



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

---

مجلة علمية فصلية محكمة

---

العدد الأول ٢٠١٨

المجلد الأول

[Alexlaw-journal@yahoo.com](mailto:Alexlaw-journal@yahoo.com)

محتويات العدد الأول ٢٠١٨  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية  
"المجلد الأول"

- أبحاث في القانون التجاري.....٩
- تطور القانون التجاري في ظل التنظيم القانوني للتجارة الدولية
- ٢٦ - ١١ ..... للدكتور هاني دويدار
- Settlement of Construction Disputes in Oman
- ٥٠ - ٢ ..... Dr.Amel K. Abdallah
- إشكالية الحجز على الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي
- ٨٦ - ٥١ ..... الدكتور: مظفر جابر الراوي
- أبحاث في القانون المدني.....٨٧
- دراسة تأصيلية لمعيار فض النزاح بين المشتريين لذات العقار
- ١٧٠ - ٨٩ ..... د. مروة محمد عبد الغني
- مقال: شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الفلاحية في القانون الجزائري
- ١٧١ ..... الدكتور / بلكعبيبات مراد
- ضرورة تعزيز الجانب الوقائي من البنود التعسفية في عقود الاستهلاك
- ٢٠٨ - ١٨٧ ..... د. زُبير بن قويدر
- المسؤولية المدنية الناشئة عن سقوط المركبات الفضائية
- ٢٤٦ - ٢٠٩ ..... الدكتور سنان الشطناوي
- الإطار القانوني للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي في القانون الأمريكي
- ٣٢٢ - ٢٤٧ ..... د. عبد الله عمر الخولي
- السوابق القضائية في التشريعات العربية المعاصرة
- ٤١٨ - ٣٢٣ ..... الدكتورة هيام اسماعيل السحماوي
- أبحاث في القانون الجنائي.....٤١٩
- مدي حجية الأدلة الإلكترونية الرقمية في الإثبات في المواد الجنائية
- ٥٥٤ - ٤٢١ ..... د/ محمد عرفة
- الابتزاز الإلكتروني
- ٧١٦ - ٥٥٥ ..... دكتور: تامر محمد صالح

أبحاث في الشريعة الإسلامية ..... ٧١٧

- بعض جوانب الفكر السياسي في الإسلام الفارابي نموذجاً

د. أحمد عارف أرحيل الكفارنة ..... ٧١٩ - ٧٥٥

- إمكانية الاستفادة من نتائج التطور العلمي في حال اللعان.

الدكتورة: كريم زينب ..... ٧٥٦ - ٧٨٦

أبحاث في المرافعات ..... ٧٨٧

- إنقضاء القوة التنفيذية للسندات

دكتور أحمد السيد أبو الخير هلال ..... ٧٩٠ - ٩٠٦

- النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني

د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني ..... ٩٠٧

أبحاث في القانون العام ..... ١١١١

- معيار طبيعة المنازعة كقيد على سلطة المشرع في تقرير الاختصاص

القضائي للدكتور/ حسين مقداد ..... ١١١٢ - ١٢٠٩

- أثر طعن الغير على القرار الإداري المنفصل دراسة مقارنة

دكتورة / علياء علي زكريا ..... ١٢١٠ - ١٣٤٩

أبحاث في القانون الدولي ..... ١٣٥١

- اللاجئين السوريون بين الحماية واللجوء ألمانيا نموذجاً

د. أحمد عقيل الزقبييه ..... ١٣٥١ - ١٤٠٨

- اللجوء البيئي: مقترح نظام قانوني دولي لحماية النازحين خارج الحدود الإقليمية بسبب الكوارث البيئية

د. أحمد المهندي بالله ..... ١٤٠٩

أبحاث في قسم الاقتصاد ..... ١٨٢٣

- أثر السياسة الضريبية على القطاع السياحي

دكتور: أحمد عبدالصبور الدجاوي ..... ١٨٢٤ - ١٨٧٧

**تطور القانون التجاري  
في ظل التنظيم القانوني للتجارة الدولية**

للدكتور هاني دويدار

أستاذ القانون التجاري والبحري

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

عميد كلية القانون - جامعة أبو ظبي

يعد نظام اقتصاد السوق أو نظام الاقتصاد الرأسمالي نظاما ذا طابع عالمي، وهو إلى جانب ذلك النظام الذي بات سائدا الآن في مختلف أرجاء المعمورة. ولقد بدأت حركة تدويل الاقتصاد، بعد أن ظل الإنتاج والتوزيع شأننا داخليا لقرون طويلة، مع الحركة الاستعمارية للأمم الأوروبية، تلك الحركة التي امتدت من القرن السادس عشر إلى ما بعد منتصف القرن العشرين، واستهدفت في المقام الرئيس دمج المجتمعات الخاضعة للاحتلال الاستيطاني في النظام الرأسمالي الدولي الوليد كأجزاء تابعة له بطبيعة الحال<sup>1</sup> ولقد تحققت عمليات الدمج هذه على أساس من التقسيم الدولي للعمل من جانب، وتمويل الإنتاج عن طريق إنشاء فروع للبنوك الأجنبية من جانب آخر، وهو ما أدى إلى أن تتال المبادلات السلعية الدولية أهمية غير مسبوقة تاريخياً<sup>2</sup>.

ويمكن القول أنه اعتباراً من هذا التاريخ صار للتجارة الدولية أهمية متزايدة عبر الوقت من جانب وعبر تطور مراحل سيادة طريقة الإنتاج الرأسمالية عبر العالم من جانب آخر، وهو ما تطلب خلق إطار قانوني للتجارة الدولية يتميز عن الأطر القانونية التي توفرها القوانين الوطنية، وقد تفاوتت أهميته عبر الزمن إلى أن صار للتجارة الدولية إطاراً مؤسسياً تمثل في إنشاء منظمة التجارة العالمية<sup>3</sup>.

وفي ظل دول النظام القانوني اللاتيني تتحدد الصلاحية التشريعية لتنظيم الأنشطة التجارية بالقانون التجاري، والذي تأتي قواعده من أجل تنظيم الأنشطة التجارية الداخلية في المقام الرئيس، والتي تصلح مع ذلك للتطبيق على العلاقات التجارية الدولية. وبالتالي، وحيث أن اتجاه الجماعة الدولية هو نحو تفريد تنظيم قانوني خاص بالتجارة الدولية يختلف عن تنظيم التجارة عبر القوانين الوطنية فما من شك أن نطاق تطبيق قواعد

1 المزيد من التفاصيل - ل دور الاستعمار الاستيطاني للأمم الأوروبية راجع:

WESSELING Hendrik L.: The European Colonial Empires 1815-1919, Harlow, 2004.

2 راجع لي ذلك:

McCARTHY Dennis M.P.: International Economic Integration in Historical Perspective, Routledge, 2006.

3 KODJO-GRANDVAUX et KOUBI: Droit et Colonisation, Bruylant, Bruxelles, 1ère édition 2006

القانون التجاري قد تأثر نتيجة زيادة القواعد الموضوعية التي يتحقق توحيدها على مستوى الجماعة الدولية.

ولبحث مدى تأثر القانون التجاري بالتنظيم القانوني للتجارة الدولية ينبغي التمييز بين مرحلتين: المرحلة الأولى هي المرحلة السابقة على إنشاء منظمة التجارة العالمية، حيث كانت الجماعة الدولية تسعى إلى توحيد بعض الأحكام الخاصة بظواهر التجارة الدولية دون أن يتحقق لهذه الأخيرة أي إطار مؤسسي، بينما يبقى السؤال مطروحا في مرحلة توفير الإطار المذكور للتجارة الدولية، حول ما إذا كان التوحيد بين القواعد الموضوعية المنظمة للتجارة الدولية ظاهرة مآلها الاستمرار مما ينعكس سلبا على قواعد القانون التجاري المحلية نتيجة استبعاد عقود التجارة الدولية من الخضوع لأحكام هذا القانون. وعلى ذلك يمكن تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: في تطور القانون التجاري في مرحلة ما قبل إنشاء منظمة التجارة العالمية.

المبحث الثاني: في مستقبل القانون التجاري في ظل منظمة التجارة العالمية.

### المبحث الأول

#### تطور القانون التجاري قبل إنشاء منظمة التجارة العالمية

يمكن القول بأن المرحلة السابقة على إنشاء منظمة التجارة الدولية قد انقسمت من منظور آليات تدويل القواعد القانونية المنظمة للتجارة الدولية إلى فترتين متباينتين: المرحلة السابقة على الحرب العالمية الثانية (1939-1945) والفترة التالية لهذه الحرب إلى تاريخ إنشاء المنظمة المذكورة.

ونخصص مطلبا لدراسة كل فترة من فترتي تلك المرحلة.

#### المطلب الأول

##### تدويل قواعد التجارة قبل الحرب العالمية الثانية

شاهد العالم اعتبارا من نهايات القرن التاسع عشر اتساعا في حركة تدويل القواعد الموضوعية الخاصة بالتجارة الدولية. ولقد عبر الفقه المناصر لهذه الحركة عن

اعتبارها من الوجهة القانونية محاولة لتدارك المشكلات الناجمة عن تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص<sup>4</sup>.

ومن بين موضوعات القانون التجاري لعل النقل الدولي، البحري والجوي أساسا، هو أقدم هذه الموضوعات من حيث تعرضها إلى تدويل قواعدها الموضوعية عبر تنظيمها قانونا علي الصعيد الدولي. ولا يخفى أن كلا من النقل البحري والنقل الجوي يعدان من الأدوات اللازمة لتنفيذ المبادلات السلعية الدولية وتحقيق انتقال الأفراد المرتبطة بها. إلا أن ذلك قد تحقق وفقا للآليات التقليدية للالتزام الدولي، أي عبر سريان الاتفاقيات الدولية.

فالاتفاقية لا تلزم سوى الدول المنضمة إليها، ولا يتأتى تطبيقها إلا إذا اتخذت الدول إجراءات نفاذها في أنظمتها القانونية الداخلية<sup>5</sup>. والمثال على هذه الاتفاقيات: معاهدة بروكسل لسندات الشحن لعام 1924 في شأن النقل البحري الدولي، ومعاهدة وارسو لعام 1929 في شأن النقل الجوي الدولي، مضافا إليها عدة اتفاقيات أخرى تتعلق بتنظيم مختلف أوجه الملاحة البحرية أو الملاحة الجوية.

ويتوازي ذلك مع صياغة موحدة لقواعد تختص بالتجارة الدولية، تفتقد إلى قوة الإلزام القانوني، وتقتصر الدعوة في شأنها إلى تبني القوانين الوطنية لأحكامها. والبعض منها قدّم على أنها تصلح أن تكون محلا لاتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيقها في العلاقات الناشئة بينهم.

وتتنوع أمثلة هذه القواعد:

١. قواعد يورك وأنفيس في شأن البيع البحري (سيف CIF).

٢. قواعد جنيف الموحدة في شأن الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند لأمر 1930،

والشيك 1931).

<sup>4</sup> ذلك أن الأصل بقى التطبيق الإقليمي للقانون الوطني، ولكن مع زيادة حركة التبادل علميا وما يصلحها من انتقال الأفراد والأموال عبر الدول تحقق التسامح في تطبيق القوانين الأجنبية من خلال تطبيق قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون القاضي.

<sup>5</sup> وإزاء اختلاف قواعد الإسناد في التشريعات المقارنة تباينت الطول التي بها تتم مواجهة الواقع أو الفروض المتشابهة.

<sup>6</sup> محمد السعد الحلق: القانون الدولي العام، الجزء الأول، منشورات وزارة الخارجية والتعاون الدولي بوزارة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 2017، ص 79. ويبنى علم الخطبين الالتزام بتطبيق القواعد الموضوعية التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية، والتي لا يتأتى إلزام القضاء الوطني بتطبيقها إلا إذا كانت الاتفاقية نافذة داخليا، وبين إمكانية إثارة المسؤولية الدولية للدولة المنضمة إلى الاتفاقية بسبب امتناعها عن تطبيق أحكامها.

٣. القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (ICC) في شأن البيوع الدولية  
وعمليات النقل المرتبطة بها ، والمعروفة باسم INCOTERMS.
٤. مبادئ القانون الموحد لصياغة عقود التجارة لدولية<sup>1</sup> UNIDROIT
٥. ويتضح مما تقدم أنه في هذا الإطار يبقى تطبيق القانون الوطني تطبيقا إقليميا هو الأصل ، وإنما يدخل عليه ثلاثة استثناءات:
- أ. نفاذ معاهدة دولية في النظام القانوني الوطني، وبالتالي التزام القضاء بتطبيقها حال توافر شروط تطبيقها.
  - ب. تعيين قواعد الإسناد قانونا أجنبيا واجب التطبيق على موضوع النزاع.
  - ج. اتفاق الأطراف، فيما لا يتعارض مع النظام العام بمفهومه الوطني، على تطبيق قواعد دولية لا تتصف أصلا بقوة الإلزام القانوني.

### المطلب الثاني

#### تدويل قواعد التجارة بين الحرب العالمية الثانية وإنشاء منظمة التجارة العالمية

مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية هي المرحلة التي شهدت تداعي الامبراطوريات الاستعمارية الأوروبية - وعلى رأسها بريطانيا وفرنسا - وظهور الولايات المتحدة الأمريكية كقوة عظمى لا يحدها في فرض هيمنتها على العالم سوى بروز قوة عظمى أخرى مناهضة لها لاختلاف التوجهات الأيديولوجية والاستراتيجية، هي الاتحاد السوفييتي السابق.

وتسعى الولايات المتحدة إلى إعادة تنظيم التجارة العالمية على نحو يضمن لها الهيمنة ويعوض ضعفها النسبي في بعض مجالات التبادل الدولي. وبموجب اتفاقية بريتون وودز عام 1944 يتم إنشاء مؤسستين اقتصاديتين عالميتين هما البنك الدولي للإنشاء والتعمير وصندوق النقد الدولي. وهما مؤسستان، الأولى منهما مالية، والأخرى نقدية، قامت فلسفتها على إعلاء مبدأ حرية التجارة الدولية، بمعنى إقرار هذا المبدأ

<sup>1</sup> انظر في ذلك:



ودعوة الدول إلى عدم التدخل في شأن التجارة الدولية إلا من أجل إزالة العوائق التي تحول دون حرية هذه التجارة<sup>٧</sup>.

وعلى إثر ذلك بدأت سلسلة من المفاوضات من أجل تحرير التجارة الدولية، ضمت مجموعة محدودة من الدول تتسم جميعها أنها من الدول الرأسمالية المتقدمة أو من الدول المستقلة سياسيا رغم تبعيتها اقتصاديا لدولة كانت تحتلها في السابق، مثل المملكة المصرية آنذاك. وقد أسفرت جولاتها الأولى عام 1947 عن إبرام الاتفاق العام للتجارة والتعريفات المعروف اختصارا باسم "الجات" GATT. وقد تضمنت الاتفاقية ثلاثة مبادئ أساسية:

(١) تحرير التجارة الدولية من القيود.

(٢) عدم التمييز في تنظيم التبادل الدولي بين الدول، فيما يعرف بمبدأ الدولة الأولى بالرعاية.

(٣) اقتصار السماح بفرض قيود على التجارة الدولية على الضريبة الجمركية وحدها، ومنع حظر استيراد ثمة سلعة أو تحديد الحصة التي يمكن استيرادها منها<sup>٨</sup> Quota.

وعبر جولات المفاوضات المتعاقبة بين الجولة الأولى للجات 1947 والجولة التاسعة في أروجواي 1986 كانت الجهود مقصورة على تحرير تجارة السلع المنظورة أي السلع المادية. وتناولت الاتفاقات المتعاقبة الصادرة عن مختلف هذه الجولات التفاوضية السلع الصناعية في المقام الرئيس. ذلك أن مفاوضات الجات كما قدمنا كانت تضم أساسا الدول الصناعية الكبرى التي تمثلت مصالحها الأولى في ضمان تدفق منتجاتها الصناعية في السوق العالمية، بينما كانت علاقاتها بمستعمراتها السابقة تضمن لها تدفق المواد الأولية اللازمة لتشغيل مصانعها إليها.

<sup>٧</sup> محمد تويطار: الاقتصاد العالمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 201.

<sup>٨</sup> KHAVAND : Le nouvel ordre commercial mondial, du GATT à l'OMC, Nathan, Paris, 1995, P. 20 et s.

ولقد زادت حدة الحاجة إلى تحرير التجارة في السلع المادية اعتباراً من عام 1968 مع تعمق أزمة النظام الرأسمالي التي أدت به إلى الخروج نهائياً من نظام قاعدة الذهب حتى بشأن العلاقات التجارية الدولية. وقد تبلورت حول الأزمة الظاهرتان الآتيتان:  
الأولي: هي الاتجاه نحو تدويل الإنتاج عبر الشركات المتعددة الجنسيات Multinational Corporations، والتي يطلق عليها البعض "الشركات دولية النشاط".  
ولقد أثار الاتجاه نحو تدويل الإنتاج الحاجة إلى إزالة العوائق أمام حركة رأس المال من زاوية الاستثمارات المباشرة في الخارج<sup>4</sup>.

الثانية: هي ضيق الأسواق المحلية في الدول الرأسمالية المتقدمة، مما أملى عليها المراهنة على الأسواق الخارجية<sup>5</sup>.

ويتضح من ذلك أنه عند بدء جولة المفاوضات التاسعة للجات في عام 1986 كانت الجهود مقصورة على تحرير التجارة في السلع المادية، وبالأخص السلع الصناعية منها. وكان بدء هذه الجولة من مفاوضات الجات إيذاناً بإدخال تعديلات جذرية في الإطار القانوني لتنظيم التجارة الدولية.

## المبحث الثاني

### مستقبل القانون التجاري في ظل منظمة التجارة العالمية

تم التوقيع على اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية في ختام أعمال جولة أوروجواي التي امتدت لعدة سنوات (1986 - 1993). فقد تم التوقيع على الاتفاقية في مدينة مراكش بالمغرب في 15/4/1994 وتم الاتفاق على بدء العمل بها في 1/1/1995.  
ولئن كانت الجهود تركزت حتى بدء أعمال جولة أوروجواي على السلع الصناعية، فإن هذه الجولة شهدت التطرق إلي مسائل جديدة لم يسبق للجولات السابقة تناولها، مثل

<sup>4</sup> ولقد تكثفت خطى واسعة في هذا الاتجاه، وذلك بوسيلتين: الأولى هي وضع مشروعات لتقنين سلوك الشركات متعددة الجنسيات في عدة مجالات بحيث يتم طمأنة الدول النامية من نشاط هذه الشركات. والثانية هي التي ساهم فيها العديد من الدول النامية ذاتها عن طريق إصدار قوانين الاستثمار، تحت مظنة واعية أو مصلحية أن التنمية تمر حكماً بتشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

<sup>5</sup> محمد تويهدار: الاتفاقية العالمية لتحرير التجارة الدولية والنظام القانوني في البلدان العربية، ندوة اتحاد المحامين العرب حول التكتلات والمشروعات الدولية وأثرها على المصالح العربية العليا، الدورة الأولى لعام 1996، الربط، 24-26 مايو 1996، ص 5.

التجارة في المنتجات الزراعية، والتجارة في المنسوجات والملابس، والتجارة في الخدمات، وحقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة.

لذلك اتسع مفهوم التجارة الدولية إذ لم يعد مقصوراً على السلع المادية، أو حتى على السلع الصناعية منها. فقد صارت تتناول تحرير التجارة في المنتجات الزراعية وفي الخدمات، بل إنما كانت تستثني الجولات السابقة من سلع صناعية كالمنسوجات والملابس صار محلاً للتفاوض بشأنه في جولة أوروغواي. فمن السلع المنظورة، أي المنتجات الزراعية والصناعية، إلى السلع غير المنظورة، أي الخدمات، والسلع المعنوية، أي حقوق الملكية الفكرية، كلها صارت تشملها مفاوضات جولة أوروغواي.

فلقد اقتضى تدويل الإنتاج إعادة النظر في التنظيم القانوني لحقوق الملكية الفكرية، وقد أسفرت جولة أوروغواي عن اتفاق متعدد الأطراف يهدف إلى تعزيز حماية الاختكارات التكنولوجية على الصعيد العالمي، هو الاتفاق الخاص بالجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، وهو الملحق رقم 1 (ج) من اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، المعروف اختصاراً باسم "التريبيس" TRIPS.

وقد تحقق الهدف من اتفاق التريبيس من جانب بسن قواعد خاصة بحماية الاختكارات التكنولوجية القانونية، أي براءات الاختراع وحقوق المؤلف - بشأن صياغة برامج الحاسب الآلي - والمنتجات شبه الموصلة والفصائل النباتية الجديدة - ومن جانب آخر بإقرار مبدأ حماية المعارف التكنولوجية التي يتحقق الاحتكار الواقعي لها بواسطة السرية<sup>١١</sup>.

أما بشأن الخدمات فقد لوحظت الأهمية المتزايدة لإنتاج الخدمات وتسويقها على المستوى العالمي. فمعدل "تصدير" الخدمات كاد يربو على معدل تصدير السلع المادية في الثمانينيات من القرن الماضي، وقد تجاوز في ذلك الوقت حد المليار دولار أمريكي. وأتت الدول الرأسمالية المتقدمة بطبيعة الحال في مقدمة قائمة أهم مصدري العالم للخدمات<sup>١٢</sup>.

١١ حول مدى فعالية حماية الاختكارات التكنولوجية للاختراعات وبرامج الحاسب الآلي، انظر القسم الثاني من بحثنا حول نطق احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.

١٢ KHAVAND, op. cit, P. 172

ولقد ترتب على ذلك أن سعت الجماعة الدولية إلى تنظيم التجارة الدولية من الوجهة المؤسسية، وذلك بإنشاء منظمة التجارة العالمية، ليكتمل بذلك بنية المؤسسات الاقتصادية الدولية: البنك الدولي وصندوق النقد الدولي ومنظمة التجارة العالمية. ويصبح بذلك لرأس المال العالمي شكل مؤسسي لحركته حول العالم، عوضا عن الحاجة إلى الاتفاق بصفة دورية على الأسس العامة لتلك الحركة من خلال اجتماعات الدول الصناعية السبع، التي توسعت لتصبح اجتماعات الدول الصناعية العشرين في الوقت الراهن<sup>13</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه تم إدراج التجارة في الخدمات في جدول أعمال جولة أوروغواي في اللحظة الأخيرة، وهو ما يعبر عن الحاجة الملحة إلى تحرير الخدمات بالنسبة إلى الولايات المتحدة الأمريكية إذا أدركنا أن تحرير الخدمات تضمنه البرنامج الانتخابي للرئيس الأمريكي رونالد ريجان لفترته الرئاسية الثانية<sup>14</sup>. ولقد انتهت المفاوضات حول التجارة في الخدمات إلى تبني اتفاق عام متعدد الأطراف للتجارة في الخدمات، هو الملحق رقم 1 (ب) لاتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية.

ويحق لنا التساؤل عن أثر الاتفاقات الملحقة باتفاقية إنشاء المنظمة على مستقبل القانون التجاري. ذلك أن القواعد الواردة في هذه الاتفاقات لا يتأتى تطبيقها إلا إذا صارت جزءا من النظام القانوني الداخلي للدولة المعنية، وهو ما يثير التساؤل عما إذا كان من شأن ذلك اعتبار القواعد الدولية مصدرا ماديا لقواعد القانون التجاري.

ومن جهة أخرى إن صياغة أحكام الاتفاقات الملحقة باتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية تنبئ عن التأثير البالغ للثقافة القانونية الأنجلو أمريكية، وهو ما من شأنه التأثير سلبا على أحكام القانون التجاري التي لم تنشأ كمجموعة قواعد قانونية مستقلة عن قواعد القانون المدني إلا في ظل نظام القانون اللاتيني ونظام القانون الجرمانى اللذان انحدرتا من القانون الروماني.

ونخصص مطالبا لدراسة كل من الظاهرتين المشار إليهما.

<sup>13</sup> الواقع أن اجتماعات الدول الصناعية السبع جاءت بديلا عن المحاولات شبه الفاشلة لخلق إطار تنظيمي لسلوك الشركات متعددة الجنسيات على المستوى العالمي. لذلك نرى أن هذه الاجتماعات لن تتوقف بمجرد إنشاء منظمة التجارة العالمية وهي بالفعل لم تتوقف منذ إنشاء المنظمة وحتى الآن.

## المطلب الأول

### القواعد الدولية كمصدر مادي لقواعد القانون التجاري

وضعت اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، بكل ما ألحق بها من اتفاقات متعددة الأطراف واتفاقات عديدة الأطراف<sup>١٥</sup>، الإطار العام لحركة رأس المال عالمياً، وذلك بالعمل على إزالة العوائق التي تعترض هذه الحركة بصفة أساسية<sup>١٦</sup>.

لكن يلاحظ على التجارة في الخدمات بوجه خاص أنها تعنى بالتنظيم القانوني لما يجري في داخل الدول، خلافاً للتجارة في السلع المادية، فالتجارة في السلع المادية عالمياً، وإن كانت تجد أساسها في الإنتاج داخل الدول، إلا أن تنظيمها القانوني يمكنه البقاء مقصوراً على العلاقات ذات الطابع الخارجي، أي على هامش تنظيم العلاقات الداخلية. وبعبارة أخرى يمكن في شأن تجارة السلع المادية عزل العلاقات الداخلية عن التنظيم القانوني للعلاقات الخارجية.

أما الخدمات فهي أصعب في التصدير، لأنها تتطلب انتقال الأموال والأفراد من أجل توريد الخدمة. ويتمثل الأمر من الوجهة الاقتصادية في اختراق الأسواق في الدول الأخرى، مما يفرض معه اختراقاً قانونياً لتنظيم تبادل الخدمات في الأسواق.

١٥ يكمن الاختلاف بين الاتفاقات متعددة الأطراف والاتفاقات عديدة الأطراف في أن الأولى تمثل الملحق رقم 1 لاتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، وهي تضم ثلاثة اتفاقات أساسية: الملحق رقم 1 (أ) ويتضمن اتفاقاً الخاص بالتجارة في السلع المادية المعروف باتفاق الجات 1994، الملحق رقم 1 (ب) ويتضمن الاتفاق الخاص بالتجارة في الخدمات. الملحق رقم 1 (ج) ويتضمن الاتفاق الخاص بالجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية. وتكون الاتفاقات متعددة الأطراف ملزمة للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية وإن لم تعلن إرادتها بقبول الانضمام إلى أي من هذه الاتفاقات الثلاثة. أما الاتفاقات عديدة الأطراف فهي المتضمنة في الملحق 4 لاتفاقية إنشاء المنظمة وتتعلق بمسائل محددة، إلا أن أحكامها ليست ملزمة للدول الأعضاء إلا إذا أعلنت إرادتها صراحة بقبول الانضمام إلى أي من هذه الاتفاقات.

١٦ لقد توافقت على هذا الإطار في خطوطه العريضة أهم الكيانات في العالم الرأسمالي المتقدم: الولايات المتحدة، الاتحاد الأوروبي، اليابان. إلا أن هذا التوافق لم يمنع الصراع اللدائر بين مختلف هذه الكيانات، والذي يأخذ شكل المنافسة على اكتساب مناطق نفوذ استراتيجي من منظور التجارة العالمية.

وقد نتج عن هذه المنافسة طرح مشروعات للتكامل الاقتصادي، تضمنت الهيمنة لأحد الكيانات الرئيسة على الدول الناطقة في التكامل: اليابان في جنوب شرق آسيا، الاتحاد الأوروبي من خلال مشروعات الشراكة الأوروبية، الولايات المتحدة في كل مكان تقريباً، وعلى وجه الخصوص في منطقتنا العربية في إطار ما بات يعرف بمشروع السوق الشرق أوسطية والتي لا تزال تسمى الولايات المتحدة الأمريكية إلى تحقيقه عن طريقها الاستراتيجية لإسرائيل، والذي تفرغ بمجرد إقراره من قبل الدول العربية انتهاء الصراع العربي الإسرائيلي بتفتيح حل الدولتين.

وتعمل الدول النامية إلى دراسة مشروعات التكامل الإقليمي الاقتصادي بجدية، لأنها في واقع الأمر غير مهية لمواجهة شراسة المنافسة عند تحرير التجارة العالمية. ولا تسمح اتفاقية إنشاء المنظمة بإعفاء الدول النامية - بصفة مؤقتة - من سريان أحكام الاتفاقات الملحق بها، في أحوال محددة منها التكامل الاقتصادي، لذلك تميل الدول النامية إلى قبول هذه الصيغة.

ولكن يلاحظ أمران: الأول هو أن مشروعات التكامل لا تفرج في جوهرها عن الإطار العام لاتفاقات تحرير التجارة الدولية.

فمشروع الشراكة الأوروبية مثلاً يقوم على ثلاثة محاور أساسية: 1. إقامة منطقة تبادل حر يكون في أول الأمر منصوفاً على السلع المصنوعة. 2. تبادل الإعفاءات الجمركية في شأن السلع الزراعية. 3. تأجيل تحرير الخدمات إلى جولات تفاوضية لاحقة.

(انظر الدراسة القيمة للدكتور إسكندر مكريل حول مشروع إقامة منطقة تبادل حر بين لبنان وبلدان الاتحاد الأوروبي، تقييم المشروع وتحديد موقف لبنان منه، صادر عن جمعية مصارف لبنان، الملف رقم 6). الأمر الثاني أن إعصال الاستثناءات من سريان أحكام الاتفاقات الملحق بها بموافقة المجالس المعنية بكل اتفاق يحوي الاستثناء المطلوب تفريره، وهو ما سوف يؤدي إلى تأثير الأمر بتجاهات

الهيمنة على المنظمة، والتي قد تدفع الدول النامية إلى قبول مشروعات بينها للتكامل الاقتصادي دون مشروعات أخرى يمكن أن تكون منطحة لها الانضمام إليها

ويفسر ذلك أخطر ما أتت به اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، من إلزام المشرع الوطني للدول الأعضاء بإصدار أو تعديل القوانين الوطنية بما يتفق وأحكام الاتفاقات الملحقة بتلك الاتفاقية الدولية، هي اتفاقات تتضمن بطبيعتها قواعد دولية<sup>١٧</sup>.

مما لا شك فيه أن في ذلك مساسا بالسلطة التشريعية الوطنية، التي يسلب منها حق تقدير كيفية تنظيم المعاملات التجارية على أساس ما تتمتع به الدولة القومية من سيادة. ويكون ذلك لحساب قواعد تنشأ دوليا ينبغي دمجها في الأنظمة القانونية الداخلية للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية. ولقد أطلق البعض على القواعد الدولية المنشأ الوطنية التنفيذ تعبير "القانون الخاص الدولي"<sup>١٨</sup>.

ويتحقق بذلك التوازي المطلق في مجال المعاملات التجارية بين القواعد الدولية والقواعد الداخلية، بل تصبح الأولى بمثابة المصدر المادي للثانية. ومؤدى ذلك خضوع العلاقات التي يدخلها رأس المال لذات التنظيم القانوني دائما، سواء تم تكييفها بالمنظور التقليدي على أنها علاقات خارجية - مثل التجارة في السلع المادية - أو على أنها علاقات داخلية، وهو شكل تقديم الخدمات عن طريق التواجد التجاري، أي عن طريق تأسيس فرع أو شركة وليدة أو وجود مكتب تمثيل في الدولة المتلقية للخدمة.

ويعد القانون التجاري بلا شك أكثر فروع القانون المعنية بالاتفاقات الملحقة باتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، فهو القانون المختص تشريعا بتنظيم أنشطة الصناعة والتجارة، وهي تشمل التجارة في السلع المادية وسائر الخدمات الرأسمالية<sup>١٩</sup>.

إلا أنه يلاحظ أن القانون المدني بات هو الآخر معنيا بتلك الاتفاقات، بوصف البعض منها قد تناول التجارة في الخدمات بما يشمل المهن الحرة، وهي مهن معتبرة من الأنشطة المدنية التي يحكمها القانون المدني وحده<sup>٢٠</sup>. أما بشأن الزراعة فلا تتناول الاتفاقات المشار إليها سوى التجارة في المنتجات الزراعية، وتمثل نشاطا تجاريا وفقا لنظرية

١٧ المادة 16 فقرة (4) من اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية.

١٨ انظر في ذلك: محمد دويبان: الاتفاقية العالمية لتحرير التجارة العالمية...، سابق الإشارة إليه، ص 14 وما بعدها.

١٩ انظر في ذلك بحثنا في الأعمال التجارية بقليل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 237 بند 205 وما يليه.

٢٠ لمزيد من التفاصيل راجع بحثنا في أثر الاتفاقية للعامة للتجارة في الخدمات (GATS) في المهن الحرة. نحو توحيد النظام القانوني للخدمات الرأسمالية وغير الرأسمالية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.

الأعمال التجارية في القانون التجاري. لكنها لم تتناول الإنتاج الزراعي إلا في حدود الابتكارات التكنولوجية المتعلقة بهذا القطاع وهي الفصائل النباتية الجديدة فيما يتعلق باستنبات فصائل جديدة من النبات، أو فيما يتعلق ببراءات الاختراع التي تصدر لآلات والمعدات المستخدمة في الإنتاج الزراعي<sup>٢١</sup>.

كذلك حرصت اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية والاتفاقات الملحقة بها على ترك العمل خارج إطار أحكامها. فقوة العمل كسلعة لا ينبغي تحريرها لاستمرار توافر المرونة اللازمة في الطلب عليه مما يحقق مصالح أرباب الأعمال. لذلك يترك تنظيم علاقات العمل وعقود العمل للقوانين الوطنية، دون تدخل من القواعد الدولية في هذا الشأن إلا في حدود تأثيم الممارسات المتعلقة بالعمل بالضارة بالمنافسة بين المشروعات مثل تأثيم تشغيل الأطفال والأحداث، وتأثيم السخرة بصورها المختلفة، والتمييز بين الرجل والمرأة في الأجور وغيرها من المسائل<sup>٢٢</sup>. وحيث أن الاتفاقات الملحقة باتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية لم تعن بتنظيم علاقات العمل فقد ترك تنظيم الأحوال الشخصية كذلك للمشرع الوطني، وذلك بوصف الأسرة هي الخلية المنتجة لقوة العمل<sup>٢٣</sup>.

## المطلب الثاني

### تأثر قواعد القانون التجاري بالنظام الأنجلو أمريكي

لا يتوقف أثر التحولات التي تجرى في شأن التنظيم القانوني للتجارة الدولية عند حد توحيد مضمون القواعد الوطنية مع مضمون القواعد الدولية، بل إن صياغة القواعد الدولية بات مصدر صعوبات خاصة قد تعاني منها دول الأنظمة اللاتينية أو الجرمانية أو بعبارة أدق كل نظام قانوني بخلاف النظام الأنجلو أمريكي. ذلك أن الولايات المتحدة في سعيها نحو الهيمنة قد أملت إرادتها في أغلب المسائل أثناء مفاوضات جولة

٢١ والإشارة في هذا المقام إلى الملحق ١ (ج) لاتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية وعنوانه الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية.

٢٢ لكن في المقابل لا تنظر الدول الرسامية المتقدمة بعين الريبة إلى التجار في قوة العمل نظرا لما يؤدي إليه من ارتفاع تكلفة العمل عند الحصول عليه ودون مبالاة لعنم حصول العامل على كامل مقابل الحصول على قوة العمل.

٢٣ محمد درويار، الاتفاقية العالمية لتحرير التجارة العالمية...، سابق الإشارة إليه، ص 17.

أوروجواي<sup>٢٤</sup>، وهو ما أدى إلى إقرار كل مشروع اتفاق ذي طابع أنجلو أمريكي ورفض كل مشروع اتفاق ذي طابع لاتيني أو جرمانى.

مؤدى ما تقدم أن القواعد الموضوعية التي تحقق توحيدها أثناء جولة أوروجواي والتي تلتزم جميع الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، سواء دوليا أو داخليا، ستكون صياغتها مستلهمة من الشريعة الأنجلو أمريكية، وهي الشريعة التي تقوم على أسس سوابق الشريعة العامة Common Law. وعبرة أخرى سوف تغزو مفاهيم واعتبارات الصنعة القانونية للشريعة الأنجلو أمريكية الجانب الأعظم من قوانين العالم سواء كانت منتمة إلى هذه المدرسة القانونية أو لم تكن كذلك. وترتبطا على ذلك سوف يضطر القانونيون من فقه وقضاء في دول القانون اللاتيني إدراك مفاهيم القانون الأنجلو أمريكي ومعرفة منهج البحث في السوابق القضائية التي تتألف منها . بل إن المنهج المذكور ضروري حتى بالنسبة إلى التعرف على الأساسيات الأولية للثقافة القانونية المتولدة عن المدرسة الأنجلو أمريكية<sup>٢٥</sup>.

ومن أمثلة الاختلافات ذات الأثر البالغ على قواعد القانون شرط الجودة كشرط موضوعي للحصول على براءة الاختراع. فلقد كانت القوانين اللاتينية تتبنى مفهوما نسبيا للجودة مما كان يسمح بإعادة إحياء فنون إنتاجية أدركها النسيان أو فنون إنتاجية معروفة في دول أخرى ومنح براءة اختراع عنها إذا كانت جديدة في الدولة التي يقدم طلب البراءة فيها. أما القانون الأنجلو أمريكي فكان ولا يزال يأخذ الجودة بمفهوم مطلق ولا يسمح بصدور البراءة إلا للاختراع الذي لا يكون معروفا في أي مكان بالعالم ولم يسبق ظهوره مهما طالت المدة. لذلك متى كان الاختراع معروفا في أي دولة أو في أي زمن مهما بعد فإن ذلك يحول دون إصدار براءة الاختراع<sup>٢٦</sup>.

٢٤ لعل المشروع الوحيد الذي فضلت الولايات المتحدة الأمريكية في تعميمه أثناء مفاوضات جولة أوروجواي هو مشروع الاتفاق الخاص بقطاع الصوتيات والمرئيات نتيجة إصرار الاتحاد الأوروبي، مساندا في موقفه هذا الدولة الفرنسية في المقام الرئيس، على رفض المشروع المقدم من الولايات المتحدة الأمريكية. وقد أظهر هذا الخلاف التباين الشديد في المواقف إزاء الشأن الثقافي، فبينما فرنسا تطلب من قيمة الإبداع التي وترفض اختزال القواعد المنظمة لقطاع الصوتيات والمرئيات على مجرد تنظيم قطاع اقتصادي لإنتاج سلعة شأنه شأن أي قطاع اقتصادي آخر، لا ترى الولايات المتحدة الأمريكية في القطاع المذكور سوى قطاع إنتاجي يساهم مثله مثل سائر القطاعات الاقتصادية الأخرى في تحقيق النضج القومي للبلاد، وهو ذات الموقف الذي اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية من حقوق الملكية إذ هي لا تميز بين حقوق المؤلف، التي تعبر عن الإبداع الأبدي والتي للإنسان وبين براءات الاختراع أو المنتجات فيه الموصلة التي تساهم في الإنتاج المادي للسلع. لذلك ترحب الولايات المتحدة الأمريكية بالنظم القانونية لمختلف عناصر الملكية الفكرية بينما كلفت فرنسا، حتى التزامها بالاتفاق الخاص بالجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (الترخيص) تميز بين قانون حماية حق المؤلف وقانون حماية عناصر الملكية الصناعية.  
نظير في ذلك:

BAER: L'exception culturelle: une règle en quête de contenu, Les Cahiers, no 11, octobre 2003

٢٥ لا شك أن الفقه اللاتيني يواجه صعوبات جمة في إدراك المفاهيم، حتى الأولية منها، للقانون الأنجلو أمريكي. وما التخبيط الذي فيه الفقه اللاتيني من أجل حصر مفهوم الخطأ الإرادي Willful Misconduct كسبب لإطلاق مسؤولية الدائن سوى مثال على ذلك. كذلك فكرة الرهن التأميني Mortgage أو فكرة الالتزامات النقدية المتساقطة في الزمان Instalment.

٢٦ راجع بحثنا في نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية...، سابق الإشارة إليه، ص 107 بند 103 وما يليه.



لا شك أن الظاهرة المشار إليها سوف تحدث انقلابا حادا في تنظيم المعاملات في القوانين اللاتينية، لأن القواعد الموضوعية للمنظمة للتجارة الدولية تدفع بنظامنا القانوني، بما يرتبط به من ثقافة وتراث قانونيين، نحو القانون الأنجلو أمريكي.

لقد حرمت منطقتنا العربية من جذور ثقافتها القانونية الأصيلة، المتمثلة في مبادئ الشريعة الإسلامية، لأنها فرض علينا الانخراط في المدرسة اللاتينية على يد الحركة الاستعمارية للأمم الأوروبية. واليوم ندعونا قواعد التجارة الدولية إلى الانخراط في المدرسة الأنجلو أمريكية، بكل ما يتضمنه هذا من عناء لثقافتنا القانونية اللاتينية.

وما يسري على القواعد الموضوعية التي تم التوصل إليها في جولة أوروغواي والتي تعبر عنها الاتفاقات متعددة وعديدة الأطراف سوف يسري كذلك على الاتفاقات التي سوف يتم التوصل إليها في جولات المفاوضات المستقبلية تحت مظلة منظمة التجارة العالمية، أي إنها ستشهد أيضا تغليباً للثقافة الأنجلو أمريكية على الثقافات القانونية الأخرى.

## الخاتمة

يمكن القول أن أهم النتائج المترتبة على توحيد القواعد الموضوعية للمنظمة للتجارة الدولية على الصعيدين الدولي والداخلي تتمثل في الآتي:

١- تراجع الأهمية النسبية للقانون الدولي الخاص. ذلك أنه مع زيادة القواعد الموضوعية الموحدة عالمياً يتضاءل دور قواعد الإسناد فيما يتعلق بتنظيم المعاملات. ولن يبقى من أهمية لقواعد الإسناد سوى في مجالي العمل - ربما إلى حين - والأحوال الشخصية.

٢- الاتجاه نحو توحيد القانون الخاص. ذلك أن التفرقة بين القانون المدني والقانون التجاري هي نبت للمدرستين اللاتينية والجرمانية اللتان استخلفتا القانون الروماني فيما صار يعرف بالقانون المدني القديم، وقد اتجهتا في مرحلة لاحقة إلى تقنين أعراف التجار في شكل تشريع، ليصبح قانونا خاصا بالتجارة في فرنسا بينما صار قانونا خاصا بالتجار في ألمانيا. أما القانون الأنجلوسكسوني فلم يعرف تمييز الأنشطة التجارية بقواعد خاصة إلا

لفترة تاريخية قصيرة جدا سرعان ما اختفت لتفسح المجال للشيعة العامة ( Common Law) لتنظم المعاملات بوجه عام(27).

٣- سيادة آليات الصنعة القانونية الخاصة بالقانون التجاري على تنظيم المعاملات بوجه عام ذلك أن التوحيد الذي يجريه التنظيم القانوني للتجارة الدولية إنما هو نتاج تحرير التجارة العالمية وإعادة تنظيمها من الوجهة القانونية. ومؤدى ذلك أنه سوف يسود منطق وأسس ومفاهيم القانون التجاري على القواعد الموحدة للمعاملات.

خلاصة القول أن مآل القانون التجاري، بمفهومه الذي يصير فيه تقليديا في إطار المدرسة اللاتينية، إلى الأفول ليفسح المجال لقواعد موحدة للمعاملات تجد الأحكام الواردة بها مصدرها المادي في القواعد الدولية المنظمة للتجارة العالمية، والتي تغلب عليها صبغة القانون الأنجلو أمريكي.

## المخلص

يطرح البحث إشكالية تطور القانون التجاري الذي بدأ تاريخيا كقانون وطني ينظم العلاقات الداخلية في المقام الرئيس وأصبح يواجه التنامي المطرد لعلاقات التجارة الدولية وتعدد مصادر القواعد المنظمة لها وبالأخص المصادر الدولية، المازمة منها وغير الملزمة.

وفي سبيل إبراز مراحل التطور يميز البحث بين مرحلتين جوهريتين لتطور القانون التجاري: المرحلة الأولى تبدأ عند تدويل الاقتصاد عبر الحركة الاستعمارية للأمم الأوروبية حتى إنشاء منظمة التجارة العالمية، بينما تبدأ المرحلة الثانية اعتبارا من تأسيس هذه المنظمة وهي مستمرة إلى الآن. وتنقسم المرحلة الأولى إلى فترتين يغلب على الأولى الاتجاه نحو توحيد القواعد الموضوعية المنظمة لبعض ظواهر التجارة الدولية مثل النقل البحري والجوي عن طريق آليات القانون الدولي العام، أي إبرام المعاهدات الدولية، أو إصدار قواعد دولية غير ملزمة ودعوة مشرعي الدول أو المتعاقدين إلى تبني أحكامها، مثل قواعد جنيف المنظمة للأوراق التجارية. وتستمر هذه الفترة حتى الحرب العالمية الثانية. أما الفترة الثانية فهي التي أعقبت هذه الحرب والتي بدأ فيها إنشاء بعض مؤسسات الاقتصاد الدولي مثل البنك الدولي وصندوق النقد الدولي وبدأت خلالها الدول الرأسمالية المتقدمة في تنظيم التجارة الدولية من خلال جولات تفاوضية عرفت باتفاقات الجات.

وتبدأ المرحلة الثانية من التطور مع إنشاء منظمة التجارة العالمية في عام 1995، ليصبح للتجارة الدولية منظمة توجه نشاطها العالمي، وتسعى إلى تحرير التجارة الدولية من القيود الوطنية التي تعيق حركتها، ويصاحب ذلك أمران جوهريان: الأول هو تأثير الاتفاقات الدولية عبر المنظمة على التشريع الوطني للدول الأعضاء وذلك بإلزام الدول بتعديل قوانينها بما يتفق مع المقررات التي يتم الاتفاق عليها داخل المنظمة، والثاني هو التأثير على النظم القانونية المعمول بها في مختلف الدول الأعضاء نظرا لغلبة مفاهيم ونظم القانون الأنجلو أمريكي على كافة المقترحات المقدمة لتوحيد القواعد المنظمة للتجارة في العالم، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى غزو هذه المدرسة القانونية سائر دول العالم دون تمييز.

ويخلص البحث إلى أن تطور القانون التجاري يسير في اتجاه توحيد القواعد المنظمة للتجارة في جميع أنحاء العالم تحت هيمنة مفاهيم القانون الأنجلو أمريكي على هذا التوحيد.

**Settlement of Construction Disputes in Oman**  
**“areas of ineffectiveness”**  
**Dr.Amel K. Abdallah**  
**Sultan Qaboos University**

## **Abstract**

The Research explores the evolving trend of the Commercial Law which appeared as a National Law aiming to regulate domestic relationships, but had to face the continuous extend of the International Trade Relations and its legal sources of rules, especially those international, whether be mandatory or not mandatory.

In view of emphasizing the different phases through which the Commercial Law is going, the Research distinguishes two main phases: the first starts with the European colonialism till the establishment of the World Trade Organization, whereas the second phase starts with the established of the Organization mentioned above and is still running nowadays. That first phase was in fact divided into two periods; in the first period, the process of unifying the rules governing topics of international trade started, but through the traditional tools of International Public Law, namely the signature of international conventions; the maritime and air carriages are the most important examples of such process. The alternative was to elaborate non-compulsory rules, where the states or the contracting parties were invited to adopt these rules, whether as laws or contractual terms, like the Geneva Rules governing the Commercial Papers for instance. The second period of the first phase started with the end of World War II, where the first Institutions of the Word Economy were established, namely the World Bank and the International Monetary Fund, and where the most develop countries started to regulate International Trade through the so-called GATT Agreements.

The second phase of evolution of the Commercial Law starts with the establishment of the World Trade Organization, by which International Commerce takes benefit of a structure in view of regulating its expansion over the entire World. The International Organization's mission is to liberate International Commerce from any obstacle that National States could implement or adopt. This comes in parallel with the obligation of all members to modify their laws in view of a full compliance with all rules agreed upon within the frame of the WTO. The second major impact is that the notions and concepts of Common Law supersede every new regulation of international commerce, and this regardless of the legal system adopted by any of the members of the WTO.

The Research concludes with saying that the trend of unifying the rules governing all activities of International Trade is now amplified, and goes forward whereby the preponderance of the Common law.

## **I. Introduction**

GCC countries (Saudi Arabia, Qatar, Bahrain, Kuwait, UAE, and Oman) are currently dealing with a considerable number of construction projects to complement their intended plan of development. Construction disputes may affect the economic development of the region, as the failure to settle such disputes may discourage investors from practicing their activities in the region. Accordingly, GCC countries are keen to settle any expected construction disputes properly and to create an effective framework to deal with such disputes.

The technical and complex nature of construction disputes requires experts to determine the issues and to settle the dispute effectively within a suitable time frame; consequently, the majority of construction disputes are settled by arbitration.

Over the course of recent decades, GCC countries have steadily created and implemented a legal environment allowing them to comply with the international standards of arbitration. The majority of GCC countries adopted the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in their national arbitration laws. Additionally, arbitration centers have been established in many GCC countries, with the exception of Oman, in order to provide the involved parties with a professional dispute resolution body. Further, national laws in GCC countries play an important role in the settlement of construction disputes.

This paper provides an overview of the legal framework regulating the construction business in the Sultanate of Oman (II) and examines the role of Omani national laws in the settlement of construction disputes (III).

## **II. Legal Framework of Construction Business in Oman**

Bearing in mind Oman's relatively small population of only 2.8 million people, the scale of the construction and infrastructure development projects that have already been committed to or are under construction is impressive. The public sector is by far the largest procurer of construction services in the Sultanate of Oman. In the 2011 budget, the government announced Oman's eighth five-year

plan, to run from 2011 to 2015. It envisages a total capital outlay of US\$79 billion, of which the bulk is set to be invested in large construction projects across the country.<sup>1</sup> The Omani government has created and implemented its own legal environment to comply with the requirements of huge construction projects.

## 1. Omani Legal Environment

In a process that began in the 1970s,<sup>2</sup> the Omani legal system has developed into a legal regime which, while being influenced by Islamic Sharia rules, can best be characterized as a civil law regime. Its ongoing development is fostered by the implementation of various sets of rules. Commercial matters in Oman are subject to the Commercial Code,<sup>3</sup> and civil matters are governed by the Civil Code (including conflict-of-law matters).<sup>4</sup> Islamic Sharia principles are, in general, considered as a supplementary source of rules for the Omani laws.<sup>5</sup> In the commercial context, Islamic Sharia principles constitute the

---

<sup>1</sup> Major projects already under construction or in advanced stages of engineering, design and/or planning include: **Oman Convention & Exhibition Centre** (cost of US\$1 billion), **Sohar Airport** (cost of US\$500 million), **Salalah Port Expansion** (cost of US\$450 million), **Oman's National Rail Network** (cost not yet known; estimated completion date 2018), **Duqm City Drydocks and Refinery** (cost of US\$20 billion), **Ghubrah Independent Water Project** (cost of US\$380 million), **Batinah Expressway** (cost of US\$2.59 billion), **Muscat & Salalah International Airport Expansion** (cost of US\$5.2 billion), **Salalah Medical City** (cost of US\$1 billion). For more details, see David Courtney-Hatcher, Steven Tee, Dianne Hamilton and James Barton, *Construction and projects in Oman: overview*, Available electronically at: [www.dentons.com/~media/PDFs/Insights/2013/September/Omanpdf.pdf](http://www.dentons.com/~media/PDFs/Insights/2013/September/Omanpdf.pdf).

<sup>2</sup> Various commercial activities have been regulated in Oman since the 1970s, starting with the Royal Decree establishing the Central Bank of 1974, the Commercial Companies Act of 1974, the Law of Commercial Agencies enacted by Royal Decree No. 26/1977 and Royal Decree No. 8/2011 on the Law of Oil and Gas. The 1990s saw more development in the commercial law field as Oman enacted its Commercial Code in 1990 and its Arbitration Law in 1997.

<sup>3</sup> Enacted by Royal Decree No. 55/1990.

<sup>4</sup> Enacted by Royal Decree No. 29/2013, The rules and principles of Islamic jurisprudence (*fiqh*) shall be relied upon in the understanding, construction and interpretation of provisions of the civil code in Oman, See Art 2 of Royal Decree No. 29/2013.

<sup>5</sup> See Art 2 Basic Statute of the Sultanate of Oman, Royal Decree No. 101/1996.

second supplementary source of rules for the Commercial Code,<sup>6</sup> with the first supplementary source being commercial custom.<sup>7</sup> The contract constitute the main source of regulation in commercial business.<sup>8</sup> In 2002, Oman enacted the Omani Civil and Commercial Procedural Law, which governs procedural matters in both commercial and civil disputes.<sup>9</sup>

The Sultanate of Oman paved the way for foreign/national investors to settle their disputes by means of alternative dispute resolution (ADR). In 1994, the Omani Foreign Capital Investment Law (OFCIL) was adopted;<sup>10</sup> its Article 14 permits parties to settle their disputes by arbitration,<sup>11</sup> thereby providing an exception to the principle found in the Omani Civil and Commercial Procedure Law whereby disputes with Omanis must be settled by Omani courts.<sup>12</sup> In 1997 Oman issued the Omani Arbitration Law and adopted the UNCITRAL Model Law of 1985.<sup>13</sup> In 1999 Oman ratified the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States of 1965 (ICSID Convention), thereby satisfying foreign investors and entitling them to settle disputes with the Omani government by international arbitration.<sup>14</sup> Also, Oman adopted the New York

---

<sup>6</sup> See Art 4 of Royal Decree No. 55/1990 *"If there is no contract, or if there is but it contains no relevant stipulation, or the stipulation appearing therein is a nullity, the legislative provisions contained herein and in other laws shall have effect in relation to all matters of which such provisions treat in wording or in purport"*.

<sup>7</sup> See Art 5 of Royal Decree No. 55/1990.

<sup>8</sup> Omani High Court, Decision No.207/2005, 18-12-2005

<sup>9</sup> Royal Decree No. 29/2002.

<sup>10</sup> Foreign Capital Investment Law, Royal Decree No. 102/1994.

<sup>11</sup> Art 14 OFCIL: *"It may be agreed to refer any dispute between the foreign investment projects and third parties to a local or international arbitration tribunal"*.

<sup>12</sup> Art 29 Omani Civil and Commercial Procedure Law, Royal Decree No. 29/2002.

<sup>13</sup> Royal Decree No. 47/1997. See Mohamed Ibrahim Mostafa Aboul-Enein, *Peaceful Settlement of Commercial Disputes* (Dar El Nahda 2005) 65.

<sup>14</sup> See e.g. Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman (ICSID Case No. ARB/11/33): claims arising out of the government's alleged harassment and interference in the operation of claimant's mining companies in Oman, leading to the termination of the relevant lease agreements and the confiscation of the mining facilities by the Royal Oman Police. Decided in favor of the State on 3 November 2015; the award is available electronically at:

[http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1960/DC6932\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1960/DC6932_En.pdf),



Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958. Other GCC countries similarly enacted national arbitration Acts influenced by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985<sup>15</sup> and ratified the ICSID Convention.<sup>16</sup>

The construction business in Oman is subject to the cluster of laws mentioned above in addition to the Tender Law of 2008 and some model contracts. The Omani courts have jurisdiction to consider any conflict arising out of a construction contract in Oman unless the parties agree to settle the dispute by arbitration

## **2. The Regulation of the Construction Business in Oman**

There is no specific legislation relating to construction law in Oman. The Omani Civil Code of 2013 regulates the relationship between contractors and employers.<sup>17</sup> Standard form construction contracts represent the main source of obligations in construction dealings in Oman (a), with some national legislation providing the contracting parties with the applicable legal rules in different fields, such as engineering consultancy (b) and public sector procurement (c).

### **a. Standard form construction contracts**

Omani governmental entities use standard form construction contracts.<sup>18</sup> The most common form construction contracts in Oman are found in the Standard Documents for Building and Civil Engineering Works, 4<sup>th</sup> edition-1999, based upon the Red Book of the FIDIC,<sup>19</sup> and the Standard Documents for Electrical and Mechanical

---

<sup>15</sup> Saudi Arabia adopted its national arbitration law in 1994, Qatar in 2002, Bahrain in 1988, Kuwait in 1978 and UAE in 2006.

<sup>16</sup> Saudi Arabia ratified the ICSID Convention in 1994, Qatar in 2002, Bahrain in 1988, Kuwait in 1978 and UAE in 2006.

<sup>17</sup> See Arts 626 to 650 Omani Civil Code, Royal Decree No. 29/2013.

<sup>18</sup> Richie Alder, *Oman*, in Peter Feen, Michael O'Shea & Edward Davis (eds), *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction – An International Review*, (E & FN Spon 1998) 261.

<sup>19</sup> FIDIC is the International Federation of Consulting Engineers. Its members are national associations of consulting engineers. FIDIC publishes international standard form contracts for works and for clients, consultants, sub-consultants, joint ventures and representatives, together with related materials such as standard pre-qualification forms. For more details about FIDIC See

works, based on an earlier edition of the FIDIC Yellow Book. The FIDIC suite of contracts, including the IChemE suite for plant projects,<sup>20</sup> is also widely used and accepted, especially with the private sector.<sup>21</sup>

Standard form construction contracts adopt arbitration as a means of settling disputes.<sup>22</sup> The employed forms refer the dispute to a single arbitrator to be appointed by agreement of the parties; the court of appeal is entitled to appoint the single arbitrator upon request of one of the parties if the parties are unable to reach an agreement.

#### **b. The Engineering Consultancy Law of 2016**

Engineering consultants play a dynamic role in administering construction projects. They are responsible for providing the required technical and administrative support needed to ensure that a construction project runs successfully. The first piece of legislation regulating the engineering consultancy profession in Oman was the Engineering Consultancy Law of 1994.<sup>23</sup> But on 22 May 2016, Oman issued a new and more comprehensive, Engineering Consultancy Law<sup>24</sup> to replace the 1994 law and to provide a comprehensive framework for regulating the engineering consultancy profession. For example, the law has raised the required credentials of an applicant for establishing an engineering consultancy office.<sup>25</sup> Also, the law

---

<http://fidic.org/about-fidic>.

<sup>20</sup> The Institution of Chemical Engineers (IChemE) is the global professional membership organization for chemical, biochemical and process engineers and other professionals involved in the chemical, process and bioprocess industries. IChemE's Forms of Contract are an internationally acclaimed series of model forms, developed to reflect best practice for project delivery in the process industries.

See: [http://www.icheme.org/about\\_us.aspx](http://www.icheme.org/about_us.aspx).

<sup>21</sup> David Courtney-Hatcher, Steven Tee, Dianne Hamilton and James Barton, Construction and projects in Oman: overview, Available electronically on: [www.dentons.com/~/media/PDFs/Insights/2013/September/Omanpdf.pdf](http://www.dentons.com/~/media/PDFs/Insights/2013/September/Omanpdf.pdf)

<sup>22</sup> See Art 67 of the Standard Documents for Building and Civil Engineering Works, 4<sup>th</sup> edition-1999.

<sup>23</sup> Royal Decree No. 120/1994.

<sup>24</sup> Royal Decree No. 27/2016.

<sup>25</sup> Pursuant to Art 7 Engineering Consultancy Law, in order to qualify to open an engineering consultancy office, an applicant must first have a registered engineering office. The applicant must also meet one of the following criteria: (i) have gained a minimum of five years of specialized work experience after having obtained a BSC

provides new provisions to elevate professional engineering standards, these appearing in Chapter 3, titled "Working Engineer". Specifically, the law limits the right to sign off on key documents (including schemes, graphics, designs, specifications, project report samples, and supervision bonds) to only the licensee and to engineers who: (i) are registered as authorized signatories with the MOCI;<sup>26</sup> (ii) have met the requirements for obtaining the professional degree from the institution decided by the ministry of commerce and industry; and (iii) work exclusively for the specific office.<sup>27</sup>

The Omani Engineering Consultancy Law of 2016, same as Omani Civil law 2013 and the previous Engineering Consultancy Law of 1994, asserts decennial liability of the engineer and the contractor<sup>28</sup>, both of them shall be jointly but not severally<sup>29</sup> liable for a period of ten years for any total or partial collapse of the buildings or other fixed facilities constructed thereby, and for any defect which threatens the stability or safety of the building. If the work of the engineer is restricted to making the plans to the exclusion of supervising the execution, he shall be liable only for defects in the plans.

### **c. Tender Law of 2008**

The first Tender Law in Oman had been enacted by Royal Decree No. 86/1984. In 2008 the Omani legislature, having considered various changes in the Omani legal environment, including the Omani Commercial Code enacted by Royal Decree No.55/1990, issued the new Tender Law of 2008<sup>30</sup> to regulate public sector procurement in the construction business. The Omani Financial Law of 1998<sup>31</sup>

---

(bachelor degree); (ii) have gained three years of specialized work experience after having obtained an MSC (master degree); or (iii) have gained two years of specialized work experience after having obtained a PhD in the same area of specialization.

<sup>26</sup> Ministry of Commerce and Industry.

<sup>27</sup> Article 17 of Royal Decree No. 27/2016.

<sup>28</sup> Art 22 Engineering Consultancy Law 2016 & Art.634/ 235 Omani Civil Law 2013

<sup>29</sup> Omani High Court, Decision No.274/2011, 13-3-2013

<sup>30</sup> Omani Tender Law enacted by Royal Decree No. 36/2008.

<sup>31</sup> Royal Decree No.47/1998

regulates any rights or obligation arising out of a public sector procurement<sup>32</sup>

The recent Tender Law of 2008 has a wider scope of application compared to the previous one of 1984. The Tender Law of 2008 applies to all the administrative bodies of the state. Public authorities, organizations or any other entity having an independent legal personality, including companies owned totally by the government, are subject to the 2008 Tender Law. The 2008 Law excludes from its scope of application security and defence entities as well as entities subject to the financial regulations of the Royal Diwan. Other governmental organizations could be excluded by any other law.<sup>33</sup>

The types of works and services subject to the tender process include contracts for supplies, execution of works, transportation, provision of consultancy services and studies, technical works and purchase and leasing of real estate.<sup>34</sup> The law defines the concepts of international tender<sup>35</sup> and local tender.<sup>36</sup>

The Tender Law of 2008 specifies five legal forms by which public procurements can be concluded:<sup>37</sup> (1) public tender, (2) limited tender, (3) engagement, (4) direct assignment and (5) competition. All forms, excluding direct assignment, are governed by the principles of openness, equality of opportunity, equality and freedom of

---

<sup>32</sup> Appeals Chamber in Omani Administrative Court, Decision No.1/2017, 31-10-2017. The court has set aside an arbitral award due to ignoring the application of Omani Financial law of 1998 in a dispute between governmental entity and private law person.

<sup>33</sup> See Art 2 of Royal Decree No. 36/2008.

It is important to note the difference between the official version of this article (in Arabic) and the unofficial English version which is published electronically on the website of the Public Authority of Electricity & Water: <https://www.paew.gov.om/TendersLaw/Tender-Law-38-2008>. In the English version, companies owned totally by the government are expressly included in the scope of application of the law, whereas this is not stated expressly in the Arabic version.

<sup>34</sup> See Art 3 of Royal Decree No. 36/2008.

<sup>35</sup> Art 16 of Royal Decree No. 36/2008 defines international tender as "one wherein international companies and establishments not registered in the Sultanate may participate".

<sup>36</sup> Art 16 of Royal Decree No. 36/2008 defines local tender as "one in which participation is confined to companies and establishments enrolled in the Commercial Register or any professional register in which the Board decides to include their names in specific cases".

<sup>37</sup> See Art 3 of Royal Decree No. 36/2008.

competition.<sup>38</sup> The Tender Board is entitled to supervise and review the practice of public procurements.<sup>39</sup>

The **public tender** process is the main way in which works and services are procured. **Limited tender** is an alternative to a public tender; it is based on the concept of tender restricted to pre-qualified bidders. Limited tender was included in the previous Tender Law of 1984 for tenders of a specialized nature. The Tender Law of 2008 adopted this concept, and it has outlined the basic pre-qualification procedures.<sup>40</sup> Compared to the previous 1984 Law, the Tender Law of 2008 enlarges the scope of circumstances where a contract can be assigned directly. The 2008 Law entitles the Tender Board, in special cases, to conclude contracts by assigning the required work or service directly to the providers. The circumstances allowing contracts to be concluded by direct assignment are subject to the discretionary power of the Tender Board.<sup>41</sup> Additionally, concerned bodies are entitled to conclude contracts by direct assignment with governmental entities in cases where the contact is worth less than 10,000 OR.<sup>42</sup> The amount of contract might be raised to 25,000 OR if required.<sup>43</sup> As to both of the previous cases, the prices should be appropriate and the contact should be justified and approved by the head of the concerned body. The 2008 Tender Law entitles the tender board to conclude contracts by **engagement**. The procedure of engagement (*mumarasah* in Arabic) is based on procurement by negotiation in order to obtain the best bids at the best price. The concerned office has the discretionary power to decide on the necessity of concluding contracts by engagement.<sup>44</sup> Also, the law specifies some certain “specific circumstances” where the concerned bodies are expressly entitled to

---

<sup>38</sup> See Art 4 of Royal Decree No. 36/2008.

<sup>39</sup> See Art 8 of Royal Decree No. 36/2008.

<sup>40</sup> See Arts 47, 48 and 49 of Royal Decree No. 36/2008.

<sup>41</sup> Art 54 of Royal Decree No. 36/2008.

<sup>42</sup> Art 55 of Royal Decree No. 36/2008.

<sup>43</sup> Art 56 of Royal Decree No. 36/2008.

<sup>44</sup> Art 50 of Royal Decree No. 36/2008:

“Items may be purchased or works executed through engagement in order to secure the best bids at the lowest prices in **special cases** or in any of the following situations:.....etc”

conclude the contract by engagement.<sup>45</sup> The concerned bodies may conclude contracts through engagement, provided the value in each case does not exceed 100,000. OR.<sup>46</sup>

Furthermore, the Tender Law of 2008 adopts the process of **competition** for concluding public procurement, but only concerning contracts for the purpose of conducting studies or preparing designs, layouts, models or other technical works required for a specific project.<sup>47</sup>

It is safe to say that the Tender Law of 2008, the standard form construction contracts and the 2016 Law of Engineering Consultancy constitute the main pillars of the legal framework for the construction business and, further, provide the main players in Oman's construction field (in both the government and the private sector) with the required rules for regulating their relationships with one another.

As might nevertheless be expected, different types of disagreement can potentially arise out of construction contracts. In this regard, arbitration plays a major role in settling the different types of disputes in the Omani construction field.

### **III- Dispute Resolution Issues in the Omani Construction Field**

---

<sup>45</sup> Art 50 of Royal Decree No. 36/2008:

"Items may be purchased or works executed through engagement in order to secure the best bids at the lowest prices in special cases or in any of the following situations:

- A. Articles the manufacture or import of which is monopolized or whose nature or the purpose of whose obtainment entails that they should be purchased from the places of their production or those which are available only with an individual.
- B. Articles for which no exact specifications may be made.
- C. Technical and consultancy works or services that require specific technical know how or specific specialization.
- D. Animals, birds and poultry of various kinds.
- E. Supplies and contracts of works or transport for which tender procedure may not be followed on account of urgency.
- F. Supplies, contracts for works, transport and provision of services for which no tender bids have been submitted or for which bids with unacceptable prices have been submitted and the need for them does not permit re-tendering procedures.
- G. Execution of works or provision of services by concerned entities outside the Sultanate.
- H. Purchase and leasing of real estate."

<sup>46</sup> See Art 50 of Royal Decree No. 36/2008.

<sup>47</sup> See Arts 57 to 61 of Royal Decree No. 36/2008.

Disputes between employers and contractors are the most significant problem that a construction project may face. Disputes lead to many consequences, such as payment delay, extension of the time needed and work suspension. The settlement of construction disputes requires both legal procedures and engineering expertise.<sup>48</sup> The Omani legal environment provides conflicted parties in construction disputes with all means of dispute resolution, including litigation and arbitration. Arbitration plays an important role in the settlement of construction disputes in Oman, as it settles the dispute by means of a final binding decision that is issued by a qualified arbitrator who has been appointed by agreement of the parties (1). Nevertheless, different obstacles may in practice prevent arbitration from playing its expected effective role in construction disputes in Oman (2).

### **1. Means of Dispute Settlement in Oman**

Litigation could be used to settle any type of dispute in Oman, including construction disputes (a), unless the disputing parties prefer to turn to some means of alternative dispute resolution (b).

#### **a) Litigation.**

In 2002, Oman enacted the Omani Civil and Commercial Procedural Law (OCCPL), governing procedural matters in both commercial and civil disputes.<sup>49</sup> OCCPL entitles Omani courts to hear suits filed against Omani nationals or non-Omanis whose domicile or place of residence is in the Sultanate.<sup>50</sup> Any dispute arising out of a construction contract to be performed in Oman might be settled by litigation. Omani courts are entitled to hear the disputes and examine documents and memoranda presented by counsel to the parties. Additionally, the court may choose to appoint an expert in order to issue the most suitable decision. The expert, who is usually specialized in the field of the dispute, has to give his professional

---

<sup>48</sup> For more details about claims in construction projects in Oman, see Mohammed Al Mohsin, Claim Analysis of Construction Projects in Oman, *International Journal on Advanced Science Engineering Information Technology*, Vol.2(2012). No.2.

<sup>49</sup> Royal Decree No. 29/2002.

<sup>50</sup> Art 29 of Royal Decree No. 29/2002.

opinion on the dispute in a written report. The parties to the dispute are entitled to review the expert's report and challenge it. The litigation system in Oman consists of different levels and entitles litigants to challenge the decision of the primary courts before courts of appeal and to challenge the decision of the court of appeal before the high court, which may result in it taking many years to settle the dispute by final binding decision. Specialized courts in the construction field can help to settle disputes effectively; unfortunately, the Omani judicial system is still lacking such a type of specialized court. Furthermore, language may delay the length of litigation. A vast number of construction contracts in Oman are drafted in English, whereas the number of judges speaking English is limited. Most contractors and employers attempt to settle their disputes without having recourse to litigation, but it might be used as a last resort.<sup>51</sup>

#### **b) ADR & construction disputes in Oman**

All types of ADR are permitted to settle construction disputes in Oman. "Orthodox ADR methods (such as conciliation, mediation and adjudication) have not been widely used in Oman, even on large projects. Generally, negotiated amicable settlements may be used, rather than formal, or even informal or alternative legal proceeding".<sup>52</sup> Regardless of their benefit, some types of ADR are not commonly used in Oman's construction field, such as dispute reviewing boards (DRB),<sup>53</sup> contrary to other GCC countries (e.g. UAE).<sup>54</sup> Conciliation (through the Ministry of Justice) and

---

<sup>51</sup> See Mohammed Al Mohsin, Claim Analysis of Construction Projects in Oman, above, note 39.

<sup>52</sup> See David Courtney-Hatcher, Steven Tee, Dianne Hamilton and James Barton, Construction and projects in Oman: overview, above, note 1.

<sup>53</sup> Dispute Avoidance Processes in Oman - Friend or Foe, Published electronically at: <http://omanlawblog.curtis.com/> on 19/10/2016.

<sup>54</sup> "Since early 2007, construction contracts by the Abu Dhabi Government have provided for disputes to be referred first to an ad hoc dispute adjudication board, in line with International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) forms, and then to ADCCAC arbitration." See, Nasser Ali Khasawneh, Gurmeet Kaur and Pooja Kohli, Construction Arbitration in the Middle East, published electronically at <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=92783179-e253-4ded-9773-8975fbaa8d87> on 16/03/2016.



arbitration are the most prevalent types of ADR used to settle construction disputes in Oman.

The **Conciliation and Settlement Law of 2005**<sup>55</sup> entitles the conflicted parties to refer their dispute to the Committee of Conciliation and Settlement (an entity administered under the **Ministry of Justice**) by submitting an application, free of charge, before reference is made to the courts. The Committee will attempt to settle the dispute within 60 days from the date of application to the Committee; this period may be extended for a further period of not more than 30 days upon the agreement of parties.<sup>56</sup> The Committee is entitled to appoint experts or hear any party that may assist in concluding the required conciliation.<sup>57</sup> If settlement is achieved, the Committee will prepare a report to be signed by all parties, which can then be enforced in the same manner as a final judgment of a court.<sup>58</sup> Conciliation through the Ministry of Justice might be used to resolve disputes in small-scale projects. Parties to a dispute are also free to explore on their own initiative mediation/conciliation through the appointment of a professional mediator/conciliator. Other than for small-scale projects, construction contracts in Oman, whether awarded by public or private sector project procurers, will habitually provide for disputes to be referred to arbitration.<sup>59</sup>

**Arbitration** was recognized in Oman a long time ago. That means the settlement of disputes operated under the umbrella of Sharia rules for many decades.<sup>60</sup> Royal Decree No. 32/1984 is considered the first attempt by the Omani legislature to codify arbitration as a means of settling commercial disputes. The Decree recognized arbitration

---

<sup>55</sup> Enacted by Royal Decree No. 98/2005.

<sup>56</sup> Art 13 of Royal Decree No. 98/2005.

<sup>57</sup> Art 9 of Royal Decree No. 98/2005.

<sup>58</sup> Art 15 of Royal Decree No. 98/2005.

<sup>59</sup> David Courtney-Hatcher, Steven Tee, Dianne Hamilton and James Barton, Construction and projects in Oman: overview, above, note 1

<sup>60</sup> See, Md. Shahadat Hossain, Arbitration in Islamic Law for the Treatment of Civil and Criminal Cases: An Analytical Overview, *Journal of Philosophy, Culture and Religion*, vol.1 (2013), at 1.

agreements.<sup>61</sup> In 1994 Oman enacted the Foreign Capital Investment Law (FCIL), which permitted investors to settle their disputes with public/private sector entities by arbitration.<sup>62</sup> In 1997 Oman enacted the Omani Arbitration Law and adopted the UNCITRAL Model Law of 1985.<sup>63</sup> The final step taken by Omani legislator to comply with the modern principles of arbitration was accomplished with the ratification of the ICSID<sup>64</sup> Convention in 1999, which satisfied foreign investors and entitled them to settle their disputes with the Omani government by international arbitration.<sup>65</sup>

## **2. Arbitration and Construction Disputes in Oman**

Standard form construction contracts in Oman have drawn the road map for settling disputes by arbitration, giving special consideration to the role of the project engineer (a). Nevertheless, there are a few obstacles that might prevent arbitration from playing its expected role as the most effective means of dispute resolution (b).

### **a. Cooperative effort between engineers and arbitrators**

Almost all standard form construction contracts in Oman adopt arbitration as a means for the settlement of disputes. The arbitration clause found in these contracts usually requires the referral of any dispute or difference of any kind to the project's engineer for a decision.<sup>66</sup> It is safe to say that the settlement of construction dispute in Oman is a cooperative effort between engineers and arbitrators. Moreover, in some construction contracts concluded between private

---

<sup>61</sup> Art 59 of Royal Decree No. 32/1984

<sup>62</sup> Art 14 Omani Foreign Capital Investment Law, Royal Decree No. 102/1994

<sup>63</sup> Royal Decree No. 74/1997

<sup>64</sup> International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States of 1965.

<sup>65</sup> For more details about arbitration in Oman see Amel K. Abdallah , *Oman*, in Gordon Blank (eds), *Arbitration in the MENA*, (Juris, 2016).

<sup>66</sup> For example See, Art 67 of the Standard Documents for Building and Civil Engineering Works, 4<sup>th</sup> edition-1999. " If any dispute or difference of any kind whatsoever shall arise between the Employer and the Contractor or the Engineer and the Contractor in connection with, or arising out of the Contract, or the execution of the Works, whether during the progress of the Works or after their completion and whether before or after the termination, abandonment or breach of the Contract, it shall be referred to and settled by the Engineer....."

law parties in Oman, it is acceptable to appointe the consultant engineer as an arbitrator.<sup>67</sup>

Oman's Standard Documents for Building and Civil Engineering Works as well as other standard documents refer disputes first to the engineer<sup>68</sup> and then, as necessary, to a single arbitrator.

**The engineer** is required to give his written decision concerning the dispute within 90 days after being requested to do so by either party. Such decision is final and binding unless any of the contracting parties proceed further with the arbitration process within 90 days of receipt of the engineer's written decision. The complex nature of construction disputes may mean that high value is given to the engineer's decision during the arbitration process. The high court has confirmed the obligation of the parties of standard document of construction to start settlement of dispute by alleging to the engineer before proceeding in arbitration.<sup>69</sup> Oman's Standard Documents of construction entitle the parties to define the position of the project engineer without considering the regulations in the Engineering Consultancy Law concerning professional engineering standards.<sup>70</sup> It might be appropriate to re-draft the Standard Documents considering the new Engineering Consultancy Law of 2016.

In the event that the parties cannot agree upon **the single arbitrator** who will preside over the case, the president of the competent court of appeal will appoint him, in a decision, upon application of either of the parties. Such decision is not be appealable in any manner whatsoever.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Omani High Court, Decision No.242/2010, 18-5-2011.

<sup>68</sup> Art.1/C of The Standard Documents for Building and Civil Engineering Works,

<sup>th</sup>  
4 edition-1999 entitle the contracting parties to agree on the definition of the project engineer; if not the standard document defines the engineer as "any individual, individuals or undertaking the Employer appoints from time to time and notifies the Contractor thereof in writing to perform the functions of Engineer for the purpose of this Contract".

<sup>69</sup> Omani High court , Decision No.510/2010 , 25-1-2012

<sup>70</sup> Art 17 of Royal Decree No. 27/2016.

<sup>71</sup> Art 17 Omani Arbitration Law, Royal Decree No. 47/1997 (modified by Royal Decree No. 3/2007).

The arbitrator has full power to consider, revise and review any decision, opinion, direction, certificate or valuation of the engineer. Parties shall not be limited in the proceedings before such arbitrator to the evidence or arguments put before the engineer for the purpose of obtaining the engineer's decision. The engineer may be called as a witness and give evidence before the arbitrator on any matter whatsoever relevant to the dispute. The language of the arbitration is usually the language of the contract unless the parties have agreed otherwise.<sup>72</sup> The Standard Document considers the importance of the English language in the construction field; it states that all correspondence exchanged between the employer, engineer and contractor is to be in Arabic and English.<sup>73</sup>

The Arbitration Law sets out the rules relating to the exchange of pleadings,<sup>74</sup> which must be in Arabic unless otherwise agreed.<sup>75</sup> In many construction disputes, parties prefer English. The applicable law is usually Omani law.<sup>76</sup> The arbitrator may seek the opinion of an expert, upon which the parties to the arbitration are entitled to reply. The arbitrator has to render the award ending the dispute as a whole within the period agreed to by the parties to the dispute. If there is no agreement, the award is to be rendered within 12 months from the date of commencement of the arbitral proceedings. The arbitrator is

---

<sup>72</sup> See Art 5-1-a of the Standard Documents for Building and Civil Engineering Works, 4<sup>th</sup> edition-1999.

<sup>73</sup> See Art 5-1-b of the Standard Documents for Building and Civil Engineering Works, 4<sup>th</sup> edition-1999.

<sup>74</sup> Arts 25 to 38 of Omani Arbitration Law, Royal Decree No. 47/1997.

<sup>75</sup> Art 29 Omani Arbitration Law, Royal Decree No. 47/1997 states: "The arbitration shall proceed in the Arabic language, unless the two parties agree, or the arbitral tribunal specifies, another language or languages. That which is laid down in the agreement or the decision shall also have effect in relation to the language of written statements and memoranda, and to oral submissions, and likewise to any decision such tribunal takes, any letter it sends, or any award it renders, unless the agreement of the two parties or a decision by the arbitral tribunal, provides otherwise."

<sup>76</sup> See Art 5-1-c of the Standard Documents for Building and Civil Engineering Works, 4<sup>th</sup> edition-1999.

entitled to extend the period for six months or for a longer period if agreed to by the parties.<sup>77</sup>

**b. Arbitration, construction disputes, areas of ineffectiveness.**

Independent of the road map that the different construction regulations and national laws in Oman create for settling construction disputes effectively by arbitration, we should note the relatively mild degree of construction disputes in this country.<sup>78</sup> Still, there are a few obstacles that may prevent arbitration from providing parties to a conflict with the benefits they seek from that means of dispute settlement. An absence of arbitration centers, the possibility of inexperienced arbitrators being appointed by the court, the difficulty in challenging arbitrators for a lack of experience, the absence of a provision specifying a time limit for an arbitrator to stepdown in the event of a challenge, and the absence of a mechanism for specifying arbitrator fees in ad-hoc arbitration – these may constitute the most obvious obstacles which could prevent parties to a construction contract dispute from realizing the advantages of arbitration.

Although 20 years have passed since the enactment of the Omani Arbitration Law in 1997, Oman still lacks its own arbitral institutions. If parties to commercial or civil disputes wish to settle their dispute by arbitration in Oman, they must resort to *ad hoc* arbitration or utilize a non-Omani arbitration institution. Foreign contractors are entitled to file with ICSID to settle their disputes with the Omani government.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Art 45 Omani Arbitration Law, Royal Decree No.47/1997.

<sup>78</sup> "The total numbers of the claims that occurred in 45 projects were 119 claims with [an] average of 2.64 claims per each project and [a] standard deviation of 1.68. However, the minimum number of claims is 1, and the maximum of the claims 7. As far as [concerns] the number of claims of construction projects in Oman, this number seems to be too less as compared with other countries for many reasons represented by the calm nature of this industry in Oman." .... See: Mohammed Al Mohsin, Claim Analysis of Construction Projects in Oman, above, note 39.

<sup>79</sup> For example See ; *Attila Dogan Construction and Installation Co v Sultanate of Oman*, featuring claims arising out of the government's alleged frustration of investments related to an engineering and construction contract concluded by the claimant ( *Turkish*

Ad-hoc arbitration in Oman may possess its own problems. For example, parties to a conflict may not reach an agreement concerning the arbitrator at the time of the dispute. In such a case, any of the conflicted parties may apply to the president of the competent court of appeal to appoint the required single arbitrator. In Oman, the court of appeal has a list of arbitrators, as does the administrative court.<sup>80</sup>

Further, in many cases, parties to a conflict may not reach to an agreement concerning numbers of arbitrators at the time of dispute. In such cases, the president of competent court of appeal used to appoint a sole arbitrator to guarantee speedy proceedings and fewer expenses regardless the wording of Article 15/1 of the Omani Arbitration Law, which states: "*In case, the parties fail to arrive at an understanding with regard to the number of arbitrators, the number shall be three.*" Such practice in Omani courts may jeopardize the validity of many arbitral awards as the arbitrator appointed contrary to the law.<sup>81</sup>

In disputes arising out of administrative contracts, the appeal chamber in the Administrative Court has jurisdiction to appoint the sole arbitrator/the arbitral tribunal where the disputing parties are unable to agree.<sup>82</sup> Appointment of an arbitrator by the president of the ordinary court of appeal entitles the award debtor to challenge the award by annulment. Recently, the appeal chamber in the Administrative Court has set aside some arbitral awards issued by

---

*Construction and Installation Company*) with Petroleum Development of Oman (PDO), a majority State-owned company, after winning the tender. According to the claimant, authorities delayed or prevented the entry of its qualified foreign personnel into Oman and required the claimant to hire additional Omani nationals from a local construction company. Petroleum Development of Oman later redistributed 60 percent of the contract work to the previous local contract-holder and eventually terminated the contract in favor of the latter and other contractors. (ICSID Case No. ARB/16/7) available electronically at: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f16%2f7>.

<sup>80</sup> Applications to the president of the court with a copy of the applicant's CV, accompanied by certificates, are required documents for registration in such lists. Once the applicant submits such documents, registration is subject to the discretionary power of the president of the court of appeal.

<sup>81</sup> See Art. 15/1/e of Royal Decree N.47/1997 'No action for annulment of an arbitral award shall be admissible save in the following cases.....e..If the arbitral tribunal was constituted or arbitrators were appointed contrary to the law.....'

<sup>82</sup> Art.6 bis of The Administrative Court's Law - Royal Decree No. 91/1999

arbitral tribunal has been appointed by the president of the ordinary court of appeal in disputes arising out of administrative contracts.<sup>83</sup> The Appeal chamber justifies the annulment of mentioned arbitral awards by violating the Judicial Public Policy in Oman.<sup>84</sup>

The Omani Arbitration Law specifies the grounds for challenging and replacing arbitrators. Only circumstances giving rise to serious doubts concerning the impartiality or independence of an arbitrator entitle a party to challenge the arbitrator.<sup>85</sup> A written application declaring the grounds of the challenge must be submitted to the arbitral tribunal within 15 days of the date that the applicant knew of the constitution of the tribunal or of the grounds for the challenge.<sup>86</sup> The tribunal has to decide on the application, unless the concerned arbitrator steps down. There is no time limit for the arbitrator to step down or for the tribunal to reach a decision. The applicant must simply wait for the decision. In the case of construction disputes, the single arbitrator may refuse to step down or take a long time to decide in this regard. This gap in Omani law is inconsistent with the nature of arbitration as a type of ADR used to settle disputes speedily. Other Arab legislatures have filled similar gaps by including time limits both for the arbitrator and for the tribunal deciding on the challenge.<sup>87</sup>

Unfortunately, the Omani Arbitration Law is silent on the possibility of challenging an inexperienced, overwhelmed or otherwise unqualified arbitrator. The wording of neither Article 18<sup>88</sup> nor Article 20<sup>89</sup> of the Omani Arbitration Law entitles the parties to a dispute to

---

<sup>83</sup> Appeal Chamber of administrative court, Decision No.544/2014, 5-5-2014 and Decision No.925/2016, 7-11-2016

<sup>84</sup> Appeal Chamber of administrative court, Decision No.925/2016, 7-11-2016

<sup>85</sup> Art 18 Omani Arbitration Law, Royal Decree No. 47/1997.

<sup>86</sup> Art 19/1 Omani Arbitration Law, Royal Decree No. 47/1997.

<sup>87</sup> See Art 19 Egyptian Arbitration Law No. 27/1994 - amended by Law No. 8/2000.

<sup>88</sup> Art 18/1 Omani Arbitration Law, Royal Decree No. 47/1997: "It shall not be permissible for an arbitrator to be challenged unless there be circumstances giving rise to serious doubts as to his impartiality or independence."

<sup>89</sup> Art 20 Omani Arbitration Law, Royal Decree No. 47/1997: "If an arbitrator is unable to perform his mandate, or does not proceed with it, or ceases to perform it in such manner as leads to unjustifiable delay in the arbitral proceedings, and if he does not withdraw and the two parties do not agree on his removal, it shall be permissible for the President of the

request that the court unilaterally remove an arbitrator upon his ineffectiveness being discovered; this result is especially true if the arbitrator has been appointed by a decision from the president of the court of appeal, as such a decision is not appealable.<sup>90</sup>

Further, the regulation of arbitrator fees constitutes an important gap in the Omani Arbitration Law. Regarding the *ad hoc* nature of arbitration in Oman, such a gap may affect the impartiality of the arbitrator. For example, some arbitrators overestimate their fees, especially in construction disputes. Parties to a conflict could bring a court challenge to the fees being imposed by the arbitrator. But in such cases, a party who refuses to pay exaggerated fees might believe that there is no longer a guarantee of the impartiality and the independency of the arbitrator. A party who disputes the arbitrator's bill may believe that it will no longer receive fair treatment from this arbitrator. Moreover, the appeals chamber in Omani Administrative Court recently has declared that the arbitration fees is an essential matter should be agreed upon in a separate agreement between the parties and the arbitrator. The court of appeal entitles the arbitrator to stay the procedure of arbitration and allege to the court to settle the dispute about arbitration fees before proceeding in arbitration again.<sup>91</sup>

#### **IV. Conclusion**

The legal environment of the construction business in Oman complies with recent developments in the field; nevertheless, it still needs more attention from the Omani legislature, especially after the 2016 enactment of the new Law of Engineering Consultancy. The Standard Documents for Building and Civil Engineering Works need to be revised in consideration of the requirements for professional engineers imposed by the new Law of Engineering Consultancy. Means of dispute resolution, especially arbitration need some improvements. The number of disputes that proceed to arbitration could be reduced – especially as concerns big projects – by adding

---

competent Court of Appeal to order that his mandate be terminated, on application by either of the two parties.”

<sup>90</sup> See Art 17/1 Omani Arbitration Law, Royal Decree No. 47/1997.

<sup>91</sup> Appeals Chamber in Omani Administrative Court, Decision No.579/2016 , 3-5-2016



into the Standard Documents the possibility of settlement by a dispute review board. Some gaps in the Omani Arbitration Law should be filled in order to avoid their negative effects in practice. For example, a ministerial decision specifying arbitrator's fees as a certain percentage of the amount in dispute could encourage parties to a conflict to settle their dispute by arbitration, as this would save time and avoid the concerns about impartiality that arise when a party challenges the arbitrator's fees. Further, a modification to the Omani Arbitration law that would, first, compel a challenged arbitrator to decide within a certain period of time whether to stay on the tribunal and, second, add time limits to a subsequent challenge of this decision could also help to save more time in such cases.

Finally, the absence of an Omani arbitral institution represents the most important gap in that field as it is inconsistent with the governmental desire to encourage international trade and foreign investment.

**إشكالية الحجز على الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية  
الاتحادي الإماراتي**

**دراسة نقدية مقارنة بقانون التجارة الأردني**

**الدكتور: مظفر جابر الراوي**

**أستاذ القانون التجاري المساعد**

**كلية القانون - جامعة الشارقة**

## ملخص

الاسم التجاري من طائفة حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ويعدّ من أبرز العناصر المعنوية للمحل التجاري، ويستأثر التاجر به لتميز تجارته. فاتصل الاسم التجاري بالمتجر وبنوع نشاطه التجاري. وقد يتحد الاسم التجاري باسم التاجر ولقبه الحقيقيين، وهذا يثير إشكالية في تنظيم أحكام الاسم التجاري تبعاً لاختلاف طبيعتهما القانونية. فذهب المشرع الأردني إلى تنظيم ذلك من خلال عدّه الاسم التجاري مختصاً بالمتجر دون التاجر، فأمكن التصرف به مراعاة لطبيعته المالية، وكذلك الحجز عليه. بينما عدّ اسم التاجر ولقبه عنواناً تجارياً لتميز التاجر عن غيره من التجار، فهو بهذا الاعتبار لا يعدّ عنصراً معنوياً من عناصر المتجر، ولا يحمل الطبيعة المالية ما لم يتخذه التاجر في الوقت نفسه اسماً تجارياً. ولما لم يتخذ قانون المعاملات التجاري الاتحادي هذه التفرقة وقع التعارض بين مواده المنظمة للاسم التجاري الذي يحمل اسم التاجر الفرد ولقبه الحقيقيين، ولم تتضح فيه أحكام الحجز على الاسم التجاري، بل جاء قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي معارضاً لظاهر توجه المشرع في حدود تعيين صفة ارتباط الاسم التجاري بالمتجر المتصرف فيه.

وقد انصبّ البحث على تعيين تلك الإشكالية وسببها، وفق دراسة نقدية مقارنة بقانون التجارة الأردني، مبنية على منهج التحليل. فاقترض ذلك تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، تم تخصيص أولها للكشف عن ماهية الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية، والثاني لتحديد إشكالية طبيعته القانونية فيه، والثالث في استقراء الحالات التي يمكن فيها الحجز على الاسم التجاري. ثم جاءت الخاتمة في بيان أبرز نتائج البحث، والتوصيات التي من شأنها معالجة تلك الإشكالية.

الكلمات الدالة: الاسم التجاري، العنوان التجاري، المحل التجاري، قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي، قانون التجارة الأردني.

## **Abstract**

Trade name is classified as part of industrial property rights, and is one of the most prominent incorporeal elements of business premises, and a merchant uses trade name to distinguish his business. The trade name is connected with the business premises and the type of commercial activity. The trade name may combine the name of the merchant and his title, and this raises a problem in regulating the rules of trade names based upon their different legal nature. The Jordanian legislator took the position that a trade name is connected with the place of business rather than the merchant so that a trade name can be used due to its financial nature and be subject to attachment. While the merchant name and his/her title is counted as commercial address to distinguish it from other merchants. In doing that, it is considered as not an incorporeal component of the store, and does not carry a financial nature unless the merchant's name and title are used as a trade name. The UAE Federal Code of Business Transactions did not take into account this distinction, a conflict occurred between its provisions governing trade names that carry the merchant's name and title. Also, the rules governing taking the trade name in execution are not made clear. The Federal Supreme Court and the Court of Cassation in Dubai in their decisions opposed to the apparent legislative intent of connecting trade name with the place of business. This article focuses on this issue and its rationale based on a critical study as compared with Jordanian trade law.

The article is divided into three sections. The first section focuses on the nature of trade name in the Federal code of Commercial Transactions. The second section addresses the legal nature of trade names. The third section covers the cases for attaching trade names. The article concludes with a set of finding and recommendations.

**Keywords:** Trade name, Business address, Business premises, UAE Federal Code of Business Transactions, Jordanian Trade law.

## مقدمة:

يتميز الاسم المدني للشخص الطبيعي، ويدخل في تكوينه اسمه ولقبه الحقيقيين<sup>١</sup> عن الاسم التجاري من حيث إن الأول حق من الحقوق للصيقة بالإنسان، الغرض منه أن يُعرف به تعريفاً يميزه عن غيره، وهو بهذا الاعتبار حقاً من حقوق الشخصية، فلا يسقط بعدم الاستعمال، ولا يقبل التنازل عنه ولا التصرف به ولا تقويمه بالنقود من حيث إنه ليس بمال، فلم يشكل عنصراً من عناصر الذمة المالية، بل لا يصح ذلك لأنه من النظام العام. أما الاسم التجاري فهو من حيث طبيعته القانونية على خلاف ما ذكر<sup>٢</sup>، فهو من الحقوق المالية المعنوية<sup>٣</sup>، ومن طائفة حقوق الملكية الصناعية والتجارية<sup>٤</sup>، وأحد عناصر المتجر لتمييزه عما سواه من المحال التجارية التي تمارس نشاطاً تجارياً مماثلاً، ووسيلة لاجتذاب الزبائن<sup>٥</sup>، بل يجب على التاجر، شخصاً طبيعياً كان أم معنوياً، أن يتخذ اسماً تجارياً لتمييز نشاطه التجاري<sup>٦</sup>، وهو حق له يستأثر وحده بسلطات المالك عليه، استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً<sup>٧</sup>. وسنداً لما تقدم أمكن تقويم الاسم التجاري بالنقود، والتصرف به، والحجز عليه، وسقوطه بعدم الاستعمال.

وإذا كان أمر التمييز بينهما واضحاً باعتبار النظر العام فإنه قد يلتبس متى اتخذ التاجر الفرد اسمه ولقبه الحقيقيين اسماً تجارياً، فيجتمع في الاسم الواحد الاسم المدني والاسم التجاري. وهذا يؤثر

<sup>١</sup> نصت المادة ٨٠ من قانون المعاملات المدنية الاتحادية: (١. يكون لكل شخص اسم ولقب، ويلحق لقبه بأسماء أولاده. ٢. وينظم قانون خاص كيفية اكتساب الأسماء والألقاب وتغييرها).

<sup>٢</sup> انظر بهذا المعنى: محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص ٤١٧، محمد الشافعي، اسم الأصل التجاري، بحث منشور في المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن-كلية العلوم القانونية-كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المغرب، ع ٢٤، ١٩٩٥، ص ١٢-١٣.

<sup>٣</sup> ينشأ لصاحب الاسم التجاري حق معنوي له قيمة مالية ويعد حجة على الكافة إذا تم تسجيله، ويفرد لوحده في استعماله واستغلاله والتصرف فيه للغير، ويجوز منع الغير الاعتداء عليه لأنه حق ملكية وله أن يحميه بكافة وسائل الحماية. أسامة المحيسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠١١م، ص ٩٨.

<sup>٤</sup> المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٢ لسنة ٢٧، ٢٦/٦/٢٠٠٧م.

<sup>٥</sup> جاء في حكم محكمة التمييز الأردنية - الأحكام المدنية - الطعن رقم ١٤ لسنة ١٩٨٦ قضائية: (إن اسم الشخص بالمعنى اللغوي والقانوني هو اللفظ الذي يطلق على شخص للتعريف به وتمييزه عن غيره من الأشخاص، وإن الاسم التجاري لا يخرج عن هذا المفهوم سوى أنه لا يستعمل إلا في التجارة للتعريف بالمتجر والتاجر فرداً كان أم هيئة معنوية ولتمييز المتجر والتاجر في المعاملات التجارية بشرط التسجيل وفق أحكام قانون تسجيل الأسماء التجارية رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٣م).

<sup>٦</sup> راجع المادة ٣ من قانون السجل التجاري الإماراتي، والمادة ٢١ من قانون التجارة العراقي، والمادتين ١ و٤ من قانون الأسماء التجارية المصري.

<sup>٧</sup> انظر: John T. Cross, Language and the Law: The Special Role of Trademarks, Trade Names, and Other Trade Emblems, 76.1 Nebraska Law Review 96, 110 (1997).

إشكالية البحث في مدى تجرّد الاسم التجاري بطبيعته القانونية وصفته المالية عن الاسم المدني الذي يباين الاسم التجاري في طبيعته القانونية وصفته غير المالية. وإشكالية التجرّد هذه تتعدى بالضرورة إلى الأحكام المنظمة للاسم التجاري، ومنها إمكان الحجز على الاسم التجاري استقلالاً عن المتجر. ومن هنا نجد أنّ المشرع الأردني قد منع اتخاذ الاسم المدني اسماً تجارياً، وإن أجاز اتخاذه عنواناً تجارياً، ومن ثمّ جاز عنده الحجز على الاسم التجاري دون العنوان التجاري. بينما خالف هذا النهج المشرع الإماراتي، وبحسب ما سيأتي بيان ذلك في طيّات البحث.

وقد قصرنا هذا البحث على بحث إشكالية الحجز على الاسم التجاري متى اتخذه التاجر الفرد اسماً تجارياً، فلم يلزمنا بحث إجراءات الحجز عليه في ذاتها لخروجها عن نطاق موضوعه.

ولاستيفاء النظر الفقهي ومقتضيات البحث القانوني فقد اعتمدنا المنهجين التحليلي والنقدي، وقرّنا الدراسة النقدية لمنهج قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م في تنظيمه لأحكام الاسم التجاري بمنهج قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦م، وقانون تسجيل الأسماء التجارية الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٣م. أما المنهج الوصفي فهو أمر لازم للتمهيد في كل بحث.

وتم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة، وبحسب الآتي:

المبحث الأول: ماهية الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية

المبحث الثاني: سبب إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية

المبحث الثالث: إمكان الحجز على الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية

الخاتمة: وأذكر فيها أبرز نتائج البحث والتوصيات.

## المبحث الأول

### ماهية الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية

يقضي البحث في ماهية الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية استقراء مفهومه وطبيعته القانونية في القانون المذكور، وذلك ما نبخته في المطالبين الآتيين.

## المطلب الأول

### مفهوم الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية

بينت المادة ٥٧ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م الاسم التجاري بالقول: (يتألف الاسم التجاري للتاجر الفرد من اسمه ولقبه، ويجوز أن يتضمن بيانات خاصة بالأشخاص المذكورين فيه متعلقة بنوع التجارة المخصص لها، كما يجوز أن يكون تسمية مبتكرة، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الاسم التجاري مطابقاً للحقيقة وألا يؤدي إلى التضليل أو المساس بالنظام العام أو الآداب)، ونصت المادة ٥٨ منه: (يكون الاسم التجاري للشركات التجارية وفق الأحكام القانونية الخاصة بها)٨.

وبالرجوع إلى نص المادة ٥٧ نجد أنّ الاسم التجاري قد يكون:

١. اسم التاجر ولقبه، وذلك للتاجر الفرد. وأسماء الشركاء أو ألقابهم بالنسبة لشركات الأشخاص.

٢. بيانات خاصة بالشخص أو الأشخاص المذكورين في الاسم التجاري تتعلق تلك البيانات بنوع التجارة المخصص لها الاسم، مثل (مطبعة المهندس ثابت العلي).

٣. تسمية مبتكرة: وبها يتم تمييز المتجر باسم هو غير اسم التاجر ولقبه، بشرط أن يكون غير شائع الاستعمال بجنسه أو نوعه في نوع النشاط التجاري، مثل (صيدلية ابن سينا) و(مطعم البيت البغدادي) و(الصالون الأحمر) و(مقهى الأنس). فلم تعدّ لذلك كلمات؛ صيدلية، مطعم، صالون، مقهى.. تسمية مبتكرة دون وصفها أو إضافتها إلى ما يخص المتجر باسم تجاري ينفرد به. وقد خرج المشرع بإجازته التسمية المبتكرة اسماً تجارياً عما أورده ابتداءً من أن الاسم التجاري يتألف من اسم التاجر ولقبه. فتنوعت صور الاسم التجاري، وكان لهذا التنوع أثره على وحدة أحكام الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية، وبحسب ما سيأتي لاحقاً.

٨. لم يخصص المشرع الإماراتي قانوناً خاصاً بالأسماء التجارية على غرار ما فعله كل من المشرع المصري والمشرع الأردني والمشرع العراقي، بل نظم أحكام الأسماء التجارية في قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م، وقانون السجل التجاري رقم ٥ لسنة ١٩٧٥م. بينما انفردت إمارة أبو ظبي بتنظيمه بالقرار الإداري رقم ٧ لسنة ٢٠١٤م بشأن نظام الأسماء التجارية في إمارة أبو ظبي.

واشترطت المادة في ذيلها أن يكون الاسم التجاري:

١. أن يكون مطابقاً للحقيقة: ولكن ما مراد المشرع بالحقيقة التي يجب أن يطابقها الاسم. هل هي حقيقة اسم التاجر الفرد ولقبه؟ أم حقيقة نوع التجارة؟ ويترجح عندنا الأول لأمرين، أحدهما الضمير في (اسمه ولقبه) الواردين في نص المادة يعودان إلى التاجر، فتعين أن يكون الاسم المضاف إلى الضمير، وكذلك اللقب، هما الاسم واللقب الحقيقيين للتاجر. ويؤيد ذلك ما صرحت به بعض القوانين بهذا الشأن. والثاني أنه لو كان المراد بالحقيقة نوع التجارة لما جاز ذكر الشرط الثاني، وهو (وَألا يؤدي إلى التضليل)، ذلك أن نوع التجارة معلوم بالتداول، إلا إن ثقة العملاء تتعلق بالتاجر، وتنتقل الثقة باسمه إلى الثقة بالمحال التي تنصب عليها تجارته.

٢. أن لا يفضي استعماله إلى تضليل جمهور المستهلكين: وذلك شرط لمنع المنافسة غير المشروعة<sup>٩</sup>. إلا إن التضليل لا يقع قانوناً إلا من تاريخ قيد الاسم التجاري في السجل التجاري، وإعلان التاجر اسمه التجاري للجمهور والتعامل به، واستعماله من غير صاحبه وبدون إذنه في تجارة مماثلة، وبذلك قضت المادتان ٥٩ و ١/٦٠ من قانون المعاملات التجارية، ونص الأولى: (يقيد الاسم التجاري في السجل التجاري وفقاً للأحكام المقررة في هذا الشأن ولا يجوز بعد القيد لتاجر آخر استعمال هذا الاسم في نوع التجارة التي يزاولها في تجارة مماثلة وإذا كان اسم التاجر ولقبه يشبهان اسماً تجارياً سبق قيده وجب عليه أن يضيف إلى اسمه بياناً يميزه عن الاسم التجاري السابق قيده). أما الثانية فنصت: (على التاجر أن يكتب

<sup>٩</sup> إن حماية الاسم التجاري هي حماية من المنافسة غير المشروعة والتي من شأنها إحداث لبس مع أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه التجاري، ويتحقق ذلك باستعمال اسم تجاري مماثل أو مشابه أو من شأنه إحداث اللبس لدى جمهور المستهلكين أو الربط بين الاسمين أو وجود صلة بينهما... وتبعاً لذلك فإن استعمال الغير لاسم تجاري ليس له يشكل تصرفاً طفيلياً بالاستفادة من دون مقابل من السمعة التي اكتسبها صاحب الاسم التجاري بفعل مجهوده ونشاطه ورعايته، وتقدير التشابه في الأسماء التجارية أو ما يعد تصرفاً طفيلياً من سلطة محكمة الموضوع، وأن الجزاء على ثبوت تقليد العلامة التجارية أو استعمال الغير لاسم تجاري ليس له أو مشابه له هو منع هذا الغير من استعمال ذلك الاسم التجاري أو شطبه من السجلات المعدة لذلك إن تم القيد... الاستعمال غير المشروع للاسم التجاري يمكن أن يحصل ولو باستعمال جزء من الاسم، لكن ذلك مشروط بأن يكون في نفس النشاط ويخلق الالتباس في ذهن الجمهور.. إن جزء الاستعمال غير المشروع لاسم تجاري مملوك للغير هو المنع من الاستعمال والشطب من السجلات المعدة لذلك إن تم القيد، وذلك عملاً بالمواد ٩ و ١٠ و ١١ من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتي صارت تشريعاً داخلياً بانضمام دولة الإمارات العربية إليها بموجب المرسوم رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٦. (محكمة نقض أبوظبي- الأحكام المدنية والتجارية- الطعن رقم ٧٥٢ - لسنة ٢٠١٣ قضائية - بتاريخ ٢٠١٣/٢/٣١).



اسمه التجاري على واجهة متجره، وعليه إجراء معاملاته التجارية باسمه التجاري). كذلك يكون تضليل جمهور المستهلكين من خلال استعمال اسم تجاري غير مطابق للحقيقة أو لم يُرخص للتاجر استعماله، وقد قضى بأن الاسم التجاري (BAZAR-SOLDES)، أي بازار أو سوق التخفيضات، لمحل غير مرخص له وفقاً لأحكام القانون الفرنسي الصادر في ٣ ديسمبر ١٩٠٦م يعدّ اسماً مضملاً يوقع صاحبه تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه ١٠.

٣. أن لا يمس النظام العام أو الآداب: وذلك مقرون بما يعدّ من النظام العام والآداب العامة في كل بلد. وبتقديرنا تعدّ في بلداننا العربية الإسلامية الأسماء التجارية التي تقترن باسم طائفة دينية أو سياسية معينتين وتقيد الدعوة إليها والانتصار لها والسخرية أو الاستخفاف بغيرها ... مخالفة للنظام العام، كذلك الأسماء التي تقترن بوصف جزء من جسم المرأة أو وصف العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة.. فإنها تعدّ مخالفة للآداب العامة. وقد تجتمع في اسم تجاري المخالفة للنظام العام والآداب العامة معاً، كاسم تجاري يفيد الاستخفاف بالحجاب الشرعي للمرأة المسلمة.

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية

لم نجد في المادة ٥٧ المتقدم ذكرها ما يدلّ على تحديد الطبيعة القانونية للاسم التجاري لا من حيث إنها عنصر معنوي من عناصر المحل التجاري، فذلك ثابت معلوم، بل حيث ارتباط الاسم التجاري بالتاجر أم بالمتجر؟ فذلك مدخل للبحث في إمكان التصرف بالاسم التجاري، ونطاق هذا التصرف، وإمكان الحجز على الاسم التجاري. فارتباط الاسم التجاري بالتاجر سيغلب فيه الطابع الشخصي، وقد يصل به إلى عدّه من الحقوق للصيقة بالشخص التي لا يصح التعامل بها، وذلك بخلاف ارتباط الاسم التجاري

١٠. انظر أحكام محكمة النقض الفرنسية :

Trib.Gr.Ins.Paris,13 oct.1993; Trib.Gr.Ins.Metz, nov,1993,D.Aff,ler janv 1995.

مشار إليها في مؤلف علي قاسم: حقوق الملكية الفكرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة -حراسة مقارنّة-، دار النهضة العربية، القاهرة ط٢٠١٦/٢،ص ١٥١.

بالمتجر فإنه يوجب تغليب الطابع المالي مما يجعله محلاً قابلاً للتصرف به تصرفاً مالياً، سواء أكان تبعاً للتصرف بالمتجر أم استقلاً عنه، كبيع الاسم أو الترخيص باستغلاله. وقد يتجاذب الاسم التجاري الطابعان، فينبغي عندها الترجيح بمرجح من خارج متى تعارضت النصوص القانونية بشأن تحديد طبيعته. ونبحث ذلك في الفرعين الآتيين:

## الفرع الأول

### ارتباط الاسم التجاري بالمتجر

بإمعان النظر في المادة ٦٠ من قانون المعاملات التجارية، ونصها: (١- على التاجر أن يكتب اسمه التجاري على واجهة متجره، وعليه إجراء معاملاته التجارية باسمه التجاري. ٢- ولا يجوز لتاجر استعمال اسم تجاري لتاجر آخر بعد انقضاء الاسم أو زواله إلا بعد مرور سنة على ذلك الزوال أو الانقضاء)، نجد أن الفقرة الأولى منها ربطت الاسم التجاري بالمتجر، فالإعلان عن الاسم ارتباط بالمتجر، كذلك ارتباط الاسم التجاري بالمعاملات التجارية للتاجر ١١، وعلة ذلك تمييز متجره عن باقي المحال التجارية التي تباشر ذات النشاط التجاري. بينما منعت الفقرة الثانية استعمال الاسم التجاري من تاجر غير صاحبه ولو انقضى الاسم أو زال إلا بعد مرور سنة من تاريخ ذلك الانقضاء أو الزوال. فانفك الاسم التجاري عن المتجر في هذا الفرض، ويمكن القول أن الحكم مقرر لحماية جمهور المستهلكين والمتعاملين مع المالك السابق للاسم التجاري. ولكن يتعذر حمله على ارتباطه بشخص التاجر من حيث إن ارتباطه بشخصه يوجب منع استعماله مطلقاً دون قيده بتاريخ معين.

والمحصل أن المادة قضت بربط الاسم التجاري بالمحل التجاري وتجارة التاجر لا بشخص التاجر. فغلب الطابع المالي في الاسم التجاري على الطابع الشخصي، ومن آثار ذلك:

١. متى كان التاجر فرداً فإن تصرفاته التجارية بموجب اسمه التجاري تنسب إليه لا إلى المتجر، وتتشغل ذمته المالية تجاه دائنيه دون المتجر لانعدام الشخصية

١١. الاسم التجاري هو اسم معين يتخذه التاجر أو الشركة التجارية لتمييز متجره أو الشركة عن غيرها. وحتى يكون لهذا الاسم التجاري حماية قانونية يجب أن يكون مقيداً في السجل المعد لذلك بدائرة التنمية الاقتصادية - التي حلت محل السجل التجاري- والأ يؤدي إلى الالتباس مع غيره من الأسماء التجارية في مجال التجارة المماثلة. (محكمة نقض أبو ظبي- الأحكام المدنية - الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠٠٧ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٨/١/١٥، والطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٢٠٠٨ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٩).

الاعتبارية للمتجر من حيث إنه يعدّ جزءاً من الذمة المالية للتاجر. وبهذا قضت المحكمة الاتحادية العليا، وجاء في حكمها: (إن من حق التاجر الفرد أن يتخذ من اسمه اسماً تجارياً لتمييز متجره، فإن فعل ذلك كان مسؤولاً بشخصه عن التصرفات التي يبرمها مع الغير سواء تعلقت هذه التصرفات بهذا المتجر أو بغيره أو بأمور خاصة بالتاجر، باعتبار أن المتجر في هذه الحالة، لا يعدو أن يكون منشأة فردية ليس لها شخصية اعتبارية أو ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه بل هو جزء من هذه الذمة)<sup>١٢</sup>.

٢. إن الاسم التجاري ينتقل بالخفية العامة، وذلك تغليباً للحق المالي فيه من حيث إنه لا ينتقل بالميراث إلى الخلف العام إلا ما كان مالاً أو حقاً يغلب فيه الطابع المالي.

٣. فإن انتقل الاسم التجاري إلى الخلف الخاص، كمشتري المتجر، تبعاً لشرائه المتجر، فإن الالتزامات والحقوق على السواء تنتقل إليه. أما تقرير انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص فحمائية لحقوق الغير. إلا أن الآثار المذكورة ترتبت بموجب قاعدة مكملة وليست أمرة، وبالتالي جاز الاتفاق على خلافها في غير ما أوجبه القانون بشأن تاريخ سريان الاتفاق وشروط سريانه، وبذلك قضت المادة ١/٦٣، وفيها: (كل من انتقلت إليه ملكية اسم تجاري تبعاً لانتقال ملكية محل تجاري يخلف سلفه في الالتزامات والحقوق التي ترتبت تحت هذا الاسم، وأي اتفاق على خلاف ذلك لا يسري في حق الغير إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري وإخطار ذوي الشأن به).

٤. إن تصرف التاجر بالمتجر تصرفاً ناقلاً للملكية مع النص على التصرف بالاسم التجاري معه يوجب على المتصرف ضمان التعرض والاستحقاق<sup>١٣</sup>.

<sup>١٢</sup> محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم ٢٣١ لسنة ١٩٩٨ قضائية بتاريخ ١٢/٧/١٩٩٨.

<sup>١٣</sup> أن نص المادة ٣٩ من قانون المعاملات التجارية قد جرى على أن "المحل التجاري هو مجموع أموال مادية ومعنوية يخصص لمزاولة أعمال تجارية" وأن المقرر وعملاً بالمادة ٤٠ من القانون السالف أن المتجر يشمل جميع عناصره مع ثابت ومنقولات ومن مقومات مادية ومعنوية إلا أن المقومات المعنوية هي عماد فكرته وأهم عناصره مثل الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والحق في الإجازة وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص، ولا يلزم تواجدها جميعاً لتكوين المقومات المعنوية بل يكفي بوجود بعضها ويتوقف تحديد العناصر التي لا غنى عنها لوجود المحل على نوع التجارة التي يزاولها المحل كما أن المستقر عليه فقها أن البائع للمحل التجاري يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو، أو فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، وعلى ذلك

٥. إن الحماية القانونية تضاف على الاسم التجاري وإن لم يتم قيده في السجل التجاري ١٤.

٦. لا تسمع على الخلف الدعوى بالالتزامات المنقولة من السلف إليه بمضي مدة التقادم، وهي خمس عشرة سنة من تاريخ انتقال المحل التجاري إليه، مع إنكاره لتلك الالتزامات، وبذلك جاء ذيل المادة ١/٦٣، ونصه: (ولا تسمع عند الإنكار وعدم وجود عذر شرعي دعوى المسؤولية عن التزامات السلف بمضي خمس سنوات من تاريخ انتقال ملكية المحل التجاري).

وقد صرح القرار الإداري رقم ٧ لسنة ٢٠١٤ بشأن نظام الأسماء التجارية في إمارة أبوظبي، زيادة على ذلك بجواز الحجز على الاسم التجاري ورهنه والتصرف به والترخيص للغير باستعماله، وذلك في المادة ٢ منه، ونصها: (ينقل إلى المركز سجل الأسماء التجارية ويتولى عملية قيد الأسماء التجارية وبيانات وعناوين مالكيها سواء كانوا أفراداً أم شركات وما يقع على الأسماء التجارية من إجراءات قانونية أو قيود بما في ذلك أي رهن أو حجز يقع على الاسم التجاري أو أي قيد على استعماله أو أي تنازل عنه أو ترخيص من مالكة للغير باستخدامه).

وبملاحظة مطلع المادة ١/٦٣ نجد إن سياقها يدل على أن انتقال الاسم التجاري يتبع انتقال المتجر إلى الخلف، دون حاجة إلى النص على ذلك من حيث إنه أحد عناصره المعنوية، وذلك

---

بضمن البائع التعرض القانوني سواء كان صادراً منه أو من الغير ومثال التعرض القانوني الصادر منه أن يقوم ببيع المحل ذاته إلى شخص آخر مرة ثانية، أما التعرض القانوني الصادر من الغير فيتمثل في ادعاء الغير بوجود حق عيني له على المحل التجاري وهو ما يطلق عليه ضمان الاستحقاق، فالبايع يضمن كل تعرض صادر عن الغير ويكون مستنداً إلى سبب يرجع إلى البائع نفسه وبعبارة أخرى يلتزم البائع بمجابهة أية دعوى تقام من الغير باستحقاق المحل التجاري. (محكمة نقض أبوظبي - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم ٧٩٣ - لسنة ٢٠١٠ قضائية - بتاريخ ٢٠١١/١٥).

١٤. وبذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم ٥٧ لسنة ١٤ قضائية، بتاريخ ١١/١٠/١٩٩٢م، وفيه: (إن المقرر بقضاء هذه المحكمة أن ملكية الاسم التجاري تكتسب بالاستعمال الأول فيكفي أن التاجر هو أول من خصص الاسم للدلالة على متجره لاعتبار هذه الأولوية مصدراً لحقه في ملكيته، فإذا اغتصبه منافس يقوم بتجارة مشابهة جاز بدعوى المنافسة غير المشروعة إلزام المغتصب بالامتناع عن استعمال الاسم المغتصب أو تعديله بكيفية تمنع البس وإلزامه بتعويض معادل للضرر الذي لحقه بصاحب الاسم ولا يحول دون ذلك عدم قيام مالك الاسم بقيده في السجلات الرسمية لأن هذا القيد وإن كان من شأنه أن يسبغ على الاسم المقيد الحماية القانونية بحيث لا يجوز قيده ذاته أو ما يشابهه لصالح آخر، إلا أنه لا يحرم مالك الاسم التجاري من حقه في الدفاع عنه واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لحمايته ومنها دعوى المنافسة غير المشروعة على المغتصب، ومن ثم فإن القيد الذي يجريه المغتصب لا يؤثر على قيام دعوى المنافسة غير المشروعة المرفوعة ضده وبالتالي لا يكسبه حقاً لم يكن له من قبل).

يصب في الاتجاه الفقهي القائل ١٥ بأن الاسم التجاري يلزم المتجر وينقل معه، ولا يمكن أن يتصور عملاً التصرف بالمتجر دون الاسم التجاري، وذلك على أساس أن احتفاظ البائع بالاسم التجاري يؤدي على الأغلب إلى فقد الزبائن، في الوقت الذي يهدف فيه المشتري بالدرجة الأولى من شرائه للمتجر الاستمرار في التعامل مع أولئك الزبائن. وعليه فإنه يمتنع على البائع في هذه الحالة استعمال الاسم التجاري في تجارة مماثلة وبنفس المكان، وإلا عدّ ذلك منافسة غير مشروعة للمشتري، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. ويؤيد هذا الرأي قرار محكمة النقض الفرنسية، ذهبت فيه إلى القول، بأن حائز المحل التجاري وجميع المستثمرين المتعاقبين، لهم الحق في استعمال الاسم التجاري للمحل، الذي عرف به منذ تأسيسه، ما لم يتفق صراحة على عكس ذلك<sup>١٦</sup>...

وبهذا الاتجاه نحمل المادة ٣٩ من قانون المعاملات التجارية، ونصها: (المحل التجاري هو مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة أعمال تجارية). فيكون الاسم التجاري من أفراد مجموع الأموال التي يتكون منها المتجر إلا إنه مال معنوي. ويؤكد ذلك النص على الاسم التجاري عنصراً من عناصر المتجر في المادة ١/٤٠ منه: (يضم المحل التجاري العناصر اللازمة للنشاط التجاري، وتنقسم هذه العناصر إلى عناصر مادية كالبضائع والمهمات والآلات والأدوات وعناصر معنوية كالاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والحق في الإجارة وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص).

## الفرع الثاني

### ارتباط الاسم التجاري بالتاجر

نبدأ بحث موضوع هذا الفرع بتتبع تضارب توجه المشرع مع توجهه المبين في الفرع السابق، بتقديرنا، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٤٠، ونصها: (ولا تعتبر العناصر المادية أساسية في المحل التجاري على خلاف العناصر المعنوية التي لا يوجد المحل التجاري إلا إذا توافر عنصر منها أو أكثر)، فذيل الفقرة لم يقطع بأن الاسم التجاري

<sup>١٥</sup> مصلح الطراونة، الأحكام القانونية للعنوان التجاري والاسم التجاري في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع عشر، العدد الرابع، ٢٠٠٢م، ص ٣٩.

<sup>١٦</sup> محكمة النقض الفرنسية في ١٩٥٨/٣/٢٨م، البلتان المدني، ١٣٨-٣-١٩٥٨ رقم ١٦٧، ذكره إلياس جوزيف أبو عبد، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، دار بيروت للنشر، ١٩٨٤م، ص ٦٧.

عنصراً أساسياً في المتجر بدلالة أنها انتهت بعبارة (إلا إذا توافر عنصر منها أو أكثر) بعد أن عدت الفقرة الأولى من المادة ذاتها عناصر معنوية على سبيل المثال، منها الاسم التجاري. وهذا يورث إشكالاً بتقديرنا مفاده ما ذكرناه قريباً من أن الاسم التجاري يلزم المتجر وينتقل معه، ولا يمكن أن يتصور عملاً التصرف بالمتجر دون الاسم التجاري من حيث إن احتفاظ البائع بالاسم التجاري يؤدي على الأغلب إلى فقد الزبائن، وذلك على خلاف الباعث الدافع للمشتري إلى شراء المتجر، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، بحسب ما تقدم ذكره.

ومن جانب آخر نلاحظ بهذا الصدد تعارضاً بين المادة ٤٠ والمادة ٤١ من ذات القانون، ونص الأخيرة: (١. لا يجوز رهن المحل التجاري لغير المصارف ومؤسسات التمويل. ٢. إذا لم يعين ما يتناوله الرهن لم يقع إلا على الاسم التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية). فالمتجر من حيث مجموع أموال مادية ومعنوية محل قابل للرهن. بينما منعت الفقرة الأولى رهنه من حيث الأصل، واستثنت رهنه للمصارف ومؤسسات التمويل. أما الفقرة الثانية فإنها أوردت الاسم التجاري من ضمن العناصر المعنوية التي يرد عليها الرهن وإن لم يرد تعيينه بالنص في الرهن، وارتباط الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية إنما يكون بالاسم التجاري، مما دلّ على أنه عنصر ذاتي في المتجر لا ينفك عنه، وذلك يصبّ فيما قدمناه من التلازم بين المتجر والاسم التجاري.

هذا فضلاً عن تعارض المادة ٢ من القرار الإداري لإمارة أبوظبي مع المادة ٤١ من القانون المذكور، وفيها: (وما يقع على الأسماء التجارية من إجراءات قانونية أو قيود بما في ذلك أي رهن أو حجز يقع على الاسم التجاري أو أي قيد على استعماله أو أي تنازل عنه أو ترخيص من مالكة للغير باستخدامه).

ويزداد التضارب والتعارض بين المواد المنظمة للاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية الاتحادي، فجدد المشرع قد غير توجهه المبين في الفرع السابق بنصه في المادة ٦١ منه: (١. لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري المخصص له. ٢. على أنه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فإن

هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحة أو ضمناً.<sup>١٧</sup> ٣.

لا يسأل من تنتقل إليه ملكية المحل التجاري دون اسمه التجاري عن التزامات سلفه ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك مقيد في السجل التجاري). ففي الفقرة الأولى منع المشرع التصرف بالاسم التجاري مستقلاً عن التصرف بالمحل التجاري، وهو وإن بين وجه الترابط بين الاسم التجاري والمتجر بعبارة (المخصص له) إلا إن لازم منع التصرف بالاسم التجاري مستقلاً عن المتجر تغليب الطابع الشخصي في الاسم على الطابع المالي، فأمكن القول أن الاسم التجاري بحسب الفقرة الأولى مرتبط بشخص التاجر من حيث إنه اسمه ولقبه الحقيقيين، وليس بالمتجر، فيحمل تصرفه باسمه التجاري تبعاً لتصرفه بالمتجر على أنه تنازل منه عن الطابع الشخصي لينفك ارتباط الاسم بالتاجر، فيغلب طابعه المالي تبعاً لهذا التنازل. ولما كان هذا التنازل تصرفاً إرادياً مستقلاً أوجب المشرع في الفقرة الثانية ذكره في التصرف بالمتجر. فدل ذلك على أن الاسم التجاري ليس من العناصر المعنوية الذاتية للمتجر، فلم ينتقل تبعاً لانتقال المتجر لاستقلاله عنه، وأكد المشرع هذا توجهه بالفصل بينهما بصريح ما ورد بالفقرة الثالثة (من تنتقل إليه ملكية المحل التجاري دون اسمه التجاري)، وذلك يتعارض مع مقتضى المادة ٤٠ من ذات القانون، ومع ما قدمناه من الباعث الدافع للمشتري إلى شرائه المتجر. وجاءت المادة ٦٢ منه لتؤكد هذا الاتجاه بنصها على أنه: (١). لا يجوز لمن تنتقل إليه ملكية المحل التجاري أن يستخدم الاسم التجاري لسلفه إلا إذا آل إليه هذا الاسم أو أذن له سلفه في استعماله على أن يضيف إلى الاسم بياناً يفيد انتقال الملكية. ٢. ويعاقب على مخالفة أحكام الفقرة السابقة بالحبس أو بالغرامة التي لا تقل عن ١٠٠٠٠

“عشرة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين).

والغريب أن ذات التعارض وقع في القرار الإداري لإمارة أبو ظبي، فبعد أن أوردت صريحاً المادة ٢ منه: (وما يقع على الأسماء التجارية من إجراءات قانونية أو قيود بما

<sup>١٧</sup> وهو مشابه لما جاء في القانون التجاري الأمريكي أنظر:

Richard F. Duncan, William H. Lyons, Catherine Lee Wilson, The Law and Practice of Secured Transactions: Working with Article 9, Commercial Law Series 3-34, 3-36 (Law Journal Press 2016)

في ذلك أي رهن أو حجز يقع على الاسم التجاري أو أي قيد على استعماله أو أي تنازل عنه أو ترخيص من مالكه للغير باستخدامه) تأتي المادة ١٦/٢١ منه معارضةً لذلك صراحةً، ونصهما: (١). لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المنشأة. ٢. إذا تصرف صاحب المنشأة فيها فإن هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحةً أو ضمناً).

وإذا كان حكم الأصل في المادة ٦١/٢ من قانون المعاملات التجارية والمادة ٦٢/١ منه والمادة ١٦/٢ من القرار الإداري لإمارة أبو ظبي هو أن الاسم التجاري لا ينتقل بانتقال المتجر ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد فإن المحكمة الاتحادية قد ذهبت إلى عكس هذا التوجه بأن جعلت الأصل انتقال الاسم التجاري مع المتجر ما لم ينص على خلاف ذلك، وقد جاء ذلك بقولها: (إذا كان من المقرر أن الاسم التجاري - وهو أحد العناصر المعنوية للمحل التجاري - هو كل اسم يزاوُل به التاجر النشاط التجاري ويقتصر حق استعماله على مالكه. وأن بيع المحل التجاري يشمل كأصل عام عناصره المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة النشاط التجاري مثل الاتصال بالعملاء والسمعة والاسم التجاري وحق الإجارة والترخيص ما لم يتفق المتعاقدان على عكس ذلك .. وكان من المقرر أن المحل التجاري يشمل المقومات المعنوية مثل الاسم التجاري أو السمعة أو الاتصال بالعملاء)<sup>١٨</sup>. وبذات الحكم قضت محكمة تمييز دبي بقولها: (من المقرر وفقاً لنص المادتين ٣٩، ٤٠ من قانون المعاملات التجارية أن المحل التجاري هو مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة أعمال تجارية، وهذا المحل يضم كافة العناصر اللازمة للنشاط التجاري سواء كانت مادية كاللبضائع أو المهمات وغيرها أو معنوية كالاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والحق في الإجارة وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص، ومن ثم فإن بيع المحل التجاري إنما يتضمن كافة هذه العناصر ومن ضمنها الرخصة التجارية للمحل ما لم يتم الاتفاق على

<sup>١٨</sup> المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم ٥٣ لسنة ١٧ قضائية، بتاريخ ١٠/٣/١٩٩٦م.



غير ذلك)<sup>١٩</sup>. وهذا وجه آخر من أوجه التضارب، تضارب به توجه المحكمتين مع مقتضى مواد قانون المعاملات التجارية المذكورة آنفاً.

وبجمع ما ورد في المادة ٢/٤٠ منه: (ولا تعتبر العناصر المادية أساسية في المحل التجاري)، مع ما قطعت به المادة ٢/٦١ بأن حكم الأصل هو: (أنه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فإن هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري)، أمكن القول: أي قيمة قانونية وتجارية بقيت للمتجر؟ ما المصلحة التي تدفع تاجر لشراء متجر تاجر غيره دون اسمه التجاري وما يتصل به من عملاء؟

وقد يكون ذلك هو الدافع للمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي إلى قلب القرينة القانونية، وبحسب ما تقدم ذكره في الفقرة السابقة من أن بيع المحل التجاري يتضمن كافة العناصر المادية والمعنوية له، ومنها الاسم التجاري، ما لم يتفق على خلاف ذلك.

لا شك أن هذا التعارض والتضارب بين المواد القانونية المتقدم ذكرها قد أورت إشكالية في تنظيم المشرع الإماراتي للاسم التجاري. وهو ما نبهته في المبحث التالي.

## المبحث الثاني

### سبب إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية

نصت المادة ٤٣ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦م<sup>٢٠</sup>: (١). لا يجوز فصل العنوان التجاري عن المتجر والتفرغ عنه مستقلاً عن المتجر. 2. التفرغ عن المتجر لا يشمل العنوان التجاري ما لم ينص على ذلك صراحة أو ضمناً)، ونصت المادة ٤٥ منه: (لا يكون الشخص المفرغ له عن متجر دون العنوان التجاري مسؤولاً عن التزامات المتفرغ ما لم يكن هناك اتفاق يخالف سجل في سجل التجارة).

وبالرجوع إلى المادة ٦١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي، ونصها: (١). لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري المخصص له. ٢. على أنه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فإن هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحة أو ضمناً. ٣. لا يسأل من تنتقل إليه ملكية

<sup>١٩</sup> محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ قضائية، بتاريخ ١٢/١٢/٢٠٠٤م.

<sup>٢٠</sup> منشور في الجريدة الرسمية رقم ١٩١٠، ص ٤٧٢، بتاريخ ١٩٦٦/٠٣/٣٠.

المحل التجاري دون اسمه التجاري عن التزامات سلفه ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك مقيد في السجل التجاري). نجد إنَّ من الظاهر أنَّ المادة ٦١ قد اقتبست من المادتين ٤٣ و ٤٥ من قانون التجارة الأردني، إلا إنَّ الفارق وقع في تغيير المشرع الإماراتي (العنوان التجاري) الوارد في المادتين المذكورتين في قانون التجارة الأردني إلى (الاسم التجاري). فكان ذلك سبب الاضطراب والتعارض في مواد قانون المعاملات التجاري الاتحادي، بتقديرنا، وبحسب البيان الآتي.

نظم المشرع الأردني العنوان التجاري في قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦م، والاسم التجاري في قانون تسجيل الأسماء التجارية رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٣م<sup>٢١</sup>، وقد أثار هذا التنظيم اختلافاً فقهيّاً في بيان توجه المشرع. فذهب اتجاه فقهي إلى وحدة الاسم التجاري والعنوان التجاري، فلا فارق بينهما في غير التسمية، وأنَّ قانون التجارة قد ألغى قانون تسجيل الأسماء التجارية<sup>٢٢</sup>. بينما ذهب اتجاه آخر إلى أنَّ لكل من الاسم التجاري والعنوان التجاري دلالاته وأحكامه<sup>٢٣</sup>.

وبالقول بالتمييز بينهما فإنَّ "الاسم التجاري" يطبق على المتجر لتمييزه عن المتاجر الأخرى. أما العنوان التجاري فإنه يدلُّ على صاحب المتجر شخصياً. ويترتب على ذلك أنَّ العنوان التجاري لا يعدُّ عنصراً معنوياً من عناصر المتجر إلا إذا اتخذها التاجر اسماً تجارياً في الوقت نفسه لمتجره. ففي هذه الحالة فقط يكون له قيمة مالية يمكن التعامل بها، وتختلف هذه القيمة صعوداً وهبوطاً باختلاف أثر الاسم التجاري في نفوس العملاء، واجتذابه لهم. أما إذا لم يكن العنوان التجاري هو نفسه الاسم التجاري، وإنما كان للمحل اسم تجاري آخر، فإنَّ هذا العنوان يبقى مجرد اسم صاحبه المدني، وبالتالي لا يقبل التنازل عنه، لأنه جزء من شخصية صاحبه. وفي هذه الحالة قد ينتقل المتجر من شخص

<sup>٢١</sup> المعدل بالقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٤٩٠٠، ص ١٢٨٦ بتاريخ ١٦/٤/٢٠٠٨م.

<sup>٢٢</sup> أنظر: محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، دار عمار، ط٢/١٩٩٢م، ص ١٨٧-١٨٨، عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، ١٩٨٨م، ص ١٩٣.

<sup>٢٣</sup> أنظر: الطراونة، مرجع سابق، ص ٢٤، صلاح سلمان أسمر، الأحكام القانونية للاسم والعنوان التجاري، ص ٥. بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

إلى آخره، وينتقل معه الاسم وليس العنوان، وبالتالي فالاسم التجاري أكثر ثباتاً من العنوان التجاري، وأكثر التصاقاً بالمتجر. وعليه فإن حق التاجر على عنوانه التجاري هو حق من الحقوق للصيقة بالشخص، كالحق في الحياة، والحق في حرية القول، والعقيدة، وهو حق غير قابل للتعامل، ويحميه القانون المدني. فهو يتصل بالتاجر أكثر من اتصاله بالمحل التجاري، الذي يستغله، وبالتالي فهو عنصر ذاتي لا يدخل في العناصر التي يتكون منها المتجر. وبالرجوع إلى المادة ١/٤٣ من قانون التجارة الأردني، ونصها: (لا يجوز فصل العنوان التجاري عن المتجر، والتفرغ عنه مستقلاً عن المتجر). يتضح لنا إنها تؤكد بأن العنوان التجاري لا يكون عنصراً معنوياً في المتجر، إلا إذا اتخذ التاجر اسماً تجارياً لذلك المتجر، ولا يتصور عملاً أن يرد النص الصريح على التنازل عن العنوان التجاري مع المتجر إلا إذا اتخذ هذا العنوان التجاري اسماً تجارياً للمتجر أيضاً، واكتسب شهرة تجارية، وأراد المشتري أن يحتفظ بزبائن هذا المحل<sup>٢٤</sup>. وذلك قد يكون وراء اعتبار جانب من الفقه أن الاسم التجاري في القانون الأردني يقابله العنوان التجاري في القانونين مصر ولبنان<sup>٢٥</sup>.

وسنداً لما تقدم فالعنوان التجاري غير مرادف للاسم التجاري، فلم يصح القول "أن أحكام المواد من ٤٠ إلى ٥٠ المتعلقة بالعنوان التجاري الواردة في قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦م، تعتبر ناسخة لأحكام قانون تسجيل الأسماء التجارية رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٣م"<sup>٢٦</sup>. ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع الأردني لم يميّز بينهما بشكل واضح وأنه خلط بينهما أحياناً بل واستعملهما أحياناً كمرادفين<sup>٢٧</sup>. ولكن ذلك لا يعارض القول بتباينهما في المعنى والأحكام.

<sup>٢٤</sup> أنظر: الطراونة، مرجع سابق، ص ١٤-١٥، ٢٢-٢٤.

<sup>٢٥</sup> أنظر: خليل مصطفى، محاضرات في القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٥، ص ٨١، محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص ٤١٠، ٤٣٤، سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط/٢٠٠٥، ص ٣٤٥، ٣٧٣، طارق زيادة وفكتور مكربل المؤسسة التجارية، منشورات المكتبة الحديثة، طرابلس (لبنان) ١٩٨٦، ص ٣١.

<sup>٢٦</sup> محمد حسين إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٦٣ و ١٨٨.

<sup>٢٧</sup> أنظر: صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان عمان، ١٩٨٢م، ص ٢٧٥-٢٧٦، فوزي محمد سامي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان ١٩٩٢م، ص ١٦٤ و ١٦٦.

وبحسب ما تقدم فقد وقع التباين بين الاسم التجاري، وهو ذو طابع مالي يجوز التصرف به تصرفاً مالياً، وأنه من لوازم المتجر غير متفك عنه، وبين العنوان التجاري، وهو ذو طابع شخصي، لا يقبل التصرف به تصرفاً مالياً ولا التنازل عنه ما دام بقي على هذا الوصف، إلا إذا تنازل صاحبه عن اعتباره الشخصي في العنوان فعده بذلك اسماً تجارياً، فيكون ابتداءً عنواناً تجارياً، وانتهأؤه إلى اسم تجاري.

هذه هي التفرقة الرئيسية بين الاسم التجاري والعنوان التجاري. فلا يعدّ اسم التاجر ولقبه الحقيقيين من عناصر الاسم التجاري<sup>٢٨</sup>، بخلاف العنوان التجاري، فاسم التاجر ولقبه الحقيقيين يدخل في العنوان التجاري على وجه الوجوب<sup>٢٩</sup>. وتعيّنت وظيفة الاسم التجاري في تمييز المتجر عن غيره من المتاجر<sup>٣٠</sup>، ولذا عدّ عنصراً من عناصر المتجر المعنوية، وذلك بخلاف وظيفة العنوان التجاري فهي لتمييز التاجر عن غيره من التجار<sup>٣١</sup>. فلم يدخل في العناصر المعنوية للمتجر<sup>٣٢</sup>. ولم يربط القانون بين الاسم التجاري والمتجر حين التصرف بهذا الأخير، في حين ربط العنوان التجاري بالمتجر، فلم ينص القانون على عدم جواز التصرف في الاسم التجاري مستقلاً عن المتجر، في حين نص على عدم التصرف بالعنوان التجاري مستقلاً عن المتجر<sup>٣٣</sup>.

فظهر بما تقدم أنّ المشرع الإماراتي لم يفرّق بين الاسم التجاري والعنوان التجاري، فوحد بينهما، وأخذ أحكامهما تحت مظلة (الاسم التجاري) فتضاربت وتعارضت لاختلاف الطبيعة القانونية بينهما، فهي في العنوان التجاري ذات طابع شخصي بحت، وفي الاسم التجاري ذات طابع مالي، وبحسب ما تقدم بيانه آنفاً<sup>٣٤</sup>.

<sup>٢٨</sup> راجع المادة ٢ و ٣ من قانون تسجيل الأسماء التجارية الأردني.

<sup>٢٩</sup> راجع المادة ٤١ و ٥٠ من قانون التجارة الأردني.

<sup>٣٠</sup> أنظر: فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص ١٦٤.

<sup>٣١</sup> أنظر: عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ١٢٣.

<sup>٣٢</sup> أنظر: فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص ١٨٠، عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ١٤٣.

<sup>٣٣</sup> صلاح أسمر، مرجع سابق، ص ٣٣، وراجع المادة ٤٣ من قانون التجارة الأردني.

<sup>٣٤</sup> بل وجدنا الخلط بينهما في حكم المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجار - الطعن رقم ٨٤ لسنة ١٣ قضائية، بتاريخ ٢١ / ١ / ١٩٩٢م، مع ملاحظة أنه صادر قبل نفاذ قانون المعاملات التجارية بسنة، وفيه: (من المقرر أن رخص النشاط التجاري ورخص البلدية سنوية ولا يعتد بها إلا أن لم تجدد كل سنة ولئن حمى القانون العنوان التجاري طيلة مدة سريان الترخيص التجاري ورخصة البلدية فإنه لا يحميه إن لم يتجدد كما نص عليه القانون بدون منازع ..... بالإضافة إلى أن هذه الحماية للعنوان التجاري ليس مجرد الحصول عليه وإنما لممارسة النشاط الذي حددته الرخصة وإلا أصبح معطلا للفاعليات الاقتصادية وليس هذا هو مقصود القانون في حماية العنوان التجاري لذلك انتهى إلى أن المنازعة لا تكون في التسجيل وإنما في

ثم إن اتجاه المشرع الإماراتي في تنظيم الاسم التجاري يثير إشكالاً من وجه آخر، وذلك متى اتخذ الاسم التجاري علامة تجارية أو كان جزءاً من العلامة التجارية. فما الحكم عندئذٍ؟ هل تجري أحكام الاسم التجاري المتقدم ذكرها عليه، وذلك لا شك سيؤثر سلباً على وظيفة العلامة التجارية وطبيعتها القانونية؟ أم تجري أحكام العلامة التجارية فترتفع أحكام الاسم التجاري لاندراجه في العلامة التجارية؟

ف نجد لمحكمة تمييز دبي قولها: (العلامة التجارية فهي كل ما يستخدم أو يراد استخدامه في تمييز منتجات أو خدمات للدلالة على أنها تخص صاحب العلامة التجارية بسبب صنعها أو إنتاجها أو الإتجار بها أو عرضها للبيع، ويجوز أن يكون الاسم التجاري - إذا كان مبتكراً - أن يكون علامة تجارية أو جزءاً منها)<sup>٣٥</sup>. ولكن يبقى السؤال ما طبيعة الاسم التجاري في هذا الفرض؟ إن حكم المحكمة عدّه علامة تجارية أو جزءاً منها متى كان الاسم التجاري مبتكراً. وإذا عدّ الاسم التجاري كذلك فلازمه أنه أخذ حكم العلامة التجارية، وصدق عليه ما يصدق على العلامة التجارية من طبيعة قانونية وأحكام.

وجاء للمحكمة الاتحادية العليا ما يؤكد ذلك من خلال اشتراطها تسجيل الاسم التجاري علامة تجارية، وذلك في قولها: (يصح أن يكون الاسم الخاص للتاجر أو المنتج علامة تجارية له إذا اتخذ في كتابته شكلاً مميزاً. وأن من يقوم بتسجيل العلامة التجارية باسمه يعتبر مالكا لها ويكون له وحده دون غيره الحق في استعمالها على منتجاته أو بضاعته التي من أجلها سجلها لتمييزها عن غيرها. ولا يجوز لغيره استعمال هذه العلامة بوضعها على سلعة أو بضاعة من ذات نوع السلعة أو البضاعة التي سجلت العلامة من أجل تمييزها إلا بترخيص من مالك هذه العلامة، ومن ثم فإن الغرض من الاسم التجاري هو تعريف عملائه به وتمييزه عن غيره من المتاجر التي تباشر ذات النشاط، كما أن الغرض من العلامة التجارية هي أن تكون وسيلة لتمييز المنتجات والسلع ويتحقق هذا الغرض بالمغايرة بين العلامات التي تستخدم في تمييز سلعة معينة بحيث يرتفع اللبس

الممارسة ومن كان سبق تسجيلاً كان أخرى لحماية ممارسته لهذا العنوان وذلك لكيلا يكون صاحب الترخيص متعسفا ما أتاحه القانون للناس من اختيار العنوان وانقلبت حرية الاختيار إلى احتكار الاسم دونما أي جدوى اقتصادية تؤيد هذا الترخيص وذلك بممارسة النشاط المنصوص عليه في الرخصة).

<sup>٣٥</sup> الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠٠٧ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٨/١/١٥، والطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٢٠٠٨ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٩.

بينها ولا يقع جمهور المستهلكين في الخلط أو التضليل، وبذلك فإن استخدام العلامة لتمييز منتجات معينة لا يمنع من الغير من استخدامها لتمييز منتجات أخرى مختلفة عنها اختلافاً يمنع الخلط بينهما. وتقدير قيام التشابه والاختلاف بين المنتجات وبعضها هو مما تستقل به محكمة الموضوع<sup>٣٦</sup>.

فثبت بما تقدم إمكان التصرف بالطبيعة القانونية للاسم التجاري وذلك من خلال تسجيله علامة تجارية، ومن ثم استعماله لتمييز منتجاته عن غيرها. ومع ذلك يبقى السؤال: هل ينتهي بهذا التصرف الاسم التجاري من حيث إنه أصبح علامة تجارية؟ لا نرى ذلك بتقديرنا، بل يصبح للاسم التجاري اعتباران، أحدهما بقاؤه على طبيعته القانونية من حيث إن وظيفته، وبحسب ما جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا (الغرض من الاسم التجاري هو تعريف عملائه به وتمييزه عن غيره من المتاجر التي تباشر ذات النشاط). أما الاعتبار الثاني فهو عدّه علامة تجارية يكون الغرض منها (الغرض من العلامة التجارية هي أن تكون وسيلة لتمييز المنتجات والسلع ويتحقق هذا الغرض بالمغايرة بين العلامات التي تستخدم في تمييز سلعة معينة بحيث يرتفع اللبس بينها ولا يقع جمهور المستهلكين في الخلط أو التضليل). ونلاحظ أنه في كلتا الحالتين أو الاعتبارين فإن الاسم التجاري قد غلب فيه الطابع المالي. أما من حيث إنه علامة تجارية فلا كلام في ذلك فهي حق مالي معنوي، من حقوق الملكية الصناعية، يجوز التصرف به لأنه يقوم بالمال. وأما من حيث إنه اسم تجاري فمذهب المحكمة الاتحادية العليا هو ربط الاسم التجاري بالمتجر لا بالتاجر، وذلك ظاهر في قولها (الغرض من الاسم التجاري هو تعريف عملائه به وتمييزه عن غيره من المتاجر التي تباشر ذات النشاط).

ويؤكد هذا الاتجاه إمكان اعتبار العلامة التجارية اسماً تجارياً، فتكون للعلامة وظيفتها ووظيفة الاسم التجاري، وقد جاء بهذا السياق حكم المحكمة الاتحادية العليا، مع ملاحظة ما تمّ التصريح به من الاسم التجاري يعدّ أحد العناصر المعنوية للمتجر، وفيه: (إن العلامة التجارية هي كل ما يتخذ شكلاً مميزاً من أسماء أو كلمات أو حروف أو أرقام.... أو أي مجموع منها.... ويستخدم في تمييز سلعة أو منتج أو خدمة، بينما الاسم التجاري وهو أحد العناصر

<sup>٣٦</sup> المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجار - الطعن رقم ٨٤٥ - لسنة ٢٧ قضائية - بتاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٦.

المعنوية للمحل التجاري هو التسمية التي يطلقها التاجر على متجره بهدف تعريف عملائه به وتمييزه عن غيره من المتاجر التي تبشر ذات النشاط ويقتصر حق استعماله على مالكه، وأنه يجوز للتاجر استعمال علامته التجارية اسماً تجارياً فيخضع لذات الحماية طبقاً للشروط المقررة قانوناً فإذا اغتصبه منافس يقوم بتجارة مشابهة جاز بدعوى المنافسة غير المشروعة إلزامه بالامتناع عن استعمال الاسم المغتصب وذلك طبقاً لأحكام اتفاقية باريس التي انضمت إليها الدولة وقانون العلامات التجارية الوطني)<sup>٣٧</sup>.

فتبت مما تقدم تردد المشرع الإماراتي في تنظيمه الاسم التجاري بين اعتبار طابعه المالي بربطه بالمتجر، وبين اعتبار طابعه الشخصي بربطه بشخص التاجر، والذي به منع التصرف به تصرفاً مستقلاً عن التصرف بالمتجر، إلا إنه من جانب آخر جَوَزَ التنازل عن الطابع الشخصي إلى صالح الطابع المالي، وقد ظهر ذلك في حالات تقدم الكلام فيها، منها:

١. أن الاسم التجاري لا ينتقل بانتقال المتجر، وذلك تغليب للطابع الشخصي للاسم التجاري لارتباطه بالتاجر لا بالمتجر، إلا إذا تمّ النص على انتقاله مع المتجر صراحةً أو ضمناً، وذلك تغليب للطابع المالي للاسم التجاري قد ظهر بتنازل التاجر عن الاعتبار الشخصي للاسم التجاري. ولازم هذا التوجه التشريعي أن ربط الاسم التجاري بالتاجر ليس من النظام العام، بل روعي فيه الحق الخاص للتاجر، والأصل في الحق الخاص أن لصاحبه التمسك به أو التنازل عنه بعوض أو بدون عوض، وكذلك جواز أن يكون محلاً للصلح.

٢. جواز جعل الاسم التجاري علامة تجارية، وبحسب ما تقدم بيانه قريباً.

٣. جواز جعل العلامة التجارية اسماً تجارياً، وبحسب ما تقدم بيانه قريباً.

ومع ذلك يبقى توجه المشرع الإماراتي في تنظيمه الاسم التجاري محل نظر في حدود اعتبار أن الأصل فيه هو الطابع الشخصي متأثراً بتنظيم المشرع الأردني للعنوان التجاري، وقد تقدم البحث في ذلك في محله.

<sup>٣٧</sup> المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٢٢ قضائية - بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢.

## المبحث الثالث

### إمكان الحجر على الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية

نصت المادة ٢٢٢/١- ب من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي: (تكون قرارات قاضي التنفيذ قابلة للاستئناف في الأحوال الآتية: ب - أن تكون الأموال المحجوز عليها مما يجوز أو لا يجوز حجزها أو بيعها)، وهنا يثار السؤال: هل الاسم التجاري مما يجوز الحجر عليه؟<sup>٣٨</sup> إنَّ الجواب عن ذلك يستند إلى تحديد الطبيعة القانونية للاسم التجاري ضرورةً، بمعنى أنه متى عدَّ الاسم التجاري مالا فإنه يجوز الحجر عليه، اعتباراً بحكم الأصل في الحجر أنه يرد على الأموال في غير ما استثناه القانون منها<sup>٣٩</sup>، وليس الاسم التجاري من تلك الأموال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية<sup>٤٠</sup>. أما في حال اعتبار الاسم التجاري ليس مالا ولو تغليباً، أي بتغليب الطابع الشخصي على الطابع المالي، فيلزم القول بعدم جواز الحجر عليه، ذلك أنَّ تغليب الطابع الشخصي فيه يمنع التصرف به، والتنفيذ على المحجوز عليه نوع تصرف به من حيث أنه موجب لانتقال ملكيته بالطرق المقررة قانوناً بهذا الشأن، واستحصال ثمنه، وتوزيعها على الدائنين الحاجزين. وبافتراض عدم مالية الاسم التجاري تغليباً للطابع الشخصي فيه فإنه يصدق عليه ما يصدق على الرخصة التجارية من منع الحجر عليها سنداً للشق الثاني من المادة ٢٢٢/١- ب من قانون الإجراءات المدنية<sup>٤١</sup>.

<sup>٣٨</sup> انظر:

John T. Cross, Language and the Law: The Special Role of Trademarks, Trade Names, and Other Trade Emblems, 76.1 Nebraska Law Review 96, 110 (1997).

<sup>٣٩</sup> انظر: علي تركي، الوجيز في مبادئ إجراءات التنفيذ الجبري، دار الإمارات الحديثة للطباعة والنشر، أم القيوين، ط١/ ٢٠١٦، ص ١٤٩.

<sup>٤٠</sup> راجع المادة ٢٤٧ منه.

<sup>٤١</sup> جاء ذلك في حكم محكمة النقض لإمارة أبو ظبي - الأحكام المدنية والتجارية - في الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٢٠١٢، قضائية بتاريخ ٢٠١٣/٠٧/٢٩م، وفيه: (وحيث إنَّ ما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتاويله، ذلك أنه قضى بعدم جواز الاستئناف لوروده على غير الحالات المحددة حصراً بالمادة 222 من قانون الإجراءات المدنية، في حين أنه لا يجوز حجز أصل الرخصة التجارية، لسبق حجز الأصل التجاري لدى دائرة التنمية الاقتصادية التي أصدرته، فأوفى الحجر المذكور بالغرض الذي ابتغاه قاضي التنفيذ، وأنَّ حجز أصل الرخصة التجارية يغل يد الطاعنة عن التصرف بملكية متجرها وموجوداته ومنها المقومات المعنوية للمتجر المذكور، فجاء طلب الطاعنة استرداد أصل شهادة الترخيص التجاري لطلب تجديده، وأنَّ الحجر المذكور هو عمل مادي لحق قرار الحجر التنفيذي ولا يستند إلى القرارات الصادرة في التنفيذ، ويعتبر اعتداء مادياً على حقوق الطاعنة في الاحتفاظ بشهادة رخصتها التجارية المثبتة لهويتها ووجودها في مواجهة الدوائر الحكومية المختصة وأهمها (دوائر العمل، ودوائر الهجرة) والتي تدير حركة إقامة عمال الطاعن، وبدون حيازة الطاعنة لمثل هذه الشهادة لا تستطيع ممارسة أي من سلطاتها كرب عمل وكفيل للعمال والمستخدمين ولممارسة حقوقها المشروعة في طلب القروض



ولا ينبغي قيام اختلاف في الرأي في جواز الحجز على الاسم التجاري متى اتخذه التاجر علامة تجارية وسجلها رسمياً باسمه، وبحسب ما تقدم معنا في نهاية المبحث الثاني. فيسري عندئذ على الاسم التجاري بهذا الاعتبار أحكام العلامة التجارية، ومنها جواز الحجز عليه<sup>٤٢</sup>. وكذلك الحكم حال الحجز على المتجر متى اعتبرنا الاسم التجاري عنصراً فيه غير منفك عنه، فيتم الحجز على الاسم التجاري تبعاً للحجز على المتجر.

ويبقى فيما سوى ذلك البحث عن إمكان الحجز على الاسم التجاري مستقلاً عن المتجر. وقد تقدم معنا جواز ذلك في قانون الأسماء التجارية الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٠٦، وقد نصت المادة ٨/أ منه صراحة على أنه: (يجوز نقل ملكية الاسم التجاري أو التنازل عنه أو رهنه أو إجراء الحجز عليه من دون نقل ملكية المحل التجاري أو التنازل عنه أو رهنه أو الحجز عليه)، وبالضرورة يتبع الفقه والقضاء القانونيين هذا التوجه في تطبيق أحكام المادة اعتباراً

---

والتسهيلات بمواجهة أزمتها المالية مع الدائنين، وأن طلبها المذكور يدخل ضمن الفقرة (ب) من المادة ٢٢٢ من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بما يجوز أو لا يجوز حجزه، مما يعيب الحكم المطعون فيه، ويستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي شديد، لما كانت المادة ١/٢٢٢ من قانون الإجراءات المدنية تنص على "تكون قرارات قاضي التنفيذ قابلة للاستئناف في الأحوال الآتية: أ- اختصاص قاضي التنفيذ أو عدم اختصاصه بتنفيذ السند التنفيذي. ب - أن تكون الأموال المحجوز عليها مما يجوز أو لا يجوز حجزها أو بيعها. ج - اشتراك أشخاص آخرين غير الخصوم في الحجز. د - ترتيب الأفضلية بين المحكوم لهم. هـ - تأجيل تنفيذ الحكم لأي سبب. و - ما إذا كان يجوز حبس أو عدم حبس من يتخلف عن دفع المبلغ المحكوم به. ز - إعطاء المدين مهلة للدفع أو تقسيط المبلغ المنفذ من أجله. لما كان ذلك وكانت الطاعة قد استأنفت قرار قاضي التنفيذ بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٢ الذي أشر على طلبها رفع الحجز عن الرخصة التجارية بعبارة (إرفاق) التي تفيد رفض الطلب وكان الحكم المطعون فيه اعتمد في قضائه على أساس أن الطاعة لم تطعن في قرار قاضي التنفيذ الصادر بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢٠ القاضي بالحجز على أصل الرخصة التجارية وأن قرار قاضي التنفيذ برفض الإفراج عن الرخصة التجارية وردها إلى الطاعة لا يدخل ضمن الحالات الحصرية الواردة في المادة ٢٢٢ المذكورة أعلاه، في حين أن القرار الصادر بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢٠ لم يأمر بحجز الرخصة التجارية وإنما كان قراره منحصر في مخاطبة دائرة التنمية الاقتصادية للحجز على المقومات المعنوية للمنفذ ضدها ومنها الاسم التجاري الثابت بالسجلات وبالرخصة، وإن طلب رفع الحجز بالإفراج عن الرخصة التجارية يدخل ضمن الفقرة (ب) من المادة المذكورة أعلاه، ويكون بالتالي الاستئناف مقبولاً، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف، يكون مخالفاً للقانون، مما يوجب نقضه مع الإحالة).

<sup>٤٢</sup> وقد صرحت بعض القوانين العربية بذلك، من ذلك ما قضت به المادة ١/٣ من قانون العلامات التجارية الأردني: (ينظم في الوزارة تحت إشراف المسجل سجل يسمى "سجل العلامات التجارية" تدون فيه جميع العلامات التجارية وأسماء مالكيها وعناوينهم ومآطرا على هذه العلامات من الأمور التالية. أ. أي تحويل أو تنازل أو نقل ملكية أو ترخيص من مالكيها للغير باستعمالها ويستثنى التسجيل ما في عقد الترخيص من سرية. ب. الرهن أو الحجز الذي يوقع على العلامة التجارية أو أي قيد على استعمالها)، والمادة ١/١٩ منه، ونصها: (يجوز نقل ملكية العلامة التجارية أو التنازل عنها أو رهنها دون نقل ملكية المحل التجاري الذي يستعمل العلامة التجارية في تمييز بضائعه أو التنازل عنه أو رهنه، كما يجوز الحجز على العلامة التجارية مستقلة عن المحل التجاري). كما سمح المشرع المصري في المادة ٨٧ من قانون الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بالحجز على العلامة التجارية استقلاً عن المتجر، بعد أن كان قانون العلامات التجارية الملغى في المادة ١٨ يشترط أن يكون الحجز أو أي تصرف آخر بصورة متلازمة مع المحل التجاري. أنظر: علي قاسم، المرجع السابق، ص ١١٩. منير الجنيهي ومدوح الجنيهي، العلامات والأسماء التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٣٠.

لمالية الاسم التجاري وأنه عنصر ملازم للمتجر<sup>٤٢</sup>. ولكن هل يصدق ذلك على الاسم التجاري بحسب تنظيم قانون المعاملات التجارية له؟

تقدم معنا في المبحث الأول تضارب مواد قانون المعاملات التجارية في تحديد الطبيعة القانونية للاسم التجاري، ولم نجد نصاً يجيز الحجز على الاسم التجاري مستقلاً عن المتجر، بل إن المادة ٤٩ منه منعت حتى الحجز على المتجر لغير جهات مالية معينة، ونصها: (لا يجوز رهن المحل التجاري لغير المصارف ومؤسسات التمويل. ٢. إذا لم يعين ما يتناوله الرهن لم يقع إلا على الاسم التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية). والنص وإن ورود بالرهن إلا إن مآل الرهن إلى التنفيذ على المرهون حال عدم وفاء المدين بالتزامه، ولا يكون التنفيذ الجبري إلا بعد إيقاع الحجز على المرهون. أما موطن الاستشهاد بالمادة فهو ما قضت به الفقرة الثانية منها من شمول الرهن الاسم التجاري متى كان الرهن مطلقاً، أي لم يعين فيه ما يتناوله الرهن من عناصر المحل التجاري.

ومع ذلك فإن المادة بتقديرنا لم تمنع الحجز على الاسم التجاري مستقلاً عن المتجر، بل دلت على منع فصل الاسم التجاري عن المحل التجاري المرهون حماية لتلك الجهات المالية، ذلك إن إمكان الفصل بينهما قضت به المادة ٢/٦١ منه، ونصها: (على أنه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فإن هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحة أو ضمناً).

وبالرجوع إلى القرار الإداري رقم ٧ لسنة ٢٠١٤ بشأن نظام الأسماء التجارية في إمارة أبوظبي نجد أن المادة ٢ منه صرحت بجواز رهن وحجز الاسم التجاري، ونصها: (ينقل إلى المركز سجل الأسماء التجارية ويتولى عملية قيد الأسماء التجارية وبيانات وعناوين مالكيها

<sup>٤٢</sup> أنظر في ذلك: عز الدين العباسي، الاسم التجاري، دراسة قانونية مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ط١/٢٠٠٣م، ص١٥٩، سميحة القليوبي، المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٣٢، محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص٣٩١. وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ١٩٨٨ قضائية المنشور على شبكة قوانين الشرق EAST LAWS.COM ب: (أن طلب المدعية منع المدعى عليها من استعمال الاسم التجاري موضوع الادعاء هو إجراء وقتي حتى الفصل بالدعوى لأن الادعاء استهدف طلب منع المدعى عليها من استعمال الاسم التجاري استعمالاً من شأنه الإهدار بطلب المنع ويقاس على طلب وضع حجز احتياطي على أموال المدعى عليه بالاستناد إلى ما لدى المدعى من المستندات والبيانات ونتيجة الدعوى، وبناء على ذلك فإذا تبين لمحكمة الاستئناف من الوثائق والمستندات التي قدمتها المدعية إنها كافية لاتخاذ القرار بمنع المدعى عليها من استعمال الاسم التجاري لحين الفصل في أساس الحق المطلوب حمايته فإن هذا الأمر يدخل في سلطتها الموضوعية لحين الفصل في أساس الحق المطلوب حمايته). وبهذا المعنى قرار محكمة التمييز الأردنية/ تمييز حقوق رقم ٨٥/٢٢ في ١٩٨٥/٠١/٢٠، مجلة نقابة المحامين الأردنية، العددان ٥٠٦، ص ٨٧٨.

سواء كانوا أفراداً أم شركات وما يقع على الأسماء التجارية من إجراءات قانونية أو قيود بما في ذلك أي رهن أو حجز يقع على الاسم التجاري أو أي قيد على استعماله أو أي تنازل عنه أو ترخيص من مالكة للغير باستخدامه).

والذي نراه في ذلك هو وجوب التمييز بين الاسم التجاري للتاجر الفرد والاسم التجاري للشركة. فيجوز الحجز على الاسم التجاري للشركة من حيث إن طابعه تجاري بحت، لارتباطه بشخص اعتباري يمارس عملاً تجارياً، وإن أخذ اسم صاحب الشركة أو الشركاء في شركات الأشخاص، ذلك أن الاعتبار المدني لأسمائهم لا يشكل الغرض الرئيس في هذا الفرض بل شكل الغرض التجاري المقصد الرئيس من حيث إن الشركة التجارية لا تمتد شخصيتها الاعتبارية لغير الغرض الذي خصصت له، وقد ارتبط الاسم التجاري بهذه الشخصية لا بشخصية الشركاء. فأمكن الحجز على الاسم التجاري للشركة من حيث إنه قامت له قيمة مالية مستقلة به، ولا ينبغي إثارة الخلاف في ذلك، ويصدق عليه ما ورد في المادة ٢ من القرار الإداري رقم ٧ لسنة ٢٠١٤ بشأن نظام الأسماء التجارية في إمارة أبوظبي بشكل مطلق، وفيها (وما يقع على الأسماء التجارية من إجراءات قانونية أو قيود بما في ذلك أي رهن أو حجز يقع على الاسم التجاري). والأصل في القرارات الإدارية أنها صورة من صور تنفيذ القانون العادي، ومن ثم فإن الأصل في القرار المذكور أنه جاء تنفيذاً لقانون المعاملات التجارية الاتحادي في حدود تنظيمه لأحكام الاسم التجاري، وإن القول بخلاف ذلك لازمه عدم مشروعية القرار، وتلك دعوى تحتاج إلى دليل وحكم قضائي من المحكمة الاتحادية العليا أو محكمة نقض أبوظبي بها، ولم يرد ذلك، فثبت حكم الأصل بمشروعية القرار، وأنه نوع من أنواع أو صور التنفيذ للقانون المذكور.

وقدماً قريباً جواز الحجز على التسمية المبتكرة متى اتخذها التاجر الفرد اسماً تجارياً لتمييز النشاط التجاري لمتجره وجذب الزبائن<sup>٤٤</sup>، وعلّة ذلك انفصال الاسم التجاري في هذا الفرض عن الاسم المدني للتاجر. فغلبت الطبيعة القانونية للاسم التجاري "التسمية المبتكرة" والصفة المالية له، فجاز الحجز عليه مستقلاً، بتقديرنا. وتصدق عليه كذلك المادة ٢ من القرار الإداري رقم ٧ لسنة ٢٠١٤ بشكل مطلق.

أما الاسم التجاري متى كان هو الاسم المدني للتاجر الفرد ففيه تفصيل، بتقديرنا، ذلك أنه يحمل الاعتبارين معاً، الاسم المدني للتاجر والاسم التجاري له لتمييز متجره. والأصل

<sup>٤٤</sup> راجع المادة ٥٧ من قانون المعاملات التجارية.

في الاسم التجاري ماليته من حيث إنه من الحقوق المالية المعنوية، ومن طائفة حقوق الملكية الصناعية والتجارية، وأحد عناصر المتجر لتمييزه عما سواه من المحال التجارية التي تمارس نشاطاً تجارياً مماثلاً، ووسيلة لاجتذاب الزبائن، بل يجب على التاجر، شخصاً طبيعياً كان أم معنوياً، أن يتخذ اسماً تجارياً لتمييز نشاطه التجاري. وبحسب ما قدمناه في مقدمة البحث. فأمكن الحجز عليه من هذا الاعتبار ولكن مع المتجر لا مستقلاً بدلالة المادة ١/٦١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي، ونصها: (لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري المخصص له). ووجه الدلالة أن القانون منع التصرف بالاسم التجاري مستقلاً عن المتجر، وإيقاع الحجز عليه والتنفيذ نوع تصرف به. فامتنع الحجز عليه مستقلاً عن المتجر. ومن ثم يصدق على هذا الفرض القرار الإداري رقم ٧ لسنة ٢٠١٤م ولكن مقيداً بقيد التصرف بالاسم التجاري مع المتجر، فيقع الحجز على الاسم التجاري تبعاً للحجز على المتجر. أما الاستثناء الوارد على حكم الأصل، وهو جواز الحجز، فيتجلى في حالة احتفاظ التاجر الفرد بالاسم التجاري حال تصرفه بالمتجر دون الاسم التجاري، لإمكان الفصل بينهما في التصرف بالمتجر، وبحسب ما قضت به المادة ٢/٦١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي، ونصها: (على أنه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فإن هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحة أو ضمناً). فكان موجب تصرف التاجر الفرد بالمتجر دون الاسم التجاري تغليب الطابع المدني للاسم على الطابع المالي أو التجاري له. وتقدم إن الاسم المدني من الحقوق اللصيقة بالشخص الطبيعي، وأنه لا يعدّ مالاً، ولا يقوّم بالنقود، فلم يجز الحجز عليه. ويأخذ الاسم التجاري في هذا الفرض حكم العنوان التجاري في قانون التجارة الأردني.

## الخاتمة

وأذكر فيها أبرز نتائج البحث، والتوصيات.

### أولاً: نتائج البحث

١. أجاز قانون المعاملات التجارية الاتحادي للتاجر الفرد أن يتخذ من اسمه ولقبه الحقيقيين اسماً تجارياً، وهذا أوجب تداخل الاسم المدني بالاسم التجاري. وقد أثار ذلك إشكالية البحث في مدى تجرّد الاسم التجاري بطبيعته القانونية وصفته المالية عن الاسم المدني الذي يباينه في طبيعته القانونية وصفته غير المالية. وإشكالية التجرّد هذه تعدّت إلى الأحكام المنظمة للاسم التجاري، ومنها إمكان الحجز على الاسم التجاري استقلالاً عن المتجر.

٢. لم تتضح الطبيعة القانونية للاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية، فمرة يربطه المشرع بالمتجر من حيث إنه أحد عناصره، ومرة أخرى يربطه بالتاجر من حيث إنه يحمل اسمه ولقبه. وقد أورث ذلك تضارباً في الأحكام، بحسب ما قدمناه في المطلب الثاني من المبحث الأول.

٣. إنّ من آثار التردد في تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري ما قضت به المادة ٢/٦١ منه من قرينة مفادها عدم شمول التصرف بالمتجر الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحة أو دلالة، ونصها: (على أنه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فان هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحة أو ضمناً)، ولا شك إنّ هذا يجرد المتجر من أبرز عناصره، وقد يكون ذلك وراء قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي بعكس هذه القرينة القانونية، وذلك بعدّ التصرف بالمتجر شاملاً لجميع عناصره المادية والمعنوية، ومنها الاسم التجاري، ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٤. ومن آثار ذلك التردد ما قضت به المادة ١/٦١ منه: (لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري المخصص له). فلزم

أنه يتبع المتجر عند التصرف بالأخير، وذلك يتعارض مع ما قضت به المادة ذاتها في الفقرة الثانية منها، وبحسب نصها الوارد في النتيجة رقم ٣.

٥. إن لازم منع القانون التصرف بالاسم التجاري مستقلاً عن المتجر أنه يتمتع الحجز عليه استقلالاً عن المتجر، ذلك إن إيقاع الحجز عليه والتنفيذ نوع تصرف به. فامتنع الحجز عليه مستقلاً عن المتجر. وذلك يتعارض مع صريح المادة ٢ من القرار الإداري رقم ٧ لسنة ٢٠١٤م بشأن نظام الأسماء التجارية في إمارة أبوظبي، وفيها: (وما يقع على الأسماء التجارية من إجراءات قانونية أو قيود بما في ذلك أي رهن أو حجز يقع على الاسم التجاري أو أي قيد على استعماله)، بل إن تعارض المادة ٢ من القرار وقعت مع المادة ١٦/١ أو ٢ منه، ونصهما: (١. لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المنشأة. ٢. إذا تصرف صاحب المنشأة فيها فإن هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على شموله صراحة أو ضمناً).

٦. إن سبب التعارض والتضارب في تنظيم الاسم التجاري في قانون المعاملات التجارية الاتحادي، بتقديرنا، هو عدم إقامته التفرقة بين الاسم التجاري والعنوان التجاري اللذين نظمهما قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦م قانون تسجيل الأسماء التجارية رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٣م المعدل بالقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨م من حيث إن وظيفة الاسم التجاري تمييز المتجر عن غيره من المتاجر التي تزاوّل نشاطاً تجارياً مماثلاً. أما العنوان التجاري فإنه يدل على صاحب المتجر شخصياً. فلزم أن العنوان التجاري لا يعدّ عنصراً معنوياً من عناصر المتجر إلا إذا اتخذها التاجر اسماً تجارياً في الوقت نفسه لمتجره. ففي هذه الحالة فقط يكون له قيمة مالية يمكن التعامل بها، وبخلاف ذلك يبقى العنوان التجاري مجرد اسم مدني لصاحبه، وبالتالي لا يقبل التنازل عنه، لأنه من حقوق الشخصية. فالذي ينتقل مع المتجر هو الاسم التجاري وليس العنوان التجاري.

٧. صرّحت المادة ٨/١ من قانون الأسماء التجارية الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٠٦م على جواز إيقاع الحجز على الاسم التجاري استقلالاً، ونصها: (يجوز نقل ملكية

الاسم التجاري أو التنازل عنه أو رهنه أو إجراء الحجز عليه من دون نقل ملكية المحل التجاري أو التنازل عنه أو رهنه أو الحجز عليه)، إلا إن القول بذلك لا يجد سنده في مواد قانون المعاملات التجارية الاتحادي، ولما تقدم في الفقرات ٤ و ٥ و ٦ من النتائج.

٨. يجوز الحجز على الاسم التجاري للشركة، بتقديرنا، من حيث إن طابعه تجاري بحت، لارتباطه بشخص اعتباري يمارس عملاً تجارياً، وإن أخذ اسم صاحب الشركة أو الشركاء في شركات الأشخاص من حيث إن الشركة التجارية لا تمتد شخصيتها الاعتبارية لغير الغرض الذي خصصت له، وقد ارتبط الاسم التجاري بهذه الشخصية لا بشخصية الشركاء. فأمكن الحجز على الاسم التجاري للشركة من حيث إنه قامت له قيمة مالية مستقلة به.

٩. وللعلة ذاتها، بتقديرنا، يجوز الحجز على التسمية المبتكرة متى اتخذها التاجر الفرد اسماً تجارياً لتمييز النشاط التجاري لمتجره وجذب الزبائن، وعلّة ذلك انفصال الاسم التجاري في هذا الفرض عن الاسم المدني للتاجر. فغلبت الطبيعة القانونية للاسم التجاري "التسمية المبتكرة" والصفة المالية له، فجاز الحجز عليه مستقلاً.

١٠. لما جاز اتخاذ الاسم التجاري علامة تجارية أو جزءاً منها فإنه يسري عليه ما يسري على العلامة التجارية من أحكام، ومنها إمكان الحجز.

١١. إذا وقع الاتفاق على إلحاق الاسم التجاري بالمتجر المتصرف فيه، أو على ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي بالتحاق الاسم التجاري بالمتجر ما لم يتفق على خلاف ذلك، فإنه يمكن الحجز على الاسم التجاري تبعاً للحجز على المتجر من حيث إنه أحد عناصره المالية المعنوية.

١٢. إن احتفاظ التاجر الفرد بالاسم التجاري حال تصرفه بالمتجر دون الاسم التجاري يمنع الحجز على الاسم التجاري من حيث إن موجب احتفاظ التاجر به تغليب الطابع المدني للاسم على الطابع المالي أو التجاري له. ويأخذ الاسم التجاري في هذا الفرض حكم العنوان التجاري في قانون التجارة الأردني.

## ثانياً: التوصيات

بعد أن تبين لنا وجه إشكالية البحث، وسببها، وأنّ الحجز على الاسم التجاري مرتبط بطبيعته المالية من حيث إنّ له قيمة مالية مستقلة عن المتجر، وقيمة مالية مرتبطة بالمتجر من حيث إنه أبرز عناصره المالية المعنوية، أصبح من اللازم علينا حصر التوصيات في إبراز تلك الطبيعة بالقدر الذي يرفع الإشكالية التي وقع فيها مشرع قانون المعاملات التجاري الاتحادي، وهي:

١. تعديل المادة ٥٧ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م،

ونصها: (يتألف الاسم التجاري للتاجر الفرد من اسمه ولقبه، ويجوز أن يتضمن بيانات خاصة بالأشخاص المذكورين فيه متعلقة بنوع التجارة المخصص لها، كما يجوز أن يكون تسمية مبتكرة، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الاسم التجاري مطابقاً للحقيقة وألا يؤدي إلى التضليل أو المساس بالنظام العام أو الآداب) إلى: (يجب على التاجر أن يتخذ اسماً تجارياً لتمييز نشاطه التجاري، بشرط أن يكون مطابقاً للحقيقة وألا يؤدي إلى التضليل أو المساس بالنظام العام أو الآداب، ويجوز أن يتألف الاسم التجاري من اسم التاجر ولقبه أو من تسمية مبتكرة أو يكون علامة تجارية أو جزءاً منها).

٢. تعديل المادة ٤١ من ذات القانون، ونصها: (١. لا يجوز رهن المحل التجاري

لغير المصارف ومؤسسات التمويل. ٢. إذا لم يعين ما يتناوله الرهن لم يقع إلا على الاسم التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية) إلى: (١. يجوز رهن المحل التجاري مطلقاً أو مقيداً. ٢. إذا وقع الرهن مطلقاً شمل جميع العناصر المادية والمعنوية التي يتكون منها المحل التجاري وقت الرهن. ٣. إذا لم يعين ما يشمله الرهن من العناصر المادية والمعنوية للمحل التجاري كان الرهن مطلقاً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).

٣. تعديل المادة ٦١/١ أو ٢ منه: (١. لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً

مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري المخصص له. ٢. على أنه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فإن هذا التصرف لا يشمل الاسم التجاري ما لم



ينص على شموله صراحة أو ضمناً) إلى: (١. يجوز التصرف بالاسم التجاري أو رهنه أو إجراء الحجز عليه مستقلاً عن المحل التجاري . ٢. إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه فإن هذا التصرف يشمل الاسم التجاري ما لم يتفق على خلاف ذلك). وهذا التعديل يناسب في فقرته الأولى صريح المادة ٢ من القرار الإداري لإمارة أبوظبي، وفيها: (وما يقع على الأسماء التجارية من إجراءات قانونية أو قيود بما في ذلك أي رهن أو حجز يقع على الاسم التجاري أو أي قيد على استعماله أو أي تنازل عنه أو ترخيص من مالكة للغير باستخدامه)، وصريح المادة ٨/١ من قانون الأسماء التجارية الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٠٦م، وفي فقرته الثانية مع توجه قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي.

## مراجع البحث

### أولاً باللغة العربية:

#### الكتب:

- ١- أسامة المحيسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠١١م.
- ٢- إلياس جوزيف أبو عبد، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، دار بيروت للنشر، ١٩٨٤م.
- ٣- خليل مصطفى، محاضرات في القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٥.
- ٤- سميحة القليوبي، المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ٥- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٦- صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان عمان، ١٩٨٢م.
- ٧- طارق زيادة وفيكتور مكربل المؤسسة التجارية، منشورات المكتبة الحديثة، طرابلس (لبنان) ١٩٨٦.
- ٨- عز الدين العباسي، الاسم التجاري، دراسة قانونية مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.
- ٩- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، ١٩٨٨م.
- ١٠- علي تركي، الوجيز في مبادئ إجراءات التنفيذ الجبري، دار الإمارات الحديثة للطباعة والنشر، أم القيوين، ط ١/ ٢٠١٦.
- ١١- علي قاسم: حقوق الملكية الفكرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة- ، دار النهضة العربية، القاهرة ط ٢/ ٢٠١٦.
- ١٢- فوزي محمد سامي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢م.
- ١٣- محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
- ١٤- محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، دار عمار، ط ٢/ ١٩٩٢م.
- ١٥- منير الجنيبيهي و ممدوح الجنيبيهي، العلامات والأسماء التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.

## البحوث والمقالات:

١- صلاح سلمان أسمر، الأحكام القانونية للاسم والعنوان التجاري. بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

[www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=1338&d=1284311358](http://www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=1338&d=1284311358)

٢- محمد الشافعي، اسم الأصل التجاري، بحث منشور في المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن - كلية العلوم القانونية - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المغرب، ع ٢٤ . ١٩٩٥ .

٣- مصلح الطراونة، الأحكام القانونية للعنوان التجاري والاسم التجاري في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع عشر، العدد الرابع، ٢٠٠٢م.

## القوانين والأنظمة :

١- قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ والمعدل بقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤.

٢- قانون الأسماء التجارية الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٠٦.

٣- قانون الأسماء التجارية المصري رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١.

٤- قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

٥- قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٠.

٦- قانون تنظيم وحماية الملكية الصناعية الإماراتي رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٢.

٧- قانون السجل التجاري الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٧٥.

٨- قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

٩- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم لسنة ١٩٨٥.

١٠- قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

١١- نظام الأسماء التجارية لإمارة أبو ظبي بقرار رقم ٧ لسنة ٢٠١٤.

## المراجع الأجنبية:

1-John T. Cross, Language and the Law: The Special Role of Trademarks, Trade Names, and Other Trade Emblems, 76.1 Nebraska Law Review 96, 110 (1997).

2- Richard F. Duncan, William H. Lyons, Catherine Lee Wilson, The Law and Practice of Secured Transactions: Working with Article 9, Commercial Law Series 3-34, 3-36 (Law Journal Press 2016)

# **دراسة تأصيلية لمعيار فض التزام بين المشتري لذات العقار**

د. مروة محمد عبد الغني

مدرس بقسم القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

## تمهيد:

يتناول هذا البحث إشكالية إعادة بيع العقار بواسطة مالكه بعد سبق بيعه وما ينشأ عن هذا الوضع من تزامم للمشتريين يكون ثانيهما قد سجل تصرف البائع له بينما أغفله الأول. وتقتضي المفاضلة بينهم وتحديد من تؤول إليه ملكية العقار، عرض المبادئ الحاكمة للمسألة. كما يقتضي البحث بيان المصالح المتعارضة التي يتعين تحقيق التوازن بينها قدر الإمكان-. وكذا بحث وتحليل القواعد التي تنظم أسبقية التسجيل، سواء تلك المنصوص عليها في قانون تنظيم الشهر العقاري، أو في نظام السجل العيني، في ضوء ما أرسته أحكام محكمة النقض في هذا الشأن.

وقد جاء مجمل النصوص المنظمة لهذه المسألة غير متفق مع الكثير من القواعد العامة التي أرساها القانون المدني. لذا، نسعى من خلال هذا العمل إلى التوصل للجوانب المختلفة لهذه المسألة، ووجه خصوصيتها، ومدى ما أثارته من مشكلات في العمل، ومحاولات القضاء لفض هذه المشكلات.

إن من أكثر مبادئ القانون المدني التي تمس بالموضوع محل البحث تلك المتعلقة بتأثير حسن أو سوء النية في إبرام الاتفاقات، بل في المعاملات القانونية بشكل عام. وكذلك أثر الغش أو التواطؤ على التعاقدات كأصل عام، وتطبيق هذا الأصل على الحالة محل النظر. ولا شك في ارتباط الموضوع ارتباطاً وثيقاً بنظرية الأوضاع الظاهرة.

كما أن القواعد المنظمة لانتقال ملكية العقار عن طريق التسجيل قد مرت بتطور تاريخي طويل. لذا فإن عرضه هنا أمراً ضرورياً للعمل على توضيح الصورة، والمساهمة في التوصل للطرف الأولى بترجيح مصالحه. ومن ضمن القواعد القانونية الهامة المتعلقة بالموضوع تلك المنظمة للضمانات القانونية المقررة للمشتري في عقد البيع كضمان الاستحقاق والتعرض.

لا شك أنه من الضروري هنا العرض لتطبيقات مشابهة للحالة محل البحث من حيث انفصال ولاية التصرف فيها عن الملكية. ومع ذلك فقد عالجتها نصوص القانون بشكل مختلف، مما يدفعنا لمحاولة الوقوف على الحكمة من ذلك التمييز. ومن أبرز هذه التطبيقات حالة المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث، وحالة الشرط المانع من التصرف، وحالة خروج النائب عن حدود سلطته. كما يتعين الأخذ في الاعتبار لدى مواجهة هذه الإشكالية دلالات ما ورد في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن إيجار الأماكن، وذلك فيما يتعلق بالجزاء المقرر فيهما للتصرف الثاني على ذات العقار. كما أن حالة تزاحم مستأجري العقار وثيقة الشبه بالحالة محل البحث، وعليه فإن النصوص المنظمة لها هي مما لا بد من القياس عليه كذلك.

بناءً على ما سبق، ينقسم هذا البحث إلى فصلين:

**الفصل الأول: الجانب التأصيلي لأسس فض النزاح.**

**الفصل الثاني: الجانب التطبيقي: حالات انفصال ولاية التصرف عن الملكية،**

**والقياس عليها.**

## الفصل الأول

### الجانب التأصيلي لأسس فض التزامم

#### تقديم:

يتناول هذا الفصل عرض المبادئ والنظريات العامة، وكذلك النصوص القانونية ذات الصلة بمسألة التزامم مشتري العقار. كما يتناول تطبيق تلك المبادئ والنصوص على إشكالية التزامم. وينبغي بدايةً توضيح الفرض محل البحث ذاته.

إن ما يتناوله هذا البحث هو الوضع الذي يقوم فيه مالك العقار ببيعه إلى مشتري لا يقوم بالتسجيل الذي استلزمه القانون لإتمام نقل الملكية، أو يتأخر في القيام به بسبب إغفاله أو إهماله، أو امتناع البائع عن التعاون معه، أو غير ذلك. وبذلك تظل الملكية قانوناً للبائع، فيقوم ذلك الأخير ببيع ذات العقار مرة ثانية إلى مشتري آخر (سواءً كان حسن أو سيء النية)، والذي يقوم بدوره بتسجيل التصرف الناقل للملكية بالشهر العقاري كما استوجب القانون المنظم له. وهنا ينشأ الصراع بين مصلحة كلٍ من المشتري الأول والثاني لنفس العقار، ويثور التساؤل حول أيهما أولى بملكية العقار؟ للإجابة عن هذا التساؤل نعرض في المبحثين التاليين لكل من المبادئ والقواعد التي تحكم المسألة في القانون المصري.

وبذلك يتم تقسيم هذا الفصل كالآتي:

المبحث الأول: المبادئ والنظريات المتعلقة بإشكالية التزامم مشتري العقار.

المبحث الثاني: القواعد القانونية المنظمة لإشكالية التزامم مشتري العقار.

### المبحث الأول

#### المبادئ والنظريات المتعلقة بإشكالية التزامم مشتري العقار

#### تمهيد:

نعرض في هذا المبحث لعدد من أهم المبادئ والنظريات العامة في القانون المدني والتي لها صلة وثيقة بالإشكالية محل البحث. فتطبيق تلك المبادئ والنظريات على هذه الإشكالية مما يساعد بشكل كبير في التوصل إلى الوضع الأقرب للمنطق القانوني والأكثر اتفاقاً معه.

لعل أكثر تلك المبادئ والنظريات ارتباطاً بالموضوع الجاري بحثه هي مبدأ حسن النية، ومبدأ الغش يُفسد كل أمر، ونظرية الأوضاع الظاهرة. على ذلك نفصل هذا المبحث في ثلاثة مطالب كالآتي:  
المطلب الأول: مبدأ حسن النية.  
المطلب الثاني: مبدأ الغش يفسد كل أمر.  
المطلب الثالث: نظرية الأوضاع الظاهرة.

### المطلب الأول

#### مبدأ حسن النية:

إن تحديد المقصود بحسن النية في المجال القانوني عموماً أمر غاية في الصعوبة، ذلك أن لحسن النية أدوار متعددة ومتباينة من ناحية. ومن الناحية الأخرى فإن هذا المفهوم تختلط فيه الأخلاق بالقانون<sup>١</sup>.  
على الرغم من ذلك فقد اجتهد الفقه للوصول إلى وجهات تقرب فكرة حسن النية قدر المستطاع<sup>٢</sup>. ومن ذلك: "لو أردنا البحث عن محددات للحسن لوجدناها في الأمانة والإخلاص والاستقامة والعدالة وعدم الجور. فيكون الشخص حسن النية إن هو اختار الطريق الذي تفرضه الأمانة والاستقامة وأداء الواجب على أفضل ما يكون وبالصورة التي يتمنى أن تؤدي له لو كان هو صاحب الحق. ويكون بالتالي سوء النية هو قصد الإضرار بالغير أو قصد خيانة الأمانة والجور على حقوق الغير"<sup>٣</sup>.

وفي محاولة لوضع مفهوم قانوني لحسن النية لا يتداخل مع مفهومه الأخلاقي عرفه الدكتور نعمان جمعة على أنه: "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون"<sup>٤</sup>. ويستطرد سيادته قائلاً أن: "التزام حدود القانون لا يتعارض مع استغلال الشخص لكل الرخص التي يمنحها القانون. بل وأكثر من ذلك لا يتعارض مع استغلال الشخص للثغرات الموجودة في

<sup>١</sup> د. نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق (التنازع بين القانون والواقع المستقر)، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٧، ص ١٣٠.

<sup>٢</sup> أنظر: د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الأول، ١٩٨٦، ص ١٤٣-٢٠٢.

<sup>٣</sup> د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٣٧.

<sup>٤</sup> د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٣٧.



القانون والتي تسمح له بالحصول على مزايا على حساب غيره أو تضييع من غيره بسبب حصوله هو عليها. وكل ذلك نتيجة لانفصال حسن النية في القانون عن حسن النية في الأخلاق. فالأخلاق لا تسمح باقتناص فرصة أو شكت أن تتحقق للغير. بينما القانون يسمح بها طالما أن ذلك يتم في حدود أحكامه".

أما عن حسن النية في نصوص القانون المدني فإن المادة ١٤٨ تنص على أنه:

١. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من

مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

بناءً على ما سبق نجد أن حسن النية هو أحد ضوابط العملية التعاقدية التي تفرض

التزامات إيجابية، وأخرى سلبية على المتعاقد. لا شك أنه ضابط ذو أساس أخلاقي، لكنه من

الأخلاقيات التي رفعها المشرع إلى مستوى الواجب القانوني. لذا، لا بد من الاجتهاد للتعرف على

الملاحق القانونية لفكرة حسن النية، وعدم تركها لمطلق الأخلاق.

لا شك أن من أهم ما يُحتكم إليه لتحديد مفهوم حسن النية ومقتضاه، الذي جعله

القانون التزاماً قانونياً ذو صبغة أخلاقية؛ هو العرف. ويشمل ذلك ما صار وفقاً لهذا

العرف من أخلاقيات التعامل وشرفه الذي يرقى إلى مستوى الواجب القانوني. ومما يُعد

من مترادفات حسن النية؛ ما تقتضيه نزاهة التعامل في ضوء العرف الجاري في

المعاملات. وهو ما نصت عليه المادة ٢/١٥٠ مدني: "أما إذا كان هناك محل لتفسير

العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي

للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين

المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

نأتي الآن لتطبيق مبدأ حسن النية في ضوء المفهوم السابق ذكره ونص المادة

١٤٨ على الإشكالية محل البحث.

إن مفاد نص المادة ١٤٨ أنه يستلزم توافر حسن النية لدى تنفيذ العقد، وهو ما

يستتبع استلزامها عند إبرامه كذلك. وهو لم يقصر الالتزام بحسن النية على أحد

المتعاقدين دون الآخر، مما يقتضي منطوقاً اعتباره التزاماً على طرفي العقد على السواء.

إلا أنه في حالة التزام نجد حسن النية مُتفق بالضرورة لدى البائع. بينما لا يتوفر لدى المشتري الثاني إن كان يعلم وقت التعاقد بسبق التعامل في العقار المعقود عليه لمشتري أول. على الرغم من ذلك فإن نصوص القوانين المتعاقبة المنظمة لهذه المسألة - كما سنرى تفصيلاً في الفقرات التالية - لم تتناول سوى حسن نية المشتري الثاني، ولم تأتِ على ذكر أي تأثير لحسن أو سوء نية البائع. وهو ما نراه أمراً غريباً، إذ البائع هو من ينشئ هذه الأزيمة في الأساس ومع ذلك لا يتقرر عليه أي جزاء خاص لسوء نيته.

على أي حال، إن التساؤل الذي يثور هنا في حالة ثبوت الأفضلية للمشتري الثاني للعقار بسبب أسبقيته في التسجيل: هل يُشترط لتفضيله أن يكون حسن النية وقت تعاقد مع البائع؛ أي لا يعلم أنه سبق أن باعه لمشتري آخر؟

تطبيقاً للمادة ١٤٨ مدني، الواردة أعلاه، فإنه يجب أن يكون المشتري الثاني، بل والبائع كذلك حسني النية. فيما يتعلق بالبائع، فإن مخالفته لهذا الالتزام بحسن النية عن طريق إعادة بيع العقار يثير التزامه بضمان الاستحقاق والتعرض تجاه المشتري الأول - والذي سنعرض له لاحقاً - . أما بالنسبة للمشتري الثاني، فهل تُعد العبرة فقط بأسبقيته في التسجيل، أم هناك اعتبار لحسن نيته بحيث إن ثبتت سوء نيته، لا ينتج التسجيل أثره وبالتالي يُفضّل عليه المشتري الأول؟

إنه مما يُستعان به في تحديد مفهوم حسن النية الواجب الالتزام به بصدد هذه التعاقدات ما جاءت به المادة ٨٢ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، والتي تقر عقوبة جنائية على كل من باع مكاناً على خلاف مقتضى عقد سابق ولو غير مشهر. فمن غير المستساغ اعتبار التصرف الثاني صحيحاً، ومنتجاً لآثاره في ذات الوقت الذي أسبغ عليه المشرع وصف وعقوبة الجريمة الجنائية. ويدعم ذلك نص المادة ٢٣ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، والتي تدرج هذا الفعل ضمن الأفعال المكونة لجريمة النصب، وتقضي صراحةً ببطان أي تصرف لاحق للبيع الأول يرد على ذات الوحدة ولو كان مسجلاً.

° وسوف نعالج كل من هذين النصبين تفصيلاً في الفصل الثاني من البحث، إلا أنه كان يحتم الإشارة لهما هنا للمعاونة على الوصول إلى مفهوم أوضح لحسن النية بصدد الحالة محل البحث.

إن تأثير سوء النية في مسألة تراحم مشتري العقار على وجه الخصوص لم يكن دائماً مطابقاً للالتزام الذي فرضه القانون المدني في المادة ١٤٨ ولا للدلالات التي أشارت إليها مواد قانوني إيجار الأماكن. وقد اختلف الوضع باختلاف المراحل التي مرت بها القواعد المنظمة لنقل ملكية العقار - والتي سوف نتناولها تفصيلاً في موضع لاحق - ونشير لها هنا بإيجاز:

١- في ظل القانون المدني القديم:

كانت الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل بين المتعاقدين بمجرد التعاقد دون حاجة إلى أي إجراء آخر باعتبار البيع من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين<sup>٦</sup>. وقد نصت المادة ٦٠٦/٧٣٢ منه على أنه: " في جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية في حق مالكها السابق بعقد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً".

وبناءً على هذا التنظيم، كان الرأي المستقر آنذاك هو اشتراط حسن نية المشتري الثاني وتقديمها على التسجيل. فإن لم يتوافر حسن النية لدى المشتري الثاني، لا يُعتد بالبيع حتى وإن تم تسجيله أولاً، ويُفضّل عليه المشتري الأول<sup>٧</sup>. وقد رجح هذا الاتجاه العلامة السنهوري استناداً إلى صريح نص المادة ٢٧٠/٣٤١ من التقنين المدني السابق والتي قضت بأنه: " لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوي الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها"<sup>٨</sup>. وتشير تلك العبارة الأخيرة " وكانوا لا يعلمون ما يضر بها" إلى حسن النية<sup>٩</sup>.

٢- في ظل قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣:

قد كان أحد أهم أهداف إصدار هذا القانون هو تعزيز مكانة ودور التسجيل في نقل ملكية العقار<sup>١٠</sup>. لذا فقد اعتبر مضمون إجمالي نصوصه أن العبرة في نقل الملكية

<sup>٦</sup> أنظر: الطعن رقم ٦٠ لسنة ٢ ق - جلسة ١١/١٧/١٩٣٢.  
وانظر أيضاً: د. السنهوري، الوسيط الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، فقرة ٢٥٥.

<sup>٧</sup> أنظر: د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٢٨٨ والوسيط، ٩، فقرة ١٣٥.

<sup>٨</sup> أنظر: نقض مدني ١٢ ديسمبر ١٩٣٥،

<sup>٩</sup> أنظر: د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٢٦٩، ص ٤٠٨.

<sup>١٠</sup> راجع: د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٢٨٩.

تقتصر على التسجيل دون غيره. فالمشتري الذي سجل عقده أو لا تنتقل إليه ملكية العقار حتى وإن ثبتت سوء نيته وعلمه بسبق بيع العقار لغيره. فالمادة الثانية من هذا القانون والتي تنظم الحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية اشترطت ألا يداخل تسجيلها تدليس: "...فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات، فلا تكون حجة على الغير، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس". ويستدل من هذه المادة أن ما يمكن أن يكون له تأثير على صحة التسجيل هو التدليس فقط، فإن كان المراد أن يحظى سوء النية كذلك بذات أثر التدليس فما منع المشرع من إيرادها في ذات النص؟

وفقاً لما سبق، لم يكن هناك ثمة خلاف بعد إصدار قانون التسجيل المذكور على عدم اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ١١. وقد اتخذت أحكام محكمة النقض هذا المسلك بمنتهى الجلاء ١٢. ومن أوضح ما عبرت به عن اتجاهها ذلك الحكم ١٣ الذي يقضي بأنه: " لا يجوز التحدي بعبارة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدني، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدني الذي كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول. وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاءً نهائياً، كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه. وإذا فُتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقياً...".

٣- في ظل قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (الوضع الحالي):

لم يأت هذا القانون مدعماً للخطوة التي اتخذها سابقه لتعزيز وتقوية نظام التسجيل وهي عدم اعتبار حسن النية شرطاً لصحة التسجيل. وإنما، عوضاً عن ذلك، جاءت نصوصه في اتجاه مغاير لما استقرت عليه أحكام محكمة النقض، وهو ما ترك الأمر محلاً للخلاف الفقهي والاضطراب.

أنظر كذلك: الطعن رقم ٤٨ لسنة ٢ جلسة ١٩٣٣/١/٥: " إن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ لم يغير طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين، وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد، بل أرجاه إلى حين حصول التسجيل، وترك لعقد البيع معناه وباقى آثاره ".  
١١ وإنما الخلاف الذي ثار آنذاك كان بشأن مدى تأثير التواطؤ والغش على صحة التسجيل. وهو ما سنتناوله في المطلب التالي.

١٢ أنظر مثلاً: الطعن رقم ١١٢ لسنة ١٤ جلسة ١٩٤٦/١٠٣/١٧ س ع ٥ ص ١١٣ ق ٤٣: " يعتبر من الغير في حكم المادة الثانية من قانون التسجيل صاحب التصرف المسجل حسنت نيته أم ساءت".

١٣ نقض مدني ١٢ ديسمبر ١٩٣٥، مجموعة عمر ١، رقم ٣٠٨، ص ٩٧٥.

ويرجع ذلك إلى أن نص المادتين ١٥ و ١٧ (خاصةً الفقرة الثانية من المادة ١٧) يحمل ما يفيد اعتبار حسن النية شرطاً لصحة التسجيل<sup>١٤</sup>. بينما أصرت محكمة النقض على ذات الموقف الذي اتخذته في المرحلة السابقة؛ متمثلاً في أن سوء النية لا يؤثر على صحة التسجيل، كما لا يفسده التواطؤ<sup>١٥</sup>.

وقد ثار بالفعل الخلاف المتوقع بشأن القانون المذكور أعلاه، فانقسمت آراء الفقه إلى فريقين: الفريق الأول يذهب إلى أن سوء النية وحده يفسد التسجيل<sup>١٦</sup>. ويستند هذا الرأي إلى قانون تنظيم الشهر العقاري في مادتيه الخامسة عشر والسابعة عشر. ذلك على اعتبار أن الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه قد اشترطت حسن النية الغير للاحتجاج بالحقوق التي قد سجلها على العقار والواردة في المادة ١٥، وأنه لا مجال لإعمال الرأي مع صريح النص. أما الفريق الثاني فيذهب إلى أنه لا أثر لحسن أو سوء النية على صحة التسجيل<sup>١٧</sup>. وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه بقوة<sup>١٨</sup>. واعتمد أنصار هذا الفريق على عدة حجج لتدعيم مذهبهم تتلخص فيما يلي:

١- لا يمكن -في نظر هذا الفريق- أن يكون واضع قانون الشهر العقاري قد قصدوا اشتراط حسن النية لصحة التسجيل، وإنما كل ما قصدوه هو ترك المسألة للقواعد العامة. ذلك أنه ليس من المنطقي أن يرجع هذا القانون في الخطوة التي

<sup>١٤</sup> م. ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري: " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى. ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة."

وتنص المادة ١٧ منه على أن: " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول."

<sup>١٥</sup> أنظر مثلاً: الطعن رقم ٣٢٦٧ لسنة ٥٩ جلسة ٢٨/٠٤/١٩٩١ س ٤٢ ع ١ ص ٩٧٣ ق ١٥٥.

<sup>١٦</sup> د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٤٧٥.

<sup>١٧</sup> المرجع السابق، ص ٤٧٥-٤٧٨.

<sup>١٨</sup> أنظر: د. برهام محمد عطا الله، منازل الملكية العقارية: تداخل أسباب كسب الملكية وقواعد الشهر العقاري، ٢٠١٠، ص ١٦٩-١٧٠.

قد خطاها قانون التسجيل السابق عليه والذي ألغى اعتبار حسن النية من أجل تعزيز نظام التسجيل وعدم تركه لعامل نفسي داخلي يصعب التوصل إليه، مما يسبب اضطراب في عملية تداول الثروة العقارية<sup>١٩</sup>.

٢- ذهبت محكمة النقض في أحد أحكامها إلى أن: "الغير سيء النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقد معه، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك وأن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه. أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية، فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة، ولو كان يعلم وقت التعاقد معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده..."<sup>٢٠</sup>.

٣- المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري ذاته والتي نصت على أنه: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية.

وترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن". فمن يتعامل مع بائع على أساس هذه المادة لا يصح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المذكور<sup>٢١</sup>.

٤- أن المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري كانت تنص في فقرة ثالثة على: "ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى". وقد

<sup>١٩</sup> أنظر: د. السنهوري، الوسيط ج ٤، فقرة ٢٩٠.

<sup>٢٠</sup> نقض مدني جلسة ١٣ مايو ١٩٥٤، مجموعة المكتب الفني، ص ٨٥٦.

<sup>٢١</sup> نفس الحكم السابق.

تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادي، لذا صدر مرسوم في ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ يحذفها تصحيحاً للنص ٢٢.

من جانبنا، نرى وجهة الحجج التي يستند إليها الفريق الثاني بصدد عدم اشتراط حسن النية لصحة التسجيل. فاعتبارات استقرار التعامل على العقارات تحتم عدم الاعتداد بالعلم الفعلي للمشتري الثاني بسبق بيع العقار، وقصر العبرة على أسبقية التسجيل. فالعلم الفعلي وما يستتبعه من مدى حسن النية إنما هي أمور نفسية، داخلية ليس من اليسير التوصل إليها. وتعليق الأمر عليها يؤدي إلى إطالة أمد النزاعات الواقعة على العقارات، وبالتالي زعزعة التعاملات العقارية ٢٣.

على الرغم من أن الاتجاه الذي يتبناه الفريق الثاني قد يبدو ظاهرياً متعارضاً مع نص المادة ١٤٨ مدني، إلا أنه بالنظر إلى المفهوم القانوني لحسن النية الذي سبق أن تعرضنا له في بداية هذا المطلب يتبين عدم التعارض. فذلك المفهوم قد عمد إلى الفصل بين حسن النية من الناحية الأخلاقية والقانونية. وعلى ذلك قرر هذا المفهوم أن حسن النية القانوني هو: " قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون". وأن هذا القصد " لا يتعارض مع استغلال الشخص لكل الرخص التي يمنحها القانون، بل وأكثر من ذلك لا يتعارض مع استغلال الشخص للثغرات الموجودة في القانون والتي تسمح له بالحصول على مزايا على حساب غيره أو تضييع من غيره بسبب حصوله هو عليها...". ٢٤. إن تعليق انتقال الملكية العقارية على التسجيل وحده إنما هي من الرخص التي منحها القانون للمتعاملين على العقارات، فإن استغلها أحد المشتريين دون الآخر وقام بالتسجيل مما حقق له ميزة ضاعت من المشتري الآخر بسبب حصوله هو عليها فلا يُعد ذلك من قبيل سوء النية المقصود في المادة ١٤٨.

٢٢ د. السنهوري، الوسيط ج٤، فقرة ٢٦٢، ص ٣٩٨، هامش ١.

٢٣ انظر في ذات المعنى: د. شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند تزاحم المشتريين: محاولة لوضع نظرية عامة في الغش، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر)، العدد ٢، ١٩٥٩، ص ٨٤: " كما أن المشرع اعتبر التسجيل مناط العلانية. فتسجيل العقد يفترض علم الكافة به، وعدم تسجيله يفترض أنه غير معلوم لأحد. فإذا قيل بكفاية العلم لنفي حسن النية أصبح نظام التسجيل عديم الجدوى، إذ يصبح مدار العلانية هو علم العاقد لا تسجيل العقد وهو ما يخالف غرض المشرع. وبغض عن ذلك فإن الأخذ بنظرية العلم المجرد يفتح الباب للمنازعات ويرهق القضاء. لأن مسألة العلم وعدمه مسألة ذهنية باطنية يصعب التحقق منها".

٢٤ د. نعمان جمعة، مرجع سابق، ص ١٣٧.

ومما يؤيد الاتجاه السابق إصرار محكمة النقض المصرية عليه في أحكامها منذ صدور قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣.

على الرغم من ذلك، نرى أنه من الممكن أخذ سوء نية المشتري الثاني في الاعتبار عند المفاضلة بينه وبين المشتري الأول في بعض الحالات. فإذا تأملنا المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري عن كثب، نجد أن المشرع يعتبر المشتري الأول بعقد غير مسجل أولى بالرعاية والتفضيل على المشتري الثاني بعقد مسجل في حالة إظهار حرصه على حماية نفسه مما قد يصدر من البائع من تصرفات لاحقة على ذات العقار عن طريق الإسراع في تسجيل عقده. وكذلك حرصه في الوقت ذاته على إعلام الغير بوسيلة قطعية الدلالة بما له من حق على العقار المعقود عليه من خلال مبادرته فور إبرام العقد الصادر إليه برفع دعوى صحة ونفاذ على البائع مع تسجيل صحيفتها، ثم التأشير بالحكم الصادر في الدعوى على هامش الصحيفة المسجلة. وفي هذه الحالة، لا يمكن اعتبار سوء نية المشتري الثاني عنصر نفسي داخلي محتمل، وإنما هو أمر ثابت بقرينة تشريعية قاطعة.

