجعل أمن المتسرب في خطر، حيث أجازت له مواصلة النشاطات والأفعال المأذون بها في المادة 65 مكرر 14، حتى يتمكن من توقيف نشاطه في الظروف الملائمة والأمنة له، وعلى ضابط الشرطة القضائية إخطار الجهة القضائية المختصة بهذه الوضعية التي تحول دون تمكن المتسرب من إنهاء نشاطاته في ظروف تضمن أمنه، فإنه للقاضي تمديدها لمدة أربعة أشهر على الأكثر، وخلال هذه الفترة فإن كل النشاطات والأفعال التي يقوم بها في إطار هذه العملية لا يكون مسؤولاً عنها جزائياً.

لقد وفر المشرع للقائمين بعملية التسرب (ضباط الشرطة و أعوانهم) حماية قانونية خاصة في حال تعرضهم لاعتداء، إلا أنه أغفل ذكر المسخر أو المرشد فما نصيبه من هذه الحماية.
خاتمة

من خلال ما تقدم عرضه نخلص إلى أن المشرع الجزائري ومن أجل مواجهة بعض الجرائم الخطيرة على الأمن والاقتصاد الوطنيين والتي عجزت أساليب التحري التقليدية عن محاربتها، حاول المشرع أن يوازن بين استخدام ما توصل إليه العلم من وسائل حديثة في التحري على الجرائم والكشف عن مرتكبيها وهي المصلحة الجماعية، وبين مصلحة الإنسان (الفرد) في احترام حقه في الحياة الخاصة وهذا ما جسده بتقنين أساليب البحث والتحري الخاصة (التنصت على المكالمات الهاتفية التسرب)، في المواد 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 18 من القانون 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، فالمشرع تكفل بتنظيم وبيان متى وكيف يتم اللجوء إلى هذه الأساليب والإجراءات حتى يضمن قيام ضباط الشرطة القضائية بالمهمة على

أكمل وجه، وبالمقابل وضع ضوابط قانونية هي في جوهرها ضمانات
حامية لحقوق وحرريات الأفراد من التوسع أو التعسف في استعمالها من
جهات الضبط القضائي، وجعل استخدامها تتم تحت سلطة وإشراف
الهيئة القضائية، التي تتكفل بحماية مصلحة الإنسان (الفرد) في احترام
حقه في الحياة الخاصة وفقا لمبادئ الدستور الجزائري المادة 39 منه،
ورغم هذه الضوابط التي فرضها المشرع على هذه الأساليب من أجل
تحقيق التوازن بين حامية حقوق الأفراد (المصلحة الفردية)، وقمع
الجريمة (المصلحة الجماعية)، إلا أنها تظل قاصرة عن أدراك
غايتها، حيث لم يفكر المشرع في حياة الإنسان المهذورة حقوقه بعد أن
تتضح براءته، فكان جدير به أن ينص على تعويض يتناسب وحجم
الأضرار التي لحقت به من جراء انتهاك حياته الخاصة، مع العلم أن
أي تعويض يقدم له لن ينصفه حقه.

ونرى بمشروعية اللجوء إلى أساليب التحري الخاصة (مراقبة
المكالمات الهاتفية، التسرب) استثناء من الأصل العام (حرمة الحياة
الخاصة وسريتها)، بالشروط التي حددها المشرع سابقا، وذلك
بالتضحية ببعض الحقوق الفردية من أجل تحقيق مصلحة عامة أولى
بالرعاية، لأنه من غير المتصور حرمان القضاء من وسيلة فعالة من
وسائل التحقيق.

الهوامش

- 1 - أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2003، ص 231.
- 2 - د / نايف بن محمد بن سلطان، حقوق المتهم في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، السعودية 2005، ص 92 نقلنا عن الدكتور عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية 1988.
- 3 - د/ أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2008، ص 113.
- 4 - آدم عبد البديع، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة 2000، ص 538.
- 5 - د/ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 113.
- 6 - لمحامي/ محمد أمين الرومي، التنظيم القانوني للاتصالات في مصر والدول العربية، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص 142 و 143.

- 7 - د/أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص113.
- 8 - آدم عبد البديع، المرجع السابق، ص538.
- 9- HaritiniMatsopoulou : Les enquêtes de police - L.G.D.J – Paris –1996 -p 592 .
- 10 - د/مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، مؤسسة نوفل، بيروت 1989، ص624.
- 11 - القاضي/ إلياس فارس نمور، الحريات الشخصية وحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مكتبة صادر ناشرون بيروت2000، ص1195.
- 12 - د/مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص625.
- 13 - التليفون النقال: وهو نوع من الهاتف محمول في اليد، خفيف الوزن، يعمل على إرسال وتلقي المكالمات الهاتفية في أي مكان ولمدى أوسع من الهاتف المتعارف عليه من قبل، وعرف بأنه الهاتف المتنقل الذي يحمله الأفراد معهم لتلقي المكالمات الهاتفية تبعاً لمكان تواجدهم، ويطلق عليه في مصر المحمول والجوال في السعودية ودول الخليج وفي لهجة الجزائرية يطلق عليه portable.
- 14 - حسن الجوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2008، ص 199، نقلنا عن محمود محمود مصطفى، الإثبات، الجزء الثاني، ص90.
- 15 - د/قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مناهج التحريات والاستدلالات والاستخبارات، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998 ص95 و96.
- 16 - Haritini Matsopoulou : op, cite - P 593, 594 .
- 17- Jean graven، مقال تحت عنوان "استخدام أجهزة التسجيل في الإجراءات الجنائية"، نشر في المجلة السويسرية الجنائية لسنة1958، أطلعت على ملخصه في كتاب -الدكتور صادق المرصفاوي، المرصفاوي في المحقق الجنائي، طبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1990، ص93 و94.
- 18 - عبد الله الحاج، مقال تحت عنوان: التنصت الهاتفية بين حرمة الحياة الشخصية ومشروعية الإثبات الجنائي، منشور في الموقع في الانترنت: [Droitmarocna .blogspot.com](http://Droitmarocna.blogspot.com) – 2011/11/12، الساعة الثامنة مساءً.
- 19 - الآية 12 من سورة الحجرات.
- 20 - ومن أبرز الأمثلة واقعة عمر بن الخطاب التي أراد من خلالها تطبيق الحد على مرتكب الفعل المعاقب عليه، حيث تسور الجدار على أهل البيت فوجدهم عاكفين إلى الشراب ووجد الكؤوس بين أيديهم يحتسون منها ما يشاءون، وشاهد بعينه وأراد أن يعاقبهم، فقال له أحدهم، وأنت يا أمير المؤمنين فلا تعجل فإن كنت قد عصيت الله في واحدة فقد عصيت الله في ثلاثة. قال الله تعالى: "ولا تجسسوا" وقد تجسست وقال الله تعالى "وليس البر أن تأتوا البيوت من ظهورها" وقد تسورت على وقال الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأذنوا وتسلموا على

- أهلها" وقد دخلت بغير إذن ولا سلام، فخرج عمر بدون أن يقيم عليهم حدا أو تعزيرا وإنما اكتفى على الحاضرين بغير العودة إلى مثل هذه الجلسة. نقلنا عن عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، دار الغرب الإسلامي مؤسسة جودان لبنان 1986، ص348.
- 21 - أ/عبد الحميد عمارة، ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق، الطبعة الأولى، دار المحمدية العامة، الجزائر 1998 ص332.
- 22 - نصت هذه المادة "كل نسان له الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية والمنزلية، لا يمكن تدخل السلطة العامة في ممارسته هذا الحق إلا إذا كان هذا التدخل مقررًا في القانون ويشكل في مجتمع ديمقراطي تدبيرًا ضروريًا للأمن الوطني والأمن العام والرفاهية الاقتصادية للبلد وحماية النظام والوقاية من الجرائم وحماية الصحة والأخلاق وحقوق الآخرين"
- 23 - نصت هذه المادة "للمساكن والمراسلات والخصوصيات حرمة، والتجسس محظور، ويحدد القانون ما يرد على هذه الحرمة من قيود تمارسها الدولة في جرائم الخيانة والخطر الداهم ولا تكون ذلك ممارسة إلا بإذن قضائي".
- 24 - قدرى عبد الفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص97.
- 25 - المرجع السابق، ص97.
- 26 - تتلخص وقائع القضية في اتهام المدعو (malon)، بجريمة أخفاء أشياء مسروقة، وقد ساعد على هذا الاتهام التنصت على مكالماته الهاتفية، طعن في مشروعيتها التنصت حتى ولو تم بموافقة وزير الداخلية، لأنها تخالف نص المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، رفض القضاء البريطاني ذلك بحجة أن لاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لست جزء من القانون الإنجليزي العام، وإن المادة 8 من قانون مكتب البريد 1969 تخول لوزير الداخلية سلطة الإذن بمراقبة الاتصالات الهاتفية.
- 27 - قدرى عبد الفتاح الشهاوى، الموسوعة الشرطية القانونية، عالم الكتب، القاهرة 1977، ص425.
- 28 - قدرى عبد الفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص431.
- 29 - نصر الدين هنونى و درين يقدح، الضبطية القضائية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر 2009، ص80 و81.
- 30 - القاضي/ سيدهم محمد، بحث مقدم تحت عنوان التسرب حسب تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، منشور في الانترنت بتاريخ 2010/11/18، droit.montadahlilal.com، على الساعة 16h.
- 31 - د/ يوسف شحادة، الضابطة العدلية علاقتها بالقضاء ودورها في سير العدالة الجزائية (دراسة مقارنة)، مؤسسة بحسون لبنان، الطبعة الأولى، 1999، ص156.
- 32 - قاضي/ إلياس فارس نمور، المرجع السابق، ص1197.
- 33 - القاضي/ سيدهم محمد، المرجع السابق، ص2 و3.
- 34 - المعنيون بهذا الأسلوب هم ضباط الشرطة المذكورين في نص المادة 15 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري باستثناء رؤساء المجالس الشعبية البلدية لاعتبارات ميدانية.

- 35 - عبد العال خراشي، ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الدار الجامعة للنشر الإسكندرية، مصر 2006، ص 212.
- 36 - د/ فتحي سرور، بحث تحت عنوان التحريض على ارتكاب الجرائم كوسيلة لضبط الجناة، المجلة الجنائية القومية 123 سنة 1963، ص 211.
- 37 - نايف بن محمد بن سلطان، المرجع السابق، ص 96.
- 38 - أحمد غاي، المرجع السابق، ص 233.
- 39 - نصت المادة 65 مكرر 5 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري " إذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات أو جريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكذا جرائم الفساد....".
- 40 - نايف بن محمد بن سلطان، المرجع السابق، ص 97.
- 41 - الشهاوي، مناط التحريات، المرجع السابق، ص 82.
- 42 - أحمد غاي، الضمانات، المرجع السابق، ص 234.
- 43 - د/ توفيق محمد الشاوي، حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية 2006 ص 222.
- 44 - الشاوي، المرجع السابق، ص 222.
- 45 - انظر نص المادة 65 مكرر 17 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

أثر التقدم التكنولوجي

على جرائم العرض

دكتور

عبد النبي محمد محمود أبو العنين

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والأنظمة - جامعة الطائف

المقدمة:

أدى الانفتاح الكبير الذي شهدته شبكة الإنترنت على المستوى العالمي، إلى انتشار مواقع تحرض على ممارسة الجنس، سواء للكبار، أو مع الأطفال، وذلك بنشر صور جنسية فاضحة، وقد أثبتت الدراسات أن شبكة الإنترنت تتضمن حوالي مليون صورة أو رواية أو وصف لهذه الصورة، لها علاقة مباشرة وواضحة بالجنس، كما أن بعض التقارير الصادرة عن الولايات المتحدة الأمريكية تثبت أن هناك مشاهد جنسية يتم عرضها على شبكة الإنترنت، وأن أكثر من 2900000 صورة جنسية تبت سنوياً من خلال شبكة الإنترنت، كما أن التقدم المذهل في صناعة الجوالاات أدى إلى حدوث الأمر ذاته، فضلاً عما تبثه القنوات الفضائية من صور عارية، وأفلام خليعة تؤدي إلى انتشار جرائم الاعتداء على العرض، وهو ما سوف نلقي عليه الضوء من خلال هذا العمل المتواضع، وفيه أتحدث عن ماهية التقدم التكنولوجي وصوره. والمتمثلة في الحاسب الآلي، وشبكة الإنترنت، والجوالاات، والقنوات الفضائية وغيرها من وسائل الإعلام. ثم أتحدث بعد ذلك عن ماهية العرض في القانون، ثم أتحدث عن جرائم العرض، ثم أختتم بحثي بالحديث عن أثر التقدم التكنولوجي على جرائم العرض، ومدى تدخل التشريعات في الحد منها.

أهداف البحث

كما أن للتقدم التكنولوجي والمتمثل في الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت ووسائل الإعلام الحديثة وبصفة خاصة القنوات الفضائية أهمية كبيرة في

مجال المعلومات والاتصالات وكثير من النواحي الأخرى. إلا أنه في نفس الوقت له العديد من العيوب والأضرار خاصة على الصغار. وقد أوضحت كثير من الدراسات العلمية المتخصصة أسباب ذلك وعلته فمنها ما يرجع ذلك إلى سوء الاستخدام، والبعد عن الطريق السليم في استخدام هذه الوسائل، وعدم فهم الغرض من صنع هذه الوسائل ونشرها، وعدم الوعي الكافي بوسائل التكنولوجيا وغيرها من الأسباب التي أجمع كل من أدلي بدلوه فيها علي نقطة واحدة هي فقط عدم الوعي العربي والميول إلى الأغراض البعيدة عن المرجو من التكنولوجيا وعدم وجود مرجعية فكرية واضحة لدي عالمنا العربي ولهذا لا بد من وجود حل وهذا ما تقتضيه هذه الأمور - وأي حل - إنما هو حل عاجل وسريع فما هو إذن ذلك الحل؟ هو الرجوع إلى أصل هذه التكنولوجيا وفهم الأساس الذي بنيت عليه والغرض منه فبدلاً من أن نستخدم التليفون المحمول في الألعاب ونقل الفيديوهات فقط أو سماع الأغاني نرجعه إلى أصله وهو استخدامه كأحد وسائل الاتصالات لا الألعاب ولنرجع الإنترنت إلى أصله فهو أصلاً لنقل العلوم والمعارف وبثها ليس للأغراض التي نستخدمها - نحن العرب - مثل الأفلام المشبوهة والإباحية.... وهكذا يمكننا بالرجوع إلى تلك الأصول يمكننا اللحاق بهذا العالم الذي نراه يزداد عنا في الرقي يوماً بعد يوم. وهذا البحث يهدف إلى إلقاء الضوء على بعض العيوب والأضرار الناتجة عن التقدم التكنولوجي في مجال جرائم العرض.

خطة البحث

وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة المقدمة.

المبحث الأول: ماهية التقدم التكنولوجي وصوره.

المطلب الأول: ماهية التقديم التكنولوجي.

المطلب الثاني: صور التقدم التكنولوجي

أولاً: الحاسب الآلي، وخصائصه.

ثانياً: شبكة الإنترنت وخصائصها.

ثالثاً: الجولات واستخداماتها
رابعاً: وسائل الإعلام.
المبحث الثاني: ماهية العرض وجرائمه في القانون الجنائي
المطلب الأول: ماهية العرض في القانون
المطلب الثاني: جرائم الاعتداء على العرض في القانون
الفرع الأول: جريمة الزنا
الفرع الثاني: جريمة الاغتصاب .
الفرع الثالث: جريمة هتك العرض
الفرع الرابع: جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء.
المبحث الثالث: أثر التقدم التكنولوجي على جرائم العرض، ومدى تدخل
التشريعات في الحد منها.
المطلب الأول: أثر شبكة الإنترنت على جرائم العرض، ومدى تدخل
التشريعات للحد منها.
المطلب الثاني: أثر وسائل الإعلام على جرائم العرض، ومدى تدخل
التشريعات في الحد منها.
الخاتمة والنتائج :
المراجع
فهرس الموضوعات

المبحث الأول

ماهية التقدم التكنولوجي وصوره

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية التقدم التكنولوجي

المطلب الثاني: صور التقدم التكنولوجي

المطلب الأول

ماهية التقدم التكنولوجي

عرفه البعض بأنه: كل شيء تدخل العلم في تكوينه وصناعته بما لا
يجعل للشخص العادي قدرة على فعل مثله، وبكمية فاقت طاقة الفكر

الإنساني على متابعته أولاً بأول والاستفادة منها بالدرجة المرضية والمطلوبة⁽¹⁾.

فلقد شهدت البشرية عبر القرون الماضية ثورتين غيرتا وجه التاريخ هما الثورة الزراعية والثورة الصناعية ويعيش العلم الآن الثورة الثالثة وهي ثورة تكنولوجيا المعلومات فقد بدأت المعلومات منذ الثورة الصناعية تتزايد بمتواليه هندسية واسعة القفزات، وطراً على رصيدها الكلي طفرة كمية فاقت طاقة الفكر الإنساني على متابعتها أولاً بأول والاستفادة منها بالدرجة المرضية المطلوبة، وإزاء هذه الطفرة بدت الطرق التقليدية لجمع وتنظيم المعلومات عاجزة عن تلبية احتياجات المستفيدين من المعلومات بكفاءة وفاعلية وأصبح محتملاً استخدام أساليب وتقنية متطورة لمواجهة فيض المعلومات المتدفق والتعامل معه⁽²⁾، وعلى مدى الأكثر من أربعين عاماً اتخذ السعي لإيجاد حلول مناسبة للتغلب على مشكلة تزايد حجم المعلومات مسارين رئيسيين يتمثل:

أولهما: في تركيز العديد من الدراسات في علم المعلومات على التحسين والتطوير في عملية فهم طبيعة المعلومات ومكوناتها وكيفية حصرها وتجميعها وتبويبها وتصنيفها وتحليلها بهدف الاستفادة منها بفاعلية عظمى. ثانيهما: تتمثل في ظهور ورواج مستحدثات تقنية متقدمة للتحكم في المعلومات وتجميعها ومعالجتها واختزانها واسترجاعها وتحسين الانتفاع بها كالحاسبات وتقنيات المصغرات الفيلمية والأقراص الليزرية ووسائط الاتصال والانتقال من بعد التي يشكل تراوجها واندماجها ما يسمى بتكنولوجيا تقنية المعلومات⁽³⁾.

- 1- د. حسني محمد أحمد جاد الرب - تجربة المبيع وأثرها على التزامات الطرفين في عقد البيع- دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية، ط 2010م ص188، د. شمسان ناجي صالح الخليلي - الجرائم المستخدمة بطرق غير مشروعة لشبكة الإنترنت - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية 2008 م، ص5.
- 2- د. هشام محمد فريد رستم - قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات - مكتبة الآلات الحديثة - أسبوط 1994- ص5.
- 3- د. شمسان ناجي صالح - المرجع السابق ص 6.

ويعتبر الحاسب الآلي من السمات المميزة للعصر الحالي إذ توثقت خدماته بمنظومة الدول المتقدمة والمجتمعات المتطلعة للتعايش مع مفاهيم وأساليب القرن الحادي والعشرين فاعتبرته كأداة دافعة لتغطية مكونات حياتها الحضارية كالتعليم ووسائل الإنتاج والاتصالات والتجارة والدفاع ونظم المعلومات وغيرها من مظاهر واحتياجات بيئتها الأساسية، ويرجع تحقق ذلك إلى التصاعد المذهل لمعدلات تطوره خلال السنوات العشر الماضية نتيجة الدفع الثوري لتكنولوجيات الإلكترونيات المصغرة والتقدم الفائق في مجالات تصميم البرمجيات وبنائها وتخزين المعلومات وإظهارها(4).

- كما أن شبكة الإنترنت هي جزء من ثورة الاتصالات وهو يتكون من عدد كبير من شبكات الحاسب الآلي المترابطة والمتناثرة في أنحاء كثيرة من العالم، ويحكم ترابط تلك الأجهزة واتصالاتها فيما بين بعضها وبعض بروتوكول موحد يسمى بروتوكول ترانسل المعلومات(5)، وتعتبر شبكة الإنترنت من أبرز مظاهر هذا المجتمع المعلوماتي، فقد حدثت طفرة في الاتصالات حولت العالم إلى قرية صغيرة، فأصبح الإنسان يستطيع أن يرصد ما يجري على الطرف الآخر من الكرة الأرضية بالصوت والصورة في لحظة قيام الحدث، وأصبحت عملية تناول المعلومات والمعارف سهلة وميسرة وأدى الانتشار السريع للمعلومات عبر وسائل الاتصال المختلفة إلى تدفق هائل في المعلومات والأخبار والمعارف والأبحاث والرسائل الثقافية يعجز الإنسان بقدرته العادية عن متابعتها والإلمام بها في عمره القصير(6).

- 4- د. حسين بن سعد بن سيف الغافري - السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت - دار النهضة العربية 2009م ص 2.
- 5- د. منى فتحي أحمد عبد الكريم - الجريمة عبر الشبكة الدولية للمعلومات، صورها ومشاكلها إثباتها - رسالة دكتوراه مسجلة بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - مكتبة الرسائل تحت رقم 568/5 ص 11.
- 6- د. هلال عبد اللاه أحمد - حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت بكلية الشريعة جامعة الإمارات العربية المتحدة عام 2000م ص 1.

وإذا كان للتقدم التكنولوجي دور كبير في نشر المعلومات بين الأفراد في كافة أنحاء العالم إلا أنه في الوقت ذاته قد ساهم أيضاً في تطوير الجريمة التقليدية، كما أن الأفعال الإجرامية المرتبطة بالمواد المخلة بالأداب العامة قد تضاعفت على نحو كبير بعد ظهور شبكة المعلومات الدولية(7).

المطلب الثاني

صور التقدم التكنولوجي

تتنوع صور التقدم التكنولوجي ما بين الحاسب الآلي، وشبكة الإنترنت، والجوالات، والقنوات الفضائية وغيرها من وسائل الإعلام على التفصيل الآتي:

أولاً: الحاسب الآلي

لقد تعددت الترجمات العربية للاصطلاح الانجليزي - كمبيوتر - فأطلق عليه العقل الإلكتروني ثم الحاسب الآلي واعتبرت المنظمة العربية للمواصفات والمقاييس اصطلاح (الحاسوب) وصدر معجم الحاسبات عن مجمع اللغة العربية سنة 1977م، بدون إضافة كلمة إلكترونية أو آلية إلى كلمة الحاسبات(8). والحاسب الآلي أو الكمبيوتر عبارة عن جهاز إلكتروني يستطيع ترجمة أوامر مكتوبة بتسلسل منطقي لتنفيذ عمليات إدخال بيانات أو إخراج معلومات، وإجراء عمليات حسابية أو منطقية وهو يقوم بالكتابة على أجهزة الإخراج أو وسائط التخزين وآليات يتم إدخالها بواسطة مشغل الحاسب عن طريق وحدات الإدخال مثل لوحة المفاتيح واسترجاعها عن طريق وحدة المعالجة المركزية (C.P.U)، التي تقوم بإجراء العمليات الحسابية، وكذلك العمليات المنطقية وبعد معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج مثل الطابعات أو وسائط التخزين المختلفة(9).

7- د. منى أحمد - المرجع السابق ص 18.

8- د. حسين بن سعد الغافري - المرجع السابق ص 2.

9- د. علاء الدين محمد فهمي - الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الآلي الإلكتروني. موسوعة دلتا كمبيوتر - مطابع الكتاب المصري الحديثة 1991 م - ص 108 ط.

والحاسبات الآلية بأنواعها وتقسيماتها المختلفة تجمعها خاصية واحدة ألا وهي أنها تتكون من ثلاثة مكونات أساسية هي الأجزاء الصلبة، الأجزاء المقطعية أو البرمجيات والمستخدمين.

خصائص الحاسب الآلي

- دخل الحاسب الآلي معظم مجالات الحياة فبات يستخدمه في شتى المجالات التجارية منها والتعليمية والدراسية بل يستخدم في البيوت للترفيه، وأهم ما يتميز به من خصائص هي:

- السرعة الفائقة في تنفيذ التعليمات.

- الدقة المتناهية في تنفيذ العمليات المختلفة.

- القدرة على العمل لفترات طويلة.

- تعدد الاستعمالات كما سبق بيانه.

-الطاقة التخزينية – القابلية للتوسع والتطور، بالإضافة إلى سهولة التعامل معه(10).

ثانياً: الجوالات

تتعدد التسميات التي تطلق على هذا الجهاز فقد يسمى بـ(الهاتف الخليوي أو الهاتف المحمول أو الهاتف الجوال أو الموبايل) والذي يحتوي على خلية تعرف بـ(خلية الهاتف النقال) (11) والتي هي عبارة عن دائرة استقبال وإرسال يعتمد عملها على (الاتصال اللاسلكي) ويتم ذلك عن طريق إشارات ذات ذبذبات ترسل عبر محطات إرسال أرضية - تتمثل بـ(شبكة من أبراج البث) (12) -موزعة ضمن مساحة معينة ووفق ضوابط

10- د. جميل عبد الباقي الصغير – مذكرات في الحاسب الآلي – محاضرات لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – بمكتبة الكلية عام 1998م – د. محمد زكي، د.نبيل خليل عمر "مدخل الحاسبات الالكترونية- جامعة الموصل – العراق ص 2029.

11- وقد عرفتھا (ف6) من المادة (1) من التعليمات رقم (1) لسنة 2007 الخاصة بالوقاية من الإشعاعات غير المؤينة الصادرة عن الأبراج الرئيسية والثانوية للهواتف النقالة، حيث نصت على ما يلي (خلية الهاتف النقال عبارة عن جهاز مرسل ومستقبل للأشعة الكهرومغناطيسية غير المؤينة وبقدرة واطئة وبقناة واحدة). الوقائع العراقية، العدد 4055، في 2007/12/26.

12- والتي عرفتھا (ف4) من المادة (1) من تعليمات الخاصة بالوقاية من الإشعاعات غير المؤينة حيث نصت على أن: (البرج: حامل معدني يمكنه حمل هوائي أو أكثر) والجدير بالإشارة الى أن هنالك مسافات محددة ما بين الهوائيات

محددة من قبل الجهات المعنية حيث يتم مراعاة الناحية الجمالية والمعمارية والصحية. ومن ثم عن طريق هذه المحطات الأرضية يتم إرسال الى محطات فضائية تعرف ب(الأقمار الاصطناعية)⁽¹³⁾.

استخدامات الجوال

يعتبر الهاتف النقال إحدى وسائل الاتصال الفورية الحديثة، كما يقدم العديد من الخدمات الى جانب الخدمة الرئيسية والمتمثلة بالاتصال الفوري، ويمكن الاتصال بالآخرين ورؤيتهم عن طريق الجيل الجديد من الاجهزة dct4 المزودة بكاميرات دقيقة، كما يمكن أيضاً من خلاله إرسال الرسائل القصيرة لأي مكان في العالم، الى جانب تقديمه لخدمة الرسائل القصيرة الى القنوات الفضائية (SMS 2 TV) ، وخدمة الرسائل القصيرة الجماعية (BULK SMS) فضلاً عن خدمة البريد الصوتي (VMS)، كما طورت شركات التسلية الألعاب الإلكترونية الجافا الحديثة بحيث دخل ضمن خدمات جهاز الهاتف النقال. وقد أضحى الهاتف النقال كوسيلة تستخدم للاشتراك في شبكة إدخال المعلومات العالمية (GPRS) أو الخدمات المعلوماتية والتي تعرف بالإنترنت عبر الهاتف أو الكمبيوتر الكفي، فضلاً عن كل ما سبق فإنه بالإمكان الاستماع إلى ملفات صوتية وبامتدادات مختلفة (ogg. wav. mp3) وكذلك الاستماع إلى الراديو ومسجل الصوتيات وغيرها من الألعاب المشتركة بين الاجهزة وعبر خطوط الانترنت. وخدمة الاطلاع على الأبراج، فضلاً عن ذلك فقد أصبحت الهواتف النقالة أحد وسائل الإعلان، كما أن بعض الشركات وفرت الخدمات المصرفية عبر الهاتف النقال من ناحية أخرى أصبحت

13- نظراً لأهمية هذا النشاط فإنه قد تأسست شركات متخصصة تباشر هذا العمل على وجه الاحتراف، وهذا ما حدى بالمشروع المصري الى تحديد النظام القانوني الذي سيخضع له هذا العمل، وهذا ما أكدته المادة (5) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

الأجهزة الجديدة من الهواتف النقالة بإمكانها التصوير والتسجيل الصوري بنفس نقاء ووضوح الكاميرات الرقمية (14).
ثالثاً: شبكة الإنترنت

شبكة الإنترنت أو شبكة المعلومات الدولية مشتق من اصطلاح انجليزي ترجمته شبكة التشبيك وهي تعني لغوياً: الترابط الذي يتم بين شبكات الحاسب الآلي المترابطة فيما بينها والمتناثرة في أنحاء كثيرة من العالم.

أما في الاصطلاح فهي تعني الوسيلة أو الأداة التواصلية بين الشبكات المعلوماتية دون ما اعتبار للحدود الدولية (15)، والتعريفات وإن اختلفا في الصياغة لكنهما متحداً في المعنى من حيث أن شبكة الإنترنت تربط مجموعة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة ببعضها البعض وتستطيع تبادل المعلومات فيما بينها، وهي شبكة تعمل على إلغاء كافة الفوارق الطبقيّة ذلك أنه لن يكون هناك كمبيوتر أفضل من كمبيوتر آخر داخل الشبكة وبالتالي لن يكون هناك شخص أفضل من شخص إذ تعتمد الهوية والمركز في الشبكة على كيفية تقديم الشخص لنفسه وأفكاره من خلال لوحة المفاتيح (16).

- والحاسبات الآلية التي تتألف منها شبكة الإنترنت ترتبط فيما بينها إما عن طريق الخطوط التليفونية أو عن طريق الأقمار الصناعية لتكون شبكة كبيرة تتيح للمستخدم لها الدخول إليها في أي وقت متى كان الحاسب الآلي الخاص به مزوداً بجهاز مودم، وتقوم الحاسبات المتصلة بهذه الشبكة بتقديم المعلومات المطلوبة في صورة ملفات مكتوبة أو مرئية أو مسموعة،

14 - د / هالة صلاح الحديثي - النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة - بحث منشور على شبكة المعلومات - ص5.

15- د. عبد القادر الفتوح - الإنترنت المستخدم العربي - مكتبة العبيكان - الرياض ط 1421هـ - ص11، د. عمر محمد أبو بكر يونس - الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت - دار النهضة العربية ط 2000م - ص38.

16- د. مجدي أبو العطا - شبكة الإنترنت العربية لعلوم الحاسب كمبيوتر ساينس، ص 11، ط 1999م د. شمسان ناجي صالح - المرجع السابق ص17.

فالمعلومات ليست موجودة على الشبكة الدولية للمعلومات ولكنها تحديداً مخزنة على أجهزة الحاسبات الآلية المتصلة بعضها ببعض من خلال الشبكة، وتنتقل المعلومات بين الحاسبات بعضها ببعض، وبينها وبين تلك الشبكة بواسطة نظام عالمي يعرف بنسيج العنكبوت – كناية عن فرط تشعبه وتعقد اتصالاته – ويحكم ترابط تلك الأجهزة واتصالاتها فيما بينها بروتوكول موحد يسمى (بروتوكول تراسل الإنترنت)⁽¹⁷⁾، ويتكون هذا النسيج العنكبوتي الممتد عبر العالم من:

- 1- جهاز الحاسب الشخصي الخاص بكل مستخدم.
- 2- برنامج لتصفح الشبكة وهو الذي يمكن من الدخول إليها.
- 3- خط متصل بشركة لتقديم خدمات الاتصال بالشبكة.
- 4- الحاسبات الخادمة التي تحتوي على المعلومات المطلوبة.
- 5- مجموعة من محددات الطريقة أو المحاولات لتحديد مسار البيانات المنقولة عبر الشبكة⁽¹⁸⁾.

خصائص شبكة الإنترنت:

تتميز شبكة الإنترنت بالعديد من الخصائص التي جعلتها في الوقت الحالي تتربع على عرش وسائل الاتصالات، ومن هذه الخصائص ما يلي:

- 1- أنها ليست مملوكة لأحد⁽¹⁹⁾، فقد اختفى مفهوم التملك ليحل محله ما أصبح يعرف بمجتمع الانترنت، كما أن تمويل الشبكة تحول من القطاع العام الحكومي إلى القطاع الخاص، ومن هنا ولدت العديد من الشبكات الإقليمية ذات الصبغة التجارية. والتي يمكن الاستفادة من خدماتها مقابل

-
- 17- د. فاروق محمد العامري – الشبكة العالمية – الجزء الأول – الإنترنت – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية ط 1999م – ص 21، د. حسين بن سعيد الغافري – المرجع السابق ص 14، د. منى فتحي أحمد عبد الكريم – المرجع السابق ص 11.
 - 18- د. حسام محمود أحمد فهمي – فن البحث في الانترنت – رقم الإيداع بدار الكتب 2167 عام 2003م – ص 71، 89.
 - 19- د. محمد السعيد رشدي – الإنترنت والجوانب القانونية لتنظيم المعلومات – بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثاني – جامعة حلوان – مارس – القاهرة 1999م – ص 12.

- اشترك مالي. وعدم وجود مالك محدد أو معروف للشبكة في الوقت الحالي يجعل مهمة الرقابة على الشبكة من رجال الأمن أكثر صعوبة⁽²⁰⁾.
- 2- النمو: فشبكة الإنترنت لم ولن تكف عن النمو، فقد بات الوصول إليها متاحاً أمام الجميع، وفاق نموها كل التصورات والتوقعات.
- 3- عابرة للدول: فشبكة الإنترنت عالمية وكونها تربط بين الدول لا تحدها الحدود الطبيعية أو السياسية وتسمح لمستخدميها بالتنقل المعنوي أو الافتراضي بين الدول والقارات بدون تعقيد أو صعوبات.
- 4- التغيير والتجدد: فشبكة الإنترنت متجددة وفي تطور مستمر كما سبق عرضه في تاريخ نشأتها، ولقد غيرت من طريقة اتصالات الناس. كما أن لشبكة الإنترنت أثر كبير في إزالة الفوارق الاجتماعية بين الناس.
- 5- افتراضية المجتمع: فشبكة الإنترنت وما بها من أجهزة وبرامج ومستخدمين تشكل في مجموعها مجتمعاً افتراضياً يشعر فيه المستخدم بأنه يعيش في عالم آخر من المعلومات أو البيانات، ويشعر أنه يعلو العالم وغير مرتبط بحدود أيّ كان نوعها.
- 6- قلة التكلفة: وهي تختلف من بلد إلى آخر، إلا أنها إذا ما قورنت بتكلفة استخدام وسائل الاتصال الأخرى كالهاتف أو الفاكس أو البريد تجدها الأقل كلفة، خاصة في البلدان المتطورة، سواء كان ذلك للفرد العادي أو المؤسسات الكبيرة⁽²¹⁾.
- رابعاً: وسائل الإعلام
- يقصد بها مجموعة الوسائل الفنية التي تسمح بالانتشار السريع للأخبار والآراء والأفكار، وتشمل هذه الوسائل الصحافة والإذاعة المسموعة والمرئية (التلفاز والقنوات الفضائية)⁽²²⁾.

20- جريدة الجمهورية 10 يوليو/2000م العدد 16996 لسنة 47 - ص 19.
21- د. حسين بن سعيد الغافري - المرجع السابق - ص 19 وما بعدها.
22- د. عوض محمد عوض - مبادئ علم الإجرام - مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية 1980م ص 299 .

فلا يأوي المواطن المعاصر إلى فراشه قبل أن يقرأ أو يسمع كما هائلاً من المعلومات والمشاهد التي تعرض أفكاراً واتجاهات وفنوناً ودعايات تستهدف شد انتباهه وتوجيهه إلى هدف من أهدافها، وتحاصره حصاداً محكماً وأصبحت المعلومات ضرورية لمباشرة الحياة اليومية الاجتماعية والعملية(23) ،

ويقوم الإعلام ببث رسائل واقعية بصورة موضوعية، أو قد يعرض على العامة رسائل خالية من وحي مؤلفيها(24)، ونذكر من هذه الوسائل التلفاز والقنوات الفضائية والتي من الممكن أن يكون لها تأثير على جرام العرض:

التلفاز: جهاز للصوت والصورة وهو من الأجهزة الحديثة التي اخترعها الإنسان، فمارس صنعها وتوجيهها، والإفادة منها. وقد عم هذا الجهاز العالم أجمع، فلا تكاد تجد دولة من دول العالم أو قطر من الأقطار يخلو منه، بل قد يتكرر وجود التلفاز في المنزل الواحد لكل حجرة جهاز حسب الإمكانيات(25)، وأصبح الناس يتسابقون لاقتنائه وحيازته في بيوتهم ونواديبهم ومؤسساتهم ومكانتهم ودور تعليمهم وذلك من أجل ما يحقق لهم من مردود نافع يسمعونه ويرونه من البرامج الثقافية والتوعية الدينية.

الطبق الهوائي: وانتشر عرض كافة القنوات الفضائية في المنازل والأماكن العامة، عن طريق عمل شبكات خاصة يتولاها بعض الأفراد، وتقوم ببث القنوات الفضائية عن طريق الأطباق الهوائية في المنازل، ويمكن لها أن تبث أية قنوات دون أي رقابة من وزارة الثقافة، لأنه لا يستلزم هذا البث استصدار ترخيص للعرض، باعتبار أن الطبق الهوائي لا يعد مصنفاً فنياً، إنما هو مجرد إريال خارجي يعد العرض بواسطته مباحاً

23- د. نور الدين هنداوي - وسائل الإعلام وانتشار الجريمة في المجتمع - بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني بكلية الحقوق جامعة حلوان - حول الإعلام والقانون من 9 إلى 10 مارس 1999م - 15.

24- د. مها الكردي - وسائل الإعلام والمجال الفني - بحث مقدم للمجلة الجنائية القومية - العدد الثالث سنة 2000م - ص 62.

25- الشيخ جاد الحق علي جاد الحق - بحوث وفتاوى معاصرة - مطابع الوفاء - المنصورة - ط 1995م ج 5 - ص 425.

بدون ترخيص – مقابل اشتراك يسدد لمن يقوم بتوجيه الطابق الهوائي إلى التليفزيون الخاص بكل أسرة⁽²⁶⁾.

وإذا كانت الجريمة ترتكب في الغالب بواسطة سلاح ناري أو غيره فإنه من الممكن أن ترتكب جرائم العرض خاصة بواسطة الإعلام والأداة في ذلك هو القلم – البث المسموع أو المرئي – بل أن الفاعل الأساسي لجرائم الإعلام هو الإنتاج الإعلامي الذي يمكن أن يكون إنتاج فرد واحد وفي الأغلب والأعم أن يكون ثمرة جهد مشترك بين أكثر من فرد؛ كما قد تكون تلك الوسائل دافعاً إلى ارتكاب جرائم العرض.

المبحث الثاني

ماهية العرض وجرائمه في القانون

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية العرض في القانون

المطلب الثاني: جرائم الاعتداء على العرض في القانون

المطلب الأول

ماهية العرض في القانون

- يختلف تحديد مدلول العرض باختلاف السياسة التشريعية في كل نظام قانوني، ومعنى ذلك انه لا يوجد مدلول واحد للعرض، بل تتعدد مدلولاته باختلاف الوجهة التي تتبناها السياسة التشريعية، ويرجع هذا التعدد إلى الخلاف حول معيار وحدود تدخل القانون في الحياة الجنسية للأفراد، وتتردد السياسة التشريعية في تحديد مدلول العرض بين وجهتين من النظر:

الوجهة الأولى: تبنت اتجاهاً أخلاقياً على نحو حرمت معه كل فعل يتصل بالحياة الجنسية للأفراد يقع خارج نطاق الأخلاق.
الوجهة الثانية: وتعترف للأفراد بالحق في الحرية الجنسية على نحو تصير معه كل ممارسة لهذه الحرية مشروعة مادامت برضا طرفيها.

26- القضية رقم 8542 لسنة 2004، جنح السيدة زينب – صدر بتاريخ 2004/10/31م.

وسوف نتناول بيان مدلول العرض في نظر أنصار كل وجهة، مع بيان موقف الشريعة من كل وجهة، وذلك فيما يلي:
أولاً: المدلول الأخلاقي للعرض:

يستمد المفهوم الأخلاقي للعرض مقوماته من القواعد الدينية بصفة رئيسية، ومن المعتقدات الأخلاقية النابعة من التعلق بالمثل العليا من جهة أخرى وهذا المفهوم هو وحده الذي سيطر على أغلب التشريعات الأوروبية حتى القرن الثامن عشر تحت تأثير القانون الكنسي، وقد أسس على فكرة أن الزواج مقدس، وان كل علاقة فاسقة خارج إطاره مهما كانت تفاصيلها، وترتيب على هذا أن القانون الكنسي كان يعاقب على كل علاقة جنسية تقع خارج الزواج بعقوبة قاسية تصل أحياناً إلى حد الإعدام، ويعنى هذا أن المدلول الأخلاقي بهدف إلى تحريم الصلات الجنسية غير المشروعة، وأن عدم شرعية الصلة الجنسية غير المشروعة يتحدد بفروعها خارج نطاق النظام المقرر لإباحتها، وهو بحسب الأصل الزواج.

ومن ثم فإن الزواج يعتبر الوسيلة الوحيدة المشروعة للقاء بين الجنسين، الوسيلة للإنجاب للإنجاب، وأساس للعائلة الشرعية التي هي نواة المجتمع وأساسه⁽²⁷⁾. وصيانة العرض وفقاً للمدلول الأخلاقي لا تنصرف إلى حماية الزواج فحسب، إنما تمتد إلى صيانة العائلة وحفظ الأنساب وحماية النسل وغيرهما، وأيضاً البعد بالمجتمع عن الفوضى الجنسية التي هي السبيل إلى الفساد الأخلاقي وانتشار الأمراض في المجتمع⁽²⁸⁾.

ومما تقدم تخلص إلى أن المدلول الأخلاقي للعرض يعنى صيانة الجسم من كل فعل جنسي غير مشروع⁽²⁹⁾.
ثانياً: المدلول النفعي للعرض⁽³⁰⁾

-
- 27- د. محمد نجيب حسنى - الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري - دار النهضة العربية 1984م - ص 14.
28- د محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية 1987م - 905.
29- د. محمد ذكى أبو عامر - المرجع السابق - ص 15.

يرجع ظهور هذا المفهوم للعرض إلى بداية الثورة الفرنسية عام 1789م، وسيطرة النظرة العلمانية على مختلف المفاهيم الاجتماعية، ومن ثم على التشريعات التي توفر لها الحماية، وكان من نتائجها انفصال المضامين الاجتماعية للقيم عن المضامين الدينية والأخلاقية لها فلم يعد حتماً أن يشكل الفعل الذي يعتبر خطيئة في نظر الدين، أو عيباً في نظر الأخلاق عملاً غير مشروع في نظر القانون⁽³¹⁾، وكان هذا الانفصال في مفهوم العرض – كبيراً حيث بدأ الناس يشعرون بالرغبة في التخفف من قيود الأخلاق والدين، وكانت فكرة الحرية الشخصية في مطلع الثورة الفرنسية واحدة من المقدمات التي لاقت ترحيباً في كل توسعة في مضمونها، وبدأ المجتمع في إنكار حق السلطة العامة في الإطلاع على التفاصيل الخاصة بالحياة الشخصية للفرد، وفي مقدمتها ممارسة الجنس⁽³²⁾.

ويقوم الفكر النفعي على أساس أن السلوك البشري يطغى عليه تأثير اللذة والألم، وأن سعادة الإنسان تزداد بازدياد اللذة، ونقصان الألم، ولذلك فإن النفعية لا تعني إلا بما يخدم الإنسان لزيادة سعادته، وأن مقدار السعادة يتم تقديره بقياس حجم اللذة والألم الناتج عن فعل معين، فههدف النفعية هو تحقيق السعادة لمصلحة أكبر عدد من الناس.

هذا ولقد كان لظهور هذا المفهوم الجديد أثره في اندثار المفهوم الأخلاقي للعرض، باعتباره مفهوماً فردياً ومطلقاً فنقلص معنى العرض عند حد حماية الجسد من كل ممارسه غير رضائية للجنس، وزال تماماً الارتباط الذي كان قائماً بين المشروعية والعرض، وأصبح الاعتداء على

30- يسميه البعض بالمدلول الاجتماعي. د. محمد زكي أبو عامر – الحماية الجنائية للعرض – ص15.

31- د. محمود أحمد أمان – الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة القاهرة 1994م ص 32.

32- د. عبد المهيم بكر - قانون العقوبات – القسم الخاص - دار النهضة العربية 1977م ص 671، د. محمد زكي أبو عامر – المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

العرض مقصود به الاعتداء على الحرية الشخصية، لا على العرض في حد ذاته(33).

أو بمعنى آخر – انه ترتب على هذا المفهوم للعرض أن أصبح مناط شرعية الصلة الجنسية ليس هو الزواج، وإنما الرضا بالصلة الجنسية على عكس المدلول الأخلاقي، وظهور فكرة الرضا بالفعل الجنسي كأساس لمشروعية الصلة الجنسية أن يكون هناك سببان لشرعية هذه الصلة. أولهما: الزواج، وثانيهما: الرضا، وأن توفر أحدهما يكفي لإباحة الصلة الجنسية، غير أنه تحت تأثير الآراء والأفكار التي تتادى بتقديس الحرية الجنسية توارت فكرة الزواج باعتبارها سبباً للصلة الجنسية، ولم يعد الزواج وحده في نظر الفلسفة النفعية المعاصرة سبباً لإباحة الصلة الجنسية، بل يلزم توافر الرضا الصحيح لقبول تلك الصلة، وأصبح تخلف رضا الزوج مؤدياً إلى اعتبار الأفعال التي يأتيتها الزوج الآخر، مشكله لجريمة الاغتصاب أو هناك العرض بالقوة، وأصبحت مشكلات اغتصاب الزوجات من أزواجهن أحد المشكلات التي تواجه المجتمعات الغربية في الوقت الراهن(34).

كما ترتب على المدلول النفعي العرض تقلص القيود المفروضة على الحرية الجنسية وأصبحت غالبية الدول الغربية لا تجرم الزنا، وتنظر إلى هذه الجريمة إلى أنها تنطوي فقط على مجرد المساس بعقد مدني فحسب، ولا شك أن إلغاء هذا التجريم، إنما هو مزيد من إطلاق مبدأ الجنسية ولو كان على حساب صيانة الأسرة، بل إن القانون المصري رغم أنه مطبق في مجتمع تسوده الثقافة الإسلامية أخذ منذ مطلع القرن الحالي بمبدأ عدم العقاب على أفعال الشذوذ الجنسي بين الرجال، أو بين النساء متى وقعت بالرضا من أشخاص بلغوا الثامنة عشرة، كما أن القانون المصري لا يجرم الأفعال الجنسية إذا لم تأخذ شكل الاعتياد كالدعارة، فإنها تكون بمنأى من

33- د. محمود أحمد أمان – المرجع السابق - ص33.
34- أ / محمد عطية راغب- العلاقة الجنسية في التشريع المصري- مقال بمجلة الأمن العام- العدد20- السنة الخامسة- يناير 1963م ص 55-58.

التجريم، ومناطق هذا الاعتياد أن تتكرر الصلات الجنسية مع الغير دون تمييز مقابل أجر، ولذلك فإن تكرار الصلات الجنسية بين رجل وامرأة بالرضا في القانون المصري لا إثم عليه⁽³⁵⁾.

المطلب الثاني

جرائم الاعتداء على العرض في القانون

تمهيد

إذا كانت جريمة الاغتصاب أشد عدواناً على العرض فإن جريمة الزنا أكثرها وضوحاً في تجسيم صورة العرض المعتدى عليه، فهي اعتداء على الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد الزواج، واعتداء على العائلة باعتبار الزواج أساسها، ثم يأخذ العدوان على العرض صورة أقل من سابقتها فيكون في شكل ملامسة مخلة بالحياء على نحو جسيم تقع على جسم المجني عليه، أو على مكان يعد عورة، وسواء كان هذا الأخير رجل أو امرأة وهذه جريمة (هتك عرض)، وأقل صورة في جسامة الاعتداء على العرض هي (جريمة الفعل الفاضح) وسواء منه العلني أو غير العلني⁽³⁶⁾، لذا قسمت هذا الفصل إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: جريمة الزنا.

الفرع الثاني: جريمة الاغتصاب.

الفرع الثالث: جريمة هتك العرض.

الفرع الرابع: جريمة الفعل الفاضح.

الفرع الأول

جريمة الزنا في القانون

يعرف الفقه المصري الزنا بأنه: ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع توافر القصد الجنائي مع امرأة أو رجل برضاها حال

35- نقض 1988/3/2 م - مجلة الفضاة - السنة الثالثة ع/423 مارس - أبريل 1988 م - ص48.

36- د. محمود أحمد أمان - المرجع السابق ص107.

قيام الزوجية فعلاً أو حكماً⁽¹⁾. وتكاد الشرائع الحديثة جميعاً – ما عدا القانون الانجليزي – تعد الزنا بهذا المعنى جريمة قائمة بذاتها، لأن فيها انتهاك لحرمة الزوجية – والقانون المصري فرق في تجريم جريمة الزنا بين زنا الزوجة، وبين زنا الزوج، فتميز الجريمتين من الناحية الموضوعية في حكمين، فمن حيث الأركان، فجريمة زنا الزوج تتطلب ارتكاب الفعل وهو الاتصال الجنسي – في منزل الزوجية، في حين تكتمل، الجريمة (زنا الزوجة) أركانها أيّاً كان مكان ارتكاب الفعل الذي لا تزيد مدته على سنتين، وتوقع على الزوج الزاني عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على ستة أشهر، ومن ذلك يتضح لنا أن نظرة المشرع لجريمة الزنا الزوج تتسم بالتساهل والتسامح، بينما تشدد في تجريمه لزنا الزوجة⁽²⁾ الزوجية⁽²⁾

ومما سبق يتبين أن جريمة الزنا تستوجب توافر الشروط الآتية:

- 1- الاتصال الجنسي، وهو الوطء فعلاً، فلا تقوم جريمة الزنا بالصلوات الأخرى غير المشروعة، وأعمال الفسق فيما دون الوطء والخلوة غير المقترنة بالوطء، فالفعل الذي يقوم به الركن المادي في جريمة الزنا هو الاتصال الجنسي التام بين امرأة ورجل فلا شروع فيها ولا عقاب على البدء في تنفيذها⁽³⁾.
- 2- انعدام الرضا: وفقاً للمفهوم الاجتماعي للعرض الذي تبناه القانون الوضعي أنه لا يمكن أن نكون أمام اعتداء على العرض، إلا إذا تم الفعل وهو الاتصال الجنسي – دون رضا أو رغم إرادة المجني عليه أو كان الرضا غير معتبر قانوناً، أما إذا تم الفعل برضاء من المجني

1- د. أحمد حافظ نور – جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن- رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة 1958م – ص45. د. عبد الخالق النواوي – جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – دار الفكر 1973م – ص7.
2- د. أحمد حسني طه – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – مرجع سابق ص 274.
3- عكس الرأي السابق- د. محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص الخاص – المرجع السابق ص 544.

عليه، فليس ثمة اعتداء على العرض، وعلى هذا فإن جريمة الزنا لا تعتبر من جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجنائي، وإنما هي من جرائم الاعتداء على العائلة، ولكن لما كان للزنا أثره الخطير على الأسرة اعتبره الفقه من الجرائم التي يحافظ بها المشرع الوضعي على النظام العام للدولة ويحميه بها من بعض الأنشطة الجنسية الخطيرة⁽¹⁾، لذا نلاحظ أن الفقه يعتبر الجريمة قائمة حتى ولو كان في حالة الرضا⁽²⁾.

3- قيام علاقة الزوجية: وذلك لأن الاتصال الجنسي وهو الفعل الذي تقوم به جريمة الزنا، يستلزم طرفين. فإن فاعل الجريمة هو المتزوج منهما، لأن جوهر الجريمة يكمن فيما ينطوي عليه الاتصال الجنسي من إخلال بالإخلاص الزوجي، وهو ما لا يتصور أن يصدر إلا من شخص ملتزم بذلك⁽³⁾. وتقوم جريمة زنا مستقلتين عندما يكون طرفا الصلة الجنسية متزوجين، أو يكون كل زوج فاعل للزنا الذي اعتدى به على زوجته، وشريك في الزنا الذي اعتدى به زميله في الجريمة على حق زوجة، وتكون أمام تعدد معنوي، لأن الجريمتين قامتتا بفعل واحد ويدخل الزنا بذلك في نطاق جرائم ذات الصفة الخاصة. عقوبة الزنا:

في الوقت الذي نجد الشريعة الإسلامية فيه تعاقب على الزنا حماية للفضيلة في ذاتها، وتطهير الأنفس من الرذيلة فإننا نجد أن العقاب على الزنا في القانون يقصد منه فقط حماية كيان الزواج باعتباره أساس العائلة والعائلة نواة المجتمع، لذلك فإن تجريم الزنا في القانون المصري والعقاب عليه من أجل حماية العائلة والمجتمع تبعاً لذلك، يتضح ذلك من المادة (274) عقوبات التي نصت على أن العقوبة المقررة بالنسبة للزوجة الزانية

- 1- د. محمد زكي أبو عامر – الحماية الجنائية للعرض في التشريع الجنائي المعاصر – دار المطبوعات الجامعية 1985 ص 63.
- 2- د. أحمد حسني طه – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – المرجع السابق ص 275.
- 3- د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص 544.

الحبس مدة لا تزيد على سنتين ولا تقل عن أربع وعشرين ساعة ويلاحظ على هذه العقوبة بجد أنها تافهة لا تتناسب مع بشاعة الجرم، كما أنها ليست رادعة، كما أن هذه المادة أجازت للزوج وقف تنفيذ العقوبة بعد صدور الحكم بها على زوجته الزانية وذلك لإعادة الوئام والسلام إلى الأسرة⁽¹⁾، ومن ناحية أخرى، فإن المشرع المصري علق رفع الدعوى العمومية للزنا على شكوى الزوج - ويلاحظ أن حق الزوج في العفو عن زوجته حفاظاً على سمعة الأسرة والأولاد لا يسري على شريك الزوجة في الزنا فعليه أن يقضي العقوبة متى صدر الحكم بها⁽²⁾، كما لا يعفى من الحقوق المدنية ضده، كما لا يؤدي العفو إلى سقوط الجريمة أو أن الزوجة بريئة من الاتهام - أما عقوبة الزنا بالنسبة للزوج الزاني فهي الحبس الذي لا يزيد مدته عن ستة أشهر⁽³⁾. ولا يخفى أن تفاهة هذه العقوبات تجدد نداء فقهاء القانون بوجوب تعديل التشريع الوضعي والأخذ بما استقر عليه حكم الشريعة الإسلامية والتي تتحقق بها العدالة سواء في المحاكمة أو توقيع العقوبة⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

جريمة الاغتصاب في القانون

الاغتصاب: هو اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضا صحيح منها بذلك⁽⁵⁾.
وعرفه البعض بأنه: اتصال رجل بأنثى غير زوجته اتصالاً جنسياً طبيعياً تاماً بإيلاج عضو تذكيره في فرجها، دون رضا صحيح منها مع علمه بعدم مشروعية هذا الاتصال الجنسي وبعدم رضائها به، واتجاه إرادته اتجاهها صحيحاً إلى ذلك⁽⁶⁾.

- 1- د. عبد المهيمن بكر - المرجع السابق، ص 721.
- 2- د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق، ص 485.
- 3- المادة 277 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 م.
- 4- الشيخ / محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة، ص 252.
- 5- د/ محمود نجيب حسني " شرح قانون العقوبات القسم الخاص " دار النهضة العربية 1994 م ص 527.
- 6- د/ محمد سليمان مليجي الغتيت " الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة القاهرة 2001 م ص 56.

وهذا الاتصال يتحقق بالتقاء الأعضاء التناسلية للرجل والمرأة التقاءً طبيعياً، كما تفترض هذه الصلة وجود طرفين أحدهما رجل والآخر امرأة. كما يفترض أن الجاني هو الرجل إذ هو الذي يتصور أن يصدر منه فعل الوقاع، وأن المرأة المجني عليها⁽¹⁾.

وقد نصت على هذه الجريمة المادة 267 ع بقولها: " من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المشدد " يتضح من نص المادة السابقة أن لجريمة الاغتصاب أركان ثلاثة:-

1- فعل الوقاع.

2- عدم رضا المجني عليها.

3- القصد الجنائي.

والركن الذي يميز جريمة الاغتصاب عن جريمة الزنا هو ركن عدم رضا المرأة الحامل، وينعدم هذا الرضاء بالإكراه سواء كان الإكراه مادياً ويقصد به أفعال العنف التي تقع على جسم المرأة بهدف شل مقاومتها والرضوخ لرغبة الجاني، أو معنوياً ويقصد به التهديد بشر جسيم على النفس أو المال يحيق بالمرأة أو بشخص عزيز عليها، كما ينعدم الرضاء بالغش والخديعة كمن يتسلل إلى فراش المجني عليها ويتصل بها جنسياً أثناء نومها على صورة تحسبه زوجها، ونفس الحكم بالنسبة للمباغنة فالطبيب الذي يغافل مريضته ويتصل بها اتصالاً جنسياً كاملاً بغير رضاها منتهزاً فرصة عجزها - بسبب المرض - عن المقاومة يعد غاصباً⁽²⁾.

عقوبة جريمة الاغتصاب

- 1- د. أحمد أمين - شرح قانون العقوبات الأهلي - دار الكتب المصرية 1924 م - ص 443، د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - ط 1975 م ص 603، د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - ط 1985 م - ص 635.
- 2- د/ هلالى عبد اللاه أحمد " الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي " دار النهضة العربية 1996 م ص 276- 278، د/ مدحت رمضان " دروس في قانون العقوبات القسم الخاص (جرائم الاعتداء على الأموال وجرائم الاعتداء على الأشخاص) " دار النهضة العربية 1996 م ص 329.

الاغتصاب جنائية تقع على العرض عقوبتها في القانون الجنائي المصري الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، وهذا ما قرره المادة (267) عقوبات حين نصت على أن (من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، سواء وقعت الجريمة باستخدام الحيلة أو الخداع أو المباغنة أو التهويد باستخدام القوة أو استخدام العنف البدني كأعمال الضرب والجرح)⁽¹⁾.

وقد نص المشرع على طرفين مشددين لجريمة الاغتصاب: الأول: إذا كان المعتصب من أصول المجني عليها أو المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو له سلطة عليها، أو كان خادماً بالأجرة عندها. ونصت على هذا الظرف المادة 267 من قانون العقوبات بقولها: "...فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد " والثاني: إذا سبقت جنائية الاغتصاب خطف المعتصبة بالتحايل أو بالإكراه. وقد نصت عليه المادة 290 من قانون العقوبات بقولها: " كل من خطف بالتحايل أو الإكراه أنثى أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن المؤبد 0 ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجنائية بالإعدام إذا اقتربت بها جنائية موقعة المخطوفة بدون رضاها "، وقد كان قانون العقوبات يكافئ الخاطف المعتصب وذلك بنصه على أن زواج المعتصب من التي اغتصبها يعتبر مانعاً للعقاب إذ كان ينص في المادة 291 من قانون العقوبات على أنه: " إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجاً شرعياً لا يحكم عليه بعقوبة ما " لذا فقد طالب البعض⁽²⁾ بإلغاء هذه المادة التي كانت تكافئ المعتصب على اعتبار أن جرائم خطف الإناث واغتصابهن تعد من أبشع الجرائم التي تروغ الأمن، وتشيع الخوف والفرع بين الناس، وليس صحيحاً أن زواج الخاطف بمن خطفها واغتصبها هو خدمة للمجتمع وستر

1- راجع نص المادة (267) عقوبات مصري.
2- من مقال بعنوان " الإعدام وليس الزواج للخطف والاغتصاب " للمستشار عبد المنعم إسحاق محمد بجريدة الأهرام باب مع القانون ص 25 س 123 العدد 40989.

للفضيحة، لأنه لا يمكن أن يكون الزواج الذي هو علاقة شرعية كريمة ورباط أزلي وسيلة للهروب من العقاب، والإفلات من حبل المشنقة، كما أن الزواج يقوم على الرضاء الخالي من أي إكراه ولاشك أن هذا الرضاء يكاد يكون منعدماً بالنسبة للمغتصبة في هذه الحالة، لذلك قام المشرع بإلغاء نص المادة 291 من قانون العقوبات.

ولقد استجاب المشرع المصري وقام بإلغاء المادة 291 من قانون العقوبات وذلك بالقانون رقم 14 لسنة 1999م المنشور بالجريدة الرسمية العدد 16 تابع في 22/4/1999م

الفرع الثالث

جريمة هتك العرض في القانون

هو الإخلال العمدي الجسيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه، ويمس في الغالب عورة فيه. كما يعرف بأنه تعدد مناف للآداب يقع مباشرة على جسم شخص آخر⁽¹⁾.

ويشترك هتك العرض مع جنائية اغتصاب الأنثى في أنه يتضمن اعتداء على الحرية الجنسية للمجني عليه. والذي يميز هتك العرض عن الاغتصاب - هو أن الاغتصاب لا يقع إلا على أنثى، أما هتك العرض فيقع على ذكر أو أنثى، والاغتصاب لا يتم إلا بالوقاع من قبل، أما هتك العرض فلا يقع كذلك ويشمل ما دون الوقاع من الأفعال الماسة بالعرض، كما يدخل فيه وقاع الصغيرات إذا لم يكن مصحوباً بقوة أو تهديد⁽²⁾.

كما تفترق جريمة هتك العرض عن جريمة الزنا في أن جريمة الزنا تتطلب توافر صفة معينة في الفاعل هي كونه زوجاً سواء كان امرأة أو

1 - د / أحمد حسني طه - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص " جرائم الاعتداء على الأشخاص " المرجع السابق - ص 242

2- د/رمسيس بهنام - القسم الخاص في قانون العقوبات " العدوان على أمن الدولة الداخلي، والعدوان على الناس في أشخاصهم وأموالهم " منشأة المعارف بالإسكندرية 1982 م - ص 383، د/حسين عبيد - الوجيز في قانون العقوبات - القسم الخاص " جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال " دار النهضة العربية 1997م - ص 179.

رجل وجريمة الزنا لا تقوم إلا بتمام فعل الوطء أي الاتصال الجنسي التام، كما تفترض أن فعل الوطء قد تم برضاء طرفيه فلا إكراه فيه ولا تهديد وهو ما لا يلزم توافره في هتك العرض(1).

ومما سبق يتبين أنه يلزم لتوافر هذه الجريمة الشروط التالية:

1- توافر الركن المادي بشقيه السلوك الإجرامي والنتيجة:

أما السلوك الإجرامي في هذه الجريمة فيتمثل في كل فعل يمس في صورة ما جاسم المجني عليه، وينطوي على إحلال جسيم بحيائه، والفعل الماس بجسم المجني عليه يشترط فيه أن يقع على جسم المجني عليه، أما إذا وقع الفعل على غير جسم المجني عليه فلا يعد هتك عرض، فمن يتعرض أمام شخص، سواء كان امرأة أو رجل، ومن يستحضر شخص ليقوم معه بأعمال الفحش والفسق أمام امرأة أو رجل، ومن يستحضر امرأة ويربها صوراً منافية للأداب، أو يسمعها أصوات قبيحة أو جنسية، أو يريها أفلاماً مصورة تبين حالات موقعة جنسية، فإن هذه الأفعال جميعها لا تعد هتكاً لعرض هؤلاء، حتى ولو ثبت أن الجاني يسعى بذلك إلى إشباع جنسي، أو ثبت الإشباع فعلاً.

كما يتعين أن يكن الفعل الواقع على جسم المجني عليه مخالفاً بالحياء إخلالاً جسيماً، ويثور التساؤل حول المعيار الذي على أساسه يتم تكييف الفعل بأنه جسيم وهو بذاته ضابط التمييز بين جرمي هتك العرض والفعل الفاضح(2)، إذ أن الفعل الفاضح يחדش الحياء فقط، أما هتك العرض فيجرح الحياء جرحاً بليغاً(3).

أما النتيجة الإجرامية عن هذا الفعل فهي عبارة عن الآثار التي تصيب المجني عليه، وقد تبلغ أحياناً خطورة كإزالة البكارة، وقد تقتصر

1- د / أحمد حسني طه - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - المرجع السابق ص 263.

2- د. محمد زكي أبو عامر - المرجع السابق ص 86، د. محمود نجيب حسني - الحق في صيانة العرض - ص 45.

3- أ.د. محمد مصطفى القلبي - هتك العرض والفعل الفاضح ضابط التفرقة بينهما - مقال بمجلة القانون والاقتصاد - س 4 - ص 886 إلى ص 894 - د. عبد المهيم بكر - المرجع السابق - ص 986 - د. محمد زكي أبو عامر - ص 86.

على ألم ينال جزءاً من جسم المجني عليه والذي عبث به الجاني. وفي جميع الأحوال لا تتصف هذه الآثار بأهمية قانونية تتميز بها عن الفعل ذاته(1).

2- كما أن هذه الجريمة تتطلب لقيامها عدم رضا المجني عليها بالفعل المخل بالحياء، وهذا الشرط يتطلب أن يكون الفعل المخل بالحياء على المجني عليها وقع تحت تأثير القوة أو التهديد فتتوفر الجريمة إذا أرغم الجاني المجني عليه أن يرتكب الفعل المخل بالحياء على جسمه أي جسم المجني عليه أو العكس.

فمثال الأول: أن يرغم الجاني المجني عليه على أن يتعري أمامه. ومثال الثاني: أن تهدد امرأة رجلاً بشر ما لم يتصل بها جنسياً فامتثل – كانت هي مسئولة عن هتك العرض(2).

كما تتحقق الجريمة إذا أرغم الجاني شخصين على أن يتصل أحدهما بالآخر جنسياً على مشهد منه(3)، هذا وقد توسع الفقه الجنائي المصري والفرنسي، وكذلك القضاء المصري والفرنسي في دائرة القوة والتهديد إلى الحد الذي يعدم به الرضا تماماً كما هو الحال في جريمة الاغتصاب. فأى فعل يصدر عن الجاني ويؤدي إلى عدم رضا المجني عليه بالفعل الهاتك يدخل تحت دائرة التجريم(4)، وتمشياً مع هذه الوجهة الفقهية والقضائية استلزم بعض فقهاء القانون تقديم شكوى من المجني عليها أو من وكيلها بتوكيل خاص. ولذلك فإن قعودها عن تقديم هذه الشكوى بنفسها أو عن طريق وكيلها يعد قرينة على رضائها بهذا الفعل، ومن ثم لا تقوم الجريمة بداءة(5).

- 1- د. محمود نجيب حسني – الحق في صيانة العرض – ص 44.
- 2- نقض جنائي 991 لسنة 21 ق جلسة 1962/2/12م رقم 28 – ص 1945 – مجموعة المكتب الفني رقم 12 – نقض جنائي 218 لسنة 29 ق جلسة 1969/6/9ك برقم 171 – ص 853 – مجموعة المكتب الفني س 20.
- 3- د. محمود نجيب حسني – الحق في صيانة – ص 45 - ط 1954م.
- 4- نقض جنائي 1983/3/26م – مجموعة أحكام النقض السنة 24 رقم 900 – ص 436.
- 5- د. محمود أحمد أمان – المرجع السابق – ص 231.

عقوبة جريمة هتك العرض:

تختلف عقوبة جريمة هتك العرض بحسب إذا ما كانت هذه الجريمة قد وقعت بالقوة أو التهديد أو بدونهما على التفصيل الآتي:

(3) عقوبة هتك العرض بالقوة أو بالتهديد:

يفهم من نص المادة (1/268) عقوبات أن عقوبة جنائية هتك العرض أو الشروع فيها بالقوة أو بالتهديد في صورتها البسيطة تتراوح ما بين الأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى سبع، وهذا يعني أن القانون حول سلطة للقاضي في تقدير العقوبة ما بين هذين الحدين، وقد شدد القانون العقوبة في حالتين:

أولهما: إذا كان سن المجني عليه لم يبلغ ست عشرة كاملة، وترجع العلة في التشديد العقوبة إلى أن الجاني يستغل صغر سن المجني عليه وكونه ضعيفاً بدنياً عن مقاومة الجاني أو تأخذه الرهبة والخوف من تهديده وعجزه عن إدراك حقيقة ما يفعل به.

ثانيهما: إذا توافرت صفة في الجاني من الصفات المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة (267) عقوبات وهي أن يكون الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربية المجني عليه أو له سلطة أو خادماً للمجني عليه⁽¹⁾.

(4) عقوبة هتك العرض بغير قوة أو تهديد:

نصت المادة (269) عقوبات بأن "من هتك عرض صبي أو صببية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس"، ولما كانت هذه الجريمة في صورتها البسيطة جنحة يعاقب عليها بالحبس التي لا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد عن ثلاث سنوات. كما أنه لا عقوبة على الشروع فيها. ولكن قد تتحول هذه الجنحة إلى جنائية عقوبتها الأشغال المؤقتة والتي لا تقل مدة العقوبة فيها عن ثلاث

1- د. مأمون سلامة "حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون" دار الفكر العربي 1975 م، ص 120، الأستاذ أحمد أمين - المرجع السابق، ص 455.

سنوات ولا تزيد على خمسة عشرة عاماً متى قام ظرف من الظروف المشددة ومنها:

- (1) أن يكون سن المجني عليه لم يبلغ سبع سنين كاملة.
- (2) أن يكون الجاني ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (267). وهو أن يكون الجاني أصلاً للمجني عليه أو المتولين تربيته أو خادماً للمجني عليه⁽¹⁾.

الفرع الرابع

جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء

وهذه الجريمة قد تكون علنية وقد تكون غير علنية:

أولاً: أركان جريمة الفعل الفاضح العلني تتمثل في:

- 1- ركن المادي: فعل مادي مخل بالحياء: ويقصد كل عمل مادي أو حركة أو إشارة من شأنها خدش حياء الغير، فلا يكفي مجرد الكلام أو عرض الصور⁽²⁾، والفعل الفاضح المخل بالحياء يتحقق سواء وقع الفعل على جسم الغير أو أوقعه الجاني على نفسه. ومن الأمثلة على الفعل الفاضح الذي يأتيه الجاني على نفسه ظهوره علناً في حالة عرى تام، أو كشفه عن أعضائه التناسلية علناً⁽³⁾، أما الفعل الذي يقع على جسم الغير فيدخل فيه كل أفعال التماذج الجنسي طبيعية أو غير طبيعية والتي تكون الركن المادي في الاغتصاب أو الزنا أو هتك العرض، فيعاقب عليها بوصف الفعل الفاضح إذا ارتكبت علناً برضاء من وقعت عليه ويعد المجني عليه في هذه الحالة مسؤولاً عن الجريمة بوصفه فاعلاً مع غيره⁽⁴⁾

- 1- راجع نص المادة (269) بفقرتها الأولى والثانية والمادة 18، 47، 55 عقوبات. وراجع نقض جنائي 16140 لسنة 48 ق مجموعة المكتب الفني السنة 30، ص 147، والنقض 2119 لسنة 32 ق جلسة 1964/4/14م رقم 62، ص 218، مجموعة المكتب الفني لسنة 15، د. عبد المهيم بكر - المرجع السابق، ص 705، د. محمود أحمد أمان، المرجع السابق، ص 417 وما بعدها.
- 2- د. أحمد حسني طه - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - المرجع السابق ص 262، د. عمر السعيد رمضان - المرجع السابق ص 348.
- 3 - نقض 1952/5/21 مجموعة أحكام النقض س 3 رقم 166 ص 440.
- 4 - نقض 1975/12/29م مجموعة أحكام النقض - س 26 رقم 196 ص 891.

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما هي الأفعال التي يمكن أن تعتبر مخلة بالحياة، على أن يدخل في تقديره اختلاف الأوساط والبيئات واستعداد الناس أو عاطفة الحياء عندهم للتأثر (1).

2- الركن الثاني: حصول الفعل في مكان علني: طبقاً للضابط الذي استقر عليه الفقه تتحقق العلانية في جريمة الفعل الفاضح 2- الركن الثاني: حصول الفعل في مكان علني: طبقاً للضابط الذي استقر عليه الفقه تتحقق العلانية في جريمة الفعل الفاضح إذا شاهد الغير فعل الجاني أو كان في استطاعته مشاهدته (2).

3- القصد الجنائي: هذه الجريمة جريمة عمدية يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائي ويتحقق بتوجيه الفاعل لإرادته نحو إتيان الفعل عالمياً بأن من شأنه أن يجرح في الإنسان حياء العين.

ثانياً: أركان جريمة الفعل الفاضح غير العلني:

1- الركن المادي: وهو نفس الركن المادي في جريمة الفعل الفاضح العلني.

2- الركن الثاني: أن تكون المجني عليها امرأة.

3- الركن الثالث: انعدام رضاء المجني عليها.

4- الركن الرابع: القصد الجنائي: هذه الجريمة جريمة عمدية يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائي ويفترض القصد علم الجاني بأن الفعل مغل بالحياء وأن الرضاء به منعدم، بالإضافة إلى اتجاه إرادة المتهم إلى الفعل.

ثالثاً: عقوبة الفعل الفاضح العلني وغير العلني:

والعقوبة المقررة لهذه الجريمة هي الحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة التي لا تزيد على ثلاثمائة جنيه. وهذه الجريمة كما هو ظاهر من العقوبة المقررة لها جنحة، ويجوز للقاضي أن يحكم بوقف تنفيذ العقوبة فيها متى بين الأسباب وجريمة هناك العرض غير العلني تتطلب أن يكون المجني عليه امرأة، فلا تقوم هذه الجريمة إذا ارتكبت على ذكر – ويلاحظ

1- د. محمود نجيب حسني – الموجز في شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية 1993م ص 578.
2- نقض 1973/10/14م مجموعة أحكام النقض – س 24 رقم 175 ص 847.

أن المشرع قد سوي بين العقوبة على الجريمتين، كما لا يعاقب على الشروع فيهما⁽¹⁾.

المبحث الثالث

أثر التقدم التكنولوجي على جرائم العرض

ومدى حد تدخل التشريعات في الحد منها

لا شك أن شبكة الإنترنت تعتبر عاملاً مشتركاً بين الحاسب الآلي والجوالات، لأن الاتصال بشبكة الإنترنت يتطلب جهازاً للحاسب الآلي أو جوالاً حديثاً توجد به خاصية الاتصال بشبكة الإنترنت. لذلك فإن الحديث عن أثر شبكة الإنترنت على جرائم العرض يشمل ما إذا كان الاتصال بتلك الشبكة عن طريق الحاسب الآلي أو عن طريق الجوال. كما أن الصور الفاضحة واللقطات المثيرة كما تعرض على وسال الإعلام متمثلة في التلفاز والقنوات الفضائية، يمكن أن تعرض على جهاز الحاسب الآلي أو الجوال.

لذا سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أثر شبكة الإنترنت على جرائم العرض، ومدى تدخل التشريعات في الحد منها.

المطلب الثاني: أثر وسائل الإعلام على جرائم العرض، ومدى تدخل التشريعات في الحد منها.

المطلب الأول

أثر شبكة الإنترنت على جرائم العرض

ومدى تدخل التشريعات للحد منها

أدى الانفتاح الكبير الذي شهدته شبكة الإنترنت على المستوى العالمي، إلى أن تكون ساحة لممارسة مختلف أنواع الجرائم الممكنة والمحتملة، ومن بين هذه الجرائم تلك المتعلقة بالعرض، كما أدى التطور الواضح في شتى مجالات الإنترنت إلى انتشار مواقع تحرض على ممارسة الجنس، سواء للكبار، أو مع الأطفال، وذلك بنشر صور جنسية فاضحة،

1- د. محمود مصطفى - الإجراءات الجنائية، ط مطبعة جامعة القاهرة، ط 1988م ص 84، ونقض 2 نوفمبر 1959 مجموعة أحكام النقض 10 - 178 - 834. ود. محمود نجيب حسني - المرجع السابق، ص 83.

وقد أثبتت الدراسات أن شبكة الإنترنت تتضمن حوالي مليون صورة أو رواية أو وصف لهذه الصورة، لها علاقة مباشرة وواضحة بالجنس، كما أن بعض التقارير الصادرة عن الولايات المتحدة الأمريكية تثبت أن هناك مشاهد جنسية يتم عرضها على شبكة الإنترنت، وأن أكثر من 2900000 صورة جنسية تبت سنوياً من خلال شبكة الإنترنت⁽¹⁾، كما ثبت أن حجم الإقبال على شبكة المعلومات الدولية يتضاعف تقريباً كل مائة يوم، وأن عدد الصفحات الإباحية في الشبكة تقدر بنحو 2.3% من حجم الصفحات الكلية في الشبكة، وهذا العدد قد يعد صغيراً نسبياً إلا أنه لا يعطي الصورة الحقيقية لحجم المشكلة، لأنه قد يكون عدد الصفحات الإباحية قليل إلا أن المقبولون على زيارة هذه الصفحات أو المواقع كثيرون بشكل مخيف، حيث قامت بعض الشركات بدراسة وإحصاء عدد الزوار لصفحات الدعارة والمواقع الإباحية في الشبكة فوجدت أن بعض هذه الصفحات يزورها 280034 زائر في اليوم الواحد، كما أفادت هذه الدراسات أن أكثر مستخدمي المواد الإباحية تتراوح أعمارهم ما بين 12، 17 سنة وغالباً ما تبدأ هذه العملية بفضول برئ ثم يتطور الأمر بعد ذلك على إدمان مع عواقب وخيمة كإفساد العلاقات الزوجية أو تبعات شر من ذلك⁽²⁾.

كما أن الشبكة توفر معلومات عن بيوت الدعارة في العديد من بلدان العالم. هذا بجانب ما توفره بعض المؤسسات عبر الشبكة من أحاديث هاتفية حية تثير الغرائز الجنسية تؤديها فتيات مدربات مقابل نسبة من عائد هذه المكالمات⁽³⁾، وذكرت بعض التقارير الصادرة عن بعض المنظمات أن عام 2002 شهد (549) جريمة جنسية ضد الأطفال في بريطانيا مقابل (35) جريمة عام 1988م، وأفادت هذه المنظمة أن الإنترنت المتاح على

1- د. شمسان ناجي صالح الخليل - المرجع السابق - ص 92.
2- د. مشعل بن عبد الله القدهي - المواقع الإباحية على شبكة الإنترنت وأثرها على الفرد والمجتمع - 1422هـ - ص 56 - بحث على موقع في الشبكة الدولية للمعلومات www.minshawil.com/hshihtm
3- د. عبد الفتاح بيومي حجازي - الأحداث والإنترنت - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية 2002م ص 13.

الهواتف المحمولة قد يزيد الأمر سوءاً⁽¹⁾، ومن الجرائم التي تتعلق بالعرض والتي تمثل خطورة على الأحداث وتم بالفعل عبر الإنترنت ما يلي:

- 1- في عام 1954م وجهت الشرطة البريطانية أول اتهام لاستخدام الإنترنت في تبادل المواد الإباحية.
- 2- في بعض الدول تم ضبط عصابات تستخدم الأطفال في إجراء مكالمات حية تتناول موضوعات جنسية فاضحة مع مستخدمي شبكة الإنترنت.
- 3- رصدت شرطة (سكوتلاندر يارد) في بريطانيا حوالي (143) موقعاً في الشبكة تحتوي على مواد جنسية خليعة وفاضحة.
- 4- خلال السنوات من (1995 إلى 2000) تم إجراء (8.5) مليون اتصال من حوالي (2000) مدينة للإطلاع على المواد الإباحية التي تبث عبر الشبكة – وهو الأمر الذي يمثل دخلاً مالياً هائلاً للشركات التي تبث هذه المواد، وتصديقاً لذلك ذكرت شركة (PLAG BOY) الإباحية التي تصدر مجلة إباحية بنفس الاسم بأن (470) مليون زائر يزرون صفحاتها على شبكة الإنترنت أسبوعياً، وأن هناك بعض الصفحات الإباحية المشابهة تستقبل أكثر من ربع مليون يومياً، كما وجد أن أكثر من (80%) ثمانين في المائة من الصور المتداولة في المجموعات الإخبارية هي صورة إباحية، وأن أكثر من 20% عشرون بالمائة من سكان الولايات المتحدة الأمريكية يزرون تلك الصفحات الإباحية، وأن مجموع مشتريات المواد الإباحية من شبكة الإنترنت في عام 1999م ما نسبة (8%) من دخل التجارة الإلكترونية البالغة (18) مليار دولار أمريكي، في حين بلغ مجموع الأموال المنفقة للدخول على المواقع الإباحية ما قيمته (970 مليون دولار أمريكي) ووصل المبلغ في عام

1- راجع تقرير منظمة ناشيونال تشلدر ونز والتي تحمل حالياً اسم إن سي اتش – مشاراً إليه د. شمسان ناجي – المرجع السابق – ص 93.

2003م إلى حوالي (ثلاثة مليار دولار أمريكي)⁽¹⁾، مع ملاحظة أن الشركات التي تقدم المواد الجنسية الفاضحة تستند في شرعية هذه المواد والاتجار بها إلى الحق في حرية التعبير⁽²⁾.
هذا ومما ساعد على اجترأ العامة على الاعتداء على العرض عبر شبكة الإنترنت عدة أسباب منها:

1- صعوبة الإثبات الجنائي للجرائم المرتكبة عبر الشبكة الدولية للمعلومات. يقصد بالإثبات: إقامة الدليل على وقوع الجريمة، وعلى نسبتها إلى المتهم، فإذا كانت الجرائم المرتكبة عبر الشبكة الدولية للمعلومات كثيرة ومتنوعة ومتجددة يوماً بعد يوم تبعاً للتطور التكنولوجي السريع الذي لا يلاحقه – بمثل سرعته – النصوص التشريعية المجرمة لمثل هذه الجرائم، فإن إثباتها بدوره يستوجب توافر أدلة مختلفة عن الأدلة التقليدية المتعارف عليها، ذلك لأن هذه الأدلة تحتاج إلى خبرة تقنية عالية، وإذا كان من الممكن الاستعانة بالخبراء المؤهلون في هذا الجانب، فإنه من الضروري أيضاً أن يكون القاضي والمحقق ورجل الشرطة على دراية بهذه التكنولوجيا والتقنية العالمية حتى يستطيع أن يستجوب الخبير ويحاوره وكذلك المتهم، لذلك فإن مواطن الصعوبة في اكتشاف وإثبات جرائم الشبكة الدولية للمعلومات تكمن في أن هذه الجرائم لا تترك أثراً خارجياً، فلا يوجد جثث قتلى ولا آثار دماء، ولا يوجد أثر كتابي، إذ يتم نقل المعلومات بالنبضات الإلكترونية، وكذلك الجاني يستطيع تدمير دليل الإدانة في زمن متناه القصر، حيث أنه يمكن أن يقوم بسهولة بإتلاف القرص الصلب الخاص بجهازه الذي يحتوي على المعلومات التي تدينه⁽³⁾.

-
- 1- د. منير محمد الجنيهي، د. ممدوح محمد الجنيهي – جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – ط 2006م -ص 36.
 - 2- د. محمد عبيد الكعبي – الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الإنترنت – دار النهضة العربية – ص 123.
 - 3- د. منى فتحي عبد الكريم – المرجع السابق – ص 141.

هذا بجانب أن ارتكاب الجريمة عبر الإنترنت يتم عادة من مسافات بعيدة، وذلك باستخدام وحدات طرفية أو باتصال هاتفي يتمكن الجاني من خلاله من إعطاء تعليمات للحاسب الآلي⁽¹⁾.

2- صعوبة ضبط وتوصيف الجرائم: بجانب كونها جرائم تتم من فضاء إلكتروني يتسم بالتغيير والديناميكية والانتشار الجغرافي العابر للحدود إلى عدة أسباب منها ما يلي:

أ- سهولة إخفاء الجريمة حيث أن الجرائم التي تقع على الحاسبات أو بواسطتها عبر الشبكات، في أكثر صورها مستترة خفية لا يلاحظها المجني عليه غالباً أو يدري حتى بوقوعها، وسهولة الإمعان في حجب وإخفاء السلوك المكون لها ونتائجها عن طريق التلاعب غير المرئي في النبضات والذبذبات الإلكترونية التي تسجل البيانات عن طريقها.

ب - غياب الدليل المرئي الممكن فهمه بالقراءة، إذ أن أكثر ما تتيحه النظم المعلوماتية من أدلة على الجرائم التي تقع عليها أو بواسطتها بيانات غير مرئية لا تفصح عن شخصية معينة عادة.

ج- صعوبة تحديد الشخص المستخدم للحاسب والمرتكب للجرائم التي فيها اعتداء على العرض بل وغيرها.

د- إعاقة الوصول إلى الدليل بوسائل الحماية الفنية، حيث أن البيانات المخزنة على صفحات شبكة الإنترنت تحاط بسياج من الحماية الفنية لإعاقة المحاولات الرامية للوصول غير المشروع إليها لتدميرها أو تبديلها أو الإطلاع عليها أو نسخها.

هـ - سهولة محو الدليل أو تدميره في زمن متناه القصر فضلاً عن سهولة تنصله من مسؤولية هذا العمل حسبما تشهد بذلك وقائع عديدة.

و- نقص خبرة الشرطة وجهات الإدعاء والقضاء وهذا يرجع إلى عدم مواءمة الأجهزة المتاحة لديهم لما يستحدث من جرائم عبر الشبكة

1- د. جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة - الكتاب الأول - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دار النهضة العربية - ط 1992م ص 17.

الدولية للمعلومات نتيجة التقدم الهائل في تكنولوجيا الحاسب الآلي يوماً بعد يوم.

ز - صعوبة التفتيش في هذا النمط من الجرائم وهو يتم عادة على نظم الكمبيوتر، وقواعد البيانات وشبكات المعلومات وقد يتجاوز النظام المشتبه به إلى أن أنظمة أخرى في ظل شيوع التشابك بين الحاسبات، وانتشار الشبكات الداخلية على مستوى المنشآت والشبكات المحلية والإقليمية والدولية مما يثير الكثير من القضايا القانونية مثل مدى قانونية هذا الإجراء ومدى مساسه بحقوق الخصوصية المعلوماتية لأصحاب النظم التي قد يمتد إليها التفتيش⁽¹⁾.

ح - صعوبة طبيعة أدلة الإدانة، حيث أنها معنوية الطبيعة كسجلات الكمبيوتر ومعلومات الدخول والاشتراك والنفاز والبرمجيات، وهذا يثير كثير من المشاكل القانونية من حيث مدى قبولها، وحجيتها، والمعايير المتطلبة لتكون كذلك خاصة في ظل قواعد الإثبات التقليدية.

ط - اختصاص القضاء بنظر جرائم الكمبيوتر، والقانون المتعين تطبيقه على الفعل لا يتسم باليسر أو الوضوح أو القبول أمام حقيقة أن غالبية هذه الأفعال ترتكب من قبل أشخاص من خارج الحدود، علاوة على أن ذلك يتطلب امتداد أنشطة الملاحقة والتحري والضبط والتفتيش خارج حدود الدولة الواقع فيها أثر الفعل مما يحتاج ذلك إلى تعاون دولي شامل للموازنة بين موجبات المكافحة ووجوب حماية السيادة الوطنية⁽²⁾.

والأسباب التي ذكرت تعد من أهم المبررات الموضوعية والملحة للدعوة إلى تغيير القوانين والنشريات القائمة لتواكب هذه الطبيعة المغايرة، ولسد الفراغ التشريعي القائم، حتى لا يلعب دوراً إضافياً يصب المزيد من التعقيد والصعوبة على القضية ككل، ويجعل جميع أدلة الجريمة

1- د. منى فتحي - المرجع السابق - ص 144 وما بعدها.
2- عميد/ محمد عبد اللطيف فرج - المرجع السابق - ص 55.

والتعرف على مرتكبها من أصعب وأعقد المشكلات التي تواجه جهات التحري والملاحقة⁽¹⁾.

أركان جرائم الاعتداء على العرض بواسطة الإنترنت:
تتطلب جرائم الاعتداء على العرض بواسطة الشبكة الدولية للمعلومات كغيرها من الجرائم توافر ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي، نعرض لهما تفصيلاً فيما يلي:
أولاً: الركن المادي⁽²⁾:

ونصت على صورته في جرائم الاعتداء على العرض المادة (178) عقوبات مصري بقولها (يعاقب بالحبس وبالغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه، ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من صنع أو حاز بقصد الاتجار أو التوزيع أو الإيجار أو اللصق أو العرض، مطبوعات أو مخطوطات أو رسومات أو إعلانات أو صوراً محفورة أو منقوشة أو رسوماً يدوية أو فوتوغرافية أو إشارات رمزية أو غير ذلك من الأشياء أو الصور عامة إذا كانت منافية للأداب العامة)، ويفهم من النص السابق أن الركن المادي لجرائم الاعتداء على العرض يتحقق ويتوافر بإحدى الصور الآتية:

- 1- الصناعة وهي تشمل الإيجاد لأول مرة وتشمل أيضاً التقليد والنقل عن آخر أو تعديلاه أو تغييره.
- 2- الحيازة بقصد الاتجار أو التوزيع أو الإيجار أو اللصق أو مجرد العرض، وتتحقق الحيازة حتى ولو لم يتم البيع فعلاً طالما أن هذه الأشياء كانت بقصد الاتجار.
- 3- التوزيع وهو النشر أو الإذاعة أو إعطاء الأشياء المذكورة بالنص للغير بغير تمييز بقصد إفساد الأخلاق ولو كان ذلك بالمجان.
- 4- الإيجار.

1- د. منى فتحي - المرجع السابق - ص 141.
2- م/ مصطفى مجدي هرجه - التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء - مكتبة رجال القضاء 1991م ص 745 وما بعدها.

5 - اللصق.

6- العرض لهذه الأشياء تحت نظر الجمهور.

7- الاستيراد لأي شيء سبق ذكره.

- كما تضمنت الفقرة الثالثة من المادة سالفه الذكر صوراً أخرى للركن المادي المكون لجرائم الاعتداء على العرض مثل الجهر علانية بأغان مخالفة للآداب، أو صدور صياح أو خطب مخالفة للآداب العامة علانية على الفجور أو نشر إعلانات أو رسائل عن ذلك أياً كانت عباراتها، والعلانية هنا تعني الإذاعة عن طريق مكبرات الصوت أو الجهر بها في مكان عام أو طريق عام، وكذلك المكان العام بالتخصيص⁽¹⁾، والمكان الذي اكتسب عموميته بالمصادفة⁽²⁾.

ثانياً: الركن المعنوي:

ويتحقق بارتكاب الجاني لفعل من الأفعال التي سبق بيانها في الركن المادي وتوافر العلم والإرادة، علم بأن النشاط الذي يأتيه مناف للآداب العامة، وإرادة حرة غير مشوبة بما يفسدها. إذ القانون اشترط في المادة (187) ق.ع فضلاً عما سبق أن يتوافر قصداً جنائياً خاصاً وهو أن تكون نية الجاني متجهة ليس فقط إلى الصنع والحياسة، بل إلى الاتجار أو التوزيع أو العرض أو غيرها، وبالتالي فإن القانون لا يعاقب الشخص لمجرد قيامه بصنع مادة منافية للآداب أو حيازتها مادام لم تتجه نيته أو لم يقم باستغلال هذه الصور بالاتجار أو التوزيع أو اللصق أو غيرها⁽³⁾، ويرى بعض الفقهاء أن القصد الجنائي في هذه الجريمة هو قصد عام تكفي في افتراض توافره مجرد الحياسة المادية التي تعني عند محكمة النقض: وضع اليد على الشيء على سبيل التملك والاختصاص - متى كانت الصور التي استخدمها

1- د. منى فتحي عبد الكريم - المرجع السابق - ص 51 وما بعدها.

2- المكان العام بالمصادفة - كالمستشفيات - هو بحسب الأصل مكان خاص قاصر على أفراد أو طوائف معينة، ولكنه يكتسب صفة المكان العام في الوقت الذي يوجد فيه عدد من أفراد الجمهور بطريق المصادفة أو الاتفاق - الطعن رقم 1411 لسنة 38 ق - جلسة 1968/12/30م السنة 19 ص 1121.

3- د. منى فتحي - المرجع السابق - ص 53.

الجاني تنبئ في ذاتها عن منافاتها للأداب⁽¹⁾، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه (يكفي قانوناً لتوافر القصد الجنائي في جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء أن يكون المتهم عالماً بأن فعلته من شأنها أن تخدش الحياء)⁽²⁾، كما جاء في حكم آخر لها (إن مناط تحقق جريمة المادة (178) مكرر. ع صدور أقوال وإشارات تنطوي على إيماءات جنسية منعكسة على الممارسات الجنسية. بحيث لا تخرج دلالة الإشارات أو دلالة القول عن ذلك، وأن يكون القصد هو تصيد من يأنس منه قبولاً لدعوته إلى الفسق)⁽³⁾.

المطلب الثاني

أثر وسائل الإعلام على جرائم العرض

ومدى تدخل التشريعات في الحد منها

إن وسائل الإعلام بجانب ما تتناوله من البرامج الثقافية والتوعوية الدينية وفي مقدمتها القرآن الكريم والأذان، والأحاديث النبوية الشريفة، وغير ذلك من الوعي الصحي والاجتماعي والاقتصادي، والوقوف على أخبار العالم من خلال نشرات الأخبار العالمية والمحلية، والتعرف على حلقات من التاريخ الإسلامي، وغيره من تاريخ الأمم لربط الحاضر بالماضي وإلقاء الضوء على المستقبل وما يرتجي فيه، وبجانب ما تقدم فإن التلفاز يبث مسلسلات وتمثيلات متضمنة أقوالاً وأفعالاً تناقض سلوكيات الإسلام وأخلاقياته، كما أنه يبث برامج مختلفة بها ما يضر السذج من الناس الذين لا يفقهون ما ترمي إليه، وتستهوهم الأغاني والموسيقى ومناظر الممثلين والممثلات، وبعضهن يكن على حال تخدش الحياء، وتخالف الدين، وتحرك في قلوب الشباب والشابات، شهوات منكورة تؤثر

1- م / سيد حسن البغال - الجرائم المخلة بالأداب فقهاً وقضاً - دار الفكر العربي - ص 369.

2- نقض جنائي 1943/5/3 طعن 757 سنة 13 - مجموعة الربع قرن - ج 2 - ص 899.
3- نقض السنة 47 - ص 1319 - مشاراً إليه المستشار محمد أحمد حسن النائب السابق لرئيس محكمة النقض - والمستشار محمد رفيع البسطويسى النائب الأسبق لرئيس محكمة النقض - قانون العقوبات في ضوء أحكام محكمة النقض - ص 1100 وما بعدها - مكتبة رجال القضاء - ط 2003م.

بالسلب على عواطفهم ووجدانهم، وتخالف آداب الإسلام وسلوكياته وأخلاقه. إذ أنها محرّكة للغرائز باعثة على الشهوات والغواية لدى الشباب والغزل والمجون والفجور والفسق⁽¹⁾، فالتلفاز بهذا سلاح ذو حدين خيره خير، وشره شر، فمن رأى واستمع إلى ما لا يتعارض مع الفضائل، ولم ينشغل بذلك عن أداء الحقوق والواجبات، سواء كانت دينية أو اجتماعية شخصية أو أسرية، فإن الأصل في ذلك هو الإباحة، أما من شغل نفسه بمرأى التلفاز المتعارضة مع أصل الإيمان. فقد تجاوز وأغفل ما هو مسئول عنه لصالحه أو لصالح وطنه ودينه وأسرته، واتخذ التلفاز ملهة مستمرة. فإنه - عندئذ - ملوم ومسئول عن ضياع وقته فيما لا ينفعه أو ينفع غيره، ويعرض نفسه للمسئولية أمام الله - عز وجل - القائل: { إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا }⁽²⁾،

هذا وقد قرر المشرع المصري تجريم الفعل الفاضح العلني في مادته (278) عقوبات باعتباره الفعل الذي يחדش حياء العين أو الأذن⁽³⁾، وقد أشارت محكمة النقض في أحد أحكامها إلى هذا المعنى عندما قررت أن الفعل العمد المخل بالحياء الذي يחדش في المجني عليه حياء العين والأذن ما هو إلا فعل فاضح⁽⁴⁾، ويقع تحت طائلة المادة سالفه الذكر، كل ما يחדش مشاعر الآخرين مادام انتقل إلى عين أو أذن الغير عن طريق أي وسيلة من وسائل العلانية المسموعة أو المرئية، سواء كان فعلاً أو قولاً أو صوراً أو غيرها، وهذا وفقاً لاتجاه المشرع في عدم تحديده لطرق أو وسائل العلانية⁽⁵⁾، إلا أن هذا الاتجاه يقف أمامه حائلاً العبارة الواردة في نص المادة (الفعل الفاضح)، التي تلزم أن يكون ما هو فاضح (فعلاً) فتخرج من نطاق تطبيق المادة (278)، الأقوال والأغاني المخلة بالحياء التي تصدر

1- الشيخ جاد الحق - المرجع السابق - ج 5 - ص 427.

2- سورة الإسراء - الآية 36.

3- د. أحمد محمد بدوي - جرائم العرض - مركز البحوث الاجتماعية والجنائية - سنة 1999م - ص 229.

4- نقض جنائي في 22 نوفمبر سنة 1938م - مجموعة القواعد القانونية برقم 97 - ص 32.

5- راجع المادة 171 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937.

من المتهم أو يجهر بها ليسمعها أي شخص. مهما كانت درجة فحش هذه الأقوال وبذاءتها، وسواء يوجهها المتهم إلى أشخاص معينين، أو يجهر بها ليسمعها أي شخص⁽¹⁾، فالفعل الفاضح العلني المخل بالحياء يتطلب فعل جسدي يصدر من الجاني يחדش في المرء حياء العين أو الإذن – أما مجرد الأقوال مهما بلغت من درجة البذاءة والفحش فلا تعتبر فعلاً مخلاً بالحياء⁽²⁾ كما أن المادة (278 ع) تشمل كذلك كل ما يرتكبه الجاني من أفعال مخرجة بالأداب (لتسجل على دعامات)، لتبث عبر كافة وسائل الإعلام أو عرض فنون مباشرة على الجمهور مادامت مخرجة بالأداب، وتتنطبق على مرتكبيها أحكام المادة سالفه الذكر حتى ولو كانت هذه العروض قد سجلت في غرف مغلقة، لأن بثها عن طريق الإعلام في صورة أفلام أو برامج، أو غيرها، يؤكد توافر نية العلانية فيها، وبالتالي فمرتكبيها يعاقب على ارتكابه فعل فاضح علني⁽³⁾.

والمادتان وإن اختلفتا في نطاق تطبيقهما إلا أنهما يهدفان إلى غاية واحدة تتمثل في حماية الأدب العام الممثل في خدش الحياء. سواء كان خدش الحياء، بواسطة الفعل أو العمل⁽⁴⁾، وتمشياً مع خطة المشرع المصري في حماية الآداب العامة.

أخضع القانون رقم 430 لسنة 1995م الأشرطة السينمائية والمسرحيات والأغاني والأشرطة الصوتية والأسطوانات وما يماثلها لوجوب استصدار ترخيص لعرض التسجيلات لتحقيق ربح، أم قصد غير ذلك، مادام المصنف عرض في مكان عام وعلى العامة، كما لا يعتد بالوسيلة أو الطريقة التي تتبع عند عرض العمل الفني، وإنما العبرة

- 1- د. فتوح عبد الله الشاذلي – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص دار المطبوعات الجامعية 1996م – ص 732.
- 2- نقض جنائي 16 يونيو سنة 1951م – مجموعة أحكام النقض السنة 4 برقم 355 – ص 996.
- 3- د. محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم العام – مجلة القضاة – سنة 1979م ص 396.
- 4- د. جندي عبد الملك – الموسوعة الجنائية – مطبعة الاعتماد – ط 1942 الجزء الخامس – ص 394.

بالنتيجة المترتبة على استعمال الوسيلة أو الطريقة. فالترخيص ملزم إذا توقع من استخدام الوسيلة أو الطريقة عرض العمل الفني على العامة⁽¹⁾. وبمقتضى القرار رقم 60 لسنة 1984م الصادر من وزير الثقافة، بشأن تنظيم عرض الفيديو، فإنه لا يجوز عرض الأفلام السينمائية بطريقة الفيديو في المقاهي أو الأماكن العامة إلا بعد الحصول على ترخيص من الإدارة العامة للرقابة على المصنفات - أما القرار رقم 220 لسنة 1976م فقد صدر ليرشد الجهة التي تصدر التراخيص وإلى الحالات التي لا يجوز استصدار التراخيص فيها ومنها على سبيل المثال لا الحصر: عرض أو إنتاج أو إعلان عن أي مصنف إذا تضمن تصوير الرذيلة وعرضها على نحو يشجع لمحاكاة فاعلها، أو إظهار الجسم البشري عارياً⁽²⁾. وإيماناً من المشرع على حماية المجتمع من كل ما يؤذيه في حياته، وحماية الفضيلة، فإنه يعاقب على التحريض على الفسق عبر وسائل الإعلام كجريمة مستقلة قد يتجه إليه الجاني ليدفع الفرد أو الأفراد نحو الفسق، دون أن يرتكب هو أي فعل يخدش الحياء العام، وذلك كما لو قام الجاني بإذاعة أغنية، أو عرض شريط فيديو يحرض على الفسق في الطريق العام، والأصل أن التحريض كوسيلة للمساهمة التبعية، لا يعاقب القانون عليه إلا إذا أفضى إلى وقوع جريمة، فالقانون لا يعاقب على التحريض لذاته، وإنما بالنظر إلى تأثيره المفضي إلى وقوع الجريمة ويتحقق الركن المادي لجريمة التحريض على الفسق، بوقوع الفعل أو القول أو الإيحاء المؤدي إلى الحث على الفسق في طريق عام، أو في مكان مطروق. أي كانت الوسيلة التي يستخدمها الجاني في وقوع هذا القول أو الإيحاء، فالتحريض معاقب عليه دون النظر إلى مدى تحقق النتيجة⁽³⁾.

- 1- د. عبد الحميد الشواربي - جرائم الصحافة والنشر - منشأة المعارف - الإسكندرية - ط 1993م ص 292 وما بعدها.
- 2- د. معوض عبد التواب - الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب العامة - دار المطبوعات الجامعية 1997م ص 209.
- 3- د. مجدي محب حافظ - الجرائم المخلة بالأداب العامة - دار الفكر العربي - 1994م ص 55.

وعبارة (منافية للأداب العامة أو خادشة للحياء العام)، تمتد إلى المطبوعات والصور التي تحتوي على أشياء خارجة عن الفضيلة، وكذلك تنصرف إلى شرائط الكاسيت والأفلام التي تعرض ما يخذش الحياء العام، فهذه الجريمة ترتكب بمجرد ارتكاب الفاعل النشاط المادي للجريمة، مع توافر القصد الجنائي الوارد في المادة (178) عقوبات، ولو لم يتم عرض الكتابات أو ما في حكمها أمام الجمهور⁽¹⁾، فالجريمة تتحقق بمجرد صناعة الفيلم السينمائي المخل بالأداب أو حيازته بقصد البيع أو الاتجار، حتى ولو لم يتم عرض هذا الفيلم على شاشات السينما أو المسرح، لأن العبرة بتصنيع الصور المخلة بالأداب، وقد كشف بعض فقهاء القانون الستار عن نية المشرع فيما سبق بأنه أراد أن يطارد النشر في وكره. ويضيق على الفساد في مهده، ويقضي على عوامل الانحلال قبل ذبوع أمره، وقبل أن يخرج إلى الإعلان، ويقع تحت نظر أو سمع الجمهورية بأي وسيلة من وسائل الإعلان⁽²⁾.

ويرجع في تقدير مدى الإخلال بالحياء العام إلى العادات والتقاليد الاجتماعية السائدة (وقت ارتكاب الفعل)، في المكان الذي ارتكب فيه الفعل، ويختص قاضي الموضوع بتقدير متى يكون الفعل مخلًا بالحياء، من عدمه – وهذا يختلف من بيئة اجتماعية عن بيئة أخرى – كما يجب على المحاكم أن تثبت الصفة اللاأخلاقية للأفعال المخلة بالحياء بطريقة واضحة ومحددة حتى تستطيع محكمة النقض أن تمارس رقابتها على الحكم⁽³⁾، وللقاضي – حين يستلهم الفعل الفاضح العلني يكون – بالنظر إلى أفراد

- 1- د. طارق سرور – جرائم النشر والإعلام – دار النهضة العربية 2004م – ص 218، د. محمد أمين الرومي – جرائم الكمبيوتر والإنترنت – دار المطبوعات الجامعية 2004م – ص 130.
- 2- د. معوض عبد التواب – الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب، وجرائم العرض – دار المطبوعات الجامعية – ط 1997م ص 358.
- 3- د. جميل عبد الباقي – قانون العقوبات " القسم الخاص " دار النهضة العربية 1998م – ص 123.

المجتمع ككل، وليس بالنظر إلى فئة قليلة متزمتة، تبالغ في تصويرها لفكرة الحياء، أو لدى فئة قليلة منحرفة تسرق في التبرج وإتيان المنكر⁽¹⁾. ومن ناحية أخرى فإن وسائل الإعلام قد تكون دافعاً إلى سلوك سبيل الجريمة، ذلك أن البعض يرى أنها تمارس تأثيراً سيئاً في نفوس بعد الأفراد، لا سيما الأحداث والبالغين الذين تحيط بهم ظروف فردية أو اجتماعية خاصة، فالأحداث يغلب عليهم التقليد لما يشاهدونه في المسلسلات التلفزيونية والأفلام السينمائية الهابطة، وقد تقدم لهم هذه المواد الإعلامية أساليب جديدة لارتكاب السلوك الإجرامي، لذلك يري كثير من الباحثين أن السينما تهبط بالمستوي الخلفي للأجيال الجديدة، وأنها توعز بالإجرام أو الانحراف بما تعرضه من أفلام العنف والإثارة الجنسية، والأمر ذاته يمكن ملاحظته بالنسبة للتلفاز الذي غزا كل المجتمعات، ولم تعد الدولة قادرة على التحكم فيما يعرضه من مواد إعلامية وإخبارية، لا سيما من انتشار أجهزة الفيديو وتطور الوسائل الفنية الحديثة لاستقبال الإرسال التلفزيوني الأجنبي.

وقد أثبت بعض الدراسات الأمريكية التي أجريت على نزلء المؤسسات العقابية أن السينما كانت سبباً في دفع بعض المحكوم عليهم إلى طريق الإجرام، فقد تبين أنها دفعت 10% من الذكور، 25% من الإناث إلى طريق الجريمة، وفي فرنسا أظهرت دراسات كثيرة أن المجرمين الشباب يترددون غالباً على دور السينما، وأن معدل مشاهدتهم للأفلام السينمائية يتجاوز بكثير معدل مشاهدة الشباب غير المجرم من المجموعة الضابطة التي قورنت بمجموعة المحكوم عليهم، من تلك الدراسات دراسة إحصائية أجريت في سنة 1955 على 150 من الشباب بين سن 13 إلى 19 سنة في أحد مراكز رعاية الشباب الجانح، مع مقارنة بمجموعة من الفتيات غير المجرمات فيما يتعلق بموقفهم من السينما، وقد ظهر من هذه

1- د. فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " دار المطبوعات الجامعية 1996م - ص735.

الدراسة أن 27% من الشباب الجانح كانوا يذهبون إلى صالت العرض السينمائي من 8 إلى 12 مرة في الشهر أي بمعدل مرتان إلى ثلاث مرات أسبوعياً، مقابل 17% من أفراد المجموعة الضابطة من غير المجرمين (1).

الخاتمة

بعد هذا العرض لموضوع أثر التقدم التكنولوجي على جرائم العرض يمكن تلخيص أهم النتائج التي انتهت إليها من خلال هذه الدراسة: - أن المقصود بالتقدم التكنولوجي: كل شئ تدخل العلم في تكوينه وصناعته بما لا يجعل للشخص العادي قدرة على فعل مثله، وبكمية فاقت طاقة الفكر الإنساني على متابعته أولاً بأول والاستفادة منها بالدرجة المرضية والمطلوبة.

- إن صور التقدم التكنولوجي كثيرة ومتعددة ذكرت منها بعض الصور التي تتعلق ببحثنا وهي الحاسب الآلي والجوالات وشبكة الإنترنت، ووسائل الإعلام

- إن تحديد مدلول العرض يختلف باختلاف السياسة التشريعية في كل نظام قانوني، وأن السياسة التشريعية في تحديد مدلول العرض تتردد بين وجهتي نظر:

الأولى: تبنت اتجاهاً أخلاقياً على نحو حرمت معه كل فعل يتصل بالحياة الجنسية للأفراد يقع خارج نطاق الأخلاق.

الثانية: تعترف للأفراد بالحق في الحرية الجنسية على نحو تصير معه كل ممارسة لهذه الحرية المشروعة ما دامت برضا طرفيها.

- إن جرائم العرض من القانون تشمل جريمة الزنا، جريمة الاغتصاب، جريمة هنك العرض، جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء.

1 - د. أحمد عوض بلال - علم الإجرام " النظريات العامة والتطبيقات " دار النهضة العربية ص 404، 405، د. أحمد حسني طه - مذكرات في علم الإجرام - المرجع السابق ص 215، د. فتوح عبد الله الشاذلي - أساسيات علم الإجرام والعقاب - منشورات الحلبي الحقوقية - ص 275، 276.

-أدى الانفتاح الكبير الذي شهدته شبكة الإنترنت على المستوى العالمي، إلى أن تكون ساحة لممارسة مختلف أنواع الجرائم الممكنة والمحتملة، ومن بين هذه الجرائم تلك المتعلقة بالعرض، كما أدى التطور الواضح في شتى مجالات الإنترنت إلى انتشار مواقع تحرض على ممارسة الجنس، سواء للكبار، أو مع الأطفال، كما أن الشبكة توفر معلومات عن بيوت الدعارة في العديد من بلدان العالم. هذا بجانب ما توفره بعض المؤسسات عبر الشبكة من أحاديث هاتفية حية تثير الغرائز الجنسية تؤديها فتيات مدربات مقابل نسبة من عائد هذه المكالمات.

- هذا ومما ساعد على اجترار العامة على الاعتداء على العرض عبر شبكة الإنترنت عدة أسباب منها:

-صعوبة الإثبات الجنائي للجرائم المرتكبة عبر الشبكة الدولية للمعلومات، وصعوبة ضبط وتوصيف الجرائم

- تتطلب جرائم الاعتداء على العرض بواسطة الشبكة الدولية للمعلومات كغيرها من الجرائم توافر ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي

-شكل الإعلام في واقعنا المعاصر عصب الحياة، ولا ينكر أحد مدى الانتشار الواسع للبحث الإعلامي سواء الإذاعي أو الفضائي، أو حتى المواقع الإلكترونية على الشبكة العنكبوتية، وتجاوزه لجميع الحدود وتخطيه أقصى المسافات.

-إن وسائل الإعلام بجانب ما تناوله من البرامج الثقافية والتوعية الدينية، فإنها تقوم كذلك ببحث مسلسلات وتمثيلات متضمنة أقوالاً وأفعالاً تناقض سلوكيات الإسلام وأخلاقياته، كما أنه يبيث برامج مختلفة بها ما يضر السذج من الناس الذين لا يفقهون ما ترمي إليه، وتستهيهم الأغاني والموسيقى ومناظر الممثلين والممثلات، وبعضهن يكن على حال تخذ الحياء، وتخالف الدين، وتحرك في قلوب الشباب والشابات، شهوات منكورة تؤثر بالسلب على عواطفهم ووجدانهم، وتخالف آداب الإسلام وسلوكياته وأخلاقه. إذ أنها محركة للغرائز باعثة على الشهوات والغواية لدى الشباب والغزل والمجون والفجور والفسق.

-إن كثيراً من جرائم العرض ترتكب عن طريق وسائل الإعلام ولذلك فإن
المشرع جرم الأفعال المخلة بالأداب والتي يرتكبها الجاني لتبث عبر
وسائل الإعلام.

-ومن ناحية أخرى فإن وسائل الإعلام قد تكون دافعاً إلى سلوك سبيل
الجريمة، ذلك أن البعض يرى أنها تمارس تأثيراً سيئاً في نفوس بعد
الأفراد، لا سيما الأحداث والبالغين الذين تحيط بهم ظروف فردية أو
اجتماعية خاصة، فالأحداث يغلب عليهم التقليد لما يشاهدونه في
المسلسلات التلفزيونية والأفلام السينمائية الهابطة

المراجع

أولاً: الكتب القانونية

د. إبراهيم عيد نايل: الحماية الجنائية لعرض الطفل من الاعتداء الجنسي –
دراسة مقارنة بين قانون العقوبات الفرنسي والمصري – دار النهضة
العربية – ط 2001م.

د. أحمد الخمايشي: القانون الجنائي الخاص – مكتبة المعارف – الرباط –
1986م.

د / أحمد حسني طه: شرح قانون العقوبات – القسم الخاص " جرائم
الاعتداء على الأشخاص " بدون دار نشر أو سنة طبع.

مذكرات في علم الإجرام – بدون دار نشر أو سنة طبع.

د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات – القسم الخاص –
دار النهضة العربية – 1985م.

الحق في حرمة الحياة الخاصة – دار النهضة – ط 1986م.

د. أحمد عوض بلال

علم الإجرام " النظريات العامة والتطبيقات " دار النهضة العربية.

د. إدوار غالي الذهبي.

المعيار المميز لهتك العرض في أحكام القضاء تعليق على حكم

المحكمة العليا الليبية الصادر في 18 ربيع الثاني 1430هـ

- 23 يوليو 1970م – المجلة الجنائية القومية – المجلد 14
مارس 1971م.
د. أسامة محمد المناعة، وجمال محمد الزغبى، د. صائل فاضل
العمواشة:
جرائم الحاسب الآلي والإنترنت – وائل للنشر والتوزيع –
عمان 2001م.
د. السيد البغال: الجرائم المخلة بالأداب – دار الفكر – ط
1983م.
د. جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم
المتعلقة بالإنترنت – دار النهضة العربية 2001م.
مذكرات في الحاسب الآلي – جامعة عين شمس – كلية الحقوق
1998 م.
الإنترنت والقانون الجنائي – دار النهضة العربية – ط 1999م.
الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي – دار النهضة
العربية.
م. جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية – مطبعة الاعتماد – ط
1942م
د. حسني محمد أحمد جاد الرب.
تجربة المبيع وأثرها على التزامات الطرفين في عقد البيع – دراسة مقارنة
– دار الكتب القانونية – ط 2010م.
د. حسنين إبراهيم صالح عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص – دار
النهضة العربية – ط 1973م.
د. رمسيس بهنام: القسم الخاص في قانون العقوبات – منشأة المعارف –
الإسكندرية – ط 1981م.
أ. زينب رضوان: فلسفة التشريع الجنائي في الإسلام – بحث مقدم للمؤتمر
الثاني للدفاع الاجتماعي – القاهرة مايو 1981م.
د. سعيد عبد اللطيف حسن.

- إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت – دار النهضة العربية – ط 1999م.
- د. شمسان ناجي صالح الخيلي: الجرائم المستخدمة بطرق غير مشروعة لشبكة الإنترنت- دار النهضة العربية- 1429 / 2008 م.
- د. صالح مصطفى: الجرائم الخلقية – دراسة تحليلية مقارنة – دار المعارف – ط 1963م.
- د. طارق سرور: جرائم النشر والإعلام – دار النهضة العربية – ط 2004م.
- م. عبد الحميد الشواربي: جرائم الصحافة والنشر بنشأة المعارف – الإسكندرية – ط 1993 م.
- د. عبد الخالق النواوي: جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – دار الفكر – ط 1973م.
- د. عبد المهيم بكر: قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية – ط 1977م.
- د. عمر السعيد رمضان: شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية – ط 1986 م.
- د. عمر محمد أبو بكر يونس: الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت – دار النهضة العربية – ط 2000م.
- د. عوض محمد عوض: مبادئ علم الإجرام – مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية 1980م.
- د. فتحي المرصفاوي: القانون الجنائي والقيم الخلقية – منشأة المعارف - ط 1984م.
- قانون العقوبات الخاص – منشأة المعارف – ط 1978م.
- د. فتوح عبد الله الشاذلي: شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار المطبوعات الجامعية 1996م.
- أساسيات علم الإجرام والعقاب – منشورات الحلبي الحقوقية.

- د. مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون – دار الفكر – ط 1975 م.
- د. محمود أحمد أمان: الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية – ط 1415 هـ / 1994 م.
- د. محمد أمين الرومي: جرائم الكمبيوتر والإنترنت – دار المطبوعات الجامعية – ط 2004 م.
- د. محمد إبراهيم خليل: المدونة القانونية الجنائية – دار الفكر – ط 1980 م.
- د. محمد عبد الله منشاوي: جرائم الإنترنت من منظور شرعي وقانوني – بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية www.minshawy.com
- د. محمد عبيد الكعبي: الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الإنترنت – دار النهضة العربية.
- د. محمود السيد عبد المعطي خيال: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية – دار النهضة العربية – ط 1998 م.
- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية – ط 1975 م.
- د. محمود نجيب حسني: الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري 1984 م.
- شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية 1987 م.
- مفهوم الدفاع الاجتماعي على الصعيد العربي ومظاهر الدفاع الاجتماعي في الشريعة الإسلامية – بحث بمجلة الحق – العدد 1، 2 س 17 عام 1986 م.
- د. مجدي محب حافظ: الجرائم المخلة بالأداب العامة – دار الفكر العربي – ط 1994 م.
- د. مدحت رمضان: جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت – دار النهضة العربية 2000 م.
- دروس في قانون العقوبات القسم الخاص (جرائم الاعتداء على الأموال وجرائم الاعتداء على الأشخاص) " دار النهضة العربية 1996 م

- م. مصطفى الشاذلي: الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار – المكتب الحديث الإسكندرية.
- السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت 2009م.
- الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية – 1994م.
- م. مصطفى مجدي هرجة: التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء – مكتبة رجال القضاء 1991م
- د. منير محمد الجنيهي، د. ممدوح محمد الجنيهي.
- جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها – دار الفكر الجامعي الإسكندرية – ط 2006م
- د. نور الدين هنداوي: مبادئ علم الإجرام – دار النهضة العربية – 1990م.
- وسائل الإعلام وانتشار الجريمة في المجتمع - بحث مقدم للمؤتمر مقدم للمؤتمر العالمي الثاني – جامعة حلوان – مارس – القاهرة 1999م.
- د. هشام محمد فريد رستم: قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات – مكتبة الآلات الحديثة 1994م أسيوط.
- د. هلالى عبد اللاه أحمد: الجوانب الموضوعية والإجرائية للجرائم المعلوماتية – دار النهضة العربية 2003م
- حجية المخرجات الكمبيوتر في المواد الجنائية بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت لكلية الشريعة – جامعة الإمارات العربية المتحدة – عام 2000م.
- الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي - دار النهضة العربية 1996م
- ثانياً: الكتب العامة
- د. السيد يوسف: رائد الاجتهاد والتجديد في العصر الحديث الإمام محمد عبده – مكتبة الأسرة 2007م.
- د. طوني ميشيل عيسى: التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت – ط دار صادر – لبنان – ط 2001م.

- د. عبد القادر الفتوح: الإنترنت المستخدم العربي – مكتب العبيكان – الرياض – ط 1421م.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: الأحداث والإنترنت – ط دار الفكر الجامعي – الإسكندرية 2002م.
- الشهيد عبد القادرة عودة: التشريع الجنائي الإسلامي – دار الطباعة الحديثة 1984م.
- د. علاء الدين محمد فهمي: الموسوعية الشاملة لمصطلحات الحاسب الآلي الإلكتروني – موسوعة دلتا كمبيوتر – مطابع الكتاب المصري الحديث – ط 1991م.
- أصول النظام الجنائي الإسلامي – ط 1983م.
- د. فاروق محمد العامري: الشبكة العالمية – الإنترنت – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية 1999م.
- د. مجدي أبو العطار: شبكة الإنترنت العربية لعلوم الحاسب كمبيوتر ساينس – ط 1999م.
- ثالثاً: الرسائل والبحوث
- د. أحمد السيد عفيفي: الأحكام العامة للإعلان في قانون العقوبات – رسالة دكتوراه بحقوق عين شمس عام 1995 م.
- د. أحمد حافظ نور: جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن- رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 1958م
- د. دنيا صبحي: الحماية الجنائية للأسرة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة عام 1987 م.
- د. سمير السيد: محاضرات في شبكة المعلومات العالمية بحث بمكتبة كلية الحقوق جامعة عين شمس 1997م.
- د. محمد السعيد رشدي: الإنترنت والجوانب القانونية لتنظيم المعلومات - بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثاني – جامعة حلوان – مارس – القاهرة 1999م.
- د/ محمد سليمان مليجي الغنيت

" الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة القاهرة 2001 م

د. محمد عبد الحفيظ: حرية الرأي والرقابة على المصنفات – رسالة ماجستير لحقوق القاهرة عام 1992 م.

د. محمود أحمد أمان: الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة القاهرة 1994م.

د. منى فتحي أحمد عبد الكريم: الجريمة عبر الشبكة الدولية للمعلومات. صورها ومشاكل إثباتها – رسالة دكتوراه مسجلة بمكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة برقم 568/5.

رابعاً: الجرائد والمجلات:

جريدة المؤيد: في 30 يوليو 1960 14 ربيع الآخر 1319 هـ.

المجلة الجنائية القومية (ليبية): المجلد 14 مارس 1971.

مجلة القضاة: السنة الثالثة العدد 423 – مارس أبريل 1988م.

مجموعة أحكام النقض بجمهورية مصر العربية.

ضوابط تطبيق الأعدار المعفية من العقوبة
في التشريع الجزائري
الدكتور/ لريد محمد أحمد
جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مقدمة

تدرج الأعدار المعفية في الفقه الجنائي ضمن نظرية الأعدار القانونية التي يقصد بها كل الظروف أو الوقائع التي خصها القانون بنص صريح، يكون مؤداها التخفيف أو الاستبعاد التام للعقوبة، رغم الإبقاء على الصفة الإجرامية للواقعة المرتكبة و على جوهر الإسناد و المسؤولية عنها¹، ودون المساس كذلك بأركان الجريمة أو بمسؤولية مرتكبها².

والملاحظ أنّ الأعدار القانونية منها ما هو مرتبط بتخفيف العقوبة و منها ما هو مرتبط بإعفاء من العقوبة، هذه الأخيرة التي سنتناولها بالدراسة من خلال هذا البحث، مع تحديد ضوابط تطبيق هذه الأعدار وفق الخطة التالية:

- المبحث الأول: ماهية الأعدار المعفية
 - المطلب الأول: تعريف الأعدار المعفية
 - المطلب الثاني: تمييز الأعدار المعفية عن النظم الشبيهة
- المبحث الثاني: ضوابط تطبيق الأعدار المعفية
 - المطلب الأول: قواعد تفسير النصوص الخاصة بالأعدار المعفية
 - المطلب الثاني: الجهل و الغلط في الأعدار المعفية
 - المطلب الثالث: تجاوز حدود الأعدار المعفية

-
- 1 " ...toute circonstance ou tout fait spécialement déterminé par une loi, qui laisse subsister l'infraction ou un fond de culpabilité s'il a pour conséquence une réduction ou une exemption de peine ".Ortolan (J) : Élément de droit pénal, Paris, 1886, p 499.
 - 2 Garraud (René) : Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénal, Paris, 1929, p 723.

المبحث الأول ماهية الأعدار المعفية

تختلف التشريعات الجنائية المعاصرة في معالجتها لفكرة الأعدار المعفية. و يعكس هذا الاختلاف ما يشوب تحديد مفهوم العذر و تفهم طبيعته و ما يستتبع ذلك من وجود تباين واضح بصدد الأخذ بتطبيقاته التشريعية المتعددة و المتنوعة في النظام القانوني.

لذلك فقد ارتأينا أن نسهل البحث عن طريق تحديد الأعدار المعفية و بيان دورها التشريعي في مجال استبعاد العقاب، ثم محاولة تقدير سياسة العقاب و مدى ملاءمة الأخذ بنظام العذر و، كما سنتطرق إلى ذاتية الأعدار المعفية و أنها تتميز عن النظم الشبيهة بها. و في الختام نتناول بعض التطبيقات التشريعية للأعدار المعفية.

المطلب الأول

تعريف الأعدار المعفية

لم تظفر هذه المسألة من جانب معظم الشراح بالعناية اللازمة التي تدل على التقائهم حول مفهوم أو تعريف موحد لمعنى العذر المعفي. و ذلك ما سنبينه من خلال استعراض مجموعة من التعريفات التي أوردها جانب من فقهاء القانون الجنائي المقارن. و قد نجم عن عدم سدّ هذا الاحتياج وجود فراغ ملحوظ في مجال تأصيل و تحديد ذاتية نظام الأعدار المعفية و الوقوف بالأخص على الحدود الفاصلة المميزة لهذا النظام عن غيره من النظم القانونية التي تشبهه و قد تختلط به.

فقد تضمّنت الموسوعة الجديدة للقانون الجنائي في فرنسا مدلول الأعدار المعفية بقولها: " الأعدار المعفية (Les excuses absolutoires) هي عبارة عن مجموعة من الأسباب القانونية التي تمنح الجاني بموجبها نوع من التسامح أو العفو يطلق عليه الإعفاء، حيث يترتب على توافر أيّ سبب منها وجوب استبعاد تطبيق العقوبة الأصلية و كلّ عقوبة تبعية أو تكميلية بما في ذلك الحرمان من الحقوق و المزايا الوطنية و المدنية و العائلية، و ذلك عدا الحكم بتحديد الإقامة الذي

يجوز النطق به في مواجهة الجاني، رغم إعفائه، بحسب الأحوال¹. وقد أفصح الأستاذ " ديكوك " (Decocq) في معرض تصديده لمعالجة الحدود الفاصلة بين الأنظمة الجنائية المختلفة موضحاً: " أن الأمر إنما يتطلب التمييز أساساً بين النظم التي يتمحّض عنها استبعاد تنفيذ العقوبة (dispenser de la peine) كما في أنظمة العفو الصادر بمعرفة رئيس الدولة، و قف التنفيذ، و الإفراج الشرطي، و بين نظام الأعذار المعفوية بما يؤدي إليه من أثر مشابه لكن ذاتي يتمثل في تقرير إجراء نهائي لاستبعاد النطق بالعقوبة (des dispenses du prononcé de la sanction)، ثم ينتهي من ذلك إلى أن الأعذار المعفوية هي مجموعة من الظروف أوردها القانون على سبيل الحصر، مؤداها إعفاء الجاني من الحكم عليه بالعقوبة المقررة دون أن يتعدى أثرها إلى سلب الواقعة المرتكبة وصفها الإجرامي، أو إلى المساس بعناصر المسؤولية عنها². و يركز " لفاسير " في تعريفه للعذر المعفي على الجهة المختصة بالفصل في توافره و ذلك بالقول: " الأعذار المعفوية عبارة عن حالات معينة يترتب عليها استبعاد العقوبة على سبيل التغاضي أو الصفح عن مجرم ثبتت إدانته في جرائم محدّدة بحيث لا يمكن الحكم بإعفائه إلا بمعرفة القضاء"³.

أمّا عند الفقهاء العرب فقد تعدّدت تعريفاتهم للأعذار المعفوية، فقد عرفها الدكتور محمد كامل مرسي بأنها: " تلك الظروف المنصوص عليها في القانون، و التي يترتب عليها تخفيف العقوبة أو محوها، و هي لا توجد من غير نص و قد ذكرت بطريق الحصر، و لذلك لا يسوغ التوسّع في تأويل نصوصها و تطبيقها على أحوال أخرى مشابهة ". ثمّ ما خلاص إليه بالقول أن الأعذار المعفوية أو المانعة من العقاب أو

-
- 1 Fernand chapar : Répertoire de droit pénal et procédure pénale, DALLOZ, op.cit p. 187.
 - 2 André Decocq : droit pénal général, Paris, 1971, p 295.
 - 3 Levasseur : Droit pénal général, 9 ed, précis Dalloz, 1976, p 295.

موانع العقاب كما يسمونها أيضاً هي الظروف أو الأسباب المنصوص عليها في القانون و التي تعفي الفاعل من العقوبة مع بقاء المسؤولية⁴. و في معنى مقارب يعرّف الدكتور السعيد مصطفى السعيد الأعدار المعفية بأنها: " الظروف أو الأسباب المحددة في القانون و التي من شأنها رفع العقوبة عن الفاعل و هي جميعها أعدار خاصّة بجرائم معيّنة و يقرّها القانون لأسباب مختلفة"⁵. و من أوضح التعريفات التي تعين في تفهم مضمون و طبيعة الأعدار و تكشف عن أبعاد الدور التشريعي المحدد لها في النظام القانوني ما ذهب إليه الدكتور محمود نجيب حسني بتركيز أنّ الأعدار المعفية هي أسباب للإعفاء من العقاب على الرغم من بقاء أركان الجريمة كافّة و شروط المسؤولية عنها متوافرة⁶. و في ذات المعنى يقول الدكتور رؤوف عبيد أنّ الأعدار المعفية كلّها لا تمس الصفة الإجرامية للفعل و لا عناصر المسؤولية الجنائية و المدنية، بل تحول عند تحقّق شرائطها دون الحكم بالعقوبة على من تتوافر له هذه الشروط من الجناة، دون غيره ممّن يكون قد ساهم معه في نفس الواقعة بوصفه فاعلاً أصلياً مع غيره أو مجرد شريك⁷. و واضح أنّ هذا التعريف يفيد في التعرف على الطابع الخاص و الشخصي للأعدار من حيث تأثيرها على أحكام المسؤولية و المساهمة الجنائية، و من وجهة نظر الدكتور مأمون سلامة تعدّ الأعدار المعفية من قبيل الظروف التي تحدث أثراً في العقوبة المقررة للجريمة. و ينتهي من

- 4 د.محمد كامل مرسي: شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الثانية، 1923، شركة مطبعة الرغائب، مصر ، ص ص 358، 859.
- 5 د.السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، 1962، مطابع الشعب ، ص 663.
- 6 د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، 1977، ص 792.
- 7 د.رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار النهضة العربية، 1965، ص 712.

ذلك إلى تعريف الأعدار بأنّها الظروف المعفيّة التي يترتّب على توافرها عدم توقيع العقوبة و يطلق عليها موانع العقوبة⁸.
و يفصح الدكتور يسر أنور عن رأيه في معنى العذر قائلاً: أنّ المشرّع يترتّب على الأعدار القانونية المعفيّة أو موانع العقاب إعفاء الجاني كليّة من العقاب لاعتبارات خاصّة بالسياسة الجنائيّة و مستمّدة من ظروف سابقة أو معاصرة أو لاحقة على الجريمة ". و يستطرد موضحاً: " أنّ حالات امتناع العقاب هي كلّها أعدار خاصّة يتعلّق كلّ منها بجريمة معيّنّة"⁹.

و لا تخرج سائر تعريفات العذر المعفي عن مضمون المعاني الموضّحة، فقد جرى البعض على تحديد معنى الأعدار المعفيّة بأنّها: " وقائع، و إن كانت لا تنفي وجود الجريمة كما لا تنفي الخطأ المعنوي إلاّ أنّها ترتّب إعفاء الجاني من العقاب حيث يرجع أساس هذا الإعفاء إلى أحد أهداف السياسة الجنائيّة في تحقيق مصلحة معيّنّة "¹⁰. كما عرّفها البعض الآخر بأنّها: " ظروف تعفي من العقوبة شخصاً ثبت قضائياً أنّه ارتكب جريمة "¹¹. و ذهب رأي إلى أنّ الأعدار القانونيّة المعفيّة من العقاب إنّما هي سلوك إيجابي يصدر من مرتكب الجريمة بعد توافر كافّة عناصرها القانونيّة و ثبوتها في حقّه و يكون من شأنها إفلاته من العقاب ". أو أنّها: " أسباب يحددها المشرّع مسبقاً يترتّب على توافرها إعفاء مرتكب الجريمة من العقاب و ذلك لاعتبارات عديدة تتعلّق بالسياسة الجنائيّة العامّة و لا يترتّب على توافرها هذه الأسباب انتقاص من أركان الجريمة أو مسؤوليّة مرتكبها، حيث تنتفي

8 د.مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات (القسم العام)، دار الفكر العربي، 1979، ص ص 520، 521.

9 د.يسر أنور علي: شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1988، ج 2 ص 225.

10 د.عادل عازر: " النظرية العامّة في ظروف الجريمة "، رسالة دكتوراه مقدّمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1966، ص 107.

11 د.سامح السيد جاد: مبادئ قانون العقوبات (القسم العام)، طبعة 1995، دار النهضة العربية، ص 112.

السلطة التقديرية للقاضي حيالها فيقتصر دوره على التثبت من وجودها فحسب، و من ثم تطبيق أثرها المعفي من العقاب¹².
و يمكننا بالإفادة من كل التعريفات التي أوردناها طرح تعريف محدد للأعذار المعفية على أساس أنها أوضاع خاصة انفرد الشارع بتحديد صراحة استثناءً من عموم قواعد العقاب بناءً على توافر أسباب أو وقائع أو صفات قانونية معينة أملت وجوب استبعاد تطبيق العقوبة نزولاً على مقتضيات ضرورة من المنفعة الاجتماعية في إطار سياسة جنائية واقعية ذات ملاءمة واضحة، و ذلك رغم ثبوت إدانة المتهم في جريمة توافرت في حقه أركانها و استجمع في شخصه كافة عناصر المسؤولية عنها¹³.

المطلب الثاني

تمييز الأعذار المعفية عن النظم الشبيهة

1 – التمييز بين الأعذار المعفية و أسباب الإباحة:

قد يرتكب الفرد عملاً ينطبق عليه نص التجريم الوارد في قانون العقوبات و مع ذلك فلا يعده القانون جريمة، كمن يقتل للدفاع الشرعي أو يجرح بهدف القيام بعمل طبي أو يضرب للتأديب. و يعني ذلك أنه لا يكفي لأن يتطابق الفعل مع نص تجريمي ساري المفعول، إذ يجب علاوة على ذلك أن نتأكد من عدم وجود سبب يبرر الأفعال، إذ أن وجود سبب للتبرير (للإباحة) يخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم و يعيدها ثانية إلى دائرة الإباحة¹⁴.

فالأفعال التي تحمل في طبيعتها معنى الاعتداء على حق يحميه القانون تجرم، فإذا ما تجردت هذه الأفعال من معنى العدوان ابتداءً كانت أفعالاً مباحة. و يؤدي هذا الرأي إلى القول بأن أسباب التبرير لا علاقة لها بأركان الجريمة و خاصة الركن الشرعي لأنها لا ترد على

12 د. حسام الدين محمد أحمد: " حق الدولة في الأمن الخارجي و مدى الحماية الجنائية المقررة له"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق القاهرة، 1984، ص 429.

13 لقد نصّ المشرع الجزائري في قانون العقوبات على الأعذار المعفية في مواد عديدة و منها المواد: 92، 179، 199، 205، 217، 281، 404.

14 د. عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، طبعة 1998، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1 ص 116.

أفعال مجرّمة فهي ترد على أفعال لها صورة وقائع إجرامية و لكنّها ليست جرائم، و ما النص القانوني عليها إلا للشبهة حولها، و بغرض تنظيمها و بيان حدودها و تفصيل القيود التي ترد عليها. على أنّ غالبية الفقه يرى بأنّ أسباب التبرير هي قيود ترد على نصّ التجريم فتعطل مفعوله، و لذا فهي تنعكس على الركن الشرعي للجريمة فتبطله، إذ تخرج الواقعة من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة. فإذا كان الأصل في الأفعال هو الإباحة فإنّ التجريم يأتي استثناءً على هذا الأصل، و تأتي أسباب التبرير كاستثناء على هذا الاستثناء لترد الفعل إلى أصله من المشروعية بعد أن كان مجرّماً، و علّة ذلك كما يرى أنصار هذا الرأي تكمن في انتفاء علّة التجريم فقد لا يحمل الفعل معنى العدوان إذا ما ارتكب في ظروف معيّنة – كالجراحة للتطبيب – ممّا يبرّر إباحته، و قد يراعي القانون حقاً أقوى من الحقّ المعتدى عليه و يراه أجدر بالرعاية فيجيز الفعل و يبطل نصّ التجريم كما في حالة القتل الشرعي¹⁵.

أمّا عن مصادر الإباحة فإنّها لا تنحصر في قانون العقوبات فقط كما هو الشأن في نصوص التجريم أو تقرير العقوبات أو بيان أنواع التدابير. ففي الإباحة يجوز القياس و ليس في ذلك تعطيل لمبدأ الشرعية، حيث أنّنا لا نجزم فعلاً مباحاً، و زيادةً على ذلك يجوز فيها الاستناد إلى قواعد العرف أو الشريعة الإسلامية أو إلى نصوص القوانين الوضعيّة الأخرى لتقرير وجود سبب إباحة، و هذا ما جعل أحد فقهاء القانون يقول بأنّ أسباب التبرير تكون قد وردت في قانون العقوبات على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر. على أنّ أغلبية الفقهاء ترى أنّ أسباب الإباحة قد وردت في قانون العقوبات على سبيل الحصر لا المثال، و إن جاز فيها الأخذ بالقياس أو العرف أو ما تقره القوانين الأخرى¹⁶.

15 د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 169 و الدكتور/رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار النهضة العربية، 1965، ص 410.
16 د. عبد الله سليمان: المرجع السابق، ج 1 ص 118.

و الناظر إلى قانون العقوبات الجزائري يرى أنه حصر مواضع أسباب الإباحة في نصوصه، و عطلّ النصّ التجريمي عن العمل في كلّ فعلٍ يدخل ضمن هذه المواضع في القوانين الأخرى و اعتدّ حتّى بالعرف. و حتّى لا يجري المشرّع وراء نصوص متناثرة هنا و هناك لا يمكن حصرها أثر أن يحصرها بمواضيعها فحسب، فإذا ما وجدنا نصّاً في القانون يبيح فعلاً معيّناً و جب علينا رده إلى أحد المواضع التي حددها النص في قانون العقوبات. فأسباب الإباحة في التشريع الجزائري حصرت في كلّ ما يأمر أو يأذن به القانون أو في حالة الدفاع الشرعي¹⁷، و عليه فلا يجوز إضافة أيّ سببٍ آخر لهذه الأسباب التي وردت على سبيل الحصر لا المثال.

و من آثار الإباحة أنّ أيّ فعلٍ يخضع لسبب من أسبابها يعدّ فعلاً مشروعاً و يترتّب على ذلك اعتبار كلّ من ساهم فيه كفاعل أصلي أو كشريك بريء باعتباره قد ساهم في عملٍ مشروع أو مبرّر. فأسباب الإباحة ظروف موضوعيّة تمحو عن الفعل صفته التجريميّة و تنحصر في الظروف الماديّة للفعل لا للظروف الشخصيّة للفاعل، و ينجرّ عن ذلك عدم الاعتداد بالجهل بالإباحة، كما ينحصر تأثير الغلط في الركن المعنوي للجريمة لا الركن القانوني لها¹⁸.

فمن خلال هذا العرض الموجز لأسباب الإباحة، ما هي يا ترى جوانب الاختلاف و الاشتراك بينها و بين الأعذار المعفيّة؟
أ. الأبعاد المشتركة بين الأعذار المعفيّة و أسباب الإباحة:

يلتقي النظامان المذكوران في جملة وجوه هي:

- أنّ كلاهما يؤدي في أثره النهائي إلى نتيجة واحدة هي امتناع تطبيق العقوبة على المتهم، أي تعطيل شق الجزاء في قاعدة التجريم، إلا أنّهما يختلفان اختلافاً جوهرياً من حيث مدى هذا الأثر على ما سنبينه تفصيلاً لدى حديثنا عن أوجه الاختلاف بين الأعذار المعفيّة و أسباب الإباحة.

17 أنظر المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري.

18 د. عبد الله سليمان: المرجع السابق، ج 1 ص 119.

- أن كلاً منهما يفترض واقعة الأصل فيها أنّها متطابقة مع نموذج جريمة و أنّ الإدانة مستحقة عنها لثبوت صلة المتهم بها لولا توافر تلك الأسباب من النوعين. و في ذلك يبدو واضحاً الطابع الاستثنائي الذي ينطوي على استبعاد العقاب في الحالتين.

- أنّ سند امتناع العقاب بموجب أيّ من النظامين يرجع إلى تقدير الشارع لبعض المصالح الاجتماعية التي تهيم على سياسة التجريم و العقاب، أو بمعنى أوضح أنّ الأعدار المعفية تتفق مع أسباب الإباحة في قيامهما على أساس تحقيق أهداف محددة من المصلحة العامة، و لكن مع ملاحظة الاختلاف الواسع في نطاق تطبيق كلّ نظام منهما على نوعيّة المصالح المستهدفة من إقرار أحواله و أسبابه المختلفة. - إنّ الجهل بتوافر أيّ منهما لا يحول دون استفادة الفاعل أو الجاني من عدم العقاب.

ب. أوجه الاختلاف بين الأعدار المعفية و أسباب الإباحة:

يتبين ممّا سبق أنّه لا يجمع بين النظامين المذكورين سوى جوانب شبه محدودة، ترتيباً على خاصيّة تماثلهما في الأثر الأخير و هو امتناع العقاب، و فيما عدا ذلك فيختلفان كلّ الاختلاف سواء من حيث النوع و الطبيعة و الدور القانوني أو أبعاد ذلك الأثر، ثمّ في العلة أو الغرض الذي يستهدفه المشرّع من تقدير كلّ منهما. و نتناول فيما يلي هذه الاختلافات:

- يرد الفارق الأساسي بين الأعدار المعفية و أسباب الإباحة إلى أنّ الأعدار تطرأ بعد قيام الجريمة و اكتمال أركانها و ثبوت صلة المتهم بها حيث يتوافر لديه العنصر المعنوي و القدر اللازم من الإدراك و التمييز لحمل المسؤولية، و أنّ الأمر لا يتعدى استبعاد تطبيق العقوبة عن الجاني و أنّ توافر العذر ليس من مؤداه محو الجريمة أو التغيير من طبيعتها. و هذا على العكس من أسباب الإباحة التي و إن كان يتوافر بمناسبة المظهر الخارجي للجريمة من ركن مادي بعناصره، و ركن معنوي كالأعدار المعفية تماماً إلا أنّها تختلف عن هذه في أنّها تؤدّي إلى تعطيل نصّ التجريم، و سلب الفعل المرتكب صفته غير المشروعة. و يكشف هذا الاختلاف عن التباين

بين النظامين من حيث مدى الأثر المترتب على كلّ منهما. فالأعذار المعفية تحول دون ترتب ما يقرّره نص التجريم في شقّه العقابي فحسب، مبقيةً على غيره من الأجزية القانونية التي يستتبعها التجريم كالجزاء المدني في صورة الإلزام بتعويض الضرر أو قابلية السلوك المرتكب في ذاته للمنع قهراً كأن تنصدى الشرطة للحيلولة دون وقوعه أصلاً، في حين أنّ أسباب الإباحة من مؤدّاه إزالة التجريم بكافة آثاره كليا.

- إنّ أسباب الإباحة لا ترجع في الأصل إلى اعتبارات شخصية بل إلى ظروف مادية تكتنف الجريمة لحظة ارتكابها¹⁹ فتبررها لأي شخص وجد في هذه الظروف، حيث تعدم جسامتها أو تقلل منها بالقدر الذي يستأهل عدم تطبيق نصّ التجريم، بخلاف الأعذار المعفية فهي تقوم على محض اعتبارات شخصية مستمدة من مقتضيات المصلحة الاجتماعية، و من ثمّ لا يستحق الإغفاء من العقاب بموجبها سوى من تقرّر انتفاعه بهذا الإغفاء دون غيره من المساهمين معه رغم أنّ الجريمة واحدة. ويستتبع ذلك أنّ أسباب الإباحة بطبيعتها تحول دون قيام مسؤولية من أيّ نوع، جنائية أو مدنيّة، إذ تجعل مرتكب الواقعة بريئاً بحكم القانون، لذا فإنّ أثرها يمتد إلى كلّ مساهم فيها. وهذا الحكم مطلق و يبرره أنّه لا يتصور معاقبة من ساهم في عمل مباح أو بالأحرى مرخص به قانوناً²⁰.

- تختلف الأعذار المعفية من أسباب الإباحة من حيث السلطة التي تقرّر توافر الإغفاء أو عدم العقاب. و مرجع ذلك إلى الاختلاف في طبيعة كلّ منهما و ما يترتب على ذلك من أثر متباين على الإجراءات، فتوافر سبب الإباحة يلزم سلطة التحقيق بالتوقف عن الإجراءات و حفظ الدعوى قطعياً أو ردّها، فإذا كانت قد رفعت يجب على المحكمة أن تقضي ببراءة المتّهم تماماً دون أن تحمّله شيئاً من المصروفات،

19 ويعني ذلك أنّ أسباب الإباحة تعاصر ارتكاب الفعل الإجرامي، في حين أنّ الأعذار المعفية قد تتوافر بناءً على واقعة أو سبب أو صفة طبيعية سابقة أو معاصرة أو لاحقة على وقوع الجريمة.

20 د. محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية، العدد 60، 1961، ص 389.

فضلاً عن عدم جواز اتخاذ إجراءات وقائية في مواجهته إذ لا مسوّغ لإنزالها به لأنه ليس مذنباً ولا خطراً على المجتمع، إذ أنّ الأسباب تنفي بذاتها قيام الحالة الخطرة ترتيباً على إزالتها صفة التجريم أساساً¹. أساساً². أما الفصل في مسألة العذر فيخرج أمره كنايةً عن اختصاص سلطة التحقيق، و من ثمّ فهي تتعدّى سلطتها إذا حفظت الدعوى بسبب العذر.

- يتبقى الاختلاف بين النظامين المذكورين من حيث العلة التشريعية التي يراعيها القانون في النصّ على استبعاد العقاب. ويدعم هذا الاختلاف التباين الواضح في الوظيفة أو الدور المتميّز الذي يؤديه كلّ نظام منهما في البنين القانوني العام. أمّا علة الإباحة فتحدّد بحسب الفقه السائد في انتفاء علة التجريم²، بمعنى أنّ الفعل المباح لا ينال بالاعتداء حقاً أو مصلحة اجتماعية معتبرة بقدر ما يحقّق مصلحة أولى بالاعتبار من تلك التي اقتضت التجريم أو بعبارة أدقّ و على حدّ تعبير الدكتور محمود نجيب حسني: " أنّ علة الإباحة هي انتفاء علة التجريم، أي كون الفعل المباح لا ينال بالاعتداء حقاً "، و استطراده قائلاً: " أنّ الإباحة حكم يستنتج بمفهوم المخالفة من نصّ التجريم إذا ما انتفت علته ". أمّا علة الأعدار المعفية فهي إجمالاً ليست انتفاء أحد أركان الجريمة

- 1 د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، 1969، ص 137.
- 2 أمّا د. رمسيس بهنام فله وجهة نظر خاصة في الاختلاف المذكور أوضحها بقوله: " إنّ القاعدة المبيحة ميناها تغليب مصلحة صاحب السلوك على مصلحة المصاب منه لأنّ الأولى أجدى للمجتمع من الثانية و ذلك حين يتوافر طرف مادّي يجعل المصلحتين أولى باعتبار من الأخرى ... أمّا القاعدة المعفية فليس ميناها تغليب مصلحة صاحب السلوك، إذ لو كان لهذا التغليب محلّ لكان السلوك يعتبر مباحاً، و قد رأينا أنّه ليس كذلك بسبب ما يترتب عليه من جزاء غير جنائي على الرغم من استبعاد الجزاء المدني ". و يستطرد موضحاً: " و الواقع أنّه في القاعدة المعفية يتعلّق الأمر بمصلحتين كلتاها جديرة باعتبار القانون، غير أنّه إذا تغلبت إحداها على الأخرى عملاً لم يجد القانون بداً في سبيل حكمة خاصة من أن يسلم بهذا التغلب كأمر واقع و من أن يلتمس العذر لمن كان صاحب المصلحة المتغلبة متغاض عن إنزال الجزاء الجنائي به دون أن يعفيه من التبعات القانونية الأخرى لمسلكه ... ". أنظر، مؤلفه: نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعاً و تطبيقاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 91، 92.

أو شروط المسؤولية عنها، وإثما اعتبارات متنوّعة من المنفعة الاجتماعية و الملائمة العملية التي توحى بها سياسة العقاب، و من الطبيعي أن يضيف هذا الاختلاف أثره على التطبيقات التشريعية لكلٍ من النظامين و ذلك بغضّ النظر عن التقائهما معاً.

نختم هذا العرض بملاحظة هامة و هي أنّ معظم التشريعات التي تنتمي إلى الاتجاه الانجلوسكسوني لا تفرّق من حيث الأصل بين الإباحة من جهة و الأعدار المعفية و من جهة أخرى، بل تمزج بينهما استناداً إلى اتحاد كافة الأسباب في الأثر الأخير المتمثّل في استبعاد العقاب². و نرجّح الرأي الذي يتّجه إلى عدم إقرار هذا النهج التشريعي بالنظر إلى ما تفرضه المقتضيات التشريعية و الاعتبار العملية من وجوب مراعاة الوضوح و الانضباط الكافي في القواعد القانونية خاصة إذا أخذ في الاعتبار أنّ النصوص الخاصة بمختلف الأسباب المشار إليها لا تفصح صراحةً في صياغتها عمّا هو كامن وراء عباراتها من حكمة و علّة تشريعية أملت إقرار استبعاد العقاب، أو بعبارة أكثر تحديداً أنّ حكمة التجريم أو الإعفاء من العقاب لا ترد أساساً و بصفة مباشرة في سطور القاعدة التي تقرّر إباحتها الفعل أو امتناع العقاب على الجريمة³، الأمر الذي يؤكّد الحاجة إلى عناية الشارع بتحديد الفواصل الدقيقة بين النظم القانونية المختلفة التي قد تتشابه درءً لشبهة الخلط بينهما على نحو يستقيم فيه النظر مع التطبيق.

2 – التمييز بين الأعدار المعفية و موانع المسؤولية:

نقدّم لبحث ذاتية الأعدار المعفية تمييزاً لها عن موانع المسؤولية لإلقاء نظرة عابرة على الفكرة العامة لامتناع المسؤولية الجنائية للتعرف على ماهيتها و أهم ملامحها القانونية حتى يمكن تحديد أبعاد

1 د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 151.

2 د.داود سلمان العطار: " تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون المقارن"، بحث مقدّم لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1968، ص 101، 102.

3 د.رمسيس بهنام: نظرية التجريم في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 78.

هذا التميّز على أسس متينة. و نستهل الحديث بالتعرّض للركن المعنوي للجريمة باعتبار موانع المسؤولية إنّما تتّصل أساساً بمجموعة من الأسباب أو الظروف التي تعرض لمرتكب الواقعة الإجرامية، فتجعل إرادته غير معتبرة قانوناً، بأن تجرّدها من التمييز أو حرية الاختيار. و هذا يعني أنّ أسباب امتناع المسؤولية تحول دون توافر الأهلية الجنائية، أو تجعل الإرادة غير صالحة ليقوم بها الركن المذكور¹. و نستتبع ببيان أنّ الركن المعنوي إذ يضم العناصر النفسية المتّصلة بالجريمة، على أساس أنّ هذه الأخيرة ليست كياناً مادياً خالصاً قوامه الفعل المادي و آثاره بل هي كذلك كيان نفسي، فإنّه يمكن تبعاً له تحديد جوهر هذا الركن في الإرادة الإجرامية حيث يتطلّب لوجوده عنصرين هما: توافر إرادة معتبرة قانوناً و اتجاه هذه الإرادة على نحو مخالف للقانون. حصيلة القول أنّ المسؤولية لا تعتمد على الركن المعنوي وحده، و إنّما تستوجب قيام الركن المادي أيضاً. فالقانون لا يعتد بالإرادة و يرتّب عليها أهلية التكليف الجنائي أي الأهلية للمساءلة الجنائية إلاّ إذا توافر شرطان: الإدراك أو التمييز و حرية الاختيار، فإن تخلف أحد الشرطين أو كلاهما تجرّدت من قيمتها المعتبرة قانوناً، توافر بذلك مانع من المسؤولية².

و على ضوء ذلك يمكن تحديد إطار حالات امتناع المسؤولية الجنائية في نوعين من العوامل أو المؤثرات: أو لاهما، عوامل من شأنها نفي الركن المعنوي و تتمثّل في القوّة القاهرة، الإكراه المادي، و الحادث الفجائي. و الثانية عوامل لا يترتب عليها ذلك النفي، أي تلك التي من شأنها أن تنتقص أو تزيل حرية الاختيار لدى الفاعل، دون أن تقضي كليّة على نسبة سلوكه الإجرامي إلى نفسيته و هو الشأن بالنسبة

-
- 1 د.محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية، 1975، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ص 245.
 - 2 د.محمد محي الدين عوض: قانون العقوبات (القسم العام)، 1985، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص ص 503، 504.

لصغر السن و الجنون أو عاهة العقل و الغيبوبة الناشئة عن سكر غير اختياري، و الإكراه المعنوي و حالة الضرورة¹.