في المقابل، فإن المشتري الأول الذي لم يُظهر حرصاً على مصلحته على النحو السالف، ولم يسع إلى إعلام الغير بحقه على المعقود عليه، أو تأخر في ذلك، يُحتج تجاهه بالبائع الثاني المسجل الذي اكتسب به المشتري الثاني حقه على العقار بحسن نية قبل تسجيل الصحيفة (مادة ٢/١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري).

يمكننا أن نستخلص مما سبق أن الأفضلية في حالة التزاحم، طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري، تكون للمشتري الذي يُبدي حرصاً جدياً للحفاظ على مصلحته على النحو السابق. ولكن يبرز بهذا الصدد التساؤل: هل يُمكن استناداً إلى تفسير المادة ٢/١٧ بمفهوم المخالفة الانتهاء إلى أنه في حالة ثبوت سوء نية المشتري الثاني مع عدم رفع الأول دعوى صحة ونفاذ، وعدم تسجيلها أو التأخر فيه، ينتفي حق المشتري الثاني رغم تسجيله في الاحتجاج بهذا التسجيل في مواجهة الأول؟ وهذه هي المسألة التي انقسم الفقه بشأنها على النحو السابق عرضه.

أما التساؤل الذي يلفت نظرنا هنا هو: لِمَ لا يؤخذ في الاعتبار سوء نية البائع الذي يعلم أنه استنفد ولاية التصرف في العقار عندما باع العقار للمشتري الأول؟ فتطبيق



القواعد العامة في القانون المدني يقتضي اعتبار العقد المسجل الناقل للملكية هو العقد الصحيح الصادر من مالك تثبت له ولاية التصرف. على ذلك نرى أن إسقاط ولاية التصرف عن البائع عند إبرامه للبيع الأول يُبطل التعاقد الثاني وإن كان مُسجلاً. فالنظر إلى الأمر من ناحية البائع بشكل أساسي - في نظرنا - يمكن أن يقدم حلاً أكثر موضوعية، يخرج بنا من دائرة التركيز على حسن أو سوء نية المشتري الثاني، والصعوبات التي تحيط بذلك. كما يقدم بديلاً عن الاعتماد على التسجيل بشكل صرف دون الاعتداد بأي أمر آخر، وهو ما يعارضه جانب من الفقه. ويمكن ذلك الحل في فصل الملكية عن ولاية التصرف. فقيام البائع بإبرام عقد بيع على العقار، ولو كان غير مسجل، يُسقط عنه ولاية التصرف فيه بالرغم من أن ملكيته ما زالت ثابتة له. وبالتالي إن قام البائع بإعادة بيع العقار لمشتري آخر، يعتبر هذا البيع غير نافذ في مواجهة الأول ولو كان مسجلاً، وسواء كان المشتري الثاني حسن أو سيء النية. وعندئذ يمكن للمشتري الأول إلغاء أثر تسجيل المشتري الثاني توطئة لتسجيل عقده. ولا يعني ذلك أن حسن أو سوء نية المشتري الثاني لن يكون له أي تأثير في هذا الفرض. فيحق له في حال كونه حسن النية الرجوع على البائع بالضمان نظراً لإلغاء عقده المسجل. إن مثل هذه الآلية يمكن أن تؤدي إلى القضاء على ظاهرة تزامم مشتري العقار من جذورها. إذ إسقاط ولاية التصرف عن البائع بمجرد إبرامه عقد بيع على العقار، وعدم الاعتداد بتصرفاته اللاحقة، إنما يردع البائع عن إتيان مثل هذا السلوك.

### المطلب الثاني

#### مبدأ الغش يفسد كل أمر:

من أكثر المبادئ ارتباطاً بالإشكالية محل البحث هو ما يتعلق بالغش أو التدليس. والمقصود بالغش في هذا الصدد هو التواطؤ الذي يتم بين البائع وأحد المشتريين بهدف حرمان المشتري الآخر من ملكية العقار. هنا يختلف الأمر عن سوء النية كما تناولناه في المطلب السابق. فالغش والتواطؤ يتجاوز مجرد النية السيئة الكامنة داخل نفس المتعاقد لتقترن بأعمال خارجية ملموسة. وأي تصرف يحدوه غش أو تواطؤ يحكمه المبدأ القانوني العام: "الغش يفسد كل أمر".

هذا المبدأ برغم استقراره في الفقه القانوني منذ قديم الأزل إلا أنه ليس له سند من نصوص التشريع ٢٥. إلا أن الحاجات العملية قد فرضته ليكون الأساس الذي يُستند إليه للقول بعدم مشروعية الغش. كما أن محكمة النقض قد قضت بشأنه بأن: " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن قاعدة (الغش يبطل التصرفات) هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانةً لمصلحة الأفراد والجماعات... " ٢٦.

بالإضافة لأحكام النقض المتواترة الداعمة لهذا المبدأ، فقد سعى الفقه كذلك لدعم احترامه ووضعه في إطار نظرية متكاملة تحكم عناصر تكوينه ٢٧. ووفقاً لما يراه الفقه بشأن هذا المبدأ فإن الغش المقصود فيه هو التحايل على القانون عن طريق استخدام وسيلة ظاهرها مشروع لتجنب الخضوع لقاعدة قانونية أمرة ٢٨. ويتوفر الغش بناءً على هذه النظرية بتوفر ثلاثة عناصر. العنصر الأول هو اتجاه الإرادة إلى تفادي تطبيق قاعدة أمرة. والعنصر الثاني هو توافر نية الغش. أما العنصر الثالث فإنه يتمثل في استخدام وسيلة مادية تساعده على الإفلات من تطبيق القانون ٢٩.

تطبيقاً لما سبق، فإن بائع العقار قد يرغب في الإفلات من الخضوع لما تلزمه به قواعد القانون من وجوب تنفيذ التزامه تجاه المشتري الأول عيناً وبما يتفق مع حسن النية. وفي سبيل ذلك يقوم بإعادة بيع العقار، وتيسير تسجيل البيع للمشتري الثاني وتعجيله ليسبق في ذلك المشتري الأول. وهذا التصرف في ذاته يمثل عنصر استخدام وسيلة مادية أعانت البائع على تحقيق غرضه. وعن سوء النية فهو يتوافر لدى البائع بلا شك، أما بالنسبة للمشتري الثاني فالراجح أنه لا يتوافر لديه لمجرد علمه أن العقار سبق بيعه، وإنما إذا تم بينه وبين البائع

<sup>٢٥</sup> أنظر: د. هادي أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، ص ٣٤ وما بعدها.

<sup>٢٦</sup> الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٦٠ قضائية، جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٩٥.

<sup>٢٧</sup> أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٨، ص ١٥٥.

<sup>٢٨</sup> د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ١١١.

<sup>٢٩</sup> د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١١ و ١١٢.

تواطؤ من أجل حرمان المشتري الأول من ملكية العقار. في هذا الفرض تتوفر عناصر الغش في حالة تراحم مشتري العقار.

فيما يتعلق بالجزاء المترتب على تحقق الغش، فقد كان مثار خلاف. ذهب فريق إلى اعتباره مجرد تطبيق للعمل غير المشروع. وبالتالي يلتزم من وقع منه الغش أو التواطؤ إضراراً بالغير تعويضه عن الضرر الذي أصابه<sup>٣٠</sup>. بينما يذهب فريق آخر إلى أن القول بأن الغش يفسد كل شيء إنما يستلزم رد قصد الطرف الذي صدر منه الغش عليه، وتفويت غرضه من وراء هذا الغش باعتبار التصرف الذي يشوبه الغش غير نافذ في مواجهة الطرف المضرور<sup>٣١</sup>. وعليه يعتبر الفريق الأول البيع الثاني المسجل للعقار والقائم على تواطؤ، نافذ وصحيح مع وجوب تعويض الضرر الذي أصاب المشتري الأول من جراء فوات الصفقة عليه. بينما يعد الفريق الثاني ذات البيع غير نافذ في مواجهة المشتري الأول، ولا يؤيد حصر الأمر في الدائرة المحدودة للمسئولية التصديرية.

لقد عرضنا - بإيجاز شديد<sup>٣٢</sup> - للمقصود بالغش، وعناصره، وجزائه. وبذلك يبقى السؤال الأهم في هذا الصدد: ما هو تأثير الغش أو التواطؤ بين البائع والمشتري الثاني على صحة تسجيل عقد بيع العقار المبرم بينهما؟

تتفاوت الإجابة عن هذا التساؤل كذلك - كما هو شأن تأثير حسن النية الذي تناولناه في المطلب السابق - بحسب التنظيمات المختلفة التي مر بها انتقال الملكية العقارية في مصر. وعلى ذلك نتناول فيما يلي تطور أثر الغش على أسبقية التسجيل في كل من تلك المراحل:

#### ١- في ظل القانون المدني القديم:

سبق أن بينا في المطلب السابق بشأن اشتراط حسن النية أن الرأي الأرجح في ظل التقنين المدني القديم هو اعتبار سوء نية المشتري الثاني مبطلاً لأسبقية التسجيل. يترتب على ذلك أن التواطؤ والغش يهدم أثر الأسبقية في التسجيل من باب أولى في ظل ذلك القانون. فإن كان - في ذلك الوقت - مجرد علم المشتري الثاني الذي بادر

<sup>٣٠</sup> د. عبد الفتاح عبد الباقي، محاضرات في العقود المسماة، ص ١٧٢.

<sup>٣١</sup> راجع: د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ١٠٢ و ١٠٣.

<sup>٣٢</sup> سبق تناول الفقه لهذا الموضوع بالدراسة والتحليل المفصل في العديد من المؤلفات.

إلى تسجيل العقار، بسبق بيعه يعدم أثر هذا التسجيل، فلا شك في أن تواطؤ هذا المشتري مع البائع يفسد التسجيل كذلك بطبيعة الحال.

٢- في ظل قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣:

لقد قضى هذا القانون على الخلاف السائد قبله بشأن تأثير سوء النية على صحة التسجيل، فجاء قاطعاً بعدم تأثر أسبقية المشتري الثاني في التسجيل لمجرد علمه بسبق بيع العقار ٣٣. إلا أن المادة الثانية من هذا القانون قد أثارت خلافاً أقوى بشأن مدى تأثير الغش أو التواطؤ أو التدليس على سبق التسجيل. فقد نصت تلك المادة بشأن العقود والسندات الكاشفة على أنه: "...فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات، فلا تكون حجة على الغير، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس".

قد تبدو المادة السابقة قاطعة الوضوح والدلالة على أن تورط المشتري الثاني مع البائع في التدليس أو التواطؤ ليسبق المشتري الأول في التسجيل إنما يؤدي إلى حرمانه من الأفضلية على ذلك الأخير. إلا أن الأمر كان محل خلاف انقسمت على أثره الآراء إلى فريقين كالتالي:

**الفريق الأول:** يرى أن وقوع التدليس والغش كفيل بتفضيل المشتري الأول وحرمان المشتري الثاني من ملكية العقار حتى وإن سبقه إلى التسجيل. يبني هذا الفريق رأيه في الأساس على مبدأ "الغش يفسد كل أمر"، ويرى أن المادة الثانية من قانون التسجيل سالف الذكر إنما تدعم هذا المبدأ. وإن كانت تلك المادة قد وردت بشأن التصرفات الكاشفة دون المنشئة منها، فلا يُعقل أن تكون إرادة المشرع التفرقة بينهما في شأن التدليس بحيث يعتبره مباحاً في بعض التصرفات. كما يستند هذا الفريق إلى أن التسجيل الذي يتطلبه القانون ١٨ لسنة ١٩٢٣ شخصي، لا يصحح الأخطاء الواردة في التعاقد، لذا لا يمكن اعتبار التواطؤ أو التدليس غير مؤثر فيه ٣٤.

وقد صدرت بعض أحكام الاستئناف مؤيدة لهذا الاتجاه. من أبرزها ما ورد في حكم محكمة استئناف مصر: "إذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس،

<sup>٣٣</sup> أنظر أنفاً، المطلب السابق، بند ٢.

<sup>٣٤</sup> لمزيد من التفصيل بشأن حجج الفريق الأول، راجع: د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ٨٥، ٨٦.

وكان المشتري الثاني على علم بذلك واشترك في التدليس بطل البيع الثاني، وغير معقول القول بأن التسجيل أبطل مفعول م ٢٧٠ مبدئي قديم. إذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصومه أن يهدم مبدأ أساسياً في التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناها حسن النية، وهذا ما لا يمكن التسليم به<sup>٣٥</sup>.

الفريق الثاني: يرى أن الغش أو التواطؤ، كما سوء النية، لا يؤثر على أسبقية التسجيل. وأن انتقال الملكية يعتمد فقط على التسجيل بغض النظر عن أي اعتبار آخر، حتى وإن صدر من المتعاقد الذي سجل أولاً تدليس في سبيل الوصول إلى غايته. ويذهب هذا الفريق إلى أن مبدأ "الغش يفسد كل أمر" لا سند له من نصوص القانون ولا يمكن الاستناد إليه في هذا الموقف حيث النصوص صريحة. كما يستدل من النص في المادة الثانية من قانون التسجيل على إفساد التدليس لأسبقية التسجيل بشأن العقود الكاشفة مع عدم النص على ذلك في المادة الأولى منه بشأن العقود المنشئة، يعني أن ذلك هو الاستثناء وليس القاعدة. كما يذهب هذا الفريق إلى أن السماح بتأثير التواطؤ على أسبقية التسجيل يؤدي إلى إهدار القيمة التي أراد المشرع منحها للتسجيل عند إصدار هذا القانون، وبالتالي يؤثر سلباً على استقرار المعاملات العقارية<sup>٣٦</sup>.

انتهجت محكمة النقض اتجاه هذا الفريق وأيدته بقوة في أحكامها المتعلقة بهذه المسألة. لعل أوضح هذه الأحكام حكمها الشهير في ١٢ ديسمبر ١٩٣٥ والذي ورد فيه أنه: "إذا لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة التي تمضي من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها. وفي تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً، فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول، ولو حتى كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيئي النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة".

<sup>٣٥</sup> استئناف مصر ١٧ يونيو سنة ١٩٣٤، المحاماه ١٥ رقم ٢/٢٧١، ص ٥٦٩.

د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ٨٦، هامش ١.

<sup>٣٦</sup> د. السنهوري، الوسيط ٤، فقرة ٢٨٩.

٣- في ظل قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (الوضع الحالي):

لقد كان المأمول من إصدار هذا القانون أن يضع حداً للخلاف الذي ثار في ظل سابقه بشأن مدى تأثير التواطؤ على صحة التسجيل. وقد كان السبب الأساسي وراء هذا الخلاف هو النص الصريح الذي ورد في المادة الثانية من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ معتبراً التدليس مبطلاً للتسجيل في العقود الكاشفة، والذي لم يرد نظيراً له في المادة الأولى من ذات القانون بشأن التصرفات المنشئة. وهو ما فتح الباب لاتخاذ أنصار كلٍ من طرفي الخلاف هذا النص ذريعة لتأييد اتجاهه كما سبق أن وضحنا في البند السابق.

إلا أن اللجنة التي قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقاري، وفي ضوء الأحكام المتواترة لمحكمة النقض التي أيدت اعتبار التدليس غير مؤثر في صحة التسجيل، قامت عمداً<sup>٣٧</sup> بإغفال النص على التدليس عموماً<sup>٣٨</sup>. وذلك سواءً بالنسبة للتصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية في المادة التاسعة من القانون المذكور، أو التصرفات المقررة لها في المادة العاشرة منه. وبذلك تكون اللجنة قد انتزعت أقوى الحجج التي كانت تستند إليها محكمة النقض لاستخلاص عدم اعتبار التدليس مفسداً للتسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية من نص المادة الثانية من القانون السابق. وعليه تكون قد ساوت بين مركز كل من التصرفات المنشئة والكاشفة فلم تنص على أثر التدليس على تسجيل أي منهما تاركاً الأمر للمبادئ العامة<sup>٣٩</sup>.

ويفسر الفقه مسلك اللجنة في تعدها عدم التعرض للغش وأثره على التسجيل تفسيرات متباينة. من تلك التفسيرات ما يذهب إليه العلّامة السنهوري من أن ذلك يُعد ترجيحاً لاعتبار التواطؤ مفسداً للتسجيل على خلاف الرأي الذي تبنته محكمة النقض<sup>٤٠</sup>. ومنها أيضاً ما يذهب إليه د. شمس الدين الوكيل من أن عدم تعرض اللجنة للغش في نصوص القانون

<sup>٣٧</sup> وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري: " وفي صدد التدليس لم ير محل للنص عليه، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة لهذه الحقوق، اكتفاءً بتطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن".

<sup>٣٨</sup> د. محمود شوقي، الشهر العقاري علماً وعملاً، القاهرة ١٩٩٠، ص ٣١٢، ٣١٣.

<sup>٣٩</sup> د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٢٩٠.

<sup>٤٠</sup> نفس المرجع السابق.

المذكور في حين كان في استطاعتها ذلك إنما يُعرب عن رغبتها في الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة، وترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء ٤١.

أما محكمة النقض فقد أصرت على ذات النهج الذي اتبعته في الفترة السابقة على إصدار هذا القانون فيما يتعلق بأثر الغش والتواطؤ على التسجيل ٤٢. فقد جاءت أحكامها في هذا الصدد مؤكدةً على عدم تأثر الأسبقية في التسجيل بالتواطؤ الذي قد يحدث بين البائع والمشتري الثاني الذي سبق الأول إلى تسجيل عقده. وهي تستند في ذلك إلى نص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري ٤٣. وتعبّر المحكمة عن ذلك بقولها: "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى نص المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ويترتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير مما مفاده إجراء المفاضلة عند تزاحم المشتريين في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالشهر التديليس أو التواطؤ، طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله..." ٤٤.

<sup>٤١</sup> د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٩١.

<sup>٤٢</sup> وقد أطلق على هذا النهج "النظرية المادية".

انظر: د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي وجريمة البيع لأكثر من واحد في مجال الإسكان، منشأة المعارف، الطبعة الأولى ١٩٨٣، ص ٤١٩.

<sup>٤٣</sup> وتنص المادة ٩ على أنه: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية.

وترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن..."

<sup>٤٤</sup> انظر على سبيل المثال: الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٥٧، جلسة ١٩٩٥/٥/٢١، س ٤٦ ع ١ ص ٧٩١ ق ١٥٦،

والطعن رقم ١٨٥١ لسنة ٥٧ جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥ س ٤٤ ع ٣ ص ٢٧١ ق ٣٣٨،

والطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٥٤ جلسة ١٩٨٩/٣/٢٣ س ٤٠ ع ١ ص ٨٣٥ ق ١٤٦،

والطعن رقم ٥٣١٤ لسنة ٧٠ جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٧ س ٥٣ ع ٢ ص ١١٠٦ ق ٢١٣: "على ما جرى به قضاء هذه

المحكمة هو إجراء المفاضلة عند تزاحم المشتريين في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر، ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالشهر التديليس أو التواطؤ مع البائع..."

والطعن رقم ١٠٣٢ لسنة ٧١ جلسة ٢٠٠٣/٢/١٨ س ٥٤ ع ١ ص ٣٣٤ ق ٥٩،

والطعن رقم ١٣٥٤٤ لسنة ٨١ جلسة ٢٠١٣/١٢/٢٦.

## \*تعقيب:

نود التنويه هنا إلى أن القول بعدم وجود أساس تشريعي لمبدأ "الغش يفسد كل أمر"، وخاصة فيما يتعلق بالمفاضلة بين أكثر من دائن، إنما يغفل نص واضح في القانون المدني. ذلك هو نص المادة ٢٤٢:

" (١) إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة. (٢) وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه."

جاءت الفقرة الأولى من هذا النص عامة لتسري على أي موقف يتعدد فيه دائني ذات المدين، ويقوم هذا الأخير بتصرف يتضمن تفضيل أحد هؤلاء الدائنين عن طريق الغش، دون وجه حق. لا شك لدينا في انطباق هذه الفقرة على حالة تزاحم مشتري العقار، عندما يقوم البائع بإعادة بيع العقار لمشتري ثانٍ يتعمد الإسراع في عملية تسجيله للبيع تفضيلاً لهذا المشتري. وقد قررت الفقرة المذكورة جزاء مثل هذا الغش وهو حرمان الدائن الذي تم تفضيله دون وجه حق من الميزة التي حصل عليها. وتطبيق هذا الجزاء على البائع يقتضي حرمان المشتري الثاني من الأفضلية التي يمنحها له التسجيل في انتقال ملكية العقار. بعبارة أخرى، يرى المشرع في هذا الموقف رد القصد السيء على صاحبه بحرمانه من الوصول إلى النتيجة التي أراد الوصول إليها بطريق الغش والتحايل على القانون.

أما الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه فإنها تتناول المدين المعسر بشكل خاص. وهي تبين جزاء وفائه لأحد دائنيه نتيجة وقوع تواطؤ بينهما، حتى ولو تم هذا الوفاء بعد حلول الأجل؛ وهو عدم نفاذ هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. ونرى انطباق هذه الفقرة - كسابقها - على حالة تزاحم مشتري العقار. ذلك أن البائع يُعد في هذا الصدد مدين بنقل ملكية العقار المبيع إلى كل من المشتريين (مادة ٤٢٨ مدني). فإن نقلها إلى أحدهم، اعتُبر معسراً بالنسبة إلى الآخر من ناحية نقل الملكية ولو لم يكن معسراً من



ناحية التعويض. وعليه، فإن قام البائع بالوفاء بالتزامه بنقل الملكية للمشتري الثاني بناءً على توافق بينهما، فإن جزاء هذا التوافق طبقاً للفقرة المذكورة هو عدم نفاذ نقل الملكية ذلك في حق المشتري الأول. ويقوم هذا الجزاء على ذات العلة التي تقرر عليها الجزاء المذكور في الفقرة الأولى؛ وهو رد القصد السيء على صاحبه.

أما فيما يتعلق بمسلك محكمة النقض بشأن مدى تأثير الغش والتواطؤ على أسبقية التسجيل، فلا شك لدينا في المغالاة والشطط اللذان يحملهما هذا الموقف. فهو يأتي مخالفاً بشكل صارخ لمبادئ قانونية راسخة تتعلق بالنظام العام والآداب. فعدم الاعتداد بالتواطؤ يُعد إياحة من المحكمة - بمفهوم المخالفة - للغش والتدليس في إبرام المعاملات خلافاً للمبدأ القائل بأن الغش يفسد كل أمر. فإن كان من المقبول - على مضمض - تغليب الأسبقية في التسجيل على مبدأ حسن النية حينما يصعب تحديد أي الاتفاقين تم أولاً، إلا أنه من غير المقبول بأية حال إياحة التواطؤ والغش والتشجيع عليهما.

كما أن هذا المسلك المُنتقد يأتي في ظل فراغ تشريعي في تنظيم مثل هذا الموقف. فقانون الشهر العقاري قد عمدَ عدم إيراد نص صريح بخصوص هذه المسألة وهو ما يعني أن المسألة متروكة للقواعد العامة في القانون المدني. بينما يأتي مسلك محكمة النقض مناقضاً لتلك القواعد وللعدالة، وهو ما لا يمكن التغاضي عنه.

### **المطلب الثالث:**

#### **نظرية الأوضاع الظاهرة:**

##### **الفرع الأول**

#### **نبذة عن النظرية بوجه عام:**

تعكس هذه النظرية المستحدثة؛ التنازع بين القانون بتطبيقه المجرد، والواقع بما ينشأ عنه من آثار لا يمكن التغاضي عنها، وتمس بشكل واضح بالمصالح العامة واستقرار المعاملات. إن الأطراف الأساسيين المكونين لهذه النظرية هم: صاحب الحق القانوني

<sup>٥٠</sup> والتي كان أبرز من أثارها، ودافع عن وجودها، ووضع أسسها رسالة الدكتوراه القيمة للأستاذ الدكتور عبد الباسط جمبوع: "نظرية الأوضاع الظاهرة- المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من أثر"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٥.

سواء كان عيني أو شخصي، وصاحب الوضع الظاهر على ذات الحق، وشخص من الغير أنشأ له صاحب الوضع الظاهر مصلحة على الحق.

إن كان النزاع بين صاحب الحق القانوني وصاحب الوضع الظاهر، فلا شك في رجحان كفة صاحب الحق القانوني في معظم الفروض، ما لم يكن صاحب الظاهر قد استوفى شروطاً قانونية تحقق له مركز قانوني كما هو الحال في اكتساب الملكية بالتقادم المكسب.

ولكن النزاع المثير للجدل يظهر حينما تتعدى المفاضلة صاحب الحق وصاحب الظاهر لينتقل الحق من هذا الأخير إلى شخص من الغير. إن تطبيق قواعد القانون بشكل مجرد تقتضي كذلك الميل لتحقيق مصلحة صاحب الحق القانوني بحيث يُعتبر التصرف باطل أو غير نافذ في حقه. أما الغير فلا يبقى له سوى الرجوع على من تصرف إليه لمطالبته بالتعويض. إلا أن الواقع العملي من التنوع بحيث لا يمكن الالتزام دائماً بتلك القواعد الجامدة<sup>٤٦</sup>، وإنما لا بد في بعض الأحوال من ترجيح كافة الغير خاصة إن كان حسن النية. ومن هنا ظهرت نظرية الأوضاع الظاهرة، ودافع عنها فريق حديث نسبياً من الفقه أمام مقاومة من التيار الكلاسيكي.

يضع التيار الفقهي العناصر لنظرية الوضع الظاهر ركنين أساسيين تقوم عليهما هذه النظرية وهما<sup>٤٧</sup>:

١- ركن مادي، يتمثل في الشواهد المادية الخارجية المحيطة بالوضع توحى بما يخالف الحقيقة.

٢- ركن معنوي، يتمثل في حسن نية الغير بالإضافة إلى الغلط الشائع.

ويُقصد بالظاهر في سياق هذه النظرية؛ أمر واقع محسوس مخالف للحقيقة، يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون<sup>٤٨</sup>. ويذهب الدكتور نعمان جمعة إلى التفرقة بين نوعين من المحسوس هما:

" النوع الأول هو المحسوس الذي يعبر عن مركز قانوني هو نتيجة واقعة قانونية توافرت بها شروط تطبيق قاعدة قانونية تمنح لصاحب هذا المركز حقاً أو سلطة أو ولاية. هذا الشخص له

<sup>٤٦</sup> أنظر: د. نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق (التنازع بين القانون والواقع المستقر)، ١٩٧٧، ص ٨ و ٩.

<sup>٤٧</sup> أنظر: د. نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.

<sup>٤٨</sup> د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٤٤.

صفة تسمح له بمباشرة وممارسة السلطات والمكانات والمزايا التي يقرها القانون لهذا المركز: أو بتعبير آخر، هذا الشخص له صفة في حيازة هذا المركز. والحيازة التي تشير إليها ليست الحيازة التقليدية التي هي عبارة عن السيطرة على شيء مادي، وإنما تشير إلى حيازة الحق أي مباشرة المزايا والمكانات التي يمنحها هذا الحق.

النوع الثاني هو المحسوس الذي هو عبارة عن مباشرة شخص لمكانات ومزايا مركز ليس له، أي أنه ليس ذا صفة في حيازة هذا المركز. فحيازة المركز لا تستند إلى القانون وإنما إلى الواقع. وانعدام الصفة يرجع إلى أنه بتطبيق القانون على وجهه السليم على الواقعة كما حدثت بالفعل، لا ينشئ هذا المركز القانوني الذي يغتصب شخصاً معيناً مزاياه ومكاناته. فالأمر إذاً يتعلق باغتصاب صفة، أي حيازة مزايا ومكانات مركز قانوني لم ينشأ. وعدم وجود المركز القانوني قد يكون لأن القانون على وجهه السليم لا ينشئه، أو لأن الواقعة كما حدثت لا تتوافر بها شروط تطبيق القاعدة القانونية التي تنشئه. وبمعنى آخر فإن صاحب المركز الفعلي الذي يغتصب حيازة صفة معينة يستند عادةً إلى تفسير غير سليم للقانون أو إلى تصوير غير صحيح للواقعة التي حدثت.<sup>٤٩</sup>.

في أي من الحالتين السابقتين، يظل الوضع الظاهر مما يرتب عليه القانون أثراً ويكفل له حماية في الكثير من الأحوال. وذلك لحماية استقرار المعاملات، ولعدم الإضرار بالغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر معتقداً أن حقه يتفق مع صحيح القانون.

### **الفرع الثاني: ارتباط النظرية بحالة تراجم مشتري العقار:**

بتطبيق تلك النظرية على الحالة محل البحث، نجد أن أطراف المعاملة الذين تنطبق عليهم النظرية هم؛ بائع العقار، والمشتري الأول الذي لم يسجل العقد، والمشتري الثاني الذي بادر إلى التسجيل. أما عن تحديد أيهم هو صاحب الحق القانوني وأيهم صاحب الحق الظاهر وأيهم الغير، فإنه أمر نسبي يختلف بحسب كيفية النظر إلى الموقف.

<sup>٤٩</sup> د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٤، ٥.

ونرى بهذا الصدد أنه بانعقاد البيع الأول سليماً، وإن كانت ملكيته لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد تسجيله طبقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري، إلا أنه ينشئ كافة الالتزامات الشخصية التي ينشئها أي بيع صحيح على عاتق طرفيه. وعلى ذلك، يلتزم البائع بالقيام بكافة ما يلزم لمعاونة المشتري على نقل الملكية، كما يلتزم بضمان استحقاق العقار بحيث يتمتع عليه ببيعته إلى غير المشتري الأول طبقاً لما يقتضيه تنفيذ العقود من حسن النية. وبناءً على ذلك نرى أن البائع هنا يُعد هو صاحب الوضع الظاهر فيما يبرمه من بيع ثانٍ للعقار. إلا أنه ينتمي إلى "النوع الأول" المشار إليه آنفاً، أي أن البائع هنا له مركز قانوني فيما ينشئه من وضع ظاهر، حيث أنه "له صفة تسمح له بمباشرة وممارسة السلطات والمكناات والمزايا التي يقررها القانون لهذا المركز...". ذلك أن العقار ما زال في ملكه قانوناً.

وعلى ذلك فإن المشتري الثاني هو الغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر في هذه المعادلة. فسبب إبرامه لهذا التعاقد هو الوضع الظاهر الذي صور له أن كافة السلطات الواردة على العقار المبيع هي في يد البائع، وأنه لا يتعلق به أية حقوق للغير، ولم يسبق بيعه. وهو يؤسس هذا التصور على ما يجريه من تحري عن العقار محل التصرف في سجلات الشهر العقاري، أو عن البائع في السجل العيني، حيث أن تلك هي المكناات التي أنشأها القانون لتيسير التوصل إلى التصرفات الواردة على العقارات. ذلك بالطبع على فرض حسن نية هذا الغير. أما إن كان سيء النية لا تتحقق النظرية من الأساس إذ أن أحد أركانها - كما سبق أن ذكرنا - هو حسن نية الغير ٥٠.

يدعم التطبيق السابق لنظرية الوضع الظاهر نص المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦. وتتص هذه المادة على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ٥١١٥ أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر

٥٠ " وحسن النية الوارد في النص كشرط لحماية الغير يقصد به المعنى الذاتي والمعنى الموضوعي، بمعنى أنه يشترط ليس فقط علم الغير بحقيقة وضع المتصرف وإنما كذلك عدم إمكان العلم...". د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٩٥.

٥١ م ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري: " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى.

به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة...".

بناءً على النص السابق، فإن التأشير في هامش سجل العقار بصحيفة دعوى صحة ونفاذ العقد من شأنها هدم الوضع الظاهر الذي يتحصن به البائع، ويُفترض معه سوء نية المتصرف إليه الثاني. وفي المقابل فإن المشتري الثاني الذي اكتسب حقاً قبل تسجيل الصحيفة أو التأشير بها، إنما يستند إلى الوضع الظاهر للبائع، والمؤيد بمظاهر قانونية ومادية تنشئ اعتقاد عام بأنه صاحب الحق، مما يفرض احترام حق المشتري الثاني وتفضيله على الأول. إلا أن ذلك مشروط بأن يدعم المشتري الثاني هذا الوضع الظاهر المستفاد من انتقال الحق إليه قبل تسجيل الصحيفة أو التأشير بها، بإقامة الدليل على حسن نيته - خروجاً على الأصل العام وهو افتراض حسن النية - لتكتمل أركان الوضع الظاهر.

## المبحث الثاني

### القواعد القانونية المنظمة لإشكالية تراحم مشتري العقار

تقديم:

لابد من أجل اكتمال الصورة بشأن الإشكالية محل البحث من أن نتعرض لمجموعات من القواعد القانونية المتصلة بها بشكل مباشر. لا شك أن مجموعة القواعد المنظمة للتسجيل هي أبرز ما يجب أن نتناوله هنا. كما نتصل بالمسألة المنصوص المقررة لمجموعة من الالتزامات على عاتق البائع لحماية حقوق المشتري وأبرزها ضمانتي التعرض والاستحقاق.

على ذلك، ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

---

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة."

المطلب الأول: القواعد المنظمة للتسجيل كشرط ناقل للملكية.  
المطلب الثاني: القواعد المنظمة لضماناني التعرض والاستحقاق.

### المطلب الأول

#### القواعد المنظمة للتسجيل كشرط ناقل للملكية:

لعقد بيع العقار وضع خاص بين العقود المدنية. فهو قد يبدو للوهلة الأولى ضمن العقود الشكلية. إلا أن الشكلية تجعل من الشكل ركناً إضافياً لازماً لانعقاد العقد، لا وجود له بدونها. أما إجراءات الشهر والعلانية التي يتطلبها القانون المصري لنقل ملكية العقار لا شأن لها بانعقاد العقد أو وجوده، وإنما عدم الالتزام بها يؤدي إلى عدم ترتيب بعض آثار العقد (الذي نشأ بالفعل)، أو عدم الاحتجاج ببعض آثاره على الغير<sup>٥٢</sup>. وتعتبر عن ذلك المادة ٢٠٤ مدني: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

بناءً على ما سبق، ينعقد عقد بيع العقار بمجرد التراضي بين طرفيه ولو لم يتم تسجيله، ويرتب كافة آثاره فيما عدا نقل الملكية. فبمجرد إبرامه ينشئ على عاتق المشتري التزام شخصي بدفع الثمن، وعلى البائع عدة التزامات شخصية منها التزامه بنقل الملكية للمشتري عن طريق معاونته في إتمام إجراءات التسجيل المطلوبة، والتزامه بتسليم العقار، ذلك بالإضافة إلى التزامه بضمان الاستحقاق، وضمان التعرض، وضمان العيوب الخفية<sup>٥٣</sup>. فإن امتنع البائع عن القيام بدوره الذي يمكن المشتري من التسجيل بأن يحضر بنفسه في مكتب التوثيق ويُصدّق على المحرر المستخدم للتسجيل، يُمكن المشرع المشتري من القيام بذلك جبراً على البائع عن طريق رفع دعوى صحة و نفاذ العقد. فإن صدر حكم نهائي في تلك الدعوى لصالح المشتري، جاز له تسجيله ليحل محل تسجيل العقد ذاته.

<sup>٥٢</sup> انظر: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٧٠.  
<sup>٥٣</sup> انظر: د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٧، ص ٥٨.

وقد نوّه القانون المدني إلى ضرورة مراعاة أحكام الشهر في المادة ٩٣٤ منه والتي تنص على أنه:

" ١- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري.

٢- ويبيّن قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها، سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر." لكن انتقال ملكية العقار في مصر لم يسر دوماً على منوال ثابت، وإنما قد مر بعدة تطورات. لذا فإنه من الضروري هنا أن نتعرض بإيجاز لتلك التطورات. ثم نتعرض للقواعد التي تحكم الأسبقية في التسجيل طبقاً للقانون الحالي. كما يقتضي الأمر كذلك التعرض لنظام السجل العيني ودوره بشأن الإشكالية محل الدراسة. وذلك فيما يلي:

### الفرع الأول

#### التطور التاريخي لانتقال ملكية العقار في مصر:

لقد مرت القواعد المنظمة لنقل ملكية العقار في مصر بثلاث مراحل، نعرض لها باختصار فيما يلي:

المرحلة الأولى: في ظل القانون المدني القديم؛<sup>٥٤</sup>

استحدث القانون المدني القديم نظاماً لشهر الحقوق العينية اقتبس منه من نظيره الفرنسي. وكان أهم ما يقضي به هذا النظام بخصوص انتقال ملكية العقار هو تفرقه بين حالتين؛ فيما بين المتعاقدين تنتقل الملكية بمجرد انعقاد العقد ودون حاجة إلى تسجيله، بينما بالنسبة للغير لا تنتقل إلا إذا تم تسجيل العقد.

وقد كان هذا النظام شخصياً؛ يتم الشهر به بأسماء الأشخاص. ومهمة القيام بالشهر كانت موزعة بين جهات ثلاث: المحاكم المختلطة، والمحاكم الشرعية، والمحاكم

<sup>٥٤</sup> قبل صدور القانون المدني القديم لم يوجد نظام لشهر انتقال ملكية العقار وكانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك الوقت، وإنما كان يوجد آنذاك ما يسمى بنظام المكلفات الإدارية. أنظر في تفصيل ذلك: د. السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، ٢٥٢ و ٢٥٣.

لا تزال نصوص هذا القانون تسري بالنسبة للمحركات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير ١٩٢٤.

الوطنية. وكانت أبرز مآخذ هذا النظام أنه لم تكن له حجية كاملة إذ لا تتعدى وظيفته مجرد تسجيل التعاقد كما هو، ولو كان هذا التعاقد يحمل عيوباً. كما كان يُخرج من نطاق الشهر بعض التصرفات الهامة كالميراث والوصية والقسمة<sup>٥٥</sup>.

المرحلة الثانية: صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣م:

إن أبرز ما جاء به هذا القانون أنه اشترط التسجيل من أجل نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين والغير على حد سواء حيث تنص المادة الأولى منه على أن: " جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض و التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله و كذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك يجب إظهارها بواسطة تسجيلها ... و يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ و لا تنتقل و لا تتغير و لا تزول لا بين المتعاقدين و لا بالنسبة لغيرهم و لا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين...". كما أنه قد ضم إلى نطاق الإلزام بالتسجيل الكثير من التصرفات والأحكام التي كانت غير خاضعة لواجب التسجيل قبل صدور هذا القانون مثل القسمة والصلح.

إلا أن هذه التطورات لا تعني أن القانون المذكور قد عالج كافة مشكلات نقل الملكية التي سادت قبل ظهوره. فمن ناحية، هو لم يقدم حلاً لعيوب كانت سابقة على صدوره، مثل شخصية نظام التسجيل، فهو يظل نظاماً شخصياً كسابقه. وكذلك الحال بالنسبة لعدم تمتع العقود المسجلة وفقاً له بحجية كاملة نظراً لعدم تحري صحتها، وأيضاً تعدد جهات الشهر، واقتصار الإلزام بالتسجيل على العقود بين الأحياء<sup>٥٧</sup>.

ومن ناحية أخرى، فقد أدت بعض نصوص القانون سالف الذكر إلى ظهور إشكالية جديدة في التطبيق. فقد نصت المادة ٦ من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ على أنه: " يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقعين على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين...".

<sup>٥٥</sup> د. السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، فقرة ١٢٨.

<sup>٥٦</sup> وقد بدأ تطبيقه في أول يناير ١٩٢٤.

<sup>٥٧</sup> أنظر: د. السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، فقرة ١٢٨، ص ٣٢٦.



ويقتضي هذا النص ضرورة حضور كل من طرفي التعاقد أمام الموظف المختص ليقوم كل منهم بالتوقيع تحت نظره حتى يتمكن من التصديق على توقيعاتهم كخطوة سابقة على تقديم المحرر للتسجيل. وهو أمر يتيح الفرصة للبائع سيء النية في التعنت والامتناع عن الحضور أمام الموظف المختص للتوقيع، مما يضع المشتري في مأزق إذ هو لا يستطيع إتمام التسجيل دون البائع ولا تنتقل له الملكية دون إتمام التسجيل<sup>٥٨</sup>.

إلا أن العمل قد أوجد سبيلاً للمشتري في هذه الحالة يمكنه من تنفيذ التزام التسجيل جبراً عن البائع الممتنع. فيحق للمشتري تحقيقاً لذلك أن يرفع دعوى مبتدأة لإثبات وقوع البيع وصحة العقد ونفاذه، فإن صدر فيها حكم لصالحه، يجوز له تسجيله لنقل الملكية عوضاً عن تسجيل العقد. ولا يخفى أن هذا الحل يلقي عبئاً ثقيلاً على المشتري في رفع الدعوى وإثبات وقوع البيع وصحته.

المرحلة الثالثة: قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م:

وقد جاء هذا القانون محاولاً تلافي المشكلات التي أظهرها الوضع السابق على

صدوره. ويمكن إجمال أبرز الإصلاحات التي قدمها فيما يلي:

- توحيد جهات الشهر. نص على توحيدها في مكاتب الشهر العقاري ومأمورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم تحت إشراف مكتب رئيسي عام<sup>٥٩</sup>.
- وسع القانون من نطاق التصرفات الواجبة الشهر لتشمل كافة التصرفات التي تنشئ أو تنقل أو تغير أو تزيل الملكية والحقوق العينية الأخرى سواء كانت بين الأحياء أو تلك الكاشفة عن الحقوق العينية بع الوفاة كالقسمة والصلح والميراث.

- جعل من التسجيل شرطاً لنقل الملكية في حق الغير وفيما بين المتعاقدين على

حد سواء شأن قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣.

<sup>٥٨</sup> د. برهام عطا الله، منازعات الملكية العقارية، القسم الأول، تداخل أسباب كسب الملكية وقواعد الشهر العقاري، ٢٠١٠، ص ١٠٥.

<sup>٥٩</sup> وهو القانون المعمول به حتى وقتنا هذا.

<sup>٦٠</sup> د. السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، ص ٣٢٧. ويرى سيادته أن هذا التوحيد هو أهم إصلاح قدمه القانون الجديد، خاصة أنه يمثل خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العيني.

على الرغم من تلك الإصلاحات فقد ظل تنظيم نقل الملكية العقارية يعاني من عيبين أساسيين: أنه نظام شخصي؛ يتم التسجيل فيه بحسب أسماء الأشخاص وليس العقار نفسه. ويترتب على ذلك، عدم تمتع الشهر بحجية كاملة<sup>٦١</sup>. ولا حل لهاتين النقيصتين إلا باللجوء إلى نظام السجل العيني. ولذا قرر المشرع إدخال نظام السجل العيني في مصر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.

### الفرع الثاني: الآثار المترتبة على البيع غير المسجل للعقار:

تنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري في هذا الصدد على أنه:

"ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

ومقتضى النص السابق - وبما أننا نعالج هنا نقل الملكية فقط - أن البيع العقاري غير المسجل لا ينقل الملكية بين المتعاقدين - ولا بالنسبة للغير بطبيعة الحال - ويظل العقار على ملكية البائع. وبالتالي فإنه يضع المشتري في موقف ضعيف من حيث:

- أنه يمتنع عليه مطالبة البائع بتثبيت ملكيته على العقار عن طريق دعوى الاستحقاق.
- يستطيع دائن البائع التنفيذ على العقار المبيع إذ أنه لا يزال مملوكاً لمدينه. كما يحق له أن يحصل على حق اختصاص على العقار.

ولكن هذا العقد لا يخلو من أية قيمة، وإنما هو - طبقاً للنص - ينشئ التزامات شخصية بين البائع والمشتري. وتتلخص هذه الالتزامات فيما يلي:

(١) التزامات البائع:

- يلتزم بتسليم العقار للمشتري ويحق للمشتري إجباره على التسليم. وإن كان قد سلمه للمشتري فلا يحق له استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له<sup>٦٢</sup>.
- يضمن للمشتري التعرض الصادر منه أو من الغير، كما يضمن الاستحقاق. وبمقتضى هذا الالتزام يمتنع على البائع بيع ذات العقار مرة ثانية لمشتري آخر.

<sup>٦١</sup> د. السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، فقرة ٢٦٥.

<sup>٦٢</sup> أنظر: د. السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، فقرة ١٣٣.

وإن فعل وقام المشتري الثاني بتسجيل البيع قبل الأول، على البائع أن يضمن للأول استحقاق المشتري الثاني للعقار المبيع (مادة ٤٣٩ و ٤٤٣ مدني).

- يضمن البائع للمشتري العيوب الخفية في العقار المبيع. وعليه، يحق للمشتري الرجوع عليه بدعوى العيب الخفي رغم عدم تسجيله للبيع (مادة ٤٤٧/٢ مدني).
- يلتزم بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري عن طريق القيام بكافة ما يقتضيه تسجيل العقد من أعمال. وذلك طبقاً للمادة ٤٢٨ مدني: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلًا أو عسيرًا".

## ٢) التزامات المشتري:

- يلتزم بدفع الثمن للبائع، وكذلك المصروفات. ويحق للبائع مطالبته بأيهما ولو قبل تسجيل البيع.
- يلتزم بتسلم العقار المبيع ولا يجوز له الامتناع عن ذلك.

## المطلب الثاني

### القواعد الحاكمة لأسبقية التسجيل:

تحديد: إن الحديث عن القواعد المحددة لكيفية المفاضلة بين أكثر من مشتري بحسب سبق التسجيل هنا، إنما يقتصر على حالة صدور البيوع المتعددة من نفس المالك<sup>٦٣</sup>. أما إذا وقع البيع من أكثر من بائع، فالعبرة في المفاضلة بين المشتريين تكون بتحديد المالك الحقيقي للعقار وليس سبق تسجيله، إذ أي تصرف يصدر من غير مالك لا يعتد به ولو تم تسجيله.

## الفرع الأول

### التسجيل في الشهر العقاري:

بما أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، فمن المنطقي عند تراحم المشتريين لذات العقار، من ذات البائع، أن تكون العبرة في تحديد من انتقلت إليه الملكية بحسب من كان له السبق في تسجيل انتقالها تسجيلاً صحيحاً.

<sup>٦٣</sup> الطعن رقم ٣٢٦٧ لسنة ٥٩، جلسة ٢٨ أبريل ١٩٩١، ص ٤٢ ع ١ ص ٩٧٣ ق ١٥٥.  
"المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العبرة في المفاضلة بأسبقية التسجيل هي أن يكون المتصرف واحداً..."

وهذا التسجيل قد يكون تسجيلاً طبيعياً للعقد يقوم به البائع طواعيةً مع أحد المشتريين منه. كما قد يكون تسجيل أحد المشتريين لصحيفة دعوى صحة التعاقد التي رفعها على البائع باعتبارها تنفيذاً جبرياً على البائع. أولاً: تسجيل البيع بشكل طبيعي:

المقصود هنا قيام البائع بأحد الالتزامات التي يلقيها على عاتقه عقد البيع المبرم بينه وبين أحد المشتريين للعقار طواعيةً؛ وهو نقل ملكية العقار للمشتري. وتنفيذ هذا الالتزام من جانب البائع يقتضي منه معاونة المشتري في أداء كافة الإجراءات التي يتطلبها القانون لتسجيل نقل الملكية.

في الفرض الذي نعالجه هنا، يتعهد البائع بنقل ملكية ذات العقار لأكثر من مشتري بموجب عقدي بيع متتاليين. فقد يقوم أحد هؤلاء المشتريين بتسجيل عقده بينما يغفل الآخر ذلك وهنا تنتقل الملكية لمن قام بالتسجيل. كما قد يقوم كل منهما بالتسجيل، وفي تلك الحالة تتم المفاضلة بينهما بحسب تاريخ التسجيل. وقد نصت على ذلك المادة ٣٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري: "إذا قُدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تدوينها في الدفتر المعد لذلك...".

ويلاحظ أن وجود عيب أو نقص في البيانات أو الأوراق التي يقدمها طالب التسجيل قد يؤدي إلى سقوط أسبقيته إن لم يبادر بتلافيه خلال أجل محدد ٦٤. ثانياً: تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد:

إن امتنع البائع عن أداء التزامه بنقل الملكية عن طريق رفض التعاون مع المشتري في إتمام الإجراءات اللازمة، يحق للمشتري تنفيذ هذا الالتزام جبراً باللجوء إلى دعوى صحة التعاقد.

إن معيار الأسبقية في التسجيل في هذه الحالة، هو أسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد. وقد أكدت ذلك محكمة النقض في العديد من أحكامها. ومن ذلك قضاءها

<sup>٦٤</sup> المادة ٣٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري: "إذا لم يتيسر إتمام الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الأوراق أخطر صاحب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول لتلافي هذا النقص أو العيب، خلال أجل لا يجاوز خمسة عشر يوماً فإذا لم يفعل رفع الأمر إلى أمين مكتب الشهر وللأمين أن يصدر قراراً مسبباً بسقوط أسبقية هذا الطلب أو بوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية علي حسب الأحوال...".

بأن: " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن تسجيل صحيفة الدعوى التي يرفعها المشتري على البائع لإثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشتري حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار ابتداءً من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى. كما أن تسجيل الحكم يحدث نفس الأثر من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار فيرتد هذا التسجيل إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد." ٦٥.

إن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد قي ذاته لا يكفي وحده لنقل الملكية، بل يلزم تسجيل الحكم الصادر فيها لنقل هذه الملكية. فإذا ما تم التأشير بالحكم الصادر في الدعوى على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، لا يُحتج على من حصل على الحكم بصحة التعاقد بأي حق ترتب على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى ٦٦. ويتضح من ذلك أن تسجيل المشتري لصحيفة دعوى صحة التعاقد يحصنه من أي تصرف يتم على العقار في الفترة بين هذا التسجيل وبين صدور الحكم في الدعوى وتسجيله، إذ يرتد أثر تسجيل الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ٦٧.

يُستخلص مما سبق، ومن نصوص المواد ١٥، ١٦، و ٦٨١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري أن المشرع يُفرّق بين فرضين:

<sup>٦٥</sup> الطعن رقم ٣١٦٥ لسنة ٧٥، جلسة ٨ إبريل ٢٠٠٦، ص ٥٧ من ٣٢٠ ق ٦٦.

راجع كذلك المواد ١٥ و ١٦ و ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري.

<sup>٦٦</sup> أنظر: د. برهام محمد عطا الله، المرجع السابق، ص ١٦١.

<sup>٦٧</sup> انظر: الطعن رقم ٨٤٩٣ لسنة ٨٣، جلسة ٨ فبراير ٢٠١٥.

<sup>٦٨</sup> مادة ١٥ شهر عقاري: " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون

الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحةً أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو

الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى.

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى

صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول

المحكمة "

مادة ١٦: " يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها. ويتم

التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام. "

مادة ١٧: " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً

لل قانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداءً من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

الفرض الأول: الحقوق التي يكتسبها الغير على العقار في الفترة بين تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، وتسجيل الحكم الصادر فيها، ومن باب أولى تلك المكتسبة بعد تسجيل الحكم. وهذه لا يُحتج بها قبل المتصرف إليه الأول سواءً كان التصرف الثاني قد أشهر أو لم يُشهر. ذلك أن تسجيل الصحيفة أو التأشير على هامشها يفترض افتراض لا يقبل إثبات العكس سوء نية المتصرف إليه الثاني، مما يجعله غير أهل للحماية. ويستفاد ذلك على وجه الخصوص، وبمفهوم المخالفة من الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري والتي تنص على أنه: "ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل...".

الفرض الثاني: الحقوق التي يكتسبها المتصرف إليه الثاني بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير على هامشها بواسطة المتصرف إليه الأول. وهذه تنفذ ويُحتج بها قبل المتصرف إليه الأول مراعاةً لحسن النية واحترام الوضع الظاهر. ونرى أن النص في المادة ٢/١٧ شهر عقاري قد اعتبر اكتساب المتصرف إليه الثاني للحق قبل تسجيل الصحيفة أو التأشير على هامشها قرينة على حسن نيته.

مما تنبغي ملاحظته أنه يجب على المشتري أن يتم إجراءات تسجيل صحيفة الدعوى بالفعل ولا يجوز أن يتوقف عند تقديم الصحيفة للحصول على خاتم الصلاحية للشهر. فهذا الأخير هو مجرد إجراء تمهيدي للشهر، وبالتالي فإنه لا يثبت للمشتري أي حق أو أولوية إلا عندما يستكمل إجراءات الشهر ٦٩.

وقد استقرت محكمة النقض على أنه من ضوابط أعمال الأسبقية في التسجيل ألا يكون أحد العقدين المراد تسجيلهما صورياً صورية مطلقاً ٧٠. فإن ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقاً فإنه يكون في حكم العدم ولا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع ولو

=ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول".

<sup>٦٩</sup> د. برهام عطا الله، المرجع السابق، ص ١٦١.

<sup>٧٠</sup> انظر على سبيل المثال: الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦، جلسة ٣٠ يناير ١٩٩٧، س ٤٨ ع ١ ص ٢٥٢ ق ٤٨ والطعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٦، جلسة ٢١ مايو ١٩٧٠، س ٢١ ع ٢ ص ٨٨٦ ق ١٤٢.

كان مسجلاً إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً<sup>٧١</sup>، أو يحصن عقداً صورياً من الطعن عليه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر<sup>٧٢</sup>.

## الفرع الثاني

### القيد في السجل العيني:

لقد شهدت مصر طفرة قانونية فيما يتعلق بتسجيل الحقوق العينية العقارية وذلك عندما تبنى المشرع المصري نظام السجل العيني بالقرار بقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤<sup>٧٣</sup>. وقد عرف هذا القانون السجل العيني في مادته الأولى بأنه: "مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار، وتبين حالته القانونية، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به".

في حين يتم التسجيل في الشهر العقاري وفقاً لنظام تسجيل شخصي؛ أي يتم التسجيل فيه طبقاً لأسماء الأشخاص الذين يصدر منهم التصرف. بينما نظام السجل العيني - كما هو واضح من مسماه - يعتمد على التسجيل وفقاً للعقار ذاته إذ يخصص لكل عقار صحيفة مستقلة في السجل تبين كافة التصرفات التي ترد عليه<sup>٧٤</sup>.

لقد أبرزت المذكرة الإيضاحية للقانون أهم مميزات نظام السجل العيني والذي من المفترض إن تم تطبيقه بشكل صحيح أن يحقق "الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل"<sup>٧٥</sup>. كما أن الميزة الأساسية التي تعتبر حجر الأساس في هذا النظام هي ما يتمتع به القيد في السجل العيني من حجية مطلقة في إثبات الحق العيني العقاري تجعل المالك في مأمن من أي اعتداء يرد على ملكيته. ويحرص القانون على تطبيق مبدأ المشروعية بحيث لا يتم قيد الحق إلا بعد التثبت من مشروعيته<sup>٧٦</sup>. ويتم هذا

<sup>٧١</sup> الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣٠، جلسة ٢٧ مايو ١٩٦٥، س ١٦ ع ٢ ص ٦٥٥ ق ١٠٥.

<sup>٧٢</sup> مادة ١/٢٤٤ منق.

<sup>٧٣</sup> والذي لم تصدر لائحته التنفيذية إلا في يونيو ١٩٧٥ أي بعد إصدار القانون بما يزيد عن عشر سنوات.

<sup>٧٤</sup> المذكرة الإيضاحية للقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.

<sup>٧٥</sup> انظر د. برهام عطا الله، المرجع السابق، ص ١١٠-١١١.

<sup>٧٦</sup> وقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون بهذا الخصوص على أنه: "سوف يُراعى قبل إجراء القيد الأول في السجل فحص المستندات فحصاً دقيقاً ومناقشة أصحاب الحقوق وإجراء النشر اللازم في الصحف والجهات الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام وتمكين ذوي الشأن من إبداء اعتراضاتهم أمام لجنة قضائية، وبذلك لا يقيد في السجل إلا صاحب الحق".

التثبت من خلال الفحص القضائي لصحة المطلوب شهره على خلاف نظام الشهر الشخصي الذي يقوم عليه موظف إداري دون بحث لصحة التصرف.

كما يعمل النظام على تبسيط إجراءات القيد وسرعتها مع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها، ويقضى على المساوي المترتبة على تشابه الأسماء، وييسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سلمية وعادلة<sup>٧٧</sup>. فضلاً عن ذلك، يحظر القانون التملك بالتقادم كقاعدة عامة في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل.

بسبب هذه المميزات اعتبر الفقه نظام السجل العيني ثورة في نظام الشهر<sup>٧٨</sup>.

وقد بدأ تطبيق نظام السجل العيني تدريجياً منذ تاريخ صدور لائحته التنفيذية، لأنه لا يمكن تطبيقه على كافة أنحاء الجمهورية دفعة واحدة كما أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون. ويرجع ذلك إلى أن تطبيقه يتطلب مسح جغرافي دقيق لكافة المناطق وإعداد سجل لكل قسم مساحي بما يتضمنه من وحدات عقارية، وهو أمر عسير يتطلب الكثير من الوقت والجهد والنفقات.

على الرغم من كافة المميزات السابق ذكرها لهذا النظام إلا أن تطبيقه لم يكن على المستوى المرجو إذ تضمن الكثير من الأخطاء<sup>٧٩</sup>. إلا أن أكثر ما زلزل قوة هذا النظام كان الإطاحة بإحدى أهم ميزاته وهي حظر تملك أي عقار مقيد بالسجل العيني بالتقادم. ذلك أن المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت حكماً بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون السجل العيني الصادر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العيني؛ وهو حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل. كما قضت بسقوط نص المادة ٣٨ من هذا القانون<sup>٨٠</sup>.

<sup>٧٧</sup> انظر: موقع الهيئة المصرية العامة للمساحة [esa.gov.eg](http://esa.gov.eg)

<sup>٧٨</sup> انظر: مندي حمزة محمد، الوجيز في شرح نصوص قانون السجل العيني، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

<sup>٧٩</sup> د. برهام عطا الله، المرجع السابق، ص ١١١.

<sup>٨٠</sup> جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨، القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية (دستورية).



## المطلب الثاني

### القواعد المنظمة لضماني التعرض والاستحقاق:

يُعد التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق من أبرز الالتزامات التي قررها القانون على عاتق البائع لكفالة حق المشتري في عقود البيع بشكل عام. وقد ورد هذا الالتزام في المادة ٤٣٩ مدني والتي تقضي بأن: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري. ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه".

يتضح من النص السابق أن القانون يحمي المشتري، بناءً على هذا الضمان، من التعرض الصادر من البائع ذاته أو من الغير، وسواء صدر هذا التعرض في شكل أعمال مادية أو تصرفات قانونية تحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع المشتري بملكية المبيع. وتطبيقاً لهذا الضمان على حالة بيع العقار لأكثر من مشتري، نعرض له فيما يلي من عدة نواح، في حالتنا صدور التعرض من البائع أو من الغير، وذلك في الفروع التالية:

### الفرع الأول

#### شروط تحقق الضمان:

ينبغي لقيام الالتزام بالضمان في ذمة البائع أن يقع تعرض إما من البائع أو من الغير من شأنه أن يحول دون انتفاع المشتري بملكية المبيع<sup>٨١</sup>. وعليه، يُشترط لقيام الضمان شرطان:

أ- وقوع التعرض بالفعل: فلا يكفي لتحقيق التزام البائع أن يكون التعرض محتملاً<sup>٨٢</sup>. تطبيقاً لذلك، إذا قام البائع ببيع العقار لمشتري ثانٍ، وبادر هذا الأخير إلى تسجيل العقد فانتقلت إليه الملكية، يتحقق بذلك وقوع التعرض القانوني الفعلي. ذلك أنه بتسجيل العقد

<sup>٨١</sup> د. السنهوري، الوسيط، ج ٤، فقرة ٣٣٠.

<sup>٨٢</sup> الطعن رقم ٣٠٥٠ لسنة ٦٠، جلسة ٢١ يناير ١٩٩٢، س ٤٣ ع ١ ص ٢٠٩ ق ٤٥. وقد عبرت المحكمة عن ذلك بقولها: " إن حق الضمان لا ينشأ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به، أما مجرد خشية المشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع فلا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان ما دام لم يحصل له تعرض فعلي...".

الثاني تنتقل الملكية بسلطاتها جميعاً للمشتري الثاني على خلاف مقتضى العقد الأول. وهو ما يؤدي إلى حرمان المشتري من أية سلطة على العقار، وبالتالي يخوله الاحتجاج على البائع بضمان التعرض.

ب- أن يكون من شأن التعرض الواقع أن يمنع المشتري من الانتفاع بملكية المبيع كلياً أو جزئياً؛ ولكي يؤدي التعرض إلى هذه النتيجة فإنه قد يكون مبنياً على أعمال مادية صادرة من البائع أو الغير، كما قد يكون ناتجاً عن تصرفات قانونية. وفي الحالة محل البحث، فإنه يأتي في شكل تعرض قانوني وهو عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري الثاني. ففيه يقوم البائع بنقل ملكية العقار للمرة الثانية ليسبق المشتري الثاني نظيره إلى القيام بواجب التسجيل فتنتقل له الملكية وينتزع العقار من الأول. وهنا، يعتبر ذلك تعرض صادر من الغير وهو في ذات الوقت تعرض صادر من البائع كذلك لأن المشتري الثاني لم يكن ليتمكن منه دون معاونة البائع.

### الفرع الثاني

#### أي بيع ينشئ ضمان التعرض؟

لم يحدد المشرع شروطاً خاصة في البيع الذي ينشأ نتيجة له التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق. وبالتالي فإن أي بيع صحيح مستوفٍ لشروطه وأركانه يقوم بناءً عليه هذا الضمان سواء كان مسجلاً أو غير مسجل. وعدم اشتراط تسجيل بيع العقار هو ما يهمننا في هذا الموضوع. يترتب على ذلك أنه عندما يقوم شخص ببيع ذات العقار لشخصين، فلا يسجل الأول عقده بينما يبادر الثاني إلى التسجيل، فإن ذلك لا يمنع من قيام ضمان التعرض في ذمة البائع نحو المشتري الأول بالرغم من أن عقده غير مسجل.

بناءً على ما سبق فإن كل ما يشترط في البيع الذي ينشئ الضمان هو ألا يكون باطلاً. وهو ما عبرت عنه محكمة النقض بأن: "مناط التزام البائع بضمان التعرض المنصوص عليه في المادة ٤٣٩ من القانون المدني ألا يكون عقد البيع ذاته باطلاً، فإذا كان كذلك كان لكل من المتعاقدين عملاً بنص المادة ١٤١ من القانون المذكور أن يتمسك بهذا البطلان سواء عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى" ٨٣. وهنا يثور التساؤل هل

<sup>٨٣</sup> الطعن رقم ١٤٠٥ لسنة ٥٣، جلسة ٣١-٣-١٩٨٧، س ٣٨ ع ١ ص ٥١٦ ق ١١١.

يندرج تحت البيع الباطل طبقاً لهذا الحكم، التصرف الصادر من غير ذي ولاية؟ وهل يكون هذا التصرف على الأقل غير نافذ بحيث ينطبق عليه حكم المادة ٤٦٦ مدني ٨٤.

### الفرع الثالث

#### النتيجة المترتبة على قيام ضمان التعرض:

إذا أخل البائع بالتزامه بضمان عدم التعرض والاستحقاق تجاه المشتري، ينشأ في ذمته التزام جزائي بتعويضه. وتطبيقاً لذلك، فإنه في حال تعرض بائع العقار لملكية المشتري الأول عن طريق إبرام عقد بيع ثانٍ - بالمخالفة لالتزامه - يقوم فيه المشتري الثاني بالتسجيل قبل الأول، فلا مفر من استحقاق المشتري الثاني لملكية العقار. وهنا لا يبقى للمشتري الأول سوى الرجوع على البائع بالتعويض بموجب استحقاق الغير للمبيع، أو بناء على ضمان البائع للتعرض الصادر منه ٨٥. وقد حدد المشرع تفصيلاً عناصر التعويض الواجب أدائه عند استحقاق كل المبيع بناءً على دعوى الضمان وذلك في المادة ٤٤٣ مدني.

### الفصل الثاني

#### الجانب التطبيقي: حالات انفصال ولاية التصرف عن الملكية، والقياس عليها

قد عرضنا في الفصل الأول للإشكالية محل البحث، وتناولنا المبادئ والنظريات الفقهية المتعلقة بها، وكذلك القواعد القانونية المنظمة لها. وكان هذا العرض تمهيداً لتناول عدة تطبيقات تحملها نصوص متفرقة في القانون تتشابه كثيراً مع حالة تزامم مشتري العقار. ولعل أهم أوجه الشبه بينها التي تدعو إلى القياس عليها؛ هو انفصال ولاية التصرف في كل من هذه التطبيقات عن سلطة الملكية. إلا أن هذه التطبيقات قد نظمها التشريع، وتناولها الفقه، وطبقها القضاء من حيث الجزاء بطريقة مغايرة للحالة محل البحث رغم التشابه.

<sup>٨٤</sup> والتي تنص على أنه: "١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل.

٢- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد."  
<sup>٨٥</sup> د. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٣٣٥.

لذا فإننا نعرض في هذا الفصل لكل من هذه التطبيقات، وبشكل خاص لأوجه الشبه والاختلاف بين كل منها والحالة محل البحث. وذلك من أجل تسليط الضوء على التمييز الواضح بينهما في التنظيم القانوني وكذلك التطبيق القضائي.

على ذلك ينقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث.  
المبحث الثاني: الشرط المانع من التصرف.

المبحث الثالث: قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ورقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.  
المبحث الرابع: النصوص المنظمة لتزاحم مستأجري العقار.  
المبحث الخامس: إبرام النائب تصرف خارج حدود سلطاته.

## المبحث الأول

### المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث

#### المطلب الأول

##### عرض الفرضية وأحكامها:

في هذا الفرض يقوم المورث بنقل ملكية العقار لشخص ما قبل وفاته (قد يقوم بالتسجيل وقد يغفله). وبعد وفاة المورث تنتقل تركته بما فيها العقار المبيع (غير المسجل) إلى الوارث أو الورثة. وهنا تفرض المادة ٩٠١ مدني على الوارث تقديم إعلام شرعي بالوراثة حتى يتم تعيين ما آل إليه من أموال التركة<sup>٨٦</sup>.

وقد يقوم الوارث ببيع نفس العقار الذي سبق أن باعه مورثه لمشتري آخر، فينشأ التزاحم بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. وقد نظم القانون المدني هذا النوع من التزاحم في المادة ٩١٤ والتي تنص على أنه: "إذا لم تكن التركة قد صُفيت ... جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون". وقد تكفل قانون الشهر العقاري بتنظيم عملية تأشير

<sup>٨٦</sup> تنص المادة ٩٠١ مدني على أنه: "تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاناً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلان، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة".

دائني المورث بحقوقهم، وشهر حق الإرث في المواد ١٣ و ١٤ منه. وتحدد المادة ١٤ مدة لذلك التأشير وهي سنة من تاريخ شهر حق الإرث.

بناءً على ما سبق، فإن حكم أفضلية المشتري من المورث على المشتري من الوارث يقتضي التفرة بين حالتين كالتالي:

الحالة الأولى: قبل أن يشهر الوارث حق الإرث:

في هذه المرحلة، لا يحق للوارث أن ينقل ملكية العقار. وبالتالي فإن حق المشتري من المورث على العقار لا يهدده شيء حتى وإن لم يكن قد سجل عقده. وله أن يطالب الورثة بمعاونته على إتمام إجراءات التسجيل، وإن امتنعوا عن ذلك لجأ إلى دعوى صحة التعاقد. وأي تصرف يبرمه الورثة في هذه الفترة بشأن العقار، لا ينتج أثراً بالنسبة للمشتري من المورث<sup>٨٧</sup>.

الحالة الثانية: بعد شهر حق الإرث:

بمجرد أن يقوم الوارث بشهر حق الإرث، يحق له إبرام أي تصرف على التركة ومن ضمنها نقل ملكية العقارات التي تتضمنها التركة. كما له أن يقوم بشهر أي من هذه التصرفات حتى وإن كانت صادرة منه قبل شهر حق الإرث.

وهنا يتيح القانون لدائني المورث سنة كاملة من تاريخ شهر حق الإرث، ليقيم كل منهم بالتأشير بحقه على هامش تسجيل حق الإرث حتى لا تنفذ في حقه تصرفات الوارث (مادة ١٤ شهر عقاري).

فإن بادر المشتري من المورث بالتأشير على النحو السابق قبل فوات الميعاد، تكون له الأفضلية على المشتري من الوارث حتى وإن قام الأخير بتسجيل عقده قبل التأشير أو بعده. وعلى ذلك فإن الجزاء المقرر لفض التزاحم في هذه الحالة، عند قيام المشتري من المورث بالتأشير في الميعاد المذكور، اعتبار التصرفات اللاحقة التي أبرمها الوارث على ذات العقار غير نافذة في مواجهة المشتري من المورث، ولو كانت مسجلة.

<sup>٨٧</sup> مادة ١٣ شهر عقاري: " جميع التصرفات المنشأة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد ويرتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير...".

أما إن فوت المشتري من المورث الموعد المحدد للتأشير بحقه، تتم المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بحسب أسبقية الشهر. فمن يسجل أو يؤشر بحقه أولاً منهما يستحق العقار.

## المطلب الثاني

### قياس الفرض القائم على حالة تزامم مشتري العقار:

تعد حالة تزامم المشتري من المورث والمشتري من الوارث من أقرب الفروض للحالة محل البحث، والتشابه بينهما كبير لا شك.

الصورة المشار إليها في هذا الفرض وجود مشتري من مورث لم يسجل العقد الصادر إليه قبل وفاة المورث المتصرف. ثم صدر عن الوارث تصرفاً ناقلاً للملكية في ذات العين فبادر المشتري من الوارث إلى تسجيل التصرف. وعلى الرغم من ذلك، يُفضل المشتري من المورث (المشتري الأول) بعقد غير مسجل على المشتري من الوارث (المشتري الثاني) بعقد مسجل، إن قام الأول بالتأشير بحقه على هامش تسجيل حق الإرث وخلال سنة من ذلك التسجيل. سواء تم ذلك التأشير قبل التصرف الصادر من الوارث أو بعده، بل حتى وإن قام المشتري الثاني بتسجيل حقه قبل التأشير. إذ ليس ممتعاً على الوارث التصرف في عناصر التركة المحددة بشهادة التوريث، لكن تتأخر إمكانية تسجيل هذه التصرفات إلى حين شهر حقه في الإرث.

خلاصة ما سبق أن المادة ٢/١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري من شأنها تقرير أفضلية للمشتري من المورث بعقد غير مسجل على المشتري من الوارث بعقد لاحق مسجل أو غير مسجل، وذلك قبل تأشير الأول بحقه على هامش إشهار حق الإرث، أو بعده متى تم التأشير خلال سنة من شهر حق الإرث.

إننا إن بحثنا عن تفسير لتلك الأفضلية فإنه قد يتمثل في اعتبار المشرع أن التصرف اللاحق الصادر من الوارث هو تصرف صادر من غير ذي ولاية. وذلك على اعتبار التزام الخلف بالتزامات السلف سواء كانت مترتبة على عقد مسجل أو غير مسجل (مادة ١٤٥ مدني). ومن مقتضيات عقد البيع - غير المسجل - الصادر عن المورث، التزامه والتزام خلفه بما تقرره المادة ٤٢٨ مدني من التزامات إيجابية وأخرى سلبية.

وبموجب عقد البيع الصادر عن المورث تسقط عنه وعن خلفه ولاية التصرف مرة ثانية في ذات المعقود عليه.

كما يُمكن تفسيره باستحقاق المشتري الأول من المورث للحماية من خلال عدم الاحتجاج عليه بمن اكتسب لاحقاً حقاً على ذات العقار قام بشهره، متى كان قد أشر بحقه على هامش إشهار حق الإرث خلال سنة من تاريخه. واستحقاق المشتري الأول للحماية بناءً على هذا التفسير يرجع إلى أن سوء نية البائع (الوارث) هنا مقطوع بها مما يستدعي عدم استحقاق المشتري منه للحماية أو للتفضيل برغم شهر حقه، طالما قام المشتري من المورث بالتأشير بحقه خلال سنة من تاريخ إشهار حق الإرث.

إلا إننا نرجح أن التفسير الأول، والذي يقضي بأن الأفضلية الممنوحة للمشتري من المورث على النحو السابق ترجع إلى سقوط ولاية التصرف عن الوارث، هو الأقرب إلى الصواب. ودليل ذلك أنه لا يمكن القطع بسوء نية الوارث البائع، إن صدر البيع عنه قبل تأشير المشتري من المورث بحقه. وبالرغم من ذلك، يُعد التصرف الصادر من الوارث - ولو كان مسجلاً -، غير نافذ في مواجهة المشتري من المورث - ولو لم يسجل - طالما قام الأخير بالتأشير بحقه خلال مدة السنة. ويُستخلص من تقرير هذا الجزاء أن أساسه هو انقضاء ولاية التصرف عن الوارث بمجرد صدور التصرف عن مورثه، سواءً علم به الوارث أو لم يعلم.

أما عن اشتراط التأشير خلال سنة من الإشهار، فهو من قبيل اشتراط حد أدنى من بذل الجهد وإظهار الحرص من قِبَل المشتري الأول في الحفاظ على حقه. وهو مما يدعم استحقاقه للأفضلية. في المقابل، فإن المشتري الذي لا يبدي اهتماماً لبذل مثل هذا الجهد الضئيل للحفاظ على حقه، لا يستحق الأولوية في نظر المشرع، وبالتالي يُفضل عليه المشتري من الوارث.

إن التفسير السابق إنما يقودنا إلى استنتاج هام: أن توفر ولاية التصرف لدى المتصرف - حتى وإن كان مالكاً للمعقود عليه - يعتبر شرطاً أساسياً لاعتبار التصرف الصادر عنه صحيحاً، مرتباً لآثاره. بعبارة أخرى، إن افتقاد المتصرف لولاية التصرف في الشيء رغم ملكيته له يترتب عليها اعتبار تصرفه غير نافذ في مواجهة الغير. ودلالة

ذلك أن المشتري من الوارث (مالك غير ذي ولاية) بعقد مسجل لا يمكنه الاحتجاج به تجاه المشتري من المورث بعقد غير مسجل، متى قام هذا الأخير بالتأشير بحقه على هامش إشهار حق الإرث خلال سنة من تاريخ هذا الإشهار. ولا يشفع لنفاذ حق المشتري من الوارث أن يكون كل من الوارث البائع والمشتري الثاني حسني النية، كما لا يشفع له أن يتم تسجيل التصرف الصادر من الوارث قبل قيام المشتري من المورث بالتأشير بحقه على هامش شهر حق الإرث خلال سنة من صدوره.

خلاصة القول إنه وإن كان الأصل هو اجتماع ولاية التصرف مع الملكية، فإنه لدى انفصالهما، لا يكون للتصرف ممن لا ولاية له فيه من أثر قانوني. فالتصرف الناقل للملكية هو التصرف الصحيح وليس الباطل، والتسجيل هو إجراء إداري لا يصحح ما شاب التصرف من بطلان.

إن الشبه الواضح بين التزام المبيع في هذه الصورة، وبين التزام بين مشتري العقار يُمكننا من قياس تلك الأخيرة على الأولى. وعليه يستحق المشتري الأول في حالة التزام مشتري العقار لذات الحماية والأفضلية تأسيساً على افتقار البائع لولاية التصرف في العقار بعد إبرامه لعقد البيع الأول. ويمكن أن يستحدث المشرع آلية مشابهة للتأكد من حرص المشتري الأول على حماية حقه. ولا يعني ذلك ضياع حق المشتري الثاني، وإنما يتقرر له - طبقاً للقواعد العامة - الحق في الرجوع بالضمان على البائع سيء النية، أو المطالبة بالبطلان مع التعويض إن توافرت أركانه.

وقد يُحتج على هذا القياس بعدم صحته نظراً لوحدة البائع في حالة التزام مشتري العقار، بينما يتعدد البائعون في حالة المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. ويمكن الرد على هذا الاحتجاج بأن العقارات الموجودة في ذمة المورث وقت الوفاة إنما هي من الحقوق المالية، والتي تنتقل إلى الورثة عن طريق الميراث عند وفاة المورث. فالوارث يخلف المورث ويقوم مقامه في جميع حقوقه المالية<sup>٨٨</sup>. ويعبر د. السنهوري عن فكرة الخلافة في هذا السياق قائلاً: "وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث، فذلك بفضل خلافة الوارث

<sup>٨٨</sup> وقد قرر المشرع ترك تنظيم أمور الميراث إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتنص على ذلك المادة ٨٧٥ مدني: "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها...".



للمورث. فكرة الخلافة هذه تقضي بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه، فيجب إذاً أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق. بل لعل الأدق أن يقال إن الوارث هو الذي ينتقل ليحل محل مورثه في مجموع حقوقه فيقوم مقامه في هذه الحقوق ويخلفه عليها...<sup>٨٩</sup>.

ويتضح لنا من القياس السابق تشابه الحالتين محل القياس مع التفاوت الشاسع في الحكم الذي أقره المشرع لكل منهما. فهو في حالة تزامم المشتري من المورث مع المشتري من الوارث يُفضل الأول ويكفل له الحماية وإن لم يكن له أسبقية في تسجيل حقه. بينما في حالة تزامم مشتري العقار يجعل المشرع الأسبقية في التسجيل هي المعيار الأوحد للأفضلية بين المشتريين بغض النظر عن سوء النية، أو عن عدم توفر ولاية التصرف لدى البائع، بل دون اعتداد كذلك بوقوع غش أو تواطؤ.

## المبحث الثاني

### الشرط المانع من التصرف

يُعد الشرط المانع من التصرف من أكثر التطبيقات الواردة في القانون المدني التي تصلح لقياس الحالة محل البحث عليها. ذلك أن بيع ذات العقار للمرة الثانية من قبل مالكة يشترك مع الشرط المانع من التصرف في نقطة انفصال ولاية التصرف عن الملكية وما يرتبه القانون على ذلك في كل من الحالتين.

وسوف نتعرض في هذا المبحث لماهية الشرط المانع من التصرف وأحكامه وشروط صحته طبقاً للقانون المدني المصري، لنخلص من ذلك إلى أوجه الشبه بينه وبين الحالة محل البحث والوقوف على اختلاف تطبيقهما، ومدى منطوقية هذا الاختلاف.

المطلب الأول: ماهية الشرط المانع من التصرف وشروط صحته وأحكامه:

تنص المادة ٨٢٣ مدني على ماهية هذا الشرط وشروط صحته كما يلي:

" ١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح

هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

<sup>٨٩</sup> د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، جزء ٤ و ٥ و ٦، ص ٥٢.

٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير.

٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير.

ثم توضح المادة ٨٢٤ الجزء المترتب على مخالفته:

" إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً."

يتضح من النصوص السابقة أن الشرط المانع من التصرف يتضمن سماح المشرع بالتقييد الإرادي لسلطة التصرف الممنوحة للمالك بمقتضى شرط يرد في عقد أو وصية. وذلك خروجاً على القواعد العامة في الملكية - كأحد الحقوق المالية -، إذ من أبرز مقتضيات حق الملكية سلطة التصرف في الشيء دون قيد أو شرط. وهو أمر يمثل في ذات الوقت ضماناً تكفل حرية تداول الأموال، بما لها من صدى واسع على النشاط الاقتصادي يحقق الصالح العام ٩٠.

إلا أن المشرع لم يُجزِ أعمال هذا الشرط بشكل مطلق، وإنما قيده بشروط صحة تمثل مبررات مقبولة لإقرار حالة استثنائية تؤدي إلى حبس المال عن التداول، وتقييد أحد أهم سلطات المالك وهي سلطة التصرف بما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة. وفي الفقرة التالية نعرض اختصاراً لتلك الشروط.

\* شروط صحة الشرط المانع من التصرف:

لقد علقنا المادة ١/٨٢٣ صحة الشرط المانع من التصرف على شرطين

أساسيين هما: مشروعية الباعث الذي يُبنى عليه الشرط، ومعقولية مدة المنع. ثم وضحت ذات المادة ضوابط كلٍ من هذين الشرطين في الفقرتين ٢ و ٣.

فالباعث على تقرير شرط يمنع المالك من التصرف ينبغي أن يكون مشروعاً؛

وهذه المشروعية بدورها تتحقق متى كان المراد بالمنع من التصرف هو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو للغير.

<sup>١٠</sup> انظر: د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ حق الملكية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٠، فقرة ١٠٠.

فيما يتعلق بمدى المنع فإن اشتراط معقوليتها يتضمن ألا يكون المنع مؤبداً، وهو أمر بديهي إذ ينطوي منع المالك مؤبداً من التصرف في ملكه مخالفة صارخة للنظام العام للتعدي على إحدى السلطات الأصلية للمالك. وكذلك لحبس المال من التداول الذي يُعد أحد أهم سمات الحقوق المالية.

أما عن معقولية تلك المدة، فإن المشرع لم يحدد لها معيار ثابت وإنما ترك تقرير توافر المعقولية من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي في كل حالة بحسب ظروفها وملابساتها. على الرغم من ذلك فقد نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٣ على جواز اعتبار المدة معقولة وإن استغرقت مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. وقد انتقد هذا المسلك من الفقه على اعتبار أن المنع على هذا النحو - وخاصةً إذا كان يستغرق حياة المتصرف إليه - يكون له نفس أثر المنع المطلق، وهو ما يخرج به بالطبع من نطاق المعقولية ٩١. وذهب بعض الفقه في تفسير وتبرير نص تلك الفقرة إلى أن المشرع قصد الحالة التي تكون فيها المدة عند تجديدها مستوفية لشرط المعقولية بحسب الباعث عليها ولكن حياة المتصرف إليه انتهت أثناء سريانها، فإن ذلك لا يؤثر على توافر المعقولية فيها ٩٢. إلا أن فريق آخر من الفقه قد عارض هذا النظر واعتبر التفسير المذكور واهياً أمام صراحة النص التي تجيز ربط المدة ابتداءً بمدى حياة المتصرف إليه أو الغير ٩٣.

#### \* حكم مخالفة الشرط المانع من التصرف - جزاء التصرف المخالف:

إذا استوفى الشرط المانع من التصرف الشرطين السابقين يُعد صحيحاً ولا تجوز مخالفته. وقد أورد المشرع صراحةً الجزاء المترتب على مخالفة شرط المنع من التصرف في المادة ٨٢٤ والتي اعتبرت كل تصرف مخالف له باطلاً. وقد اختلف الفقه حول تحديد نوع البطلان المقصود في هذه المادة.

<sup>١١</sup> راجع: د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، ١٩٨٥، ص ٣٧٧، بند ٢٦٣.

<sup>١٢</sup> انظر: د. عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، ١٩٩٤، ص ٩٤، بند ٦٥.

راجع كذلك: د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، ١٩٩٥، بند ٥٧، ص ١٢٤.

<sup>١٣</sup> راجع: السنهاوري، الوسيط، الجزء الثامن، حق الملكية، ص ٤٥٠.

وإن كانت المذكرة الإيضاحية قد أوردت أن المقصود به هو البطلان المطلق<sup>٩٤</sup>، إلا أن غالبية الفقه قد عارضت وبحق هذا النحو<sup>٩٥</sup>. ذلك أن من أهم مقتضيات البطلان المطلق أن يكون لكل ذي مصلحة التمسك به، وجواز أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وهو ما يتعارض مع الغرض من منع التصرف إلا وهو تحقيق مصلحة مشروعة خاصة للمشتري أو المتصرف إليه أو الغير. ويقتضي ذلك منطقياً أن يتقرر لمن وُضع الشرط لمصلحته، ما لم يكن المالك إذ لا يجوز تعليق الشرط على إرادته لأن هذا مما يجرد الشرط من قيمته.

كما لا يستقيم مع طبيعة الشرط المانع من التصرف أن يكون جزاء مخالفته هو البطلان النسبي كذلك. والسبب وراء ذلك أن البطلان النسبي يتمسك به من شرع لمصلحته من طرفي العقد دون الغير، وهو من يجوز له أيضاً التنازل عنه. أما شرط المنع من التصرف فقد سمح القانون تقريره لمصلحة شخص من الغير. ومن ناحية أخرى، فإن الشرط قد يكون مقرراً لمصلحة المتصرف إليه، الممنوع من التصرف نفسه، وهنا لا يجوز منحه سلطة التمسك ببطلان الشرط أو التنازل عنه، وإلا كان وجود الشرط وعدمه سواء. لذا ذهب غالب الفقه إلى رفض اعتبار البطلان نسبياً في هذه الحالة<sup>٩٦</sup>.

بناءً على ما سبق اتجه الفقه<sup>٩٧</sup> إلى اعتبار البطلان المقصود في المادة ٨٢٤ هو بطلان من نوع خاص يتلاءم مع طبيعة شرط المنع من التصرف، بحيث تستجيب أحكامه للغاية من المنع.

وتتلخص أحكام هذا البطلان في فرضين: إن كان المنع من التصرف مقرراً لمصلحة المشتري أو الغير يكون لأي منهما - حسب الأحوال - الحق في المطالبة ببطلان التصرف المخالف للشرط أو إجازته. أما إن كان مقرراً لصالح الممنوع من التصرف، يُحتفظ بالحق في طلب الإبطال والتنازل عنه للمشتري حفاظاً على مصلحته الأدبية في حماية مصلحة المتصرف إليه.

<sup>٩٤</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٦، ص ٧٧.

<sup>٩٥</sup> د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

وكذلك: د. اسماعيل غانم، حقوق العينية الأصلية، ج ٢، ص ٩٠.

<sup>٩٦</sup> د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ١٤٦-١٤٧.

<sup>٩٧</sup> أنظر نفس المراجع المشار إليها في الحاشيتين السابقتين.

## المطلب الثاني

وجه الشبه والتعارض بين حالة الشرط المانع من التصرف والبيع الثاني للعقار:

أولاً: وجه التشابه:

إن المنطقة المشتركة بين الحالة محل البحث وحالة التصرف المتضمن لشرط مانع من التصرف، والتي حدث بنا إلى إجراء القياس على تلك الأخيرة هي انفصال سلطة التصرف في كلٍ منهما عن الملكية.

الحالة الأولى: في إشكالية تراحم المشتريين لذات العقار، يقوم البائع ببيع العقار إلى مشتري أول - على فرض صحة البيع واستيفائه لكافة أركان وشروط العقد -، ثم يعيد بيعه إلى مشتري ثانٍ، ومن ثم يبدأ الصراع بينهما حول أسبقية التسجيل للمفاضلة بينهما وتحديد الأولى بالملكية.

وفي مثل هذا الموقف نجد أن تصرف البائع على هذا النحو قد سلخ ولاية التصرف عن حق الملكية. وسقوط ولاية التصرف عن البائع هو نتيجة مباشرة للتصرف الأول الصادر عنه لأن التصرف الثاني الذي يبرمه البائع يأتي على خلاف الالتزام الوارد في المادة ٤٢٨، والتي تلزم البائع بأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلًا أو عسيراً. وهذا الالتزام الأخير هو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم فإن ولاية التصرف تسقط عن المتصرف بموجب القانون.

فالعقد الأول يفترض أنه قد نقل ملكية العقار إلى المشتري الأول بكل ما تتضمنه هذه الملكية من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف. ولكن البائع، على الرغم من ذلك، يتعامل وكأنه قد احتفظ لنفسه بولاية التصرف دون وجه حق، ويعيد بيع ذات العقار إلى مشتري ثانٍ. وهنا تكون العبرة في تحديد من انتقلت إليه الملكية - طبقاً لقانون الشهر العقاري - بحسب من كان له السبق في تسجيل انتقالها تسجيلاً صحيحاً. وذلك بغض النظر عما إذا كان المشتري الثاني حسن أو سيء النية، بل وبغض النظر عما إذا كان متواطئاً مع البائع أو مع موظف الشهر العقاري.

الحالة الثانية: فيما يتعلق بشرط المنع من التصرف، يضع المتصرف (إذا كان التصرف عقداً) أو الموصي (إن كان التصرف وصية) في تصرف ناقل للملكية شرطاً

يمنع عن طريقه المتصرف إليه من التصرف في الشيء محل التصرف. مثل هذا الشرط يأتي على خلاف القواعد العامة في الملكية، إذ يمنح حق الملكية للمالك أوسع سلطات متاحة قانوناً على الشيء، وأهمها سلطة التصرف فيه. ولهذا، استغرق المشرع وقتاً حتى يعترف بمثل هذا الشرط الذي فرضه الواقع، ثم نظمه وحدد شروطاً لصحته وهي أن يكون له باعث مشروع، ومدة معقولة - كما سبق أن فصلنا

بناءً على ذلك، في حالة وجود شرط مانع من التصرف كذلك تتسلخ ولاية التصرف عن الملكية. فعلى الرغم من أن ملكية الشيء تنتقل إلى المتصرف إليه، إلا أنها تكون ملكية مبدئية تفتقد أحد أهم مكوناتها وهي؛ سلطة التصرف. بعبارة أخرى، تكون الملكية هنا مقيدة سلطة التصرف فيها خلال المدة المقررة بموجب الشرط المانع. وطالما وُجد المانع تحقق الممنوع. ثانياً: وجه التعارض:

إن وجه الاختلاف الذي يخصنا في هذا الموضوع والذي يخدم الهدف المرجو من هذا القياس هو مدى ثبوت سلطة التصرف لكل من البائع في حالة تزامم مشتري العقار، وللممنوع من التصرف في حالة وجود شرط مانع من التصرف.

بهذا الصدد نجد أنه في حالة قيام البائع بإعادة بيع العقار إلى مشتري ثانٍ فإنه قانوناً تنتفي عنه سلطة التصرف في العقار أصلاً إذ سبق له أن نقلها إلى المشتري الأول، مما لا يحق له معه التصرف فيه مرة ثانية. فعقد البيع الذي يبرمه البائع مع المشتري الأول من آثاره أنه يُسقط ولاية التصرف عن المتصرف بحكم القانون، ولو لم يتم تسجيل التصرف إلى المتصرف إليه.

أما بالنسبة للمتصرف إليه في عقد ينطوي على شرط مانع من التصرف، فإنه يحرم نفسه بالاتفاق مع المتصرف من ولاية التصرف في العين التي تملكها بموجب العقد خلال فترة المنع من التصرف المتفق عليها. وبالتالي فإن ولاية التصرف لديه ليست منقبة تماماً، وإنما هي مقيدة فقط طوال مدة سريان الشرط. فبمجرد أن تنتهي مدة المنع، أو تنتفي العلة (الباعث المشروع) من وراء تقرير الشرط، تعود للمالك ولاية التصرف.

على الرغم من الاختلاف السابق توضيحه، فإن المُشرع والقضاء يعاملان الحالتين السابقتين بشكل متباين فيما يتعلق بالجزاء. فالمالك الذي قد قيّدت سلطته في التصرف - ولم تتعدم مطلقاً - إن هو أبرم تصرفاً مُخالفاً للشرط المانع من التصرف، تقرر المادة ٨٢٤ مدني بطلان تصرفه - على النحو الذي سبق أن عرضنا له -.

بينما بائع العقار الذي نقل سلطة التصرف فيه إلى المشتري الأول، وبالتالي انعدمت قانوناً سلطته في التصرف فيه، إن هو أعاد بيعه إلى مشتري ثانٍ قد يعتبر القانون تصرفه ذلك صحيحاً منتجاً لآثاره إن ظهر أن المشتري الثاني قد سبق الأول في تاريخ التسجيل حتى ولو تم ذلك بناءً على تواطؤ أو غش ٩٨.

لا يخفى أن الحالة الثانية أشد وطأةً من الأولى وهي الأولى بجزاء البطلان.

إن ما نخلص إليه من قياس حالة تزامم مشتري العقار وكيفية تنظيم المشرع والقضاء لها على حالة المنع من التصرف؛ هو عدم منطوقية أو قانونية القواعد الحاكمة للحالة الأولى. فالاعتماد بشكل مجرد على أسبقية التسجيل وهو إجراء مادي، دون وضع اعتبار لمدى تجاوز تصرف البائع للقانون، والاعتراف بالبيع الثاني طالما كان الأسبق في تاريخ التسجيل إنما يشجع على تلك الممارسات اللاقانونية.

### المبحث الثالث

#### قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ورقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١

في هذا المبحث نتناول ما ورد في كل من قانوني إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ورقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من نصوص تتعلق بإعادة بيع ذات العقار لأكثر من مشتري، ولدلالات هذه النصوص. ثم نقوم بقياس الحالة محل البحث على ما ورد في هذه النصوص.

<sup>٩٨</sup> الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٥٧ جلسة ٢١ مايو ١٩٩٥، س ٤٦ ع ١، ص ٧٩١ ق ١٥٦: "إجراء المفاضلة عند تزامم المشتريين في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله..."

## المطلب الأول

المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧:

تنص المادة ٨٢ من قانون إيجار الأماكن ٧٧/٤٩ على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أجر مكاناً أو جزء منه أو باعه ولو بعقد غير مشهر أو مكن آخر منه وكان ذلك التاجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق ولو غير مشهر صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم. ويعاقب بالعقوبة السابقة من يسبق الى وضع يده أو يشرع في ذلك على خلاف مقتضى العقد السابق عليه قبل استصدار حكم بأفضليته من القضاء المختص ويفترض علم هذا المعترض بالتعاقد السابق إذا كان زوجاً لمن تعاقد معه أو من مكنه أو كان من أصوله أو فروعه أو من اقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة."

ورد في النص السابق صراحةً أن إعادة بيع عقار على خلاف مقتضى عقد سابق تُعتبر جريمة جنائية حتى وإن كان هذا العقد السابق غير مشهر. ويُستفاد اعتبار هذا الفعل جريمة من العقوبة التي قررها النص ألا وهي الحبس والغرامة أو إحداهما. وعلى الرغم من أن النص لم يقرر صراحةً أن إعادة بيع العقار على هذا النحو تُعد تصرفاً باطلاً إلا أن ذلك يُستفاد من اعتبارها جريمة جنائية. إذ كيف يكون الفعل في نظر القانون جريمة جنائية، بينما يُعد ذات الفعل من الناحية المدنية مشروعاً صحيحاً ومرتباً لآثاره؟! وعلى ذلك فإن بطلان التصرف الثاني الصادر من مالك أسقط عن نفسه ولاية التصرف أمر لازم لاعتبار المشرع هذا التصرف جريمة جنائية.

فإن كل جريمة تعد بالضرورة عمل غير مشروع مدنياً، مما لا يصح اعتباره تصرفاً قانونياً صحيحاً. إلا أن العكس غير صحيح؛ بمعنى أنه ليس كل تصرف باطل يعتبر جريمة. ومن المعلوم أن القياس غير مقبول في إطار التجريم والعقوبات، ولكنه مقبول في إطار المعاملات المدنية في حال الاتحاد في العلة.



من الجدير بالملاحظة هنا، أن نص المادة ٨٢ يعتد بسوء نية البائع في حالة إعادة بيع العقار، بل أنه قد افترضها صراحةً على خلاف القواعد العامة إذ يقضي بأنه: "... ويُفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم."

### المطلب الثاني

#### المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١٩٩:

تنص هذه المادة في الفقرة الأولى منها على أن: " يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر أو يبيعها لغير من تعاقده معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً."

تُعد هذه المادة إعادة صياغة من المشرع للحكم الوارد في نصوص المواد ٨٢ و ٢٤ من القانون ٧٧/٤٩. وهو ما يعني أنها تتسخ ضمناً أحكام النصوص السابقة لها في خصوص واقعتي البيع والتأجير على خلاف مقتضى عقد سابق ١٠٠.

لم تقتصر هذه المادة كسابقتها على تجريم إعادة بيع العقار وتحديد عقوبة لمثل هذا الفعل، ولكنها بالإضافة إلى ذلك قامت بإدراجه ضمن الأفعال المكونة للركن المادي لجريمة النصب على وجه التحديد. بل وقررت صراحةً بطلان هذا التصرف ولو كان مسجلاً.

واقتران إبطال هذا التصرف مدنياً بتجريمه جنائياً في هذا النص، إنما يؤيد نظرنا بشأن النص السابق (م ٨٢ من القانون ١٩٧٧/٤٩). فالفعل الذي يمثل جريمة جنائية من وجهة نظر المشرع، لا يصح بدهاءً اعتباره عملاً مشروعاً من الناحية المدنية، وبالتالي لا يرتب آثاره، وأهمها نقل الملكية. هذا وإن كان ذلك التصرف مسجلاً، إذ أن العقد الناقل للملكية ينبغي أن يصدر ممن له ولاية التصرف وإلا كان باطلاً، وإجراء التسجيل ليس من شأنه تصحيح البطلان.

<sup>١١</sup> صدر القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ببيعض أحكام خاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، استُكملت بها نصوص القانون السابق له ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وعولجت فيها بعض ثغراته. انظر في تفصيل تسلسل التشريعات المتعلقة بأزمة المساكن وعلاجها: د. سليمان مرقس، شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، ١٩٩٠، ص ١ وما بعدها.

<sup>١٢</sup> انظر: د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٣١.

ومن أهم دلالات هذا النص - كسابقه - اعتباره إعادة بيع الوحدة لغير من تعاقده عليها مع البائع دلالة قاطعة على سوء نية هذا الأخير. وكذلك اعتباره سوء نيته ذلك كافياً لتبرير عدم إنتاج التصرف الثاني لآثاره، ولو كان المشتري الثاني حسن النية.

إننا إن رجعنا إلى نصوص قانون العقوبات في الباب العاشر منه، والذي يتناول جرائم النصب وخيانة الأمانة، نجدتها تشير إلى تجريم التصرف في مال ثابت لا يملكه الشخص ولا له حق التصرف فيه. وتلك الإشارة هي ما استند إليه نص المادة ٢٣ من القانون ١٩٨١/١٣٦. فالمادة رقم ٣٣٦ عقوبات تنص على أنه: "يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما باستعمال طرق احتيالية... وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه...".

وقد أكدت أحكام النقض على انطباق العقوبة الواردة في المادة ٣٣٦ عقوبات على الأفعال الواردة في المادة ٢٣ من القانون ١٩٨١/١٣٦ ١٠١.

إن أحد الأركان المكونة لجريمة النصب أو الاحتيال هو الركن المادي والذي يتمثل هنا في وسيلة الاحتيال. ويُقصد بهذه الأخيرة؛ الوسيلة التي يلجأ إليها الجاني في سبيل تحقيق الغرض الذي يرمي إليه. وأحد الوسائل الاحتيالية التي نصت عليها المادة السابقة؛ هي التصرف في عفار أو منقول غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه. وهذه الوسيلة تقوم مستقلة بذاتها<sup>١٠٢</sup> ويكفي مجرد توفرها لقيام الركن المادي في جريمة الاحتيال دون اشتراط تأييدها بأشياء أخرى خارجية. ويشترط لتوفر هذه الوسيلة

<sup>١٠١</sup> انظر مثلاً: الطعن رقم ١٦١٨٤ لسنة ٥٩، جلسة ٨ أكتوبر ١٩٩٠، س ٤١ ع ١ ص ٨٨٧ ق ١٥٥: "لما كانت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ م في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأمان وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تنصان على أن "يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر أو يبيعه لغير من تعاقده معه على شرائها ويبتطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً ويعاقب بذات العقوبة المالك الذي يتخلف دون مقتضى عن تسليم الوحدة في الموعد المحدد....."، وإذ كانت العقوبة المقررة لجريمة النصب طبقاً للمادة ٣٣٦ من قانون العقوبات هي الحبس الجوبي...".

<sup>١٠٢</sup> الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٤٧، مجموعة عمر ٢، ص ٢٢٥، بتاريخ ٠٢-٠٥-١٩٣١. وقد ورد فيه: "ن الشارع إذ جعل تصرف المتصرف في غير ملكه نوعاً من الاحتيال قائماً بذاته ومستقلاً عما يقع بالطرق الاحتيالية الأخرى...".

من وسائل الاحتيال أمران: الأول: التصرف في عقار أو منقول. والثاني: أن يكون هذا المال غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه.

والشرط الأول يقصد به أي تصرف ناقل للملكية، ولكن ما يعيننا منها هنا التصرف بالبيع.

أما الشرط الثاني فقد أثار تفسيره خلافاً. البعض يرى أن المادة ٣٣٦ واضحة وصريحة في الجمع بين كون المال غير مملوك للجاني، وليس له حق التصرف فيه، بحيث أن أحدهما فقط لا يكفي لتوفر الركن المادي لجريمة النصب ١٠٣. وهو الرأي الذي أيدته محكمة النقض، ١٠٤.

بينما يرى البعض الآخر أن أحدهما فقط يكفي لقيام النصب بطريق الاحتيال. أي يذهب إلى أن حرف الواو الوارد في النص " ولا له حق التصرف فيه"، قد جاء على سبيل التتويج، لا العطف ١٠٥. وهو يستند في ذلك إلى أن استلزام اجتماع الشرطين معاً يضعف من قيمة النص، ويؤدي إلى إفلات العديد من صور الاحتيال من تطبيق أحكامه ١٠٦. فضلا عن اعتبار البعض أن هذه العبارة قد وضعت خصيصاً لمعاقبة المالك الذي استنفذ ولاية التصرف في ماله، ومع ذلك يحتال على الغير باستعمال ذلك الحق الذي سلب منه ١٠٧.

ونرى بصدد الشرط الثاني الوارد في المادة ٣٣٦ عقوبات (أن يكون المال غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه) أن النص قد يكون اعتمد الحالة الغالبة في الواقع؛ وهي انتفاء صفة المالك مع ولاية التصرف واعتبرها الأساس اللازم للتجريم.

<sup>١٠٣</sup> انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص ٢٢٥.

وانظر أيضا: د. محمد خلف عيد، الركن المادي في جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، ٢٠١٣، ص ١٠٨.

<sup>١٠٤</sup> الطعن رقم ١١٤٢٤ لسنة ٦٧، جلسة ١٦ يناير ٢٠٠٧، ص ٥٨ ق ٥٧ و ١٠. والذي يقضي بأنه: " من المقرر أن جريمة النصب بطريق الاحتيال القائمة على التصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكا للمتصرف وليس له حق التصرف فيه لا تتحقق إلا باجتماع شرطين الأول أن يكون العقار أو المنقول المتصرف فيه غير مملوك للمتصرف، والثاني ألا يكون للمتصرف حق التصرف في ذلك العقار أو المنقول، ومن ثم فإنه يجب أن يعني حكم الإدانة في هذه الحالة ببيان ملكية المتهم للعقار أو المنقول الذي تصرف فيه، وما إذا كان له حق التصرف فيه من عدمه".

<sup>١٠٥</sup> د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

<sup>١٠٦</sup> انظر: د. عوض محمد عوض، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، ص ٣٨٢، ٣٨٣.

<sup>١٠٧</sup> انظر: د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

وأن اتجاه محكمة النقض إلى إقرار هذا الرأي قد جاء استناداً لما هو مقرر من أن النصوص الجنائية تُفسر في شأن ما تنص عليه من تجريم وعقاب تفسيراً ضيقاً. ومع ذلك يُمكن أن نتصور تجريم التصرف الثاني للمالك الذي تنتفي عنه ولاية التصرف باعتبار الاحتيال ظهر في هذه الحالة من خلال تسر البائع وراء ملكيته للتحايل على انتفاء ولاية التصرف لديه. ويمكن إدراج هذا التسر ضمن ما أورده نص المادة ٣٣٦ عقوبات من "اتخاذ صفة غير صحيحة" كأحد الأفعال المكونة لجريمة النصب.

على الرغم مما سبق، حتى وإن لم يستوف فعل إعادة بيع العقار الشروط المنصوص عليها في المادة ٣٣٦ عقوبات، فإن المادة ٢٣ من القانون ٨١/١٣٦ قد نصت صراحةً على أنه يُعاقب عليه بعقوبة جريمة النصب. كما أن التصرف يُعد باطل مدنياً لكونه صادراً من غير ذي ولاية في التصرف رغم كونه مازال مالكاً من الناحية الإدارية لعدم انتقال الملك منه إلى المتصرف إليه الأول لتأخر التسجيل. وبالتالي فإن تصرفه ولو لم ينطبق عليه وصف الجريمة فإنه يفتقر لمتطلبات صحة التصرف.

من الجدير بالملاحظة هنا أن نص المادة ٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ صريح في عدم الاعتراف بتسجيل التصرف الثاني من عدمه. إذ يقرر استحقاق إعادة بيع العقار لغير من تعاقد معه على شرائه لعقوبة جريمة النصب، ولجزاء البطلان بصرف النظر عما إذا كان المشتري الثاني قد سبق الأول إلى التسجيل. ويتضح ذلك في الجزء الأخير من الفقرة الأولى من المادة المذكورة: "... ولو كان مسجلاً".

وعلى الرغم من ذلك، تصر محكمة النقض في أحكامها على تجاهل دلالة هذا النص، والتأكيد على مسلكها المتطرف الذي سبق أن عرضنا له من اعتبار أسبقية التسجيل هي المعيار الأوحد في المفاضلة بين مشتري العقار. وقد قضت في هذا الصدد بأنه: " لأجل أن يكون البيع الثاني مكوناً لجريمة النصب يجب أن يثبت أن هناك تسجيلاً مانعاً من التصرف مرة أخرى، إذ بهذا التسجيل وحده، الحاصل طبق أحكام قانون التسجيل، تزول أو تنقيد حقوق البائع بحسب طبيعة التصرف موضوع التسجيل...".<sup>١٠٨</sup>

<sup>١٠٨</sup> الطعن رقم ٢٠٦٣ لسنة ٠٠٣، مجموعة عمر ٤٣، ص ٢٠٩، بتاريخ ٢٠/١١/١٩٣٣.

وفي حكم آخر: " إنه بعد صدور القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الخاص بالتسجيل أصبح عقد البيع لا ينقل ملك المبيع إلى المشتري إلا بالتسجيل. فإذا كان المشتري الأول لم يسجل عقده وباع البائع العقار مرة أخرى إلى شخص آخر وسجل هذا الشخص عقده فإن الملكية تنتقل إليه هو بالتسجيل ولا عقاب على البائع في هذه الحالة. ولا دخل لحسن النية وسوئها فيما يتعلق بعلاقة البائع بالمشتريين الأول والثاني كما لا دخل لحسن نية المشتري الثاني ولا لسوئها وقت شرائه لأن انتقال الملكية أصبح بحكم قانون التسجيل مرتبطاً بالتسجيل وحده ولأن الأسبقية بين المتراحمين أصبحت لمن انتقلت إليه الملكية فعلاً بالتسجيل".<sup>١٠٩</sup>.

العلة من بطلان البيع في النصين السابقين:

قبل أن ننتقل إلى إجراء القياس، ينبغي أن نتطرق هنا لمسألة هامة. إن تأمل نصي قوانين إيجار الأماكن السابق تناولهما قد يدفع إلى التساؤل عن العلة من وراء تقريرهما لبطلان بيع العقار على خلاف مقتضى عقد سابق. وقد يبدو أن هذه العلة تكمن في كون التصرف وارداً على عين مما يخضع لقانون إيجار الأماكن.

وهذا الرأي الذي قد تبناه جانب من الفقه بالفعل،<sup>١١٠</sup> وذلك استناداً إلى ما تقضي به المادة الأولى في كل من القانون ١٩٧٧/٤٩، والقانون ١٣٦ / ١٩٨١. فتلك المواد تحدد نطاق سريان نصوص هذه القوانين بالأماكن المعدة للسكنى. ومن هنا ذهب الفريق المشار إليه إلى التفرقة بين حكم التزام في حالة العقارات المعدة للسكنى، وتلك الغير معدة للسكنى. فيعتبر هذا الاتجاه أن النصوص الواردة ببطلان بيع العقار على خلاف مقتضى عقد سابق، إنما تقرر جزاء استثنائي خاص بالعقارات المعدة للسكنى، التي ينطبق عليها قانون إيجار الأماكن لاعتبارات ترتبط بأزمة الإسكان<sup>١١١</sup>. وبالتالي فإن - في نظر هذا الفريق - أي عقار لا يخضع لحكم قوانين إيجار الأماكن، تسري عليه القاعدة العامة في شأن التزام؛ أي تكون العبرة فيه بالأسبقية المطلقة في التسجيل.

<sup>١٠٩</sup> الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٤٧، مجموعة عمر ٢٤، ص ٢٢٥، بتاريخ ٠٥-٠٢-١٩٣١.

<sup>١١٠</sup> راجع: د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

<sup>١١١</sup> انظر في تفصيل ذلك: د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٢٩-٤٣٢.

من جانبنا لا نرى صحة هذه العلة، وإنما نعتقد أن العلة الأقرب إلى المنطق وراء البطلان هي زوال ولاية التصرف عن البائع لدى إبرامه عقد بيع ثاني على نفس العقار المعقود عليه. وليس أدل على ذلك من اعتبار المشرع في النصوص المذكورة أي تصرف على خلاف مقتضى عقد سابق جريمة جنائية تستوجب عقوبة النصب - فضلاً عن اعتباره تصرف باطل من الناحية المدنية - . وهو أمر يؤيده الحس السليم إذ أن إعادة بيع ذات العقار لمشتري آخر بعد استفاد البائع لولاية التصرف فيه، يُعد احتيالياً لا ينبغي الاعتراف به قانوناً. ولا شك أن مثل هذه العلة تتحقق في أية حالة يقع فيها تراحم بين مشتري العقار. وذلك أيما كان نوع العقار، فلا محل للتفرقة هنا بين العقارات المعدة للسكنى وغيرها.

### المطلب الثالث

#### قياس الحالة محل البحث على نصوص قانوني إيجار الأماكن:

إن النصوص التي تناولناها في المطلبين السابقين لا يمكن اعتبارها محلاً للقياس لحالة تراحم مشتري العقار بالمعنى الدقيق. فالقياس يقوم بين أمرين متشابهين للاستدلال على نتيجة ما، أما هنا فالنصوص المذكورة تتناول الحالة محل البحث بذاتها وليس حالة مشابهة لها. ولكن تناولها لها جاء بشكل مختلف من حيث الجزاء.

فكل من النصين المذكورين يقضي صراحةً باعتبار إعادة بيع العقار بعد سبق بيعه جريمة جنائية. النص الأول، رقم ٨٢ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد حدد عقوبة هذا الفعل وهي عقوبة جنحة - كما سبق أن فصلنا - . فضلاً عن ذلك لم يُقم هذا النص وزناً لتسجيل العقد الأول من عدمه، بل هو أعطى له الأفضلية ولو كان غير مشهور. وقد بنى ذلك على استفاد البائع لولاية التصرف، وسوء نيته، بل وافترض سوء النية ذلك، ورأى رد القصد السيء للبائع عليه.

أما النص الثاني، المادة ٢٣ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فقد صرح باعتبار بيع البائع عقاراً لغير من تعاقده معه على شرائه من الأفعال المكوّنة للركن المادي لجريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات. بالإضافة إلى ذلك، لم يعتد هذا النص بتسجيل أي عقد لاحق للعقد الأول، فصرح باعتبار ذلك الأخير باطلاً ولو كان مُسجلاً. ولا شك في أن تصنيف هذا الفعل بأنه من قبيل النصب والاحتيال إنما يفترض

قيامه على سوء نية من جانب البائع، لعلمه بأنه استنفد ولاية التصرف وتعهد التحايل على هذا الأمر. وقد وضع المشرع هذه الاعتبارات في منزلة أهم من التسجيل.

من الجدير بالملاحظة أنه إن كان النصاب السابقان يعتبران سوء النية البائع مما يُفسد أثر التسجيل بصرف النظر عن حسن أو سوء نية المشتري الثاني، فهما - ومن باب أولى - يعتبران الغش والتواطؤ بين البائع والمشتري الثاني مُفسداً حتماً للتسجيل.

على عكس ما جاء به النصاب السابقان، وكما سبق أن بينا في الفصل الأول من هذه الدراسة، نجد أن قانون تنظيم الشهر العقاري، وأحكام محكمة النقض قد استقرت على اعتبار معيار الأفضلية بين المشتريين المتعددين هو الأسبقية في التسجيل. كما أكدت محكمة النقض في أحكام متواترة على عدم تأثر الأسبقية في التسجيل بحسن أو سوء نية البائع أو المشتري اللاحق للأول. بل وقررت أنه لا عبرة لديها مطلقاً بالغش أو التواطؤ الذي قد يوجد بين البائع والمشتري الثاني الذي سبق وسجل عقده ١١٢.

يتضح مما سبق الاختلاف البين في تنظيم ذات المسألة بين قوانين إيجار الأماكن وقانون العقوبات من ناحية، وقانون تنظيم الشهر العقاري، وما استقرت عليه أحكام محكمة النقض من ناحية ثانية. وهو ما ينشئ تناقض بين كل من الناحيتين المذكورتين. هذا التناقض يستوجب في نظرنا محاولة تسوية الاختلاف قدر المستطاع، والتقريب بين جهتي التضاد في إطار ما يفرضه المنطق القانوني، والمبادئ القانونية المستقرة.

## المبحث الرابع

### النصوص المنظمة لتزامم مستأجري العقار

نتعرض في هذا المبحث لأبرز النصوص التي تناولت مسألة التزامم بشأن إيجار العقار. ونبين كيفية تنظيم هذه النصوص للمفاضلة بين المستأجرين المتعددين لذات العقار. لا شك في وجود عوامل مشتركة بين هذه الحالة والحالة محل البحث وهي؛ التزامم أي تعدد المشتريين أو المستأجرين، ومحل التزامم هو عقار واحد. على الرغم من اختلاف طبيعة البيع كعقد ناقل للملكية عن الإيجار والذي يتمثل محله في حق انتفاع، إلا أن أوجه الشبه المذكورة كافية لإجراء القياس بين الحالتين.

١١٢ انظر على سبيل المثال: الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٥٧، جلسة ١٩٩٥/٥/٢١، س ٤٦ ع ١ ص ٧٩١ ق ١٥٦.

## المطلب الأول

### المادة ٥٧٣ مدني:

تنص هذه المادة على أنه:

" (١) إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد إيجاره، فإنه هو الذي يفضل.

(٢) فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض."

إن محل هذا النص هو عقد الإيجار. وهو يعالج مسألة تزامم مستأجري العين الواحدة. وقد ورد ذكر العين في النص عاماً، لذا فإنه يسري على كل عين مؤجرة سواء كانت منقولة أو عقاراً. وقد قرر النص أنه في حالة تعدد مستأجري العين الواحدة، تكون الأفضلية لمن سبق منهم إلى وضع يده على العين دون غش.

في البدء ينبغي توضيح أن القياس المقصود في هذا المبحث يقتصر على تطبيق النص فيما يتعلق بالعقار، إذ الحالة محل البحث تنصب على تزامم مشتري العقار. والنص المذكور أعلاه فيما قرره يُعد محض تطبيق للقواعد العامة. ذلك أن عقد الإيجار إنما ينشئ للمستأجر حقاً شخصياً لا عينياً في ذمة المؤجر؛ ألا وهو حق الانتفاع. وعليه يُعد المستأجر دائناً عادياً لا يتقدم على باقي دائني المؤجر.

وبالتالي إذا تعدد مستأجري العقار، يُعد كل منهم دائناً عادياً للمؤجر بتسليم العين المؤجرة. فلا يتقدم أحدهم على الآخر وإن كان تاريخ عقده ثابتاً في تاريخ سابق للآخرين، بل يتساوون جميعاً طبقاً للمادة ٢/٢٣٤ مدني. فمن يستوفي حقه من المؤجر أولاً يؤول إليه حق الانتفاع وحده وإن كان عقده متأخراً عن البقية، ويحق للمستأجر أو المستأجرين الآخرين الرجوع على المؤجر بالتعويض بناءً على ضمان الاستحقاق. ولكن يُشترط في ذلك أن يكون استيفاء حقه قد تم دون وقوع تواطؤ بينه وبين المدين



الموفي ١١٣. وهذا الشرط قد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ مدني: " وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه."

من الجدير بالذكر أن "وضع اليد" الوارد في المادة ٥٧٣ لا يقصد به هنا وضع اليد المجرد في ذاته، وإنما يقصد به استيفاء المستأجر لحقه من المؤجر باعتباره دائناً شخصياً له، وذلك عن طريق تسلم المستأجر للعين من المؤجر ووضع يده عليها ١١٤. إذاً معيار الأفضلية بين المستأجرين المتزاحمين طبقاً للنص ليس سبق ثبوت تاريخ العقد، وإنما أسبقية تسلم العقار ووضع اليد عليه دون غش.

الشاهد هنا هو الشرط الذي وضعه المشرع من أجل إعمال أسبقية وضع اليد وهو عدم وقوع غش أو تواطؤ بين المؤجر والمستأجر واضع اليد. ويقصد بعدم تواطؤ المستأجر هنا عدم علمه في وقت تسلمه للعين المؤجرة بوجود إيجار سابق على إيجاره. فإن كان على علم وقت أن وضع يده على العقار المؤجر بوجود إيجار سابق له على ذات العين يقع التواطؤ الذي يمتنع معه تفضيله، ويوجب تفضيل المستأجر الأول. أما إن كان يعلم بوجود إيجار آخر، وكان هذا الإيجار تالياً له لا يعتبر علمه من قبيل التواطؤ، بل يحق له المبادرة إلى وضع يده على العين قبله رغم توفر العلم.

وبناءً على ذلك يعتبر المشرع مجرد علم المستأجر وقت وضع يده بوجود إجارة سابقة نافياً لحسن نيته وكافياً لثبوت الغش، مما يستوجب رد قصده السيء عليه بتفضيل المستأجر الأول ١١٥.

<sup>١١٢</sup> انظر: د. السنهوري، الوسيط، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، فقرة ٢٩١، ص ٣٨٩.

<sup>١١٤</sup> المرجع السابق، ص ٣٨٥، هامش ١.

<sup>١١٥</sup> الطعن رقم ٨٩٠ لسنة ٥٤، جلسة ٦ مارس ٢٠٠٠، س ٥١ ع ١ ص ٣٩٨ ق ٧١. والذي قضى بأنه: " النص في المادة ٥٧٣ من القانون المدني - الذي يحكم واقعة النزاع - يدل على أن المشرع قد نظم أسس المفاضلة بين المستأجرين بعقود صحيحة فيما تعارضت فيه حقوقهم وبات من المحتم أن يستأثر أحدهم بالشيء المؤجر ولم يبق لسواه إلا الحق في التعويض فجعل الأفضلية لمن سبق إلى وضع يده دون غش، وقامت فلسفة النص السالف ببيان على أن المستأجرين دائنون عاديون فلا فضل لأحدهم على الآخر ولا امتياز، فمن سبق منهم إلى استيفاء دينه من المدين فقد خلص له حقه كاملاً ما لم يكن المدين معسراً وأراد أن يفضل دائناً على غيره غشاً ففي هذه الحالة يحرم الدائن من هذه الميزة وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٤٢ من القانون

فضلاً على ما سبق فإن المشرع في ذات المادة المذكورة (٥٧٣ مدني) قد خص العقار دون المنقول بحكم خاص إذ نصت على الآتي: " فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد إيجاره، فإنه هو الذي يفضل."

يُستخلص من هذا الحكم أن المشرع قد وضع معيار آخر للمفاضلة بين المستأجرين المتعددين لذات العقار. هذا المعيار هو أسبقية تسجيل العقد. فالمستأجر الذي يسبق إلى تسجيل عقده قبل أن يضع المستأجر الأول يده على العقار تكون له الأفضلية في الانتفاع بالعقار بشرط أن يقترن تسجيله ذلك بحسن النية. ويقصد بحسن النية في هذا الصدد عدم علمه وقت التسجيل بوجود عقد إيجار سابق على العقد الذي يشرع في تسجيله. أما إذا كان عقداً لاحقاً لعقده فلا يؤثر علمه به على أفضليته بناءً على سبق التسجيل.

يُلاحظ أن التسجيل الوارد في هذه المادة يختلف عن مفهوم التسجيل في قانون الشهر العقاري. فالتسجيل في أحكام قانون تنظيم الشهر العقاري هو التسجيل الناقل لحق عيني، بينما التسجيل الوارد هنا فيما يخص العقار المؤجر فالغرض منه المفاضلة بين المستأجرين المتزاحمين، ويشترط فيه القانون حسن النية على عكس الأول ١١٦.

**الخلاصة:**

مُحصلة الأمر فيما يتعلق بتزاحم مستأجري العقار، طبقاً للمادة المذكورة أعلاه، سواء قامت هذه المفاضلة بناءً على أسبقية وضع اليد أو أسبقية التسجيل على النحو السابق بيانه، أن المشرع قد أقام وزناً لمدى حسن أو سوء نية المستأجر التالي لأول إذا توفرت له مقومات الأفضلية، وكذلك لعدم صدور تواطؤ أو غش من جانبه. بل أنه اعتبر ذلك شرطاً يتوقف عليه استحقاقه لتلك الأفضلية. بعبارة أخرى، صرح المشرع في المادة المذكورة أن المستأجر الذي يصدر منه غش أو تواطؤ أو سوء نية - والذي يُستفاد من

المدني، وقاس نص المادة ٥٧٣ المؤجر على المدين المعسر لأن المؤجر متى سلم العين لأحد المستأجرين صار في حكم المعسر بالنسبة للباقيين، ولم يقصد المشرع بنص المادة ٥٧٣ أن يحمي الحيازة في ذاتها واعتبر مجرد علم المستأجر وقت وضع يده بوجود إجازة سابقة نافية لحسن نيته وكافياً للثبوت الغش ولا يتأثر حق من فضل عقده بسبق وضع يده بفقده الحيازة وانتقالها إلى غيره لأنه اكتسب حقاً والحقوق لا تسقط بفقد الحيازة، ولو شاء المشرع بهذا النص أن يحمي الحيازة ذاتها لجعل التفضيل للحائز الأخير لحسن النية وليس للمستأجر الأسبق في وضع اليد...".

<sup>١١٦</sup> انظر: د. سليمان مرقس، عقد الإيجار، الطبعة الثانية ١٩٥٤، فقرة ١٢٤، ص ٢١٩، هامش ٣.

سبق علمه بوجود عقد إيجار سابق لعقده - يكون جزاءه رد قصده السيء عليه بحيث يفقد الأفضلية التي قرر لها القانون ١١٧.

### المطلب الثاني:

#### المادة ٢٤ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧:

تنص هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أنه:

"ويحظر على المؤجر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبني أو وحدة منه، وفي حالة المخالفة يقع باطلا العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول."

يلاحظ هنا أن هذا النص ليس عاماً يتناول عقود الإيجار بشكل عام كالنص السابق. ولكنه يسري على فئة خاصة من الإيجارات؛ وهي العقارات المعدة للسكنى الخاضعة لقانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧.

ويتبين من النص الحظر الصريح على المؤجر أن يبرم أكثر من عقد إيجار واحد للمبني أو لوحدة منه. ثم يقرر الجزاء المترتب على مخالفة هذا الحظر؛ وهو بطلان أي عقد أو عقود لاحقة لعقد الإيجار الأول. إن ما يقرره هذا النص من منع واضح للمؤجر من خلق حالة تزاحم للمستأجرين منه بإلزامه بالاختصار على عقد إيجار واحد للعقار، ثم تقريره لهذا الجزاء الحاسم في حالة مخالفة الحظر، إنما يستفاد منه افتراض المشرع افتقاد المؤجر ولاية التصرف في ذات المعقود عليه تصرف يتعارض مع مقتضى عقد الإيجار الأول. كما يستخلص منه افتراض المشرع لسوء نية المؤجر الذي يفعل ذلك. بل ويعاقبه على سوء نيته ذلك باعتبار أي إيجار لاحق للأول باطلاً، وهو بالتالي لا ينتج أثره في مواجهة المستأجر الأول.

فضلاً عن ذلك فإن المادة ٧٦ من القانون نفسه تقرر جزاءً جنائياً يتمثل في

الحبس أو الغرامة أو إحداهما في حالة مخالفة المادة ٢٤ ١١٨.

<sup>١١٧</sup> الطعن رقم ١٨١ لسنة ٢١، جلسة ٢٧ يناير ١٩٥٥، ص ٦ ع ٢ ص ٥٤٠ ق ٦٨. وجاء فيه: "... في حالة تزاحم المستأجرين من الأسبقية بوضع اليد أو التسجيل أن يكونا غير مشوبين بالغش التلبسي الذي يمنع وأضع اليد من التحدي بأسبقية وضع يده كما يمنع المسجل سند إيجاره من التمسك بتسجيله وهذا هو ما قلناه المشرع في المادة ٥٧٣ من القانون المدني الجديد..."

### المطلب الثالث:

#### قياس الحالة محل البحث على النصوص المنظمة لتزاحم مستأجري العقار:

قد يُحتج على إجراء مثل هذا القياس باختلاف طبيعة عقد بيع العقار عن عقد تأجيره. إلا أننا نرى رغم إدراكنا لهذا الاختلاف، التشابه الكبير بين الموقف الذي تعالجه النصوص التي تناولناها في المطالبين السابقين، وبين حالة تزاحم مشتري العقار. فالمحل في كل من الحالتين؛ عقار، والإشكالية في كل منهما هي تزاحم المشتريين أو المستأجرين. على الرغم من ذلك، نجد أن المشرع قد فرق بينهما في كيفية المفاضلة بين المشتريين والمستأجرين المتزاحمين، وكذلك في الجزاء المترتب على إعادة بيع وتأجير العقار.

نص المادة ٥٧٣ مدني يجعل معيار المفاضلة بين المستأجرين المتزاحمين هو أسبقية وضع اليد، أو أسبقية التسجيل، إلا أنها تجعل الأفضلية الممنوحة بناءً عليهما متوقفة على مدى حسن أو سوء نية المستأجر الثاني وقت وضع اليد أو وقت التسجيل. على نقيض ذلك، تأتي أحكام النقض المتعلقة بتزاحم مشتري العقار غير مبالية على الإطلاق بسوء نية المشتري الثاني ولا بالتواطؤ والغش الذي قد يقع بينه وبين البائع.

والمادة ٢٤ من قانون إيجار الأماكن ٧٧/٤٩ تجعل جزاء إعادة تأجير العقار هو بطلان أي عقد تالٍ للأول، وبالتالي عدم نفاذه في مواجهة المستأجر الأول. وهو هنا يعول على سوء نية المؤجر، واستنفاده لولاية التصرف في المعقود عليه. وهو بالطبع على عكس موقف المشرع والقضاء من بائع العقار الذي يعيد بيعه، إذ لا اعتبار لسوء نيته على الإطلاق. كما لم يُقرر له جزاء خاص، سوى ما تقرره القواعد العامة في القانون المدني من تعويض بناءً على ضمان الاستحقاق.

من جانبنا، نرى هذه التفرقة منتقدة وغير ذات محل. فالعلة في الحالتين واحدة وهي صدور التصرف الثاني من غير ذي ولاية، فضلاً عن قيامه على خداع وغش

<sup>١١٨</sup> وقد ورد نص المادة ٧٦ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأنه: " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام المواد ١/٧، ٨، ١/١٣، ٢٤، ٢٥ من هذا القانون...".

وضرر لأحد الأطراف. فاتحاد العلة مع التباين الشاسع في التنظيم القانوني والقضائي أمر غير منطقي، يستوجب إيجاد تعديلات تخفف من حدة هذا التباين.

على صعيد آخر نلاحظ اختلاف الحكم الذي قرره المشرع في حالة تزامم مستأجري العقار الذي يخضع لقانون إيجار الأماكن عن ذلك الذي لا يخضع له. فالمادة ٥٧٣ مدني تتناول المسألة في عقود الإيجار بشكل عام، بينما تنظم المادة ٢٤ من القانون ٧٧/٤٩ التزامم في إيجار العقارات الخاضعة لهذا القانون، وكذلك المادة ٢٣ من قانون إيجار الأماكن التالي له رقم ١٣٦ لسنة ١١٩١٩٨١. وتطبيقاً لقاعدة " الخاص يقيد العام " فإن المواد الواردة في قانوني إيجار الأماكن تسري على تزامم مستأجري العقار بالنسبة للعقارات التي تخضع لهذه القوانين؛ أي العقارات المعدة للسكنى لتترك أي عقار آخر غير خاضع لها لحكم المادة ٥٧٣ مدني. ونرى أن هذا التباين بدوره منتقد.

ومحل هذا الانتقاد أنه لا مبرر للتمييز في الحكم مع اتحاد العلة. فكلاهما تصرف ثاني بالإيجار عن ذات المعقود عليه، من ذات المؤجر. لذا نرى أن الأولى توحيد الحكم بينهما بحيث يُعد التصرف الثاني بالإيجار باطلاً، مع تفضيل المستأجر الأول أياً كان نوع العقار المؤجر. ذلك مع تمكين المستأجر الثاني من الرجوع بالتعويض والضمان في حالة كونه حسن النية على المؤجر. وهو التنظيم الذي تبنته قوانين إيجار الأماكن.

بينما في القانون المدني، نجد أن المادة ٥٧٣ قد أغفلت تكرار التصرف بالإيجار ممن سقطت عنه ولاية التصرف بإبرام الإيجار الأول. فقد اعتبر القانون المدني جميع المتصرف إليهم بالإيجار دائنين عاديين متساوين في المركز القانوني (مادة ٢/٢٣٤ مدني)، يتقدم أحدهم على الآخر في ضوء أسبقية وضع اليد (التسلم) مع حسن النية مقدره وقت وضع اليد. ذلك حتى وإن كان المستأجر صاحب الأفضلية هو المستأجر الثاني طالما كان حسن النية وقت تسلمه للعين المؤجرة، لا يعلم بوجود عقد إيجار سابق عليه. كما قد يتمثل سبب الأفضلية - طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٥٧٣ مدني - هو قيام

<sup>١١١</sup> وقد جمعت هذه المادة تنظيم التزامم في الإيجار والبيع معاً وقررت توقيع عقوبة جريمة النصب على كل مالك يبيع أو يوزع ذات الوحدة لأكثر من بائع أو مستأجر: " يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يوزعها لأكثر من مستأجر أو يبيعهما لغير من تعاقد معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً. "

المستأجر، ولو كان لاحقاً لغيره، بشهر عقده متى كان حسن النية عند الشهر لا يعلم بوجود عقد إيجار آخر سابق عليه.

من الجدير بالملاحظة في نطاق تنظيم القانون المدني لتزامم مستأجري العقار، أنه لم يَقم وزناً لسوء نية المؤجر أو صدور غش منه عند إبرام العقد الثاني. كما أنه لم يعتد بسوء نية المستأجر الثاني عند إبرام العقد، وإنما جعل العبرة بحسن نيته وقت التسليم أو التسجيل.

### **المبحث الخامس**

#### **إبرام النائب تصرف خارج حدود سلطاته**

نتناول في هذا المبحث بدايةً الخطوط العريضة لنظرية النيابة في التعاقد، وبشكل خاص الجزاء المترتب على تجاوز النائب لحدود نيابته. ثم نعرض في مطلب ثانٍ لقياس حالة البحث؛ إعادة بيع ذات العقار، على حالة خروج النائب عن حدود نيابته من حيث الجزاء المترتب على كل منهما.

#### **المطلب الأول:**

#### **النيابة في التعاقد، وتجاوز حدود النيابة:**

تقوم نظرية النيابة في التعاقد على فكرة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في التعاقد مع الغير مع انصراف آثار التعاقد مباشرةً إلى ذمة الأصل<sup>١٢٠</sup>. وتلك النيابة قد تكون قانونية؛ يتولى القانون تحديد أحكامها ونطاقها كما في حالة السولي والوصي والقيم والدائن في استعمال حقوق مدينه. كما قد تكون اتفاقية؛ تتحدد بإرادة طرفيها كما في عقد الوكالة.

تنظم الأحكام العامة للتعاقد بطريق النيابة المواد ١٠٤ إلى ١٠٨ من القانون المدني. ويُمكن أن نستخلص من هذه النصوص الشروط الأساسية الواجب توافرها في التعاقد بالنيابة حتى يكون سليماً. وهذه الشروط هي كالتالي:

<sup>١٢٠</sup> انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ققرة ٨٣.

- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل (مادة ١٠٤/١ مدني). فخص النائب لا الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً.

- إبرام المعاملات باسم الأصيل لا النائب (مادة ١٠٥ مدني). إن ما ينشأ عن أي تعاقد أو معاملة يبرمها النائب من حقوق والتزامات تُضاف إلى ذمة الأصيل.

- التزام النائب فيما يبرمه بالحدود المرسومة لنيابته.

يُعد هذا الشرط الأخير أحد أهم شروط قيام النيابة، سواءً كانت قانونية أو اتفاقية. وهو يستلزم أن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة ١٢١. فالنائب وإن كان يبرم التعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، إلا أنه لا بد وأن تجري إرادته تلك في نطاق الحدود التي وضعها القانون أو الاتفاق للنيابة.

أما إذا جاوز النائب الحدود المرسومة لنيابته يكون جزء ذلك أن يُعد تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصيل كقاعدة عامة ١٢٢. ويُستفاد هذا الجزء بمفهوم المخالفة من المادة ١٠٥ مدني التي تنص على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يُضاف إلى الأصيل". يعلق النص إضافة آثار المعاملات التي يبرمها النائب إلى ذمة الأصيل على إبرام النائب لها في حدود نيابته. ويستخلص من ذلك أن خروج الأخير عن حدود نيابته، يؤدي إلى عدم نفاذ تصرفاته في ذمة الأصيل.

بالإضافة إلى هذا النص العام الذي يقرر جزء تجاوز حدود النيابة، يوجد نص خاص بحالة الولاية على أموال القاصر من الولي أو الوصي. فقانون الولاية على المال رقم

<sup>١٢١</sup> انظر: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ١٥٣-١٥٦.

<sup>١٢٢</sup> ذلك أنه قد ينفذ مثل هذا التصرف في حالات استثنائية تقوم على حسن نية الغير المتعامل مع النائب، وما يفرضه الوضع الظاهر. كما نص القانون المدني على تطبيقين لهذه الحالات الاستثنائية هما:

(١) المادة ١٠٧ " إذا كان النائب ومن تعاقد معه جهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يُضاف إلى الأصيل أو خلفائه."

(٢) المادة ٧٠٣ والتي تتعلق بالوكالة: "١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة.

٢- على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة."

١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد وضع قيود مفصلة لسلطة كل من الولي والوصي على تلك الأموال. ثم نص في المادة ٢٠ منه على جزاء سوء تصرف الولي في أموال القاصر حيث تنص على أنه: "إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها".

### المطلب الثاني:

#### قياس جزاء إعادة بيع العقار على جزاء تجاوز النائب لسلطانه:

بناءً على ما بيناه في المطلب السابق، نجد أن ولاية النائب في إبرام التصرفات نيابةً عن غيره - أيًا كان شكل النيابة - إنما هي ولاية مشروعة مُستمدة من القانون. فنصوص القانون هي التي تنظم تفاصيلها في حالة النيابة القانونية، وكذلك يعترف بها القانون ويحدد أطرها العامة في حالة النيابة الاتفاقية. وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع قد تعامل بحذر مع تصرفات النائب، ووضع جزاءات قوية إن هو تجاوز الحدود المرسومة له. فهو يعتبر تصرفات النائب غير نافذة في مواجهة الأصيل إن هو تجاوز سلطانه. كما أعطى للمحكمة السلطة التقديرية في سلب ولاية الوصي أو الحد منها إن هو أساء التصرف في أموال القاصر مما أدى إلى تعريضها للخطر. وهو ما يؤكد أهمية ولزوم تحقق وتحلي المتصرف بولاية التصرف فيما يتصرف فيه.

على الجانب الآخر، في حالة إعادة بيع المالك للعقار، نجد أن هذا الأخير يغتصب سلطة التصرف في العقار بعد أن باعه إلى المشتري الأول فاستند بمقتضى هذا البيع ولاية التصرف فيه. وهو لا شك تصرف يأتي على عكس الواجب الذي يفرضه القانون المدني في المادة ١٤٨ من وجوب تنفيذ العقد بما يتفق ومقتضيات حسن النية، وفي المادة ٤٢٨ التي تلزم البائع بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع للمشتري وبالكف عن أي عمل من شأنه أن يجعله مستحيلًا أو عسيرًا. كما يتعارض مع مبدأ الغش يفسد كل أمر، ونظرية الأوضاع الظاهرة على النحو السابق بيانه في الفصل الأول من هذه الدراسة. وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع وأحكام محكمة النقض تقره على مثل هذا التصرف طالما كان المشتري الثاني قد سبق نظيره الأول إلى التسجيل. ويقتصر الجزاء في هذه الحالة على إلزام البائع بتعويض المشتري الأول بناءً على ضمان الاستحقاق، أو المسؤولية التقصيرية، أيهما أيسر من حيث الإثبات.

إن المقارنة بين الجزاءين في الحالتين السابقتين إنما تعكس تناقضاً كبيراً. كما تسلط الضوء على تطرف موقف القضاء من الجزاء المترتب على إعادة بيع ذات العقار.



## خاتمة

إن تحليل إشكالية تراحم مشتري العقار على النحو الذي تناولناه يوضح اندراجها ضمن إشكالية أعم وهي؛ محاولة إقامة التوازن بين اعتباري إقامة العدالة واستقرار المعاملات.

يبدو واضحاً من عرض وتطبيق المبادئ القانونية المتعلقة بالمسألة، أنها ترجح كفة إقامة العدالة. فالمفاضلة بين مشتري العقار بناءً على هذه المبادئ يتوقف على مدى توافر حسن النية، وعدم وقوع غش أو تدليس، واحترام ما للإرادة من سلطان، وكذلك احترام ما يفرضه الوضع الظاهر.

أما القواعد القانونية السارية حالياً، والمرتبطة بهذه الإشكالية، وكذا أحكام محكمة النقض، ترجح كفة استقرار المعاملات. إذ هي تعول في المفاضلة بين المشتريين المتراحمين بشكل أساسي على أسبقية التسجيل. كما تقرر حق المشتري الذي لم يحظ بالملكية في التعويض الناتج عن استحقاق الملكية لغيره.

في كافة الأحوال لن يخرج أياً من المشتريين خالي الوفاض. فالمشتري الذي لم ينجح في الحصول على ملكية العقار، يحق له الحصول على تعويض بناءً على ضمان الاستحقاق الذي قرره القانون. ولكن يبقى التساؤل: أي المشتريين أولى بملكية العقار؟ وأي الاعتبارين السابقين أولى بالترجيح؟

لقد حاولنا من خلال الفصل الثاني من هذا البحث، التوصل إلى إجابات لهذه التساؤلات عن طريق تسليط الضوء على الحالات المشابهة للحالة محل البحث، بل أحياناً تكون مطابقة لها. على الرغم من هذا التشابه أو التطابق إلا أن المشرع قد تناول هذه الحالات بشكل مغاير تماماً، بل يصل في بعض الأحيان إلى التناقض التام.

إننا نسلّم بأن مسألة تعدد مشتري العقار تحتاج إلى حل عملي، يميل نوعاً ما إلى الحفاظ على استقرار المعاملات، ويعمل على تقوية نظام التسجيل. إلا أننا نرى أن يكون ذلك في الحدود المعقولة، دون شطط أو تطرف. كما نرى وجوب ألا يؤدي هذا الأمر لوجود تناقض بين نصوص القانون.

فقد رأينا أن محكمة النقض عند المفاضلة بين مشتري ذات العقار، تعتد في المقام الأول بأسبقيّة التسجيل. وهي لا تعتبر سوء نية المشتري الثاني مؤثراً على تلك الأسبقيّة، وهو أمر يمكن تفهمه وقبوله مراعاةً للاعتبارات العملية التي ذكرنا، ولعدم إقحام المحاكم في متاهة العناصر النفسية وصعوبة إثباتها. على الرغم من ذلك، لا نرى مبرراً لترك البائع سيء النية دون جزاء. فهو المصدر الرئيسي لهذه الإشكالية، ولا شك أن تركه دون جزاء يشجع ملاك العقارات على بيع ذات العقار لأكثر من مشتري، وبالتالي الإضرار بمصالح الغير. خاصةً أن المشرع قد تنبه إلى هذا الأمر في حالة المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. ذلك أنه قد وضع جزاء للبائع سيء النية؛ وهو الوارث في هذه الحالة، وذلك على التفصيل السابق بيانه.

كما رأينا أن المحكمة لا تعتبر وقوع غش أو تواطؤ أو تدليس مما يؤثر على أسبقيّة التسجيل، وهو أمر نرى فيه تطرفاً كبيراً. فهو من ناحية مسلك ليس له سند من نصوص قانون الشهر العقاري، كما تأتي المبادئ والقواعد العامة على نقيضه تماماً كما عرضنا تفصيلاً. ومن ناحية المنطق القانوني، فإن تصريح قضاء النقض بإباحة الغش والتواطؤ، ولو كان في مسألة محددة (أسبقيّة تسجيل العقار)، أمر على درجة عالية من الخطورة.

وقد صرح المشرع بعكس مسلك محكمة النقض ذاك في حالة شديدة الشبه بالحالة محل البحث؛ وهي حالة تزامم مستأجري العقار. فقد رأينا أن المشرع قد نظم هذا التزامم بمعيار الأسبقيّة في وضع اليد، معلقاً ذلك على شرط عدم وقوع غش. كما وضع له معيار آخر وهو أسبقيّة تسجيل عقد الإيجار، وعلقه كذلك على شرط حسن النية. فإن لم تتوافر هذه الشروط، يكون جزاء واضع اليد بناءً على غش، أو الأسبق في التسجيل بناءً على سوء نية، أن يُرد عليه سوء قصده بتفضيل المستأجر الآخر.

ويتضمن التنظيم الحالي لمسألة تزامم مشتري العقار اعترافاً ضمني بإمكانية فصل ولاية التصرف عن باقي سلطات حق الملكية في البيع الأول للعقار، بحيث يمكن للبائع إعادة بيعه. ويُستخلص هذا الاعتراف من اعتبار البيع الثاني صحيحاً طالما توافر التسجيل. في حين أن الحالة التي يعترف فيها القانون بجواز فصل سلطة التصرف عن

باقي سلطات حق الملكية، عند الاتفاق على شرط مانع من التصرف تنطوي على جزاء أشد. فعلى الرغم من أن هذا الفصل مؤقتاً بحكم القانون، إلا أن مخالفة الشرط تؤدي إلى اعتبار التصرف الصادر من المالك الممنوع من التصرف باطلاً.

وهو ما يعكس تناقضاً جلياً بين التنظيم القانوني للحالتين غير مقبول منطقاً. نجد مما سبق أن أحكام محكمة النقض تخول بائع العقار ضمناً سلطة غير شرعية لا تمنحها لغيره ممن له وضع قانوني معترف به. فالنائب عن غيره، سواء نيابة قانونية أو اتفاقية، إن هو تجاوز حدود السلطة المخولة له بموجب النيابة، تعد تصرفاته غير نافذة في ذمة الأصل. بينما قيام بائع العقار بإعادة بيعه على خلاف الالتزامات الشخصية التي تفرضها عليه نصوص القانون المدني صراحة، يعتبر نافذاً في حق المشتري الأول طالما سبقه الثاني إلى التسجيل.

إن أبرز أوجه الشطط في الوضع الحالي لتزامم مشتري العقار؛ هو ما جاء في نصوص قانوني إيجار الأماكن (رقم ٧٧/٤٩، ورقم ٨١/١٣٦). فهذه النصوص لم تتناول حالات مشابهة بتنظيم أو جزاء مختلف، وإنما تناولت حالة تزامم مشتري العقار بعينها. تعتبر هذه النصوص إعادة بيع العقار جريمة جنائية يُعاقب عليها بعقوبة جريمة النصب. وعلى ذلك، فهي لا تعتد بأي بيع تالٍ للبيع الأول للعقار وتعتبره باطلاً حتى ولو كان مسجلاً، على التفصيل الذي عرضنا له.

نرى بهذا الصدد أنه لا يستقيم مطلقاً النص على اعتبار فعل معين مكوناً للركن المادي في جريمة جنائية، وفي ذات الوقت اعتباره صحيحاً، والاعتراف به وبكافة آثاره من الناحية المدنية.

خلاصة الأمر أننا لا ندعو هنا لإعلاء اعتبارات العدالة، وتغليب المبادئ المتعلقة بحسن النية، وحظر الغش، وغيرها بشكل مطلق، ودون الاعتداد باستقرار المعاملات. وإنما نهدف إلى سد الفجوة التي أشرنا إليها من مجموع القياسات المتناولة هنا، قدر الإمكان. ندعو إلى تقريب النصوص القانونية والأحكام القضائية المتناقضة بشأن المسألة محل البحث. نأمل إعادة النظر في الانحياز الشديد من جانب القضاء إلى استقرار

المعاملات على حساب العدالة والكثير من المبادئ والنصوص القانونية التي أهدرها مثل هذا الانحياز.

قد يكون السبيل إلى ذلك هو التدخل بتعديلات تشريعية مناسبة للحد من التناقض الذي وضحناه. وضرورة التدخل التشريعي لفرض جزاءات رادعة على البائع الذي يعيد بيع العقار. كما قد يتم التوازن المرجو عن طريق التخفيف من حدة النهج العملي البحت الذي تتبعه محكمة النقض في فض المنازعات المتعلقة بتزاحم مشتري العقار. ولا بد من الانتهاء إلى نصوص تشريعية منضبطة توازن بين المصالح الأولى بالاعتبار.

## قائمة المراجع

- د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٥٩.
- د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الأول، ١٩٨٦.
- د. برهام محمد عطا الله، منازعات الملكية العقارية: تداخل أسباب كسب الملكية وقواعد الشهر العقاري، ٢٠١٠.
- د. حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، ١٩٩٥.
- د. سليمان مرقس، شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، ١٩٩٠.
- د. سليمان مرقس، عقد الإيجار، الطبعة الثانية ١٩٥٤.
- د. شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند نزاح المشتريين: محاولة لوضع نظرية عامة في الغش، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر)، العدد ١ و ٢، ١٩٥٩.
- د. عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة - المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من أثر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٥.
- د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان.

- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع: أسباب كسب الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي، محاضرات في العقود المسماة.
- د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٧.
- د. عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، ١٩٩٤.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٨.
- د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ حق الملكية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٠.
- د. عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ٢٠١٠.
- د. عوض محمد عوض، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية.
- د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي وجريمة البيع لأكثر من واحد في مجال الإسكان، منشأة المعارف، الطبعة الأولى ١٩٨٣.
- د. محمد خلف عيد، الركن المادي في جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، ٢٠١٣.
- د. محمود شوقي، الشهر العقاري علماً وعملاً، القاهرة ١٩٩٠.

- د. مصطفى الجمال، د. رمضان أبو السعود، د. نبيل سعد، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.
- د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، ١٩٨٥.
- د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
- د. نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.
- د. نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق (التنازع بين القانون والواقع المستقر)، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٧.
- د. هلاير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية.
- مندي حمزة محمد، الوجيز في شرح نصوص قانون السجل العيني، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

## **مقال : شروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضى الفلاحية في القانون الجزائري.**

**الدكتور / بلكعبات مراد**

**أستاذ محاضر صنف أ ، التخصص : قانون الأعمال**

**رئيس المجلس العلمى لكلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الأغواط.**

**الهيئة المستخدمة : كلية الحقوق و العلوم السياسية**

**بجامعة عمار ثلجى الأغواط / الجزائر**

**الهاتف: 00213662062282**

**البريد الإلكتروني: belkaibatmourad@ymail.com**



## ملخص

اعتمدت الدولة عقد الامتياز الذي هو عقد إداري ، حيث يمنح للفلاح أو المستثمرة الفلاحية حلولا تمكن الدولة في استغلال الأراضي الفلاحية ، تحت مسؤوليته. وعليه تقوم المديرية الولائية لأمالك الدولة بإعداد عقد الامتياز بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ، هذه الأخيرة تقوم بعدة أدوار في منح الامتياز ولا يمكن تحرير العقد إلا بعد قرار الموافقة بمنح الامتياز من قبل الجهات المختصة إقليميا.

### Summary :

The state has adopted concession contracts in order to confer farmers or investors further options that will enable it to exploit its farming lands under their responsibility.

This, on its behalf, the administration of state property has to prepare a concession contract generally applied for by the National Office of Farming lands. The administration of state property plays different roles in awarding concession. A contract can't be drafted unless there is an approval decision taken by the territorial (regional) competent authorities, to give concession.

## مقدمة

تكتسي مشاريع إنتاج الفلاحين عن طريق منح الامتياز أهمية بالغة بالنسبة للدول وكذا الفلاحين المستثمرين الذين يبدون رغبتهم في انجازها بتوفير رؤوس أموالهم وكفاءتهم وقدراتهم ، ولاسيما إذا تمكنوا من دراسة ونجاعة جدوى المشروع ، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال معرفتهم بالنشاط وطبيعة الأراضي الممنوحة .

ومن جهة أخرى يعد منح الامتياز إجراء إداريا يتعايش مع اقتصاد السوق وتشجيع النشاطات الاقتصادية خارج المحروقات والعمل على الوصول إلى تحقيق الاكتفاء الذاتي والأمن الغذائي للدولة ، وهذا في ظل ما تعانيه الدولة من أزمة تدني وتناقص مداخيل المحروقات.

وكذا التخلص من الاقتصاد المخطط الذي يجعل الدولة تحقق المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة في نفس الوقت ، ومن جهة التسوية القانونية لنشاطات الفلاحين فيما يخص استغلالهم الفعلي والناجع للأراضي الفلاحية.

والحقيقة أن المشكل لا يكمن في ذلك ، إنما في نية طالب الامتياز وقدرته على تخطي الصعوبات واحترافه لنشاطه على أكمل وجه ، بحيث أن العقار الفلاحي يعد موردا مالي أي مشروع استثماري فهو مطلوب كثيرا ولا يمكن الاستغناء عنه ، لهذا نجد إقبال كبير للمستثمرين على الملك العقاري ومن أجل اقتناؤه من أصحابه لا نجد الوفرة عند الخواص والمساحة الكافية أو بأثمان جد مرتفعة ونجد الوفرة عند الدولة وبالتحديد إدارة أملاك الدولة التي تعمل تحت وصاية وإشراف وزارة المالية .

كل هذا من أجل تشجيع الفلاحين المحترفين في الولوج الى هذا النشاط الهام بالنسبة للاقتصاد الوطني وللأفراد هذا شأنه خلق مناصب شغل وتخفيض الأسعار والحد من الاستيراد.

وفي هذا السياق يمكننا أن نبرز أهم الدوافع والأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع وهي متعددة من أهمها وأبرزها:

■ بيان الإدارة الممثلة للدولة في منح الامتياز لإنجاز المشروع الاستثماري الفلاحي

وصلاحياتها

- بيان تحفيز الأعوان الاقتصادية عموما وعلى وجه الخصوص الفلاحين .
- الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للقطاع الفلاحي الذي يعد قطاع استراتيجي باعتبارها قطاع يتعلق بالأمن الغذائي والأمن الاقتصادي لكل من الفرد ولدولة حيث أضحا كلاهما من الحقوق الحديثة في الحقوق الإنسان ومن الجيل الأخير.
- يتميز هذا الموضوع بأنه قانوني تقني نتناول فيه جزئية إجرائية من وجهة نظر القانون الجزائري المبين في هذا البحث.

أما المنهج الذي اعتمدهنا لعرض هذا البحث فهو المنهج الوصفي والطريقة التحليلية الأكاديمية بين النظري والتطبيقي نستعرض من خلاله كل المصطلحات القانونية ذات الصلة بالموضوع والأسانيد القانونية والأعمال الإدارية حدود الاختصاص.

**وعليه نطرح الإشكالية الآتية : كيف يمكن منح الامتياز على العقار الفلاحي ؟**

قسمنا هذا الورقة البحثية إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان الأساس القانوني لمنح الامتياز على الأراضي الفلاحية ، وقد قسمته إلى مطلبين المطلب الأول بعنوان تعريف منح الامتياز وشروطه، أما الثاني بعنوان وضع دفتر شروط ملحق بالعقد ، أما المبحث الثاني بعنوان إجراءات منح الامتياز ، هذا المبحث مقسم الى مطلبين ، المطلب الأول موسوم بعنوان إعداد منح الامتياز أما الثاني بعنوان الآثار المترتبة عن عدم تنفيذ عقد الامتياز وانقضائه.

### **المبحث الأول :**

#### **الأساس القانوني لمنح الامتياز على الأراضي الفلاحية**

أسند القانون اقتراح الامتياز للشخص الذي تتوفر فيه الشروط اللازمة للديوان الوطني للأراضي الفلاحية .

الديوان هيئة عمومية، يكلف التنظيم العقاري كما هو منصوص عليه في المواد ٥٢ و ٥٦ و ٦١ و ٦٢ من القانون ٩٠\_٢٥ المؤرخ في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٩٠ والمذكور أعلاه.<sup>١</sup>

<sup>١</sup> المادة ٤ من المرسوم التنفيذي رقم ٩٦\_٨٧ المؤرخ في ٢٤ فيفري سنة ١٩٩٦، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الجريدة الرسمية العدد ١٥ المؤرخ في ٢٨ فيفري سنة ١٩٩٦

يتقدم الشخص الى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية من أجل الاستفادة من منح الامتياز ، وبعد الدراسة يتم رفض أو قبول الملف ممن تتوفر فيهم الشروط القانونية التي تناولها لاحقاً ، وهذا ما نصت عليه المادة 02 على أن: " يشمل مجال تطبيق هذا القانون الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة التي كانت خاضعة للقانون رقم ٨٧\_١٩ ... يتضح من خلال نص المادة أن هذا القانون حذى حذو قانون الاستثمار بجعل منح الامتياز السبيل الوحيد للتعاقد فيما يخص الأملاك الوطنية الخاصة ذات الطبيعة الفلاحية والحكمة من ذلك إبقاء الأرض على طبيعتها ووظيفتها وعدم تحويلها الى أغراض غير فلاحية ، واشترط منح الامتياز موجه لفئة الفلاحين الذين استفادوا من القانون رقم 19\_87 أو قرار من الوالي هذا ما نصت عليه المادة 03 على أنه : "شكل الامتياز نمط استغلال الأراضي الفلاحية المحددة في المادة 02 أعلاه" <sup>٢</sup>

تجدر الإشارة إلى أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هو أداة تابعة للدولة ويتصرف لحسابها تنفيذ السياسة العقارية. <sup>٢</sup>

بعدها يتم تحرير دفتر الشروط المعد سلفاً مرفقاً بالقانون من قبل الديوان مع صاحب الامتياز ثم يرسل إلى المديرية الولائية لأمالك الدولة الواقع فيها العقار الفلاحي .  
في حالة وجود عملية تنازل من المنتفع الخاضع لقانون ٨٧-١٩ لشخص آخر أو تناقض في مساحة الأرض مع الميدان يحال الى لجنة ولائية تقنية للفصل فيها.  
نتناول هذا المبحث في المطلبين الآتيين:

## المطلب الأول

### تعريف منح الامتياز وشروطه

عرف الفقيه سليمان محمد الطماوي الامتياز بأنه: "عقد إداري يتولى الملتزم - فرد كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة بسير المرافق

<sup>٢</sup> القانون رقم ٨٧\_١٩ ، المؤرخ في ٨ ديسمبر ١٩٨٧ ، والمتعلق بكيفية ضبط استغلال الأراضي التابعة للأمالك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وأجباتهم، الجريدة الرسمية العدد ٥٠ المؤرخة في ٩ ديسمبر ١٩٨٧ .  
<sup>٢</sup> الفقرة الأولى من المادة ٠٥ من المرسوم التنفيذي رقم ٩٦\_٨٧ ، المرجع السابق .

العامه فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز<sup>٤</sup> " هذا المرفق الاقتصادي يتمثل في المستثمرة الفلاحية أو المزرعة أو الضيعة تحت مسؤولية الفلاح وهو نشاط اقتصادي إنتاجي في خدمة الجمهور والاقتصاد الوطني ، ولا يملك حق الملكية على الأرض بل حق الانتفاع مع خضوعها لأحكام القانون العام.

أما المرسوم التنفيذي رقم 152-09 بموجب دفتر الشروط بأنه " : منح الامتياز هو الاتفاق الذي تحول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد انجاز مشروع استثماري"<sup>٥</sup>

نستنتج من خلال التعريفين أن عقد الامتياز يتميز بأنه :

- عقد إداري : لأن أحد أطرافه إدارة عامة .
  - عقد شكلي : عقد رسمي موثق الدولة هو مديريةية أملك الدولة
  - يرتب حق الانتفاع : لا يمكن التصرف في الأرض
  - العقود الزمنية طويلة المدة : وفقا لدفتر الشروط أربعين سنة قابلة لتجديد مرتين.
  - تستخدم الدولة وسائل القانون العام : توقيع الجزاء أو تعديل العقد والرقابة الإدارية.
- يمكن تناول هذه:

## الفرع الأول

### الأشخاص المعنيين بمنح الامتياز

وضع المشرع الجزائري شروطا لمنح الامتياز على العقار الفلاحي ، يمكن تناولها والحديث عنها:

أولا : المستفيدين من القانون رقم ٨٧\_١٩

<sup>٤</sup> سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، مطبعة جامعة عين شمس ، مصر ، سنة ١٩٩١ .

<sup>٥</sup> المرسوم التنفيذي رقم ١٥٢-٠٩ ، المؤرخ في ٢ مايو ٢٠٠٩ ، يحدد شروط و كفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، الجريدة الرسمية العدد ٢٧ ، المؤرخة في ٦ مايو ٢٠٠٩ .

تنص المادة 05 على أنه " : يمنح الامتياز المنصوص عليه في هذا القانون ، لأعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية الذين استفادوا من أحكام القانون رقم ٨٧\_١٩ ... والحائزين على:

\_عقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية.

\_أو قرار من الوالي".

### ثانيا : الجنسية الجزائرية لصاحب الامتياز

تنص المادة 04 من القانون ١٠\_٠٣ على أنه " :الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص " المستثمر صاحب الامتياز". ... "٦" إن اشتراط الجنسية الجزائرية هي خصوصية انفرد بها العقار الفلاحي بخلاف العقارات الاخرى ذات الوظائف الصناعية أو السياحية لعل أن المشرع مازال متأثر بالحقبة الاستعمارية التي كانت بعض الأراضي مستغلة من قبل الكولون الفرنسيين ، كما أن الأراضي الفلاحية من طبيعتها تتطلب مساحات جغرافية شاسعة.

من جهة أخرى ضمان الأجيال الحاضرة والمستقبلية بعدم تحويل الأراضي الفلاحية الى بناءات سكنية أو تجارية وارتباط الفلاحة بالتنمية المستدامة والأمن الاقتصادي والغذائي للفرد وللدولة. حيث أقر المشرع الدستوري بذلك من خلال الفقرتين الاولى المادة ١٩ جديدة: من الدستور الجزائري على أن : " تضمن الدولة الاستعمال الرشيد للموارد الطبيعية والحفاظ عليها لصالح الأجيال القادمة تحمي الدولة الأراضي الفلاحية. " ٧

### ثالثا : ضمان الدولة الحقوق الممنوحة للمستفيدين في إطار القانون رقم ٨٧\_١٩

تضمن الدولة لحقوق الممنوحة للمستفيدين في إطار القانون رقم ٨٧\_١٩ المعنيين بعمليات استرجاع الأراضي وفي هذا الإطار يمكن لهؤلاء إما.  
- الاستفادة من قطعة أرض جديدة من الراضي غير الموزعة.

<sup>١</sup> القانون رقم ١٠-٠٣ المؤرخ في ١٥ أوت ٢٠١٠ يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة الخاصة بالدولة،  
الجريدة الرسمية العدد ٤٦ المؤرخة في ١٨ أوت سنة ٢٠١٠.

<sup>٧</sup> الدستور الجزائري، المؤرخ في ٠٦ مارس ٢٠١٦ ، الجريدة الرسمية العدد ١٤، المؤرخة في ٠٧ مارس سنة ٢٠١٦

- إدماجهم ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية التي يقل عدد شركاءها عن عدد المبين في العقد الإداري الأصلي.

- الاستفادة من قطعة أرض تفصل من مساحة المستثمرة الفلاحية الجماعية التي يقل عدد شركاءها عن العدد المبين في العقد الإداري الأصلي، وهذا يعد إسقاط الجهة القضائية المختصة حقوق انتفاع المستفيدين، أو بواسطة قرار الوالي المختص إقليمياً إذا لم يتم بعد إخضاع العقد الإداري لإجراءات التسجيل والإشهار العقاري.

- أو يعوضون نقدياً وفق للتشريع المعمول به.<sup>٩</sup>

## الفرع الثاني

### المقصون من منح الامتياز

يجب أن تفضي التصرفات الواقعة على الراضي الفلاحية والأراضي ذات الواجهة الفلاحية إلى تغيير وجهتها الفلاحية.<sup>٩</sup>

حدد القانون الأشخاص المقصون من منح الامتياز بموجب نص المادة 07 على أنه " : يقصى من الاستفادة من أحكام هذا القانون الأشخاص :

\_ الذين حازوا الأراضي الفلاحية المذكورة في المادة 2 أعلاه أو الذين أجروا معاملات أو اكتسبوا حقوق انتفاع و / أو أملاك سطحية خرقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

\_ الذين كانوا موضوع إسقاط حق صادر عن طريق القضاء.

\_ الذين ألغى الولاية قرارات استفادتهم.<sup>١٠</sup>

تؤجل معالجة حالات الأشخاص المطروحة قضاياهم على مستوى الجهات القضائية المختصة إلى غاية إصدار الحكم النهائي وعليه تنص المادة 17 على أن " : تمنح إدارة الأملاك الوطنية بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الامتياز على الأراضي

<sup>٩</sup> المادة ٠٦ من الأمر ٩٥\_٢٦ المعدل و المتم لقانون ٩٠\_٢٥، الجريدة الرسمية العدد ٥٥ المؤرخة في ٢ جمادى الأول ١٤١٦ هـ

<sup>١٠</sup> المادة ٢٢ من القانون ٠٨-١٦ المؤرخ في ٠٣ أوت ٢٠٠٨، يتضمن التوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية العدد ٤٦ المؤرخة في ١٠ أوت ٢٠٠٨.

<sup>١١</sup> القانون رقم ١٠\_٠٣، المرجع السابق.

الفلاحية الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا على الأملاك السطحية المتوفرة بأية صفة كانت بعد ترخيص من الوالي عن طريق الترشيح مع احترام أحكام المادة 15 أعلاه وتعطى الأولوية إلى:

\_ المستثمرين أصحاب الامتياز المتبقين من المستثمرة الفلاحية ذات أصحاب امتياز متعددين.

\_ المستثمرين أصحاب الامتياز المحاذين من أجل توسيع مستثمراتهم.

\_ الأشخاص الذين لهم مؤهلات علمية و / أو تقنية ويقدمون مشاريع لتعزيز المستثمرة الفلاحية وعصرنتها"<sup>11</sup>.

## المطلب الثاني

### وضع دفتر شروط ملحق بالعقد

وضع المشرع الجزائري شروطا استثنائية تدخل في إطار القانون العام المعد سلفا ملحقا بالعقد ويكون هذا العقد متضمنا مواد تنص على واجبات ، وحقوق الطرفين من بينها حقوقا للهيئة الإدارية المانحة التي نصفها بسلطات كتوقيع الجزاء وتعديل العقد ومراقبة صاحب الامتياز في مدى التزامه بالشروط التعاقدية ودفتر الشروط.

مع مراعاة أحكام التشريع المعمول بها ، لا يمكن تحت طائلة البطلان، القيام بالتصرفات التي موضوعها الأراضي الفلاحية والأراضي ذات الوجهة الفلاحية، إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل في الأدوات المؤسسة بموجب المادة ١٣ من هذا القانون.<sup>12</sup>

نتناول هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

## الفرع الأول

### تطبيق بنود العقد

بعد منح تأشيرة موافقة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ملف المستثمر الفلاحي المودع أمام مصالحه الموجودة عبر التراب الوطني ، والعبرة في ملفه المتضمن طبيعة

<sup>11</sup> القانون رقم ١٠-٠٣ ، المرجع السابق.

<sup>12</sup> المادة ٢١ من القانون رقم ١٦-٠٨ المرجع السابق.



النشاط والوسائل وعدد مناصب شغل والأموال المرصودة لإنجاز المشروع والعبارة بإعداد العقد الإداري لقبول ملفه.

هذا العقد على غرار العقود الإدارية الأخرى ملحق بدفتر الشروط المعد سلفا لكي تبقى الدولة تستخدم وسائل القانون العام من بينها التعديل أو المراقبة وتوقيع جزاء كالفسخ أو الإلغاء .

## الفرع الثاني

### خضوع الطرفين لدفتر الشروط

تنص المادة 04 من القانون رقم ١٠\_٠٣ على أن "الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص " المستثمر صاحب الامتياز " حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملك الخاصة للدولة وكذا الأملك السطحية المتصلة بها ، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم ، لمدة أقصاها ( 40 ) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية ، تضبط كيفيات تحديدها وتحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية ."<sup>١٢</sup>

وفي هذا الإطار فرض المشرع الجزائري العقد الإداري مرفق بدفتر شروط حيث تستخدم الدولة وبالتحديد إدارة المصالح الفلاحية القانون العام ومنها حقها في توقيع جزاءات والمتابعة وتعديل العقد

من خلال تعاريف عقد الامتياز نستنتج أنه يسمح لصاحبه بالحلول محل الدولة في استغلال مرفق عام ويتحصل على حق الانتفاع ، ويتخذ شكل عقد مرفق بدفتر الشروط ، ويطبق عليه أحكام القانون الإداري وعند الاقتضاء القواعد العامة ، حيث لم يعد العقد عبارة عن توافق أو تطابق الإرادتين بل هو اتفاق يلتزم به المتعاقدان وهذا ما نصت عليه المادة 54 من التقنين المدني الجزائري على أن : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما " <sup>١٤</sup> المقصود

<sup>١٢</sup> القانون رقم ١٠\_٠٣ ، المرجع السابق.

<sup>١٤</sup> الأمر رقم ٧٥\_٥٨ ، المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 26 سبتمبر 1975.

بالاتفاق هو اتحاد وجهة نظر أشخاص اتجاه أمر معين ، حيث أنه يتفق الأطراف على كل الجوانب المتعلقة بالعقد ، ومن بينها الشروط القانونية لهذا العقد .  
ويبقى هذا العقد ذو طبيعة مزدوجة : يطبق المركز اللاتحي على أساس دفتر الشروط وأحكام العقد الإداري ويطبق المركز التعاقدي على أساس نظرية العامة للعقد والمسؤولية صاحب الامتياز .

## **المبحث الثاني**

### **إجراءات منح الامتياز**

تتمثل هذه الإجراءات في الاوضاع والشكلية المتبعة قانونا لإضفاء قاعدة الرسمية على هذا العقد عملا بالمادة 324 من التقنين المدني الجزائري العقد الرسمي على أن: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكاف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه "١٠ بالنسبة للعقود المدنية الشخص المؤهل لتحريها هو الموثق أما العقود الإدارية كما هو الحال في عقد الامتياز فالشخص المؤهل قانونا لتحريه باعتباره موظف عمومي ألا وهو المدير الولائي لأملاك الدولة التي منح لها التفويض الإداري وزير المالية بموجب دفتر الشروط نتناول هذا المبحث في المطلبين الآتيين:

### **المطلب الأول:**

#### **إعداد منح الامتياز**

يرسل الملف المقبول إلى إدارة أملاك الدولة التابعة إداريا لوزارة المالية ، من قبل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية من أجل إعداد عقد الامتياز .  
نتناول هذا المطلب في الفروع الآتية:

### **الفرع الأول**

#### **تحرير العقد من قبل إدارة أملاك الدولة:**

تقوم إدارة أملاك الدولة بعدة بتحرير عقد الامتياز باعتبارها موثق الدولة ، وسلطة عمومية تستخدم وسائل القانون العام وحسب نص المادة 06 على أنه : تعد إدارة الأملاك

<sup>١٠</sup> الأمر رقم ٧٥\_٥٨ المرجع السابق.

الوطنية باسم كل مستثمر يستوفي الشروط المذكورة في المادة 05 أعلاه عقد تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز.

وعندما يتعلق الأمر بمستثمرة فلاحية جماعية يعد عقد الامتياز لفائدة كل مستثمر صاحب الامتياز في الشيوخ وبخصص متساوية<sup>16</sup>.  
هذه الإدارة تقوم بعدة أدوار إلى جانب ما سبق ذكره ، دور الخبير ودور التقييم ودور موثق الدولة ودور المتعاقد .

## الفرع الثاني

### إفراغ العقد في الشكل:

اعتبر القانون الجزائري عقد الامتياز المتعلق بالأراضي الفلاحية عقد شكلي على أساس قانون رقم 10\_03 وغير وارد هذا القانون مبدأ الرضائية بل وجب على الطرفين كتابة العقد في وثيقة رسمية ممضاة وخاتم إدارة أملاك الدولة ويقع تحت البطلان في حال عدم كتابته ولو جرى العمل به شفاهة والعبارة بالنسبة لصاحب الامتياز بالاطلاع عليه والإمضاء وهنا يتحقق ركن الرضى أما بالنسبة للشخص المعنوي إدارة أملاك الدولة هو توقيع وختم الإدارة مع التأكيد على أن أهلية هذه الأخيرة هي اختصاصها في إبرام العقد وتسمى هذه المرحلة بقاعدة الرسمية.

تمر كميّات إعداد العقد شأنها في ذلك شأن إعداد العقود الأخرى فبعد إجراء الرسمية يسجل العقد لدى إدارة الضرائب ثم يشهر أمام المحافظة العقارية .

كما ألقى المشرع المستثمر الفلاحي من دفع مصاريف عقد الامتياز بناء على نص المادة 08 على أنه "تعفى إجراءات الإعداد والتسجيل والإشهار العقاري لعقد الامتياز من جميع المصاريف".<sup>17</sup> يتضح أن القانون منح تشجيعا جبائيا هاما بتنازل الدولة عن التحصيل الجبائي تحفيزا للفلاحين

في خلق مناصب شغل والتقليل من فاتورة الاستيراد للمواد الغذائية.

<sup>16</sup> القانون رقم 10\_03 ، المرجع السابق.

<sup>17</sup> القانون رقم 10\_03 ، المرجع السابق.

## المطلب الثاني

### الانثار المترتبة عن عدم تنفيذ عقد الامتياز وانقضائه

ينفذ العقد بمجرد نقل حق الانتفاع والاتفاق على بنود العقد بما فيه دفتر الشروط والأركان الموضوعية والشكلية ، لكن قد يحدث تملص صاحب الامتياز من التزاماته العقدية ، لهذا يمكن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية فسخ العقد بالطرق القانونية أمام القضاء ، وما على صاحب الامتياز إلا تقديم دفع تبرره عن عدم تنفيذ العقد أو تقاعسه في إنجاز المشروع الفلاحي. نتناول هذا المطلب كالاتي:

### الفرع الأول

#### إمكانية فسخ الامتياز

يفسخ الامتياز بسبب عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته العقدية بموجب عقد الامتياز عملا بالقانون الذي نص على أن: " يترتب على كل إخلال من المستثمر صاحب الامتياز بالتزاماته يعاينه محضر قضائي طبقا للقانون ، إذاره من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية حتى يمتثل لأحكام هذا القانون ودفتر الشروط والالتزامات التعاقدية.

وفي حالة عدم امتثال المستثمر صاحب الامتياز بعد انقضاء الأجل المذكور في الإذار المبلغ قانون تقوم إدارة الأملاك الوطنية بعد إخطار من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بفسخ عقد الامتياز بالطرق الإدارية.

ويكون فسخ عقد الامتياز قابلا للطعن أمام الجهة القضائية المختصة في أجل شهرين (2) ابتداء من تاريخ تبليغ فسخ هذا العقد من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية".<sup>18</sup>

#### أولا : مبررات فسخ الامتياز

تبرير الفسخ أساسي لإجرائه وإلا فإن الإدارة العامة تعسفت أو أساءت في مواجهة صاحب الامتياز لذلك يجب عليها التقيد بالقانون المنظم لذلك ، ولا يمكن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية فسخ العقد دون أسباب نص عليها القانون وإلا فقد تعسف في استعمال حقه وفي استعمال سلطته حيث قيد القانون هذه الهيئة الفلاحية في توقيع الفسخ وعدد

<sup>18</sup> المادة 28 من القانون رقم 10\_03 من المرجع السابق.

المشرع الجزائري أسباب فسخ العقد بموجب نص المادة 29 على أنه: " يعد إخلالا بالتزامات المستثمر صاحب الامتياز في حالة:

- \_ تحويل الوجهة الفلاحية للأراضي و / أو الأملاك السطحية.
- \_ عدم استغلال الأراضي و / أو الأملاك السطحية خلال فترة سنة واحدة. ( 1 )
- \_ التأجير من الباطن للأراضي و / أو الأملاك السطحية.
- \_ عدم دفع الإتاوة بعد سنتين ( 2 ) متتاليتين " .<sup>١٩</sup>

### الفرع الثاني

#### انقضاء الامتياز:

ينتهي العقد بانقضاء عادي أي بانتهاء المدة أو بطلب من صاحب الامتياز حسب تنص المادة 26 من القانون السالف الذكر على أنه " : تنتهي مدة حق الامتياز: \_ عند انقضاء المدة القانونية للامتياز في حالة عدم تجديده. \_ يطلب من صاحب الامتياز قبل انقضاء مدة الامتياز. وفي كل الحالات المذكورة أعلاه تسترجع الدولة الأراضي الممنوحة للامتياز ، وكذا الأملاك السطحية في الحالة هي عليها . يترتب على نهاية الامتياز الحق في تعويض تحدده إدارة الأملاك الوطنية بالنسبة للأملاك السطحية مع طرح 10% كتعويض عن الأضرار في حالة إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته. يكون مبلغ هذا التعويض قابلا للطعن أمام الجهة القضائية<sup>٢٠</sup>.

<sup>١٩</sup> القانون رقم ١٠\_٠٣ ، المرجع السابق.  
<sup>٢٠</sup> القانون رقم ١٠\_٠٣ ، المرجع السابق.

## خاتمة

نخلص في ختام هذا البحث الى أن منح الامتياز على الاراضي الفلاحية من شأنه التوفيق بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة كي تبقى الدولة مالكة للأرض وعدم تحويل الاراضي الفلاحية لأغراض أخرى بالبناء والحفر.

وبما أن الدولة تسعى الى تحقيق الاكتفاء الذاتي او الامن الغذائي والاقتصادي فإنه من واجبها تحفيز الاستثمار الفلاحي في ظل تهاوي أسعار المحروقات.

نقدم في هذا السياق مجموعة من الاقتراحات تكون كفيلة بتحسين الخدمة نصوغها في النقاط الآتية:

- تعميم الإدارة الإلكترونية على جميع الموارد البشرية والإدارات العامة.
- حل مشكل الأراضي المتنازع فيها خصوصا أراضي العرش والبحث عن رؤية بديلة لتلك الأراضي.
- تكريس الامتياز وفسخ العقد للمتقاعسين وذلك التوفيق للمصلحة العامة والمصلحة الفردية.
- تكوين المورد البشري في مجال الفلاحة والمجالات المتصلة بها كعلم الأرض ومكانيك الجرارات وتربية الحيوانات والتبريد والخرن .

## المراجع

### النصوص القانونية

١. الدستور الجزائري، المؤرخ في 06 مارس 2016 ، الجريدة الرسمية العدد 14 ، المؤرخة في 07 مارس سنة. 2016
٢. القانون رقم ٠٨\_١٦، المؤرخ في 03 أوت 2008 ، يتضمن التوجيه الفلاحي ، الجريدة الرسمية العدد ٤٦ المؤرخة في ١٠ أوت ٢٠٠٨.
٣. القانون رقم ٠٣\_١٠. المؤرخ في 15 أوت 2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك التابعة للأمالك الخاصة للدولة.
٤. القانون رقم ١٩\_٨٧ ، المؤرخ في ٨ ديسمبر ١٩٨٧، والمتعلق بكيفية ضبط استغلال الأراضي التابعة للأمالك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، الجريدة الرسمية العدد ٥٠ المؤرخة في ٩ ديسمبر ١٩٨٧ .
٥. الأمر ٢٦\_٩٥ المعدل والمتمم لقانون ٩٠\_٢٥، الجريدة الرسمية العدد ٥٥ المؤرخة في ٢ جمادى الأول ١٤١٦ هـ.
٦. الأمر رقم ٥٨\_٧٥، المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 26 سبتمبر 1975.
٧. المرسوم التنفيذي رقم ٩٦ \_ ٨٧ المؤرخ في 24 فيفري 1996 والمتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ، الجريدة الرسمية العدد ١٥ المؤرخة في ٢٨ فيفري سنة ١٩٩٦.
٨. المرسوم التنفيذي رقم ٣٣٩\_٠٩ المؤرخ في ٢٢ أكتوبر سنة ٢٠٠٩ يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم ٩٦\_٨٧ المؤرخ في ٢٤ فيفري سنة ١٩٩٦ والمتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الجريدة الرسمية العدد ٦١ المؤرخة في ٢٥ أكتوبر سنة ٢٠٠٩ .

الكتب:

سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، مطبعة جامعة عين شمس ، مصر ، سنة. 1991.

**ضرورة تعزيز الجانب الوقائي من البنود التعسفية**

**في عقود الاستهلاك**

**د. زُبير بن قويدر**

**استاذ محاضر - (أ) بقسم الحقوق**

**جامعة الأغواط/الجزائر**



## ملخص

لقد تم تجاوز المشرع للحماية التي تؤمنها القواعد العامة تجاه الشروط التعسفية في التشريع الجزائري حينما تقرر ولأول مرة منع العمل بالممارسات التعاقدية التعسفية ضمن القانون ٠٤-٠٢ على غرار بعض النظم التشريعية المقارنة، لكن كأي عمل تشريعي يمكن أن يكتفه النقص تجاه الحماية المنشودة وقاية للمستهك منها. وفي هذا السياق نقترح أن تصاغ اتفاقيات جماعية للاستهلاك ومسبقة لبعض العقود التجارية بين منظمات المهنيين ومنظمات المستهلكين؛ تُجنب إذعان إرادة المستهلك بل وتعوضها بإرادة جماعية تحمي مصالحه، فضلا عن إحداث آليات جزائية ومدنية تصرف عن اعتماد مثل تلك المشاركات التي تعسف بإرادة المستهلك.

## الكلمات المفتاحية:

مستهك ، شروط، وقاية، عقود نموذجية، إذعان.

## abstract :

The protection against unfair clauses provided by general rules before being followed and reinforced by particular texts, in particular by the law 04-02 (in Algeria) such as certain comparative legal regimes, in spite of many deficiencies noted on all these legislations Protection.

On this design; May propose the adoption of strict preventive mechanisms containing civil and criminal sanctions.

On the other hand, consumer organizations and professional organizations are invited to prepare collective agreements for consumption.

## Keywords :

Consumer, conditions, protection, model contracts, compliance.

## مقدمة:

لا شك أن تفاوت المراكز التعاقدية بين طرفي العقد أصبح منتشرًا خاصة إذا كان الأمر يتعلق بعقد الاستهلاك، حيث البيئة خصبة كي يحرم العون الاقتصادي المستهلك من حقه في اختيار محتوى العقد ما يورث اختلالًا في توازن العقد، وتعد الشروط التعسفية من أكثر ما يواجهه المتعاقد الضعيف في عقد الاستهلاك، ليس بحكم أثرها على الإرادة فحسب بل لانتشارها وتتنوع صورها لأن العقود التجارية وكذا الممارسات التعسفية هي من الاتساع بمكان، في مقابل ذلك اتساع الشريحة المستهدفة بها، ما يدفع لمحاولة تبادلي تلك الممارسات جميعها قدر الإمكان مهما كان محل عقد الاستهلاك وطبيعته وشكله.

وتمكن أهمية هاته الدراسة في اعتبار أن الوقاية خير من العلاج، لذا ينبغي العمل على تبادلي إدراجها ابتداء من خلال اعتماد جزاءات ردعية للمخالفين كي لا يُقدّموا عليها أو يفكروا في ذلك، وأن تشجيع إشراك أهل الخبرة والممارسة العملية يعد من أسباب نجاح أي تصور لحل أية إشكالية قانونية.

كما يرمي البحث إلى الوقوف على بعض الجوانب التي من شأنها تلافى الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال ما يمكن أن تسهم به جمعيات حماية المستهلك - وهي مدعوة لذلك إذا أُتيح لها المجال - في إعداد صياغة عقود سواء بإثراء ما عسى أن تُبادر به السلطة التنظيمية من نماذج لعقود، بل أن تصاغ اتفاقيات جماعية للاستهلاك مسبقة لبعض عقود الاستهلاك، وهذا افتراض قابل للتحقيق على شاکلة الاتفاقيات الجماعية للعمل.

وعليه نثار الإشكالية: ماهي سبل الوقاية من البنود التعسفية في العقود الاستهلاكية؟ وما أوجه النقص التشريعي الذي يجب مراجعته للحد من الممارسات التعاقدية التعسفية؟ وهل يمكن للحماية الجماعية المنوطة بمنظمات المستهلكين المساهمة في تجنب إذعان إرادة المستهلك بل وتعويضها بإرادة جماعية تؤمن تلك الحماية؟.

ذلك ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي وفق منهج مقارن، ولا مانع من استعمال المنهج التحليلي بصدد الجزئيات المعبرة عن أصالة التشريع الجزائري.

أولاً: أوجه النقص التشريعي للحد من الشروط التعسفية.

وسنقف في هذا المبحث إلى الدعوة إلى ضرورة توسعة المجال العقدي (من حيث طبيعته وشكله وكذا محله) للحد من الشروط التعسفية بالمطلب الأول، كما سيتبين بالمطلب الثاني أهمية الدعوة إلى تكريس جزاءات نقترحها وكذا ضرورة تعزيزها في مواجهة الممارسات التعاقدية التعسفية.

— ثانياً: آليات الوقاية من الشروط التعسفية.

وفي أول مطالبيها سنحاول الوقوف إلى التحديد التشريعي لعقد الاستهلاك من خلال إما تحديد عناصره الأساسية مسبقاً كي تقطع الطريق على أية إملاءات قد يفرضها العون الاقتصادي، وفي نفس السياق نستعرض بالمطلب الثاني وجهة نظر من يناهض بعقد اتفاقات جماعية للاستهلاك مستلهمة من ما هو عليه الحال في عقد العمل.

وسننتهي في آخر الورقة البحثية بخاتمة تحوي جملة الاقتراحات التي من شأنها توقي إدراج المزيد من الشروط التي تعسف بإرادة المستهلك.

المبحث الأول: أوجه النقص التشريعي للحد من الشروط التعسفية.

غني عن البيان أنه متى اتسع المجال العقدي للممارسات التعاقدية المحظورة، تعززت معها الحماية الوقائية للمستهلك، سواء تمثل الأمر في شكل العقد أو طبيعته (المطلب الأول)، وأياً كان العقد الذي تضمن بنوداً تعسفية فإنه ينبغي أن ترصد للمخالفين جزاءات أكثر فاعلية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### ضرورة توسعة المجال العقدي للحد من الشروط التعسفية.

إن سبيل الوقاية من البنود التعسفية تقتضي عدم الالتفات لا إلى محل العقد الذي يتضمنها سلعاً أم خدمات (الفرع الأول)، ولا إلى كونه أبرم بشكل مباشر أو أن التعاقد تم بإحدى وسائل الاتصال عن بُعد (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الدعوة لمزيد من الحماية في عقود الخدمات و العقود غير المكتوبة.

إن اشتراط نص المادة القانون ٠٤-٠٢ في تعريف العقد أن يُحرر مسبقا يُنافي ما هو موجود عمليا، فالكثير من العقود ليست محررة مسبقا بالكامل، لذا ينبغي الاكتفاء بظهور البند التعسفي ولو على جزء من ما يُثبت البند التعسفي لاستيعاب المزيد من عقود الخدمات التي أغفلتها المادة ٢٩ من القانون سالف الذكر حينما اكتفت بمجال البنود التعسفية التي تبرم بين المستهلك والبائع، على عكس المشرع الفرنسي الذي مد الحماية بالمادة ١٣٢ من قانون الاستهلاك الفرنسي إلى كل العقود ببيعا، إجارا، قرضا، تأمينيا، محلها منقولا أو عقارا...

إن الحرية الاقتصادية صارت وسيلة لأن يلحق الناس الضرر بعضهم ببعض، وتعسفهم في ذلك تمسكا بحقهم في حرية التعامل التجاري<sup>٢</sup>، إلا أن تقنين الاستهلاك الفرنسي تضمن ملحقا يتعلق باستبعاد تكييف بعض الشروط من كونها تعسفية مراعاة لمصلحة مقدمي الخدمات المالية<sup>٣</sup>. فضلا عن عقود الخدمات والتي غالبها غير مكتوب (كعقود النقل وتوصيل السلع، وفتح حساب بالمؤسسات المالية،..)، كما قد يواجه النزيل في الفندق بشروط محددة لمسؤولية صاحب الفندق، وغيرها من العقود التي ينتشر فيها التعسف في الموقف و في التعامل أيضا، فلا يُعقل قصر الحماية العقود بين البائع والمستهلك واعتبار الخدمة مجرد محلا لعقد الاستهلاك دون أن تحاط هي الأخرى بالحماية.

<sup>١</sup> القانون ٠٤-٠٢ المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الصادر بتاريخ ٢٣ جوان (يونيو) ٢٠٠٤، ج ر عدد: ٤١ المعدل والمتمم بالقانون ٠٦-١٠ الصادر بتاريخ ١٥ اوت ٢٠١٠، ج ر عدد: ٤٦، صادرة بتاريخ ١٨ اوت ٢٠١٠.  
<sup>٢</sup> - كمال لدرع، حماية المستهلك من المعاملات التعسفية، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس، (الجزائر)، ، أبريل ٢٠٠٥، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع (الجزائر)، ص: ١٦٤.  
<sup>٣</sup> - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨، ص: ٧١.

## الفرع الثاني

### التطلع لمواكبة الحماية من البنود التعسفية المتضمنة بالعقود المبرمة عن بعد.

إن الإجماع يكاد ينعقد على اعتبار أن عقود التجارة الالكترونية من قبيل عقود الإذعان<sup>٤</sup>، ورغم غياب إطارها القانوني إلا أن العمل بها منتشر اليوم، حيث لا يملك المستهلك عمليا إلا أن يؤكد قبوله لمحتوى العرض أو رفضه، "فلا يملك إحداث تغيير حقيقي فيه" على حد تعريف العقد بالمادة الثالثة من القانون ٠٤-٠٢، والمادة الأولى من المرسوم التنفيذي ٠٦-٠٣٠٦.

إن المجال العقدي للإستهلاك مع ظهور إمكانية الاتصال عن بعد أصبح أكثر اتساعا وينبغي الحماية مما قد يواجهه المستهلك تجاهها لحري بالمشروع الجزائري إتباع ما ستوجبه نظيره الفرنسي في التنظيم الصادر بتاريخ ٢٣-٠٨-٢٠٠١ على الأقل بصياغة بعض العناصر الأساسية واشتراط حفظها لأطول وقت بدعامات الكترونية مستقلة لمثل تلك العقود المبرمة عن بُعد. أو على الأقل بتجنيب المستهلك المضي في التعاقد رغم ما شاب إرادته من تلك البنود التعسفية ومن غيرها، وذلك بمنحه مدة كافية لممارسة حق العدول الذي يعترف له به في النظم المقارنة بمدة ٤ ايوما من العقد. (أنظر الموجه الأوربي ٢٠١١-٨٣، وقد نص على هذا الالتزام بالعبارة الثامنة من الفقرة الأولى من المادة السادسة منه. وهو التوجه الذي تبناه المشرع الألماني بموجب المادة ٣٥٥ من القانون المدني، وكذا المشرع الفرنسي بموجب المادة ل ١٢١-١٧ والمادة ل-١٢١-٢١ من قانون الاستهلاك<sup>٦</sup>).

وتأكيدا على ضرورة احترام هذا الالتزام وإعلام المستهلك بالحق في العدول، رتب المشرع الفرنسي جزاء على الإخلال به، وفرض على المحترف غرامة إدارية بموجب

<sup>٤</sup> - خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،

جامعة تلمسان (الجزائر)، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص: ٢٣ وما يليها.

<sup>٥</sup> - المرسوم التنفيذي ٠٦-٢٠٦ المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعران الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية الصادر في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم ٠٨-٤٤ الصادر بتاريخ ٠٣ فبراير

٢٠٠٨، ج ر عدد ٠٧ الصادرة بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠٠٨،

<sup>٦</sup> - التي تم تبنيها بموجب المادة ٢١٠ من القانون رقم ٢٠١٥/٩٩٠ الصادر بتاريخ ٦ أوت ٢٠١٥.

المادة ل ١٢١-٢٢ من قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>٧</sup>، كما جعل الإخلال بهذا الواجب سببا في مد أجل العدول إلى سنة بدلا من أربعة عشر يوما.

### المطلب الثاني

#### ضرورة توقيع جزاءات على الممارسات التعاقدية التعسفية.

لا شك أن الجزاء المدني عموما يكون في صورة إبطال المعاملة أو التعويض، لكن هذا الأخير لم يُفعل بصدد الشوط التعسفية (الفرع الأول)، كما أن المخالف كثيرا ما يدفع وقع الجزاء العقابي لإحجامه عن إتيان المخالفة، وبهذه المثابة يظهر عنصر الوقاية في الجزاء الذي عادة ما يوصف بكونه ردعيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضرورة تعزيز الجزاء المدني المتمثل في إبطال الشرط التعسفي بالتعويض في حالة وجوبه.

إن الجزاء المدني الذي أقره المشرع مقابل الممارسات التعاقدية التعسفية هو الإبطال، وهو ما أكدته صراحة المادة ٣٠ من القانون ٠٤-٠٢، وهو أمر طبيعي مادام ما يهم المستهلك هو الاستمرار في العقد مع إزالة الشق الذي يضر بإرادته منه.

لكن أغفل المشرع جزاء مدنيا قد يكون له موجبا في كثير من الأحيان وهو التعويض، فإذا كان الضرر المتمثل في التفاوت العقدي من شأن الإبطال إزالته، فإن هناك من البنود التعسفية الباطلة ما لا يمكن إزالته إلا بزوال العقد بإبطال المعاملة كاملة .

ويكون هذا في حالة ما إذا كان الشق الباطل مرتبطا بوثيقة مع الشق الصحيح أو كان الشق الباطل هو جوهر ما تعاقد عليه الطرفان، ما يؤدي إلى انهيار العقد ما عسى يفوت المستهلك من كسب ويلحق به ضررا.

وتفويت الكسب من مشتملات التعويض، لذا كان يحسن بالمشرع التنصيص على إمكانية التعويض فضلا على الفسخ متى اثبت المستهلك ضررا نتيجة ذلك. عوض الرجوع إلى القواعد العامة التي تبقى أحكامها ناقصة وغير ملائمة أحيانا.

<sup>٧</sup> - الغرامة حسب المادة ١٢١-٢٢ L من قانون الاستهلاك الفرنسي لا يجب أن تتجاوز ٣٠٠٠ أورو إذا كان المحترف شخصا طبيعيا، و ١٥٠٠٠ أورو إذا كان المحترف شخصا معنويا.

## الفرع الثاني

### ضرورة إدراج جزاء عقابي على الممارسات التعاقدية التعسفية: الردع سبيل الوقاية .

بالاطلاع على مجمل ما تضمنه قانون الممارسات التجارية نجد أن المشرع قد رصد لتلك الممارسات جزاءات ردية تجعل من المخالف يفكر مرارا قبل ارتكابها ومن هذا الوجه تكمن الوقاية منها، فعلى حد تعبير الفقيه Garaud: "يجب على المجرم أن يملك كثيرا من الخيارات حتى لا يرتكب الجريمة وإلا عوقب"<sup>٨</sup>.

لكن فيما عدا منع العمل بالبندود التعسفية، لم يتم إدراج أي جزاء ردي من طبيعة عقابية ضد الممارسات التعاقدية التعسفية والتي كثيرا ما تؤثر سلبا على المتعاقد، ما يشجع المخالفين لأحكامها من الاستمرار في عسفهم بإرادة المستهلك في ظل جهل الأخير بحقوقه في إبطالها، حيث يعتقد أن لا خيار لديه سوى الانصياع لامتلاءاته أمام انعدام خيارات لديه، خاصة مع تواطؤ باقي الأعوان الاقتصاديين على تلك الممارسات وإذعان المتعاقد لنزواتهم<sup>٩</sup>.

ورغم أن البعض يعتبر أن نظام القوائم الرمادية وحده هو الذي يظهر الانسجام بسهولة مع التعريف المأخوذ، لأن كل شرط له قرينة صفة التعسف يمنح للمهنيين إمكانية إثبات عكسها بإثبات وجود توازن عقدي.

لكن من جهة أخرى فالقائمة الرمادية Clauses dites grises تفنقر للقوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم<sup>١٠</sup> والتي يكون بموجبها للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها<sup>١١</sup>؛ حيث تضمنت المادة 1-132L من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام ١٩٩٣ على قائمة بيانية إرشادية تلحق به تتضمن الشروط التي يمكن عدّها تعسفية<sup>١٢</sup> وهي تضم ١٧ نوع من الشروط<sup>١٣</sup> منها السماح للمهني بأن يعدل من جانب واحد، وبدون مبرر مشروع خصائص السلعة أو صفاتها، وصفات المنتج الواجب تسليمه، أو الخدمة الواجب تقديمها<sup>١٤</sup>.

<sup>٨</sup> - زبيرى بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، مذكرة ماجستير، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص.٤١.

<sup>٩</sup> - زبيرى بن قويدر وجنيدى خليفة، حماية إرادة المستهلك في ضوء قانون الممارسات التجارية ٢٠٠٤-٠٢، مداخلة للملتقى الدولي: الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، يومي ١٠ و١١ أبريل ٢٠١٧، منشور بمجلة مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق، جامعة بسكرة (الجزائر)، ص.٨١.

ومنهم من يُعني عنه القائمة بأنها ليست لها أية قيمة قانونية فما هي إلا وسيلة إرشادية يلجأ إليها كل من طرفي العقد عندما يثار الشك حول شرط ما ليتسنى لهما الوقوف على طبيعة التعسف في الشرط<sup>١٥</sup>، وتزتيبا على ذلك تعتبر هذه القائمة محدودة القيمة والفعالية والأثر ولاسيما أن الشروط التي وردت بها كانت على سبيل الحصر<sup>١٦</sup>. فالبعض<sup>١٧</sup> يرى أن هذه الطريقة المقترحة لم تراعي الانسجام الفكري البسيط، وأن هناك تعارض بين مفهوم موسع للشروط التعسفية وقائمة سوداء عرّفت الشرط كونه تعسفيا بأسلوب قاس بعيد عن التوازن الاقتصادي للعقد .

## المبحث الثاني

### آليات الوقاية من الشروط التعسفية.

من منطلق أن الوقاية خير من العلاج ، لم يتوقف التفكير عند حذف أو إزالة شرط تعسفي بل انتهى إلى تنظيم العلاقة العقدية، إما بفرض المشرع نماذج العقود (المطلب الأول) أو عن طريق التفاوض الجماعي بين جمعيات المستهلكين والمهنيين (المطلب الثاني).

<sup>10</sup> - Jean CALAIS AULOY et Frank STEINMETZ ,Droit de la consommation ,éd DALLOZ ,2000. ,n°177.

<sup>11</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة النشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص: ١٤٩.

<sup>12</sup> - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة ، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص: ٢٧٩.

<sup>13</sup> - هي قائمة مستوحاة من التعلية الأوروبية لعام ١٩٩٣، وقد ألغى القانون الصادر في ٠٤ أوت ٢٠٠٨ ملحق تقنين الاستهلاك الذي نص على قائمة الشروط التعسفية المشار إليها في الفقرة الثالثة من المادة 1-132 L من هذا التقنين.

<sup>14</sup> - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨، ص: ٦٨.

<sup>15</sup> - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة ، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص: ٢٨١.

<sup>16</sup> - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص: ٢٦٣.

<sup>17</sup> dans ce sens, v : François TERRE Philippe SIMLER ,Y ves LEQUETTE ,Droit civil :les obligation,7° éd, DALLOZ, 1989. n°310 P307



## المطلب الأول

### التحديد التشريعي لعقد الاستهلاك:

بغرض إعادة التوازن لعقد الاستهلاك الذي تخل الشروط التعسفية بتوازنه، إنصرف التفكير إلى محاولة التحديد المسبق لمضمون بعض العقود من طرف المشرع وذلك من خلال العقود النموذجية أو نماذج العقود (les clause types ou les modèles types de contrat)<sup>18</sup>.

وفي بعض علاقات المهنيين بالمستهلكين تكون هذه الطريقة إلزامية، ذلك أن نوع من الشكاية-كاستثناء على مبدأ الرضائية- له فعالية في الرقابة وذلك للوقاية من إملاء بنود تعسفية من جانب العون الاقتصادي على غرار الإيجار، القرض الاستهلاكي<sup>19</sup>.

فالمشرع إذن قدر أن المستهلك رغم معايير تدعيم إرادته التعاقدية، فهو ليس في مستوى مناقشة محتوى بعض العقود<sup>20</sup>، وفرض هاته الأحكام أو تلك بتدخل من المشرع ليس إلا من أجل منع أو تفادي بعض الشروط التي هي في غير صالح المستهلك الذي ليس في وسعه -عمليا- المطالبة باستبعادها.

وهذه التقنية- التحديد القانوني المسبق- يمكن أن تتعلق ببعض الشروط أو العناصر العامة للعقد، فالمشرع الفرنسي<sup>21</sup> في ما يتعلق بالائتمان الاستهلاكي ألزم -إذا تعلق الأمر بفرض الشروط- تطبيق نموذج محدد بمرسوم في مجلس الدولة بعد استشارة اللجنة الوطنية للاستهلاك. ووضعت تلك النماذج في ملحق المرسوم وعددها ٢٠٩<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> - محمد بودالي ، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، كلية ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس، الجزائر ، ص ٢٣٣.

<sup>19</sup> - المرسوم التنفيذي رقم ١٥-١١ المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي الصادر بتاريخ ١٢ ماي ٢٠١٥، ج ر عدد: ٢٤، الصادرة بتاريخ ١٣ ماي ٢٠١٥.

<sup>20</sup> - Jacqueline AMIEL -DONAT , Contra de consommation ( formation ) , juris-classeurs , édition technique, 1989 , n°62

<sup>21</sup> - بالمواد: من 1-311 ل. إلى 311-37 ل. من نغنين الاستهلاك الفرنسي.

<sup>22</sup> - النموذج ١ : قرض مرتبط ببيع أو أداء خدمة ، ن: ٢: البيع الاستهلاكي ، ن: ٣: قرض استهلاكي ، ن: ٤: فتح قرض ، ن: ٥: فتح قرض مرتبط بانتمان ، ن: ٦: فتح قرض وبطاقة قرض وبطاقة انتمان وثنكرة شراء ومرتبب ببيع ، ن: ٧: فتح انتمان مع ثنكرة شراء ومرتبب ببيع أداء خدمات ، ن: ٨: تأجير مع وعد بالبيع ، ن: ٩: بيع بالتأجير .

وينتقد البعض<sup>٢٣</sup> عدم تكرار هذه التقنية أي تقنية نماذج العقود المعدة من طرف الإدارة على المستوى الائتمان العقاري. رغم أن هذا ما اعتمد بشأن العقود التي تمر عبر وكالات الأسفار إذ حولت الحكومة سلطة التعريف بالالتزامات المحددة المكلفة بها الوكالات<sup>٢٤</sup>.

وتقترح لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك تعميم النظام عن طريق مراسيم في مجلس الدولة باقتراح من لجنة الشروط التعسفية نظرا لما تملكه من معلومات عن المستهلكين أن تقدم نماذج عقود مقترحة من المهنيين على المستهلكين تفرض بيانات إعلامية .

وفرضت المادة ٢٢٦ من هذا المشروع فيما يتعلق بالائتمان الاستهلاكي بأن يعد الطلب حسب " نماذج تحددها لجنة التنظيم البنكي بعد استشارة المجلس الوطني للمستهلكين. هذه النماذج يجب استعمالها دون أي تغيير أو إضافة " .

إن هذه الطريقة فعالة للمستهلكين حيث استبدلت إراداتهم بإرادة تشريعية كي تُعبر عنها وتفرضها. ذلك أن هناك بعض التعسفات لا تظهر بمجرد معاينة أولية مسبقة دون هذه التقنية<sup>٢٥</sup>.

ولعل هذا ما كان يقصده المشرع الجزائري بالمادة ٣٠ التي تنص: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم ...."<sup>٢٦</sup>

والحقيقة أن اعتراف المشرع الجزائري بتنظيم العناصر الأساسية لبعض العقود ليس جديدا ، حيث أنه نظم علاقة المؤجر بالمستأجر بموجب ملحق لمرسوم يتضمن عقد إيجار نموذجي<sup>٢٧</sup> . كما يعتبر آلية لتحديد محتوى العقد من خلال تحديد التزامات أطرافه<sup>٢٨</sup>.

<sup>٢٣</sup> - Jacqueline AMIEL-DONAT , Art.préc ,n°63

<sup>٢٤</sup> - بموجب قانون ٧٥-٦٢٧ المؤرخ في ١١ جويلية ١٩٧٥ المتعلق بنشاطات وكالات السفر.

<sup>٢٥</sup> Jacqueline AMIEL-DONAT , Op.cit ,n°64

<sup>٢٦</sup> - التي جاءت ضمن الفصل الخامس من قانون ٠٢-٠٤ ، تحت عنوان الممارسات التعاقدية التعسفية .

<sup>٢٧</sup> - مرسوم رقم ٧٦-١٣٧ المؤرخ في ٢٣ أكتوبر ١٩٧٦ والمتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكتب الترقية والتسيير العقاري ، ج ر رقم ١٢ بتاريخ ٠٩ فيفري ١٩٧٧ ص ٢٥٤ .

<sup>٢٨</sup> -BOURRAL Sabine,Le consommateur d'immeuble,These pour obtenir le grade de Docteur , université de REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE, France,le 15 décembre 2015, p:100.

## المطلب الثاني

### دور الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك:

لا يقتصر التحديد المسبق لمضمون بعض العقود حماية لفئة المستهلكين على ما تفترضه الإرادة التشريعية وحدها ، بل قد تتم صياغتها من خلال التفاوض الذي ينتهي باتفاق جماعي على طريقة الاتفاقيات الجماعية للعمل ، وكان للأستاذ Bihl: فضل السبق في اقتراح العمل بالاتفاقيات الجماعية في مجال الاستهلاك على غرار ما هو معمول به في عالم الشغل للتخلص من دعوى إزالة الشروط التعسفية<sup>٢٩</sup> ، وهو ما اقترحه لجنة تقوية قانون الاستهلاك<sup>٣٠</sup> .

وقد ظهرت في فرنسا بوادر مثل هذه الاتفاقيات بين منظمات المهنيين والسلطات<sup>٣١</sup> ثم انتشرت بين المهنيين والمستهلكين، ففي مجال التجهيز المحلي حرر المهنيين والمستهلكين دفترا للشروط النموذجية المطبقة على عقود الضمان وكذا خدمات ما بعد البيع المتعلقة بتجهيزات التنظيف<sup>٣٢</sup> .

وفي بعض أنواع الوثائق المكتوبة يُحاط بصفة مُفصّلة بشأن الخدمات المعروضة من البائع الذي يبين بعد ذلك - في العقد المُعد مسبقا كل الشروط الواجب ظهورها في العقد المكتوب والتي تشكل مركز مقترحات للتاجر<sup>٣٣</sup> .

ويمكن مد الاتفاقيات الجماعية ذات النطاق الوطني لكافة المهنيين إذا كانت موقعة من جهة من طرف أغلبية المنظمات ذات التمثيل الوطني الهادفة لحماية مجموع المستهلكين ، ومن جهة أخرى من طرف منظمة وطنية أو أكثر ممثلة للمهنيين<sup>٣٤</sup> .

<sup>٢٩</sup> - محمد بودالي ، مرجع سابق ، هامش ص ٢٣٣ .