بعد هذه اللحة الخاطفة نرکز على استجلاء أهم أوجه الشبه و مواطن الاختلاف بين الأعذار المعفية و موانع المسؤولية. أ. الأبعاد المشتركة بين الأعذار المعفية و موانع المسؤولية:

يلتقي هذان النظامان في عدّة وجوه تنصب بصفة أساسية على التشابه في الأثر القانوني المترتب على كلّ منهما و بالتفصيل:

-أنّ الفرض هو أنّ الجاني يأتي الركن أو المظهر المادي للجريمة، و أنّ كلا هذه الأسباب من النوعين يؤدي في النهاية إلى أثر متماثل هو استبعاد العقاب عن الجاني. و هما بذلك يتفقان سوياً مع أسباب الإباحة.

-أنّه لا تأثير لتوفر أيهما على الواقعة الإجرامية التي تظلّ غير مشروعة أو على تكييفها القانوني، أي وصف التهمة من جانب النيابة و القضاء، و يتحقّق بمطابقة الجريمة من الناحية الواقعية للنموذج التشريعي من الناحية المجردة كما حدّدها لها القانون، جنابةً كانت أم جنحة أو مخالفة.

-أنّ الأعذار المعفية تشترك مع موانع المسؤولية في كونها محض أسباب شخصية لامتناع العقاب، لا تنفي عدم مشروعية الواقعة أو خطورة مرتكبها، على النقيض في ذلك أسباب الإباحة، تأصيل ذلك أنّ كلاهما إنّما يستند إلى ظروف أو مؤثرات أو صفات شخصية متّصلة جميعها بالفعل، فلا صلة لنوعي تلك الأسباب بالظروف المادية التي على العكس تكتنف الركن المادي للجريمة و تفترض تعديلاً ينال منه، فيترتب التأثير في مقدار الخطورة الكامنة فيه. و ينبني على ذلك اقتصار عدم العقاب على شخص من تحقق فيه مانع المسؤولية، أو توافر له سبب العذر دون باقي المساهمين. كذلك يجمع بين النظامين عدم التأثير في المسؤولية المدنية التي تظل قائمة رغم استبعاد العقاب بحيث يمكن الحكم على الجاني بتعويض الضرر الناجم عن جريمته،

1 د.محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 504، 505.

علاوةً على أنّ السلوك الإجرامي المقترن قد يكون مظهرًا للخطورة الإجرامية فيصح بل و يتعيّن إنزال التدبير الاحترازي أو الوقائي الملائم.

ب. أوجه الاختلاف بين الأعذار المعفيّة و موانع المسؤولية الجنائيّة:
لا شكّ أنّ هناك العديد من الفروق الدقيقة التي تكشف عن مدى التباين بين كلّ من النظامين المذكورين، سواء من حيث طبيعته القانونية و مجال تطبيقه أو بالنسبة لأحكامه و آثاره في النظام القانوني بصدد قواعد استبعاد العقاب. و يمكن تحديد هذه الفروق فيما يلي:

يرد الاختلاف الأساسي بين الأعذار المعفية و موانع المسؤولية إلى أنّ هذه الأخيرة تنفي بطبيعتها أحد شروط الصلاحية للمسؤولية، في حين تظل هذه الصلاحية متوافرة على الرغم من توافر العذر. مفاد ذلك أنّ تأثير الأعذار المعفيّة لا يمتد إلى المسؤولية الجنائيّة و المدنيّة معاً، بينما تحول موانع المسؤولية دون قيام المسؤولية الجنائيّة فحسب قبل الجاني. و ترتيباً على هذا الاختلاف فإنّ مانع المسؤولية ينفرد بأحكامه و آثاره المتميّزة و المستقلّة عن العذر، و تتمثّل في أنّ امتناع المسؤولية الجنائيّة يستتبع محو الخطيئة أو الإثم لدى الفاعل، دون إزالة الصفة الجنائيّة عن الفعل في حدّ ذاته، نتيجة مؤثرات قد تكون أحياناً متّصلة بشخصه، و لكنّها خارجة دائماً عن إرادته، الأمر الذي يتعدّد معه القول باتجاه هذه الإرادة على نحوٍ معتبر قانوناً¹. و تطبيقاً لذلك نوضح أنّه قد يضر سلوك ما بمصلحة يحميها القانون، أي يتحقّق الركن المادي للجريمة من سلوك و نتيجة و علاقة سببية، كما تتوافر العلاقة النفسيّة، الإرادة، بين السلوك و الفاعل متّخذةً صورة القصد أو الخطأ غير العمدي، ومع ذلك لا يعاقب القانون هذا الفاعل على ما صدر منه حيث لا يعتد بمسؤوليته عن فعله لا لسبب سوى أنّ القانون لا يحكم على مسلك الفاعل بالإثم، على أساس أنّ الظروف الخارجيّة المحيطة لم تكن طبيعيّة عند تكوين الإرادة، و المثال هنا حالة الإكراه

1 د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 793.

و الغلط المغتفر. و يفسر ذلك أنه لا يتصور أن يوجه القانون أو امره و نواهيه إلى شخص تخلف لديه الإدراك أو التمييز ثم يلومه من بعد على عدم مراعاته ما تقتضيه قواعد التجريم إذ في هذه الحالة لا تكون الإرادة معتبرة رغم وجودها. فموانع المسؤولية على عكس الأعدار المعفية تؤثر في الركن المعنوي للجريمة فتهدمه، و بذلك لا تقوم المسؤولية الجنائية و لا يوقع عقاب. ثم أنّ هذه الموانع لا تؤثر على سلطان النصّ بل يبقى الفعل مؤثماً غير مشروع بيد أنّ النصّ لا ينطبق لتخلف شرط أو أكثر من الشروط اللازمة لتطبيقه.

- يتحدّد الفارق الثاني في أنّ موانع المسؤولية على غرار أسباب الإباحة تقوم وقت ارتكاب المظهر المادي للفعل بخلاف الأعدار المعفية التي لا تثور أصلاً إلا بعد اكتمال النموذج الإجرامي بما في ذلك عناصر المسؤولية حيث يتوافر لدى الجاني العنصر المعنوي و القدر اللازم من الإدراك أو التمييز لحمل المسؤولية. و إمعاناً في تأصيل هذا الاختلاف الهام نوضح أنّ السبب المانع من المسؤولية يجب أن يتوافر بطبيعة الحال وقت ارتكاب الفعل لأنّه في هذا الوقت بالذات يشترط القانون توافر الإرادة الإجرامية التي توجه الشخص في سلوكه نحو الجريمة. و لما كان تأثير موانع المسؤولية ينصرف أساساً إلى هذه الإرادة فإنّه يصبح متعيّناً تعاصرها حتى يتحقّق هذا التأثير. مؤدّى ذلك أنّه لا أثر لتوافر هذا المانع على مسؤولية الجاني إذا تحقّق في وقت لاحق على ارتكابه الفعل المكوّن للجريمة، فلا أهميّة لقيامه وقت تحقّق النتيجة الإجرامية أو من باب أولى وقت المحاكمة أو عند تنفيذ العقوبة، و إن كان يترتّب على ذلك بعض الآثار المتّصلة بالدعوى الجنائية. و من جهةٍ مقابلة نجد الأعدار المعفية مستقلة تماماً عن أركان الجريمة عموماً، و يتحقّق هذا الاستقلال بصفةٍ خاصّةٍ بالنسبة لكلّ من السلوك و النتيجة و لو كانت هذه الأخيرة مترتبة على إرادة الجاني المستفيد من العذر¹.

- بالإضافة إلى الفروق المتقدّمة نستطيع أن نستخلص وجود ثمة اختلافات أساسية أخرى مترتبة على سابقتها. و تبدو في انفراد كلّ

نظام من النظامين المعينين بعلمته التشريعية و بمجال أو نطاق تطبيقه على الجرائم فضلاً عن أثره التفاوت على أبعاد الجرائم الجنائي و المسؤولية. و منعاً للتكرار فإننا نؤثر عدم الخوض في بيان ما يختص بالأعذار المعفية من هذه الجوانب اكتفاءً بما سبق عرضه تفصيلاً في هذا الشأن، و نركّز جهدنا على إبراز جوهر التفرقة بينها من وجهة تطبيقية أو عملية. فنوضح أنه فيما يتعلّق باستبعاد المسؤولية بسبب الجنون أو عاهة العقل مثلاً، فإنّ الأثر المترتب على توافر شروط هذا المانع، بما ينطوي عليه من فقدان الشعور أو الاختيار، هو انتفاء الركن المعنوي للجريمة و استحالة توقيع العقاب¹، و يستتبع ذلك التزام سلطة التحقيق بعدم السير في إجراءات الدعوى و التزام القضاء بالحكم بالبراءة أو بالأحرى امتناع المسؤولية و ذلك إذا كانت الدعوى قد أحييت إليه. و نضيف إلى أنّ هذا الأثر عام يمتد إلى الجنايات و الجنح و المخالفات على السواء عمدية و غير عمدية، على أنه إذا كان الجنون أو عاهة العقل لاحقاً على ارتكاب الجريمة فإنّ دوره يقتصر على مجرد التأثير على سير الإجراءات الجنائية. و الجدير بالذكر أنّ الأصل في التحقّق من توافر شروط امتناع المسؤولية بصفة عامّة من شأن قاضي الموضوع، إذ يتطلّب بحثاً في وقائع الدعوى و ظروفها².

فمن خلال هذا العرض تتحدّد أهميّة التمييز بين الأعذار المعفية و موانع المسؤولية و التي يمكن رصدها فيما يلي:

-إذ رغم التقاء نظامي العذر و امتناع المسؤولية في عدد من أوجه التشابه الجوهرية، و إن كان محدوداً، و الذي قد يوحي باحتمال اللبس أو الخلط بين النظامين إلا أنّ هذا اللبس هو ظاهري فقط إذ أنّ لكلٍ منهما دوره القانوني و أبعاده الذاتية في النظام العام القانوني.

-ما ثار في الفقه الجنائي من جدل حول تحديد الطبيعة القانونية لحالة الضرورة و تعليل حكمها. و نكتفي بالإشارة حيث لا يتسع المجال للإفاضة إلى أنّ الفقهاء قد اتّجهوا في ذلك إلى مذاهب شتى، فمنهم من يعتبر الضرورة سبباً مبيحاً، و منهم من يراها مانعاً من

1 المرجع نفسه، ص 516.

2 المرجع نفسه، ص 517.

موانع المسؤولية، و منهم من يجعلها عذر قانوني معفي، كما عدّها أيضاً البعض من أسباب الإباحة في أحوال، و من الأعذار المعفوية أو موانع المسؤولية في أحوال أخرى¹.

3 - التمييز بين الأعذار المعفوية و نظام العفو:

كثيراً ما تدق التفرقة بين الأعذار المعفوية و غيرها من أسباب امتناع توقيع العقاب التي تجمعها فكرة أساسية مشتركة هي الفكرة العامّة للعفو (pardon). و قد اقتضى تأصيل الأعذار المعفوية تميّزها عن نوعين من أسباب العفو و هما العفو الشامل (L'amnistie)، و العفو عن العقوبة (la grace).

و نود التأكيد بدايةً على أنّ جوهر التفرقة بين نظام الأعذار المعفوية و مختلف الأسباب المذكورة في إطار نظام العفو إطلاقاً مناطه التمييز أساساً بين فكرتي الإعفاء و العفو الذي يصدر من قبل رئيس الدولة²، و يتّصل بذلك صدور العفو الشامل عن الجريمة بمقتضى قانون ينصّ على إزالة كافة آثارها.

أ. التفرقة بين الأعذار المعفوية و العفو الشامل: إنّ معنى العفو الشامل يتبلور في أسباب الصفح أحياناً عن بعض الجرائم التي وقعت في ظروف معيّنة و الذي غالباً ما يكون بصدد الجرائم السياسيّة حيث سيصدر عادةً على نحو جماعي³.

1 د. محمد محي الدين عوض: قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 502.

2 في التشريع الجزائري من صلاحيات رئيس الجمهورية أن يصدر عفواً و ذلك بناءً على نصّ المادة 7/77 من الدستور و التي تنص: " يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية: 7 - له حق إصدار العفو و حق تخفيض العقوبات أو استبدالها".

3 إنّ علة العفو الشامل - على حدّ تعبير د. محمود نجيب حسني -: " هي التهيئة الاجتماعيّة بإسدال النسيان على جرائم ارتكبت في ظروف سيّئة اجتماعياً، فيريد الشارع بنسيان هذه الجرائم أن تحذف من الذاكرة الاجتماعيّة الظروف السابقة كي يتهيأ المجتمع أو يمضي في مرحلة جديدة من حياته لا تشوبها ذكريات هذه الظروف ". و ما أعقبه موضحاً: " و لذلك يصدر العفو الشامل عقب فترات من الاضطراب السياسي و تكون موضوعة أفعال ذات صلة بهذا الاضطراب السياسي، و تكون موضوعة أفعال ذات صلة بهذا الاضطراب ". د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 900.

و على هذا فالدور التشريعي لهذا النوع من العفو يتحدّد في تجريد الواقعة من صفتها الإجرامية و هو ما يستتبع انقضاء كافة آثارها الجنائية بما في ذلك استبعاد العقوبات الأصلية و التبعية أو التكميلية. و لكن لا تمتد هذه الآثار إلى حقوق الغير كالحق في التعويض مثلاً ما لم ينص قانون العفو على خلافه¹.

و واضح ممّا تقدّم أنّ العفو الشامل يعطل أحكام التشريع العقابي، لذا يتعيّن صدوره بموجب قانون فإذا صدر، و هو متصور في أي وقتٍ تبعاً لمشينة المشرّع، فلا ترفع الدعوى ابتداءً عن الفعل أو تنقضي الدعوى المقامة عنه و يمحي الحكم الصادر فيها بشأنه. و على ضوءه يتّضح أنّ ثمة وجه للتشابه و وجوه للاختلاف بين النظامين.
أ. وجه الشبه بين الأعدار المعفية و العفو الشامل:

يتمثّل الشبه الجوهرى بين النظامين في أنّ كلاهما يؤدي إلى امتناع توقيع العقوبة على المتهّم أو الجاني، و أنّ هذا الامتناع يستند في أساس إقراره إلى إرادة تشريعية صريحة سواء بموجب نصوص محدّدة مسبقاً في متن المدونة العقابية و هذا بالنسبة لنظام الأعدار، أو بمقتضى قانون يصدر بالعفو بمناسبة أو ضاع معينة و في ظروف خاصّة.

ويترتّب على هذا التشابه وجوه شبهة أخرى فرعية و في مقدّماتها أنّه لا يتوقف تطبيق أيّ من النظامين على تمسك صاحب المصلحة بالإعفاء أو العفو كما لا يقبل منه التنازل عن هذا أو ذلك. و ارتباطاً بذلك فإنّ قاضي الموضوع يكون ملتزماً بالتعرض لمسألة العذر أو العفو عن الجريمة و الفصل في أيّ منهما من تلقاء نفسه و لو لم يدفع بها. و يبرز ذلك أنّ الأمر يتعلّق في الحالين بأسباب تتعلّق بالنظام العام². ثمّ إنّّه يجمع الأعدار و العفو الشامل أنّ المتهّم يأتي سلوكاً إجرامياً الفرض فيه أنّه متطابق مع نموذج جريمة معينة بحيث يطرأ سبب امتناع العقاب بعد اكتمال عناصر المسؤولية الجنائية، حيث

1 المرجع نفسه، ص ص 899، 902.
2 إنّ العفو الشامل يتّصل بالنظام العام، إذ يقوم على اعتبارات مستمدة من مصلحة المجتمع. أنظر، د. رؤوف عبّيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، المرجع السابق، ص ص 874، 875.

يتوافر لدى الفاعل العنصر المعنوي و القدر اللازم من الإدراك و التمييز لحمل المسؤولية، و إن كان يلزم التحفظ بشأن التفاوت بين النظامين من حيث مدى التأثير على نصّ التجريم ذاته. و كذلك يلتقي النظامان فرعياً في أنّ كلاهما لا يؤثر في مسؤولية المتهم رغم إعفائه أو العفو عنه عن تعويض المضرور من الجريمة. و الأمر واضح و منطقي بالنسبة للأعذار المعفية إذ ينصرف أثرها القانوني إلى مجرد استبعاد تطبيق العقوبة، مع الإبقاء على عناصر المسؤولية كاملة عن الجريمة في حقّ الجاني. أمّا فيما يتعلّق بالعفو الشامل فيدق التساؤل عن التبرير الذي يستند إليه إقرار الحكم بالإلزام المتهم بالتعويض لما ينطوي عليه هذا الحكم من عدم اتّساق مع طبيعة النظام المعني، إذ من مؤداه إزالة آثار التجريم كآفة. و يمكن تأصيل المسألة بالإفادة من جهود الفقه على أساس أنّ العفو الشامل رغم تجريده الفعل المرتكب من وصفه الجنائي إلاّ أنّه لا يزيل عنه صفته كفعل ضار يستوجب مسؤولية مرتكبه عن تعويض الأضرار الناجمة عنه و إن امتنع عقاب هذا الفاعل بسبب العفو¹.

يتبقى ما يلاحظ من أنّ الأعذار المعفية تتفق مع العفو الشامل في قيامهما على اعتبارات و أسس عملية هامة، مبناهما تحقيق المصلحة الاجتماعية. كما نود التأكيد على أنّه رغم التباين الشاسع بين كلّ من النظامين من حيث تطبيقات عآته التشريعية فهما ينطويان معاً على معنى التغاضي أو التنازل من قبل الهيئة التشريعية عن حقّها في اقتضاء العقاب من الجناة أحياناً، رغبة في مجرد الصّح عنهم أو إسدال الستار عن جرائمهم تقديراً لبعض الظروف التي تهّم المجتمع بأسره.

ب. أبعاد الاختلاف بين الأعذار المعفية و العفو الشامل:

يمكن تحديد أهم هذه الأوجه في عدّة نقاط كما يلي:

1 وفي ذلك نعتقد أنّه من باب الدقّة فحسب تغليب تسمية هذا النظام بالعفو الشامل و ليس بالعفو عن الجريمة اتّساقاً مع التأصيل المبين. و جدير بالذكر أنّ الشارح قد حرص على تأكيد أنّ آثار العفو الشامل تنصرف إلى الصفة الإجرامية للفعل وحدها، فإن كان قد سبب ضرراً فحقّ المضرور لا يتأثر بالعفو. أنظر، د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 902.

- تختلف الأعذار المعفيّة عن العفو الشامل في الجوهر الذي تقوم عليه فكرة كلّ نظام منهما. فالعفو الشامل يمتدّ أثره إلى تجريد الواقعة من صفتها الإجراميّة بحيث يصير لها حكم الوقائع التي لم يجرمها القانون أصلاً. و بناءً عليه يتخذ هذا النظام صفة الاستثناء الوارد على قواعد التجريم، اتّفاقاً في ذلك مع أسباب الإباحة، و بخلاف الأعذار المعفيّة التي و إن كان طابع الاستثناء بدورها إلاّ أنّه يرد فحسب على حكم العقاب باعتبار أنّ العذر يفترض جريمة ارتكبت و شخصاً مسؤولاً عنها، حيث يحول توافره دون أن ترتب المسؤولية نتيجتها الطبيعيّة و هي توقيع العقوبة. و بتعبير محدّد فإنّ العفو الشامل إنّما يزيل صفة التجريم عن الفعل على نحوٍ مطلق و في جميع أوصافه، بمعنى أنّه لا يجوز بعد صدور العفو عن الفعل واصفاً إيّاه بوصفٍ إجرامي معيّن أن يلاحق مرتكبه عنه بتكليف أو بوصفٍ إجرامي آخر.

- أنّ نظام العفو الشامل يتمتّع بطبيعة موضوعيّة، فهو ينصب على الجريمة التي يتّصل بها العفو، دون تحديد أشخاص المنتفعين به، و من ثمّ يستفيد منه سائر المساهمين دون تفرقة بين الفاعلين الأصليين أو مع غيرهم من الشركاء. و يعدّ هذا الحكم نتيجة منطقيّة لتكييف طبيعة الأثر المترتب على هذا النظام بأنّه يتّصل ببعض الظروف الماديّة التي تتعلّق بالواقعة ذاتها لا بشخص مرتكبها فتجردها تماماً من صفتها الجنائيّة. و في هذا ما يفسّر امتداد العفو إلى كلّ المساهمين في الواقعة باعتبارهم إنّما ساهما في فعل مشروع، فلا محلّ بالتالي لتوقيع العقاب مطلقاً و ذلك كلّه على نقيض الوضع بالنسبة للأعذار المعفيّة حيث لا مبرر لتكراره. و نكتفي بالتلميح إلى أنّ تطبيقات علّة الأعذار متعدّدة و متنوّعة بتعدّد و اختلاف المصالح الاجتماعيّة المستهدف حمايتها من النص على الإعفاء في كلّ عذر على حده، أمّا علّة العفو الشامل فمناطقها الحاجة إلى إقراره بمناسبة بعض الجرائم ارتباطاً بظروف معيّنّة غالباً ما تكون متعلّقة بالأوضاع السياسيّة. و بناءً عليه نستشف أنّ نطاق الأعذار المعفيّة يتّسم بأنّه أشمل أو بالأحرى أكثر انضباطاً من نطاق العفو الشامل.

- أنه على الرغم من اتفاق الأعداء المغفية و العفو الشامل من جهة مصدر القاعدة التي ينشأ عنها امتناع العقوبة بمقتضى كل نظامٍ منهما بذاته، إذ لا تملك النصّ عليهما عموماً سوى السلطة المختصة بسن التشريع، فهما مختلفان من حيث الوسيلة المستخدمة أو الكيفية التي تصدر بموجبها القواعد الخاصة بكلّ من النظامين.

- تعكس الاختلافات المتقدمة آثارها على الأحكام القانونية المتعلقة بكلّ من النظامين المذكورين على استقلال. و أخصّ هذه الأحكام جواز الفصل في مسألة العفو الشامل بمعرفة سلطات التحقيق الابتدائي فنقرّر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، فإذا كانت الدعوى قد رفعت وجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبولها أو سقوطها و إن صدر القانون الخاص بالعفو بعد الحكم النهائي في الدعوى أو حتّى تنفيذ العقوبة يمحي أثر الحكم تماماً¹، بل و يكون بمثابة ردّ اعتبار بحكم القانون. و يعني هذا أنه لا يجوز للمحكوم عليه أن يطلب ردّ اعتباره عن اتّهامه أو عن الحكم الصادر ضده. أيضاً نجد آثار الاختلافات المنوّه إليها في صورة الحكم الصادر في الدعوى المرفوعة أمام المحكمة، إذ يتعيّن عليها أن تقضى في حالة توافر سبب العفو الشامل ببراءة المتهم، في حين تحكم في صدد العذر بمحض امتناع تطبيق العقوبة. و إلى جانب ذلك فإنّ صدور الحكم بالبراءة بمقتضى العفو يمنع من إلزام المتهم بدفع المصروفات القضائية، كما لا يجوز أصلاً اتّخاذ أيّة تدابير وقائية في مواجهته، و لا يعتدّ بذلك الحكم كسابقة في العود. و هذا كلّه بخلاف الحكم فيما يتعلّق بنظام العذر².

و من هنا يمكن أن نتوصّل إلى عدّة نتائج نظريّة و عمليّة هامّة نجلها في استقلال كلّ من النظامين المذكورين بأحكامه القانونية و مجال تطبيقه المتميّز. و يبدو ذلك في وضوح الاختلافات الجوهرية بينهما سواء من حيث ماهيته و طبيعته و أساسه القانوني أو بالنسبة للدور المحدّد له و علته التشريعية. و تبلور أهمية عقد هذه التفرقة

- 1 درؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، المرجع السابق، ص 874.
- 2 د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 901، 902.

ارتباطاً بالحاجة الملحة إلى التمييز بين الأنظمة المختلفة التي يتضمنها قانون العقوبات بصفة عامة، و ترسم الحدود الدقيقة الفاصلة بينهما لضمان حسن تطبيق أحكام القانون. و في تصوري أنّ خضوع الأعدار المعفية لمبدأ التحديد التشريعي و اقتصار نطاق تطبيقها نتيجة لذلك و لطابعها الشخصي و الاستثنائي المميز، على أسباب معينة و بصدد جرائم خاصة محددة مسبقاً يكفل التمييز بينها و بين العفو الشامل، و يدعّم من جانب الأصالة و الذاتية التي يتمتع بها نظام العذر على وجه التحديد.

ب. التفرقة بين الأعدار المعفية و العفو عن العقوبة:

بدايةً نودّ التأكيد على أنّ فكرة العفو عن العقوبة هي أقدم في نشأتها التاريخية من فكرة الأعدار المعفية، حيث كان الوضع مستقرّاً عبر مراحل التاريخ المتلاحقة على منح الحاكم الأعلى سلطة العقاب و حقّ العفو عنه. و استمر هذا الحقّ على مرّ الزمان حتّى أصبح تقليداً معترف به في معظم التشريعات العقابية إلى الآن، بينما لم يتبلور نظام العذر إلّا مع ظهور القوانين الأكثر قرباً و التحديد في فرنسا منذ بداية القرن التاسع عشر بصدور قانون العقوبات سنة 1810. و نزولاً على هذا الواقع فإنّ تأصيل الأعدار المعفية يلزمنا بالتصدّي لتمييزها عن العفو عن العقوبة، فنبدأ بتحديد أوجه الشبه و الاختلاف بين كلّ من النظامين ثمّ نحاول استخلاص أهم نتائج هذا التمييز.

أ. أوجه الشبه بين الأعدار المعفية و العفو عن العقوبة:

يمكن تحديد هذه الأوجه في النقاط التالية:

- تلتقي الأعدار المعفية مع العفو عن العقوبة في كونها محض أسباب استثنائية لاستبعاد العقاب على سبيل المنحة أو الصفح، الذي تبرزه ضرورات الصالح الاجتماعي العام، فلا تدخل هذه الأسباب من النوعين في تكوين النموذج القانوني للجريمة، و لا يثور البحث عنها أصلاً إلّا بعد اكتمال البنيان القانوني لإحدى الجرائم التي ينصب عليها ذلك الأثر، و بمعنى أوضح أنّ كلا النظامين المذكورين يفترض واقعة مخالفة لنصوص التجريم متحققة بكافة أركانها و عناصر المسؤولية عنها مع استمرار الواقعة جريمة في نظر القانون و الإبقاء على

وصفها القانوني كما هو. و بناءً على ذلك فإن حكم الإدانة يظل قائماً أصلاً و منتجاً كافة آثاره عدا استبعاد توقيع العقوبة بما في ذلك الاعتراف به كسابقة في العود، و يستتبع ذلك أن تطبيق أي نظامٍ منهما لا يتوقف على تمسك الجاني بالإعفاء أو العفو، فقد يمنح له دون طلبه متى توافرت شروطه، كما لا يجوز له التنازل عن هذا أو ذلك. و يبرر ذلك أن الأمر يتعلق في الحالين بالنظام العام فلا يمكن تقرر استفادته منه أن يهدره بإرادته.

- يشترك النظامان - ارتباطاً بما سبق - في اقتصار أثرهما على العقوبة الجنائية دون التأثير في الجزاء المدني، و هذا يعني أن توافر العذر أو صدور العفو لا يحول دون ترتب مسؤولية الجاني، ولو قضى بإعفائه من العقاب، عن تعويض الضرر الناجم عن جريمته، علاوةً على أنه قد يلزم بدفع المصروفات و الأتعاب القضائية أو يحكم عليه بالتدبير الوقائي المناسب إن كان له مقتضاه.

- و ثمة وجه آخر للشبه بين النظامين و هو أن كلاهما يتميز بطابع شخصي بحت، بمعنى أن أثره يقتصر على من تعلق به السبب سواء في النص المتضمن للعذر أو القرار الصادر بالعفو عن العقوبة، فإن كان مع هذا الشخص غيره من المساهمين في الجريمة فلا يستفيدون من الإعفاء أو العفو¹.

ب - أبعاد الاختلاف بين الأعدار المعفية و العفو عن العقوبة:

معلوم أن العفو عن العقوبة مقتضاه إنهاء الالتزام بتنفيذها كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها مقررّة قانوناً. و هو في مدلوله هذا يختلف عن الإعفاء من العقاب بمقتضى العذر القانوني في جوانب عديدة لعل أهمها²:

- أن العفو عن العقوبة إجراء احتياطي متروك تقديره لرئيس الدولة الذي يخوله القانون هذه السلطة بعد أن يكون قد قضى بالعقوبة و صار الحكم الصادر بها باتاً غير قابل للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية أو غير العادية، و ذلك بعكس الأعدار المعفية التي تنطوي على

1 المرجع نفسه، ص 904.

2 المرجع نفسه، ص 887.

أوضاع استثنائية خاصّة محدّدة عدداً و معرفة مضموناً بموجب نصوص القانون، و من ثمّ يتوافر فيها الثبات و الاستقرار الذي تتميّز به القواعد القانونية عموماً. و يضيف هذا الاختلاف أثره على تحديد الطبيعة القانونية لكلّ من النظامين، فالعفو عن العقوبة هو عمل من أعمال السيادة لا يخضع لرقابة ما، و لكنّه لا يستند في الأصل إلى محض أهواء شخصيّة لرئيس الدولة و إنّما ينهض على أساس من ذات الاعتبار التي يسترشد بها المشرع و القاضي حين يقرّر أولهما العقوبة و يتولّى الثاني تطبيقها، و هي اعتبارات الصالح الاجتماعي العام، في حين يتحدّد تكييف الأعدار المعفية بأنّها من قبيل تطبيقات الفكرة العامّة للعدر القانوني حيث تنهض مختلف نماذج الأعدار المعفيّة على أساس تحقيق اعتبارات نفعيّة محدّدة ينفرد المشرع بتقديرها استجابةً لبعض المصالح الاجتماعيّة الهامّة التي تهيمن على سياسة العقاب.

- اختلاف جوهري آخر بين الأعدار المعفيّة و العفو، و يبدو في تفاوت مدى تأثير كلّ منهما على العقاب أو من حيث مجال تطبيقهما. فالأصل في العفو امتداد أثره القانوني إلى أحد صور ثلاث متدرجة، فهو إمّا ينصب على العقوبة فيحول دون تنفيذها بأكملها، و إمّا أن ينصب على جزء منها فحسب، و إمّا أن يستبدل بها عقوبة أخفّ منها. ثمّ أنّه يتّسع في نطاقه لجميع الجرائم على تنوعها و تفاوت شدّتها، فلم يستثن القانون عقوبة جريمة أو جرائم من أن تكون محلاً للعفو المخوّل لرئيس الدولة و كذا بالنسبة لجميع فئات المحكوم عليهم دون تفرقة. و ذلك كلّه بخلاف الأعدار المعفيّة التي يقتصر تأثيرها على الإغفاء التام من العقاب بصدد جنایات و جنح بعينها و لمصلحة نوعيّة خاصّة من الجناة.

- تتبلور الاختلافات السابقة في التباين الشاسع الذي يكشف عنه التفاوت الظاهر بين النظامين المعنيين من حيث تطبيقاتهما على المصالح الاجتماعيّة التي يبتغى تحقيقها من وراء استبعاد العقوبة بموجب كلّ نظام على حدة، أمّا العفو عن العقوبة فيتصور أن يصدر بهدف إصلاح الأخطاء القضائيّة التي قد تكتشف في وقت لم يعد فيه

الحكم يقبل الطعن بالطرق العادية أو غير العادية أو يكون العيب من نوع لا يمكن إصلاحه أصلاً بطريق الطعن غير العادي الذي يتيح القانون. كذلك يعدّ العفو أحياناً وسيلة لمكافأة محكوم عليه من أجل سلوكه القويم الذي استمر شطراً كبيراً من مدة تنفيذ العقوبة على وجه ثبت معه أو العقوبة قد أنتجت أغراضها فيه بحيث لم يعد محلّ للاستمرار فيها. ثمّ أنّه كثيراً ما يستصدر العفو عن العقوبة بغية تخفيف وطأة حكم قضائي خانه التوفيق فقدّر عقوبة أقسى ممّا يستحقّها الجاني أو ما تقتضيه العدالة و مصلحة المجتمع. و يكون عادةً قرار العفو في هذه أهمها أو بالأحرى أكثرها شيوعاً في الواقع العملي. و أمّا فيما يختص بالأعدار المعفيّة فمجال تطبيقها على المصالح الاجتماعيّة مختلف تماماً فهو محدّد على نحو حاسم و دقيق.

إنّ المقارنة بين نظامي العذر و العفو عن العقوبة تسهم في إبراز أنّ التشابه بينهما على دقّته هو من حيث الظاهر فقط، أمّا في حقيقة الأمر فهما مختلفان تماماً. و في مقام التدليل على ذلك نسوق بعض النتائج و المؤشرات كثمرةً للنظرة الشاملة على جوانب تلك المقارنة و نتحصل فيما يلي:

- 1 - أنّه لا محلّ للخلط بين العفو عن العقوبة و الأعدار المعفية، فكلّ منهما نظام قانوني مستقل بذاته. و لا يقدر في قيمة هذه النتيجة ما هو ثابت من أنّ هذا النظام الأخير قد نشأ منذ زمنٍ بعيدٍ في أحضان النظام الأوّل و ظلّ مختلطاً به لقرون عديدة.
- 2 - أنّه لا يتصوّر الاستغناء عن أيّ من النظامين بالنظر إلى قيمته و وظائفه الجوهرية الذاتية التي لا غنى عنها في النظام القانوني. و بحسبنا ما تبيّنناه من فروق جوهرية بينهما، و بصفة خاصّة ذلك التباين من ناحية السلطة أ، الجهة المختصة بالنص على الإعفاء أو إصدار العفو عن العقوبة، و ما يفصح عنه هذا من أبعاد جذرية للاختلاف بين النظامين، فالعفو عن العقوبة هو إجراء فردي ممنوح لرئيس الدولة بوصفه الرئيس الأعلى للدولة بكافة سلطاتها

المعروفة لا باعتباره ممثلاً للسلطة التنفيذية فحسب، يصدره في كلِّ حالةٍ على حداثها و لا يوجد قيد يلزمه بإصداره أصلاً. بينما الأعدار المعفية من العقاب يلتزم القضاء بالحكم بموجبها و يستهدف بها أساساً إدراك غايات نفعية أكثر ملاءمة للمجتمع من مجرد المصلحة في إنزال العقوبة بالجاني.

3 - نتيجة أخرى، مترتبة على سابقتها و هي أنّ نظام الأعدار المعفية تتسم بالرصانة إذ تحوطه ضوابط و ضمانات عدّة تكشف عنها الخصائص أو المبادئ القانونية المميّزة له و في مقدّماتها الخضوع لمبدأ التحديد التشريعي. في حين يعدّ نظام العفو عن العقوبة بمثابة وسيلة شاذة لا تخلو من الخطورة، ذلك أنّ رئيس الدولة يخوّل بموجب هذا النظام سلطة واسعة بل مطلقة في استبعاد أهم آثار التجريم دون ضابط حاسم و دقيق، إذ يترك غالباً منح العفو أو عدمه تبعاً لمشيئته. و تبدو هذه الخطورة أو ضح ما تكون إبان فترات الحكم الاستثنائية و الطوارئ التي تمرّ بها البلاد، فيخشى سوء استخدام تلك المنحة في ظل الاستيلاء على أداة الحكم و اغتصابها سيما إذا كان الحكم مستبدّاً. و يسوق ذلك إلى حقيقة هامة و هي أنّ فكرة العفو عن العقوبة قد تعرّضت من جانب بعض الفقه لانتقادات عديدة أخصّها عدم اتساقها مع النظام القانوني الحديث، و انطوائها على إخلال صارخ بمبدأ العدالة و الاستقرار أو الثبات القانوني، إذ من شأنها المساس بهيئة القانون و بالصفة اليقينية للعقوبة أو بتعبيرٍ أشمل إهدار فكرة الردع و المنع التي تعدّ من أهم أغراض العقوبة.

المبحث الثاني

ضوابط تطبيق الأعدار المعفية

قد يعرض للقضاء في الدعوى المطروحة أمامه عذر من الأعدار المعفية، و الأصل أنّ تقدير جدارة الجاني لاستحقاق الإعفاء من العقاب تبعاً لمقتضى العذر يفترض إثبات أركان الجريمة و عناصر المسؤولية عنها، ثمّ التحقّق من وجود العذر و توافر شروطه كما حدّدها القانون و

يعقب ذلك إصدار الحكم بامتناع العقاب. و نتولّى فيما يلي القيام بمحاولةً ففهيّة نحدّد بمقتضاها أهم الضوابط التي يؤخذ بها حينما يكون هناك عذر معفي.

المطلب الأول

قواعد تفسير النصوص الخاصة بالأعذار المعفيّة

نبحث فيما يلي القواعد و نفرعها في ثلاث عناصر نتعرّض لكلّ منها تباعاً بالتفصيل الآتي:

1. قاعدة التفسير الضيق¹:

إنّ شرعية الجرائم و العقوبات كمبدأ دستوري يفرض إتباع أسلوب التفسير الضيق للنصوص الجنائيّة عموماً²، و أنّ استظهار حقيقة قصد المشرّع من النصوص هو مهمّة من يتصدّى لتفسيرها، حيث يكون متعيّناً على المفسّر أن يقف دوره عند حدّ التفسير، فلا يتخطّاه إلى حدّ خلق القواعد القانونية. و تبدو أهميّة الالتزام بالأسلوب المذكور أوضح ما تكون بصدد تفسير النصوص الخاصة بالأعذار المعفيّة بالنظر إلى خضوع هذه الأعذار لمبدأ التحديد التشريعي على نحو مطلق و دقيق³.

1 إنّ معنى التفسير هو بحث عن معنى قصده المشرّع بألفاظ معيّنّة و ذلك عن طريق نشاط ذهني يبذله المفسّر مستعيّناً بالمنطق و القواعد اللغوية و البلاغيّة و موضع النصّ بين القواعد الأخرى، و كذا بمختلف الظروف الاجتماعيّة و السياسيّة و الاقتصاديّة التي أحاطت بصدور القاعدة و تطبيقها. و واضح ممّا تقدّم أنّ التفسير يفترض تحليلاً للألفاظ و العبارات التي تتكوّن منها النصوص القانونيّة و أنّ هدفه هو جعل النصّ صالحاً للتطبيق على ما يعرض للقضاء من وقائع. و فيما يختصّ بأنواع التفسير فيمكن ردها إلى ثلاثة تقسيمات: تقسيم يتعلّق بالمفسّر، و آخر يتعلّق بالوسيلة، و ثالث مناطه النتيجة التي ينتهي إليها التفسير. أنظر، د. عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائيّة، 1967، بيروت، ص 370.

2 حيث تنص المادة 46 من الدستور الجزائري على: " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم ". كما تنص المادة 47 من ذات الدستور على: " لا يتابع = أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحدّدة بالقانون، و طبقاً للأشكال التي نص عليها ".

3 أكّد بيكارت على أهمية مبدأ شرعية الأعذار في مجال تفسير النصوص الخاصّ بها فأوضح أنّ: " القاضي هو الذي يختص بتقدير توافر واقعة العذر أو عدم توافرها و ذلك وفقاً لما تقرّره النصوص، و استند في ذلك إلى عبارات المادة

وعلى ذلك فالأصل هو التزام قاعدة التفسير الضيق بشأنها من أجل تحري قصد الشارع من النص على الإعفاء من العقاب في إطار العلة التشريعية أو الغاية المنشودة من إقرار تطبيقات هذا النظام. وباستقراء آراء الفقه وبعض أحكام القانون المقارن يمكن التمييز بين اتجاهين: الأول و يرى أنّ الصفة الشرعية للعدر، بنوعيه المعفي والمخفف، تستتبع الأخذ بقاعدة التفسير الضيق (*interprétation stricte de l'excuse légale*)، إذ أنّ النصوص المتضمنة للأعذار وردت على سبيل الحصر، و بناءً عليه فلا يصح التوسّع في تفسيرها أو القياس عليها. ثمّ إنّ قواعد الإعفاء الواردة بالتطبيق لفكرة العذر القانوني جاءت على سبيل الاستثناء من الأصل العام، و الاستثناء لا يقاس عليه و لا يتوسّع في تفسيره. أمّا الاتجاه الثاني فيرى جواز اللجوء إلى التفسير الواسع لنصوص العذر المعفي، و بالتالي جواز القياس عليها و ذلك بدعوى أنّ التزام قاعدة التفسير الضيق للعذر يتعارض مع جوهر وطبيعة الأعذار المعفية فضلاً عن أنّ العذر دائماً في صالح المتهم¹. ولقد بادر الدكتور محمود نجيب حسني إلى التأكيد على أنّ النهج الذي اعتنقه كلا الاتجاهين السابقين في تحديد قواعد تفسير نصوص الأعذار المعفية ليس هو النهج الأمثل. و على ذلك اتّجه إلى إيضاح رأيه في المسألة و الذي تلخّص في مجموعه بأنّ النصوص تخضع في تفسيرها بحسب الأصل لقاعدة التفسير الضيق، و هو لا يحاول تحري إرادة الشارع، على عكس التفسير الحرفي (*littérale*)، و أنّه استثناء من

78 من قانون العقوبات البلجيكي التي نصّت على المبدأ المذكور، حيث تضمّنت في سياقها عبارة الحالات المحددة بمعرفة القانون "، (*Les cas déterminés par la loi*)، و أيضاً نصّ المادة 339 من قانون تحقيق الجنايات التي رددت القول: أنّ العذر واقعة مقرّرة بموجب القانون (*un fait admis comme tel par la loi*). أنظر:

- Bekaert (Hermann) : *Théorie générale de l'excuse en droit pénal*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1957. p 54.

1 د. حسنين إبراهيم صالح عبيد: " النظرية العامة للظروف المخففة (دراسة مقارنة) "، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1970، ص 162، 163.

هذا الأصل يجوز التوسّع في تفسير نصوص العذر تبعاً لقيود محكمة قوامها تحرّي قصد الشارع وعلّة النصّ على الإعفاء دون تعارض مع صيغة النصوص، في حين يحظر تماماً على خلاف الرأي الغالب في الفقه و القضاء اللجوء في تفسير تلك النصوص إلى طريق القياس.

فمسألة خضوع تفسير نصوص الأعذار المعفيّة كأصل لقاعدة التفسير الضيقّ تقوم عنده على عدّة أسانيد اجتهد في استخلاصها من أهم الآراء الفقهية و بعض أحكام القضاء من واقع التحليل المدقّق لقواعد و أصول النظام القانوني للعذر، و قد أجمّلها فيما يلي:

-إن المشرّع إذ ينص على الإعفاء من العقاب بموجب الأعذار المعفية، إنّما يقرّر ذلك في حالات أوردتها صراحةً و على سبيل الحصر و حدّد شروط الإعفاء في كلّ حالة على حدة، و بناءً عليه كان متعيّناً تفسير نصوص هذه الأعذار تفسيراً ضيقاً تحرّياً لقصد الشارع و عدم مخالفة إرادته، خاصّةً و أنّ الأعذار بطبيعتها تنتج أثراً على خلاف الأصل، و إنّها متعلّقة بالنظام العام، حيث تكون مفروضة على القضاء أي يكون ملتزماً بها متى استوثق من توافر شروطها و مقوماتها كما حدّدتها القانون.

-إن الأعذار المعفية تقوم أساساً على اعتبارات تشريعية غاية في الدقّة و على وجه الخصوص الأمر الذي يقتضي التزام قواعد التفسير الضيقّ أصلاً حتّى لا يجاوز تطبيق نصوص العذر نطاق و أبعاد المصالح الاجتماعيّة المحدّدة التي توخّى الشارع تحقيقها من تقرير كلّ عذر في إطار أهداف سياسة العقاب.

-إنّ إقرار القاعدة الموضّحة يتّسق مع الأصول الواجب إتباعها في تفسير النصوص الجنائية بصفة عامّة و النصوص المتعلّقة بالعذر المعفي بوجه خاص، و يكفل بالتالي تحديد إطار تشريعي محكم و دقيق لتطبيقات هذا النظام، على نحو يمكن من تأصيل أحكامه و تمييزه عن

النظم المختلفة التي يتضمنها القانون الجنائي، تجنباً في النهاية لمخاطر الخط المحتمل حدوثه بين الأسباب المتشابهة¹.

2. جواز التوسع في نصوص الأعدار المعفية:

استكمالاً لما بدأناه في الموضوع السابق، نتصدى فيما يلي لتحديد المقصود بالتفسير الموسع و تميزه عن التفسير بطريق القياس تجنباً للخلط بينهما. و نعاود التأكيد على أنّ حظر القياس كأصلٍ عامٍ لا يعني التفسير الواسع، و أنّ التفرقة بينهما دقيقة للغاية، و قد تختلف بشأنها الآراء، كما نوضح أنّ هذا الاختلاف يضيء أثره بصفة خاصة على تفسير نصوص الأعدار المعفية و البت فيما إذا كان الإعفاء الوارد في بعض النصوص هو ثمرة القياس أو ثمرة التوسع في التفسير.

و نستهل بحثنا ببيان أنّ المقصود بالتفسير الواسع هو السماح للقضاء بمدّ الأعدار المعفية إلى كلّ حالة يمكن أن يؤسس فيها ذلك على إرادة الشارع التي ضمّنها النص فعلاً، و بشرط ألا ينطوي الأمر على تعارض مع صياغة النصّ سواء من حيث الأشخاص الذين يحقّ لهم الانتفاع بالإعفاء المقرر قانوناً أو بالنسبة للجرائم المنصوص عليها². و فاد ذلك أنّ التفسير الموسع لقواعد الإعفاء من العقاب بموجب العذر هو كالتفسير المضيق لا يتناول بالتعديل صراحةً أو ضمناً إرادة الشارع من القاعدة، فهذا محذور، و إنّما يعدل المدلول اللفظي للنص ليكون متطابقاً مع المدلول الواقعي أو المنطقي الذي يرمي إليه المشرع³.

والتفسير الموسع بهذا المعنى يختلف عن القياس، و مفاد ذلك أنّه بالنسبة لهذا الأخير تنسب إلى القانون إرادة الإعفاء عن شخص أو من

1 د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 92، 93

2 و من هنا تتأكد دقّة و قيمة التفرقة بين التفسير الواسع و التفسير بطريق القياس باعتبار أنّه لا يجوز أن ينطوي هذا الأخير بدوره على تعارض مع صياغة النصّ.

3 د.رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، 1967، دار المعارف بالإسكندرية، ص 485، و د. عبد الفتاح الصيفي: المرجع السابق، ص 371.

عقوبة جريمة لم يعبر عن أيهما أصلاً، و ذلك بناءً على إرادة قانونية ثم التعبير عنها بخصوص أشخاص أو جرائم أخرى شبيهة، إما في التفسير الموسع فيقتصر الأمر على استظهار إرادة حقيقيّة عبر عنها القانون فعلاً و إن كانت ألفاظ هذا التعبير لا تظهر صراحةً⁴. و قد عنى بعض الفقهاء ببيان معيار التمييز بين التفسير الواسع و القياس في مجال تفسير نصوص التجريم، و من أدق هذه المعايير ما انتهى إليه الدكتور محمود نجيب حسني بالقول: " و نرى أنّ معيار التمييز بينهما هو دخول الحكم في نطاق نص التجريم أو خروجاً عنه. و توضيحاً لذلك تقرّر أنّ لنص التجريم نطاقاً يحدده المفسّر وفقاً لما يراه مطابقاً لقصد الشارع، فإن دخل الفعل في هذا النطاق فإنّ القول بتحريمه لن يكون على أساس من القياس و لو حدّد هذا النطاق على نحو متّسع، أمّا إذا سلّم المفسّر بخروجه عن هذا النطاق و قال مع ذلك بتحريمه طبقاً للنصّ نفسه فذلك قياس محظور"⁵.

كما أورد الدكتور رمسيس بهنام معياراً دقيقاً أيضاً للتمييز المذكور مؤداه و على حدّ تعبيره: " أنّ الأمر محلّ التفسير الموسّع حكمه و ارد في النصّ فعلاً و أمّا الأمر محلّ التفسير بالقياس فليس حكمه و ارد لأنّ القانون لم يتعرّض له غاية الأمر يفترض، و هذا هو القياس، أنّه لو سئل القانون عن حكمه في هذا الأمر لكانت إرادته فيه بعينها تلك التي عبّر عنها في شأن الأمر المماثل"⁶.

3. حظر القياس⁷ في تفسير نصوص الأعدار المعفية:

- 4 أنظر في هذا المعنى د. عبد الفتاح الصيفي: المرجع السابق، ص 375، حيث قال: " إنّ التفسير الموسّع من المجال اللغوي للنص هو من صور التفسير المنطقي يضيق المجال اللغوي للنص عن مجاله المنطقي "
- 5 د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص ص 248.
- 6 د.رمسيس بهنام: النظرية العامّة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 248.
- 7 يطلق القياس في اصطلاح فقهاء القانون على نسبة أمر إلى النص التشريعي بناءً على إرادة لم يعبر عنها أصلاً تعويلاً على إرادة قانونية ثمّ التعبير عنها في صدد أمر مشابه. و على ضوءه تتحدّد عناصر القياس أو أركانه في أربعة أمور و هي إجمالاً: الأصل والفرع و حكم الأصل ثمّ العلة. أمّا الحكم الذي يثبت في الفرع بالقياس فهو نتيجة القياس أو ثمرته و هو ليس عنصراً من عناصره أو ركناً

لا غنى عن إقرار مبدأ حظر اللجوء إلى القياس في تفسير نصوص الأعدار المعفية لاتفاق هذا المبدأ مع جوهر و طبيعة الأعدار و أهميته البالغة في الوقوف على خصائصها و أحكامها التي تخضع لها في مجموع تطبيقاتها و تميّز إطارها التشريعي و نظامها القانوني عن غيره من النظم القانونية الشبيهة، و ذلك على نحو دقيق و محكم. و نعتقد أنّ القول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة تتمثل في تقويض نظرية الأعدار المعفية من أساسها.

و يعيننا هنا في مقام التدليل على قيمة وجهة النظر المطروحة تسليط الضوء على أنّ الأخذ بأسلوب القياس في تفسير تلك النصوص بما تنطوي عليه هذه من طبيعة استثنائية بحتة، من شأنه أن يقيم استثناءات جديدة خروجاً على الأسباب و الأوضاع الخاصة المحددة صراحةً في النصّ القانونية أمّا السماح بتوسيع دائرة هذه الأسباب و الأوضاع فإنّه يجري في حدود الاستثناء المقررّ بالقاعدة المنصوص عليها، أي في إطار إرادة تشريعية حقيقية، كما أنّه لا يصلح دليلاً دامغاً لدحض هذا التبرير ما قيل من أنّه لا صلة للأعدار المعفية بمبدأ شرعية اللجوء إلى القياس في تفسير النصوص الجنائية عموماً، و بالتالي فلا يوجد ما يبرّر حظر القياس على النصوص التي تقرّر هذه الأعدار⁸. و تأصيل ذلك أنّ حالات العذر المعفي يحكمها مبدأ مماثل

فيه. و لعلّ القياس بهذا المعنى يقترب كثيراً من القياس عند الأصوليين، إذ يعرفونه بأنّه إلحاق حادثة لم ينص على حكمها بحادثة نصّ على حكمها و إشراكها في الحكم الشرعي لاشتراكهما في علّة الحكم، فهذا الإلحاق يسمى قياساً في الاصطلاح، و ما ورد النصّ بحكمه يسمى بالأصل أو المقيس عليه، و ما لم يرد النصّ بحكمه يعرف بالفرع أو المقيس. أمّا المعنى الذي لأجله شرع الحكم المنصوص عليه فهو ما يسمى بالعلّة. أنظر، زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، 1964، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ص 107.

8 د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، ص 119 و قد قال: " لما كان حظر التوسّع و القياس في المواد الجنائية يهدف إلى حماية المتهم من التحايل على قاعدة لا جريمة و لا عقوبة بغير نصّ، فإنّه يجوز للقاضي على العكس = من ذلك أن يلجأ إلى التفسير الواسع و إلى القياس على النصوص التي في صالح المتهمين، مثل تلك التي تقرّر أسباباً للإباحة أو موانع =

خاص بها، إذ تخضع لمبدأ التحديد التشريعي على وجه دقيق، و بناءً عليه فلا يمكن مسايرة ذلك الرأي فيما ذهب إليه من إمكان إتباع القياس في تفسير نصوص الأعدار، و إلاّ أدّى هذا إلى أن يستفيد من الإعفاء الأشخاص غير من حدّدهم النصّ أو أن يمتد إلى جرائم غير التي قصدتها الشارع. و فوق ذلك فإنّه ينبغي التفرقة في نطاق القواعد الجنائيّة التي ارتأى البعض استثناءها من قاعدة حظر القياس بين نوعين منها: قواعد الإباحة و امتناع المسؤولية، و قواعد الإعفاء من العقاب بموجب العذر القانوني. فالأولى لا تنتمي بطبيعتها إلى نوعية القواعد الاستثنائيّة لكونها عامّة و لأنّها ليست سوى إقرار لقواعد قانونية مستمدّة من فروع القانون المختلفة، و من أمثلة القياس على أسباب الإباحة حالة الدفاع الشرعي. و نستنبع هنا ببيان أنّ القواعد التي تحدّد سبباً لامتناع المسؤولية الجنائيّة كالجنون مثلاً تعتبر بدورها قواعد عامّة، و لذا فيجوز القياس على النصّ الخاص بهذا المانع كلّما اكتشف طب الأمراض العقليّة مرضاً جديداً بسائر الأمراض المسلّم بإعدامها حرية الاختيار... و هكذا، أمّا بالنسبة للثانية – أي قواعد الإعفاء – فهي التي تعدّ قواعد استثنائيّة بالمعنى الصحيح⁹.

و هنا قد يثار التساؤل الآتي: متى تعتبر القاعدة القانونية ذات طبيعة استثنائية أو خاصّة؟

نبدأ بالتعرّض لما ذكره الفقيه الإيطالي " كيررا " (Carrera) في الإجابة على هذا التساؤل، حيث أورد أنّه لا يمكن بالقياس مدّ العقوبة من حالة إلى أخرى، أمّا ما يجب فيه هذا المدّ فهو العذر¹⁰. و يعدّ هذا الرأي ترديداً لما سبق التلميح إليه من أنّ معظم الفقه يميّز عادةً بين نوعين من القواعد الجنائيّة "أولاهما: تلك التي تنهي عن السلوك و تقرر

= للمسؤولية أو أعداراً معفية من العقاب، بشرط أن يكون في صياغة النصّ و حكمه و وضعه ما يسمح بالقياس في غير تعمل و لا إرهاب له " .

9 د.رمسيس بهنام: النظرية العامّة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 252.

10 المرجع نفسه، ص 248. و قد أشار إلى:

- Francesco Carrera : Programma di diritto criminale, p. 890.

له العقوبة و تلحق بها قواعد تشديد العقاب، و القياس محذور كئيّة بصددها، و الثانية: قواعد الإباحة و امتناع المسؤولية و أيضاً قواعد الإغفاء بموجب الأعدار، و هي ما قيل بجواز القياس عليها جميعاً. و في الفقه العربي تصدّى الدكتور رمسيس بهنام للإجابة على ذات التساؤل المطروح فأوضح: " أن قواعد الإباحة لا يصح اعتبارها قواعد استثنائية و إنّما تعتبر قواعد عامّة مثل قواعد التجريم ... ". و القول أيضاً: " إذن فكل قاعدة سلبية تمحو من القاعدة الإيجابية الشق الخاص منها بالحكم أي الشقّ الناهي عن السلوك، لتحلّ محلّه حكماً آخر مثل قاعدة الإباحة، لا تعتبر في مجال عملها قاعدة استثنائية و إنّما تعتبر قاعدة عامّة لأنها تثبت صفة عدم الشرعيّة لسلوك مجرد أصلاً من وصف الجريمة. أمّ القاعدة الجنائية السلبية التي لا تتعرض للقاعدة الإيجابية في شقّ حكمها الناهي عن السلوك، و إنّما تتعرض لها في شقّ الجزاء لتعطيل تطبيقه على صاحب السلوك رغم استجماع سلوكه كافة العناصر الذاتية التي كان من شأنها استحقاق الجزاء فهي التي تعتبر بالمعنى الصحيح قاعدة استثنائية"¹¹. ثمّ يخلص من تحليله إلى التمييز بين القواعد السلبية العامّة، و يقصد بها قواعد الإباحة، و هي ما يجوز القياس في تفسير نصوصها، و القواعد السلبية الاستثنائية و هذه لا يجوز القياس عليها بسبب ما فيها من صفة استثنائية، حيث يستند في تبرير تلك مبيئاً: " أن معنى الاستثناء من تلك القواعد هو إن انقطع بها التسلسل المنطقي لقاعدة عامّة فيلزم ألا يتحقّق هذا الانقطاع بغير السبب الذي تحدد لإحداثه"¹².

و قد اهتمّ أيضاً الدكتور عبد الفتاح الصيفي بدراسة و تحليل مشكلة القياس في مجال القواعد الجنائية، فعنى بدايةً بالتركيز على وجود قاعدتين أصوليتين هما في رأيه حجر الزاوية في القياس¹³:

11 د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 252.

12 المرجع نفسه، ص 254.

13 د. عبد الفتاح الصيفي: المرجع السابق، ص 254.

-الأولى: إنّه من الممكن تعديده حكم الأصل سواء كان حكماً مبتدأً غير مستثنى من حكمٍ كليّ متى توافر شرطان أولهما أن يكون حكمه معقول المعنى، و ثانيهما أن تكون علته متعدية لا قاصرة.

-الثانية: أنّ الحكم الخاص لا يقاس عليه و لا يتوسع فيه، و يعتبر الحكم خاصاً متى كانت علّة حكمه قاصرة عليه و غير متعدية لغيره، على معنى أنّها ممّا لا يمكن تحقّقها في غيره. ثمّ ينتقل لتحديد المقصود بالقاعدة الجنائية التي يكون تفسيرها بطريق القياس محظوراً فيوضّح أنّه توجد معايير متعدّدة وضعها الفقه بشأن تحديد متى تعتبر القاعدة أصلاً و متى تعتبر استثناءً. ثمّ يسترسل موضحاً بأنّ من الفقهاء من يعمد إلى معيار إحصائي فيعتبر القاعدة عامّة إذا كانت تحكم طائفة من الوقائع تزيد في عددها على تلك التي تحكمها قاعدة أخرى، فالأولى أصل و الثانية استثناء من هذا الأصل.. ، و إنّ منهم من يعتبر القاعدة استثناءً إذا جاءت بحكمٍ ليس فقط مخالف لما تتضمنه قاعدة أخرى، بل و يكون من شأنه إلغاء حكم القاعدة الأخرى.

و على ضوء هذا يحدّد الدكتور عبد الفتّاح الصيفي وجهة نظره بشأن وضع القواعد الجنائية المتعلقة بالأعذار المعفيّة من القياس مقرّراً وجوب التفرقة بخصوص هذه القواعد بين نوعين أحدهما صدر عن مبدأ عام، و هذا النوع يجوز القياس عليه، و الآخر يتمثّل في القواعد الأخص أو الخاصّة بالمعنى الضيق و هذا لا يجوز القياس عليه¹⁴.

المطلب الثاني

الجهل و الغلط في الأعذار المعفية

الجهل يراد به انتفاء العلم كلياً أو جزئياً، أمّا الغلط فيعني العلم على نحو يخالف الحقيقة. و على ذلك يتمثّل الجهل وضعاً سلبياً إذ مبناه العدم، بينما ينطوي الغلط على وضع إيجابي باعتبار أنّ دلّته تتعدّى إلى إدراك الأمر و لكن فهمه بصورة مغايرة للواقع. و من هنا تبدو ثمة

14 المرجع نفسه، ص ص 388، 389.

صلة بين هذا و ذلك، فالغلط جهل بحقيقة الشيء أو واقعه¹⁵. و على ضوءه نحاول فيما يلي تحديد حكم الجهل بالعدر ثم الغلط. فالجهل بالعدر المعفي يفترض توافر النصّ على سبب أو الواقعة المؤدّية للعدر بكلّ الشروط التي يحدّدها القانون، و انتفاء علم الجاني بوجوده أي بأنّ القانون يقرّر له عذراً معفياً و أنّه مستحقّ بالتالي للإعفاء من عقوبة الجريمة التي اقترفها. و مثال ذلك أن ينتفي علم الجاني المبلّغ عن جريمته و المساهمين معه فيها بوجود النصّ على إعفائه من العقاب بسبب الإبلاغ، وفقاً لشروط معيّنة، مقابل الخدمة التي يقدّمها للهيئة الاجتماعية بتسهيل اكتشاف الجريمة و التوصل إلى المساهمين معه في ارتكابها، و ذلك بفرض أن يكون إبلاغه متعلّق بجرائم أمن الدولة¹⁶، أو تلك المتعلّقة بجرائم تزييف النقود¹⁷، أو تلك التي تعفي الشاهد الذي يعدل عن شهادته الكاذبة أمام الموظّف قبل أن يترتّب على استعمال المحرّر أي ضررٍ للغير و قبل أن يكون هو نفسه موضوعاً للتحقيق¹⁸.

والتساؤل الذي يثيره الفرض المطروح يدور حول معرفة ما إذا كان العذر المعفي ينتج أثره على الرغم من الجهل به. الواقع أنّه يمكن استخلاص قاعدة في حلّ المسألة، و هي أنّ الأعدار المعفيّة في مجموعها تنتج أثرها بغضّ النظر عن انصراف علم الجاني بها أو اتجاه إرادته إليها، و بتعبير آخر أنّه لا يشترط لاستحقاق الإعفاء من العقاب بمقتضى العذر أن يكون الجاني عالماً بذلك. و تنص بعض التشريعات الجنائيّة المقارنة و إن كانت قليلة على هذه القاعدة، بل و تقرّر صراحةً الإفادة من مختلف الأسباب التي تمنع من العقاب حتّى عند الجهل بها سواء كانت متعلّقة بحالات إباحة السلوك الإجرامي أو

15 د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 571.

16 المادة 92 من قانون العقوبات الجزائري.

17 المادة 199 من قانون العقوبات الجزائري.

18 المادة 217 من قانون العقوبات الجزائري.

موانع المسؤولية أو قواعد استبعاد تطبيق القانون الجنائي، فضلاً عن أسباب الإغفاء من العقاب بالتطبيق لنظام الأعذار المعفية. ولعلّ من ابرز تلك التشريعات قانون العقوبات الإيطالي، حيث تنص المادة 59 منه على ذلك في قولها أنّ: " الفاعل يضار و يستفيد بالظروف المشدّدة أو المخفّفة أو المانعة من العقاب و لو كان يجهل قيامها أو كان يعتقد خطأً عدم وجودها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "19.

و يلزم التعرّض في هذا المقام لتحديد أهمية سبب الجهل بالعدر المعفي، و يمكن بالنظرة الفاحصة التمييز بين نوعين من الأسباب، الأول أن ينشأ الجهل بوجود العذر بسبب خطأ شخصي كعدم الاحتراز أو الإهمال و نحوه، أي نتيجة تقصير في فهم القانون أو الوقائع و الظروف. و الثاني أن ينشأ الجهل بالعدر من جرّاء قوّة قاهرة طبيعّية أو حالة ضرورة مثلاً. و يسوقنا هذا النصّ إلى الخوض في موضوع الجهل و الغلط في الوقائع أو القانون من زاوية عامّة. فنوضّح أنّ القصد الجنائي يفترض علماً بحقيقة وقائع معيّنة فإن انتفى هذا العلم انتفى القصد بدوره. و ينبني على ذلك أنّ دراسة العلم بالوقائع ترتبط بدراسة نظرية الجهل أو الغلط في الوقائع²⁰.

و نظراً لاستقلال نظام الأعذار المعفية عن فكرة القصد الجنائي أصلاً نكتفي بإشارةٍ عابرةٍ إلى أنّه حتّى يمكن أن يوجه الجاني إرادته إلى تحقيق عناصر الجريمة يجب أن يكون عالماً بهذه العناصر، فإن انتفى علمه بها حيث يشترط العلم أو كان عالماً بها على وجهٍ يخالف

19 أشار إلى هذا النص د.محمود محمود مصطفى في مؤلفه شرح قانون العقوبات (القسم العام): المرجع السابق، ص 124. و ذلك عند تصديده لمعالجة الجهل بالإباحة.

20 يراجع بالتفصيل د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 563، 564. و خصوصاً ما انتهى إليه بالقول أنّه: " إذا تطلب القانون العلم بواقعة لتوافر القصد الجنائي فمعنى ذلك أنّ الجهل أو الغلط المتعلّق بها نافٍ لهذا القصد، إمّا إذا لم يتطلّب ذلك العلم فلا أثر للجهل أو الغلط فيه، و من ثمّ كانت القواعد التي تقرّر انتفاء الجهل أو الغلط أو توافره هو بعينها القواعد التي تقرّر توافر القصد الجنائي أو انتفائه ".

الحقيقة فإنّ هذا الجهل أو الغلط يؤديّ إلى انتفاء القصد الجنائي. أمّا عن الجهل بحكم القانون و بوجود النصّ على العذر فالقاعدة أنّ العبرة دائماً بما أراده القانون بصرف النظر عن تقدير أو تصوّر الجاني، و أنّه متى اتّجه الشارع إلى تقرير عذر من الأعذار المعفيّة من العقاب بصدّد جريمة معيّنة يكون الأمر محلّ اعتبار و ملزم لكافة أطراف الدعوى العموميّة المقامة عن الجريمة، فلا يؤثر الجهل بهذا العذر، أي و لو اعتقد الجاني عدم وجوده في استحقاق الإغفاء، و ذلك ما لم يتعدّد الحدود المقرّرة و حقّق الغاية أو المصلحة الاجتماعيّة المستهدفة أساساً من إقرار العذر²¹.

فمّا سبق نخلص إلى أنّه لا أهميّة لسبب الجهل بالعذر المعفي عموماً، فمهما كان السبب فالقاعدة أنّه لا يكفي لكي يترتّب أثر العذر أن يكون له وجوده القانون و لو كان الجاني يجهله أو يعتقد عدم وجوده فينتج بنيته صوب الجريمة. و يستمر القصد الجنائي، إذا كان همدي، قائماً و تنهض المسؤولية في حقه، و هي قاعدة عامّة و ليست ثمة استثناءات تحدّد من إطلاقها.

أمّا عن الغلط في العذر المعفي فيمكن القول ما يلي:

إنّ الفرض هنا أنّ العذر متخلّف و لا وجود له قانوناً، و لكن الجاني يعتقد في وجوده، و الظنّ بالتالي أنّه لن يقع تحت طائلة العقاب. و يمكن إجمال العناصر التي تقوم عليها حالة الاعتقاد الخاطي أو الغلط في العذر فيما يلي:

- إدراك حقيقي لعدم مشروعيّة الفعل و أنّه يكون جريمة تستوجب العقاب.
- اعتقاد جازم وقت ارتكاب الجريمة في توافر أحد الأعذار القانونية المعفيّة من العقاب عليها.
- أن يكون الاعتقاد في وجود العذر مخالف للحقيقة و الواقع.

21 المرجع نفسه، ص ص 571، 572.

ثم نوضح - على ضوء ما تبين في المطلب السابق - أنّ الغلط في العذر من حيث محله إما أن يكون غلطاً في القانون و إما أن يكون غلطاً في بعض الوقائع المادية²². و مناط التمييز بين النوعين أنّ الأوّل مبناه الاعتقاد في وجود ما لم يقرّره القانون أو تفسير أحد النصوص بما لا أساس له، كأن يظن الجاني بأنّ القانون يقرّر عذراً و هو غير مقرّر، أو أنّ النصّ على العذر مقرّر بناءً على واقعة أو سبب أو صفة فيه هو شخصياً، أو أنّ تأثير العذر ينصرف إلى عقوبة جريمة ما، بينما الأمر على خلاف هذا كلّه. و نلخص ذلك بالقول أنّ الجاني قد يتصور بأنّ الشروط و الأوضاع التي يتطلّبها القانون لتوافر العذر متحقّقة من جانبه في حين تكون منتفية كلياً أو جزئياً²³. أمّا الثاني - الغلط في الوقائع - فينصب على بعض الوقائع الخارجيّة أي المنفصلة عن عناصر النموذج القانوني لعذر من الأعذار، حيث يعتقد الجاني وجودها و لو كان هذا حقيقةً لتواجد العذر بالفعل. و الأمثلة عموماً على تلك الوقائع عديدة و لا حصر لها بطبيعة الحال²⁴، و من قبيلها في خصوص الحالة التي نحن بصددّها عدم إدراك الجاني حقيقة واقعة معيّنة كالطلاق أو سبق التبليغ عن الجريمة بفرض أنّ القانون يقصر مزية الانتفاع بالعذر المقرّر، على الزوجة أو على أوّل المبلّغين. و أيضاً حالة الغلط المنصب على حقيقة صفة يلزم توافرها في شخص ما لإمكان انتفاع الجاني بالعذر كصفة الزوج مثلاً.

و تجدر الإشارة إلى أنّ الأعذار المعفيّة تستند إلى اعتبارات فلسفيّة و قانونية غاية في الدقّة، و تخضع لمبدأ التحديد التشريعي مطبقاً، و

22 نود الإشارة بدايةً إلى ما أوضحه الدكتور/رمسيس بهنام بقوله: " أنّ حكم الجهل الراجع إلى نقص الإحاطة بالواقعة يصدق في مجال الجهل الراجع إلى نقص الإحاطة بالواقعة أيضاً، فهو غلط في الواقعة ليس من شأنه نفي القصد الجنائي لأنّه لا يتناول منها عنصر من العناصر الإيجابية المتوقف عليها كيان الجريمة، فهي كلّها متوافرة و مقصودة، و إنّما يتعلق بعنصر كلّ أثره حين يتوافر هو أنّه بسبب العقاب رغم بناء ركن الجريمة المادي و المعنوي قائمين. أنظر، مرجعه: النظرية العامّة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 454، 455.

23 و غني عن البيان أنّه لتحديد المسألة على نحوٍ دقيقٍ يتعيّن الرجوع إلى الشروط الخاصّة بكلّ عذر كما يحددها القانون.

24 نشير مثلاً إلى الغلط في خطورة الفعل أو مكان و زمن ارتكابه، و أيضاً في موقع النتيجة أو علاقة السببية ... و ما إلى ذلك.

يرتبط بهذا أنّ القضاء يخطئ إن لم يلتزم بصفةٍ عامّةٍ الحدود المقرّرة لنظام العذر أو تجاوز في الإعفاء المصرّح به قانوناً.
المطلب الثالث

تجاوز حدود الأعذار المعفية

ننوّه في البداية إلى أنّه يصعب من النّاحية العمليّة تصوّر التجاوز في الحدود المقرّرة للأعذار المعفية كقاعدةٍ عامّةٍ. و مرجع ذلك إلى ما يميّز به نظام العذر من ذاتية و استقلال، إذ تتنوّع تطبيقاته بتنوّع الأسباب و الوقائع التي يعتدّ بها قانوناً كأساس لتقرير الإعفاء من العقاب، و ما يرتبط بهذا من اختلاف الشروط و الأوضاع التي يجب توافرها لسريان الإعفاء بالنسبة لكلّ عذرٍ بذاته. على أنّه بالرغم من صعوبة ذلك التصرّح و من أن المشرّع لم يصرّح بحكم المسألة قيد البحث، فليس متعذراً الاهتداء إلى وجود ثمة قاعدة تعين في تأصيل هذا الحكم و تحديد تطبيقه بالنسبة لكلّ حالةٍ على حدة. و مؤدّى هذه القاعدة أنّ إنتاج العذر أثره أصلاً رهن بتوافر جميع الشروط التي يحددها له القانون، فإن تخلف أحداها انتفى العذر ذاته، و ظلّت الواقعة خاضعة لنصّ التجريم و مبقيةً على مسؤوليّة مرتكبها كاملة، كما كان عليه الأمر ابتداءً. و بتعبير آخر إنّ التزام الحدود القانونية المقرّرة بخصوص كلّ عذرٍ يستتبع ترتيب أثره و هو وجوب أو جواز الحكم باستبعاد عقاب الجاني.

و لنفهم مضمون و أبعاد القاعدة السابقة و إدراك قيمتها يتعيّن تطبيقها على بعض نماذج العذر، فيتصوّر مثلاً أن يتخلف أحد الشروط التي حدّدها النصّ على العذر المعفي من العقاب في جريمة تزييف العملة، فمن المتصور أن يكون إبلاغ مرتكب هذه الجريمة قد حدث بعد استعمال العملة المقلّدة أو المزيفة أو بعد شروع السلطات في التحقيق. و بالمثل أيضاً إذا اقتصر في بلاغه على معلومات غير صحيحة أو معماة لا تجدي في تسهيل مهمّة السلطات و تمكينها من اكتشاف الجريمة و ضبط مرتكبها، بالمخالفة في ذلك لشروط العذر المعفي المقرّر بصدد تلك الجرائم²⁵. مثال آخر نستمدّه من نصوص القانون

25 أنظر المادة 199 من قانون العقوبات الجزائري .

الفرنسي و لا نظير له في التشريع الجزائري و يتعلّق بالعدر المنصوص عليه في المادة 247 منه و المقرّر لمصلحة القادة أو الحرس الذين يتسببون بإهمالهم في هرب المحبوسين المتحقّق عليهم تحت أيدي أولئك إذا تمّت عودة أو استبعاد الهاربين وفقاً لشروطٍ محدّدة. و الفرض هنا أن تنتفي هذه الشروط أو بعضها كأن يعود الهارب بعد انقضاء المهلة المحدّدة قانوناً لعودته و هي مدّة الأربعة شهور على الأكثر من تاريخ الهروب، أو أن يتم القبض عليه بسبب جنائية أو جناحة ارتكبها أثناء هروبه و نحو ذلك من الشروط الأخرى التي تطلبها القانون في شأن هذا العذر.

و واضح من هذه الأمثلة، كما في غيرها على السواء²⁶، أنّ التجاوز في حدود الأعذار المعفيّة إنّما يتعلّق بالشروط و الأوضاع التي يحدّها القانون لتوافر كلّ نموذج من نماذج العذر على انفراد، فالإعفاء من العقاب بمقتضى هذا النظام ليس مطلقاً بل له حدوده و ضوابطه التي لا يمكن تجاوزها. ثمّ أنّه نظام استثنائيّ مقيد بتحقيق أغراض معيّنة مستمدّة من ضرورات الملائمة و المصلحة الاجتماعيّة. و يرتبط بهذا وجوب عدم التجاوز في ممارسته عن الحدّ الضروري لحماية المجتمع فضلاً عن إحاطة تطبيقاته التشريعيّة بالضمانات التي تكفل تلك الحماية.

و استكمالاً للبيان نعاود التأكيد على أنّه لا صلة لمسألة التجاوز في حدود العذر المعفي بأركان الواقعة الإجراميّة التي يسري عليها الإعفاء، حيث ينصبّ أثر هذا التجاوز على كيان العذر ذاته، أمّا الجريمة فقائمة ابتداءً و انتهاءً، لا مساس بأركانها أو بعناصر المسؤوليّة عنها سواء تخلّف العذر بسبب تجاوز حدوده القانونيّة أم توافر على خلاف ذلك²⁷.

26 ومن قبيل ذلك ما أورده د. رمسيس بهنام حيث ذكر أنّ الفاعل قد تجاوز حدّ الإعفاء كما إذا لم تقتصر الزوجة على إخفاء زوجها الفار من وجه العدالة و إنّما أخفت كذلك مخدرات هذا الزوج بها. أنظر مرجعه: النظرية العامّة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 471.
27 المرجع نفسه، ص 472.

ولا يفوتنا التنويه إلى أنّ الحاجة ضرورية و ماسّة إلى تدخّل الشارع لمعالجة المسألة، ضماناً لحسن تطبيق نظام العذر، و إرساء أحكامه و أصوله على أسسٍ سليمةٍ. و نرى من الأهميّة تحقيقاً لذلك أن يتضمّن قانون العقوبات في القسم العام منه النصّ على الحكم المعني، و نقترح أن تكون صيغته كالآتي: " تجاوز الجاني الحدود القانونية للعذر يحول دون استفادته منه. و مع ذلك يجوز للمحكمة تخفيف العقوبة إذا كان التجاوز بحسن نية "

و تبدو قيمة هذا النص في وضوحه و تناوله صراحةً أثر التجاوز في الأعذار المعفيّة دون ترك الأمر لمطلق حكم القواعد العامّة، أو إعمال الرأي. و يزيد من قيمته أنّه تناول أثر التجاوز عندما يكون بحسن نية و يتحدّد - في ضوء صيغته المقترحة - في تقرير جواز تخفيف العقوبة في حالة توافر حسن النية. و تجدر الإشارة في هذا الصدد أنّه من المتصوّر عموماً أن يكون تجاوز الحدود المقرّرة مقصوداً، أي يتعمّد الجاني الخروج على الشروط و الأوضاع المقرّرة قانوناً لانتفاعه بالعذر، و قد يكون ثمرة الخطأ غير العمدي، بمعنى أن يحدث ذلك الخروج نتيجة إهمال الجاني أو رعونته أو عدم تبصره مثلاً، كما و يتصوّر أخيراً أن يحدث التجاوز بسبب أحد الظروف القهرية كالحادث الفجائي أو الإكراه المعنوي.

و الواقع أنّه لا أهمية هنا لسبب التجاوز في حدود العذر، إذ يقتصر دور ذلك السبب على التأثير في أحكام المسؤولية الجنائيّة من حيث العمد أو غير العمد أو امتناع قيامها تماماً. و بناءً عليه فإنّ القاعدة العامّة الموضّحة من قبل تسري على إطلاقها بالنسبة لمختلف الأسباب المؤدّيّة إلى تجاوز حدود العذر المعفي، و لو كان تصرّف الجاني بحسن نية. و لا صعوبة في تبرير ذلك بالنظر إلى طبيعة و جوهر فكرة الأعذار المعفيّة على ما سبق بيانه تفصيلاً عند معالجة الأمر بالنسبة للجهل أو الغلط في هذه الأعذار.

الخاتمة

من خلال ما تمّ تناوله يتّضح بأنّ الأعدار المعفيّة من العقوبة هي تلك الأسباب المحدّدة قانوناً و التي لا يقتصر أثرها على مجرد تخفيف العقوبة، بل يتعدّاه إلى استبعادها كليّةً نظراً لأنّ مصلحة المجتمع تتحقّق بعدم توقيع العقاب و ليس بتوقيعه و ذلك تماشياً مع أهداف السياسة العقابية.

وواضح كذلك أنّه ثمة فروق جوهرية بين هذه الأعدار و بعض النظم الشبيهة بها بالرغم من الأبعاد المشتركة بينها، كأسباب الإباحة و موانع المسؤولية و نظام العفو الشامل.

كما تمّ تناول أهم الضوابط أو المعايير القانونية التي يسير عليها القضاء و تعيينه في أداء مهمته حينما يعرض أمامه عذر من الأعدار، فبدأنا بمعالجة قواعد تفسير النصوص الخاصّة بالأعدار المعفيّة، أتبع ببيان أحكام الجهل و الغلط في العذر ثمّ تجاوز حدوده.

فقد خلصنا إلى أنّ الأعدار المعفية تقوم أساساً على اعتبارات تشريعية غاية في ، الأمر الذي يقتضي التزام قواعد التفسير الضيق أصلاً حتّى لا يتجاوز تطبيق نصوص العذر نطاق و أبعاد المصالح الاجتماعيّة المحدّدة التي توخّى الشارع تحقيقها من تقرير كلّ عذر في إطار أهداف سياسة العقاب.

كما خلصنا كذلك إلى أنّه لا يشترط لاستحقاق الإعفاء من العقاب بمقتضى العذر أن يكون الجاني عالماً بذلك، بالرغم من أنّ بعض التشريعات الجنائيّة المقارنة و إن كانت قليلة تنص على هذه القاعدة، بل و تقرّر صراحةً الإفادة من مختلف الأسباب التي تمنع من العقاب حتّى عند الجهل بها سواء كانت متعلّقة بحالات إباحة السلوك الإجرامي أو موانع المسؤولية أو قواعد استبعاد تطبيق القانون الجنائي.

ونختتم بحث هذه المسألة بالتأكيد على أنّ الأعدار المعفيّة نظام تبرّره ضرورات عمليّة بالغة الأهميّة في تحقيق أهداف سياسة العقاب و المصلحة الاجتماعيّة. و من ثمّ لا يكون سائغاً القول باستبعاد العذر متى تحقّقت كافّة الشروط و الأوضاع التي حدّدها له القانون، لمجرد

انتفاء علم الجاني بذلك، إذ ينطوي الأمر على تجاهل معيب لتلك الضرورات التي يقدرها الشارع و يتكفل بالنصّ عليها صراحةً في صلب القانون تبعاً لمقتضيات المنفعة الاجتماعية العامّة.

المراجع

* باللغة العربية

- د.السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، 1962، مطابع الشعب.
- د.حسام الدين محمّد أحمد: " حقّ الدولة في الأمن الخارجي و مدى الحماية الجنائية المقرّرة له "، رسالة دكتوراه مقدّمة لكلّيّة الحقوق القاهرة، 1984.
- د.حسنين ابراهيم صالح عبيد: " النظرية العامّة للظروف المخففة (دراسة مقارنة)"، رسالة دكتوراه مقدّمة لكلّيّة الحقوق بجامعة القاهرة، 1970.
- د.داود سلمان العطار: " تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون المقارن"، بحث مقدّم لنيل شهادة الدكتوراه، كلّيّة الحقوق، القاهرة، 1968.
- د.رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار النهضة العربية، 1965.
- د.رمسيس بهنام: نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعاً و تطبيقاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
- د.رمسيس بهنام: النظرية العامّة للقانون الجنائي، 1967، دار المعارف بالإسكندرية .
- د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار النهضة العربية، 1965.
- زكي الدّين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، 1964، مطبعة دار التّأليف، القاهرة.
- د.سامح السيّد جاد: مبادئ قانون العقوبات (القسم العام)، طبعة 1995، دار النهضة العربية.
- د.عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، طبعة 1998، ديوان المطبوعات الجامعية.
- د.مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات (القسم العام)، دار الفكر العربي، 1979.
- د.عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، 1967، بيروت.
- د.عادل عازر: " النظرية العامّة في ظروف الجريمة "، رسالة دكتوراه مقدّمة لكلّيّة الحقوق بجامعة القاهرة، 1966.

- د.محمد مصطفى القلبي: في المسؤولية الجنائية، 1975، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة.
- د.محمد محي الدين عوض: قانون العقوبات (القسم العام)، 1985، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.
- د.محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، 1969.
- د.محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية، العدد 60، 1961.
- د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، 1977.
- د.محمد كامل مرسي: شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الثانية، 1923، شركة مطبعة الرغائب.
- د.يسر أنور علي: شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1988.
- * باللغة الفرنسية
- André Decocq : droit pénal général, Paris, 1971.
 - Fernand chapar : Répertoire de droit pénal et procédure pénale, DALLOZ.
 - Garraud (René) : Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénal, Paris, 1929.
 - Levasseur : Droit pénal général, 9 ed, précis Dalloz, 1976.
 - Ortolan (J) : Elément de droit pénal, Paris, 1886.

جريمة تمويل الإرهاب
والجهود الدولية والمحلية لمكافحة التمويل
*L'Infraction de financement du terrorisme et les efforts
internationaux et nationaux de lutte contre le financement*
دكتور/ بكري يوسف بكري محمد
أستاذ القانون الجنائي المساعد - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - دمنهور

مقدمة في خطورة تمويل الإرهاب

بدأ المجتمع الدولي يستشعر الخطورة الحقيقية لتمويل الإرهاب
Financement du terrorisme عقب الهجمات الإرهابية التي شهدتها الولايات
المتحدة الأمريكية في الحادي عشر من سبتمبر عام 2001 ميلادية، والتي هزت
العالم بأسره نظراً للوسائل التي اعتمدت عليها هذه الهجمات، حيث استخدمت
الطائرات الحديثة في التنفيذ، وما سبق ذلك من تخطيط وتنظيم وتدريب⁽¹⁾. وقد حذا
هذا الأمر بالدول كافة إلى البحث عن تشريعات وتنظيمات جنائية فعالة تستطيع من
خلالها تنبي تدابير صارمة للتصدي لتمويل العمليات الإرهابية. ومما لا شك فيه، أن

(1) تعتبر اعتداءات 11 سبتمبر هي أكثر الأعمال الإرهابية تدميراً في أمريكا
وفي تاريخ العالم، وقد أسفرت عن مصرع ما يقرب من 3,000 شخص،
حيث اصطدمت طائرتين بأبراج مركز التجارة العالمي، وطائرة ثالثة في
وزارة الدفاع الأمريكية، ورابعة استهدفت الكابيتول ولكنها تحطمت في
بنسلفانيا. انظر موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة، تنظيم القاعدة:
<http://ar.wikipedia.org/wiki>
عشر من سبتمبر وأثارها في مختلف مجالات القانون الدولي والحرب على
الإرهاب بالفرنسية:

L. CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites
: où va le droit international ? », Rev. Gén. Dr. Inter. Public, 2001,
p. 834-840. Sur le concept de guerre contre le terrorisme, C.
CAMUS, La Guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et
dilemme démocratique, Paris, Le Félin, 2007, p. 26 et s.; Cl.
EMANUELLI, « Faut-il parler d'une guerre contre le
terrorisme? », Annuaire canadien de droit international, 2008, p.
415 et s.

(993) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

من أهم الاتفاقيات الدولية التي جرت تمويل الإرهاب "الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام 1999م La convention internationale pour la répression du financement du terrorisme"، وكذلك قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1373) لسنة 2001م الخاص بمكافحة تمويل الإرهاب وتجميد أموال المنظمات الإرهابية، وكذلك قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1617) لسنة 2005م الخاص بمراقبة تنفيذ تدابير مكافحة تمويل الإرهاب في الدول المختلفة. وسوف نتحدث عن كل ذلك بالتفصيل في طيات هذا البحث ولكن كل في حينه إن شاء الله تعالى.

وتبدو خطورة تمويل الإرهاب في العديد من المظاهر، والتي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي.

أولاً: تمويل الإرهاب يعني بالضرورة الإرهاب Le terrorisme حيث لا يمكن الحديث تمويل الإرهاب دون الحديث عن الإرهاب ذاته، فالمال يأتي في مقدمة احتياجات التنظيمات الإرهابية⁽¹⁾ للمحافظة على كيانها المادي وبنيتها التحتية⁽²⁾،

(1) يعتبر تنظيم القاعدة هو الجماعة الإرهابية الأهم والأقوى في العالم، وهي تمثل التهديد الرئيسي للولايات المتحدة الأمريكية بوصفها منظمة مركزية توجه العمليات الإرهابية حول العالم من خلال قاعدتها في أفغانستان، وعلى الرغم من الضربات الموجهة والقاسية التي تلقاها هذا التنظيم وخاصة الضربة التي قتل فيها زعيم تنظيم القاعدة أسامة بن لادن فجر الاثنين 14 جمادى الأولى الموافق 2 مايو 2011 في أبوت آباد الواقعة على بعد 120 كم عن إسلام آباد عاصمة باكستان في عملية اقتحام أشرفت عليها وكالة الاستخبارات الأمريكية ونفذها الجيش الأمريكي. أنظر موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة، تنظيم القاعدة: <http://ar.wikipedia.org/wiki> إلا أن خطرهما ما زال موجوداً بقيادة زعيمها الجديد أيمن الظواهري، حتى أنه وقعت حديثاً هجمات إرهابية عرفت بهجمات ماراثون بوسطن بأمريكا راح ضحيتها حوالي ثلاثة أشخاص على الأقل، وإصابة أكثر من 140، وأحد القتلى طفل (8 سنوات)، وذلك يوم الاثنين الموافق 15 أبريل 2013، وسط مخاوف من تكرار سيناريو هجمات 11 سبتمبر 2001. وقد أشارت أصاب الاتهام إلى تنظيم القاعدة في تنفيذ هذه الهجمات. أنظر:

www.akhbaralalam.net

<http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=379183>.

(2) تنفق الجماعات الإرهابية 90% من دخلها المالي على بنيتها التحتية من تنظيم وتجنيد ومعسكرات تدريب ومعدات وسكن وتنقل ووثائق السفر وتزوير الهويات والاتصال اللوجستي والحماية، بينما يمثل تنفيذ الهجمات الإرهابية نسبة 10% من باقي الدعم المالي لهذه الجماعات، لذا فإن المواجهة الحقيقية للإرهاب تتجسد في مواجهة التمويل وليس في مواجهة

(994) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وقد عمدت هذه التنظيمات الإرهابية في سبيل ضمان ذلك إلى تنويع مصادر تمويلها، سواء بالطرق المشروعة من خلال إقامة المشاريع الاقتصادية والاستثمارية، أو من خلال الأموال التي تحصل عليها من الجمعيات أو الجهات المساندة لها. أو بالطرق غير مشروعة، وهي كثيرة ومتنوعة، ومن أهمها الأموال المتحصل عليها من جرائم غسل الأموال، وتجارة المخدرات والأسلحة وتزوير النقود واختطاف الرهائن وطلب الفدية عنهم، والسرقة والسطو المسلح، وغير ذلك....⁽¹⁾.

ثانياً: يعد تمويل الإرهاب من أهم العوامل المساعدة للتنظيمات الإرهابية على الإنفاق الغير محدود على التخطيط والتنظيم للعمليات الإرهابية وضمان استمرارية تنفيذ نشاطها الإجرامي. وقد أشارت الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام 1999م في ديباجتها إلى هذه الصلة بين إتقان العمليات الإرهابية وقدرتها على التدمير وبين القوة الاقتصادية للجماعات الإرهابية القائمة على التمويل الجيد لها. ومما هو جدير بالذكر في هذا الشأن أن الجماعات الإرهابية تملك استقلالاً مالياً عن الدول التي كانت تقدم لها تمويلاً عاماً في حقبة السبعينيات والثمانينيات من القرن الماضي، كما أن نهاية الحرب الباردة بين أمريكا والاتحاد السوفيتي السابق وفتح الحدود بين العديد من الدول، كما هو الحال في الاتحاد الأوروبي، بالإضافة إلى سهولة الاتصال من خلال وسائل التقنية الحديثة قد ضاعف من سهولة انتقال أموال المنظمات الإرهابية بين الدول⁽²⁾.

ثالثاً: يساعد تمويل الإرهاب التنظيمات الإرهابية على تطوير أساليب التمويل المادي لها وبالتالي تطوير نشاطها الإجرامي وليس فقط مجرد استمراريته، وذلك حتى تتمكن من مواجهة الجهود الدولية والمحلية المتطورة والتي توجه ضد

التنفيذ. أنظر: BRISARD Jean-Charles, Terrorism Financing- Roots and Trends of Saudi Terrorism Financing, = report Prepared for the President of Security Council, United-Nations, New York, 19 December 2002, p. 7.

- (1) سامي علي حامد عياد: تمويل الإرهاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٧ م، ص ١٩٥.
- (2) د. أحمد فتحي سرور: المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 2008، ص 278.

(995) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

بقائها. وفي ذلك يقول مساعد وزير المالية الأميركي، إن تمويل الإرهاب خطر "متطور" وإن ممالي الإرهاب يتكيفون باستمرار مع الجهود الدولية لمكافحة الجريمة ويتوصلون إلى أساليب جديدة لتمويل نشاطاتهم⁽¹⁾.

رابعاً: يساعد تمويل الإرهاب على استدراج وتجنيد العديد من فئات المجتمع سواء على المستوى الدولي أو المحلي، وسواء من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، الساعين إلى تحقيق الربح واللاهئين وراء جمع الأموال دون النظر إلى مصدره مشروعاً أم غير مشروع، مما يدفعهم إلى التعاون ومساعدة المنظمات الإرهابية في أنشطتها أو في غسل أموالها للحصول على مقابل مادي، مما يؤدي إلى انتشار العمليات الإرهابية على نطاق واسع وبمساعدة من هؤلاء الأشخاص.

خامساً: يساعد تمويل الإرهاب على استدراج وتجنيد أصحاب الفكر المتشدد أو الإجرامي أو المنبوذين في مجتمعاتهم الذين يجدون ضالتهم في التنظيمات الإرهابية خاصة مع قدرة أصحاب هذه التنظيمات على توفير المال لهم بسخاء. وتبدو الخطورة الحقيقية في هذا الأمر عندما يكون أصحاب هذا الفكر المتشدد أو المنحرف من الشباب ذوي القصور الفكري أو عدم النضج المعرفي حيث يسهل انقيادهم لهذه الجماعات الإرهابية من خلال استغلال احتياجاتهم إلى المال.

سادساً: يساعد تمويل الإرهاب على استدراج وتجنيد الفئات المهمشة كالأقليات والفئات الفقيرة والمعدمة وكذلك الفئات العاطلة وخاصة من الشباب تحت ستار مساعدتهم للحصول على حقوقهم المالية أو الاجتماعية أو السياسية. مما يؤدي في النهاية إلى زيادة أعضاء المنظمات الإرهابية وبالتالي زيادة الإرهاب وتنوع أشكاله. سابعاً: يرتبط تمويل الإرهاب بمجموعة من الجرائم التي تتم نتيجة لاستمراره، وذلك خلافاً للعمليات الإرهابية ذاتها التي تعتبر الهدف الرئيس من تمويل الإرهاب، ومن هذه الجرائم: غسل الأموال لإخفاء مصادر التمويل غير المشروعة، وتجارة المخدرات والأسلحة وتزوير الهويات (أوراق تحقيق الشخصية) وتزيف النقود واختطاف الرهائن

(1) للاطلاع على النص الكامل للكلمة التي ألقاها مساعد وزير المالية الأميركي، خوان زاراته، في قمة هاربرز بازار/تحالف مكافحة التزيف الدولي في 1 شباط فبراير، 2005م:

<http://iipdigital.usembassy.gov/st/arabic/texttrans/2005/02/20050202133038bsibhew5.329531e-02.html#ixzz2Qvi1xsLV>.

(996) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وطلب الفدية عنهم، والسرققة والسطو المسلح، وغير ذلك مما يلزم للحصول على التمويل اللازم للعمليات الإرهابية.

ثامناً: ينجم عن تمويل الإرهاب عواقب اجتماعية وخيمة وبخاصة على الدول النامية، لضعف الأجهزة الأمنية لديها، ومن ثم فهي أكثر عرضة للاضطرابات الداخلية نتيجة المؤثرات الإرهابية أو الإجرامية.

تاسعاً: يلحق تمويل الإرهاب سمعة سيئة بالبلدان التي تعتبر ملاذاً له، يمكن أن تسفر عنها عواقب اقتصادية وسياسية وخيمة، تؤثر تأثيراً سيئاً في عملية التنمية فيها، نتيجة وصفها بالدولة الداعمة للإرهاب وتمويله، مما يترتب عليه انخفاض الاستثمارات الأجنبية في هذه الدول خاصة عندما تتراخي في تنفيذ إجراءات مكافحة تمويل الإرهاب، فضلاً عن الإضرار بالقطاع السياحي، وتخفيض التصنيف الائتماني لهذا الدول، والإضرار بسلامة القطاع المالي والمصرفي كل في هذه البلدان.

عاشراً: تحدث ظاهرة تمويل الإرهاب نزيفاً اقتصادياً قد يكون خطيراً في بعض الأحيان للعديد من الدول نتيجة اضطرارها لتخصيص جزء من مواردها الاقتصادية العامة للإنفاق على مكافحتها والتقليل من خطورتها الاجتماعية والاقتصادية، مما يؤثر سلباً على عمليات التنمية والتقدم فيها.

مما سبق يتضح لنا أن الخطورة الحقيقية للإرهاب بجميع أشكاله وصوره هي في استمرار تمويله وتقديم الدعم المالي له، وأن المكافحة الفعالة للمنظمات والجماعات الإرهابية إنما تكون من خلال تجفيف منابع تمويلها المالية سعياً وراء محاصرتها والقضاء عليها، وذلك من خلال تجريم كل طرق التمويل وجمع الأموال بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، والتي يكون الهدف منها القيام بعمليات إرهابية. وكذلك تجريد أية أموال أو أصول مالية أو اقتصادية لأي شخص من الأشخاص يرتكب أو يحاول ارتكاب أعمال إرهابية، وكذلك من يشارك أو يساعد أو يحرض أو ييسر ارتكابها⁽¹⁾. هذا بالإضافة إلى ضرورة منع الأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً إرهابية أو

(1) قرار مجلس الأمر الدولي رقم (1373) لسنة 2001م الخاص بمكافحة تمويل الإرهاب وتجميد أموال المنظمات الإرهابية، والصادر بتاريخ

(997) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

يحاولون ارتكابها أو يسهلون أو يشاركون في ارتكابها من استخدام أي أصول مالية أو أموال أو موارد اقتصادية أو خدمات مالية أو غير ذلك على أراضي أية دولة من الدول، وكذلك منعهم من استخدام ممتلكاتهم أو التحكم فيها أو إدارتها بطريق مباشر أو غير مباشر، وكذلك الحال بالنسبة للأشخاص أو الكيانات التي تعمل باسم هؤلاء الأشخاص أو بتوجيه منهم. وقد أشار قرار مجلس الأمر الدولي رقم (1373) لسنة 2001م الخاص بمكافحة تمويل الإرهاب وتجميد أموال المنظمات الإرهابية في البند الثاني منه إلى ضرورة أن تلتزم كافة الدول بعدم توفير الملاذ الآمن لمن يمولون الأعمال الإرهابية، ومنعهم من استخدام أراضيها في تنفيذ تلك المآرب ضد دول أخرى أو ضد مواطني تلك الدول.

ومما هو جدير بالذكر أن هناك مجموعة من الإجراءات التي أقرتها الموثيق والاتفاقيات الدولية لمنع وقمع تمويل الإرهاب والتي سنتحدث عنها إن شاء الله تعالى في الموضع المحدد لها في هذا البحث، وذلك عند الحديث عن الجهود الدولية والمحلية لمكافحة تمويل الإرهاب.
خطة البحث:

بعد الحديث عن هذه المقدمة الموجزة في خطورة تمويل الإرهاب، سيتسنى لنا تقسيم هذا البحث إلى فصل تمهيدي وثلاثة أبواب أساسية، على النحو التالي:
الفصل التمهيدي: ماهية الإرهاب وتمويله.
المبحث الأول: لمحة تاريخية موجزة عن الإرهاب وماهيته.
المبحث الثاني: ماهية تمويل الإرهاب ومصادره.
الباب الأول: جريمة تمويل الإرهاب.
الفصل الأول: الطبيعة القانونية لجريمة تمويل الإرهاب وتميزها عما عداها من جرائم الإرهاب
الفصل الثاني: أركان جريمة تمويل الإرهاب وجزئاتها.
الباب الثاني: الجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب.
الفصل الأول: تحديد الجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب.

2001/9/28م، بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، البند رقم 1.

الفصل الثاني: الأحكام الخاصة بالجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب.
الباب الثالث: مكافحة تمويل الإرهاب على المستوى الدولي والمحلي.
الفصل الأول: الجهود الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب.
الفصل الثاني: الجهود المحلية لمكافحة تمويل الإرهاب.
الخاتمة والنتائج والتوصيات.
أهم مراجع البحث.
فهرس المحتويات.

الفصل التمهيدي ماهية الإرهاب وتمويله

تمهيد وتقسيم:

إذا كان جل اهتمامنا في هذا البحث سينصب على الحديث عن جريمة تمويل الإرهاب والجرائم الملحقة بها، إلا أن هذا الحديث لا يمكن له أن يكتمل ويؤتي ثماره المرجوة إلا بالتعرض، ولو يسيراً للظاهرة الأم التي ترتبط بها هذه الجرائم وغيرها من الجرائم الأخرى، ألا وهي ظاهرة "الإرهاب" وذلك من حيث ظهورها التاريخي ومدى الارتباط بينها وبين تمويلها، وذلك حتى يتسنى لنا التأمل والتفكير بعمق في مشكلة تمويل الإرهاب وما يرتبط به من جرائم من خلال البحث في ماهية تمويل الإرهاب وأهميته ومصادر المختلفة.

وفي ضوء ذلك سنقسم هذا الفصل التمهيدي إلى مبحثين: سنتحدث في المبحث الأول عن لمحة تاريخية موجزة عن الإرهاب وماهيته، ثم سنتحدث في المبحث الثاني عن ماهية تمويل الإرهاب وأهميته ومصادره المختلفة.

المبحث الأول

لمحة تاريخية موجزة عن الإرهاب وماهيته

يعد مصطلح "الإرهاب" ومشتقاته كمصطلح "إرهابي" و"عمليات إرهابية" و"ممارسات إرهابية" و"الإرهاب والإرهاب المضاد"، من أكثر المصطلحات شيوعاً في العالم في الوقت الحالي. والإرهاب باعتباره مظهراً من مظاهر العنف الذي يمارسه الإنسان داخل المجتمع؛ يعد ممارسة قديمة تضرب بجذورها في التاريخ الإنساني بحيث يمكن اعتبار ظهورها أمر مرتبط بظهور الإنسان ذاته. فقد

(999) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

أرّخت كتب التاريخ لقصة قتل قابيل لأخيه هاويل باعتبار أنه أول عمل إرهابي على وجه الأرض⁽¹⁾. كما شهد قدماء المصريين هذه الظاهرة متمثلة في جرائم الخيانة العظمى، والهروب من الجذرية⁽²⁾، كما عرف قدماء المصريين التفارقة بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة، وقد كان الملوك ينظرون إلى مثيري الفلق والفتن نظرة عدم رحمة ولذا كانوا يحكمون بأشد العقوبات التي كانت تصل إلى الإعدام⁽³⁾. ثم امتدت هذه الظاهرة إلى عصر الإغريق⁽⁴⁾ ثم عصر الرومان⁽⁵⁾، ثم مروراً بالهكسوس والمغول والتتار وما صاحب ذلك من حرق وتدمير وقتل⁽⁶⁾، ثم مروراً بالقرون الوسطى حيث اتسم الإرهاب بالطابع الإقطاعي والديني⁽⁷⁾. ثم ظهرت هذه الظاهرة في فرنسا في القرن الثامن عشر مع إعلان الجمهورية العنصرية

- (1) د. زكي علي أبو غضة: الإرهاب اليهودية والمسيحية والإسلام والسياسات المعاصرة، المنصورة، دار الوفاء للطباعة، 2002؛ الإرهاب الدولي بين الواقع والتشويه، دراسة أعدها المركز الدولي للنشر والتوزيع والدراسات، منشورات المركز، ط1 مارس 1982 ص 21.
- (2) جندى عبد الملك الموسوعة الجنائية، القاهرة، مطبعة الاعتماد، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، 1942، ص 384 وما بعدها؛ د. عبد الرحيم صدقي: الإرهاب، دار شمس المعرفة، 1995، ص 13 وما بعدها؛ د. محمود سلام: موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1975 ص 28.
- (3) د. رءوف عبيد: القضاء الجنائي عند الفراعنة، بحث منشور في المجلة القضائية القديمة، المجلد الأول، العدد 3، نوفمبر 1958، ص 55.
- (4) د. عبد الرحيم صدقي: الإرهاب، دار شمس المعرفة، 1995، ص 58 وما بعدها.
- (5) د. محمد الفاضل: الجرائم الواقعة على الدولة، الجزء الأول، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، 1965، ص 63 وما بعدها؛ د. محمد محمود سعيد: جرائم الإرهاب، أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1995، ص 10.
- (6) د. محمد عبد المطلب: تعريف الإرهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات الموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2007 ص 5؛ د. محمد عبد اللطيف عبد العال: جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 22؛ الإرهاب الدولي بين الواقع والتشويه، المرجع السابق، ص 9 وما بعدها.
- (7) د. أحمد جلال عز الدين: الإرهاب والعنف السياسي، القاهرة: دار الحرية، 1989، ص 89.

Jacobinisme⁽⁸⁾، ثم وصولاً إلى العصر الحديث الذي اتسم فيه الإرهاب بالتنظيم واستخدام الأسلحة المتطورة، وظهور أنواع عديدة وجديدة من الإرهاب؛ كالإرهاب المنظم وغير المنظم، وإرهاب الفرد وإرهاب الدولة، والإرهاب الفكري والإرهاب النفسي، والإرهاب المحلي والإرهاب الدولي... الخ.

وإذا ما نظرنا إلى الإرهاب كأحد صور العنف التي عرفها المجتمع الدولي منذ أمد بعيد وتطور مع تطور المجتمع ومع العلاقات الاجتماعية المختلفة، فإنه يمكننا القول أن هذه الظاهرة مرت بثلاثة مراحل حديثة من التطور⁽⁹⁾:

المرحلة الأولى: تمثلت في موجات العنف التي بدأت في القارة الأوروبية واستمرت منذ أواخر القرن التاسع عشر حتى الثلاثين من القرن العشرين، واتسمت هذه المرحلة بالطابع القومي المتطرف واعتمدت في وسائلها على الأسلحة الخفيفة. المرحلة الثانية: وهو ما يسمى الإرهاب الإيديولوجي وهو ما اعتمد على سياسة الحرب الباردة بين الشرق والغرب، أو بين الأنظمة الفكرية والعقائدية المختلفة في المنطقة الواحدة كالألوية الحمراء الإيطالية والجيش الأحمر الياباني ومنظمة الجيش الجمهوري الأيرلندي.

المرحلة الثالثة: حيث زادت خطورة الإرهاب بسبب زيادة العمليات الإرهابية وازدياد أعداد الضحايا واتساع نطاق تلك العمليات وظهور أشكال جديدة مبتكرة ومتطورة للإرهاب، تبعاً للتطور العلمي والتكنولوجي الحديث، باستخدام الأسلحة

(8) اليعاقبة أو اليعاقبيون جماعة سياسية متطرفة عرفت بنشاطها الإرهابي خلال الثورة الفرنسية. <http://ar.wikipedia.org/wiki> . ففي حقبة الثورة الفرنسية الممتدة بين الأعوام 1789 إلى 1799 والتي يصفها المؤرخون بـ "فترة الرعب"، كان الهرج والمرج سيد تلك الفترة إلى درجة وصف إرهاب تلك الفترة = "بالإرهاب الممول من قبل الدولة". فلم يمتد الهلع والرعب إلى جموع الشعب الفرنسي فحسب، بل طال الرعب الطبقة الأرستقراطية الأوروبية عموماً. V. FREUND Julien, L'Essence du politique, Sirey, Paris 1965, p. 299, 354, 385, 396, 561, 402, 401, 399؛ د. حسين شريف: الإرهاب الدولي وانعكاساته في الشرق الأوسط، ج 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1997، ص 6.

(9) د. هاشم محمد سعيد الزهراني "الإرهاب المعاصر بين التنظير والمواجهة، مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد الأمنية، المجلد 20، العدد 48، مارس 2011، ربيع الآخر 1432، ص 278 وما بعدها.

(1001) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

المتطورة والمعقدة مثل الأسلحة الكيماوية والبيولوجية والجرثومية وربما الأسلحة النووية والذرية تبعاً لأحدث التوقعات في هذه الشأن⁽¹⁾، وكذلك استخدام التحكم عن بعد والانترنت والأقمار الصناعية.

وإذا ما حاولنا تعريف الإرهاب نجد أنه من الصعب وضع تعريف واحد محدد وديق "جامع مانع" لمصطلح الإرهاب، فهو مفهوم يستعصى على التحديد لأنه ليس محل اتفاق بين أفراد المجتمع سواء المحلي أو الدولي. وقد أثار تحديد مفهوم الإرهاب جدلاً واسع النطاق في العديد من المؤتمرات الدولية. والاختلاف في تعريف الإرهاب راجع لاختلاف أفكار الدول ومصالحها، فكل دولة تفسر الإرهاب بما يلاءم سياستها ومصالحها سواء وافق المعنى الصحيح للإرهاب أو خالفه. لأجل هذا تجد عملاً يقوم به جماعة من الناس أو الأفراد يطلق عليه أنه عمل إرهابي وتجد عملاً مثله أو أفطع منه يقوم به جماعة آخرون لا يعتبر عملاً إرهابياً⁽²⁾.

ومع ذلك سنورد بعض التعريفات لمصطلح الإرهاب لعلنا نستطيع الاقتراب من هذه ماهيته أو طبيعته مما قد يساعدنا على فهم كنهه ومفهومه، وسنقدم لذلك بالحديث عن مفهوم الإرهاب في اللغة في نقطة أولى.

أولاً: مفهوم الإرهاب في اللغة:

1- مفهوم الإرهاب في اللغة العربية: يعد مصطلح الإرهاب من المصطلحات الحديثة في اللغة العربية، وهو مشتق من الفعل المزيد (أرهب). فيقال أرهب فلاناً: أي خوفه وفرّعه. أما الفعل الثلاثي المجرد (رهب)، فيعني خاف، ويقال (رهب)، يرهب ورهبة ورهباً. أما الفعل المزيد بالهاء والمقصود (ترهب)، فيعني انقطع للعبادة في صومعته. ويشتق منه كلمة الراهب، الراهبة، الرهينة والرهبانية⁽³⁾.

(1) د. عصام صادق رمضان: الأبعاد القانونية للإرهاب الدولي، مجلة السياسة الدولية، القاهرة، يوليو 1986، العدد 85، 16؛ د. نبيل أحمد حلمي: الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية سنة 1988 ص 42.

(2) د. بكري يوسف بكري: أصول علم الإجرام، دروس لطلاب الفرقة الأولى الأولى كلية شريعة وقانون دمنهور، 2012 ص 211 وما بعدها.

(3) للمزيد من المعلومات حول الأصل اللغوي لكلمة الإرهاب، أنظر: مجد الدين الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط5، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416 هـ، 1996 م، ص 118؛ أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، بيروت: دار بيروت للطباعة، 1955 م، ج 1، ص 436؛

(1002) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وقد ورد معنى الإرهاب في القرآن الكريم بصيغة واضحة لا تقبل التأويل. حيث وردت مشتقات كلمة (رهب) في عدة مواضع مختلفة من القرآن الكريم⁽¹⁾، بمعنى الخوف أو التخويف، إلا أنه لا يعني قتل المدنيين واستخدام القوة ضد الغير، وإنما يعنى الاستعداد بتجهيز القوة لتخويف العدو. ومن ذلك ما جاء في القرآن الكريم في سورة الأنفال من قوله تعالى "وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم". (الأنفال: من الآية 60).

والخط في مفهوم الإرهاب والقول بأنه ورد في الشريعة الإسلامية بمعنى استهداف المدنيين يرجع إلى ترجمة لغوية غير دقيقة وغير صحيحة مطلقاً لكلمة Terror الإنجليزية ذات الأصل اللاتيني؛ المعبر عنه اليوم بالإرهاب وهو ما استُخدم للتعبير عنه في الشريعة الإسلامية بكلمة "الحرابة" أخذاً مما ورد في

وإسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة: مجمع اللغة العربية، ص 390.

(1) ومن هذه المواضع: 1- قوله تعالى: في الآية 40 من سورة البقرة: [يا بني إسرائيل اذكروا نعمتي التي أنعمت عليكم وأوفوا بعهدي أوفى بعهديكم وإياي فارهبون]. فقوله تعالى: «فارهبون» أي فخافوني في نقضكم العهد ولا تخافوا غيري وإنما حذف الباء لأنها في رأس الآية. 2- قوله تعالى: في الآية 116 من سورة الأعراف: [قال ألقوا فكلما ألقوا سحروا أعين الناس واسترهبوهم وجاءوا بسحر عظيم]. وقوله تعالى: استرهبوهم بمعنى خوفوهم تخويفاً شديداً. 3- قوله تعالى: في الآية 154 من سورة الأعراف: [ولما سكت عن موسى الغضب أخذ الألواح وفي نسختها هدى ورحمة للذين هم لربهم يرهبون]. أي سبب رحمة للذين يخافون ربهم. 4- قوله تعالى: في الآية 60 من سورة الأنفال: [وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم...]. وهنا أتت كلمة ترهبون بمعنى تخيفون. 5- قوله تعالى: في الآية 51 من سورة النحل: [وقال الله لا تتخذوا إلهين إني أنا هو إله واحد فإياي فارهبون]. وقوله تعالى: فارهبون: أي خافوا عذابي. 6- قوله تعالى: في الآية 90 من سورة الأنبياء: {فاستجبنا له ووهبنا له يحيى وأصلحنا له زوجه إنهم كانوا يسارعون في الخيرات ويدعوننا رغبا ورهبا وكانوا لنا خاشعين}. وقوله تعالى: رغبا ورهبا: أي رجاء رحمتنا وخوفاً من عذابنا. 7- قوله تعالى: في الآية 13 من سورة الحشر: [أنتم أشد رهبة في صدورهم من الله ذلك بأنهم قوم لا يفقهون]. وقوله تعالى: أشد رهبة: أي أشد تخويفاً. أنظر: تفسير وبيان مع أسباب النزول للسيوطي: طبعة دار الرشيد، دمشق، إعداد د. محمد حسن الحمصي.

(1003) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

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

وإذا كان في شرائع الدول المتقدمة اليوم أنهم لا يتجنبون قتل مدنيين إذا شملهم هدف عسكري، وعذرهم في ذلك أن هدفهم كان عسكرياً وليس مدنياً، فإن فقهاء الإسلام أجمعوا على عدم جواز قتل مدني، أما استهداف المدنيين خاصة وهو ما تعنيه الكلمة Terror فإنه لا خلاف على تحريمه في الشريعة الإسلامية. لأن الأصل هو عدم جواز قتل من لا يقاتل. ولذا أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يجوز قتل شيخ فان من العدو، ولا امرأة، ولا راهب ولا مقعد، ولا أعمى، ولا معتوه إذا كان لا يقاتل ولا يدل على عورات المسلمين، ولا يدل الأعداء على ما يحتاجون إليه للحرب بينهم وبين المسلمين⁽¹⁾.

2- المفهوم اللغوي للإرهاب في اللغات الأجنبية: يعني مصطلح "Terreur أي الإرهاب" في اللغات الأجنبية القديمة كالإيونانية واللاتينية حركة من الجسد تقزع الغير Manifestation du corps، وقد انتقل هذا المعنى إلى اللغات الأجنبية الحديثة، وعلى سبيل المثال نجد أنه في اللغة الإنجليزية كلمة إرهاب معناها : Terrorism المشتقة من كلمة Terror أي الرعب.

وفي قاموس أكسفورد Oxford الإنجليزي نجد كلمة إرهاب Terrorism تعني سياسة أو أسلوب يعد للإرهاب المناوئين أو المعارضين لحكومة ما وإفزازهم.

(1) وهو قول جمهور أهل العلم من الحنفية (أنظر: فتح القدير: ابن الهمام: 453/5. والبحر الرائق: ابن نجيم: 84/5. وحاشية ابن عابدين: 213/6. والسير: الشيباني: 249/1. والمبسوط: السرخسي: 29/10. وبدائع الصنائع: الكاساني: 163/7)، والمالكية (أنظر: المدونة الكبرى: الإمام مالك: 6/3. وبداية المجتهد: ابن رشد: 342/1. والذخيرة: القرافي: 227/3، 228. والثمر الداني: الأبي الأزهري: ص 414. ومواهب الجليل: ابن الخطاب: 543/4)، والحنابلة (أنظر: المغني: ابن قدامة: 177/13، 178. وشرح منتهى الإرادات: البهوتي: 18/3. والمبدع: ابن مفلح: 322/3)، والشافعية (أنظر: المهذب: الشيرازي: 234/2. والمنهاج، شرح صحيح مسلم: النووي: 276/12. وروضة الطالبين: النووي: ص 1803. ومغني المحتاج: الشربيني: 65/6)، وورد عن الشافعي القول بترك قتل الرهبان (أنظر: الأم: 240/4).

(1004) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

فالإرهابي Terrorist هو الشخص الذي يحاول أن يدعم آراءه بالإكراه أو التهديد أو الترويع⁽¹⁾. ويؤخذ على هذا التعريف اقتصره على الإرهاب التقليدي الذي يستخدم لهدف سياسي دائماً وعدم شموله للأنماط الحديثة للإرهاب التي تقوم على أغراض اقتصادية أو فكرية أو غير ذلك⁽²⁾.

وفي اللغة الفرنسية نجد أن قاموس "روبير Robert" عرف الإرهاب بأنه "الاستعمال المنظم للعنف من أجل تحقيق هدف سياسي مثل الاستيلاء أو المحافظة أو ممارسة السلطة، وبصفة خاصة هو مجموعة أعمال العنف، أو الاعتداءات، أو أخذ رهائن مدنيين، المرتكبة من منظمة سياسية للضغط على دولة ما، سواء كانت دولتها أو دولة أخرى. والإرهاب يمكن أن يكون أسلوب للحكومة"⁽³⁾.

كما عرفه قاموس لاروس Larousse بأنه "مجموعة أعمال العنف (هجمات واحتجاز الرهائن، الخ) التي ترتكبتها منظمة لخلق مناخ بانعدام الأمن أو ممارسة ابتزاز على حكومة أو إرضاء لكرهية ضد مجتمع أو بلد أو نظام"⁽⁴⁾.

ويتضح مما سبق أن المعنى اللغوي للإرهاب لا يخرج عن كونه إلقاء الرعب أو بث الخوف بغير حق في نفوس الغير وما يستتبع ذلك من الاعتداء على

(1) William little etal, The Shorter Oxford English Dictionary, (1) London, Oxford University press, 1967, p. 2155.

(2) د. علي محمد علي العجمي: الإرهاب في القانون الجنائي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2009م، ص 48-49.

(3) Emploi systématique de la violence pour atteindre un but politique (prise, conservation, exercice du pouvoir) et spécialité, Ensemble des actes de violence, des attentats, des prises d'otages civils qu'une organisation politique commet pour impressionner un pays (le sien ou un autre). « Le terrorisme peut être une méthode de gouvernement » V. Le Petit Robert de la langue Française, par Paul Robert. édition 2013, Article, Terrorisme.

(4) un ensemble d'actes de violence (attentats, prises d'otages, etc.) commis par une organisation pour créer un climat d'insécurité, exercer un chantage sur un gouvernement ou satisfaire une haine à l'égard d'une communauté, d'un pays, d'un système. V. Le petit Larousse illustré, 100ème édition 2005 expression, Terrorisme.

الأرواح أو الممتلكات. إلا أنه على الرغم من ذلك فإن التعريفات اللغوية للإرهاب تبدو قاصرة، من وجهة النظر القانونية البحتة، عن فهم ظاهرة معقدة ومتعددة الأوجه كظاهرة الإرهاب.

ثانياً: مفهوم الإرهاب في الفقه:

لم تتوقف المحاولات الفقهية لوضع تعريف جامع مانع للإرهاب منذ عام 1930م ذلك التاريخ الذي دخلت فيه فكرة الإرهاب عالم الفكر القانوني العقابي لأول مرة في المؤتمر الأول لتوحيد القانون العقابي الذي انعقد في مدينة وارسو في بولندا عام 1930.

وقد اختلفت آراء هذا الفقه بصدد تعريفه للإرهاب تبعاً لاختلاف المعايير التي يتم على أساسها تحديد مفهوم الأعمال الإرهابية، فبعض هذه المعايير يعتمد على الطابع الأيديولوجي⁽¹⁾ للإرهاب، وبعضها الآخر يعتمد على الطابع السياسي، وبعضها يعتمد على الطابع غير التنظيمي (العشوائي) للإرهاب، وهكذا.

(1) أول من استعمل هذا الاصطلاح "الأيديولوجية Ideology " الفيلسوف الفرنسي ديستات تريسي (1755-1836) (Destutt Tracy) في كتابه عناصر الأيديولوجية. يعني تريسي بالأيديولوجية علم الأفكار أو العلم الذي يدرس مدى صحة أو خطأ الأفكار التي يحملها الناس، هذه الأفكار التي تبني منها النظريات والفرضيات التي تتلاءم مع العمليات العقلية لأعضاء المجتمع. وانتشر استعمال هذا الاصطلاح بحيث أصبح لا يعني علم الأفكار فحسب بل النظام الفكري والعاطفي الشامل الذي يعبر عن مواقف الأفراد حول العالم والمجتمع والإنسان. وقد طبق هذا الاصطلاح بصورة خاصة على الأفكار والعواطف والمواقف السياسية التي هي أساس العمل السياسي وأساس تنفيذه وشرعيته. والأيديولوجية السياسية هي الأيديولوجية التي يلتزم ويتقيد بها رجال السياسة والمفكرون السياسيون إلى درجة كبيرة بحيث تؤثر على كلامهم وسلوكهم السياسي وتحدد إطار علاقتهم السياسية بالفئات والعناصر الأخرى. والأيديولوجيات السياسية التي تؤمن بها الفئات والعناصر المختلفة في المجتمع دائماً ما تتضارب مع بعضها أو تتسم بالأسلوب الإصلاحى أو الثوري الذي يهدف إلى تغيير واقع وظروف المجتمع. لكن جميع الأيديولوجيات تكون متشابهة في شيء واحد ألا وهو أسلوبها العاطفي وطبيعتها المحركة لعقول الجماهير. وتعتبر الأيديولوجية بصورة عامة عن أفكار يعجز العلم الموضوعى برهان حقيقتها وشرعيتها لكن قوة هذه الأفكار تظهر من خلال نغمتها العاطفية وتكتيكها المحرك للجماهير والذي يتناسب مع الحدث الاجتماعي الذي ترمي القيام به. أنظر

(1006) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى

ففي الفقه العربي⁽¹⁾: عرف البعض الإرهاب بأنه "الأفعال الإجرامية الموجهة ضد الدولة والتي يتمثل غرضها أو طبيعتها في إشاعة الرعب لدى شخصيات معينة أو جماعات من الأشخاص، أو من عامة الشعب، وتتسم الأعمال الإرهابية بالتخويف المقترن بالعنف، مثل أعمال التفجير وتدمير المنشآت العامة وتحطيم السكك الحديدية والقطار وتسميم مياه الشرب ونشر الأمراض المعدية والقتل الجماعي"⁽²⁾. كما عرفه البعض بأنه "عنف منظم ومتصل بقصد تحقيق أهداف سياسية"⁽³⁾. كما عرفه البعض بأنه "مجموعة من الأفعال التي تتسم بالعنف تصدر من جماعة غير قانونية ضد الأفراد أو سلطات الدولة لحملها على سلوك معين أو تغيير الأنظمة الدستورية أو القانونية داخل الدولة"⁽⁴⁾. كما عرفه البعض الآخر تعريفاً حديثاً أخذت به فيما بعد لجنة الخبراء الإقليميين التي نظمت اجتماعاتها الأمم المتحدة في مركز فيينا (14-18 مارس 1988) بأنه: "إستراتيجية عنف محرم دولياً، تحفزها بواعث عقائدية (أيديولوجية)، وتتوخى إحداث عنف مرعب داخل شريحة خاصة من مجتمع معين، لتحقيق الوصول إلى السلطة، أو القيام بدعاية لمطلب أو لمظلمة،

موقع شبكة النبأ المعلوماتية، مصطلحات اجتماعية:

<http://annabaa.org/nbanews/62/245.htm>

- (1) أنظر في تعريف الإرهاب في القانون الدولي: د. عبد العزيز محمد سرحان: حول تعريف الإرهاب وتحديد مضمونه، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 292 سنة 1973، ص 173؛ د. صلاح الدين عامر: المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي، دار الفكر العربي سنة 1997 ص 18؛ د. نبيل أحمد حلمي: الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص 27 و27؛ د. حسين شريف: الإرهاب الدولي وانعكاساته على الشرق الأوسط خلال أربعين قرناً، المرجع السابق، ص 27.
- (2) د. حسنين عبيد: الجريمة الدولية دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة القاهرة، 1979.
- (3) د. أحمد جلال عز الدين: الإرهاب والعنف السياسي، المرجع السابق، ص 49.
- (4) د. نور الدين هنداوي: السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة القاهرة، 1993، ص 9 وما بعدها.

(1007) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

بغض النظر عما إذا كان مقترفو العنف يعملون من أجل أنفسهم ونيابة عنها، أو نيابة عن دولة من الدول"⁽¹⁾.

وفي الفقه الغربي⁽²⁾: عرف الفقيه الفرنسي دونديو دي فاير (DONNEDIEU DE VABRES) الإرهاب بأنه يتحقق باجتماع عدة عناصر فهو "أفعال عصابة، غالباً ما تكون ذات طبيعة دولية، ويكون من شأنها نشر الرعب باستخدام المتفجرات وتدمير خطوط السكك الحديدية وقطع السدود وتسليم المياه المعدة للشرب ونشر الأمراض المعدية، بما يؤدي إلى خلق حالة من الخطر العام"⁽³⁾. ويرى الأستاذ جورج لوفاسير (George Levasseur) أن الإرهاب يعني "الاستخدام العمدي والمنظم لوسائل من طبيعتها أن تنتشر الرعب للوصول إلى أهداف محددة، كاستخدام التخويف لتعزيز الضحية أو الضحايا ومهاجمتهم، أو نشر الرعب باستخدام العنف، كالاغتيال على الحق في الحياة أو الحق في سلامة الجسم، أو التعذيب أو ارتكاب جرائم عنف عمياء بواسطة القنابل أو السيارات المفخخة أو إرسال طرود ملغمة، أو الاعتداء على الأموال بالحريق أو التفجير لتحقيق طلبات الجناة الإرهابيين"⁽⁴⁾.

(1) BASSIOUNI Cherif, Legal responses to international terrorism, U.S.A. procedural aspects, Martinus Nijhoff Publishers, U.S.A., 1988.

(2) أنظر في عرض العديد من هذه التعريفات وغيرها: د. محمد أبو الفتح الغمام: مواجهة الإرهاب في التشريع المصري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة 1996، ص 4 و5؛ د. أحمد محمد أبو مصطفى: الإرهاب ومواجهته جنائياً، دراسة مقارنة في ضوء المادة 179 من الدستور، منشأة المعارف 2007، ص 36 وما بعدها.

(3) Donnedieu de Vabres, « Traité de droit criminel », 3ème édition, Paris, 1947, n° 208, p.123. Dès 1947, Monsieur Donnedieu de Vabres, écrivait que l'originalité du terrorisme résidait dans la réunion de plusieurs caractères : « il est le fait de bandes souvent internationales, ce qui le rend particulièrement efficace, les procédés dont il use sont de nature à provoquer la terreur par des explosions, des destructions de chemins de fer ou d'édifices, des ruptures de digue, des empoisonnements d'eau potable, ou des propagations de maladies contagieuses de nature à créer un danger commun ».

(4) GUILLAUME et G. LEVASSEUR, Terrorisme international, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Paris, Pedone, 1977, p 18. Pour Monsieur Levasseur il y a une liste des infractions de terrorisme, comme, les atteintes volontaires à la

ويعتبر الأستاذ برنار بولوك (Bernard Bouloc) أن الإرهاب هو كل
عنف يرتكب ضد الأشخاص أو الأموال أو المؤسسات وتكون له طبيعة سياسية،
ويستهدف الحصول على استقلال إقليم معين أو قلب نظام الحكم أو التعبير عن
اعتراض على بعض مظاهر سياسة الدولة⁽¹⁾. وأخيراً فإنه الإرهاب بحسب
السيد جاسان Gassin يتحقق في " أعمال العنف ضد الممتلكات أو الأشخاص،
بدوافع سياسية، وغالباً المناهضة للرأسمالية أو المعادية للغرب، أو كليهما
ممتزجين معاً"⁽²⁾.

ولا يختلف الإرهاب الدولي عن الإرهاب الداخلي من حيث طبيعته الذاتية
فكلاهما عبارة عن استخدام وسائل عنيفة لخلق حالة من الرعب والفرع لدي شخص
معين أو مجموعة معينة من الأشخاص أو حتى لدى المجتمع بأسره، لتحقيق أهداف
معينة حالة أو مؤجلة⁽³⁾.

vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne,
l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement
d'aeronef, de navire ou tout autre moyen de transport, définis
par le livre II du C.Pén. etc...V. G. STEFANI, G. LEVASSEUR,
B. BOULOC, Droit pénal général, Paris, Dalloz, 19ème éd., 2005,
p. 192.

Bouloc, « Le terrorisme », in : Problèmes actuels de science (1)
criminelle T. II, Presses universitaires d'Aix Marseille, Aix en
Provence, 1989, p. 66. Monsieur Bouloc, considère, quant à lui,
que le terrorisme paraît être « une action violente menée contre
des personnes, des biens ou des institutions, mais une action
violente à caractère politique, la finalité pouvant être l'obtention
de l'indépendance d'un territoire, le renversement d'un régime
politique, ou bien encore la contestation de certains aspects de la
politique d'un État ».

« Des actes de violences contre les biens ou les personnes, inspirés (2)
par des mobiles politiques, le plus souvent anticapitalistes, ou
anti occidentaux, ou les deux amalgamés» Gassin,
« Criminologie », Coll. Précis Dalloz, 4e édition, Dalloz, Paris,
1998, p.268.

(3) د. عبد العزيز مخيمر: الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية 1996،
ص7.

ولذا فقد عرف المشرع المصري الإرهاب في المادة 86 من قانون العقوبات رقم 97 لعام 1992، بأنه كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع فردي أو جماعي، بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة، أو بالاتصالات أو بالمواصلات، أو بالأموال أو المباني، أو بالأموال العامة أو الخاصة أو باحتلالها 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⁽¹⁾.

كما عرف مشروع قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2013، والذي أعدته وزارة الداخلية المصرية في المادة (2) منه العمل الإرهابي كما عرفته المادة 86 من قانون العقوبات ويزيد عليه في عبارات فضفاضة بأنه "كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، هدفه الإخلال الجسيم بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر...". وقد نصت المادة الثالثة على أن الجريمة الإرهابية "هي كل جريمة منصوص عليها في هذا القانون وكذلك كل جريمة ترتكب بقصد تحقيق أحد أهداف العمل الإرهابي أو لتمويل الإرهاب"⁽²⁾.

ومما هو جدير بالذكر أن قانون العقوبات المصري قد شدد العقوبات المقررة لبعض الجرائم إذا ارتكبت لغرض إرهابي، وجعل العقوبة تتراوح بين السجن والإعدام بالإضافة إلى الغرامة والحل والإغلاق والمصادرة وحظر الإقامة في مكان معين أو منطقة محددة أو الإلزام بالإقامة في مكان معين وحظر التردد إلى أماكن أو محال

-
- (1) أنظر المواد من 86 إلى 88 من قانون العقوبات مضافة بالقانون رقم 97 لسنة 1992 بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، الوقائع المصرية - العدد 29 مكرر بتاريخ 1992/7/18، مع ملاحظة أن بعض هذه المواد عدلت أيضاً بالقانون 95 لسنة 2003؛ د. محمود صالح العادلي: الإرهاب والعقاب، القاهرة: دار النهضة العربية، 1993 م، ص 29؛ د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص - الجزء الأول دار النهضة العربية 1985، ص 86.
- (2) د. فتوح عبد الله الشاذلي: قراءة نقدية لمشروع قانون مكافحة الإرهاب في مصر، مقال بتاريخ 22 تشرين الثاني / نوفمبر 2013، جريدة المفكرة اللبنانية الإلكترونية، على الموقع: www.legal-agenda.com/article.php?id=581&lang=ar

معينة لمدة لا تزيد على خمس سنوات. كذلك جرّم المشرع المصري القيام بعمل قيادي لجماعة مخالفة للقانون أو الانضمام إليها أو الترويج لأفكارها أو إنشاء أو إدارة أو تأسيس أو تنظيم جمعية أو هيئة أو منظمة أو جماعة أو عصابة خلافاً للقانون، أو استعمال الإرهاب لإجبار الأشخاص على الانضمام إلى الجماعات غير المشروعة أو لمنعهم من الانفصال عنها، أو السعي لدى دولة أجنبية أو التخابر مع جهات يكون مقرها خارج الدولة أو الالتحاق بالقوات المسلحة لدولة أجنبية أو التعاون معها أو مع جهات إرهابية أو الالتحاق بها، وخطف وسائل النقل الجوي أو البري أو المائي، والاعتداء على الحرية الشخصية، وتمكين المقبوض عليه من الهرب، والتعدي على أحد القائمين بتنفيذ القانون. كما أخضع المشرع المصري الجرائم الإرهابية لإجراءات خاصة، وأخرجها من الجرائم التي تتقدم الدعوى الجنائية الخاصة بها، وجعل الاختصاص القضائي للنظر في جرائم الإرهاب لمحكمة أمن الدولة العليا بدائرة محكمة استئناف القاهرة⁽¹⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد حدد الإرهاب في قانون العقوبات رقم 92-686، المعمول به في الأول من مارس لسنة 1994، في المادة 241-1 منه، معتبراً أن الجرائم تعدّ إرهابية عندما تتعلق بمشروع فردي أو جماعي بقصد الإضرار الجسيم بالنظام العام عن طريق بثّ الخوف أو الرعب، ويتوفر فيها القصد الخاص. وأضاف إلى الجرائم السابقة الجرائم التي تقع في مجال الكمبيوتر والجرائم الخاصة بالبيئة، كتلويث الفضاء وأعماق الأرض والمياه وما يعرض صحة الإنسان والحيوان للخطر، وشدد العقوبات لهذه الجرائم بدرجات معينة. كما حدد المشرع الفرنسي، في القانون رقم 86-1020 الصادر في 9 سبتمبر 1986⁽²⁾، وكذلك القوانين الصادرة

(1) أنظر المادة 15 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجنائية مضافة بالقانون رقم 97 لسنة 1992 بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية؛ وأيضاً: د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1995 ص 209؛ د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1980 ص 212؛ د. محمد أبو العلا عقيدة: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية 2001 ص 213 وما بعدها.

V. Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, J.O.10 septembre 1986, p. 10956-10958.

(1011) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

في 22 يوليو 1996، و15 نوفمبر 2001، و18 مارس 2003، و9 مارس 2004، و14 مارس 2011⁽¹⁾ مجموعة من الجرائم وأخضعها لنظام قانوني أكثر شدة إذا ارتكبت في ظروف معينة وبدوافع معينة، معتبراً أنه عندما تكون الجرائم متعلقة بمشروع فردي أو جماعة بقصد الإضرار الجسيم بالنظام العام عن طريق بث الخوف أو الرعب، فإن تحريك الدعوى الجنائية والتحقيق والمحاكمة تتم وفقاً لقواعد صارمة. وتلك الجرائم تتعلق بتصنيع الأسلحة والمؤن الحربية والمواد المتفجرة وتركيب وتصنيع وحياسة وتخزين ونقل الأسلحة البيولوجية والسامة وغيرها⁽²⁾. وفي 23 يناير سنة 2006 أصدر المشرع الفرنسي قانون مكافحة الإرهاب الفرنسي رقم 64-2006، بإدخال تعديلات على القانون رقم 73 الصادر في 21 يناير سنة 1995 بشأن التوجيه ووضع البرامج في مجال الأمن، وعلى قانون العقوبات

Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 ; Loi n. 98-468 du 17 juin 1998 ; (1) Loi n. 2001-1062 du 15 novembre 2001 dite loi pour la sécurité quotidienne ; Loi n. 2003-239 du 18 mars 2003 dite loi pour la sécurité intérieure ; Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; Loi n° 2011-266 du 14 mars 2011 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs. V. ROUDIER Karine, Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne, Thèse de doctorat, Université de SUD TOULON RVAR, Faculté de droit, Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras, 2011, p. 57 note 139.

V. KOERING-JOULIN René Terrorisme et application de la loi (2) dans le temps en France in Revue de Science Criminelle et Droit Pénal comparé, 1987, pp. 621– 627; J-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », R.S.C., 1990, p. 1 et s; J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal (loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 », D., 1987, p. 39-50 ; R. OTTENHOF, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », R.S.C., 1987, p. 607-619; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, Droit pénal général, op. cit., p. 192; ROUDIER Karine, Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, Thèse 2011, op. cit. p. 9 note 21 et p. 122 et s.

(1012) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

وقانون الإجراءات الجنائية، وبعض القوانين الأخرى⁽¹⁾. وبمقتضى هذا القانون الصادر سنة 2006 طرأ نوعان من التعديلات المباشرة على قانون العقوبات الفرنسي، الأول يتضمن إنشاء جرائم عدم القدرة على تبرير وجود موارد تتعلق بسير الحياة أو عدم القدرة على تبرير مصدر المال، وتسهيل تبرير الموارد المشبوهة لدى الأشخاص⁽²⁾. والثاني بشأن الجماعات الإرهابية وذلك بتشديد العقاب على مديريها، والتوسع في تجريم هذه الجماعات بالنظر إلى الجرائم التي تحضر لها⁽³⁾.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، نص القانون الأساسي الأمريكي في الفصل 22 منه الفقرة 2656 على أن الإرهاب يعني "العنف المتعمد، له دوافع سياسية، يمارس ضد أهداف غير مقاتلة (المدنيين والعسكريين الغير مسلحين وقت وقوع الحادث) من طرف جماعات متطرفة أو عملاء سربيين، بغية التأثير على الرأي العام. والإرهاب الدولي يعني الإرهاب ضد مواطنين أو ضد التراب الإقليمي في أكثر من دولة. والجماعات الإرهابية تعني كل جماعة يقوم أو ينفذ أغلب أفرادها

(1) أصدر المشرع الفرنسي قانون مكافحة الإرهاب الفرنسي في 23 يناير سنة 2006 وقد أدخل هذا القانون عدة تعديلات على بعض القوانين بالإضافة إلى قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية وهذه القوانين هي؛ قانون البريد والاتصالات، وقانون الأمن الداخلي، والقانون المدني، والقانون المتعلق بحرية الاتصالات، وقانون النقد = والتمويل، والقانون المنظم للأنشطة الخاصة في مجال المراقبة والحراسة ونقل الأموال، وقانون الطيران المدني، وقانون التأمين، والقانون الخاص بحرية الصحافة، والقانون الخاص بتنظيم وتعزيز الأنشطة البدنية والرياضية. V. Loi no 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O., 24 janvier 2006, p. 1129; La loi no 2006-64 du 23 janvier 2006 relative a la lutte contre le terrorisme, rev. sc crim 2006, no 2, p366; GALMARD (M-H.), « Vers une nouvelle approche du phénomène terroriste ? Apports de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives aux contrôles transfrontaliers, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2007, n° 1, p. 5-28. ROUDIER Karine, Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, Thèse 2011, op. cit. p. 428 et s.

(2) أنظر المواد : 321 - 6 ، 321 - 1 ، 321 - 10 عقوبات فرنسي.

(3) أنظر المواد : 421 - 21 و 421 - 1/5 و 421 - 6 عقوبات فرنسي.

(1013) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الإرهاب الدولي"⁽¹⁾. وبعد أحداث 11 سبتمبر سنة 2001 أقر الكونجرس الأمريكي قانوناً لمكافحة الإرهاب سمي بقانون باتريوت Patriot Act⁽²⁾ والذي عرف الإرهاب بأنه "الأنشطة المحددة التي (أ) تنطوي على أفعال تشكل خطراً على حياة الإنسان والتي تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية للولايات المتحدة أو أية دولة، أو التي (ب) تهدف (أولاً) لتخويف أو إكراه السكان المدنيين، (ثانياً) للتأثير على سياسة حكومة عن طريق التخويف أو الإكراه، أو (ثالثاً) للتأثير على سلوك حكومة بإحلال الدمار الشامل، أو اغتيال، أو الاختطاف، والتي (ج) تحدث أساساً ضمن الولاية الإقليمية للولايات المتحدة الأمريكية"⁽³⁾. ونشير هنا إلى أن القانون الأمريكي قد

U.S. Code Title 22, Ch.38, Para. 2656f(d). (1)

(2) قانون باتريوت هو قانون ضد الإرهاب أقره الكونجرس الأمريكي على وجه السرعة ووقع عليه الرئيس الأمريكي جورج دبليو بوش George W. Bush في 26 أكتوبر 2001، وقد عرف هذا القانون الإرهاب (بالفرنسية) على النحو التالي: "activités qui (A) comportent des actes dangereux pour la vie humaine qui sont une violation des lois criminelles des U.S.A. ou de tout état, qui (B) apparaissent destinés (i) à intimider ou contraindre une population civile, (ii) à influencer la politique d'un gouvernement par l'intimidation ou la contrainte, ou (iii) à affecter la conduite d'un gouvernement par destruction de masse, assassinat, ou kidnapping, et (C) se produisent principalement dans le cadre de la juridiction territoriale des U.S.A."

(3) BALL H., The USA Patriot Act of 2001 : Balancing Civil Liberties and National Security. A Reference Book, ABC-CLIO, 2004 ; AMANN D. M., Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme, Revue de science criminelle et de droit pénal comparée, no.4, 1er octobre 2002, pp.745-764; ROMERO A. D., In Defense of Our America. The Fight for Civil Liberties in the Age of Terror , William Morrow, 2007; RANCE (P.), « Le "Patriot Act", interview de G.P. Fletcher », D., 2002, p. 103-104; Harvey Robert, Volat-Shapiro Hélène, USA Patriot Act. De l'exception à la règle, Paris2006, Éditions Lignes-Manifestes.

وسع من الصلاحيات الممنوحة للحكومة لملاحقة من يشتبه في أنهم إرهابيين عقب هجمات 11 سبتمبر 2001.

وأخيراً، نذكر أن قانون الإرهاب البريطاني لعام 2000 عرف الإرهاب بأنه "القيام أو التهديد بالقيام، لأغراض خدمة قضية سياسية أو دينية أو أيديولوجية بأعمال تنطوي على عنف شديد ضد شخص أو إلحاق أضرار بالممتلكات أو تعرض للخطر حياة شخص أو تمثل خطراً جسيماً على صحة أو أمن الجمهور أو طائفة منه أو هي مصممة لتعطيل نظام الكتروني أو إدخال خلل فيه بشكل يمثل خطراً جسيماً"⁽¹⁾.

وفي سنة 2001 صدر قانون مكافحة الإرهاب والذي عرف بقانون الأمن ومكافحة الإرهاب والجريمة متضمناً إضافات وتعديلات على قانون سنة 2000. وقد تضمن هذا القانون جرائم جديدة، وعنى بتنفيذ الالتزامات الدولية التي رتبها قرار مجلس الاتحاد الأوروبي سنة 2001 بوضع إطار لمكافحة الإرهاب. وفي عام 2005 صدر قانون بتعديل قانون مكافحة الإرهاب فوضع نظاماً جديداً للاعتقال بغير محاكمة الذي كان منصوصاً عليه في قانون 2001، والذي كان يتم بناء على مجرد أوامر تنفيذية، فاشتراط القانون وجود تأييد المحكمة لهذه الأوامر التي صدرت باعتقال الكثيرين انتظاراً لإبعادهم خارج المملكة المتحدة.

وفي سنة 2006 على أثر التفجيرات التي حدثت في لندن في 7 يوليو سنة 2005⁽²⁾ صدر تعديل لقانون مكافحة الإرهاب تضمن تجريم أفعال جديدة اعتبرت تشجيعاً للإرهاب كنشر التصريحات التي يمكن أن تفهم من الجمهور بأنها تشجيع مباشر أو غير مباشر أو تحريض على ارتكاب الإرهاب أو تحبيذا لأعمال الإرهاب أو جرائم معينة منه. كما تضمن هذا القانون جرائم التدريب على الإرهاب والتحصير

**The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, (1)
Report to the Counter-Terrorism Committee pursuant to
paragraph 6 of Security Council resolution 1373 (2001) of 28
September 2001. Documente, n° S/2001/1232.**

**ROBERT Emilie, L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme (2)
dans l'Union européenne, Thèse, Université Lille (2) Nord de
France, 2012, note n°15. p. 17 .**

(1015) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

له، ووسع من سلطة الشرطة في الحبس بعد القبض، وذلك لمدة 28 يوماً بشرط موافقة القاضي إلا أن البرلمان البريطاني رفض اقتراحاً بجعل المدة 90 يوماً واعتبر ذلك إنكاراً للحرية.

ثالثاً: تعريف الإرهاب في المواثيق الدولية:

سنكتفي في هذا الصدد بتعريف الإرهاب لدى الأمم المتحدة Nation Unies، وفي الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب؛ فقد عرفت اتفاقية جنيف لقمع ومكافحة الإرهاب لعام 1937 la Convention de Genève pour la prévention et la répression du terrorisme "الأعمال الإجرامية الموجهة ضد دولة ما وتستهدف، أو يقصد بها خلق حالة من الرعب في أذهان أشخاص معينين، أو مجموعة من الأشخاص، أو عامة الجمهور"⁽¹⁾. وقد وضع وزراء الداخلية والعدل العرب في الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الصادرة في القاهرة عام 1998م تعريفاً للإرهاب بأنه: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد أيًا كانت بواعثه وأغراضه يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بإيذائهم، أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو اختلاسها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر"⁽²⁾.

ويبدو من كثرة التعريفات التي أوردناها للإرهاب أنه من الصعب، كما سبق وأن ذكرنا، وضع تعريف دقيق ومحدد للإرهاب نظراً لتعدد وتشابك هذه الظاهرة، إلا أنه يخفف من حدة هذه الصعوبات أن التعريفات جميعاً تتفق على أن الإرهاب هو استخدام للعنف غير المشروع في مواجهة الغير، مما يترتب عليه بث الرعب

(1) Le paragraphe deux de l'article premier de cette convention stipulait que « dans le cadre de la présente Convention, l'expression acte de terrorisme s'entend de faits criminels dirigés contre un État et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur, chez des personnalités déterminées de groupes, ou dans le public ». V. Salmon, « Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme », in : « La lutte internationale contre le terrorisme », Coll. Problèmes politique et sociaux, Ed. La Documentation Française, Paris, 1992, n° 671, p. 9.

(2) أنظر: المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الموقعة في القاهرة، من قبل وزراء الداخلية والعدل العرب، بتاريخ 22 إبريل 1998 م.

(1017) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

والخوف في نفوس المدنيين، أو الاعتداء على أرواحهم وممتلكاتهم بدون وجه حق. ولا شك فإن الإرهاب بهذا المعنى تجرّمه جميع القوانين الوضعية وجميع الأديان السماوية.

المبحث الثاني

ماهية تمويل الإرهاب ومصادره

سنتناول في هذا المبحث بشيء من التفصيل وفي نقطتين متتاليتين؛ ماهية تمويل الإرهاب، ومصادر هذا التمويل، وذلك على النحو التالي. أولاً: ماهية تمويل الإرهاب:

1- التمويل لغة: مصدر للفعل المضعف: مَوَّلَ، يقال: تموَّل الرجلُ: اتَّخَذَ مالاً، وموَّله غيره، قدَّم له ما يحتاج من المال. ولفظ تمويل مشتق من المال. جاء في لسان العرب⁽³⁾: (وَمُئِلْتٌ بَعْدَنَا تَمَالٌ وَمُئِلْتٌ وَتَمَوَّلْتٌ، كَلَهُ: كَثُرَ مَالُكَ). والتموُّلُ: كَسْبُ الْمَالِ. والتمويلُ: إِنْفَاقُهُ، فَأَمَوَّلُهُ تَمْوِيلاً أَيْ: أَرْوَدُهُ بِالْمَالِ⁽⁴⁾).

2- التمويل في الاصطلاح الاقتصادي: التمويل في الاصطلاح الاقتصادي الحديث أعمُّ منه في اللغة، فهو يشمل كلفة الأموال (سعر الفائدة مثلاً)، ومصدرها (تعبئة الموارد المالية)، وكيفية استعمال هذه الأموال، وطريقة إنفاقها، وتسيير هذا الإنفاق، ومحاولة ترشيده، فالتمويل يعني: التغطية المالية لأي مشروع أو عملية اقتصادية⁽⁵⁾.

وقد عرّف التمويل اصطلاحاً بأنه: "مجموعة الفعاليات التي تؤدي إلى توفير الأموال اللازمة للدفع، والغرض منه تزويد المنشأة، أو أيّ قطاعٍ عاملٍ بالأموال اللازمة لتحقيق أهدافه، وتسديد التزاماته المالية، وتمويل البرامج المقترحة"⁽⁶⁾.

3- تمويل الإرهاب: لا يوجد تعريف متفق عليه لتمويل الإرهاب، وهذا مرجعه من ناحية، وكما سبق لنا وأن ذكرنا، عدم وجود تعريف متفق عليه للإرهاب الذي يعتبر السبب الرئيس في التمويل مما يؤثر سلباً على هذا الأخير بعدم نمو القوانين

(3) لسان العرب، لابن منظور: 11/ 636، مادة (مول).

(4) القاموس المحيط، للفيروز آبادي: 2/ 54، مادة (المال).

(5) القاموس الاقتصادي، محمد بشير عليّة، ص 127.

(6) معجم المصطلحات التجارية والمصرفية ص 164.

(1018) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

والأنظمة الخاصة به والتي يمكن تطبيقها على كافة أعضاء المجتمع الدولي⁽⁷⁾. ومن ناحية أخرى اختلاف الدول فيما بينها على تعريف تمويل الإرهاب لاختلاف مصالحها السياسية من وراء تجريم الإرهاب وتمويله حيث يسيطر التخوف من أنه إذا تركت الدول وشأنها في تعريف الإرهاب فإن ذلك سوف يترك لها مجالاً لدمج وتضمين صراعاتها الفرعية أو الداخلية في التعريف لإدخالها ضمن نطاق الحرب العالمية على الإرهاب، فتستفيد من راء ذلك مساندة المجتمع الدولي لها بشرعيته في القضاء على تلك الصراعات⁽⁸⁾، مما قد يترتب عليه تشويه الحركات الثورية الشعبية أو السياسية التي تناهض حكمها⁽⁹⁾، ويؤدي في النهاية إلى صياغة تعريف لتمويل الإرهاب بما يخدم مصالح هذه الدول.

ورغم أن ذلك سنسوق بعض التعريفات التي نكرت في تمويل الإرهاب، سواء في الموائيق الدولية، أو في التشريعات الداخلية الغربية والعربية المعنية بقوة بالعمليات الإرهابية ومكافحة تمويلها، والتي يتركز أغلبها على ذكر الوسائل والآليات التي يعتمد عليها المجتمع الدولي في مكافحته لتمويل الإرهاب.

أ- الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب: عرفت المادة 2 من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لسنة 1999، تمويل الإرهاب بأنه: قيام أي شخص بوسيلة مباشرة أو غير مباشرة وبشكل غير مشروع وبارادته، بتقديم أو استخدام أموال بغية استخدامها، أو وهو يعلم أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً للقيام بـ: أ- أي عمل يشكل جريمة في نطاق إحدى المعاهدات الواردة في المرفق والتعريف المحدد في هذه المعاهدات. ب- أي عمل يهدف إلى التسبب في موت أو إصابة بجروح بدنية جسيمة أي شخص مدني أو أي شخص آخر عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في

PIETH Mark, criminalizing the financing of terrorism, Journal (7) of International Criminal Justice, vol.4 no 5, November 2006, p. 1079.

NORMAN Paul, Form Enforcement of Strategy Partnership: The (8) Contemporary Challenge of United Nations in Countering Terrorism, Security Journal, 20, 2007, p. 199; Implementation of the UN Counter-Terrorism Strategy, p. 2.

(9) د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2012م، ص 204.

أعمال عدائية في حالة نشوب نزاع مسلح عندما يكون غرض هذا العمل بحكم طبيعته أو في سياقها موجهاً لترويع السكان أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به"⁽¹⁰⁾.

ولم تشترط الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب ضرورة استعمال الأموال فعلياً في تنفيذ جريمة من جرائم الإرهاب، وإنما يكفي مجرد جمع وإعداد الأموال لغرض استعمالها في تمويل الإرهاب. كما اعتبرت الاتفاقية من قبيل الجريمة أيضاً محاولة ارتكاب هذه الجرائم، أي مجرد الشروع فيها، وكذلك المساهمة في ارتكابها بأي صورة من الصور سواء بالتحريض أو بالاتفاق على ارتكابها.

ب - التشريع الفرنسي: وسع المشرع الفرنسي بالقانون رقم 1062-2001 الصادر في 15 نوفمبر لسنة 2001 دائرة الجرائم الإرهابية المنصوص عليها في قانون العقوبات المعمول به في أول مارس سنة 1994، والقانون رقم 86-1020 الصادر في 9 سبتمبر لسنة 1986⁽¹¹⁾، مستحدثاً جريمة تمويل الإرهاب ضمن مجموعة من الجرائم التي تتضمن الإرهاب وإخفاء السلع والأموال والمعلومات. كما استحدث هذا القانون عقوبة تكميلية تتمثل في مصادرة أموال الإرهابيين مع إمكانية

L'article 2 de la Convention internationale pour la répression du (10) financement du terrorisme, 1999, stipule : 1) Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre : a) Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe; b) Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque. Le texte complet de la convention figure sur le site <http://untreaty.un.org/French/Terrorism/Conv12.pdf>.

V. Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, relative à la lutte contre (11) le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, J.O.10 septembre 1986, p. 10956-10958.

استصدار تدابير تحفظية على الذمة المالية لهم. كما وضع المشرع الفرنسي عام 2002 نصاً يعاقب على تزويد الإرهابيين بالسلاح حيث سمح بمراقبة الوسطاء بعد عقد الصفقات مع إلزامهم بالحصول على ترخيص لمزاولة أنشطتهم⁽¹²⁾.

وقد عرف المشرع الفرنسي تمويل الإرهاب في المادة 2-2-421 من قانون العقوبات الفرنسي بأنه "يشكل أيضاً عملاً من أعمال الإرهاب تمويل منظمة إرهابية عن طريق تقديم أو جمع أو إدارة أموال أو أوراق مالية أو ممتلكات من أي نوع أو إعطاء المشورة لهذه الغاية، مع نية استخدام هذه الأموال أو الأصول أو الممتلكات، أو مع العلم بأن المقصود هو أن تستخدم، كلياً أو جزئياً، لارتكاب أي عمل من أعمال الإرهاب المنصوص عليها في هذا الفصل، بغض النظر عن احتمال وقوع مثل هذا الفعل". فالمشرع الفرنسي يتطلب إذن معرفة أن يكون القيام بهذه الإجراءات بهدف استخدامها لارتكاب عمل إرهابي، حتى لو لم يرتكب هذا العمل بالفعل⁽¹³⁾.

كما سمح قانون 23 يناير 2006 المتعلق بمكافحة الإرهاب على المستوى الوطني بتجميد الأصول المصرفية للأشخاص والهيئات التي ترتكب، أو تحاول ارتكاب أعمال إرهابية. ويعتبر هذا التدبير مكمل للوائح الأوروبية والأممية التي تكافح الإرهاب. وكما سبق لنا القول، فإن هذا القانون الصادر سنة 2006 أدخل نوعين من التعديلات على قانون العقوبات الفرنسي، الأول يتضمن إنشاء جرائم عدم القدرة على تبرير وجود موارد تتعلق بسير الحياة أو عدم القدرة على تبرير مصدر

(12) Jean- François, Terrorisme, NRS, éd. 2006, p. 177.

DAGYZAS

(13) Voir Article 421-2-2 du Code Pénal, Créé par Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 - art. 33 JORF 16 novembre 2001. Cette article stipulait que « constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévu au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte ».

المال، وتسهيل تبرير الموارد المشبوهة لدى الأشخاص⁽¹⁴⁾. والثاني بشأن الجماعات الإرهابية وذلك بتشديد العقاب على مديريها، والتوسع في تجريم هذه الجماعات بالنظر إلى الجرائم التي تحضر لها⁽¹⁵⁾.

ت - التشريع الأمريكي: بمقتضى البند 219 من قانون الهجرة والجنسية الأمريكي المعدل بموجب قانون مكافحة الإرهاب الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1996⁽¹⁶⁾ تم تحديد مصطلح تمويل الإرهاب بأنه "لا يجوز لأي شخص بالولايات المتحدة أو يخضع للولاية القضائية للولايات المتحدة أن يعمد عن علم إلى تقديم "دعم مادي أو موارد" إلى منظمة حددت بوصفها منظمة إرهابية أجنبية أو أن يخفي طبيعة، مكان أو مصدر أو ملكية الدعم المادي أو الموارد مع العلم أنها سوف تستخدم أو ينوى استخدامها لتحضير أو ارتكاب...."، مع وجود لائحة طويلة من الجرائم الإرهابية. ويعرف البند 2339-أ-(ب) من العنوان 18 من المدونة القانونية للولايات المتحدة مصطلح "الدعم المادي أو الموارد" بأنه "أي ممتلكات منظورة أو غير منظورة، أو خدمات، بما في ذلك النقود أو الصكوك النقدية أو الأوراق المالية، أو الخدمات المالية، أو المسكن، أو التدريب، أو المشورة أو المساعدة من قبل الخبراء، أو الملاذات الآمنة، أو المستندات المزورة أو بطاقات الهوية المزورة، أو معدات الاتصال، أو المرافق، أو الأسلحة، أو المواد الفتاكة، أو المتفجرات، أو الأفراد (شخص أو أكثر قد يكون الشخص نفسه أو أحدهم)، ووسائل النقل، فيما عدا الأتوية أو المواد الدينية"⁽¹⁷⁾.

كما أوجب قانون الباتريوت Patriot Act الذي صدر عام 2001 على المؤسسات المالية مراقبة كافة الأنشطة المالية وأن تبلغ عن أية نشاطات مريبة دون

-
- (14) أنظر المواد : 321 - 6 ، 321 - 6 - 1 ، 321 - 10 - 1 عقوبات فرنسي.
(15) أنظر: المواد : 421 - 21 و 421 - 1/5 و 421 - 6 عقوبات فرنسي.
(16) أنظر: البند ٢١٩ من قانون الهجرة والجنسية الأمريكي، وقانون مكافحة الإرهاب الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1996 وهذا القانون سابق لكل من اتفاقية تمويل الإرهاب لعام 1999 وقرار مجلس الأمن 1373 (2001).

The national report, Letter dated 26 January 2006 from the (17) Permanent Representative of the United States of America = =to the United Nations addressed to the Chairman of the Counter-Terrorism Committee, document n° S/2006/69.

إمكانية ملاحقتها قضائياً ودون إبلاغ الشخص المعني وذلك بهدف مواجهة عمليات تمويل الإرهاب.

ث - التشريع البريطاني: وصف قانون الإرهاب البريطاني لعام 2000 الجرائم الرئيسية الأربع المتعلقة بتمويل الإرهاب وهي جمع الأموال (التمويل بمعناه الدقيق) بالإضافة إلى جريمة غسل الأموال، واستخدام أو حيازة أموال أو ممتلكات لأغراض الإرهاب، وترتيبات التمويل. واعتبر هذا القانون أن جمع الأموال هو كل دعوة أي شخص إلى تقديم أموال أو ممتلكات أو تلقي أموال أو ممتلكات أو إتاحة أموال أو ممتلكات لأغراض الإرهاب بأي طريقة كانت بما في الإخفاء والنقل إلى خارج الولاية القضائية وتحويل الأموال إلى أشخاص مشتبه فيهم⁽¹⁾.

كما أن قانون سنة 2006 الذي صدر على إثر التفجيرات التي حدثت في لندن في 7 يوليو سنة 2005⁽²⁾ جرم أفعال تشجيع الإرهاب كنشر التصريحات التي التي يمكن أن تفهم من الجمهور بأنها تشجيع مباشر أو غير مباشر أو تحريض على ارتكاب الإرهاب أو تحبيذا لأعمال الإرهاب أو جرائم معينة منه، وكذلك تجليل أو استحسان الإرهاب أو استحسان ارتكابه والتواجد في أماكن تدريب الإرهابيين⁽³⁾.

ج - التشريع المغربي: بادر المشرع المغربي إلى تجريم تمويل الإرهاب والمعاقبة عليه في القانون المتعلق بمكافحة الإرهاب رقم 03-03 في 28 مايو 2003⁽⁴⁾، ولم ينص هذا القانون صراحة على تعريف تمويل الإرهاب وإنما اكتفى اكتفى بتجريم صور معينة من الأنشطة اعتبرها أعمالاً إرهابية وقد حدد هذا القانون تمويل الإرهاب بأنه "القيام بأي وسيلة كانت مباشرة أو غير مباشرة بتقديم أو جمع أو

(1) The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Report to the Counter-Terrorism Committee pursuant to paragraph 6 of Security Council resolution 1373 (2001) of 28 September 2001. Documente, n° S/2001/1232.

(2) ROBERT Emilie, L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne, Thèse, 2012, op. cit. note n°15. p. 17 .

(3) د. أحمد فتحي سرور: المواجهة القانونية للإرهاب، المرجع السابق، ص 55؛ د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 204.
(4) الجريدة الرسمية المغربية رقم 5112 الصادرة يوم الخميس 29 مايو 2003 ص 1755.

(1023) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

تدبير أموال أو قيم أو ممتلكات بنية استخدامها، أو مع العلم أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً لارتكاب عمل إرهابي، سواء وقع العمل المذكور أو لم يقع، وكذلك تقديم المساعدة أو المشورة لهذا الفعل"⁽¹⁾). وتطبيقاً لأحكام هذا القانون أضيف الفصل 4-218 إلى مجموعة القانون الجنائي المغربي والذي نص على أن "يعتبر تمويل الإرهاب فعلاً إرهابياً. ويتكون تمويل الإرهاب من الأفعال التالية، سواء وقع الفعل الإرهابي أم لم يقع، ولو ارتكبت خارج المغرب: - القيام عمداً وبأي وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، بتقديم أو جمع أو تدبير أموال أو ممتلكات، ولو كانت مشروعة، بنية استخدامها أو مع العلم أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً لارتكاب فعل إرهابي أو أفعال إرهابية، من طرف شخص أو أشخاص أو جماعة أو عصابة منظمة؛ - استعمال أموال من طرف شخص أو أشخاص أو جماعة أو عصابة منظمة من أجل ارتكاب فعل إرهابي أو أفعال إرهابية؛ - تقديم مساعدة أو مشورة لهذا الغرض؛ - محاولة ارتكاب الأفعال المذكورة".

ويبدو من النصوص السابقة أن المشرع المغربي قد توسع في تحديد صور التمويل، وذلك في محاولة لتفادي ترك أي شكل من أشكال التمويل خارج دائرة التجريم والعقاب. إلا أنه مع ذلك لم يتضمن كافة صور تمويل الإرهاب الواردة في المادة (2) من اتفاقية قمع تمويل الإرهاب لسنة 1999، إذا اقتصر الفعل على استخدام الأموال لتنفيذ عمل إرهابي دون امتداد استخدامها منظمة إرهابية أو بواسطة شحن إرهابي⁽²⁾.

ح - التشريع السعودي: أصدرت المملكة العربية السعودية حديثاً نظام "جرائم الإرهاب وتمويله" بالمرسوم الملكي رقم م/16 وتاريخ 1435/2/24 هـ، وقد حل هذا النظام محل نظام مكافحة غسل الأموال الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/31 بتاريخ 1433/5/11 هـ ومحل نظام مكافحة غسل الأموال القديم رقم م/39 بتاريخ

(1) أنظر المادة الأولى من القانون 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب والصادر في 28 مايو 2003.

(2) أنظر تقرير التقييم المشترك حول مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، المملكة المغربية، مجموعة العمل المالي لمنطقة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا FATF، بتاريخ 6/1/2007، منشور على موقع: <http://www.utrf.gov.ma>.

1424/6/25 هـ. وقد عرفت المادة الأولى من هذا النظام في فقرتها (ب) جريمة تمويل الإرهاب بأنها " كل فعل يتضمن جمع أموال، أو تقديمها، أو أخذها، أو تخصيصها، أو نقلها، أو تحويلها - أو عائداتها - كلياً أو جزئياً لأي نشاط إرهابي فردي أو جماعي، منظم أو غير منظم، في الداخل أو في الخارج، سواء أكان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر من مصدر مشروع أو غير مشروع. أو القيام لمصلحة هذا النشاط أو عناصره بأي عملية بنكية أو مصرفية أو مالية أو تجارية، أو الحصول مباشرة أو بالوساطة على أموال لاستغلالها لمصلحته، أو للدعوة والترويج لمبادئه، أو تدبير أماكن للتدريب، أو إيواء عناصره، أو تزويدهم بأي نوع من الأسلحة أو المستندات المزورة، أو تقديم أي وسيلة مساعدة أخرى من وسائل الدعم والتمويل مع العلم بذلك؛ وكل فعل يشكل جريمة في نطاق إحدى الاتفاقيات الواردة في مرفق الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب، وبالتعريف المحدد في تلك الاتفاقيات". وقد اعتبرت المادة الثانية من هذا النظام جرائم الإرهاب وتمويله من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف⁽¹⁾.

خ - التشريع المصري: أصدر المشرع المصري القانون رقم 181 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002، وقد ورد مصطلح "تمويل الإرهاب" في المادة الأولى من القانون رقم 181 لسنة 2008 بعد استبدال نص المادة الثانية من القانون رقم 80 لسنة 2002 بنص هذه المادة. وقد اعتبر المشرع المصري تمويل الإرهاب جريمة من جرائم غسل الأموال، دون اعتبارها جريمة خاصة أو مستقلة، وإنما هي صورة من صور المساهمة الجنائية في الجرائم الإرهابية وخاصة عن طريق المساعدة على ارتكاب الأنشطة الإرهابية سواء كانت فردية أو تنظيمية، والتي ورد تنظيمها في القسم الأول من الباب الثاني

(1) صدر نظام "جرائم الإرهاب وتمويله" بالمرسوم الملكي رقم م/16 وتاريخ 1435/2/24 هـ، الموافق 2013/12/27م والذي حل محل نظام مكافحة غسل الأموال في المملكة العربية السعودية رقم م/31 بتاريخ 1433/5/11 هـ (الموافق 2012/4/3 م) ومحل نظام مكافحة غسل الأموال الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/39 وتاريخ 1424/6/25 هـ، (2003/8/23م) وقد تم اعتماد هذا النظام كأساس قانوني لتجريم غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

(1025) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

من قانون العقوبات. وعلى ذلك فتمويل الإرهاب في التشريع المصري يتمثل في تقديم الدعم أو المساعدة للأعمال الإرهابية سواء كان هذا الدعم مادياً أو مالياً أو معنوياً من خلال الترويج والتحييد للأعمال الإرهابية أو التشجيع على هذه الأعمال بأية طريقة كانت، كما يمكن أن يتمثل هذا الدعم في جمع الأموال للمنظمات الإرهابية مع العلم بأن هذه الأموال ستستخدم في أعمال إرهابية⁽¹⁾. ومما هو جدير بالذكر أن المادة الأولى من مشروع قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2013 عرفت تمويل الإرهاب في فقرتها (ج) بأنه: " كل جمع أو إمداد بشكل مباشر أو غير مباشر بأموال أو أسلحة أو ذخائر أو مفرقات أو مهمات أو آلات أو معلومات أو غيرها بقصد استخدامها أو مع العلم بأنها ستستخدم كلها أو بعضها في ارتكاب أي جريمة إرهابية أو من قبل شخص إرهابي أو منظمة إرهابية"⁽²⁾.

د - التعريف المقترح لتمويل الإرهاب:

ويمكن لنا، أخذاً من التعريفات السابقة لتمويل الإرهاب، أن نقترح له تعريفاً في محاولة للاقتراب من حقيقته ومضمونه، بأنه "كل دعم أو مساندة، بالمال أو ما يقوم مقامه من إمكانات أو موارد أو جهود، تقدم لأي شكل من أشكال الإرهاب الفردي أو المنظم، بأي وسيلة كانت مشروعة أو غير مشروعة، وكذلك المشاركة المباشرة أو غير المباشرة في تقديم هذا الدعم أو المساندة، مع العلم بالهدف من وراء استخدام ذلك، بصرف النظر عن تنفيذ العمل الإرهابي أو عدم تنفيذه".

ثانياً: مصادر تمويل الإرهاب:

الأعمال الإرهابية الفردية مثل غيرها من الأعمال الأخرى تحتاج إلى مجموعة من الموارد والمصادر لتنفيذها وكذا المنظمات الإرهابية مثل غيرها من المنظمات الأخرى، تحتاج إلى مجموعة من الموارد والمصادر للحفاظ على

(1) د. إمام حسنين خليل: جريمة تمويل الإرهاب في التشريع المصري بحث مقدم إلى المؤتمر الرابع عشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي حول تحديات العولمة والعدالة الجنائية، القاهرة، من 19-20 مايو 2009، ص 1 وما بعدها؛ د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 213.

(2) أنظر نصوص مشروع القرار بقانون بشأن مكافحة الإرهاب لسنة 2013، جريدة المصري اليوم الإلكترونية، 03-11-2013، الموقع الإلكتروني، <http://www.almasryalyoum.com/news/details/335366>

استمرارية بقائها وتنمية وتطوير أنشطتها الإرهابية، ولذا كان من الضروري أن نتعرف على مصادر تمويل هذه الأعمال والمنظمات لتكون لدينا القدرة على التصدي لها ومكافحتها وصولاً للهدف الرئيس وهو مكافحة الإرهاب.

وبالنظر إلى مصادر تمويل الإرهاب نجد أنها تتنوع بين مصادر مشروعة

Les sources légaux ومصادر غير مشروعة Les sources illégales . وسواء كانت المصادر مشروعة أو غير مشروعة فإن هناك أربعة مراحل يمر بها التمويل: المرحلة الأولى: مرحلة الجمع والتحصيل؛ Étape de la collecte et de collection. المرحلة الثانية: مرحلة النقل والتحويل؛ Étape de transport et transférer. المرحلة الثالثة: مرحلة الحفظ والتخزين؛ Étape de la conservation et de stockage. المرحلة الرابعة: مرحلة الإنفاق dépenses. ويمكن القول بأن المرحلة الأخيرة هي أهم مراحل التمويل حيث يتم فيها إنفاق الأموال والمتحصلات على الأنشطة الإرهابية ابتداءً من نشر الفكر والتجنيد والتدريب والتمويل اليومي كالغذاء والملابس والسكن والتنقل ومروراً بالإنفاق على شراء الأسلحة والذخائر والمتفجرات والمواد وأدوات التخزين والعنف والتدمير وانتهاءً بالإنفاق على عمليات إرهابية بعينها. وسنتحدث فيما يلي عن أهم مصادر تمويل الإرهاب المشروعة وغير المشروعة.

1- المصادر المشروعة لتمويل الإرهاب Les sources légaux de financement du terrorism

يعتمد تمويل الإرهاب في جزء كبير منه على عدد الأنشطة المشروعة أو القانونية التي لا توجه بحسب الأصل إلى الإرهاب، ومن ثم فإن مصادر التمويل هذه لا تجرم إلا عندما تتحول إلى جزء من عملية إرهابية. ولذا يتعين في هذه الحالة إثبات العلاقة بين هذه الأنشطة المشروعة بحسب الأصل، وبين أنشطة إرهابية سابقة أو حالية فعلية أو محتملة في المستقبل. وتتنوع مصادر التمويل المشروعة للإرهاب، على النحو الآتي:

أ- التمويل عن طريق الدولة:

وفي هذه الحالة يعزى مصدر تمويل الإرهاب إلى مساهمة ودعم الدول صراحة للعمليات التي تساعد في تقديم الأموال والأسلحة والمعدات التقنية اللازمة

(1027) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

للعمليات الإرهابية التي يتم أو يحتمل تنفيذها في الدول الأخرى إما من أجل زعزعة الأمن والاستقرار في الدول المستهدفة أو من أجل الترويج لأفكار تلك الدول، وقد يكون ذلك من أجل تحقيق مصالح مشتركة أو تبادل منافع بين التنظيم المتطرف والدول الممولة. وتسمى الدول الممولة في هذه الحالة "بالدول الداعمة أو الراعية للإرهاب State-sponsored terrorism أو États sponsorisant du terrorisme"⁽¹⁾. ولا تزال الدول بصفة عامة تحدد لائحة لرصد مثل هذه الدول الداعمة للإرهاب والتي من بينها؛ كوريا الشمالية، كوبا، إيران، العراق، ليبيا والسودان وسوريا. وهذا المصدر من التمويل مازال يشكل أهمية، وذلك على الرغم من إقرار فريق العمل الدولي (FATF أو GAFI) المعني بالإجراءات المالية المتعلقة بغسل الأموال، بأن هذا النوع من تمويل الإرهاب "تحت رعاية الدولة" أخذ في الانخفاض، وذلك لأنه مازالت لديه القدرة على إيقاع أحداث سياسية كبرى قادرة على قلب النظام العالمي.

ب - التبرع والتمويل من الأفراد:

قد تعتمد المنظمات أو الجماعات الإرهابية إلى اللجوء إلى طرق تمويل غير مجرمة قانوناً لتغطية عملياتها الإرهابية وتلبية متطلباتها المالية، وهذا المصدر يتمثل أساساً في جمع التبرعات تحت أي مسمى ولأي سبب، وهناك بعض الطرق المحددة لجمع التبرعات، مثل جمع رسوم العضوية (أو) الاشتراكات (Collection of membership dues and / or subscriptions) (Vente de publications)؛ جولات تحث ومخاطبة (Speaking tours) (tournées de conférences)، واستغلال الأحداث الثقافية والاجتماعية لجمع

Report on money laundering typologies, 2001-2002, p.2, available (1) on the website: <http://www.apgml.org/frameworks/docs/5/FATF%20Typologies%20rpt%202001-02.pdf>; Louise Fines, Le financement d'activités terroristes au Canada collecte, blanchiment, transferts et cadre juridique, Les sources du financement 2004ERTA, <http://www.erta-tcrg.org/analyses/financement.htm>.

(1028) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

التبرعات (Cultural and social events manifestations culturelles et)
Door- to-door solicitation)؛ والطلب من الباب إلى الباب والتماس التبرع (sociales
solicitation, porte à porte)؛ وأيضاً مناشدة الأعضاء الغنية في
المجتمع للتبرع (Appeals to wealthy members of the community)
(Appels aux membres les plus riches de la communauté) تحت أي
سبب كبناء دور للعبادة مثلاً أو مستشفى للفقراء، وكذلك التبرع بجزء من الأرباح
الشخصية (Donations of a portion of their personal earnings)Dons
(d'une partie de leurs gains personnels)⁽²⁾.

ت - التمويل من خلال الأنشطة الاقتصادية:

قد تلجأ المنظمات أو الجماعات الإرهابية في سبيل تمويل عملياتها الإرهابية
وتلبية متطلباتها المالية إلى اللجوء إلى ما يسمى "توليد الدخل Génératrices de
revenus" وذلك عن طريق الاختراق والسيطرة المباشرة على بعض المؤسسات
الاقتصادية والتجارية داخل مجتمع ما، مع تخصيص جزء من هذا الدخل المكتسب
بصورة مشروعة للأعمال الإرهابية، سواء كانت هذه المؤسسات الاقتصادية
والتجارية تمول الإرهاب بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة، كما هو الحال
بالنسبة لمؤسسات أسامة بن لادن المالية والاقتصادية التي كانت منتشرة في كثير من
دول العالم والتي تدار من خلال وسطاء مجهولين يقومون بإدارة تلك المؤسسات
ومشروعاتها نيابة عن أسامة بن لادن⁽³⁾. كما يمكن أن يضاف إلى هذا النوع من الدخل
ما يمكن أن تحصل عليه المنظمات الإرهابية من تبرعات من رجال الأعمال المتعاطفين
مع فكر التنظيمات الإرهابية بما يمكن اعتباره جزءاً من الدخل الثابت لهذه المنظمات⁽⁴⁾.

ث - الإيرادات من المنظمات الإنسانية والجمعيات الخيرية:

(2) Report on money laundering typologies, op. cit.p. 3-4; Louise Fines, Le financement d'activités terroristes au Canada collecte, blanchiment, transferts et cadre juridique , Les sources du financement

(3) د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 242 هامش (1).
(4) د. حسن محمد ثاني: سيكولوجية الإرهاب، مكتبة عالم الكتب، القاهرة، 2006، ص 156.

(1029) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

قد تلجأ المنظمات الإرهابية إلى اتخاذ شكل من أشكال المنظمات الإنسانية أو الجمعيات الخيرية داخل مجتمع ما لتحصل من خلال ذلك على تبرعات من أفراد المجتمع الذين يقومون بتمويلها بسبب معتقداتهم الدينية للإنفاق على التعليم أو العلاج أو الرعاية الصحية أو غير ذلك من أوجه الأنشطة الخيرية أو الإنسانية الدينية والثقافية والتعليمية والاجتماعية والأخوية في المجتمع، ثم يتم تحويل هذه المنظمات الإنسانية أو الجمعيات الخيرية المقامة لأغراض إنسانية إلى منظمات أو جمعيات ممولة للأنشطة الإرهابية دون أن يعلم الممولين بحقيقة أهدافهم أو مع العلم بذلك وفي هذه الحالة الأخيرة فإن الممولين يكون من المتعاطفين مع المنظمات الإرهابية⁽⁵⁾.

2- المصادر غير المشروعة لتمويل الإرهاب Les sources illégales de financement du terrorisme

تحصل المنظمات الإرهابية كغيرها من المنظمات الإجرامية الأخرى على تمويلها غير المشروع من أعمال غير مشروعة، أي أعمال مخالفة للقانون وتمس بصورة مباشرة أمن واستقرار المجتمع ولذا تعتبرها قوانين الدول المختلفة جرائم مستقلة ويعاقب عليها بعقوبات جنائية.

وهناك مجموعة واسعة ومتنوعة من الأنشطة غير المشروعة التي تساهم في استمرار التمويل الاقتصادي للإرهاب، كجرائم تزيف النقود والابتزاز والخطف والاتجار بالمخدرات والتهرب والغش والسرقة واستخدام الماس، الخ. ويعتبر تزيف النقود هو أفضل وسيلة لتمويل الإرهاب والاتجار بالمخدرات⁽⁶⁾. كما تعتبر الأموال المتحصلة من تجارة من المخدرات مصدراً رئيسياً للدخل لكثير من المجموعات الإرهابية. فعلى سبيل المثال، تحصل القوات

(5) محمد بكار بن حيدر: تمويل العمل الخيري العربي المعاصر ومؤسساته، ورقة مقدمة إلى مؤتمر الخير العربي الثالث، الأمانة العامة لمؤتمر الخير العربي، لبنان، الاتحاد العام للجمعيات الخيرية في المملكة الأردنية الهاشمية، مركز التميز للمنظمات غير الحكومية، عمان، الفترة من 22 إلى 24 يونيو 2002، ص 10.

(6) MENTOURI, La fausse monnaie finance le crime organisé, L'Expression le Quotidien, Lundi 10 Novembre 2003. <http://www.lexpressiondz.com/actualite/14925-La-fausse-monnaie-finance-le-crime-organis%C3%A9.html?print>

المسلحة الثورية الكولومبية (فارك) les Forces Armées Révolutionnaires (FARC) de la Colombie على حوالي 300 مليون دولار سنوياً من بيع المواد المخدرة، وكذلك مجموعة الدرب المضىء في بيرو le group Sentier Lumineux du Pérou، والذي يعتمد الآن أكثر من أي وقت مضى في المال على الاتجار بالمخدرات، وأيضاً طالبان في أفغانستان les Talibans en Afghanistan⁽⁷⁾. وتشير تقديرات الأمم المتحدة إلى أن تجارة المخدرات الدولية تقدر بنحو 322 مليار دولار سنوياً، مما تعتبر معه أكثر نشاط غير شرعي مربح في العالم⁽⁸⁾.

ويعد تهريب الأسلحة مصدراً آخر لتمويل هذه الجماعات الإرهابية. ومما هو جدير بالذكر أن ما لا يقل عن 80٪ من عمليات نقل الأسلحة التقليدية تتم من الدول الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن (الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وروسيا والصين وفرنسا)⁽⁹⁾.

كما يعتبر الخطف والابتزاز، من الآليات الأساسية لتمويل الأعمال الإرهابية فالعديد من التنظيمات المسلحة هي تنظيماً إرهابية تخطف الأشخاص للمطالبة مبلغ معين من المال كقضية مقابل تحريرهم سواءً من والديهم أو من دولهم أو من المنظمات التي تنتمي إليها الضحايا، وذلك بهدف الحصول على بعض المنافع السياسية، أو لتمويل أنشطتهم الإرهابية. وتمثل هذه الموارد شكلاً من أشكال الانتظام في الإيرادات المتوقعة لهذه المنظمات.

Minolli, Cristina Beatriz (2000) Terrorismo y Supervivencia. (7)
Paper de Magister en Direcci de Empresas, UCEMA. En:
<http://www.ucema.edu.ar/~cpcbm/Investigacion/Terrorismo/Terrorismo.pdf>.

and Michael Jacobson, The Money Trail Matthew Levitt (8)
:Finding, Following, and Freezing Terrorist Finances, The
Washington Institute For Near East Policy 2009,
<http://www.washingtoninstitute.org> .

Gema Sánchez Medero, Les sources de financement légal et (9)
illégal des groupes terroristes d'aujourd'hui. 08/02/2011,p. 8.
http://www.ugr.es/~revpaz/articulos/Les_sources_de_financement_terroristes.htm.

وكذلك الحال بالنسبة للاتجار في الماس، والأحجار الكريمة والذهب باعتبارها مصدراً من مصادر تمويل الإرهابيين. فعلى سبيل المثال، فإن منظمة "يونيتا UNITA" في أنغولا Angola، قد اشترت أسلحة ومعدات عسكرية بمبلغ يتجاوز 3,000 million دولار، حيث يمثل الماس المصدر الرئيسي للدخل بالنسبة ليونيتا⁽¹⁰⁾. كما يرى البعض أن تنظيم القاعدة استخدام تجارة السوق السوداء في الذهب والأحجار الكريمة لجمع الأموال، حيث إن جمع المال يقع تحت تهديد العقوبات المالية المتعلقة بتبييض الأموال المتحصلة من الجريمة، الأمر الذي يجعل تجارة المواد المعدنية ذات قيمة وسهولة النقل⁽¹¹⁾.

كما أن ممارسة الأنواع المختلفة من الاحتيال، مثل كافة المعاملات الاحتالية باستعمال بطاقات الائتمان، والسرقة بمختلف أشكالها، كسرقة النقود والسيارات والمعدات والأسلحة ونهب الشركات والبنوك والمنازل،... الخ، تمثل مصدراً آخر من مصادر تمويل الجماعات الإرهابية⁽¹²⁾.

كما قد يستخدم تهريب البشر ليس فقط لنقل الإرهابيين أو الحصول على وثائق مزورة ولكن أيضاً لتمويل أنشطة الجماعات الإرهابية، كما كان الحال بالنسبة للجماعة الإسلامية المسلحة، جيش تحرير كوسوفو. وعلى سبيل المثال، في أيرلندا تم اكتشاف مجموعة رؤوس الأفاعي (groupe de Snakeheads ou Têtes de Serpent)، التي لها علاقات مع جماعة إرهابية الأيرلندية، وUVF (قوة متطوعي أُلستر Force Volontaire de l'Ulster)، وفي نيبال، استغل المتمردون الماويين هذا النوع من التجارة حيث تم جلب الفتيات من بلادهم إلى بيوت الدعارة في الهند لتمويل أنشطتها. ولقد زادت هذه التجارة غير المشروعة زيادة

(10) Dans: <http://www3.planalfa.es/cidaf/noticias/news73.htm>.

(11) Escobar Stemman, J. J. (2004), "Cómo luchar contra al Qaida", Exterior. Vol. XVIII, n.o 99, pp. 17-24. Dans: <http://www3.planalfa.es/cidaf/noticias/news73.htm>.

(12) Gema Sánchez Medero, Les sources de financement légal et illégal des groupes terroristes d'aujourd'hui. 08/02/2011, p. 8. op. cit. p. 9.

فأحشة على مدى السنوات العشر الماضية، وهذا الرقم يتحرك سنوياً بمقدار 10 مليار دولار، وفقاً للتقرير الذي قدمته المنظمة العالمية للهجرة l'Organisation Mondiale pour les Migrations (OMI)⁽¹³⁾.

وإجمالاً، يمكن القول أن كل الطرق والوسائل المتاحة لاستثمار وتنمية وجمع ونقل وحفظ وتحويل الأموال بكافة أنواعها وأشكالها وطرقها المشروعة أو غير المشروعة هي وسائل وطرق متاحة لتمويل الإرهاب، فالمنظمات الإرهابية تلجأ في سبيل الحصول على التمويل اللازم لها من المال إلى أية وسيلة تمكنها من تحقيق هذا الهدف سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وسواء أكان من مصادر مشروعة أو غير مشروعة.

وبعد الانتهاء من هذا الفصل التمهيدي من هذا البحث، والذي نرجو من الله تعالى أن نكون قد وفقنا في سرده وعرضه، ننتقل إلى الحديث عن جوهر البحث، وهو "جريمة تمويل الإرهاب والجرائم الملحقة بها" وذلك في بابين متتاليين، ويتبقى لنا بحول الله وقوته الباب الثالث والأخير المتعلق بمكافحة تمويل الإرهاب على المستوى الدولي والمحلي، والذي سنتناوله عقب الحديث عن البابين اللذين في أيدينا.

الباب الأول

جريمة تمويل الإرهاب

تمهيد:

إذا كان السائد لدى كثير من فقهاء القانون الجنائي والمنظرين للسياسية العقابية أنه مهما ترتب على الفعل الإجرامي من أضرار تلحق بشخص المعتدى عليه بصفة خاصة وبالمجتمع بصفة عامة، فإنه يجب النظر إلى مرتكب هذا الفعل ولسلوكه كنتاج لخلل أو تقصير اجتماعي أدى إلى اختلال وانحراف في سلوكه مما

Shelly, L. (2005) "El financiamiento del terrorismo", Revista (13) Analisis Juridico automne, pp. 1/11, in, Gema Sánchez Medero, Les sources de financement légal et illégal des groupes terroristes d'aujourd'hui. 08/02/2011,p. 8. op. cit. p. 8.

يستوجب إخضاعه للعلاج والتقويم وإعادة اندماجه في المجتمع (غرض التأهيل والإصلاح المستهدف من الجزاء الجنائي)، وقد أدى هذا الأمر، تحت تأثير المد القومي والكبير لثقافة حقوق الإنسان على المستوى العالمي، إلى الضغط من أجل اعتبار المؤسسات العقابية مجرد مؤسسات إصلاحية للتربية وإعادة التأهيل من أجل الاندماج داخل المجتمع. إلا أن هذا الاتجاه كان ولا يزال يقابله اتجاهات أخرى من أصحاب النظريات المختلفة في السياسة العقابية تختلف في شدتها وقوتها إلى حد التطرف أحياناً في النظرة إلى المتهم أو مرتكب الجريمة، خصوصاً في بعض الجرائم الخطيرة مثل الإرهاب وتمويل الإرهاب، وغيرها من الجرائم التي أصبح ينظر إليها دولياً على أنها عدو يهدد كيان كافة المجتمعات واستقرارها وأمن مواطنيها، مما يستوجب ضرورة معاملة مرتكبيها لا كمواطنين أو أفراد حادوا عن جادة الصواب بإخلالهم بضوابط الحد الأدنى للعيش المشترك داخل الجماعة مما يستتبع زجرهم بالعقاب، وإنما كأعداء أو مصدر خطر دائم يتعين توقي شرهم بأية طريقة كانت ومهما كلف ذلك من ثمن وعلى حد تعبير (Jakobs) الذي يتحدث عن دور القانون الجنائي في مثل هذه الجرائم الخطيرة، "فإن الدولة من خلال هذا القانون لا تخاطب مواطنيها وإنما تهدد أعداءها"⁽¹⁴⁾.

ومؤدى هذه النظرية الألمانية التي قال بها Jakobs ضرورة التمييز بين القانون الجنائي والضمانات الخاصة للمواطنين عند ارتكاب أفعال إجرامية من تلك المعروفة تقليدياً والقانون الجنائي الخاص لمواجهة العدو، الذي يتصف بالصرامة في العقاب دون التقيد بأية حدود أو مراعاة أية حقوق أو ضمانات للمشتبه فيه وبالأحرى المنسوب له الفعل، لأنه عدو أساسي للدولة والمجتمع بل ويمكن للدولة وأجهزتها أن تعمل منطق القسوة وتجاوز أية ضمانات لوضع الحد للجريمة قبل وقوعها أو المبادرة

JAKOBS, G., La ciencia del Derecho penal ante las exigencias (14) del presente, en CGPJ, Estudios de Derecho judicial, 20, Madrid, 2000, p.139. in أقوى نزعاتهما تسلطاً، القانون الجنائي للعدو، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الرباط، المغرب، العدد السادس والعشرون، ربيع الأول 1427هـ، أبريل 2006، ص 397.

(1034) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

إلى تجفيف منابعها من خلال إلقاء القبض على الأشخاص ولم لم يرتكبوا فعلاً يعاقب عليه القانون العادي وبمنطق استباق الحدث قبل وقوعه.

ورغم أن هذه النظرية الشاذة والاستثنائية كانت تحاصر ويقلص من غلوائها المد الحقوقي العالمي وتوسع مجال ثقافة حقوق الإنسان، فإنها وجدت الكثير من الانتعاش والمدبل والاعتماد التشريعي بعد إحداه 11 سبتمبر 2001، كما حدث في كل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وهما دولتان رغم عراقتهما في التأصيل النظري لقواعد الديمقراطية وحقوق الإنسان ومبادئ التسامح لم تترددا في اعتماد النظرية السابقة من خلال نصوص استثنائية عصفت بكافة الضمانات والضوابط المتعارف عليها دولياً، عاينها العالم أجمع وكانت محط ردود أفعال قوية من طرف كثير من مؤسساتها ومنظماتها الحقوقية نذكر من ذلك على سبيل المثال فقط المعتقل الجماعي «غوانتانامو» الذي تشرف عليه وتقننه القوات والإدارة الأمريكية خارج نصوصها التشريعية العادية⁽¹⁵⁾، ونفس الشيء في بريطانيا التي أصدرت بعد إحداه 11 سبتمبر 2001 تعديلاً لقانونها بشأن مكافحة الإرهاب الذي تضمن النص على سجن أي مواطن أجنبي يشتبه بتورطه في الإرهاب دون توجيه أي تهمة له ولفترة غير محددة⁽¹⁶⁾.

وترتيباً على ما سبق نجد كثير من الدول جرمت الإرهاب وتمويله وكل ما يرتبط به من جرائم ووضعت له عقوبات قاسية وراذعة في كثير من الأحيان كما أحاطت ذلك بالعديد من الإجراءات التي تتجاوز نطاق الإجراءات القانونية في كثير من الأحيان، وذلك تأسيساً على هذه النظرية المسماة بنظرية القانون الجنائي للعدو⁽¹⁷⁾.

(15) د. عبد الحفيظ بلقاضي: التجريم والعقاب في أقوى نزعاتهما تسلطاً، القانون الجنائي للعدو، المرجع السابق، ص 398.

(16) Alex Macleod; *Insécurité et sécurité après les événements du 11 septembre: France et Grande Bretagne (Terrorisme et sécurité international I- collection Etudes stretegiques internation ales, Bruylent 2004, p. 202 et s.*

(17) د. عبد الحفيظ بلقاضي: التجريم والعقاب في أقوى نزعاتهما تسلطاً، القانون الجنائي للعدو، المرجع السابق، ص 387: 461.

وسنحاول في هذا الباب التعرف على جريمة تمويل الإرهاب من حيث طبيعتها القانونية وتميزها عما عداها من جرائم الإرهاب (الفصل الأول) وأركانها وعقوباتها (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لجريمة تمويل الإرهاب وتميزها عما عداها

تقسيم:

سنتناول هذا الفصل في مبحثين نخصص الأول للحديث عن الطبيعة القانونية لجريمة تمويل الإرهاب، والثاني لتمييز هذه الجريمة عما عداها من جرائم الإرهاب

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لجريمة تمويل الإرهاب

تختص جريمة تمويل الإرهاب بمجموعة من الخصائص التي تحدد طبيعتها القانونية، سواءً من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية. فمن الناحية الموضوعية؛ هي جريمة من الجرائم المستقلة القائمة بذاتها حتى عن جريمة الإرهاب ذاته، كما أنها من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها توافر العلم بها لدى مرتكبيها، هذا بالإضافة إلى كونها من جرائم الخطر، وذات عقوبات جسيمة نظراً لخطورتها. ومن الناحية الإجرائية؛ هي جريمة من الجرائم التي لا تسقط بالتقادم، كما تخضع لمجموعة من الإجراءات الاستثنائية التي لا تخضع لها الجرائم العادية، سواء على المستوى الدولي أو المحلي. وسنتحدث عن كل خاصة من هذه الخصائص بشيء من التفصيل.

أولاً: من الناحية الموضوعية:

1- تمويل الإرهاب جريمة مستقلة قائمة بذاتها:

لم يكن تمويل الإرهاب، بحسب غالبية التشريعات في العالم، معتبراً جريمة قائمة ومستقلة بذاتها إلا في نهاية التسعينيات من القرن الماضي، وذلك مع توقيع اتفاقية قمع تمويل الإرهاب لعام 1999، حيث كان ينظر لتمويل الإرهاب على أنه مجرد اشتراك بالمساعدة أو التحريض على ارتكاب الأعمال الإرهابية أو الاتفاق على ارتكابها. وقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لسنة 1999 على هذه الخاصية بقولها: " يرتكب جريمة بمفهوم هذه الاتفاقية كل من ...

(1036) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui... وقد أكد قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 هذا الاستقلال لجريمة تمويل الإرهاب حيث اعتبرها جريمة مستقلة حتى عن العمل الإرهابي ذاته حيث قد يوجد التمويل دون وقوع العمل الإرهابي ذاته، وقد ألزم هذا القرار الدول الأعضاء في الأمم المتحدة فيما يتعلق بتمويل الإرهاب: بمنع ووقف تمويل الإرهاب، وتجريم جميع النشاطات المتعلقة بتمويل الإرهاب في القوانين الوطنية وتقديم مرتكبيها للعدالة بوصفها جرائم خطيرة⁽¹⁸⁾.

وعلى الرغم من ذلك إلا أن بعض التشريعات الجنائية، ومنها التشريع الجنائي المصري، لم يعتبر جريمة تمويل الإرهاب جريمة مستقلة، وإنما اعتبرها إحدى صور المساهمة الجنائية في الجرائم الإرهابية⁽¹⁹⁾ المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات⁽²⁰⁾.

2- تمويل الإرهاب جريمة عمدية:

جريمة تمويل الإرهاب من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها توافر العلم لدى مرتكبيها بالهدف من وراء استخدام هذا التمويل، بصرف النظر عن تنفيذ العمل الإرهابي أو عدم تنفيذه. وقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب 1999 على ذلك بقولها: " يرتكب جريمة بمفهوم هذه الاتفاقية كل شخص يقوم بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، وبشكل غير مشروع وبارادته، بتقديم أو جمع أموال بنية استخدامها، أو هو يعلم أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً، للقيام: ...".

كما ورد التأكيد على ذلك في قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 بالبند (5) بقوله: يعلن مجلس الأمن أن أعمال وأساليب وممارسات الإرهاب الدولي

(18) أنظر: الوثيقة رقم (S/RES/1373 (2001) والنص الكامل لقرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 على الموقع التالي: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/41/PDF/N0155741.pdf?OpenElement>

(19) د. إمام حسنين خليل، جرائم تمويل الإرهاب في التشريع المصري، بحث مقدم المؤتمر الرابع عشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي، تحديات العولمة والعدالة الجنائية، من 19 إلى 20 مايو 2009، ص 2.
(20) أنظر المادة 86 مكرراً فقرة 3 من قانون العقوبات المصري المضافة بالقانون رقم 97 لسنة 1992.

(1037) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

تتنافى مع مقاصد ومبادئ الأمم المتحدة وأن تمويل الأعمال الإرهابية وتدابيرها والتحريض عليها عن علم، أمور تتنافى أيضاً مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها.

3- تمويل الإرهاب جريمة من جرائم الخطر:

قسم الفقه الجنائي⁽²¹⁾ الجرائم وفقاً للمفهوم القانوني للنتيجة إلى جرائم ضرر وجرائم خطر، فجرائم الضرر هي التي يتطلب القانون فيها تحقق الإضرار الفعلي بالمصلحة أو الحق محل الحماية القانونية، وكثيراً ما تتطابق هذه الجرائم مع الجرائم المادية ذات السلوك والنتيجة، ذلك أن الضرر الفعلي المترتب على السلوك غالباً ما يأخذ شكل مادي خارجي. أما جرائم الخطر فهي التي يترتب عليها مجرد تعريض المصالح المحمية قانوناً للخطر، أي تعريضها للتهديد بالضرر دون استلزام تحقق الضرر الفعلي، فالضرر في هذه الجرائم هو على وجه الاحتمال وليس على وجه اليقين، كجرائم الشروع وحيازة السلاح بدون ترخيص.

ونحن نرى من بعض الفقه⁽²²⁾ أن جريمة تمويل الإرهاب هي من جرائم الخطر، حيث إن تجريمها يعد مستقلاً عن جريمة الإرهاب ذاته، فهي لا تتطلب للعقاب عليها وقوع أعمال إرهابية نتيجة للتمويل، وإنما يعد التمويل في حد ذاته نشاطاً إجرامياً معاقباً عليه بصرف النظر عما إذا كانت أموال التمويل استعملت فعلاً لارتكاب أعمال إرهابية أو لم تستعمل، أي سواء وقع الفعل الإرهابي أم لم يقع، وسواء ترتب عليها ضرر أم لا.

4 - تمويل الإرهاب جريمة خطيرة ذات عقوبات جسيمة:

(21) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، 1983، ص 264؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1982، ص 274 وما بعدها، د. سامح السيد جاد: المبادئ العامة لقانون العقوبات، القسم العام، محاضرات لطلاب كلية الشريعة والقانون بالقاهرة وأسيوط، 1990-1991، ص 208.

(22) د. سليمان عبد المنعم: أصول علم الإجرام والجزاء، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996، ص 213 وما بعدها؛ د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 338.

(1038) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وذلك طبقاً لما ورد بالمادة الرابعة من الاتفاقية الدولية لمنع تمويل الإرهاب لسنة 1999 بقولها: تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة من أجل: (ب) المعاقبة على تلك الجرائم بعقوبات مناسبة تراعي خطورتها على النحو الواجب. كما ورد التأكيد على ذلك في قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 بالبند (هـ) حيث نص على: "...كفالة إدراج الأعمال الإرهابية في القوانين والتشريعات المحلية بوصفها جرائم خطيرة، وكفالة أن تعكس العقوبات على النحو الواجب جسامة تلك الأعمال الإرهابية، وذلك بالإضافة إلى أي تدابير أخرى قد تتخذ في هذا الصدد.

5 - تمويل الإرهاب بحسب الأصل جريمة دولية:

حددت الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب نطاق تطبيقها من حيث المكان حيث قررت المادة 3 من الاتفاقية أنه "لا تنطبق هذه الاتفاقية إذا ارتكبت الجريمة داخل دولة واحدة وكان مرتكبها المفترض من رعايا تلك الدولة وموجوداً في إقليمها ولم تكن أي دولة أخرى تملك بموجب الفقرة 1 أو 2 من المادة 7 الأساس اللازم لممارسة ولايتها القضائية. إلا أن أحكام المواد من 12 إلى 18 تنطبق في تلك الحالات حسب الاقتضاء". كما قررت ذات المادة أن هذه الاتفاقية تسري من حيث الأصل على جرائم تمويل الإرهاب ذات الطبيعة الدولية (التي يتوافر فيها العنصر الأجنبي)، ويواجه هذا النص عمليات تمويل الإرهاب التي أصبحت ذات بعد دولي ملحوظ، حيث يقوم بعض الأشخاص أو الجماعات اللذين ينتمون أو يقيمون في دولة أو دول أخرى بإمداد الجماعات الإرهابية بالأموال والمعدات والأدوات اللازمة لتنفيذ عملياتهم الإجرامية، ومن ثم فإن جريمة تمويل الإرهاب التي سعت الدول إلى مكافحتها باتخاذ إجراءات ثنائية أو جماعية تعد جريمة ذات عنصر خارجي أو دولي⁽²³⁾.

أما بالنسبة لعمليات تمويل الجرائم الإرهابية التي تتم داخل الدولة الواحدة للجماعات الإرهابية الموجودة بها فلا تسري عليها أحكام الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999 التي تضع آليات لمكافحة تمويل الإرهاب. وإنما تتكفل

(23) أنظر المادة 3 من الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999.

(1039) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

القوانين الداخلية لكل دولة بوضع الضوابط التي من شأنها الوقاية من هذه الجريمة أو مكافحتها وتوقيع العقاب على مرتكبيها.

6- إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن جريمة تمويل الإرهاب:

جرمت الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب الأفعال التي يقوم بها أو يسهم فيها أحد الأشخاص المعنوية في جريمة تمويل الإرهاب وذلك حتى تكفل نوعاً من الفاعلية لمكافحة جريمة تمويل الإرهاب. فنصت المادة 5 من الاتفاقية على أنه: "1- تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة وفقاً لمبادئها القانونية الداخلية للتمكين من أن يتحمل أي كيان اعتباري موجود في إقليمها أو منظم بموجب قوانينها المسؤولية إذا قام شخص مسئول عن إدارة أو تسيير هذا الكيان بصفته هذه بارتكاب جريمة منصوص عليها في المادة 2 وهذه المسؤولية قد تكون جنائية أو مدنية أو إدارية. 2- تحمل هذه المسؤولية دون مساس بالمسؤولية الجنائية للأفراد الذين ارتكبوا الجرائم. 3 تكفل كل دولة طرف بصفة خاصة إخضاع الكيانات الاعتبارية المسؤولة وفقاً للفقرة 1 أعلاه لجزاءات جنائية أو مدنية أو إدارية فعالة ومناسبة وراعية ويجوز أن تشمل هذه الجزاءات جزاءات نقدية".

وهذا ما أكدته قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1373) الذي أكد على التزام الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بما يلي: - تجميد الأموال والأصول المالية لكل من له علاقة بنشاطات تمويل الإرهاب, من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين. ثانياً: من الناحية الإجرائية:

1- تمويل الإرهاب جريمة لا تسقط بالتقادم:

وهذا ما نص عليه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي اعتمد بروما في 17 يوليو سنة 1998، والذي دخل حيز التنفيذ في 1 يوليو 2002، وذلك نظراً لاختصاصها بالنظر فيما يخص جرائم الإرهاب بصفة عامة، في المادة 29 منه بقوله " لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أياً كانت أحكامه "(24). وقد حددت المادة 5 من نفس النظام الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة على أنها: أ) جريمة الإبادة الجماعية. ب) الجرائم ضد الإنسانية. ج) جرائم الحرب. د

(24) أنظر الموقع:

[http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/arabic/rome_statute\(a\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/arabic/rome_statute(a).pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

(جريمة العدوان"، علماً بأن جريمة تمويل الإرهاب تندرج تحت البند الأخير من بنود المادة الخامسة المتعلقة (بجريمة العدوان).

وبناءً على ذلك فإن التقادم المسقط المعروف في التشريعات الجنائية الداخلية لا يسري على الجرائم الدولية، كجرائم الإرهاب وتمويله نظراً لخطورة هذه الجرائم والأثر السلبي الذي تلحقه بالمجتمع الدولي، ولا شك أن تجريد الجرائم الدولية من حصانة التقادم المسقط تعد من أهم الضمانات التي تكفل إمكانية ملاحقة المجرمين بصرف النظر عن وقت ارتكابها.

2- إحاطة جريمة تمويل الإرهاب بمجموعة من الإجراءات الاستثنائية:

تحاط جريمة تمويل الإرهاب باعتبارها من جرائم الإرهاب، بمجموعة من الإجراءات الاستثنائية، دولياً ومحلياً، حيث تعد مواجهة الجرائم الإرهابية بصفة عامة بالإجراءات العادية من أمر بالغ الصعوبة، إذ أنه من الصعب التوفيق والموازنة بين إجراءات مكافحة الإرهاب وعدم المساس بحقوق الإنسان في ظل الإجراءات العادية. كما أنه من الثابت لدى غالبية الدول أن الإجراءات العادية التي تمارسها سلطات القبض والتحقيق لا تؤدي إلى القضاء الجرائم الإرهابية وغيرها من الجرائم الخطيرة الماسة بأمن ومصالح الدولة الأساسية. لذا تلجأ العديد من التشريعات الجنائية إلى إعطاء أجهزتها الجنائية المزيد من السلطات الاستثنائية والواسعة لمواجهة الجرائم الإرهابية. بل إن بعض الدول لجأت في سبيل تصديها للإرهاب وما يرتبط به من جرائم إلى فرض قانون الطوارئ أو الإبقاء عليه وذلك حتى يتسنى لهذا الاستناد على ما ورد به من إجراءات استثنائية وسلطات واسعة تتعلق بالقبض والتفتيش والتحقيق. كما لجأت الكثير من الدول إلى إصدار قوانين خاصة بالإرهاب ضمنها العديد من الصلاحيات والسلطات الاستثنائية التي تمكنها من مواجهة الجرائم الإرهابية سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية⁽²⁵⁾.

(25) د. محمد حسن إبراهيم طلحة: **المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 348 وما بعدها.**

(1041) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

هذا ولا توجد، على المستوى المحلي لكل دولة، إجراءات جنائية خاصة بجريمة تمويل الإرهاب، وإنما يتبع بالنسبة لهذه الجريمة الإجراءات الخاصة بالجرائم الإرهابية ككل سواء في مرحلة الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة. فمثلاً أن نجد قانون مكافحة الإرهاب الأمريكي باتريوت Patriot Act قد وسع إلى حد كبير من قدرة الأجهزة الأمريكية في مواجهة الجرائم الإرهابية، فقد وسع هذا القانون من السلطات الاستثنائية في المراقبة الإلكترونية والتفتيش الواقع على المنظمات الأجنبية أو عملائها. وقد احتوى هذا القانون على عدة سلطات تمس الحقوق والحريات الأساسية وخاصة في مجالات المراقبة وغسل الأموال ومركز الأجانب واعتقالهم وإبعادهم، والتوسع في التجريم والعقاب والتفتيش والقبض والحبس الاحتياطي، والحد من الإشراف القضائي على مراقبة الهواتف والانترنت، وإمكانية التصنت على المواطنين والأجانب الذين يشتبه صلتهم بالإرهاب⁽²⁶⁾. كما عزز قانون مكافحة الإرهاب البريطاني لسنة 2000 سلطات رجال الشرطة للمحافظة على الأمن ومكافحة الإرهاب، وضبط الأموال المستخدمة في تمويل الإرهاب وتعديل القواعد العقابية والإجرائية لمكافحة الإرهاب. كما وضع نصوصاً تتعلق بالمشتببه فيهم من الإرهابيين الدوليين تسمح باعتقالهم وإبعادهم إدارياً، مع إعطاء الحق للمشتبه فيهم باستئناف ما يصدر ضدهم أمام لجنة استئنافية خاصة بالهجرة وحرمانهم من الالتجاء إلى القضاء بشأن أي إجراء يتخذ ضدهم⁽²⁷⁾. وفي عام 2005 صدر قانون بتعديل قانون مكافحة الإرهاب فوضع نظاماً جديداً للاعتقال بغير محاكمة الذي كان منصوصاً عليه في قانون 2001، والذي كان يتم بناءً على مجرد أوامر تنفيذية، فاشتراط القانون وجود تأييد المحكمة لهذه الأوامر التي صدرت باعتقال الكثيرين انتظاراً لإبعادهم خارج المملكة المتحدة⁽²⁸⁾.

Normen Abramas, Developments in USA Anti Terrorisme Law, (26)

Journal International Criminal Justice, 2007, p.1122.

(27) أنظر المواد من 21 إلى 32 من قانون مكافحة الإرهاب البريطاني لسنة 2000.

(28) د. أحمد فتحي سرور: حكم القانون في مواجهة الإرهاب، 2007، بحث منشور على الموقع:

http://www.hccourt.gov.eg/elmglaourt/mka/12/mkala_srour.htm

m l

(1042) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

2014

كما وسع تعديل 2006 لقانون مكافحة الإرهاب من سلطة الشرطة في الحبس بعد القبض، وذلك لمدة 28 يوماً بشرط موافقة القاضي. وبالنسبة للتشريع الفرنسي، فقد استحدث القانون الصادر سنة 2006⁽²⁹⁾ تعديلاً على قانون الإجراءات الجنائية سمح لرجال الضبط القضائي بعدم إظهار شخصياتهم إلا من خلال أرقامهم المسجلة إدارياً، مع معاقبة من يظهر شخصياتهم بطريقة غير مشروعة⁽³⁰⁾.

كما تضمن تعديلات على قانون الإجراءات الجنائية نصت على مركزية محاكم تطبيق العقوبات بباريس (التي تشرف على تنفيذها) بشأن المحكوم عليهم في جرائم إرهابية، وإنشاء محاكم جنائيات متخصصة للأحداث الإرهابية⁽³¹⁾، والتدخل الاستثنائي لقاضي الحريات لإطالة الحجز *la garde à vue* الذي يمارسه مأمور الضبط، والمحدد طبقاً للقواعد العامة بيومين إلى أربعة أيام بمعرفة القاضي للثماني والأربعين ساعة الثانية، وذلك في حالة توافر خطر يندر بوقوع عمل إرهابي⁽³²⁾.

Alex Macleod; *Insécurité et sécurité après les événements du 11 septembre: France et Grande Bretagne*, op. cit. 2004, p. 202 et s. V. Loi no 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le (29) terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O., 24 janvier 2006, p. 1129; La loi no 2006-64 du 23 janvier 2006 relative a la lutte contre le terrorisme, rev. sc crim 2006, no 2, p366; GALMARD (M-H.), « Vers une nouvelle approche du phénomène terroriste ? Apports de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives aux contrôles transfrontaliers, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2007, n° 1, p. 5-28.

(30) أنظر المادة 706 – 24 إجراءات فرنسي.

(31) أنظر المادة 706 – 25 إجراءات فرنسي.

(32) أنظر المادة 706 – 23 إجراءات فرنسي؛ أنظر موقف المجلس الدستوري الفرنسي من تمديد مدة الحجز لمواجهة الجرائم الإرهابية: ROUDIER Karine, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste*, Thèse 2011, op. cit. p. 215 et s.

وإذا ما نظرنا للمشرع المصري⁽³³⁾ نجد أنه قد أصدر القانون رقم 97 لسنة 1992 بشأن إجراءات مكافحة الإرهاب والذي تضمن تعديل العديد من التشريعات منها القانون رقم 105 لسنة 1980 بإنشاء محاكم أمن الدولة. وقد نصت المادة السابعة مكرراً من هذا القانون في فقرتها الثالثة على أن "يكون لمأمور الضبط القضائي إذا توافرت لديه دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات (والذي يحتوي على المواد التي تعاقب على الجرائم الإرهابية والتي منها تمويل الإرهاب) أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة وأن يطلب من النيابة العامة خلال أربعة وعشرين ساعة على الأكثر أن تأذن له في القبض على المتهم. وللنيابة العامة في هذه الحالة ولأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع أن تأذن بالقبض على المتهم لمدة لا تتجاوز سبعة أيام. ويجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع أقوال المقبوض عليه ويرسله إلى النيابة العامة المختصة بعد انتهاء المدة المشار إليها في الفقرة السابقة، ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه في ظرف اثنتين وسبعين ساعة من عرضه عليها، ثم تأمر بحبسه احتياطياً أو إطلاق سراحه".

وقد جاء القانون رقم 95 لسنة 2003 فالغى القانون رقم 105 لسنة 1980 بإنشاء محاكم أمن الدولة سالف الذكر وألغيت بذلك كافة السلطات التي منحتها المادة السابعة مكرراً من ذلك القانون لمأمور الضبط القضائي في جرائم الإرهاب. إلا أن القانون رقم 95 لسنة 2003 عدل المادة 206 مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية، وأصبح لأعضاء النيابة العامة من درجة رئيس نيابة على الأقل سلطات قاضي التحقيق في جرائم الإرهاب، فضلاً عن سلطة محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة المبينة في المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية بشرط ألا تزيد مدة الحبس في كل مرة عن خمسة عشر يوماً. ويكون لهؤلاء الأعضاء من تلك الدرجة سلطات قاضي التحقيق فيما عدا مدد الحبس الاحتياطي المنصوص عليها في المادة (142) من هذا القانون. وقد صدر بتاريخ 2013/9/25 القرار بقانون رقم 83 لسنة 2013 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية، وتضمن تعديل الفقرة

(33) د. أحمد فتحي سرور: حكم القانون في مواجهة الإرهاب، 2007، المرجع السابق.

(1044) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الأخيرة من المادة 143 علي النحو التالي "ومع ذلك فلمحكمة النقض ولمحكمة الإحالة إذا كان الحكم صادراً بالإعدام أو بالسجن المؤبد أن تأمر بحبس المتهم احتياطياً لمدة خمسة وأربعين يوماً قابلة للتجديد دون التقيد بالمدد المنصوص عليها في الفقرة السابقة". وبالتالي يكون هذا القرار بقانون قد ألغى الحد الأقصى لمدة الحبس الاحتياطي في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد، هذا بالإضافة إلي أن القانون قد منح لمحكمتي النقض والإحالة سلطة الحبس المطلق للمتهم في هذه الجرائم لمدة خمسة وأربعين يوماً قابلة للتجديد لمدد مماثلة دون التقيد بمدد الحبس الاحتياطي المقررة قانوناً.

وفي سنة 2002 صدر القانون رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال⁽³⁴⁾، وذلك باعتبار أن غسل الأموال يعد مصدراً أساسياً لتمويل الجماعات الإرهابية. وبمقتضى هذا القانون أنشئت بالبنك المركزي وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال. ومن اختصاص هذه الوحدة القيام بأعمال التحري والفحص وإبلاغ النيابة العامة بما يسفر عنه ذلك، ولها أن تطلب من النيابة العامة اتخاذ التدابير التحفظية التي تكفل تجميد الأموال المشتبه في طبيعتها ومصدرها مما يعد جريمة معاقباً عليها في هذا القانون ومنع الأفراد أو الكيانات التي تملك أو تحول إليها هذه الأموال من التصرف فيها⁽³⁵⁾.

ومما هو جدير بالذكر أن مصر كانت تعتمد في مواجهة جرائم الإرهاب وتمويله، بجانب القوانين السابقة، على قانون الطوارئ الصادر بالقرار بقانون رقم 162 لسنة 1958 بشأن حالة الطوارئ. وقد أصدر مجلس الشعب القرار رقم 131 لسنة 2006 بمد حالة الطوارئ المعلنة بقرار رئيس الجمهورية المؤقت رقم 560 لسنة 1981 لمدة سنتين اعتباراً من أول يونيه سنة 2006 حتى 31 مايو سنة 2008 أو لمدة تنتهي بصدور قانون لمكافحة الإرهاب أيهما أقرب.

(34) وجدير بالذكر أنه تم تعديل بعض أحكام قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002 بموجب القانون رقم 181 لسنة 2008.
(35) أنظر المادة الخامسة القانون رقم 80 لسنة 2003 بشأن مكافحة غسل الأموال.

وفي 29 مارس سنة 2007 استحدثت المشرع الدستوري المادة 179 من دستور عام 1971 التي نصت على أن تعمل الدولة على حماية الأمن والنظام العام في مواجهة أخطار الإرهاب، وينظم القانون أحكاماً خاصة بإجراءات الاستدلال والتحقيق التي تقتضيها ضرورة مواجهة هذه الأخطار، وبحيث لا يحول الإجراء المنصوص عليه في كل من الفقرة الأولى من المادة 41 والمادة 44 والفقرة الثانية من المادة 45 من الدستور دون تلك المواجهة، وذلك كله تحت رقابة القضاء، ولرئيس الجمهورية أن يحيل أي جريمة من جرائم الإرهاب إلى أي جهة قضاء منصوص عليها في الدستور أو القانون⁽³⁶⁾.

كما تضمن مشروع قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2013 والذي أعدته وزارة الداخلية المصرية في الباب الثالث منه مجموعة من الأحكام الإجرائية التي تمكن مأموري الضبط القضائي من سرعة مواجهة خطر الجرائم الإرهابية لمالها من طبيعة خاصة، فضلاً عن خطورة العناصر الإجرامية التي ترتكب هذه الجرائم وأساليبهم الإجرامية المتطورة التي تسعى إلى إخفاء الجريمة وأدلتها، حيث استحدثت المشروع إنشاء نيابة متخصصة لسرع إصدار القرارات اللازمة لسلطات جمع الاستدلال وإجراءات التحقيق كما تم النص على إنشاء دوائر جنائية خاصة لسرعة الفصل في هذه الجرائم تحقيقاً للردع العام والخاص، كما عالج مشروع القانون الثغرات الإجرائية التي كانت تعيق مأمور الضبط عند التحفظ على المتهمين وضبطهم وتفتيشهم والتحفظ على أدلة ارتكاب الجريمة قبل استعمالها، ومراقبة نشاطهم عبر وسائل الاتصال والتقنيات التكنولوجية الحديثة، بحيث تتم هذه الإجراءات تحت إشراف السلطة القضائية دون إخلال بالحالة العاجلة التي تتطلبها الإجراءات القانونية لسرعة التحفظ على المتهمين وأدلة ارتكاب الجريمة سعياً لعدم طمس أدلة ارتكابها أو إخفاؤها ولا تنقضي الدعوى الجنائية في جرائم الإرهاب ولا تسقط العقوبة فيها بمضي المدة، لضمان عدم إفلات الجناة من العقاب⁽³⁷⁾.

(36) د. أحمد فتحي سرور: حكم القانون في مواجهة الإرهاب، 2007، المرجع السابق.

(37) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القرار بقانون بشأن مكافحة الإرهاب لسنة 2013، جريدة المصري اليوم الإلكترونية، 03-11-2013، الموقع الإلكتروني، <http://www.almasryalyoum.com/news/details/335366>.

(1046) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وفي الدستور المصري الجديد لسنة 2014 أبقى المشرع على حالة الطوارئ، وفقاً للمادة 154 منه والتي تسمح لرئيس الجمهورية بإعلانها لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر بعد موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب وأخذ رأي مجلس الوزراء، تمد لمدة أخرى مماثلة بعد موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب، أو مجلس الوزراء في غير ادوار انعقاد مجلس النواب على أن يعرض الأمر على مجلس النواب في أول اجتماع له. كما تطرق دستور مصر لسنة 2014 إلى مكافحة الإرهاب، في المادة 237 منه في الفصل الخاص بالأحكام الانتقالية، حيث نصت هذه المادة على "التزام الدولة بمكافحة الإرهاب وتعقب مصادر تمويله"، كما أوكل الدستور إلى القانون تنظيم أحكام وإجراءات مكافحة الإرهاب والتعويض العادل عما يسببه من أضرار.

أما بالنسبة لجريمة تمويل الإرهاب على المستوى الدولي: فمما لا شك فيه أن اشتراط توافر العنصر الدولي أو الأجنبي لجريمة تمويل الإرهاب يستوجب ضرورة التعاون الفعال بين الدول لمكافحتها، ولهذا حرصت الاتفاقية الدولية لمكافحة جريمة تمويل الإرهاب على النص على التعاون بين الدول في المجال القضائي وفي مجال تبادل المعلومات، كما وضعت آلية لتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في هذا المجال فيما يخص مصادرة الأموال والتسليم، كما ألزمت الدول الأعضاء باتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية في هذا المجال⁽³⁸⁾.

ففيما يخص الولاية القضائية: تؤكد المادة 7 من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لسنة 1999 على لزوم أن تتخذ كل دولة التدابير اللازمة لتحديد ولايتها القضائية إذا كانت الجريمة قد وقعت في إقليم تلك الدولة أو على متن سفينة تحمل علمها أو طائرة مسجلة بموجب قوانين تلك الدولة، أو إذا وقعت الجريمة على يد أحد رعاياها، أو ضد رعاياها أو إذا كانت الجريمة تهدف لإكراه الدولة على القيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام به. ويجب الإشارة هنا إلى أن هذه الاتفاقية لا تمس بسيادة الدولة المطلقة على أراضيها ولا تتيح لأي دولة أخرى التدخل في شؤونها الداخلية ولا تمس بالتزاماتها الدولية.

(38) باسل باقلولة <http://bara-sy.com/news-view-3555.html>

(1047) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وفيما يخص تقديم المساعدة القانونية وتبادل المعلومات: فإن الدول الأعضاء في الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب مكلفون بتبادل المعلومات وتقديم أكبر قدر من المساعدة القانونية وتقديم ما لديها من أدلة ومعلومات ذات صلة بأنشطة تمويل الإرهاب، مع التأكيد على أن لا يتم استخدام المعلومات المطلوبة لأغراض تنتافي والغرض الأساسي منها (مكافحة تمويل الإرهاب)، وفي حال عدم وجود ترتيبات متفق عليها بين الدول لتبادل المعلومات، تتبادل الدول الأطراف هذه المساعدة وفقاً لتشريعاتها الداخلية.

وفيما يخص مصادرة أموال المجرمين: دعت المادة 8 من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب الدول إلى اتخاذ التدابير المناسبة وفقاً لمبادئها القانونية المحلية لتجميد أو حجز أي أموال محددة أو مخصصة لغرض تمويل الإرهاب أو المنظمات الإرهابية.

وفيما يخص تسليم المجرمين الإرهابيين: فإن للدول أن تلاحق ممولي الإرهاب وأن تحاكمهم على أراضيها وإلا فيتوجب عليها طبق البند الرابع للمادة السابعة من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب والمادة 10 من الاتفاقية المذكورة تسليمه للدولة صاحبة الولاية القضائية طبق هذه المعاهدة في محاكمتهم كما ولا يجوز رفض طلب بشأن تسليم المجرمين لمجرد أن ذلك يرتبط بجريمة سياسية أو اتصالها بدوافع سياسية. وفي حال عدم وجود اتفاقية تسليم المتهمين بارتكاب هذه الأعمال بين الدول يتم العمل وفقاً لاتفاقية قمع تمويل الإرهاب (1999). ويحفظ لأي شخص يوضع قيد الاحتجاز أن يعامل معاملة منصفة طبق تشريعات الدولة التي يوجد ذلك الشخص في إقليمها والأحكام القانونية الدولية واجبة التحقيق بما في ذلك الأحكام المتعلقة بحقوق الإنسان.

وأخيراً فيما يخص التدابير الوقائية: فإن الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب وكذلك توصيات فرقة العمل المعنية بتنفيذ مكافحة الإرهاب تفرضان على الدول الأعضاء اتخاذ تدابير وقائية لمواجهة ظاهرة تمويل الإرهاب عبر وضع قوانين تمنع فتح حسابات يكون صاحبها مجهول الهوية، وتلزم السلطات المختصة بالإبلاغ الفوري عن المعاملات غير العادية التي ليس لها غرض اقتصادي ظاهر، كما تلزم المؤسسات المالية بالاحتفاظ بسجلاتها المتعلقة بالمعاملات المحلية والدولية مدة لا تقل عن 5 سنوات وتبادل المعلومات والتحريات بين الدول، وكشف هوية

الأشخاص المشتبه بهم والتعاون مع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول)⁽¹⁾.
المبحث الثاني

تميز جريمة تمويل الإرهاب عما عداها من جرائم الإرهاب

تمهيد:

كما سبق وأن رأينا في المبحث السابق فإن جريمة تمويل الإرهاب تتمتع بذاتية خاصة تجعلها جريمة مستقلة قائمة بذاتها ومتميزة حتى عن جريمة الإرهاب ذاتها، كما أنها بالطبع تتميز عن جريمة غسل الأموال، هذا بالإضافة إلى تمييزها عن الجريمة المنظمة بصفة عامة رغم انتمائها إلى هذا النوع من الإجرام، وعن بذل المال وتمويل الكفاح المسلح. وهذا ما سنبينه بشيء من التفصيل في الصفحات القليلة القادمة.

أولاً: تمويل الإرهاب والإرهاب:

على الرغم من الصلة الوثيقة بين جريمة تمويل الإرهاب والجريمة الإرهابية ذاتها، حيث تعتبر جريمة الإرهاب هي الأساس الأول لتجريم تمويل الإرهاب فلو لم يكن هناك إرهاب لما كان هناك مجال لتجريم تمويله. وهذا مما دعا كثير من التشريعات الجنائية، ومنها التشريع الجنائي المصري، قبل توقيع الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لسنة 1999، إلى اعتبار تمويل الإرهاب مجرد مساهمة تبعية في جريمة الإرهاب سواء بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة ودون دونهما اعتداد لها بذاتها المستقلة من الناحية التجريبية⁽²⁾. إلا أنه رغم هذه الصلة الوثيقة بين تمويل الإرهاب والإرهاب إلا أننا نلاحظ الفرق بينهما من حيث كون الجريمة الإرهابية هي من جرائم الضرر، التي يجب للعقاب عليها أن يترتب على السلوك عدواناً فعلياً على الحق المراد حمايته سواء في صورة الجريمة التامة أو في صورة الشروع، حين في، وكما سبق لنا القول، فإن جريمة تمويل الإرهاب هي من جرائم الخطر⁽³⁾،

(1) باسل باقلولة <http://bara-sy.com/news-view-3555.html>

(2) د. إمام حسنين خليل، جرائم تمويل الإرهاب في التشريع المصري، بحث مقدم المؤتمر الرابع عشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 2.

(3) د. سليمان عبد المنعم: أصول علم الإجرام والجزاء، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996، ص 213

(1049) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وفقاً للمفهوم القانوني للنتيجة⁽¹⁾ فهي لا تتطلب للعقاب عليها وقوع العمل الإرهابي نتيجة للتمويل، وإنما يعد التمويل في حد ذاته نشاطاً إجرامياً معاقباً عليه بصرف النظر عما إذا كانت الأموال المتحصلة منه استعملت فعلاً في ارتكاب هذا العمل الإرهابي أو لم تستعمل، أي سواءً وقع بناءً عليها الفعل الإرهابي أم لم يقع. ثانياً: تمويل الإرهاب والجريمة المنظمة:

الجريمة المنظمة عبارة عن عنف منظم بقصد الحصول على مكاسب مالية بطرق وأساليب غير شرعية⁽²⁾. وتختلف عن الجريمة الاعتيادية بأنها تأتي بعد تدبير وتنظيم من أفراد العصابة، وأساليبها السطو والاحتلال والقتل والتزوير. وتشترك الجريمة المنظمة مع جريمة تمويل الإرهاب في شكل السلوك الذي يتميز بالتنظيم والقيادة عبر مجموعات أو منظمات تخطط للقيام بأعمالها بسرية ودقة، وأن كليهما يسعى لإفشاء الرعب والخوف والرهبة في النفس الموجهة إلى المواطنين والسلطات في آن واحد باعتبار أن الهدف الأخير لتمويل الإرهاب هو القيام بالأعمال الإرهابية، إلا أن الجريمتين تختلفان في الغاية المبتغاة من كل منهما⁽³⁾، ففي حين أن هدف الجريمة المنظمة من ذلك هو الحصول على الأموال أو الربح المادي، في حين أن عمليات تمويل الإرهاب تهدف إلى تمويل الإرهاب، فالربح المادي في الجريمة المنظمة هو غاية في ذاته في حين أن الربح المادي هو وسيلة في جريمة التمويل. ويترتب على ذلك أن تمويل الإرهاب يختلف عن الجريمة المنظمة بأن وراءه دوافع تتمثل في قناعة الممول التامة بفكرة أو قضية مشروعة من وجهة نظره تتعلق بالعمل الإرهابي، بينما تقف وراء المجرم دوافع ذاتية ضيقة، في الجريمة المنظمة تتمثل في

-
- وما بعدها؛ د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 338.
- (1) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، 1983، المرجع السابق، ص 264؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، 1982، المرجع السابق، ص 274 وما بعدها، د. سامح السيد جاد: المبادئ العامة لقانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 208.
- (2) د. محمد سامي الشوا: الجريمة المنظمة وصداها على الأنظمة العقابية، دار النهضة العربية، ص 38.
- (3) د. محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ماهيتها ووسائل مكافحتها دولياً وعربياً، دار الشروق، القاهرة 2004، ص 38.

الحصول على الربح المادي فقط. وأخيراً يختلف تمويل الإرهاب عن الجريمة المنظمة في وسيلة الحصول على التمويل، وذلك في الصورة التي يكون فيها مصدر التمويل مشروعاً، حيث تعتمد الجريمة المنظمة بصفة أساسية في تمويلها على مصادر غير مشروعة⁽¹⁾ في حين أن التمويل من مصادر مشروعة هو مصدر أساسي لتمويل الإرهاب⁽²⁾.

ثالثاً: تمويل الإرهاب وبذل المال:

يقصد ببذل المال تقديم الأموال ووضعها في مواطنها من أعمال الخير، سواء كانت في صورتها الواجبة كإيتاء الزكاة أو في صورتها المستحبة كالتصدق في سبيل الله أو التبرع للأعمال الخيرية أو الإنفاق على الفقير أو المحتاج وما شابه ذلك.

ويتشابه تمويل الإرهاب مع بذل المال في قيام كل منهما على تقديم المال للغير أو وضع المال تحت تصرف الغير دون العلم بأوجه إنفاقه. إلا أنهما يختلفان من حيث الهدف ومن حيث الحكم الشرعي والقانوني لكل منهما. فمن حيث الهدف؛ يهدف تمويل الإرهاب إلى تقديم الدعم للعمليات الإرهابية الفردية أو الجماعية بهدف تنفيذها تحت سيطرة فكرة أيديولوجية معينة يري الممول فيها أنه على حق من وجهة نظره⁽³⁾. في حين يهدف بذل المال إلى تقديم الدعم للغير (المحتاج أو الفقير) بهدف تحقيق التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع تحت تأثير الوازع الديني. ومن حيث الحكم الشرعي أو القانوني فإنه يفترض أن يكون تحريم تمويل الإرهاب في ديننا نحن المسلمين أمراً معلوماً من الدين بالضرورة، لما فيه من الإفساد وزعزعة الأمن والجناية على الأنفس والأموال والممتلكات الخاصة والعامة كنسف المساكن والمدارس والمستشفيات والمصانع والجسور ونسف الطائرات أو خطفها والموارد

(1) أنظر خصائص الجريمة المنظمة: د. حمد إبراهيم مصطفى سليمان: الإرهاب والجريمة المنظمة...التجريم وسبل المواجهة، الطبعة الأولى 2007، ص 95.

(2) أنظر ما سبق: المبحث الثاني من الفصل التمهيدي، ماهية تمويل الإرهاب ومصادره، "ثانياً".

(3) د. محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ماهيتها ووسائل مكافحتها دولياً وعربياً، المرجع السابق، ص 38.

(1051) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

العامه للدولة كأنايبب النفط والغاز، ونحو ذلك من أعمال الإفساد والتخريب المحرمة شرعاً، وأن تمويل الإرهاب إعانة عليه وسبب في بقاءه وانتشاره⁽¹⁾. في حين أن

(1) أنظر قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم (239) وتاريخ 1431/4/27 هـ المتضمن تجريم تمويل الإرهاب. أنظر موقع صحيفة عكاظ الإلكتروني:

<http://www.okaz.com.sa/new/Issues/20100508/Con20100508349001.ht>

m وتضمن نص القرار: «وقد نظرت الهيئة في حكم: «تمويل الإرهاب» باعتبار أن الإرهاب جريمة تستهدف الإفساد بزعة الأمن، والجناية على الأنفس والأموال والممتلكات الخاصة والعامه، كنسف المساكن والمدارس والمستشفيات والمصانع والجسور ونسف الطائرات أو خطفها والموارد العامه للدولة كأنايبب النفط والغاز، ونحو ذلك من أعمال الإفساد والتخريب المحرمة شرعاً، وأن تمويل الإرهاب إعانة عليه وسبب في بقاءه وانتشاره.» وجاء في نص القرار ذاته: «كما نظرت الهيئة في أدلة «تجريم تمويل الإرهاب» من الكتاب، السنة، وقواعد الشريعة، ومنها قول الحق جل وعلا {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان} المائدة (2)، وقال سبحانه {ومن الناس من يعجبك قوله في الحياة الدنيا ويشهد الله على ما في قلبه وهو ألد الخصام. وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد} البقرة (204 - 205)، وقال تعالى {ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها} الأعراف (56)، وفي صحيح مسلم من حديث علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لعن الله من أوى محدثاً) الحديث. وشمل نص قرار هيئة كبار العلماء: «قال الحافظ بن حجر رحمه الله في الفتح [وفيه أن المحدث والمؤوي للمحدث في الإثم سواء]، ومن القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية: أن للمؤسسات حكم الغايات، ولما جاء في الشريعة من الأمر بحفظ الحقوق والعهود في البلاد الإسلامية وغيرها، لذلك كله فإن الهيئة تقر: أن تمويل الإرهاب أو الشروع =فيه محرم وجريمة معاقب عليها شرعاً، سواء بتوفير الأموال أم جمعها أم المشاركة في ذلك، بأية وسيلة كانت، وسواء كانت الأصول مالية أم غير مالية، وسواء كانت مصادر الأموال مشروعة أم غير مشروعة.» وقالت الهيئة في القرار: «فمن أقدم على هذه الجريمة عالماً، فقد ارتكب أمراً محرماً، ووقع في الجرم المستحق للعقوبة الشرعية بحسب النظر القضائي، وتؤكد الهيئة أن تجريم تمويل الإرهاب لا يتناول دعم سبل الخير التي تعنى بالفقراء في معيشتهم، وعلاجهم، وتعليمهم لأن ذلك مما شرعه الله في أموال الأغنياء حقاً للفقراء.» وزادت هيئة كبار العلماء: «إن الهيئة إذ تقرر هذا فإنها توصي المسلمين جميعاً بالتمسك بالدين وهدى نبينا الكريم صلى الله عليه وسلم، والكف عن كل عمل من شأنه الإضرار بالناس والتعدي عليهم». وختمت الهيئة قرارها بالدعاء، قائلة: "ونسأل الله عز وجل لهذه البلاد المباركة المملكة العربية السعودية، وعموم بلاد المسلمين الخير والصلاح والحفظ وجمع الكلمة، وأن يصلح حال البشرية أجمعين بما يحقق العدل وينشر الفضل. والله الموفق والهادي

(1052) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

بذل المال بالشكل السابق هو أمر واجب أو مستحب. أما من الناحية القانونية فتتمويل الإرهاب جريمة وفقاً لكافة التشريعات الجنائية التي لا تجرم بطبيعتها بذل المال. ونرى أنه يجب من خلال القانون التفرقة بدقة بين بذل المال وتمويل الإرهاب حتى يتسنى التمييز بين المباح والمجرم.

رابعاً: تمويل الإرهاب وتمويل الكفاح المسلح:

يقصد بتمويل الكفاح المسلح تمويل الأعمال التي تمارسها جماعات التحرير ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل التحرر وتقرير المصير⁽¹⁾. ولقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب سنة 1998 على أنه لا تعد جريمة، حالات الكفاح، بمختلف الوسائل، بما في ذلك الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل التحرر وتقرير المصير، وفقاً لمبادئ القانون الدولي. وسارت على ذات النهج اتفاقية منظمة المؤتمر الإسلامي حول الإرهاب الدولي لسنة 1999⁽²⁾. واتفاقية مكافحة الإرهاب لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لسنة 2006.

ويرجع النص على إباحة الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل التحرر وتقرير المصير إلى حق حركات التحرير الوطني في استخدام القوة لتقرير المصير. فبعد الحرب العالمية الثانية استخدمت الدول التي كانت تحت نيران الاستعمار القوة من أجل الحصول على استقلالها. مثال ذلك تونس والجزائر والمغرب في مواجهة فرنسا، ومالي وكينيا، وقبرص ومصر في مواجهة بريطانيا،

إلى سواء السبيل. وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين".

(1) أنظر في تعريف حق تقرير المصير: د. علي محمد علي العجمي: الإرهاب في القانون الجنائي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها. وأنظر أيضاً: Serge Gutwirth. "Le droit à l'autodétermination entre le sujet individuel et le sujet collectif. Réflexions sur le cas particulier des peuples indigènes" Revue de droit international et de droit comparé 1998.1 (1998): 23-78.

(2) اعتمدت هذه الاتفاقية في مؤتمر وزراء خارجية الدول المنظمة المنعقد في أوغادوغو في الفترة من 28 يونيو إلى 1 يوليو 1999.

(1053) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

واندونيسيا في مواجهة هولندا، والهند لطرد البرتغال من مستعمراتها في جاوا⁽¹⁾. وقد صدر من الجمعية العامة للأمم المتحدة أول قرار أكد حق استعمال القوة في مواجهة حق تقرير المصير (القرار رقم 1514 لسنة 1960)، والقرار رقم 2015 لسنة 1964 الذي اعترف بشرعية الكفاح بواسطة الشعوب الرازحة تحت حكم الاستعمار في ممارسة حقها في تقرير المصير والاستقلال والذي دعا كل الدول لتقديم المساعدة المادية والأدبية لحركات التحرير الوطني في الأراضي المستعمرة. كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارات حول المستعمرات البرتغالية والوضع في ناميبيا أكدت فيه شرعية كفاح الشعوب في هذه الأقاليم بجميع الوسائل المتاحة لها⁽²⁾.

ومنذ سنة 1973 أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها السنوي دعمها للكفاح المسلح للحصول على استقلال البلدان المستعمرة. وأصدرت الأمم المتحدة سنة 1987 قرارها رقم 103 الذي ينص على حق الدول في دعم حق تقرير المصير ينطوي على من هذه الشعوب في استخدام كل من الكفاح السياسي والمسلح. وأكدت الجمعية العامة سنة 1991 حق الشعوب في تقرير المصير بجميع الوسائل⁽³⁾.

ومما لا شك فيه أن تمويل الكفاح المسلح وإن كان يتفق مع تمويل الإرهاب في الوسيلة المستخدمة في كل منهما وهي جمع وتقديم الأموال للغير للاستعانة بها على القيام بعمليات توصف بالعنف لكونها أقرب للعمل العسكري، إلا أنهما يختلفان في طبيعة هذه الوسيلة فتمويل الإرهاب لا يبالي بكون الوسيلة مشروعة أم لا حيث أن الهدف هو جمع المال أو تقديمه لتنفيذ العمليات الإرهابية، في حين أن وسائل جمع المال لتمويل الكفاح المسلح من المفترض أن تكون مشروعة نظراً لمشروعية الهدف الذي يرمي إليه الكفاح المسلح. كما أنهما يختلفان من حيث الهدف، فبينما يهدف تمويل الإرهاب إلى القيام بعمل غير مشروع بل هو من أشد الجرائم خطورة وهو

(1) Christine Gray, *the international law and the use of force*, (1) oxford, 2004, p. 52, 53.

(2) Christine Gray, *op. cit*, p.55.

(3) د. أحمد فتحي سرور: *حكم القانون في مواجهة الإرهاب*، 2007، المرجع السابق.

القيام بعمليات إرهابية فردية كانت أو جماعية، فإن تمويل الكفاح المسلح يهدف إلى تحقيق غرض نبيل بل هو من أنبل الأغراض التي يصبو إليها كل البشر وهو الحصول على الحرية وحق تقرير المصير وإخراج المحتل الأجنبي من البلاد. وأخيراً فإنه يوجد دائماً رغبة عارمة لدى الأفراد بمختلف طبقاتهم وانتمائهم للانضمام للكفاح المسلح وحركات التحرر الوطني وصولاً لحق تقرير المصير، في حين أن تمويل الإرهاب يعتبر من الأنشطة المنبوذة التي لا ينضم إليها إلا قلة من أفراد المجتمع.

خامساً: تمويل الإرهاب وغسل الأموال:

تعتبر جريمة غسل الأموال Money Laundering- blanchiment d'argent⁽¹⁾ من أخطر الجرائم الاقتصادية نظراً لما يترتب عليها من آثار

(1) أنظر في جريمة غسل الأموال في الفقه الغربي بصفة عامة: 1- باللغة

الانجليزية: Benton E. Gup, Money laundering, financing terrorism and suspicious activities, New York : Nova Science Publishers, c2007; Blum, Jack A.; Levi, Michael; Naylor, R. Thomas; Williams, Phil, Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering, New York, United Nation office for drug Control and Crime Prevention, 1999; Financial Action Task Force on Money Laundering(FATF), report on Money Laundering, Typologies (2003-2004) et report (2011-2012); Schott, Paul Allan. Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Washington, D.C.: World Bank, 2006; . الفرنسية: Jeffrey Robinson , Les Blanchisseurs, Presses de la Cité, 1999; Jean-Pierre Thiollet, Beau linge et argent sale - Fraude fiscale internationale et blanchiment des capitaux, Anagramme éditions, Paris, 2002; Christophe-Emmanuel Lucy , L'odeur de l'argent sale, Eyrolles, Paris, 2003;= Jean-François Thony, Le blanchiment et Michel Koutouzis, Que sais-je, PUF, 2005; Directive relative à la lutte = contre le blanchiment de capitaux dans les États membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine [archive], sur bceao.int, Union économique et monétaire ouest-africaine. Consulté le 3 septembre 2007 Eric Vernier , Techniques de blanchiment et moyens de lutte, Dunod, Paris, 2e édition, 2008; Guide opérationnel de la lutte anti-blanchiment dans la banque, Odilon Audouin, Éditions AFGES, 2008; Blanchiment de capitaux et fraude fiscale, Célestin Foudjem, L'Harmattan, Paris, 2011.

(1055) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

اقتصادية وخيمة. ويعرف غسل الأموال بأنه إعادة تدوير الأموال الناتجة عن الأعمال غير المشروعة في مجالات وقنوات استثمار شرعية لإخفاء المصدر الحقيقي لهذه الأموال ولتبدو كما لو كانت قد تولدت من مصدر مشروع، ومن أمثلة هذه الأعمال غير المشروعة (الأموال الناتجة عن تجارة المخدرات - الرقيق - الدعارة - الأسلحة⁽¹⁾). والتمتعن في عبارة غسل الأموال يدرك أنها تعني تنظيف المال مما لحقه من عمليات إجرامية وأفعال غير قانونية، أو هو تبييض الأموال مما لحقها من تلطيخ من أجل التعامل بها بشكل طبيعي بعيداً عن الطريقة التي تحصلت بها، أو هي كما يعرفها الدكتور محمود شريف بسيوني بأنها عملية يتم بواسطتها إخفاء وجود أو مصدر الدخل غير القانوني ثم محاولة إظهاره ليبدو شرعياً⁽²⁾. كما عرفها الدكتور محمود كبيش، بأنها عملية أو عمليات يتم من خلالها إخفاء الصفة المشروعة على الأموال الناتجة عن أفعال غير المشروعة وغالباً ما تكون أفعالاً إجرامية⁽³⁾.

ويعد تعريف دليل اللجنة الأوروبية لغسل الأموال الصادر لعام 1990 الأكثر شمولاً وتحديداً لعناصر غسل الأموال من بين التعريفات الأخرى التي تضمنتها عدد من الوثائق الدولية والتشريعات الوطنية، ووفقاً للدليل المذكور فإن غسل الأموال " عملية تحويل أو نقل ملكية The conversion or transfer of property الأموال المتحصلة من أنشطة الجريمة بهدف إخفاء أو إنكار المصدر غير الشرعي والمحظور لهذه الأموال أو مساعدة أي شخص ارتكب جرماً ليتجنب المسؤولية القانونية عن الاحتفاظ بمتحصلات هذا الجرم"، ووفقاً لهذا التعريف فإن غسل الأموال هو إظهار المال الناتج عن جرائم جنائية بصورة أموال لها مصدر قانوني ومشروع⁽⁴⁾.

- (1) أنظر الموقع التالي: تبييض الأموال/ <http://ar.wikipedia.org/wiki/>
- (2) د. محمود شريف بسيوني: غسل الأموال، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004، ص 18.
- (3) د. محمود كبيش: المسؤولية الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، القاهرة 2001، ص 7.
- (4) د. حمدي عبد العظيم: غسيل الأموال في مصر والعالم، بدون ناشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص 21.

ويبرز بعض الفقه نقاط الاتفاق والاختلاف بين جريمتي غسل الأموال وتمويل الإرهاب⁽¹⁾ فهما تشتركان في تأثيرهما الضار على كافة الأصعدة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية على السواء، كما أنهما يستعملان القطاع المصرفي كوعاء لممارسة أنشطتهما، إلا أن هذا التداخل بين الجريمتين لا يجعل من جريمة تمويل الإرهاب جريمة غسل أموال نظراً لوجود نقاط التعارض بينهما على النحو التالي:

أ- جريمة غسل الأموال تفترض وجود جريمة سابقة هي التي أثمرت المال محل الغسل بينما تمويل الإرهاب تهتم بالمال الذي تم جمعه وأن ماله تمويل جريمة لاحقة هي جريمة الإرهاب.

ب- المال محل الغسل هو مال مصدره غير مشروع بينما المال المستخدم في جريمة الإرهاب قد يكون مشروع المصدر تم جمعة من التبرعات وغيرها وقد يكون غير مشروع من عمليات السطو أو تجارة المخدرات وغيرها.

ج- الدافع لارتكاب جريمة غسل الأموال هو الاستمتاع بالمال بعد إخفاء مصدره غير المشروع وإظهاره كما لو كان من مصدر مشروع بالإضافة إلى تدمير الدليل وإخفاء معالم الجريمة بينما الدافع لارتكاب جريمة التمويل هو توفير الإمكانيات التي تسهل للإرهابيين ارتكاب العمل الإرهابي بقصد تحقيق هدف سياسي.

الفصل الثاني

أركان جريمة تمويل الإرهاب وعقوباتها

تمهيد وتقسيم:

يعد تجريم تمويل الإرهاب ومعاقبة مرتكبيه جزءاً من جهود المجتمع الدولي لمكافحة الإرهاب بمختلف جوانبه، وتبذل هذه الجهود على المستويين العالمي

(1) أنظر في أوجه الاتفاق والاختلاف بين الجريمتين على وجه العموم: د. محمود شريف بسيوني: غسل الأموال، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها؛ د. خالد حامد مصطفى، جريمة غسل الأموال، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة جنوب الوادي، قنا 2008، ص 579؛ د. عبد الفتاح سليمان: مكافحة غسل الأموال، دار علاء الدين للطباعة، الطبعة الأولى، القاهرة 2004، ص 55 وما بعدها؛ د. نبيل محمد عبد الحليم عواجه: المسؤولية الدولية عن جرائم غسل الأموال في ضوء أحكام القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2008، 476 وما بعدها .

(1057) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

والإقليمي⁽¹⁾، وذلك على ما سنرى في حينه من هذا البحث. هذا، وكما سبق لنا القول، فإن تمويل الإرهاب لم يعتبر جريمة مستقلة إلا منذ توقيع الاتفاقية الدولية لمنع تمويل الإرهاب عام 1999. حيث كان ينظر لتمويل الإرهاب على أنه مجرد اشتراك بالمساعدة أو التحريض على ارتكاب الأعمال الإرهابية أو الاتفاق على ارتكابها. وقد نصت على جريمة تمويل الإرهاب المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لمنع تمويل الإرهاب لسنة 1999 بقولها: "يرتكب جريمة بمفهوم هذه الاتفاقية كل من...". كما أكد قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 هذا الاستقلال لجريمة تمويل الإرهاب بإلزامه الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بمنع ووقف تمويل الإرهاب، وتجرير جميع النشاطات المتعلقة بتمويل الإرهاب في القوانين الوطنية وتقديم مرتكبيها للعدالة بوصفها جرائم خطيرة.

ومما هو جدير بالذكر في هذا المقام أن حديثنا عن أركان جريمة تمويل الإرهاب وعقوباتها إنما هو منصب، بالأساس، على كونها جريمة دولية، مما يعني أننا لن نتعرض لجريمة تمويل الإرهاب وعقوباتها في كل تشريع على حدة، إلا بقدر ما هو ضروري وواجب الذكر لتتمة الحديث عنها باعتبارها جريمة دولية، وذلك لأن جريمة تمويل الإرهاب هي بحسب الأصل جريمة دولية⁽²⁾، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لأن كافة التشريعات التي تناولتها بالتجريم إنما اعتمدت في ذلك على القواعد الدولية المقررة في هذا الشأن، ولذلك فإن الحديث عن هذه الجريمة في كل تشريع من التشريعات الجنائية الوطنية هو من باب تكرار الحديث الواحد. وفي ضوء ما سبق، سنتقسم هذا الفصل الخاص بأركان جريمة تمويل الإرهاب وعقوباتها إلى مبحثين متتاليين، نخصص الأول منهما لأركان الجريمة والثاني لعقوباتها.

المبحث الأول

أركان جريمة تمويل الإرهاب

تمهيد وتقسيم:

**BASSIOUNI Cherif, International terrorism :Acompilation of (1)
U.N.Documents(1972-2001)91 (transnational publishers 2001).**

(2) أنظر المادة 3 من الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

على الرغم من كون جريمة تمويل الإرهاب جريمة مستقلة، إلا أن بعض التشريعات الجنائية، ومنها التشريع الجنائي المصري، لم يعتبرها إلا إحدى صور المساهمة الجنائية التبعية في الجرائم الإرهابية⁽¹⁾ المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات⁽²⁾. ولذا سنتحدث عن أركان جريمة تمويل الإرهاب، بحسب الأصل، باعتبارها جريمة مستقلة، وإتماماً للفائدة المرجوة من هذا البحث سنتحدث عنها أيضاً باعتبارها إحدى صور المساهمة الجنائية التبعية في الجرائم الإرهابية. وذلك في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول

أركان جريمة تمويل الإرهاب باعتبارها جريمة مستقلة

تمهيد وتقسيم:

تشكل أركان الجريمة مكوناتها الأساسية التي تعطىها عند توافرها وجوداً قانونياً، وتقوم جريمة تمويل الإرهاب، كغيرها من الجرائم، على ركنين أساسيين هما: الركن المادي والركن المعنوي، بالإضافة إلى الركن الثالث وهو الركن الشرعي الذي يتمثل في وجود نص قانوني يجرمها. وسنتحدث عن هذه الأركان بشيء من التفصيل في ثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول

الركن الشرعي لجريمة تمويل الإرهاب

اختلف الفقه في تحديد الأركان العامة للجريمة بين اتجاهين: الأول⁽³⁾ تقليدي:

- (1) د. إمام حسنين خليل، جرائم تمويل الإرهاب في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 2.
- (2) أنظر المادة 86 مكرراً فقرة 3 من قانون العقوبات المصري المضافة بالقانون رقم 97 لسنة 1992.
- (3) راجع في هذا الاتجاه في الفقه المصري: د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، 1981 دار النهضة العربية، رقم 143 ص 255؛ د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، 1983، رقم 21 ص 37؛ د. أحمد عوض بلال: مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2003-2004 ص 125 وما بعدها؛ د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة الإيمان، 1999-2000، ص 207 وما بعدها؛ وفي الفقه الفرنسي: J. Pradel, Droit pénal général, Cujas, 13e éd., 2000, t.1, n°294; F. Desportes, et F. le Guehec, Le nouveau droit pénal, Economica, 8e éd. 2001, n°430; A. Decocq, La structure de la qualification légale, le Caire, 1968-1969, p.6.

يرى أن الجريمة تقوم على ركنين هما: الركن المادي والركن المعنوي فقط. والثاني⁽¹⁾ حديث: ويرى أن هناك ركن ثالث يضاف إلى هذين الركنين وهو الركن الشرعي. والركن الشرعي L'élément légal للجريمة هو الصفة غير المشروعة للفعل، وهذه الصفة تتحقق للفعل إذا توافر له أمران: الأول: خضوعه لنص من نصوص التجريم يقرر فيه القانون عقاباً يوقع على من يرتكبه. الثاني: عدم خضوعه لسبب من أسباب الإباحة، إذ أن خضوع الفعل لسبب إباحة يرفع عنه الصفة غير المشروعة ويرده إلى أصله من المشروعية. فالركن الشرعي إذاً له عنصران: الخضوع لنص تجريم وعدم الخضوع لسبب إباحة⁽²⁾.

أولاً: خضوع تمويل الإرهاب لنص تجريم:

وتعتبر الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب بمثابة الركن الشرعي لجريمة تمويل الإرهاب، فهي تمثل نص التجريم الذي تخضع له هذه الجريمة والذي

(1) راجع في هذا الاتجاه في الفقه المصري: د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1989، رقم 37 ص 46؛ د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات، القسم العام النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 1992 رقم 18 ص 23؛ د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، 1962، ص 44 وما بعدها؛ د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم العام، ط4، 1984، ص 108 وما بعدها؛ محمود إبراهيم إسماعيل: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، 1959 رقم 65 ص 131؛ د. بكري يوسف بكري: قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى 2013، ص 62 وما بعدها. وفي الفقه الفرنسي: Ch. Paulin, Droit pénal général, Litec, 2002, 3e éd.n° 20, p. 15; PH. Conte et P. Maistre du Chambon, Droit pénal général, Masson et Armand Colin, 5e éd.2000, n°219; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, 17e éd.2000, n°99; R. Merle et A. Vitu, Traité du droit criminel, Droit pénal général, Cujas, 1997, 7e éd. n°384; M. L. RASST, Droit pénal, coll. dr. Fondamental, PUF., Paris, 1996, n°79.

(2) د. فوزية عبد الستار: عدم المشروعية في القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، س 41، 1971، ص 461؛ د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق رقم 21 ص 37؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، رقم 52 ص 62.

(1060) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

التزمت بها جميع الدول الموقعة عليها⁽¹⁾. كما تعتبر كل النصوص الدولية التي جرت تمويل الإرهاب بمثابة نص القانون الذي تخضع له هذه الجريمة. وقد جرت المادة الثانية من الاتفاقية قيام شخص بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، وبشكل غير مشروع وبارادته، بتقديم أو جمع أموال بنية استخدامها، أو وهو يعلم أنها تستخدم كلياً أو جزئياً للقيام بعمل يشكل جريمة من جرائم الإرهاب المنصوص عليها في المعاهدات الواردة في مرفق هذه الاتفاقية، أو للقيام بأي عمل آخر يهدف إلى التسبب في موت شخص منني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال عنائية في حالة نشوب نزاع مسلح، وعندما يكون غرض هذا العمل، بحكم طبيعته أو في سياقه، موجهاً لترويع السكان، أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن

(1) تعتبر الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999 من أهم الاتفاقيات الدولية التي جرت تمويل الإرهاب، ففي سنة 1972 أنشأت الجمعية العامة أول لجنة متخصصة المعنية بالإرهاب الدولي وذلك لوضع التدابير الرامية إلى منع الإرهاب الدولي الذي يعرض للخطر أرواحاً بشرية بريئة أو يودي بها أو يهدد الحريات الأساسية، ودراسة الأسباب الكامنة وراء أشكال الإرهاب وأعمال العنف الناجمة عن اليأس وخيبة الأمل والضيم والفتنوط التي تحمل بعض الناس على التضحية بالأرواح البشرية، بما في ذلك أرواحهم هم، في محاولة لإحداث تغييرات جذرية، أنظر: "قرار الجمعية العامة رقم 3034 الدورة 27، السجلات الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 27، الجلسة 2114، الملحق 30، صفحة 19، وثيقة الأمم المتحدة A/8730/1972، BASSIOUNI Cherif, International terrorism: A compilation of U.N. Documents (1972-2001) 91 (transnational publishers 2001), p. 121 n° 1. وفي عام 1994 اعتمدت إعلاناً بشأن التدابير الرامية إلى القضاء على الإرهاب الدولي. وفي سنة 1996 أنشأت الجمعية العامة لجنة متخصصة جديدة لوضع اتفاقيات دولية بشأن الإرهاب. وتم في هذه اللجنة المتخصصة وضع الاتفاقية المعنية بقمع تمويل الإرهاب. ومنذ سنة 2000 بدأت اللجنة المتخصصة العمل لوضع اتفاقية شاملة بشأن الإرهاب الدولي. وقد تضمنت الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999 مادة 28، كما تتضمن مبادئ وأحكام عامة تتعلق بإجراءات مكافحة تمويل الإرهاب الدولي، وتضمن أيضاً أحكام تتعلق بتجريم تمويل الإرهاب. وقد تمت الموافقة على هذه الاتفاقية من الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الرابعة والخمسون بجلستها رقم 76 في 9 ديسمبر 1999م، وتم التوقيع عليها من ممثلي الدول الأعضاء بالأمم المتحدة في 10/4/2000 م.

(1061) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

القيام به. ويعد مرتكباً لجريمة في مفهوم هذه الاتفاقية كل من يحاول ارتكاب الجريمة الخاصة بتمويل الأنشطة الإرهابية المنصوص عليها في هذه المادة أو يسهم كشريك في مثل هذه الجرائم أو ينظم ارتكابها أو يشارك في قيام مجموعة من الأشخاص يعملون بقصد مشترك بارتكاب جريمة واحدة أو أكثر من الجرائم الواردة في هذه المادة، وتكون هذه المشاركة عمدية وتنفذ بهدف توسيع النشاط الجنائي أو الغرض الجنائي للمجموعة أو من خلال معرفة نية المجموعة ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في هذه المادة.

وألزمت المادة (4) من الاتفاقية جميع الدول أطراف الاتفاقية اعتبار الجرائم المبينة في المادة الثانية من الاتفاقية جرائم جنائية بموجب قانونها الداخلي والمعاقبة على تلك الجرائم بعقوبات مناسبة تراعي خطورة هذه الجرائم.

كما قررت المادة (5) أن: 1- تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة، وفقاً لمبادئها القانونية الداخلية، للتمكين من أن يتحمل أي كيان اعتباري موجود في إقليمها أو منظم بموجب قوانينها المسؤولية إذا ما قام شخص مسئول عن إدارة أو تسيير هذا الكيان، بصفته هذه، بارتكاب جريمة منصوص عليها في المادة 2، وهذه المسؤولية قد تكون جنائية أو مدنية أو إدارية. 2- تحمل هذه المسؤولية دون مساس بالمسؤولية الجنائية للأفراد الذين ارتكبوا الجرائم. 3- تكفل كل دولة طرف، بصفة خاصة، إخضاع الكيانات الاعتبارية المسؤولة وفقاً للفقرة (1) أعلاه لجزاءات جنائية أو مدنية أو إدارية فاعلة، ومناسبة، وردعة، ويجوز أن تشمل هذه الجزاءات جزاءات تقنية.

وألزمت المادة (6) من الاتفاقية الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لكفالة عدم تبرير الأعمال الإجرامية الداخلة في نطاق هذه الاتفاقية باعتبار ذات طابع سياسي أو فلسفي أو أيديولوجي أو عرقي أو اثني أو ديني أو أي طابع مماثل آخر. كما ألزمت المادة (8) الدول الأطراف بما يلي: 1- تتخذ كل دولة طرف التدابير المناسبة وفقاً لمبادئها القانونية المحلية لتحديد أو كشف وتجميد أو حجز أي أموال مستخدمة أو مخصصة لغرض ارتكاب الجرائم المبينة في المادة (2)، وكذلك العائدات الآتية من هذه الجرائم وذلك لأغراض مصادرتها عند الاقتضاء.

2- تتخذ كل دولة طرف، وفقاً لمبادئها القانونية الداخلية، التدابير المناسبة لمصادرة الأموال المستخدمة أو المخصصة لغرض ارتكاب الجرائم المبيّنة في المادة (2)، وكذلك العائدات الآتية من هذه الجرائم.

3- يجوز لكل دولة طرف معنية أن تتظر في إبرام اتفاقات تنص على اقتسامها الأموال المتأتية من المصادر المشار إليها في هذه المادة مع غيرها من الدول، في جميع الأحوال أو على أساس كل حالة على حدة.

4- تتظر كل دولة طرف في إنشاء آليات تنص على تخصيص المبالغ التي تتأتى من عمليات المصادرة المشار إليها في هذه المادة، لتعويض ضحايا الجرائم المنصوص عليها في المادة 2، الفقرة (1)، الفقرة الفرعية (أ) أو (ب)، أو تعويض أسرهم.

5- تطبق أحكام هذه المادة دون المساس بحقوق أطراف ثالثة حسن النية. ووضعت المواد (7، 9، 10، 11) القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي وتسليم المتهمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية وتبادل الدول الأطراف المساعدة القانونية بشأن أي تحقيقات أو إجراءات جنائية تتصل بهذه الجرائم.

كما تقضي المادة 13 بعدم جواز اعتبار أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية جريمة مالية، فيما يتعلق بأغراض تسليم المجرمين، وبالتالي لا يجوز للدول الأطراف أن تتذرع بالطابع المالي للجريمة وحده لترفض طلباً يتعلق بتبادل المساعدة القانونية أو تسليم المجرمين، كذلك لا يجوز للدول اعتبار هذه الجرائم جرائم سياسية أو جرائم متصلة بجرائم سياسية أو ارتكبت بدوافع سياسية، وبالتالي لا يجوز رفض طلب بشأن تسليم المجرمين أو المساعدة القانونية المتبادلة قائم على مثل هذه الجريمة لمجرد أنه يتعلق بجريمة سياسية أو جريمة متصلة بجريمة سياسية أو جريمة ارتكبت بدوافع سياسية.

أما المادة (17) فتؤكد على أن يكفل لأي شخص يوضع قيد الاحتجاز أو تتخذ بشأنه أي إجراءات أخرى أو تقام عليه الدعوى عملاً بهذه الاتفاقية معاملة منصفة وأن تكفل له جميع الحقوق والضمانات طبقاً لتشريعات الدولة التي يوجد ذلك الشخص في إقليمها ولأحكام القانون الدولي الواجبة التطبيق، بما في ذلك الأحكام المتعلقة بحقوق الإنسان.

وأشارت المادة 18 إلى التدابير المالية التي ينبغي على الدول اتخاذها لمنع أو إحباط التحضير لارتكاب الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية في أقاليم الدول الأطراف، ومنها التحقق من هوية العملاء الذين تفتح حسابات لصالحهم والقيام بالتحقق من هوية الكيانات الاعتبارية ومن وجودها وهيكلها القانوني وغيرها من الإجراءات.

كما أن قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 الصادر بعد أحداث 2001/9/11م التي وقعت في الولايات المتحدة وفي جلسته التي انعقدت بتاريخ 2001/9/28م، والذي تضمن الإشارة إلى أن المجلس اتخذ هذا القرار بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حدد عدداً من الالتزامات التي يتعين على جميع الدول أدائها بشأن مكافحة الإرهاب، وبعض هذه الالتزامات تتعلق بمنع تمويل الإرهاب، حيث قرر المجلس في الصدد أن على جميع الدول ما يلي:

- 1- منع ووقف تمويل الأعمال الإرهابية.
- 2- تجريم قيام رعايا هذه الدول عمداً بتوفير الأموال أو جمعها، بأي وسيلة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو في أراضيها لكي تستخدم في أعمال إرهابية، أو في حالة معرفة أنها ستستخدم في أعمال إرهابية.
- 3- القيام دون تأخير بتجميد الأموال وأي أصول مالية أو موارد اقتصادية لأشخاص يرتكبون أعمالاً إرهابية، أو يحاولون ارتكابها، أو يشاركون في ارتكابها أو يسهلون ارتكابها، أو لكيانات يمتلكها أو يتحكم فيها بصورة مباشرة أو غير مباشرة هؤلاء الأشخاص، أو لأشخاص وكيانات تعمل لحساب هؤلاء الأشخاص والكيانات، أو بتوجيه منهم، بما في ذلك الأموال المستمدة من الممتلكات التي يمثلها هؤلاء الإرهابيون ومن يرتبط بهم من أشخاص وكيانات أو الأموال التي تدرها هذه الممتلكات.
- 4- تحظر على رعايا هذه الدول أو على أي أشخاص أو كيانات داخل أراضيها إتاحة أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية أو خدمات مالية أو غيرها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، للأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً إرهابية أو يحاولون ارتكابها أو يسهلون أو يشاركون في ارتكابها، أو للكيانات التي يمتلكها أو يتحكم فيها،

بصورة مباشرة أو غير مباشرة هؤلاء الأشخاص، أو للأشخاص والكيانات التي تعمل باسم هؤلاء الأشخاص أو بتوجيه منهم.

كما قرر المجلس أيضاً في قراره المذكور أن على جميع الدول.

1- الامتناع عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم، الصريح أو الضمني، إلى الكيانات أو الأشخاص الضالعين في الأعمال الإرهابية، ويشمل ذلك وضع حد لعملية تجنيد أعضاء الجماعات الإرهابية ومنع تزويد الإرهابيين بالسلاح.

2- اتخاذ الخطوات اللازمة لمنع ارتكاب الأعمال الإرهابية ويشمل ذلك الإنذار المبكر للدول الأخرى عن طريق تبادل المعلومات.

3- عدم توفير الملاذ الآمن لمن يمولون الأعمال الإرهابية أو يدبرونها أو يدعمونها أو يرتكبونها، ولمن يوفرون الملاذ الآمن للإرهابيين.

4- منع من يمولون أو يدبرون أو يبسرون أو يرتكبون الأعمال الإرهابية من استخدام أراضيها في تنفيذ تلك المآرب ضد دول أخرى أو ضد مواطني تلك الدول.

5- كفالة تقديم أي شخص يشارك في تمويل أعمال إرهابية أو تدبيرها أو إعداد لها أو ارتكابها أو دعمها إلى العدالة وكفالة إدراج الأعمال الإرهابية في القوانين والتشريعات المحلية بوصفها جرائم خطيرة وكفالة أن تعكس العقوبات على النحو الواجب جسامتها تلك الأعمال الإرهابية، وذلك إضافة إلى أي تدابير أخرى قد تتخذ في هذا الصدد.

6- تزويد كل منها الأخرى بأقصى قدر من المساعدة فيما يتصل بالتحقيقات أو الإجراءات الجنائية المتعلقة بتمويل أو دعم الأعمال الإرهابية، ويشمل ذلك المساعدة على حصول كل منها على ما لدى الأخرى من أدلة لازمة للإجراءات القانونية.

7- منع تحركات الإرهابيين أو الجماعات الإرهابية عن طريق فرض ضوابط فاعلة على الحدود وعلى إصدار أوراق إثبات الهوية ووثائق السفر وبتأخذ تدابير لمنع تزوير وتزييف أوراق إثبات الهوية ووثائق السفر أو انتحال شخصية حاملها⁽¹⁾.

(1) أنظر: الوثيقة رقم (S/RES/1373 (2001) والنص الكامل لقرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 على الموقع التالي: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/41/PDF/N0155741.pdf?OpenElement>

وفي سنة 2001 أنشأ مجلس الأمن لجنة مكافحة الإرهاب وكلفها بمتابعة استجابة الدول الأعضاء لمتطلبات قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001⁽²⁾. وكان مجلس الأمن قد قرر من قبل في قراره رقمي 1267 لسنة 1999⁽³⁾ و 1333 لسنة 2000 أن تقوم البلدان الأعضاء في الأمم المتحدة بمصادرة أصول إرهابيين ومنظمات إرهابية حددتهم بالاسم. فضلاً عن اعتماد عدد من الاتفاقيات على المستوى الإقليمي⁽⁴⁾.

كما أصدر فريق العمل المالي FATF ثمانية توصيات دولية جديدة لمكافحة تمويل الإرهابيين، والتي ناشدت جميع البلدان إلى تبنيها وتنفيذها، حيث إن تنفيذ هذه التوصيات سيحرم الإرهابيين ومن يدعمهم من الوصول إلى النظام المالي الدولي (المصارف) والتي جاءت على النحو التالي:

1- يتوجب على كل بلد اتخاذ إجراءات فورية للتصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1999 م وتنفيذها بالكامل، والمتعلقة بإيقاف تمويل الإرهاب، أما يتعين على البلدان أيضاً تنفيذ قرارات الأمم المتحدة فوراً والمتعلقة بمنع وإيقاف تمويل الأعمال الإرهابية، خاصة قرار مجلس الأمن رقم 1373.

2- على كل بلد تجريم عملية تمويل الإرهاب، والأعمال الإرهابية، والمنظمات الإرهابية، كما ويجب أن تحرص البلدان على أن يتم اعتبار مثل هذه الجرائم بوصفها جرائم تابعة لعملية غسل الأموال.

3- يجب على كل بلد تنفيذ الإجراءات التي من شأنها التجميد الفوري للموارد المالية أو أي موجودات أخرى للإرهابيين، وكذلك الذين يقومون بتمويل الإرهاب والمنظمات الإرهابية وفقاً لقرارات مجلس الأمن المتعلقة بمنع وإيقاف تمويل الأعمال الإرهابية، أما يتعين على كل بلد أن يتبنى وينفذ الإجراءات، بما في ذلك الإجراءات التشريعية، التي ستمكن السلطات المختصة من ضبط ومصادرة

(2) الأمم المتحدة، السجلات الرسمية لمجلس الأمن، الدورة 56، الجلسة 4385، وثيقة الأمم المتحدة (2000) S/Inf/57.

(3) الأمم المتحدة، السجلات الرسمية لمجلس الأمن، الدورة 54، الجلسة 4051، وثيقة الأمم المتحدة (1999) S/Inf/55.

(4) الأمم المتحدة، السجلات الرسمية لمجلس الأمن، الدورة 55، الجلسة 4251، وثيقة الأمم المتحدة (2000) S/Inf/56.

الممتلكات التي هي عبارة عن العائدات المالية للإرهاب، أو المستخدمة في تمويله، أو التي من المقرر أو المخصص استخدامها في تمويل الإرهاب، أو الأعمال الإرهابية أو المنظمات الإرهابية.

4- إذا شكت المؤسسة المالية، أو أي شركات أو كيانات أخرى خاضعة للالتزامات المتعلقة بمكافحة غسل الأموال، أو إذا كان لديها أي أسباب وجيهة للشك بأن الموارد المالية مرتبطة أو متعلقة بالإرهاب، أو من المقرر استخدامها للإرهاب، أو الأعمال الإرهابية، أو من قبل المنظمات الإرهابية، فيسكون لزاماً عليها الإبلاغ الفوري عن شكوكهم إلى السلطات المختصة.

5- على كل بلد أن يقدم لبلد آخر بناء على معاهدة ما، أو اتفاقية ما أو أي آلية أخرى للمساعدة فيما يختص بتنفيذ القانون الجنائي والمدني، والبحوث الإدارية، والتحقيقات والدعوى القضائية المتعلقة بتمويل الإرهاب، والأعمال الإرهابية والمنظمات الإرهابية، ويتوجب على البلدان أيضاً اتخاذ كل الإجراءات الممكنة للتأكد من أن بلادهم لا توفر ملاذاً آمناً لأشخاص متهمين بتمويل الإرهاب، أو الأعمال الإرهابية أو المنظمات الإرهابية، ويجب أن تتوفر لديهم إجراءات مناسبة لتسليم مثل هؤلاء الأشخاص حيث يكون ذلك ممكناً.

6- يجب على كل بلد اتخاذ إجراءات مناسبة للتأكد من أن الأشخاص أو الكيانات القانونية، بما في ذلك الوكلاء، الذين يقومون بتوفير خدمة نقل الأموال أو العملة، بما في ذلك النقل عبر نظام أو شبكة غير رسمية لتحويل المال أو العملة، مرخصين ومسجلين وملتزمين بجميع توصيات فريق العمل المالي والتي تطبق على المؤسسات المالية المصرفية وغير المصرفية، وعلى كل بلد أن يحرص على أن ينال الأشخاص أو الكيانات القانونية التي تقوم بتقديم هذه الخدمة بشكل غير قانوني عقوبات حكومية، مدنية أو جنائية.

7- يتعين على البلدان اتخاذ إجراءات مناسبة لتقرض على المؤسسات المالية، بما في ذلك شركات تحويل الأموال، تضمين معلومات صحيحة عن محول الأموال (الاسم –العنوان – ورقم الحساب المصرفي) فيما يتعلق بعمليات تحويل الأموال والرسائل المتعلقة بها التي يتم إرسالها، ويجب أن يتم الاحتفاظ بالمعلومات مع عملية التحويل والرسالة المتعلقة بها عبر سلسلة الدفع، ويجب على البلدان اتخاذ الإجراءات اللازمة

للتأكد من أن المؤسسات المالية، بما في ذلك شركات تحويل الأموال، يقومون بعملية تدقيق ومراقبة مكثفة فيما يختص بأنشطة تحويل الأموال المشبوهة التي لا تحتوي على معلومات كاملة عن محول الأموال.

8- يجب على البلدان فحص مدى ملائمة وكفاية القوانين والأنظمة المتعلقة بالكيانات التي يمكن استغلالها لتمويل الإرهاب، وتعتبر المنظمات غير الربحية بشكل خاص عرضة لذلك الأمر، ويجب على البلدان الحرص على عدم إساءة هذه الكيانات: (أ) من قبل المنظمات الإرهابية التي تتظاهر بأنها كيانات شرعية. (ب) أو كقنوات لتمويل الإرهابيين، بما في ذلك التهرب من الإجراءات الخاصة بتجميد الموجودات. (ج) لحجب أو إخفاء التحويلات السرية للأموال المخصصة لتحقيق أهداف غير شرعية أو المنظمات الإرهابية⁽⁵⁾.

كما نصت على تجريم تمويل الإرهاب الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام 1998، وذلك في مادتها الثالثة فقرة (1) وذلك بقولها: "تتعهد الدول المتعاقدة بعدم تنظيم أو تمويل أو ارتكاب الأعمال الإرهابية أو الاشتراك فيها بأية صورة من الصور، والتزاماً منها بمنع ومكافحة الجرائم الإرهابية طبقاً للقوانين والإجراءات الداخلية لكل منها فإنها تعمل على: 1- الحيلولة دون اتخاذ أراضيها مسرحاً لتخطيط أو تنظيم أو تنفيذ الجرائم الإرهابية أو الشروع أو الاشتراك فيها بأية صورة من الصور، بما في ذلك العمل على منع تسلل العناصر الإرهابية إليها أو إقامتها على أراضيها فرادى أو جماعات أو استقبالها أو إيوائها أو تدريبها أو تسليحها أو تمويلها أو تقديم أية تسهيلات لها⁽⁶⁾. كما نصت على تجريم تمويل الإرهاب الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الموقعة بتاريخ 21 ديسمبر 2010، والتي

(5) أنظر في هذه التوصيات: <http://www.fatf-gafi.org/>؛ وأنظر أيضاً: سمير الشاهد: دور لجنة العمل المالي الدولي في مجال غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأكاديمية العربية للعلوم المصرفية الحادي عشر والمنعقد بالتنسيق مع وحدة مكافحة غسل الأموال وتنوع أساليبه والعمل الدولي لمكافحته"، الفترة من 13 : 15 يونيو 2004، اليوم الثاني.

(6) د. معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق إستراتيجية، جريدة الصباح، العدد 19512، التاريخ 11/مارس/2004، ص 7.

(1068) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

دخلت حيز النفاذ بتاريخ 5 أكتوبر 2013⁽⁷⁾، في مادتها العاشرة بقولها "تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، ما يلزم من تدابير ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريم أفعال غسل الأموال وتمويل الإرهاب المحددة الآتية: 1- تقديم الأموال تحت أي مسمى مع العلم بأصولها لتمويل الإرهاب. 2- اكتساب أو جمع الأموال بأية وسيلة كانت بقصد تمويل الإرهاب. 3- حيازة أو حفظ أو إدارة استثمار الأموال المعدة لتمويل الإرهاب مع العلم بذلك". كما تلزم هذه الاتفاقية الدول العربية المصدقة عليها بالتعاون فيما بينها في تعقب وتجميد والتحفيز على الأموال المتحصلة أو المستخدمة في تمويل الإرهاب، ويندرج تحت الحظر في هذه الاتفاقية تقديم أو اكتساب أو حيازة الأموال لتمويل الإرهاب. وتلتزم الدول الأطراف في الاتفاقية بضبط تلك الأموال والتحفيز عليها ومصادرتها، وللدول الأطراف طلب استرداد تلك الأموال إذا كانت متحصلة أو متعلقة بأفعال إرهابية تم ارتكابها في أراضيها، كما تلتزم الدول الأطراف بالقبض على وتسليم المتهمين والمحكوم عليهم بارتكاب الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية للدول الطالبة، وهي الدول التي وقعت مثل تلك الجرائم على أراضيها أو يحمل المتهمين والمحكوم عليهم جنسيتها.

مما تقدم يتبين وجود شبكة كبيرة من الوثائق الدولية التي التزمت الدول بمقتضاها بمكافحة الإرهاب والتي تعتبر بمثابة نصوص التجريم أي (الركن الشرعي) لتجريم تمويل الإرهاب. والتي قامت العديد من الدول بإعمالها في تشريعاتها الداخلية وترجمتها إلى نصوص جنائية لتجريم تمويل الإرهاب. ثانياً: عدم تصور خضوع الجريمة الإرهابية لأسباب التبرير أو الإباحة.

كما هو متعارف عليه فقهاً وقانوناً، فإنه لا يمكن لقيام الركن القانوني بصدد أية جريمة مجرد وجود نص قانوني صريح صادر عن السلطة المؤهلة لذلك دستورياً، بل يتعين أيضاً توافر عنصر ثاني مواز يتعلق بعدم خضوع الفعل

(7) أنظر الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية الأمانة العامة لجامعة الدول العربية - إدارة الشؤون القانونية - الشبكة القانونية العربية
www.arablegalnet.org

http://www.lasportal.org/wps/portal/las_ar_aln/HomePage

(1069) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الإجرامي سواء في صورته الإيجابية (تنفيذ الجريمة) أو في صورته السلبية (الامتناع) لسبب من أسباب الإباحة.

وأسباب الإباحة *Faits justificatifs* (8) هي " ظروف محددة يقع فيها الفعل المكون للجريمة على نحو ينتقي معه المساس بالمصلحة المحمية قانوناً فتتزع منه على أثر ذلك الصفة غير المشروعة فيعود الفعل المجرم كالفعل الذي لم يسبق تجريمه " (9)، فأسباب الإباحة بالمعنى السابق تعني أن الفعل كان في ذاته غير مشروع ابتداءً ثم ورد عليه سبب من أسباب الإباحة فأخرجه من نطاق عدم المشروعية ورده إلى أصله من المشروعية. فنصوص التجريم ليست نصوصاً مطلقة تسري على كل الأفعال وإنما هي مقيدة بقيود تحد من نطاقها فتخرج منها أفعالاً كانت داخلة فيها، وهذه القيود هي "أسباب الإباحة" (10).

ولكن هل يتصور خضوع الجريمة الإرهابية أو تمويلها لأسباب التبرير أو الإباحة كشرط لقيام ركنها القانوني؟. الإجابة عن هذا التساؤل بالقطع هي بالنفي، وعلّة ذلك أن الباعث أو الدافع إلى ارتكاب الفعل الإرهابي أو إلى تمويله هو إشاعة الرعب والترهيب بين عموم الأفراد وتنفيذ المشروع الإرهابي الفردي أو الجماعي،

- (8) أنظر في أسباب الإباحة بصفة عامة في القانون الفرنسي: G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit. n°377, p.320 etss; Nour el Din HINDAWY, *Essai d'une théotie générale de la justification*, Thèse, Rennes 1979; Magdi HABSCHL, *Essai sur la notion de justification*, Thèse Paris XII 1991; Y. MAYAUD, *Ratio legis et incrimination*, Rev.sc.crim.1983, p.597. وأنظر في الفقه المصري: د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، رقم 148 ص 150 وما بعدها؛ د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها؛ د. أحمد عوض بلال: مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، المرجع السابق ص 173 وما بعدها؛ د. فتوح عبد الله الشاذلي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص 243 وما بعده؛ د. بكري يوسف بكري: قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 240 وما بعدها.
- (9) د. أحمد عوض بلال: مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، المرجع السابق ص 172.
- (10) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، رقم 148 ص 150.

وهو ما لا يتناسب مطلقاً مع صور الإباحة والتبرير المنصوص عليها في التشريعات الجنائية، فالجريمة الإرهابية أو تمويلها لا يمكن تصور أن يوجبها القانون من خلال أي سلطة من سلطاته سواء التشريعية منها أو التنظيمية أو الإدارية... كما أنه من غير المعقول قانوناً وعملاً تصور القوة القاهرة التي يضطر معها المجرم إلى ارتكاب الجريمة الإرهابية أو استحالة اجتنابها لسبب لم يستطع مقاومته...، كما لا يتصور قيام جريمة إرهابية في صورة حالة الدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو ماله أو نفس الغير وماله أو أن يكون الفعل الإرهابي مقررراً بأمر أو تنفيذ فعل من السلطة القانونية أو الرسمية المختصة في دولة ما.

وأخيراً فإذا كانت الحكمة من الإباحة هي انتفاء الحكمة من التجريم (11). فإذا كان الفعل مجرماً قانوناً لغاية أو لحكمة معينة، وهي حماية حق أو مصلحة معينة، فإذا انتفت تلك الغاية، بانتفاء المساس بالحق أو المصلحة المحمية قانوناً، يصبح الفعل مباحاً. وانتفاء الحكمة من التجريم تتحقق في حالتين (12): الأولى: هي التي يقع فيها الفعل في ظروف ينتفي معها تماماً أي مساس له بالمصلحة المحمية قانوناً، والثانية: هي التي يقع فيها الفعل في ظروف تجعله يصون مصلحة محمية جنائياً ولكنه في الوقت ذاته يمس بمصلحة أخرى محمية جنائياً أيضاً، ففي هذه الحالة يحدث نوعاً من التنازع بين المصلحتين المحميتين جنائياً، إلا أن مصلحة المجتمع ترجح إحداها على الأخرى فتبيح الفعل الذي يحمي المصلحة الأجدر بالرعاية. وفي كلا الحالتين نجد أن الحكمة من الإباحة مفقودة فيما يتعلق بجريمة الإرهاب أو جريمة تمويل الإرهاب، حيث إن الخطر الذي يهدد المصالح المحمية قانوناً مازال قائماً وحالاً.

الفرع الثاني

الركن المادي لجريمة تمويل الإرهاب

- (11) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، رقم 148 ص 150؛ د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 143؛ د. أحمد عوض بلال: مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، المرجع السابق ص 173.
- (12) د. بكري يوسف بكري: قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 242 وما بعدها.

يتمثل الركن المادي L'élément matériel في ماديات الجريمة أي المظهر الذي تبرز به الجريمة في العالم الخارجي، ويقوم الركن المادي للجريمة في العادة على عناصر ثلاثة: الفعل والنتيجة وعلاقة السببية. والفعل هو النشاط الذي يقوم به الجاني في سبيل ارتكاب الجريمة سواء كان إيجابياً أم سلبياً، والنتيجة هي الأثر الخارجي الذي يحققه نشاط الجاني والمتمثل في الاعتداء على الحق أو المصلحة التي يحميها القانون، وعلاقة السببية هي الصلة أو الرابطة التي تربط بين نشاط الجاني والنتيجة المترتبة عليه والتي يمكن من خلالها نسبة الفعل إلى مرتكب الجريمة⁽¹³⁾.

وبناءً على ما تقدم يتمثل الركن المادي لجريمة تمويل الإرهاب، في ضوء المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب، في أي فعل من الأفعال الآتية:

1- قيام شخص بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، وبشكل غير مشروع وإبداؤه، بتقديم أو جمع أموال بنية استخدامها، أو وهو يعلم أنها تستخدم كلياً أو جزئياً للقيام بعمل يشكل جريمة من جرائم الإرهاب المنصوص عليها في المعاهدات الواردة في مرفق الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب.

2- القيام بأي عمل آخر يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح ببنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال عدائية في حالة نشوب نزاع مسلح، وعندما يكون غرض هذا العمل، بحكم طبيعته أو في سياقها، موجهاً لترويع السكان، أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به.

3- كل من يحاول ارتكاب الجريمة الخاصة بتمويل الأنشطة الإرهابية المنصوص عليها في هذه المادة أو يسهم كشریک في مثل هذه الجرائم أو ينظم ارتكابها أو يشارك في قيام مجموعة من الأشخاص يعملون بقصد مشترك بارتكاب جريمة واحدة أو أكثر من الجرائم الواردة في هذه المادة، وتكون هذه المشاركة عمدية وتنفذ بهدف

(13) د. حسنين المحمدي: الخطر الجنائي ومواجهته، الإسكندرية منشأة المعارف، الطبعة الأولى 2003، ص 295؛ د. بكري يوسف بكري: قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 65-66.

(1072) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

توسيع النشاط الجنائي أو الغرض الجنائي للمجموعة أو من خلال معرفة نية المجموعة ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في هذه المادة.

وفي ضوء هذه المادة فإن السلوك الإجرامي لجريمة تمويل الإرهاب يتمثل

في إحدى صورتين: تقديم الأموال، وجمعها.

ويقصد بالأموال، طبقاً للاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب الأموال في الفقرة الأولى من المادة الأولى: أي نوع من الأموال المادية أو غير المادية المنقولة أو غير المنقولة التي يحصل عليها بأي وسيلة كانت والوثائق أو الصكوك القانونية أيًا كان شكلها بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي والتي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر الائتمانات المصرفية وشيكات السفر والشيكات المصرفية والحوالات والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد".

ويقصد بتقديم الأموال: إعطاء الأموال النقدية أو الممتلكات الأخرى أو إقرارها أو توفيرها بأية طريقة أخرى أو تسهيل وصولها إلى شخص آخر طبيعياً كان أو اعتبارياً، بما يفترض معه أن تكون هذه الأموال المقدمة مملوكة لمن قدمها أو في حيازته سواء كان هو الذي قام بجمعها فعلاً أو تم تجميعها وإعطائها له لتقديمها لغيره أو تسهيل ذلك، وسواء كان ذلك مقابل عوض أو دون عوض⁽¹⁴⁾.

ويقصد بجمع الأموال: كل عمل يهدف إلى الحصول على أموال الغير وتجميدها، بأي وسيلة كانت، وسواء كان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بغرض تقديمها للقيام بعمل إرهابي، سواء تم تقديمها بالفعل أم لا. وبلا شك فإن تجريم مجرد جمع الأموال هو من باب التجريم المنعي أو الاحتياطي، أو هو تجريم لمجرد عمل تحضيري

(14) د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 204؛ الدليل التشريعي للاتفاقيات والبروتوكولات العالمية لمكافحة الإرهاب، مكتب الأمم المتحدة، نيويورك، 2003، متاح على الموقع:

www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/Legislative_Guide_Arabic.pdf

(1073) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ارتقى في نظر القانون الدولي إلى درجة من الخطورة دعت إلى اعتباره جريمة في حد ذاته⁽¹⁵⁾.

وبناءً على ما تقدم يرتكب الشخص جريمة تمويل الإرهاب، إذا دعا شخصاً آخر إلى تقديم أموال نقدية أو ممتلكات أخرى، كان يعتزم أن تستخدم، أو كان لديه سبب معقول للاشتباه في أنها قد تستخدم، لأغراض الإرهاب.

وكذلك يرتكب الشخص هذه الجريمة، إذا تسلّم أموالاً نقدية أو ممتلكات وكان يعتزم أن تستخدم، أو كان لديه سبب معقول للاشتباه في أنها ستستخدم، لأغراض الإرهاب.

كما يرتكب الشخص هذه الجريمة، إذا قدّم أموالاً نقدية أو ممتلكات أخرى، وكان يعلم أو كان لديه سبب معقول للاشتباه في أنها ستستخدم أو قد تستخدم لأغراض الإرهاب.

وإذا ارتكب الجاني فعلاً من هذه الأفعال السابقة فإنه يستوي بعد ذلك، وفقاً للاتفاقية الدولية لمكافحة الإرهاب في مادتها الثانية، الوسيلة التي يتم بها جمع أو تقديم الأموال، كما يستوي أن يكون هذا الجمع أو التقديم قد تم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فقد تكون عن طريق الهبة أو التبرع أو تحويل حق الانتفاع مع بقاء الملكية للمالك أو غيرها من الوسائل.

وتعتبر جريمة تمويل الإرهاب جريمة شكلية، وبالتالي لا تتطلب لتوافر ركنها المادي أن تكون الأموال التي قدمت للإرهابيين قد استخدمت لارتكاب العمل الإرهابي، بل يتحقق بمجرد وضع المال تحت تصرف الإرهابيين. ولو لم يقع الفعل الإرهابي.

إلا أنه يجب لا اعتبار فعلي الجمع أو التقديم للأموال من قبيل صور النشاط الإجرامي لجريمة تمويل الإرهاب، توافر شرطان، الشرط الأول: أن يتم الجمع أو التقديم بشكل غير مشروع، وذلك بهدف استبعاد كل جمع للأموال بشكل مشروع، وتحديد مدى مشروعية جمع أو تقديم المال يرجع فيه إلى قانون كل دولة على حدة. وتقوم لجنة مكافحة الإرهاب التي أنشأها مجلس الأمن الدولي سنة 2001 وكلفها

(15) د. محمد حسن إبراهيم طلحة: **المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب**، 2012م، المرجع السابق، ص 299.

(1074) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

بمتابعة استجابة الدول الأعضاء لمتطلبات قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001⁽¹⁶⁾، بمتابعة تشريعات الدول في هذا الشأن، وتحاول أن تجعل من هذه التشريعات إطاراً قانونياً يحمي كل عملية لجمع الأموال وتقديمها، خاصة في الدول الإسلامية والعربية التي يقوم فيها جمع المال أو تقديمه على موروثة ومعتقدات دينية وثقافية لا يمكن معها تجريم جمع المال عن طريق التبرع أو تقديم الصدقات أو الزكاة، أو الهبة أو الوصية وما إلى ذلك، وهنا تظهر أهمية الشرط الثاني، المتمثل في أن يكون الهدف من استخدام هذه الأموال القيام بأحد الأهداف المحددة في الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب. وهذه الأهداف تتمثل في هدفين أساسيين:

الأول: القيام بعمل يشكل جريمة في نطاق إحدى المعاهدات الواردة في مرفق الاتفاقية وبالتحديد في هذه المعاهدات. ويشمل مرفق الاتفاقية تسعة من الصكوك الدولية في مكافحة الإرهاب السابقة على الاتفاقية الدولية لمكافحة الإرهاب، وهي:

- 1- اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع علي الطائرات، الموقعة في لاهاي في 16 كانون الأول / ديسمبر. 1970
- 2- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة، الموجهة ضد سلامة الطيران المدني، الموقعة في مونتريال في 23 أيلول / سبتمبر. 1971
- 3- اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية، بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون، والمعاقبة عليها، التي اعتمدها الجمعية العامة في 14 كانون الأول / ديسمبر. 1973
- 4- الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن، التي اعتمدها الجمعية العامة في 17 كانون الأول / ديسمبر. 1979
- 5- اتفاقية الحماية المادية للمواد " النووية " المعتمدة في فيينا في 3 آذار / مارس 1980.
- 6- البروتوكول المتعلق بقمع أعمال العنف غير المشروعة في المطارات التي تخدم الطيران المدني الدولي، المكمل لاتفاقية قمع الأعمال غير القانونية الموجهة

(16) الأمم المتحدة، السجلات الرسمية لمجلس الأمن، الدورة 56، الجلسة 4385، وثيقة الأمم المتحدة (2000) S/Inf/57.

(1075) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ضد سلامة الطيران المدني، والموقع في مونتريال في 24 شباط / فبراير
1988.

7- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية،
الموقعة في روما في 10 آذار / مارس 1988.

8- البروتوكول المتعلق بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات
الثابتة الواقعة علي الجرف القاري . الموقع في روما في 10 آذار / مارس
1988.

9- الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل التي اعتمدها الجمعية العامة في
15 كانون الأول /ديسمبر 1997⁽¹⁷⁾.

الثاني: القيام بأي عمل آخر يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو أي شخص
آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال
عدائية في حالة نشوب نزاع مسلح، وعندما يكون غرض هذا العمل، بحكم طبيعته أو في
سياقه، موجهاً لترويع السكان، أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو
الامتناع عن القيام به.

ومما هو جدير بالملاحظة أن الاتفاقية الدولية لمكافحة الإرهاب لم تكتفي
بتجريم أعمال جمع الأموال وتقديمها باعتبارها جريمة قائمة بذاتها ولو لم يقع الفعل
الإرهابي بناءً على هذا الجمع أو التقديم طالماً تم ذلك بطريقة غير مشروعة مع نية
استخدامها أو العلم بكونها ستستخدم كلياً أو جزئياً للقيام بعمل مما ورد في الاتفاقية،
وإنما جرمت أعمال الشروع في هذه الأفعال (كل من يحاول ارتكاب الجريمة
الخاصة بتمويل الأنشطة الإرهابية المنصوص عليها في هذه المادة) بما يصل إلى
حد تجريم الشروع في الاشتراك مما يعتبر خروجاً على القواعد العمة التي لا تجرم
الشروع في الاشتراك.

كما جرمت الفقرة الخامسة من المادة الثانية من الاتفاقية أعمال المساهمة في
جريمة تمويل الإرهاب؛ إذ تنص على أنه: "5 - يرتكب جريمة كل شخص: أ-
يساهم كشریک في جريمة منصوص عليها في الفقرة 1 أو 4 من هذه المادة، ب-

(17) أنظر مرفق الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999.

(1076) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ينظم ارتكاب جريمة في مفهوم الفقرة 1 أو 4 من هذه المادة أو يأمر أشخاصاً آخرين بارتكابها.

ج- يشارك في قيام مجموعة من الأشخاص يعملون بقصد مشترك بارتكاب جريمة واحدة أو أكثر من الجرائم المشار إليها في الفقرة 1 أو 4 من هذه المادة وتكون هذه المشاركة عمدية وتنفذ: 1- إما بهدف توسيع النشاط الجنائي أو الغرض الجنائي للمجموعة عندما ينطوي ذلك النشاط أو الغرض على ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في الفقرة 1 من هذه المادة. 2- وإما بمعرفة نية المجموعة ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في الفقرة 1 من هذه المادة" (18).

كما جرت الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب الأفعال التي يقوم بها أو يسهم فيها احد الأشخاص المعنوية في جريمة تمويل الإرهاب، فنصت المادة (5) من الاتفاقية على أنه: "1- تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة وفقاً لمبادئها القانونية الداخلية للتمكين من أن يتحمل أي كيان اعتباري موجود في إقليمها أو منظم بموجب قوانينها المسؤولية إذا قام شخص مسئول عن إدارة أو تسيير هذا الكيان بصفته هذه بارتكاب جريمة منصوص عليها في المادة 2 وهذه المسؤولية قد تكون جنائية أو مدنية أو إدارية. 2- تحمل هذه المسؤولية دون مساس بالمسؤولية الجنائية للأفراد الذين ارتكبوا الجرائم. 3- تكفل كل دولة طرف بصفة خاصة إخضاع الكيانات الاعتبارية المسؤولة وفقاً للفقرة 1 أعلاه لجزاءات جنائية أو مدنية أو إدارية فعالة ومناسبة وراذعة ويجوز أن تشمل هذه الجزاءات جزاءات نقدية". من خلال هذا النص يلاحظ أن الاتفاقية قررت مسؤولية الأشخاص الاعتبارية عن تمويل الإرهاب، وذلك حتى تكفل نوعاً من الفاعلية لمكافحة جريمة تمويل الإرهاب. كما جرت الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب التحريض على ارتكاب جريمة التمويل وذلك بدعوة شخص لآخر إلى تقديم أموال نقدية أو ممتلكات أخرى، كان

(18) د. عبد الهادي أبو طالب: الإرهاب والشرعية الدولية، مجلة المحاماة، القاهرة، العدد 47، إبريل 2003.

(1077) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

يعتزم أن تستخدم، أو كان لديه سبب معقول للاشتباه في أنها قد تستخدم، لأغراض الإرهاب⁽¹⁹⁾.

وعلى الرغم من عدم نص الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999 على اعتبار تقديم المشورة أو النصح أو التسهيل أو التواطؤ أو التستر لغرض تمويل الإرهاب جريمة، إلا أن كثير من التشريعات الجنائية اعتبر جريمة مجرد تقديم النصائح والإرشادات، إذا كان الهدف منها بلوغ أو معرفة طريقة تمكن من تقديم أو جمع أو تسيير أموال الإرهاب وكيفية استعمالها أو استغلالها، كالتشريع الأمريكي⁽²⁰⁾، والفرنسي⁽²¹⁾، والمغربي⁽²²⁾ والسعودي⁽²³⁾.

ومما هو جدير بالذكر أن الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب حددت نطاق تطبيقها من حيث المكان حيث قررت المادة 3 من الاتفاقية أنه " لا تنطبق هذه الاتفاقية إذا ارتكبت الجريمة داخل دولة واحدة وكان مرتكبها المفترض من رعايا تلك الدولة وموجوداً في إقليمها ولم تكن أي دولة أخرى تملك بموجب الفقرة 1 أو 2 من المادة 7 الأساس اللازم لممارسة ولايتها القضائية. إلا أن أحكام المواد من 12 إلى 18 تنطبق في تلك الحالات حسب الاقتضاء".

ومما هو جدير بالذكر أيضاً أنه على الرغم من كون الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب تعتبر بمثابة جزء من النظام القانوني للدول الملتزمة بها بالتوقيع

(19) الدليل التشريعي للاتفاقيات والبروتوكولات العالمية لمكافحة الإرهاب، مكتب الأمم المتحدة، نيويورك، 2003، متاح على الموقع:

www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/Legislative_Guide_Arabic.pdf

(20) البند 2339-أ-(ب) من العنوان 18 من المدونة القانونية للولايات المتحدة. The national report, Letter dated 26 January 2006 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Chairman of the Counter-Terrorism Committee, document n° S/2006/69.

(21) Art. 421-2-2 de Code Pénal Français.

(22) أنظر المادة الأولى من القانون 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب بتاريخ 28 مايو 2003.

(23) د. أسامة عبد المنعم علي إبراهيم: حصر ومكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب والنقل غير المشروع للأموال عبر الحدود في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 122.

(1078) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

عليها، وعلى الرغم من أن هذه الاتفاقية ذاتها ألزمت الدول الأطراف فيها باتخاذ التدابير اللازمة لتجريم تمويل الإرهاب في تشريعاتها الداخلية وكفالة عدم تبرير أعمال الإرهاب الداخلة في نطاق هذه الاتفاقية في أي حال من الأحوال ولأية اعتبارات سياسية أو دينية أو أيديولوجية أو غير ذلك، على الرغم من ذلك إلا أن الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب غير صالحة للتطبيق بذاتها داخل الدول، حتى مع نص الدساتير في هذه الدول على أنها تعتبر جزءاً من النظام القانوني للدولة، وإنما لا بد من تدخل تشريعي واضح وصريح لإقرار ذلك⁽²⁴⁾.

الفرع الثالث

الركن المعنوي لجريمة تمويل الإرهاب

لا يكفي لقيام الجريمة من الناحية القانونية أن يتوافر لها ركنها المادي فحسب وإنما لا بد بالإضافة لذلك أن يتوافر لها الركن المعنوي *L'élément Moral* والذي يعني أن تنسب الجريمة من الناحية النفسية إلى مرتكبها بحيث تنشأ بينه وبين الجريمة رابطة نفسية، بحيث يمكن القول بأنه أراد الجريمة وكانت له السيطرة النفسية عليها، وهذا ما يعبر عنه "بالإرادة الإجرامية"، وبهذه الإرادة يصبح الشخص مسئولاً من الناحية الجنائية عن الجريمة التي ارتكبها.

ويوصف الركن المعنوي بأنه ركن المسؤولية الجنائية، وأن حالات انتفاء الركن المعنوي هي حالات انتفاء للمسئولية الجنائية، وهذا الوصف وإن كان فيه شيء من التجاوز لأن كل أركان الجريمة هي أركان للمسئولية الجنائية إلا أن هذا التجاوز له ما يبرره، ذلك أن الركن المعنوي يفترض دائماً توافر كافة الأركان الأخرى للجريمة، كما أن الركن المعنوي يفترض أيضاً توافر الأهلية الجنائية أي أهلية المسؤولية الجنائية.

فالركن المعنوي للجريمة يمثل إذن الجانب العقلي والنفسي لمرتكب الجريمة، ويعبر عن الصلة بين نشاط الفاعل الذهني ونشاطه المادي وتتمثل هذه الصلة في الإرادة التي يقترن بها الفعل والمتعلقة بالجاني ومسؤوليته عن الفعل أو الامتناع المنسوب إليه. فمن الضروري لنسبة الجريمة لشخص ما أن يكون الفعل أو

(24) د. محمد حسن إبراهيم طلحة: *المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب*، 2012م، المرجع السابق، ص 304.

(1079) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الامتناع المكون للجريمة قد صدر عنه وهو متمتع بإرادة حرة واعية ومذنبه أو آثمة، وحينئذ يتخذ الركن المعنوي صورة القصد الجنائي وتوصف الجريمة بأنها عمدية، أو تكون هذه الإرادة قد ارتكبت صورة من صور الخطأ غير العمدي وحينئذ يتخذ الركن المعنوي صورة الخطأ غير العمدي وتوصف الجريمة بأنها غير عمدية أو خطأ.

ويتوافر الركن المعنوي في جريمة تمويل الإرهاب متى صدر النشاط عن وعي وإرادة آثمة، أي متى قام الفاعل بفعل التمويل تعبيراً عن إرادته الآثمة. وعلى ذلك فإن دراسة الركن المعنوي في أي جريمة تستلزم دراسة العلاقة بين إرادة الفاعل من جهة والفعل الذي ارتكبه الفاعل، والنتيجة التي سببها فعله هذا من جهة ثانية. وتأسيساً على ما تقدم يأخذ الركن المعنوي إحدى صورتين⁽²⁵⁾ وهما:

- 1- صورة القصد الجنائي، وتكون الجريمة في هذه الحالة من الجرائم العمدية.
- 2- صورة الخطأ وتكون الجريمة في هذه الحالة من الجرائم غير العمدية.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل تعد جريمة تمويل الإرهاب جريمة عمدية أم غير عمدية؟

بالرجوع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لقمع تمويل الإرهاب لسنة 1999 نجد أنها قد تطلبت توافر الركن المعنوي في جريمة تمويل الإرهاب، فنصت على أن يكون الفعل (أي تمويل الإرهاب بتقديم الأموال أو جمعها) بهدف القيام:

- 1- بعمل يشكل جريمة في نطاق إحدى المعاهدات الواردة في مرفق الاتفاقية وبالتعريف المحدد في هذه المعاهدات.
- 2- بأي عمل آخر يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال عدائية في حال نشوب نزاع مسلح، عندما يكون غرض هذا العمل، موجهاً لترويع السكان الخ...

(25) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق 1982، ص 557 وما بعدها؛ د. بكري يوسف بكري: قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 565 وما بعدها.

(1080) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ومما تقدم نستنتج أن جريمة تمويل الإرهاب هي جريمة عمدية، تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام *Dol criminel général* الذي هو إرادة الجاني سلوك تمويل الإرهاب هذا بالإضافة إلى القصد الجنائي الخاص *Dol criminel spécial ou spécifique* الذي يتجلى واضحاً في إرادة الجاني " تمويل الإرهاب بهدف القيام بعمل إرهابي أو لتمويل منظمة إرهابية أو شخص إرهابي".
ومن المعلوم أن القصد الجنائي العام يتطلب لقيامه توافر عنصر العلم والإرادة.

ويتوافر العلم في جريمة تمويل الإرهاب، بأن يعلم الجاني بأن الأموال أو القيم أو الممتلكات التي تم تقديمها أو جمعها أو تدبيرها ستستخدم كلياً أو جزئياً لارتكاب عمل إرهابي، سواء وقع العمل المذكور أو لم يقع، وذلك لكون جريمة تمويل الإرهاب تعتبر جريمة شكلية. أما في حالة عدم العلم بهذا الغرض، وتقديم الأموال لهدف آخر غير ارتكاب جرائم إرهابية، ولكنها مع ذلك استخدمت في هذا الغرض، فلا تتوفر هذه الجريمة، كمن يقدم تبرعات مالية إلى جمعية خيرية على أساس الدور الذي تؤديه في خدمة المجتمع، وخاصة فيما يتعلق بتقديم الدعم والمساعدة للمواطنين المحتاجين، والقيام بمختلف المشروعات الخيرية داخل الدولة وخارجها، إلا أنه يساء استغلال موارد هذه الجمعية الخيرية في تمويل مشروع إرهابي دون علم المتبرع، فهذا الأخير لا يمكن اعتباره في هذه الحالة ممولاً للإرهاب.

كما يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى مباشرة سلوكه الإجرامي بتقديم الأموال أو جمعها على الرغم من العلم بعدم شرعية هذا السلوك ثم أن تتجه إرادته إلى تحقق النتيجة وهي جمع المال أو تقديمه للقيام بنشاط إرهابي.

والى جانب هذا القصد الجنائي العام يجب أن يتوافر القصد الجنائي الخاص؛ الذي يشترط وجود نية خاصة لدى الجاني تتمثل في أن يكون قصده من سلوكه إمداد الجماعات والتنظيمات الإرهابية بالأموال اللازمة لتنفيذ أعمالهم الإجرامية، ومن ثم فإذا لم تتجه إرادة المتهم إلى إتيان هذا الفعل فإن المسؤولية الجنائية تنتفي لديه.

وعلى ذلك ينتفي القصد الجنائي في جريمة تمويل الإرهاب إذا تم تقديم المال أو جمعه بغير إرادة صاحب المال كما لو كان من قام بذلك هو وكيله أو نائبه دون موافقة

منه أو دون علمه. علماً بأنه لا يشترط لتوافر القصد الجنائي في هذه الجريمة العلم بمصدر المال عند تقديمه أو جمعه حيث يستوي لقيام جريمة التمويل أن يكون مصدر المال مشروعاً أو غير مشروع⁽²⁶⁾.

المطلب الثاني

أركان جريمة تمويل الإرهاب كإحدى صور المساهمة الجنائية التبعية

تمهيد وتقسيم:

خلافاً للأعم الأغلب من التشريعات الجنائية حول العالم التي اعتبرت تمويل الإرهاب جريمة مستقلة وقائمة بذاتها ووضعت لها عقوبات خاصة بها، اعتبرت بعض التشريعات تمويل الإرهاب إحدى صور المساهمة الجنائية في الجرائم الإرهابية، ومن هذه التشريعات، التشريع المصري، والتشريع الأردني.

فقد اعتبر المشرع المصري، وفقاً للرأي السائد في الفقه المصري تمويل الإرهاب صورة من صور المساهمة الجنائية في الجرائم الإرهابية وخاصة عن طريق المساعدة على ارتكاب الأنشطة الإرهابية سواء كانت فردية أو تنظيمية، والتي ورد تنظيمها في القسم الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات الخاص بالجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل. كما أصدر المشرع المصري القانون رقم 181 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002، وقد ورد مصطلح "تمويل الإرهاب" في المادة الأولى من القانون رقم 181 لسنة 2008 بعد استبدال نص المادة الثانية من القانون رقم 80 لسنة 2002 بنص هذه المادة، كما ورد مصطلح "تمويل الإرهاب" في مشروع قانون بشأن مكافحة الإرهاب لسنة 2013، في المادة الأولى منه فقرة (ج).

أما المشرع الأردني، فقد عالج جرائم الإرهاب في الفصل الخاص بالجرائم الواقعة على أمن الدولة من جهة الداخل في المواد من 147 إلى 149 ولم يرد في هذه المواد أي نص يخص تمويل الإرهاب عدا ما ورد بالمادة 2/47 من قانون العقوبات والخاص بالعمليات المصرفية المتعلقة بنشاط إرهابي. وقد جرمت المادة 2/47 من قانون العقوبات الأردني القيام بأي فعل يتعلق بأية عملية مصرفية إذا تمت بواسطة بنك

(26) د. أحمد فتحي سرور: **المواجهة القانونية للإرهاب**، المرجع السابق، ص

283.