<sup>٣٠</sup> - أعدت لجنة لمراجعة قانون الاستهلاك والتي صدر قرار بإنشائها عام ١٩٨١ من وضع مشروع لقانون الاستهلاك لعام

١٩٨٥ أعيد مراجعته وتنقيحه عام ١٩٩٠ .

<sup>٣١</sup> - وخاصة في " تعهد التجارة " في ٢٧-١٢-١٩٧٩ الذي أكد على " الحقوق الجديدة " للمستهلكين في مادة الحماية والإعلام ومهد لتطوير المنافسة وتناول نقاط عديدة تتعلق بالإعلام المستهلك، الأداءات ، التبادلات والتسديد ، الشروط التعسفية ، التسويات الودية للنزاعات).

<sup>٣٢</sup> - وخاصة في " تعهد التجارة " في ٢٧-١٢-١٩٧٩ الذي أكد على " الحقوق الجديدة " للمستهلكين في مادة الحماية والإعلام ومهد لتطوير المنافسة وتناول نقاط عديدة تتعلق بالإعلام المستهلك، الأداءات ، التبادلات والتسديد ، الشروط التعسفية ، التسويات الودية للنزاعات).

<sup>٣٣</sup> - Héléne BRIKS , Consommation: les clause abusives , juris - classeurs commercial Fasc 810 n°52 , 1985.

<sup>٣٤</sup> - المادة ٢٤ من المشروع.

وإذا تم تعميم تلك الاتفاقيات، فإن هذه: "الاتفاقيات الجماعية الممددة تأخذ حكم القانون على كل المهنيين سواء كانوا منظمين لمنظمات موقعة أم لا"، على أنه من يستفيد من الاتفاقية: "محددة أم غير محددة كل المستهلكين. المنتمين للجمعيات الموقعة وغير المنتمين منهم." <sup>36</sup>.

وبما أن المصلحة في التوقيع على هذه الاتفاقيات هي ليست في إهمالها بل في تطبيقها؛ فإن السؤال يثور حول الصفة الإلزامية لمثل تلك الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك؟. عموما رفض الاجتهاد القضائي تأسيس الفكرة على وجود نيابة أو اشتراط لمصلحة الغير <sup>37</sup>.

وكان الإشكال هو تحت أي غطاء يمكن إلزام المهنيين غير المنظمين لهذه التنظيمات الموقعة ؟

أجابت المادة ١٩ من مشروع قانون إعادة صياغة (أو تقوية) قانون الاستهلاك أن "الاتفاقيات الجماعية تأخذ قيمة القانون ليس فقط بالنسبة للموقعين عليها بل أيضا المهنيين الذين ينتمون للمنظمات الموقعة".

وحسب البعض <sup>37</sup> يمكن تسجيل ملاحظتين على مشروع لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك هما:

أولا : غياب الإشارة إلى الحد الأدنى من المتضمنين ( les adhérents ) .  
ثانيا : عدم التأكيد على وجوب استقلالية منظمات المستهلكين عن المنتجين الموزعين ومؤدي الخدمات .

وأخيرا فإن المبدأ الأساسي الذي تسوقه اللجنة هو " الحرية "، فلا إكراه على المفاوضين؛ لكل الحق في المفاوضة من عدمها، لكل حق اختيار العناصر التي يريد التفاوض فيها والعناصر التي لا يرغب فيه <sup>38</sup> .

<sup>36</sup> - المادة 25 من المشروع.

<sup>36</sup> - (C f .PARIS ,29 Oct :GAZ PAL 1980 ,2,somm 12 ) cite in (H) BRIKS ,prec n°53

<sup>37</sup> -Jacqueline AMIEL DONAT OP.cit ,n°61

<sup>38</sup> -Helene BRIKS ,art prec ,n°54

## خاتمة:

نخلص في النهاية إلى أن الكثير من العقود ليست محررة مسبقا بالكامل، لذا ينبغي من أجل حماية أوسع-الاكتفاء بظهور البند التعسفي ولو على جزء من ما يُثبت البند التعسفي لتمتد الحماية إلى المزيد من عقود الخدمات التي أغفلها القانون ٠٤-٠٢، بل كل العقود مهما كان محلها وطبيعتها، رغم تدارك المرسوم التنفيذي ٠٦-٣٠٦ لبعض تلك المثالب، خاصة وأن غالبها غير مكتوب ومنتشر عمليا (كعقود النقل، توصيل السلع، وفتح حساب بالمؤسسات المالية، الفندقة..)، فعقود الخدمة ينبغي أن تعزز بالحماية والوقاية من محتواها.

هذا، وقد أغفل المشرع جزءا مدنيا قد يكون له موجبا في كثير من الأحيان وهو التعويض، فإذا كان الضرر المتمثل في التفاوت العقدي من شأن الإبطال إزالته، فإن هناك من البنود التعسفية الباطلة ما لا يمكن إزالته، كما يتعدى أعمال نظرية إنقاص العقد؛ ومع إمكانية أن يفوت على المستهلك كسب ويلحق به ضرر؛ فضلا على الفسخ عوض الرجوع إلى القواعد العامة التي تبقى أحكامها ناقصة وغير ملائمة أحيانا.

وتأكيدا على تفادي الاختلال العقدي وعلى غرار بعض النظم القانونية-فمن المناسب إلزام العون الاقتصادي منح مدة عدول لمصلحة المستهلك خاصة بالنسبة للعقود المبرمة عن بعد رغم غياب إطارها القانوني بما أن العمل بها منتشر اليوم، حيث لا يملك المستهلك عمليا إلا أن يؤكد قبوله لمحتواها (العرض) أو رفضه.

كما لم نلاحظ في التشريع الجزائري أي جزء ردعي في صورة الغرامات ضد الممارسات التعاقدية التعسفية والتي كثيرا ما تؤثر سلبا على المتعاقد، ما يُشجع المخالفين لأحكامها من الاستمرار في عسفهم بإرادة المستهلك.

إن تعميم نظام العقود النموذجية عن طريق مراسيم باقتراح من لجنة الشروط التعسفية أو باقتراح من منظمة حماية المستهلكين نظرا لما تملكه من معلومات عن المستهلكين أو تقدم نماذج عقود مقترحة من المهنيين على المستهلكين من شأنه الحؤول دون إدراج البنود التعسفية، حيث استبدلت إرادة هؤلاء بإرادة تشريعية كي تُعبر عنها وتفرضها. ذلك أن هناك بعض التعسفات لا تظهر بمجرد معاينة أولية .

ودائما في إطار الوقاية من البنود التعسفية، فإن مقترح الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك له فعالية إذا قبل الطرف الآخر الانخراط فيها (المنظمات المهنية) خاصة إذا عممت. وقصد إضفاء إلزامية على هذه الاتفاقيات الجماعية الممتدة، ينبغي إشتراط أن تأخذ حكم القانون على كل المهنيين سواء كانوا منظمين لمنظمات موقعة أم لا وأن يستفيد من الاتفاقية محددة أم غير محددة كل المستهلكين المنتمين للجمعيات الموقعة وغيرها مع الإشارة -طبعاً- إلى حد أدنى من المنظمين.

## المصادر والمراجع المعتمدة:

### المصادر:

- القانون ٠٢-٠٤ المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الصادر بتاريخ ٢٣ جوان (يونيو) ٢٠٠٤، ج ر عدد: ٤١ المعدل والمتمم. بالقانون ١٠-٠٦ الصادر بتاريخ ١٥ اوت ٢٠١٠، ج ر عدد: ٤٦، الصادرة بتاريخ ١٨ اوت ٢٠١٠.
- المرسوم التنفيذي ٠٦-٣٠٦ المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية الصادر في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم ٠٨-٤٤ الصادر بتاريخ ٠٣ فبراير ٢٠٠٨، ج ر عدد: ٠٧ الصادرة بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠٠٨.
- القانون رقم ٢٠١٥/٩٩٠ الصادر بتاريخ ٦ اوت ٢٠١٥.
- المرسوم التنفيذي رقم ١٥-١١٤ المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي الصادر بتاريخ ١٢ ماي ٢٠١٥، ج ر عدد: ٢٤، الصادرة بتاريخ ١٣ ماي ٢٠١٥.
- قانون ٧٥-٦٢٧ المؤرخ في ١١ جويلية ١٩٧٥ المتعلق بنشاطات وكالات السفر. الجمهورية الجزائرية
- مرسوم رقم ٧٦-١٣٧ المؤرخ في ٢٣ أكتوبر ١٩٧٦ والمتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكتب الترقية والتسيير العقاري ، ج ر رقم ١٢ بتاريخ ٠٩ فيفري ١٩٧٧. للجمهورية الجزائرية

### المراجع:

### الكتب:

- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة ، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١

- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨
- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ .
- الرسائل والمذكرات العلمية:
- خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان (الجزائر)، ٢٠١٦-٢٠١٧ .
- محمد بودالي ، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، كلية ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس، 2003، الجزائر .
- زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، مذكرة ماجستير، تخصص :قانون خاص، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٥-٢٠٠٦ .
- مقالات وملتقيات:
- زبيري بن قويدر وجنيدي خليفة، حماية إرادة المستهلك في ضوء قانون الممارسات التجارية ٠٤-٠٢، مداخلة للملتقى الدولي: الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، يومي ١٠ و١١ أفريل ٢٠١٧، منشور بمجلة مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، كلية الحقوق ، جامعة بسكرة (الجزائر)،
- كمال لدرع، حماية المستهلك من المعاملات التعسفية، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس، (الجزائر)، ، أفريل ٢٠٠٥، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع(الجزائر)

بالفرنسية:



- <sup>1</sup>-BOURRAL Sabine, Le consommateur d'immeuble, These pour obtenir le grade de Docteur , université de REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE, France, le 15 décembre 2015,
- Jean CALAIS AULOY et Frank STEINMETZ ,Droit de la consommation ,éd DALLOZ ,2000
  - François TERRE Philippe SIMLER ,Y ves LEQUETTE ,Droit civil :les obligation, 7° éd, DALLOZ, 1989
  - Jacqueline AMIEL –DONAT ,Contra de consommation–( formation ) , juris - classeurs ,(concurrence-consommation)édition technique,1989.
  - Hélène BRIKS, Consommation :les clause abusives, juris–classeurs , commercial.1985

# **المسؤولية المدنية الناشئة عن سقوط المركبات الفضائية**

**الدكتور سنان الشطناوي**

**استاذ مساعد في القانون المدني**

**جامعة الشارقة**

## الملخص

إن لغزو الفضاء إيجابيات جعلت من العالم صورة أكثر معرفة وإشراقاً. وكان لعلماء الفضاء الدور الأكبر في اكتشاف الفضاء وسبر أعماقه، ومما زاد من إنتاج العلوم والمعارف التي تطور من مناهج الحياة في كافة المناحي، إلا أن الخطر قد يصبح وشيكاً في ازدياد الغزو في المركبات الفضائية، مع ازدياد عدد الرحلات التي من النتيجة بمكان أن تؤدي إلى سقوطها وإحداث آثار بليغة في أي مكان تسقط فيه، من أضرار مادية أو معنوية. وعليه بدت الحاجة ماسة لمواجهة تلك المخاطر، مع الأخذ بعين الاعتبار أن وجود القواعد العامة في القوانين ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتي أعطت مجالاً للمعرفة على المستوى الوطني بأن أفردت بعض النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية.

لذا استلزم علينا في هذه الدراسة:

1. تسليط الأضواء والكشف عن مدى احتمالية وقوع الأضرار من قبل المركبات الفضائية سواء المحلية مثل وكالة الإمارات للفضاء أو العالمية وكيفية التعامل معها. ومن حيث وضع معايير خاصة للسلامة والمواصفات الفنية كتدبير احترازي فعال وكذلك لمعرفة تبعات الآثار الناتجة عن سقوط المركبات الفضائية.
2. النظر إلى استحداث قواعد قانونية تتلاءم مع المخاطر التكنولوجية الحديثة، والطبيعة الخاصة للأضرار التي تحدثها المركبات الفضائية في حال سقوطها على بقعة معينة

## Abstract

Discovery of Space has its objectives that made the world an image of more knowledge and shining. The scientists of the space had the biggest role in the space discovery and know its depths, the thing which increased the production of sciences and education which develop the lifestyles in all aspects. But danger could be near in the increase of the number of trips of the space vehicles which may result in its fall and to the occurrence of huge results in any place such space vehicles may fall in, materialistic or moral damages.

Thereupon, the need has become necessary to confront such dangers, taking into consideration the availability of general regulations in Laws such as the Emirates Law of Civil Transactions which have given a space for knowledge on the national level by giving some contexts related to the tort.

Therefore, in this study, have to:

- 1- Focus the lights and discover what the possibility of the occurrence of some of the damages from the space vehicles, whether the domestic, such as Emirates Space Agency, or the international, and how to deal with them. By deciding a special criteria for the safety and technical specification as a precautionary measure effectively and to know the consequences of the impacts arising from the fall of space vehicles.
- 2- Consider new legal regulations that suit modern technological risks, and the nature of the damages the space vehicles occur in case falling on a certain spot.

## المقدمة

على الرغم من الدراسات المتعلقة بالموضوع في مجالات العلم، إلا أنه من الناحية القانونية كان البحث فيها متواضعا. فقد قدم بهذا الخصوص من ناحية طبية وعلمية العديد من البحوث ولا يزال البحث والدراسة جاريتين، وما تختص به دراستنا هذه يتعلق بتحديد الدراسة القانونية لتلك الأضرار من جراء سقوط المركبات الفضائية على الأرض وما تخلفه من عواقب على الإنسان والأشياء والبيئة.

ولقد اضحى هذا الموضوع من ضرورات العصر التي لا يستغنى عنها سيما انه اصبح متداولاً من الجميع على اختلاف مستوياتهم، وخصوصاً بإنشاء وكالات الفضاء ومحطات الإطلاق ومن بينها وكالة الإمارات الفضائية على المستوى العربي. ولما لهذه التقنية من إيجابيات وسلبيات ومخلفات قد تكون مضرّة بالصحة العامة على مستوى الفرد والجماعة، مع كثرة الجدل في الوقت الحاضر حوله إثبات تأثيره على صحة الإنسان ومدى المسؤولية القانونية عن هذه الأضرار.

### أهمية البحث :

تكمن أهمية الدراسة في أنها تتناول مشكلة قانونية جديدة، ناتجة عن انتشار المدى الكوني والبحث الدؤوب في الفضاء مما يخلف من آثار ومخاطر على علاقات الدول وصحة الإنسان وقد تؤدي هذه الأضرار إلى موت ونفوق للكائنات. هذه المشكلة القانونية لم تحظ بعناية المشرعين على الرغم من خطورتها، وكما ان الدراسات القانونية المتخصصة في هذا المجال نادرة وشبه معدومة. فهذه الأضرار بلا محالة تؤدي إلى إيذاء الإنسان وهو الذي يمثل هدف وغاية القانون بوجوب توفير الحماية له، لذا كان لزاماً علينا في بحثنا هذا من احاطة الموضوع لإيجاد دليل يتدخل عن طريقه المشرع ليضع قواعد قانونية تنصب على توفير الحماية لسيادتها بداية ومن ثم للمواطنين من هذه التأثيرات على إقليمها ورعاياها.

## اشكالية البحث:

إن ما أصبحت عليه الحياة اليوم من زيادة تكنولوجية ومنافسة بين دول العالم في الحاق الركب من المعرفة والسيادة واستغلال الفضاء قد يؤثر بداية في مدى إقليمها وعلاقتها وقد تورث بالنتيجة اضرارا علائقية بين الدول، والأكثر رهبة في حال سقطت المركبة أو جزء منها على إقليم دولة ما محدثة دمارا وخرابا وقتلا. سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وهي ما تثير مشكلات معقدة بسبب طبيعتها وصعوبة السيطرة عليها لكونها غير واضحة المصدر، وقد لا تظهر آثارها إلا على المدى الطويل من اكتشاف لوجود مواد سامة تؤثر على الكائنات بعد مدة من الزمن، وهي حقيقة مشكلة الدراسة التي لا بد من فحصها وتنظيمها من قبل المشرع الذي لم يتطرق لهذه المشكلات التي تلحق ضررا للبشر أو للكائنات بشكل عام، مما يستدعي تدخله بنصوص قانونية توفر الحماية القانونية والتعويض لأولئك الذين يعانون منها كخطر تكنولوجي حديث، وكذلك التعريف بدور المحاكم الوطنية في الإمارات العربية أو محكمة العدل الدولية في النظر بهذه القضايا سواء اكانت على مستوى دولة الإمارات أو على مستوى العالم من مركبات وطنية أو أجنبية.

## فرضيات البحث:

يتركز موضوع الدراسة على الحماية القانونية من الأضرار الناتجة عن سقوط المركبات الفضائية، ولفت النظر إلى طبيعة هذه الأضرار وللإجابة عن العديد من التساؤلات منها: ما هو المقصود بالضرر، وما المقصود بالمركبة الفضائية؟ وما هي طبيعة هذه الأضرار؟ وما هي الكيفية القانونية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة؟ وما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية وإثبات الضرر؟ وإلى من يتم الرجوع للقيام بإقامة الدعوى القضائية؟ وهل تكون القوانين الواجبة التطبيق هي قانون القاضي أم أن هنالك محاكم أخرى لها سلطة الاختصاص؟ وما هو النطاق الذي يحكم المركبات المهجورة؟ وما هي مدة التقادم لرفع الدعاوي المدنية؟ وهل يمكن ان نعتبر المركبات الفضائية التي لا مالك لها حكم اللقطة؟ وهل هناك فرق بين الفضاء الخارجي الخارج عن الجاذبية منعدم الجاذبية أو الحدود الخارجية للفضاء الأرضي فهي الغلاف المغناطيسي، الذي يكون السطح البيئي بين الغلاف المغناطيسي للكوكب والرياح الشمسية والحدود

الداخلية من الغلاف الأيوني. والمنطقة الواقعة بين الغلاف الجوي للأرض ومدار القمر بالفضاء. والفضاء ما بين الكواكب، أي الفضاء الواقع بين الشمس وكواكب النظام الشمسي. هذه التساؤلات التي تم طرحها لا بد لها من اجابة لإعطاء الموضوع أهمية قانونية.

### هيكلية البحث:

نقدم دراستنا هذه ببحث يتناول الموضوعات التالية، توضح للقارئ أسلوب البحث وتجييب عن الاسئلة السابقة:

المبحث الأول: مفهوم الاضرار كفعل ناتج عن سقوط المركبات الفضائية

المطلب الأول: التعريف بالإضرار والمركبات الفضائية.

المطلب الثاني: أنواع الاضرار المحدثة عن سقوط المركبات الفضائية.

المبحث الثاني: الحماية القانونية من سقوط المركبات الفضائية

المطلب الأول: مفهوم الضرر والخطأ وتحديد المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: موقع الاضرار الناتجة والعلاج القانوني لها

المبحث الثالث: إثبات الضرر والمحكمة المختصة بالنظر.

المطلب الأول: إثبات الضرر.

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بنظر الدعوى.

## المبحث الأول

### مفهوم الإضرار كفعل ناتج عن سقوط المركبات الفضائية

للتطور الهائل الذي استملكته الدول المتقدمة، من غزو الفضاء وتصنيع المركبات ووجود بعض الأخطاء التصنيعية أو العملية فيها، مما يحدث أضراراً تلحق الغير وتؤجج المتضررين من دول وفراد. كان لا بد لنا من وضع تعريف يوضح المعنى القانوني لكل من الأضرار والمركبات. وهو ما سندرسه في مبحثنا هذا في المطلبين التاليين:

### المطلب الأول

#### التعريف بفعل الإضرار والمركبات الفضائية.

يشهد العالم حالياً أنواعاً عديدة من المخاطر الكامنة وراء التكنولوجيا وصناعة المركبات التي تعمل على الصواريخ الدافعة للمركبات من الطاقة التي يمكن توليدها مع مصادر الطاقة سواء الكهربائية أو الكيميائية أو النووية أو الشمسية. وبالنتيجة لكونها تحدث أضراراً عامة وقد تؤدي إلى مخاطر جسيمة في حالة وقوعها. فما هي هذه الأضرار وما طبيعتها وكذلك هل تتطلب هذه المخاطر إيجاد التشريعات اللازمة لمواجهة أضرارها.

### الفرع الأول

#### التعريف بالإضرار كفعل:

لم يحدد المشرع الإماراتي ولا غيره من المشرعين المقصود بالأعمال التي يتحقق بها الإضرار فيحدد القاضي هذه الأعمال بحسب طبيعتها معتمداً بذلك على قاعدة (عدم الإضرار بالغير) سواء كان خطأً أو إهمالاً لا يتوافق مع المنطق، بإحداث الفعل مباشرة أو بالتسبب أي غير مباشر، بالقصد والعمد أو بالتعدي. وعلينا أن نميز بين الإضرار كفعل وعن الضرر كنتيجة فهما يختلفان اختلافاً كلياً في المعنى والأحكام<sup>١</sup>.

وقد نصت المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن: (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). فهي مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده في الفعل أو التصدير عن الحد الواجب الوصول إليه في الامتناع مما يترتب عليه الضرر<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> انظر لاحقاً في بحثنا هذا موضوع المطلب الأول من المبحث الثاني: مفهوم الضرر والخطأ وتحديد المسؤولية المدنية.  
<sup>٢</sup> د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٧، ص ٣٣٦.



يعد الخطأ أو فعل الإضرار هو الركن الأول من أركان المسؤولية المدنية ويتعلق دائماً بأحد طرفي المسؤولية وهو الفاعل الذي أتى بهذا التصرف. فليس كل تصرف نتج منه ضرر يعد خطأ تجب فيه المسؤولية وإنما يشترط لذلك شرطان: الأول هو أن يقع التصرف على وجه تتحقق به نتيجة غير مأذون فيها والشرط الثاني هو أن تقع من ذي ذمة حيث تكون الذمة مشغولة بالتزام ما في مقابل الضرر الناتج من التصرف<sup>٣</sup>.

وبناء عليه؛ يمكن تعريف الإضرار وهو الفعل الخاطئ أو الخطأ أو الفعل غير المشروع. وهو المساس بحق أو بمصلحة مشروعة.

وفي واقع الدراسة نوجز الإضرار بأشكال متنوعة، فعند اقلاع المركبة بداية قد تتعرض المركبة لأضرار وقد يكون الفعل اما بالإقلاع أو بالهبوط أو بعدم القدرة على السيطرة عليها اثناء طيرانها فهي محفوفة بالمخاطر فمثلا تتعرض المركبة إلى مخاطر جمة عند هبوطها من الغلاف الخارجي للأرض، حيث انعدام الجاذبية، ودخولها الغلاف الجوي للأرض، وملامسة مدرج الهبوط. ترجع إلى أسباب تتعلق بالمركبة ذاتها أو لأسباب تتعلق بطاقم المركبة أو بالوكالة ذاتها. لعدم استخدام الكثير من الحسابات الدقيقة التي قد تخطئ في تقديراتها وهبوطها قبل وصول المدرج أو بعد نهايته<sup>٤</sup>.

أولاً: فبالنسبة لفعل الإضرار المتعلقة برواد الفضاء. فإن لرواد الفضاء الذين يقضوا مدة طويلة من الزمن بالمقارنة ممن يركب الطائرة العادية فقد يمكث فيها قرابة ستة أشهر على متن المركبة الفضائية والتي تبعد قرابة ٢٠٠ ميل عن سطح الأرض. مما يؤدي إلى فقدهم لكتلة من العضلات وتقلص للعظام كونهم في الفضاء وهذا مما يجعل الخطورة أكبر وعدم قدرتهم على البقاء في الفضاء لمدد أطول. وقد يكون التأثير صحياً أيضاً فهو اضرار مباشر على أجسامهم وتزداد احتمالية الغثيان والأكثر قلقاً هو أيضاً مشكلة التأكد

<sup>٣</sup> يطلق على الخطأ في اللغة على ما لم يعتمد من الفعل و على ما هو ضد الصواب أما الخطأ الذي تفرم عليه المسؤولية و هو موضوع الدراسة لا يراد به الفعل المقترن بوعي و إدراك و لم يصادف نتائج المقصودة منه بل يراد منه كل تصرف لم يقصد وقوعه ولم تقصد نتائجه . و هذا المفهوم الواسع للخطأ هو ما تفرضه القاعدة بضمان المباشر بمجرد حصول الضرر منه و ضمان المتسبب إذا نتج الضرر من تعديه و هي قاعدة تميز بها التشريع الإسلامي لأنها تقيم المسؤولية على أساس من العدالة لا تفرط فيها بحق المضرور

<sup>٤</sup> جلال الجبوري. هبوط مركبات الفضاء محفوف بالخطر دوماً. جريدة الشرق الاوسط. الاحد ١٤ ذو الحجة ١٤٢٣ هـ ١٦ فبراير ٢٠٠٣ العدد ٨٨٤٦.

من عودة كل مسافر إلى مقعده بعد أن استمتعوا بانعدام الجاذبية واختلقت أماكنهم. وكذلك أثناء العودة إلى الأرض يشعر رائد الفضاء بشيء من الثقل، أو فاقدًا للوعي. والشعور بالإعياء، وفقدان الجسم للسوائل، وفقدان الشهية إضافة إلى آلام الظهر. ولأسباب شدة التسارع والتباطؤ الأفقي للمركبة الفضائية، سيكون من الصعب على القلب أن يضخ الدم إلى الدماغ فمن الممكن أن يتعرض الرائد لمرض من أمراض القلب والأوعية الدموية<sup>٥</sup>.  
ثانياً: كما يكون فعل الإضرار ناجماً عن تصادم الأقمار الصناعية أو المركبات الفضائية. وقد حصلت حادثة التصادم للمرة الأولى في شهر فبراير عام ٢٠٠٩، بتصادم قمرين صناعيين لأغراض تجارية لكل من أمريكا وروسيا، إلا أن المخاوف تثار من أن يلحق الضرر بالأقمار الصناعية الأخرى العاملة في الفضاء الخارجي، وما تنتجه من النفايات الفضائية، أي كل ما يفقد في الفضاء، ابتداءً بالمفكات، مروراً ببقايا مشغلات الصواريخ، وانتهاءً بأجزاء كاملة من أقمار صناعية لم تعد صالحة للعمل<sup>٦</sup>.

ثالثاً: والمرحلة الأهم في فعل الإضرار وهو ما يتعلق أكثر بدراستنا هو سقوط المركبات الفضائية لخلل فني أو نفاذ الوقود أو التخلي عنها لفقدان الأمل في إصلاحها<sup>٧</sup>.

## الفرع الثاني

### تعريف المركبات الفضائية.

المركبة الفضائية<sup>٨</sup> هي مركبة تكون عادة مأهولة برائد فضاء أو أكثر قادرة على الوصول إلى الفضاء الخارجي، محمولة على صاروخ قوي يقلع بها. منها ما حمل رواد

<sup>٥</sup> فيليبيا روكسبي. ما الأخطار الصحية المترتبة على السفر في الفضاء؟ الشؤون الصحية - بي بي سي. الأحد، ١٦ ديسمبر/ كانون الأول، ٢٠١٢،

[http://www.bbc.com/arabic/scienceandtech/2012/12/121216\\_space\\_health.shtml](http://www.bbc.com/arabic/scienceandtech/2012/12/121216_space_health.shtml)

<sup>٦</sup> بلغ عدد الأقمار الصناعية التي أطلقت منذ عام ١٩٥٧ إلى الفضاء الخارجي حوالي ستة آلاف، وحوالي ٨٠٠ منها يعمل حالياً لخدمة أغراض في مجال البحث العلمي والمجال العسكري ومجال الاتصالات. المهندس أمجد قاسم. النفايات الفضائية. الفضاء والكون. خطر داهم على الأقمار الصناعية والمركبات الفضائية. أكتوبر ٢٠١٤، ٥٥. انظر الموقع الإلكتروني :

<http://al3loom.com/?p=12493>

<sup>٧</sup> كما حدث سابقاً للخلل في كبسولة الشحن المرتبطة بالمركبة الروسية (بروجرس ام - ٢٧ ام)، الأمر الذي جعل من الصعب على وكالة الفضاء الروسية روسكوزموس التوصل أو السيطرة على المركبة، بعد العديد من المحاولات اليائسة لإنقاذ سفينة الفضاء، قررت وكالة الفضاء الروسية على التخلي عنها والسماح لها بالسقوط على الأرض في غضون ١٠ أيام.

<sup>٨</sup> مركبة: هي ( اسم ) جمعها : مركبات وهي كل ما يُعد للركوب والاعتلاء من سيارة أو حافلة أو دراجة بخارية أو غيرها . فما يركب هو مركبة. وأما ان تكون. مركبة برمائية : تعمل على اليابسة وفي الماء ، أو مركبة جوية: مركبة قادرة على الطيران في الجو ، أو مركبة خاصة : يركبها صاحبها ، أو مركبة عومية : معدة للإبحار أو للارتفاع العام أو مركبة فضائية : عربية رواد الفضاء ، وهي شبه غرفة مصممة لمواجهة الأحوال الجوية المختلفة ومزودة بالآلات الدقيقة ، وتحمل شخصاً أو أكثر

فضاء إلى القمر مثل مركبة القيادة ووحدة الخدمة أو مركبة الهبوط على القمر. وينتمي إليها أيضا مكوك الفضاء المأهول ويحمل معه الأقمار الاصطناعية والمعدات<sup>٩</sup>. أما القمر الاصطناعي فهو جهاز يصنع ويطلق ليستقر في مدار محدد له في الفضاء الخارجي حول الكرة الأرضية أو حول كوكب آخر<sup>١٠</sup>، ولا يوجد به رواد. والإمارات العربية أطلقت قمرا صناعيا عام ٢٠٠٨، وكان لأغراض البث التلفزيوني والأغراض السلمية من الخدمات العسكرية وربط الاتصالات<sup>١١</sup>. فهو جهاز يطلق بطريقة الصواريخ التقليدية ويستقر في الفضاء. إلا أن حكمه يأخذ حكم المركبة في حالة سقوط جزء منه أو كله. لذا فإن معرفة أحكام سقوط مركبة من الفضاء تأخذ حكم أي جسم من الفضاء مملوك لاحد الشركات أو الدول. مع العلم أن ما يتعلق بموضوع الطيران الدولي وقانونه نظم أحكام سقوط الطائرات أو سقوط البضائع منها، أو أي من شأنه أن يحدث ضررا بالغير. وهنا اختلاف واضح فيما يتعلق بالطيران أو الجو أو الفضاء ولكل منها أحكامه الخاصة ،

---

وتدور حول الأرض. انظر <http://www.almaany.com>؛ أي انها تعمل وفق نظام إلى دقيق. وتركب في الفضاء. ويمكن ان المراكب الجوية . إلا ان الفرق بينهما غرض الاستعمال والامتخدام. فمتى كان للفضاء غرض سلمي لمواجهة الاحوال الجوية أو ربط الاتصالات والمنطلقة نحو الكواكب... الخ فهي فضائية.

<sup>٩</sup> <https://ar.wikipedia.org>

<sup>١٠</sup> أول قمر اصطناعي في التاريخ يعود للاتحاد السوفييتي سابقا، وأطلق عليه اسم "سبوتنك ١" وقد أرسل سنة ١٩٥٧، وعدد الأقمار الاصطناعية التي أطلقت حتى نهاية أكتوبر الماضي ومنذ ١٩٥٧ بلغ ٦٥٧٨ قمرا اصطناعيا، وآخرها " تشينج ٢" وهو تابع للصين.

<sup>١١</sup> تمتلك عدد من الدول والمؤسسات العربية أقمارا اصطناعية أغلبها لأغراض تجارية خاصة بالبث التلفزيوني والاتصالات، وكانت المؤسسة العربية للاتصالات الفضائية التي تتبع الجامعة العربية سبباقة إلى إطلاق أول قمر اصطناعي عربي سنة ١٩٨٥ رغم أن الفكرة تم تداولها عربيا منذ سنة ١٩٦٧ في دورة تونس، أي بنحو تسع سنوات قبل تأسيس المؤسسة نفسها التي يوجد مقرها بالمملكة العربية السعودية. ومن أكبر المساهمين في هذه المؤسسة المملكة العربية السعودية بنحو ٣٧% من رأسمالها، وحتى اليوم قامت المؤسسة بإطلاق أربعة أجيال من الأقمار الصناعية، آخرها الجيل الرابع بدر ٤. ومن بين المؤسسات العربية الأخرى البارزة نجد "نابل سات" المصرية والتي تأسست سنة ١٩٩٦، وتمتلك فيها الدولة المصرية ٤٠% من رأسمالها، وأطلقت ثلاثة أقمار صناعية حتى اليوم، كان أولها "نابل سات ١٠١" سنة ١٩٩٨. وفي الإمارات على الرغم من أن شركتي "النياسات" و"الثريا" سبق وأن أطلقتا عددا من الأقمار الاصطناعية لخدمات الاتصالات، إلا أن "نبي سات" يعتبر أول قمر اصطناعي حكومي للإمارات، وتشير الأرقام إلى أنه كلف نحو ٥٠ مليون دولار، وقد أطلق من محطة إطلاق في كازاخستان. ويمتلك المغرب قمرا اصطناعيا كذلك هو "توريسات" وقد أطلق سنة ٢٠٠٠ وهو لأجل أغراض الاتصالات وكذلك بعض الأهداف العسكرية، كما أن هناك قمر "الزاسات" الجزائري وهو ذو طبيعة عسكرية، وللسعودية قمرا المسمى "سعودي سات". لكن ما تزال الدول العربية وحتى اليوم غير قادرة على بناء محطة إطلاق فضائية أسوة ببعض دول الجوار في الشرق الأوسط، وتعتمد في إطلاق أقمارها على محطات في روسيا وكازاخستان وفرنسا وبعض الدول الأخرى. انظر:

<http://www.alidarimagazine.com/article.php?categoryID=43&articleID=814>

ودراستنا تقتصر على الفضاء فحسب<sup>١٢</sup>. علما اننا نفرق بين الفضاء الخارجي والإقليم الجوي بعدة معايير، إلا انه لابد من التمييز بمعرفة كل ما هو في الإقليم الجوي سيادي للدولة التي تحكمه، والفضاء الخارجي مشاع لا مالك له.

## المطلب الثاني

### أنواع فعل الإضرار المحدث عن سقوط المركبات الفضائية

بيننا سابقا ان المركبة الفضائية معرضة للسقوط سواء كان بخلل فني أو تقني أو دون دقة بالحسابات. وقد يكون اثناء الإقلاع أو الهبوط أو أثناء الرحلة الجوية. فبعد ان تطلق المركبة، يبدأ بالصعود عموديا كما الصاروخ التقليدي، ثم بألية معينة يتم فصل الصاروخين العاملين بالوقود الصلب بعد نفاذ الوقود، ومن ثم يفصل الخزان الفارغ وقد تكون بحسابات المنظمين بأن يسقط في المحيط ١٣، وقد لا يصل إلى المحيط بل إلى بقعة معينة وخلفا وراءه الدمار. وقد يسقط بتغيير اتجاهه إلى مكان لم يكن بالحسبان من لحظات من إقلاعه، وقد يسقط بعد دخوله الغلاف الجوي لصعوبة التحكم لحظتها. وما يهمنا في هذا المطلب هو دراسة أنواع الإضرار وسندرسها في فرعين على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### فعل الإضرار الواقع على الانسان

هنا نتحدث عن الفعل ذاته، وهو أساس المسؤولية التقصيرية والركن الأول. لاعتبار فعل الإضرار ما يؤدي إلى حوث نتيجة وهي الضرر الذي يشمل على الإصابات المميئة التي ينجم عنها إزهاق النفس البشرية دون سبب قانوني شرعي، والإصابات غير المميئة من الإيذاء كالإتلاف الكلي أو

<sup>١٢</sup> لقد وجدت التعابير القانونية واللغوية للمصطلحات المتعلقة بالطيران والفضاء والجو، ولو اخذنا كل كلمة على حدة لوجدنا اختلافا كبيرا، مع ما يمكن ان في بعضه ما لا يتلاءم مع طريقة عمله، فمثلا؛ كلمة الطيران تنطبق بكل ما له اجنحة كالطير الذي يطير بجناحيه. فوجدت الطائرة بأجنحة وكل ما يطير فهو طائر. وهي مركب الي على هيئة الطائر يسبح في الجو، ويستعمل في النقل والحرب. وهنا يجب اضافة بأجنحة... وهذا مصداقا لقولة تعالى: (وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ) [الأنعام: ٣٨]. وقولة تعالى (أولم يروا إلى الطير فوقهم صافاتٍ وَيَقْبِضْنَ. مَا يُمَسِّكُهُنَّ إِلَّا الرُّحْمَنُ. إِنَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ بصيرٌ) [الملك: ١٩]. اما كلمة الجو والتي نستعملها في القانون الجوي عما يتحرك من الطائرات والمركبات والجو هو الفضاء بين السماء والأرض. وهو ما ورد بقولة تعالى: (الم يروا إلى الطير مسخراتٍ في جو السماء) [النحل آية ٧٩]. بينما يمكن تعريف القانون الجوي بأنه هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم النشاط الإنساني فيما يخص الملاحة الجوية واستخدام الطائرات والفضاء الجوي وهو يبحث في جميع صور الاستغلال الجوي من استخدام الصواريخ والمركبات الفضائية والاتصالات السلكية واللاسلكية والرادار. وبناء عليه؛ يمكن التفرقة بين كل مصطلح بينهما لغويا وقانونيا وتتصل اتصالا وثيقا وتدخل بموضوعات الجو والطيران والفضاء.

<sup>13</sup> <https://ar.wikipedia.org>

الجزئي للأعضاء، أو كفتد يد أو عين أو أصبع أو شعر أو جلد. أو الفوات الكلي أو الجزئي لمنافع الأعضاء وأن بقيت على حالها، كفتد العقل أو البصر أو القدرة على المشي أو الجماع أو الإنجاب ونحوها. أو فوات الجمال، كتشويه الوجه وسائر الأعضاء. أو الجروح والكسور، ولو تعافى المضرور من الإصابة<sup>١٤</sup>. فلو حصل وان سقطت مركبة فضائية بمكان ما مما أحدث ضررا بالإنسان فهو بالحالات السابقة فعل إضرار. ولكن القانون لم يجعل ذلك حكرا على القانون المدني وإنما يشمل أيضا القانون الجزائي. بأن يعاقب مرتكب الفعل سواء كان بعمد وقصد أو بغير عمد. وهو ما يلاحظ تطبيقه في قواعد القانون الخاص والعام من قبل قاضي الموضوع الإماراتي. الذي يطبق أحكام القانون الإماراتي لكون الفعل تم من مركبة فضائية إماراتية تلزم الفاعل بالضمان وإيقاع العقوبة أيضا. فالمادة (٢٩٩) من قانون المعاملات المدنية تنص على أنه : ( يلزم التعويض عن الإيذاء الذي يقع على النفس ). وأيضا في القضاء الإماراتي عنصر من عناصر الضرر المادي ، ويعوض عنه منفرداً، بغض النظر عن آثاره التبعية، مالية كانت أو أدبية<sup>١٥</sup>.

## الفرع الثاني

### الإضرار بشكل عام

لقد بنى المشرع الإماراتي اعتقاده على مواجهة الأضرار التي تلحق الأشياء من اشخاص وحيوان ونبات وكذلك نظم أحكاماً قانونية سواء في قانون المعاملات الإماراتي أو قانون حماية البيئة أو غيرها من القوانين والتشريعات<sup>١٦</sup>.

<sup>١٤</sup> اتحادية عليا، الطعن ١٠٤ مني لسنة ٢٣ قضائية في ٢٠٠١/٩/٣٠ ، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية، المرجع السابق، س٢٣/٢٠٠١ ، المبدأ ٢١٧. ص ١٤٥٧.

<sup>١٥</sup> جاء في حكم لمحكمة تمييز دبي ، أنه من المقرر أن التعويض يلزم عند الإيذاء الذي يقع على النفس ويشمل الضرر المادي والجسماني والأدبي ، والضرر الجسماني هو المعبر عنه شرعاً بجراح الجسد التي تصيب الإنسان وتؤثر على سلامة جسده وهو عنصر من عناصر الضرر يشمل التعويض عن العجز الصحي المؤقت والعجز الجزئي المستمر ، ونقضت الحكم لاكتفائه بتعويض المضرور عن مصروفات العلاج والألام البدنية والأدبية ، ولم يأخذ بحسابه ما ثبت لديه من عجز جزئي دائم بسبب بتر بعض أصابع قدمه . الطعن ٤٣٣ لسنة ١٩٩٤/١٩٩٤/حقوق في ١٩٩٥/٥/٧ ، مجلة أحكام المحكمة ، س١٩٩٥ ، المبدأ ٦٩ ، ص ٤٠٧ .

انظر: محاضرات أ. د عدنان سرحان. الضرر. جامعة الشارقة. كلية القانون. ٢٠١٢.

<sup>١٦</sup> هناك قوانين أخرى لتنظيم هذه الأضرار وحماية الطبيعة، مثل: المرسوم بقانون اتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ في شأن تنظيم صيد الطيور والحيوانات. والقانون الاتحادي رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٩ في شأن استغلال وحماية وتنمية الثروات المائية الحية. والقانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم ومراقبة الاتجار الدولي بالحيوانات والنباتات بالانقراض. والقانون الاتحادي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧ بشأن الرفق بالحيوان. وكما صدر على المستوى المحلي قانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٥ بشأن تنظيم الصيد البري بإمارة أبوظبي.

من هنا سنوضح الأضرار التي تلحق الأشياء والانسان والحيوان والنبات وكذلك الأضرار البيئية فيما يلي:

### ١. الإضرار التي نظمها قانون المعاملات المدنية الاتحادي

من خلال استعراض مواد قانون المعاملات المدنية، نجد ان المشرع نظم الإضرار عامة في ١٨ مادة في المواد (٢٩٩ إلى ٣١٧) وكانت موضوعاته تتلخص في المسؤولية عن الأعمال الشخصية؛ من الضرر الذي يقع على النفس. وإتلاف المال. والغصب والتعدي. وجعل المسؤولية تقع على من يحدث ضررا بنصوص أخرى تتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير. وأحكام أخرى بالمسؤولية عن الحيوان والأشياء واستعمال الطريق العام. وبناء على ذلك، نحدد هذه الأضرار، بأي فعل من الأفعال التي تصيب الانسان أو الحيوان أو النبات هي من قبيل الأضرار التي توقع المسؤولية على فاعلها. وهي ما تلزم فاعلها التعويض أو الضمان.

### ٢. فعل الإضرار بالبيئة التي نظمها قانون حماية البيئة

إن المركبات الفضائية تحتوي على محركات صاروخية تحمل وقود مؤكسدة وفي حالة سقوطها وانفجارها تعد كارثة مدمرة. وقد صدر في دولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٩ بشأن حماية البيئة وتنميتها، واللوائح التنفيذية الصادرة بشأنه. ويبن هذا القانون أنواع هذه الأضرار التي تلحق البيئة من بيئة بحرية وبرية والهواء، وقد وضع المشرع في مادته الأولى تعريفات توضح المقصود من المصطلحات التي تحدد نطاقه. وقد عرفت البيئة على أنها: (المحيط الحيوي الذي تتجلى فيه مظاهر الحياة بأشكالها المختلفة ويتكون هذا المحيط من عنصرين :عنصر طبيعي يضم الكائنات الحية من إنسان وحيوان ونبات ، وغيرها من الكائنات الحية وموارد طبيعية من هواء وماء وتربة ومواد عضوية وغير عضوية ، وكذلك الأنظمة الطبيعية . وعنصر غير طبيعي يشمل كل ما أدخله الإنسان إلى البيئة الطبيعية من منشآت ثابتة وغير ثابتة وطرق وجسور ومطارات ووسائل نقل وما استحدثه من صناعات ومبتكرات وتقنيات). وقد عرفت كذلك تلوث البيئة من نفس المادة من نفس القانون على أنها: (التلوث الناجم بشكل طبيعي أو غير طبيعي ناتج عن قيام الإنسان بشكل مباشر أو غير

مباشر، إرادي أو غير إرادي، بإدخال أي من المواد والعوامل الملوثة في عناصر البيئة الطبيعية ، والذي ينشأ من جرائه أي خطر على صحة الإنسان أو الحياة النباتية أو الحيوانية أو أذى للموارد والنظم البيئية). فالتلوث بحد ذاته فعل يصيب ضرار بشيء ما. ونصت المادة ١٧ من نفس القانون على أن: (تهدف حماية البيئة المائية من التلوث إلى تحقيق الأغراض الآتية: ١ . حماية سواحل وشواطئ الدولة وموانئها من مخاطر التلوث بجميع صورته وأشكاله. ٢ . حماية البيئة البحرية ومواردها الطبيعية الحية وغير الحية وذلك بمنع التلوث أياً كان مصدره وخفضه والسيطرة عليه. ٣ . حماية مياه الشرب والمياه الجوفية والعمل على تنمية مصادر موارد المياه).

ولم يترك المشرع هذا الفعل دون عقوبة لفاعله، فقد حددت المادة (٧٣) من هذا القانون عقوبات صارمة لكل من يخالف أحكامه، تصل في بعض الأحيان إلى حد الإعدام والغرامة بما لا يقل عن مليون درهم، كحالة الأشخاص الذين يستوردون أو يجلبون المواد والنفايات النووية، أو يقومون بدفنها أو إغراقها أو تخزينها أو التخلص منها بأي شكل من الأشكال في مجال بيئة الدولة.

كما عمل هذا القانون على مكافحة التلوث بجميع أشكاله من خلال وضع نظام وطني للرصد البيئي، وتحديد خطط لمواجهة الكوارث البيئية وحماية شواطئ الدولة وبيئتها البحرية ومواردها ومحمياتها الطبيعية والكائنات التي تعيش فيها. فلو نتج عن سقوط المركبة الفضائية تلوثاً لمنطقة ما أو بقعة معينة، فإن هذا يعد أكثر جساماً من الفعل الشخصي الذي يضر بعدد معين من الأشخاص أو شيء معين بذاته. وهنا يطبق قانون حماية البيئة طالما كان الأمر قد صنف على أنه تلوثاً والدولة تعتبر طرفاً في الدعوى. وهذا اشد صرامة من حكم القاضي في أمر يتعلق بقانون المعاملات المدنية، بوجود فعل يضر بمصلحة الآخرين.

كما ان المخلفات الفضائية لها دور كبير في تلويث البيئة، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي السابق هما المسببان الأكبر للمخلفات الفضائية على مدى أكثر من ٥٠ عام منذ التجربة الفضائية الأولى. هذا بالنسبة للأثر في الفضاء وكذلك في حالة تلوث يتم على بقعة معينة من الارض. كل هذا بالنسبة للإضرار بالبيئة في الدولة

ذاتها مع وجود تلوث يصيب البيئة في حالة سقوط المركبة باعتبارها أجنبية وهنا تثار المشكلة بوجود تلوث بيئي آخر عدا عن الأضرار المادية التي تصيب بقعة ماء، وهنا تعد اشكالية الرجوع للقانون الدولي بالمطالبة بالحصول على حقهم امرا متعسرا.

وفي تقرير لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية كما أشارت اللجنة الفرعية أنه وفقا لقرار الجمعية العامة ١١٦/٥٧، النظر في البند المتعلق بالحطام الفضائي وفقا لخطة العمل التي اعتمدت أثناء دورتها الثامنة والثلاثين (١٣٠) الفقرة من الوثيقة ٧٦١ / A.١٠٥ / AC. وعلى الحاجة إلى قيام تعاون دولي لتوسيع الاستراتيجيات المناسبة المحتملة التكلفة من أجل التقليل إلى أدنى حد من التأثير المحتمل للحطام الفضائي على البعثات الفضائية مستقبلا. وعلى أنه ينبغي للدول الأعضاء أن توجه المزيد من الانتباه إلى مشكلة اصطدام الأجسام الفضائية، بما فيها تلك التي تحمل على متنها مصادر للقدرة النووية، بالحطام الفضائي<sup>١٧</sup>.

وأخيرا نخلص إلى أن فعل الإضرار أي الخطأ هو مسألة تتعلق بالقواعد العامة إلا أنه في مجال الفضاء وعن سقوط المركبة الفضائية لا يمكن أن نطالب بوجود الخطأ. وبناء عليه يمكن القول أن فعل الإضرار أو الخطأ ليس مهما هنا والمهم هو إثبات الضرر بأنه ناتج عن سقوط مركبة فضائية، ومن يسخر المركبة ويسيطر عليها يتحمل المسؤولية بتعويض الضرر<sup>١٨</sup>. ومن ناحية أخرى إن احتمالية التأثير على البيئة قد يكون بسبب حطام المركبات الفضائية وقد يؤثر سلبا على دولة أو بقعة ماء، مما يكون لها الحق بعد اثبات الضرر المطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار.

<sup>١٧</sup> تقرير لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية. اللجنة الفرعية بشأن الحطام الفضائي، على النحو المبين في تقرير اللجنة الفرعية (القرارات ١١٦-١٣٥ من الوثيقة ٨٠٤ / A.١٠٥ / AC). وقد اتفقت اللجنة مع اللجنة الفرعية والعلمية والتقنية على أهمية دراسة موضوع الحطام الفضائي. وإلى الجوانب الأخرى من موضوع الحطام الفضائي ١٢٥ من الفقرة الوثيقة ٨٠٤ / AC.١٠٥ / (ونلك وفقا لقرار الجمعية العامة ١١٦/٥٧).

<sup>١٨</sup> انظر ما وافقت عليه الجمعية العامة عام ١٩٧١ في ٢٩ نوفمبر على اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تلحق الغير والتي تتسبب عن مركبات الفضاء التابعة لها.



## المبحث الثاني

### الحماية القانونية من سقوط المركبات الفضائية

على الرغم من أهمية عنصر الضرر الذي يمثل جوهر المسؤولية المدنية إلا أنه لا يوجد له تعريف جامع مانع في نصوص التقنين المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، بل ترك ذلك إلى الفقه ليتولى هذه المهمة وعليه فقد عرفه بعضهم بأنه (الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة له معتبرة شرعا سواء اتصلت هذه المصلحة المشروعة بسلامة جسمه أو بماله أو في اعتباره أو في كرامته أو في أحاسيسه)<sup>19</sup>. ويرى الفقه الفرنسي<sup>20</sup> بأن الضرر هو الاعتداء على مصلحة مالية أو غير مالية لشخص معين يسمى المضرور. والمضرور قد يصيبه الضرر بطريقة مباشرة، وهذا ما يمكن تسميته بالمضرور بالمباشرة. بعض الفقهاء عمل على تطوير هذه الفكرة بإيجاد فكرة مختلفة مستتدين في ذلك على الجانب القانوني والذي هو بالضرورة مصطنع. ومن ناحية أخرى تجدر الإشارة إلى تحديد مفهوم الضرر كي نوقع المسؤولية على الفاعل، فهو بلا شك مسؤول عن افعاله بقدر الضرر الذي اثبتته المتضرر، وهنا فالمسؤولية مدنية توجب التعويض، وقد تكون جزائية أيضا بإيقاع عقوبة ما. وعلى ضوء هذا ندرس مبحثنا هذا في مطلبين على النحو التالي:

<sup>19</sup> د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٩٧ م، ص ٢١١.

<sup>20</sup> Le dommage est traditionnellement défini comme l'atteinte à un intérêt patrimonial ou extra-patrimonial d'une personne que l'on appelle victime. La victime peut être «immédiate», c'est-à-dire lorsqu'elle subit le préjudice de façon immédiate. Elle peut être également «par ricochet», c'est-à-dire lorsqu'elle subit le préjudice de façon médiate, donc par l'intermédiaire de la victime d'un préjudice. Il existerait trois types de dommages : le dommage corporel, le dommage matériel et le dommage moral. Mais parce que cette présentation n'est qu'une construction juridique qui s'avère être de moins en moins adaptée à la réalité qu'elle entend régir, certains auteurs s'appuient sur l'aspect juridique et nécessairement artificiel de la notion pour la faire évoluer et proposer ainsi une conception différente. Ch. Broche, "la notion juridique de dommage en droit de la responsabilité civile extracontractuelle", thèse 2010, Université de Grenoble. P 224.

## المطلب الأول

### مفهوم الضرر وتحديد المسؤولية المدنية.

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية وهو يتعلق بالطرف الآخر وهو المضرور الذي وقع عليه التصرف. والمراد به هنا إتلاف شيء أو إدخال نقص عليه من غير قصد<sup>٢١</sup>. ويقصد بالضرر بصفة عامة المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص مساساً يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان عليه قبل ذلك لأنه انتقاص من المزايا والسلطات التي يخولها هذا الحق أو تلك المصلحة بصاحبه<sup>٢٢</sup>. ويشترط لوقوع الضرر ثلاثة شروط: أولاً: أن يكون الضرر محققاً حيث أنه شرط في غاية الأهمية حيث أن الضرر في أكثر حالاته يظهر أثره في محل قائم و موجود فعلاً مما يجعل أمر تحققه ظاهراً للعيان لا يحتمل جدلاً إلا أنه يبدو في بعض الأحيان في صورة تفويت حق مأمول و منفعة مرتجاة فلم يقع الضرر في محل قائم إنما فوت على المرء حقاً كان يأمله. فسقوط المركبة الفضائية أو جزء منها، هو فعل يبتدئ لإنتاج الضرر، والضرر حتى يحكم القاضي بوجوده من عدمه لا بد من إثباته، أي أن يكون محققاً، وموجوداً، وظاهراً للعيان، فلا يحتمل الشك.

ثانياً: اشتراط كون الضرر حقيقياً وقد يحدث صدفة أن يتم إحداث نفع من سقوط المركبة الفضائية في مكان ما، وهذا في أصله ضرر، ولكن مع وجود نفع من السقوط كأن يدمر أجهزة مراقبة وتجسس على الدولة التي سقط عليها، أو سقط فكشف عن مخازن لأسلحة الاعداء، إلى غير ذلك. فهنا قد لا يحصل النفع أو يحصل أو يتوازن بين النفع والضرر. ومعنى ذلك أن يدخل الضرر على المحل الذي وقع عليه نقص و يشمل ثلاث حالات. الأولى: ألا يحصل نفع من التصرف يقابل الضرر فأحياناً كما ينتج من التصرف ضرر ينتج منه نفع يوازي الضرر الحاصل له أو يزيد عليه فهنا لا ضرر حقيقي مادام حصل لمن أصابه ضرر نفع يعادله أو يزيد عنه فلا تجب المسؤولية على من وقع منه التصرف. ثانياً: ألا يكون الضرر محقق الوقوع و لو لم يحدث خطأ فأن الضرر حينئذ

<sup>٢١</sup> فكلمة إتلاف تعني نقل الشيء من حالة الوجود إلى حالة العدم كقتل الإنسان أو قتل الدابة أو إحراق المال. كما تعني إخراج الشيء عن أن يكون منتفعا به المنفعة المقصودة كتكسير الأنية وهدم المبنى. وكلمة شيء تشمل الإنسان والمال من حيوان ونبات وجماد. وكلمة إدخال نقص عليه كإتلاف بعض أجزائه مثل إتلاف عضو من أعضاء الإنسان.

<sup>٢٢</sup> اد سعيد عبدالسلام. التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي و الدول العربية. الطبعة الأولى. ١٩٩٠. مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية مصر. ص ٣٤.

ليس نتيجة التصرف حيث أن المحل كان في سبيله إلى التلف والزوال ولو لم يقع هذا التصرف. أما الحالة الثالثة: ألا يكون الحال التي آلت إليه العين مقصودة لمالكها بحيث يقع من المرء تقصير يؤدي إلى حال يقصدها صاحب هذا المال كأن يقطع حديد أو خشباً كان صاحبها ينوي تقطيعه لبناء أو صناعة.

ثالثاً: أن يصيب الضرر محلاً متقوماً و محترماً وقد يعني ان هذا الفعل وهو سقوط المركبة أو أجزاء منها قد اصاب شيئاً غير مشروع اصلاً. فلا يحق لمن تضرر أن يحصل على التعويض. أي أن يصيب حقاً محترماً فإن كان حقاً غير محترم فلا مسؤولية عما يصيبه من ضرر كإتلاف المنكرات كالخمور أو المطبوعات المضلة<sup>٢٣</sup>.

### المطلب الثاني

#### موقع الأضرار الناتجة والعلاج القانوني لها

كما حصل لمركبة الشحن الفضائية بروغرس ٥٩ التي انفصلت عن الصاروخ الروسي سيوز نتيجة خلل فني رئيسي، بُعيد إطلاقها في ٢٨ أبريل/٢٠١٥ وهي في طريقها للإلتحام بمحطة الفضاء الدولية وعلى متنها نحو ثلاثة أطنان من المواد<sup>٢٤</sup>، من الإمدادات المتجهة إلى طاقم مكون من ستة أشخاص يعيشون في المختبر المداري، وبحجم السفينة الكبير نسبياً والتي يصل طولها إلى ٧ أمتار ويبلغ وزنها حوالي سبعة من الأطنان، والمحتمل سقوطها آنذاك بأنها لن تسقط ككتلة واحدة بل ستفكك إلى أجزاء عند دخولها الغلاف الجوي للأرض مع احتمالية إحداث أضراراً هائلة<sup>٢٥</sup>.

وبشكل عام إن أي عمل يحدث ضرار للأخرين كما لو سقطت المركبة على إقليم دولة ما. فإن المسؤولية لا محالة تطال الشركة المسؤولة عن الحاق الضرر وتكون المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية ناشئة عن الفعل الضار وهو فعل الإضرار، وهذه الأضرار

<sup>٢٣</sup> د. محمد بن عبدالله بن محمد المرزوقي. مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره. الطبعة الأولى ٢٠٠٩. الشبكة العربية للأبحاث. بيروت لبنان. ص ٦٥.

<sup>٢٤</sup> المركبة بروغرس ٥٩ انفصلت عن الصاروخ الروسي سيوز في ٢٨ أبريل/نيسان نتيجة خلل فني بعد وصولها لمدار الأرض (الأوروبية). تحت عنوان (غموض يحيط بسقوط مركبة فضاء روسية للأرض). منشور على موقع الجزيرة نت. الخميس ١٤٣٦/٧/١٨ هـ - الموافق ٢٠١٥/٥/٧ م.

<http://www.aljazeera.net/news/sciencean>.

<sup>٢٥</sup> سامح أحمد. سقوط مركبة فضائية على كوكب الأرض خلال أيام. مايو ٢٠١٥. نشرت بواسطة:

<http://ten-lines.com>

الناجمة عن سقوط المركبات إما أن تكون أضراراً مادية أو معنوية كما بينا سابقاً، ولكي نعتبره ملزماً للضمان<sup>٢٦</sup> لأبد من معرفة أشكاله، فهي تختلف باختلاف حجم الضرر ذاته وطبيعته والعناصر المكونة له من خلال تكييفه<sup>٢٧</sup>. فهل يكون الضرر الموجب للتعويض مؤكداً ام احتمالياً ام مستقبلياً؟ فلاحتمال السقوط مع تأكيده فرق واضح وكبير، ويعيننا هنا ان الأضرار<sup>٢٨</sup> يمكن أن تكون حالة مادية: في الأشياء مثل فقدان المال، والقدرة على العمل، أو في الجسم أو أخلاقية مثل الإعياء العقلي، واضطرابات في الجسم. أو مستقبلية في المستقبل (أي من المحتمل أن تحدث في وقت لاحق)<sup>٢٩</sup>. فإن كان الضرر مؤكداً الوقوع<sup>٣٠</sup> هو الضرر الذي لم يقع بعد ولكن وقوعه مؤكداً محتم الوقوع في المستقبل<sup>٣١</sup> كما لاحظنا بالإعلان الذي حذرت به مصادر من روسيا تخطر بوقوع مركبة فضائية. اي اننا هنا نؤكدنا من وقوعه لأسباب تتعلق بعدم القدرة على التحكم أو أسباب فنية أخرى. فسبب الضرر لا بد أن يتحقق مؤكداً كما كان حقيقة بأن سقطت المركبة، ومن هنا تستطيع الدولة المتضررة أن تقوم بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي وقع فعلاً من جراء اصابتها ولكن في حالات معينة، بالواقع العملي قد يقع الضرر حتماً في المستقبل أي لا يكون قد أحدث أثره بعد، فالتعويض يشمل الضرر الحالي والضرر المستقبلي المحقق الوقوع والذي يستحق التعويض عليه<sup>٣٢</sup> أو أن يظهر على أحد من الأشخاص اضرار نتيجة تلوث بقعة ما ويزيادة الاضرار الجسمية عليهن هنا نعتبره ضرراً مؤكداً الوقوع<sup>٣٣</sup>.

<sup>٢٦</sup> المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي- الالتزام بضمان الضرر كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر .

<sup>٢٧</sup> د . منذر الفضل. الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد السادس العدد ١، سنة ١٩٨٧، ص ٢٥٥.

<sup>٢٨</sup> د. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٤٢٤-٤٢٥

<sup>٢٩</sup> المادة ٢٨٣ - أنواع الأضرار ١ - يكون الأضرار بالمباشرة أو التسبب . ٢ - فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً الى الضرر .

<sup>٣٠</sup> KALONGO MBIKAYI, Droit Civil des Obligations, notes de Cours, ULPG/UNIKIN, 1994, P. 142.

<sup>٣١</sup> انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا بطعن رقم ٦٢١ لسنة ٢٣ ق. جلسة ١٠٠٤/٠٦/٢٧. في مجموعة الأحكام . العدد الثالث. رقم ٢٠٩.

<sup>٣٢</sup> د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ سنة ١٩٥٠ - القاهرة ص ٨٦٥ والهامش رقم ٢.

<sup>٣٣</sup> قرار محكمة التمييز العراقية ٣٣٩ مدنية أولى - ١٩٧٥ في ١٩٧٥/١١/١٢ مجموعة الأحكام العنلية العدد ٧ السنة السادسة، ص ٢٢ عام ١٩٧٥ .

أما لو كان الضرر المحتمل وهو الضرر الذي قد يقع وقد لا يقع فلا تعويض عليه إلا إذا ثبت وقوعه في المستقبل. أما الضرر الاحتمالي غير المحقق الوقوع فإن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلاً<sup>٣٤</sup>. ولا تقوم عليه المسؤولية المدنية بل ينتظر حتى يصبح الاحتمال يقيناً فلا تعويض عنه إلا إذا تحقق فعلاً لأنه ينتقل من ضرر احتمالي إلى ضرر مستقبلي مؤكد. وإن كان عن خطأ جسيم فيكون مسؤولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية<sup>٣٥</sup>. وهنا يجبر المتسبب بالتعويض عن أصابه المضرور بالضرر في مصلحة مالية<sup>٣٦</sup> أو مباشرة بحق مالي<sup>٣٧</sup> وأن الشخص الذي يصاب بأضرار جسمانية يكون قد أصيب في حقه، وهنا لا بد من المحافظة على سلامة جسمه<sup>٣٨</sup>، والمتضرر يستحق تعويضاً عما لحقه من ضرر مع اختلاف جسامته الأذى مع الضرر<sup>٣٩</sup>. وبفس الوقت لا نعتبر التعويض عقوبة. كل هذا بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وهو ما يتوافق بدراستنا والرؤية التي نتطلع إليها بالحكم على الضرر من عدمه والتثبت منه، وهنا نعتبر أن تطبيق القواعد العامة يحقق مقصود العدالة.

### المبحث الثالث

#### إثبات الضرر والحكمة المختصة بالنظر

تعددت الأسباب الناتجة عن إحداث الضرر في سقوط المركبات الفضائية وكذلك تتعدد الأضرار، وكلها راجعة بدراستنا إلى خلل أدى إلى سقوط المركبة، فهي في غالب الحالات مستخدمة لأغراض سلمية منها ما هو لأسباب علمية وأخرى استكشافية وأخرى سيادية وعسكرية، ولا يستبعد بأن تكون مركبة حربية، وطالما وقع الخلل في المركبة

<sup>٣٤</sup> . نقض منني في ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ٩٣ ص ٥٧٠.

<sup>٣٥</sup> NONGU EKOBONDE, Jean-Pierre, De la responsabilité civile en droit positif congolais: cas des dommages causés par des fous à travers la ville de Kisangani, TFC inédit, G3, F.D, UNIKIS, 2006-2007, p.8.

وانظر د. الشهابي الشرفاوي. مصادر الالتزام غير الارادية. الافاق المشرقة ناشرون. ط٢. ٢٠١٣. ص ٢٢.

<sup>٣٦</sup> . د. السنهوري - المصدر السابق - ص ٨٦٢.

<sup>٣٧</sup> KALONGO MBIKAYI, Droit Civil des Obligations, notes de Cours, ULPL/UNIKIN, 1994, P. 142.

<sup>٣٨</sup> . من أصيب في ماله كمن أحرقت داره أو تهدمت بفعل الغير يكون قد تضرر في حق مالي

<sup>٣٩</sup> . الأذى هو نوع من أنواع الضرر والضرر نوعان ضرر قاصر وضرر متعدي فلو شرب أحدهم خمرأ يكون قد أضر نفسه فهذا ضرر قاصر اقتصر على الشخص نفسه أما أن يدخن الانسان بين الناس فهذا ضرر متعدي للغير وهو ضيرار كما جاء في الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضيرار"

وسقطت على أرض ماء، ونتج عنها اضراراً، فإن المسؤولية تقع مباشرة على الفاعل. ففي القواعد العامة، إن مهمة القاضي تكون صعبة في تحديد العلاقة السببية التي جمعت بين الضرر والإضرار لأن المشكلة بالنسبة للقاضي هي تحديد السبب الدقيق والدافع المباشر وغير المباشر من جراء حدوث السقوط وما إذا كان متعمداً من غيره. ولكن هل تعتبر العلاقة السببية مهمة لتحديد ما إذا لزم التعويض من عدمه.

ومن جهة أخرى، هل تحديد جنسية المركبة أمر في غاية الأهمية لتحديد القانون الواجب التطبيق. وهو أمر يختلط في حال كانت المركبة مملوكة لبلد ما وتم اطلاقها من بلد آخر، أو تتعدد الدول التي تمتلك تلك المركبة.

من هنا لا بد لنا من دراسة هذا المبحث بمطلبين يتمحوران على إثبات الضرر أولاً والمحكمة المختصة في نظر الدعوى ثانياً.

### **المطلب الأول**

#### **إثبات الضرر**

قد يكون الطرف المضرور في هذه الحالة فرداً أي: شخصاً طبيعياً وقد يكون دولة كشخص اعتباري. ومن المؤكد أن المضرور يقع عليه عبء إثبات الضرر لأنه يسعى لأخذ حقه من المتسبب، إلا أنه قد لا نعرف من الاصيل في إحداث الضرر أو المساهم فيه، لعدم القدرة على تحديد مساهمة كل من تسبب في إحداث الضرر، وهذا ورد تنظمه في الفقرة ٢ من المادة 1837 من القانون المدني الفرنسي كانت باستخدامها من قبل المحكمة العليا الفرنسية في عدة احوال<sup>40</sup>، توضح هذه الفكرة أن وجود أي علاقة لاعتبار دور المتسبب في إحداث الضرر أو السبب من وراء ذلك هو انه إذا وجد ما يسبب الضرر اعتبرناه ضرراً<sup>41</sup>. كما لا توجد القدرة في حالات ما على تحديد حصة كل مسبب للضرر يجعل من العسير تحديد قيمة الضرر ويصعب على ضوئه تجزئة الضرر<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> . Cass. Civ., 11 juillet 1826, D. 1826.1.424, S. 1826.1.138 ; Cass. Civ., 3 mai 1827, S. 1827.1.435, D. 1827.1.230 ; Caen, 23 mai 1873, D. 1875.2.41 ; Cass. Civ., 11 juillet 1892, D., 1894.1.561.

<sup>41</sup> H. et L. Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, tome 2, 4e éd., p. 786.

<sup>42</sup> François Chabas, L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation, thèse, no16, page 22, 23.

وهنا اختلفت الآراء من قبل العديد من المؤلفين ومن بين ذلك استحالة التقسيم لأساس الضرر ومصدره كما ورد في نص المادة ١٢١٨ من القانون المدني الفرنسي<sup>٤٣</sup>. والمشكلة هي ما إذا كان عدم قابليتها للتجزئة للضرر الذي يجعل الالتزام المضمون يتفق مع التضامن وأن عدم قابليته للتجزئة لا يعفي من التعويض وأن لكل متسبب على حدة أن يدفع قيمة أو مقداراً يحدده القاضي دون تضامن منهم<sup>٤٤</sup>. لذا فإن وجد الضرر سواء كان من مساهم أو من عدد من المساهمين مع الاصيل أو بمعرفة الضرر ممن وقع، فالنتيجة بيد القاضي هي تعويض المضرور عما لحقه من ضرر. ولكن لا تكتمل دراسة الموضوع إلا ببيان عبء الإثبات وسلط القاضي التقديرية في تقدير الضرر وحالة انقضاء العلاقة السببية، وهذا ما سنوضحه في الفروع التالية:

### الفرع الأول

#### عبء إثبات الضرر

قد نجد الفعل حقيقة من سقوط المركبة الفضائية على بقعة ماء، أهلة أو غير أهلة، كأن تكون الصحراء مثلاً دون ساكنين أو دون مزروعات. وقد يدعي المالك مثلاً بوجود اضرار اصابته من اثر السقوط فأصاب حقا ماليا أو مصلحة مالية واثبت للقاضي الضرر، اي قام بإثبات الضرر اذ يقع عبء الإثبات على من يدعيه وذلك وفقا لما تقضي به القاعدة العامة من أن المدعي هو المكلف بإثبات ما يدعيه " البينة على من ادعى " وإثبات الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ولا رقابة فيها للمحكمة العليا، فإنه يستحق تعويضا عما لحقه من ضرر اما إذا كانت المصلحة المالية غير محققة أو غير محققة الاستمرار فإنها لا تعوض<sup>٤٥</sup>. كل ذلك راجع إلى الإخلال بمصلحة المضرور، حيث لا يشترط اذن أن يشتمل الإخلال بالضرورة على حق للمضرور بل يكفي أن يمس

<sup>43</sup> J. Français, De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation in solidum, thèse Paris, ٢٠٠٦ page 98; Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., tome II, no 1304; RAHMEH Pierre .L'obligation in solidum en matiere de délits civil Memoire Online.

Université La Sagesse - 2006.

<sup>44</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munik, Droit civil, les obligations, Defrénois, 2004, no 1284

<sup>٤٥</sup> وفي حال اجتماع الضرر المباشر والمتسبب فإن التعويض لازم هنا وهذا ما اكده تمييز دبي في الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٢٠٠٥ مدني. مجموعة الأحكام. عدد ١٦. ج ٢. ص ١٩٥٢.

بمصلحته<sup>٤٦</sup>. فعبء الإثبات يقع على المتضرر وله الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر كما يمكن أن يكون نائبه أو خلفه أحد رافعي ومقيمي الدعوى والقائمين بإثبات الضرر. وفي حال كان الشخص أجنبيا وهو ما يسمى بالغير اي لم يطله ضرر. وقام برفع الدعوى فلا يكون له الحق بالمطالبة بالتعويض عن ضرر لم يصبه.

ومسألة تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكليفه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع للرقابة. هذا سواء اكان المدعي فردا أو جماعة مقدمة دعواهم إلى محكمة إمارتية. تختص بالنظر في الدعوى المقدمة إليها. علما بأن الدعوى هنا من الممكن أن تكون جزائية أو مدنية وعليه فإذا ثبتت العلاقة السببية فلا اختلاف في محل الدعويين المدنية والجنائية، وفي حالة عدم توافر وحده المحل أو الموضوع يكون الإثبات مطلوبا أمام القاضي المدني في الدعوى المدنية وغير مطلوبة بالنسبة لحجية الحكم الجنائي على القاضي المدني<sup>٤٧</sup>.

## الفرع الثاني

### سلطة القاضي التقديرية في تقدير الضرر

بيننا سابقا أن التعويض الذي يحكم به القاضي هنا قائم على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>٤٨</sup>. وبها يجبر الضرر للمضرور<sup>٤٩</sup>. ويقوم على اسس وعوامل تؤثر في قيمة التعويض بعد إثبات المسؤولية المدنية. سواء كانت هذه العوامل خاصة بالمتضرر أو بالمسؤول عن الضرر أو عن خطأ مشترك<sup>٥٠</sup>، وأن مسؤولية المتسبب في الضرر تتعلق مسؤوليته بفعل غير مشروع حتى يكون هنالك التعويض بعد إثبات هذا الفعل. وإثبات

<sup>٤٦</sup> MAZEAUD ET TUNC ; Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle, T.I, 5e éd. Paris Montchrestien, 1957, P. 378.

<sup>٤٧</sup> هناك من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الفرنسية بشأن الأضرار وقد حدد المشرع الفرنسي أيضا الأحكام القانونية في مواد عدة منها مدنية وأخرى في قانون العمل وأخرى في قانون البيئة والقانون الجنائي. وهناك حكم قضائي يتعلق ما يتعلق بالساس بسلامة جسم الانسان، أصدرت محكمة النقض حكما استنادا إلى المادة لام ١١٤٢-١ من قانون الصحة العامة، ولكن ليس للمادة ١١٤٧ من القانون المدني.

<sup>٤٨</sup> د. شفيق شحاته. النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية. ج ١. طبعة الاعتماد بمصر. ١٩٣٦. ص ١٧٩.

<sup>٤٩</sup> د. احمد حشمت ابو سكين. نظرية الالتزام. مصادر الالتزام. ط ٢. سنة ١٩٥٤. ص ٤٥٨.

<sup>٥٠</sup> المادة ٢٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي - اشترك المتضرر في احداث الضرر يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بضمان ما اذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في احداث الضرر أو زاد فيه .



الضرر وربما تجزئته<sup>٥١</sup>. وهنا كل بحسب إحدائه للضرر يكون التعويض<sup>٥٢</sup> لأن وظيفة التعويض هي جبر الضرر وحتى يحقق التعويض هذه الوظيفة يجب أن يكون معادلاً للضرر بحيث يغطي التعويض كل الضرر وما فاتته من خسارة وهذا هو مبدأ التعويض الكامل للضرر<sup>٥٣</sup>، وهو مبدأ أساسي في المسؤولية المدنية.

فالمركبة الفضائية مملوكة، وغالبا يكون مالكاها هو المسؤول عنها بالضرر الذي تحدثه المركبة، أو يكون المسؤول عنها أخرا وهو محدث الضرر. وفي حال تركت المركبة في الفضاء مهجورة من قبل مالكاها فهي تعد جزء من الفضاء طالما سقطت على منطقة ما بعد إثبات تركها، وقد يتدخل المشرع بتحديد مدة قانونية تصبح فيها المركبة ملكا لأخر، وكما يحق لأي كان أن يملكها وتصبح لمن يسيطر عليها. وهي بالتالي ملك لمن يستخدمها، ويتحمل فعل الاضرار والضرر الذي تحدثه المركبة في حال سقوطها.

### الفرع الثالث

#### انتفاء العلاقة السببية

انتفاء المسؤولية عن الضرر غير المباشر فرابطة السببية أو العلاقة السببية إما أن تكون كاملة أو جزئية والتي خصصت في مجالات تكون فيها الضحية غير مباشرة أي تعرض المضرور للضرر بطريقة غير مباشرة<sup>٥٤</sup>. ويتم انقطاع علاقة السببية عادة بوجود القوة القاهرة أو الحادث الفجائي اللتان لا يمكن توقعهما ويستحيل دفعهما وينتج عنها انقطاع العلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية. فمن الناحية الواقعية والعملية فإن الضرر المحقق والنتائج عن سقوط مركبة فضائية. قد يكون بوجود الخطأ ومهما كان هذا الخطأ بسيطا فإن المتسبب

<sup>51</sup> Cass. Civ., 15 juillet 1895, D. 1896.1.31 ; Cass. Civ., 31 mars 1896, D. 1897. 1. 21 ; Cass. Civ., 10 novembre 1897, D. 1898.1.310 ; Paris, 7 avril 1898, D. 1898. 2. 501 ; Cass. Civ., 24 janvier 1898, D. 1899.1.109.

<sup>٥٢</sup> المادة ٢٩١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي - تعدد المسؤولين عن الفعل الضار إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كان كل منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيه وللقاضي أن يحكم بالتساوي أو بالتضامن أو التكافل فيها بينهم .

<sup>٥٣</sup> المادة ٢٩٢ - تقدير الضمان يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار .

<sup>54</sup> MIGNO Marc, Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français, Dalloz, thèse 2002 page 417.

ملزم بالتعويض عن الضرر ٥٥. والإعفاء من التعويض قد يكون جزئياً طالما كان الضرر  
حصيلة القوة القاهرة أو بغير خطأ من المسؤول ٥٦. ولكن السؤال المطروح هنا: هل انتفاء  
العلاقة السببية هنا يؤثر في الأضرار الناتجة عن سقوط المركبات الفضائية؟

من المؤكد أن هناك عدة عوامل تمنع وتنفي العلاقة السببية والمسؤولية بين الفعل  
والضرر وهي تتلخص في عدة حالات تم ادراجها في معظم القوانين ومنها قانون  
المعاملات المدنية الإماراتي وهي: الآفة السماوية و القوة القاهرة و الحادث الفجائي أو  
المفاجئ أو فعل الغير واخيراً فعل المتضرر. ولكن نجد أن سقوط المركبات الفضائية  
على اي بقعة كانت تؤدي إلى ضمان الضرر مهما كان الظرف الذي أحدث الضرر.  
فمثلاً سقوط المركبة الفضائية وإحداث الضرر راجع إلى أسباب السقوط كان لحادث  
فجائي أو خلل ميكانيكي. أو عن طريق الغير كأن يقوم احد بإطلاق صاروخ على  
المركبة وأدى إلى سقوطها فإن المضرور لا بد من تعويضه مهما كان سبب السقوط.

فالبحث عن العلاقة السببية في إحداث الضرر نتيجة الفعل هنا مهمة بالرجوع إلى القواعد  
العامّة، ولكن نجد أن إثبات الضرر هو الأهم حتى يلزم التعويض فلا يمكن إعفاء المتسبب من  
المسؤولية طالما كانت نتيجة فعله وجود أضرار للغير. وعليه؛ نجد أننا نخالف القواعد العامة  
التي تحكم المسؤولية التقصيرية. أيضاً ان سقوط المركبة على بقعة ما بسبب تركها لا يعد  
انتفاء للعلاقة السببية لاعتبارها مهجورة، فهي لمن يسخرها لمصلحته إذا ثبت التخلي عنها،  
ولكن نرى في الوقت ذاته إذا تركت مهجورة دون مالك فهل تصبح جسماً فضائياً وهذا أيضاً  
ما نرى أن العمل على أعماله لا بد أن يتطلب جهوداً بدراسة المسؤولية عن حكم هجر المركبة  
طالما تخلى عنها المالك وهل تصبح بحكم الجسم الفضائي في الفضاء كالمذنب الذي إذا سقط  
على الأرض لا تقوم المسؤولية على احد.

<sup>55</sup> BOMPAKA NKEYI, Droit civil les obligations, Cours inédit, G3, F.D, UNIKIS, 2007-2008, p.68.

<sup>56</sup> Cass. Civ Aix, 11 janvier 1873, D. 1874.2.68 ; Angers, 10 mars 1875, D. 1876.2.14 ; Cass. Civ., 12 février 1879, D. 1879.1.281 ; Cass. Civ., 6 février 1883, D. 1883.1.451 ; Douai, 4 mai 1891, D. 1893.2.39 ; Cass. Civ., 22 juillet 1892, D. 1892.1.335

## المطلب الثاني

### الحكمة المختصة بنظر الدعوى

لعل من أهم العوامل التي تساعد على تصنيف ما إذا كان الفعل ناتجا من شركة وطنية إماراتية من شركة أجنبية داخل دولة الإمارات، فإننا نطبق قانون المعاملات المدنية الإماراتية، أو القانون الدولي الخاص. والأكثر صعوبة في ذلك هو أن يكون فعل الإضرار ناجما عن شركة أجنبية لا تمارس نشاطا داخل الدولة، فإذا سقطت المركبة الفضائية كلها أو جزء منها على إقليم دولة الإمارات، فمن الطبيعي أن تتعدّد المسألة أكثر لأن العناصر الأجنبية فيه وقد تتدخل محكمة العدل الدولية بذلك لكونهم أطرافا فيها، أو باللجوء إليها بإرادة الأطراف.

وإن مسألة تحديد القانون ما إذا كان هو القانون الداخلي أو القانون الدولي هو الذي سيحكم الدعوى المرفوعة، لا بد أن نميز بين أطراف الدعوى (الأشخاص) ونطاق التطبيق. وهذا ما سنوضحه من خلال دراسة الفرعين التاليين:

### الفرع الأول

#### القانون والفاضي الداخلي

مما لا شك فيه أن سيادة الدولة لها من الاعتبارات القانونية ما يعطيها أكبر الحق بأن تنظر في القضايا المعروضة عليها سواء كانت الدعوى مدنية أو جزائية أو إدارية. طالما كانت الحادثة وقعت على أرضها وهو ما يسمى بمبدأ الإقليمية. فمتى أصيب حق أو مصلحة للفرد أو للدولة كان للقضاء أن يحكم بناء على ما ورد في أحكام كل قانون، وبحسب اختلاف نوع الدعوى المنظورة.

ولكون سقوط المركبة الفضائية أو جزء منها يحدث أضرارا بالغير، فلا بد أن نفرق بين ما إذا كانت المركبة مملوكة لدولة الإمارات أولا وهنا نطبق القانون الإماراتي، طالما وقع الضرر على إقليم الإمارات. وأن مساهمة الدولة في جزء من الضرر يلزمها دفع تعويض بنصيب من الضرر بحسب نصيبها من الفعل أو في جزء منها أو بمسؤولية تضامنية كما بينا سابقا، والدولة التي تحمل علما غير دولة الإمارات العربية تتحمل الجزء الأكبر. حتى وإن حدثت

هذه الاضرار على إقليمها. كل هذا بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص أم قواعد قانون المعاملات المدنية الإماراتي أو قواعد القانون الدولي.

## الفرع الثاني

### القانون والقاضي الدولي

بوجود العديد من الاتفاقيات التي تعالج موضوعات القانون الدولي وهي عامة وشاملة، وفي حال كانت دولة الإمارات منظمة إلى معاهدة أو اتفاقية فهي تتخذ التدابير اللازمة لتنفيذ هذه المعاهدات عن طريق حكومات الإمارات وبإصدار القوانين واللوائح التي تقوم بالالتزام بالتنفيذ<sup>٥٧</sup>. وقد دخلت دولة الإمارات العربية المتحدة كعضو في محكمة العدل الدولية، وقد بينت أن الحق للأطراف كدول فقط التقدم والمثول أمام المحكمة. ويبلغ عدد الدول الأعضاء في الأمم المتحدة التي يحق لها ذلك ١٩١ دولة. وبينت المادة (٣٨) من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية الوظائف المتعلقة بها<sup>٥٨</sup>، وبناء على الفقرة الثانية من المادة نجد أن لدولة الحق بتقديم الدعوى لتنظرها محكمة العدل الدولية. حيث تشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليها المتقاضون، كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق "الأمم المتحدة" أو في المعاهدات والاتفاقات المعمول بها<sup>٥٩</sup>. وكما أن للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح، في أي وقت، بأنها بذات تصريحها هذا وبدون حاجة إلى اتفاق خاص. وقد تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام نفسه، متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بنوع التعويض المترتب على

<sup>٥٧</sup> انظر المادة (٤٧) من الدستور الإماراتي لعام ١٩٧١.

<sup>٥٨</sup> حيث ذكرت (١) - وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن: (أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة. (ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال. (ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة. (د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذلك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩، ٢ - لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك.

<sup>٥٩</sup> المادة (٣٦) من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

خرق التزام دولة ومدى هذا التعويض. وفي حالة قيام نزاع في شأن ولاية المحكمة تفصل المحكمة في هذا النزاع بقرار منها<sup>٦١</sup>.

فهذا ما يدخل في الفضاء الهوائي وما يعد من اقليم الدولة، إلا أن التنظيم القانوني حدد مفهوم الفضاء الخارجي من غزو الفضاء عن طريق الاقمار الصناعية والصواريخ والمحطات الفضائية وما يتعلق بالأجرام السماوية. ووجدت بعض النظريات والمعايير الفقهية في تحديد الحد الفاصل بين الفضاء الخارجي والاقليم الجوي الخاضع لسيادة دولة ما<sup>٦٢</sup>. وهذا من الموضوعات التي تعرض لها القانون الدولي العام. وقد جاءت الجمعية العامة باتفاقيتها مهتمة باستخدام الفضاء الخارجي ولم تكن دولة الإمارات العربية من ضمن الاعضاء<sup>٦٣</sup>. وبناء عليه؛ يمكن أن تكون هي الأولى والأخيرة التي تحدد استخدام الفضاء للاستعمالات السلمية<sup>٦٤</sup>. ولكن الأوجب أن تستمر الاتفاقيات وأن تدخل أيضا موضوعات التعويض عن الأضرار التي تمس الفضاء الخارجي بداية وإقليم الدول في حالة وقوع ضرر ما.

<sup>٦٠</sup> المرجع السابق.

<sup>٦١</sup> انظر: د. عبد القادر الفار. القانون الدولي العام. دار النهضة العربية. القاهرة. ٢٠٠٨. ص ٢٨٢ - ٢٨٥.

<sup>٦٢</sup> وفقا لقرارات الجمعية العامة ١٤٧٢ ألف (د-١٤) (١٢) المؤرخ كانون الأول / ديسمبر ١٩٥٩ و ١٧٢١ هـ (د-١٦) (٢٠) المؤرخ كانون الأول / ديسمبر ١٩٦١ و ٣١٨٢) د-٢٨ (١٨) المؤرخ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٣ و ١٩٦/٣٢ بء المؤرخ ٢٠ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٧ و ١٦/٣٥ المؤرخ ٣ تشرين الثاني / نوفمبر ١٠ المؤرخ ٥٦/٥١ و ١٩٩٤ ديسمبر / الأول كانون ٩ المؤرخ ٤٩/٣٣ و ١٩٨٠ كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠١ و ١١٦/٥٧ ١١ المؤرخ كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠٢ ومقررها ٣١٥/٤٥ المؤرخ ١١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٩٠ تألفت لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية من الدول الأعضاء ال ٦٥.

<sup>٦٣</sup> لاحظت لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية أن برنامج الأمم المتحدة للتطبيقات الفضائية شارك في رعاية الفريق المعني بأبحاث الفضاء في ال بلدان النامية، الذي عقد في الدورة الرابعة والثلاثين للجمعية العلمية للجنة أبحاث الفضاء أثناء انعقاد المؤتمر العالمي للفضاء في هيوستن، تكساس، الولايات المتحدة، من ١٠ إلى ١٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٢.

## الخاتمة

نخلص مما سبق أن المسؤولية هي مسؤولية داخلية للدولة ذاتها عن الاضرار التي تسببها المركبات أو الأجسام الفضائية والتي تمس إقليمها وسكانها وهذا بالرجوع إلى القواعد العامة لأحكام القانون الخاص بدولة الإمارات العربية المتحدة في تعويض الضرر من قانون المعاملات المدنية. وهنا نجد أن القانون الإماراتي حدد مفاهيم ومصطلحات التعويض وأسسه بالإضافة إلى المسؤولية المدنية على المتسبب. أو تكون مسؤولية دولية عن الأضرار الراجعة إلى المركبات أو الأجسام الفضائية سواء في استكشاف الفضاء الخارجي أو استعماله للأغراض السلمية. وهنا تكمن أهمية البحث بتحديد الضرر والمسبب للضرر من حيث هويته وما إذا كان مصدره داخلي أو خارجي.

## النتائج والتوصيات

لذا فإن الواجب هو اتخاذ التدابير الاحترازية مما تحدثه المركبات الفضائية من أضرار، وهي واجب على الدول والمؤسسات الدولية مشتركة بين الحكومات والدول كاتفاق بين دولتين أو أكثر بإطلاق الأجسام والمركبات الفضائية. لذا كان من الواجب كذلك وضع قواعد وأحكام دولية فعالة تتعلق بالمسؤولية عن الأضرار التي تسببها الأجسام والمركبات فضائية، لتعويض المتضررين من جراء ما سببته المركبات على الافراد أو الجماعات، على دولة أو أكثر. وهذه القواعد القانونية هي التي تؤمن حقوق المتضررين. وبتنفيذ الحكم الصادر لمن هو في مصلحته.

لذا نعتقد أن وجود نظام قانوني يحكم المسؤولية الناشئة عن سقوط المركبات الفضائية هو خطوة لا بد من اتخاذها وتنفيذها نظرا لأهميتها على الصعيد الوطني والدولي. وبالحكم بالمسؤولية على المتسبب وتوضيح ارتباط المكان الذي لحقه الضرر والأطراف المسؤولة كذلك عن الضرر واختلاف أحكامه عن القواعد العامة. ومن ذلك فإن المتضرر يثبت وجود اضرار اصابته من اثر السقوط فأصاب حقا ماليا أو مصلحة مالية، اي قام بإثبات الضرر للقاضي اذ يقع عبء الإثبات على من يدعيه وذلك وفقا لما تقضي به القاعدة العامة من أن المدعي هو المكلف بإثبات ما يدعيه " البيئة على من ادعى " وإثبات الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع

ولا رقابة فيها للمحكمة العليا. ولكن الأهم أيضا إن انتفاء العلاقة السببية في سقوط المركبة على دولة ما، ليس بنفس المعنى الذي نعرفه في القواعد العامة.

فالمكان الذي وقع به الضرر إما أن يكون سطح الأرض والغلاف الجوي الداخلي كأن يحدث سقوط المركبة الفضائية تابعة لدولة أو أكثر من دولة. أو مكان آخر غير سطح الأرض وهو الغلاف الجوي الخارجي الذي تتعدم به الجاذبية، وهذا ما يدخل فيه اشكالية تحديد وإثبات مصدر الضرر ومن هو المتسبب بالضرر والمسؤول عنه وبالتالي يحكمه القانون الدولي العام في هذه الحالة. وعلى جميع الأحوال يجب تحديد أطراف العلاقة ومن الممكن أن تكون دولة ثالثة. وتكون المسؤولية تضامنية بين الدول المتسببة، أو مقتصرة على دولة دون أخرى كإطلاق جسم فضائي تابع لأكثر من دولة، ويتسبب بإحداث ضرر لدولة أخرى فتكون المسؤولية تضامنية عن كل ضرر بالتعويض للطرف المضرور.

تعتبر الإجراءات والمحكمة المختصة من الموضوعات المهمة ولها بالغ الاهتمام، إلا أن الأهم هو إيجاد دراسة موضوعية تحكم هذا الإطار بما يحدد المسؤولية بداية والإطار القانوني لها ومن ثم الأحكام اللازمة لتحقيق ذلك، مثل المسؤولية المشتركة، التضامن بالتعويض، إثبات الضرر الكلي والجزئي، النطاق القانوني والفضائي لتحقيق المسؤولية، وأيضا سلطة القاضي التقديرية بتعويض الضرر، إجراءات التقاضي والمحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى المدنية ومسألة التقادم، وأخيرا تنفيذ الحكم القضائي.... الخ

وقد يتقدم البعض باقتراح آخر عدا عن السابق وهو بأن يكون التعويض عن المسؤولية المدنية بتقديم طلب إلى أجهزة الدولة القضائية والإدارية للبلد التي أطلقت المركبة لترفع الدعوى ضدها. ولكن هذا لا يعتبر مجديا وقد لا يكون منطقيا أيضا بان يكون الخصم هو الحكم، أي أن تتقدم دولة متضررة إلى الدولة التي أحدثت الضرر بالنظر في نزاع بينهما وبإصدار حكم يدين الدولة المتسببة للضرر، فهي لا تحكم على نفسها بتعويض المضرور.

ومما يجدر الاهتمام به وما لا يستهان به، هو أحكام القانون الدولي ولمبادئ العدالة والإنصاف، التي تركز على الاتفاقيات الدولية التي من شأنها أن تقوم باتفاق معين يشمل التعويض عن الضرر، وقد توجد اتفاقات تحكيمية بين الدول تحدد أطراف التحكيم ولجانته وكذلك القانون الواجب التطبيق. ولا أشك بقدرات دولة الإمارات أن تكون سباقة بوضع إطار قانوني يحدد الحماية القانونية الداخلية والدولية لسقوط المركبات الفضائية.

## المراجع

### المراجع العربية

١. د. احمد حشمت ابو ستيت. نظرية الالتزام. مصادر الالتزام. ط٢. سنة ١٩٥٤.
٢. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٧.
٣. د. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
٤. د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٩٧.
٥. د. سعيد عبدالسلام. التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي والدول العربية. الطبعة الأولى. ١٩٩٠. مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية مصر.
٦. د. شفيق شحاته. النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية. ج١. طبعة الاعتماد بمصر. ١٩٣٦.
٧. د. الشهابي الشرقاوي. مصادر الالتزام غير الإرادية. الافاق المشرقة ناشرون. الامارات العربية المتحدة. ط٢. ٢٠١٣.
٨. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج١. القاهرة. ١٩٥٠.
٩. د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، دور المنظمات الدولية في حماية البيئة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
١٠. د. عبد القادر الفار. القانون الدولي العام. دار النهضة العربية. القاهرة. ٢٠٠٨.
١١. د. عدنان سرحان. الضرر. جامعة الشارقة. كلية القانون. ٢٠١٢.
١٢. د. محمد بن عبدالله بن محمد المرزوقي. مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره. الطبعة الأولى ٢٠٠٩. الشبكة العربية للأبحاث. بيروت لبنان.



١٣. د. منذر الفضل. الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العراق. المجلد السادس العدد ١، ١٩٨٧.

#### المراجع الأجنبية

1. Alexandre Boyer. antennes. institut national des sciences appliquées de Toulouse. 5ème année réseau et télécom. octob.2011. p11s.
2. Baudry-Lacantinnerie et Barde، les obligations. tome II، no 1304 ;
3. BOMPAKA NKEYI, Droit civil les obligations, Cours inédit, G3, F.D, UNIKIS, 2007-2008.
4. Ch. Broche, "la notion juridique de dommage en droit de la responsabilité civile extracontractuelle", thèse 2010, Université de Grenoble.
5. François Chabas, L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation, thèse, UNIVERSITE DU MAINE Faculté de Droit et des Sciences Economiques du Mans.2003.
6. H. et L. Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, tome 2, 4e éd:
7. J. Français, De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation in solidum, thèse Paris. 1936.
8. KALONGO MBIKAYI, Droit Civil des Obligations, notes de Cours, ULPGL/UNIKIN, 1994.
9. Laurent, Principe de droit civil, tome II, ١٩٩4.
10. Marshall Cavendish. Inventors and inventions. Library of congress cataloging in publication Data. 2008.
11. MAZEAUD ET TUNC ; Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle, T.I, 5e éd. Paris Montchrestien, 1957.
12. MIGNO Marc, Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français, Dalloz, thèse 2002.
13. NONGU EKOBONDE, Jean-Pierre, De la responsabilité civile en droit positif congolais: cas des dommages causés par des fous à

travers la ville de Kisangani, TFC inédit, G3, F.D, UNIKIS, 2006-2007.

14.Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munik, Droit civil, les obligations, Defrénois, 2004.

15.TOULEMON et MOORE, le préjudice corporel et moral en droit commun, Paris, Sirey, 1968.

## أحكام المحاكم

### العربية:

١. -اتحادية عليا، الطعن ١٠٤ مدني لسنة ٢٣ قضائية في ٣٠/٩/٢٠٠١، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية، س٢٣/٢٠٠١، المبدأ ٢١٧. ص ١٤٥٧.
٢. -تميز دبي طعن رقم ٤٣ لسنة ٢٠٠٨ بجلسة رقم ٢٥/٠٥/٢٠٠٨ مجموعة الأحكام. عدد ١٩. ج١. رقم ١٤٩.
٣. -تميز دبي طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٢٠٠٣ بجلسة رقم ١٠/٠٤/٢٠٠٤ مجموعة الأحكام. عدد ١٥. ج١. ص ٧٢٨.
٤. -تميز دبي في الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٢٠٠٥ مدني. مجموعة الأحكام. عدد ١٦. ج٢. ص ١٩٥٢.
٥. -تميز دبي. الطعن ٤٣٣ لسنة ١٩٩٤/حقوق في ٧/٥/١٩٩٥، مجلة أحكام المحكمة، س١٩٩٥، المبدأ ٦٩، ص ٤٠٧.
٦. -حكم محكمة التمييز العراقية ٣٣٩ مدنية أولى - ١٩٧٥ في ١٢/١١/١٩٧٥ مجموعة الأحكام العدلية العدد ٧ السنة السادسة، ص ٢٢ عام ١٩٧٥.
٧. -المحكمة الاتحادية العليا بطعن رقم ٦٢١ لسنة ٢٣ ق. جلسة ٢٧/٠٦/١٠٠٤. في مجموعة الأحكام. العدد الثالث. رقم ٢٠٩.
٨. -نقض مدني في ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ٩٣ ص ٥٧٠.

## الفرنسية:

1. -Cass. Civ Aix، 11 janvier 1873، D. 1874.2.68 ; Angers، 10 mars 1875، D. 1876.2.14 ;
2. -Cass. Civ.، 10 novembre 1897، D. 1898.1.310 ; Paris، 7 avril 1898، D. 1898. 2. 501 ;
3. -Cass. Civ.، 11 juillet 1826، D. 1826.1.424، S. 1826.1.138 ;
4. -Cass. Civ.، 11 juillet 1892، D.، 1894.1.561 ;
5. -Cass. Civ.، 12 février 1879، D. 1879.1.281 ;
6. -Cass. Civ.، 15 juillet 1895، D. 1896.1.31 ;
7. -Cass. Civ.، 22 juillet 1892، D. 1892.1.335
8. -Cass. Civ.، 24 janvier 1898، D. 1899.1.109.
9. -Cass. Civ.، 3 mai 1827، S. 1827.1.435، D. 1827.1.230 ; Caen، 23 mai 1873، D. 1875.2.41;
- 10.-Cass. Civ.، 31 mars 1896، D. 1897. 1. 21 ;
- 11.-Cass. Civ.، 6 février 1883، D. 1883.1.451 ; Douai، 4 mai 1891، D. 1893.2.39

## القوانين:

- قانون المعاملات المدنية الإماراتي
- القانون المدني الفرنسي
- قانون حماية البيئة الإماراتي
- القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية
- الجمعية العامة عام ١٩٧١ في ٢٩ نوفمبر واتفاقية المسؤولية الدولية عن الاضرار التي تلحق الغير والتي تنتسب عن مركبات الفضاء التابعة لها

**الإطار القانوني للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي  
في القانون الأمريكي**

دراسة مقارنة بين نظامي المسؤولية التقصيرية  
المباشرة والمسؤولية بالمساهمة التبعية

إعداد

د. عبد الله عمر الخولي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق - جامعة الملك عبد العزيز

## ملخص البحث:

إن تبني الولايات المتحدة لقانون العدالة ضد رعاية الإرهاب (جاستا) في العام ٢٠١٦ م يندرج بتزايد المخاطر القانونية على الحكومات والمصارف والجمعيات الخيرية في الدول الإسلامية، وزيادة في التكاليف القضائية وأعباء الامتثال، وخاصة مع تزايد الارتباط ما بين النظام المصرفي في الدول الإسلامية والولايات المتحدة الأمريكية. ولتقليل هذه المخاطر أو تجنبها بما يضمن استمرار النشاط الاستثماري والمصرفي والعمل الخيري، فإنه يجب أن تتبنى السلطات التشريعية في الدول والإدارات القانونية في البنوك والجمعيات الخيرية سياسات وقائية تهدف إلى منع العمليات المصرفية أو الأنشطة الخيرية التي يمكن أن يتم ربطها ولو بشكل غير مباشر بالجماعات الإرهابية بما قد يمكن أن يدخل في معنى رعاية الإرهاب الدولي حسب قانون الولايات المتحدة. ويتطلب ذلك فهما كافيا للنظام القانوني الذي يحكم قيام عناصر المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي.

ومن هذا المنطلق فإن هذا البحث يرمي إلى التعريف بنظامي المسؤولية التقصيرية المباشرة ونظام المسؤولية بالمساهمة التبعية وبأبرز الفوارق بينهما، باعتبارهما النظامين الرئيسيين الذين تبني عليهما المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب. وقد تعرض الباحث إلى العناصر القانونية اللازمة لقيام المسؤولية المدنية بناء على النظامين وإلى آلية تطبيقهما على قضايا المسؤولية عن رعاية الإرهاب الدولي في القضاء الأمريكي. كما تم استعراض التطور التاريخي للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب في التشريع والقضاء الأمريكي منذ العام ١٩٨٠ وحتى الوقت الحالي، مع استعراض تاريخي خاص لأبرز القضايا التي أقيمت ضد دول أو مصارف أو جمعيات خيرية.

## مقدمة

يعد تبني الولايات المتحدة لقانون العدالة ضد رعاة الإرهاب في العام ٢٠١٦ م تطوراً مهماً في تاريخ المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي وذلك منذ تبني تشريع مكافحة الإرهاب في العام ١٩٩٢م. وقد أسهب كثير من الكتاب والباحثين في تناول علاقة هذا القانون بمبدأ الحصانة السيادية للدول والآثار المستقبلية لهذا القانون على مبدأ سيادة الدول، وذلك من منطلق أنه لم يكن من المعهود في العرف الدولي أن تخضع الدول بوصفها صاحبة سلطة وسيادة للقضاء الوطني لدولة أجنبية تحت طائلة المسؤولية المدنية.<sup>١</sup> وهذا التطور مع كونه مرحلة فاصلة في التطور الإجرائي لقوانين مكافحة الإرهاب، إلا أن هناك تطورات أخرى قد لحقت بالأحكام الموضوعية للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب لكنها لم تتل حظها من التحليل والدراسة. حيث إن من أهم التطورات في الشق الموضوعي التي أحدثها قانون جاستا هو إقرار المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب بناء على نظرية المساهم التبعية بعد أن كان القضاء متردداً في قبولها. وقد كانت المحاكم الفيدرالية قبل ذلك تفر المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب بناء على الأحكام التقليدية للمسؤولية المدنية المباشرة حصراً.

وترتبط على ما تقدم فإن البحث الحالي يسلط الضوء على الأحكام الموضوعية للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي وأبرز التطورات في هذا الجانب تاركاً الشق الإجرائي لبحث آخر. ويهدف البحث بشكل أساسي إلى تحليل نظام المسؤولية التصيرية المباشرة التقليدي ونظام المسؤولية المدنية بالمساهمة التبعية ودراستهما والتعريف بآليات تطبيقها على قضايا المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي في القضاء الأمريكي. ولأجل تحقيق ذلك الهدف فقد تم تقسيم البحث إلى خمسة مباحث، وقد تم تقسيم كل مبحث إلى عدة مطالب فرعية. ففي المطلب الأول سوف تم عرض مفهوم رعاية الإرهاب الدولي في الاصطلاح القانوني وفق التشريعات في الولايات المتحدة، كما

<sup>١</sup> السيد، حسن عبد الرحيم. "قانون العدالة ضد رعاة الإرهاب (جاستا). المجلة الدولية للقانون ٢٠١٧، ٣ (٢٠١٧): ٢٣.

تم بحث نظام المسؤولية المدنية بوصفها وسيلة تشريعية لمواجهة خطر الإرهاب الدولي وعلاقتها بباقي الوسائل التشريعية.

أما المطلب الثاني فقد تم تخصيصه للتعريف بأبرز الفوارق ما بين نظام المسؤولية المباشرة ونظام المسؤولية بالمساهمة التبعية. وتحت هذا المطلب تم تمييز هذين النظامين عما قد يختلط معهما من حيث المفهوم، وبعد ذلك تم تحرير أسباب الخلاف في المحاكم الفيدرالية حول مدى مشروعية تطبيق نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية وذلك قبل تبني قانون جاستا.

وفي المطلب الثالث تمت مناقشة العناصر اللازمة لقيام المسؤولية المباشرة بشكل عام وتلك العناصر هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية واتصال السبب بالضرر، ثم تمت مناقشتها من حيث آلية تطبيقها على قضايا المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي. وفي المطلب الرابع تمت مناقشة نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية والعناصر اللازمة لقيام هذا النوع من المسؤولية. ونظرا لأن هذا النوع من المسؤولية لم يشهد إلا تطبيقات معدودة على قضايا رعاية الإرهاب، فقد اضطر الباحث إلى استدعاء تطبيقات لهذه النظرية على قضايا من نوع آخر غير قضايا الإرهاب أهمها قضايا الاحتيال المالي وقضايا الجنايات التقليدية. والهدف من ذلك استلهاً آلية تطبيق هذه النظرية على قضايا رعاية الإرهاب الدولي. وأخيراً وفي المطلب الخامس تم طرح بعض التطبيقات العملية من المحاكم الأمريكية لنظرية المسؤولية بالمساهمة التبعية على قضايا رعاية للإرهاب الدولي. وقم تم شرح تطبيق تلك النظرية على أبرز قضيتين في المسؤولية عن رعاية الإرهاب.

وقد تم اتباع المنهج الاستقرائي التحليلي الذي يهدف الباحث من خلاله إلى جمع الأحكام القضائية والآراء الفقهية المتصلة بموضوع البحث وتحليلها من أجل الوصول إلى تصور عام عن النظام القانوني الذي يحكم المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي. وتكمن أهمية هذا البحث في التعريف بالنظام القانوني الذي يحكم المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي، حتى تتمكن السلطات التشريعية في الدول، والإدارات القانونية بالمصارف والجمعيات الخيرية من مواجهة المخاطر التي قد تترتب على

دعاوى المسؤولية عن رعاية الإرهاب الدولي التي قد يكون مآلها إلى خسائر فادحة. وإنه لمن المتعذر الإعداد لخطة علاجية أو وقائية فاعلة ضد تلك المخاطر إلا من خلال المعرفة بالأحكام القانونية التي يخضع لها هذا النوع من الدعاوى.

## المبحث الأول

### السياق التاريخي للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي في القانون الأمريكي

#### المفاهيم الأساسية، الصعوبات والمواجهة التشريعية)

أولا/ مفهوم رعاية الإرهاب الدولي:

إن مصطلح " الإرهاب الدولي" بعكس مفهوم "رعاية الإرهاب" ذو دلالة قانونية قاطعة ومنضبطة في الاصطلاح القانوني الأمريكي، حيث إن هناك تعريفا له ضمن تشريع فيدرالي. فلقد عرّف قانون مكافحة الإرهاب الصادر عام ١٩٩٢م "الإرهاب الدولي" بأنه مجموع الأنشطة العنيفة التي تتطوي على عمل أو مجموعة من الأعمال الخطيرة على الحياة البشرية، وتعد في الوقت ذاته انتهاكا للقانون الجنائي في الولايات المتحدة لأي ولاية أمريكية أو للقانون الفيدرالي. على أن يستجمع هذا العمل أو الأعمال الشروط التالية:

- أ. أن يكون موجها ضد مدنيين بغرض الضغط والإكراه.
- ب. يهدف إلى التأثير على سياسة حكومة عن طريق الضغط والإكراه.
- ج. يهدف إلى تغيير آلية عمل الحكومة من خلال التدمير الشامل أو الاغتيال أو الاختطاف.
- د. حتى ينطبق وصف الإرهاب "الدولي" لا بد وأن يقع النشاط أو العمل بشكل رئيس خارج الولايات المتحدة.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> (1) The term "international terrorism" means activities that—

(A) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State; (B) appear to be intended—

(i) to intimidate or coerce a civilian population;

(ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or

(iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and



وفي مقابل هذا الانضباط والتحديد النسبي لمصطلح "الإرهاب الدولي"، هناك مصطلح آخر وهو "رعاية الإرهاب الدولي"، فهو ليس بذلك الانضباط والتحديد في الاصطلاح القانوني. والسبب في ذلك أن مصطلح "رعاية الإرهاب" غالبًا ما يتأثر بالخطاب السياسي الذي يتسم عادة بالدعائية وضعف الموضوعية. فقد جرت العادة عند الساسة في الولايات المتحدة استخدام عناوين ذات طابع دعائي عند تقديم مقترح تشريعي بغرض كسب التأييد الشعبي وزيادة عدد المؤيدين لهذا التشريع من نواب الكونجرس الأمريكي، وغالبًا ما تكون هذه العناوين مضللة أو غير دقيقة في وصف محتوى التشريع. وقد تم استخدام مصطلح "رعاية الإرهاب" في مقترح تشريعي تحت مسمى قانون العدالة ضد رعاية الإرهاب (جاستا).<sup>3</sup> أما من حيث المحتوى فإن هذا القانون يتضمن تعديلات جوهرية على قانون الإرهاب الصادر عام ١٩٩٢م وعلى قانون الحصانة السيادية الصادر عام ١٩٧٦م، لكن هذا التعديل لم يتضمن تعريفًا منضبطًا لهذا المصطلح. ومع ذلك فإن الوصول إلى تعريف منضبط لما يسمى "رعاية الإرهاب الدولي" ليس أمرًا متعذرًا تمامًا، ولكنه يتطلب شيئًا من الاجتهاد والقراءة الشاملة لمواد القانون مع السوابق القضائية.

وبذلك يتضح أن مصطلح "رعاية" يمكن ضبطه من خلال طريقتين:

**الأولى:** من خلال استبعاد بعض العناصر التي تخلق لبسًا أو تداخلًا في تحديد معناه. وهذه العناصر تشتمل على مجموعة من الأنشطة أو الأعمال الداخلة تحت مسمى "الإرهاب الدولي"؛ فلا خلاف على أن الأنشطة التي تتخذ طابع العنف المباشر كالقتل والاختطاف والتدمير الشامل واختطاف الطائرات أو تفجيرها أو الاغتيال والتي تتخطى الحدود الإقليمية للولايات المتحدة تدخل في تعريف الإرهاب الدولي. وعلى ذلك يتم استبعاد جميع هذه الأعمال من نطاق ما يسمى "رعاية الإرهاب".

---

(C) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum....." 18 U.S. Code § 2331

<sup>3</sup> Justice Against Sponsors of Terrorism Act, S. 2040, 114th Cong. §2(a)(6) (2016).

الثانية: من خلال تحديد السمات العامة أو العناصر المكونة لمعنى "رعاية الإرهاب الدولي"، وهذه العناصر المشتركة يمكن استخلاصها من مجموع السوابق القضائية لقضايا التعويض المدني عن أعمال الإرهاب الدولي، حيث إن هناك سمات مشتركة تجمع بين المدعى عليهم في هذه القضايا. أولها أن الكيانات المدعى عليها هي في الغالب كيانات ملتزمة بالإطار العام للمشروعية سواء أكانت مشروعية وفق القانون الوطني أو القانون الدولي. فهي ليست كيانات خارجة على القانون كالجماعات الإرهابية التقليدية أو العصابات الإجرامية التي تعمل خارج إطار القانون ولا تحترم قانون أي دولة أو تلتزم بإطار عام لمشروعية أنشطتها. فغالب الكيانات المدعى عليها بسبب رعايتها الإرهاب إما دولاً أعضاء في هيئة الأمم المتحدة ومعترفاً بها من كافة دول العالم، أو جمعية خيرية مرخصة أو شركة أو مصرفاً يعملون في إطار القانون الوطني في لدولة من الدول.

أما السمة الثانية فهي أن الأنشطة التي كان بسببها هذا الكيان طرفاً مدعى عليه في هذه القضايا هي أنشطة مشروعة في أصلها كتقديم معونات لأغراض خيرية أو ثقافية أو اجتماعية، أو تقديم خدمات بنكية روتينية. ولكن وعلى الرغم من كونها أنشطة مشروعة في الأصل وعلى الرغم من أنها لم تتخذ طابع العنف، فإنه وبسبب أن الجهات المستفيدة بشكل مباشر أو غير مباشر من تلك الخدمات أو المعونات جهات مصنفة بوصفها جماعات إرهابية وفق قانون الولايات المتحدة، فإن الكيانات التي قدمت تلك المعونة أو الخدمة تعد مسؤولة مدنياً عن تعويض ضحايا الإرهاب حسب القانون الأمريكي. فكما سيتبين لاحقاً أن كلا من الدائرة القضائية الفيدرالية الثانية والسابعة قد أقرتا بأن تقديم خدمة أو معونة لجماعة إرهابية يمكن أن يعد "عملاً خطيراً على السلامة البشرية... ومخالفاً للقانون الجنائي في الولايات المتحدة"، وذلك في سياق تعريف المادة ٢٣٣٣ من قانون الإرهاب "للإرهاب الدولي". كما أن قانون العدالة ضد رعاة الإرهاب (جاستا) قد أقر صراحة نظام المسؤولية المدنية بالمساهمة التبعية لكل من حرض ضمناً أو قدم مساعدة جوهرية لجماعة إرهابية، حيث يعد مسؤولاً عن تعويض الأضرار كل من قدم معونة أو خدمة لجماعة إرهابية وإن لم يكن له دور في تنفيذ العملية الإرهابية التي نجم عنها الضرر المدعى به أو لم يكن على علم مسبق بوقوعها.

ثانيا/ المسؤولية المدنية ضد الدولة الراعية للإرهاب بوصفها أخف الوسائل حسما وصرامة:

تتعدد الوسائل أو الطرق التي تتخذها حكومة الولايات المتحدة في مواجهة الدول الراعية للإرهاب الدولي، فتتخذ أشكالا عدة ما بين وسائل قانونية وأخرى سياسية. أما الوسائل السياسية المباشرة فهي التي تباشر اتخاذها السلطة التنفيذية بتفويض من البرلمان " الكونجرس" دون اتباع أي إجراءات قضائية. وتتمثل في مجموعة من الإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية بشكل استباقي لمنع وقوع عملية إرهابية أو تتخذها أثناء وقوعها أو بعد وقوعها مباشرة.<sup>4</sup> ويدخل تحت هذا النوع العقوبات الاقتصادية المباشرة للدول الراعية للإرهاب كفرض قيود على حركة التجارة أو على الصادرات أو الحظر الدولي أو المقاطعة الاقتصادية أو قطع المعونات.<sup>5</sup> وفي الحالات التي يكون فيها نشاط الدولة الراعية للإرهاب أكثر وضوحا وخطورة فإن الحكومة الأمريكية قد تتخذ خطوة أكثر صرامة قد تصل إلى حد إعلان الحرب على تلك الدولة. وتتضلع بهذه المهمات عدد من الوزارات الأمريكية كوزارة الدفاع ووزارة الأمن القومي وغيرها بتفويض من البرلمان الأمريكي " الكونجرس" أو من الرئيس الأمريكي حسب صلاحياته الدستورية.<sup>6</sup>

وإلى جانب هذه الوسائل السياسية المباشرة، هنالك الوسائل القانونية التي يتم اتخاذها عبر السلطات القضائية، ومن خلال تلك الإجراءات يتم إخضاع رعاة الإرهاب الدولي للقضاء الأمريكي بالطرق المعتادة تمهيدا لفرض الجزاء الملائم مدنيا كان أو جزائيا أو ربما كلاهما معا.

أما الطريق الجنائي فيشتمل على مجموعة الإجراءات التي تتخذها السلطات القضائية تجاه مرتكب الجريمة الذي غالبا ما يكون شخصا طبيعيا<sup>7</sup> وربما يكون شخصا

<sup>4</sup> Harold Hongju Koh, *Civil Remedies for Uncivil Wrongs: Combatting Terrorism Through Transnational Public Law Litigation*, 22 TEX. INT'L L.J. 170 (1987).

<sup>5</sup> Id. at 177

<sup>6</sup> للاستزادة حول العقوبات الاقتصادية راجع

JOHN H. JACKSON & WILLIAM J. DAVEY, *LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS: CASES MATERIALS AND TEXT ON THE NATIONAL AND INTERNATIONAL REGULATION OF TRANSNATIONAL ECONOMIC RELATIONS* 911-51 (1986).

<sup>7</sup> يقصد هنا بالشخص الطبيعي أي إنسان يمكن أن يخضع لقضاء الولايات المتحدة الأمريكية بسبب ارتكابه جرائم إرهاب، ولا يختلف الأمر ما بين كون الجاني يعمل ضمن كيان اعتباري ومستغلا موقعه الوظيفي وبين أن يعمل بمفرده.

معنويًا<sup>٨</sup> وذلك عقب ارتكابه للجريمة، بدءًا من القبض ثم المحاكمة وانتهاء بالعقاب.<sup>٩</sup> وفي نطاق هذا المسار تتم معاقبة الأشخاص الذين باسروا ارتكاب الجريمة الإرهابية وأولئك الذين قدموا إعانة "جوهرية" لمركبيها.<sup>١٠</sup>

وأخيرًا هنالك الجزاء المدني الذي يهدف بشكل أساسي إلى تعويض الضحية أو المتضررين من الجريمة تعويضًا جابرًا للضرر الذي لحق بهم، كما يهدف إلى تحقيق شيء من الردع وخاصة ضد الكيانات أو الدول الراعية للإرهاب التي يعد دفع تعويض ضخم للضحايا مرهق لميزانيتها.

وعلى الرغم من تعدد هذه الوسائل فإن جميعها ليست على نفس الدرجة من الجدية والصرامة، فليس من المتصور معاملة دولة باعت أسلحة كيميائية لمنظمة إرهابية معاملة دولة أخرى قدمت دعماً خيرياً استفادت منه جماعة إرهابية عرضاً، وقد ينطوي على درجة كبيرة من حسن النية. فالأداة المناسبة لمواجهة النوع الأول من الدعم هي العقوبات الاقتصادية بل وربما إعلان الحرب، أما النوع الثاني من الدعم فيتخذ تجاه الدول الداعمة أخف تلك الأدوات القانونية صرامة ويتمثل في نظام المسؤولية المدنية الذي يسمح لضحايا عمليات الإرهاب بمقاضاة تلك الدول في المحاكم الوطنية بهدف الحصول على تعويض عن الأضرار. وتعد

---

<sup>٨</sup> مما لا جدال فيه إمكانية معاقبة مدراء الشركات أو الموظفين الذين قدموا دعماً للإرهاب باسم الشركة وذلك بالحبس تطبيقاً للقانون الجنائي الفيدرالي، ذلك أن تقديم أي دعم جوهري لجماعة إرهابية يعد جريمة. أما الشركات التجارية فغالباً ما يقدم الدعم في صورة تسهيلات أو خدمات من شأنها تسهيل أنشطة الجماعة الإرهابية. ويكون هدف الشركة ليس دعم الإرهاب بقدر تحقيق عوائد مالية. ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك قيام مؤسسة انش اس بي سي البريطانية بارتكاب جريمة "الفشل العمدي في تبني سياسات ضد غسل الأموال" مما اضطرها إلى دفع غرامة تقدر بحوالي مليار وتسعمائة مليون دولار أمريكي لتجنب المحاكمة الجنائية التي قد تقود إلى إغلاق نشاط البنك في الولايات المتحدة. وكان المصرف المذكور وبسبب عدم تطبيقه معايير كافية لمكافحة غسل الأموال بالمخالفة لعدد من القوانين الفيدرالية، مما سهل انتقال أموال إلى دول خاضعة للعقوبات الأمريكية وإلى منظمات إرهابية وعصابات تجارة المخدرات.

U.S. Dept. of Justice, Office of Public Affairs, *HSBC Holdings Plc. and HSBC Bank USA N.A. Admit to Anti-Money Laundering and Sanctions Violations, Forfeit \$1.256 Billion in Deferred Prosecution Agreement*, Retrieve from the Department of Justice (Dec. 11, 2012), <https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-and-hsbc-bank-usa-na-admit-anti-money-laundering-and-sanctions-violations>.

<sup>٩</sup> Koh, *supra* note 5, at 171

<sup>١٠</sup> U.S. Patriot Act, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001); 18 U.S.C. § 2339.

هذه الوسيلة هي الأقل صرامة لانطوائها على عدد من العراقيل التي تواجه المدعين ابتداء من مرحلة التقاضي وانتهاء بالتحصيل.<sup>11</sup>

ثالثاً/ تاريخ استخدام الجزاء المدني وسيلة لمحاربة الإرهاب الدولي:

إن قانون العدالة ضد رعاة الإرهاب جاستا<sup>12</sup> ليس إلا مرحلة تاريخية ضمن سلسلة من التطورات التي طرأت على قانون مكافحة الإرهاب منذ تبنيه لأول مرة في العام ١٩٩٢م، والذي أسس للمسؤولية المدنية بوصفه وسيلة لمكافحة الإرهاب الدولي. بل إن هناك سوابق قضائية تعود إلى ما قبل صدور هذا القانون وتحديداً في ثمانينات القرن الماضي. وقد تناولت هذه السوابق إمكانية فرض المسؤولية المدنية على رعاة الإرهاب بناءً على تشريع فيدرالي قديم جداً تم تبنيه عام ١٧٨٩م تحت مسمى قانون المسؤولية التصيرية للأجانب (Alien tort statute) الذي بموجبه تم تأسيس اختصاص ولائي نوعي للمحاكم الفيدرالية الأمريكية لنظر قضايا المسؤولية التصيرية المرفوعة من أجانب بسبب أضرار لحقت بهم بوصفه نتيجة لمخالفة القانون الأممي أو لاتفاقية دولية.<sup>13</sup> وقد أستند على هذا التشريع ضحايا عملية نفذت ضد مدنيين أجانب ومواطنين أمريكيين في مواجهة دول وكيانات ذات سيادة. فقد أقيمت دعاوى مدنية على دول أهمها إيران وليبيا والسلطة الفلسطينية وذلك منذ العام ١٩٨٠م. ثم صدر بعد ذلك قانون مكافحة الإرهاب للعام ١٩٩٢ ثم عدل في العام ١٩٩٦م وأخيراً في العام ٢٠١٦م.

وتعود أحداث أول قضية تعويض مدني رفعت ضد دولة إلى عملية فدائية جرت في العام ١٩٧٨م أطلق عليها "مجزرة الطريق الساحلي" وذلك عندما قام مجموعة فدائيين من حركة فتح باعتراض حافلة متجهة إلى تل أبيب واختطافها وتعذيب عدد من الركاب، ومن بعدها جرت اشتباكات كان ضحيتها مائة وواحدًا وعشرين شخصًا ما بين قتل وجرح معظمهم من الإسرائيليين. وقد أقيمت دعوى تعويض مدنية ضد مجموعة من المنظمات غير الحكومية إضافة إلى الجماهيرية الليبية. وقد زعم المدعون بأن ليبيا كان لها دور في تدريب

<sup>11</sup> JENNIFER K. ELSEA, LAWSUITS AGAINST STATE SUPPORTERS OF TERRORISM: AN OVERVIEW (2005).

<sup>12</sup> Justice Against Sponsors of Terrorism Act, S. 2040, 114th Cong. § 2(a)(6) (2016).

<sup>13</sup> Alien Tort Statute, 28 U.S.C. § 1350.

أعضاء منظمة فتح الذين تولوا عملية تدريب ثلاثة عشر فردًا ممن باسروا العملية وكذلك التخطيط لتلك العملية وتمويلها. ولأن الأحداث المسببة للضرر وقعت كلها خارج الولايات المتحدة ولكون المدعين أجنبى، فلا أساس إذا لإسناد الاختصاص إلى محاكم الولايات المتحدة، مما اضطر المدعين إلى الاستناد على قانون المسؤولية التقصيرية للأجانب المشار إليه آنفا الذي يعود إلى القرن الثامن عشر. حيث اعتبر المدعون أن دعم ليبيا لعمية إرهابية جرى فيها التعذيب مخالفة للقانون الأممي، مما يجعل المحاكم الفيدرالية مختصة استنادًا على هذا القانون. إلا أن هذه المحاولة قد فشلت حيث قضت المحكمة بعدم اختصاص المحاكم الفيدرالية ولائيًا بنظر الدعوى ضد ليبيا. ولكن القضاة قد اختلفوا في الأسباب، فقد رأى أحد القضاة أن قانون الحصانة السيادية لعام ١٩٧٦م<sup>١٤</sup> يمنع نظر الدعوى ضد ليبيا. أما القضاة الآخرون فقد اتفقوا معه في النتيجة واختلفوا في الأسباب. فاعتبر أحد القضاة أن ولوج المحاكم في مثل هذه القضايا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات<sup>١٥</sup> ذلك أنه سوف يؤدي إلى تدخل السلطة القضائية في الإجابة عن مسائل سياسية هي من صميم اختصاص الفروع الأخرى للحكومة (التنفيذية والتشريعية).<sup>١٦</sup>

وفي العام ١٩٩٦م صدر تعديل على قانون الحصانة السيادية الصادر لعام ١٩٧٦م ليستثني بشكل صريح الدول الراعية للإرهاب التي أضيفت إلى قائمة وزارة الخارجية الأمريكية للدول الراعية للإرهاب من الحصانة القضائية.<sup>١٧</sup> هذا وتعد إيران من أكثر الدول التي تأثرت بهذا الاستثناء حيث أقيمت ضدها دعاوى عديدة على أساس المسؤولية المدنية عن عمليات إرهابية.<sup>١٨</sup> وتعود خلفية هذه القضية إلى تبني حركة الجهاد

<sup>١٤</sup> 28 U.S.C. §§ 1604, 1605(a)(5) (1976).

<sup>١٥</sup> تعد هذه الوثيقة من أبرز العيوب المأخوذة على قانون جاستا، وربما قد تكون أساسا للحكم بعدم دستوريته. كما أقرت المحكمة العليا في حكم صادر في العام ٢٠١٨م بأن مقاضاة الشركات الأجنبية بسبب انتهاكات حقوق الإنسان في خارج الولايات المتحدة يعد مسألة سياسية ومن ثم فإن المحاكم غير مؤهلة لنظر مثل هذه القضايا. وكان عدد من ضحايا الإرهاب أقاموا دعوى ضد البنك العربي بناءً على قانون الأضرار للأجانب ولكن المحكمة أقرت عدم إمكانية مقاضاة الشركات الأجنبية بسبب انتهاكات حقوق الإنسان.

Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S. Ct. 1386, 584 U.S. (2018).

ومن باب أولى تطبيق مثل هذا المبدأ على دول ذات سيادة.

<sup>١٦</sup> Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984).

<sup>١٧</sup> Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub. L. No. 104-132, 221, 110 Stat. 1214, 1241-43 (codified at 28 U.S.C. § 1605(a)(7) (2003)).

<sup>١٨</sup> Prevatt v. Islamic Republic of Iran, 421 F. Supp. 2d 152 (D.C. 2006).

الإسلامي التابعة لجماعة حزب الله المدعومة من إيران تفجيرات بيروت في العام ١٩٨٣هـ التي بلغ عدد ضحاياها ٢٤٥ جنديًا أمريكيًا. وقد قضت المحكمة الفيدرالية بمقاطعة كولومبيا بمسؤولية إيران المدنية عن الضرر المعنوي الذي أصاب شقيقة أحد الجنود الذين لقوا حتفهم في الهجوم المذكور. وذلك بسبب أن حزب الله - الذي نفذ العملية - كان يعمل بتوجيه ودعم مباشر من إيران. ولم يمنع من سماع الدعوى والحكم على إيران بدفع تعويض مالي كونها دولة تتمتع بالحصانة السيادية.

وفي قضية أخرى لم تفلح الجماهيرية الليبية في التمسك بمبدأ الحصانة السيادية في القضية التي أقيمت ضدها من عائلة أحد ضحايا الاختطاف والتعذيب والقتل في لبنان، وذلك بعد أن اشترته جماعة مرتبطة بالحكومة الليبية من حزب الله حيث قررت المحكمة أن الدول الراعية للإرهاب مستثناة من هذه الحصانة.<sup>١٩</sup>

وفي القضية التي أقيمت من مواطنة أمريكية تعرضت لإصابات بالغة أثناء زيارتها لقطاع غزة جراء تفجير حافلة كانت تقلها وأعلنت حركة الجهاد الفلسطيني مسؤوليتها عنه، أقيمت الدعوى ضد إيران ووزارات تابعة لها والخميني على أساس المسؤولية بالمساهمة التبعية بسبب أنهم قدموا دعماً مباشراً لحركة الجهاد الفلسطيني.<sup>٢٠</sup> وعلى الرغم من تجاهل إيران كلياً لهذه القضية وعدم حضورها لجلساتها إلا أن المحكمة قد أصدرت الحكم على المدعى عليهم بالتعويض بالتضامن، ولم تكن ذريعة الحصانة السيادية لتسعف إيران لإسقاط المسؤولية المدنية وذلك لكونها دولة مصنفة راعية للإرهاب ومن ثم مستثناة من هذا المبدأ حسب قانون الحصانة السيادية.

خلاصة القول، إن مقاضاة الدول مدنياً بسبب أعمال إرهابية ليس أمراً حديثاً بل كان نتاج تطور تاريخي قد بدأ منذ أكثر من ثلاثة عقود.

#### رابعاً/ الصعوبات التي تواجه المتضررين من أعمال الإرهاب الدولي:

المستقر عليه في القانون الأمريكي، إن من حق المتضرر من الجريمة الجنائية مقاضاة الجاني نفسه أو من ساعده أو سهل له أو حرضه على ارتكاب الجريمة أمام

<sup>١٩</sup> Kilburn v. Socialist People's Libyan Arab, 376 F.3d 1123 (D.C. Cir. 2004).

<sup>٢٠</sup> Flatow v. Islamic Republic of Iran, 999 F. Supp. 1 (D.C. 1998).

القضاء المدني بغض النظر عن الباعث وراء ارتكاب تلك الجريمة سياسيًا أم غير ذلك.<sup>٢١</sup> إلا أنه ومع بروز ظاهرة الإرهاب الدولي وجد ضحايا العمليات الإرهابية بعض الصعوبات في الحصول على تعويضات في القضاء المدني. فمن جانب أول، إن قانون المسؤولية التقصيرية لا يسمح بمساءلة المدعى عليه عن الوقائع التي حدثت خارج النطاق الإقليمي للولايات المتحدة، أو العمليات الإرهابية التي يتضرر منها مواطن خارج الولايات المتحدة. وهذا يجعل مسألة الحصول على تعويض أكثر صعوبة للضحايا. فعالية أعمال الإرهاب الدولي أو الاعمال التحضيرية لها عادة ما تكون متجاوزة للحدود الإقليمية للولايات المتحدة الأمريكية. وفي أحيان كثيرة قد يكون الهدف مصالح أمريكية خارج الولايات المتحدة بحيث تقع كافة الوقائع الجرمية المؤدية إلى حدوث ضرر على شخص أمريكي في جسده أو ذمته المالية في دولة أخرى خارج الولايات المتحدة. وفي فرضية أخرى، ماذا لو كانت الأعمال التحضيرية قد تمت كلها خارج الولايات المتحدة ولم يظهر أثرها إلا بعد سنوات داخل الولايات المتحدة؟ بل وماذا لو وقعت جميع الأعمال التحضيرية خارج الولايات المتحدة وكان الهدف شخصًا أمريكيًا يقيم في الخارج؟

من جانب آخر، فإن المتضرر قد يجد صعوبة في الحصول على تعويض من الأشخاص الذين باسروا العملية الإرهابية بأنفسهم لأنهم عادة ما يلقون حتفهم أو يسجنوا لفترات طويلة جدا أو تفنقر ذمتهم المالية عن تعويض الضحايا عن الضرر. ولذلك يلجأ الضحايا عادة إلى ملاحقة ما يسمى بـ "الجيب العميق"<sup>٢٢</sup> أو الطرف ذي الملاءة المالية الذي تتوافر لديه مصادر مالية يمكن التنفيذ عليها وإن كانت مسؤوليته عن الضرر أقل وضوحا من مسؤولية الجاني الذي باشر ارتكاب الجريمة. ولذلك عادة ما تكون الشركات الكبرى والمؤسسات المالية وكذلك الدول هدفا ملائما للضحايا.<sup>٢٣</sup> إلا أنها وقبل صدور

---

<sup>٢١</sup> إلا أنه وفي الغالب لا يلجأ ضحايا الجريمة الجنائية للقضاء المدني إلا في الحالات التي يمكن فيها الحصول على تعويض من الجاني. حيث إن الجاني غالبا لا تتوفر لديه المصادر المالية الكافية لدفع التعويض. ولذلك تظل الدعاوى المدنية عن الجرائم الجنائية قليلة الشبوع في الولايات المتحدة.  
<sup>٢٢</sup> المزيد حول مفهوم الجيب العميق انظر:

Victor E. Schwartz, Phil Goldberg & Christopher E. Appel, *Deep Pocket Jurisprudence: Where Tort Law Should Draw the Line*, 70 OKLA. L. REV. 359 (2017).

<sup>٢٣</sup> يرى جانب من الفقه أن نظام المسؤولية التقصيرية لا يحقق رادعا كافيا للأفراد لأن التعويضات غالبا ما تكون عالية القيمة بحيث لا يستطيعون دفعها، ولذلك فالمسؤولية الجنائية هي النظام الأكفأ بالنسبة لهم. أما الدول والمؤسسات المالية فالردع المالي



التعديل المسمى جاستا لم يكون في مقدور المتضررين مقاضاة الدول الغير مصنفة ضمن قائمة وزارة الخارجية وذلك استنادا على قانون الحصانة السيادية.<sup>٢٤</sup>

### خامسا/ مواجهة الإشكال تشريعا:

إن مقاضاة الدول والكيانات السيادية التي قد يكون لها دور في تسهيل عملية إرهابية أو رعاية تنفيذها قد كان مستحيلا من الناحية القانونية قبل تبني قانون الإرهاب عام ١٩٩٢م.<sup>٢٥</sup> فقد سمح هذا القانون للمحاكم الأمريكية بسماع دعاوى المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الإرهابية وإن وقعت جزئيا أو كليا خارج الولايات المتحدة الأمريكية طالما أن المتضرر مواطن أمريكي. وعلى الرغم من ذلك فقد واجه ضحايا العمليات الإرهابية بعض الصعوبة في مقاضاة الدول والكيانات السيادية<sup>٢٦</sup> إلى أن تبني الكونجرس الأمريكي تعديلا على قانون الحصانة للكيانات السيادية<sup>٢٧</sup> وذلك في العام ١٩٩٦م ليسمح بمقاضاة الدول الراعية للإرهاب. ولكن التعديل قد حصر ذلك على الدول التي يتم تصنيفها ضمن قائمة خاصة بوزارة الخارجية الأمريكية كالجماهيرية الليبية والعراق وإيران<sup>٢٨</sup> وبعد أن فشل ضحايا أحداث الحادي عشر من سبتمبر في مقاضاة

---

من خلال نظام المسؤولية التقصيرية يكون أولى، ولهذا السبب يلاحظ أنه نادرا ما ترفع دعاوى مدنية على الجناة الأصليين في حين ترفع دعاوى مدنية على مؤسسات مالية ودول بسبب أعمال جنائية باشرها غيرهم والسبب في ذلك يعود إلى الملاءة المالية لهذه الكيانات.

Much of this market bypassing cannot be deterred by tort law that is, by privately enforced damage suits. The optimal damages that would be required for deterrence would so frequently exceed the offender's ability to pay that public enforcement and nonmonetary sanctions such as imprisonment. Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1195 (1985).

<sup>٢٤</sup> قانون الحصانة السيادية للدول يعود تاريخ صدوره إلى عام ١٩٧٦م

FSIA (Foreign Sovereign Immunity Act)

Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. No. 94-583, 90 Stat. 2891 (codified at 28 U.S.C. §§ 1330, 1332(a)(2)-(4), 1391(f), 1441(d), 1602-11) [hereinafter FSIA].

<sup>25</sup> 18 U.S.C. § 2333(a) (1992).

<sup>26</sup> Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 886 F. Supp. 306 (E.D.N.Y. 1995), aff'd, 101 F.3d 239 (2d Cir. 1996).

(دعوى أقيمت ضد ليبيا للتعويض عن أضرار حادثة تفجير طائرة لوكيربي تم رفضها لأن الاستثناء الوارد في قانون الحصانة السيادية لم يكن واسعا بما فيه الكفاية لتشمل الدول)

<sup>27</sup> FSIA, 28 U.S.C. §§ 1330

<sup>28</sup> Civil Liability for Acts of State Sponsored Terrorism, Pub. L. No. 104-208, § 589, 110 Stat. 3009 (1996) (codified at 28 U.S.C. § 1605).

السعودية عاد الكونجرس ليجري تعديلاً آخر على نفس القانون في العام ٢٠١٦م تحت اسم (جاستا) أو قانون العدالة ضد رعاة الإرهاب ليمح بمقاضاة أي دولة مدنيا بسبب ما يسمى "الإرهاب الدولي" وإن لم تكن مصنفة رسميا ضمن قائمة الدول الراعية للإرهاب كالمملكة العربية السعودية.<sup>٢٩</sup>

## المبحث الثاني

### التفرقة ما بين المسؤولية المباشرة والمسؤولية بالمساهمة التبعية

#### المطلب الأول

#### التمييز ما بين القانون الإجرائي والقانون الموضوعي

على الرغم من أهمية الخلفية التاريخية التي سبق الحديث عنها، فإنها لا تمثل سوى الجانب الإجرائي من التاريخ القانوني للمسؤولية المدنية عن أعمال الإرهاب الدولي. ولعلنا نكتفي بما أوردناه في هذا الجانب وقد يكون من الملائم التفصيل فيه في بحث آخر. لكن ما يهمنا هنا في هذا البحث هو الجانب الموضوعي للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي وأركانها وعناصرها وأنواعها والقيود الواردة عليها. فالتعديل الإجرائي الأخير تحت مسمى "جاستا" الذي يسمح بمقاضاة الدول والكيانات السيادية لم يترتب عليه استحداث قواعد قانونية موضوعية جديدة بشكل كلي بل ستطبق عليها قواعد قانونية موضوعية وسوابق قضائية مستقرة قبل تبني هذا القانون بأكثر من قرن. إلا أن التعديل الوحيد الذي أحدثه قانون جاستا للقواعد الموضوعية وسيكون مجال بحثنا هنا هو إتاحة المجال للضحايا لإقامة الدعوى بناءً على نظرية المساهمة التبعية التي يتفرع عنها نظرية أخرى تسمى نظرية المساندة والتحرير الضمني Aiding and Abetting والتي

<sup>٢٩</sup> Ashton v. KSA (1:17-cv-02003) (2017)

في هذه القضية المقامة ضد المملكة العربية السعودية يؤسس المدعون مسؤولية المملكة المدنية أن جمعيات خيرية سعودية موظفين رسميين وممثلين للمملكة العربية السعودية قد ظلوا يدعمون تنظيم القاعدة منذ عام ١٩٩٠م على الرغم من علم المملكة العربية السعودية بأهداف تنظيم القاعدة الداعية إلى استهداف المصالح الأمريكية.

"As detailed herein, Saudi Arabia knew from at least the early 1990s that al Qaeda had begun to pursue and carry out terrorist attacks against the United States, and used Wahhabism to justify its campaign of anti-American violence, but Saudi Arabia's charitable organizations and Saudi Arabia's officials, employees and agents continued to provide material support and resources for al Qaeda through and including September 11, 2001"

كان تطبيقها على هذا النوع من القضايا محل خلاف في الدوائر القضائية الفيدرالية. ويجدر التنويه إلى أن هناك حصيلة ليس بالقليلة من السوابق القضائية في دعاوى تعويض مدنية عن أعمال إرهاب دولي رفعت ضد عدد من الجمعيات الخيرية والدول. ولقد كانت أكثر الجهات استهدافاً بهذا النوع من المسؤولية المدنية هي الدول،<sup>30</sup> وكذلك المؤسسات المالية،<sup>31</sup> والجمعيات الخيرية،<sup>32</sup> ومؤخرًا مواقع التواصل الاجتماعي.<sup>33</sup>

ولعل السابقة القضائية الأكثر أهمية التي أبرزت محور الخلاف الدائر في هذا الصدد على مستوى الدوائر الاستئنافية الفيدرالية هي القضية المقامة من عائلة مراهق أمريكي تم اغتياله من قبل أفراد تابعين لمنظمة حماس وذلك لدى انتظاره في موقف حفلات عام ١٩٩٦م. ولأن أهل القتل يدركون ألا جدوى من ملاحقة أعضاء منظمة حماس الذين باثروا عملية التفجير، أقاموا الدعوى على منظمات خيرية تعمل داخل الولايات المتحدة الأمريكية وهي منظمتي الأرض المقدسة<sup>34</sup> ومعهد آخر يعني بترجمة

<sup>30</sup> Roeder v. Islamic Republic of Iran, 333 F.3d 228 (D.C. Cir. 2003), 117 HARV. L. REV. 743, 747 n.39 (2003); Cicippio v. Islamic Republic of Iran, 18 F. Supp. 2d 62, 64 (D.D.C. 1998); Estate of Jenco v. Islamic Republic of Iran, 154 F. Supp. 2d 27, 29 (D.D.C. 2001); Anderson v. Islamic Republic of Iran, 90 F. Supp. 2d 107, 109–11 (D.D.C. 2000); Sutherland v. Islamic Republic of Iran, 151 F. Supp. 2d 27 (D.D.C. 2001); Estate of Elahi v. Islamic Republic of Iran, 124 F. Supp. 2d 97, 103–04 (D.D.C. 2000); Flatow v. Islamic Republic of Iran, 999 F. Supp. 1, 7 (D.D.C. 1998); Alejandre v. Republic of Cuba, 996 F. Supp. 1239, 1242 (S.D. Fla. 1997); Eisenfeld v. Islamic Republic of Iran, No. Civ. 98-1945 RCL, 2000 WL 1918779, at \*1 (D.D.C. July 11, 2000)

<sup>31</sup> Weiss v. National Westminster Bank PLC, 768 F.3d 202 (2d Cir. 2014). قضية مرتبطة بالإهمال في إغلاق حسابات مرتبطة بمنظمة حماس

<sup>32</sup> Boim v. Holy Land Found. for Relief & Dev., 549 F.3d 685 (7th Cir. 2008). دعم جمعيات خيرية أمريكية لأنشطة منظمة حماس الخيرية والاجتماعية مع العلم بوجود أنشطة عنفيه لحماس يرتب المسؤولية المدنية.

<sup>33</sup> Crosby v. Twitter, Inc., No. 16-14406 (E.D. Mich. Mar. 30, 2018). في هذه القضية يزعم ضحايا حادثة إطلاق النار العشوائي في حانة في مدينة أورلاندو عام ٢٠١٦ كانت نتيجة لتأثر منفذ العملية بأفكار تنظيم الدولة التي تم نشرها في كل منصات التواصل الاجتماعي تويتر وجوجل، وأن السماح لتنظيم الدولة بنشر هذه الأفكار يعد من أعمال الإرهاب الدولي حسب نص المادة ٢٣٢٣ من قانون مكافحة الإرهاب.

<sup>34</sup> Holy Land Foundation.

كانت أكبر منظمة خيرية أمريكية في الولايات المتحدة الأمريكية قبل إغلاقها من قبل الحكومة الأمريكية بسبب زعم ارتباطها بمنظمة حماس. تم تأسيسها عام ١٩٨٩ بواسطة أمريكيين من جذور فلسطينية. أدين أغلب أعضائها بجرائم تمويل الإرهاب ولا يزالون يقضون أحكاماً بالسجن تصل إلى ٦٥ عاماً. U.S. v. Holy Land Found. for Relief & Dev., 624 F.3d 685 (5th Cir. 2010).

معاني القرآن الكريم وتفسيره<sup>35</sup> وقد صدر الحكم على كلا الجمعيتين بدفع تعويضات قدرها ١٥٦ مليون دولار. وتجسد هذه القضية الخلاف الفقهي القانوني الدائر حول مسؤولية الفاعل المساهم (الثانوي) في العمليات الإرهابية<sup>36</sup> فانقسمت الدائرة السابعة بين أغلبية ترى أن ترى أنها تقوم على المسؤولية بناء على النظام التقليدي في المسؤولية التصيرية وأقلية ترى أنها يجب أن تبنى على أساس نظرية المساندة والتحريض الضمني بوصفها إحدى صور المساهمة التبعية.<sup>37</sup>

ولهذا السبب سوف تركز نقاط البحث على التفصيل في أهم الفوارق ما بين المسؤولية المدنية التصيرية التقليدي Torts of negligence ومسؤولية المساهم التبعية Secondary liability عن أعمال المساعدة أو التحريض الضمني على العمل الإرهابي. فستحدث أولاً عن المسؤولية التقليدية وكيف طبقتها المحاكم الأمريكية على المسؤولية المدنية عن الأعمال الإرهابية. ثم نتحدث بعد ذلك عن مسؤولية المساهم التبعية وما هي الشروط التي ينبغي تحققها لثبوت المسؤولية بناء على عناصر المساندة والتحريض الضمني.

## المطلب الثاني

### المسؤولية التصيرية في النظام التقليدي وتمييزها عن المسؤولية على أساس المساندة والتحريض الضمني (المساهمة التبعية)

#### مقدمة

يهدف هذا البحث إلى وضع فاصلة للتمييز ما بين نظامين للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي وهما نظام المسؤولية التصيرية التقليدي ونظام المسؤولية على أساس المساندة والتحريض الضمني. كما يهدف إلى استبعاد ما قد يختلط معهما وذلك قبل أن نفرّد كل منهما بشرح مستقل في المطلب القادم. فعند الحديث عن نظام المسؤولية التصيرية الموصوف بالتقليدي (torts of negligence) فإن الانتباه يجب أن يتجه نحو

<sup>35</sup> Quranic Literacy Institute.

معهد متخصص في ترجمة معاني القرآن أنشئ خارج مدينة شيكاغو وتم ربطه بجهات إرهابية.  
<sup>36</sup> المقصود بالفاعل الثانوي هو الشخص الذي لم يباشِر العمل الإرهابي بنفسه بل أسهم بشكل فاعل في إحداث العمل الإرهابي على أرض الواقع. وذلك من خلال المساعدة أو التحريض أو التسهيل.

<sup>37</sup> Holy Land Found. for Relief & Dev., 549 F.3d 685 (7th Cir. 2008).

نظامين تقليديين في نظام المسؤولية التقصيرية وهما نظام المسؤولية الشخصية المباشرة أو نظام الخطأ الواجب الإثبات. وإلى جانبه نظام آخر يعرف بنظام المسؤولية غير المباشرة أو المسؤولية عن فعل الغير وهو شكل من أشكال المسؤولية المفترضة التي لا تتطلب إثبات الخطأ (strict liability). وكلا هذين النظامين يعتبر جزءاً أصيلاً في نظام المسؤولية المدنية وتحدّر جذورها منه. أما نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية فهو مستعار من نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية في فقه القانون الجنائي، ويعد دخيلاً على نظام المسؤولية المدنية.

أولاً/ مفهوم المسؤولية المباشرة التقليدي:

يقوم نظام المسؤولية المباشرة في النظام التقليدي على المسؤولية الشخصية، بحيث لا تتعدى المسؤولية عن الفعل الضار الشخص المباشر للخطأ. ولا بد من تحقيق عناصر المسؤولية الثلاثة (الخطأ والضرر والعلاقة السببية) لثبوت مسؤولية المدعي عليه، فإذا نجح المدعي في إثباتها استحق تعويضاً يعادل الضرر الذي لحق به. وهذا يطلق عليه في نظام المسؤولية التقصيرية في القوانين العربية نظام المسؤولية القائم على الخطأ الواجب الإثبات.

وإلى جانبه، وضمن نظام المسؤولية التقصيرية التقليدي يقوم نظام المسؤولية غير المباشرة أو مسؤولية الشخص عن فعل غيره. ويعد هذا النظام شكلاً من أشكال المسؤولية المفترضة. ويهدف هذا النظام إلى ضم ذمتين ماليتين إحداهما ذات ملاءة مالية بهدف ضمان الحصول على التعويض للمضرور. وفي ظل هذا النظام يسأل المدعي عليه عن الضرر الذي ينشأ عن الأشخاص التابعين له أو الذين يخضعون لرقابته. ونظام المسؤولية غير المباشرة هو نفسه نظام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه (Respondent superior) في الفقه اللاتيني فحينئذ لا يكلف المدعي فيها بإثبات عناصر المسؤولية المدنية ضد التابع الذي صدر منه الخطأ فحسب بل لا بد من إثبات أن هذا التابع كان يعمل لحساب المتبوع وتحت سلطته الفعلية التي تتيح له رقابة التابع وتوجيهه. ويجب أن يكون الخطأ قد صدر من التابع أثناء الوظيفة أو بسببها. ولا يسع

المتبوع الخروج عن هذه المسؤولية وإن كان الخطأ الصادر عن التابع قد كان بالمخالفة الصريحة لتعليمات المتبوع.

ثانيا/ مفهوم نظام المساهمة التبعية وتمييزه عن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه:  
إن نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية نظام حديث نسبيا على نظام المسؤولية المدنية، إذ يستمد أصوله مما يعرف بنظام المساهمة الجنائية في القانون الجنائي. ويتفرع عن هذا النوع من المسؤولية صورتان أو نظريتان:  
الأولى: نظرية الاتفاق أو التآمر Conspiracy مع الفاعل الأصلي على الفعل الضار، وهذه النظرية خارج نطاق بحثنا.

الثانية: نظرية المساندة والتحريض الضمني للفاعل الأصلي Aiding and abetting  
على الرغم من العلم بأن الأخير يمارس ما يعد خطأ تقصيريا.<sup>38</sup> هي التي تعيننا في نطاق بحثنا.

وقد بدأ القانون الأمريكي حديثا بتطبيق صور المساهمة التبعية وبشكل متزايد على قضايا المسؤولية التقصيرية وذلك لتحقيق مزيد من الردع ضد بعض الكيانات التجارية الكبرى عن ممارسات قد يفشل ردها ضمن أنظمة المسؤولية المدنية والجنائية التقليديين.  
ويقوم هذا النظام على فرضية وجود فاعل أصلي وآخر مساهم حيث يسأل المساهم عن الضرر الذي تسبب فيه الفاعل الأصلي. وفي هذا الجانب يتشابه نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية بشكل كبير مع نظام المسؤولية غير المباشرة التقليدي أو ما يعرف بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه مما يسهل الخلط بينهما. إلا أن هذا النظام ليس مبنيا على المسؤولية المفترضة كما هو الحال في النظام التقليدي. بل إن هناك

<sup>38</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 876 (1979):

**"Persons Acting in Concert":**

For harm resulting to a third person from the tortious conduct of another, one is subject to liability if he

(a) does a tortious act in concert with the other or pursuant to a common design with him [conspiracy], or

(b) knows that the other's conduct constitutes a breach of duty and gives substantial assistance or encouragement to the other so to conduct himself [aiding-abetting], or

(c) gives substantial assistance to the other in accomplishing a tortious result and his own conduct, separately considered, constitutes a breach of duty to the third person.

عناصر مختلفة ينبغي على المدعي أن يقيم الدليل عليها قبل ثبوت المسؤولية وهي لا تتعلق بكون الفاعل الأصلي كان تابعاً، بل تركز هذه العناصر كما حددتها وثيقة الأضرار وأشارت إليها المحكمة في قضية البنك العربي<sup>39</sup> وهي أحد أهم القضايا الحديثة في المسؤولية عن رعاية الإرهاب الدولي.

وأهم تلك العناصر هو قيام المسؤولية المباشرة للفاعل الأصلي بعناصرها الثلاثة، ووجود علم مسبق من قبل المساهم ولو بشكل عام ٤٠٠٠ بالنشاط غير القانوني أو الفعل الضار الذي يقوم به الفاعل الأصلي وقت تقديم المساعدة، وأن تكون المساهمة جوهرية بحيث لولاها لما وقع الفعل الأصلي، ويشترط إضافة إلى ذلك وجود رابطة سببية قوية ومباشرة ما بين المساهمة وبين وقوع الضرر، وليس من ضمن تلك الشروط وجود رابطة تبعية أو علاقة عمل بين الفاعل الأصلي والمساهم، بل وربما لا يكون بينهما أي معرفة مسبقة.

ثالثاً/ إمكانية تطبيق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه ضمن نظام المساهمة التبعية:

ينبغي تأكيد أن أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه يمكن تطبيقها ضمن نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية على نحو معين. حيث إن المساهمة التي يقوم بها الكيان التجاري أو السيادي قد تكون صادرة عن أحد التابعين لهذا الكيان أثناء الوظيفة أو بسببها وقد تكون في كثير من الأحيان بالمخالفة لتعليمات المتبوع. فمثلاً لو قام أحد موظفي سفارة دولة ما أثناء وظيفته أو بسببها بتقديم دعم لمنظمة إرهابية بالمخالفة لتعليمات قاداته أو لقوانين الدولة التي ينتمي إليها فإن مسؤولية الدولة لا تنتفي. ففي هذه الحالة يمكن للمدعي عليه أن يقيم دعواه بناء على نظرية المساهمة بالتبعية ولا يمكن للشركة أو للدولة أن تتذرع تجاهه بأن الفعل كان صادرًا عن التابع خلافاً للتعليمات أو القوانين التي تمنع الموظف من هذا الفعل.

رابعاً/ استبعاد المسؤولية المدنية عن الأفعال العمدية من إطار البحث:

في إطار حديثنا عن المسؤولية المدنية عن الجرائم الإرهابية للدول والكيانات السيادية فإن نظام المسؤولية التقليدية القائم على الإهمال والتقصير وكذلك المسؤولية في

<sup>39</sup> Linde v. Arab Bank, PLC, 882 F.3d 314 (2d Cir. 2018) (citing Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983).

<sup>40</sup> بمعنى أنه لا يشترط أن يكون المدعي عليه عالماً بعملية إرهابية بعينها قبل وقوعها.

ظل نظام المساهمة التبعية (نظرية المساندة والتحريض) هي التي سوف تكون محل بحثنا. ومن ثم فإن علينا استبعاد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأفعال العمدية Intentional torts. وقد يثير هذا الأمر تساؤلاً مهماً، ذلك أن الأعمال الإرهابية في غالبها ذات طابع عمدي، فلماذا يتم استبعاد أحكام المسؤولية المدنية عن الأفعال العمدية من نطاق الدراسة؟ السبب هو أنه قلما توجه دعوى مدنية ضد من يباشر عملية إرهابية وذلك بسبب أن من باشر العمل الإرهابي إن لم يكن قد لقي حتفه في عملياته فإن مصادره المالية تعجز عن الوفاء بأي تعويض ولذلك فإن المسؤولية الجنائية هي النظام الأهم في ردع هؤلاء الأفراد. أما الكيانات السيادية التي تحمل قدرًا كبيرًا من المسؤولية وذات ملاءة مالية في الغالب فنادرًا ما تتبنى عملاً إرهابياً يستهدف المدنيين بشكل مباشر لأن ذلك سوف يكون عملاً حربياً يتم الرد عليه بالحرب، أو بالعقوبات الاقتصادية. إلا أن الدول والكيانات السيادية قد يصدر عنها إهمال أو تقوم بأعمال فيها خطورة بالغة قد تخلق خطراً غير اعتيادي مؤداه تنفيذ أو تسهيل تنفيذ عملية إرهابية. ولذلك فإن البحث سوف يقتصر على الحديث عن المسؤولية عن الإهمال غير العمدي.

### **المطلب الثالث**

#### **تردد المحاكم الفيدرالية الأمريكية بين النظريتين**

##### **أولاً/ أبرز الفوارق في تطبيق النظريتين:**

قبل تبني قانون جاستا كانت المحاكم مترددة في قبول نظرية المساهمة بالتبعية في قضايا التعويض المدني عن أعمال الإرهاب ضد رعاة الإرهاب<sup>41</sup>، فكانت الدوائر القضائية الفيدرالية تتوسع في تفسير نظرية المسؤولية المباشرة لتصل المسؤولية للفاعلين غير المباشرين كالمحرضين والمساندين. وبناء على هذا التوسع في تطبيق نظام المسؤولية المباشرة رفضت الدوائر القضائية الاستثنائية السابعة في معرض نظرها لقضايا التعويض المدني عن أعمال الإرهاب الدولي تطبيق إحدى نظريات المسؤولية بالمساهمة التبعية في ظل

<sup>41</sup> Rothstein v. UBS AG, 708 F.3d 82 (2d Cir. 2013).



غياب النص التشريعي لتقرر أن تقديم الدعم للإرهاب يرتب مسؤولية مباشرة وإن كان العمل في ذاته يحمل خصائص مسؤولية المسؤولية غير المباشرة.<sup>42</sup>

ففي هذه القضية التي كانت الدعوى تتمحور حول منظمة خيرية قامت بدعم الأنشطة الخيرية لحماس وذلك في الأعوام السابقة على اغتيال مراهق أمريكي عند موقف حافلات عام ١٩٩٦م.<sup>43</sup> وانقسمت الدائرة الفيدرالية الاستئنافية السابعة في بناء المسؤولية المدنية بين أغلبية ترى أنها تقوم على المسؤولية المباشرة وأقلية ترى أن اللغة التي صاغ بها الكونجرس المادة ٢٣٣٣ تسمح بإقامة الدعوى المدنية ضد المساهمين تأسيسياً على نظرية المساندة والتحريض ضمن نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية.

ونظرية المساهمة بالتبعية قد تبدو أكثر وضوحاً لأن نطاق الاجتهاد القضائي فيها أضيق منه في المسؤولية المباشرة. فالمسؤولية بالمساهمة التبعية تقوم على عناصر محددة ومعايير ضيقة، حيث يجب على المدعي إثبات أن المدعى عليه كان يريد دعم تحقيق أهداف المنظمة أو الفرد المباشر للفعل الضار بمعنى أنه يريد تحقيق أهداف الجماعة الإرهابية.

أما المسؤولية المباشرة فلا تتطلب سوى إثبات عناصر المسؤولية التقليدية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية).<sup>44</sup> وهذا يفتح المجال واسعاً للاجتهاد القضائي حتى أن الدائرة الاستئنافية السابعة في حكمها الشهير لم تضع عبئاً يذكر على المدعي بالحق المدني، حيث لا يطلب منه أكثر من إثبات أن المدعى عليه قد باشر عملاً خطيراً يتمثل في دعم منظمة إرهابية مع علمه بشكل عام بوجود الخطر باحتمال حدوث عملية إرهابية ما مستقبلاً في أي مكان في العالم. فلا حاجة إلى إثبات وجود قصد أو علم خاص بالعملية الإرهابية ذاتها التي تسببت في الضرر بل ودون الحاجة إلى إثبات مشاركة المدعى عليه وبشكل خاص في الأحداث التي سبقت حصوله. ولا ضرورة كذلك من إثبات أن الدولة المدعى عليها كانت على علم أو خططت مسبقاً لارتكاب العملية الإرهابية. بل إن هذه

<sup>42</sup> Holy Land Found. for Relief & Dev., 549 F.3d 692.

<sup>43</sup> *Id.* at 688.

<sup>44</sup> When a federal tort statute does not create secondary liability, so that the only defendants are primary violators, the ordinary tort requirements relating to fault, state of mind, causation, and foreseeability must be satisfied for the plaintiff to obtain a judgment. *Id.* at 688.

الدائرة قررت أن مجرد الدعم الخيري مع العلم بطبيعة نشاط الجماعة الإرهابية يمثل عملاً من أعمال الإرهاب الدولي القائم على العنف بحيث يظل الداعم مسؤولاً عن جميع العمليات التي يرتكبها متلقي الدعم. بل ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك حين قررت أنه متى ثبت واقعا أن المدعى عليه قام بتقديم دعم خيري مع العلم بطبيعة نشاط متلقي الدعم، فإنه يكون قد ارتكب عملاً من أعمال الإرهاب الدولي، وهذا على خلاف الدائرة في نيويورك في قضية البنك العربي التي رأت أنه حتى لو ثبت وجود الدعم فإنه لا غنى عن عرض المسألة على المحلفين للنظر في كون تقديم الدعم لتلك الجماعة يشكل عملاً من أعمال الإرهاب الدولي حسب التعريف الوارد بالمادة ٢٣٣٣ من قانون الإرهاب.

ثانياً/ أصل الخلاف:

يعود سبب خلاف المحاكم الفيدرالية بين قبول نظرية المسؤولية بالمساهمة التبعية ورفضها في قضايا التعويض المدني عن رعاية الإرهاب إلى قرار المحكمة العليا في العام ١٩٩٤م والقاضي بأن جميع صور المسؤولية بالمساهمة التبعية تتطلب وجود نص تشريعي واضح بتأسيسها في تشريع الفيدرالي.<sup>٤٥</sup> وقد أتى هذا الحكم حاسماً لخلاف كان سائداً في الدوائر القضائية الفيدرالية لتلغي ما جرى عليه العمل في القضاء لأكثر من ثلاثين عاماً أي قبل أن تكون دعاوى التعويض عن أعمال الإرهاب ظاهرة شائعة في القضاء الأمريكي. ولفهم أصل هذا الخلاف نعود بالتاريخ قليلاً إلى ظاهرة كانت أكثر شيوعاً قبل العام ١٩٩٤م، وهي ظاهرة الاحتيال المالي في الأسواق المالية.

فقد كانت ظاهرة الاحتيال في الأسواق المالية كبيع منتجات عالية الخطورة لأشخاص قليلي الخبرة أو نشر معلومات كاذبة من شأنها التأثير في قرارات المستثمرين وحصول الخسارة، ليتبين لاحقاً أن الشركات التي باشرت عمليات الاحتيال شركات ضعيفة الملاءة تبادر بإعلان إفلاسها فور قيام دعوى أو صدور حكم ضدها مما يؤدي إلى حرمان المتضررين من الحصول على التعويض.<sup>٤٦</sup>

<sup>45</sup> Central Bank of Denver, NA v. First Interstate Bank of Denver, NA, 511 U.S. 164, 114 S. Ct. 1439, 128 L. Ed. 2d 119 (1994).

<sup>46</sup> Richard C. Mason, *Civil Liability for Aiding and Abetting*, BUS. L. 1136 (2006).

وقد واجه القضاء هذه المشكلة بترتيب المسؤولية على شركات وأشخاص من أصحاب الملاحة المالية وإن كان دورهم في عملية الاحتيايل غير مباشر. حيث توجهت دعاوى قضائية على أصحاب الملاحة المالية على الرغم من كونهم كيانات اعتبارية مستقلة عن الشركة التي باشرت عملية الاحتيايل، إلا أن ذلك لم يمنع أن تتوجه دعاوى التعويض ضدهم. وأبرز هذه الكيانات هي البنوك المستثمرة في الشركات التي مارست عملية الاحتيايل أو على محاسبيها أو على المستشارين الخارجيين لها وذلك على أساس إحدى نظريات المساهمة بالتعبية (نظرية المساندة والتحريض أو نظرية التآمر) ودون الحاجة إلى نص صريح إلى أن جاء حكم المحكمة العليا ليمنع ذلك.<sup>47</sup>

وبعد صدور حكم المحكمة العليا المشار إليه امتنعت المحاكم عن قبول الدعاوى على أساس مسؤولية المساهم التبعي الا بنص خاص، ومع ذلك فقد ظلت المحاكم تجتهد في الحكم بتعويضات مدنية ضد الفاعلين المساهمين كفاعلين غير مباشرين بناء على نظرية المسؤولية المباشرة. حيث أجتهد القضاء في توسيع نطاق تطبيق المسؤولية المباشرة من أجل أن تمتد المسؤولية لتشمل المساهمين أو المشاركين في وقوع الفعل الأصلي. وقد كانت المحاكم تجتهد في تفسير عناصر المسؤولية بشكل يضمن توسعتها لتخضع المسؤولين الغير مباشرين للعدالة. حتى أن جانباً من الفقه قلل من أهمية الفرق ما بين المسؤولية المباشرة والمسؤولية بالمساهمة التبعية حيث أن المحاكم غالباً ما تتبنى نظرية المسؤولية المباشرة لترتيب المسؤولية على الفاعلين المساهمين وذلك في حال غياب النص التشريعي الذي يجيز الأخذ بنظرية المساهمة بالتبعية.<sup>48</sup>

وقد كان ذات الخلاف سائداً في المحاكم الفيدرالية بشأن التعويض المدني في قضايا الإرهاب. إلا أنه وبعد تبني قانون جاستا لم يعد هذا الخلاف ذا أهمية، حيث تم النص صراحة على إمكانية مقاضاة الفاعلين المساهمين على أساس نظرية المساهمة

<sup>47</sup> Central Bank of Denver, 511 U.S. at 164.

<sup>48</sup> Robert A. Prentice, *Locating that Indistinct and Virtually Nonexistent Line between Primary and Secondary Liability under Section 10(b)*, 75 N.C. L. REV. 69, 75 (1996); Daniel L. Brockett, *Line Between Primary and Secondary Liability Still Blurred in Securities Cases*, 50 FED. LAW. 29 (2003).

بالتبعية، فالمدعون إذًا - بعد تبني جاستا- لهم الخيار بين إقامة الدعوى على أساس أي من النظريتين.<sup>٤٩</sup> أما قبل ذلك فقد كان هناك تردد واضح في الدوائر القضائية الفيدرالية في قبول دعاوى التعويض على أساس نظرية المساندة والتحريض الضمني، وكانت تنتظر الدعوى على أساس نظرية المسؤولية المباشرة فقط.<sup>٥٠</sup> ويعود الخلاف في ذلك في ذلك إلى أن نص المادة ٢٣٣٣ من قانون مكافحة الإرهاب الصادر عام ١٩٩٦ م لم ينص على المسؤولية بالمساهمة التبعية بشكل خاص ومن ثم لم يمكن من الممكن إعمالها.

### المبحث الثالث

#### عناصر المسؤولية المباشرة في القانون الأمريكي

##### المطلب الأول

##### ركن الخطأ

أولاً/ الخروج عن واجب قانوني بوصفه جوهرًا لعنصر الخطأ:

يقوم ركن الخطأ على افتراض وجود واجب قانوني عام يحتم اتخاذ قدر معين من الحيطة لتجنب إلحاق الضرر بالآخرين أو ممتلكاتهم أو تقليص المخاطر إلى الحد الأدنى. والمرجع في تحديد القدر اللازم من الحيطة يكون بالرجوع إلى نظرية السلوك المعتاد التي تقرر أن المرجع في تحديد قدر العناية هو تصرف الرجل المتوسط البصيرة والفتنة في ظل الظروف المشابهة أو المماثلة.<sup>٥١</sup> ويقوم ركن الخطأ عند الإخلال بهذا الواجب وذلك حين يخلق الرجل بتصرفاته خطرًا خارج عن الحد المعقول فينجم عنه ضرر لغيره.<sup>٥٢</sup> وبتعبير آخر فإن الإخلال بهذا الواجب يتحقق بالخروج عن حدود

<sup>٤٩</sup> وهذا ما قرره بالفعل الدائرة الفيدرالية الثانية بولاية نيويورك في حكمها في قضية البنك العربي حيث إنه وعلى الرغم من أن جاستا تبني نظرية المساهمة بالتبعية بشكل مباشر إلا أن القضاء لم يستبعد فكرة المسؤولية المباشرة بالكلية. حيث يظل المدعي بالخيار في أن يقيم دعواه بناءً على النظرية الأخيرة حسب ما يراه محققًا لمصلحة الدعوى.

Linde v. Arab Bank, PLC, 882 F.3d 314 (2d Cir. 2018).

<sup>٥٠</sup> Holy Land Foundation, 549 F.3d 685 (7th Cir. 2008); Linde v. Arab Bank, PLC, No. 16-2119-cv (L) (2d Cir. Feb. 9, 2018)

<sup>٥١</sup> DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS §117 (2000); Stewart v. Motts, 654 A.2d 535, 539 Pa. 596 (1995).

<sup>٥٢</sup> DAN B. DOBBS, P.T. HAYDEN, & E.M. BUBLICK, TORTS AND COMPENSATION: PERSONAL ACCOUNTABILITY AND SOCIAL RESPONSIBILITY FOR INJURY 112 (2009).

التصرف المألوف المتوقع من الرجل متوسط الفطنة.<sup>53</sup> وبتعبير من محكمة عليا "إن نقيض الإهمال يتمثل في اتخاذ التدابير المعقولة لمنع وقوع ضرر محتمل بغيره"<sup>54</sup>

ثانيا/ مفهوم الخروج عن الواجب القانوني:

إن كان بالإمكان الفصل نظريًا ما بين مفهوم الواجب القانوني بلزوم بذل العناية المعتادة من جهة وما بين مفهوم الإخلال به من جهة أخرى إلا أنه عند تطبيق هذه المفاهيم على واقعة بعينها تكاد تختفي أهمية هذا الفصل بحيث يكون هناك اندماج كامل بينهما.<sup>55</sup> والسبب في ذلك أن المعايير القانونية المطبقة لتحديد القدر الذي يعد خروجًا عن المألوف تتسم بالغموض والمرونة عند التطبيق على وقائع بعينها مما يتيح قدرًا كبيرًا من الاجتهاد القضائي. فالحد الذي يمكن اعتباره خروجًا عن المألوف مسألة معقدة تخضع غالبًا للتقدير السياسي والموازنة الدقيقة بين المنافع والأضرار.<sup>56</sup>

فعلى سبيل المثال قيادة سيارة بسرعة عالية يعد خروجًا عن المألوف لأنه يخلق خطرًا غير اعتيادي في حين قيادة سيارة إسعاف بنفس السرعة لا يعد كذلك. فعلى الرغم من كون القيادة في الحالة الأخيرة تخلق خطرًا غير اعتيادي إلا أن المنفعة المترتبة على هذا الفعل أو الضرر الذي يراد درؤه يبلغ حدًا يبرر معه قبول القانون لهذا الحد من الخطر الذي قد يعد خارجًا عن المألوف في حالات أخرى. ولذلك فإن المشرع أو القاضي عند تحديده القدر المعقول من الحيلة التي يجب على الشخص عدم تجاوزها أن ينظر بشكل دقيق إلى قدر الخطر لموازنته بحجم المنفعة - أو المصلحة - التي يراد تحقيقها أو حجم الضرر المراد إزالته، فإن بلغت المنفعة المرجوة حدًا مقبولًا أو الضرر

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> Weinberg v. Dinger, 524 A.2d 366, 106 N.J. 469 (1987).

<sup>55</sup> ولذلك فمن الملاحظ أنه في الفقه اللاتيني التقليدي لا تكاد تجد ذكرًا لمسألة الواجب القانوني إلا ضمن سياق الحديث عن ركن الخطأ.

<sup>56</sup> ولعل من المناسب الإشارة إلى نظرية المصالح والمفاسد في الفقه الإسلامي وما ينفرع عنها من قواعد مثل درء المفاسد مقدم على جلب المصالح وقاعدة سد الذرائع وكيف أن تلك القواعد عند تطبيقها تثير خلافًا فقهيًا كبيرًا حتى بين أتباع نفس المدرسة الفقهية. ومن هنا يتبين مدى دقة تحديد مفهوم الواجب القانوني وركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية وصعوبته في كثير من التطبيقات العملية.

المراد دفعه حدًا جسيمًا ضيقَ المشرع دائرة الخروج عن المألوف وكان أكثر انفتاحًا في قبول مخاطر غير اعتيادية.<sup>57</sup>

فالمخاطر التي تخلفها الصناعات الحديثة من تلوث وحوادث وخلافه لا تشكل مبررًا كافيًا للمشرع لاعتبارها خروجًا عن المألوف وذلك بعكس الأنشطة التي تخلق ضررًا محضًا أو ضررًا مجاوزًا للحد دون تحقيق منفعة تذكر كالعيبث بالسيارة أو ترك بئر مفتوح على قارعة الطريق.

وكذلك فإن المشرع عادة ما يفرض واجبًا قانونيًا على من يمارس نشاطًا اقتصاديًا أو صناعيًا وإن كان نافعًا، بذل جهد معقول لتقليص حجم المخاطر الناجمة عن نشاطه كلما أمكن ذلك بتكلفة معقولة. فإذا كان الشخص يستطيع أن يتوقى الضرر ببذل تكلفة معقولة لا تتجاوز حجم الضرر الذي قد ينجم في حال عدم اتخاذ هذه التدابير الوقائية فإن عدم بذل تلك التكلفة لتوقى الضرر يعد خروجًا عن المألوف ومن ثم إخلالًا بالواجب القانوني. فتشييد بناية تجارية مكونة من خمسين طابقًا يخلق خطرًا غير اعتيادي باحتمال سقوط عمال البناء ومع ذلك فإن القانون لا يعتبر هذا الخطر جسيمًا بالقدر الذي ينبغي معه التخلي عن المنافع المترتبة على تشييد هذه البناية لأنها تعد تكلفة باهظة على المجتمع في مقابل ضآلة احتمال حدوث هذا الخطر. ومع ذلك فإن عدم بذل المقاول لأدوات السلامة التي تمنع وقوع الضرر يعد خروجًا عن المألوف على اعتبار أنها ذات تكلفة معقولة في مقابل الضرر المحتمل. وكذلك فإنه وعلى الرغم من المخاطر غير الاعتيادية التي تخلفها قيادة السيارة من وفيات وإصابات بشكل يومي يمكن تفاديها بشكل كامل بمنع قيادة السيارة بشكل نهائي إلا أن السياسية التشريعية المتوازنة لم تقتض منع استخدام السيارة أو فرض قيادتها بسرعة ٢٠ كيلو مترًا في الساعة لأنها تعد تكلفة غير اعتيادية في مقابل ضآلة الخطر أو الضرر المحتمل لأنه من الممكن تجنب غالبية تلك الأضرار بفرض اتباع قوانين للسير.

<sup>57</sup> JULE L. COLEMAN, THE STRUCTURE OF TORT LAW 1233-40 (1987).

ثالثاً/ معيار المنفعة في مقابل الخطر، للقاضي ( ليرند هاند)<sup>58</sup>:

على الرغم من استقرار الفقه والقضاء الأمريكي على معيار الرجل العادي بوصفه قاعدة عامة في تحديد الواجب القانوني وكذلك في تحديد القدر الذي يمثل خروجاً عن السلوك المعتاد، فإن هذا المعيار بذاته قد يقف عاجزاً أمام كثير من التطبيقات العملية وذلك لميله نحو العمومية والغموض.

ولذلك فإن هناك معياراً شهيراً يدعى معيار أو معادلة "المنفعة في مقابل الخطر" استقرت في القضاء والفقه الأمريكي يتم من خلالها توزيع المسؤولية القانونية التي ينبنى عليها تحديد مدى مسؤولية الفاعل وما إذا كان قد ارتكب خطأ موجبا للمسؤولية. ففي إحدى القضايا الشهيرة<sup>59</sup> التي تتخلص وقائعها في غرق بارجة تحمل شحنة من الدقيق مملوكة للحكومة الأمريكية وذلك بسبب انتقاب أسفلها بعد ارتطام عدد من البوارج الأخرى بها. وقد كان المتسبب في الحادثة إحدى الشركات المسؤولة عن زوارق القطر<sup>60</sup> التي تسبب موظفوها بسبب نسيانهم إعادة ربط الحبال التي تمنع الزوارق من الجنوح مما أدى إلى جنوحها بفعل الرياح تجاه البارجة موضع النزاع وإحداث ثقب فيها وغرقها بعد عدة ساعات.

أقيمت الدعوى على شركة الزوارق على أساس المسؤولية التصيرية تأسيساً على أن الإهمال في عدم إعادة ربط البوارج ببعضها هو السبب في إحداث الضرر للبارجة التي غرقت. إلا أن الشركة قد دفعت بأن لإهمال الشركة المسؤولة عن البارجة دوراً مشتركاً في غرقها ومن ثم فهي مسؤولة جزئياً عن غرقها بسبب غياب ربان السفينة الغارقة عند وقوع الحادث. وقد ثبت للمحكمة أنه لو تواجد أحد الربابنة داخل البارجة وقت الحادثة لكان في وسعه إغلاق الثقب على الفور وتلافي وقوع هذا الضرر أو تقليصه. وقد خلصت المحكمة إلى أن الشركة المسؤولة عن البارجة كان بوسعها نقادي وقوع الحادثة باتخاذ ذلك الإجراء ذي التكلفة المعقولة مقارنة بحجم الضرر المحتمل وقوعه نتيجة عدم اتخاذ ذلك الإجراء

<sup>58</sup> Felix Frankfurter, *Judge Learned Hand*, 60 HARV. L. REV. 325 (1946).

<sup>59</sup> United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

<sup>60</sup> *Id.*

وكذلك بالنظر إلى أن هناك مخاطر مرتفعة من عدم اتخاذ هذا الإجراء، بمعنى أن هناك احتمالاً كبيراً لوقوع الضرر في حال عدم اتخاذه.<sup>61</sup>

وقد لاقت معادلة المنفعة مقابل الخطر التي أسس لها القاضي ليرند هاند في هذه القضية قبولاً واسعاً في الأوساط القضائية والأكاديمية وخاصة بين المنتمين إلى المدرسة القانونية القائمة على تحليل السلوك الاقتصادي الذين حاولوا تبريرها بمنطق اقتصادي سلوكي مبسط.<sup>62</sup> فعلى سبيل المثال شخص يمتلك مجموعة من الحيوانات النادرة بقيمة عشرة آلاف ريال. تقع هذه الحيوانات تحت دائرة خطر الاختناق بسبب انقطاع التيار الكهربائي وتوقف تدفق الأكسجين على مدار سنة كاملة ولنقل أن نسبة حدوث ذلك هي ٠٠,٠٠١ فإن التكلفة المعقولة لتوقي هذا الحادث أو تكلفة التأمين ضد وقوع حادثة كهذه هي ١٠ ريالات فقط. بمعنى أن الرجل الراشد قد يستثمر حتى ١٠ ريالات سنوياً في مولد كهربائي احتياطي حتى يتوقى موت حيواناته النادرة. وبمنطق اقتصادي لا يعد من الرشد إنفاق ما يتجاوز العشرة ريالات في هذا المولد بل يعد ذلك خروجاً عن المألوف.<sup>63</sup> وهذا المنطق الاقتصادي المبسط يمكن أن يطبق على كثير من الحالات لمعرفة القدر اللازم من الحيلة والحذر التي يفرضها القانون على من يمارس الأنشطة الخطرة. ففي مقدور الإنسان أن يتوقى معظم المخاطر في الحياة وذلك بتخليه عن ممارسة أي نشاط حياتي كالعمل والاستثمار والترفيه والبقاء في مكانه، ولكنه في هذه الحالة يكون قد بذل تكلفة غير اعتيادية تتمثل في خسارته لمنافع تلك الأنشطة في سبيل تجنب مخاطر بعيدة الحدوث، ومن ثم فإن هذه التصرف لا يتسم بالرشد. وفي المقابل يعد من نقيض الممارسة الراشدة الدخول في مخاطرة غير اعتيادية من أجل الحصول على منفعة ضئيلة كالذي يعرض نفسه للموت من أجل الترفيه أو جذب الانتباه.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 213-18 (2011).

<sup>63</sup> *Id.* at 213-14

<sup>64</sup> *Id.* at 214



#### رابعاً/ التطبيق العملي للمعيار على قضايا المسؤولية التقصيرية:

إن تطبيق هذه المعادلة في إطار المسؤولية التقصيرية لا يكون بالشكل المباشر المبسط الذي طرح في القسم الثالث. ذلك أن غالبية الأشخاص تتجه ممارساتهم نحو الرشد إذا كانت موازنة المنافع والمخاطر تتعلق بأشخاصهم بحيث لا تتعداهم أضرار المخاطرة. لكن الإشكال في مجال المسؤولية التقصيرية يبرز بشكل خاص إذا كانت الممارسة تخلق نفعاً كبيراً للشخص في مقابل مخاطر غير اعتيادية يتعرض لها غيره.<sup>65</sup> ففي مثل هذه الحالات يحدد الشخص الثمار النافعة للنشاط الخطر في وقت لا يتحمل فيه نتائج تلك المخاطرة بل ينقل عبئها ونتائجها إلى غيره. وتطبيقاً لتلك المعادلة على مثال تقليدي شائع عند الحديث عن المسؤولية التقصيرية يمكن القول بأن من أهمل في وضع لوحة تحذيرية لتنبه المارة على وجود حفرة عميقة قد يخلق مخاطر غير اعتيادية قد تؤدي إلى الحاق الضرر الجسيم بغيره، في حين ينتفع هو بتجنب عبء أو تكلفة زهيدة تتمثل في زرع سياج حديدي أو وضع لوحة تحذيرية وهذا قد يخلق منفعة له يتحمل غيره تكلفتها. وكذلك من يحدث تلوثاً بيئياً من أجل إنتاج سلعة كالمالية تحقق نفعاً محدوداً لطبقة محدودة من الناس في حين يتحمل العامة تكلفة غير اعتيادية تتمثل في أمراض مزمنة تظهر أعراضها بعد مدة. وغاية نظام المسؤولية التقصيرية هو منع هذه النتيجة بحيث من يرغب في ممارسة نشاط يخلق خطراً غير اعتيادي بأن يتحمل تكاليف ذلك النشاط كاملة بما في ذلك الأضرار التي قد يلحقها بغيره. والقانون ينظر إلى أن الشخص الراشد سوف يميل إلى تجنب ممارسة النشاط بالكلية متى كانت تكلفة المخاطرة عالية في مقابل الربح المتوقع. ولذلك فإن السياسة التشريعية المتوازنة تسعى إلى الزيادة من تكلفة المسؤولية التقصيرية للنشاطات الخطرة ذات النفع المتواضع حتى يتجنبها المجتمع بالكلية.

#### خامساً/ مفهوم الخطأ في المسؤولية المدنية للدول عن رعاية الإرهاب:

في سياق الحديث عن المسؤولية المدنية للدول والكيانات السيادية عن رعاية الإرهاب ينبغي تأكيد أننا نتحدث عن خطأ تقصيري لا عن أفعال عمدية. فالنوع الأخير

<sup>65</sup> William M. Landes & Richard A. Posner, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, 15 GA. L. REV. 851 (1980).

قد يعد من أعمال الحرب، وفي هذه الحالة قد يبيح القانون الدولي للدولة المعتدى عليها الرد. ولو باستخدام القوة العسكرية المباشرة. فكما ذكرنا سابقاً أن رعاية الإرهاب في الغالب لا تتصل بأنشطة عنيفة، بل هي في غالبها أنشطة سلمية تتمثل في دعم إغاثي أو خيرى من قبل تلك الدول أو الكيانات لجماعات مرتبطة بأنشطة إرهابية. فدعم الدول والكيانات السيادية لجمعيات خيرية مع العلم بوجود الخطر المحتمل من وصول هذا الدعم أو جزء منه لجماعة إرهابية يشكل ركن الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية. فدعم مراكز لتحفيظ القرآن أو للعناية بالحديث أو تقديم دعم لإنشاء مدارس أو مراكز ثقافية وتعليمية أو لبناء مستشفى أو دار لرعاية كبار السن أو رعاية أسر من ينسب إليهم عمل إرهابي وغير ذلك من الأعمال التي لا تتضمن دعماً مباشراً لأهداف الجماعة الإرهابية هي الداخلة في معنى رعاية الإرهاب. فعلى الرغم من كون الدعم موجهاً لأنشطة سلمية وإغاثية إلا أن القانون الأمريكي وإن كان يرى أن هناك فائدة لهذا النوع من الدعم إلا أنه لا يتناسب البتة مع الخطر المحتمل من وصول ذلك الدعم أو جزء منه إلى يد جماعة إرهابية. فحتى إن كانت الدولة الداعمة لا ترغب في دعم الإرهاب بل تقصد فقط تقديم دعم لأغراض خيرية فإن مجرد إدراك الدولة لوجود الخطر بأن يستخدم هذا الدعم في أنشطة إرهابية فإن ذلك قد يترتب عليها المسؤولية التقصيرية المباشرة.

وهذا ما أكده الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية السابعة في القضية المدنية ضد "جمعية الأراضي المقدسة" الخيرية التي كانت تقدم دعماً للجنة الزكاة والتي تخضع للسلطة المباشرة لمنظمة حماس. وعلى الرغم من أن نشاط لجنة الزكاة كان ينحصر في تقديم منح دراسية للطلاب وعربات للمقعدين وأدوات مدرسية،<sup>66</sup> إلا أن ذلك لم يكن كافياً لنفي المسؤولية المدنية عن المنظمة. فقد قررت المحكمة أن توجيه المنظمة المدعى عليها للدعم للجنة الزكاة الخاضعة لسلطة حماس مع علمها بطبيعة أنشطة حماس التي تتخذ طابع العنف يكفي لقيام المسؤولية المدنية. فالنية ليست عنصراً مهماً في إثبات المسؤولية بل يكفي مجرد العلم العام بوجود الخطر من احتمال استخدام المال في عمليات إرهابية

<sup>66</sup> Hollander Nancy, *The Holy Land Foundation Case: The Collapse of American Justice*, 20 WASH. & LEE J. CIV. RTS. & SOC. JUST. 45 (2014).

وذلك بالنظر إلى طبيعة المنظمة وأنشطتها. وقد شبهت المحكمة تمكين جماعه إرهابية من المال بإعطاء طفل مسدسًا يحمل ذخيرة حية.<sup>٦٧</sup> وقد ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك حين قررت أن العلم بطبيعة نشاط المنظمة لا يشترط أن يكون فعليًا بل يمكن أن يكون مفترضًا. فيكفي لتحقيق عنصر العلم إهمال المدعى عليه في إدراك خطر كان ينبغي عليه أن يدركه. فيكفي لتحقيقه إهمال المدعى عليه في العلم به وإدراكه. وهذا بالفعل ما توصلت إليه الدائرة السابعة بقولها إن شرط العلم يتحقق عندما يرتكب المدعى عليه فعلا ينجم عنه خطر كان ينبغي أن يكون عالما به حتى ولو لم يكن على علم فعلي بوجوده.<sup>٦٨</sup>

سادسًا/ التأييد الضمني من قبل المحكمة العليا الأمريكية لهذا الاتجاه:

يبدو أن المحكمة الأمريكية العليا تميل إلى هذا الاتجاه ضمنا وذلك في حكمها الصادر في إحدى القضايا الشهيرة.<sup>٦٩</sup> حيث قررت المحكمة بالأغلبية أن أي شكل من أشكال الدعم للجماعات الإرهابية وإن كان لأغراض سلمية لا يمنع من قيام المسؤولية الجنائية المقررة بموجب المادة ٢٣٣٩ من قانون الإرهاب المسمى ( باتريوت).<sup>٧٠</sup> فهذه المادة تحظر تقديم دعم جوهري Material support للجماعات الإرهابية وتفرض عقوبات جنائية علي هذا الفعل، الا أن المحكمة العليا في قرارها هذا قد توسعت في تفسير معنى "الدعم الجوهري" ليشتمل الحظر على كافة أشكال الدعم ولو كان بقصد تحقيق أهداف سلمية وقانونية للمنظمة الإرهابية. فالمحكمة العليا رفضت الحجة التي

<sup>67</sup> To give money to an organization that commits terrorist acts is not intentional misconduct unless one either knows that the organization engages in such acts or is deliberately indifferent to whether it does or not, meaning that one knows there is a substantial probability that the organization engages in terrorism but one does not care" ..... " To give a small child a loaded gun would be a case of criminal recklessness and therefore satisfy the state of mind requirement for liability under section 2333 and the statutes that it incorporates by reference." Holy Land Foundation for Relief & Dev., 549 F.3d 693 (7th Cir. 2008).

<sup>68</sup> "It sometimes connotes merely gross negligence and at other times requires only that the defendant have acted in the face of an unreasonable risk that he should have been aware of even if he wasn't "

*Id.* at 694.

<sup>69</sup> Holder v. Humanitarian Law Project, 130 S. Ct. 2705, 561 U.S. 1, 177 L. Ed. 2d 355 (2010).

<sup>70</sup> 18 U.S.C. § 2339B(a)(1).

أثارها المدعي بعدم دستورية المادة ٢٣٣٩ ما لم يتم تفسيرها بشكل ضيق لينحصر التجريم في الدعم الذي يهدف إلى تحقيق الأهداف غير القانونية للجماعة الإرهابية.<sup>٧١</sup> وعليه فإن المسؤولية الجنائية لا تنتفي عن الداعم ولو كان يقصد تحقيق الأهداف القانونية للجماعة الإرهابية التي قد تتخذ أشكالاً متعددة مثل النشاط السياسي السلمي والأنشطة الثقافية والتعليمية والإغائية ونحوها. وهذا الأمر قد يثير إشكالات دستورية تتمثل في قيود محتملة على حرية التعبير التي شكلت الأساس الذي بنى عليه الأقلية في المحكمة رأيهم المخالف لرأي الأغلبية.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عدداً من المنظمات المدنية الخيرية التي تعمل في الولايات المتحدة وقبل قيامها بتقديم دعم لجماعتي حزب العمال الكردستاني وجماعة نمور التاميل السريلانكية والمصنفتين بوصفهما جماعات إرهابية ضمن قائمة خاصة لدى وزارة الخارجية الأمريكية قد أقاموا دعوى احترازية استباقية<sup>٧٢</sup> سلكت طريقها إلى المحكمة العليا. وعلى الرغم من كون الدعم ينحصر في نقل خبرات ونصائح حول كيفية إنهاء النزاعات ودياً إلا أن المحكمة العليا قررت أن إرادة المشرع الأمريكي (الكونجرس) قد اتجهت إلى منع هذا النوع من الدعم. ولذلك فشلت محاولة الادعاء الطعن في دستورية هذا القانون بحجة أنه يحد من حرية التعبير وحرية الاجتماع.<sup>٧٣</sup>

ويبدو أن الدائرة الفيدرالية السابعة في صدد نظرها لقضية "جمعية الأراضي المقدسة" قد أخذت في عين الاعتبار الجدل الدائر لدى الدائرة الفيدرالية التاسعة. فعلى الرغم من أن الدعوى في القضية الأولى كانت متجهة إلى تأصيل المسؤولية المدنية إلا

<sup>71</sup> Humanitarian Law Project, 130 S. Ct. at 2716.

<sup>72</sup> هذا الدعوى تسمى

Pre-enforcement of a criminal statute

ويهدف من خلالها المدعي إلى حماية مصلحة أو دفع ضرر احتمالي، وقد قبلت المحكمة هذه الدعوى لوجود تهديد حقيقي بالمحاكمة في حال قيام المدعين بدعم المنظمات الإرهابية.

Babbitt v. Farm Workers, 442 U.S. 289, 99 S. Ct. 2301, 60 L. Ed. 2d 895 (1979) (When the plaintiff has alleged an intention to engage in a course of conduct arguably affected with a constitutional interest, but proscribed by a statute, and there exists a credible threat of prosecution thereunder, he "should not be required to await and undergo a criminal prosecution as the sole means of seeking relief).

<sup>73</sup> Humanitarian Law Project, 130 S. Ct. at 2732-43.

أن الجدل فيها لا يختلف في جوهره عن الجدل الذي كان دائراً بالتزامن لدى الدائرة الفيدرالية التاسعة في الدعوى على الرغم من أنها كانت تأصيلاً للمسؤولية الجنائية. فالسؤال واحد وهو: هل الدعم المقدم للجماعات الإرهابية لأغراض قانونية سلمية كالتعليم والصحة والممارسة السياسية السلمية يرتب مسؤولية قانونية؟

وقد خلصت الدائرة الفيدرالية السابعة إلى أن نية المشرع قد اتجهت إلى تحريم مثل هذا الدعم لأنه وإن كان سلمياً إلا أنه يشجع على غسل الأموال ولذلك فإن المسؤولية المدنية تقوم في حال قيام الدعم مع مجرد العلم بطبيعة نشاط المنظمة بغض النظر عن نية من يقدم الدعم. وهذا ما أقرته فعلاً المحكمة العليا بعد عامين تقريباً وذلك بإقرارها أن المدعي العام غير مكلف بإقامة الدليل على نية الجهة الداعمة فالعلم المجرد بحد ذاته يكفي لقيام المسؤولية الجنائية وأن هذا التفسير لا يناقض المبادئ الدستورية كالحق في التعبير والاجتماع.

#### سابعاً/ موقف الدائرة الفيدرالية الثانية بولاية نيويورك:

أما الدائرة الفيدرالية الثانية فقد كان لها موقفاً مختلفاً في تحقيق عناصر المسؤولية المباشرة حيث اتخذت موقفاً أكثر شدة في الالتزام بحرفية نص المادة ٢٣٣٣ من قانون الإرهاب. فقد ذكرت الدائرة أن ثبوت المسؤولية المباشرة مقرون بارتكاب عمل من أعمال "الإرهاب الدولي" حسب التعريف الوارد في نص المادة المذكورة. وهذا يتطلب وقوع عمل ينطوي على عنف أو خطير على سلامة البشر ويكون بالمخالفة للقانون الجنائي الأمريكي. ٧٤. ورفضت الدائرة اعتبار تقديم التبرعات الخيرية عملاً ينطوي على "عنف أو خطورة على السلامة البشرية" بشكل مطلق، فتقديم الخدمات البنكية ليست مثل القيام بعمل انتحاري مثلاً، بل إن الأمر يحتاج إلى النظر في كل حالة على حدة، باعتبارها من مسائل الوقائع التي ينبغي عرضها على المحلفين، كل حالة على حدة؛ وذلك للنظر في مدى تحقق العناصر الواردة في تعريف "الإرهاب الدولي" حسب منطوق المادة ٢٣٣٣(أ) ٧٥.

<sup>74</sup> involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State;

<sup>75</sup> Linde v. Arab Bank, PLC, 882 F.3d at 326-28.

وعليه فإن المستقر عليه قضاءً أن المسؤولية المدنية عن دعم الجماعات الإرهابية يمكن أن تبنى على أساس المسؤولية المباشرة التي تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، إلا أنه ما يزال هناك خلاف قائم بين الدوائر القضائية في متطلبات قيام عناصر الخطأ.

## المطلب الثاني

### ركن الضرر

أولاً: جوهرية الضرر في المسؤولية المدنية خلافاً للمسؤولية الجنائية:

يعد ركن الضرر عنصراً أساسياً لقيام المسؤولية المدنية بشكل عام سواء كانت عقدية أو تقصيرية، فلا مسؤولية مدنية دون وجود ضرر وشخص متضرر يرغب في تحريك دعواه من أجل الحصول على تعويض.<sup>76</sup> وهذا الأمر هو الذي يفرق المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية خاصة في المسؤولية عن الجرائم الإرهابية. فالمسؤولية الجنائية تتحقق بقيام أركان الجريمة ولو لم يكن هنالك أي متضرر بشكل مباشر من الجريمة،<sup>77</sup> فمجرد التأمّر مثلاً على تنفيذ عملية إرهابية يعدّ جرماً يعاقب عليه حتى ولو لم يتم اتخاذ أي خطوة نحو التنفيذ الفعلي للجريمة.<sup>78</sup> بل حتى وإن وقعت الجريمة وتحقق الضرر فليس الضرر هو العنصر الأهم في قيام المسؤولية الجنائية وإن كان عنصراً مهماً في تشديد العقوبة فقط. وكذلك يعاقب القانون على الشروع في ارتكاب الجريمة وإن لم تقع هذه الجريمة فعلاً. كما أن الدعوى الجنائية عادة ما يتم تحريكها من قبل السلطة العامة وليس من قبل الأفراد المتضررين.

<sup>76</sup> A fundamental principle of tort law is that there is no tort without an injury, e.g., *Rozenfeld v. Medical Protective Co.*, 73 F.3d 154, 156 (7th Cir. 1996); *Winskunas v. Birbaum*, 23 F.3d 1264, 1267 (7th Cir. 1994)

<sup>77</sup> ".....in the statutes that impose criminal liability on providers of material support to terrorism (18 U.S.C. §§ 2339A, B, and C), which do not require proof that the material support resulted in an actual terrorist act, or that punish an attempt (e.g., 18 U.S.C. § 1113) that the intended victim may not even have noticed, so that there is no injury" *Boim v. Holy Land Foundation for Relief & Dev.*, 549 F.3d 692 (7th Cir. 2008).

<sup>78</sup> 18 U.S. Code § 2332b(a)(2)

تدين هذه المادة مجرد التأمّر على تنفيذ أي من الأعمال الإرهابية المجرمة بموجب هذا القانون

## ثانياً: الحديث عن الإرهاب في سياق المسؤولية المدنية والخلط الشائع بينها وبين المسؤولية الجنائية:

عند الحديث عن مسؤولية الدول عن رعاية الإرهاب كثيراً ما يختلط الأمر على بعضهم، فينظر إلى أن رعاية الدولة للإرهاب لا بد وأن يرتبط بأنشطة جرمية.<sup>٧٩</sup> وهذا الخلط سببه أن قانون الإرهاب لعام ١٩٩٢م وقانون العدالة ضد رعاة الإرهاب (جاستا) يتناول المسؤولية القانونية المدنية عن عمل أو سلوك جنائي في الغالب يرتب في نفس الوقت مسؤولية مدنية ضد دول أو كيانات سيادية لم تباشر العمل الإجرامي بنفسها، وإنما قدمت دعماً لجهة أو منظمة إرهابية فزاد من قدرتها على تنفيذ عمليات إرهابية وإن لم تكن نية هذه الدولة أو الكيان السيادي قد اتجهت إلى تسهيل تحقيق أهداف المنظمة الإجرامية. فتقديم الدعم لمنظمة إرهابية يعد قانوناً خروجاً عن السلوك المألوف إلا أنه لا يرتب أي مسؤولية ما لم يلحق هذا الدعم ضرراً بمواطن أمريكي. وذلك بعكس المسؤولية عن الجريمة الجنائية التي تقوم ولو لم يترتب أي ضرر.

ولأن دعوى التعويض المدنية يتم رفعها من قبل الشخص المتضرر وليس من قبل الدولة فإن هناك خطورة كبيرة على الدول والكيانات المتأثرة بقانون الإرهاب لعام ١٩٩٢م وقانون العدالة ضد رعاة الإرهاب (جاستا) لعام ٢٠١٦م. حيث يفتح ذلك القانون الباب واسعاً لأي مواطن أمريكي قد تضرر من اعتداء إرهابي أو قد يتضرر منه في المستقبل لمقاضاة تلك الدول أو الكيانات طالما تمكن من إثبات أن الجماعة الإرهابية المسؤولة عن الحادث قد تلقت دعماً من الدولة المدعى عليها ولو لم يكن هذا الدعم بقصد تسهيل تنفيذ العملية الإرهابية التي تسببت في الضرر.<sup>٨٠</sup>

<sup>٧٩</sup> عيسى معيزة. "دراسة قانون "العدالة ضد رعاة الإرهاب" في ضوء قواعد القانون الدولي." مجلة دراسات دولية/تصنير عن مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية ٧٠ (٢٠١٧): ٢٥٢. (وقع الكاتب في هذا الخلط حين اعتبر أن من آثار قانون جاستا هو إدانة المملكة العربية السعودية في القضاء الجنائي)

<sup>٨٠</sup> وهذا من ضمن الاعتراضات الجوهرية التي أثارها قضاة الأقلية في حكم الدائرة التاسعة حيث ذكروا أن من يعطي تبرعاً مهماً كان بسيطاً لحملات من أجل شراء جهاز طبي يظل مسؤولاً عن أي عملية إرهابية تقوم بها حماس ضد أي مواطن أمريكي في أي مكان في العالم من ذلك الوقت وإلى أجل غير معلوم.

(one who gives money to any Hamas entity, even if it is a small donation to help buy an x-ray machine for a Hamas hospital, is liable from now until the end of time for any

## المطلب الثالث

### العلاقة السببية

أولاً/ مفهوم السببية :

يعد عنصر السبب أحد العناصر الجوهرية في إثبات المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي ارتكاب المدعى عليه للفعل الخارج عن المألوف (الخطأ) ووقوع الضرر بل يجب أن يكون الضرر ناجماً عن الخطأ بحيث لا يسأل المدعى عليه إلا عن الأضرار التي سببها فعله الإيجابي أو موقفه السلبي.<sup>81</sup>.

ثانياً: معايير نهوض عنصر السبب:

تبنى القضاء الأمريكي معياراً مرناً في إثبات السببية من حيث المبدأ، بحيث إن كل فعل يمكن أن يكون سبباً واقعياً في إحداث الضرر يصلح أن يكون كذلك سبباً قانونياً قد يترتب عليه المسؤولية المدنية. والمعيار الذي تبناه القضاء الأمريكي هو معيار "لو لم يحدث .... لما صار...." أو "لو صار .... لما صار ...."، فهو معيار تخيلي محض يقوم على افتراض وجود أحداث بديلة لم تقع أو غياب أحداث وقعت فعلاً، وما إذا كان ذلك سوف يغير من النتيجة.<sup>82</sup> وهو معيار في غاية المرونة التي قد تجعله أقرب إلى النظرية في كثير من الحالات.<sup>83</sup> فمثلاً في الحالات التي يسهم فيها أكثر من شخص في إحداث ضرر واحد غير قابل للقسمة كأن يقوم شخص بدهس حيوان ويتركه على الطريق دون أن يزيله إهمالاً منه ثم يأتي شخص آخر يقود السيارة بسرعة عالية فيرتطم بجثة ذلك الحيوان ويتسبب بأضرار لركاب مركبته. فلولا أن الشخص الأول كان مهملاً لم تسبب إهمال الشخص الثاني في الضرر، كما أنه لو لم يكن الشخص الثاني مهملاً بقيادة السيارة بسرعة عالية لما تسبب في إصابة الركاب. وفي مثال آخر، ماذا لو اشترك

---

terrorist act that Hamas might thereafter commit against an American citizen outside of the United States)

Holy Land Foundation, 549 F.3d at 710.

<sup>81</sup> Dobbs, Hayden & Bublick, *supra* note 53, at 165.

<sup>82</sup> ما يطلق عليه معيار But for test of causation

Hillel David, W. Paul McCague & Peter F. Yaniszewski, Proving Causation Where the But For Test Is Unworkable, 30 *ADVOC. Q.* 216 (2005).

<sup>83</sup> *Id.* at 219.



الطبيب المعالج بإهماله في تقاوم جراح المصاب؟ لذلك نادرًا ما يعتمد القضاء على هذا العنصر دون اللجوء إلى عنصر رابع وهو اتصال السبب بالضرر.<sup>٨٤</sup> إلا أنه يمكن العمل بهذا المعيار في الحالات المباشرة غير المعقدة حينما يكون هناك متسبب واحد للضرر أو أكثر من متسبب لكن بالإمكان تمييز مقدار الضرر الذي اشترك فيه كل شخص بشكل واضح. وكذلك يعمل به القضاء من أجل استبعاد الأفعال التي لا يمكن أن تكون سببًا في الضرر من اعتبار قاضي الوقائع.<sup>٨٥</sup>

### ثالثًا/ عنصر السببية في حالات العمد والإهمال الجسيم:

في الحالات التي يكون فيها الإهمال عمديًا أو جسيمًا أو ينطوي على مخاطرة عالية مقترنة مع ضالة المنفعة الناجمة عن الفعل فإن القضاء عادة ما يتخفف مع المدعي في متطلبات ثبوت السببية بحيث يتبنى معيارًا أقل صرامة.<sup>٨٦</sup> وفي مثل هذه الحالات فإن القضاء يقضي بثبوت عنصر السبب طالما أن فعل المدعي عليه كافٍ - وليس ضروريًا- لإحداث الضرر. ففي إحدى القضايا المقامة على طبيب أهمل في معالجة مريض حتى توفي. وعلى الرغم من عدم إمكانية القطع بأن المبادرة في العلاج كانت ستقذ حياته إلا أن القضاء قرر مسؤولية الطبيب عن الوفاة بسبب أن إهمال العلاج قد حرمه من فرصة محتملة في النجاة. فعلى الرغم من أن النجاة غير مؤكدة إلا أنها محتملة. فالقانون لا يطلب من المدعي إثبات أن المريض حتمًا كان سوف ينجو في حال

<sup>٨٤</sup>ولذلك عادة ما يجأ القضاء في هذه الحالة إلى النظر إلى ما يسمى السبب الجوهري أو السبب الفاعل

The "but for" test is unworkable in some circumstances, so the courts have recognized that causation is established where the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury

Athey v. Leonati, 140 D.L.R. (4th) 235 ¶ 15 (1996).

<sup>٨٥</sup> ".....serves as an exclusionary test. Its purpose is to eliminate from consideration factually irrelevant causes . . . If the but for test is not met then the injury would have occurred regardless of the act or omission in question" Chisholm v. Liberty Mutual Group, 60 O.R. (3d) 776 ¶ 25 (2002).

<sup>٨٦</sup> Relaxed causation test.

والعمل بهذا المعيار يؤدي إلى ثبوت السببية لمجرد قابلية الفعل أو "كفايته" في إحداث الضرر، في حين المعيار الأكثر صرامة يتطلب أن يزيد الفعل من احتمالية حدوث الضرر وبشكل غالب بمعنى أن الضرر سوف يقع على الأغلب بسبب هذا الفعل أو الامتناع عن الفعل.