في المملكة أو مؤسسة مالية تمارس أعمال البنوك فيها، إذا تبين أنها أموال لها علاقة بنشاط إرهابي. مما يعني أنه اعتبر تمويل الإرهاب صورة من صور الاضرارك التبعي بالمساعدة في الجرائم الإرهابية.

وعلى الرغم من ذلك فقد وجهت الانتقاد لمسك كل من المشرعين المصري والأردني، بالنسبة لاعتبار تمويل الإرهاب صورة من صور المساهمة التبعية في الجريمة، حيث كان من الأولى تجريم تمويل الإرهاب بصورة مستقلة وذلك اتساقاً مع مسلك أغلب التشريعات الجنائية في العالم ومع ما ورد في الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999. كما أن اقتصر المشرع الأردني على تجريم التمويل الذي يتم بعمليات مصرفية، لا يتفق مع الاتجاه الدولي العام في تجريم كل صور التمويل للعمليات الإرهابية سواء منها ما كان مادياً أو غير ذلك⁽²⁷⁾، إلا أنه مع دخول الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب حيز التنفيذ بتاريخ 2013/10/5 يجب على كلا المشرعين المصري والأردني باعتبارهما من الدول الموقعة على هذه الاتفاقية تجريم تمويل الإرهاب باعتباره جريمة مستقلة وبكافة صورة وأشكاله.

وطبقاً لهذا الاتجاه، الذي تبناه كلا من التشريعين المصري والأردني، فإن جريمة تمويل الإرهاب عن طريق المساعدة تتكون من ركنين: مادي ومعنوي. وستحدث عن هذين الركنين كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

الركن المادي لجريمة تمويل الإرهاب بالمساعدة

يفترض الركن المادي لجريمة تمويل الإرهاب بالمساعدة وجود جريمة أصلية معاقب عليها، يتدخل فيها الجاني بتقديم الدعم والمساعدة، ولا بد أن تقع الجريمة بناء على هذا التدخل، كما يلزم أن تكون هناك علاقة سببية بين سلوك

(27) د. عبد الإله محمد النوايسة: التكييف الجرمي لتمويل الإرهاب، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة مؤتة، كلية الحقوق، العدد الرابع والعشرون، رجب 1426هـ، سبتمبر 2005، ص 345 وما بعدها.

الجاني المتدخل ووقوع النتيجة الإجرامية المتمثلة في ارتكاب الجريمة الأصلية (الجريمة الإرهابية).

أولاً: السلوك الإجرامي (التدخل في الجريمة بتقديم الدعم والمساعدة):
المساعدة هي تقديم العون للفاعل الأصلي لكي يتمكن من ارتكاب الجريمة، سواء اتخذ هذا العون صورة الاستعداد للجريمة (التجهيز لها)، أو التسهيل لارتكابها أو الإتمام لارتكابها بإزالة العقبات التي قد تعرض هذا الإتمام. وهذا ما عنته المادة 40 من قانون العقوبات المصري بقولها "يعد شريكاً في الجريمة: من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها". وهذا ما عنته المادة 2/80 ب من قانون العقوبات الأردني، حيث اعتبرت متدخلًا في الجريمة من أعطى للفاعل سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما يساعد على إيقاع الجريمة.

وصور أو أشكال المساعدة ليست واردة على سبيل الحصر، وبالتالي فإن أي وسيلة تصلح للمساعدة هي وسيلة من وسائل الاشتراك المعاقب عليه قانوناً سواء كانت مادية كتقديم السلاح للفاعل الأصلي لاستعماله في ارتكاب الجريمة أو معنوية كتقديم معلومات لتسهيل ارتكاب الجريمة. وما ورد في 40 من قانون العقوبات المصري ليس إلا من قبيل التقسيم الزمني لأفعال المساعدة؛ فقد تكون المساعدة في الأعمال المجهزة لارتكاب الجريمة، وهي أعمال سابقة على البدء في التنفيذ، مثل إعطاء الجاني أسلحة أو آلات لاستخدامها في الجريمة، كما قد تكون بتقديم عقار لارتكاب الجريمة فيه، كما قد تقوم المساعدة بمجرد تقديم نصائح وإرشادات للفاعل أو رسم خطة تنفيذ الجريمة له. وقد تكون المساعدة أيضاً في الأعمال المسهلة للجريمة وهي الأعمال التي تقع في المراحل الأولى لتنفيذ الجريمة، كترك الحارس لمكان حراسته تسهياً لدخول الجناة، وكمن يستنقي الجاني في مسكنه تسهياً لقتله. وقد تكون المساعدة أيضاً في الأعمال المتممة للجريمة وهي الأعمال التي تقع في آخر مرحلة من مراحل تنفيذ الجريمة، كمن يقدم سيارته للجاني لنقل المتفجرات التي ستستخدم في العمليات الإرهابية.

ومما هو جدير بالذكر أن مرتكب المساعدة في الأعمال المسهلة أو المتممة للجريمة يعد فاعلاً أصلياً – وفقاً لما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية⁽¹⁾ – إذا كان ما ارتكبه من أعمال معاصراً لارتكاب الجريمة وتطلب ظهوره على مسرح الجريمة، أما الأعمال المجهزة التي ترتكب في وقت سابق على تنفيذ الجريمة فإن مرتكبها يعد شريكاً بالمساعدة طالما لم يحضر تنفيذ الجريمة.

ويتمثل السلوك الإجرامي في جريمة تمويل الإرهاب بالمساعدة في صورة تقديم أو جمع المال للقيام بجريمة الإرهابية كما يتخذ التمويل صورة التدخل في جريمة الإرهاب متى اتخذ نشاط الشريك صورة تقديم الطعام أو المأوى أو المخبأ أو مكان الاجتماعات (مادة 2/80/و من قانون العقوبات الأردني).

وأما الصور الأخرى للتدخل في جريمة الإرهاب، والتي تتعلق بتمويل الإرهاب، كالترويج والتحييد أو التشجيع على تمويل الإرهاب بأية طريقة كانت، فهل يعتبر هذا من قبيل المساعدة في جريمة الإرهاب، وهو ما يثير مشكلة الاشتراك في الاشتراك.

وتتحقق هذه الحالة عندما يلجأ الشريك (المساعد في جريمة التمويل) بنشاطه إلى حمل شخص ثان على التمويل، ثم تقع الجريمة بناءً على نشاط الشريك الثاني الذي توسط العلاقة بين الفاعل والشريك. ففي هذه الحالة هل يخضع نشاط هذا الوسيط أو الشريك الأول للعقاب؟.

انقسم الفقه في هذا الصدد إلى رأيين: الأول يرى أن الاشتراك في الاشتراك لا عقاب عليه⁽²⁾، ويستند هذا الرأي إلى القول بأن العلاقة بين الفاعل والشريك يجب أن تكون علاقة مباشرة أما إذا توسط شخص ثالث وهنت هذه العلاقة وأصبحت غير مباشرة، بالإضافة إلى أن نصوص القانون تضيي وصف الشريك على من حرض أو اتفق أو ساعد بنفسه دون وساطة من أحد، وهذا الرأي قد أخذت

(1) نقض 1940/1/8 مجموعة القواعد القانونية ج5 رقم 45 ص 67؛ نقض 1941/5/26 مجموعة القواعد القانونية ج5 رقم 369 ص 760؛ نقض 1942/12/22 مجموعة القواعد القانونية ج5 رقم 32 ص 603؛ نقض 1947/12/1 مجموعة القواعد القانونية ج7 رقم 432 ص 704؛ قض 1961/3/12 مجموعة أحكام محكمة النقض، س 12 رقم 66 ص 337.
(2) Garçon, Code pénal annoté, 1er éd.art 60 n°276.

(1085) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

به محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾. أما الرأي الثاني - وهو الراجح في الفقه الفرنسي والمصري - فيرى أن القانون لا يتطلب وجود علاقة مباشرة بين الفاعل والشريك بل كل ما يتطلبه هو أن تتوافر علاقة سببية بين نشاط الشريك والجريمة، وهذه العلاقة قد توافرت في مثل الأمثلة السابقة مما يقتضي معاقبة شريك الشريك⁽²⁾. أما الحجج المستمدة من نصوص القانون فهي حجج لفظية وليس معناها أن المشرع أراد قصر حكم النص على ما ورد فيه، وإنما هي نصوص عامة لا تعتد بشخصية الشريك، كما أنها تتسع لتشمل السببية المباشرة وغير المباشرة. وقد أخذت بذلك محكمة النقض المصرية، وذكرت أن "المادة 40 عقوبات التي تعرف الاشتراك في الجريمة لا تشترط في الشريك أن تكون له علاقة مباشرة مع الفاعل للجريمة، وكل ما توحى به هو أن تكون الجريمة قد وقعت بناءً على تحريضه على ارتكاب الفعل المكون لها، أو بناءً على اتفائه على ارتكابها مع غيره أياً كان ومهما كانت صفته، أو بناءً على مساعدته في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لها يستوي في هذا كله أن يكون اتصاله بالفاعل قريباً ومباشراً أو بعيداً وبالواسطة. إذ المدار في ذلك - كما هو ظاهر النص - على علاقة المتهم بذات الفعل الجنائي المكون للجريمة لا بأشخاص من ساهموا معه فيه. والشريك إنما يستمد صفته بحسب الأصل من فعل

Cass. Crim. 17 novembre 1944, Gaz. Pal, 3-6 Fév. 1945, 1, 43.; (1)
Cass. Crim. 29 novembre 1946, Gaz. Pal, 15-17 janv. 1947, 1, 25;
Cass. Crim. 4 janv. 1975, Gaz. Pal. 1975, 1, 343, obs. Larguier,
R.S.C. 1976, p. 707.

Garraud, , traité théorique et pratique du droit pénal, 1913, t., T, (2)
؛111, n° 952 p.129; Vidal et Magnol, T,1, n° 419, p. 578.
د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 309؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق 1982، ص 430-432، د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 344؛ د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 647 وما بعدها؛ د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص 469.

(1086) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الاشتراك الذي ارتكبه ومن قصده منه ومن الجريمة التي وقعت بناءً على اشترائه، فهو على الأصح شريك في الجريمة لا شريك مع فاعلها"⁽¹⁾.

ولا تعد المساعدة اللاحقة على ارتكاب الجريمة وتاممها (بتحقق النتيجة الإجرامية) من قبيل الاشتراك فيها، إلا أنها تعد جرائم مستقلة قائمة بذاتها، كمن يخفي الأشياء المسروقة، ومن يخفي جثة القتيل، ومن يخفي الفارين من وجه العدالة، فكل هذه جرائم مستقلة رأى الشارع خطورتها وضرورة تجريمها استقلاً عن الجرائم التي تتصل بها⁽²⁾.

ثانياً: وقوع الجريمة بناءً على هذه المساعدة:

لابد للعقاب على تمويل الإرهاب بالمساعدة أي باعتباره وسيلة اشتراك في جريمة إرهابية، أن تقع هذه الأخيرة بناءً عليها وأن تكون أداة المساعدة قد استخدمت في تنفيذ الجريمة.

فيجب أن يستخدم المال الذي تم جمعه أو تقديمه بواسطة الشريك، أو تقديم الطعام أو المأوى أو المخبأ أو مكان الاجتماعات في ارتكاب الجريمة الإرهابية. فإذا لم تقع الجريمة الإرهابية بناءً على تلك المساعدة فلا عقاب على الشريك.

(1) أنظر: نقض 1942/6/7، مجموعة القواعد القانونية، ج 6 رقم 209 ص 279؛ نقض 1948/3/7، مجموعة القواعد القانونية، ج 7 رقم 116 ص 110؛ نقض 1969/10/15، مجموعة أحكام النقض، س 20 رقم 122، ص 591؛ نقض 1977/11/27، مجموعة أحكام النقض، س 28 رقم 201، ص 976. وأنظر في النقض الفرنسي حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بهذا الرأي: Cass. Crim. 23 mai 1844, B, C., 179.; Cass. Crim. 22 juil. 1943, J.C.P.. 1944, 11, 2651.

(2) G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, Précis (2) Dalloz, op. cité, n°202, p. 190. د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات القسم العام 1999-2000، رقم 536 ص 829 وما بعدها؛ د. بكري يوسف بكري، قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 565، وما بعدها.

ولا يشترط لتحقق المساعدة أن يكون هناك اتفاق سابق بين الفاعل والشريك، وإلا كان تجريمها باعتبارها اتفاق أولى⁽¹⁾.

ثالثاً: قيام علاقة سببية بين سلوك الجاني المتدخل ووقوع النتيجة الإجرامية:

يلزم لتحقق الركن المادي لجريمة تمويل الإرهاب بالمساعدة، بالإضافة إلى نشاط الشريك المتمثل في التدخل بالمساعدة، أن تتوافر علاقة سببية بين هذا السلوك والنتيجة الإجرامية المتمثلة في وقوع الجريمة الإرهابية بناء على تدخل الممول، أي أنه يلزم أن يثبت أن النتيجة الإجرامية ما كانت لتقع على النحو الذي وقعت به لولا نشاط المتدخل في الجريمة، فإذا انتفت هذه العلاقة فلا عقاب على الشريك. فمن يقدم مأوى أو ملجأ أو مكاناً للاجتماع للممولى العمليات لإرهابية فلا يستعمله هؤلاء الممولين، وإنما يستعملون مكاناً آخر، فلا عقاب عليه لانتفاء رابطة السببية.

وبلا شك فإن تطبيق الأحكام الخاصة بالاشتراك على جريمة تمويل الإرهاب قد تقف عائقاً أمام قمع ومكافحة الإرهاب وتمويله، لذا كان من الواجب والمتعين تجريم تمويل الإرهاب في ذاته ومستقلاً عن ضرورة وقوع الجريمة الإرهابية بناءً عليه، وذلك يتطلب من المشرع التدخل بنصوص خاصة لتجريم تمويل الإرهاب باعتباره جريمة تقع بمجرد تقديم المال أو جمعه أو تقديم أي نوع من المساعدة للقيام بأية عملية إرهابية وذلك بصرف النظر عن وقوع الجريمة الإرهابية ذاتها أو عدم وقوعها. وهذا المسلك هو ما يتفق مع المسلك الدولي في تجريم الإرهاب حيث أن ذلك فقط هو الذي يحقق الهدف من تجريم الإرهاب وتمويله المتمثل في محاصرة الجماعات الإرهابية وتدمير اقتصاديتها وتجييف منابع تمويلها ومعاقبة من يساعدها بأي وسيلة كانت ولو لم يؤد هذا التمويل إلى ارتكاب أية جريمة إرهابية⁽²⁾.

-
- (1) د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، رقم 535 ص 827 وما بعدها.
(2) د. عبد الإله محمد النوايسة: التكييف الجرمي لتمويل الإرهاب، دراسة في التشريع الأردني، المرجع السابق، ص 349 - 50.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة تمويل الإرهاب بالمساعدة

يتطلب الركن المعنوي لجريمة تمويل الإرهاب بالمساعدة أن يتوافر القصد الجنائي لدي الممول (المساعد) والمتمثل في قصد التدخل في الجريمة، بحيث يكون على علم بحقيقة فعله وبالجريمة الأصلية (الجريمة الإرهابية) التي يتدخل فيها وأن تتجه إرادته إلى ارتكابها (الجريمة الأصلية وجريمة التدخل).

وعلى ذلك، وبما أن جريمة تمويل الإرهاب جريمة عمدية، فلا بد لكي يسأل الشريك عنها أن يتوافر في حقه القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، فإذا انتفى هذا القصد لدى الشريك فلا يسأل عن الجريمة ولو كانت أفعاله قد ساهمت من الناحية المادية في وقوع الجريمة، كمن يقدم المال أو المساعدة لجماعات إرهابية دون علمه بنشاطها، ولا يغني عن توافر القصد الجنائي أن يتوافر الخطأ العمدي ولو في أجسم صورته، وعلى ذلك فالذي يذكر معلومات عن المكان الذي يخفي فيه مخدومه ماله فيستعين بها شخص في سرقة ذلك المال لارتكاب عمل إرهابي لا يعد شريكاً في جريمة الإرهاب، لعدم علمه بالنوايا الإجرامية لمن استمع لحديثه.

وعنصر القصد الجنائي هما العلم والإرادة: والعلم يعني أن يكون الشريك عالماً بماهية سلوكه الذي يساهم به في الجريمة وأهميته بالنسبة لنشاط الفاعل في ارتكاب الجريمة، فإذا لم يتحقق هذا العلم فلا مسؤولية على الشريك. ولا يكفي مجرد علم الشريك بالوسيلة ذاتها. وفي ذلك تقول محكمة النقض "إن الاشتراك بالمساعدة لا يتحقق إلا إذا ثبت أن الشريك قصد الاشتراك في الجريمة وهو عالم بها" (1)، وتقول أيضاً "الاشتراك لا يتحقق إلا إذا ثبت أن الشريك قصد الاشتراك في الجريمة وهو عالم بها بأن يكون لديه نية التدخل مع الفاعل تدخلاً مقصوداً يجاوب صداه مع فعله" (2). أما الإرادة فتعني أن تتجه إرادة الشريك إلى المساهمة في الجريمة التي سيرتكبها الفاعل الأصلي بناءً على نشاط الشريك، وهذا يعني وجوب اتجاه إرادة الشريك إلى نشاطه (المساعدة بتمويله في الجريمة الإرهابية) وإلى نتيجة هذا النشاط.

(1) نقض 1955/1/11، مجموعة أحكام النقض، س 6 رقم 144، 439.

(2) نقض 1966/6/14، مجموعة أحكام النقض، س 17 رقم 154، ص 818؛

نقض 1969/1/13، مجموعة أحكام النقض، س 10 رقم 24، ص 108.

(1089) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وعلى الرغم من أن إرادة الجريمة لا بد وأن تشمل إرادة الفعل وإرادة النتيجة المترتبة عليه، ولا يكفي لمساعدة الشريك أن يتوافر في حقه إرادة الفعل دون إرادة النتيجة، إذ لا بد أن يتوافر الاثنان معاً⁽¹⁾، إلا أن المشرع المصري قد خرج، فيما يخص جريمة تمويل الإرهاب، على هذه القواعد العامة واكتفى بتوافر العلم فقط بنية الجاني لقيام جريمة التمويل بالمساعدة، دون أن يتطلب اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الجريمة الأصلية (جريمة الإرهاب)، وبالتالي يكفي مجرد علم الممول بالغرض الإرهابي من استخدام المال وهو ارتكاب الجريمة الإرهابية مع عزمه على الاشتراك فيها بالمساعدة⁽²⁾.

المبحث الثاني

الجزاء الجنائية لتمويل الإرهاب

تمهيد وتقسيم:

نصت التشريعات الجنائية على مختلف انتماءاتها ومسمياتها على مجموعة من العقوبات الأصلية والتكميلية لمواجهة تمويل الإرهاب كجريمة جنائية، كما نصت على مجموعة من التدابير الوقائية لمكافحة هذه الجريمة. وستحدث عن هذه العقوبات المقررة لجريمة تمويل الإرهاب في مطلب أول، ثم عن التدابير الوقائية لمكافحة هذه الجريمة في مطلب ثان.

المطلب الأول

عقوبات جريمة تمويل الإرهاب

تتنوع العقوبات المقررة لجريمة تمويل الإرهاب إلى عقوبات أصلية، وأخرى تكميلية.
أولاً: العقوبات الأصلية:

- (1) د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 325-326؛ محمود إبراهيم إسماعيل: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص 327-329.
- (2) د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 348.

(1090) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

تتمثل العقوبات الأصلية المقررة لجريمة تمويل الإرهاب في العقوبات التقليدية السالبة للحياة والسالبة للحرية، وهي الإعدام والسجن بنوعيه، والحبس، بالإضافة إلى الغرامة.

1- الإعدام:

تعتبر عقوبة الإعدام La peine de mort أخطر عقوبة تهدد كيان الإنسان وحياته ولقد عرفت جدلاً كبيراً في الفقه منذ عدة قرون⁽¹⁾، ولكن على الرغم

(1) شغلت عقوبة الإعدام اهتمام العديد من الباحثين والمشتغلين بالعلوم الجنائية حتى وصل الأمر بها إلى أن أصبحت محل اهتمام الأدباء والفلاسفة ورجال الدين والسياسة والمثقفين بصورة عامة. ولقد أنصب هذا الاهتمام على جدوى الإبقاء على عقوبة الإعدام على الرغم مما تتضمنه من قسوة بالغة ارتبطت بالمجتمعات البدائية وعصور ما قبل الإصلاح والتطور. وقد حاولت بعض الدول الغربية الحصول على موافقة دول العالم الثالث على مشروع قرار تقدمت به هذه الدول في المؤتمر السادس للأمم المتحدة المنعقد في كراكاس سنة 1980 لإلغاء عقوبة الإعدام. وقد أجهض الوفد المصري هذه المحاولة بعد التصدي لها بقوة، وتكرر هذا الأمر في مؤتمر الأمم المتحدة الثامن والذي عقد في هافانا سنة 1990 ونجح أعضاء المؤتمر في اتخاذ قرار بإلغاء عقوبة الإعدام، إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة لم تقره عندما قدم للتصويت عليه فيها. انظر في ذلك الدكتور رمسيس بهنام، علم الوقاية والتقويم، 1985 ص 240 وما بعدها؛ د. محمد محيي الدين عوض، الساسة العقابية للمجرمين والمنحرفين ومدي انعكاساتها في السياسات العقابية في العالم العربي، تقرير مقدم إلى مؤتمر الأمم المتحدة التاسع المنعقد في القاهرة من الفترة من 29 أبريل إلى 8 مايو سنة 1995. وانقسم الرأي حولها ما بين مؤيد ومعارض ولكل منهم حججه وأسانيده؛ أنظر في عرض هذه الحجج: د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم العقاب، دار النهضة العربية، 1972 ص 24 وما يليها؛ د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، 1995، جامعة القاهرة، ص 265 وما يليها؛ د. محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1416-1995 ص 156 وما يليها؛ د. بكري يوسف بكري، أصول علم العقاب، دروس أقيمت على طلاب الفرقة الأولى بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، 2012م، ص 74 وما بعدها. وأنظر في عقوبة الإعدام في الفقه الغربي:

Pascal Bastien, Histoire de la peine de mort, Le Seuil, 2011; Jacques Derrida, Séminaire La peine de mort, volume I (1999-2000), Paris, Galilée, coll. "La Philosophie en Effet", 2012; Jean-Marie Carbasse, La peine de mort, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2002 (réimpr. novembre 2004), p 128; Martin Monestier, Peines de mort, Le Cherche-Midi Éditeur, Paris, octobre 1994 (réédition en novembre 2004); Michel Porret, Beccaria. Le droit de punir, Paris, Michalon, 2003; Jean Imbert, La peine de mort, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1989, p 128 .

(1091) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

من ذلك فقد استقرت العديد من التشريعات الجنائية على الأخذ بها والحكم في العديد من الجرائم خاصة في الجرائم الإرهابية، كالتشريع المغربي⁽¹⁾، والتشريع المصري⁽²⁾، كما أن الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لسنة 1966 أجازت عقوبة الإعدام، وذلك رغم وجود بروتوكول صادر عن الأمم المتحدة يلغي عقوبة الإعدام⁽³⁾، بالإضافة إلى الفصل الثالث من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي ينص على حق كل فرد في الحياة والحرية وأمن شخصه، مما يجيز الاعتداء على حق الحياة بعقوبة الإعدام.

وفيما يخص تنفيذ عقوبة الإعدام فقد خصص المشرع المغربي لها الفصول من 19 إلى 23 من القانون الجنائي والفصول من 648 إلى 652 من قانون المسطرة الجنائي.

أما المشرع المصري فقد نص على عقوبة الإعدام في المادة 10، 13 من قانون العقوبات، كما أحاطها بالعديد من الضمانات والإجراءات اللازمة لصحة الحكم بها، في المواد 381، و382، و470 من قانون الإجراءات الجنائية. حيث أوجب أن يصدر الحكم بها بإجماع آراء أعضاء المحكمة⁽⁴⁾، كما أوجب أخذ رأي مفتي الجمهورية بشأنها⁽⁵⁾، وأوجب أيضاً عرض القضية التي صدر فيها الحكم بالإعدام علي محكمة النقض، وأخيراً أوجب عرض الحكم بالإعدام علي رئيس الجمهورية ليستخدم حقه في العفو أو إبدال عقوبة الإعدام بعقوبة أخرى، فإذا لم يستخدم هذا الحق خلال مدة معينة نفذت العقوبة⁽⁶⁾.

- (1) أنظر الفصل 218-1 من القانون الجنائي المغربي.
- (2) أنظر المواد من 86 إلى 88 من قانون العقوبات مضافة بالقانون رقم 97 لسنة 1992 بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، الوقائع المصرية - العدد 29 مكرر بتاريخ 18/7/1992، مع ملاحظة أن بعض هذه المواد عدلت أيضاً بالقانون 95 لسنة 2003.
- (3) البروتوكول رقم 6 الملحق باتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والمتعلق بإلغاء عقوبة الإعدام، ستراسبورغ، في 28 أبريل/نيسان 1983. حيث نصت المادة 1 على أن عقوبة الإعدام ملغاة. ولا يجوز الحكم على أي إنسان بهذه العقوبة ولا تنفيذها فيه.
- (4) المادة 381 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.
- (5) المادة 2/382 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.
- (6) المادة 470 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(1092) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

2- السجن :

ويأتي السجن *La réclusion criminelle* كعقوبة أصلية بعد عقوبة الإعدام في سلم العقوبات المقررة للجنايات. ويعد السجن من أقصى العقوبات السالبة للحرية *Les peines privatives de la liberté* التي نصت عليها القوانين الجنائية لمكافحة الجرائم الإرهابية والتي منها بطبيعة الحال جريمة تمويل الإرهاب. والعقوبات السالبة للحرية في مفهومها العام تعني عزل الفرد داخل نطاق مكاني معين وإبعاده عن وسطه الأسري والاجتماعي والوظيفي الذي اعتاد التواجد فيه والمساس بحريته في التنقل والحركة وممارسة حياته بالشكل الذي يراه مناسباً له والتزامه بنظام حياه معين خلال مدة العقوبة⁽¹⁾.

وتتمثل عقوبة السجن في عزل المحكوم عليه في مكان معد لذلك يسمى السجن (بكسر السين) تشرف عليه الدولة وذلك للفترة التي يقضي فيها مدة العقوبة⁽²⁾.

3- الحبس:

ينتمي الحبس *L'emprisonnement* إلى نوع العقوبات السالبة للحرية إلا أنه يأتي في مرتبة تالية للسجن في سلم العقوبات الجنائية المقررة للجرائم الإرهابية عامة وذلك عندما يحكم فيها بعقوبة الجنحة.

وقد عرفت المادة 18 من قانون العقوبات المصري الحبس وحددت مدته بقولها "عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها. ولا يجوز أن تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة ولا أن تزيد علي ثلاث سنوات إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً".

وتنفذ عقوبة الحبس في أحد السجون العمومية بالنسبة للمحكوم عليهم بالحبس لمدة تزيد علي ثلاثة أشهر، إلا إذا كانت المدة الباقية وقت صدور الحكم أقل من ذلك (بعد استنزال مدة الحبس الاحتياطي مثلاً) ولم يكن المحكوم عليه مودعاً من

STEFANI, LEVASSER, et BOULOC, *Droit pénale général*, 17e (1) éd. Paris, Dalloz. 2000, p.449.

(2) د. أحمد عوض بلال، علم العقاب، الطبعة الأولى، دار الثقافة العربية، القاهرة 1983-1984 ص 162 وما يليها.

(1093) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

قبل في أحد السجون العمومية, أو إذا كانت المدة المحكوم بها أقل من ثلاثة أشهر فإن تنفيذ الحبس يتم في أحد السجون المركزية.

والحبس نوعان: حبس بسيط وحبس مع الشغل: والحبس البسيط الأصل فيه ألا يكلف المحكوم عليه بالقيام بأي عمل داخل السجن إلا إذا ابدى هو رغبته في ذلك (المادة 24 من قانون تنظيم السجون المصري). أما في حالة الحبس مع الشغل فيكلف المحكوم عليه داخل السجن بالقيام بالأعمال التي تعينها الحكومة (المادة 19 من قانون تنظيم السجون المصري). وتعين تلك الأعمال بقرار يصدر من وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير العدل ويكون الحد الأدنى لساعات العمل ست ساعات والحد الأقصى ثمان ساعات في اليوم الواحد (المادة 21 و 22 من قانون تنظيم السجون المصري).

وقد حددت المادة 20 من قانون العقوبات المصري الحالات التي يجب علي القاضي أن يحكم فيها بالحبس مع الشغل في حالتين: الأولى: إذا كانت مدة العقوبة المحكوم بها سنة فأكثر. الثانية: في الأحوال الأخرى المعينة قانوناً بنص خاص حتى ولو كانت مدة العقوبة المحكوم بها أقل من سنة ومن ذلك ما هو منصوص عليه بخصوص السرقات والشروع فيها (المادة 317 و 318 و 319 من قانون العقوبات المصري) وقتل المواشي أو الأضرار بها ضرراً كبيراً أو الشروع في ذلك (المادة 355 من قانون العقوبات المصري).

وفيما عدا تلك الحالات التي يجب فيها الحبس مع الشغل يجوز للقاضي أن يحكم بالحبس مع الشغل أو بالحبس البسيط بحسب ما يتراءى له (فنطاق الحبس البسيط يتحدد بالحالات التي لا يجب فيها الحكم بالحبس مع الشغل).

ثانياً: العقوبات التكميلية:

تتمثل العقوبات التكميلية المقررة لمواجهة تمويل الإرهاب كجريمة جنائية في المصادرة. والمصادرة نزع ملكية كل أموال المحكوم عليه أو بعضاً من هذه الأموال جبراً عنه وبلا مقابل وإضافتها إلي خزانة الدولة⁽¹⁾، إذا ارتكب كفاعل

Voire L'art. 131-21 du Code pénal français Modifié par la Loi (1) n°2012-409 du 27 mars 2012 - art. 16; J-P. Doucet, " La loi pénale " (3e éd.), n° III-240 p.417 et s; CF, Précis de droit pénal général, 16e éd. n°s561 et s.

(1094) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

أصلي أو شارك في جريمة تمويل الإرهاب. والمصادرة قد تكون عامة وترد علي جملة أموال المحكوم عليه وهي جائزة في جرائم الإرهاب وتمويله, وقد تكون خاصة وهي التي ترد علي شيء أو أشياء محددة بالذات⁽¹⁾ وهذا هو ما عنته محكمة النقض المصرية عند تعريفها للمصادرة بأنها "إجراء الغرض منه تملك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بجريمة - قهرا عن صاحبها وبغير مقابل"⁽²⁾. ويشترط لتطبيق عقوبة المصادرة الخاصة أن تقع جريمة, وأن يكون الشيء المصادر مضبوطا, وذو صلة بالجريمة, وأن يصدر بها حكم قضائي.

والمصادرة كعقوبة لا تكون إلا تكميلية, إلا أنه يمكن أن تكون جوازية, وقد تكون تديبياً احترازياً⁽³⁾. والأصل فيها أن تكون تكميلية جوازية في الجنايات والجرح عندما يكون محلها أشياء تعد حيازتها مشروعة ولكنها ذات صلة بالجريمة المرتكبة كالسيارة المستخدمة في تهريب الأموال أو نقلها فحيازتها مشروعة في ذاتها إلا أنه مع ذلك يجوز مصادرتها. إلا أنها قد تكون عقوبة تكميلية وجوبية في حالات محدودة كما في حالة مصادرة ما يدفعه الراشي أو الوسيط علي سبيل الرشوة (المادة 110 من قانون العقوبات المصري) ومصادرة النقود والأمتعة في محلات ألعاب القمار وما شابه ذلك (المادتين 352, 353 من قانون العقوبات المصري).

كما قد تكون المصادرة تديبياً احترازياً وذلك حينما ترد علي أشياء خطيرة تعد حيازتها غير مشروعة وذلك لمنع استخدامها في ارتكاب جرائم في المستقبل كمصادرة سلاح غير مرخص ومصادرة المواد المخدرة. وقد وصفت محكمة النقض المصرية المصادرة في هذه الحالة بقولها "مصادرة وجوبية يقتضيها النظام العام لتعلقها بشيء خارج بطبيعة عن دائرة التعامل وهي علي هذا الاعتبار إجراء

(1) J-P. Doucet, " La loi pénale " (3e éd.), n° III-242 p.419 et s; J-P.

Doucet, « Le jugement pénal » (3e éd.), n° I-III-I-313 p.287.

(2) نقض 17 مايو 1966 , مجموعة أحكام محكمة النقض س 17 رقم 115 ص 639 ؛ ونقض 10 يونيو 1981 , مجموعة أحكام محكمة النقض , س 32 رقم 109 ص 176 ؛ ونقض 16 مارس 1983 , مجموعة أحكام محكمة النقض , س 34 رقم 77 ص 384.

(3) أنظر المواد 30, 31 من قانون العقوبات الأردني, المادة التاسعة من المرسوم التشريعي السوري رقم 27 لعام 2011 , المعدلة للمادة / 15 / من المرسوم التشريعي رقم 33 لعام 2005؛ الفصل 62 من القانون الجنائي المغربي.

بوليسي لا مفر من اتخاذه في مواجهة الكافة"⁽¹⁾. كما قضت ذات المحكمة بخصوص مصادرة سلاح بدون ترخيص بأنه " من المقرر أن مصادرة ما لا يجوز إحرازه أو حيازته من الأشياء التي تخرج بذاتها عن دائرة التعامل إنما هو تدبير عيني وقائي ينصب على الشيء ذاته لإخراجه من تلك الدائرة "⁽²⁾.

وتعد المصادرة من أهم العقوبات المقررة لجريمة تمويل الإرهاب، وتشمل المصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة، وتقضي المحكمة المختصة بمصادرة الأموال محل جريمة تمويل الإرهاب وإيراداتهما والوسائط والأدوات المستخدمة فيها. وعلى ذلك فإذا أصدرت المحكمة حكمها بالإدانة في جريمة تمويل الإرهاب، فعليها أن تصدر قراراً بمصادرة الأموال المتحصلة من الجريمة والتي تم التحفظ عليها.

وقد أكدت هذا الإجراء المادة 8 من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب بقولها: 1- تتخذ كل دولة طرف التدابير المناسبة وفقاً لمبادئها القانونية المحلية لتحديد أو كشف وتجميد أو حجز أي أموال مستخدمة أو مخصصة لغرض ارتكاب الجرائم المبينة في المادة 2، وكذلك العائدات الآتية من هذه الجرائم وذلك لأغراض مصادرتها عند الاقتضاء.

كما أكد قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ على ضرورة التزام الدول الأعضاء بتجميد أموال الإرهابيين ومصادرتها. كما ورد النص على نفس الالتزام في توصيات اللجنة المالية الدولية لمكافحة غسل الأموال (FATF)، حيث أكدت أن على جميع الدول اتخاذ الإجراءات الجدية لتجميد أموال التنظيمات الإرهابية ومصادرتها⁽³⁾.

(1) نقض 20 مارس 1956 , مجموعة أحكام محكمة النقض , س 7 رقم 122 ص 422.

(2) نقض 11 أكتوبر 1992 , رقم 281 س 61 قضائية , مجلة المحاماة , الجزء الأول , ابريل 1994 ص 20 وما يليها.

(3)

www.hm.treasury.gov.uk.combatingthefinancingofterrorism.p.1
0-13

(1096) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

كما نصت المادة 1/12، 2، 3، 4، من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠ على إجراءات المصادرة وضبط العائدات الإجرامية بما فيها بطبيعة الحال العائدات الإجرامية المترتبة على الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، وبما يسري على جريمة تمويل الإرهاب، بقولها:

١- يتعين على الدول الأطراف أن تعتمد إلى أقصى حد ممكن في حدود أنظمتها القانونية الداخلية، ما قد يلزم من تدابير للتمكين من مصادرة:

أ - العائدات الإجرامية المتأتية من الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية أو ممتلكات تعادل قيمتها قيمة تلك العائدات.

ب - الممتلكات أو المعدات أو الأدوات الأخرى التي استخدمت أو يراد استخدامها في ارتكاب جريمة مشمولة بهذه الاتفاقية.

٢- يتعين على الدول الأطراف أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير للتمكين من التعرف على أي من الأصناف المشار إليها في الفقرة (1) من هذه المادة أو اقتفاء أثرها أو تجميدها أو ضبطها، بغرض مصادرتها في نهاية المطاف.

3- إذا كانت العائدات الإجرامية قد حولت أو بدلت جزئياً أو ألياً إلى ممتلكات أخرى، وجب إخضاع تلك الممتلكات بدلاً من العائدات، للتدابير المشار إليها في هذه المادة.

4- إذا كانت العائدات الإجرامية قد اختلطت بممتلكات اكتسبت من مصادر مشروعة، وجب إخضاع تلك الممتلكات للمصادرة في حدود القيمة المقدرة للعائدات المختلطة، دون مساس بأي صلاحيات تتعلق بتجميدها أو ضبطها.

5- يتعين أن تخضع أيضاً للتدابير المشار إليها في ذات المادة على ذات النحو وبنفس القدر المطبقين على العائدات الإجرامية أو المنافع الأخرى المتأتية من العائدات الإجرامية، أو من الممتلكات التي حولت العائدات الإجرامية إليها أو بدلت بها، أو من الممتلكات التي اختلطت بها العائدات الإجرامية.

وأخيراً نشير إلى أن أحكام المصادرة والتجميد باعتباره إجراءً تحفظياً، تنطبق على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين

المطلب الثاني

التدابير الوقائية لمكافحة جريمة تمويل الإرهاب

أوجبت المادة الرابعة من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لسنة 1999 على الدول التي ستنضم إليها أن تعمل على اتخاذ تدابير فعالة لمنع تمويل الإرهاب بقولها: تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة من أجل: (ب) المعاقبة على تلك الجرائم بعقوبات مناسبة تراعي خطورتها على النحو الواجب.

كما فرضت المادة 5 من الاتفاقية على كل دولة طرف اتخاذ التدابير اللازمة وفقاً لمبادئها القانونية الداخلية للتمكين من أن يتحمل كل كيان اعتباري موجود في إقليمها أو منظم في إطار قوانينها المسؤولية إذا قام شخص مسئول عن إدارة أو تسيير هذا الكيان بصفته هذه بارتكاب جريمة منصوص عليها في المادة (2) وقد تكون هذه المسؤولية أما مدنية أو جنائية أو إدارية.

كما ورد التأكيد على ذلك في قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 بالبند (هـ) حيث نص على: ...كفالة إدراج الأعمال الإرهابية في القوانين والتشريعات المحلية بوصفها جرائم خطيرة، وكفالة أن تعكس العقوبات على النحو الواجب جسامة تلك الأعمال الإرهابية، وذلك بالإضافة إلى أي تدابير أخرى قد تتخذ في هذا الصدد.

يمكن تصنيف التدابير الوقائية إلى نوعين من التدابير: التدابير الوقائية الشخصية، والتدابير الوقائية العينية.

أولاً: التدابير الوقائية الشخصية⁽¹⁾: يحتوي هذا النوع من التدابير على ما يلي:

(1) الفصل 62 من القانون الجنائي المغربي، والمادة 25 من قانون العقوبات المصري؛ ART. 131-26 du Code Pénal Français. Cette article stipulait que "L'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur : 1- Le droit de vote ; 2- L'éligibilité ; 3- Le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice ; 4- Le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ; 5- Le droit d'être tuteur ou curateur ; cette interdiction n'exclut pas le droit, après avis conforme du juge des tutelles, le conseil de famille entendu, d'être tuteur ou curateur de ses propres =enfants.

(1098) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

- 1- الحرمان من ممارسة الحقوق (حق أو عدة حقوق) من الحقوق الوطنية أو العائلية وهذا الحرمان من الحقوق الوطنية بالنسبة لمرتكبي الجرائم الإرهابية يشمل:
- أ- عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف العامة وكل الخدمات والأعمال العامة.
- ب- حرمان المحكوم عليه من أن يكون ناخباً أو منتخباً أو حرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية والسياسية ومن حق التحلي بأي رتبة نشان أو وسام.
- ت- عدم الأهلية للقيام بأعمال الخبرة، وعدم الأهلية للشهادة أمام القضاء مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال.
- ث- عدم أهلية المحكوم عليه لن يكون وصياً أو مشرفاً على غير أولاده أو إدارة مدرسة أو العمل في مؤسسة للتعليم كأستاذ أو مدرس أو مراقب.
- ج- عدم أهلية المحكوم عليه للتصرف بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية المختصة، أو لإدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله.
- 2- الإيجابار على الإقامة بمكان معين: يجوز للمحكمة أن تحكم بالإيجابار على الإقامة بمكان معين كتدبير وقائي ضد المحكوم عليه إذا تبين لها أن الشخص متابع بإحدى الجرائم الإرهابية وأن له نشاط معتاد يمثل خطراً على النظام العام.
- 3- المنع من الإقامة: يقصد بالمنع من الإقامة منع المحكوم عليه في جريمة إرهابية من أن يتواجد بأماكن معينة إذا اعتبرت المحكمة- نظراً لطبيعة الفعل المرتكب وشخصية فاعله أو لظروف أخرى - أن إقامة المحكوم عليه بالأماكن المشار إليها يمثل خطراً على النظام العام أو على أمن الأشخاص.

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille ne peut excéder une durée de dix ans en cas de condamnation pour crime et une durée de cinq ans en cas de condamnation pour délit. La juridiction peut prononcer l'interdiction de tout ou partie de ces droits. L'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique.

4- عدم الأهلية لمزاولة جميع الوظائف والخدمات العمومية: يجوز للمحكمة أن تصرح بمقتضى قرار خاص بأن الجريمة الإرهابية المرتكبة لها علاقة مباشرة بمزاولة الوظيفة أو الخدمة وأن إدانة المحكوم عليه في جريمة إرهابية لا يتلاءم ومزاولة الوظيفة أو الخدمة على الوجه المرضي.
ثانياً: التدابير الوقائية العينية:

تتمثل التدابير الوقائية في نوعين من التدابير: 1- مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة أو الأشياء الضارة أو الخطيرة أو المحظور امتلاكها. 2- إغلاق المحال أو المؤسسات التي استعملت في ارتكاب الجريمة

1- المصادرة: تنصب المصادرة كتدبير وقائي عيني على الأدوات أو الأشياء التي يكون صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو بيعها جريمة ولو كانت هذه الأدوات أو الأشياء في ملك الغير ولو لم يصدر حكم الإدانة ضد المالك الحقيقي لتلك الأشياء أو الأدوات والذي تكون حيازته لها حيازة مشروعة، ومثال ذلك حالة الصيدلي الذي يتعرض لسرقة بعض المواد السامة أو الأدوية⁽²⁾.

2- الإغلاق: ينصب الإغلاق كتدبير وقائي عيني على المحلات التجارية أو الصناعية التي تستعمل لارتكاب الجرائم الإرهابية إما بإساءة المكلفين بها استغلال الإذن أو الرخصة المحصل عليها، وإما بسبب عدم مراعاة النظم الإدارية والمنظمة لممارسة التجارة والصناعة. وينتج عن الأمر بالإغلاق (أي المحل التجاري أو الصناعي أو أية مؤسسة أخرى) في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، منع المحكوم عليه من مزاولة نفس المهنة أو النشاط لذلك المحل. وهذا المنع لا ينحصر فقط في صاحب المحل بل يمتد كذلك إلى أفراد أسرته أو إلى غيره ممن يكون قد باع المحل أو اكتراه أو سلمه إليه. ويسري هذا المنع كذلك في حق الشخص المعنوي أو

(2) الفصل 62 من القانون الجنائي المغربي؛ والمادة 30 من قانون العقوبات
المصري؛ ART. 225-22 du Code Pénal Français. Cette article stipulait que " Les personnes physiques ou morales coupables de l'une des infractions prévues par l'article 225-10 encourent également les peines complémentaires suivantes : 3- La confiscation du fonds de commerce.

الهيئة التي كان ينتمي إليها المحكوم عليه أو كان يعمل لحسابها وقت ارتكاب الجريمة الإرهابية وإغلاق المحل يمكن أن يكون نهائياً أو مؤقتاً⁽³⁾.

الباب الثاني

الجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب

تمهيد وتقسيم:

يرى الباحث أن هناك بعضاً من صور السلوك الإجرامي المتعلق بجريمة تمويل الإرهاب التي يجب اعتبارها من الجرائم الملحقة بتمويل الإرهاب، وذلك نظراً لاحتوائها على سلوك إجرامي مشابه للسلوك الإجرامي لجريمة التمويل المتمثل في جمع الأموال أو تقديمها لأعمال الإرهاب، مما يجدر معه تجريمها على استقلال ذلك على الرغم من تداخل بعض أنشطتها الإجرامية في النشاط الإجرامي لجريمة التمويل. ويرى الباحث أيضاً أن الهدف من ذلك هو التنبيه على أهمية هذه الجرائم ووجوب النص عليها باعتبارها جرائم ملحقة بجريمة تمويل الإرهاب والعقاب عليها بهذا الوصف.

ومن الجدير بالذكر هنا أن الحديث عن الجرائم الملحقة بجريمة تمويل

الإرهاب Les Infractions attachées au financement du terrorisme لا يقصد منه الحديث عن الجرائم المرتبطة بالإرهاب مثل تجارة المخدرات والرقيق، وغسل الأموال وتجارة الأسلحة، لأن هذه الجرائم، مثلها مثل جريمة تمويل الإرهاب ذاتها، هي جرائم مرتبطة بالإرهاب، وليس بتمويل الإرهاب وتتضح

(3) الفصل 62 من القانون الجنائي المغربي؛ قانون المحال العامة رقم 371 لسنة 1957، الذي قرر إغلاق المحال التي تدار بغير ترخيص؛-ART. 225 du Code Pénal Français. Cette article stipulait que "Les personnes physiques ou morales coupables de l'une des infractions prévues par l'article 225-10 encourent également les peines complémentaires suivantes : 1- Le retrait définitif de la licence de débit de boissons ou de restaurant ; 2- La fermeture, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de la totalité de l'établissement ou des parties de l'établissement utilisées en vue de la prostitution....". STEFANI G. LEVASSEUR G . BOULOC B., droit pénal général , 2000 . op. cit. p.465 et s ; PRADEL J. , Droit pénal comparé, 2e éd. Précis Dalloz, Paris, no. 590 et s p. 738 et s.

(1101) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

علاقتها بتمويل الإرهاب عند النظر إليها باعتبارها مصدر من مصادر التمويل (جمع المال أو تقديمه) والذي يمثل السلوك الإجرامي في جريمة التمويل. وعلى ذلك فالمقصود بالجرائم الملحقة بتمويل الإرهاب، الجرائم التي تحتوي على سلوك إجرامي مشابه للسلوك الإجرامي لجريمة التمويل المتمثل في جمع الأموال أو تقديمها لأعمال الإرهاب؛ كسوء استغلال الأشخاص أو الهيئات لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية، وكتقديم خدمات مالية أو إتاحة تلك الخدمات لأشخاص آخرين، وكالتسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب. وذلك كله بنيّة أن تستخدم هذه الأموال أو الخدمات، أو مع العلم بأن الأموال والخدمات ستستخدم، كلياً أو جزئياً، للقيام بعمل إرهابي، أو القيام بأي عمل يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال عدائية في حالة نشوب نزاع مسلح، عندما يكون غرض هذا العمل، بحكم طبيعته أو في سياقه، موجهاً لترويع السكان، أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا الباب إلى فصلين: نخصص الفصل الأول لتحديد الجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب، والفصل الثاني للأحكام الخاصة بهذه الجرائم.

الفصل الأول

تحديد الجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب

سنحاول في هذا الفصل تحديد الجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب على النحو التالي: *Les Infractions attachées au financement du terrorisme*، وذلك

أولاً: جريمة سوء استغلال الأشخاص أو الهيئات لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية.

ثانياً: جريمة تقديم خدمات مالية أو إتاحة تلك الخدمات لأشخاص آخرين لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية.

ثالثاً: جريمة التسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب بأي وسيلة كان.

وذلك كله مع ضرورة توافر القصد الجنائي المتمثل في نية استخدام الأموال أو الخدمات، أو مع العلم بأن الأموال والخدمات ستستخدم، كلياً أو جزئياً، للقيام بعمل إرهابي، أو القيام بأي عمل يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال عدائية في حالة نشوب نزاع مسلح، أو عندما يكون غرض هذا العمل، بحكم طبيعته أو في سياقها، موجهاً لترويع السكان، أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به، أو التسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب. وسنتحدث عن كل جريمة من هذه الجرائم بمزيد من التفصيل في مبحث مستقل.

المبحث الأول

سوء استغلال الأشخاص أو الهيئات لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية ورد النص على هذه الجريمة ضمن توصيات فريق العمل المالي FATF الثمانية التي أصدرها لمكافحة تمويل الإرهاب، والتي ناشدت جميع البلدان إلى تبنيها وتنفيذها، حيث إن تنفيذ هذه التوصيات سيحرم الإرهابيين ومن يدعمهم من الوصول إلى النظام المالي الدولي (المصارف) وقد ورد النص على هذه الجريمة في التوصية الثامنة، والتي جاءت على النحو التالي⁽⁴⁾: 8- يجب على البلدان فحص مدى ملائمة وكفاية القوانين والأنظمة المتعلقة بالكيانات التي يمكن استغلالها لتمويل الإرهاب، وتعتبر المنظمات غير الربحية بشكل خاص عرضة لذلك الأمر، ويجب على البلدان الحرص على عدم إساءة هذه الكيانات: (أ) من قبل المنظمات الإرهابية التي تتظاهر بأنها كيانات شرعية. (ب) أو كفتوات لتمويل الإرهابيين، بما في ذلك التهرب من الإجراءات الخاصة بتجميد الموجودات. (ج) لحجب أو إخفاء التحويلات السرية للأموال المخصصة لتحقيق أهداف غير شرعية أو المنظمات الإرهابية⁽⁵⁾.

(4) نشرت الأمانة العامة لمجموعة العمل المالي بشأن غسل الأموال (FATF - GAFI) مذكرة حول أفضل الممارسات الدولية التي يمكن اتخاذها لمكافحة سوء استغلال الهيئات التي لا تستهدف الربح. أنظر "المكافحة الدولية لسوء استغلال الهيئات التي لا تستهدف الربح"، 11 أكتوبر 2000،

www.fatf-gafi.org/terfinance_fr.htm.

(5) أنظر في هذه التوصيات: <http://www.fatf-gafi.org/>؛ وأنظر أيضاً: سمير الشاهد: دور لجنة العمل المالي الدولي في مجال غسل الأموال وتمويل

(1103) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وكان قرار الجمعية العامة (51/210) لسنة 1996 قد أثار في فقرته الفرعية 3(و)(6) مسألة بعض المنظمات ذات الأهداف الخيرية أو الاجتماعية أو الثقافية أو التي تدعي أنها كذلك.

وقد طالب قرار مجلس الأمن رقم 1373 كافة الدول "بمنع ووقف تمويل الأعمال الإرهابية"⁽⁷⁾، كما حثت الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب (1999) الدول الأطراف أن تتعاون لكي "تحظر، في أقاليمها، الأنشطة، غير المشروعة التي يقوم بها عن علم المشجعون على (الجرائم الخاصة بتمويل الإرهاب) أو المحرضون عليها أو منظموها أو مرتكبوها من أشخاص ومنظمات"⁽⁸⁾.

ويناط بالدول، في مواجهة المؤشرات التي تنبئ عن استخدام الهيئات التي لا تستهدف الربح إرسال الأموال الموجهة لخدمة الإرهاب، أن تعيد النظر بشأن صلاحية قوانينها ولوائحها الخاصة بالكيانات الممكن استخدامها لتمويل الإرهاب. ونظراً لعدم تمتع الهيئات التي لا تستهدف الربح بالقوة الكافية، فإنه ينبغي على الدول أن تتأكد من عدم استغلال هذه الهيئات من قبل المنظمات الإرهابية بسبب وضعها ككيانات مشروعة. يتعين أيضاً تفادي استغلال الإرهابيين للكيانات المشروعة كوسيلة لتمويل أعمالهم الإجرامية وذلك بالطبع عن طريق الإرسال الخفي والسري للأموال الموجهة لأهداف مشروعة بغية تمويل وإمداد المنظمات الإرهابية⁽⁹⁾.

ويمكن وصولاً إلى ذلك، أن يتم سن ووضع إجراءات خاصة للتسجيل والاكنتاب في الجمعيات والمنظمات التي لا تستهدف الربح، والإيداع في سجلات

الإرهاب، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأكاديمية العربية للعلوم المصرفية الحادي عشر والمنعقد بالتنسيق مع وحدة مكافحة غسل الأموال وتنوع أساليبه والعمل الدولي لمكافحته"، الفترة من 13 : 15 يونيو 2004، اليوم الثاني.

(6) تكرر نص هذه الفقرة الفرعية في الفقرة السادسة من ديباجة الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب.

(7) الفقرة الفرعية 1 (أ).

(8) المادة (18) (1) أ.

(9) نشرت الأمانة العامة لمجموعة العمل المالي بشأن غسل الأموال (FATF - GAFI) مذكرة حول أفضل الممارسات الدولية التي يمكن اتخاذها لمكافحة سوء استغلال =الهيئات التي لا تستهدف الربح. انظر "المكافحة الدولية لسوء استغلال الهيئات التي لا تستهدف الربح"، 11 أكتوبر 2000،

www.fatf-gafi.org/terfinance_fr.htm

(1104) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

مستوفاة التفاصيل، والإعلان عن كل تبرع بمبلغ كبير، وإتباع نظام محاسبي شديد الدقة يمكن من الإطلاع على كافة المعاملات المالية الخاصة بتلك الجمعيات أو الهيئات. ويمكن لهذه الالتزامات أن تكون محل النطق بعقوبات. أيضاً، ينبغي أن يتم حظر أو تصفية كل جمعية أو مؤسسة تقوم، عن علم، بالتشجيع على أحد الجرائم المبينة أو التحريض عليها أو تنظيمها أو ارتكابها.

المبحث الثاني

تقديم خدمات مالية أو إتاحة تلك الخدمات لأشخاص آخرين لأغراض

تمويل الأنشطة الإرهابية

ورد النص على هذه الجريمة ضمن توصيات فريق العمل المالي FATF الثمانية لمكافحة تمويل الإرهابيين، والتي ناشدت جميع البلدان إلى تبنيتها وتنفيذها، حيث إن تنفيذ هذه التوصيات سيحرم الإرهابيين ومن يدعمهم من الوصول إلى النظام المالي الدولي (المصارف) وذلك حيث نصت التوصية السادسة على أنه: 6- يجب على كل بلد اتخاذ إجراءات مناسبة للتأكد من أن الأشخاص أو الكيانات القانونية، بما في ذلك الوكلاء، الذين يقومون بتوفير خدمة نقل الأموال أو العملة، بما في ذلك النقل عبر نظام أو شبكة غير رسمية لتحويل المال أو العملة، مرخصين ومسجلين وملتزمين بجميع توصيات فريق العمل المالي والتي تطبق على المؤسسات المالية المصرفية وغير المصرفية، وعلى كل بلد أن يحرص على أن ينال الأشخاص أو الكيانات القانونية التي تقوم بتقديم هذه الخدمة بشكل غير قانوني عقوبات حكومية، مدنية أو جنائية.

كما ورد التأكيد على تجريم تقديم خدمات مالية أو إتاحة تلك الخدمات لأشخاص آخرين لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية، في قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 بالبند 1 (د) حيث نص على: تحظر على رعاية هذه الدول أو على أي أشخاص أو كيانات داخل أراضيها إتاحة أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية أو خدمات مالية أو غيرها بصورة مباشرة أو غير مباشرة للأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً إرهابية أو يحاولون ارتكابها أو يسهلون أو يشاركون في ارتكابها أو للكيانات التي يمتلكها أو يتحكم فيها بصورة مباشرة أو غير

مباشرة هؤلاء الأشخاص أو للأشخاص والكيانات التي تعمل باسم هؤلاء الأشخاص أو بتوجيه منهم.."⁽¹⁰⁾.

المبحث الثالث

التسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب

ورد النص على هذه الجريمة ضمن توصيات فريق العمل المالي FATF الثمانية لمكافحة تمويل الإرهابيين، والتي ناشدت جميع البلدان إلى تبنيها وتنفيذها، حيث إن تنفيذ هذه التوصيات سيحرم الإرهابيين ومن يدعمهم من الوصول إلى النظام المالي الدولي (المصارف) وذلك حيث نصت التوصية الثامنة فقرة (ج) بقولها: 8- يجب على البلدان فحص مدى ملائمة وكفاية القوانين والأنظمة المتعلقة بالكيانات التي يمكن استغلالها لتمويل الإرهاب ... (ج) لحجب أو إخفاء التحويلات السرية للأموال المخصصة لتحقيق أهداف غير شرعية أو المنظمات الإرهابية. وتشير المذكرات التوجيهية لفريق العمل المالي إلى أنه "يتعين على الدول أن تتأكد من أن هذه الكيانات لا يمكن استخدامها لتسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب تجنباً للتدابير والإجراءات الخاصة بتجميد الممتلكات، أو إخفاء عمليات تحويل الأموال المشروعة وتوجيهها لمنظمات إرهابية".

واللجوء للهيئات التي لا تستهدف الربح لإرسال أو نقل الأموال التي تخدم الأنشطة الإرهابية، اتجاهاً يبعث على الاهتمام والقلق وذلك لصعوبة التمييز بين هذه الأموال والأموال الأخرى التي تديرها بالفعل تلك الكيانات بأهداف غير ربحية. وفي الواقع، فإن الاختلاف الوحيد ما بين التبرع المشروع وغير المشروع لصالح أو بواسطة هيئة لا تستهدف الربح يكمن في النية أو القصد المنشود من العملية. كما أنه يمكن أيضاً في بعض الحالات، أن تكون إدارة الكيان نفسه تجهل بواقع استخدام هذا التبرع في أغراض غير مشروعة.

الفصل الثاني

(10) أنظر: الوثيقة رقم (2001) S/RES/1373 والنص الكامل لقرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 على الموقع التالي: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/41/PDF/N0155741.pdf?OpenElement>

الأحكام الخاصة بالجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب
يمكن لنا استنباط الأحكام الخاصة بالجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب،
وذلك وفقاً للقواعد العامة، على النحو التالي:

أولاً: الركن الشرعي: يتمثل الركن الشرعي في ذات النصوص التي تجرم تمويل الإرهاب ذاته، حيث إن هذه الجرائم هي جرائم ملحقة بجريمة التمويل وهي بمثابة صور خاصة لتمويل الإرهاب، إلا أنه، وكما سبق لنا القول، من الملائم أن تقرد التشريعات الجنائية نصوصاً خاصة لهذه الجرائم حتى يتضح بجلاء الركن الشرعي لهذه الجرائم.

ثانياً: الركن المادي: يتمثل الركن المادي للجرائم الملحقة بجريمة تمويل الإرهاب في السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية بينهما، وبالنسبة للسلوك فيتمثل في؛ سوء استغلال الأشخاص أو الهيئات لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية، أو تقديم خدمات مالية أو إتاحة تلك الخدمات لأشخاص آخرين لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية، أو التسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب بأي وسيلة كان. وأما النتيجة الإجرامية فتتمثل في حصول؛ استغلال للأشخاص أو الهيئات بما يدفعها إلى تمويل الأنشطة الإرهابية، أو في تقديم أي خدمة مالية أو إتاحة تلك الخدمة لأشخاص آخرين بهدف تمويل الأنشطة الإرهابية، أو في حصول التسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب، دون اعتداد بالوسيلة التي يتم بها ذلك. مع ضرورة توافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة الإجرامية، فإذا انقطعت علاقة السببية بينهما فلا قيام لأي من هذه الجرائم.

ويستوي في تحقق جريمة سوء استغلال الأشخاص أو الهيئات لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية أن يقع الاستغلال على شخص أو على هيئة من الهيئات. وبلا شك فإن تقديم خدمات مالية أو إتاحة تلك الخدمات لأشخاص آخرين لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية يعتبر من قبيل تسهيل تمويل الإرهاب إلا أن هذه الجريمة تختلف عن جريمة التسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب في عدم تحديد الوسيلة حيث قد يتم التسهيل أو التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب بأي وسيلة أخرى غير تقديم خدمات مالية أو إتاحة تلك الخدمات لأشخاص آخرين، سواء من خلال تقديم خدمات إدارية أو معلوماتية أو لوجستية أو أية خدمات أخرى من أي

نوع، ويرجع السبب في ذلك في محاولة الإحاطة بالتجريم بكافة أنواع السلوك الإجرامي المتصور وقوع جريمة التمويل من خلاله.

ومما هو جدير بالذكر أن جريمة التستر على أنشطة لتمويل الإرهاب تعد من بعض الوجوه من باب غسل الأموال، وذلك عندما تتحول المؤسسات المصرفية التي تستتر على أنشطة تمويل الإرهاب إلى أداة لغسل الأموال المشبوهة المودعة لديها وإخفاء مصدرها، حيث قد يصل الأمر إلى قيام هذه المؤسسات باستثمار هذه الأموال القذرة في مجالات شتى وتمويل بعض الأنشطة التي قد تكون بدورها مشبوهة أو متعلقة بتمويل الإرهاب. إلا أنه يمكننا التفرقة بين الجريمتين بالقول بأن جريمة التستر على أنشطة تمويل الإرهاب تنتهي عندما تقوم المؤسسة المالية بنشاط إيجابي لإخفاء مصدر الأموال المشبوهة أو القذرة المودعة لديها، أما مجرد إيداع الأموال المشبوهة لدى المؤسسة المالية أو المصرفية وقيام هذه المؤسسة بإخفاء مصدرها أو التستر عليه فهو من قبيل التستر على تمويل أنشطة متعلقة بتمويل الإرهاب متى تم ذلك بسوء نية أو بتواطؤ من قبل القائمين على أمر تلك المؤسسة المالية مع علمهم بأن هذه الأموال ستستخدم كلياً أو جزئياً لأرتكاب عمل إرهابي، سواء وقع العمل المذكور أو لم يقع.

وتتطبق على هذه الجرائم فيما يخص الشروع والاشتراك ذات الأحكام الخاصة التي تنطبق على جريمة التمويل ذاتها فنحيل إلى ما سبق ذكره في هذا الشأن تجنباً للتكرار والإطالة.

ثالثاً: الركن المعنوي: يتمثل الركن المعنوي للجرائم الملحقمة بجريمة تمويل الإرهاب في القصد الجنائي العام *Dol criminel général* كما هو الحال بالنسبة للركن المعنوي لجريمة تمويل الإرهاب، والذي هو إرادة الجاني السلوك الخاص بكل جريمة على حدة، هذا بالإضافة إلى القصد الجنائي الخاص *Dol criminel spécial ou spécifique* الذي يتجلى واضحاً في إرادة الجاني " تمويل الإرهاب عن طريق نشاط من أنشطة الجرائم الملحقمة بتمويل الإرهاب، على النحو المبين إليه سابقاً، وذلك بهدف القيام بعمل إرهابي أو لتمويل منظمة إرهابية أو شخص إرهابي".

- ولذا فإن هذا الركن تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة للركن المعنوي لجريمة تمويل الإرهاب، لذا نحيل إلى هذه الأحكام لعدم التكرار⁽¹¹⁾.
- رابعاً: بشأن العقوبات الخاصة بالجمعيات والمنظمات التي لا تستهدف الربح: تعاقب الجمعيات والمنظمات التي لا تستهدف الربح بإحدى العقوبات الآتية:
- (أ) غرامة (يتم تحديد قيمتها وفقاً لأحكام القانون الداخلي لكل دولة).
- (ب) الحظر المؤقت لممارسة أنشطة الجمعية أو المنظمة لمدة محددة وفقاً لأحكام القانون الداخلي لكل دولة.
- (ج) تصفية الجمعية أو المنظمة.

الباب الثالث

مكافحة تمويل الإرهاب على المستوى الدولي والمحلي

تمهيد وتقسيم:

تمثل مكافحة تمويل الإرهاب حجر الزاوية في الحرب على الإرهاب ومكافحته، وذلك لأن المال هو بمثابة الشريان الرئيسي المغذي للجماعات الإرهابية والضمان الحقيقي والأساسي لبقائها واستمرارها، فمن خلال التمويل تتمكن الجماعات الإرهابية من القيام بأهدافها التي وجدت من أجلها؛ والتي من أهمها تجنيد الإرهابيين وإعدادهم وتدريبهم، ومن خلال هذا التمويل توفر هذه الجماعات المستلزمات اللوجستية والمعلوماتية والمادية (المسكن والمعسكرات والتمويل) وأدوات التنفيذ للعمليات الإرهابية من أسلحة ومتفجرات وآليات، وهكذا فالتمويل هو أساس نجاح العمليات الإرهابية والعنصر الفاعل في تحقيق أهدافها.

ونظراً لأهمية مكافحة تمويل الإرهاب فإن المؤسسات والمنظمات الدولية تتكاتف في مكافحته، وذلك من أجل تجفيف منابع التمويل ومن ثم الحد من الجرائم الإرهابية والتي تستند على أموال هذا التمويل. ومن أهم المؤسسات والمنظمات الدولية الفاعلة في مكافحة تمويل الإرهاب ما يلي:

- 1- الجمعية العامة للأمم المتحدة.
- 2- مجلس الأمن الدولي.

(11) راجع الفرع الثالث من المطلب الأول من الفصل الثاني من الباب الأول والخاص بالركن المعنوي لجريمة تمويل الإرهاب.

(1109) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

3- البرنامج الدولي لمكافحة غسيل الأموال Global program against money laundering.

4- فريق العمل المالي الدولي "FATF Financial Action Task Force".

5- لجنة مكافحة الإرهاب المشكلة بموجب قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1373).

6- صندوق النقد والبنك الدولي "CTC Counter Terrorism Committee".

كما أن المجتمع الدولي متمثلاً في المؤسسات والمنظمات الدولية السابقة حثت جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وجميع دول العالم بتبني إجراءات صارمة لمكافحة تمويل الإرهاب وتجفيف مصادره كخطوة أساسية وهامة لمكافحة الإرهاب، مما حدا بالدول على اختلاف تشريعاتها إلى إصدار العديد من التشريعات لمواجهة تمويل الإرهاب.

ومما لا شك فيه فإن أهم وسيلة لمكافحة تمويل الإرهاب هي اعتباره جريمة جنائية يجب مواجهتها بعقوبات صارمة، وهو ما سبق أن تناولناه في الباب الأول والثاني من هذا البحث. الأمر الذي قد لا نتعرض إليه في هذا الباب إلا بما يلزم من سياق الحديث.

وبناءً على ما تقدم سينصب حديثنا في هذا الباب الثالث والأخير من هذا البحث على الجهود الدولية والمحلية لمكافحة تمويل الإرهاب، وذلك في فصلين متتاليين؛ نخصص الأول للجهود الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب، بينما نخصص الثاني للجهود المحلية لمكافحة تمويل الإرهاب من خلال تتبع بعض التشريعات الأجنبية والعربية وتناول الإجراءات التي اتخذتها هذه الدول في هذا الصدد.

الفصل الأول

الجهود الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب

تمثل مكافحة تمويل الإرهاب أولوية قصوى وأهمية بالغة بالنسبة للمجتمع الدولي، لذا فهناك العديد من المؤسسات والمنظمات الدولية التي اهتمت بمكافحة تمويل الإرهاب، ويأتي في مقدمة هذه المؤسسات والمنظمات منظمة الأمم المتحدة بفرعها الجمعية العامة، ومجلس الأمن الدولي، كما اهتم البرنامج الدولي لمكافحة غسيل الأموال Global program against money laundering بمكافحة

تمويل الإرهاب، كما أصدر فريق العمل المالي الدولي Financial Action Task Force "FATF" العديد من التوصيات في هذا الشأن، وكذلك لجنة مكافحة الإرهاب "CTC" Counter Terrorism Committee المشكلة بموجب قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1373)، وصندوق النقد والبنك الدولي، وأخيراً توجد مجموعة من الجهود الأوروبية والعربية لمكافحة تمويل الإرهاب.

وسنتحدث عن هذه الجهود بشيء من التفصيل:

أولاً: جهود الأمم المتحدة بفرعها لمكافحة تمويل الإرهاب:

كان الإرهاب مدرجاً على جدول أعمال الأمم المتحدة منذ عقود، وقد وضعت حوالي 12 اتفاقية في إطار نظام الأمم المتحدة لمكافحة أنشطة إرهابية معينة والتي كان من بينها تمويل الإرهاب، وقد دأبت الدول الأعضاء في الجمعية العامة للأمم المتحدة على زيادة تنسيق جهودها في مجال مكافحة الإرهاب وتمويله من خلال وضع العديد من القواعد والإجراءات القانونية التي تكفل ذلك، كما كان مجلس الأمن قائماً بدوره في هذا المجال حيث أصدر العديد من القرارات وأنشأ العديد من الهيئات الفرعية لمكافحة كافة صور الأنشطة الإرهابية على اختلاف أشكالها، وكذلك قامت العديد من برامج الأمم المتحدة ومكاتبها ووكالاتها بالمشاركة في وضع العديد من التدابير والبرامج لمساعدة الدول في مكافحة الإرهاب بكافة صورة وأشكاله. ومما هو جدير بالذكر أن الأمم المتحدة بفرعها المختلفة قد اعتمدت آليات وإجراءات فعالة ومحددة لمكافحة تمويل الإرهاب على المستوى الدولي، وكثير من هذه الآليات والإجراءات له طبيعة إلزامية للدول الأعضاء في الأمم المتحدة بما يحقق التكامل بين الجهود الوطنية والإقليمية والدولية. وسنذكر أهم هذه الجهود، على النحو التالي:

1 - الجمعية العامة ومكافحة تمويل الإرهاب:

بذلت الجمعية العامة للأمم المتحدة العديد من الجهود لمكافحة الإرهاب بصفة عامة وتمويله بصفة خاصة. ففي سنة 1972 أنشأت الجمعية العامة أول لجنة متخصصة معنية بالإرهاب الدولي وذلك لوضع التدابير الرامية إلى منع الإرهاب الدولي الذي يعرض للخطر أرواحاً بشرية بريئة أو يودي بها أو يهدد الحريات الأساسية، ودراسة الأسباب الكامنة وراء أشكال الإرهاب وأعمال العنف الناجمة عن

البؤس وخيبة الأمل والضيم والقنوط التي تحمل بعض الناس على التضحية بالأرواح البشرية، بما في ذلك أرواحهم، في محاولة لإحداث تغييرات جذرية⁽¹²⁾. وفي عام 1994 اعتمدت الجمعية العامة إعلاناً بشأن التدابير الرامية إلى القضاء على الإرهاب الدولي. كما دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 210/51 الصادر في 17 ديسمبر 1996م، في الفقرة 3(و) منه، كل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إلى اتخاذ خطوات، بالوسائل الداخلية الملائمة، لمنع تمويل الإرهابيين والمنظمات الإرهابية والحيلولة دون هذا التمويل، سواء كان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق منظمات ذات أهداف خيرية أو اجتماعية أو ثقافية أو تدعي ذلك، أو تعمل أيضاً في أنشطة غير مشروعة مثل الاتجار غير المشروع بالأسلحة والمخدرات وابتزاز الأموال، بما في ذلك استغلال الأشخاص لأغراض تمويل الأنشطة الإرهابية، والنظر بصفة خاصة، إذا اقتضت الحالة، في اعتماد تدابير تنظيمية لمنع تحركات الأموال المشتبه في أنها لأغراض إرهابية، والتصدي لهذه التحركات، دون وضع عقبات بأي حال أمام الحق في حرية انتقال رؤوس الأموال المشروعة، وفي توسيع نطاق تبادل المعلومات المتعلقة بالتحركات الدولية لهذه الأموال.

كما أنشأت الجمعية العامة في سنة 1996 أيضاً، لجنة متخصصة جديدة لوضع اتفاقيات دولية بشأن الإرهاب. كما أصدرت الجمعية العامة قرارها رقم 108/53 المؤرخ بتاريخ 8 كانون الأول/ديسمبر 1998، الذي قررت فيه أن تقوم اللجنة المختصة المنشأة بموجب قرار الجمعية العامة 120/15 المؤرخ 17 كانون الأول/ديسمبر 1996 بوضع مشروع لاتفاقية دولية لقمع تمويل الإرهاب استكمالاً للصكوك الدولية القائمة ذات الصلة.

وفي سنة 1999 أبرمت الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب، والتي تمت الموافقة عليها من الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الرابعة والخمسون

(12) أنظر: "قرار الجمعية العامة رقم 3034 الدورة 27، السجلات الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 27، الجلسة 2114، الملحق 30 صفحة 19، وثيقة الأمم المتحدة 1972/A/8730، BASSIOUNI Cherif, International terrorism :Acompilation of U.N.Documents(1972-2001)91 (transnational publishers 2001), p. 121 n° 1.

(1112) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

بجلستها رقم (76) في 9 ديسمبر 1999م. وتم التوقيع عليها من ممثلي الدول الأعضاء بالأمم المتحدة في 10/4/2000 م. وقد تضمنت ، 28 مادة، كما تتضمن مبادئ وأحكام عامة تتعلق بإجراءات مكافحة تمويل الإرهاب الدولي، وتضمن أيضاً أحكام تتعلق بتجريم تمويل الإرهاب.

ومما لا شك إن هذه الاتفاقية هي من أهم الاتفاقيات الدولية التي جرت تمويل الإرهاب، وقد تضمنت هذه الاتفاقية 28 مادة، كما تضمنت مبادئ وأحكام عامة تتعلق بإجراءات مكافحة تمويل الإرهاب الدولي، هذا بالإضافة إلى الأحكام التي تتعلق بتجريم تمويل الإرهاب.

وقد حددت هذه الاتفاقية المفاهيم ذات العلاقة بتمويل الإرهاب وأساليب التمويل والعمليات والنشاطات ذات العلاقة، ثم حددت المقصود بجريمة تمويل الإرهاب، وأركانها، واشترائط توافر العنصر الأجنبي فيها لسريان أحكام الاتفاقية عليها، وأعمال المساهمة التبعية فيها، وتجريم أفعال تمويل الإرهاب التي يقوم بها أو يساهم فيها أحد الأشخاص المعنوية، كما حددت الإجراءات المطلوبة دولياً ووطنياً، لمنم وتجريم تمويل الإرهاب والاختصاص القضائي للدول ومجال الاتفاقية.

كما ألزمت الاتفاقية الدول الموقعة عليها باتخاذ كافة الإجراءات المتوافقة مع تشريعاتها الوطنية لتحديد واكتشاف وتجميد وحجز أية أموال ومتحصلات استخدمت أو وجهت لارتكاب أي أعمال أو نشاطات إرهابية، وكيفية التصرف في هذه الأموال ومصادرتها واقتسامها وتعويض الضحايا في الدولة الواحدة وبين دولتين أو أكثر، والتحقيق في القضايا ذات العلاقة، والتأكد من عدم تمكن الأشخاص المتورطين في قضايا تمويل الإرهاب من تقاضي التحقيق، أو التقديم للعدالة وتبادل المعلومات والمجرمين بين الدول ذات العلاقة، حسب القوانين الوطنية واتفاقيات التعاون الأمني، واتفاقيات تبادل المجرمين.

كما ألزمت الاتفاقية الدول الموقعة عليها بمنع أي أشخاص أو منظمات تقوم عن علم بتشجيع أو إثارة أو تنظيم أو الاشتراك في النشاطات المتعلقة بتمويل الإرهاب على أراضيها.

كما ألزمت الاتفاقية الدول الموقعة عليها باتخاذ الإجراءات الكفيلة التي ترفع كفاءة المؤسسات المالية والتجارية والقانونية والتأكد من نظامية ترخيصها ومدى

التزامها بأداء أدوارها في المنع والاكتشاف وتقديم المعلومات والتعاون في مجال مكافحة تمويل الإرهاب خصوصاً في مراقبة حركة الأموال، وفتح الحسابات والتأكد من هوية الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين والإبلاغ عن العمليات والأشخاص والمؤسسات المشبوهة حالاً من غير إشعار المتورطين بذلك، وحفظ المعلومات والسجلات والوثائق لفترة لا تقل عن خمس سنوات، وبتنسيق أعمال مراقبة حركة الأموال وإجرائاتها والاكتشاف والمنع بين الأجهزة الوطنية وتكثيف التعاون بينها، ومع الدول الأخرى من خلال منظمة الشرطة الجنائية الدولية (Interpol) وتقديم المعلومات للأمم المتحدة ومنظماتها وأجهزتها ذات العلاقة، لإتاحتها للدول الأعضاء وغيرها.

وفي عام 2006، اعترفت إستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب⁽¹³⁾ بأنه "يمكن اعتبار مسألة إنشاء مركز دولي لمكافحة الإرهاب جزءاً من الجهود الدولية الرامية إلى تعزيز مكافحة الإرهاب". وستتحدث عن هذه الإستراتيجية على استقلال فيما بعد.

وفي سبتمبر 2011، وُقِع اتفاق يتعلق بالمساهمات بين الأمم المتحدة والبعثة الدائمة للمملكة العربية السعودية لدى الأمم المتحدة لإنشاء مركز الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب. وقد أقرت الجمعية العامة في قرارها 10/66⁽¹⁴⁾ إنشاء المركز داخل مكتب اللجنة المعنية بالتنفيذ في مجال مكافحة الإرهاب، وشجعت الدول الأعضاء على التعاون مع المركز.

ويُعنى مركز الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب، بتعزيز تنفيذ إستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب وبتشجيع التعاون الدولي، وتعزيز الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة في مجال بناء القدرات. ويعتبر من أولويات المركز الإستراتيجية؛ تطوير استراتيجيات مكافحة الإرهاب على الصعيدين الوطني

V. Document n° A/RES/60/288 du 20 September 2006, Sur (13)

le site: [http://daccess-dds.ny.un.org/doc/](http://daccess-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/504/86/PDF/N0550486.pdf?OpenElement)

UNDOC/GEN/N05/504/86/ PDF/N0550486.pdf?OpenElement

V. Document n°: A/RES/66/10 du 7 Décembre 2011, (14)

Sur le site: [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/459/40/PDF/N1145940.pdf?OpenElement)

GEN/N11/459/40/PDF/ N1145940.pdf?OpenElement

(1114) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

والإقليمي، ومكافحة تمويل الإرهاب، وتشجيع الحوار والتفاهم ومكافحة الانجذاب إلى الإرهاب، وحماية حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب، وحماية حقوق ضحايا الإرهاب والنهوض بها، هذا بالإضافة إلى حماية الأهداف المعرضة للخطر. وغير ذلك⁽¹⁵⁾.

2- مجلس الأمن ومكافحة تمويل الإرهاب:

اهتم مجلس الأمن الدولي بمكافحة تمويل الإرهاب قدر اهتمام الجمعية العامة بهذا الأمر، وقد أصدر في هذا الشأن عدة قرارات؛ أهمها: القرار 1276 الصادر في 1999/10/15، والقرار 1333 الصادر في 2000/12/19، وكذلك القرار 1373 الصادر عن مجلس الأمن بعد أحداث 11 سبتمبر، والذي أخذ بالإجماع في 28 أيلول/سبتمبر 2001 وكذلك القرار 1624 لسنة 2005. وقد أنشأ مجلس الأمن سنة 2001 لجنة مكافحة الإرهاب Counter Terrorism Committee "CTC" وكلفها بمتابعة استجابة الدول الأعضاء لمتطلبات قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001، وستحدث عن جهود هذه اللجنة في مكافحة تمويل الإرهاب على استقلال فيما بعد.

ففي أكتوبر 1999، اعتمد مجلس الأمن القرار 1267، الذي طالب حركة طالبان في أفغانستان بتسليم أسامة بن لادن إلى بلد يخضع فيه للمحاكمة ولتنفيذ ذلك قرر مجلس الأمن أن تقوم جميع الدول بما يلي:

4- (ب) تجميد الأموال وغيرها من الموارد المالية بما في ذلك الأموال الآتية أو المتولدة من ممتلكات تابعة لطالبان أو تسيطر عليها بشكل مباشر أو غير مباشر أو من أي كيان تمتلكه الطالبان أو تسيطر عليه، وفقاً لما تقرره اللجنة المنشأة بموجب الفقرة 6 أدناه، وضمان عدم إتاحة تلك الأموال أو أي أموال أو موارد مالية أخرى من هذا القبيل، من جانب مواطنيها أو أي أشخاص داخل أراضيها لطالبان أو بما يحقق مصلحة الطالبان أو أي كيان تملكه الطالبان أو تسيطر عليه، بشكل مباشر أو

(15) أنظر: الصفحة الرئيسية لمركز الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب على الموقع التالي:

<http://www.un.org/ar/terrorism/ctif/uncet/index.shtml>

غير مباشر باستثناء ما تأذن به اللجنة على أساس كل حالة على حدة ولأسباب تتعلق بالاحتياجات الإنسانية.

وقد أدى عدم امتثال الطالبان للقرار إلى اتخاذ القرار 1333 في ديسمبر 2000، القاضي بتوسيع نطاق الالتزام بالتجميد ليشمل الأموال والأصول المالية الأخرى لأسامة بن لادن ولجميع الأفراد والكيانات المرتبطة به على النحو الذي تعينه اللجنة، بما في ذلك ما هو موجود لدى "تنظيم القاعدة" وواصل القرار 1390 الصادر في يناير 2002 تجميد الأموال ونص على أن تقوم اللجنة التي أصبحت تعرف باسم لجنة الجزاءات المفروضة على تنظيم القاعدة وحركة طالبان على نحو منظم باستكمال قائمة الأفراد والكيانات ممن تجري تسميتهم.

كما يعتبر قرار مجلس الأمن 1373 الصادر عن مجلس الأمن بعد أحداث 11 سبتمبر، والذي اتخذ بالإجماع في 28 سبتمبر 2001، من أهم القرارات التي صدرت من منظمة دولية بشأن تمويل الإرهاب.

وقد أهاب هذا القرار بالدول الأعضاء تنفيذ عدد من التدابير الرامية إلى تعزيز قدرتها القانونية والمؤسسية على التصدي للأنشطة الإرهابية، ومن بينها اتخاذ خطوات من أجل:

- 1- منع ووقف تمويل الأعمال الإرهابية.
- 2- تجريم قيام رعايا هذه الدول عمداً بتوفير الأموال أو جمعها، بأي وسيلة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو في أراضيها لكي تستخدم في أعمال إرهابية، أو في حالة معرفة أنها ستستخدم في أعمال إرهابية.
- 3- القيام دون تأخير بتجميد الأموال وأي أصول مالية أو موارد اقتصادية لأشخاص يرتكبون أعمالاً إرهابية، أو يحاولون ارتكابها، أو يشاركون في ارتكابها أو يسهلون ارتكابها، أو لكيانات يمتلكها أو يتحكم فيها بصورة مباشرة أو غير مباشرة هؤلاء الأشخاص، أو لأشخاص وكيانات تعمل لحساب هؤلاء الأشخاص والكيانات، أو بتوجيه منهم، بما في ذلك الأموال المستمدة من الممتلكات التي يمثلها هؤلاء الإرهابيون ومن يرتبط بهم من أشخاص وكيانات أو الأموال التي تدرها هذه الممتلكات.

4- تحظر على رعايا هذه الدول أو على أي أشخاص أو كيانات داخل أراضيها إتاحة أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية أو خدمات مالية أو غيرها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، للأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً إرهابية أو يحاولون ارتكابها أو يسهلون أو يشاركون في ارتكابها، أو للكيانات التي يمتلكها أو يتحكم فيها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة هؤلاء الأشخاص، أو للأشخاص والكيانات التي تعمل باسم هؤلاء الأشخاص أو بتوجيه منهم.

كما قرر المجلس أيضاً في قراره المذكور أن على جميع الدول.

1- الامتناع عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم، الصريح أو الضمني، إلى الكيانات أو الأشخاص الضالعين في الأعمال الإرهابية، ويشمل ذلك وضع حد لعملية تجنيد أعضاء الجماعات الإرهابية ومنع تزويد الإرهابيين بالسلاح.

2- اتخاذ الخطوات اللازمة لمنع ارتكاب الأعمال الإرهابية ويشمل ذلك الإنذار المبكر للدول الأخرى عن طريق تبادل المعلومات.

3- عدم توفير الملاذ الآمن لمن يمولون الأعمال الإرهابية أو يدبرونها أو يدعمونها أو يرتكبونها، ولمن يوفر الملاذ الآمن للإرهابيين.

4- منع من يمولون أو يدبرون أو يبسرون أو يرتكبون الأعمال الإرهابية من استخدام أراضيها في تنفيذ تلك المآرب ضد دول أخرى أو ضد مواطني تلك الدول.

5- كفالة تقديم أي شخص يشارك في تمويل أعمال إرهابية أو تدبيرها أو الإعداد لها أو ارتكابها أو دعمها إلى العدالة وكفالة إدراج الأعمال الإرهابية في القوانين والنشريات المحلية بوصفها جرائم خطيرة وكفالة أن تعكس العقوبات على النحو الواجب جسامة تلك الأعمال الإرهابية، وذلك إضافة إلى أي تدابير أخرى قد تتخذ في هذا الصدد.

6- تزويد كل منها الأخرى بأقصى قدر من المساعدة فيما يتصل بالتحقيقات أو الإجراءات الجنائية المتعلقة بتمويل أو دعم الأعمال الإرهابية، ويشمل ذلك المساعدة على حصول كل منها على ما لدى الأخرى من أدلة لازمة للإجراءات القانونية.

7- منع تحركات الإرهابيين أو الجماعات الإرهابية عن طريق فرض ضوابط فاعلة على الحدود وعلى إصدار أوراق إثبات الهوية ووثائق السفر وبتخاذ تدابير لمنع تزوير وتزييف أوراق إثبات الهوية ووثائق السفر أو انتحال شخصية حاملها⁽¹⁾.

كما دعا القرار الدول إلى الانضمام، في أقرب وقت ممكن، إلى الصكوك القانونية الدولية ذات الصلة التي تكافح الإرهاب⁽²⁾.

وقد دعا القرار 1624 الصادر في 14 سبتمبر 2005 والمتعلق بالتحريض على ارتكاب أعمال الإرهاب، الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إلى أن تحظر بنص القانون التحريض على ارتكاب أعمال الإرهاب، وأن تمنع مثل هذا التصرف وأن تحرم من الملاذ الآمن أي أشخاص "توجد بشأنهم معلومات موثوقة وذات صلة تشكل أسباباً جدية تدعو إلى اعتبارهم مرتكبين لذلك التصرف"⁽³⁾.

ثانياً: توصيات فريق العمل المالي الدولي:

أنشئ فريق العمل المالي الدولي Financial Action Task Force "FATF" في عام 1989 من قبل مجموعة السبعة (G7) في أعقاب فضيحة مالية كبيرة. وفرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية المتعلقة بغسل الأموال (FATF) هي منظمة حكومية دولية دورها أن تشجع الدول على إصلاح القوانين واللوائح الخاصة بمكافحة غسل الأموال من خلال العمل على كشف المصادر غير الشرعية للأموال الناتجة من أنشطة إجرامية وتجفيف منابعها. وتضم حتى الآن ٢٩ دولة بالإضافة إلى عضوية منظمين دوليين إقليميين، وهما مجلس التعاون لدول الخليج العربي

(1) أنظر: الوثيقة رقم (2001) S/RES/1373 والنص الكامل لقرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 على الموقع التالي: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/41/PDF/N0155741.pdf?OpenElement>

(2) Voir Le site d'Internet: <http://www.un.org/ar/sc/ctc/>

V. Document n°: S/RES/1624 (2005) du 14 septembre 2005, (3)
Sur le site: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/510/50/PDF/N0551050.pdf?OpenElement>

(1118) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

والمجلس الأوروبي بالإضافة إلى أهم المراكز المالية في أوروبا وأمريكا الشمالية والجنوبية وكذلك آسيا. وتتسق هذه الفرقة مع المؤسسات المالية في العالم والمصرفية منها بشكل خاص، وعلى رأسها صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للتنمية، إضافة لتنسيق العمل مع البنك الأفريقي للتنمية والبنك الآسيوي للتنمية والبنك المركزي الأوروبي والبنك الأوروبي للتنمية⁽¹⁾.

وتقوم فرقة أو مجموعة العمل المالية بأنشطة متعددة وإن كان معظم نشاطها يتركز في محاربة غسل الأموال، بالتركيز على خلق الظروف والوسائل القانونية والمالية والبشرية، وتجميع الخبرات الضرورية لكشف طرق غسل الأموال وهو ما تمثله وتجسده بشكل واضح توصيات المجموعة المعروفة ب(الأربعين توصية)، التي نشرت في عام 1990 ونقحت في عام 1996. وتخضع هذه التوصيات للمراجعة كلما دعت الحاجة، وتتناول هذه التوصيات تطبيق الاتفاقيات الدولية ودعم التعاون والمساعدة المعلوماتية والجنائية الدولية وتجريم غسل الأموال على المستويات الوطنية والإجراءات المؤقتة مثل التجميد والحجز والمصادرة والإجراءات المطلوبة من المؤسسات المالية وغير المالية ومن السلطات الحكومية لدعم السياسة العامة لمكافحة غسل الأموال في كل دولة⁽²⁾. ونظراً لملائمة هذه التوصيات وضرورتها في مجال مكافحة تمويل الإرهاب، ونظراً للتداخل والتشابه الكبير في الوسائل والطرق والآليات التي يستخدمها غاسلو الأموال وممولو الإرهاب، والإجراءات المطلوبة لمكافحة هاتين الظاهرتين؛ فقد تم اعتمادها أيضاً كإطار مرجعي لمكافحة تمويل الإرهاب. ولذا فقد حثت مجموعة العمل المالية FATF الدول التي هي طرف فيها على العمل بها، وتشجيعها على إقرارها والمصادقة عليها وتطبيقها بشكل فعلي، والاستفادة القصوى من الضوابط والقواعد الموجودة بها. كما تقوم المجموعة أيضاً بعمل تقرير سنوي ووضع لوائح تحديد

(1) أنظر:

Sabvina Adamoli (Organized Crime Across the Banlers) the European Instatite of Crime Prevention and control Heuni Paber No 6. 1995. p.9.

(2) أنظر: قرار مجلس الأمن رقم 1373 ، في جلسته رقم 4385 بتاريخ 28 سبتمبر 2001.

(1119) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

البلدان التي لديها "عيوب خطيرة" وتعيق أجهزتها التعاون الدولي في مجال مكافحة غسل الأموال.

كما أصدرت مجموعة أو فريق العمل المالي FATF في أكتوبر ٢٠٠١م، ثمانية توصيات دولية جديدة لمكافحة تمويل الإرهابيين، والتي دعت الدول إلى تجريم تمويل الإرهاب وعمليات غسل الأموال المرتبطة به، وتجميد أصول الإرهابيين ومصادرتها، وكذلك الإبلاغ عن المعاملات المالية المريبة المتعلقة بالإرهاب، ودعم وتقوية التعاون الدولي "المساعدة القانونية المتبادلة وتبادل المعلومات"، وتعزيز ضبط أنظمة التمويل البديلة، تحسين وتطوير تنظيم التموليات المالية السريعة التي تتم بالتلكس أو الفاكس، بالإضافة إلى مراجعة كافة القوانين والتشريعات الخاصة بالمنظمات غير الربحية والكيانات الأخرى التي يمكن أن تستخدم كقنوات لتمويل الإرهابيين.

وقد ناشد فريق العمل المالي FATF جميع البلدان إلى تبنيها وتنفيذها، حيث إن تنفيذ هذه التوصيات سيحرم الإرهابيين ومن يدعمهم من الوصول إلى النظام المالي الدولي (المصارف)⁽¹⁾.

وفي 22 أكتوبر 2004 اعتمد فريق العمل المالي FATF التوصية الخاصة التاسعة، والمتعلقة بـ "ناقلي الأموال النقدية cash couriers"، أي الأفراد الذين يحملون شخصياً الأموال وينقلونها عبر الحدود معهم⁽²⁾.

- (1) أنظر في هذه التوصيات: وثيقة الأمم المتحدة رقم E/1997/30 ووثيقة رقم E/CN/15/1997/ 2113 وكذلك الموقع: <http://www.fatf-gafi.org/>؛ وأنظر أيضاً: سمير الشاهد: دور لجنة العمل المالي الدولي في مجال غسل الأموال وتمويل الإرهاب، المرجع السابق.
- (2) وتشير الأدلة المتواترة إلى أن الأموال المتأتية من دفع فدية والاتجار بالمخدرات تُنقل عبر الحدود عن طريق حاملي النقدية. وقد قام الفريق العامل المعني بالتصدي لتمويل الإرهاب التابع لفرقة عمل الأمم المتحدة المعنية بالتنفيذ في مجال مكافحة الإرهاب بتحديد ناقلي النقدية باعتبارهم عناصر تستوجب الانتباه وبدأ مشاريع تهدف إلى زيادة مستوى الوعي الرسمي بالمشكلة وتوفير المساعدة التقنية في شكل برامج تدريبية وأدوات ذات صلة إلى المسنولين الرسميين عن كشف وعرقلة العمليات غير القانونية لنقل الأموال بواسطة حاملي النقدية عبر الحدود. ويلاحظ فريق الرصد أن مجلس الأمن حث الدول في الفقرة 5 من القرار 1526 (2004) إلى وضع شروط وإجراءات داخلية للإبلاغ عن حركة العملات عبر الحدود

(1120) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

يضاف إلى ما سبق قيام فريق العمل المالي بإنشاء مجموعة عمل مهمتها تعيين البلدان بناء على إجابات استبانة التقييم الذاتي، التي تنقصها الإجراءات الملائمة اللازمة لمكافحة تمويل الإرهاب، وتزويدها بتقييم إضافي لمتابعتها أو تزويدها بمساعدة تقنية من قبل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للتنمية والأمم المتحدة. ثالثاً: إستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب:

في 19 سبتمبر عام 2006 وافقت جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة لأول مرة على إستراتيجية عالمية لتنسيق جهودها لمكافحة الإرهاب. وتتضمن هذه الإستراتيجية توصيات عملية في أربعة مجالات رئيسية هي: معالجة الظروف المؤدية إلى انتشار الإرهاب، ومنع الإرهاب ومكافحته، وبناء قدرات الدول على منع الإرهاب ومكافحته وتعزيز دور منظومة الأمم المتحدة في هذا الصدد، وضمان احترام حقوق الإنسان للجميع وسيادة القانون أثناء مكافحة الإرهاب.

وفيما يخص تمويل الإرهاب: نصت الإستراتيجية العالمية للأمم المتحدة على ما يلي: "ثانياً - تدابير منع الإرهاب ومكافحته: نقرر اتخاذ التدابير التالية لمنع الإرهاب ومكافحته، ولاسيما عن طريق حرمان الإرهابيين من الوصول إلى الوسائل التي تمكنهم من شن اعتداءاتهم، ومن بلوغ أهدافهم وتحقيق الأثر المتوخى من اعتداءاتهم: 1- الامتناع عن تنظيم أنشطة إرهابية أو التحريض عليها أو تيسيرها أو المشاركة فيها أو تمويلها أو التشجيع عليها أو التهاون إزاءها، واتخاذ تدابير عملية

استناداً إلى الحدود الدنيا المطبقة. ومن الواضح أن الدول التي تستخدم نظماً من هذا القبيل لديها فرصة أفضل للتعامل مع حاملي النقدية الذين يعملون بالنيابة عن الأطراف المدرجة أسماؤهم في القائمة، مقارنة بالدول التي لا تستخدم تلك النظم. والتوجيهات التي قدمتها فرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية المتعلقة بغسل الأموال في ورقتها عن أفضل الممارسات الدولية، في شهر شباط/فبراير 2010 بشأن كشف ومنع النقل غير المشروع عبر الحدود للنقدية والصكوك لحامله القابلة للتداول، هي أيضاً على الدرجة نفسها من الأهمية التي تكتسيها التوصية الخاصة التاسعة لفرقة العمل. وسيواصل فريق الرصد المشاركة في أعمال فرقة العمل المعنية بالتنفيذ في مجال مكافحة الإرهاب بشأن حاملي النقدية. أنظر: الدليل التشريعي للاتفاقيات والبروتوكولات العالمية لمكافحة الإرهاب، مكتب الأمم المتحدة، نيويورك، 2003، متاح على الموقع:

www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/Legislative_Guide_Arabic.pdf

(1121) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

مناسبة تكفل عدم استخدام أراضي كل منا في إقامة منشآت أو معسكرات تدريب إرهابية، أو لتدريب أو تنظيم أعمال إرهابية ترتكب ضد دول أخرى أو ضد مواطنيها؛ 2- التعاون بصورة تامة في مكافحة الإرهاب، وفقا للالتزامات المنوطة بنا بموجب القانون الدولي، بهدف العثور على أي شخص يدعم أو يسهل أو يشارك أو يشرع في المشاركة في تمويل أعمال إرهابية أو في التخطيط لها أو تدبيرها أو ارتكابها، أو يوفر ملاذاً آمناً، وحرمان ذلك الشخص من الملاذ الآمن وتقديمه إلى العدالة بناء على مبدأ تسليم الأشخاص المطلوبين أو محاكمتهم".

كما نصت على أنه من بين التدابير: " 10- تشجيع الدول على تطبيق المعايير الدولية الشاملة التي تجسدها التوصيات الأربعون المتعلقة بغسل الأموال والتوصيات الخاصة التسع المتعلقة بتمويل الإرهاب المقدمة من فرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية، مع التسليم في الوقت نفسه بأن الدول قد تحتاج إلى المساعدة في تطبيقها".

كما نصت الإستراتيجية في البند (ثالثاً) على مجموعة التدابير الرامية إلى بناء قدرات الدول على منع الإرهاب ومكافحته وتعزيز دور منظومة الأمم المتحدة في هذا الصدد، والتي منها: "8- تشجيع صندوق النقد الدولي والبنك الدولي ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية على تعزيز التعاون مع الدول لمساعدتها على الامتثال تماماً للمعايير والالتزامات الدولية المتصلة بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب".

كما نصت الإستراتيجية في البند (رابعاً) على مجموعة التدابير الرامية إلى ضمان احترام حقوق الإنسان للجميع وسيادة القانون بوصفه الركيزة الأساسية لمكافحة الإرهاب والتي منها: "4- عدم ادخار أي جهد لإنشاء وتعهد نظام وطني للعدالة الجنائية يتسم بالفعالية ويقوم على سيادة القانون يكون بوسعه أن يكفل، وفقاً للالتزامات المنوطة بنا بموجب القانون الدولي، تقديم أي شخص يشارك في تمويل الأعمال الإرهابية أو التخطيط لها أو تدبيرها أو ارتكابها أو دعمها إلى العدالة، بناء على مبدأ تسليم الأشخاص المطلوبين، أو محاكمتهم، وفي ظل الاحترام (1)".

(1) أنظر إستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب على الموقع التالي:

(1122) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وتتفيداً لإستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب أنشأ الأمين العام للأمم المتحدة في عام 2005، فرقة العمل المعنية بتنفيذ مكافحة الإرهاب Counter-Terrorism Implementation Task Force (CTITF)، وتعمل فرقة العمل المعنية بتنفيذ مكافحة الإرهاب على كفاءة التنسيق والاتساق بوجه عام بين الدول في جهود مكافحة الإرهاب. وقد وضعت فرقة العمل برنامج عمل وأنشأت أفرقة عاملة للاضطلاع بمجموعة أولى من المبادرات الرامية إلى تنفيذ الإستراتيجية. وهذه المبادرات تشمل نطاقاً واسعاً من جوانب الإستراتيجية والتي من بينها مكافحة تمويل الإرهاب من خلال "إيجاد طرائق للوفاء بالمعايير الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب".

وتقوم فرقة العمل حالياً بتنمية التعاون مع عدد من المنظمات الإقليمية ودون الإقليمية، ومن بينها: منظمة المؤتمر الإسلامي (OIC)، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلم والثقافة (ISESCO)، والاتحاد الأوروبي (EU)، والمجلس الأوروبي (COE)، ومنظمة الأمن والتعاون في أوروبا (OSCE)⁽¹⁾.
رابعاً: جهود البرنامج الدولي لمكافحة غسل الأموال:

أنشئ البرنامج العالمي لمكافحة غسل الأموال في 1997 استجابة للتفويض الذي قرره اتفاقية 1988 لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية. وقد دعت الاتفاقية الدول الأعضاء إلى تجريم غسل الأموال ووضع إطار قانوني شامل لمعالجة جميع المسائل ذات الصلة. وقد زادت الدورة الاستثنائية للجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1998 دعم تفويض البرنامج حيث وسعت نطاقه إلى ما يتجاوز جرائم المخدرات ليشمل جميع الجرائم الخطرة. ويعد البرنامج العالمي لمكافحة غسل الأموال الوحدة المحورية في منظومة الأمم المتحدة لمعالجة القضايا ذات الصلة بغسل الأموال وعائدات الجريمة.

<http://www.un.org/ar/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml>
(1) أنظر فرقة العمل المعنية بتنفيذ مكافحة الإرهاب على الموقع التالي:
<http://www.un.org/ar/terrorism/ctitf/>

بما في ذلك تقديم المساعدة التقنية للدول الأعضاء في تحقيق توافق تدابيرها المتعلقة بالمكافحة مع المعايير الدولية⁽¹⁾.

خامساً: جهود لجنة مكافحة الإرهاب:

في سنة 2001 أنشأ مجلس الأمن لجنة مكافحة الإرهاب Counter Terrorism Committee "CTC" وكلفها بمتابعة استجابة الدول الأعضاء لمتطلبات قرار مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001⁽²⁾. وكان مجلس الأمن قد قرر من قبل في قراره رقمي 1267 لسنة 1999⁽³⁾ و 1333 لسنة 2000 أن تقوم البلدان الأعضاء في الأمم المتحدة بمصادرة أصول إرهابيين ومنظمات إرهابية حددتهم بالاسم. فضلاً عن اعتماد عدد من الاتفاقيات على المستوى الإقليمي⁽⁴⁾.

وقد أصدر مجلس الأمن توجيهات إلى لجنة مكافحة الإرهاب بأن تدمج القرار 1624 (2005) التحريض على ارتكاب الأعمال الإرهابية⁽⁵⁾، في حوارها المستمر مع الدول بشأن جهودها لمكافحة الإرهاب.

ودعماً لعمل اللجنة المتعلق بالقرار 1624 (2005)، أعدت المديرية التنفيذية للجنة مكافحة الإرهاب تقريرين يوجزان الردود التي قدمتها حتى الآن حوالي نصف الدول الأعضاء في الأمم المتحدة⁽⁶⁾.

وقد وضعت لجنة مكافحة الإرهاب بعض الصكوك المفيدة جداً، مثل دليل المعلومات المتعلقة بمكافحة الإرهاب، والذي أصدرته اللجنة باعتباره دليلاً لأفضل الممارسات والقوانين والمعايير الدولية لمساعدة الدول الأعضاء على تنفيذ قراره

-
- (1) <http://www.imolin.org/pdf/imolin/UNres03a.pdf>
 - (2) الأمم المتحدة، السجلات الرسمية لمجلس الأمن، الدورة 56، الجلسة 4385، وثيقة الأمم المتحدة (2000) S/Inf/57.
 - (3) الأمم المتحدة، السجلات الرسمية لمجلس الأمن، الدورة 54، الجلسة 4051، وثيقة الأمم المتحدة (1999) S/Inf/55.
 - (4) الأمم المتحدة، السجلات الرسمية لمجلس الأمن، الدورة 55، الجلسة 4251، وثيقة الأمم المتحدة (2000) S/Inf/56.
 - (5) سبق الإشارة إلى هذا القرار فيما يتعلق بجهود مجلس الأمن في مكافحة الإرهاب، راجع ذلك.
 - (6) أنظر الوثيقتين المتعلقةتين بذلك لسنة 2006، و2008 رقم (S/2006/737) و (S/2008/2)، وذلك على الموقع الرسمي للجنة مك

مجلس الأمن رقم 1373 لسنة 2001 فيما يتصل بتمويل الإرهاب، والقرار رقم 1624 لسنة 2005 التحريض على ارتكاب الأعمال الإرهابية. بيد أن هذا الدليل ليس شاملاً بأي حال من الأحوال؛ وتقوم اللجنة بتحديثه بانتظام من أجل مواكبة التطورات الجديدة التي تطرأ على عمل المنظمات التي أصدرت الوثائق. سادساً: جهود صندوق النقد والبنك الدولي:

في عام 1999 أطلق كل من البنك الدولي وصندوق النقد الدولي برنامج تقييم القطاع المالي (FSAP) (Financial Sector Assessment Program) الذي يهدف إلى إدارة وتقييم الأنظمة المالية لدول بعينها، في محاولة للتعرف على نقاط قوة وضعف الأنظمة المالية لهذه الدول، ولتحديد كيفية إدارة المصادر الأساسية للمخاطر، وتحديد احتياجات الدعم التقني والتنمية، والمساعدة في تحديد أولويات سياسات الاستجابة، وبكل بساطة يعمل صندوق النقد الدولي على فحص واختبار المشاركين المتطوعين وينشر تقارير حول مشاكلهم. ومما هو جدير بالذكر أن المعايير التي يستخدمها صندوق النقد الدولي تم تحديدها من منظمات خيرة أخرى مثل: البنك الدولي، هيئة معايير المحاسبة الدولية، التجمع الدولي للمحاسبين ومنظمات أخرى كثيرة أخرى، وبالإضافة إلى البرنامج السابق، أطلقت الهيئة التنفيذية لصندوق النقد الدولي حملة لزيادة القيود على مراكز الاوف شور المالية كمساهمة في جهود مكافحة تمويل الإرهاب.

ومنذ أوائل عام 2002 أجرى صندوق النقد الدولي International

Fonds Monétaire International أو (IMF) Monetary Fund (FMI)، 58 تقيماً قظرياً بشأن القدرة على مكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب (AML/CFT) وقدم الصندوق أيضاً مساعدة تقنية لـ 158 بلداً، من خلال حلقات عمل تدريبية وطنية وإقليمية ومساعدة مكيفة خصيصاً لبناء القدرة من قبيل صياغة التشريعات وتعزيز قدرات القطاع المالي على مكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب. وقد شارك حوالي 1900 مسئول في حلقات عمل ترأسها الصندوق على مدى السنوات الخمس الماضية.

كما أجرى البنك الدولي (The World Bank أو La Banque Mondiale) 31 تقيماً؛ 11 منها بالاشتراك مع صندوق النقد الدولي،

(1125) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

بشأن الامتثال لمكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب منذ عام 2001. وخلال هذه الفترة، جرى القيام بـ 275 بعثة لتقديم المساعدة التقنية على أساس ثنائي أو إقليمي لتعزيز جميع مكونات نظام مكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب. وعلاوة على ذلك، اضطلع البنك الدولي باثنتي عشرة دراسة بشأن ممرات التحويلات الثنائية تزود البلدان المرسله والبلدان المستقبلة بمعلومات جديدة عن التحويلات، وبخاصة بشأن بيئة الحوافز التي تحدد خصائص التدفقات. وهذه المعلومات توفر الأساس لاستعراض السياسات من أجل التشجيع على زيادة التدفقات بتكاليف أقل، مع التمكين من الامتثال لمعايير مكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب امتثالاً أفضل⁽¹⁾

سابعاً: الجهود الأوروبية لمكافحة تمويل الإرهاب:

في إطار الاتحاد الأوروبي، أعتمد مجلس أوروبا في 28 سبتمبر 2001، خطة عمل مكافحة الإرهاب. وتتضمن هذه الخطة سلسلة واسعة من التدابير التي يتعين اتخاذها في مختلف القطاعات الحيوية لمكافحة الإرهاب (التعاون القضائي والتعاون بين أجهزة الشرطة – سلامة النقل – مراقبة الحدود وتأمين الوثائق – مكافحة تمويل الإرهاب – الحوار السياسي والعلاقات الخارجية – والدفاع ضد هجمات الأسلحة البيولوجية-الكيميائية-والمشعة والنوية الخ).

وقد أدت العمليات الإرهابية التي وقعت في مدريد في مارس 2004، وفي لندن في يوليو 2005، وتلك التي أجهضت قبل تنفيذها في صيف العام 2006، إلى تقدم تدريجي نحو تكثيف التعاون في مكافحة الإرهاب في الإطار الأوروبي، ما أدى إلى إكمال خطة العمل بإضافة المزيد من التدابير والإجراءات إليها.

وقد اعتمد المجلس الأوروبي فوق العادة المنعقد في 25 مارس 2004 إعلاناً هاماً حول الإرهاب، خاص بالتضامن ضد الإرهاب، سبق بهذا نص المادة 42 من المعاهدة التأسيسية الأوروبية، بفرض واجب تقديم الدعم "بكل الأدوات

(1)

<http://www.un.org/arabic/terrorism/strategyimplementation.shtml>

(1126) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

2014

المتاحة، بما في ذلك الموارد العسكرية" للدولة العضو التي تتعرض لهجوم إرهابي⁽²⁾.

كذلك أقر المجلس الأوروبي المنعقد في ديسمبر 2005، إستراتيجية الاتحاد الأوروبي ضد الإرهاب، التي تقوم على أربعة ركائز أساسية هي: الوقاية من ظاهرة الإرهاب؛ حماية المواطنين والبنية التحتية والنقل عبر دعم هياكل الأمن؛ تعقب الإرهابيين، بمعنى السعي لمنع المجموعات الإرهابية أو الإرهابيين كأفراد من التواصل فيما بينهم ومن التحرك بحرية ومن التخطيط لعمليات إرهابية وذلك عبر تفكيك الشبكات التي توفر لهم الدعم والتمويل؛ والرد، بمعنى القدرة على إدارة آثار العمليات الإرهابية ممكنة الوقوع وتخفيف وقعها من منظور يقوم على التعاون والتضامن. كما اعتمد الاتحاد الأوروبي عام 2005، "إستراتيجية الاتحاد الأوروبي لمكافحة التشدد والتجنيد للإرهاب"، والتي تصدى فيها بالتفصيل لجوانب الوقاية، وتطوير القدرات على مواجهة الظروف التي يمكن أن تسهل انتشار التشدد أو الراديكالية والتجنيد، وذلك من خلال التعاون بين الدول الأعضاء والمؤسسات الاتحادية، فضلاً عن الدول الأخرى والمنظمات الدولية.

ومنذ عام 2001 عمل الاتحاد الأوروبي على تزويد نفسه بأدوات اتحادية لتنفيذ قرارات مجلس الأمن المتعلقة بأفراد ومجموعات إرهابية تدور في فلك تنظيم القاعدة وحركة طالبان ومنعهم من الحصول على التمويل لتنفيذ الهجمات الإرهابية (الموقف الموحد رقم 402 للعام 2002 واللائحة رقم 81 لسنة 2002)⁽³⁾. وعبر الموقف 931 لسنة 2001 واللائحة رقم 2580 لسنة 2002 شكل الاتحاد الأوروبي قائمة اتحادية تضمن أسماء أفراد أو مجموعات إرهابية داخل الاتحاد الأوروبي

(2)

http://www.esteri.it/MAE/AR/Politica_Estera/Temi_Globali/Lotta_Terrorismo/

**Conclusions of joint ECOFIN-JHA Council meeting, Summary: (3)
October 16, 2001: Conclusions of the joint and of the Member States meeting within the Council. Conclusions of the joint ECOFIN/JHA Council meeting (Brussels), source: Council UN forum: Date: 16/10/2001, On the site: http://www.eu-un.europa.eu/articles/en/article_172_en.htm**

(1127) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

وخارجه ممن يثبت تورطه في تمويل الإرهاب. وبناء على ذلك يخضع هؤلاء للعقوبات الاقتصادية وفق ما ينص عليه قرار مجلس الأمن رقم 1373(4). وقد أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه أو اللائحة COD /2005/138 بهدف تنظيم كافة المعلومات الخاصة بالتحويلات الإلكترونية (SR VIII) والصادرة من مجموعة العمل المالي FATF، وذلك من خلال قواعد تتعلق بحركة المدفوعات ونقل الأموال والاعتمادات المالية التي تستخدم لتمويل الإرهاب، وذلك بهدف ضمان إتاحة المعلومات الأساسية للسلطات القانونية. ويتضح من السياق العام لهذا التوجيه أنه يعتمد على مجموعة من المبادئ يتمثل أهمها في: 1- تبني خطة عمل لمكافحة تمويل الإرهاب. 2- اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لتقليل فرصة الإرهابيين في الاستفادة من الموارد المالية والاقتصادية في تمويل الإرهاب. 3- تجميد أموال وأصول الإرهابيين وكذلك منع استخدام النظام المالي في أغراض غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

كما أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه أو اللائحة 2005/60/EC الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس والمؤرخ 26 أكتوبر 2005 بشأن منع استخدام النظام المالي لغرض غسل الأموال وتمويل الإرهاب(5). والذي نص في المادة الأولى منه على أن "1-تكفل الدول الأطراف حظر غسل الأموال وتمويل الإرهاب" واعتبرت هذه المادة أن من قبيل غسل الأموال وتمويل الإرهاب الأفعال الآتية، عندما تُرتكب عمداً: "أ) إيدال الممتلكات أو إحالتها، مع العلم بأن هذه الممتلكات متأتية من نشاط إجرامي أو من مشاركة في ذلك النشاط بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب هذا النشاط على الإفلات من العواقب القانونية لفعلة؛ (ب) إخفاء أو تمويه الطبيعة

- (4) COMMISSION DIRECTIVE, Directive 2005/60/EC of the October 2005 on European Parliament and of the Council of 26 the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, Brussels, [http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ financial-crime/doc_06_may_03_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/doc_06_may_03_en.pdf)
- (5) OJ L 309, 25.11.2005, p. 15.

الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها، مع العلم بأن تلك الممتلكات متأتية من نشاط إجرامي أو من المشاركة في ذلك النشاط؛ (ج) اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع العلم وقت استلامها بأنها متأتية من نشاط إجرامي أو من المشاركة في ذلك النشاط؛ (د) المشاركة في ارتكاب أي فعل من الأفعال الواردة في النقاط السابقة، وتكوين تنظيم أو الانضمام إلى تنظيم لارتكابه، والشروع في ارتكابه والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه.

كما اعتبرت الفقرة الثالثة من المادة الأولى أن الفعل يعد غسلاً للأموال حتى عندما تكون الأنشطة التي تأت منها الممتلكات التي ستُغسل أنشطة اضطلع بها في إقليم دولة عضو أخرى أو في إقليم بلد ثالث".

كما نصت ذات المادة في فقرتها الرابعة على أنه "الأغراض هذا التوجيه، يُقصد بتعبير "تمويل الإرهاب" توفير أو جمع الأموال، بأي وسيلة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بهدف استخدامها، أو علماً بأنها سوف تُستخدم، بالكامل أو جزئياً لارتكاب أي جريمة من الجرائم بالمعنى الوارد في المواد من 1 إلى 4 من القرار الإطاري للمجلس 2002/475/JHA، المؤرخ 13 يونيو 2002 بشأن مكافحة الإرهاب".

كما أوجبت المادة 25 من ذات التوجيه أن تكفل الدول الأعضاء أن تبادر السلطات المختصة المشار إليها في المادة 37 إلى إبلاغ وحدة الاستخبارات المالية دون إبطاء إذا ما اكتشفت وقائع يمكن أن تتصل بغسل الأموال أو تمويل الإرهابيين إبان عمليات التفتيش التي تجريها على المؤسسات والشخصيات المشمولة بهذا التوجيه أو بأي طريق آخر.

كما أوجبت المادة 34 الخاصة بالإجراءات الداخلية والتدريب والتعقيب: أن: 1- تلزم الدول الأطراف المؤسسات والأشخاص المشمولين بهذا الإيعاز بوضع سياسات وإجراءات كافية ومناسبة تتعلق بتوخي الحرص الواجب مع الزبائن، والإبلاغ، وحفظ السجلات، والرقابة الداخلية، وتقييم المخاطر، وإدارة المخاطر، وإدارة شؤون الامتثال والاتصال، ابتغاء إحباط ومنع العمليات المتصلة بغسل الأموال أو تمويل الإرهاب. 2- تلزم الدول الأعضاء المؤسسات الائتمانية والمالية

المشمولة بهذا الإيعاز بإبلاغ السياسات والإجراءات ذات الصلة، عند الاقتضاء، إلى فروعها والشركات الفرعية التي تملك فيها أغلبية الأسهم الموجودة في بلدان ثالثة⁽⁶⁾. وفي 16 مايو 2005 أصدر مجلس أوروبا اتفاقية مجلس أوروبا المتعلقة بغسل عائدات الجريمة والبحث عنها وضبطها ومصادرتها وتمويل الإرهاب. وتعد هذه الاتفاقية بمثابة حجر الأساس في الجهود الأوروبية لمكافحة تمويل الإرهاب. وقد عرفت المادة الأولى من هذه الاتفاقية في فقرتها (ح) تمويل الإرهاب بالإحالة على المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لسنة 1999 بقولها: " أنه " الأفعال المبيّنة في المادة 2 من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب ". ثم قررت المادة الثانية تطبيق الاتفاقية على تمويل الإرهاب بقولها: " 1- يعتمد كل طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وغير تشريعية كي يتسنى له تطبيق الأحكام الواردة في الفصول الثالث والرابع والخامس من هذه الاتفاقية على تمويل الإرهاب. 2- على وجه الخصوص، يكفل كل طرف قدرته على البحث عن الممتلكات المتأتية من مصدر مشروع أو غير مشروع، والمستخدم أو المخصصة للاستخدام بشكل من الأشكال، كلياً أو جزئياً، لتمويل الإرهاب، وعلى تعقبها والكشف عنها وتجميدها وضبطها ومصادرتها، وعن عائدات هذه الجريمة، وعلى إتاحة سبل التعاون على أوسع نطاق ممكن تحقيقاً لهذه الغاية"⁽⁷⁾.

COMMISSION DIRECTIVE, Directive 2005/60/EC of the (6) October 2005 on European Parliament and of the Council of 26 the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, Brussels, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/doc_06_may_03_en.pdf

Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure (7) and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Warsaw, 16. May. 2005, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/198.htm>; François Ludovic, Chaigneau Pascal, Chesney Marc, Blanchiment et Financement du terrorisme, Centre d'etudes sur le blanchiment et la corruption (CEBC), Edition Marketing S.A, Paris 2004, p. 115 et s. <http://www.editions-ellipses.fr>.

وفي إطار السياسة الخارجية والأمنية المشتركة، أقيم حوار مع دول مجلس التعاون الخليجي بشأن تمويل الإرهاب (تم عقد اجتماع محدد في بروكسل بتاريخ 7 نوفمبر – تشرين الثاني 2003 وتلاه اجتماع آخر في أبو ظبي بتاريخ 5-6 مارس 2005 ثم عقد الاجتماع الثالث في النوحة بتاريخ 22 مايو 2007، تحت الرئاسة الدورية الألمانية للاتحاد الأوروبي).

كما يقوم الاتحاد الأوروبي بالتنسيق مع دول العالم الأوروبية وغير الأوروبية لمكافحة الإرهاب، وذلك لضمان تنسيق أكثر فاعلية لأنشطة الاتحاد الأوروبي في القطاعات والمحاور المختلفة، إضافة إلى تشجيع دعم تعميق التعاون مع الدول الأخرى.

كذلك تم تأسيس "الفرق المتخصصة متعددة الأطراف" والتي تعمل في مجال "قطاع تحقيقات الشرطة في مرحلة ما قبل القضاء". وقد حدد الاتحاد الأوروبي أيضاً سلسلة من الإجراءات المتعلقة بمراقبة الحدود وتبادل المعلومات والتعاون القضائي والبوليسي. وبدء من 1 مايو 2005، بدأت الوكالة الأوروبية للحدود الخارجية "فرونتكس" عملها، الذي يشمل أيضاً تنسيق التعاون لوقف تدفقات الهجرة غير الشرعية.

وقد تم اعتماد العديد من الاتفاقيات التشريعية في إطار التعاون القضائي والعقوبات وتعاون أجهزة الشرطة. وفي هذا الصدد يمكن ذكر القرارات المتعلقة بأطر العمل في شأن مذكرة التوقيف الأوروبية؛ وتلك المتعلقة بفرق التحقيق المشتركة؛ والاتفاقات الخاصة بمكافحة الإرهاب؛ والاتفاق حول إنشاء "أوروجوست" (وهو جهاز الاتحاد الأوروبي المختص بالتحقيقات والعقوبات التي تعني دولتين من الاتحاد أو أكثر وبأشكال خطيرة من الإجرام)؛ وتلك المتعلقة بإعادة تدوير الأموال أو بغسلها والاعتراف بمصادرة أدوات الجرائم وعائداتها؛ والاتفاق حول الاعتراف المتبادل بقرارات المصادرة. وفي هذا السياق، يجدر التذكير باتفاقية مايو 2000 الخاصة بالدعم المتبادل بين الدول الأعضاء في شأن العقوبات والجنايات والبروتوكولات

الإضافية المعدلة للاتفاقية التأسيسية للمكتب الأوروبي للشرطة "يوروبول"، وغير ذلك من الجهود الأوروبية لمكافحة تمويل الإرهاب⁽⁸⁾.

ثامناً: الجهود العربية لمكافحة تمويل الإرهاب:

أولى مجلس وزراء الداخلية العرب مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب اهتماماً بالغاً، واتخذ في هذا المجال خطوات متعددة تنوعت بين وضع الأطر القانونية وتعزيز التعاون الإجرائي وإعداد الدراسات والبحوث إلى غير ذلك من الإجراءات التي تستهدف محاصرة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

ففي المجال التشريعي اعتمد مجلس وزراء الداخلية العرب في عام 2003 القانون العربي النموذجي الاسترشادي لمكافحة غسل الأموال بهدف توفير نموذج قانوني استرشادي تستهدى به الدول العربية لوضع تشريعات مكافحة غسل الأموال أو تعديل التشريعات النافذة، وسبق أن اعتمد المجلس عام 1986، القانون العربي النموذجي الموحد للمخدرات، الذي تضمنت بعض موادته نصوصاً خاصة بمكافحة غسل الأموال المتأتية من الاتجار غير المشروع بالمخدرات وفي عام 1994، اعتمد المجلس الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1996/6/30. وقد تضمنت المادة الخامسة من الاتفاقية نصوصاً خاصة بالإيرادات المتأتية من جرائم المخدرات، والتدابير اللازمة للحفاظ عليها ومصادرتها بالإضافة إلى تعزيز فعالية التعاون العربي والإقليمي والدولي في المجال القضائي والإجرائي وتبادل المعلومات المتعلقة بهذا الشأن. كما اعتمد مجلسا وزراء الداخلية والعدل العرب عام 1998م، الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1999/5/7م، حيث تضمنت المادة التاسعة من هذه الاتفاقية نصوصاً تتعلق بتسليم العائدات المتحصلة من الجريمة الإرهابية. كما نصت هذه الاتفاقية على مجموعة من التدابير لمكافحة تمويل الإرهاب، وذلك في مادتها الثالثة فقرة (1) بقولها: "تتعهد الدول المتعاقدة بعدم تنظيم أو تمويل أو ارتكاب الأعمال الإرهابية أو الاشتراك فيها بأية صورة من الصور، والتزاماً منها

(8)

http://www.esteri.it/MAE/AR/Politica_Estera/Temi_Globali/Lotta_a_Terrorismo/

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

2014

بمنع ومكافحة الجرائم الإرهابية طبقاً للقوانين والإجراءات الداخلية لكل منها فإنها تعمل على: 1- الحيلولة دون اتخاذ أراضيها مسرحاً لتخطيط أو تنظيم أو تنفيذ الجرائم الإرهابية أو الشروع أو الاشتراك فيها بأي صورة من الصور، بما في ذلك العمل على منع تسلل العناصر الإرهابية إليها أو إقامتها على أراضيها فرادى أو جماعات أو استقبالها أو إيوائها أو تدريبها أو تسليحها أو تمويلها أو تقديم أية تسهيلات لها⁽⁹⁾. وفي عام 2003م، تولت لجنة متخصصة من المجلسين تعديل هذه الاتفاقية بحيث تجرم تقديم أو جمع الأموال أياً كان نوعها لتمويل الجرائم الإرهابية.

وبتاريخ 21 ديسمبر 2010 تم التوقيع على الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 5 أكتوبر 2013، والتي نصت في مادتها العاشرة على تجريم تمويل الإرهاب بكل أشكاله وصوره. كما ألزمت هذه الاتفاقية الدول العربية المصدقة عليها بالتعاون فيما بينها في تعقب وتجميد والتحفظ على الأموال المتحصلة أو المستخدمة في تمويل الإرهاب، ويندرج تحت الحظر في هذه الاتفاقية تقديم أو اكتساب أو حيازة الأموال لتمويل الإرهاب، كما تلتزم الدول العربية بموجب هذه الاتفاقية بضبط تلك الأموال والتحفظ عليها ومصادرتها، وللدول الأطراف طلب استرداد تلك الأموال إذا كانت متحصلة أو متعلقة بأفعال إرهابية تم ارتكابها في أراضيها، كما تلتزم الدول الأطراف بالقبض على وبتسليم المتهمين والمحكوم عليهم بارتكاب الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية للدول الطالبة، وهي الدول التي وقعت مثل تلك الجرائم على أراضيها أو يحمل المتهمين والمحكوم عليهم جنسيتها.

وتواصل الأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب التنسيق مع هيئات العمل العربي المشترك، لمتابعة تنفيذ الاتفاقيات العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وهناك اتصالات حثيثة مع اتحاد المصارف العربية لإعداد دراسة مشتركة للخروج برؤية أمنية عربية موحدة، تستهدف قطع خطوط وقنوات تمويل التنظيمات الإرهابية وتجفيف مصادرها في الخارج، كما أن هناك تنسيقاً بين مجلس وزراء الداخلية العرب واتحاد المصارف العربية ومجموعة العمل المالي لدول الشرق الأوسط وشمال أفريقيا (Mena Fate)، من أجل تشكيل فريق عمل من

(9) د. معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، المرجع السابق، ص 7.

(1133) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الخبراء والمتخصصين لوضع قوانين عربية موحدة تستهدف بها المؤسسات المالية لتحقيق التطبيق الأمثل لأحكام البيئة التشريعية في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في ضوء المتغيرات والتطورات الدولية بهذا الخصوص. وذلك تنفيذاً للتوصية " السادسة" من توصيات "المنتدى المصرفي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب" الذي عقد في شرم الشيخ بجمهورية مصر العربية في سبتمبر 2005.

وعلي الصعيد الدولي، فإن مجلس وزراء الداخلية العرب يحرص علي دعم الجهود الدولية التي تبذل لمواجهة هذه المشكلة، من خلال حث الدول علي الانضمام إلي الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام 2000م، وإلي الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة بالإرهاب وغسل الأموال، والعمل علي الالتزام بقرار مجلس الأمن رقم (1373) بتاريخ 9/8/2000م، الخاص بمكافحة الإرهاب وتجميد أموال المنظمات الإرهابية، واتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذ التوصيات الخاصة الثماني الصادرة عن فريق العمل المعني بالتدابير المالية بشأن مكافحة تمويل الإرهاب الصادرة في شهر تشرين أول / أكتوبر عام 2001م.

وفي الفترة من 11 إلي 12 إبريل 2005 انعقد اجتماع في البحرين لإنشاء مجموعة عمل إقليمية لمكافحة غسل الأموال في الشرق الأوسط وقد أنشأت هذه المجموعة تحت اسم "مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب "MENA FATE" والتي تشكلت من 14 دولة عربية. وتتميز مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب بأنها مجموعة ذات طبيعة طوعية وتعاونية تم تأسيسها بالاتفاق بين أعضائها ولا تنبثق عن أية معاهدات دولية بل هي مستقلة عن أية هيئة أو مؤسسة دولية أخرى فهي التي تحدد عملها ونظمها وإجراءاتها بتوافق آراء أعضائها علي أن تتعاون مع الهيئات الدولية الأخرى خصوصاً مجموعة العمل المالي الدولي FATF لتحقيق أهدافها⁽¹⁰⁾.

(10) أنظر في ذلك: معتز صلاح الدين محمد: ظاهرة غسل الأموال والجهود الدولية والعربية لمواجهة هذه الظاهرة، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية، الانترنت بنفس العنوان.

(1134) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الفصل الثاني

الجهود المحلية لمكافحة تمويل الإرهاب

سنحاول في هذا الفصل توضيح جهود بعض التشريعات الأجنبية والعربية الأكثر تنوعاً في مجال مكافحة تمويل الإرهاب، وذلك من خلال إبراز أهم القواعد والإجراءات التي اتخذتها هذه التشريعات في هذا الصدد.

أولاً: جهود مكافحة تمويل الإرهاب في الولايات المتحدة الأمريكية:

ذكرنا سابقاً أنه وبعد أحداث 11 سبتمبر سنة 2001 أقر الكونجرس الأمريكي قانوناً لمكافحة الإرهاب سمي بقانون باتريوت Patriot Act، الذي يعتبر بمثابة حجر الزاوية في مكافحة تمويل الإرهاب وتعزيز دور أمريكا في مجال التعاون الدولي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

كما وسع Patriot Act إلى حد كبير من قدرة الأجهزة الأمريكية في مواجهة الجرائم الإرهابية فقد وسع هذا القانون من السلطات الاستثنائية في المراقبة الإلكترونية والتفتيش الواقع على المنظمات الأجنبية أو عملاتها. وقد احتوى هذا القانون على عدة سلطات تمس الحقوق والحريات الأساسية وخاصة في مجالات المراقبة وغسل الأموال ومركز الأجانب واعتقالهم وإبعادهم، والتوسع في التجريم والعقاب والتفتيش والقبض والحبس الاحتياطي، والحد من الإشراف القضائي على مراقبة الهواتف والانترنت، وإمكانية التصنت على المواطنين والأجانب الذين يشتبه صلتهم بالإرهاب⁽¹¹⁾.

وقد وضع Patriot Act مجموعة من القواعد الهامة فيما يخص مكافحة تمويل الإرهاب وغسل الأموال، فقد ألزم Patriot Act المؤسسات المالية بمراقبة كافة الأنشطة المالية وأن تبلغ عن أية نشاطات مريبة أو سرية خلال أعمال التجارة الإلكترونية أو تقديم الخدمات المالية أو أعمال التأمين، وذلك دون إمكانية ملاحقتها قضائياً ودون إبلاغ الشخص المعني وذلك كله بهدف مواجهة عمليات تمويل الإرهاب.

**Normen Abrams, Developments in USA Anti (11)
Terrorisme Law, OP. cit., p.112.**

(1135) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

كما ألزم هذه المؤسسات بإنشاء وحدة لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، تتولى وضع السياسات والضوابط والإجراءات التي يجب إتباعها لمكافحة تمويل الإرهاب. كما توسع قانون الباتريوت فيما بعد من قبيل المؤسسات المالية لتشمل جميع المؤسسات التي تخضع بالفعل للوائح الاتحادية؛ كالبنوك وجمعيات الادخار وتجار المعادن النفيسة والمجوهرات والأحجار الكريمة، والوكلاء التجاريين وشركات رأس المال الاستثماري وشركات التأمين ووكالات السفر وبائعي السيارات والطائرات والزوارق وسمسرة العقارات⁽¹²⁾.

كما أن المسؤولية عن مختلف جوانب الحرب ضد تمويل الإرهاب موزعة على عدد من الوزارات بحكومة الولايات المتحدة. فوزارة المالية ترأس فريقاً مشتركاً بين الوكالات ليقوم بتنسيق الجهود التي تبذلها الولايات المتحدة ضد تمويل الإرهاب. وتضم هذه العملية خبراء ورسمي سياسات من وزارات الخارجية والخزانة والعدل ومكتب التحقيق الاتحادي ومجمع الاستخبارات، والبيت الأبيض (ومجلس الأمن القومي).

ويتضمن القانون الجنائي للولايات المتحدة على الأقل حكيمين اثنين متميزين يمكن تطبيقهما على الذين يقدمون دعماً مادياً أو موارد إلى الإرهابيين. ولعل الحكم الذي يحظى باعتراف واسع النطاق هو الحكم المتمثل في المادة ٢٣٣٩ بء من المجلد ١٨ من مجموعة قوانين الولايات المتحدة، الذي يجعل في عداد الجرائم الاتحادية القيام عن علم بتقديم أو محاولة تقديم أو التآمر من أجل تقديم دعم مادي أو موارد إلى منظمة إرهابية أجنبية سماها وزير الخارجية بهذه الصفة بالتشاور مع المدعي العام ووزير الخزانة.

وتتيح المادة ٢٣٣٩ ألف للولايات المتحدة محاكمة من يقومون بتقديم أو محاولة تقديم أو التآمر من أجل تقديم دعم مادي أو موارد لاستخدامها في ارتكاب مجموعة متنوعة من الجرائم، بما فيها الجرائم المتصلة بالإرهاب. ويمكن أيضاً محاكمة الأشخاص الذين يقومون بإخفاء أو التستر على طابع ومكان ومصدر ملكية

Greg Baldwin, anti-money laundering and anti-terrorist, The (12)
Patriot act, Miami, e.mail: gbaldwin@hklaw.com, p.10-50;
خالد حامد مصطفى، جريمة غسل الأموال، المرجع السابق، ص 606.

(1136) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

المواد المستخدمة في ارتكاب إحدى الجرائم، والذين يقدمون العون من أجل هروب مرتكبي هذه الجرائم.

وكما هي الحال بالنسبة للمادة ٢٣٣٩ بء، فإن عبارة (دعم مادي أو موارد). يجري تعريفها بصورة فضفاضة لكي تعني العملات أو الصكوك النقدية أو السندات المالية أو الخدمات المالية، أو توفير المسكن أو التدريب أو المشورة أو المساعدة من الخبراء، أو المنازل الآمنة، أو الوثائق أو بطاقات الهوية المزيفة، ومعدات الاتصالات، والمرافق، والأسلحة، والمواد الفتاكة، والأفراد، والنقل وغير ذلك من الأصول المادية، باستثناء الأدوية أو المواد ذات الطابع الديني. (ويمكن توجيه التهم بموجب المادة ٢٣٣٩ ألف سواء اشتركت في ارتكاب المخالفة أم لم تشارك منظمة إرهابية أجنبية معينة). ويمكن أن تشمل العقوبات عن كل مخالفة غرامات جنائية وحبس لفترات تصل إلى ١٥ سنة أو مدى الحياة. (وبالإضافة إلى ذلك، فإن المواد ١٧٠١ إلى ١٧٠٦ من قانون السلطات الاقتصادية) في حالات الطوارئ الدولية (المجلد ٥٠ من مجموعة قوانين الولايات المتحدة) تخول الرئيس ممارسة سلطات واسعة في حالات الطوارئ إذا أعلن عن حالة طوارئ وطنية لكي يتصدى لتهديد يتعرض له الأمن القومي للولايات المتحدة أو سياستها الخارجية أو اقتصادها⁽¹³⁾.

وقد قطعت وزارة الخزانة بالولايات المتحدة الأمريكية، بالاشتراك مع نظرائها في فرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية FATF، شوطاً هائلاً منذ 11 سبتمبر 2001م، في مجال وضع معايير دولية لمكافحة تمويل الإرهاب، مستفيدة في ذلك من خبرة الأسرة الدولية في مكافحة تبييض الأموال. وهذه المعايير عبأت جهود الأسرة الدولية لاتخاذ إجراءات بشأن المسائل الهامة لتمويل الإرهاب التي من قبيل: تجميد الأصول المتعلقة بالإرهاب، وتنظيم ورصد أنظمة التحويل البديلة، وكفالة إدراج معلومات دقيقة ومفيدة عن الجهة المرسلة بشأن تحويل الأموال برق يا عبر الحدود، وحماية المؤسسات غير الهادفة للربح من استغلال الإرهابيين. إن فرقة

The national report, Letter dated 17 January 2002 from the (13) Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Chairman of the Counter-Terrorism Committee, document n° S/2002/674.

(1137) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

العمل المعنية بالإجراءات المالية بتوصياتها الأربعين بالإضافة إلى التسع، تمثل إطاراً شاملاً لمكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، وتعتبر الولايات المتحدة نفسها ملتزمة التزاماً كاملاً بالتوصيات الخاصة الصادرة عن فرقة العمل بشأن تمويل الإرهاب.

ومن أجل تنفيذ التوصية الخاصة التاسعة، التي أصبحت نافذة في تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٤ والتي تدعو البلدان إلى وضع متطلبات الإبلاغ عن العملات العابرة للحدود ومصادرة الأموال المنقولة على نحو يمثل انتهاكاً لهذه المتطلبات، بما في ذلك الأموال المتعلقة بتمويل الإرهاب وتبييض الأموال، تقوم سلطات الولايات المتحدة بوضع قائمة مؤشرات من "الأعلام الحمراء" لمساعدة سلطات مراقبة الحدود على كشف ناقلي الأموال ويتم توفير التدريب على استخدام القائمة عن طريق حلقات عمل ثنائية ومتعددة الأطراف. ونظراً للطبيعة العابرة للحدود للتوصية الخاصة التاسعة، تشجع الولايات المتحدة البلدان الأخرى على اعتماد التوصية وتنفيذها في القريب العاجل.

وفيما يتعلق بالمؤسسات غير الهادفة للربح، أصدرت وزارة خزانة الولايات المتحدة في بادئ الأمر، في تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٢، "المبادئ التوجيهية" لمكافحة تمويل الإرهاب. وتزيد هذه المبادئ التوجيهية من وعي الجماعات المانحة والخيرية بأنواع الممارسات التي يمكن للمؤسسات الخيرية اعتمادها لتقليل خطر تمويل الإرهاب. وهي تهدف إلى مساعدة المؤسسات الخيرية على وضع نهج يقوم على تحديد المخاطر للاحتراس من خطر تحويل الأموال المخصصة للبر إلى الاستخدام من قبل الإرهابيين وشبكات دعمهم.

وتعمل الولايات المتحدة بدأب على تنفيذ التوصية الخاصة الثالثة، وذلك عن طريق: ١- التعرف على الإرهابيين والهياكل الداعمة المرتبطة بجميع المنظمات الإرهابية) بما فيها الأطراف التي سمتها لجنة الأمم المتحدة المنشأة بموجب قرار مجلس الأمن ١٢٦٧ والمرتبطة بالقاعدة، وأسامة بن لادن، والطالبان، وتسمية هؤلاء الإرهابيين وهذه الهياكل؛ ٢- منع كيانات الولايات المتحدة من التعامل مع تلك الأطراف المسماة ومطالبة كيانات الولايات المتحدة بتجميد الأصول المالية المتصلة بتلك الأطراف المسماة وإبلاغ مكتب مراقبة الأصول الأجنبية التابع لوزارة الخزانة بتلك الإجراءات.

وهذه الإجراءات المتخذة بموجب الأمر التنفيذي ١٣٢٢٤، تمثل امتثالاً تاماً للالتزامات الولايات المتحدة المتمثلة في استهداف وتحديد وتنفيذ الجزاءات المالية ضد الإرهابيين والمنظمات الإرهابية و من يدعمون الإرهابيين وفقاً لقرار مجلس الأمن ١٣٧٣ وقرارات مجلس الأمن المتصلة بقرار مجلس الأمن ١٢٦٧. إضافة إلى ذلك، فإن البند ٨٠٦ من قانون الوطنيين في الولايات المتحدة الأمريكية، الذي سن بعد شهرين من هجمات 11 سبتمبر 2001، قد عدل سلطة البند ٩٨١ (أ) (1) من مدونة قوانين الولايات المتحدة، المجلد رقم ١٨، لإدراج فقرة فرعية جديدة (زاي)، مما يجعل الأملاك المتصلة بالإرهاب خاضعة للمصادرة المدنية. كما توفر بعض أحكام قانون الوطنيين وقانون السرية المصرفية أدوات قيمة للمؤسسات المالية وللحكومة معاً من أجل مكافحة تبييض الأموال والتصدي لتمويل الإرهاب.

ومع كل ما سبق فإن إنشاء إطار من القواعد والأنظمة مجرد خطوة أولى وهدف أولى في استخدام المعلومات المستمدة من النظم الفعالة لمكافحة تبييض الأموال والتصدي لتمويل الإرهاب، بهدف تجميد الأصول غير المشروعة، وإغلاق القنوات المستخدمة في تحويل الأموال، والشروع بملاحقة الجهات الممولة للإرهاب أو مرتكبي الجرائم المالية قضائياً، وتوجيه ضربات أخرى تجعل قيام أصحاب النوايا السيئة بتحريك أصولهم أمراً أبهظ تكلفة وأكثر خطراً وأقل كفاءة⁽¹⁴⁾.

ثانياً: جهود مكافحة تمويل الإرهاب في المملكة المتحدة:

سارعت المملكة المتحدة إثر اتخاذ قرار مجلس الأمن رقم 1373 عام 2001، بتجميد أصول المشتريين في تمويل الإرهاب وصدرت قوائم تحدد 48 فرداً و 77 منظمة يتعين تجميد حساباتها عملاً بقرار مجلس الأمن 1373، وعممت تلك القوائم على حوالي 600 مصرف ومؤسسة مالية في المملكة وذلك في بيان صدر من بنك إنجلترا⁽¹⁵⁾.

The national report, Letter dated 26 January 2006 from the (14) Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Chairman of the Counter-Terrorism Committee, document n° S/2006/69.

www.bankofengland.co.uk. (15)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

كما حدد قانون الإرهاب البريطاني لعام 2000 الجرائم الرئيسية الأربع المتعلقة بتمويل الإرهاب وهي: 1- جمع الأموال واعتبر جريمة دعوة أي شخص إلى تقديم أموال أو ممتلكات أو تلقي أموال أو ممتلكات أو إتاحة أموال أو ممتلكات لأغراض الإرهاب. 2- استخدام أو حيازة أموال أو ممتلكات لأغراض الإرهاب. 3- ترتيبات التمويل، أي الاشتراك في ترتيبات لإتاحة أموال أو ممتلكات لأغراض الإرهاب. 4- غسل الأموال، بتيسير حيازة أو مراقبة ممتلكات إرهابية بأية طريقة كانت بما في ذلك الإخفاء والنقل خارج الولاية القضائية وتحويل الأموال إلى أشخاص مشتبه فيهم⁽¹⁶⁾.

وينطبق كل هذا في الحالات التي يعتزم فيها شخص ما استخدام الأموال أو الممتلكات لأغراض الإرهاب، أو عندما تكون لديه أسباب معقولة تشير إلى إمكانية حدوث ذلك الاستعمال. والعقوبة القصوى لكل واحدة من هذه الجرائم هي السجن مدة 14 سنة و (أو) غرامة مالية. كما أن هناك التزام بالكشف عن العلم بتمويل الإرهاب أو الاشتباه في ذلك على أساس معلومات متأتية من تجارة الشخص أو مهنته أو أعماله التجارية أو عمله، وعدم الكشف عن هذه المعلومات يعتبر جريمة يعاقب عليها بالسجن مدة أقصاها خمس سنوات بالإضافة إلى الغرامة المالية.

كما تضمن قانون الإرهاب البريطاني لعام 2000 سلطات تسمح بتجريم المنظمات الإرهابية المشتركة في أنشطة إرهابية دولية ومحلية، إضافة إلى المنظمات المشتركة في الإرهاب المتصل بشؤون أيرلندا الشمالية. وبموجب هذا القانون يعتبر جريمة الانتماء إلى منظمة محظورة أو الدعوة إلى دعمها، وتتنطبق أحكام قانون الإرهاب بشكل عام على جميع المشتركين في الإرهاب بصرف النظر عما إذا كانت المنظمة التي يدعون الانتماء إليها محظورة أم لا. كما يتضمن القانون أحكاماً تتعلق بجرائم محددة تتمثل في تقديم التدريب على الأسلحة أو التجنيد للتدريب على الأسلحة لأغراض الإرهاب.

**The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, (16)
Report to the Counter-Terrorism Committee pursuant to
paragraph 6 of Security Council resolution 1373 (2001) of 28
September 2001. Documente, n° S/2001/1232.**

(1140) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

كما تسهم تشريعات المملكة المتحدة المتصلة بمراقبة الصادرات في القضاء على توفير الأسلحة للإرهابيين، بحيث لا يسمح بتصدير الأسلحة التقليدية من المملكة إلا إذا كانت في حوزة المصدر رخصة تصدير صالحة، وقد عدل قانون مراقبة تصدير الأسلحة لعام 1944⁽¹⁷⁾ فأصبح يحظر تصدير المعدات العسكرية والأمنية وشبه العسكرية والأسلحة والذخيرة وما يتصل بذلك من مواد وردت في الجزء الثالث من الجدول الأول من ذلك القانون (القائمة العسكرية)⁽¹⁸⁾ مهما كانت الجهة المصدر إليها ما لم تصدر بذلك رخصة للتصدير.

كما تراقب المملكة المتحدة أيضاً تصدير بعض السلع التي يمكن استخدامها في مكافحة الإرهاب (لكفالة عدم وصول تلك السلع إلى الإرهابيين). وتخضع للمراقبة أيضاً بعض المتفجرات الصناعية التي يمكن استخدامها كمكونات لأجهزة تفجيرية مرتجلة.

كما تمنح آليات مراقبة الهجرة في المملكة المتحدة بما في ذلك قوانين الهجرة وزير الداخلية سلطات شخصية واسعة لمنع دخول أشخاص إلى المملكة المتحدة. وتستخدم هذه السلطات عادة لأحد أسباب ثلاثة: الأمن الوطني، النظام العام، والعلاقات الخارجية. ويدخل حرمان أي شخص بسبب إمكانية صلته بالإرهاب أو اشتراكه فيه (وبالتالي تمويل الإرهاب) تحت فئة الأمن الوطني. وهذه السلطة تستخدم عند اللزوم فقط، ولكن بانتظام. ومنذ عام 1990، منع 237 شخصاً من الدخول لأسباب تتعلق بالأمن الوطني.

هذا وأدخل قانون الأمن ومكافحة الإرهاب تعديلات على قانون الإرهاب لعام 2000 فأصبح عدم الكشف عن المعلومات جريمة في القطاع المالي حيثما وجدت أسباب معقولة للاشتباه في وجود تمويل للإرهاب.

كما أنه بصدور الأمر المجلسي رقم 3365 لسنة 2001، قامت وزارة المالية البريطانية بإصدار تعليمات إلى المصارف والمؤسسات المالية بتجميد حسابات

<http://www2.dti.gov.UnitedKingdom/export.control/legislation/egco.htm> (17)

<http://www2.dit.gov.UnitedKingdom/export.control/pdfs/egco.ddf> (18)

(1141) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

الأفراد والكيانات المشتبه قيامهم بأنشطة إرهابية مع اعتبار عدم القيام بذلك جريمة. كما أعتبر هذا القرار توفير الأموال لأشخاص يشتركون في أنشطة إرهابية جريمة جنائية يعاقب عليها قانون العقوبات. ولمصطلح "أموال" مدلول واسع يشمل إتاحة الأصول المالية والمكاسب الاقتصادية من أي نوع.

كما أن قانون سنة 2006 الذي صدر على إثر التفجيرات التي حدثت في لندن في 7 يوليو سنة 2005⁽¹⁹⁾ جرم أفعال تشجيع الإرهاب كنشر التصريحات التي يمكن أن تفهم من الجمهور بأنها تشجيع مباشر أو غير مباشر أو تحريض على ارتكاب الإرهاب أو تحبيذا لأعمال الإرهاب أو جرائم معينة منه، وكذلك تجليل أو استحسان الإرهاب أو استحسان ارتكابه والتواجد في أماكن تدريب الإرهابيين⁽²⁰⁾ كما وسع من سلطة الشرطة في الحبس بعد القبض. وتتخل هذه ضمن نطاق هذا القانون ولو ارتكبت بالوسائل الإلكترونية والتي من بينها (الانترنت). ويمكن أن يكون الأشخاص الاعتباريون وكذلك الأشخاص الطبيعيون مذنبين بارتكاب هذه الجريمة. ومن الجرائم أيضاً في القانون العام أن يحرض المرء شخصاً آخر على ارتكاب أي جريمة. وليس ثمة حاجة إلى محاولة ارتكاب الجريمة أو ارتكابها.

وبموجب المادة 17 من قانون مكافحة الإرهاب لعام 2006 فإن محاكم المملكة المتحدة مختصة بالنظر في الأعمال التي تعد بمثابة جريمة طبقاً للمادة 1 من هذا القانون، (أي جريمة متعلقة بالتحريض على جريمة الإرهاب أو محاولة ارتكاب هذه الجريمة أو المساعدة عليها أو الإيعاز بها أو إسداء المشورة من أجل ارتكابها أو التحريض عليها) حتى ولو وقع العمل خارج المملكة المتحدة وبغض النظر عن جنسية من يقوم بهذا العمل. كما تمنح المادة 17 محاكم المملكة المتحدة اختصاص النظر في الأعمال التي تتم خارج المملكة والتي تعد بمثابة جريمة تأمر لارتكاب جريمة. غير أن المادة 19 من ذات

(19) ROBERT Emilie, L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne, Thèse, 2012, op. cit. note n°15. p. 17.

(20) د. أحمد فتحي سرور: المواجهة القانونية للإرهاب، المرجع السابق، ص 55؛

د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، 2012م، المرجع السابق، ص 204.

(1142) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

القانون تقتضي موافقة النيابة العامة على جميع الدعاوى وموافقة الدعي العام في الحالة التي يبدو فيها أن جريمة ما قد ارتكبت لغرض مرتبط كلياً أو جزئياً بشؤون بلد آخر خلاف المملكة المتحدة⁽²¹⁾.

ثالثاً: جهود مكافحة تمويل الإرهاب في فرنسا:

سنت فرنسا العديد من التشريعات لمكافحة الإرهاب بصفة عامة والتمويل بصفة خاصة، ويعتبر قانون 1986/9/9 بمثابة حجر الزاوية في هذا الشأن والذي يسمح بالملاحقة القضائية لجميع أعمال الإرهاب، حيث جعل من هذه الأعمال جرائم قائمة بذاتها يعاقب عليها بعقوبات مشددة. ومع ذلك فإن بعض الأنشطة الإرهابية أصبحت موضوع تجريم خاص ومن هذه الأنشطة الإرهاب الأيكولوجي، والاتفاق الجنائي الإرهابي، وتمويل الإرهاب.

ولتعزيز النصوص التشريعية القائمة في فرنسا والخاصة بتمويل الإرهاب أحدث المشرع الفرنسي في قانون 15 نوفمبر لسنة 2001 جرائم جديدة خاصة بتمويل الإرهاب بهدف تحديده على وجه الدقة. وهذه الجرائم هي: جريمة تمويل مشروع إرهابي؛ وجريمة إساءة استغلال معلومات سرية، وجريمة غسل الأموال، كما أحدث عقوبة تكميلية هي عقوبة مصادرة أموال المجرم الإرهابي، كما وضح أحكاماً تتيح اتخاذ إجراءات تحفظية على الذمة المالية لهذا المجرم، كما قرر عقوبات مشددة لجرائم تمويل الإرهاب⁽²²⁾.

كما يشكّل التصدي لغسل الأموال وتمويل الإرهاب المهمة الأولى لخلية معالجة المعلومات واتخاذ الإجراءات ضد الشبكات المالية السرية، التي أنشئت في عام 1990 داخل وزارة الاقتصاد والمالية والصناعة، وهي خلية للاستخبارات

The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (21)
Implementation of Security Council resolution 1624 (2005):
report of the United Kingdom in response to the Counter-
Terrorism, Committee's questions, Documente, n° S/2006/398.

(22) أنظر المواد: 6-1-421، و2-2-421، و6-422، و7، من قانون العقوبات الفرنسي، و1-465 من القانون النقدي والمالي الفرنسي؛ وأنظر أيضاً تقرير فرنسا المقدم إلى لجنة مكافحة الإرهاب عملاً بالفقرة 6 من قرار مجلس الأمن 1373 لسنة 2001 المؤرخ 28 سبتمبر 2001 (وثيقة رقم S/2001/1274).

(1143) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

المالية على غرار فرقة العمل للإجراءات المالية المعنية بمكافحة الإرهاب. وهي تستند في عملها إلى معالجة البيانات التي تفيد بوجود شبّهات، والصادرة عن المؤسسات المالية ومختلف المهّن غير المالية الملزمة بتبليغ (الوسطاء العقاريون، ومسؤولو دور القمار، وتجار السلع ذات القيمة المرتفعة) حين يُحتمل أن تكون المبالغ المقيدة في سجلاتها آتية من تجارة المخدرات أو من أنشطة الجريمة المنظمة أو مستخدمة في تمويل الإرهاب. وتحلّل الخلية هذه الشبّهات الأولية، مع تقدير المبرّر الاقتصادي للتدفقات المالية والسعي إلى إقامة صلة مع بيئة إجرامية أو جنائية محتملة.

وتتمتع خلية الاستخبارات المالية بسلطات محددة لأداء مهمتها بنجاح، حيث يجوز لها أن توقف تنفيذ المعاملة المبلغ عنها لفترة أقصاها ١٢ ساعة. ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية لباريس أن يمدد هذه الفترة؛ كما يجوز أن تطلب إحالة كل الوثائق والمستندات المتصلة بمعاملة وذلك بغية التمكن، بعد استلام التبليغ بالشبّهات، من تكوين صورة شاملة لمجموع المعاملات التي أجراها شخص طبيعي أو اعتباري والتي تتصل بالعملية المشبوهة. ويمكن أيضا أن تقوم الخلية بتبادل المعلومات مع المكتب المركزي لقمع الجريمة المالية الجسيمة، ومع الجمارك والسلطات المشرفة على المهّن المشمولة بالالتزام التبليغ، وكذلك مع الدوائر الأجنبية التي لها اختصاصات مماثلة. وكمقابل للسلطات المسندة إليها، تتحمل الخلية التزاما باحترام قواعد لأخلاق المهنة والسريّة حددها القانون بدقة، إذ لا يمكن استخدام المعلومات التي تحصل عليها من خلال تبليغ بشبّهات إلا في أغراض مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ولا يمكن إبلاغها لأطراف أخرى سوى الجهات الوارد سردها على أساس حصري. وإذا أدى تحقيق خبراء إلى إثبات وجود اشتباه بأنه يجري غسل الأموال أو تمويل نشاط إرهابي، يتم إعلام السلطات القضائية بذلك⁽²³⁾. كما تتولى المديرية العامة للجمارك والرسوم غير المباشرة الرقاب على فعالية تدابير تجميد الأموال والمتابعة

**Quatrième rapport complémentaire Présenté par la France au (23)
Comité contre le terrorisme en application du paragraphe 6 de la
résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, Documente, n°
S/2004/226.**

(1144) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

حال الالتزام، والمتابعة حال عدم الالتزام، ومكافحة غسل الأموال الناتجة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات، والرقابة على المنتجات والتكنولوجيا الإستراتيجية والأسلحة والعتاد الحربي، ومنع الأعمال الإرهابية عن طريق الرقابة الأمنية في المطارات (الأمثلة المنقولة في عنابر الطائرات وخطوط السكة الحديد)، والمشاركة في الرقابة المتعلقة بالهجرة بالتكامل مع العمل الذي تقوم به شرطة الحدود بوزارة الداخلية.

وفى 23 يناير سنة 2006 أصدر المشرع الفرنسي قانون مكافحة الإرهاب الفرنسي رقم 2006-64، بإدخال تعديلات على القانون رقم 73 الصادر في 21 يناير سنة 1995 بشأن التوجيه ووضع البرامج في مجال الأمن، وعلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، وبعض القوانين الأخرى (24). وبمقتضى هذا القانون الصادر سنة 2006 طرأ نوعان من التعديلات المباشرة على قانون العقوبات الفرنسي، الأول يتضمن إنشاء جرائم عدم القدرة على تبرير وجود موارد تتعلق بسير الحياة أو عدم القدرة على تبرير مصدر المال، وتسهيل تبرير الموارد المشبوهة لدى الأشخاص (25). والثاني بشأن الجماعات الإرهابية وذلك بتشديد العقاب على مديريها، والتوسع في تجريم هذه الجماعات بالنظر إلى الجرائم التي تحضر لها (26).
رابعاً: جهود مكافحة تمويل الإرهاب في المملكة العربية السعودية:

V. Loi no 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre (24) le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O., 24 janvier 2006, p. 1129; La loi no 2006-64 du 23 janvier 2006 relative a la lutte contre le terrorisme, rev. sc crim 2006, no 2, p366; GALMARD (M-H.), « Vers une nouvelle approche du phénomène terroriste ? Apports de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives aux contrôles transfrontaliers, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2007, n° 1, p. 5-28. ROUDIER Karine, Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, Thèse 2011, op. cit. p. 428 et s.

(25) أنظر المواد : 321 - 6 ، 321 - 6 - 1 ، 321 - 10 - 1 عقوبات فرنسي.

(26) أنظر المواد : 421 - 21 و 421 - 1/5 و 421 - 6 عقوبات فرنسي.

(1145) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

أصدرت المملكة العربية السعودية عام 1435 هـ الموافق عام 2013م نظام "جرائم الإرهاب وتمويله" بالمرسوم الملكي رقم م/16 وتاريخ 1435/2/24 هـ⁽²⁷⁾، وقد حل هذا النظام محل نظام مكافحة غسل الأموال الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/31 بتاريخ 1433/5/11 هـ ومحل نظام مكافحة غسل الأموال القديم رقم م/39 بتاريخ 1424/6/25 هـ ، وقد جرت المادة الأولى من هذا النظام في فقرتها (ب) تمويل الإرهاب بوصفه كل فعل يتضمن جمع أموال، أو تقديمها، أو أخذها، أو تخصيصها، أو نقلها، أو تحويلها – أو عائداتها – كلياً أو جزئياً لأي نشاط إرهابي فردي أو جماعي، منظم أو غير منظم، في الداخل أو في الخارج، سواء أكان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر من مصدر مشروع أو غير مشروع. أو القيام لمصلحة هذا النشاط أو عناصره بأي عملية بنكية أو مصرفية أو مالية أو تجارية، أو الحصول مباشرة أو بالوساطة على أموال لاستغلالها لمصلحته، أو للدعوة والترويج لمبادئه، أو تدبير أماكن للتدريب، أو إيواء عناصره، أو تزويدهم بأي نوع من الأسلحة أو المستندات المزورة، أو تقديم أي وسيلة مساعدة أخرى من وسائل الدعم والتمويل مع العلم بذلك؛ وكل فعل يشكل جريمة في نطاق إحدى الاتفاقيات الواردة في مرفق الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب، وبالتعريف المحدد في تلك الاتفاقيات". وقد اعتبرت المادة الثانية من هذا النظام جرائم الإرهاب وتمويله من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف. وفوض النظام وزير الداخلية بإصدار أمر بالقبض على من يشتبه في ارتكابه جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام، أو تفويض من يراه وفق ضوابط يحددها. وشدد النظام على أنه «لا يجوز الإفراج المؤقت عن أي متهم إلا بأمر من وزير الداخلية أو من يفوضه، وأن لوزير الداخلية – أو من يفوضه – الأمر بمراقبة الرسائل والخطابات والمطبوعات والطرود وسائر وسائل الاتصال

(27) صدر نظام "جرائم الإرهاب وتمويله" بالمرسوم الملكي رقم م/16 وتاريخ 1435/2/24 هـ، الموافق 2013/12/27م والذي حل محل نظام مكافحة غسل الأموال في المملكة العربية السعودية رقم م/31 بتاريخ 1433/5/11 هـ (الموافق 2012/4/3 م) ومحل نظام مكافحة غسل الأموال الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/39 وتاريخ 1424/6/25 هـ، (2003/8/23م) وقد تم اعتماد هذا النظام كأساس قانوني لتجريم غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

(1146) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

والمحادثات». ودعا النظام الجديد وزارة الداخلية إلى إنشاء دور تسمى «دور الإصلاح والتأهيل»، تكون مهماتها الاعتناء بالموقوفين والمحكوم عليهم في أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام، وتسهيل اندماجهم في المجتمع، وتعميق انتمائهم الوطني⁽²⁸⁾.

وقد نص المرسوم الملكي رقم (م/16) وتاريخ 24-2-1435هـ بالموافقة على نظام جرائم الإرهاب وتمويله في البند "ثانياً" منه على أن يستمر العمل بالأحكام – المشار إليها في البند (ثانياً) من المرسوم الملكي رقم (م/31) بتاريخ 11-5-1433هـ – المتعلقة بالعقوبات ذات الصلة بجرائم تمويل الإرهاب والأعمال الإرهابية والمنظمات الإرهابية، المنصوص عليها في نظام مكافحة غسل الأموال، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/39) بتاريخ 25-6-1424هـ، وذلك إلى حين صدور الأحكام المتعلقة بتلك العقوبات والعمل بموجبها.

وكان نظام مكافحة غسل الأموال، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/39) بتاريخ 25-6-1424هـ ينص على مجموعة من الإجراءات لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب كما قرر عدداً من العقوبات الجنائية التي تطبق على غاسلي الأموال وممولي الإرهاب:

فقد أوجبت المادة العاشرة من هذا النظام أنه: 1- على المؤسسات المالية والأعمال والمهنة غير المالية المحددة والمنظمات غير الهادفة للربح، عند اشتباهاها أو إذا توافرت لديها أسباب معقولة للاشتباه في أن الأموال أو بعضها تمثل متحصلات لنشاط إجرامي أو في ارتباطها أو علاقتها بعمليات غسل الأموال أو تمويل الإرهاب أو عمليات إرهابية أو منظمات إرهابية أو ممولي الإرهاب بما في ذلك محاولات إجراء مثل هذه العمليات بصرف النظر عن مبالغها، أن تتخذ

(28) أنظر نصوص نظام جرائم الإرهاب وتمويله (نسخة مجلس الوزراء – الأمانة العامة) على الموقع التالي:

<https://www.dropbox.com/s/w60kzpfli94tytz/%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%20%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85%20%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B1%D9%87%D8%A7%D8%A8%20%D9%88%D8%AA%D9%85%D9%88%D9%8A%D9%84%D9%87%20-%20%D9%85%D9%81%D9%87%D8%B1%D8%B3.pdf>

(1147) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الإجراءات الآتية: أ- إبلاغ وحدة التحريات المالية فوراً وبشكل مباشر. ب- إعداد تقرير مفصل يتضمن جميع البيانات والمعلومات المتوافرة لديها عن تلك الحالة والأطراف ذات الصلة وتزويد وحدة التحريات المالية به. 2- عند تأكد وحدة التحريات المالية من قيام شبهة بارتكاب أي من الجرائم المتعلقة بتمويل الإرهاب أو بالأعمال الإرهابية أو بالمنظمات الإرهابية أو بممولى الإرهاب - المعاقب عليها بموجب الأحكام ذات الصلة بجرائم الإرهاب وتمويله - تتخذ الإجراءات النظامية اللازمة لذلك.

كما أنشأت بالمملكة العربية السعودية "وحدة التحريات المالية" استناداً للمادة الحادية عشرة من نظام مكافحة غسل الأموال القديم رقم م/39 بتاريخ 1424/6/25 هـ الموافق 2003/8/23 م. وباشرت أعمالها اعتباراً من 1426/8/6 هـ، وكانت قضايا غسل الأموال وتمويل الإرهاب تعالج من قبل لجان مشكلة من عدة جهات حكومية، إلا أنه نظراً لتطور وانتشار الجرائم المنظمة والتي أثرت على أمن واقتصاد المملكة فقد صدر نظام مكافحة غسل الأموال بالمرسوم الملكي رقم م/39 بتاريخ 1424/6/25 هـ والمتضمن في المادة الحادية عشرة منه إنشاء وحدة لمكافحة غسل الأموال تسمى "وحدة التحريات المالية".

ووحدة التحريات المالية؛ هي وحدة إدارية تابعة لوزارة الداخلية مرتبطة بمساعد وزير الداخلية للشؤون الأمنية. ومهمتها الأساسية تلقي البلاغات عن المعاملات المالية المشبوهة وتحليلها وإعداد التقارير عنها وإحالتها للجهات المختصة، ومن ثم حفظها بقاعدة البيانات، كما تقوم بتبادل المعلومات مع الجهات ذات العلاقة داخل المملكة وخارجها بهدف مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ومقرها الرئيسي بمدينة الرياض (29). وللوحدة الطلب من هيئة التحقيق والإدعاء العام القيام بالحجز التحفظي على الأموال والممتلكات والوسائط المرتبطة بجريمة غسل الأموال. كما تتولى وحدة التحريات المالية في وزارة الداخلية - بصفتها جهازاً مركزياً وطنياً - تلقي البلاغات المتعلقة بالاشتباه بجريمة تمويل الإرهاب وجمع المعلومات وتحليلها ونشرها، وطلب إيقاع الحجز التحفظي وفقاً لأحكام المادة الـ 18 من

(29) أنظر: اللائحة التنفيذية لنظام مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب بالسعودية بالمملكة العربية السعودية المادة 3/8.

(1148) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

هذا النظام، ولها تبادل المعلومات مع الجهات النظيرة وفقاً لأحكام المادة الـ 25 من نظام مكافحة غسل الأموال (30).

كما قررت المادة الحادية عشرة أنه استثناءً من الأحكام المتعلقة بالسرية فإن على المؤسسات المالية والأعمال والمهنة غير المالية المحددة والمنظمات غير الهادفة للربح تقديم الوثائق والسجلات والمعلومات لوحدة التحريات المالية أو السلطة المختصة بالتحقيق أو للسلطة القضائية عند طلبها عن طريق الجهة الرقابية. ولا يجوز للمؤسسات المالية وغير المالية الاحتجاج بمبدأ سرية الحسابات أو هوية العملاء أو المعلومات المسجلة طبقاً لأي نظام آخر.

وأوجب المادة التاسعة على المؤسسات المالية والأعمال والمهنة غير المالية المحددة والمنظمات غير الهادفة للربح والعاملين فيها وغيرهم من الملزمين بأحكام هذا النظام ألا يحذروا العملاء أو يسمحوا بتحذيرهم من وجود شبهات حول نشاطاتهم.

كما تضمن نظام مكافحة غسل الأموال في المواد (17، 18، 19، 20، 21) عقوبات على مرتكبي جريمة غسل الأموال وتمويل الإرهاب تصل كحدٍ أعلى إلى السجن خمس عشرة سنة وغرامة مالية سبعة ملايين ريال ومصادرة الأموال أو المتحصلات أو الوسائط محل الجريمة⁽³¹⁾.

(30) أنظر: المادة 35 من نظام جرائم الإرهاب وتمويله الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/16 وتاريخ 1435/2/24هـ.

(31) تنص هذه المواد على: المادة السابعة عشرة: "إذا حكم بمصادرة الأموال أو المتحصلات أو الوسائط المستخدمة أو التي أتجهت النية لاستخدامها وفقاً لأحكام هذا النظام وكانت غير واجبة الإتلاف فللسلطة المختصة أن التصرف بها وفقاً للنظام، أو اقتسامها مع الدول التي تربطها مع المملكة اتفاقيات أو معاهدات سارية". المادة الثامنة عشرة: "مع عدم الإخلال بحقوق الأطراف الأخرى حسني النية، يعاقب كل من يرتكب جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة (الثانية) من هذا النظام بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات وبغرامة مالية لا تزيد على خمسة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، مع مصادرة الأموال والمتحصلات والوسائط محل الجريمة، وإذا اختلقت الأموال والمتحصلات والوسائط محل الجريمة، وإذا اختلقت الأموال والمتحصلات بأموال اكتسبت من مصادر مشروعة كانت هذه الأموال خاضعة للمصادرة في حدود ما يعادل قيمة المقدرة للمتحصلات غير المشروعة. وللمحكمة المختصة إبطال أو منع بعض الأعمال سواء أكانت تعاقبية أم غير ذلك، إذا علم أطرافها أو أحدهم أو كان يفترض أن

(1149) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

كما أجاز هذا النظام في مادته الخامسة والعشرون للسلطات المختصة تبادل المعلومات التي تكشف عنها المؤسسات المالية والأعمال والمهنة غير المالية المحددة والمنظمات غير الهادفة للربح مع الجهات الأجنبية النظيرة في دول أخرى تربطها بالملكة اتفاقيات أو معاهدات سارية أو مذكرات تفاهم، أو تبعاً للمعاملة بالمثل، وذلك وفقاً للإجراءات النظامية المتبعة، دون أن يشكل ذلك إخلالاً بالأحكام والأعراف المتعلقة بسرية المعلومات. كما أعطت المادة السادسة والعشرون من هذا النظام للسلطة القضائية - بناءً على طلب من محكمة أو سلطة مختصة بدولة أخرى تربطها بالملكة اتفاقية أو معاهدة سارية أو تبعاً للمعاملة بالمثل، أن تأمر بالتحفظ على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط المرتبطة بجريمة غسل الأموال وفق الأنظمة المعمول بها في المملكة. وكذلك للسلطة المختصة - بناءً على طلب من سلطة

يعلموا بأن هذه الأعمال من شأنها أن تؤثر على قدرة السلطات المختصة على استرداد الممتلكات الخاضعة للمصادرة". المادة التاسعة = عشرة: " تكون عقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة وغرامة مالية لا تزيد على سبعة ملايين ريال إذا اقترفت جريمة غسل الأموال بأي من الحالات الآتية: 1- إذا ارتكب الجاني الجريمة من خلال عصابة منظمة. 2- استخدام الجاني للعنف أو الأسلحة. 3- شغل الجاني وظيفة عامة واتصال الجريمة بهذه الوظيفة، أو ارتكابه الجريمة مستغلاً سلطاته أو نفوذه. 4- التفرير بالنساء أو الفصير واستغلالهم. 5- ارتكاب الجريمة من خلال مؤسسة إصلحية أو خيرية أو تعليمية أو في مرفق خدمة اجتماعية. 6- صدور أحكام محلية أو أجنبية سابقة بإدانة بحق الجاني، ويوجه خاص في جرائم مماثلة. المادة العشرون: " دون الإخلال بالأنظمة يعاقب بالسجن - مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة مالية لا تزيد على خمسمائة ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أدخل رؤساء مجالس إدارات المؤسسات المالية والأعمال والمهنة غير المالية المحددة والمنظمات غير الهادفة للربح أو أعضائها أو أصحابها أو مديريها أو موظفيها أو ممثليها المفوضين عنها أو مستخدميها ممن يتصرفون بمقتضى هذه الصفات بأي من الالتزامات الواردة في المواد (الخامسة، والسادسة، والسابعة، والثامنة، والتاسعة، والعاشر، والحادية عشرة، والثانية عشرة) من هذا النظام، ويسري تطبيق العقوبة على من يزاول النشاط دون الحصول على التراخيص اللازمة". المادة الحادية والعشرون: "يجوز بحكم بناء على ما ترفعه الجهة المختصة أن توقع على المؤسسات المالية والأعمال والمهنة غير المالية المحددة والمنظمات غير الهادفة للربح التي تثبت مسؤوليتها وفقاً لأحكام المادة (الثالثة) من هذا النظام غرامة مالية لا تقل عن مائة ألف ريال ولا تزيد على ما يعادل قيمة الأموال محل الجريمة".

مختصة بدولة أخرى تربطه بالمملكة اتفاقية أو معاهدة سارية أو تبعاً للمعاملة بالمثل – أن تأمر بتعقب الأموال أو المتحصلات أو الوسائط المرتبطة بجريمة غسل الأموال وفق الأنظمة المعمول بها في المملكة.

ويجوز الاعتراف والتنفيذ لأي حكم قضائي بات ينص على مصادرة الأموال أو العائدات أو الوسائط المتعلقة بجرائم غسل الأموال صادر من محكمة مختصة بدولة أخرى تربطها بالمملكة اتفاقية أو معاهدة سارية أو تبعاً للمعاملة بالمثل، وذلك إذا كانت الأموال أو المتحصلات أو الوسائط التي نص عليها هذا الحكم جائزاً إخضاعها للمصادرة وفقاً للنظام المعمول به في المملكة.

كما بذلت المملكة العربية السعودية العديد من الجهود لتجميد أموال وأصول الإرهابيين أو المشتبه في تورطهم في تمويل العمليات الإرهابية، كالمنتهمين لحركة طالبان، ومجموعة أسامة بن لادن، وذلك تطبيقاً لقرارات مجلس الأمن المختلفة كالقرار 1373 و1267. كما تشارك المملكة العديد من المنظمات والهيئات الدولية جهودها في مكافحة تمويل الإرهاب.

خامساً: جهود مكافحة تمويل الإرهاب في المملكة المغربية:

تنبيه المشرع المغربي لخطورة جريمة تمويل الإرهاب ولآثارها المدمرة سواء على المستوى السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، وسن مجموعة من القوانين بهدف التصدي لهذه الجريمة وذلك إما بطريقة سابقة لمحاولة الوقاية منها عن طريق المؤسسات المالية، وإما بطريقة لاحقة لوقوع الجريمة عن طريق الأجهزة القضائية. فبمقتضى المادة 80 من القانون 34-03 لعام 2006⁽³²⁾ لا يجوز الاحتجاج بالسر المهني في مواجهة كل من بنك المغرب والسلطة القضائية دون أن تكون هناك أية إمكانية لمتابعة المفشي بالسر على أساس الفصل 446 من مجموعة القانون الجنائي المغربي (م.ق.ج.م).

كما خول المشرع المغربي مكافحة تمويل الإرهاب لمجموعة من الجهات القضائية وهي كل من النيابة العامة وقضاء التحقيق وقضاء الحكم. فبمقتضى المادة

(32) الجريدة الرسمية المغربية رقم 5397 الصادرة في 20 فبراير 2006 ص 434.

1/595 وما بعدها من قانون المسطرة الجنائية لعام 2003⁽³³⁾، والتي فرضت رقابة قبلية صارمة على تحركات الأموال، يجوز للوكيل العام للملك بمناسبة إجراء بحث قضائي أن يطلب المعلومات الخاصة بكل عمليات وحركات أموال يشتبه في أن لها علاقة بتمويل الإرهاب. وذلك عبر التواصل مع المؤسسات البنكية بمساعدة بنك المغرب، ويجب على هذه المؤسسات أن تخضع لطلبات الوكيل العام للملك خلال أجل أقصاه 30 يوماً وذلك طبقاً للمادة 4/595 من قانون المسطرة الجنائية (ق.م.ج). وبهذا رفع المشرع المغربي إمكانية احتجاج البنوك بالسر المهني أمام النيابة العامة وبنك المغرب كلما تعلق الأمر بطلب معلومات حول أموال يشتبه في أن لها علاقة بتمويل الإرهاب. ويمكن لهذه السلطات الاطلاع على جميع الوثائق والمعلومات الضرورية للقيام بمهامها، دون أن يكون للبنوك أية صلاحية في رفض الطلب، استناداً إلى مبدأ الحفاظ على الأسرار المالية لعملائها. وبطبيعة الحال فإذا ما التزمت البنوك ونفذت طلبات الوكيل العام للملك فإنه لا يمكن متابعتها بمقتضيات الفصل 446 من مجموعة القانون الجنائي المغربي (م.ق.ج.م)، ولا مواجهتها بأي دعوى قضائية.

وإذا كان المشرع المغربي قد أجاز لبنك المغرب وللابنك الخاضعة لمراقبته عدم الالتزام بمبدأ السر المهني وذلك وفقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 4/595 فإنه أكد من خلال المادة 9/595 من ق.م.ج. على أنه "يجب على كل الأشخاص الذين يشاركون في معالجة المعلومات المالية وفي مكافحة التحركات المرتبطة بتمويل الإرهاب، وبصفة عامة على جميع الأشخاص الذين يطلب منهم بأية صفة من الصفات الاطلاع على تلك المعلومات أو استغلالها أن يتقيدوا تقيداً تاماً بكتمان السر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 446 من مجموعة القانون الجنائي" ولقد هدف المشرع من ذلك إلى إحاطة حالة الاشتباه بالسرية التامة لذلك منع العاملين بالبنك من إحاطة العملاء بطبيعة الإجراءات التي تتخذ بشأن أموالهم تحت طائلة التعرض للعقوبات المنصوص عليها في الفصل 446 من ق.م.ج. وهذا ما أكده المشرع المغربي كذلك من خلال المادة 10/595 من ق.م.ج. ومن أجل التأكيد على

(33) الجريدة الرسمية المغربية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315.

(1152) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ضرورة الالتزام بالمحافظة على سرية الأبحاث المجرأة بشأن الأموال المشتبه في علاقتها بالإرهاب فقد جاء المشرع المغربي كذلك في القانون 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال لعام 2007⁽³⁴⁾ بمقتضيات مماثلة لتلك المنصوص عليها في المادة 10-595 من ق.م.ج.

كذلك خول المشرع المغربي لقاضي التحقيق وهيئة الحكم صلاحية ممارسة نفس سلطات النيابة العامة السابقة، كلما قامت لديهما شبهات حول تحركات أموال مخصصة لخدمة الأعمال الإرهابية، وذلك بمقتضى المواد 1/595، و2، والمادة 362 والمادة 287 من ق.م.ج، وبمقتضى المادة 85 من ق.م.ج.

وقد منح المشرع المغربي الهيئات القضائية السابقة في إطار قمع تمويل الإرهاب مجموعة من الصلاحيات القانونية التي يتم تفعيلها كلما ثبتت الشبهات القائمة لدى الهيئات المكلفة بالتحري ومنها إمكانية تجميد الحسابات البنكية التي تحوم حولها الشبهات، وكذا حجزها بين يدي الجهة المتواجدة لديها لمنع صاحبها من التصرف فيها، بالإضافة إلى التعاون القضائي الدولي في محاربة التمويل الإرهاب. فيمكن للسلطات القضائية السالفة الذكر بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 2/595 من ق.م.ج الأمر بتجميد أرصدة الحسابات البنكية المشتبه في علاقتها بتمويل الإرهاب، مع إمكانية طلب مساعدة بنك المغرب لتنفيذ ذلك. وقد أشارت المادة 3/595 من ق.م.ج إلى أنه "يقصد بالتجميد المنع المؤقت لنقل الممتلكات أو تبديلها أو التصرف فيها أو تحريكها أو إخضاعها للحراسة". كما لهذه السلطات حجز الأموال المشتبه في علاقتها بتمويل الإرهاب وذلك كإجراء احتياطي غايته منع التصرف في الأموال المرصودة للتمويل الإرهابي، طيلة مدة سريان مفعول قرار الحجز.

كما أنه وإعمالاً لمقتضيات الاتفاقية الدولية في مجال مكافحة تمويل الإرهاب المنظمة إليها المملكة المغربية بتاريخ فاتح ماي (الأول من مايو) 2003 يجوز للحكومة بطلب من دولة أجنبية إحالة طلب هذه الأخيرة إلى الوكيل العام للملك لاتخاذ

(34) القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.79 بتاريخ 28 من ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007)، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.02 بتاريخ 15 من صفر 1432 (20 يناير 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5911 بتاريخ 19 صفر 1432 (24 يناير 2011)، ص 196.

(1153) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

ما يراه مناسباً وقانونياً بخصوص كل ما هو مرتبط بتمويل الإرهاب. ويمكن للوكيل العام، طبقاً لمقتضيات المادة 6/595 من ق.م.ج، وبناء على إحالة الطلب عليه من قبل الحكومة أن يباشر البحث والتحري فيما يتعلق بعائدات إحدى جرائم تمويل الإرهاب والممتلكات التي استخدمت أو كانت معدة لاستخدامها في ارتكاب الجريمة الإرهابية، كما يمكن له عند الاقتضاء تجميد الممتلكات أو حجزها واتخاذ جميع الإجراءات التحفظية بشأنها وله أيضاً رفض الطلب إذا كان من شأن تنفيذه المس بسيادة الدولة أو أمنها أو مصالحها الأساسية أو النظام العام أو أن يكون سبق هذا الطلب قرار قضائي نهائي متعلق بهذا الموضوع. بالإضافة إلى ذلك فإن الوكيل العام للملك إذا أحيل عليه طلب تنفيذ حكم قضائي أجنبي له علاقة بموضوع تمويل الإرهاب، فله أن يرفض الطلب إذا لم يكن الحكم الأجنبي تتوفر فيه ضمانات كافية لحماية حقوق الدفاع أو كون الأفعال المقدم على أساسها الطلب لا علاقة لها بتمويل الإرهاب. ويجب أن يكون الحكم الأجنبي نهائياً وقابلاً للتنفيذ، وأن تكون الممتلكات المراد حجزها أو تجميدها أو مصادرتها قابلة للحجز وفق التشريع المغربي، مع مراعاة حقوق الغير.

كما سار المشرع المغربي على غرار التشريعات المقارنة في وضع عقوبات مشددة لجريمة تمويل الإرهاب، كما خص الشخص المعنوي إلى جانب الشخص الطبيعي بعقوبات تتناسب وطبيعته القانونية، حيث نص الفصل 127 م.ق.ج على أنه لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و 6 و 7 من الفصل 36 م.ق.ج.م ويجوز أيضاً أن يحكم عليها بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62 م.ق.ج. وفيما يخص جريمة تمويل الإرهاب فلقد خصص المشرع المغربي من خلال الفصل 4-218 من ق.م.ج عقوبات خاصة بالشخص الطبيعي وأخرى خاصة بالشخص المعنوي تتراوح بين السجن 5 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة مالية محددة بين حد أدنى مقدر في 000 500 درهم وحد أقصى مقدر في 2 000 000 درهم، وجعل هذه العقوبة إلزامية، وليس تخييرية (الفصل 4-218 من ق.م.ج). كما قرر المشرع المغربي عقوبات إضافية في الفصل 36 من ق.م.ج وحددها في سبع عقوبات: 1- الحجر القانوني والتجريد من الحقوق الوطنية: وهاتين العقوبتين تطبقان كنتيجة حتمية للحكم بعقوبة

أصلية ودون حاجة إلى النطق بها بصريح الفصل 37 من م.ق.ج. 2- الحرمان المؤقت من ممارسة بعض الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية: وتتحدد هذه الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية التي يحرم منها المدان بجريمة تمويل الإرهاب في الحقوق الواردة في الفصل 26 من م.ق.ج، وهي عزل المحكوم عليه وطرده من الوظائف العمومية وكل الخدمات والأعمال العمومية بالإضافة إلى حرمانه من الحق في الانتخاب وسائر الحقوق الوطنية والسياسية وحق التظلي بأي وسام وعدم الأهلية للقيام بمهمة عضو محلف أو خبير أو الإدلاء بأي شهادة أمام القضاء إلا على سبيل الإخبار فقط وكذلك عدم الأهلية لأن يكون المحكوم عليه وصياً أو مشرفاً على غير أولاده، وأخيراً، الحرمان من حق حمل السلاح ومن الخدمة في الجيش والقيام بالتعليم أو إدارة مدرسة أو العمل كأستاذ أو مدرس أو مراقب. 3- الحرمان النهائي أو المؤقت من الحق في المعاش: وينتج الحرمان النهائي من الحق في المعاش عن كل حكم بالسجن المؤبد أو الإعدام ويطبق هذا الحرمان بحكم القانون. أما الحرمان المؤقت فهو جوازي إذا تعلق الأمر بعقوبة جنائية غير الإعدام أو المؤبد. 4- المصادرة الجزئية: وهي حسب الفصل 42 من م.ق.ج تملك النولة جزء من أملاك المحكوم عليه أو بعض أملاك له معينة. وجعل المشرع المصادرة الجزئية جوازية يمكن للمحكمة أن تحكم بها فيما جعل المصادرة العينية وجوبية بخصوص الأشياء والأدوات والممتلكات التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة والعائدات المتحصلة منها أو القيمة المعادلة لتلك الأشياء والأدوات والممتلكات والعائدات مع حفظ حق الغير حسن النية.

وقد تشدد المشرع المغربي بخصوص جريمة تمويل الإرهاب، في الفصل 4- 218 من م.ق.ج إذ سمح بالحكم "... على الشخص المدان من أجل تمويل الإرهاب بمصادرة ممتلكاته كلياً أو جزئياً. والمصادرة كعقوبة إضافية لا يمكن الحكم بها إلا إذا صدر الحكم بالمؤاخذة حيث لا يجوز الحكم بها على من قضت المحكمة ببراءته.

كما أقر المشرع المغربي مسؤولية الشخص المعنوي من خلال الفصل 127 من م.ق.ج، وكرس هذا التوجه في إطار قانون مكافحة الإرهاب 03-03 حيث نص على المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن بعض الجرائم الإرهابية التي يرتكبوها ومن بينها جريمة تمويل الإرهاب المنصوص عليها في الفصل 4-218

من ق.م.ج.م " ... فيما يخص الأشخاص المعنوية بغرامة من 1000000 إلى 5000000 درهم دون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها على مسيرها أو المستخدمين العاملين بها المتورطين في الجرائم ... " مع مضاعفتها إذا اقترن ارتكاب الجريمة بأحد ظروف التشديد الواردة في نفس الفصل⁽³⁵⁾.

سادساً: جهود مكافحة تمويل الإرهاب في جمهورية مصر العربية:

صدر القانون رقم 97 لسنة 1992⁽³⁶⁾ معدلاً قانون العقوبات؛ وعرفت المادة (86) الإرهاب، وقررت المادة 86 مكرراً منه عقوبة السجن أو عقوبة السجن المؤقت على كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار على خالف أحكام القانون جمعية أو هيئة أو منظمة أو جماعة أو عصابة، يكون الغرض منها الدعوة بأي وسيلة لتعطيل أحكام الدستور أو القوانين أو منع إحدى مؤسسات الدولة أو إحدى السلطات العامة من ممارسة أعمالها، أو الاعتداء على الحرية الشخصية للمواطن أو غيرها من الحريات والحقوق العامة التي كفلها الدستور والقانون أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي. ويعاقب بالسجن المؤقت كل من تولى زعامة، أو قيادة ما فيها، أو أمدّها بمعونات مادية أو مالية مع علمه بالغرض الذي تدعو إليه.

ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من انضم إلى إحدى الجمعيات أو الهيئات أو المنظمات أو الجماعات، أو العصابات المنصوص عليها في الفقرة السابقة، أو شارك فيها بأية صورة، مع علمه بأغراضها. ويعاقب بالعقوبة المنصوص عليها بالفقرة السابقة كل من روج بالقول أو الكتابة أو بأية طريقة أخرى للأغراض المذكورة في الفقرة الأولى، وكذلك كل من حاز بالذات أو بالواسطة أو أحرز محررات أو مطبوعات أو تسجيلات، أياً كان نوعها، تتضمن ترويحاً أو تحبيذاً لشيء مما تقدم، إذا كانت معدة للتوزيع أو لإطلاع الغير عليها، وكل من حاز أو أحرز

(35) د. محمد مؤمن جريمة تمويل الإرهاب في القانون المغربي، مقال منشور على موقع:

<http://www.bouhania.com/news.php?action=view&id=244>

(36) أنظر في تفصيل ذلك: د. محمد السيد عرفة: تجفيف مصادر تمويل الإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض الطبعة الأولى: 1430هـ، 2009م، ص 247 وما بعدها.

(1156) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

أية وسيلة من وسائل الطبع أو التسجيل أو العلانية، استعملت أو أعدت للاستعمال ولو بصفة وقتية لطبع أو تسجيل أو إذاعة شيء مما ذكر.

ثم قررت المادة 86 مكرراً (أ) أن تكون عقوبة الجريمة المنصوص عليها الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابقة بالإعدام أو السجن المؤبد، إذا كان الإرهاب من الوسائل التي تستخدم في تحقيق أو تنفيذ الأغراض التي تدعو عليها الجمعية أو الهيئة أو المنظمة أو الجماعة أو العصبة المذكورة في هذه الفقرة، ويعاقب بذات العقوبة كل من أمدّها بأسلحة، أو ذخائر أو مفرقات، أو مهمات أو آلات أو أموال أو معلومات مع علمه بما تدعو إليه وبوسائلها في تحقيق أو تنفيذ ذلك. وتكون عقوبة الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة السابقة السجن المشدد إذا كلن الإرهاب من الوسائل التي تستخدم في تحقيق أو تنفيذ الأغراض التي تدعو إليها الجمعية أو الهيئة أو المنظمة أو الجماعة أو العصبة المذكورة في هذه الفقرة، أو إذا كان الجاني من أفراد القوات المسلحة، أو الشرطة. وتكون عقوبة الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة السابقة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كانت الجمعية أو الهيئة أو المنظمة أو الجماعة أو العصبة المذكورة في المادة السابقة تستخدم الإرهاب لتحقيق الأغراض التي تدعو إليها، أو كان الترويج أو التحبيذ داخل دور العبادة، أو الأماكن الخاصة بالقوات المسلحة أو الشرطة أو بين أفرادهما⁽³⁷⁾. كما تنص المادة 86 مكرراً (ب) على أن يعاقب بالسجن المؤبد كل عضو بإحدى الجمعيات أو الهيئات أو المنظمات أو الجماعات أو العصابات المذكورة في المادة 86 مكرراً، استعمل الإرهاب لإجبار شخص على الانضمام إلى أي منها، أو منعه من الانفصال عنها. وتكون العقوبة بالإعدام إذا ترتب على فعل الجاني موت المجني عليه.

ويتضح من النصوص السابقة أن القانون المصري اعتبر تمويل الجمعيات أو الهيئات أو المنظمات أو الجماعات أو العصابات الإرهابية بأسلحة، أو ذخائر أو مفرقات أو الأموال جنابة معاقباً عليها بالإعدام أو السجن المشدد.

(37) أنظر: د. محمد عبد اللطيف عبد العال: جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 1994، ص 128 وما بعدها.

(1157) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

وتقوم جريمة تمويل الإرهاب في القانون المصري على ركنين، مادي يتمثل في فعل الإمداد، ومعنوي يتمثل في القصد الجنائي. فيتمثل الركن المادي لجريمة تمويل الإرهاب في القانون المصري في قيام الجاني بفعل الإمداد لأي جمعية أو هيئة أو منظمة أو جماعة أو عصابة بأسلحة، أو ذخائر أو مفرقات أو الأموال أو معلومات. ويقوم القصد الجنائي على عنصره العلم والإرادة، بأن يعلم الجاني بأن سلوكه يمثل تمويلاً وأن الغرض منه قيام هذه الجمعية أو الهيئة أو المنظمة أو الجماعة أو العصابة بعمليات إرهابية بناءً على هذه التمويل.

ومما هو جدير بالذكر، في النهاية، أن مشروع مكافحة الإرهاب لسنة 2013 لم يخرج في جوهره عن نصوص قانون الإرهاب رقم 97 لسنة 1992، مع بعض الإضافات، كما أن بعض الصور المجرمة في هذا المشروع الجديد ينص عليها قانون العقوبات في مواد متفرقة⁽³⁸⁾.

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة:

سعيًا في هذه الدراسة إلى توضيح المقصود بجريمة تمويل الإرهاب ومصادره والجهود الدولية والوطنية لمكافحته، من خلال تتبع بعض التشريعات الأجنبية والعربية والإجراءات التي اتخذتها في هذا الصدد، وخاصة فيما يتعلق بإصدار قوانين تجرم تمويل الإرهاب وكذلك اتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقائية لحماية أنظمتها ومجتمعاتها من مخاطر تمويل الإرهاب.

وقد تناولنا في هذا الصدد مقدمة موجزة في خطورة تمويل الإرهاب، ثم قسمنا هذا البحث إلى فصل تمهيدي وثلاثة أبواب أساسية: تناولنا في الفصل التمهيدي: ماهية الإرهاب وتمويله في بحثين؛ خصصنا المبحث الأول للمحة تاريخية موجزة عن الإرهاب وماهيته، والمبحث الثاني لماهية تمويل الإرهاب ومصادره. ثم تناولنا في الباب الأول، جريمة تمويل الإرهاب في فصلين، تحدثنا في الأول منهما عن

(38) راجع في ذلك: د. فتوح عبد الله الشاذلي: قراءة نقدية لمشروع قانون مكافحة الإرهاب في مصر، مقال بتاريخ 22 تشرين الثاني / نوفمبر 2013، جريدة المفكرة اللبنانية الإلكترونية، على الموقع:

www.legal-agenda.com/article.php?id=581&lang=ar

(1158) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني

الطبيعة القانونية لجريمة تمويل الإرهاب وتميزها عما عداها من جرائم الإرهاب، وفي الثاني عن أركان جريمة تمويل الإرهاب وجزئياتها. ثم تناولنا في الباب الثاني، الجرائم الملحقمة بجريمة تمويل الإرهاب في فصلين، تم تخصيص الفصل الأول للحديث عن تحديد الجرائم الملحقمة بجريمة تمويل الإرهاب، والفصل الثاني للحديث عن الأحكام الخاصة بالجرائم الملحقمة بجريمة تمويل الإرهاب. ثم تناولنا في الباب الثالث والأخير من هذا البحث، مكافحة تمويل الإرهاب على المستوى الدولي والمحلي في فصلين؛ الفصل الأول تناولنا فيه الجهود الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب، الفصل الثاني، تناولنا فيه الجهود المحلية لمكافحة تمويل الإرهاب.

وقد كان من الصعب علينا في هذا البحث الوصول إلى المعلومات وتحديدها بدقة وذلك بسبب قلة المعلومات وندرة المصادر الخاصة بموضوع البحث نظراً لحدائثة الموضوع وعدم وضوح الرؤى التشريعية والقانونية الخاصة به في كثير من التشريعات أصلته الوثيقة بالإرهاب مما زاد الأمر صعوبة وتشابكاً خاصة مع العلم بكثرة وتنوع مصادر البحث في موضوع الإرهاب ذاته، على خلاف الأمر فيما يخص تمويل الإرهاب. ولذا اسأل الله العليّ القدير أن أكون قد وفقت في تقديم هذا العمل المتواضع والذي أجو منه تعالى أن ينفع به كل طالب علم، إنه نعم المولى ونعم النصير وهو ولي ذلك والقادر عليه.

ثانياً: النتائج:

اتضح لنا بما لا يدع مجالاً للشك، من خلال هذا البحث أهمية تجريم تمويل الإرهاب وضرورة تكاتف الجهود الدولية والمحلية وزيادة فاعليتها لمكافحة هذه التمويل، حيث أضحت تمويل الإرهاب من الموضوعات التي تفرض نفسها بقوة على الساحة التشريعية والفقهية الدولية والمحلية، ومفاده ذلك أنه من غير المتصور أو من غير المنطقي الحديث عن الجريمة الإرهابية دون الحديث عن أهم سبب ترتكز عليه في وجودها واستمرار بقائها وتستمد منه التنظيمات الإرهابية قوتها وهو عنصر التمويل المالي، فمتى تنوعت وتعددت مصادر التمويل اشتدت خطورة المنظمات الإرهابية وزادت بالتالي وتنوعت الجرائم التي ترتكبها واشتدت خطورتها، وأن الذين يقومون بأنشطة داعمة للإرهاب هم إرهابيون لا يختلفون كثيراً عن أولئك الذين ينفذون العمليات الإرهابية. وقد ترتب على هذه الأهمية لتجريم

تمويل الإرهاب على المستوى الدولي وفي التشريعات المقارنة على مختلف اتجاهاتها الفقهية والمذهبية، مجموعة من النتائج، نجل أهمها في الفقرات التالية:

1- إن تمويل الإرهاب يرتبط في غالبية الأحيان بجرائم غسل الأموال التي يتم الحصول عليها من مصادر غير مشروعة عبر المصارف، ولهذا سعت هذه الدراسة إلى توضيح الارتباط الوثيق بين عمليات غسل الأموال ومبدأ سرية الحسابات المصرفية الذي يعد إحدى الأدوات المهمة التي تسهل عمليات غسل الأموال وعمليات تمويل الإرهاب في آن واحد.

2- يوجد نوع من التداخل بين جريمة تمويل الإرهاب وبعض الجرائم الأخرى منها جريمة غسل الأموال والجريمة المنظمة.

3- سعت هذه الدراسة إلى توضيح المقصود بتمويل الإرهاب ووسائله وأساليبه والجهود الدولية والوطنية لمكافحته، من خلال تتبع بعض التشريعات العربية والإجراءات التي اتخذتها هذه التشريعات في هذا الصدد، وخاصة فيما يتعلق بإصدار قوانين تجرم تمويل الإرهاب، واتخاذ إجراءات وقائية من خلال المصارف وتقييد أنشطة الجمعيات الخيرية.

4- تتطلب جريمة تمويل الإرهاب القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة لتحقيقها هذا بالإضافة إلى القصد الجنائي الخاص *Dol criminel spécial ou spécifique* الذي يتجلى واضحاً في إرادة الجاني " تمويل الإرهاب بهدف القيام بعمل إرهابي أو لتمويل منظمة إرهابية أو شخص إرهابي".

5- تعتبر جريمة تمويل الإرهاب جريمة شكلية يعاقب عليها بمجرد ارتكابها حتى ولو لم تستعمل هذه الأموال في الغرض الذي منحت من أجله وذلك نظراً للخطورة التي تمثلها هذه الأموال باعتبارها الشريان الرئيسي للإرهاب.

6- إن من أهم نقائص التدابير الدولية لمكافحة جريمة تمويل الإرهاب والإرهاب عموماً هو عدم وجود تعريف موحد لجريمة الإرهاب، والذي أدى إلى صعوبة الاتفاق على المستوى الدولي بشأن التعاون لمكافحة تمويل الإرهاب بالرغم من كم الاتفاقيات الدولية التي عقدت في هذا الشأن.

7- يعتبر عدم التطبيق الفعال للتوصيات الأربعين لفريق العمل المالي المتعلقة بمكافحة غسل الأموال والتوصيات التسع المتعلقة بمكافحة الإرهاب وعدم تقييد

بعض الدول بالتطبيق العملي لنصوص الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب وقرار مجلس الأمن رقم 1373، من أهم الأسباب التي أدت إلى ضعف التعاون الدولي في مواجهة تمويل الإرهاب.

ثالثاً: التوصيات:

إن مكافحة تمويل الإرهاب باعتباره المصدر الرئيس للإرهاب، تتطلب زيادة الاهتمام أو التركيز على مجموعة من النقاط، نجلها في عدة توصيات، كما يلي:

1- مع زيادة أهمية مكافحة تمويل الإرهاب في الوقت الحاضر؛ نظراً للتطور التقني الهائل الذي يشهده العالم اليوم، وما ترتب عليه من إدخال التقنية الحديثة في كافة المجالات الصناعية والإدارية والتجارية، فإن مكافحة هذا التمويل تتطلب توافر قوى بشرية ذات مواصفات وسمات خاصة من حيث الإلمام بالمعلومات والقدرة على التعامل مع أجهزة الحاسب الآلي والآلات والأجهزة الحديثة والانترنت وما يتيح من قدرات على التواصل بين الإرهابيين عبر شبكتها من خلال مواقع التواصل الاجتماعي (الفيس بوك والتويتر وغيرها)، ومن ثم فإن مكافحة تمويل الإرهاب تتطلب مكافحة الجرائم ذات الصلة، مثل جرائم المعلوماتية أو الحاسوب، وجرائم الاحتيال المصرفي وغيرها من الجرائم التي تمخض عنها عصر التقنية الرقمية.

2- ضرورة التطبيق الفعال للتوصيات الأربعين لفريق العمل المالي المتعلقة بمكافحة غسل الأموال والتوصيات التسع المتعلقة بمكافحة الإرهاب عامة وتمويل الإرهاب خاصة.

3- ضرورة التقيد من جميع الدول بالتطبيق العملي لنصوص الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب وقرار مجلس الأمن رقم 1373 بما يؤدي إلى تقوية التعاون الدولي في مواجهة تمويل الإرهاب.

4- ضرورة تجريم كافة صور وأشكال تمويل الإرهاب وما يلحق به من جرائم، من خلال نصوص قانونية خاصة وصریحة، من إقرار عقوبات رادعة ومتنوعة لهذه الجرائم.

5- ضرورة تفعيل آليات التعاون الدولي في مكافحة تمويل الإرهاب بين مختلف دول العالم بصورة حقيقية وأكثر فاعلية، خاصة من تزايد خطورة جريمة تمويل

الإرهاب بالنظر إلى أنها جريمة دولية أي أنها جريمة غير وطنية ما يجعل ملاحقة مرتكبها عن طريق أجهزة العدالة الجنائية أمراً صعباً إلا من خلال تعاون دولي فعال في هذا المجال.

6- وجوب التمييز بين أعمال حركات التحرر الوطني، وحق الكفاح في سبيل نيل الاستقلال وبين تمويل الإرهاب.

7- وجوب التمييز بين بذل المال وتمويل الإرهاب حتى يمكن التمييز بين المباح والمجرم، وتوضيح الخطوط الفاصلة بين الأمرين.

8- وجود وضع خطوط فاصلة وواضحة بين بذل المال وتمويل الإرهاب وقيام الجهات الدنية والشرعية وغيرها من سلطات الدول المختصة بهذا الشأن من توضيح الفرق بين الأمرين، وبيان عاقبة تمويل الإرهاب من الناحية الدنية والقانونية.

9- حمل الدول ذات الأنظمة المالية والبنكية المرنة والتي تمثل مرتعا خصبا لأموال الإرهاب على تبني سياسة مالية دقيقة وشفافة لتفادي استقطاب أموال الجماعات الإرهابية إلى أراضيها

10- يتطلب مكافحة جرائم تمويل الإرهاب نشر الوعي بماهية هذه الجرائم وأضرارها. وذلك من خلال مختلف وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية.

11- تشجيع المواطنين وحثهم على التعاون مع الأجهزة الأمنية بصفة عامة وأجهزة مكافحة الإرهاب وتمويله بصفة خاصة.

أهم مراجع البحث

أولاً: باللغة العربية:

- أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، بيروت: دار بيروت للطباعة، 1955 م، ج 1.
- الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الموقعة في القاهرة، من قبل وزراء الداخلية والعدل العرب، بتاريخ 22 إبريل 1998 م.
- الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 5 أكتوبر 2013.

- إستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب على الموقع التالي:
 - إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة: مجمع اللغة العربية.
 - باسل باقلولة <http://bara-sy.com/news-view-3555.html>
 - جندى عبد الملك: الموسوعة الجنائية، القاهرة، مطبعة الاعتماد، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، 1942.
 - د. أحمد جلال عز الدين: الإرهاب والعنف السياسي، القاهرة: دار الحرية، 1989.
 - د. أحمد عوض بلال، علم العقاب، الطبعة الأولى، دار الثقافة العربية، القاهرة 1984-1983.
 - د. أحمد فتحي سرور: المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 2008.
 - د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1980.
 - د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1981.
 - د. أحمد فتحي سرور: حكم القانون في مواجهة الإرهاب، 2007، بحث منشور على موقع http://www.hccourt.gov.eg/elmglacourt/mkal/12/mkala_srour.html
 - د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص - الجزء الأول دار النهضة العربية 1985.
 - د. أحمد محمد أبو مصطفى: الإرهاب ومواجهته جنائياً، دراسة مقارنة في ضوء المادة 179 من الدستور، منشأة المعارف 2007.
 - د. أسامة عبد المنعم علي إبراهيم: حصر ومكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب والنقل غير المشروع للأموال عبر الحدود في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009.
 - د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، 1962.
- (1163) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني
2014

- د. إمام حسنين خليل، جرائم تمويل الإرهاب في التشريع المصري، بحث مقدم المؤتمر الرابع عشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي، تحديات العولمة والعدالة الجنائية، من 19 إلى 20 مايو 2009.
- د. بكري يوسف بكري: أصول علم الإجرام، دروس أقيمت على طلاب الفرقة الأولى بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، 2012.
- د. بكري يوسف بكري: قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى 2013.
- د. حسن محمد ثاني: سيكولوجية الإرهاب، مكتبة عالم الكتب، القاهرة، 2006.
- د. حسين شريف: الإرهاب الدولي وانعكاساته في الشرق الأوسط، ج 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1997.
- د. حمد إبراهيم مصطفى سليمان: الإرهاب والجريمة المنظمة...التجريم وسبل المواجهة، الطبعة الأولى 2007.
- د. خالد حامد مصطفى، جريمة غسل الأموال، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة جنوب الوادي، قنا 2008.
- د. ر عوف عبيد: القضاء الجنائي عند الفراغ، بحث منشور في المجلة القضائية القديمة، المجلد الأول، العدد 3، نوفمبر 1958..
- د. زكي علي أبو غضة: الإرهاب اليهودية والمسيحية والإسلام والسياسات المعاصرة، المنصورة، دار الوفاء للطباعة، 2002.
- د. سامح السيد جاد: المبادئ العامة لقانون العقوبات، القسم العام، محاضرات لطلاب كلية الشريعة والقانون بالقاهرة وأسيوط، 1990-1991.
- د. سليمان عبد المنعم: أصول علم الإجرام والجزاء، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996.
- د. عبد الإله محمد النوايسة: التكييف الجرمي لتمويل الإرهاب، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة مؤتة، كلية الحقوق، العدد الرابع والعشرون، رجب 1426 هـ، سبتمبر 2005، ص 345 وما بعدها.

- د. عبد الحفيظ بلقاضي: التجريم والعقاب في أقوى نزعاتهما تسلطاً، القانون الجنائي للعدو، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الرباط، المغرب، العدد السادس والعشرون، ربيع الأول 1427هـ، أبريل 2006.
- د. عبد الرحيم صدقي: الإرهاب، دار شمس المعرفة، 1995.
- د. عبد العزيز مخيمر: الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية 1996.
- د. عصام صادق رمضان: الأبعاد القانونية للإرهاب الدولي، مجلة السياسة الدولية، القاهرة، يوليو 1986، العدد 85.
- د. على محمد على العجمي: الإرهاب في القانون الجنائي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2009.
- د. فتوح عبد الله الشاذلي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 2003.
- د. فتوح عبد الله الشاذلي: قراءة نقدية لمشروع قانون مكافحة الإرهاب في مصر، مقال بتاريخ 22 تشرين الثاني / نوفمبر 2013، جريدة المفكرة اللبنانية الإلكترونية، على الموقع: www.legal-agenda.com/article.php?id=581&lang=ar
- د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات، القسم العام النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 1992.
- د. فوزية عبد الستار: عدم المشروعية في القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، س 41، 1971.
- د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم العام، ط4، 1984.
- د. محمد أبو العلا عقيدة: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية 2001.
- د. محمد أبو الفتح الغنام: مواجهة الإرهاب في التشريع المصري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة 1996.
- د. محمد السيد عرفة: تجفيف مصادر تمويل الإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض الطبعة الأولى: 1430هـ، 2009.
- د. محمد الفاضل: الجرائم الواقعة على الدولة، الجزء الأول، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، 1965.

- د. محمد حسن إبراهيم طلحة: المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الإرهاب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2012.
- د. محمد سامي الشوا: الجريمة المنظمة وصدائها على الأنظمة العقابية، دار النهضة العربية.
- د. محمد عبد اللطيف عبد العال: جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 1994.
- د. محمد عبد المطلب: تعريف الإرهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات الموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2007.
- د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات القسم العام مطبعة الإيمان، 1999-2000.
- د. محمد مؤمن جريمة تمويل الإرهاب في القانون المغربي، مقال منشور على موقع: <http://www.bouhania.com/news.php?action=view&id=244>
- د. محمد محمود سعيد: جرائم الإرهاب، أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1995.
- د. محمود سلام: موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1975.
- د. محمود شريف بسيوني: غسل الأموال، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004.
- د. محمود شريف بسيوني: الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ماهيتها ووسائل مكافحتها دولياً وعربياً، دار الشروق، القاهرة 2004.
- د. محمود صالح العادلي: الإرهاب والعقاب، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، 1983.

- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات, القسم العام, مطبعة جامعة القاهرة، 1983. د. أحمد عوض بلال: مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2003-2004.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1995.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1982.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1989.
- د. معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق إستراتيجية، جريدة الصباح، العدد 19512، التاريخ 11/ مارس/2004، ص 7.
- د. نبيل أحمد حلمي: الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية سنة 1988.
- د. نبيل محمد عبد الحليم عواجه: المسؤولية الدولية عن جرائم غسل الأموال في ضوء أحكام القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2008.
- د. نور الدين هندراوي: السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة القاهرة، 1993.
- د. هاشم محمد سعيد الزهراني " الإرهاب المعاصر بين التنظير والمواجهة، مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد الأمنية، المجلد 20، العدد 48، مارس 2011، ربيع الآخر 1432، ص 278 وما بعدها.
- د. حسنين المحمدي: الخطر الجنائي ومواجهته، الإسكندرية منشأة المعارف، الطبعة الأولى 2003.
- د. حمدي عبد العظيم: غسيل الأموال في مصر والعالم، بدون ناشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997.
- د. محمود كبيش: المسؤولية الجنائية في مواجهة غسل الأموال، القاهرة 2001.

- الدليل التشريعي للاتفاقيات والبروتوكولات العالمية لمكافحة الإرهاب، مكتب الأمم المتحدة، نيويورك، 2003، متاح على الموقع:
www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/Legislative_Guide_Arabic.pdf
- سامي علي حامد عباد: تمويل الإرهاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2007.
- الصفحة الرئيسية لمركز الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب على الموقع التالي:
<http://www.un.org/ar/terrorism/ctitf/uncct/index.shtml>
- فرقة العمل المعنية بتنفيذ مكافحة الإرهاب على الموقع التالي:
<http://www.un.org/ar/terrorism/ctitf/>
- القاموس الاقتصادي.
- القاموس المحيط، للفيروز آبادي.
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1373) لسنة 2001م الخاص بمكافحة تمويل الإرهاب وتجميد أموال المنظمات الإرهابية، والصادر بتاريخ 2001/9/28م، بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، البند رقم 1.
- قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم (239) وتاريخ 1431/4/27هـ المتضمن تجريم تمويل الإرهاب. أنظر موقع صحيفة عكاظ الإلكتروني: <http://www.okaz.com.sa/new/Issues/20100508/Con20100508349001.htm>
- لسان العرب، لابن منظور.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط5، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416 هـ، 1996.
- مجلة المحاماة
- مجموعة أحكام محكمة النقض
- مجموعة القواعد القانونية

- محمد بكار بن حيدر: تمويل العمل الخيري العربي المعاصر ومؤسسته، ورقة مقدمة إلى مؤتمر الخير العربي الثالث، الأمانة العامة لمؤتمر الخير العربي، لبنان، الاتحاد العام للجمعيات الخيرية في المملكة الأردنية الهاشمية، مركز التميز للمنظمات غير الحكومية، عمان، الفترة من 22 إلى 24 يونيو 2002.
- محمود إبراهيم إسماعيل: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، 1959.
- معتز صلاح الدين محمد: ظاهرة غسل الأموال والجهود الدولية والعربية لمواجهة هذه الظاهرة، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية، الانترنت.
- معجم المصطلحات التجارية والمصرفية.
- مشروع قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2013، جريدة المصري اليوم الإلكترونيّة، 03-11-2013، الموقع الإلكترونيّ، <http://www.almasryalyoum.com/news/details/335366>
- موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة، تنظيم القاعدة: <http://ar.wikipedia.org/wiki>
- الوقائع المصرية
- ثانياً: باللغات الأجنبية:

- Alex Macleod; Insécurités et sécurité après les événements du 11 septembre: France et Grande Bretagne (Terrorisme et sécurité international 1- collection Etudes stretegiques internation ales, Bruylent 2004.
- AMANN D. M., Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme, Revue de science criminelle et de droit pénal comparée, no.4, 1er octobre 2002, pp.745-764.
- BALL H., The USA Patriot Act of 2001 : Balancing Civil Liberties and National Security. A Reference Book, ABC-CLIO, 2004.
- BASSIOUNI Cherif, International terrorism :Acompilation of U.N.Documents(1972-2001)91 (transnational publishers 2001).
- BASSIOUNI Cherif, Legal responses to international terrorism, U.S.A. procedural aspects, Martinus Nijhoff Publishers, U.S.A., 1988.

- Bouloc, « Le terrorisme », in : Problèmes actuels de science criminelle T. II, Presses universitaires d'Aix Marseille, Aix en Provence, 1989.
- BRISARD Jean-Charles, Terrorism Financing-Roots and Trends of Saudi Terrorism Financing, report Prepared for the President of Security Council, United-Nations, New York, 19 December 2002.
- CAMUS, La Guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique, Paris, Le Félin, 2007, p. 26 et s.
- Ch. Paulin, Droit pénal général, Litec, 2002.
- Christine Gray, the international law and the use of force, oxford, 2004.
- Cl. EMANUELLI, « Faut-il parler d'une guerre contre le terrorisme ? », Annuaire canadien de droit international, 2008, p. 415 et s.
- Decocq, La structure de la qualification légale, le Caire, 1968-1969.
- Donnedieu de Vabres, « Traité de droit criminel », 3^{ème} édition, Paris, 1947.
- F. Desportes, et F. le Gunehec, Le nouveau droit pénal, Economica, 8^e éd. 2001.
- financing, Brussels, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/doc_06_may_03_en.pdf.
- G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, 1^{7e} éd. 2000.
- G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, Droit pénal général, Paris, Dalloz, 19^{ème} éd., 2005.
- GALMARD (M-H.), « Vers une nouvelle approche du phénomène terroriste ? Apports de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives aux contrôles transfrontaliers,

Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2007, n° 1, p. 5-28.

- Gassin, « Criminologie », Coll. Précis Dalloz, 4^e édition, Dalloz, Paris, 1998.
- Greg Baldwin, anti-money laundering and anti-terrorist, The Patriot act, Miami, e.mail: gbaldwin@hkclaw.com, p.10-50.
- GUILLAUME et G. LEVASSEUR, Terrorisme international, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Paris, Pedone, 1977.
- Harvey Robert, Volat-Shapiro Hélène, USA Patriot Act. De l'exception à la règle, Paris2006, Éditions Lignes-Manifestes.
- http://www.esteri.it/MAE/AR/Politica_Estera/Temi_Globali/Lotta_Terrorismo/
- <http://www.fatf-gafi.org/>
- http://www.hccourt.gov.eg/elmglaacourt/mkal/12/mkala_srou.html
- <http://www.un.org/ar/sc/ctc/aboutus.html>
- <http://www.un.org/ar/terrorism/strategy-counterterrorism.shtml>
- <http://www2.dit.gov.UnitedKengdom/export.control/pdfs/egco.ddf>
- <http://www2.dti.gov.UnitedKing-dom/export.control/legislation/egco.htm>
- J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal (loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986) », D., 1987, p. 39-50.
- J. Pradel, Droit pénal général, Cujas, 13^e éd., 2000.
- JAKOBS G., La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, en CGPJ, Estudios de Derecho judicial, 20, Madrid, 2000, pp. 121 y ss.

- JAKOBS, G., La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, en CGPJ, Estudios de Derecho judicial, 20, Madrid, 2000, p.139.
- J-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », R.S.C., 1990, p. 1 et s.
- KOERING-JOULIN René Terrorisme et application de la loi dans le temps en France in Revue de Science Criminelle et Droit Pénal comparé, 1987, pp. 621– 627.
- L. CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », Rev. Gén. Dr. Inter. Public, 2001, p. 834-840.
- Le Petit Robert de la langue Française, par Paul Robert. édition 2013, Article, Terrorisme.
- Le petit Larousse illustré, 100^{ème} édition 2005 expression, Terrorisme.
- M .L. RASST, Droit pénal, coll. dr. Fondamental, PUF., Paris, 1996.
- Magdi HABSCHE, Essai sur la notion de justification, Thèse Paris XII 1991.
- NORMAN Paul, Form Enforcement of Strategy Partnership: The Contemporary Challenge of United Nations in Countering Terrorism, Security Journal, 20, 2007, p. 199; Implementation of the UN Counter-Terrorism Strategy, p. 2.
- Normen Abrams, Developments in USA Anti Terrorism Law, Journal International Criminal Justice, 2007, p.1122.
- Nour el Din HINDAWY, Essai d'une théotie générale de la justification, Thèse, Rennes 1979.
- PH. Conte et P. Maistre du Chambon, Droit pénal général, Masson et Armand Colin, 5^e éd.2000.

- PIETH Mark, criminalizing the financing of terrorism, *Journal of International Criminal Justice*, vol.4 no 5, November 2006, p. 1079.
- Quatrième rapport complémentaire Présenté par la France au Comité contre le terrorisme en application du paragraphe 6 de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, Documente, n° S/2004/226.
- R. Merle et A. Vitu, *Traité du droit criminel, Droit pénal général*, Cujas, , 7^e éd. 1997
- R. OTTENHOF, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *R.S.C.*, 1987, p. 607-619.
- RANCE (P.), « Le "Patriot Act" », interview de G.P. Fletcher », *D.*, 2002, p. 103-104 et s.
- ROBERT Emilie, *L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne*, Thèse, Université Lille (2) Nord de France, 2012.
- ROMERO A. D., *In Defense of Our America. The Fight for Civil Liberties in the Age of Terror* , William Morrow, 2007.
- ROUDIER Karine, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, Thèse de doctorat, Université de SUD TOULON RVAR, Faculté de droit, Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras, 2011.
- Sabvina Adamoli (Organized Crime Across the Banlers) the European Instatite of Crime Prevention and control Heuni Paber No 6. 1995.
- Serge Gutwirth. "Le droit à l'autodétermination entre le sujet individuel et le sujet collectif. Réflexions sur le cas particulier des peuples indigènes" *Revue de droit international et de droit comparé* 1998.1 (1998): 23-78.
- STEFANI, LEVASSER, et BOULOC, *Droit pénale général*, 17^e éd. Paris, Dalloz. 2000.

- The national report, Letter dated 17 January 2002 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Chairman of the Counter-Terrorism Committee, document n° S/2002/674.
- The national report, Letter dated 26 January 2006 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Chairman of the Counter-Terrorism Committee, document n° S/2006/69.
- The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Implementation of Security Council resolution 1624 (2005): report of the United Kingdom in response to the Counter-Terrorism, Committee's questions, Documente, n° S/2006/398.
- The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Report to the Counter-Terrorism Committee pursuant to paragraph 6 of Security Council resolution 1373 (2001) of 28 September 2001. Documente, n° S/2001/1232.
- William little etal, The Shorter Oxford English Dictionary, London, Oxford University press, 1967.
- www.bankofengland.co.uk.
- www.fatf-gafi.org/terfinance_fr.htm
- www.fatf-gafi.org/terfinance_fr.htm.
- www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/Legislative_Guide_Arabic.pdf
- Y. MAYAUD, Ratio legis et incrimination, Rev.sc.crim.1983, p.597.

دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تحقيق
التنمية الصناعية
"دراسة مقارنة وتطبيقية على المملكة العربية السعودية"
الدكتور
إبراهيم عبد الله عبد الرؤوف محمد
مدرس الاقتصاد والمالية العامة
كلية الحقوق – جامعة المنصورة وجامعة تيوك

مقدمة

تؤدي الاستثمارات المباشرة دورًا مهمًا في عمليات التنمية الاقتصادية لمختلف دول العالم المتقدمة والنامية⁽¹⁾. ولعل ذلك يرجع إلى اتجاه اقتصادات العالم نحو المزيد من التحرر الاقتصادي والانفتاح وتراجع دور الدولة في المجال الاقتصادي لصالح القطاع الخاص وزيادة التكتلات الاقتصادية العملاقة، وما يترتب عليها من تزايد جذب الاستثمار الخاص كأحد الآليات الأساسية لتحسين الإصلاح والنمو الاقتصادي والتوظيف الكامل⁽²⁾.

بيد أن التدفقات الرأسمالية شأنها شأن التدفقات التجارية الدولية أحد أهم ركائز النمو الاقتصادي واستدامته⁽³⁾. لما سبق تعكف العديد من الدول على وضع استراتيجيات متكاملة لجذب الاستثمار الأجنبي بمختلف أشكاله ولتشجيع الصادرات ومساندة المنتج الوطني للولوج في مزيد من الأسواق الخارجية. فمعظم دول العالم أصبحت مستضافة ومضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر، بفضل تحرير الاقتصاد العالمي وزيادة الإنتاج والتجارة والاتجاه نحو اقتصاد السوق والتكامل الاقتصادي. وهكذا تزايد دور وأهمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة في

(1) Ila Chaturvedia, Role of FDI in Economic Development of India: Sectoral Analysis, international conference on technology and Business Management, March 28-30, 2011, P.528.

(2) زغدار أحمد، الاستثمار الأجنبي المباشر كشكل من أشكال دعم التحالفات الإستراتيجية لمواجهة المنافسة، متاح على الإنترنت على الموقع التالي:

<http://www.dahsha.com/old/>

(3) المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، ضمان الاستثمار "تطلق مؤشر ضمان جاذبية الاستثمار" لقياس جاذبية دول المنطقة والعالم للاستثمار، السنة الحادية والثلاثون، العدد الفصلي الأول (يناير- مارس) 2013، ص8.

السنوات الأخيرة وأصبحت من أهم مصادر التمويل في الدول النامية، خاصةً في ظل حجم المديونية الخارجية⁽⁴⁾. بل أصبحت أيضاً بديلاً للقروض الأجنبية في عمليات التمويل الدولية واحتلت مكانة متميزة بالنسبة لسياسات التنمية والإصلاح الاقتصادي في الدول النامية. ونظراً لأهمية الاستثمار الأجنبي في مشروعات التنمية الاقتصادية وبالأخص التنمية الصناعية، فقد حرصت المملكة العربية السعودية على جذب المزيد من هذه الاستثمارات، وذلك باتخاذ العديد من الإجراءات أبرزها: تحديث نظام الاستثمار الأجنبي وكذلك منح الحوافز والامتيازات للمستثمر الأجنبي، وتذليل العقوبات القانونية التي تحد منه الخ...⁽⁵⁾. وجدير بالذكر، أن الصناعة industry تعد أحد الركائز الأساسية لعملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية سواء في الدول المتقدمة أم النامية لدرجة أنها أصبحت مؤشراً لقياس التقدم الاقتصادي. هذا ويحظى القطاع الصناعي في المملكة السعودية بأهمية متزايدة لتأثيره الكبير على قطاعات الاقتصاد ككل. ولذلك نجد حكومة المملكة قد حددته كأحد ركائز التنمية الشاملة التي تهدف إلى تطوير ورفع مستوى كفاءة جميع عناصر التنمية الاقتصادية والاجتماعية والوصول بها إلى مرحلة التنمية المستدامة⁽⁶⁾. ومن هنا يتجلى اهتمام المملكة بالقطاع الصناعي من خلال تحسين بيئة الاستثمار والعمل على توفير البنية التحتية المناسبة كالمدن الصناعية مكتملة المرافق، توفير التمويل الميسر للمشروعات والإعفاءات الجمركية للعديد من مدخلات القطاع الصناعي⁽⁷⁾. ومامن شك في وجود علاقة ايجابية تربط ما بين الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية الصناعية. لذلك نجد سعي المملكة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة للاستثمار بالقطاع الصناعي الذي يعد بحق عصب التنمية لأية دولة في العالم، وذلك باتخاذ العديد من الإجراءات التي تساهم في دخول هذه الاستثمارات.

-
- (4) زغدار أحمد، الاستثمار الأجنبي المباشر، مرجع سابق، ص159.
(5) بندر بن سالم الزهراني، الاستثمارات الأجنبية المباشرة ودورها في النمو الاقتصادي في المملكة العربية السعودية (دراسة قياسية للفترة من 1970 - 2000م)، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملكة سعود، 1425هـ - 2004م، ص1.
(6) صندوق التنمية الصناعية السعودي، تحليل أداء القطاع الصناعي خلال خطة التنمية الثامنة (2005-2009م)، وحدة الدراسات الاقتصادية، ربيع الأول 1431هـ - 2010م، ص1.
(7) المرجع السابق، ص1.

وبالإطلاع على (تقارير الاستثمار العالمي المختلفة) اتضح أن المملكة العربية السعودية احتلت المرتبة الأولى في تدفقات الاستثمار الأجنبي الوافد إلى المنطقة، وذلك حتى عام 2008، وبعدها شهدت تراجعاً بسبب الأزمة المالية العالمية التي بدأت شرارتها في الولايات المتحدة الأمريكية وأثرت من ثم على مختلف اقتصادات العالم⁽⁸⁾. وتشير أحدث دراسة للاونكتاد (UNCTAD) 2013، إلى انخفاض كبير في تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر في اثنين من البلدان المتلقية الرئيسة في منطقة تركيا (انخفاض بنسبة 23% إذ بلغت حوالي 12.4 مليار دولار) والمملكة العربية السعودية (انخفاض بنسبة 25% إذ بلغت 12.2 مليار دولار) - وهما يمثلان 52% من إجمالي التدفقات الداخلة إلى المنطقة. كما أشار التقرير إلى أنه ولأول مرة منذ عام 2006 تتنازل السعودية لتركيا عن مكانتها كأكبر متلق للاستثمار في المنطقة⁽⁹⁾.

لما سبق، جاء عنوان دراستنا دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تحقيق التنمية الصناعية مع التطبيق على المملكة العربية السعودية لدراسة الدور الذي يمكن أن تلعبه تدفقات رؤوس الأموال الأجنبية في تطوير وتحسين القطاع الصناعي بالمملكة، وهو ما ينعكس من ثم على التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلاد.

● مشكلة الدراسة:

لاشك أن المملكة العربية السعودية شأنها شأن دول الخليج تعتمد على القطاع النفطي كمنطلق رئيس نحو التنمية الاقتصادية والاجتماعية. ولكن تسارع الأحداث العالمية والأزمات والاضطرابات السياسية ينعكس من فترة إلى أخرى على أسعار النفط، وهو ما يؤثر بالسلب على استراتيجيات التنمية في المملكة.

إضافة إلى ما سبق، فقد مثل إعلان الولايات المتحدة الأمريكية عن احتمالية تخليها عن حوالي 80% من النفط الخليجي نظراً لاكتشافها النفط الصخري من ناحية، ولكونها ستكون المصدر الأول للنفط في العالم من ناحية أخرى تحدي آخر أمام حكومات مجلس التعاون الخليجي

(8) Andrew Stoeckel, the global financial crisis and consequences, Australian national university, the Brookings institution, 2009, pp. 608.

(9) UNCTAD, World investment Report 2013, available at. <http://UNCTAD.org/en/pages/media.media.aspx>.

ومنها بالقطع المملكة العربية السعودية. ومما سلف، فإن مشكلة الدراسة تتمحور حول البحث عن سياسات بديلة للاعتماد على النفط في التنمية في البلاد. وهنا يأتي دور استغلال الفوائض المالية، في تدعيم وجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة من أجل وجود قطاع صناعي قوى يقود المملكة نحو تنمية اقتصادية واجتماعية مستدامة.

• أهمية الدراسة:

لاشك أن المملكة العربية السعودية تتمتع بمناخ سياسي واقتصادي وأمني طيب حباها بها المولى عز وجل به. إضافة لتمتعها بمصادر الطاقة الأساسية وبنية تحتية متطورة. ولاشك أن كل ذلك يجعل من المملكة بيئة جاذبة للاستثمار الأجنبي المباشر، وهو ما ينعكس بالإيجاب على التنمية الاقتصادية في ربوع المملكة.

مما تقدم تبرز أهمية دراسة الاستثمار الأجنبي والدور الذي يمكن أن يساهم به في خلق قطاع صناعي قوي ومتطور.

وبالتالي فإن لجوء المملكة إلى جذب الاستثمار الأجنبي المباشر شأنها شأن الدول التي تريد تحقيق الرخاء لشعوبها، لذا فإن أبرز مبررات الاهتمام بالاستثمار الأجنبي تتمثل من:

- يقوم بدور مهم في عملية التنمية واستدامتها من خلال تمويل المشروعات المختلفة.
- يقوم بتوفير فرص العمل وتوفير مجالات لتدريب العمالة على مهارات العمل المختلفة.
- له دور هام في نقل التكنولوجيا والتدريب عليها.
- يمثل الاستثمار الأجنبي المباشر قوة دفع للاقتصاد المحلي من أجل تحسين قدرته على النمو والتفاعل مع الاقتصاد العالمي.
- يساهم إلى جانب القروض في توفير الموارد المالية اللازمة، ويعمل بالتالي على مواجهة العجز في ميزان المدفوعات.

• منهج الدراسة:

سنعتقد في دراستنا حول دور الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الصناعية في المملكة على المنهج التحليلي المقارن، وذلك بالرجوع إلى تجارب الدول التي حققت فيها الاستثمار الأجنبي طفرة هائلة في قطاع الصناعة للنظر في إمكانية تحقيق ذلك في المملكة العربية السعودية من عدمه.

أيضاً سنعتمد على المنهج الاستقرائي، وذلك بالرجوع للعديد من

المصادر والإحصاءات والتقارير الحكومية المختلفة الصادرة عن صندوق التنمية السعودية ووزارتي الاقتصاد والتخطيط والتجارة والصناعة وغيرها ... من أجل استقراء واقع هذه البيانات والاستعانة بها في إنجاز دراستنا.

• خطة الدراسة:

ستكون خطة دراسة بحثنا على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية الاستثمار الأجنبي المباشر وتطوره عالمياً وإقليمياً.
المبحث الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر وأهميته وأبرز نظرياته.

المبحث الثاني: وضع الاستثمار الأجنبي المباشر على الصعيدين العالمي والإقليمي.

الفصل الثاني: دراسة لتجارب الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية الصناعية في بعض الدول.

المبحث الأول: مفهوم التنمية الصناعية وأبرز استراتيجياتها.
المبحث الثاني: تجربة بعض الدول في التنمية الصناعية.

(ماليزيا- كوريا الجنوبية- تايلاند)

الفصل الثالث: الاستثمار الأجنبي المباشر القطاع الصناعي في المملكة العربية السعودية.

المبحث الأول: تطور الاستثمار الأجنبي المباشر في السعودية والأثر في قطاع الصناعة.

المبحث الثاني: زيادة الاستثمار الأجنبي المباشر والأثر على المؤشرات الاقتصادية الكلية في المملكة.

المبحث الثالث: إستراتيجية المملكة بخصوص القطاع الصناعي وتطويره.

الفصل الأول

ماهية الاستثمار الأجنبي المباشر وتطوره عالمياً وإقليمياً

احتل الاستثمار الأجنبي المباشر مكانة مهمة في الاقتصاد العالمي باعتباره وسيلة فعالة لتسريع النمو الاقتصادي في البلدان النامية وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية⁽¹⁰⁾. أيضاً فلقد تعاظم دوره على الصعيد

(10) زيدان محمد، الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال- نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، العدد الأول، 2004،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1179)

العالمي، وأصبح من أهم مصادر تمويل الاستثمارات في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال نحو اقتصاد السوق. ونتيجة لذلك فقد أثرت تساؤلات عدة حول مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر، وهل يختلف عن الاستثمار الأجنبي غير المباشر؟ ماذا عن أهميته؟ والنظريات المفسرة له- وما هو حال هذا الاستثمار على الصعيدين العالمي والإقليمي؟

هذا ما سنتناوله بالتفصيل في هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر وأهميته وأبرز نظرياته
المبحث الثاني: وضع الاستثمار الأجنبي المباشر على الصعيدين العالمي والإقليمي.

المبحث الأول

مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر وأهميته وأبرز نظرياته

يعتبر موضوع الاستثمار الأجنبي في الدول النامية أحد أبرز الموضوعات الرئيسية التي تحظى باهتمام الخبراء ومؤسسات التقييم الاستثماري كمؤسسات Moody's, Standard & Poors، حيث تلاحظ في السنوات الأخيرة من القرن المنصرم تزايد حدة المنافسة لجذب الاستثمارات الأجنبية للحصول على المزايا المرتقبة⁽¹¹⁾.

- وحول تحديد مفهوم دقيق للاستثمار الأجنبي المباشر، نلاحظ عدم وجود تعريف محدد له. فطبقاً لتعريف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)، يشير الاستثمار الأجنبي إلى كل الأموال الموجودة خارج المنظومة الاقتصادية المحلية بغض النظر عن ملكيتها سواء كانت ملكية وطنية أم أجنبية⁽¹²⁾.

أما صندوق النقد الدولي، فذهب إلى أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو الاستثمار الذي يتم لاكتساب مصلحة مستديمة في المشروعات التي يتم إدارتها في دولة بخلاف الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي، فضلاً عن اكتساب المستثمر الأجنبي لصوت فعال في إدارة المشروع عن طريق احتلال 10% من ملكية المشروع⁽¹³⁾. في حين ذهب تقرير

ص19.

(11) Rory Terry, Foreign direct investment and economic Growth in developing Countries, state university. Pp.155-156 available at: <http://www.cis-wtamu.edu/home/index.php/swer/arti>.

(12) OECD, Benchmark, Definition of foreign direct investment, OECD, 1996.

(13) لمزيد من التفصيل حول ذلك المفهوم، راجع موقع صندوق النقد الدولي على

الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD، إلى أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو الاستثمار الذي يشمل علاقة طويلة الأجل ويعكس مصلحة دائمة ورقابة بواسطة مستثمر في مشروع مقيم في اقتصاد ينتمي لدولة غير دولة المستثمر الأصلية، ويتم الاستثمار بواسطة الأفراد individuals بالإضافة إلى منشآت الأعمال Business Entities⁽¹⁴⁾. بينما يذهب البعض الآخر⁽¹⁵⁾ إلى تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه انتقال رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الخارج بشكل مباشر للعمل في صورة وحدات صناعية أو تمويلية أو إنشائية أو زراعية أو خدمية، ويمثل حافز الربح المحرك الرئيسي لهذه الاستثمارات الأجنبية المباشرة⁽¹⁶⁾.

مما سبق من تعريفات، يمكننا استنتاج أن الاستثمار الأجنبي المباشر foreign direct investment هو نوع من أنواع الاستثمار الدولي الذي يعكس حصول كيان مقيم، يشار إليه بالمستثمر المباشر، في اقتصاد آخر على مصلحة دائمة في مؤسسة مقيمة، تُسمى مؤسسة الاستثمار المباشر. وتنطوي المصلحة الدائمة على وجود علاقة طويلة الأجل بين المستثمر المباشر والمؤسسة، إضافة إلى تمتع المستثمر بدرجة كبيرة من النفوذ في إدارة المؤسسة كنسبة معينة في الملكية قد تكون 10% أو أكثر.

ويبدو أن التعريف سالف ذكره، يتفق مع ما قد سبق وأن ذكرناه من تعريف لصندوق النقد الدولي ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية⁽¹⁷⁾.

وتجدر الإشارة، أنه على الرغم مما قد يبدو لنا من اختلافات في التعريفات المختلفة للاستثمار الأجنبي المباشر، إلا أن جميع التعريفات

الانترنت على الموقع التالي: <http://www.imf.org/external/index.htm>

(14) United nations conference on trade and development (UNCTAD), FDI down turn in 2001 touches almost all regions, TAD/INF/PR36, New York, 2001.

(15) United nations conference on trade and Development, IBID, P.8 .

(16) د. أمينة زكي شبانه , دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تمويل التنمية الاقتصادية في مصر في ظل آليات السوق , المؤتمر العلمي السنوي الثامن عشر للاقتصاديين المصريين , تمويل التنمية في ظل اقتصاديات السوق, القاهرة , مصر , 7-9 أبريل 1994 , ص 2 وما بعدها .

(17) Ibid: p. 20.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1181)

تتمحور وتتفق حول فكرة واحدة وهي تتمثل في انتقال حقيقي لرؤوس الأموال من دولة إلى أخرى سواء عن فرد واحد أو عدة أفراد أو مؤسسة واحدة أو عدة مؤسسات، ما يؤدي إلى زيادة الناتج القومي في الدولة المستثمر فيها.

وأياً كان ما سبق، فإنه ووفقاً لما سبق من تعريفات، فيبدو لنا اتفاق على وجود ضوابط لوجود الاستثمار الأجنبي المباشر، يمكن ذكرها على النحو التالي⁽¹⁸⁾:

- 1- وجود علاقة طويلة الأجل بين المستثمر المباشر والمؤسسة.
- 2- تمتع المستثمر بدرجة كبيرة من النفوذ في إدارة المؤسسة.
- 3- وجود المعاملات التي تؤدي إلى خلق وإنشاء الاستثمارات والحفاظ على استمراريتها وتوسيع نطاقها.
- 4- استثمارات ناتجة عن قيام طرف غير مقيم، ليس له أي حقوق ملكية سابقة في مؤسسة مقيمة قائمة باستثمار مالي أو عيني بما نسبته 10% أو أكثر من رأسمال مشروع جديد أو قائم.
- 5- استثمارات في أدوات حقوق الملكية عن طريق الشراء من سوق المال لأسهم وسندات ملكية الشركات بشرط أن لا تقل نسبة الشراء عن 10% من حقوق الملكية.
- 6- تدفقات ناتجة عن استثمارات في شراء الأراضي والمباني بواسطة المستثمر الأجنبي.

وهكذا يتضح لنا، أن المكونات الرئيسة للاستثمار الأجنبي المباشر تتمثل في رأس مال حقوق الملكية وتشمل حصص الملكية في الفروع وكافة الأسهم في الشركات، وكذلك العوائد المعاد استثمارها، وأخيراً رؤوس الأموال المرتبطة بمختلف معاملات الدين فيما بين الشركات⁽¹⁹⁾.

- وحول أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر:

تكمن أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر في الدور الذي يمارسه على النمو والتنمية في البلاد المضيفة، كما أنه يحمل خصائص الاقتصاد القادمة منه. كما يقوم الاستثمار المباشر بدور محوري في أغلب الاقتصادات النامية ومن ضمنها الدول العربية التي تعاني من العجز في

(18) المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص7.

(19) Maitena Duce and Banco de Espana, Definition of foreign direct investment (FDi): amethodological note 2003, p.p 205. available at: <http://www.bis.org/publ/cgfs22bde3.pdf>.

الحساب الجاري والاحتياجات المحلية للموارد المالية أو تلك التي تشكو من فجوة تقنية ومن مستوى متدن من الإنتاجية ومن نطاق ضيق للسوق المحلي⁽²⁰⁾.

إضافة لما تقدم، فقد شكلت الاستثمارات الأجنبية المباشرة مصدرًا رئيسيًا للتمويل في الدول النامية، كما ساهمت في دفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية فيها⁽²¹⁾.

وأياً كان الأمر، فإن تزايد الاهتمام بالاستثمارات الأجنبية المباشرة مرجعه الأسباب التالية:

أ – الإصلاحات الاقتصادية في البلدان النامية، والتي تهدف إلى تحرير التجارة والاستثمار، وتطبيق برامج الخصخصة ومضاعفة مشاركة القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي.

ب- التكتلات الاقتصادية والتي تتميز بامتلاكها لسياسات تجارية واستثمارية موحدة تجاه الدول الأخرى غير الأعضاء، وذلك يؤدي إلى فرض قيود على تدفق الاستثمار إلى الدول غير الأعضاء⁽²²⁾. وهو الأمر الذي دفع بالعديد من الدول النامية إلى إصلاحات في نظمها الخاصة بالاستثمار، ولعل ما حدث بالمملكة العربية السعودية خير شاهد على ذلك.

ويرى البعض⁽²³⁾ أن الاستثمارات الأجنبية لها تأثيرها في خفض أسعار السلع، وتحسين جودة المنتجات الوطنية نتيجة لنقل التكنولوجيا المتقدمة.

في حين يرى البعض الآخر⁽²⁴⁾ أن الاستثمارات الأجنبية تؤدي إلى

(20) المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وانتمان الصادرات، مرجع سابق، ص 8.
(21) حسان خضر، الاستثمار الأجنبي المباشر، بحث متاح على الإنترنت على الموقع التالي:

<http://www.arab->

[api.org/images/publication/pdfs/84/84_develop_bridge33.pdf](http://www.arab-api.org/images/publication/pdfs/84/84_develop_bridge33.pdf)

(22) Seyed Komail and Amir Hortamani, The impact of trade integration on FDI flows: Evidence from Eu and Asian +3, university of Isfahan. Available at: <http://www.univ-lehavre-fr/actu/itlce/pdf>.

(23) Johnson., H., "The Efficiency and Welfar implications of corporation", in international investment, Edited by john Du, Books, 1972, p.p. 20-25.

(24) Reuber., Grant L., private foreign investment in development, oxford: clarendon press, 1974., p.p. 2-4.

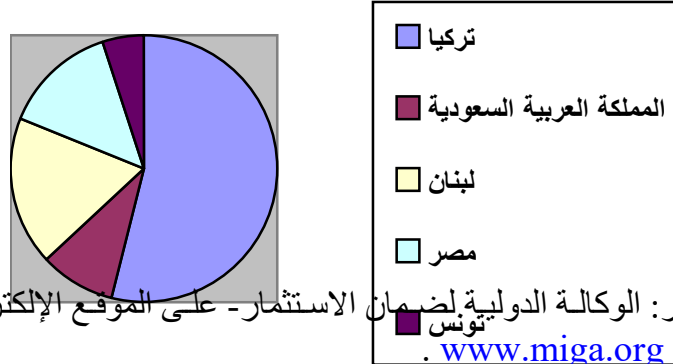
زيادة الناتج القومي، وإعادة توزيع الدخل القومي في صالح العمال شأنها في ذلك الاستثمار المحلي، وأن هناك ارتباطًا وثيقًا بين حجم الاستثمارات الأجنبية ومتوسط نصيب الفرد من الناتج القومي الكلي (GNP).

وبالنظر إلى أهمية الاستثمارات الأجنبية، ونظرًا لتخوف بعض المستثمرين من مناخ الاستثمارات في الدول النامية، فقد وجدت الوكالات الدولية المعنية بضمان الاستثمار، وهو ما شجع المستثمرين على ضخ استثماراتهم في هذه الدول⁽²⁵⁾.

يضاف على ما تقدم، أن هذه الوكالة قد أصدرت ضمانات للمستثمرين في المنطقة ما قيمته 610 مليون دولار، وذلك لمساندة أكثر من 20 استثمارًا نفذتها بنوك وشركات مقرها في المنطقة. وقد نفذت هذه المشروعات على نطاق واسع من القطاعات⁽²⁶⁾. ولعل الشكل البياني التالي رقم (1) يوضح ذلك

شكل رقم (1)

المشروعات التي ساندتها الوكالة حسب البلد المستثمر بالنسب المئوية
2006-1989



المصدر: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار - على الموقع الإلكتروني التالي: www.miga.org.

كما اختارت الوكالة بعض المشروعات لضمان الاستثمار فيها في المنطقة على النحو الذي يوضحه الجدول التالي رقم (1)

(25) لمزيد من التفصيل، راجع الموقع التالي: موقع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار: www.mmiga.org.

(26) المرجع السابق، نفس الموقع.

جدول رقم (1)
مشروعات مختارة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار في المنطقة

صاحب العمل	البلد المستثمر	القطاع	المضيف	المبلغ دولار أمريكي
Orascom Telecom	مصر	الاتصالات السلكية واللاسلكية	باكستان	907
British Gas	المملكة المتحدة	البتترول/ الغاز	تونس	65.0
Siemens	ألمانيا	التأجير	تركيا	40
Natexis	فرنسا	الخدمات المالية	الجزائر	5.8
Itochu, Cemental National petrochem.com	اليابان/ تايلاند	البتترول/ الغاز	إيران	122.0
Kemira Danmark	الدانمرك	الصناعات الزراعية	الأردن	14.7
WestLB	ألمانيا	الخدمات المالية	تركيا	72.0
Invetcom/Al-Baraka	لبنان/ المملكة العربية السعودية	الاتصالات السلكية واللاسلكية	سوريا	75.0
Dagris	فرنسا	الصناعات الزراعية	أفغانستان	0.9
Kingdom Hotels	المملكة العربية السعودية	السياحة	سوريا	22.8
Urbaser	إسبانيا	الخدمات	مصر	6.4
El Paso	الولايات المتحدة	الكهرباء	باكستان	16.1
Investcom/Al-Baraka	لبنان/ المملكة	الاتصالات السلكية واللاسلكية	سوريا	75.0

			العربية السعودية	
5.0	إيران	الصناعات التحويلية	تركيا	Cesur

المصدر: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص4.
وعلى ما تقدم، فإن التجارب المختلفة تثبت أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر والدور الذي يمكن أن يلعبه في تحقيق منافع مهمة للدول المستقبلية له، ويمكن أن نذكر بعض من هذه المنافع على النحو التالي:

- يعتبر الاستثمار الأجنبي المحرك الأساسي لعملية التصدير، وهو ما يستفاد من تجارب بعض الدول كالصين التي تجذب سنويًا 40 مليون دولار قابلة للزيادة عام بعد آخر، ولعل ذلك ما يساعد في وجود قطاع صناعي تصديري قوي مما يزيد من التدفقات الاستثمارية ويزيد العملة الأجنبية ويقلل من ثم العجز في ميزان المدفوعات⁽²⁷⁾.
- أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر في نقل التكنولوجيا الحديثة والخبرة الإدارية والتسويقية الجديدة⁽²⁸⁾.
- توفير مصدر متجدد وبشروط جيدة للحصول على العملات ورؤوس الأموال الأجنبية لتمويل برامج وخطط التنمية.
- الاستثمار الأجنبي المباشر من أهم الدعائم لحركة واستدامة الاندماج والتكامل والتبادل التجاري بين دول العالم.
- زيادة نسبة الصادرات، وتحسين ميزان المدفوعات للدولة المستثمر فيها، خاصة في حالة تصدير المشروعات لمنتجاتها في الخارج⁽²⁹⁾.
- التقليل من الواردات، وذلك من خلال زيادة الإنتاج المحلي لكي يستبدل بالسلع المستوردة السلع المنتجة محليًا.

وبخصوص النظريات المفسرة للاستثمارات الأجنبية، فإننا نؤكد أن تحليلات المتخصصين وتفسيراتهم لظاهرة الاستثمار الأجنبي عديدة

(27) Kevin Honglin Zhang, How does affect a host country's export performance? The case of china, Department of economics, Illinois state university 2002, pp. 2:4. available at: <http://www.saculty.washington.edu/karyiu/confer/xian05/pdf>.

(28) Sarah Yueting Tong, Foreign direct investment, technology transfer and firm performance, Hong Kong institute of economics and business strategies, April 2001, p.p. 34-35.

(29) Kevin Hong Lin Zhang, Op. Cit., p. 6.

ومتنوعة. فمنها نظرية التحركات الدولية لرأس المال⁽³⁰⁾. ونظرية المنشأة الصناعية (Kindelberger Himer)⁽³¹⁾. وكذلك نظرية الاستخدام الداخلي للمزايا الاحتكارية التي قال بها كل من (كاسون وداننج جمان)، التي ترى أهمية امتلاك المزايا الاحتكارية حتى يمكن قيام الاستثمار المباشر في الخارج⁽³²⁾.

ودون الخوض تفصيلاً في هذه التفسيرات، فإننا سنعرض لأبرزها وهي النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

● النظرية الحديثة:

ويمثل أصحاب هذه النظرية الفريق المؤيد للاستثمار الأجنبي المباشر. وتتمحور هذه النظرية حول افتراض أساسي مفاده أن طرفي علاقة الاستثمار (الشركة المستثمرة، والبلد المضيف) تربطهما علاقة المصلحة المشتركة، فكلاهما يعتمد ويستفيد من الآخر لتحقيق الأهداف التي يحددها هو، إلا أن حجم العوائد التي يتحصل كل طرف عليها يتوقف إلى حد كبير على سياسات واستراتيجيات وممارسات كل طرف من الطرفين الخاصة بالاستثمار⁽³³⁾.

إضافة لما تقدم، فهم يرون أن حركة الاستثمار ما هي إلا تجسيداً لمبدأ تقسيم العمل الدولي والتخصص، حيث تتضافر العناصر النادرة في الدول المتقدمة من رأس مال وتكنولوجيا مع العناصر الوفيرة في الدول النامية من موارد طبيعية وعمال، الأمر الذي يؤدي إلى تخصيص أفضل للموارد الاقتصادية على مستوى العالم، وهو ما يعني أن كلا الطرفين "الدولة المستضيفة والمستثمر الأجنبي" يستفيدان⁽³⁴⁾.

ويعتقد أصحاب النظرية الحديثة "أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة تحقق العديد من المنافع للدول النامية، ولعلمهم يستندون إلى مجموعة من

(30) د. رضا عبد السلام، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في عصر العولمة، دراسة مقارنة لتجارب دول جنوب شرق آسيا وأمريكا اللاتينية مع التطبيق على مصر، 2006، ص 40 وما بعدها.

(31) Kindelberger, C.P, American 13 business Abroad, London, 1969, p.p. 10-11.

(32) UNCTAD: Transitional corporations in the world Development, trends and prospects, united nations, New York, 1988, p.p. 37-75.

(33) بندر بن سالم الزهراني، مرجع سابق، ص 20.

(34) د.منى محمد الحسيني، الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل المناخ الاستثماري الجديد للاقتصاد المصري، بدون دار سنة وتاريخ نشر، ص 100 وما بعدها.

- الحجج، يمكن أن نذكر أهمها على النحو التالي:
- 1- الاستثمار الأجنبي المباشر يسد أربع فجوات رئيسية في الدول النامية وهي:
 - الفجوة الادخارية لتمويل الاستثمارات اللازمة⁽³⁵⁾.
 - الفجوة التكنولوجية⁽³⁶⁾ Technological Gap
 - فجوة النقد الأجنبي.
 - الفجوة بين الإيرادات العامة والنفقات العامة.
 - 2- المساهمة في إنشاء علاقات اقتصادية بين قطاعات الإنتاج والخدمات داخل الدول المضيفة.
 - 3- إيجاد أسواق للتصدير تُنمي العلاقات الاقتصادية مع الدول الأخرى.
 - 4- يساهم الاستثمار الأجنبي المباشر في إيجاد مجموعة من الوفورات الخارجية والآثار غير المباشرة والمنافع الاجتماعية للدول المضيفة مثل: زيادة رأس المال الاجتماعي "البنية الأساسية" من خلال ما يقوم به المستثمر من رصف للطرق وتوصيل شبكات الكهرباء والمياه والصرف الصحي⁽³⁷⁾.
 - 5- نقل التكنولوجيا في مجالات الإنتاج والتسويق والإدارة.
 - 6- للاستثمار الأجنبي المباشر أثرٌ إيجابي على ميزان المدفوعات.
- النظرية الكلاسيكية التقليدية:

ويمثل أصحاب هذه النظرية الاتجاه المعارض لوجود الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية، ووفقاً لهذه النظرية فإن الاستثمارات الأجنبية تنطوي على كثير من المنافع التي تعود معظمها على الشركات المستثمرة، كما أنهم ينظرون إلى الاستثمار الأجنبي على أنه شكل من أشكال الاستعمار الجديد الذي يزيد من درجة تبعية الدول النامية للدول المتقدمة⁽³⁸⁾. ولعل هذه الآراء التي تستند على العديد من الحجج

(35) A. K Cairneross, The contribution of foreign and domestic capital to economic development, Reprithted in economic development, London, 1962, pp. 20-25.

(36) United Nations, Africa's the technology gap, case studies on Kenya, Ghana, Uganda and Tanzania, July 2003, p. 15.

(37) Raghur Nurkse, problems of capital formation in under developed countries, Oxford University, New York, 1996, p.p. 15-20.

(38) مركز الأمم المتحدة لشئون الشركات عبر الوطنية والتنمية العالمية، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، 1990.

والمبررات التي قال بها أنصار هذا الفكر، يمكن ذكر أهمها على النحو التالي⁽³⁹⁾:

- 1- بخصوص العمالة والمهارات الفنية، فهم يرون أن طبيعة التكنولوجيا المستخدمة لا تتلائم مع ظروف الدول النامية سواء من حيث المواصفات والمستلزمات أم من حيث كونها كثيفة رأس المال. إضافة إلى أن مشروعات الاستثمار الأجنبي المباشر قد تعطي الآلات والمعدات ولكنها لا تعطي "سر المعرفة".
- 2- إن الشركات المستثمرة تقوم بتحويل الجزء الأكبر من أرباحها إلى الدولة الأم بدلاً من إعادة استثمارها في الدولة المضيفة.
- 3- يؤثر وجود بعض الشركات المستثمرة بشكل مباشر على سيادة الدولة المضيفة واستقلالها السياسي والثقافي والاقتصادي⁽⁴⁰⁾.
- 4- يؤدي الاستثمار المباشر إلى وجود ما يُسمى "ازدواجية الاقتصاد"، نتيجة لوجود مشروعات أجنبية ومشروعات وطنية تقليدية، الأمر الذي يؤدي لاتساع الفجوة بين الأغنياء والفقراء.
- 5- إن حجم رؤوس الأموال الأجنبية المتدفقة إلى الدولة المضيفة ضئيل جداً بدرجة لا تسمح معها بقبول هذا النوع من الاستثمارات.

من خلال التحليل السابق لأراء أصحاب النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، فإننا نميل لأراء النظرية الحديثة والتي ترى في الاستثمار الأجنبي المباشر خيراً على الدول النامية، وما يؤكد ذلك تلك الطفرة الصناعية التي حدثت بدول جنوب و جنوب شرق آسيا وتركيا. تلك الدول التي استطاعت أن تحقق نموًا في ناتجها القومي الإجمالي فاق كل التوقعات والتي استحققت بحق لقب "المعجزة الاقتصادية"، ولكن برغم من ذلك فإن نجاح دولة ما في تعظيم الاستفادة من الاستثمارات الأجنبية المباشرة، لا شك يتوقف على العديد من السياسات والاستراتيجيات التي تضعها الدولة الجاذبة للاستثمار وكذلك ممارسات الشركات المستثمرة.

(39) انظر: د. نبيل حشاد، الجات ومنظمة التجارة العالمية، القاهرة، 1996، ص70 ومابعدها؛ وكذلك د. صلاح زين الدين، تأثير العولمة على الاستثمار الأجنبي المباشر، مؤتمر كلية الحقوق، جامعة المنصورة السنوي السادس، القاهرة، 2002، ص31 ومابعدها.

(40) كريمة قويدري، الاستثمار الأجنبي المباشر والنمو الاقتصادي في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم البيئة، الجزائر، 2010/2011، ص12.

المبحث الثاني

اتجاهات الاستثمار الأجنبي المباشر على الصعيدين العالمي والإقليمي

يمثل تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر واحدًا من أهم عناصر التمويل الخارجي للتنمية في الدول النامية، حيث احتل المرتبة الأولى ضمن مكونات هذا التمويل خلال السنوات الماضية، بل إن البعض يرى أنه فاق من حيث أهميته في التمويل البنوك والمساعدات الرسمية⁽⁴¹⁾.

يُضاف لما سبق، فإن تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر بات ظاهرة عالمية تتنافس مختلف دول العالم من أجل الحصول على أكبر نصيب من هذا التدفق. ويرجع ما سبق لكون الاستثمار الأجنبي يُضيق الفجوة التكنولوجية بين الدول المتقدمة والدول النامية عن طريق نقل التكنولوجيا، فضلاً عن أنه يتصف بالاستقرار النسبي مقارنةً بالاستثمارات في الأوراق المالية⁽⁴²⁾.

بيد أن تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر شهدت نموًا خلال الفترة من 1982 وحتى 2008، ثم حدثت الأزمة المالية العالمية بنهاية عام 2008، وأدت إلى تراجع حركة الاستثمارات الأجنبية⁽⁴³⁾، ثم عادت من جديد ليزيد في دول وينخفض في دول أخرى، ومن ثم بات السؤال المطروح ما هو وضع الاستثمار الأجنبي المباشر على الصعيدين العالمي والإقليمي؟

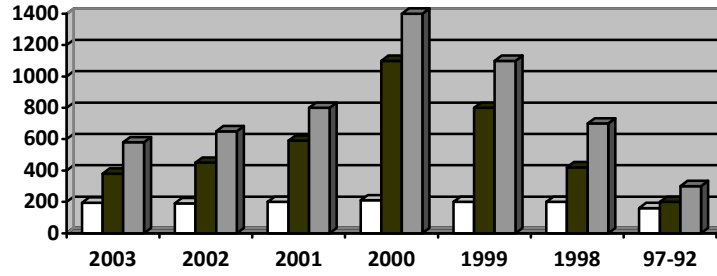
أولاً: اتجاهات الاستثمار الأجنبي المباشر على الصعيد العالمي:
بالنظر إلى الشكل التالي رقم (2) يظهر جلياً زيادة حجم وتدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر خلال الفترة من عام (1992 وحتى 2003).

(41) خالد حسين، دور الاستثمار العربي البيئي والاستثمارات الأجنبية المباشرة في زيادة فرص العمل، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الاسكوا)، الأمم المتحدة، بيروت، لبنان، 2008، ص2.

(42) حسين عبد المطلب الأسرج، إستراتيجية تنمية الاستثمار الأجنبي المباشر إلى مصر، بدون سنة نشر، بدون تاريخ نشر، ص13.

(43) Laza Kekic, The global economic crisis and FDI flows to emerging markets: For the first time ever, emerging markets are this year set to attract more than half of global FDI flows, the value Columbia center on sustainable interrogational investment, October 2009, p.p. 3-5, available at: <http://vcc.columbia.edu/pub/documents/pdf>.

شكل رقم (2)
تطور نصيب كل من الدول المتقدمة والنامية من إجمالي تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر 1992-2003



المصدر: الانكساد، تقرير الاستثمار العالمي، 2003.

وبالتدقيق في الجدول رقم (2)، نلاحظ أن تدفقات الاستثمار الأجنبي زادت من 311 مليار دولار كمتوسط سنوي في الفترة من (1992-1997)، إلى حوالي 1388 مليار دولار خلال عامي (2000-1999) وبمعدل زيادة بلغ حوالي 246.3%. ولكن الوضع تغير خلال عامي 2002، 2003، حيث انخفضت هذه التدفقات بحوالي النصف. وكما يتضح من الشكل السابق، فإن الدول المتقدمة تسيطر على أكبر حصة من تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الوارد، حيث ارتفعت هذه التدفقات إلى نحو 366.6 مليار دولار في عام 2003 وبما يشكل 65.5% من إجمالي التدفق السنوي العالمي، مقابل نحو 180.8 مليار دولار وبما يشكل 58.2% من إجمالي التدفقات الاستثمارية العالمية المباشرة كمتوسط سنوي خلال الفترة (1992-1997)⁽⁴⁴⁾. ويلاحظ حدوث ارتفاع ملحوظ في التدفقات الاستثمارية المباشرة إلى الدول المتقدمة خلال الفترة 1992-2000 لتصل إلى أعلى مستوى لها عام 2000 لتبلغ 1108 مليار دولار وبما يمثل 79.8% من إجمالي التدفقات الاستثمارية العالمية، ولكن يتضح من الشكل أن هذه التدفقات أخذت اتجاهًا تنازليًا في السنوات التالية لتصل إلى حوالي 366.6 مليار دولار عام 2003 بمعدل انخفاض بلغ 66.8% عما كانت عليه في عام 2000.

وجدير بالذكر أن دول أوروبا الغربية- خاصة دول الاتحاد

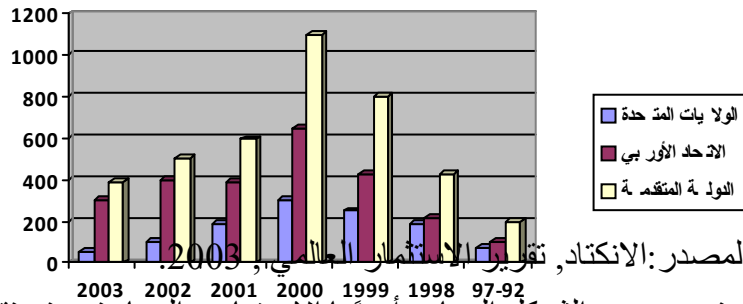
(44) الانكساد، مرجع سابق، ص30.

الأوروبي- تستحوذ على أكبر قدر من هذه التدفقات حيث وصلت إلى نحو 312.2 مليار دولار وبما يشكل 84.6% من إجمالي هذه التدفقات إلى الدول المتقدمة في عام 2003، مقارنة بنحو 100.8 مليار دولار وبما يمثل 55.8% من إجمالي التدفقات الاستثمارية المباشرة إلى الدول المتقدمة كمتوسط سنوي خلال الفترة 1992-1997. وبرغم هذا الارتفاع إلا أنها مازالت تنخفض بنحو 38%، 99.6% عن التدفقات في عام 1999، 2000 والبالغة 500، 697.4 مليار دولار على الترتيب.

وهذا ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (3):

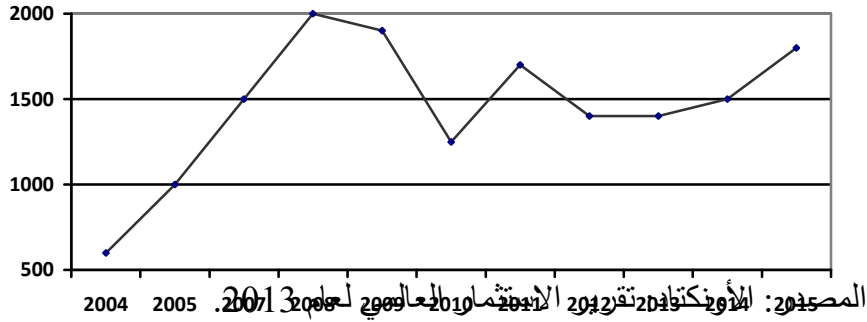
شكل رقم (3)

تطور نصيب كل من الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة من إجمالي التدفقات الواردة في الدولة المتقدمة 92- 2003



المصدر: الأونكتاد، تقرير الاستثمار العالمي، 2003
 ويتضح من الشكل السابق أيضاً الانخفاض الحاد في تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الولايات المتحدة الأمريكية خلال الفترة 2003-1992، حيث بلغت 29.8 مليار دولار عام 2003 مقابل 284.4، 314 مليار دولار عامي 1999، 2000 وبمعدل انخفاض بلغ 89.5% على الترتيب، كما أنها انخفضت بنحو 51% عما كانت عليه كمتوسط سنوي للفترة 1992-1997 والبالغ 60.3 مليار دولار. وبالاطلاع على تقرير الاستثمار العالمي (UNKTAD2013)، يبدو أن الاستثمار الأجنبي المباشر قد تراجع بنسبة 18% إلى مبلغ 1.35 تريليون دولار في عام 2012، ويتوقع "الأونكتاد" أن يظل الاستثمار الأجنبي المباشر في عام 2013 قريباً من مستواه في عام 2012، وفي حدود أقصاها 1.45 تريليون دولار، وهو مستوى مشابه لمتوسط فترة ما قبل الأزمة المالية العالمية (2005-2007)، وهو ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (4)

شكل رقم (4)
تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر للفترة 2004-2012
والإسقاطات للفترة 2013-2015



ويتوقع الأنتكاد، أنه بتحسن ظروف الاقتصاد الكلي و Macroeconomics واستعادت المستثمرين ثقتهم في المدى المتوسط، فقد تبلغ تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر 1.6 تريليون دولار في عام 2014 المقبل، و 1.8 تريليون دولار في عام 2015. وبرغم ما سبق، فإن الفترة الأخيرة شهدت تفوق الاقتصادات النامية على الاقتصادات المتقدمة من حيث استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث سجلت ثاني أعلى مستوى لها لتصل إلى 703 بلايين دولار في عام 2012، وشكلت نسبة قياسية قدرها 52% من التدفقات العالمية الوافدة من الاستثمار الأجنبي المباشر، متجاوزة، في سابقة هي الأولى من نوعها، مجموع التدفقات إلى البلدان المتقدمة بمبلغ قدره 142 بليون دولار. وهذا ما يوضحه الجدول التالي رقم (2).

جدول رقم (2)
تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر حسب المنطقة 2010-2012

بيانات الاستثمار الأجنبي المباشر الصادر			بيانات الاستثمار الأجنبي المباشر الوافد			
2012	2011	2010	2012	2011	2010	السنة
1391	1678	1505	1351	1652	1409	العالم
909	1183	1030	561	820	696	الاقتصادات المتقدمة
426	422	413	703	735	637	الاقتصادات النامية
14	5	9	50	48	44	أفريقيا
308	311	284	407	436	401	آسيا
275	271	254	326	343	313	شرق وجنوب شرق آسيا
9	13	16	34	44	29	جنوب آسيا
24	26	13	47	49	59	غرب آسيا
103	105	119	244	249	190	أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي
1	1	1	2	2	3	أوقيانوسيا
55	73	62	87	96	75	الاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية
10	10	12	60	56	45	الاقتصادات الصغيرة والضعيفة هيكلياً والهشة
5.0	3.0	3.0	26	21	19	أقل البلدان نمواً
3.1	5.5	9.3	35	37	27	البلدان النامية غير الساحلية
1.8	1.8	0.3	6.2	5.6	4.7	الدول الجزرية الصغيرة النامية
مذكرة النسبة المئوية من تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر على الصعيد العالمي						
65.4	70.5	68.4	41.5	49.7	49.4	الاقتصادات المتقدمة
30.6	25.2	24.5	52.0	44.5	45.2	الاقتصادات النامية
1.0	0.3	0.6	3.7	2.9	3.1	أفريقيا
22.2	18.5	18.9	30.1	26.4	28.4	آسيا

19.8	16.2	16.9	24.1	20.8	22.2	شرق وجنوب شرق آسيا
0.7	0.8	1.1	2.5	2.7	2.0	جنوب آسيا
1.7	1.6	0.9	3.5	30.	4.2	غرب آسيا
7.4	6.3	7.9	18.1	15.1	13.5	أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي
0.0	0.1	0.0	0.2	0.1	0.2	أوقيانوسيا
4.0	4.3	4.1	6.5	5.8	5.3	الاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية
0.7	0.6	0.8	4.4	3.4	3.2	الاقتصادات الصغيرة والضعيفة هيكليا والهشة
0.4	0.2	0.2	1.9	1.3	1.3	أقل البلدان نموا
0.2	0.3	0.6	2.6	2.1	1.9	البلدان النامية غير الساحلية
0.1	0.1	0.0	0.5	0.3	0.3	الدول الجزرية الصغيرة النامية

المصدر: الأونكتاد، تقرير الاستثمار العالمي لعام 2013

ومن ناحية أخرى، بلغت تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الصادرة عن الاقتصادات النامية 426 بليون دولار، وهو ما يُمثل حصة قياسية من المجموع العالمي قدرها 31%.

ويلاحظ من الجدول السابق، كذلك زيادة تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الصادرة عن أفريقيا قد زادت هي الأخرى، فيما ظلت التدفقات الصادرة عن البلدان النامية في آسيا وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي في مستوياتها المسجلة عام 2011⁽⁴⁵⁾.

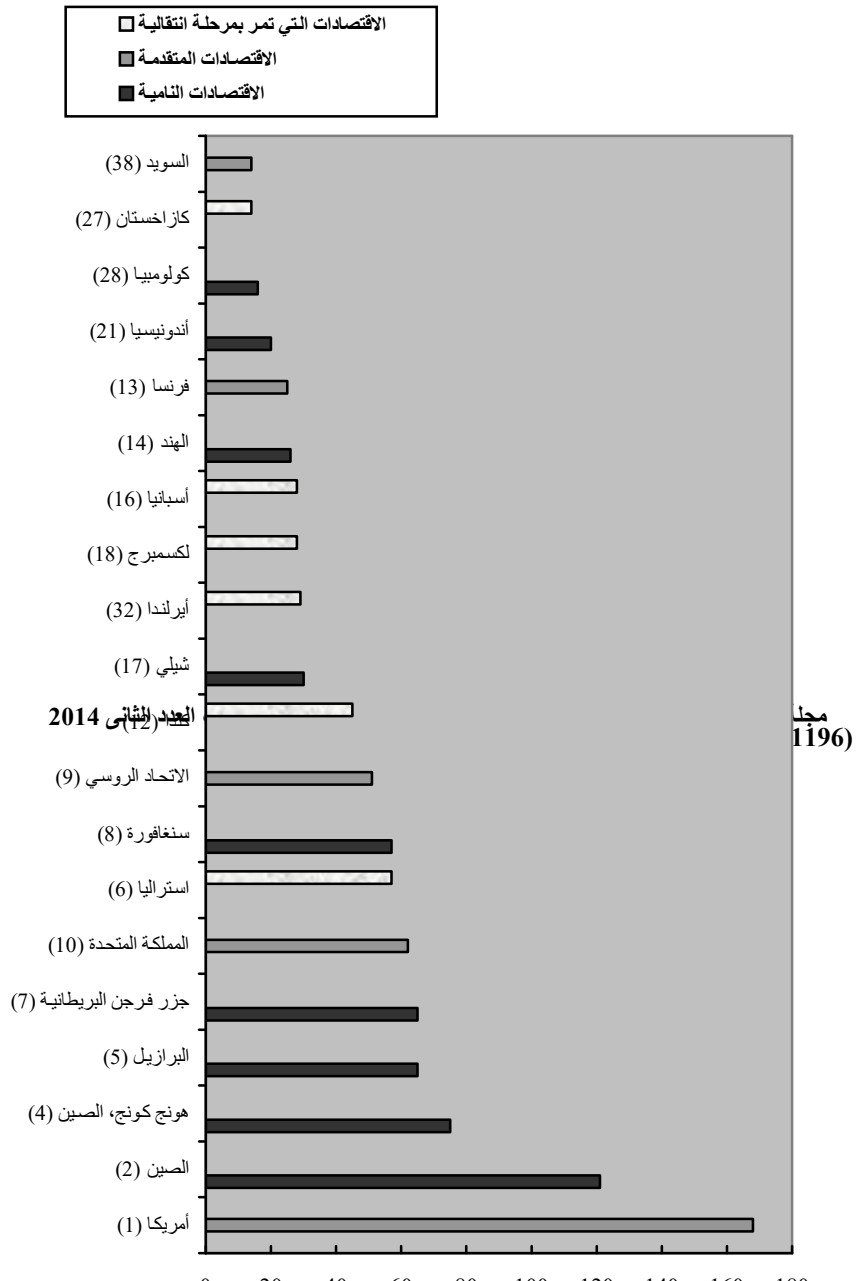
وجدير بالذكر، أن من بين أكبر 20 اقتصاد مضيفاً للاستثمار الأجنبي في عام 2012، لم نجد أي دولة عربية منها، وهو ما يشكل أمراً خطيراً، يقتضي منا البحث عن السبب، بالرغم مما تتميز به الكثير من البلدان العربية سواء من حيث الموقع والمناخ، وكذلك الموارد. ولعل ما

(45) World investment Report, 2013, Op. Cit., pp. 8-10.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1195)

سبق يوضحه الشكل البياني التالي رقم (5)

شكل رقم (5)
أكبر 20 اقتصاداً مضيئاً 2012



المصدر: الأونكتاد: تقرير الاستثمار العالم لعام 2013. ثانيًا: اتجاهات الاستثمار الأجنبي المباشر على الصعيد الإقليمي: بادئ ذي بدء، نود التأكيد على أن أفريقيا قد سجلت زيادة في تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر بنسبة 5%، حيث بلغت 50 بليون دولار، وهو ما جعلها إحدى المناطق الإقليمية التي تسجل في عام 2012 نموًا بالحساب المقارن مع السنوات السابقة⁽⁴⁶⁾. وعلى صعيد الاستثمار الوافد إلى أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي فقد بلغ 244 بليون دولار في عام 2012، محتفظًا بمستواه المرتفع الذي حققه في عام 2011. وقابل النمو الكبير في الاستثمار الأجنبي الوارد إلى أمريكا الجنوبية (144 بليون دولار) انخفاض في أمريكا الوسطى ومنطقة البحر الكاريبي (99 بليون دولار)⁽⁴⁷⁾. وعلى صعيد الدول العربية، واصل تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية ارتفاعه خلال عام 2007 ليصل إلى رقم قياسي جديد قدره 72.4 مليار دولار، وبنسبة نمو قدرها 17 في المائة مقارنة بعام 2006. وإذا نظرنا إلى حصة الدول العربية من الاستثمار الأجنبي المباشر كنسبة من التدفق العالمي نجد أن حصة الدول العربية انخفضت من 4.4% إلى 3.9%، كذلك انخفضت حصة الدول العربية كنسبة من إجمالي التدفقات الداخلة للدول النامية من 15% عام 2006 لتصبح 14.5% بنهاية 2007. وما زالت الدول العربية المصدرة للنفط تأتي على رأس قائمة الدول

(46) UNCTAD, World investment Report, 2013, p. 10. available at: <http://UNCTAD.org/en/pages/mediasp>.

(47) UNCTAD, Op. Cit., p. 11.

المستقطبة للاستثمار الأجنبي المباشر. ويرجع ذلك إلى الإجراءات التي اتخذتها هذه الدول في السنوات القليلة الماضية والتي أصبحت تأتي ثمارها. واحتلت المملكة العربية السعودية المرتبة الأولى عربياً، حيث وصل حجم تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر إلى 24.3 مليار دولار في عام 2007، بزيادة قدرها 33 في المائة عن العام 2006⁽⁴⁸⁾.

ولعل الجدول التالي رقم (3) ، يوضح ذلك:

جدول رقم (3)

تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى الدول العربية ومناطق مختارة
2007-2004

2007	2006	2005	2004	
1835	3121	1532	621	الأردن
13253	8386	10900	10004	الإمارات العربية المتحدة
1756	2915	1049	865	البحرين
885	600	(1)692	(1)180	سوريا
448	*272	515	300	العراق
2377	952	900	229	عمان
21	*38	47	49	الضفة الغربية وقطاع غزة
1138	*1786	*1152	*1199	قطر
123	110	250	24	الكويت
2845	2794	2751	1993	لبنان
11578	10043	5376	2157	مصر
24318	18293	12097	1942	المملكة العربية السعودية
464	1121	(320)	144	اليمن
1618	3312	782	639	تونس
1665	1795	1081	882	الجزائر
1	*1	*1	1	جزر القمر
2541	1734	1038	357	الجمهورية العربية الليبية
195	108	22	39	جيبوتي
2436	3451	2305	1511	السودان

(48) خالد حسين، مرجع سابق ذكره، ص2 وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014
(1198)

141	*96	*24	*(5)	الصومال
2577	2898	2946	1070	المغرب
153	155	814	392	موريتانيا
72368	61878	44103	23219	إجمالي الدول العربية
1833324	1411018	958697	742143	العالم
499747	412990	316444	275032	الدول النامية
%3.9	%4.4	%4.6	%3.1	إجمالي الدول العربية كنسبة من العالم
%14.5	%15	%13.9	%8.4	إجمالي الدول العربية كنسبة من الدول النامية

SOURCE:UNCTAD, World Investment Report, 2008, Annex Table B.1

ملاحظة: () معناه رقم سلبي، .. بيانات غير متوافرة،
* بيانات تقديرية - لا تنطبق مطابقة

(1): مبنية على مسح شامل للشركات التي يساهم فيها الاستثمار الأجنبي المباشر كجزء من مشروع تدعيم الخبرات وشبكات الارتباط في ميدان الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الأعضاء في الأسكوا والذي تنفذه الأسكوا مع هيئة تخطيط الدولة والمكتب المركزي للإحصاء في الجمهورية العربية السورية وبرنامج الأمم المتحدة الألماني في دمشق. بيانات عام 2003 مبنية على مصدر الأكتاد المذكور أعلاه.

وإذا كانت المملكة العربية السعودية قد احتلت المرتبة الأولى خلال هذه الفترة، فإن دولة الإمارات العربية المتحدة قد استحوذت على المرتبة الثانية في تدفق الاستثمار بنسبة وصلت على 13.3 مليار دولار، وذلك بفضل جهود الحكومة لتحسين البيئة الاستثمارية وتسهيل إجراءات إنشاء الشركات وتقليل حجم البيروقراطية وانخفاض معدلات الضرائب(49).

(49) UNCTAD, World investment Report, 2008, p.p. 5-10.

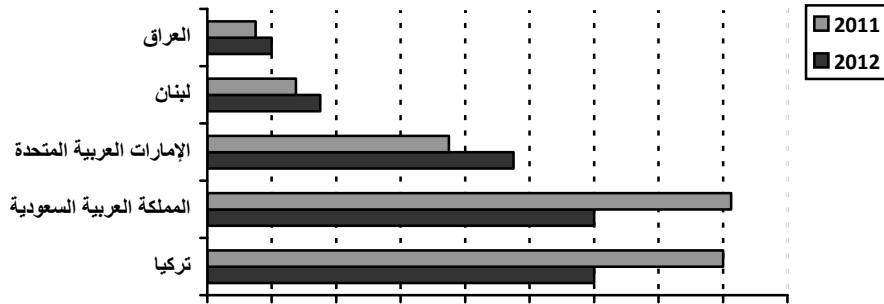
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1199)

ويلاحظ أن أكبر (5) بلدان متلقية للاستثمار الأجنبي المباشر في غرب آسيا وهم على الترتيب، تركيا- السعودية- الإمارات العربية المتحدة- لبنان- العراق، بحسب تقرير الأنكتاد 2013.

وكما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (6):

شكل رقم (6)

أكبر (5) بلدان متلقية لتدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر في غرب آسيا
ذات 2011، 2012



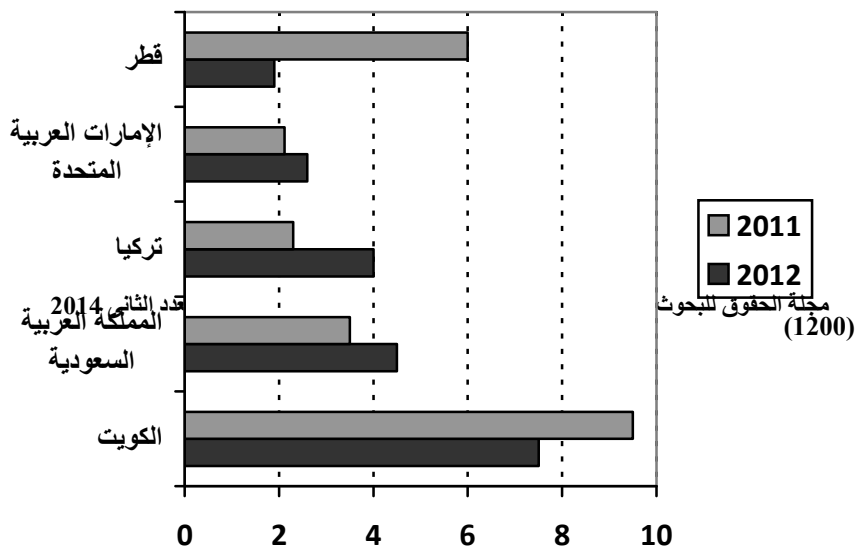
المصدر: الأنكتاد، تقرير الاستثمار العالمي لعام 2013، ص 3.

ويبدو من خلال الشكل البياني السابق، تراجع السعودية عن المركز الأول في أفضل البلدان المتلقية للاستثمار الأجنبي في عام 2012، إذ استحوذت السعودية على المركز الأول منذ عام 2006، وقد بلغ نصيب المملكة في 2012 ما قيمته 12.2 مليار دولار، بينما جاءت الإمارات العربية المتحدة في المركز الثالث بنسبة 9.6 مليارات دولار مواصلاً انتعاشها منذ عام 2010.

وأما على صعيد أكبر 5 مستثمرين من منطقة غرب آسيا خلال أعوام 2011، 2012، فكانت على الترتيب التالي: الكويت، السعودية، تركيا، الإمارات وقطر. هذا ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (7).

شكل رقم (7)

أكبر (5) مستثمرين من غرب آسيا 2011، 2012



مجلة الحقوق للبحوث
(1200)

المصدر: الانكساد , تقرير الاستثمار العالمي لعام 2013, ص13.

ويشير التقرير إلى أن تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر الخارج من غرب آسيا انخفض بنسبة 9% , فبلغ 24 مليار دولار في عام 2012، واضعاً حدًا للانتعاش الذي حدث في السنة السابقة. وفي حين أن بلدان مجلس التعاون الخليجي واصلت استحوادها على معظم تدفقات هذا الاستثمار الخارج من المنطقة، فقد ظهرت تركيا كمستثمر كبير، حيث نمت قيمة استثمارها الخارجي بنسبة 73% لتسجل رقمًا قياسيًا قدره 4.1 مليارات دولار. ويُفيد التقرير بأن هذا يرجع بصفة رئيسية إلى عملية الاستحواذ التي بلغت قيمتها 1.6 مليار دولار- من جانب أناضولو إفاس (Anadolu Efes) (تركيا)- لمؤسسة أعمال الجعة الروسية والأوكرانية سابميلير Sabmiller.

ومما سبق ذكره من إحصاءات وبيانات حول وضع الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية، واستناداً أيضاً إلى بيانات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، يمكن رصد ارتفاع في حجم التدفقات الرأسمالية على النحو التالي⁽⁵⁰⁾:

- ارتفعت تدفقات الاستثمارات الأجنبية المباشرة الواردة لدول المنطقة خلال الفترة 2005- 2011 بمقدار 477 مليار دولار أو بمتوسط سنوي يتجاوز 68 مليار دولار، أي ما يزيد على 6 أمثال إجمالي التدفقات الواردة خلال الفترة المناظرة لها 1998- 2004 ، والتي سجل خلالها ارتفاعاً لم يتجاوز 74 مليار دولار أي بمتوسط سنوي 10.6 مليار دولار.

- كما لوحظ زيادة ثقة المستثمر العربي بالإمكانات الاستثمارية للاقتصاديات العربية وتضاعف تدفقات الاستثمارات العربية البينية

(50) المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الكويت 2011، 2012، ص12 وما بعدها.

المباشرة خلال الفترة 2005 - 2001 , إلى نحو 152 مليار دولار بمتوسط سنوي 21.7 مليار دولار أي ما يزيد على 7 أمثال إجمالي التدفقات خلال الفترة المناظرة لها 1998-2004 , البالغة نحو 21.7 مليار دولار بمتوسط سنوي 3.1 مليار دولار. ونظرًا لوضع الدول العربية سابق ذكره، فقد تم إدراج 17 دولة عربية ضمن مؤشر ضمان جاذبية الاستثمار لعام 2013، وهذا ما يوضحه الجدول التالي رقم (4):

جدول رقم (4)

دول العالم والمنطقة العربية المدرجة في مؤشر ضمان جاذبية الاستثمار لعام 2013

أمريكا اللاتينية		الدول العربية		دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD	
1	فنزويلا	1	الجزائر	1	الولايات المتحدة
2	أوروغواي	2	اليمن	2	المملكة المتحدة
3	الأرجنتين	3	الإمارات	3	تركيا
4	بيرو	4	تونس	4	استراليا
5	باراغواي	5	سوريا	5	النمسا
6	بنما	6	السودان	6	سويسرا
7	نيكاراغوا	7	البحرين	7	السويد
8	هندوراس	8	السعودية	8	بلجيكا
9	غواتيمالا	9	قطر	9	اسبانيا
10	بوليفيا	10	عمان	10	سلوفينيا
11	الأكوادور	11	المغرب	11	سلوفاكيا
12	البرازيل	12	موريتانيا	12	البرتغال
13	الدومينيكان	13	ليبيا	13	بولندا
14	كولومبيا	14	لبنان	14	النرويج
	أفريقيا	15	الكويت	15	نيوزيلندا
1	أوغندا	16	الأردن	16	هولندا
2	أنغولا	17	مصر	17	كندا
3	توغو	أوروبا ووسط آسيا		18	المكسيك
4	تنزانيا	1	أوكرانيا	19	كوريا الجنوبية

20	شيلي	2	صربيا	5	جنوب أفريقيا	
21	اليابان	3	روسيا	6	السنغال	
22	ايطاليا	4	رومانيا	7	نيجيريا	
23	إسرائيل	5	مالطا	8	ناميبيا	
24	قبرص	6	أذربيجان	9	بنين	
25	التشيك	7	ليتوانيا	10	موزمبيق	
26	الدنمارك	8	لاتفيا	11	بوتسوانا	
27	ايرلندا	9	كازاخستان	12	موريشيوس	
28	هنغاريا	10	بلغاريا	13	مالي	
29	اليونان	شرق آسيا والمحيط الهادي			14	بوركينافاسو
30	استونيا	1	فيتنام	15	مدغشقر	
31	ألمانيا	2	تايلاند	16	الكاميرون	
32	فنلندا	3	سنغافورة	17	كينيا	
33	فرنسا	4	الفلبين	18	أفريقيا الوسطى	
جنوب آسيا		5	ماليزيا	19	تشاد	
1	باكستان	6	إندونيسيا	20	غانا	
2	نيبال	7	هونغ كونغ	21	الغابون	
3	إيران	8	الصين	22	أثيوبيا	
4		9	كمبوديا	23	كوت ديفوار	
الإجمالي		110				

المصدر: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات (ضمان)، مرجع سابق، ص 11.

الفصل الثاني

دراسة لتجربة الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية الصناعية في بعض الدول

يعتبر قطاع الصناعة من القطاعات الاقتصادية المهمة والمؤثرة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية والقضاء على التخلف الاقتصادي وتحقيق التقدم الحضاري. كذلك فإن الدول النامية، مع اختلاف ظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية تعتمد على التنمية الصناعية كقطاع ديناميكي رائد لهذه المسيرة وتتمحور حوله باقي القطاعات الاقتصادية الأخرى وتتكامل معه، حيث تنعكس هذه الحقيقة في معظم خطط التنمية الاقتصادية الشاملة لهذه الدول⁽⁵¹⁾.

وعلى ما تقدم، فإن مسألة التصنيع باتت حجر الزاوية للقضاء على التخلف، كما أصبحت درجة تقدم أي دولة تقاس بمدى تطورها في القطاع الصناعي⁽⁵²⁾.

لهذا، فقد اتجهت العديد من الدول إلى تنمية القطاع الصناعي، وضح المزيد من النقود من أجل تطويره، إضافة إلى تبني السياسات والاستراتيجيات من أجل جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في قطاع الصناعة لمختلف أنواعها. وفي هذا الصدد نجد تجارب كل من ماليزيا وتايلاند وكوريا الجنوبية، تجارب مهمة للدول النامية، نظراً لما حققته هذه الدول من تقدم هائل في قطاع الصناعة، والذي كان له عظيم الأثر في إحداث زيادة كبيرة في الدخل القومي لهذه الدول، وتحسين كافة مؤشراتها الاقتصادية الكلية⁽⁵³⁾.

ونتيجة لما سبق، فقد طرحت العديد من التساؤلات، ماذا يقصد بالتنمية الصناعية وما أهميتها؟ وما هي أبرز استراتيجياتها؟ أيضاً ماذا عن تجارب كل من ماليزيا وتايلاند وكوريا الجنوبية. ما هي السياسات التي اتبعتها هذه الدول حتى تحقق هذه الطفرة الصناعية؟

(51) عبود زرقين، الإستراتيجية الملائمة للتنمية الصناعية في الجزائر، مجلة بحوث اقتصادية عربية، العدد 45/ شتاء 2009، ص1.

(52) محمد زوزوي، تجربة القطاع الصناعي الخاص ودوره في التنمية الاقتصادية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة قاصدي مرياح-الجزائر، 2009، 2010، ص7.

(53) Upali Kumara, investment, industrialization and TNCS in selected Asian, regional development dialogue vol. 14, N4, 1993, p.p. 31- 32.

المبحث الأول: مفهوم التنمية الصناعية وأهميتها وأبرز إستراتيجياتها.
المبحث الثاني: تجربة بعض الدول في التنمية الصناعية (ماليزيا- تايلاند- كوريا الجنوبية).

المبحث الأول

مفهوم التنمية الصناعية وأهميتها وأبرز إستراتيجياتها

- مفهوم التنمية الصناعية:

تعتبر التنمية الصناعية أحد أجزاء مفهوم التنمية بصفة عامة⁽⁵⁴⁾. والتنمية بمفهومها الشامل هدفًا تسعى لتحقيقه كافة الأمم والشعوب، لذا يحتل موضوع التنمية أهمية كبيرة من قبل المتخصصين والمسؤولين والباحثين، نظرًا لماله من أهمية بالغة على كيان المجتمع من نواحي مختلفة اجتماعية وسياسية واقتصادية وثقافية... الخ.

أيضًا فإن التصنيع هو عملية دائمًا ما يتبعها تغير في تركيب الهيكل الاقتصادي للدول، ومؤشر على نسبة الزيادة في الدخل القومي، الناشئة عن تطوير هذا القطاع⁽⁵⁵⁾.

وبالتالي، فإن عملية التصنيع لا تعني مجرد نشاط اقتصادي بحت، فعملية التصنيع هي عملية تحول اجتماعي يشمل التطور الاقتصادي والسياسي والاجتماعي والثقافي، كما أن التصنيع يقتضي استخدام العلم والتكنولوجيا في الإنتاج الصناعي، ما يؤدي إلى إنتاج منطور معتمدًا على الطرق التكنولوجية الحديثة، وكذلك استخدام الأساليب الحديثة في الإدارة وتنظيم عمليات الإنتاج ما يؤدي إلى تحسين جودة المنتج النهائي. ولاشك أن انتشار الأسلوب الصناعي على النحو سالف الذكر إلى باقي الأنشطة الاقتصادية يعتبر تحولًا اجتماعيًا كبيرًا نحو المجتمع الحضري⁽⁵⁶⁾.

ودون خوض في سرد التعريفات المتعلقة بالتنمية، فقد لاحظنا أن غالبية هذه التعريفات تشترك في نقاط عدة أهمها:
1- تعد التنمية عملية شاملة ومستمرة.

(54) Unido: The role of industrial development in achievement of the millennium development goals proceedings of the industrial development, forum and associated round tables, Vienna 1-2 December, Vienna, 2004, p.p. 3-5.

(55) محمد زوزي، مرجع سابق، ص14.

(56) راجيش شندرا، التصنيع والتنمية في العالم الثالث، مطبعة المعارف، مصر، ترجمة محمد محمود عمار، 1994م، ص10.

2- التنمية هي عملية تغيير ونقل للمجتمع نحو الأحسن مع الانتفاع من التغيير.

3- تهدف التنمية إلى تنمية الموارد والإمكانات الداخلية للمجتمع⁽⁵⁷⁾. وعلى ما سبق، فإن التنمية الصناعية تعد واحدة من أهم جوانب التنمية بصفة عامة، ويقصد بها "عملية التطوير والتحديث المستمر للصناعات المتاحة داخل الدولة والإضافة لما هو قائم بالفعل بهدف زيادة الإنتاج وتوفير فرص العمل وتحسين ميزان المدفوعات وهو ما يؤدي في النهاية إلى زيادة الدخل القومي للدولة والناتج المحلي الإجمالي بصفة عامة"⁽⁵⁸⁾.

- أهمية التنمية والتطوير للقطاع الصناعي:
يؤكد غالبية المحللين الاقتصاديين على أهمية تطوير القطاع الصناعي في الدول العربية بشكل عام، باعتباره وسيلة أساسية يمكن من خلالها دعم النمو المستمر للاقتصاد، ومن خلاله يمكن مواجهة العديد من المشكلات الاقتصادية، وعلى رأسها مشكلة البطالة⁽⁵⁹⁾.
هذا، ويعاني القطاع الصناعي في الوطن العربي حالة من الارتباط بالأسواق الدولية والخضوع لشروطها السياسية والاقتصادية وأيضًا لتقلباتها نتيجة الاعتماد في توفير مستلزمات الإنتاج على الخارج⁽⁶⁰⁾.
وبرغم ما سبق، فإن الجدول التالي رقم (5)، يوضح حدوث تحسن

(57) انظر بحث د. جمعة حجازي، على الإنترنت على الموقع التالي:

<http://www.ina-syrie.com/tb1-images/file0273.pdf>. 10/12/2013.

(58) في الفترة الأخيرة، ظهرت العديد من المصطلحات المتعلقة بالتنمية مثل التنمية الاجتماعية والتنمية الرياضية والتنمية السياسية والتنمية الثقافية والصناعية... الخ. ولاشك أن جميعها يستهدف في النهاية إلى زيادة دخول الأفراد وتحسين مستوى معيشتهم، والأثر الإيجابي على الناتج القومي الإجمالي للدول. راجع د. عبد السلام مصطفى عبد السلام، تطوير مناهج التعليم لتلبية متطلبات التنمية ومواجهة تحديات العولمة، مؤتمر التعليم النوعي ودوره في التنمية البشرية في عصر العولمة، جامعة المنصورة، 12-13 أبريل، 2006.

(59) مجلة الاقتصاد والأعمال، تطوير الصناعات العربية حل للمشكلات الاقتصادية، على الموقع التالي:

<http://www.startime.com/t=31297670>.

(60) محمد جمال مظلوم، تحديات العالم العربي في ظل النظام العالمي الجديد، مركز الدراسات العربي-الأوروبي، بيروت، 1997، ص 88 وما بعدها؛ وراجع كذلك:

Soumitra Dutta and Mazen E. Coury, ict challenges for the arab world, p. 116. available at: <http://www.mafhoum.com/press7/212642.pdf>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1206)

في أداء القطاع الصناعي العربي في عام 2005، بحسب التقرير الاقتصادي العربي الموحد 2008/2005.

جدول رقم (5)

تطور مساهمة قطاع الصناعة في الناتج المحلي الإجمالي للدول العربية في الفترة 1997- 2005

السنوات	مساهمة الصناعة الاستخراجية %	مساهمة الصناعة التحويلية %	مساهمة إجمالي القطاع الصناعي %
1997	26.	11.2	37.6
1998	19.2	11.8	31.0
1999	23.7	11.5	35.2
2000	32.6	10.5	43.2
2001	29.0	10.9	39.9
2002	27.9	11.1	39.0
2003	29.7	10.7	40.4
2004	34.6	10.1	44.7
2005	38.8	9.8	48.6
2006	39.8	9.5	49.5

المصدر: التقرير الاقتصادي العربي الموحد , العديدين 2005، 2008. ويظهر من خلال الجدول، تحسن أداء القطاع الصناعي العربي سنة 2005، ليلعب حوالي 517.8 مليار دولار بمعدل نمو قدره 36%، مقارنة بـ 380.8 مليار دولار في العام 2004. وبلغت قيمة الناتج الصناعي العربي عام 2007 حوالي 724 مليار دولار مقارنة بـ 643 مليار دولار في عام 2006، بزيادة قدرها 12.5%⁽⁶¹⁾. ولاشك أن ما سبق، يؤكد على إمكانية حدوث طفرة في القطاع الصناعي العربي، حال توفر الإمكانيات والرغبة الجادة في ذلك وأيضاً الاستقرار الأمني والاجتماعي والاقتصادي. بيد أن القطاع الصناعي العربي يتسم بالعديد من الخصائص المشتركة يمكن أن نشير إلى بعض منها على النحو التالي⁽⁶²⁾.

(61) انظر التقرير الاقتصادي العربي الموحد، قطاع الصناعة، 2008/2006.

(62) د. سليمان بلعور، دور الاستثمارات البينية في التنمية الصناعية العربية، مجلة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1207)

- اعتماد الصناعات العربية بالدرجة الأولى على الصناعات الاستخراجية، وتراجع نصيب الصناعات التحويلية رغم أهميتها.
 - صغر حجم المنشآت الصناعية بسبب ضآلة رؤوس الأموال المستثمرة.
 - صغر حجم الأسواق العربية، نتيجة انخفاض مستوى المعيشة، وارتفاع قيمة السلع المحلية⁽⁶³⁾.
 - تركيز المنشآت الصناعية في المدن، نظرًا لتوافر الشروط الضرورية لقيامها، وإهمال باقي أجزاء الدول.
- وعلى أية حال، فإن قطاع الصناعة هو الركيزة المهمة لأي إستراتيجية تنمية طويلة المدى، سواء كأحد أهم قطاعات تنوع مصادر الدخل القومي والحد من الاعتماد على النفط من ناحية أم لقدرته على سد جانب كبير من احتياجات المجتمع وتحقيق قيمة مضافة أكبر للموارد الوطنية.
- وما سبق، يؤكد أهمية العلاقة بين التنمية والتصنيع، وذلك ما جعل الدول النامية تؤمن بفكرة أن التصنيع هو أفضل طريق نحو التنمية، معتمدة في ذلك على العديد من المبررات يمكن أن نذكر بعضًا منها على النحو التالي⁽⁶⁴⁾:
- 1- أن التصنيع أمر ضروري لعملية التنمية، وذلك بحكم علاقته التاريخية بالتنمية، ولعدم رؤيتها لنظام اقتصادي آخر واضح بديل للتصنيع.
 - 2- أنها قد استنفذت كل إمكانيات التطوير الزراعي، كما أن أسعار السلع غير ثابتة ومستمرة في التآرجح، وأقل من أسعار السلع الصناعية، أي أن أسعار السلع الزراعية لم يعد مجزي.
 - 3- زيادة الدخل لدى الأفراد لا يمكن أن تستوعبها زيادة مماثلة في استهلاك الإنتاج الزراعي، بينما يمكن أن تستوعبها زيادة في استهلاك الإنتاج الصناعي. أضف إلى ذلك أن الإنتاج الزراعي صار يعاني من انخفاض الاستهلاك لبعض المنتجات الطبيعية

الباحث، الجزائر، 2008 / 2010، ص34 وما بعدها.

(63) World Economic Forum (WEF): The Arab World Competitiveness, report 2013, Geneva, -p. 7-8.

(64) انظر محمد زوزي، تجربة القطاع الصناعي الخاص ودوره في التنمية الاقتصادية في الجزائر، مرجع سابق، ص14 وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1208)

- نظرًا لظهور بدائل صناعية، مثل الألياف الصناعية التي ظهرت كبديل للقطن والتي تمتاز بانخفاض ثمنها.
- 4- أن التصنيع أمر ضروري ومكمل للقطاع الزراعي، فمعظم الدول النامية دول زراعية والتنمية الصناعية تفيد قطاع الزراعة بطرق عديدة، فتصنيع المنتجات الزراعية يزيد من دخل الدولة، لأن المنتج الزراعي المصنع أعلى سعرًا في الأسواق، كما أن إمكانيات تصديره أكبر.
- 5- يفضل التصنيع كإستراتيجية للتنمية، نظرًا لكفاءته العالية في استغلال الأراضي، وتحقيق الاستغلال الأمثل للمتاح منها.
- 6- لاشك أن الاعتماد على التصنيع يؤدي إلى تقليل الاعتماد على استيراد التكنولوجيا من الدول المتقدمة، حيث إن التكنولوجيا تمثل حجر الزاوية في الإنتاج الصناعي.
- 7- هناك علاقة طردية بين زيادة القدرة الصناعية للدول وزيادة قوتها العسكرية، حيث إن زيادة الأولى تؤدي حتمًا إلى زيادة الثانية.
- 8- للتصنيع دور هام في توفير النقد الأجنبي، حيث إنه يؤدي إلى زيادة الصادرات، وهو ما ينعكس بشكل إيجابي على زيادة النقد الأجنبي.
- استراتيجيات التصنيع والتنمية:

بادئ ذي بدء، فلن نخوض تفصيلًا في إستراتيجيات التصنيع والتنمية التي اتبعتها العديد من الدول وهي في طريقها نحو التنمية الصناعية، وهي عديدة، فمنها إستراتيجية النمو المتوازن وإستراتيجية النمو غير المتوازن، وإستراتيجية إحلال الواردات وكذلك التصنيع⁽⁶⁵⁾. ولكن سنحلل بإيجاز لإستراتيجيتين فقط باعتبار أنهما الأهم، وقد اتبعتهما العديد من الدول النامية *developing countries*، التي حققت طفرات هائلة في المجال الصناعي، وهما إستراتيجية إحلال الواردات وإستراتيجية التصنيع.

ويُقصد بإستراتيجية التنمية الصناعية، ذلك الأسلوب الذي تنتهجه الدولة في رسم سياستها التصنيعية، والانتقال بالمجتمع من حالة الركود إلى النمو الاقتصادي الذاتي، وهو أسلوب يختلف من دولة إلى أخرى، باختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وكذلك الدور الذي تضطلع به الدولة في تفسير النشاط الاقتصادي، والأهداف المرجوة

(65) د. السيد أحمد عبد الخالق ود. إبراهيم عبد الله، سياسات الإصلاح الضريبي والتنمية الاقتصادية، مطبوعات جامعة المنصورة، 2013/2012، ص26 وما بعدها.

من عملية التنمية⁽⁶⁶⁾.

إن ضخ المزيد من الاستثمارات في قطاع الصناعة، سيؤدي حتمًا إلى زيادة حجم القاعدة الصناعية، وهو ما يؤدي بدوره إلى ارتفاع معدلات نمو الدخل الصناعي وارتفاع معدلات نمو الدخل القومي بصورة تزيد عن معدلات النمو السكاني⁽⁶⁷⁾.

أولاً: إستراتيجية إحلال الواردات:

طالب الكسندر هاملتون A. Hamilton، في تقريره عن حال الصناعة في الولايات المتحدة الحديثة الاستقلال عام 1791، بفرض ضرائب لحماية الصناعة الأمريكية على الواردات البريطانية الرخيصة. أيضًا فإن فريدريك ليست F. List، الاقتصادي الألماني، طالب "بجمارك الحماية"، لكونها وسيلة لتصنيع ألمانيا في منتصف القرن التاسع عشر، ثم اتجهت جميع الدول الأوروبية واليابان في طريق الحماية لتطوير صناعاتها.

وعلى صعيد الدول النامية، فقد برزت هذه السياسة في دول أمريكا اللاتينية بعدما أصاب الكساد صادراتها نتيجة الكساد الكبير، وانقطاع خطوط الشحن التجارية خلال الحرب العالمية الثانية. وكذلك دول جنوب وجنوب شرق آسيا في سياسة مراحل نموها⁽⁶⁸⁾.

وإستراتيجية إحلال الواردات، هي إستراتيجية تصنيع ذات توجه داخلي، حاولت الدول النامية من خلالها عزل نفسها عن الظروف غير الملائمة للسوق الدولية، دفعها ذلك إلى تبني سياسة داخلية للتصنيع من خلال إحلال الواردات لتحقيق الاكتفاء الذاتي وتقليص التبعية للسوق الدولية التي تتميز بأسعار غير مواتية لها⁽⁶⁹⁾.

وتعني هذه الإستراتيجية، إقامة بعض الصناعات التحويلية لسد حاجة السوق المحلية بدلاً من السلع المصنوعة التي كانت تستورد من الخارج،

(66) العشري حسن درويش، التنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1979، ص 101 وما بعدها.

(67) زرنوح ياسمين، إشكالية التنمية المستدامة في الجزائر، رسالة لنيل الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادي، الجزائر، 2006/2005، ص 26.

(68) لمزيد من التفصيل، راجع د. أحمد الكواز، المعهد العربي للتخطيط، على الرابط التالي:

www.arab-api.org/images/training/1/26_c28-5.p.

(69) Alice H. Amsden, import substitution in high-tech industries in Asia, Cepal Review 82., April 2004, p.p. 80-82.

وعلى ذلك فإن سياسة الإحلال تستهدف تخفيض أو منع الواردات من بعض المنتجات المصنوعة⁽⁷⁰⁾.

وتمر هذه الإستراتيجية بمراحل ثلاث، الأولى: إنتاج المواد الاستهلاكية الحقيقية (إحلال واردات بدائي)، الثانية: إنتاج مواد استهلاكية معمرة (سيارات - غسالات الخ..)، الثالثة: إنتاج المواد الوسيطة، أو البحث عن أسواق خارجية لمواجهة ضيق السوق الداخلية⁽⁷¹⁾.

وبالرغم مما حققته هذه الإستراتيجية من نجاح في بداية تطبيقها، إلا أن ثمة صعوبات واجهت الدول النامية، أثناء تطبيق هذه الإستراتيجية، ولم تستطع الدول النامية التخلص من تبعيتها للدول المتقدمة، ويمكن أن نذكر منها⁽⁷²⁾.

أ - تحول استيراد هذه الدول من استيراد السلع الاستهلاكية بأنواعها إلى استيراد السلع الرأسمالية ذات التكاليف الباهظة، وهو ما يكرس فكرة التبعية التقنية للدول الأجنبية⁽⁷³⁾.

ب- اعتماد هذه الإستراتيجية على إحلال السلع الاستهلاكية، ولعل ذلك لا يؤدي إلى تغيير البناء الصناعي لأي بلد.

ج- تتسم غالبية الدول النامية بضيق السوق المحلية، وهو ما يجعل مردود الصناعات محدوداً في الزمان والمكان. ولكن ينبغي أن نلاحظ أن ضعف السوق يمكن مواجهته بالتكامل سواء على الصعيد القاري، الإقليمي، ... الخ.

د- إن هذه الإستراتيجية لم تتمكن من تخفيف حدة مشكلة البطالة الذي تعانيه الدول النامية، نظراً لطبيعة التكنولوجيا المستخدمة، واستقرار البيئة الإنتاجية المعتمدة على القطاعين الاستخراجي والزراعي.

وعلى أية حال، فإن سياسة إحلال الواردات تعتمد أساساً على أداتين رئيسيتين:

(70) محمد عبد العزيز عجمية، إيمان عطية ناصف، التنمية الاقتصادية "دراسات نظرية وتطبيقية، الدار الجامعية، الإسكندرية - مصر، 2000، ص 309 وما بعدها.

(71) فتح الله ولعلو، الاقتصاد العربي والمجموعة الأوروبية، دار الحداثة، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، ص 279.

(72) فتح الله ولعلو، مرجع سابق، ص 297 وما بعدها.

(73) Edwards, S., Openness, productivity and Growth: What do we really know?, Economic journal, 108, 1998, p.p. 383-387.

2- حصص الواردات

1- الحماية

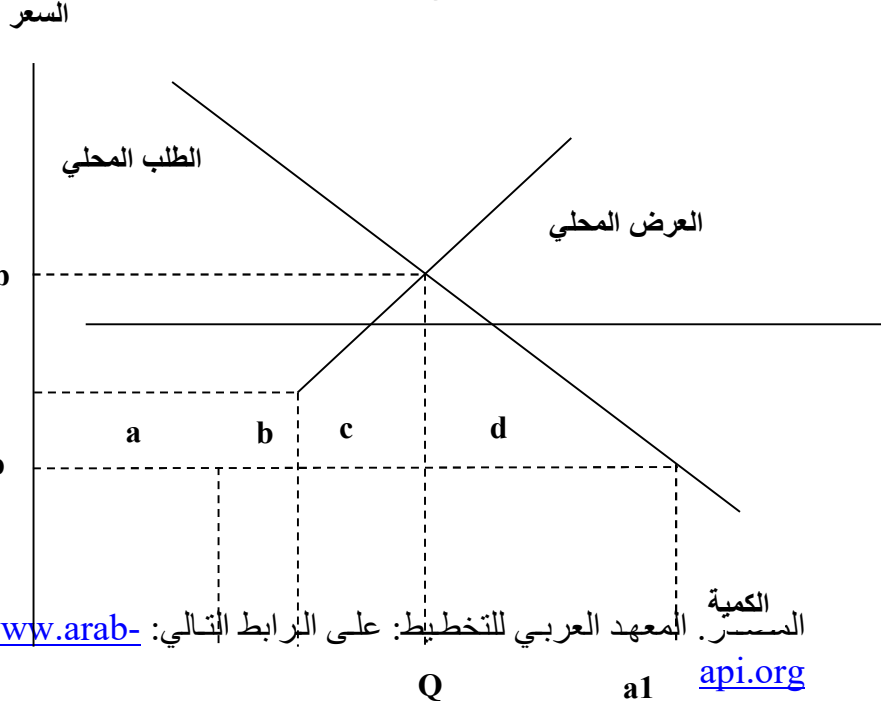
1- الحماية:

ويأتي على رأس أنواعها "التعريفية الجمركية"، والتي تجد مبررها بمفهوم "الصناعات الناشئة" Infant Industries، والتي لا يمكن أن تنافس المنتجات الأجنبية محليًا وخارجيًا إلا من خلال دعمها بالحماية والأشكال الأخرى للدعم.