DOBBS, *supra* note 52, at 180.

المبادرة بإسعافه بل يكفي إثبات أن النجاة كانت أمرًا محتملاً.<sup>87</sup> وفي المقابل قد يكون القانون أشد صرامة مع المدعي في متطلبات ثبوت السببية بحيث يمتنع القاضي عن الحكم بالمسؤولية على الرغم من وجود الإهمال طالما أن وجود هذا الإهمال أو عدمه غير مؤثر في إحداث الضرر. فالطبيب الذي أهمل في إسعاف مريض حتى توفي لم يعتبر مسؤولاً عن الضرر لأن فرصة المريض في النجاة حتى لو تم إسعافه كانت لا تزيد عن ٤٠%.<sup>88</sup>

رابعا/ تطبيق السببية على قضايا رعاية الإرهاب:

في قضايا رعاية الإرهاب الدولي أخذ القضاء بالمعيار المرن في إثبات السببية بحيث لا ضرورة من إثبات اتصال السبب بالضرر، بل يكتفى - حسب الدائرة الفيدرالية الثانية - فيها بإثبات أن الضرر "قابل للتتبع بشكل كافٍ"، بمعنى أن يكون هناك ارتباط سببي بين الفعل والنتيجة.<sup>89</sup> ومعيار القابلية للتتبع يعد من أكثر النسخ تخففاً من عنصر السببية، حيث من الوارد نسبة الضرر إلى خطأ المدعى عليه وإن تباعد الاتصال السببي بشكل الخطأ والضرر بشكل كبير.<sup>90</sup>

وأغلب الدعاوى التي أقيمت، أو سوف تقام ضد الدول والكيانات بموجب قانون الإرهاب لعام ١٩٩٦م، أو تم تأسيس المسؤولية المدنية المباشرة فيها بناءً على قيام تلك الدول المدعى عليها بتسهيل العملية الإرهابية من خلال تقديم دعم خيري لجماعة إرهابية مع علم الدولة وإحاطتها بأن هذه الجماعة تتخذ من المواطن الأمريكي وممتلكاته هدفاً للقتل أو التدمير. وحتى بعد تبني قانون جاستا لنظرية المسؤولية بالمساهمة التبعية فإن ذلك لم يمنع أهالي الضحايا من الاستناد على نظرية المسؤولية المباشرة ليستفيدوا من هذا التطبيق المرن للسببية. وذلك واضح من خلال وثائق الدعوى المقامة من عائلات الضحايا ضد المملكة العربية السعودية حيث يركز الادعاء في سعيه لتأسيس مسؤولية المملكة عن أحداث الحادي عشر من سبتمبر على قيام جمعيات خيرية تخضع لسلطة

<sup>87</sup> Hamil v. Bashline, 392 A.2d 1280, 481 Pa. 256 (1978).

<sup>88</sup> Fennell v. So. Maryland Hosp., 580 A.2d 206, 320 Md. 776, 320 Maryland 776 (1990).

<sup>89</sup> Fairly traceable" Rothstein v. UBS AG, 708 F.3d at 92-93 (2d Cir. 2013).

<sup>90</sup> *Id.* at 93

الدولة- كمؤسسة الحرمين الخيرية- بدعم أنشطة في أفغانستان ضمن النطاق الجغرافي لنشاط تنظيم القاعدة وأسامة بن لادن.<sup>91</sup> وعلى الرغم من أن فاعلية الدعم في إحداث الضرر قد يكون محدودًا إلى حد العدم في بعض الأحيان، بحيث إن الضرر كان سوف يقع حتماً حتى بالاستغناء عن ذلك الدعم. إلا القانون بحسب الدائرة القضائية الفيدرالية السابعة يرى أن الدعم مهما كان بسيطاً فإنه يترتب المسؤولية فالعبرة قانوناً بوجود الدعم لا بحجمه. والمطلوب لقيام المسؤولية هو أن يكون الدعم سبباً كافياً لتسهيل وقوع الحدث الإرهابي ولا يشترط أن يكون الدعم ضرورياً لإحداثه. بمعنى أن المدعى عليه لن يتمكن من نفي المسؤولية ولو أثبت أن الضرر الناجم عن الحدث الإرهابي كان سوف يقع حتى في ظل غياب أي دعم من المدعى عليه. وحجة الدائرة السابعة في تبنيها لنظرية المسؤولية المباشرة هي أن القانون مستقر على أن المدعى عليه لا يمكن أن ينفي عن نفسه المسؤولية بالإشارة إلى أسباب بديلة قادرة على إحداث الضرر.<sup>92</sup> ففي إحدى القضايا الشهيرة التي تتلخص وقائعها في أن ضرراً لحق بأحد الصيادين نتيجة إصابته برصاصة واحدة من إحدى اثنتين قد انطلقتا بالتزامن من بندقيتي صيد مملوكتين لصيادين مختلفين ولم يعلم أي منهما الذي ألحق الضرر بالصياد. وعلى الرغم من ذلك فإن المحكمة قد أقرت بمسؤولية كلا الصيادين عن الضرر بالتزامن. والسبب في ذلك أن القضاء قد اكتفى بثبوت أن إحدى الرصاصتين كافٍ بحد ذاته دون الآخر لإحداث الضرر الذي لحق بالضحية. ولن يسعف المدعي عليه إثبات أن الرصاصة التي انطلقت من بندقيته لم تصب المدعي.<sup>93</sup>

ويبدو أن السمة المشتركة للحالات التي يتبنى فيها القضاء هذه الصيغة المتخففة من عنصر السببية ينظر فيها إلى طبيعة الفعل وكونه ينطوي على تهور أو خطأ جسيم مع ضالة المنفعة المرجوة منه.<sup>94</sup> ولأن القانون والقضاء الأمريكي ينظر إلى دعم

<sup>91</sup> Ashton v. Kingdom of Saudi Arabia, 1:17-cv-02003 (2017).

<sup>92</sup> U.S. v. Johnson, 380 F.3d 1016 (7th Cir. 2004).

<sup>93</sup> Summers v. Tice, 33 Cal. 2d 80, 199 P.2d 1, 199 P.3d 1 (1948).

<sup>94</sup> Lennon v. Metropolitan Life Ins. Co., 504 F.3d 617, 623 (6th Cir. 2007) (the risk must be weighed against the lack of social utility of the activity in adjudging its reasonableness)

الكيانات المرتبطة بالجماعات الإرهابية ماليًا وإن كان دعما خيرياً على أنه عمل ذو منفعة اجتماعية محدودة إذا ما قورن بالخطر غير المعقول مما يبرر التخفف بشكل كبير في تطبيق معيار السببية حسب التفصيل الذي أوردناه.

### المطلب الرابع

#### اتصال السبب بالضرر<sup>٩٥</sup>

أولاً/ مفهوم اتصال السبب بالضرر

معنى اتصال السبب بالضرر هو أن الإخلال بالواجب القانوني ونشوء ركن الخطأ لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية ما لم يكن الضرر الذي لحق بالمدعي من الذي يحدثه عادة الإخلال الحاصل من المدعى عليه. فحتى مع كون المدعى عليه مخطئاً بواجبه القانوني بأخذ الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر فلا يعد مسؤولاً تجاه المدعي طالما أن الضرر الحاصل له ليس من النوع الذي يحدثه في العادة الإهمال الصادر عن المدعى عليه، أو لكون الضرر ليس واقعاً ضمن نطاق المخاطر المحتملة التي قد يحدثها فعل المدعى عليه.<sup>٩٦</sup> وبتعبير آخر فإن المدعي يظل غير مسؤول عن الضرر طالما أن فعله أو موقفه السلبي ليس هو السبب الفاعل أو السبب الجوهرى في حصول الضرر المدعى به.<sup>٩٧</sup>

ثانياً / تطبيقات عملية لعنصر اتصال السبب بالضرر:

توضيحاً لفكرة اتصال السبب بالضرر قد يكون من الملائم عرض بعض التطبيقات العملية.

١- تطبيق قضائي يوضح المفهوم العام لنظرية اتصال السبب بالضرر:

في قرار لمحكمة الاستئناف لولاية كينيتك في قضية تتلخص وقائعها في تعرض سيدة لاعتداء جسدي أثناء زيارتها لصديققتها. حيث انتظرت وقتاً أطول من اللازم أمام المدخل الرئيس للمجمع السكني بسبب عطب في نظام الاتصالات الداخلية مما جعلها

<sup>95</sup> Proximate cause.

<sup>96</sup> DOBBS, *supra* note 52.

<sup>97</sup> Gregg v. VJ Auto Parts, Inc., 943 A.2d 216, 596 Pa. 274 (2007); Borg-Warner Corp. v. Flores, 232 S.W.3d 765 (Tex. 2007).

عرضة لهذا الاعتداء. ولا خلاف أن معظم عناصر المسؤولية التقصيرية قد اجتمعت ضد المجمع السكني عندما قصرت في صيانة نظام الاتصالات وأنه لو لم تهمل المدعى عليها في إصلاحه لما حدث الضرر للمدعية. إلا أن المحكمة مع تسليمها بهذا كله قررت أن المدعى عليها غير مسؤولة لأن الاعتداء الجسدي يعد خارجاً عن نطاق المخاطر المتوقعة بوصفه نتيجة لفشل نظام الاتصالات الداخلية. حيث لا يمكن للشخص العادي أن يتوقع حصول الاعتداء الجسدي بسبب فشله في إصلاح عطب في نظام الاتصالات.<sup>98</sup>

## ٢- تطبيقات قضائية في إيضاح القواعد والمعايير المتبعة لتحقيق عنصر الاتصال السببي:

إن المحاكم الأمريكية انقسمت حول المعيار الأنسب للتحقق من مدى اتصال الخطأ بالضرر، ولكنها في جلها ومع تباين في العبارات المستخدمة يعبر عن معنى متقارب وهو مدى تقصير المدعى عليه في التحرز من خطر متوقع بوصفه نتيجة مباشرة لإهماله.<sup>99</sup> ولمعرفة ما إذا كان المدعى عليه كان متوقفاً للخطر أو كان ينبغي عليه إدراك الخطر عندما باشر الفعل وكذلك معرفة درجة التحرز المطلوبة منه فإن القضاء عادة ما يطبق معياراً موضوعياً وهو معيار الرجل المعتاد المعقول في تبصره وما إذا كان الرجل متوسط التبصر كان- في ظل ظروف مماثلة أو مشابهة- يعلم أو كان ينبغي عليه أن يتوقع الخطر الذي نجم عنه الضرر ويكون في وسعه دفعه ببذل جهد معقول. وقد عبرت وثيقة قانون الأضرار<sup>100</sup> عن هذا المعيار بقولها إن "مسؤولية الفاعل عن الفعل الضار تنحصر في الأضرار المادية التي هي نتيجة للمخاطر التي تنتج في العادة عن الفعل الضار"<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Medcalf v. Washington Hts. Condominium Ass'n, Inc., 747 A.2d 532 (Conn App. Ct. 2000)

<sup>99</sup> W.P. KEETON, D. DOBBS, R. KEETON & D. OWEN, PROSSER AND KEETON ON TORTS 665 (5th ed. 1984)

في نظام المسؤولية المدنية الأمريكي هناك نظرية متفق عليها فقها وقضاء وهي نظرية (الأضرار المتوقعة)، حيث لا يسأل المدعى عليه في الغالب إلا عن الأضرار التي يغلب على ظنه حدوثها نتيجة لفعله، كما أن لها تأثيراً كبيراً في تحديد مقدار التعويض.

<sup>100</sup> لا تعد وثيقة قانون الأضرار RESTATEMENT OF TORTS تشريعاً أو تقنياً رسمياً لقانون الأضرار، وإنما مجرد إعادة ترتيب السوابق القضائية المرتبطة بقانون الأضرار وتصنيفها وصياغتها، وتعتبر ذات مرجعية مهمة للمختصين.

<sup>101</sup> RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS, Liability for Physical Harm § 29 (2005).

وفي صياغة أخرى لهذا المعيار ورد في قرار المحكمة أن "من ينشأ بفعله خطر يعد مسؤولاً عن جميع الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية للمخاطر التي خلقها، ما لم يهيمن خطر آخر على الأحداث فيكون كافيًا بذاته لإحداث الضرر"<sup>102</sup>

ولتوضيح تلك المعايير فإنه من المناسب ذكر بعض الأمثلة العملية من المحاكم الأمريكية، ففي قضية رفعت ضد بلدية شيكاغو من سيدة تعرضت أثناء حملها لحادث سير وذلك أثناء نقلها إلى المستشفى بسيارة خاصة وكان المتسبب في الحادث صديقته التي قطعت إشارة ضوئية حمراء فاصطدمت بهم سيارة يقودها رجل ثمل بسرعة عالية مما أدى إلى وفاة طفلها وبقائها في حالة إغماء لمدة أسبوعين. وقد أقامت المرأة دعوى قضائية ضد بلدية شيكاغو تعزو فيها الحادث إلى تأخر البلدية في إيصال سيارة الإسعاف مما اضطرها إلى استقلال سيارة خاصة مع صديقته إلى المستشفى ومن ثم تعرضها للحادث. وقد قررت المحكمة أنه ليس هناك اتصال سببي ما بين تأخر الإسعاف وواقعة الاصطدام لأنه ليس في وسع بلدية شيكاغو توقع هذه السلسلة من الأحداث بوصفها نتيجة طبيعية لتأخرها في إيصال سيارة الإسعاف.<sup>103</sup> حيث إن قطع صديقته للإشارة ومن ثم ارتطامها بمركبة قائد ثمل نتيجة بعيدة جدًا عن تأخرها في إرسال سيارة الإسعاف. حيث لا يتوقع الرجل العادي تلك النتيجة ولا تدخل ضمن حساباته، فالملايين من النساء سنويًا ينتقلون بسيارات خاصة أثناء مخاضهن بشكل آمن. وعلى هذا الأساس قضت المحكمة بانتفاء المسؤولية عن الأضرار لانعدام التلازم السببي بين إهمال البلدية في إرسال الإسعاف والضرر الحاصل.<sup>104</sup>

وجود الاتصال السببي من عدمه هو من مسائل الواقع التي تعرض على قاضي الوقائع الذي يكون في الأصل هيئة من المحلفين تشكل من مجموعة من عامة الناس وقد يكون القاضي في حالات أخرى هو من يفصل في الوقائع ولكن ليس هذا السياق المناسب

<sup>102</sup> Medcaif, 747 A.2d 532.

<sup>103</sup> قد يبدو غريبًا عدم إقامة الدعوى على المتسبب المباشر في الحادث وهو الرجل الثمل وصديقته التي قطعت الإشارة الضوئية الحمراء على الرغم من وضوح مسؤوليتهما المدنية. السبب في ذلك يعود إلى نظرية الجيب العميق حيث إن الدعوى القضائية عادة ما تتبع الجهة الأوفر مالًا. فالغالب أن السائق الثمل لا يملك وثيقة تأمين تنطوي أضرار الحادث بعكس بلدية شيكاغو.

<sup>104</sup> Abram v. City of Chicago, 811 N.E. 2d 670 (2004)

ل طرحها. وفي الأمثلة الآنف ذكرها لم تعرض القضية على هيئة المحلفين لأن المحكمة قررت انعدام التلازم السببي قانوناً وليس واقعاً بمعنى أن أي هيئة من المحلفين لا يسعها إلا أن تصل إلى نتيجة واحدة فقط وهي عدم وجود اتصال سببي بين إهمال المجمع السكني في صيانة نظام الاتصال الداخلي والإصابات التي لحقت بالمرأة المعتدى عليها، ولا بين تأخر سيارة الإسعاف ومقتل الجنين في حادث سير.

٣- تطبيقات لتحقيق الاتصال السببي في الحالات الأكثر تعقيداً (تعدد الأسباب، اشتراك أكثر من فاعل):

في الحالات التي تبدو فيه مسألة الاتصال السببي أقل وضوحاً بحيث يمكن وبشكل معقول لقاضي الوقائع أن يتوصل إلى أكثر من نتيجة قد تعرض المسألة على المحلفين بوصفها مسألة واقع. فإذا تبين للمحكمة أن وجود التلازم السببي أو عدمه في القضية المعروضة أمامهم مسألة قد يختلف عليها رجال من أصحاب البصيرة المعقولة بحيث قد يرى بعضهم قيام الاتصال السببي وآخرون يرون نفيه، وكلاهما قد يبدو معقولاً في تصوره، والمحكمة قد تحسم هذا الخلاف بعرض القضية على المحلفين باعتبار أن الاتصال السببي من عدمه هي من مسائل الوقائع وليس القانون.

والمثال على ذلك قضية شهيرة<sup>105</sup> ظهر فيها انقسام واضح ومؤثر في التطور القانوني والفقه لنظرية الاتصال السببي. حيث وقع خلاف بين أعضاء المحكمة العليا في ولاية نيويورك حول مدى ارتباط نظرية الاتصال السببي بالواجب القانوني بعدم الإضرار بالآخر. ففي حين يرى الأكثرية أنه لا تقوم مسؤولية الفاعل تجاه شخص متضرر ما لم يكن هناك واجب قانوني تجاه ذلك الشخص المتضرر، وهذا الواجب لا يتحقق إلا إذا كان الضرر الحاصل للمدعي أمراً متوقعاً بوصفه نتيجة طبيعية لفعل المدعى عليه بحيث يتوقع حصول هذا الضرر الشخص العادي باعتباره نتيجة للفعل. أما الأقلية فترى أن من يرتكب عملاً متهوراً يظل مسؤولاً أمام كافة أفراد المجتمع ويكون

<sup>105</sup> *Palsgraf v. Long Island R.R. Co.*, 164 N.E. 564, 249 N.Y. 511 (1928).

مسؤولاً محتملاً عن الأضرار التي يسببها فعله مهما كان الاتصال السببي بين الفعل والضرر ضعيفاً طالما أن هناك مصلحة يراها المشرع في تقرير مسؤولية الفاعل.

وقد تلخصت وقائع تلك القضية في قيام أحد حراس سكة حديد مقاطعة أمريكية بدفع رجل آخر قد بدا مترنحاً أثناء محاولته استقلال القطار وهو متحرك بغرض إنقاذه من السقوط، في حين كان الرجل يحمل طرذاً صغيراً مغلفاً بصحف يومية لا يعرف محتواه. ونتيجة لدفعه من الخلف سقط الصندوق الذي كان يحتوي على مواد قابلة للانفجار، ليؤدي إلى وقوع انفجار. حيث قررت المحكمة أنه لا يمكن لأكثر الرجال حذراً أن يتوقع أن هذا الطرد - حال سقوطه - قد ينفجر ويؤدي إلى إلحاق الأذى بالمرأة الواقفة على مسافة بعيدة ولذلك قررت المحكمة أن حارس القطار الذي دفع الرجل حامل الطرد لا يحمل أي واجب قانوني تجاه تلك المرأة لانقطاع الرابطة السببية. وخلصت المحكمة إلى أنه لا يمكن التوصل قانوناً إلا إلى هذه النتيجة وقضت بانتفاء الاتصال السببي. إلا أن الأقلية كان لها رأي ظل له تأثير كبير على تطور القانون في هذه المسألة. فقد رأت أن مسألة الاتصال السببي أكثر تعقيداً من أن يعتمد في إقرارها على النظرة المباشرة المبنية على توقع الرجل العادي فهي مسألة سياسية ينظر فيها إلى عدد من الاعتبارات التي تهدف إلى الموازنة بين عدد من المصالح المعتبرة. مصلحة ردع السلوك المتهور، ومصلحة تعويض المتضررين، ومقتضيات العدالة والمنفعة الاجتماعية وهذه مسائل تخضع للموازنة السياسية بين تلك المصالح المتعارضة.<sup>106</sup>

### ثالثاً/ الاتصال السببي في المسؤولية المدنية عن الأعمال الإرهابية:

كما ذكرنا في السابق فإن السببية ركن جوهرية في عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون والقضاء الأمريكي. لكن السببية ليست كافية لقيام المسؤولية بل يجب أن يكون هناك اتصال بين عنصري الخطأ والضرر. فالخروج عن الواجب القانوني بسلوك سلوك غير مألوف أو يولد خطراً لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية، بل يجب علاوة على ذلك أن يكون هناك ضرر وأن الخطأ الصادر كان هو السبب الفاعل في حدوث الضرر. ولكن كما أسلفنا فإنه وكلما تضمن الخطأ إهمالاً جسيماً أو تهوراً بيناً كان

<sup>106</sup> *Id.* (Andrew, J., dissenting).



شرط التلازم السببي أقل أهمية. وكلما كان الفعل الخارج عن المألوف ذا منفعة ضئيلة غير متناسبة البتة مع الخطر الناجم عنها كان القانون أكثر استعدادًا لتوسيع نطاق السببية وتحميل المخطئ جميع الأضرار ولو لم تكن نتيجة مباشرة لخطئه بل حتى ولو لم يكن الخطأ هو السبب الفاعل في إحداث الضرر بحيث كان هناك سبب آخر كان وحده كافيًا في إحداث الضرر..

وقد ذكرت الدائرة الفيدرالية الثانية أن الفقرة (أ) من المادة ٢٣٣٣ أوردت عبارة " بسبب الإرهاب الدولي التي تمكن المدعي من نسبة المسؤولية للمدعى عليه بأخف رابطة سببية ممكنة.<sup>١٠٧</sup> أما الدائرة السابعة فذكرت أن الفقرة (أ) من المادة ٢٣٣٣ لم تقصر المسؤولية المدنية على أعمال العنف فحسب بل شمل ذلك "أي عمل" يهدد السلامة البشرية لتمتد المسؤولية إلى الأعمال غير العنيفة. وغالبًا ما يكون العمل العنيف هو السبب الفاعل والمباشر في إحداث الأضرار على الجسد أو الممتلكات وذلك على خلاف الأفعال التي تتضمن تحريضًا أو تسهيلًا أو مساعدة والتي لا تتخذ طابعًا عنيفًا فتكون في العادة متباعدة زمنيًا ومكانيًا عن السبب الفاعل. فقد تقوم جمعية ما بتمويل جماعة إرهابية ولا يظهر أثر ذلك إلا بعد سنوات عديدة، والسبب الفاعل عادة ما يتمثل في صورة تدمير شامل ومباشر للممتلكات وقتل لأشخاص، أما عملية التبرع نفسها فمجرد سبب ولا يمكن اعتبارها السبب الفاعل في كل الأحوال. ولذلك فإن أي عمل حتى ولم يتخذ طابع العنف كالتبرع أو التحريض مثلاً يخضع للمسؤولية المدنية المباشرة.

بل إن الدائرة السابعة في تأسيسها للمسؤولية المباشرة شبهت المساعدة على العمل الإرهابي بالذي يعطي سلاحًا لطفل (عمل غير عنفي) فيقوم الطفل بإطلاق النار (عمل يتضمن عنفًا). فمن يعطي طفلًا سلاحًا كان يعلم أو ينبغي عليه أن يعلم بخطورة الفعل ولذلك يعد مسؤولًا عن جميع الأضرار التي حدثت نتيجة لفعله وإن لم يكن هو نفسه قد باشر عملية إطلاق النار.<sup>١٠٨</sup>

<sup>107</sup> Rothstein v. UBS AG, 708 F.3d 82, 95 (2d Cir. 2013).

<sup>108</sup> "But if you give a gun you know is loaded to a child, you know you are creating a substantial risk of injury and therefore your doing so is reckless and if the child shoots

كما أن الدائرة ذاتها قللت من أهمية أن يكون لحجم الدعم دور في ترتيب المسؤولية على الفعل الضار ومن حقيقة كون الدعم قليلاً وذا أهمية ثانوية في حدوث العملية الإرهابية، بل يكفي أن يكون هناك فعل ضار يمكن أن يعد سبباً لإحداث الأثر ولو كان دور هذا الفعل ضئيلاً في إحداث النتيجة مقارنة بأسباب أكثر قوة.<sup>109</sup> فلو أن شخصاً قام بتحويل أموال إلى منظمة أو دولة إرهابية ولو لمرة واحدة ومهما كان المبلغ ضئيلاً فقد يكون هذا الشخص مسؤولاً مدنياً عن أي تفجير قام به أعضاء هذه المنظمة بعد عملية التحويل ولو تمت هذه العملية بعد عدة سنوات فالرابطة السببية لا تنقطع.

وهذا الاتجاه يعد في غاية المرونة في تحقيق عنصر السببية حيث يتحقق عنصر السببية على الرغم من التباعد الزمني والمكاني ما بين الدعم وما بين الحادثة الإرهابية عينها التي تسببت في الضرر. وهذا بخلاف الاتجاه الأقل مرونة في تحقيق عنصر السببية الذي تبناه قضاة المعارضة في نفس القضية، حيث تساءلوا كيف يمكن لشخص تبرع لجهاز طبي لمشفى تابع لحماس أن يظل مسؤولاً عن أي عملية إرهابية تقوم بها حماس في المستقبل وإلى أجل غير مسمى؟<sup>110</sup>

وهذا الرأي هو عين ما ذهبت إليه الدائرة الثانية التي كانت تنظر قضية تعويض مدنية مقادمة ضد أحد البنوك لقيامه بتقديم خدمات بنكية بشكل روتيني لمنظمات إرهابية. وقد قررت الدائرة وذلك بالاستناد على أحد السوابق القضائية أن مجرد تقديم الخدمات الروتينية لا يؤسس الرابطة السببية بشكل تلقائي<sup>111</sup> بل إن ذلك يعد من مسائل الوقائع

---

someone you will be liable to the victim" Holy Land Found. for Relief & Dev., 549 F.3d at 693.

<sup>109</sup> "Causation under section 2333; we shall see that the fact of contributing to a terrorist organization rather than the amount of the contribution is the keystone of liability" *Id.* at 692.

<sup>110</sup> *Id.* at 710-12.

<sup>111</sup> *STUTIS v. De Dietrich Group*, 465 F. Supp. 2d 156 (E.D.N.Y. 2006).

(في هذه القضية تضرر عدد من الجنود الأمريكيين جراء تدمير مخزون السلاح الكيماوي للحكومة العراقية أثناء حكم صدام وقد أقيمت هذه الدعوى على مصارف مالية كانت قد أصدرت خطاب ضمان مالي للحكومة العراقية، فهذه الدعوى لم تتوجه بشكل مباشر ضد الحكومة العراقية بل ضد طرف ثالث لم يباشر الفعل، فحجة هؤلاء الجنود أنه لولا قيام هذه المصارف بإصدار خطاب الضمان المالي لما تمكنت من شراء الأسلحة الكيماوية ولما أصيب الجنود، وقد قضت المحكمة بانعدام الرابطة السببية المباشرة بين إصدار البنوك لضمان بنكي للحكومة العراقية وبين إصابة الجنود مستندين على مواد من نظام مكافحة الإرهاب، حيث إن إصدار الضمان المالي لا يعد عملاً عنيقاً، كما أنه لم يكن السبب المباشر لحصول الإصابة.)

التي لا بد من عرضها على محلفين.<sup>112</sup> وهذا هو الاتجاه السائد في الدوائر الفيدرالية مما يجعل رأي الدائرة السابعة التي اعتبرت أن مجرد تقديم الدعم الخيري مع سبق العلم بطبيعة نشاط الجماعة يؤسس للرابطة السببية عرضة لكثير من الانتقاد. وربما تكون الدائرة السابعة قدر رأت أن تقديم الدعم الخيري المباشر يختلف عن تقديم الخدمات البنكية، إلا أن هناك صعوبة في وضع معيار للتفرقة ما بين الحالتين، فتقديم الخدمات البنكية أو تقديم الدعم الخيري المباشر كلاهما يعدان من الأعمال التي لم تتخذ طابعا عنيفا، كما أن كلاهما يعتبران من قبيل "الدعم الجوهري" حسب تعريف القانون<sup>113</sup> وحسب رأي المحكمة العليا في قرارها الشهير.<sup>114</sup>

### المبحث الرابع

#### المسؤولية المدنية على أساس المساهمة بالتبعية وعناصرها

##### المطلب الأول

##### مفهوم المسؤولية بالمساهمة التبعية وتمييزها عن مسؤولية المتبوع:

كما سبق الإيضاح بأن نظام المسؤولية بالمساهمة التبعية يقوم على افتراض وجود فاعل أصلي وآخر مساهم، حيث يتصرف الفاعل المساهم بطريقة تؤدي إلى تمكين الفاعل الأصلي من القيام بالفعل الضار. وإذا تحققت عناصر تلك المسؤولية كما هو مقرر قانوناً فإن الفاعل المساهم يسأل عن الضرر الذي أحدثه الفاعل الأصلي. والهدف في الغالب من هذا النظام هو توسيع نطاق المصادر المالية المتاحة للشخص المتضرر حيث إن الفاعل الأصلي قد يصعب تتبعه ومقاضاته أو أنه صاحب ملاءة مالية محدودة.

<sup>112</sup> Linde, 882 F.3d 327 (2d Cir. 2018) (citing In re Terrorist Attacks on Sept. 11, 2001, 714 F.3d at 124).

<sup>113</sup> The term 'material support or resources' means any property, tangible or intangible, or service, including currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel (one or more individuals who may be or include oneself), and transportation, except medicine or religious materials." 28 U.S.C. § 2339A(b)(1)

<sup>114</sup> Holder v. Humanitarian Law Project, 130 S. Ct. 2705, 561 U.S. 1, 177 L. Ed. 2d 355 (2010).

## المطلب الثاني

### الأساس التشريعي للمسؤولية بالمساهمة التبعية عن رعاية الإرهاب الدولي

إن صدور تشريع جاستا قد حسم الجدل بشأن إمكانية المتضررين من أي عمل إرهابي إقامة دعوى قضائية ضد الدول أو الكيانات السيادية أو المؤسسات المالية التي كان لها دور غير مباشر في تمكين الفاعل الأصلي من تنفيذ عملية إرهابية وذلك استنادا على نظرية المساهمة التبعية. علما أن ذلك لم يكن متاحا في السابق إلا من خلال نظرية المسؤولية المباشرة وذلك لأن قانون الإرهاب لعام ١٩٩٦م لم ينص عليها بشكل صريح. والهدف من ذلك أن الكونجرس أراد توسيع دائرة الخيارات للمتضررين من أعمال الإرهاب ليتمكنوا من إقامة دعواهم على أي من الأسس المتاحة بحسب ما يتوافر لهم من أدلة.<sup>115</sup> ولذلك فإن أبرز التعديلات التي جاء بها قانون جاستا هو إتاحة إقامة دعوى التعويض المدني على أساس نظرية المساهمة بالتبعية.

## المطلب الثالث

### عناصر مسؤولية المساهم التبعية

نظرا لحدثة قانون جاستا فإن التطبيقات القضائية لهذه النظرية على قضايا التعويض المدني عن أعمال الإرهاب لا تزال محدودة. لذلك قد يكون من الملائم عرض بعض التطبيقات العملية لهذه النظرية على قضايا من نوع آخر كالاختيال في الأسواق المالية حتى نتمكن من فهم طبيعة ذلك النوع من المسؤولية المدنية وكيف سوف يتم تطبيقها على قضايا الإرهاب. وقد وقع الاختيار على قضايا الاختيال المالي على اعتبار أنها من الفروع القليلة التي ظل الاجتهاد القضائي فيها يتراوح ما بين تبني نظرية المساهمة ورفضها، كما أن الخط الفاصل ما بين المسؤولية المباشرة والمسؤولية بالمساهمة عن الاختيال المالي ما يزال غير واضح المعالم، مما يجعلها تتشابه بشكل كبير

<sup>115</sup> The goal of the congress is to "provide civil litigants with the broadest possible basis, consistent with the Constitution of the United States, to seek relief against persons, entities, and foreign countries, wherever acting and wherever they may be found, that have provided material support, directly or indirectly, to foreign organizations or persons that engage in terrorist activities against the United States." See Justice Against Sponsors of Terrorism Act § 2(b).

مع قضايا التعويض عن الإرهاب. ولذات السبب قررنا أن نعرض عن أبواب أخرى تطبق فيها المسؤولية على أساس المساهمة وذلك مثل انتهاك حقوق المؤلف، ذلك بسبب أن تطبيقها واضح ومباشر ولم يعد مثيراً للخلاف القضائي في أغلب صورته.

أولاً: عناصر مسؤولية المساهم التبعية في قضايا الاحتيال في الأسواق المالية:

١ - الهدف من ترتيب هذا النوع من المسؤولية:

يهدف تطبيق نظام المسؤولية المدنية على المساهم في قضايا الاحتيال في الأسواق المالية إلى توسيع نطاق المصادر المالية المتاحة للمتضررين من قضايا الاحتيال. حيث يتيح تطبيق هذه النظرية ملاحقة أي شخص من ذوي الملاءة المالية ممن له علاقة بالفاعل الأصلي للمخالفة. وتتخذ المساهمة عدة أشكال إما بالمساعدة الجوهرية أو بالتحريض الضمني أو التآمر أو توظيف الشخص مرتكب المخالفة.<sup>116</sup> ويوفر هذا النظام حماية للمستثمرين والمساهمين من ذوي الخبرة المحدودة من بعض الممارسات المضللة في السوق المالي التي قد تمارسها شركات أو أفراد من محدودي الملاءة المالية وليستفيد منها كبار المستثمرين دون أن تنلخ أيديهم بارتكاب مخالفة بشكل صريح. وقد شمل المدعى عليهم على هذه الصورة، بنوك<sup>117</sup> ومحامين<sup>118</sup> ومحاسبين<sup>119</sup> وشركات تأمين.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> Daniel R. Fischel, *Secondary Liability under Section 10(b) of the Securities Act of 1934*, 69 CALIF. L. REV. 80n.4 (1981).

<sup>117</sup> E.g., *Monsen v. Consolidated Dressed Beef Co.*, 579 F.2d 793 (3d Cir. 1978), cert. denied, 439 U.S. 930 (1979); *Rosen v. Dick* [1974-1975 Transfer Binder] FED. SEC. L. REP. (CCH) 1 94,786 (S.D.N.Y. 1974); *Pettit v. Am. Stock Exch.*, 217 F. Supp. 21 (S.D.N.Y. 1963).

<sup>118</sup> E.g., *SEC v. Coven*, 581 F.2d 1020 (2d Cir. 1978); *SEC v. Spectrum, Ltd.*, 489 F.2d 535 (2d Cir. 1973); *SEC v. Nat'l Student Marketing Corp.*, 457 F. Supp. 682 (D.D.C. 1978).

<sup>119</sup> E.g., *Kestenbaum v. Emerson*, [1979-1980 Transfer Binder] FED. SEC. L. REP. (CCH) 1 97,330 (S.D.N.Y. Mar. 20, 1980); *H.L. Green Co. v. Childree*, 185 F. Supp. 95 (S.D.N.Y. 1960).

<sup>120</sup> E.g., *IIT v. Cornfeld*, 619 F.2d 909 (2d Cir. 1980).

٢- السوابق القضائية بوصفها مصدرًا لهذا النوع من المسؤولية: -

تعد السوابق القضائية التي تمثل الأسس العامة للمسؤولية التقصيرية والتي استقرت في قانون الأضرار الأمريكي هي المرجع الذي استندت عليه المحاكم الأمريكية في إقرار مسؤولية المساهم التبعي. فعندما غاب الأساس التشريعي لمسؤولية المساهم في قضايا الاحتيال المالي بحيث لم يتم النص عليها صراحة في قانون تبادل الأوراق المالية، اجتهد القضاء في تبنيها من خلال السوابق المعمول بها المحاكم والمبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية.

وقد نصت الفقرة ٥/ب من المادة العاشرة من قانون تبادل الأوراق المالية لعام ١٩٣٤م على تجريم القيام بأي ممارسات للتلاعب والتضليل في سوق تبادل الأوراق المالية، حيث نصت المادة على أنه "من غير القانوني لأي شخص، القيام بشكل مباشر أو غير مباشر، عن طريق استخدام أي وسيط أو وسيلة من وسائل التجارة بين الولايات، أو البريد أو أي منشأة في أي سوق من أسواق البورصة للأوراق المالية:

(أ) استخدام أي وسيط أو مخطط أو أداة للاحتيال.

(ب) تقديم أي بيان كاذب عن حقيقة جوهرية أو إغفال ذكر حقيقة جوهرية لازمة يعد عدم ذكرها في ضوء الظروف المحيطة مضللاً.

(ج) المشاركة في أي عمل، أو ممارسة، أو مخطط عمل احتيالي حالي أو مستقبلي يهدف إلى خداع أي شخص، وذلك فيما يتعلق بشراء أي ورقة مالية أو بيعها".<sup>١٢١</sup>

ومن الملاحظ أن تلك المادة لم تقرر مسؤولية المساهم التبعي بشكل مباشر ومع ذلك فقد ظلت أكثر الدوائر الفيدرالية على مدى أكثر من ثلاثة عقود تقرر المسؤولية

<sup>121</sup> 17 C.F.R. § 240.10b-5.

(a) To employ any device, scheme, or artifice to defraud,  
(b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or  
(c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person,  
in connection with the purchase or sale of any security."

المدنية للمساهم ودون الحاجة إلى نص خاص في التشريع الفيدرالي،<sup>١٢٢</sup> إلا أنه وفي عام ١٩٩٤م جاء حكم المحكمة العليا في أمريكا ليحسم الجدل،<sup>١٢٣</sup> ويقرر أن تطبيق تلك النظرية على قضايا الاحتيال المالي يتطلب أساساً تشريعياً خاصاً.<sup>١٢٤</sup> ومنذ ذلك الوقت والدوائر الفيدرالية قد ظلت تقرر مسؤولية الفاعلين المساهمين بناءً على نظرية المسؤولية المباشرة.

### ٣- صور من المسؤولية بالمساهمة التبعية في القضاء الأمريكي:

في هذا القسم سوف نستعرض عددًا من النماذج القضائية لتطبيق مسؤولية المساهم التبعية. فلعلنا نستعين بهذه السوابق القضائية التي تراكمت قبل عام ١٩٤م في تطبيق نظرية مسؤولية المساهم التبعية على هذا النوع من القضايا لفهم آلية تطبيقها على قضايا التعويض المدني عن أعمال الإرهاب الدولي بعد تبني قانون جاستا لهذا النوع من المسؤولية بشكل صريح.

#### أ- مسؤولية المساهم لفشله في الإبلاغ عن مخطط احتيالي:

في إحدى القضايا المقامة ضد إحدى شركات التأمين<sup>١٢٥</sup> التي تتلخص وقائعها في قيام وسيط لبيع الأسهم ببيع أسهم وهمية لشركة التأمين المدعى عليها وعندما فشل الوسيط في تسليم تلك الأسهم وبعد تبين إفلاسه، أقام المدعون دعواهم ضد شركة التأمين. وقد أسسوا دعواهم على أن الشركة المدعى عليها وعلى الرغم من علمها بوجود مخطط الاحتيال لم تبادر بإبلاغ الجهات المختصة لمنع الوسيط من بيع تلك الأسهم الوهمية. كما

<sup>122</sup> E.g., *Monsen v. Consolidated Dressed Beef Co.*, 579 F.2d 793 (3d Cir. 1978), cert. denied, 439 U.S. 930 (1979); *Rolf v. Blyth, Eastman Dillon & Co.*, 570 F.2d 38 (2d Cir.), cert. denied, 439 U.S. 1039 (1978); *Woodward v. Metro Bank of Dallas*, 522 F.2d 84 (5th Cir. 1975); *SEC v. Coffey*, 493 F.2d 1304 (6th Cir. 1974), cert. denied, 420 U.S. 908 (1975).

<sup>123</sup> مع العلم بأنه وحتى قبل صدور ذلك الحكم فإن بعض الدوائر الفيدرالية كانت ترفض تطبيق نظرية المساهمة لأنها لا تقوم على أساس من التشريع وبدأت تشترط لقيام المسؤولية العلم الفعلي وليس المقترض وكذلك وجود نية تضليل المستثمر وليس مجرد السكوت أو الإهمال في عدم إبلاغ السلطات المختصة عن وجود مخطط احتيالي.

*Ernst & Ernst v. Hochfelder*, 425 U.S. 185 (1976) (establishing scienter requirement); *Santa Fe Indus., Inc. v. Green*, 430 U.S. 462, 476 (1977).

<sup>124</sup> *Central Bank of Denver, NA v. First Interstate Bank of Denver, NA*, 511 U.S. 164, 114 S. Ct. 1439, 128 L. Ed. 2d 119 (1994).

<sup>125</sup> *Brennan v. Midwestern United Life Ins. Co.*, 259 F. Supp. 673 (N.D. Ind. 1966).

تبين أن الشركة قد استفادت من ذلك برفع سعر السهم وأن ذلك قد زاد من قدرتها التفاوضية في إحدى الصفقات التي كانت تريد إبرامها.<sup>126</sup> وردًا على الدعوى فإن الشركة قد احتجت بحرفية نص المادة الألف ذكرها وأن إرادة الكونجرس لم تتجه إلى إقرار دعوى مدنية خاصة ضد المساهمين في حدوث المخالفة الأصلية. إلا أن المحكمة قد رفضت تلك الحجة وقررت أن المبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية وقانون الأضرار ينطبقان على هذه الحالة حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة في التشريع.<sup>127</sup>

وقد طبقت المحكمة المادة ٨٧٦ من وثيقة قانون الأضرار التي تنص على أنه إذا لحق ضرر بطرف ثالث بسبب سلوك ضار صادر عن أحد من الغير، فإن مسؤولية شخص ما عن الفعل الضار الصادر عن هذا الغير يمكن أن تتحقق ليكون مسؤولاً عن تعويض الطرف الثالث إذا كان هذا الشخص . . . (ب) يعلم أن السلوك الصادر عن هذا الغير يشكل خروجًا عن الواجب القانوني ويقدم له على الرغم من ذلك مساعدة أو تحريضا من شأنه أن يسهل عمله، أو (ج) يقدم مساعدة جوهرية لهذا الغير في تحقيق الضرر وكان هذا السلوك، إذا نظر إليه بشكل مستقل، يشكل خرقًا للواجب القانوني تجاه الطرف الذي لحق به الضرر".<sup>128</sup>

وتطبيقا لهذه المبدأ فإن شركة التأمين المدعى عليها وعلى الرغم من أن دورها يعد ثانويًا في هذا المخطط الاحتياالي، فإن المحكمة قد اعتبرتها ارتكبت خطأ تقصيريًا لأنها كانت تعلم أو كان ينبغي عليها أن تعلم بوجود هذا المخطط الاحتياالي وتبلغ الجهات المختصة عن وجوده.<sup>129</sup> ومن الملاحظ هنا كذلك أن "المساعدة أو المساهمة الفاعلة" من قبل الشركة لم تتخذ موقفا إيجابيًا من قبل الشركة، بل إن مجرد سكوت الشركة مع علمها بوجود الخطة الاحتياالية كان كافيًا لاعتبار ذلك شكلاً من أشكال المساعدة. ولكن هذا الشكل من أشكال المسؤولية على أساس المساهمة التبعية لم يصمد طويلاً وخاصة بعد إلغاء المحكمة العليا بموجب حكمها الصادر في عام ١٩٩٤م لنظرية المساهمة التبعية

<sup>126</sup> *Id.* at 675.

<sup>127</sup> *Id.* at 680.

<sup>128</sup> RESTATEMENT OF TORTS § 876 (1939).

<sup>129</sup> *Fischel, supra note 117, at 85.*



بوصفها أساسًا للمسؤولية المدنية في قضايا الاحتيال المالي.<sup>130</sup> ومن الصعب كذلك إخضاع هذا الشكل من أشكال المساعدة إلى نظرية المسؤولية المباشرة ذلك أنه لا يمكن إسناد أي عمل احتيالي تم بصورة إيجابية من قبل المدعى عليه.<sup>131</sup>

ب- مسؤولية المساهم التبعية على أساس العلم مع تقديم المساعدة الفاعلة:

في تطبيق آخر للقواعد العامة لقانون الأضرار على قضايا الاحتيال المالي حكمت الدائرة الفيدرالية الثالثة بمسؤولية أحد البنوك باعتباره مساهمًا تبعيةً في إحدى العمليات التي تنطوي على مخالفة للفقرة المذكورة، ذلك على الرغم من أن البنك لم يكن هو المدبر لهذه المخالفة ولم يكن المستفيد المباشر منها. كل ما هنالك أن البنك كان يعلم بوجود المخالفة واتخذ على الرغم من ذلك إجراءات تدل على إقراره ضمناً بها.<sup>132</sup> وتتخلص القضية في أن إحدى شركات اللحوم تبنت برنامجًا استثماريًا لموظفيها تقوم من خلاله باستقطاع جزء من الراتب بناء على رغبة الموظف. وتصدر الشركة سندات للموظفين تخولهم تحصيل عوائد بشكل دوري إلى أن يحل موعد دفع قيمة السند. وهذه السندات تم إصدارها بالمخالفة للقانون حيث إنها لم تكن مسجلة لدى الجهات المختصة، كما أنها لم تكن تحظى بأي غطاء ائتماني مما يجعل الموظفين في مرتبة الدائنين العاديين قد يخضعون لمزاحمة من أصحاب الديون الممتازة كالبنك المعنى في هذه القضية. فعلى الرغم من علم البنك بوجود هذه السندات وكونها تمثل دينًا على الشركة مستحق الأداء عليها، إلا أنه اشترط من أجل إقراض الشركة أن تمنحه الأخيرة مرتبه ممتازة تخوله السيطرة على أصول الشركة عند العجز عن الوفاء بقيمة القرض. بل تبين كذلك من خلال الوثائق أن البنك قد اعتبر السندات التي تصدرها الشركة للموظفين ضمن البرنامج الادخاري هي مصدر مالي محتمل لسداد ديون الشركة التي

<sup>130</sup> *Id.* at 103.

<sup>131</sup> *Aaron v. SEC*, 100 S. Ct. 1945 (1980); *Santa Fe Indus., Inc. v. Green*, 430 U.S. 462 (1977).  
يقرر ذلك الحكم أن هناك مسؤولية مصدرها العقد على الشخص الذي قام بالاتجار بمعلومات داخلية بأن يفصح ( (1977).  
للطرف المتعاقد معه عن جميع العقود التي تنصب على تلك المعلومات التي تم الاتجار بها وإلا عد مسؤولاً مسؤولية مدنية عن  
تمويض الطرف الآخر.

<sup>132</sup> *Monsen v. Consol. Dressed Beef Co., Inc.*, 579 F.2d 793 (3d Cir. 1978).

للبنك. وبمجرد أن شعر البنك بأن الشركة قد أوشكت على الإفلاس قام بالسيطرة على أصولها مما تعذر معه سداد مستحقات السندات للموظفين.<sup>133</sup>

وكان علم البنك بأن هذا البرنامج الادخاري مخالف للقانون واتخاذ خطوات تتطوي على مساعدة ضمنية للشركة لاستمرار ذلك البرنامج ومنح نفسه مرتبة ائتمانية أعلى من الموظفين الذين يعتبرهم القانون من الفئات الضعيفة الجديرة بالحماية، كان كافياً لأن يكون البنك مسؤولاً بوصفه مساهماً تبعياً عن تعويض الموظفين على الضرر الذي لحقهم. كل ذلك على الرغم من أن البرنامج بالكلية لم يكن من صنع البنك ولم يثبت تبنيه له بشكل مباشر وكان ذلك كله تطبيقاً للمبادئ العامة لقانون الأضرار.<sup>134</sup>

**ج - مسؤولية المساهم التبعي لفشله في رقابة الأشخاص الخاضعين لرقابته وتوجيهه:**

يقوم هذه الشكل من أشكال المسؤولية بالمساهمة حسب ما نصت عليه وثيقة أحكام النيابة بنصها على "أن الشخص الذي يكون مسؤولاً عن غيره ممن يعملون لصالحه، يسأل عما يقوم به هذا الغير من أعمال التدليس تجاه الآخرين، شريطة أن يظهر هذا الغير بمظهر النائب الذي يعمل لصالح هذا الأصيل. ولا يعفى الشخص من المسؤولية تحت ذريعة أن الخادم أو النائب كان يتصرف كلياً لأغراضه الشخصية، ما لم يكن الطرف الآخر قد أشعر بشكل كافٍ بذلك"<sup>135</sup> كما أن هناك نصاً تشريعياً فيدرالياً في قانون سوق الأوراق المالية ينص على مسؤولية متولي الرقابة عن أعمال كل من يخضعون تحت رقبته وذلك عن مخالفات محددة ما لم يكن متولي الرقابة قد تصرف بحسن نية.<sup>136</sup> هذا بالإضافة إلى إمكانية إقرار مسؤولية الشركة مسؤولية مباشرة عن أعمال الاحتيال بغض النظر مستوى الرقابة الذي كان يخضع له مديرها العام ذلك أن المسؤولية المباشرة لا يشترط فيها دائماً أن تقوم على العلم أو المشاركة الفعلية.<sup>137</sup>

<sup>133</sup> *Id.* at 975-76.

<sup>134</sup> *Id.* at 801.

<sup>135</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 262 (1958).

<sup>136</sup> 15 U.S. Code § 78t.

<sup>137</sup> *Buttrey v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 410 F.2d 135 (7th Cir. 1969).

وتطبيقاً لذلك ثبتت مسؤولية إحدى شركات الوساطة المالية عن قيام رئيسها بتسويق منتج استثماري وهمي لعملاء الشركة بعد وعود لهم بعوائد استثمارية عالية. ١٣٨ وتعود وقائع تلك القضية إلى قيام مدير الشركة بتحصيل مبالغ مالية من عملاء الشركة بشكل شخصي خلافاً للطرق التقليدية المتبعة من قبل الشركة، حيث قام بتحصيل شيكات شخصية وأودعها مباشرة في حسابه ومن ثم بدأ بصرف الفوائد للمستثمرين من حسابه الشخصي، وذلك قبل أن يلقي حتفه منتحراً. وقد قررت الدائرة الاستئنافية السابعة أن الشركة مسؤولة عن عمل مديرها العام حتى وإن تصرف من تلقاء نفسه ولحسابه الشخصي. وقد أقرت المحكمة مسؤولية الشركة عن أعمال مديرها بناءً على نظرية المساهمة، مستندة في ذلك تارة على المبادئ العامة في قانون النيابة وتارة على نص التشريع.

فمن حيث ثبوت أن المدير كان "نائباً ظاهرياً" عن الشركة المدعى عليها وفقاً لحكم الفقرة ٢٦١ و٢٦٢ من وثيقة أحكام النيابة.<sup>١٣٩</sup> فقد ثبت للمحكمة أنه لولا العملية الاحتمالية لم تكن لتتجح لولا اعتقاد الضحايا أن المدير العام كان حسب الظاهر يتصرف باسم الشركة المدعى عليها.

أما من حيث كون الشركة المدعى عليها شخصاً مسؤولاً باعتبارها متولية للرقابة فقط طبقت المحكمة مواد التشريع الخاص بمخالفات سوق الأوراق المالية.<sup>١٤٠</sup> حيث اعتبرت المحكمة أن مجرد إهمال متولي الرقابة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقع الضرر يكفي لقيام المسؤولية.<sup>١٤١</sup>

وقد يثور التساؤل عن سبب عدم قيام المحكمة بالاستناد على أحكام المسؤولية المدنية التقليدية بناءً على نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، والسبب أن ذلك يتطلب إثبات أن المدير العام كان يعمل ضمن نطاق الوظيفة ولصالح الشركة.<sup>١٤٢</sup> إلا أنه فيما يبدو أن المدعي لم يشأ أن يستند على أحكام ذلك النوع من المسؤولية لأن ثبوت

<sup>138</sup> SEC v. First Securities Co. of Chicago, 463 F.2d 981 (7th Cir. 1972).

<sup>139</sup> RESTATEMENT (SECOND) TORTS, Agency § 261 and 262 (1958).

<sup>140</sup> 15 U.S. Code § 77o.

<sup>141</sup> First Securities Co. of Chicago, 463 F.2d at 981 (citing Lorenz v. Watson, 258 F. Supp. 724 (E.D. Pa. 1966)).

<sup>142</sup> RESTATEMENT (SECOND) AGENCY § 235 (1958).

عناصرها يبدو أقل وضوحًا من عناصر المسؤولية بالمساهمة. حيث إنه من الواضح أن المدير العام كان يعمل بشكل كامل لحسابه الخاص وليس لمصلحة الشركة.

### ثانياً/ تطبيق مسؤولية المساهم التبعية على قضايا جنائية تقليدية:

#### ١ - أشكال المساهمة التبعية للفاعل الأصلي للجريمة الجنائية:

إن تطبيق أحكام مسؤولية المساهم التبعية ليست حكراً على قضايا الإرهاب الدولي أو قضايا الاحتيال المالي بل سبق تطبيقها في قضايا جنائية من النوع التقليدي كالقتل العمد والاعتداء بالضرب. وقد ذكرت المادة ٨٧٦ من قانون الأضرار شكلين من أشكال المسؤولية بالمساهمة تحت مسمى "الأعمال الصادرة عن الشخص المتواجد في المسرح" حيث تم حصر ذلك النوع من المسؤولية في شكلين:

الأول: الاتفاق أو التآمر مع الفاعل الأصلي على القيام بفعل ضار وذلك في مسرح واحد. الثاني: تقديم المساعدة والدعم الجوهري أو التحريض الضمني للفاعل الأصلي على الرغم من العلم بأنه يمارس ما يعد خطأ تقصيرياً.<sup>١٤٣</sup>

والشكل الأول لا يعيننا كثيراً في مجال بحثنا هنا حيث أن تآمر الدول مع الجماعات الإرهابية ضد مواطني دولة أخرى يعد من أعمال الحرب، والتعويض المدني في هذه الحالة لا يكون جزاءً رادعاً يتناسب مع حجم الفعل، بل تكون العقوبات الاقتصادية المباشرة أو إعلان الحرب هو الرادع المناسب لهذا الفعل.<sup>١٤٤</sup> ولذلك فإنه لن يتم استعراض القضايا الجنائية ذات الصلة بأحكام التآمر.

<sup>143</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 876 (1979)

"Persons Acting in Concert":

For harm resulting to a third person from the tortious conduct of another, one is subject to liability if he

(a) does a tortious act in concert with the other or pursuant to a common design with him [conspiracy], or

(b) knows that the other's conduct constitutes a breach of duty and gives substantial assistance or encouragement to the other so to conduct himself [aiding-abetting], or

(c) gives substantial assistance to the other in accomplishing a tortious result and his own conduct, separately considered, constitutes a breach of duty to the third person.

<sup>144</sup> Koh, *supra* note 5, at 176-77.

أما الشكل الثاني وهو "المساعدة والتحريض الضمني" فهو يتمثل في تقديم الدعم الجوهرى للفاعل الأصلي مع وجود العلم بطبيعة الفعل أو إدراك أن ما يقوم به الفاعل الأصلي يمثل انتهاكا قانونيا. وهذا الشكل هو الذي يعنينا في البحث. ولا نقصد هنا الدعم المباشر بالسلاح أو في الأنشطة المسلحة أو العنيفة، بل تقديم الدعم الإغاثي والخيري لتلك الجماعات أو من يرتبط بهم من جمعيات خيرية. ولهذا الشكل تطبيقات في القضاء الأمريكي على قضايا الجنايات التقليدية وإن كانت محدودة بشكل كبير.

## ٢- العناصر المكونة للمسؤولية عن أعمال المساهمة والتحريض الضمني:

لقد اجتهد الفقه والقضاء في تحديد العناصر المكونة للمسؤولية المدنية عن أعمال المساعدة والتحريض الضمني. والعنصر الأول والمنطقي هو وجود خطأ يرتب مسؤولية قانونية من الفاعل الأصلي، أما العنصر الثاني فيتمثل في وجود العلم ولو بشكل عام من قبل المساهم بالدور الذي لعبه أو يلعبه الفاعل الأصلي في العمل غير القانوني وذلك وقت تقديم المساعدة. أما العنصر الثالث فهو تقديم مساعدة جوهرية على الرغم من العلم بطبيعة العمل غير القانوني الذي يقوم به الفاعل الأصلي.<sup>145</sup>

وعلى الرغم من وجود اتفاق في الدوائر القضائية المختلفة على هذه العناصر فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للشروط الواجب تحققها لقيام كل عنصر. فليس هناك اتفاق على ما يتحقق به "عنصر العلم" وهل يشترط فيه العلم الخاص بعمل محدد أم يكفي بالعلم العام، وهل يشترط ثبوت العلم الحقيقي أم يكفي بالعلم المفترض الذي يبنى على ما كان ينبغي على المدعى عليه علمه. أما بالنسبة لعنصر المساعدة الجوهرية فهناك خلاف كبير حول "الجوهرية"، فقد يكون الدعم اليسير جوهريا في بعض الحالات وقد يكون الدعم الكبير غير معتبر في حالات أخرى.

<sup>145</sup> *Aiding-abetting includes the following elements: (1) the party whom the defendant aids must perform a wrongful act that causes an injury; (2) the defendant must be generally aware of his role as part of an overall illegal or tortious activity at the time that he provides the assistance; (3) the defendant must knowingly and substantially assist the principal violation.*

*Investors Research v. SEC*, 628 F.2d 168 (D.C. Cir. 1980)

### ٣- مضمون عنصر "المساعدة الجوهرية" في القضاء الأمريكي:

في هذا الجزء سوف نستعرض بعض التطبيقات في القضاء الأمريكي وكيف أن المحاكم الأمريكية قد أقرت مسؤولية الفاعل المساهم مسؤولية مدنية عن المساعدة أو التحريض لمرتكب الفعل الأصلي وذلك في جرائم تقليدية. ففي إحدى القضايا توجه المدعي بدعواه ضد أحد الأشخاص المتواجدين في مسرح الاعتداء والذي قام بتحريض الفاعل الأصلي مستخدماً عبارات "اقتله" و "اضربه أكثر" وكان ذلك كافياً لقيام عنصر المساندة الجوهرية.<sup>١٤٦</sup> وفي قضية أخرى اعتبرت المحكمة أن عنصر المساعدة الجوهرية قد تحقق من خلال قيام أحد حراس الحقائق بإشعال الحماس في أحد الصبيان لقيادة سيارته بطريقة متهوره من أجل الاستعراض مما أدى إلى إلحاق الضرر الجسدي بأحد المارة. فاعتبرت المحكمة أن عبارات التحريض قد أتت من شخص ممن يطاع مثله من قبل الصبيان صغار السن ولذلك قررت مسؤوليته، ولو أن تلك العبارات قد صدرت من صبي مراهق آخر لما كانت قد أخذت في الاعتبار لأن مثله لا يطاع في الغالب لدى صغار السن.<sup>١٤٧</sup> وفي قضية أخرى تعود وقائعها إلى قيام أحد طلاب المدارس بإلقاء ممحاة مما تسبب في فقدان زميلته لبصرها في أحد عينيها. وقد قضت المحكمة بثبوت عنصر المساعدة الجوهرية والعلم على الشخص الذي قام بمناولة الممحاة للفاعل الأصلي.<sup>١٤٨</sup> وفي قضية من نوع مختلف قليلاً اعتبرت المحكمة أن قيام شركة للكتب بتزويد أخرى بصورة المدعية مع العلم بأن الشركة سوف تقوم باستخدامها في تشويه سمعتها كافياً لقيام عنصر المساعدة الجوهرية والعلم.<sup>١٤٩</sup> وعلى النقيض من ذلك لم يثبت لدى محكمة أخرى عناصر المساعدة والتحريض ضد زوجة كانت حاضرة لمشهد الاعتداء من قبل زوجها مع إعجابها واستمتاعها بما قام به زوجها وكذلك قيامها بإيصال زوجها بعد الحادثة. حيث إن المحكمة لم تعتبر كل ذلك كافياً لقيام عنصر المساعدة الجوهرية.<sup>١٥٠</sup>

<sup>146</sup> Rael v. Cadena, 604 P.2d 822, 93 N.M. 684 (Ct. App. 1979).

<sup>147</sup> Cobb v. Indian Springs, Inc., 522 S.W.2d 383, 258 Ark. 9 (1975).

<sup>148</sup> Keel v. Hainline, 331 P.2d 397, 1958 O.K. 201 (Okla. 1958).

<sup>149</sup> Russell v. Marboro Books, 18 Misc. 2d 166, 183 N.Y.S.2d 8, 183 N.Y.2d 8 (Sup. Ct. 1959)

<sup>150</sup> Duke v. Feldman, 226 A.2d 345, 245 Md. 454 (1967).

ومن مجموع تلك القضايا وغيرها استخلصت وثيقة قانون الأضرار العوامل أو المتغيرات التي يجب أن تؤخذ في اعتبار قاضي الوقائع للتحقق من تكامل عنصر "المساعدة الجوهرية"<sup>151</sup> لتلخصها فيما يلي:

أ- "... طبيعة ما قام به الفاعل الأصلي وكان محلاً للتشجيع من قبل المساهم...."، حيث تنتظر المحكمة إلى طبيعة العمل ومدى جوهرية المساعدة في نجاح الفعل الأصلي. وربما ينظر كذلك في الفعل الأصلي من حيث كونه مبني على تهور واضح أو طيش بين أو ليس ذا منفعة ضئيلة أو تافهة كان هناك احتمال أن يحكم قاضي الموضوع بمسؤولية من ساهم أو حرض أو ساعد على هذا الفعل.<sup>152</sup>

ب- "... مقدار المساهمة ونوعها"، فكلما كانت المساعدة جوهرية في إحداث الضرر، بحيث لولا هذه المساعدة لما أقدم الفاعل الأصلي أو تمكن من القيام بفعله كانت هناك فرصة أكبر لثبوت مسؤولية المدعي عليه. فأهمية الفعل المساهم يتحدد بمدى أهميته في تحقيق الفعل الأصلي، فإذا كان المساهمة لا توفر الأدوات أو المحفزات الأساسية للقيام بالفعل الأصلي لا تقوم مسؤولية المساهم.

ويلحق بهذا العنصر عنصر آخر اجتهدت إحدى المحاكم في إقراره وهو مدة المساعدة حيث إن طول المدة قد يسهم في مدى جودتها وجوهريتها.<sup>153</sup>

ج- "... وجود المدعى عليه أو غيابه أثناء ارتكاب الفعل الضار...."، فتواجد المدعى عليه في المسرح أثناء ارتكاب الفعل الضار ليس شرطاً لثبوت المسؤولية، إلا إذا كان تواجده ضرورياً للتحقق الفعل المنسوب له. كما أن عدم تواجده أثناء ارتكاب الفعل لا ينفي وجود المساعدة الفاعلة أو الجوهرية.

<sup>151</sup> ".....the nature of the act encouraged; the amount [and kind] of assistance given; the defendant's absence or presence at the time of the tort; his relation to the tortious actor; and the defendant's state of mind". See Restatement (Second) of Torts § 876(b).

<sup>152</sup> هذا الاستنتاج مأخوذ من اجتهاد الدائرة السابعة في حكمها في قضية "جمعية الأراضي المقدسة" حيث إنها تعول بشكل كبير على نظرية المنفعة

Holy Land Found. for Relief & Dev., 549 F.3d 685 في مقابل الضرر في توزيع المسؤوليات.

<sup>153</sup> Halberstam v. Welch, 705 F.2d 485 (D.C. Cir. 1983).

د- "... علاقة المساهم بالفاعل الأصلي.."، فقد يكون المساهم متولي للرقابة أو له عليه سلطة أو تبعية ظاهرة وإن كانت غير فعلية، أو بينه وبين الفاعل مصلحة مشتركة.  
هـ - "... نية المدعى عليه..."، وتستخلص من الأدلة الظرفية ومن الوقائع المحيطة بالقضية بشكل موضوعي. وسوء النية هنا يعني أن هدف المدعى عليه من المساهمة هو تحقيق هدف غير مشروع، أو ذو منفعة ضئيلة.

وهذه العوامل أو المتغيرات قد لا يحتاج القاضي أن يطبقها جميعاً على كل قضية فقد يركز القاضي على عامل واحد أو عاملين ويهمل الباقي حسب معطيات كل قضية.  
- قضية هيلبراستام (Halberstam v. Welch):<sup>154</sup>

تعتبر قضية هيلبراستام (Halberstam v, Welch) من أبرز القضايا التي فصلت في عناصر مسؤولية المساهم بناءً على نظرية "المساعدة والتحريض الضمني" وتمييزها عن نظرية "التآمر والاتفاق مع الفاعل الأصلي"، ولذلك كانت هذه القضية محط اهتمام قضاة الدائرة الثانية في قضية البنك العربي التي تعد من أبرز قضايا التعويض المدني عن أعمال الإرهاب التي صدر الحكم فيها بعد صدور قانون جاستا.<sup>155</sup>

وتعود وقائع هذه القضية إلى دعوى تعويض مدني أقامتها عائلة أحد ضحايا السطو المسلح ضد صديقة الجاني على أساس نظرية المساعدة والتحريض الضمني. ولم يمنع من إقامة الدعوى ضدها كونها لم تباشر بنفسها أيًا من عمليات السطو. أو شاركت فيها بشكل يدينها جنائياً، بل إنها لم تكن طرفاً في العملية نفسها التي نجم عنهم مقتل الشخص المعني في القضية ولم تكن على علم بهذه الجريمة قبل وقوعها. ومع ذلك كله قضت المحكمة بصحة تطبيق نظرية المسؤولية بالمساهمة التبعية عليها وذلك باعتبار كل من المدعى عليها والجاني شكلاً "مشروعاً مشتركاً"<sup>156</sup>

وفي سردها للوقائع تعرضت المحكمة بشكل مفصل لعناصر تلك المسؤولية كما وردت في وثيقة قانون الأضرار، كما تعرضت للعناصر المكونة لما يمكن اعتباره

<sup>154</sup> *Id.*

<sup>155</sup> *Linde v. Arab Bank, PLC*, 882 F.3d 314, 331 (2d Cir. 2018)..

<sup>156</sup> استخدمت المحكمة عبارة "Joint venture"  
*Halberstam*, 705 F.2d at 485



"مساعدة جوهريّة أو فاعلة". ففيما يخصّ العنصر الأول فتتحقق بارتكاب الفاعل الأصلي للجناية التي نجم عنها الضرر موضع المطالبة، والضرر تمثّل بمقتل أحد أفراد عائلة المدعين. أما من حيث تحقق عنصر العلم اكتفت المحكمة بتحقيق عنصر العلم العام ولم تشترط علم المدعى عليها بشكل خاص بالجريمة موضوع المطالبة بالتعويض. فذكرت المحكمة أن المدعى عليها تعلم بشكل قطعي عن المنظومة الإجرامية وساعدت على استمرارها طالما كانت هذه المنظومة تضمن راحتها الشخصية.

أما العنصر الثالث وهو "المساعدة الجوهريّة" فلم يكن تطبيقه على وقائع القضية مباشرًا وواضحًا، فحتى تتحقق عناصر مسؤوليّة المساهم لابد وأن تكون المساعدة المقدمة منه للفاعل الأصلي مؤثرة و"جوهريّة"، وهذا يتطلب تحقق عدد من العناصر الواردة في وثيقة الأضرار والمذكورة آنفاً.<sup>157</sup> فمن حيث "طبيعة ما قام به الفاعل الأصلي وكان محلًا للتشجيع من قبل المساهم" فقد أكدت المحكمة أن منظومة السطو التابعة للجاني لم تكن لتستمر طيلة هذه السنوات دون المساعدة في غسل الأموال المتحصلة من أنشطته الإجرامية، ولم يكن له ذلك لولا مساعدة المدعى عليها، حيث كانت نتيج له استخدام اسمها وقدراتها لخدمة أهدافه الإجرامية. أما العنصر الثاني الذي يتمثّل في "مقدار المساهمة ونوعها"، فقد قررت المحكمة بأنه وعلى الرغم من أنه لا يمكن اعتبار المساعدة المقدمة من المدعى عليها جوهريّة إذا نظرنا إلى آحاد جرائم السطو، بمعنى أن دور المدعى عليها لم يكن ضروريًا أو جوهريًا في جريمة سطو بعينها أو جريمة القتل موضوع الدعوى. إلا أنه وبالنظر إلى دورها على مدى خمس سنوات يتبين أنه كان جوهريًا في تحقيق الاستمرارية لمنظومة الإجرام.<sup>158</sup> وثالثًا، ومن حيث "وجود المدعى عليه أو غيابه في مسرح ارتكاب الفعل الضار...."، فلا خلاف أن المدعى عليها لم تكن حاضرة أثناء ارتكاب الجريمة ولكن حضورها الأقوى كان في دورها المؤثر والجوهري في إخفاء متحصلات الأنشطة الإجرامية ويعد دورًا جوهريًا في إمداد منظومة السطو

<sup>157</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, *supra* note 152.

<sup>158</sup> لابد من تأكيد أهمية هذا العنصر فيما يخص المسؤولية عن جرائم الإرهاب حتى نفهم طبيعة تلك المسؤولية، فليس المقصود هو مسؤولية دولة ما عن عملية إرهابية بعينها ومدى جوهريّة المساندة التي قدمتها، بل إن المقصود هو مدى جوهريّة المساندة المقدمة في استمرار المنظومة الإجرامية بشكل يشجع على ارتكاب أحد الجرائم.

والسرقة بالحياة وقد تسبب بشكل غير مباشر في حدوث واقعة القتل موضوع القضية. أما الرابع وهو علاقة الفاعل الأصلي بالمدعى عليها، فكانت المحكمة حذرة من أن تعطي أهمية كبيرة لكون المدعى عليها قرينة أو خلية للجاني تباشر مهامًا "زوجية" اعتيادية، حيث كانت حريصة على الفصل الواضح ما بين تلك المهام الاعتيادية وغيرها من المهام التي يمكن اعتبارها خدمة للمنظومة الإجرامية. ولذلك قللت المحكمة من أهمية ذلك العنصر نظرًا لوجود رابط أشبه بالرابط الزوجية بين الجاني والمدعى عليها. وفيما يخص العنصر الخامس فإن المحكمة نظرت في الأدلة الظرفية لتتوصل إلى أن نية المدعى عليها قد انعقدت واتجهت وبشكل متجدد ومستمر لإنجاح هذه المنظومة الإجرامية. وأخيرًا اعتبرت المحكمة فترة خمس سنوات من المساعدة مؤشراً مهماً على كون المساعدة جوهرية ومؤثرة.

وبناء على تحليل هذه العناصر والموازنة بينها قررت المحكمة أن المدعى عليها قد قدمت مساعدة جوهرية مع علمها بطبيعة النشاط الإجرامي ومن ثم صحة ما ذهبت إليه محكمة الدرجة الأولى من ثبوت مسؤوليتها على أساس نظرية المساهمة التبعية.

### **المبحث الخامس**

#### **تطبيقات قضائية لمسؤولية المساهم في قضايا التعويض عن رعاية الإرهاب**

##### **المطلب الأول**

##### **الانضباط النسبي لعناصر مسؤولية المساهم التبعي**

##### **في مقابل عناصر المسؤولية المباشرة**

إن تبني قانون جاستا لنظرية المساعدة والتحريض الضمني بوصفه أساساً لإسناد المسؤولية المدنية قد قلل من مساحة الاجتهاد القضائي غير المنضبط. فقبل تبني هذا القانون كان باب الاجتهاد مفتوحاً لإسناد المسؤولية بناءً على أحكام النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية المباشرة. ونظراً للحدائث النسبية لتطبيق قواعد المسؤولية المباشرة بأحكامها التقليدية على الفاعلين المساهمين، فإن الإجماع القضائي على معايير واضحة كان متعذراً، وذلك كان واضحاً بشكل كبير في قضية "جمعية الأراضي المقدسة" وذلك حين اعتبرت المحكمة

مجرد الدعم العرضي ولو كان خيرياً لجمعية لها ارتباط بأنشطة إرهابية يشكل مسؤولية أشبه بالمفترضة ضد الداعم.

وفي المقابل فإن هناك ما يشبه الإجماع بين قضاة الدوائر الفيدرالية على عناصر مسؤولية المساهم التبعي. حيث إنها تقوم على عناصر محددة ينبغي على المدعي أن يثبت لدى قاضي الوقائع قبل ثبوت المسؤولية، وقد سبق بيان تلك العناصر في المطلب السابق كما هي واردة في وثيقة قانون الأضرار وكما طبقتها بعض المحاكم في بعض الجرائم التقليدية وفي جريمة الاحتيال المالي. وفيما يلي نعرض لبعض التطبيقات القضائية لهذه النظرية على قضايا الإرهاب.

### المطلب الثاني

#### تطبيق عملي

#### رأي قضاة الأقلية في قضية للجمعية الأراضي المقدسة لله

إن الاعتراض الرئيس على قرار قضاة الأغلبية في قضية "جمعية الأراضي المقدسة"<sup>159</sup> (Boim v. Holy Land) (Foundation for Relief: الذي كان الحكم فيه بمسؤولية المدعى عليهم مدنياً مبنياً على أحكام المسؤولية المباشرة بصورتها التقليدية هو أن القرار لم يترك المجال لقاضي الوقائع (المحلفين) للنظر في مدى انطباق معنى "الإرهاب الدولي" المنصوص عليها في المادة ٢٣٣١ على وقائع كل قضية على حدة. حيث ساوى بين جميع أعمال الدعم الإغاثي للجماعات الإرهابية فاعتبرها عملاً من أعمال الإرهاب الدولي قانوناً وواقعاً أياً كانت صورة هذا الدعم أو حجمه. وهذا يعني أن قاضي الوقائع لا يمكنه التوصل إلا إلى نتيجة معقولة واحدة وهي أن كل دعم خيرى لجماعة إرهابية مهما كان حجمه أو وزنه يعد قانوناً من أعمال الإرهاب الدولي. وهذه النتيجة قامت في الأساس على التطبيق المرن لعناصر المسؤولية المباشرة. وبمعنى آخر فإن أعمال هذه النظرية بهذه الشكل المرن قد أدى إلى معاملة الفاعل المساهم معاملة الفاعل الأصلي دون اعتبار لمدى أهمية المساهمة وجوهريتها في إحداث الفعل الأصلي. وكان من ضمن المثالب التي أخذتها الأقلية على القرار أن عامل الدعم غير المباشر الذي

<sup>159</sup> Holy Land Found. for Relief & Dev., 549 F.3d 685.

يتم من خلال دعم منظمات في أصلها خيرية ولكنها ربما قد تكون على ارتباط بحماس، فاعتبر القرار أن دعم أي جماعة أو عدة جماعات مرتبطة بحماس وإن كان نشاطها الأساسي خيرياً يعامل معاملة الدعم المباشر لحماس. وقضاة الأقلية لم يروا بأساً في ذلك من حيث المبدأ إلا أنهم يرون أن مسؤولية المدعى عليه في مثل هذه الحالات أقل وضوحاً فتزيد من عبء الإثبات على المدعي.

ومن ضمن الانتقادات كذلك أن القرار قد بني على قواعد غير واضحة أو منضبطة، وخاصة في تطبيقها المرن لعنصري الخطأ والسببية. حيث اكتفت الدائرة لثبوت الخطأ وجود العلم المفترض - وليس الحقيقي- بطبيعة نشاط الجماعة الإرهابية وتخلت تماماً عن شرط وجود نية مسبقة لتحقيق أهداف الجماعة، كما أن عنصر السببية قد تم تطبيقه بشكله الأكثر مرونة. ١٦٠ وقد ذكرت الأقلية أن قرار الأغلبية وإن كان قد تعلق بعناصر المسؤولية التقليدية في الظاهر إلا أنه في تطبيقها قد حاد بشكل غير مسبوق عن القواعد العامة المستقرة ليقوم بإعادة صياغة جديدة لتلك القواعد بما يمكن اعتباره ابتكاراً لنظام فريد *Sui generis* للمسؤولية المدنية التقصيرية

وبعد استعراض كله هذه الإشكالات في تطبيق نظرية المسؤولية المباشرة على الفاعلين المساهمين، خلص قضاة الأقلية إلى أن الحل لهذا الإشكال هو تطبيق نظرية المسؤولية بناءً على نظرية المساندة والتحريض الضمني. ومن حيث وجود الأساس التشريعي لهذه النظرية فقد ذهبوا إلى أن الكونجرس أقر ضمناً هذا النوع من المسؤولية، وهذا استنتاج في محله حيث إنه قد ثبت صحته بتبني الكونجرس لهذه النظرية صراحة ضمن قانون جاستا. أما من حيث الموضوع فإن تطبيق عناصر المسؤولية غير المباشرة يضمن اجتهاداً منضبطاً يستطيع من خلاله القضاء التمييز ما بين أولئك الداعمين للإرهاب بقصد والذين يدعمونه خطأ أو بحسن نية.<sup>١٦١</sup>

فبدائية، أكدت المحكمة ضرورة وجود عنصر العلم المسبق، وذلك بأن يقيم المدعي الدليل على علم المدعى عليه حقيقة بأن المال الذي يقدمه سوف يستخدم من قبل

<sup>160</sup> *Id.* at 706

<sup>161</sup> *Id.* at 708.

منظمة حماس في أعمال إرهابية. وهذا كما أوضحنا سابقاً أحد أهم عناصر مسؤولية المساهم. والفيصل في ذلك هو اقتناع قاضي الوقائع بالأدلة الظرفية التي يعرضها المدعي، وهذا على خلاف رأي الأغلبية الذي اعتبر أن عنصر العلم مفترض حتماً بمجرد تقديم الدعم دون الحاجة إلى عرض الأدلة الظرفية على قاضي الوقائع، فعنصر العلم هنا مفترض.

أما عنصر المساعدة الفاعلة فقد تعرض له الأقلية بشكل ضمنى في معرض انتقادهم للتطبيق المرن لعنصر السببية من قبل قضاة الأغلبية. فكما بيننا سابقاً أن عنصر "المساعدة الفاعلة أو الجوهرية" شرط أساس لتحقق عناصر المسؤولية على أساس المساندة والتحريض. وما عنصر المساعدة الفاعلة إلا تأكيد لأهمية تحقق عنصر السببية، فالمساعدة العرضية أو الهامشية لا يمكن أن تكون سبباً في تحقق الضرر. أما المساعدة الجوهرية فهي التي لولا حدوثها لما تمكن الفاعل الأصلي من إحداث الضرر كلياً أو بذات الفعالية.

ولتحقق عنصر المساعدة الفاعلة لابد من النظر في عدة عناصر من أهمها طبيعة النشاط الذي حظي بالدعم. حيث ترى الأقلية أن المحكمة لم تميز بين الدعم الموجه للأنشطة الإرهابية والدعم الخيري. حيث ساوت المحكمة بين من يتعمد دعم الأعمال الإرهابية مباشرة ومن يتوجه بالدعم لمنظمات خيرية محسوبة على جماعات إرهابية. وتساءلت الأقلية هل كل من قام بتقديم جهاز طبي لمستشفى تابعة لحماس مثلاً يظل مسؤولاً عن جميع أعمالها "الإرهابية" إلى أجل غير مسمى؟ كما تساءلت المحكمة عن مدى أثر ذلك الحكم في جمعيات مثل أطباء بلا حدود والصليب الأحمر الدولي. فهل إذا قامت تلك الجمعيات بإسعاف أحد العناصر الإرهابية، فهل ستكون مسؤولة عن جميع الأعمال التي يقوم بها هذا الشخص أو غيره بعد ذلك؟ وقد خلصت الأقلية إلى أنه ليس كل دعم موجه إلى أنشطة خيرية يجب أن يفترض فيه البراءة وحسن النية، ولكن المسألة

ليست بذلك الوضوح دائما كما يزعم الأغلبية، فالأمر يتطلب أن تنظر كل قضية بشكل مستقل من قبل قضاة الوقائع.<sup>162</sup>

وأخيرا فقد رأي قضاة الأقلية أن النية عنصر فاصل في ثبوت المسؤولية، حيث لا بد من التفرقة ما بين الدعم الذي يهدف إلى تمكين المنظمة من تحقيق أهدافها والدعم الذي لا يهدف إلى ذلك. فمن يدعم منظمة حماس مثلاً أو منظمة تابعة لها مع علمه بكونها مصنفة ضمن قائمة الإرهاب يصعب عليه لاحقاً التذرع بانتفاء نية تحقيق أهداف الجماعة، في حين من يدعم منظمات أخرى كمستشفيات مثلاً لها ارتباط غير مباشر بحماس ولكنها غير مصنفة ضمن قائمة المنظمات الإرهابية يمكن أن تنتفي عنه نية تحقيق أهداف المنظمة، وهذه المسألة متروكة لقاضي الوقائع كي يحددها.<sup>163</sup> وكما تبين لنا سابقاً من خلال استعراض عناصر المساعدة الفاعلة فإن "نية المساهم" تعد مسألة جوهرية في تحديد ما إذا كانت المساعدة جوهرية أم لا.

### المطلب الثالث

#### تطبيق عملي قضية البنك العربي

تبرز أهمية قضية العربي<sup>164</sup> (*Linde v. Arab Bank, PLC*) في أنها من أوائل القضايا التي صدر حكم قضائي فيها بعد صدور قانون جاستا وحاول الخصوم فيها الاستفادة من هذا القانون، مما دفع المحكمة إلى التعرض للأثار المحتملة لهذا القانون على قضايا التعويض عن أعمال الإرهاب مستقبلاً. وذلك على الرغم من أن الدعوى قد رفعت قبل تبني قانون جاستا بعدة سنوات ولم يتعرض الخصوم لنظرية مسؤولية المساهم، حيث إن الدعوى أقيمت بناء على نظرية المسؤولية المباشرة وفقاً لأحكام قانون الإرهاب لعام ١٩٩٢م.<sup>165</sup> وقد بدأت أحداث هذه القضية بدعوى تعويض أقامها جرحي وأهالي قتلى ثلاث عمليات منسوبة لمنظمة حماس في أحداث الانتفاضة الفلسطينية الثانية وذلك ما بين عامي ٢٠٠٢ و ٢٠٠٣ م وذلك ضد البنك العربي حيث يتهمه المدعون

<sup>162</sup> *Id.* at 710-12

<sup>163</sup> *Id.* at 713-14

<sup>164</sup> *Linde v. Arab Bank, PLC*, 882 F.3d 314 (2d Cir. 2018).

<sup>165</sup> 18 U.S.C. § 2333(a).

بتقديم خدمات بنكية لمنظمات تابعة لحماس وهي منظمة مصنفة، وإلى اللجنة السعودية لدعم انتفاضة القدس باعتبارها قد قدمت مساعدات مالية لعوائل منفذي العمليات.

وقد رفعت القضية إلى الدائرة الاستئنافية الثانية بولاية نيويورك للنظر في مدى صحة تطبيق محكمة الدرجة الأولى لقواعد المسؤولية المباشرة وفقاً لتعريف "الإرهاب الدولي"، وقد خلصت المحكمة إلى أن التعليمات التي توجهت بها محكمة الدرجة الأولى للمحلفين لم تكن صائبة، حيث لم تعرض السؤال الآتي على المحلفين وهو: هل يعد قيام البنك بتقديم خدمات بنكية لمنظمات تابعة لحماس "عملاً عنيفاً" حسب التعريف الوارد في المادة ٢٣٣٣ من قانون الإرهاب.<sup>١٦٦</sup>

وقد احتج المدعون بصدور قانون جاستا متبنياً لنظرية المساندة والتحريض للتخلص من عبء إثبات أن تقديم خدمات بنكية يعد "عملاً عنيفاً". وقد أصاب المدعون في ذلك حيث إن قيام عناصر المساندة والتحريض لا تتطلب المشاركة بعمل مسلح أو عنيف. ولكن المحكمة ومع إقرارها بذلك ذكرت أن المدعين مكلفون بإقناع المحلفين بثبوت جميع عناصر المسؤولية على أساس المساندة والتحريض الضمني كما هي واردة في السوابق القضائية وخاصة الواردة في تلك القضية التي سبق تفصيلها.<sup>١٦٧</sup> وبناءً عليه رفضت المحكمة هذه الحجة، لتقر بشكل ضمني أن المدعين بالخيار بين إقامة الدعوى على أساس أي من النظريتين؛ النظرية المباشرة أو نظرية المساندة والتحريض الضمني، إلا أن لكل منهما عناصر متميزة يكلف المدعي بإقامة الدليل عليها وإقناع المحلفين بذلك قبل الحكم بثبوت المسؤولية.

<sup>166</sup> *Linde*, 882 F.3d at 326-28.

<sup>167</sup> *Halberstam*, 705 F.2d at 485.

## الخاتمة

في هذا البحث تناولنا الإطار القانوني للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي وفقا للقانون الأمريكي. وفيه تعرضنا بشيء من التفصيل لنظريتي المسؤولية المباشرة والمسؤولية بناءً على المساندة والتحريض الضمني وهي أحد أشكال المسؤولية بالمساهمة التبعية، باعتبارهما الإطار القانوني الذي يحكم مسؤولية الدول والكيانات الاعتبارية عن أعمال الرعاية للإرهاب الدولي. وقد فصلنا في ذكر العناصر اللازمة لثبوت كل نوع من أنواع المسؤولية حسب نصوص قانون الإرهاب لعام ١٩٩٢ م وتعديلاته التي صدرت عام ١٩٩٦ م وعام ٢٠١٦ م (تحت مسمى جاستا) ووفق السوابق القضائية ووثيقة قانون الأضرار Restatement of torts. وقد أوضحنا أن الأفعال التي تدخل في معنى رعاية الإرهاب غالبا ما تكون أنشطة مشروعة صادرة عن كيانات غير خارجة عن الإطار العامة للمشروعية الوطنية أو الدولية، إلا أن السياسة العامة في الولايات المتحدة تقتضي منع أي فعل أو نشاط قد يفضي إلى دعم الإرهاب ولو بشكل غير مباشر. ومن خلال دراستنا للعناصر اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية المباشرة عن رعاية الإرهاب الدولي تبين أنها قد تقوم بما يعد الحد الأدنى لما يتطلبه ثبوت تلك العناصر تقليديا، بحيث يكاد يكون عنصر الخطأ فيها مفترضا في جانب المدعى عليه دون حاجة للإثبات من قبل المدعي. حيث إن مجرد تقديم خدمة أو تبرع لجماعة لها ارتباط بأنشطة إرهابية يعد مؤسسا لعنصر الخطأ ولو لم يكن الدعم بقصد دعم أهداف الجماعة الإرهابية غير القانونية، بل ولو كانت هناك أهداف مشروعة يراد تحقيقها كدعم الفقراء أو نشر العلم. كما أن القضاء قد أخذ بعنصر السببية بشكله الأكثر تخففاً لكي يتيح المجال لأي متضرر من عملية إرهابية في الماضي أو في المستقبل أن يجد كيانا ملينا ليقاضيه مهما تباعد الزمان والمكان. ولكن لعل تبني قانون العدالة ضد رعاة الإرهاب (جاستا) لنظرية المساهمة بالتبعية يضيف بعضاً من العبء على المدعين، ذلك أن إثبات عناصر ما يسمى بعنصر "المساهمة الفاعلة أو الجوهرية" يشكل عبئا إضافيا على المدعي. وعلى الرغم من ذلك فإن تبني قانون جاستا لهذه النظرية لم يكن بهدف إحلالها محل نظام المسؤولية بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية المباشرة، ولكن بغرض توسيع الخيارات للمتضررين من أعمال الإرهاب الدولي.



وقد خلص الباحث إلى أن هناك تداعيات قانونية مباشرة لقانون جاستا على الدول من حيث المدى القريب والبعيد. فمن حيث الآثار المحتملة له على المدى القريب فإن الدول سوف تتحمل أعباء كبيرة في سبيل الامتثال لهذا القانون بهدف الوقاية من الدعاوى القضائية المستقبلية. وقد يكون مؤدى هذا الامتثال تبني تشريعات وقرارات قد تنتهي إلى تقليص حجم الأنشطة الخيرية والعلمية الرسمية أو تقنينها بشكل كبير. إضافة إلى ذلك فقد تفرض الدول مزيداً من القيود على النظام المصرفي ومن أعباء الامتثال على المصارف بهدف محاربة غسل الأموال. ومن الآثار المحتملة لهذا القانون كذلك على المدى القريب أن تتحمل بعض الدول تكاليف قضائية باهظة في سبيل مواجهة الدعاوى القضائية التي أقيمت أو سوف تقام عليها في المستقبل بسبب أعمال إرهابية حصلت في الماضي أو سوف تحصل في المستقبل، ويرجع المدعون أسبابها إلى أنشطة قامت بها الدول أو تبنتها قبل أكثر من عشر سنوات.

أما من حيث الآثار المحتملة على المدى البعيد فتتمثل في إمكانية الحجز والتنفيذ على أصول وممتلكات الدول في الولايات المتحدة تنفيذاً لأحكام قضائية صدرت لصالح ضحايا الإرهاب. على أنه لا ينبغي التعامل مع هذا الخطر وإن كان موجوداً بما لا يتناسب مع حجمه، كسحب الاستثمارات والأصول من الولايات المتحدة أو التوقف عن الاستثمار هناك ونحو ذلك. فصدور الأحكام سوف يكون مسبقاً بإجراءات طويلة سوف تستغرق وقتاً طويلاً قد يصل إلى عشر سنوات وأكثر. كما أن هناك عوائق وربما حياً قانونية وسياسية يتم استخدامها لتحويل دون إمكانية تنفيذ تلك الأحكام القضائية، وتحصيل المبالغ المحكوم بها.

بل إنه من المتوقع أن تجد أحد القضايا المرفوعة طريقها إلى المحكمة الأمريكية العليا، وهي المحكمة الوحيدة في الولايات المتحدة التي يغلب عليها الطابع السياسي، حيث تتخذ قراراتها في الغالب بناء على تحيزات سياسية وإن كانت أحكامها في ظاهرها مبنية على نصوص قانونية، إلا أن اختيار النصوص القانونية وتسبب الأحكام مبني في الغالب على تحيز سياسي مسبق.<sup>168</sup> ومع سيطرة القضاة المحافظين على التشكيل الحالي

<sup>168</sup> R.A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 279 (1957); R.A. Posner, *The Supreme Court, 2004 Term*, 119 HARV. L. REV. 28, 28-102 (2005); R.A. Posner, *Statutory Interpretation: In the Classroom and in the Courtroom*, 50 U. CHICAGO L. REV. 800, 800-822 (1983).

للمحكمة - ربما للعقدين القادمين- وخاصة بعد تعيين الرئيس الحالي لقاضيين محافظين على الأقل<sup>169</sup>، فإنهم قد يجدون مخرجًا قانونيًا يحول دون سماع الدعاوى المدنية ضد الدول أو إلى عدم استمرار النظر فيها بسبب رعاية الإرهاب الدولي. ولعلنا نستشرف هذا التوجه للمحكمة الحالية من الحكم الصادر مؤخرًا في دعوى أخرى مقامة ضد البنك العربي من ضحايا أعمال إرهابية والمسماة Jesner، ولكن هذه الدعوى أقيمت على أساس قانون المسؤولية التقصيرية للأجانب ( Alien Torts statute ) الذي أشرنا إليها سابقًا.<sup>170</sup> وقد قررت المحكمة إسقاط الدعوى على الشركات الأجنبية بناء على هذا القانون على عدة اعتبارات كلها تجتمع على مبدأ واحد وهو أن السلطة القضائية غير مؤهلة للتعرض لمسائل سياسية وخاصة تلك المتصلة منها بالسياسة الخارجية. فقد ذكر القاضي Kennedy أن السماح باستمرار هذه الدعوى وتطبيق القانون المذكور بالصورة التي يريدها المدعون قد أدى إلى خلق أزمة بين الولايات المتحدة والأردن في أكثر مناطق العالم حساسية. وأضاف أن مثل هذه المسائل هي من اختصاص السلطة التشريعية والتنفيذية. أما القاضي Gorsuch فقد أشار إلى أن المحكمة لا تستطيع أن تقر من تلقاء نفسها مثل هذه الدعوى التي يمس القرار فيها شأنًا متعلقًا بالأمن القومي والسياسة الخارجية وهذا يتطلب تفويضًا خاصًا ومحددًا من البرلمان (الكونجرس).

وعلى الرغم من أن توجه المحكمة العليا واضح وصريح في التحفظ على نظر الدعاوى التي يكون مؤداها المساس بأمور متعلقة بالسياسة الخارجية أو الأمن القومي والعلاقات بين الدول، إلا أن الأمر يختلف كثيرًا مع قانون جاستا حيث إن تفويض الكونجرس للمحكمة بنظر الدعاوى المدنية ضد الدول واضح وصريح على خلاف تشريع المسؤولية التقصيرية للأجانب Alien torts statute، ومن ثم فإن السؤال المتعلق بمدى دستورية نظر المحاكم الأمريكية لمثل هذه الدعاوى وما إذا كان الاستمرار في نظرها يؤدي إلى انتهاك مبدأ الفصل بين السلطات سوف يكون من أصعب الأسئلة المعروضة على المحكمة العليا وأشدّها تعقيدًا في العصر الحديث.

الرئيس الأمريكي الحالي قد قام بتعيين قاضيين محافظين في منتصف أعمارهم، وحسب القانون الأمريكي فإن عضوية القاضي في المحكمة العليا تصل إلى مدى الحياة ما لم يختار القاضي الاستقالة، ومن ثم فإنه من المتوقع أن يسيطر القضاة المحافظون على المحكمة لعقدين أو أكثر.

<sup>170</sup> Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S. Ct. 1386, 584 U.S. (2018).

**السوابق القضائية**  
**في التشريعات العربية المعاصرة**  
**دراسة تأصيلية في ضوء الشريعة الإسلامية**

إعداد

الدكتورة هيام اسماعيل السحماوي

الأستاذ المساعد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: "وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ"<sup>١</sup>

عن بريدة رضي الله تعالى عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"القضاة ثلاثة إثنان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحق ففضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق ففضى للناس على جهل فهو في النار، رواه الأربعة وصححه الحاكم."<sup>٢</sup>

### مقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وآله الكرام وأصحابه أعلام الهدى وأسوة الأنام وعلى من أفتى آثرهم المحمود وسلك نهجهم المنشود على مر الزمان والمكان وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد .....

من رحب كتاب الله تعالى إنطلقت أحكام رب العالمين وهو العليم الخبير الذي أحاط بكل شيء علماً وهذا مصداقاً لوجوب الرجوع إلى حكم الله ورسوله، والشاهد في ذلك قوله تعالى: "لعلمه الذين يستنبطونه منهم"<sup>٣</sup> والمقصود الاستنباط في الآية الكريمة أي من النصوص لا من قول بشر الغير معصوم، وجاء في السنة قول رسول الله خاتم الأنبياء "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً" ولا شك

(١) سورة الشورى: الآية ١٠

(٢) حديث بريدة هذا حديث جيد وله طرق وجاء ببعض الطرق من طريق رواية خلف بن خليفة بن صاعد الأشجعي، وهو قد اختلط وادعى أنه رأى عمرو بن حريث الصحابي رضي الله عنه، وقد أنكر عليه ذلك الإمام أحمد والجماعة وأن هذا من تخليطه، وقد تابعه بعض الرواة الثقات عند أبي داود، وهو حديث جيد ترجمة راوي الحديث.

(٣) النساء: ٨٣

من أن الضابط الذي وضعه الصحابة رضوان الله عليهم من بعد سيد البشرية أنه لا يحل لأمرئ أن يقدم على أمر حتى يعلم حكم الله فيه

ولما كانت الأحكام الشرعية مبنية على المصادر الشرعية لإحتياجها إلى ذلك فإن السوابق القضائية كذلك تحتاج إليهم وبالذات الفقه القضائي حيث يكون في حكمه قد أبدع حلاً جديداً لواقعة جديدة لم يسبق تقرير حكم لها من قبل وفي هذه الحال يكون الحكم سابقة لهذه النازلة لم يسبق له نظير، وهذا ما يعرف اليوم بالسابقة القضائية التي تعني العودة إلى مبادئ الأحكام التي قررتها محكمة أعلى مختصة من أجل الوصول إلى حكم في قضية مطروحة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن للسوابق القضائية أثر كبير في تقرير الأحكام الكلية للوقائع القضائية عند خلو محل الواقعة من إجتهد سابق ولقد كثر الحديث عن مدى مشروعية الإلزام بها والاحتجاج بها، وسجد الناظر في هذا البحث بيان لإختلاف العائلات القانونية حيث تصنف الشريعة الإسلامية ضمن العائلات القانونية الرئيسية جنباً إلى جنب مع العائلة اللاتينية، وعائلة القانون العام أو الانجلوسكسونية؛

وتتمثل أهمية البحث في إظهار تأثير السوابق القضائية على مصادر القاعدة القانونية، حيث تتمثل مشكلة البحث في بيان مدى تأثير السوابق القضائية في الحكم القضائي، وما ينبغي حيال هذا التأثير، وأثره على المشرع والقاضي في ظل النصوص القانونية النافذة وسيتبين كل ذلك وتأصيله بإذن الله تعالى.

### أهمية موضوع البحث

تتبلور أهمية مصطلح السوابق القضائية في حاجة الفهم إليه ومدى دوره في إيصال الكشف عن مصدر الحكم وحجيته حيث أنها تختلف عن الأنظمة من جهة المصدر والإلزام؛ لاسيما في مسائل التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالأحكام القضاء المبنية على النصوص كغالب القضايا المدنية، مما يجعلها تتعلق بإبراز تراث فقهي غني بذلك.

فموضوع السوابق القضائية والذي أخترت له للبحث فيه يدور حوله الجدل، خصوصاً وأن هناك خلافاً بين العلماء حوله، فمنهم من يرى مزمنة السوابق القضائية

د. عبد السلام الترماني: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٨٠ - ص ٩١<sup>٤</sup>

للاجتهاد فمن يرى أن باب الاجتهاد قد أغلق فيفرد على القاضي أن تكون السوابق القضائية على سبيل التتوير وليس الإلزام، ومنهم من يرى غير ذلك  
عدت السوابق القضائية من المواضيع المهمة التي ينبغي على الفقه القضائي  
دراستها الأمر الذي جعلني أبحث في هذه المسألة حيث وجدت هناك خلاف حول نقص  
السوابق القضائية من المرجعية الشرعية ومن ثم لم يطفأ جذوته ذلك الخلاف المزدوج  
القديم الجديد، القديم في أصوله منذ المذهب المالكي، وعلاقته به الأمر الذي يجعلنا نطرح  
سؤالاً ما مدى تأثير تعدد المصطلح وكثرته في المذهب المالكي وعلاقته بفقه السوابق  
القضائية في العصر الحاضر، والجديد في أفكاره وهو تفاوت الفقه القضائي في مدى  
تطبيقه من عدمه.

### أختيار الموضوع والدوافع إليه

الأصل أنه لا توجد مشكلة في القضايا التي تعرض على القاضي إذا كان الحكم منصوص  
على كتاب الله وسنة رسوله ولكن المشكلة هنا عما إذا فرغ الحكم من النص فكان هدفنا من دراسة  
الموضوع معرفة ما مدى إمكانية ابتكار القاضي حلاً جديداً لواقعة جديدة لم يسبق تقرير حكم لها  
من قبل وما هو مدى توافق ذلك على ما نصت عليه الدساتير التي خلت نصوصها من السوابق  
القضائية كمصدر يبنى عليه الحكم.

ولمعرفة ذلك كان علينا معرفة حجية المصادر التي أعتمد عليها القاضي في تقرير الحكم  
الكلي الملاقي للواقعة من ناحية ومن أخرى تنزيل ما يحرره القاضي من الحكم الكلي على الواقعة  
محل النظر القضائي وفقاً لإجراءات تنزيل الحكم على الوقائع.

وتأثير ذلك على حياة المسلمين وهذا لا يمنع من تطرقنا على فترات تاريخية  
معينه لنسلط عليها الضوء بداية من الفقه المالكي ومرورا بفترات الاستعمار وصولاً  
بعصرنا الحاضر وهذا لتوضيح الأسباب التي أدت إلى وجود مؤيد ومعارض للإلزامية  
السوابق القضائية.

ومن أجل هذه الأهداف المحمودة تقدمت بآراء واقتراحات ولم تمنعني منها هيبية  
المذهب في هذا المجال فالمقامات محفوظة والشكر موصول... وكل ذلك بحسن نية

لخدمة العلم ورفعاً من شأنه وإخلاصاً لله قبل كل شيء ولهذا قد جعل الله المذاهب دولاً  
والآراء نوباً

### المنهج العلمي

أتبعت المنهج التحليلي والوصفي الذي كان من أساسات البحث بعد أستخلاص  
المعلومة من مظانها، ومقارنتها ما دعت الحاجة إلى ذلك للكشف عن حل إشكاليات  
البحث، وما تقتضي حاجة البحث ولا أدعى هنا الإحاطة والكمال إذ لا يليق إلا بذي  
الجلال والأكرام العلي المتعال، فإن أصبت فمن الله إذ نحن لله وبه سبحانه وأن أخطأت  
فيشفع لي ما بذلت من جهد والله من وراء القصد.

### خطة البحث مع المناقشة

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى مدخل وثلاث مباحث على الشكل الآتي: -

بداية " المدخل " خصصته فيه دراسة مفصلة لتعريف السوابق القضائية.

ثم المبحث الأول " فبحثت فيه عن السوابق القضائية في الفقه الإسلامي وتناولت فيه من  
خلال مطلبين الأول: منه تناولت القواعد الحاكمة للسابقة القضائية في الفقه الإسلامي حيث تحدثت  
فيها عن الشروط الواجب توافرها في القاضي للأعداد بحكمه في القضايا، وحكمة ومشروعية مهنة  
القضاء والمرجعية الشرعية للحكم القضائي والثاني: نظرية ما جرى عليه العمل عند المالكية  
وتطبيقاتها وأنواعها.

وأما المبحث الثاني فدرست فيه السوابق القضائية في التشريعات العربية من خلال أربعة  
مطالب بأربع نماذج للدول العربية مع أقتصاري عليهم لعدم الإطالة في البحث وهم نظام القانون  
المصري والقانون السوداني والقانون السعودي وأخيراً القانون المغربي.

وفي المبحث الثالث من هذا البحث رصدته للبحث عن حجية السوابق القضائية. وأفضت  
الكلام نوعاً ما عن ذلك لما يستحقه المقام ولأنه أهم ركن في السوابق القضائية موضوع بحثنا  
وهكذا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين الأول حجية السوابق القضائية في القوانين العربية، والثاني  
حجية السوابق القضائية في التشريعات الإسلامية

وفي الختام عرضت ما أستخلصته من خلال البحث من خاتمة متضمنه آراء  
ومقترحات وهكذا يكون منهاج دراستنا لهذا الموضوع بصفة عامة بعد المقدمة.

## المدخل

### تعريف السوابق القضائية

أولاً: التعريف بالسوابق القضائية لغة

- تعريف السوابق لغة

السابقة أسم فاعل من سبق، ومفردها سابقة، وهو مأخوذ من لفظ سبق، وكلمة سابقة في اللغة أي التي لم يسبق لها مثيل في التفسير ، يقول ابن فارس (ت: ٣٩٥هـ): "السين والباء والقاف أصل واحد صحيح يدل على التقدم، يقال سبق يسبق سبقاً"، فالسبق هو التقدم في الشيء فيقال: سبق الفرس في الحلبة: جاء قبل الافراس، وسبق على قومه: علاهم كرماً<sup>٥</sup>

تعريف القضائية لغة:

القضاء أي الحكم والجمع الأقضية، ولفظ القضائية نسبة إلى القضاء، ومصدرها

قضى، والقضاء له عدة معان منها:<sup>٦</sup>

صنع الشيء وأتممه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾<sup>٧</sup>  
وقضى أي حكم وأمر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾<sup>٨</sup>  
وقضى نحبه أي مات، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ﴾<sup>٩</sup>.

وقد ويجئ القضاء بمعنى الفراغ من الشيء ويدل على هذا وفرغ ربك إلى بني إسرائيل فيما أنزل من كتابه على سيدنا موسى عليه السلام وعلى رسولنا السلام بإعلامه إياهم وإخباره لهم وهذا تفسيراً لما جاء في كتاب الله تعالى " وقضينا الى بني إسرائيل في الكتاب لتفسدن في الأرض مرتين ولتعلن علوا كبيرا "<sup>١٠</sup>.

ثانياً: التعريف بالسوابق القضائية اصطلاحاً في الفقه والقانون: -

- تعريف السوابق القضائية اصطلاحاً في الفقه: -

(٥) المعجم الوسيط، لإبراهيم أنيس وآخرين ١٤/١، ٤١٤.

(٦) المعجم الوسيط ٧٤٢/٢ المرجع السابق.

(٧) سورة فصلت: الآية ١٢.

(٨) سورة الإسراء: الآية ٢٣

(٩) سورة سبأ: الآية ١٤

(١٠) سورة الإسراء: الآية ٤



عرف الحنابلة القضاء بأنه: تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات،<sup>١١</sup> وهذا نفس المعنى الذي ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية،<sup>١٢</sup> وبالرجوع إلى تفسير التعريف السابق نجد أنه أشتراط وجود حكم قضائي شرعي ملزم في خصومه بين طرفين أو أكثر.

وعرفها الشيخ عبد الله آل خنين بأنها: ما صدر من الأحكام القضائية على وقائع معينة لم يسبق تقرير حكم كلي لها.<sup>١٣</sup>

وعرفه بعض المعاصرين (محمد نعيم ياسين) بأنه: فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام،<sup>١٤</sup>

تعريف السوابق القضائية إصطلاحاً في القوانين العربية: -

عرفت السوابق القضائية بعدة تعريفات منها: -

- قضية مفصول فيها، أو قرار محكمة يعتبر مثلاً أو مرجعاً لحالة مطابقة أو

مماثلة فيما بعد تنشأ عن مسألة قانونية مماثلة وتحاول المحاكم أن تفصل في القضايا على أساس المبادئ الراسخة في الحالات السابقة.<sup>١٥</sup>

- أثر قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً،<sup>١٦</sup> لما تلاها من القضايا المماثلة من حيث الموضوع والنقاط الجوهرية.<sup>١٧</sup>

- وعرف بعض فقهاء القانون السوابق القضائية بتفسير كيفية وجودها فيقول: للأحكام وظيفتان الأولى: هي الفصل في النزاع المعروض على المحكمة

(<sup>١١</sup>) شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٣، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات | المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) | الناشر: عالم الكتب الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

(<sup>١٢</sup>) الدر المختار ٣٥٢/٥، رد المحتار على الدر المختار | المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) | الناشر: دار الفكر بيروت | الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م - مغني المحتاج ٣٧٢/٤ الكتاب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: ....

(<sup>١٣</sup>) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي - عبد السلام العسري ط: وزارة الأوقاف / ١٤١٧هـ - توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية ٤٤١/١.

(<sup>١٤</sup>) نظرية الدعوى ٤٧/١.

(<sup>١٥</sup>) عبد الفتاح مراد في معجم مراد القانوني والإقتصادي والتجاري بأنها،

(<sup>١٦</sup>) حارثي سليمان فاروق في قاموس فاروق القانوني / عبد الواحد كرم في معجم المصطلحات القانونية.

(<sup>١٧</sup>) السوابق القضائية دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦هـ للطالب / شيخين بن محمد العبدلي.

وحسمه، ذلك أنه وفقاً لمبدأ حجية الأحكام لا يجوز للخصوم أن ينازعا من جديد فيما فصل فيه حكم صحيح صادر في مواجهتهم.

والثانية: هي أن المحكمة بقضائها تنشئ سابقة قضائية بحيث إن القضايا المماثلة التي قد تقام في المستقبل غالباً ما يقضى فيها بالطريقة ذاتها، فالسوابق القضائية تعتبر كمتون القانون يرجع إليها القاضي في الحكم على قضايا الجديدة<sup>18</sup>.

ونرى أننا بحاجة إلى تفسير هذه التعريفات وتفريدها إلى عناصر بحيث يسهل علينا بعد ذلك معرفة مدى أهمية مركز السوابق القضائية من عدمه إضافة إلى حجيتها، ولو تمنعنا النظر من خلال دراستنا للمعاني السابقة للسوابق القضائية أي الأحكام القضائية السابقة لوجدنا أنها تضمنت العناصر الآتية للأخذ بها.

- أن الحكم الذي يعد بمثابة السابقة يكون حكماً قضائياً على قضية معينة بذاتها متنازع فيها.
- أن هذا الحكم القضائي الصادر في هذا الواقعة المعينة لم يسبق له مثيل في التفسير وبهذا أصبح منفرداً وله السبق الأول.
- هذا الحكم هو أسبق حكم صادر من محكمة أعلى في النازلة القانونية محل الحكم، أي انه حكم مستحدث لا يوجد له نظير ولم يقرر القضاء قبله حكماً نظيراً له.
- اعتبار هذا الحكم مرجعاً لما بعده من أحكام أو قضايا مماثلة.
- للاعتداد بالحكم لأبد أن يسجل كمتن من متون القانون التي تعد الشريعة الإسلامية هي المرجعية الأساسية له وهذا له متطلبات لأعتبار العمل به والتي سوف يرد ذكرها في بحثنا بإذن الله تعالى.

الفرق بين مصطلح قضاء ومصطلح سابقة: -

يجب عدم الخلط بين مصطلح قضاء ومصطلح سابقة فمصطلح قضاء يعنى مجموعة الأحكام الصادرة من المحاكم بخصوص موضوع معين أو داخل دولة معينة أما

(<sup>18</sup>) أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة د/ عبد العزيز العلي النعيم. الطبعة الأولى.

حينما نقول إن حكماً من بين هذه الأحكام قد أصبح له سلطة قضائية فإن ذلك يعني أنه قد أصبح سابقة يجب على المحاكم الأخرى اتباعها<sup>19</sup>.

ثالثاً: التعريف المختار للسابقة القضائية: -

صدور حكم قضائي جديد مبني على سند شرعي أثمر من خلال بحث إستقرائي من أهله لتسبيب حكم في واقعة لم يكن له مثل، ومن ثم طبق بعد ذلك على الوقائع المماثلة وعليه يقنن هذا الحكم حسب الإجراءات الشكلية وينضم إلى متون القانون ويمكن الرجوع إليه في القضايا المماثلة وبهذا تتفق السوابق القضائية مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

### المبحث الأول

#### السوابق القضائية ما بين التشريع الإسلامي والقضائي

مقدمة:

ولما كان القضاء ضروري، فقد أعتنت به الشريعة الإسلامية وفقهاء الإسلام فالقضاء في الشريعة يرتكز على أصول جامعة وقواعد كلية ساعدت على تحصيل مصالح العباد لجلب المصالح ودرء المفاسد عنهم، ومن هنا نقلنا الضوء على ما تتضمنه أحكام الشريعة الغراء في الجانب القضائي.

ولمعرفة مدى اعتبار الأخذ بالقواعد الحاكمة للسابقة القضائية في التشريع الإسلامي، لزم علينا دراسة أهم الأصول التي يبني عليها نظام القضاء في الإسلام وأبرز القواعد التأسيسية لهذا النظام القضائي المنفرد لنوضح للعالم كله من خلال ذلك صلاحيته لكل زمان ومكان وهذا ما يبرهن على سبق النظام الإسلامي على كل الأنظمة القضائية من خلال كتاب الله وسنة رسوله.

وذلك في مطلبين الأول السوابق القضائية وعلاقتها بالفقه الإسلامي الذي سنتناول فيه خصائص الإجتهد الفقهي عند الفقهاء في الفرع الأول والسابقة القضائية بين الإجتهد والتقليد في الفرع الثاني منه ثم نقوم بدراسة السوابق القضائية وعلاقتها بالإجتهد

(<sup>19</sup>) انظر:

bilingues, Cowansville, Les P.A. Crepeau , Dictionnaire de droit proit prive et lexiques  
Edition Yvon Blais Inc ., 1991.

القضائي في مطلب الثاني الذي سنتناول فيه فرعين الأول الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي والثاني خصائص الإجتهد القضائي في الشريعة الإسلامية.

## المطلب الأول

### السوابق القضائية وعلاقتها بالفقه الإسلامي

#### الفرع الأول

#### خصائص الإجتهد الفقهي عند الفقهاء

ولقد حوت الشريعة على مجموعة من المبادئ الكلية، والقواعد العامة، ما تصحح لأن تؤسس عليه العديد من النظريات القانونية المعاصرة، ولقد تضمن الفقه الإسلامي هذه القواعد الكلية والمبادئ العامة وفي ضوء ذلك تصبح الشريعة الإسلامية في المقام الأول بما تحويه من مبادئ وقواعد عامة. ويصبح دور المجتهدين والعلماء البحث والتنقيب في ثنايا هذه الشريعة عن مقاصد الشارع وخطته فيما أوحى به من أحكام، وتطبيقها بعد ذلك على مستجدات كل عصر لاستنباط الأحكام التي يتطلبها.<sup>20</sup>

وتتميز الشريعة الإسلامية في إعتياده بعدم فصل بين الدين والدولة، فهي تتضمن نظامًا للدين والدنيا<sup>21</sup> ومن ثم، فتتظيم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع على جميع المستويات من صميم هذه الشريعة، وبما أن مصادر القاعدة القانونية هي الأداة التي يتم بها تنظيم السلوك الإنساني داخل المجتمع، فلا غور أن تحوي الشريعة تنظيمًا قانونيًا يحكم هذه العلاقات الإنسانية<sup>22</sup> وهذا ما دلت عليه السنة النبوية الشريفة حيث روى بريدة عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "القضاة ثلاثة؛ إثنان في النار وواحد في الجنة: رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل جار في الحكم فهو في النار" رواه ابن ماجه<sup>23</sup>

د. عبد الناصر العطار: المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية - مطبعة السعادة - ص ١٦ وما بعدها.<sup>20</sup>

د. محمد سلام منكور: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام<sup>21</sup>

محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ. ص ٢٦٢

د. عبد الحميد متولي: أصل نشأ الدولة (بحث في الفلسفة السياسية، وتاريخ القانون العام) مجلة القانون والاقتصاد العددان<sup>22</sup>

الثالث والرابع - سبتمبر وديسمبر ١٩٤٨ - ص ١٤

حديث بريدة هذا حديث جيد وله طرق وجاء ببعض الطرق من طريق رواية خلف بن خليفة بن صاعد الأشجعي، وهو قد<sup>23</sup> اختلط وادعى أنه رأى عمرو بن حريث الصحابي رضي الله عنه، وقد أنكر عليه ذلك الإمام أحمد والجماعة وأن هذا من تخليطه، وقد تابعه بعض الرواة الثقات عند أبي داود، وهو حديث جيد ترجمة راوي الحديث

يفهم من الحديث الشريف أن الشريعة الإسلامية حرصت على إقتصار مهنة القضاء على أشخاص معينين ولم تنسب هذه المهنة إلى العامة ويرجع السبب في ذلك أنها ليست سلطة يراد بها العمل والأجر المادي، وإنما محلها أستخلاف البشر لله، حيث أن الأستخلاف نوعين أولهما أستخلاف قدري وهو العقائدي أى الإيمان بالله وبرسوله وملائكته والثاني أستخلاف شرعي وهو محور بحثنا أى بناء المجتمع وإدراته وعمار الأرض ورعاية المصالح والحرس والحرص على العدل بين البشر، والحكم بالعدل من خلال القضاة يقتضي العلم بالإجتهد الذي سيثمر لنا فيما يعد بالسوابق القضائية إذا اتوفت الشروط الشرعية لها.

والدال على ذلك كان علماء وفقهاء الإسلام الذي منهم القضاة يقضون سنين طويلة في طلب تعلم الفقه وعلومه ولا يتعبون ولا يملون من طلب العلم من أقطار الدنيا كلها مما أكسبهم الخبرة المتعمقة المطلوبة، فلا يمكن نفي أهمية الفقه، فمدخل القضاء هو الفقه، وطريقة البحث بين الفقيه والقاضي واحدة، بحكم الأتحاد بينهما في المسائل والوقائع وتنزيل الأحكام، بالرغم من أن القضاء مختلف في منهجه الواقعي العملي عن المفتي الفقيه.

وتتجلى لنا خصائص الإجتهد الفقهي في أشرط أن يكون الحكم من قاضي مجتهدا مما يلي:

جاء على لسان الخطاب في شرحه لخليل ما يلي: "...تجد الرجل يحفظ كثيراً من العلم ويفهم ويعلم غيره، فإذا سئل عن واقعة ببعض العوام من مسائل الصلاة أو من مسائل الأيمان لا يحسن الجواب بل لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر..."<sup>٢٤</sup>

والشاهد على قول الخطاب المنهج الذي إعتده رسول الله صلى الله عليه وسلم منذ بداية عهده حيث أهتم بتعليم البعض وليس الكل فيما من رأى فيه المؤهلات التي تؤهله لمهنة القضاء التي كانت متصلة بالولاية لأنها من أمور الدين والدنيا معا ويرجع ذلك إلى رؤية رسول الله -صلى الله عليه وسلم- البعيدة بأنها مهمة صعبة وليست بيسيرة حتى على القضاة أنفسهم والدليل على ذلك ما جاء به الرهوني رحمه الله، نقلا عن قول ابن مرزوق جاء فيه: "...

(٢٤) أورد هذا الرأي الأخير للخطاب: عبد الرحمن بلعكيد، شرح لامية الزقاق في صناعة القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط١، ٢٠١٥، ص ٤٢.

ولما ولي الشيخ الفقيه الصالح المحصل أبو عبد الله بن شعيب قضاء القيسروان، ومحل تحصيله في الفقه وأصوله شهير، فلما جلس إليه الخصوم وفصل بينهم، دخل المنزل مقبوضاً فقالت له زوجته ما شأنك فقال لها عسر علي حكم القضاء فقالت له رأيت الفتيا عليك سهلة، فاجعل الخصمين كمستفيين سألاك، قال (أبو عبد الله بن شعيب) فاعتبرت ذلك فسهل علي...<sup>٢٥</sup>.

ويتفق ما سبق مع ماورد في شرح الروض للقاضي<sup>٢٦</sup> "زكريا" لما ذكر أن من شروط القاضي أن يكون مجتهداً-قال: والمجتهد من علم ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة، وعرف منها العام والخاص، والمطلق والمقيد، والمجمل والمبين، والنص والظاهر، والناسخ والمنسوخ، والمتواتر والآحاد، والمرسل والمتصل، وعدالة الرواة وجرحهم، وأقوال الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم...

إلى أن قال: ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، وأن يكون له في كتب الحديث أصل صحيح يجمع أحاديث الأحكام -كسنة أبي داود- فيعرف كل باب، فيراجعها إذا احتاج إلى العمل به، ويكتفي في البحث عن الآحاد بما قبله منها السلف وتواترت أهلية رواته من العدل والضبط، وما عداه يكتفي في أهلية رواته بتأهل إمام مشهور عرفت صحة مذهبه في الجرح والتعديل.

ثم إجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يتبع بعض الإجتهد، بأن يكون العالم مجتهداً في باب دون باب، فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه.

وفي هذا قال في الإفصاح<sup>٢٧</sup> اتفقوا على أنه لا يجوز أن يولى القضاء من ليس من أهل الاجتهاد، بإستثناء أبا حنيفة فإنه قال: يجوز ذلك.

(٢٥) الرهوني، حاشية الرهوني علي شرح الزرقاني علي خليل، دار الفكر، عن الطبعة المصرية الأولى، ١٣٠٨ هـ، ج ٧، ص. ٢٨٧.

(٢٦) فتاوي الرملي في فروع الفقه الشافعي بواسطة الإمام شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي المتوفى سنة ٩٧٥ هجري / تحقيق محمد عبد السلام شاهين / دار الكتاب العلمية.

(٢٧) الإفصاح عن شرح معاني الصحاح - أي أحاديث الصحيحين- لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الوزير المتوفى في سنة ٥٦٠.

وقال الموفق في المغني<sup>٢٨</sup> يشترط في القاضي ثلاثة شروط الأول: الكمال؛ وهو نوعان: كمال الأحكام قال في شرح مختصر التحرير: "ويشترط في المجتهد أن يكون عالما بصحة الحديث وضعفه سندا وممتنا وكمال الخلق. والثاني: العدالة، والثالث: أن يكون من أهل الإجتهد.

وبهذا قال بعضهم من مالك والشافعي والحنفية، يجوز أن يكون عاميا فيحكم بالتقليد؛ لأن الغرض فصل الخصومات، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز كما يحكم بقول المقومين، ونرد عليهم بأن العامي يقضي على جهل، ولأن الحكم أكد من الفتيا، لأنه فتيا وإلزام، والمفتي لا يجوز أن يكون مقلدا، فالحاكم أولى وتأكيدا قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ ولم يقل بالتقليد

وقال في الإنصاف<sup>٢٩</sup> ويشترط في القاضي أن يكون مجتهدا، هذا المذهب المشهور، وعليه معظم الأصحاب.

قال ابن حزم: "يشترط كونه مجتهدا إجماعا"، وقال: "أجمعوا على أنه لا يحل لحاكم ولا لمفت تقليد رجل، فلا يحكم ولا يفتي إلا بقوله". هذا أكبر دليل من وجهة نظرنا على عدم الاخذ بالسوابق القضائية

وقال في الإفصاح: الإجماع انعقد على تقليد كل من المذاهب الأربعة، وأن الحق لا يخرج عنهم، واختار في الترغيب ومجتهدا<sup>٣٠</sup> في مذهب إمامه للضرورة. واختار في الإفصاح: والرعاية ومقلدا. (قلت): وعليه العمل من مدة طويلة وإلا تعطلت أحكام الناس، وقيل في المقلد: يفتي ضرورة.

ونكر القاضي أن ابن شاقلا اعترض عليه بقول الإمام أحمد: "لا يكون فقيها حتى يحفظ أربعمئة ألف حديث"، فقال: إن كنت لا أحفظه فإنني أفتي بقول من يحفظ أكثر منه.

(٢٨) المغني في فقه المذاهب الإسلامية للشيخ موفق الدين بن قدامة الحنبلي، المتوفى في سنة ٦٢٠ .  
 (٢٩) يوجد عدة كتب سميت (الإنصاف في مسائل الخلاف)، أحدها: للقاضي أبي بكر بن العربي المالكي، المتوفى سنة ٥٤٣.  
 وثانيها: لأبي سعد محمد بن يحيى النيسابوري الشافعي، المتوفى سنة ٥٤٨. وثالثها: للحافظ أبي الفرج بن الجوزي الحنبلي، المتوفى سنة ٥٩١. والظاهر أن هذا الأخير هو المراد هنا، فقوله: "معظم الأصحاب" يعني به الحنابلة.

(٣٠) الظاهر أنه معطوف على محذوف منصوب.

قال القاضي: لا يقتضي هذا أنه كان يفقد أحمد لمنعه الفتيا بلا علم. قال بعض الأصحاب: ظاهره تقليده إلا أن يحمل على أخذ طرق العلم عنه، وقال ابن بشار من الأصحاب: لا أعيب على من يحفظ خمس مسائل لأحمد يفتي بها. قال القاضي: هذا منه مبالغة في فضله، وظاهر نقل عبد الله يفتي غير مجتهد، ذكره القاضي، وحمله الشيخ تقي الدين على الحاجة. انتهى ملخصاً.

خلاصة الأمر نجد أن فقهاؤنا القدامى تفاوتت آراهم ما بين مؤيد لضرورة أن يكون القاضي مجتهد فقهياً وبالتالي إقتران الشروط الواجب توافرها في الإجتهد بقضاؤه مثل ما ذهب إليه الحطاب في شرحه لخليل. وكذلك ذكره الرهوني رحمه الله، نقلاً عن قول ابن مرزوق. وفي هذا قال في الإفصاح ٣١ في إشتراطهم أن يكون من أهل الإجتهد. بالإضافة الى الموفق في المغني بإشتراطه الكمال و العدالة ، و أن يكون من أهل الإجتهد. كما قال في الإنصاف بالإضافة الى اشتراط ابن حزم كون القاضي مجتهداً إجماعاً، وقال: "أجمعوا على أنه لا يحل لحاكم ولا لمفت تقليد رجل، فلا يحكم ولا يفتي إلا بقوله" ومن ثم هذا أكبر دليل من وجهة نظرنا على عدم الاعتبار بالسوابق القضائية عند المتقدمين من الفقهاء ، حيث يصعب القول به الآن وتطبيقه لقلة وجود القاضي الذي يجمع بين القضاء والشروط الواجب توافرها في الاجتهاد اسوة وعلى غرار الفقهاء القدامى لقربهم من اهل السلف لصالح

وهناك من ذهب إلى إقتصار بعض الشروط الواجب توافرها في القاضي ولا يتطلبها كلها، وذلك لمنعهم الفتيا بلا علم مثل ما ذهب اليه. مالك والشافعي وبعض الحنفية، حيث يرون أنه يجوز أن يكون عامياً فيحكم بالتقليد وكذلك في. شرح الروض للقاضي<sup>٣٢</sup> "زكريا" حيث رأى أنه لا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، ويجوز أن يتبع الاجتهاد، فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه.

وأنا أميل الى ما ذهب إليه فقهاؤنا القدامى بضرورة أن يكون القاضي مجتهد تتوافر فيه جميع شروط الإجتهد التي وضعتها الشريعة الإسلامية ولكن هذا الرأي سيجعلنا نصطدم

(٣١) الإفصاح عن شرح معاني الصحاح - أي أحاديث الصحيحين - لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الوزير المتوفى في سنة ٥٦٠.

(٣٢) فتاوي الرملي في فروع الفقه الشافعي بواسطة الإمام شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي المتوفى سنة ٩٧٥ هجري / تحقيق محمد عبد السلام شاهين / دار الكتاب العلمية.



بالواقع العملي الذي نعيشه الآن الأمر الذي يحتم علينا عدم تولية قاضي اليوم مهام التقليد أو حتى اللجوء إلى سابقة لأي ضرورة على أن ينحصر دوره في تطبيق القانون أما الاجتهاد فبترك لأهله من الفقهاء مع إيماني بأن الله عز وجل أنزل لنا دستور شامل وجامع لكل زمن ومكان إلى أن تقوم الساعة ولعله ترك للفقيه التفسير فقط من الدستور وهو كتاب الله وهذا رحمة من الله عز وجل بعباده للتعامل مع النوازل المستحدثة .

لذلك أرى بفصل مهنة القضاء عن الإجتهد لأن الإجتهد كما ورد له شروطه قد يصعب توافرها على قاضي اليوم فأين القاضي الذي ينطبق عليه ما ذكره القاضي إبن شاقلا حينما إعترض عليه بقول الإمام أحمد: "لا يكون فقيها حتى يحفظ أربعمائة ألف حديث"، فقال: إن كنت لا أحفظه فأبني أفتي بقول من يحفظ أكثر منه

ففصل القضاء عن الإجتهد أمر ضروري حتى يحدنا من خلق سوابق جديدة تتوقف على عامل الضرورة والمصلحة وهو معيار نسبي قد يتغير من شخص إلى وبالرغم من مثالية الرأي الأول والذي دوما ننتشد إليه ولكنه يصعب تطبيقه على القضاة اليوم ، الواقع أن القضاء مختلف في منهجه الواقعي العملي عن المفتي الفقيه ، بيد أن الأمر الذي يجعلني أنادي وأطالب ان كانت هناك ضرورة لاجتهاد القاضي يجب ان نتبع منهج التبويض والتخصيص في علوم القضاء على أن يتخصص كل قاضي في نوعية أو باب محدد في أن يقضي من خلاله حتى يسهل عليه التبحر فيه والفتيا من خلال مرجعية علمية على أساس حكم شرعي

بيد أنه إذا كان لم يترك العنان لتولية فقهاء الأمة القضاء للأسباب التي ذكرناها فما بالننا من أن ينشأ القاضي حكم جديد لم يكن موجود من قبل واعتباره سابقة قضائية بناء على معايير وضعها النظام الذي قد يصوب مرة ويخطأ مرة وليس التشريع الألهي وخاصة ولم يوجب الله على هذه الأمة طاعة أحد بعينه في كل ما يأمر به وينهى عنه إلا رسول الله قال تعالى: يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ<sup>٣٣</sup> وعلي هذا أتفق العلماء على أنه ليس أحد معصوما إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم .

## الفرع الثاني

### السابقة القضائية بين الاجتهاد والتقليد

إشتملت الشريعة الإسلامية في مصادرها على قدر كبير من المرونة والسعة ساعد ذلك على استنباط ما يتلاءم ويتوافق مع مستجدات العصر، وهذا ما تضمنته من القواعد الكلية والمبادئ العامة والشاهد في ذلك أن المنصوص عليه من أحكام في مجال المعاملات قليل إذا ما قورن بما هو مسكوت عنه؛ وذلك حتى يترك المجال للعرف، المعبر شرعاً، وللعادات أن تطبق، وما لا نص فيه يمكن قياسه على ما ورد به نص، وإستهداف المصلحة العامة في التعامل، حيث لا نص، أخذاً بما ذكره ابن تيمية من أنه حيث تحققت المصلحة فتم شرع الله؛ وهذه رحمة من الله سبحانه وتعالى بعباده<sup>٣٤</sup> فضلاً عن توسيع منطقة العفو قصداً، "توسيع هذه المنطقة لم يجئ اعتباطاً ولا مصادفة وإنما هو أمر مقصود للشارع، الذي أراد لهذه الشريعة العموم والخلود والصلاحية لكل زمان ومكان وحال"<sup>٣٥</sup>.

وبناء على ما سبق هناك سؤال يطرح نفسه هل دور القاضي في برمجته للسابقة القضائية أقرب إلى التقليد أم الاجتهاد ولمعرفة الإجابة كان علينا أن نستعرض لموقف الأئمة الأربعة من التقليد، من المعلوم أن المتبعون للمذاهب ليسوا على درجة واحدة، بل منهم المجتهد في المذهب، ومنهم المقلد الذي لا يخالف مذهبه في شيء. نهى الأئمة الأربعة عن تقليدهم<sup>٣٦</sup> في كل ما يسردون والدليل على ذلك. ورد عن أبو حنيفة: <sup>٣٧</sup> "علمنا هذا رأي، وهو أحسن ما قدرنا عليه، ومن جاءنا بأحسن منه قبلناه منه". وقال معن بن عيسى: سمعت مالكا يقول: "إنما أنا بشر أخطئ وأصيب، فأنظروا في قولي، فكل ما خالف الكتاب والسنة فاتركوه".

د. مصطفى الجمال و د. نبيل سعد: النظرية العامة للقانون - منشورات الحلبي الحقوقية - ص ٣١٠. ٣٤

د. يوسف القرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - ص ٣٥٧٣ (٣١) يحرم التقليد على من يكون قادر على الاستدلال مطلقاً. وقيل: يجوز مطلقاً. وقيل: يجوز عند الحاجة، كما إذا ضاق الوقت عن الاستدلال. وهذا القول أعدل الأقوال، بينما الاجتهاد ليس هو أمراً واحداً لا يقبل التجزئ والأنقسام، بل قد يكون الرجل مجتهداً في فن أو باب أو مسألة دون الآخر.

(٣٧) مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه / رقم الحديث: ٧٨ مقطوع الحسن بن زياد الوائلي، قال: قال أبو حنيفة: "علمنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه، ومن جاءنا بأحسن منه قبلناه منه". قال ابن حزم: جميع أصحاب أبي حنيفة مجتهدون على أن مذهب أبي حنيفة أن: ضعيف الحديث أولى عندنا من القياس والرأي.

وقال ابن القاسم: كان مالك<sup>٣٨</sup> يكثر أن يقول: {إِنْ نَظُنُّ إِلَّا ظَنًّا وَمَا نَحْنُ بِمُسْتَيْقِنِينَ}.<sup>٣٩</sup> وقال الشافعي:<sup>٤٠</sup> "إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط، وإذا رأيت الحجة على الطريق فهي قولي".

وقول والإمام أحمد<sup>٤١</sup> "لا تقلدوني، ولا تقلدوا مالكا ولا الشافعي ولا الثوري، وتعلموا كما تعلمنا". وكان يقول: "من قلة علم الرجل أن يقلد دينه الرجال". وقال: "لا تقلد دينك الرجال؛ فإنهم لن يسلموا من أن يغلطوا".

ويحرم تساهل مفت وتقليد معروف بالتساهل، لأن الفتيا أمر خطر، فينبغي أن يتبع السلف الصالح في ذلك؛ فقد كانوا يهابون الفتيا كثيرا، وقد قال الإمام أحمد: "إذا هاب الرجل شيئا لا ينبغي أن يحمل على أن يقول به".

وقال ابن عبد البر: "أجمع الناس على أن المقلد ليس معدوداً من أهل العلم، وأن العلم معرفة الحق بدليله"<sup>٤٢</sup>.

ولهذا جعل الفقهاء من شروط القاضي أن يكون مجتهدا، فلا يصح أن يتولاه المقلد؛ هذا الذي عليه جمهور العلماء والذي رآناه مع تحفظنا الشديد أنه يصعب الآن توافر شروط المجتهد التي أشار إليها الفقهاء القدامى رحمهم الله وسوف نقوم بالتدليل على ذلك في الآتي ...

وورد عن رد ابن القيم في مسألة التقليد في الفتيا بثلاثة أقوال<sup>٤٣</sup>: -

١- عدم جواز الفتوى بالتقليد، لأنه ليس بعلم،<sup>٤٤</sup> والفتوى بغير علم حرام؛ ولا خلاف بين الناس أن التقليد ليس بعلم، وأن المقلد لا يطلق عليه اسم عالم، وهذا قول أكثر الأصحاب، وهو قول جمهور الشافعية.

(٣٨) أصول الفقه الموافقات أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي دار ابن القيم- دار بن عفان سنة النشر: ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م ، عدد الأجزاء: خمسة أجزاء.

(٣٩) سورة الجاثية: الآية ٣٢.

(٤٠) سير أعلام النبلاء محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي مؤسسة الرسالة ، سنة النشر: ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م ، عدد الأجزاء: أربعة وعشرون جزءا.

(٤١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة ، رسالة جامعية ، دار ابن الجوزي ، تأليف محمد بن حسين بن حسن الجيزاني

(٤٢) نظرية الاستعداد في المواجهة الحضارية للأستعمار المغرب نموذجاً / أحمد العمري / الطبعة ١٤١٧-١٩٩٧م .

بكر أبو زيد (١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م). الجامع لسيرة شيخ الإسلام بن تيمية. الرياض-السعودية: دار عالم الفوائد. صفحة ف. ٤٣

ونكره ابن القيم في إعلام الموقعين (٣٦/١). ابن الوزير في العواصم من القواصم (١٢٣/٣) ٤٤

٢- يجوز ذلك فيما يتعلق بنفسه، فيجوز أن يقلد غيره من العلماء إذا كانت الفتوى لنفسه، ولا يجوز أن يقلد العالم فيما يفتي به لغيره، وهذا قول ابن بطة ٤٥ وغيره من أصحابنا.

٣- جواز الفتوى عند الحاجة وعدم علم المجتهد، وهو الراجح عند ابن القيم.

ويمكن الآن الرد على السؤال سالف الذكر وهو موضوع بحثنا هل دور القاضي في برمجته للسابقة القضائية أقرب إلى التقليد أم الإجتهد وذلك من خلال تأييدي لما ذهب إليه ابن القيم والشافعية رحمهم الله في الفقرة الأولى منه في عدم أجازة الفتوى بالتقليد لأنه ليس بعلم وبتطبيق ذلك على السابقة القضائية لا يجوز للقاضي أن يفتي بأستخراج حكم فرغت النصوص منه على حد تعبير رجال القضاء لأنني على علم وبينه أن الشريعة الإسلامية لا تخلي من وجود حلول لكل المسائل التي ترد

وكذلك ما ورد في الفقرة الثانية في أجازت التقليد إذا كانت الفتوى ٤٦ لنفسه بالفعل فإن أصاب فلنفسه وإن أخطأ فله ولن يتعدى ذلك أو يتوارثه الغير، ولكني أختلف معه فيما ورد في النقطة الثالثة منه في أنه يجوز ذلك عند الحاجة وعدم علم المجتهد، لأنه بتطبيق ذلك على الفقه القضائي عند أتباع السوابق القضائية سنجد أن أتباع قاضي لحكم قاضي آخر تطبيقاً للسابقة قضائية عند مزامنة الشروط المطلوبة

لذلك يعد تقليداً فلو طبقنا الحالة الأولى على القاضي بإعتباره المنوط لصنع السابقة القضائية لطلب منه أن يكون عالماً بعلوم الفقه وأصوله أي إذا توافرت فيه شروط المجتهد وفي هذه الحالة لن يحتاج للتقليد وبتطبيق النقطة الثانية منه لوجدناها ملائمة وحسنة، ومن ثم يقتصر التقليد على نفسه للأستفادة والمساعدة في تفسير نص عندما يخلو بنفسه لدراسته ولكن على إلا يتعدى ذلك نفسه وينتقل إلى العامة بحكم بني على تقليد، أما النقطة الثالثة يلجأ للتقليد في حالة الضرورة تبين أن الشريعة لم تخلي من مسألة إلا وجاعت بها ولكن العبرة بأستخراجها من مظانها وتفسيرها على حسب النص.

(٤٥) : إعلام الموقعين عن رب العالمين (ت: مشهور) المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم / المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة. حالة الفهرسة: مفهرس فهرسة كاملة، عند المجلدات: ٧.

<sup>٤٦</sup> إعلام الموقعين عن رب العالمين (ت: مشهور) " ٧/١ " المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية أبو عبد الله تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة

فإذا كان القاضي الذي خلى تخصصه من دراسة الفقه وعلومه لا يمكن له أن يجتهد وصولاً لحكم جديد أو يقلد على غيره بل يقتصر التقليد على نفسه هذا بالنسبة للتفسير النص فما بالك بخلق نص جديد وهذا الذي اعتبره الشيخ تقي الدين وأبن الصلاح الاستفاضة بأنه أهل للفتيا، ورجحه النووي في الروضة، ونقله عن أصحابه.

وقال الشيخ تقي الدين: "لا يجوز أن يستفتى إلا من يفتي بعلم وعدل" وبعض الشافعية: ٤٧؛ "في الأظهر، ويقدم الأعلم على الأورع"، فعلى هذا لا تكفي المعرفة الظنية للقاضي لا سيما في هذا الزمان الذي غلب فيه عدم المعرفة والسعي وراء العلم وتصدى فيه جهلة الطلبة للقضاء والفتيا، فتجد بعضهم يقضي ويفتي وهو لا يحسن عبارة الكتاب ولا يعلم صورة المسألة

والراجح لدينا ما جاء به في الاختيارات<sup>٤٨</sup> وأجمع العلماء على تحريم الحكم والفتيا بالهوى، أو بقول أو وجه من غير نظر في الترجيح، ويجب العمل بموجب اعتقاده فيما له وعليه إجماعاً. وشروط القضاء تعتبر حسب الإمكان، ويجب تولية الأمثل فالأمثل، وعلى هذا يدل كلام أحمد وغيره؛ فيولى -مع عدم العدل- أنفع الفاسقين وأقلهما شراً، وأعدل المقلدين وأعرفهما بالتقليد، فإن كان أحدهما أعلم والآخر أورع قدم فيما قد يظهر حكمه ويخاف الهوى فيه الأورع، وفيما ندر حكمه ويخاف فيه الأشتباه الأعلم وبالتالي وبعد عرض السابق للإجتهد وكذلك التقليد لايجوز أن يقلد قاضي قاضى آخر أخذاً بحكم سابق عنه فى قضية مماثلة مجرد تقليدا للأسباب سألفة الذكر

الحكمة من أفراد أبى حنيفة برأيه حول عدم اشتراطه فى تولية القضاء من ليس من أهلا للإجتهد. جاء فى الإفصاح: اتفقوا الفقهاء على أنه لا يجوز أن يولى القضاء من ليس من أهل الإجتهد، إلا أبا حنيفة. فإنه قال: يجوز ذلك، والسبب فى ذلك من وجهة نظري هو من أشرط الفقهاء أن يكون القاضي أهلا للإجتهد هو لحرصهم على الحال والوضع الذي كانوا عليه قبل استقرار المذاهب الأربعة أى أنه الذي أريد أن أوضحه أن شرط أهلية الإجتهد فى القاضي كن مرتبط للأحداث التى كان يعيشها الأفراد من وضع

٤٧ (١٧/٥) الكتاب: الدرر السنية فى الكتب النجدية

٤٨ (الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية) علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي الحنبلي / كتاب القضاء.

سئ غير مستقر فلحماية القضاء وضمان العدل وضعوا هذا الشرط وها نحن نعيش ما كان عليه فقهاؤنا القدامى من عدم الاستقرار فيما ان توافر شرط الاجتهاد من الصعب تصويره وجب الألتزام بالنص وهذا موقف شبيه مما لجأ إليه القدامى.

ونحن لا نعترض على مسلك القضاة الآن في فصل الولاية عن القضاء وهذا نتيجة لما نعيشه وبمقتضى هذا فإن ولايات الحكام في وقتنا هذا صحيحة، حيث أن حكم القضاء فرض كفاية، ولو أهملت هذا القول ولم أذكره، ومشيت على ضرب الفقهاء القدامى، الذين يذكر كل منهم في كتاب، أو كلام إن قاله، أنه لا يصح أن يكون قاضيا، إلا من كان من أهل الاجتهاد، وعليه تناسب الوضع مع مبدأ الفصل بين السلطات واقتصار الاجتهاد أهله حيث التشريع وتفسيره والقضاء الى أهله ليتناسب ذلك مع دور القضاء بالشكل الذي عليه الآن وحتى لا يتسبب في تعطيل الأحكام.

## المطلب الثاني

### السوابق القضائية وعلاقتها بالاجتهاد القضائي

#### الفرع الأول

#### الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

- يقصد الفقه الإسلامي في عصر من العصور أو في مذهب من المذاهب ما قام بتدوينه الفقهاء المسلمين في عصر من العصور، وهم ولا شك قاموا بتدوين ما انتهوا إليه من أحكام تتوافق وعصرهم، ومن ثم فإنه يتعين حين النظر إليه أن يوضع هذا في الاعتبار.
- عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الاجتهاد *la jurisprudence* في إصطلاح بأنه هو بذل الجهد والوسع في إستنباط الأحكام من أدلتها بالنظر المؤدي إليهم وقد عرفه أبين رشد الجد الاجتهاد القضائي بأنه هو: بذل الوسع في طلب صواب الحكم...<sup>٤٩</sup>

- وعرف الاجتهاد القضائي في القانون بانه هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية.
- يقصد به غالباً الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به.
- مصطلحات تتعلق بدلالة مفهوم الإجتهد القضائي: -
- الحكم في اللغة: هو القضاء، وجمعه أحكام، وقد حكم عليه بالأمر، يحكم حكماً وحكومة وحكم بينهم كذلك، والحكم مصدر قولك حكم بينهم بحكم، أي قضى
- اجتهادات المحاكم: بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها.
- اجتهاداً فقهيّاً: عندما يكون الإجتهد من خلال فقيه من الفقهاء.
- اجتهاداً قضائياً: عندما يقوم به القاضي عند النظر في النزاع المعروض عليه.
- القضاء: وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما ، والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة ، ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم وإنما الأحكام التي تتضمن إجتهدات قضائية فقط.
- هناك اتجاه يرى ان الفقه القضائي صانع للقاعدة القانونية المكتوبة، وهو من هذه الناحية يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية فالقانون الحي تصنعه المحاكم، وهذا يبرز أن ضرورة العمل القضائي تفرض ألا يحجر على المحاكم في تطوير إجتهداتها<sup>٥٠</sup>. بالرغم من أنني أختلف مع الرأي السابق في أن القانون الحي تصنعه المحاكم حيث أرى أن القانون الحي هو الذي تطبقه المحاكم حيث أن المحاكم ليست جهة لصنع القانون بل لتطبيقه وربما قصد من وراء لفظ القانون الحي اي الذي يتماشى مع العرف ويطمئن له المجتمع، إلا أنني أتفق معه في أن القضاء يطبق النص ولا جدال في أن تطبيق النص ليس عملاً نمطياً، بل يحتاج من فهم النصوص ومحاولة تفسيرها إذا كانت غامضة.

(٥٠) وقد ذكر هذا الأستاذ عبد المجيد خميجة، الأمن القانون وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد السابع، السنة الرابعة، ٢٠٠٩، ص. ٥١-٥٠

فلا يكفي أن يكون القاضي خبيراً بمجال القضاء، أو ناضجاً ومطلعاً على اللغة، لكن يجب أن يكون معي بصناعة القضاء خاصة في ظل ما نعيشه اليوم وهذا يحتاج الخبرة في أمور كثيرة، يحتك بها فيكتسب الخبرة ليولى بعد ذلك القضاء، ويكون أولاً متعاملاً مع النص بفهم ونباهة، وثانياً محاولاً الإجتهد إذا أمكنه ذلك، ثالثاً إذا كان للنص القانوني لغة يكتب بها، فللحكم لغته أيضاً التي يجب أن يكتب بها، ولا جدال في أن القاضي يجب أن يكون قادراً على كتابة الأحكام كتابة مقنعة، يُستعمل فيها المنطق ووسائل الاستدلال، وقد عرف البعض، الحكم القضائي بأنه: "فصل في نزاع قضائي بين طرفين أو أكثر يصدر عن محكمة، أيا كان تشكيلها أو درجتها بالشكل المقرر قانوناً" ٥١.

بالرغم عناية نظام القضاء الإنجليزي والأمريكي بالمدخل الإصلاحية الذي اعتنى به الفقه الإسلامي قبلهم، فقضاتهم في نظامهم لا يختارون إلا من بين رجال القانون الذين خبروا المجال وتعلموا أصوله، فغالبا لا يقضي إلا من له خبرة في أمور المنازعات والأفضية<sup>٥٢</sup>، إلا أن هناك مشكلة يعانون منها وهي مرتبطة بسؤال هل القاضي حرفي أم رجل دولة، وهي إشكالية طرحها فقهاء فلسفة القانون الأمريكيون، "...إن صفتا "الحرفيين" و"رجال الدولة"، هما صفتان أكثر دقة لمختلف أنماط القضاة الذين خدموا في المحكمة. فالحرفي القضائي يبحث في المقام الأول عن نص الدستور كدليل يسترشد به عند الحكم في القضايا، ثم في المقام الثاني عن فهم واضعي الدستور لذلك النص ... لكن في كثير من الحالات يجب أن يبحث خارج النص عن فهم واضعوا النص. وعلى الرغم من ذلك، فإن الحرفي يخصص اهتماماً كبيراً للنص ذاته، ومع احتمال أنه سيقوم بفحص النص لغوياً أكثر من احتمال أن يفعل رجل الدولة ذلك..."<sup>٥٣</sup> يجد هذا التحديد الشكلي لدور القاضي عموماً، تبريرات في الفقه الأمريكي،

<sup>٥١</sup> سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، مكتبة الآداب، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص: ١٨.  
<sup>٥٢</sup> مايكل دجاي فريدمان، موجز النظام القضائي الأمريكي، الصادرة عن وزارة الخارجية الأمريكية، منشور في الموقع الرسمي لوزارة الخارجية الأمريكية:

<http://iipdigital.usembassy.gov/st/arabic/texttrans/2008/09/20080917144821>

[bsibhew0.474209.html#axzz4PEsMw1es](http://bsibhew0.474209.html#axzz4PEsMw1es)

<sup>٥٣</sup> جيمس إ. بوند، أساس إصدار الأحكام، ترجمة: هبة نايف مرسى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص. ٢١.



بحيث يدافع أصحاب هذا الرأي عن أن ضمان سيادة القانون والحكم الدستوري يتأتى بالقاضي الممارس لمهامه كحرفي المرتبط بالتقنية والشكلية، وهذا ما يظهر بشكل جلي في عديد من القوانين، بحيث أصبحت التقنية مقلصة لدور القضاء الإداري في الإنشاء.

وعموما إن موضوع تأثير القضاء في القانون، من المواضيع التي إهتمت بها فلسفة القانون، فقد طرح البعض سؤالاً مفاده: "هل القضاة يصنعون القانون؟"، ويجب قائلنا: "إن القضاء يتجنب توريط نفسه في إتخاذ القرارات، ذلك أنه في الحالات التي يتوفر فيها الشك يتحتم عليه الإختيار، فإنه يجب أن يبني اختياره على أساس التماثل المنطقي وليس على أساس شرعية خارجية "Extra-legal" كالغاية الإجتماعية أو الأخلاقية أو العدل أو الملاءمة..."<sup>54</sup> فالإجتهاد القضائي وخصوصا إجتهاد القضاء الإداري مهم جداً لتقويم القانون، فالقانون في كثير من الحالات يحترم الشكلية ويسقط في النمطية وينتج عن هذا كله إنحرافات واضحة، ومن لازم الخروج عن هذا النص ومخالفته.

في رأيي أن الرأي السابق ناقد نفسه وجانبه الصواب حينما أتصف أحترام القانون للشكلية في الوقت الذي نادى فيه بالخروج عن النص ومخالفته الأمر الذي سيجعلنا لو سلمنا جدلاً بسلامة ما جاء أمام عشوائية لتطبيق النص القانوني لأن الشكلية لا تأتي إلا من أحترام النص والبعد عن مخالفته ولكن ربما ذهب أصحاب الرأي السابق إلى هذا المعنى لتعلقهم بأن الإجتهاد القضائي وحده صانع للقانون وليس التشريع.

ونرى إن صفة "الحرفية" في القضاة لن تتوفر لمختلف أنماط القضاة الذين خدموا في المحكمة إلا إذا تخصص القضاة كما يرى بعض فقهاء القانون<sup>55</sup> واستحدثت نظم إجرائية جديدة حيث انه يصعب على القاضي أن ينظر دعاوى مختلفة الأنواع، فيشتت جهده بين القوانين المدنية والجنائية.... وغيرها، وهو ما من شأنه أن يؤدي في النهاية إلى صدور أحكام ضعيفة أو غير محققة للعدالة،<sup>56</sup> فهي تتطلب قاضي موسوعة! وهذا

(54) دينيس لويد، فكرة القانون، سلسلة علم المعرفة، العدد 47، 1981، ص. 311

العدالة الإجرائية في الفقه الإسلامي | أ.د. أحمد عوض هندی أستاذ قانون المرافعات | عميد كلية الحقوق جامعة الاسكندرية سابقاً بحث مقدمة لمؤتمر "الفقه الإسلامي: المشترك الإنساني والمصالح" تطور العلوم الفقهية - فقه رؤية العالم والعيش فيه سلطنة عمان 6- 9 ابريل 2014

العدالة الإجرائية في الفقه الإسلامي | أ.د. أحمد عوض هندی أستاذ قانون | المرجع السابق<sup>56</sup>

يصعب تحقيقه في الوقت الراهن لأنه مع تعدد القوانين وتعقدتها يصعب أن يلم القاضي في ذات الوقت بها ويطبّقها التطبيق الصحيح على دعاوى مختلفة شديدة التنوع.

## الفرع الثاني

### خصائص الإجتهد القضائي في الشريعة الإسلامية

أختلفت آراء الفقه القانوني والشرعي حيال الإجتهد القضائي ما بين مؤيد ومعارض. الأصل أن المسائل التي تستجد يكون البحث فيها أولاً في المصادر الرئيسية وهي: القرآن والسنة، مع إعمال كافة قواعد التفسير المتعارف عليها لدى المجتهد حيال هذين المصدرين<sup>57</sup>، فإن لم يجد حكماً لها انتقل بعد ذلك إلى المصادر الأخرى، حيث يجد الإجماع<sup>58</sup> ثم القياس، والمصالح المرسلة والاستحسان والعرف، وتعتمد هذه المصادر الأخيرة على المجتهد، حيث ينبغي عليه أن يبذل الجهد للوصول إلى الحكم الشرعي من دليل تفصيلي من الأدلة الشرعية<sup>59</sup>.

الرأى المؤيد للإجتهد القضائي:

يرى أصحاب هذا الرأى ضرورة مساواة دور الإجتهد القضائي مع التشريع وهذا المؤدي على صناعة السابقة القضائية حيث يختلف موضع الإجتهد القضائي بين مصادر القانون باختلاف النظم القانونية. ففي النظم التي يمكن أن يضع القضاء فيها قواعد عامة وملزمة - كما كان الحال في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم في بعض الحالات وكما هو عليه حالياً في القانون الإنكليزي - يُعد ما يصدر عن القضاء من قرارات أو إجتهدات من المصادر الرسمية للقانون.

كما يروا انه على المجتهد ألا يتقيد في إجتهداه بمذهب معين، فالمصالح المرسلة أصل عظيم ومصدر خصب للفقه الإسلامي، على أساسه يمكن لولي الأمر إيجاد النظم الضرورية التي تحقق الخير والمصلحة للناس، فضلاً عن العرف المعتبر شرعاً فإنه يعد

راجع في ذلك كل من: د. توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية - ١٩٩٣ - ص ٢٧٨ وما بعدها، د. حسام الدين<sup>57</sup> الأهراني: أصول القانون - ١٩٨٨ - ص ١٨٧.

انظر في ذلك فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق - ص ٤٨ وما بعدها. وفضيلة الدكتور الشيخ محمد مصطفى<sup>58</sup> شابوي: المدخل في الفقه الإسلامي - ص ٢٤٨.

فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق - ص ٢١٦<sup>59</sup>.

أصلاً فقهيًا تبنى عليه الأحكام<sup>60</sup> واتساع منطقة العفو أو الفراغ التي تركتها النصوص قصدًا، ما وجدت إلا لاجتهاد المجتهدين في الأمة ليملؤها بما أصلح للناس، ويستند العلماء إلى القول بأن منطقة "العفو" تركت قصدًا إلى ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن الله حد حدودًا فلا تعتدوها، وفرض أشياء فلا تضيعوها، وحرّم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها"<sup>61</sup>.

وإذا تحقق ذلك فإنه لا بأس من تقنين الفقه الإسلامي على المدى القريب، على أن يعاد النظر في هذا التقنين بعد فترة؛ لجعله متواكبًا مع التغيرات والمستجدات الاجتماعية على نسق القوانين الوضعية على ألا يقتصر التقنين على مذهب معين، بل يأخذ من كل مذهب بما يتلاءم وحاجات العصر ومستجداته، متى كان ذلك له أصل في الشريعة. فالفقه الإسلامي بمصادره ومقوماته واستناده إلى الشريعة، يفي كل الوفاء بجميع حاجات الناس والأفراد والدولة  
الرأى المعارض للاجتهاد القضائي:

وقد نادى بعض مفكري الثورة الفرنسية ورجالها بإلغاء كل دور للاجتهاد القضائي وبضرورة قصر عمل القاضي، في جميع الأحوال، على تطبيق أحكام التشريع تطبيقاً ألياً. فقال مونتسكيو

" إن قضاء الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع..."،<sup>62</sup> وقال روبسبير " إن كلمة الاجتهاد القضائي يجب أن تمحى من لغتنا..."

ولكن هذا الاتجاه الذي جاء ردًّا فعل على تدخل القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع لم يكتب له النجاح، وما كان ليكتب له أن ينجح. فلا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد وإلا تعطل عمله وتعدّر عليه الفصل في الخصومات في بعض الأحيان.

د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق - ص ٦٧-وما بعدها-50<sup>60</sup>

هذا الحديث رواه الدارقطني وحسنه النووي في الأربعين راجع في ذلك د. يوسف القرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية - بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - ص ٧٢

(<sup>61</sup>) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، الطبعة ٦ (القاهرة ١٩٨٧).

نحن لا نتفق مع هذا الإتجاه فربما كان تدخل القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع لم يكتب له النجاح، ولكن هذا لا يعنى أن السبب فى مطالبة تقليص الإجتهاد القضائي أرى أن السبب فى ذلك هو غنى المشرع الفرنسي بمصادر القانون ونصوصه. والإجتهاد القضائي المقبول لدينا والمعمول به لدى الرأى المعارض للإجتهاد القضائي هو أن يجتهد والقاضي إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص. فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين: غموض النص أو إبهامه من جهة، والنقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية.

وغموض النص يعني أن النص ليس له معنى واضح محدد وإنما هو يحتمل أكثر من تأويل. وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص. ولذا قد تختلف الإجتهادات القضائية *la jurisprudence* تبعاً لإختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها<sup>63</sup>.

وأما النقص في النص فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها. ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعيناً في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، ولاسيما طرائق الإستنتاج المختلفة.

ولا يقف القاضي في إجتاده عند تفسير النصوص التشريعية محدداً معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها. فنصوص التشريع تمثل غالباً آخر ما وصل إليه في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتتسأ فيه ظروف

63 Make Google view image  
button visible again: <https://goo.gl/DYGbub>

وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والمثل، فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تعدل، متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته.

ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة، فيتجاوز، كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير، إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أراده واضعوها كي تصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.

وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، كالعرف الذي يعد من مصادر القانون الرسمية الأخرى، ومن أهم هذه المصادر العرف. والقاضي لا يصنع العرف طبعاً كما أنه -خلافاً لما يراه بعضهم- ليس هو الذي يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء، ولكن للقاضي مع ذلك دوراً مهماً في الأخذ بالعرف لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده.

ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانونين المصري والسوري وبعض القوانين العربية الأخرى «مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة». وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجع معين أو قائمة محددة، فإذا احتاج القاضي إلى الرجوع إليها، ونادراً ما يحتاج إلى ذلك، كان عليه أن يحدد ما يراه موافقاً منها. لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها، كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، «إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء».

مدى إعتداد النظم القانونية بالاجتهاد القضائي ضمن مصادر القانون، أما في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة وملزمة، وإنما يرجع إلى إجتهداته على سبيل الارشاد والتتوير -كما هو الحال في الفقه الإسلامي وفي القانون الفرنسي الحالي والقوانين العربية التي تأثرت به- فيعد الاجتهاد القضائي من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية.

وأما في الفقه الإسلامي فعلى الرغم مما كان للاجتهاد الفقهي والقضائي من دور كبير في إثراء هذا الفقه حتى عدّ أحد مصادره، فإنه لا يمكن عدّ الاجتهاد مصدرًا رسميًا فيه. فالاجتهادات الفقهية ليست سوى آراء لأصحابها قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ. والاجتهادات القضائية لا تتمتع بأية قوة إلزامية إلا في القضايا التي صدرت فيها، ومن الجائز للقاضي الذي صدر عنه اجتهاد ما، ولغيره من القضاة، عدم التقيد باجتهاده في القضايا المماثلة.

لقد ساهم الفقه الإسلامي في إرساء هذه المبادئ منذ أكثر من أربعة عشر قرنًا، في وقت كانت أوروبا تعيش فيه في ظلام العصور الوسطى، وأرسى قواعد اجرائية تفصيلية، وتعرض بالتوضيح للإجراءات والقواعد التي يجب أن تسود المحاكمات العادلة، ولقد نقل الغرب عن الفقهاء المسلمين هذه المبادئ والقواعد، والتزموا بها، لذلك أصبحت العدالة لديهم سهلة ميسرة، وهو ما يفسر كذلك عدم وجود تناقض بين آراء الفقه الإسلامي وبين القوانين الغربية في المسائل الاجرائية<sup>64</sup>.

وفي القانون الفرنسي المعمول به اليوم، والقوانين العربية التي تأثرت به ومنها القانون السوري، لا يجوز للقاضي إصدار قواعد عامة وملزمة. كما عدّ رجال الثورة الفرنسية هذا الأمر من النتائج الحتمية لمبدأ الفصل بين السلطات. ولذا فالاجتهاد القضائي في هذه النظم، كما هو الحال في الفقه الإسلامي، ليست له قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها.

ففي القانون الروماني أحدث منذ القرن الرابع قبل الميلاد منصب البريتور (أي الحاكم الشرعي) لتنظيم التقاضي في الأمور المدنية. وكان البريتور يعين لسنة واحدة ويصدر عند توليه منصبه منشورًا يبين فيه القواعد التي سيسير عليها في قبول الدعاوى والدفع. وكان كل بريتور يستبقي من منشور سلفه القواعد التي يرى استبقاءها، ويعدل بعض القواعد الأخرى أو يضيف إليها، إلى أن نشأ من مجموع القواعد التي

العدالة الإجرائية في الفقه الإسلامي | د. أحمد عوض هندی أستاذ قانون المرافعات | عميد كلية الحقوق - جامعة 64  
الاسكندرية سابقاً بحث مقدمة لمؤتمر "الفقه الإسلامي: المشترك الإنساني والمصالح" تطور العلوم الفقهية - فقه رؤية العالم  
والعيش فيه

سلطنة عمان ٦-٩ أبريل ٢٠١٤

تكرر الأخذ بها والنص عليها ما أطلق عليه أسم «المنشور الدائم» وقد تم في أواخر القرن الثاني قبل الميلاد تجميع قواعد المنشور الدائم في قانون عرف باسم "القانون البريتوري" ٦٥.

ويصف الفقهاء الفرنسيون اليوم الاجتهادات القضائية التي تتضمن تعديلاً لأحكام القواعد القانونية أو تقريراً لمبادئ غير منصوص عليها بأنها "اجتهادات بريتورية" نسبة إلى ما كان يقوم به البريتور الروماني من وضع قواعد قانونية بنفسه، وفي القانون الفرنسي القديم قبل الثورة كان للقضاء، ولاسيما المحكمة العليا في باريس التي كان يطلق عليها أسم «برلمان باريس» ويرأسها الملك، سلطة إصدار أنظمة أو لوائح تتضمن قواعد قانونية.

وفي القانون الإنكليزي يعدُّ الاجتهاد الصادر في قضية ما عن إحدى المحاكم، باستثناء بعضها، سابقة قضائية تلتزم المحكمة التي أصدرته، والمحاكم التي هي أدنى منها، السير عليه في القضايا المماثلة. وإذا صدر هذا الاجتهاد عن أعلى محكمة في الدولة، وهي اللجنة الإستئنافية بمجلس اللوردات، إلترمت سائر المحاكم السير عليه. وكان مجلس اللوردات نفسه يتقيد أيضاً بما يصدر عنه من إجتهدات، ولكن سمح له منذ عام ١٩٦٦ بالعدول عن إجتهداته إذا دعت إلى ذلك أسباب قوية تقتضيها مصلحة العدالة. ٦٦

وأخيراً لا نريد أن نشكك في أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية كما سبق وأن أوضحنا على الأقل من الوجهة العلمية وخاصة في ظل التغيير والمستحدثات التي نعيشها الآن باختلاف الزمان والمكان وهذا ما جاء في السنة النبوية أحاديث كثيرة تؤكد ما جاء في القرآن الكريم من مشروعية تغيير الأحكام بحسب تغير الأمكنة والأزمنة والنيات والمصالح والعوائد والأحوال ٦٧، ولكن ليس معنى ذلك ان نساويها مع نصوص التشريع كقواعد قانونية عامة وملزمة، تتمتع به قواعد القانون الناشئة عن مصادره الرسمية .

(١٥) تاريخ النظم الاجتماعية والقانون مع دراسات فلسفة القانون د. عبد المجيد محمد الحقاوي/ دار الهدي للطبوعات.

(٦٦) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، الطبعة ٦ (القاهرة ١٩٨٧).

(٦٧) قواعد تغيير الفتوى بين الحدث الكائن والزمن : قراءة أصولية بقلم د. محمد كمال الدين إمام منشور في العدد الإثنى عشرين / أكتوبر ٢٠١٢ : ١٩١٤٣ : للمزيد راجع في ذلك د. محمد حامد الكبيسي: الضوابط الأصولية لتغيير الأحكام الشرعية، دار الإرشاد للنشر، سوريا، ٢٠٠٦، وخاصة من ص ٢٩٨ - ٣١٨، وهو أطروحة للدكتوراه من كلية الدراسات الإسلامية بجامعة بغداد وفيه بحث جيد في هذا الموضوع تحت عنوان حجبة التغير في الأحكام والعنوان يحتاج إلى ضبط لأن الحجبة تكون في الدليل مثل حجبة السنة وحجبة الإجماع ولا تكون في التغير.

## المبحث الثاني السوابق القضائية في التشريعات العربية المطلب الأول

### السوابق القضائية في القانون المصري

لم يأخذ المشرع المصري بالسوابق القضائية، أي إجتهاادات المحاكم كمصدر من مصادر الحكم القضائي والشاهد على ذلك ماورد في نص المادة "١" ٦٨ من القانون المدني المصري والتي نصت على مصادر الحكم القضائي وفقا للترتيب الوارد فيها لا نجد السوابق القضائية من بين مصادر الحكم القضائي حيث نصت المادة في حالة لجوء القاضي عندخلو النص بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولكن لم تنص على إعتماذ القاضي على السوابق القضائية اى قياس حكم على حكم آخر لمجرد تشابه وقائع القضايا وكذلك كما أن المادة "٢٤٨" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى الأحوال الآتية

١. إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله

٢. إذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم

وبالرجوع الى نصي المادة ٢٤٨ مرافعات لم تنص على مخالفة السابقة القضائية فى إجتهاادات المحاكم كسبب من أسباب النقض ضمن ايراده لأسباب الطعن بالنقض فى المادة المشار اليها والسبب فى ذلك ان المشرع المصري لم يأخذ بالسوابق القضائية ولم يعتد بها.

المادة ١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ 68

تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة



والمادة ٢٤٩ - للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم نهائي - أيأً كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى

وكذلك ما ورد في نص المادة ٢٦٣ - بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المواد السابقة يرسل قلم الكتاب ملف الطعن الى النيابة العامة، وعلى النيابة العامة أن تودع مذكرة بأقوالها في أقرب وقت مراعية في ذلك ترتيب الطعون في السجل، ما لم تر الجمعية العمومية لمحكمة النقض تقديم نظر أنواع من الطعون قبل دورها

وبعد أن تودع النيابة مذكرة بأقوالها، يعين رئيس المحكمة المستشار المقرر ويعرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة. فإذا رأت المحكمة أن الطعن غير مقبول لسقوطه، أو بطلان إجراءاته، أو إقامته على غير الأسباب المبينة في المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ أمرت بعدم قبوله بقرار يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة الى سبب القرار، والزممت الطاعن بالمصروفات فضلاً عن مصادرة الكفالة، وإذا رأت المحكمة ان الطعن جدير بالنظر حددت جلسة لنظره. ويجوز لها في هذه الحالة أن تستبعد من الطعن ما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض، وأن تقصر نظره على باقى الأسباب مع إشارة موجزة الى سبب الاستبعاد وفي جميع الأحوال لا يجوز الطعن فى القرار الصادر من المحكمة بأى طريق

وعليه وجدنا أن المشرع المصري لم يذكر السوابق القضائية ضمن أسباب عدم قبول الطعن مثل سقوطه، أو بطلان إجراءاته، أو إقامته على غير الأسباب المبينة فى ال مادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ ...

هذا من الناحية التشريعية أما من الناحية التطبيقية القضائية فإجتهادات المحكمة العليا على سبيل المثال غير ملزمة للمحاكم الأخرى حيث أن محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى تملك الخروج عليها قانوناً وإن كان هذا الأمر نادراً لأن أحكام هذه المحاكم ستكون عرضة للنقض في هذه الحالة ومن هنا يكون للتفسير الذي تنتهي إليه المحكمة العليا قوة الإلزام الأدبي أمام محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى<sup>٦٩</sup>.

(٦٩) المستشار مصطفى عليوة فتح الباب - الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات - الكتاب الثاني صياغة وتفسير التشريعات - نشر دار الكتب القانونية - مصر - سنة النشر ٢٠١٢ ص ٣٣٥ .

وبالرغم من عدم إلزامية الأخذ بالسابقة القضائية إلا أنه لا يمكن القول بتجاهل إجتهاادات أحكام محكمة النقض المصرية عبر التاريخ حيث كان لها دوراً عظيماً في تطوير وصياغة الكثير من النصوص القانونية عبر فحصها في مواطن الخلل والتقصير في بعض النصوص التشريعية الى درجة تصل أحيانا الى حد إهدار النص وذلك في الحالة التي كانت تجد فيها أن هذا النص يجافى روح العدالة ومن ثم كانت تبرر بقولها بغموض السنن وضرورة تفسيره وتحت ستار هذا التفسير كان يصل الإجتهااد إلى وضع قواعد قانونية جديدة ٧٠ وأن هذا الدور يمكن ملاحظته عند تشريع القانون المدني المصري الجديد حيث ان نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصري هما أهم مصدرين أستقي منهما التقنين الجديد.

حيث أنشأ التقنين الجديد أحكام القضاء المصري في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك فمن النظريات العامة التي قننها التعسف في أستعمال الحق، وتكوين العقد والأستغلال، والحوادث الطارئة، والألتزام الطبيعي، والصورية، والملكية الشائعة، والتصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وشرط عدم التصرف. ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد والشرط الجزائي<sup>٧١</sup> وغيرها حيث أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد أستقيت من التقنين القديم بعد أن أضاف إليها ما أنتهى إليه إجتهااد القضاء في تطبيق هذه المبادئ<sup>٧٢</sup>.

ومما سبق نستنتج أن كلمة سابقة تعنى في القانون المصري التي لم يسبق لها مثل في التفسير بمعنى أن حكم المحكمة المكون للسابقة لا يخالف القانون، بل يكون تطبيقاً له، ولكن بتفسير لبعض ألفاظه على نحو لم يتم من قبل، طبقاً للتغير في الظروف المكانية والزمانية.

(٢٠) أحمد جلال الدين هلال - قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية فقرة ١٥٤ - ص ١٤٠ - نقلاً عن الدكتور حلمى الحجاز - أسباب الطعن بطريق النقض - توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب - ط ١ طرابلس - لبنان الجزء الأول فقرة ١٩٩ - ص ٤٠٣.

(٢١) أنظر: الاجتهااد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية - المستشار عباس قاسم مهدي الداوقى القاضي في المحاكم العراقية الطبعة الأولى ٢٠١٥.

(٢٢) الدكتور عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان الطبعة الثالثة الجديدة ٢٠٠٠ - الجزء الأولى - ص ٤٥.

وليس كل حكم محكمة يشكل سابقة، فإذا كان الحكم ليس سوى إعمال طبيعي للقاعدة القانونية، فلا يعتبر الحكم سابقة قضائية وعندما يستأنف الحكم، وتؤيده محكمة الاستئناف، يصبح هذا "التفسير" الوارد في هذا الحكم ملزماً لجميع المحاكم الابتدائية، ولكنه ليس ملزماً لمحاكم الاستئناف الأخرى، ولكن لو بلغ الأمر إلى محكمة النقض، وأقرت هذا التفسير، أصبح هذا "التفسير" سابقة قضائية "تسري على جميع المحاكم في الدولة، ويكون لها قوة القانون. إذن، ليس كل حكم استئنافي يكون خالفاً لسابقة، فالأحكام الاستئنافية قد تؤدي إلى الآتي تقديم تفسير لكلمة في القانون لم تقدمها محكمة أخرى من قبل وهذه الحالة الأخيرة هي التي يمكن أن تخلق سابقة قضائية. الشروط التي أشترطها المشرع المصري للأخذ بالسابقة القضائية

- أخذ المشرع المصري بالمبدأ القانوني<sup>٧٣</sup> الذي أستاذ إليه القاضي في إصدار الحكم، ويسمى هذا الجزء باللاتينية: *ratio decedendi* أي سند أو سبب الحكم. وهو الذي يتكوّن منه السابقة القضائية دون النظر إلى ما ورد في حيثيات الحكم، كالتعليق على جسامة الجريمة، وقسوة الجاني، وآلام أسرة المجني عليه، وكثير من هذه المواد الإنشائية التي يجدها بعض القضاة. ويسمى باللاتينية *obiter dicta*: أي كلمات تقال "على الماشي" أو "كلمات مرسلة" في هذه الحالة بالذات، ولا تدخل في المبدأ الذي توصل إليه القاضي ولا تؤخذ في الاعتبار لتكوين السابقة.

- لتطبيق السابقة، يجب أن تتشابه الأحداث والظروف في القضية الجديدة مع أحداث القضية المنتجة للسابقة.

- لا يلزم قاضي محكمة أدنى من تطبيق السابقة في القضية المنظورة أمامه إذا أراد ذلك، وعليه إثبات ذلك في حكمه برفض قبول السابقة القضائية، وربما يؤدي الأمر إلى إرجاع القضية لمحكمة النقض وذلك بذكر أن أحداث هذه القضية تختلف عن أحداث السابقة القضائية مبدأ تفريد الوقائع.

(٧٣) أما المبادئ القضائية فهيا مثل أحكام محكمة النقض في مصر لها قوة أدبية على القضاء ولكنها ليست ملزمة بأي حال من الأحوال ويمكن لأي قاضي جزئي أن يخالفها ولا يلام على ذلك وهذا النظام معمول به في الدول التي تعمل بالنظام الروماني أو اللاتيني مثل إيطاليا وفرنسا ومصر وروسيا.

- ويؤيد المشرع المصري إمكانية الاستعانة بالسوابق القضائية على سبيل الأستحسان وليس عن طريق "الإلزام"، ليس بحسب داخليا بل يمكن أحيانا أن تطبق في دولة أخرى<sup>٧٤</sup> رأى البعض في إغفال الفقه القضائي في مصر بالسوابق القضائية<sup>٧٥</sup> حيث يرى أن المشرع المصري أردا أن يحرم المحاكم من حق البحث عن نية المشرع، فالدستور و القانون مكتوبان بطريقة تحقق تماما ما يريده رئيس السلطة التنفيذية، و لا مكان للمحاكم لكي تغير " بالفسير" ما أراد رئيس السلطة أن يكون قانونا و لا يوجد (حالياً) قانونياً أو دستورياً ما يلزم القاضي المصري بتطبيق السوابق القضائية النهائية الصادرة من أعلى محكمة في النظام القضائي حيث أن هذا ليس منصوصا عليه في الدساتير الأخيرة، و إن كان مبدئاً قانونياً تلتزم به جميع النظم القانونية الدستورية في العالم . ومجرد إغفال ذكر " فقه السوابق القضائية" في الدستور كمصدر للقانون هو في حد ذاته تجريد صريح للمحاكم من حقها في إرساء سوابق قضائية، قد تفضح الفشل التشريعي.

نحن لانفق مع الرأي السابق الذي يعارض موقف المشرع المصري في موقفه بعدم جعل السوابق القضائية مصدراً من المصادر التي يبنى على أساسها الحكم أو تقنينه في الدستور بالرغم من تأييدنا في مسألة أن هناك خلل في تفسير التشريع وليس فشل فيه على حد تعبير الرأي السابق.

ونعتقد أن الرأي السابق جانبه الصواب عندما عمم في التزام أخذ السابقة جميع النظم القانونية الدستورية في العالم هذا ليس صحيح إلا في الدول التي تتبع النظام الإنجلوسكسونية وبالرغم من ذلك كان لإجتهادات أحكام محكمة النقض المصرية عبر التاريخ دوراً عظيماً في تطوير وصياغة الكثير من النصوص القانونية عن طريق التفسير كما سبق وأن أوضحنا.

وجدنا ان الفقه أنقسم إلى مدرستين اللاتينية الإنجلوسكسونية وبعد دراستنا على المدرستين وجدنا أن المشرع المصري أنقسم إلى المدرسة اللاتينية الغنية بالمصادر

<sup>٧٤</sup> وقد لجأت أستراليا إلى اقتباس كثير من السوابق البريطانية، إلى أن كون النظام القضائي الأسترالي سوابقه النابعة عن محاكمه.

(٧٥) د. محمود تركي - أستاذ القانون لمبورن ولاية فيكتوريا إستراليا - فقه السوابق القضائية - منتدى واحة المصرية

التشريعية والتي أحيانا تكون ليست في حاجة إلى الأخذ بالسوابق لوجود نصوص الأحكام من مصادرها وإذا حضر الماء بطل التيمم أي لماذا أذهب إلى السابقة وأنا أمامي النص هذا من ناحية ومن ناحية أخرى الألتزام بمبدأ الفصل بين السلطات لن يتيح لا لرئيس السلطة التنفيذية، أو لغيره كما رأى أصحاب الإتجاه السابق التدخل في مهام السلطة التشريعية على الإطلاق لأن التشريع له خصائصه ألترمنا بها لما أحتجنا إلى السابقة إلا في أضيق الحدود .

وهناك تباين واضح بين مبدأ السوابق القضائية ومبدأ حجية الأحكام القضائية في مصر حيث أن مبدأ حجية الأحكام هو مبدأ أساسى من مبادئ التقاضي فهو دليلاً من أدلة الإثبات لا يقبل العكس فهو مبدأ أقرته التشريعات المدنية للحفاظ على أستقرار المجتمع ولذلك هو من النظام العام.

وبالرغم من ذلك حجيته الأحكام ليست مطلقة إذ أن هذه الحجية تقتصر على نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم ودون ان تتغير صفاتهم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً يتبين من كل ما سبق أن كلا من مبدأي السوابق وحجية الأحكام القضائية (حجية الأمر المقضي به) قد أضفيا الحجية على الأحكام القضائية.

إلا أن التمييز يقع في مدى أو نطاق هذه الحجية فمبدأ حجية الأحكام القضائية يتضمن نسبية هذه الحجية أى أن الحكم القضائي يعد حجة على أطرافه فيما لو أثير النزاع مجدداً مع أتحاد أطرافه وكذلك أتحاد الموضوع (المحل) والسبب ومن ثم يمتنع على المحكمة الخوض مجدداً في موضوع الحق الذي تضمنه ذلك الحكم.

أما السوابق فهو يعنى أن الحكم القضائي يعد حجة مطلقة في مقام إصدار الحكم القضائي وذلك في القضايا المشابهة للقضية الصادر فيها الحكم القضائي ( السابقة القضائية ) ويجب الإستناد إليه عند إصدار الحكم القضائي في النزاع الجديد المعروض على القاضي وذلك على أختلف بين النظم القانونية في مدى جواز الإعتماد على السابقة عند إصدار الحكم القضائي وتصنيف ما سلف على القانون المصري لا تعد السابقة مصدراً من مصادر الحكم القضائي لأنها ليست له إلا حجية نسبية ومحدودة في نطاق أطراف الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم ومن ثم لا تمتد حجية الحكم القضائي إلى القضايا الأخرى المنصوص عليها في القانون

المصري ،وهذا بعكس ما جاءت به الانظمة الاخرى كالقانون السوداني الذي يتبع النظام الإنجلوسكسوني في السوابق القضائية .

وأخيراً نؤيد موقف المشرع المصري في اعتماده على المبدأ القانوني الذي إستند إليه القاضي في إصدار الحكم، أي سند أو سبب الحكم. وهو الذي يتكوّن منه السابقة القضائية بالشروط سالفة الذكر.

## المطلب الثاني

### السوابق القضائية في القضاء السوداني

كما نرى وحسبما يبدو لنا، أن القانون السوداني يتبع النظام الإنجلوسكسوني في السوابق القضائية ويرجع ذلك إلى عدة أسباب منها أو لا التقنين أنها تعد من مصادر التشريع في السودان والتي يعتمد عليها القضاء وهذا لإختلاف مصادر التشريع ما بين شمال وجنوب السودان ولعدم وجود تقنين في الماضي والإعتماد الموروث من النظام الإنجليزي على مبدأ (العدالة والمساواة والوجدان السليم).

إلى أن صدر دستور السودان وجعل الشريعة الإسلامية والإجماع مصدراً للتشريعات التي تُسن على المستوي القومي وتُطبق على خمس ولايات شمال السودان بينما جنوب السودان أتمد على التوافق الشعبي وقيم وأعراف الشعب السوداني وتقاليد ومعتقداته الدينية التي تضع في الإعتبار مسألة التنوع في السودان، كمصدرات للتشريعات التي تُسن على المستوى القومي، وتطبق فيها ، وهذا ما نص عليه دستور السودان الإنتقالي للعام ٢٠٠٥ م<sup>٦٦</sup> وخاصة المادة (٥) فقرة واحد من الفصل الأول<sup>٧٧</sup> والمقصود هنا هو التشريع العام المكتوب البائد في أغلب أنحاء البلاد في

(٦٦) المصدر موقع وزارة العدل-دستور جمهورية السودان الإنتقالي لسنة ٢٠٠٥.

(٧٧) مصادر التشريع:

- يكون التوافق الشعبي وقيم وأعراف الشعب السوداني وتقاليد ومعتقداته الدينية التي تأخذ في الإعتبار التنوع في

السودان، مصدراً للتشريعات التي تُسن على المستوى القومي، وتُطبق على جنوب السودان أو ولاياته.

في حالة وجود تشريع قومي معمول به حالياً، أو قد يُسن، ويكون مصدره دينياً أو عُرفياً، يجوز للولاية، وفقاً للمادة

٢٦ في حالة جنوب السودان، التي لا يعترف غالب سكانها ذلك الدين أو لا يمارسون ذلك العرف أن :

- (أ) تُسن تشريعاً يسمح بممارسات أو ينشئ مؤسسات في تلك الولاية تلائم دين سكان الولاية وأعرافهم، أو
- (ب) تحيل التشريع إلى مجلس الولايات لإجازته بواسطة ثلثي جميع الممثلين في ذلك المجلس أو يبتدر إجراءات لنس تشريع قومي تنشأ بموجبه المؤسسات البديلة الملائمة.

أما المادة ٢٦ المشار إليها أعلاه تقرأ كالآتي: يكون التواصل بين الحكومة القومية والولايات في جنوب السودان عن طريق حكومة جنوب السودان. المتأمل لهذه النصوص يجدها تحصر الناس حول الأفكار والسلوك وفق ما تملبه عليهم العقيدة الدينية وليس الناس مصنفين حسب قبائلهم. فمثلاً (التوافق الشعبي) لا تستطيع الادعاء بأن التوافق المقصود لقبيلة معينة، وحتى في المكان الذي يتحدث عن جنوب السودان ستجد عدم تحديد قبيلة.

الوقت الذي وجد فيه معارضة من بعض التشريعات الأخرى التي تتبعها بعض القبائل وتؤمن بها كمبادئ لا يمكن التحلي عنها لكنها لا تجد السند من التشريعات الدينية الموجودة بالدولة<sup>٧٨</sup>.

ثانياً سبب تاريخي حيث فرضت بريطانيا عليها تطبيق القانون الإنجليزي الذي سد منافذ وجود تطور تشريعي في السودان شأنه شأن باقي الدول الأمر الذي جعل من السوابق القضائية أساساً للإعتماد عليها في قضاء القانون السوداني باعتبار أن السوابق من نتاج القانون الإنجليزي ومن ثم بدأت الإدارة البريطانية منذ عام ١٨٨٩ في تطبيق القوانين الحديثة في السودان.

ومنذ ذلك الوقت أخذت المحاكم السودانية في تطبيق القواعد العامة للقانون الإنجليزي بواسطة القضاة إنجليز في غياب القوانين الوطنية لحل القضايا التي تعرض عليها الأمر الذي جعل ضرورة الرجوع إلى العرف في كل المسائل التي لا يوجد فيها قانون مكتوب خاصة أنهم بطبيعة الحال لم يكن القضاة على دراية إلا بالقانون والفقهاء الإنجليزي وللحكم في القضايا المعروضة أمامهم. لم يكونوا لديهم سوي تطبيق القانون الإنجليزي تحت قاعدة (العدالة والمساواة والوجدان السليم) ومنذ زمن طويل اعتبرت هذه القاعدة الوحيدة من أهم قواعد القانون المدني السوداني<sup>٧٩</sup> وكان تطبيق على النحو التالي:

حيث جاء في السابقة حكومة السودان ضد عياد إبراهيم (م أ / س م / ٧٢/٣٩ المجلة ١٩٧٢ ص ١٢٨) أن الطعن في القرارات الإدارية تخضع لنفس القواعد العامة لرفع ونظر الدعاوى المدنية والتجارية العادية .....

وبناءً على الحكم السابق أتباع القانون الإنجليزي النظام الإنجلوسكسوني الذي يجعل السوابق القضائية ملزمة للقاضي في جميع القضايا ولبروز علاقة القانون الإنجليزي بالقانون السوداني سنستعرض بحث عن تطبيق القانون الإنجليزي Common Law أو مبادئ القانون العام في السودان وما صاحب ذلك من تطور، وذلك من خلال معرفة كيفية تطبيق القانون الإنجليزي قبل سنة ١٩٢٥.

---

إن فالتشريعات الأخرى غير المبينة على الشريعة أو القوانين العرفية المكتوبة لا ترتبط بعنصر الشخص الذي يقع تحت طائلة هذا القانون.

وعليه فالشخص الذي يؤمن بأي من الأديان التي تعترف بها الدولة سيكون ملزماً بالسير وفق الدين، (٧٨) لويل كوندو - السوداني العدد رقم ١٠١٥-٢٠٠٨-١٨-١١.

The Common law in the Sudan London, 1971

(٧٩) د. زكي مصطفى

حيث أتصفت هذه الفترة الزمنية بخلو السودان من أي تشريع قانوني في الوقت الذي بدأت فيه بريطانيا تطبيق القانون في السودان حيث لا يوجد سوى القاعدة سالفة الذكر وجاء أول تطبيق لذلك في المادة ٤ من قانون القضاء المدني سنة ١٩٠٠ وتقرأ (في الحالات التي لا تحكمها المادة ٣ من هذا القانون أو أي قانون آخر تطبق المحاكم قاعدة العدالة والمساواة والوجدان السليم والتي أصبحت هي القاعدة التي تحكم القانون المدني في السودان لخلو نصوص القانون كما سبق وأن أشرنا والحكم بقاعدة واحدة على جميع القضايا مما أدى إلى جعل السوابق القضائية لا غني عنها وهي المنفذ الوحيد للمحاكم السودانية التي أتبعت كلية منهج المحاكم الإنجليزية وعلى سبيل المثال وليس الحصر ظهر لنا ذلك في قضية <sup>٨٠</sup> شاشاتي حيث تتبع القاضي القانون الإنجليزي وطبق لأول مرة الحق في مراجعة القرارات الإدارية <sup>٨١</sup> المبدأ الذي أستقر في قضية قطران أن الحكم صدر على أساس دراسة مقارنة للقانون الإنجليزي <sup>٨٢</sup> حتى أن حدث تطور في تطبيق القانون الإنجليزي بعد سنة ١٩٢٥ .

وأوضح ذلك من خلال السوابق السودانية التي وجدنا فيها تغيير في تطبيق القانون الإنجليزي قضية شركة أقطان مصر والسودان ق م / استئناف / ١٩٢٥ ٧ <sup>٨٣</sup> حيث كان السؤال موضوع الدعوى يدور حول تطبيق أو عدم تطبيق المادة ١٨ من القانون الإنجليزي ( Sale of Goods 1893 ) وفي هذه الدعوى وجد القاضي نفسه أمام ثلاثة خيارات ( Common Law ) أما تطبيق القانون الإنجليزي أو التقاضي عن ذلك وتطبيق القاعدة العامة للقانون سالفة الذكر أو صرف النظر عن الاختيارات السابقة وتطبيق القانون المصري

بعد الدراسة والمناقشة طبق القاضي القانون المصري لحل القضية المعروفة أمام المحكمة ومنذ ذلك التاريخ بدأ القانون السوداني في التحرر قليلاً من سيطرة القانون الأجنبي وبدأ يتجه نحو أستقلال قواعده ولكن وبالتأكيد في إطار النظرية

(<sup>٨٠</sup>) زكي مصطفى - المرجع السابق - ص ١٣٤ .

(<sup>٨١</sup>) نيكولا شاشاتي ضد جمهورية السودان الديمقراطية مرجع د. زكي السابق - ص ١٣٥ .

(<sup>٨٢</sup>) ق. م / إعادة نظر / ١٩٦٢ م

(<sup>٨٣</sup>) مجلة الأحكام القضائية ١٩٧٢ - ص ١٢٨ .



العامّة للقانون العام ثم بدأ أثر ذلك يظهر جلياً على أحكام المحاكم الأخرى وهذا لا يجعلنا نستطيع القول بأن القضاء السوداني خلع ثوب القانون البريطاني بل آثاره ما زالت مستمرة وهذا ظاهر من خلال الخلل الموجود في التشريع

والذي أيضاً ينتج لنا الكثير من السوابق القضائية التي لم تنجح في إيجاد حلول في مجالات كثيرة كالمسئولية الإدارية التي تتعدى ان تكون بمثابة سابقة أساسية تبني عليها قواعد خاصة للقانون الإداري ليس إلا ، وكذلك في إطار البيان القانوني للخطأ فإن القانون السوداني يساوي بين الخطأ المدني والخطأ الإداري من ناحية التعريف وجسامة الخطأ وعبء إثباته ، وعلى سبيل المثال وليس الحصر حينما بدأت الإدارة البريطانية تطبيق القانون السوداني في كل منازعات قانون الالتزامات الملكية والقانون الإداري التزمت المحاكم بقاعدة العدالة والمساواة والوجدان السليم<sup>٨٤</sup> .

ولكن سرعان ما بدأ القضاء السوداني الوطني ينتبه من الميراث الذي خلفه له القانون الإنجليزي واضعاً السوابق القضائية نصب عينيه وسرعان أن فاق من قوانين عتيقة لا تتلاءم مع دينه وعاداته وتقاليده والشاهد في ذلك أن هناك دلالات تدل على بداية حركة جديدة لتقنين النصوص ونفعيلها<sup>٨٥</sup> .

وكذلك وجدنا أن هناك صحوة بين الهيئات الدينية الممثلة في مجمع الفقه الإسلامي بالسودان والمشرع عندما عارضت أي تدخل مخالف للدستور السوداني إذا كان هذا التدخل يعارض مبادئ الشريعة وهذا هو التكامل الذي نسعى إليه وهذا ما حدث مؤخراً حيث قامت هيئات دينية سودانية " تحرم " تعديلات دستورية<sup>٨٦</sup> .....

The Common law in the Sudan London, 1971

(٨٤) د. زكي مصطفي

(٨٥) نيالا ١ ابريل ٢٠١٧ - دعا رئيس المجلس التشريعي بولاية جنوب دارفور، جميع أعضاء المجلس الي جلسة طارئة الإثني القادم لإجراء بعض التعديلات علي دستور الولاية الانتقالي، إنفاذاً لمخرجات الحوار الوطني - السبت ١٠ كانون الثاني (يناير) ٢٠١٥ المصدر سودانيين تربيون

(٨٦) المصدر موقع النيلين www.alnilin.com - واجه المستعمر نظاماً قضائياً راسخاً ولم يقوم علي فرض قوانينه أو إلغاء النظام القانوني والقضائي السائد إلا ان المستعمر طبق قانون القضاء المدني والجنائي وترك مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين لقوانين وأحكام الشريعة الإسلامية. وأسند الإشراف فيه لحفائهم المصريين وكان منصب رئيس القضاء حكراً علي السودان كان قانون العقوبات لسنة ١٨٩٩م.

ومن ميزات هذه الفترة استجلاب قانون تسجيلات الأراضي وتبعيته للقضائية وهو من أفضل أنواع أنظمة التسجيلات في العالم وعمل الاستعمار للفصل بين القضاء الشرعي والقضاء المدني ويشمل المدني والجنائي وترك مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين لقوانين وأحكام الشريعة الإسلامية. وأسند الإشراف فيه لحفائهم المصريين وكان منصب رئيس القضاء حكراً علي الإنجليز حتى عام ١٩٥٦م. وكانت القضائية في ذلك الوقت جزء من السلطة التنفيذية ولم ينص علي استقلال القضاء إلا بعد

والخلاصة أننا وجدنا القانون السوداني ما هو إلا نسخة من القانون الإنجليزي بالرغم من التعديلات التي أدخلت عليه لأننا لاحظنا أن رجال القانون السوداني بدأوا في تطبيق القانون الإنجليزي دون محاولة فهم تاريخ ومصادر القانون الإنجليزي نفسه وعليه إذا دققنا النظر في تاريخ القانون الإنجليزي سنعرف لماذا لا يصلح هذا القانون العرفي الأجنبي الذي يكاد يكون تطبيقاً قاعدة ما جرى عليه العمل على مجتمعه ومن ثم تطبيقه على مجتمع آخر مثل السودان يختلف من ناحية اللغة والعادات والدين الأمر الذي سيجعلنا أمام أحكام متغيرة في عادات وتقاليد بالإضافة إلى ما قد يكون المبدأ الذي يعتد به اليوم لا يعتد به في الغد والذي قد يبنى عليه حكم اليوم لا يصلح إلى الغد بغية التوصل إلى المصلحة كما يدعون والدليل على ذلك الموقف الذي أتخذه مجمع الفقه الإسلامي بالسودان ومؤسسات دينية أخرى في رفضها القاطع لتعديلات دستورية المرتبطة

بزوغ فجر الاستقلال ١٩٥٦م وإقرار الدستور الانتقالي الذي نص على صدر قانون الحكم الذاتي ولأول مرة كفل للقضاء استقلاله ومنع السلطين التنفيذية والتشريعية التدخل في أعماله ومحاولة التأثير عليه وفي عام ١٩٦٦ فصل القضاء الشرعي عن المدني وأنشأت محكمة استئناف مدنية عليا وشرعية عليا وفي عام ١٩٧٢ تم دمج القضاء ثم فصلا عام ١٩٧٦م ثم عاد الدمج الأخير وتوحيد القسمين في عام ١٩٨٣م. ومن أهم ميزات تلك المرحلة وما يليها وأحداثها والتطور القضائي والقانوني فيها إعلان إعادة تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد في أغسطس ١٩٨٣م وكذلك أهم التطورات القضائية صدور قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٣-١٤٠٥هـ الذي نص على أن ولاية القضاء في السودان لجهة قضائية واحدة تسمى الهيئة القضائية تكون مسنولة مباشرة لدي رئيس الجمهورية عن أداء أعمالها كما أشتمل القانون على تكوين المحكمة العليا والأجهزة القضائية كانت اللجنة الطارئة للتعديلات الدستورية في البرلمان السوداني الاثني ٢٠ فبراير/ شباط إلى موقف المجمع وجماعة أنصار السنة وجهات أخرى، حول التعديلات الدستورية المقترحة، وسلم ممثل مجمع الفقه مذكرة للجنة، تضمنت اعتراضاً صريحاً على معظم التعديلات، بخاصة " حرية اعتقاد الأديان والمذاهب والأفكار، وحرية المرأة في الزواج، وحرية التعبير بأشكاله". وقال مجمع الفقه الإسلامي في مذكرة بالخصوص إن التعديل المتعلق بحرية الإعتقاد يخالف نص المادة (١/٥) من دستور ٢٠٠٥ التي لم تعدل، وتنص على "أن تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدراً للتشريعات التي تسن على المستوى القومي وتطبق على ولايات شمال السودان".

ورأى أن " التعديل الوارد يؤدي إلى هدم الأعراف القائمة على الشرع مما يقود إلى فتن في الأمن والسلم الاجتماعي، واعتبر التعديلات مخالفة للشرع ولا يجوز إقرارها أو إجازتها من البرلمان". وينص التعديل المقترح المتعلق بحرية الإعتقاد على أن "لكل إنسان الحرية في اختيار رؤى يتخذها عقيدة دينية أو رؤية مذهبية وله أن يمارس أيما شعائر دينية أو احتفالات تذكر بها ويتخذ مواقع لعبادته ولا يكره أحد على دين عيني أو مذهب معين ولا يحظر عليه الحوار والجدال فيما هو حق حسب إيمانه ورأيه". وشدد مجمع الفقه الإسلامي في موقفه من التعديل المتعلق بالزواج على أن "الزواج بالتراضي يخالف ركناً أساسياً وهو وجود الولي ولا نكاح إلا بولي كما ينص الحديث". ويشأن الردة، رأت هذه الهيئة الدينية "أن المادة موجودة في القانون الجنائي ولا سبيل لتغييرها، مؤكداً أن من يولد في الإسلام لا يجوز له أن يخرج منه".

ونقلت وسائل إعلام سودانية أيضاً عن ممثل مجمع الفقه الإسلامي وعضو البرلمان وعضو هيئة علماء السودان عبدالجليل النذير الكاروري أن "مجمع الفقه الإسلامي اعتبر بالإجماع التعديلات المقترحة من المؤتمر الشعبي مخالفة للشرع ولا يجوز إقرارها أو إجازتها

بوثيقة للحريات<sup>٨٧</sup>، والتي أرى انها ما هي الا تطبيق لما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الانسان<sup>٨٨</sup>

حيث جاء في نص المادة ١٦ و ١٨ و ٢٣ والتي تتعارض مع شريعتنا والتي كان أعدھا أحد زعماء السودان معللين أنها تبيح الكفر بالله والخروج عن الإسلام، وتؤدي إلى فوضى تقود لمزيد من التنافر وفي هذا لم نبعد كثيرا عما وصل إليه أهل تونس لمجرد تفكير الرأي العام في إياحة زواج المسلمة من غير المسلم الأمر الذي نهى الشرع عنه وحجتهم في ذلك مساواة الرجل بالمرأة في مضمون المصلحة التي يعقدونها ونرى هنا ضياع المرجعية الشرعية وسط النداء جلب المصلحة ولكن نأمل أن تتحرر السودان من الأسباب التاريخية التي دعت للتمسك بالقانون الإنجليزي لأنها انتفت حيث يوجد لدينا الآن دولة بالمعنى القانوني للكلمة والسلطة القضائية قائمة على تطبيق القوانين السودانية الوطنية سواء في المجال المدني أو الجنائي أو الإداري وبالتالي سيكون الاعتماد أولاً على نصوص التشريع وليس السوابق القضائية التي يفترض أن يكون دورها على أساس الإسترشاد والتتوير.

### المطلب الثالث

#### السوابق القضائية في القضاء السعودي

انقسمت الآراء حول مكانة السوابق القضائية في القضاء السعودي الرأي الأول: السابقة القضائية لها مكانة الالزام في القضاء السعودي<sup>٨٩</sup> يروا أن احترام السوابق القضائية في القضاء السعودي معتبر في الجملة سواء من محاكم القضاء العام، أو قضاء المظالم، وفي أحكام حديثة في قضاء المظالم احتج القضاة بالسوابق القضائية ودونوا ذلك في أسباب أحكامهم.

<sup>(٨٧)</sup> <https://www.masress.com/albawabh/238924> (٨٧) راجع الرابط البوابة نشر في البوابة يوم ٢٢-٢٠١٧-٠٢. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان- وثيقة تاريخية هامة في تاريخ حقوق الإنسان ، صاغه ممثلون من مختلف الخلفيات القانونية والثقافية من جميع أنحاء العالم، واعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨ بموجب القرار ٢١٧ ألف بوصفه أنه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم. وهو يحدد، للمرة الأولى، حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها عالمياً. وترجمت تلك الحقوق إلى ٥٠٠ لغة من لغات العالم.

<sup>(٨٨)</sup> عبد الله بن محمد الخنيني - عضو هيئة كبار العلماء السعودية .

ففي نظام القضاء السعودي الملغى الصادر عام ١٣٩٥هـ كما في المادة (١٤) منه على أنه: "إذا رأت إحدى دوائر المحكمة -محكمة التمييز- في شأن قضية تنظرها، العدول عن اجتهاد سبق أن أخذت به هي أو دائرة أخرى في أحكام سابقة أحالت القضية إلى الهيئة العامة لمحكمة التمييز وتصدر الهيئة العامة قرارها بأغلبية لا تقل عن ثلثي أعضائها بالإذن بالعدول، فإذا لم تصدر القرار به على الوجه المذكور أحالت القضية إلى مجلس القضاء الأعلى ليصدر قراره في ذلك بمقتضى الفقرة (١) من المادة (٨) ."

وقد حل محل هذه المادة في النظام الجديد الصادر عام ١٤٢٨هـ المادة (١٤) ونصها: "إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا -في شأن قضية تنظرها- العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به أو أخذت به دوائر أخرى في المحكمة نفسها في قضايا سابقة أو رأت إحدى دوائر محكمة الاستئناف العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا في قضايا سابقة فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة العليا لإحالته إلى الهيئة العامة للمحكمة العليا للفصل فيه".

ويلحظ هنا أن النظام الجديد اتجه إلى العمل بالمبادئ السابقة الصادرة من المحكمة العليا وجعل لها حجية الإلزام فلا يعدل عنها إلا بقرار من إحدى دوائر المحكمة العليا سواء أكان العدول عن المبدأ من المحكمة العليا نفسها أو من إحدى دوائر الاستئناف.

والمبدأ هو ما قرره المحكمة العليا ابتداءً وفقاً لما جاء في المادة (١٣) من نظام القضاء الجديد الصادر عام ١٤٢٨هـ أو ما يستخلص من عمل المحاكم وسيرها على قاعدة معينة عند فصلها في النزاع مما أستقر عليه عملها وأيدته المحاكم الأعلى<sup>(١٠)</sup> وهذا شبيه بما جرى به العمل من جهة الاعتداد به وعدم مخالفته.

ويفتق مع ذلك ما جاء في نظام العمل والعمال مادة ١٨٥ لا يجوز لأي لجنة من اللجان المنصوص عليها في هذا الفصل ان تمتنع عن اصدار قرارها بحجة عدم وجود نص في نظام العمل يمكن تطبيقه وعليها في هذه الحالة أن تستعين بمبادئ الشريعة الإسلامية والقواعد المحلية وما أستقرت عليه السوابق القضائية ومبادئ الحق والعرف

(١٠) نظرية الأخذ بما جرى به العمل؛ للعسري، مرجع سابق ص ١٣٥.

وقواعد العدالة والسوابق القضائية من مصادر الحكم القضائي في الواقع التي لم يرد فيها نص في النظام وأنه يشترط فيها أن يستقر العمل بالسوابق القضائية ليؤخذ بها.

الرأي الثاني: السابقة القضائية ليس لها مكانة الإلزام في القضاء السعودي<sup>٩١</sup>

جرى العمل في المحاكم الشرعية بعدم الإعتبار بالسوابق الشرعية لنقض الأحكام والمعمول به في المملكة هو عدم إلزام القاضي برأي معين ومحاكم التمييز لا تنقض أحكاما بنيت على إجتهااد عملا بالقاعدة الفقهية الاجتهااد لا ينقض بالاجتهااد.

ونرى أن هذا الرأي يوافق نظام القضاء الإداري حيث يكون بشكل مستقل في المملكة السعودية بإنشاء ديوان المظالم بالمرسوم الملكي ذي الرقم ١٣/٢/٨٧٥٩ في ١٧/٩/١٣٧٤ وهو يمثل المحكمة الإدارية والمستقر عليه العمل في الدولة التي تفصل القضاء الإداري عن القضاء العام وهذا هو المسلك الذي تسلكه الدول التي تأخذ بالنظام القضائي اللاتيني - ان التشريع والعرف يعتبران مصدرين رسميين للقضاء والإداري في حين يعتبر القضاء وهو ما يعرف بالسوابق القضائية والفقه والذي هو أستنباط الشراح من المصادر التفسيرية<sup>٩٢</sup>.

وقد نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية في المادة الأولى، حيث نصت على (أن المحاكم تطبق على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة)، وهكذا ترد المادة بنصها في نظام الإجراءات الجزائية المادة الأولى منه:

(تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام).

وتسري أحكام هذا النظام على القضايا الجزائية التي لم يتم الفصل فيها والإجراءات التي لم تتم قبل نفاذه).

(٩١) حجية السوابق القضائية اعداد عبد العزيز سعد الدغثير - باحث في مجال الفقه والقضاء - سنة النشر: ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ، دار النشر: مجلة العدل، العدد ٣٤ د .

(٩٢) مبادئ القانون الإداري لسليمان الطماوي ص ٣٠ القانون الإداري السعودي ص ١٥- بيانات النشر: القاهرة: دار الفكر العربي، ١٣٧٢ / ١٩٥٢ . وانظر الخلاف الدائر بين شراح القانون الإداري في كتاب القانون الإداري للدكتور/ خالد خليل الظاهر ص ٦٧ - ٧١ - تاريخ النشر: ١/١٠/١٩٩٨- الناشر: دار المسيرة للطباعة والنشر

حرصت الشريعة على أن تكون أحكام القضاة واضحة المصدر مؤصلة المستند،  
فإن اعتماد القاضي في الشريعة الإسلامية على الكتاب والسنة قال تعالى: فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا  
أَنْزَلَ اللَّهُ (٩٣) .

وقال سبحانه: إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (٩٤) .  
فإن لم يجد فيهما نصاً صريحاً اجتهد وفق القواعد العامة، والأصول الجامعة، في  
الشريعة الإسلامية وفق قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد وقاعدة "تحقيق العدل" ووفق  
الأحكام الفقهية الاجتهادية في الفقه الإسلامي المبنية على الدليل (٩٥) .