ولعل ما سبق، يمكن أن يوضح بالشكل التالي رقم (8)، والذي يوضح تأثير الحماية على شكل التعريفية الجمركية.

شكل رقم (8)

تأثير الحماية على شكل التعريفية الجمركية



ومن خلال الشكل سالف ذكره، فإنه يترتب على الحماية الجمركية التالي:

- زيادة فائض المنتج producer surplus يعادل المساحة (a).
- تكلفة الموارد Resources Cost تعادل المسافة (b)؛ لأن موارد الإنتاج تحولت من استعمالات أكثر إنتاجية إلى إحلال واردات ملابس.
- انخفاض في فائض المستهلك يعادل المساحة (a + b + c + d)،

بسبب زيادة الأسعار محليًا وانخفاض الكمية المستهلكة.
- أما التعريف الجمركية التي (تمنع) الاستيراد فهي تلك التي ترفع السعر إلى $(p - 1)$. وعندما يتعادل الطلب المحلي مع العرض المحلي.

2- حصص الواردات:

تقوم الدولة بتحديد احتياجاتها وبما يتفق مع سياسة حماية صناعاتها الوطنية.

ثانيًا: إستراتيجية التصنيع:

- أطلق جوستاف رانيس G. Ranis على هذه السياسة مصطلح سياسة إحلال الصادرات Export substitution على اعتبار أنها تحل صادرات السلع الصناعية كثيفة العمل محل صادرات السلع الزراعية كثيفة العمل. كما أطلق عليها اقتصاديون آخرون مصطلح الاتجاه للخارج outward-looking، على عكس إستراتيجية إحلال الواردات المتوجهة للداخل Inward-looking⁽⁷⁴⁾.

وتتمحور هذه الإستراتيجية حول التركيز على إنشاء صناعات معينة تتوفر لها فرص تصدير كل أو جزء من ناتجها⁽⁷⁵⁾. وبالتالي، فإن هذه الإستراتيجية تتوجه بالتنمية الصناعية نحو الخارج بدلاً من الإستراتيجية السابقة والتي كانت تتوجه نحو الإنتاج المحلي. بيد أن توجه الدول النامية نحو هذه الإستراتيجية يرجع إلى أن سياسة إحلال الواردات لم تحقق المأمول منها وأنها لم تتعد مرحلتها الأولى والمتمثلة في إنتاج السلع الاستهلاكية ولم تنجح في مراحلها التالية والمتمثلة في إنتاج السلع الصناعية والوسيلة والإنتاجية⁽⁷⁶⁾.

وجدير بالذكر أن النموذج الآسيوي من أكثر النماذج نجاحًا في مجال سياسة تشجيع الصادرات سواء تشجيع الصادرات ذات الكثافة بالعمل مثل الإنشاءات، السياحة، التمويل أم تشجيع الصادرات غير التقليدية (كثيفة العمل، ورأس المال). ولقد اتبعت هذه السياسة تخفيض سعر

(74) المعهد العربي للتخطيط، مرجع سبق ذكره.

(75) Chao-Weilan, Singapor's Export promotion strategy and Economic Growth (1965-1924), Working paper no. 116, issn 1414-3280, March 2001, p.p. 4-6.

(76) د. محمد العزيز وآخرون، مرجع سبق ذكره، ص 310.

الصرف، وتوجيه الدعم للسلع المُراد تصديرها⁽⁷⁷⁾. وهناك أشكال عديدة أخرى تستخدم لدعم الصادرات منها لتمويل الصادرات، والإعفاء من دفع التعريفية الجمركية على واردات المصدرين، وتخفيض أسعار الفائدة عليهم. وذلك بهدف مساعدة المصدرين لدخول السوق العالمي.

- وجدير بالذكر، أن إستراتيجية صناعة التصدير، أخذت اتجاهين⁽⁷⁸⁾:
- 1- أقطار أسست صناعات تصديرية لتحويل مواردها الأولية وإنتاج مواد وسيطة قبيل تصديرها، كما حدث في البلدان المنتجة للنفط (الصناعات البتروكيماوية).
 - 2- أقطار أحدثت مشروعات صناعية لإنتاج مواد استهلاكية متفاوتة الكثافة، اعتمادًا على استعمال اليد العاملة الرخيصة التي تمتلكها (صناعة النسيج والمطاط)، كما حدث في دول جنوب شرق آسيا. ويلاحظ أنه بالرغم من أهمية مثل هذه الصناعات، فقد تخلت الدول المتقدمة عنها، ويعود ذلك إلى كون هذه الصناعات أحدثت تأثيرًا كبيرًا على البيئة والتلوث.. الخ، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى إلى المواجهة مع الدول النامية بخصوص شروط الإنتاج والتبادل وطبيعة النظام الاقتصادي العالمي.

ويبدو مما سبق، أنه رغم التكاليف الباهظة لإقامة مثل هذه الصناعات في الدول النامية، إلا أن هناك العديد من الدول النامية التي استطاعت أن تحقق نجاحات في التصدير مثل، كوريا الجنوبية⁽⁷⁹⁾. ولعل ذلك مرجعه قدرة الحكومة في التعديل المستمر لسعر الصرف، والجمارك، والإعانات للمحافظة على سعر صرف فعال مناسب للصادرات، ومنع معدل الواردات من الارتفاع فوق معدل الصادرات⁽⁸⁰⁾.

(77) د. أحمد الكواز، مرجع سبق ذكره، ص10.

(78) صموئيل عيود، خمس مشكلات أساسية لعالم متخلف، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص115 وما بعدها.

(79) Siwook Lee, Export-Led industrialization: Korea's experience and its implications, department of economics, Myongji university, spring 2013, p.p. 2-5. available at: <https://www.kdevelopedia.org/nnt/idas/esset/2013/06/doc/pdf/6133.pdf>.

(80) Ibid: p. 2.

وعلى أية حال، فإن اتباع أي دولة لأي إستراتيجية للتصنيع والتنمية، يتوقف على عدة أمور منها حاجة الاقتصاد للصناعة، مدى استقرارها الأمني والاجتماعي والاقتصادي من عدمه، وجود الرغبة الجادة والحقيقية في تحقيق تقدم في القطاع الصناعي..الخ.

فلا شك أن الاقتصاديين دائماً ما يبرزوا مزايا وعيوب كل إستراتيجية، ويقع على عاتق الدول الراغبة في التنمية الصناعية، تبني هذه الإستراتيجية أو تلك على حسب قدرتها ومؤهلاتها.

وهكذا، فقد قمنا بتحليل هذا المبحث من خلال تبيان ماهية التنمية الصناعية، وأهميتها وأبرز إستراتيجياتها.

أما السؤال الآن هل استطاعت بعض الدول النامية تحقيق طفرة صناعية كبيرة؟ بمعنى آخر هل هناك تجارب ناجحة للتنمية الصناعية في دول معينة؟

هذا ما سنحاول تحليله في هذا الجزء من الدراسة.

المبحث الثاني
تجربة بعض الدول في التنمية الصناعية
(ماليزيا- كوريا الجنوبية- تايلاند)

هناك العديد من الدول التي حققت نجاحات كبيرة في تنمية قطاعها الصناعي، وأدى ذلك أيضاً إلى زيادة الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وانعكس ذلك في زيادة الناتج المحلي الإجمالي، وتحسين المؤشرات الكلية لاقتصاداتها، ومن هذه الدول ماليزيا وكوريا الجنوبية وتايلاند. وسوف نحلل تلك التجارب في النقاط التالية:

1- تجربة ماليزيا.

2- تجربة كوريا الجنوبية.

3- تجربة تايلاند.

أولاً: تجربة ماليزيا:

يمكن تفسير انتعاش التصنيع في ماليزيا بدايةً من منتصف الثمانينات من القرن الماضي إلى التدفقات الكبيرة للاستثمارات الأجنبية المباشرة، خاصة بعد إقرار قانون تشجيع الاستثمارات الصادر في عام 1984، حيث قدم هذا القانون العديد من الحوافز التنافسية المتنوعة. ولعل الدافع الرئيسي للنمو في قطاع التصنيع هو الاستثمار الأجنبي المباشر في قطاع التصنيع بمعدل 79% سنوياً، حيث مثل الاستثمار الأجنبي المباشر 59% من إجمالي الاستثمارات في قطاع التصنيع في الفترة المذكورة⁽⁸¹⁾.

هذا، وتعد ماليزيا دولة رائدة في عملية التصنيع، إذ في مطلع الستينيات تم تطبيق سياسة إحلال الواردات، وعلى أساسها قامت الصناعات صغيرة الحجم، وتم إصدار قانون تشجيع الاستثمار سالف الذكر.

وفي مطلع السبعينيات، شجعت الحكومة الماليزية دخول الاستثمارات الأجنبية في مجال الإلكترونيات وصناعة النسيج من خلال توفير العمالة الرخيصة والحوافز الضريبية المغرية وإنشاء مناطق تجارة حرة⁽⁸²⁾. إلا أن مرحلة الثمانينيات، خطت ماليزيا خطوة مهمة

(81) Upali Kumara, investment, industrialization and TNCS in selected Asian, regional development dialogue Vol. 14, no. 4, 1993, p.p. 35-36.

(82) Wong Hock Tsen, The determinants of foreign direct investment

نحو مرحلة التصنيع الثقيل والصناعات المعتمدة على الموارد الماليزية. وفي فترة التسعينيات، شجعت الدولة على إنشاء الصناعات ذات التقنية العالية وكثيفة رأس المال من أجل زيادة تنافسية المنتجات الماليزية وتوسيع دائرة سوقها المحلية⁽⁸³⁾.

وأخيراً وضعت ماليزيا خططاً للتوسع الصناعي بدءاً من عام 1980 وحتى 2020، وتم إنشاء أكثر من 15 ألف مشروع صناعي برأس مال يصل إلى 800 مليار رنغيت ماليزي، وشكلت فيها المشروعات الأجنبية حوالي 54% والمشروعات المحلية 46%.

ويبدو أن أحد أهم العوامل التي ساعدت في تطوير القطاع الصناعي الماليزي والذي أدى بدوره إلى زيادة جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة هو الاهتمام بالعنصر البشري وتطوير القدرات العلمية، وهو ما أدى إلى تحول ماليزيا من الإنتاج الزراعي إلى الإنتاج الصناعي. ولعل الشكل البياني التالي رقم (9) يوضح العلاقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر وتوافر القدرات العلمية.

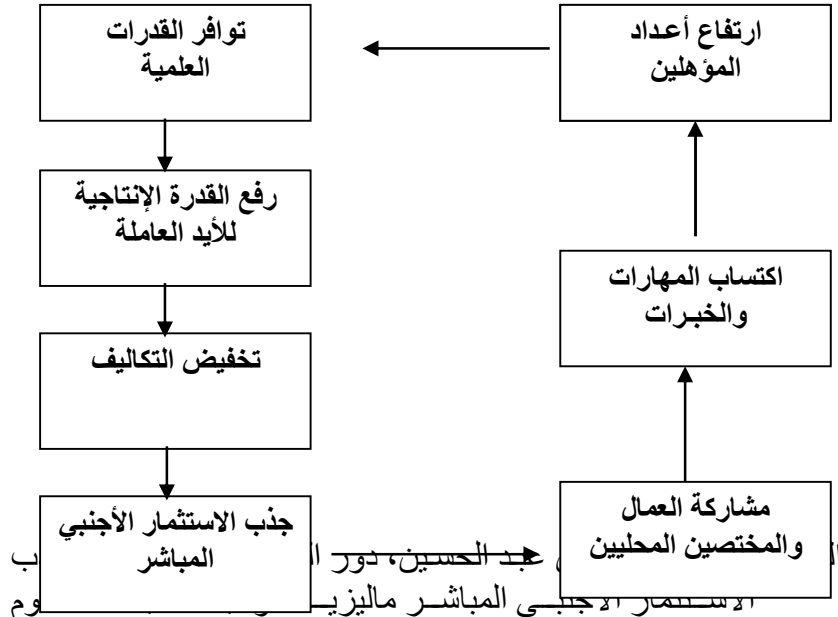
in the manufacturing industry of Malaysia, journal of economic cooperation 26, 2 (2005), <http://www.sesrtrcic.org/filos/article/89.pdf>.

(83) د. محمد شريف بشير، تحليل لأسباب نهضة ماليزيا، جامعة العلوم الإسلامية، ماليزيا، متاح على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.12allchat.com/forum/viewtopic.php?t>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1217)

شكل رقم (9)
العلاقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر وتوافر القدرات العلمية



ب دور عبد الحسين، دور الاستثمار الأجنبي المباشر ماليزيا، العدد الثاني والثلاثون، المجلد الثامن، نيسان 2013، ص 65.

بيد أن ما سبق، أدى إلى إعطاء دفعة قوية للأداء الصناعي الماليزي، من خلال التأثير في كفاءة الموارد النادرة أثناء عملية تطوير الهياكل الأساسية، وإنشاء قاعدة صناعية تعتمد على الموارد المحلية التي تشتهر بها ماليزيا كالمطاط ومنتجات زيت النخيل والمنتجات الخشبية... الخ (84). ولعل الإستراتيجية التي تبنتها ماليزيا لتطوير القطاع الصناعي جعلها تحتل المرتبة التاسعة عالمياً في مجال تصدير السلع عالية التقنية في العام 1998/1999، وهذا ما يوضحه الجدول التالي رقم (6).

(84) Nursuhaili Shahrudin, Zarinah Yusof, Determinants of foreign direct investment in Malaysia: what matters most? Available at: www.techrepublic.com/determinants-of-foreign-direct/

جدول رقم (6)
الدول الثلاثون القائمة في مجال تصدير السلع عالية التقنية

المرتبة	الدولة	المبيعات (مليار دولار) 1999-1998	المرتبة	الدولة	المبيعات (مليار دولار) 1998-1999
1	الولايات المتحدة	206	16	سويسرا	21
2	اليابان	126	17	بلجيكا	19
3	ألمانيا	95	18	تايلاند	17
4	المملكة المتحدة	77	19	أسبانيا	11
5	سنغافورة	66	20	فنلندا	11
6	فرنسا	65	21	الدنمرك	9
7	كوريا	48	22	فلبين	9
8	هولندا	45	23	إسرائيل	7
9	ماليزيا	44	24	النمسا	7
10	الصين	40	25	هنغاريا	6
11	المكسيك	38	26	هونج كونج	5
12	أيرلندا	29	27	البرازيل	4
13	كندا	26	28	اندونيسيا	3
14	إيطاليا	25	29	التشيك	3
15	السويد	22	30	كوستاريكا	3

Source: UNDP, Human development report 2001, New York- Oxford, Oxford University press, 2001, p. 42.

وبتحليل الجدول السابق، نلاحظ أن ماليزيا تلك الدولة النامية، قد تفوقت على العديد من الدول المتقدمة كإيطاليا والسويد وكندا وغيرها، نظراً لاهتمامها بالتعليم ووضع إستراتيجية لتطوير القطاع الصناعي اعتماداً على العمالة الماهرة.

لقد قامت ماليزيا، بتأسيس المؤسسة الماليزية للأنظمة الإلكترونية، وكذلك المؤسسة الماليزية للبحوث والصناعة، وكذلك صندوق الموارد البشرية عام 1993، مما يشير إلى اهتمام ماليزيا البالغ بتطوير العمالة والصناعة⁽⁸⁵⁾.

يضاف إلى كل ما سبق، أن اهتمام ماليزيا بإنشاء الصناعات أدى إلى تطور كبير في القطاع الصناعي الماليزي على النحو الذي يُظهره الجدول التالي رقم (7).

جدول رقم (7)
تطور بعض مؤشرات القطاع الصناعي الماليزي
بين العامين 2000، 2005

مساهمة الصادرات متوسطة وعالية التقنية في إجمالي الصادرات الصناعية		مساهمة الصادرات متوسطة وعالية التقنية في القيمة المضافة الصناعية		مساهمة الصادرات الصناعية في إجمالي الصادرات		مساهمة القيمة المضافة الصناعية في GDP		الصادرات الصناعية للفرد (دولار)		القيمة المضافة الصناعية للفرد (دولار)		المؤشر
2005	2000	2005	2000	2005	2000	2005	2000	2005	2000	2005	2000	السنة
72.1	76.4	49.8	54.9	58.5	89.3	22.2	22.6	4753	3815	1430	1280	

Source: UNIDO, Industrial development report 2009, United Nations, 2009, p. 131

وبنظرة على الجدول السابق، نلاحظ سيطرة القطاع الصناعي على إجمالي الصادرات وبالأخص الصادرات متوسطة وعالية التقنية، حيث ساهمت الصادرات الصناعية بنحو (85.5%) من إجمالي الصادرات، وهو ما أدى إلى مساهمة القيمة المضافة في الناتج المحلي الإجمالي بنحو

(85) Tan Sri Datuk Ibrahim, Gaining the competitive Edge in: Malaysia in corporated, 1990, p.p. 113-120.

(%32.2)

وما تقدم يؤكد أن تجربة ماليزيا في الصناعة وجذب الاستثمارات الأجنبية من أبرز التجارب الرائدة بالنسبة للدول النامية وخصوصاً العربية منها. ويمكن إرجاع ذلك بالأساس إلى سياسة ماليزيا بالتوجه شرقاً واقتداءً باليابان من ناحية، وتوجيه التعليم لخدمة الصناعة من ناحية أخرى⁽⁸⁶⁾.

(86) Human Development reports, 2011, available at:
<http://hdr.undp.org/en/reportsglobal/hdr2010/ch>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014
(1221)

ثانيًا: التجربة الكورية:

تعد كوريا الجنوبية، والتي لا تتجاوز مساحتها (99.274) كم مربع، أحد أهم التجارب الناجحة في عملية التنمية الصناعية⁽⁸⁷⁾. ولقد بدأت كوريا الجنوبية في جذب الاستثمارات الأجنبية في بداية الستينيات بعد انتهاء الحرب بين الجارة الشمالية بهدف النهوض بعملية التصنيع في البلاد، ونظرًا لعوامل كثيرة لم تستطع كوريا جذب الحجم المنتظر من هذه الاستثمارات إلى غاية بداية السبعينيات من القرن الماضي، حيث توافدت الشركات الأمريكية واليابانية واستثمرت في الصناعات ذات العمالة الكثيفة. ومن أجل تنشيط الاستثمار الأجنبي قامت الحكومة بإنشاء مناطق التجارة الحرة، حيث بلغ حجم الاستثمار الأجنبي 65.2 مليون دولار في عام 1970م، مقابل 12.7 مليون دولار في عام 1969م.

أما في عام 1984، فقد صدر قانون حوافز رأس المال الأجنبي والذي يعتبر القانون الأساسي الذي يحكم ويقيم الاستثمار الأجنبي في كوريا الجنوبية، هذا القانون تضمن العديد من الملامح أهمها التوسع في القطاعات الصناعية المتاحة.

وبعد الاقتصاد الكوري الجنوبي أحد أسرع الاقتصاديات نموًا في العالم. إذ يحتل حاليًا المرتبة الثانية عشرة بين كبرى الدول الاقتصادية على مستوى العالم، وثالث أكبر اقتصاد في آسيا بعد اليابان والصين، وذلك نتيجة الاهتمام بالقطاع الصناعي وزيادة نسبة صادراتها للأسواق الخارجية⁽⁸⁸⁾.

هذا، ولقد تخصصت كوريا الجنوبية في العديد من الصناعات كالسفن والسيارات والحديد، كما أنها تحتل المرتبة الأولى في صناعة السفن في العالم، والمرتبة الثالثة في إنتاج الحديد في العالم والمرتبة السادسة في صناعة السيارات، وهو ما يوضحه الجدول التالي رقم (8)

(87) Mario Pezzini, industrial policies and territorial development: lessons from Korea, development centre studies, OECD, April, 2012, p.p. 8-9. available at: <http://www.OECD.org>.

(88) لمزيد من التفاصيل: انظر وزارة التجارة والصناعة والطاقة في كوريا الجنوبية على الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.korea.net>

جدول رقم (8)
أبرز الصناعات الكورية الجنوبية

إنتاج الحديد (1000 طني متري)	بناء السفن (1000 طن)	السيارات (1000 سيارة)	السنة
1.310	-	29	1970
9.341	1.690	123	1980
42.868	4.282	1.322	1990
26.772	7.133	2.520	1995
42.554	12.749	2.818	1997
41.042	11.843	2.834	1999
43.107	20.686	3.115	2000
51.983	9.755	3.148	2002

المصدر: وزارة التجارة والصناعة والطاقة <http://www.Korea.net>

ولعل تقدم كوريا الجنوبية في الصناعات سابق ذكرها في الجدول السابق، أدت إلى زيادة إجمالي الدخل القومي الكوري الجنوبي من (2.3 بليون دولار) عام 1962 إلى (447 بليون دولار) 2002 ومرشح للزيادة في المستقبل، وتبعاً لذلك ارتفع نصيب الفرد من إجمالي الدخل القومي من (87 دولار) إلى حوالي 10.013 ألف دولار) سنوياً حتى عام 2002، حسبما يشير إليه الجدول التالي رقم (9).

جدول رقم (9)

إجمالي الدخل القومي في كوريا الجنوبية
خلال الفترة من 1990-2002

متوسط دخل الفرد من إجمالي الدخل القومي	إجمالي الدخل القومي	السنة
	الدخل القومي (بليون دولار أمريكي)	
5886	252.3	1990
7183	314.3	1992
8998	401.7	1994
11385	518.3	1996

6744	312.1	1998
9770	459.2	2000
10013	477	2002

المصدر: بنك كوريا <http://www.Korea.net>.

مما سبق، يتضح أهمية التجربة الكورية الجنوبية في قطاع التصنيع وكذلك جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، اعتماداً على العنصر البشري وتطويره والذي يُعد بحق جوهر عملية التنمية وأداتها الرئيسية. أيضاً التخطيط، والذي تمثل في أمرين الأول: خفض الاستهلاك الوطني باستخدام سياسة إحلال الواردات وإنتاج السلع الاستهلاكية محلياً وتطبيق النظام الحمائي باستخدام ضرائب عالية وقيود كمية على الواردات. ثانياً: الحصول على أكبر قدر من التمويل والمساعدات الخارجية، وهو ما أدى في نهاية الأمر إلى جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة لها، وزيادة النمو والنتائج المحلي الإجمالي⁽⁸⁹⁾.

ثالثاً: التجربة التايلاندية:

اعتمدت تاييلاند كغيرها من دول جنوب شرق آسيا في بداية نشاطها الصناعي على إستراتيجية إحلال الواردات، ثم انطلقت بعد ذلك نحو سياسة التصنيع للتصدير. أيضاً فلقد اتخذت تاييلاند العديد من الإجراءات من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، لعل أبرزها إجراءات تحفيز الصادرات وتقديم الحوافز المتنوعة والعمل بنظام أسعار الصرف الأجنبي الحرة وإبرام العديد من الاتفاقات الدولية الخاصة بالاستثمار وتجنب الازدواج الضريبي وحماية حقوق الملكية من خلال قوانين براءات الاختراع والعلامات التجارية الخ...⁽⁹⁰⁾.

وإدراكاً لأهمية التصنيع لتاييلاند، فقد قامت الحكومة بإنشاء هيئة المناطق الصناعية لتقوم بدورها بمنح مجموعة من الحوافز للأنشطة التي تنوطن في المناطق الصناعية التابعة لتلك الهيئة، ومن أمثلة تلك الحوافز استقدام الخبراء الأجانب، وكذا ملكية الأراضي، والسماح

(89) د. عبد العزيز بن حمد القاعد، دروس ناجحة من تجربة كوريا الجنوبية الصناعية، الاقتصادية، العدد 5705، 2009، على الرابط التالي:

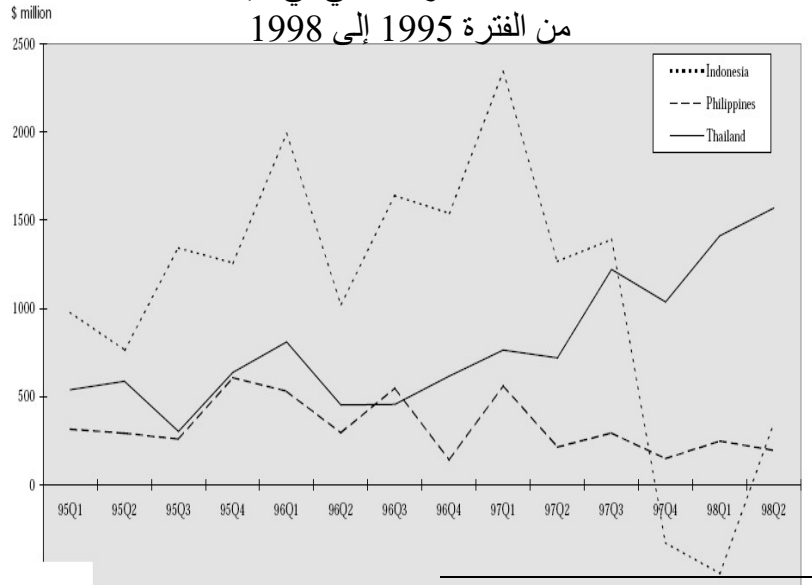
http://www.alegt.com/2009/05/25/article_232576.h.

(90) دراسة بعنوان: دراسة اقتصادية عن دولة تاييلاند، قطاع الاتفاقات التجارية، متاح على الرابط الإلكتروني التالي:

www.tax.gov.eg/nr/ronlyres/...3fob/thailand.doc.

بتحويل الأرباح بالعملة الأجنبية للخارج⁽⁹¹⁾. ونتيجة للإجراءات التي اتخذتها تايلاند من أجل التصنيع وجذب الاستثمار الأجنبي، نجد تدفقاً للاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى تايلاند خلال الفترة من 1995 وحتى 1998 بنسبة كبيرة، وهو ما يؤكد نجاح السياسات التي انتهجتها تايلاند من ذلك، وهو ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (10).

شكل رقم (10)
تدفقات الاستثمار الأجنبي في تايلاند
من الفترة 1995 إلى 1998



(91) زيدان محمد، الاستثمار الأجنبي في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال- نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، العدد الأول، 2004، ص144؛ وراجع كذلك:

Sutida Tambunlertchai, Foreign direct investment and export performance in Thailand, the honors college, Wesleyan university, 2009, p.p. 38-40. available at: http://wescholar.wesleyan.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1381&context=etd_hon_theses.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1225)

Source: IMF.

بالإضافة لما سبق، نجد تايلاند أيضًا قد أسست صناديق خاصة لدعم الصناعات التصديرية، إلى جانب تقديم العديد من الامتيازات للشركات الأجنبية المستثمرة وخاصة في القطاعات الصناعية والإلكترونية والسيارات. ولعل كل ما تقدم أدى في نهاية الأمر إلى حدوث تنمية صناعية كبيرة في تايلاند واعتبارها مقصدًا مهمًا للاستثمارات الأجنبية المباشرة⁽⁹²⁾.

وبعد تحليلنا لعينة من الدول التي حققت نجاحًا كبيرًا في قطاع التصنيع ومن ثم استطاعت أن تجذب إليها الاستثمارات الأجنبية المباشرة، واتضح كيف اتخذت هذه الدول من الإجراءات والسياسات الجادة التي استطاعت بموجبها تحقيق طفرة في قطاعها الصناعي. ولعل اختيارنا لهذه الدول كان بسبب تشابهها إلى حد كبير، كما أنها دولاً نامية قفز بها قطاعها الصناعي إلى أفاق رحبة وزيادة في دخلها القومي وتحسين في مؤشراتنا الاقتصادية الكلية. والسؤال هل استطاعت دولاً عربية مثل السعودية تحقيق تقدم في ذلك؟

الفصل الثالث

الاستثمار الأجنبي المباشر والقطاع الصناعي في المملكة العربية السعودية

جاءت المملكة العربية السعودية في المرتبة الأولى عربيًا والعشرين عالميًا في مرتبة الدول المتلقية للاستثمار الأجنبي المباشر، حسب تقرير لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "الأونكتاد"⁽⁹³⁾. أيضًا فقد لعب الاستثمار الأجنبي المباشر دورًا هامًا في دفع عجلة التنمية الصناعية في المملكة، وذلك من خلال إقامة المشروعات في مختلف المجالات، وهو ما انعكس في المساهمة في توفير فرص العمل، وزيادة الإنتاج والدخل القومي بصفة عامة⁽⁹⁴⁾.

(92) Stephen Thomsen, Southeast Asia: The role of foreign direct investment policies in development, OECD, 19991, p.p. 4-5.

(93) لمزيد من التفصيل راجع موقع الأونكتاد التالي على الإنترنت:

<http://UNCTAD.org/en/payes/Home.aspx>

(94) Abudulaziz Amahood , Foreign direct investment in Saudi Arabia: joint venture Equity shares and source country characteristics, A thesis submitted to Newcastle university Uk for the degree of doctor of philosophy in economics, December,

وعلى ما تقدم، فإننا سنتطرق بالبحث والتحليل في هذا الفصل للنقاط التالية:
المبحث الأول: تطور الاستثمار الأجنبي المباشر في السعودية والأثر في قطاع الصناعة.
المبحث الثاني: زيادة الاستثمار الأجنبي المباشر والأثر في المؤشرات الاقتصادية الكلية في المملكة.
المبحث الثالث: إستراتيجية المملكة بخصوص القطاع الصناعي وتطوره.

المبحث الأول تطور الاستثمار الأجنبي المباشر في السعودية والأثر في قطاع الصناعة

بخصوص تطور الاستثمار الأجنبي المباشر في السعودية: طبقاً للأونكتاد، تضاعف التدفق العالمي الإجمالي للاستثمار الأجنبي المباشر إلى ما يقارب من أربعة وخمسين مرة خلال الفترة من 1970 وحتى 2002 مسجلاً حوالي 678,7 مليار دولار، وهو ما يوضحه الجدول التالي رقم (10):⁽⁹⁵⁾

2010, p.p 1:3
(95) <http://unctad.org/en/pages/statistics.aspx>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1227)

جدول رقم (10)
التوزيع النسبي العالمي لتدفق الاستثمار المباشر خلال الفترة (1970-
(2000)

2002	2001	2000	1999	1998	1997	-73 1982 (1)	1970	
678.	817.6	1245.	1051.	671.5	458.7	42.0	12.5	الإجمالي (2)
72.2	69.9	80.7	78.9	71.9	59.2	0.27	78.1	الدول لمتقدمة
9.3	19.5	27.7	30.4	29.3	25.1	530	24.6	الولايات المتحدة
55.1	43.7	50.8	46.1	40.7	30.3	36.4	41.4	الاتحاد الأوروبي
7.8	6.7	2.2	2.4	1.9	4.1	5.1	12.1	دول أخرى
27.8	30.1	19.3	21.1	78.1	40.8	28.2	21.9	الدول النامية
13.9	13.7	11.5	9.5	14.2	23.4	7.11	6.3	دول آسيا
7.6	10.8	6.9	10.5	12.4	15.5	13.3	11.1	أمريكا اللاتينية
1.7	2.4	0.7	0.9	1.1	1.6	2.7	3.3	دول أفريقيا
4.6	3.2	0.2	0.2	0.4	0.3	0.3	1.2	دول أخرى
0.4	0.5	0.4	0.4	1.8	3.8	4.7	5.7	دول تصدر النفط
0.2	0.2	0.01	-0.01	0.8	0.9	3.3	0.4	دول مجلس التعاون
0.1	0.5	0.3	0.3	0.7	1.2	0.1	-0.2	فنزويلا
0.2	0.1	0.1	0.1	0.2	0.3	0.7	1.6	نيجيريا

(1) المتوسط السنوي
(2) قيمة الإجمالي ببلاتين الدولارات الأمريكية
المصدر:

UNCTAD:"DATATBASE", UNCTAD Handbook,
<http://stats.unctad.org>

وبنظرة تحليلية للجدول السابق، نلاحظ أن تدفقات الاستثمار الأجنبي

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014
(1228)

المباشر قد زادت 30.6% خلال الفترة من عام 1970 إلى عام 1980، وخلال الفترة من 1981 وحتى 1985، انخفض تدفقات الاستثمار الأجنبي بمقدار سنوي قدره 18% وخلال الفترة من عام 1986 وحتى عام 2002 حدث انخفاض سنوي قدره 5%.

وعلى صعيد دول مجلس التعاون الخليجي، نلاحظ أن ارتفاع نصيبها من تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر عام 1970 من 0.4 إلى 3.3 خلال الفترة من (73- 1982)، ثم انخفض مرة أخرى عام 1997 ليصل إلى 0.9% ليصل إلى 0.2% عام 2002.

بخصوص المملكة العربية السعودية، نجدها الأفضل في جذب الاستثمار الأجنبي، وهو ما أدى إلى زيادة تدفقاتها والتي بلغت 11.613 مليار دولار، وبما يعادل 91.9% من نصيب دول مجلس التعاون الخليجي بحسب الجدول التالي رقم (11):

جدول رقم (11)

تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر لدول مجلس التعاون خلال الفترة (1970-2002)، (القيمة بالمليون دولار)

2002		2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	82-73 (1)	1970	الدولة
GDP%	المخزون										
80.7	6203	217	81	364	447.6	179.	239.3	2048.1	29.9-	0	البحرين
1.3	468	7	147-	16.3	72.3	59.1	19.8	347.4	0.5	26	الكويت
13.0	2597	23	83	16.0	39.0	101.4	65.0	59.8	72.2	3.0	عمان
16.3	2847	631	296	252	113.0	347.3	418.3	338.9	5.0	5.7	قطر
								-		7.4	السعودية
13.5	25368	645	20	1884-	782.1-	4289.2	3043.5		1161.3		
5.4	3080	834	1184	515-	985.0-	252.7	232.4	300.5	46.2	7.8	الإمارات
12.4	42565	1097	1517	1750.7	1095.2	5229.2	4108.3	1965.7	1264.3	50.1	الإجمالي

(1) المتوسط السنوي

المصدر:

UNCTAD:"DATATBASE", UNCTAD Handbook,
<http://stats.unctad.org>

وفي عام 2008، نجد أن الدول العربية قد تلقت استثمارات أجنبية وصلت قيمتها إلى 90 مليار دولار مقارنة بـ 74 مليار دولار عام 2007. وكان نصيب السعودية منها 24.4 مليار دولار لتحتل بذلك المرتبة الأولى عربياً والثامنة عشر عالمياً، وازدادت التدفقات في نهاية العام 2008 متخطية 38 مليار دولار، وهو ما يوضحه الجدول التالي رقم (12):

جدول رقم (12)
تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر للملكة 2003-2008

778	2003
1942	2004
12097	2005
18293	2006
24318	2007
38223	2008

المصدر: الأونكتاد، مرجع سابق.

وكان لتلك الزيادات المتتالية المناسبة إلى المملكة أثر في زيادة إجمالي الاستثمارات الأجنبية الواردة في المنطقة. فقد استحوذت المملكة لوحدها على ما نسبته 33% من تلك الاستثمارات في العام 2007 و43% في العام 2008، أسهم في ذلك عوامل، لعل من أهمها الإصلاحات التنظيمية المتعلقة بتخفيض رسوم التسجيل التجاري إلى 80% والمدة اللازمة له، بالإضافة إلى نظام الإغلاق ووضع آلية صارمة لإعلان الإفلاس والتسريع ببيع أصول المدنيين بالمزادات العلنية.

كما أن المؤشرات الدولية في مجال الاستثمار وإن كانت نتيجة لذلك إلا أنها غدت سبب في جذب المزيد من المستثمرين إضافة إلى المقومات الاقتصادية والأمنية والسياسية التي وهبها الله عز وجل للملكة، والتي أدت بدورها إلى ثقل عالمي للمملكة في تلك المجالات⁽⁹⁶⁾. ونتيجة للأزمة المالية العالمية، التي حدثت بنهاية عام 2008، فقد تراجع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر عالمياً، وإقليمياً، ونجد انخفاضاً لها في منطقة الخليج للسنة التالية على التوالي من 23.3 مليار دولار في عام 2009 إلى 10.5 مليار دولار في العام 2010⁽⁹⁷⁾.

(96) د. طلال منصور الزيايدي، الاستثمار الأجنبي ودوره في صناعة البحث العلمي في المملكة العربية السعودية، ورقة عمل مقدمة لمنتدى صناعة البحث العلمي بالمملكة، الفترة من 22-23/6/1432هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1432هـ، ص8.

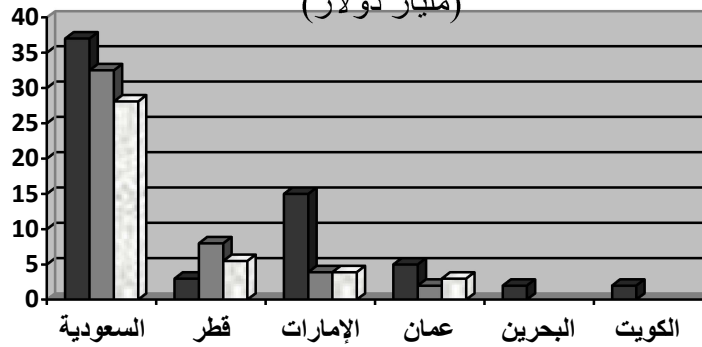
(97) انظر النشرة الاقتصادية لدول الخليج، الاستثمارات الأجنبية المباشرة لدول الخليج، 16 أكتوبر 2011، نشرة مشتركة من بنك قطر الدولي (IBQ) وبنك الكويت الوطني

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1231)

ويبدو أن المملكة العربية السعودية كانت الخاسر الأكبر من تراجع قيم تدفقات الاستثمارات الأجنبية، إذا انخفض هذا الاستثمار بنسبة 12.4 مليار دولار ليصل إلى 28.1 مليار دولار في العام 2010، وذلك نتيجة إلغاء أو تعليق بعض الشراكات والمشاريع مع مؤسسات أجنبية، مثل مشاريع البتروكيماويات بين شركة أرامكو السعودية وكونوكوفيليبس للكيماويات. ولعل ما سبق من انخفاض للاستثمارات الأجنبية يوضحه الشكل البياني التالي رقم (11):

شكل رقم (11)

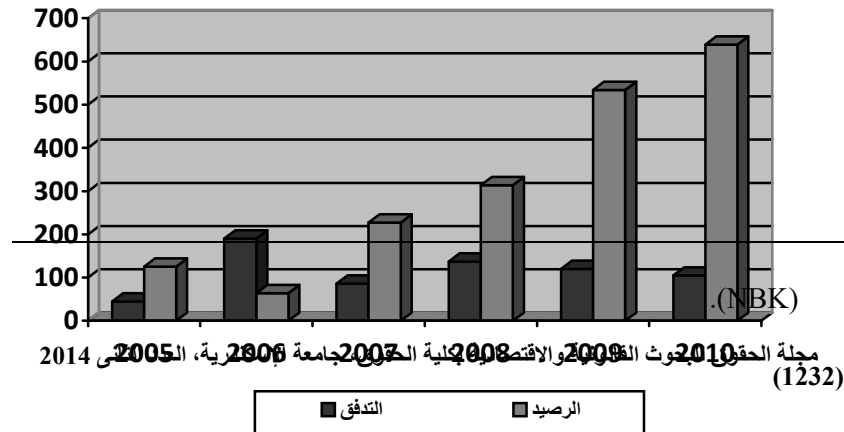
الاستثمارات الأجنبية المباشرة الواردة إلى دول الخليج 2010-2008
(مليار دولار)



المصدر: الأونكتاد، تقرير الاستثمار العالمي 2011، مليار دولار 2008، مليار دولار 2009، مليار دولار 2010. وبالرغم من حدوث تذبذب في تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى المملكة صعوداً وهبوطاً، إلا أنها مازالت تحتفظ بالصدارة في المنطقة فيما يتعلق بالتطور في تدفق ورصيد الاستثمارات الأجنبية بحسب تقديرات الهيئة العامة للاستثمار (2011)، وهو ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (12):

شكل رقم (12)

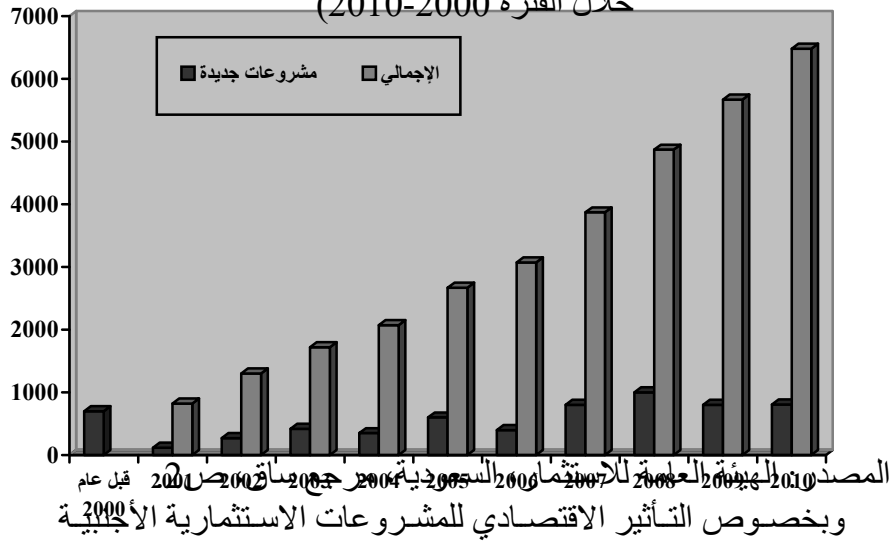
التطور في تدفق ورصيد الاستثمارات الأجنبية في المملكة



المصدر: الهيئة العامة للاستثمار/ مركز التنافسية الوطني، التقرير السنوي للاستثمار الأجنبية المباشرة الواردة إلى السعودية، 2011، ص2.

وعلى صعيد تطور أعداد الشركات الأجنبية والمشاركة في المملكة، سنلاحظ ارتفاعها، إذ زاد عدد هذه الشركات من 700 شركة ما قبل عام 2000 إلى حوالي 6478 شركة أجنبية ومشاركة، بحسب الشكل البياني التالي رقم (13):

شكل رقم (13)
التطور في أعداد الشركات والمؤسسات (الأجنبية والمشاركة)
خلال الفترة (2010-2000)



مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1233)

والمشتركة نلحظ ارتفاع قيمة هذه الاستثمارات من 279 عام 2005 مليار ريال إلى 1310 ريال عام 2010، كما أن نسبة الاستثمار الأجنبي إلى إجمالي الاستثمارات تدرجت من 45% عام 2005 إلى 49% عام 2010.

كذلك فإن نسبة العاملين قد زادت لتصل إلى 424 ألف في مشروعات الاستثمار الأجنبي، وعكس ما سبق ارتفاع الأجور والرواتب والصادرات والمبيعات، وهو ما أدى في نهاية الأمر إلى ارتفاع القيمة المضافة لهذه المشروعات من 43 مليار ريال عام 2005 لتصل إلى 114 مليار ريال عام 2010. وهو ما يوضحه الجدول التالي رقم (13):

جدول رقم (13)
التأثير الاقتصادي للمشروعات الاستثمارية الأجنبية والمشتركة

2010	2009	2008	2007	2006	2005	
1.31	1.10	873	650	470	279	إجمالي استثمارات المشروعات الأجنبية والمشتركة (مليار ريال)
639	534	413	276	190	126	رصيد الاستثمار الأجنبي FDI Stock (مليار ريال)
%49	%48	%47	%42	%40	%45	نسبة الاستثمار الأجنبي إلى إجمالي الاستثمارات الأجنبية والمشتركة
105	120	137	86	64	45	تدفق الاستثمار الأجنبي/ FDI Inflow (مليار ريال)
424	376	335	299	254	226	إجمالي عدد العاملين في مشروعات الاستثمار الأجنبي (بالآف)
103	96	88	82	70	61	عدد العاملين السعوديين في مشروعات الاستثمار الأجنبي (بالآف)
24.3	25.5	26.3	27.4	27.6	27.1	السعودة في مشروعات الاستثمارات الأجنبية والمشتركة
غير	%9.9	13.3	12.9	12.5	11.6	السعودة في القطاع الخاص بالمملكة

29.3	28.2	24.7	19.7	15.6	14.6	إجمالي قيمة الأجور والرواتب (مليار ريال)
454	410	406	329	257	214	قيمة المبيعات (مليار ريال)
281	217	209	143	104	128	قيمة المشتريات المحلية (مليار ريال)
126	105	126	100	87	78	قيمة الصادرات (مليار ريال)
204	188	220	196	157	135	إجمالي قيمة صادرات المملكة بدون النفط الخام (مليار ريال)
%62	%56	%57	%51	%55	%58	نسبة صادرات مشروعات الاستثمار الأجنبي إلى إجمالي صادرات المملكة بدون النفط الخام
114	101	87	75	52	43	القيمة المضافة (مليار ريال)

* تقديرات أولية: المصدر: الهيئة العامة للاستثمار / وكالة شئون الاستثمار، مرجع سابق، ص4.

- وعلى صعيد التطور الصناعي في المملكة:

يبدو أن انضمام المملكة العربية السعودية إلى منظمة التجارة العالمية في عام 2005، وتعديل نظمها الخاصة بالاستثمار الأجنبي قد أدى إلى حدوث تطور كبير في القطاع الصناعي السعودي⁽⁹⁸⁾. إذ أوضح التقرير السنوي لصندوق التنمية الصناعية السعودي للعام المالي 1432/1431هـ، أن تحسن مؤشرات القطاع الصناعي خلال عام 2010م، عكست نموًا للاقتصاد السعودي ساعد في احتلال مراكز متقدمة في عدد من التقارير الدولية في السنوات الأخيرة، حيث حافظت المملكة على صدارتها لدول الشرق الأوسط وشمال أفريقيا في تقرير

(98) M.A. Ramady and Mourad Mansour, the impact of Saudia Arabia's WTO accession on selected economic sectors and domestic economic reforms, world review of entrepreneurship, management, development, vol-2006 pp719. <http://faculty.keupm.edu.sa>.

ممارسة الأعمال الذي يصدره البنك الدولي علمًا بأنها كانت تحتل المركز (67) قبل ست سنوات⁽⁹⁹⁾.

وجدير بالذكر، أن القطاع الصناعي السعودي برغم حدائته، شهد تطورًا مطردًا حقق خلاله إنجازات باهرة. ويرجع ذلك إلى الاهتمام والدعم الذي يجده القطاع من جانب الدولة. ولعل ذلك نتيجة للدور المهم لقطاع الصناعة في تحقيق الأهداف الإستراتيجية والاقتصادية للمملكة. وجاءت جهود الدولة لدعم قطاع الصناعة من خلال إنشاء المدن الصناعية بمختلف مناطق المملكة وتقديم عدد من الحوافز الصناعية الأخرى. إضافة إلى إنشاء الصندوق السعودي للتنمية الصناعية. ونظرًا لزيادة الاستثمارات الأجنبية في المملكة كما ذكرنا آنفًا فقد أدى ذلك إلى زيادة عدد المصانع المنتجة وحجم استثماراتها من أجل المنافسة، وكذلك ازدياد عدد العمالة السعودية بها. والجدول التالي رقم (14) يوضح ذلك:

جدول رقم (14)

عدد المصانع المنتجة وحجم استثماراتها وعدد العمالة
بين عامي 1974م و2001م

عدد العمالة		حجم الاستثمار (مليون ريال)		عدد المصانع		الأنشطة الصناعية
2011	1974	2011	1974	2011	1974	
122.589	7.199	42.117	2.028	785	39	صناعة المنتجات الغذائية والمشروبات
16.620	60	5.469	20	95	1	صناعة المنسوجات
10.032	249	980	38	84	2	صناعة الملابس
3.946	50	623	7	44	2	صناعة المنسوجات الجلدية
8.241	839	3.062	65	64	4	صناعة الخشب والمنتجات الخشبية
25.173	843	8.440	177	168	9	صناعة الورق ومنتجاته
10.479	2.594	3.921	809	114	18	الطباعة والنشر واستنساخ وسائط الإعلام المسجلة
27.893	3.487	200.802	364	97	4	صناعة المنتجات البترولية المكررة
64.120	2.429	28.399	2.954	555	9	صناعة المواد والمنتجات الكيميائية

(99) انظر مقال بعنوان، الاستثمار الأجنبي المباشر ساهم في دفع عجلة التنمية الصناعية، الثلاثاء 4 محرم 1433، العدد 15863، 2011، ص1. على الموقع التالي:
<http://www.alriyadh.com/2011/11/29/article68-7071.htm>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014
(1236)

49.460	1.895	12.741	532	542	11	صناعة منتجات المطاط واللدائن
91.373	3.780	54.749	3.771	815	25	صناعة منتجات المعادن اللافلزية الأخرى
44.318	2.801	40.984	234	305	24	الصناعات الأساسية للمعادن
50.014	931	13.705	160	426	9	صناعة المنتجات المعدنية الإنشائية
28.417	4.257	6.708	808	216	12	صناعة الآلات والمعدات
2.704	0	660	0	5	0	صناعة آلات المكاتب والمحاسبة والحاسب الإلكتروني
26.830	464	12.259	127	146	2	صناعة الآلات والأجهزة الكهربائية
2.854	0	1.015	0	20	0	صناعة معدات وأجهزة الراديو والتلفزيون والاتصالات
1.052	33	350	1	18	2	صناعة الأجهزة الطبية وأدوات القياس والأدوات البصرية والساعات بأنواعها
12.278	623	2.236	78	132	8	صناعة المركبات ذات المحركات والمقطورات
1.692	0	712	0	18	0	صناعة معدات النقل الأخرى
34.279	1.295	11.148	170	346	17	صناعة الأثاث وصناعات لم تصنف في مكان آخر
3.616	0	1.851	0	48	0	إعادة التدوير (معدني/ غير معدني)
337.879	33.928	507.020	12.233	5.043	198	المجموع

المصدر: قاعدة معلومات المشاريع الصناعية العاملة (OIPS) , السعودية.

وكما يتضح من الجدول أعلاه. فإن القاعدة الصناعية في المملكة شهدت توسعاً كبيراً خلال الأربعة عقود الماضية، حيث قفزت عدد المصانع العاملة من (198) مصنعاً في عام 1974م إلى (5.043) مصنعاً في عام 2011م، وبصورة موازية ارتفع رأس المال المستثمر من حوالي 12 مليار ريال في عام 1974م إلى حوالي 507 مليار ريال في عام 2011م. كما ارتفع عدد العمالة من حوالي (34.000) عامل في عام 1974م إلى حوالي (638.000) عامل في عام 2011م. بيد أن المملكة السعودية، قد قدمت العديد من الحوافز لدعم وتطور الصناعات الوطنية، وعلى رأس هذه الحوافز إنشاء المدن الصناعية الحديثة، والبنية التحتية والتقنية اللازم لمثل هذه الاستثمارات، وقد أدى

ذلك بالفعل إلى إنشاء وتطوير العديد من البحوث الصناعية⁽¹⁰⁰⁾،
والجدول التالي رقم (15) يوضح ذلك.

جدول رقم (15)

المساحات المطورة والإجمالية في المدن الصناعية القائمة في المملكة

المساحة الإجمالية (ألف متر مربع)	المساحة المطورة (ألف متر مربع)	المدينة الصناعية
21.000	18.500	الرياض
45.000	14.500	جدة
76.200	28.000	الدمام
1.500	1.500	الإحساء
5.500	1.500	القصيم
18.000	1.000	الزلفي
9.600	1.000	شقراء
360.000	12.000	سدير
720	720	مكة المكرمة
10.000	2.500	المدينة المنورة
100.000	5.500	الخرج
3.700	3.600	عسير
11.000	2.000	الطائف
3.000	750	الجوف
2.000	1.000	عرعر
4.000	1.400	تبوك
3.500	1.000	حائل
6.500	800	نجران
39.500	1.000	جازان
5.000	2.000	الحائر
2.000	1.000	الباحة

(100) لمزيد من التفصيل راجع موقع الهيئة السعودية للمدن الصناعية ومناطق التقنية على
الرابط التالي:

http://www.modon.gov.sa/english/aboutkingdom/pages/investmentincentivesinsaudiaarabia_aspx.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014
(1238)

623.730	111.280	الإجمالي
---------	---------	----------

المصدر: هيئة المدنى الصناعية ومناطق التقنية (عدن).

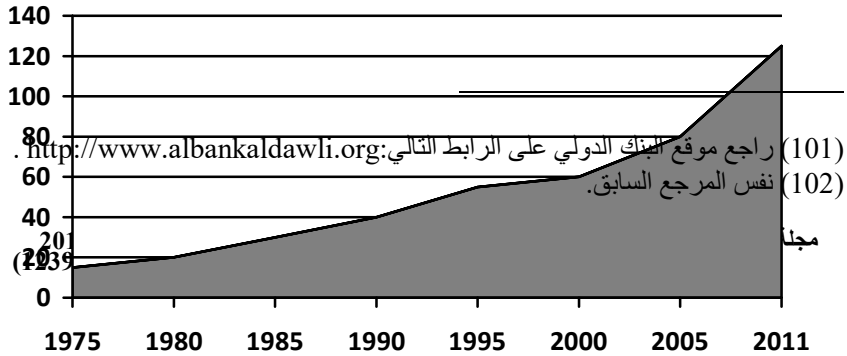
ولعل أحد التقارير الصادرة عن البنك الدولي، تُرجع انتقال المملكة من مراتب متأخرة للتنافس دول متقدمة في مجال جاذبية بيئة الاستثمار إلى حجم الإصلاحات الاقتصادية التي جرت في المملكة بدءًا من عام 2006م تقريباً، وهي الفترة التي أطلقت فيها السعودية العديد من برامج الإصلاح الاقتصادي والإداري طالت العديد من الأنظمة والإجراءات ذات العلاقة ومنها، انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية، وإطلاق مشروع تطوير القضاء، وبرنامج 10×10 لتحسين البيئة الاستثمارية، ومشروع تطوير التعليم، وتنفيذ العديد من مشروعات البنى التحتية والتجهيزات الأساسية. وانعكس أداء المملكة في هذا التقرير على تحسين مركزها في تقارير اقتصادية دولية كتقرير المنتدى الاقتصادي العالمي، حيث تحتل المملكة حالياً المركز (17) عالمياً بعد أن كانت في المركز (35) قبل خمس سنوات⁽¹⁰¹⁾.

وكشف التقرير أن الصناعات التحويلية غير البترولية بالمملكة حققت نموًا إيجابياً في العام 2010، حيث يقدر النمو الحقيقي لها بمعدل (5%) في العام 2010م، مقارنة ب(2.2%) في العام 2009م، مشيراً إلى تطور إسهام القطاع الصناعي في إجمالي الناتج المحلي بشكل ملحوظ مما يعكس قوة نمو هذا القطاع، إذ تقدر المساهمة النسبية لهذا القطاع في الناتج المحلي الإجمالي بحوالي 10.1% في العام 2010م⁽¹⁰²⁾. ولعل الشكل البياني التالي رقم (14) يوضح نمو الإنتاج الصناعي في الصناعات التحويلية خلال الفترة من 1975-2011م.

شكل رقم (14)

الناتج المحلي الإجمالي للصناعات التحويلية بالمملكة (بالأسعار الثابتة) 2011 - 1975

تقرير نقطي ■ الصناعات الأخرى ■



المصدر: مؤسسة النقد العربي السعودي، التقرير السنوي رقم 48.

وعلى أية حال، فإن التطورات السابقة في قطاع الصناعة السعودي، أدت من دون شك إلى زيادة في حركة الصادرات الصناعية الأخرى (غير البتروكيماوية)، وهو مؤشر إيجابي مهم لصالح الاقتصاد السعودي. ويلاحظ ارتفاع هذه الصادرات خلال الفترة من عام 1995م، وهي بداية انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية (W.T.O) وحتى 2011⁽¹⁰³⁾، من حوالي 6.937 مليون ريال في عام 1995 لتصل إلى 36.227 مليون ريال في عام 2011م، وهو ما يوضحه الجدول التالي رقم (16)، والذي يظهر تنوع القطاعات التصديرية للمملكة لتشمل: صناعة المواد الغذائية والمعادن الأساسية وصناعة الماكينات والآلات الكهربائية.

جدول رقم (16)

تطور الصادرات الصناعية السعودية حسب القطاعات الرئيسية
2011-1995

القطاع	قيم الصادرات بملايين الريالات		متوسط النمو السند وي
	2011	1995	
المواد الغذائية	12.605	1.589	15.0%
المنتجات الكيماوية والبلاستيكية	114.898	15.621	16.4%

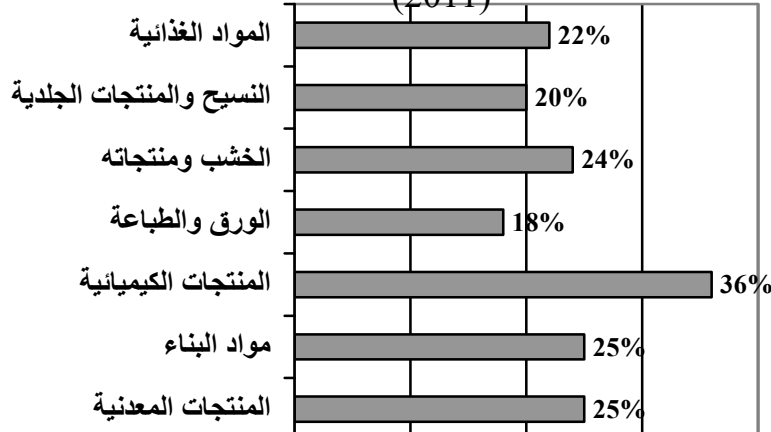
(103) WTO: international Trade statistics 2009- world trade organization: available at: http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2009_e/its2009.pdf.

المعادن الأساسية ومصنوعاتها	3.631	8.395	19.7%
الألات والأجهزة الكهربائية	851	2.944	14.7%
السلع الأخرى	1.866	11.283	15.6%
الإجمالي	22.558	151.125	15.7%

المصدر: مصلحة الإحصاءات العامة والمعلومات , وزارة الاقتصاد والتخطيط السعودية.

إن التطور الصناعي وأثره على الاقتصاد السعودي لم يقف عند حد زيادة القيمة المضافة، وزيادة الناتج الصناعي والصادرات الصناعية وتنوعها فقط. بل تعداه لينعكس إيجاباً على نسبة العمالة السعودية في هذه المصانع والشركات، وهو هدف طالما سبب العديد من المشكلات لمختلف دول العالم. إن الشكل البياني التالي رقم (15) يشير ويوضح نسب العمالة السعودية لإجمالي العمالة في القطاعات الصناعية الرئيسية عام (2011م).

شكل رقم (15)
نسب العمالة السعودية لإجمالي العمالة في القطاعات الصناعية الرئيسية
(2011)



المصدر: قاعدة البيانات الصناعية بالصندوق، على الرابط التالي:
<http://www.sidf.gov.sa/Ar/IndustryinSaudiArabia/Pages/TrendsandIndicators.aspx>.

استعرضنا خلال الصفحات السابقة تطور الاستثمارات الأجنبية المباشرة في المملكة العربية السعودية، ورأينا كيف أن مثل هذه التدفقات ترتفع أحياناً وتنخفض أحياناً أخرى. لكن الأهم أن هذه الاستثمارات قد زادت زيادة كبيرة منذ عام 2005، وعقب انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية، والتي استطاعت من خلالها المملكة أن تنعم بمزايا عديدة منها التمتع بالتخفيضات الجمركية من الدول أعضاء المنظمة، وتحسين مستوى الإنتاجية، وضمان عدم التمييز⁽¹⁰⁴⁾. والأبرز جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة. وهو ما أدى بدوره لتطوير القطاع الصناعي السعودي بحسبانه قطاعاً رائداً لمختلف القطاعات الاقتصادية الأخرى. إضافة إلى احتلال السعودية المرتبة رقم 17 عالمياً في مؤشر التنافسية العالمي 2012/2011⁽¹⁰⁵⁾.

(104) بحث بعنوان، منظمة التجارة العالمية ومزايا وتبعات انضمام المملكة العربية السعودية إليها، كلية التدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1430هـ-2009م، ص20.

(105) The Global competitiveness report, 2011-2012, world economic forum, available at: <http://www.weforum.org/docs/wee/gerreport-20>.

والسؤال الآن هل أدى زيادة الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى تحسن المؤشرات الكلية للاقتصاد السعودي، هذا ما سنحلله في المبحث القادم.

المبحث الثالث

تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر وتأثيرها على المؤشرات الكلية للاقتصاد السعودي

ذكرنا من قبل بأن الاستثمارات الأجنبية المباشرة واحدة من أهم الأهداف التي تسعى لها الدول، ومن بينها المملكة العربية السعودية والتي تتميز عن غيرها من دول المنطقة بمزايا من بينها احتلالها المركز الأول على مستوى العالم من حيث انخفاض أسعار الطاقة، كونها تمتلك 25% من احتياطي النفط العالمي، وتمتلك كميات كبيرة من الغاز وأنواع المعادن⁽¹⁰⁶⁾.

إضافة لذلك فإن الاستثمار في المملكة يحقق للمشروعات الأجنبية، وكذا المحلية معدلات ربحية عالية مع نسبة مخاطرة منخفضة بسبب الاستقرار السياسي والاقتصادي الذي تنعم به المملكة.

إن إدراك المملكة للدور الحيوي للاستثمار الأجنبي، دفعها إلى تنظيم عملية دخول هذا الاستثمار، وتجسد ذلك في إصدار المملكة العربية السعودية بداية من منتصف السبعينيات الهجرة أول نظام للاستثمار الأجنبي عام 1376هـ - 1955م، وتلي ذلك عدة تعديلات حتى التعديل الأخير وصدور نظام الاستثمار الأجنبي المعمول به حالياً بتاريخ 1421/1/5هـ - 2000/4/10م.

بيد أن انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية، والتزامها بمبادئ المنظمة ساهم كذلك في استقطاب الاستثمارات الأجنبية بدءاً من عام 2005م.

بيد أن انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية، والتزامها بمبادئ المنظمة ساهم كذلك في استقطاب الاستثمارات الأجنبية بدءاً من عام 2005م إذ بلغت هذه الاستثمارات 45 مليار ريال، ثم قفزت إلى 69

(106) Y. Al Yousef and M. Abu-ebid, Energy efficiency initiatives for Saudi Arabia on supply and demand sides, energy research institute, king Abdul-Aziz city for science and technology, Riyadh, Saudi Arabia, p.p. 280-281. available at <http://www.intechopen.com/download/90t/pdf>.

مليار ريال عام 2006 لتبلغ 91 مليار في آخر هذا العام، وفي عام 2007 بلغ 143 مليار ريال، ثم ارتفعت الاستثمارات الأجنبية بنهاية عام 2009 لتصل إلى 552 مليار ريال، لتضع المملكة العربية السعودية مكانها ضمن أفضل الدول الجاذبة للاستثمارات الأجنبية المباشرة.

- الاستثمار الأجنبي المباشر وزيادة قيمة الصادرات:

بلغ عدد المصانع العاملة في المملكة وفقاً لإحصاءات الصندوق السعودي للتنمية بنهاية عام 2009م، عدد 4513 مصنعاً باستثمارات قدرها 394 بليون ريال. وشهدت الفترة من 2005 إلى 2009 تزايداً في عدد وحجم الاستثمارات الصناعية المحلية والأجنبية المباشرة، مدفوعة بعوامل الطلب المحلي والعالمي وسياسة تحسين بيئة العمل المحلية التي تبنتها الدولة لتيسير إقامة مشاريع القطاع الخاص⁽¹⁰⁷⁾.

هذا، ويشير الجدول التالي رقم (17)، إلى تطور الاستثمارات الأجنبية والمشاركة في القطاع الصناعي خلال الفترة من 2004 حتى 2009.

(107) لمزيد من التفصيل: انظر التقرير الاقتصادي للصندوق السعودي للتنمية، قسم الدراسات الاقتصادية، ربيع الأول 1431هـ- مارس 2010م، ص6.

جدول رقم (17)
تطور الاستثمارات الأجنبية والمشتركة في القطاع الصناعي
حسب النشاط خلال الخطة الثامنة

التغير		2009				2004				
التمويل مليون ريال	عدد	%	التمويل مليون ريال	%	عدد	%	التمويل مليون ريال	%	عدد	
7	2	%3	3421.1	%9	45	%3	3414.43	%9	43	صناعة المنتجات الغذائية والمشروبات
0	0	%0	316.95	%2	11	%0	316.95	%2	11	صناعة المنسوجات
0	0	%0	58.01	%1	6	%0	58.01	%1	6	صناعة الملابس
10	2	%0	174.46	%2	8	%0	164.96	%1	6	صناعة المنتجات الجلدية
0	0	%0	59.32	%0	2	%0	59.32	%0	2	صناعة الخشب والمنتجات الخشبية
0	0	%0	1555.18	%3	16	%1	1555.18	%3	16	صناعة الورق ومنتجاته
0	0	%0	26	%1	4	%0	26	%1	4	الطباعة والنشر
6.040	2	%76	101030.09	%3	16	%78	94990.09	%3	14	صناعة المنتجات البترولية المكررة
4.504	6	%10	13019.99	%16	84	%7	8545.69	%16	78	صناعة المنتجات الكيماوية
5	1	%2	2649.27	%8	43	%2	2644.27	%8	42	صناعة منتجات المطاط واللدائن
3	2	%1	1608.9	%11	58	%1	1605.9	%11	56	صناعة منتجات المعادن اللافلزية (غير معدنية)
110	2	%2	2585.67	%9	50	%2	2475.67	%10	48	الصناعات الأساسية للمعادن
3	3	%1	1763.21	%10	54	%1	1760.01	%10	51	صناعة المنتجات المعدنية الإنشائية
1	1	%1	667.98	%7	36	%1	666.98	%7	35	صناعة الآلات والمعدات
0	0	%0	378.6	%0	2	%0	378.6	%0	2	صناعة الآلات المكاتب والحاسب
5	1	%1	1072.16	%5	27	%1	1067.16	%5	26	صناعة الآلات والأجهزة الكهربائية
0	0	%1	678.01	%1	4	%1	678.01	%1	4	صناعة أجهزة

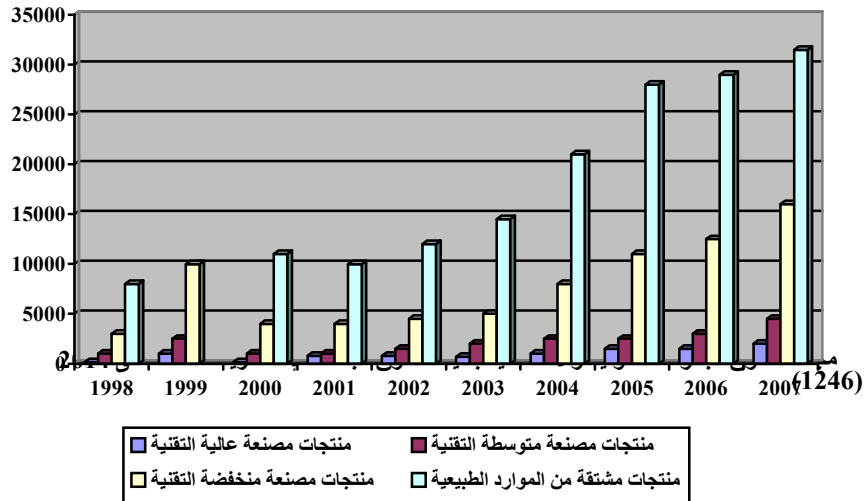
الراديو والتلفزيون والاتصالات									
صناعة الاجهزة الطبية وأدوات القياس	7	%1	52.66	%1	7	%0	52.66	%1	7
صناعة المركبات ذات المحركات والمقطورات	13	%3	475.68	%2	13	%0	475.68	%3	13
صناعة معدات النقل الأخرى	1	%0	12.62	%0	1	%0	12.62	%0	1
صناعة الأثاث والصناعات الأخرى	38	%8	658.63	%8	40	%1	652.38	%8	38
إعادة التدوير	0	%0	0	%0	0	%0	0	%0	0
المجموع	503	%100	132.264.49	%100	527	%100	121.570.57	%100	503

المصدر: وزارة التجارة والصناعة السعودية.

ومن تحليل الجدول يتبين أن نمو الاستثمار الأجنبي لم يكن بالشكل الذي ترغبه حكومة المملكة، بالرغم من تحقق نمو بلغ 1.7%. ولكن الفترة من عام 1998 وحتى 2007، قد شهدت تطوراً في حجم الصادرات السعودية السلعية وهو أمر هام، خاصة وأن غالبية صادرات المملكة كانت تتركز في الصادرات النفطية، وهو ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (16).

شكل رقم (16)

تطور حجم الصادرات السعودية السلعية حسب الأقسام الرئيسية باستثناء صادرات الموارد الطبيعية للفترة 1998-2007

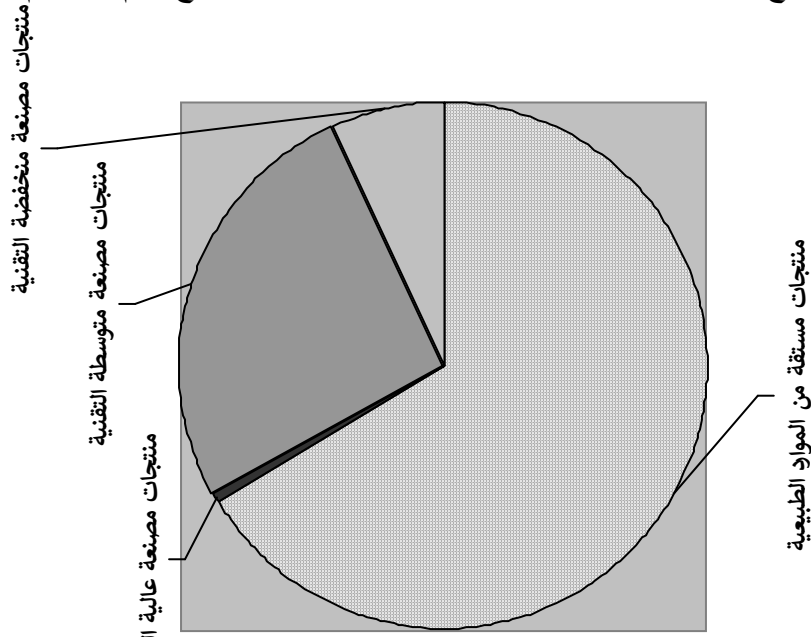


المصدر: قاعدة بيانات الأمم المتحدة لتجارة السلع (comtrade).

ولعل الجدير بالذكر هنا، تنوع صادرات المملكة متأثرة بزيادة الاستثمارات الأجنبية، إذ يلاحظ أن الصادرات الصناعية بمختلف أقسامها قفزت من حوالي 8 بليون دولار عام 1998 إلى نحو 31 بليون دولار عام 2007م، وبذلك تتمثل نسبة 66% من إجمالي الصادرات الصناعية الوطنية، تليها المنتجات متوسطة التقنية والتي قفزت إلى حوالي 12 بليون دولار عام 2007 وتمثل 26% من الصادرات الصناعية السعودية، وبلغ حصة المنتجات منخفضة وعالية التقنية 7% من إجمالي قيمة الصادرات السعودية بحسب الشكل التالي رقم (17).

شكل رقم (17)

توزيع الصادرات الصناعية الوطنية حسب درجة التصنيع لعام 2007م



المصدر: التقرير الاقتصادي للصندوق السعودي للتنمية، أبريل 2010، ص3.

وعلى ما سبق، فقد لعبت الاستثمارات الأجنبية دورًا هامًا في تطور القطاع الصناعي السعودي وبالأخص من ناحية الصادرات وزيادتها وتنوعها، وكذلك للدور الكبير الذي أولته المملكة لتنمية الصادرات الصناعية، وهو ما أسفر عن تطور هائل بلغ 6.7% كنسبة من الناتج المحلي إلى حوالي 16.4% عام 2011، بحسب مصلحة الإحصاءات العامة والمعلومات بوزارة التخطيط، كما يوضحه الجدول التالي رقم (18).

جدول رقم (18)
التطور في الصادرات الصناعية السعودية 1995-2011م

النسبة من الناتج المحلي غير النفطي	النسبة من إجمالي الصادرات	الصادرات الصناعية (مليون ريال)	السنوات
6.7%	12.0%	23.558	1995
6.0%	9.4%	21.364	1996
6.5	10.9%	24.721	1997
5.5	14.5	21.121	1998
4.9	10.2	19.488	1999
5.6	7.9	32.920	2000
6.2	10.4	26.547	2001
6.2	10.2	27.691	2002
7.7	10.2	35.723	2003
9.4	10.1	47.566	2004
10.8	8.9	60.000	2005
11.6	8.9	70.044	2006
12.0	9.5	23.321	2007
14.2	8.4	98.710	2008
11.5	11.8	84.997	2009
14.2	12.1	112.924	2010
16.4%	11.1	151.125	2011

المصدر: مصلحة الإحصاءات العامة والمعلومات، وزارة الاقتصاد والتخطيط

الاستثمار الأجنبي المباشر وتوفير الوظائف:

يلعب الاستثمار الأجنبي المباشر دورًا مهمًا في توفير الوظائف وتقليل معدلات البطالة، وهو هدف طالما سعت له غالبية دول العالم وخصوصًا الدول الجاذبة للاستثمار الأجنبي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1249)

ولعل المملكة العربية السعودية من الدول التي ساهم فيها هذا الاستثمار بقدر كبير من توفير فرص العمل، وتشير إحصاءات الهيئة العامة للاستثمار السعودية أن حجم الاستثمار الأجنبي والذي قدر بحوالي 639 مليار ريال في نهاية عام 2010م، قد وفر ما يزيد عن 500 ألف وظيفة التحق بها 500 ألف عامل وأكثر، وهو رقم مرشح للزيادة في المستقبل بسبب سعي المملكة لجذب هذا النوع من الاستثمارات⁽¹⁰⁸⁾.

ويؤكد المتخصصون، بأن الاستثمار الأجنبي المباشر وبرغم أهميته مازال يشكل نسبة قليلة جداً من إجمالي حركة استثمارات المملكة لأقل من 1%، حيث يشكل مجموع تراخيص الاستثمارات الأجنبية حوالي 11243 ترخيصاً وهي نسبة لا تتعدى 1% من إجمالي السجلات التجارية في السعودية⁽¹⁰⁹⁾.

وبصفة عامة، نلاحظ أن القطاع الصناعي والذي استحوذ على النصيب الأكبر من جملة الاستثمارات الأجنبية الوافدة إلى المملكة، قد ساهم بتوفير فرص العمل، ساعد في ارتفاع عدد العمال إلى نحو 503 ألف عامل في نهاية عام 2009م، مقارنة 465 ألف عامل 2004م⁽¹¹⁰⁾. ولعل ذلك هو ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (18).

(108) انظر موقع الهيئة العامة للاستثمارات السعودية على الإنترنت وهو:

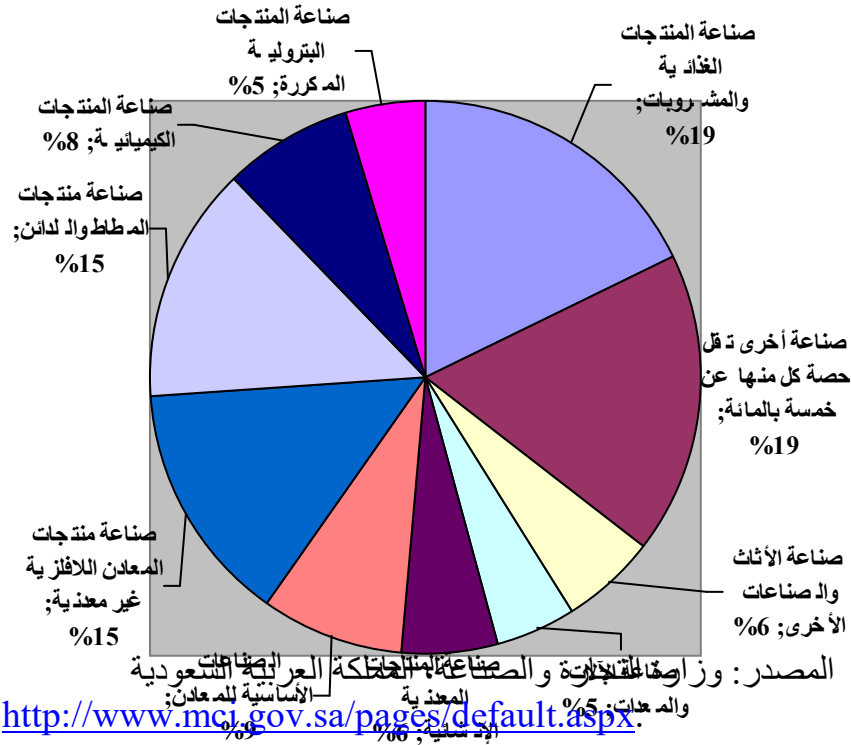
<http://www.sagia.gov.sa>.

(109) انظر مقال بعنوان سهولة إجراءات الاستثمار الأجنبي قد تدفع بالمشروعات المجدية إلى السعودية، الرابط التالي:

http://www.aleqt.com/2013/05/18/article_756495.h.

(110) الصندوق السعودي للتنمية، تحليل أداء القطاع الصناعي خلال الخطة الثامنة (2005م-2009م)، مارس 2010م، ص7 وما بعدها.

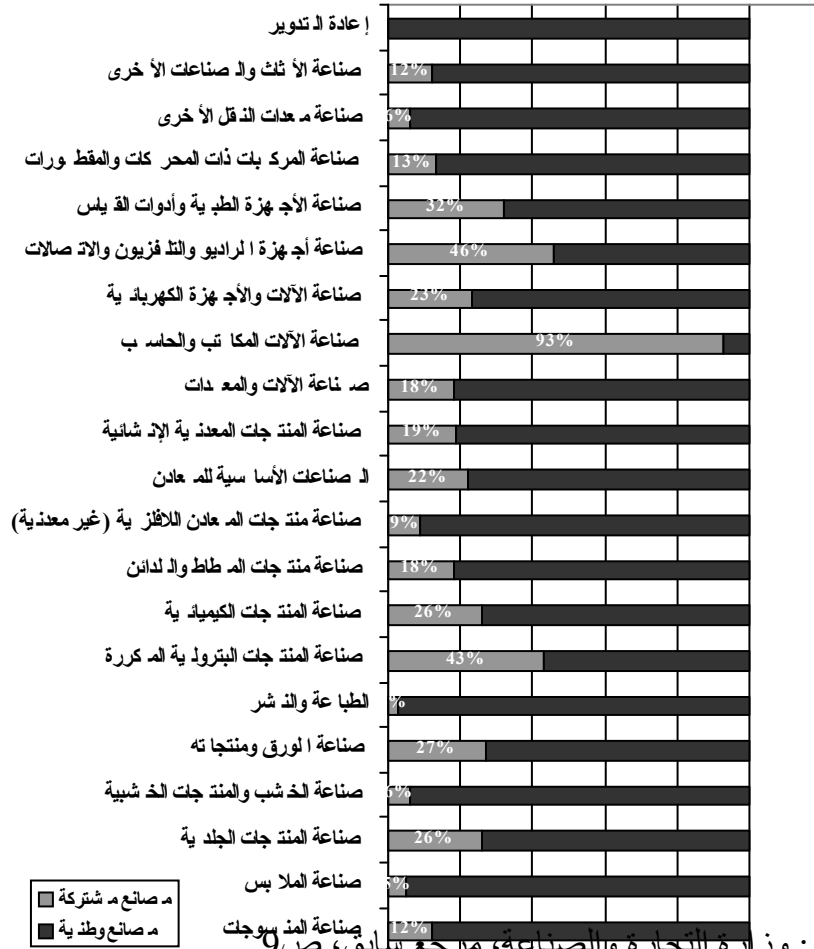
شكل رقم (18)
توزيع العمالة في القطاع الصناعي حسب النشاط بنهاية
الخطة الخمسية الثامنة 2009 في السعودية



ويبدو من الشكل البياني أن النسبة الأكبر من الوظائف تتركز في نشاط صناعة المنتجات الغذائية والمشروبات، حيث وفر ما يقرب من 19% من إجمالي فرص العمل، ويعود ذلك لكثرة عدد المصانع العاملة في هذا النشاط حيث يوجد 720 مصنع منتجاً في هذا المجال، إضافة إلى انخفاض المستوى التقني في هذه الصناعات مما يجعلها كثيفة الاستخدام للعمالة.

وعلى أية حال، فإن جهات توفير فرص العمل في القطاع الصناعي يمكن تصنيفها بحسب جنسية المصنع ثم بحسب النشاط، وفقاً للشكل التالي رقم (19).

شكل رقم (19)
توزيع فرص العمل في القطاع الصناعي حسب النشاط وجنسية المصنع
بنهاية الخطة الخمسية الثامنة 2009



المصدر: وزارة التجارة والصناعة، مرجع سابق، ص 9.
ومن الشكل السابق، يبدو أن نسبة المصانع السعودية الوطنية قد تخطت بكثير نسبة المصانع المشتركة الأجنبية، وهذا يشير إلى تراجع نسبة الوظائف التي يشكلها الاستثمار الأجنبي، وهو أمر يدعو إلى توفير وتقديم الحوافز اللازمة من أجل مزيد من جذب الاستثمارات الأجنبية في المملكة وهو ما يؤدي إلى توفير فرص العمل.

- الاستثمار الأجنبي المباشر ونقل التكنولوجيا:

يشير المفكر الاقتصادي روبرت ساولو R.Solow في نموذجه

للمو أن التقدم التكنولوجي يشكل (إضافة إلى رأس المال والعمل) والموارد الطبيعية، بل يعتبره المصدر الأساس للنمو الاقتصادي في الأجل الطويل⁽¹¹¹⁾. فمن خلال التقدم التكنولوجي، يمكن للاقتصاد أن ينمو بشكل مطرد ومستمر حتى وإن لم يحدث أي تغيير في كميات عناصر الإنتاج الأخرى، وذلك عن طريق رفع الكفاءة وزيادة الإنتاجية لعوامل الإنتاج.

وعلى ما تقدم لم يعد النمو الاقتصادي مرتبطاً فقط بعوامل الإنتاج التقليدية، بل أصبح مرتبطاً بالتقدم التقني والمعرفي في البلد⁽¹¹²⁾. بيد أن جهود الهيئة العامة للاستثمار خلال السنوات العشر الماضية أدت إلى زيادة مقدرة الاقتصاد السعودي على جذب رؤوس أموال أجنبية من خلال تحسين بيئة العمل⁽¹¹³⁾، حيث تشير البيانات الصادرة عن الهيئة عام 2010، إلى أن المملكة قد استقطبت ما قيمته 35.5 مليار دولار، ولاشك في انعكاس ذلك نقل التكنولوجيا وتوطينها في المملكة. وبرغم ما سبق يلاحظ أن حوالي 33% من إجمالي تدفقات الاستثمار قادمة من الإمارات العربية المتحدة ثان أكبر مستثمر في المملكة بنحو 3.8 مليار دولار، وهذا ما يطرح أهمية جذب الاستثمارات الأجنبية من الدول المتقدمة تقنياً وتكنولوجياً.

وتجدر الإشارة، إلى أن أحد أهم الأهداف الأساسية لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار داخل المملكة هو نقل التقنية وتوطين التكنولوجيا. ولعل نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، يشترط لكي يحصل المستثمر الأجنبي على ترخيص من وزير التجارة والصناعة، لا بد وأن يستثمر في مشروعات التنمية، وأن يكون مصحوباً بخبرات فنية وأجنبية. وبنظرة على تقرير التنافسية العالمي 2013/2014، نلاحظ أن الاستثمار الأجنبي المباشر لعب دوراً مهماً في نقل وتوطين التكنولوجيا

(111) Robert M. Solow, A contribution to the theory of economic Growth, the quarterly Journal of economics, Vol. 70, No. 1, 1956, p.p. 64-90 available at: <http://www.econ.nyu.edu/user/debraj/courses/readings/solow/pdf>.

(112) د. على جاسم الصادق، الاستثمار الأجنبي وتوطين التكنولوجيا في المملكة، جريدة الاقتصادية، العدد 6530، 28 أغسطس 2011، على الرابط التالي:

http://www.alegt.com/2011/08/28/article_574030.h.

(113) لمزيد من التفصيل راجع موقع الهيئة العامة للاستثمار السعودي على الرابط التالي: <http://www.sagia.gov.eg/>

في العديد من الدول ومنها المملكة العربية السعودية، والتي احتلت المرتبة الثامنة في مؤشر التنافسية العالمي بخصوص الدول الأكثر جذبًا في عمليات نقل التكنولوجيا من ضمن (148) دولة في التقرير⁽¹¹⁴⁾.

- الاستثمار الأجنبي المباشر والنتائج المحلي الإجمالي:
في تقرير أعدته بيت الاستثمار العالمي (جلوبل)⁽¹¹⁵⁾، عن وضعية الاستثمار الأجنبي المباشر ومدى مساهمته في الناتج المحلي الإجمالي للعديد من الدول، خاصة بعد الأزمة العالمية 2008، أشار إلى أن المملكة العربية السعودية اتخذت خطوات في الطريق الصحيح، بهدف تحقيق التنوع الاقتصادي. ونتيجة لذلك، فقد استمر تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر إلى المملكة، ما جعلها تستأثر بأعلى معدل للتدفق الاستثماري الأجنبي في منطقة دول الخليج، بنسبة تتراوح ما بين 60% إلى 70% من إجمالي تدفقات الاستثمار إلى المنطقة، وهو ما جاء بنتائج إيجابية، حيث ارتفع معدل الناتج المحلي الإجمالي الذي بلغ 3.3% خلال العقد الأخير (2001-2010)، على مستوى يلامس نسبة 6.8% عام 2011، بعد ارتفاعه بنسبة 3.8% عام 2010.

إضافة لما سبق، فإن الناتج المحلي الإجمالي غير النفطي قد ارتفع بنسبة سنوية بلغت 14.2% عام 2011، مرتفعًا عن عام 2010 الذي بلغت نسبته فيه 9.1%، ومتجاوزًا النمو المسجل خلال السنوات الخمس الماضية والبالغ 7.7%⁽¹¹⁶⁾. أيضًا فقد ساهم الاستثمار الأجنبي في قطاعات التعدين والمهاجر وكذلك الخدمات العالية بنسبة مرتفعة من الناتج المحلي الإجمالي للمملكة، وهو ما ينعكس بالإيجاب على التنمية الاقتصادية في المملكة.

وأشارت دراسة أخرى⁽¹¹⁷⁾. أن زيادة تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى المملكة والاستعانة برؤوس الأموال الأجنبية قد أدى إلى

(114) The Global Competitiveness report 2013-2014, available at: <http://www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2013-2014>.

(115) Global investment House: available at: <http://www.globalinv.net/Arabic.html>.

(116) Ibid: p2.

(117) مشعل عبد الله الضبيعي، أشر الاستثمار الأجنبي المباشر على الناتج المحلي الإجمالي في المملكة العربية السعودية، كلية إدارة الأعمال، جامعة الملك سعود، بدون دار نشر، 1429هـ - 2008م، ص7.

تحديث وتطوير المنشآت الإنتاجية وغيرها من مكونات الاقتصاد الوطنية. كذلك فإن انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية وخصخصة بعض القطاعات كالطيران، ساهمت هي الأخرى في مزيد من جذب المستثمرين الأجانب، وهو ما انعكس إيجاباً على الناتج المحلي الإجمالي في المملكة⁽¹¹⁸⁾. وتؤكد الدراسة أنه بالرغم من تحسين الناتج المحلي الإجمالي كنتيجة لتدفقات الاستثمار الأجنبي، إلا أن استفادة المملكة لم يكن على النحو المطلوب ويُرجع السبب لحدثة تجربة المملكة في الاستثمار الأجنبي المباشر⁽¹¹⁹⁾.

وما تقدم، أدى إلى تحسن أداء المملكة في مؤشر التنافسية العالمية لعام 2012/2011، واحتلالها المركز الثاني، حسبما يوضحه الجدول التالي رقم (19):

جدول رقم (19)
الدول العربية في مؤشر التنافسية العالمية

التغير في الترتيب	مؤشر الترتيب من بين 142 دولة		الرصيد	الدولة	الترتيب عربياً
	-2010 2011	-2011 2012			
↑	3	17	5.24	قطر	1
↑	4	21	5.17	السعودية	2
↑	-2	25	4.89	الإمارات	3
↓				سلطنة	
↑	2	34	4.64		4
↔	1	35	4.62	الكويت	5

(118) A-M. Abdel Rahman. The determinants of foreign direct investment in the kingdom of Saudia Arabia, department of economics, king Saud University, September 2002, pp. 3-5. available at: http://www.erf.org.eg/cms/uploads/pdf/1185355285_T.B_Abdel_Rahman/pdf.

(119) د. على عبد الله، مرجع سابق، ص9.

6	البحرين	4.54	37	37	0
7	تونس	4.47	40	32	-8
8	الأردن	4.19	71	65	-6
9	المغرب	4.16	73	75	2
10	الجزائر	3.96	87	86	-1
11	لبنان	3.95	89	92	3
12	مصر	3.88	94	81	-13
13	سورية	3.85	98	97	-1
14	موريتانيا	3.2	137	135	-2
15	اليمن	3.06	138	-	-

المصدر: راجع مؤشر التنافسية العالمية , 2012/2011.

بيد أن وزارة المالية السعودية قد أعلنت عن زيادة الناتج المحلي الإجمالي للعام 2012، إلى حوالي (2.727) مليار ريال بنمو يبلغ 8.6%، وانخفاض الدين العام إلى ما يقارب (98.8) مليار ريال (أي ما يعادل 3.6% من الناتج المحلي الإجمالي)⁽¹²⁰⁾.
أيضاً فإن الناتج المحلي الحقيقي، قد زاد خلال عام 2012م بنسبة 4.4% بعدما انخفض في عام 2011م لنحو 4.1%، وذلك بحسب ما يوضحه الجدول التالي رقم (20).

جدول رقم (20)

مؤشرات الاقتصاد الكلي للملكة العربية السعودية

2012	2011	2010	2009	2008	2007	
4.4	4.1	4	0.1	4.5	3.4	نمو إجمالي الناتج المحلي الحقيقي %
2.8	2.9	4.4	-6.4	5	0.5	القطاع النفطي %
5.1	4.6	3.7	3.0	4.3	4.7	القطاع غير النفطي %
9.5	9.3	14.5	-22	21.9	7.1	نمو إجمالي الناتج المحلي الاسمي %

(120) وزارة المالية السعودية على الرابط التالي: <http://www.MOF.gov.sa>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1256)

4.8	5.2	5.0	4.4	9.9	4.0	معدل التضخم %
17.6	9.9	4.1	5.5	29.2	24.9	ميزان الحساب الجاري (% من إجمالي الناتج المحلي)
0.5	3.6	5.0	-3.3	34.1	12.4	الموازنة الحكومية (% من إجمالي الناتج المحلي)

المصدر: مؤسسة النقد العربي السعودي، 2012م.

- الاستثمار الأجنبي المباشر وميزان المدفوعات:

يلعب الاستثمار الأجنبي المباشر دورًا مهمًا في تحسين هيكل التجارة الخارجية لاقتصاد البلد المضيف، ومن ثم على ميزان مدفوعاتها⁽¹²¹⁾، وذلك من خلال قدرة هذه الاستثمارات على الوصول إلى الأسواق العالمية من حيث زيادة قدرتها التصديرية وغزو أسواق عالمية جديدة، وهو ما يؤدي لتحقيق فائض أو تقليل العجز في الميزان التجاري⁽¹²²⁾. وطبقًا لتقديرات مؤسسة النقد العربي السعودي، حقق الحساب الجاري لميزان المدفوعات فائضًا تجاوز (669) مليار ريال في عام 2012م، مقارنة بفائض قدره (594) مليار ريال للعام 2011م، كما حقق الميزان التجاري في عام 2012م فائضًا كبيرًا بلغ (1.005) مليار ريال بزيادة نسبتها 10% عن عام 2011م. وتعزى هذه الزيادة إلى ارتفاع الصادرة النفطية وغير النفطية⁽¹²³⁾.

وحسب إحصائية صادرة عن مركز التنافسية الوطني National Competiveness Center التابع للهيئة العامة للاستثمار بلغت إجمالي صادرات المملكة غير النفطية نحو 43 مليار دولار عام 2008م، بعد ما

(121) Martin F. J. Prachowny, Direct investment and the balance of payments of the united states: Aportfoloi approach, queen's university, 1972, p.p443: 444. available at. <http://www.nber.org/books/>

(122) د. على جاسم الصادق، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على ميزان المدفوعات، الاقتصادية، العدد 2011، 6317م، ص2.

(123) مؤسسة النقد العربي السعودي: على الرابط التالي:

<http://www.sama.gov.sa>

كانت نحو 21 مليار دولار عام 2005م، شكلت نسبة صادرات الشركات الأجنبية نحو 66% من إجمالي هذه الصادرات (28 مليار دولار)، بعدما كانت نحو 21 مليار دولار عام 2005م، شكلت نسبة صادرات الشركات الأجنبية نحو 66% من إجمالي هذه الصادرات (28 مليار دولار)، بعدما كانت 58% عام 2005م، وهو ما يؤكد الدور المهم للاستثمارات الأجنبية في تحسين ميزان المدفوعات⁽¹²⁴⁾.

وبرغم ما سبق، فقد يكون لميزان المدفوعات تأثير سلبي وهو الواردات، فماذا لو قامت الشركات الأجنبية بزيادة واردتها في السعودية؟ ماذا عن أرباحها وهل سيتم تحويلها بالكامل لدولتها الأم؟ أم ماذا؟

ووفقاً لما تقدم، فإن آثار الاستثمار الأجنبي المباشر على ميزان المدفوعات لاقتصاد البلد المضيف تعتمد بشكل رئيس على دوافع المستثمر الأجنبي من تحويل جزء من استثماراته خارج حدود دولة الأم. ولذلك لا بد من مراجعة أنواع الاستثمار المباشر الملائم للدولة، وتحليل آثار كل نوع منها.

وعلى أية حال، فإن الاستثمار الأجنبي المباشر قد ساهم بحوالي 48294 ريال خلال العام 2011، وهو أثر إيجابي على ميزان المدفوعات، ومن ثم على الاقتصاد السعودي ككل وهو ما يوضحه الجدول التالي رقم (21):

جدول رقم (21)
تقديرات ميزان المدفوعات

(مليون ريال)

2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	
59545	250316	78580	496208	349985	371002	337463	I- ميزان الحساب التجاري
668426	328605	149953	548134	389884	419484	391219	أ- السلع والخدمات
917905	576418	394611	795101	564869	551979	472571	1- السلع
249480-	247813-	244658-	246967-	174986-	132495-	81351-	2- الخدمات
26315	26415	32398	34368	23971	14362	1618	ب- الدخل الدولي

(124) انظر موقع مركز التنافسية الوطني السعودي، على الرابط التالي:

<http://www.saudince.org.sa>

110197-	104703-	103772-	86294-	63869-	62844-	55374-	ج- الدخل الثانوي
412878	121392	149248	383611	291446	294004	207250	II- الحساب المالي
18294-	94972-	128551-	134843-	91700-	68744-	46677-	1- الاستثمار المباشر
60179	56828	75520	6114	20521	44748	1313-	2- سـتثمارات الحافـظة
42163	28180	25867	1503	63230	52073	16659	3- سـتثمارات أخرى
359831	131356	122084-	513843	299395	265927	238581	4- الأصـول الاحتياطية
180666-	128924	227828-	112597-	58540-	76998-	130213-	III- السـهو والخطأ

المصدر: مؤسسة النقد العربي السعودي , على الانترنت , مرجع سابق.

المبحث الثالث

إستراتيجية المملكة بخصوص القطاع الصناعي

ذكرنا من قبل بأن القطاع الصناعي في المملكة العربية السعودية يحظى بأهمية كبيرة نظرًا لتأثيره الكبير على مختلف قطاعات الاقتصاد الوطني. وبرغم أن هذا القطاع أسهم بشكل كبير في زيادة الصادرات السعودية وتوفير المزيد من فرص العمل وكذلك زيادة القيمة المضافة والأثر على الناتج المحلي الإجمالي، إلا أنه يواجه العديد من التحديات والعقبات أمام تطويره. لذا فإن السؤال المطروح ما هي أبرز التحديات والعقبات التي تواجه الصناعة السعودية؟ وما هي الإستراتيجية التي وضعتها المملكة لتطوير هذا القطاع.

أولاً: العقبات التي تواجه القطاع الصناعي السعودي.

ثانياً: إستراتيجية المملكة لتطوير هذا القطاع.

أولاً: العقبات التي تواجه القطاع الصناعي السعودي:

يبدو أن القطاع الصناعي كغيره من القطاعات الاقتصادية يعاني من العديد من الصعوبات والعراقيل أمام تطويره، وهي تمثل تحدياً في ذات الوقت للدولة، والتي يتعين عليها رسم الاستراتيجيات من أجل التغلب على هذه العقبات وتطوير القطاع الصناعي. وهناك الكثير من العقبات، يمكن أن نذكر أهمها على النحو التالي⁽¹²⁵⁾.

1- معوقات الأنظمة والتشريعات:

منذ أن أصبحت المملكة عضواً في منظمة التجارة العالمية W.T.O، بات عليها أن تطور تشريعاتها وأنظمتها القانونية لكي تتلائم مع سياسات المنظمة، والتي تلتزم بها جميع الدول الأعضاء، بات عليها أن تطور تشريعاتها وأنظمتها القانونية لكي تتلائم مع سياسات المنظمة، والتي تلتزم بها جميع الدول الأعضاء إذ يلاحظ رغم قيام المملكة بإحداث تعديلات على العديد من أنظمتها، وخصوصاً نظام الاستثمار الأجنبي المباشر، إلا أن هذا ليس كافياً، فلكي تسهم المنظمة في تعزيز الاقتصاد السعودي ينبغي عقد الاتفاقات الثنائية والجماعية، والتفاوض مع دول المنظمة الأخرى. كل ذلك من أجل تحقيق المزيد من الإيجابيات والتقليل

(125) دراسة بعنوان خمس معوقات تواجه تطوير القطاع الصناعي السعودي هذا متاح على الرابط التالي:

. <http://www.aleqt.com/2012/06/05/article/664106.html>

من الآثار السلبية قدر الاستطاعة(126).

2- معوقات البنية التحتية:

وتبدو هذه العقبة غاية في الأهمية، ويرجع ذلك إلى أن ضعف البنية التحتية قد يدفع بالمستثمرين الوطنيين والأجانب إلى البحث عن استثمارات في بلدان أخرى. ويلاحظ أن أغلب معوقات البنية التحتية، تتمثل في عدم توافر البنية الأساسية التقنية، نقص الخدمات والمرافق الأساسية للمشاريع الاستثمارية، ندرة الأراضي المطورة في مدن المناطق الرئيسية... الخ.

ويبدو أن المملكة تحاول تلافي هذه العقبة بإقامة العديد من المدن الصناعية مكتملة المرافق من أجل جذب المستثمرين لإقامة صناعاتهم وهو أمر يحسب لحكومة المملكة(127).

3- تطوير قدرات القوى العاملة السعودية:

إذ يلاحظ أن قدرات القوى العاملة السعودي تتسم بالضعف، لذا تعتبر مهارات ونوعية هذه القوى من العوامل الحاسمة في إطار تطوير التنمية الصناعية والمقدرة التنافسية للصناعات مستقبلاً. ولهذا بات من الضروري مراجعة وتكثيف مجالات ونوعية التعليم والتدريب الفني والمهني، بحيث تتناسب مخرجات هذه المؤسسات مع احتياجات الشركات الصناعية في مختلف التخصصات(128).

4 - معوقات البيانات والمعلومات:

وتتمثل أبرز هذه المعوقات في: نقص هذه البيانات والمعلومات التي تفيد المستثمرين عن واقع الاقتصاد وطبيعة مناخ الاستثمار... الخ، عدم نشر الاتفاقات الدولية والإقليمية، ضعف قواعد المعلومات والافتقار إلى التنسيق بين الجهات المعنية في مجال التصنيع.

5- البيئة الصناعية وإطار التنمية المستدامة:

حيث أن المملكة السعودية وهي في إطار سعيها لتحديث وتطوير القطاع الصناعي، ينبغي عليها تطوير وتحديث البيئة الصناعية من أجل المستقبل وما يلزم ذلك من جهود وتقنيات لاحتواء الآثار السلبية. ولعل هذه العقبة تعد أحد أهم تحديات المستقبل للقطاعات والوحدات الصناعية

(126) الأمانة العامة لاتحاد الغرف دول مجلس التعاون الخليجي، السعودية، معوقات الاستثمار في دول مجلس التعاون الخليجي- دراسة ميزانية، ديسمبر 2007م، ص11.

(127) المرجع السابق، ص13.

(128) لمزيد من التفصيل، راجع الصندوق الصناعي للتنمية السعودي على الرابط التالي:
<http://www.sidf.gov.sa>.

بالمملكة(129).

6- زيادة توفير الموارد والاستثمارات في القطاع الصناعي:
بالرغم من الإنجازات الكبيرة التي حققتها الصناعة في المملكة. إلا أن مساهمة القطاع الصناعي من إجمالي الناتج المحلي تبقى دون الطموحات. والقيام بدور أكثر فاعلية لزيادة مساهمات القطاع. وإن هناك حاجة لتكثيف توجيه الموارد والاستثمارات. خصوصاً في القطاعات الصناعية التحويلية. وتستلزم مقابلة هذا التحدي بكافة الجهود الحكومية بالتعاون أوثق مع القطاع الخاص الوطني والأجنبي عبر تطوير بيئة الأعمال ومناخ الاستثمار بالمملكة من أجل الارتقاء بمعدلات الاستثمار في هذا القطاع.

7- معوقات حوافز الاستثمار: (130)

بالرغم من قيام المملكة خلال السنوات الأخيرة بتقديم العديد من الحوافز للمستثمرين الوطنيين والأجانب من أجل جذب الاستثمارات وتوطين الصناعات في المملكة، سواء كانت هذه الحوافز ضريبية أو تسهيلات في الإجراءات وتوفير الوقود اللازم. إلا أنه مازالت هناك العديد من العقبات التي يتعين التغلب عليها وتتمثل في: (131).

- محدودية تمتع المنشآت الصغيرة والمتوسطة بالحوافز والامتيازات الممنوحة للمنشآت الكبيرة. ويلاحظ أن المملكة تحاول التغلب على ذلك، والأبرز عقد المنتدى الرياضي الاقتصادي في دورته السادسة 6-8 صفر 1435هـ - 9-11 ديسمبر 2013، لمناقشة تنمية دور المنشآت الصغيرة ووسائل دعمها.

- ضعف الترويج للفرص الاستثمارية.

- التدخل في تسعير المنتجات والخدمات.

- عدم توافر المناطق الحرة.

8- مواكبة التطورات في الأسواق العالمية:

يبدو أن التطور والتغير في الأسواق العالمية ومجالات التقنية يشهد

(129) د. عواطف سليمان مقبل، عوائق تطور القطاع الصناعي في المملكة العربية السعودية، قسم الاقتصاد، كلية إدارة الأعمال جامعة الملك سعود، السعودية، 2001، ص20 وما بعدها.

(130) د. فهد بن يوسف العتياني، معوقات الاستثمار في المملكة العربية السعودية والتغيير المطلوب، ص3. متاح على الرابط التالي:

<http://faculty.ksu.edu.sa/naaif/doclib3/%D901085%D8>.

(131) د. فهد بن يوسف العتياني، المرجع السابق، ص4.

إيقاعًا متسارعًا مما يشكل تحديًا كبيرًا لقطاعات الأعمال في العالم والقطاعات الصناعية على وجه الخصوص، وتحتم مواجهة مثل هذا التحدي استحداث آليات تتسم بالمرونة في الإدارة والتصميم والإنتاج والتسويق وغيرها من مجالات العمل الصناعي في المملكة.

ثانيًا: إستراتيجية المملكة لتطوير القطاع الصناعي:

قامت المملكة العربية السعودية بتبني العديد من خطط التنمية منذ عام 1970م. وقد بدأت بخطة التنمية الأولى منذ ذلك التاريخ وحتى الخطة العاشرة والتي بدأت في العام 2010م، وتم التركيز في جانب كبير منها على تطوير القطاع الصناعي وما يلزم لتحديثه⁽¹³²⁾.

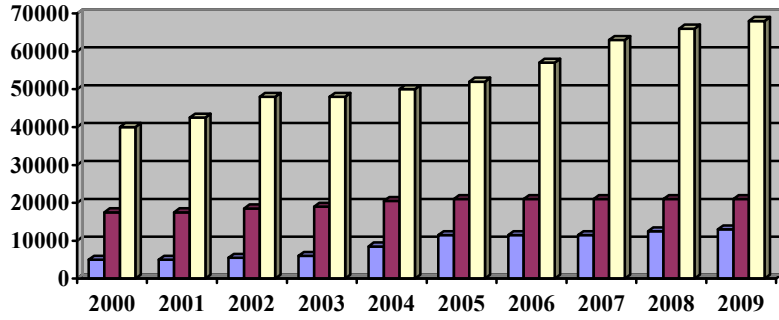
ويلاحظ أن غالبية خطط التنمية كانت تضع في اعتبارها زيادة معدل نمو الإنتاج المحلي الإجمالي وزيادة نسبة العمالة السعودية وتطوير الموارد البشرية وهي أمور في معظمها تخدم القطاع الصناعي السعودي.

ونظرًا لأهمية القطاع الصناعي وضرورة تطويره، فقد حظي باهتمام غير مسبوق من قبل حكومة المملكة، وخصوصًا في خطة التنمية الثامنة (2005-2009م)⁽¹³³⁾، حيث يتضح أن القطاع الصناعي قد سجل بنهاية العام 2009، قيمة مضافة قدرها 105.3 بليون ريال (بالأسعار الثابتة)، مقارنة بحوالي 87 بليون ريال عام 2005م مع بداية الخطة. كما فاق معدل نمو الناتج الإجمالي غير النفطي (4.5%)، وارتفعت نسبة مساهمته في الناتج المحلي الإجمالي من 11.4% عام 2005م إلى 12.4% عام 2009م، كما ارتفعت مساهمته في الناتج المحلي الإجمالي لنفس الفترة من 17.3% إلى 17.7%، ولاشك أن النسب السابق ذكرها تؤكد حدوث تقدم هائل في القطاع الصناعي السعودي. وهو ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (20).

(132) د. يوسف إبراهيم سلوم، أضواء على إستراتيجية خطة التنمية في المملكة العربية السعودية، بدون دار نشر، 1985، ص30 وما بعدها.

(133) عبد الله بن علي المرواني، حجم الإنفاق الحكومي على المشاريع في خطة التنمية التاسعة، 1431-1435هـ (2010-2014م)، ملتقى الإنشاءات والمشاريع، الغرفة التجارية الصناعية، الرياض- السعودية، ص5 وما بعدها.

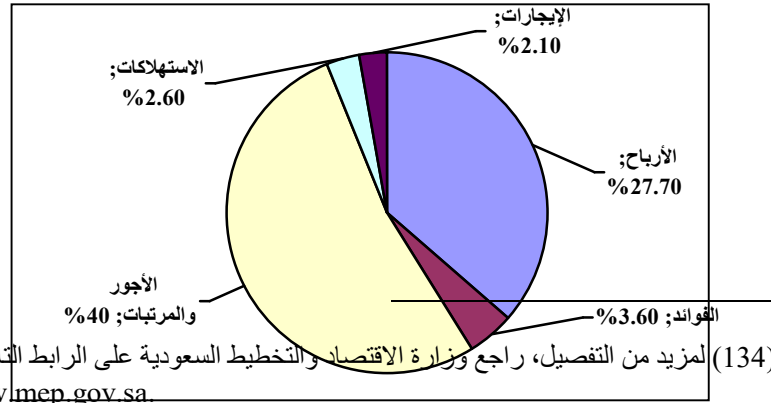
شكل رقم (20)
القيمة المضافة للقطاع الصناعي حسب مكوناته الرئيسية
خلال خطة التنمية السابعة والثامنة (2000-2009م)



المصدر: وزارة الاقتصاد والتخطيط، التقرير السنوي للصناعة البتروكيمياويات

وعلى صعيد قطاع الصناعات التحويلية غير النفطية بالمملكة، نلاحظ نمواً جيداً إذ بلغ معدل النمو الحقيقي (8.3%)، كما تشير الإحصاءات أن مساهمة هذا القطاع في الناتج المحلي الإجمالي، والتي تصل إلى 11.9% بالأسعار الثابتة في العام 2012م هي الأكبر من بين جميع القطاعات الإنتاجية غير النفطية. وبلغت الصادرات السلعية غير النفطية حوالي 183 مليار ريال في عام 2012م بارتفاع قدره (4%) عن ما تم تصديره في عام 2011م⁽¹³⁴⁾.
وحول مؤشر القيمة المضافة للقطاع الصناعي المحلي، يوضحه الشكل البياني التالي رقم (21).

شكل رقم (21)
توزيع مكونات القيمة المضافة للتصنيع في المملكة (2011م)



المصدر: قاعدة البيانات الصناعية بالصندوق (2011م)

فبالنسبة لمؤشر القيمة المضافة، يوضح الشكل (20) توزيع مكونات القيمة المضافة في القطاع الصناعي للمملكة في العام 2011م، حيث يلاحظ أن الأجور والمرتببات تمثل الجزء الأكبر من إجمالي مكونات القيمة المضافة (40.0%)، تليها الأرباح (27.7%)، ثم الاستهلاكات (26.6%) فالقوائد (3.6%). وأخيرًا الإيجارات (2.1%). ويدل ذلك على إسهام الصناعة بالمملكة في زيادة الناتج القومي من خلال تحقيق قيمة مضافة تغطي أجور ومرتببات العاملين وتزيد عن ذلك لتساهم في توسيع طاقتها الإنتاجية.

وجاءت بعد ذلك خطة التنمية التاسعة سنويًا مقارنة بنحو 4.7% في الخطة الثامنة، والقطاع النفطي بنحو 1.2%، وهو ما سيؤدي إلى انخفاض مساهمة هذا القطاع في الناتج المحلي الإجمالي لنحو 19.6% بنهاية الخطة مقارنة بنحو 23.7% في نهاية الخطة الثامنة. الأمر الذي يؤدي إلى زيادة إسهامات القطاعات غير النفطية في الناتج المحلي الإجمالي من نحو 77.1% في عام (2009م) إلى نحو 81.3% في عام (2014م) بحسب الجدول التالي رقم (22).

جدول رقم (22)
الناتج المحلي الإجمالي حسب الأنشطة الاقتصادية الرئيسية في
خطة التنمية التاسعة (بالأسعار الثابتة)

النسبة من الناتج المحلي الإجمالي (%)	معدل النمو السنوي (%)	القيمة (مليون ريال)		القطاعات
		الخطة التاسعة	الخطة الثامنة	
٢٠١٤	٢٠٠٩	٢٠١٤	٢٠٠٩	
٨١,٣	٧٧,١	٨٩٥٦٥١	٦٥٩٦٦٩	أ- القطاعات غير النفطية
٢٨,٢	٢٦,٧	٣١٠١٥٥	٢٢٨٠٩٩	١- القطاعات الإنتاجية
٤,٠	٤,٧	٤٤١٩٧	٤٠٥٩	الزراعة
٠,٤	٠,٤	٤٧٦٢	٣٠٦٩	التعدين والمحاجر
١٤,٠	١٢,٧	١٥٣٦٣٤	١٠٨٥١٢	الصناعات التحويلية
٣,٠	٢,٨	٣٣٥١٠	٢٣٨٩٣	تكرار النفط
١,٧	١,٧	١٨٧٣٧	١٤١٩٤	البتر وكيمويات
٩,٢	٨,٢	١٠١٣٨٦	٧٠٤٢٥	الصناعات الأخرى
١,٩	١,٧	٢١٢٥٨	١٤٨٢٩	الكهرباء/الغاز/المياه
٧,٨	٧,١	٨٦٣٠٤	٦١٠٩٨	البناء والتشييد
٣٥,٨	٣٢,٨	٣٩٤٦١٧	٢٨٠٥٢٥	٢- قطاع الخدمات الخاصة
١٧,٣	١٧,٧	١٩٠٨٧٩	١٥١٠٤٥	٣- الخدمات الحكومية
١٩,٦	٢٣,٧	٢١٥٦٤٨	٢٠٣١٦٣	ب- قطاع النفط الخام والغاز
١٠٠	١٠٠	١١٠١١٩٨	٨٥٥٧٦٥	الناتج المحلي الإجمالي

المصدر: خطة التنمية التاسعة، وزارة الاقتصاد والتخطيط السعودية

ويظهر من الجدول السابق، حدوث نموًا جيدًا في العديد من الصناعات كقطاع التعدين الذي حقق نموًا سنويًا قدره 9.2%، وكذلك قطاع الكهرباء والغاز والمياه بنمو قدره 7.5%، وقطاع البناء والتشييد بنحو 7.2%، ولاشك أن حدوث تطور في القطاعات والصناعات غير النفطية أمرٌ غاية في الأهمية، نظرًا لحدوث اضطرابات في أسعار النفط

من فترة لأخرى. إضافة إلى أن ذلك سيؤدي لزيادة مساهمة هذه الصناعات في الناتج المحلي الإجمالي GDP من نحو 12.7% عام (2009م) إلى نحو 14% عام 2014م⁽¹³⁵⁾.

- ونتيجة للتطورات سابق ذكرها في القطاع الصناعي، فقد وضعت المملكة العربية السعودية إستراتيجية وطنية لتطوير قطاع الصناعة وتحديثه وتشجيع الاستثمار فيه حتى عام 1441هـ - 2020م. وجاء ذلك في قرار مجلس الوزراء رقم (35) وتاريخ 1430/2/7هـ، باعتماد إستراتيجية الصناعة. ولعل الهدف منها تنويع القاعدة الصناعية والاقتصادية وحماية الاقتصاد الوطني من التقلبات العالمية في أسعار النفط، وبما يضمن استقراراً ونموً متوازناً لكافة المؤثرات الاقتصادية⁽¹³⁶⁾.

- وفيما يتعلق بالأهداف العامة والمحددة للإستراتيجية بحلول عام 2020م:- فتنتمثل في تحقيق العديد من الأمور نذكر منها تطوير تقنيات الإنتاج، تنويع المنتجات الصناعية، تطوير المهارات اللازمة للنهوض بالقطاع الصناعي، بناء قواعد للمعلومات الصناعية تحقق التكامل بالقطاع الصناعي، بناء قواعد للمعلومات الصناعية تحقق التكامل والتشابك الصناعي، استقطاب الاستثمارات الوطنية والأجنبية، تطوير البنية الأساسية للمدن الصناعية. ووفقاً لما سبق يتعين أن يحقق القطاع الصناعي بنهاية هذه الإستراتيجية المعدلات التالية⁽¹³⁷⁾:

- 1- رفع مساهمة القطاع الصناعي في الناتج المحلي السعودي إلى 20%.
- 2- رفع القيمة المضافة بحوالي ثلاثة أضعاف.
- 3- زيادة الصادرات الصناعية من مستواها الحالي (30%) إلى

(135) الصندوق الصناعي للتنمية السعودي، تطور مؤشرات القطاع الخاص السعودي وأبرز التحديات التي تواجهه، قسم البحوث، وحدة الدراسات الاقتصادية، ديسمبر 2009م، ص 8 وما بعدها.

(136) لمزيد من التوصيات حول الإستراتيجية الوطنية للصناعة، راجع قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (35) لسنة 1430/2/7هـ، موسوعة الأنظمة السعودية على الرابط التالي: <http://www.Mohamoon-Ksa.com>

(137) صندوق التنمية الصناعية السعودي، الإستراتيجية الصناعية، على الرابط التالي: [http://www.Sidf.gov.sa/Ar/industryi in Saudi Arabia, pages/ industrial strategy.aspx](http://www.Sidf.gov.sa/Ar/industryi%20in%20Saudi%20Arabia,%20pages/industrialstrategy.aspx).

60%.

- 4- زيادة نسبة العمالة السعودية من مستواها الحالي 15% إلى 60%.
- 5- التمكن من أن تتبوأ المملكة المرتبة رقم 40 على الأقل بين الدول الصناعية بحلول عام 2020م.
- ولا نجاز الأهداف سابق ذكرها اعتمدت الإستراتيجية على العديد من المحاور، يمكن أن نذكرها على النحو التالي⁽¹³⁸⁾.

المحور الأول:

وهو المتعلق بمنظومة البيئة الكلية للأعمال والاستثمار الصناعي والتحالفات الإستراتيجية العالمية، حيث يستهدف تحسين سياسات الاقتصاد الكلي مثل السياسات النقدية والمالية والأجور وتحقيق الاستقرار في المؤشرات الاقتصادية الكلية، بما يضمن حفز الاستثمارات المحلية والأجنبية وخاصة في القطاع الصناعي. بالإضافة إلى تحسين السياسات التجارية وسياسات المنافسة في الأسواق، كما يدخل في إطار هذا المحور تطوير منظومة التشريعات والإجراءات الخاصة بالمنشآت الصناعية مثل أنظمة التجارة والعمل والطاقة والتعدين.... الخ.

المحور الثاني:

ويختص بمنظومة التجمعات الصناعية وحفز التنوع الاقتصادي والتنمية المتوازنة على مستوى المناطق، وبشكل هذا المحور أكبر وأضخم أنشطة الإستراتيجية إذ تستحوذ على حوالي نصف التمويل المخصص للإستراتيجية، وتؤكد التجارب العالمية الناجحة في عملية التصنيع على أن التجمعات الصناعية والتركز الصناعي كان من أهم مقومات تطور الصناعة، حيث تتجمع مختلف الصناعات المرتبطة في إطار جغرافي معين (الصناعات المغذية وأنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات المرتبطة): بما يضمن خفض التكلفة في الصناعة، وحفز القدرة على الإبداع والتطوير نتيجة الاحتكاك وانتقال المهارات. وحتى يتحقق هذا المحور؛ يلزم الدخول في عدد من البرامج التي نصت عليها الإستراتيجية وهي برنامج للتجمعات الصناعية العنقودية وبرنامج للتجمعات الصناعية التقنية والمتقدمة، وبرنامج دعم مسارات التقنية المتقدمة وبرنامج الترويج الصناعي.

(138) لمزيد من التفصيل حول محاور الإستراتيجية، راجع موقع صندوق التنمية الصناعية السعودي وهو: <http://www.sfd.gov.sa>

المحور الثالث:

وهو المتعلق بمجتمع الأعمال الصناعي والمنشآت الصناعية الصغيرة والمتوسطة، وبما أن أكثر من 15% من المشروعات العاملة في المملكة تتدرج ضمن فئة المشروعات الصغيرة والمتوسطة (SMEs)، فهي المشروعات التي ينبغي أن تعطي برعاية أكبر خاصة خلال تلك المرحلة الانتقالية التي يمر بها الاقتصاد السعودي، وقد انطوى هذا المحور على عدد من البرامج لضمان انحيازه وهي: برنامج دعم المنشآت الصناعية الصغيرة والمتوسطة وبرنامج الحاصنات للمنشآت الصناعية الصغيرة والمتوسطة، وبرنامج مركز موارد الأعمال، وبرنامج مركز تنمية التنافسية والتحديث الصناعي، وبرنامج آليات التمويل الصناعي.

المحور الرابع:

وهو الخاص بمنظومة شبكة العلاقات بين التطوير والابتكار والإنتاج الصناعي، حيث أن الفاصل بين الدول المتقدمة والدول النامية، يكمن في واقع منظومة البحث والتطوير R&D، ومدى ارتباط أنشطة البحث والتطوير بعملية التنمية، وكذلك ارتباط مخرجات التعليم باحتياجات أسواق العمل أو احتياجات الصناعة. ولهذا أكدت الإستراتيجية الوطنية للصناعة، على أنه من أجل حصد ثمار الجهد الذي تقوده منظومة العلوم والتقنية في المملكة فإن الأمر يتطلب تعظيم القيمة المضافة لهذه البحوث، من خلال ربطها بمنظومة للابتكار في الشركات الصناعية، إضافة إلى حفز الابتكار في المنشآت الصناعية الصغيرة والمتوسطة.

المحور الخامس:

وهو المتعلق بمنظومة القوى البشرية والمهارات الصناعية، حيث يعتبر توافر العنصر البشري المؤهل علمياً وتدريبياً وفنياً ركيزة أساسية للتنمية المستدامة. وتظهر أهمية العنصر البشري المؤهل بشكل أكبر في الصناعة، حيث التعامل مع الآلات الحديثة والحفاظ عليها وإحداث التطوير عليها ولهذا كان من الطبيعي أن يكون الاهتمام بالعنصر البشري، من المقومات الأساسية للإستراتيجية الصناعية السعودية.

المحور السادس:

وهو المعني بمنظومة البنية التحتية والخدمات الإنتاجية والأنشطة المساندة للصناعة، والذي يهدف إلى تطوير البنية التحتية ليس فقط في المناطق الصناعية التقليدية، ولكن أيضاً، في المناطق والمدن الصناعية

الجديدة، بإنشاء منصات صناعية في جميع مناطق المملكة، كما يستهدف هذا المحور تعزيز منظومة الخدمات والأنشطة المساندة للصناعة؛ مثل خدمات المقاولات والشحن والتخزين.. الخ. وتلك بهدف تحسين خدمات تداول السلع والمدخلات داخليًا وخارجيًا، كما أن هناك برنامجًا مساندًا، هدفه تأمين إمدادات الطاقة الكهربائية بشكل دائم ومستدام للمصانع في مختلف مناطق المملكة.

المحور السابع:

ويستهدف تطور منظومة إستراتيجيات وخطط عمل للقطاعات الجديدة المرشحة للتنويع الاقتصادي، حيث أن تنويع وتعميق القاعدة الصناعية هو الهدف الأساسي الذي وضعت الإستراتيجية من أجله. وعليه فقد أكدت الإستراتيجية على ضرورة الاستمرار في دعم تطور الصناعات القائمة والتي نجحت في بناء ميزان بنسبة وتنافسية سواء على المستوى الوطني أو المستوى العالمي وتحديثاً صناعات البتر وكيمياويات.

المحور الثامن:

يتعلق بالقيادة الفاعلة للإستراتيجية: حيث أن انجاز الإستراتيجية بكل ما تضمنته من أهداف ورؤية طموحة يتطلب إلى المقام الأول حسن وكفاءة التنظيم والإدارة وكفاية ووفرة التمويل من خلال "صندوق الإستراتيجية الوطنية للصناعة 2030م".

وبلا شك أن الأهداف متعددة، كما تتعدد الجهات التي سيعهد إليها بإنجاز الأهداف والمحاور، وحتى لا يتداخل الأدوار وتضيع الجهود وتهدر الموارد، فقد عهد إلى وكالة الصناعة بوزارة التجارة والصناعة يتولى تلك المهمة من خلال قياس وتحليل الواقع ومتابعة تطوره، وتحليل تطور الصناعة ومتابعة تنفيذ المحاور والتنسيق مع الجهات المعنية.

وحتى يمكن تنفيذ الإستراتيجية، وإنجاز المحاور المشار إليها أعلاه. قامت وزارة التجارة والصناعة، المشرفة على تنفيذ الإستراتيجية خلال الفترة التي سبقت أو التي أعقبت موافقة مجلس الوزراء على الإستراتيجية، بعدد من الخطوات التي تستهدف وضع الإستراتيجية موضع التنفيذ وعليه فقد قامت وزارة التجارة والصناعة بتطوير خطط التنفيذ لمحاور الإستراتيجية وإنشاء برنامج وطني للتنمية الصناعية: ليكون مشغولاً بمسئولية مباشرة عن تنفيذ الإستراتيجية كما بدأت وزارة التجارة والصناعة في اتخاذ الخطوات الإجرائية للتنفيذ، وتم ذلك من خلال دعوة عدد من بيوت الخبرة العالمية من خلال الجهة التي وقع

عليها الاختيار ولكن تحت رقابة ومتابعة وزارة التجارة والصناعة، ممثلة بالبرنامج الوطني للتنمية الصناعية ومكتب إدارة المشاريع. الذي يلتزم برفع تقرير دوري عن تطور الأداء وحجم الإنجاز.

الخاتمة والنتائج والتوصيات

حاولنا من خلال دراستنا لموضوع الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية الصناعية، استيضاح الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه الاستثمارات الأجنبية في تطوير وتحسين كفاءة القطاع الصناعي، باعتباره قطاعاً رائداً لمختلف الأنشطة الاقتصادية للكثير من البلدان ومنها المملكة العربية السعودية محور دراستنا.

إن اهتمام المملكة السعودية بالاستثمارات الأجنبية يأتي في إطار حرصها الشديد على تنوع مصادر الدخل القومي ومصادر التمويل، خاصة أن الاعتماد على النفط مهدد في المستقبل القريب بعد إعلان الولايات المتحدة الأمريكية والصين اكتشافهما لما يسمى "بالنفط الصخري"، وهو ما سيؤثر بنسبة كبيرة على أسعار النفط العالمية والانعكاسات السلبية على اقتصادات الدول المصدرة له.

لذلك سعت السعودية لتقديم العديد من الحوافز وتعديل الأنشطة وإنشاء المدن الصناعية والاهتمام بالبنية الأساسية من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة لتطوير قطاعها الصناعي بحسبانه القطاع الذي سيقود قاطرة التنمية الاقتصادية والاجتماعية للمملكة.

وتأسيساً على ما تقدم، فقد أثرنا تقسيم دراستنا إلى فصول ثلاثة: في الفصل الأول: حاولنا إلقاء الضوء على ماهية الاستثمار الأجنبي المباشر وتطوره عالمياً وإقليمياً وإبراز أهميته وأهم نظرياته. ثم انتقلنا بعد ذلك للفصل الثاني: والذي عرضنا فيه لتجارب الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية الصناعية لدى بعض الدول "كعينة مقارنة"، وأخذنا دولاً كانت متشابهة معنا اقتصادياً في فترة من الفترات وهي "ماليزيا- كوريا الجنوبية - تايلاند". وانتهينا في الفصل الثالث: بالتعرض لما حققه الاستثمار الأجنبي المباشر في القطاع الصناعي في المملكة، وذلك بالتركيز على الأثر على المؤشرات الاقتصادية الكلية، وكذا إستراتيجية المملكة بخصوص القطاع الصناعي وتطويره.

ومن هذه الدراسة يمكننا استخلاص العديد من النتائج يمكن أن نذكر بعضها على النحو التالي:

1- إن الاهتمام بالاستثمارات الأجنبية المباشرة أصبح أمراً مهماً لمختلف دول العالم المتقدم والنامي، نظراً لمساهمته في زيادة الناتج القومي

الإجمالي وتوفير الوظائف وتنوع الأنشطة الاقتصادية المختلفة. لذا
نوصي بـ:

- ضرورة وضع الخطط اللازمة وتهيئة المناخ لجذبه، وذلك بتطوير البنية التحتية، والعنصر البشري الخ...
- ضرورة عقد الإنفاقات الدولية الثنائية والجماعية والتي من شأنها أن تجذب المستثمرين الأجانب وتوفر عنصر الأمان لهم واستثماراتهم.

2-بالنظر لتجارب العديد من الدول، نجد أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة، قد أسهمت بشكل مباشر في تحقيق النمو الاقتصادي والتطوير المستمر للعديد من القطاعات أبرزها القطاع الصناعي.

3-القطاع الصناعي بوصف كونه القطاع الرائد الذي يقود قاطرة التنمية الاقتصادية والاجتماعية يتعين تقديم كافة أنواع الدعم المادي والمعنوي من أجل تنشيطه والارتقاء به وهو ما تقوم المملكة به الآن.

وهنا نوصي بـ:

- إقامة التكتلات الاقتصادية بين السعودية ومختلف دول المنطقة العربية وتعزيز التجارة البينية وتحقيق التكامل الاقتصادي.
- توفير كافة عناصر الأمان للاستثمارات الوافدة وتقديم الحوافز لها.

- العمل على تقليص الحواجز الجمركية والتنظيمية أمام الاستثمارات الأجنبية، واتخاذ الإجراءات والتدابير التي تسهل قدومها وعملها.

4- إن الاعتماد على الاستثمارات الأجنبية لتطوير القطاع الصناعي من شأنه أن يسهم في تقليل معدلات البطالة وتوفير الوظائف وكذلك إنشاء قاعدة صناعية يرتقى بالدولة أمام مختلف دول العالم.

وهنا نوصي:

- بتعديل برامج الدراسة في بعض الكليات أو إنشاء برامج جديدة تتلائم واحتياجات القطاع الصناعي والاستثمارات الأجنبية، وهذا أمر هام.

5-تساهم الاستثمارات الأجنبية في نقل التكنولوجيا الحديثة والخبرات الإدارية والتسويقية الجديدة.

6-تساعد الاستثمارات الأجنبية في الحصول على العملات ورؤوس الأموال الأجنبية من أجل تمويل برامج وخطط التنمية، وهو الأمر

الذي يعزز وجود استمرار وتطوير القطاع الصناعي.
7- إن توطين الصناعات وتحديث القطاع الصناعي في المملكة يسهم من دون شك في زيادة نسبة الصادرات وتنوعها، وهو ما ينعكس على ميزان المدفوعات بالإيجاب.

وهنا نوصي بـ:

- أهمية مساعدة المنتج الوطني والشركات المحلية وتقديم كافة وسائل الدعم لها.

- البدء في التصدير لدول المنطقة والدول المتشابهة، حتى إذا ما وصل المنتج لدرجة كفاءة عالية يمكن المنافسة والدخول لأسواق الدول المتقدمة.

8- استطاعت المملكة خلال الفترة من عام 2000 إلى 2008، أن تكون من أوائل الدول الجاذبة للاستثمارات الأجنبية في المنطقة، وهذا يؤكد أن مسألة جذب وتدفقات رؤوس الأموال ليست بالأمر الصعب طالما اتخذت الدول الإجراءات الجادة لذلك.

وهنا نوصي بـ:

- ضرورة استمرار حكومة المملكة باتخاذ كافة إجراءات دعم وجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة لما لها من أثر إيجابي في المستقبل.

- ضرورة إنشاء قاعدة بيانات ومعلومات عن وضع الاقتصاد السعودي وأماكن الاستثمار ونوعية الاستثمارات وطرحها عبر المنتديات الاقتصادية والمؤتمرات وصفحات متخصصة على الإنترنت.

9- هناك العديد من الدول الناجحة، والتي استطاعت تحقيق إنجازات مذهلة في القطاع الصناعي والتصدير بالرغم من ضعف إمكانياتها. وهنا نوصي بـ: أهمية الاستفادة من مثل هذه التجارب الناجحة مثل تجربة ماليزيا- كوريا الجنوبية- تايلاند.

10- إن قطاع الصناعة باعتباره قطاعاً اقتصادياً واعداً في المملكة، يمكن استخدامه لتلبية حاجة السوق المحلي، والاستثمار فيه والتصدير لدول العالم المختلفة.

11- أدى الاستثمار الأجنبي المباشر إلى تطوير قطاع الصناعة السعودي، وهو ما انعكس إيجاباً في توفير العديد من الوظائف وتحسين ميزان المدفوعات وزيادة الصادرات وتحسين الناتج المحلي الإجمالي.

12- إن الاستثمار الأجنبي المباشر في السعودية ساهم بشكل رائع في تنوع صادرات المملكة، فبدلاً من تصدير النفط فقط، أصبحت المملكة تصدر المنسوجات والملابس والورق ومنتجات الألبان والأجهزة الكهربائية... الخ.

وهنا نوصي بـ:

- تخفيض الضرائب والجمارك على عمليات الإنتاج والاستيراد لمعدات وآلات القطاع الصناعي.
 - تشجيع القطاع الخاص السعودي والعربي والأجنبي على الاستثمار في مختلف الصناعات بالمملكة.
 - تدريب العمالة السعودية وثقل مهاراتها وهو عامل كثيراً ما يشجع المستثمرين على القدوم إلى الدولة.
 - التعديل المستمر للأنظمة والقوانين وبما يتلائم مع الاتفاقات الدولية وتحريير التجارة ومنظمة التجارة العالمية.
- 13- إن القطاع الصناعي السعودي قد بدأ بالفعل، ورغم حدائته فقد حقق نجاحات كبيرة، بفضل جذب الاستثمارات الأجنبية، وتقديم الدولة العديد من الحوافز التي تسهم في جذبه وقدمه.

وهنا نوصي:

- عقد اتفاقات شراكة اقتصادية مع الدول الأوروبية والعربية والآسيوية والاستفادة من كل الخبرات.
- إنشاء المراكز والهيئات الصناعية التي تعمل على الاهتمام بالاستثمارات الأجنبية والقطاع الصناعي ولعل إنشاء المملكة للصندوق السعودي للتنمية الصناعية خطوة على الطريق ونأمل المزيد.
- أهمية إرسال البعثات العلمية، وتكثيفها في مجال الاستثمار والقطاع الصناعي من أجل الإطلاع على الجديد وتوفير الكفاءات المطلوبة في هذا القطاع.

قائمة المراجع (139)

أولاً: المراجع باللغة العربية:

- السيد أحمد عبد الخالق، وإبراهيم عبد الله، سياسات الإصلاح الضريبي والتنمية الاقتصادية، مطبوعات جامعة المنصورة، 2013/2012.

(139) مع حفظ الألقاب العلمية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1274)

- العشري حسن درويش، التنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1979.
- أمينة زكى شبانه، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تمويل التنمية الاقتصادية في مصر في ظل آليات السوق، المؤتمر العلمي السنوي الثامن عشر للاقتصاديين المصريين، تمويل التنمية في ظل اقتصاديات السوق، القاهرة، مصر، 7-9 أبريل، 1994.
- حسان خضر، الاستثمار الأجنبي المباشر، بحث متاح على الإنترنت على الموقع التالي:

http://www.arab-api.org/images/publication/pdfs/84/84_develop_bridge_33.pdf

- حسين عبد المطلب الأسرج، إستراتيجية تنمية الاستثمار الأجنبي المباشر إلى مصر، بدون سنة نشر، بدون تاريخ نشر.
- خالد حسين، دور الاستثمار العربي البيئي والاستثمارات الأجنبية المباشرة في زيادة فرص العمل، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الاسكوا)، الأمم المتحدة، بيروت، لبنان، 2008.
- راجيش شندرا، التصنيع والتنمية في العالم الثالث، مطبعة المعارف، مصر، ترجمة محمد محمود عمار، 1994.
- رضا عبد السلام، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في عصر العولمة، دراسة مقارنة لتجارب دول جنوب شرق آسيا وأمريكا اللاتينية مع التطبيق على مصر، 2006.
- زغدار أحمد، الاستثمار الأجنبي المباشر كشكل من أشكال دعم التحالفات الإستراتيجية لمواجهة المنافسة، متاح على الانترنت على الموقع التالي: <http://www.dahsha.com/old/>
- زيدان محمد، الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال- نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، العدد الأول، 2004.
- سليمان بلعور، دور الاستثمارات البيئية في التنمية الصناعية العربية، مجلة الباحث، الجزائر، 2008/2010.
- صلاح زين الدين، تأثير العولمة على الاستثمار الأجنبي المباشر، مؤتمر كلية الحقوق، جامعة المنصورة السنوي السادس، القاهرة، 2002.
- صموئيل عبود، خمس مشكلات أساسية لعالم متخلف، ديوان

- المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
- طلال منصور الزيايدي، الاستثمار الأجنبي ودوره في صناعة البحث العلمي في المملكة العربية السعودية، ورقة عمل مقدمة لمنتدى صناعة البحث العلمي بالمملكة، الفترة من 22-23/6/1432هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1432هـ.
 - عبد السلام مصطفى عبد السلام، تطوير مناهج التعليم لتلبية متطلبات التنمية ومواجهة تحديات العولمة، مؤتمر التعليم النوعي ودوره في التنمية البشرية في عصر العولمة، جامعة المنصورة، 12-13 أبريل.
 - عبد العزيز بن حمد القاعد، دروس ناجحة من تجربة كوريا الجنوبية الصناعية، الاقتصادية، العدد 5705، 2009، على الرابط التالي: http://www.alegt.com/2009/05/25/article_232576.h.
 - عبد الله بن علي المرواني، حجم الإنفاق الحكومي على المشاريع في خطة التنمية التاسعة، 1431-1435هـ (2010-2014م)، ملتقى الإنشاءات والمشاريع، الغرفة التجارية الصناعية، الرياض-السعودية.
 - عبود زرقين، الإستراتيجية الملائمة للتنمية الصناعية في الجزائر، مجلة بحوث اقتصادية عربية، العدد 45/ شتاء 2009.
 - على جاسم الصادق، الاستثمار الأجنبي المباشر وأثاره على ميزان المدفوعات، الاقتصادية، العدد 2011، 6317.
 - على جاسم الصادق، الاستثمار الأجنبي وتوطين التكنولوجيا في المملكة، جريدة الاقتصادية، العدد 6530، 28 أغسطس 2011، على الرابط التالي: http://www.alegt.com/2011/08/28/article_574030.h.
 - عواطف سليمان مقبل، عوائق تطور القطاع الصناعي في المملكة العربية السعودية، قسم الاقتصاد، كلية إدارة الأعمال جامعة الملك سعود، السعودية، 2001.
 - فتح الله ولعلو، الاقتصاد العربي والمجموعة الأوروبية، دار الحداثة، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى.
 - فهد بن يوسف العتياني، معوقات الاستثمار في المملكة العربية السعودية والتغيير المطلوب، متاح على الرابط التالي: <http://faculty.ksu.edu.sa/naaif/doclib3/%D901085%D8>.

- محمد جمال مظلوم، تحديات العالم العربي في ظل النظام العالمي الجديد، مركز الدراسات العربي- الأوروبي، بيروت 1997.
- محمد شريف بشير، تحليل لأسباب نهضة ماليزيا، جامعة العلوم الإسلامية، ماليزيا، متاح على الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.12allchat.com/forum/viewtopic.php?t>
- محمد عبد العزيز عجمية، إيمان عطية ناصف، التنمية الاقتصادية "دراسات نظرية وتطبيقية، الدار الجامعية، الإسكندرية – مصر، 2000.
- مشعل عبد الله الضبيعي، أشر الاستثمار الأجنبي المباشر على الناتج المحلي الإجمالي في المملكة العربية السعودية، كلية إدارة الأعمال، جامعة الملك سعود، بدون دار نشر، 1429هـ - 2008.
- منى محمد الحسيني، الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل المناخ الاستثماري الجديد للاقتصاد المصري، بدون دار سنة وتاريخ نشر.
- نبيل حشاد، الجات ومنظمة التجارة العالمية، القاهرة، 1996.
- يوسف إبراهيم سلوم، أضواء على إستراتيجية خطة التنمية في المملكة العربية السعودية، بدون دار نشر، 1985.
- الرسائل العلمية:
- بندر بن سالم الزهراني، الاستثمارات الأجنبية المباشرة ودورها في النمو الاقتصادي في المملكة العربية السعودية (دراسة قياسية للفترة من 1970 - 2000م)، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملكة سعود، 1425هـ - 2004.
- محمد زوزوي، تجربة القطاع الصناعي الخاص ودوره في التنمية الاقتصادية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة قاصدي مرياح- الجزائر، 2009، 2010.
- زرنوح ياسمين، إشكالية التنمية المستدامة في الجزائر، رسالة لنيل الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر، 2006/2005.
- كريمة قويدري، الاستثمار الأجنبي المباشر والنمو الاقتصادي في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم البيئة، الجزائر، 2011/2010.
- المواقع الإلكترونية:
- بحث بعنوان، منظمة التجارة العالمية ومزايا وتبعات انضمام المملكة

- العربية السعودية إليها، كلية التدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1430هـ- 2009.
- دراسة بعنوان: خمس معوقات تواجه تطوير القطاع الصناعي السعودي هذا متاح على الرابط التالي:
<http://www.aleqt.com/2012/06/05/article/664106.html>
- دراسة بعنوان: دراسة اقتصادية عن دولة تايلاند، قطاع الاتفاقات التجارية، متاح على الرابط الإلكتروني التالي:
www.tax.gov.eg/nr/rdonlyres/...3fob/thailand.doc
- لمزيد من التفصيل حول ذلك المفهوم، راجع موقع صندوق النقد الدولي على الإنترنت على الموقع التالي:
<http://www.imf.org/external/index.htm>
- لمزيد من التفصيل حول محاور الإستراتيجية، راجع موقع صندوق التنمية الصناعية السعودي وهو: <http://www.sfd.gov.sa>
- لمزيد من التفصيل راجع موقع الهيئة العامة للاستثمار السعودي على الرابط التالي: <http://www.sagia.gov.eg/>
- لمزيد من التفصيل، راجع الصندوق الصناعي للتنمية السعودي على الرابط التالي: <http://www.sidf.gov.sa>
- لمزيد من التفصيل، راجع د. أحمد الكواز، المعهد العربي للتخطيط، على الرابط التالي: www.arab-api.org/images/training/1/26_c28-5.p
- لمزيد من التفصيل، راجع وزارة الاقتصاد والتخطيط السعودية على الرابط التالي: www.mep.gov.sa
- لمزيد من التفصيلات حول الإستراتيجية الوطنية للصناعة، راجع قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (35) لسنة 1430/2/7هـ، موسوعة الأنظمة السعودية على الرابط التالي:
<http://www.Mohamoon-Ksa.com>
- لمزيد من التفصيلات: انظر وزارة التجارة والصناعة والطاقة في كوريا الجنوبية على الرابط الإلكتروني التالي:
<http://www.korea.net>
- موقع الهيئة العامة للاستثمارات السعودية على الإنترنت وهو: <http://www.sagia.gov.sa>

- موقع مركز التنافسية الوطني السعودي، على الرابط التالي:
<http://www.saudince.org.sa>
- وزارة المالية السعودية على الرابط التالي:
<http://www.MOF.gov.sa>
- مركز الأمم المتحدة لشؤون الشركات عبر الوطنية والتنمية العالمية، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، 1990.
- صندوق التنمية الصناعية السعودي، الإستراتيجية الصناعية، على الرابط التالي: <http://www.Sidf.gov.sa/Ar/industryi> in <http://www.Sidf.gov.sa/Ar/industryi> Saudi Arabia, pages/industrial strategy.aspx.
- صندوق التنمية الصناعية السعودي، تحليل أداء القطاع الصناعي خلال خطة التنمية الثامنة (2005-2009م)، وحدة الدراسات الاقتصادية، ربيع الأول 1431 هـ - 2010.
- الصندوق السعودي للتنمية، تحليل أداء القطاع الصناعي خلال الخطة الثامنة (2005م-2009م)، مارس 2010.
- الصندوق الصناعي للتنمية السعودي، تطور مؤشرات القطاع الخاص السعودي وأبرز التحديات التي تواجهه، قسم البحوث، وحدة الدراسات الاقتصادية، ديسمبر 2009.
- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الكويت 2011، 2012.
- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، ضمان الاستثمار "تطلق مؤشر ضمان جاذبية الاستثمار" لقياس جاذبية دول المنطقة والعالم للاستثمار، السنة الحادية والثلاثون، العدد الفصلي الأول (يناير- مارس) 2013.
- مؤسسة النقد العربي السعودي: على الرابط التالي:
<http://www.sama.gov.sa>
- المجالات والمقالات:
- مجلة الاقتصاد والأعمال، تطوير الصناعات العربية حل للمشكلات الاقتصادية، على الموقع التالي:
<http://www.startime.com/t=31297670>.
- مقال بعنوان، سهولة إجراءات الاستثمار الأجنبي قد تدفع بالمشروعات الجديدة إلى السعودية، الرابط التالي:
http://www.aleqt.com/2013/05/18/article_756495.h
- مقال بعنوان، الاستثمار الأجنبي المباشر ساهم في دفع عجلة التنمية

الصناعية، الثلاثاء 4 محرم 1433، العدد 15863، 2011. على
الموقع التالي:

<http://www.alriyadh.com/2011/11/29/article68-7071.htm>

● التقارير والنشرات:

- التقرير الاقتصادي العربي الموحد، قطاع الصناعة، 2008/2006.
 - التقرير الاقتصادي للصندوق السعودي للتنمية، قسم الدراسات الاقتصادية، ربيع الأول 1431هـ- مارس 2010.
 - النشرة الاقتصادية لدول الخليج، الاستثمارات الأجنبية المباشرة لدول الخليج، 16 أكتوبر 2011، نشرة مشتركة من بنك قطر الدولي (IBQ) وبنك الكويت الوطني (NBK).
- ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية:

- K Cairneross, The contribution of foreign and domestic capital to economic development, Reprinted in economic development, London, 1962.
- Abdulaziz Amahood , Foreign direct investment in Saudi Arabia: joint venture Equity shares and source country characteristics, A thesis submitted to Newcastle university Uk for the degree of doctor of philosophy in economics, December, 2010.
- Alice H. Amsden, import substitution in high-tech industries in Asia, Cepal Review 82., April 2004.
- A-M. Abdel Rahman. The determinants of foreign direct investment in the kingdom of Saudia Arabia, department of economics, king Saud University, September 2002, . available at: http://www.erf.org.eg/cms/uploads/pdf/1185355285_T.B_A_bdel_Rahman/pdf.
- Andrew Stoeckel, the global financial crisis and consequences, Australian national university, the Brookings institution, 2009.
- Chao-Weilan, Singapor's Export promotion strategy and Economic Growth (1965-1924), Working paper no. 116, issn

1414-3280, March 2001.

- Edwards, S., Openness, productivity and Growth: What do we really know?, Economic journal, 108, 1998.
- Global investment House: available at: <http://www.globalinv.net/Arabic.html>.
- Human Development reports, 2011, available at: <http://hdr.undp.org/en/reportsglobal/hdr2010/ch>.
- Ila Chaturvedia, Role of FDI in Economic Development of India: Sectoral Analysis, international conference on technology and Business Management, March 28-30, 2011.
- Johnson., H., "The Efficiency and Welfar implications of corporation", in international investment, Edited by john Du, Books, 1972.
- Kevin Honglin Zhang, How does affect a host country's export performance? The case of china, Department of economics, Illinois state university 2002, available at: <http://www.saculty.ashington.edu/karyiu/confer/xian05/pdf>.
- Kindelberger, C.P, American 13 business Abroad, London, 1969.
- Laza Kekic, The global economic crisis and FDI flows to emerging markets: For the first time ever, emerging markets are this year set to attract more than half of global FDI flows, the value Columbia center on sustainable interrogational investment, October 2009, available at: <http://vcc.columbia.edu/pub/documents/pdf>.
- M.A. Ramady and Mourad Mansour, the impact of Saudia Arabia's WTO accession on selected economic sectors and domestic economic reforms, world review of entrepreneurship, management, development, vol-2006. <http://faculty.keupm.edu.sa>.
- Maitena Duce and Banco de Espana, Definition of foreign direct investment (FDi): amethodological note 2003, p.p 205. available at: <http://www.bis.org/publ/cgfs22bde3.pdf>
- Mario Pezzini, industrial policies and territorial

development: lessons from Korea, development centre studies, OECD, April, 2012 . available at: <http://www.OECD.org>

- Martin F. J. Prachowny, Direct investment and the balance of payments of the united states: Aportfoloi approach, queen's university, 1972. available at. <http://www.nber.org/books/>
- Nursuhaili Shahrudin, Zarinah Yusof, Determinants of foreign direct investment in Malaysia: what matters most? Available at: www.techrepublic.com/determinants-of-foreign-direct/
- OECD, Benchmark, Definition of foreign direct investment, OECD, 1996.
- Raghar Nurkse, problems of capital formation in under developed countries, Oxford University, New York, 1996.
- Reuber., Grant L., private foreign investment in development, oxford: clarendon press, 1974.
- Robert M. Solow, Acontribution to the theory of economic Growth, the quarterly Journal of economics, Vol. 70, No. 1, 1956, available at: <http://www.econ.nyu.edu/user/debraj/courses/readings/solow/pdf>.
- Rory Terry, Foreign direct investment and economic Growth in developing Countries, state university. available at: <http://www.cis-wtamu.edu/home/index.php /swr/arti>.
- Sarah Yueting Tong, Foreign direct investment, technology transfer and firm performance, Hong Kong institute of economics and business strategies, April 2001.
- Seyed Komail and Amir Hortamani, The impact of trade integration on FDI flows: Evidence from Eu and Asian +3, university of Isfahan. Available at: <http://www.univ-lehavre-fr/actu/itlcge/pdf>
- Siwook Lee, Export-Led industrialization: Korea's experience and it's implications, department of economics, Myongji university, spring 2013. available at: <https://www>.

- kdevelopedia.org/nnt/idas/esset/2013/06/doc/pdf/6133.pdf.
- Soumitra Dutta and Mazen E. Coury, ict challenges for the arab world, available at: <http://www.mafhoum.com/press/7/212642.pdf>.
 - SOURCE:UNCTAD, World Investment Report, 2008.
 - Stephen Thomsen, Southeast Asia: The role of foreign direct investment policies in development, OECD, 19991.
 - Sutida Tambunlertchai, Foreign direct investment and export performance in Thailand, the honors college, Wesleyan university, 2009, available at: http://wescholar.wesleyan.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1381&context=etd_hon_theses.
 - Tan Sri Datuk Ibrahim, Gaining the competitive Edge in: Malaysia in corporated, 1990.
 - The Global Competitiveness report 2013-2014, available at: <http://www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2013-2014>.
 - The Global competitiveness report, 2011-2012, world economic forum, available at: <http://www.weforum.org/docs/wee/gcrroport-20>
 - UNCTAD, World investment Report 2013, available at:<http://UNCTAD.org/en/pages/media.media.aspx>.
 - UNCTAD, World investment Report, 2013, available at: <http://UNCTAD.org/en/pages/medi.aspx>.
 - UNCTAD: Transitional corporations in the world Development, trends and prospects, united nations, New York, 1988.
 - Unido: The role of industrial development in achievement of the millennium development goals proceedings of the industrial development, forum and associated round tables, Vienna 1-2 December, Vienna, 2004.
 - United nations conference on trade and development (UNCTAD), FDI down turn in 2001 touches almost all regions, TAD/INF/PR36, New York, 2001.

- United Nations, Africa's the technology gap, case studies on Kenya, Ghana, Uganda and Tanzania, July 2003.
- Upali Kumara, investment, industrialization and TNCS in selected Asian, regional development dialogue vol. 14, N4, 1993.
- Upali Kumara, investment, industrialization and TNCS in selected Asian, regional development dialogue Vol. 14, no. 4, 1993.
- Wong Hock Tsen, The determinants of foreign direct investment in the manufacturing industry of Malaysia, journal of economic cooperation 26, 2 (2005), <http://www.sesrtrcic.org/filos/article/89.pdf>.
- World Economic Forum (WEF): The Arab World Competitiveness, report 2013, Geneva.
- WTO: international Trade statistics 2009- world trade organization: available at: http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2009_e/its2009.pdf.
- Y. Al Yousef and M. Abu-ebid, Energy efficiency initiatives for Saudi Arabia on supply and demand sides, energy research institute, king Abdul-Aziz city for science and technology, Riyadh, Saudi Arabia, available at <http://www.intechopen.com/download/90t/pdf>.

العلاقة السببية بين الاستثمار الأجنبي المباشر والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي
في مصر خلال الفترة (1980-2010)

د. علي عبد الوهاب نجا

أستاذ مساعد بقسم الاقتصاد - كلية التجارة - جامعة الإسكندرية

1 : مقدمة

تتمثل القضية الرئيسية لدى صناعات السياسات الاقتصادية في كيفية الارتفاع بمعدل النمو الاقتصادي، أو بمعنى آخر ما هي العوامل التي تؤثر في مستوى الأداء الاقتصادي في المجتمع؟ غير أنه لا يوجد توافق بين الاقتصاديين في الإجابة على هذا التساؤل، حيث يرى البعض أن ذلك يتم من خلال انتهاج استراتيجية تشجيع الصادرات، والبعض الآخر يرى أنه يتم من خلال تشجيع (ث ج م)¹ باعتباره المسار الرئيس للنمو، كما يؤمن البعض الآخر أن مستوى الانفتاح التجاري في الدولة مهم بالنسبة للأداء الاقتصادي، غير أن هذا لا يتوقف على التجارة الخارجية، بل يتعداه ويتضمن تدفقات رؤوس الأموال الدولية التي تزايدت بصورة كبيرة في العقود الأخيرة وبخاصة (ث ج م) منها (Alguacil, et al., 2002, P. 375). ونتيجة للتعارض بين وجهات النظر المختلفة في هذا الشأن، فقد استحوذت دراسة العلاقة بين الاستثمار الأجنبي والانفتاح التجاري وخاصة الصادرات منها من ناحية والنمو الاقتصادي من ناحية أخرى على اهتمام كبير في الدراسات التجريبية، بهدف معرفة العلاقة السببية بينهم.

لقد مرت السياسة الاقتصادية الخارجية بمصر بتطورات كبيرة خلال السنوات الماضية تمثلت في التحول من الاقتصاد المغلق وسياسة الإحلال محل الواردات خلال عقد الستينيات وبداية السبعينيات إلى

1 (ث ج م) تشير إلى الاستثمار الأجنبي المباشر أو الاستثمارات الأجنبية المباشرة وفقاً للسياق الوارد به.

التوجه الخارجي والانفتاح على العالم وتشجيع تدفقات (ث ج م)، وتقديم عديد من الضمانات والحوافز لها بداية من سياسة الانفتاح الاقتصادي في منتصف السبعينيات، وبصورة أكبر في بداية التسعينيات من خلال برنامج الإصلاح الاقتصادي (Khorshid, et al., 2011, P. 9)، وقد ترتب على هذه الإصلاحات تطوراً كبيراً فيما يتعلق بالقطاع الخارجي وتدفقات (ث ج م)، وأثر هذا بدوره في مستوى الأداء الاقتصادي بصفة عامة ومعدل النمو الاقتصادي بصفة خاصة.