قال ﷺ: (إذا حكم الحاكم فأجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا أخطأ فله أجر) (٩٦)  
. وقال عليه الصلاة والسلام لمعاد لما بعثه قاضياً إلى اليمن (كيف تقضي قال: بكتاب  
الله قال: فإن لم تجد قال: فبسنة رسول الله قال: فإن لم تجد قال: أجتهد رأيي ولا آلو) (٩٧)

( سورة المائدة: من الآية ٤٨ . 93 )

( سورة النساء: من الآية ١٠٥ ) . 94

( انظر: المغني لابن قدامة ١٤ / ٢٧ . 95 )

(٩٦) أخرجه البخاري من حديث عمرو بن العاص في كتاب الاعتصام بالسنة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ  
رقم ( ٧٢٥٢ ) ٤ / ٣٧٢ ، ومسلم في كتاب الأفضية ، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد ، فأصاب أو أخطأ رقم  
( ١٧١٦ ) ٣ / ١٣٤٢ .

(٩٧) أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية ، باب اجتهاد الرأي في القضاء رقم ( ٣٥٩٢ ) ٣ / ٣٠٣ ، والترمذي في كتاب  
الأحكام ، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي رقم ( ١٣٢٧ ) ٣ / ٦١٦ ، وأحمد ٥ / ٢٣٠ ، ٢٣٦ ، ٢٤٢ ،  
والدارمي رقم ( ١٦٨ ) ١ / ٧٢ ، والطحاوي رقم ( ٥٥٩ ) ص ٧٦ ، وعبد بن حميد رقم ( ١٢٤ ) ١ / ٧٢ ، وابن  
أبي شيبه رقم ( ٢٢٩٨٨ ) ٤ / ٥٤٣ ، ورقم ( ٢٩١٠٠ ) ٦ / ١٣ ، وابن سعد في الطبقات الكبرى ٢ / ٣٤٧ - ٣٤٨ ،  
٣ / ٥٨٤ ، والمقبلي في الضعفاء الكبير رقم ( ٢٦٢ ) ١ / ٢١٥ ، والطبراني في الكبير رقم ( ٣٦٢ ) ٢٠ / ١٧٠ ،  
والبيهقي في السنن الكبرى ١٠ / ١١٤ ، وابن حزم في المحلى ١ / ٦٢ وقال: لا يصح ، وابن عساکر في تاريخ  
مدينة دمشق ٥٨ / ٤١٢ ، والذهبي في سير أعلام النبلاء ١ / ٤٤٨ ، وذكره الشافعي في الأم ٦ / ٢٠ ، وابن  
الجوزي في العلل المتناهية رقم ( ١٢٦٤ ) ٢ / ٧٥٨ وقال : هذا حديث لا يصح وان كان الفقهاء كلهم يذكرونه في  
كتبهم ويعتمدون عليه ، ولعمري إن كان معناه صحيحاً إنما ثبوته لا ، وضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود رقم  
( ٣٥٩٢ ) ٣ / ٣٠٣ ، وفي ضعيف سنن الترمذي رقم ( ١٣٢٧ ) ٣ / ٦١٦ ، وذكره ابن الملقن في خلاصة البدر  
المنير رقم ( ٢٨٣٧ ) ٢ / ٤٢٤ وقال : رواه أبو داود والترمذي بإسناد ضعيف ، قال الترمذي : لا نعرفه إلا من هذا  
الوجه وليس إسناده عندي بمتصل وقال البخاري : مرسل ، وقال عبد الحق : لا يسند ولا يوجد من وجه صحيح ،  
وقال ابن الملقن : أيضاً في تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج ١ / ١٠٩ فهذا حديث وإن كان عن غير مسمين فهم  
أصحاب معاذ فلا يضره ذلك لأنه يدل على شهرة الحديث وأن الذي حدث به الحارث بن عمرو عن جماعة من  
أصحاب معاذ لا واحد منهم وهذا أبلغ في الشهرة من أن يكون عن واحد منهم لو سمي كيف وشهرة أصحاب معاذ  
بالعلم والدين والفضل والصدق بالمحل الذي لا يخفي ولا يعرف في أصحابه منهم ولا كذاب ولا مجروح بل أصحابه  
من أفاضل المسلمين وخيارهم لا يشك أهل العلم بالنقل في ذلك كيف وشعبة حامل لواء هذا الحديث وقد قال بعض أئمة  
الحديث إذا رأيت شعبة في إسناد حديث فاشدد يدك به ،

وهذا لثراء الشريعة الإسلامية من الأسس والمصادر التي يرجع إليها القضاة في أحكامهم خاصة مقلداتهم ومن هنا حرص نظام القضائي في المملكة العربية السعودية على تأصيل الأحكام القضائية في المحاكم الشرعية، وعدم تقييد القضاة في المحاكم بمذهب معين بل فتح المجال للقضاة في باب الاجتهاد حسبما يظهر لهم رجحانه بالدليل الشرعي المعتبر، وقد جرى تععيد هذا الموضوع بثوابت مقررته، فيما صدر بالإرادة الملكية رقم ١٠٣٣ في ١٣٤٧/٣/٢٠هـ المتضمنة للتصديق العالي على قرار الهيئة القضائية رقم ٣ في ١٣٤٧/١/٧هـ والذي تقرر فيه أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله لسهولة مراجعته وكتبه والعناية فيها بذكر الدليل على مسأله ، على أن للقضاة في حال وجود مشقة في تطبيق مسألة من مسأله، ومخالفة لمصلحة العموم الأخذ بما يحقق المصلحة ويدرأ المشقة من أقاويل المذاهب الأخرى بعد البحث والنظر.

وقد نصت المادة الثامنة من نظام القضاء الصادر في عام ١٣٩٥ هـ على ما يلي: (يتولى مجلس القضاء الأعلى بالإضافة إلى الاختصاصات المبينة في هذا النظام ما يلي: النظر في المسائل الشرعية التي يرى وزير العدل ضرورة تقرير مبادئ عامة فيها) وذلك لتأصيلها بالمنظور الشرعي، ولهذا نصت المادة التاسعة والثمانون من هذا النظام

قال أبو بكر الخطيب وقد قيل إن عبادة بن نسي رواه عن عبد الرحمن بن غنم عن معاذ وهذا إسناد متصل ورجاله معروفون بالثقة على أن أهل العلم قد نقلوه واحتجوا به فوقفنا بذلك على صحته عندهم ، وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ٤ / ١٨٣: قال ابن طاهر في تصنيف له مفرد في الكلام على هذا الحديث : اعلم أي فحست عن هذا الحديث في المسانيد الكبار والصغار وسألت عنه من لقيته من أهل العلم بالنقل فلم أجد له غير طريقين أحدهما طريق شعبة والأخرى عن محمد بن جابر عن أشعث بن أبي الشعثاء عن رجل من ثقيف عن معاذ وكلاهما لا يصح قال وأقبح ما رأيت فيه قول إمام الحرمين في كتاب أصول الفقه والعمدة في هذا الباب على حديث معاذ قال وهذه زلة منه ولو كان عالماً بالنقل لما ارتكب هذه الجهالة قلت أساء الألب على إمام الحرمين وكان يمكنه أن يعبر بألین من هذه العبارة مع أن كلام إمام الحرمين أشد مما نقله عنه فإنه قال : والحديث مدون في الصحاح متفق على صحته لا يتطرق إليه التاويل كذا قال رحمه الله ، وقد أخرجه الخطيب في كتاب الفقيه والمتفقه من رواية عبد الرحمن بن غنم عن معاذ بن جبل فلو كان الإسناد إلى عبد الرحمن ثابتاً لكان كافياً في صحة الحديث ، وقد استند أبو العباس بن القاسم في صحته إلى تلقي أئمة الفقه والاجتهاد له بالقبول قال : وهذا القدر مغن عن مجرد الرواية . وقال ابن قدامة في المغني ٣٠/١٤ : بعد أن نكر جهالة راوييه قال : ما نصه : ( إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم رواه سعيد منصور وإمام أحمد وغيرهما وتلقاه العلماء بالقبول وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافق ، فروى سعيد أن عمر قال لشريح : انظر ما يتبين لك في كتاب الله فلا تسأل أحداً ، ومالا يتبين لك في كتاب الله فاتبع فيه السنة وما لم يتبين لك في السنة فاجتهد فيه رأيك ، وعن ابن مسعود مثل ذلك . وأثر عمر أخرجه البيهقي في باب موضع المشاورة كما أخرجه عن عمر وابن مسعود في : باب ما يقضي به القاضي من كتاب آداب القاضي من السنن الكبرى ١١٠/١٠ ، ١١٥ .

على تشكيل إدارة فنية للبحوث بوزارة العدل تتألف من عدد كافٍ من الأعضاء لا يقل مؤهل أي منهم عن شهادة كلية الشريعة.

ويجوز أن يختاروا عن طريق ندب بعض القضاة للعمل في هذه الإدارة لتتولى استخلاص المبادئ القضائية التي تقررها محكمة التمييز أو مجلس القضاء بعد تبويبها وفهرستها ونشرها كما تتولى هذه الإدارة إعداد البحوث اللازمة ومراجعة الأحكام وإبداء الرأي في القواعد الفقهية التي بنيت عليها من حيث مدى موافقتها للعدل في ضوء الظروف والأحوال المتغيرة وذلك تمهيداً لعرضها على مجلس القضاء الأعلى لتقرير مبادئ فيها، وكل ذلك لتأصيل وتقعيد الأحكام وتقرير أدلتها ومستنداتها).

وأخيراً يأتي تأصيل الأحكام القضائية في نظام المرافعات الشرعية وفي نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية وهو ما أصل في الأنظمة السابقة وذلك باعتماد أحكام الشريعة في القضاء ففي المادة الأولى من هذين النظامين يأتي النص الصريح على ما يلي: تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة. وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة.

#### الخلاصة:

لو دققنا النظر بالنسبة لأصحاب الرأي الأول، لوجدنا ان هناك تشابه كبير بين السوابق القضائية في المجتمع السعودي والنظام الانجلوسكسوني ووجه التشابه فيما يتعلق بمسألة العرف وشرط استقراره مدة طويلة لأعتبره مصدر من مصادر الحكم القضائي في الوقائع التي لم يرد فيها نص في النظام وفي رأيي أن أصحاب هذا الرأي جانبهم الصواب عندما جعل الحكم القضائي أو السابقة القضائية تحتل مرتبة من مراتب المصادر التي يمكن أن يبنى عليها الحكم القضائي خاصة أن الفقه الإنجلوسكسوني كان له مبرره وقت اعتداده وأخذه للعرف لفقدانه النصوص التشريعية هذا بخلاف القضاء السعودي الغني بمصادره ونصوصه الشرعية ، لذلك نؤيد ما ذهب اليه الرأي الثاني ،الذي لم يتخذ السابقة القضائية مكانة للإلزام بها في القضاء وهذا يرجع الى سببين أولهما لا يوجد مدونة قضائية تأصيلية للسوابق لم يسبق إليها من أحكام ولكن الموجودة الآن لا تنطبق عليها سوابق.



وثانيا: إثراء القضاء السعودي بمصادره الشرعية المتأصلة الغنية بالنصوص الشرعية ولكن أرى أن الخلل ينحصر في تفسير النصوص وليس في كيفية إيجاد النص ومن ثم سيؤدي الاعتماد على نظام السوابق جعل القضاء يقوم بمهمتين: التشريع والقضاء، وفي هذا خلط بين السلطات واعتداء على مهمة السلطة التشريعية أو التنظيمية ولذلك لا أجد مبررا ممن اشترط لسريان الاخذ بالسابقة القضائية ان تكون مصدقة ومعتمدة من جهة قضائية لمحكمة عليا أو شرط أكتساب أطراف الخصومة الإقتناع بالحكم لأنه بمنتهى البساطة لا يلتزم التصديق من المحاكم العليا إذا بان تعييدها وتأصيلها

أما بالنسبة إلى فتح المجال للقاضي السعودي للإجتهد التعزيز بالخدمة الإجتماعية هذا لا يعد له سابقة حيث أن هناك نصوص وضعية يسنها المشرع للصالح العام شريطة ألا تخالف مصادر الشريعة الإسلامية مما يصبغ على نظام القضاء بالمرونة والشاهد في ذلك السلطة التقديرية للقاضي في مسائل التعزيز لخدمة المجتمع شريطة عدم مخالفة النصوص الشرعية وفي حدود ما خصصه له المشرع الوضعي من قوانين.

#### **المطلب الرابع**

##### **السوابق القضائية في القضاء المغربي**

قبل البدء في التعرض لمكانة نظام السوابق القضائية في القضاء المغربي أريد أن أشير إلى الهدف من دراسة هذا النموذج القضائي تحديداً لما كان لها النصيب الأكبر الذي ورثته دولة المغرب من الفقه المالكي وبالتالي إتباع قاعدة ما جرى عليه العمل ، مما كان لها أثر كبير على الفقه القضائي المغربي ولكن المشكلة أنحصرت في عدم تدوين التاريخ بشكل صحيح وربط إحدائه بطريقة علمية كي تساهم في إرساء الأنظمة القانونية المستقبلية لها ونتمنى أن يكون هناك بحوث مستقبلية تتبنى مسألة ربط وتدوين الفكر الإسلامي أي المالكي والذي عقبه الفكر الغربي أي المستعمر ومدى تأثير ذلك على القانون المعاصر للمغرب .

ومما لا شك فيه كان القانون المغربي محظوظا لإثرائه بالفكر الإسلامي الذي ورثه عبر العصور حتى إصطدم بالاستعمار الغربي مما أثر على التراث الموروث

فأنجب خليطاً من الأنظمة سوف نستعرضها لبروز مكانة السوابق القضائية في القضاء المغربي وما أسنقر عليه العمل بالنسبة للقضاء وعلاقته بالسوابق القضائية موضوع بحثنا وذلك من خلال تقسيمنا للتدرج القضائي على مرحلتين تاريخيتين: -  
المرحلة الأولى: -

شهدت دولة المغرب عند ظهور الإسلام نظاماً مستقراً في القضاء المستمد من العرف ويطلق عليه أزرف ولا يشترط كتابتها بل أحياناً تكون شفوية وتارة تكون مكتوبة ويطلق عليه في هذه الحالة بالألواح<sup>٩٨</sup> التي تقنن الجانب الجنائي كالقتل والضرب والجرح والشتم والسرقه والخيانة الزوجية وغيرها. ونعتمد ان السبب في إستقرار نظام القضاء ذلك الموروث الذي ورثته من نتاج تطبيق نظرية ما جرى عليه العمل عند الفقه المالكي وكانت هذه الأعراف تتشأ تدريجياً برضا أفراد القبيلة.

ولكن سرعان ما تغير النظام القضائي مع دخول العرب للمغرب سنة ٦٨٢ وإقرار الفقه الإسلامي إلا أن العرف بقي يطبق في المجال القروي والجبلي بشرط عدم مخالفته للشرع<sup>٩٩</sup> ومن تم كان التنظيم القضائي عندئذ مقسماً في البداية إلى أربع جهات قضائية، وهي محكمة القاضي الشرعي أو محكمة الشرع ومحاكم المخزن أي المحاكم التي يحكم فيها الباشا أو القائد والمحاكم العرفية والمحاكم العبرية

وبعد ثلاثة عشر قرناً من تطبيق القضاء لقواعد الفقه الإسلامي والعرف في الكثير من المناطق ضعفت السلطة المركزية مما أدى الى الفوضى التي سادت الحياة الاجتماعية آنذاك وأمام هذا الضعف الذي فتح الشباك على مصراعيه أمام بعض الدول التي استغلت<sup>١٠٠</sup> هذه الوضعية للتوقيع على إتفاقيات ثنائية عرفت باسم "الأستفادة من إمتياز المحاكم" (bénéfice des privilèges de juridiction) أو بنظام الإمتيازات القنصلية وبخلق محاكم قنصلية

(٩٨) إبراهيم حركات، "المغرب عبر التاريخ"، دار النشر الحديثة، ٢٠٠٠، الجزء الأول، الصفحة الأولى.  
(٩٩) إبراهيم حركات "الأوضاع القضائية بالمغرب قبل الحماية"، مجلة رابطة القضاء، يونيو ١٩٨٣. وحسب جان ديسم، فان المرشحين لمناصب القضاة كانوا يؤدون عنها مقال، "هذا المغرب الذي صنعناه"، المرجع السابق ص. ٢٦٥.  
(١٠٠) (إبراهيم الزعيم ومحمد فركت، "وكالة الخصام - المحاماة"، مؤسسة بنشارة للطباعة والنشر، ١٩٩١، صفحة ١٩)

وأمر عن هذا الضعف اتجاه بعض المغاربة للقضاء الذي يخضع للفقہ الإسلامي (Droit musulman) وللعرف المغربي، واتجاههم نحو القانون الفرنسي أو لغيره من القوانين الأجنبية وللمحاكم القنصلية التي عرفت في تلك الفترة الأمر الذي غير في التقسيم القضائي وجعله من خمس جهات قضائية، وهي محكمة القاضي الشرعي ومحاكم المخزن والمحاكم القنصلية والمحاكم العرفية والمحاكم العبرية.

المرحلة الثانية: -

شهدت مدينة فاس أنفاقية<sup>١٠١</sup> تضمنت بنود المعاهدة المغربية الفرنسية الخاصة بالحماية مع فرنسا يوم ٣٠ مارس ١٩١٢ ومع إسبانيا في نفس السنة وعلى أثر ذلك صدرت العديد من القوانين، كما تمت إعادة النظر في المنظومة القضائية بالمغرب<sup>١٠٢</sup> حيث أحدثت المحاكم الشرعية المختصة في قضايا الأحوال الشخصية والإرث والعقار غير المحفظ، وعلى رأس هذه المحاكم أحدثت محكمة الإستئناف الشرعية سنة ١٩١٤ بإستثناء المحاكم القنصلية الأمريكية<sup>١٠٣</sup>

ولكن احتفظت المحاكم العرفية بأهتمامها بالمناطق الأمازيغية (البربرية) وكذلك والمحاكم العبرية التي كانت تبت في قضايا الأحوال الشخصية للجالية المغربية اليهودية<sup>١٠٤</sup> وفي ١٦ من مايو ١٩٣٠ أشعلت حركة وطنية باسم "الظهير البربري" وهدفها تنظيم سير العدالة بالقبائل ذات الأعراف البربرية (الأمازيغية) والتي لا توجد بها محاكم لتطبيق

(١٠١)

راجع الرابط <https://www.marefa.org>

(١٠٢) انظر كريمة مصلي "القضاء في تاريخ المغرب"، جريدة الصباح ليوم الخميس ١٤ يوليوز ٢٠١١.

<sup>١٠٤</sup> حيث رفضت الولايات المتحدة الأمريكية التنازل عن امتيازاتها كما كانت تدافع عن الاستقلال المطلق للمغرب / Jean

« Ce Maroc que nous avons fait », Hachette 1955, page 264، D'Esme

<sup>١٠٤</sup> أنظر خالد خالص "المحامية والمغاربة اليهود إبان الحماية" على الرابط التالي :

=<http://m.ahewar.org/s.asp?aid=512458&r=0&cid=0&u=&i=0&q>

الشريعة الإسلامية<sup>١٠٥</sup> وتولدت عن هذه الحركة الوطنية اشتعال اللهب ضد الحماية الفرنسية واتهامها باستهداف التفرقة بين العرب والأمازيغ وإخراج البربر من الإسلام وتنصيرهم.<sup>١٠٦</sup> إلا أن المغاربة بكل أطيافهم تصدوا للمخطط الاستعماري الذي يهدف إلى التفرقة من أجل الاستعمار وتكونت أول حركة وطنية أسم "الطائفة" وهي التي تقدمت للملك محمد الخامس بتاريخ ٢٣ غشت ١٩٣٠ بأول عريضة من أجل "إلغاء التشريعات المتعلقة بالظهير البربري، وتوحيد التشريع والإدارة في البلاد، وتركيز السلطات في يد الملك والحكومة" وبعد عرض الأسباب التي صنعت وساهمت في ثقافة فكر الفقه القضائي المغربي وما أستقر عليه العمل بالنسبة للقضاء وعلاقته بالسوابق القضائية سنستعرض موقف الإجتهد القضائي في المغرب بالنسبة للنظام القانوني.

يري البعض أن الإجتهد القضائي في المغرب مصدراً مئثراً للنظام القانوني، فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون، فالإجتهد القضائي يرتبط بحياة القانون، وهذا ما حدث بالفعل في قضايا الأسرة عند فراغ النص أمام القاضي ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتحرك والحقيقي<sup>١٠٧</sup> والمثال على ذلك مراجعة الشرط الجزائي تحت تسمية الشرط الاتفاقي حيث لم يكن قانون الإلتزامات والعقود يتضمن أحكاماً تنظم مراجعة هذا الشرط<sup>١٠٨</sup> وظل القضاء المغربي يتمسك بمبدأ حرية التعاقد

<sup>١٠٥</sup> محمد منيب " المؤرخ المغربي بين الحقيقة التاريخية والوهم الإيديولوجي " التاريخ المغربي بين الواقع والتزييف "السلسلة التربوية رقم ٧ - مطبعة شروق اكادير، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ ص ٣٨ / وهو قانون أصدرته الحماية الفرنسية بالمغرب ووقعه الملك محمد الخامس

<sup>(١٠٦)</sup> يقول R. Montaigne في كتابه "الثورة في المغرب" "La révolution au Maroc" "بان السلطان الشاب الذي أعتلى العرش بعد أبيه مولاي يوسف "كان أنذاك على درجة كبيرة من الخجل وانعدام التجربة بحيث لم يكن بوسعها اتخاذ أي موقف في الموضوع". دار النشر France Empire, 1953, page 187

<sup>(١٠٧)</sup> P. Deumier «création du droit et rédaction des arrêts par la cour de cassation » dalloz 2007, p 56.

<sup>(١٠٨)</sup> كما أن التشريع الفرنسي لم يقر قواعد مراجعة أحكام الشرط الجزائي إلا سنة ١٩٧٥، بموجب القانون الصادر في ٠٩ يوليوز ١٩٧٥، والذي عدل الفصلين ١١٥٢ و ١٢٣١، وللمزيد من المعلومات بهذا الخصوص أنظر :

- J.L. Evade: "la réduction des clauses pénales excessives. Propos de la loi du 09 juillet 1975 modifiant les arts. 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale", Gazette du palais, 9-10 juillet 1976, p: 5.

- G. Hubrecht: "La revisibilité judiciaire des clauses pénales (loi n°75-597 du 9 juillet 1975), Gazette du palais, 18-20 janvier 1976, p: 2.

- G. Paisant: "Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code

المنصوص عليها في الفصل ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود إلى غاية صدور قرار المجلس الأعلى المؤرخ في ١٠/٠٤/١٩٩١<sup>١٠٩</sup> قضى بتأييد قرار محكمة الاستئناف<sup>١١٠</sup> وتحقيق التوازن العقدي. وهو الاجتهاد الذي سايره المشرع بتاريخ ١١ غشت ١٩٩٥، عندما قنن أحكام الشرط الجزائي تحت تسمية التعويض الأتفاقي، وسمح بمراجعة هذا التعويض على نحو يؤكد أن استقلالية الاجتهاد القضائي كمصدر مباشر للقانون، تجعله في كثير من الأحيان يضبط أعدام التوازن الذي قد تتضمنه قاعدة قانونية معينة، وهو ما عبر عنه "جوستاف لوبون" بقوله: 'يعدل القاضي العادل بحكمه ما كان جائرا في القانون'<sup>١١١</sup>.

وهنا وجهة نظر بأنه لا توجد أوجه شبه لما هو معمول به في فرنسا، بإستثناء ما ينص عليه القانون بخصوص تقيد القاضي في حكمه بالنقطة التي بت فيها المجلس الأعلى، والتي نقض الحكم من أجلها، حيث يتعين على المحكمة التي أحيلت عليها القضية أن تتقيد في حكمها بقرار المجلس الأعلى في هذا الجانب تطبيقا لمقتضيات الفصل ٣٦٩ من قانون المسطرة المدنية والمادة ٥٥٤ من قانون المسطرة الجنائية .

وبالنسبة لموقف القانون الجنائي المغربي، فقد حافظ على أستقلال السلطات عن بعضها عن طريق تجريم تدخل إحداهما في عمل الأخرى، ومن ثم يمنع على القاضي أن يصدر قرارات عامة أو تنظيمية تسري على المستقبل، وإنما يقتصر دوره على البت في النزاعات المعروضة عليه.

وقد نص الفصل ٢٣٧ من القانون الجنائي المغربي على معاقبة القاضي الذي يتدخل في أعمال السلطة التشريعية بإصدار نظم تشتمل على نصوص تشريعية، أو بتعطيل أو توقيف قانون أو أكثر أو في إختصاصات السلطات الإدارية بإصدار نظم متعلقة بهذه الإختصاصات

---

civil relative à la clause pénale", Revue trimestrielle de droit civil, n°4, 1984-1985, p:647.

<sup>١٠٩</sup> "قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد ٩٧٧ بتاريخ ١٠-٠٤-١٩٩١ في الملف المدني عدد ٢٣٧٤/٨٥".  
<sup>١١٠</sup> راجع: أحمدو أكري: "الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد ١٠، سنة ١٩٩٤، ص: ٨٩ وما بعدها .

ولمزيد من التفصيل حول موقف القضاء المغربي من مراجعة الشرط الجزائي أنظر راجع: أحمد أدريوش: "الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الإلتزامات والعقود..."، سلسلة المعرفة القانونية رقم ٤، مطبعة الأمانة

١٩٩٦ الرباط، ص: ١٢٤ وما بعدها .

<sup>١١١</sup> راجع: أحمدو أكري، المرجع السابق، ص: ٩٤.

أو بمنع تنفيذ أوامر الإدارة وتبقى عملية تفسير القانون عملية مهمة وصعبة في نفس الوقت، ولا يتحقق الهدف منها إلا بضبط قواعدها، وإخضاعها لمعيار ضابط يسعف في الوصول إلى حلول قانونية عادلة وفعالة، دون الخروج عن حدود النص، بشكل يسمح بأنسجام وأستقرار التفسيرات القضائية من جهة، وتحولها مع الوقت إلى تراكمات تضمن تطور التشريع ومسايرته لما يستحدث من نوازل من جهة أخرى<sup>١١٢</sup>.

وجديرًا بالذكر اظهر الموقف الرائع في توضيح الفرق بين تفسير القانون وبين ملء الفراغ القانوني بشكل واضح في التشريع المغربي من خلال أحكام مدونة الأسرة، ذلك أن القاضي وهو بصدد البت في قضايا الأسرة يطبق أحكام مدونة الأسرة، مع ما يزامن ذلك من أعمال لمناهج تفسير القاعدة القانونية، أما إذا استنفذ نصوص مدونة الأسرة وأحكام الفقه المالكي المحال عليها بموجب المادة ٤٠٠ من المدونة المذكورة دون أن يجد حلا للنزلة المعروضة عليه، فإنه ينتقل إلى إطار آخر يتعلق بملء الفراغ التشريعي عن طريق الاجتهاد<sup>١١٣</sup>

بناء على سند قانوني تضمنه نص المادة ٤٠٠ من مدونة الأسرة الذي جاء فيه: " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف ونجد ان ظروف ساعدت المغرب على الوصول لكل الاجتهادات بوجود واتباع المذهب المالكي تتبغى الإشارة في البداية إلى أن القانون المغربي لا يتضمن مقتضيات خاصة بنشر الاجتهاد القضائي كما لا يوجد إطار قانوني محدد للنشر، ولا تصادف في ذلك سوى بعض المقتضيات المنظمة لنشر قرارات بعض الهيئات بالجريدة الرسمية كما هو الشأن بالنسبة

(<sup>١١٢</sup>) راجع الطيب البواب: "المجلس الأعلى وتوحيد التشريع"، مداخلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين

لتأسيس المجلس الأعلى بتاريخ ٢٠/١٨ دجنبر ١٩٩٧، مطبعة الأمنية، الرباط ١٩٩٩، ص: ٤٧

(<sup>١١٣</sup>) لقد كانت مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة، تحيل فيما لم يرد بشأنه نص من نصوصها على الراجح والمشهور وما

جرى العمل به من مذهب الإمام مالك، ولقد ثار خلاف حينها حول ما إذا كان الاجتهاد القضائي يدخل ضمن مفهوم ما

جرى العمل به أم لا، إلا أن مدونة الأسرة الحالية حسمت هذا الخلاف واعتبرت بموجب المادة ٤٠٠ المشار إليها

أعلاه، أن الاجتهاد من المصادر الاحتياطية لقواعد مدونة الأسرة، راجع بهذا الخصوص:

- عبد المجيد غميحة: "موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس- أكادال الرباط، السنة الجامعية ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص: ٣٢٧ وما بعدها

لقرارات المجلس الدستوري وقرارات الهيئة العليا للسمعي البصري، بحيث تخول النصوص المنظمة لهذه الهيئات نشر القرارات الصادرة عنها.

أما بالنسبة للإجتهااد القضائي، فلم يحدد له القانون مجالات النشر بإستثناء بعض الأحكام كما هو الشأن مثلا بالنسبة لنشر إشعار بالحكم القاضي بفتح مسطرة صعوبات المقاوله في إحدى الصحف الوطنية المخول لها نشر الإعلانات القانونية<sup>114</sup> وبديهي أن النشر هنا يهم مجرد الإشعار بصور الحكم لتحقيق إشهار منطوقه، وليس نشرأ لحيثياته وتعليقه، مما يفيد أنه حتى في هذه الحالة لا يوفر القانون فرصة حقيقية لتعميم الإجتهااد القضائي وقد جرت العادة أن يتم نشر الأحكام عبر المجلات القانونية المتخصصة وفي نشرات المحاكم العليا. وفي بلادنا هناك عدة مجلات متخصصة تصدر عن المجلس الأعلى كقضاء.

في رأينا ان القضاء المغربي يحسب له الموقف القضائي في التعامل مع السابقة القضائية وعدم الإعتماد عليها وهذا الذي فهم من خلال أستقلال القضاء عن التشريع والسماح له بوضع نقاط محددة ينحصر عمل القاضي فيها عند خلو النص مثال قضايا الاسرة وكذلك من إصدار قرارات عامة أو تنظيمية تسري على المستقبل وليس هذا فحسب بل يعرض القاضي للعقوبة كما جاء في نص الفصل ٢٣٧ من القانون الجنائي المغربي وكذلك يحسب أيضا للقضاء المغربي نظرتة إلى تفسير القانون وطريقة التي تعامل بها والثمار التي يأملها من تطبيقه لها للوصول إلى حلول قانونية دون الخروج عن حدود النص وهذا للوصول إلى حلول عادلة من خلال التفسير تماشيا مع تطور التشريع ومسايرته لما يستحدث من نوازل ولكن يؤخذ على القضاء المغربي من الناحية الشكلية القصور الموجود في تدوين الاجتهدات القضائية بصوره سليمه وإيصالها إلى كل من يتعامل عليها بصورة مقننة ونعتقد أن لو أخذ هذا الخلل في عين الإعتبار لعادة الفائدة على المغرب والعالم بأكمله لغني تشريعاته بالمزيج الرائع الذي صنعه التاريخ من الفقه المالكي والقانون.

الخلاصة: -

(<sup>114</sup>) تنص المادة ٥٦٩ من مدونة التجارة على أنه "يسري اثر الحكم القاضي بفتح المسطرة من تاريخ صدوره . ويشار إليه في السجل التجاري فوراً . يتم نشر إشعار بالحكم في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية و في الجريدة الرسمية داخل أجل ثمانية أيام من صدوره. و يدعو الدائنين إلى التصريح بديونهم للسنديك المعين

من خلال عرضنا على المراحل التاريخية التي مر بها نظام القضاء المغربي تبين لنا أن ما أستقر عليه الآن هو نتاج مزيج من الثقافات التي أرتضاها الفرد من خلال تطبيق نظرية ما جرى عليه العمل لكل بلد وأعتمدها تارة على الأعراف وغير ذلك مما سبق عرضه من خلال بحثنا أو التي فرضت عليه من خلال الإستعمار فلو دققنا النظر لوجدنا أنه في البداية دخول الإسلام كان هناك نظام قضائي سليم مبني على العرف الذي ارتضاه الفرد بالرغم من أن الأعراف كانت أحيانا في صورة أزرف أخرى في صورة ألواح وهذا لقربه من إعتناء الفقه المالكي بتطبيق نظرية ما جرى عليه العمل وإعتمادها على العرف ومبادئ العدالة ولذلك أخرج قضاءاً سليماً ولكن بعد الإتساع وظهور المدن وإنقسام القبائل على نفسها وإختلاف الإعراف بإختلاف القبائل كالأمازيغية (البربرية) وغيرها ضعفت السلطة المركزية ؛

مما أدى إلى الفوضى ودخول المستعمر وتطبيق قضاؤه الذي لا يتماشى مع مبادئ الشريعة ولا إعراف الأفراد التي أعتدوها حتى أثمر عن هذا الضعف هروب بعض المغاربة للقضاء الذي يخضع للفقهاء الإسلامي وتشجيعهم على الدخول الى النصرانية والغريب في الموضوع وجدنا أن هذا العمل متكرر ومن ثم هناك أوجه شبه بين دولة السودان وتونس مع المغرب في تغيير ديانة المسلم أي تحليل ما حرمه الله تعالى ولكن بعد دراستنا لمصادر التشريع والتقنين لهذه الدول وجدنا أنه عندما يحيد المشرع أو القضاء عن النص القانوني وفرض مساحة أوسع من المصادر التشريعية كمبادئ العدالة والعرف.... بحجة غياب النص القانوني يفتح هذا مجالاً للعبث في أصحاب النفوس الضعيفة من السعي والجري الى القوانين التي لا تتناسب مع شريعتنا بحجة الحق في الحرية مما يجعلها تستبيح ما حرمه الشرع. الأمر الذي يجعلنا في نهاية المطاف أمام ما نحن عليه الآن من إدعاءات الحرية.

وبالرغم مما خلفه الأستعمار الفرنسي في المغرب من آثار سلبية بحجة الحماية الفرنسية إلا أنه هناك بعض الآثار الإيجابية وهي توارث القضاء المغربي النظام القضائي اللاتيني بالإعتقاد على نصوص التشريع أي القانون شريطة إلا تخالف الشريعة الإسلامية بالطبع والبعد عن مصادر مبادئ العدالة والأعراف خاصة أن دولة المغرب



أنقسمت القبائل على أنفسها مثل الأمازيغية (البربرية) وكل قبيلة كانت لها أعراف مختلفة عن مثيلتها الأمر الذي يجعل من الصعب إنشاء تقنين موحد للإستعانة منه في القضاء وبالتالي كان لابد من الإعتماد على النصوص التشريعية لتوحيد مصادر التشريع والبعده عن السوابق القضائية التي أكدت تأثرت بما مرت عليه القضاء المغربي عبر العصور الأمر الذي جعل القضاء المغربي لا يخول له وضع القاعدة القانونية بل ينحصر دوره في تطبيق أو تفسير القانون. ومن هنا فإن إجتهدات القضاة لا تعد ملزمة لأنها لا تضع قواعد قانونية. ولهذا تعد السوابق القضائية في المغرب، مصدرا تفسيريًا وليس رسميًا لأن القاضي إن هو أصدر حكما ما بأعمال الاجتهاد فلا يلزم ذلك أن تطبقه في حالات أخرى مماثلة: "والقاضي سواء في فرنسا، أو في المغرب لا يتقيد بالأحكام التي أصدرها لتطبيقها في القضايا المماثلة. وإذا كان الأمر كذلك فإنه من باب أولى لا يقيد غيره من القضاة حتى ولو كانوا أدنى درجة منه. بل أن محكمة النقض نفسها تملك العدول وكثيراً ما تعدل عن أحكامها".

وعلى هذا برز المزيج الثقافي الذي أردت أن أوضحه وهو بالرغم من التراث المالكي الذي ورثته المغرب وإعتماده عن الأعراف وما جرى عليه العمل والذي يقارب صورة السوابق القضائية إلا أنها ورثة النظام القضائي الفرنسي اللاتيني وهو عدم جعل السوابق مصدرا من مصادر التشريع القضائي وإقتصارها على التفسير النصوص.

### **المبحث الثالث**

#### **حجية السوابق القضائية**

##### **المطلب الأول**

#### **حجية السوابق القضائية ومدى إلزاميتها في التشريعات العربية**

كما يبدو لي أن التشريعات العربية اختلفت فيما بينها حول حجية السوابق القضائية كما اختلفت التشريعات الغربية وسوف نوضح باختصار نماذج للقوانين العربية التي جعلت من السوابق حجة قضائية يبنى عليها الحكم، والقوانين العربية التي لم تتخذها حجة واقتصارها فقط على الإستعانة بها على سبيل الإرشاد والتتوير.

ومن الدول التي أخذت بحجية السوابق القضائية السودان لاحظنا أن رجال القانون السوداني بدأوا في تطبيق القانون الإنجليزي<sup>١١٥</sup> لأسباب سياسية وهي فرض الحماية عليه لحقبة من الزمن جعلته يتوارث السوابق القضائية حتى جعلها مصدرا من مصادر التشريع لديه تحت مسمى قاعدة العدالة والمساواة والوجدان السليم<sup>١١٦</sup>.

وسبق أن أوضحنا العواقب التي ترتب عليها هذا النظام في المبحث الثالث من هذا البحث. أما الدول التي لم تأخذ بحجية السوابق القضائية وإلزاميتها في قضائها بالرغم من أنها لا تمنع في الإستعانة بها على سبيل الإسترشاد والتتوير كالقضاء المصري حيث أيد المشرع المصري إمكانية الإستعانة بالسوابق القضائية على سبيل الإستحسان وليس عن طريق الإلزام حيث ذهب في إعتماده على نصوص القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية والتي يعتبرها حجة له في التقاضي ولم يعتد الفقه القضائي بحجية السوابق في قضاؤه<sup>١١٧</sup>، وعليه وجدنا أن المشرع المصري لم يذكر السوابق القضائية ضمن أسباب عدم قبول الطعن مثل سقوطه، أو بطلان إجراءاته، أو إقامته على غير الأسباب المبينة في المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩. والمادة ٢٣٦.

والجدير بالذكر يذكر لموقف المشرع المصري محاولته إلى تطور التقنين عند الإلتجاء إلى الاجتهاد في التفسير لحد كبير كما سبق وأن أوضحنا مع الأخذ في الإعتبار بأن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد أخذت من التقنين القديم بعد أن أضاف إليها ما أنتهى إليه إجتهد القضاء في تطبيق هذه المبادئ<sup>١١٨</sup>

وكذلك تعد السوابق القضائية في المغرب، مصدرا تفسيريا وليس رسميا لأن القاضي إن هو أصدر حكما ما بأعمال الإجتهد دون الخروج عن حدود النص<sup>١١٩</sup> فلا يلزم ذلك ان يتبعه في حالات أخرى مماثلة وإذا كان الأمر كذلك فإنه من باب أولي لا يقيد

(١١٤) لويل كودو السوداني ، العدد رقم ١٠١٥ - ص ١١:١٨ لسنة ٢٠٠٨/٩

(١١٥) د زكي مصطفى ٢ The Common law in the Sudan London, 1971

(١١٦) انظر: الاجتهاد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية -

المستشار عباس قاسم مهدي الداقرقي القاضي في المحاكم العراقية الطبعة الأولى ٢٠١٥

(١١٨) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح الفقه المدني الجديد منشورات الطبى الحرفوية بيروت - لبنان الطبعة الثالثة الجيدة ٢٠٠٠ الجزء الأولي ص ٤٥

(١١٩) راجع الطيب البواب: "المجلس الأعلى وتوحيد التشريع"، مناقلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين للمجلس الأعلى بتاريخ ٢٠/١٨ جنتير ١٩٩٧، مطبعة الأمنية

، الرباط ١٩٩٩ ، ص: ٤٧

غيره من القضاة حتى ولو كانوا ادني درجة منه. بل أن محكمة النقض نفسها تملك العدول وكثيرا ما تعدل عن أحكامها كما سبق وأن أوضحنا.

وكذلك السابقة القضائية ليس لها حجة الإلزام عند البعض فهناك المؤيد<sup>١٢٠</sup> وهناك الفقه المعارض<sup>١٢١</sup>. في القضاء السعودي حيث جرى العمل في المحاكم الشرعية بعدم الإعتبار بالسوابق الشرعية لنقض الأحكام والمعمول به عملا بالقاعدة الفقهية الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد.

ومما سبق نفسر لماذا لم تأخذ بعض التشريعات العربية في حجية السوابق القضائية لعل من ضمن الأسباب أن القضاء في التشريعات العربية أدرك ان هناك صعوبة كبيرة في اتخاذ القرارات القضائية وكيفية الإتفاق الموضوعي لإعتداد بها كسوابق قضائية من قبل الهياكل القضائية متعددة الأشخاص ليولد مشكلة في كيفية توحيد السوابق وتطبيقها على القضايا المماثلة والمشابهة لدى القضاء.

بالإضافة إلى تتبع أنظمة القوانين العربية ونحن نشاطرهم الرأي مبدأ أن الحكم القضائي جزئي الأثر أي يختص بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط، وبالقياس على التفسير القضائي الذي يكون ملزماً فقط للطرفين في الدعوى التي تم التفسير للحكم فيها وذلك على أساس حجية الأمر المقضي به التي ثبتت للحكم،

والدليل على ذلك إذا كان القانون ينص على أنه لايصح أن يقوم أحد الطرفين برفع الدعوى مرة أخرى على نفس الخصم وبنفس الموضوع إستناداً لنفس السبب ليحصل على حكم يقوم على تفسير مختلف للقانون فما بالك بدعوى جديدة لأطراف مختلفين اللهم أن تشابه القضيتين من خلال رؤية القاضي بالنسبة لأطراف النزاع

والموضوع في رأيي سبب إنصراف المشرع المصري في الإعتماد على السوابق القضائية هو خوفه من أن الأمر قد يجعلنا أمام قرارات قضائية من خلال سوابق قد يختلف على تفسيرها من محكمة إلى أخرى أو من قاضي إلى آخر، أو متناقضة فيما

(١٢٠) عبد الله بن محمد الخنيني - عضو هيئة كبار العلماء السعودية -

(١٢١) حجية السوابق القضائية اعداد عبد العزيز سعد الدغيثير - باحث في مجال الفقه والقضاء - سنة النشر: ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ دار النشر: مجلة العدل، العدد ٥٧٤

بينها، أو قرارات قضائية منبوذة من قبل بعض الفقه القضائي وهذا يتنافى مع استقرار سند الحكم القانوني المبني عليه الأحكام.

غير أن هذا التفسير غير ملزم لمحكمة أخرى ولو كانت أدنى درجة من المحكمة التي أخذت به فلأخيرة أن تفسر نفس القاعدة تفسيراً مختلفاً عن ذلك الذي أعطته المحكمة الأولى، بل إن عدم إلزام التفسير القضائي يصل إلى درجة أن نفس المحكمة إذا أصدرت تفسيراً لنص من النصوص على وجه معين لا يجب عليها التزام نفس التفسير في الدعاوى المماثلة التي تنظرها فيما بعد

فيجوز أن تعدل عن التفسير السابق إلى تفسير آخر تراه أدنى إلى الصواب ولا يغير من ذلك أن تستقر أحكام المحاكم -وعلى رأسها محكمة النقض- على تفسير معين لما لها من شأن ومكانه عالية ترجع إلى الخبرة وغير ذلك بمعنى أن إذا كان تفسير الحكم مقتصر على من إصداره وغير ملزم لأي محكمة أخرى

فما بالك بالحكم نفسه وجعله سابقة تطبق دون اعتبار الزمان والمكان والحال الذي وضعه المشرع مما يؤدي إلى الجمود لأن هذه الأحكام لن تكون كافية لهذا الوضع الجديد الذي قد يحوي قدراً كبيراً من التشابك والتعقيد للزمان والمكان لذلك أنتبه المشرع في التشريعات العربية والتي قد تتبع النظام اللاتيني أو نظام التشريع الإسلامي عدم الأخذ بحجية السوابق القضائية وجعلها فقط للتنوير والإسترشاد.

الخلاصة: -

وهكذا نكون قد مررنا على أهم مباحث السوابق القضائية، وهو حجية السوابق القضائية وإلزاميتها في القوانين الغربية والعربية والشريعة الإسلامية، وكما نرى وحسبما يبدو أن هناك السؤال الذي قد يطرح هل تطبيق السوابق القضائية في مصلحة المشرع وأطراف الدعوى والقاضي أم هي حالة فرضت نفسها في ظل ظروف إجتماعية في زمن ومكان معين صرعان ما تغيرت الظروف وبالتالي انتفت هذه السوابق وبقي الأصل وهو سن التشريع؟

من خلال دراستنا لتاريخ نشوء السوابق والظروف التي ساعدت على وجودها وأستمرارها من خلال الدول التي جعلتها حجة للقضاء بها في محاكمها بل ومن يحيد عنها يعاقب تبلورت لنا المسألة ووجدت أن المشكلة في أن خلقت السوابق نتيجة لظروف

تعرضت لها بعض الدول ولكن سرعان ما أنتفت هذه الظروف ولكن أستم العمل بالسوابق بالرغم من استقرار المشرع وجعل بإمكانه سن نصوص قانونية تصلح مع ما يتمشى مع مجتمعه إذا المشكلة ليست في حيثيات تأثر القاضي بعوامل جديدة وبنوازل خلت نصوص القانون منها بل لأن الموضوع صار إلى مشاكل حرفية، وأن نصوص القانون موجودة لأننا أثبتنا ذلك بعد ربط حجية مصادر القوانين الشرعية والوضعية بيد أن القوانين الوضعية جزء لا يتجزأ من المصادر الشرعية التي يحكم بها عملية تتنازع مع مفاهيم وضوح القواعد القانونية المرام تطبيقها على كل نزاع.

ولأن رجل القانون لا مفر له من تحليل حلقات متتالية من العوامل المؤثرة على القانون، بعضها من مشاكل تفسير القانون الغير مأخوذة بعين الاعتبار من قبل المشرع، حتى صارت تؤثر تأثيراً مباشراً في تحديد عوامل فعالية القانون؛ ولوجد القانون نفسه أمام جملة لا نهاية لها من المستجدات لم يحسب لها المشرع الوضعي حساباً.

لأنه بدل ان يجعل عينيه تنصب على تفسير القانون إنصرف نظره إلى خلق قانون جديد لمسألة معروضه عليه وتعميمها على المسائل المشابهة لها ولأننا نجد هذا المفهوم غير معترف به عند نظم القانون اللاتيني، ولينظر لمن يحاول الرجوع إليه كمن يصدق بالرجعية ويطلب بالعودة للحقب المنصرمة وأستخدام السوابق التي قد تكون مرايا عاكسه لمجتمع معين قد يختلف عن مجتمع آخر كما نرى وحسبما يبدو الخوف من أن يتجه رجال القانون إلى ترك ممارسة القانون كمواد مقننة، مشرعة من قبل المشرع الإعتيادي، والبعد عن الرجوع إلى المتون التشريعية للسعي وراء أحكام السوابق القضائية والمشكلة الأكبر ليست هنا فقط، أي أننا أصبحنا نبني تفاسير قانونية قائمة بناء على تفاسير أخرى وبهذا تتحدر مفاهيم التفسير، وليس من القانون نفسه، المعبر عن الإرادة العامة، النابعة من السلطة التشريعية الممثلة من الشعب أي أننا صرنا إلى نظام قانوني ليس بوضعي، وليس قائم فقط على السوابق، بل إننا أصبحنا تحت حكم قانون معايير بناء على مفاهيم الصدف والمواقف والظواهر التي تتعايش معها كل قضية.

كذلك نجد أن من الأسباب التي نخشى الوقوع فيها ان يتبع المحام لرفع عريضة الدعوى مستندات بعدد لا ينتهي من السوابق القضائية، متجاهلاً لنصوص القانونية الوضعية.

خلاصة للقول أوصي بعمل جمع جملة الفقه القضائي أي ما يسمى اليوم بفقه السوابق القضائية<sup>١٢٢</sup> في مجلد تشريعي واحد بهدف تدريسه كتدريبات عملية للطلبة الحقوقيين وللمعاهد القانونية التي تؤهل عمل المحامين وكذلك للقضاة، لمعرفة كل فرد حقوقه والتزاماته من خلال مركزه القانوني بناء على النصوص المقننة واضحة المفاهيم، ومن ثم تنظيم النظام القانوني بطريقة ميكانيكية ليتفاعل بعضه ببعض.

ولم تكن الفكرة قطاً لجمع السوابق بغية دراستها والعودة مرة أخرى لتراكم سوابق تفسيرية بناء على القواعد المقننة؛ لأنها حلقة مفرغة يجدر إعادة التشريع على مرور الزمن بل للتأكد من الأسباب الآتي ذكرها:

أن التغيير السريع الذي يطراً على الوقائع والأحداث التي ينظرها القضاء يضعف حجية هذه السوابق إذ التغيير موجب للتحويل إلى حكم آخر غير حكم السابقة أن الإعتقاد على هذه السوابق يجعل القضاة يقومون بمهمة سن الأحكام والقضاء في آن واحد، وهذا معارض لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>١٢٣</sup>

وفي نهاية المطاف نحن لا ننكر قيمة السوابق القضائية عند النظامين الانجلوسكسوني واللاتيني فإن السابقة القضائية معتبرة في النظامين ، إلا أن النظام اللاتيني يعتبرها للتوير وللتفسير احياناً ، ولا يلزم بها، وكذلك تعتبر السوابق القضائية مما يحتج بها في الفقه الإسلامي ، وإن كانت لا تصل إلى أن تكون ملزمة للقاضي ، ولكنه يستأنس بها ، بينما النظام الإنجلوسكسوني يعدها مصدراً رسمياً لأحكام القضاة بل وملزمة للمحكمة القاضية بها ولجميع المحاكم في درجتها أو أنزل منها ولو كانت فكرة السوابق ناجحة في تطبيقاتها لما تراجع الدور الريادي للقضاة في النظم الانجلوأمريكية أمام العدد المتزايد من التشريعات والتي كان لها اثر في تقنين مجال خاص أو تعديل

(١٢٢) وهذا حدث بالفعل إذا ما عدنا اربع أو خمس حقب لوراء عهد ثورة التقنين المكلفة بمشروع القانون وثورة سافيني التي كالت التقنين المدني الفرنسي، ل السويسري والألماني، حيث ماهية المشروع، أسبابه المسببة وغايته السامية

Lorenzo Aprazola

(١٢٣) نظرية الأخذ بما جرى به العمل للعسرى ١٣٨-١٤٠، حجية السوابق القضائية للدغيثر، بحث منشور محله العدل عدد (٣٤) ص/١٨١-١٨٣.

أحكام القانون القضائي العام common Low و في تنظيم مجالات لم يكن للقانون القضائي العام علاقة بها <sup>١٢٤</sup> .

## المطلب الثاني

### مدى حجية السوابق القضائية في التشريع الإسلامي

تُظهر الدراسات التاريخية أن حياة العرب قد تغيرت إجتماعياً وسياسياً بظهور الإسلام في شبه الجزيرة العربية، ولقد مرت الدول العربية بمراحل تطور قانوني، كان أثر الشريعة الإسلامية فيه كبير؛ لذلك لم يكن غريباً أن تحظى الشريعة بمكانة بارزة في التشريعات العربية الحديثة، ولا نحتاج الى اللجوء لسابقة قضائية لعدم وجود نص قانوني ويظهر ذلك من خلال النصوص الدستورية والمدنية التي لم ينص دستورها على السابقة ضمن المصادر الرئيسية في التشريع.

وهذا لا يعني عدم أعراف الشريعة الإسلامية بالسوابق القضائية ورجوع القاضي لها ما دام قد صح مأخذها وعلم أصلها و بأن تعييدها من مصادرها الشرعية وإلزامية الحكم كي يكون سابقة قضائية أن يكون مستنداً إلى الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس المجمع عليه، شريطة أن يكون الإلزام مستمد من النص لا من حكم القاضي في أستخراج المصدر الشرعي وهذا ما توصلت إليه على حكم نسب الطفل المتولد من إيجار الرحم وتم تطبيقه بالفعل من خلال مؤلفنا إيجار الرحم <sup>١٢٥</sup> وفي رأبي أعترض في هذه الحالة على مسمى السابقة القضائية لأنه لا يوجد سبق في ذلك لأتباع جميع القضاة على نهج واحد ولكن المشكلة تنحصر من وجهة نظرنا عندما يكون الحكم منصباً على مسألة لم يأت بها نص ولا إجماع ولا قياس وهذا ما وجدناه عند رأى بعض الفقهاء حيث ذهبوا إلى أنه لا يخرج الحكم من الأمور الثلاثة <sup>١٢٦</sup> :-

١- أن تكون هذه المسألة موضع خلاف بين الفقهاء وتفاوت القضاء فيها تبعاً لذلك ولا يتعدى حكم القاضي السابق أن يكون مرجحاً لرأبي من تلك الآراء الخلافية، فهنا لا يكون الحكم القضائي السابق ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه المسألة.

(<sup>١٢٤</sup>) على سبيل المثال فإن القانون الإداري هو قانون تشريعي لم يكن موجوداً في ظل القانون القضائي العام .  
(<sup>١٢٥</sup>) مؤلفنا إيجار الرحم بدراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١١ - طبعة الأولى  
(<sup>١٢٦</sup>) أصحاب الإتجاه ضرورة عدم غلق باب الإجتهد.

٢- أن تكون حادثة مستجدة لا يمكن قياسها على المسائل الخلفية التي سبق أن بحثت في الفقه، فيكون حكم القاضي فيها حكماً اجتهادياً محضاً على افتراض توافر شروط هذا الاجتهاد في القاضي فهنا أيضاً لا يكون الحكم القضائي ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه الحادثة<sup>١٢٧</sup>

٣- أن تكون السابقة لا أصل لها، أو كانت مخالفة للنصوص، أو أن هناك ما هو أقعد منها فهنا لا ينظر إليها<sup>١٢٨</sup>

كما نرى وحسبما يبدو أن أصحاب الآراء السابقة تعتبر حكم القاضي إجتهدا طالما توافرت شروط المجتهد ومعنى ذلك أنها تنتمي الى مدرسة عدم غلق باب الإجتهد وللدرد على ما سبق سأحاول تكييف دور القاضي على دور المجتهد لمعرفة مدى كيفية أستخراج الحكم من مصادرة قياسا بالمجتهد حتى يتبين لنا في الأحوال السابقة حجية الحكم ومدى إلزاميته والأخذ به كسابقة قانونية من عدمه.

ولمعرفة ذلك وجب علينا معرفة موقف الفقه الإسلامي من باب الإجتهد بالنسبة للفقهاء المتقدمين وهل أقتصرت الإجتهد على الفقهاء المتأخرين.

يرى<sup>١٢٩</sup> أصحاب هذا الإتجاه ان ضرورة عدم غلق باب الإجتهد والسبب في ذلك يرجع إلى أن هناك الكثير من المسائل المستجدات والنوازل يحتاج الناس إلى بيان حكم شرعي فيها، حيث سكت عنها الفقهاء المتأخرين لخلو زمنهم منها حيث يروا أن القول بإغلاق باب الإجتهد معناه أن يبقى المسلمون لا يعرفون الحكم الشرعي في النوازل المستدثة ولا يتم ذلك إلا بالإجتهد في النظر إلى الأدلة الشرعية لمعرفة كما يروا علماء اللجنة الدائمة<sup>١٣٠</sup> للإفتاء أن باب الإجتهد في معرفة الأحكام الشرعية " لا يزال مفتوحاً

(١٢٧) السوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦هـ للطالب / شيخين بن محمد العنلي. ص: ٣٨ ، ٣٩ .

(١٢٨) السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام للشيخ عبد الله بن محمد آل خنين - مجلة المحامي ، العدد ٨ ، في ذي الحجة ١٤٢١هـ ، ص: ٣٧ (بتصرف)

(129) <https://islamqa.info/ar/128024>

تم النشر بتاريخ: ٢٠٠٩-٠٤-١٨ // "الموسوعة الفقهية" ١٨ / ١٩ (نشر بتاريخ: ٢٠٠٩-٠٤-١٨ // " ) .  
(١٣٠) الشيخ عبد العزيز بن باز ، الشيخ عبد الرزاق عفيفي ، الشيخ عبد الله بن غديان ، الشيخ عبد الله بن قعود فتاوى اللجنة الدائمة ( ١٨ ، ١٧ / ٥ ) .



لمن كان أهلاً لذلك<sup>١٣١</sup> وأن القول بغلق الإجتهد بصفة عامة لا يتفق مع روح الشريعة الإسلامية بل وجوبه على من توفرت فيه شروطه؛ لأن الأئمة في حاجة إلى معرفة الأحكام الشرعية فيما جدَّ من أحداث لم تقع في عند المتقدمين وأستندوا إلى إجتهد الصحابة رضي الله عنهم في معرفة الأحكام الشرعية، وإجتهد التابعون ومن بعدهم من المتقدمين وحجتهم في ذلك ما ورد في الحديث الشريف .

كان القضاء بما قضى به الصالحون منهجاً عند سلفنا ، فهذا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فيما روى عنه عبد الرحمن بن يزيد يقول: من عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله فإن جاء أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى به الصالحون ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه .<sup>١٣٢</sup> ففي هذا الأثر دلالة على حجية السوابق القضائية والأخذ بها

وكذلك روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في كتابه لأبي موسى رضي الله عنه: لا يمنحك قضاء قضيت به اليوم فراجعته فيه رأيك وهديت فيه رشذك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل<sup>١٣٣</sup> .  
وجاء عنه رضي الله عنه أنه حكم في المسألة المشركة بإسقاط الأشقاء مع الإخوة لأم، ثم شرك بينهم في مسألة أخرى فسئل عن ذلك فقال: تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم<sup>١٣٤</sup> .

(<sup>١٣١</sup>) بأن يكون عالماً بما يحتاجه في مسألته التي يجتهد فيها ، من الآيات والأحاديث ، قادراً على فهمهما ، والإستدلال بهما على مطلوبه ، وعالماً بدرجة ما يستدل به من الأحاديث ، وبمواضع الإجماع في المسائل التي يبحثها حتى لا يخرج على إجماع المسلمين في حكمه فيها ، عارفاً من اللغة العربية القدر الذي يتمكن به من فهم النصوص ؛ ليتأني له الإستدلال بها ، والإستنباط منها ، وليس للإنسان أن يقول في الدين برأيه ، أو يُفتي الناس بغير علم ، بل عليه أن يسترشد بالدليل الشرعي ، ثم بأقوال أهل العلم ، ونظرهم في الأدلة ، وطريقتهم في الإستدلال بها ، والإستنباط ، ثم يتكلم ، أو يفتي بما اقتنع به ، ورضيه لنفسه ديناً .  
(١٣٢) رواه النسائي ٢٣٠/٨ ، وهو برقم ٥٣٩٨ ، ٥٣٩٧ ، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠ ، قال عبدالقادر الانراؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠) : واسناده صحيح .

(<sup>١٣٣</sup>) هذا جزء من خطاب عمر - رضي الله عنه - الموجه إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - والذي رواه أبو المليح الهذلي ، أخرجه الدارقطني في سننه ١١١/٢ وهو برقم [٤٤٢٦] ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٥٠/١٠ ، وصححه الألباني في الإرواء .

والواضح كما نرى وحسبما يبدو للبعض<sup>١٣٥</sup> من خلال الأحاديث النبوية أن الحكم الإجتهادي ليس حجة بالنسبة للكافة إذ الحكم المجتهد فيه مبني على الظن، وإنما يلتزم به المجتهد نفسه مادام لم يتغير رأيه فيه، لأنه هو الحكم الشرعي حسب ظنه، ولا يجوز له أن يتركه ويقاد مجتهداً آخر فيه إلا إذا كان نتيجة اجتهاد وترجيح وبالتالي فالقاضي غير ملزم بالحكم في سابقة قضائية على قضية منظورة امامه شبيهه بها ولا يكون مجرد متبعا لقول الغير بعد معرفة دليله وهو ما يعرف بالألتباع<sup>١٣٦</sup>.

ولا شك أن الحكم القضائي موضوعي بالنسبة للقضية المرفوعة فهو خاص بها لا يتعداها إلى غيرها او لما مائلها من الواقع وإلا أصبح الحكم قاعدة شرعية تطبق على نظائر الواقعة ويستند إليه في الحكم فتصبح شريعة عامة تلزم سائر القضاة فيما لم يفصل فيه من القضايا باعتباره سابقة، ومن ثم إذا أستمّر العمل بالسابقة القضائية صارت أصلاً يعمل بها ولا يجوز للقاضي مخالفتها إلا بتسبب معتبر، الخوف هنا من أننا نصبح أمام إلزام بتطبيق سابقة لم يصح مأخذها ولم يبين تقييدها فلا يستند إليها، لأن الواقعة والحال ما ذكر لم يتحقق صواب الإجتهد فيها<sup>١٣٧</sup>.

الأمر الذي يجعلنا نعيد ما جرى عليه العمل ولكن بأعتبرات أخرى غير مستتدة على أدلة كمبادئ العدالة والعرف.... بحجة أنها نازلة ونصل إلى ما وصل إليه غيرنا مما طبق هذه النظرية في عصرنا الحالي كما سبق وأن أشرنا من قبل في بحثنا هذا من إدعاء الحريات الغير مشروعة تحت شعار إعلانات حقوق الإنسان وغير ذلك، لذلك نرى كما يرى البعض بغلق باب الإجتهد للأسباب التالي شرحها وأن إضطررنا له يكون بشروط ليست موضوعية فحسب بل وشكلية أيضا سوف نذكرها بأذن الله تعالى.

(١٣٤) أخرجه البيهقي ١٢٠/١٠، والدارمي ١٦٢/١، والدارقطني ٨٨/٤، وعبدالرزاق ٢٤٩/١٠، وابن أبي شيبة ٢٤٧/٦ كلهم من حديث الحكم بن مسعود الثقفي، قال ابن حجر في لسان الميزان ٣٣٨/٢: " هذا إسناد صالح وذكره ابن حبان في الثقات

(١٣٥) ويقول محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة - دار الكتاب الحديث - الطبعة الثانية ١٩٩٦ / يقول ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ): " أن ينصب على الحكم دليلاً؛ وأدلة الأحكام الكتاب والسنة والإجماع وما تكلم الصحابة والعلماء فيه إلى اليوم بقصد حسن" الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية؛ للبطي ٣٣٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٥٦/٥.

(١٣٦) جامع بيان العلم وفضله ٧٨٧/٢، توصيف الأقضية؛ للباحث ٣٦٧/١ ط٢.  
(١٣٧) العرف والعمل في المذهب المالكي ٣٦٥.

المبررات الداعية لغلق باب الإجتهد: -

فيما يتعلق بالاجتهاد الوارد بالحديث السابق نرى<sup>١٣٨</sup> أن مصادره التي عددها بالترتيب وهي القضاء بما في كتاب الله ثم القضاء بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم، ثم القضاء بما قضى به الصالحون، ثم القضاء بالاجتهاد في رأيه في رأيي الاجتهاد بالرأي المشار إليه في الحديث الشريف<sup>١٣٩</sup>

أقتصر على عصور الفقهاء المتأخرين من الصحابة وأغلق من بعدهم الاجتهاد تاركين لنا ميراثا شرعيا مما جعل الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وهذا ما حصده الحديث الشريف عبد الله بن مسعود<sup>٤٠</sup> سالف الذكر من المصادر الشرعية التي أعدت كأطروحة شرعية إعتدنا عليها بالفعل إلى أن تقوم الساعة وللاطمئنان إليها وليس لتقليد الفقهاء في أن نجتهد وجعل الحديث رخصة لمن لا يجد المصادر السابقة للحكم في مسألة ما أن يجتهد بالرأي أين نحن من فقهاءنا المتأخرين كي نقلدهم.

وهناك أدلة على حجية عدم الأخذ إلا بالنص وعدم الإعتراف بالسوابق التي خلت من وجوده والدليل في الحكم بم أنزله الله لقول الله تعالى: " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله" ، لو دققنا النظر في الآية الكريمة لوجدنا أوامر الله عزو جل لرسوله أن يحكم بالحق الذي جاء في القرآن وقوله تعالى: " فأحكم بين الناس بالحق" فهاتان الآيتان تأمران بالحكم بما أنزل الله وهو الحق والحق لا يتعين بفضاء القاضي المجتهد السابق لأنه راجح في نظر القاضي السابق دون سواه فلا يصح الإلزام به وقول الله تعالى: "وما أختلفتم

---

(<sup>١٣٨</sup>) في رأيي ان الحديث الشريف لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي إستندت إليه التشريعات الإسلامية في حجية السوابق القضائية المشار إليه ليس لاحتنا على التقليد فيما فعله في الاجتهاد بالرأي ولكن جاء ليبين لنا الكيفية التي سار عليها نهج الفقهاء الأوائل وأنى أرى أن هذا الحديث بمجرد صدره أغلق باب الإجتهد لأن المصادر الشرعية للشريعة الإسلامية لم تترك شيئا إلا وذكرته وهذا هو معنى الكمال المقصود هنا شامل لجميع المستجدات والنوازل إلى أن تقوم الساعة ولكن ليست المشكلة كما سبق وأن ذكرت في أستخراج المصدر أى النص أو غيره فى المرتبة التي نليه ولكن المشكلة في كيفية تفسيره او تعييده أو تأصيله.....

والدليل بقول الله تعالى: " فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون (سورة النحل:٤٣) ) أى الرجوع بالسؤال على أهل القرآن وتفسيره عندما تورد علينا مسألة لا نعلم حكمها فالسؤال يرجع عليهم في كيفية تفسير النصوص الموجود بالفعل وقياسها على العلة لاستخراج الحكم من مصدره وليس ابتكار حكم جديد أو أبدا رأى ليس له مصدر.

(١٣٩) رواه النسائي ٢٣٠/٨، وهو برقم ٥٣٩٨، ٥٣٩٧، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠، قال عبدالقادر الارناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠): واسناده صحيح

فيه من شيء فحكمه إلى الله وقوله تعالى: 'فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول ووجه الإستدلال بهاتين الآيتين أن الواجب هو الرجوع إلى الحكم الله ورسوله ولا يتعين حكم الله ورسوله في رأى معين ولا في قول مرجح صادر من قاضى سابق والحكم بالسابقة القضائية دون أفتناع بها حكم بغير ما يعتقد القاضي أنه حكم الله ورسوله فهو حرام ويلزم منه المنع الإلزام بالسوابق القضائية قول الله تعالى لعلمه الذين يستنبطونه منهم والمقصود بالإستنباط من النصوص لا من قول بشر غير معصوم .

جاء بالحديث الشريف لما قال معاذ رضى الله عنه أجتهد رأيي ولا آلو فضرب رسول الله صلى صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله فدل على وجوب الإجتهد بالنظر في النصوص للوصول إلى الحكم الشرعي ومن خلال الحديث السابق تبين لنا أن الإلزام في السوابق القضائية مانع من الإجتهد لأن مرجعية الإجتهد لا بد ان تكون من نص شرعي كما أشار الحديث الشريف.

ومن المعقول أنه عندما انتقل النبي صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى صار الصحابة يتتبعون سنة النبي صلى الله عليه وسلم من بعضهم البعض، ولكن مع تجدد الحوادث وتشابكها صار الصحابة مضطرين إلى إعمال الرأي والاجتهاد ليصلوا من خلال ذلك إلى الحكم الشرعي في هذه النوازل، ومن الضروري نتيجة لذلك أن تختلف الأنظار والرؤى، فالإجتهد عملية نسبية تختلف باختلاف صاحبه، مهما كانت الأصول التي يُبنى عليها واحدة ولم ير الصحابة رضي الله عنهم أنهم ملزمون باتباع واحد بعينه ثم جاء التابعون فساروا على هذا المنوال، وشهد هذا العصر حرية فقهية حقيقية، وجديراً بالذكر وجدنا أئمة هذه المدارس ينهون تلاميذهم عن تقليدهم، ويأمرونهم بالنيل من المعين الأول مثل الإمام إسماعيل بن يحيى المزني تلميذ الإمام الشافعي<sup>(١٤١)</sup> وهذا أن دل فانه يدل على غلق باب الاجتهاد واقتصره فقط ليس على أهله فحسب بل على الفقهاء المتأخرين للأسباب الآتي ذكرها:-

(١٤١) مختصر المزني ص ٧، طبعة دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٩ - ١٩٩٨ اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن إدريس الشافعي - رحمه الله - ومن معنى قوله بالقرينة على من أرادته مع إعلامه نهيته عن تقليد هو تقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحاط فيه لنفسه.

وينبغي الإشارة إلى نقطة مهمة وهي الشهادة في ذلك أنه في أوائل القرن السادس ظهر إتجاه ينادي بغلق باب الإجتهد للتعصب الذي ظهر في تلك العصور لمذاهب الأئمة، حتى صرح البعض بالمنع من الخروج عن أقوال الأئمة المدونة في كتبهم وكتب أتباعهم، فأطلقوا تلك الدعوى (غلق باب الإجتهد) <sup>١٤٢</sup> ومن الأمور التي تتعلل بها على غلق بابا الإجتهد الخوف من العبث بطرق تخريج "مناهج الاستدلال" فلا شك أن قضية "مناهج الاستدلال" لها أهمية خاصة لأنها تحفظ النصوص الشرعية من التلاعب بها، ولذلك وضع أئمتنا علم "أصول الفقه" الذي يبين المنهج الواجب أتباعه في التعامل مع النصوص الشرعية فالخروج عليها يعد خرقاً لإجماع السلف الذين لم يتعدوا هذه الطرائق والمناهج لذلك أغلق بعض العلماء باب الاجتهاد خوفاً من اللعب بهذه الأصول التي حُفظت بها الشريعة والشاهد في ذلك ما أشار إليه ابن بدران الحنبلي وهو يلوم أهل مذهبه الذين عكفوا على متن "منتهى الإرادات" وهجروا غيره، حيث يقول <sup>١٤٣</sup> "فَعَكَفَ النَّاسُ عَلَيْهِ وَهَجَرُوا مَا سِوَاهُ مِنْ كُتُبِ الْمُتَقَدِّمِينَ، كَسَلًا مِنْهُمْ وَنِسْيَانًا لِمَقَاصِدِ عُلَمَاءِ هَذَا الْمَذْهَبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهَا أَنْفَاءً".

فإذا كانوا مقصرين عن مجرد القراءة، فكيف سيكون الحال مع الإجتهد؟

و من المبررات الداعية لغلق باب الإجتهد. عدم الإمتزاج بين السلطات حيث أن في البداية كان القضاء من وظيفة الوالي نفسه أي الحاكم بأمر المسلمين وغير مفصول عنه ولذلك كان لا بد من أن يكون رجل دين أي فقيه ومن هنا ولد مبدأ عدم فصل الدين عن الدولة والشاهد في ذلك ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث كان القضاء من مهامه ولم

(<sup>١٤٢</sup>) حتى يقطعوا الطريق أمام من يجتهد في فهم النصوص ويستنبط أحكاماً تخالف ما قاله الأئمة السابقون وقبل أن أبدا أود أن أبين نقطة في غاية الأهمية، وهي أن المقصود ب "إغلاق باب الاجتهاد" هو إغلاقه على من يملك أدوات الاجتهاد لا على العوام، فالعوام ممنوعون من الاجتهاد منذ عهد النبوة، فلا ينبغي أن يفهم من ذلك أنها دعوة للجهال على اقتحام ما ليسوا له بأهل، بل محل الخلاف هو منع من ملك آلات الاجتهاد من الاجتهاد، ولذلك راينا ابن عبد البر بعد أن ساق كلاماً كثيراً عن ذم التقليد يقول/ وهذا كله لغير العامة؛ فإن العامة لا يكتفون من تقليد علمائهم عند النزلة تزلزل بها؛ لأنهم لا يتدبرون موقع الحجّة ولا يصلح لهم الفهم إلى علم ذلك؛ لأن العلم درجات لا يسبيلها إلى أعلامها إلا ينزل أسفلها، وهذا هو الحائل بين العامة وبين طلب الحجّة، والله أعلم، ولم تختلف العلماء أن العامة عليها تقليد علمائها وأنهم المرادون/ جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ج ٢ ص ٩٨٩ - تحقيق حسن أبي الأشبال - طبعة دار ابن الجوزي.

(<sup>١٤٣</sup>) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران ص ٤٣٤ - طبعة مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية ١٤٠١ - ١٩٨١.

يسنده لأحد ومن الملاحظ ان هذا اتخذ مبدا شرعي وتوارثه الولاة من بعده وبالتالي لا مشكله عندما كان يجتهد لقضاء مسألة معروضه أمامه وجعل حلها بعد ذلك سابقة لما بعدها لعلمه لأمر الدين وخاصة أنه مؤهل لذلك مما ورثه من رسول وسيد البشرية أجمعين.

ولو دققنا النظر في توحيد دور الوالي أي الحاكم والقاضي أو المجتهد في عصور الإجتهد التي كانت تاليه لعهد رسول الله لوجدنا أنه من ضمن أسباب إنتفاء الرياء والشك في الأحكام بالمقارنة لما نحن عليه الآن إلا من رحمه ربه وبالطبع نحن لا نعمم ذلك على الكل وهذا تسليما لحديث رسول الله ما زال الخير بأمتي.

ولكن في عصورنا الحالية ومع عدم الإهتمام بتحصيل آليات الإجتهد، صار الأمراء والقضاة من غير المجتهدين، وبهذا تخلف شرط من الشروط التي يجب توافرها فيهما قال إمام الحرمين الجويني<sup>٤٤</sup>، من شرائط الإمام أن يكون من أهل الاجتهاد، بحيث لا يحتاج إلى استفتاء غيره في الحوادث وهذا متفق عليه ومع تجدد الحوادث التي تشهدا الدول أنفصل أهل القضاء والإجتهد عن دور الحاكم مما جعل الحكام أو القضاة عندما تستجد لهم مسألة أو نازلة يرجعون إلى أهل الإجتهد الأمر الذي يجعل المجتهد في بعض الأحوال موجه إلى سياسة عامة قد يراه الحاكم هي المناسبة من وجهة نظره لحكمه تحت شعار المصلحة المرسله أو سداً لزريرة أو توجيه الحاكم بإعادة النظر في فتوى بحجة أنها تتغير بتغير الزمان والمكان و الحال.

مما يجعل المجتهد يحيد إلى بعض الأحيان عن مبادئ أو مصادر الشريعة توجيها لما طلب منه وكذلك القضاء ومن هنا يفتح الباب أمام أستبدال القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية مما يوقننا في خطر والشاهد على ذلك بعد الفتاوي التي صدرت في الآونة الأخيرة والتي يعجب لها العقل كإرضاع الكبير وغيرها وها نحن اليوم نرى بعض الدول تتنادى بمبادئ شاذة تحت مظلة الحريات التي تدعيها في بعض الدول الإسلامية والتي كانت نابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي سبق وأن أشرنا إليه من خلال هذا للبحث.

(<sup>٤٤</sup>) الإرشاد للجويني ص ٤٢٦ - تحقيق د. محمد يوسف موسى - و د. علي عبد المنعم عبد الحميد - طبعة مكتبة الخانجي ١٣٦٩ - ١٩٥٠.

والمخرج الوحيد الذي ينقذنا من المصائب التي تتعرض لها أمتنا، المتمثلة في تراجع الشريعة عن حياة الناس تدريجياً والذي فيه إنذار خطير لكل من تسول له نفسه بعدم الإلتزام بالشروط الشرعية في المسائل التي تحتاج إلى الإجتهد هذا هو المخرج في رأيي هو إغلاق باب الاجتهاد الفردي ٤٥ للفقهاء المتقدمين وحل محله الإجتهد الجماعي في التفسير

من خلال قرارات المجامع الفقهية والمؤسسات الإسلامية، كصرح الأزهر الشريف لضمان إستقلالها عن السلطة أي السياسة باعتبارها مؤسسات دينية غير موجهة إلا من كتاب الله وسنة رسوله وهذا إيماننا منا بغنى الشريعة الإسلامية وبالميراث الشرعي الذي ورثوه عنها الفقهاء المتقدمون من المتأخرون فقد وجدوا رصيذاً كبيراً من إجتهدات من قبلهم، ووجدوا فقهاً إفتراضياً غنياً بالأحكام قد وفى لهم بكثير من نوازلهم، والذي أقصده بلفظ "تفسير الإجتهد" أي تفسير النصوص وإستخراجها من مظانها حتى يسد على أهل الهوى باب التلاعب بالشريعة الإسلامية وكل إجتهد تفسيرى سيكون حجة للسابقة القضائية التي ولدت على يديه بمعنى أنه يكون ملزماً فقط لأطراف الدعوى التي تم تفسيرها على أساس حجية الأمر المقضي به والتي تثبت للحكم وحكم فيها.

والخلاصة أنه ليس في السوابق القضائية في الشريعة الإسلامية حجية تجعلها من القوة بحيث لا يستطيع القاضي اللاحق مخالفتها القاضي السابق في ذلك الحكم فالحكم القضائي جزئي الأثر أي أنه يختص بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط ولهذا لم يظهر للقضاء دور مستقل في الشريعة وهذا فيما يتعلق حجية السوابق القضائية في التشريعات الإسلامية.

(١٤٥) الفقه الإسلامي ومدارسه للدكتور/ مصطفى الزرقا ص ١١٤ - ١١٥ - طبعة دار القلم - دمشق، والدار الشامية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦ - ١٩٩٥ / حيث يقول الدكتور / مصطفى الزرقا وإذا كانت المخاوف السابقة إذ ذاك من الإجتهد الذي كان يمارسه الأفراد قد أوجبت ذلك التدبير الوقائي بإقتال بابه، كما سبق بيانه، فإن العلاج، فإن العلاج في نقله من عهدة الأفراد إلى عاتق الجماعة، فيصبح الإجتهد جماعياً يمارسه فقهاء العصر الثقافت بطريق الشورى فيما بينهم بعد أن كان فردياً يمارسه كل فقيه بمفرده. فيذلك تتحقق ثمرات الاجتهاد، إذ لا يمكن للفقه أن يلبي حاجات العصور دونه، وتتلقى محاذير الاجتهاد الفردي التي دعت إلى إقتال بابه.

## الخاتمة

النتائج التي توصل إليها البحث

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

- وجدنا أن مجتهد التخريج والترجيح كليهما إقتصرا على عهد الصحابة التي خصهم رسول الله في الفتيا من بعده ليس فقط لوقت أو زمن معين بل الى أن تقوم الساعة أما أحكام العمل والمصالح الآن تختلف باختلاف المكان والزمان، التي تتزامن مع الأعراف ولهذا السبب لا تصلح لأن يبنى عليها القضاء سابقة قضائية فإنه تكتفي في إجراءاتها لمساعدة توافر روح القانون وليس في تقنين القانون نفسه لأن العرف أمر ظاهر، يشترك في إدراكه الخاص والعام.
- لذلك ليس من المنطق أن يكون القضاء مقيد بالقواعد التي أصدرتها الأجيال السابقة فالقول بأن فقه السابقة القضائية لا يقبل المناقشة وانه شيئا أكثر من كونه مبدأ ملائمة يجب البدء منه هو قول يمثل أسطورة تاريخية يتناسب مع زمانها وأحداثها فقاعدة السابقة تظهر بأسلوب مختلف حسب ظروف الحقبة التاريخية ولا يصح بأن يكون تقنيننا لان جوهر القانون هو ذلك المضمون الإجتماعي؛ نشأ بقصد تنظيم الحياة الاجتماعية.
- الفقه الاسلامي لا يلزم القاضي بأخذه من السوابق القضائية بل هي إجتهادات من الفقهاء الأوائل مبنية على أحداث واقعية مرتبطة بالزمان والمكان أي الذي كان يصلح لها في وقتها والذي خلقت حلاله قد لا يتناسب مع تطبيقها اليوم وأن التزام العمل بالسوابق هو حصر للحق في قول مجتهد ليس قوله أولى من قول مجتهد آخر، وترجيح قول بلا مرجح هو تحكم لا دليل عليه، فيكون فاسداً
- نحن لا ننتفخ مع إلزام القضاء بالحكم بالسوابق القضائية، حتى ولو رأى المصلحة في ذلك لمجرد انها مبنية على مبادئ العدالة فان كانت السابقة مبنية على نص



شرعي فتنفيذها حينئذ واجب ولا يصح مخالفتها فلا يخرج الحكم من لدنها وأيد ذلك قول ابن القيم: " أينما وجد العدل فثمة شرع الله "

- من خلال الحكم بالنصوص وليس الإلزام والقياس على السوابق نوصي بحصر جميع الأحكام ومعرفتها ونشرها بأدنى جهد وكلفة حتى ولو تفرقت أماكن الأفضية وتباعدت، ثم هو موضوع إجرائي بحث لا علاقة له بصلب النزاع ولن يكون حجة لمشروعية الحكم بالسوابق القضائية ولكن للدراسة والاستفادة منه للتطبيق فيما شابهه.

- نؤيد موقف المشرع المصري في عدم حياده من على مبدأ التشريع كمصدر أساسي للقانون وكذلك عند اللجوء لمحاولة التفسير في إعتماده على المبدأ القانوني الذي إستند إليه القاضي في إصدار الحكم، أي سند أو سبب الحكم. وهو الذي يتكوّن منه السابقة القضائية بالشروط سالفة الذكر وليس الأخذ بالسوابق القضائية بطريقة صماء.

- بالنظر الى القانون السوداني وجدنا إنه ما هو إلا نسخة من القانون الإنجليزي بالرغم من التعديلات التي أدخلت عليه حيث لاحظنا أن رجال القانون السوداني بدأوا في تطبيق القانون الإنجليزي دون محاولة فهم تاريخ ومصادر القانون الإنجليزي نفسه وعليه إذا دققنا النظر في تاريخ القانون الإنجليزي سنعرف لماذا لا يصلح هذا القانون العرفي الأجنبي الذي يكاد يكون تطبيقاً قاعدة ما جرى عليه العمل على مجتمعه ومن ثم تطبيقه على مجتمع آخر مثل السودان يختلف من ناحية اللغة والعادات والدين الأمر الذي سيجعلنا أمام أحكام متغيرة في عادات وتقاليد بالإضافة الى ما قد يكون المبدأ الذي يعتد به اليوم لا يعتد به في الغد والذي قد يبنى عليه حكم اليوم لا يصلح الى الغد بغية التوصل الى المصلحة كما يدعون .

- لم أجد مبرراً ممن إشتراط من الفقه السعودي لسريان الأخذ بالسابقة القضائية أن تكون مصدقة ومعتمدة من جهة قضائية لمحكمة عليا أو شرط إكتساب أطراف الخصومة الإقتناع بالحكم لأنه بمنتهى البساطة لا يلتزم التصديق من المحاكم العليا إذا بان تعييدها وتأصيلها

أما بالنسبة إلى فتح المجال للقاضي السعودي للإجتهد التعزيز بالخدمة الإجتماعية هذا لا يعد له سابقة حيث أن هناك نصوص وضعية يسنها المشرع للصالح العام شريطة ألا تخالف مصادر الشريعة الإسلامية مما يصبغ على نظام القضاء بالمرونة والشاهد في ذلك السلطة التقديرية للقاضي في مسائل التعزيز لخدمة المجتمع شريطة عدم مخالفة النصوص الشرعية وفي حدود ما خصصه له المشرع الوضعي من قوانين.

- أما بالنسبة للمشرع المغربي برز المزيج الثقافي الذي أردت ان أوضحه وهو بالرغم من التراث المالكي الذي ورثته المغرب وإعتماده عن الأعراف وما جرى عليه العمل والذي يقارب صورة السوابق القضائية إلا إنها ورثة النظام القضائي الفرنسي اللاتيني وهو عدم جعل السوابق مصدرا من مصادر التشريع القضائي وإقتصارها على التفسير النصوص.

- وحسبما يبدو الخوف من أن يتجه رجال القانون الى ترك ممارسة القانون كمواد مقننة، مشرعة من قبل المشرع الإعتيادي، والبعد عن الرجوع الى المتون التشريعية للسعي وراء أحكام السوابق القضائية، ومن ثم الإعتداد على هذه السوابق يجعل القضاة يقومون بمهمة سن الأحكام والقضاء في آن واحد، وهذا معارض لمبدأ الفصل بين السلطات

- وإذا كان رأى شراح القانون المدني في حالة إحالة المشرع القاضي إلى الشريعة الإسلامية كمصدر إحتياطي يلجأ إليه عند فراغ نص تشريعي أفضل من إحالته للفقهاء الإسلامي، الذي يعد جزء من الشريعة الإسلامية ومن ثم الرجوع للشريعة الإسلامية يكون بإعمال المبادئ الشرعية والقواعد الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب ليستتبط منها القاضي حلاً للنزاع؛ أما في الإحالة إلى الفقهاء الإسلامي، فإن القاضي سيكون مقيداً بالتفصيلات والتفريعات الفقهية التي تملئ كتب الفقهاء الإسلامي، فما الموقف اذا كانت إحالة المشرع القاضي على سابقة قضائية كمصدر إحتياطي بالطبع سيؤدي ذلك الى تغيير القيمة المرجعية لمصادر القانون لأنه أثر السوابق القضائية محدود حيث أن القاضي مهما أوتي من قوة لن يحاط

علمًا بكل المسائل التي ستطرح على القضاء؛ من هنا تتبدى أهمية الإحالة الى المصادر الشرعية وليس السوابق القضائية

- وفي نهاية المطاف لو دققنا النظر لوجدنا أن السابقة القضائية خلال مسيرتها منذ نشأتها وحتى الآن في الأنظمة التي إعترفت بها لوجدناها ما هي إلا مرآيا تعكس متطلبات ومصالح الحقب التي عاشتها سواء أن كانت بالنسبة المحتوى الرسمي للقانون أم بالنسبة لمناهج تطبيقه أم بالنسبة لتكوين القضاء أو مشاكل التمييز بين الجنسين هذا ما أوضحتها السابقة القضائية لنا عن كل حقة زمنية عاشتها.

- لذلك نرى كما يرى البعض بغلق باب الإجتهد للأسباب السابق شرحها وإن اضطررنا له يكون بشروط ليست موضوعية فحسب بل وشكلية أيضا كما سبق وأن ذكرنا من خلال بحثنا.

والمخرج الوحيد الذي ينقذنا من المصائب التي تتعرض لها أمتنا، المتمثلة في تراجع الشريعة عن حياة الناس تدريجيا والذي فيه إنذار خطير لكل من تسول له نفسه بعدم الالتزام بالشروط الشرعية في المسائل التي تحتاج إلى الاجتهاد هذا المخرج في رأي هو إغلاق باب الإجتهد الفردي للفقهاء المتقدمين وحل محله الاجتهاد الجماعي في التفسير ان خلال قرارات المجامع الفقهية والمؤسسات الإسلامية، كصرح الأزهر الشريف لضمان إستقلالها عن السلطة أي السياسة بإعتبارها مؤسسات دينية غير موجهة إلا من كتاب الله وسنة رسوله ، وهذا إيماننا منا بغنى الشريعة الإسلامية وبالميراث الشرعي الذي ورثوه عنها الفقهاء المتقدمون من المتأخرون فقد وجدوا رصيذا كبيرا من إجتهدات من قبلهم، ووجدوا فقها افتراضيا غنيا بالأحكام قد وفى لهم بكثير من نوازلهم، والذي اقصدته بلفظ " تفسير الاجتهاد " أي تفسير النصوص واستخراجها من مظانها حتى يسد على أهل الهوى باب التلاعب بالشريعة الإسلامية وكل إجتهد تفسيري سيكون حجة للسابقة القضائية التي ولدت على يديه وهذا فيما يتعلق حجية السوابق القضائية فى التشريعات الإسلامية .

وفي الختام هذا وأسأل الله العلي العظيم أن يوفقنا وإياكم لما يحب ويرضى .  
وأختم كلامي بحمد الله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

## المراجع

كتب المعاجم واللغة: -

- المعجم الوسيط، لإبراهيم أنيس وآخرين، مجمع اللغة العربية القاهرة، بدون تاريخ
- لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري بن منظور، دار احياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٧-١٩٩٧م
- مختار الصحاح، محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي دار المكتبة العلمية بيروت الطبعة الاولى ١٩٩٠م
- عبد الفتاح مراد في معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري
- حارثي سليمان فاروق في قاموس فاروق القانوني / عبد الواحد كرم في معجم المصطلحات القانونية

المراجع الفقهية: -

- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي للدكتور محمد رياض / تقديم محمد المنوني/ الطبعة، الأولى بمطبعة النجاح الجديدة، سنة ١٩٩٦م.
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للفقير محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي ٤٠٦/٢، اعتنى به أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- القاضي عياض، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق محمد بن شريفة، طبعة أولى ١٩٩٠م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران - طبعة مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية ١٤٠١ - ١٩٨١.
- الإرشاد للجويني - تحقيق د محمد يوسف موسى / د. علي عبد المنعم عبد الحميد - طبعة مكتبة الخانجي ١٣٦٩ - ١٩٥٠.
- الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد التركي، طبعة أولى ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت.

- إحكام الفصول في أحكام الأصول / أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي تحقيق د. عبد الله محمد الجبوري / الطبعة الأولى ١٩٨٩-١٤٠٩ / الناشر مؤسسة الرسالة.
- الإمام الشاطبي، الموافقات، نشر المطبعة التجارية القاهرة دت، ج ٤.
- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية؛ للبعلي ٣٣٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٥٥٦.
- الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على خليل، دار الفكر، عن الطبعة المصرية الأولى، ١٣٠٨ هـ، ج ٧.
- فتاوى الرملي في فروع الفقه الشافعي بواسطة الامام شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي المتوفى سنة ٩٧٥هـجري / تحقيق محمد عبد السلام شاهين / دار الكتاب العلمية.
- الإفصاح عن شرح معاني الصحاح -أي أحاديث الصحيحين- لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الوزير المتوفى في سنة ٥٦٠.
- المغني في فقه المذاهب الإسلامية للشيخ موفق الدين بن قدامة الحنبلي، المتوفى في سنة ٦٢٠.
- أصول الفقه الموافقات أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي دار ابن القيم-دار بن عفان سنة النشر: ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م -عدد الأجزاء: خمسة أجزاء.
- سير أعلام النبلاء محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي مؤسسة الرسالة سنة النشر: ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م عدد الأجزاء: أربعة وعشرون جزءا.
- معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، رسالة جامعية، دار أبين الجوزي، تأليف محمد بن حسين بن حسن الجيزاني.
- عنوان الكتاب: إعلام الموقعين عن رب العالمين (ت: مشهور) المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم / المحقق: مشهور بن حسن ال سلمان أبو عبيدة.

- الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية/ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي الحنبلي / كتاب القضاء.
- ابن رشد، المقدمات والمهدات، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨.
- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثالثة.
- الأستاذ عبد المجيد خميجة، الأمن القانون وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد السابع، السنة الرابعة، ٢٠٠٩
- الماجريات: أو ما جرى به العمل د محمد إبراهيم ، اصطلاح المذهب عند المالكية، طبعة أولى ١٤٢١هـ — ٢٠٠٠م، نشر دار البحوث والدراسات الإسلامية دبي، الإمارات.
- العناية على الهداية للباترتي المطبوع مع فتح القدير ٦ / ٢٤٦.
- جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ج ٢ - تحقيق حسن أبي الأشبال - طبعة دار ابن الجوزي.
- جامع بيان العلم وفضله ٧٨٧/٢، توصيف الأفضية؛ للباحث ٣٦٧/١ ط ٢.
- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي / الناشر: (بدون ناشر) / الطبعة: الأولى - ١٣٩٧ هـ
- حاشية أبي الشتاء الصنهاجي على شرح التاودي للأمية الزقاق ٢/٢٦٥
- حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على للأمية الزقاق ٣٣٧.
- خير الدين الزركلي الأعلام، طبعة خامسة ١٩٨٧م، نشر دار العلم للملايين بيروت، ج ٣.
- شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد ابو الأجنان، طبعة أولى ١٩٩٣م، نشر دار الغرب الإسلامي بيروت.

- رد المحتار على الدر المختار / المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي / الناشر: دار الفكر - بيروت / الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج / المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي / الناشر: / الرياض / دار عالم الكتب، ط ٣، ١٩٩٧م.
- مختصر المزني، طبعة دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٩ - ١٩٩٨.
- محمد مخلوف، شجرة النور في طبقات المالكية، نشر دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.
- محمد القرافي، توشيح الديباج - طبعة أولى ١٤٠٥-١٩٨٥ - نشر في مؤسسة الرسالة بيروت.
- محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص ٣٠٤ - ٣٠٥ / طبعة دار البحوث للدراسات الاسلامية و احياء التراث / الطبعة الأولى ١٤٢١-٢٠٠٠م
- الكتب الفقهية المعاصرة: -
- عبد الرحمان بلعكيد، شرح لأمية الزقاق في صناعة القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط ١، ٢٠١٥،
- ألغلامي واثق محمد نذير، النظام القضائي في الإسلام، دراسات اسلامية العدد الثالث السنة الأولى سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م
- د.أحمد أمغار، شهادة الليف واعتمادها كحجة إثبات، رابطة القضاة، السنة ٢٢، عدد: ١٧/١٦، مارس ١٩٨٦
- شيخين بن محمد العبدلي السوابق القضائية دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦هـ للطالب.
- عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، طبع تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث

الإسلامي، بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة،  
مطبعة فضالة المحمدية، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م .

- عبد السلام العسري نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي  
مطبوعات وزارة الأوقاف بالمغرب ١٤١٧ / ١٩٩٦ م.

- د. عبد الكريم العلوي المدغري درس من الدروس الحسنية سنة ١٤١٧ هـ الموافق ل  
١٩٩٦ تحت عنوان: ما جرى به العمل نموذج من تراثنا.

- عبد العزيز سعد الدغيث حجية السوابق القضائية اعداد- باحث في مجال الفقه  
والقضاء - سنة النشر: ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ. دار النشر: مجلة العدل، العدد  
٣٤٤.

- د/ عبد العزيز العلي النعيم، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة.  
الطبعة الأولى.

- عبد الله بن محمد آل خنين السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام -مجلة  
المحامي، العدد ٨، في ذي الحجة ١٤٢١ هـ

- د.مصطفى الزرقا الفقه الإسلامي ومدارسه- طبعة دار القلم - دمشق، والدار  
الشامية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦ - ١٩٩٥.

- د.محمد الربيعي، موقف الفقه والقضاء من اللغيفيات قديماً وحديثاً، الإشعاع،  
العدد: ١٥، السنة التاسعة، يناير ١٩٩٧.

- محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة  
- دار الكتاب الحديث - الطبعة الثانية ١٩٩٦.

- مخلص احمد أجده «النظام القضائي في الإسلام» مجلة رسالة التقريب المجمع  
العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية العدد العاشر، الدورة الثالثة  
شوال ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦.

- د. محمد حامد الكبيسي: الضوابط الأصولية لتغير الأحكام الشرعية، دار الإرشاد  
للنشر، سوريا، ٢٠٠٦، وخاصة من ص ٢٩٨-٣١٨، وهو أطروحة للدكتوراه  
من كلية الدراسات الإسلامية بجامعة بغداد وفيه بحث جيد في هذا الموضوع



تحت عنوان حجية التغير في الأحكام والعنوان يحتاج إلى ضبط لأن الحجية تكون في الدليل مثل حجية السنة وحجية الإجماع ولا تكون في التغير.

- فضيلة الدكتور محمد كمال الدين إمام / قواعد تغيير الفتوى بين الحدث الكائن والزمن / قراءة أصولية بقلم منشور في العدد الإثني عشر، ١٥ تشرين ١/ أكتوبر ٢٠١٢ ١٩١٤٣:٩٠.

- د. يوسف القرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي.

الكتب القانونية: -

- أ.د. أحمد عوض هندی أستاذ قانون المرافعات | العدالة الإجرائية في الفقه الإسلامي | بحث مقدمة لمؤتمر "الفقه الإسلامي: المشترك الإنساني والمصالح" تطور العلوم الفقهية - فقه رؤية العالم والعيش فيه ٢٠١٤ | سلطنة عمان ٦-٩ أبريل

- د. أحمد جلال الدين هلال - قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية فقرة ١٥٤ - نقلا عن الدكتور حلمي الحجاز - أسباب الطعن بطريق النقض - توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب - ط ١ طرابلس-لبنان الجزء الأول فقرة ١٩٩

- أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصري، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

- د. آ وهيب النداوي - دور الحاكم المدني في الإثبات ط ١ الدار الغربية للطباعة والنشر بغداد ١٩٧٦.

- د ابراهيم حركات، "المغرب عبر التاريخ"، دار النشر الحديثة، ٢٠٠٠، ج ١ و "الأوضاع القضائية بالمغرب قبل الحماية"، مجلة رابطة القضاة، يونيو ١٩٨٣.

- أحميدو أكري: "الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، ال عدد ١٠، سنة ١٩٩٤

- د.إبراهيم الزعيم ومحمد فركت، "وكالة الخصام - المحاماة"، مؤسسة بنشارة للطباعة والنشر، ١٩٩١.

- د. برهام عطا الله، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية - السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠م) العدد الأول.
- تكوين النظام القانوني المصري الحديث (الروافد - الآليات - الآثار)، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.
- د. توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية - ١٩٩٣.
- د. حسام الدين الأهواني: أصول القانون - ١٩٨٨.
- د.حسن عبد الحميد / قاعدة السابقة القضائية فالنظم القانونية الإنجلوأمريكية التطبيق المعاصر والاصول التاريخية / كلية الحقوق جامعة عين شمس / الناشر دار النهضة العربية / بدون تاريخ نشر.
- حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م.
- د. خالد خليل الظاهر الخلاف الدائر بين شراح القانون الإداري في كتاب القانون الإداري، تاريخ النشر: ١/٠١/١٩٩٨- الناشر: دار المسيرة للطباعة والنشر.
- جيمس إ. بوند، أساس إصدار الأحكام، ترجمة: هبة نايف مرسى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، الطبعة الأولى ١٩٩٨.
- د. خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، بدون تاريخ.
- د. ينيس لويد، فكرة القانون، سلسلة عالم المعرفة، العدد ٤٧، ١٩٨١.
- سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م
- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري السعودي-بيانات النشر، القاهرة، دار الفكر العرب ي ١٣٧٢ / ١٩٥٢.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، الطبعة ٦ (القاهرة ١٩٨٧)
- سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، مكتبة الأداب، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة، ١٩٦١م،

- صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م.
- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، ط ٣، ١٩٥٩م، أصول تاريخ القانون، الإسكندرية ١٩٦٣.
- د. عبد الرحمن البزار، أصول القانون، ط٢، بغداد، تاريخ النشر ١٩٥٨
- م.عباس قاسم مهدي الداقوقي القاضي في المحاكم العراقية الإجتهاد القضائي مفهومة - حالاته - نطاقه - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية - الطبعة الأولى ٢٠١٥
- د. عبد المجيد محمد الحفناوي تاريخ النظم الاجتماعية والقانون مع دراسات فلسفة القانون / دار الهدى للمطبوعات.
- عبد المجيد غميجة: "موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس -أكدال الرباط، السنة الجامعية ١٩٩٩-٢٠٠٠
- د. عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان الطبعة الثالثة الجديدة ٢٠٠٠ الجزء الأولى
- د.عبد العلي العبودي، سماع دعوى الزوجية بصفة استثنائية، مجلة الملحق القضائي، العدد: ٢٦، ماي ١٩٩٣.
- د. عبد الناصر العطار: المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية - مطبعة السعادة.
- د. عبد الحميد متولي: أصل نشأ الدولة (بحث في الفلسفة السياسية، وتاريخ القانون العام) مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع - سبتمبر وديسمبر ١٩٤٨.
- كريمة مصلي "القضاء في تاريخ المغرب"، جريدة الصباح ليوم الخميس ١٤ يوليوز ٢٠١١.

- محمود تركي - أستاذ القانون ملبورن ولاية فيكتوريا استراليا - فقه السوابق القضائية - منتدى واحة المصرية.
- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون ج ١، بغداد ، ١٩٧٢.
- مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج ١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨م
- د. محمد منيب " المؤرخ المغربي بين الحقيقة التاريخية والوهم الإيديولوجي " التاريخ المغربي بين الواقع والتزييف "السلسلة التربوية رقم ٧ - مطبعة شروق اكادير، الطبعة الأولى، ٢٠٠١
- م. مصطفى عليوة فتح الباب - الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات - الكتاب الثاني صياغة وتفسير التشريعات - نشر دار الكتب القانونية - مصر - سنة النشر ٢٠١٢.
- د. مصطفى الجمال و د. نبيل سعد: النظرية العامة للقانون - منشورات الحلبي الحقوقية.
- مجيد حميد العنكي المدخل الى دراسة النظام القانوني الإنكليزي منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل العراقية بغداد ١٤١١هـ - ١٩٩٠م
- مايكل دجاي فريدمان، موجز النظام القضائي الأميركي، الصادرة عن وزارة الخارجية الأمريكية، منشور في الموقع الرسمي لوزارة الخارجية الأمريكية
- د. محمد سلام مذكور: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ.
- د نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، ١٨٠٤-٢٠٠٤م بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤م

- د هيام اسماعيل السحماوي، ايجار الرحم دراسة مقارنة، مطبعة دار الجامعة الجديدة سنة النشر ٢٠١١
- هنري كايبتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام ترجمة عباس الصراف منشور في مجلة القضاء العدد ٢ مارس ونيسان ١٩٥٧
- نظرية الاستعداد في المواجهة الحضارية للاستعمار المغرب نمونجا / احمد العماري / الطبعة ١٤١٧-١٩٩٧م
- المراجع الأجنبية: -
- J.R.Nolan et M.J. Connelly, Blacks Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, 5e ed., West Publishing, 1979, P. 1059
- S.Leader, Common Law, In: A.-J.Arnaud, dir., Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J. 47 P.47, H.A. Hubbard, Le pioecessus judiciaire du Common Law . Revue du Barreau, t. 28, 1968, Notel, p.p. 2- 11.
- P.A. Crepeau, Dictionnaire de droit proit prive ET lexiques bilingues, Cowansville, Les Edition Yvon Blais Inc., 1991.
- j- A.jolowicz, La jurisprudence en droit anglais; apercu sur la regle duprecedent, In; Arch. Philos. Dr., t. 30, 1985, p.p. 105 ets.
- D.Lluelles, Guide Canadien de references pour la redaction juridique, 4e ed., Montreal ,editions Themis , 1992, L.P. PIGEON, redaction et interpretation des lois ,Quebec, Ministere des Communications, 3 e ed., 1986.
- J.A.Jolowicz, La jurisprudence en droit anglais : Apercu sur la regle du precedent. In: Achiv. philos. DR., T.30, 1985, p. 105.
- J,C.Gray, Nature and sources of Law , NEW York The MACMILLAN Co., 1931m p, 82.
- R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.
- D Poirier. Sources de la Common Law, op. cit., p. 67.
- HLevy- ullmann, le systeme juridique de l, Angieterre, t. I, op. cit, p.p 19 ET s. Dpoirier, sources de la common Law, op. cit., p.p 53

ET s: c.k. Allen law in the Making. 7e ed., oxford , clarendon press, 1964

- M.EL Shakankiri, La philosophie juridique de Jeremy Bentham, paris, L.G.D.,j 1970.
- p. Wesley- smith , Theories of Adjudication and the status of stare Decisis,, in ; L GOLDSTEIN , DIR ., PRECEDENT IN LAW OXFORD , clarendon press 1987, p.p. 73 – 74 .
- E. Campbell, dir., lectures on jurisprudence, London Murray 1885, p.634.
- K. Allen, law in the Making, e ed., Oxford, Clarendon press 1964, pp. 187- 188.
- T.E.Lewis, The History of judiciai precedent .... (1930) 46 L.Q.Rev.p.p.207et s.p.p. 341 ET. (1931) 47 L.Q.Rev.p.p.41 let s (1932)48 lq .rev .p.p. 230 ET s.
- حكم مجلس اللوردات في قضية London street Tramways co. Ltd c.London country1898 A. C.375 – Chambre des lords

- حكم الصادر في القضية:

- Young c. Bristol Aeroplace co.ltd, 1946A.C. 163.
- H.A.Hubbard, le processus judiciaie du common law m1968,28, Revue du Barreaump.p 1-35, voir p. 4
- W.S. Holdsworth. Sources and Literature of English Law, op. cit p.p69. and n
- Blackstone, Commentaires.....op.cit. , t, I, p.85. .
- Blackstone. Commentaires ....op.cit. t, I, p. 270 (The making of the laws is entirely the work of a distinct part, the iegislative branch, of the sovereign power).
- Dicey, Droit ET opinion publique en Angleterre, trad francaise p. 153, مشار اليه H. Levy ULLmann op.cit. p. 337.
- Dicey, Introduction to the study of the law of constitution, Chap. I ( the nature of parliamentary sovereignty ),

مشار اليها في:

H, LEVY- Ullmann, op. cit., p.360, Note (1).

- W.S. Holdsworth, a History .....OP.CIT. t, II, P 430ar.d n.  
     Attorney general for the province of Ontario قضية -  
     Fatehi (1984) 2R.C.S.536. ضد -
- J.Vanderlinden , Histoire de la :  
     COMmmmon law, Quebec, Canada, les editions Yvon Blais  
     Inc., 1996 Avant – propos : G. Rouhette, , Le genre de  
     Common law Bruxeiees, Bruyant, 1995, p. 311.
- R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit  
     contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.
- R.Alexy, ATheory of Legal Argumentation ....op. cit., p. 274
- Boulanger, Jurisprudence, in: Encyclopedie Dalloz, Civ. III.
- Cuq (E.) ; Manuel des institutions juridiques des romains, paris  
     1917
- Elliot (C.), Eric (J.), Vernon (C.): French legal system, Second  
     edition, Longman, 2006, p.
- Sir Frederick Pollok and Frederic William Maitland «the  
     History of English Law before the Time of Edward I. Second  
     Edition.Cambridge ,Volume I.
- Theodore F. T. Pluknett «A Concise History of the Common  
     Law. London 1948.
- Edward Jenks. A Short History of English Law. London 1949
- , T.1, P.3 et SS. Girard (P.F.) , Manuel élémentaire de droit  
     romain, 2 Ed. , paris, 1901, P.15 et SS. May (g.) , Eléments de  
     droit romain, 18ed. , 1932, P.25et SS. Giffard (E.) , Droit  
     romain, paris, 1932 P. 14. Brühl (L.), Répétitions écrites de  
     droit romain, paris, 1936, p.13 et SS. Huvelin (P.) , Cours  
     élémentaire de droit romain 2ed. , 1929. p. 22 ET SS. Monier  
     (E.): Manuel de droit romain, 5ed. t.1 P.15. Petit (E.,) Traite  
     élémentaire de droit romain, Paris, 1909; P. 15. Gaudemt (g.),

Institution de l'antiquité, 1998, P. 79. Schmidlin (B.)&Cannata, Droit prive romain, t.2, Bruxelles, 1984, P. 15 ET ss.

- د. زكي مصطفى The Common law in the Sudan London, 1971-
- Jean D'Esme, « Ce Maroc que nous avons fait », Hachette 1955, page 264
- R. Montaigne " كتابه "الثورة في المغرب" La révolution au Maroc
- دار النشر France Empire, 1953, page 187
- P. Deumier «création du droit et rédaction des arrêts par la cour de cassation » dalloz 2007, p 56.
- J.L. Evade: "la réduction des clauses pénales excessives. Propos de la loi du 09 juillet 1975 modifiant les arts. 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale", Gazette du palais, 9-10 juillet 1976, p: 5.
- G. Hubrecht: "La revisibilité judiciaire des clauses pénales (loi n°75-597 du 9 juillet 1975), Gazette du palais, 18-20 janvier 1976, p: 2.
- G. Paisant: "Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale", Revue trimestrielle de droit civil, n°4,1984-1985, p:647.
- انظر Boulanger, Jurisprudence, in : Encyclopedie Dalloz , Civ . III.
- انظر J.A.Jolowicz, La Jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la regie du precedent, in Archiv . philos. Dr., T.30, 1985, p.105.
- انظر H.A. Hubbard,Le processus judiciaire du common law, op. C.
- انظر Maher et p.l. waller , derham , maham , waller , an introduction to law op. cit. p. 169



- J, baleyte, a. kurgansky, c, laroche et j. spindler, dictionnaire juridique, paris, editions de Navarre, 1977, p. 214
- fiction راجع حول معنى كلمة Dictionnaire petit Robert
- F. Maher ET p.l. Waller ....op.cit. p.169. انظر
- J.J. Eisenhower, four theories of precedent and its role in judicial decisions, (1988) 61 temp. L.Rev. 871: j. Evans, change in the doctrine of precedent during the nineteenth century, in: l. Goldstein. Dir., precedent in law, oxford, Clarendon press, 1987, pp. 35 ets.
- Reine ضد Mcinnis راجع الحكم في قضية
- (1973), IO.R. (2E), 1, P.11, 13C.C.C. (2E) 225(C.A.).
- B Dickson, the Role and function of judges, 1980, 14 l. soc. Gaz. 138, p. 182.
- R David et C. Jauffret – Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains, 9eme ed. Op. cit., p. 432. انظر

Ahumada Ruiz, María Angeles

- في دراسة حول قاعدة الاغلبية في صياغة الفقه الدستوري، المجلة الأسبانية للقانون الدستوري، العدد ٥٨ لسنة ٢٠٠٠، صفحة ١٧٨.
- Georg JELLINEK في كتاب Verfassungsänderung und
- Christian FÖSTER المترجم للاسبانية من قبل Verfassungswandlung
- ، منشورات مركز الدراسات السياسية والدستورية الاسباني، مدريد
- 1991 أنقل عن Ana Victoria SÁNCHEZ URRUTIA في مقالاتها التغير
- الدستوري وسلطة الدستور الموضوعية، المجلة الاسبانية للقانون الدستوري سنة 2000،
- صفحة ١١٢.
- GAUCHET, Mercel في كتاب ثورة السلطات La Révolution des
- Pouvoirs؛ منقول عن البروفيسور 46، صفحة 1995 باريس Garcia de
- Jueces في كتابه الموسوم "القضاة، الديمقراطية ومراقبة السلطات/ Enterría
- 134 و 133"، أنفأ، صفحة Democracia y Control de la Administración

- J Stone precedent and law; dynamics of common law growth  
Sydney, butterworths, 1985, p,p. 236-271.
- Cuq (E.) ; Manuel des institutions juridiques des romains, paris  
1917, T.1, P.3 et SS. Girard (P.F.) , Manuel élémentaire de droit  
romain, 2 Ed. , paris, 1901, P.15 et SS. May (g.) , Eléments de droit  
romain, 18ed. , 1932, P.25et SS. Giffard (E.) , Droit romain, paris,  
1932 P. 14. Brühl (L.), Répétitions écrites de droit romain, paris,  
1936, p.13 et SS. Huvelin (P.), Courses élémentaire de droit romain  
2ed. , 1929. p. 22 et SS. Monier (E.): Manuel de droit romain, 5ed.  
t.1 P.15. Petit (E.) Traite élémentaire de droit romain, Paris, 1909;  
P. 15. Gaudemt (g.) , Institution de l'antiquité, 1998, P. 79.  
Schmidlin (B.)&Cannata, Droit prive romain, t.2, Bruxelles, 1984,  
P. 15 ET ss.
- Elliot (C.), Eric (J.) , Vernon(C.): French legal system, Second  
edition, Longman, 2006, p.
- Roman law played a crucial part in the historical development of  
the French legal system. Some parts of modern French law ,  
especially contract law ,are indeed still based on it.  
1971,The Common law in the Sudan London - د زكي مصطفى ٢

أهم مواقع الانترنت التي تعرض لها الموضوع:

- <http://www.alukah.net/culture/0/60622/#ixzz56eFGVvIm>
- <http://www.egyptianoasis.net/showthread.php?t=72436>
- <https://www.masress.com/albawabh/2389246>  
<http://tamazirtpress.net/news10177.html>  
[http://m.ahewar.org/s.asp?aid=512458&r=0&cid=0&u=&i=0&q =](http://m.ahewar.org/s.asp?aid=512458&r=0&cid=0&u=&i=0&q=)  
<https://islamqa.info/ar/128024>

- عبد الرحمن بلوش، "ورقة حول القضاء العرفي الامازيغي، أزرف"، مساهمة في ندوة القانون والمجتمع بالمغرب، ١٧-١٩ دجنبر ٢٠٠٣ (الأحد ٦ دجنبر ٢٠١٥، الحادية
- جان ديسم، "هذا المغرب الذي صنعناه"، المرجع السابق بتاريخ ٤ شتنبر ٢٠١٤ نشرت جريدة أخبار ميدلت على الشبكة العنكبوتية
- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد ٩٧٧ بتاريخ ١٠-٠٤-١٩٩١ في الملف المدني عدد ٨٥/٣٣٧٤
- الموسوعة الفقهية، نشرت بتاريخ ٢٠٠٩/٤/١٨
- لويل كودو السوداني، العدد رقم ١٠١٥-ص ١١:١٨ لسنة ٢٠٠٨/٩
- المصدر موقع وزارة العدل -دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥
- المصدر موقع النيلين سودانيين ترابيون [www.alnilin.com](http://www.alnilin.com) -السبت ١٠ كانون الثاني (يناير) ٢٠١٥
- فتاوى اللجنة الدائمة الشيخ عبد العزيز بن باز، الشيخ عبد الرزاق عفيفي، الشيخ عبد الله بن غديان، الشيخ عبد الله بن قعود (5 / ١٧، ١٨)
- الطيب البواب: "المجلس الأعلى وتوحيد التشريع"، مداخلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى بتاريخ ٢٠/١٨ دجنبر ١٩٩٧، مطبعة الأمنية، الرباط ١٩٩٩

**مدي حجية الأدلة الإلكترونية الرقمية**

**في الإثبات في المواد الجنائية**

**دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة**

**د/ محمد عبد الحميد عرفة**

**مدرس القانون الجنائي**

**كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية**

## المقدمة

تعتبر الجريمة الإلكترونية في الوقت المعاصر هي اكبر تحدي يواجه المشتغلين بالتشريع والقانون ليس في مصر فقط بل في العالم أجمع، إذ أن هذه الجريمة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتطور العلمي و التكنولوجيا الهائل الذي تشهده علوم الكمبيوتر والحاسب الآلي في الأونة الأخيرة .

فضلاً عن ذلك ، نجد أن المجرم المعلوماتي يختلف اختلافاً جذرياً عن المجرم الطبيعي من حيث قدرات الذكاء والإحتيال التي تشرط أو تتطلب قدرات موازية ومماثلة لدي القائمين علي تشريع ووضع القوانين والتشريعات الخاصة بمكافحة الجريمة الإلكترونية ومعاينة مرتكبها .<sup>١</sup>

هذا ويمكن القول بأن الأونة الأخيرة من القرن المنصرم شهدت ثورة معلوماتية ضخمة في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات مما أدي لظهور أجيال جديدة من وسائل الاتصال عن بعد والتي كان لها دوراً في إعادة صياغة شكل العالم، فاصبح قرية صغيرة لا تعرف الحدود والفواصل وعليه، فتعقدت الجريمة وتتنوعت أشكال ارتكابها مستعينة بهذا التطور العلمي الهائل، ومن هنا ظهر ما يعرف بالجريمة المعلوماتية أو الإلكترونية.<sup>٢</sup>

هذا وقد أدي الإنتشار السريع و المتلاحق للإنترنت وكذا تطور أجيال جديدة وأنواع مختلفة من أجهزة الكمبيوتر إلي كثرة المخاطر ومضاعفة الإعتداء علي الملكية الخاصة والحقوق والحريات الشخصية ، بل اكثر من ذلك علي مصالح الدولة مما دعا بعض الدول الكبرى للانتباه لهذه المسألة ، فبدأت الدول والحكومات في اقرار بعض الإتفاقيات الدولية التي تجرم بعض الأفعال أو السلوكيات الواقعة عبر الوسائل الإلكترونية أو بواسطتها كاتفاقية بودابست لعام ٢٠٠١.

“The Convention of Cyber Crime of the Council of Eurpoe (ccets. No 185)”

<sup>١</sup> انظر د/ نائلة عادل قورة، جرائم الحاسبات الإقتصادية: دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٢١  
<sup>٢</sup> انظر د/ رامي متولي القاضي، مكافحة الجرائم المعلوماتية في التشريعات المقارنة والمواثيق الدولية، دار النهضة العربية، طبعة أولى، ٢٠١١، ص ٥٢ وما بعدها.

وكذا القانون العربي النموذجي الموحد لمكافحة سوء استخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات الذي تم في عام ٢٠٠٣ كتوصية ناتجة عن اجتماع مشترك لوزراء العدل العرب.

"Arab Model Law on Battling the Misuse of Technology and Cyber Crimes.<sup>1</sup>"

غير أن هذه التشريعات ليس لها أثراً فعلياً أو فعالاً في الأنظمة الجنائية في الدول العربية وبصفة خاصة مصر إذ أن هناك بعض التشريعات المتناثرة التي تحتويها قوانين تنظم موضوعات مختلفة فيما يتعلق ببعض صور التجريم الإلكتروني ومنها قانون التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ وقانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ وكذا قانون الأحوال المدنية المصري رقم ١٤٣ لعام ١٩٩٤ فضلاً عن قانون تنظيم الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ إلا أن هذه القوانين لم تشمل كافة صور الإجرام المعلوماتي وهو ما أثر بالسلب علي المجتمع انطلاقاً من عدم توفير الحماية القانونية اللازمة لأفراده.<sup>٢</sup>

وانطلاقاً من المبدأ الدستوري الذي يحكم التجريم والعقاب في مصر والمعروف بمبدأ الشرعية الجنائية "Principle of Legality" المنصوص عليه في المادة ٩٥ من الدستور المصري ٢٠١٤ والذي يقضي بأن "العقوبة شخصية ولا عقوبة إلا بناء علي قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا علي الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون" فيصبح القاضي حائراً عندما يُعرض عليه فعل يشكل جرمًا إلكترونيًا وذلك في ظل غياب النص التشريعي رغم وجود المبدأ الدستوري، لا يجد نصاً صريحاً في قانون العقوبات فكيف يكون السبيل للحكم القضائي؟<sup>٣</sup>

<sup>1</sup> David Gray, Danielle K.Citron, &Liz C.Rinehart, Fighting Cyber Crime After United States v.Jones, 103 Journal of Criminal Law & Criminology 3 (2013).

<sup>2</sup> Susan W. Brenner, State Cyber Crime Legislation in the United States of America:A Survey, 7 Richmond J. of Law & Technology 3 (2001).

<sup>٣</sup> الدستور المصري الحالي؛ ٢٠١٤؛ مادة ٩٥.

ومن المسلم به أن الإثبات في المواد الجنائية هو نشاط إجرائي موجه مباشرة للوصول إلى الحقيقة واليقين القضائي طبقاً لمعيار الواقعية، وذلك فيما يتعلق بالإتهام أو توكيده أو نفيه بمعنى إقامة الدليل علي وقوع الجرم ونسبته لفاعل معين<sup>١</sup>. فيكون الهدف من الإثبات هو بيان مدى التطابق النموذجي بين الجريمة و الواقعة المعروضة أمام القاضي، فيكون له استخدام وسائل إثبات معينة - كي يصل للحقيقة : فهو عليه بذل المجهود في سبيل اكتشاف شخص أو حالة شئ مما يفيد في ايضاح عناصر الإثبات (الأدلة ) المختلفة وترجمتها علي أرض الواقع الملموس<sup>٢</sup>.

هذا وتثير مسألة الإثبات في النظم الإلكترونية والمعلوماتية صعوبات كبيرة أمام القائمين علي التحقيقات الجنائية، وذلك نتيجة لنظام التخزين الإلكتروني للمعطيات التي يجعل من شأنها غير مفهومة (غير مرئية) فيصعب ملاحظتها بالعين المجردة<sup>٣</sup>. فإذا كان انعدام الدليل المرئي المفهوم يُشكل معضلة وعقبة قانونية كبيرة أمام كشف الجرائم ، وكذا تفسير البيانات المخزنة إلكترونياً وحتى - المنقولة عبر وسائل الاتصال عن بعد - فمن باب أولي أن محور الأدلة المعلوماتية وسهولته في زمن قصير قد لا يتجاوز بضع ثوانٍ - يعد من أهم المشاكل و الصعوبات التي تواجه عملية الإثبات الجنائي في مجال الإنترنت والحاسوب<sup>٤</sup>.

وتزيد المشكلة تعقيداً عندما يتعلق الشأن ببيانات أو معلومات تم تخزينها في الخارج عبر شبكات الاتصال عن بُعد، إذ أن القواعد التقليدية الإثباتية لا تكون كافية بطبيعتها لضبط مثل هذه المعلومات بحثاً عن الأدلة وتحقيقها.

ولما كانت أدلة الإثبات المتحصلة من الإنترنت و الكمبيوتر تحتاج إلي خبرة فنية وإدارية عالية ومهارة فعالة، فإن نقص الخبرة في هذا المجال وخاصة من جانب سلطات جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة قد يؤدي - في بعض الأحيان - إلي ضياع

<sup>١</sup> د/ عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص٣٣.

<sup>٢</sup> د/ رامي القاضي، المرجع السابق، ص٥٤.

<sup>٣</sup> راجع د/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، طبعة ثانية، ٢٠٠٢، ص٣١.

<sup>٤</sup> انظر د/ رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤.

الدليل بل تدميره. كما أن صعوبة الدخول للحصول علي المعلومات المخزنة وذلك نتيجة لوجود نظام معلوماتي أمن وكذا تقاعس المجني عليه في الإبلاغ عن الجرائم المعلوماتية إلي السلطة المختصة لاعتقاده - بعدم جدوي إبلاغه - بشكل صعوبات أخرى في مجال الإثبات.<sup>٢</sup>

ولما كانت الجريمة الإلكترونية أصبحت دافعاً ملموساً لاريب فيه تواجه العالم أجمع وخاصة مصر في ظل القصور القانوني و التشريعي الجلي في مواجهة تلك الجرائم، فإنه يتعين علينا أن نخوض في الإجابة علي تساؤل هام يطرح نفسه وهو مدي حجية الدليل المعلوماتي (الإلكتروني) في مجال الإثبات الجنائي سواء من ناحية كونه دليل براءة أو إدانة ومدي تكليف ذلك من الناحية القانونية . بعبارة أخرى ما هي حجية الدليل الرقمي أمام القضاء الجنائي المصري من حيث كونه دليل إثبات قائم بذاته ومدي إمكانية تعديل التشريعات المصرية المنظمة لحركة المعلومات والاتصالات وما يتوافق مع حقيقة وجود هذا الدليل واعتماده كدليل إثبات شأنه شأن كافة أدلة الإثبات الأخرى المتعارف عليها في المواد الجنائية .

ولكن قبل الإجابة علي هذا التساؤل فإنه يتعين علينا أن نعرض في فصل تمهيدي لنبذة مختصرة - عن ماهية الجريمة الإلكترونية وأسبابها وخصائصها ونشأتها ووسائل مكافحتها في المواثيق الدولية وكذا الدستور و القانون فضلاً عن معرفة صفات المجرم المعلوماتي أو الإلكتروني .

<sup>١</sup> انظر بوجه عام، د/ جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.  
<sup>٢</sup> د/رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص٥٧.



## الفصل التمهيدي الجريمة المعلوماتية (الإلكترونية)

### تمهيد وتقسيم

أسهم دخول التكنولوجيا والتقنيات الحديثة في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وشبكة الإنترنت إلى انبثاق أنواع وأشكال مستخدمة من السلوكيات الإجرامية لم يكن للإنسانية سابق علم بها. فهذه النوعية من السلوكيات الجرمية تتصف بأنها معقدة في إمكانية ارتكابها ووسائل كشفها فضلاً عن اعتبارها ذات طبيعة دولية، فأصبحت خطراً داهماً يهدد العالم أجمع. وعليه سنتناول في هذا الفصل بعض ملامح الجريمة الإلكترونية وكذا خصائصها وطبيعتها القانونية وما يتميز به المجرم المعلوماتي عن المجرم التقليدي.

أولاً: في التعريف بالجريمة الإلكترونية والمعلوماتية وبيان خصائصها وطبيعتها القانونية

ذهب بعض الفقه للقول بأن الجريمة المعلوماتية "فعل غير مشروع يتورط في ارتكابه الحاسب الآلي أو الفعل الإجرامي الذي يستخدم في اقترافه الحاسب الآلي كأداة رئيسية" وكذا عرفها البعض بأنها كل عمل أو فعل أو نشاط غير مشروع هدفه (أوموجه) نسخ أو تغيير أو حذف أو الوصول للمعلومات المخزنة داخل الكمبيوتر وإلي تحويل طريقه.<sup>1</sup> أما مكتب تقييم التقنية الأمريكي "US Technical Assesement Office" وكذا معهد فلوريدا للتكنولوجيا قد توصل إلي تعريفها بأنها "الجرائم التي تلعب فيها البيانات الكمبيوترية و البرامج المعلوماتية دوراً رئيسياً".<sup>2</sup>

فيمكن القول - في ضوء التعريفات السابقة - إلي أن جريمة الحاسب تشمل استخدامه كأداة لارتكاب الجرم فضلاً عن الحالات الخاصة بالولوج غير القانوني لحاسب المجني عليه أو بياناته ، كما تمتد هذه الجريمة لتشمل الإعتداء المادي سواء علي بطاقات الائتمان Credit Cards وانتهاك ماكينات الكمبيوتر بما تحويه من شبكات تحويل

<sup>1</sup>د/ علي محمود حموده، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث مقدم ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي (٢٠٠٣).

<sup>2</sup>د/ حسين بن سعيد الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، (٢٠٠٩)، ص ٥٣ وما بعدها.

الحسابات المصرفية بطريقة إلكترونية "Electronic Deposit" وكذا تزيف المحتويات المادية و المعنوية للحاسب بل وسرقته في ذاته وأي من مكوناته<sup>١</sup>.

فقد يكون الإعتداء بهدف تحقيق الربح أو إلحاق خسارة بالمجني عليه، فالإتجاهات السابقة اهتمت إما بالناحية العضوية (الشكلية) في تعريف الجرم وإما بالناحية الموضوعية (الوظيفية) في تحديد مفهوم هذا السلوك.

وقيل أيضاً في مفهومها إنها عمل أو امتناع يحدثه الفرد إضراراً بمكونات الحاسب وشبكات الإتصال الخاصة به التي يحميها قانون العقوبات ويفرض لها عقوبة جنائية. كما أن الأمم المتحدة أشارت في مدونتها الصادرة بشأن الجريمة المعلوماتية إلى إنه لا يوجد اجماع في الفقه علي تعريف هذا السلوك إلا أن هناك اتفاق و اجماع لا شك فيه حول وجود ظاهرة تزايد بمعدلات عالمية لتلك الجرائم<sup>٢</sup>.

وفي ضوء ذلك كله، يمكن القول بأنه من الصعوبة بمكان وضع تعريف أو مفهوم محدد لهذه الجريمة وإنما يمكن مراعاة اعتبارات عملية عند وضع تعريف لها، كأن يكون هذا التعريف مفهوم ومقبول دولياً وكذا أن يراعي التطورات المتزايدة في مجال تكنولوجيا المعلومات مع بيان طبيعة الدور الذي يقوم به الحاسب في إتمام النشاط الإجرامي فضلاً عن تمييز هذا التعريف بين الجريمة التقليدية و المعلوماتية<sup>٣</sup>

وفي صدد الحديث عن المعلومات نجد أن أغلب التشريعات الوطنية جاءت خالية من وضع تعريف لها إلا أن المشرع الأمريكي قد عرفها في قانون المعاملات التجارية الإلكتروني لعام ١٩٩٩ (مادة ١٠/٢) بأنها "تشمل البيانات و الكلمات والصور والإجراءات و الوسائل وبرامج الكمبيوتر والبرامج المضغوطة الموضوعية علي الأقراص المرنة وقواعد بيانات أو ما شابه ذلك."٤

<sup>١</sup> أنظر د/ هلال عبد الله أحمد، الجوانب الموضوعية والإجرائية للجرائم المعلوماتية على ضوء اتفاقية بودابست الموقعة ٢٣ نوفمبر ٢٠٠١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٦٧ وما بعدها.

<sup>٢</sup> د/ رامي متولي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه ، ص ٦١ وما بعدها.

<sup>٣</sup> أنظر بوجه عام: د/ أمال عبد الرحيم عثمان، الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية، دار النهضة العربية ١٩٧٥.

<sup>٤</sup> د/ سعيد عبد اللطيف حسن ، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت: الجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات، طبعة أولى ، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٧٥ وما بعدها.

كما عرفها المشرع الفرنسي في القانون رقم ٦٥٢/٨٢ لسنة ١٩٨٢ بأنها "صور أو مستندات أو معطيات أو خطابات أياً كانت طبيعتها".<sup>١</sup>

وفي قانون البحرين رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الإلكترونية فقد عرفت المعلومة ( بأنها البيانات و النصوص والصور والأصوات والرموز وبرامج الحاسوب و البرمجيات ويمكن أن تكون قواعد البيانات و الكلام ) ويمكن انطباق ذات التعريف السابق علي مفهوم المعلومة المنصوص عليه في قانون إمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢/ لسنة ٢٠٠٢.<sup>٢</sup> ويكمن معيار التمييز بين المعلومات والبيانات في كون الأخيرة تعبر عن مجموعة من الأرقام والرموز و الحقائق التي لاعلاقة بين بعضها البعض، أما الأولي فهي المعني الذي يستخلص منه هذه البيانات.<sup>٣</sup> هذا وتتنقسم المعلومات لعدة طوائف منها معلومات اسمية موضوعية كالمرتبطة بشخص المخاطب بها (كإسمه وموطنه و حالته الإجتماعية) وهي لا يجوز الإطلاع عليها إلا باذن وموافقة الشخص ذاته وهناك معلومات اسمية شخصية وهي المنسوبة لشخص آخر مما يستدعي ادلاء الغير برأي الشخص (كالمقالات الصحفية مثلاً). وهناك معلومات خاصة بالمصنفات الفكرية وهي محمية بحكم قوانين الملكية الفكرية (كالإختراعات و التسجيلات والمؤلفات وغيرها). وهناك المعلومات المتاحة للجميع، فلهم الحق في الحصول عليها، إذ إنها دون مالك فهي غير محمية بأي وسيلة من وسائل الحماية (كالنشرات الجوية وتقارير البورصة).<sup>٤</sup>

هذا ويشترط في المعلومات المتمتعة بالحماية القانونية أن يتوافر فيها الإبتكار و التحديد بمعني أن تكون المعلومة محددة تحديداً دقيقاً ، فإذا كانت المعلومة تقتقد التحديد

<sup>١</sup>د/رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٦٤.

<sup>٢</sup> Okin S.Kerr, Cyber Crime's Scope: Intepreting "Acess" and "Authorization" in Computer Misuse Statutes, 78 New York Univ.L. Rev. 1596 (2003).

<sup>٣</sup> انظر د/ أحمد عوض بلال، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة خمسة (٢٠١٣).

<sup>٤</sup> حسنين المحمدي البوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة أولى (٢٠٠٨)، ص ٧٢ ومابعدها.

فلا يمكن أن تكون معلومة حقيقية، ويتطلب ذلك في خصوص الإعتداء علي الأموال، إذ يشترط أن تكون الإعتداءات واقعة علي شيء مبتكر ومحدد أو (معين) إذ أن الشيء الشائع لا يتمتع بحماية قانونية<sup>١</sup>. ويشترط كذلك أن تكون المعلومة سرية، فالمعلومة العامة الشائعة تكون بمنأى عن أي حيازة فتكون سرية بالنظر لطبيعتها أو نظراً لإرادة الشخص أو الأمرين معاً (كالرقم السري Password).<sup>٢</sup>

ثانياً: في أسباب الجريمة المعلوماتية وبيان خصائصها الرئيسية (طبيعتها القانونية) ونشأتها من المسلم به أن فئات مرتكبي الجريمة الإلكترونية تختلف عن مرتكبي الأفعال الجرمية العادية، إذ أن من الطبيعي أن هذه الجرائم الأولى لها خصائص تختلف تماماً عن الأخيرة فضلاً عن السمات التي تميز الجاني في الجرم الأول عن شبيهه في الجرم الثاني .

ويأتي في مقدمة أسباب أو دوافع الجريمة الإلكترونية دافع التعلم المتمثل في الشغف في استخدام جهاز الكمبيوتر والإمكانات الحديثة لنظم الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات. ف فيما يتعلق باخلاقيات قرصنة المعلومات، فهي مضمحلة لحد يمكن القول معه بأن هؤلاء القرصنة يرون أن جميع المعلومات المفيدة بوجه عام يجب أن تكون غير خاضعة لأيه قيود، ومن هنا يتضح أن أخلاقهم تركز علي أن الدخول لأجهزة الحاسوب وأنظمتها يمكن أن يعلمك كيف يدور العالم من حولك فضلاً عن عدم خضوع جميع المعلومات لأي عوائق، فبغرض التعلم يهدف هؤلاء القرصنة ( Hackers ) للوصول لمصادر المعلومات والحاسبات الإلكترونية والشبكات.<sup>٣</sup>

ويلاحظ أن هؤلاء الأشخاص لديهم اهتمام شديد بأجهزة الكمبيوتر، وبالتعلم يمكن دخولهم علي أنظمة تلك الأجهزة علي إنهم محترفين، فهم يرغبون في النهاية في البقاء مجهولين حتي يستطيعوا الإستمرار في التواجد داخل الأنظمة الإلكترونية لمدة طويلة فيكرس بعضهم وقته في تعلم كيفية اختراق الأنظمة والتقنيات الأمنية وكذا اختراق

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٧٦.

<sup>٢</sup> د/ أحمد بلال، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٨١-٨٤.

<sup>٣</sup> د/رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٦٧-٧٠.

المواقع الممنوعة.<sup>١</sup> فكلما اكتشف قرصنة الأنظمة نقطة ضعف أو عيب أمني، فيقوموا بمحاولة استغلالها إذ إنها موجودة بهدف عدم سرقة المعلومات أو إتلافها (أو تخريبها).<sup>٢</sup> كما أن الرغبة في تحقيق الثراء تعتبر من العوامل الأساسية لارتكاب هذه الجرائم كما أشار بعض الفقه المختص في الأمن المعلوماتي "Information Security". فيمكن القول بأن الدافع لارتكاب هذه الجرائم يكون سببه مجرد وجود مشاكل عائلية راجعة للنقود أو إدمان العاب القمار أو المخدرات أو حتي سداد الديون المستحقة، ولذلك فإن بيع المعلومات المختلسة هو نشاط ممتع للغاية.<sup>٣</sup>

هذا وتلعب الدوافع الشخصية دوراً أساسياً في ارتكاب مثل هذه السلوكيات، فغالباً ما يميل مرتكب تلك الجرائم إلي إظهار تفوقهم ومستوي ارتقاء براعتهم، فيكون الهدف هو الرغبة في قهر النظام القانوني وإثبات عجزه وفي محاولة لكسر حواجز الأمن لأجهزة الكمبيوتر.<sup>٤</sup> الأمر الذي قد دعا بعض فقهاء القانون الجنائي - وهو أمر يدعو للغرابة - إلي عدم مساءلة مرتكبي الجرائم الإلكترونية جنائياً إذ أن باعثهم - وفقاً لعامل الدوافع الشخصية يتمثل في إظهار التفوق التكنولوجي - إذ أن اعمالهم غير منطوية علي نوايا أئمة. وهو الأمر غير المقبول بطبيعة الحال، فقد تتوافر النية الإجرامية لدي الفاعل في الحاق الضرر بالمجني عليه فتقع الجريمة بناءً علي هذا الأساس.<sup>٥</sup> وعليه يمكن القول بأن البعض يرتكب تلك الأفعال لولوعه في الحصول علي المعلومات الجديدة كالقرصنة أو للإستيلاء علي المعلومات الموجودة على الحاسوب أو حتى حذفها أو تدميرها أو الغائها نهائياً، فيكون الغرض هو الأثارة و التحدي - وكذا أيضا تحقيق الشهرة وإثبات التفوق العلمي .

<sup>١</sup> راجع الدكتور/ هشام محمد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحربية، أسبوط، ١٩٩٤، ص ١٠١-١٦.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١٨.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ٢٠.

<sup>٤</sup> انظر د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت: دراسة متعمقة في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٤.

<sup>٥</sup> المرجع السابق، ص ٤٧.

أما فيما يتعلق بسمات هذه الجرائم وطبيعتها القانونية، فإننا نجد أن هذه الجرائم المرتكبة بواسطة الكمبيوتر كأداة وكهدف للجريمة تتميز بعده خصائص نعرضها فيما يلي:

١- سرعة تنفيذها: إذ أن تنفيذها لا يتطلب وقتاً طويلاً، فبضغطة واحدة علي لوحة المفاتيح يمكن أن تنتقل ملايين الدولارات وهذا لا يعني إنها لا تتطلب إعداداً جيداً ومسبقاً لتنفيذها (كاستخدام برامج ومعدات معينة).<sup>١</sup>

٢- لا تعرف الحدود المكانية والزمانية: إذ إنها ترتكب عبر شبكات الإنترنت لا تحدها حدود جغرافية كحدود دولة بعينها، فيمكن أن يكون العالم مسرحاً للجرائم كما أن الزمن لا يعرقلها رغم اختلاف المواقيت بين الدول، فهي تحدث وتتفد عن بُعد فلا يُتطلب وجود الفاعل في مكان الجرم ( اللهم إلا كانت جريمة سرقة معدات الكمبيوتر تتطلب وجوده) فيرتكب الفاعل جريمته وهو في دول بعيدة، كالدخول على الشبكة المعنية أو اعتراض عملية تحويل مالية مثلاً<sup>٢</sup>.

٣- جريمة مخفية: إن الجرائم التي تقع علي الحاسوب أو بواسطته (كجرائم الإنترنت) تكون غالباً في الخفاء وإن كان يمكن ملاحظة آثارها والتتبع بوقوعها.<sup>٣</sup>

٤- جرائم ناعمة: لا تتطلب استخدام الأدوات والعنف كما في الجرائم التقليدية كالسرقة والسطو المسلح، فنقل البيانات لا يحتاج ممارسة أي أعمال عنف أو الاشتباك مع رجال الامن.<sup>٤</sup>

٥- عابرة للدول: إذ أن ربط العالم بشبكة من الاتصالات من خلال الأقمار الصناعية و الفضائيات والإنترنت جعل الإنتشار الثقافي وعولمة الثقافة والجرم أمر شائع

<sup>١</sup> انظر محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٤٢- وما بعدها.

<sup>٢</sup> Janaletchumi Appuderai and Chita Ramalngam, Computer Crimes:A Case Study of What Malaysia Can Learn from Others? 2 Journal of Digital Forensics Security, and Law 2 (2007).

<sup>٣</sup> د/ عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق الإشارة إليه، ص٤٨.  
<sup>٤</sup> المرجع السابق، ص٤٩.

وممكن الحدوث، لا يعترف بالحدود الإقليمية للدول ولا بالزمان ولا المكان، فقد يكون الضرر الواقع علي المجني عليه وإقاعاً في دولة غير دولة الجاني<sup>١</sup>.

٦- الصعوبة في الإثبات: ويكون ذلك راجعاً لافتقار وجود الآثار التقليدية للجرم وغياب الدليل الفيزيقي ( كالبصمات وأفعال التخريب أو الشواهد المادية) وكذا بساطة محو وتدمير الدليل في مدة قصيرة فضلاً عن نقص خبرة الشرطة والنظام القانوني القائم وعدم كفايته .

٧- عالمية الجريمة والنظام العدلي الإجرائي: نظراً لارتباط المجتمع الدولي إلكترونيًا، فقد أضحي العالم مساحة كبيرة لارتكاب الأفعال الإجرامية، الأمر الذي تطلب واستدعي الدول والحكومات و- خاصة الكبرى والصناعية - لسن التشريعات وقوانين لمكافحة تلك الظاهرة مما أدى إلي اصطباغها بالصفة العالمية<sup>٢</sup> "Principle of Universality"

هذا ويلاحظ إنه لا يتم الإبلاغ عن تلك الجرائم في معظم الأحيان وذلك لعدم اكتشاف الضحية، وإما خوفاً من التشهير والفضحية ، فمعظم هذه الجرائم غالباً ما تكتشف بمحض الصدفة وبعد مدة طويلة من ارتكابها. فهذه الجرائم تقع تحت ما يسمى بظاهرة الرقم المظلم أو الأسود Dark Figur of Crime فالجوة بين عدد هذه الأفعال الخفية وما يتم اكتشافه كبيرة للغاية وذلك إذ إنه من السهل إخفاء معالمها وصعوبة تتبع مرتكبها.<sup>٣</sup>

كما إنها لا تترك أثراً بعد ارتكابها، فمن غير الممكن أن تحتفظ بأثارها الفنية بعد وقوعها - إلا فيما ندر - فليست هناك أموال أو غيرها مفقودة بل تلاعب وتغير في سجلات وبيانات ومعلومات كما أن الوصول للتحقيق بشأنها يستهدف الإستعانة بكفاءة قوية ومهارات عالية المستوي إذ إنها جرائم وأفعال تتسم بالغموض يصعب علي المحقق

<sup>١</sup> Jonathan Mayer, Cyber Crime Litgation, 164 Pennsylvaina L. Rev.145(2016).

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١٤٦٠.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ١٤٦٥.

العادي التعامل معها إذ أن ارتكابها يعتمد علي قمة الذكاء فيصعب متابعة هذه الجرائم وكشفها وإثباتها أي بإقامة الدليل عليها<sup>1</sup>.

ويصعب المطالبة بالتعويض المدني بخصوص هذه الجرائم، إذ أن عولمة هذه الجرائم يؤدي إلي شلل جهود التحري والتعاون الدولي لتعقب مثل هذه الأفعال فيثار التساؤل حول القانون الواجب التطبيق علي هذه الجريمة فضلاً عن جهة الإختصاص القضائي.

في ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن الجريمة المعلوماتية تثير صعوبات في مجال التحقيق الجنائي وكذا متطلبات الضبط والتفتيش والملاحقة الجنائية إذ إنها جرائم عابرة للحدود وتتسم بالخطورة الشديدة، فقد تكون الخسائر الناتجة عنها باهظة للغاية كما انها ترتكب من فئات إجرامية متعددة يجعل من الصعوبة بمكان معرفة الفاعل لانها تتطوي علي سلوكيات غير مألوفة.

ويبقى التساؤل في هذا الصدد حول المجرم المعلوماتي من هو؟ وما هي سماته ؟ كان لارتباط الجريمة الإلكترونية بأجهزة الكمبيوتر والحاسب الآلي أثره الرئيسي علي تمييزها عن غيرها من الجرائم المعتادة، خاصة جرائم الإعتداء علي الأموال بل وان كان أثره امتد لتمييز المجرم المعلوماتي - مرتكب هذا الجرم - عن غيره من المجرمين العاديين الذين قرروا الجنوح لارتكاب السلوك الإجرامي النمطي. وعليه، يمكن أن نستخلص مجموعة من الخصائص التي يتسم بها هذا المجرم والتي تساعد علي معرفة نوع شخصية هذا الجاني ومواجهه هذا النمط الحديث من المجرمين. ذهب بعض الفقه المهتم بدراسة الجريمة الإلكترونية بصفة عامة والمجرم المعلوماتي بصفة خاصة وقالوا أن هذا المجرم يتميز بصفات معينة تختلف في جوهرها عن المجرم الكلاسيكي إلا انهم خلصوا إلي إنه لا يخرج عن كونه مرتكب لفعل إجرامي يستوجب توقيع العقاب عليه. هذا ويمكن إيجاز هذه السمات فيما يلي :

<sup>1</sup>المرجع السابق، ص ١٤٦٥-١٤٨٦.



١- المجرم المعلوماتي هو مجرم ذكي ومحترف، إذ يتمتع باحترافية عالية في تنفيذ جرائمه إذ إنه يرتكبها عن طريق الحاسب، الأمر الذي يتطلب الكثير من الدقة والتخصص في هذا المجال كي يتغلب على الصعوبات التي أوجدها المتخصصين بهذا الأمر كما في حالات البنوك والمؤسسات المالية الكبرى<sup>١</sup>. كما يتميز هذا الجاني بأنه مُلمٌ إماماً تماماً بتقنية تكنولوجيا المعلومات والقدرة على تبديل وتفسير برامج الكمبيوتر، فيكون ماهراً إما عن طريق الخبرة المكتسبة في المجال المعلوماتي والتكنولوجي وإما بمجرد التفاعل الاجتماعي مع الآخرين، فلا يشترط أن يكون هذا الجاني على قدر معين من العلم إذ أن التجارب العملية أثبتت أن جزء كبير من انجح مجرمي هذه الجرائم لم يتلقوا المهارة المطلوبة لارتكاب هذا النوع من الإجرام<sup>٢</sup>.

٢- المجرم المعلوماتي هو مجرم غير عفيف : فلا يلجأ للعنف أو القوة في أي صورة من صورها في تنفيذ سلوكياته الإجرامية إذ إنه ينتمي لنوع معين من الإجرام (إجرام الحيلة)، فهذا النوع لا يحتاج أي قدر من العناء أو المجهود للقيام به. كما إنه يتمتع بدرجة عالية من الثقافة، فيستطيع أن يضع تصور كامل لارتكاب فعله وذلك لأن مسرح جريمته هو نظام الحاسوب فيمكنه تطبيق جريمته على أنظمة مشابهة مماثلة قبل تنفيذ فعله<sup>٣</sup>. كما إنه يلجأ في غالب الأحوال إلي وسائل بسيطة يحصل عليها من الحاسب ذاته وخاصة إذا كان النظام الذي يعمل به الكمبيوتر نظاماً معروفاً أو شائعاً إما إذا كان غير مألوف فيكون على درجة عالية من التعقيد والصعوبة<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> انظر د/ رمزي رياض عوض، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها: دراسة تحليلية تاصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٧٥-٧٨.

<sup>٢</sup> انظر د/ هشام محمد رستم، جرائم الحاسوب كصوره من صور الجرائم الاقتصادية المستحدثة، مجلة الدراسات القانونية، العدد ١٧، جامعة أسيوط، ١٩٩٥.

<sup>٣</sup> انظر د/ فتوح الشاذلي ود/ عفيفي كامل، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٣٥-٤٠.

<sup>٤</sup> د/ رمزي عوض، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٧٩.

٣- المجرم المعلوماتي هو مجرم متخصص وعائد إلي الإجرام: فقد تبين في كثير من القضايا الواقعة في العمل أن عدد من هؤلاء المجرمين لا يرتكبون سوي جرائم الاتصال والمعلومات لانهم متخصصون فقط في هذا النوع دون أن يكون لهم علاقة أو دراية بالجرائم التقليدية الأخرى<sup>١</sup>. كما يعود كثير من هؤلاء الجناة لارتكاب جرائم أخرى في مجال الحاسب وذلك بدافع سد الفجوات أو التغييرات التي أدت للتعرف عليهم وتقديمهم للمحاكمة في المرة الأولى، فهذا يجعلهم عائدين للجرم وقد ينتهي كذلك بتقديمهم للمحاكمة من جديد<sup>٢</sup>. وغالباً ما يكون لهؤلاء الجناة سلطة مباشرة أو غير مباشرة في مواجهة المعلومات محل الجرم، وقد تتمثل هذه السلطة في الشفرة الخاصة بالدخول للنظام المحتوي علي المعلومات وهو حتي في الدخول علي الحاسب وإجراء المعاملات ، فقد تكون هذه السلطة شرعية أو غير شرعية كما في حالة سرقة شفرة الدخول الخاصة بشخص معين<sup>٣</sup>.

هذا وقام بعض الفقه بتصنيف هؤلاء المجرمين إلي عدة أقسام منها طائفة يطلق عليها "Pran Kstres" وهم الذين يرتكبون هذه الأفعال بغرض المزاح مع الآخرين وعلي سبيل التسلية دون أن تتوافر لديهم نية احداث الضرر بالمجني عليهم (كالصغار مجرمي المعلوماتية)<sup>٤</sup>. وهناك طائفة أخرى تسمى Hackers وهم يستهدفوا كسر الحواجز والصعوبات الأمنية من خلال الدخول علي أنظمة الحاسبات الغير المصرح لهم بالدخول ويكون في الغالب بهدف إثبات القدرة علي خرق أنظمة الكمبيوتر وبدافع الفضول وكسب الخبرة<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> د/رامي القاضي، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٧٣.

<sup>٢</sup> Eric J.Sinrod and William P.Reilly, Cyber-crimes:A Practical Approach to the Application of Federal Computer Crime Laws,16 Santa Clara High Technology Law Journal 2 (2000).

<sup>٣</sup> Richard C.Hollinger and Lonn Lanza-Kaduce, The Process of Criminalization: The Case of Computer Crime Laws, 26 Criminology 101,116 (1988).

<sup>٤</sup> 18 U.S.C.A. 1030 (west.sup.1999).

<sup>٥</sup> United States V.Simons, 29 f.sup.2d 324 (E.D.va.1988).

وهناك ما يطلق عليهم MALICIOUS HACKERS ويكون هدفهم في الغالب إلحاق ضرر أو خسائر ليست مادية بالمجني عليه كمخترعي فيروسات الحاسب الآلية وموزيعيها وهؤلاء يختلّفون عن الفئة الأكثر شيوعاً التي ترتكب هذه الجرائم بحيث يترتب عليها في غالبية الأحوال خسائر مادية وباهظة تلحق بالمجني عليه ويطلق عليهم "Personal Problem Solvers".<sup>1</sup> وهناك فئة أخيرة يطلق عليها Carer Criminals وهم في الغالب يهدفون إلي تحقيق ربح مادي بطريقة غير مشروعة من وراء نشاطهم الإجرامي ويكونوا غالباً من مستخدمي الحاسب بالمنزل، أو الموظفون الساخطون علي منظماتهم، أو المتسللون بقصد التسلية، أو المحترفون الذين يلجأون لمواقع معينة ويخرقون نظامها بإتلافه، أو العالمون في الجريمة المنظمة.<sup>2</sup>

ويتمتع هؤلاء الجناة الخاضعين لتلك الطائفة أن اعمارهم قد تتراوح بين ١٨ إلي ٤٦ عام والمتوسط العمري لهم هو ٢٥ عاماً يملكون المعرفة والذكاء والقدرة الفنية الهائلة فضلاً عن حرصهم الشديد وخشية الضبط. كما يتميز هؤلاء الجناة بالتكيف مع المجتمع وعدم معادته كما يميلون نحو التقليد والإفراط في النزعة الإجرامية.<sup>3</sup>

وهذا ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن هناك شبه اجماع في الفقه الجنائي علي أن جرائم الحاسب تمثل تحدياً جديداً في عالم الجريمة، إذ إنه توجد صعوبة في التعرف علي هوية الجاني، فلا يترك أثراً لجريمته وإن ترك لا تدل عليه. كما إنه في حالة اكتشاف هويته، إذا كان من بلد لا يعتبر ما قام به جرمًا فهذا يمثل عقبة في محاكمته الجنائية فضلاً عن اتساع شرعية الجناة إذا تشمل صغار مستخدمي الإنترنت (الأطفال) فقد يستخدمونها في تخريب الأنظمة ولا يشترط توافر الخبرة العالية في

<sup>1</sup> د/رامي القاضي، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٧٦.

<sup>2</sup> د/فتوح الشانلي و د/عفيفي كامل، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٨٥-٩٠.

<sup>3</sup> O'Hara E. Chevles, Fundemantels of Criminal Investigations, 3<sup>rd</sup> Ed.(1973).

<sup>4</sup> المرجع السابق، ص ١٠٧-١٠٨.

هذه الحالة إذ أن نقص الوعي بسلبية استخدام الإنترنت، قد يجعل البعض ينظر للأعمال التخريبية علي إنها أعمال بطولية (كاختراق المواقع مثلاً)<sup>1</sup>. هذا ويلاحظ أن الفقه الجنائي قد قام بتقسيم الجرائم المعلوماتية إلي عدة أنواع نذكر منها :

أ- الجرائم المعلوماتية المتصلة بالكمبيوتر: وهذه تتمثل في التزوير والغش والإحتيال المعلوماتي، ويقصد به الخداع القائم علي التلاعب في نظم المعالجة الآلية للمعلومات بهدف الحصول دون وجه حق علي خدمات أو أصول أموال معنية. ويقوم الجاني باستخدام التقنية الحديثة بغرض التلاعب في البيانات المصرفية والمستحقات المالية فيتم تحويل تلك الأموال في دقائق معدودة من حساب لآخر له وخطورة هذا الفعل تتمثل في كونه يتم عبر الحدود الإقليمية من دولة إلى دولة أو أكثر فيكون له أثراً كبيراً وسلبياً علي الاقتصاد القومي، فمثل هذا السلوك يؤدي إلي إفلاس بعض الشركات الكبرى أو البنوك في الدول<sup>2</sup>.

ب - الجرائم المتصلة بمحتوي الحاسب والإعتداءات الواقعة علي الملكية الفكرية : وهي تتعلق بجرائم إنتاج ونشر المواد الإباحية الخاصة بالأطفال والإتجار بهم والترويج لدعارة الأطفال وكذا الأفعال التي تستهدف الأعمال الأدبية والموسيقية وغيرها نظراً للسهولة التي يمكن من خلالها عمل نسخ غير مصرح بها عن طريق التكنولوجيا الرقمية مما تتعكس علي الحقوق المالية للمالكين والمنتجين بالضرر<sup>3</sup>.

ج- الجرائم ضد سرية وسلامة و إتاحة البيانات والنظم الإلكترونية: وهذه الجرائم إما أن تأخذ شكل الإعتراض غير القانوني وهو سلوك يتعلق بانتهاك الحق في الخصوصية والتي تحدث عند اعتراض المراسلات والاتصالات الإلكترونية الخاصة بالغير فهي مرتبطة بكافة أشكال النقل الإلكتروني للبيانات سواء عن طريق التليفون أو الفاكس أو البريد الإلكتروني وغيرها. وهناك صورة الولوج الغير القانوني بمعني الدخول الغير

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص ١٠٩.

<sup>2</sup>Konn Parker, Fighting Computer Crime:A New Framework for Protecting Information,New York,John Wiely (1998).

<sup>3</sup>د/ أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٤٣-٥٣.

المشروع للأنظمة المعلوماتية (القرصنة / Piracy) والتي يقوم بها القرصنة بهدف تدمير وإتلاف النظام المعلوماتي للغير أو الحصول علي معلومات أو بيانات سرية مملوكة للغير أو التدخل بتغيير البيانات المخترنة في النظام الإلكتروني المملوك للغير. كما أن هناك أشكال معتادة من هذه الجرائم كالإعتداء علي سلامة النظام الإلكتروني (كالإعتداء علي حسن تشغيل الجهاز أو نظام تشغيله) كاستخدام الفيروسات التي تؤدي لتوقف النظام عن العمل، أو الإعتداء علي سلامة البيانات وسرقة المعلومات وتكون بطريقة عمدية بهدف تعطيل أو شل حركة الجهاز المملوك الغير وطمس بيانات الحاسب فضلاً عن إساءة إستخدام أجهزة الحاسب من خلال كل فعل مجرم قانوناً.<sup>1</sup>

وهناك جانب من الفقه قسم هذه الجرائم من ناحية أخرى إلي نوعين بحسب الأداة المستخدمة في ارتكاب الجرم، فهناك Web Crime Computer وهي تتعلق بجرائم الإنترنت التي يستخدم الحاسب كوسيلة لإرتكاب جريمة مثل غسل الأموال والنصب والإحتيال وتشوية السمعة وكذا السب والقذف ويكون الحاسب في هذا النوع محتفظاً بأداة رقمية قد تساعد علي كشف الفاعل.<sup>2</sup> وهناك ما يسمى Crime Computer ويتعلق هذا النوع من جهة أخرى بالأفعال التي يكون فيها الحاسب محلاً للفعل الإجرامي كالأفعال المادية الجرمية الواقعة علي مكونات الحاسب المادية الملموسة أو المعنوية Software or Database أو المعلومات التي يتم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة.<sup>3</sup> كما يمكن القول بأن هذه الجرائم تشمل الجرائم التقليدية العادية التي ترتكب عبر استخدام الحاسب بالسرقة والنصب وخيانة الأمانة والإتلاف والتصنت وكذا التي تمثل انتهاك للأداب العامة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Hollinger and Kaduce، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١١٤.

<sup>2</sup> Sinrod and Reilly، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢.

<sup>3</sup> United States Sentencing Commission, Sentencing Guidelines for United States Courts, Part II, 62 Fed. Reg. 26616 (1997).

<sup>4</sup> انظر بوجه عام، د/عبد الحافظ عبد الهادي عابد، الإثبات الجنائي بالقرائن: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

هذا والجدير بالذكر أن دور الحاسب الآلي يختلف من جرم إلي آخر، إذ يكمن هذا الدور في كون النظام قد سهل أو ساعد في ارتكاب الفعل وجهاز الحاسب الآلي في هذا المجال هو المكونات والمعلومات والبرامج التي تساعد في عملية المعالجة الآلية للمعلومات .

## نشأة الجرائم في المعلوماتية بعض الأنظمة المقارنة

### ١. في الولايات المتحدة الأمريكية

تميزت الولايات المتحدة بسن تشريعات وقوانين خاصة متعلقة بكافة تقنية المعلومات وفي مجال الحوسبة وبالإنترنيت وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات سواء علي نحو مباشر أو غير مباشر فيما يتعلق باستخدام الإنترنت، وتتطور هذه القوانين والقواعد تبعاً لتطور القطاع التقني والتكنولوجي<sup>١</sup>. فهذه الدولة وضعت قوانين فيدرالية وأخري محلية علي مستوي الولايات، فعلي المستوي الفدرالي كان لنشاط لجنة الكونجرس الخاصة بحماية استخدام الحاسب بتقديم مشروع قانون حماية الحاسوب ١٩٨٤ ولقي هذا القانون قبولاً حسناً بعد تعديله لأكثر من مرة فأصبح يطلق عليه قانون الإحتيال وسوء استخدام الحاسوب "Computer Fraud and Abuse Act"<sup>٢</sup>.

وقد نص القانون المذكور علي تجريم مجرد الاتصال بنظام حاسوب وكذا الاتصال المصرح به الذي يستخدم فيه الجاني الكمبيوتر لأغراض أو أهداف غير قانونية (غير مصرح أو مسموح بها) كأفشاء أو تعديل أو إتلاف بيانات مخزنة بداخله. كما نص علي محاسبة من يرتكب فعلاً من شأنه منع الاستخدام القانوني المسموح به للحاسوب جنائياً<sup>٣</sup>.

ومن ناحية أخري صدر في عام ١٩٨٧ علي ذات المستوي الفيدرالي قانون أمن الحاسوب "Cyber and Computer Security" والذي ينص علي ان تتخذ جميع

<sup>١</sup> د/ أحمد حسام تمام، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسوب: الحماية للحاسوب- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠، ص ٩٠-٩٥.

<sup>٢</sup> د/ فتوح الشانلي و د/ عفيفي كامل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٥-٣٨.

<sup>٣</sup> د/ محمد الأمين البشري، الأثلة الجنائية الرقمية: مفهومها ودورها في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب- المجلد ١٧- العدد ٣٣- السنة ١٧ - الرياض، إبريل (٢٠٠٢).

الولايات الفيدرالية خطوات فعالة ملائمة لتأمين وحماية أنظمة أجهزتها المعلوماتية كما ينظم هذا القانون مستويات الرقابة والحماية بها والمسؤولين، فنص القسم الثامن عشر (١٨) من القانون الرئيسي في مادته (٣٠) علي إنه يعتبر من قبيل الجريمة :

ا. الدخول غير المصرح به إلي أي كمبيوتر والتوصل إلي معلومات غير مسموح الإطلاع عليها؛

ب. الدخول إلي أحد أنظمة الكمبيوتر الحكومية وكشف المعلومات السرية ولذا كشفها غير مصرح به ؛

ج. الدخول الغير المسموح به إلي أي نظام معلوماتي (أو كمبيوتر) ومن ثم ارتكاب غش أو احتيال ؛

د. إلحاق اضرار من جراء الدخول غير المصرح به سواء للبرامج أو النظام أو المعلومات المخزنة فيها ؛

هـ. بث أو تهديد بارتكاب ضرر لأي كمبيوتر عبر الولايات أو للتجارة الأجنبية بغرض ابتزاز أموال أو منافع من أي شخص طبيعي أو معنوي .

كما يحظر ذات القانون في القسم ١٤٦٢ / فصل ١٨ استخدام الحاسوب لاستيراد مواد مخلة بالآداب العامة لداخل الولايات المتحدة كما يحظر نقل أي مواد فاحشة وكذا توظيف أي قاصر أو إغرائه في المشاركة في أنشطة جنسية بما فيها خلق أو تصوير مواد وبثها لجهات خارجية (قسم ١٤٦٣ أو ٢٢٥ / فصل ١٨) كما يدخل في ذلك أيضاً استخدام الحاسوب الاخلال برعاية قاصر بقبوله استغلاله - مع العلم - في انتاج مواد تنطوي علي استغلال جنسي كما أن نقل وتبادل المواد الفاحشة ذات الصلة بالأطفال جريمة (قسم ٢٢٥٢، ٢٢٥٢ / فصل ١٨).

كما ان الإخلال بحق المؤلف جريمة فيدرالية فضلاً عن إنه يعتبر جريمة كل إنتاج أو نقل أو إدارة جهاز يتضمن نظام كمبيوتر بقصد استخدام بتزوير الوثائق عن طريق التزوير.<sup>١</sup>

أما علي المستوي المحلي فإن كل ولاية تملك حرية التشريع وسن القوانين الخاصة بها، فليس هناك آلية محددة تتطلب تبني شكل محدد في إصدار قانون خاص بالجرم الإلكتروني بل هناك اتجاه حديث في الفقه الجنائي الأمريكي - ينادي بتوحيد التدابير التشريعية وذلك من خلال تبني النموذج الصادر من إحصي الهيئات الأكاديمية لقانون نموذجي يقسم الجرائم تقسيماً دقيقاً.<sup>٢</sup>

## ٢- المملكة المتحدة (انجلترا)

سن المشرع البريطاني قانون استخدام إساءة الحاسوب عام ١٩٩٠ Computer Misuse Act حيث شمل هذا التشريع أنواع جديدة من الجرائم المعلوماتية لمحاربة جرائم الإختراق والتوصل غير المسموح به لتعديل معطيات الكمبيوتر وإتلافها بصفة عامة وجرائم زرع الفيروسات بصفة خاصة. فهذه الجرائم تشمل التحوير أو التعديل غير المسموح به لنظام الحاسب بقصد اضعاف نظامه أو تعطيله وكذا الدخول غير القانوني أي المحظور لنظام الحاسب لمجرد العبث أو التطفل بقصد ارتكاب أو تسهيل ارتكاب فعل آخر. هذا ويلاحظ أنه منذ عام ١٩٩٨، تميزت بريطانيا ليس فقط في مجال أمن المعلومات بل في مجال حماية البيانات الشخصية والخصوصية وتنظيم حرية المعلومات والبيانات في مختلف الفروع الأخرى لقانون تقنين المعلومات.<sup>٣</sup>

## ٣- فرنسا والمانيا

في المانيا بالتحديد في عام ١٩٨٦، صدر قانون مكافحة الجريمة الاقتصادية إذا جرم ذلك التشريع إتلاف أو محو أو تغيير أو تزوير البيانات المعالجة آلياً المسؤولة

<sup>١</sup> راجع، د/رامي متولى القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٩.

<sup>٢</sup> انظر بوجه عام، ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت- دار الكتب القانونية- القاهرة (٢٠٠٦).

<sup>٣</sup> د/ أحمد بلال، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٢.



والعقوبة الجنائية فيما يتعلق بالبيانات ذات الأهمية الخاصة بقطاع الأعمال البسيطة الإدارية (السجن والغرامة). كما جرم هذا القانون غش الحاسوب والإحتيال المعلوماتي بواسطته وكذا عاقب علي الحصول دون تصريح من جانب الفاعل لنفسه أو لغيره علي بيانات أو معلومات غيره أو مخصصة له ومحمية بوجه خاص ضد الدخول غير الشرعي.<sup>١</sup> وفي فرنسا قام المشرع الفرنسي بسن تشريع عام ١٩٨٨ خاص بالجرائم الإلكترونية في قانون العقوبات الفرنسي وحرّم فيه مجرد الولوج إلي نظام المعالجة الآلية أو الإستمرار في الوجود فيه بطريق محظور كما جرم إتلاف المعطيات وتزوير المستندات وغيرها من الأفعال ذات الشأن وعاقب بعقوبات شديدة لتحقيق مزيد من الابعاد والردعية لخرقة هذه القوانين.<sup>٢</sup>

#### ٤- عمان

صدر المرسوم السلطاني في عام ٢٠٠١ (رقم ٧٢) بتعديل أحكام القانون الجزائي وإضافة فصل يتعلق بجرائم الحاسب الآلي ونص علي عقوبات السجن والغرامة لكل من تعدد استخدام الحاسوب في الالتقاط الغير المشروع للمعلومات والدخول غير المشروع في أنظمته والتجسس والتصنت وانتهاك خصوصية الآخرين (التعدي علي حقهم في الاحتفاظ بأسرارهم) وكذا إتلاف البيانات وتزويرها وكذا كل من حصل أو استولي عمداً وبطريق غير مشروع على معطيات الحاسوب مع مضاعفة الجزاء الجنائي إذا قام الجاني بتقليد أو تزوير بطاقة الوفاء أو السحب أو استعمالها مع العلم بذلك أو استخدامها مع العلم بعدم وجود رصيد للسداد أو استخدامها بعد إلغائها (أو انتهاء صلاحيتها) أو استخدام بطاقة الغير.<sup>٣</sup>

ثالثاً : الجريمة المعلوماتية تحت مظلة الشرعية الجنائية

<sup>١</sup> نفس المرجع السابق.

<sup>٢</sup> د/ فتوح الشاذلي ود/ عفيفي كامل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٧.

<sup>٣</sup> المرسوم السلطاني العماني رقم ٧٢ لعام ٢٠٠١.

لاريب في أن سياسة التجريم والعقاب تعد من أهم وأخطر الأمور التشريعية والقانونية المتصلة بحرية المواطنين العامة وحقوقهم الفردية وذلك بسبب خطورة الآثار المرتبة عليه، لذلك يتعين أن تصدر النصوص التشريعية الخاصة به وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية Legality Norm.

من المسلم به أن الدولة هي القاسم المشترك بين القانون الدستوري والقانون الجنائي، إذ أن الأول ينظم نشاط الدولة المتمثل في سلطاتها الثلاث سياسياً أما الثاني فينظم نشاطها جنائياً من خلال تنظيم علاقة الفرد بالدولة وعلاقتهم بعضهم البعض.

فثمة علاقة وثيقة بين هذين القانونين، فمبادئ الدستور تسهم في تحديد مضمون القانون الجنائي، إذ يتوقف تحديد الجرائم على تطوير المبادئ الدستورية، فيؤدي وظيفته في إطار الشرعية الدستورية على النحو الذي يحدده الدستور، فقد قام القانون الجنائي على عدد من تلك المبادئ أهمها - بل يعتبر حجر الزاوية للنظام الجنائي كله - مبدأ الشرعية الجنائية الذي تدور حوله كافة المبادئ الجنائية موضوعية كانت أو إجرائية. وهذا المبدأ يعني أن التشريع هو المصدر الأساسي للجريمة والعقاب وأن السلطة التشريعية وحدها هي المختصة بتحديد الجرائم والعقوبات دون القضائية والتنفيذية وأن مهمة القاضي تكمن في تطبيق النصوص الموضوعية من جانب المشرع.<sup>١</sup> هذا وقد أكدت المواثيق الدولية على هذا المبدأ (كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨ وكذا إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ فضلاً عن الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦).<sup>٢</sup>

وجدير بالذكر إنه كان للمحكمة الدستورية العليا في مصر دوراً بارزاً في تدعيم وترسيخ دعائم هذا المبدأ باعتباره أحد تطبيقات الأمن القانوني، فوضعت الضوابط الصحيحة لتفويض السلطة التنفيذية في بعض جوانب الجريمة والعقاب واستخلصت فكرة عدم جواز توقيع عقوبة إلا بناء على حكم قضائي، وكذا مفهوم الجريمة (وخاصة

<sup>١</sup> د/ عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية- القاهرة - ٢٠١٠، ص ٣٠.

<sup>٢</sup> د/ أحمد قحى سرور، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣١.

مفهومها الشرعي) من الناحية القانونية، ووضعت بموجبها المعايير التي بواسطتها تباشر رقابتها على دستورية النص الجنائي.<sup>١</sup>

ففي حكم شهير لها قضت: "بأن استقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الدول المتحضرة دعا إلى توكيده، ومن ثم وجد صداه في عديد المواثيق الدولية كما تردد في العديد من الدساتير".<sup>٢</sup> فأصبح هذا المبدأ ضمانه دستورية ضد تعسف أو تحكم السلطة، فبعدما كان للسلطة دوراً في التشريع، عاد هذا الدور من جديد للمشرع، إذ يقرر للجرائم المرتكبة العقوبات المناسبة.<sup>٣</sup>

كما أكدت في حكم لها أهمية هذا المبدأ في مجال السياسة الجنائية حيث قضت: " أن السياسة الجنائية الرشيدة يتعين أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن كانت على عناصر متنافرة نتج عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها ، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينهما إيماناً بأن الأصل في النصوص التشريعية - في الدولة القانونية - هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، ومن ثم يتعين دائماً استظهار ما إذا كان النص المطعون عليه يلزم إطاراً منطقياً للدائرة التي يعمل فيها، كإفلا تناغم الأغراض التي يستهدفها..... بالتالي لمبدأ خضوع الدولة للقانون....."<sup>٤</sup>

هذا ويلاحظ أن المحكمة العليا قد أكدت على ارتباط ذلك المبدأ بالعدالة الجنائية للدولة حيث قضت بأن " العدالة الجنائية في جوهر ملامحها ، هي التي يتعين ضمانها من خلال قواعد محددة تحديداً دقيقاً، ومنصفاً يتقرر على صونها ما إذا كان المتهم مداناً أو بريئاً، ويفترض ذلك توازناً بين مصلحة الجماعة في استقرار أمنها، ومصلحة المتهم هي الا تُفرض عليه عقوبة ليس لها من صلة بفعل أتاها، أو تفقر هذه الصلة إلى دليل يؤكدها، ولا يجوز النزول عنها أو التفريط فيها".<sup>٥</sup> كما أكدت على ضمانات تطبيق هذا المبدأ

<sup>١</sup> /د/ هدى حامد قشوق، شرح قانون العقوبات - دار النهضة العربية- القاهرة-٢٠١٠، ص٣٠-٣١.

<sup>٢</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضاء دستوري جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢.

<sup>٣</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضاء دستوري جلسة ٢٠٠١/٦/٢.

<sup>٤</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضاء دستوري جلسة ٢٠٠١/٦/٢.

<sup>٥</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضاء دستوري جلسة ١٩٩٦/٦/١٥.

فقتضت بأن " النطاق الحقيقي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إنما يتحدد على ضوء ضمانتين تكفلان الاغراض التي توخاها: أولهما: أن تصاغ النصوص العقابية بطريقة واضحة محددة لا خفاء فيها أو غموض ، فلا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها وهي بعد ضمان غايتها أن يكون المخاطبين بالنصوص العقابية على بنية من حقيقتها، فلا يكون سلوكهم محاف لها بل متسقاً معها وثانيهما: أن المرحلة الزمنية التي تقع بين دخول القانون الجنائي حيز التنفيذ وإلغاء هذا القانون إنما تمثل تلك الفترة التي كان يحيا خلالها، فلا يطبق على أفعال اتاها جناتها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها فلا يكون رجعيًا".<sup>1</sup> وكذا قالت "لايجوز أعمال نصوص عقابية يسيء تطبيقها إلى مركز قائم لمتهم، ولا كتفسيرها بما يخرجها عن معناها أو مقاصدها، ولا مد نطاق التجريم- وبطريق القياس إلى أفعال لم يؤثمها القاضي من بينها ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية في إطار علاقة منطقية يقيمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع...".<sup>2</sup>

ويمكن القول بأن لهذا المبدأ مبرراته وخاصة في مجال الجريمة المعلوماتية، فمن ناحية تحقيق العدالة، فاحترام الإنسان يتطلب حصر الأفعال المجرمة إلكترونياً في صورة معلوماتية وأن تكون عقوبتها محددة تحديداً دقيقاً بحيث يواجهها المشرع ويتم إعلام المجتمع بكل هذه الجرائم و عقوبتها.<sup>3</sup> كما يحقق هذا المبدأ، المساواة في العقاب بمعنى أن النصوص الخاصة بتجريم وعقاب الجرائم المعلوماتية تصاغ بشكل عام ومجرد، فتطبق على الكافة وعلى جميع الوقائع دون تمييز، وهذا يؤدي لتحقيق مساواة الجميع أمام القانون دون تمييز.<sup>4</sup> فضلاً عن ذلك، دور هذا المبدأ في تحقيق الردع العام العقابي، عن

<sup>1</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضاء دستوري جلسة ١٩٩٧/٧/٥.

<sup>2</sup> د/ عمر سالم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٦-٣٥.

<sup>3</sup> د/ عمر سالم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٩.

<sup>4</sup> د/ هدى حامد قشقوش، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٦-٣٥.

طريق إخبار المخاطبين بالقانون بالجرائم والعقوبات المعلوماتية فيحجمون عن ارتكاب مثل تلك السلوكيات، فيفكرون قبل الإقدام على ارتكابها خشية الحكم عليهم بعقوبتها.<sup>١</sup> ويلاحظ أن هذا المبدأ يلعب دوراً هاماً في تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات، فهناك سلطة ممثلة من الشعب (مجلس النواب) تتولى وضع النصوص التشريعية الخاصة بتجريم وعقاب هذه الجرائم وكذا سلطة قضائية تتولى تطبيق هذه النصوص وأخرى تنفيذية تقوم على تنفيذ ما يصدر عن القضاء من أحكام في هذا المجال.<sup>٢</sup> ولمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أهمية جلية بالنسبة للمشرع، إذ هو ملتزم وحده بمهمة التشريع الجنائي للجرائم المعلوماتية، وملتزم عند وضعه للنصوص الجنائية ألا يتعسف في استعمال حقه في التجريم، بحيث لا يحرم إلا الأفعال الإلكترونية التي تمثل اعتداء على المصالح الأساسية للأمة.<sup>٣</sup>

كما أن النص على عدم سريان نصوص تجريم الجرائم المعلوماتية على الوقائع الحادثة قبل صدور نصوص التجريم بل يقتصر سريانها على المستقبل وهو ما يطلق عليه عدم رجعية النصوص الجنائية للجرائم الإلكترونية، كما يلتزم المشرع بالوضوح التام دون لبس في صدور النصوص الجنائية، فلا يجوز له اللجوء لاسلوب النماذج الغامضة أو المفتوحة.<sup>٤</sup> كما يتعين على القاضي الجنائي تطبيق النص الخاص بالجريمة المعلوماتية دون تعديل بإضافة أو الحذف - إذ أن ذلك محظور في المجال الجنائي. فيحدد ما إذا كان الجرم يندرج تحت أحد النماذج التي قررها المشرع من عدمه حتى يصل للتكييف القانوني السليم.<sup>٥</sup> كما تلتزم سلطة التنفيذ بتنفيذ الحكم بذات الوضع الذي نص عليه القانون، فلا يجوز تطبيق عقوبة لم يحكم بها أو أن تحل نفسها محل القضاء في تطبيق العقوبة.<sup>٦</sup>

<sup>١</sup> راجع د/ ابراهيم حامد طنطاوي و د/ على محمود حموده، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات - الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة- دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٧-١٨.

<sup>٢</sup> د/ هدى حامد قشقوش، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٧.

<sup>٣</sup> د/عمر سالم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٤٠-٥٢.

<sup>٤</sup> د/عبد العظيم وزير، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٦٣.

<sup>٥</sup> د/ ابراهيم طنطاوي و د/ على حموده، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٥.

<sup>٦</sup> د/عمر سالم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٢-٥٣.

## • الجريمة المعلوماتية في مصر وشرعيتها الجنائية

تنص المادة ٣١ من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ فيما يتعلق بالحفاظ على المعلومات والبيانات الإلكترونية على أن: " أمن الفضاء المعلوماتي جزء أساسي من منظومة الاقتصاد والأمن القومي، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليه، على النحو الذي ينظمه القانون".<sup>١</sup> ويلاحظ أن هناك عدة قوانين مصرية صدرت تتعلق ببعض العقوبات الخاصة بالجرائم المعلوماتية كقانون الأحوال المدنية المصري رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ الذي جرم تعديل بيانات الأحوال الشخصية للمواطنين المسجلة على الحاسوب أو الوسائط الإلكترونية الموجودة بالمصالح الحكومية بالتزوير أو الإلتفاف أو الإطلاع عليها دون وجه حق (المواد ٧٢-٧٤-٧٥-٧٦) وتراوحت العقوبات طبقاً لهذا القانون ما بين السجن والغرامة.

هذا ومن ناحية أخرى، نص قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على حماية السرقات الأدبية عبر شبكة الإنترنت وتراوحت العقوبات بين الحبس والغرامة (مواد ١٤٠ - ١٨١) ، كما نظم قانون تنظيم الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ بعض جرائم الإنترنت فيما يتعلق باذاعة أو نشر أو تسجيل لمضمون الرسائل الخاصة بالاتصال والإمتناع عمداً عن إرسالها وغيرها من الأفعال (المواد ٧٣-٧٥) فضلاً عن إنشاء أو اذاعة أسرار غير مصرح بالبوح بها وتتراوح العقوبات أيضاً ما بين الحبس والغرامة.<sup>٢</sup> هذا ويلاحظ إنه قد صدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ في شأن التوقيع الإلكتروني لتنظيم بعض صور الجرائم الإلكترونية، كأصدار شهادات تصديق إلكترونية دون ترخيص، أو إلتفاف أو تزوير توقيعاً أو محرراً إلكترونياً مع العلم بذلك، فتكون العقوبات الحبس والغرامة (مواد ٢٣-١٣).<sup>٣</sup> وكذلك قانون الطفل المعدل بالقانون من ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ الذي جرم استغلال الأطفال جنسياً عبر شبكات الإنترنت وغيرها من الأفعال غير المشروعة المنافية للأداب، فيعاقب بالحبس والغرامة أيضاً (مادة ١١٦).<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> نفس المرجع السابق والمادة (٣١) من دستور جمهورية مصر العربية.

<sup>٢</sup> المواد ١٤٠-١٨١ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

<sup>٣</sup> المواد ١٣-٢٣ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.

<sup>٤</sup> المواد ١١٥-١١٦ من قانون الطفل المعدل رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٨.

كما نص الدستور الحالي في المادة ٥٧ منه على أن "الحياة الخاصة حرمة، وهي مصنونة لا تمس وللمراسلات البريدية والبرقية والإلكترونية والمجاذبات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة ، وفي الأحوال التي يبينها القانون. كما تلتزم الدولة بحماية حق المواطنين في استخدام وسائل الاتصال العامة بكافة أشكالها ولا يجوز تعطيلها أو وقفها أو حرمان المواطنين منها، بشكل تعسفي.....".<sup>١</sup>

في ضوء كل ما تقدم، يمكن القول بأن أعظم وأهم ما يقع على عاتق القاضي الجنائي عند نظر الدعوى الجنائية هو تقدير أدلة الإثبات والتحقق منها والأقتناع بها، وذلك حتى لا يُدان برىء ولا يفلت مجرم من الجزاء "Beyond Reasonable Doubt". إذ أن الهدف الرئيسي لقانون الإجراءات الجنائية هو البحث عن الحقيقة عبر الدعوى الجنائية، إذ تقوم النيابة العامة بوصفها ممثلة عن المجتمع، بجمع الأدلة وتمحيصها بهدف اسناد الجرم للفاعل، ومن ثم تطبيق الجزاء الجنائي المنصوص عليه في قانون العقوبات وإعلاء تلك الحقيقة في الحكم القضائي الذي ما يكون هو عنوانها، فالإدعاء العام هو خصم شريف في الدعوى، أمين عليها يهدف إلى حماية حقوق المجتمع وحرياته، فيسعى دائماً من خلال السلطة المخولة له إلى إرساء الضمانات القانونية التي تساعد على كشف وإظهار الحقيقة.<sup>٢</sup>

ولا شك في أن نظرية الإثبات هي القاعدة التي تركز عليها القواعد الجنائية الجزائية منذ لحظة وقوع الجرم لحين صدور حكم قضائي، فالإثبات تأكيداً للحق بالبينه، فالدليل هو قوام حياة الحق وينزل منزلة السلاح في معركة الخصومة بين المتنازعين ولذا يستوي حق له وجود له مع حق لا دليل عليه.<sup>٣</sup>

ومن الجدير بالذكر أن أدلة الإثبات في قانون الإجراءات الجنائية المصري وتعديلاته هي متعددة منها الاعتراف، شهادة الشهود، القرائن، الأدلة الكتابية وكذا أى دليل تطمئن له المحكمة من

<sup>١</sup> المادة (٥٧) من دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤.  
<sup>٢</sup> أنظر بوجه عام، د/مامون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري- دار الفكر العربي، القاهرة (١٩٨٨).  
<sup>٣</sup> د/أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة (١٩٩٦).

خلال سلطاتها التقديرية طالما وجدت إنه لازم وهام في إظهار الحقيقة، وما يهمننا في هذه الدراسة هو الإثبات بالدليل الإلكتروني في المجال الجنائي.

لقد تطورت وسائل التحقيق الجنائي في عصر العولمة والمعلوماتية تطوراً سريعاً ولموسماً مع تطور السلوك الإجرامي وتطور أسلوب ارتكابه، فاصبحت المرحلة العلمية والعملية الحديثة قائمة على الإستعانة بالأساليب العلمية واستخدام شبكة الإنترنت هي الصفة الطاغية والمميزة.

فالمجرم والجريمة في تقدم مستمر لا ينتهي فجريمة الامس ليست كجريمة اليوم ومجرم الماضي ليس كمجرم الحاضر أو المستقبل، فالطبيعة التقنية والفنية للجرائم المعلوماتية نتج عنها في مجال الإثبات في المواد الجنائية، شكلاً جديداً من أشكال الأدلة وهو الدليل الإلكتروني الذي اعتدت به المحاكم في الأنظمة القانونية المقارنة سواء من حيث حججه في الإثبات وقيمه القانونية، إذ هي ساوت في الإثبات الجنائي بين هذا الدليل والدليل التقليدي.<sup>1</sup>

. هذا ويعد الدليل الإلكتروني في وقتنا المعاصر الراهن من الأدلة القانونية المقبولة في مجال الإثبات الجنائي فهو يقوم على عدة أفكار هامة هي:

(أ) فكرة المحرر (السند) كتابياً كان أو إلكترونياً: فبعد أن كان محل الإثبات ينحصر في وقائع الجرم ومسئولية الجاني وانعدام الدفع القانونية، أي كان المحل متمثل فقط في المستند الورقي، فأصبح الدليل الكتابي الإلكتروني المتمثل في المستندات (تسجيلات إلكترونية) هي محل الإثبات في المواد الجنائية.<sup>2</sup>

(ب) مبدأ الكتابة: جعل المشرع المصري الكتابة وسيلة قانونية صالحة للإثبات في بعض المسائل الجنائية، إذ اعترف لها بقوة إثبات يمكن من خلالها إثبات وقائع الجرم. ولكن لا يوجد ما يمنع أن تكون الكتابة موجودة على دعائم وسائل الاتصال المستحدثة كالإنترنت، فتكون كتابة إلكترونية لا تتسم بالطابع التقليدي، ومن ثم يصلح الدليل الكتابي الإلكتروني وسيلة للإثبات الجنائي.

<sup>1</sup> Robert Richardson, Hackers: Devils or Saints? Network, June 1997, at 62.

<sup>2</sup> نفس المرجع السابق.



(ج) فكرة التوقيع : من المسلم به إنه كي يصلح المحرر (السند) دليلاً كاملاً في الإثبات الجنائي، لا بد أن يحتوي على توقيع من صدر منه، فيكون منسوب له. فمن الملاحظ أن التوقيع تطور بتطور الزمن من مفهومه التقليدي (الإمضاء الكتابي) وهو التوقيع العادي أو بالبصمة أو الختم أو الرمز وغيرها إلى ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني "Electronic Signature" لمواكبة النقلة الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات.

في ضوء هذه العناصر الثلاثة للدليل الإلكتروني في الإثبات، يتطلب من المشرع المصري ضرورة اعتناق هذا النوع من الأدلة وابتكار وسائل حديثة لمسايرة العصر من خلال اختراع أو خلق وسائل حديثة وفق ضوابط علمية للاستدلال على الجرم ومعرفة الجاني وادانته في إطار الشرعية القانونية.

فالإثبات بالدليل المعلوماتي أضحي أساساً متيناً وملحاً في الوقت الحاضر لمعظم المسائل الجنائية. فتطور الجريمة دفع لتطوير الأجهزة الأمنية بفروعها ومنها الأدلة الجنائية واستخلاصها وجمعها، فالكتابة بصورتها الإلكترونية أصبحت عنصراً أساسياً لحفظ الحقوق وتأكيداتها، فعملياً، يفقد الحق قيمته إذا لم يستطيع صاحبه أن يقيم الدليل عليه.

وبناء على ما تقدم، نلاحظ أن المشرع المصري لم ينظم مسألة الإثبات بالدليل الإلكتروني سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية للقانون الجنائي. فمن خلال هذه الدراسة يمكن معرفة مدى ملائمة تطبيق هذه الأحكام العادية التقليدية على الإثبات الإلكتروني الجنائي. فهذه الدراسة تسلط الضوء على إشكالية هامة تثور يومياً في الحياة العملية القانونية وهي إثبات الجريمة بالدليل الإلكتروني بكل ما يعتره من مشكلات سواء فيما يتعلق بصحته ومدى صلاحيته في الإثبات. فضلاً عن ذلك، هناك سؤال يتعلق بمدى السلطة التقديرية المخولة للقاضي الجنائي في تقدير هذا الدليل ومدى اقتناعه به في ظل مبدأ " القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي " إذ له الحرية في اللجوء إلى ما يؤدي لكشف حقيقة الجرم في إطار القانون، فله قبول هذا الدليل أو دحضه وخاصة في مجال تقدير المحررات المستخرجة إلكترونياً فضلاً عن المشكلات الأخرى التي تثور بشأن الطبيعة

الخاصة للأدلة الإلكترونية المتحصلة من الجرائم المعلوماتية وخاصة في مجال التفتيش والضبط ومدى مراعاة حق الخصوصية والقواعد الدستورية لضمانات المتهم الإلكتروني.

#### • أهداف الدراسة وأهميتها

تهدف هذه الدراسة إلى بيان ماهية ومعنى الدليل الإلكتروني ومدى قبوله في الإثبات الجنائي وإلقاء الضوء على شروط قبوله وأنواعه وبيان حجبيته القانونية في الإثبات ومدى إمكانية العمل به خاصة لدى المحاكم الجنائية المصرية فضلاً عن بيان كيفية المنازعة في صحته وبيان الحدود القانونية الممنوحة لسلطة القاضي الجنائي في تقديره.

وعليه، تتمحور أهمية دراسة ذلك الموضوع في اعتبار نظرية الإثبات هي أهم النظريات القانونية والأكثر تطبيقاً وشيوعاً وتعقيداً في العمل، فهي النظرية التي لا تنقطع المحاكم الجنائية عن استخدامها و تطبيقها يومياً. فقد يعتمد القاضي على هذا الدليل كلياً. ومن هذا المنطلق يبنى عليه حكمه، فالإثبات الجنائي بالدليل الإلكتروني له دور فعال في خلق قواعد قانونية موضوعية جديدة وخاصة قواعد إعداد الدليل، وهذا يعطيه أهمية في حل المشكلات وإثبات الجرائم المادية وكذا تحديد المسؤولية الجنائية. هذا وإن وسائل الإثبات الجنائي التقليدية كالخبرة والمعاينة والشهادة غالباً ما تحتاج إلى إثباتها إلكترونياً باعتبار أن المحررات الإلكترونية أداة من أدوات حفظ الأدلة الجنائية بصورة إلكترونية، فالإثبات إلكترونياً له دور كبير في إدانة المتهم من عدمه. هذا ويلاحظ أن الدليل يقوم بدور محوري جوهري في ضبط واحضار واستجواب الأشخاص.

#### خطة الدراسة

نتناول في هذه الدراسة النطاق الموضوعي للإثبات بالدليل الإلكتروني في المسائل الجنائية من حيث تعريفه وأنواعه وحجبيته ومدى قبول القاضي له واقتناعه من عدمه وذلك على النحو التالي في بابين مستقلين.

الباب الأول: في ماهية الدليل الإلكتروني وأهميته وأنواعه وشروطه في الإثبات الجنائي

الباب الثاني: القيمة القانونية وحجية الدليل الإلكتروني في الإثبات في المواد الجنائية

## الباب الأول

### ماهية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي

تمهيد وتقسيم

إن بيان مفهوم الدليل الإلكتروني يتطلب الوقوف على تعريفه من خلال بيان مفهومه وأهميته وخصائصه وتقسيماته، ومن ثم بيان مكانته من أدلة الإثبات الجنائي وبيان شروط صحة قبوله في إثبات المواد الجنائية. وعليه، نقسم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي

**الفصل الأول : التعريف بالدليل الإلكتروني وبيان أهميته وخصائصه و أنواعه**

**الفصل الثاني: مكانته من أدلة الإثبات وشروط صحة قبوله**

### الفصل الأول

#### ماهية الدليل الإلكتروني وخصائصه

تمهيد وتقسيم

يلزم التعريف بالدليل المعلوماتي (الإلكتروني) كوسيلة للإثبات في المسائل الجنائية أن نتعرض لتحديده فقهاً وقانوناً مشيرين إلى خصائصه في مبحثين على النحو التالي:

**المبحث الأول: ماهية الدليل الإلكتروني وأهميته وخصائصه**

**المبحث الثاني: شروط الأخذ بالدليل الإلكتروني في المسائل الجنائية**

### المبحث الأول

#### ماهية الدليل الإلكتروني وبيان أهميته

**أولاً : في التعريف بالدليل الإلكتروني**

من المسلم به قانوناً أن طلبات ودفع الخصوم في الدعوى الجنائية لا بد لها من الإثبات عبر الدليل وهذا الدليل قد يكون تقليدياً أو إلكترونياً. فالإثبات الجنائي بوجه عام هو نشاط إجرائي موجه مباشرة للوصول لليقين القضائي والحقيقة طبقاً لمعيارها الواقعي الخاص (تحديد الجرم) وذلك بشأن الإتهام سواء بتأكيديه أو نفيه.<sup>1</sup> كما أن الدليل الجنائي هو وسيلة القاضي في تحديد فاعل الجريمة (أو حتى الشريك فيها)، فهو كل وسيلة

<sup>1</sup> د/متولي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٦-٥٩.

مسموح به قانوناً ليجأ لها القاضي لإثبات وجود أو عدم وجود الواقعة المرتكبة أو صحة أو كذب الواقعة، فالدليل هو قوام حكم القاضي وله أن يقدر أهميته وملائمته كي يكون ثمة فصل في الدعوى العمومية إما بالبراءة أو الإدانة.<sup>١</sup>

هذا ولم يعرف المشرع المصري- وكذا غيره - الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي. الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي هو مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة كالحروف والأشكال والرموز والارقام والصور والأصوات.

هذا وقد ذهب جانب من الفقه الجنائي للقول بأنه "الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسب الآلي ويكون في شكل نبضات مغناطيسية أو كهربائية، ممكن تجميعها أو تحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة ويتم تقديمها في شكل دليل يمكن اعتماده أمام القضاء، وهو مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل النصوص المكتوبة، أو الصور أو الأصوات والأشكال والرسوم، وذلك من أجل الربط بين الجريمة والمجرم والمجني عليه وبشكل قانوني يمكن الأخذ به أمام أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون".<sup>٢</sup> كما قيل إنه "معلومات يقبلها المنطق والعقل ويعتمدها العلم، يتم الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحاسوبية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها و شبكات الإتصال، ويمكن استخدامها في أى مرحلة من مراحل التحقيق والمحاكمة لإثبات حقيقة فعل أو شئ أو شخص له علاقة بجريمة أو جانٍ أو مجني عليه".<sup>٣</sup> فهو له أساس في العالم الافتراضي ويؤدي لوقوع الجرم. فيمكن القول بأنه دليل مشتق (أو بواسطة) النظم المعلوماتية الحاسوبية البرمجية، وأجهزة ومعدات وأدوات الحاسوب أو شبكات الإتصال من خلال إجراءات قانونية، يتم تقديمها للقضاء لإثبات وقوع الجريمة وتقرير البراءة أو الإدانة.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> انظر محمد محمد شتات، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي - دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية (٢٠٠١)، ص ٧٩ وما بعدها.

<sup>٢</sup> د/ نائلة قورة ، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٥.

<sup>٣</sup> راجع بصفة عامة، د/ هلالى عبد الله أحمد - حجية المخرجات الكمبيوترية في الإثبات الجنائي، طبعة أولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

<sup>٤</sup> انظر تفصيلاً في هذا الشأن، د/ جميل عبد الباقي الصغير- أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - الحاسبات إلهية - البصمة الوراثية): دراسة مقارنة - دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠١.

الحاسوب أو شبكات الإتصال من خلال إجراءات قانونية، يتم تقديمها للقضاء لإثبات وقوع الجريمة وتقرير البراءة أو الإدانة.<sup>1</sup>

يتضح مما تقدم، أن المفاهيم السابقة اشتملت على الأدلة التي يتم استخراجها من جهاز الكمبيوتر وهذا معيار ضيق يقصر الأدلة المعلوماتية على تلك التي تخرج من الحاسب الآلي فقط وهذا أمر غير مقبول عقلاً ومنطقاً، إذ يجوز استخراج الدليل المعلوماتي من أي آلة أخرى غير الحاسوب، فهناك من الأجهزة - في وقتنا المعاصر - التي تعتمد على التقنية الفنية العالية في تشغيلها فيمكن أن تكون مصدراً لهذا الدليل. كما أن هذه التعريفات خلطت بين الدليل في ذاته وأمر استخلاصه، بمعنى أن هذا الدليل لا تثبت له هذه الصفة إلا إذا تم استخلاصه من مصدره - وهو أمر لا يمكن التسليم به - إذ أن هذه الموجات والنبضات الكهربائية لا تصلح أن توصف بوصف الدليل في مجال الإثبات قبل فصلها عن مصدرها بواسطة الوسائل التقنية.<sup>2</sup>

وبناء على ذلك، يمكن تعريف الدليل الإلكتروني في المجال الجنائي وخصوصاً الإثبات، بأنه مجموعة الموجات المغناطيسية أو النبضات الكهربائية التي يمكن تجميعها وفحصها باستخدام تطبيقات وبرامج معينة لتظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية. وعليه يمكن القول بأن الدليل الإلكتروني قد يكون هو الوسيلة الوحيدة والرئيسية لإثبات الفعل غير المشروع الواقع عبر أجهزة الحاسوب والنظم الإلكترونية والشبكة المعلوماتية.

وتبدو للدليل الإلكتروني أهمية كبيرة إذ هو أساس الإثبات في الجريمة المعلوماتية وهو الوسيلة التي يستفيد بها القاضي الجنائي للوصول للحقيقة الواقعية لإثبات وقوع الجرم من الناحية الفعلية (بمعنى تحقيق ركنيها المادي والمعنوي) ونسبتها إلى المتهم (فاعلاً كان أو شريكاً) لأعمال حكم القانون.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> انظر تفصيلاً في هذا الشأن، د/ جميل عبد الباقي الصغير - أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - الحاسبات الإلكترونية - البصمة الوراثية): دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

<sup>2</sup> راجع د/ خالد مدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٧٤.

<sup>3</sup> د/ رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٤-٥٥.

ووفقاً للسياسة الجنائية الحديثة التي هدفها تعزيز العقاب الجنائي لشخصية المتهم ومبدأ فردية المسؤولية الجنائية، يكون الدليل الإلكتروني ذو أهمية عظيمة، من ناحية، التقدير القانوني للجرم من حيث ارتكابه ونسبته للمتهم لتوقيع الجزاء الجنائي ومن ناحية أخرى، تقدير ظروف المتهم الشخصية ومدى خطورته على المجتمع (التقدير الاجتماعي).<sup>١</sup> كما تبدو أهمية هذا الدليل من حيث تقديم أسلوباً قانونياً علمياً جديداً يمكن الإستعانة به في إثبات السلوك الإجرامي الذي يتم في الجرائم المعلوماتية فضلاً عن الفائدة السريعة التي يقدمها لأجهزة إنفاذ القانون وكذا دعمه حجية المخرجات المعلوماتية، (الإلكترونية) في المواد الجنائية.<sup>٢</sup>

وتطبيقاً للقاعدة العامة في الإثبات وخاصة إثبات الدعوى الجنائية وهي جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية، فتظهر أهميته ويتعين أن يكون الدليل من الأدلة التي يمكن قبولها قانوناً، ولذلك يجب أن يعترف القانون بالأدلة ذات الطبيعة الإلكترونية، وخاصة مع تطور الأنشطة الجرمية وخاصة ما ينتشر منها في بيئة الأعمال والتجارة والبنوك الإلكترونية، فمحتوى الأدلة العادي يكون مادياً في معظم الحالات التي لا يمكن أن تنطبق أو تستخرج في الحالات السابقة إذ اتسم الإجرام بالحدائثة وخاصة إذا كان إلكترونياً فكان البحث والتتقيب من قبل الدول الغربية بوجه خاص للاعتراف بالحجة القانونية التي يقدمها ذلك الدليل ذو المحتوى المعلوماتي ليس بالضرورة الموضوعية في إطار أو وعاء مادي.<sup>٣</sup>

وعلى الرغم من تلك الأهمية لهذا الدليل، فإن المشرع المصري لم يتطرق له لا من الناحية الموضوعية في شأن العقوبات ولا الإجرائية في شأن الإجراءات وأصول المحاكمات بل اكتفى بذكر الأدلة التقليدية في مجال الإثبات الجنائي كالشهادة والمحرمات والقرائن والأعتراف والخبرة والمعايينة، وهذا يشكل بدوره عيباً تشريعياً وقانوناً - وحتى فقهيّاً - ينبغي معالجته لمواجهة صعوبات إثبات الجرائم المعلوماتية التي تنتشر يوم بعد

<sup>1</sup> Mark L. Krotoski, Effectively Using Electronic Evidence Before and After a Trial, 59 Bulletin of United States Attorney 6 (2011).

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص ٥٥-٥٧.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص ٥٨.

يوم في حياتنا المعاصرة العملية والتي يقف القاضي عاجزاً عن الحكم فيها ما لم يأخذ القاضي بمبدأ الإقناع وما تطمئن له عقيدته.<sup>1</sup>

وبناء على ما تقدم، فإن الدليل الإلكتروني يصلح لإثبات الجرائم الواقعة بواسطة الآلة، إذ تستخدم الحاسبات والإنترنت في هذا النوع من الجرائم كوسيلة لمساعدة مرتكبيها، كجرائم الغش والإحتيال أو لتهريب المخدرات، وهذا النوع من السلوكيات الإجرامية لاصلة له بالوسط الافتراضي إلا من حيث الوسيلة (فالجريمة عادية تقليدية في هذا الغرض استخدمت في وقوعها أداة رقمية) بالرغم من عدم اتصال هذه الجريمة بالنظام المعلوماتي.<sup>2</sup> كما يصلح ذلك الدليل في إثبات جرائم الإنترنت والآلة الرقمية، إذ يكون محل هذه الجرائم هو الحاسب الآلي أو الآلة بوجه عام، حيث يكون الإعتداء واقعاً إما على الكيان المادي للآلة ذاتها أو على الكيان المعنوي للحاسب (قاعدة البيانات أو المعلومات) كجرائم القرصنة لانتهاك الملكية الفكرية.<sup>3</sup>

وتكمن أهمية هذا الدليل في إنه يكون متضمناً لإثبات الجرم ومرتكبه معاً، فيكون عادة جسم هذه الجريمة هو الدليل الإلكتروني ذاته، فقد يكون مشتملاً على ما يفيد نسبة الجرم لشخص ما، كما لو ارسل شخص لآخر رسالة عبر البريد الإلكتروني (e-mail) محتوية على فيروس أدى لإتلاف الحساب الخاص بذلك الشخص، فتعد هذه الرسالة في ذاتها دليلاً على وقوع الجرم.<sup>4</sup> كما يصلح هذا الدليل لإثبات بعض الجرائم الأخرى، إذا استعملت الآلة المعلوماتية للتمهيد لارتكاب الجرم أو لإخفاء معالمها.

### ثانياً: في خصائص الدليل الإلكتروني

يتميز الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي بعده خصائص تجعله ذو طبيعة وأهمية خاصة بالمقارنة مع الدليل الكلاسيكي التقليدي. فيعتبر الدليل المعلوماتي دليلاً غير ملموس، فهو دليل مادي بالمعنى التقليدي، فترجمة هذا الدليل وإخراجه في شكل

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص ٥٩.

<sup>2</sup> د/ جميل عبد الباقي، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> د/ نائلة قورة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٠-٣٢.

<sup>4</sup> د/ هلال أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه.

لملموس أو مادي لا يعني أن هذا التجميع هو الدليل - بل هي مجرد عملية لنقل تلك الموجات أو النبضات الإلكترونية إلى الشكل الذي يمكن الاستدلال به على المعلومات.<sup>1</sup> إذ أن هذا الدليل يعتبر دليلاً علمياً وفتياً في ذات الوقت وخاصة إذا كان مستخرجاً من الآلة، ولذا فإن فهم مضمونه يعتمد على استخدام أجهزة فنية ووثيقة ودقيقة تختص بفحص وتحليل ما يتضمنه من محتوى، وعلى ذلك، فكل ما لا يمكن تحليله أو تحديد مضمونه لا يعد دليلاً إلكترونياً لعدم امكانية الاستدلال به على معلومات معينة قد تعدم قيمته أو حججه التدلالية في إثبات الجرم ونسبته على المتهم.<sup>2</sup>

كما يتميز هذا الدليل بأنه ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال متعددة الحدود الزمنية والإقليمية (المكانية) فضلاً عن امتياز سعته التخزينية العالمية، فيمكن تخزين ملايين المستندات أو غيرها على دسك أو اسطوانة صغيرة ( USB Drive) - (CD-Desk).<sup>3</sup> وهذا ويلاحظ أن الإتساع العالمي لمسرح الدليل المعلوماتي، يساعد مستغلي هذا الدليل من تبادل المعرفة الرقمية في مناطق مختلفة من العالم بسرعة فائقة مما يكون له الفائدة في معرفة الجناة أو الاستدلال عليهم أو سلوكياتهم بسرعة أقل نسبياً.<sup>4</sup>

هذا ويلاحظ أنه ممكن من خلال هذا الدليل رصد وجمع المعلومات عن المتهم وفحصها في ذات الوقت، فيستطيع هذا الدليل تسجيل حركات الفرد، وسلوكياته وبعض أموره الخاصة، ولذلك فقد يجد البحث الجنائي سهولة في استخدامه عن الدليل الكلاسيكي المادي.<sup>5</sup> كما يمكن استخراج نسخ من الأدلة الجنائية المعلوماتية طبق الأصل فتكون لها نفس الحجية القانونية والقيمة الأساسية في الإثبات، إذ أن هذا قد لا يتوافر - في بعض الأحيان - في الأدلة المادية الأخرى، مما يُشكل ضمانة كبيرة وفعالة للحفاظ على الدليل

<sup>1</sup>David L.Gripman, The Doors are Locked but the Thieves and Vandarl's are Still Getting in:A Proposal in Tort to Alleviate Corporate America's Cyber-crime Problem,16 J. Marshall J.Computer & Info.L.167,169-70 (1997).

<sup>2</sup>راجع Krotoski، مرجع السابق الإشارة إليه، ص ٦٠.

<sup>3</sup>المرجع السابق، ص ٦١.

<sup>4</sup>المرجع السابق، ص ٦٢.