1 - 1 : مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في التحقق من طبيعة العلاقة بين كل من: (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في واقع الاقتصاد المصري، بغرض التعرف على العلاقة السببية بين هذه المتغيرات الاقتصادية الثلاثة، وتحديد أي منهم يؤثر في الآخر ويكون السبب فيه؟ بمعنى لأي منهم يكون السبق في التأثير على الآخر؟ ويمكن التمييز في هذا الصدد بين ثلاثة آراء (Klasra, 2011, P. 123)، (Meerza, 2012, PP. 1, 2) الأول: أن العلاقة بين كل متغيرين منهم تكون أحادية الاتجاه، الثاني: أن العلاقة بين كل متغيرين منهم تكون ثنائية الاتجاه، الثالث: أنه لا توجد علاقة سببية بين هذه المتغيرات. وقد شهدت السنوات الأخيرة بمصر تطورات كبيرة فيما يتعلق بتشجيع تدفقات (ث ج م)، وزيادة الانفتاح على العالم الخارجي، مما أدى إلى ارتفاع مستوى العولمة الاقتصادية بها، غير أن تدفقات (ث ج م) ومستوى الأداء الاقتصادي متمثلاً في معدل النمو الاقتصادي لم يكن عند المستوى المطلوب والمتوقع، وبالتالي، لم تنجح هذه السياسات في تحقيق أهدافها بفاعلية، الأمر الذي يثير عديد من التساؤلات أهمها: إلى أي مدى أسهمت سياسات الإصلاح المتعاقبة في تطوير القطاع الخارجي؟ هل أسهم تطور هذا القطاع في زيادة معدل النمو بالاقتصاد المصري؟ وما هي طبيعة العلاقة السببية بين كل من: (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في واقع الاقتصاد المصري؟ وأي منهم يسبب الآخر؟ أم أن العلاقة بينهم تكاملية؟

تتمثل أهمية البحث في أن فهم العلاقة السببية بين كل من: (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي يعد من الأمور المهمة في إعادة صياغة وتوجيه السياسات الاقتصادية بالمجتمع، إذ أن العلاقة بين هذه المتغيرات ومدى تأثير كل منها على الآخر يكون له أساس نظري منطقي يتم من خلاله هذا التأثير، وبدون فهم اتجاه ونمط وآليات هذه التأثيرات لا يمكن اتخاذ سياسة فعالة في تعزيز النمو الاقتصادي، ولذا، يكون من المهم تحديد العلاقة بين هذه المتغيرات كي يمكن صياغة السياسات الاقتصادية بصورة سليمة. وبالتالي، فإن هذا البحث يمثل أساس تطبيقي لتدعيم العلاقة بين هذه المتغيرات الثلاثة واختيار السياسات التي تحقق الاستفادة من التفاعل الإيجابي بينهم بما يدعم أهداف التنمية بالمجتمع المصري.

ووفقاً لذلك فإن الهدف الأساسي لهذا البحث يتمثل في تحليل العلاقة السببية بين كل من: (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في مصر خلال الفترة (1980-2010)، بهدف تقدير العلاقات بينهم وتحديد أي منهم يسبب الآخر، فضلاً عن القنوات التي يتم من خلالها انتقال هذا التأثير، وبصورة أكثر تفصيلاً تتمثل أهداف هذا البحث فيما يلي:

- دراسة العلاقة بين (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو في الأدب الاقتصادي، بغرض تحديد العلاقة السببية بينهم وفقاً للتأصيل النظري والدراسات التطبيقية.
- دراسة تطور (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في مصر خلال فترة الدراسة.
- قياس العلاقة بين (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في الأجلين القصير والطويل.
- تحديد اتجاه العلاقات السببية بين (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في مصر.

- تقديم بعض التوصيات في ضوء ما يتم التوصل إليه من نتائج، التي يمكن أن تسهم في الارتفاع بمستوى الأداء الاقتصادي وتحقيق أهداف التنمية في مصر مستقبلاً.

1 - 3: منهج البحث

يستخدم البحث الأسلوب الكمي في التحليل بالاعتماد على المنهج التحليلي القياسي، حيث يتم استقراء البيانات الكمية عن (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في مصر خلال الفترة (1980-2010)، واستنباط العلاقات بينهم، ثم من خلال النموذج القياسي الذي يعتمد على أسلوب التكامل المشترك لجوهانسون، وباستخدام نموذج {Vector Error Correction Model (VECM)}، يتم قياس العلاقة بينهم في كل من الأجل الطويل والأجل القصير، فضلاً عن تحديد اتجاه العلاقة السببية بينهم من خلال تحليل جرانجر للسببية اعتماداً على نموذج (VECM)، وذلك باستخدام البرنامج الإحصائي (EViews).

1 - 4: خطة البحث

يستعرض البحث العلاقة بين (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو في الأدب الاقتصادي، ثم دراسة تطور هذه العلاقة في واقع الاقتصاد المصري من خلال المؤشرات التي تعبر عن هذه المتغيرات، وتحديد الأهمية النسبية لكل من: (ث ج م) ومستوى الانفتاح التجاري خلال فترة الدراسة، ثم من خلال بناء نموذج قياسي يتم قياس العلاقة بين (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي، فضلاً عن تحديد اتجاه العلاقات السببية بينهم. وبالتالي، فإنه بعد هذه المقدمة ينقسم البحث إلى أربعة أقسام تتناول: العلاقة بين (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو في الأدب الاقتصادي، ودراسة تطور هذه العلاقة في الاقتصاد المصري خلال الفترة (1980-2010)، وقياس العلاقات الكمية والسببية بينهم في مصر خلال تلك الفترة، والنتائج والتوصيات.

2 : العلاقة بين (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو في الأدب الاقتصادي

تؤكد الأدبيات الاقتصادية على أن الانفتاح التجاري وخاصة الصادرات تقود النمو الاقتصادي، كما أن (ث ج م) يقود الصادرات،

والنمو الاقتصادي هو المحرك للصادرات، هذه الفروض تدل على وجود تداخل كبير في العلاقة بين هذه المتغيرات، غير أنها في الوقت نفسه ليست قاطعة (Klasra, 2011, P. 223). وترجع أهمية دراسة العلاقة بين الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي أنها تساعد في فهم مدى تأثير (ث ج م) على النمو الاقتصادي، كما تسهم في الوقت نفسه في تفسير العلاقة بين (ث ج م) والتجارة، وبالتالي، دور (ث ج م) في عمليات التنمية التي تمثل الهدف الأساسي لكافة المجتمعات، الأمر الذي يساعد في إعادة صياغة السياسات الاقتصادية وتوجيهها بما يزيد من تدفقات (ث ج م) ويفعل من أثرها الإيجابي على التنمية الاقتصادية محلياً (Meerza, 2012, P. 1). وسيتم تناول هذا القسم من خلال بندين فرعيين يتناولان: الأدبيات النظرية للعلاقة بين هذه المتغيرات، والأدبيات التجريبية التي تتعلق بها.

2 - 1: الأدبيات النظرية

منذ بداية سبعينيات القرن الماضي تم احراز تقدم كبير فيما يتعلق بإصلاح السياسات التجارية في معظم الدول النامية، والتحول من استراتيجية الإحلال محل الواردات إلى استراتيجية التوجه إلى التصدير. وذلك للدور الفعال للأداء التصديري في تحسين الأداء الاقتصادي لأنه يؤثر بفاعلية في مستوى الإنتاج، وبالتالي، في معدل النمو الاقتصادي، وذلك لسيادة فكرة أن الصادرات تقود النمو، وقد كشفت عديد من الدراسات عن وجود تأثير إيجابي للانفتاح التجاري على النمو (Rahman, 2009, P. 141)، والبعض الآخر يشكك في ذلك، بل هناك من يؤيد الفرضية العكسية وهو أن النمو الاقتصادي هو الذي يقود الصادرات (Cuadros, et al., 2006, P. 167). وبالتالي، فإن الأدلة عن العلاقة بين الانفتاح والنمو الاقتصادي غير حاسمة، ويعزى ذلك إلى اختلاف المنهجيات والنماذج التي تناولت هذه العلاقة، فضلاً عن اختلاف ظروف الدول. والنقطة الرئيسية بهذا البحث تتمثل في تحليل أثر سياسة التحرير والانفتاح ليس لزيادة التجارة فقط، ولكن أيضاً لتأثيرها على تدفقات رؤوس الأموال

وبخاصة (ث ج م)¹، الذي تزايد معدل نموه بما يفوق معدل نمو التجارة العالمية والنتائج العالمي بكثير بين عامي 1975، 1995، وما نتج عنه من ارتفاع حجم رصيد رأس المال من 4.5% إلى 9.7% من الناتج العالمي فيما بين العامين السابقين²، كما ارتفعت قيمة مبيعات الشركات متعددة الجنسيات عن قيمة الصادرات العالمية خلال تلك الفترة (Cuadros, et al., 2006, P. 168). وسوف يتم تناول الأدبيات النظرية بهذا البند من خلال تناول: العلاقة بين تدفقات (ث ج م) والنمو الاقتصادي، وعلاقة الانفتاح التجاري بالنمو الاقتصادي، وأخيراً العلاقة بين تدفقات (ث ج م) والانفتاح التجاري، وذلك بإيجاز على النحو التالي.

أولاً: العلاقة بين تدفقات (ث ج م) والنمو الاقتصادي: يعد (ث ج م) عنصراً أساسياً في تحقيق التنمية الاقتصادية بالنسبة للدول النامية، حيث يسهم في تعزيز احتياجات هذه الدول من موارد النقد الأجنبي (Kose, et al., 2005, P. 34). كما تقترن تدفقات هذه الاستثمارات بعدد من الجوانب الإيجابية لعل أهمها: الحصول على التكنولوجيا الحديثة، والمهارات الإدارية والتنظيمية، وتوفير مزيد من فرص العمل، ورفع مستوى الإنتاجية، فضلاً عن تحفيزه وتكامله مع الاستثمارات المحلية، وتحسين بيئة الأعمال المحلية، والارتفاع بمستوى الأداء التصديري وفتح قنوات جديدة للتسويق،.. الخ، وكلها عوامل تفتقد إليها الدول النامية، ولذا، تسهم هذه الاستثمارات إيجابياً في تحقيق أهداف التنمية بالدولة المضيفة (Anyanwu, 2011, P. 5)، (Temiz & Gokmen, 2009, P. 1).

- 1 فقد كانت تدفقات (ث ج م) على المستوى العالمي حوالي 500 بليون دولار في المتوسط سنوياً خلال عقد التسعينيات ارتفعت إلى ما يفوق 1.25 تريليون دولار في المتوسط سنوياً خلال العقد الأول من الألفية الثالثة (UNCTAD, 2012).
- 2 حيث أنه خلال الفترة (1986-1999)، كان معدل نمو تدفقات (ث ج م) على المستوى العالمي 17.7% في المتوسط سنوياً، بينما كان معدل نمو الناتج العالمي، والصادرات العالمية 2.5%، 5.6% في المتوسط سنوياً لكل منهما على التوالي (Durlauf & Blume, 2008, P. 459).

لقد أكدت عديد من الدراسات على الأثر الإيجابي لتدفقات (ث ج م) على الأداء الاقتصادي بالدول النامية، حيث يعزز النمو بالدولة المضيفة، نظراً لأن تدفقات رؤوس الأموال المصاحبة لهذه الاستثمارات تقترن بعديد من المزايا السابق الإشارة إليها (Balamuurali & Bogahawatte, 2004, PP. 37, 38)، وقد أيدت الدراسات التجريبية أن الدول التي يتدفق إليها قدر أكبر من هذه الاستثمارات تحقق معدلات نمو أعلى، كما في دول جنوب شرق آسيا والصين³، والعكس صحيح، كما هو الحال في الدول الأفريقية⁴. ومن ناحية أخرى يمكن أن يترتب على تدفقات (ث ج م) آثاراً سلبية على الأداء الاقتصادي بالدولة المضيفة، فقد تكون تدفقات (ث ج م) بديل عن المدخرات المحلية، ويترتب عليه أثر المزاحمة للاستثمارات المحلية ونقل التكنولوجيا التقليدية والقديمة، كما يمكن استخدام تكنولوجيا تحل محل العمل وتقلل من فرص العمل في هذه الحالة، كما لا تسهم في زيادة التصدير وتحسين الميزة التنافسية بالدولة المضيفة، فضلاً عن التدفق العكسي لتحويلات الأرباح - إذا ما أخذ في الاعتبار ممارسات التسعير التحويلي - والتنازلات الكبيرة الممنوحة في الدول المضيفة لجذب هذه الاستثمارات (Shahbaz & Rahman, 2011, P. 3)، (Kiran, 2011, P. 150).

شجعت دراسة العلاقة بين (ث ج م) والنمو الاقتصادي على وجود عديد من الدراسات التجريبية في الأدب الاقتصادي سواء بالدول المتقدمة أو النامية، وقدمت ضمن نماذج النمو النيوكلاسيكية من خلال

3 فقد كانت تدفقات (ث ج م) إلى الصين حوالي 101 مليار دولار في المتوسط سنوياً خلال العقد الأول من الألفية الثالثة، وبما يمثل 27%، 9% من إجمالي التدفقات إلى الدول النامية، والتدفقات العالمية على التوالي، وبمعدل نمو 15% في المتوسط سنوياً (UNCTAD, 2012).

4 فقد انخفضت تدفقات (ث ج م) إلى الدول الأفريقية من إجمالي التدفقات إلى الدول النامية من حوالي 19% في المتوسط سنوياً خلال عقد السبعينيات من القرن الماضي إلى 9% في عقد الثمانينيات، ثم إلى 3% في عقد التسعينيات (Chowdhury & Mavrotas, 2003, P. 10).

نماذج النمو الذاتية، وقد تم دراسة هذه العلاقة من خلال أربع قنوات رئيسية هي (Chowdhury & Mavrotas, 2003, P. 9): محددات النمو الاقتصادي، ومحددات (ث ج م)، ودور الشركات متعددة الجنسيات في الدولة المضيفة⁵، واتجاه العلاقة السببية بين (ث ج م) والنمو الاقتصادي. ويلاحظ أن بعض الدراسات لم تجد علاقة سببية بين (ث ج م) والنمو الاقتصادي، بينما البعض الآخر وجد علاقة أحادية الاتجاه، وعلى العكس وجد البعض منها أن العلاقة بينهما تكون ثنائية الاتجاه. غير أنه تؤكد التجربة العملية للعلاقة بين (ث ج م) والنمو في الدول النامية التي يمكن استنباطها من خلال عديد من الدراسات التجريبية، أن الآثار الإيجابية لتدفقات (ث ج م) على النمو تتوقف على مدى توافر عدد من الشروط في اقتصاديات الدولة المضيفة، لعل أهمها: الطاقة الاستيعابية، ومستوى رأس المال البشري، ونظام التجارة، ودرجة الانفتاح الاقتصادي، ومدى الاستقرار السياسي والاقتصادي، الخ (Chowdhury & Mavrotas, 2003, P. 10). إذ يتطلب تحقيق الآثار الإيجابية لتدفقات (ث ج م) حد أدنى من هذه الشروط، تلك التي تتوفر إلى حد ما في بعض الدول النامية ذات الدخل المتوسط والمرتفع (Cuadros, et al., 2006, PP. 172, 173).

ثانياً: العلاقة بين الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي: لقد كان لأثر السياسة التجارية على النمو الاقتصادي دور مهم في الأبحاث سواء النظرية أو التجريبية في الأدب الاقتصادي، وهناك عديد من الدراسات تؤكد على الآثار الإيجابية للانفتاح التجاري على النمو في الدولة، حيث يسهم في تحسين الأداء الاقتصادي بها، والمنطق وراء ذلك هو أن تحرير التجارة يقلل من التحيز ضد الصادرات ويجعل الدولة أكثر قدرة على المنافسة

5 حيث تعد الشركات متعددة الجنسيات أهم الأشكال التي يأخذها (ث ج م)، وأنها مسؤولة عن أكثر من 80% من تدفقات (ث ج م) على مستوى العالم، وتؤكد الشواهد العلمية القدرة المتزايدة لهذه الشركات في الاقتصاد العالمي حتى أنها أصبحت ظاهرة يمكن أن تفسر من خلالها حركة انتقال رؤوس الأموال العالمية (Demirhan & Masca, 2008, P. 357).

في الأسواق الدولية، فضلاً عن تحقيق الاستغلال الأفضل للموارد المتاحة وفقاً لمنطق الميزة النسبية، والحصول على المدخلات بتكلفة أقل وجودة أعلى، ومواكبة التطورات التكنولوجية بصورة مستمرة، وكلها أمور تسهم في رفع كفاءة وإنتاجية عوامل الإنتاج (Agénor, 2002, P. 4)، وأكدت عديد من الدراسات علي وجود علاقة إيجابية بين الانفتاح التجاري والنمو (Kose, et al., 2006, P. 179)، وعادة ما تكون الاستفادة أكبر في حالة الدول الصغيرة⁶، نتيجة لتحسين الكفاءة الداخلية والتنافسية بها رغم أنها تكون أكثر تأثراً بالصدمات الخارجية (Read, 2004, PP. 368, 369).

معظم البحوث التجريبية التي تناولت أثر الانفتاح التجاري على النمو ركزت على الآثار المفيدة للصادرات على الأداء الاقتصادي، وفقاً لفرضية أن الصادرات تقود النمو. وتستند هذه الفرضية إلى أن الصادرات تعد واحدة من المحددات الرئيسة للنمو الاقتصادي نتيجة لآثارها المتعددة في تعزيز النمو سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة من خلال (Araujo & Soares, 2011, P. 2): التأثير الإيجابي في الإنتاجية، وزيادة الطلب على المنتجات المحلية، وتحسين تقنيات الإنتاج والحصول على التكنولوجيا الحديثة، وزيادة استخدام رأس المال والاستفادة من وفورات الحجم الكبير، وتوفير الصرف الأجنبي، كما أن الصادرات من المرجح أن تزيد من النمو الاقتصادي في الأجل الطويل من خلال تشجيع الارتفاع بمعدل الابتكار التكنولوجي والتعليم والتدريب تلك الأمور التي تتم بصورة ديناميكية نتيجة للتعامل مع العالم الخارجي وزيادة درجة المنافسة (Meerza, 2012, P. 1)، (Cuadros, et al., 2006, PP. 170, 171).

رغم تأكيد عديد من الاقتصاديين على الأثر الإيجابي للانفتاح التجاري على النمو وفقاً لفرضية أن الصادرات تقود النمو نظراً لما يرتبط بها من جوانب إيجابية متعددة على مستوى الأداء الاقتصادي

6 قد تكون هذه الآثار سلبية في حالة ضعف القدرة التنافسية للدولة، كما في حالة الدول الأفريقية جنوب الصحراء.

بالدولة، ووجود عديد من الدراسات تؤيد هذه الفرضية وتكشف عن الآثار الإيجابية للانفتاح على النمو، إلا أن البعض الآخر يشكك فيها (Cuadros, et al., 2006, P. 183). ويعزى عدم الاتفاق على أن الصادرات تقود النمو إلا أن الانفتاح ينطوي على أكثر من مجرد التجارة بالدول النامية، حيث يتضمن تحركات رؤوس الأموال، وقد تنطوي هذه التحركات على تقلبات اقتصادية تضعف الأداء الاقتصادي ولا تدعمه بسبب عدم توافر الشروط الملائمة محلياً لذلك بالدولة.

يتضح من ذلك أن طبيعة العلاقة بين الصادرات والنمو لا تزال موضع نقاش بين عديد من الاقتصاديين والباحثين، وما إذا كان الأداء الاقتصادي قائم على أساس أن الصادرات تقود النمو أم أن النمو هو الذي يقود الصادرات، أم أن العلاقة بينهما تكاملية ويدعم كل منهما الآخر، كما أن الآثار المترتبة على الانفتاح التجاري مرهونة بالظروف المحلية ومدى الاختلالات التي يعاني منها الاقتصاد وجودة المؤسسات وفعاليتها، وتلك الأمور تختلف من دولة إلى أخرى (Klasra, 2011, P. 224). (Meerza, 2012, P. 1).

ثالثاً: العلاقة بين تدفقات (ث ج م) والانفتاح التجاري: رغم أن النظريات التي تتعلق بالتجارة الخارجية و(ث ج م) مختلفة، حيث أن نظريات التجارة تحاول أن تفسر لماذا يكون هناك تعامل فيما بين الدول وبعضها، بينما نظريات (ث ج م) تحاول أن تفسر لماذا تقوم الشركات بالإنتاج في الخارج في دولة معينة، غير أن العلاقة بين (ث ج م) والتجارة كانت موضوعاً للعديد من الدراسات التطبيقية. وهناك أدلة متضاربة بشأن أثر الانفتاح التجاري على تدفقات تلك الاستثمارات، ويتوقف ذلك على نوع الاستثمار، حيث في حالة (ث ج م) الباحث عن الأسواق، فإن القيود على التجارة، وبالتالي، درجة أقل من الانفتاح يكون لها تأثير إيجابي على تدفقات تلك الاستثمارات، حيث يكون هدفها القفز على الرسوم الجمركية وإقامة تلك الاستثمارات كبديل عن التصدير إلى الدولة المضيفة (Demirhan & Masca, 2008, P. 359). بينما في حالة الاستثمار

الموجه نحو التصدير وخاصة من قبل الشركات متعددة الجنسيات تفضل الاستثمار في الاقتصاديات الأكثر انفتاحاً، نظراً للعديد من العيوب التي تصاحب القيود على حركية السلع ورؤوس الأموال وارتفاع تكاليف المعاملات الخاصة بالتصدير، وهو ما تؤيده تجربة الصين الناجحة في السنوات الأخيرة (Tang, et al., 2008, P. 13)، (Shahbaz, et al., 2008, P. 480). ويمكن تفسير هذه العلاقة بصورة أكبر وفقاً للمدخلين التاليين (Kiran, 2011, PP. 150, 151):

المدخل الأول: إذا ما كان (ث ج م) بديلاً للتجارة أو مكماً لها: يعتمد هذا- وفقاً لنظرية التجارة - على دوافع (ث ج م)، فإذا كان من النوع الرأسي، حيث أن الشركات متعددة الجنسيات تقسم مراحل الإنتاج جغرافياً، فيكون (ث ج م) من النوع المحفز للتجارة ومتكاملاً معها، ومن ثم، يستفيد الإنتاج المحلي من الاستثمارات الخارجية (Dunning, 2009, P. 11). بينما إذا كان (ث ج م) من النوع الأفقي، حيث تقوم الشركات متعددة الجنسيات بإنتاج السلع النهائية في مواقع متعددة ويمثل طريقاً لتصريف الإنتاج الأجنبي في السوق المحلي بالدولة، وفي هذه الحالة يكون (ث ج م) بديلاً عن التجارة⁷. ووفقاً للنظرية النيوكلاسيكية يتم توضيح العلاقة بين تحركات رؤوس الأموال وتجارة السلع في إطار نظرية "هيكشر أولين- سامويلسون (HO-SS)"⁸، وتبنى نظرية التجارة هذه على عدد من الافتراضات، لعل أهمها: تجانس السلع، ثبات ظروف الإنتاج، ثبات غلة الحجم، تماثل الأنواع بكافة الدول، والمنافسة الكاملة بكافة الأسواق،..إلخ. وبالتالي، فإن التجارة الدولية يمكن أن تكون بديلاً عن الحركة الدولية لعوامل الإنتاج فيما بين الدول، بما في ذلك (ث ج م)

-
- 7 وذلك في حالة (ث ج م) الباحث عن السوق الذي يهدف إلى خدمة السوق المحلي بالدولة المضيفة ويعمل على تكرار مرافق الإنتاج بها والقفز على الحواجز الجمركية وإحلال (ث ج م) بدلاً من التصدير، ولذا، ينجذب إلى الدول ذات الأسواق الواسعة وسريعة النمو (Dunning & Lundan, 2008, PP. 67-73).
- 8 وهو ما يعرف بنموذج (HO - SS) الذي يجمع بين تحليل كل من (Hecksher - Ohlin, Stolper-Samuelson).

ويتم تحقيق التخصص وفقاً للمزايا النسبية المرتبطة بالوفرة والندرة النسبية لعوامل الإنتاج، ومن ثم، يكون (ث ج م) والتجارة متكاملان⁹. غير أنه نظراً لعدم تحقق الافتراضات الخاصة بنظرية التجارة سالفة الذكر، ووجود عديد من القيود والحواجز، وارتفاع الحماية الجمركية، وارتفاع تكاليف النقل،.. إلخ، يؤدي هذا إلى التوسع الأفقي في الإنتاج لدى الشركات متعددة الجنسيات عبر الحدود، وبالتالي، يكون (ث ج م) بديلاً عن التجارة ويحد منها. ولذا، فإنه يصعب التكهن إذا ما كان (ث ج م) بديل أو مكمل للتجارة في ظل اختلاف الظروف الواقعية وعدم تحقق الافتراضات الخاصة بنظريات التجارة الدولية، وهو ما أوضحتها عديد من الدراسات التجريبية في هذا الشأن (Huilu, 2010, PP. 123, 124).

المدخل الثاني: إذا ما كان (ث ج م) يسبب التجارة أو العكس: فهي علاقة معقدة - أيضاً - حيث أن عديد من الدراسات وجدت أنها تكون علاقة ثنائية الاتجاه، والبعض الآخر وجد أنها تكون أحادية الاتجاه وعادة ما تكون من (ث ج م) إلى كل من الصادرات والواردات. فمن ناحية يؤدي (ث ج م) إلى حفز الصادرات من خلال تراكم رؤوس الأموال والمساعدة على نقل التكنولوجيا والمنتجات الجديدة إلى الصادرات، فضلاً عن الوصول إلى الأسواق العالمية الجديدة، وتدريب القوة العاملة المحلية، وتحديث التقنيّة والمهارات الإدارية والتجارية (Kiran, 2011, P. 150). ومن ناحية أخرى يؤثر (ث ج م) على الواردات في الدولة المضيفة، سواء المرتبطة بالاستثمار في مرحلته الأولى أو مرحلة عمليات الإنتاج، حيث في مرحلة الاستثمار الأولى يتم استيراد المعدات والآلات وتجهيزات الإنشاءات والخبراء وعادة ما تكون شركات (ث ج م) لديها ميول عالية لاستيراد رأس المال والسلع الوسيطة والخدمات التي لا تتوفر بسهولة في الدولة المضيفة، وكلها أمور ترفع

9 ذلك في حالة (ث ج م) الباحث عن المواد الخام أو الموقع أو التكلفة المنخفضة مثل العمالة الرخيصة، ومن ثم، يسهم في زيادة الصادرات بالدولة المضيفة وتحسين وضع ميزان المدفوعات بها (Huilu, 2010, PP. 123, 124).

من قيمة الواردات في الميزان التجاري (Huilu, 2010, P. 125)، وفي المرحلة اللاحقة أثناء عمليات الإنتاج يتوقف الأمر على طبيعة المدخلات ونوع الإنتاج والعلاقة مع الأنشطة الأخرى، فإذا كان (ث ج م) يستخدم المواد الخام المحلية والمستلزمات الأخرى محلياً، فإنه يكون له تأثير سلبي كبير على الواردات، وعلى العكس من ذلك إذا كان يعتمد على المدخلات المستوردة مثل: المواد الخام والمهارات البشرية وغيرها من الأصول غير الملموسة فإنه يؤثر على الواردات بشكل إيجابي (Kiran, 2011, P. 150).

هذا الاستعراض الموجز للأدب الاقتصادي يسهم في فهم العلاقة بين الانفتاح التجاري، و(ث ج م)، من أجل تحديد مدى الارتباط بين الانفتاح التجاري والأداء الاقتصادي في الدول النامية، حيث أن (ث ج م) يسهم في زيادة الصادرات بصورة غير مباشرة، ويؤثر هذا في مستوى الإنتاجية، وبالتالي، في معدل النمو الاقتصادي، وهو ما سوف يتم التحقق منه في واقع الاقتصاد المصري في الجانب القياسي.

2 - 2: الأدبيات التجريبية

استحوذت دراسة العلاقة بين كل من: (ث ج م) والنمو الاقتصادي من ناحية، و(ث ج م) والانفتاح التجاري أو التجارة الخارجية وخاصة الصادرات من ناحية أخرى، فضلاً عن الانفتاح التجاري وخاصة الصادرات وعلاقتها بالنمو الاقتصادي علي اهتمام كبير في الدراسات التجريبية، وبما يتناسب مع أهمية العلاقات بين هذه المتغيرات وتأثيرها في مستوى الأداء الاقتصادي بالمجتمع. وإن كانت الأدلة التجريبية المستمدة من الدراسات المختلفة لا تتفق بشأن اتجاه هذه العلاقات بسبب الاختلافات فيما بين الدول من حيث الهيكل الاقتصادي، واستراتيجيات التنمية، إلخ. وسوف يتم التركيز على الدراسات التي تتعلق بالدول النامية والاقتصاديات التي تمر بالمراحل الانتقالية، للاستفادة بها في واقع الاقتصاد المصري وبما يتماشى مع هدف البحث، ولعل أهم هذه الدراسات:

- دراسة بعنوان "الانفتاح والنمو: اعادة فحص الروابط بين (ث ج م) والتجارة والنتاج في أمريكا اللاتينية"، وذلك في كل من المكسيك والبرازيل والأرجنتين من خلال البيانات الفصلية خلال عقدي الثمانينيات والتسعينيات من القرن الماضي، واستخدمت الدراسة تحليل (VAR) وتحليل جرانجر للسببية. والنتائج التي تم التوصل إليها تدعم فاعلية الانفتاح التجاري في المكسيك والأرجنتين وتؤكد صحة فرضية أن الصادرات تقود النمو، فضلاً عن وجود علاقة قوية بين (ث ج م) والنمو الاقتصادي، بينما النتائج في البرازيل لا تدعم فرضية أن الصادرات تقود النمو، بل على العكس أن النمو يكون له تأثير إيجابي على الصادرات، كما لا توجد علاقة بين (ث ج م) والنمو، وهذا يعني أن القطاع المحلي هو الذي يحفز القطاع الخارجي بالبرازيل (Cuadros, et al., 2006).
- دراسة بعنوان "(ث ج م) والنمو الاقتصادي في سريلانكا"، وذلك خلال الفترة (1977-2003)، واستخدمت الدراسة نموذج (ECM) وتحليل جرانجر للسببية. وتوضح النتائج أن العلاقة تكون ثنائية الاتجاه بين كل من: (ث ج م) و(ن م ج)، والاستثمار المحلي و(ن م ج)، والانفتاح التجاري و(ن م ج)، وتؤكد على التأثير الإيجابي لتدفقات (ث ج م) وأهمية برنامج الإصلاح الاقتصادي في دعم النمو الاقتصادي في سريلانكا (Balamurali & Bogahawatte, 2004).
- دراسة بعنوان "علاقات السببية بين (ث ج م) والتجارة في تركيا"، باستخدام بيانات ربع سنوية خلال الفترة (1992-2008)، واستخدمت الدراسة نموذج (VAR) وتحليل جرانجر للسببية. وتوضح النتائج عدم وجود للعلاقة السببية بين (ث ج م) والتجارة (الصادرات أو الواردات) في تركيا، مما يتطلب إجراء بعض التحسينات في العوامل التي تؤثر على تدفقات (ث ج م) من خلال الأيد العاملة المدربة والمتعلمة، وتطوير النظام المالي وتحقيق

الاستقرار السياسي لتشجيع تدفقات هذه الاستثمارات بتركيا (Kiran, 2011).

- دراسة بعنوان " (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في باكستان وتركيا"، وذلك خلال الفترة (1975-2004)، واستخدمت الدراسة نموذج (ARDL) في تحليل السببية. وتوضح النتائج أن العلاقة تكون ثنائية الاتجاه بين كل من: الانفتاح التجاري والصادرات، والانفتاح التجاري والنمو في باكستان، وبين الصادرات و(ث ج م) في تركيا، كما تدعم النتائج أن النمو يقود الصادرات في كل من باكستان وتركيا (Klasra, 2011).
- دراسة بعنوان " (ث ج م) والنمو: من يسبب من؟" وذلك في كل من: شيلي وماليزيا وتايلاند خلال الفترة (1996-2000)، واستخدمت الدراسة نموذج (Toda-Yamamoto) في تحليل السببية. وتشير النتائج أن العلاقة بين (ث ج م) و(ن م ج)، تكون أحادية الاتجاه في شيلي، حيث أن (ن م ج) يسبب (ث ج م) ويكون سابق عليه، بينما تكون العلاقة بينهما ثنائية الاتجاه وقوية في كل من ماليزيا وتايلاند (Chowdhury & Mavrotas, 2003).
- دراسة بعنوان "العلاقة السببية بين التجارة و(ث ج م) والنمو الاقتصادي في بنجلاديش"، وذلك خلال الفترة (1973-2008)، واستخدمت الدراسة تحليل جوهانسون في اختبار التكامل المشترك وتحليل جرانجر للسببية. وتوضح النتائج أن النمو يقود كل من (ث ج م) والصادرات، كما تكون العلاقة بين (ث ج م) والصادرات في اتجاه واحد، حيث أن الصادرات تسبب (ث ج م) وتكون سابقة عليه (Meerza, 2012).
- دراسة بعنوان " (ث ج م) والصادرات في تركيا: خلال الفترة (1991-2008)"، وذلك باستخدام بيانات شهرية، من خلال نموذج (VECM) واختبار جرانجر للسببية. وتوضح النتائج أن العلاقة بين (ث ج م) والصادرات تكون أحادية الاتجاه، وتكون من الصادرات إلى

(ث ج م) وليس العكس، سواء في الأجل القصير أو الأجل الطويل (Temiz & Gokmen, 2009).

- دراسة بعنوان "العلاقة السببية بين (ث ج م) والتجارة والنمو الاقتصادي في باكستان"، وذلك باستخدام بيانات السلاسل الزمنية الربع سنوية خلال الفترة (1998-2009)، باستخدام منهج (VAR) ونموذج (VECM) في تحليل علاقات السببية. وتوضح النتائج وجود علاقة ثنائية الاتجاه بين (ث ج م)، والصادرات، والنمو الاقتصادي، كما توجد علاقة أحادية الاتجاه مع الواردات، حيث تسبب الواردات كل من (ث ج م) والنمو الاقتصادي (Iqbal, et al., 2010).
- دراسة بعنوان "تدفقات (ث ج م) والنمو الاقتصادي في الصين"، وذلك خلال الفترة (1983-2001)، باستخدام نموذج (ARDL) للتكامل المشترك وتحليل جرانجر للسببية. وتوضح النتائج أن (ث ج م) لم يسبب النمو الحقيقي في الصين، بل على العكس أن النمو الاقتصادي هو سبب زيادة تدفقات (ث ج م) إليها (Mah, 2010).
- دراسة بعنوان "(ث ج م) والصادرات والأداء المحلي في المكسيك: تحليل السببية"، وذلك باستخدام بيانات ربع سنوية خلال الفترة (1980-1999)، ونموذج جرانجر المطور للسببية. وتدعم النتائج فاعلية التوجه إلى الخارج بالمكسيك، حيث تؤكد على فرضية أن الصادرات تقود النمو، كما يؤثر (ث ج م) إيجابياً على كل من الصادرات والنمو الاقتصادي، وكذلك على الدخل القومي وإن كان بصورة غير مباشرة من خلال تأثيره على الصادرات (Alguacil, et al., 2002).
- دراسة بعنوان "(ث ج م) والصادرات والنمو الاقتصادي في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا" خلال الفترة (1970-2008) واستخدمت الدراسة نموذج الانحدار الذاتي (VAR). وتشير النتائج إلى وجود علاقة ثنائية الاتجاه بين المتغيرات الثلاثة، حيث أن (ث ج م) يؤدي إلى زيادة الصادرات التي تؤدي بدورها إلى ارتفاع معدل

النمو، مما يشجع على زيادة تدفقات (ث ج م)، وهكذا (Ahmadi & Ghanbarzadeh, 2011).

الارتباط بين الانفتاح والنمو مازال سؤلاً مفتوحاً في الأدب التجريبي، على الرغم من أنه وجدت عديد من الدراسات تؤكد على أن الانفتاح له أثر إيجابي على الأداء الاقتصادي، غير أن البعض الآخر يشكك في أهمية ومعنوية هذه النتيجة. والنقطة التي يركز عليها هذا البحث تنطوي على أكثر من تحرير التجارة وهي الأهمية المتزايدة لتدفقات رؤوس الأموال الدولية وبخاصة (ث ج م)، ويبدو أنه عنصر مهم في السياسات ذات الصلة بالاقتصاديات الموجهة للخارج (Cuadros, et al., 2006, P. 167).
يجدر بالذكر أن البحث الحالي يختلف عن الدراسات السابقة في عدة جوانب لعل أهمها:

- معظم الدراسات استخدمت علاقات ثنائية للمتغيرات، ولكن هذا البحث ينطوي على ثلاثة متغيرات ويبحث علاقات التفاعل بينهم.
- يستخدم منهج قياسي يجمع بين عمليات التقدير للعلاقات بين المتغيرات كمياً في الأجلين القصير والطويل، فضلاً عن تحديد اتجاه علاقات السببية بينهم.
- ندرة مثل هذه الدراسات في المنطقة العربية بصفة عامة والاقتصاد المصري بصفة خاصة.
- يتناول فترة أحدث نسبياً مقارنة بمعظم الدراسات السابقة.

3 : تطور (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في مصر خلال الفترة (1980-2010)

لقد مرت السياسة الاقتصادية الخارجية في مصر بتطورات كبيرة خلال السنوات الماضية، حيث تحولت من الاقتصاد المغلق وانتهاج سياسة الإحلال محل الواردات التي كانت سائدة في عقد الستينيات وبداية السبعينيات من القرن الماضي إلى التوجه الخارجي والانفتاح على العالم من خلال تخفيض القيود على الواردات وتشجيع الصادرات وتحرير أسعار الصرف تدريجياً، فضلاً عن تشجيع تدفقات (ث ج م)،

وتقديم عديد من الضمانات والحوافز لها بداية من سياسة الانفتاح الاقتصادي في منتصف السبعينيات (Dumludag, 2010, P. 5). كما أنه نتيجة للعديد من المشكلات والاختلالات التي واجهت الاقتصاد المصري خلال عقد الثمانينيات بسبب تفاقم الديون الخارجية، فقد اتجهت الحكومة المصرية إلى تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي والتكيف الهيكلي (ERSAP) في عام 1991، بدعم من صندوق النقد الدولي والبنك الدولي (UNDP, 2002, P. 4)، بهدف زيادة التحرر والانفتاح على العالم الخارجي وتقديم مزيد من الدعم لزيادة دور القطاع الخاص وتحفيز تدفقات (ث ج م) (Khorshid, et al., 2011, PP. 9,10)، وأسهمت هذه السياسات والإجراءات في ارتفاع مستوى العولمة الاقتصادية، وأثر هذا الاتجاه في مستوى الأداء بالاقتصاد المصري. وسوف يتم تناول هذا القسم من خلال ثلاثة بنود فرعية تتناول التطورات الخاصة بكل من: (ث ج م)، ومستوى الانفتاح التجاري، والنمو الاقتصادي في مصر خلال فترة الدراسة، وذلك على النحو التالي.

3 - 1: تطور (ث ج م) في مصر وأهميته النسبية

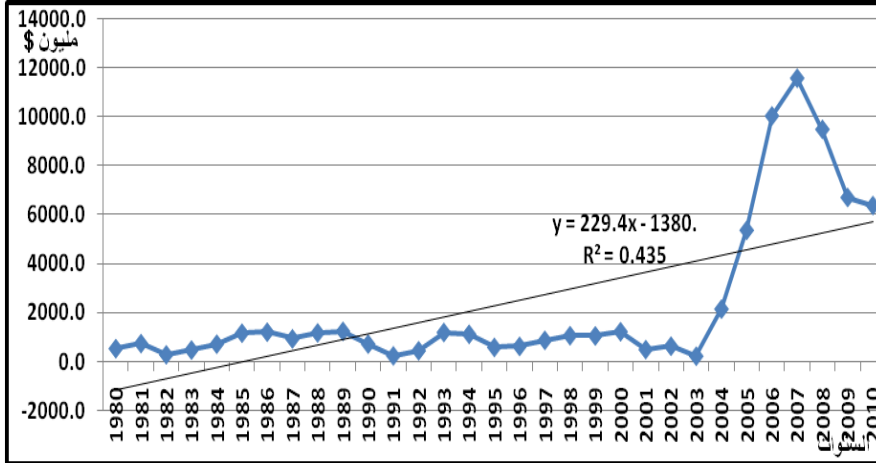
يستعرض هذا البند تطور تدفقات (ث ج م) في الاقتصاد المصري خلال العقود الثلاثة الماضية، ويمكن تقسيم فترة الدراسة وفقاً لذلك إلى ثلاث فترات جزئية، فضلاً عن توضيح الأهمية النسبية لتدفقات هذه الاستثمارات داخلياً وخارجياً، وذلك كما هو مبين بالشكل رقم (1) والجدول رقم (1)، ويلاحظ منهما ما يلي:

• تعرضت تدفقات (ث ج م) إلى مصر إلى تقلبات كبيرة خلال فترة الدراسة، حيث كانت تدفقات هذه الاستثمارات خلال عقد الثمانينيات من القرن الماضي حوالي 860 مليون دولار في المتوسط سنوياً، تراجعت بعد تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي خلال عقد التسعينيات إلى 805 مليون دولار في المتوسط سنوياً، مما يعكس عدم فاعلية سياسات هذا البرنامج في تحقيق أهدافها وجذب مزيد من تدفقات (ث ج م)، غير أنها قفزت خلال العقد الأول من الألفية الثالثة إلى حوالي 4.95 مليار دولار في المتوسط سنوياً، ويرجع ذلك

إلى التوسع في تطبيق عمليات الخصخصة وخاصة بعد الإصلاحات الاقتصادية التي تمت في عام 2003 وتضمنت تخفيض قيمة الجنيه، بالإضافة إلى تقديم عديد من التسهيلات لهذه الاستثمارات (Dumludag, 2010, P. 9).

شكل رقم (1)

تطور تدفقات (ث ج م) إلى مصر خلال الفترة (2010-1980)



المصدر: إعداد الباحث، باستخدام بيانات الجدول رقم (1)م.

جدول رقم (1)

تدفقات (ث ج م) وأهميتها النسبية داخلياً وخارجياً في مصر خلال الفترة (2010-1980)

الفترة / البيان	1989-1980	1999-1990	2010-2000	2010-1980
متوسط تدفقات (ث ج م) مليون \$	859.6	804.5	4943.2	2290.9
متوسط معدل النمو السنوي لتدفقات (ث ج م) %	8.59	3.80	16.11	8.24
متوسط رصيد (ث ج م) مليون \$	5676.1	14411.5	38595	20173.4
(ث ج م) كنسبة من الاستثمار القومي الثابت %	9.38	6.63	19.71	12.16
(ث ج م) كنسبة من صادرات السلع والخدمات %	13.37	6.51	13.77	11.30
(ث ج م) كنسبة من (ن ج م) %	2.66	1.38	3.82	2.66
(ث ج م) في مصر % من التدفقات للدول الأفريقية	39.04	12.01	12.76	13.75
(ث ج م) في مصر % من التدفقات للدول النامية	4.17	0.68	1.29	1.27
(ث ج م) في مصر % من التدفقات	0.93	0.20	0.43	0.40

المصدر: إعداد الباحث، باستخدام بيانات الجدول رقم (1)م، وبيانات (UNCTAD, WDI, 2012).

- يوضح التحليل الإتجاهي لتدفقات (ث ج م) وجود زيادة مستمرة في هذه التدفقات وهو ما يبينه الميل الموجب لمعامل الزمن، كما يعكس زيادة هذه التدفقات بحوالي 230 مليون دولار في المتوسط سنوياً، وبمعدل نمو حوالي 8.24% في المتوسط سنوياً، ويعزى ذلك إلى الزيادة الكبيرة في هذه التدفقات في السنوات الست الأخيرة بصفة خاصة، نتيجة للتوسع في عمليات الخصخصة وتوجه الجزء الأكبر من هذه التدفقات إلى شراء المشروعات المطروحة للبيع وليس لإقامة طاقات إنتاجية جديدة تفيد الاقتصاد الوطني وتحقق الأهداف المرجوة منها (Khorshid, et al., 2011, PP. 19, 20).
- ارتفع رصيد (ث ج م) في مصر من 2.26 مليار دولار في عام 1980 إلى 73.1 مليار دولار في عام 2010، وبمعدل نمو 11.9% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة، ومن ثم، ارتفع رصيد هذه الاستثمارات من 5.68 مليار دولار في المتوسط سنوياً خلال عقد الثمانينيات إلى 38.6 مليار دولار في المتوسط سنوياً خلال العقد الأول من الألفية الثالثة.
- لتوضيح الأهمية النسبية لتدفقات (ث ج م) على المستوى الداخلي، فقد تم مقارنة هذه التدفقات بكل من: إجمالي الاستثمار القومي، والإيرادات من صادرات السلع والخدمات، و(ن م ج)، حيث مثلت حوالي 12.2% ، 11.3% ، 2.7% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة ككل، وتبين هذه النسب تواضع أهمية هذه التدفقات، حتى رغم تحسنها النسبي في العقد الأول من الألفية الثالثة نتيجة لتوسع الحكومة في عمليات الخصخصة (Dumludag, 2010, P. 13)، ومن ثم، محدودية دورها في تحقيق أهداف التنمية بالاقتصاد المصري.
- لتوضيح الأهمية النسبية لتدفقات (ث ج م) على المستوى الخارجي، فقد تم مقارنة هذه التدفقات بنظيراتها على المستوى الإقليمي والعالمي، وذلك من خلال مقارنتها بالتدفقات إلى كل من: الدول

الأفريقية، والدول النامية ككل، وعلى المستوى العالمي، فقد مثلت تدفقات (ث ج م) إلى مصر حوالي 13.8%¹⁰، 1.3%، 0.4% في المتوسط سنوياً لكل منها على الترتيب خلال فترة الدراسة، ويلاحظ من ذلك تواضع هذه التدفقات، فضلاً عن تراجعها المستمر خلال فترة الدراسة، مما يعكس وجود عديد من المشكلات تواجه هذه التدفقات، فضلاً عن عدم فاعلية السياسات التي اتبعتها الحكومة المصرية في سبيل تشجيع هذه الاستثمارات (Dumludag, 2010, PP. 16, 17).

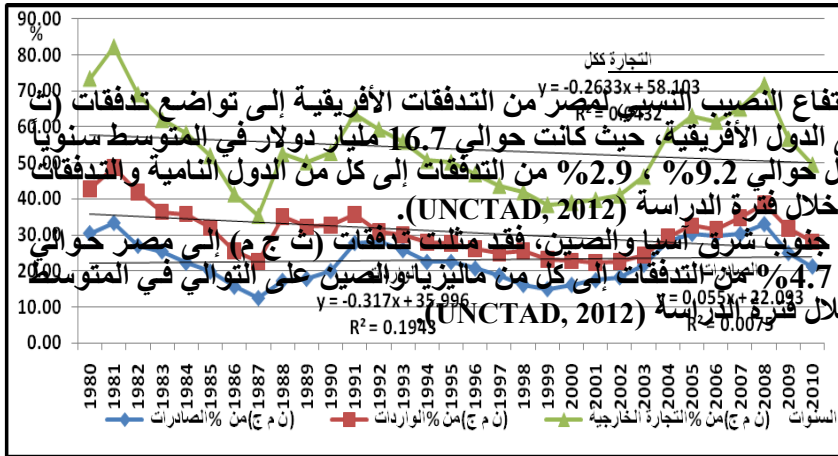
يتضح مما سبق، تواضع الأهمية النسبية لتدفقات (ث ج م) إلى مصر سواء على المستوى الداخلي أو المستوى الخارجي، كما أنها ارتبطت بسرعة وانجاز عمليات الخصخصة في العقدين الأخيرين، مما يبين تواضع دورها في تحقيق أهداف التنمية وعلاج مشكلات الاقتصاد المصري، وعدم نجاح السياسات الحكومية في تحقيق أهدافها، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر في هذه السياسات وإصلاحها على غرار النماذج الناجحة في هذا الشأن¹¹.

3 - 2: تطور مستوى الانفتاح التجاري في مصر

يستعرض هذا البند تطور الانفتاح التجاري في مصر خلال العقود الثلاثة الماضية، من خلال متابعة تطور كل من: الصادرات والواردات من السلع والخدمات والتجارة الخارجية كنسبة من (ن م ج)، فضلاً عن مقارنة مستوى الانفتاح التجاري بمصر إقليمياً وعالمياً، وذلك كما هو مبين بالشكل رقم (2) والجدول رقم (2).

شكل رقم (2)

تطور الانفتاح التجاري بمصر خلال الفترة (1980-2010)



مجلة

المصدر: إعداد الباحث، باستخدام بيانات الجدول رقم (1)م.

جدول رقم (2)

تطور الانفتاح التجاري بمصر ومقارنته إقليمياً وعالمياً خلال الفترة (1980-2010)

البيان / الفترة		1989-1980	1999-1990	2010-2000	2010-1980
متوسط الصادرات	القيمة مليون \$	6654.4	12435.0	3055.8	17001.0
	% من (ن م ج)	22.22	21.81	24.72	22.97
متوسط الواردات	القيمة مليون \$	10787.0	16572.3	36486.2	21772.3
	% من (ن م ج)	35.38	28.54	29.05	30.92
متوسط التجارة	القيمة مليون \$	17441.4	29007.3	67044.0	38773.3
	% من (ن م ج)	57.60	50.33	53.75	53.89
التجارة الخارجية % من (ن م ج) في أفريقيا		55.39	55.63	66.00	59.23
التجارة الخارجية % من (ن م ج) في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا		71.97	70.40	80.21	74.19
التجارة الخارجية % من (ن م ج) في الدول العربية		74.65	74.29	83.45	77.46
التجارة الخارجية % من (ن م ج) في العالم		38.14	41.85	52.21	44.07

المصدر: إعداد الباحث، باستخدام بيانات الجدول رقم (1)م، وبيانات UNCTAD,)

(WDI, 2012).

يلاحظ من الشكل والجدول سالف الذكر ما يلي:

- حققت الصادرات معدل نمو قدر بحوالي 6.3% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة، وشهدت الصادرات كنسبة من (ن م ج) ارتفاعاً محدوداً من 22.2% في المتوسط سنوياً خلال عقد الثمانينيات من القرن الماضي إلى 24.7% خلال العقد الأول من الألفية الثالثة،

وبما يمثل حوالي 23% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة. ويوضح التحليل الاتجاهي تقلب الصادرات كنسبة من الناتج بدرجة كبيرة حول خط الاتجاه العام، كما يبين وجود ارتفاع محدود بها كما تبينه معادلة خط الاتجاه العام ذات الميل الموجب (0.06)، مما يعكس ازديادها بهذا المقدار في المتوسط سنوياً.

■ ازدادت قيمة الواردات بحوالي 6.1% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة، بينما تراجع الواردات كنسبة من (ن م ج) من 35.4% في المتوسط سنوياً خلال عقد الثمانينيات من القرن الماضي إلى 29.1% خلال العقد الأول من الألفية الثالثة، ومثلت حوالي 31% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة. ويوضح التحليل الاتجاهي تراجع الواردات كنسبة من الناتج المحلي على المدى الطويل كما تبينه معادلة خط الاتجاه العام ذات الميل السالب (-0.32)، مما يعكس تراجعها بهذا المقدار في المتوسط سنوياً.

■ حققت التجارة الخارجية (الصادرات + الواردات) معدل نمو قدر بحوالي 6.2% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة، في حين انخفضت التجارة الخارجية كنسبة من (ن م ج) من 57.6% في المتوسط سنوياً خلال عقد الثمانينيات من القرن الماضي إلى 53.8% في المتوسط سنوياً خلال العقد الأول من الألفية الثالثة، وقد مثلت حوالي 53.9% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة. ويوضح التحليل الاتجاهي تقلب التجارة الخارجية كنسبة من الناتج بدرجة كبيرة خلال فترة الدراسة، كما يبين تراجعها على المدى الطويل، كما هو موضح من معادلة خط الاتجاه العام ذات الميل السالب (-0.26)، ومن ثم، انخفاضها بهذا المقدار في المتوسط سنوياً.

■ لتحديد مستوى الانفتاح التجاري بالاقتصاد المصري، فقد تم مقارنة التجارة الخارجية كنسبة من الناتج المحلي في مصر بنظيراتها على المستوى الإقليمي في كل من الدول الأفريقية، ودول الشرق الأوسط

وشمال أفريقيا، والمنطقة العربية، حيث كانت هذه النسب بهم على الترتيب 59.2% ، 74.2% ، 77.5% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة، في حين كانت في مصر حوالي 54%، ويتضح من ذلك أن مستوى الانفتاح التجاري في مصر كان أقل بكثير من هذه المجموعات الثلاث من الدول، هذا فضلاً عن تراجع مستوى الانفتاح التجاري في مصر خلال فترة الدراسة، بينما كان في ارتفاع مستمر في مجموعات المقارنة هذه، ورغم أن مستوى الانفتاح التجاري بمصر سجل معدلاً أعلى من نظيره على المستوى العالمي ككل، وذلك لأنه على المستوى العالمي يتضمن كافة دول العالم بتفاوتاتها من حيث الانفتاح والدخول، ولذا، تكون المقارنة أكثر واقعية على المستوى الإقليمي أو مقارنة ببعض الدول المتقاربة في الخصائص الاقتصادية، غير أنه يلاحظ أن الانفتاح التجاري على المستوى العالمي كان في ارتفاع مستمر خلال فترة الدراسة، بينما كان يتراجع بالاقتصاد المصري، مما يعكس عدم نجاح السياسات الاقتصادية المتبعة لزيادة التحرر والاندماج في الاقتصاد العالمي خلال فترة الدراسة.

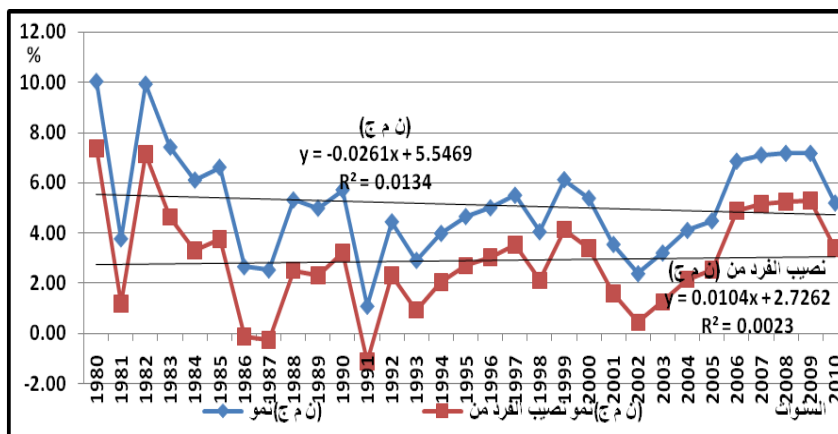
يتضح مما سبق، انخفاض مستوى الانفتاح التجاري في مصر مقارنة بالدول العربية والأفريقية والشرق الأوسط، فضلاً عن تراجع مستوى الانفتاح التجاري بمصر في الوقت الذي كان في تزايد مستمر سواء على المستوى الإقليمي أو العالمي، الأمر الذي يعكس التراجع النسبي للاندماج في الاقتصاد العالمي وعدم نجاح سياسات التحرر في الاقتصاد المصري خلال فترة الدراسة.

3 - 3: تطور النمو الاقتصادي في مصر
يستعرض هذا البند تطور النمو الاقتصادي في مصر خلال فترة الدراسة، من خلال متابعة تطور كل من: (ن م ج) الحقيقي ومتوسط نصيب الفرد منه ومعدلات نموها، فضلاً عن مقارنة نمو (ن م ج)

بنظيره على المستوى الإقليمي والعالمي، كما هو مبين بالشكل رقم (3) والجدول رقم (3).

شكل رقم (3)

تطور معدلات النمو الاقتصادي في مصر خلال الفترة (2010-1980)



المصدر: إعداد الباحث، باستخدام بيانات الجدول رقم (1)م.

جدول رقم (3)

تطور النمو الاقتصادي بمصر ومقارنته إقليمياً وعالمياً خلال الفترة (2010-1980)

البيان / الفترة		1989-1980	1999-1990	2010-2000	-1980 2010
الناتج المحلي الإجمالي الحقيقي (ن م ج)*	القيمة مليون \$	50492.3	77514.2	125370.7	85778.8
	معدل النمو %	4.89	3.75	4.62	4.79
متوسط نصيب الفرد من (ن م ج)* الحقيقي	القيمة \$	1001.1	1254.0	1677.8	1322.8
	معدل النمو %	2.41	1.95	3.25	2.77
متوسط معدل نمو (ن م ج) في أفريقيا %		2.87	2.50	4.57	3.35
متوسط معدل نمو (ن م ج) في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا %		2.34	4.33	4.38	3.68
متوسط معدل نمو (ن م ج) في الدول العربية %		1.58	4.13	4.59	3.47
متوسط معدل نمو (ن م ج) في العالم %		3.14	2.74	2.71	2.86

المصدر: إعداد الباحث، باستخدام بيانات الجدول رقم (1)م، وبيانات (UNCTAD, WDI, 2012).

يلاحظ من الشكل والجدول سالف الذكر ما يلي:

- حقق الاقتصاد المصري معدلاً متواضعاً في نمو (ن م ج)، حيث قدر بحوالي 4.8% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة، هذا فضلاً عن تراجعته خلال سنوات الدراسة من 4.9% في المتوسط سنوياً خلال عقد الثمانينيات من القرن الماضي إلى 4.6% في المتوسط سنوياً خلال العقد الأول من الألفية الثالثة. ويوضح التحليل الاتجاهي وجود تقلب كبير في معدل نمو الناتج حول خط الاتجاه العام، كما يبين أنه على المدى الطويل يوجد تراجع في معدل نمو الناتج كما هو موضح من معادلة خط الاتجاه العام ذات الميل السالب (-0.03)، مما يعكس تراجع معدل نمو الناتج بهذا المقدار في المتوسط سنوياً.
- شهد متوسط نصيب الفرد من (ن م ج) هو الآخر تراجع في معدل نموه من 2.4% في المتوسط سنوياً خلال عقد الثمانينيات إلى حوالي 2% في المتوسط سنوياً خلال عقد التسعينيات، ثم عاد إلى الارتفاع إلى 3.3% في العقد الأول من الألفية الثالثة، مسجلاً معدل نمو قدره 2.8% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة. ويوضح التحليل الاتجاهي تقلبه بصورة موازية لتقلب معدل نمو الناتج حول خط الاتجاه العام، كما يبين تحسن محدود في نموه عبر الزمن كما توضحه معادلة خط الاتجاه العام ذات الميل الموجب (0.01)، ومن ثم، ارتفاع في نمو نصيب الفرد بهذا المقدار في المتوسط سنوياً، وربما يعزى هذا إلى التراجع في معدل نمو السكان في نهاية فترة الدراسة مقارنة ببدايتها نتيجة للمشكلات الاقتصادية وما ترتب عليها من مشكلات اجتماعية مختلفة حدثت من معدل المواليد.
- بمقارنة معدل نمو الناتج في مصر بنظيره على المستوى الإقليمي في كل من الدول الأفريقية، ودول الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، والمنطقة العربية، حيث كان معدل نمو الناتج بها على الترتيب 3.4%، 3.7%، 3.5% في المتوسط سنوياً خلال فترة الدراسة، في حين كان بمصر حوالي 4.8%، مما يعكس ارتفاع معدل نمو الناتج في مصر مقارنة بهذه المجموعات الإقليمية الثلاثة، غير أنه

يلاحظ أن معدل النمو كان يميل إلى التراجع أو الثبات النسبي في مصر عبر الزمن، ولكنه كان في تحسن وارتفاع بمعدلات كبيرة في مجموعات المقارنة الثلاث خلال فترة الدراسة. كما كان معدل نمو الناتج بمصر أعلى من نظيره على المستوى العالمي خلال كافة سنوات الدراسة وبخاصة في العقد الأخير منها. يتضح من ذلك، أنه رغم تواضع معدل نمو الناتج المحلي في مصر، إلا أنه كان أعلى من نظيره بكافة مجموعات المقارنة سواء على المستوى الإقليمي أو العالمي، غير أنه لم يحدث به تحسن في نهاية فترة الدراسة مقارنة ببدايتها في الوقت الذي كان يوجد به تحسن كبير في مجموعات المقارنة على المستوى الإقليمي.

4 : قياس العلاقة بين (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي بمصر

يهدف هذا النموذج إلى قياس العلاقة الكمية بين كل من: (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي بمصر خلال العقود الثلاثة الماضية، وتحديد أي منهم يسبب الآخر، الأمر الذي يساعد في توجيه السياسات الاقتصادية وبما يحقق أهداف المجتمع، وبالتالي، فإن هذا القسم يهدف إلى:

أولاً: تحديد المؤشرات التي تعبر عن كل من: (ث ج م)، والانفتاح التجاري، والنمو الاقتصادي.

ثانياً: اختيار النموذج القياسي الملائم وفقاً للمعايير القياسية تماشياً مع طبيعة المتغيرات وهدف البحث.

ثالثاً: تقدير العلاقات بين المتغيرات المدرجة بالنموذج خلال فترة الدراسة.

رابعاً: تحديد اتجاه العلاقات السببية بين المتغيرات الثلاثة بالنموذج. تماشياً مع ذلك، سوف يتم تناول هذا القسم من خلال خمسة بنود هي: توصيف المتغيرات ومصادر البيانات، والمنهج القياسي المستخدم، وتحليل التكامل المشترك، وتقدير العلاقات بين المتغيرات، وأخيراً تحديد علاقات السببية بين المتغيرات.

ينطوي هذا النموذج على ثلاثة متغيرات هي: (ث ج م)، والانفتاح التجاري، والنمو الاقتصادي، وقد تعددت المؤشرات المستخدمة في التعبير عنها في الدراسات التطبيقية، غير أنه بعد إجراء عديد من محاولات القياس التجريبية تم التوصل إلى أفضل النتائج في ظل المؤشرات التي تم الاستقرار عليها، وقد كانت المتغيرات والمؤشرات المعبرة عنها ورموزها بالنموذج القياسي كما يلي:

- النمو الاقتصادي (GDP): يقاس من خلال الناتج المحلي الإجمالي مقدراً بالمليون دولار وبالأسعار الجارية، وزيادة قيمته مع مر الزمن تعني ارتفاع مستوى النمو الاقتصادي بالمجتمع.
- الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI): يقاس من خلال حجم تدفقات (ث ج م) إلى مصر مقدراً بالمليون دولار وبالأسعار الجارية، وزيادة هذه القيمة تعني زيادة تدفقات هذه الاستثمارات ونجاح السياسات الحكومية في هذا الشأن، والعكس صحيح.
- الانفتاح التجاري (OPT): يقاس بنسبة التجارة الخارجية (الصادرات + الواردات) من السلع والخدمات إلى الناتج المحلي الإجمالي، وارتفاع هذه النسبة يعكس ارتفاع مستوى الانفتاح التجاري، وزيادة مستوى العولمة الاقتصادية بالاقتصاد المصري، والعكس صحيح. وفقاً لذلك، تكون معادلة النموذج الذي يهدف إلى تقدير العلاقات بين متغيرات النموذج الثلاثة على الصورة التالية:

$$\text{Ln GDP}_t = f(\text{Ln FdI}_t, \text{Ln OPT}_t) \quad (1)$$

ويتم تحويل كل متغير مستقل إلى متغير تابع بنفس الصيغة السابقة في هذه الدالة لتقدير العلاقة بين المتغيرات الثلاثة، وتحديد اتجاهات العلاقات السببية بينهم على النحو الذي سوف يوضح في البنود التالية. كما تم اختيار الشكل اللوغاريتمي الخطي المزدوج (Double Log Linear Function Form)، في تقدير معاملات المتغيرات الثلاثة التي يتضمنها النموذج ويعزى ذلك إلى:

- يساعد التحويل اللوغاريتمي المزدوج على موافاة افتراض خطية الدالة لاستخدام طريقة المربعات الصغرى العادية (OLS) في التحليل القياسي.
 - أن هذا الشكل تتسم نتائجه بجودة توفيق عالية (Superior Fit)، نظراً لتحقيقه أقل خطأ معياري للبواقي مقارنة بالأشكال الأخرى للدوال.
 - أن المعلمات المقدرية في هذا الشكل تمثل المرونات، الأمر الذي يسهل تحديد التأثير النسبي لكل متغير مستقل على المتغير التابع دون التأثير بوحدات القياس الخاصة بكل متغير.
- توضح بيانات الجدول رقم (4) الإحصاءات الوصفية ومصفوفة معاملات الارتباط لمتغيرات النموذج، واستناداً إلى اختبار (Jarque-Bera) التي تؤكد أن سلاسل البيانات لمتغيرات النموذج تأخذ شكل التوزيع المعتدل الطبيعي في ظل وجود تباين ثابت وتغاير يساوي الصفر. وتوضح معاملات الارتباط أن (ث ج م) يرتبط طردياً بكل من النمو الاقتصادي والانفتاح التجاري، بينما الانفتاح التجاري يرتبط عكسياً مع النمو الاقتصادي.

جدول رقم (4)
الإحصاءات الوصفية ومصفوفة معاملات الارتباط

Ln OPT	Ln FDI	Ln GDP	البيان
3.965	7.080	11.007	Mean
3.961	6.971	11.005	Median
4.409	9.357	12.296	Maximum
3.564	5.470	10.039	Minimum
0.213	1.073	0.622	Std. Dev.
0.021	0.815	0.258	Skewness
2.240	2.802	2.145	Kurtosis
0.748	3.484	1.289	Jarque-Bera
0.688	0.175	0.525	Probability
122.917	219.480	341.226	Sum
1.359	34.544	11.592	Sum Sq. Dev.
31	31	31	Observation
		1.000	Ln GDP

	1.000	0.666	Ln FDI
1.000	0.184	-0.259	Ln OPT

المصدر: إعداد الباحث باستخدام البرنامج الإحصائي (EViews)، اعتماداً على بيانات الجدول رقم (1) م.

يستخدم البحث بيانات سنوية تغطي الفترة (1980-2010)، وقد تم تجميع هذه البيانات من المصادر الدولية، من خلال مؤشرات التنمية الدولية {World Development Indicators (WDI)} للبنك الدولي لعام 2012، في تقدير بيانات الناتج المحلي والتجارة الخارجية، وبيانات (UNCTAD) في تقدير (ث ج م) وذلك لعام 2012، وقد روعي أن تكون كافة المتغيرات المستخدمة في النموذج القياسي محسوبة على أساس الدولار في حالة البيانات النقدية الكمية مراعاة للتجانس، أو في صور نسبة من (ن م ج)، كما تكون كافة المتغيرات المستخدمة في النموذج القياسي في صورة اللوغاريتم الطبيعي، ولذا، فإن المعلمات المقدرة تُعبر عن المرونات.

4 - 2: المنهج القياسي

تعتمد الدراسات التطبيقية عادة في دراسة العلاقات السببية بين المتغيرات الاقتصادية على نموذج تصحيح الخطأ {Error (ECM) Correction Model}، ويُستخدم هذا النموذج عندما تتصف المتغيرات بخاصية التكامل المشترك، ويطبق عادة للتوفيق بين سلوك العلاقات الاقتصادية في كل من الأجل القصير والأجل الطويل، حيث يفترض أن المتغيرات الاقتصادية عادة ما تتجه في الأجل الطويل نحو حالة من الاستقرار يطلق عليها وضع التوازن (Steady State Equilibrium). ونظراً لأنه في كثير من الأحيان تكون أغلب سلاسل البيانات للمتغيرات الاقتصادية غير مستقرة (Non stationary)، وفي مثل هذه الحالة لا تصلح الطرق التقليدية في دراسة علاقات الانحدار بين المتغيرات وهي في صورتها الأصلية (Level)، حيث يؤدي ذلك إلى الحصول على ما يسمى بالانحدار الزائف (Spurious Regression)، وبالتالي، فإن الاختبارات الإحصائية العادية (R^2 , DW, F, T) لا يمكن الاعتماد عليها،

ولذا، يجب أخذ الفرق الأول لجميع المتغيرات لتجنب هذه الظاهرة، إلا أن ذلك يؤدي إلى فقدان العلاقات طويلة الأجل بين المتغيرات، تلك التي تتميز بأهميتها الكبيرة خاصة لدى متخذي السياسات الاقتصادية (Christopoulos & Tsionas, 2004, P. 57). غير أنه إذا كانت بيانات السلاسل الزمنية للمتغيرات غير مستقرة كل على حده، ولكنها تتصف بخاصية التكامل المشترك فيما بينها كمجموعة (Co-integration Relationship)، فإن البواقي تكون مستقرة، مما يعني أن متغيرات النموذج تتحرك معاً في نفس الاتجاه، وبالتالي، يتحقق لها التوازن في الأجل الطويل، وبالتالي، يمكن قياس العلاقات بين المتغيرات بدون أخذ الفرق الأول لتحديد العلاقات طويلة الأجل بين المتغيرات باستخدام نموذج {Vector (VECM) Error Correction Model}، فضلاً عن تحديد العلاقات بين المتغيرات في الأجل القصير في الوقت نفسه (Vazakidis & Adamopoulos, 2010, P. 581)، كما أنه من مزايا نموذج (VECM) أنه يساعد في تحديد علاقات السببية بين المتغيرات، حيث أنه من خلال اختبار (Wald Test) يتم تحديد علاقات السببية في الأجل القصير، كما أنه من خلال معنوية وسالبيية معامل تصحيح الخطأ (ECT) يتم تحديد علاقات السببية في الأجل الطويل (Zaman, et al., 2011, P. 249). وبالتالي، فإنه من خلال هذا النموذج يمكن قياس علاقات السببية بين كل من (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في مصر خلال الفترة (1980-2010) باستخدام أسلوب جرانجر للسببية (Multivariate Granger Causality) (Furuoka, 2007, P. 6)، ويتم ذلك من خلال إتباع الخطوات التالية:

أولاً: تحليل التكامل المشترك بين متغيرات النموذج، حيث يتطلب تطبيق نموذج (VECM) في دراسة العلاقات طويلة الأجل بين المتغيرات، فضلاً عن دراسة علاقات السببية بينها أن تكون هذه العلاقات بها خاصية التكامل المشترك (Co-integration Relationship)، ويتم الكشف عن خاصية التكامل المشترك علي مرحلتين:

المرحلة الأولى: اختبار جذر الوحدة (Unit Root Test)، لتحديد مدى استقرار أو عدم استقرار المتغيرات الداخلة في النموذج، وبالتالي، يتم تحديد درجة التكامل (Integration Order) لكل متغير على حده، فضلاً عن تحديد فترات التباطؤ الزمني المثلى (Optimal Lag Length) لمتغيرات النموذج.

المرحلة الثانية: الكشف عن مدى توافر خاصية التكامل المشترك (Co-integration) بين كل متغيرات النموذج وهي: النمو الاقتصادي (GDP)، والاستثمار الأجنبي المباشر (FDI)، والانفتاح التجاري (OPT)، ويتم ذلك من خلال بحث علاقة التكامل المشترك بين هذه المتغيرات معاً، وذلك باستخدام أسلوب جوهانسون للتكامل المشترك (Johansen maximum likelihood Procedure).

ثانياً: بعد التأكد من وجود خاصية التكامل المشترك بين متغيرات النموذج، فإنه يتم تطبيق نموذج تصحيح الخطأ (VECM)، وفيه يتم تقدير معاملات النموذج لكل من: النمو الاقتصادي، والاستثمار الأجنبي المباشر، والانفتاح التجاري، سواء للعلاقات في الأجل الطويل أو في الأجل القصير، ونظراً لتداخل العلاقات بين متغيرات النموذج وهو ما يعني أن أي من هذه المتغيرات قد يؤثر في المتغيرين الآخرين داخلياً، والعكس صحيح، وبالتالي، فإن النموذج المستخدم لاختبار العلاقة بينهم، يتعين أن يكون نموذجاً أنياً يحتوي على عدد من المعادلات مساوياً لعدد المتغيرات الموجودة بالنموذج، وذلك بوضع المتغيرات في صيغة نموذج (VECM).

ثالثاً: يتم أخيراً تحديد علاقات السببية بين كل من: النمو الاقتصادي، والاستثمار الأجنبي المباشر، والانفتاح التجاري، وذلك من خلال تحليل جرانجر للسببية (Multivariate Granger Causality)، استناداً لنتائج نموذج (VECM) متعدد المتغيرات. وسوف يتم التعرض لدراسة هذه الخطوات الثلاث بنفس الترتيب، حيث يتم الجمع بين التأصيل النظري لكل منها بإيجاز، ثم يتم تقديم النتيجة التطبيقية للقياس.

4 - 3: تحليل التكامل المشترك

أولاً: اختبار جذر الوحدة (Unit Root Test):

يستخدم اختبار جذر الوحدة (UR) لتحديد مدى استقرار بيانات السلاسل الزمنية للمتغيرات المدرجة بالنموذج وعند أي مستوى من الفروق يتحقق لها هذا الاستقرار، ومن خلال ذلك يتم تحديد رتبة التكامل المشترك لمتغيرات النموذج، ويوضح الجدول رقم (5) النتائج الموجزة لاختبار جذر الوحدة (UR) سواء للمتغيرات في صورتها الأصلية أو بعد إجراء الفرق الأول لها، وذلك من خلال اختبائي: ديكي – فولار الموسع {Augmented Dickey-Fuller (ADF)}، وفيليبس بيرون {Phillips-Perron (PP)}، باستخدام البرنامج الإحصائي (EViews).

جدول رقم (5)

نتائج اختبار استقرار متغيرات النموذج (UR) باستخدام اختبائي: ديكي – فولار (ADF)، وفيليبس بيرون (PP)

رتبة المتغير I ()	المتغير في الفرق الأول				المتغير في وضعه الأصلي				البيان / المتغير
	فليبس بيرون		ديكي – فولار		فليبس بيرون		ديكي – فولار		
	None	Constant	None	Constant	Constant & Trend	Constant	Constant & Trend	Constant	
1	2.73- (0.01)	3.97- (0.01)	2.66- (0.01)	3.85- (0.01)	1.90- (0.63)	0.40 (0.98)	2.03- (0.56)	0.98 (0.99)	Ln GDP
1	5.69- (0.00)	6.46- (0.00)	3.30- (0.00)	5.27- (0.00)	2.25- (0.45)	1.42- (0.56)	2.25- (0.45)	1.45- (0.55)	Ln FDI
1	4.59- (0.00)	4.62- (0.00)	4.58- (0.00)	4.57- (0.00)	2.13- (0.51)	2.26- (0.19)	2.05- (0.55)	2.17- (0.22)	Ln OPT

المصدر: إعداد الباحث باستخدام البرنامج الإحصائي (EViews) اعتماداً على بيانات الجدول رقم (1) م.
- القيم الحرجة في (Level) في حالة وجود الحد الثابت عند مستوى معنوية 1% = - 3.67 ، وعند 5% = - 2.96 ، وفي حالة وجود الحد الثابت والاتجاه معاً عند مستوى معنوية 1% = - 4.30 ، وعند 5% = - 3.57 .
- القيم الحرجة في الفرق الأول في حالة وجود الحد الثابت عند مستوى معنوية 1% = - 3.68 ، وعند 5% = - 2.97 ، وفي حالة (None) عند مستوى معنوية 1% = - 2.65 ، وعند 5% = - 1.95 .

يلاحظ من بيانات هذا الجدول ما يلي:

- أن نتائج اختبار جذر الوحدة (Unit Root) توضح عدم استقرار كافة متغيرات النموذج في صورتها الأصلية سواء عند مستوى معنوية 1% أو 5%، في ظل وجود الحد الثابت فقط بالدالة أو وجود كل من

الحد الثابت والاتجاه (Trend) معاً بالدالة. بينما تكون كافة المتغيرات مستقرة بعد إجراء الفروق الأولى لها، وذلك عند مستوى معنوية 1%، وهذا يعني أن السلاسل الزمنية لمتغيرات النموذج يكون تكاملها من الرتبة الأولى {Integrated of order (1)}.

- وفقاً لذلك سوف يتم إجراء اختبارات التكامل المشترك بين متغيرات النموذج في ظل إدراج الحد الثابت، حيث تشترك كل متغيرات النموذج في نفس درجة التكامل $I(1)$ ، وذلك باستخدام أسلوب جوهانسون للتكامل المشترك (JML)، الذي يشترط لاستخدامه أن تكون كافة المتغيرات لها نفس رتبة التكامل (Muhammed, et al., 2011, (P. 59).

يتم تحديد فترات التباطؤ الزمني المثلى (Optimal Lag Length) للمتغيرات في النموذج من خلال تحليل كل من { Akaike Information Criterion (AIC) }، { Schwarz Bayesian Information Criterion (SBC) }، وذلك من خلال نموذج متجه الانحدار الذاتي (VAR)، ويتم اختيار القيم الأقل في تحديد فترة التباطؤ المثلى لكل متغير وفقاً للتحليلين السابقين، كما هو مبين بالجدول رقم (6)، ويلاحظ منه أن فترة التباطؤ المثلى فترة واحدة وفقاً لتحليل (SBC) وبعده أقصى أربع فترات وفقاً لتحليل (AIC) الأوسع استخداماً باستثناء (ث ج م) الذي يكون ثلاث فترات، ولذا، سوف يتم إجراء الاختبارات بحد أقصى أربع فترات زمنية وفقاً لتحليل (AIC).

جدول رقم (6)

تحديد العدد الأمثل لفترات التباطؤ الزمن وفقاً لكل من (AIC) ، (SC)

العدد الأمثل لفترات التباطؤ	أربع فترات تباطؤ		ثلاث فترات تباطؤ		فترتين تباطؤ		فترة تباطؤ واحدة		البيان / المتغير	
	SBC	AIC	SBC	AIC	SBC	AIC	SBC	AIC		
1	4	1.62-	2.24-	1.47-	1.95-	1.72-	2.05-	1.97-	2.16-	Ln DGP
1	3	2.72	2.10	2.56	2.08	2.61	2.28	2.26	2.08	Ln FDI
1	4	0.77-	1.39-	0.73-	1.20-	070-	1.03-	0.89-	1.07-	Ln OPT

المصدر: إعداد الباحث باستخدام برنامج (EViews)، استناداً إلى البيانات المستخدمة في الجدول رقم (1)م.

ثانياً: اختبارات التكامل المشترك (Co-integration Tests):

سيتم الكشف عن التكامل المشترك من خلال تحليل جوهانسون (Johansen maximum likelihood Procedure)، وذلك من خلال اختبارين هما (Trace Test)، (Max-Eigen value Test). ويتم إجراء هذين الاختبارين لاختبار فرض العدم بأنه يوجد بحد أقصى عدد (r) من علاقات التكامل المشترك بين متغيرات النموذج، حيث تعبر (r) عن عدد علاقات التكامل المشترك بين المتغيرات، وتساوي الصفر في حالة عدم وجود أي علاقة تكامل مشترك بين متغيرات النموذج أو تساوي 1 ، 2 ، بحد أقصى (k-1)، حيث أن (k) هي عدد المتغيرات بالنموذج، وهي ثلاثة متغيرات في هذا النموذج، ويخص الجدول رقم (7) نتائج هذين الاختبارين.

جدول رقم (7)

نتائج اختبارات التكامل المشترك لجوهانسون (Trace and Max-Eigen tests)

Eigen value Test			Trace Test			عدد علاقات التكامل بين المتغيرات
Prob.	0.05 Critical Value	Max-Eigen Statistic	Prob.	0.05 Critical Value	Trace Statistic	
0.000	25.823	50.719	0.000	42.915	72.782	لا يوجد*
0.129	19.387	16.409	0.139	25.872	22.063	بحد أقصى (1)
0.505	12.518	5.654	0.505	12.518	5.654	بحد أقصى (2)

المصدر: إعداد الباحث باستخدام البرنامج الإحصائي (EViews)، اعتماداً على بيانات الجدول رقم (1)م.

*تشير إلى رفض هذا الفرض عند مستوى معنوية 1%.

يتضح من هذا الجدول، أنه توجد ظاهرة التكامل المشترك بين متغيرات النموذج وفقاً لكلا الاختبارين، حيث توجد علاقة تكامل مشترك بين متغيرات النموذج في الأجل الطويل، ومن ثم، يتم رفض فرض العدم (H_0) بعدم وجود أي علاقة تكامل مشترك بين متغيرات النموذج في مواجهة الفرض البديل (H_1) بوجود علاقة تكامل مشترك واحدة عند

مستوى معنوية 1% وفقاً للاختبارين، وبالتالي، فإن هذه النتيجة تسمح بإجراء الخطوة التالية لذلك، تلك التي تتمثل في قياس علاقات التوازن بين متغيرات النموذج في الأجل الطويل، ويتم ذلك من خلال نموذج (VECM).

4 - 4: تقدير العلاقات بين المتغيرات

بعد التأكد من وجود خاصية التكامل المشترك بين متغيرات النموذج في الخطوة السابقة، فإنه يتم قياس العلاقات طويلة الأجل من خلال نموذج (VECM)، وتكون الصيغة العامة لمعادلات الأجل الطويل وفقاً لهذا النموذج على الصورة التالية:

$$\ln GDP_t = \alpha_0 + \alpha_1 \ln FDI_t + \alpha_2 \ln OPT_t + u_{1t} \quad (2)$$

$$\ln FDI_t = \beta_0 + \beta_1 \ln GDP_t + \beta_2 \ln OPT_t + u_{2t} \quad (3)$$

$$\ln OPT_t = \lambda_0 + \lambda_1 \ln GDP_t + \lambda_2 \ln FDI_t + u_{3t} \quad (4)$$

يمكن الحصول على حد تصحيح الخطأ (ECT_t) الذي يقيس سرعة التعديل أو سرعة تكيف (Speed of Adjustment) لاختلال التوازن في الأجل القصير لكي ما يتم تحقيق التوازن في الأجل الطويل، وبالتالي، يتم تحديد الفترة الزمنية اللازمة لتحقيق التوازن في الأجل الطويل وذلك من خلال المعادلات الثلاث السابقة التي يتم منها اشتقاق المعادلات الثلاث التي على الصورة التالية:

$$ECT_{1t} = \ln GDP_t - \alpha_1 \ln FDI_t - \alpha_2 \ln OPT_t \quad (5)$$

$$ECT_{2t} = \ln FDI_t - \beta_1 \ln GDP_t - \beta_2 \ln OPT_t \quad (6)$$

$$ECT_{3t} = \ln OPT_t - \lambda_1 \ln GDP_t - \lambda_2 \ln FDI_t \quad (7)$$

وبأخذ الفرق الأول لمعادلات الأجل الطويل لكل متغير، فإنه يتم الحصول على المعادلات التي تمثل نموذج (VECM) وذلك لتقدير المعلمات في الأجل القصير بالإضافة إلى حد تصحيح الخطأ لكل متغيرات النموذج كما يلي:

$$\Delta \ln GDP_t = \alpha_0 + \sum_{i=1}^p \alpha_{1i} \Delta \ln GDP_{t-i} + \sum_{i=0}^p \alpha_{2i} \Delta \ln FDI_{t-i} + \sum_{i=0}^p \alpha_{3i} \Delta \ln OPT_{t-i} + \varphi ECT_{t-1} + u_{1t} \dots \dots \dots (8)$$

$$\Delta \ln FDI_t = \beta_0 + \sum_{i=1}^p \beta_{1i} \Delta \ln FDI_{t-i} + \sum_{i=0}^p \beta_{2i} \Delta \ln GDP_{t-i} + \sum_{i=0}^p \beta_{3i} \Delta \ln OPT_{t-i} + \varphi ECT_{t-1} + u_{2t} \dots \dots \dots (9)$$

$$\Delta \ln OPT_t = \lambda_0 + \sum_{i=1}^p \lambda_{1i} \Delta \ln OPT_{t-i} + \sum_{i=0}^p \lambda_{2i} \Delta \ln GDP_{t-i} + \sum_{i=0}^p \lambda_{3i} \Delta \ln FDI_{t-i} + \varphi ECT_{t-1} + u_{3t} \dots \dots \dots (10)$$

حيث تعبر كل من: $\Delta \ln GDP_t$ ، $\Delta \ln FDI_t$ ، $\Delta \ln OPT_t$ عن الفرق الأول لمتغيرات النموذج الثلاثة والفجوات الزمنية المختلفة لها، (p) هي العدد الأمثل للفجوات الزمنية بالنموذج، التي تم تحديدها بأربع فجوات وفقاً لتحليل (AIC) المبين في الجدول رقم (6)، ECT_{t-1} تمثل حد تصحيح الخطأ، u_t تمثل حد الخطأ العشوائي الذي يكون وسطه الحسابي صفر وتباينه ثابت. ويلاحظ من هذه المعادلات أنها تتضمن العلاقات بين المتغيرات في كل من الأجل القصير والأجل الطويل، الذي يتضح من خلال حد تصحيح الخطأ الخاص بكل معادلة (ECT_{t-1})، وتوضح بيانات الجدول رقم (8) النتائج الموجزة التي تم تقديرها من خلال البرنامج الإحصائي (EViews)، للعلاقات بين متغيرات النموذج في الأجل الطويل المناظرة للمعادلات (2 – 4) السابقة.

جدول رقم (8)
نتائج التحليل الديناميكي متعدد المتغيرات لعلاقات الأجل الطويل وفقاً لتحليل (VECM)

المتغير التابع			البيان
$\ln OPT$	$\ln FDI$	$\ln GDP$	المتغير المستقل
1.379 (3.26)*	4.506 - (2.74)*	1 -	$\ln GDP$
0.310 (4.88)*	1 -	0.222 - (4.71)*	$\ln FDI$
1 -	3.223 (3.30)*	0.716 (3.79)*	$\ln OPT$
0.438 - (4.76)*	0.265 - (1.06 -)	0.365 - (4.56)*	ECT_{t-1}
12.132 -	39.141	8.687	C
%85	%55	%90	R ²

المصدر: إعداد الباحث باستخدام البرنامج الإحصائي (EViews) اعتماداً على بيانات الجدول رقم (1) م.
* تشير إلى أن المتغير معنوي إحصائياً عند مستوى معنوية 1%.

- القيم بين الأقواس تشير إلى قيمة (t-statistics).

يتضح من هذا الجدول ما يلي:

■ أن (ث ج م) يؤثر سلبياً على الناتج المحلي كمؤشر للنمو الاقتصادي وإن كان بدرجة محدودة، حيث تشير قيمة المعلمة المقدرة إلى أن زيادة تدفقات (ث ج م) بنسبة 10% يترتب عليها تراجع الناتج بنسبة 2.2%، ويعزى ذلك إلى أثر المزاحمة (Crowding out effect) لهذه التدفقات على الاستثمارات المحلية وبخاصة بعد تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي وتطبيق عمليات الخصخصة، فقد ارتبط ارتفاع وانخفاض مستوي تدفقات (ث ج م) بمدى التوسع في عمليات الخصخصة، وبالتالي، فإن معظم هذه التدفقات وجهت لشراء المشروعات المتاحة للبيع من خلال عمليات الخصخصة وليس في إقامة مشروعات جديدة تضيف إلى الطاقة الإنتاجية بالاقتصاد المصري، ومن ثم، انعكس ذلك في أثرها السلبي على مستوى الناتج. بينما يؤثر الانفتاح التجاري إيجابياً على النمو الاقتصادي، وتشير قيمة المعلمة المقدرة إلى أن ارتفاع مستوى الانفتاح التجاري بنسبة 10% يترتب عليه زيادة مستوى الناتج بنسبة 7.2%، نتيجة لزيادة الصادرات والاستفادة من مزايا التخصيص الأفضل للموارد، فضلاً عن استيراد متطلبات عمليات الإنتاج. كما أن معامل تصحيح الخطأ يكون معنوي عند مستوى 1%، وذات إشارة سالبة، وقيمة معلمته 0.37 تدل على أن معامل سرعة التعديل تكون مرتفعة وتمثل 37% في المتوسط سنوياً، الأمر الذي يعني التكيف وتصحيح أي اختلال في مستوى الناتج واستعادته إلى حالة التوازن المستقر في أقل من ثلاث سنوات.

■ أن النمو الاقتصادي يؤثر سلبياً على تدفقات (ث ج م)، حيث تشير قيمة المعلمة المقدرة إلى أن ارتفاع في مستوى الناتج بنسبة 1% يترتب عليه تراجع في تدفقات هذه الاستثمارات بنسبة 4.5%، وربما يعزى هذا إلى عملية الإحلال بين الاستثمارات المحلية

والأجنبية مع كل تحسن في النمو الاقتصادي. بينما الانفتاح التجاري يؤثر إيجابياً على تدفقات (ث ج م)، كما كانت مرونته مرتفعة بالنسبة للانفتاح التجاري وقدرت بحوالي 3.2 ، الأمر الذي يعكس أهمية الانفتاح التجاري وزيادة مستوى العولمة بالاقتصاد المصري كمحدد لتدفقات هذه الاستثمارات. غير أن معامل تصحيح الخطأ كان غير معنوي إحصائياً.

• أن كل من النمو الاقتصادي وتدفقات (ث ج م) يؤثران إيجابياً في مستوى الانفتاح التجاري، حيث تشير قيمة المعلمات المقدرة أن زيادة كل منهما بنسبة 10% يترتب عليها ارتفاع في مستوى الانفتاح التجاري بنسبة 13.8% ، 3.1% لكل منهما على التوالي. كما أن معامل تصحيح الخطأ كان معنوي عند مستوى 1%، وذات إشارة سالبة، وقيمة معلمته 0.44 تشير إلى ارتفاع سرعة التعديل، حيث يمكن تصحيح أي اختلال في مستوى الانفتاح واستعادته إلى حالة التوازن في غضون سنتين تقريباً.

يتضح مما سبق، أن العلاقة بين الانفتاح التجاري وكل من النمو الاقتصادي وتدفقات (ث ج م) كانت إيجابية، حيث يؤثر كل منهما إيجابياً على الآخر، بينما كانت العلاقة بين النمو الاقتصادي وتدفقات (ث ج م) سلبية التأثير على المدى الطويل. وسوف يتم الاقتصار في تقدير العلاقات بين المتغيرات على الأجل الطويل فقط، لأن العلاقات بين هذه المتغيرات في الأجل القصير يتم تجميعها بطريقة حسابية دقيقة وفقاً لتحليل (VECM) وتنعكس بالكامل وبصورة مبسطة في علاقات السببية بالأجل القصير، وهو الأمر الذي سوف يتم توضيحه في البند التالي الخاص بتحليل علاقات السببية.

4 - 5: تحليل السببية لجرانجر (Multivariate Granger Causality)

وفقاً لنظرية جرانجر (Granger Representation Theorem)، أن اكتشاف وجود علاقات تكامل مشترك بين مجموعة من المتغيرات، يعني وجود علاقات سببية بين هذه المتغيرات إما أن تكون في اتجاه واحد

(Uni-directional) أو في الاتجاهين أي ثنائية الاتجاه (Bi-directional). فإذا كانت قيم أحد المتغيرين في الماضي تؤثر في قيمة المتغير الآخر في الفترة الحالية، فإنه يقال أن المتغير الأول هو الذي يسبب المتغير الثاني، والعكس صحيح (Bhaskara, et al., 2008, P. 9). وسوف يتم توضيح علاقات السببية بين متغيرات النموذج في كل من الأجل القصير والأجل الطويل، وذلك من خلال نموذج (VECM)، حيث يتم اختبار فرض العدم بعدم وجود علاقة سببية بين كل متغيرين بالنموذج في مقابل الفرض البديل بوجود علاقة سببية تتجه من المتغير الأول إلى المتغير الثاني. أولاً: تحليل السببية في الأجل القصير: يتم ذلك من خلال تقدير العلاقات الخاصة بالمعادلات (8 - 10)، وتوضح بيانات الجدول رقم (9) النتائج الموجزة التي تم تقديرها من خلال البرنامج الإحصائي (EViews)، لعلاقات السببية بين المتغيرات الثلاثة بالنموذج في الأجل القصير المناظرة للمعادلات الثلاث السابقة وذلك من خلال اختبار (Wald test).

جدول رقم (9)
نتائج اختبارات جرانجر للسببية في الأجل القصير {Multivariate Causality Tests (Wald Tests)}

المتغيرات	$\chi^2(2)$	مستوى المعنوية P-value()	اتجاه العلاقة السببية
$\Delta \ln \text{GDP} \leftarrow \Delta \ln \text{FDI}$	38.219	0.000	أحادية الاتجاه
$\Delta \ln \text{GDP} \leftarrow \Delta \ln \text{OPT}$	16.164	0.003	ثنائية الاتجاه
$\Delta \ln \text{OPT} \leftarrow \Delta \ln \text{GDP}$	57.261	0.000	
$\Delta \ln \text{OPT} \leftarrow \Delta \ln \text{FDI}$	21.805	0.000	أحادية الاتجاه
$\Delta \ln \text{FDI} \leftarrow \Delta \ln \text{GDP}$	5.430	0.246	لا توجد علاقة
$\Delta \ln \text{FDI} \leftarrow \Delta \ln \text{OPT}$	4.631	0.327	لا توجد علاقة
$\Delta \ln \text{GDP} \leftarrow \Delta \ln \text{FDI} + \Delta \ln \text{OPT}$	64.542	0.000	-
$\Delta \ln \text{OPT} \leftarrow \Delta \ln \text{GDP} + \Delta \ln \text{FDI}$	60.093	0.000	-
$\Delta \ln \text{FDI} \leftarrow \Delta \ln \text{GDP} + \Delta \ln \text{OPT}$	6.401	0.602	لا توجد علاقة

المصدر: إعداد الباحث باستخدام البرنامج الإحصائي (EViews) اعتماداً على بيانات الجدول رقم (1)م.

يلاحظ من بيانات هذا الجدول أن:

- (ث ج م) يسبب النمو الاقتصادي، وليس العكس، كما أن (ث ج م) يسبب الانفتاح التجاري، وليس العكس، ويتحقق ذلك عند مستوى معنوية 1%، ولذا، تكون العلاقة بينهما أحادية الاتجاه.

- الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي تكون العلاقة بينهما ثنائية الاتجاه ويسبب كل منهما الآخر وذلك عند مستوى معنوية 1%، وبالتالي، فإن ارتفاع مستوى أي منهما يؤثر على الآخر. ويوضح هذا مدى التكامل والارتباط بين النمو الاقتصادي والانفتاح التجاري وأهمية كل منهما للآخر.
- الانفتاح التجاري و(ث ج م) معاً يسببا النمو الاقتصادي، كما أن (ث ج م) والنمو الاقتصادي معاً يسببا الانفتاح التجاري، وتحقق هذه النتائج عند مستوى معنوية 1%.

ثانياً: تحليل السببية في الأجل الطويل: يتم استنباط علاقات السببية في الأجل الطويل من خلال معاملات تصحيح الخطأ $\{Error (ECT_{t-1})\}$ التي تربط علاقات الأجل الطويل والأجل القصير معاً، وذلك من تقديرات التحليل الديناميكي متعدد المتغيرات وفقاً لنموذج (VECM) (Smsu, et al., 2008, P. 180)، وتوضح بيانات الجدول رقم (10) النتائج الموجزة التي تم تقديرها من خلال البرنامج الإحصائي (EViews)، لعلاقات السببية بين متغيرات النموذج في الأجل الطويل.

جدول رقم (10)

نتائج علاقات السببية في الأجل الطويل من خلال تحليل (VECM)

اتجاه العلاقة السببية	المتغير التابع			المتغير المستقل
	Ln OPT	Ln FDI	Ln GDP	
Ln GDP ← Ln GDP Ln OPT ← Ln GDP	0.612 (4.67)*	1.196- (1.06-)	0.365- *(4.56-)	Ln GDP
Ln GDP ← Ln FDI Ln OPT ← Ln FDI	0.136 * (4.67)	0.265- (1.06-)	0.081- * (4.56-)	Ln FDI
Ln GDP ← Ln OPT Ln OPT ← Ln OPT	0.438- * (4.67-)	0.856 (1.06)	0.261 * (4.56)	Ln OPT

المصدر: إعداد الباحث باستخدام البرنامج الإحصائي (EViews) اعتماداً على بيانات الجدول رقم (1) م.

*تشير إلى أن المتغير معنوي إحصائياً عند مستوى معنوية 1%.

-القيم بين الأقواس تشير إلى قيمة (t-statistics).

يتضح من بيانات هذا الجدول أن:

- يتأثر كل من النمو الاقتصادي ومستوى الانفتاح التجاري بالقيم المحققة لكل منهما في الفترات السابقة، ولذا، فإن كل منهما يسبب القيمة المحققة في الفترة الحالية. مما يدل على الطبيعة التراكمية لكل من النمو والانفتاح التجاري في الاقتصاد المصري.
 - (ث ج م) يسبب النمو الاقتصادي، وليس العكس، كما أن (ث ج م) يسبب الانفتاح التجاري، وليس العكس، ويتحقق ذلك عند مستوى معنوية 1%، ولذا، تكون العلاقة بينهما أحادية الاتجاه.
 - العلاقة بين الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي تكون ثنائية الاتجاه ويسبب كل منهما الآخر وذلك عند مستوى معنوية 1%، وبالتالي، فإن ارتفاع مستوى أي منهما يؤثر على الآخر إيجابياً.
- يتضح من نتائج علاقات السببية، وجود توافق تام بين علاقات السببية في كل من الأجل الطويل والأجل القصير، حيث أن العلاقة بين الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي تكون تكاملية ويسبب كل منهما الآخر، وأن (ث ج م) يسبب كل من النمو الاقتصادي والانفتاح التجاري ويكون سابق عليهما. وبالتالي، فإن الاهتمام بالانفتاح التجاري يسهم في زيادة تدفقات الاستثمار الاجنبي المباشر والارتفاع بمستوى الناتج ومعدل النمو الاقتصادي في حالة توجيه واستغلال هذه الاستثمارات بصورة أفضل، وينعكس هذا بدوره في ارتفاع مستوى الانفتاح التجاري، ومن ثم، يوجد تداخل كبير في العلاقة بين هذه المتغيرات الاقتصادية الكلية في الاقتصاد المصري، وينعكس ذلك بدرجة أكبر في حالة النظر إليها في صورتها التجميعية أكثر من الفردية كما هو موضح في تحليل السببية في الأجل القصير. وتتوافق هذه النتائج مع نتائج عديد من الدراسات التجريبية التي تمت دراستها في الأدبيات الخاصة بالعلاقة بين هذه المتغيرات في القسم الثاني.

5 – 1: النتائج: تتمثل أهم النتائج التي توصل إليها البحث بإيجاز فيما يلي:

- وفقاً للأدبيات النظرية والتجريبية أن العلاقة بين كل اثنين من: (ث ج م) والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي، قد تكون ثنائية الاتجاه، أو أحادية الاتجاه، أو لا توجد بينهم أي علاقة، كما أن الدراسات المختلفة لا تتفق بشأن اتجاه هذه العلاقات بسبب الاختلافات فيما بين الدول من حيث الهيكل الاقتصادي، واستراتيجيات التنمية ومستواها،..إلخ. كما أن الآثار الإيجابية للانفتاح التجاري (ث ج م) على النمو الاقتصادي تتوقف على الظروف المحلية بالدولة ومدى توافر مقومات نجاحها مثل: رأس المال البشري، وجودة المؤسسات وفعاليتها، والاستقرار الاقتصادي والسياسي،..إلخ.
- توضح دراسة القطاع الخارجي بالاقتصاد المصري خلال العقود الثلاثة الماضية، تواضع الأهمية النسبية لتدفقات (ث ج م) إلى مصر على المستويين الداخلي والخارجي، كما أنها ارتبطت بسرعة وانجاز عمليات الخصخصة في العقدين الماضيين، ومن ثم، محدودية دورها في تحقيق أهداف التنمية. وكذلك انخفاض مستوى الانفتاح التجاري بمصر مقارنة بالدول العربية والأفريقية والشرق الأوسط، فضلاً عن تراجعها عبر الزمن، بينما كان في تزايد مستمر على المستويين الإقليمي والعالمي، مما يعني عدم نجاح سياسات التحرر في تحقيق الاندماج في الاقتصاد العالمي. وقد انعكس ذلك في تواضع مستوى الأداء الاقتصادي بمصر، حيث كان معدل نمو الناتج المحلي الحقيقي ونصيب الفرد منه حوالي 4.8% ، 2.8% في المتوسط سنوياً لكل منهما على التوالي خلال تلك العقود الثلاثة، فضلاً عن تراجعها عبر الزمن.
- توضح نتائج القياس في الأجل الطويل وجود تداخل كبير فيما يتعلق بتأثير كل من (ث ج م) والانفتاح التجاري على النمو الاقتصادي، والعكس صحيح. حيث أن العلاقة بين الانفتاح التجاري وكل من

النمو الاقتصادي وتدفقات (ث ج م) كانت إيجابية، ويؤثر كل منهما إيجابياً على الآخر، بينما كانت العلاقة بين النمو الاقتصادي وتدفقات (ث ج م) سلبية، ويؤثر كل منهما سلباً على الآخر وذلك بفعل أثر المزاخمة لتدفقات (ث ج م) للاستثمارات المحلية وعملية الاحلال بينها وبين الاستثمارات الأجنبية مع ارتفاع مستوى النمو الاقتصادي.

■ توضح نتائج علاقات السببية، وجود توافق تام بين علاقات السببية في كل من الأجل الطويل والأجل القصير، حيث تكون العلاقة بين الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي تكاملية ويسبب كل منهما الآخر، وأن (ث ج م) يسبب كل من النمو الاقتصادي والانفتاح التجاري ويكون سابق عليهما. وبالتالي، فإن الاهتمام بتهيئة البيئة المحلية التي تسهم في زيادة تدفقات (ث ج م)، يترتب عليها الارتفاع بمستوى الناتج ومعدل النمو الاقتصادي سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة نتيجة لارتفاع مستوى الانفتاح التجاري، وبخاصة في حالة حسن استغلال وتوجيه هذه الاستثمارات.

5 – 2: التوصيات: في ضوء النتائج التي تم التوصل إليها تتمثل أهم التوصيات التي يمكن أن تسهم في تحسين الأداء الاقتصادي في مصر فيما يلي:

➤ نظراً للعلاقة التكاملية بين الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي، فإنه يجب تفعيل سياسة الانفتاح التجاري واتخاذ السياسات الملائمة التي تعالج كافة الاختلالات والمشكلات بما يعمل على تهيئة البيئة المحلية لزيادة الصادرات وتذليل الصعوبات التي تواجهها، ويسهم هذا إيجابياً في الارتفاع بمعدل النمو الاقتصادي، ومن ثم، بدوره يسهم في زيادة الصادرات والقدرة التنافسية لها.

➤ فيما يتعلق بعلاقة (ث ج م) وأثره السلبي على النمو الاقتصادي في الأجل الطويل، فإنه يجب تهيئة البيئة المحلية المواتية والإطار القانوني والارتفاع بكفاءة المؤسسات المحلية، وتحقيق الاستقرار الاقتصادي والسياسي،..إلخ. وتوجيه الحوافز والمزايا إلى الأنشطة

التي يمكن من خلالها تحقيق الآثار الإيجابية لهذه الاستثمارات على الأداء الاقتصادي ودعم النمو به.

➤ إعادة النظر في السياسات الاقتصادية التي تتعلق بالقطاع الخارجي بما يسهم في زيادة التحرر والانفتاح على العالم الخارجي ويحقق بصورة أكثر فاعلية الاندماج في الاقتصاد العالمي، ومن ثم، الارتفاع بمستوى الانفتاح التجاري ويسهم هذا بدوره في زيادة تدفقات (ث ج م) وفي ظل توجيهها بصور أفضل، فإنه يترتب عليه الارتفاع بمستوى الأداء والنمو الاقتصادي.

➤ ضرورة تصحيح السياسات الاقتصادية التي تؤثر في مناخ الاستثمار وبيئة الأعمال المحلية وتصحيح مسارها، من خلال الشفافية في تطبيق القوانين والقرارات ومحاربة الفساد والروتين بالأجهزة الحكومية، وبخاصة فيما يتعلق بالجانب التطبيقي منها، بما يعمل على توفير المتطلبات اللازمة للاستفادة من تدفقات (ث ج م) في الارتفاع بمعدل النمو الاقتصادي ويزيد هذا بدوره من القدرة التنافسية للاقتصاد في جذب المزيد من هذه التدفقات، ويحقق أهداف التنمية بالمجتمع.

قائمة المراجع

- 1) Agenor P. R., (2002), "Does Globalization Hurt the Poor?", *Policy Research Working Paper*, No. 2922, World Bank, Washington, <http://ideas.repec.org/>.
- 2) Alguacil M. T., Cuadros A. & Orts V., (2002), "Foreign direct investment, exports and domestic performance in Mexico: a causality analysis", *Economics Letters*, Vol. 77, Issue 3, PP. 371-376, <http://www.sciencedirect.com/>.
- 3) Ahmadi R. & Ghanbarzadeh M., (2011), "FDI, Exports and Economic Growth: Evidence from Mena Region", *Middle-East Journal of Scientific Research*, Vol. 10, No. 2, PP. 174- 182, <http://idosi.org/mejsr/>.
- 4) Anyanwu J. C., (2011), "Determinants of Foreign Direct Investment Inflows to Africa, 1980-2007", *Working Paper Series*, No. 136, African Development Bank Group, Tunisia, <http://www.afdb.org/>.
- 5) Araujo R. A. & Soares C., (2011), "'Export Led Growth' x 'Growth Led Exports': What Matters for the Brazilian Growth Experience after

- Trade Liberalization?", *MPRA Paper*, No. 30562, Online at: <http://mpra.ub.uni-muenchen>.
- 6) Balamuurali N. & Bogahawatte C., (2004), "Foreign Direct Investment and Economic Growth in Sri Lanka", *Sri Lankan Journal of Agricultural Economics*, Vol. 6, No. 1, PP. 37-50, <http://sljol.info/index>.
 - 7) Bhaskara R. B., Rup T. & Chaitanya V. K., (2008), "Financial developments and the rate of growth of output: An alternative approach", *MPRA Paper*, No. 8605, <http://mpra.ub.uni-muenchen>.
 - 8) Chowdhury A. & Mavrotas G., (2003), "FDI and Growth: What Causes What?", *The World Economy*, Vol. 29, Issue 1, PP. 9-19, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/>.
 - 9) Christopoulos D. K. & Tsionas E. G., (2004), "Financial development and economic growth: evidence from panel unit root and co integration tests", *Journal of Development Economics*, Vol. 73, PP. 55-74, www.elsevier.com/locate/econbase.
 - 10) Cuadros A., Vicente O. & Maite A., (2006), "Openness and Growth: Re-Examining Foreign Direct Investment, Trade and Output Linkages in Latin America", *The Journal of Development Studies*, Vol. 40, No. 4, PP. 167-192, <http://www.tandfonline.com>.
 - 11) Demirhan E. & Masca M., (2008), "Determinants of Foreign Direct Investment Inflows to Developing Countries: A Cross-Sectional Analysis", *Prague Economic Papers*, Issue 4, PP. 356-369, <http://econpapers.repec.org/>.
 - 12) Dumludag D., (2010), "A Comparison of Foreign Direct Investment in Turkey and Egypt: Motivations and Obstacles", *MPRA Paper*, No. 27520, <http://mpra.ub.uni-muenchen>.
 - 13) Dunning J. H. & Lundan S. M., (2008), *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Second Edition, Edward Elgar Publishing Limited, UK, Google Book, Online: <http://books.google.co.uk/>.
 - 14) Dunning J. H., (2009), "Location and the multinational enterprise: A neglected factor?", *Journal of International Business Studies*, No. 40, PP. 5-19, <http://www.palgrave-journals.com/>.
 - 15) Durlauf S. N. & Blume L. E., (2008), *The New Palgrave: Dictionary of Economics*, Second Edition, Vol. (3), Macmillan Publishers Ltd, New York.
 - 16) Furuoka F., (2007), "Does the "Phillips Curve" Really Exist? New Empirical Evidence from Malaysia", *Economics Bulletin*, Vol. 5, No. 16, PP. 1-14, <http://economicsbulletin.vanderbilt.edu/>.
 - 17) Huilu Z. A., (2010), "Impact of Foreign Direct Investment on Trade of African Countries", *International Journal of Economics and Finance*, Vol. 2, No. 3, PP. 122-133, www.ccsenet.org/ijef.

- 18) Iqbal M. S., Shaikh F. M. & Shar A. H., (2010), "Causality Relationship between Foreign Direct Investment, Trade and Economic Growth in Pakistan", *Asian Social Science*, Vol. 6, No. 9, PP. 82-89, www.ccsenet.org/ass.
- 19) Khorshid M, Kamaly A., El-Laithy H. & El-Enein S. A., (2011), *Assessing Development Strategies to Achieve the MDGGs in the Arab Republic of Egypt*, United Nations Department for Social and Economic Affairs, <http://www.un.org/en/>.
- 20) Kiran B., (2011), "Causal Links between Foreign Direct Investment and Trade in Turkey", *International Journal of Economics and Finance*, Vol. 3, No. 2, PP. 150-158, www.ccsenet.org/ijef.
- 21) Klasra M. A., (2011), "Foreign direct investment, trade openness and economic growth in pakistan and turkey: an investigation using bounds test", *Quality & Quantity*, Vol. 45, No. 1, PP. 223-231, <http://www.springerlink.com/>.
- 22) Kose M. A., Prasad E. S. & Terrones M. E., (2005), *Growth and Volatility in an Era of Globalization*, IMF, Vol. 52, Special Issue, <http://www.imf.org/>.
- 23) Kose M., A., Prasad E., S. & Terrones M., E., (2005), "Growth and Volatility in an Era of Globalization", IMF, *Staff Papers*, Vol. 52, Special Issue, <http://www.imf.org/external/pubs/>.
- 24) Mah J. S., (2010), "Foreign direct investment inflows and economic growth of China", *Journal of Policy Modeling*, Vol. 32 , Issue 1, PP. 155-158, <http://www.sciencedirect.com/>.
- 25) Meerza S. I. A., (2012), "Causal links between trade, foreign direct investment and economic growth for Bangladesh", *SIA Meerza - SDSU Working Papers*, <ftp://ftp.repec.org/>.
- 26) Muhammed O. Z., Fatima P. I. & Omade S. I., (2011), "Co-integration Analysis of Foreign Direct Investment Inflow and Development in Nigeria", *Developing Country Studies*, Vol. 1, No. 1, PP. 56-66, www.iiste.org
- 27) Rahman M., (2009), Contributions of Exports, FDI and Expatriates' Remittances to Real GDP of Bangladesh, India, Pakistan and Sri Lanka, *South-western Economic Review*, PP. 141-154, <http://www.ser.tcu.edu/>.
- 28) Read R., (2004), "The Implications of Increasing Globalization and Regionalism for the Economic Growth of Small Island States", *World Development*, Vol. 32, No. 2, PP. 365-378, www.elsevier.com/locate/worlddev.
- 29) Shahbaz M. & Rahman M., (2011), "The Dynamic of Financial Development, Imports, Foreign Direct Investment and Economic Growth: Cointegration and Causality Analysis in Pakistan", *MPRA Paper*, No. 32181, Online at <http://mpra.ub.uni-muenchen>.

- 30) Shahbaz M., Ahmad K. & Chaudhary A. R., (2008), "Economic Growth and Its Determinants in Pakistan", *The Pakistan Development Review*, Vol. 47, No. 4, Part II, PP. 471-486, <http://www.pide.org>.
- 31) Smsu S. H., Derus A. M., Ooi A. Y. & Ghazali M. F., (2008), "Causal Links between Foreign Direct Investment and Exports: Evidence from Malaysia", *International Journal of Business and Management*, Vol. 3, No. 12, PP. 177-183, <http://journal.ccsenet.org/>.
- 32) Tang S., Selvanathan E. A. & Selvanathan S., (2008), *Foreign Direct Investment, Domestic Investment and Economic Growth in China: A Time Series Analysis*, UNU-WIDER, Research Paper, No. 19, <http://www.rrojasdatabank.info/>.
- 33) Temiz D. & Gokmen A., (2009), " Foreign Direct Investment and Export in Turkey: The Period of 1991-2008", *Paper presented at EconAnadolu 2009: Anadolu International Conference in Economics*, Ju. 17-19, 2009, Eskişehir, Turkey, <http://econ.anadolu.edu.tr/>.
- 34) UNCTAD, (2012), *UNCTADstat*, <http://www.unctad.org/en/Pages/Home.aspx>.
- 35) UNDP, (2002), *Egypt Human Development Report 2001/2002*, executed by: United Nations Development Programme (UNDP), and The Institute of National Planning (INP), Egypt, <http://www.undp.org.eg>.
- 36) Vazakidis A. & Adamopoulos A., (2010), "A Causal Relationship between Financial Market Development and Economic Growth", *American Journal of Applied Sciences*, Vol. 7, PP. 575-583, <http://scipub.org>.
- 37) World Bank, (2012), *World Development Indicators (WDI)*, Economic and Social Data Service (ESDS) International, University of Manchester, http://esds80.mcc.ac.uk/WDS_WB/Table Viewer/tableView.aspx.
- 38) Zaman K., Khan M. M., Ahmad M. & Ikram W., (2011), "Inflation, Unemployment and the NAIRU in Pakistan (1975-2009)", *International Journal of Economics and Finance*, Vol. 3, No. 1, PP. 245-254, <http://www.ccsenet.org/journal/index>.

الملحق الإحصائي

جدول رقم (1) م

المتغيرات الرئيسية بالتحليل والنموذج في مصر خلال الفترة (1980-2010)

التجارة الخارجية (ن م ج) %	التجارة الخارجية مليون \$	واردات السلع والخدمات مليون \$	صافرات السلع والخدمات مليون \$	متوسط نصيب الفرد من (ن م ج) \$	(ن م ج) بالمليون \$ بالأسعار الثابتة	(ن م ج) بالمليون \$ بالأسعار الجارية	رصيد (ث م ج) مليون \$	تكاليف (م ج م) مليون \$	البيان / السنة
73.4	16813	9822	6992	857	38506	22913	2260	548.3	1980
82.2	19234	11423	7811	868	39953	23405	3013	752.6	1981
69.0	17650	10732	6919	932	43911	25592	3307	293.6	1982
61.9	17420	10250	7170	977	47161	28137	3797	490.0	1983
58.2	17823	10974	6849	1012	50034	30643	4526	729.1	1984
52.0	18023	11115	6908	1053	53337	34690	5703	1177.6	1985
41.3	14828	9183	5645	1055	54748	35880	6921	1217.4	1986
35.3	14309	9222	5087	1056	56128	40508	7868	947.7	1987
52.5	18391	12322	6069	1086	59103	35045	9058	1190.0	1988
50.2	19921	12827	7094	1115	62042	39648	10309	1250.2	1989
52.8	22756	14109	8647	1154	65579	43130	11043	734.0	1990
63.6	23517	13234	10284	1144	66287	36971	11296	253.0	1991
59.3	24824	12939	11886	1173	69225	41856	11755	459.0	1992
55.9	26050	14016	12035	1187	71233	46579	12961	1206.5	1993
50.6	26275	14561	11714	1214	74063	51898	14094	1133.4	1994
50.2	30227	16662	13565	1249	77501	60159	14690	595.2	1995
46.9	31751	17718	14033	1289	81367	67630	15326	636.4	1996
43.7	34307	19528	14779	1337	85835	78437	16578	886.9	1997
41.9	35567	21812	13754	1367	89300	84829	17654	1075.5	1998
38.4	34798	21144	13654	1426	94752	90711	18719	1065.3	1999
39.0	38955	22780	16175	1476	99839	99839	19955	1235.4	2000
39.8	38868	21802	17066	1501	103368	97632	20465	509.9	2001
41.0	36007	19917	16091	1508	105818	87851	21112	646.9	2002
46.2	38294	20219	18074	1527	109198	82924	21349	237.4	2003
57.8	45588	23330	22258	1560	113666	78845	23506	2157.4	2004
63.0	56460	29246	27214	1600	118749	89686	28882	5375.6	2005
61.5	66123	33931	32191	1679	126876	107484	38925	10042.8	2006
65.1	84912	45443	39469	1766	135869	130473	50503	11578.1	2007
71.7	116709	62909	53800	1859	145592	162836	59998	9494.6	2008
56.7	107233	60048	47185	1957	156011	188984	66709	6711.6	2009
49.5	108336	61724	46612	2023	164092	218912	73095	6385.6	2010

المصدر: (UNCTAD, 2012) ، (World Bank, World Development Indicator, 2012) ،
- قيمة (ن م ج) بالمليون دولار بالأسعار الثابتة على أساس أسعار عام 2000.
- نصيب الفرد من (ن م ج) بالدولار بالأسعار الثابتة على أساس أسعار عام 2000.
- كل من: (ث م ج)، والصادرات، والواردات، والتجارة الخارجية بالمليون دولار بالأسعار الجارية.

الدولار الأمريكي واليوان الصيني
وصراع الهيمنة على النظام النقدي العالمي
الدكتور

شعبان عبده أبو العز المحلاوي
دكتوراه في الاقتصاد والمالية العامة
كلية الحقوق جامعة المنصورة

- ملخص البحث:

ظل الدولار الأمريكي متربعاً على عرش العملات الدولية لفترة طويلة، ولكن هذه الهيمنة على النظام النقدي الدولي أصبحت غير مؤكدة، على الجانب الآخر ظهر اليوان الصيني كمنافس قوي في طريقه لاكتساب أهمية عالمية، يستند إلي اقتصاد قوي، مع قيام حكومة الصين باتخاذ خطوات جادة لتشجيع استخدام اليوان على المستوى الدولي، ويستهدف هذا البحث معرفة مدى قدرة الصين على تدويل اليوان، وتوضيح عيوب النظام النقدي الحالي، وطرح الحلول الممكنة.

Abstract;

With the U.S. dollar cross-legged on the throne of the international currency for a long time, but this dominance on the international monetary system has become uncertain, on the other side of the back of the Chinese yuan as a strong competitor on the way to gain global importance, is based on a strong economy, with the Government of China to take serious steps to encourage the use of yuan at the international level, and this research aims to find out the extent of China's ability to internationalize the yuan, and to clarify the disadvantages of the current monetary system, and put forward possible solutions.

- مقدمة:

تتفاوت العلاقات الدولية بين درجات مختلفة من الهيمنة والتوازن؛ فكثيراً ما تتعارض مصالح الدول وتتصادم، وعادة ما تحل مثل هذه

الأمر في إطار أحد نموذجين، الأول هو نموذج الهيمنة، عندما تتمتع إحدى الدول بنوع من النفوذ والتأثير على بقية أعضاء المجتمع الدولي، أو مجموعة منه. والثاني هو نموذج توازن القوي، ويتحقق عندما تتقارب القوي دون تفوق ملحوظ لإحدى الدول. في الحالة الأولى الحل أقرب إلي الإملاء، أما في الحالة الثانية يكون الحل توافقياً وتصالحياً.

تناول الباحثون أسباب الهيمنة والتي تعود عادة إلي التفوق العسكري، أو الاقتصادي أو التكنولوجي. ولقد عرف العالم أمثلة كثيرة للهيمنة، ولعل أهمها الإمبراطورية الرومانية، والإمبراطورية البريطانية، وأخيراً الولايات المتحدة الأمريكية. كما تستند أحياناً الهيمنة إلى الريادة الدينية كما يظهر في نفوذ البابا.

تحتاج المعاملات الاقتصادية الدولية شأنها شأن العلاقات الاقتصادية الداخلية إلى وجود شكل من أشكال النقود لتسهيل المعاملات وزيادة كفاءتها. وقد عرف العالم منذ فترات طويلة أشكالاً مقبولة من النقود وخاصة من الذهب والفضة. كان الإسترليني خلال القرن السابق على الحربين الأولى والثانية هو العملة الأكثر رواجاً في التعامل الدولي. وبدأ الدولار الأمريكي يلعب دوراً متزايداً في العلاقات الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، وهو ما يمكن أن نطلق عليه الهيمنة النقدية على العالم؛ حيث أصبح الدولار عملة احتياط دولية، وعملة الاستثمارات والتوظيف المالي.

- أهمية موضوع البحث:

لم يكن النظام النقدي العالمي أقل استقراراً، وعرضة للمخاطر مثلما هو عليه الحال اليوم؛ فقطبا النظام النقدي الدولي، اليورو والدولار يتعرضان لمخاطر جمه، الدولار يتعرض لضغوط هائلة نحو الهبوط، سواء كانت هذه الضغوط ناجمة عن تراجع القدرات التنافسية للاقتصاد الأمريكي على المستوى الدولي، أو تلك الناجمة عن السياسات النقدية والمالية الحالية لصانع السياسة الأمريكية. في الوقت الذي يواجهه

اليورو أقتسي الاختبارات، والتي ربما إذا ما ساءت الأمور أن تودي به كعملة دولية.

ولما كانت اتفاقية صندوق النقد الدولي تدعو إلى التأكيد على أهمية التوازن في العلاقات الدولية، الأمر الذي لا يتوافر في حالة هيمنة دولة وحيدة على النظام النقدي العالمي. ولقد أثار استخدام عملة وطنية كأساس للمعاملات الدولية انتقادات كثيرة، أهمها أنه يوفر للدولة المصدرة لهذه العملة مزايا الحصول على موارد اقتصادية من العالم بلا مقابل حقيقي بمجرد توفير أوراق نقدية، ومن ثم سوف تكون المنافسة قوية بين الدولار الأمريكي واليوان الصيني لتحقيق الهيمنة النقدية على العالم.

- فرضية البحث:

ظل الدولار الأمريكي متربعاً على عرش العملات الدولية لفترة طويلة، ولكن هذه الهيمنة على النظام النقدي الدولي أصبحت غير مؤكدة إذا ما استمرت الولايات المتحدة في انتهاج نفس السياسات، وعلى نفس الوتيرة الحالية في الإنفاق والاقتراض. وعلى الجانب الآخر ظهر اليوان الصيني كمنافس قوي في طريقه لاكتساب أهمية عالمية، يستند إلى اقتصاد قوي، مع قيام حكومة الصين باتخاذ خطوات جادة لتشجيع استخدام اليوان على المستوي الدولي. ولكن هل هذه الخطوات كفيلة بجعل اليوان ينتهج مساراً ليقطع الطريق على الدولار الأمريكي ودوره كعملة الاحتياطي العالمي السائدة؟.

- إشكالية البحث:

الاقتصاد الصيني اليوم ثاني أكبر اقتصادات العالم، وأحد أهم محركات النمو العالمي، ولقد اكتسب اليوان الصيني في الوقت الحالي أهمية متزايدة في التمويل والتجارة على الصعيد الدولي، ومن المؤكد أن أهميته ستزيد. ولكن هل تستطيع العملة الصينية أن تهيمن على النظام النقدي العالمي بدلاً من الدولار؟ هذه هي إشكالية الدراسة.

- أهداف البحث:

- يهدف البحث إلى معرفة:
 - الأهمية الاقتصادية لتدويل عملة ما.
 - مقومات الدولة التي تسعى لتدويل عملتها.
 - دور الدولار الأمريكي كعملة دولية.
 - إستراتيجية الصين لتدويل عملتها.
 - مدي حاجة العالم إلى عملة دولية لا تخضع لدولة معينة.
- الدراسات السابقة:

من خلال التتبع والبحث في الكتب وشبكة الإنترنت من أجل التوصل إلى دراسات تتحدث في إطار متقارب من هذه الدراسة فقد تم العثور على الدراسات التالية:

- 1- دراسة مؤسسة بروكينغز 2012، أجراها المؤلفان: إسوار برساد، ولي إبيه، بعنوان، " The Renminbi's Role in the Global Monetary System". وقد استهدفت هذه الدراسة تقييم التطور الذي تحرزه الصين في سبيل تحويل عملتها لعملة دولية، من خلال بحث مقومات الصين وتطور أسواقها المالية، ومرونة سعر صرف اليوان، وتحرير الحساب الرأسمالي.
- 2- دراسة د. محمد إبراهيم السقا 2010، بعنوان "هل يصبح اليوان عملة دولية؟" ونشرت على هيئة سلسلة مقالات بصحيفة الاقتصادية الإلكترونية، عبر مجموعة أعداد متتابعة، تناولت الدراسة النظام النقدي الدولي الحالي، وحقوق السحب الخاصة كعملة دولية، وأهم عيوبها، والخطوات التي اتخذتها الصين في سبيل تحويل اليوان إلى عملة دولية.
- 3- "الاقتصاد العالمي وتحديات النمو المستدام": تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2011، الصادر عن مركز الأهرام للدراسات الاستراتيجية، وتناولت الدراسة استمرار هيمنة الدولار

على نظام المدفوعات الدولية، وأثر ذلك على الاقتصاد العالمي،
واقترحات بشأن خلق عملة دولية بعيدا عن الدولار كعملة وطنية.

- خطة البحث:

لاشك أن تدويل عملة ما سيعود بالنفع على الدولة صاحبة هذه
العملة، إلا أن هناك مقومات يلزم توافرها في اقتصاد هذه الدولة حتى
تنال عملتها ثقة العالم، وهو ما تتمتع به الولايات المتحدة الأمريكية منذ
نهاية الحرب العالمية الثانية، ولكن هل تتمتع الصين بمقومات تجعلها
قادرة على تدويل عملتها؟ وما هي خطة الصين لتحقيق هذا الهدف؟ هذا
ما سنتعرف عليه بمشيئة الله من خلال هذه البحث، وفق التقسيم التالي:

الفصل الأول: اقتصاديات تدويل العملة.

الفصل الثاني: مقومات تدويل العملة.

الفصل الثالث: الدولار الأمريكي والهيمنة النقدية على العالم والمخاوف
من صعود اليوان الصيني.

الفصل الرابع: استراتيجية الصين لتدويل اليوان.

الفصل الخامس: النظام النقدي الدولي الجديد.

والله المستعان

الفصل الأول

اقتصاديات تدويل العملة

النقود عموماً لا تنتج شيئاً بذاتها، ولا يمكن استهلاكها، فهي سلعة
تبادل وليست سلعة استهلاك أو إنتاج، وتتمتع بقبول عام في مجتمع
معين. وتؤثر النقود في تطور الحياة من خلال القيام بوظائف على جانب
كبير من الأهمية، مثل استخدامها كوحدة لمعرفة قيم السلع والخدمات
المختلفة، كما تستخدم كأداة للاحتفاظ بالقيمة لفترات مستقبلية⁽¹⁾.

ولقد استخدمت النقود في جميع الاقتصادات سواء المتقدمة أم
المتخلفة، وتقوم النقود بمجموعة من الوظائف والمهام، غير أن أولي

(1) د/ السيد أحمد عبد الخالق: النظرية النقدية، دار الأصدقاء للطباعة والنشر،
المنصورة، 2003، ص 67.

هذه الوظائف وأشهرها هي وظيفتها كوسيط للمبادلة بين أفراد المجتمع وبين المجتمعات بعضها البعض. وأساس هذه الوظيفة هي عملية تخصص كل فرد أو مجموعة من أفراد المجتمع في إنتاج سلعة معينة ثم تبادل السلع المختلفة فيما بينهم باستخدام النقود⁽²⁾.

ومن المعترف به أن للنقود تأثير فعال وملموس على مختلف الظواهر الاقتصادية الكلية، مثل التضخم، المستوي العام للأسعار، الأجور، البطالة، مستوي التشغيل، والإنتاج. وما يتطلبه ذلك من اتخاذ سياسات اقتصادية أو نقدية أو مالية على المستوي الكلي مما ينعكس ولاشك على كيفية أداء النظام الاقتصادي⁽³⁾.

ولما كانت هذه هي وظائف النقود داخل الدولة، فإن تدويل العملة هو قيام النقود بنفس الأدوار، ولكن على المستوي الدولي. ومن ثم يُعرف تدويل العملة بأنه: الاستخدام الواسع النطاق للعملة خارج البلاد الأصلية التي أصدرت العملة، من أجل تسوية المعاملات الدولية بين دول العالم⁽⁴⁾. ويعرف أيضاً بأنه استخدام العملة في تقييم وتسوية المعاملات التجارية والمالية عبر الحدود⁽⁵⁾.

وإذا حازت العملة ثقة العالم يتم تحويلها إلى عملة احتياط عالمية، وهي العملة التي تحتفظ بها البنوك المركزية لدول العالم ضمن سلة احتياطياتها لتغطية جانب من الإصدار للعملة الوطنية، وكذلك لأغراض التدخل في الوقت المناسب في سوق النقد للدفاع عن عملتها. وفي هذا الصدد هناك عدد لا بأس به من العملات الدولية، أهمها الدولار

(2) د/ مجدي محمود شهاب: الاقتصاد السياسي، التحليل الوحدوي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 16.

(3) د/ السيد أحمد عبد الخالق: النظرية النقدية، مرجع سابق، ص 2.

(4) Definition of 'Currency Internationalization'
http://www.investopedia.com/terms/c/currency_internationalization.as

(5) Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye: The Renminbi's Role in the Global Monetary System, Global Economy and Development at BROOKINGS, February 2012, P 2.

الأمريكي، اليورو، الين الياباني، الجنيه الإسترليني، والفرنك السويسري.

تحويل عملة معينة إلى عملة دولية يعطي للدولة صاحبة هذه العملة سطوة نقدية، وسيطرة على مقدرات العالم الاقتصادية؛ ذلك أن هذه العملة تخضع في نهاية الأمر للسياسات النقدية الوطنية في الدول مصدرة العملة، ومن ثم تستفيد دول العملات الدولية اقتصادياً من خلال عدة نواحي كالتالي:

أولاً: عائد الإصدار النقدي.

تصدر الحكومات النقود عن طريق البنك المركزي⁽⁶⁾، لكنها لا تتكلف سوي نفقات الورق والطباعة، وتعطي لكل ورقة قيمتها، فهذا دولار، وذاك مائة دولار. ولكن الحكومة أو البنك المركزي لا يوزع هذه النقود مجاناً على المواطنين، وإنما تستخدم الحكومات ما تصدره من نقود في الإنفاق على احتياجاتها المختلفة؛ فأصدار النقود هو نوع من الضريبة الضمنية التي تفرضها الحكومات على الأفراد عند قيامها بالإنفاق⁽⁷⁾.

ولا يختلف الأمر في المعاملات الدولية عنه في المعاملات المحلية؛ فالتعامل الدولي يحتاج إلى نقود دولية. ونظراً لأن التعامل يتم بعملة مقبولة دولياً – الدولار مثلاً – فإن مختلف الدول تحتاج إلى الحصول على هذه العملة لتسهيل عملياتها التجارية، كما تحتفظ بجزء منها في شكل أصول لمواجهة المستقبل. الدول صاحبة العملة الدولية لا توزع عملتها مجاناً على الدول الأخرى، بل على تلك الدول أن تكتسبها عن طريق تقديم سلع وخدمات للاقتصاد صاحب العملة الدولية.

(6) تقوم البنوك المركزية بعدة وظائف أهمها إصدار البنكنوت، وقيامها بعمليات البنوك بالنسبة للبنوك الأخرى، والاحتفاظ بحسابات الحكومة، ومراقبة السوق المالية، ولا يشترط لكي يكون البنك مركزياً أن يقوم بكل تلك الوظائف، للمزيد راجع، د/ أحمد بديع بليح: النقود والبنوك، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1997، ص 142.

(7) د/ حازم الببلاوي: القوة الناعمة للنظام النقدي الدولي،

وتطبيقاً لذلك فإن كافة الأرصدة الدولارية التي تملكها دول العالم (الاحتياطيات)، أو الأرصدة التي تستعمل يومياً لتسوية المعاملات التجارية، قد تم الحصول عليها مقابل سلع وخدمات صُدرت إلي الولايات المتحدة، أو لتغطية استثمارات أو نفقات قامت بها الحكومة الأمريكية في الخارج⁽⁸⁾.

اكتسبت الولايات المتحدة امتياز تاريخي ممثلاً في طباعة عملة الاحتياطيات الدولية الرئيسية، والذي جعلها تتمتع بحق فرض ضرائب مستترة على العالم بقدر ما يحتاج العالم من دولارات لأغراض المعاملات الدولية⁽⁹⁾. الأمر ذاته ينطبق على أي عملة تكتسب صفة الدولية، وتستطيع كسب ثقة العالم وهو ما تسعى الصين حالياً إلي تحقيقه.

ثانياً: قيام الدولة مُصدرة العملة الدولية بدور البنك المركزي الدولي.

يتولى البنك المركزي في أي دولة إدارة السياسة النقدية من خلال اتخاذ إجراءات تخفيض وزيادة عرض النقود والائتمان المصرفي على نحو يكفل تحقيق الاستقرار النقدي في المجتمع، ومن أبرز أدوات البنك المركزي في هذا المجال سياسة الخصم، عمليات السوق المفتوحة، سعر الفائدة، وتغيير نسبة الاحتياطي النقدي⁽¹⁰⁾.

السياسة النقدية إما أن تستهدف سعر الفائدة من خلال استخدام أدوات تؤدي إلي رفع أو تخفيض معدلات الفائدة حسب مقتضيات النشاط الاقتصادي، وعندما يتغير معدل الفائدة ارتفاعاً أو انخفاضاً ينتقل أثر ذلك إلي النشاط الاقتصادي (الطلب الكلي) من خلال ما يسمى قناة معدل الفائدة التي تتولي نقل تأثير خفض أو رفع معدل الفائدة إلي الطلب الكلي، ومن ثم معدلات النمو والتوظيف والبطالة. وقد تستهدف السياسة

(8) د/ حازم الببلاوي: القوة الناعمة للنظام النقدي الدولي، المرجع السابق.

(9) حول انخفاض قيمة الدولار عالمياً ومحلياً: البنك الأهلي المصري، النشرة الاقتصادية، العدد الرابع 2004، ص 51.

(10) د/ أحمد جمال الدين موسى: النقود والبنوك، مكتبة الجلاء المنصورة، 1997، ص 92.

النقدية كمية النقود المتداولة في الاقتصاد، ويكون إصدار النقود الجديدة هو أداة تحقيق هذا الهدف⁽¹¹⁾.

ولما كانت البنوك المركزية تختص وحدها بإصدار العملات المحلية واستخدام السياسة النقدية، فإن البنك المركزي بالدولة صاحبة العملة الدولية يكون بمثابة بنك مركزي دولي، يستطيع استخدام سياساته النقدية، والتأثير بها على النظام النقدي الدولي.

وتطبيقاً لذلك فإن بنك الاحتياطي الفيدرالي (البنك المركزي للولايات المتحدة) يعد بمثابة بنك مركزي دولي، حيث قام بإتباع سياسة نقدية لمواجهة الأوضاع الاقتصادية المتردية عقب الأزمة المالية العالمية، بضخ نحو تريليوني دولار في نوفمبر 2008 وهو ما أطلق عليه خطة التيسير الكمي الأولي، في محاولة لدفع مستويات النشاط الاقتصادي للخروج من الكساد. مع خفض معدل الفائدة إلى معدلات تكاد تقترب من الصفر. قيام الولايات المتحدة بطبع المزيد من الدولارات من خلال سياسة التيسير الكمي أدي ذلك إلى انتقال آثار سياسة النقود السهلة إلى خارج حدودها، وأدي بالتالي إلى تسارع نمو السيولة الدولية على نحو لم يسبق له مثيل⁽¹²⁾.

ولما كان الاستثمار في أدون وسندات الحكومة الأمريكية لا يقتصر على الأمريكيين وحدهم؛ بل الجزء الأكبر من حاملي هذه الأوراق المالية هم الحكومات والهيئات الأجنبية، خاصة من دول الفائض سواء في اليابان أو الصين أو ألمانيا أو الدول النفطية، فإن خطة البنك المركزي الأمريكي هي شراء سندات الخزانة الأمريكية من حائزيها؛ وبالتالي ضخ مقابل لها من الدولارات الجديدة في الأسواق. ونظراً لأن معظم هذه الأوراق هي في يد الحائزين من دول الفائض فمن غير الطبيعي أن

(11) د/ محمد إبراهيم السقا: صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 6213 في 2010/10/15.

Monetary policy, Everyone expects inflation, (12)
http://www.economist.com/blogs/freeexchange/2010/11/monetary_policy_3

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014 (1343)

ينحصر أثر هذه العمليات على السوق المحلية الأمريكية⁽¹³⁾. وبالتالي فإن قيام البنك المركزي الأمريكي باتخاذ سياسة نقدية معينة لا يتأثر بها الاقتصاد الأمريكي فقط، بل يؤثر بها على العالم؛ ذلك أنه - الاقتصاد الأمريكي - صاحب العملة الدولية.

ثالثاً: النمو المعتمد على مدخرات العالم.

وفرة رأس المال تشكل أحد أهم أشكال العلاقات الاقتصادية بين الدول من خلال تحركه عبر الحدود؛ فـرأس المال قد ينتقل من دولة لأخرى بغرض الاستثمار المباشر، أو غير المباشر من خلال الاستثمار في شراء الأسهم والسندات، وقد يكون بقصد الإيداع في خزائن المصارف الأجنبية⁽¹⁴⁾.

تنقسم بلدان العالم إلى طائفتين، الطائفة الأولى تشمل الدول الصناعية المتقدمة والدول البترولية، وتتميز بوجود فائض في ميزان مدفوعاتها. والطائفة الثانية تتميز بوجود عجز في موازين مدفوعاتها. ولما كانت العلاقات الدولية تتم بواسطة عملة دولية مقبولة لطرفي التعامل، ومن ثم فإن دول الفائض يكون لديها فائض من العملات الأجنبية الدولية. ويكون أفضل سوق لاستثمار هذا الفائض هي الدولة صاحبة العملة الدولية⁽¹⁵⁾.

والمثال الواضح لهذه الاستثمارات هو الاستثمار المالي الخارجي للدول العربية البترولية، حيث تستثمر الدول العربية ما يجاوز التريليون دولار، والهدف المعلن حول هذه الاستثمارات هو ضرورة تنويع مصادر الدخل والثروة وتخفيف الاعتماد على النفط.

(13) د / حازم الببلاوي: هل تكفي السياسة النقدية لإنقاذ الاقتصاد العالمي؟ جريدة الأهرام، 2010/11/14.

(14) د/ السيد أحمد عبد الخالق: الاقتصاد الدولي والسياسات الاقتصادية الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1997، ص 47.

(15) د/ السيد عبد المولي: فائض الأموال العربية وإمكانية استثماره في المنطقة العربية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة الخامسة والأربعون، مارس ويونيو 1975، ص 284.

الفصل الثاني

مقومات تدويل العملة

تُعرف النقود بأنها وسيلة الإبراء المقبولة من الجميع في نطاق مجتمع معين لسداد الديون والالتزامات الناشئة عن التعاملات. وقيمة النقود ليست ثابتة ولكنها مرهونة بالقوة التي يمنحها إياها المجتمع الذي تتداول فيه⁽¹⁶⁾، ومن ثم فإن للنقود وفق التعريف أربع خصائص رئيسية:

- تقبل النقود من كافة الدائنين والبائعين في نطاق إقليم دولة معينة.
- تقبل النقود للإبراء من أي دين أو لسداد أية نفقات.
- يؤدي منح النقود للغير إلى الانقضاء الفوري والنهائي للدين.
- ترتبها قيمة النقود بالقوة التي يعترف بها لها المجتمع التي تتداول فيه.

هذه الخصائص التي يجب أن تتوافر في أي عملة حتى يمكنها القيام بوظائف النقود، من كونها وسيط للتبادل، ومقياس للقيم ومستودع للقيمة. ويتم تداول هذه الأوراق في داخل الدولة، وتتمتع بصفة الإلزام القانوني⁽¹⁷⁾.

لكل دولة سيادة على إقليمها وشعبها، ومن ثم تعطي لعملتها صفة الإلزام القانوني والقيمة الاسمية للعمليات النقدية التي تصدرها، ولكن هل تستطيع الدولة التعامل بعملتها المحلية خارج حدودها؛ من خلال استعمالها في تسوية المعاملات الدولية؟ بمعنى هل تستطيع أي دولة أن تحول عملتها المحلية إلى عملة دولية؟ تنال ثقة العالم وتتعامل بها الدول، وتدخرها كاحتياطي نقدي، ووسيط للتعامل الدولي.

ليس هناك مشكلة في أن تتحول عملة وطنية إلى عملة دولية، إذا ما كانت تتمتع بالاستقرار النسبي، وإذا كانت السياسات النقدية والمالية للدولة مصدرة العملة تتسم بالحصافة المطلوبة، بحيث ينمو عرض

(16) د/ أحمد جمال الدين موسى: النقود والبنوك، مرجع سابق، ص 2.

(17) د/ السيد أحمد عبد الخالق: النظرية النقدية، مرجع سابق، ص 102.

العملة بمعدلات تتوافق مع نمو الناتج المحلي الإجمالي الحقيقي لهذه الدولة، ونمو الطلب على العملة في الخارج، بحيث لا تؤدي السياسات المالية إلى نمو الدين العام بمعدلات تتجاوز قدرة الدولة الأم على خدمة دينها بسهولة، وأن تحتفظ هذه الدولة بميزان مدفوعات متوازن نسبياً، أو بعجز مقبول. مثل هذه الشروط تساعد على استقرار القوة الشرائية للعملة الدولية، وتحول دون تدهور معدلات صرفها الحقيقية بالنسبة للعملة الرئيسية في العالم، الأمر الذي يعظم ثقة العالم في العملة الدولية ويقلل المخاطر المصاحبة لاستخدامها⁽¹⁸⁾.

ومن ثم فإنه يلزم لإسباغ صفة الدولية على عملة معينة يجب أن تتوفر مجموعة مقومات تتمثل في التالي:

أولاً: الحجم الاقتصادي للدولة مُصدرة العملة.

إجمالي الناتج المحلي للبلد المعني وحصصه في التجارة والتمويل العالميين من المحددات المهمة لوضع عملته بين العملات الدولية⁽¹⁹⁾. وتطبيقاً لذلك فقد ظل الدولار على قمة النظام النقدي الدولي، واستمر يلعب دور العملة الدولية حتى اليوم، مستفيداً بالطبع من الوزن الهائل للاقتصاد الأمريكي؛ ذلك أن الاقتصاد الأمريكي يشكل حوالي 20% من إجمالي الناتج المحلي الإجمالي العالمي، و10% من إجمالي صادرات السلع والخدمات⁽²⁰⁾.

الأمر ذاته ينطبق على اليوان الصيني المستند إلى حجم اقتصاد الصين وأهميتها في التجارة، والمصدر الأول للسلع المصنعة في العالم، وثاني أكبر اقتصاد، ولديها دين عام معتدل، وعجز في الموازنة الحكومية ضئيل مقارنة بالاقتصادات صاحبة العملات الدولية. ثانياً: السياسات الاقتصادية الكلية.

(18) د/ محمد إبراهيم السقا: هل يصبح اليوان الصيني عملة دولية؟ صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 6276 في 2010/12/17.

(19) Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye: The Renminbi's Role in the Global Monetary System, Op, Cit, P 53.

(20) تقرير الاتجاهات الاقتصادية الإستراتيجية 2011: مرجع سابق، ص 325.

يجب أن يثق مستثمرو الأصول السيادية لبلد ما في قدرة سياساته الاقتصادية على حماية قيمة العملة من التراجع لاسيما التزامه بالحفاظ على معدل تضخم منخفض، وقدرته على الاستمرار في تحمل الدين العام.

وتطبيقاً لذلك فقد قام البنك المركزي الكويتي بالتخلي عن الارتباط بالدولار الأمريكي والتحول إلى اتخاذ سلة من العملات، مبرراً ذلك بأن انخفاض سعر صرف الدولار كانت له انعكاسات سلبية على الاقتصاد الكويتي؛ كما ساهم في تراجع القوة الشرائية للدينار الكويتي مقابل العملات الرئيسية باستثناء الدولار الأمريكي مما ساهم في زيادة معدلات التضخم المحلية.

وهو ما تكرر في ارتفاع التضخم في الإمارات وقطر والسعودية وسلطنة عمان، مع بقاء خمس دول خليجية تثبت أسعار صرف عملتها بالدولار. وإزاء ذلك سعت دول الخليج إلى تنويع احتياطياتها واستثماراتها بعملات أخرى. ولعل ما تشهده الأيام من ارتفاع عام في مستوي الأسعار وارتفاع معدلات التضخم في العديد من دول العالم ما هو إلا نتيجة بديهية لتدهور وانخفاض قيمة الدولار⁽²¹⁾.

ثالثاً: سعر الصرف المرن.

نظام الصرف الحر هو ذلك النظام الذي تتحدد بمقتضاه أسعار صرف العملات في السوق الدولي على أساس العرض والطلب على تلك العملات؛ فحرية سعر الصرف تعني تحديد مستوي التوازن لسعر صرف العملات يخضع لذات القواعد التي يتحدد بها ثمن أية سلعة، فنمن أية سلعة يتحدد في النهاية بتلاقي قوي العرض والطلب⁽²²⁾. ومن ثم فإنه عادة ما يجري تداول العملات الدولية بحرية وتتحدد قيمتها الخارجية

(21) د / مازن آدم: تدهور أسعار صرف الدولار الأمريكي الأسباب والآثار المترتبة عليه، <http://www.almusallh.ly/component/content/article/8-2009>
(22) د / رضا عبد السلام: العلاقات الاقتصادية الدولية، بدون دار نشر، 2003، ص 184.

حسب قوي السوق، وإن كان ذلك لا يحول تماماً دون تدخل البنوك المركزية في أسواق الصرف الأجنبي(23).

ولما كان سعر الصرف لعملة ما يتم تحديده على أساس اعتبارات كثيرة أهمها مدي قوة الاقتصاد في البلد الذي تتبعه العملة، إذ أن هذا السعر قابل للتعديل حسب قوي العرض والطلب على العملات في البلدان الرأسمالية التي تتبع نظام حرية الصرف، لذا نجد أن قوة العملة في هذه البلدان تعد مقياساً صادقاً للتعبير عن القوة النسبية لاقتصادها، فكلما كان الاقتصاد قوياً وزاد حجم الإنتاج والصادرات ازداد الطلب على عملته(24).

ولكن ما ينبغي التأكيد عليه في هذا المقام هو أنه حتى داخل الأنظمة التي تطبق أنظمة الصرف الحرة؛ فالدولة لا تزال تمارس أشكالاً معينة من الرقابة وذلك عند الضرورة؛ بهدف الحفاظ على استقرار العملة الوطنية الذي هو في الحقيقة حفاظاً على الاقتصاد الوطني في مجموعة. وتلك الأنظمة يطلق عليها أنظمة الصرف المرنة(25).

رابعاً: الحساب الرأسمالي المفتوح.

يجب أن تكون العملة الدولية مقبولة في أداء المدفوعات للشركاء التجاريين والماليين للبلد المعني، مما يقتضي إتاحة تداول العملة بسهولة في الأسواق المالية العالمية، ويصعب هذا الأمر في حالة البلد الذي يفرض قيوداً على التدفقات الرأسمالية، وإذا كانت أسواق الصرف الأجنبي لدية محدودة وخاضعة لرقابة حكومية مباشرة(26).

خامساً: تطور الأسواق المالية.

Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye: The Renminbi's Role in the Global (23) Monetary System, Op, Cit, P 56.

(24) د/ السيد أحمد عبد الخالق: النظرية النقدية، مرجع سابق، ص 102.

(25) د / رضا عبد السلام: العلاقات الاقتصادية الدولية، مرجع سابق، ص 193.

(26) إسوار براساد ولي إييه: هل يسيطر اليوان؟ التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، مارس 2012، ص 27.

(1348) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2014

يدخل تطور الأسواق المالية في بلد الموطن ضمن المحددات الحاسمة لمكانة العملة الدولية. ومن ثم يجب أن تتسم الأسواق المالية في البلد المعني بالعمق والسيولة؛ أي أن تكون أسواق - وخاصة للسندات الحكومية- فيها أعداد كبيرة من المشترين والبائعين لتوفر أصولاً آمنة، يمكن للمستثمرين الدوليين والبنوك المركزية من بلدان أخرى حيازتها، ومن العوامل المهمة أيضاً حجم الأعمال أو حجم التداول في أسواق السندات المذكورة كأحد مقاييس السيولة⁽²⁷⁾. وتشمل الجوانب المهمة لتطور الأسواق المالية:

- الأمان: يلزم أن تلقي الورقة المالية قدرًا من الأمان، أي ضمان الحصول على عائد الورقة بطريقة منتظمة، وبحيث يكون انخفاض هذا العائد أو انعدامه أمراً ثانوياً، فضلاً عن الاطمئنان إلى ثبات قيمة الورقة على الأقل وضمان استرداد قيمتها⁽²⁸⁾.
- السيولة العالية للسوق: التي تعني قدرة السوق على استيعاب كميات كبيرة من الأوراق المالية بسهولة ويسر، كما يقصد بها إمكانية وسهولة التصرف في الورقة في أي لحظة، ودون أن يؤثر ذلك على سعرها. فصاحب الورقة يجب أن يكون في مقدوره أن يستبدل النقود بالورقة في أي لحظة إذا ما طرأ ما يجله راجباً في ذلك، إما حاجته إلى النقود وإما لرغبته في تغيير طريقة أو مجال توظيف أمواله.
- توافر العلانية الكاملة: يتم الإعلان عن الكميات المطلوبة والمعروضة من الأوراق المالية على شاشات الحاسب الآلي المنتشرة في حالة التعامل المخصصة لذلك. وكذا يتم الإعلان عن سعر الورقة المالية، واسم الشركة الوسيطة المنفذة للعملة، حتى لا يجهل أي متعامل حالة

Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye: The Renminbi's Role in the Global (27) Monetary System, Op. Cit, P 56.

(28) د/ عبد الفضيل محمد أحمد: وقف التداول في البورصة، دراسة بمناسبة الأمانة المالية العالمية 2008، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية حقوق المنصورة، العدد 46 أكتوبر 2009، ص 4.

السوق. وذلك حتى يستطيع المدخرون اتخاذ قرارات مناسبة عند توظيف أموالهم⁽²⁹⁾.

وبصفة عامة فإن قيام سوق فعال للأوراق المالية في بلد ما يفترض توافر شروط معينة: اقتصاد منتعش وسياسة اقتصادية رشيدة، أوضاع سياسية واقتصادية وقانونية وضريبية مستقرة، وفرة المدخرات، هيكل متكامل من البنوك والمؤسسات المالية التي تستخدم أساليب فنية متقدمة، فضلاً عن توافر كوادرات فنية ذات خبرة عالية⁽³⁰⁾. وفي غياب سوق كبير بالقدر الكافي لسندات الدين، لن يتسنى استخدام عملة ما على نحو موثوق في المعاملات الدولية، وإذا لم تتوافر سيولة كافية في أسواق سندات الدين المقومة بالعملة المعنية، لن تصبح العملة جاذبة للأعمال الأجنبية.

في النهاية وبالنظر إلى اقتصادات عملات الاحتياطي - منطقة اليورو، اليابان، سويسرا، المملكة المتحدة، والولايات المتحدة - نجد أنه ليس هناك ثمة قاعدة ثابتة وسريعة تملّي أي هذه العوامل - مقومات تدويل العملة - مهم أو حتى أساسي؛ فالفرنك السويسري من عملات الاحتياطي العالمية، برغم أن حصص سويسرا في إجمالي الناتج المحلي والتجارة على مستوي العالم صغيرة. علاوة على ذلك كثير من الاقتصادات صاحبة عملات الاحتياطي الرئيسية مثل منطقة اليورو واليابان والولايات المتحدة عليها ديون عامة كبيرة ومتزايدة، الأمر الذي يشكك في استقرارها على المستوي الاقتصادي الكلي، وإن لم يؤثر ذلك على وضع الاحتياطي لعملاتها، على الأقل حتى اليوم.

الفصل الثالث

الدولار الأمريكي والهيمنة النقدية على العالم
والمخاوف الأمريكية من هيمنة اليوان الصيني

(29) اشرف محمد السيد: الإصلاح الاقتصادي وأثره على سوق المال، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد 214، ديسمبر 2005، ص 7.

(30) د/ عبد الفضيل محمد أحمد: وقف التداول في البورصة، مرجع سابق، ص 6.

يقوم النظام النقدي الحالي من الناحية الواقعية على أساس الدولار، أي على أساس عملة وطنية تصدر من دولة لها سياساتها الوطنية. ولكن الدولار لم يصل إلي هذه المكانة بين يوم وليلة، وإنما نتيجة تطور طويل؛ حيث تم الاتفاق قبل نهاية الحرب العالمية الثانية على وضع نظام نقدي ومالي دولي يوفر الاستقرار النقدي والمالي في اتفاقية بريتونوودز عام 1944. وقد اتفق على أن تأخذ الدول بنظام أسعار الصرف الثابت؛ على أن تربط كل دولة عملتها بوزن من الذهب. ونظراً لأن الولايات المتحدة الأمريكية كانت تسيطر على قاعدة الذهب، فقد ربطت معظم الدول عملاتها بالدولار؛ وبذلك تقفن على المستوي الدولي أن الدولار هو أساس النظام النقدي⁽³¹⁾.

مع نهاية الحرب العالمية الثانية خرجت معظم الدول الصناعية محطمة اقتصادياً؛ نتيجة التدمير والخراب المترتب على الحرب؛ على عكس ذلك خرجت الولايات المتحدة الأمريكية عند نهاية هذه الحرب في أزهى عصورها، حيث لم تصب أراضيها. وبلغ الناتج الإجمالي الأمريكي عند نهاية الحرب أقل قليلاً من نصف الإنتاج العالمي. وكانت الولايات المتحدة تتمتع بفائض كبير في ميزانها التجاري مع العالم، كذلك أصبحت الولايات المتحدة دائنة لمعظم دول العالم المشاركة في الحرب.

أولاً : مظاهر هيمنة الدولار على النظام النقدي العالمي.

بدأ الدولار يلعب دوراً متزايداً في العلاقات الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية؛ ونتيجة لذلك تمتع بنوع من القبول العام في معظم الدول، ليس فقط بالنسبة للدول المحتاجة للاستيراد من الولايات المتحدة بل أيضاً من غيرها لأن الجميع يدرك أن الحصول على الدولار يُمكن من الاستيراد من أي مكان في العالم. ومن ثم أصبح الدولار عملة الاحتياط الدولية، وعملة الاستثمارات والتوظيف المالي الدولي،

(31) د/ حازم الببلاوي: الورطة مع الدولار، 2009/4/24 www.hazembeblawi.com

وأصبحت السوق المالية الأمريكية أكبر الأسواق جذباً للمدخرات الخارجية.

(1) الدولار كعملة احتياطيات دولية.

احتياطي النقد الأجنبي هو مجموع الذهب والعملات الأجنبية والسندات الأجنبية التي تمتلكها حكومة أو دولة ما. ويُعد الدولار الأمريكي بمثابة العملة الرئيسية في العالم وأداة الاحتياطي النقدي الأولي في كافة البنوك المركزية⁽³²⁾. يمثل الدولار نحو 61% من الاحتياطيات الرسمية الدولية بالعملات الأجنبية، مقابل 27% لليورو، ونحو 4% لكل من الجنية الإسترليني والين الياباني. ويوضح الجدول التالي تطور نصيب الدولار ضمن العملات الرئيسية للاحتياطيات الدولية.

جدول رقم (1)
تطور النصيب النسبي للدولار
ضمن العملات الرئيسية للاحتياطيات الدولية الرسمية
نسبة مئوية

العملة	2011	2010	2000
دولار أمريكي	60.7	61.5	71.1
يورو	26.6	26.2	18.3
جنيه إسترليني	4.1	4	2.7
ين ياباني	3.8	3.8	6.1
فرنك سويسري	0.1	0.1	0.3
عملات أخرى	4.7	4.4	1.5
الإجمالي	100	100	100

Source; IMF, Currency Composition of Official Foreign
www.imf.orgExchange Reserves (COFFER)

يشير الجدول إلى أنه على الرغم من أن العملة الأوروبية الموحدة – اليورو- قد تمكنت من تعزيز دورها تدريجياً كعملة احتياطيات دولية على حساب الدولار، فإنها لم تتمكن من زحزحته عن المركز الأول، ولا تزال أقل من نصف نصيب الدولار ضمن إجمالي الاحتياطيات الدولية.

(32) حول انخفاض قيمة الدولار عالمياً: البنك الأهلي المصري، مرجع سابق، ص 53.

الدولار كعملة الاحتياط الرئيسية في العالم، جعل الولايات المتحدة أكبر دولة متلقية لرؤوس الأموال ويكفل لها استمرار الحصول على التمويل الرخيص، حتى ولو تراجع تقييمها الانتماني؛ ذلك أن الامتياز التاريخي الذي اكتسبته الولايات المتحدة ممثلاً في طباعة عملة الاحتياطيات الدولية الرئيسية والذي منحها القدرة على الاقتراض الميسر وبالتالي الإنفاق على نحو يفوق دخلها الحقيقي. وتطبيقاً لذلك فإن المصرف المركزي الصيني بمفرده يحتفظ في خزائنه برصيد يبلغ 1.8 تريليون دولار أمريكي⁽³³⁾.

(2) الدولار كعملة التجارة الدولية.

كان الإسترليني خلال القرن السابق على الحربين الأولى والثانية هو العملة الأكثر رواجاً في التعامل الدولي. كما سيطرت انجلترا بشكل كبير على التجارة العالمية. مع نهاية الحرب العالمية الثانية والحاجة إلى إعمار أوروبا واليابان، زاد الطلب على المنتجات الأمريكية سواء موارد أولية أو سلع استهلاكية وبلغت رأسمالية من الآلات ومعدات وغيرها، ومن هنا عرف العالم طلباً غير محدود على السلع الأمريكية وبالتالي على الدولار.

ومن ثم تمتع الدولار الأمريكي بالقبول العام في المعاملات في معظم دول العالم؛ ويعد الدولار عملة التبادل التجاري؛ حيث أن نصف الصادرات العالمية يتم دفع قيمتها بالدولار. يعكس هذا الوضع المميز للدولار هيمنة تلك العملة على نظام المدفوعات الدولية؛ ومن ثم فهو يمثل⁽³⁴⁾:

- عملة التسعير في الأسواق الدولية للبتروول والبضائع والمعادن.
- العملة الرئيسية لإصدارات الدين الدولية، حيث يمثل الدولار 40% من صافي إصدارات الدين في العالم.

(33) أولريش شيفر: انهيار الرأسمالية، ترجمة عدنان عباس علي، كتاب عالم المعرفة، عدد 371 يناير 2010، ص 204.

(34) تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2011: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة 2011، ص 326.

- يمثل عملة مرجعية لكثير من دول العالم التي تتبني نظام صرف ثابت أو شبه ثابت للعملة الأجنبية، وأبرزها دول الخليج.
- يتمتع الدولار بقبول عام في تسوية المعاملات بين دول العالم المختلفة التي لا تدرج عملاتها ضمن العملات القابلة للتحويل.

(3) التحكم في السياسة النقدية للعالم.

في ظل عولمة أسواق النقد وأسواق المال، أصبح الدولار هو المحدد لمستوي أسعار الفائدة على العملات الدولية الرئيسية. فعلي سبيل المثال عندما اتجهت السياسة النقدية الأمريكية إلى الإبقاء على سعر الفائدة الحقيقي لمجلس الاحتياط الفيدرالي الأمريكي أقل من 1% في أحسن الأحوال، أبقى البنك المركزي الأوروبي سعر الفائدة على اليورو أقل من 1%.

سعر الفائدة المنخفض للغاية مقارنة بباقي دول العالم يتسبب في نقل وتدفق الأموال من الولايات المتحدة، إلى دول تتمتع بسعر فائدة مرتفع كي يتم الاستفادة من فروق العائد، كما يتم استثمارها في أسواق أسهم هذه الدول؛ الأمر الذي يؤدي إلى ارتفاع سعر صرف عملة الدولة ذات سعر الفائدة المرتفع نتيجة ارتفاع عمليات الشراء على العملة المحلية مقابل بيع الدولار الأمريكي؛ ومن ثم رفع سعر صرف العملة المحلية أمام الدولار الأمريكي. لهذا قامت دول مثل البرازيل وكوريا الجنوبية وسنغافورة برفع الضريبة على تدفقات رؤوس الأموال كإجراء مضاد لتدفق هذه الأموال للحيلولة دون ارتفاع سعر صرف العملة المحلية.

من ناحية أخرى تؤثر هيمنة الدولار على النظام النقدي الدولي من خلال التأثير القسري على أسعار الصرف لعملات الدول التي تحظى بنصيب كبير في إجمالي الصادرات العالمية، حيث قام مجلس النواب الأمريكي في أكتوبر 2010 بتمرير قانون "الإصلاح النقدي لتحقيق

تجارة عادلة"⁽¹⁾، والذي ينص على فرض ضريبة جمركية مرتفعة على بعض السلع للدول التي لديها عملة مقومة بأقل من قيمتها الحقيقية، وفائض تجاري مرتفع، ولديها احتياطي ضخم من العملات الأجنبية⁽²⁾.

بطريق غير مباشر تستطيع الولايات المتحدة التأثير على سعر صرف العملات الدولية، حيث أن قيام الولايات المتحدة بطبع المزيد من الدولارات من خلال سياسة التيسير الكمي، أدى ذلك إلى انتقال آثار سياسة النقود السهلة إلى خارج حدودها، وأدى بالتالي إلى تسارع نمو السيولة الدولية على نحو لم يسبق له مثيل. كما أن الأسواق الناشئة التي تحاول ضبط سعر صرف عملتها مقابل الدولار أصبحت مجبرة على مساندة سياسة التوسع النقدي التي يتبعها الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي؛ فعندما تقوم تلك البنوك المركزية بشراء الدولار بهدف تهدئة أسعار صرف عملاتها فإنها تقوم بطباعة وضخ المزيد من عملاتها في الأسواق للمحافظة على سعر صرف عملتها⁽³⁾.

(4) العالم يدخر وأمريكا تستثمر.

تخلت أمريكا عن تقاليد القديمة في الادخار المحلي مفضلة الاعتماد على مدخرات الآخرين، وتحولت من دولة فائض تجاري ومصدره لرؤوس الأموال، إلى دولة عجز تجاري ومستورد لرؤوس الأموال. وأصبح الاختلال في ميزان المدفوعات أمراً مقبولاً في وقت تمول فيه أكبر دول العجز نقص مدخراتها المحلية باستثمارات الآخرين. اعتادت معظم دول العالم على إقراض الولايات المتحدة مئات المليارات من الدولارات في كل عام، ففي كل بقاع الأرض دأب العديد من

(1) Currency Reform for Fair Trade Act Act

(2) The global economy, How to stop a currency war, <http://www.economist.com/node/17251850>

(3) Monetary policy, Everyone expects inflation, http://www.economist.com/blogs/freexchange/2010/11/monetary_policy_3

المصارف المركزية الأجنبية، وصناديق الاستثمار، والمصارف، وشركات التأمين على شراء سندات الدين المصدرة من قبل الحكومة في واشنطن. ولأن المستثمرين الأجانب دأبوا على شراء أسهم الشركات الأمريكية؛ فإنهم بذلك يساعدون الازدهار الاقتصادي الأمريكي، ومن ناحية أخرى يمولون عجز ميزانية الحكومة الأمريكية، ويمنحون الدولار القوة لكي يحافظ على قيمته في أسواق الصرف الأجنبي⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد ارتفعت معدلات الدين الحكومي كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي في الولايات المتحدة الأمريكية من 84.5% في نهاية عام 2009 إلى نحو 91.2% في نهاية عام 2010، وتشير تنبؤات صندوق النقد الدولي إلي احتمال بلوغه 110% من إجمالي الناتج المحلي الإجمالي أو نحو 21 تريليون دولار بحلول 2016⁽²⁾. وأصبح طلب الحكومة الأمريكية للكونجرس بالموافقة على رفع سقف الدين العام من الأمور الاعتيادية؛ ذلك أن عدد المرات التي وافق فيها الكونجرس على رفع سقف الدين العام بلغت 78 مرة منذ عام 1960⁽³⁾.

وهكذا نجد أن قوة الولايات المتحدة كقوة مهيمنة على العالم لا تعتمد فقط على تفوقها العسكري أو تميزها التكنولوجي؛ وإنما ترجع هذه الهيمنة لكون العالم يستخدم عملتها الوطنية (الدولار) كعملة للتعامل الدولي، ومعظم ثروته المالية هي في أدوات مالية مقومة بالدولار. الأمر الذي ينطبق على أي عملة أخرى تحل محل الدولار.

ثانياً: المخاوف الأمريكية من صعود اليوان الصيني.

الاقتصاد الأمريكي لم يعد له الهيمنة نفسها التي كان يحظى بها عقب الحرب العالمية الثانية، والتي جعلت منه مسيطراً على مقدرات

(1) أولريش شيفر: انهيار الرأسمالية، ترجمة عدنان عباس علي، مرجع سابق، ص 204.

(2) Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye: The Renminbi's Role in the Global Monetary System, Op, Cit, P 52.

(3) تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2011: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة 2011، ص 322.

الاقتصاد العالمي لسنوات، فالالاقتصاد الأمريكي الذي شكل نحو 54% من إجمالي الناتج العالمي بعد الحرب العالمية الثانية، انخفض نصيبه المحسوب وفقاً لتعادل القوي الشرائية في عام 2012 ليصل إلي نحو 18.7% فقط، مقارنة بالاقتصاد الصيني الذي ارتفع نصيبه من الاقتصاد العالمي من نحو 3.7% فقط عام 1990 ليصل إلي نحو 15% في عام 2012، ويصبح ثاني أكبر اقتصاد في العالم، ويتوقع أنه ستجاوز الاقتصاد الأمريكي بحلول عام 2017⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلي أن السنوات الأخيرة شهدت تزايد المخاوف الأمريكية من الصعود الصيني الكبير؛ حيث كشفت إحصائيات مركز الدراسات الأمريكي "pew research center" أن الأمريكيين أصبحوا شديدي التخوف من الصعود الصيني الكبير، ومعظمهم يريدون من القادة الأمريكيين أن يكونوا أكثر حزمًا مع الصين فيما يتعلق بالقضايا الاقتصادية والتجارة؛ فطبقاً للإحصائية يري 78% من الأمريكيين أن الديون الأمريكية الكبيرة التي تحتفظ بها الصين تعتبر مشكلة خطيرة، كما يرون أن العجز التجاري المتزايد في مصلحة إحدى القضايا المثيرة للقلق؛ حيث أن فجوة التجارة الأمريكية مع الصين اتسعت لتسجل نحو 280 مليار دولار عام 2011⁽²⁾.

بالرغم من أن الصين حالياً هي ثاني أكبر شريك تجاري للولايات المتحدة الأمريكية وثالث أكبر سوق لصادراتها وأكبر مصدر لوارداتها، وعلى الرغم أيضاً من كونها من أكبر المستثمرين في سندات وأذون الخزانة الأمريكية والتي وصلت إلي نحو 1.2 تريليون دولار بنهاية عام 2012، ومع ذلك يبقى الصعود الصيني مصدر قلق لكثير من صانعي

(1) تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2013: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة 2013، ص 387.
(2) تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2013: المرجع السابق، ص 386.

السياسة الأمريكية، حيث اتهم هؤلاء الصين بممارسة سياسات تجارية غير عادلة ومنها تقديم الدعم للمنتجين⁽¹⁾.

من ناحية أخرى تطالب الإدارات الأمريكية المتلاحقة بضرورة قيام الصين بإعادة تقييم سعر صرف اليوان لأن ذلك ينعكس سلباً على الاقتصاد الأمريكي؛ وفي عام 2010 واصلت الحكومة الأمريكية ضغطها على الصين كي تحد من انخفاض اليوان، وهو الأمر الذي أثمر عن قيام الحكومة الصينية بالتقليل من ربط عملتها بالدولار الأمريكي بشكل جزئي في يونيو 2010 مما رفع قيمة اليوان تقريباً بنسبة 2% أمام الدولار الأمريكي، إلا أن ذلك لم يكن كافياً بالنسبة للحكومة الأمريكية⁽²⁾. وإذا كان الدولار هو العملة الدولية، فإنه لم يعد فقط وسيلة التبادل الدولي، بل أصبح مظهر الثروة المالية بمختلف أدواتها المالية. ومن ثم طوعت أمريكا قطاعها المالي حتى أصبح أكبر وأعمق القطاعات المالية تنوعاً في العالم، وبالتالي أصبح أكبر سوق جاذبة للثروات المالية؛ فالجميع يتسابق لشراء أوراق مالية بالدولار، وتقدر استثمارات الصين بالدولار بحوالي تريليون ونصف التريليون دولار، وللدول الخليجية مثلها⁽³⁾.

وتركز أهم خطوات واشنطن للحفاظ على قوتها ومكانتها على مستوى العالم، من خلال دفع الاقتصاد الأمريكي الذي يمر بأزمة عاصفة لم يشهدها منذ الكساد الكبير في ثلاثينيات القرن الماضي، ومن ثم فقد ركزت الاستراتيجية على ضرورة تحقيق انتعاش اقتصادي واسع، وخفض العجز المالي، حيث توسعت في الإصدار النقدي بلا غطاء إنتاجي أو ذهبي، وتطبيقاً لذلك نما المعروض النقدي من النقود وأشباه النقود في الولايات المتحدة الأمريكية بصورة كبيرة وغير متناسبة مع

(1) تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2013: المرجع السابق، ص 386.

(2) Currency wars, Fumbling towards a truce

(2)

<http://www.economist.com/node/17252006>

(3) د/ حازم الببلاوي: القوة الناعمة للنظام النقدي الدولي، مرجع سابق.

معدل نمو الاقتصاد، حتى وصل إلى 9.4% في عام 2008، في حين لم يتجاوز معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي الأمريكي نحو 0.4% في العام نفسه(1).

الفصل الرابع

استراتيجية الصين لتدويل اليوان

الاقتصاد الصيني اليوم ثاني أكبر اقتصادات العالم، وأحد أهم محركات النمو العالمي؛ فحصته تتراوح الآن بين 10% و15% من إجمالي الناتج المحلي العالمي. كما أنه ساهم بحوالي الربع في نمو الناتج المحلي العالمي عام 2011. ولكن من بين عملات أكبر ستة اقتصادات في العالم، لا يزال اليوان الصيني هو العملة الوحيدة التي لا تتداول بسهولة ولا تُقبل على مستوي العالم، أي أنها ليست عملة صعبة(2).

إلا أنه في الآونة الأخيرة اتخذت حكومة الصين خطوات لتشجيع استخدام اليوان على المستوي الدولي، ونظرا لحجم اقتصاد الصين وحصصها المتزايدة في الناتج والتجارة العالميين، تنبئ هذه الخطوات بتزايد دور اليوان في التمويل والتجارة على المستوي الدولي. ولكن ما هو احتمال تحول اليوان إلى عملة دولية؟ وما هي الخطوات التي قامت بها السلطات النقدية الصينية في هذا الاتجاه؟.

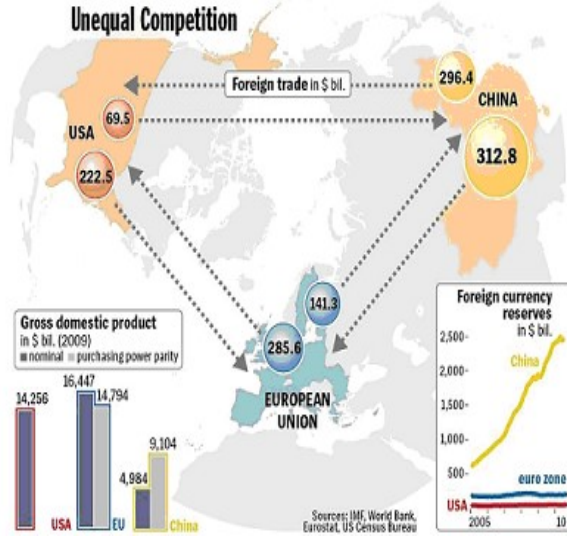
ذكرنا أعلاه أنه يلزم لإسباغ صفة الدولية على عملة معينة يجب أن تتوافر مجموعة من المقومات، تتمثل في الحجم الاقتصادي للبلد المعني، والسياسات الاقتصادية الكلية، وسعر الصرف المرن، والحساب الرأسمالي المفتوح، ومدى تطور الأسواق المالية. ومن ثم يلزم تقييم

(1) عمرو عبد العاطي: تحولات النظام الدولي تهدد الهيمنة الأمريكية، مجلة السياسة الدولية، <http://www.siyassa.org.eg>

(2) Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye: The Renminbi's Role in the Global Monetary System, Op, Cit, P 3.

التطور الذي تحرزّه الصين في كل هذه الأبعاد، حتى يمكننا الحكم على قدرتها على تدويل اليوان.
أولاً: الحجم الاقتصادي للصين.

يعرف الجميع حجم الصين وأهميتها في التجارة العالمية، فالיום تبلغ حصتها في التجارة العالمية للسلع 10% مقابل 4% منذ عقد مضي، وتربطها علاقات واسعة النطاق مع اقتصادات العالم من خلال الروابط التجارية، وتمتلك أكبر احتياطي نقدي من العملات والذهب على مستوى العالم؛ واحتلت المركز الأول كأكبر مُصدر على مستوى العالم وفقاً لإحصائيات منظمة التجارة العالمية لعام 2009، حتى بعد الأزمة المالية العالمية استمرت الصين في تحقيق النمو. ويوضح الرسم التالي تصور عام عن حجم التبادل التجاري بين الصين والاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية في عام 2009.



المصدر : www.ecpulse.com/ar/studies/2010/12/15

ويظهر من الرسم السابق الاختلال الواضح في حجم التبادل التجاري بين الصين ودول الاتحاد الأوروبي، والولايات المتحدة الأمريكية.

ومن الجدير بالذكر أن معدلات النمو السريعة التي حققتها الصين في السنوات الماضية تسببت في زيادة الطلب الصيني بصورة كبيرة على مصادر الطاقة مثل البترول والفحم، حتى أصبح حجم الطلب الصيني الكبير محركاً لأسعار الطاقة العالمية؛ فطبقاً للوكالة الدولية للطاقة استطاعت الصين تخطي الولايات المتحدة الأمريكية في عام 2009 لتصبح أكبر مستخدم للطاقة في العالم على الرغم من أن استخدام الصين للطاقة لم يكن يتجاوز نصف الاستهلاك الأمريكي للطاقة في بدايات العقد الماضي⁽¹⁾.

ولما كان للصين هذه القوة الاقتصادية فقد سعت كخطوة أولى على طريق تدويل اليوان بتشجيع إتمام التجارة الدولية باليوان، وقد زادت

(1) تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2013: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة 2013، ص 390.

وتيرة هذه العملية في يونيو 2010 عندما مددت الصين برنامج التسويات التجارية باليوان إلى جميع بلدان العالم والبلديات الصينية، حيث سمحت بعمل فواتير الواردات والصادرات وتسويتها باليوان⁽²⁾. ومن ثم فقد تم تسوية 17% من التجارة العالمية للصين باليوان خلال الأشهر التسعة الأولى من عام 2010، مقارنة مع أقل من 1% عام 2009⁽³⁾.

نخلص إلى أن الصين أصبحت أكبر مستورد للنفط، وأكبر منتج للذهب في العالم، ويعد تسعير النفط والذهب كسلعتين هامتين على المستوي الدولي من أهم دعائم تدويل الدولار، وفي حال التسعير باليوان ستكون خطوة هامة جدا في طريق تدويل اليوان. كما دخلت الصين في اتفاقية مبادلة للعملات مع منطقة اليورو، وهو ما سيؤدي إلى زيادة التجارة والاستثمار بين الصين وأوروبا دون الحاجة إلى التحويل إلى الدولار كوسيط للتعامل، وتعد وسيلة هامة لتعزيز التجارة الأوروبية الصينية⁽⁴⁾.

ثانياً: تحرير الحساب الرأسمالي للصين.

إن أحد المكونات الأساسية لنجاح عملية تدويل اليوان تعتمد بصورة كبيرة على استراتيجية الصين فيما يتعلق بحساب رأس المال في ميزان المدفوعات الصيني؛ بحيث تكون تحركات رؤوس الأموال بكافة أشكالها دون أي قيود تحد من حركتها من وإلى الصين باليوان، وذلك لتمكين المستثمرين من كافة أنحاء العالم من تكوين محافظ مالية بأدوات الدين الصينية، وبمعدلات مناسبة للعائد، فضلاً عن وجود نظام مصرفي

(2) روبرت كوكسون وجيف دابر: الصين تسعى إلى تدويل الرمنبي لمنافسة الدولار في سوق التمويل، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 6281 في 2010/10/22.

(3) [http://theeconomiccollapseblog.com/archives/how-](http://theeconomiccollapseblog.com/archives/how-china-can-cause-the-death-of-the-dollar-and-the-entire-u-s-financial-system)

cause-the-death-of-the-dollar-and-the-entire-u-s-financial-system

Michael Snyder; 9 Signs That China Is Making (4)

A Move Against The U.S. Dollar on October 17th, 2013

<http://theeconomiccollapseblog.com/archives/9-signs-that-china-is-making-a-move-against-the-u-s-dollar>

متقدم يسمح لغير المقيمين بالاحتفاظ بالمدوعات بكافة أشكالها باليوان كعملة مدوعات في البنوك الصينية لغير المقيمين داخل الصين وكذلك خارج الصين.

ويأتي السؤال هنا حول ما إذا كانت الصين تفتح حسابها الرأسمالي في الوقت الراهن. بالرغم من الضوابط الرأسمالية المكثفة التي لا يزال معمولاً بها في الصين، يجري في الوقت الراهن إلغائها على نحو تدريجي مع توخي الحذر. ونتيجة لذلك شهدت التدفقات الداخلة ارتفاعاً حاداً على مدار العقد الماضي؛ مما يعكس الإقبال على الصين كوجهة للاستثمار الأجنبي، كذلك سجلت التدفقات الخارجة نمواً ملموساً، وباختصار يزداد الحساب الرأسمالي للصين انفتاحاً بالقيم الفعلية⁽⁵⁾.

ظل النظام التجاري الصيني على مدار عدة عقود يخضع لإجراءات صارمة فيما يتعلق باستخدام اليوان الصيني في تسوية المعاملات التجارية، ذلك أن الشركات المسموح لها بأن تسوي معاملاتها باليوان لابد وأن تحصل أولاً على موافقة البنك المركزي الصيني، وليست كل الشركات الصينية مؤهلة للحصول على هذا الترخيص⁽⁶⁾.

ومنذ ديسمبر 2008 قامت الصين بتوقيع عدة اتفاقيات للترتيبات المتبادلة مع إندونيسيا، وجنوب إفريقيا، وكوريا، وماليزيا، وروسيا البيضاء، والأرجنتين، بحيث تسمح هذه الاتفاقيات لهذه الدول بتحويل عملاتها إلى اليوان، وتسمح الصين لتلك البنوك المركزية بأن تقوم ببيع اليوان الصيني للمستوردين في تلك الدول؛ لتمكينهم من استيراد السلع الصينية باليوان؛ ذلك أن تسوية المعاملات التجارية باليوان تعد أكثر مناسبة لكل من الشركات الصينية والشركات الأجنبية شركاء الصين في التجارة، حيث يساعد ذلك الشركات الأجنبية على التقليل من نفقات المعاملات التي تتحملها من جراء تحويل عملتها المحلية إلى الدولار

(5) إسوار براساد ولي إبيه: هل يسيطر اليوان؟ مرجع سابق، ص 27.
(6) د. محمد إبراهيم السقا: هل يصبح اليوان الصيني عملة دولية؟ (2)، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 6283، الصادر في 2010/10/24.

الأمريكي، ويساعد كذلك الشركات الصينية على التقليل من مخاطر تقلبات معدل صرف الدولار⁽⁷⁾.

كما تم في أكتوبر 2013 عقد اتفاقية بين البنك المركزي الصيني والبنك المركزي الأوروبي في منطقة اليورو، والذي يدير السياسة النقدية لدول الاتحاد الأوروبي، وذلك بإيداع البنك المركزي الصيني 350 مليار يوان (57 مليار دولار) في البنك المركزي الأوروبي، بمقتضاها يمكن للشركات الأوروبية تسديد مشترياتها باليوان دون الحاجة إلى الدولار، ويمكن للشركات الصينية شراء السلع والخدمات من منطقة اليورو والدفع باليوان، كما يمكن لأوروبا الاقتراض والاستثمار بالعملة الصينية⁽⁸⁾.

الأمر الذي جعل اليوان ينضم إلى صفوف العملات الأنشط تداولاً، حيث تضاعف حجم التداول، وقفز إلى المركز التاسع في سبتمبر 2013 بزيادة حجم التداول اليومي ليلبغ 120 مليار دولار، بعدما كان في المركز 17 قبل ثلاث سنوات، بحجم تداول 34 مليار دولار⁽⁹⁾.

ثالثاً: تطور الأسواق المالية الصينية.

يدخل تطور الأسواق المالية في بلد الموطن ضمن المحددات الحاسمة لمكانة العملة الدولية. ومن المنظور التاريخي اكتسبت كل عملة من العملات الدولية أهميتها في ظل ظروف فريدة مدفوعة بعوامل مختلفة، ولكن الحقيقة الثابتة، هي أن هذه العملية كانت تقتضي دائماً وجود أسواق مالية قوية.

لا تزال البنوك مسيطرة على النظام المالي في الصين، بينما تمارس الحكومة الرقابة المباشرة على معظم الجهاز المصرفي،

(7) د/ محمد إبراهيم السقا: هل يصبح اليوان عملة دولية؟ (3)، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 6290 الصادر في 2010/12/13.

(8) سايمون رابينوفيتش: خطب ود الريمينيبي لاحتلال مواقع استثمارية أفضل، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 7330، الصادر في 2013/11/5.

(9) الطريق طويل أمام اليوان ليصبح عملة دولية،

http://Arabic.news.cn/economy/2013-09/30/c_132764937.htm

وأسواق سندات الدين في الصين متأخرة كثيراً عن أسواق الاقتصادات صاحبة العملات الدولية؛ من حيث الحجم والسيولة. أما سوق سندات الدين الحكومية فإنها كبيرة إلى حد معقول بالقيم المطلقة، وإن كان حجم التداول محدوداً. ويرتفع حجم التداول نسبياً في سوق سندات الشركات في الصين، والتي لا تزال صغيرة، وتتكشف صورة مماثلة بتحليل نسب سندات الدين الدولية وفقاً لعملات إصدارها، فتسود عملات الاحتياطي القائمة، بينما الجزء المقوم باليوان من الدين الدولي لا يتجاوز 1% (10). تطورت أسواق الأسهم من المجالات التي أحرزت الصين فيها تقدماً ملموساً، حيث شهد كل من رأس المال السوقي، وحجم الأعمال طفرة ونمواً بلغ ستة أضعاف، بينما ارتفع حجم التداول بما يتجاوز عشرة أضعاف حجمها قبل عام 2005. ولكنها شديدة التقلب والتعرض للمخاوف (11).

تعتمد وتيرة تدويل عملة الصين على استخدامها في المعاملات المالية الدولية، ويمثل حجم التعامل في أسواق الصرف الأجنبي مؤشراً جيداً على احتمال استخدام العملة كوسيط في المعاملات التي تنطوي على تجارة السلع والأصول المالية عبر الحدود. وتستفيد الصين من منطقة هونغ كونغ الصينية الإدارية الخاصة كمركز مالي لتسوية معاملات الصرف الأجنبي، وتمثل هونغ كونغ ركيزة مفيدة تضع اليوان على مسار تنافسي إذا ما قورن بغيره من عملات الأسواق الصاعدة الأخرى من حيث الوصول إلى مكانة العملة الدولية.

باتت هونغ كونغ تحتل المرتبة الثالثة في تصنيف أهم المراكز المالية في العالم، خلف لندن ونيويورك، ضمن 75 موقعاً مالياً طبقاً لمؤشر جلوبال فايننشال سنترز، وطبقاً لهذا التقرير، فإن المراكز الأربعة الأولى – لندن، نيويورك، هونغ كونغ، وسنغافورة- تستحوذ

(10) إسوار براساد ولي إبيه: هل يسيطر اليوان؟ مرجع سابق، ص 27.

(11) Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye: The Renminbi's Role in the Global Monetary System, Op, Cit, P 48.

على نسبة كبيرة من التداولات المالية تفوق نسبة 71% من سوق الأسهم⁽¹²⁾. يشهد إصدار السندات المقومة باليوان في منطقة هونغ كونغ الصينية الإدارية الخاصة ارتفاعاً متزايداً، فازداد بمقدار ثلاثة أضعاف في الفترة من 2007 إلى 2010 وبلغ مستوي عال يقرب من 10 مليار دولار في الربع الثاني من عام 2011⁽¹³⁾.

رابعاً: مرونة سعر صرف اليوان الصيني.

إذا أرادت الصين تدويل عملتها وجعلها عملة احتياط دولية، وأداة تسوية للمعاملات التجارية الدولية، وتتنافس مع الدولار واليورو، فإن عليها أن تحول اليوان إلى عملة حرة قابلة للتحويل؛ بحيث يتم تحديد قيمتها من خلال قوى العرض والطلب على استخدام اليوان من قبل المتعاملين من دول العالم كافة، ومن ثم تتطلب بنكا مركزياً مستقلاً يضع سياساته النقدية أو أهدافه الاقتصادية بصورة مستقلة، ويمارس مهامه جميعها بعيداً عن أي تأثيرات للسياسات الحكومية للدولة، وذلك لضمان الاستقرار اللازم للعملة التي يصدرها⁽¹⁴⁾.

إن تحرير معدلات صرف اليوان سيعرض اليوان للارتفاع في القيمة نتيجة ضغوط الطلب في سوق الصرف الأجنبي لليوان، وهو الأمر الذي تحاول الصين تجنبه منذ فترة طويلة، من خلال عدم الاستجابة للمطالبات العالمية برفع قيمة اليوان، وذلك كي تضمن لصادراتها ميزة تنافسية إضافية ناجمة عن انخفاض قيمة اليوان عن المستويات الحقيقية له، الأمر الذي يجعل السلع الصينية رخيصة نسبياً مقارنة بتلك المنافسة لها.

وإذا ما تحقق ذلك – ارتفاع سعر صرف اليوان – فلا شك في أن الصين ستخسر جانباً من مزاياها التنافسية التي تتمتع بها حالياً بسبب

(12) هونغ كونغ ثالث المركز المالية العالمية: صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 6188، الصادر في 2010/9/20.

(13) إسوار براساد ولي إبيه: هل يسيطر اليوان؟ مرجع سابق، ص 27.

(14) د. محمد إبراهيم السقا: هل يصبح اليوان الصيني عملة دولية؟ (2) مرجع سابق.

سياسة اليوان الرخيص، وهو ما يمثل بداية النهاية لسياسات الدعم المستتر للصادرات الصينية إلى دول العالم. إذ أنه وفقاً لرؤية البنك المركزي الصيني فإن أي ارتفاع لقيمة اليوان بأكثر من 20% سوف يفقد الصين الميزة التنافسية التصديرية مما يسبب أضراراً جسيمة بالاقتصاد الصيني، من خلال ارتفاع معدلات إفلاس المصانع والشركات الصينية وتسريح العمالة⁽¹⁵⁾.

وما تفعله الصين حالياً في ظل سعيها لتدويل اليوان، هو تحرير سعر صرف اليوان ولكن بشكل جزئي لعمليات تمويل تجارتها الخارجية باليوان، أي بالنسبة لعمليات ميزانه التجاري، بينما لا تقوم بتحرير اليوان بالنسبة لعمليات حساب رأس المال في ميزان مدفوعاتها. من ناحية أخرى فإن الصين تربط عملتها بالدولار، ومازال البنك المركزي الصيني لا يسمح بأن يتحرك سعر صرف اليوان بالنسبة للدولار إلا في حدود 0.50% بشكل يومي ارتفاعاً أو انخفاضاً⁽¹⁶⁾.

من ناحية أخرى فإن الصين مازالت تعتزم الإبقاء على مجموعة كبيرة من القيود على رؤوس الأموال لعزل اقتصادها، ولمنع العملة من أن تصبح قابلة تماماً للتمويل في الوقت الراهن؛ بسبب مخاوف من تقلب أسواق العملات، ومن أثر تدفقات رأس المال على النظام المالي الصيني، والذي لم يصل بعد لدرجة النضج لاستيعاب رؤوس الأموال الضخمة التي ستندفق على الصين في حال نجاحها في تدويل اليوان⁽¹⁷⁾. نخلص إلي أن الصين اتخذت خطوات إيجابية في سبيل تحويل اليوان إلي عملة دولية، ولكن هل هذه الخطوات كفيلة بجعل اليوان

Currency wars, Fumbling towards a truce (15)

<http://www.economist.com/node/17252006>

(16) د. محمد إبراهيم السقا: هل يصبح اليوان الصيني عملة دولية؟ (3) مرجع سابق.
(17) روبرت كوكسون، وجيف داير: الصين تسعى إلي تدويل الرنمبي لمنافسة الدولار في سوق التمويل، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 6281، الصادر في 2010/12/22.

ينتهج مسارا ليقطع الطريق على الدولار الأمريكي ودوره كعملة الاحتياطي العالمي السائدة؟.

بشكل عام ترحب الصين بتدفقات رأس المال المباشر إليها، وكذلك بتسوية بعض المعاملات الخارجية باليوان، كما تسمح بحرية دخول العوائد الخارجية من جانب الشركات الصينية، وكذلك بتحويلات العمال الصينيين في الخارج. ويكتسب اليوان في الوقت الحالي أهمية متزايدة في التمويل والتجارة على الصعيد الدولي، ومن المؤكد أن أهميته ستزيد، غير أنه ليس من المرجح أن يحتل مكانة بارزة بين عملات الاحتياطي مالم تتوافر الحرية في تحويله وتعتمد الصين حساباً رأسمالياً مفتوحاً.

اتخذت حكومة الصين خطوات لتشجيع استخدام اليوان على المستوي الدولي، حتى برغم عدم استعدادها لفتح اقتصادها أمام تدفق رؤوس الأموال بحرية، وللسماع بمرونة سعر صرف عملتها. ويمكن استخدام عملة بلد ما على المستوي الدولي حتى وإن كان حسابها الرأسمالي غير مفتوح بصورة كاملة، وقد تستخدم عملة أحد البلدان بقدر بسيط أو ربما لا تستخدم مطلقاً على المستوي الدولي حتى في ظل عدم وجود قيود على التدفقات الرأسمالية، غير أن كلا من الاستخدام الدولي والحساب الرأسمالي المفتوح مطلبان ضروريان لكي تصبح العملة من عملات الاحتياطيات الدولية⁽¹⁸⁾.

كما أن تحرير التعامل باليوان الصيني من خلال اتفاقيات التسوية الثنائية أو متعددة الأطراف، ليس هو السبيل الأمثل لتحرير اليوان، ولا يعد خطوة على الطريق السليم لتدويل اليوان؛ ذلك أن مثل هذه الاتفاقيات تعد استمراراً للسيطرة الرقابية على معدل صرف اليوان وإبعاده عن قوي السوق⁽¹⁹⁾.

Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye: The Renminbi's Role in the Global (18) Monetary System, Op, Cit, P 4.

(19) د/ محمد إبراهيم السقا: هل يصبح اليوان الصيني عملة دولية؟ (3) مرجع سابق.

وفي ضوء حذر الصين الشديد بشأن تحرير نظامها المالي؛ ذهب البعض إلى أن عملية لعب اليوان دوراً عالمياً أكبر تحتاج إلى فترة تقاس بالعقود، وليس بالسنوات، ما يعني أنه سيمضي وقت طويل قبل أن يفكر مديرو الاحتياطيات في تحويل احتياطياتهم الكبيرة بالدولار إلى اليوان⁽²⁰⁾.

على الجانب الآخر يتعرض اليوان لتحدي تفرضه سيطرة الدولار، فهناك فجوة بين الصين والولايات المتحدة عندما يتعلق الأمر بتوافر أصول آمنة وسائلة مثل السندات الحكومية، والأسواق المالية الأمريكية متفردة في العمق والاتساع والسيولة، حيث تواجه الصين تحدياً بشأن تطوير أسواقها المالية وتوفير مزيد من الأصول عالية الجودة المقومة باليوان.

وفي النهاية نستطيع القول أن العملة الصينية في طريقها لاكتساب أهمية عالمية أكبر، ولكن منافستها للدولار أمر غير مرجح في المستقبل القريب، أما تحويل اليوان إلى عملة احتياط عالمية مثل الدولار فسيستغرق ذلك وقتاً طويلاً. ويتطلب الأمر اتخاذ مجموعة أوسع من السياسات، لاسيما تلك المتعلقة بتطوير الأسواق المالية، ومرونة سعر الصرف، وتحرير الحساب الرأسمالي.

الفصل الخامس

الحاجة إلى نظام نقدي دولي جديد

لم يكن النظام النقدي العالمي أقل استقراراً، وعرضة للمخاطر مثلما هو عليه الحال اليوم؛ فقطباً النظام النقدي الدولي، اليورو والدولار يتعرضان لمخاطر جمه، الدولار يتعرض لضغوط هائلة نحو الهبوط، سواء كانت هذه الضغوط ناجمة عن تراجع القدرات التنافسية للاقتصاد الأمريكي على المستوى الدولي، أو تلك الناجمة عن السياسات النقدية والمالية الحالية لصانع السياسة الأمريكية. في الوقت الذي يواجه

(20) روبرت كوكسون، وجيف داير: الصين تسعى إلى تدويل الرنمبي، مرجع سابق.

اليورو أقليمي الاختبارات، والتي ربما إذا ما ساءت الأمور أن تؤدي به كعملة دولية.

الولايات المتحدة تمطر العالم بمئات المليارات من الدولارات، بينما تواجه دول أوروبا طوفاناً من الديون السيادية. في ظل هذه الأوضاع من الطبيعي أن تهتز ثقة المستثمرين والمتعاملين بهاتين العملتين على نحو واضح. ولما كان الوضع كذلك فمن المؤكد أن العالم في حاجة إلى نظام نقدي دولي بديل أكثر استقراراً وثباتاً وقدرة على الاستدامة بالشكل الذي يساعد الأسواق على الاستقرار والنمو، ويتجنب عيوب النظام النقدي الحالي.

أولاً: عيوب النظام النقدي الحالي.

يعيش عالم اليوم وضعاً اقتصادياً سيئاً، كونه أحادي القطب تقريباً بالنسبة لعملاته؛ حيث يقوم النظام النقدي الحالي من الناحية الواقعية على أساس الدولار، أي على أساس عملة وطنية تصدر من دولة لها سياساتها الوطنية. وسواء استمر الدولار في لعب دور العملة الدولية أو حل محله اليورو أو اليوان أو أي عملة محلية أخرى، فإن استخدام عملة محلية كأساس للمعاملات الدولية يحابي الدولة مُصدرة العملة، ومصالحها على حساب دول العالم.

ولقد رأينا في الفصل الأول من هذه الدراسة بعنوان اقتصاديات تدويل العملة، كيف تقوم الدولة صاحبة العملة الدولية بالاستثمار بعائد الإصدار النقدي، ويوفر لها ذلك الحصول على موارد العالم بلا مقابل حقيقي، بمجرد توفير أوراق نقدية للتعامل. والقيام كذلك بدور البنك المركزي الدولي الذي يُصدر العملة، ويحدد سعر صرفها ومقدار الفائدة عليها، ويضع وينفذ السياسات النقدية لعملة يتعامل بها العالم.

ورغم أن اتفاقية صندوق النقد الدولي تدعو إلى التأكيد على أهمية التوازن في العلاقات الدولية، فإن سياسات الصندوق لا تتضمن أية قيود أو إجراءات على دول الفائض، فهي تقتصر على فرض بعض القيود على دول العجز وحدها حين تحتاج إلى الاقتراض من الصندوق. ومن

هنا أصبحت الاختلالات في موازين المدفوعات هي السمة الغالبة بين الدول⁽¹⁾.

وقد أثار استخدام عملة وطنية - الدولار - كأساس للمعاملات الدولية انتقادات كثيرة، أهمها أن هذا النظام يحايي الدولة المصدرة لهذه العملة، ويوفر لها المزايا المذكورة أعلاه على حساب باقي دول العالم. كما أن إصدار عملة وطنية للتعامل الدولي يأخذ في الاعتبار بالدرجة الأولى مصالح الاقتصاد الوطني الأمريكي، وليس بالضرورة مصالح العالم، فالسياسة النقدية الأمريكية هي بالدرجة الأولى سياسة أمريكية وطنية، لا تأخذ بالاعتبارات الدولية إلا بالقدر الذي يناسبها⁽²⁾.

ويرى النقديون بقيادة فريدمان أن الأزمات المالية عادة ما يسبقها سوء إدارة نقدية، فالتقلب في عرض النقود هو المسئول عن الأزمة المالية العالمية، والبنك الاحتياطي الفيدرالي هو المسئول عن الأزمة المالية العالمية، بسوء إدارته للسياسة النقدية، وأصبح العالم كله يتحمل عبث السياسات الأمريكية في أسواق المال العالمية.

ما زال الاقتصاد العالمي يعاني من الآثار السلبية الناجمة عن الأزمة المالية العالمية، كما أن معدلات التعافي منها اختلفت في الدول الصناعية وأمريكا عنها في الاقتصادات الناشئة. ولقد أدت هذه الأزمة إلى تغيير العديد من المفاهيم الاقتصادية الراسخة مثل آليات السوق وفلسفة الاقتصاد الحر، علاوة على فاعلية السياسات الاقتصادية المالية والنقدية ودورها في تحفيز الاقتصاد⁽³⁾.

بدأت سلسلة من التدخلات من جانب البنوك المركزية في العالم؛ حيث قام البنك المركزي الياباني ببيع الين بهدف تخفيض معدل صرفه بالنسبة لباقي العملات الدولية؛ بعد أن ارتفع بصورة كبيرة وهو ما أثر في الصادرات اليابانية. كما قام البنك الفيدرالي الأمريكي بضخ مليارات

(1) د/ حازم الببلاوي: نظام النقد الدولي، الجانب المجهول من كينز، الأهرام، 12 أبريل 2009.

(2) د/ حازم الببلاوي: نظام النقد الدولي، الجانب المجهول من كينز، المرجع السابق.

(3) د / فؤاد أبوستيت: الاقتصاد العلمي وتقلبات أسعار الصرف، الأهرام الاقتصادي، العدد 2183 الصادر في 8 نوفمبر 2010.

من الدولارات إضافية في الاقتصاد بهدف زيادة المعروض من الدولار وبالتالي تنخفض قيمته. في الوقت الذي استمرت فيه الصين في الحفاظ على خفض قيمة عملتها(1).

ولما كانت هذه الدول صاحبة عملات الاحتياطيات الدولية، وتسعى لتخفيض قيمة عملتها لدعم قدرتها التنافسية أمام الاقتصادات الصناعية، دون اعتبار للآثار السلبية لهذا الإجراء على اقتصادات العالم، ذلك أن الاقتصاد العالمي يتأثر نتيجة انخفاض الدولار الأمريكي – بصفته عملة دولية- حيث أن معظم السلع مسعرة بالدولار مثل أسعار النفط والمعادن والذهب(2):

- يؤدي انخفاض الدولار إلى ارتفاع أسعار النفط، ومع ذلك فإنه عند احتساب معدلات التضخم، والتغير في أسعار الصرف العالمية - ومع انخفاض الدولار بشكل كبير أمام 7 عملات رئيسية في العالم - فإن أسعار النفط الحقيقية قد انخفضت(3).

- يؤدي تخفيض قيمة الدولار إلى تناقص القوة الشرائية لدي الدول المصدرة للنفط؛ ذلك أن الدخل الحقيقي للبلدان المصدرة للنفط ينخفض بالتالي. الأمر الذي يؤدي إلى تضائل الاستثمارات في توسيع القدرة الإنتاجية والصيانة(4). ولما كانت الدول المنتجة للنفط تتلقي عائداتها بالدولار إلا أنها تستخدم عملات مختلفة في استيراد السلع والخدمات من العديد من الدول، وأي تغيير في سعر صرف الدولار يؤثر على القدرة الشرائية لهذه الدول وبالتالي على دخلها الحقيقي.

- هناك عدد من الدول في العالم تربط عملاتها بالدولار؛ هذا الإجراء تعتمد عادة البنوك المركزية لتثبيت سعر صرف عملتها الوطنية،

The global economy, How to stop a currency war, (1)
<http://www.economist.com/node/17251850>

Who's winning the currency wars? (2)
<http://blogs.reuters.com/columns/2010/10/11/whos-winning-the-currency-wars>

(3) ممدوح الولي : آثار انخفاض الدولار على الاقتصاد العالمي ، مرجع سابق .
A. F. Alhajji ; How does the weak Dollar Oil Prices? (4)
www.project-syndicate.org

ولكن أي هبوط حاد للدولار أو انخفاض كبير في قيمته مقابل العملات الأجنبية الأخرى سيترتب عليه انحدار مماثل في سعر العملات المرتبطة بالدولار(1).

ثانياً: اقتراحات النظام النقدي الدولي الجديد.

تتزايد الدعوات في العالم لتقليل احتياطات البنوك المركزية من الدولار الأمريكي، واستخدام عملة احتياط جديدة؛ بصفة خاصة من قبل الصين وروسيا اللتين تحاولان أن تقتعا العالم بأنه يحتاج إلى عملة احتياط جديدة تحل محل الدولار الأمريكي.

اقترح رئيس البنك المركزي الصيني أن يتم تعميق دور صندوق النقد الدولي في إدارة الاحتياطات الدولية من خلال زيادة استخدام وحدات حقوق السحب الخاصة(2)؛ وبحيث تكون هذه العملة الاحتياطية أكثر استقراراً. كذلك تشكك الرئيس الروسي ميديفيدف أكثر من مرة حول مستقبل الدولار كعملة احتياط دولية، ونادي بإنشاء عملة احتياط جديدة. والبدائل المقترحة التي يمكن أن تشكل أعمدة النظام النقدي العالمي الجديد متعددة:

(1) العودة إلى نظام الذهب.

تتزايد اليوم الأصوات التي تنادي بالعودة إلى نظام الذهب عبر دول العالم كافة، اعتقاداً منهم بأن العودة إلى نظام الذهب هي الحل لما يعانيه العالم من أزمات مالية واقتصادية، وهي السبيل الوحيد للحد من الضغوط التضخمية الناشئة عن الإفراط في إصدار النقود القانونية، والحد من نمو الديون السيادية، فضلاً عن ضمان الاستقرار الاقتصادي. آخر هذه المطالبات أطلقها روبرت زوليك رئيس البنك الدولي، الذي اقترح أن يتم ربط الاقتصاد العالمي بالذهب كمنبت للمساعدة على

(1) A. F. Alhajji ; How does the weak Dollar Oil Prices?Op, Cit.

(2) د/ محمد إبراهيم السقا: الضغوط تتزايد على الدولار كعملة احتياط عالمية،

www.aleqt.com/2009/07/11/article_250745

استقرار العملات، وتخفيض التوقعات التضخمية في الأسواق المالية العالمية⁽¹⁾.

استخدام الذهب في تسوية المدفوعات الدولية (سواء في إطار قاعدة الذهب، أو نظام الصرف بالذهب) وهو أمر تم تطبيقه بالفعل، وتخل عنه العالم بشكل نهائي عام 1971 حينما تم إلغاء تحويل الدولار إلي ذهب. والعودة إلى استخدام الذهب يعني في النهاية أن التوسع في حجم السيولة استجابة لاحتياجات المعاملات الدولية سيصبح مقيداً بحجم ما يمكن اكتشافه واستخراجه من الذهب⁽²⁾.

(2) إنشاء عملة دولية.

الحل الثاني هو إحياء الفكرة القديمة التي طالب بها بعض الاقتصاديين بخلق عملة دولية تخصص فقط لتسوية المعاملات على الصعيد الدولي، وقد نادي الاقتصادي الإنجليزي جون ماينركينز في الثلاثينيات من القرن الماضي بتشكيل نظام نقدي عالمي؛ بحيث لا تكون النقود الدولية مجرد عملة وطنية تتداول دولياً، بل تقوم مؤسسة دولية بإصدار عملة دولية في شكل انتمان تقدمه هذه المؤسسة للدول المحتاجة عن طريق عملة جديدة. فالمؤسسة الدولية المقترحة لا تفرض نقوداً وطنية لإحدى الدول، وإنما تصدر انتماناً عليها، ويقبل هذا الانتمان في التعامل من مختلف الدول.

وهكذا تتحول هذه المؤسسة النقدية الدولية إلى نوع من البنك المركزي العالمي، الذي يصدر نقوداً دولية باعتبارها انتماناً على الاقتصاد العالمي، وتقبل من جميع الدول. وبطبيعة الحال فإن إدارة هذه المؤسسة، تكون على مستوى جماعي، وخاصة فيما يتعلق بإصدار العملة، ويراعي في إصدارها احتياجات الاقتصاد العالمي⁽³⁾.

(1) د/ محمد إبراهيم السقا: هل يعود العالم إلى نظام الذهب؟ (1)، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، العدد 6248، الصادر في 2010/11/19.

(2) تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2011: مرجع سابق، ص 327.

(3) د/ حازم البيلاوي: نظام النقد الدولي، الجانب المجهول من كينز، مرجع سابق.

وإن كانت هذه الوسيلة تثير المخاوف وقت أن اقترحها كينز وتم استبعادها في بداية الأربعينيات من القرن الماضي، إلا أنه وبعد إنشاء البنك المركزي الأوروبي، وقيامه بدور السياسة النقدية لدول الاتحاد الأوروبي، أصبحت الفكرة أكثر واقعية وقابلية للتطبيق، ومن ثم يمكن إنشاء بنك مركزي دولي على غرار البنك المركزي الأوروبي.

(3) حقوق السحب الخاصة.

حقوق السحب الخاصة تعد بمثابة العملة الرسمية التي يصدرها صندوق النقد الدولي، أصدر صندوق النقد الدولي وحدات حقوق السحب الخاصة لأول مرة عام 1969، على شكل عملة حسابية، أي في صورة قيود حسابية تضاف إلى احتياطات الدول الأعضاء في الصندوق لتستخدم كأحد عناصر السيولة الدولية، ويتم توزيعها على الدول الأعضاء وفقاً لنسبة حصة كل عضو في رأسمال الصندوق، لمواجهة الطلب المتزايد على السيولة الدولية.

يتم تحديد قيمة حقوق السحب من خلال سلة عملات يختارها صندوق النقد الدولي وبناء على أوزان تلك العملات في سلة عملات وحدة حقوق السحب الخاصة، يتم تحديد معدل الصرف لها بالنسبة إلى باقي عملات العالم. وتتكون هذه السلة حالياً من أربع عملات هي الدولار الأمريكي، واليورو الأوروبي، والين الياباني، والجنيه الإسترليني⁽¹⁾.

ولكن مازال دور حقوق السحب الخاصة محدوداً في المعاملات الدولية، ولم تحقق نجاحاً على المستوي الدولي كعملة احتياط، رغم ما قرره مجموعة العشرين بزيادة حقوق السحب الخاصة بمبلغ 250 مليار دولار في صور وحدات حقوق سحب خاصة، وذلك لمساعدة دول العالم في توفير سيولة احتياطية إضافية. إلا أن استخدام حقوق السحب الخاصة كعملة دولية يواجه العديد من المشاكل، تتمثل أهمها فيما يلي:

- يقتصر التعامل بحقوق السحب الخاصة على البنوك المركزية في دول العالم؛ ومن ثم فإن الأشخاص والشركات لا يتعاملون بهذه العملة ولا يرونها لأنها ليس لها وجود مادي كالدولار⁽²⁾.
- إن احتياطات صندوق النقد الدولي حالياً لا تمكنه من أن يضطلع بدور المصدر لعملة العالم.

(1) د/ محمد إبراهيم السقا: الضغوط تتزايد على الدولار كعملة احتياط عالمية،

www.aleqt.com/2009/07/11/article_250745

(2) د/ محمد إبراهيم السقا: هل تصبح الصين عملة دولية؟، مرجع سابق.

- لا تصلح حقوق السحب الخاصة كعملة احتياط دولية، ذلك أنه لا يستطيع البنك المركزي استخدامها للتدخل في سوق النقد الأجنبي للدفاع عن عملته المحلية، لأنها غير قابلة للاستخدام من قبل الأطراف غير الرسمية.
- تمتلك الولايات المتحدة الأمريكية قوة تصويت جوهرية داخل صندوق النقد الدولي، ومن ثم ستعترض قيام الصندوق بدور البنك المركزي الدولي، بالقيام بفرض سياسات الاستقرار الاقتصادي على المستوي الدولي، وتغيير نسب مساهمة دول العالم في رأس المال، وتأثير ذلك على الدولار، حيث يري الأمريكيان أن استخدام العالم الدولار الأمريكي كعملة دولية تعد نعمة كبيرة للاقتصاد الأمريكي، وعندما يتغير هذا الأمر فإن كلمة كارثة لن تكون كافية لوصف ما سيحدث للاقتصاد الأمريكي⁽¹⁾.

الخاتمة وأهم التوصيات

- تناولنا خلال هذه الورقة البحثية الصراع القائم بين اليوان الصيني والدولار الأمريكي من أجل الهيمنة النقدية على العالم، وتخوف العالم من انهيار الدولار في ظل أزمة الديون الحالية التي يتعرض لها الاقتصاد الأمريكي. كذلك قيام الصين باتخاذ إجراءات إيجابية من شأنها تحول اليوان من عملة محلية إلى عملة دولية، تسوي بها المعاملات الدولية، وتحفظ بها البنوك المركزية كاحتياطي نقدي.
- ومن ثم تناولنا الأهمية الاقتصادية لتدويل العملة، ومقومات الاقتصاد المعني الراغب في تدول عملته، وأهم عيوب النظام النقدي الحالي، والخطوات الإيجابية التي اتخذتها الصين لتدويل اليوان، وأخيرا الحاجة إلى نظام نقدي جديد، ومن ثم توصلنا إلى عدة نتائج تتمثل في الآتي:
- يعيش عالم اليوم وضعا اقتصاديا سيئا، كونه أحادي القطب تقريبا بالنسبة لعملاته؛ حيث يقوم النظام النقدي الحالي من الناحية الواقعية على أساس الدولار، أي على أساس عملة وطنية تصدر من دولة لها سياساتها الوطنية. وهو ما يمكن أن نطلق عليه الهيمنة النقدية على العالم؛ حيث أصبح الدولار عملة احتياط دولية، وعملة الاستثمارات والتوظيف المالي.
 - ظهور اليوان الصيني كمنافس قوي في طريقه لاكتساب أهمية عالمية، يستند إلى اقتصاد قوي، مع قيام حكومة الصين باتخاذ خطوات جادة لتشجيع استخدام اليوان على المستوي الدولي. يكتسب اليوان في الوقت الحالي أهمية متزايدة في التمويل والتجارة على الصعيد الدولي، ومن المؤكد أن أهميته ستزيد، غير أنه ليس من المرجح أن يحتل مكانة بارزة بين عملات الاحتياطي مالم تتوافر الحرية في تحويله وتعتمد الصين حسابا رأسماليا مفتوحا.

Michael Snyder; 9 Signs That China Is Making
A Move Against The U.S. Dollar, Op, Cit.

(1)

- ليس هناك مشكلة في أن تتحول عملة وطنية إلى عملة دولية، إذا ما كانت تتمتع بالاستقرار النسبي، وإذا كانت السياسات النقدية والمالية للدولة مصدرة العملة تتسم بالحصافة المطلوبة، بحيث ينمو عرض العملة بمعدلات تتوافق مع نمو الناتج المحلي الإجمالي الحقيقي لهذه الدولة، ونمو الطلب على العملة في الخارج، وبحيث لا تؤدي السياسات المالية إلى نمو الدين العام بمعدلات تتجاوز قدرة الدولة الأم على خدمة دينها بسهولة، وأن تحتفظ هذه الدولة بميزان مدفوعات متوازن نسبياً، أو بعجز مقبول.

ولما كان النظام النقدي الحالي، نظام تهيمن عليه دولة واحدة، ومن ثم يحابي هذه الدولة ويخدم مصالحها على حساب باقي دول العالم، بل ويتيح لها الحصول على مقدرات وثروات العالم بدون مقابل فعلي، لذلك نوصي ببعض التوصيات أهمها:

أولاً: إحياء الفكرة القديمة التي طالب بها بعض الاقتصاديين بخلق عملة دولية تخصص فقط لتسوية المعاملات على الصعيد الدولي. يتم طباعتها بمعرفة مؤسسة دولية تدار بمعرفة إدارة دولية مشتركة.

ثانياً: عودة نظام الذهب كمقياس لقيمة العملات الدولية، تجنباً لتلاعب البنوك المركزية بعملات دولية تتحكم بها في اقتصاد العالم.
ثالثاً: حقوق السحب الخاصة خطوة على الطريق للقيام بدور العملة الدولية، إلا أنه يلزم الضغط على صندوق النقد الدولي لتحويلها من عملة حسابية إلى عملة دولية فعلية.

رابعاً: تنويع الاحتياطات النقدية الدولية بدلاً من الاعتماد بشكل كبير على عملة واحدة، مع فك الارتباط بين العملات التي تربط قيمتها بالدولار.
خامساً: تسعير السلع الاستراتيجية على مستوى العالم – البترول، والمعادن، والذهب – بسلة عملات بدلاً من الاعتماد كلياً على الدولار.
وأخيراً: يجب علينا كعرب الابتعاد عن الهيمنة والتبعية، فمذ فجر التاريخ والدول العربية والشرق الأوسط تابعين للإمبراطورية الرومانية، بعدها تحولنا للإمبراطورية الإنجليزية، وحالياً تابعين اقتصادياً وفكرياً للولايات المتحدة الأمريكية. الأمر الذي يلزم الاستقلال عن هيمنة الدولار، وخلق عملة عربية موحدة يتم بها تسعير النفط والغاز والمعادن، ورسوم المرور بقتاة السويس، وغيرها من السلع والخدمات، أو على الأقل إن لم نستطع الاتفاق حول هذه العملة، تسعير هذه السلع والخدمات بسلة عملات دولية.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

تم بحمد الله وتوفيقه

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- د/ أحمد بديع بليح: النقود والبنوك، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1997.
- د/ أحمد جمال الدين موسى: النقود والبنوك، مكتبة الجلاء المنصورة، 1997.
- إسوار براساد ولى إبيه: هل يسيطر اليوان؟ التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، مارس 2012.
- اشرف محمد السيد: الإصلاح الاقتصادي وأثره على سوق المال، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد 214، ديسمبر 2005.
- د/ السيد أحمد عبد الخالق: النظرية النقدية، دار الأصدقاء للطباعة والنشر، المنصورة، 2003.
- د/ السيد أحمد عبد الخالق: الاقتصاد الدولي والسياسات الاقتصادية الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1997.
- د/ السيد عبد المولي: فائض الأموال العربية وإمكانية استثماره في المنطقة العربية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة الخامسة والأربعون، مارس ويونيو 1975.
- أولريش شيفر: انهيار الرأسمالية، ترجمة عدنان عباس علي، كتاب عالم المعرفة، عدد 371 يناير 2010.
- تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2011: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة 2011.
- تقرير الاتجاهات الاقتصادية الاستراتيجية 2013: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة 2013.
- د/ حازم الببلاوي: القوة الناعمة للنظام النقدي الدولي، www.hazembeblawi.com
- د/ حازم الببلاوي: الورطة مع الدولار، 2009/4/24 www.hazembeblawi.com
- د/ رضا عبد السلام: العلاقات الاقتصادية الدولية، بدون دار نشر، 2003.
- د/ عبد الفضيل محمد أحمد: وقف التداول في البورصة، دراسة بمناسبة الأزمة المالية العالمية 2008، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية حقوق المنصورة، العدد 46 أكتوبر 2009.
- عمرو عبد العاطي: تحولات النظام الدولي تهدد الهيمنة الأمريكية، مجلة السياسة الدولية، <http://www.siyassa.org.eg>
- د/ مجدي محمود شهاب: الاقتصاد السياسي، التحليل الوحدوي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012
- ثانياً: المراجع الأجنبية:

- A. F. Alhajji ;
How does the weak Dollar Oil Prices?
www.project-syndicate.org
- Currency wars, Fumbling towards a truce,
<http://www.economist.com/node/17252006>
- Definition of 'Currency Internationalization'
http://www.investopedia.com/terms/c/currency_internationalization.as
- Eswar Prasad and Lei (Sandy) Ye:
The Renminbi's Role in the Global Monetary System,
Global Economy and Development at BROOKINGS,
February 2012.
- Michael Snyder, on November 7th, 2013
<http://theeconomiccollapseblog.com/archives/how-china-can-cause-the-death-of-the-dollar-and-the-entire-u-s-financial-system>
- Michael Snyder; 9 Signs That China Is Making
A Move Against The U.S. Dollar on October 17th, 2013
<http://theeconomiccollapseblog.com/archives/9-signs-that-china-is-making-a-move-against-the-u-s-dollar>
- Monetary policy, Everyone expects inflation,
http://www.economist.com/blogs/freeexchange/2010/11/monetary_policy_3
- The global economy, How to stop a currency war,
<http://www.economist.com/node/17251850>
- Who's winning the currency wars?
<http://blogs.reuters.com/columns/2010/10/11/whos-winning-the-currency-wars>

ولاية المرأة القضاء
دراسة فقهية مقارنة بين الاختلافات
الفقهية والمقاصد الشرعية
د. خالد فالح العتيبي
رئيس قسم الفقه وأصوله - كلية الشريعة - جامعة الكويت

بسم الله الرحمن الرحيم

المُقدِّمة

الحمدُ لله ربِّ العالمين، حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، حمداً يليق
بجلال وجهه وعظيم سلطانه، حمداً تُقبَلُ به الصالحاتُ من الأعمال حين
تُرفع، وتُخضع عند ذكره الجوارح والقلوب يخشع. والصلاة والسلام على
المبعوث رحمة للعالمين، محمّد النبي الأمي الأمين، وعلى آله وصحبه
أجمعين، وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. ثمّ أمّا بعدُ
فإن موضوع هذا البحث يتناول قضية هامّة من قضايا المجتمع
الإسلامي، قضية يتكرر طرحها بين حين وآخر، وتثير في كل مرة جدل
قضائي وديني واسع، بحيث يدلى كل فقيه وقانوني وكاتب فيها بدلوها، وهي
قضية تقليد المرأة ولاية القضاء في المحاكم الشرعية والمدنية وغيرها.
التعريف بالبحث

يقدم هذا البحث دراسة علمية موضوعية لقضية: ولاية المرأة
القضاء، في قالب يجمع بين الاختلافات الفقهية بأدلتها من جهة،
والمقاصد الشرعية للقضاء من جهة أخرى، بقصد الكشف عن الحكم
الشرعي الصحيح لهذه القضية، وذلك بالموازنة بين الاختلافات الفقهية
وأدلتها والمقاصد الشرعية في نهاية الدراسة.
طبيعة المشكلة التي يُعالجها البحث، وأهمية الموضوع:

ظهرت في الآونة الأخيرة، ادعاءات تلوم الفقه الإسلامي على
التخلف في قضايا المرأة وحقوقها، وكيف أنّ هذا الفقه تقاصر عن المفهوم

الحقوقي العالمي في أنّ الرجل والمرأة سواء في الحقوق والواجبات، فكان أن حظر على المرأة ولاية القضاء باعتبارها ولاية عامة، والمرأة - في هذا الفقه - ممنوعة من مباشرة الولايات العامة.

في الوقت الذي أفسحت الحضارة الغربية المجال لها رحباً لتتال هذا الحظّ الوافر من ولاية الوظائف العامة وفي مقدمتها وظيفة القضاء، فاستفاد المجتمع بمشاركة نسائه في مناحي الحياة المختلفة فنهض وتقدّم وتخلّفت مجتمعات المسلمين بحرمانها من هذه المشاركة الإيجابية للمرأة، وأنه يتعين التحرر من ربقة الفقه الإسلامي ومعطيائه والخروج من الدوران في فلكه، والامتزاج والتناغم -في ذات الوقت - مع معطيات التطور الاجتماعي وتغيرات الأعراف.

ومع تزايد هذه الدعوات، كان لزاماً بيان حكم تولي المرأة القضاء - على ضوء أدلة الشرع ومقاصده- بما يكشف عدل الشريعة ومقاصدها في باب القضاء من جهة، وما ترومه من الخير والصلاح، الذي لا يتحقق إلا بالأحكام التي شرعها الحكيم الخبير من جهة أخرى.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الآتي:

• بيان عدل الشريعة الإسلامية، وأنها تقصد الخير والصلاح للعباد في كل أحكامها.

• تحديد معنى القضاء وأنواعه ومقاصده في الشرع.

• تحديد الحكم الشرعي لولاية المرأة القضاء على ضوء المقاصد الشرعية

• محاولة استقراء أسباب اختلاف الفقهاء في حكم ولاية المرأة القضاء

الدراسات السابقة

تناول الفقهاء مسألة ولاية المرأة القضاء في كتبهم على اختلاف مذاهبهم الفقهية، كما توجد العديد من الدراسات المستوفية لهذه المسألة من ناحية التناول الفقهي المذهبي المقارن؛ إلا أن تناولنا لهذا الموضوع يختلف عن تناول الدراسات السابقة من عدة جهات أهمها:

1- تتناول هذه الدراسة مقاصد القضاء في الفقه الإسلامي.

- 2- تلقي هذه الدراسة الضوء على أسباب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة.
- 3- تعقد هذه الدراسة موازنة بين الاختلافات الفقهية لتلك المسألة على ضوء مقاصد الشريعة بما يعين على معرفة الحكم الشرعي الراجح، الذي يوافق قصد الشارع ويكشف عن مناحي عدله والصلاح والخير الذي يرومه.

مَنْهَجُ الْبَحْثِ:

اتَّبَعْتُ فِي إِعْدَادِ هَذِهِ الدِّرَاسَةِ الْأُسْلُوبَ الْاسْتِقْرَائِيَّ لِكُتُبِ وَمَقَالَاتِ وَبُحُوثِ وَدِرَاسَاتِ الْفِقْهِ، وَالْفِقْهِ الْمَقَارِنِ، وَالسِّيَاسَةِ الشَّرْعِيَّةِ، إِضَافَةً إِلَى الْمَنْهَجِ الْوَصْفِيِّ وَالتَّحْلِيلِيِّ وَالْاسْتِنْبَاطِيِّ؛ إِذْ إِنَّ طَبِيعَةَ مَوْضُوعِ الْبَحْثِ تَفْرَضُ ذَلِكَ خُطَّةُ الْبَحْثِ:

تَشْمَلُ خُطَّةُ هَذَا الْبَحْثِ: مَقَدِّمَةً، وَمَبْثُوتِينَ، وَخَاتِمَةً الْمَقَدِّمَةُ: تَشْمَلُ: أَهْمِيَّةَ الْمَوْضُوعِ، وَطَبِيعَةَ الْمَشْكَلَةِ الَّتِي يُعَالِجُهَا، وَأَهْدَافَ الْبَحْثِ، وَمَنْهَجَ الْبَحْثِ، وَخُطَّةَ الْبَحْثِ.

المبحث الأول: تعريف القضاء وأنواعه ومقاصده

المطلب الأول: تعريف القضاء والألفاظ ذات الصلة

الفرع الأول: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة (الإفتاء - التحكيم)

المطلب الثاني: مقاصد القضاء الشرعية

المبحث الثاني : حكم ولاية المرأة القضاء عند الفقهاء وأسباب اختلافهم والموازنة بينها على ضوء المقاصد الشرعية

المطلب الأول: حكم ولاية المرأة عند الفقهاء

المطلب الثاني: أسباب الاختلاف الفقهي في حكم ولاية المرأة القضاء

المطلب الثالث: الموازنة بين الاختلافات الفقهية في ولاية المرأة القضاء على ضوء مقاصد الشرعية

الخاتمة: وتناولت فيها أهم نتائج البحث

والله أسأل أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم إنه سميع قريب مجيب.

المبحث الأول
تعريف القضاء وأدلة مشروعيته ومقاصده

المطلب الأول
تعريف القضاء والألفاظ ذات الصلة

الفرع الأول
تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

تعريف القضاء لغة:

- القضاء بالمد أصله (قضى) لأنه من قضيت، فأبدلت الياء همزة لمجيئها بعد الألف الساكنة فصارت قضاء، والقضاء مفرد أقضيه⁽¹⁾، وهو مصدر الفعل قضى، يقال: قضى يقضي قضاء فهو قاض، ويطلق القضاء في اللغة على عدة معان؛ أهمها:
- 1- الحكم والأمر والحثم؛ ومنه قوله تعالى: " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه " (2)، ومنه القضاء والقدر، قال أهل الحجاز: القاضي معناه في اللغة: القاطع للأمور المحكم لها، واستقضى فلان أي جعل قاضياً يحكم بين الناس، وقد تكرر في الحديث ذكر القضاء، وأصله ألقطع والفصل، يقال: قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا حكم وفصل. (3)
 - 2- الأداء والإنهاء؛ تقول قضى دينه، ومنه قوله تعالى: " وقضينا إليه ذلك الأمر " (4) أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك.
 - 3- العمل والصنع والتقدير؛ يقال: قضاه أي صنعه وقدره؛ ومنه قوله تعالى: " فقضاهن سبع سماوات في يومين " (5)، وقوله تعالى: " فأقض ما أنت قاض " (6) معناه: فاعمل ما أنت عامل. (7)

1- انظر: الرازي: مختار الصحاح 226/1

2- الإسراء / 23

3- انظر: ابن منظور: لسان العرب 186/15 وما بعد، والرازي: مختار الصحاح 226/1

4- الحجر / 66

4- الإعلام، ومنه قوله تعالى: " وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ (8)
أَي: أَعْلَمْنَاهُمْ إِعْلَامًا قَاطِعًا. (9)

وفي هذه المعاني جميعا يقول الزهري: " القضاء في اللغة على وجوه
مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه وكل ما أَحْكَم عمله، أو أُتِمَّ أو خِتِمَ أو
أُدِّيَ أداءً أو أُوجِبَ أو أُعْلِمَ أو أُنفِذَ أو أُمْضِيَ فقد قُضِيَ. " (10)

تعريف القضاء في الاصطلاح

اختلفت ألفاظ الفقهاء في المذاهب الفقهية في تعريف القضاء (11)،
والناظر فيها يلحظ إمكانية تقسيم أقوال الفقهاء في تعريف القضاء إلى
اتجاهين:

الاتجاه الأول: يعرفها من جهة أثرها على الناس

ومنه ما جاء عند الحنفية أنه: " فصل الخصومات وقطع المنازعات
على وجه خاص" (12)، وما جاء عند المالكية بأنه: " حكم حاكم أو محكم
بأمر ثبت عنده كدين أو حبس، وقتل، وجرح وضرب وسب وترك صلاة
ونحوها، وقذف وشرب وزنا، وسرقة وغصب وعدالة، وضدها وذكرورة
وأنوثة وموت وحياة، وجنون وعقل وسفه ورشد وصغر وكبر ونكاح،
وطلاق، ونحو ذلك، ليرتب على ما ثبتت عنده مقتضاه، أو حكمه بذلك
المقتضى" (13).

5- فصلت / 12

6- طه / 72

7- انظر: ابن منظور: لسان العرب 186/15 وما بعد، و الرازي: مختار الصحاح 226/1

8- الإسراء / 4

9- انظر: ابن منظور: لسان العرب 186/15 وما بعد، و الرازي: مختار الصحاح 226/1

10- انظر: ابن منظور: لسان العرب 186/15

11- ولعل هذا الاختلاف منشؤه من الاختلاف في حقيقة القضاء، هل هو صفة حكمية
تلازم موصوفها وتوجب نفوذ حكمه، أم هو فعل يقوم به القاضي؟. انظر: القضاء
في الكتاب والسنة 35

12- انظر: الكليبولي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر 3 / 210 و الحنفي: لسان
الحكام ج1/ص218 وابن عابدين: حاشية ابن عابدين 352/5

13- انظر: الصاوي: بلغة السالك 69/4

وما جاء عند الشافعية بأنه: " فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى " (14).

الاتجاه الثاني: يعرفها من جهة صفتها في نفسها

ومنه ما جاء عند الحنفية أنه: " قول ملزم صدر عن ولاية عامة " (15).

وما جاء عند المالكية أنه: "صفة حكمية، توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين." (16) وما جاء عند الشافعية بأنه: " إظهار حكم الشرع في الواقعة من مطاع " (17).

وما جاء عند الحنابلة أنه: الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات " (18).

والملاحظ في هذه التعاريف أنها متقاربة في القصد والمعنى وإن اختلفت في اللفظ والمبنى، فهي تتفق في كون القضاء إلزاماً بحكم الله تبارك وتعالى، أو إظهار الحكم في الواقعة، أو فصلاً بين الخصومات، أو حكماً بين الناس بالحق والعدل.

وهكذا فالتعاريف كلها تجتمع في أن القضاء: إلزام المتخاصمين والناس جميعاً بالحكم الشرعي وتنفيذه عليهم باعتباره حكم الشرع فيهم. (19)، يقول عبد الكريم زيدان: " وهذه التعاريف للقضاء، وإن بدت وكأنها مختلفة، إلا أنها في الحقيقة متفقة لا مختلفة، واختلافها بنصب على ما أظهره كل تعريف أو أخفاه من معاني أو مقومات إلقاء، إلا أن ما أخفاه كل تعريف من مقومات تضمنه ما أظهره هو من هذه المقومات " (20)

التعريف المختار:

- 14- الشربيني: الإقناع للشربيني 612/2
- 15- الكليبولي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر 210/3
- 16- عيش: منح الجليل 255/8
- 17- الرملي: حاشية الرملي 277/4
- 18- البهوتي: كشف القناع 285/6
- 19- انظر: الغرايبة: نظام القضاء في الإسلام 47
- 20- زيدان: عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية 12

فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام⁽²¹⁾.
وسبب اختيار هذا التعريف ؛ أنه يتضمن ثلاثة أمور ؛ أولها: بيانه أن
وظيفة القضاء فض النزاعات، ثانيها: بيانه أن وظيفة القاضي إظهار حكم
الله تعالى في القضية، ثالثها: بيانه أن حكم القاضي ملزم ومجبر لكل
الأطراف.

العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي:

بالنظر في تعاريف الفقهاء للقضاء، يظهر أن التعريف الاصطلاحي
لا يخرج عن التعريف اللغوي للقضاء.

وأن القضاء سمي حكماً، لما فيه من الحكمة التي توجب وضع
الشيء في محله ؛ لكونه يكف الظالم عن ظلمه، أو من إحكام الشيء، ومنه
حكمه اللجام لمنعه الذابة من ركوبها رأسها والتصرف على هواها، وقد
قيل: أن الحكمة مأخوذة من هذا أيضاً لمنعها النفس من هواها.⁽²²⁾

الفرع الثاني

الألفاظ ذات الصلة

من أهم الألفاظ ذات الصلة بالقضاء:

الإفتاء والتحكيم، وفيما يلي التفصيل فيهما:

1- الإفتاء:

الإفتاء في اللغة: مصدر الفعل (أفتى)، والفتيا مأخوذة من فتى وفتو،
وهي بمعنى (الإبانة)، يقال: أفتاه في الأمر إذا أبانه له⁽²³⁾، وأصل (الفتوى)
من الفتى وهو الشاب القوي الحدث فكأنه - أي المفتي - يقوي ما أبهم ببيانه
وقوته العلمية⁽²⁴⁾، وقد وردت هذه الكلمة بتصاريح مختلفة في كتاب الله،

21- وعرف الزحيلي القضاء بتعريف جامع مانع أيضاً فقال " الفصل بين الناس في
الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب
والسنة " انظر: الزحيلي: محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي 61، ط2، دار
الفكر

22- انظر: مغني المحتاج 372/4، واصل: نصر فريد: السلطة القضائية ونظام القضاء
في الإسلام 26

23- ابن منظور: لسان العرب 145/15 وما بعد

24- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة 474/4

تدور حول معنى الإبانة والتوضيح، ومنه قوله تعالى: "وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ" (25) قال ابن عطية في تفسيره: " أي يبين لكم ما سألتم عنه" (26)

أما الفتوى في الاصطلاح فقد عرفت بتعريفات عدة، تجتمع حول تعريف واحد تقريبا؛ وهو أنها: الإخبار عن حكم الشرع لا على وجه الإلزام⁽²⁷⁾. وبهذا التعريف تتضح العلاقة بين القضاء والفتوى، ويمكن تلخيصها في النقاط الآتية:

- 1- أن كل من القضاء الإفتاء بيان لحكم الشرع في واقعة بعينها، لكن القضاء بيان مع الإلزام والسلطة، والإفتاء بيان بغير إلزام ولا سلطة تنفيذ. والفتوى لا تقتصر على المستفتي وحده بل يعمل بها غيره اختياراً بينما التحكيم خاص بالخصوم. (28)
- 2- بين القضاء والإفتاء عموم وخصوص حيث إن كل ما يتأتى فيه القضاء تتأتى فيه الفتوى ولا عكس، كما أن الفتوى تكون في كل أبواب الفقه والقضاء لا يكون إلا في القضية محل النظر. (29)
- 3- أن الفتوى أعظم أثراً وأعم تعلقاً من القضاء، حيث إن فتوى المفتي إذا صدرت تعد تشريعاً عاماً يتعلق بالسائل وغيره، في حين أن حكم القاضي لا يتجاوز - في الغالب - غير المتحاكمين. (30)
- 4- ما ذكره الإمام القرافي من أن القضاء يعتمد الحجاج، والفتوى تعتمد الأدلة (31)

25- النساء / 127

26- ابن عطية: المحرر الوجيز 267/4

27- انظر: المغربي: محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل 86/6 و المالكي: محمد بن أحمد، شرح ميارة 18/1

28- انظر: القرافي: أبو العباس أحمد بن إدريس الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق (مع الهوامش)، تحقيق خليل المنصور، 4 / 112 دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418هـ - 1998م، ط 1

29- انظر: القرافي: الفروق 4 / 114

30- الزبياري: عامر، مباحث في أحكام الفتوى ص، دار ابن حزم - بيروت، الطبعة الأولى 1416هـ - 1995م

31- القرافي: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص 56

التحكيم في اللغة مصدرٌ للفعل (حكّم) بمعنى قضى، والحُكم: القضاء. ويقال: حكم بينهم يحكّم بالحكم حكماً وحكم له وحكم عليه. وحكّمه في ماله تحكّماً إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك. واحتكموا إلى الحاكم و تحاكموا بمعنى، والمحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم⁽³²⁾

وبذلك يظهر أن التحكيم لا يختلف عن القضاء في المعنى اللغوي، فالمحكّم قاضٍ والقاضي محكّم. وليس الأمر كذلك في الاصطلاح إذ يفترق أن وقد عرفت بتعريفات عدة، تجتمع حول تعريف واحد تقريباً؛ وهو أنها: تَوَلِيَةُ الْخَصْمَيْنِ حَاكِمًا يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ⁽³³⁾ وقيل: اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتها ودعواهما⁽³⁴⁾.

وبهذا تتضح العلاقة بين التحكيم والقضاء، وأنها علاقة عموم وخصوص جزئي، فهما يتفقان في:

- 1- الحُكْم الصادر عن كلٍ منهما حكمٌ شرعيٌّ ولازم - متى كان صحيحاً مستوفياً لشروطه-.
- 2- كلٌّ من المحكّم والقاضي يستمدّ سلطته ممن ولّاه، وينعزل كلٌّ منهما إذا عزله من ولّاه.

ويختلفان في:

- 1- أن التحكيم عند الفقهاء دون مرتبة القضاء إذ يتولى طلبه من الغير (الخصوم أنفسهم)، وليس السلطان أو من يقوم مقامه من أصحاب الولاية على الناس كما هو الحال في القضاء³⁵.
- 2- أن اختصاص القاضي يتحدد بعقد توليته ولا يتوقف على رضا الخصوم، أما المحكّم فولايته خاصة لا تعدو من تحاكموا إليه ورضوا تحكيمه.

32- الرازي: مختار الصحاح 1 / 62، و مصطفى: إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط 190 / 1

33- ابن نجيم: البحر الرائق 24/7

4- مجلة الأحكام العدلية 1 / 365، دار النشر: كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هواويني

35- انظر: المصري: احمد بن النقيب، عمدة السالك وعدة الناسك، ص 163، دار النشر: دار الجيل-بيروت

- 3- أن موضوع التحكيم أخص من موضوع القضاء، إذ التحكيم متعلق بالأموال دون الحدود واللعان والقصاص³⁶ لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها، ولأن حكم المحكم غير متعدد فليس بحجة في حق غير المتحاكمين فكانت فيه شبهة، والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات.
- 4- تنحصر صلاحية المحكم فيما حكمه فيه الخصمان فقط فليست له سلطة على غيرهما حتى وإن كان ذلك من مستلزمات قضائه بينهما.
- 5- أن القاضي ملزم بالنظر في الخصومات والمنازعات، أما المحكم فهو غير ملزم
- 6- أن التحكيم أوسع من القضاء في الاختصاص المكاني، فالتحكيم يصح بين الطرفين، ولو اختلفت أمكنتهم، أما قضاء القاضي فمقيد بالنظر وفق الاختصاص المكاني. وبالتالي يجوز للحكم أن ينظر في قضية برضى الطرفين ولو كان المدعى عليه لا يقيم في بلد التحكيم.³⁷

المطلب الثاني

مقاصد القضاء الشرعية

القضاء له مقاصد: عامة، وخاصة، فأما المقصد العام للقضاء فهو: إقامة العدل، قال تعالى: " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل " قال الشوكاني (38): وتدخل الولاية في هذا الخطاب دخولا أوليا فيجب عليهم تأدية ما لديهم من الأمانات ورد الظلمات وتحري العدل في أحكامهم..... والعدل هو فصل الحكومة على ما في كتاب الله سبحانه وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم " وقال السعدي (39): " والمراد بالعدل الذي أمر الله بالحكم به هو ما شرعه الله على لسان رسوله من الحدود والأحكام وهذا يستلزم معرفة العدل ليحكم به" وقال ابن

36- انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام 1/ 17، وابن

مفلح: الفروع 373/6

37- الزيد: زيد عبد الكريم، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي 4

38- الشوكاني: فتح القدير 480/1

39- السعدي: تفسير السعدي 183/1

تيمية (1): "ومن ولي ولاية، فيأتيها بعلم وعدل؛ أدى الأمانات إلى أهلها وحكم بين الناس بالكتاب والسنة، فهذا درجته عظيمة لكن هذا في جهاد عظيم كذلك المجاهد في سبيل الله" قال الأمير عبد الله بن طاهر لرجل عابد: "أيها العابد الزاهد، كم تبقى هذه الدولة فينا؟ فقال العابد الزاهد: "تبقى وتدوم ما دام بسط العدل والإنصاف مبسوطا في هذا الديوان" (2)، وأما المقاصد الخاصة للقضاء فكثيرة منها ما هو مندرج تحت مقاصد الولايات باعتباره ولاية من الولايات الشرعية، ومنها ما هو خاص فيه باعتبار المعنى الذي وضع له شرعا، وفيما يلي التفصيل فيها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

مقاصد القضاء باعتباره ولاية من الولايات الشرعية

قبل الشروع في تعداد مقاصد القضاء بهذا الاعتبار لا بد من بيان العلاقة بين ولاية القضاء والولاية العامة، وفي ذلك يقول ابن تيمية (3): "وجميع هذه الولايات هي في الأصل ولاية شرعية ومناصب دينية فأى من عدل في ولاية من هذه الولايات فساسها بعلم وعدل وأطاع الله ورسوله بحسب الإمكان فهو من الأبرار الصالحين..." كما أن العلماء في كتب الأحكام السلطانية وغيرها حين يعددون مهام الإمام يذكرون من ضمنها فصل الخصومات (4)، فدل ذلك على إن ولاية القضاء جزء من مهام

- 1- ابن تيمية: مجموع الفتاوى 114/10
- 2- انظر: أرسلان: محمد شهير، القضاء والقضاة 22
- 3- ابن تيمية: مجموع الفتاوى 68/28، ويشير القاضي (عبد الجبار) إلى أن وظيفة الإمامة ذاتها وظيفة شرعية ويراد بها إقامة الحدود وتنفيذ الأحكام وما شاكلها فهي تستهدف حماية الدين وتنفيذ أحكامه ولذلك فهي أداة لتحقيق العدل والموازنة بين مصالح الناس في دينهم ودنياهم) انظر: الراوي، د. عبد الستار: العقل والحريّة. دراسة في فكر القاضي عبد الجبار المعتزلي، 405، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1980
- 4- انظر الماوردي في الأحكام السلطانية والفراء و(الشهرستاني) و(البغدادي)، الماوردي، الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب البصري: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، 15-16، المطبعة المحمدية التجارية بمصر، الشهرستاني، عبد الكريم: نهاية الإقدام

الولاية العامة التي ينيب فيها الإمام غيره. وفي ذلك يقول ابن مفلح: "ولا تثبت ولاية القضاء إلا بتولية الإمام" (1) وانطلاقاً من هذا البيان الموجز في علاقة القضاء بالولاية العامة وأنها فرد من مهام الولاية العامة، فإنه يمكن تعداد مقاصد القضاء بهذا الاعتبار بأنها:

1- الحكم بشرع الله

قال تعالى: "إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ" (2)، جاء في تفسير أبي السعود: "أى لا دين مرضياً لله تعالى سوى الإسلام الذي هو التوحيد والتدرع بالشريعة الشريفة" (3) وقال: "وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ" (4) قال ابن كثير: "أى من سلك طريقاً سوى ما شرعه الله فلن يقبل منه" (5)، ولهذا فإن حفظ الدين يعد أول مقاصد الشريعة، لأن ضياعه يؤدي إلى ضياع المقاصد الأخرى وخراب الدنيا، ويتحقق الحفظ - كما يقول الشاطبي - بأمرين أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود، والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم. (6)، ويعد القضاء أحد وسائل حفظ الدين وتطبيق الشرع - ليس إلا - وفي ذلك يقول الشاطبي: "فالحاصل مما تقدم أن تحكيم الرجال من غير التفات إلى كونهم وسائل للحكم الشرعي المطلوب شرعاً ضلالاً، وما توفيق إلا بالله، وإن الحجة القاطعة، والحاكم الأعلى، هو الشرع لا غيره" (7) ويقول ابن نجيم: "إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ..."

في علم الكلام، 12-17. والبغدادي، عبد القاهر بن طاهر: الفرق بين الفرق. (حقيقه وعلق عليه محمد محي الدين عبد الحميد)، 125، القاهرة، مكتبة محمد علي صبيح

- 1- المبدع 7/10
- 2- آل عمران / 19
- 3- تفسير أبو السعود 18/2
- 4- آل عمران / 85
- 5- تفسير ابن كثير 380/1
- 6- الشاطبي: الموافقات 7/2
- 7- الشاطبي: الاعتصام 2 / 355

وتصرّف القاضي في ما له فعله في أموال اليتامى والتركات والأوقافُ مقيدٌ بالمصلحة، فإن لم يكن مبنياً عليها لم يصحّ... وبهذا اعلم أنّ أمر القاضي لا ينفذ إلا إذا وافق الشرع " (1) ، ويقول ابن تيمية أن "المقصود الواجب بالولايات إصلاح دين الخلق الذي متى خسروه فإنهم خسروا خسراً مبنياً ولم ينفعهم ما نعموا به في الدنيا" (2)، وكذلك يرى القاضي (عبد الجبار) "إن الإمام مدفوع فيما يتصل بأمر السياسة إلى أمرين أحدهما أمر الدين، والآخر أمر الدنيا" والإمام في كل منهما يلزمه النظر على وجهين "أحدهما ما يعود بالنفع والآخر ما يدفع الضرر" (3)

2- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

قال ابن تيمية: " وإذا كان جماع الدين وجميع الولايات هو أمر ونهي فالأمر الذي بعث الله به رسوله هو الأمر بالمعروف والنهي الذي بعثه به هو النهي عن المنكر " (4)، وقال ابن القيم: " وجميع الولايات الإسلامية مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر " (5)، والقضاء فيه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لأن الناس لما في طباعهم من التنافس والتغالب ولما فطروا عليه من التنازع والتجاذب يقل فيهم التناسف ويكثر فيهم التشاجر والتخاصم، فدعت الضرورة إلى قودهم إلى الحق والتناصف بالأحكام القاطعة لتنازعهم وفق أمر ونهي الشرع وهذا عين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، قال ابن حجر: " وفي الحديث ترغيب على ولاية القضاء لمن استجمع شروطه وقوي على أعمال الحق ووجد له أعوانا لما فيه من الأمر بالمعروف ونصر المظلوم وأداء الحق لمستحقه وكف يد الظالم والإصلاح بين الناس وكل ذلك من القربات، ولذلك تولاه الأنبياء ومن بعدهم من الخلفاء الراشدين ومن ثم اتفقوا على أنه من فروض

1- ابن نجيم: الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية 1419-1999

2- ابن تيمية: مجموع الفتاوى 262/28

3- الراوي، د. عبد الستار: العقل والحرية. دراسة في فكر القاضي عبد الجبار المعتزلي، 405، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1980

4- ابن تيمية: مجموع الفتاوى 65/28 وانظر أيضاً: مجموع الفتاوى 81/28 و مجموع الفتاوى 66/28

5- ابن القيم: الطرق الحكمية 346/1

الكافية " (1)

3- إقامة المصلحة ودفع المفسدة

لما كانت الشريعة مبناها على الحكم ومصالح العباد في أمور المعاش والمعاد، فهي خير كلها، ورحمة كلها، وعدل كلها، ومصالح كلها (2)، فقد جاءت لتحصيل المصالح وتكميلها، وتعظيم المفسد وتقليلها (3). وجعلت المقصود من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وأكلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة (4).

وقد نصَّ كثير من أهل العلم ضمن قواعد السياسة على ضرورة أن يتولَّى كلَّ ولاية من كان كفوًّا لها، وأقوم بمصالحها، وأقدر على جلب منافعها ودفع مفسدها (5)، وُكلُّ تصرُّفٍ - من الرّاعي على رعيّته - جرّ فساداً، أو دفع صلاحاً فهو منهىٌّ عنه (6)

الفرع الثاني

مقاصد القضاء باعتبار المعنى الذي وضع له

تعددت عبارات الفقهاء في تحديد مقاصد القضاء ومقصوده وحكمته، ومن ذلك: قول ابن رشد (7) في حكمته ومقصوده: "رفع التهاجر ورد التواثب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"

1- ابن حجر: فتح الباري 121/13

2- ابن القيم: إعلام الموقعين 3/3

3- ابن تيمية: مجموع الفتاوى 193/30

4- الغزالي: المستصفى 174/1

5- انظر: الفروق 39/4 و206/3 والذخيرة: 255/2 و246/4، والمقري القواعد

427/2 والقواعد الكبرى 106/1-107، المنشور في القواعد 388/1، نقلًا عن:

الغامدي: ناصر بن محمد، قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة دراسة

تأصيلية تطبيقية فقهية، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية

، ع 46، محرم 1430 هـ

6- القواعد الكبرى 158/2، نقلًا عن: الغامدي: قاعدة التصرف على الرعية منوط

بالمصلحة.

7- بداية المجتهد 2 / 211

وقول ابن تيمية⁽¹⁾: "المقصود من القضاء وصول الحقوق إلى أهلها وقطع المخاصمة فوصول الحقوق هو المصلحة وقطع المخاصمة إزالة المفسدة فالمقصود هو جلب تلك المصلحة وإزالة هذه المفسدة ووصول الحقوق هو من العدل الذي تقوم به السماء والأرض وقطع الخصومة هو من باب دفع الظلم والضرر وكلاهما ينقسم إلى إبقاء موجود ودفع مفقود ففي وصول الحقوق إلى مستحقها يحفظ موجودها ويحصل مقصودها وفي الخصومة يقطع موجودها ويدفع مفقودها"، وقول ابن القيم: "وَلَا يَةَ الْحُكْمِ فَإِنْ مَقْصُودَهَا إِيصَالُ الْحُقُوقِ إِلَى أَرْبَابِهَا وَإِثْبَاتُهَا" (2)، وقول الزيلعي (3): "الْمَقْصُودَ مِنَ الْقَضَاءِ دَفْعُ الْفَسَادِ وَإِيصَالُ الْحُقُوقِ إِلَى مُسْتَحِقِّيهَا وَإِقَامَةُ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى" (4).

ومن تلك العبارات يمكن تعداد مقاصد القضاء باعتبار المعنى الذي وضع له بأنها:

- 1- قطع الخصومات
- 2- منع اللدد والمماطلة
- 3- إيصال الحقوق لأصحابها

1- مجموع الفتاوى 355/35

2- ابن القيم: الطرق الحكمية 153/1

3- الزيلعي: تبیین الحقائق 176/4

4- انظر أيضا في نفس الموضوع: شرح فتح القدير 253/3، و درر الحكام شرح مجلة الأحكام 528/4، شرح مختصر خليل 230/7، وحاشية الرملي 277/4، وإحكام الأحكام 76/4، و منار السبيل 403/2 و المبدع 11/10

المبحث الثاني

حكم ولاية المرأة القضاء عند الفقهاء وأسباب اختلافهم والموازنة
بينها على ضوء المقاصد الشرعية
المطلب الأول

حكم ولاية المرأة عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في حكم تولية المرأة القضاء على أربعة أقوال (1):
القول الأول:

وإليه ذهب المالكية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4) وزفر من الحنفية (5)
, ومفاده أنه: لا يجوز تولية المرأة القضاء سواء أكانت في قضايا الأموال
أم في قضايا القصاص والحدود أو غير ذلك، وإذا وليت يأثم المولي،
وتكون ولايتها باطلة، وقضاؤها غير نافذ، ولو فيما تقبل فيه شهادتها.
واستدلوا من الكتاب والسنة والإجماع و القياس والمعقول وما جرى عليه
عمل المسلمين، وتفصيلها كالآتي:

أولاً: الكتاب

1- قوله تعالى: "أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى" (6).

-
- 1- تجدر الإشارة إلى اتفاق الفقهاء تقريباً في تولي المرأة القضاء حال الضرورة. انظر:
 - 2- تبصرة الحكام لابن فرحون 1/ 26، الشرح الصغير لأحمد الدردير 4/ 187، حاشية
الدسوقي لابن عرفة الدسوقي 4/ 129.
 - 3- الأحكام السلطانية للماوردي ص 65، نهاية المحتاج للرملي 8/ 238، مغني المحتاج
للخطيب الشربيني 4/ 375، الحاوي الكبير 16/ 156، روضة الطالبين للنووي 8/
83، المهذب للشيرازي 5/ 471، 472.
 - 4- المغني لابن قدامة 9/ 41، شرح منتهى الإرادات 3/ 464.
 - 5- حاشية ابن عابدين 4/ 552، مجمع الأنهر 2/ 168.
 - 6- البقرة / 282، وقد بين النبي صلى الله عليه سبب ذلك ، فقد روى البخاري في صحيحه
عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في
أضحى، أو في فطر إلى المصلي فمر على النساء، فقال صلى الله عليه وسلم: "يا
معشر النساء: تصدقن؟ فإني أريتكن أكثر أهل النار، فقلن وبم يا رسول الله؟ قال:
تكثرن اللعن، وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل
الحازم من إحداكن، قلن وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال: أليس شهادة
المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟ قلن: بلى، قال: فذلك من نقصان عقلها، أليس إذا
حاضت لم تصل، ولم تصم؟ قلن: بلى، قال: فذلك من نقصان دينها"، انظر: صحيح
البخاري كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم ، ح (298) 116/1

وجه الدلالة: فقد نبّه الله تعالى على ضلال النساء ونسيانهن ()، والقضاء يحتاج إلى الفطنة وقوة الذاكرة.(1)

2- قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ" (2).

وجه الدلالة: أن معنى قوامون: يعني في العقل والرأي، والرجل أكفأ من المرأة، وهو مقدّم عليها (3)، والذين يجيزون ولاية المرأة للقضاء يقدمون المرأة على الرجل، فيقدمون ما أقره الله. فإن قيل: إن الآية تتعلق بمسؤولية الأسرة وليست عامّة فالحجّة قائمة؛ لأنها إن كانت عاجزة عن إدارة أسرة من مجموعة أفراد لا تعدو أصابع اليدين، فلأن تعجز عن إدارة شؤون الناس والفصل في خصوماتهم ومنازعاتهم وحل مشاكلهم أولى. (4)

3- قصة ملكة سبأ: {إِنِّي وَجَدْتُ امْرَأَةً تَمْلِكُهُمْ وَأُوتِيَتْ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ وَلَهَا عَرْشٌ عَظِيمٌ} (5).

4- وجه الدلالة: استنكار الهدهد لوجود امرأة تحكم هؤلاء القوم من جهة، وإزالة سليمان عليه السلام لملكها ولو كان ذلك سائغاً لأقرها عليه ودعاها للإسلام فقط ولكنه قال: (ألا تعلوا علي) من جهة ثانية، أنه أخذ ملكها خلسة بإرسال الجن له ولو كان حكمها جائز لما أزاله بالخلسة من جهة ثالثة. (6)

1- فالمرأة الواحدة عرضة للنسيان والضلال فجعل معها أخرى تذكيرا لها وهذا في الشهادات فكيف بالقضاء الذي فيه حقوق الناس وليس من حفظ الحقوق تعريضها للنسيان والنقص.

2- النساء / 34

3- انظر: الجصاص / أحكام القرآن 148/3 ، وهناك وجه استدلال آخر مفاده: أن (أل) هنا للاستغراق فتشمل جميع النساء والرجال في جميع الأحوال والأصل وجوب العمل بالعام حتى يأتي ما يخصه ولا مخصص هنا ، قال الإمام ابن كثير عليه رحمة الله: (أي هو رئيسها، وكبيرها و الحاكم عليها و مؤدبها إذ اعوجت ، بما فضل الله بعضهم على بعض أي لأن الرجال أفضل من النساء و الرجل خير من المرأة، و لهذا كانت النبوة مختصة بالرجال، و كذلك الملك الأعظم لقوله صلى الله عليه وسلم: (لم يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة...) و كذا منصب القضاء، وغير ذلك،..... فالرجل أفضل من المرأة في نفسه، و له الفضل عليها، والإفضال، فناسب أن يكون قيما عليها " تفسير ابن كثير 492/1 بتصرف

4- الشلش: محمد، حكم تولية المرأة القضاء دراسة فقهية مقارنة 8

5- النمل / 23

6- السفيناني: إبراهيم علي، حكم تولي المرأة القضاء 7

5- قوله تعالى { وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى..... } (1).

وجه الاستدلال: أن الله أمر المرأة بالقرار في البيت والقضاء يوجب خروجها واختلاطها بالرجال بالبروز لهم مما ينافي الآية. (2)
ثانياً: السنة

- 1- حديث النبي - صلى الله عليه وسلم-: "لن يفلح قومٌ ولوا أمرهم امرأة" (3).
وجه الدلالة: قال الشوكاني في هذا الحديث: (فيه دليل على أن المرأة ليست من أهل الولايات، ولا يحل لقوم توليتها؛ لأن تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب) (4)، كما أن القضاء "فرع عن الإمامة العظمى، وولاية المرأة الإمامة ممتنع للحديث، فكذلك النائب عنه لا يكون امرأة، وبالجملة فمنصب الولاية غير مستحق للنساء" (5). ولهذا "لم يول النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا أحدٌ من خلفائه، ولا من بعدهم امرأة قضاء، ولا ولاية بلد...، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً" (6).
- 2- قول النبي صلى الله عليه وسلم: "والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة

1- الأحزاب / 33

- 2- قال ابن كثير رحمه الله في تفسير قوله تعالى: ((وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ)) أي الزمن بيوتكن فلا تخرجن لغير حاجة، روى البخاري في صحيحه عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((قد أذن الله لكن أن تخرجن لحوائجكن) انظر: صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب خروج النساء لحوائجهن، ح (4939) 2006/5، ويقول العيني في شرح هذا الحديث: (قال ابن بطال: في هذا الحديث دليل على أن النساء يخرجن لكل ما أبيح لهن الخروج، من زيارة الآباء والأمهات وذوي المحارم، وغير ذلك مما تمس به الحاجة): انظر: عمدة القاري 218/20، انظر: السفياي: حكم تولي المرأة القضاء 8
- 3- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفتن، باب الفتنة التي تموج كموج البحر ح (6686) 2600 /6
- 4- الشوكاني: نيل الأوطار 168/9
- 5- الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة (11 /1)، وانظر: المنتقى شرح الموطأ (5 /182).
- 6- المغني لابن قدامة (10 /92)، والكافي (4 /433). وانظر: المبدع (10 /19)، ومطالب أولي النهى (6 /466)، وشرح منتهى الإرادات (3 /492)، وكشاف القناع (6 /294).

عن رعبتها" (1)

وجه الدلالة: الحديث ظاهر في أن الأصل في المرأة العمل داخل البيت لا خارجه، وما عداه فيحتاج فيه إلى المبرر على الخروج، والولاية العامة قد علم الناس جميعاً أن الأصل فيها الخروج والبروز لا البقاء في البيت. (2)

3- قوله صلى الله عليه وسلم: " القضاة ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة: رجل عمل الحق ففضى به فهو في الجنة، ورجل قضى في الناس على جهل، فهو في النار، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار" (3)

وجه الدلالة: قال مجد الدين ابن تيمية: "وهو دليل على اشتراط كون القاضي رجلاً" (4)، وأقر الشوكاني، إذ قال في النيل: " دل بمفهومه على خروج المرأة "- (5)

4- حديث أبي ذر- رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: " يا أبا ذر إني أراك ضعيفاً، وإني أحب إليك ما أحب لنفسى. لا تأمرنَّ على اثنين، ولا تولين مال يتيم" (6)، وفي رواية " قلت: يا رسول الله، ألا تستعملني؟ قال: فضرب بيده على منكبي. ثم قال: " يا أبا ذر، إنك ضعيف، وإنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها، وأدى الذي عليه فيها" (7).

ووجه الاستدلال بهذا الحديث هو: أن الإمارة، وتولي القضاء منها، لا يصلح الضعفاء لها، وقد عُلم أن المرأة ناقصة دين وعقل (أي ضعيفة). قال

- 1- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن ح (852) 304/1
- 2- العيني: عمدة القاري 191/6
- 3- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطيء (3573) 299/3
- 4- انظر: الشوكاني: نيل الأوطار 167/9
- 5- الشوكاني: نيل الأوطار 168 /9
- 6- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ح(1826) صحيح مسلم 1457/3
- 7- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ح(56) صحيح مسلم 1457/3

الشوكاني في قوله: "أراك ضعيفاً": (فيه دليل على أن من كان ضعيفاً لا يصلح لتولى القضاء بين المسلمين) (1)
ثالثاً: الإجماع

وأما الإجماع فقد ذكر الماوردي انعقاده على أنه لا يجوز أن تُفقد المرأة القضاء، وذلك في معرض ردّه على ابن جرير الطبري. قال الماوردي: "وشدّ ابن جرير الطبري فجوّز قضاءها في جميع الأحكام، ولا اعتبار بقول يردّه الإجماع" (2). فهذا ظاهرٌ في أن ما قال به ابن جرير الطبري من جواز قضاء المرأة في جميع الأحكام - شذوذاً، لا اعتبار به، وهو ردٌّ؛ لأن الإجماع منعقدٌ على عدم جواز ذلك.
رابعاً: القياس

ذكر الحنابلة أنه لا يُقبل قضاء المرأة كما لا تقبل شهادتها؛ قياساً للقضاء على الشهادة، فالمرأة "لا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلها ما لم يكن معهن رجلٌ، وقد نبّه الله - تعالى - على ضلالهن ونسيانهن بقوله - تعالى -: (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) (3)؛ فإذا لم تقبل شهادتها ما لم يكن معها رجل، فأولى أن لا يقبل قضاؤها؛ إذ إن القضاء أعظم من الشهادة.

خامساً: المعقول

قال الباجي: "ودليلنا من جهة المعنى: أنه أمرٌ - يعني ولاية المرأة القضاء - يتضمن فصل القضاء، فوجب أن تنافيه الأنوثة كالإمامة" (4)؛ ذلك أنّ المرأة إذا وليت القضاء، وجلست للحكم والفصل بين الخصوم، كان لابد لها من البروز إلى المجالس، ومخالطة الرجال، ومفاوضتهم مفاوضة النظير للنظير، والمرأة المسلمة لا يتأتى منها ذلك؛ "لأنها إن كانت فتاة حرم النظر إليها وكلامها، وإن كانت مُتَجَالَّةً بَرَزَةٌ لم يجمعها والرجال

1- الشوكاني: نيل الاوطار 168/9

2- الأحكام السلطانية 82-83

3- المغني لابن قدامة 92 /10

4- الباجي: المنتقى 182 /5

مجلس تزدهم فيه معهم وتكون مَنظرةً لهم، ولم يفلح قط مَنْ تصوّر هذا، ولا مَنْ اعتقده"⁽¹⁾؛ و "لأنّ كلامها ربما كان فتنّةً، وبعض النساء تكون صورتها فتنّة"⁽²⁾، وقد يقال: "صوتها ليس عورة حقيقةً بدليل رواية الحديث عن النساء...، وإنما هو كالعورة في حرمة التلذذ بكل"⁽³⁾، و "لاحتياج القاضي لمخالطة الرجال، وهي مأمورة بالتخدّر (أي: السّتر)"⁽⁴⁾؛ ولأنه "لا يليق بها مجالسة الرجال، ورفع صوتها بينهم"⁽⁵⁾؛ و "لنقص النساء عن رتب الولايات"⁽⁶⁾.

وهذا الذي ذكر كافٍ في الدلالة على أنّ ولاية القضاء والجلوس للحكم للفصل بين الخصوم - وجب أن تنافيه الأنوثة، فلا يصح تولية المرأة القضاء؛ لأن ذلك - حتمًا - يؤول إلى الوقوع فيما ذكر من المحرمات⁽⁷⁾ إضافة إلى أن المرأة تعرض لها عوارض مستمرة كالحيض والحمل والرضاع ونحوها مما قد يؤثر في الحكم بين الناس، وقد ثبت واقعيًا عدم تحمل المرأة النظر في بعض القضايا التي فيها قتل ودماء ونحوها.

سادسًا: ما جرى عليه عمل المسلمين.

فما جرى عليه عمل المسلمين من عهد النبيّ - صلى الله عليه وسلم- من أنه لم تُقدّم امرأةٌ للقضاء في عصر من الأعصار، ولا بلدٌ من البلدان كما لم يُقدّم للإمامة امرأةٌ⁽⁸⁾، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبًا. " فلم يول النبيّ - صلى الله عليه وسلم - ولا أحدٌ من خلفائه، ولا مَنْ

1- ابن العربي: أحكام القرآن 3/ 483

2- ابن فرحون: تبصرة الحكام 1/ 26، و الشيرازي: المهذب 2/ 290

3- عيش: منح الجليل 1/ 201

4- الرملي: نهاية المحتاج شرح المنهاج 8/ 238

5- الأنصاري: الغرر البهية شرح البهجة 5/ 216، الرملي: غاية البيان شرح زيد ابن رسلان 1/ 323

6- الماوردي: الأحكام السلطانية 82-83

7 - ابن قدامة: المغني 10/ 92، وانظر: ابن قدامة: الكافي 4/ 433، وابن مفلح: المبدع

10/ 19، والرحيبياني: مطالب أولي النهى 6/ 466، والبهوتي: كشاف القناع 6/

294، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات 3/ 492

8- انظر: الياجي: المنتقى 5/ 182

بعدهم امرأة قضاء، ولا ولاية بلدٍ فيما بلغنا، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً"⁽¹⁾.

فمثل هذا يستفاد منه: أنه لا يجوز تولّي المرأة القضاء؛ إذ لو جاز تولّي المرأة القضاء لما خلا منه جميع الزمان غالباً كما أشار إلى ذلك ابن قدامة - رحمه الله تعالى - وغيره.

مناقشة الأدلة:

وقد نوقشت هذه الأدلة بالآتي:

1- أما حديث " لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة"، فقيل عنه: إنه إنما يفيد عدم جواز أن تطلب هي القضاء، والكلام في هذه المسألة فيما إذا وُلّيت هي أو حُكمت بين خصمين فقضت قضاءً موافقاً لدين الله، فإن قضاءها نافذ، ولم ينتهض دليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله. ⁽²⁾ وأجيب عن ذلك:

- بأنه قد تقدم قول الشوكاني الدال على نقيضه كما تقدم ما يدل على بطلانه أيضاً في الفقرة الثالثة من المرجحات.

- وأما قولهم: إنه لم ينتهض دليل على نفي حكمها بعد موافقته ما أنزل الله. فجوابه أن يقال: إنه قد عُلم أن النهي عن الشيء نهْيٌ عما يسبقه من المقدمات، وهو نهْيٌ عما يصاحبه من أمور وملايسات تُقضي إلى المنهي عنه، وهو نهْيٌ أيضاً عما يلحقه من التوابع؛ وعليه فإن الحديث وإن كان قد دل على نهْي الرجال عن توليتهم المرأة للقضاء، فإنه يدل أيضاً على بطلان الأحكام التابعة والمترتبة على هذه التولية الغير مشروعة.

2- قيل أيضاً: لم يثبت في الشرع ما يدل على أن أهليتها مسلوّبة، بل إن هناك ما يدل على خلاف ذلك، وهو أنها تصلح أن تكون شاهدة، وناظرة في الأوقاف، ووصية على اليتامى. ⁽³⁾ وأجيب عنه: أن عدم تولي المرأة

1- ابن قدامة: المغني 10 / 92، وانظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات 3 / 492

2- السيواسي: شرح فتح القدير 7 / 298

3- السيواسي: شرح فتح القدير 7 / 298

للقضاء ليس سلباً لأهليتها، ولا استنقاصاً لها ولا احتقاراً ولا استخفافاً بها، وإنما هو تخفيف عنها بإبعادها من مشاكل الخصومات والمنازعات، وهو أيضاً وضع لها في موضعها الذي يتناسب مع فطرتها وطبيعتها التي فطرها الله عليها، وكلّ ميسرّ لما خُلق له، ومع ذلك فقد قدّم الإسلام المرأة على الرجل في بعض المسائل التي تستحق هي فيها التقدير، كتقديمها على الرجل في أمر حضانة الطفل، وفي رضاعه، كما قدّمها على الرجل في جانب الطاعة من الأبناء، إذ هي أحق بحسن صحبة الأولاد لها من أبيهم، وليس ذلك نقصاً في حق الرجل، ولا استخفافاً به، ولا إنقاصاً لحقه؛ وإنما هو وضع لكل واحد منها في المكان الذي يستحق أن يوضع فيه.

القول الثاني:

نقل عن الحسن البصري⁽¹⁾ وابن جرير الطبري⁽²⁾ وابن القاسم من المالكية⁽³⁾ وابن حزم الظاهري⁽⁴⁾، ومفاده انه: يجوز تولية المرأة القضاء، وإذا وليت لا يأنم المولي، وتكون ولايتها صحيحة، وأحكامها نافذة، ولكن بما تقبل شهادتها، وهو يتسع عند الحسن البصري وابن جرير وابن حزم؛ ليشمل كل شيء حتى الدماء والفروج، ويضيق عند ابن القاسم حتى لا يتجاوز الأموال وما لا يطلع عليه الرجال، كولادة واستهلال مولود وعيب نساء باطن. واستدلوا بالكتاب والسنة والقياس والمعقول والتفصيل في الآتي:

أولاً: الكتاب

- 1- المغربي: مواهب الجليل 6 / 87، 88.
- 2- ابن حجر: فتح الباري 7 / 735، الماوردي: الحاوي الكبير 16 / 156، ابن قدامة: الشرح الكبير على المغني 28 / 298.
- 3- الدسوقي: حاشية الدسوقي 4 / 129، المغربي: مواهب الجليل 6 / 87، 88.
- 4- ابن حزم: المحلى 9 / 429.

قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً} (1).

وجه الدلالة: أن الله أمر بأداء الأمانات ومن أعظم الأمانات أمانة القضاء ثم إن اللفظ عام فيشمل المرأة والرجل على حد سواء.
ثانياً: السنة

استشارة النبي صلى الله عليه وسلم لأم سلمة في عمرة الحديبية عندما رفض أصحابه التحلل حيث أشارت عليه أن يفعل التحلل أمامهم ويذبح الهدي ففعل عليه الصلاة والسلام واستجاب الصحابة له (2)
وجه الدلالة: أن أم سلمة أظهرت حكمتها واستجاب لها النبي صلى الله عليه وسلم فدل على وجود الحكمة عند النساء فلا يمنع من توليها للقضاء.
ثالثاً: عمل الصحابة

1- خروج عائشة رضي الله عنها قائدة للجيش في معركة الجمل ، وجه الدلالة: أن عائشة رضي الله عنها تولت قيادة الجيش ولو كان تولي المرأة للمناصب القيادية غير جائز لما تولت عائشة رضي الله عنها قيادة الجيش ومن تلك المناصب منصب القضاء.(3)
2- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولى امرأة اسمها الشفاء محتسبة في السوق. وجه الدلالة: أنه لو كان تولي المرأة للمناصب الكبرى محرماً لما فعل عمر ذلك.(4)

1- النساء / 58

2 - انظر القصة في صحيح البخاري كتاب: الصلح باب: الشروط في الجهاد والمصالحة ح (2581) 978/2، وفيه: فقالت أم سلمة يا نبي الله أتحب ذلك أخرج لا تكلم أحداً منهم كلمة حتى تنحر بدينك وتدعو خالقك فيخلقك فخرج فلم يكلم أحداً منهم حتى فعل ذلك نحر بدينه ودعا خالقه فخالقه فلما رأوا ذلك قاموا فنحروا وجعل بعضهم يخلق بعضهم بعضاً.

3 - انظر: مسند أحمد 6/ 97 ح (24698)، قال شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح و صحيح بن حبان 126/15 ح (6732)، قال شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

4- انظر: ابن حزم: المحلى 429/9

رابعاً: القياس

استدل أصحاب هذا القول بالقياس من عدة أوجه:

أ- القياس على الحسبة

فقد روي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ولى امرأة تدعى أم الشفاء بنت عبد الله الحسبة على السوق⁽¹⁾, وعلى هذا يجوز أن تتولى المرأة القضاء؛ لأن كلاً منهما من الولايات العامة، ولو لم يكن جائزاً لما أجاز عمر - رضي الله عنه - على ولاية الحسبة امرأة.

ب - القياس على بيت الزوجية

فقد أثبت الرسول - صلى الله عليه وسلم - للمرأة ولاية بيت زوجها، والقيام على إدارته، وتدبير شئونه، فقال: «والمرأة راعية في بيت زوجها، ومسئولة عن رعيتها»⁽²⁾, فدل ذلك على أنها أهل لسائر الولايات⁽³⁾.

ج - القياس على الإفتاء

إن المرأة يجوز أن تكون مفتية، فيجوز أن تكون قاضية بجامع أن في كل إخبار بحكم شرعي⁽⁴⁾.

خامساً: المعقول

1- إن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يقم دليل المنع، فكل من يصلح للفصل في الخصومة، فإنه يجوز ولايته القضاء، والمرأة صالحة، وقادرة على الفصل في الخصومة، وليس بها مانع من ذلك، وعليه يصح توليتها القضاء؛ لأن أنوثتها لا تحول دون فهمها للحجج، وإصدار الحكم⁽⁵⁾.

2- أن القاضي أجيرٌ وعاملٌ للأمة كباقي الموظفين، والأجير يجوز أن

1- المرجع السابق

2- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن ح (852)
304/1 (وقد مر تخريجه سابقاً في الهامش: 103)

3- المرصفاوي: نظام القضاء 34

4- ابن حزم: المحلى 9 / 430.

5- عثمان: محمد رافت، النظام القضائي 144

يكون رجلاً، كما يجوز أن يكون امرأة؛ لقوله تعالى { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ } (1)، فالقاضي يخبر عن الحكم الشرعي، والحاكم هو المنفذ فعلياً؛ ولذا ينطبق عليه تعريف الإجارة، وهو: عقد على منفعة بعوض.

مناقشة الأدلة:

وقد نوقشت هذه الأدلة بالآتي:

1- نوقش استدلالهم بقوله تعالى: (إن الله يأمركم أن تأدوا الأمانات إلى أهلها). بأنه مردود عليه من وجهين:

- أن الآية عامة وقد ورد التخصيص بالأدلة الواردة في النهي عن تولي المرأة الولايات العامة كما سبق ذكرها في القول الأول .
- إنه لو صح الاستدلال بهذه الآية على جواز تولي المرأة للقضاء لصح الاستدلال بها على جواز تولي المرأة للولاية العامة وهذا باطل بإجماع العلماء.

2- نوقش استدلالهم باستشارة النبي صلى الله عليه وسلم لأم سلمه بأن ليس فيه دليل على مسألة القضاء، فالحديث نص في جواز استشارة النساء و ليس دليلاً على جواز قضائها. ولم يقل أحد: إنه يحرم لذي سلطان أن يستشير زوجته في شأن ما، أو يأخذ رأي النساء في قضية من القضايا كما للمرأة الحق في أن تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر وتدل على الخير، ولكن أن يكون لها الحق أو عليها الواجب أن تتولى ولاية عامة إمارة أو وزارة، أو قضاء، أو تكون عضواً في مجلس تشريعي، فليس في هذه القصة دليل على هذا الأمر. (2)

3- ونوقش استدلالهم بتولي عائشة رضي الله عنها لقيادة الجيش في معركة الجمل، بأنه ليس في الحديث ما يدل على جواز تولي المرأة القضاء من عدة وجوه (3):

1- الطلاق /6

2- انظر: السفياي: حكم تولي المرأة القضاء 19

3- السفياي: حكم تولي المرأة القضاء 19

- أن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها؛ لم تخرج أميرة ولا حاکمة ولا كان الجيش الذي هي فيه يرى إماما لهم غير علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقد كان بالجيش طلحة والزبير وهما اللذان كانا على رؤوس الناس، وإنما خرجوا للإصلاح وظنوا أن وجود أم المؤمنين معهم أنفع في جمع الكلمة، وتجنيب المسلمين الحرب ثم كان ما كان مما لم يقع في الحسين.
- أن أم المؤمنين رضي الله عنها ندمت على هذا الخروج، ولأمها كبار الصحابة.
- جاء الحديث النبوي بالتحذير من هذا الخروج، فكيف يكون هذا دليلاً على تولي المرأة الولايات العامة.
- 4- نوقش استدلالهم بأن الأصل في الحكم القدرة على الفصل؛ فيناقش بما يلي (1):
- أ- أن المرأة غير قادرة على الفصل مقدره تامه؛ وذلك بسبب طبيعتها، ولأنها غالباً ما تنساق وراء عاطفتها، وما يعترئها من حمل وولادة وإرضاع، يؤثر في فهمها لحجج المتخصصين، وهذا بدوره يؤثر في تكوين الحكم الكامل لديها.
- ب- أن هذا القول منقوض برئاسة الدولة، إذ إن بعض النساء قد تكون لهن المقدره التامة على رئاسة الدولة من بعض الرجال، ومع ذلك فإن الإجماع قائم على منعها من تولي هذه الولاية.
- وأجيب عن هذه المناقش: بأن: رئاسة الدولة مستثناة هنا؛ للإجماع المستند إلى نص، ولولا هذا الإجماع لجازت تولية المرأة الإمامة العظمى.

1- سليخ: مصطفى محمود، حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:
<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

نوقش استدلالهم بقياس القضاء على الشهادة؛ بأنه قياس مع الفارق؛ لشمول ولاية القضاء، ولأنها تلزم الحق بدون واسطة، بخلاف ولاية الشهادة، كما مر بيانه سابقاً عند مناقشة أدلة الحنفية.⁽¹⁾

⁵- نوقش استدلالهم بقياس القضاء على الولاية الأسرية، بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الولاية الأسرية خاصة، وولاية القضاء عامة؛ فلا يصح الاستدلال بالقياس.⁽²⁾

6- نوقش استدلالهم بقياس القضاء على الحسبة؛ لفعل عمر - كما سبق - بما يلي⁽³⁾:

- أن فعل عمر ليس حجة، كما هو الراجح عند علماء الأصول؛ لأنه لا حجة في كلام أحد أو فعله؛ سوى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم يدع أحد الإجماع، أو عدم وجود المخالف، حتى يكون إجماعاً تثبت به الدعوى.

- لو سلمنا حجية فعل عمر، فإن هذا الحديث لم يثبت عنه، يقول ابن العربي في "تفسيره": "وروي أن عمر قدم امرأة على حسبة السوق، وهذا لا يصح، فلا تلتفتوا إليه، إنما هو من دسائس المبتدعة" - أنه يستبعد صدور مثل هذا الفعل عن عمر؛ لأمرين:

الأول: أنه مخالف للحديث المتفق على صحته، ولا يعقل أن يخالف عمر الحديث.

الثاني: على فرض عدم وصول هذا الحديث لسيدنا عمر، فإن فكرة الحجاب صدرت أساساً عن عمر، حيث أشار على النبي - صلى الله عليه وسلم - بالحجاب، فنزلت آية الحجاب وصارت تشريعاً، فهل يعقل أن

1- سليخ: حكم تولية المرأة القضاء، على الرابط:

<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

2- سليخ: حكم تولية المرأة القضاء، على الرابط:

<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

3- السفيناني: حكم تولي المرأة القضاء 20، والشلش: حكم تولية المرأة القضاء 10، و
سليخ: حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:

<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

ينقض عمر هذه الفكرة بتعيين امرأة تمكث طوال يومها تخالط الرجال في الأسواق، وعنده من الرجال مَنْ يقوم بحمل هذا العبء وزيادة؟!

7- نوقش استدلالهم بقياس القضاء على الإفتاء، بأنه قياس مع الفارق؛ فلا يصلح الاستدلال به، والفارق من ناحيتين (1):
الناحية الأولى: أن القضاء ولاية، بخلاف الفتيا، فإنها ليست ولاية.
الناحية الثانية: أن حكم القضاء ملزم، أما الفتيا فلا إلزام فيها، فيجوز للمستفتي أن يأخذ بالحكم أو يتركه.

وأجيب عن هذه المناقشة: بأن الفتوى قد تكون ملزمة، وذلك فيما إذا لم يوجد إلا واحد يصلح للإفتاء، ومع ذلك لم تُستثن هذه الحالة من أهلية المرأة، فتكون الفتيا ولاية في الجملة.

وأجيب عن ذلك: أن الإلزام هنا للضرورة، ومن المعروف أن الضرورة لها أحكامها الخاصة التي تخالف أحكام حالة الاختيار، وموضوع الخلاف مفروض في حالة الاختيار؛ ولهذا لو وجدت حالة الضرورة في قضاء المرأة، بأن ولاها سلطان ذو شوكة، فإنه ينفذ قضاؤها؛ لئلا تتعطل مصالح الناس، وبهذا تكون حالة الضرورة في قضاء المرأة حالة استثنائية.

8- نوقش استدلالهم بأن القاضي أجير عند الدولة، ولا فرق بين الرجال والمرأة في الإجارة -بأنه قياس مع الفارق، فلا يقاس القضاء على تولي المرأة في عصرنا الحاضر بعض الأعمال الإدارية العامة؛ لأن القضاء له طبيعة خاصة، ليست من جنس العمل الإداري العادي، كما أن العمل الإداري يخضع في النهاية لرقابة القضاء، أما عمل القاضي فيكتسب الحجة، ويصبح عنوان الحقيقة، ولا رقيب عليه، فقوله نهائي بات. (2)

1- انظر: السفياني: حكم تولي المرأة القضاء 16 و الشلش: حكم تولية المرأة القضاء 10 و سليخ: حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:
<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

2- سليخ: حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:
<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

القول الثالث:

وإليه ذهب الحنفية عدا زفر، ومفاده أنه: يجوز للمرأة تولي القضاء، فيما تصح فيه شهادتها، وهو ما عدا الحدود والقصاص، وإن أثم موليها عند بعضهم⁽¹⁾، ومن غير إثم موليها عند معظمهم⁽²⁾، فإذا تولت وحكمت صح حكمها، ونفذ ما دام موافقا للشرع سواء عند القائلين بالإثم، أم عند القائلين بعدمه.

استدلوا على:

- 1- التائيم: بحديث الجمهور ذاته، وهو: " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"، إنما أثبتوا به الكراهة التحريمية، ولم يثبتوا التحريم؛ لأنه دليل ظني، والحرام لا يثبت عندهم إلا بدليل قطعي. (3)
- 2- جواز تولية المرأة القضاء فيما تصح فيها شهادتها بالمعقول، من عدة وجوه (4):

الأول: إن القضاء يستقي من الشهادة، والمرأة أهل للشهادة في غير الحدود، والقصاص، كما ثبت بالنص، فيجوز للمرأة أن تقضي في ما يجوز لها أن تشهد فيه؛ لأن القضاء من باب الولاية كالشهادة، فتكون من أهل ولاية، أما الحدود والقصاص، فهي ليست من أهل الشهادة فيها، فلا تكون من أهل الولاية كذلك.

-
- 1- ابن عابدين: حاشية ابن عابدين 4 / 552، الكلبولي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر 2 / 168.
 - 2- الزيلعي: تبين الحقائق 4 / 187، السيواسي: شرح فتح القدير 7 / 297، الكاساني: بدائع الصنائع 7 / 3.
 - 3- سليخ: مصطفى محمود، حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:
<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>
 - 4- سليخ: مصطفى محمود، حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:
<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

الثاني: إن المرأة تصح أن تكون ناظرة على الأوقاف, ووصية على اليتامى, فيصح كذلك أن تكون قاضياً في غير حد وقود بجامع الولاية في كل(1).

كما تصلح أدلة القول الثاني للاستدلال بها على الجواز للقول الثالث. مناقشة الأدلة:

وقد نوقشت هذه الأدلة بالآتي:

1- نوقش استدلالهم بقياس القضاء على الشهادة؛ بجامع الولاية في كل، بما يلي (2):

أن الولاية في الشهادة تغاير الولاية في القضاء، وهذا يستلزم أن تكون الأهلية في الشهادة مغايرة للأهلية في القضاء، فيكون هذا القياس قياساً مع الفارق؛ فلا يصح الاستدلال به، والذي يدل على أن ولاية الشهادة تغاير ولاية القضاء ثلاثة أمور:

- أن الولاية في القضاء عامة وشاملة، بخلاف الولاية في الشهادة، فإنها قاصرة خاصة، وليس كل من يصلح للأمور الخاصة يصلح للأمور العامة.

- أن ولاية القضاء تلزم الحق بدون واسطة، بينما ولاية الشهادة لا تلزم الحق إلا بحكم القاضي بها.

- أن شهادة المرأة تقبل حال الضرورة والحاجة، أما القضاء فليس هناك حاجة تدعو إلى ترك الرجال وتولية النساء.

- أن أدلة الجمهور أفادت المنع، والمنع يقتضي عدم الجواز، وهذا يستتبع نفي الصحة، وعدم صحة حكمها يستلزم عدم نفاذ ما قضت به.

وأجيب عن هذه المناقشة:

1- الزيلعي: تبين الحقائق 4/ 187، السيواسي: شرح فتح القدير: 7/ 297، الكاساني: بدائع الصنائع 3/7، شحاته: فتحي، القضاء ووسائله 253، 254، عثمان: النظام القضائي

2- سليخ: مصطفى محمود، حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:

<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

يقول الكمال ابن الهمام: "والجواب: أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضي وعدم جِلِّه، والكلام فيما لو وليت، وأثم المقلد... فقضت قضاء موافقاً لدين الله: أكان ينفذ أم لا؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله، إلا أن يثبت شرعاً سلب أهليتها، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها، ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية، ألا ترى أنها تصلح شاهدة؟ وذلك النقصان بالنسبة والإضافة، ثم هو منسوب إلى الجنس؛ فجاز في الفرد خلافه... ولذلك النقص الغريزي نسب - صلى الله عليه وسلم - لمن يوليها عدم الفلاح، فكان الحديث متعرضاً للموليين ولهن بنقص الحال، وهذا حق، لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق: لماذا يبطل هذا الحق؟" (1)

وأجيب عن ذلك الجواب في معرض مناقشة أدلة القول الأول فلا حاجة للتكرار.

2- نوقش استدلالهم إن المرأة تصح أن تكون ناظرة على الأوقاف، ووصية على اليتامى، بالأتي (2):

- أن هناك فرقاً أ بينهما، إذ كلٌّ من النظارة والوصاية فروع من قضايا الأموال؛ وعليه فهما أخص من موضع الاستشهاد، ولا يلزم من صحة تصرفها في بعض قضايا الأموال أن تصرفاتها صحيحة في جميع قضايا الأموال، وإنما يسلم لهم هذا الاستشهاد لو كان ما استشهدوا به أعم من موضع الخلاف، لا العكس .
- كما أنا نجد أن تولى المرأة للنظارة والوصاية - على فرض صحة استشهاد الحنفية - نجد أنها قضية خاصة، بينما نجد أن ولاية القضاء ولاية أعم، وقد عُلم أنه لا تعارض بين عام وخاص، فيعمل بالخاص فيما تناوله (وهو صحة ولايتها في النظارة والوصاية)، وبالعام في

1- السيواسي: شرح فتح القدير 7/ 298

2 - سليخ: مصطفى محمود، حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:

<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/>

الباقى (وهو عدم صحة توليها في ما سوى ذلك سواء كان ذلك في قضايا الأموال أو في غيرها).

- أن قيامها بالنظارة والوصاية إنما يكون بتوليها من الواقف أو الوصي، والواقف والوصي لا يسند هذا الأمر إلى المرأة، إلا وقد علم أنها قادرة على القيام بما يوكل إليها، والقضاء وإن كان أمر التولية فيه موكل إلى الوالي أو الخليفة، إلا أن الله سبحانه قد حسم الأمر من عنده في عدم تولي المرأة القضاء، ولم يترك ذلك إلى الوالي؛ لأنه سبحانه - وهو خالقها - يعلم أنها غير قادرة على القيام بما يوكل إليها من مسائل القضاء.

القول الرابع:

وذهب إليه بعض المعاصرين (1) منهم: الطنطاوي والقرضاوي و الموافي، ومفاده أنه يجوز قضاؤها بشروط أهمها:
الشرط الأول: ألا تتولى المرأة القضاء إلا بعد أن تنضج وتبلغ السن الذي تياس فيها من المحيض، حتى لا تكون عرضة للاضطرابات النفسية والمتاعب الجسمانية التي تصاحب الحيض والحمل.
الشرط الثاني: وجود المجتمع البالغ من التطور الاجتماعي درجة تسمح له بقبول هذا الأمر.

الشرط الثالث: وجود الحاجة إلى تقليد المرأة منصب القاضي.

إلا أن هذا جواز لا يعني وجوبه ولزومه، بل ينظر للأمر في ضوء مصلحة المرأة والأسرة، والمجتمع والإسلام، وقد يؤدي ذلك إلى اختيار بعض النساء المتميزات في سن معينة للقضاء في أمور معينة، وفي ظروف معينة، يقول الموافي: "أن المرأة أهل للقضاء، فيجوز إسناده إليها وتوليها له، ويصح منها، وينفذ، إلا أن جواز ذلك مقيد بـ "إذا أمنت الفتنة"، ولم تقع مفسدة، وكانت حاجةً وبقدرها، وفي إطار من الالتزام بضوابط

1- انظر: الموافي: ولاية المرأة القضاء 243 و الجنش: روحية مصطفى: تولية المرأة القضاء 41 و الشلش: حكم تولية المرأة القضاء 10

الشَّرْع التي في مقدمتها أن تكون امرأةً كبيرةً غير شابة ذات حجاب سابع "عليها دروغٌ غليظة وخمار غليظ"، وأن لا تقع خلوة، وفي دولة الإسلام التي يسوسها شرعه ويحكمها فقهه، وتقوم في جميع مناحيها على أساس من ركنه الركين في الأخلاق والمكرمات، والعفة والفضيلة." (1)

المطلب الثاني

أسباب الاختلاف الفقهي في حكم ولاية المرأة القضاء

بالنظر في أدلة الفقهاء من كل فريق، يمكن القول أن الخلاف في هذا المسألة يرجع إلى عدة أمور منها (2):

أ- النصوص الواردة في هذه المسألة نصوص ظنية إما في دلالتها أو في ثبوتها، مما يجعل الاحتمال متطرق إليها، بما تتسع له الاجتهادات الفقهية، على اختلاف الأفهام، فمن رأى تلك الدلالة قال بجواز تولية المرأة. ومن لم ير هذه الدلالة، أو رأى دلالة المنع أظهر قال بعدم جواز تولية المرأة للرئاسة.

ب- الاختلاف في النظر والتكييف في عدة أمور منها:

- 1- اختلافهم في تحديد شروط أهلية القضاء، بمعنى هل أهلية القضاء متحققة لدى المرأة كما هي متوفرة لدى الرجل، وهو ما يسمى عند الأصوليين بتحقيق المناط.
- 2- الاختلاف في تحديد أفراد الولاية العامة، بما ينتج عنه الاختلاف في تكييف العمل القضائي، هل يدخل في حكم الولاية العامة أو الإمامة الكبرى؛ لأنه بعض منها، والبعض في حكم الكل، فلا يجوز للمرأة توليه. أو لا يدخل في حكم الولاية العامة؛ لأن الولاية كل لا يتجزأ، وإنما يدخل في حكم إجارة الأشخاص، فيجوز للمرأة تولية.
- 3- الاختلاف في معنى ومفهوم وحدود قوامة الرجل على المرأة، ومدى تعارضه مع تولية المرأة للرئاسة. فمن رأى التعارض؛ لأن القوامة

1- الموافي: ولاية المرأة القضاء في الإسلام 243

2- انظر: الجنس: تولية المرأة القضاء 10

عنده رئاسة منع تولية المرأة. ومن رأى عدم التعارض؛ لأن الولاية عنده نصرة وإنفاق أجاز تولية المرأة

ج- الاختلاف في القياس، بمعنى هل يقاس القضاء على رئاسة الدولة، أم يقاس على الشهادة، فمن قاس على رئاسة الدولة، قال: بعدم الجواز، ومن قاس على الشهادة قال بالجواز؛ لأنه باتفاق العلماء لا يجوز أن تكون المرأة رئيسة للدولة، ويجوز أن تكون شاهدة في المنازعات والخصومات(1).

ح- الاختلاف في تقرير وجود الإجماع في المسألة من عدمه

خ- الاختلاف في تقديم دليل "سد الرأع" على دليل "المصلحة المرسله". فمن قدم "سد الذرائع" ترجح عنده منع تولية المرأة خشية الفتنة والفساد. ومن قدم "المصلحة المرسله" ترجح عنده جواز تولية المرأة للاستفادة من طاقاتها فيسأله الإسلام الإصلاحية. وبهذا التأميل الفقهي يثبت قول المجيزين كما يثبت قول المانعين
المطلب الثالث

الموازنة بين الاختلافات الفقهية في ولاية المرأة القضاء

على ضوء مقاصد الشرعية

يظهر لي من خلال هذه الدراسة أن الراجح في هذه المسألة هو الرأي الأول: القائل بحرمة تولي المرأة القضاء مطلقاً، لموافقته المقاصد الشرعية من جهة، ولموافقته الأدلة الشرعية من عدة وجوه أهمها (2):
1- أن الجمهور قد استندوا في تحريم تولي المرأة للقضاء إلى حديث نهي الضعفاء عن تولي الولاية، أي ولاية كانت، وهذا الضعف يمكن أن يقع في الرجال وهو في النساء أيضاً، إلا أن ضعف الرجال ليس أمراً جليلاً فطرياً، بل هو أمر مكتسب، بخلاف ضعف النساء فهو ضعف مغروس في فطرتها وجبّلتها؛ بدليل الآيات والأحاديث الدالة على أن النقص في

1- المرصفاوي: نظام القضاء في الإسلام 24 وما بعد

2- ديبس: علي عبد الرحمن، حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:

<http://www.jameataleman.org/ftawha/woman/woman4.htm>

عقل المرأة ودينها، موجود في طبيعتها وفطرتها التي فطرها الله عليها؛ فإذا حُرِّمت الولاية على الضعفاء من الرجال، فهي أولى وأحرى أن تُحرم على النساء الضعيفات بفطرتهن.

2- قوة استدلال الجمهور، حيث استندوا إلى النصوص الشرعية من الكتاب أو السنة، بينما استند الحنفية والطبري إلى القياس، ولا شك أن النص مقدّم على القياس عند التعارض، وإذا جاء نهر الله بطل نهر مَعْقِل.

3- أدلة الجمهور قد دلت على التحريم من جهتين: من جهة اللازم، أو من جهة العلة؛ وبيان ذلك: أن الحديث الدال على عدم فلاح من تولّت عليهم المرأة يدل بدلالة اللزوم على النهي عن تولي المرأة أي ولاية كانت، سواء كانت هذه الولاية ولاية عامة أو خاصة (ومنها القضاء)، وهو يدل أيضاً على أنه لا يجوز لهؤلاء القوم أن يقبلوا أن تتولى عليهم المرأة حتى لا يصيبهم ما ذكر في هذا الحديث من عدم الفلاح؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والوسائل تأخذ حكم المقاصد، وأما دلالة أدلة الجمهور على التحريم من جهة العلة، فهي أن حديث أبي ذر في النهي عن تولي الضعفاء لأي ولاية، قد بيّن العلة التي من أجلها جاء هذا النهي، وهي الضعف؛ وعليه فلا يجوز للمرأة أن تتولى القضاء؛ لتحقق هذه العلة فيها، والحكم يدور مع علته حيث دارت وجوداً وعدمًا، فإذا وُجدت العلة (وهي الضعف) وُجد الحكم (وهو المنع من ولايتها).

4- علة الضعف علة ملائمة مناسبة في تحريم تولي الحكم، وهي علة منصوص عليها، والعلة المنصوص عليها أولى في التعليل من العلة المستنبطة التي استند إليها الحنفية.

5- هناك فرق بين تولي القضاء والشهادة، إذ الشهادة مما يشترط فيها العدد، بخلاف تولي القضاء، فلا يشترط فيه العدد. كما أن الشهادة مما يتعلق بها حق آدمي، فهي من حقوق العباد (حق خاص)، بينما تولي القضاء مما يتعلق به حق للمجتمع (حق عام)، فهي من حقوق الله. إذن؛ فقياس القضاء بالشهادة قياس مع الفارق.

- 6- علة الجمهور التي اعتمدوا عليه علة في محل النزاع، بينما علة الحنفية ليست علة في محل النزاع.
- 7- إن الحنفية وإن كانوا قد خالفوا في هذه المسألة، إلا أن خلافهم - من الجانب العملي - غير مطبق حتى من الحنفية أنفسهم، فهذا أبو حنيفة - وهو إمام المذهب - يأبى أن يتولى القضاء، وقد نُدب إليه وأمر به، كما تقدم، ثم إن المذهب الحنفي قد حكم المسلمين قاطبة قرون عديدة، في الخلافة العثمانية، وكان مذهب الدولة هو المذهب الحنفي، ومع ذلك لم يؤثر أنهم ولّوا امرأة القضاء أبداً، فكان هذا شبه إجماع - من الناحية العملية - على عدم جواز توليها القضاء.

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث يمكن استخلاص أهم نتائجه بالآتي:

- 1- اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف القضاء، والتعريف المختار له أنه: فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام.
- 2- يختلف القضاء عن الإفتاء وعن التحكيم من عدة وجوه.
- 3- ينقسم القضاء إلى عدة أنواع، أهمها: القضاء العادي، وقضاء الحسبة، وقضاء المظالم، على الاصطلاحات التي استقرت في كتب الفقه.
- 4- ظهر أن المقاصد الشرعية في القضاء تنقسم إلى مقاصد عامة وخاصة.
- 5- مقصد الشريعة العام من القضاء هو: إقامة العدل.
- 6- المقاصد الخاصة في القضاء على نوعين منها ما هو باعتباره ولاية عامه، ومنها ما هو باعتبار معناه الذي وضع له.
- 7- المقاصد الخاصة للقضاء باعتباره ولاية من الولايات هي: الحكم بشرع الله، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإقامة المصلحة ودفع المفسدة.

- 8- مقاصد القضاء باعتبار المعنى الذي وضع له هي: قطع الخصومات، و منع اللدد والمماطلة، وإيصال الحقوق لأصحابها.
- 9- اختلف العلماء في حكم تولية المرأة القضاء، على ثلاثة أقوال.
- 10- ذهب الجمهور إلى: أنه لا يجوز تولية المرأة القضاء، في مقابل قول الظاهرية والطبري وغيرهم، بأنه تجوز توليتها القضاء مطلقاً، بينما أجازها الحنفية فيما تجوز فيه شهادتها.
- 11- يمكن إرجاع اختلاف الفقهاء في تلك المسألة إلى عدد من الأسباب أهمها: اختلاف النصوص الواردة في هذه المسألة، و اختلافهم في تحديد شروط أهلية القضاء، والاختلاف في تحديد أفراد الولاية العامة، والاختلاف في معنى ومفهوم وحدود قوامة الرجل على المرأة، والاختلاف في القياس، و الاختلاف في تقرير وجود الإجماع في المسألة من عدمه، والاختلاف في تقديم دليل "سد الذرائع" على دليل "المصلحة المرسلة".
- 12- بالموازنة بين اختلافات الفقهاء في تلك المسألة بأدلتها والمقاصد الشرعية للقضاء أمكن ترجيح قول الجمهور القائل: بمنع المرأة من تولي القضاء.

قائمة المصادر والمراجع

- ابن العربي: محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، لبنان: دار الفكر.
- ابن القيم: محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية، تحقيق: د.محمد جميل غازي، القاهرة: مطبعة المدني
- ابن القيم: محمد بن أبي بكر(1973)، إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجيل
- ابن تيمية: أحمد عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط2، مكتبة ابن تيمية
- ابن حجر: أحمد بن علي، فتح الباري، تحقيق: محب الدين خطيب، بيروت: دار المعرفة

- ابن حزم: علي بن احمد، المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، بيروت: دار الآفاق الجديدة
- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار المشهور، حاشية ابن عابدين (1421=2000)، بيروت: دار الفكر
- ابن عطية: أبو محمد عبد الحق بن غالب (1413=1993)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، ط1، لبنان: دار الكتب العلمية.
- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تحقيق: جمال مرعشلي: بيروت: دار الكتب العلمية
- ابن قدامة: عبد الله، الكافي، بيروت: المكتب الإسلامي
- ابن كثير: إسماعيل بن عمر (1401)، تفسير ابن كثير، بيروت: دار الفكر
- ابن مفلح: محمد بن مفلح (1418)، الفروع، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، بيروت: دار الكتب العلمية
- ابن مفلح: إبراهيم بن محمد (1400)، المبدع، بيروت: المكتب الإسلامي
- ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت
- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد (1419-1999)، الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلمية
- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، بيروت: دار المعرفة
- أبو السعود: محمد بن محمد العمادي، تفسير أبو السعود، بيروت: دار إحياء التراث
- السجستاني: سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت: دار الفكر
- المالكي: أبو عبد الله محمد بن أحمد (1420=2000)، الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية

- القرافي: أحمد بن إدريس (1416=1995)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط2، بيروت: دار البشائر الإسلامية
- حنبل: أحمد، مسند أحمد، مصر: مؤسسة قرطبة
- أرسلان: محمد شهير (1389-1969)، القضاء والقضاة، ط1، بيروت: دار الإرشاد للطباعة والنشر
- الأنصاري: زكريا بن محمد (1997)، الغرر البهية شرح البهجة، تحقيق: محمد عبد القادر عطاء، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية
- البهوتي: منصور بن يونس (1390)، الروض المربع، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة
- البهوتي: منصور بن يونس (1402)، كشف القناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر
- البهوتي: منصور بن يونس (1996)، شرح منتهى الإرادات، ط2، بيروت: عالم الكتب
- البيجرمي: سليمان بن عمر بن محمد، حاشية البجيرمي، تركيا- أيار بكر: المكتبة الإسلامية
- الجصاص: أحمد بن علي الرازي (1405)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قماوي، بيروت: دار إحياء التراث
- الجنش: روحية مصطفى: تولية المرأة القضاء، على الرابط:
<http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx?NawazelItemID=30>
- 8
- الدسوقي: محمد عرفه، حاشية الدسوقي، تحقيق: محمد عليش، بيروت: دار الفكر
- الحميضي: عبد الرحمن (1409=1989)، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط1، مكة المكرمة: جامعة أم القرى - معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي
- الحنفي: إبراهيم بن أبي اليمن محمد (1393-1973)، لسان الحكام، ط2، القاهرة: البابي الحلبي

- الدردير: سيدي أحمد أبو البركات، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، بيروت: دار الفكر
- حيدر: علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهد الحسيني، بيروت: دار الكتب العلمية
- الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر(1415=1995)، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، بيروت: مكتبة لبنان ناشرون
- الراوي: عبد الستار(1980): العقل والحرية؛ دراسة في فكر القاضي عبد الجبار المعتزلي، ط1، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر
- الرحيباني: مصطفى السيوطي (1961)، مطالب أولي النهى، دمشق: المكتب الإسلامي
- الرملي: محمد بن أحمد، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، بيروت: دار المعرفة
- الرملي: محمد بن أحمد (1404=1984)، نهاية المحتاج شرح المنهاج، بيروت: دار الفكر
- الزحيلي: محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ط2، بيروت: دار الفكر
- الزركشي: بدر الدين محمد بن بهادر (1405)، المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، ط2، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
- الزبياري: عامر(1416=1995)، مباحث في أحكام الفتوى، ط 1، بيروت: دار ابن حزم
- زيدان: عبد الكريم (1404=1984)، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ط1، بغداد: مطبعة العاني
- الزيبي: عثمان بن علي (1313)، تبيين الحقائق، القاهرة: دار الكتب الإسلامي
- السعدي: عبد الرحمن بن ناصر (1421=2000)، تفسير السعدي، تحقيق: ابن عثيمين، بيروت: مؤسسة الرسالة

- السفيناني: إبراهيم علي، حكم تولي المرأة القضاء، على الرابط:
www.saaaid.net/book/9/2696.doc
- سليخ: مصطفى محمود، حكم تولية المرأة القضاء على الرابط:
http://www.alukah.net/Library/0/18649/
- السيواسي: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ط2،
بيروت: دار الفكر
- الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، بيروت:
دار المعرفة
- الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الاعتصام، مصر: المكتبة التجارية
- القضاة: معن خالد، التحكيم في الشريعة الإسلامية، على الرابط:
.../iefpedia.com/.../التحكيم-في-الشريعة-الإسلامية،-التعريف-والقواعد-.../
- شحاتة: فتحي عبد العزيز (1992)، القضاء ووسائله في الشريعة
الإسلامية، مصر: مكتبة الرشد
- الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (1415)، الإقناع، تحقيق: مكتب
البحوث والدراسات، بيروت: دار الفكر
- الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (1377هـ=1958م)، مغني المحتاج،
طبعة مصطفى البابي الحلبي.
- الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف (1416هـ=1995)، المهذب، ط1،
دار الكتب العلمية: بيروت
- الخرشبي: محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر
للطباعة
- الشرواني: عبد الحميد، حواشي الشرواني، بيروت: دار الفكر
- الشلش: محمد محمد، حكم تولية المرأة القضاء دراسة فقهية مقارنة على
الرابط:

http://www.qou.edu/arabic/researchProgram/researchersPages/mohammadS
halash/womenLaw.pdf

- الشهرستاني، عبد الكريم: نهاية الإقدام في علم الكلام، والبغدادي، عبد القاهر بن طاهر: الفرق بين الفرق. (حققه وعلق عليه محمد محي الدين عبد الحميد)، القاهرة، مكتبة محمد علي صبيح
- الشوكاني: محمد بن علي (1973)، نيل الأوطار، بيروت: دار الجيل
- الشوكاني: محمد بن علي، فتح القدير، بيروت: دار الفكر
- الشيرازي: إبراهيم بن علي، المهذب، بيروت: دار الفكر
- الصاوي: أحمد (1415=1995)، بلغة السالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية
- البخاري: محمد بن إسماعيل (1407=1987)، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، ط3، بيروت: دار ابن كثير
- ابن حبان: محمد (1414=1993)، صحيح بن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة
- الصنعاني: محمد إسماعيل (1379)، سبل السلام، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، ط4، بيروت: دار إحياء التراث
- الضويان: إبراهيم بن محمد (1405)، منار السبيل، تحقيق: عصام قلعجي، ط2، الرياض: مكتبة المعارف
- عثمان: محمد رأفت (1994)، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، القاهرة: دار الكتاب الجامعي
- عليش: محمد (1409=1989)، منح الجليل، بيروت: دار الفكر
- العيني: بدر الدين محمود بن احمد، عمدة القاري، بيروت: دار إحياء التراث
- الغامدي: ناصر بن محمد، قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة دراسة تأصيلية تطبيقية فقهية، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، ع46، محرم 1430 هـ
- الغرايبة: محمد حمد محمود (2004)، نظام القضاء في الإسلام، ط1، عمان: دار الحامد

- الغزالي: محمد بن محمد (1413)، المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، بيروت: دار الكتب العلمية
- القرافي: أبو العباس أحمد بن إدريس الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق (مع الهوامش)، تحقيق خليل المنصور، 4 / 112 دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418 هـ - 1998 م، ط 1
- القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (1994 م). الذخيرة. تحقيق: محمد حجي. بيروت: دار الغرب.
- السلمي: عز الدين بن عبد السلام (1421)، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (المشهور باسم: القواعد الكبرى) تحقيق: نزيه حماد و عثمان ضميريه، ط1، دمشق: دار القلم
- الكاساني: علاء الدين (1982)، بدائع الصنائع، ط2، بيروت: دار الكتاب العربي
- الكليبولي: عبد الرحمن بن محمد (1419=1998)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، بيروت: دار الكتب العلمية
- الماوردي: علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية
- الماوردي: علي بن محمد بن حبيب: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مصر: المطبعة المحمدية التجارية
- المرصفاوي: جمال صادق (1401=1981)، نظام القضاء في الإسلام، طبع: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
- النيسابوري: مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث
- المصري: أحمد بن النقيب، عمدة السالك وعدة الناسك،، بيروت: دار الجيل

- مصطفى: إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، الإسكندرية: دار الدعوة
- المغربي: محمد بن عبد الرحمن (1398)، مواهب الجليل، ط2، بيروت: دار الفكر
- المقرئ: محمد بن أحمد: القواعد، تحقيق: أحمد بن حميد، مكة المكرمة: جامعة أم القرى - معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي
- الباجي: سليمان بن خلف (1404)، المنتقى شرح الموطأ، ط2، بيروت: دار الكتاب العربي
- الموافي: أحمد علي، ولاية المرأة القضاء في الإسلام، على الرابط:
<http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx?NawazelItemID=11>
29
- النووي: يحيى بن شرف (1405)، روضة الطالبين، ط2، بيروت: المكتب الإسلامي
- واصل: نصر فريد: السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مصر: المكتبة التوفيقية
- دببس ، على بن عبد الرحمن، حكم تولي المرأة القضاء، على الرابط:
<http://www.jameataleman.org/ftawha/woman/woman4.htm>