<sup>5</sup>راجع في هذا الشأن: هلال بن محمد اليوسعيدي- الحماية القانونية والفنية لقواعد المعلومات المحوسبة: دراسة قانونية فنية مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٣٩.



بعض الأحيان- في الأدلة المادية الأخرى، مما يُشكل ضمانة كبيرة وفعالة للحفاظ على الدليل ضد أي تلف أو تغيير أو تدمير (ضياح).<sup>1</sup> ومن هذا المنطلق يمكن القول بأنه يجوز لمأموري الضبط القضائي ضبط الأجهزة والبرامج والأدوات المستخدمة لإرتكاب الأفعال المعلوماتية المجرمة والتحفظ على البيانات والمعلومات المتعلقة بارتكاب أي منها.<sup>2</sup>

ومن الجدير بالذكر أن الأدلة الإلكترونية يمكن استرجعها بعد محوها وإظهارها بعد طمسها وإصلاحها بعد إتلافها، مما يعنى صعوبة التخلص منها بالمقارنة بالدليل المادي العادي فهناك الكثير من البرامج الآلية التي تكون وظيفتها استعادة المعلومات وارجاع البيانات التي تم إلغائها أو حذفها سواء تم ذلك بأمر (delete) أو (format) ، إذ أن ذلك يعنى صعوبة تستر أو تخفي المتهم أو اخفائه لجريمته عن أعين العدالة والامن طالما علم رجال البحث الجنائي بوقوع الجرم.<sup>3</sup>

ثالثاً: في أنواع وتقسيمات (تصنيفات) الأدلة المعلوماتية

الدليل المعلوماتي ليس له صورة واحدة ، بل له عدة أشكال وصور مختلفة منها الأدلة الرقمية خاصة بشبكات وأجهزة الحاسوب وكذا أدلة رقمية خاصة بشبكة الإنترنت العالمية، فضلاً عن الأدلة الرقمية الخاصة ببروتوكولات تبادل المعلومات بين أجهزة الشبكة المعلوماتية.<sup>4</sup>

ولهذا التنوع أهميته في إنه ليس هناك وسيلة وحيدة للحصول على الدليل، إنما هناك صور ووسائل عدة يمكن أن توصل إليه. وعلى ذلك، يمكن القول بأن الأدلة الإلكترونية تتخذ صورتين رئيسيتين إما أدلة أعدت لكي تكون وسيلة إثبات، كالسجلات التي تم خلقها

<sup>1</sup> د/ رمزي عوض، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> John Nikell and John Fisher, Crime, Science, and Methods of Forensic Detection, Lexington, Univi. of Kentuchky (1999).

<sup>3</sup> Ronald L. Mendle, Investigating Computer Crimes: A Primer for Security Manger, New York (Charles Thomas 1998).

<sup>4</sup> انظر: سامي حمدان الواشدة، قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة في الإجراءات الجزائية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد 3، العدد 2011، 2، 3.

بواسطة الآلة اتوماتيكياً (تلقائياً)، إذ تعتبر من مخرجاتها التي لا دخل للفرد في إنشائها مثل قوانين الحاسب الآلي وسجلات الهواتف، وإما السجلات التي تم حفظ جزء منها بالإدخال وتم إنشاء جزء منه بواسطة الآلة (كإجراء العمليات الحسابية على بيانات تم معالجتها من خلال برنامج خاص).<sup>1</sup>

وهناك أدلة لم تكن معه لكي تكون وسيلة إثبات، إذ إنها نشأت دون إرادته فرد، فهي مجرد أثر يتركه المتهم دون أن يكون راغباً في وجوده، (البصمة الإلكترونية أو الآثار المعلوماتية الإلكترونية) وهي المتبلورة في الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية بسبب تسجيل الرسائل المرسله منه وكذا التي يستقبلها.<sup>2</sup> ويلاحظ أن هذا النوع لم يعد من الأساس للحفاظ من جهة من صدر عنه بل إن الوسائل التكنولوجية الفنية تساعد في ضبط هذه الأدلة ولو بعد فترة طويلة من نشوئها، إذ يمكن ضبط المراسلات والإتصالات التي تتم عبر الإنترنت بواسطة تقنية خاصة بذلك.<sup>3</sup>

وبناء على ما تقدم، يتخذ الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي أشكالاً رئيسية باستخدام الشاشة المرئية وهي تمثل بديل عن الصورة الفوتوغرافية العادية فهي أفضل منها وأكثر تطوراً عنها وكذا التسجيلات الصوتية التي يتم ضبطها وتخزينها بواسطة الآلة الرقمية (كالمحادثات الصوتية الهاتفية أو عبر الإنترنت وغيرها).<sup>4</sup> وهناك النصوص المكتوبة بواسطة الآلة الرقمية كالرسائل عبر البريد الإلكتروني أو الهاتف المحمول وكذلك وسائل التواصل الاجتماعي المعروفة حالياً في وقتنا الراهن مثل "Face Book" "Twitter" "Whats App". فلا ريب في أن هذا الدليل يتطور بتطور وسائل الحصول عليه، فعلمياً هناك دليل البصمة الوراثية واثره في التعرف على المجرمين عن

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال: 18 U.S.C.A. Ss 1029(a)(7) (west sup.1999)

<sup>2</sup> انظر مثلاً: United States V.Sablan, 92f, 3d867(9thcir.1996)

<sup>3</sup> أنظر شمسان ناجي الخيلي، الجرائم المستخدمة بطرق غير مشروعة لشبكة الإنترنت: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٤٤.

<sup>4</sup> المرجع السابق، ص ٤٥.

## المبحث الثاني

### شروط صحة قبول الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي

يتمتع الدليل المعلوماتي بصفة الحدائثة والتطور السريع، حيث إنه من الأدلة الجديدة التي انتجها التطور العلمي والتقني الهائل في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات. كما إنه ذو طبيعة خاصة من حيث الوسط الذي نشأ فيه وكذا طبيعته الفنية التي تميزه عن الدليل التقليدي، ولذلك يثور التساؤل حول مشروعية (مدى قانونية) الأخذ والعمل به، إذ إنه — طبقاً للقواعد العامة في الإجراءات الجنائية - يشترط في الدليل أن يكون مشروعاً من حيث وجوده والحصول عليه التي تتم باتباع الإجراءات المقررة قانوناً. لذلك فيثير الوسط الذي نشأ فيه هذا الدليل عدة تساؤلات منها إمكانية البحث عنه في العالم الافتراضي وضبطه وفقاً لقواعد التفقيش وكذا صفة الشخص القائم على جمع هذا الدليل وكذا شروط صحة قبوله. وعلى ذلك، كان الفقه قد بحث هذه المسألة وثارته عدة خلافات ينبغي التعرض لها فضلاً عن بيان موقف التشريعات من مكانه هذا الدليل وشروط صحته في الإثبات.

أولاً- موقف الفقه الجنائي والتشريعات من الدليل المعلوماتي كوسيلة إثبات في المسائل والمواد الجنائية

بادئ ذي بدء، تجدر الإشارة إلى أن الأدلة المتحصلة من الوسائل المعلوماتية (الإلكترونية) تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، فإذا اطمئن إليه وتكونت عقيدته واستراح ضميره لها ووجدتها قوية ومنطقية وكافية واستمد اقتناعه الكامل منها، فله أن يعول ويستند عليها في الحكم الذي يصدره وينتهي إليه.

فاتساع دائرة استخدام الشبكات الدولية للمعلومات في العصر الراهن أدى إلى استخدامها المتزايد وما نتج عن هذا الاستخدام من مخاطر، كإفراز نوع جديد من الإجرام و هو الإجرام المعلوماتي الذي أفرز بعض الجرائم الإلكترونية كالتزوير والإختلاس والذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية وكذا سرقة المعلومات والجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة وغيرها، فنجد أن النصوص العادية للقوانين لا تسعف مجابهة تلك السلوكيات الحديثة.

انطلاقاً من ذلك، وحماية لحرريات الأشخاص وسمعتهم وكذا درء العدوان على الممتلكات العامة والخاصة وفي سياق توجيهات المجتمع الدولي، أصدرت بعض الدول التشريعات الخاصة بالجرائم الإلكترونية ومكافحتها وذلك أيضاً في ضوء الإلتزام بأحكام المواثيق الدولية كالإتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، فصدر في مصر على سبيل المثال- لا الحصر كما أسلفنا الإشارة من قبل - قانون التوقيع الإلكتروني وكذا تنظيم الإتصالات وكذا تشريعات حماية الملكية الفكرية.<sup>1</sup>

هذا ويمكن القول بأن التشريعات السالف الإشارة إليها تضمنت جرائم وعقوبات مشددة على بعض الجرائم الإلكترونية التي تقع سواء على المعلومات أو الأنظمة المعلوماتية أو حتى باستخدام الوسائل الإلكترونية وكذا أفعال التزوير والغش والتلاعب في البيانات أو المحررات الحكومية وغيرها أو حتى التعطيل أو الوقوف العمدي للوصول للمواقع الإلكترونية.

إلا أن المشرع المصري وكذا غيره وخاصة في الدول العربية لم يتعرض لمعالجة مسألة الإثبات بالدليل الإلكتروني في المواد الجنائية وخاصة في قانون الإجراءات الجنائية. من المعروف إنه لا يوجد نص صريح في قانون الإجراءات الجنائية المصري يقبل الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، ولكن يمكن القول بأنه يجوز للمحاكم الجنائية في مصر- وغيرها من الدول- أن تأخذ بهذا الدليل كحجة في الدعوى الجنائية في ضوء القواعد والأحكام العامة الواردة بشأن الإثبات الجنائي.

فالدليل الإلكتروني قد يكون في شكل نص مكتوب على دعامة (قرص مدمج) ويختلف عن المستند (المحرر) التقليدي، وبالرجوع لأحكام قانون الإجراءات الجنائية، نجد أن هناك نصوص تتحدث عن الاوراق والمستندات كدليل إثبات وقبول المشرع لها، فإذا كان ذلك كذلك، فالمستند الإلكتروني لا يختلف عن المحرر العادي إلا من حيث شكله (الدعامة المكتوب عليها) ولذا فإن هذا الدليل إذا اتخذ شكل النص المكتوب، فإنه يكون مشروعاً ويأخذ حكم المستندات والاوراق التي يقبلها القانون كدليل إثبات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> راجع في هذا الصدد، التشريعات المصرية الخاصة بالحماية الإلكترونية ومنها- قانون التوقيع الإلكتروني ٢٠٠٤، وكذا قانون حماية الملكية الفكرية ٢٠٠٢ وكذا قانون تنظيم الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣.

<sup>2</sup> أنظر في هذا الشأن على سبيل المثال: United States v. Czubinski, 106 F.3d 1069, 1078 (1<sup>st</sup> cir. 1997).

هذا ومن المسلم به أن المشرع الإجرائي وكذا المشرع الدستوري قد نص على حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة، فلا يجوز الإعتداء عليها بأي وسيلة كانت، ويعتبر جريمة كل إعتداء يمس بحرمة هذه الحياة ويدخل في ذلك، الإعتداء على هذا الحق باستعمال وسائل إلكترونية وفي مجال الإجراءات وخاصة ما يتعلق بالضبط والتفتيش، فيجوز لمأموري الضبط القضائي القيام بهذه الأعمال وكذا مراقبة المحادثات الهاتفية ولكن بعد الحصول على إذن (أمر) قضائي مسبب لتلك الإجراء حتى تكون متقنة وصحيح القانون متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة وكشف الجريمة.<sup>1</sup>

ولذلك فلو سائل الإثبات العلمية قيمة قانونية لإثبات الجرم، ومن ثم يعد الدليل الإلكتروني بوصفه من الأدلة العلمية كوسيلة إثبات بشرط الحصول عليه بما يتفق وحكم القانون، إذ يشترط مشروعية الحصول على الدليل وخصوصاً مراعاة حرمة الحياة الخاصة.<sup>2</sup> هذا ويلاحظ أن الأدلة التي تُكفل وتكون حجة في إثبات بعض الجرائم (كالزنا مثلاً) إذ وقع الضبط في حالة تلبس قائم بالفعل أو بوجود وثائق قاطعة بوقوع الفعل أو حتى الاعتراف القضائي، فقد تكون هذه الوثائق، رسائل أو مكاتبات، فتصلح أن تكون دليلاً إلكترونياً لإثبات الواقعة متى تم الحصول عليها بطريق مشروع يراعي الخصوصية.<sup>3</sup>

هذا ومن المعروف أن العرف قد جرى على الأخذ بكافة طرق الإثبات في المسائل المدنية والتجارية بما في ذلك البيانات الإلكترونية، فلا يوجد ما يمنع إن يشمل الإثبات في المسائل الجنائية، فإثبات المعاملات المادية والمصرفية قد يصلح كدليل لإثبات واقعة جنائية (إجرامية)، فالتشابك والتداخل في الوقائع موضوع الإثبات هو ما يمكن الإستناد إليه، كإثبات جرائم غسل الأموال التي ترتكبها البنوك مثلاً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> National Information Infrastructutre Protection Act of 1996: Hearings on S.982,104 th Cong.90 (1996).

<sup>2</sup> راجع شمسان الخيلي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٤٧.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص ٤٩-٥٠.

<sup>4</sup> المرجع السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

طبقاً للمبادئ المستقر عليها في قانون الإجراءات الجنائية في غالبية الدول هو أن الأدلة الجنائية غير محددة على سبيل الحصر في القانون، إذ أن ذلك يتطلب حرية القاضي في تكوين عقيدته وقناعاته، وعدم حصر الأدلة على سبيل الحصر معناه أن الأدلة الجنائية تستقر في ضمير القاضي وعقيدته من كل شيء ويتخذ من كل ظرف دليلاً على براءة أو إدانة الجاني طالما تم طرح الدليل للمناقشة في الجلسة وكان الخصوم على علم به، وإن كان من المحذور على القاضي الجنائي تكوين عقيدته من معلومات شخصية أو اهواء فردية قد يستقيها من مصادر خارج الدعوى الجنائية.<sup>١</sup>

والسبب وراء عدم حصر المشرع الجنائي الإجرائي للأدلة الجنائية بنصوص تفترض شكلية خاصة كما هو الحال في الأدلة المدنية، كالإقرار أو توفر الكتابة لإثبات بعض التصرفات القانونية، حيث أن المجرم يتخذ كل الوسائل ويبدل قصارى جهده من أجل طمس الأدلة التي من شأنها إدانته، كما أن الجرم ليس معروف أو معلوم كيف ومتى وبأى أسلوب يقع، فمن الأفضل ترك وسائل الإثبات دون تحديد، فهي وسائل غير محددة.<sup>٢</sup>

وبناء على ما تقدم، تنقسم الأدلة إلى أدلة مادية وهو كل ما له كيان مادي ملموس و يمكن إدراكه والكشف عنه سواء بالحواس مباشرة، كالرؤية واللمس كضبط الجاني حاملاً سلاحاً استعمله في تنفيذ الجرم وكذا وجود الشيء المسروق في حيازة المتهم أو حتى بأحد الأجهزة العلمية (أى بصورة غير مباشرة) إذ لا يشترط كشف الآثار المادية للأدلة مباشرة كما أسلفنا من قبل، فلا مانع من اللجوء للوسائل التقنية الحديثة كبصمة اليد أو الأشعة مثلاً.<sup>٣</sup> وهناك الأدلة المعنوية (القولية) التي تصل لعلم المحقق - غالباً - على لسان الغير كالأعتراف والشهادة.

<sup>١</sup> انظر د/ ابراهيم طنطاوي ود/ علي حموده، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٣-٣٤.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٣٥-٣٦.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

هذا ويمكن القول بأن الأدلة الجنائية المباشرة، هي أدلة قاطعة لا لبس فيها فيما يتعلق بإثبات الجرم وكذا الوقائع التي ارتكبها الجاني، فالقاضي هنا يكون عقيدته عبر إثبات الوقائع ولا يحتاج لأدلة أخرى، كالشهادة والاعتراف.<sup>1</sup>

فهى أدلة إثبات سهلة ومباشرة ومؤكدة، فغالباً لا تحتاج لتعليقات أو مناقشات، فمعابنة سكين ملوث بالدم في محل الواقعة، قرينة قوية على أن ذلك السكين هو سلاح (أداة) الجرم. أما الأدلة غير المباشرة لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها مباشرة وإنما بشكل غير مباشر، فهى تنصب على واقعة أخرى لها صلة منطقية بالواقعة المرتكبة، ودور المحقق هنا أن يستنبط ذلك عبر إحكام عقله، فيستنبط من الواقعة التي ارتكز الدليل عليها الواقعة الأخرى المراد إثباتها، ومثال ذلك إذا أراد مأمور الضبط القضائي (أو المحقق) إثبات وجود الجاني على مسرح الجريمة، فعليه إثبات واقعة وجود بصمة اصابعه.<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن بعض الفقه قد ذهب لاعتبار الأدلة الإلكترونية مرحلة متقدمة من الأدلة المادية والممكن إدراكها بالحواس الطبيعية، فاما أن تكون مخرجات مستندية ورقية يتم إخراجها عبر الطابعات (printers) وإما مخرجات غير ورقية (إلكترونية) كالأقراص و الأشرطة المدمجة والأسطوانات الممغنطة وغيرها وإما مخرجات مرئية تتمثل في عرض مخرجات المعالجة بواسطة الحاسب على الشاشة أو الإنترنت عن طريق وحدة العرض المرئي.<sup>3</sup> بينما ذهب اتجاه آخر في الفقه يرى أن الدليل الإلكتروني له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من الأدلة، فهو إضافة جديدة لأنواع الأدلة الجنائية الأخرى. وعلى أية حال، فيجب اعتبار واعتماد تلك الأدلة الجديدة التي تتفق مع طبيعة البيئة (الوسط) المرتكب فيه الجريمة.

<sup>1</sup> انظر بوجه عام في هذا الإطار، أحمد ضياء الدين، مشروعية الدليل في المواد الجنائية، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى، الشارقة، ٢٠١٢.

<sup>2</sup> عبد الله عبد الكريم عبد الله، جرائم المعلوماتية والإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ١٨١٠.

<sup>3</sup> د/ جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة: دراسة في الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٤٥-٤٨.

## ثانياً: في شروط صحة قبول الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي

هذه الشروط تنقسم إلى نوعين ، منها ما هو متعلق بالشروط القانونية اللازمة لصحة هذا الدليل، ومنها شروط فنية تقنية لازمة لصحة هذا الدليل. وفي ضوء ذلك، يمكن القول بأن الدليل الإلكتروني عبارة عن مستند (محرر) مكتوب وموقع إلكترونياً، يوضع على وسيط مادي (الدعامة الإلكترونية). فالكتابة والتوقيع هما الشرطان القانونيان اللذان لصحة قبول هذا الدليل. ونبين فيما يلي شرطي الكتابة والتوقيع كوسيلة من وسائل الإثبات.

### ١. الكتابة كوسيلة إثبات معتمدة قانوناً

الكتابة إجرائياً، هي الخط الذي يُعتمد عليه في توثيق الحقوق، فهي كل كتابة تصدر من المجني عليه في الدعوى الجنائية هدفها تحديد الجاني أو على الأقل تجعل وجوده قريب الاحتمال. ولا شك في أن الكتابة أصبحت من الأدلة القوية التي يُأخذ بها في الدعوى الجنائية ويتعين على القاضي الأخذ بها وعدم تجاهلها كدليل أساسي في الدعوى إذ كانت تؤدي لإظهار الحقيقة.<sup>١</sup>

فتطورت الكتابة مع تطور الجريمة، فتطورت أجهزة العدالة الجنائية بفروعها ومنها الأدلة الجنائية والطب الشرعي المختص باستخلاص جمع الأدلة ومضاهاة الخطوط وغيرها، فاصبحت الكتابة الإلكترونية عاملاً فعالاً لحفظ الحقوق وتأكيدهما.<sup>٢</sup>

هذا والكتابة المستخدمة في الإثبات الجنائي إما رسمية وإما عرفية، فالكتابة الرسمية هي الصادرة عن موظف عام مختص في حدود سلطته وأثناء قيامه بمهام عمله وطبقاً للأوضاع المقررة قانوناً، وتعد المحررات الرسمية حجة على جميع الأشخاص بما دون فيها من أمور قام بها محررها أو مصدرها ما لم يتبين تزويرها بالطرق المحددة قانوناً.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٤٩-٥٠.

<sup>٢</sup> Brent Schneider, High- Technology Crime: Investigating Cases Involving Computers, (San Jose: KSK Publications 1999), at 100-105.

<sup>٣</sup> Howard W. Cox, Recent Developments and Trends in Searching and Seizing Electronic Evidence, 59 The United States Attorney Bulletin 6 (2011), at 75-79.



فإذا تخلف أحد الشروط المقررة قانوناً، فلم يكتسب المحرر صفة الرسمية وبالتالي كان بمثابة معلومات عادية غالباً ما لا يحتج بها أمام المحاكم.<sup>١</sup>

أما الكتابة العرفية (المحرر العرفي)، هي الصادرة عن الأشخاص بهدف حسم ما قد يثور من نزاع حول أمر معين، وتكون موقعة ممن يحتج عليه بها وهذا المحرر لا يصدر من موظف عام مختص كالمحرر الرسمي.<sup>٢</sup>

وجدير بالذكر، إنه قبل ظهور الكتابة الإلكترونية، لا يشترط شكلاً معيناً في الكتابة و هناك اجماع في الفقه الجنائي على إنه إذا ما اشتمل أو تضمن المحرر كتابة تثبت ما تم الإتفاق عليه، فلا يشترط بعد ذلك شكلاً خاصاً لصياغة هذه الكتابة، فقد تكون خطية أو مطبوعة أو بأى مادة كانت بل يجوز أن تكون برموز خاصة طالما احتفظ الأطراف بمفاتيح هذه الرموز.<sup>٣</sup>

وبعد أن أصبحت المحررات الإلكترونية حقيقة واقعية ملموسة، حدثت فجوة بين العمل و القواعد المستقرة في الإثبات الجنائي والتي لا تقبل سوى المحررات الورقية. لذا اعترف المشرع المصري- وخاصة في قانون التوقيع الإلكتروني ٢٠٠٤- بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات بوجه عام مما أدى لظهور مفهوم قانوني جديد للكتابة المطلوبة للإثبات، فاضحت الكتابة الإلكترونية دليلاً كتابياً ملزماً للقاضي كالكتابة التقليدية.<sup>٤</sup>

والكتابة الإلكترونية هي كل حروف أو أرقام أو رموز أو أى علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أى وسيلة مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك كما أن المحرر الإلكتروني هو رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو تستقبل أو ترسل، كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية

<sup>١</sup> راجع د/ ممدوح عبد المطلب، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٧٣.

<sup>٢</sup> د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٧٦، ١١، ص ١٠٠-١٠٥.

<sup>٣</sup> John Paradel, Droit Penal General, CuJus (2002-2003) No.181, at p.175.

<sup>٤</sup> د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٩٧.

وسيلة أخرى، وعليه، فالكتابة تقليدية كانت أو إلكترونية ما هي إلا وسيلة يتم إعمالها لإظهار الدليل، مما يمكن أطراف النزاع من الرجوع إليه أو إطلاع القاضي عليه.<sup>1</sup> ويشترط في الكتابة بوجه عام أن تكون مقروءة، بمعنى لكي تحوز الكتابة الحجية في الإثبات يجب أن تكتب بحروف أو رموز أو إشارات تدل على معناها (المقصود منها، بحيث يستطيع الغير فهمها).

وهذا ما أوضحه المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني وكذا قانون الإثبات.<sup>2</sup> وعلى الرغم من أن الكتابة الإلكترونية مرئية الشكل، ورقمية- إلا إنها في نهاية المطاف - تأخذ على شاشة الجهاز صورة الكتابة التقليدية وبالتالي يمكن قراءتها وفهم محتواها (مضمونها) بصورة جلية.<sup>3</sup>

كما يجب أن تكون هذه الكتابة باقية، إذ أن دوامها يتطلب تدويتها على دعامة تسمح ببقائها وثباتها (فتكون المادة التي دونت بها صالحة للبقاء والإستمرار) كي يمكن الرجوع إليها إن لزم . هذا وعلى الرغم من أن الكتابة الإلكترونية دائماً ما تكتب على أقراص أو شرائط ممغنطة، وهي أدوات حساسة يمكن تعرضها للتلف السريع إلا أن الدراسات الحديثة والتقنيات السريعة المتطورة أثبتت إمكانية تلاشي هذا العيب الفني، بحيث يمكن الاحتفاظ بتلك الكتابة مدد زمنية تفوق قدرة الدعامة الورقية.<sup>4</sup>

هذا ويلاحظ أنه يشترط عدم قابلية الكتابة للتعديل، بمعنى أن الدليل الكتابي قد يعتريه عيوب مادية كالإضافة أو الحذف أو التحشير أو المحو، وبالتالي هذه العيوب تُضعف من قيمته أو تفقده كل قيمته في بعض الأحيان فلا تكون ملزمة للقاضي .<sup>5</sup> وإذا كان من السهل التعرف على تلك العيوب التي يمكن أن تدخل على الكتاب التقليدية عن طريق

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص ٩٥.

<sup>2</sup> Richard Power and Rik Farrow, Electronic Commerce Crime, Includes Related Article on Exerpt from a Hacker's Email, Internet/Web/Online Service Information, Network, Dec. 1997.

<sup>٣</sup> انظر هلال البوسعيدي، سابق الإشارة إليه، ص ٥٠-٥٥.

<sup>4</sup> انظر د/خالد ابراهيم، سابق الإشارة إليه، ص ٧٦-٧٧.

<sup>5</sup> انظر د/ حسين بن سعيد الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٥٣ وما بعدها.

الإستعانة بالخبرة الفنية، إلا إنه قد يبدو من السهل التلاعب في الكتابة الإلكترونية، ولكن أثبتت الدراسات التقنية الحديثة التغلب على هذه العقبة عن طريق استخدام برامج إلية تسمح بتحويل النص الذي يمكن تعديله "Document War Processing" بصورة ثابتة لا يمكن تحويلها "Document Image Processing".<sup>1</sup>

٢- التوقيع كوسيلة إثبات:

تجدر الإشارة إلى أن الكتابة وحدها لاتعد دليلاً كاملاً في الإثبات الجنائي إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هوالعنصر الأساسي الثاني من عناصر الدليل المعلوماتي، وغيابه يفقده حجيته، بل طبيعته كدليل، فالتوقيع هو الذي ينسب الكتابة لمن وقعها حتى لو كانت بخط غيره.<sup>2</sup>

هذا وقد تولى بعض الفقه مهمة تحديد مفهوم للتوقيع، فعرفه بأنه "علامة مميزة وخاصة بالشخص الموقع، تسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليه بسهولة، على نحو يظهر إرادته الصريحة". وبعبارة أخرى، هو علامة خطية مميزة يصفها الموقع بأى وسيلة على مستند لإقراره.<sup>3</sup> هذا وقد حددت المواثيق والتشريعات الدولية والوطنية تعريفات مختلفة لشكل التوقيع، فقد عرفته المادة(٢) من قانون اليونيسترال "Model of UNICETRAL بأنه عبارة عن "بيانات مدرجة في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة البيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في هذه الرسالة."<sup>4</sup>

ويمكن القول كذلك بأنه بيان أو معلومة معالجة إلكترونياً تلتصق أو ترتبط منطقياً بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى (كمحرر أو رسالة) وتصبح وسيلة لتوثيقها أو إقرارها وهذا حسب تعريف أحكام التوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الإلكتروني.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Richard Raysman & Peter Brown, Virsues, Worms, and Other Destructive Forces, N.Y.L.J., July 13, 1999.

<sup>2</sup> انظر مثلاً: 18 U.S.C.A.Ss 1030 (e) (2) (B) (west sup. 1999).

<sup>3</sup> انظر مثلاً: 18 U.S.C.A.Ss 1030 (e) (2) (A).

<sup>4</sup> انظر مثلاً: 18 U.S.C.A.Ss 1030 (e) (2) (8).

<sup>5</sup> انظر قانون اليونيسترال UNICITRAL Model Law on Electronic Commerce Guide to

في ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن التوقيع الإلكتروني يتعين أن يؤدي ذات وظائف التوقيع التقليدي، بأن يكون محدداً لشخص الموقع، وكذا معبراً عن رضائه بالالتزام بمحتوى المحرر و مضمونه الذي وقع عليه، عبر وسيلة آمنة تضمن سرية وأمان التوقيع وصحة نسبه لصاحبه.<sup>1</sup>

هذا وقد يتم هذا التوقيع عن طريق قيام الموقع بكتابة توقيعه الشخصي - بخط اليد- باستخدام قلم إلكتروني ضوئي خاص تمكنه من الكتابة على شاشة الحاسوب، عبر برنامج خاص بالنقاط التوقيع والتحقق من صحته، بالإستناد وكحركة القلم على الشاشة.<sup>2</sup> ويتم ذلك في الغالب عن طريق التصوير بالماسح الضوئي "scanner" ثم نقل هذه الصورة الملتقطة للتوقيع للملف المعني عبر الشبكة المعلوماتية.<sup>3</sup>

وتتسم هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني بسهولة ومرونتها التي تتم بمجرد تحويل التوقيع العادي لإلكتروني ولكن تكون غير آمنة - في بعض الأحيان - بصعوبة إثبات الصلة بين التوقيع ورسالة البيانات أو المحرر، وبالتالي لا يجوز الأخذ بهذه الصورة في الإثبات الجنائي.<sup>4</sup> ويمكن التوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة المقترنة بالرقم السري وهي الطريقة الأكثر شيوعاً في العمل - وخاصة في المعاملات البنكية والمصرفية، إذ إنها لا تشترط أن يمتلك الشخص حاسباً إلياً (أو أن يكون جهازه متصلاً بالإنترنت)، فاستخدامها لا يتطلب خبرة معينة، فأى شخص له استخدام هذه الصورة.<sup>5</sup>

وغالباً ما تقوم المؤسسات المالية والإئتمانية بإصدار تلك البطاقات حاملة بيانات العميل والرقم السري الخاص به والتي تمكن حاملها من استخدامها في السحب النقدي والدفع غير النقدي (كالفاء بئمن المشتريات من المحال التجارية التي تقبل التعامل بها

---

Enactment (1996), arts. (6) & (7).

<sup>1</sup> د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٨٠-٨٥.

<sup>2</sup> د/ جلال ثروت، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٦٠-١٦٥.

<sup>3</sup> على حمودة، مرجع سابق الإشارة إليه (بصفة عامة).

<sup>4</sup> Haeji Hong, Hacking through the Computer Fraud and Abuse Act, 31 U.C. Davis L.Rev. 283, 296 (1997).

<sup>5</sup> Wendy Davis, Prosecutors Watching the Web Street Crime is Down but that May Just Mean its Moving Online, 158 N.L.J. 935 (1999).

بموجب اتفاق مع البنك مُصدر البطاقة).<sup>1</sup> هذا جدير بالذكر أن القضاء الفرنسي قد أقر ذلك النوع من التوقيعات واعترف بحجيته في مجال الإثبات الجنائي في كثير من أحكامه.

وقد يأخذ التوقيع صورة التوقيع "باستخدام الخواص الذاتية "Biometrix" وذلك عبر التحقق من شخصية المتعامل بالإعتماد على الخواص الذاتية، والصفات الفيزيائية والطبيعية للأشخاص، كبصمة الشفاه ونبرة الصوت وقزحية العينين وغيرها، فيقوم الحاسوب بأخذ صورة دقيقة لشكل التوقيع ثم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرته، ويتم فك هذا التشفير للتأكد من صحة التوقيع بمطابقة بصمة العميل بالبصمة المخزنة وهذه الطريقة آمنة للغاية إلا إنها تحتاج لتكاليف عالية وباهظة لوضع نظام مُحكم أو آمن لاستخدام هذا التوقيع.<sup>2</sup>

كما أن هناك صورة حديثة للتوقيع الرقمي قائمة على استخدام أو شفرة المفاتيح الخاصة بانشاء التوقيع وكتابة الرسالة والأخرى خاصة بفتح الرسالة وتسمى مفاتيح عامة وخاصة.<sup>3</sup> لا شك أن التوقيع أى كان شكله ولكى ينتج أثره الفعال فى الإثبات الجنائي، يشترط أن يُستخدم فى تحديد هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات كما يشترط أن يتسم ذلك التوقيع بالدوام والإستمرار وأن يكون مرتبطاً بصاحبه ومتصلاً بالمحرر المعلوماتي.<sup>4</sup>

هنا ويلاحظ إنه يكون الدليل باطلاً إذ تم التحصل عليه بطريق غير مشروع أي بالمخالفة للقانون وقد تبطل كافة الآثار المترتبة على بطلان الدليل، فإذا كان الدليل الباطل هو الدليل الوحيد فى الدعوى فلا يجوز الإستناد إليه فى إدانة الجانى.<sup>5</sup> هذا ويقع عبء الإثبات فى الجرائم المعلوماتية - طبقاً للقواعد العامة - على عاتق النيابة العامة بوصفها ممثلة سلطة الإدعاء العام للدعوى العمومية ولكن يجوز الخروج على هذه القاعدة -

<sup>1</sup> د/ جميل عبد الباقي الصغير، المواجهة الجنائية لقرصنة البرامج التلفزيونية المدفوعة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

<sup>2</sup> انظر على سبيل المثال: United States V. Colterman, 637F.3d 1068 (9<sup>th</sup> cir.2011).

<sup>3</sup> د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>4</sup> انظر مثلاً: United States V. Abbouchi, 502 F.3d 850, 855 C 9<sup>th</sup> Cir.

<sup>5</sup> د/ أمال عثمان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٠٣.

إستثناءً - فينتقل عبء الإثبات إلى المجنى عليه.<sup>١</sup> فطبقاً للقواعد العامة فى الإجراءات الجنائية، تقوم النيابة العامة بالتحرى وجمع الأدلة والتحقق لاستقصاء الجريمة وكشف مرتكبيها، وللمحقق فعل ذلك بأى وسيلة مادامت غير ماسة بحقوق وحرىات الأفراد. وبناءً على ذلك، يمكن القول بأنه لى يكون الدليل الإلكتروني مقبولاً ومشروعاً فى المواد الجنائية فإنه يجب الحصول عليه بطريقة مشروعة وقانونية غير مخالفة لأحكام الدستور والقانون وبخاصة قانون العقوبات، فمن المهم تنظيم ذلك الشرط فى ضوء وجود نص قانونى يحمى الحماية الخاصة المخزنة فى أنظمة المعلومات كالإنترنت والحاسبات.<sup>٢</sup>

ويعد غير مشروعاً التصنت للبحث عن هذا الدليل وكذا الإكراه مادياً كان أو معنوياً أو التحريض على ارتكاب الجريمة الإلكترونية من قبل إعطاء مأمور الضبط القضائى أو حتى التحريض على الغش أو التزوير الإلكتروني أو التجسس المعلوماتى والمراقبة المعلوماتية عن بُعد وغيرها.<sup>٣</sup> فضلاً عن ذلك، استخدام التدليس والخداع والغش فى الحصول على الأدلة المعلوماتية. هذا وقد نصت المواثيق الدولية على حماية الأشخاص فى مواجهة مخاطر المعالجة الإلكترونية للبيانات الشخصية، فقد أكدت الاتفاقيات الدولية الخاصة ذلك الأمر، فىجب أن تكون البيانات المضبوطة مجتمعة وكاملة ومستمدة بطرق محددة ومدة حفظها محددة زمنياً وعدم إفشائها فى غير الأغراض المخصصة لها وحق الشخص فى الإطلاع عليها وتعديلها وتصحيحها ومحوها لو كانت باطلة.<sup>٤</sup>

كما يجب أن تكون الأدلة المعلوماتية يقينية (غير قابلة للشك) حتى يمكن الحكم بالأوراق، فلا مجال لجحد قرينة البراءة وافترض عكسها إلا عندما تصل عقيدة القاضى لحد اليقين والجزم، فىستطيع القاضى من خلال ما يُعرض عليه من مخرجات إلكترونية أن يحدد القوة الاستدلالية على صدق نسبة الجرم المعلوماتى لشخص معين بذاته دون غيره.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> د/ هلالى عبد اللاه أحمد، إلتزام الشاهد بالاعلام فى الجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة، النسر الذهبى، القاهرة، ٢٠٠٠.

<sup>٢</sup> د/ هشام رستم ، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>٣</sup> د/ محمد البشري، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>٤</sup> د/ فتوح الشانلى ود/عفيفى كامل، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>٥</sup> انظر فى هذا الشأن على سبيل المثال: (United States V.Morris,928 F.2d 504,505 (2<sup>nd</sup> cir.1991)

وعلى ذلك، يجب اعتبار نظام المعالجة الإلكترونية مؤهلاً لإثبات تحويل حق مما يجعل مهمة النيابة العامة سهلة في ضبط الدليل الإلكتروني. ويشترط من جهة أخرى، إمكانية مناقشة الأدلة المعلوماتية المستخرجة من الحاسبات والإنترنت وهو ما يعنى مبدأ وجوب مناقشة الدليل الجنائي بوجه عام، إذ أن القاضى لا يمكن أن يبني اقتناعه أو عقيدته إلا على العناصر الإثباتية التى طرحت فى أثناء جلسات المحاكمة، وخضعت لحرية مناقشة طرفى الدعوى، فكافة الأدلة المتحصلة من جرائم الإنترنت والحاسب يجب أن تكون محلاً للنقاش - أى كان شكلها - ويتعين على المحكمة أن تأخذ بها كأدلة إثبات إذا كانت مفيدة فى إظهار الحقيقة، فيجب مناقشة هذه الأدلة أمام القاضى فى المحكمة فلا يجب عرض الدليل من خلال ملف الدعوى فى التحقيق الابتدائي، فيجب أن تناقش مباشرة أمام القضاء وكذا الشهود فى تلك الجرائم حتى ولو كانت قد سُمعت أقوالهم فى التحقيقات، فيجب إدلائها مباشرة أمام المحكمة من جديد وكذا يجب إستدعاء الخبراء فى تلك الجرائم - على اختلاف اختصاصهم - لمناقشتهم وبحث وتمحيص تقاريرهم الفنية التى خلصوا إليها لكشف الحقيقة وإظهار الحق.<sup>1</sup>

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد، بأن المشرع المصرى قد أكد على أهمية تفاعلية المشاكل التقنية والفنية التى قد تُثار فى مجال التوقيع والإثبات الإلكتروني. فقد قرر فى ضوء أحكام قانون التوقيع الإلكتروني عام ٢٠٠٤، إنه لذلك التوقيع فى نطاق كافة المعاملات المدنية والتجارية والادارية والجنائية نفس أو ذات الحجية المقررة للتوقيعات فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية إذا روعى فى إنشائه وإتمامه النصوص المقررة فى هذا القانون وكذا الضوابط العلمية والفنية التى حددتها اللائحة التنفيذية لهذا القانون (مادة ١٤).<sup>2</sup> كما أكد القانون السالف الذكر، على أن للكتابة الإلكترونية والمحركات المعلوماتية فى كافة المعاملات بما فيها المسائل الجنائية ذات

<sup>1</sup> انظر مثلاً: 18 U.S.C.A.Ss1030(a) (4) (west sup.1999)

<sup>2</sup> Robyn E. Bumner, Government Want to Bore Web Pee- phole, St. Petersburg Times, March 12,2000,at 4D.

الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية - متى استوفيت الشروط المقررة - في قانون الإثبات (مادة ١٥).<sup>١</sup>

وهذا ويمكن القول بأن ذات القانون، قد أجمل شروط تمتع التوقيع والمحرك الإلكتروني وكذا الكتابة الإلكترونية وحجتها في الإثبات في كون ذلك التوقيع مرتبطاً بالموقع وحده دون غيره؛ وكذا سيطرته وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني فضلاً عن إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرك أو التوقيع الإلكتروني (مادة ١٨).<sup>٢</sup>

هذا وقد بينت اللائحة التنفيذية لذلك القانون بعض الضوابط الفنية لإعتماد الدليل الإلكتروني ذات الحجية في الإثبات، منها مثلاً أن يكون هذا التوقيع مرتبطاً بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة وسارية المفعول صادرة عن جهة تصديق إلكتروني معتمدة أو مرخصة، وكذا سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني عبر حيازة الموقع لإدارة حفظ المفتاح الشفوي الخاص، متضمن البطاقة الذكية الآمنة وكودها السري المقترن بها (مواد ٩ و ١٠ من اللائحة التنفيذية). هذا ويلاحظ إنه في حالة فقد الموقع سيطرته على الوسيط الإلكتروني وأصبحت بيانات إنشاء التوقيع غير سرية (مكتشفة) يعلمها الآخرين، فإن هذا التوقيع لا يكون له قيمة أو حجة في الإثبات الجنائي، حيث أن تحديد الموقع وذاتيته أصبح مشكوك فيه.<sup>٣</sup>

وبناءً على ما تقدم، وفي ضوء اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري يتضح أن المحرك وكذا التوقيع الإلكتروني يتمتعان بحجية وقيمة في مجال الإثبات الجنائي بشرط توافر إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرك والتوقيع المعلوماتي، إما عن طريق مضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وكذا بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات أو باستخدام تقنية شفرة المفتاح العام والمفتاح الخاص وبأية وسيلة أخرى مشابهة (مادة ١١).<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> راجع المادة (١٥) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.

<sup>٢</sup> راجع المادة (١٨) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.

<sup>٣</sup> راجع المواد (٩) و(١٠) من اللائحة التنفيذية لقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.

<sup>٤</sup> راجع المادة (١١) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.



وتجدر الإشارة إلى أن أسهل وأقرب طريق إلى هاتين الوسيلتين سالفتي الذكر، هو استخدام نظام الارشيف الإلكتروني "Electronic Archive"، حيث إنه نظام تتولاه جهة أو هيئة متخصصة تسمح بحفظ البيانات الإلكترونية طوال مدة محددة، بما يضمن صحتها ويحافظ على سلامتها وأمنها، حتى يمكن الرجوع إليها إن لزم الأمر.<sup>1</sup> وبناء على ذلك، فإن هذا النموذج أو النظام يُعد ويعتبر من الوسائل التي تساهم في كشف أي تعديل أو تبديل (أو تلاعب) في كل من بيانات المحرر الإلكتروني أو حتى التوقيع الإلكتروني ذاته.<sup>2</sup> فإذا تحققت الشروط القانونية وكذا الفنية سابقة الذكر، يمكن القول بأن الدليل الإلكتروني في هذه الحالة يتمتع بالحجية والقيمة القانونية المعقولة والمقبولة في الإثبات في المواد الجنائية.

وبناءً على ما تقدم، يمكن القول بأن قواعد الإثبات تمثل أهمية خاصة للقاضي الجنائي، إذ أن الحق موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة إذا لم يعم الدليل على الواقعة التي يستند إليها، فالدليل هو عصب الواقعة، أو هو النتيجة التي تحققت (إنتاج الدليل) باستخدام وسائل الإثبات المختلفة.

صفوة القول هو إن التطور العلمي والفني والتقني في وسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات أدى دون أدنى شك إلى تغيير جذري كبير وخاصة في المفاهيم السائدة حول الدليل الجنائي، وذلك يقود للقول بإمكانية انضمام الخبرة التقنية إلى علم الخبرة المتميزة بتصنيف التعامل في موضوع الدعوى الجنائية، وكذا من حيث ضرورة الاستفادة بالمختصين والإستعانة بهم في مجال المنزاعات وخاصة ذى الطبيعة الجنائية الحساسة.

---

<sup>1</sup> Carlos Albert O Rohrmann, Legal Aspects of Electronic Criminal Evidence in Brazil, 20 International Rev. of Law, Computers, & Technology Journal 182 (2007), at 77-93.

<sup>2</sup> د/ فتوح الشانلي ود/ عفيفي كامل، مرجع سابق الإشارة إليه. وأنظر أيضاً:

- Francis Lim, Is Electronic Evidence Admissible in Criminal Case? Inquirer.Net, March 13, 2018.

## الباب الثانى

### القيمة القانونية وحجية الدليل الإلكتروني فى الإثبات الجنائى

#### تمهيد وتقسيم

بما إن الإثبات الجنائى هو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالبحث عن الأدلة ووصفها وإقامتها أمام القضاء وخاصة المحاكم الجنائية المختصة وكذا تقديرها من جانب القاضى الجنائى. فيمكن القول بأن الإثبات هو مجموع الاسباب المنتجة أو الكاشفة للحقيقة الواقعية أو اليقين، وعليه فالإثبات الجنائى ما هو إلا كافة الأدلة التى تؤكد وقوع الجرم، وكذا تحقيق يقين القاضى، سواء قرر إدانته أو براءته - فى حالة شكه وعدم تأكده - إذ يجب ثبوت ارتكاب الواقعة الجنائية فى ذاتها وإن المتهم هو الذى ارتكابها (وقوع الجرم بوجه عام و نسبته للمتهم بوجه خاص).

فى ضوء ذلك، لابد من بيان دور الدليل الإلكتروني كوسيلة إثبات فى مسائل الإجراءات الجنائية وكذا حجيته والفروض العملية أى المشاكل المثارة فى صحته. وعليه نقسم هذا الباب إلى الفصلين التاليين:

**الفصل الأول: الحجية القانونية ودور الدليل الإلكتروني فى الإثبات الجنائى**  
**الفصل الثانى: الفروض العملية والمشاكل المثارة فى صحة الدليل الإلكتروني**

## الفصل الأول

### الحجية القانونية ودور الدليل الإلكتروني فى الإثبات الجنائى

#### تمهيد وتقسيم

تمثل قواعد الإثبات أهمية بالغة، وحتى يتحقق الدليل الإلكتروني اللازم للإثبات، فإنه يلزم من جمع عناصر التحقيق والدعوى - وكذا تقديم هذه العناصر إلى سلطة التحقيق الإبتدائى، فإذا انبثق عن هذا التحقيق أدلة ترجح معها إدانة المتهم، وجب تقديمها للمحكمة

، إذ أن مرحلة المحاكمة هي أهم مراحل الدعوى الجنائية، فهي مرحلة القطع والجزم ، بتوافر أدلة يقتنع بها القاضي في إدانة المتهم وإلا وجب عليه الحكم ببراءته.

هذا ويلاحظ أن كل من الشهادة والضبط والتفتيش والمعاينة أحد وسائل جمع الأدلة، حيث أن لكل منها قواعده الخاصة التي تحكمه والتي يتم اتباعها وفقاً للقانون. كما أن خصوصية الجرائم الإلكترونية تعكس هذه الطبيعة الخاصة على الإجراءات الجنائية المطبقة عليها ومنها مثلاً إجراءات ملاحقة الجناة وتتبعهم. في ضوء ذلك، ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

### المبحث الأول: الدليل الإلكتروني في إطار الإجراءات الجنائية

المبحث الثاني: سلطة القاضي الجنائي في استخلاص الدليل المعلوماتي

المبحث الثالث: حجية (قيمة) وشروط الدليل الإلكتروني الناشئ عن التفتيش الجنائي

### المبحث الأول

#### الدليل الإلكتروني في إطار الإجراءات الجنائية

طبقاً للقواعد العامة في الإجراءات الجنائية، يكون الدليل - أي كان نوعه - باطلاً إذا كان متحصلاً بطريق غير مشروع (أي بالمخالفة للقانون)، ولهذا الأهمية البالغة لما يترتب على بطلان الدليل من آثار إجرائية، فلا يصح الإستناد على دليل باطل حتى ولو كان الدليل الوحيد في الدعوى في إدانة الجاني، إذ يعتبر الدليل في هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً والبطلان هنا متعلق بالنظام العام، فلا يجوز التمسك بما ورد في محاضر جمع الاستدلالات أو حتى محاضر التحقيق كما لا يجوز للمحكمة الأخذ بهذا الدليل والإعتماد عليه في حكمها بل عليها انكاره. والواقع أن هناك دوراً كبيراً وهاماً تلعبه وسائل الإتصال المعلوماتية في مجال ارتكاب واكتشاف الجرائم الإلكترونية.

#### أولاً: في مرحلة التتبع والملاحقة الجنائية

يلاحظ في هذه المرحلة أن الشبكة المعلوماتية (الإنترنت) قد تكون هدفاً للجرم ذاته - كما في حالات الدخول المحظور لأنظمة البيانات في مواقع معلوماتية معينة لتدمير تلك البيانات أو إتلاف المعطيات الخاصة بها (مخزنة كانت أو منقولة عبر النظم الآلية) أو

حتى في حالة إخفاء الجاني نشاطه بإعادة إنتاج ذات البيانات عبر نفس الشبكة.<sup>1</sup> وقد تكون الشبكة ذاتها هي سلاح أو أداة الجريمة ذاتها لارتكاب جرائم معلوماتية من خلالها، كما في حالة استخدام التقنيات الحديثة في عمليات التزييف والتزوير أو في الاستيلاء على الأموال عبر تحويلات مالية غير مشروعة (وهمية).<sup>2</sup> وفي هذا المجال يمكن القول بأن أنشطة غسل الأموال هي المجال الرئيسي والمنتشر في هذا الإطار الإجرامي التي غالباً ما تتم عبر الإنترنت وما يرتبط بها من عمليات جمة متشابكة ومعقدة تأخذ في مظهرها شكل التجارة الإلكترونية (e-commerce) والتعاقد من الباطن الذي يكون ورائه إخفاء المصادر الحقيقية غير المشروعة للأموال القذرة.<sup>3</sup>

وفضلاً عن ذلك، قد تكون الشبكة المعلوماتية (الإنترنت) هي بيئة نمو الجريمة، ومثال ذلك إبرام اتفاقات لترويج الأنشطة الإباحية وكذا الأعمال الإرهابية وغيرها، ولكن قد يكون لهذه الشبكة دوراً فعالاً في كشف تلك الجريمة وتتبعها لمحاولة الوصول لمرتكبيها وذلك أن أجهزة إنفاذ القانون - في إطار التعاون الدولي - بدأت تعتمد على النظم التقنية في إدارة المهمات من خلال بناء قواعد بيانية خاصة بكشف تلك الجرائم مع تزايد حجم ارتكابها واستخدام مرتكبيها للوسائل فائقة التقنية، فيتضح دور هذه الشبكة الهام في كشف فاعلي تلك الأفعال والقدرة على إبطال آثارها.<sup>4</sup>

هذا ولا يجب الخلط بين دور الوسيلة الإلكترونية في الجرم (كوسيلة إعتداء أو بهدف الإعتداء) أو تكون بيئة للسلوك الإجرامي وبين محل الجرم (المعلومات والأجهزة وكذا الأشخاص). ولعل أهم عناصر تلك الجريمة هو مكان وقوعها (أي مسرحها)، فهذا

<sup>1</sup> انظر د/ رميس بهنام، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> انظر د/ جميل عبد الباقي، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> انظر في هذا الشأن تفصيلاً:

- د/ رمزي عوض، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٨٠-٨٣.

- د/رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٦٠-٥٨.

<sup>4</sup> انظر في هذا الشأن:

- د/ محمد نكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦.

- د/ أحمد فتحى سرور، مرجع سابق الإشارة إليه.

العنصر يمثل أهم مفاتيح ضبط وتحرى الجريمة وملاحقة فاعليها.<sup>1</sup> فإذا كان مسرح تلك الجريمة هو الشبكة المعلوماتية التي هي تختلف عن مسرح الجريمة التقليدية، فإن ترك الجاني لآثاره وبصماته المعنوية الآلية في الموقع الذي يزوره أو يتصفح، هو علامة بارزة في تحديد عنوانه الإلكتروني (الذي قد يكون دائماً) وكذا تحديد نوع الجهاز المستخدم والمكان الذي يتم التصفح أو التجول منه.<sup>2</sup>

وعملية التتبع هذه، هي عملية قد تتم في بعض الأحيان بوسائل بسيطة يمكن للمستخدمين العاديين كشف معلومات المستخدم إذن - الهدف هو تتبع حركات الجاني وغالباً ما يقوم بذلك هم المختصون الفنيون لتوافر المهارة العالية لديهم.<sup>3</sup>

ولكن هذا معقداً وليس بهذه السهولة، إذ تكون عملية الملاحقة والتتبع بسيطة وناجحة بالنسبة للمجرمين المبتدئين، أما المحترفين (المتخصصين) فيقوموا في الغالب بمحو آثارهم كمسح الملفات والعناوين والمواقع الإلكترونية بأجهزتهم بطرق شتى، مما يجعل تلك العملية غاية في الصعوبة كما أن طبيعة المجرم المعلوماتي حيث تميزه بالذكاء الشديد والخبرة العالية تزيد من تعقيد تلك العملية.

ويلاحظ أن ضبط الجرم وإثباته يعتمد أساساً على جمع الأدلة التي حدد المشرع الإجرائي وسائل وطرق إثباتها حصراً وذلك لحماية حقوق الأفراد العامة وحررياتهم الأساسية، ومن ثم يصعب في كثير من الأحيان - على السلطات المعنية - ملاحقة الجاني وتتبع أنشطته الجرمية، إذ أحياناً يدخل الجاني على الحاسوب والشبكة المعلوماتية باسم غير حقيقي أى مستعار، فيكون إثبات هذا الفعل في غاية الصعوبة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> D.Glenn Baker, Trespassers Will be Prosecuted: Computer Crime in the 1990's, 12 Computer Law Journal 1 (1993), at 68.

<sup>2</sup> انظر على سبيل المثال: Atomic energy Act of Computer Fraud and Abuse Act, (1986), at Ss1030 & Senate Judiciary Committee Report No.99-432 , at p.6-7 (1986).

<sup>3</sup> انظر د/ على حسن الطويلة، التفتيش الجنائي على نظام الحاسوب والإنترنت: دراسة مقارنة، طبعة أولى، عالم الكتب الحديث، اريد، ٢٠٠٤.

<sup>4</sup> راجع على حموده، مرجع سابق الإشارة إليه.

وفى هذا الصدد، من المعروف أن لمأمور الضبط القضائي ذو الإختصاص العام بحسب القانون، الحق فى استقصاء وتحرى تلك الجرائم وجمع تحريات عنها فى إطار ذلك الإختصاص ودون تخطيه، فهم المختصون بتحرى تلك الجرائم الواقعة فى المحيط الإلكتروني ما لم ينص القانون على غير ذلك، ولهم فى ذلك الإستعانة بالخبرة فى المجال الإلكتروني.<sup>1</sup> فى ضوء ذلك، يمكن القول بأن الدليل الإلكتروني كوسيلة إثبات فى هذه الجرائم دور فى مرحلة التتبع والملاحقة.

فمن المعروف أن النظام المعلوماتى يتولى المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات والمعطيات، فهو يسمح بتنظيم عدد كبير من المعلومات التى يمكن من خلالها ملاحقة أحد الجناة طوال حياته اجتماعياً ومكانياً ومهنياً وذلك ما يتم عن طريق الرقم القومى المستخدم فى تحديد هوية الأشخاص.<sup>2</sup> فبعد التقدم العلمى والتكنولوجى، أصبح من السهل تحديد مكان الشخص المرتكب الجرم، حيث أن النظام الإلكتروني غالباً ما يحتفظ بآثار العمليات التى تتم بواسطته، فتسمح المعالجة الإلكترونية للمعلومات باتساع مجال البحث والتحرى وملاحقة الجناة عبر تحديد هويتهم إما عن طريق ميكنة بصمة الاصابع، فالكشف عن البصمات من الوسائل الهامة فى معرفة أشخاص الجناة، ويتم ذلك هنا، عن طريق التسجيل والمقارنة (تسجيل البصمات المأخوذة المرفوعة فى قسم الشرطة) أو حتى من مسرح الجرم ومضاهتها بالبصمات المخزنة إلكترونياً وخصائص البصمات موضوع الدعوى (التحقيق) ويتم التأكد من ذلك فنياً لاحقاً.<sup>3</sup>

هذا ويمكن أن تتم الملاحقة والتتبع عن طريق إنشاء ملفات أبجدية للمجرمين، فيلعب الدليل الإلكتروني هنا دوراً كبيراً، إذ يمكن استخدام النظام المعلوماتى فى تخزين ملفات الكترونية تحتوى على أوصاف الأشخاص الذى يجرى البحث عنهم إما بمعرفة سلطة

<sup>1</sup> انظر بوجه عام: المستشار ادوارد غالى الذهبى، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى والمقارن، مكتبة غريب، القاهرة، (طبعة منقحة ومزودة) طبعة خمسة، ٢٠١٠.

<sup>2</sup> انظر: د/ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني: ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهته، مدى حجبيته فى الإثبات، الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠١.

<sup>3</sup> انظر بوجه عام: د/ طارق سرور، ذاتية جرائم الإعلان الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠١.

التحقيق أو الاستدلال أو حتى المحاكمة. فيكون لهذه الملفات دور في تسهيل مهمة مأموري الضبط القضائي في سرعة الوصول للجاني الجارى البحث عنه خاصة بالنسبة للمجرمين الخطيرين فضلاً عن قيام رجال البحث الجنائي (المباحث أو الشرطة) بعرض نماذج مختلفة عبر تقنية وجه الروبوت (Robot Face) على الشهود أو المجنى عليه كي تساعد في التعرف على المجرم من خلال الانتقال من مقطع إلى مقطع في ملامح وجه الشخص، فقد تصل في النهاية إلى تطابق تلك المقاطع مع صورة الجاني.<sup>1</sup> ويجب أن تتضمن البطاقات (الملفات) معلومات عن هوية الجناة وأوصافهم والمهنة والعنوان وغيرها إذ أن ذلك يساعد في سهولة كشفهم.

### ثانياً: شهادة الشهود

تثير الشهادة - في مجال الإجراءات الجنائية - عدة إشكاليات في مجال الدعوى الجنائية للجريمة الإلكترونية وخاصة فيما يتعلق بنطاق إنشاء المعلومات أو التي يجوز للشاهد البوح بها. فالأصل طبقاً للقواعد العامة أن الشاهد يُدلى بما يشهده بذاته أو حكم به، أما في الدعوى الجنائية المتعلقة بالجرائم المعلوماتية، فإن الأمر مختلف، فهناك بعض الأمور والأعمال المتصلة بالشاهد ذاته أو معلومات تكون متصلة بنظام الكتروني وليست - متصلة بشخص طبيعي - فلا يجوز له البوح بها في إطار الإلتزام بالخصوصية والسرية.<sup>2</sup> فالتنظيم القانوني لقواعد الإثبات المتعلقة بالأدلة المعلوماتية يجب أن يُعاد تنظيمه حتى لا يتم وضع الشاهد موضع المساءلة القانونية ولا يفوت الفرصة على القاضى من الاستفادة من شهادته كي يصل لحقيقة الجرم. فقد ذهب جانب من الفقه للقول بأن الشهادة

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال:

- Electronic Communications Privacy Act, Communication Assistance for Law & Cyber Security Enhancement Act. Enforcement Act,

<sup>2</sup> انظر أيضاً في هذا الشأن: د/ هلاي عبد الله أحمد، التزام الشاهد بالاعلام في الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق الإشارة إليه.

National Stolen Property Act, Economic Espionage Act of 1996, and 17 U.S.C.A.Ss506 -

(a) (1).The Fraudlent Online Identity Sancations Act.

في الجريمة المعلوماتية لا تختلف عن مفهومها وإجراءاتها في الجريمة التقليدية، إذ أن أمر سماعهم (الشهود) متروك للسلطة التقديرية لجهات التحقيق وكذا المحكمة.<sup>1</sup>

والأصل أنه يجوز للخصوم سماع من يرون من شهود وللمحقق استدعاء من يرى في شهادته إفادة في التحقيق وله أن يسمع شهادة أي شاهد تقدم من تلقاء نفسه.<sup>2</sup> والشاهد المعلوماتي هو الشخص التقني الفنى صاحب الخبرة والمهارة العالية في مجال تكنولوجيا المعلومات والعلوم الإلكترونية حيث يتوافر لديه معلومات محورية وجوهرية لازمة للدخول في نظام المعالجة الآلية للمعلومات إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك بمعنى الدخول والتتقيب والبحث بداخل أنظمة الحاسوب وشبكته المعلوماتية.<sup>3</sup>

وهم على أنواع، فمنهم المطلون الذين يقومون بتحليل الخطوات وتجميع البيانات الخاصة بنظم معينة إلى وحدات منفصلة واستنتاج علاقة بعضها البعض فضلاً عن تتبع البيانات داخل الأنظمة ومنهم مديرو النظم الموكول لهم أعمال الإدارة في النظم الإلكترونية وكذا مهندسوا الصيانة، المسئولون عن أعمال صيانة تقنيات الحاسب وشبكات الإتصال المتعلقة به وكذلك منهم مشغولوا الحاسبات المهتمون بتشغيل الحاسب ومعداته وهم الخبراء المتسمين بالدراية الكاملة بنظم التشغيل وقواعد كتابة البرامج وأخيراً منهم المبرمجون كمخططوا برامج التطبيقات للحصول على خصائص الأنظمة وكذلك مخططوا برامج النظم المختصون بتعديل وتصحيح البرامج.<sup>4</sup>

### ثالثاً: الإنتقال للمعاينة والخبرة

ذهب بعض الفقه الجنائي للقول بأن الإنتقال للمعاينة ليس بالأهمية القصوى في مجال الجريمة المعلوماتية وخاصة فيما يتعلق بإثباتها، إذ من النادر أن يترك الجاني آثار مادية

<sup>1</sup> د/ محمد السيد عرفه، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت: مفهومها، القاعدة القانونية التي تحكمها، ومدى حجية المخرجات في الإثبات، دراسة مقدمة إلى المؤتمر المنعقد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة (في موضوع القانون والكمبيوتر والإنترنت) من 1-3 مايو 2000.

<sup>2</sup> د/ غنام محمد غنام، عدم ملائمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر، دراسة مقدمة لذات المؤتمر السالف ذكره أعلاه (هامش 1).

<sup>3</sup> د/ محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاسها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة- 1994.

<sup>4</sup> انظر تفصيلاً في هذا الصدد بوجه عام: د/ مدحت عبد الحليم رمضان، جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة (2000)؛ وكذلك لذات المؤلف الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، (2001).



عند ارتكابها فضلاً عن طول الفترة بين وقوع الجرم (ارتكابها) وكشفها، فقد تزول الآثار الناجمة عنها بالمحو أو العبث أو التدمير (التلف).<sup>1</sup>

وعلى أية حال، أنه في حالة تلقى بلاغ عن وقوع جريمة معلوماتية، يتم الانتقال لمسرحها لمعيانته، فهذه الجريمة غالباً ما تكون مستمرة كما هو الحال في بعض جرائم الإعتداء على الأموال (كالسرقة والإحتيال) والجرائم الإقتصادية الأخرى وقد يكون مسرحها كالجرائم الأخرى كالتزوير، ففي الحالة الأولى يكون غرض المعايينة، المداهمة والتحفظ على الأدلة، أما في الحالة الثانية- بعد وقوع الجرم - فيتوقف الأمر على اعتراف الجناة إذا كان قد تم القبض عليهم وكذا القرائن والشهود.<sup>2</sup>

هذا وينبغي عند إجراء المعايينة مراعاة بعض الضوابط منها مثلاً إخطار وإعادة الفريق الذي سيقوم بإجرائها فنياً وعلمياً لوضع استراتيجية مناسبة لضبط الأدلة بوقت كافٍ، وكذا تطوير الكمبيوتر وما يتصل به من أجهزة أخرى وإعداد خطة المعايينة ومراجعتها لاتمامها بشكل جيد، ملاحظة وإثبات حالة التوصيلات (الكابلات) لإجراء المقارنة عند عرض الأمر على القاضي؛ إجراء اختبارات قبل نقل أي مادة إلكترونية من محل الجرم للتأكد من عدم محو أي بيانات أو معلومات مخزنة وكذا التحفظ على جميع المعلومات والمستندات وقواعد الإدخال والمخرجات وغيرها، فضلاً عن قيام المختصين في هذا المجال بإجرائها وفق مبدأ المشروعية وفي إطار ما تنص عليه التشريعات الجنائية.<sup>3</sup> هذا وقد عالج المشرع المصري إجراءات الانتقال للمعاينة في قانون الإجراءات الجنائية المصرية بالنسبة للجرائم العادية أو تصوير ما حدث وجمع الآثار والأدلة المادية وغير ذلك وهو الأمر غير الموجود كثيراً في الجرائم المعلوماتية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Orin S.Kerr, ExAnte Regulation of Computer Search and Seizure, 96 Va. L. Rev. 1241(2010).

<sup>2</sup> د/طارق سرور، مرجع سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> د/على عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، دراسات مقدمة لذات المؤتمر المشار إليه سلفاً(هامش

<sup>4</sup> المرجع السابق .

أما الخبرة فلها دوراً كبيراً في العصر الحالي في عملية الإثبات القضائي نظراً لما يشهده العالم من تطور علمي وتكنولوجي وما يمكن وصفه بعصر المعلومات. والخبرة هي إجراء يرتبط بإجراء موضوع يحتاج الإلمام والدراسة بمعلومات فنية لإمكان استخلاص الدليل منه، فهي غالباً ما تكون استشارة فنية يستفيد بها المحقق والقاضي لمساعدته في تقدير إثبات المسائل الفنية التي لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية نظراً لاحتياج تقديرها لمساعدة فنية أو إدارية.<sup>1</sup>

والخبير هو كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل قد يحتاج فحصها لكفاءة علمية وخبرة فنية معينة قد لا تتوافر - أو في الغالب هي غير متوافرة - لدى المحقق، كالطبيب الشرعي الذي يُستدعى لمضاهاة الخطوط المدعى تزويرها وكذا كتابة تقرير الصفة التشريحية في جرائم القتل مثلاً.<sup>2</sup>

وطبقاً للقانون، يجوز الإستعانة بخبير أو أكثر إذا توقف تمييز الجرم في طبيعته وظروفه على معرفة بعض المهام التي يقوم بها المختصون كل حسب وظيفته. هذا وقد نظم المشرع المصري هذه الوسيلة في إطار الجريمة العادية متجاهلاً أهميتها في إثبات الجريمة المعلوماتية، فهي وسيلة أساسية من وسائل الوصول للدليل الإلكتروني الهادفة لكشف بعض الدلائل، وتحديد معناها عبر الإستعانة بالمعلومات العلمية.<sup>3</sup>

هذا وقد تظهر أهمية الإستعانة بخبير في الجرائم المعلوماتية عند عجز الشرطة عن كشف الغموض حول الجرم أو عجز أجهزة التحقيق والاستدلال عن جمع الأدلة حول الواقعة أو توفير الأدلة أو محوها نتيجة لنقص الكفاءة الفنية أو الإهمال أو الجهل عند التعامل مع الأدلة.<sup>4</sup> ويمكن القول بأنه نتيجة للتطور العلمي، قد ظهرت أنشطة جديدة تتم عن طريق النظم الآلية، كالأعمال المالية أو المصرفية الإلكترونية، التجارة الإلكترونية والحقوق الإلكترونية

<sup>1</sup> انظر بوجه عام، د/هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن - دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

<sup>2</sup> انظر تفصيلاً في هذا الصدد: د/هشام فريد رستم، الحماية الجنائية لسرية السوابق القضائية، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، 1990.

<sup>3</sup> An Act concerning the Connection Uniform Electronic Transactions Act, Bill No.561, Feb, session, 2002.

<sup>4</sup> انظر د/ محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات، دار النهضة العربية - القاهرة - 1999، ص 50-80.

الإلكترونية وغيرها وهذه الأعمال قد تتعرض لبعض الجرائم، كالتزوير والتلاعب فى البيانات والمستندات المدخلة على الأنظمة الآلية وغيرها، مما أدى إلى ظهور صعوبات يواجهها الخبير الجنائى فى سبيل جمع هذه الأدلة من الحاسبات، فمنها على سبيل المثال، تهيئة المتهم جهاز الحاسب للتدمير أو التفجير بمجرد تشغيله، أو إخفاء هويته عمداً عبر قيامه بالإجراءات التى تؤدى لطمس شخصيته، أو إخفاء المعلومات بخلق أنظمة معينة يستحيل معها إرجاع هذه المعلومات وكذا فى حالة توزيع مسرح الجرم بين أكثر من دولة نتيجة تحقيق الإجراءات للحصول على دليل رقمى وغير ذلك من المعوقات التى غالباً ما تعوق عمل الخبير وتؤدى إلى عرقلة فى الوصول لحقيقة الجرم.<sup>١</sup>

لذلك تظهر أهمية الخبرة كوسيلة إثبات فى مجال الجرائم المعلوماتية فى كون الخبير ملماً بتركيب الحاسبات وصناعته ونظم تشغيله (إلخ....) وكذا قدرته - الخبير - على إتقان وظيفته دون تدمير الأدلة فضلاً عن تمكنه من نقل أدلة الإثبات غير المرئية لأدلة مقرونة، والمحافظة على دعامتها الإسطوانية دون تلف.<sup>٢</sup> وبناء على ذلك، يشترط فى الخبير أن يكون عالماً وعلى دراية بنظم أجهزة الحاسب الآلى وبمكوناته المادية والبرمجية وكذا برامج فحصه واسترجاع البيانات وإصلاح التالف منها وفك الشفرات.<sup>٣</sup> وكذلك يشترط أن يكون قادراً على تفسير الملاحظات والربط بين الأشياء واستخلاص دلالات علمية وفنية وكذا الربط بين الدليل المادى والرقمى فى الواقعة محل البحث.<sup>٤</sup>

#### رابعاً: إجراءات الضبط والتفتيش

بادئ ذى بدء، يمكن القول بأن الضبط والتفتيش هو الغور والبحث فى مستودع ومكنون أسرار المتهم فهو إجراء من إجراءات التحقيق الذى يتطلب إذن أو أمر قضائى مسبب لإمكانية

<sup>١</sup> وفي الشأن المدنى، انظر بوجه عام: د/ حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت - دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٠، ص ٦٣.

<sup>٢</sup> د/ محمد رشدي، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٨٦.

<sup>٣</sup> د/ ثروت عبد الحميد، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٩٠-١٠٠ وما بعدها.

<sup>٤</sup> د/ أشرف توفيق شمس الدين، الصحافة والحماية الجنائية للحق فى الخصوصية : دراسة مقارنة (ورقة مقدمة للمؤتمر العلمى الثانى لكلية الحقوق جامعة حلوان فى موضوع الاعلام والقانون ١٤-١٥ مارس ١٩٩٩).

مباشرة، وعلى النيابة العامة المبادرة بإجراء التفتيش قبل قيام المجرم بإخفاء معالم جريمته وطمسها، فهو يقوم بذلك إذا ما سمحت له الفرصة وكان لديه متسع من الوقت.

ويلاحظ أن التفتيش في مفهومه القانوني الإجرائي فيما يتعلق بالجرائم المعلوماتية لا يختلف عن معناه السائد في فقه وقضاء الإجراءات الجنائية، إذ أنه إجراء من إجراءات التحقيق تتولاه سلطة مختصة بهدف الدخول لنظم المعالجة الآلية للمعطيات والبيانات بما تحتويه من مدخلات وتخزين مخرجات بغرض البحث عن سلوكيات غير مشروعة تكون مرتكبة تشكل جنائية أو جنحة والوصول من خلال ذلك لأدلة تفيد في إثبات الجرم ونسبتها لفاعلها.<sup>1</sup>

فتفتيش مسرح ومحل الجريمة وما يتصل به من أماكن وضبط الأحرار المتعلقة بالجريمة، هي مسائل نظمها التشريعات الجنائية الإجرائية، فيثور السؤال حول مدى إمكانية انطباق القواعد القائمة الخاصة بالتفتيش على تفتيش الحاسبات ونظم المعلومات، إذ قرر بعض الفقه الأمريكي بأن "الخطأ في ضبط وتفتيش الدليل قد يؤدي لفوات فرصة كشف المجرم أو حتى فوات فرصة الإدانة على الرغم من معرفة الجاني".<sup>2</sup>

فتفتيش أنظمة الكمبيوتر وما تحتويه من بيانات ومعلومات ومعطيات هو بمثابة تفتيش للفضاء الافتراضي وكذا أجهزة التخزين هو أمر متعلق بالقدرة على تحديد المطلوب مسبقاً ليس مجرد التدخل والإطلاع على ما بداخل الأجهزة والأنظمة المعلوماتية، إذ أن ذلك قد يربط عوائق إجرائية يكون أهمها بطلان الإجراءات والآثار المترتبة على التفتيش، إذ أنه قد يكون تم خارج نطاق الإذن المسبب الصادر به (فضلاً عن أمر الضبط) أو نتيجة للإطلاع على خصوصية البيانات المخزنة.<sup>3</sup>

هذا ويلاحظ وجود بعض العوائق الإجرائية التي تعوق خضوع المعطيات المحفوظة إلياً لقواعد التفتيش المتعارف عليها والتي منها مثلاً، تعدد الأماكن التي يوجد بها النظام

<sup>1</sup> انظر: على حسن الطوالة، مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، بحث منشور عبر موقع كلية الحقوق بجامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين (٢٠٠٩).

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> د/ محمد الشوا، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٦١.

الإلكتروني داخل أو خارج إقليم الدولة، وكذا عدم اكتمال المعرفة والخبرة الإلكترونية بالشئ المراد ضبطه وتفتيشه أو حتى بالتقنية المطلوبة لإتمام عملية التفتيش على الوجه الأكمل.<sup>١</sup> هذا وقد نظم المشرع المصري إجراءات التفتيش والضبط تفصيلاً في تشريع الإجراءات الجنائية الخاصة بالجريمة المادية دون الإلكترونية لكي يمكن إثباتها بالدليل الإلكتروني ولهذا تخضع إجراءات تفتيش النظم المعلوماتية والإنترنت لمجموعة القواعد العامة المنصوص عليها في قوانين الإجراءات في ظل غياب النصوص الخاصة التي يجب وأن تنظم هذا الأمر على حده.<sup>٢</sup>

وفي هذا الصدد، يمكن القول أن بعض المواد المراد تفتيشها يكون مادياً كالأجهزة والمعدات أو معنوياً كالبيانات والبرمجيات أو شبكات (ملفات مشفرة)، فيخضع التفتيش في هذه الحالة لبعض القواعد الشكلية الخاصة بالأشخاص الواجب حضورها إجراء التفتيش وكذا من يقوم بإعداد محضر التفتيش، فيجب أن يقوم بإجرائه أشخاص متخصصة وذلك عبر تحديد النظام المراد تفتيشه بقدر من الدقة حتى يتم تلاشي تلف الكيان المراد تفتيشه.<sup>٣</sup>

وطبقاً للقواعد العامة، يجوز لمأموري الضبط القضائي - بعد الحصول على إذن مسبب من النيابة العامة - الدخول للأماكن التي تشير الدلائل إلى استخدامها في ارتكاب الجرم كما يجوز تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج والوسائل وغيرها التي ترشد الدلائل في استعمالها في ارتكاب الجرم، وعلى مأموري الضبط تحرير محضر بذلك ورفعها للنيابة العامة.<sup>٤</sup>

وعلى ذلك، فالتفتيش في الجرائم الإلكترونية يكون محله كل مكونات النظام الآلي سواء مادية أو معنوية، وكذا شبكات الإتصال المعلوماتية فضلاً عن الأفراد الذين يستخدمون محل التفتيش بجميع عناصره ومكوناته المادية والمعنوية (كبرامج التطبيقات

<sup>١</sup> د/أحمد بلال، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٤٨-٤٩.

<sup>٢</sup> انظر د/ محمد الأمين، العدالة الجنائية ومنع الجريمة: دراسة مقارنة، طبعة أولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ١٩٩٧.

<sup>٣</sup> د/غنام محمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٤.

<sup>٤</sup> د/ مدحت رمضان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣١.

والنظم سابقة التجهيز بحسب احتياجات أو طلبات العميل) إذ يتطلب تفتيش هذا النظام مجموعة من الخبراء الفنيين.<sup>١</sup>

هذا ويشترط موضوعياً كي يكون هذا التفتيش منتجاً لآثاره الإجرائية، أن يكون له محل سواء كان متمثلاً في شخص أو مكان ويشترط أن يكون هذا المحل محدداً أو معيناً بالذات أو قابلاً للتحديد وأن يكون مشروعاً (جائز للتعامل فيه قانوناً)، فلا يجوز مثلاً تفتيش أعضاء البعثات الدبلوماسية ولا منازلهم وكذا محامي المتهم أو الخبير الاستشاري لضبط مستندات إذ إنهم يؤديون مهامهم الدفاعية طبقاً لمقضييات حق الدفاع المحمي دستورياً.<sup>٢</sup> كما يشترط أن يكون هناك جرم واقع بالفعل وهو سبب التفتيش سواء تمثل هذا الجرم في شكل جنائية أو جنحة. هذا فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للتفتيش.

أما فيما يتعلق بشروطه الشكلية، لا يملك القيام به - طبقاً للقواعد العامة - إلا سلطة التحقيق أو الإتهام (أى النيابة العامة)، فهو يخضع لخصائص التحقيق الابتدائي كوجوب كتابته أو تدوينه من قبل المختص بذلك وكذا سرية عن الجمهور وحضور الخصوم أو وكلائهم إذ أمكن ذلك كما يشترط أن يكون إذن أو امر التفتيش مسبباً وذلك لضمان وجود سبب قانوني للتفتيش، إذ يجب أن يصدر الإذن وفقاً لما قرره القانون، بمعنى إمكانية تقدير جديته لصدوره من عدمه وهو أمر يقدره المحقق تحت رقابة محكمة الموضوع فضلاً عن حق الدفاع في مراقبة ذلك انطلاقاً من كفالة حق الدفاع "Due Process".<sup>٣</sup>

ولكى يمكن أن تنجح عملية التفتيش في الجرائم الإلكترونية يجب تجميع أشخاص أو فريقاً متخصصاً فنياً وتقنياً من مأموري الضبط القضائي للقيام به، وكذا التعرف على النظام المراد تفتيشه ووضع خطته وكذا خطة بديلة في حال فشل الخطة الأساسية، وكذا وضع مسوده الأمر أو الإذن الصادر به محتوياً على وصف المحل المراد تفتيشه بدقة وتفصيل.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> انظر على سبيل المثال، قانون التوقيع والتسجيلات الإلكترونية لولاية نيويورك الذي يعهد لمكتب تقنيات الولاية بالحق في اختيار وسيلة التوقيع الإلكتروني بالنسبة للأجهزة الحكومية.

<sup>٢</sup> انظر د/ لؤي عبد الله نوح، مدى مشروعية المراقبة الإلكترونية في الإثبات الجنائي وانظر له أيضاً، حجية مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي: دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع - القاهرة - ٢٠١٨.

<sup>٣</sup> انظر على سبيل المثال المادة (١٠٥) (٦) من قانون التوقيع الإلكتروني الاتحادي الأمريكي لعام ٢٠٠٠.

<sup>٤</sup> د/ طارق سرور، مرجع سابق الإشارة إليه، رقم ١ ص ٢.

ومن المعروف أن هدف التفتيش هو ضبط الأدلة المادية لكشف الحقيقة الخاصة بالجرم وذلك في حالة ضبط الأدلة المادية لمكونات الكمبيوتر وهذا أمر سهل، أما الصعوبة تنبثق عن ضبط البيانات والبرمجيات، إذ أن الراجح فقهاً هو عدم إمكانية توقيع إجراء الضبط على الكيانات المعنوية إلا بعد تحويلها لكيانات مادية (ورق أو أقراص مدمجة) أو أى وسيلة أخرى تصلح لذات الهدف حتى يتم ضبطها بعد ذلك، إذ أن الكيانات المعنوية هي عبارة عن خلاصة فكر المبرمج الآلي (نتاج فكري) الذي يهدف للحصول على البرنامج أو النظام النهائي.<sup>١</sup>

هذا ويجوز لمأمور الضبط القضائي- في إطار اختصاصهم العام المقرر قانوناً- ضبط الأجهزة والأدوات والوسائل المستخدمة في ارتكاب الجرائم الإلكترونية وكذا الأموال المتحصلة منها والتحفز على المعلومات والبيانات المتعلقة بارتكابها مع الأخذ في الاعتبار بمراعاة حقوق الغير حسن النية- إذا تبين عدم إشراكهم في الجرائم- فيكون للضبط آثاره الجنائية الإجرائية.<sup>٢</sup>

هذا وفيما يتعلق بضبط البريد الإلكتروني والمراسلات وخاصة في مجال الجرائم المعلوماتية، فيجوز مراقبة المحادثات الهاتفية وعبر الإنترنت وشبكات الكمبيوتر وتسجيلها ولكن ذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة قانوناً المتعلقة بآلية مراقبة المحادثات والتصنت عليها وهي الحصول على إذن (أمر) قضائي مسبب يُجيز ذلك وكذا يمكن تفتيش حساب الإنترنت من خلال أمر التفتيش المسبب الخاص بالمستخدم المشكوك فيه ارتكابه الجرم.<sup>٣</sup> وفي جميع الأحوال، مع مراعاة الإجراءات المقررة قانوناً، يجوز ضبط ومصادرة الأجهزة والوسائل والمعلومات المستعملة في وقوع الجرم وكذا تعطيل أو وقف عمل المواقع المعلوماتية التي يرتكب بها أى من الجرائم.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> د/ على القهوجي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٦.

<sup>٢</sup> د/ طارق سرور، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٦ رقم ١٤ و ص ٨٥ رقم ٤٩.

<sup>٣</sup> د/ مدحت رمضان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٠ و ٧٢.

<sup>٤</sup> انظر في هذا الشأن ما يلي:

• د/ جميل الصغير، مرجع سابق الإشارة إليه، (الإنترنت والقانون الجنائي)، ص ٦٣.

• د/ على القهوجي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٤٧-٥٩.

## المبحث الثاني

### سلطة القاضي الجنائي في استخلاص الدليل المعلوماتي

مما لا شك فيه أن للتطور العلمي الحالي أثارة وانعكاسه على قانون العقوبات وكذا قانون الإجراءات الجنائية، إذ يجب تعديل وتطوير تلك القوانين مع تلك الإنعكاسات وبصفة خاصة في مجال الإثبات الجنائي، إذ إنه قد تأثر بالتطور الضخم الذي لحق مجال الألة الجنائية انبثاقاً من تطور أساليب ارتكاب الجريمة، الأمر الذي استوجب معه تغيير وجهة النظر لطرق الإثبات الجنائي كي تصبح الحقيقة العلمية الفنية مقترنة في واقعها من الحقيقة القضائية.

فإثبات الأفعال الإجرامية والخاصة بالجرائم المعلوماتية قد تأثر بطبيعة هذه الجرائم وكذا بوسائل ارتكابها مما قد يؤدي لاحتمال عدم كشفها في بعض الأحيان أو عدم الوصول للمجرمين أو العجز عن إقامة الدليل على إثباتها مما يلحق الضرر بافراد المجتمع. هذا ونتيجة لما يتميز به الدليل الإلكتروني من طابع خاص كوسيلة إثبات في المواد الجنائية، مما أدى لوجود بعض الصعوبات على المحققين في القيام بمهامهم، منها مثلاً التخزين الإلكتروني وسهولة محو الدليل في زمن قصير، فقد نادى البعض من الفقه بعدم الأخذ به كدليل إثبات في المجال الجنائي.<sup>1</sup>

ويتعدد الأمر إذا تم التخزين عن بُعد، فلا تكفي القواعد الإجرائية التقليدية في الإثبات، فمن الصعوبة بمكان إجراء ضبط وتفتيش لمعلومات أو معطيات للحصول على أدلة تفيد في كشف حقيقة الجرم، وخاصة إذا كانت هذه المعطيات في دولة أجنبية، إذ أن هذا الإجراء يتعارض و سيادتها التي لا يجوز المساس بها طبقاً لقواعد القانون الدولي العام.<sup>2</sup>

#### Criminal Evidence Act of 1992 •

- "An Electronic Record shall have the same force and effect as those records not produced by electronic means."
- Report to the Governonr & Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.8 &14.

<sup>1</sup> انظر د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص- الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤، ص ٢٤٨.

<sup>2</sup> انظر د/ فوزية عبد الستار، قانون العقوبات- القسم الخاص - الطبعة الثانية- دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٧.



هذا ويلاحظ أن الأدلة القولية تختلف عن الفنية، إذ أن الأولى يسهل فهمها وإدراك مضمونها، أما الأخيرة فينصب مضمونها في الغالب على مسائل لا تكفي لتحقيق قبولها أو الأفناع بها ، فمن الصعب التحصل عليها إلا من خلال عمليات تقنية معقدة، فالوصول إلى فهم مضمونها قد يكون أمر بالغ في التعقيد. فقد يكون من المستعصي على رجال البحث الجنائي كشف الغش والتدليس الواقع على أنظمة المعالجة الآلية، وذلك نتيجة للطبيعة غير المادية للبيانات المخزنة وكذا طبيعتها المعنوية لوسائل نقلها، إذ أن ذلك الأمر قد يتطلب إعادة جميع العمليات الآلية من جديد لكشف التلاعب فضلاً عن سهولة اختراق البرامج والأنظمة المعلوماتية.<sup>1</sup>

في ضوء ذلك، يتعين وضع برامج تدريبية متخصصة لجهات التحقيق الجنائي والضبط القضائي في استيعاب وفهم طبيعة المعطيات الواقعة على الجرائم الإلكترونية وكيفية التعامل مع لغة ونظم الحاسبات بالقدر الكافي لكشف الجرم، وهذا ما أوصى به المجلس الأوروبي في عام ١٩٩٥ من ضرورة استحداث وخلق دوائر جديدة تتولى مواجهة الجرائم المعلوماتية. صفوة القول هنا، أن الدليل الناتج من الوسائل الإلكترونية يستمد طبيعته من العمليات المعلوماتية التي نتج منها في حالة الإعتداء غير المشروع (كتقليد أو تزوير التوقيع الإلكتروني) فلا يمكن كشفه بالطرق التقليدية المتبعة وإنما يتم معرفه ذلك بالوسائل الإلكترونية. فإن الطبيعة الخاصة لهذا الدليل ستعكس بالضرورة على الطرق التي من خلالها يتم الوصول إليها، إذ لم تعد الطرق العادية صالحة أو كافية في البحث عن الأدلة المتحصلة من الجرائم أو الوسائل الإلكترونية، إذ يلزم اتباع طرق جديدة تتناسب مع هذه الأدلة لإثبات الأفعال غير المشروعة الخاصة بالجرائم المعلوماتية.

---

<sup>1</sup> راجع تفصيلاً في هذا الشأن:

- د/ عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية: دراسة تحليلية نقدية لنصوص التشريع المصري مقارناً بالتشريع الفرنسي- دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الثانية ١٩٩٥، رقم ٤٥، ص ٧٩.

- د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٩٥.

ففيما يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في استخلاص الدليل الإلكتروني، يجب التسليم بأن مشروعية الحصول على هذا الدليل أمر أساسي لاغنى عنه. ففي المواد الجنائية، يجب أن يتم الحصول على هذا الدليل بطريق مشروع كما يجب أن يكون الأطلاع على البيانات أو المعلومات أو الأدلة المأخوذة من الأنظمة الإلكترونية، من شخص مختص أى أن يكون القانون قد منحه حق الأطلاع كماأموري الضبط القضائي وأعضاء النيابة العامة فضلاً عن القضاة وذلك في إطار تحقيق جنائي، حماية للحقوق والحريات الشخصية.<sup>1</sup> فيجب قصر الإطلاع على هذه المعلومات أو الأدلة على أشخاص معينين ومختصين طبقاً للقانون وهو شرط أساسي لقبول هذه الأدلة المتحصلة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فضلاً عن إخضاع الأطلاع لرقابة وإشراف السلطة القضائية.<sup>2</sup>

وبناء على ذلك، فكل الطرق غير المشروعة للحصول على تلك الأدلة كالإكراه المعنوي أو المادي أو حتى التحريض على ارتكاب الجرائم من قبل رجال البحث الجنائي دون مسوغ قانوني يؤدي في نهاية المطاف لجدد ودحض هذه الأدلة.<sup>3</sup> وعلى ذلك، فهناك طرق مشروعة وقانونية للحصول على تلك الأدلة وكي تكون مقبولة لدى القضاء إما عبر فحص نظام الإتصال بالإنترنت أو فحص مكونات الكمبيوتر المادية والمعنوية (البرامج). وهذه العملية- الحصول- تتسم بالتعقيد لما تحتاجه من خبرة ومهارة كبيرة في مجال الإتصال وتكنولوجيا المعلومات وذلك نظراً لتعدد صور الجريمة المعلوماتية (كتموير المعلومات غير مهاجمتها أو الإستيلاء عليها أو إختراق كلمات السر ومفاتيح الشفرة وغيره)<sup>4</sup>.

هذا ويمكن تجميع الأدلة الإلكترونية - طبقاً لما يراه بعض المتخصصين- إما عن طريق تجميع المعلومات المخزنة لدى الشخص مقدم الخدمة وإما عن طريق المراقبة، فقد يعود المجرم لمسرح الجرم و يحوم حول جريمته.<sup>5</sup> ويمكن مراقبة الأجهزة الإلكترونية عبر استخدام برامج وكاميرات مراقبة وغيرها من الوسائل عالية التقنية وهذا ويمكن

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال: United States v.Braks,842 F.2d 509,512 (1<sup>st</sup> cir.1988).

<sup>2</sup> د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٤٧.

<sup>3</sup> انظر: الجريدة الرسمية العدد ٢٣ (تابع) في ٩ يونيو سنة ١٩٩٤.

<sup>4</sup> د/ محمد السيد عرفه، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٩.

<sup>5</sup> انظر على سبيل المثال في القانون المصري، المادة ٣٦١ من قانون العقوبات.

ضبط الأجهزة الإلكترونية المشتبه فيها وفحصها فحصاً فنياً دقيقاً ومشروعاً- طبقاً للقواعد القانونية المعتبرة - ولكافة ملحقاتها - المادية والمعنوية (البرامج و المعطيات) للحصول على الدليل المادي وتقديمه لجهة التحقيق أو الحكم لتقرير مدى وقوع الجرم من عدمه وعليه إيداعه أو براءة الجاني وذلك طبقاً لما هو معروف ومتبع في حقل الخبرة المعلوماتية.<sup>١</sup>

وجدير بالذكر، أن وزارة العدل الأمريكية "US Department of Justice" قد وضعت تصوراً عملياً يحدد خطوات أساسية لجمع الأدلة المعلوماتية وفحصها وتحليلها وكتابة تقرير بها وبناتجها، ويتميز هذا النموذج بأنه يوضح أنواع الأدلة والمعلومات المستخلصة منها ويربطها بنوع محدد من الجرائم الإلكترونية.

فالتعرف على المعلومات المقيدة (رقم الضمان الإجتماعي "Social Security Number" وأرقام الهوية وغيرها) يفيد في عملية التحري والبحث، فهي بمثابة خطوة إيجابية تساعد في تقديم أدلة قانونية للقضاء عند تقديم المجرمين للمحاكمة الجنائية.<sup>٢</sup>

ويثور التساؤل في هذا المجال، حول مدى قبول وتقدير القاضي للدليل المعلوماتي في الإثبات الجنائي، إذ لم يتعرض المشرع لهذه المسألة على الإطلاق ومدى إمكانية تطبيق القواعد العامة المتعارف عليها.

غنى عن البيان، أن الإثبات الجنائي حر وغير مقيد ولكنها قاعدة ليست على إطلاقها، فلا يمكن تصور عدم اخضاع الدليل للنصوص القانونية، إذ أن حرية الإثبات لا بد وأن تتسق مع مشروعية الدليل. وطبقاً للقواعد العامة، يجوز إثبات الجريمة ونسبتها لمرتكبها بكافة طرق للإثبات إلا إذا نص القانون على غير ذلك، إذ أن المحكمة تعتمد في اقتناعها على الأدلة المستمدة من التحقيق الذي أجرته في الدعوى أو حتى من التحقيقات السابقة على المحاكمة، فلها كامل الحرية (المطلقة) في ترجيح دليل على آخر وتكوين عقيدتها

<sup>١</sup>د/ مدرحت رمضان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص٤٦.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص٥٥.

طبقاً لما يستقر في وجدانها وضميرها ولكن لا يجوز للقاضي - مطلقاً- أن يحكم بناء على معلومات أو أهواء شخصية.<sup>1</sup>

وجدير بالذكر أن أساس حرية الإثبات تكمن في قبول جميع الأدلة في الإثبات، بمعنى أن هناك حظر أو قيد فيما يتعلق بفرض أدلة معينة وتقييد الإثبات بهذه الأدلة، غير أن هذا الحظر خاص بالقاضي (أى منع له) ولكنه لا يقيد المشرع.<sup>2</sup>

فيجوز للمشرع الخروج على ذلك إذا قرر إثبات بعض السلوكيات الإجرامية بطرق معينة، إذ انه في بعض الأحوال يتوقف تحريك الدعوى الجنائية على تقديم شكوى من المجني عليه كما هو الحال في جرائم السب والقذف مثلاً وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية.<sup>3</sup> فلمحكمة الموضوع مطلق الحرية في الأفتناع بالأدلة الموضوعية أمامها إذا كانت تتفق مع العقل والمنطق وكانت كاشفة في إظهار حقيقة الجريمة المرفوعة بشأنها الدعوى الجنائية دون رقابة عليها من محكمة النقض فهي مسألة موضوعية بحتة لا تحتاج معقب عليها.<sup>4</sup>

فحرية الإثبات تعنى قبول كل دليل يُحتمل أن يساهم في إثبات الجرم وكشف من ارتكبها، فيجب طرح جميع الأدلة أمام القاضي الجنائي وليس له أن يستبعد أى دليل مسبق قبل فحصه، ما دام كان هذا الدليل قد يكون له أهمية في إثبات الدعوى.<sup>5</sup> هذا وحظر استبعاد القاضي لما يُعرض أمامه من أدلة قد يمس بحقوق الافراد إذ قد يشوب ذلك الاستبعاد عدم النزاهة والحيادية، وإنما يتعين عليه تقدير القيمة القانونية (الحجية القانونية) لهذه الأدلة.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> د/ جميل الصغير، مرجع سابق، ص ١٥٠.

<sup>2</sup> أنظر كل من أ. محمد رفيع البطوطي و أ. محمد أحمد حسن، قانون العقوبات في ضوء أحكام محكمة النقض، طبعة نادي القضاة- المجلد الأول-٢٠٠٣، ص ٧١٤-٧١٥.

<sup>3</sup> د/ محمد حسام لطفي، الأطار القانوني للمعاملات الإلكترونية: دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص ٢٨-٣٥.

<sup>4</sup> المرجع السابق، ص ٣٩.

<sup>5</sup> Guide to Electronic Commerce Regulations, 2002, op.cit

<sup>6</sup> أنظر مثلاً: United States V. Ickes, 393 f.3d 501-06 (4th cir. 200٥)

فنظام الإثبات الجنائي تحكمه قرينة البراءة "Presumption of Innocence" التي طبقاً لها، يتعين الحكم بالبراءة كلما شاب الأدلة الشك وعدم اليقين والجزم. فمجرد الحصول على الدليل الإلكتروني وتقديمه للقاضي الجنائي يُعد غير كافياً لإدانة الجاني، إذ أن هذا الدليل قابل للعبث فيه وفقاً لطبيعته الفنية، إذ يمكن تحريف الحقائق التي يصعب لمن يدركها غير المتخصص، فمشكلة إثارة الشك ومدى مصداقية هذا الدليل من عدمه مازالت محل خلاف في الفقه والعمل.<sup>1</sup>

وبناء على ما تقدم، فيمكن القول بأنه في النظام القانوني اللاتيني وخاصة ما يتعلق بمسائل الإثبات ومنها النظام القانوني المصري، فالقاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في تقييم وتقدير الدليل من حيث حجتيه وقيمته القانونية، فله قبوله أو رفضه بحسب اقتناعه الشخصي وتكوين عقيدته، وهذا ما أكدته النظام الإجرائي القانوني المصري.<sup>2</sup> فالدليل الإلكتروني يتمتع من حيث قوته بقوة في الإثبات قد تصل لحد الجزم واليقين، إلا أن ذلك لا يتناقض مع ما قد يشوب هذا الدليل من حيث سلامته من حيث العبث به من ناحية وصحة الإجراءات المتبعة في الحصول عليه من جهة أخرى .

أما في الأنظمة القانونية الإنجليزية والفرنسية التي تأخذ بنظام الإثبات المقيد (القانوني)، إذ أن القانون قيد حرية القاضي بقائمة أو مجموعة من الأدلة التي حُدثت قيمتها في الإثبات، فلا يكون للقاضي أي دور في تقدير حجية الدليل. فالمشرع هو الذي يحصر الأدلة ويحدد ما يجوز وما لا يجوز أن يلجأ له القاضي في الإثبات، فيكون دور هذا الأخير قاصراً على مجرد فحص الدليل للتأكد من توافر الشروط المقررة قانوناً، فلا مناص للاستناد لأي دليل لم ينص عليه القانون صراحةً.<sup>3</sup>

ففي ظل هذا النظام الإجرائي الذي تتبعه مثلاً الولايات المتحدة وبريطانيا، لا يعترف للدليل الإلكتروني بحجية في الإثبات ما لم ينص القانون عليه بلغة صريحة ضمن قائمة

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال: Kansas Statute No.16-1602.(2000-2002).

<sup>2</sup>د/ ثروت عبد الحميد، مرجع سابق الإشارة إليه ، ص ٩٦-٩٨.

<sup>3</sup> انظر على سبيل المثال: The American Bar Association (ABA) creates First Digital Signature Guidelines to Aid in Security of the Internet (1996).

الأدلة، وعليه فخلو نص القانون من ذكره، يهدر ما يتمتع به من حجية حتى لو كان يقينياً، فلا يجوز للقاضي أن يستند إليه في تكوين عقيدته.<sup>1</sup>

فسلطة القاضي الجنائي في تقدير وقبول الأدلة الإلكترونية في الإثبات ليست مطلقة - كما يظن البعض- بل تخضع لقواعد معينة، فهو يتقيد بالأدلة اليقينية المقترية نحو الحقيقة الواقعية، بعيداً عن الظن والشك والتخمين، ويناقشها طبقاً لمبدأ شفافية المرافعة، كما يجب أن تكون مشروعة ومتفقة مع مقتضيات العقل والمنطق.

### المبحث الثالث

#### حجية وشروط الدليل الإلكتروني الناشئ عن التفتيش الجنائي

خصصنا هذا المبحث لمعرفة الشروط التي يجب أن تتوافر في الدليل الإلكتروني الناتج عن عملية التفتيش بما للتفتيش من أهمية بالغة في مجالات الإجراءات وخاصة المجال الإجرائي الجنائي. وعلى ذلك، فالدليل المتحصل من تفتيش نظام الحاسب الآلي و الإنترنت لا يكون مشروعاً ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً وكذا ما يترتب عليه من آثار إجرائية إذا لم تتوافر فيه عدة شروط قانونية معينة.

أولاً: في شروط الدليل المتحصل من تفتيش النظم المعلوماتية (الآلية)

الشرط الأول - الحصول على الدليل بطريق مشروع غير مخالف لأحكام الدستور والقانون (قانون العقوبات)

فهدف المواثيق الدستورية هو صيانة كرامة الأشخاص والحفاظ على حريتهم وحقوقهم العامة، لذا فإن معظم الدساتير الحديثة - بما فيها الدستور المصري الحالي ٢٠١٤- تتضمن قواعد ونصوص تنظم ضوابط بعض الإجراءات وخاصة الإستجواب والإستيقاف والحبس والقبض والتفتيش وغيرها وهذا ما قيد المشرع الإجرائي في مصر وغيرها عند وضع قانون الإجراءات الجنائية.<sup>2</sup> فعلى سبيل المثال، نص المشرع

<sup>1</sup> Thomas A.o'Malley, Using Historical Cell Sit Analysis Evidence in Crimnal Trials, 59 The United States's Attorney 3 Bulliten 6 (2011).

د/ ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٩٩- ١٠٠ .  
انظر في هذا الصدد مثلاً:

الدستوري على حرمة المساكن والأماكن الخاصة إذ لا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا في الأحوال المقررة قانوناً وبالكيفية التي نظمها القانون، وكذا كفل سرية المراسلات البريدية والمحادثات الهاتفية وغيرها، فلا يجوز مراقبتها أو التصنت عليه إلا في الأحوال التي حددها القانون وبأذن (أمر) قضائي مسبب.<sup>1</sup>

وعلى ذلك، فإجراءات الحصول على الأدلة الجنائية، يجب أن يكون من خلال الإطار العام الذي حدده الدستور، فالدليل المتحصل عليه بالمخالفة لاحكامه يُعد باطلاً بطلاناً مطلقاً والبطالان هنا متعلق بالنظام العام، ولكل صاحب مصلحة التمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.<sup>2</sup> أما إذا تم الحصول على الأدلة بالمخالفة لاحكام القانون، فجزاء ذلك يكون جنائياً أو إدارياً فضلاً عن الجزاء المدني المتمثل في الحكم بالتعويض. وما يهمننا في هذا المجال هو الجزاء الإجرائي، إذ أن الدليل الناتج عن افتعال جريمة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام.<sup>3</sup>

هذا ولم يقتصر المشرع الإجرائي في حمايته لأسرار الأشخاص على الإطلاع عليها بطرق عادية بل شمل كافة الأسرار داخل المراسلات البريدية والبرقيات وغيرها، فقرر عقوبات الحبس والغرامة في حالة مخالفة ذلك. وفي جميع الأحوال، يرتب العمل المخالف للقانون لمن وقع عليه الضرر، الحق في التعويض المدني مع وجوب بطلان هذا

---

State of Connecticut v. Swinton, 847 A.2d 921 (S.Ct.couu.2004) (requiring an adequate foundation for enhancements of photographs has been presented).

<sup>1</sup> انظر في هذا الصدد مثلاً:

Williams v.Long,2008 WL 4848362 (D.md., April 7,2008) (case search results printed from official government websites admitted on the basis that they are self-authenticating).

<sup>2</sup> هذا وقد نص قانون التخلص من الأوراق الحكومية الأمريكي "Government Paperwork Elimination Act 1998" على أن الهيئات الحكومية عليها التزام بحفظ المعلومات الإلكترونية أو تسليمها أو حتى الكشف عنها، كلما كان ذلك ممكناً كان بديل للمستندات الورقية وكذا وجوب اتخاذ الإجراءات الكفيلة باستخدام وقبول التوقيعات الإلكترونية كلما كان ذلك ممكناً.

<sup>3</sup> الدكتور/ محمد حسام الدين لطفي، استخدام وسائل الإتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها- دراسة مقدمة إلى ندوة وسائل حسم المنازعات في "عمليات المصرفية" (مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، CIRICA) (يونيو 1998)، ص 8.

العمل كونه نتاج عمل إجرامي، ولذا بطلان الدليل، إذ أن ما بنى على باطل فهو باطل، طبقاً للقواعد العامة.<sup>١</sup>

وعلى أية حال، يمكن تطبيق القواعد العامة التقليدية على ما قد يقوم به رجال البحث الجنائي وغيرهم، ممن خول له القانون في نطاق اختصاصه كشف الجرائم - في حالة إطلاعهم (بحكم مهامهم) على أسرار المواطنين عبر أجهزة الحاسوب أو الإنترنت، ولكن اختلف الفقه المقارن حول الشهود في الجريمة المعلوماتية، فهل هم ملزمون بالإفصاح عن شفرات أو كلمات مسربة أو طبع ملفات أو غير ذلك؟

ذهب رأى في الفقه إلى إنه ليس من واجب الشاهد أن يقوم بذلك، فلا يجب إجباره على التعاون في كل ما يعرفه عند سؤاله أمام القاضي الجنائي، فالإلتزام بأداء الشهادة لا يتضمن القيام بذلك الواجب طبقاً للقواعد التقليدية العامة في الشهادة، وهذا ما ذهب إليه كل من لوكسبورج والمانيا فضلاً عن عدم جواز اكراه الشاهد للإفصاح عن بيانات أو كلمات سرية أو غيرها.<sup>٢</sup>

وذهب رأى آخر في الفقه للقول بجواز قيام الشاهد بذلك، ففي فرنسا مثلاً، يكون الشاهد مكافئاً بالكف عن كلمات المرور السرية والشفرات فيما عدا ما يتعلق بالمحافظة على أسرار المهنة. وفي هولندا، يتيح قانون الحاسبات الإلكترونية إصدار أمر للقائم بالتشغيل بتقديم المعطيات اللازمة لاختراقه ودخوله.<sup>٣</sup> فاستقر معظم الفقه والقضاء الفرنسيين على جواز استخدام وسائل في كشف الجرائم المعلوماتية، فيجوز لرجال الضبط القضائي اللجوء لطرق إلكترونية في التصنت على المحادثات التليفونية وذلك على الرغم من خلو بعض نصوص القانون المتعلقة بالنزاهة والأمانة في البحث عن الحقيقة، والبعض في فرنسا قد نادى بالبحث عن هذه الجرائم والحصول على أدلتها بطرق مشروعة ونزيهة وهو المعمول به في بلجيكا وسويسرا وكذا انجلترا واليابان.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٤١.

<sup>٢</sup> انظر في هذا الشأن: (computer) (August 3.2005) (S.J.c mass.,) 831N.E 2d 909 (Bank v. Eurich, printouts admitted; bank routinely accessed and relied upon the accuracy of information).  
د/رمزي عوض، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٨٥، د/أحمد بلال، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٦ وما بعدها.

<sup>٤</sup> راجع في هذا الصدد: د/على الطويلة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٧٩.



هذا وقد تضمن قانون الشرطة والإثبات الجنائي البريطاني ١٩٨٤ الشروط الأساسية الواجب توافرها فيما يخرج من الكمبيوتر لكي يُقبل أمام القضاء (كظروف تقييم البيانات أو وجود دافع إخفاء أو تشويه البيانات لدى شخص معين مثلاً).<sup>١</sup> وعلى ذلك، يشترط أن يوجد أساس معقول للإعتقاد بأن البيان أو المعطى خاطيء وغير دقيق نتيجة للإستعمال الخاطيء أو غير الملائم، وكذا يجب أن تكون جميع مكونات الحاسوب المادية تعمل بدقة فضلاً عن خضوع تقدير تلك الشروط للقاضي الجنائي وهذا ما قد أكدت عليه أحكام القضاء الانجليزي، ففي حكم لمحكمة الاستئناف في انجلترا، قضى بأنه " لايجوز إنكار أو رفض أية صلاحيات أو مميزات مقرررة وفقاً لقانون الإثبات، يمكن من خلالها- عن طريق التقنيات الحديثة- الوصول للحقيقة الخاصة بالجرم، ولكن لا بد من خضوع أى تقنيات للتحقيق والفحص الدقيق وذلك في ضوء جميع ظروف كل حاله على حدة".<sup>٢</sup>

الشرط الثاني- إمكانية مناقشة الأدلة المعلوماتية (الإنترنت أو الحاسوب)

لا يمكن للقاضي الجنائي بوجه عام أن يبنى اقتناعه لإعلى العناصر الجوهرية التي طرحت في جلسات المحاكمة وخضعت لحرية مناقشة أطراف الدعوى، فالأدلة المتحصلة من الجرائم المعلوماتية سواء كانت بيانات معروضة على شاشات الحاسب أو مطبوعة أو مختزنة على أقراص مدمجة أو غير ذلك من الأشكال، فكل ذلك يجب أن يخضع للمناقشة التفصيلية أمام المحكمة.<sup>٣</sup>

وطبقاً للقواعد العامة المستقرة في فقه الإجراءات الجنائية، أنه لا يجوز قبول الشهادة السماعية أمام المحاكم الجنائية، إلا إذ نص القانون على غير ذلك بشروط وضوابط معينة، وهذا قد يؤدي في بعض الأحيان لاستحالة مناقشة واستجواب الشاهد الأصلي من

<sup>١</sup> د/ هلاي أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٢-٥٦ وص ١٢١-١٢٢؛ د/ هشام رستم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١١٧.  
<sup>٢</sup> د/ هلاي أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٣٢؛ د/ جميل عبد الباقي- أدلة الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص ١١١-١١٢ وانظر كذلك: د/ أسامة عبد الله قائد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية- القاهرة (طبعة ثانية)، ١٩٨٩، ص ٩٣-٩٤.

قبل المحكمة والدفاع.<sup>1</sup> ولكن استثناءً من ذلك، فقد تضمنت بعض القواعد الفيدرالية الأمريكية نصاً يعتبر البيانات والسجلات بدقة وسيلة إثبات مقبولة أمام القضاء الجنائي، وعلى ذلك، يجوز اعتبار البيانات والتقارير والمعلومات وغيرها المحفوظة في أى شكل كان وحتى الأراء ونتائج التحاليل المنقولة بواسطة الخبراء والمختصين وسلية إثبات مقبولة أمام القاضي الجنائي كونها بيانات أكثر دقة ومحمية بأسلوب علمي يختلف عن غيرها من الأدلة السماعية، وعلى ذلك، فالأدلة الإلكترونية من هذا القبيل كونها معدة بهذا الأسلوب العلمي الدقيق لا يشوبها الشك.<sup>2</sup>

هذا وفي بعض الأنظمة القانونية المقارنة كالقانون الهولندي، يجوز للقائم بالتفتيش سلطة تسجيل البيانات الموجودة في النهاية الطرفية التي يتصل بها النظام الإلكتروني دون التقيد بالحصول على أمر (إذن) مسبق بذلك من المحقق المختص ولكن هذه القاعدة غير مطلقة، فهي مقيدة بأن لا تكون النهاية الطرفية للكمبيوتر موجودة ضمن إقليم دولة أخرى، إذ قد يؤدي الاتصال بها لانتهاك سيادتها الإقليمية وهو مخالف لاعراف القانون الدولي والمواثيق الدولية، وكذا احتواء هذه النهاية الطرفية على بيانات هامة وضرورية تكفي لظهور الحقيقة، فضلاً عن حلول قاضي التحقيق محل الشخص صاحب المكان الذي يتعين تفتيشه بصورة مؤقتة.<sup>3</sup>

ولكن على سبيل الاستثناء استناداً للإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتعاون القضائي والأمني في هذا المجال، يجوز الحصول على الأدلة المعلوماتية في إقليم دولة أخرى، كما أن متحصلات هذه الجريمة، يجب عرضها على القاضي الجنائي المختص بكافة عناصرها، إلا أن حيادية القاضي تلزمه بأن لا يقيم قضاءه أو حكمه إلا على ما عرض وطرح عليه (أو أمامه) وكان موضوعاً للمناقشة، فلا يجوز له أن يقضي بناء على علمه

<sup>1</sup> Naughan Bevan and Ken Lidstone, A Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984.(Bulterworth,London,1985),at 497.

<sup>2</sup> راجع د/هلالى أحمد، مرجع سابق، حجية المخرجات الإلكترونية، ص ٩٦.  
<sup>3</sup> أنظر في هذا الشأن: حكم (قرار) محكمة النقض المصرية رقم ١٧٩ في ١٩٨٦/١١/٢٠ - المبادئ القانونية- ص ٩٤٣.

الشخصي كما يجب تأهيل القضاة فنياً وتقنياً لمواكبة المناقشات العلمية للأدلة المعلوماتية بشكل يتماشى ويتواءم مع روح عصر تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات.<sup>1</sup>

الشرط الثالث - عدم قابلية الدليل الإلكتروني للشك (يقينه الدليل المعلوماتي)

يلزم في الأدلة المستخرجة من أجهزة الحاسوب وكذلك الشبكة المعلوماتية أن تكون يقينية غير قابلة للشك، أى مبنية على الجزم حتى يتمكن القاضي من الحكم بأدانة المتهم، فلا مجال لجدد قرينة البراءة وافترض عكسها إلا عندما يتحقق اقتناع القاضي المبني على الجزم واليقين.<sup>2</sup>

ويشترط قانون البوليس والإثبات في إنجلترا "Police and Evidence Act" حتى تتحقق يقينية الأدلة المعلوماتية أن تكون المعطيات والبيانات دقيقة وخارجة عن الحاسب بشكل سليم. وفي كندا، فالسائد فقهاً وعملاً هو اعتبار كل ما يخرج عن الحاسوب من مخرجات من أفضل الأدلة، فيتحقق الجزم واليقين المتطلب في الأحكام الجنائية.<sup>3</sup>

هذا وقد نصت بعض القوانين المحلية في بعض الولايات في أمريكا، على أن النسخ المستخرجة من بيانات الكمبيوتر تعتبر من أفضل الأدلة المتاحة للإثبات، وبالتالي تحقق الجزم واليقين.<sup>4</sup> وجدير بالذكر في هذا الصدد أن القواعد الفيدرالية الأمريكية تنص على " أن الشرط الرئيسي للتوثيق أو التحقق من صدقه وصحة الدليل، كشرط مسبق لقبوله، هو أن يفي بدلالة أو أمانة أو بينة كافية إذ إنها تدع اكتشاف أو الوصول للأمر التي تتصل بالموضوع بما يؤيد الإدعاءات أو المطالبة المدعى بها".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> د/ هلاي أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٣ وما بعدها (الالتزام الشاهد).

<sup>2</sup> د/ عفيفي كامل ود/ فتوح الشاذلي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٤٧؛ د/ محمد البشري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٢٨-١٢٩.

<sup>3</sup> د/ هلاي أحمد، تفتيش نظم الحاسب، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٣٩ وما بعدها.

<sup>4</sup> انظر: ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility formal opinion 06-442, Review and Use of Metadata (August 5, 2006).

<sup>5</sup> انظر على سبيل المثال: 336 Vinhnee v. American Express Travel Related Service Company, Inc. (B.R.437(9<sup>th</sup> cir. BAP 2005) (computerized Business records not admitted due to lack of foundation).

هذا وذهب الفقه الياباني لقبول الأدلة المستخرجة من الحاسب الآلي التي تم تحويلها لصور مرئية سواء كانت أصلية أو نسخاً مستخرجة عن هذا الأصل، فيتحقق اليقين المتطلب الذي يُبنى عليه الحكم الجنائي ويدخل في ذلك التقارير المعتمدة من الخبراء وهذا ما أخذت به بعض دول أمريكا اللاتينية فيما يتعلق بقوانين الحاسوب كتشيلي والأرجنتين.<sup>1</sup> هذا ويلاحظ أن المشرع الأردني قد اعتبر نظام المعالجة المعلوماتية صالحاً لإثبات تحويل الحق مما يسهل مهمة المحقق في ضبط الأدلة المعلوماتية، وذلك إذا كانت النسخة المعتمدة من السند القابل للتعديل (للتحويل) محددة بصورة غير قابلة للتعديل أو إذا كانت هذه النسخة تدل على اسم الشخص الذي تم سحب السند لصالحه، فيجوز استخدام كل من هذه الوسائل في تفتيش أجهزة وأنظمة الحاسوب والإنترنت.<sup>2</sup>

ثانياً: الحجية القانونية للدليل المعلوماتي الناشئ عن التفتيش الجنائي

من المسلم به إن القيمة القانونية (حجية) المخرجات الناتجة عن الحاسب الآلي وشبكاتة، هي التي تتمثل في القوة الاستدلالية والقيمة الإثباتية على صدق نسبة الفعل الجرمي إلى شخص بعينه أو كذبه. بعبارة أخرى، هي قيمة ما يتمتع به المعطى أو المخرج المتحصل من الحاسوب أي كان نوعها ورقية أو إلكترونية أو غيرها من قيمة وحجة استدلالية في كشف الحقيقة.<sup>3</sup>

هذا وقد اختلفت أنظمة الإثبات المتعددة في تقدير حجية الأدلة الإلكترونية (مخرجات الحاسوب). ففي الأنظمة الإنجليزية والسكسونية، التي يحدد فيها المشرع أدلة الإثبات وكذا حجيتها القانونية أو قوتها الإقناعية، ففي بريطانيا- التي تعد في مقدمة الدول التي تعتمد على هذا النظام- بعد أن أصدرت قانون سوء استخدام الحاسوب عام ١٩٩٠ الذي لم يتعرض لا من قريب ولا من بعيد للأدلة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات الجنائي وإن

<sup>1</sup> د/ محمد فهمي طلبة (وأخرون): دائرة معارف الحاسب الإلكتروني- مجموعة كتب لتلا- مطابع المكتب المصري الحديث، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣١ وما بعدها.

<sup>2</sup> أنظر على سبيل المثال: (المواد ١٥٧، ١٥٦، ١٦٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، وانظر على سبيل المثال:

- People v. Rivera, 537 N.E 2d 924 (App.ct. Illinois, April 4, 1989) (enunciated standards for the admissibility of computer records).

<sup>3</sup> أنظر د/ هلال أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٢.

كان قانون البوليس والإثبات الجنائي ١٩٤٨ قد تناول هذه المسألة تفصيلاً مبيناً قواعد قبول هذه الأدلة في الإثبات في المسائل الجنائية- والتي أسلفنا لها الإشارة من قبل.<sup>١</sup>

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد تعرضت بعض القوانين لقيمة الأدلة المعلوماتية في الإثبات، ومثال ذلك، ما نص عليه قانون الحاسب الآلي ١٩٨٤ الصادر في "Iowa" من أن مخرجاته ومعطياته تكون مقبولة ولها قيمة قانونية بوصفها أدلة إثبات (مادة ١٦١/٧١٦) فضلاً عن قانون الإثبات الصادر في California الذي نص على أن النسخ المستخرجة من البيانات التي يتضمنها الحاسوب تكون معتمدة بوصفها أفضل الأدلة المتاحة لإثبات هذه البيانات.<sup>٢</sup> هذا وينص قانون الإثبات الكندي في المادة ٢٩ على مجموعة من الضوابط التي يلزم توافرها قبل عمل صور (copies) من السجلات التي تضاف إلى الأدلة. ومن هذه القواعد مثلاً، أن تكون الصورة حقيقية من المدخل الأصلي (أى طبق الأصل).<sup>٣</sup> وفي حكم شهير في قضية (McMullan)، قضت محكمة استئناف Ontario الكندية بأنه "يشترط كي تعتبر سجلات الحاسوب معتمدة بوصفها نسخاً حقيقياً من السجلات المعلوماتية وأن تكون متضمنة على توصيف كامل لنظام حفظ السجلات السائد في المؤسسات المصرفية والمالية وكذا وصفاً تفصيلياً للإجراءات والعمليات الخاصة بإدخال البيانات وتخزينها واسترجاعها حتى يتضح أن المخرج المستخرج من الكمبيوتر موثوق به بشكل محدد وكاف".<sup>٤</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن الضوابط الفيدرالية الأمريكية فيما يتعلق بالإثبات، قررت أن النسخ طبق الأصل - أى كانت وسيلة النسخ - كالطابعة والتصوير والتسجيل الإلكتروني والميكانيكي لها نفس القيمة القانونية التي تكون للأصل وهذا ما استقر عليه القضاء الأمريكي من حيث قبول دليل السجلات المحتفظ بها على الحاسب.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٤٢.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٤٣.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ٤٤-٤٥.

<sup>٤</sup> المرجع السابق، ص ٤٦.

<sup>٥</sup> المرجع السابق، ص ٥٥-٥٧.

أما فيما يتعلق بالنظم القانونية اللاتينية ومنها القانون الفرنسي والقانون المصري، فإن حجية الأدلة لإثبات الجرائم المعلوماتية ولا حتى ما يتمتع به القاضي الجنائي من حرية في تقييم هذه الأدلة.<sup>١</sup>

هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن "أشرطة التسجيل الممغنطة و المدمجة التي تكون لها قيمة دلالات الإثبات يمكن أن تكون صالحة للتقديم أمام القضاء الجنائي".<sup>٢</sup>

هذا ما صارت عليه معظم الدول الأوروبية كالليونان والمانيا وكذا دول أمريكا اللاتينية كتشيلي والبرازيل، إذ أن هذه الدول تخضع الأدلة المعلوماتية لسلطان القاضي في الأفعال الذاتي، فله قبولها أو جردها - رغم قوتها وقطعيتها علمياً- وذلك في حالة ما إذا وجد هذا الدليل غير متسق مع مقتضيات العقل والمنطق وكذا ظروف وملابسات الواقعة.<sup>٣</sup>

هذا وجدير بالذكر أن قانون الإجراءات الجنائية التشيلي يعتبر استخدام الأفلام السينمائية وكذا نظم انتاج الصورة والصوت وغيرها من الوسائل التي تكون ملائمة ووثيقة الصلة وتؤدي لاستخلاص الحقيقة والمصادقية ويمكن قبولها كأداة إثبات (مادة ١١٣).<sup>٤</sup> واستقر الفقه التشيلي على أن الدليل المستخرج من الحاسوب الآلي والإنترنت، يمكن قبوله أمام القاضي الجنائي كدليل كتابي (أو مستندي)، وحجته في ذلك، هو توسيع شبكة ومظلة الوسائل العلمية و التقنية الحديثة في الإثبات الجنائي، لتغطي العناصر الإثباتية عن الجرائم الإلكترونية.<sup>٥</sup>

أما فيما يتعلق بالقوانين ذات الإتجاه المختلط في الإثبات (وهي الجامعة بين النظام اللاتيني والإنجلوسكسوني)، فيقوم على أن يحدد القانون أدلة معينة لإثبات بعض الوقائع

انظر مثلاً:

McDaniel v. United States, 343 F.2d 789 (5<sup>th</sup> cir), cert.denied, 382 U.S. 826 (1965); people v. McHugh, 124 mis.2d 559, 560, 476 N.Y.S.2d 721, 722 (1984).

<sup>١</sup> د/ هلاي أحمد، المرجع السابق، ص ٦٢.

<sup>٢</sup> د/ فتوح الشانلي ود/ عفيفي كامل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٧٣-٣٧٤.

<sup>٣</sup> د/ هلاي أحمد، المرجع السابق، ص ٦٤-٦٦.

<sup>٤</sup> راجع في هذا الصدد: د/ عبد الحافظ عبد الهادي عابده، الإثبات الجنائي بالقوانين: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥٦٣ وما بعدها.

دون البعض الآخر، أو يضع ضوابط معينة في دليل معين في بعض الأحوال، أو حتى يمنح القاضي الحرية في تقدير الأدلة الإلكترونية.<sup>١</sup>

فعلى سبيل المثال، حصر المشرع الإجمالي في اليابان طرق الإثبات المعتمدة جنائياً في القرائن وأعمال الخبرة وكذا أقوال الشهود والمتهم، أما فيما يتعلق بالأدلة الإلكترونية، فاستقر الفقه الجنائي الياباني على أن السجلات الالكترونية مغناطيسية تكون غير ملموسة أو مرئية في ذاتها، فلا يجوز استخدامها كدليل يستند إليه القاضي إلا إذا أصبحت مقروءة ومرئية بعد تحويلها، فيمكن فهمها وقرائنها واستيعابها، فتعتمد في هذا الغرض سواء كانت هي الأصل أو نسخ طبق الأصل (كمخرجات الطباعة لسجلات البيانات مثلاً).<sup>٢</sup>

أما عن الحجية القانونية أو القيمة الإثباتية للتسجيلات الصوتية المسجلة إلكترونياً "Electronic Recording"، فهي لا تحتمل الخطأ عن تسجيلها معلوماتياً، إذ أن من الصعوبة التلاعب فيها ويمكن للخبراء كشف التلاعب إن حدث حتى ولو بكفاءة وتقنية عالية، وعلى ذلك، يمكن القول بأن التسجيل الصوتي الممغنط له حجة قوية ودامغة في الإثبات الجنائي.<sup>٣</sup>

وعبر استخدام وسائل الإتصال وتكنولوجيا المعلومات الحديثة والسريعة، يمكن استخدام تسجيلات الفيديو لإثبات جرائم القوة والتعذيب وإساءة استعمال السلطة الواقعة من مأموري الضبط القضائي وغيرهم من الموظفين العموميين المخول لهم اختصاص كشف الجرائم وكذا يمكن استعمالها لتسجيل عمليات القبض والتفتيش وضبط الآثار والأدلة الناجمة عن الجرم تسجيلاً قوياً ودقيقاً وكذا عمليات المعاينة المطلوبة لمسرح الجرم.<sup>٤</sup>

هذا وقد اشترط الفقه الجنائي لمشروعية الدليل المستمد من التسجيل والمراقبة ما يلي من شروط:

<sup>١</sup> د/ هدى قشقوش، الحماية الجنائية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٧١.

<sup>٢</sup> د/ عبد الفتاح حجازي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٤٦.

<sup>٣</sup> Karl J. Flusche, Computer Crime and Analysis of Computer Evidence it Ain't Just Hackers And Phreakers Anymore! 7 Journal of Information Systems Security 1 (1998),at1-6.

<sup>٤</sup> د/ احمد تمام، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٧٤-٢٧٥.

١. تحديد دقيق لشخصية وهوية الفرد المراد تسجيل مكالمته أو أحاديثه أو حتى بريدته الإلكتروني إذا كان ذلك ممكناً في حالة الإنابة للفتيش؛
٢. تحديد نوع الحديث المراد ضبطه أو التقاطه، والجرم المتعلق به، والجهد المسموح لها بذلك، وكذا المدة الجائز خلالها التقاط أو تسجيل الحديث؛
٣. إذا لم يكن التسجيل منطوياً أو متضمناً أى إعتداء على حق يحميه القانون، فيكون مشروعاً الدليل في هذا الغرض ويجوز للمحكمة أن تستند عليه في حكمها بالبراءة أو الإدانة.<sup>١</sup>

هذا واعتبر بعض الفقه انه يمكن استخدام حاسوب الجيب "IPAD" على إنه " أداة تبرئة"، حيث أن تكون التوقيعات المشفرة من خلال دليل غير قابل للانكسار في مواجهة أية إتهامات باطلة، فلو أن شخص معين قد الصفقت به عدة اتهامات باطلة أو اتهم بجرم معين، فله أن يدافع عن نفسه من خلال ما هو مسجل من أفعال وأقوال في أى وقت.<sup>٢</sup>

وهذا ينطبق أيضاً على البريد الإلكتروني، وذلك عند غرسال رسالة من خلاله، فيكون لدى الشخص المستقبل توقيعاً معلوماً فهو وحده القادر على استخدامه، فيمكن استخدام المعلومات الموجودة داخل الرسالة (سواء كانت صوت، فيديو أو تحويلات بنكية أو غيرها) كحجية في الإثبات الجنائي من خلال معرفة شخص مرسل الرسالة، تحديد وقت إرسالها بالضبط وأنه لم يتم التلاعب فيها أو فك شفرتها.<sup>٣</sup>

وتجدر الإشارة إلي انه يستخدم التوقيع الإلكتروني في تأمين المعلومات من خلال إدخال شفرات رقمية معينة، فيُسهل كشف أى تلاعب تم عبر تزوير أو خداع (تلفيق) حيث أن علم التصوير في مجال الإثبات الجنائي قد اضاف الكثير من القيمات العلمية بما له من قدرة وأثر في نقل صورة صادقة للأدلة الإلكترونية.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> انظر د/ محمد الأمين البشري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٢٧-١٢٨.

<sup>٢</sup> د/ محمد الأمين، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٠٣ وما بعدها.

<sup>٣</sup> نفس المرجع السابق.

<sup>٤</sup> انظر على سبيل المثال: د/ محمد المرسي الزهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الحاسب والقانون، جامعة الكويت ١٩٨٩، ص ٩.



ومن الجدير بالذكر، أن حجية التوقيع الإلكتروني وقيمته القانونية في الإثبات في المواد المدنية يختلف عنه في المسائل الجنائية، إذ إنه يخضع لقواعد شكلية في الإثبات المدني ويخضع لحرية وسلطة قاضي الموضوع واقتناعه بصحته وقوته في الإثبات الجنائي.<sup>1</sup> فقد أصبح التوقيع الإلكتروني بديلاً عن التوقيع التقليدي إذ يؤدي ذات الوظيفة فيما يخص الرسائل والوثائق الإلكترونية، إذ تبرز أهميته في كونه يحدد شخصية الموقع ويعبر عن إرادته في الالتزام بمضمونه وإقراره لها وكذا يعتبر دليل على حضور أطراف التصرف أو من يمثلهم قانوناً أو اتفاقاً وقت التوقيع.<sup>2</sup>

هذا ويلاحظ أن وجود نظام تسجيل الدخول على الشبكة المعلوماتية (الإنترنت) يسمح بتحديد الأفراد الذين أو حاولوا (شرعوا) في الدخول بعد ارتكاب السلوك الإجرامي. ومن النادر ضبط الفاعل متلبساً، وقد يرجع ذلك إما لخطأ في نظام الكمبيوتر أو الشبكة أو حتى الأجهزة الأخرى أو حتى عبر مراقبة الشرطة بعد اكتشاف أو ملاحظة وجود انتهاكات واعتداءات غير قانونية.<sup>3</sup>

هذا وقد اعتبر الفقه الفرنسي إعتداء أو إنتهاك الأنظمة الأمنية لبعض المواقع المحمية دليلاً قطعياً وحتمياً وكذا قرينة قاطعة على وجود القصد الجنائي لإرتكاب الجرم وكذا سوء نية مرتكب الفعل- وهي المشكلة للركن المعنوي بطبيعة الحال- ، فيمكن القول باعتبارها دليلاً جنائياً إلكترونياً.<sup>4</sup>

هذا واعتبر الفقه الجنائي الأمريكي- حديثاً- المساحات الضوئية وطابعات الليزر أدوات يمكن استخدامها في ارتكاب الجرائم المعلوماتية. ففي مدينة Dallas في Texas عام ١٩٩٤، قام أحد الأفراد بتزوير وتلاعب في إجازات قيادة سيارات التاكسي عبر

<sup>1</sup> انظر عياش العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، طبعة ١٩٩٧، ص ٦٠ وما بعدها.

<sup>2</sup> وبصفة عامة في الإثبات المدني، انظر د/ اسماعيل غانم، أحكام الالتزام والإثبات، الجزء الثاني، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٦٧، ف٣٢٢، ص ٤٩٢؛ حسن جميعي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٨-٥٦.

<sup>3</sup> - Sinisi Vincenzo, Digital Signature Legislation in Europe, op.cit, p.489.

- Chris Reed, What is a Signature? 3 Journal of Information, Law, and Technology (J | LT) (2000).

<sup>4</sup> د/ عبد الحافظ ، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٦٤ وما بعدها.

الماسحات الضوئية وطابعات الليزر وكذا استخدام ذات الوسيلة في إصدار بطاقات التأمين (Insurance Cards) و بعض أنواع الصكوك وأوامر الصرف المالية وغيرها عبر استعمال برمجيات الرسوم المتطورة الحديثة، فتم تقديم جميع هؤلاء الأشخاص للمحاكمة الجنائية واعتبار الأدوات المستخدمة في الأعمال سألقة الذكر سلاح الجرم وتم تقرير مسئوليتهم الجنائية وحكم عليهم بعقوبات جنائية تنوعت ما بين الحبس والغرامة.

## الفصل الثاني

### إشكاليات صحة الدليل المعلوماتي في الإثبات الجنائي

#### تمهيد وتقسيم

من المعروف أن الدليل المعلوماتي (الإلكتروني) عبارة عن سند أو محرر مستخرج من أجهزة الحاسوب وشبكاته المعلوماتية (الإنترنت) ويكون إما في شكل نبضات كهربائية أو موجات ومجالات مغناطيسية يمكن تجميعها وفحصها وتحليلها عبر استخدام برامج وتطبيقات برمجية وتكنولوجيا معينة، حيث إنه مكون رقمي لتقديم معلومات في صور وأشكال مختلفة، كالنصوص المكتوبة أو الأشكال أو الصور أو الرسوم أو الأصوات وغيرها. وعلى ذلك، فإن ما يتم تقديمه للمحكمة وعرضه على القاضي الجنائي هو عبارة عن صورة من صور تلك الدعامات أو صورة مطبوعة أو منسوخة على الورق من السند أو المحرر الإلكتروني، وعلى ذلك، في حالة نشوب أي نزاع حول صحة هذا الدليل كوسيلة إثبات، وجب على القاضي التحري والتأكد من توافر عناصر وشروط صحته ومدى قبوله، كما أسلفنا تفصيلاً من قبل.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الإجرائي، وخاصة المشرع المصري لم يتعرض لهذه المسألة الهامة المتعلقة بكيفية إثبات صحة الدليل المعلوماتي في الإثبات، واكتفى في هذا الصدد بالرجوع للقواعد العامة التقليدية التي - وبطبيعة الحال - قد لا تتناسب والطبيعة الخاصة لهذا الدليل.

وبناء على ما قدم، نعرض في هذا الفصل للقواعد العامة القانونية التي تسمح بالمنازعة في صحة الدليل بوجه عام ومدى انطباقها على الدليل المعلوماتي بوجه خاص وهي المتمثلة في إحدى الصورتين إما الإدعاء بالتزوير أو إنكار (جدد) التوقيع وذلك في المبحثين التاليين.

**المبحث الأول : التزوير الإلكتروني والإدعاء به**

**المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني وإنكاره (جدده)**

### **المبحث الأول**

#### **الإدعاء بتزوير الدليل المعلوماتي**

نعرض فيما يلي لمفهوم التزوير ونطاقه وأشكاله ووسائله (طرقه) وإجراءاته فضلاً عن التحقق منه والحكم فيه وأثره فيما يتعلق بالدليل المعلوماتي (الإلكتروني)

**أولاً: في مفهوم التزوير ونطاقه ووسائله**

طبقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات، يقصد بالتزوير هو تغيير الحقيقة في محرر أو سند (رسمي أو عرفي) بأحدى الطرق التي حددها القانون تغييراً من شأنه أن يحدث ضرراً للغير، وهو يعد جرمًا يعاقب عليه القانون الجنائي إذا توافرت أركانه.<sup>1</sup>

هذا والإدعاء بالتزوير أمام المحكمة يعتبر من الطرق القانونية المتاحة لإهدار حجية و قوة المحررات في الإثبات، وكذا هو الوسيلة الوحيدة قانوناً للطعن في صحة المحررات والسندات الرسمية.<sup>2</sup>

فالإدعاء بالتزوير - طبقاً لهذا المفهوم - يرد على المحررات الإلكترونية كما يرد على المحررات العادية التقليدية في حالات معينة، فهو يُعد من أهم الوسائل للطعن في

<sup>1</sup> د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى (١٩٨٨)، ص ٢٠١٥.

<sup>2</sup> مرجع سابق، الطبعة الثانية (١٩٩٤)، ص ٢٤٧-٢٤٨؛ د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٧٠. انظر: /أحمد أمين- شرح قانون العقوبات الإلهي- القسم الخاص- الطبعة الثانية، ١٩٢٤، ص ١٨٧. انظر على سبيل المثال في تعريف التزوير وجرانه في القانون الجنائي المصري، المواد (٢٠٦-٢١٠) من قانون العقوبات المصري.

صحة المحررات الإلكترونية رسمية كانت أو عرفية، وعلى ذلك فلا مجال لإنكار التوقيع الإلكتروني وهذا ما أكدته قانون التوقيع الإلكتروني المصري لعام ٢٠٠٤.<sup>١</sup>

وبالرغم من أن المشرع الفرنسي قد عدل قواعد الإثبات واستحدث نصوص جديدة بها لتستوعب المحررات و السندات الإلكترونية فضلاً عن الورقية العادية إلا إنه لم يضع تصوراً محدداً لطرق وأشكال التزوير المعلوماتي الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية. وبناء على ذلك، يمكن القول بأن أى تعديل أو تغيير في أى من بيانات المحرر أو التوقيع أياً كان شكله تقليدياً (عادياً) أو إلكترونياً، يكون محلاً للطعن عليه بالتزوير.<sup>٢</sup>

وما يجري عليه العمل طبقاً لنص المادة (٢٣) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري التي أوردت صوراً وأشكالاً للتزوير الإلكتروني التي تكون محلاً للمسألة الجنائية وبالتالي للعقوبة الجنائية، بعد إمكانية الإدعاء بها أمام المحكمة الجنائية، فهذه الصور هي:

- أ. إتلاف أو تعيب المحرر أو التوقيع الإلكتروني أو الوسيط الإلكتروني المستخدم في إنشائه.
- ب. اصطناع أو تعديل أو تحوير المحرر أو الوسيط الإلكتروني.
- ج. اختراق الوسيط الإلكتروني أو اعتراضه أو تعطيله عن أداء وظيفته.
- د. التوصل بأى وسيلة إلى الحصول - بغير حق - على توقيع أو محرر أو وسيط إلكتروني.
- هـ. وضع التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني دون علم أو رضاه صاحبه.
- و. وضع توقيع إلكتروني على المحرر الإلكتروني وإسناده إلى الشخص المحتج عليه بالمحرر دون أن يكون هذا التوقيع خاصاً به.<sup>٣</sup>

وعلى ذلك، إذا توافرت إحدى هذه الحالات، أمكن وجاز الإدعاء بتزوير المحرر أو التوقيع الإلكتروني على أن تطبق في شأن هذا الإدعاء الأحكام المقررة والمنصوص

<sup>1</sup> Sharon Hatch Hodge, Satellite Data and Environmental Law: Technology: Ripe for Litigation Application, 14 Pace Envtl.L.Rev.691-718 (1997).

<sup>٢</sup> أنظر: عمر محمد بونس، الإجراءات الجزائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية- القاهرة- طبعة أولى (٢٠٠٢)، ص ٥٩٢.

<sup>٣</sup> أنظر في هذا الصدد: محمد أحمد المنشاوي- سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الإلكتروني- بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٣٦، ص ٥١٥-٥٦٣.

عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المتعلقة بالإدعاء بالتزوير وذلك طبقاً للإحالة الواردة في المادة (١٧) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.<sup>١</sup>

ويتم الإدعاء بالتزوير سواء كان محله محرراً ورقياً أو إلكترونياً رسمياً أو عرفياً إما بتقديم طلب عارض يُقدم أثناء سير الدعوى وهو ما يطلق عليه "دعوى التزوير الفرعية" وإما بتقديم طلب أصلي يرفع بدعوى مبتدأة تسمى "بدعوى التزوير الأصلية".<sup>٢</sup>

هذا ويلاحظ إنه في شأن إجراءات الإدعاء بالتزوير الإلكتروني، تقضي القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإثبات وكذا قانون التوقيع الإلكتروني بأنه يجب تحرير أو تنظيم محضر بالمحرر المزور ويكون مفصلاً وموقعاً إما من أحد أعضاء النيابة العامة أو القاضي (أو رئيس المحكمة) والشخص الذي اظهره أو ادعى بوجوده وخصمه في الدعوى إن وجد، هذا ويجب أن يتضمن هذا المحضر بياناً يفيد ما إذا كان التزوير واقعاً على المحرر الإلكتروني أو التوقيع المعلوماتي أو حتى الوسيط الإلكتروني المستخدم في ارتكاب الجرم.<sup>٣</sup>

ويلزم إبلاغ الخصم بإجراءات الإدعاء بالتزوير، إذا كان هذا الإدعاء بطلب عارض مقدم أثناء سير الدعوى الجنائية وكذا وجوب ايداع المحرر المزور قلم كُتاب المحكمة (أو حتى لدى النيابة العامة) بحسب الأحوال.<sup>٤</sup> فإذا كان الإدعاء بالتزوير المعلوماتي بطلب عارض، وانتهت مرحلة الإدعاء بقبوله "Acceptance" تبدأ مرحلة التحقيق "Investigation". وإجراءات تحقيق الإدعاء الفرعي بالتزوير، تنطبق كذلك على الدعوى الأصلية للتزوير.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> د/ جميل الصغير، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٠١-١٠٢.

<sup>٢</sup> د/ عبد الفتاح حجازي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٤.

<sup>٣</sup> انظر في هذا الصدد:

- د/ مأمون محمد سلامه، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٦٤٥.

- د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٣٢.

<sup>٤</sup> د/ عبد الله على محمود، إجراءات جمع الأدلة في مجال الجرائم المعلوماتية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة أولى، (٢٠١٣)، ص ٦١٦.

<sup>٥</sup> رأفت عبد الفتاح حلاوه، الإثبات الجنائي وقواعده وأدلتها، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى، (٢٠١٣)، ص ٥.

وفي ضوء ذلك، يشترط لكي تأمر المحكمة بإجراء التحقيق، أن يكون الإدعاء بالتزوير منتجاً في الدعوى الجنائية، بمعنى أن يكون الفصل في صحة أو تزوير المحرر لازماً وضرورياً للفصل في موضوع المنازعة. وهذا يرجع للسلطة التقديرية للمحكمة، إذا رأت عدم جدية أو مصداقية هذا الإدعاء، قضت برفض طلب الأمر بإجراء التحقيق، بل أكثر من ذلك، فتحكم بصحة المحرر (المستند) إذا اكتشفت عدم جدية الإدعاء وكان هدفه المماطلة فقط.<sup>1</sup>

وكذا يشترط أن يكون إجراء التحقيق ذاته منتجاً في الدعوى الجنائية، بمعنى أن ترى المحكمة أن في الإدعاء بالتزوير الذي قدمه مدعيه، إذا أثبت صحته ما يؤدي للفصل في صحة تزوير المحرر، فإذا تبين أن هذا الإدعاء وأدلته غير متعلقة بالدعوى (أى بعيدة عن موضوعها) أو أن هذه الأدلة غير جائزة القبول أو غير منتجة أو حتى غير مُصدقة، قضت برفض طلب الأمر بعمل التحقيق.<sup>2</sup>

وكذلك يشترط لإجراء التحقيق، أن تكون وقائع ومستندات الدعوى غير كافية لتكوين عقيدة المحكمة وقوتها الإقناعية في شأن صحة المحرر أو تزويره، فلها إنكار طلب الأمر بإجراء التحقيق إذا رأت ما يكفي لإقناع ضميرها وما يجب أن يستقر في وجدانها.<sup>3</sup>

هذا فضلاً عن كون التحقيق جائزاً، بمعنى إنه لا يجوز إجراء التحقيق الذي يكون هدفه نفي أو دحض قرينة قانونية قاطعة، ومثالها التي تهدف لإثبات عدم صحة محرر سبق للمحكمة أن قضت بصحته وقوته في الإثبات، إذ في هذه الحالة يكون غرض التحقيق متعارضاً مع حجية الأمر المقضي.<sup>4</sup> وفي جميع الأحوال، تخضع سلطة القاضي الجنائي فيما يتعلق في الأمر بمدى جدية (تحقق) الإدعاء بالتزوير إلى مبدأ حرية القاضي في تقدير الدليل.<sup>5</sup>

انظر: عبد الحميد الشواربي-الإثبات الجنائي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية-(1998)، ص 14.<sup>1</sup>

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص 608.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 693.

<sup>4</sup> John L. Roberts, Admissibility of Digital Image Data and Animations: Courtroom Concerne, Advanced Imaging 102 (August 1995).

<sup>5</sup> انظر في هذا الشأن:

United States Department of Justice, Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS), Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations (2001).

هذا ويلاحظ أن القاضي الجنائي ملتزم- عند الإدعاء بتزوير التوقيع أو المحرر الإلكتروني- بالتحقق من شروطه وضوابط صحة المحرر أو التوقيع المعلوماتي المحددة طبقاً للقانون، وعلى ذلك، فهو غير قادر أو لا يملك أن يحكم أو يقض- على الرغم بحالة من حرية في تقييم الأدلة- بصحة أو برد أو بطلان المحرر أو حتى يرفض إنكار (جدد) التوقيع؛ إذ أن القول بذلك يتطلب التحقق والتأكد من مدى توافر الضوابط والقواعد (أو القيود) الفنية و التقنية العلمية التي قررها القانون وهو ما لا يتحقق - بطبيعة الحال- إلا باللجوء للتحقيق، إذ أن هذا الدليل المعلوماتي هو دليل تقني علمي يصل لحد الجزم واليقين.<sup>1</sup>

بالإضافة إلى ذلك، يلتزم القاضي الجنائي بالقرينة القانونية المحددة في القانون والمتعلقة بصحة المستند (المحرر) وكذا التوقيع الإلكتروني، وهي استناده إلى شهادة تصديق إلكتروني (شهادة إلكترونية معتمدة) ولا يجوز أن يحكم بعكسها إلا بناء على عناصر وأدلة قدمت في الدعوى الجنائية تكفي لانكارها أو دحضها.<sup>2</sup>

فالقاضي مقيد في القول بصحة الدليل المعلوماتي أو بعدم صحته بحسب توافر الشروط والقرائن القانونية من عدمه والتي لا يمكن التحقق منها إلا بالتحقيق، وبناء على ذلك إذا ادعى أمام القاضي الجنائي بالتزوير المعلوماتي (أو حتى بأحد عناصره)، فلا يملك - أمام هذا الإدعاء- سوى إحالته للتحقيق بالوسائل والآليات التي يحددها القانون.<sup>3</sup> كما أنه لا يجوز للقاضي في أي مسائل قضائية مدنية كانت أو جنائية (أو غيرها) أن يحكم معتمداً (بناءً على) معلوماته وأهوائه الشخصية.

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال:

United States v. Evans, 892 F. Supp. 2d 949 N.D. Ill. (2012), United States v. Wurie, 728 F.3d 1, 1<sup>st</sup> cir. (2013).

<sup>2</sup> انظر: جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى، ص 97 (1982).

<sup>3</sup> هذا ويلاحظ أن التوقيع الإلكتروني لولاية Kansas يعني صوتاً أو رمزاً أو معالجة إلكترونية مرفقة بسجل أو متحدة به ويتم إجرائها أو إقرارها من شخص مصحوبة بنية التوقيع على السجل.

Electronic record "means a record created, sent, recieved or communicated, or stored by electronic means." Kansas Statute no. 16-1602, 2001-2002, United v. Williams, 592 F.3d 511, 515-17, ath cir. (2010).

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام، إنه ليس للقاضي الجنائي أن يقضي ببطلان أو رد الدليل الإلكتروني إذا كان مستخرجاً من جهاز الحاسوب على ورق (حتى لو اعتقد من حالتها) وإنما يجب عليه في هذه الحالة أن يطبق القواعد المتعارف عليها والمعمول بها عند تعارض صورة المحرر مع أصله، إذ أن هذه الورقة منسوخة من المحرر الإلكتروني وتعد صورة لهذا المحرر المكتوب على الدعامة المعلوماتية.<sup>1</sup>

هذا وقد نصت المادة (١٦) من قانون التوقيع المعلوماتي المصري على أن: "الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك ما دام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية".<sup>2</sup> ويجرى تحقيق الإدعاء بالتزوير سواء بدعوى أصلية أو بطلب عارض عبر المضاهاة.

هذا ومن الناحية الفنية، يستطيع القاضي الجنائي أن يتأكد ويتحقق من أى تعديل أو تبديل في بيانات ومعطيات الدليل الإلكتروني أو التوقيع المعلوماتي عبر الإستعانة بأهل الخبرة الفنية، حيث أن الإستعانة بخبير فني في تحقيق الإدعاء بالتزوير الإلكتروني هو أمر وجوبي وإلزامي على القاضي، إذا رأى أن الفصل في الدعوى كان متوقفاً على الفصل في صحة المحرر أو التوقيع الإلكتروني.<sup>3</sup>

وجدير بالذكر، إنه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات وفي فقه الإجراءات الجنائية أن المحكمة هي الخبير الأعلى في الدعوى وإن رأى الخبير ليس إلا عنصراً من عناصر الإثبات في الدعوى يخضع لتقدير المحكمة - شأنه شأن غيره من الأدلة - دون معقب عليها، فرأى الخبير في الدعوى لا يفيد أو يلزم المحكمة فلها أن تأخذ به كله أو أن تأخذ ببعضه أو تستبعد البعض الآخر أو أن تدحضه كله وتحكم (أو تقضي) وفقاً لما تظن

<sup>1</sup> انظر أمثلة أخرى في هذا المجال في كل من قوانين: California and Pennsylvania as California is the first state in the Nation to adopt Electronic contracting-law, cap-cit.p.4.

<sup>2</sup> انظر: المادة الثانية من اتفاقية برن المعقودة في ٢٣ ديسمبر ١٩٩٦.

<sup>3</sup> د/ على القهوجي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٩.



إليه في عقيدتها وما يستقر في وجدانها كذلك على أن تبين في حكمها الأسباب الكافية والمبررات المعقولة التي جعلتها تطرح أو ترفض رأى الخبير.<sup>1</sup>

ولكن يمكن القول بأنه إذا تعلق الأمر بالخبرة وما تثيره من بعض الأمور أحياناً حيث إنه لا يستطيع أن يفصل في صحته إذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى المقامة عن الجرم الإلكتروني كما إنه لا يستطيع أن يحكم بعلمه الشخصي أو الخاص، فله أن يأخذ برأى الخبير أو أكثر حتى يستقر ضميره وتتكون قناعته وذلك إذا كان الدليل الإلكتروني لازماً في الفصل في الدعوى الجنائية.<sup>2</sup>

وبعد إنتهاء إجراءات التحقيق، تُصدر المحكمة وتُتضي بحكمها في الإدعاء بالتزوير، ويجب عليها أن تفصل في الإدعاء بالتزوير قبل الفصل في موضوع الدعوى، فلا يجوز لها أن تفصل فيهما معاً ( أى في ذات الوقت)، فإذا انتهت لعدم ثبوت التزوير أو التلاعب، قضت بصحة الدليل المعلوماتي (أو التوقيع الإلكتروني) وإلا حكمت على مُرتكب التزوير (فاعلاً كان أو شريكاً) بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات و التي هي في الغالب تكون (السجن أو الحبس) فضلاً عن الغرامة.<sup>3</sup>

ويمكن القول بأن التزوير الإلكتروني (المعلوماتي) هو أحد اعتداءات العالم الإلكتروني التي تستلزم العناية والأخذ في الإعتبار لكي يتسنى ضبط الجناة والمجرمين

---

<sup>1</sup> انظر تفصيلاً: US.Code, Title 18, Crimes and Criminal Procedures, Part, I Crimes, Chapter 119, Wire & Electronic Communication Interception and Interception of Oral Communications, March, 2015.

<sup>2</sup> انظر: Valsamis Mitsilegas, EU Criminal Law, Oxford & Port Land, Hart, 2009.  
<sup>3</sup> انظر:

- Council of Europe, The European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Strasboug, April 20, 1959.

- Council Framework Decision 2003/577/JMA of July 26, 2003 on the Execution in the European Union of Orders Freezing Property or Evidence .

-Kenneth J .Markowitz , Legal Challenges and Market Rewards to the Use and Acceptance of Remote Sensing and Digital Information As Evidence, 12 Duke Environmental L. & Policy Forum (2002), at 219-264.

وكذا توفير الحماية للثقة العامة في المحررات الإلكترونية التي تعد أخطر بمراحل ومرات من التزوير العادي أو التقليدي المتعارف عليه.

## المبحث الثاني

### التوقيع الإلكتروني وإنكاره في الإثبات الجنائي

التوقيع بصورته العادية أو التقليدية المتعارف عليها يتخذ شكل إمضاء أو بصمة أو ختم أو بصمة أصبع، ويوضع على دعامة ورقية (أو مستند أو محرر) في حين إنه في قانون التوقيع الإلكتروني - يأخذ شكل أرقام أو إشارات أو حروف أو رموز أو غيرها من العلامات العلمية التقنية الحديثة، ويوضع على محرر معلوماتي (إلكتروني) يحفظ ويُخزن على دعامة إلكترونية اتوماتيكياً (تلقائياً). وفي ضوء ذلك، نسلط الضوء في هذا المبحث على مدى جواز رفض أو جحد (إنكار) التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات عبر استعراض موقف القوانين والتشريعات المقارنة في هذا الصدد.

#### أولاً: هل يجوز إنكار (دحض) التوقيع الإلكتروني؟

على الرغم من الأشكال والصور المختلفة للتوقيع الإلكتروني ومدى اختلافها الجذري عن التوقيع العادي، إلا أن هذه الصور في النهاية هي أشكال قانونية ومعتمدة للتوقيع (تقليدية كانت أو إلكترونية)، فاعترف المشرع وخاصة الإجرائي لهذه الأشكال بالقيمة والحجية القانونية في الإثبات إذ إنها تقوم بوظيفة التوقيع التي هي تتمثل في التعرف على شخص الموقع وتحديد هويته وتميزه عن غيره.<sup>1</sup>

هذا ويلاحظ أن إنكار التوقيع الإلكتروني لا يرد إلا على المحررات العرفية العادية، فهذا الإنكار يفترض أن يكون المستند أو المحرر عرفياً (عادياً) لا يكتسب الصفة الرسمية أي يكون صادر من موظف عام مختص وكذا أن يكون صريحاً وليس ضمناً يستدل عليه من ظروف الحال أو ملابسات الدعوى وأن يكون قبل مناقشة موضوع المحرر فضلاً عن كون المحرر منتجاً في الدعوى (له سبب).<sup>2</sup>

<sup>1</sup>د/محمد حسين منصور -المسؤولية الإلكترونية، دار المعارف -الإسكندرية ٢٠١٠، ص ١٤٦-١٤٧.

<sup>2</sup>عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٨٥.

هذا وذهب بعض الفقه إلى إضافة تحقيق الخطوط والتأكد منها وكذا انتفاء التصديق على التوقيع (أو الإمضاء)، وعلى ذلك فيتوقف القول بقبول أو إنكار التوقيع المعلوماتي على مدى توافر هذه العناصر من عدمه.<sup>١</sup> وانطلاقاً من ذلك، يمكن القول بأن هذه القواعد، فكما تسري على التوقيع الخطي، فكذلك يجوز سريانها على التوقيع الإلكتروني، فلا يرد الإنكار إلا على التوقيع منها.<sup>٢</sup>

وعلى ذلك، فليس كافياً أن يكون إنكار أو رفض التوقيع صريحاً وقبل مناقشة موضوع المحرر، بل يجب أن ترى المحكمة أن الفصل في موضوع المنازعة يكون متوقفاً على إثبات صحته، ولكن ليس في مستندات ووقائع وظروف (ملابسات) الدعوى ما هو لازم أو كافٍ لتكوين عقيدتها.<sup>٣</sup> أما إذا تبين للمحكمة أن وقائع الدعوى وأوراقها كافية لتكوين قناعتها فيما يتعلق بصحة التوقيع من عدمه، فلا تطالب بالمحرر، فيجوز لها دحض هذا الإنكار وعدم الإعتداد به وكذا اعتباره منازعة غير جدية (ليس لها أهمية)، ملتزمة ببيان ذلك الإنكار في حكمها.<sup>٤</sup>

ولا يفوتنا أن نشير في هذا المقام إلى أن صراحة إنكار الإمضاء أو التوقيع قبل مناقشة الموضوع تُعدّ دفْعاً من الدفوع الإجرائية التي تسري على المحررات التقليدية (العرفية) ورقية كانت أو معلوماتية علماً بأن هذا الإنكار يجب أن يكون منصباً على التوقيع أو الختم أو البصمة في ذاته.<sup>٥</sup> فيسري هذا القيد على المحررات العادية والإلكترونية ولا يمنع من سريانه على المحرر الإلكتروني إلا ما جاء به نص أو تحديد لأشكال التوقيع التي ينصب عليها الإنكار والتي هي البصمة الخاصة بالأصبع والأمضاء والختم وليس من بينها الصورة الإلكترونية.

<sup>١</sup> مرجع سابق، ص ٦٦١.

<sup>٢</sup> انظر: عبد الله عبد الكريم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٦٨-١٦٩.

<sup>٣</sup> عمر يونس، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٩٣.

Jonathan E. Stern, The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 16 Berkely Technology Law Journal (2001), at 391-411.

C-Bradford Biddle, Misplaced Priorities: The Utah Digital Signature Act and Liability Allocation in a Public Key Infrastructure, 33 San Diego L. Rev. 1146 (1996).

وعليه، إذا انتهت المحكمة وخاصة المحكمة الجنائية لعدم كفاية مستندات الدعوى ووقائع النزاع كي تكون عقيدتها فيما يخص الخط أو التوقيع أو غيره، فلها أن تقضي بإجراء تحقيق إما بالمقارنة أو ما يطلق عليه (المضاهاه) أو حتى سماع الشهود بشأن التوقيع أو بهما معاً إذا ارتثت ذلك في تحقيق مصلحة الدعوى وهنا يتعين تحرير محضر بحالة المحرر وأوصافه الكاملة ويتم توقيع هذا المحضر والتأشير عليه من مصدره وكاتب الجلسة وكذا الخصوم.<sup>١</sup>

هذا ويلاحظ أن القضاء بإجراء التحقيق يلزم أن يتضمن تعيين أو نذب خبير أو أكثر فضلاً عن ندوب أحد القضاة لمباشرة ذلك التحقيق في وقت محدد علماً بأن المحرر يجب وأن يودع في قلم كُتاب المحكمة.<sup>٢</sup>

هذا ويقصد بالمضاهاه أو المقارنة في مجال الإثبات، هي مقارنة الخط أو التوقيع أو بصمة الأصبع التي حصل إنكارها أو جردها بتوقيع أو خط أو بصمة ثابتة صحيحة لمن انكر صدورهما من الإثبات نتيجة الاختلاف أو التشابه (التطابق) بينهما.<sup>٣</sup> هذا ولا يشترط توثيق التوقيع في المحررات العرفية إلا أن المصلحة العامة (مصلحة الأطراف) تقضي بتوثيقه تفادياً لأي إنكار للتوقيع إذا ما نشب نزاع مستقبلاً، فمن مصلحة من يتعامل بالمحرر العرفي العادي أن يطلب من الطرف الآخر تصديقه أو توثيقه قانوناً، فيكون توثيق (تصديق) التوقيع وسيلة حمايته لتجنب أي خلافات قد ينشب مستقبلاً فيما يتعلق بصحة الإمضاء (التوقيع) من عدمه.<sup>٤</sup>

وهذا ومن الجدير بالذكر، أنه إذا كان المحرر العرفي مصدقاً على التوقيع الذي يشمل، فلا يكفي لجحد قيمته أو حجيته في الإثبات إنكاره بل يلزم في هذا الفرض الإدعاء بالتزوير - كما أسلفنا من قبل - إذ أن المحرر على الرغم من كونه عرفياً، إلا

<sup>١</sup> د/ محمد حسام لطفى، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٢ ومابعدها.

<sup>٢</sup> د/ طارق سرور، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٧ ومابعدها.

<sup>٣</sup> Benjamin Beard ,Removing Barriers to E-Commerce :The Uniform Electronic Transactions Act ,Sf06 Al I-ABA B7 -139(2000)

<sup>٤</sup> د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٤٨ ومابعدها.

أنه بتصديق وتوثيق توقيع، أصبح رسمياً كون التصديق صادر عن موظف عام مختص طبقاً للقواعد المعمول بها في هذا الشأن.<sup>1</sup>

وفي هذا المقام، عرف جانب من الفقه الإجرائي بأن جهة التوثيق الإلكتروني هي تلك الجهة المعتمدة أو المرخص لها قانوناً بأصدار شهادات أو مستندات التوثيق (التصديق) وكذا كافة الخدمات المتعلقة بهذه الشهادات وفقاً للقواعد المقررة قانوناً والأنظمة والتعليمات الإدارية الصادرة من الجهات (الهيئات) المختصة.

وهذه الجهات قد تكون مصلحة الشهر العقاري، المكاتب التابعة لوزارة التنمية المحلية (أو الإدارية) أو حتى وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.<sup>2</sup>

ويمكن تعريف التوثيق الإلكتروني (المعلوماتي) بأنه التأكد من ذاتية أو هوية الشخص مستخدم شهادة وصلاحتها وصحتها والتي هي الشهادة الصادرة (المستند الصادر) عن جهة التصديق أو التوثيق المختصة بذلك قانوناً بهدف إثبات نسبة التوقيع (أو الإمضاء) الإلكتروني لشخص ما طبقاً لقواعد التوثيق الإجرائية المعتمدة قانوناً.<sup>3</sup> فهذه الشهادة لها أهمية خاصة في إثبات الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع طبقاً لإجراءات معتمدة، وعلى ذلك، فالجهة المختصة بذلك التصديق غالباً ما تكون جهة رسمية (كالهيئات والمكاتب التابعة للوزارات وغيرها من الجهات الحكومية) وأما أن تكون اشخاص أو شركات محلية أو أجنبية تقوم بممارسة نشاط مهني خاص في مجال تكنولوجيا المعلومات والمعاملات المعلوماتية (الإلكترونية) بناء على ترخيص صادر من الدولة ممثلة في وزارة أو هيئة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أو حتى وزارة التنمية المحلية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> د/ عبد الحافظ عابد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٧ وما بعدها.

<sup>2</sup> Elec. Transactions ACT SS 6(8) , 7AU.L.A. 2015(Supp. 2000) Unif. انظر مثلاً:

<sup>3</sup> David W.Carstens,Contracts Have a New Look Thanks to E- Signature Act,Texas Law , 54. July 31, 2000, at

<sup>4</sup> راجع دكتور منحت رمضان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٢ وما بعدها.

هذا ويلاحظ أن التوثيق الإلكتروني - كما ذهب بعض الفقه- للقول بأنه لا يُعد عملاً صادراً عن موظف عام مختص بل أن جهته هي مجرد طرف ثالث محايد موضوعي في المعاملة الإلكترونية يشترط وجودها أحياناً لتحقيق الأمان والثقة في المعاملات.<sup>1</sup> كما أن شهادة التوثيق المعلوماتي- طبقاً لهذا الفقه أيضاً - لا تصبغ الشكل الرسمي على التوقيع المعلوماتي إذ إنها ليست رسمية، فلا يكون هذا التوقيع رسمياً على الرغم من تصديقه أو توثيقه رسمياً.<sup>2</sup>

وطبقاً للقانون والقواعد الإجرائية المتعارف عليها، يجب على الموقع أن يبذل قدرماً من العناية وأن يتخذ قدر من الحيلة والحذر كي يتجنب استخدام أشخاص آخرين (الغير) ببيانات وأداة توقيعه الإلكتروني استعمالاً غير مشروع، والتوجه في الحال لإبلاغ السلطات المختصة إذا توافرت لديه شكوكاً ودلائل قوية وكافية على أن توقيعه الإلكتروني قد تعرض للتلاعب أو الاستخدام المحظور. وعليه أيضاً أن يبذل عناية الرجل العادي في استخدام الشهادة المصدقة إلكترونياً وخاصة فيما يتعلق بدقة ومعقولية واكتمال المعطيات والبيانات الجوهرية المتعلقة بهذا المستند طوال صلاحية أو فترة سريانه.<sup>3</sup>

هذا وقد حدد القانون الجهة التي تتولى تنظيم خدمات التوثيق الإلكتروني والتي منها على سبيل المثال - لا الحصر- إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لممارسة أنشطة خدمات هذا التصديق، ومراقبة هذه المزاولة، وكذا تحديد ضوابط وشروط هذا التصديق بما يتفق وطبيعته الفنية فضلاً عن تلقي الشكوى التي يقدمها المواطنين المتعلقة بمستوى الخدمات وأنشطة الجهة المزاولة وغيرها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> انظر د/ علي القهوجي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٥ وما بعدها.

<sup>2</sup> Richard Raysmans and Peter Brown, The Impact of the New Federal E- sign Act on [New York Law, 224 N.Y.L.J. 3(August 8,2000)] "Shared secret method"

<sup>3</sup> Benjamin Wright, Eggs In Baskets : Distributing the Risks of Electronic Signatures , 452 PL /I, pat 63.69-70(1996) "security and biometric technology "

<sup>4</sup> انظر علي سبيل المثال : 15U.S.C.A.S7002(a)(1)(8)(west supp. 2001)

وعلى ذلك، لا يجوز مزاولة نشاط إصدار شهادات التوثيق المعلوماتي إلا بعد الحصول على ترخيص من الجهة المختصة قانوناً ويكون في هذه الحالة المرخص له مسئولاً عن صحة تنفيذ تلك القواعد الملزمة.<sup>١</sup>

وطبقاً للقواعد القانونية المقررة، يجوز للجهة المختصة في حالة اكتشاف أى مخالفات أو انتهاكات، أن تصدر قرارها بسحب أو إلغاء الترخيص الخاص بإصدار شهادات موثقة أو غيرها من الخدمات بهذا الشأن حتى إزالة المخالفة وخاصة في حالة ما تم مخالفة شروط الترخيص أو حتى زوال الضمانات التي صدر الترخيص على أساسها.<sup>٢</sup>

ثانياً : التوقيع الإلكتروني وإنكاره في الأنظمة القانونية المقارنة ووضعه في الإثبات الجنائي

ففيما يتعلق بالتوقيعات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات في أحكام التوجيه الأوروبي، فقد قرر هذا الميثاق إنه على الدول مراعاة أن هذا التوقيع المبني على شهادة توثيق إلكترونية بوسيلة آمنة أن يحقق الشروط التي حددها القانون للتوقيع فيما يتعلق بالمعلومات المكتوبة إلكترونياً بنفس (ذات) الحجة (القيمة) القانونية التي يحققها التوقيع اليدوي بالنسبة للمعلومات (المعطيات) المكتوبة يدوياً وكونه مقبولاً كدليل إثبات أمام المحكمة (مادة ٥).<sup>٣</sup>

هذا ويلاحظ أن هذا التوجيه قد قرر إنه لا يجب أن يفقد التوقيع الإلكتروني قيمته القانونية (حجيته) في الإثبات لكونه جاء في شكل إلكتروني (معلوماتي) أو لم يستند لشهادة توثيق إلكترونية أو أن تكون صادرة من جهة غير مرخص لها بذلك (غير معتمدة) أو لم يكن قد تم إصداره أو إنشائه من خلال تقنيات تجعله توقيعاً إلكترونياً آمناً (مادة ٢/٥).<sup>٤</sup>

وفي ضوء ما تقدم، يتضح أن المشرع الأوروبي قد وضع معيار التفرقة بين التوقيع الإلكتروني المنشأ بوسيلة آمنة ومبني على شهادة توثيق إلكترونية و التوقيع الإلكتروني الذي لا يستند لمثل هذه الشهادة المصدقة ولم يكن آمناً في انشاءه عبر وسائل علمية، ولذا

<sup>١</sup> د/جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٦٤ وما بعدها .  
<sup>٢</sup> د / هشام رستم ، مرجع سابق الإشارة إليه ، ص ٣١٥ وما بعدها؛ د/ غنام محمد ، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٣</sup> انظر المادة (٥) من أحكام التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية .  
<sup>٤</sup> انظر المادة (٢/٥) من أحكام التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية

يحوز النوع الأول الحجية والقيمة القانونية في الإثبات تلقائياً (بقوة القانون)، ويكون ملزماً للقاضي كالتوقيع اليدوي العادي لتحقيق القوة الإلزامية ولتمتعته بقريئة قانونية بسيطة على صحته، فلا يمكن إنكاره وعلى من يدعي العكس عبء إثبات هذه القريئة.<sup>1</sup> أما فيما يتعلق بالنوع الثاني فلا يتمتع بذات المرتبة القانونية المخوله للنوع الأول إلا أن حجيته و قيمته القانونية في الإثبات لا ترفض أو تجحد علي إطلاقها، أما إذا انكر الشخص المنسوب إليه هذا التوقيع فعلي الطرف الآخر الذي يدعي نسبته أو وجوده وسيلة إنشاءه.<sup>2</sup> وعلى ذلك، فالشهادة الإلكترونية (التوثيق المعلوماتي) ينحصر آثارها ونتائجها في نقل عب الإثبات عند إنكار التوقيع المعلوماتي وذلك من وجهة نظر المشرع الأوروبي.

هذا ومن ناحية أخرى، فقد نصت المادة (٦) من قانون الأونسيترال النموذجي UNICETRAL علي أنه "حينما يشترط القانون وجود توقيع إلكتروني من شخص، يُعد ذلك الشرط مستوفياً في رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي إنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات وفي ضوء الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة و يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقاً به أي صحيحاً ومعتمداً لغرض الوفاء إذا كانت بيانات إنشائه مرتبطة في السياق الذي يستخدم فيه بالموقع دون أي شخص آخر وإذا كان أي تغيير في التوقيع يجري بعد حدوث التوقيع قابلاً للإكتشاف. هذا ويجوز للشخص القيام بأي طريقة أخرى بإثبات صحة موثوقية التوقيع الإلكتروني فضلاً عن تقديم دليل في حالة عدم صحة أو موثوقية هذا التوقيع".<sup>3</sup>

هذا وينص ذات القانون النموذجي علي إنه "يجوز لأي شخص أو جهاز أو سلطة تحدها الدولة - عامة كانت أو خاصة - بتحديد التوقيعات المعلوماتية ومدى قبولها وتمتع حجيتها في الإثبات وخاصة المجال الجنائي". (مادة ٧) <sup>4</sup>. هذا وعرف القانون الشخص الذي يتولي تقديم خدمات التوثيق أو التصديق الإلكتروني بأنه شخص يصدر شهادات إلكترونية تؤكد الارتباط

<sup>1</sup> انظر علي سبيل المثال: 15U.S.C.A.S7003(b)(1)(a)(3).7005(a)- (b)(west supp 2001)

<sup>2</sup> Maria Angela Biasiottii, A Proposed Electronic Evidence Exchange Across the European Union, 14 Digital Evidence and Electronic Signatuene L. Rev. (2017).

<sup>3</sup> انظر بوجه عام: د/ أحمد أبو الوفاء، التطبيق علي نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية (2003).  
<sup>4</sup> ممدوح منير الجهيني، قوانين اليونسترال النموذجي في مجال التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية (٢٠٠٦).



بين الموقع وبيانات (معطيات) إنشاء التوقيع ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات المعلوماتية (الإلكترونية) (مادة ٢/ب و / هـ) <sup>١</sup>.

وعلي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن قانون UNICETRAL لم يلزم أطراف المعاملة المعلوماتية (الإلكترونية) بتوثيق تلك المعاملات أو الممارسات ولم يربط اعتماد أو اعتراف القيمة أو الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات بأصدار شهادة توثيق إلكترونية من جهة أو هيئة رسمية مرخص لها بذلك، وإنما قرر إقامة قرينة قانونية بسيطة حيث افترض صحة التوقيع الموثق إلكترونياً وأجاز إثبات عكس هذه القرينة ويكون عبء هذا الإثبات على من يدعي العكس طبقاً للمبدأ العام المعمول به والذي يقضي بأن (البينة علي من ادعي واليمين علي من أنكر) <sup>٢</sup>.

وفي ضوء ذلك كله، يمكن القول بأنه إذا كان الدليل المعلوماتي أو الإلكتروني كوسيلة إثبات في المواد الجنائية هو من نتائج التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل في مجال الاتصالات و تكنولوجيا المعلومات كان له أثر كبير في نظرية الإثبات الجنائي بوجه عام إذ أن هذا الدليل في نهاية المطاف هو الوسيلة الأصلية والأساسية في إثبات الجرائم المعلوماتية أو حتي التي تقع علي هذه الوسائل. فقد تبين واتضح جلياً عجز النصوص القانونية والتشريعات الإجرائية وخاصة في مجال الإجراءات الجنائية التقليدية عن مواكبة الإثبات بالدليل المعلوماتي أو الإلكتروني ومكافحة الجرائم المعلوماتية ومواجهة مرتكبيها وردعهم <sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> راجع في هذا الشأن بوجه عام :

د/ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (٢٠٠٦).

د/ محمد حسين منصور، مبادئ الإثبات وطرقه - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (٢٠٠٦).

<sup>٢</sup> انظر : أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ٢٠٠٨ وكذلك راجع د/ أشرف توفيق شمس الدين : الحماية الجنائية للنشر الإلكتروني : دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.

<sup>٣</sup> انظر علي سبيل المثال بوجه عام :

د/ أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني : دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

Uniform Commercial Code Sections 1-207 and Article 2 and 2 A are also exempted from the electronic record provisions - Ss 7003(a)(3).  
Jane Kufman Winn Open Systems, Free Markets and Regulations of Internet Commerce,  
.72 Tul. L. Rev. 1177, 1232 (1998).

د / عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني - الإثبات، آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي (١٩٨٢).

## الخاتمة

من خلال ما تم استعراضه من تعريف لمفهوم الجريمة المعلوماتية وأنواعها وصورها وكذلك مرتكبيها وكذا الدليل المعلوماتي (الرقمي) وحجيته وقيّمته القانونية في الإثبات، يمكن القول بأن هناك تقصيراً شديداً ليس فقط في النظام القانوني المصري بل في الأنظمة القانونية العربية وكذا الدولية لمكافحة تلك الظاهرة الإجرامية التي تتزايد بشكل سريع ومتطور ومخيف تزامناً مع التطور الفني والعلمي الهائل في مجال الإتصالات وتكنولوجيا المعلومات في العالم التي من شأنها تهديد استقرار الدولة وسلامة وحرية أفرادها .

هذا ويلاحظ أن القانون المصري قد أعطي للقاضي الجنائي سلطة تقديرية واسعة في تقدير وتقييم الأدلة في الأحكام الجنائية ولما كان هناك قصورا في النصوص - التشريعية في تنظيم الأدلة الرقمية كدليل إثبات، فإن السلطة التقديرية للقضاة - في الغالب الأعم - تكون هي المعيار الأساسي في اعتبار الدليل المعلوماتي دليل قوي في الإثبات من عدمه أو حتي علي سبيل الإسترشاد أو الاستدلال. فهذا الدليل هو المتحصل من أجهزة الحاسوب دليل غير ملموس وكذا أن فهمه يعتمد علي استعمال أجهزة تقنية خاصة بتجميع وتحليل محتواه فكل ما لا يمكن تحديد وفحص محتواه لا يمكن اعتباره دليلاً رقمياً لعدم إمكانية الاستدلال به علي معلومات معينة مما يضعف أو يعدم قيمته التدليلية في إثبات الجرم ونسبته للمتهم .

كما أن هذا الدليل يتسم بصعوبة تحطيمه أو محوه حتي ولو في حالة إعطاء أمر بإزالته، فمن الممكن استرجاعه ببرامج آلية متخصصة، إذ أن محاولة المتهم في محوه تُعد في ذاتها دليلاً علي ارتكابه الجرم. كما أن الطبيعة الفنية تجعل من إخضاعه لبعض التطبيقات البرمجية في معرفة ما إذا كان قد تعرض للعبث والتلاعب من عدمه. وهذا الدليل يأخذ أشكالاً وصوراً متعددة، فمنها علي سبيل المثال ما يعتبر أدلة أعدت لتكون وسيلة تم إنشاؤه بواسطتها وهناك أدلة لم تكن معدة كوسيلة إثبات والمتمثلة في آثار يتكبتها الجاني دون رغبته أو إرادته في ذلك وهو ما يطلق عليه "الأثار الرقمية

المعلوماتية". وهذا الدليل إما أن يأخذ هذه الصورة الرقمية أو النصوص المكتوبة أو حتي التسجيلات الصوتية .

وجدير بالذكر أن القانون يجيز للقاضي الإستناد للدليل الرقمي و يعترف له بالمشروعية لتكوين عقيدته للحكم بالإدانة وخاصة في نظام الإثبات الحر في ظل الأنظمة اللاتينية التي يتمتع فيها القاضي الجنائي بحرية مطلقة بصدد إثبات الوقائع المعروضة أمامه، فله بناء عقيدته ووجدانه بناءً على أى دليل يطمئن إليه، إذ طبقاً لهذا النظام، كل الأدلة تتساوى قيمتها في الإثبات فلا يتدخل المشرع في تحديد حجيتها القانونية، فحتي إذا توافرت شروط حجية الدليل، فللقاضي جده إذا لم يقتنع به في الوصول للحقيقة. فتحت مظلة هذا النظام، لا تثار مشكلة مشروعية الدليل الرقمي من حيث وجوده، فمسألة قبوله متوقفة علي إقناع القاضي فقط، فيكون الدليل المعلوماتي مشروع من حيث وجوده وذلك قياساً علي الأصل العام في الإثبات .

ولكن علي النقيض، لا يكون للقاضي أي دور في تقدير حجيته أو قيمته القانونية في الإثبات في ظل النظام المقيد أو القانوني حيث أن القانون قيد القاضي بقائمة من الأدلة محدداً قيمتها التدليلية، فلا يكون لهذا الدليل أي قيمة إلا في حالة النص عليه صراحة ضمن القائمة، فخلو نص القانون يهدر كل قيمة اثباتية علي الرغم من توافر شروط صحته ويقينيته في إثبات الجرم والوصول للحقيقة .

وتجدر الإشارة إلي أن مجرد الحصول علي هذا الدليل وتقديمه للقضاء لا يكفي لاعتباره دليل إدانة، فلا يستطيع غير المختص إدراك العبث فيه وفقاً لطبيعته الخاصة التي قد تسمح بذلك التلاعب كما أن نسبة الخطأ في إجراءات الحصول علي دليل صادق للوصول للحقيقة قد تبدو عالية في هذا النوع من الأدلة. ففكرة الشك في الأدلة المعلوماتية لا تتعلق بمضمونه كدليل وإنما بعوامل مستقلة عنه ولكنها بطبيعة الحال تؤثر في مصداقيته فيخضع هذا الدليل المعلوماتي ( الرقمي) لقواعد معينة تحكم وسائل الحصول عليه، كما إنه يخضع لقواعد أخرى للحكم علي قيمته وحجيته القانونية، فهناك

وسائل فنية تقنية تمكن من فحصه والتأكد من سلامته وصحة إجراءات الحصول عليه بطريقة مشروعة.

هذا ويمكن القول بأنه يجوز التأكد من سلامة وصحة الدليل المعلوماتي (الرقمي) وحمايته من التلاعب بعدة وسائل، منها أن علم الحاسبات والكمبيوتر يلعب دوراً رئيسياً في تقديم المعلومات والمعطيات الفنية التي تساعد علي فهم وتحليل هذا الدليل كما إنها تساعد علي كشف أي نوع من أنواع الغش والتلاعب منه، وهذا ما يتم في الغالب عن طريق ما يعرف باسم (التحليل التناظري الرقمي) والذي من خلاله تتم مقارنة الدليل المعلوماتي المقدم للقاضي بالأصل الموجود في الأدلة، فتكون مهمة هذه الطريقة هي الكشف عن مصداقية الدليل والتأكد من مدي حصول عبث من عدمه. كما أن العمليات الحسابية (الخورازميات) تساعد علي التأكد من سلامته من التحريف والتبديل. هذا فضلاً عن أن هناك نوعاً من الأدلة المعلوماتية يسمى بالأدلة المحايدة وهي لا علاقة لها من قريب أو بعيد بموضوع الجرم وإنما تساهم في التأكد من مدي سلامة الدليل الرقمي المقصود من حيث عدم تغيير أو تعديل في النظام المعلوماتي .

ويمكن الوقوف علي انه إذا توافرت الشروط العامة للدليل الإلكتروني، فإنه من غير الجائز أن يجده القاضي إذ كونه بوصفه دليلاً علمياً، فإن دلالاته قاطعة بشأن الواقعة المستشهد بها، فإذا كان خالصاً دون عبث أو خطأ، فلا يمكن رده استناداً لفكرة الشك، إذ أن القاضي يلجأ لذلك في حالة ما إذا كان هناك ما يرقى لمستوي التشكيك في الدليل وهو ما لا يمكن إعماله إذا توافرت شروط صحته، فيكون دوره متقصرأً علي بحث صلته بالجرم المرتكب. هذا ويلاحظ أن الخبرة الفنية تحتل دوراً ليس بالهين في التأكد والتثبت من صلاحيته كدعامة لعقيدة ووجدان القاضي، فبحث مصدقيته وصحته الفنية هي من صميم عمل الخبير وليس القاضي .

هذا ولا يجوز الخلط بين الشك الذي يعتري الدليل المعلوماتي نتيجة العبث أو لوجود خطأ وبين القيمة القانونية (أو الحجية الإثباتية) له إذ انه في الفرض الأول لا يملك القاضي الفصل فيها، حيث انها مسألة فنية فيكون القول الفصل فيها لأهل الخبرة، فإذا

ثبت صحة الدليل من التلاعب فليس للقاضي غير الأخذ به أو قبوله فلا يمكنه التشكيك في حجيته القانونية أو قيمته في الإثبات، إذ إنه- بحكم طبيعته التقنية الفنية - يمثل إنعكاساً حقيقياً للواقع مالم يثبت عكس ذلك (عدم صلته بالجرم المرتكب).

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد، أن تناول الجريمة المعلوماتية وكذا الدليل الإلكتروني الناتج من منظور المبدأ الدستوري المستقر في غالبية الدول وهو مبدأ الشرعية الجنائية له أهميته القصوي ودلالته القوية، إذ يقرر أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أو بناءً علي قانون. هذا ومع التقدم الهائل في عصر المعلوماتية، واجهت بعض الدول المتقدمة هذه الظاهرة بتشريعات حددت هذه الأفعال بأركانها المادية أو المعنوية وكذا عقوبتها .

هذا ويمكن القول بأنه لا يوجد ما يمنع من أن تأخذ المحاكم الجنائية بالأدلة المعلوماتية حيث أن القضاء الجنائي في الغالب الأعم لا يواجه مشاكل عكس ما هو مزعوم - في التعامل مع الأدلة المعلوماتية الرقمية وذلك لعدة أسباب منها:

١- وضوح تلك الأدلة ودقتها في إثبات العلاقة بين الجاني والجرم من ناحية وبين الجاني و المجني عليه من ناحية أخرى .

٢- بناء هذه الأدلة علي نظريات ومعلومات حسابية - غالباً- ما تكون مؤكدة أو صحيحة لا يتطرق إليها الشك مما يدعم ويقوي من تقنياتها.

٣- ارتباط هذه الأدلة بالجرائم المعلوماتية وكذا أثارها وخاصة في مرحلة المحاكمة الجنائية.

٤- إمكانية وسهولة تعقب أثارها وكذا الوصول لمصادرنا بدقة شديدة.

٥- الثقة و الكفاءة التي اكتسبتها أنظمة الكمبيوتر والشبكات المعلوماتية (الإنترنت) والتي حققتها في المجال المعلوماتي .

٦- دعم هذه الأدلة عبر آراء الخبراء الفنيين و المتخصصين، إذ للخبير دور كبير في الكشف عن الأدلة وفحصها وتقديرها وعرضها أمام القضاء في المواد الجنائية وفقاً لما قرره القانون والقضاء.

أولاً: نتائج هذه الدراسة :

يمكن القول بأن هذه الدراسة البحثية أدت لعدة نتائج يمكن إجمالها فيما يلي :

١- إن الأدلة المعلوماتية (الرقمية الإلكترونية) هي وسائل إثبات في المسائل والمواد الجنائية انبثقت عن التقدم العلمي التقني الضخم في مجال الإتصالات وتكنولوجيا المعلومات كان لها أثر كبير في النظرية العامة للإثبات وخاصة في المجال الجنائي .

٢- إذا كانت الأدلة الجنائية جميعها تصلح - طبقاً للقواعد العامة - للإثبات الجنائي ، فإن البحث عن الأدلة الإلكترونية يلزم أن يكون بوسائل مشروعة وليس بأي وسيلة أخرى كما يعد هذا الدليل الإلكتروني الوسيلة الرئيسية لإثبات الجرائم المعلوماتية أو حتى تقع علي الوسائل الإلكترونية .

٣- إن القاعدة العامة المتفق عليها في الفقه والقضاء الجنائيين وخاصة فيما يتعلق بسلطة القاضي الجنائي في تقييم هذه الأدلة هي قاعدة حرية القاضي في تكوين عقيدته وقناعته، إذ له أن يستقي عقيدته ويستمد وجدانه من هذا الدليل إذا اطمئن وارتاح إليه وكذا حرية تقييمه عند عرضه عليه .

٤- قبول بعض الأنظمة القانونية وخاصة المتقدم في مجال الإثبات الجنائي - بالنصوص الصريحة في تشريعتها - الأدلة المتحصلة من الوسائل المعلوماتية كوسيلة إثبات، كالنظام الأمريكي .

٥- عدم وضع قواعد وأحكام خاصة للإثبات بالدليل الإلكتروني يتفق وطبيعة هذا الدليل في المواد الجنائية، وإنما ظلت خاضعة للمبادئ العامة في الإثبات المنصوص عليها والجاري العمل عليها في فقه الإجراءات الجنائية فضلاً عن وضوح عجز النصوص التقليدية القانونية للإثبات عن مواكبة الإثبات بالدليل المعلوماتي ومكافحة الجرائم المعلوماتية .

٦- إن الأدلة المعلوماتية كطرق إثبات في المواد الجنائية لها دور كبير في حالات تفتيش الأنظمة الإلكترونية وكذا قواعد معطياتها (بياناتها) فضلاً عن الدور

الجوهري للخبرة الفنية في هذا الإطار فيمكن تطبيق المبادئ العامة في تفتيش أنظمة الكمبيوتر والإنترنت علي الجاني إذا تبين وجود قرائن ودلائل تنبئ بحيازته الأشياء أو أدلة تتعلق بالجرم أو أنه يخفي بيانات أو برامج أو تطبيقات استخدمت في وقوع الجرم .

٧- تعد سهولة محو أو تدمير هذا الدليل في مدة قصيرة من أهم الصعوبات التي تُعرض عملية الإثبات الجنائي لبعض العقبات فضلاً عن مشاكل التخزين المعلوماتي للمعطيات وكذا تشفيرها عن بعد مما يجعلها غير مرئية وغير مفهومة في إثبات الجريمة الإلكترونية والبحث عن أدلتها .

٨- طبقاً للقواعد العامة ، يقع عبء إثبات الأفعال الإجرامية الخاصة بالجرائم المعلوماتية علي الإدعاء العام (النيابة العامة) والمدعي مشاركتها في هذه المهمة ( إن أراد ) كما يجوز نقل هذا العبء في أحيان أخرى منها إلي المجني عليه كما أن للنيابة العامة الإختصاص الأصيل بتفتيش الأجهزة وغيرها مما يتصل بالجرم المعلوماتي - ولأعضاء مأموري الضبط القضائي ذلك الإستثناء فضلاً عن ضرورة تهيئة السلطة القضائية والجهات المختصة بكشف الجرائم بشكل جيد لمواجهة تلك السلوكيات الإجرامية .

٩- انطلاقاً من مبدأ تحقيق العدالة الجنائية وضمان الحقوق وخاصة حق المجني عليه، إنه يتعين حضور الجاني عملية تفتيش جهازه وكذا أجهزة ومعلومات غيره- إذا كان الأمر متعلقاً بضبط دليل ضده حتي يتسني للمجني عليه مواجهة الجاني - بشرط ألا يتسبب حضوره في أي ضرر (عن إجراء التحقيق).

١٠- وضع القاضي أمام خيارين لا ثالث لهما إما الحكم ببراءة المتهم لعدم وجود نصوص عقابية أو إجراء في كثير من الأحيان - وهذا يكون انعكاس سئ علي المجتمع وإما البحث عن حل قضائي لمواجهة المجرم المعلوماتي ومحاكمته عبر محاولة وتفسير النصوص القانونية التقليدية لإدراج هذه الأفعال تحت سلطانه مؤقتاً.

## ثانيا : توصيات الدراسة :

هذا وفي خاتمة هذه الدراسة البحثية المتعمقة نوصي بما يلي من توصيات في دعم حجية الدليل الإلكتروني والتعبير الرقمي أو المعلوماتي كي تسهل عملية الإثبات الجنائي بما يتفق مع آليات السياسة الجنائية الحديثة في ارساء نظم جديدة متطورة في مجال العدالة الجنائية .

١- وضع مفهوم (أو تعريف) واضح ومحدد للدليل المعلوماتي (الرقمي) والإعتراف بحجيته القانونية كدليل إثبات في المعاملات القانونية بوجه عام والمواد الجنائية بوجه خاص أو حتي ادراجه تحت مظلة أحد أدلة الإثبات المتعارف عليها حتي لا تخضع للسلطة التقديرية للمحاكم.

٢- إلزام أو التزام الدول والحكومات بوضع قوانين وسياسات تشريعية (تشريعات) واضحة جلية فيما يتعلق بمكافحة الجرائم المعلوماتية وسرعة تطورها فضلاً عن التعديل السريع والموكب للتقدم العلمي للقوانين القائمة أو الحالية المنظمة لتلك الجرائم أو لتداول المعلومات وخاصة عبر الشبكة المعلوماتية (الإنترنت) بما لا يخل أو يخالف حرية تداولها والنص علي مفاهيم وتعريف مضبوطة ومحددة غير واسعة أو غامضة لافعال هذه الجرائم في قانون العقوبات وكذا قانون الإجراءات الجنائية.

٣- وجوب النص صراحة من جانب المشرع الإجرائي - وخاصة في فقه الإجراءات الجنائية والإثبات الجنائي - علي شروط الحصول علي الدليل المعلوماتي من حيث مشروعيته وكذا غير قابليته للشك وإمكانية مناقشته عند عرضه علي القضاء وهذا يتطلب تعديل قوانين الإجراءات الجنائية وغيرها من القوانين المتصلة بهذا الأمر بما يتوافق وطبيعة الجريمة المعلوماتية وبما يساعد في اكتشافها وإثبات ارتكابها وملاحقة وتعقب مرتكبيها وكذا لا بد من النص صراحة علي آليات محددة بشأن التعامل مع هذا الدليل ودوره في الإثبات جنبا إلي جنب مع الضبط والشهادة والخبرة و التفتيش والمعايينة .

٤- التأكيد علي مشروعية الحصول علي هذا الدليل بغير أي مخالفة لأحكام الدستور أو القانون وكذا عدم قابليته للشك (يقينته) وإمكانية مناقشته عند طرحه، هذا فضلاً عن الحفاظ على أسرار الجاني غير المتعلقة بالجرم من الإطلاع عليها بمعنى إلزام القائم بالتفتيش بواجب الحيطة والحذر أثناءه؛



فليس له الإطلاع إلا علي ما قد يكون له علاقة بالجريمة (أشياء أو أماكن) وكذا عدم استرساله في الإطلاع علي ما يجده بمحض الصدفة وعدم اطلاع غيره علي محتويات محل التفتيش (معلومات الحاسب)

٥- الإعتراف بصفة المحرر الإلكتروني لمخرجات النظام المعلوماتي، ومن ثم اعتباره حجة في الإثبات الجنائي مع الأخذ في الإعتبار بين إجازة (جواز) المساس بحرمة الحياة الخاصة وحالات الضرورة وخاصة فيما يتعلق بطبيعة هذه الجريمة والدليل المراد استخدامه في إثباتها .

٦- إصدار قانون (أو تشريع) يرسى ويؤكد دعائم وضع نظرية متكاملة للدليل المعلوماتي تتناول أوضاعه وصوره وشروط صحته وحجيته وقيمه القانونية في الإثبات الجنائي ووضع إطار عام للقواعد التقنية الفنية التي غالباً ما يلجأ إليها العاملون به ومعالجة مسائل الإثبات المتصل به .

٧- نشر الوعي المجتمعي بالمخاطر الإقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية المنبثقة عن الاستخدام غير الآمن للإنترنت وكذا توعية مستخدم الحاسوب وشبكات المعلوماتية بخطوره الجرائم التي قد ترتكب عبر استخدامه وضرورة الحماية منها والابلاغ والإرشاد عن مجرميها فضلاً عن تبني استراتيجية قومية لتنمية الرصد والتوعية والتحقيق بتلك الجرائم المعلوماتية .

٨- العمل وطنياً وإقليمياً و بالتنسيق مع الدول العربية والإفريقية ودول منطقة الشرق الأوسط ودولياً (الدول الغربية الكبرى) لتحقيق استراتيجية و خطة عمل عاجلة لمكافحة الجريمة الإلكترونية والإستفادة من خبرات جميع الدول بعضها البعض. وهذا يعني ضرورة التعاون بين الأجهزة المعنية في هذه الدول لتبادل الخبرات في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وكذا فيما يخص أدلة الإثبات المعلوماتية الحديثة بهدف تحقيق الأهداف والغايات المنشودة لتحقيق عدالة جنائية رشيدة وكذا قضاء عادل .

٩- ضرورة إصدار دليل ارشادي تقني وقانوني Practical Legal Guide حول أشكال وصور الجرائم الإلكترونية وشبكات المعلوماتية والأصول العلمية لكشفها والتحقيق فيها وملاحقة مرتكبيها وأساليب التعامل مع الأدلة الرقمية وغيرها من الأدلة المعلوماتية ذات الصلة بهذه الجرائم ومواصلة

تحديث هذه الأدلة بشكل دوري كلما دعت الحاجة لذلك وتعميمه علي العاملين في مجال التحقيق في الميدان وعلي الأجهزة القضائية وعلى المشتغلين في هذا المجال قانونياً وفنياً ومعلوماتياً فضلاً عن الاستفادة من الدليل الصادر عن المنظمة العالمية للشرطة الجنائية (الأنتربول الدولي).

١٠- تدخل القاضي الجنائي في الأحوال التي تغيب فيها النصوص الجنائية - المنظمة لهذه الجرائم وحتى لكيفية إثباتها بالأدلة الإلكترونية بالتفسير طبقاً للقواعد المقررة فقهاً كي لا يتحول من قاضٍ إلى مشرع، فيجمع بين سلطتين وهم القضائية والتشريعية، إذ تم الفصل بينهما حمايةً للحقوق الفردية والحريات العامة. فضلاً عن تنظيم ورش عمل ودورات ومؤتمرات تدريبية وخاصة للقضاة المحليين بصفة دورية ومنظمة تساعدهم علي تطوير ثقافتهم القانونية ومنها التقنيات الحديثة وكيفية استخدامها في ارتكاب هذه الجرائم مع استحداث دوائر متخصصة بالمحاكم الجنائية في هذه النوعية من الجرائم إذ أن كل ذلك يسهم ويساعد في بناء مبادئ قانونية وقضائية جديدة تحتاجها الأنظمة القانونية الكلاسيكية المستقرة .

وختاماً نخلص أن الجرائم المعلوماتية وما يتصل بها من مسائل إجرائية أهمها إثباتها بالأدلة الإلكترونية وإن كانت تبدو إنها منظمة من قبل بعض التشريعات إلا إنها تثير العديد والكثير من الصعوبات والمشاكل وخاصة بتحديد شخص الجاني وخاصة إذا ما كان مقيماً خارج الدولة - فيصعب تحديد المسؤول جنائياً - إذا وقعت الجريمة عبر الإنترنت وكذا مسائل الإثبات لذا يجب علي التشريع ألا يكون قاصراً علي تنظيم ما هو موضوعي إنما عليه أن يصاحب ما هو موضوعي بكل ما هو إجرائي وذلك كي يتحقق نوع من التوازن بين الحق أو المصلحة وطريقة الوصول إليه (إليها).

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه"

## قائمة المصادر والمراجع أولاً: المراجع العربية

١. د/ نائلة عادل قوره، جرائم الحاسبات الاقتصادية: دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
٢. د/ رامي متولي القاضي، مكافحة الجرائم المعلوماتية في التشريعات المقارنة والمواثيق الدولية، دار النهضة العربية، طبعة أولى، ٢٠١١.
٣. الدستور المصري الحالي ٢٠١٤ (دستور جمهورية مصر العربية)
٤. د/ عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
٥. د/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، طبعة ثانية، ٢٠٠٢.
٦. د/ رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٨٤.
٧. د/ جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣.
٨. د/ على محمود حموده، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث مقدم ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي (٢٠٠٣).
٩. د/ حسين بن سعيد الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، (٢٠٠٩).
١٠. د/ هلال عبد الله أحمد، الجوانب الموضوعية والإجرائية للجرائم المعلوماتية على ضوء اتفاقية بودابست الموقعة ٢٣ نوفمبر ٢٠٠١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
١١. د/ آمال عبد الرحيم عثمان، الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية، دار النهضة العربية ١٩٧٥.

١٢. د/ سعيد عبد اللطيف حسن ، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت: الجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات، طبعة أولى ، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
١٣. د/ أحمد عوض بلال، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة خمسة (٢٠١٣).
١٤. حسنين المحمدي البوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة أولى (٢٠٠٨).
١٥. الدكتور/ هشام محمد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحربية، أسيوط، ١٩٩٤.
١٦. د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت: دراسة متعمقة في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٧. محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١.
١٨. د/ رمزي رياض عوض، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
١٩. د/ هشام محمد رستم، جرائم الحاسوب كصوره من صور الجرائم الإقتصادية المستحدثة ، مجلة الدراسات القانونية، العدد ١٧، جامعة أسيوط، ١٩٩٥.
٢٠. د/ فتوح الشاذلي ود/ عفيفي كامل، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون: دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٢١. د/ أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

٢٢. د/عبد الحافظ عبد الهادي عابد، الإثبات الجنائي بالقرائن: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٢٣. د/ أحمد حسام تمام، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسوب: الحماية للحاسوب- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.
٢٤. د/ محمد الأمين البشري، الأدلة الجنائية الرقمية: مفهومها ودورها في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب- المجلد ١٧- العدد ٣٣- السنة ١٧ - الرياض، إبريل (٢٠٠٢).
٢٥. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت- دار الكتب القانونية- القاهرة (٢٠٠٦).
٢٦. المرسوم السلطاني العماني رقم ٧٢ لعام ٢٠٠١.
٢٧. د/ عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية- القاهرة - ٢٠١٠.
٢٨. د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠١٠.
٢٩. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضاء دستوري جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ و القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضاء دستوري جلسة ٢٠٠١/٦/٢ و في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضاء دستوري جلسة ١٩٩٦/٦/١٥ و في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضاء دستوري جلسة ١٩٩٧/٧/٥
٣٠. راجع د/ ابراهيم حامد طنطاوى و د/ على محمود حموده، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات -الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة- دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٧.
٣١. قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
٣٢. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.

٣٣. قانون الطفل المعدل رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٨.
٣٤. د/مامون محمد سلامه، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - دار الفكر العربي، القاهرة (١٩٨٨).
٣٥. د/أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة (١٩٩٦).
٣٦. محمد محمد شتات، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية (٢٠٠١).
٣٧. د/ هلالى عبد اللاه أحمد - حجية المخرجات الكمبيوترية في الإثبات الجنائي طبعة أولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٣٨. د/ جميل عبد الباقي الصغير - أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - الحاسبات الآلية - البصمة الوراثية): دراسة مقارنة - دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠١.
٣٩. د/ خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٤٠. هلال بن محمد البوسعيدي - الحماية القانونية والفنية لقواعد المعلومات المحوسبة: دراسة قانونية فنية مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٤١. سامي حمدان الواشدة، قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة في الإجراءات الجزائية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠١١، ٣.
٤٢. شمسان ناجي الخيلي، الجرائم المستخدمة بطرق غير مشروعة لشبكة الإنترنت: دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٤٣. أحمد ضياء الدين، مشروعية الدليل في المواد الجنائية، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى، الشارقة، ٢٠١٢.

٤٤. عبد الله عبد الكريم عبد الله، جرائم المعلوماتية والإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
٤٥. د/ جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة: دراسة في الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
٤٦. د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١١، ١٩٧٦.
٤٧. د/ حسين بن سعيد الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٤٨. د/ جميل عبد الباقي الصغير، المواجهة الجنائية لقرصنة البرامج التلفزيونية المدفوعة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٤٩. د/ هلاكي عبد اللاه أحمد، التزام الشاهد بالاعلام في الجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٠.
٥٠. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.
٥١. د/ على حسن الطويلة، التفتيش الجنائي على نظام الحاسوب والإنترنت: دراسة مقارنة، طبعة أولى، عالم الكتب الحديث، اربد، ٢٠٠٤.
٥٢. المستشار ادوارد غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري والمقارن، مكتبة غريب، القاهرة، (طبعة منقحة ومزودة) طبعة خمسة، ٢٠١٠.
٥٣. د/ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني: ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهته، مدى حجيته في الإثبات، الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠١.
٥٤. د/ طارق سرور، ذاتية جرائم الإعلان الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠١.
٥٥. د/ محمد السيد عرفه، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت: مفهومها، القاعدة القانونية التي تحكمها، ومدى حجية المخرجات في الإثبات، دراسة مقدمة إلى

- المؤتمر المنعقد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة (في موضوع القانون والكمبيوتر والإنترنت) من ١-٣ مايو ٢٠٠٠.
٥٦. د/ غنام محمد غنام، عدم ملائمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر (٢٠٠٠)
٥٧. د/ محمد سامى الشواء، ثورة المعلومات وانعكاسها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة - ١٩٩٤.
٥٨. د/ مدحت عبد الحليم رمضان، جرائم الإعتداء على الأشخاص والإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة (٢٠٠٠)
٥٩. د/ مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، (٢٠٠١).
٦٠. د/هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن - دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
٦١. د/ هشام فريد رستم، الحماية الجنائية لسرية السوابق القضائية، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، ١٩٩٥.
٦٢. د/ محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات، دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩.
٦٣. د/ حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠.
٦٤. د/ أشرف توفيق شمس الدين، الصحافة والحماية الجنائية للحق في الخصوصية : دراسة مقارنة (١٩٩٩).
٦٥. على حسن الطوالبة، مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، بحث منشور عبر موقع لكلية الحقوق بجامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين (٢٠٠٩).
٦٦. د/ محمد الأمين، العدالة الجنائية ومنع الجريمة: دراسة مقارنة ، طبعة أولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ١٩٩٧.



٦٧. د/ لؤي عبد الله نوح، مدى مشروعية المراقبة الإلكترونية في الإثبات الجنائي (٢٠١٨).

٦٨. د/ لؤي عبد الله نوح، حجبية مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي:دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع- القاهرة - ٢٠١٨.

٦٩. د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص- الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤.

٧٠. انظر د/ فوزية عبد الستار، قانون العقوبات- القسم الخاص - الطبعة الثانية- دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٧١. د/ عمر الفاروق الحسيني،المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية: دراسة تحليلية نقدية لنصوص التشريع المصري مقارناً بالتشريع الفرنسي- دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الثانية ١٩٩٥.

٧٢. قانون العقوبات المصري الصادر عام ١٩٣٧ وتعديلاته.

٧٣. أ. محمد رفيق البطوطي و أ. محمد أحمد حسن، قانون العقوبات في ضوء أحكام محكمة النقض، طبعة نادي القضاة- المجلد الأول-٢٠٠٣.

٧٤. د/ محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية:دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، القاهرة٢٠٠٢.

٧٥. الدكتور/ محمد حسام الدين لطفي،استخدام وسائل الإتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها (يونيو ١٩٩٨).

٧٦. د/أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية- القاهرة (طبعة ثانية)،١٩٨٩.

٧٧. د/ محمد فهمي طلبة (وآخرون)،دائرة معارف الحاسب الإلكتروني- مجموعة كتب دلتا- مطابع المكتب المصري الحديث، القاهرة، ١٩٩١.

٧٨. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.
٧٩. د/ عبد الحافظ عبد الهادي عابده، الإثبات الجنائي بالقرائن: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٨٠. د/ محمد المرسي الزهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، جامعة الكويت ١٩٨٩.
٨١. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، طبعة ١٩٩٧.
٨٢. د/ اسماعيل غانم، أحكام الإلتزام والإثبات، الجزء الثاني، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٦٧.
٨٣. د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى (١٩٨٨).
٨٤. أ/ أحمد أمين - شرح قانون العقوبات الاهلي - القسم الخاص - الطبعة الثانية، ١٩٢٤.
٨٥. عمر محمد يونس، الإجراءات الجزائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية - القاهرة - طبعة أولى (٢٠٠٢).
٨٦. محمد أحمد المنشاوي - سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الإلكتروني - بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٣٦.
٨٧. د/ مأمون محمد سلامه، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٨٨. د/ عبد الله على محمود، إجراءات جمع الأدلة في مجال الجرائم المعلوماتية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة أولى، (٢٠١٣).
٨٩. رأفت عبد الفتاح حلاوه، الإثبات الجنائي وقواعده وأدلته، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى، (٢٠١٣).
٩٠. عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية - (١٩٩٨).

٩١. جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى، (١٩٨٢).
٩٢. د/محمد حسين منصور -المسئولية الإلكترونية ، دار المعارف -الإسكندرية ٢٠١٠
٩٣. د/ أحمد ابو الوفاء، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية (2003).
٩٤. ممدوح منير الجهيني، قوانين اليونسترال النموذجي في مجال التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعية للنشر،الإسكندرية (٢٠٠٦).
٩٥. د/ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني - دار الفكر الجامعي،الإسكندرية (٢٠٠٦).
٩٦. د/ محمد حسين منصور، مبادئ الإثبات وطرقه- دار الفكر الجامعي،الإسكندرية (٢٠٠٦).
٩٧. أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني - دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية ٢٠٠٨.
٩٨. د/ أشرف توفيق شمس الدين : الحماية الجنائية للنشر الإلكتروني : دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٦.
٩٩. د/ أيمن سعد سليم التوقيع الإلكتروني : دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٠٠. د / عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني - الإثبات، آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي (١٩٨٢).

### ثانياً: المراجع الأجنبية

- 1 David Gray, Danielle K.Citron, &Liz C.Rinehart, Fighting Cyber Crim After United States v.Jones, 103 Journal of Criminal Law & Criminology 3 (2013).
- 2 Susan W. Brenner, State Cyber Crime Legeslation in the United States of America: A Survey, 7 Richmond J. of Law & Technology 3 (2001).
- 3 Okin S.Kerr, Cyber crime's Scope: Intepreting "Acess" and "Authorization" in Computer Misuse Statutes, 78 New York Univ.L Rev.1596(2003).
- 4 Janaletchumi Appuderaï and Chita Rama lingam, Computer Crimes: A Case Study of What Malysia Can Learn from Others? 2 Jounal of Digital Forensics Security, and Law 2 (2007).
- 5 Jonathun Mayer, Cyber Crime Litgation, 164 Pennsylvaina L. Rev. 145(2016).
- 6 Eric J.Sinrod and William P.Reilly, Cyber-crimes:A Practical Approach to the Application of Federal Computer Crime Laws,16 Santa Clara High Technology Law Journal 2 (2000).
- 7 Richard C.Hollinger and Lonn Lanza-Kaduce, The Process of Criminalization: The Case of Computer Crime Laws, 26 Criminology 101,116 (1988).
- 8 United States V.Simons, 29 f.supp.2d 324 (E.D.va.1988).
- 9 O'Hara E. Chevles,Fundemantels of Criminal Investigations,3rd Ed.(1973).
- 10 Konn Parker, Fighting Computer Crime:A New Framework for Protecting Information,New York,John Wiely (1998).
- 11 United States Sentencing Commission, Sentencing Guidelines for United States Courts, Part II, 62 Fed. Reg. 26616(1997).
- 12 Robert Richardson, Hackers: Devils or Saints?Network, June 1997.
- 13 Mark L. Krotoski, Effectively Using Electronic Evidence before and After aTrial,59 Bulletin of United States Attorney 6(2011).

- 14 David L.Gripman, The Doors are Locked but the Thieves and Vandarls are Still Getting in:A Proposal in Tort to Alleviate Corporate America's Cyber-crime Problem,16 J.Marshell J.Computer &Info.L.167,169-70 (1997).
- 15 John Nikell and John Fisher, Crime, Science, and Methods of Forensic Detection, Lexington, Univi.of Kentuchky (1999).
- 16 Ronald L. Mendle, Investigating Computer Crimes:A Primer for Security Manger, New York (Charles Thomas 1998).
- 17 United States V.Sablan, 92f, 3d867(9thcir.1996)
- 18 United States v. Czubinski,106 F.3d 1069,1078 (1st cir.1997)
- 19 National Information Infrastructutre Protection Act of 1996: Hearings on S.982,104 th Cong.90 (1996).
- 20 Brent schneider, High- Technology Crime: Investigating Cases Involving Computers,(San Jose:KSK Publications 1999).
- 21 Howard W.Cox, Recent Develpomats and Trends in Searching and Seizing Electronic Evidence,59 The United States Attorney Bulletin 6 (2011).
- 22 John Parade, Droit Penal General, CuJus (2002-2003) No.181.
- 23 Richard Power and Rik Farrow,Electronic Commerce Crime,Includes Related Article on Exerpt from a Hacker's Email,Internet/Web/Online Service Information,Network,Dec.1997.
- 24 Richard Raysman & Peter Brown, Virsues, Worms, and Other Destructive Forces, N.Y.L.J., July 13,1999.
- 25 Model Law on Electronic Commerce Guide to Enactment (1996), arts. (6) & (7) .
- 26 Haeji Hong, Hacking through the Computer Fraud and Abuse Act,31 U.C.Davis L.Rev (1997).
- 27 Wendy Davis, Prosecutors Watching the Web Street Crime is Down but that May Just Mean its Moving Online,158 N.L.J.935 (1999).
- 28 United States V.Colterman, 637F.3d 1068 (9th cir.2011).
- 29 United States V.Abbouchi,502 F.3d 850,855 C (9th Cir)
- 30 United States V.Morris,928 F.2d 504,505 (2nd cir.1991)

- 31 Robyn E. Bumner, Government Want to Bore Web Pee- phole, St. Petersburg Times, March 12,2000.
- 32 Carlos Albert O Rohrmann, Legal Aspects of Electronic Criminal Evidence in Brazil, 20 International Rev.of Law, Computers,& Technology Journal 182 (2007).
- 33 Francis Lim, Is Electronic Evidence Admissible in Criminal Case? Inquirer.Net, March13, 2018.
- 34 D.Glenn Baker,Trespassers Will be Prosecuted:Computer Crime in the 1990's,12 Computer Law Journal 1 (1993) .
- 35 Orin S.Kerr,Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure, 96 Va.L.Rev.1241(2010).
- 36 Criminal Evidence Act of 1992.
- 37 United States v.Braks,842 F.2d 509,512 (1st cir.1988)
- 38 Guide to Electronic Commerce Regulations,2002,op.cit
- 39 United States V.Ickes,393 f.3d 501-06 (4thcir.2000).
- 40 Thomas A.o'Malley, Using Historical Cell Sit Analysis Evidence in Crimnal Trials, 59 the United States's Attorney 3 Bulliten 6 (2011).
- 41 State of Connecticut v. Swinton, 847 A.2d 921 (S.Ct.couu.2004).
- 42 Williams v.Long, 2008 WL 4848362 (D. md., April 7,2008) .
- 43 Bank v.Eurich, 831N.E 2d 909 (S.J.c mass., August 3,2005).
- 44 Police and Criminal Evidence Act 1984,op-cit-p.25&281.
- 45 Naughan Bevan and Ken Lidstone, A Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984. (Bulterworth,London,1985).
- 46 ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility Formal Opinion 06-442, Review and Use of Metadata (August 5, 2006).
- 47 Vinhnee v.American Express Travel Related Service Company,Inc,336 B.R.437(9th cir.BAP 2005) .
- 48 People v.Rivera,537 N.E 2d 924 (App.ct. Illinois, April 4,4.1989).
- 49 McDaniel v.United States, 343 F.2d 789 (5th cir), cert.denied,382 U.S. 826 (1965);people v.McHugh,124 mis.2d 559,560,476 N.Y.S.2d 721,722 (1984).

- 50 Karl J. Flusche, Computer Crime and Analysis of Computer Evidence it Ain't Just Hackers And Phreakers Anymore! 7 Journal of Information Systems Security 1 (1998).
- 51 Sinisi Vincenzo, Digital Signature legislation in Europe, op.cit.
- 52 Chris Reed, What is a Signature? 3 Journal of Information, Law, and Technology (J I LT) (2000).
- 53 Sharon Hatch Hodge, Satellite Data and Environmental Law: Technology: Ripe for Litigation Application, 14 Pace Env'tl. L. Rev. 691-718 (1997).
- 54 John L. Roberts, Admissibility of Digital Image Data and Animations: Courtroom Concerns, Advanced Imaging 102 (August 1995).
- 55 United States Department of Justice, Computer Crime and Intellectual Property Section.
- 56 (CCIPS), Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations (2001).
- 57 United States v. Evans, 892 F. sup. 2d 949 N.D. III. (2012), United States v. Wurie, 728 F.3d 1, 1st cir. (2013).
- 58 United v. Williams, 592 F.3d 511, 515-17, 7th cir. (2010).
- 59 US Code, Title 18, Crimes and Criminal Procedures, Part, I Crimes, Chapter 19, Wire & Electronic Communication Interception and Interception of Oral Communications, March, 2015.
- 60 Valsamis Mitsilegas, EU Criminal Law, Oxford & Portland, Hart, 2009
- 61 Council of Europe, The European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Strasbourg, April 20, 1959.
- 62 Council Framework Decision 2003/577/JMA of July 26, 2003 on the Execution in the European Union of Orders Freezing Property or Evidence .
- 63 Kenneth J. Markowitz , Legal Challenges and Market Rewards to the Use and Acceptance of Remote Sensing and Digital Information As Evidence, 12 Duke Environmental L. & Policy Forum (2002).

- 64 Jonathan E. Stern, The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 16 Berkeley Technology Law Journal (2001).
- 65 C-Bradford Biddle, Misplaced Priorities: The Utah Digital Signature Act and Liability Allocation in a Public Key Infrastructure, 33 San Diego L.Rev. 1146 (1996).
- 66 Benjamin Beard, Removing Barriers to E-Commerce: The Uniform
- 67 Electronic Transactions Act, 36 ABA B7 -139(2000)
- 68 David W. Carstens, Contracts Have a New Look Thanks to E-Signature Act, Texas Law, July 31, 2000.
- 69 Richard Raysmans and Peter Brown, The Impact of the New Federal E-sign New York Law, 224 N.Y.L.J 3 (August 8, 2000).
- 70 Benjamin Wright, Eggs In Baskets: Distributing the Risks of Electronic Signatures, 452 PL /I, at 63.69-70(1996).
- 71 15 U.S.C.A. § 7002(a)(1) (West Supp. 2001)
- 72 15 U.S.C.A. § 7003(b)(1)(a)(3), 7005(a)-(b) (West Supp. 2001)
- 73 Maria Angela Biasiotti, A Proposed Electronic Evidence Exchange Across the European Union, 14 Digital Evidence and Electronic Signatures L. Rev. (2017).
- 74 Uniform Commercial Code Sections 1-207 and Article 2 and 2 A, § 7003(a)(3).
- 75 Jane K. Winn, Open Systems, Free Markets and Regulations of Internet Commerce, 72 Tul. L. Rev. 1177, 1232 (1998).



**الابتزاز الإلكتروني**  
**(دراسة تحليلية مقارنة)**

دكتور: تامر محمد صالح

أستاذ القانون الجنائي المساعد

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"قَالَتْ فذَلِكُنَّ الَّذِي لُمْتُنَّنِي فِيهِ وَلَقَدْ رَاوَدْتُهُ عَنْ نَفْسِهِ فَاسْتَعْصَمَ وَلَئِن لَّمْ يَفْعَلْ مَا أَمَرُهُ لَيُسْجَنَ وَكَانَ مِنَ السَّاجِدِينَ (٣٢) قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ وَإِلَّا تَصْرِفْ عَنِّي كَيْدَهُنَّ أَصْنَبُ إِلَيْهِنَّ وَأَكُنْ مِنَ الْجَاهِلِينَ (٣٣)".

## صِدْقَ اللَّهِ الْعَظِيمِ

سورة يوسف الآيات ٣٢، ٣٣

”الابتزاز من الممارسات البغيضة ؛ لكونه يكشف عن دناءة أخلاقية ،  
ووضاعة فكرية ، وطبيعة انتهازية ، خان بها المؤتمن أمانته ، أو أستغل  
قدرته ومهارته ، فجعل المجنى عليه يئن من سذاجته ، أو لحظة ضعف  
هيمنت على نفسه ، فجعلته يهوى بين يديه يأمره بما يشاء ، وينهاه عما  
يشاء”.

الباحث

## مقدمة عامة

- موضوع الدراسة:

الأمن والطمأنينة من أعظم النعم، والخوف والاضطراب من أسوء النقم<sup>(1)</sup>؛ لذا كان الابتزاز من أبعث الجرائم، لكونه يؤثر في شعور الإنسان بالأمن، فيثير الرعب والفرع لديه، ويترك أثراً في نفسه أشد من إصابة جسده، فيدفعه لإتيان فعل أو الامتناع عنه، سواء أكان مشروع، أم غير مشروع دون إرادته، مما يشكل عدواناً على حقه في الرفاه الاجتماعي والنفسي كأحد حقوق الإنسان، فالتشريعات جُلها لا تقيم وزناً للتصرفات التي ترتكب دون إرادة حرة مستتيرة.

ويزداد الأمر خطورة عندما يتم الابتزاز من خلال وسيلة الكترونية، يصعب محو آثاره من عليها، أو تحديد الأشخاص الذين قد تمكنوا من الاطلاع على ما يتم ابتزاز الشخص به، أو أن يكون بشئ تم الاطلاع عليه من خلال وسيلة الكترونية وتم اختراقها، فالابتزاز هو داء العصر، لكونه قد يصل بالإنسان لدرجة الرق والعبودية؛ فهو تهديد الآخرين بوسائل شتى لإشعارهم بالخطر، مما يجعلهم ينزفون دائماً، ويكونون تحت إمرة الجاني، لاسيما أن نطاق الضرر الناتج عن النشر الإلكتروني يفوق أضعاف الناشئ عن النشر الورقي.

وضحايا الابتزاز كثر منها: الحكومات والشركات، والأفراد العاديون سواء أكانوا رجالاً، أم نساءً، أحداثاً أم بالغين، وأياً كان مركزهم السياسي، أو الاجتماعي يسهم بعضهم على ابتزازه من خلال اطلاع الجاني على نقاط ضعفه، فيقوم باستغلاله.

- نطاق الدراسة:

تتعلق هذه الدراسة بجريمة الابتزاز الإلكتروني من حيث العناصر والأركان التي تقوم عليها، والتي يترتب على توافرها مسئولية الجاني، والعقوبة المقررة عند ارتكابه ذلك الفعل، أو الشروع فيه، وكذلك العقوبة المقررة للمجنى عليه عند إتيانه، بناءً على

(1) يقول تعالى: "الإيلاف قريش\* بإلافهم رحلة الشتاء والصيف\* فليعبدوا رباً هذا النبي\* الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف". سورة قريش.

تهديد الجاني فعلاً غير مشروع، إضافة إلى بيان خصوصية هذه الجريمة وذاتيتها فى مواجهة بقية الجرائم التى تقترب منها فى بعض الأركان، أو تتطابق معها فى العقوبة.

- مبررات الدراسة:

سيتم تناول هذه الدراسة لكثير من الأسباب أهمها:

أولاً- خطورة جريمة الابتزاز الالكترونى:

مكنت الوسائل التكنولوجية الحديثة الأشخاص ضعاف النفوس من استغلالها لارتكاب الجرائم، والتخفى خلف أسماء ودلالات وهمية؛ لتحقيق منافع مادية، أو معنوية من خلال تهديد بعض الأفراد بالتشهير بهم عبر هذه الوسائل التى تنتشر بها الأخبار والمعلومات أسرع من البرق، وأشد من الرعد، فتحدث فى المجتمع أثراً يفوق حرارة شمس الصيف. وتعد الجرائم الالكترونية- الابتزاز الالكترونى- واحدة من أهم التهديدات التى تواجه العالم اليوم، إضافة إلى تكلفتها من الناحية الاقتصادية، وخطورتها من الناحية السياسية والأمنية<sup>(1)</sup>.

تتزايد حالات الابتزاز الالكترونى فى الوقت الحالى، لكثرة وسهولة عمليات الاختراق- القرصنة- والاتصالات السلكية واللاسلكية فى ظل الثورة التكنولوجية، والمعلوماتية، ففي عام ٢٠١١م، كان عدد مستخدمى الإنترنت لا يقل عن ٢,٣ بليون نسمة، أى ما يعادل أكثر من ثلث سكان العالم، ويعيش أكثر من ٦٠ فى المائة من جميع مستخدمى الإنترنت فى البلدان النامية، ولا يتجاوز عمر ٤٥ فى المائة من مجموع مستخدمى الإنترنت الـ ٢٥ عاماً، وفى عام ٢٠١٧م، كانت نسبة المشتركين فى خدمة الإنترنت ٧٠ فى المائة من مجموع سكان العالم، وبحلول عام ٢٠٢٠م، من المتوقع أنه سيفوق عدد الأجهزة المتصلة بالشبكة عدد الناس بنسبة ستة إلى واحد، مما سيؤدي إلى تغيير المفاهيم الحالية للإنترنت، ففي عالم الغد المتسم بالتطور البالغ، سيصعب تصور وقوع جريمة لا تتطوى على استعمال الوسائل الالكترونية<sup>(2)</sup>.

(1) Karim Hamdaoui, Mohamed Saad, la classification de l'information au sein de l'entreprise livre blanc enjeux et démarche pragmatique, ausim- Imps- livre blanc: classification de l'information, 2016, p. 5.

(2) دراسة شاملة عن مشكلة الجريمة السيبرانية والتدابير التى تتخذها الدول الأعضاء والمجتمع الدولى والقطاع الخاص،

وقد يدفع الابتزاز الإلكتروني الضحايا إلى "التأثر الفردي" من المبتز - الجاني -، أو أطراف  
ثالثة، أو ارتكابهم لجرائم أخرى مثل: السرقة، أو النصب لدفع المقابل المطلوب منهم.

يضاف إلى ما سبق، أن الابتزاز الإلكتروني تزداد خطورته من خلال اتساع  
نطاقه عبر الانترنت، وكذلك تجدد الألم بالنسبة للضحية وذويه، إضافة إلى تعارضه مع  
القيم الدينية والأخلاقية، فليس منا من أفرع مُسلماً، كما أنه يشكل انتهاكاً للمادة ٥٩ من  
الدستور المصري لعام ٢٠١٤م التي تنص على أن: "الحياة الآمنة حق لكل إنسان، وتلتزم  
الدولة بتوفير الأمن والطمأنينة لمواطنيها، ولكل مقيم على أراضيها"، كذلك ما تنص عليه  
المادة ٥٤ من ذات الدستور على أن: "الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا  
تمس....."، وما تنص عليه المادة ٣١ أيضاً بقولها إن: "أمن الفضاء المعلوماتي جزء  
أساسي من منظومة الاقتصاد والأمن القومي، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ  
عليه، على النحو الذي ينظمه القانون".

ثانياً - النقص التشريعي:

يكشف التنظيم التشريعي المصري عن وجود نص قانوني يجرم الابتزاز  
الإلكتروني، ويقرر حماية ضحاياه الكثيرة، خصوصاً النساء، والأطفال من خلال مواقع  
التواصل الاجتماعي، ومن ثم فرار الجاني من العقاب على الرغم من خطورة هذه  
الجريمة التي تشكل عدواناً على حريات الأشخاص، وشرفهم وسمعتهم، وأموالهم،  
وموافقة مصر على الانضمام إلى الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات،  
الموقعة في القاهرة في ٢١ ديسمبر ٢٠١٠م، مع التحفظ على شرط التصديق.

فالنصوص الحالية في قانون العقوبات المصري ليست كافية للعقاب على الابتزاز  
الإلكتروني وصوره المختلفة، فالمادة ٣٠٩ مكرر (أ) من قانون العقوبات (١) لا تعاقب على

---

الخاص، فريق الخبراء المعنى بإجراء دراسة شاملة عن الجريمة السيبرانية، ٢٣ فبراير ٢٠١٣م، UNODC  
EG/CCPCJ/٢٠١٣/٤، ص ٢.

(١) تنص المادة ٣٠٩ مكرراً (أ) على إنه: "يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً  
أو مستنقداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضا صاحب الشأن.  
ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق  
المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

جميع حالات الابتزاز الإلكتروني؛ على الرغم من أن البعض يرى (١) أن نص هذه المادة يطبق على الاعتداء الذي يقع على حرمة الحياة الخاصة باستخدام الإنترنت؛ لأن الفقرة (أ) منها استخدمت لفظ التليفون بوصفه وسيلة لنقل أو تسجيل المحادثات التي جرت في مكان خاص، والمعلوم أن خطوط التليفون هي الوسيلة الرئيسية المستخدمة للاتصال بشبكة الإنترنت، كما يطبق هذا النص على من يتحصل على الصور الشخصية أو المحادثات المسجلة في أماكن خاصة والموجودة في الملفات الشخصية للبريد الإلكتروني.

ويرجع عدم كفاية هذه المادة لكونها لا تعاقب على التهديد بالإفشاء لإجبار الشخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه إلا إذا كان قد تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة، وبالتالي فهي لم تنطرق إلى حالة انتمان المجنى عليه للجاني على أسرارته ونقله له برضاه، ثم استغلال الجاني لذلك، أيضًا لم تنطرق إلى الاستغلال من قبل من يحوز هذه المعلومات بناءً على سند قانوني، واقتصرت فقط على الموظف العام الذي يرتكبها اعتمادًا على سلطة وظيفته.

كما أنها لم تشدد العقاب عندما يقع الفعل باستخدام وسيلة إلكترونية، أو أحد وسائل الإعلام، وهذا هو الأكثر وقوعًا، كذلك لم تنطرق إلى العقاب على تنفيذ الجاني لتهديده، وتحقيق الضرر بالمجنى عليه، كمن يهدد امرأة بإفشاء أسرارها لزوجها إن لم تقم معه علاقة غير مشروعة، فترفض، فيقوم بإرسال الصور إلى زوجها ويتم طلاقها. كما أن المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات المصري<sup>(٢)</sup> أيضًا غير كافية؛ لأنها لا تعد التهديد الشفوي المباشر جريمة، ومن الممكن أن يقع به الابتزاز، كما أن المشرع يتطلب أن تكون وسيلة التهديد مكتوبة أو شفوية، وليست أفعال مادية، وهو أمر غير جائز، حيث من الممكن أن يقع الابتزاز الإلكتروني بالأفعال.

(١) د. جميل عبدالباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص ٢٥.  
(٢) تنص المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات على أنه: "كل من هدد غيره كتابةً بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف وكان التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن. ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر.

كما أن المشرع يتطلب للعقاب أن يكون موضوع التهديد جريمة وردت في قانون العقوبات، أما التهديد بإيذاء ليس جريمة فلا تقع به جريمة الابتزاز، والواقع أن الابتزاز يقع بالتهديد بأذى سواء أكان هذا الإيذاء يرقى لدرجة الجريمة أم لا، وهو ما لا يذهب إليه النص، فتهديد شخص بفصله من العمل، أو إفساد العلاقة بينه وبين زوجته كل ذلك لا تقع به جريمة التهديد، ولكن تقع به جريمة الابتزاز، وربما ترجع العلة من ذلك أن الابتزاز مقترن بطلب على عكس التهديد المجرد لا يقترن بطلب، فلا بد أن يصل لقدر من الجسامة، وهي أن يكون التهديد بجريمة.

وبالتالي فهذه المادة لا تكفي للعقاب على الابتزاز الإلكتروني، لأنها تشترط أن يكون كتابة من قبل الجاني، أو شفاهةً عبر وسيط، ومن ثم فالتهديد الشفوي المباشر من قبل الجاني لا عقاب عليه

كذلك عدم كفاية المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات المصري؛ لأنها على الرغم من عموميتها عندما استعملت لفظ التهديد، ومن ثم فهي تشمل التهديد بإفشاء أمور، أو نسبة أمور لا يرغب الشخص في اطلاع أحد عليها، أو التهديد بالعنف، غير أنها اقتصر على طلب مبلغ من النقود أو أي شيء آخر "ولفظ أي شيء آخر" ينصرف إلى الأشياء المادية من ذات النوع التي يمكن إعطاؤها، وبذلك فهو لا يشمل التصرفات والأفعال؛ لأنه لا يمكن تسليمها مما يكشف عن قصور هذا النص أيضًا.

- منهج الدراسة:

تتخذ هذه الدراسة من المنهج التأصيلي التحليلي المقارن منهجًا لها، للوقوف على إشكالياتها ووضع حلول لها، من خلال الرجوع إلى الآراء الفقهية، والأحكام القضائية وتحليلها، وربط ذلك بالأفكار الأصولية، وبيان مدى ملاءمتها معها، أو خروجها عنها، وفي ذات السياق تسير الدراسة معتمدة على المنهج المقارن لتشريعات دول أخرى سواء أكانت دول عربية، مثل: الإمارات، الكويت، عُمان، أم أجنبية مثل: فرنسا، والولايات المتحدة الأمريكية، لبيان مدى اتفاقها، أو اختلافها مع المشرع المصري، للوقوف على مدى تقبلها لها، أو إعراضها عنها.



## - خطة الدراسة:

لما كان الابتزاز الإلكتروني هو: الوعيد بشر للحصول على شيء، فإنه سيتم تناول ذلك الموضوع في فصول ثلاثة يتطرق أولها إلى بيان ماهية الابتزاز الإلكتروني من حيث مفهومه، وذاتيته في مواجهة ما يتشابهه معه من أفعال أخرى، ومدى ملاءمة تجريمه في الوقت الراهن، ويتطرق الفصل الثاني إلى التهديد المقترن بطلب باعتباره السلوك الإجرامى فى جريمة الابتزاز الإلكتروني من حيث مفهوم التهديد، وموضوع التهديد بإيذاء- مادي، معنوي-، واقتران ذلك التهديد بغاية معينة، ويتعلق الفصل الثالث من هذه الدراسة بقيام المجنى عليه بتنفيذ طلب الجاني بوصفه نتيجة لسلوكه، ويتخذ ذلك المقابل صوراً كثيرة، وقد يكون تنفيذ فعل مشروع، فتكون جريمة الابتزاز الإلكتروني تامة ويستحق الجاني العقاب، وقد يكون تنفيذ فعل غير مشروع، وهنا يثار تساؤل عن مسؤولية المجنى عليه عن ذلك ومدى اعتبار التهديد بإيقاع أذى إكراهاً معنوياً يمنع المسؤولية الجنائية؟ وهو ما تحاول الدراسة الإجابة عليه.

## الفصل الأول

### ماهية الابتزاز الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

جريمة الابتزاز الإلكتروني جريمة تورق الأمنين، وتحول حياتهم من حياة مستقرة هادئة إلى حياة يغمرها الخوف والإضطراب من أذى يتهددهم، وينتظرون وقوعه، فالابتزاز الإلكتروني جريمة غير أخلاقية<sup>(1)</sup> تضج منها شتى المجتمعات، ومختلف الشخصيات، خصوصاً مع التطور التكنولوجي المذهل، الذي أثر على طبيعة الجريمة والوسائل المستخدمة فيها، وعلى الرغم من ذلك قد يبدو أحياناً أن تجريم الابتزاز الإلكتروني يتعارض مع حرية التعبير، أو يشكل أحد المعاملات الاقتصادية المشروعة الأمر الذي يتطلب بيان ملاءمة تجريمها. وفيما يلي بيان ذلك.

### المبحث الأول

#### مفهوم الابتزاز الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

الابتزاز في اللغة هو: الحصول على المال أو المنافع من شخص تحت التهديد بفضح بعض أسرارهِ، أو غير ذلك، وابتزَّ المالَ من النَّاسِ: ابتذَّهُم ؛ سلبهم إِيَّاه، نزعهُ منهم بجفاء وقهر، ابتزَّ قريبنه: سلبه، تكسَّب منه بطرق غير مشروعة<sup>(2)</sup>. ويفتضى التعرض لجريمة الابتزاز الإلكتروني بيان تعريفها، والخصائص التي تتميز بها عن غيرها. وفيما يلي بيان ذلك:

(1) Ronald Joseph Scalise, Jr., Blackmail, Legality, and Liberalism, 74 TUL. L. REV. 1483, 1484, (2000), p. 1502.

(2) والنِّزُّ السَّلْبُ ومنه قولهم في المثل من عَزَّ بَرٌّ معناه من غَلَبَ سَلَبَ والاسم البِرِّيزِيُّ كالخصيصة وهو السَّلْبُ وابتزرت الشيء استلته وبزَّه بَزُّهُ بَرًّا غلبه وغصبه وبزَّ الشيء بَبَّرُ بَرًّا انتزعه وبزَّه ثِيَابَهُ بَرًّا وبزَّه حَبْسَهُ وحكي عن الكساني أن يأخذه أبداً بَرَّةً مَنِي أَي قسراً وابتزَّه ثِيَابَهُ سَلَبَهُ إِيَّاهَا وفي حديث أبي عبيدة إنه سيكون نُبُوَّةٌ ورحمةٌ ثم كذا وكذا ثم يكون بَرِّيزِيٌّ وأخذ أموال بغير حق البِرِّيزِيُّ بكسر الباء وتشديد الزاي الأولى والقصر السَّلْبُ والثَّغْلَبُ؛ ابن منظور، لسان العرب، مادة بَزَّ، الجزء الأول، دار المعارف، ص ٢٧٥.

## المطلب الأول تعريف الابتزاز الالكتروني

تقسيم:

الابتزاز الالكتروني قد يتحدد غرضه، ومضمونه، فنكون أمام تعريف ضيق للابتزاز الالكتروني، أو لا يتم تحديد غرضه، أو مضمونه، فنكون أمام تعريف واسع للابتزاز الالكتروني. وفيما يلي بيان ذلك:

### الفرع الأول

#### التعريف الضيق للابتزاز الالكتروني

يرى بعض الفقه<sup>(١)</sup> أن الابتزاز كلمة مشتقة من كلمة لاتينية تعني الحصول على الأموال بالتهديد، أو هو: الإكراه من خلال التهديد الذي لا مبرر له للكشف لشخص آخر أو للجمهور عن معلومات حقيقية محرجة أو ضارة، أو غير حقيقية، وعلى الرغم من أن الكشف عن هذه المعلومات ليس في حد ذاته جريمة، فإن الابتزاز الذي يأتي في شكل مطالبة بالمال مقابل حجب المعلومات يُعد سلوكاً إجرامياً<sup>(٢)</sup>

وعرفه البعض<sup>(٣)</sup> بأنه: "الحصول على معلومات سرية أو صور شخصية أو مواد فيلمية تخص الضحية، واستغلالها لأغراض مالية أو القيام بأعمال غير مشروعة"، ويرى آخرون<sup>(٤)</sup> أنه: "نوع من السلب يقضى بالحصول على تسليم أموال، أو قيم، أو سندات، أو توافيق تحت تهديد إفشاء مشين صحيح، أو كاذب".

(1) Maeve Maddox, The Difference Between Extortion and Blackmail, Available on: <https://www.dailywritingtips.com/extortion-and-blackmail/> site visited on: 1-3-2018.

(2) **blackmail is:** Coercion by unjustifiably threatening to reveal to another person or to the public substantially true information that is embarrassing, injurious, or incriminating. Although revealing this information is not in itself a crime, blackmail that comes in the form of demanding money in exchange for withholding information is considered criminal behavior. <https://www.law.cornell.edu/wex/blackmail>

(٣) د. عبد الرحمن بن عبد الله السند، جريمة الابتزاز، مطبوعات الرئاسة العامة لهيئة الأمر بالمعروف والنهي بالمنكر، ١٤٣٩-٢٠١٨م، ص ١٥.

(٤) جبار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م، ص ٢٢.

يلاحظ على هذه التعريفات أن الابتزاز الإلكتروني يتخذ مضمون التهديد فيه شكلاً مختلفاً، ولأغراض شتى، ذلك المضمون، وهذه الغاية قد تكون محددة، فنكون أمام تعريف ضيق له، وقد أخذت بذلك بعض التشريعات منها: المشرع الفرنسي، حيث تعرف المادة ٣١٢-١ من قانون العقوبات الابتزاز بأنه: " فعل الحصول على الشيء بالعنف أو التهديد بالعنف أو الإكراه للتوقيع أو التعهد أو التخلي أو الكشف عن سر أو تحويل أموال أو أوراق مالية أو أي سلعة أخرى.

كما عرفته المادة ٣١٢-١٠ من ذات القانون بأنه: الحصول، عن طريق التهديد بكشف أو ادعاء وقائع من شأنها أن تضر بالشرف أو السمعة، أو الاعتبار بقصد التوقيع أو التعهد أو التخلي أو الكشف عن سر أو تسليم أموال أو أوراق مالية أو أي سلعة أخرى. ويتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي عاقب على الابتزاز إن كان لغرض محدد وهو الحصول على توقيع أو تعهد أو تخلي أو كشف عن سر أو تحويل أموال أو أوراق مالية أو أي سلعة أخرى.

وأن يتم ذلك بالعنف، أو التهديد به، أو التهديد بكشف وقائع، أو ادعائها، ويحمد للمشرع الفرنسي أنه ذكر هذه الجريمة بصورتها في موضع واحد، وإن كان قد يؤخذ عليه إيرادها ضمن جرائم الأموال، على الرغم من أنه يشكل في جوهره عدوان على الإرادة. وبالنسبة للمشرع الأمريكي، فقد حدد الغرض من التهديد وهو الحصول على أموال، حيث تنص المادة ٨٧٥ من قانون العقوبات والإجراءات الجنائية الأمريكي<sup>(١)</sup>

---

(1) The Code of Laws of the United States of America[1] (variously abbreviated to Code of Laws of the United States, United States Code, U.S. Code, U.S.C., or USC) is the official compilation and codification of the general and permanent federal statutes of the United States. It contains 53 titles (Titles 1–54, excepting Title 53, it being reserved).[2][3] The main edition is published every six years by the Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives, and cumulative supplements are published annually.[4][5] The official version of those laws not codified in the United States Code can be found in United States Statutes at Large, [https://en.wikipedia.org/wiki/United\\_States\\_Code](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Code)

18 u.s. codecrimes and criminal procedure فى الفصل ٤١ من الباب الأول  
منه والمتعلق بالابتزاز والتهديد على أن:

أ - كل من يرسل أي رسالة تحتوي على أي طلب للحصول على فدية أو مكافأة لإطلاق سراح أي شخص مختطف، يجب تغريمه بموجب هذا القانون أو السجن لمدة لا تتجاوز عشرين عامًا أو كليهما.

ب- كل من قام، بقصد ابتزاز أي شخص أو شركة أو جمعية أو مؤسسة، للحصول على أموال أو أي شيء آخر ذي قيمة، عن طريق تهديده بالخطف، أو الإصابة، يتم تغريمه بموجب هذا القانون أو السجن لمدة لا تزيد عن عشرين عامًا أو كليهما.

ج- كل من يرسل رسالة تطوري على أي تهديد بخطف أي شخص أو تهديده بإصابة شخص آخر، يتم تغريمه بموجب هذا القانون أو السجن لمدة لا تزيد عن خمس سنوات أو كليهما.

د- كل من قام، بقصد ابتزاز أي شخص أو شركة أو جمعية أو مؤسسة، للحصول على أموال، أو أي شيء آخر ذي قيمة، عن طريق أي اتصال يتضمن تهديد بإتلاف الممتلكات أو سمعة المرسل إليه، أو أي شخص آخر أو سمعة شخص متوفى أو أي تهديد لاتهام المرسل إليه أو أي شخص آخر بجريمة، يتم تغريمه بموجب هذا القانون أو السجن لمدة لا تزيد عن سنتين أو كليهما.

وتعرف المادة 11.417 من The Code of Federal Regulations (CFR)

(١) الابتزاز بأنه: "تعمد توجيه اتهامات كاذبة ضد شخص آخر بأي وسيلة، أو ابتزاز أو محاولة ابتزاز أي أموال أو سلع أو ممتلكات أو أي شيء آخر ذي قيمة.

وبالنسبة للمشرع المصري فقد جمع بين تحديد مضمون التهديد فى الابتزاز،

والغرض منه كما فى المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات التى تنص على أنه: "كل من اغتصب بالقوة أو التهديد سندًا مثبتًا أو موجبًا لدين أو تصرف أو براءة أو سندًا ذا

قيمة أدبية أو اعتبارية أو أوراقاً تثبت وجود حالة قانونية أو اجتماعية أو أكره أحدًا بالقوة أو التهديد على إمضاء ورقة مما تقدم أو ختمها يعاقب بالسجن المشدد.

وتنص المادة ٣٢٦ من ذات القانون على أنه: "كل من حصل بالتهديد على إعطائه مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر يعاقب بالحبس.

وذهب المشرع المصري في بعض النصوص الأخرى إلى العقاب على الابتزاز محدداً مضمون التهديد في الابتزاز دون تحديد الغرض من التهديد، وبالتالي يقع الابتزاز طالما تم التهديد بالإفشاء مثلاً للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، حيث تنص المادة ٣٠٩ مكرراً (أ) على أن: "يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن.

ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

ويعاقب بالسجن الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته.

وتنص المادة ٣٢٧ من ذات القانون السابق على أن: "كل من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف وكان التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن. ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر.

وكل من هدد غيره شفهيًا بواسطة شخص آخر بمثل ما ذكر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه سواء أكان التهديد مصحوباً بتكليف بأمر أم لا.

وكل تهديد سواء أكان بالكتابة أم شفهيًا بواسطة شخص آخر بارتكاب جريمة لا تبلى الجسامة المتقدمة يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه.

وعلى الرغم من عدم استخدام المشرع المصري لفظ الابتزاز، فإن القضاء المصري لم يجد غضاضة من استعماله في بعض الحالات ومنها قول محكمة النقض إنه: "إذا كانت المحكمة قد انتهت إلى عدم وقوع الجريمتين الواردين في أمر الإحالة من الطاعن ودانته بجريمة أخرى وقعت على مجني عليه آخر وهي الشروع في ابتزاز مال بطريق التهديد من والد المجنى عليه، ودانته على أساس ذلك دون أن تلتفت نظر الدفاع إلى هذا التعديل، مما يعيب الحكم بما يستوجب نقضه<sup>(١)</sup>."

(١) وكانت وقائع هذه الدعوى تتمثل في: اتهام النيابة العامة كلا من الطاعن وآخر بأنهما في خلال الفترة من ٥ يونيو سنة ١٩٦٦ حتى ٢٢ يونيو سنة ١٩٦٦ بدائرة مركز منيا القمح محافظة الشرقية: (أولاً) خطفا الطفل ..... الذي لم يبلغ من العمر ست عشرة سنة كاملة بغير تحايل ولا إكراه. (ثانياً) اشتراكاً مع مجهول بطريق الاتفاق والتحريض والمساعدة في قتل المجنى عليه سالف الذكر عمداً مع سبق الإصرار بأن حرضاه واتفقا معه على ارتكاب تلك الجريمة وقاما بتسليمه إليه ففقد العزم على قتله وأعد لذلك آلة حادة فصل بها رأس المجنى عليه من جسده قاصداً من ذلك إزهاق روحه فأحدث به الإصابات الموصوفة بتقرير الصفة الشريحية والتي أودت بحياته فتمت الجريمة بناءً على ذلك التحريض والاتفاق والمساعدة.

وقضت المحكمة حضورياً عملاً بالمواد ٤٠ و ٤١ و ٢/٢٣٤ و ١/٢٨٩ و ١٧ من قانون العقوبات بمعاينة كل من المتهمين بالأشغال الشاقة المؤبدة عما نسب إليهما. فطعن المحكوم عليهما في هذا الحكم بطريق النقض وقضي فيه (أولاً) بعدم قبول الطعن المقدم من الطاعن الأول شكلاً (ثانياً) قبول الطعن المقدم الثاني شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه بالنسبة إليه وإحالة القضية إلى محكمة جنائيات الزقازيق لتحكم فيها من جديد دائرة أخرى. والمحكمة المذكورة سمعت الدعوى- من جديد- وقضت حضورياً عملاً بالمواد ٤٥ و ٤٧ و ٢/٣٢٦ من قانون العقوبات بمعاينة الطاعن بالحبس مع الشغل لمدة سنتين وذلك على اعتبار أنه بتاريخ ٧ يونيو سنة ١٩٦٦ في الزمان والمكان سالف الذكر شرع في الحصول بطريق التهديد على إعطائه مبلغاً من النقود من ..... وخاب أثر الجريمة بسبب لا دخل لإراداته فيه وهو عدم تمكن المذكور من الوفاء بالمبلغ المطلوب. فطعن المحكوم عليه في هذا الحكم بطريق النقض للمرة الثانية... الخ.

وقد رأت المحكمة أن: ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه إذ دانه بجريمة الشروع في الحصول على مبلغ من النقود بطريق التهديد قد اعتراه بطلان في الإجراءات وإخلال بحق الدفاع ذلك بأن المحكمة عدلت وصف التهمة من جنائية اشتراك في قتل عمد وخطف إلى شروع في جنحة الحصول على مال بطريق التهديد ودانته على أساس ذلك دون أن تلتفت نظر الدفاع إلى هذا التعديل، مما يعيب الحكم بما يستوجب نقضه.

وحيث إنه يبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن أمر الإحالة قد بين فيه على وجه التحديد الفعل الجنائي المسند إلى الطاعن ارتكابه وهو أنه وآخر خطفاً للمجنى عليه ..... الذي لم يبلغ من العمر ست عشرة سنة بغير تحايل ولا إكراه وأنهما اشتراكاً مع مجهول في قتله عمداً مع سبق الإصرار وقد خلصت محكمة الموضوع إلى عدم ثبوت ارتكاب الطاعن لهاتين الجريمتين في قولها أنه "لم يتم ثمة دليل مطمئن من الأوراق على اشتراكه في أيهما، وأنه لا علاقة بين ما يطلبه الطاعن من والد المجنى عليه خاصة بدفع مبلغ من المال لردده وواقعة خطف الطفل وقتله وأنه ليس ثمة ما ينفي أن يكون الطاعن انتهب فرصة خطف الطفل ولهفة والده على استرجاعه فاتصل به وعمل على الحصول منه على مبلغ من المال ولكن المبلغ لم يدفع له بسبب عدم تملك الوالد لهذا القدر من المال وعدم تمكنه من جمعه". لما كان ذلك، وكانت المحكمة قد انتهت إلى عدم وقوع الجريمتين الواردين في أمر الإحالة من الطاعن ودانته بجريمة أخرى وقعت على مجني عليه آخر

وقالت في حكم آخر إنه: "من المقرر أن النعي بأن الواقعة مجرد جنحة احتجاز دون مبرر وتهديد بالابتزاز وليس جنائية خطف أو سرقة بالإكراه لا يعدو أن يكون منازعة في الصورة التي اعتقتها المحكمة للواقعة وجدلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع في استخلاص صورة الواقعة، كما ارتسمت في وجدانها، مما تستقل بالفصل فيه بغير معقب (١)".

وهي الشروع في ابتزاز مال بطريق التهديد من والد المجنى عليه. فإن هذا الذي أجرته المحكمة لا يعد مجرد تعديل في التهمة مما تملك إجراءه بعد لفت نظر الدفاع إليه، بل هو في حقيقته قضاء بالإدانة في واقعة مختلفة عن واقعة الدعوى المطروحة وتستقل عنها في عناصرها وأركانها وقد جرى النشاط الإجرامي فيها في تاريخ تال على حصولها وكانت الواقعة المكونة لهذا النشاط قد سبقت فقط كدليل على ارتكاب الطاعن للجريمتين اللتين أقيمت عنهما الدعوى الجنائية ولم تكن واردة في أمر الإحالة وليست متصلة بما ورد فيه اتصالاً لا يقبل التجزئة أو الانقسام، لما كان ذلك، فإنه ما كان يجوز للمحكمة بعد أن خلصت إلى ما انتهت إليه أن تتعرض إلى الواقعة الجديدة فتتخذ منها أساساً لإدانة الطاعن بجريمة لم ترفع عنها الدعوى الجنائية، بل غاية ما كانت تملكه في شأنها إن أرادت هو أن تعمل حق التصدي المنصوص عليه في المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية دون أن يتجاوز ذلك إلى الفصل في موضوع تلك الواقعة، وبذلك تكون الدعوى الجنائية عن هذه الواقعة الجديدة غير مقبولة بحالتها. ومن ثم فيكون الحكم المطعون فيه قد تعيب بما يوجب نقضه والقضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية بحالتها بالنسبة إلى تهمة الشروع في ابتزاز مال بطريق التهديد وهي التهمة الوحيدة التي انتهت المحكمة إلى أنها وقعت من الطاعن وذلك بغير حاجة إلى بحث بقية أوجه الطعن الأخر؛ نقض جنائي، طعن رقم ٩٤٨ لسنة ٣٨ ق، جلسة ١٧ يونيو ١٩٦٨م، القاعدة رقم ١٤٥، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٩، الجزء ٢، ص ٧١٧.

(١) وكانت وقائع هذه الدعوى تتمثل في: "اتهمت النيابة العامة الطاعنين بأنهم: أولاً: المتهمون جميعاً (١) اشتركوا وآخر حدث في اتفاق جنائي الغرض منه ارتكاب الخطف المعاقب عليها بالمادة ١/٢٩٠ من قانون العقوبات بأن اتفقوا فيما بينهم واتحدت إرادتهم علي خطف ..... (٢) خطفوا وآخر حدث بالإكراه بأن اتفقوا جميعهم علي ذلك وحددوا موعداً حال استقلالها السيارة خاصتها قيادة المتهم الأول الذي افتعل مصادمة مع المتهم الحدث وأوقف السيارة علي إثرها فانطلق المتهم الثاني صوب المجنى عليها شاهراً سلاحاً أبيض أعلي عنقها مانعاً حركتها واستغاثتها وأرقدتها مجلسها واستلم المتهم الثالث عجلة القيادة بجواره كل من المتهمين الأول والحدث وانطلقوا إلي حيث احتجزوها بعيداً عن نوبها وأهلها وأحكم المتهمان الثاني والثالث وثاقها وكما فاهها وحجبا بصرها وسمعها وهاتفوا أهليتها عاقدين إطلاق سراحها لقاء مبلغ نقدي وحددوا لذلك زماناً ومكاناً كان محل القبض عليهم. (٣) سرقوا وآخر حدث المبلغ النقدي المبين بالأوراق والمملوك للمجنى عليها سائلة الذكر وكان ذلك بطريق الإكراه الواقع عليها والمبين بوصف الاتهام السابق والذي ترك بها أثر جروح. (٤) شرعوا وآخر حدث في الحصول علي مبلغ من النقود من ..... وكان ذلك بطريق التهديد وخاب أثر الجريمة لسبب لا دخل لإرادتهم فيه وهو ضبطهم والجريمة مثلبساً بها. (٥) المتهم الثاني أيضاً: أحرز سلاحاً أبيض " مطواة قرن غزال" بغير مسوغ من الضرورة الشخصية أو الحرفية. وأحالتهم إلي محكمة جنائيات ..... لمعاقبتهم طبقاً للقيود والوصف الواردين بأمر الإحالة وادعي المجنى عليها مدنياً قبل المتهمين بإلزامهم بأن يودوا لهما مبلغ خمسمائة وواحد جنية علي سبيل التعويض المؤقت. والمحكمة المذكورة قضت حضورياً عملاً بالمواد ٤٥، ٤٧، ٤٨، ١ / ٢٩٠ - ٣، ٣١٤، ٣٢٦ من قانون العقوبات والمواد ١/١، ٢٥، مكرراً، ٣٠ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانونين رقمي ١٦٥ لسنة ١٩٨١. ٩٧ لسنة ١٩٩٢ والبنود ١٠ من الجدول رقم ١ الملحق بالقانون الأول والمستبدل بالقانون الأخير مع إعمال المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات بمعاقبة ..... بالا شغال الشاقة لمدة عشر سنوات وبمعاقبة كل من ..... و ..... بالأشغال الشاقة لمدة سبع سنوات وبمصادرة المضبوطات وإلزام المتهمين الثلاثة بالتضامن فيما بينهم بأن يودوا للمدعين بالحق المدني مبلغ خمسمائة وواحد جنية علي سبيل التعويض المؤقت.

نقض جنائي، طعن رقم ١٠٦٩٦ لسنة ٦٧ ق، جلسة ٢ مايو ١٩٩٩م، القاعدة رقم ٦٤، مجموعة أحكام للنقض، المجلد رقم ٥٠، الجزء ١، ص ٢٦٤.



كما استخدم بعض الفقه المصري مصطلح الابتزاز للتعبير عن الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات<sup>(١)</sup>، والمتعلقة بالحصول على مال بطريق التهديد.

ويتضح من ذلك أن هذا الاتجاه يرى أن فعل الابتزاز لا يقع إلا بشرط أن يأخذ التهديد مضموناً معيناً كالعنف، أو إفشاء أمور مخرجة بالشرف أو الاعتبار، وأن يستهدف ذلك الفعل غرضاً محدداً هو الحصول على مال، أو سندات، أو توقيع، أو القيام بفعل، أو امتناع عنه، ومن ثم فالعبرة قد تكون بتحديد المحل والغرض، أو تحديد أيهما فقط.

وما زالت رغبة المشرع المصري حديثة نحو إصدار قانون يتعلق بالجرائم الإلكترونية ومنها الابتزاز الإلكتروني، وقد ظهرت بوادر ذلك من خلال مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م والمعد من وزارة الاتصالات المصرية.

## الفرع الثاني

### التعريف الواسع للابتزاز الإلكتروني

يرى بعض الفقه<sup>(٢)</sup> أن الابتزاز الإلكتروني هو: "محاولة الحصول على مكاسب مادية أو معنوية من خلال التهديد بإيقاع أذى سواء بكشف أسرار، أو معلومات خاصة، أو إلحاق أذى بنفس أو مال الضحية، أو شخص عزيز لديه، معتمداً في ذلك على قوته ونفوذه لاستخراج ما يرغب من ضحيته.

ويعرف البعض الابتزاز الإلكتروني أنه: محاولة الحصول على شيء من شخص ما عن طريق التهديد - بالكلمات أو الإيماءات، أو اتهامه بشيء ما، أو عن طريق العنف أو الخوف، طرد الشخص، الصراخ عليه، رمي أو كسر الأشياء، الخ-<sup>(٣)</sup> للحصول على

(١) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات جرائم القسم الخاص، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص١٢٠٤.

(2) John D. Mercer, Cybersquatting: blackmail on the information superhighway, Hein Online 6 B. U. J. Sci. & Tech. L. 290, 2000, p.11.

(3) Ken levy, The Solution to the Real Blackmail Paradox: The Common Link Between Blackmail and Other Criminal Threats, 39 Conn. L. Rev. 1051 2006-2007, p.1051: 1069.

أي شيء ذي قيمة، ومفهوم "شيء ذي قيمة" لا يشمل المال والممتلكات فقط، ولكنه يشمل أيضاً الأمور المعنوية<sup>(١)</sup>.

وقد أخذت بذلك بعض التشريعات منها: المادة ٤/٣ من القانون الكويتي رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥م المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات التي تنص على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

استعمل الشبكة المعلوماتية أو استخدم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الإمتناع عنه. فإذا كان التهديد بارتكاب جنائية أو بما يعد ماساً بكرامة الأشخاص أو خادشاً للشرف والاعتبار أو السمعة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وذهب المشرع الإماراتي إلى ذات الاتجاه، حيث تنص المادة ١٦ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٢م المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ابتز أو هدد شخص آخر لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه وذلك باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات<sup>(٢)</sup>".

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كان التهديد بارتكاب جنائية أو بإسناد أمور خادشة للشرف أو الاعتبار.

---

(1) Maeve Maddox, The Difference Between Extortion and Blackmail, Available on : <https://www.dailywritingtips.com/extortion-and-blackmail/>\_ site visited on: 1-3-2018.  
(٢) عرفت المادة الأولى من القانون الإماراتي رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الشبكة المعلوماتية بأنها: ارتباط بين مجموعتين أو أكثر من البرامج المعلوماتية ووسائل تقنية المعلومات التي تتيح للمستخدمين الدخول وتبادل المعلومات، كما يقصد بوسيلة تقنية المعلومات: أي أداة إلكترونية مغناطيسية، بصرية، كهروكيميائية، أو أي أداة أخرى تستخدم لمعالجة البيانات الإلكترونية وأداء العمليات المنطقية والحسابية، أو الوظائف التخزينية، ويشمل أي وسيلة موصلة أو مرتبطة بشكل مباشر، تتيح لهذه الوسيلة تخزين المعلومات الإلكترونية أو إيصالها للآخرين؛ وذلك وفق المادة الأولى من القانون الإماراتي رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

وتنص المادة ١٨ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الصادر بالمرسوم السلطاني العماني رقم ١٢ لسنة ٢٠١١م على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني ولا تزيد على ثلاثة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة المعلوماتية، أو وسائل تقنية المعلومات في تهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو امتناع ولو كان هذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً، وتكون العقوبة السجن المؤقت مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف ريال عماني ولا تزيد على عشرة آلاف ريال عماني إذا كان التهديد بارتكاب جنائية أو بإسناد أمور مخلة بالشرف أو الاعتبار<sup>(١)</sup>.

ووفقاً لمسودة مشروع القانون المعدل لقانون الجرائم الالكترونية الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥م، والمقدم من مجلس الوزراء الأردني في يوم ٢١ / ٥ / ٢٠١٨م. تضاف مادة جديدة برقم (١٢) تنص في فقرتها الأولى على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ١٠٠٠ دينار ولا تزيد على ٣٠٠٠ دينار كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو أي نظام معلوماتي آخر أو الموقع الالكتروني في ابتزاز شخص لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه.

والمتمتعن في هذه النصوص، يتضح له أنها فرقت بين الابتزاز الواقع من خلال التهديد بفعل يعد جريمة، والتهديد بفعل لا يشكل جريمة بما يعني أن هذه التشريعات لم تحدد مضموناً معيناً للتهديد الذي يقع به الابتزاز الالكتروني، حيث يكفي أن يكون تهديداً

(١) وعلى الرغم من ذلك النص، فإن المشرع العماني أخذ في قانون الجزاء الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م بالتعريف الضيق، حيث تنص المادة ٣٤٦ على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٦) سنة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من استولى بالقوة، أو بالتهديد على سند مثبت أو منشئ لدين، أو تصرف أو براءة، أو سند ذي قيمة أدبية، أو أوراق تثبت وجود حالة قانونية أو اجتماعية، أو أكره أحدًا بالقوة، أو بالتهديد على إمضاء ورقة مما تقدم أو ختمها أو بصمها؛ وتنص المادة ٣٤٧ على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاثة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من حمل آخر على تسليم نقود أو أي شيء آخر عن طريق اتهمه، هو أو أي شخص آخر يهيمه أمره بارتكاب جريمة، أو عن طريق التهديد بهذا الاتهام، أو التهديد باطلاع الغير على صور أو وثائق أو تسجيلات يرغب المجنى عليه عدم معرفة الغير بها.

بأذى أيًا كان مضمونه، وبالنسبة للمقابل أيضًا لم تحدده هذه التشريعات، حيث يستوى أن يكون ماديًا، أو معنويًا مشروعًا، أو غير مشروع.

وقد يبدو للبعض أن ذلك التعريف يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يفرض على السلطة التشريعية أن تصدر تشريعاتها بصورة واضحة ومحددة بعيدة عن الغموض والإبهام بقصد تحقيق الجودة التشريعية<sup>(١)</sup>؛ وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ذلك المبدأ بقولها: "إن الأصل في النصوص العقابية أن تصاغ في حدود ضيقة تعريفًا بالأفعال التي جرمها المشرع، وتحديدًا لمضمونها، فلا يكون التجهيل بها من خلال انفلات عباراتها، وإرهاقها بتعدد تأويلاتها موطنًا للإخلال بحقوق كفلها الدستور للمواطنين، كما يجب ألا تكون النصوص العقابية شباكًا أو شركًا يلقبها المشرع متصيدًا باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها"<sup>(٢)</sup>.

كما أكد المجلس الدستوري الفرنسي ذلك موضحًا أنه: "يجب أن تحدد الجرائم تحديدًا دقيقًا بحيث تسمح للقاضي أن يفصل في الدعوى الجنائية دون تحكم"<sup>(٣)</sup>. ومن ثم فإن التعريف الواسع للابتزاز قد يصطدم بمبدأ الشرعية الجنائية؛ لأنه غير محدد من حيث مضمون الوعيد الذي يؤثر على إرادة الشخص، كما أنه لم يحدد أيضًا الغرض من الفعل سواء أكان أداء عمل، أم الامتناع عنه.

والمواقع أن هذا التعريف الواسع لا يصطدم مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؛ لأن المشرع حدد السلوك والنتيجة في جريمة الابتزاز الإلكتروني، ولكنه لم يبين الوسيلة

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، العدد السادس والثلاثون، أكتوبر ٢٠٠٤، ص ١٠٤.

(٢) حكم دستورية عليا، جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥م، الجريدة الرسمية، العدد ٥١ الصادر في ٢١ ديسمبر ١٩٩٥م، قضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية، ص ٢٩١٤.

(3) Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire" Cons.Const., 20 janvier 1981, Décis. N.° 80-127 D.C., Rec., p. 15 , C.C., Décis. 16 juillet 1996, Décis. N.° 96-377 D.C., Rec., p. 87 – J.O., du 23 juillet 1996, p. 11108.

أو مضمون الفعل الذى تقع به الجريمة، حيث لا عبرة بالوسيلة، وأكدت ذلك محكمة النقض المصرية بقولها إنه: "يجب لكي يحقق النص التشريعى العلة من وضعه أن يكون كاملاً مبيناً الفعل الإجرامى والعقوبة واجبة التطبيق، غير أنه لا حرج أن ينص القانون على الفعل بصورة مجملة، ثم يحدد العقوبة"<sup>(١)</sup>.

والواقع أن ذلك الاتجاه الموسع هو الأولى بالاعتبار، حيث يبدو متفقاً مع العلة من تجريمه. وبناءً على ذلك فالابتزاز الالكترونى هو: كل تهديد يقوم به الجانى، أو وسيط عنه يتم عبر وسيلة الالكترونية، ويؤثر فى نفسية المجنى عليه، أو شخص عزيز لديه، ويدفعه إلى القيام بما طلبه منه الجانى أو كلفه به سواء أكان مشروعاً، أم غير مشروع. وتحديد من هو الشخص العزيز لديه قد يكون مصدره القانون، أو الواقع، حيث إن مجرد إحساس الشخص بالمسئولية ناحية الغير<sup>(٢)</sup>. كاف لتوافر الابتزاز فالولد عزيز على والده، وكذلك الخادم عزيز على سيده من الناحية الواقعية، وليس القانونية كما فى الابن. ومن ثم فإن جريمة الابتزاز الالكترونى تتعدد أطرافها، كما أنها تتطلب وسيلة معينة لارتكابها، أو تسهيل ارتكابها وهى أن تكون وسيلة الكترونية.

- أطراف جريمة الابتزاز الإلكتروني:

يتضح من خلال التعريف السابق للابتزاز الإلكتروني أن له طرفان هما الجانى- المبتز-، والمجنى عليه- المبتز-، والمجنى عليه هذا قد يكون الضحية، أو لا، كما أنه قد يكون من الحكومات<sup>(٣)</sup> والشركات<sup>(١)</sup>، أو الأفراد العاديون رجالاً ونساءً، وأحياناً وبالغين،

(١) نقض جنائى، طعن رقم ٢٠٠٤ لسنة ٣٧ق، جلسة ٢٩ يناير ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، المجلد ١٩ العدد الأول، قاعدة رقم ٢١ لسنة ٣٧ق، ص ١١٥.

(٢) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٢٦٣.

(٣) تنص المادة ٢٢ من قانون مكافحة الإرهاب المصرى رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥م على أن: "يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنين، كل من قبض على شخص أو خطفه أو احتجزه أو حبسه أو قيد حريته باى قيد، إذا كان الغرض من ذلك إجبار إحدى السلطات أو الجهات بالدولة على القيام بعمل أو الامتناع عنه أو الحصول على مزية أو منفعة من أى نوع. وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا لجأ الجانى لارتكاب أى من الأعمال المنصوص عليها فى المادة<sup>(١)</sup> من هذا القانون، أو اتخذ صفة كاذبة، أو تزيا بدون وجه حق بزى رسمى، أو حمل بطاقة أو علامة مميزة لعمل أو وظيفة من غير حق، أو أجرى عملاً من مقتضيات هذه الوظائف، أو أبرز أمراً مزوراً مدعى صدوره عن إحدى سلطات الدولة، أو إذا نشأ عن الفعل جرح، أو إذا قاوم السلطات العامة أثناء تأدية وظيفتها فى إخلاء سبيل المجنى عليه. وتكون العقوبة الإعدام إذا نجم عن الفعل وفاة شخص.

وتنص المادة ٨٨ من قانون العقوبات المصرى على أن: "يعاقب بالسجن المشدد كل من قبض على أى شخص، فى غير

فالأشخاص المعنوية عرضة للابتزاز مثل الأفراد، ويتم العدوان عليها وتهديدها<sup>(٢)</sup>، وأكد ذلك القضاء الفرنسي بقوله إن: "المادة ٢٩ من قانون الصحافة الفرنسي الصادر في ٢٩ يوليو ١٨٨٨م تحمي الشخص الطبيعي والمعنوي، حيث يترتب على التشهير المساس بشرفهم واعتبارهم، وبالتالي تعد جريمة تهديد لأحد موظفي البنك بإحالة قضية إلى لجنة الأوراق المالية والبورصة إن لم يتم التوصل إلى حل وسط بشأن ممارسات البنك"<sup>(٣)</sup>، ويرى البعض<sup>(٤)</sup> أن الابتزاز لا يقع على الشخص المعنوي؛ لأن هذه الجريمة عدوان على الحرية الشخصية، وهي من الحريات الفردية التي لا تثبت إلا للأفراد، وإذا وجه التهديد إلى ممثل الشخص المعنوي، فإن المجنى عليه في هذه الحالة ليس الشخص المعنوي، وإنما من وجه إليه التهديد.

وقد يتعدد المجنى عليهم في جريمة الابتزاز الإلكتروني كما في حصول الجاني على مقطع فيديو لشاب، فيقوم بتهديده، وتهديد والده إن لم يدفع له مبلغاً من المال، وضحايا الابتزاز بصفة عامة لا يشترط أن يكونوا مشهورين، بل يكفي فقط أن يكون لديهم شيء يريده شخص آخر، فيمارس الضغوط عليهم للحصول عليه.

---

الأحوال المصرح بها في القوانين واللوائح، أو احتجزه أو حبسه كرهينة، وذلك بغية التأثير على السلطات العامة في أداؤها لأعمالها أو الحصول منها على منفعة أو مزية من أي نوع.  
وعاقب بذات العقوبة، كل من مكن أو شرع في تمكين مقبوض عليه في الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم من الهرب، وتكون العقوبة السجن المؤبد، إذا استخدم الجاني القوة أو العنف أو التهديد أو الإرهاب، أو اتصف بصفة كاذبة، أو تزى بدون وجه حق، بزى موظفي الحكومة، أو أبرز أمراً مزوراً مدعياً صدره عنها، أو إذا نشأ عن الفعل جروح من المنصوص عليها في المادتين ٢٤٠، ٢٤١ من هذا القانون، أو إذا قاوم السلطات العامة أثناء تأدية وظيفتها في إخلاء سبيل الرهينة أو المقبوض عليه.

وتكون العقوبة الإعدام، إذا نجم عن الفعل موت شخص.  
تعاقب المادة ٨٨ مكرر فقرة أولى من قانون العقوبات المصري على ابتزاز السلطات العامة من خلال أهدر هاتن، وكذلك تعاقب المادة ٤٠٢٢٤ من قانون العقوبات الفرنسي على ذلك الفعل.  
(١) المجنى عليه في جريمة التهديد قد يكون شخصاً معنوياً أو طبيعياً؛ نقض جنائي، جلسة ٢٢ فبراير ١٩٣٢م، مجموعة القواعد القانونية المجلد ٣، رقم ٣٣١، ص ٤٤٦.

(٢) يجوز اعتبار الشخص الاعتباري مسؤولاً جنائياً عن جريمة (المادة ١٢١-٢ من قانون العقوبات الفرنسي) ومنها الابتزاز، حيث تعاقب المادة ٣١٢-١٥ من قانون العقوبات الفرنسي، مما يعنى إمكانية أن يكون شخصاً اعتبارياً آخر ضحية له.

(٣) *Menace proférée par l'employé d'une banque de saisir la Commission des opérations de bourse d'un dossier compromettant sur des pratiques de ladite banque* (cass. crim., 12 octobre 1995).

(٤) د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٢٩٢.

وتتعدد صور الابتزاز الإلكتروني حسب المحل الذي يرد عليه فقد يكون جنسيًا، عندما يتعلق بعرض المجنى عليه، وقد يكون اجتماعيًا عندما يتعلق بالكيان الأدبي للفرد في المجتمع الذي ينتمي إليه، وقد يكون مهنيًا عندما يتصل بحياة الإنسان المهنية، وقد يكون سياسيًا عندما يتعلق بالوضع السياسي للفرد.

وبناءً على هذه التعريفات الفقهية، والنصوص التشريعية يتضح أن الابتزاز

الإلكتروني يتسم بعدد من الخصائص أهمها:

- ١- تعدد المصلحة محل الحماية الجنائية، فالابتزاز عدوان على الحرية الشخصية على أساس أن الحق في الأمن هو أحد عناصر الحرية الشخصية، فالتهديد في ذاته مجرم سواء اقترن بطلب، أو تكليف بأمر، أم لا؛ لأنه إكراه لإرادة المجنى عليه لتنفيذ ما طلب منه، مما يدفع الفرد إلى العزلة وعدم الاختلاط بالغير، والخوف من إقامة روابط اجتماعية ربما تعود عليهم بالضرر، مما يترتب على ذلك انهيار وتفكك الصلات الاجتماعية بين الأفراد، كما أنه اعتداء على الملكية، والشرف والسمعة، والكرامة، والسلامة الشخصية.
- ٢- الابتزاز الإلكتروني جريمة قد يكون السلوك الإجرامي فيها وقتيًا مثل من يهدد امرأة شفاهة بتهديد سر لزوجها مالم تسلم له مبلغًا ماليًا، فتقوم بتسليمه في الحال، كما أنه قد يتخذ صورة الجريمة المتتابعة مثل من يقوم بتهديد فتاة كل يوم بإفشاء أسرارها ما لم تسلم له مبلغ من المال، أو مستمرة<sup>(١)</sup>.
- ٣- الابتزاز الإلكتروني من جرائم الضرر أي ذات النتيجة، وليست من جرائم الخطر، حيث أنها لا تقع كاملة وتامة إلا بقيام المجنى عليه بتنفيذ المطلوب منه، أو الامتناع عنه.
- ٤- الجناة في جريمة الابتزاز الإلكتروني غالبًا من الأصدقاء، والأقارب، لعلمهم بمواطن الضعف، كما أنها قد تمارس من الشريك في الجريمة المُهدد بها، فالمرأة التي

---

(١) ترى المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات أنه: "وحيث أن وسائل التقنية الحديثة والمواقع الإلكترونية يستطيع الولوج إليها الملايين من الناس على الكرة الأرضية والاطلاع على محتوياتها من قراءة ونظر وسماع وبالتالي فإن ما ينشر - على هذه الوسائل والمكون لجريمة تعتبر الجريمة فيه مستمرة ويعتبر مكانًا للجريمة كل محل يقوم فيه الاستمرار عملاً بنص المادة (١٤٣) سالفه البيان؛ المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات، نفض جنائي، طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٠١٣ جزائي- تقنية معلومات، الإثنين الموافق ٢٢ سبتمبر سنة ٢٠١٤م.

تمارس الرذيلة مع شخص لا شك أنها شريكة معه، ومع ذلك تهدده بنشر مقاطع فيديو لهما إن لم يتم بتنفيذ المطلوب منه، وقد تقع في صورة أخرى هي قيام شخصين بالسرقة، فيهدد أحدهما الآخر بالذهاب والاعتراف بالجريمة ما لم يحقق له ما يريد؛ لأنه موظف عام ويخشى على مركزه الوظيفي.

٥- المقابل المطلوب القيام به من قبل المجنى عليه قد يكون مشروعاً، أو غير مشروع، وقد يكون عملاً، أو امتناعاً عن عمل.

٦- الابتزاز جريمة تعبيرية، أي تتم من خلال التعبير بأى وسيلة من وسائل التعبير عن أمور معينة.

٧- تعدد مراحل الابتزاز الالكتروني، حيث يمر غالباً أياً كانت وسيلته بمراحل ست هي<sup>(١)</sup>: الطلب، والمقاومة، والضغط، والتهديد، والإذعان، والتكرار.

## المطلب الثاني

### الابتزاز جريمة الكترونية

الابتزاز قد يتم بوسائل تقليدية، أو الكترونية، والابتزاز التقليدي هو الذى يتم من خلال وسائل تقليدية مثل: مواجهة الجاني بالضحية مواجهة مباشرة، أو إرسال خطاب مكتوب بخط اليد يتضمن التهديد الذى يوجهه إليه، أو يتم إرسال التهديد من خلال شخص وسيط، كما قد يتم الابتزاز عبر وسيلة الكترونية من خلال إرسال رسالة التهديد عبر وسائل الكترونية، أو نشر الأمور التى يتم التهديد بإفشائها على الوسائل الالكترونية، وذلك نتيجة التطورات التكنولوجية التى لحقت بالمجتمع، وأسهمت فى تطوره، وزيادة رفاته، وسرعة معاملته، وتوفير أوقاته، فانتقلت وسائل الابتزاز من أدوات تقليدية إلى أدوات متطورة تعتمد على الوسائل الالكترونية مثل: الحاسب الآلي، والتليفون المحمول، بكافة صورته وتطبيقاته، وبرامج التواصل الاجتماعى من نحو: فيس بوك أو تويتر أو انستجرام أو غيرها من الشبكات الإجتماعية، ويُعد الشغف بالالكترونيات والتقدم التقني

(1) Susan Forward et Donna Frazier, Ces gens qui font du chantage affectif, Amazon Fr, 2010, p.12.



الحديث والرغبة فى الربح، إضافة إلى الشعور بالذات عندما يتفوق المجرم على الآلة الإلكترونية هي العوامل الرئيسة فى ارتكاب الجرائم الإلكترونية<sup>(١)</sup>.

ولما كان الابتزاز الإلكتروني أحد مظاهر الإساءة الإلكترونية<sup>(٢)</sup>؛ لذا فهو يُعد من الجرائم الإلكترونية، أو المعلوماتية التى يعرفها بعض الفقه<sup>(٣)</sup> بأنها: "سلوك إجرامى إيجابى، أو سلبى، مخالف للقانون، يقوم به فاعل له دراية، أو إمام بتقنية الحاسب الآلى والأنظمة المعلوماتية سواء وقع الفعل على هذه الأخيرة، أم عن طريقها لتحقيق مكاسب، أو معنوية.

وتأخذ هذه الجرائم مسميات كثيرة مثل: جرائم الكمبيوتر، أو جرائم الانترنت، أو الجرائم السيبرانية، أو الجرائم الإلكترونية، أو جرائم تقنية المعلومات. ويفضل البعض<sup>(٤)</sup> إطلاق لفظ الجرائم المعلوماتية على هذه النوعية من الجرائم؛ لأنها تتضمن الحاسب وسائر المبتكرات والتقنيات الراهنة والمستقبلية المستخدمة فى التعامل مع المعلومات، وعلى العكس من ذلك يرى البعض<sup>(٥)</sup> أن مصطلح الجرائم الإلكترونية هو أعم وأشمل مصطلح لجرائم تكنولوجيا المعلومات، لكونه يشمل جرائم الحاسب الآلى، وجرائم المعلوماتية، وجرائم الانترنت، وجرائم التقنية العالية، فكل هذه الجرائم وإن اختلفت تعريفاتها ومسمياتها إلا أنها جرائم إلكترونية تتم بواسطة أجهزة إلكترونية.

وبناءً على ذلك تنقسم الجرائم الإلكترونية إلى نوعين أساسيين: النوع الأول يكون فيه الحاسوب أداة تنفذ بواسطتها الجريمة، كجرائم الاختلاس، وانتحال الصفة، والأفعال الإباحية، وهي جرائم عادية والحاسوب مجرد وسيلة سمحت بارتكابها، والنوع الثانى هو الذى يكون فيه جهاز الحاسوب وشبكات الحواسيب محلاً للجريمة، أي أن الفعل الإجرامى ارتكب على

(١) د. محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ٥٨، ٥٩.

(٢) د. خالد موسى توني، المواجهة الجنائية لظاهرة التسلط الإلكتروني فى التشريعات الجنائية المقارنة، بدون دار نشر، ٢٠١٦م، ص ٣٥.

(٣) د. بشير محمد الفيثورى كندى، الجرائم المعلوماتية فى التشريع الليبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٦-٢٠١٧م، ص ٨.

(٤) د. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، ١٩٩٢م، ص ٣٥.

(٥) د. هند نجيب السيد مطر، الإثبات فى الجرائم الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٦م، ص ٦.

الحواسيب وبرامجها، مثل اختراق نظام أمان، أو إرسال برنامج خبيث، أو يطال التعدي اسم موقع على الإنترنت مما يشكل اعتداءً على حق من حقوق الملكية الفكرية<sup>(١)</sup>.

ويقصر البعض<sup>(٢)</sup> الجرائم الالكترونية على الوسيلة المستعملة فقط، ف جرائم الكمبيوتر هي الجرائم التي تقع بواسطة الكمبيوتر، كما أن جرائم الإنترنت هي تلك الجرائم التي تقع عن طريق استعمال شبكة الإنترنت سواء داخل البلاد أو خارجها. ويرى البعض عكس ذلك أي عندما يكون الحاسب الآلي، أو النظام المعلوماتي هو وسيلة ارتكاب الجريمة، فإننا نكون أمام جرائم تقليدية حتى وإن تضاعفت خطورتها، ولكن ذلك لا يغير من طبيعتها<sup>(٣)</sup>، ومن ثم يختلف موضوع الجريمة المعلوماتية حسب محلها، أو وسيلة ارتكابها، فعندما تكون المكونات المادية للنظام المعلوماتي مثل: المعدات والكابلات هي محل الاعتداء هنا تطبق القواعد التقليدية، أما عندما تكون البيانات والبرامج في ذاتها هي محل الاعتداء هنا يصعب تطبيق القواعد التقليدية في قانون العقوبات على هذه الجرائم.

والواقع أن الجرائم الالكترونية هي كل جريمة يكون النظام المعلوماتي فيها هو محل الاعتداء كما في جريمة اختراق الحسابات الشخصية للأفراد، أو يستخدم النظام المعلوماتي فيها كوسيلة لارتكاب الجريمة، وجريمة الابتزاز قد تتم من خلال الأمرين معاً، كمن يخترق البيانات الشخصية لأحد الأشخاص، ويقوم بتهديد بنشرها عبر وسيلة الكترونية مالم يفعل له ما يريد.

- الفرق بين الابتزاز الالكتروني والتقليدي:

يتشابه الابتزاز الذي يقع بوسائل تقليدية مع الذي يتم بوسائل الكترونية من حيث المضمون، وكون كل منهما تهديد بإيقاع أذى ومقترن بطلب، غير أنهما يختلفان في مظاهر كثيرة منها:

(١) دراسة شاملة عن مشكلة الجريمة السيبرانية والتدابير التي تتخذها الدول الأعضاء والمجتمع الدولي والقطاع الخاص، فريق الخبراء المعنى بإجراء دراسة شاملة عن الجريمة السيبرانية، ٢٣ فبراير ٢٠١٣م، UNODC /CCPC/J/EG.4/2013/2، ص ٣.

(٢) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الفكر والقانون، ٢٠١٣م، ص ١١.

(٣) د. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص ٣٦، ٣٧.

- ١- يتطلب الابتزاز التقليدي غالبًا تواجد الجاني والمجني عليه في ذات المكان ومواجهة مباشرة<sup>(١)</sup>، على عكس الابتزاز الإلكتروني، فالمواجهة فيه ليست جسدية، وإنما تتم عبر وسائل الكترونية<sup>(٢)</sup>.
- ٢- الابتزاز الإلكتروني أثره غير محدد، حيث يتم عبر وسائل الكترونية قد تؤدي إلى انتشار الفعل في أكثر من مكان وبين العديد من الأشخاص، وذلك على عكس الابتزاز التقليدي الذي يكون محدود الأثر. وبالتالي يسهل تحديده زمنيًا ومكانيًا على عكس الابتزاز الإلكتروني الذي يصعب القيام فيه بذلك التحديد. وأيًا كانت صورة الابتزاز، فإنه قد يتم على نطاق واسع من خلال وسائل الإعلام، أو الوسائل التكنولوجية الحديثة، أو على نطاق ضيق مثل: العائلة والزملاء، وهنا لا بد من تشديد العقاب على المبتز الذي يهدد بإيقاع تهديده على نطاق واسع، عبر وسائل الإعلام مثلاً، وخصوصًا عندما يتعلق بمعلومات محرّجة.
- ٣- الابتزاز الإلكتروني يمكن ارتكابه ومحوه في برهة من الزمن، ويتمتع مرتكبيوه بدراية وخبرة كبيرة قد تفوق إمكانيات جهات الضبط والتحقيق، إضافة إلى صعوبة تحديد زمان ومكان ارتكابها<sup>(٣)</sup>، مما يجعل من الصعب اكتشافها، أو إثباتها، مما ضاعف من خطورة ارتكابه، ولكن ذلك لا يعنى صعوبة حصرها إذا كان المجرم والضحية يعرفان بعضهما جيدًا، على عكس الابتزاز التقليدي الذي يبدو قليلاً في الوقت الحالي؛ لضعف انتشاره، وخوف المجرم من اكتشاف وافتضاح أمره على عكس الابتزاز الإلكتروني الذي يصعب اكتشافه أحياناً.
- ٤- الابتزاز الإلكتروني سهل الارتكاب؛ لكونه لا يحتاج إلى مشقة أو انتقال، على عكس الابتزاز التقليدي، فكل ما يحتاجه الابتزاز الإلكتروني ضغطة زر لارتكابه دون

(١) مثل تهديد شاب فتاة وجها لوجه بإفشاء بعض الأسرار إلى أهلها أو اقربها إذا لم تنفذ شروطه.  
(٢) د. معاذ سليمان الملا، المواجهة الجنائية للعنف الإلكتروني في ضوء القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، مجلة الحقوق- جامعة الكويت، العدد الرابع ٢٠١٧م، ص ١٧٣ وما بعدها.  
(٣) د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص ٤؛ د. على عدنان الفيل، الإجرام الإلكتروني دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٨.

الحاجة للذهاب إلى مسرح الجريمة، حيث أثر التطور التقنى الكبير والمتلاحق فى أجهزة وأنظمة وشبكات الحاسب الآلى على تحديد مفهوم مسرح الجريمة<sup>(١)</sup>.

٥- الابتزاز الالكترونى من الجرائم الناعمة إضافة أنها ذات مردود مالى كبير، خصوصًا عندما تقع على الشركات والحكومات أو الأثرياء، وذلك على عكس الابتزاز التقليدى.

٦- الابتزاز الالكترونى يجعل من الصعب التتبؤ بالمشتببه بهم، ويتسم مرتكبوه بالتخصص فى هذه النوعية من الجرائم، والجانى فيها عائد إلى الإجرام أحيانًا لحرصه الدائم على سد الثغرات التى أدت إلى التعرف عليه من قبل، وكأنه فى حالة تحدى، وذلك لكونه يتسم بالذكاء وعدم العنف إضافة إلى أنه كائن يتسم بالتكيف الاجتماعى<sup>(٢)</sup>، وذلك على عكس الابتزاز التقليدى.

## المبحث الثانى

### ذاتية الابتزاز الالكترونى

تقسيم:

يختلف الابتزاز الالكترونى عن غيره من الجرائم التى قد تتشابه معه وتقترب منه، وأهمها: استغلال النفوذ، وانتهاز احتياج أو ضعف هوى نفس القاصر. وفيما يلى بيان ذلك:

### المطلب الأول

#### الفرق بين الابتزاز الالكترونى واستغلال النفوذ

يعرف استغلال النفوذ بأنه: استخدام النفوذ أيًا كان مصدره لدى جهة عامة، أو خاصة، للحصول على منفعة مادية أو معنوية أو أية غاية معينة "مقابل" لمصلحة الفاعل أو الغير، أما النفوذ فيقصد به ما يكون للشخص من سلطة وتأثير وقوة وإمكانية ووجاهة وتقدير. مجتمعة، أو منفردة<sup>(٣)</sup>.

(١) إرشادات الإسكوا للتشريعات السيرانية مشروع تنسيق التشريعات السيرانية لتحفيز مجتمع المعرفة فى المنطقة العربية، مطبعة بيروت، ٢٠١٢م، ص ١٢٩.

(٢) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات فى مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، مرجع سابق، ص ١٤، ١٥.

(٣) د. صباح كرم شعبان، جرائم استغلال النفوذ، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، العراق، ١٩٨٦م، ص ٣٠، ٥١.

وبناءً على ذلك تقوم جريمة استغلال النفوذ على عناصر ثلاثة هي: ١- النفوذ أيًا كان مصدره: سياسيًا، أو اجتماعيًا، أو وظيفيًا، اقتصاديًا، ٢- استخدام النفوذ لدى جهة عامة أو خاصة، ٣- الحصول على منفعة مادية أو معنوية أو أية غاية معينة- مقابل- لمصلحة الفاعل أو الغير.

وجريمة استغلال النفوذ مهما تغيرت صورها فإنها لا تتعدى كونها تقوم على أساس استخدام النفوذ لتحقيق غاية معينة، وهذه الغاية هي التي تتغير وتكشف عن صور الجريمة، أما الركن المادي للجريمة، فيقوم دائمًا على استخدام النفوذ، ولا يمكن حصر طرق معينة للاستخدام.

ويترتب على استخدام النفوذ تولد نسبة من القهر تحمل الجهة التي استخدم لديها النفوذ على الاستجابة غالبًا، وهو يتشابه في ذلك مع الابتزاز الإلكتروني، كما تتفق مع الابتزاز الإلكتروني في ضرورة توافر مقابل يتم الحصول عليه من جراء التهديد، أو استغلال النفوذ.

وتختلف جريمة استغلال النفوذ عن جريمة الابتزاز الإلكتروني في أنه في جريمة استغلال النفوذ يتخذ السلوك الإجرامي شكل رجاء أو توصية أو طلب دون أن يكون هناك تهديد من جانب الفاعل، ودون أن يكون هناك إيذاء من جانبه أيضًا<sup>(١)</sup>. كما أنهما يتفقان في إمكانية وقوعهما من موظف عام أو غيره، ولكن استغلال النفوذ لا بد أن يكون في مواجهة سلطة عامة وذلك وفق المادة ١٠٦ مكرر من قانون العقوبات المصري. وبذلك فهي تختلف عن جريمة الابتزاز الإلكتروني التي تتطلب وقوع تهديد بأذى من جانب الفاعل بالمجني عليه، أو شخص عزيز لديه.

كما أن جريمة استغلال النفوذ تفترض وجود ثلاثة أشخاص صاحب نفوذ، وصاحب حاجة، وصاحب وظيفة<sup>(٢)</sup>، أما الابتزاز فيمكن أن يقع بتوافر شخصين فقط هما الجاني والمجني عليه.

(١) د. حمدى أبو النور السيد عريس، استغلال النفوذ الوظيفي وسبل مكافحته من منظور إسلامي وقانوني، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٥، ص ٤٢.

(٢) د. عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات القسم الخاص "الجزء الأول" جرائم الرشوة والعدوان على المال العام"، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص ١٦٩.

والقريب من الابتزاز من يستعمل نفوذه لدى شخص عادي فيدفعه إلى القيام بالعمل، والواقع أن ذلك لا يُعد ابتزازاً، أو استغلال نفوذ؛ لأنه يدخل في إطار العلاقات الشخصية ما بين الأشخاص من احترام، ولكن لو هدد الشخص صاحب النفوذ شخص آخر لإجباره على عمل، فإن ذلك يُعد ابتزازاً. أما إذا حصل على مقابل من صاحب الحاجة لاستعمال نفوذ لدى جهة خاصة، أو سلطة عامة وهمية وتوافرت بقية الشروط تعد الواقعة نصب<sup>(١)</sup>.

كما أن جريمة استغلال النفوذ، والابتزاز قريبتان من فعل آخر هو أخذ موظف مأكول قهراً، حيث تنص المادة ١٣٢ من قانون العقوبات المصري على ذلك الفعل، بقولها إنه: "كل موظف عمومي أو مستخدم عمومي تعدي في حالة نزوله عند أحد من الناس الكائنة مساكنهم بطريق مأموريته بأن أخذ منه قهراً بدون ثمن أو بثمن بخس مأكولاً أو علفاً يحكم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه مصرياً وبالعزل في الحالتين فضلاً عن الحكم برد ثمن الأشياء المأخوذة لمستحقيها .

وتختلف هذه الجريمة عن الابتزاز في أنها لا تقع إلا من موظف عام، وتقتصر على الحصول على مأكول أو علف، كما أن الحصول على الشيء يكون بالقهر، ويختلف القهر عن الإكراه في أن القهر هو التسلط على الشخص بسلطان الوظيفة، حيث لا يملك المجنى عليه الرفض، بما يكشف عن عدم التناسب في القوة والسلطان بين الطرفين، على عكس الابتزاز، حيث يملك الطرفان القدرة والمقدرة، ولكن أحدهما أقوى من الآخر ويملك الرفض.

وجريمة أخذ موظف مأكولاً قهراً تعتمد على سلطان الوظيفة كما في جريمة استغلال النفوذ.

(١) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم الخاص" الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م، ص ٤١٠، ٤١١.

## المطلب الثاني

### الفرق بين الابتزاز الإلكتروني وانتهاز احتياج أو ضعف

#### هوى نفس القاصر

يختلف الابتزاز الإلكتروني عن جريمة انتهاز احتياج أو ضعف هوى نفس القاصر، التي تنص عليها المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات المصري (١) بقولها: "كل من انتهز فرصة احتياج أو ضعف أو هوى نفس شخص لم يبلغ سنه الحادية والعشرين سنة كاملة أو حكم بامتداد الوصاية عليه من الجهة ذات الاختصاص وتحصل منه إضراراً به على كتابة أو ختم سندات تمسك أو مخالصة متعلقة بإقراض أو إقتراض مبلغ من النقود أو شيء من المنقولات أو على تنازل عن أوراق تجارية أو غيرها من السندات الملزمة التمسكية يعاقب أياً كانت طريقة الاحتيال التي استعملها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، ويجوز أن يُزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري وإذا كان الخائن مأموراً بالولاية أو بالوصاية على الشخص المغدور، فتكون العقوبة السجن من ثلاث سنين إلى سبع.

وتختلف هذه الجريمة عن جريمة الابتزاز الإلكتروني في أنه في الابتزاز يمارس الجاني تهديداً مقترناً بطلب، ولكن في هذه الجريمة لا يمارس الجاني تهديداً، ولكنه يستغل وضعاً قائماً رآه هو ولم يصنعه، كما أنه في هذه الجريمة لم يقم الجاني بطرق احتيالية كما في جريمة النصب؛ لذا فهي لا تتطلب وقوع المجنى عليه في غلط، حيث قد يكون على بنية بالضرر الذي سيصيبه، ولكنه لا يستطيع تحمله؛ لاحتياجه أو ضعفه أو هوى نفسه، وهو بذلك يتشابه مع الابتزاز من حيث أن المجنى عليه يُقيم موازنة بين الضرر الذي سيتحملة إن لم يفعل ما يُؤمر به، ويطلب منه، أو يقوم بتنفيذ المطلوب، ولاشك أن قيامه هذا أيضاً لضعف نفسه واضطرابه من إيقاع الأذى الذي يتهدده.

(١) تعود العلة من تجريم ذلك الفعل إلى رغبة المشرع في حماية القاصر وعدم استغلال ضعفه واحتياجه أو هوى نفسه والحصول منه على منافع مالية حدد المشرع صورها، وهذه المنافع ما كان الجاني يستطيع الحصول عليها لو تعامل مع أشخاص عاديين بالغين ليسوا في هذه الحالة؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ١١٠٧. كما أن تجريم المشرع لذلك الفعل يتفق مع الجانب الأخلاقي للقانون، فلا يجوز لولى أو وصي بالغ مؤتمن على قاصر أن يستغل ضعفه وهوى نفسه واحتياجه فيغرفه في مأزق مالية لتحقيق منافع له، فلاشك أن مثل ذلك الفعل يستوجب مساءلته جنائياً.

والفرق بين الابتزاز الإلكتروني والاستغلال أنه في الابتزاز: الجاني هنا يستغل خوف المجنى عليه، أما في الاستغلال يكون لطيش المجنى عليه، أو هوى جامع، فالضعف هنا سببه أمر يتعلق بنفس الشخص ضحية الاستغلال، والطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير، أما الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبين ما هو في صالحه، سواء انصرفت هذه الرغبة إلى شخص، أو إلى شيء من الأشياء<sup>(١)</sup>.

ويعرف الاستغلال بأنه: "اتجاه إرادة شخص إلى استغلال الحاجة أو الظروف التي أحاطت بشخص آخر فيحمله على إبرام عقد أو إجراء تصرف قانوني بغبن فادح ما كان ليقبله أو يقدم عليه بهذه الشروط لولا هذه الحاجة أو تلك الظروف"<sup>(٢)</sup>.

وعدم الرضاء في الابتزاز فعلي وليس حكمي أي إلى عيب الإرادة الناتج عن الخوف من إيقاع الأذى المهدد به، على عكس جريمة استغلال قاصر، فإن عدم الرضاء فيها حكمي أي مفترض وفق النص القانوني، حتى لو كان الصغير راضياً بالفعل<sup>(٣)</sup>.

ويتعين على المشرع العقاب على استغلال انتهاز احتياج الأفراد، وضعفهم؛ لأن نصوص قانون العقوبات المصري قاصرة عن معالجة من يستغل حاجة فرد ليس قاصراً، إلا في حالات خاصة ذكرت في قوانين خاصة، مثل المادة (٢) من قانون مكافحة الإتجار بالبشر رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م، التي تنص على أنه: "يعد مرتكباً لجريمة الإتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة، أو

(١) د. عبدالوهاب فكري محمد إبراهيم، أثر استغلال العامل في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، ٢٠٠٢م، ص ٢٠.

(٢) د. المحمدي أحمد محمد أبو عيسى، النظرية العامة للاستغلال في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، ص ٢٧٨.

(٣) د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٢٣.



استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله - إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أيا كانت صورته بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة، وسائر أشكال الاستغلال الجنسي، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد، أو التسول، أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها".

ويلاحظ أن الفرق بين الجريمتين يتمثل في الغاية من السلوك في كل منهما، فجريمة الاتجار بالبشر، الغرض منها هو الاستغلال، ومن ثم فإن استغلال الأشخاص هو أحد عناصر الركن المادي في هذه الجريمة، إذ يمثل النتيجة الإجرامية المتحققة بسبب سلوك الجاني<sup>(1)</sup>، أما بالنسبة لجريمة الابتزاز فإن تشابهت معها في الوسيلة، إلا أنها تختلف معها في الغرض؛ لكونه يتمثل في الحصول على أموال، أو أي منفعة أخرى.

والابتزاز يتم فيه دفع المقابل انتقاءً من وقوع أذى، وليس استغلالاً لهوى جامع، أو حاجة ملحة، مثل: الوعد بالزواج من سيدة عانس، أو الوعد بمساعدة رجل في التحاق ابنه بوظيفة مرموقة، أو الوعد بالمساعدة في الاستفادة من الإعانات المالية، حيث يتم هنا التأثير على الإرادة، ومن ثم القيام بالمطلوب في سبيل الاستفادة مما يعد به الشخص، أو الحرمان من تلك المنفعة، ولا يؤثر فيها كون الشخص في حاجة إليها، أم لا.

### المبحث الثالث

#### مدى ملائمة تجريم الابتزاز الإلكتروني

##### تمهيد وتقسيم:

يتم الابتزاز الإلكتروني من خلال إحدى وسائل التعبير، سواء الكتابة، أو النطق، أو الإشارة وهو ما يثير النقاش حول اتفاق، أو تعارض ذلك مع حرية التعبير، وكذلك يقوم المجنى بتقديم مقابل للجاني سواء تمثل في مقابل مادي، أو فعل، أو امتناع عن فعل

(1) د. رامي متولى القاضى، الحماية الجنائية للمرأة من الاتجار بها في ضوء أحكام القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م، المؤتمر الدولي السنوي الثامن عشر لكلية الحقوق - جامعة المنصورة، تحت عنوان " المرأة.. والقانون" في الفترة من ١٥ - ١٦ أبريل ٢٠١٨م ص ٢٩.

نظير عدم إنزال التهديد ووضعه موضع التنفيذ، مما أثار النقاش حول اعتبار الابتزاز الإلكتروني أحد المعاملات الاقتصادية المشروعة. وفيما يلي بيان ذلك:

### المطلب الأول

#### الابتزاز الإلكتروني وحرية التعبير

يقع التهديد المقترن بطلب، بأي شكل، سواء أكان شفويًا، أم كتابيًا يحدث لدى المُهدد شعورًا بالحرَج يكون أخف منه على النفس تنفيذ ما يطلب منه عن الأذى الذى يتهدده؛ لذا لم يرسم المشرع الفرنسى، أو المصري شكلاً معيناً للتهديد، حيث ورد اللفظ عامًا، فيستوى أن يكون شفاهة أو كتابة، أو بأي شكل آخر، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها إنه: "لما كان الحكم قد دان الطاعنين عن الواقعة التى وردت بأمر الإحالة بعينها- بما تضمنته من جنائية الخطف وجنحة الحصول بالتهديد على مبلغ النقود المرفوعة بهما الدعوى- خلأفاً لما يدعيه الطاعنان فى هذا الخصوص وكان ما يثيرانه بشأن وسيلة التهديد فى الجنحة المذكورة- المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات- مردود بأن حسب الحكم أنه كشف عن أن الحصول على مبلغ النقود إنما كان بطريق الإكراه الأدبي الذى حمل والد الطفل المخطوف على دفعه لقاء إطلاق سراحه- وهو ما يتحقق به ركن التهديد فى تلك الجنحة- إذ أن هذا الركن ليس له من شكل معين، فيستوي حصول التهديد كتابة أو شفويًا أو بشكل رمزي طالما أن عبارة المادة سالفة الذكر قد وردت بصيغة عامة بحيث تشمل كل وسائل التهديد<sup>(١)</sup>.

وتثير الأقوال اللفظية، والمخطوطات الكتابية، والتصرفات الشخصية التى تصدر عن الأفراد، اشكالية اتفاقها، أو تعارضها مع حرية التعبير التى تُعد من أهم الحريات فى المجتمع؛ لكونها تعمل على: تحقيق الذات الفردية، والوصول إلى الحقيقة، وضمن مشاركة الفرد فى المجتمع، بما فى ذلك الأمور السياسية، وصنع القرار، والحفاظ على التوازن بين الاستقرار والتغيير فى المجتمع<sup>(٢)</sup>. ولكن ذلك لا يشمل جميع فئات التعبير،

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٧٦م، القاعدة رقم ١٩١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٧، الجزء ١، ص ٨٣٩.

(2) Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment, 72 YALE L.J. 877,

حيث توجد بعض الفئات لا تتلقى الحماية الدستورية، وتوجد قيود عند التحدث بها؛ لأنه لا توجد مصلحة اجتماعية من السماح بها مثل: التشهير، والتجريض على مخالفة القانون، والفحش، والمواد الإباحية المتعلقة بالأطفال، والتهديدات الحقيقية؛ أو ما يسمى بـ "كلمات القتال" حيث يشكل ذلك سلوكاً إجرامياً، مما يسمح للمجالس التشريعية بسن قوانين تحظر بعض التهديدات، ومنها التهديد للابتزاز مثل: قانون العقوبات الأمريكي ٢٢٣،٤ (١) (أ) (١٩٨٠)<sup>(١)</sup>. وبالتالي يجب أن يقع ذلك خارج حماية التعديل الأول للدستور الأمريكي والمتعلق بضمان حرية التعبير.

والمؤكد أنه نادراً ما تمتد حصانة الحرية الدستورية للتعبير والصحافة إلى الكلام أو الكتابة المستخدمة كجزء لا يتجزأ من السلوك في انتهاك قانون العقوبات، فالكلام محمي بموجب التعديل الأول هو الذي لا يشكل تهديداً حقيقياً بالعنف، أو إزدراءً واحتقاراً للشخص، أما حق النقد، والكلمات اللاعنافية لمقاطعة التجار في المنطقة، ومحاولات إقناع الآخرين بالانضمام إلى المقاطعة من خلال الضغط الاجتماعي، والتهديد بالنابذ الاجتماعي، فهي محل الحماية الدستورية<sup>(٢)</sup>، وخصوصاً عندما يكون في مواجهة من يتولون مناصب عامة، حفاظاً على حق المواطن في المعارضة، والتعبير عن رغباته.

وتجسد التعديلات الأولى والرابعة عشرة من الدستور الأمريكي التزام وطني عميق بالمبدأ القائل بأن النقاش حول القضايا العامة ينبغي أن يكون غير مقيد وقوي ومفتوح على نطاق واسع، وأنه قد يشمل على نحو صارخ، نقدًا لاذعًا، وأحياناً غير سار، أو هجمات حادة على الحكومة والموظفين العموميين.

وبذلك، فالابتزاز الإلكتروني يتعارض مع حرية التعبير، ولا يقع في نطاق الحماية الدستورية لحرية التعبير، ويُعد التشريع الذي يتوافق مع هذا الغرض متسقاً مع مبادئ حرية التعبير، حيث يتم استبعاد بعض الأنشطة التعبيرية بسبب الطريقة التي

---

(1963), p.878-879.

(1) Baker, Scope of the First Amendment Freedom of Speech, 25 UCLA L. REV. 964, (1978), p.991-992.

(2) Naacp v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886, 910, 102 S.Ct. 3409, 3424, 73 L. Ed. 2d 1215 (1982).

تمارس بها، أو بسبب المكان الذي تحدث فيه. وبالتالي، لا يتم تغطية الرسالة التي يتم إرسالها وتتضمن تهديدًا بإيقاع أذى، وهكذا لا يمكن لمرتكب جريمة قتل أو اغتصاب أن يحتج بحرية التعبير لتبرير طريقة التعبير التي اختارها، كما يمكن استبعاد نشاط تعبيرى من نطاق الميثاق بسبب المكان الذي يحدث فيه؛ لذا أنا لست حراً فى الصراخ عند الجلوس فى مسرح مزدحم؛ وذلك لتحقيق توازن بين تلك الحرية والقيم الأساسية الأخرى لمجتمعنا مثل: الرفاهية العامة، واحترام الآخرين وسمعتهم، والحق فى المساواة، والحق فى محاكمة عادلة وغيرها<sup>(1)</sup>.

وقد ثبت أن الحكم الوارد فى قانون العقوبات الذى يُعد جريمة الدعاية التى تعرض على الكراهية ضد مجموعة محددة، هو حكم دستوري على الرغم من انتهاك حرية التعبير التى تنطوي عليها؛ لأن الضرر الذى يلحق بالمجموعات المستهدفة والمجتمع يبرر هذا القيد المتمثل فى تجريم الكلام البشع، وحظر نشر المواد الفاحشة، وقد وجدت المحكمة العليا أن انتهاكات حرية التعبير هذه يبررها الأذى الذى من المحتمل أن يسببه العنف، أو استغلال الأطفال فى المواد الإباحية؛ لكونه يشجع على الاتجاهات غير الصحية، ويبرز القوالب النمطية الجنسانية، واستغلال الأطفال<sup>(2)</sup>.

وجميع الأنشطة التعبيرية هي حقوق دستورية، ما عدا، بالطبع، ما كان مصحوباً بالتهديد، وأعمال العنف، أو أي سلوك غير قانوني آخر، ففي قضية كمارت عام ١٩٩٩، قالت المحكمة: تم الاعتراف لقرون بأن توزيع المنشورات يُعد وسيلة فعالة وغير مكلفة لإيصال المعلومات، ودعم جهود الإقناع العقلاني، ولذلك فهي وسيلة مهمة بشكل خاص لأفراد المجتمع الأكثر ضعفاً والأقل قوة لإيصال المعلومات، وطلب الدعم لقضيتهم<sup>(3)</sup>.

(1) Anne P., Le droit du public à l'information et à la diversité d'opinions La face cachée de la liberté de presse, Bulletin de la ligue des droits et libertés printemps 2011, p. 8.

(2) Court of criminal appeals of oklahoma, albert gustava gerhart, appellant, v. state of oklahoma, appellee, case number: f-2014-726, october 7, 2015, ok cr 12; 360 p.3d 1194; 2015 okla. crim. app. lexis 13; 43 media l. rep. 3078.

(3) Lucie L., Cour suprême du Canada et liberté d'expression, Bulletin de la ligue des droits et libertés printemps 2011, p. 7.

لذا يُعد الابتزاز الإلكتروني قيدًا على حرية التعبير، ويشكل خروجًا على ضوابط ممارسة ذلك الحق، ولا يجوز بأى حال من الأحوال إباحتها خلف ستار حرية التعبير.

## المطلب الثاني

### الابتزاز الإلكتروني والمعاملات الاقتصادية المشروعة

يرى البعض<sup>(1)</sup> أن التهديد الذي يتم بقصد الحصول على شيء ما يُعد محاولة لا تصل حتى للشروع؛ لذا فإنها لا تثير أي نوع من الجرائم، كما أن تهديدات الابتزاز المادية لا تختلف عن أي تهديد آخر مسموح به قانونًا، فالعديد من التهديدات المسموح بها قانونًا تتوافر فيها دوافع الربح، وتهدد مصلحة من شأنها أن تكون قانونية تمامًا للضرر، فمعاملات الابتزاز لا تختلف عن أي معاملة اقتصادية أخرى مسموح بها قانونًا، فالمبتز يدفع مقابل عدم الكشف عن معلومات يرغب في عدم كشفها؛ لأنه يفضل أن يكون لديه خيار الدفع مع عدم الإفصاح بدلاً من أن يكون محكوم عليه بالإفصاح.

ومن أمثلة التهديدات المسموح بها قانونًا: التهديد الضمني لكل بائع بعدم بيع منتج، أو خدمة معينة، تهديد المستهلكين بمقاطعتهم للبائع، تهديد البائع بالبيع إلى منافسي المشتري إذا لم يدفع المشتري السعر المطلوب؛ تهديد المشتري للبائع بعدم الشراء ما لم يتم تخفيض السعر، تهديد الشركة بتوسيع نطاق الأعمال التجارية إلى منطقة جديدة ما لم يكن منافسيها المحتملين في تلك المنطقة يدفعون لها المال الذي يمكن أن تتوقع القيام به؛ تهديدات أصحاب العمل بتسريح الموظفين حتى إذا كان هذا التسريح سيفرض عليهم عبئًا ماليًا لا يمكن تحمله؛ تهديد الموظف بالانسحاب من وظيفته إلا إذا تلقى راتبًا أو ترقية، التهديد بالإضرابات من جانب الموظفين لتحسين الأجور أو العمل، تهديد أحد الجيران ببناء ما لم يتلق تعويضات مدفوعة الأجر، تهديد سياسي بخفض التمويل إلى مجموعات لا تساند المؤسسات الداعمة؛ التهديد باستخدام القوة أو الجزاءات الاقتصادية في العلاقات الدولية؛ تهديدات المدعين العامين بتوجيه اتهام أشد، أو إصدار أحكام ما لم يتعاون المشتبه بهم معهم، وتندرج تهديدات الابتزاز في هذه القائمة لأنها تتفق في نفس

(1) Coercion, blackmail, and the limits of protected speech, New York University Law Review, 131 U. Pa. L. Rev. 1469, MAY, 1983, p. 4.

الخصائص الأساسية وهي: أ- دافع الربح، أو على الأقل تحقيق مصلحة ذاتية، ب-

التهديد بعمل مشروع لتنفيذ طلب الجاني، وهو ما يتفق مع طبيعة المجتمع الحر. ويرى البعض<sup>(1)</sup> عكس ذلك، ومن ثم ضرورة تجريم التهديد الذي يكون الغرض منه الحصول على أموال، أو ممتلكات، أو منافع، وعدم عدها معاملة تجارية عادية؛ لأنه لا يمكن القول إن جميع التهديدات القسرية مقبولة، وإضفاء الشرعية على مثل هذه التهديدات؛ لأن ذلك من شأنه تشجيع الأفراد على حفر الآبار المتسخة، بتكلفة اقتصادية حقيقية، من أجل أن تدفع لدفعها مرة أخرى.

كما أن إضفاء الطابع القانوني على الابتزاز لن يساعد على جعل أهدافه أفضل، فالحجة القائلة بأن إضفاء الصبغة القانونية على تهديدات الابتزاز سيكون أفضل حالاً، وأنه من قبيل المضاربة، ومن ثم يوازن بين اعتبارات المضاربة بالتساوي، والواقع أنه إذا كان الابتزاز قانونياً، فإن عددًا أكبر من الناس سوف يتعرضون للتهديد أكثر مما كانوا قد تعرضوا له في مجتمع يجرم الابتزاز، حيث سيكون هناك آمال محفزة أكبر للربح من خطر العقاب الجنائي عن طريق لصق معلومات ضارة بالأفراد؛ وهذا الحافز الأكبر سوف يدفع مزيد من الناس إلى الرغبة في الوصول إلى معلومات أكثر ضرراً عن المزيد من الناس، ويعود ذلك إلى:

١- معرفة مجموعة كبيرة من أفراد المجتمع بالمعلومات الضارة وتقاسمهم هذه المعلومات سيترتب عليه اتساع نطاق الإضرار بالسمعة والتشهير والإصاق مما سيكون عليه في مجتمع يجرم الابتزاز. وحينما يكون هناك المزيد من المعلومات، والمزيد من الناس الذين يعرفون هذه المعلومات، فإن هناك فرصة أكبر للتسريب المتعمد، أو غير المتعمد للمعلومات الشخصية.

٢- تجريم الابتزاز الإلكتروني، سيخلق حافز أقل للبحث عن المعلومات الضارة بالأفراد في المقام الأول؛ لأن الذين يحصلون على معلومات ضارة عن طريق الخطأ أقل احتمالاً أن

(1) James Lindgren, In Defense of Keeping Blackmail a Crime: Responding to Block and Gordon, 20 LoY. L.A. L. REv. 35, 1986, p. 41.

يكونوا خبيثين- وبالتالي يكون هناك احتمال أقل في استعمال هذه المعلومات للإضرار-  
من أولئك الذين يحصلون عليها عمدًا؛ حيث سيسعون إلى إفشائها(١).  
٣- وضع حد للرفاهية التي أنتجتها الوسائل التكنولوجية من خلال تجريم مثل هذه  
الأفعال؛ لتحقيق الأمن المعلوماتي(٢).

والواقع أن الاتجاه الذي يذهب إلى تجريم الابتزاز الإلكتروني محل تأييد، فنحن  
جميعًا لا نفضل عالم يباع فيه الصمت، فعدم تجريم الابتزاز سيخلق مزيدًا من القلق،  
وسيتساءل الجميع كم سادفح لكى يبقى تاريخى فى الظلام؟ إضافة إلى أن المبتزين  
يحتاجون السرية أيضًا من أجل أن يكون هناك شيء للبيع.

كما أن سلعة المبتز لا تستهلك على عكس بقية السلع، فالحاجة أو الرغبة فى  
الابتزاز لا تزال قائمة بعد تقديم، أو دفع المقابل، فبعد أن كنت قد اشترت الصمت،  
وعدم الإيذاء، فأنت لا تزال تريد له أن يكون صامتًا؛ لذلك يكون لسان حال ضحية  
الابتزاز أنا لا أريد أن يتوقف المطر عن السقوط على رأسى، ولكنى أريد أن يجف  
المنبع، حتى لو كنت قد فتحت مظلة لحمايتى من سقوط المطر مؤقتًا من خلال مقابل  
صمت المبتز(٣).

كما أن تجريم الابتزاز أمر يتفق مع العدالة؛ نظرًا لخطورة وقسوة أفعال الابتزاز  
التي لا تطاق أحيانًا؛ لكونها تنتهك القيم، وتتنافى مع المبادئ، وتصطدم بالفضائل،  
وتتعارض بالردائل، مما يوجب أن يقرر لها المشرع عقوبة غليظة لوقف هذه التهديدات  
التي تقضى على الشعور بالاطمئنان، والرغبة فى الاستقرار؛ لأن المبتز يكون على بينة  
بالأزرار الساخنة الخاصة بالأفراد لتقليل مقاومتهم، وضمان سيطرته عليهم.

خلاصة الفصل الأول:

(1) Ken levy, The Solution to the Real Blackmail Paradox: The Common Link Between  
Blackmail and Other Criminal Threats, 39 Conn. L. Rev. 1051 2006-2007, p.1051:  
1069.

(٢) د. بوقرين عبد الحلیم، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتی، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية،  
العدد الرابع، السنة الخامسة، ديسمبر ٢٠١٧م، ص ٢٨٨.

(3) Michael levin, blackmail, 18 Crim. Just. Ethics 11, 1999, pp.11:18.

تتمثل خلاصة هذا الفصل المتعلق بماهية الابتزاز الالكتروني، أن التعريف الراجح للابتزاز الالكتروني هو: كل تهديد يأتيه الجاني، ويؤثر في نفسية المجنى عليه أو شخص عزيز لديه ويتم عبر وسيلة الكترونية ويدفعه إلى القيام بما طلبه الجاني أو كلفه به سواء أكان مشروعاً، أم غير مشروع، ويتفق ذلك الابتزاز مع مبدأ شرعية الجرائم العقوبات، كما أنه يكشف عن الطبيعة المتميزة للابتزاز الالكتروني عن صور الإيذاء الأخرى المتشابهة معه مثل: التسلط الالكتروني، واستغلال النفوذ، والابتزاز التقليدي، وجريمة انتهاز حاجة أو ضعف قاصر.

كما تم خلال هذا الفصل بيان أن حرية التعبير لا تشمل الابتزاز الالكتروني، كما أنه لا يشكل معاملة اقتصادية مشروعة، وإنما معاملة مالية تقوم على السلب من قبل المجنى عليه من خلال تهديده بإيقاع إيذاء حال، أو مستقبلي.

## الفصل الثاني

### التهديد بإيذاء المقترن بطلب

#### تمهيد وتقسيم:

يتخذ السلوك الإجرامي في جريمة الابتزاز الالكتروني شكلاً محدداً هو التهديد بإيذاء المقترن بطلب، ومن ثم فإن التهديد غير المقترن بطلب لا يُعد ابتزازاً<sup>(1)</sup>، وأن يكون مضمون ذلك التهديد إيذاءً، إضافة إلى ضرورة أن يكون من شأن هذا التهديد التأثير النفسي على المجنى عليه، والضغط على إرادته، وأن يكون الجاني قاصداً ذلك، وتتجه إرادته إلى غاية معينة تتمثل في الحصول على المطلوب بناءً على ذلك التأثير. وبناءً على ما سبق، سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم التهديد بإيذاء في جريمة الابتزاز الالكتروني.

المبحث الثاني: موضوع التهديد بإيذاء في جريمة الابتزاز الالكتروني.

المبحث الثالث: اقتران التهديد بإيذاء في جريمة الابتزاز الالكتروني بغاية معينة.

(1) C.A. Paris, 11° chambre, 25 mai 1999.



## المبحث الأول

### مفهوم التهديد بإيذاء فى جريمة الابتزاز الإلكتروني

تقسيم:

يتطلب بيان مفهوم التهديد، تعريفه، وبيان أشكاله، وذلك من خلال مطلبين نعرضهما على النحو الآتى:

#### المطلب الأول

##### تعريف التهديد

التهديد فى مفهومه العام هو: سلوك مادي ذو مضمون نفسي يتمثل فى إنذار المههدد بإيقاع أذى به هو شخصياً، أو شخص عزيز لديه سواء أكان إيقاع هذا الأذى مُطلقاً من أي قيد، أم مشروطاً بشرط<sup>(١)</sup>، والتهديد ركن فى الابتزاز الإلكتروني<sup>(٢)</sup>، ويراد به التلويح بإيقاع أذى لا ينصب على جسم المههدد، وإنما يدخل الروح فى نفسه كالتهديد بحرق منزله، أو خطف ولده، أو إفشاء أمور ماسة بالشرف والاعتبار سواء أكانت متعلقة بالمجنى عليه، أو شخص عزيز لديه.

وبناءً على ذلك، فالتهديد لا يتضمن الإكراه المادى، أو المعنوى المنصب على جسم المههدد، أو التهديد باستعمال سلاح، ولكن يشمل أي أسلوب مادي ذي مضمون نفسي يحدث لدى المههدد شعوراً بالحرَج يكون أخف منه على النفس استجابة المههدد إلى ما يطلبه الجاني<sup>(٣)</sup>.

ويشترط أن يكون تهديد الجاني جدياً، وليس على سبيل المزاح، حتى ولو كان المجنى عليه ممن لا يتأثرون بموضوع التهديد<sup>(٤)</sup>. وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها إنه: "إذا كان يبين من الإطلاع على خطاب التهديد كما أورد قرار غرفة الاتهام المطعون فيه أن ظاهر عباراته تحمل طابع الجد؛ لأن الدافع إلى توجيهه

(١) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص ١١٩٥.

(٢) د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

(٣) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات "جرائم القسم الخاص" مرجع سابق، ص ١٢٠٩.

(٤) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٨٧، ص ٢٩٤.

كما ورد به هو النزاع على أطيان وأن عبارات التهديد التي تكررت في غير موضع من الخطاب المذكور صريحة في مدلولها دالة بذاتها على التهديد بالقتل المصحوب بطلب مما من شأنه أن يمس بطمأنينة من توجه إليه، وتتحقق به أركان جريمة التهديد بالكتابة المصحوب بطلب المنصوص عليها في المادة ٢٨٤ فقرة أولى من قانون العقوبات، فإن القرار المطعون فيه إذ قضى بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى العمومية لمجرد القول بأن: "عبارات التهديد غير جدية وأنها قرينة بأن تحمل محمل لعب الأطفال وعبثهم لا محمل الجد مما لا تتحقق به جريمة عمدية" دون أن تبين غرفة الاتهام وجه استنادها في العدول عن ظاهر مدلول العبارات موضوع التهمة إلى القول بعدم جديتها. هذا القرار يكون منطوقاً على القصور مما لا تستبين معه محكمة النقض إن كانت نصوص القانون قد طبقت على الواقعة كما هي مثبتة به تطبيقاً صحيحاً أم لا؛ ولذا فإن هذا القرار يكون معيباً متعيناً نقضه<sup>(١)</sup>.

ويرى البعض<sup>(٢)</sup> أن التهديد يقع ولو كان الجاني مازحاً ولكن المهتد تلقاه على سبيل الجد وأثر ذلك في نفسيته، حيث لا عبرة بالباعث. والواقع أن قصد التهديد وترويع المجنى عليه لا يُعد باعث، وإنما يشكل عنصر الإرادة في القصد الجنائي، ومن ثم يترتب على انتفاء الإرادة انتفاء القصد، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض في حكمها السابق ويقع التهديد<sup>(٣)</sup> بالسحر إذا صدر من شخص له القدرة عليه، أي شخص يشتهر عنه أعمال السحر، حيث يكون الخطر حقيقياً تقع الجريمة به، ولا يُعد خطراً وهمياً. ويجب أن يوجه التهديد إلى شخص محدد، أو يمكن تحديده، وإذا تعذر تحديد الشخص الموجه إليه فلا يعد تهديداً مجرمًا، مثال ذلك من يقول بأنه سيحرق أي سيارة تقف أمام منزله.

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٢٠٩٣ لسنة ٢٣ ق، جلسة ١٨ مايو ١٩٥٤م، القاعدة رقم ٢٢١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٥، الجزء ٣، ص ٦٦٠.

(٢) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، مرجع سابق، ص ١١٩٦.

(٣) د. علي أحمد الفرجاني فرج، الجريمة الانتخابية "دراسة مقارنة" بين النظامين اللاتيني والشرعية الإسلامية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠١٨م، ص ٣٠٢ هامش (٣).

كما يجب أن ينصب التهديد على شخص له وجود حقيقي<sup>(١)</sup>، فلا تقع الجريمة عندما يهدد شخص آخر بخطف زوجه المتوفى مثلاً.

والجاني غير مسئول عن التهديد الذي يقع به الابتزاز لمجرد خوف المجنى عليه من بطشه وسطوته طالما لم يصدر منه فعل يكشف عن رغبته في ترويع الجاني، وهو ما أكدته محكمة النقض بقولها إنه: "يشترط لتطبيق المادة ٢٨٣ من قانون العقوبات أن يقع من الجاني على المجنى عليه تهديد أي فعل من شأنه إكراهه بطريق التخويف والوعيد، وأن يكون التهديد بقصد الحصول بدون حق على مال أو شيء آخر، فمجرد امتناع المتهم عن دفع ثمن ما تناوله في مقهى من المشروب دون أن يبدو منه بأية طريقة أي تخويف أو وعيد لا يمكن عده جريمة في حكم هذه المادة، إذ التهديد لا يتوافر بمجرد شعور المجنى عليه في داخلية نفسه بالرهبة أو الخوف من المتهم لبطشه وسطوته وما اشتهر عنه من التعدي على الأنفس<sup>(٢)</sup>."

وتنتفي جريمة الابتزاز إذا قام الشخص بتحقيق منفعة لشخص دون طلب منه، وإنما رغبة في تجنب الإيذاء، وأكدت ذلك محكمة النقض بقولها إنه: "ما دام لم يصدر من المتهم على أية صورة من الصور أي وعيد أو إرهاب للمجنى عليه من شأنه تخويفه وحمله على تسليم المبلغ الذي طلبه منه، وإنما كان تسليم المبلغ مبنياً على سعي المجنى عليه نفسه في الحصول على الرسائل التي كان المتهم محتفظاً بها تحت يده "المرسلة إليه من زوجة المجنى عليه"، فإن الواقعة على هذا النحو لا تتحقق بها جريمة الشروع في الحصول بالتهديد على مبلغ من النقود<sup>(٣)</sup>."

وتقدير قيام التهديد مرجعه إلى محكمة الموضوع تستخلصه من عناصر الدعوى المطروحة أمامها، ولا مُعقب عليها في ذلك ما دام استخلاصها سائغاً ومستنداً إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق، ولها أصلها في الأوراق<sup>(٤)</sup>، ومعيار الخوف من التهديد معيار شخصي<sup>(١)</sup>.

(١) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٩٥.  
(٢) نقض جنائي، طعن رقم ٢٢ لسنة ٨ ق، جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٣٧م، القاعدة رقم ١٢٤، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤، ص ١١٥.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢٥ ق، جلسة ٢٦ إبريل ١٩٥٥م، القاعدة رقم ٢٧٣، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٦، الجزء ٣، ص ٩١٥.

(٤) نقض جنائي، طعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٧ ق، جلسة ٢٦ يونيو ١٩٦٧م، القاعدة رقم ١٧٣، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٨، الجزء ٢، ص ٨٦٢.

وقد يقوم بتنفيذ الفعل المُهدد به الجاني نفسه، أو غيره، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها إن: "جناية التهديد المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٣٢٧ سالفه الذكر تتوافر إذا وقع التهديد كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال، وكان التهديد مصحوباً بطلب أو تكليف بأمر، ولا يشترط لقيام هذه الجريمة أن تكون عبارة التهديد دالة بذاتها على أن الجاني سوف يقوم بنفسه بارتكاب الجريمة إذا لم يُجب إلى طلبه، بل يكفي أن يكون قد وجه التهديد كتابة إلى المجنى عليه وهو يدرك أثره من حيث إيقاع الرعب في نفسه، وإنه يريد تحقيق ذلك الأثر بما قد يترتب عليه أن يذعن المجنى عليه راغماً إلى إجابة الطلب بغض النظر عما إذا كان الجاني قد قصد إلى تنفيذ التهديد فعلاً، ومن غير حاجة إلى تعرف الأثر الفعلي الذي أحدثه التهديد في نفس المجنى عليه<sup>(٢)</sup>."

## المطلب الثاني

### شكل التهديد

التهديد قد يتم بأشكال وصور مختلفة مباشرة، أو عبر وسيط، من خلال وسائل مكتوبة، أو شفوية، صراحةً، أو ضمناً.

والتهديد قد يتم مباشرة من قبل الفاعل إلى المجنى عليه، وقد يقع بطريقة غير مباشرة عبر وسيط، لا يشترط أن يتم تكليفه بنقل التهديد، بل يقع التهديد طالما توافر لدى الجاني قصد إيصال التهديد وهو يعلم أن الشخص المستمع سيوصل التهديد حتماً إلى الشخص المحدد مثل: تهديد شخص أمام زوجته، أو أحد أبنائه، أو أحد أصدقائه، أو العاملين معه.

وأكدت ذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "إن المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات إذ نصت على عقاب " كل من هدد غيره بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال " لم توجب بصيغتها العامة هذه أن تكون عبارة التهديد قد وجهت مباشرة إلى ذات الشخص الذي قصد تهديده في نفسه أو في ماله، فيكفي للعقاب بموجبه أن يكون الجاني قد أعد رسالة التهديد

(1) Court of appeals of kansas 46 kan. app. 2d 601; 265 p.3d 1175; 2011 kan. app. Lexis 147, state of kansas, appellee, v. george james brooks, iii, appellant. no.102, 452.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ٢٠٥٠٥ لسنة ٥٩ ق، جلسة ٨ مايو ١٩٩٤م، القاعدة رقم ٩٤، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤٥، الجزء ١، ص ٦١٥.

لتصل إلى علم المراد تهديده، سواء أرسلها إليه فتلقاها مباشرة أم بعث بها إلى شخص آخر فتلقاها هذا الآخر ثم بلغها إياه أو لم يبلغها. ثم إنه لا يشترط أن يكون الجانى الذى يختار هذا الطريق الأخير فى توجيه نذيره قد قصد أن يقوم من أرسلت إليه بتبليغها إلى المعنى بها، بل يكفى أن يثبت فى حقه أنه لا يجهل أن الطريق الذى اختاره يتوقع معه حتمًا أن المرسل إليه بحكم وظيفته، أو بسبب علاقته أو صلته بالشخص المقصود بالتهديد سيبلغه الرسالة<sup>(١)</sup>.

وقد يتطلب المشرع المصري للعقاب على التهديد الذى يقع به الابتزاز أن يتم كتابة، كما فى المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات، وربما يعود ذلك من جانب المشرع إلى إدراكه أن التهديد الشفوي غالبًا يكون نتاج انفعال و ثورة غضب لا يكشف عن رغبة أكيدة من قبله على القيام به. وهذا عكس التهديد الذى يتم عبر شخص آخر، حيث يعاقب على التهديد الشفوي؛ لأنه يكشف عن تروى لا استفزاز أو انفعال.

والكتابة لا يشترط أن تكون بالأحرف، حيث تتوافر إن تمت برموز، أو رسومات معينة، مثل رسم مسدس أو رقية وإرسالها إلى المههد، ولا عبرة بالمادة التى تتم الكتابة بها أو عليها، فقد تكون خشبة، أو زجاج، أو ورقة، أو حائط.

ويقع التهديد، سواء أكانت العبارات دالة عليه دلالة صريحة، أم ضمنية، وسواء أكانت واضحة، أم غامضة طالما أن المجنى عليه يستطيع فهمها، وإدراك مضمونها، ويترتب عليها تخويفه، ومع ذلك يجب على الحكم أن يبين العبارات التى تشكل تهديد للشخص وتحمله على القيام بفعل، أو الامتناع عنه، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها إنه: "لا عبرة بالأسلوب أو القالب الذى تصاغ فيه عبارات التهديد متى كان المفهوم منها أن الجانى قصد ترويع المجنى عليه وحمله على أداء ما هو مطلوب، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت من عبارات التهديد ومن ظروف الواقعة وملابساتها أن الطاعن رمى إلى إثارة الرعب والفرع فى نفس المجنى عليهما بارتكاب جريمة خطف ثلاث من الطائرات التابعة لشركتيهما وتدمير اثنين منها، وأنه هو المههد فعلاً بارتكاب هذه الجريمة على الرغم من أن عبارات التهديد قد صيغت صياغة غامضة وأفرغت فى قالب يوهم بأن الطاعن مجرد وسيط ومحذر من جرائم

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٣٥ لسنة ٢٥ ق، جلسة ٢٦ ابريل ١٩٥٥م، القاعدة رقم ٢٦٧، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٦، الجزء ٢، ص ٨٩٤.

سوف يرتكبا آخرون، فلا يصح مصادرتهما فيما استتبطته طالما كان استخلاصها سائغاً لا يخرج عن الإقتضاء العقلي والمنطقي، وما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها- لما كان ما تقدم- فإن الطعن يكون على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً<sup>(١)</sup>.

ويتوافر التهديد ولو لم يصدر من الجاني عبارات على الإطلاق، وإنما اقتصر فعل الجاني على إيداء إشارات رمزية مفهومة الدلالة كالتلويح بسكين، أو بمسدس<sup>(٢)</sup>، ويرى البعض عكس ذلك<sup>(٣)</sup>، والواقع أن ذلك تضيق من نطاق التجريم لا مبرر له، ويترتب عليه عدم استيعاب النص لكافة الصور التي تمس بالحق والمصلحة المراد حمايتها مما يتعارض مع علة التشريع<sup>(٤)</sup>، ولأنه يكشف عن خطورة بالغة، ويبث الروع والخوف في نفس الجاني مثله مثل الكلمات المكتوبة.

وأكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها إنه: "يكفي في التهديد المذكور في المادة ٣٢٦ عقوبات أن يكون من شأنه تخويف المجنى عليه وحمله على تسليم ماله الذي طلب منه، ولا أهمية للطريقة التي استعملها الجاني للوصول إلى غرضه متى كانت في ذاتها كافية للتأثير على المجنى عليه إلى ذلك الحد وكان الجاني لا يقصد منها إلا الحصول على مال لا حق له فيه"<sup>(٥)</sup>.

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٨٤٤ لسنة ٤٤ ق، جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٧٤م، القاعدة رقم ١٦١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٥، الجزء ١، ص ٧٤٦.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٧٦م، القاعدة رقم ١٩١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٧، الجزء ١، ص ٨٣٩.

(٣) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون دار نشر، ١٩٨٤م، ص ٢٣٦.

(٤) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٥) نقض جنائي، طعن رقم ١٢٣٢ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٥٩م، القاعدة رقم ١٨٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٠، الجزء ٣، ص ٨٧٤.

كما قالت: "إن المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات لا تعاقب إلا على التهديد بارتكاب جريمة أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف، وإن فمتى كانت الواقعة كما أثبتتها الحكم هي أن المتهم هدد المجنى عليه شفهيًا بواسطة شخص ثالث بألفاظ يفهم منها إيذاؤه في أمنه ومعاشه، فإن الجريمة لا تكون متوافرة الأركان؛ نقض جنائي، طعن رقم ٥١٤ لسنة ٢١ ق، جلسة ١٩ فبراير ١٩٥٢م، القاعدة رقم ٢٦٢، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٣، الجزء ٢، ص ٧٠٢.

## المبحث الثاني

### موضوع التهديد بإيذاء في جريمة الابتزاز الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

يشترط في التهديد الذي تقع به جريمة الابتزاز الإلكتروني أن يكون بالإيذاء، فيترك في النفس أثراً يدفعها إلى ارتكاب فعل، أو الامتناع عنه، دون إرادته، والواقع أن صور الإيذاء ومظاهره متعددة، بقدر تعدد ما يحبه الإنسان ويبغضه، وما يحقق مصالحه، أو يتعارض معها، والإيذاء قد يكون مادياً، أو معنوياً، يتمثل محله في النفس، أو المال، أو السمعة، مما يشكل عدواناً على حياة الإنسان، وخصوصيته، وحرية، وكرامته، وسمعته، وملكيته، ولا شك أن القانون الجنائي يسعى لحماية كل هذه المصالح المعتبرة من العدوان عليها، وقد يرقى ذلك العدوان إلى مرتبة الجريمة، وقد لا يشكل جريمة، ومن ثم فإن موضوع التهديد قد يكون إيذاءً مادياً، أو معنوياً يرقى لدرجة الجريمة، أو لا سواء بالمجني عليه، أو بشخص عزيز لديه. وفيما يلي بيان ذلك:

#### المطلب الأول

##### التهديد بالإيذاء المادي

الإيذاء المادي، هو ذلك الإيذاء الذي يكون محله الجسد، أو المال، مثل: التهديد بإحداث إصابة بدنية كالقتل، الضرب، الحرق، السرقة، أو الإتلاف، وبالتالي، فالتهديد بتدمير ممتلكات ذات قيمة خاصة- تحف غالية الثمن- إذا اعتزمت الضحية التوقف عن إقامة علاقة عاطفية بالمهدد<sup>(1)</sup> يُعد ابتزازاً.

وقد ذكر المشرع الفرنسي لفظ التهديد بالعنف صراحة في المادة ٣١٢-١ من قانون العقوبات الفرنسي، عندما عرف الابتزاز بأنه: الحصول بالعنف، أو التهديد بالعنف، أو الإكراه للحصول على توقيع، أو تعهد، أو تنازل، أو الكشف عن سر، أو تحويل أموال، أو أوراق مالية، أو أي ممتلكات.، ولم يكشف المشرع الفرنسي عن مقدار العنف الذي يقع به التهديد.

(1) Court of appeals of Kansas 46 kan. App. 2d 601; 265 P.3d 1175; 2011 kan. app. lexis 147, state of Kansas, appellee, V. George James brooks, iii, appellant. No. 102, 452.

والابتزاز ذاته قد يشكل عنفاً<sup>(١)</sup>، حيث تعرف منظمة الصحة العالمية العنف بأنه: "الاستخدام المتعمد للقوة البدنية الفعلية أو التهديد باستخدامها ضد الذات أو ضد شخص آخر أو ضد مجموعة من الأشخاص أو المجتمع ككل مما يسفر عن وقوع إصابات أو وفيات أو إيذاء نفس، أو سوء نمو، أو حرمان، أو قد يؤدي بشكل كبير إلى ذلك. وقد كشف عن ذلك المشرع المصري، حيث تنص المادة ٨٨ مكرراً أ/١ من قانون العقوبات على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب بالسجن المشدد كل من تعدى على أحد القائمين على تنفيذ أحكام هذا القسم، وكان ذلك بسبب هذا التنفيذ، أو قاومه بالقوة أو العنف أو بالتهديد باستعمالها معه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها" مما يعنى إمكانية وقوع الابتزاز من خلال التهديد باستعمال القوة، وذلك لتحقيق طلب محدد وهو عدم تنفيذ أحكام هذا القسم من قانون العقوبات، ويتعلق هذا القسم بالجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل .

وذكر المشرع التهديد باستعمال العنف في جريمة البلطجة، حيث تنص المادة ٣٧٥ مكرراً من قانون العقوبات المصري المضافة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١١م على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد واردة في نص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة كل من قام بنفسه أو بواسطة الغير باستعراض القوة أو التلويح بالعنف أو التهديد بأيهما أو استخدامه ضد المجنى عليه أو مع زوجه أو أحد أصوله أو فروعه، وذلك بقصد ترويعه أو التخويف بالحقاق أي أذى مادي أو معنوي به أو الإضرار بممتلكاته، أو سلب ماله أو الحصول على منفعة منه، أو التأثير في إرادته لفرض السطوة عليه أو إرغامه على القيام بعمل، أو حمله على الامتناع عنه، أو لتعطيل تنفيذ القوانين، أو التشريعات، أو مقاومة السلطات، أو منع تنفيذ الأحكام، أو الأوامر أو الإجراءات القضائية واجبة التنفيذ أو تكدير الأمن أو السكينة العامة، متى كان من شأن ذلك الفعل أو التهديد إلقاء الرعب في نفس المجنى عليه أو تكدير أمنه، أو سكينته، أو طمأنينته، أو

(١) د. معاذ سليمان الملا، المواجهة الجنائية للعنف الإلكتروني في ضوء القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص ١٦٥.



تعريض حياته، أو سلامته للخطر أو إلحاق الضرر بشيء من ممتلكاته أو مصالحه أو المساس بحريته الشخصية أو شرفه أو اعتباره.

كما عاقبت المواد ٣٢٥، ٣٢٦ من قانون العقوبات المصري على الابتزاز من خلال التهديد بالعنف، حيث تنص المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من اغتصب بالقوة أو التهديد سندًا مثبتًا أو موجبًا لدين أو تصرف أو براءة أو سندًا ذا قيمة أدبية أو اعتبارية أو أوراقًا تثبت وجود حالة قانونية أو اجتماعية أو أكره أحدًا بالقوة أو التهديد على إمضاء ورقة مما تقدم أو ختمها يعاقب بالسجن المشدد. وتنص المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من حصل بالتهديد على إعطائه مبلغًا من النقود أو أي شيء آخر يعاقب بالحبس ويعاقب الشرع في ذلك بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين".

والفرق بين المادة ٣٢٦ عقوبات مصري، والمادة ٣٢٥ أن المادة ٣٢٥ حكمها قاصر على اغتصاب السندات والإمضاءات، أما المادة ٣٢٦، فتشمل اغتصاب الأموال وكل شيء آخر، كما أنهما يختلفان من حيث وسائل الإكراه، فالإكراه في المادة ٣٢٥ يشمل القوة أو التهديد، أما المادة ٣٢٦ فالإكراه لا يقع إلا بطريق التهديد ومضمون التهديد واحد في المادتين.

ويتخذ الركن المادي في الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات صورتين: تتمثل الأولى منهما: في استعمال القوة أو التهديد مع المجنى عليه واغتصاب سند منه مثبت لدين أو موجب لدين أو تصرف أو براءة أو سند ذي قيمة أدبية أو اعتبارية أو أوراق تثبت حالة قانونية أو اجتماعية، وتتمثل الثانية: منهما في إكراه المجنى عليه بالقوة أو التهديد على إمضاء ورقة مما تقدم أو ختمها.

والسند المثبت لدين مثل السند الإذني، والسند الموجد لدين مثل عقد الاقتراض، والسند المثبت لتصرف مثل عقد الهبة، والسند الموجد لتصرف مثل الوصية، والسند المثبت لبراءة مثل المخالصة، ويستوي أن يكون السند المغتصب ملكًا للجاني أو المجنى عليه.

وترى محكمة النقض المصرية أنه: "جرى نص المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات على أن " كل من اغتصب بالقوة أو التهديد سندًا مثبتًا أو موجبًا لدين أو تصرف أو براءة أو سندًا ذا قيمة أدبية أو إعتبارية أو أوراقًا تثبت وجود حالة قانونية أو إجتماعية أو أكره أحدًا بالقوة أو التهديد على إمضاء ورقة مما تقدم أو ختمها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة " ومفاد ذلك أن ركن الإكراه في هذه الجريمة كما يكون مادياً باستعمال القوة والعنف، فقد يكون أدبياً بطريق التهديد - ويعد إكراهًا أدبياً كل ضغط على إرادة المجنى عليه يعطل من حرية الاختيار لديه ويرغمه على تسلم السند أو التوقيع عليه وفقاً لما يتهدده- وهذا التهديد يجب أن يكون على درجة من الشدة تسوغ اعتباره قرين القوة بالمقارنة لها مما يبرر صرامة العقوبة التي يفرضها القانون لهما على حد سواء<sup>(١)</sup>.

وإذا استعمل الفاعل القوة أو التهديد لغرض آخر غير اغتصاب السند، أو اغتصاب التوقيع عليه كأن يستهدف الحصول على مبلغ من النقود أو أي منقول من المنقولات تتوافر هنا الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٢٦.

أما إذا استعمل الفاعل القوة، أو التهديد لحمل المجنى عليه على أداء عمل أو الامتناع عن عمل هنا تتوافر الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات المصري التي تنص على: " كل من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف وكان التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن.

ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر وكل من هدد غيره شفهيًا بواسطة شخص آخر بمثل ما ذكر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه، سواء أكان التهديد مصحوبًا بتكليف بأمر أم لا، وكل تهديد سواء أكان بالكتابة أم شفهيًا بواسطة شخص آخر بارتكاب جريمة لا تبلغ الجسامة المتقدمة يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه".

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٧ ق، جلسة ٢٦ يونيو ١٩٦٧م، القاعدة رقم ١٧٣، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٨، الجزء ٢، ص ٨٦٢.

ويلاحظ على موقف المشرع المصري فى المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات أنه شدد العقاب عندما يقع الابتزاز من خلال التهديد بجريمة ضد النفس، أو المال، معاقب عليها بالعقوبات المقررة للجناية، أو كان موضوع الجريمة إفشاء أمور، أو نسبة أمور مخدشة بالشرف.

ويشترط المشرع المصري ضرورة أن يصل الإيذاء لدرجة الجريمة، حيث حددت المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات مقدار العنف بجريمة ضد النفس، أو المال معاقب عليها بالقتل أو السجن المؤبد أو المشدد، مما يعنى إمكانية حصر هذه الجرائم، ويلاحظ أن ذكر المشرع لفظ القتل كعقوبة أمر غير محبذ؛ لأن المنصوص عليه كعقوبة هو الإعدام، وليس القتل؛ لأنه جريمة، والجرائم المعاقب عليها بالإعدام والتي تقع على النفس عديدة منها: القتل العمد مع سبق الإصرار أو التردد، ومن الجرائم المعاقب عليها بالسجن المؤبد، أو المشدد اغتصاب الإناث، والحريق العمد.

ويغاير المشرع المصري فى العقوبة وفق المادة ٣٢٧ فقرة الأخيرة من قانون العقوبات عندما يكون التهديد بارتكاب جريمة لا تبلغ الجسامة المقررة بالفقرات السابقة، وترى محكمة النقض المصرية بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات والتي كانت قبل تعديلها تحمل رقم ٢٨٤ أنه: "من الخطأ القول بأن الفقرة الأخيرة من المادة ٢٨٤ من قانون العقوبات لا تنطبق إلا فى صورة ما يكون التهديد هو بالتعدي على الأشخاص أو إيذائهم؛ بل الصحيح أنها تنطبق على جميع الجرائم التى يهدد بها ضد النفس كانت أو ضد المال ما دامت تلك الجرائم لا تبلغ فى الجسامة درجة الجرائم المشار إليها فى الفقرات الثلاث الأولى من تلك المادة<sup>(١)</sup>.

وقد يقع الإيذاء على الشخص نفسه، أو شخص آخر عزيز عليه - الغير - ؛ لذا استقر القضاء الفرنسى على أن: "التهديد بإيذاء الطفل بدنياً عقب خروجه من المدرسة يُعد أحد مظاهر التهديد التى يقع بها الابتزاز على الوالد إن لم يتم تنفيذ المطلوب<sup>(٢)</sup>.

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٦٤٢ لسنة ٤٨ ق، جلسة ١٩ مارس ١٩٣١م، القاعدة رقم ٢١١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢، الجزء ١، ص ٢٦٩.

(2) Cour d'appel de Paris, 9<sup>e</sup> chambre, 24/02/1986, Cour d'appel de Paris, 9<sup>e</sup> chambre 04/05/1987, Cour d'appel de Paris, 12<sup>e</sup> chambre, 06/06/1988.

والمواقع أن التهديد بالعنف كمضمون للإيذاء المادي في الابتزاز الإلكتروني، يشمل التهديد باستعمال سلاح؛ لكونه أقرب للإكراه المعنوي منه للإكراه المادي، على الرغم من أن محكمة النقض المصرية ساوت<sup>(١)</sup> بين الإكراه المادي والتهديد باستعمال سلاح، غير أن البعض يرفض<sup>(٢)</sup> تلك المساواة مستندًا إلى:

- ١- المشرع المصري ذكر في المادتين ٣١٣، ٣١٥ من قانون العقوبات التهديد باستعمال السلاح وكذلك ذكر التهديد ولو كانا متساويين لما ذكرهما معًا.
  - ٢- قول محكمة النقض المصرية أن التهديد باستعمال السلاح هو نوع من الإكراه، فذلك أمر أيضًا يصدق على الإكراه المعنوي الذي قد يكون في أثره أشد من التهديد بالسلاح.
  - ٣- حظر القياس وخصوصًا في الأسباب المشددة احترامًا لمبدأ الشرعية، وبالتالي فالمساواة بين الإكراه المادي والتهديد باستعمال السلاح أمر يفقر إلى النص القانوني.
- والتهديد بالإيذاء المادي يشمل التهديد بإتلاف نظم المعلومات، مثل التهديد بإتلاف نظام الحسابات لشركة.

## المطلب الثاني

### التهديد بالإيذاء المعنوي

الإيذاء المعنوي هو ذلك الإيذاء الذي يكون محله الشرف والسمعة، كتوجيه اتهام لشخص، أو التشهير به، أو إفشاء سر خاص به، وقد ساعد تطور الوسائل التكنولوجية الحديثة، وما رافقها من جمع وتخزين للبيانات الشخصية على الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، من خلال التعامل غير المشروع مع هذه البيانات واستغلالها بدون وجه حق، وهو ما يشكل تهديدًا حقيقيًا للحق في الحياة الخاصة، سواء من خلال التنصت، والتجسس للوصول إلى هذه المعلومات، أو إفشائها بعد الوصول إليها بطريقة مشروعة. وفيما يلي بيان ذلك:

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٣٥٢٦ لسنة ٦٥ق، جلسة ١٩ ديسمبر ٢٠٠٤م، القاعدة رقم ٩٢٥، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٥٥، الجزء ١، ص ٨٥١.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم الخاص"، الكتاب الثاني، الطبعة السادسة، مرجع سابق، ص ٥٨٦، ٥٨٧.

## الفرع الأول

### صور الإيذاء المعنوي

تتعدد صور الإيذاء المعنوي، وقد ذكر بعضها القضاء الأمريكي وهي: ١- اتهام أي شخص بارتكاب جريمة أو سلوك؛ ٢- تعريض أو تهديد أو كشف أي حقيقة أو تقرير أو معلومات تتعلق بأي شخص من شأنه أن يعرض هذا الشخص بأي شكل من الأشكال لسخرية المجتمع أو ازدرائه<sup>(١)</sup>. وبالتالي تتمثل صور الإيذاء المعنوي في إفشاء أسرار الشخص أيا كان طبيعياً، أو معنوياً، وتوجيه اتهام له، وكذلك التهديد باتخاذ إجراءات قانونية في مواجهته. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً- إفشاء أمور أو نسبة أمور مخلة بالشرف:

يقع التهديد بالإفشاء، أو التشهير من خلال كل فعل يشكل إهانة للشخص ولو لم يرق إلى مستوى السب أو القذف، حيث تنصرف الإهانة إلى ما يمس شرف الشخص أو كرامته أو إحساسه قذفاً أو سباً أو غيرهما، كما يشمل كل قول أو فعل بحكم العرف بأن فيه ازدراءً وخطأً من الكرامة في أعين الناس، وإن لم ينطو على قذف أو سب، ويمكن أن تقع الإهانة في طيات عبارات مهذبة، متى كانت العبارات تتضمن في الظروف التي أُلقيت فيها معنى الإهانة<sup>(٢)</sup>.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها إنه: "لا يشترط لتوافر جريمة الإهانة أن تكون الأفعال والعبارات المستعملة مشتمة على قذف أو سب أو إسناد أمر معين، بل يكفي أن تحمل معنى الإساءة أو المساس أو الحض من الكرامة"<sup>(٣)</sup>.

وتعرف المادة ٢٩ من القانون الصادر في ٢٩ يولييه ١٨٨١م المتعلق بحرية الصحافة الفرنسي التشهير بأنه: "أي ادعاء أو اعتراف بحقيقة تفوض شرف واعتبار الشخص في المجتمع إلى الآخرين"<sup>(١)</sup>.

(1) Court of criminal appeals of oklahoma, albert gustava gerhart, appellant, v. state of oklahoma, appellee, case number: f-2014-726, October 7, 2015, ok cr 12; 360 p.3d 1194; 2015 okla. crim. app. lexis 13; 43 media l. rep. 3078

(٢) د. جميل عبد الباقي الصغير، قانون العقوبات "القسم الخاص"، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص ٣٧٣.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ١٨٩١ لسنة ٣٧ ق، جلسة ٢٥ ديسمبر ١٩٦٧م، القاعدة رقم ٢٧٥، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٨، الجزء ٣، ص ١٢٩١.

وهذه الأفعال تشكل إخلالاً بالحق في الشرف والاعتبار، ويقوم ذلك الحق على شقين أو جانبين: موضوعي وشخصي، ويعني الجانب الموضوعي المكانة التي يحتلها الشخص في المجتمع وحقه في أن يعامل وفقاً لهذه المكانة، وبالتالي قد تتوافر للشخص هذه المكانة ويكون تقدير الشخص ذاته لها مختلفاً، فقد يرى الشخص أن مكانته مرتفعة وأن أي تصرف أو قول يشكل مساساً بسمعته وشرفه واعتباره وهذا ليس حقيقياً وقد يكون العكس.

أما الجانب الشخصي فيقوم على شعور الإنسان بكرامته وحقه في أن يعامل وفق هذا الشعور طالما أن تصرفه يتسق مع ما تفرضه قواعد الأخلاق<sup>(١)</sup>.

ولما كان الابتزاز الإلكتروني يتم غالباً من شخص له علاقة بالمجني عليه؛ لذا فمن الأفضل الاعتماد على معيار، أو جانب شخصي يراعى فيه ظروف كل من الجاني والمجني عليه، كما أن الجاني يكون ملماً بالجانب النفسي للمجني عليه، والتقدير الموضوعي للعبارات المستخدمة، وما يترتب عليها من إيذاء مشاعر للمجني عليه حال نشرها، وانتقاص لمكانته الاجتماعية<sup>(٢)</sup>.

وقد سعى المشرع المصري إلى حماية خصوصية الفرد في قانون العقوبات من خلال عدم إفشاء أسرارهم، فعاقب في المواد ٣٠٩ مكرراً، و٣٠٩ مكرراً(أ)، على كل فعل يمس بها، وتطرقت الفقرات الثانية، والثالثة، والرابعة من المادة ٣٠٩ مكرراً(أ) إلى الابتزاز مباشرة بنصها على: "ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

وقد استخدم المشرع المصري عبارة إفشاء أمور مخدشة بالشرف أو نسبتها للمجني عليه وذلك في المادة ٣٢٧ عقوبات، وتتصرف عبارة إفشاء أمور إلى الأمور الصحيحة المخدشة بالشرف، أما عبارة نسبة الأمور فتتصرف إلى اختلاقتها ونسبتها كذباً إلى المجني عليه.

(1) C.A. Paris, 24 mars 1953.

(٢) د. مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص ١١.  
(٣) د. خالد موسى توني، المواجهة الجنائية لظاهرة التسلط الإلكتروني في التشريعات الجنائية المقارنة، مرجع سابق، ص ١٢٢.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على ذلك بقولها إن: "المقصود بالتهديد بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف والمنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 327 من قانون العقوبات، هو إفشاء أمور أو نسبة أمور لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه، وهى الأمور التى أشير إليها فى جريمة القذف المنصوص عليها فى المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات، والتهديد فى هذا المعنى يشمل التبليغ عن جريمة سواء أكانت صحيحة وقعت بالفعل، أم كانت مختلقة<sup>(١)</sup>.

وبالتالى، إذا وقع الإفشاء على أمور غير ماسة بالشرف والاعتبار، فلا يقع الابتزاز الالكترونى مهما كان الأمر مهما بالنسبة للشخص كمن يفشى أمراً مهماً لشخص مثل: ترشيحه لمنصب مهم ولا يرغب فى معرفة أحد ذلك، والواقع أن ذلك الأمر محل نظر فالعبارة بمدى تأثير الجانى على إرادة الشخص من خلال تهديده بالحقاق أذى، حتى ولو لم يكن مضمونه محل بالشرف والاعتبار، حيث يتعين العقاب على إفشاء أو نسبة أمور لا يرغب المجنى عليه فى اطلاع أحد عليها سواء أكانت متعلقة به، أم بشخص عزيز لديه، وسواء أكانت هذه الأمور مشروعة، أم غير مشروعة كما فى المادة ٣٠٩ مكرراً من قانون العقوبات المصرى، غير أن المشرع يتطلب للعقاب على ذلك ضرورة التحصل عليها بطريقة غير مشروعة.

والواقع أن معيار الفعل الشائن معيار نسبى، فالشائن لشخص قد لا يكون ذلك لغيره؛ لذا يرى البعض أن قوانين التشهير غير دستورية لكونها غامضة؛ لأن الناس لديهم آراء مختلفة بشأن ما إذا كان البيان سيعرض الشخص للسخرية العامة، فالقانون الذى يحظر القيام بعمل بلغة غامضة، بحيث يفرض على الأشخاص قدرًا معينًا من الذكاء لتخمين معناه ومن ثم الاختلاف فى تطبيقه ينتهك التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة لغموضه<sup>(٢)</sup>. وتستخدم محاكم الاستئناف فى كانساس اختباراً من جزأين لتحديد ما إذا كان التشريع غير واضح من الناحية الدستورية هما: ١- إذا كان القانون ينقل تحذيراً

(١) نقض جنائى، طعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٦ ق، جلسة ٢١ مايو ١٩٥٦م، القاعدة رقم ٢١٣، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٧، الجزء ٢، ص ٧٥٨

(2) *Dissmeyer V. State*, 292 Kan. 37, 39, 249 P. 3d 444 (2011).

محددًا بما فيه الكفاية للسلوك المحظور عند قياسه بالفهم والممارسة المشتركة بين الأفراد، ٢- إذا كان النظام يحمي بشكل كافٍ من الإنفاذ التعسفي والتمييزي<sup>(١)</sup>.

كما يجب أن يكون من خلال نسبة أمور ووقائع محددة وليست مبهمة، ولا يهم ما إذا كانت صحيحة، أم خاطئة<sup>(٢)</sup>؛ لذا أكدت محكمة النقض المصرية أنه: "ليس للمتهم أن يتذرع بأن نشره عبارات التهديد لا يعاقب عليه إذا هو مكن من إثبات وقائعها. ذلك لأن التهديد بإفشاء الأمور الخادشة للشرف بطريقة نشرها إنما هو جريمة مستقلة بذاتها تتم بمجرد صدور التهديد سواء أحصل الإفشاء بالنشر فعلاً أم لم يحصل<sup>(٣)</sup>.

ولا يهم هنا النطاق الذي يتم فيه التهديد بالإفشاء، حيث يستوى أن يتم الإفشاء إلى نطاق ضيق مثل: الأسرة، أو نطاق واسع مثل: الصحافة والرأي العام<sup>(٤)</sup>، كما لا يهم أن تتعلق بالمجنى عليه شخصياً، أو المقربين إليه من أفراد أسرته<sup>(٥)</sup>

وتعد العلاقات العاطفية من الأمور الشائنة سواء أكانت شرعية مثل: إفشاء صور لزوج مع زوجته في وضع لا يرغب في اطلاع أحد عليه، أم كانت غير شرعية مثل: إفشاء علاقة رجل بغير زوجته، أو علاقة مثلية رجل برجل، أو امرأة بامرأة، وفي ١٣ يناير ٢٠١٦م عرض على الدائرة الجنائية في المحكمة العليا بالولايات المتحدة البت في واقعة، أن رجلاً هدد آخر شريك له من خلال رسائل مجهولة المصدر بالكشف عن "طبيعة العلاقة المثلية بينهما" لزوجته إذا لم يوافق على مواصلة علاقته معه، وبمجرد التعرف على مصدرها ومعرفة المبتز، قدم الضحية شكوى إلى قضاة التحقيق، وأكد القضاة إدانة المتهم بالابتزاز، وحكم عليه بالسجن لمدة عام مع وقف التنفيذ<sup>(٦)</sup>.

(1) Court of appeals of kansas, state of kansas, appellee, v. bryan e. gile, appellant, march 28, 2014, no. 108,279, 321 p.3d 36; 2014 kan. app. unpub. lexis 209

(٢) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٠١، ٣٠٢.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٢ ق، جلسة ٢٢ فبراير ١٩٣٢م، القاعدة رقم ٣٣١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢، الجزء ١، ص ٤٦٦.

(4) C.A. Aix-en-Provence, 7 juin 1993؛ C.A. Paris 11° chambre, 8 mars 1989.

(5) Cass. crim., 15 avril 1896.

(6) Maître A. B., Extension du délit pénal de chantage aux révélations d'adultère homosexuel, Article juridique publié le 16/02/2016, vu 1594 fois.



ولا يقع التهديد بالإفشاء إذا كانت هذه الوقائع قد تم نشرها وإذاعتها من قبل، فالتهديد يقع قبل النشر<sup>(١)</sup>؛ مثل من يهدد شخص بإفشاء مضمون الشكاوى المقدمة ضده، ويطلب تحويل أموال لإزالتها وعدم نشر مضمونها، على الرغم من أن هذه الوقائع يعلمها الجميع، ومع ذلك تقع الجريمة عندما يتم كشف حقائق، سبق نشرها على نطاق ضيق، أو كان قد تم نسيانها<sup>(٢)</sup>، أو تأكيد أقوال مشكوك فيها<sup>(٣)</sup>، وأن يكون من شأنها التأثير على الشخص<sup>(٤)</sup>، كما يقع التشهير باستتساخ أو تكرار أو إعادة إنتاج كلمات أو كتابات منسوبة إلى أطراف ثالثة، ما دام من المرجح أن تقوض سمعة الضحية، أو نفوذها، أو وضعها الاجتماعي، أو سمعتها.

وقد قضت محكمة النقض المصرية أنه: "إذا أثبت الحكم في حق المتهمين أن كلا منهما تسلم من يد المجنى عليها مبلغ خمسة جنيهات عالمًا أن لاحق له فيها وقد ضبط رجال البوليس المبلغ على إثر استلامهما إياه وأنهما قد توصلا إلى ذلك بتهديد المجنى عليها بالإساءة إليها والنيل من سمعتها، وسمعة شقيقتها وسمعة المحل الذي تزاول عملها فيه، وكانت هذه الوسيلة كافية للتأثير عليها على النحو الذي استخلصته المحكمة، وكان مفاد ما أثبته الحكم من حضورهما معًا إلى محل المجنى عليها في أول الأمر ثم إلى محل "الأميركيين" الذين اتفقا مع المجنى عليها على اللقاء فيه لقبض المال هو انصراف نيتهما إلى أخذ هذا المال، فإن الحكم يكون قد بين واقعة الدعوى بما تتوافر به العناصر القانونية لجريمة الشروع في الحصول على المال بالتهديد التي دان المتهمين بها<sup>(٥)</sup>.

وقد يكون المجنى عليه شخص معنوي؛ وهنا يتضح أن ما يتعلق بالشرف والاعتبار مختلف عن الشخص العادي؛ لذا ترى محكمة النقض المصرية أنه: "يُعتبر تهديدًا بإفشاء أمور خادشة لشرف مصرف توجيه عبارات إلى بعض موظفي هذا

(1) Crim 2 avril 1897 DP 1898.1.150.

(2) Cass. crim. 8 février 1994.

(3) Cass. crim. 25 janvier 1968.

(4) Cass. crim. 22 avril 1975.

(٥) نقض جنائي، طعن رقم ١٦٢٢ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١٦ فبراير ١٩٥٩م، القاعدة رقم ٤١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٠، الجزء ١، ص ١٨٢.

المصرف فيها إشارة إلى حصول خسائر في أعماله وإلى فضائح ارتكبتها إدارته وإشارة إلى أن مديرين للمصارف في البلاد الأجنبية قد أودعوا السجن، وتلميح إلى أن مديري هذا المصرف ليسوا خيراً من أولئك المديرين، إذ أن في هذه العبارات أشد ما يمس سمعة البنك ويهز ثقة الجمهور في كفايته؛ لأن المصارف المالية بطبيعتها حساسة وقد تضار بأقل تعريض بسمعتها مهما كان شأن المهاجم ضئيلاً وحجيته واهية<sup>(1)</sup>.

كما ذكرت في ذات الحكم أنه: "يكفي في بيان ماهية الأمور المُهدد بها أن يكون الحكم قد أشار إلى العبارات التي هدد بها المتهم مصرفاً من المصارف واقتبس فحواها من الورقة المكتوبة بخطه والتي هدد شفهيًا بعض موظفي المصرف بنشرها إن لم يعطه المصرف ما يطلب، وما دامت هذه الورقة مودعة ملف الدعوى، فقد أصبحت بهذا الإيداع جزءاً من الحكم يمكن الرجوع إليه عند تحرى التفاصيل.

وذهبت بعض أنواع المحاكم أن مجرد التهديدات الاقتصادية المتمثلة في نشر شائعات كاذبة عن شركة الضحية إلى عملائها بأن الشركة كانت قيد التحقيق الجنائي أو مُعسرة إذا رفضت الضحية مطالب جنسية، وقد يخشى الضحية فقدان بعض هؤلاء العملاء والامتثال مع الطلب، ولكن أعمال الجاني لا ترقى إلى استخدام القوة أو التهديد باستخدام القوة وفي تلك الحالة يكون مرتكب الجريمة قد انتهك قانون الابتزاز، ولكنه لم ينتهك قانون اغتصاب الأموال؛ لأن الأفعال التي لا تنطوي على تطبيق القوة فوراً أو في المستقبل لا يمكن أن تؤدي إلى الخوف اللازم لوقوع جريمة اغتصاب الأموال<sup>(2)</sup>.

والمواقع أن التكلفة الاجتماعية لهذا النوع من الإيذاء تمتد لتشمل كل جوانب الحياة، حيث يؤثر هذا النوع على عمل الفرد، وأسرته من خلال إحباطاته، فأسوء الحظ، لا يمكن

(1) نقض جنائي، طعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٢ ق، جلسة ٢٢ فبراير ١٩٣٢م، القاعدة رقم ٣٣١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢، الجزء ١، ص ٤٦٦.

(2) Court of Appeals of Kansas 46 kan. app. 2d 601; 265 p.3d 1175; 2011 kan. app. lexis 147, state of kansas, appellee, v. george james brooks, iii, appellant. no. 102, 452.

للمرء منع الصراع الناتج عن غزو حياته من آخر، الذى يكون غالباً من الأصدقاء والزملاء، أو أفراد الأسرة الذين يتم الحفاظ على علاقات وثيقة بهم، ولهم مكانة لدينا.

- الفرق بين حق النقد والتشهير:

حرية الرأي مكفولة، حيث أكد الدستور المصري على ذلك<sup>(١)</sup>، غير أنه يتعين التفرقة بين أمرين هما: حق النقد، والتشهير والواقع أن الفرق بينهما يكمن فى حسن النية، وعرفت محكمة النقض حسن النية بأنه: "اعتقاد بصحة وقائع القذف ولخدمة مصلحة عامة لا عن قصد التشهير والتجريح شفاء لضغائن أو دوافع شخصية."<sup>(٢)</sup>

كما أكدت على أنه: "من المقرر أن النقد المباح هو إيداء الرأي فى أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته، فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجب العقاب عليه، وكانت العبارات التى تضمنتها المقالات والأخبار التى نشرتها الجريدة التى يرأس الطاعن تحريرها شائنة ومن شأنها لو صحت استيجاب عقاب المدعى عقاب بالحقوق المدنية واحتقاره عند أهل وطنه، فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم بقالة أن ما نشر إنما هو من قبيل النقد المباح يكون فى غير محله"<sup>(٣)</sup>.

وقد استقر القضاء على أنه فى جرائم النشر يتعين لبحث وجود جريمة فيها، أو عدم وجودها تقدير مرامي العبارات التى يحاكم عليها الناشر وتبين مناحيها، فإذا تبين أن ما اشتمل عليه المقال من نقد يراد به المصلحة العامة - وهو إيداء الرأي فى أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته - وهو ما لم يخطئ الحكم المطعون فيه فى تقديره، فلا جريمة. لما كان ذلك، وكان المرجع فى ذلك كله إلى ما يطمئن إليه قاضى الموضوع من حصيلة تفهمه لواقعة الدعوى، فإن المنازعة، فى ذلك تنحل إلى جدل موضوعي لا يجوز إثارتها أمام محكمة النقض، بما

(١) تنص المادة ٦٥ من الدستور المصرى على أن: "حرية الفكر والرأى مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو بالكتابة، أو بالتصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر."

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ٤٥٢٧ لسنة ٥١ ق، جلسة ٨ أبريل ١٩٨٢م، القاعدة رقم ٩٥، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٣٣، الجزء ١، ص ٤٦٨.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ٧٥٨٩ لسنة ٥٩ ق، جلسة ٢٦ فبراير ١٩٩٢م، القاعدة رقم ٣٢، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤٢، الجزء ١، ص ٢٦٢.

المنازعة، في ذلك تتحل إلى جدل موضوعي لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض، بما يتعين الالتفات عنه<sup>(١)</sup>، ولا يشفع في تجاوز حدود النقد المباح أن تكون العبارات المهينة التي استعملها المتهم هي مما جرى العرف على المساجلة بها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً- اتخاذ إجراءات قانونية في مواجهة الشخص:

التهديد في الابتزاز الإلكتروني لا يشترط أن يكون بفعل يعد جريمة، سواء أكانت ضد النفس، أم المال، أم الشرف والاعتبار، أو إفشاء لسر، بل إن مفهومه أوسع منه عن التهديد كجريمة مستقلة، حيث يمكن أن يقع التهديد بفعل مشروع، كمن يهدد آخر باللجوء للقضاء للحصول على حق معين، أو تأخير ترقية مستحقة، أو منع ميزة وظيفية عنه، أو وضعه في قائمة سوداء داخل المؤسسة، أو إساءة لمركزه الاقتصادي، أو وضعه السياسي، فالتهديد في الابتزاز يكون بشر حتى، ولو لم يشكل جريمة.

يضاف لكل ما سبق، التهديد بتوجيه الاتهامات للأشخاص إن لم يحققوا للجاني ما يطلبه، سواء عن جرائم حقيقية ارتكبوها، أم لم يرتكبوها، حيث يشكل ذلك تهديداً بإيقاع إيذاء معنوي؛ لأن الغرض من التهديد ليس تحقيق العدالة، والرغبة في اكتشاف الجرائم، وإنما ابتزاز مرتكبيها، وكذلك التهديد بالامتناع عن أداء الشهادة، أو أدائها على نحو معين، سواء لصالح المجنى عليه، أو لا طالما أن الغرض من ذلك هو الحصول على منفعة من الشخص ذاته، وليس تحقيق العدالة؛ لذا يشكل التهديد بالتبليغ عن التهرب من الضرائب إلى السلطات الضريبية ما لم يقم المتهم بفعل معين ابتزاز<sup>(٣)</sup>.

كذلك ما تقوم به بعض العصابات من تهديد مالك ملهى ليلي بإخطار الشرطة عن استغلال القاصرين في الخدمة بشكل غير قانوني ما لم يصوت لمرشح سياسي معين، أو يدفع للعصابات مبلغاً مالياً بصورة منتظمة، وذكرت محكمة النقض المصرية أنه: "يقع

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٤٩٣٣ لسنة ٦٢ ق، جلسة ١٥ مايو ٢٠٠٠م، القاعدة رقم ٨٩، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٥١، الجزء ١، ص ٤٧٧.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ١١١٦ لسنة ٣ ق، جلسة ٢٧ فبراير ١٩٣٣م، القاعدة رقم ٩٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٣، الجزء ١، ص ١٤٠.

(3) Cass.crim. 8 novembre 2011, n° 10-82. 021.

التهديد حتى لو كان بواقعة حدثت حقيقة، حيث يشمل التهديد التبليغ عن جريمة، سواء أكانت صحيحة وقعت بالفعل أم كانت مختلقة<sup>(١)</sup>. مثل قيام صديق امرأة بتهديدها بالتبليغ عن ارتكابها لجريمة سرقة إن لم تقم معه علاقة عاطفية.

وخلال عام ٢٠٠٩م، قال الممثل جون ترافولتا أن مُسعف في جزر الباهاما حاول ابتزازه وزوجته من خلال تهديده أن زوجته كانت مسؤولة جزئياً عن وفاة ابنهما جيت، ووفقاً لصحيفة وول ستريت جورنال، فإن شركات الأمن الخاصة تشهد ارتفاعاً في حالات الابتزاز التي تشمل ضحايا أثرياء، حتى ولو لم يكونوا مشهورين<sup>(٢)</sup>.

وأكدت ذلك محكمة النقض المصرية بقولها إنه: "إذا كان الواضح مما أورده الحكم أن المتهمين حصلوا على جميع ما كانت تتحلى به المجنى عليها من المصوغات عوضاً عن تلك التي قالوا بسرقتها من متجر أحدهم مقابل عدم التبليغ عن السرقة، وذلك بدافع الطمع والشهرة في الحصول على مال لا حق لهم فيه قانوناً وأنهم أساءوا استعمال الوسيلة في التبليغ عن الحادث للحصول على ذلك المال فإن هذا الذي أورده الحكم يتحقق به القصد الجنائي<sup>(٣)</sup>."

كما أكدت أيضاً على ذلك محكمة النقض بقولها إنه: "إذا كان الظاهر من ظروف الدعوى أن المتهمين عندما قبضوا على المجنى عليهما بدعوى أنهما ارتكبا جرائم تموينية لم يكن قصدهم من ذلك إلا ابتزاز المال منهما، فإنه لا يفيد هؤلاء المتهمين قولهم إن ارتكاب المجنى عليهما الجرائم التموينية يبيح لهم القبض عليهما... ذلك لأنه بفرض وقوع تلك الجرائم منهما فإن القبض المباح قانوناً هو الذي يكون الغرض منه إبلاغ الأمر لرجال البوليس وتسليم من ارتكب الجريمة لأحد رجال الضبطية القضائية<sup>(٤)</sup>."

وذهبت ذات المحكمة إلى أنه: "من المقرر أن الشارع جعل من مضي ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالجريمة ومرتكبها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على التنازل لما قدره من

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٦ ق، جلسة ٢١ مايو ١٩٥٦م، القاعدة رقم ٢١٣، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٧، الجزء ٢، ص ٧٥٨.

(2) The Wall Street Journal, 10 mars 2009, <https://www.wsj.com>

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٢٥ ق، جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٥٥م، القاعدة رقم ٣٩٢، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٦، الجزء ٢، ص ١٣٢٧.

(٤) نقض جنائي، طعن رقم ٤٨٤ لسنة ٢١ ق، جلسة ١٥ أكتوبر ١٩٥١م، القاعدة رقم ٢١، مجموعة أحكام النقض، المجلد ٣، الجزء ١، ص ٤٥.

أن سكوت المجنى عليه عن هذه المدة يعد بمثابة نزول عن الشكوى لأسباب ارتأها، حتى لا يتخذ من حق الشكوى إذا استمر أو تأبد سلاحاً للتهديد أو الإبتزاز أو النكاية(١).

والعلة من ذلك أن ممارسة الحقوق مقيدة بحسن نية من يمارسها، فإذا كان الغرض من الإجراء القانوني هو كشف سر للعدالة، أو تأكيداً لحق الفرد في شيء؛ فإنه أمر مشروع، ولكن أحياناً يشكل التهديد باتخاذ الإجراءات القانونية ابتزازاً، خصوصاً عندما يصدر من قبل فردٍ عادي ليس مجنياً عليه؛ لأن التهديد باتخاذ الإجراءات القانونية من قبل المجنى عليه ليس ابتزازاً إن كان له حق فيها، وقد ذكرت محكمة النقض المصرية أن: "التهديد بالتبليغ عن جرائم تتضمن نسبة أمور خادشة للشرف في سبيل الحصول على حق لا تحميه المادة ٦٠ من قانون العقوبات"(٢).

هذا بالنسبة للجرائم، لأنها ملك للمجتمع، وتتعلق أحكامها بالنظام العام، ولكن هل ينطبق نفس الأمر على المعاملات المدنية؟

الواقع أن الحصول على مبلغ من المال مستحق للفرد من خلال التهديد باتخاذ الإجراءات القانونية أمر مشروع، وذلك لعدم اللجوء للمحاكم مثلاً، فالتهديد بالتدخل القضائي يشكل رادعاً شرعياً؛ لأن القضاء لا يحتكر حل النزاعات، فالحصول على مقابل مادي يتم بالاتفاق ليس مجرمًا، فالغرض الحقيقي من التهديد هو الحصول على الحق .

ولكن ذلك شريطة أن يكون المُهدد الذي يسعى لتنفيذ القانون هو صاحب الحق، وعن حق يملكه قانوناً، وأن يكون الحق ثابت للشخص، وليس مجرد ادعاء منه فقط، ويترتب على ذلك أن التهديد باتخاذ الإجراءات القانونية للمطالبة بحق لا يشكل ابتزازاً، وقد أكد القضاء الفرنسي أن التهديد باللجوء إلى الوسائل القانونية للحصول على دفع الديون ليس ابتزازاً، أما عندما يتم التهديد باتخاذ إجراءات قانونية للمطالبة بحق لا وجود له، أو لم يعد موجوداً، أو لا يتناسب مع ما هو مطلوب، أو لا يتناسب مع الضرر الذي

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٢١٢١٩ لسنة ٥٩ ق، جلسة ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤م، القاعدة رقم ١٦٢، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤٥، الجزء ١، ص ١٠٣٥.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ١٦١٦ لسنة ٢٠ ق، جلسة ٢١ مارس ١٩٥١م، القاعدة رقم ٣٠٨، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢، الجزء ٢، ص ٨١٤.

أحدثه، فإنه يشكل ابتزازاً<sup>(١)</sup>، كما أنه يشترط حلول أجل الدين المستحق، وهنا لا يُعد التهديد باللجوء بالقضاء ابتزاز.

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها إنه: "إذا كانت الجريمة تقوم على ركنين وانهدم أحدهما فلا يلتفت لوجه الطعن المنصب على ركنها الآخر، فإذا اتهم شخص بأنه هدد آخر للحصول على مال، وثبت أن المال الذي حصل عليه هو من حقه فقد انتفت جريمة التهديد، ولم يبق محل للبحث في صحة ما أثبتته الحكم من أن المتهم استعمل طرقاً غير مشروعة للغرض الذي رمى إليه<sup>(٢)</sup>."

وقالت محكمة النقض أيضاً إن: "أركان جريمة الحصول بالتهديد على مبلغ من النقود هي: ١- الحصول على مبلغ من النقود أو أي شيء آخر، ٢- أن يكون هذا الحصول بغير حق، ٣- أن يكون التهديد هو الوسيلة إليه، وهذه الجريمة هي من جرائم القصد، ويكفي لتوفر ركن القصد الجنائي فيها أن يكون الجاني عند ارتكاب الفعل عالماً أنه مقبل على اغتصاب مال أو متاع لا حق له فيه<sup>(٣)</sup>."

والقاعدة أنه لا عبرة بالباعث فيما يتعلق بالبنيان القانوني لجريمة الابتزاز، وهذا ما أقرته محكمة النقض بقولها: "لا يجوز لدائن مثلاً أن يطلب إلى مدينه كتابة أو بواسطة شخص آخر استيفاء دينه وإلا استولى على مال مدينه بالإكراه، فلا بد أن يكون قصد المتهم الإثراء على حساب الغير<sup>(٤)</sup>."

وإذا كان الشخص ضحية فعل مدمر لشركة ما، فله الحق في تهديدها رسمياً باتخاذ إجراء قانوني، ولا يُعد ذلك ابتزازاً شريطة احترام حقوق الشركة، وأن يكون الأمر متعلق بحقائق موضوعية حول سلوك الشركة، وتجنب لغة مضللة أو مهينة أو حتى عدوانية تجاهها، وبث ضباب كثيف حول ممارستها، للبحث عن ضحايا آخرين، ولاسيما للتيسيق لرفع دعوى،

(١) Cass. crim. 13 mars 1990.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٨ ق، جلسة ١٤ مارس ١٩٣٨م، القاعدة رقم ١٧٣، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤، الجزء ١، ص ١٥٩.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ٢٤ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٣ يناير ١٩٢٩م، القاعدة رقم ٨٧، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١، الجزء ١، ص ٩٧.

(٤) نقض جنائي، جلسة ٣١ أكتوبر ١٩٢٩م، القاعدة رقم ٦٤، مجلة المحاماة، السنة العاشرة، العدد الثاني، ص ١٤٣.

أو الحصول على مساعدة أطراف ثالثة؛ فإن ذلك يُعد هدفًا مشروعًا، ومن ثم لا يقع به الابتزاز، أما إذا كان التهديد بنشر أخبار حول الشركة لفضحها، فإن الفعل يشكل ابتزازًا، ويتوقف الأمر هنا على القصد الجنائي لدى الفاعل، وبذلك، فإن جريمة الابتزاز تفترض مسبقًا توافر عنصر أخلاقي، وهو نية مذنبية، وقد يكون تعريف النية المذنبية مفتوحًا للنقاش، مما يجعل لدى القضاة هامشًا من تقدير الأفعال التي تُعد ابتزازًا، وسوف يتم تناول القصد الجنائي في جريمة الابتزاز في المبحث القادم.

## الفرع الثاني

### علاقة الإيذاء المعنوي بالحق في الخصوصية

يتحقق التهديد بإيقاع إيذاء معنوي من خلال الحصول على المعلومات المتعلقة بالأفراد، والمؤسسات والحكومات، سواء بطريقة مشروعة من خلال رضا صاحب المعلومة بإتاحتها، وهنا يتمثل انتهاك الخصوصية في إفشاء معلومات لا يرغب صاحبها في اطلاع آخر عليها، أو أن يتم الحصول على هذه المعلومات التي لا يرغب الشخص في اطلاع أحد عليها بوسيلة غير مشروعة من خلال التنصت، والتلصص، والتقاط الصور الشخصية<sup>(١)</sup>، أي من خلال فعل يعد جريمة<sup>(٢)</sup>. وبالتالي، فالتهديد بإفشاء

(١) حرص الدستور على حماية الخصوصية، حيث تنص المادة ٥٧ من الدستور المصري على أن: "للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. والمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الإطلاع عليها، أو مراقبتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون. كما تلتزم الدولة بحماية حق المواطنين في استخدام وسائل الاتصال العامة بكافة أشكالها، ولا يجوز تعطيلها أو وقفها أو حرمان المواطنين منها، بشكل تعسفي، وينظم القانون ذلك". كما تنص المادة ٥٨ من الدستور ذاته على أن: "للمنازل حرمة، وفيما عدا حالات الخطر، أو الاستغاثة لا يجوز دخولها، ولا تفتيشها، ولا مراقبتها أو التنصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب، يحدد المكان، والتوقيت، والغرض منه، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية التي ينص عليها، ويجب تنبيه من في المنازل عند دخولها أو تفتيشها، وإطلاعهم على الأمر الصادر في هذا الشأن". وتنص المادة ١٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٤٨م على أن: "حماية الفرد من التدخل التعسفي في حياته الخاصة أو مراسلاته ولكل شخص الحق في الحماية القانونية ضد هذا التدخل أو تلك الاعتداءات".

ولواضح أن مفهوم المراسلات يشمل جميع أنواع المراسلات سواء البريدية العادية، أو الإلكترونية. كما تنص المادة ١٧ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦م على أنه: "عدم جواز التدخل بشكل تعسفي وغير قانوني في حياة الأفراد الخاصة وحماية سرية المراسلات ولكل شخص الحق في الحماية القانونية ضد مثل هذا التدخل أو التعدي".

(٢) تنص المادة ٩٩ من الدستور المصري على أنه: "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة



معلومات، سواء تم الحصول بطريقة مشروعة، أم لا. يتعارض مع الحق فى الخصوصية، وفيما يلى بيان ذلك:

أولاً- الحصول على المعلومات بطريقة غير مشروعة:

تعد العلاقة وثيقة الصلة بين جريمة الابتزاز الالكترونى، وانتهاك الحق فى الخصوصية، ويظهر ذلك من خلال<sup>(١)</sup>: ١- اعتماد جريمة الابتزاز الالكترونى على التنصت، حيث أن التهديد بإفشاء أحاديث خاصة يستلزم غالبًا الحصول عليها، فالجريمة الثانية تسبق الأولى، ٢- يُعد الابتزاز الالكترونى أيضًا فى أغلب الحالات هو الغاية أو القصد الخاص للحصول على الأحاديث الخاصة، فمثل هذه الأحاديث يتم الحصول عليها استغلالاً لصاحبها، والحصول على منفعة منه.

وتعود العلة من تجريم التنصت، والتلصص، والتجسس إلى رغبة المشرع فى صون الحياة الخاصة، وجعل الإنسان ينعم بأمنه الشخصي، وعدم إثارة الرعب والفرع داخل نفسه، وإحساسه أن حياته عرضة للغزو من قبل غيره.

لذا، تتوافر جريمة الابتزاز فى حق متهم تمكن خلسة من التقاط صور للمجنى عليه وهو فى وضع مناف للأداب، ثم قابله بعد ذلك وهدده بنشر هذه الصور للتشهير به إن لم يدفع له مبلغ مائتى جنيه، ووصف الحكم سلوك المتهم بأنه كان مُستهدفًا تعطيل إرادة المجنى عليه بطريق التهديد بالتشهير به بما من شأنه ترويع المجنى عليه، وحمله على تسليم المال المطلوب منه<sup>(٢)</sup>.

وقد نصت المادة ٣٠٩ مكررا من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو بغير رضاء المجنى عليه:

عنها بالتقادم، وللضرور إقامة الدعوى الجنائية بالطريق المباشر. وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء، ولللمجلس القومى لحقوق الإنسان إبلاغ النيابة العامة عن أى انتهاك لهذه الحقوق، وله أن يتدخل فى الدعوى المدنية منضماً إلى المضرور بناء على طلبه، وذلك كله على الوجه المبين بالقانون".

(١) د. محمود أحمد طه، التنصت والتلصص على سرية الاتصالات الشخصية بين التجريم والمشروعية، دار الفكر والقانون، ٢٠١٤م، ص ٩٠.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ٢٦٢٤ لسنة ٣٢ ق، جلسة ٢٦ نوفمبر ١٩٦٢م، القاعدة رقم ١٩٠، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٣، الجزء ٣، ص ٧٨٠.

أ - استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون.

ب- النقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع، فإن رضاه هؤلاء يكون مفترضاً.

وهذه الجريمة يتم العقاب عليها أياً كان الباعث عليها سواء أكان الابتزاز إلكترونياً، أم لا، وقد أكدت محكمة النقض المصرية على ذلك بقولها إنه: "من المقرر أن القصد الذي يتطلبه الشارع في جريمة استراق السمع المنسوبة إلى المطعون ضده والمعاقب عليها بنص المادة ٣٠٩ مكرراً من قانون العقوبات هو القصد العام الذي يتحقق بمجرد ارتكاب الفعل المادي وتستوي البواعث التي دفعت المتهم إلى فعله، وأن مجرد الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة باستراق السمع يفترض فيه القصد إذا ما توافر عنصراه: العلم والإرادة<sup>(١)</sup>."

والواقع أنه إذا كان الغرض من ارتكابها هو الابتزاز فإن العقوبة يتم تشديدها وهو ما أكدته المادة ٣٠٩ مكرراً (أ) بقولها إنه: "يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضاه صاحب الشأن."

ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

ويطبق نص المادة ٣٠٩ مكرراً من قانون العقوبات المصري على الاعتداء الذي يقع على حرمة الحياة الخاصة باستخدام الانترنت؛ لأن الفقرة (أ) منها استخدمت لفظ التليفون بوصفه وسيلة لنقل أو تسجيل المحادثات التي جرت في مكان خاص، والمعلوم

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٤٣٤٨ لسنة ٦٥ ق، جلسة ١٨ يناير ٢٠٠٤م، القاعدة رقم ٨، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٥٥، الجزء ١، ص ١٢٤.

أن خطوط التليفون هي الوسيلة الرئيسية المستخدمة للاتصال بشبكة الانترنت، كما يطبق هذا النص على من يتحصل على الصور الشخصية أو المحادثات المسجلة فى أماكن خاصة والموجودة فى الملفات الشخصية للبريد الالكتروني<sup>(١)</sup>.

كما عاقب المشرع المصري فى المادة ٧٣ من قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣م على إتاحة الأمور الشخصية، وذلك بقولها إنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قام أثناء تأدية وظيفته فى مجال الاتصالات أو بسببها بأحد الأفعال الآتية:

١- إذاعة أو نشر أو تسجيل لمضمون رسالة اتصالات أو لجزء منها دون أن يكون له سند قانوني فى ذلك، ٢- .....، ٣- .....، ٤- إفشاء أية معلومات خاصة بمستخدمي شبكات الاتصال أو عما يجره أو ما يتلقونه من اتصالات، وذلك دون وجه حق.

كما عاقب مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م على إنشاء بريد الكتروني واستعماله مثلاً فى جريمة الابتزاز الالكتروني، وذلك فى المادة ٢٥ منه بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز ثلاثين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اصطنع بريداً إلكترونياً أو موقعاً أو حساباً خاصاً، ونسبه زوراً إلى شخص طبيعي أو اعتباري.

فإذا استخدم الجاني البريد أو الموقع أو الحساب الخاص المصطنع فى أمر يسئ إلى من نسب إليه، تكون العقوبة الحبس الذى لا تقل مدته عن سنة والغرامة التى لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتى ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وإذا وقعت الجريمة على أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، تكون العقوبة السجن والغرامة التى لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيه.

وتختلف العقوبة حسب أطراف الجريمة، حيث شدد مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م العقوبة على مدير الموقع الالكتروني<sup>(٢)</sup> عندما

(١) د. جميل عبدالباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٢) تعرف المادة الأولى مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م مدير الموقع بأنه: "كل شخص

يرتكب جريمة من الجرائم الواردة والتي تتضمن في بعض صورها الابتزاز الإلكتروني، وذلك في المادة ٢٨ التي تنص على أنه: "في غير الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد عن ثلاثمائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار أو استخدم موقعًا أو حسابًا خاصًا على شبكة معلوماتية يهدف إلى ارتكاب أو تسهيل ارتكاب جريمة معاقب عليها قانونًا.

وعاقب المشرع الفرنسي على كل فعل يشكل عدوانًا على الخصوصية، بقوله في المادة ٢٢٦-١ من قانون العقوبات الفرنسي إنه: "يعاقب بالسجن لمدة سنة واحدة وغرامة قدرها ٤٥ ألف يورو، كل من قام بأحد الأفعال الآتية:

١- التقط أو سجل أو نقل، دون موافقة الشخص، كلمات منطوقة أو سرية؛

٢- التقط أو سجل أو نقل، دون موافقة، صورة شخص في مكان خاص.

وإذا كانت الأفعال المشار إليها في هذا القسم قد أجريت دون علم الأشخاص

المعنيين، ودون معارضة منهم، بينما كانوا في وضع يسمح لهم بذلك، يُفترض موافقتهم.

وتنص المادة ٢٢٦-٢ من قانون العقوبات الفرنسي على أن: "يعاقب بالعقوبة

ذاتها كل من حفظ أو نقل أو أتاح للجمهور أو طرف ثالث أو قام باستخدام أي تسجيل أو

مستند يتم الحصول عليه بأي شكل من الأشكال عن طريق أي من الأعمال المنصوص

عليها في المادة ٢٢٦-١.

وإذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في الفقرة السابقة عن طريق الصحافة

المكتوبة أو السمعية البصرية، فإن الأحكام الخاصة بالقوانين التي تنظم هذه المسائل

تتطبق فيما يتعلق بتحديد الأشخاص المسؤولين".

وتنص المادة ٢٢٦-٢-١ من قانون العقوبات الفرنسي المضافة بالقانون رقم

٢٠١٦-١٣٢١ على أن: "عندما تكون الجرائم المنصوص عليها في المادتين ٢٢٦-١ و

---

مسئول عن تنظيم أو إدارة أو متابعة أو الحفاظ على موقع أو أكثر على الشبكة المعلوماتية، بما فيها حقوق الوصول لمختلف المستخدمين على ذلك الموقع، أو تصميمه، أو توليد وتنظيم صفحاته أو محتواه، أو المسئول عنه.

٢٢٦-٢ تتعلق بكلمات أو صور ذات طبيعة جنسية مأخوذة في مكان عام أو خاص، تزداد العقوبة إلى السجن لمدة سنتين وغرامة قدرها ٦٠.٠٠٠ يورو.

وتعاقب المادة ٢٢٦-٤-١ من قانون العقوبات الفرنسي على انتحال شخصية طرف ثالث أو استخدام بيانات من أي نوع من أجل إزعاج الآخرين، أو التعدي على شرفهم واعتبارهم، بالسجن لمدة سنة، وغرامة بقيمة ١٥.٠٠٠ يورو.

ويعاقب بنفس العقوبات عند ارتكابها على شبكة اتصالات عامة عبر الإنترنت. وبالنظر لهذه النصوص القانونية يتضح أن التنصت من أوضاع الأفعال التي تشكل عدواناً على الحق في الخصوصية، ومن خلاله يتم الحصول على المعلومات والأسرار الخاصة للأشخاص.

ويتم التنصت دون علم المجنى عليه، كما أنه يشمل جميع المحادثات التي تتم مع الشخص مما يشكل عدواناً جسيماً على الشخص المعنى، أو غيره، والمحادثات الخاصة لها حرمتها وخصوصيتها سواء جرت بين الشخص وغيره، أو بينه وبين نفسه، كما لو كان ينطق بها ليسجلها لنفسه فالنقطة الأخرى، وقد أكد ذلك المشرع الفرنسي في المادة ٢٢٦-١ من قانون العقوبات، حيث أنها استخدمت تعبير "الكلام الصادر" وبالتالي ينصرف مدلوله إلى الحديث الفردي، والحديث الجماعي، وذلك على عكس المشرع المصري الذي استخدم في المادة ٣٠٩ مكرراً من قانون العقوبات لفظ "محادثات" مما يكشف عن أن الحديث هنا بين شخصين أو أكثر<sup>(١)</sup>.

وقد ساعد التطور التقني والتكنولوجي في العصر الحالي على استراق السمع و التنصت على شخص معين أو أشخاص معينين، وتسجيل أحاديثهم الخاصة، أو صورهم لابتزاز أصحابها، وخاصة الفتيات، أو أهلهم<sup>(٢)</sup>.

(١) د. خالد موسى توني، النظام القانوني للمراقبة التكنولوجية السابقة على ارتكاب الجريمة للصوت والصورة، بدون دار نشر، ٢٠١٤م، ص ١٥، ١٦.

(٢) د. ممدوح خليل البحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص ٣٨٨، د. أحمد محمد حسان، نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الدولة والأفراد "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٧٢، آدم عبداليديع آدم حسين، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، المتحدة للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٤٢.

ويظهر ذلك في وقائع هذه الدعوى، حيث تزوج جيمس لوب جونيور James Lopp Jr. من المحامية جوديث لوب Judith Lopp في ٩ يناير ١٩٧١م وكان لديهم طفل واحد، هو جيمس لوب الثالث James Lopp III، كما احتفظت السيدة لوب Judith Lopp بحضانة طفلها من زواج سابق، ولكن الشك ثاور الزوج من ممارسات زوجته في ٢٠ سبتمبر ١٩٧٥م، أرفق السيد لوب مسجل لهاتف منزله، دون علم زوجته، سجل هذا الجهاز جميع المكالمات الهاتفية، وأكدت تسجيلات الشريط المكتسبة بهذه الطريقة شكوك السيد لوب بأن زوجته كانت ترى رجلاً آخر.

انفصل الزوجان في ٢٢ سبتمبر ١٩٧٥م، وواجه الزوج جيمس لوب زوجته جوديث بهذه التسجيلات، هنا أخذ السيد لوب حضانة ابنهما، جيمس لوب الثالث، وانتقل من منزل الزوجية في ٢٣ سبتمبر ١٩٧٥م، وقال جيمس لوب الأب، والد زوجها وهو محام، أنه إذا لم توافق على إعطاء زوجها حضانة مؤقتة من ابنهم جيمس، فإنه سوف يتصل هاتفياً بزوجها السابق، ويبلغه بالأشرطة ومحتوياتها، ويمكن أن تفقد حضانة جميع أطفالها الثلاثة.

واتفق الطرفان على ذلك، ووقعت جوديث على ذلك الاتفاق الذي يتضمن: يكون للزوج الرعاية والحضانة والسيطرة على الطفل القاصر للطرفين، وهو جيمس دانييل لوب الثالث، ويكون للزوجة حضانة مؤقتة لهذا الطفل في أوقات معقولة.

قدم الزوج جيمس لوب الابن عريضة من أجل فسخ الزواج، وحضانة الطفل القاصر، في هذا التاريخ نفسه، وتمت الموافقة على هذا الطلب، كما ورد أعلاه، والموقع من قبل جوديث لوب، وأمرت به المحكمة الابتدائية، وفي ٢٩ سبتمبر ١٩٧٥م، بعد أن تحدثت جوديث لوب إلى محام، قدمت عريضة، وطلبت الحضانة المؤقتة لطفل الطرفين، والدعم الكافي، والإقامة بالمنزل، وأمر يمنع السيد لوب من التدخل في حياتها ومنعها من التمتع بحياة هادئة، وذكرت في العريضة أنها أرغمت على الموافقة بأن يكون لزوجها حضانة طفلها، وفي 30 سبتمبر ١٩٧٥م، وبعد اجتماع بين الزوجة والزوج ووالده ومحاميها، وافقت المحكمة على مضمون اتفاق ٢٣ سبتمبر بين الزوجين، إلى جانب

أحكام أخرى، وكان الجزء ذي الصلة من هذا الاتفاق الذي وافقت عليه المحكمة، على النحو المطلوب والمصدق عليه في السجل، كما يلي:

يكون للزوج الرعاية والحضانة والسيطرة على الطفل القاصر للطرفين، جيمس دانيال لوب الثالث، ومع ذلك تكون للزوجة امتياز رؤية وزيارة الطفل القاصر يوم واحد في الأسبوع من التاسعة صباحًا حتى الخامسة مساءً

وينفذ هذا الاتفاق بحرية وطوعية دون إكراه، وفي حضور محامي الزوجة، ووافقت المحكمة على موافقة الطرفين، وفي ٣ أكتوبر ١٩٧٥م، قدمت جوديث لوب التماسًا لإعادة المحاكمة أمام المحكمة الابتدائية، حيث طلبت من المحكمة عقد جلسة استماع جديدة بشأن قضية احتجاز ابنها، وادعت السيدة لوب، أن اتفاقيتي الاحتجاز السابقتين اللتين وافقت عليهما المحاكم لم توافق عليهما طوعًا، وإنما كان بناءً على التهديد والإكراه؛ لأنها تعرضت للتهديد بنشر العديد من مكالماتها الهاتفية الخاصة التي تم تسجيلها من قبل زوجها دون علمها، وهددت بتأثير زوجها على نقل حضانة ابنتها إلى زوجها السابق جيمس فورمان، كما يقول أفيانت فقد تعرضت السيدة لوب للترهيب أيضًا بتأكيد زوجها ووالده على نفوذهما داخل محاكم هذه المنطقة، وأنها وافقت لأنها كانت تخشى على أطفالها الثلاثة ومستقبلهم.

وعقب هذا الالتماس، تخلى قاضي المحكمة العادية عن الاختصاص وتم تسمية قاضٍ خاص. وقدمت الأطراف التماسات وعرائض أخرى، بما في ذلك التماس قدمه السيد لوب بشأن رفض العريضة التي قدمتها زوجته، وأخذت المحكمة الابتدائية المسألة برمتها في إطار تقديم المشورة.

في ٢٥ نوفمبر ١٩٧٥م، نظرت المحكمة في عريضة السيدة لوب، وتحديدًا بشأن مسألة الغش والإكراه عليها لتخليها عن حضانة الطفل<sup>(١)</sup>.

(1) Supreme Court of Indiana, July 20, 1978, In Re The Marriage of Judith Gayle Lopp and James D. Lopp, Jr, 268 Ind. 690; 378 N.E.2d 414; 1978 Ind. LEXIS 728.

ويتضح من خلال ذلك أن الزوج حاول ابتزاز زوجته من خلال المحادثات التي قام بتسجيلها وتهديدها بتقديمها للمحكمة لحرمانها من حضانة أبنائها من زوجها الآخر مالم تنتازل له عن حضانة ابنه منها، ومن ثم تتوافر هنا جريمة الابتزاز. والواقع أن وقائع تلك القضية تكشف عن أن التكنولوجيا الحديثة ساعدت على زيادة التنصت ونقل المكالمات سرًا، والقيام به في صمت، أو القيام به من بعيد دون تطلب التواجد في ذات المكان الذي يرغب الشخص في الحصول منه على المعلومة، أو النقاط الصورة؛ لذا تنص المادة ٢٢٦-٣ من قانون العقوبات الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٢٠١٦-٧٣١ على أن: "يعاقب بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة ٣٠٠٠٠٠ يورو كل من قام بأحد الأفعال التالية:

- ١- تصنيع أو استيراد أو حيازة أو عرض أو تأجير أو بيع أجهزة أو أجهزة تقنية يحتمل أن تسمح بتنفيذ العمليات التي قد تشكل الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٦-١٥ أو التي صممت من أجل الكشف عن المحادثات عن بعد، يجعل من الممكن تنفيذ الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٢٦-١ أو لغرض التقاط بيانات الكمبيوتر المنصوص عليها في الأقسام 102-706-1 أو 706-102 من قانون الإجراءات الجنائية و 2-853. L. من قانون الأمن الداخلي ؛
- ٢- الإعلان عن جهاز من المرجح أن يسمح بالاعتداءات المنصوص عليها في المادة ٢٢٦-١ والفقرة الثانية من المادة ٢٢٦-١٥ التي يتعين تنفيذها عندما يشكل هذا الإعلان تحريضًا على ارتكاب هذه الجريمة، أو تهدف إلى الاستيلاء على بيانات الكمبيوتر المنصوص عليها في المواد 706-102-1 و 706-102 من قانون الإجراءات الجنائية و 2-853. L. من قانون الأمن الداخلي حيث يشكل هذا الإعلان حافزًا لاستخدامه بشكل احتيالي.

كما عاقب مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨ على صناعة البرامج وحيازة الأجهزة والمعدات المستخدمة في ارتكاب جرائم تقنية المعلومات، وذلك في المادة ٢٣ منه بقولها إنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وغرامة لا تقل عن



ثلاثمائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من حاز أو أحرز أو جلب أو باع أو أتاح أو صنع أو أنتج أو استورد أو صدر أو تداول بأى صورة من صور التداول، أى جهاز أو معدات أو أدوات أو برامج مصممة أو مطورة أو محورة، أو أكواد مرور أو شفرات أو رموز أو أى بيانات مماثلة، بدون تصريح من الجهاز أو مسوغ من الواقع أو القانون، وثبت أن ذلك السلوك كان بغرض استخدام أى منها فى ارتكاب أو تسهيل ارتكاب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون أو إخفاء آثارها أو أدلتها أو ثبت ذلك الاستخدام أو التسهيل أو الإخفاء.

ويشكل إثبات الوصول إلى المعلومات من خلال التنصت أو التجسس أو استعمال الوسائل التكنولوجية أو القرصنة الالكترونية أمراً فى غاية الصعوبة؛ حيث يمكن للشخص المشتبه فى ارتكابه الجريمة استدعاء أنواع مختلفة من الدفاع للتشكيك فى موثوقية الدليل الالكترونى منها: أن يثبت أنه لم يكن موجود على جهاز الكمبيوتر الخاص به وقت ارتكاب الجريمة، والتي ليست مهمة سهلة إذا كان هذا غير ممكن، فإن الشخص سيكون قادراً على إثبات أن الآخرين (الزوجة، السكرتيرة، مسؤول الشبكة، طرف ثالث) قد تمكنوا من الوصول إلى كلمة السر الخاصة به، كما أنه من الممكن أن يكون حافظاً لكلمة المرور مما يمكنه من الدخول للجهاز، أو تم الحصول على كلمة المرور بالعنف، وأجبر صاحبها على الإدلاء له بها<sup>(1)</sup>.

وقد يتم التنصت والتجسس على نطاق الدول، حيث ظهر ذلك خصوصاً بعد الحرب العالمية الثانية، فقد اتخذ الصراع العالمى بُعداً آخر أثناء الحرب الباردة، وذلك لمواجهة الحقائق العالمية المتغيرة، ويبدو أن التنافس على التفوق العسكرى والسياسى قد حل محله صراع مختلف، ولكنه متشدد من أجل الهيمنة الاقتصادية<sup>(2)</sup>، وقد برز الجانب

(1) Maitre A. B., Les conditions et sanctions du chantage selon le code pénal et sa preuve par SMS ou sur internet Article juridique publié le 11/11/2011, vu 45755.

(2) The Threat of Foreign Economic Espionage to U.S. Corporations, 1992: Hearings before the Subcommittee on Economic and Commercial Law of the Comm. on the Judiciary, 102d Cong., 2d Sess. 192 (1992) (Statement of Geoffrey E. Turner, Senior Consultant, Information Security Program, Senior Research Institute), p. 5.

الأكثر إلحاحًا في هذا الواقع من خلال المنافسة الشرسة على مصادر الطاقة غير التقليدية، من خلال التنصت لامتلاك معلومات يمكن استغلالها، فالحروب أصبحت حروبًا إلكترونية، وساعد التطور التكنولوجي على حسمها، كما أنها أصبحت وسيلة للحرب بين المؤسسات والشركات الاقتصادية، وكانت أسرع طريقة للبقاء في المنافسة الاقتصادية للتجسس على الآخرين مع الحد من تأثير التجسس على الدول الأخرى<sup>(١)</sup>.

وتميل الدول غالبًا إلى التجسس والتنصت؛ لأن الأمن القومي يتطلب مراقبة عن كثب إلى ما يصل إليه الأصدقاء، بقدر معرفة ما يصل إليه الأعداء، فكما يقال "إنه خطأ أولي أن نعتقد أننا حلفاء، عندما يتعلق الأمر بالأعمال الحربية"

وعلى الرغم مما أنتجه التطور التكنولوجي من وسائل للتنصت، فإن الاعتماد على الوسائل التقليدية ما زال قائمًا مثل: الاستعانة بامرأة جذابة، أو رجل وسيم للوصول لبعض المعلومات، أو رشوة بعض الأشخاص، أو ابتزازهم، وقد انتقد ريوتارو هاشيموتو، رئيس الوزراء الياباني في نهاية عام ١٩٩٧م، لإقامته علاقة خاصة مع مسؤولة في الحكومة الصينية، زعمت المخابرات اليابانية أنها تابعة لجهاز تجسس تابع لوزارة الأمن العام<sup>(٢)</sup>، والواقع أن هذه الوسائل التقليدية يتم فيها أيضًا استعمال الوسائل التكنولوجية.

ويشكل التنصت دون توافر المبررات القانونية عدوانًا صارخًا على الحق في الخصوصية، كما أنه يُعد من الوسائل التي تمكن من الابتزاز الإلكتروني. ثانيًا- الحصول على المعلومات بطريقة مشروعة:

لما كانت الحاسبات وما شابهها من أدوات إلكترونية خزائن بلا أبواب، فإن جميع المعلومات الشخصية يتزايد في وقتنا الحاضر إزاء زيادة التعامل الإلكتروني بين الأفراد<sup>(٣)</sup>، حيث ساعدت وسائل التواصل الاجتماعي على إتاحة المعلومات الشخصية

(1) Ibrahim Erdogan, Economic espionage as a new form of war in the post cold-war period, 2 usak y. b. int'l pol. & l. 265 2009, pp.266: 286.

(2) Karen Sepura, 'Economic Espionage: The Front Line of A New World Economic War', Syracuse Journal of International Law and Commerce, Fall 1998, p. 5.

(٣) د. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص ١٢٢.

للأفراد أيا كانت صورتها، مما سيوفر إغراءً للصوص البيانات الذين لديهم دوافع شريرة لاستعمالها في أغراض غير مشروعة ومنها الابتزاز<sup>(1)</sup>؛ وفي تلك الحالة نكون بصدد حصول الجاني على المعلومات برضاء الشخص ضحية الابتزاز، فتتوافر مشروعية الوسيلة، وحرمة الغاية، والحصول على المعلومة بطريقة مشروعة يتم من خلال رضاء صاحبها، وإتاحتها لشخص معين، أو جهة معينة، ولا يشكل ذلك انتهاكاً للخصوصية، ولكن عند يتم استعمال، واستغلال هذه المعلومات الشخصية يتحقق انتهاك الخصوصية والعدوان عليها؛ لأن الرضاء لا يمتد إلى استعمالها أو استغلالها، كما تتوافر الجريمة في حق من يصل إليها بطريقة قانونية، ولكن يستغلها ويستعملها أيضاً في ابتزاز أصحابها، أو من لهم علاقة بها، وهو ما عبرت عنه المادة ٣٠٩ مكرراً من قانون العقوبات المصري بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجنى عليه.

. ويتضح من ذلك أن وجود مبرر قانوني، أو رضاء المجنى عليه يبيح التنصت، أو استرقاق السمع، أو التقاط الصور. وفيما يلي بيان ذلك:

أ - أن يكون انتهاك الخصوصية في الأحوال المصرح بها قانوناً:

يرى القضاء الأمريكي أنه يمكن تسجيل المحادثات عندما يكون ذلك لغرض مشروع، وليس للابتزاز، وبصفة عامة، يكون الغرض غير مشروع عندما ينوي الطرف المسجل ابتزاز الطرف المسجل له، أو تهديده أو إيذائه بأي شكل آخر<sup>(٢)</sup>.

أما إذا كان التسجيل - التنصت - لغرض الحماية الذاتي في وقت لاحق من الملاحقة القضائية، أو على أمل الحصول على مركز قانوني أفضل إذا تم تسجيل الحوار؛ ومن ثم منع التشوهات المستقبلية من قبل الآخرين، فإن ذلك يُعد غرضاً مشروعاً . ويرى القضاء الأمريكي أن هناك حالات معينة يمكن فيها تسجيل المحادثات منها<sup>(١)</sup>:

(1) Bernadette McSherry, Third Party Access to Shared Electronic Mental Health Records: Ethical Issues, 11 Psychiatry Psychol. & L. 53, 2004, pp.53:56.

(2) United States, Plaintiff, v. John H. Mchugh, et al., July 29, 2014, Defendant. Criminal Action No. 12-10184-NMG, 2014 U.S. Dist. LEXIS 103935,

- ١- الإبلاغ عن حريق أو جريمة أو كارثة طارئة.
- ٢- حالات نقل تهديدات الابتزاز، أو الأذى البدني، أو غير ذلك من الطلبات غير المشروعة.
- ٣- الاتصالات التي تصدر من مجهول أو بصفة متكررة، أو في ساعة غير مريحة للغاية، سواء تمت، أو لم تتم المحادثة، ويمكن تسجيلها بموافقة طرف واحد في المحادثة.
- ويحدد هذا الحكم استثناءات معينة من حظر اعتراض أو تسجيل رسالة أو محادثة بموافقة طرف واحد فقط، وبدون موافقة قضائية مسبقة<sup>(٢)</sup>. والعلة من ذلك أن هناك أنواع معينة من الجرائم يمكن فيها استخدام الهاتف في ارتكاب الجريمة مثل: الابتزاز، والاختطاف، والتهديد والرشوة وما إلى ذلك، وقد يكون التتصت الالكتروني الوسيلة الوحيدة المتاحة للحصول على أدلة في هذه الحالات<sup>(٣)</sup>، ولكن بضوابط محددة، فالتتصت على الاتصالات يمثل عنصرًا مهمًا وأساسيًا في إدارة العدالة، خصوصًا مع "التقدم التكنولوجي الذي يجري باستمرار"<sup>(٤)</sup>.
- ب- أن يكون انتهاك الخصوصية برضاء الشخص ذاته:
- لما كان العدوان على الخصوصية اعتداء على حق الفرد ذاته، فإن المشرع جعل من رضائه سببًا لإباحة التتصت على أحاديثه، والتقاط صورته، والرضاء الذي يعتد به هو الرضاء الحر المستتير.

- (1) United States of America, v. John h. Mchugh and Thomas kuhn, defendants, November 5, 2014, Criminal Action No. 12-10184-NMG, 57 F. Supp. 3d 95; 2014 U.S. Dist. LEXIS 156932.
- (2) Supreme Court of Washington, 9october, 1980, The State of Washington, Petitioner, v. Ronald J. Williams, Respondent. The State of Washington, Respondent, v. Richard F. Caliguri, Petitioner, No. 46795 , 94 Wn.2d 531; 617 P.2d 1012; 1980 Wash. LEXIS 1373; 24 A.L.R.4th 1191.
- (٣) تنص المادة ٤٦ من قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥م على أن: "للنيابة العامة أو سلطة التحقيق المختصة، بحسب الأحوال، في جريمة إرهابية أن تأذن بأمر مسيب لمدة لا تزيد على ثلاثين يومًا، بمراقبة وتسجيل المحادثات والرسائل التي ترد على وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة، وتسجيل وتصوير ما يجري في الأماكن الخاصة أو عبر شبكات الاتصال أو المعلومات أو المواقع الالكترونية وما يدون فيها، وضبط المكاتبات والرسائل العادية أو الالكترونية والمطبوعات والطرود والبرقيات بجميع أنواعها. ويجوز تجديد الأمر المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة مدة أو مددا أخرى ماثلة
- (4) N. M. Chorney, Wiretapping and Electronic Eavesdropping, 7 the criminal law quarterly, 434 1964-1965, p.434: 458.

وقد قصر المشرع المصري العقاب على الابتزاز عندما يتم الحصول على المعلومات بالطرق غير المشروعة التي ذكرها، حيث ذكر عبارة "بإحدى الطرق المشار إليها" وهي: الاسترقاق، التسجيل، النقل، والالتقاط، كما أنه أباح إذاعة، واستعمال المحادثات الخاصة، والصور التي يتم التحصل عليها برضاء صاحبها، حال موافقته على ذلك، وفق المادة ٣٠٩ مكررا (أ)، ولكنه لم يذكر ذلك عندما يتعلق الأمر بالتهديد بإفشاءها لحمله على عمل، أو الامتناع عنه، ويظهر ذلك من نص الفقرات الثانية، والثالثة، والرابعة من المادة ٣٠٩ مكررا (أ) من قانون العقوبات والتي تعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويعاقب بالسجن الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادًا على سلطة وظيفته.

ويتم التحصل على العديد من المعلومات التي يمكن استخدامها في ابتزاز أصحابها، أو من تتعلق بهم بالعديد من الطرق المشروعة، كما في حالة الحصول على المعلومات من خلال الإعلان عن الوظائف، حيث تقوم العديد من الشركات بالإعلان في الصحف، أو الإنترنت عن وجود وظائف شاغرة لديها، وتطلب من المتقدمين للعمل ملء نماذج، أو استمارات مرفقة بتلك الإعلانات بالإضافة إلى إرسال السيرة الذاتية مع صورة شخصية، خصوصًا أن نماذج الأسئلة تلك تدرج فيها أمورًا بعيدة كل البعد عن الوظيفة، وتتعلق بخصوصية الشخص، فمثلاً يتم الاستفسار عن الحياة العائلية للمرشح، وأسلوب حياته، وصحته، وماضيه الدراسي، وعاداته ووضعه كمستأجر أو كمالك وردود أفعاله تجاه مواقف معينة، وأنشطته خارج العمل، وسلوكه تجاه زملائه أو رؤسائه، وآرائه ومعتقداته وانتماؤه المختلفة، كما قد يتم الحصول على المعلومات والبيانات الشخصية من خلال الاستبيانات لأغراض بحثية.

الخلاصة: إن الابتزاز الإلكتروني الذي يكون موضوع التهديد به إيذاء معنويًا يتعارض مع الحق في الخصوصية؛ لأن الوصول إلى المعلومات التي لا يرغب الشخص في اطلاع أحد عليها قد يتم من خلال التنصت والتلصص، وحتى عندما يتم الوصول

إليها بطريقة مشروعة، فإنه يتم استعمالها واستغلالها في غير الأغراض المخصصة لها، ودون رضا صاحب الشأن.

لذا يتعين زيادة التوعية الأخلاقية والقانونية بأهمية الحفاظ على السرية بالنسبة للمعلومات التي يتعين حظر نشرها، أو إتاحتها لصاحب الشأن فقط، وأيضاً توعية من يتعامل مع المعلومات الشخصية بحظر استعمالها، أو إفشاءها.

### **المبحث الثالث**

#### **اقتران التهديد بإيذاء في جريمة الابتزاز الإلكتروني بغاية معينة**

- تمهيد وتقسيم:

التهديد في جريمة الابتزاز ليس مجرداً، وإنما لابد أن يكون مقترناً بطلب، وتحقيق هذا الطلب هو الغاية التي يسعى الجاني إليها، ويشكل ذلك قصداً خاصاً في هذه الجريمة، واقتران التهديد بطلب هو ما يميز التهديد في هذه الجريمة عن غيره في الجرائم الأخرى. وفيما يلي بيان ذلك:

#### **المطلب الأول**

##### **مضمون الغاية من التهديد وإرادتها**

التهديد في جريمة الابتزاز لابد أن يكون مقترناً بطلب، هذا الطلب هو الغاية التي يسعى الجاني إلى تحقيقها، وتتجه إليه إرادتها. وفيما يلي بيان ذلك:

#### **الفرع الأول**

##### **مضمون الغاية من التهديد**

الغاية من التهديد تتمثل في الطلب الذي يهدف الجاني إلى تحقيقه، والطلب قد يكون مالياً، أو منفعة مادية أو معنوية، أو غير ذلك؛ أي كل ما يعود على الشخص من ميزة ما كان يحصل عليها لولا قيامه بالتهديد، ولا يشترط مقداراً معيناً أو حداً للمال أو المنفعة التي تتحقق من الجريمة، حيث لا يعد التحديد ركناً في الجريمة، حيث يترك تقدير ذلك للقاضي وفق ظروف كل دعوى، ويجب أن يراعى في تقديره مدى دلالة الطلب ومقداره على جدية التهديد، وقد يتمثل الطلب في تكليف المجنى عليه بالإضرار بالآخرين من

خلال ارتكاب جريمة في مواجهتهم دون أن يعود ذلك بالنفع على الجاني كمن يهدد شخصًا بإفشاء أسرارهِ ما لم يقوم بسبب شخص آخر في محفل عام لإجراجه أمام الآخرين، فلا يشترط في الابتزاز تحقيق فائدة للمبتز سواء مادية، أو معنوية، وأكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها: "إن نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٤ فيما يختص بالطلب أو التكليف الذي يصحب التهديد هو نص مطلق من كل قيد لا فرق في انطباقه بين صورة ما إذا كان الطلب أو الأمر الحاصل التكليف به خاصًا بشخص المجنى عليه أو المتهم وصورة ما إذا كان خاصًا بغيرهما"<sup>(١)</sup>.

والتهديد بوصفه عنصرًا مكونًا لجريمة الابتزاز الإلكتروني لا تقع الجريمة بتوافره، بل لابد أن يكون مقرونًا بطلب، وإلا يتم العقاب على التهديد كجريمة مستقلة، فالتهديد الذي لا يطالب بأي شيء، أو يطالب بشيء لا ينطوي على قيمة، هو خارج نطاق الابتزاز، وبالتالي فإن جريمة الابتزاز تخضع للتحليل بموجب مبدأ خطاب تجاري على عكس التهديد كجريمة مستقلة لا يشترط فيه ذلك.

والطلب في الابتزاز لابد أن يكون مُحددًا، فلا يجوز أن يكون مُبهمًا، فلا يُعد ابتزازًا من يهدد شخص بضرره، ما لم يفعل له أي شيء يحقق مصلحته، ولكن يمكن أن يكون مضمون التهديد مُبهمًا كمن يقول لآخر بأنه سيؤذيه ما لم يقوم بإعطائه مبلغًا من المال.

والطلب - التكليف - قد يكون بفعل مشروع، أو غير مشروع، أيًا كانت صورته عاطفية، أو اقتصادية، أو سياسية، كما أن الباعث على الطلب قد يكون مشروعًا، أم لا، والقاعدة أنه لا عبرة بالباعث فيما يتعلق بالبنين القانوني لجريمة الابتزاز، ومع ذلك قد يؤثر الباعث على صور الابتزاز، حيث تتعدد المسؤولية الجنائية عن جريمة الابتزاز أيًا كان الباعث على ارتكابها، فالجريمة تقع بمجرد تعمد ارتكابها حتى لو كان الباعث عليها أمرًا مشروعًا، وهذا ما أقرته محكمة النقض بقولها: "لا يجوز لدائن مثلاً أن يطلب إلى مدينه كتابة أو بواسطة شخص آخر استيفاء دينه وإلا استولى على مال مدينه بالإكراه"<sup>(٢)</sup>.

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٧١٦ لسنة ٤٧ ق، جلسة ٣٠ أكتوبر ١٩٣٠م، القاعدة رقم ٧٢، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢، ص ٦٣.

(٢) نقض جنائي، جلسة ٣١ أكتوبر ١٩٢٩م، للحاماة س ١٠، رقم ٦٤.

وهو ما أكدته محكمة النقض بقولها: "يتوافر القصد الجنائي في الابتزاز متى أقدم الجاني على الفعل، وهو أن يحصل على شيء أو منفعة ما كان المجنى عليه ليسلمه إياه أو يمكنه منه لو بقي محتفظاً بحريته واختياره، ولا عبرة بالباعث لدى الجاني"<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### إرادة تحقيق الغاية من التهديد

الركن المعنوي له صورتان هما: القصد الجنائي، والخطأ غير العمدى، والأصل أن الجرائم عمدية، والقصد الجنائي قد يكون عاماً، أو خاصاً، والقصد العام يقوم على العلم والإرادة المنصرفين إلى أركان الجريمة، أما القصد الخاص، فينصرف إلى عنصر آخر وهو انصراف النية إلى غاية معينة، ويعقب توافر القصد العام.

والقصد الجنائي في جريمة الابتزاز الإلكتروني قصد خاص (٢) يتوافر متى اتجهت نية الفاعل إلى تحقيق غاية معينة، حيث يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى النشاط الإجرامي وهو التهديد المقترن بطلب بنية أو بقصد تحقيق غاية معينة يهدف الجاني إلى تحقيقها من التهديد.

وبالتالي يشترط لقيام جريمة الابتزاز الإلكتروني توافر العلم بأركان الجريمة وقت إتيانها، أي أن يعلم الفاعل أن المقابل الذي يحصل عليه إنما هو ثمرة التهديد بالإيذاء الصادر منه، وأنه ليس له أي حق فيما يكلف المجنى عليه به، أو يحصل عليه منه، فإن كان يجهل ذلك، وهو أمر مستبعد فلا تقوم الجريمة.

ويتحقق التهديد المقترن بطلب بغض النظر عما إذا كان الجاني قد قصد إلى تنفيذ التهديد فعلاً ومن غير حاجة إلى معرفة الأثر الفعلي الذي أحدثته التهديد في نفس المجنى عليه<sup>(٣)</sup>، بل يُسأل حتى ولو لم يقصد تنفيذ تهديده، وبغض النظر عن أثره في نفس المجنى

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٢٤٠٢ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٦ أكتوبر ١٩٦٢م، القاعدة رقم ١٥٨، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٣، الجزء ٣، ص ٦٣٧.

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، مرجع سابق، ص ٧٩٩، ٩٧٨.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ١٦١٦ لسنة ٢٠ ق، جلسة ٢١ مارس ١٩٥١م، القاعدة رقم ٣٠٨، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢، الجزء ٢، ص ٨١٤.



عليه<sup>(١)</sup>. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المتهم استنادًا إلى أنه لم يثبت أنه قصد تنفيذ التهديد، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يتعين معه نقضه<sup>(٢)</sup>.

وأكد القضاء الفرنسي على ذلك بقوله إن القصد الجنائي يتوافر عندما يدرك الشخص أنه يحصل بالقوة، أو العنف، أو الإكراه على ما كان لا يمكن الحصول عليه من خلال اتفاق طوعي<sup>(٣)</sup>، وأن تتجه نيته كما قالت محكمة النقض الفرنسية إلى استخدام تهديدات غير مشروعة لإلزام الآخرين بالدخول في التزامات، أو تحويل أموال دون إرادتهم، أو لا مبرر لها<sup>(٤)</sup>.

ويفهم القصد الجنائي من عبارات الحكم وظروف الواقعة كما أوردها<sup>(٥)</sup>.

(١) أكدت محكمة النقض ذلك بقولها إن: "القصد الجنائي في جريمة التهديد يتوافر متى ثبت للمحكمة أن الجاني ارتكب التهديد وهو يدرك أثره من حيث إيقاع الرعب في نفس المجنى عليه، وأنه يريد تحقيق هذا الأثر بما قد يترتب عليه من أن يدعى المجنى عليه راغمًا إلى إجابة طلبه، وذلك بغض النظر عما إذا كان قد قصد إلى تنفيذ التهديد فعلاً، ومن غير حاجة إلى تعريف الأثر الفعلي الذي أحدثه التهديد في نفس المجنى عليه، ولا يلزم التحدث استقلالاً عن هذا الركن، بل يكفي أن يكون مفهوماً من عبارات التهديد وظروف الواقعة كما أوردها الحكم، كما لا يعيب الحكم إغفاله التحدث عن أثر هذا التهديد في نفس المجنى عليه؛ نقض جنائي، طعن رقم ١٧٨٨١ لسنة ٨٤ ق، جلسة ٢٠ أكتوبر ٢٠١٥م، لم ينشر بعد؛ طعن رقم ٣٠ لسنة ٣٩ ق، جلسة ٢١ أبريل ١٩٦٩م، القاعدة رقم ١٠٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٠، الجزء الثاني، ص ٥٠٩.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ١٥٨٩ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٦٧م، القاعدة رقم ٢٦٨، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٨، الجزء ٣، ص ١٢٦٤.

(٣) Il est défini comme la conscience d'obtenir par la force, la violence ou la contrainte ce qui n'aurait pu être obtenu par un accord librement consenti (Cass. crim. du 09/01/1991).

(٤) La Cour de cassation a défini l'élément intentionnel du chantage comme étant « le dessein de contraindre autrui à souscrire des engagements ou à remettre des fonds » (cass. crim., 25 octobre 1973).

Cette définition qui écarte le mobile, permet d'atteindre notamment le maître chanteur qui agit par simple esprit de vengeance ou par intérêt personnel, qu'il veuille s'ériger en justicier ou poursuivre des buts désintéressés.

(٥) نقض جنائي، طعن رقم ٢٠١٤ لسنة ٢٥ ق، جلسة ١٩ مارس ١٩٦٥م، القاعدة رقم ١١٢، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٧، الجزء ١، ص ٣٧٩.

## المطلب الثاني

### ذاتية التهديد المقترن بغاية

### فى جريمة الابتزاز الإلكتروني

- تمهيد وتقسيم:

يُعد التهديد ركناً فى جريمة الابتزاز الإلكتروني، وقد يكون ظرفاً مشدداً كما فى جريمة السرقة بالتهديد، وقد يكون وسيلة لارتكاب الجريمة كما فى جريمة التمرد على سلطات الدولة، وقد يشكل التهديد جريمة مستقلة<sup>(١)</sup>، ويختلف التهديد بوصفه جريمة مستقلة عن التهديد بوصفه سلوكاً إجرامياً للابتزاز عن بعض الصور الأخرى القريبة منه. وفيما يلي بيان ذلك:

### الفرع الأول

#### الفرق بين التهديد فى الابتزاز

#### والتهديد كجريمة مستقلة

يختلف التهديد بوصفه جريمة مستقلة عن التهديد بوصفه سلوكاً إجرامياً فى الابتزاز، فالتهديد بوصفه جريمة مستقلة شكلية، فالحدث النفسي المكون لها لا يشترط فيه أن يكون ضاراً بالنفسية على صورة دعر أثاره بها، حيث تقع الجريمة، حتى لو كانت نفسية الشخص أقوى من أن يؤثر فيها التهديد، كما أنها جريمة يتصور أن تكون وقتية أو متتابعة. والتهديد بوصفه جريمة مستقلة لا بد أن يكون بجريمة، على عكس التهديد بوصفه سلوكاً فى الابتزاز قد يكون مضمونه جريمة، أو غير ذلك، بأي فعل يشكل إيقاعه ضرراً وإيذاءً بالمجنى عليه، أو شخص عزيز لديه، فالابتزاز يقع بالتهديد بالحرمان من الترقية المستحقة ما لم يقم الشخص بتصرف معين يطلبه الجاني، كما أن التهديد بالتبليغ عن جريمة لا يشكل جريمة تهديد، ولكن التهديد بالتبليغ ما لم يتصرف المجنى عليه على نحو معين يُعد ابتزازاً، وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع المصرى، حيث اشترط أن يكون

(١) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٩٠-

مضمون التهديد، والابتزاز جريمة، كما في المادة ٣٠٩ مكررا أ، التي اشترطت في التهديد أن يكون بإفشاء أمور تم التحصل عليها بطريقة غير مشروعة أي تشكل جريمة وهي المنصوص عليها في المادة ٣٠٩ مكررا، كما أن المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات المصري اشترطت أن يكون مضمون التهديد جريمة سواء ضد النفس، أو المال، أو إفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف، حيث تنص على أن: "كل من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف، وكان التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن.

ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر. وكل من هدد غيره شفهيًا بواسطة شخص آخر بمثل ما ذكر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه سواء أكان التهديد مصحوبًا بتكليف بأمر أم لا. وكل تهديد، سواء أكان بالكتابة، أم شفهيًا بواسطة شخص آخر بارتكاب جريمة لا تبلغ الجسامة المتقدمة يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه".

والواقع أن هذه المادة فرقت بين التهديد بوصفه جريمة مستقلة، والتهديد المصحوب بطلب والمشكل لجريمة الابتزاز الإلكتروني، كما أنه في الابتزاز قد يكون التهديد شفاهةً من قبل الشخص مباشرةً، ولكن في جريمة التهديد لا يقع إلا من خلال وسيط وتتص المادة ٢٢٢-١٧ من قانون العقوبات الفرنسي<sup>(١)</sup> على أنه: "يعاقب على التهديد بارتكاب جنائية أو جنحة ضد الأشخاص معاقب على الشروع فيها بالسجن لمدة

(1) La menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes dont la tentative est punissable est punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende lorsqu'elle est, soit réitérée, soit matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet.

La peine est portée à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende s'il s'agit d'une menace de mort.

سنة أشهر وغرامة قدرها ٧٥٠٠ يورو عندما تتكرر أو تتحقق عن طريق كتابة أو صورة أو أي كائن آخر.

وتزداد العقوبة إلى السجن لمدة ثلاث سنوات وغرامة قدرها ٤٥ ٠٠٠ يورو إذا كان تهديدًا بالقتل.

وتنص المادة ٢٢٢-١٨<sup>(١)</sup> من ذات القانون على أن: "يعاقب على التهديد بأية وسيلة كانت بارتكاب جنائية أو جنحة ضد الأشخاص بالسجن لمدة ثلاث سنوات وبغرامة قدرها ٤٥ ٠٠٠ يورو، عندما يكون التهديد مقترن بطلب.

وتزداد العقوبة إلى السجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها ٧٥ ٠٠٠ يورو إذا كان التهديد بالوفاة.

وقد يرد لفظ التهديد مُطلقاً بوصفه وسيلة لارتكاب جريمة أخرى<sup>(٢)</sup>، كما فى المادة ٥٩ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المصري رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤ على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين كل من هدد أي من المذكورين فى المادة

(1) The threat, by any means whatsoever, of committing a crime or an offense against persons, is punishable by three years' imprisonment and a fine of 45,000 euros, when it is made with the order to fulfill a condition.

The penalty is increased to five years of imprisonment and 75,000 euros fine if it is a threat of death.

(٢) مثال ذلك: المادة ١٢٤/ب من قانون العقوبات المصري التى تنص على أن: "يعاقب بالعقوبات المبينة فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ كل من اعتدى أو شرع فى الاعتداء على حق الموظفين أو المستخدمين العموميين فى العمل باستعمال القوة أو العنف أو الإرهاب أو التهديد أو التدابير غير المشروعة على الوجه المبين فى المادة ٣٧٥ "

وتنص المادة ٣٤٤ من ذات القانون على أن: "كل من عطل بواسطة تهديد أو إكراه أو تطاول باليد أو نحوه مزايا متعلقا ببيع أو شراء أو تأجير أموال منقولة أو ثابتة أو متعلقا بتعهد بمقاولة أو توريد أو استغلال شىء أو نحو ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. وتنص المادة

١٦٠ من قانون العقوبات على أن: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين: أ- كل من شوش على إقامة شعائر ملة أو احتفال دينى خاص بها أو عطلها بالعنف أو التهديد. وتنص المادة ٣٧٥ من قانون العقوبات على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من

استعمل القوة أو العنف أو الإرهاب أو التهديد أو تدابير غير مشروعة فى الاعتداء أو الشروع فى الاعتداء على حق من الحقوق الآتية: أ- للاحق الغير فى العمل. ثانيا حق الغير فى أن يستخدم أو يتمتع عن استخدام أى شخص. ثالثا حق الغير فى أن يشترك فى جمعية من الجمعيات. ويطبق حكم هذه المادة ولو استعملت القوة أو العنف أو الإرهاب أو التدابير غير المشروعة مع زوج الشخص المقصود أو مع أولاده.

(٧١) من هذا القانون، بقصد منعه من أداء عمله المكلف به، فإن ترتب على التهديد أداء العمل على وجه مخالف تكون العقوبة السجن<sup>(١)</sup>.

فهل يستوعب ذلك جميع صور التهديد سواء المقترن بطلب، أو غير المقترن بطلب؟  
تقضى قواعد التفسير أن المطلق يبقى على إطلاقه، والعام على عمومه ما لم يرد ما يخصصه، ومن ثم فهو يشمل التهديد المقترن بطلب، وغير المقترن بطلب.

والتهديد أحد وسائل الإرهاب، حيث تنص المادة ٢ من قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥م على أن: "يقصد بالعمل الإرهابي كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع في الداخل أو الخارج، بغرض الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر، أو إيذاء الأفراد أو إلقاء الرعب بينهم، أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو حقوقهم العامة أو الخاصة أو أمنهم للخطر، أو غيرها من الحريات والحقوق التي كفلها الدستور والقانون، أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي أو الأمن القومي، أو إلحاق الضرر بالبيئة، أو بالموارد الطبيعية أو بالآثار أو بالأموال أو بالمباني أو بالأموال العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو منع أو عرقلة السلطات العامة أو الجهات أو الهيئات القضائية أو مصالح الحكومة أو الوحدات المحلية أو دور العبادة أو المستشفيات أو مؤسسات ومعاهد العلم، أو البعثات الدبلوماسية والقنصلية، أو المنظمات والهيئات الإقليمية والدولية في مصر، من القيام بعملها أو ممارستها لكل أو بعض أوجه نشاطها، أو مقاومتها، أو تعطيل تطبيق أي من أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح.

وكذلك كل سلوك يرتكب بقصد تحقيق أحد الأغراض المبينة بالفقرة الأولى من هذه المادة، أو الإعداد لها أو التحريض عليها، إذا كان من شأنه الإضرار بالاتصالات أو بالنظم المعلوماتية أو بالنظم المالية أو البنكية، أو بالاقتصاد الوطني أو بمخزون الطاقة أو بالمخزون الأمني من السلع والمواد الغذائية والمياه، أو بسلامتها أو بالخدمات الطبية في الكوارث والأزمات.

(١) والمذكورين في المادة ٧١ م: ١- رئيس وأعضاء اللجنة العليا. ٢- رئيس وأعضاء الأمانة العامة. ٣- رئيس لجنة انتخابات المحافظة وأعضائها من الجهات والهيئات القضائية. ٤- رئيس وأعضاء اللجنة العامة. ٥- رئيس اللجنة الفرعية.

وتنص المادة ١٨ من قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥م على أن: "يعاقب بالسجن المؤبد أو بالسجن المشدد الذي لا تقل مدته عن عشر سنين، كل من حاول بالقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع أو بغير ذلك من وسائل العمل الإرهابي قلب نظام الحكم أو تغيير دستور الدولة أو نظامها الجمهوري أو شكل الحكومة" وبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية تنص المادة 11.402 من CFR على أن الشخص يكون مداناً بارتكاب جنحة إذا كان يهدد بارتكاب أي جريمة عنف بغرض إرهاب شخص آخر أو إجباره على إخلاء مبنى أو مكان التجمع أو مرفق النقل العام أو أن يسبب إزعاجاً عاماً خطيراً وتجاهل خطر التسبب في هذا الإرهاب أو الإزعاج . كما أن التهديد بصورتيه سواء المقترن بطلب، أو غير المقترن بطلب قد يكون ظرفاً مشدداً في الجرائم، حيث تنص المادة ٢٠١ من قانون العقوبات المصري على أن: "كل شخص ولو كان من رجال الدين أثناء تأدية وظيفته ألقى في أحد أماكن العبادة، أو في محفل ديني مقالة تضمنت قدحاً أو ذمّاً في الحكومة أو في قانون أو في مرسوم أو قرار جمهوري أو في عمل من أعمال جهات الإدارة العمومية، أو أذاع أو نشر بصفة نصائح أو تعليمات دينية رسالة مشتملة على شيء من ذلك يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا استعملت القوة أو العنف أو التهديد تكون العقوبة السجن.

## الفرع الثاني

### الفرق بين التهديد في الابتزاز والإكراه

الإكراه له صورتان: مادية، ومعنوية، والتهديد هو الإكراه المعنوي، وذلك على العكس من الإكراه المادي الذي يقع باستعمال القوة<sup>(١)</sup>، فالإكراه هو الضغط المادي أو المعنوي الذي يمارسه المكره على المكره لسلب إرادته أو التأثير فيها ليقوم بما يأمره به أو وفق ما يريده<sup>(٢)</sup>، والإكراه المادي يعدم الإرادة ويرد على جسد الإنسان في حين أن

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٩٠٩٣ لسنة ٧٦ق، جلسة ١٩ أكتوبر ٢٠٠٦م، القاعدة رقم ٩٠، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٥٧، الجزء ١، ص ٨٢٦.

(٢) د. محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة

الإكراه المعنوي يعيب الإرادة من خلال التهديد بإيقاع أذى إن لم يتم بتنفيذ ما يريد. وبالتالي فالإكراه المعنوي يتخذ صورة التهديد فقط.

ويذهب بعض الفقه إلى أن الإكراه قد يكون ماديًا إذا كان التهديد أو الوعيد واقعًا، وقد يكون معنويًا إذا كان التهديد أو الوعيد منتظر الوقوع<sup>(١)</sup>.

وقد ورد لفظ الإكراه في العديد من الجرائم منها ما تنص عليه المادة ١٢ من قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥م التي تنص على أن: "يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار جماعة إرهابية، أو تولى زعامة أو قيادة فيها.

ويعاقب بالسجن المشدد كل من انضم إلى جماعة إرهابية أو شارك فيها بأية صورة مع علمه بأغراضها، وتكون العقوبة السجن المشدد الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات إذا تلقى الجاني تدريبات عسكرية أو أمنية أو تقنية لدى الجماعة الإرهابية لتحقيق أغراضها، أو كان الجاني من أفراد القوات المسلحة أو الشرطة. ويعاقب بالسجن المؤبد كل من أكره شخصًا أو حمله على الانضمام إلى الجماعة الإرهابية، أو منعه من الانفصال عنها.

وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على الإكراه أو الحمل أو المنع وفاته. وتنص المادة ٣٠٠ من قانون العقوبات المصري على أنه: "من أكره شاهدًا على عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زورًا يعاقب بمثل عقوبة شاهد الزور مع مراعاة الأحوال المقررة في المواد السابقة.

والشهادة الزور هي تغيير إرادي للحقيقة في إقرار أمام القضاء في دعوى للغير وبعد حلف يمين (٢)، سواء أكان ذلك بكتمان ما يجب أن يُقال، أم تناقض الأقوال، أم الكذب.

الإسلامية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٦٠.

(١) د. عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٦م، ص ٥٦٥.

(٢) د. محمد عبد الغريب، الحماية الجنائية للثقة العامة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ١٦٩.

وتنص المادة ٢٩٠ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٨م على أنه: "كل من خطف بالتحايل أو الإكراه شخصاً، يُعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنين.

فإذا كان الخطف مصحوباً بطلب فدية تكون العقوبة السجن المشدد لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ولا تزيد على عشرين سنة. أما إذا كان المخطوف طفلاً أو أنثى، فتكون العقوبة السجن المؤبد.

ويُحكم على فاعل جناية الخطف بالإعدام إذا اقترنت بها جناية واقعة المخطوف أو هنك عرضه.

وقد استخدم المشرع المصري لفظ بغير رضاها في المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المصري<sup>(١)</sup>، وهو لفظ يشمل جميع المظاهر التي تعيب الإرادة، أما في المادة ٢٦٨ ذكر القوة أو التهديد<sup>(٢)</sup>، كما أن صغر السن في جرائم العرض يترتب عليه افتراض عدم الرضا<sup>(٣)</sup>، وهو أمر غير موجود بالنسبة لجريمة الابتزاز؛ لذا قالت محكمة النقض المصرية إنه: "من المقرر أن رُكِّنَ القُوَّةُ في جناية المَواقَعَةِ يتوافر كَلَمًا كَانَ الفِعْلُ المُكَوِّنَ لَهَا قَدْ وَقَعَ بِغَيْرِ رِضَاءٍ مِنَ المَجْنِيِّ عَلَيْهَا، سِوَاءَ بِاسْتِعْمَالِ المَتَّهَمِ فِي سَبِيلِ تَفْهِيمِ مَقْصَدِهِ وَسَائِلِ القُوَّةِ أَوْ التَّهْدِيدِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُؤَثِّرُ فِي المَجْنِيِّ عَلَيْهَا فَيَعْدَمُهَا الإِرَادَةَ وَيَقْعِدُهَا عَنِ المَقَاوِمَةِ، وَكَأَنَّ الحُكْمَ قَدْ اثْبَتَ بِأدِلَّةِ الإِثْبَاتِ الَّتِي إِطْمَأَنَّ إِلَيْهَا أَنَّ الطَّاعِنَ انْتَهَزَ فُرْصَةً صِغَرَ سِنِ المَجْنِيِّ عَلَيْهَا وَاسْتَدْرَجَهَا إِلَى عُرْفَةٍ نَوْمِهِ وَهَدَّدَهَا بِإِبْلَاقِ وَآلِدِهَا بِأَنَّهَا

(١) تنص المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المصري على أنه: "من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد. ويعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجنى عليها لم يبلغ سنها ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتوليين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجر عندها أو عند من تقدم ذكراً، أو تعدد الفاعلون للجريمة.

(٢) تنص المادة ٢٦٨ من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من هنك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالسجن المشدد. وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان مرتكبها أو أحد مرتكبيها ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن سبع سنوات، وإذا اجتمع هذان الظرفان معا يحكم بالسجن المؤبد.

(٣) وتنص المادة ٢٦٩ من ذات القانون على أنه: "كل من عتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالسجن، وإذا كان سنه لم يجاوز اثنتى عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان من وقعت منه الجريمة ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن سبع سنوات.



تَرْتَبِطُ بِعِلَاقَةِ صَدَاقَةٍ مَعَ أَحَدِ زُمَّائِهَا، وَطَلَبَ مِنْهَا خَلْعَ سِرْوَالِهَا فَإِنْصَاعَتْ لَهُ خَوْفًا مِنْ تَهْدِيدِهِ وَقَامَ بِمُؤَاقَعَتِهَا، وَهُوَ مَا تَتَوَافَرُ بِهِ جَرِيمَةُ مُوَاقَعَةِ أَنْثَى بِغَيْرِ رِضَائِهَا بِأَرْكَانِهَا بِمَا فِيهَا رُكْنُ الْقُوَّةِ، وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ النَّعْيَ عَلَى الْحُكْمِ بِدَعْوَى قُصُورِ فِي عَدَمِ التَّدْلِيلِ عَلَى تَوَافُرِ عَدَمِ رِضَاءِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهَا يَكُونُ غَيْرَ سَدِيدٍ<sup>(١)</sup>.

وبناءً على ذلك عندما تستجيب المرأة للابتزاز الجنسي، فإن الجريمة المرتكبة تكون جريمة اغتصاب؛ للعيب الذي لحق بإرادتها؛ لذا حكم القضاء الأمريكي بعقوبة الاغتصاب على من طلب من زوجته السابقة أن تمارس الجنس معه، وإلا سيعلن عن علاقتها بزميل عمل متزوج، وقد خضعت الزوجة السابقة لطلبه، لكنها أشارت في دعواها أنها مارس الجنس معه فقط لمنع الحرج الشديد من التعرض لقضيتها، واتهم المدعى عليه بالاغتصاب على أساس النظرية القائلة بأن الزوجة السابقة "غابت على أمرها بالقوة أو الخوف"، وبالتالي تتوافر جريمة الاغتصاب في حق المدعى عليه<sup>(٢)</sup>.

ونهايةً، تطرق هذا الفصل إلى بيان أن التهديد في الابتزاز لا بد أن يكون مقترناً بطلب، وهذا ما يميزه عن التهديد بوصفه جريمة مستقلة، ويتنوع موضوع التهديد بوصفه سلوكاً إجرامياً في الابتزاز، فقد يكون بفاعل يرقى إلى درجة الجريمة، وقد يكون بإيذاء سواء بلغ حد الجريمة، أم لا، كما أن هذا الإيذاء قد يكون مادياً، أو معنوياً، ولا بد أن تنتج نية الشخص مرتكب الجريمة إلى تحقيق الغاية من التهديد، وهي تحقيق الطلب المراد، مما يعنى أن المشرع يتطلب قصدًا خاصًا في جريمة الابتزاز الإلكتروني، بالإضافة إلى ضرورة قيام المجنى عليه بتنفيذ طلب الجاني.

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٨٥٠٠ لسنة ٨٣ ق، جلسة ٨ مايو ٢٠١٤م، القاعدة رقم ٢٥، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٦٥، الجزء ١، ص ٢٠٥.

(2) Court of appeals of kansas 46 kan. app. 2d 601; 265 p.3d 1175; 2011 kan. app. lexis 147, State of Kansas, appellee, V. George James brooks, iii, appellant. no. 102,452

## الفصل الثالث

### قيام المجنى عليه بتنفيذ طلب الجاني

- تمهيد وتقسيم:

تقع الجريمة تامة بقيام المجنى عليه بتنفيذ المطلوب منه نتيجة التهديد الذي وجهه له الجاني، أي لا بد من توافر علاقة السببية بين التهديد وتنفيذ الفعل. وبالتالي فإن مجرد التهديد باستخدام العنف، أو إفشاء سر مع عدم دفع المال تكون الجريمة في حالة شروع<sup>(١)</sup>، وكذلك عندما لا يتم تنفيذ العمل، أو الفعل المطلوب تكون الجريمة في حالة شروع<sup>(٢)</sup>، ويتوافر الشروع أيضاً عندما يرفض الضحية القيام بالمطلوب منه، ويبلغ الشرطة لكي تضبط الجاني متلبساً بالجريمة<sup>(٣)</sup>، أو عندما ينجح الضحية في مقاومة الابتزاز، ويرفض التنفيذ في غضون المهلة المحددة له، وكذلك عندما يكون العنوان الذي قدمه لاغياً وباطلاً، حتى لو أرسل المبتز - الجاني - رسالة اعتذار عند انتهاء المهلة<sup>(٤)</sup>.

(١) قضت محكمة النقض المصرية أنه: "لما كان مناط تحقق جريمة المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات أن يصدر من الجاني على المجنى عليه أي فعل بقصد تخريفه أو ترويعه بما يحملة على أن يسلم بغير حق، مبلغاً من المال أو أي شيء آخر، و كان تقدير توافر أركان هذه الجريمة من الموضوع الذي يستقل به قاضيه بلا رقابة عليه من محكمة النقض ما دام تقديره سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق، و كان الحكم المطعون فيه قد خلص للأسباب السائغة التي أوردتها إلى تبرئة المطعون ضده الأول من تهمة الشروع في الحصول على مال بطريق التهديد تأسيساً على انتفاء صدور أي تهديد أو ترويع منه على المبلغ، فإن ما تثيره الطاعنة من جدل في هذا الخصوص يكون غير مقبول" نقض جنائي، طعن رقم ٤٦٨٤ لسنة ٥٨ ق، جلسة ٢ نوفمبر ١٩٨٩م، القاعدة رقم ١٣٨، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤٠، الجزء ١، ص ٨١٩.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية أنه: "يكفي لتوفر التهديد المنصوص عليه في المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات أن يكون من شأنه تخويف المجنى عليه بحيث يحملة على تسليم المال الذي طلب منه مهما كانت وسيلته، كما أنه يكفي لتوافر ركن القصد الجنائي في هذه الجريمة أن يكون الجاني وهو يقارف فعلته عالمياً بأنه يقتصب مالا لا حق له فيه فإذا كان الحكم قد أثبت في حق المتهم اتصاله بسكرتير عام الشركة تليفونياً وتردده على مكتبه مهذباً بنشر صورة خطاب كناناب التحرير المرسل للشركة متضمناً تحذيرها لتعاونها مع الانجليز بالقتال بإمدادهم بمشروبات البيرة الذي تنتجه ومنذراً بما سيلحق الشركة من أضرار من جراء النشر الذي أصر عليه رغم تكذيب الشركة ما لم تنفع له مبلغ المائتي جنيه، وأنه لم يمتنع عن النشر إلا بعد تحرير الشيك الذي ظنه مستوفياً شرائطه القانونية، وكان لا يؤثر في قيام الجريمة كون الشيك غير مستوفٍ للشرائط القانونية، فإن ذلك كان بفعل محرر الشيك في غفلة من المتهم وهو سبب خارج عن إرادته فيكون صحيحاً ما ذهب إليه الحكم من اعتبار ما وقع من المتهم شروغاً في الاستيلاء على شيك بمبلغ مائتي جنيه منطبقاً على الفقرة الثانية من المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات والمادتين ٤٥ و ٤٧ من ذلك القانون. نقض جنائي، طعن رقم ١٢٣٢ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٥٩م، القاعدة رقم ١٨٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١٠، الجزء ٣، ص ٨٧٤.

(٣) المادة ٣١٢-٩، والمادة ٣١٢-١٢ من قانون العقوبات الفرنسي.

(٤) Tentative de chantage constituée lorsque la victime refuse de s'exécuter dans le délai imparti, même si le maître chanteur envoie une lettre d'excuses à l'expiration dudit délai (C.A. Orléans, 9 janvier 1995).

فالشروع يتحقق عندما يفشل المبتز في تحقيق غرضه لسبب خارج عن إرادته، ولكن عندما يقوم المجنى عليه بتنفيذ أمر لم يطلب منه القيام به، أو لم يصدر تهديد من قبل شخص لحمله على القيام به فلا تقع الجريمة<sup>(١)</sup>؛ وعندما يتحقق الغرض من التهديد وهو القيام بالعمل المطلوب منه، أو الامتناع عنه، يستحق الفاعل العقوبة المقررة لها، ولا يشترط أن تكون المنفعة، أو الطلب الذي يطلبه يعود بالنفع عليه، أو على شخص عزيز لديه، فالعبرة بتنفيذ المجنى عليه المطلوب منه دون إرادته خوفاً من إيذاء الجاني. وطلب الجاني من المجنى عليه قد يكون مشروعاً، أو غير مشروعاً<sup>(٢)</sup>، وهنا يثور التساؤل حول المسؤولية الجنائية للجاني، والعقوبة المقررة له عن ابتزازه لغيره، وكذلك المسؤولية الجنائية للمجنى عليه عندما يقوم بفعل غير مشروع. ومن ثم فإن هذا الفصل يتناول صور مقابل الطلب، والعقوبة المقررة عندما يكون المقابل فعل مشروع، أو غير مشروع. وفيما يلي بيان ذلك:

## المبحث الأول

### صور مقابل الطلب

#### - تقسيم:

سعت بعض التشريعات إلى تحديد الشيء المطلوب تسليمه، أو العمل المطلوب القيام به، أو المنفعة المستهدفة من قبل المجنى عليه، والبعض الآخر منها لم يقم بحصرها. وفيما يلي بيان ذلك:

- (١) قضت محكمة النقض أنه: "ما دام لم يصدر من المتهم على أية صورة من الصور أى وعيد أو إرهاب للمجنى عليه من شأنه تخويفه وحمله على تسليم المبلغ الذى طلبه منه، وإنما كان تسليم المبلغ مبنياً على سعى المجنى عليه نفسه فى الحصول على الرسائل التى كان المتهم محتفظاً بها تحت يده [ و المرسله إليه من زوجة المجنى عليه، فإن الواقعة على هذا النحو لا تتحقق بها جريمة الشروع فى الحصول بالتهديد على مبلغ من النقود."؛ نقض جنائي، طعن رقم ١٣٣ لسنة ٢٥ ق، جلسة ٢٦ ابريل ١٩٥٥م، القاعدة رقم ٢٧٣، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٦، الجزء ٢، ص ٩١٥.
- (٢) قضت محكمة النقض المصرية أنه: "لم تبين المادة ٢٨٤ عقوبات نوع الطلب أو التكليف المصاحب للتهديد بل جاءت بلفظيهما منكرين لتقع العقوبة على التهديد، سواء أكان الطلب قائماً على مال أم على شيء آخر، سواء أكان التكليف خاصاً بعمل أم بامتناع عن عمل و سواء أكان الطلب أو التكليف غير شرعي فى ذاته أم لا. فالتهديد بإفشاء أمور مخدشة تهديداً مصحوباً بطلب تنطبق عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٨٤ عقوبات ولو كان المهدد لا يقصد إلا الحصول على حقوق له عند من هدهد؛ نقض جنائي، طعن رقم ٢١٦٧ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٣١ أكتوبر ١٩٢٩م، القاعدة رقم ٣٠٩، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ١، الجزء ١، ص ٣٥٧.

## المطلب الأول

### حصر مقابل الطلب

حددت بعض التشريعات مقابلاً معيناً لطلب الابتزاز الإلكتروني، وغالبية التشريعات جعلت له مقابلاً مالياً، أو ذا طبيعة مادية. وفيما يلي بيان ذلك:

- النصوص القانونية:

تنص المادة ٣١٢-١ من قانون العقوبات الفرنسي على أن الابتزاز هو: فعل الحصول على الشيء بالعنف أو التهديد بالعنف أو الإكراه للتوقيع أو التعهد أو التخلي أو الكشف عن سر أو تحويل أموال أو أوراق مالية أو أي سلعة أخرى.

كما تنص المادة ٣١٢-١٠ من ذات القانون على أن الابتزاز هو: الحصول عن طريق التهديد بكشف أو ادعاء وقائع من شأنها أن تضر بالشرف أو السمعة، أو الاعتبار بقصد التوقيع أو التعهد أو التخلي أو الكشف عن سر أو تسليم أموال أو أوراق مالية أو أي سلعة أخرى.

ويتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي حدد مقابل الطلب، وهو الحصول على توقيع أو تعهد أو تخلي أو كشف عن سر أو تحويل أموال أو أوراق مالية أو أي سلعة أخرى.

وتنص المادة ٨٧٥ من قانون العقوبات والإجراءات الجنائية الأمريكي 18 u.s. code crimes and criminal procedure في الفصل ٤١ من الباب الأول منه والمتعلق بالابتزاز والتهديد على أن:

أ - كل من يرسل أي رسالة تحتوي على أي طلب للحصول على فدية أو مكافأة لإطلاق سراح أي شخص مختطف، يجب تغريمه بموجب هذا القانون أو السجن لمدة لا تتجاوز عشرين عاماً أو كليهما.

ب- كل من قام، بقصد ابتزاز أي شخص أو شركة أو جمعية أو مؤسسة، للحصول على أموال أو أي شيء آخر ذي قيمة، عن طريق تهديده بالخطف، أو الإصابة، يتم تغريمه بموجب هذا القانون أو السجن لمدة لا تزيد عن عشرين عاماً أو كليهما.

ج- .....

د - كل من قام، بقصد ابتزاز أي شخص أو شركة أو جمعية أو مؤسسة، للحصول على أموال، أو أي شيء آخر ذي قيمة، عن طريق أي اتصال يتضمن تهديدًا بإتلاف الممتلكات أو سمعة المرسل إليه، أو أي شخص آخر أو سمعة شخص متوفى أو أي تهديد لاتهام المرسل إليه أو أي شخص آخر بجريمة، يتم تغريمه بموجب هذا القانون أو السجن لمدة لا تزيد عن سنتين أو كليهما.

وتعرف المادة 11.417 من CFR الابطزاز بأنه: "تعمد توجيه اتهامات كاذبة ضد شخص آخر بأي وسيلة، أو ابتزاز، أو محاولة ابتزاز أي أموال أو سلع أو ممتلكات أو أي شيء آخر ذي قيمة.

وتعاقب المادتان ٣٤٦، ٣٤٧ من قانون الجزاء العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م على الابطزاز المادي فقط، ولم تنطبق إلى بقية صورته، حيث تنص المادة ٣٤٦ على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من استولى بالقوة، أو بالتهديد على سند مثبت أو منشئ لدين، أو تصرف أو براءة، أو سند ذي قيمة أدبية، أو أوراق تثبت وجود حالة قانونية أو اجتماعية، أو أكره أحدًا بالقوة، أو بالتهديد على إمضاء ورقة مما تقدم أو ختمها أو بصمها.

وتنص المادة ٣٤٧ على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاثة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من حمل آخر على تسليم نقود أو أي شيء آخر عن طريق اتهامه، هو أو أي شخص آخر يهمله أمره بارتكاب جريمة، أو عن طريق التهديد بهذا الاتهام، أو التهديد باطلاع الغير على صور أو وثائق أو تسجيلات يرغب المجنى عليه عدم معرفة الغير بها.

وتنص المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من اغتصب بالقوة أو التهديد سندًا مثبتًا أو موجبًا لدين أو تصرف أو براءة أو سندًا ذا قيمة أدبية أو اعتبارية أو أوراقاً تثبت وجود حالة قانونية أو اجتماعية أو أكره أحدًا بالقوة أو التهديد على إمضاء ورقة مما تقدم أو ختمها يعاقب بالسجن المشدد.

وتنص المادة ٣٢٦ من ذات القانون على أنه: "كل من حصل بالتهديد على إعطائه مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر يعاقب بالحبس.

ومن خلال هذه النصوص يتضح أن مقابل الطلب قد يكون مالياً، أو توقيعاً، أو تعهداً، أو تخلياً، أو كشفاً عن سر أو تحويل أموال أو أوراق مالية أو أي سلعة أخرى. وفيما يلي بيان ذلك:

## الفرع الأول المقابل المادي

تشكل الرغبة في الحصول على الأموال، أو المنافع ذات القيمة المالية أحد الدوافع الرئيسية للقيام بأعمال الابتزاز؛ نظراً لانتشار البطالة، وعدم توافر فرص العمل لدى الشباب، سواء بين الرجال، أو النساء، لذلك يجرب الناس استراتيجيات جديدة للالتحاق بالعمل، لكن الأمر في بعض الأحيان يصبح غريباً للغاية، فحسب ما ذكره موقع Ibtimes البريطاني أنه حكم على "مايكل غوري" البالغ من العمر ٢٨ عاماً بالسجن لمدة ٣٧ شهراً على يد قاض من ولاية كارولينا الشمالية لتهديده بشن هجمات إلكترونية ضد الشركة، إذ كتب غوري رسالة بالبريد الإلكتروني إلى شركة "TSI" المتخصصة في برمجيات الرعاية الصحية، وقال إنه سيخترق أنظمتها إذا رفضت الامتثال لطلبه في الالتحاق للعمل بها في غضون ٧٢ ساعة.

ووفقاً لوثائق المحكمة يبدو أن غوري كان لديه ثأر شخصي ضد موظفة تعمل في الشركة، لرفضها توظيفه عدة مرات في الماضي، وهو الأمر الذي قاله الشاب خلال التحقيقات، وقد حكم عليه بالسجن ٣٧ شهراً لتهديد الشركة باختراقها حال عدم توظيفه<sup>(١)</sup>. وقد ساعد استعمال التكنولوجيا الحديثة، واستخدام الإنترنت في برامج الدردشة على زيادة الابتزاز المادي، فالمحادثات التي تبدو في البداية تافهة يمكن بسهولة أن تتطور إلى علاقات عاطفية، حيث قد يكون لهذه المحادثات دور في الفتنة والإغراء،

(١) تمت زيارة موقع International Business Times في ١٢ / ١ / ٢٠١٨م:

تتطور إلى علاقات عاطفية، حيث قد يكون لهذه المحادثات دور في الفتنة والإغراء، إضافة إلى اعتقاد البعض أنهم في علاقة حقيقية مع محاورهم الظاهريين، فيتداولون صور شخصية، أو لقطات فيديو حية، واستعمال هذه الصور وتركيبها على صور ليست مقبولة اجتماعيًا، وهنا يمكن استعمالها للابتزاز المادي، ويتم دفع مبالغ مالية لعدم نشر هذه الصور، أو الأخبار، ويمثل هذا المقابل رشوة إسكات، أو رشوة صمت.

وكانت هناك بعض الحوادث التي تؤكد ذلك، حيث طلب من بعض الشباب أموالاً من قبل بعض مستخدمي الإنترنت الذين هددوا بإرسال صور لجميع أصدقائهم، وتم ذلك لشاب يبلغ من العمر ١٥ عامًا، وقد انتهى به المطاف لوضع سيئ للغاية، حيث كان يتحدث مع شخص يعتقد أنها فتاة تبلغ من العمر ١٥ عامًا، وواصلوا حديثهما الخاص على موقع الفيديو، وبعد يومين، تلقى الشاب رسالة من آخر كان يمثل الفتاة البالغة من العمر ١٥ عامًا، هددته الشاب وأخبره بأنه يمهله يومين لإعطائه ٢٥٠ دولار، أو يرسل صورته إلى جميع أصدقائه على حساباته في الشبكات الاجتماعية، واكتشف الضحية أن الجاني قام بنفس الفعل مع حوالي عشرين مرآهًا آخرين، ومنهم من دفع المبلغ المطلوب<sup>(١)</sup>.

#### ١- ذاتية الابتزاز المادي في مواجهة جرائم الأموال:

لما كان الابتزاز هو التهديد باستعمال العنف، أو إفشاء أمور خاصة ومعلومات محرّجة لا يرغب الشخص في اطلاع أحد عليها؛ للحصول في الأغلب الأعم على مقابل مادي، فإن ذلك قد يتشابه مع بعض جرائم الأموال، مما يستدعى بيان ذاتية الابتزاز المادي في مواجهة جرائم الأموال.

---

(1) Comment aborder la question avec des ados, Centre canadien de protection de l'enfance inc., 2014. Tous droits réservés. « cyberaide!ca » est une marque de commerce du Centre canadien de protection de l'enfance inc. Les consignes de sécurité et autres renseignements fournis dans le présent document n'ont d'autre but que d'informer le lecteur, non de le conseiller. Il revient au lecteur d'évaluer ce contenu en fonction de sa propre réalité, de l'âge et du degré de maturité de l'enfant à protéger et de tout autre élément pertinent, p.3, available at: [cybertip.ca/app/fr/signup](http://cybertip.ca/app/fr/signup) site visit at 1/ 2/ 2018.

ا- ذاتية الابتزاز المادي في مواجهة جريمة النصب:

يتفق الاثنان معاً في أن التسليم يُعد نتيجة لعيب في الإرادة؛ لأن ما يمارسه الجاني من وسائل احتيالية- الغلط- في جريمة النصب، والإكراه في الابتزاز يخاطباً نفسية المجنى عليه، وليس جسده، فكلاهما اعتداء على الملكية والإرادة<sup>(١)</sup>، مما دفع محكمة النقض إلى الخلط بينهما في أحد أحكامها بقولها إنه: "إذا اصطنع إنسان ورقة بدين أو التزام ما على شخص خيالي لمصلحة نفسه، أو لمصلحة غيره وأمضى هذه الورقة المصطنعة باسم خيالي لا وجود له سواء أكان هذا الاسم الخيالي مذكوراً في صلب الورقة أم غير مذكور فيه، فإن مثل هذه الورقة المصطنعة قد خلقت معدومة؛ لأن كل تعهد أو التزام يقتضي حتماً وبطبيعة الحال وجود تعاقد تكون الورقة دليلاً عليه، ووجود متعهد هو أحد طرفي العقد، فإذا كان العقد لا وجود له في الواقع، وكان المتعهد شخصاً لا وجود له في الواقع فالورقة - وهي الأداة الدالة على وجود هذا العقد وعلى التزام هذا الملتزم - هي ورقة يستحيل أن ينشأ عنها بذاتها وبمجرد اصطناعها ضرر لأي إنسان ولا يمكن عقلاً أن يكون اصطناعها جريمة يعاقب عليها القانون. كل ما في الأمر أن هذه الورقة المخترعة إذا ادعى صانعها أنها حقيقية وقدمها للغير موهِماً إياه بصحتها وابتز منه شيئاً من ثروته أو حاول بهذا الإيهام أن يبتز شيئاً من ثروته كان هذا الابتزاز أو محاولته الابتزاز نصباً أو شروعاً في نصب وسيلته الإيهام بواقعة مكدوبة. أما الورقة ذاتها فلا يمكن قطعاً اعتبارها ورقة مزورة"<sup>(٢)</sup>.

والواقع أن محكمة النقض خلطت بين الابتزاز والنصب؛ لأنها جعلت من الوسائل الاحتيالية سبباً لابتزاز الأموال، وهو أمر غير متصور، فالابتزاز لا يقع إلا بالتهديد بإيقاع أذى بالمجنى عليه، وليس بالوسائل الاحتيالية.

(١) د. غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" جرائم الاعتداء على المصلحة العامة والأموال، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٣٤٤.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ١٧٣٣ لسنة ٢ ق، جلسة ٢٣ مايو ١٩٣٢م، مجموعة أحكام النقض، المجلد ٢، الجزء ١، ص ٥٧٠.



وعلى الرغم من أنه في جريمتي النصب، والابتزاز يتم تسليم المال بالإرادة المنفردة<sup>(١)</sup>، فإنها إرادة مشوبة بعيب الغلط في النصب، والإكراه المعنوي في الابتزاز<sup>(٢)</sup>، كما أن المقابل في جريمة الابتزاز لا يكون مالا فقط، ولكنه قد يتمثل في أكثر من ذلك، على عكس النصب يكون المقابل مالا فقط أيًا كان شكله.

ب- ذاتية الابتزاز المادي في مواجهة جريمة السرقة بالإكراه:  
تتشابه السرقة بالإكراه<sup>(٣)</sup> والابتزاز المادي في أنه يتم تسليم المال دون إرادة صاحبه، ووقوع الشخص تحت إكراهه، فالإكراه المقصود في السرقة هو الإكراه المادي، وليس المعنوي<sup>(٤)</sup>، فالأصل أن الإكراه مادي؛ لأن المشرع يعبر عن الإكراه المعنوي بلفظ التهديد أحياناً وهو المقصود في الابتزاز؛ لذا عرفت محكمة النقض المصرية الإكراه بأنه: "يشمل كل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص لتعطيل قوة المقاومة أو إعدامها عندهم تسهياً للسرقة"<sup>(٥)</sup>، أما في الابتزاز يكون التسليم بناءً على إكراه معنوي، فالإكراه في السرقة يستهدف جسم المكره أي كيانه المادي سواء من خلال العنف الذي يقع مباشرة على جسمه، أو من خلال التهديد باستعمال السلاح ضد جسمه، أما في الابتزاز فيستهدف الإكراه نفسية المكره مثل إثارة فضيحة، أو إفشاء سر كذلك يتحقق الإكراه هنا إذا وقع

(١) تنص المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات المصري المتعلقة بالنصب على أن: "يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو إحداث الأمل بحصول ربح وهمي أو تسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو إيهامهم بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه وإما باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة، أما من شرع في النصب ولم يتمه فيعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة.

ويجوز جعل الجاني في حالة العود تحت ملاحظة البوليس مدة سنة على الأقل وستين على الأكثر

(٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم الخاص"، مرجع سابق، ص ٦٥٤، ٦٥٥.

(٣) تنص المادة ٣١٣ من قانون العقوبات المصري على أن: "يعاقب بالسجن المؤبد من وقعت منه سرقة مع اجتماع الشروط الخمسة الآتية: الأولى أن تكون هذه السرقة حصلت ليلاً، الثانية أن تكون السرقة واقعة من شخصين فأكثر. الثالث أن يوجد مع السارقين أو مع واحد منهم أسلحة ظاهرة أو مخبأة. الرابع أن يكون السارقون قد دخلوا داراً أو منزلاً أو أودة أو ملحقاتها مسكونة أو معدة للسكنى بواسطة تسور جدار أو كسر باب ونحوه أو استعمال مفاتيح مصنعة أو بواسطة التزيي بزي أحد الضباط أو موظف عومى أو إيراد أمر مزور مدعى صدره من طرف الحكومة. الخامس أن يفعلوا الجناية المذكورة بطريقة الإكراه أو التهديد باستعمال أسلحتهم.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم الخاص"، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

(٥) نقض جنائي، طعن رقم ٢٤٣٨ لسنة ٥٥ ق، جلسة ٢٢ أكتوبر ١٩٨٥م، القاعدة رقم ١٦٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٣٦، الجزء ١، ص ٩١٨.

على شخص آخر غير المُكره، ولكنه عزيز عليه، فهنا يتحقق الإكراه اللزوم في جريمة الابتزاز، ولكن لا يتوافر الإكراه اللزوم للسرقة بالإكراه.

إضافة إلى قرب المسافة الزمنية أو المصاحبة الزمنية بين الإكراه والاختلاس في السرقة على عكس الابتزاز، فإن المصاحبة الزمنية غير متوافرة دائماً<sup>(١)</sup>، كما أن الإكراه في السرقة قد يتحقق بعد الاختلاس، وذلك بقصد الفرار بالمسروقات وهو ما لا يقبل في الابتزاز، حيث أن التهديد مقترن بالطلب، فتنفيذ المطلوب يكون بناءً على التهديد.

كما أن انعدام الإكراه في السرقة يبقى الفعل جريمة على عكس الابتزاز انعدام الإكراه يبيح الفعل، فالإكراه في السرقة ظرف مشدد، وليس ركناً لا تقع الجريمة إلا به.

## الفرع الثاني

### طلب التعهد أو التنازل أو التوقيع أو اغتصاب السندات

قد يكون الغرض من التهديد هو قيام المجنى بالتعهد أو التنازل أو التوقيع أو اغتصاب السندات، أو إفشاء أسرار، ويتضح في هذه الصورة أن المقصود بالتعهد الوفاء بالتزامات لم تكن في ذمته، أو التعهد بالوفاء بها قبل موعدها، ولا ينطبق الأمر على التعهد بالوفاء بالتزامات في ذمة الشخص؛ لأن التعهد بالوفاء بها هو تأكيد للمؤكد، كما تتعلق بالتنازل عن حقوق مقررة لصالحه إلى الجاني، وتختلف الصورتان عن طلب الجاني توقيع المجنى عليه، ففي التوقيع لا يشترط وجود تعهد بالتزام، أو التنازل عنه، حيث يمكن الإكراه للتوقيع على بياض.

١- طلب التعهد أو التنازل:

يطلب الجاني في تلك الحالة من المجنى عليه القيام بإجراء قانوني معين، وذلك تحت التهديد بإلحاق أذى، والتعهد أو التنازل يشمل الالتزامات المكتوبة، وغير المكتوبة مع أو بدون عواقب مالية مثل: (العقود من جميع الأنواع، والإيصالات، والاستقالات، وما إلى ذلك)<sup>(٢)</sup>.

(١) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات "جرائم القسم الخاص" مرجع سابق، ص ١١٤٣ وما بعدها.

(٢) Exigence, par un salarié, d'une promotion professionnelle et d'une lettre de recommandation (cass. crim., 12 octobre 1995).

مع أو بدون عواقب مالية مثل: (العقود من جميع الأنواع، والإيصالات، والاستقلالات، وما إلى ذلك<sup>(١)</sup>).

مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض بقولها إنه: "متى كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة أركان جريمة التهديد التي دان الطاعن بها وأورد عليها أدلة تؤدي إلى ما رتبته عليها وأشار إلى عبارات التهديد فقال: "وحيث إن وقائع الدعوى تتحصل على ما جاء بأقوال المجنى عليه من أنه تلقى خطاب التهديد المؤرخ..... والذي ورد فيه أنه إذا لم يقم بإبرام الصلح بينه وبين المتهم بقتل ولديه فإنه سيتسبب في أن يجنى على ولديه الآخرين"، فإن مفاد هذا الذي أورده الحكم أن الجريمة المهدد بها هي قتل ولديه الآخرين - وهو ما قرره المجنى عليه في التحقيق على ما يبين من المفردات التي أمرت المحكمة بضمها تحقيقاً لهذا الوجه من الطعن، لما كان ذلك، وكان يكفي في بيان التهديد أن يكون الحكم قد أشار إلى العبارات التي هدد الطاعن بها المجنى عليه، فإنه تنحسر عن الحكم قالة القصور في التسبب في هذا الصدد<sup>(٢)</sup>.

ولا عبرة بعد ذلك بالأسلوب، أو القالب الذي تصاغ فيه عبارات التهديد متى كان مفهوماً منها أن الجاني قد قصد ترويع المجنى عليه على أداء ما هو مطلوب، لما كان ذلك، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه ومن مطالعة المفردات أن خطابات التهديد تتضمن التهديد بقتل المجنى عليه، وأن هذا التهديد مصحوباً بطلبات منها التنازل عن دعوى جنائية مقامة عن شريك مردهة بين الطاعن والمجنى عليه، والعمل على إنهاء حالة إدراج الأول على قائمة ممنوعين من السفر إلى خارج الدولة، وإذا كان ذلك يظاهر ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من عدم اختصاص محكمة الجنح بنظر الواقعة؛

(١) Exigence, par un salarié, d'une promotion professionnelle et d'une lettre de recommandation (cass. crim., 12 octobre 1995).

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ١٢٥٦ لسنة ٤٧ ق، جلسة ٥ يونيو ١٩٧٨م، القاعدة رقم ١٠٧، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٩، الجزء ١، ص ٥٦٦.

لأنها تكون جنائية تهديد على نحو ما سلف بيانه، فإن الحكم لا يكون منهيًا للخصومة بحسب ظاهره<sup>(١)</sup>.

والتهديد المقترن بطلب التعهد أو التنازل، يتشابه مع جريمة أخرى ينص عليها المشرع المصري وهي إكراه موظف لأخر على البيع، حيث تنص المادة ١٣٠ من قانون العقوبات على أن: "كل موظف عمومي أو مستخدم عمومي وكل إنسان مكلف بخدمة عمومية اشترى بناءً على سطوة وظيفته ملكاً عقاراً كان أو منقولاً قهراً عن مالكه أو استولى على ذلك بغير حق أو أكره المالك على بيع ما ذكر لشخص آخر يعاقب بحسب درجة ذنبه بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالغزل فضلاً عن رد الشيء المغتصب أو قيمته إن لم يوجد عيناً".

وتختلف هذه الجريمة عن الابتزاز في صفة الجاني، وهو كونه موظفاً عاماً، كما أن وسائل الحصول على العقار، أو المنقول، أو الاستيلاء متعددة فقط تكون قهراً، أو بغير حق، أو إكراه، أما الابتزاز، فوسيلته التهديد فقط.

## ٢- طلب التوقيع واغتصاب السندات:

يقوم المبتز بإجبار شخص على التوقيع ولو بالأحرف الأولى على وثيقة (مثل شهادة، أو عريضة، الخ...) ويستهدف التهديد مجرد ظهور هذا التوقيع، حتى لو كانت الوثيقة في وقت لاحق لا تزال في يد الموقع، أو لا يستخدمها المبتز، وبغض النظر عن طبيعة ونطاق هذه الوثيقة، حتى لو كانت ورقة فارغة، فالهدف الأساسي من التهديد هو التوقيع.

والمقصود بالتوقيع هو توقيع المجنى عليه، وليس غيره، أما بالنسبة لاغتصاب الأختام، فيمكن أن يكون ختم الشخص، أو ختم غيره، ويقع اغتصاب السند إما بانتزاعه من يد المجنى عليه بغير رضاه، أو بإكراهه على تسليمه بنفسه إلى الجاني، ولا بد أن

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٢٠٥٠٥ لسنة ٢٩ ق، جلسة ٨ مايو ١٩٩٤م، القاعدة رقم ٩٤، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤٥، الجزء ١، ص ٦١٥.

يتضمن هذا السند تعهد، أو حق ما، أو البراءة منه بقصد حرمان صاحبه من التمتع بهذه الحقوق.

ولما كان اغتصاب الامضاءات، أو الأختام عن طريق إكراه شخص لغيره على التوقيع على سند بإمضائه أو ختمه لا يعد سرقة ولا نصبًا ولا أية جريمة أخرى؛ لذا كان لزامًا العقاب عليه بنص خاص، نظرًا لخطورته، حيث تنص المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من اغتصب بالقوة أو التهديد سندًا مثبتًا أو موجدًا لدين أو تصرف أو براءة أو سندًا ذا قيمة أدبية أو اعتبارية أو أوراقًا تثبت وجود حالة قانونية أو اجتماعية أو أكره أحدًا بالقوة أو التهديد على إمضاء ورقة مما تقدم أو ختمها يعاقب بالسجن المشدد.

وللعقاب على اغتصاب السندات أو الامضاءات لا بد من استعمال القوة أو التهديد وبالتالي، فالإكراه يصح أن يكون ماديًا باستعمال القوة، أو أدبيًا بطريق التهديد. وقد استخدم المشرع الفرنسي هذه المصطلحات وهي: القسر "Contrainte" ويراد بالقسر الإكراه الأدبي ويشترط فيه أن يكون من الشدة بحيث يعطل حرية الاختيار لدى المجنى عليه لما يتوقعه من خطر جسيم يوشك أن يحل بشخصه، وكذلك لا بد أن يكون التهديد شديدًا يتناسب مع لفظ القوة المقارن، والعقوبة المقررة للفعل.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها إنه: "لما كان الحكم قد استخلص من ظروف الدعوى أن الطاعن وباقي المحكوم عليهم كانوا يبغون من إكراه المجنى عليه على إمضاء الشيكات الثلاثة على بياض استيفاء بياناتها بما يثبت حقوقًا لهم قبله، ودل على ما استخلصه من ذلك تدليلاً كافيًا يتفق مع العقل والمنطق، فإنه إذ تأذى من ذلك إلى تحقق جريمة إكراه المجنى عليه على التوقيع على تلك الشيكات الثلاثة على بياض وهي الجريمة المنطبق عليها نص المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات، بركنيها المادي والمعنوي، يكون قد اقترن بالصواب، ويضحى منعى الطاعن عليه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب غير سديد<sup>(١)</sup>.

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٢٥٤٥ لسنة ٥٩ ق، جلسة ٢٧ يوليو ١٩٨٩م، القاعدة رقم ١١٨، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤٠، الجزء ١، ص ٧٠٢.

كما أكدت على أن: "ركن القوة أو التهديد في جريمة الإكراه على إمضاء السندات كما هي معرفة به في نص المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات، إذ يتحقق هذا الركن بكافة صور انعدام الرضا لدى المجنى عليه فهو يتم بكل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص يكون من شأنها تعطيل الاختيار، أو إعدام قوة المقاومة عندهم تسهلاً لارتكاب الجريمة، فكما يصح أن يكون الإكراه مادياً باستعمال القوة، فإنه يصح أيضاً أن يكون أدبياً بطريق التهديد ويدخل في هذا المعنى التهديد بخطر جسيم على النفس أو المال، وإذ كان تقدير التهديد الذي يبلغ درجة من الشدة تسوغ اعتباره قرين القوة، والذي يرغب المجنى عليه على التوقيع على الورقة أو السند، مرجعه إلى محكمة الموضوع تستخلصه من عناصر الدعوى المطروحة أمامها بغير معقب عليها في ذلك مادام استخلاصها سائغاً ومستنداً إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق ولها أصلها في الأوراق - كالحال في الدعوى - فإن ما يثيره الطاعنان في هذا الصدد يكون على غير أساس<sup>(١)</sup>.

والطلبات المالية اتفق على ذكرها المشرع المصري والفرنسي، حيث ذكر صراحة تلقى أموال أو أوراق مالية أو أي ممتلكات، وينصرف مصطلح الأوراق المالية إلى جميع الأوراق المالية (الأسهم والسندات، وما إلى ذلك)، والكمبيالات، وجميع أدوات الدفع (الأوراق النقدية، الشيكات)، وقد قضت محكمة بوردو على وجه الخصوص أن منح بطاقة الائتمان بناءً على التهديد بإيقاع العنف، يشكل جريمة ابتزاز، كما أن مصطلح "أي ممتلكات" وفقاً لتفسير المحكمة العليا، من شأنه أن ينطبق على أي شيء، أو سلعة بقيمة سوقية<sup>(٢)</sup>.

وقد فرق المشرع المصري بين نطاق المواد التي عاقبت على الابتزاز، ومنها المادة ٣٢٦، ٣٢٧، وقد قضت محكمة النقض أن: "مجال تطبيق المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات هو الحصول على مال أو أي شيء من آخر غير المستندات المثبتة أو الموجودة لدين أو تصرف أو براءة مما ورد في المادة ٣٢٥ من القانون المذكور<sup>(٣)</sup>.

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٩٠٩٣ لسنة ٧٦ ق، جلسة ١٩ أكتوبر ٢٠٠٦ م، للقاعدة رقم ٩٠، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٥٧، الجزء ١، ص ٨٢٦.

(2) Cour d'appel de Bordeaux en date du 18/10/1989.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٧ ق، جلسة ٢٦ يونيو ١٩٦٧ م، للقاعدة رقم ١٧٣، مجموعة أحكام النقض، المجلد

وتقع الجريمة حتى لو كان الضحية ليس هو المالك لهذه الأموال، وهذا ينطبق على المستأجرين، ويشترط أن يكون الشخص المهدد هو الذى طلب سواء بنفسه، أو عبر وسيط، وبالتالي لا يسأل الشخص المكلف بتسليم الأموال إلى المبتز عن الاشتراك فى هذه الجريمة، أما إذا اتجهت إرادته إلى الاشتراك فيها وتسهيل ارتكاب الجريمة سواء عبر نقل التهديد، أو استلام الأموال؛ فإنه يُسأل كشريك بالمساعدة.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها إنه: "لما كان الحكم المطعون فيه حصل واقعة الدعوى بما مؤداه أن الطاعنين وآخرين اتفقوا فيما بينهم على خطف طفل وإكراه أهله أن يدفعوا لهم مبلغاً من النقود لقاء إطلاق سراحه ونفاذاً لهذا الاتفاق استدرجه أحدهم إلى منزل الطاعن الأول ثم قام الطاعنان الأول والثاني باصطحابه إلى زراعة أخفيها فيها، وفي اليوم السادس توجه الطاعن الثالث إلى والد الطفل المخطوف، وأخبره أنه استدل على مكانه وجاء متطوعاً لإخلاء سبيله بعد ما اتفق مع خاطفيه على الاكتفاء بفدية مقدارها خمسمائة جنيه لقاء ذلك- إذ كانوا قد طلبوا ألفاً- وسأله عن رأيه فوافق لتقته فيه وأعطاه الفدية، وفي المساء عاد الطفل بمفرده إلى منزله. لما كان ذلك، وكانت مدونات الحكم قد خلت تماماً من أي دليل تتوافر به الرابطة التي تصل الطاعن الثالث بمرتكبي جريمة الخطف بما يساند قول الحكم باتفاقه معهم على ارتكاب هذه الجريمة وجريمة الحصول بالتهديد على مبلغ النقود اللتين دانه بهما، وكانت الأفعال التي باشرها هذا الطاعن- على النحو الوارد بالحكم- لإطلاق سراح الطفل المخطوف، من إفهام والده بتفاوضه مع الجناة على مبلغ الفدية وقبضه إياها منه، إنما هي أفعال لاحقة لجريمة الخطف ويصح فى العقل أن تكون منفصلة عنها فلا تتحقق بها- مستقلة- أركان هذه الجريمة، كما أنها لا تصلح بذاتها - فى الوقت ذاته - دليلاً على توافر القصد الجنائي فى جريمة الحصول بالتهديد على مبلغ النقود أو على إرادة الاشتراك فيها، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بقصور يوجب نقضه والإحالة بالنسبة لهذا الطاعن<sup>(١)</sup>.

رقم ١٨، الجزء ٢، ص ٨٦٢.

(١) نقض جنائي، طعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٧٦م، القاعدة رقم ١٩١، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٧، الجزء ١، ص ٨٣٩.

وقد يكون الفعل المطلوب هو إفشاء أسرار، ومصطلح السر يجب أن يفهم فى أوسع معانيه، وهذا يشمل كل من أسرار الحياة الخاصة، سواء انتزع السر من الشخص نفسه، أو من خادمه بالنسبة لغيره، وأسرار المراسلات، والأسرار المهنية، وأسرار العمل.

## المطلب الثاني

### عدم حصر مقابل الطلب

ذهبت بعض التشريعات إلى عدم حصر مقابل معين لطلب الابتزاز الإلكتروني، وعاقبت على الابتزاز حتى لو كان المقابل عملاً، أو امتناعاً عن عمل. وفيما يلي بيان ذلك:

- النصوص القانونية:

تنص المادة ٣ / ٤ من القانون الكويتي رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥م المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات التى تنص على أن: "يعاقب بالحسب مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: استعمل الشبكة المعلوماتية أو استخدم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات فى تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه.

وذهب المشرع الإماراتي إلى ذات الاتجاه، حيث تنص المادة ١٦ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٢م المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن: "يعاقب بالحسب مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التى لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ابتز أو هدد شخص آخر لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه وذلك باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات. وتنص المادة ١٨ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الصادر بالمرسوم

السلطاني العُماني رقم ١٢ لسنة ٢٠١١م على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني، ولا تزيد على ثلاثة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة



المعلوماتية، أو وسائل تقنية المعلومات في تهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو امتناع ولو كان هذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً.

ووفقاً لمسودة مشروع القانون المعدل لقانون الجرائم الالكترونية الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥م، والمقدم من مجلس الوزراء الأردني في يوم ٢١ / ٥ / ٢٠١٨م. تضاف مادة جديدة برقم (١٢) تنص في فقرتها الأولى على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ١٠٠٠ دينار و تزيد على ٣٠٠٠ دينار كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو أي نظام معلوماتي آخر أو الموقع الالكتروني في ابتزاز شخص لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه.

وبالنسبة للمشرع المصري تطرقت الفقرات الثانية، والثالثة، والرابعة من المادة ٣٠٩ مكرراً (أ) من قانون العقوبات إلى الابتزاز مباشرة بنصها على: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

كما تنص المادة ٣٢٧ من ذات القانون السابق على أنه: "كل من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف وكان التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن.

ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر. ويلاحظ على هذه التشريعات أنها لم تحدد شكلاً معيناً لمقابل الطلب، حيث يقع الابتزاز أيًا كان شكلاً، أو مقابل الطلب عملاً، أو امتناعاً عن عمل، أو تكليفاً بأمر معين، أو منفعة أيًا كان شكلها، والواقع أن غالبية هذه الطلبات تكون ذات طبيعة مالية، وقد تم التعرض لها في المطلب السابق، بالإضافة إلى بعض الطلبات العاطفية، وصور المنفعة الأخرى. وفيما يلي بيان ذلك:

والواقع أن جميع فئات المجتمع عرضة لهذا النوع من الابتزاز الإلكتروني، ولكن أكثر ضحاياه من المراهقين، والنساء؛ فالمرهقون مستعدون للتفاعل اجتماعيًا والتواصل مع الآخرين لحاجتهم إلى القبول والانتماء، كما أن البلوغ يحفز رغبتهم في التجربة، إضافة إلى فضولهم ورغبتهم الجنسية، وتزيد هذه الخصائص لدى المراهقين من تعرضهم للابتزاز الجنسي .

كما أن النساء من أكثر ضحايا هذا النوع من الابتزاز العاطفي؛ حيث يتمتعن بالعديد من الصفات الحميدة مثل: الذكاء، والإصرار على تحقيق أهدافهم، والشفافية، ولكن هذه الشفافية تكلفهم الكثير أحياناً من خلال امتلاك بعض الأفراد معلومات عنها، فيهددهن بالإفشاء إن لم يستجبن لمطالبه؛ ولأن الجاني ينجح في ضخ ضباب كثيف يصيبهن بالرعب والفرع، فيخشين من معارضته، وتعتقد أنهن مُضطرات إلى الاستسلام لجميع مطالبه .

وتشير الوقائع المتعددة إلى كثرة وقوع الفتيات من المراهقات ضحايا للابتزاز العاطفي ومنها: في ديسمبر ٢٠١١م، قال Q.P. البالغ من العمر ١٤ عامًا لـ A.B. البالغة من العمر ١٣ عامًا أنه أحبها وطلب مراراً منها أن تظهر له ثدييها، وأخيراً امتثلت لطلبه، في حين قام Q.P. بالتقاط صورة لها دون علمها، وإظهارها لطلاب آخرين في مدرستهم، وابتزها لعدة أشهر، وفي أبريل ٢٠١٢م، قال Q.P. إنه سيحذف الصورة إذا أقامت علاقة جنسية معه، واكتشفت أنه كان قد دعا اثنين من الأولاد الآخرين هم، C.S، S.K، وساروا إلى منطقة مشجرة حاولت A.B. المغادرة، لكنها لم تستطع، وتعرضت لاعتداء جنسي لمدة خمسة وأربعين دقيقة خلال ذلك الوقت، قام Q.P. باستخدام هاتفه لتسجيل A.B. وإجبارها على ممارسة الجنس عن طريق الفم، وتركها عارية في الغابة، وكان قد نشر ذلك بين الطلاب متفاخرًا بذلك، وفي وقت آخر طلب Q.P. من A.B. أن يفعل ذلك مرة أخرى، كما طلب منها استنقذ إحدى صديقاتها للقيام بذلك الفعل، وهدد هو و C.S بوضع صور لـ A.B. على الانترنت، وفي نهاية المطاف أبلغت A.B. الشرطة، وتم اتهام Q.P. بالابتزاز، كما انتهت المحكمة إلى أن الرسائل النصية تشير إلى بذل Q.P. محاولات أخرى لابتزاز فتيات أخريات

بطريقة مماثلة لـ A.B ومن خلال حسابات وهمية<sup>(1)</sup> أية جريمة مما تقدم أو صد الدعوى إلى ارتكاب أية جريمة مما تقدم أو التهديد بها؛ وذلك دون إخلال بأحكام قانون العقوبات د .

(1) In December 2011, fourteen-year-old Q.P. told thirteen-year-old A.B. that he loved her and repeatedly asked her to show him her breasts. A.B. finally complied while on FaceTime, and Q.P. took a screenshot without her knowledge.

Q.P. showed A.B.'s picture to other students at their school and blackmailed her for several months. In April 2012, Q.P. told A.B. he would delete the picture if [\*2] she did something with him. A.B. met Q.P. and discovered he had invited two other boys, C.S. and S.K. Q.P. grabbed A.B. by the arm and told her he would pick her up and carry her if she did not go. They walked to a wooded area. A.B. tried to leave, but they would not let her.

A. B. was sexually assaulted for forty-five minutes. During that time, Q.P. fondled A.B., digitally penetrated her vagina, put his mouth on her breasts, and spanked her. He also used his phone to record A.B. being forced to perform oral sex on C.S. The boys left her naked in the woods.

Afterward, A.B. learned that Q.P. had a video of the assault on his phone. Q.P. disseminated the video to other students, bragged about the assault, and called it "so funny." State's Ex. 4.

Q.P. later texted A.B. that he wanted to do it again and wanted one of A.B.'s girlfriends involved as well. He and C.S. threatened to put images of her online. A.B. ultimately reported the matter to police.

The State filed a petition alleging Q.P. was a delinquent child for committing seven offenses that would be crimes if committed by an adult: two counts each of Class B felony criminal deviate conduct and Class B felony child molesting, and one [\*3] count each of Class C felony confinement, Class C felony child exploitation, and Class A misdemeanor intimidation. Q.P. admitted to one count of Class B felony criminal deviate conduct and Class C felony child exploitation. The juvenile court adjudicated Q.P. a delinquent child and dismissed the remaining counts on the State's motion.

Following a dispositional hearing, the juvenile court entered an order finding:

4.... Text messages suggest [Q.P.] has made other attempts to blackmail other female juveniles in a similar manner. [Q.P.] developed a fake [F]acebook account to assist his blackmail efforts.

5. The sexual assault was premeditated. [Q.P.] initiated a specific plan at least a week in advance to sexually assault the victim and was instrumental in executing that plan., Court of appeals of indiana, march 7, 2013, q.p., appellant-respondent, vs. state of indiana, appellee-petitioner, no. 79a02-1207-jv-609, 2013 ind. app. unpub. lexis 280; 984 n.e.2d 724

- الفرق بين التهديد المقترن بطلب جنسى والتحرش الجنسى:

تنص المادة ٣٠٦ مكررا (ب) من قانون العقوبات المصري أنه: "يعد تحرشاً جنسياً إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٠٦ مكررا (أ) من هذا القانون بقصد حصول الجاني من المجنى عليه على منفعة ذات طبيعة جنسية، ويعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين"<sup>(١)</sup>.

فإذا كان الجاني ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) من هذا القانون<sup>(٢)</sup> أو كانت له سلطة وظيفية أو أسرية أو دراسية على المجنى عليه أو مارس عليه أى ضغط تسمح له الظروف بممارسته عليه أو ارتكبت الجريمة من شخصين فأكثر أو كان أحدهم على الأقل يحمل سلاحاً تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنين والغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه.

وبالتالي، فجريمة التحرش الجنسى تقع دون إكراه أو تهديد بمجرد التعرض، ولكن يُعد ممارسة الضغط ظرفاً مشدداً على الجاني، على عكس الابتزاز، حيث يشترط أن يكون هناك تهديد مقترن بطلب.

وتنص المادة ٢٢٢-٣٣ من قانون العقوبات الفرنسي<sup>(٣)</sup> على المضايقة العاطفية بقولها: أولاً- هو الفعل الذى يفرض مراراً وتكراراً على شخص ما تعليقات جنسية أو

(١) تنص المادة ٣٠٦ مكررا (أ) من قانون العقوبات المصري على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعرض للغير فى مكان عام أو خاص أو مطروق بإتيان أمور أو إهزاء أو تلميحات جنسية أو إيحائية سواء بالإشارة أو بالقول أو بالفعل بأية وسيلة بما فى ذلك وسائل الاتصالات السلكية أو اللاسلكية.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أبو بإحدى هاتين العقوبتين إذا تكرر الفعل من الجاني من خلال الملاحقة والتتبع للمجنى عليه. وفى حالة العود تتضاعف عقوبتا الحبس والغرامة فى حديهما الأدنى والأقصى".

(٢) تنص المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المصري على أنه: "من واقع أننى بغير رضاها يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد. ويعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجنى عليها لم يبلغ سنها ثمانية عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجر عندها أو عند من تقدم ذكرهم، أو تعدد الفاعلون للجريمة.

(3) I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son

سلوكًا يسيء إلى كرامته بسبب طابعه المهين، أو يخلق وضعًا يكون فيه التخويف أو العدائية أو العدوان.

ويستوعب التحرش الجنسي، حتى وإن لم يتكرر، استخدام أي شكل من أشكال الضغط الخطير لغرض حقيقي أو ظاهر في الحصول على فعل ذي طابع جنسي، أو أن يسعى لمصلحة صاحب الحقائق أو لصالح طرف ثالث. ويعاقب على الوقائع المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية بالسجن لمدة سنتين وبغرامة قدرها ٣٠ ٠٠٠ يورو.

وتشدد العقوبة إلى السجن لمدة ثلاث سنوات وبغرامة قدرها ٤٥ ٠٠٠ يورو إذا توافرت أحد الأسباب التالية:

- ١- إذا كان مرتكب الجريمة شخصًا يسيء استعمال السلطة المخولة له؛
- ٢- إذا كان المجنى عليه قاصرًا دون الخامسة عشر عامًا؛
- ٣- إذا كان المجنى عليه يتوافر فيه أحد أسباب الضعف الخاص، بسبب السن أو المرض أو العجز البدني أو العقلي أو الحمل، وكان واضحًا أو معروفًا للجاني؛
- ٤- إذا كان المجنى عليه عرضةً للضعف أو التبعية بسبب هشاشة حالته الاقتصادية أو الاجتماعية؛

---

encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis:

- 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;
- 2° Sur un mineur de quinze ans ;
- 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;
- 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ;
- 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice.

٥- إذا وقعت الجريمة من قبل العديد من الأشخاص سواء فاعلين، أو شركاء.

## الفرع الثاني

### صور المنفعة الأخرى

يمارس المبتز تهديداً مقترناً بطلب، والواقع أن غالبية التشريعات التي عاقبت على الابتزاز لم تحصر صور المنفعة التي يستطيع المبتز طلبها من المجنى عليه، حيث تتعدد الطلبات من المجنى عليه، ويتزايد الآن اللجوء للابتزاز السياسي في الوقت الراهن سواء بين الدول، أو داخل الدولة الواحدة بين الأحزاب السياسية، تجاه الأشخاص السياسيين مالم يتم اتخاذ موقف سياسي معين<sup>(١)</sup>، فالدافع أو الباعث هنا سياسي، وقد عاقب المشرع المصري على الابتزاز السياسي بنص خاص، حيث تنص المادة ٩٩ من قانون العقوبات على أن: "يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد كل من لجأ إلى العنف أو التهديد أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة لحمل رئيس الجمهورية على أداء عمل من خصائصه

(١) حالة ابتزاز ملك المغرب عام ٢٠١٥م من قبل صحفيين فرنسيين لهي خير دليل على ذلك، أشاد محامو الدفاع عن العاهل المغربي محمد السادس الجمعة، بقرار القضاء الفرنسي تأكيد صحة تسجيلين "يثتان" بحسب المملكة ابتزاز صحفيين فرنسيين للعاهل المغربي. وقضت محكمة التمييز وهي أعلى سلطة قضاء فرنسية لجأ إليها الصحفيان كاترين جراسييه وإريك لوران، أن التسجيلين اللذين أجراهما مبعوث من الرباط تما بدون "مشاركة فعلية" من المحققين، ما يسمح بتأكيد "صحة الدليل". وكان الصحفيان يأملان في أن تؤكد المحكمة بطلان هذه التسجيلات. وقال باتريس سبينوزي أحد محامي المملكة "إنه نصر كبير جدا ولم يعد هناك بالتالي عائق أمام ملاحقة من أرادا ابتزاز ملك المغرب". واتهم الصحفيان إريك لوران (٦٩ عاما) وكاترين جراسييه (٤٢ عاما) بالمساومة والابتزاز. ويشتهبه في سعيهما لإبتزاز ثلاثة ملايين يورو من ملك المغرب في ٢٠١٥، في مقابل التخلي عن تأليف كتاب يفترض احتواؤه على أمور تخرج الرباط. وأوقف الصحفيان في ٢٧ أغسطس ٢٠١٥، ويحوزتهما ٨٠ ألف يورو نقداً لدى خروجهما من اجتماع مع مبعوث من المغرب قام بتسجيله من دون علمهما، وسبق أن تم تسجيل اجتماعين سابقين مع إريك لوران من قبل المبعوث المغربي المحامي هشام ناصري. وكان محامو الصحفيين اللذين يقران بوجود اتفاق مالي ويرفضون وجود أي ابتزاز، طلبوا إلغاء التسجيلين الأخيرين باعتبارهما "غير قانونيين" لأنهما أنجزا من المبعوث المغربي في حين كان فتح تحقيق في الأمر، كما عاقب المشرع المصري على الابتزاز السياسي حيث تنص المادة ٩٩ من قانون العقوبات المصري على أن: "يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد كل من لجأ إلى العنف أو التهديد أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة لحمل رئيس الجمهورية على أداء عمل من خصائصه قانوناً أو على الامتناع عنه وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن إذا وقع الفعل على وزير أو على نائب وزير أو على أحد أعضاء مجلس الشعب". وتنص المادة ٦٥ / ١ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المصري رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قام بأى من الأفعال الآتية: أولاً - استعمل القوة أو التهديد لمنع شخص من إبداء الرأي في الانتخاب أو الاستفتاء أو لإكراهه على إبداء الرأي على وجه معين.

قانوناً أو على الامتناع عنه وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن إذا وقع الفعل على وزير أو على نائب وزير أو على أحد أعضاء مجلس الشعب".

ومن ثم فإن المادة ٩٩ من قانون العقوبات المصري يتطلب تطبيقها ألا تقع الوسائل المتخذة في دائرة النقد المباح توجيهه إلى القائمين على هذه الأمور، كما تتطلب هذه الجريمة أن تتم مباشرة هذه الجريمة أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها.

وقد أكد القضاء الأمريكي في إحدى الوقائع أن البريد الإلكتروني للطاعن لم يعرض أي معلومات محددة من شأنها أن تؤدي إلى تدهور سمعة الشخص، أو إلحاق العار بأي من الأشخاص المدرجة في البريد الإلكتروني، ولم يعرض البريد الإلكتروني أو يهدد بفضح أي حقيقة أو تقرير أو معلومات تتعلق بأي من تلك المذكورة في الرسالة الإلكترونية التي من شأنها أن تعرض هذا الشخص بأي شكل من الأشكال لسخرية المجتمع أو ازدراءه، وقال البريد الإلكتروني ببساطة إن فشل مجلس الشيوخ في عقد جلسة استماع وتمرير مشروع القانون من قبل اللجنة سيتم الرد عليه مع التحقيق في المستقبل. وهو الأمر الذي لا يشكل إزدراءً، أو احتقاراً، وأن تهمة الابتزاز في تلك الحالة سابقة لأوانها؛ لأن الطاعن لم يتهم أو يهدد باتهام أي من هؤلاء الأشخاص المذكورين في البريد الإلكتروني بجريمة، لغرض الاستماع إلى مشروع القانون وتمريضه من اللجنة<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن مثل هذه التصرفات قد تشكل جريمة إرهاب، إذا توافر الغرض الإرهابي من الفعل، وهو الترويع والتخويف، حيث إنه تم ورودها في القسم الثاني من الباب الثاني المتعلق بالجنايات والجنح المضرة بأمن الحكومة من الداخل.

وتتطلب المادة ٩٩ من قانون العقوبات قصداً خاصاً هو نية حمل من وجه إليه العنف أو الوسيلة غير المشروعة على أداء عمل من اختصاصه قانوناً أو على الامتناع عنه ولم تتطلب هذه المادة بخلاف المادة ١٣٧ أن يكون العمل بغير حق<sup>(٢)</sup>.

(1) Court of Criminal appeals of Oklahoma, Albert Gustava Gerhart, appellant, v. state of Oklahoma, appellee, case number: f-2014-726, October 7, 2015, ok cr 12; 360 p.3d 1194; 2015 okla. crim. app. lexis 13; 43 media l. rep. 3078

(٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم الخاص"، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٦٨٨.

ويتضح نهايةً، أن المنفعة، أو الطلب الذى يبتغيه المبتز قد يكون عاطفياً، أو مادياً، أو سياسياً، أو التنازل، أو التعهد، أو التوقيع، أو الكشف عن سر معين فى حوزة الشخص سواء يتعلق به، أو بغيره، عملاً، أو امتناعاً عن عمل مشروع، أو غير مشروع، وعندما يكون التهديد مقترناً بطلب القيام بعمل؛ فإن جريمة الابتزاز تقترب من جريمة السخرة التى تنص عليها المادة ١٣١ من قانون العقوبات المصري بقولها: "كل موظف عمومى أوجب على الناس عملاً فى غير الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك أو استخدم أشخاصاً فى غير الأعمال التى جمعوا لها بمقتضى القانون يعاقب بالعزل أو بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالعزل فضلاً عن الحكم عليه بقيمة الأجر المستحقة لمن استخدمهم بغير حق.

وتختلف هذه الجريمة عن جريمة الابتزاز فى أن السخرة جريمة لا تقع إلا من موظف عام، ويقوم السلوك الإجرامى فيها على أمرين هما: ١- أن يوجب الفاعل على المجنى عليه عملاً فى غير الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك، ٢- استخدام أشخاص فى غير الأعمال التى جمعوا لها بمقتضى القانون، كما لا تتطلب قيام الموظف العام بالتهديد، فيكفى الأمر فقد من قبله

وهذه الجريمة اعتداء على حرية الفرد فى اختيار عمله؛ لذا فهي تتفق مع الابتزاز فى كونها اعتداءً على الإرادة، ويتم فيها التكليف بالقيام بعمل.

## المبحث الثانى

### العقوبة المقررة عند أداء مقابل مشروع

- تمهيد وتقسيم:

تتحقق جريمة الابتزاز الالكترونى تامة عندما يقوم المجنى عليه بتنفيذ المقابل المطلوب منه، ويستحق الجانى العقوبة المقررة للفعل، وهذه العقوبة قد تتوافر ظروف يترتب عليها تشديد العقوبة المقررة للابتزاز، وتحديد العقوبة المناسبة يقتضى الوقوف على شخصية المجرم لتحقيق العقوبة أهم أغراضها وهى: العدالة، والردع بنوعيه العام والخاص، حيث يساعد ذلك على معرفة الدوافع والأسباب التى دفعت إلى ارتكاب



الجريمة، وكذلك إعادة تأهيله لكي يكون فردًا نافعًا في المجتمع<sup>(١)</sup>؛ لما يتمتع به ذلك المجرم من سمات مختلفة عن غيره. وفيما يلي بيان ذلك:

### المطلب الأول

#### العقوبة المقررة للجاني عند أداء عمل مشروع

- تمهيد وتقسيم:

قررت التشريعات المختلفة عقوبات متنوعة في مقدارها، أو نوعها لجريمة الابتزاز الإلكتروني سواء أكانت أصلية، أم تبعية. وفيما يلي بيان ذلك:

### الفرع الأول

#### العقوبات الأصلية لجريمة الابتزاز الإلكتروني

تختلف التشريعات في تحديد مقدار العقوبة المقررة للابتزاز الإلكتروني، حيث تنص المادة ١٦ من القانون الإماراتي رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ابتز أو هدد شخص آخر لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه وذلك باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات.

وتنص المادة ٣ / ٤ من القانون الكويتي رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ م المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: استعمل الشبكة المعلوماتية أو استخدم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الإمتناع عنه.

وتنص المادة ١٨ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الصادر بالمرسوم السلطاني العُماني رقم ١٢ لسنة ٢٠١١ م على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف ريال عُمانى ولا تزيد على

(١) د. محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٤٩.

ثلاثة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة المعلوماتية، أو وسائل تقنية المعلومات في تهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو امتناع ولو كان هذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعًا، وتكون العقوبة السجن المؤقت مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف ريال عماني ولا تزيد على عشرة آلاف ريال عماني إذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بإسناد أمور مخلة بالشرف أو الاعتبار.

وعلى الرغم من أن غالبية التشريعات التي عاقبت على الابتزاز عاقبت عليه في التشريعات الالكترونية، لطابعها الدولي، وسرعة وانتشار نقل المعلومات بها، وتسجيلها أتموماتيكيا على الحاسبات الخادمة في الدول الأجنبية وذلك مقارنة بالمطبوعات والصحف التقليدية<sup>(١)</sup>، فإنه توجد تشريعات تعاقب على الابتزاز في قوانين العقوبات أيا كانت الوسيلة المستعملة فيه، تقليدية، أو الكترونية ومنها المشرع الفرنسي، ولكنه فرق في العقاب بين الابتزاز الذي يكون مضمون التهديد فيه العنف، أو ما شابه، وذلك وفق المادة ٣١٢-١ من قانون العقوبات الفرنسي، حيث عاقب فيها بالسجن لمدة سبع سنوات وبغرامة قدرها ٥٠٠ ١٠٠ يورو، وبين الابتزاز الذي يكون مضمون التهديد فيه التشهير، حيث عاقب عليه في المادة ٣١٢-١٠ بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها ٧٥٠٠٠ يورو.

وبالنسبة للمشرع المصري فلم يوجد قانون يتعلق بالجرائم الالكترونية، وإن كان هناك مشروع قانون مقدم من وزارة الاتصالات المصرية لمجلس النواب عام ٢٠١٨م، غير أنه لم يتضمن جريمة الابتزاز الالكتروني، وعلى الرغم من أنه لم يورد اللفظ في قانون العقوبات، وإنما عاقب على أفعال تُعد ابتزازًا منها المادة ٣٢٧ منه، والتي تنص على أن: "كل من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف وكان التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن، ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر.

(١) د. جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص ١٨٥.

وكل من هدد غيره شفهيًا بواسطة شخص آخر بمثل ما ذكر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه سواء أكان التهديد مصحوبًا بتكليف بأمر أم لا.

وكل تهديد سواء أكان بالكتابة أم شفهيًا بواسطة شخص آخر بارتكاب جريمة لا تبلغ الجسامة المتقدمة يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه

وتتص الفقرات الثانية، والثالثة، والرابعة من المادة ٣٠٩ مكررا (أ) من قانون العقوبات المصري على أنه: "ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه. ويعاقب بالسجن الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادًا على سلطة وظيفته.

ويلاحظ هنا أن المشرع المصري فرق بين الابتزاز بالوسائل المكتوبة، والابتزاز بالوسائل الشفهية، ولم يعاقب على التهديد الشفهي إلا إذا تم من خلال وسيط، كما أنه ساوى في العقوبة بين التهديد المقترن بطلب، أو تكليف بأمر، وبين التهديد المجرد، وهو أمر محل نظر، حيث من الملاءم التفرقة في العقاب بينهما، وهذا أمر محل نظر بالنسبة لجميع التشريعات المذكورة، حيث ساوت بين التهديد المجرد، والابتزاز، وإن كانت فرقت في العقاب حسب مضمون الابتزاز.

كما عاقب مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م على إنشاء بريد الكتروني واستعماله مثلاً في جريمة الابتزاز وذلك في المادة ٢٥ منه بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز ثلاثون ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اصطنع بريداً إلكترونياً أو موقعاً أو حساباً خاصاً، ونسبه زوراً إلى شخص طبيعي أو اعتباري.

فإذا استخدم الجاني البريد أو الموقع أو الحساب الخاص المصطنع في أمر يسيء إلى من نسب إليه، تكون العقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة والغرامة التي لا تقل عن خمسون ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين. وإذا وقعت الجريمة على أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، تكون العقوبة السجن والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيه.

ويلاحظ أن التشريعات التي عاقبت على الابتزاز الإلكتروني جمعت بين العقوبات المالية والسالبة للحرية، مما يكشف عن إدراكها خطورة هذه الأفعال، كما أن بعضها عاقب على الابتزاز أيًا كانت صورته تقليدي، أم الكتروني.

كما يتعين على هذه التشريعات أن تحذو حذو المشرع الأمريكي وتعاقب على تلقي عائدات الابتزاز، حيث تنص المادة ٨٨٠ من قانون العقوبات والإجراءات الجنائية الاتحادي 18 U.S. CODE CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE في الفصل ٤١ من الباب الأول منه بقولها: "يعاقب بالحبس مدة تزيد على سنة كل من حصل على أو امتلك أو أخفى أو تصرف بأي أموال أو ممتلكات أخرى تم الحصول عليها من ارتكاب أي جريمة بموجب هذا الفصل، مع العلم بأنه تم الحصول عليها بصورة غير مشروعة. وقد قرر الفصل التاسع من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م عقوبة الشروع والإعفاء من العقوبة، في المادة (٤١) منه التي تنص على أن: "يعاقب على الشروع في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها بهذا القانون، بنصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة التامة.

- العقوبات المقررة للأشخاص المعنوية:

قرر الفصل السابع من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري، بقوله إنه في الأحوال التي ترتكب فيها أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، باسم ولحساب الشخص الاعتباري، يُعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية إذا ثبت علمه بالجريمة أو سهل ارتكابها تحقيقاً لمصلحة له أو لغيره بذات عقوبة الفاعل الأصلي.

وللمحكمة أن تقضى بإيقاف ترخيص مزاوله الشخص الاعتباري للنشاط مدة لا تزيد علي سنة، وفي حالة العود يُحكم بإلغاء الترخيص، أو حل الشخص الاعتباري بحسب الأحوال، ويتم نشر الحكم في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة الشخص الاعتباري<sup>(١)</sup>.

ولا يترتب علي تقرير مسؤولية الشخص الاعتباري استبعاد المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الفاعلين الأصليين أو الشركاء عن ذات الوقائع التي تقوم بها الجريمة<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### العقوبات التبعية لجريمة الابتزاز الالكتروني

نصت غالبية التشريعات على المصادرة، والرد كأحد العقوبات التبعية المقررة لجريمة الابتزاز الالكتروني. وفيما يلي بيان ذلك:  
أولاً- المصادرة:

تنص المادة ٣١٢-٤/١٣ من قانون العقوبات الفرنسي على المصادرة بوصفها عقوبة تبعية لجريمة الابتزاز بقولها إنه: "الأشخاص الطبيعيون الذين ارتكبوا جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل يتحملون أيضاً العقوبات الإضافية التالية: مصادرة الشيء الذي خدم أو كان يقصد به ارتكاب الجريمة أو الشيء الذي ينتجها، باستثناء الأشياء القابلة للرد؛

وتنص الفقرات الثانية، والثالثة، والرابعة من المادة ٣٠٩ مكرراً (أ) من قانون العقوبات المصري على أنه: "ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

ويعاقب بالسجن الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته.

(١) المادة ٣٧ من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م  
(٢) المادة ٣٨ من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م

ويُحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة، أو تحصل عنها، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة أو إعدامها.

وقد قرر الفصل الثامن من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م في المادة (٣٩) المصادرة بقولها إنه: "على المحكمة في حالة الحكم بالإدانة في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أن تحكم بمصادرة الأدوات والآلات والمعدات والأجهزة، أو غيرها مما يكون قد استخدم في ارتكاب الجريمة، أو سهل أو ساهم في ارتكابها.

ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال أو الأمتعة أو الأدوات المتحصلة أو المستخدمة في جريمة الابتزاز، مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية. ويقصد بالشخص حسن النية كل شخص أجنبي عن الجريمة، أي لم يسهم فيها بأي صورة من الصور سواء أكان فاعلاً أصلياً، أم شريكاً، فحسن النية يتوافر لدى الشخص إذا لم يكن عالمًا بأن الشيء الذي تعلق به حقه قد تحصل أو أُستخدم أو أُعد للاستعمال في ارتكاب جريمة. والعلة من مصادرة جميع الأموال المتحصلة من مثل هذه الجريمة تتناسب جزئياً مع الباعث من الجريمة الذي يكون مالياً غالباً<sup>(١)</sup>.

وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي في ١١ يونيو سنة ٢٠١٠م بعدم دستورية العقوبة التبعية باعتبار أن ذلك يخالف مبدأ تفريد العقوبة<sup>(٢)</sup>، ويُعد هذا المبدأ من المبادئ

(١) د. رامي متولى القاضي، الحماية الجنائية للمرأة من الاتجار بها في ضوء أحكام القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠، المؤتمر الدولي السنوي الثامن عشر لكلية الحقوق- جامعة المنصورة، تحت عنوان "المرأة.. والقانون" في الفترة من ١٥-١٦ أبريل ٢٠١٨م، ص ٤٤.

(2) L'incapacité électorale attachée à certaines condamnations n'existe plus, mais il est vrai que le juge peut prononcer l'interdiction des droits civiques visée à l'article 131-36 1° ou 2° du code pénal (V. infra, n° 28). L'article L. 7 du code électoral prévoit la peine accessoire d'interdiction d'inscription sur la liste électorale de personnes condamnées pour certaines infractions comme la corruption passive, la prise illégale d'intérêts, Décis. Cons. const., QPC n° 2010-6/7, 11 juin 2010. - ROBERT, Les peines accessoires sur le grill des QPC, Dr. pénal, 2010. Comm. 84 ; AJ pénal 2010. 392, obs. Perrier ; AJDA 2010. 1831, note Maligner ; RPD 2010. 429, obs. Pin

الدستورية باعتبار أنه من خصائص استقلال السلطة القضائية في أدائها لوظيفتها، فإذا تغول المشرع عليها كما في حالة تدخله في توقيع عقوبة معينة بالتبعية لحكم جنائي، فإن ذلك يخالف الدستور، كما أنه وفقاً للمادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، "يجب أن ينص القانون على العقوبات بشكل واضح وضروري"<sup>(١)</sup>

ثانياً- الرد:

قرر الفصل التاسع من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م عقوبة الشروع والإعفاء من العقوبة، وذلك في المادة ٣/٤٢ منه بقوله: "يعفى من العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، كل من بادر من الجناة أو الشركاء إلى إبلاغ السلطات القضائية أو السلطات العامة بما يعلمه عنها قبل البدء في تنفيذ الجريمة وقبل كشفها. ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة أو التخفيف منها إذا حصل البلاغ بعد كشف الجريمة وقبل التصرف في التحقيق فيها؛ إذا مكن الجاني أو الشريك- في أثناء التحقيق- السلطات المختصة من القبض على مرتكبي الجريمة الآخرين، أو علي ضبط الأموال موضوع الجريمة، أو أعان أثناء البحث والتحقيق فيها على كشف الحقيقة فيها، أو علي القبض علي مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة. ولا يخل حكم هذه المادة، بوجود الحكم برد المال المتحصل من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

## المطلب الثاني

### الظروف المشددة للعقوبة المقررة للجاني

تتمثل أغلب الظروف المشددة لعقوبة الابتزاز الالكتروني في ظرفين ينحصر أولهما في مضمون التهديد بوصفه وسيلةً لابتزاز الالكتروني وهما: التهديد بالعنف، والتهديد بالإفشاء والتشهير، ويتمثل ثانيهما في أطراف التهديد. وفيما يلي بيان ذلك:

(1) Cass., QPC, 7 mai 2010, n<sup>os</sup> 09-86.425 et 10-90.034.

## الفرع الأول

### تشديد العقاب حسب موضوع التهديد

تنص المادة ٣١٢-٢ من قانون العقوبات الفرنسي على الظروف المشددة لعقوبة الابتزاز، حيث تنص على أن: "يعاقب الابتزاز بالسجن لمدة ١٠ سنوات و ١٥٠ ألف يورو غرامة في خمس حالات هي:

١- إذا سبقه، أو رافقه أو تلاه عنف على أشخاص آخرين مما تسبب في T.T.I. لمدة تصل إلى ٨ أيام.

٢- إذا ارتكبت على شخص في حالة ضعف، بسبب السن أو المرض أو العجز البدني أو العقلي أو الحمل، وكان واضحاً أو معروفاً لدى الجاني.

٣- عندما يرتكب على أساس الانتماء الحقيقي أو المتصور للضحية، أو عدم انتمائها إلى مجموعة إثنية معينة أو أمة أو عرق أو دين أو ميول جنسية، سواء كانت حقيقية أو مفترضة.

٤- عندما يرتكبها شخص يخفي كلياً أو جزئياً وجهه حتى لا يتم التعرف عليه.

٥- عندما يرتكب في مؤسسات تعليمية، وفي وقت دخول أو خروج التلاميذ أو في وقت قريب جداً منهم، أو في محيط هذه المؤسسات.

وتعاقب المادة ٣١٢-٣ من قانون العقوبات الفرنسي بالسجن ١٥ عاماً وغرامة قدرها ١٥٠،٠٠٠ يورو عندما يسبقه، أو يرافقه أو يليه العنف ضد الآخرين مما يؤدي إلى عجز لأكثر من ٨ أيام

وتعاقب المادة ٣١٢-٤ من قانون العقوبات الفرنسي بالسجن ٢٠ عاماً وغرامة قدرها ١٥٠،٠٠٠ يورو إذا أدى العنف إلى تشويه دائم أو عجز

وتعاقب المادة ٣١٢-٥ من قانون العقوبات الفرنسي بالسجن ٣٠ عاماً وغرامة قدرها ١٥٠،٠٠٠ يورو عندما يرتكب باستخدام أو التهديد باستخدام سلاح أو شخص يحمل سلاحاً بدون ترخيص أو الاستخدام المحظور.



وتعاقب المادة ٣١٢-٦ من قانون العقوبات الفرنسي بالسجن ٢٠ عامًا وغرامة قدرها ١٥٠،٠٠٠ يورو عندما يرتكب الابتزاز من قبل عصابات منظمة (الفقرة الأولى)؛ ويتم زيادة السجن المشدد لمدة ٣٠ عامًا، عندما يسبق الابتزاز المرتكب من قبل جماعة منظمة، أو يرافقه أو يليه عنف على أشخاص آخرين، ويتسبب في تشويه أو عجز دائم، وتكون العقوبة السجن مدى الحياة عندما يرتكب الابتزاز في قبل عصابات منظمة باستخدام أو تهديد سلاح.

وتعاقب المادة ٣١٢-٧ من قانون العقوبات الفرنسي بالسجن المؤبد وغرامة قدرها ١٥٠،٠٠٠ يورو عندما يعاصر العنف أو يليه عنف يتسبب في الموت أو التعذيب أو أعمال همجية.

وتنص المادة ٣١٢-١١ من قانون العقوبات الفرنسي على تشديد عقوبة الابتزاز عندما يضع مرتكب الابتزاز تهديده موضع التنفيذ.

ويلاحظ من النصوص سالفة الذكر، أن المشرع الفرنسي كان أكثر تشددًا في مواجهة ذلك الفعل، حيث أخذ بالعقوبات السالبة للحرية متمثلة في السجن الذي لا يقل عن خمس سنوات، والغرامة التي لا تقل عن ٧٥٠٠٠ يورو، وذلك على عكس بقية التشريعات الأخرى التي تخففت في العقوبة المقررة لذلك الفعل، حيث عاقب المشرع المصري بعقوبة سالبة للحرية فقط مدة لا تزيد على ٥ سنوات، ولا تقل عن ثلاث سنوات؛ لأنه ذكر لفظ السجن، ولم يأخذ المشرع المصري بالعقوبات المالية

وتنص المادة ٣٧٥ مكررا من قانون العقوبات المصري المضافة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١١م على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد واردة في نص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة كل من قام بنفسه أو بواسطة الغير باستعراض القوة أو التلويح بالعنف أو التهديد بأيهما أو استخدامه ضد المجنى عليه أو مع زوجه أو أحد أصوله أو فروع، وذلك بقصد ترويعه أو التخويف بإلحاق أي أذى مادي أو معنوي به أو الإضرار بممتلكاته أو سلب ماله أو الحصول على منفعة منه أو التأثير في إرادته لفرض السطوة عليه أو إرغامه على القيام بعمل أو حمله على الامتناع عنه أو لتعطيل

تنفيذ القوانين أو التشريعات أو مقاومة السلطات أو منع تنفيذ الأحكام، أو الأوامر أو الإجراءات القضائية واجبة التنفيذ أو تكدير الأمن أو السكينة العامة، متى كان من شأن ذلك الفعل أو التهديد إلقاء الرعب في نفس المجنى عليه أو تكدير أمنه أو سكينته أو طمأنينته أو تعريض حياته أو سلامته للخطر أو إلحاق الضرر بشيء من ممتلكاته أو مصالحه أو المساس بحريته الشخصية أو شرفه أو اعتباره

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات إذا وقع الفعل من شخصين فأكثر، أو باصطحاب حيوان يثير الذعر أو بحمل أية أسلحة أو عصى أو آلات أو أدوات أو مواد حارقة أو كاوية أو غازية أو مخدرات أو منومة أو أية مواد أخرى ضارة، أو إذا وقع الفعل على أنثى، أو على من لم يبلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة.

ويقضى فى جميع الأحوال بوضع المحكوم عليه تحت مراقبة الشرطة مدة مساوية لمدة العقوبة المحكوم بها.

وتنص المادة ٣٧٥ مكررا(أ) من قانون العقوبات على أن: "يضاعف كل من الحدين الأدنى والأقصى للعقوبة المقررة لأية جنحة أخرى تقع بناءً على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها فى المادة السابقة، ويرفع الحد الأقصى لعقوبتى السجن والسجن المشدد إلى عشرين سنة لأية جنائية أخرى تقع بناءً على ارتكابها.

وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن إذا ارتكبت جناية الجرح أو الضرب أو إعطاء المواد الضارة المفضى إلى موت المنصوص عليها فى المادة (٢٣٦) من قانون العقوبات بناءً على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها فى المادة السابقة، فإذا كانت مسبقة بإصرار أو ترصد تكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد.

وتكون العقوبة الإعدام إذا تقدمت الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣٧٥ مكررا أو اقترنت أو ارتبطت بها أو تلتها جناية القتل العمد المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة (٢٣٤) من قانون العقوبات.

وأحياناً، يتوافر التعدد المعنوي بين الرشوة والابتزاز<sup>(١)</sup>، فالموظف الذي يهدد بالامتناع عن القيام بعمل إلا بعد الحصول على مبلغ مالي معين، هنا تتعدّد مسؤوليته عن الفعل الأشد؛ لأن طلبه اقترن بتهديد.

وتنص المادة ١٦ / ٢ من القانون الإماراتي رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن: ".....وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بإسناد أمور خادشة للشرف أو الاعتبار.

وبالنسبة للمشرع الكويتي، تنص المادة ٤/٣ من القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥م المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تتجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

استعمل الشبكة المعلوماتية أو استخدم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله. على القيام بفعل أو الامتناع عنه.

فإذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بما يعدّ مأساً بكرامة الأشخاص أو خادشاً للشرف والاعتبار أو السمعة كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تتجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وتنص المادة ١٨ من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الصادر بالمرسوم السلطاني العماني رقم ١٢ لسنة ٢٠١١م على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني ولا تزيد على ثلاثة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة المعلوماتية، أو وسائل تقنية المعلومات في تهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو امتناع ولو كان هذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً، وتكون العقوبة السجن المؤقت مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وغرامة لا تقل عن

(١) د. غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" جرائم الاعتداء على المصلحة العامة والأموال، مرجع سابق، ص ١١٩-١٢٠.

ثلاثة آلاف ريال عُمانى ولا تزيد على عشرة آلاف ريال عمانى إذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بإسناد أمور مخلة بالشرف أو الاعتبار.

ويلاحظ هنا أن هذه التشريعات شددت العقاب على من يهدد آخر لحمله على شئ بارتكاب جناية أيًا كان نوعها، أو بإسناد أمور خادشة للشرف والاعتبار، والحكمة من تخصيص هذا النوع الأخير من الجرائم يعود لخطورتها الاجتماعية، وما تحدثه من فرقة واضطراب داخل المجتمع

## الفرع الثاني

### تشديد العقاب حسب أطراف التهديد

شدد المشرع المصري العقاب على الابتزاز، حسب أطرافه سواء أكان الجاني، أم المجنى عليه موظفًا عامًا، حيث تنص المادة ٣٠٩ مكررا (أ) على أن: "يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً مُتحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن.

ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التى تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه. ويعاقب بالسجن الموظف العام الذى يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته.

وقد شدد المشرع العقاب إذا كان الفاعل موظفًا عامًا ارتكب هذه الجريمة اعتماداً على سلطة وظيفته، حتى لا تكون الوظيفة العامة سوط عذاب، يجلد بها الموظف كل فرد حصل على أسراره لابتزازه.

وتنص المادة ١٣٧ مكررا أ: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين كل من استعمل القوة أو العنف أو التهديد مع موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ليحمله بغير حق على أداء عمل من أعمال وظيفته أو على الامتناع عنه ولم يبلغ بذلك مقصده، فإذا بلغ الجانى مقصده تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين.

وتكون العقوبة السجن فى الحالتين إذا كان الجانى يحمل سلاحًا.

وتكون العقوبة السجن المشدد إلى عشر سنين إذا صدر من الجاني ضرب أو جرح نشأ عنه عاهة مستديمة.

وتكون العقوبة السجن المشدد إذا أفضى الضرب أو الجرح المشار إليه في الفقرة السابقة إلى الموت

وتختلف هذه الجناية عن الابتزاز في أنها تتطلب شرطاً مسبقاً في المجنى عليه وهو أن يكون موظفاً عاماً، وأن يكون التهديد لحمله على القيام بعمل غير مشروع، أو الامتناع عن عمل مشروع، على عكس الابتزاز لا يتطلب أن يكون المجنى عليه موظفاً عاماً فهو يقع على الموظف العام والفرد العادي، ويقع حتى لو كان بقصد القيام بفعل مشروع.

وهو ما لم يتوافر في هذه الجريمة، حيث لا تقع إن استخدم التهديد لحمل الموظف العام على القيام بعمل مشروع، وحمله على أداء عمل من أعمال وظيفته. وقد ذكر المشرع ظروف مشددة للعقوبة في هذه الجريمة.

كما شدد المشرع الإماراتي العقاب عندما يرتكب الابتزاز في مواجهة موظف عام، حيث تنص المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات الاتحادي على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل من استعمل القوة أو العنف أو التهديد مع موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بنية حمله بغير حق على أداء عمل من أعمال وظيفته أو على الامتناع عنه ولم يبلغ بذلك مقصده، فإذا بلغ مقصده تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة . وهنا أيضاً رغب المشرع في حماية الموظف العام من كل اعتداء، لحمله على القيام بعمل، أو الامتناع عنه سواء أكان مشروعاً، أم لا.

وبالنسبة للمشرع الأمريكي فقد عاقب في المادة ٨٧١ قانون العقوبات والإجراءات الجنائية الاتحادي 18 U.S. CODE CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE في الفصل ٤١ من الباب الأول منه والمتعلق بالابتزاز والتهديد على عقاب بالغرامة، أو السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات، أو كليهما كل من مارس ابتزازاً على رئيس الولايات المتحدة، أو نائب الرئيس المنتخب. وتعاقب المادة ٨٧٩ من قانون العقوبات الأمريكي بنفس العقوبة كل من وجه تهديداً لرئيس سابق، أو ابتزره.

وتتص المادة ٨٧٨ من قانون العقوبات الأمريكي بالتهديدات والابتزاز ضد

المسؤولين الأجانب، والضيوف الرسميين، أو الأشخاص المحميين دوليًا على أن:

- ١- يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات، أو كلاهما، كل من هدد عن علم وبعمد بانتهاك المادة ١١٢ أو ١١١٦ أو ١٢٠١ أو بالسجن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات.
- ٢- كل من ارتكب أي انتهاك للفقرة الفرعية (أ) أو مخالفة فعلية للبند ١١٢ أو ١١١٦ أو ١٢٠١ يجعل أي طلب ابتزاز يتم تغريمه بموجب هذا اللقب أو السجن لمدة لا تتجاوز عشرين عامًا أو كليهما.

٣- لأغراض هذا القسم، يكون "الموظف الأجنبي" و "الشخص المحمي دوليًا" و "مواطن الولايات المتحدة" و "الضيف الرسمي" له نفس المعاني التي وردت في المادة ١١١٦ أ من هذا العنوان.

- ٤- إذا كان ضحية جريمة بموجب البند الفرعي (أ) شخصًا محميًا دوليًا خارج الولايات المتحدة، يجوز للولايات المتحدة أن تمارس اختصاصها على الجريمة إذا كان (١) الضحية ممثلًا أو ضابطًا أو موظفًا أو وكيلًا (٢) يكون الجاني من رعايا الولايات المتحدة، أو (٣) يتم العثور على الجاني بعد ذلك في الولايات المتحدة. وكما هو مستخدم في هذا القسم الفرعي، فإن الولايات المتحدة تشمل جميع المناطق الخاضعة لولاية الولايات المتحدة بما في ذلك أي من الأماكن المنصوص عليها في أحكام المادتين ٥ و ٧ من هذا الباب، والمادة ٤٦٥٠١ (٢) من العنوان ٤٩.

ونهايةً يتعين إصدار المشرع المصري قانون عن الجرائم الالكترونية وأهمها الابتزاز الالكتروني، أو النص مباشرة على جريمة الابتزاز في قانون العقوبات المصري على أن يكون نصها كالتالي: يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات كل من هدد غيره بالعنف، أو بإفشاء أمور أو نسبتها لا يرغب في اطلاع أحد عليها وكان التهديد مصحوبًا بطلب أو بتكليف بأمر، سواء كان هذا الطلب أو الأمر مشروعًا، أو غير مشروع. ويعاقب على الشروع في ذلك بالحبس، ويعاقب بالسجن كل من توافر في حقه أحد الأمور الآتية دون الإخلال بأي عقوبة أشد:

- أ - من كان موظفًا عامًا وتوصل إلى هذه الأمور بحكم وظيفته.
- ب- من استعمل وسيلة إلكترونية في تنفيذ تهديده.
- ج- من وضع تهديده موضع التنفيذ.
- د- من لحقه ضرر مادي عند تنفيذ التهديد.
- هـ- إذا كان المجنى عليه من الفئات المستضعفة مثل: النساء، أو الأطفال، أو ذوى الاحتياجات الخاصة.
- و- من كان مؤتمناً على أسرار المجنى عليه بحكم عمله، أو يطلب المجنى عليه.
- ز- ممارسة الابتزاز من قبل جماعة إجرامية.
- ح- إذا كان التهديد بجناية أو بإفشاء أو نسبة أمور مخدشة بالشرف.
- ط- إذا اتخذ السلوك الإجرامي صورة الاعتياد أو تكرر لأكثر من مرة.

### المبحث الثالث

#### العقوبة المقررة عند أداء مقابل غير مشروع

تمهيد وتقسيم:

قد يتمثل طلب الجاني من المجنى عليه في ارتكاب فعل غير مشروع (جريمة)، فنكون أمام جريمتين، الجريمة الأولى هي: الابتزاز من قبل الجاني، والثانية الجريمة التي تم تنفيذها من قبل المجنى عليه، كمن يهدد محامياً بإفشاء معلومات محرجة عنه مالم يفش له سرًا مهنيًا معينًا، ولما كان قد سبق تناول عقوبة الجاني عن الابتزاز، فإن تناول ذلك المبحث سيقصر على بيان وتحديد المسؤولية الجنائية عند قيام المجنى عليه بتنفيذ الجريمة. سواء بالنسبة للجاني، أم المجنى عليه. وفيما يلي بيان ذلك:

#### المطلب الأول

##### العقوبة المقررة

##### للمجنى عليه عند تنفيذ طلب غير مشروع

لما كان الابتزاز هو إجبار الشخص على القيام بعمل، أو الامتناع عنه دون إرادته، خشية إيذائه هو أو شخص عزيز عليه، فإن ذلك يشكل إكراهًا معنويًا يعد سببًا لامتناع

مسئوليته الجنائية، إن توافرت شروطه، وأسبابه، أما إذا تخلف أحد هذه الشروط، فإن المجنى عليه هنا يسأل عن ذلك الفعل الذي مارسه، أو امتنع عن ممارسته. وفيما يلي بيان ذلك:

## الفرع الأول

### امتناع المسؤولية الجنائية للمجنى عليه

لما كان التهديد الذي يمارسه الجاني يمثل السلوك الإجرامي في جريمة الابتزاز الالكتروني، ويشكل عدواناً على حرية الفرد واختياره، فيشكل امتهاً لكرامته<sup>(١)</sup>؛ مما يؤثر على مسئوليته الجنائية<sup>(٢)</sup>؛ لكونه إكراهاً معنوياً يتوافر إذا كان هناك تهديد بإيقاع أذى بالشخص المُهدد، أو ماله، أو سمعته، أو بشخص عزيز عليه<sup>(٣)</sup>، ويرى البعض<sup>(٤)</sup> أن الإكراه المعنوي هو: تهديد المجنى عليه بالإحاق شر مستطير بنفسه أو ماله أو سمعته أو بشخص عزيز لديه، ومن ثم فلا يقع بالوعد بتحقيق مزايا، أو منافع. وأياً كان الأمر فإن الابتزاز الالكتروني يشكل إكراهاً معنوياً، في حين يرى البعض<sup>(٥)</sup> أن الإكراه المعنوي هو التأثير على إرادة المجنى عليها من خلال الضغط عليها نفسياً سواء من خلال التهديد بالإيذاء البدني أو المعنوي، أو التأثير عليه معنوياً من خلال استغلال ضعفها وحاجتها للمال من خلال وعداها بتلقي مبالغ مالية أو مزايا.

والتهديد، انتهاك لحق الفرد في الرفاه العاطفي (الاطمئنان النفسي)؛ لأن القانون الجنائي يهتم بالرفاهية العاطفية للأشخاص في المقام الأول، فهو يسعى إلى حماية الناس من إحاق ضرر متعمد بمصالحهم القيمة، خصوصاً أن الرفاه العاطفي يحظى بتقدير كبير من قبل معظم الناس؛ لذا فهو يستحق الحماية من قبل المشرع مثله مثل بقية الحقوق، والمصالح الأخرى مثل: الحق في الحياة، والسلامة الجسدية، والأسرة، والحرية، والملكية، فالقانون الجنائي يحمي الناس من إحاق ضرر متعمد بهذه المصالح في شكل

(١) تنص المادة ٥١ من الدستور المصري على أن: "الكرامة حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها".

(٢) يقول صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز عن أمته الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

(٣) د. أحمد فتحي سرور، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" مرجع سابق ص ٢٣٨.

(٤) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٥) د. محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ١٠.



قوانين جنائية ضد القتل، والقتل الخطأ، والاعتصاب، والاختطاف، والحجز غير المشروع، والسرقة، فالرفاه العاطفي عمومًا ذو قيمة عالية لدى أصحابه، إن لم يكن في كثير من الحالات أهم من الحق في الحياة، والسلامة الجسدية، والأسرة، والحرية، والممتلكات، وكثير من الناس يفضلون التخلي عن أموالهم، دون الاعتداء على رفاههم العاطفي أي حرية إرادتهم، واختيارهم؛ لهذا السبب، توجد قوانين ضد التشهير، ونشر معلومات كاذبة ومدمرة للسمعة، أو حتى معلومات صحيحة<sup>(1)</sup>. وإن كان ذلك يتمثل في تجريم أي فعل يشكل عدوانًا على الرفاه العاطفي؛ فإنه أيضًا على الجانب الآخر تمتع المسؤولية الجنائية حال تعرض الفرد لتهديد يؤثر على إرادته؛ لأن مثل هذه التهديدات، أو الأنشطة تولد قلقًا ومضايقات شديدة للغاية تعيب الإرادة<sup>(2)</sup>؛ لأن الضحية يكون بين خياران أحدهما مر إما يقبل طلبات الجاني، فيقع في مسلسل من الابتزاز لا تنتهي حلقاته، أو يرفض طلباته فيواجه الفضيحة والعار، أو إلحاق الأذى به أيًا كانت صورته مما يدفعه أحيانًا إلى الانتحار<sup>(3)</sup>؛ خصوصًا إذا كان الابتزاز الإلكتروني، فالانترنت الذي بدأت شبكته تعمل في الستينات كمشروع لوزارة الدفاع الأمريكية، لم يكن يتخيل صانعوه أنفسهم أن يكون بتلك الصورة<sup>(4)</sup>؛ لذا فإن تهديد الضحية بنشر أسرارها الماسة بالشرف والاعتبار يشكل ضغطًا هائلًا على إرادته؛ لسرعة انتشارها وتفاعل الجمهور معها<sup>(5)</sup>، فيدفعه ذلك إلى تسليم أمواله، أو قيامه بالفعل المطلوب، أو امتناعه عما يجب عليه أداءه.

(1) Ken levy, The Solution to the Real Blackmail Paradox: The Common Link Between Blackmail and Other Criminal Threats, 39 Conn. L. Rev. 1051 2006-2007, p.1051: 1069.

(2) James Lindgren, In Defense of Keeping Blackmail a Crime: Responding to Block and Gordon, 20 LoY. L.A. L. REv. 35, 1986, p.41.

(3) وهذا يذكرنا بقصة الشاب البريطاني "دانيال بيرري" البالغ من العمر ١٧ عامًا الذي أقدم على الانتحار بعد وقوعه في فخ عصابة ابتزاز من القلبيين وتهديدهم له بنشر صورته ومقاطع فيديو له على الإنترنت إذا لم يتم تحويل مبالغ مالية لهم، مما جعله يفضل الانتحار؛ لذلك فالرقابة خير من العلاج

(4) G. Peter Albert, Jr., Right on the Mark: Defining the Nexus Between Trademarks and Internet Domain Names, 15 j. marshall j. computer & info. l. 277, (1997), p.278.

(5) Michael Slade, Kenneth Russell, High-Tech Espionage, 3 Y.B. L. Computers & Tech. 252, 1987, pp.252:253.

وبناءً على ذلك، فإن الابتزاز من أفضح الجرائم، بسبب تعمدتها بدم بارد، وتكرارها تعذيب الضحية، وتتبع خطورة الابتزاز من علاقة الهيمنة المستمرة على الضحية لسلب إرادته، وجعله في حكم المكره على ارتكاب جريمة لا يرغب في ارتكابها<sup>(١)</sup>، وبالتالي لا تتم مسئولية المجنى عليه عن الجريمة التي ارتكبها. ويرجع ذلك إلى عدم توافر شروط قيام الركن المعنوي، حيث يتعين أن يكون الشخص قد مارس نشاطه بإرادة حرة واعية، وبالتالي عندما يباشر الفعل تحت تأثير ذلك الإكراه فإن إرادته غير متوافرة، مما ينفي الركن المعنوي في الجريمة<sup>(٢)</sup>، وتنص المادة ١٢٢-٢ من قانون العقوبات الفرنسي على ذلك بقولها: "لا يُسأل جنائياً الشخص الذي يتصرف تحت ضغط قوة أو إكراه لا يملك مقاومته".

ولما كان الإكراه المعنوي قريب من حالة الضرورة، لأن الفاعل في كل منهما يستطيع عدم ارتكاب الجريمة، وذلك مقابل تحمله الأضرار التي تحدث به، وهذا ما يعني أن الإكراه المعنوي وحالة الضرورة لهما أثر نسبي وهو تعيب الإرادة، وليس إعدامها، وإن كان مقدار الحرية التي يملكها المكره لا يذكر، مما دفع المشرع المصري إلى الجمع بينهما في المادة ٦١ من قانون العقوبات وعدهما بمعنى واحد، حيث تنص على أنه: "لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

وعلى الرغم من ذلك توجد بينهما اختلافات كثيرة، أهمها: يصدر الإكراه المعنوي من إنسان، كما أنه قد يتوافر لسبب داخلي كالخوف أو الضيق العاطفي الذي يولد الرغبة في الانتقام، أو الاعتقاد الخاطيء<sup>(٣)</sup>، على عكس حالة الضرورة قد يكون مصدرها إنسان أو الطبيعة، كما أن الإكراه المعنوي لا يكون إلا عمدياً على عكس

(1) Stephen E. Sachst, Saving Toby: Extortion, Blackmail, and the Right To Destroy, 24 Yale L. & Pol'y Rev. 251 2006, p.251:260.

(٢) د. محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية ٢٠١٥م، ص ٨٩٥.

الضرورة قد تنشأ عن فعل إنسان سواء أكان عمدياً، أم غير عمدي، فالجريمة التى ترتكب بوصفها نتيجة لحالة الضرورة لم تكن حاضرة فى ذهن فاعلها، على عكس الإكراه المعنوي الجريمة التى يرتكبها المكره غالباً تكون نتيجة تفكير وبالتالي فهى حاضرة فى ذهن فاعلها. ويترتب على الإكراه المعنوي انعقاد المسؤولية الجنائية للمكره، أما فى حالة الضرورة فلا توجد مسؤولية جنائية على أحد، كما يختلف كل منهما عن الآخر فى اشتراط التناسب، فالتناسب لازم فى الضرورة، وغير لازم فى الإكراه المعنوي<sup>(١)</sup>، كما تتطلب الضرورة أن يكون الخطر أشد جسامه.

والواقع أن هذه الاختلافات تجعل شروط حالة الضرورة تختلف عن شروط الإكراه المعنوي المانع للمسؤولية الجنائية، وهو ما ذهب إليه بعض الفقه أيضاً<sup>(٢)</sup>، ومن ثم فالتهديد فى الابتزاز يشكل إكراهاً معنوياً، وليس حالة ضرورة.

## الفرع الثانى

### شروط التهديد المانع للمسؤولية الجنائية

لما كان التهديد الذى تقع به جريمة الابتزاز، له طبيعة خاصة؛ لكونه يؤثر على حرية الفرد واختياره<sup>(٣)</sup>، فإنه لا يُعد مانعاً للمسؤولية الجنائية إلا إذا توافرت فيه شروط معينة وهى:

أولاً- جسامه الخطر:

يشترط فى التهديد بوصفه سلوكاً إجرامياً فى جريمة الابتزاز، أن يكون مضمونه الإضرار بالفرد، أو بشخص عزيز لديه، أيًا كان محل هذا الإضرار ماله، نفسه، مركزه الوظيفي، أو أي شيء يترتب على المساس به الإضرار بالشخص، ولم يتطلب المشرع شروطاً معينة فى الخطر الذى يتعرض له المكره، بل يكفي مجرد تعرضه لضغط جسيم على

(١) د. زكي إبراهيم أخنوخ، حالة الضرورة فى قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٦٩م، ص ١٥٩.

(٢) د. نون أحمد الرجيو، النظرية العامة للإكراه والضرورة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٦٨م، ص ٣٦٥.

(٣) تنص المادة ٥٤ من الدستور المصري على أن: "الحرية الشخصية حق طبيعي، وهى مصونة لا تُمس....."؛ وتنص المادة ٩٢ من ذات الدستور على أن: "الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً. ولا يجوز لآى قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها.

إرادته يؤدي إلى تجريده تمامًا من حرية الاختيار (١)، ويستوي أن يكون موضوع التهديد الذي يقع به الركن المعنوي جريمة أم لا؛ بل قد يكون مضمون التهديد أمرًا مشروعًا.

واشترطت جسامته الخطر في الإكراه المعنوي الناتج عن الابتزاز الإلكتروني أمر يتفق مع المنطق؛ لأن ما يقوم به المجنى عليه في الابتزاز من فعل غير مشروع يكون لدرء الأذى الذي يتهدده، فيحتمى نفسه ويضر غيره البريء، وهذا أمر غير منطقي، بل يتعين أن يكون الخطر الذي يتهدده أشد جسامته من الفعل المطلوب منه إتيانه، أو الامتناع عنه؛ لأنه ليس مقبولاً من الإنسان أن يمنع الإيذاء عن نفسه ويوقعه بغيره ثم لا يُسأل جنائياً، أو ينتهك أحكام القانون التي تعاقب على أفعال محددة، فلا يكفي أن يكون التهديد مقلّماً أو مزعجاً، بل لا بد أن يكون جسيماً، ويحدث الرعب والفرع في نفس الضحية (٢).

وأكدت محكمة النقض المصرية ذلك صراحة بقولها إنه: "لا يسوغ من المتهم القول باضطرابه إلى ارتكاب الجرم انصياعاً لرغبة رؤسائه في العمل حتى يستروا على ما ارتكبه ما دام أن أفعال الاختلاس والتزوير والاستعمال التي أتاها من قبل عمداً واتجهت إليها إرادته واستمر موعلاً في ارتكابها وانتهت المحكمة إلى إدانته بها- هي أعمال غير مشروعة ونية الإجرام فيها واضحة مما لا يشفع للمتهم ما يدعيه من عدم مسئوليته (٣).

كما قالت محكمة النقض في حكم آخر: "إن ما ينعاه الطاعن بدعوى أنه أكره على إصدار الشيكات موضوع التهمة وأنه إنما أصدرها مضطراً لتقبل الشركة تمويل عملية التوريد، مردود بأن الإكراه بمعناه القانوني غير متوافر في الدعوى؛ لأن الشركة قد استعملت حقاً خولها إياه القانون فلا تثريب عليها في ذلك (٤).

(١) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم العام"، مرجع سابق، ص ٨٩٦.

(2) Court of Appeals of Kansas 46 kan. app. 2d 601; 265 p.3d 1175; 2011 kan. app. lexis 147, state of kansas, appellee, V. George James brooks, iii, appellant. no. 102,452

(٣) نقض جنائي، طعن ١٩١٣ رقم لسنة ٣٨ ق، جلسة ٦ يناير ١٩٦٩م، القاعدة رقم ٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٠، الجزء ١، ص ٢٤.

(٤) نقض جنائي، طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٣ ق، جلسة ١١ فبراير ١٩٧٤م، القاعدة رقم ٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٥، الجزء ١، ص ١١٩.

كما أكدت ذات المحكمة أنه: "إذا كان الحكم قد ذهب إلى أن تهديد المطعون ضدهم بالوضع تحت الحراسة وأيلولة أرضهم للإصلاح الزراعي يعد حالة ضرورة معفية من العقاب مع أنه انصب على المال فحسب، فإنه يكون قد انطوى على تقرير قانوني خاطئ؛ لأن حالة الضرورة تستلزم أن يكون الخطر مما يهدد النفس<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن الإضرار بعلاقة الزوجية، أو الروابط الأسرية، أو الروابط الوظيفية يؤثر على إرادة الشخص ويعيبها، فإن ذلك لا يبرر له ارتكاب جريمة في سبيل صونها؛ لأن ذلك يصطدم بشرط أساسي في الفعل المرتكب لدرء الاعتداء أن يكون متناسبًا مع الخطر الذي يهدد الشخص، فعلاقة الزوجية أو علاقة النسب في ذاتها لا تصلح سندًا للقول بقيام الضرورة الملجئة إلى ارتكاب الجرائم أو خرق محارم القانون ويكون منعى الطاعن في هذا الشأن غير سديد<sup>(٢)</sup>.

وتقدير جسامة الخطر أمر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وتؤكد ذلك محكمة النقض بقولها إنه: "الفصل في الواقع الذي يتوافر به الإكراه أو الضرورة هو من الموضوع، يستقل به قاضيه بغير معقب<sup>(٣)</sup>.

وتتطلب المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري أن يكون الخطر جسيمًا على النفس، والمقصود بالخطر على النفس هو مفهوم النفس الواسع الذي يشمل حق الإنسان في الحياة، وفي السلامة، وحقه في الحرية، وحقه في الشرف والاعتبار، فأى تهديد بإلحاق أذى بمثل هذه الحقوق يشكل إكراهًا تمتع من خلاله المسؤولية. والواقع أن النص يغفل الخطر الذي يهدد المال وهو أمر محل نقد، فمن يرتكب جريمة لحماية ماله يكون محلًا للمسئولية الجنائية. وقضت محكمة النقض المصرية أنه: "لما كان الحكم قد انطوى فيما ذهب إليه من امتداد الضرورة المعفية من العقاب إلى حالة الخطر الذي يهدد المال

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق، جلسة ٢٧ مارس ١٩٧٢م، القاعدة رقم ١٠٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٣، الجزء ١، ص ٤٧٩.

(٢) نقض جنائي، طعن رقم ٩٦٧٩ لسنة ٦١ ق، جلسة ١٣ أبريل ١٩٩٤م، القاعدة رقم ٥٢، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤٤، الجزء ١، ص ٣٧٩.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ٨٠٢ لسنة ٣٩ ق، جلسة ١٣ أكتوبر ١٩٦٩م، القاعدة رقم ٢٠٠، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٠، الجزء ٣، ص ١٠٢٧.

- على فهم خاطئ لأحكام حالة الضرورة وشروطها، فإنه يكون قد تردى فى خطأ تطبيق القانون<sup>(١)</sup>؛ لذا لا بد من تعديل تشريعى يتعلق بامتناع المسؤولية الجنائية عند توافر الإكراه بنوعيه فى حق مرتكب الجريمة؛ لعجز نص المادة ٦١ على مواجهة جميع الحالات؛ ووضع نص خاص يقرر امتناع مسؤوليته الجنائية، والاعتداد بصفة المجنى عليه كمانع من موانع المسؤولية الجنائية، وقد أخذ المشرع المصري بذلك فى قانون الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦ م، حيث تنص المادة ٢ منه على أنه: "لا تترتب أية مسؤولية جنائية أو مدنية على المهاجر المهرب عن جرائم تهريب المهاجرين المنصوص عليها فى هذا القانون.

ولا يعتد برضاء المهاجر المهرب أو برضاء المسئول عنه أو متوليه فى جرائم تهريب المهاجرين المنصوص عليها فى هذا القانون.

وأقر ذلك قانون من قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م فى المادة ٢١ منه بقوله: "لا يعد المجنى عليه مسئولاً مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنياً عليه".  
ثانياً- قدرة الجانى على تنفيذ ما يهدد به:

يصدر الإكراه المعنوي من إنسان على عكس الإكراه المادي، وحالة الضرورة، وبالتالي فهو يتفق فى ذلك مع الدفاع الشرعي، ومن ثم فإن امتناع المسؤولية الجنائية للمجنى عليه فى جريمة الابتزاز، تتطلب أن يثبت فى قناعته قدرة الجانى على تنفيذ تهديده، سواء أكان ذلك فى الحال، أم المستقبل، فالدفع بإمكانية اللجوء للسلطات العامة أمر غير مقبول هنا، فقد يكون من ضمن الطلبات المقترنة بالتهديد عدم تبليغ السلطات، فالمبتز الذى يهدد امرأة بإصابتها فى وجهها إن لم تسرق مبلغاً مالياً من زوجها، أو لم تقم بذلك وأبلغت السلطات، فلا شك أن مثل ذلك التهديد سيدفع المرأة إلى التقاعس عن التبليغ لو كان فى وسعها خوفاً منه، ومع ذلك تبقى إرادتها معيبة، وهنا يختلف الوضع

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٥ ق، جلسة ٢ نوفمبر ١٩٧٥م، القاعدة رقم ١٤٧، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٦، الجزء ١، ص ٦٧٥؛ نقض جنائي، طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٣ ق، جلسة ١١ فبراير ١٩٧٤م، القاعدة رقم، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٥، الجزء ١، ص ١١٩.

عندما يخير المجنى عليه بين فعل مشروع، وغير مشروع، فإنه يجب عليه القيام بالفعل المشروع، وإن ارتكب غير المشروع يُسأل جنائياً عنه؛ لأن ذلك الفعل ليس لازماً، كما أن الخيار بين الاعتداء على النفس، أو المال يجب أن يتجه نحو المال، وليس النفس.

كما لا يقبل القول هنا أيضاً بأن إمكانية اللجوء للسلطات العامة تنفي الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup>؛ لأن الاعتداء اللازم للدفاع لم تتوافر شروطه، على عكس الأمر هنا، فبمجرد التهديد تفسد الإرادة، وبالتالي يمكن للشخص أن يبلغ السلطات ويتحمل عاقبة الأمر، وهو نفس الاختيار، فيمكنه الامتناع عن تنفيذ الجريمة المطلوبة منه ويتحمل الأمر، إذا استوى الاثنان معاً، وبالتالي القول بها لا لزوم له.

والسبب في امتناع المسؤولية في حالة الإكراه المعنوي الناتج عن الابتزاز، هو الرعب والفرع الذي يصيب المجنى عليه من تنفيذ المهدد لما يريده، وبالتالي فالفكرة ليست في حلول الخطر، وإنما في قدرة المهدد على تنفيذ تهديده سواء الآن، أو بعد ذلك من خلال التهديد باستمراره، وقد يكون على وشك الوقوع، ولكنه حتماً سيقع، والجاني قادر على إيقاعه، فيتحقق الإكراه المعنوي في الابتزاز؛ فمثلاً من يهدد فتاة بإفشاء صورها الشخصية في وضع مخل على مواقع التواصل الاجتماعي إن لم تسرق محتويات المحل الذي تعمل فيه، فلاشك أن مثل ذلك التهديد يُعد حالاً؛ لأنه قادر على تحقيقه فعلاً بضغطة زر.

والتهديد لا يشترط فيه أن يكون مصحوباً بفعل مادي، أو أن يكون متضمناً اتباع الأمر المهدد به في الحال، بل يكفي مهما كانت وسيلته أن يكون من شأنه تخويف المجنى عليه بحيث يحمله على تسليم المال الذي طلب منه.

ثالثاً- عدم تدخل مرتكب الفعل في حلول الخطر:

جريمة الابتزاز الإلكتروني من الجرائم التي تتم غالباً نتيجة قيام المجنى عليه بفعل أسهم في ارتكاب الجاني لجريمته، كمن يختص فرد بسر شخصي؛ ثم يهدده بإفشائه إن لم يقدّم بسرقة آخر؛ لذا قسم البعض<sup>(2)</sup> الابتزاز إلى أربعة أنواع وهي:

(1) تنص المادة ٢٤٧ من قانون العقوبات المصري على أن: "وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية"

(2) Mitchell N. Berman, The Evidentiary Theory of Blackmail: Taking Motives Into Account, 65 U. CHI. L. REV. 795, 803 (citing michael hepworth, blackmail: publicity

- ١- "ابتزاز المشارك" عندما ينبع الابتزاز من علاقة سابقة بين المبتز وضحية الابتزاز، مثال ذلك عندما تهدد امرأة رجلاً متزوجاً بالكشف عن قضية الزنا المتهمين فيها لزوجته ما لم يوفر لها مبلغاً مالياً<sup>(١)</sup>.
- ٢- "الابتزاز الانتهازي" ويحدث عندما يكتسب الابتزاز المعلومات المخرجة عن الشخص، مثال ذلك الابتزاز الانتهازي عندما يجلس شخص فى شقته يسمع محادثة بصوت عال بين رجل متزوج وعشيقتة، ثم يطلب مالاً من الرجل المتزوج؛ لعدم الكشف عن هذه المعلومات لزوجته<sup>(٢)</sup>.
- ٣- ابتزاز البحث التجارى" عندما يقوم المبتز بإجراء بحوث من أجل ابتزاز الضحية (٣) أية جريمة مما تقدم أو صد الدعوى إلى ارتكاب أية جريمة مما تقدم أو التهديد بها؛ وذلك دون إخلال بأحكام قانون العقوبات. د. مثال ذلك عندما يشك شخص فى أن أحد المتهربين من الضرائب قد رشأ قاضياً، ويبحث الوضع لتحديد ما إذا كان الأمر صحيحاً أم لا، ثم يطالب بمال من القاضي لعدم الكشف عن استنتاجاته للصحافة، والابتزاز التجارى نوع من السطو الالكترونى(٤) أية جريمة مما تقدم أو صد

---

and secrecy in everyday life, 1975, p. 73-77.

- (1) An example of participant blackmail is when a woman in an adulterous affair with a married man threatens to disclose this affair to the man's wife unless he financially provides for her. See Berman, *supra* note 69, at 803.
- (2) An example of opportunistic blackmail is when a person sitting in his apartment overhears a loud conversation between a married man and his mistress, and he then demands money from the married man not to disclose this information to the man's wife. See *id.*
- (3) An example of commercial research blackmail is when a person suspects that an accused tax-evader bribed a judge, researches the situation to determine if it is true or not, and then demands money from the judge not to disclose his findings to the press. See *id.*
- (4) Of course, the cybersquatter may have to perform very little research since many trademark owners (through advertising or goodwill) have made their trademarks part of the common vocabulary. For instance, it is unlikely that Toeppen had to do much (if any) research to discover that Panavision would want to own the domain name "www.panavision.com." See *Panavision Int'l, L.P. v. Toeppen*, 945 F. Supp. 1296 (C.D. Cal. 1996).



الدعوى إلى ارتكاب أية جريمة مما تقدم أو التهديد بها؛ وذلك دون إخلال بأحكام قانون العقوبات د. ، حيث يقوم الأفراد فى تلك الحالة بتتبع الأشخاص، ومعرفة عوراتهم، ومواطن ضعفهم، بتكلفة اقتصادية حقيقية، من أجل أن تدفع لدفنها مرة أخرى.

٤- "الابتزاز الريادى" يحدث عندما يتم الإيقاع بالضحية من خلال امرأة مثلاً، ومن ثم مساومته<sup>(١)</sup>.

ولما كان الضحية قد أسهم بدور فى جريمة الابتزاز الالكترونى من خلال إتاحتها لبعض المعلومات التى يستغلها الجانى فى مواجهته، فهل يؤثر ذلك على مسئوليته عند ارتكابه جريمة؟

الواقع أنه يشترط لامتناع المسئولية فى حالة الضرورة، ألا يكون للمتهم دخل فى حلول الخطر بمعنى ألا يكون المتهم قد تسبب قصداً فى إيجاد حالة تدفعه إلى الوقوع فى خطر ثم يعتدى على حقوق غيره حماية لنفسه على الرغم من علمه، واتجاه إرادته لذلك، وبالتالي فالخطر ليس مفاجأة له وقد أتت تعليقات الحقانية بمثال على ذلك وهو: "المجرم الذى يتفق مع زملاء على ارتكاب جريمة ويتم تنفيذها ثم يحتج بحالة الضرورة على أساس أنه كان يرغب فى العدول عنها، ولكن زملاءه أكرهوه على تنفيذها. فمثل هذا الشخص هو الذى أنشأ بنفسه هذا الخطر فلا يستطيع الاحتجاج بعد ذلك بحالة الضرورة"<sup>(٢)</sup>.

فالمرأة أو الرجل الذى يبعث بصوره الشخصية فى وضع مذل لا يرغب فى أن يطلع عليه أحد إلى آخر عند محادثته معه، ثم يقوم الطرف الأخر باستعمالها بوصفه

(1) For example, when a gossip magazine paid a woman to seduce Gifford and bring him to a hotel room, the magazine had wired the room in order to take pictures of the affair, the magazine would have engaged in entrepreneurial blackmail if it had threatened to publish the pictures unless Gifford paid the magazine a sum of money. See id.

(٢) مشار إلى ذلك المثال عند د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص ٧٤٠، ٧٤١.

وسيلة لابتزازه وتهديده لها بنشرها إن لم ترتكب جريمة، هنا هل يجوز لها الدفع بأنها كانت في حالة إكراه معنوي؟

هنا نفرق بين ما إذا كان الشخص متعمداً ذلك الفعل، فإنه لا يستفيد لأنه تسبب في ذلك، وكان لإرادته دخل في حلول الخطر، وكان يجب عليه أن يتوقع أنه سيتم إفشاء أو التهديد بإفشاء مثل هذه الأمور، وهو الأمر الذي يشكل إهمالاً من جانبه أو رعونة في التعامل مما يعني عدم توافر الإكراه المعنوي في حقه، فليس للمرء أن يرتكب أمراً محظوراً ثم يقارن جريمة في سبيل النجاة مما ارتكبه<sup>(١)</sup>. ويشترط لامتناع المسؤولية الجنائية حال الإكراه المعنوي ألا يكون متوقفاً كنتيجة لخطأ من تعرض له.

أما إذا كان غير متعمد، فإنه يستفيد ويكون في حالة إكراه معنوي حتى ولو كان خطأه بتبصر، فالشخص الذي يقوم بحركات مشينة في منزله وهو يعلم أن تليفونه المحمول في حالة اتصال - مكالمة فيديو - فيستغلها الآخر في ابتزازه، أو من يترك تليفونه في يد آخر بسبب ارتفاع مستوى الثقة، يكون في حالة إكراه معنوي، وإن كان من الممكن أن يُسأل المكره مسؤولية مخففة إذا ثبت أن هناك خطأ بسيطاً من جانب مرتكب الجريمة<sup>(٢)</sup>.

وترى محكمة النقض المصرية أنه: "لما كان من المقرر على مقتضى المادة ٦١ من قانون العقوبات أنه لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ما دام أنه لم يكن لإرادته دخل في حلول هذا الخطر"<sup>(٣)</sup>.

ويشترط بالإضافة إلى الشروط المذكورة، أن يكون الإكراه المعنوي المتمثل في الخوف من إيقاع الإيذاء بالشخص، أو تعزيز لديه هو السبب في ارتكاب الجريمة، وتقوم

(١) نقض جنائي، طعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ ق، جلسة ٦ يناير ١٩٦٩م، القاعدة رقم ٦، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٠، الجزء ١، ص ٢٤.

(٢) د. محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص ١٤٢-١٤٣.

(٣) نقض جنائي، طعن رقم ٦١٣٢٨ لسنة ٥٩ ق، جلسة ٣ يناير ١٩٩١م، القاعدة رقم ٤، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٤٢، الجزء ١، ص ٢١.

المحكمة باستخلاص ذلك<sup>(١)</sup>، ويشترط أن يرتكب الشخص الفعل المجرم لدرء الخطر عن نفسه أو غيره، أما لو كانت لغرض آخر مثل الانتقام من المجنى عليه فلا يتوافر الإكراه.

## المطلب الثاني

### العقوبة المقررة للجاني عند تنفيذ طلب غير مشروع

- تقسيم:

تختلف مسؤولية الجاني، حسب توافر شروط امتناع مسؤولية المجنى عليه من عدمها. وفيما يلي بيان ذلك:

## الفرع الأول

### توافر شروط امتناع المسؤولية الجنائية للمجنى عليه

يترتب على توافر الشروط اللازمة لامتناع المسؤولية الجنائية للمجنى عليه في جريمة الابتزاز الالكتروني عندما يرتكب جريمة، مسؤولية الجاني المبتز، فالمكروه معنويًا لا يسأل عن الجريمة التي ارتكبها فنص المادة ٦١ يبدأ بقوله "لا عقاب" ويسأل القائم بالإكراه المعنوي. وبالتالي يُسأل عن الابتزاز والجريمة التي ارتكبها المبتز؛ لأن القوة التي تمحو الإرادة لدى الشخص لا تؤثر على رابطة السببية فقط، بل تعدم النشاط مما يعني عدم مسؤولية المكروه مرتكب الفعل سواء أكان الإكراه ماديًا أم معنويًا<sup>(٢)</sup>، كما أن الإنسان بلا إرادة وإدراك ما هو

(١) أكدت ذلك محكمة النقض بقولها إنه: "من المقرر أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حوله. ويشترط في حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية الجنائية أن تكون الجريمة التي ارتكبها المتهم هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تساند في قضائه بامتناع مسؤولية المطعون ضده إلى أنه لجأ إلى إقامة البناء بدون ترخيص لضرورة وقاية نفسه وماله بسبب خارج عن إرادته لا بد له فيه ولا في قدرته منعه، وهو تهدم البناء بسبب هبوط الأمطار، فإن هذا الذي اتخذه الحكم أساساً لقضائه ينفي المسؤولية الجنائية لا يصلح في ذاته سبباً للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة إقامة البناء بدون ترخيص وبأن إعادة البناء كانت الوسيلة الوحيدة لدفع خطر حال على النفس أو وشيك الوقوع، وإذا كان الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية الجنائية،

فقد كان يتعين عليه أن يستظهر الصلة بين واقعة تهدم البناء بسبب هطول الأمطار والضرورة التي ألجأت المطعون ضده إلى إقامته على خلاف أحكام القاتون، وأن يستجلي هذا الأمر ويستظهره بأدلة سائغة للوقوف على ما إذا كانت الجريمة التي ارتكبها المطعون ضده هي الوسيلة الوحيدة لدفع خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل في حوله، أو أنه كان في وسعه أن يتجنب ارتكابها بالاتجاه إلى وسائل أخرى يتمكن بها من وقاية نفسه أو غيره من ذلك الخطر الجسيم الحال بفرض قيامه، مما قصر الحكم في بيانه؛ نقض جنائي، طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٥ ق، جلسة ٢ نوفمبر ١٩٧٥م، القاعدة رقم ١٤٧، مجموعة أحكام النقض، المجلد رقم ٢٦، الجزء ١، ص ٦٧٥.

(٢) د. ذنون أحمد الرجوب، النظرية العامة للإكراه والضرورة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

إلا وسيلة أو شيء مادي، وعلى الرغم من ذلك لا يمكن تقبل فكرة الفاعل المعنوي فى تلك الحالة، فالشخص المُكره ليس حسن النية، أو غير مسئول لصغر سنه، ولكنه غير ذلك، وبالتالي تتعدد الجرائم، ونكون أمام تعدد مادي للجرائم.

## الفرع الثاني

### عدم توافر شروط امتناع المسؤولية الجنائية للمجنى عليه

عندما لا تتوافر شروط امتناع المسؤولية الجنائية بالنسبة للمجنى عليه حين ارتكابه الجريمة المطلوبة منه، فإنه يكون مسئولاً عنها مسئولية كاملة، ويكون الجانى فى جريمة الابتزاز شريكاً معه فى الجريمة الجديدة بالتحريض عن طريق الوعيد بإيقاع أذى. والواقع أن العقوبات الجنائية وحدها لا تكفى للقضاء على الابتزاز الإلكتروني؛ لأنها جريمة ضد الثوابت الأخلاقية تتعدد دوافعها، بتعدد وسائلها، والتي قد يكون سلوك ضحاياها أحد أسبابها؛ مما يستدعى العمل على توعية الأفراد بخطورة هذا الفعل؛ لكى نكون أكثر حذراً، وألا تكون الخشية من العار أحياناً سبباً فى الانصياع لمطالب المُبتز، أو سبباً للعزوف عن التبليغ عن تلك الجريمة التى تآكل الإنسان ببطء، فهو كالنار تحت الرماد، لا يؤثر فقط على علاقة الفرد بالآخرين المتعاملين معه، ولكنه يؤثر أحياناً على احترام الذات فيدفع أحياناً للانتحار.

لذا يتعين، أن نتوقف عن الاستسلام لمطالب المُبتز، وألا نتسول منه الرفق، فالأمر بأيدينا، لاتخاذ موقف تجاه ذلك المجرم والتوقف عن الانصياع له<sup>(1)</sup>، ووقف جميع الاتصالات مع الجانى وحظره على جميع الحسابات مع شرح الوضع لشخص بالغ موثوق به، والاتصال بالجهات المختصة، فالتعتيم والسرية تؤدي إلى زيادة الابتزاز الإلكتروني<sup>(2)</sup>، كما يجب على الجهات المعنية بث الثقافة اللازمة، والمعلومات التى تساعد المواطنين على حفظ خصوصياتهم، وإدراك المخاطر المرتبطة باستخدام

(1) Susan Forward et Donna Frazier, Ces gens qui font du chantage affectif, Amazon Fr, 2010, p. 23.

(2) Nathan M. Hennagin', blackout or blackmail? How Garber v. Mlb will shed light on major league baseball's broadcasting cartel, 8 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 158 2013-2014, p.159: 189.

التكنولوجيا الرقمية فى سياق التجريب الجنسى، مع توعيتهم لمنع تعرضهم للابتزاز الالكترونى، واستيعابهم، والاستماع إليهم، وتشجيعهم دون خجل على طلب المساعدة. كما يجب التوعية، والتذكير بقصص أناس آخرين ضعفوا أمام هؤلاء المبتزين؛ وكيف نجوا من الاستمرار فى ذلك الفعل؛ لكى تكون بمثابة منارات ومصايح أمامية لنا فى رحلتنا عند مواجهة الابتزاز الالكترونى، مما يساعد الضحية على اتخاذ موقف قوى قادر على مواجهة الجانى ويستطيع أن يقول له لا مهما تذرع أمامه بحجج واهية. ونهايةً، للقضاء على الابتزاز يتعين علينا أن نمتلك الشجاعة والإرادة لتغيير أنفسنا، وتغيير طبيعة العلاقات مع أولئك الذين يطمحون إلى فرض أنفسهم من خلال التلاعب بنا، ولأن نقبل بهذا الدواء المرّ وسيلة للعلاج، لكونه علاجًا يضاعف من المرض ولا يشفى منه؛ لأن اللطف والتسامح من جانب الضحية لن يجد تهذئة المعتدى، ولكن العكس هو الصحيح (1) أية جريمة مما تقدم أو صد الدعوى إلى ارتكاب أية جريمة مما تقدم أو التهديد بها؛ وذلك دون إخلال بأحكام قانون العقوبات.د .

ونهايةً، تتمثل خلاصة هذا الفصل فى أن مقابل الطلب فى الابتزاز الالكترونى قد يكون مشروعًا، أو غير مشروع، مادى، أو سياسى، أو عاطفى، أو منفعة، أو خدمة، وعندما يكون المقابل مشروعًا فإن الجانى يستحق العقوبة المقررة للابتزاز الالكترونى، وعندما يكون هذا المقابل غير مشروع؛ فإن الأمر يستدعى بيان مسئولية الجانى الجنائية عن الابتزاز الالكترونى، والجريمة الأخرى التى يطلب من المجنى عليه القيام بها؛ لانعدام مسئوليته الجنائية، وقد تنوعت العقوبات المقررة للابتزاز الالكترونى ما بين عقوبات سالبة للحرية، وعقوبات مالية؛ إضافة إلى عقوبات تبعية أخرى مثل: المصادرة، والرد، إضافة إلى بعض الظروف المشددة الأخرى مثل أن يوضع الشيء المُهدد به موضع التنفيذ، أو أن يكون الجانى، أو المجنى عليه موظفًا عامًا.

---

(1) Véronique S., psychothérapeute, les mécanismes d'emprise: harcèlement, chantage, manipulation, <http://g.biron.free.fr/PETALES/m%8Ecanismes%20d%27emprise.pdf>  
Le site a été visité en 1-8-2018.

حققت التكنولوجيا الحديثة للإنسان منافع لا حصر لها، وبقدر هذه المنافع جرت عليه ويلات لم يكن يتخيلها، ومن أخطرها جريمة الابتزاز الإلكتروني، حيث يجد الإنسان نفسه مُهددًا بإلحاق الأذى به في سمعته، أو نفسه، أو ماله، أو بشخص عزيز لديه مالم يَقم بتنفيذ المطلوب منه؛ لذا عملت العديد من التشريعات على تجريم الابتزاز الإلكتروني، انصياعًا للوضع الحالي.

والتهديد بالإيذاء بوصفه سلوكًا إجراميًا في الابتزاز الإلكتروني لا بد أن يكون مقترنًا بطلب، وأن يكون الجاني قاصدًا إيّاه، والتهديد قد يكون موضوعه ماديًا، من خلال التهديد بالعنف، أو معنويًا من خلال إفشاء الأسرار، أو التشهير بالشخص، والتهديد بالإيذاء قد يكون بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة عبر وسيط، وتكتمل جريمة الابتزاز الإلكتروني بقيام المجنى عليه بتنفيذ المطلوب منه أيًا كانت طبيعته ماديًا، أم عاطفيًا، مشروعًا، أم غير مشروع، وهو الأمر الذي يستدعي بيان المسؤولية الجنائية للفاعل في جريمة الابتزاز الإلكتروني، والظروف المشددة لها والمتمثل أغلبها في كون مضمون الابتزاز الإلكتروني التهديد بالعنف، أو إفشاء أمور ماسة بالشرف والاعتبار. كذلك يُسأل المبتز عندما يقوم المجنى عليه بتنفيذ فعل غير مشروع، وتتوافر شروط امتناع مسؤوليته الجنائية، حيث يكون هناك تعدد مادي للجرائم بالنسبة للجاني.

## النتائج

كشفت تناول هذه الدراسة عن مجموعة من النتائج أهمها:

- ١- الابتزاز الإلكتروني أحد نتائج التقدم التكنولوجي، والاستخدام المذهل لوسائل التواصل الاجتماعي، بلغت خطورته على الأفراد، والمجتمعات حدًا كبيرًا؛ لذا عاقبت عليه العديد من التشريعات الخاصة، وكذلك النصوص العامة فى قانون العقوبات، وعلى الرغم من ذلك فلم يكن التشريع المصري كافيًا للعقاب على هذه الجريمة.
- ٢- الابتزاز الإلكتروني انتهاك لحق الفرد فى الخصوصية، والكرامة، والحرية، والملكية، والسلامة الجسدية، والروحية (الرفاه العاطفى).
- ٣- تجريم الابتزاز الإلكتروني يحد من التوتر والقلق الاجتماعى؛ لأن ما يتم التهديد به غالبًا ما يكون نتاج علاقات مشروعة، أو استغلال شخص مؤتمن، كما أنه يتفق مع العدالة .
- ٤- الجناة فى جريمة الابتزاز الإلكتروني أغلبهم من الأقارب والأصدقاء والمجنى عليهم فيها أغلبهم من النساء، والشباب، إضافة إلى بعض الأشخاص المعنوية سواء العامة، أو الخاصة أحيانًا.
- ٥- يختلف الابتزاز الإلكتروني عن غيره من صور السلوك الإجرامى التى تتشابه معه مثل الابتزاز الذى يقع بالوسائل التقليدية، أو جريمة استغلال نفوذ، أو انتهاز احتياج أو ضعف هوى نفس القاصر.
- ٦- الابتزاز الإلكتروني أحد مظاهر المعاملات الاقتصادية غير المشروعة، كما أنه أحد المظاهر التى تشكل خروجًا على حرية التعبير، فهو يعد أحد مظاهر التعبير الممقوت الذى لا تضمنه حرية التعبير.
- ٧- يتخذ السلوك الإجرامى فى الابتزاز الإلكتروني شكل التهديد بإيذاء المقترن بطلب، وبذلك فهو يختلف عن جريمة التهديد غير المقترن بطلب من قبل المجنى عليه.
- ٨- محل التهديد فى جريمة الابتزاز الإلكتروني قد يكون النفس، أو المال، أو السمعة

- والشرف، ومن ثم، فالابتزاز الإلكتروني عدوان على الحق فى سلامة الجسد، والملكية، والشرف والسمعة، والكرامة، والحرية؛ لكونها تهديدًا بإيقاع أذى.
- ٩- تطلب المشرع المصري ضرورة أن يكون موضوع التهديد جريمة، مشددًا العقاب إذا كان موضوعه جنائية على النفس، أو المال، أو نسبة أمور مخلة بالشرف.
- ١٠- تتعدد أشكال التهديد الذى يقع به الابتزاز الإلكتروني، فقد يكون مباشرًا، أو من خلال وسيط، شفويًا، أو مكتوبًا.
- ١١- تتمثل الغاية من التهديد فى الطلب الذى يهدف الجانى إلى تحقيقه، والطلب قد يكون مالا، أو منفعة مادية، أو معنوية، أو غير ذلك؛ أى كل ما يعود على الشخص من ميزة ما كان يحصل عليها لولا قيامه بالتهديد، إضافة إلى ضرورة اتجاه إرادة الجانى إلى تلك الغاية التى تشكل القصد الجنائى الخاص.
- ١٢- الابتزاز الإلكتروني من جرائم الضرر، حيث تتطلب قيام المجنى بتنفيذ المطلوب منه، فإذا لم يقم بذلك تكون الجريمة فى حالة شروع، وتتنوع صور الطلب من المجنى عليه فقد يكون عاطفيًا، أو ماديًا، سواء أكان مشروعًا، أم غير مشروع.
- ١٣- أقرت غالبية التشريعات العقوبات السالبة للحرية، بوصفها جزاء لجريمة الابتزاز الإلكتروني، بالإضافة إلى بعض الظروف المشددة للعقوبة، التى يتصل أغلبها بموضوع التهديد، أو مرتكب الجريمة، أو المجنى عليه فيها.
- ١٤- أخذت بعض التشريعات بالمصادرة بوصفها عقوبة تبعية لجريمة الابتزاز الإلكتروني مع ضمان حقوق الغير حسن النية.
- ١٥- تتعدد المسؤولية الجنائية للجانى عن جريمة الابتزاز الإلكتروني، كما تتعد عن الجريمة التى يطلب من المجنى عليه تنفيذها؛ لكون المجنى عليه غير مسئول جنائيًا؛ لخضوعه لإكراه معنوى.



## التوصيات

نتج عن تناول ذلك الموضوع بالدراسة مجموعة من التوصيات منها:

- ١- الأخذ بالمفهوم الواسع في تعريف الابتزاز الالكتروني الذي يرى أنه: كل تهديد يقوم به الجاني، أو وسيط عنه يتم عبر وسيلة الالكترونية، ويؤثر في نفسية المجنى عليه، أو شخص عزيز لديه، ويدفعه إلى القيام بما طلبه منه الجاني، أو كلفه به سواء أكان مشروعاً، أم غير مشروع.
- ٢- زيادة التوعية الأخلاقية والقانونية بأهمية الحفاظ على السرية بالنسبة للمعلومات التي يتعين حظر نشرها، أو إتاحتها لصاحب الشأن فقط، وكذلك التوعية بخطورة إساءة استخدام الوسائل الالكترونية، وتبصير الأفراد بوسائل وآليات تشفير بياناتهم الشخصية.
- ٣- تشجيع التبليغ عن جريمة الابتزاز الالكتروني على أن يكون في سرية تامة، والقضاء على ثقافة العار التي تهيمن على الضحية.
- ٤- تشديد العقاب على المُبتز الذي يهدد بإيقاع تهديده على نطاق واسع، عبر الوسائل الالكترونية، وخصوصاً عندما يتعلق بمعلوماتٍ محرّجة، أو عندما يكون التهديد بارتكاب جريمة.
- ٥- اعتبار جريمة الابتزاز من الجرائم الماسة بالحريّة والإرادة، مع تجميع النصوص الخاصة بالابتزاز الواردة بقانون العقوبات في نص واحد، أيًا كان موضوع التهديد، وشكله.
- ٦- إصدار المشرع المصري قانون عن الجرائم الالكترونية متضمناً جريمة الابتزاز الالكتروني، أو النص مباشرة عليها في قانون العقوبات المصري على أن يكون النص كالتالي: يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات كل من هدد غيره بالعنف، أو بإفشاء أمور أو نسبتها لا يرغب في اطلاع أحد عليها وكان التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر سواء مشروعاً، أو غير مشروع. ويعاقب على الشروع في ذلك بالحبس، ويعاقب بالسجن كل من توافر في حقه أحد الأمور الآتية

دون الإخلال بأي عقوبة أشد:

- (أ) من كان موظفًا عامًا وتوصل إلى هذه الأمور بحكم وظيفته.  
(ب) من وضع تهديده موضع التنفيذ  
(ج) من لحقه ضرر مادي عند تنفيذ التهديد.  
(د) إذا كان المجنى عليه موظفًا عامًا.  
(هـ) إذا كان المجنى عليه من الفئات المستضعفة مثل: النساء، أو الأطفال، أو ذوى الاحتياجات الخاصة.

(و) من كان مؤتمناً على أسرار المجنى عليه بحكم عمله، أو يطلب المجنى عليه  
(ز) ارتكاب الفعل من قبل جماعة إجرامية.

(ح) إذا كان التهديد بجناية أو بإفشاء أو نسبة أمور مخدشة بالشرف.

(ط) إذا اتخذ السلوك الإجرامي صورة الاعتياد أو تكرر لأكثر من مرة.

٧- المعاقبة على تلقى عائدات الابتزاز، والاستفادة منها، أو إخفائها بنص خاص

كالتالى: "يعاقب بالحبس مدة تزيد على سنة كل من حصل على أو امتلك أو أخفى

أو تصرف بأي أموال أو ممتلكات أخرى تم الحصول عليها من ارتكاب جريمة

الابتزاز الإلكتروني، مع العلم بأنه تم الحصول عليها بصورة غير مشروعة

٨- وضع نص خاص يقرر امتناع مسؤولية المجنى عليه الجنائية، والاعتداد بصفته

مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية يكون كالتالى: "لا يعد المجنى عليه مسئولاً

مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة نشأت أو ارتبطت مباشرةً بكونه مجنئاً

عليه فى جريمة الابتزاز الإلكتروني"

٩- الأخذ بعقوبة المصادرة بوصفها عقوبة تبعية، حيث يحكم فى جميع الأحوال

بمصادرة الأدوات المتحصلة أو المستخدمة فى جريمة الابتزاز الإلكتروني، مع

عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية؛ لأن العقوبة التبعية هنا من جنس الجريمة

الأصلية.

١٠- رد كل ما يمكن رده لصاحب الشأن وتم التحصل عليه نتيجة الابتزاز الإلكتروني،

دون الإضرار بحقوق الغير حسن النية.

١١- ضرورة الأخذ بأحد التدابير الاحترازية في مواجهة مرتكبي هذه الجرائم والمتمثل

في ضرورة ارتياد مركز تأهيل نفسي لمدة لا تقل عن ستة أشهر.

١٢- عدم الاعتداد بأى التزام يصدر من المجنى عليه في الابتزاز الإلكتروني.

١٣- تعليق رفع الدعوى الجنائية الناشئة عن جريمة الابتزاز الإلكتروني على شكوى

من المجنى عليه.

## قائمة المراجع

أولاً- المراجع العربية:

أ- المراجع العامة:

١- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط فى قانون العقوبات "القسم العام، دار النهضة العربية ٢٠١٥م.

٢- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط فى قانون العقوبات "القسم الخاص"، الكتاب الثانى، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م.

٣- د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات جرائم القسم الخاص، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، ١٩٩٩م.

٤- د. غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" جرائم الاعتداء على المصلحة العامة والأموال، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

٥- د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات القسم العام، بدون دار نشر، ١٩٩٩-٢٠٠٠م.

٦- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون دار نشر، ١٩٨٤م.

٧- د. محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.

ب- المراجع المتخصصة:

١- د. أحمد محمد حسان، نحو نظرية عامة لحماية الحق فى الحياة الخاصة فى العلاقة بين الدولة والأفراد "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٢- آدم عبدالبديع آدم حسين، الحق فى حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التى يكفلها له القانون الجنائى "دراسة مقارنة"، المتحدة للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠.

٣- د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الالكترونى دراسة مقارنة،

- دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- ٤- د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.
- ٥- د. جميل عبد الباقي الصغير، قانون العقوبات "القسم الخاص"، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.
- ٦- د. جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.
- ٧- جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضى، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م.
- ٨- د. حمدى أبو النور السيد عويس، استغلال النفوذ الوظيفي وسبل مكافحته من منظور إسلامي وقانوني، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٥.
- ٩- د. خالد موسى توني، النظام القانوني للمراقبة التكنولوجية السابقة على ارتكاب الجريمة للصوت والصورة، بدون دار نشر، ٢٠١٤م.
- ١٠- د. خالد موسى توني، المواجهة الجنائية لظاهرة التسلط الإلكتروني فى التشريعات الجنائية المقارنة، بدون دار نشر، ٢٠١٦م.
- ١١- د. عبد الرحمن بن عبد الله السند، جريمة الابتزاز، مطبوعات الرئاسة العامة لهيئة الأمر بالمعروف والنهي بالمنكر، ١٤٣٩-٢٠١٨م.
- ١٢- د. عبدالعظيم مرسى وزير، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" الجزء الأول "جرائم الرشوة والعدوان على المال العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.
- ١٣- د. عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٦م.
- ١٤- د. على عدنان الفيل، الإجرام الإلكتروني دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- ١٥- د. غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" جرائم الاعتداء على

المصلحة العامة والأموال، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

١٦- د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات فى مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الفكر والقانون، ٢٠١٣م.

١٧- د. صباح كرم شعبان، جرائم استغلال النفوذ، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، العراق، ١٩٨٦م.

١٨- د. محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة فى المواد الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.

١٩- د. محمد سامي الشواء، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.

٢٠- د. محمد عيد الغريب، الحماية الجنائية للثقة العامة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

٢١- د. محمود أحمد طه، التنصت والتلصص على سرية الاتصالات الشخصية بين التجريم والمشروعية، دار الفكر والقانون، ٢٠١٤م.

٢٢- د. مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.

٢٣- د. ممدوح خليل البحر، حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996م.

٢٤- د. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، ١٩٩٢م.

ج- المؤتمرات العلمية:

- د. رامى متولى القاضى، الحماية الجنائية للمرأة من الاتجار بها فى ضوء أحكام القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠، المؤتمر الدولي السنوي الثامن عشر لكلية الحقوق - جامعة المنصورة، تحت عنوان " المرأة .. والقانون" فى الفترة من ١٥ - ١٦ أبريل ٢٠١٨م.

د- الرسائل العلمية:

١- د. المحمدي أحمد محمد أبو عيسى، النظرية العامة للاستغلال فى الفقه الإسلامى، "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٠-٢٠٠١م.

٢- د. بشير محمد الفيتورى كندى، الجرائم المعلوماتية فى التشريع الليبى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٦-٢٠١٧م.

٣- د. دنون أحمد الرجيو، النظرية العامة للإكراه والضرورة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٦٨م.

٤- د. عبدالوهاب فكري محمد إبراهيم، أثر استغلال العامل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى، دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، ٢٠٠٢م.

٥- د. علي أحمد الفرجاني فرج، الجريمة الانتخابية "دراسة مقارنة" بين النظامين اللاتينى والشريعة الإسلامىة رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠١٨م.

٦- د. هند نجيب السيد مطر، الإثبات فى الجرائم الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٦م.

هـ- المقالات:

١- د. بوقرين عبد الحليم، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتى، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ديسمبر ٢٠١٧م.

٢- د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانونى، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، العدد السادس والثلاثون، أكتوبر 2004م.

٣- د. معاذ سليمان الملا، المواجهة الجنائية للعنف الإلكتروني فى ضوء القانون رقم

٦٣ لسنة ٢٠١٥م بشأن مكافحة جرائم قضية المعلومات، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد الرابع ٢٠١٧م.

ثانيًا - المراجع الأجنبية:

أ - المراجع الانجليزية:

- 1- **Baker**, Scope of the First Amendment Freedom of Speech, 25 UCLA L. REV. 964, (1978).
- 2- **Bernadette McSherry**, Third Party Access to Shared Electronic Mental Health Records: Ethical Issues, 11 Psychiatry Psychol. & L. 53, 2004.
- 3- **Emerson**, Toward a General Theory of the First Amendment, 72 YALE L.J. 877, (1963).
- 4- **G. Peter Albert, Jr.**, Right on the Mark: Defining the Nexus Between Trademarks and Internet Domain Names, 15 j. marshall j. computer & info. l. 277, (1997).
- 5- **Ibrahim Erdogan**, Economic espionage as a new form of war in the post cold-war period, 2 usak y.b. int'l pol. & l. 265 2009.
- 6- **James Lindgren**, In Defense of Keeping Blackmail a Crime: Responding to Block and Gordon, 20 Loy. L.A. L. Rev. 35, 1986.
- 7- **John D. Mercer**, Cybersquatting: blackmail on the information superhighway, Hein Online 6 B. U. J. Sci. & Tech. L. 290, 2000.
- 8- **Karen Sepura**, 'Economic Espionage: The Front Line of A New World Economic War', Syracuse Journal of International Law and Commerce, Fall 1998.
- 9- **Karim Hamdaoui, Mohamed Saad**, la classification de l'information au sein de l'entreprise livre blanc enjeux et démarche pragmatique, ausim-lmps-livre blanc: classification de l'information, 2016.
- 10- **Ken levy**, The Solution to the Real Blackmail Paradox: The Common Link Between Blackmail and Other Criminal Threats, 39 Conn. L. Rev. 1051 2006-2007.
- 11- **Maeve Maddox**, The Difference Between Extortion and



Blackmail, Available on :

<https://www.dailywritingtips.com/extortion-and-blackmail/site>  
visited on: 1-3-2018.

- 12- **Michael levin**, blackmail, 18 Crim. Just. Ethics 11, 1999.
- 13- **Michael Slade**, Kenneth Russell, High-Tech Espionage, 3 Y.B. L. Computers & Tech. 252, 1987.
- 14- **Mitchell N. Berman**, The Evidentiary Theory of Blackmail: Taking Motives Into Account, 65 U. CHI. L. REV. 795, 803 (citing 688epwort 688epworth, blackmail: publicity and secrecy in everyday life, 1975.
- 15- **N. M. Chorney**, Wiretapping and Electronic Eavesdropping, 7 the criminal law quarterly, 434 1964-1965.
- 16- **Nathan M. Hennagin'**, blackout or blackmail? how garber v. mlb will shed light on major league baseball's broadcasting cartel, 8 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 158 2013-2014.
- 17- **Ronald Joseph Scalise, Jr.**, Blackmail, Legality, and Liberalism, 74 TUL. L. REV. 1483, 1484, (2000.)
- 18- **Susan Forward et Donna Frazier**, Ces gens qui font du chantage affectif, Amazon Fr, 2010.
- 19- **Stephen E. Sachst**, Saving Toby: Extortion, Blackmail, and the Right To Destroy, 24 Yale L. & Pol'y Rev. 251 2006.

ب- المراجع الفرنسية:

- 1- **Anne P.**, Le droit du public à l'information et à la diversité d'opinions La face cachée de la liberté de presse, Bulletin de la ligue des droits et libertés • printemps 2011.
- 2- **Lucie I.**, Cour suprême du Canada et liberté d'expression, Bulletin de la ligue des droits et libertés • printemps 2011.
- 3- **Maitre a. b.**, Extension du délit pénal de chantage aux révélations d'adultère homosexuel, Article juridique publié le 16/02/2016, vu 1594 fois.

- 4- **Maitre a. b.**, Les conditions et sanctions du chantage selon le code pénal et sa preuve par SMS ou sur internet Article juridique publié le 11/11/2011, vu 45755 .
- 5- **Véronique S.**, psychothérapeute, les mecanismes d'emprise: harcelement, chantage, manipulation,  
<http://g.biron.free.fr/PETALES/m%8Ecanismes%20d%27emprise.pdf> Le site a été visité en 1-8-2018.

**بعض جوانب الفكر السياسي في الإسلام  
الفارابي نموذجاً**

د. أحمد عارف أرحيل الكفارنة

أستاذ مشارك في العلوم السياسية - كلية عجلون الجامعية

جامعة البلقاء التطبيقية - الأردن

## المخلص:

استهدفت الدراسة الكشف عن أهم أفكار الفارابي في مجال السياسة والمنطق، وذلك من خلال كتابة آراء أهل المدينة الفاضلة؛ لتحقيق رواده اتجاه المدنية ورئيسها على أي شاكلة يكون وحديثة عن النظرة الاشرافية، للمعرفة من خلال تطريد القيص، لذلك جاء هذا البحث محاولة للكشف عن معالجة الفارابي لموضوعات سياسة محددة في الفكر السياسي الإسلامي. وقد استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي لغايات هذا البحث، من أجل وصف الظواهر ذات العلاقة بالبحث وتحليلها والخروج بنتائج مناسبة، كذلك تم الاعتماد على المنهج التاريخي من خلال قراءة نصوص ترجمة الفارابي لكتب الفلسفة اليونانية لمعرفة مدى تأثيره بهذه الترجمات وتأثيره على الفكر السياسي الإسلامي.

ومن نتائج البحث فقد طرح الفارابي فكرة نظام الدولة الإسلامية رغم تأثيره العميق بالفلسفة اليونانية واعتماده ترجمة كتاب جمهورية أفلاطون، وأن الدولة المثالية في نظر الفارابي هي دولة المؤسسات المختلفة المساعدة لمواطنيها ليكون مواطنيها أقرب إلى فكرة الخلاص الديني. وأن الخليفة أو الأمير أراس الدولة، يجب أن يكون فيلسوفاً حقيقياً، وأن يكون قادر على إدراك كنه الحقيقة، وأن الدولة التي لا يوجد فيها فيلسوفاً حقيقياً يجب أن لا تحول إلى أي إنسان منفرد بكل السلطات العليا هي حاكم فيها أية سلطات مطلقة، بل يجب أن يكون هناك جمعية أو مجموعة تحكم بشكل جماعي، وهذه أحد مؤشرات الديمقراطية المعاصر، وأن الدولة النموذجية في نظر الفارابي هو من يحكمها فيلسوف، لأن ذلك محاكاة للكون الذي يحكمه الخالق عز وجل، وأن الدين يوازي الفلسفة، واعتماداً على ذلك فالدين عامل توحيد للمجتمع، وقد فرق الفارابي بين النبي والفيلسوف في قضية المعرفة، رغم أن المعرفة عند الفارابي تعتمد على تجريد المعاني الكلية من الأشياء المحسوسة إذا أوضح أن الفيلسوف يتلقى المعرفة من العقل الفعال، أما النبي فيتلقى المعرفة بالمخيلة عن طري الملك جبريل كمنبع لهما.

## **Some Aspects of the Political Thought in Islam: Al-Farabi as a Model**

The study aims at revealing al-Farabi's most important ideas in the field of politics and logic through writing the opinions of Utopia's people. Hence, the paper is an attempt to find out al-Farabi's treatment of certain political issues in the Islamic thought. The researcher has used the descriptive analytical method for his achieving his targets and getting the suitable conclusions. Likely, he has depended upon the historical method through reading al-Farabi's translations of Greek philosophical book for knowing how far he had been influenced by these translations and his influence upon the Islamic philosophical thought.

Among the conclusions of the paper is al-Farabi's casting the idea of the Islamic state despite his being influenced by the Greek philosophy and his endorsing his translation of Plato's *Republic*. The idealistic state from al-Farabi's view is that of different establishments which helps its citizens to be near religious salvation. Likely, the caliph or emir must be a real philosopher who is able to realize the truth. There must be a society or group to rule people in what is known as democracy. The idealistic state in al-Farabi's view is that one ruled by the philosopher because this will be an imitation of the universe ruled by the Almighty Creator. Al-Farabi differentiated between the prophet and the philosopher as regards the issue of knowledge, although for him knowledge depends on the abstracted meaning. He declared that the philosopher gets knowledge from mind whereas the prophet gets it through Gabriel.

## مقدمة:

من خلال دراستنا لأراء الفارابي السياسية والتي بدأناها في الاجتماع الإنساني، وجدنا أنه لم يأتي بجديد في تحديد الأسباب التي تدفع الإنسان إلى الاجتماع في الآخرين، فقد كرر في هذا ما قاله أفلاطون وأرسطو، إلا أن هناك مؤثر كبير قد أثر في توجيه أفكار الفارابي، وهذا المؤثر هو العقيدة الإسلامية والذي من خلال هذا المؤثر استطاع أن يمتاز ويختلف مع المفكرين الآخرين.

ف نجد هذا الأثر واضح في حث أعضاء المجتمع على التعاون فيما بينهم لإيجاد المدينة الفاضلة، وأن لا فرق بين أفراد هذا المجتمع في أي شيء، ولذلك نجده قد تجاوز مفهوم المدينة عند اليونان إلى اجتماع الأمم كلها حول ملك (خليفة) واحد، ثم إن المتعمق في النظر إلى مدينة الفارابي الفاضلة يجد أن هناك فروق جوهرية بينها وبين مدينة أفلاطون، حيث نجد أن رئيس الدولة عند الفارابي فيلسوف ونبي، وأن الفارابي لم يقل بالشيوع كما قال به أفلاطون وأن الرئيس ليس واحد في مدينة الفارابي، حيث هو واحد في مدينة أفلاطون، ثم نجد أن الفارابي مدينته تتسع حتى تصبح مدينة عالمية، بينما مدينة أفلاطون نجدها حكرأ على فئة أو طبعة واحدة، وقد كان الفارابي يرى أن الفساد ليس في التشريع كما يرى أفلاطون، بل الفساد يكمن في فساد الناس فلم يحدث ولم يتحدث عن التشريع.

من هنا يتبين لنا أن مدينة الفارابي ليست صورة عن مدينة أفلاطون بالرغم من التشابه في الفكرة. فمدينة الفارابي الجماعية يوجد تشابه بينها وبين الديمقراطية عند أفلاطون إلى حد ما، فالمدينة الجماعية كما وردت في كتاب السياسة للفارابي هي التي كل واحد من أهلها مطلق يعمل ما يشاء وأهلها متساوون، وتكون صفتهم أن لأفضل لإنسان على إنسان في شيء أصلاً ما يشاء، من خلال هذين التعريفين نلاحظ أن هناك تقارب بينهما، إلا أنه يوجد خلاف بينهما وهو نظام للمدينة الإغريقية الديمقراطية كما يعطي أهمية للحوار والمجادلة، بل إنه كان يقوم على ذلك الحوار، وهذا لا نجده في المدينة الجماعية عند الفارابي. فالفارابي يرى أن أفضل المدن من المدن الجاهلية هما مدينة الكرامة والمدينة الجماعية، ويذكر ذلك في كتابه "السياسة المدنية" إنشاء المدن الفاضلة ورياسة الأفاضل يكون من المدن الضروري والمدن الجماعية من بين مدينتهم أمكن وأسهل".

وقد تحدث الفارابي عن واجب الدولة الأساس وهي ضمان أمرين الأول: ضمان حق الحياة حق الملكية السعادة والحرية والدولة التي لا تضمن للمواطن هذه الأمور ليست ديمقراطية، وتوصل الفارابي إلى أن واجب الدولة الأساس هو ضمان أمرين حق الحياة والثاني السعادة. وبذلك قد أعد الطريق أمام فلاسفة ما قبل الثورة الفرنسية أمثال فولتير وروسو وغيرهما إلى هذه الواجبات الثلاثة، وبالنسبة للملكة فقد دعا الفارابي لتوزيع الأملاك بموجب نظرية المساواة السنية. ويمكن القول: إن الفارابي قد ربط بين الفلسفة اليونانية الفكر الإسلامي كدين ودولة، وهو بذلك قد أرسى حيز الأساس للفلسفة السياسية الإسلامية وكان رائدها في هذا المجال، وبالرغم أن مشروع الفارابي جاء من خارج الدولة والسلطة إلا أنه كان محاولة لترسيم وصيانة العطب الذي أصاب الدول في تلك الفترة، والتأكد على إقامة الدولة لوصفها ضرورة أساسية لا بد منها.

ولا شك أن طرح الفارابي والذي استحق لقب "المعلم الثاني" جاء وهو يطرح نموذج من الأفكار على درجة عالية من النضج والحصافة، فهو لا شك بأنه عبقرى من عباقرة الفلاسفة المسلمين، ويعد أحد رواد الفكر السياسي الإسلامي.

ويعتبر الحديث في قضية الفكر السياسي الإسلامي أحد الموضوعات الشائكة والتي أثارت عاصفة من الجدل، ليس بسبب افتقار التراث الإسلامي لهذه المسائل وندرة الكتابة السياسية في إلغاء السياسي الإسلامي، وإنما لشيوخ العديد من الأفكار الوافدة، وتشرب لبعض وخاصة المفكرين والعلماء لتقافات الشعوب الأخرى ثم إسقاط الدلالات لهذه الأفكار على المصطلحات والمفاهيم والقوانين المتداولة للتراث السياسي الإسلامي، وإعادة تأويلها وقراءتها وصياغتها بمعانٍ أخرى ترتد الفكر الآخر وبقية التعريف بشيء من منجزات الفكر السياسي الإسلامي، وتقويم بعض الأخطاء التي طبعت الأعم لأغلب الأبحاث التي تم استعارتها من ترجمة الكتب اليونانية في نهايات الدولة العباسية ولم تعترف بفكر سياسي لدى المسلمين من خلال قرائية الإرجاعية إلى الوصول اليونانية، وقد جاء هذا البحث ليلقى بضلاله كنافذة على الإشكاليات الراهنة بالفكر السياسي الإسلامي.

لقد أثرت هذه الأحداث والانقسامات على نفسية الفارابي عنوان بحثنا لذلك، بقي يراقب الأحداث عن كثب فجدت قريحته النيرة بأفكار حاول من خلالها تصحيح أبيض الأمور ليصل في نهاية الأمر إلى أعقدها، فأقام فيها مدينته الفاضلة على غرار مدينة أفلاطون مزوجاً بين الفلسفة والسياسة بطريقة إبداعية وجديّة، قاصداً توجيه آراءه ضد الانقسام، وتعدد الزعامات الذي أصاب الدولة العباسية، في تلك المرحلة في جميع مستوياتها لاسترجاع هيبتها وعظمتها أمام الأمم الأخرى، إذ يمكن القول بأن الفارابي برع في هذا الجانب، وقدم الدين الإسلامي على أنه الدين القادر على أن يقدم الحقيقة بطريقة رمزية لغير الفلاسفة مما هم غير قادرين على رؤية الحقيقة كاملة بشكل وجودها المطلق، ولذلك جاءت مؤلفات الفارابي توصف وتعالج مسألة التنظيم الأمثل في قيادة الدولة.

مشكلة البحث وأسئلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة بالكشف عن أهم أفكار الفارابي في مجال السياسة والمنطق وذلك من خلال كتابة آراء أهل المدينة الفاضلة ودفاعي من العدالة لتحقيق رُودة اتجاه المدنية ورئيسها على أي شاكلة يكون وحديثة عن النظرة الاشرافية للمعرفة من خلال تطريد القيص، لذلك جاء هذا البحث محاولة للكشف عن معالجة الفارابي لموضوعات سياسة محددة في الفكر السياسي الإسلامي. لذلك يحاول البحث أن يجيب عن الأسئلة التالية:

١- ما تعريف السياسة في الفكر الإسلامي وبيان أهميتها وأدلتها؟

٢- ما القضايا السياسية الفكرية التي تعرض لها الفارابي؟

٣- هل الفكر السياسي الإسلامي قابل للتطور والتجديد؟

فرضية البحث:

كان اسم الفارابي قد ارتبط بفلاسفة اليونان مثل أفلاطون وأرسطو حتى أصبح من أبرز العلماء المنافحين عن الحضارة اليونانية وترجمتها حتى أصبح يلقب بالمعلم الثاني، لذلك جاء هذا البحث لإثبات فكرة ربط الفارابي الفلسفة اليونانية بالفلسفة الإسلامية، هذا المزيج الفكري أدى إلى تكوين سياسة فكرية إسلامية جديدة حول السلطة.



## أهمية البحث:

تتبع أهمية البحث من الموضوع الذي تناوله الفارابي وذلك لربطه الفلسفة اليونانية بالإسلامية، حيث اعتقد الفارابي أن غاية المرام من السياسة يتجسد في تحقيق السعادة الإنسانية، لذلك يُحسب للفارابي نزعه فتيل النزاع وسوء الفهم بين الدين والفلسفة السياسية، لذلك يعتبر هذا البحث أحد أدوات المعرفة المضافة بشيء من التفصيل للاستدلال على الفكر السياسي الإسلامي في تلك الحقبة في أواخر العصر العباسي، وهي محاولة متواضعة في تلمس الإسهامات العلمية للفارابي والتي أثرت على الفكر السياسي الإسلامي لاحقاً.

## منهجية البحث:

تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لغايات هذا البحث، من أجل وصف الظواهر ذات العلاقة بالبحث وتحليلها والخروج بنتائج مناسبة، كذلك تم الاعتماد على المنهج التاريخي من خلال قراءة نصوص ترجمة الفارابي لكتب الفلسفة اليونانية لمعرفة مدى تأثيره بهذه الترجمات وتأثيره على الفكر السياسي الإسلامي.

## أدبيات البحث:

### الفارابي: سيرته وجهوده:

الفارابي هو أبو نصر محمد بن محمد بن طرخان بن دوزلغ الفارابي، ولد عام ٣٥٧هـ والفارابي تركي الأصل، إلا أن ابن أبي أصيبعة يذكر أن أباه فارسي الأصل تزوج من امرأة تركية، وكان أباه قائداً في الجيش التركي<sup>(١)</sup> فأسمه محمد وكنيته أبو نصر ويلقب "بالمعلم الثاني" بعد أرسطو "المعلم الأول" وهناك عدة تفسيرات لهذه التسمية، منها رأي يقول أنه لقب بهذا الاسم لأنه يعتبر أول وأهم شارح عربي لمنطق أرسطو، ورأي آخر ردها إلى ما تركه من أثر في نمو العلم، ورأي ثالث يعلل سبب هذه التسمية إلى أنه نقل إلى العربية كتاب لأرسطو يسمى "التعليم الثاني"<sup>(٢)</sup>، يمكن القول أن الفارابي خلق فيلسوفاً يونانياً بلباس عربي مسلم يتناسب مع تعاليم القرآن الكريم ولا يناقضها.

(١) محمد علي أبو ريان تاريخ الفكر الفلسفي في الإسلام، ص ٣٦٣.

(٢) حورية توفيق مجاهد، "الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبده"، ص ١٨١.

وقد عرف المهتمون بالفكر الإسلامي والثقافة العربية أبا نصر الفارابي من خلال جهوده المتنوعة في الفلسفة الإلهية والمنطق وكتاباته السياسية والأخلاقية، لكنهم لم يفحصوا آراءه القيمة في ميدان اللسانيات بشكل مستفيض وبخاصة عنايته بالصنعة المعجمية؛ فقد بذل فيها الجهد المنظم من أجل تطوير اللسان لسائر الأغراض المعرفية، وجعل اللغة وسيلة نفعية ونوعية لحصول ملكات العلوم العقلية والخطابية والبرهانية، ولعل عنايته بالألفاظ التقنية المستعملة بوجه خاص في المنطق والفلسفة والعلوم اللغوية شاهد صدق على ذلك الفهم المتكامل لقضايا اللسان وأصول مفرداته واشتقاقاته والوظيفة لتداولية للظاهرة المجازية فيه، وكذا إيقاع تلك الصيغ على مدلولاتها على نحو معقول وبصورة تدفع اللبس على المتعلمين، ذلك أن الغرض الأساس من الصنعة المعجمية هو تيسير تعليم المبتدئين أصول المعارف.

وفي ضوء هذا السياق عنى الفارابي بتتبع حياة الألفاظ مستدعياً التطور الذي طرأ عليها في الألسن المجاورة إلى أن استقرت على حالة واحدة مثلتها الصياغة العربية، ذلك أن تكون اللسان كنظام يسوغ هذه النظرة التاريخية<sup>(١)</sup>. ربما يكون من اللازم التعريف بشخصية الفارابي لأن أغلب المراجع القديمة لم تحقق في شخصيته بما فيه الكفاية إلى درجة تتداخل فيها المعلومات حول نسبه وأصله وتتناقض الروايات أحياناً أخرى؛ إلا أننا نعرف أنه كان ناطوراً في أحد البساتين ببغداد، مما يعكس انكسار حاله وبساطة عيشه<sup>(٢)</sup>.

ولم تنقل المراجع شيئاً كثيراً عن نشأته وسني حياته الأولى، والظاهر أنه تعلم بمسقط رأسه<sup>(٣)</sup>، ثم انتقل إلى بغداد وهناك أخذ المنطق عن أبي بشر متى بن يونس والتقى بالأصولي اللغوي ابن السراج<sup>(٤)</sup>، وكانت بغداد حينها قبلة للعلماء في مختلف العلوم وبخاصة العلوم العقلية والمنطقية، إذ سهر الخلفاء أنفسهم على ترجمة إيساغوجي وكتب جالينوس وأرسطو وأفلاطون والرواقيين والسوفسطائية. ولعلمهم أدرکوا فائدة هذه العلوم في الذود عن حمى العقيدة الإسلامية، ثم ارتحل الفارابي إلى دمشق وأقام بحلب في بلاط سيف الدولة

(١) الفارابي: إحصاء العلوم، تحقيق عثمان أمين، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ط٣، ١٩٦٨.

(٢) الفارابي: الألفاظ المستعملة في المنطق، تحقيق محسن مهدي، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٦٨.

(٣) الفارابي: الحروف، تحق محسن مهدي، بيروت، ١٩٧٠.

(٤) الفارابي: رسالة في قوانين صناعة الشعر، ضمن كتاب فن الشعر لعبد الرحمن بدوي.

الحمداني إلى أن وافاه الأجل سنة ٣٣٩هـ / ٩٥٠م، وكان حينها في صحبة الأمير الحمداني في دمشق حيث دفن وصلب عليه خلق كبير من عليه القوم وخاصتهم (١).

لقد كان الفارابي شخصية زاهدة واسعة المعارف إذ جمع إلى المعرفة العقلية فنونا متعددة مثل الموسيقى والحساب والأدب واللغات، وكان ضليعا بعلم العربية ناظما جيدا، له أدعية على اصطلاح الحكماء (٢) وجمع إلى ذلك الطب والفلك والإلهيات والفقهاء وغيرها. وربما يكون من نافلة القول التذكير بأنه ترك ذخيرة علمية مهمة تأسست عليها كثير من التصورات النظرية العربية في مجالات شتى، ناهيك عن تأثيره في غيره في منهجه وآرائه من عرب وعجم إلى درجة أن ما كتب عنه في الثقافات الأخرى يفوق بكثير ما كتب عنه باللغة العربية، ويمكن في هذا السياق أن يشار إلى أهم هذه الأمهات:

- إحصاء العلوم، أحمد أمين، مصر وترجمه بالنثيا إلى الإسبانية.
- معاني العقل وهو مترجم إلى أكثر من لغة.
- فصوص الحكم، ترجم إلى الألمانية - مشكوك في نسبته إليه.
- عيون المسائل.
- آراء أهل المدينة الفاضلة.
- السياسة المدنية، لها ترجمة بالعبرية (٣).
- كتاب في الخطابة، وقد ذكر بأنه يقع في ٢٠ جزء.
- التعليقات، طبعة حيد آباد ١٩٣٣م.
- الألفاظ المستعملة في المنطق، حققه محسن مهدي، ١٩٨٦.
- كتاب العبارة في المنطق.
- كتاب الخطابة في المنطق (٤).

---

(١) ابن أبي أصيبعة: عيون الأنباء في طبقات الأطباء تحقيق نزار رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت، دت.  
(٢) الأزهرى (محمد بن أحمد بن الأزهر): تهذيب اللغة، تحقيق محمد عبد السلام هارون، القاهرة، ١٩٦٤.  
(٣) جوزيف شريم: الفارابي، أعلام الفكر العربي، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٠.  
(٤) جبرار جيهامي: الإشكالية اللغوية في الفلسفة العربية، دار الشرق، بيروت، ١٩٩٤.

أما الشروح فقد شرح أرسطو في السماع الطبيعي والعبارة والخطابة والمقولات والمغالطة والجدل والقياس والأخلاق والآثار العلوية، كما شرح لبطليموس الماجسطي ولأسكندر الأفروديسي مقالة في النفس<sup>(١)</sup>.

### الحياة الاجتماعية:

عاش الفارابي في ظل الدولة العباسية في الفترة التي بدأت فيها الدولة العباسية تتدهور بسبب المشاكل الكثيرة التي واجهتها سواء داخل قصر الخلافة أو خارجه، فأصبحت بغداد أضعف من أن تفرض هيبتها على العاصمة بالذات بعد أن سادت الفوضى. وطغت الحاشية وعيبت بمصلحة الدولة مطامع القادة والجنود، وأهواء الخدم والنساء، حيث سيطر المماليك والأتراك والسلاجقة والديلم على الخلفاء العباسيين، وكذلك طمع الولاة بما لديهم من ثغور وخراج فأعلنوا العصيان وأنشأوا الحواضر والإمارات المتمزقة، فصارت الدولة الإسلامية مقسمة إلى دويلات، فكانت الدولة البويهية في فارس وبغداد، والحمدانية في الموصل وحلب، والطولونية بعدها الأخشيديّة ثم الفاطمية في مصر، والظاهريون في شمال أفريقيا، والسامانية في خراسان وما وراء النهر، كما كانت الأندلس من عهد الأمويين دولة مستقلة عن الخلافة<sup>(٢)</sup>.

كما يتميز عصر الفارابي بالتحليل السياسي وكثرة الدسائس والفتن في مراكز السلطة، وقد أثرت هذه الأوضاع على فكر الفارابي، إلا أنه لم يقم بمهاجمتها مباشرة، بل قدم وصفه علاجية ورؤية الموفق بين الفكر والممارسة<sup>(٣)</sup>. أما الحياة الاجتماعية فما أصاب الحياة السياسية من فساد، امتد إلى الحياة الاجتماعية، فقد كانت منتشرة في ذلك الوقت تجارة الرقيق، وضعف الوازع الديني، وكثير ما كان يقوم صراع بين المذاهب، وانقسم الناس إلى طبقات بالثروة، بالإضافة إلى انهيار المقاييس الخلقية وفتح باب الرشوة بشكل واسع لوظائف الدولة<sup>(٤)</sup>.

(١) روزنتال (فرانز): مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي، ترجمة أنيس فريحة، ١٩٦١.

(٢) جوزيف الهاشم الفارابي، دراسة ونصوص، ص ٨-١٠.

(٣) حورية توفيق مجاهد: الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبد، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٤) جوزف الهاشم: الفارابي دراسة ونصوص، ص ١٠-١٢.

## أسلوب الفارابي:

امتاز أسلوب الفارابي بالغموض وكثرة الإيجاز، ليس في كلامه مترادف أو استطراد، لا يطيل ولا يسهب، يعطي المعاني الغزيرة في عبارات مقتضية، ولا يميل إلى التكرار إلا قليلاً، يهتم الفارابي بالمعنى أكثر من اهتمامه ببناء قوة العبارات، حتى لا يكاد يفهم مقاصده، يشعر الفارابي القارئ بالتعقيد والصعوبة التي يعانيتها في تدوين معانيه لما يتميز أسلوبه من القصر في اللفظ والعمق في المعنى، ولعل السبب عائد في ذلك إلى أنه يكتب في لغة غير لغته وهي اللغة العربية، وكان قد تعلمها في كبره عند قدومه إلى بغداد وكان قد تجاوز الأربعين من عمره<sup>(١)</sup>.

### الفصل الأول

#### تعريف السياسة في الفكر الإسلامي وبيان أهميتها وأدلتها

إن هذا الفصل يتحدث عن مقدمات في علم السياسة في الفكر الإسلامي، ينبغي على كل من يلج في بحر السياسة أن يكون على بصيرة من هذه الأمور الأولية والتي تتمثل في معرفة السياسة في الفكر الإسلامي والوقوف على أهميتها والأدلة التي تستند إليها، لذلك جعلنا هذا الفصل في مطالبين وهي: تعريف السياسة في الفكر الإسلامي، بيان أهميتها، أدلتها.

#### المطلب الأول: تعريف السياسة في الفكر الإسلامي اللغة والاصطلاح:

##### السياسة لغة:

السياسة مأخوذة من الفعل ساس، وساس الناس أي تولى رياستهم وقيادتهم، وساس الأمور أي دبرها وقام بإصلاحها فهو سائس والجمع ساسة، وسست الرعية سياسة حسنة أي أمرتها ونهيتها بما يحقق المصلحة لها<sup>(٢)</sup>، ونخلص من هذه المعاني إلى أن السياسة تعني الولاية والرياسة القيادة والرعاية وتدبير أمور الناس والعمل على إصلاحهم، وبهذا يتضح أن كلمة "السياسة" هي عربية خالصة، لا ريب في ذلك، والمراد بها سياسة المجتمع والقيام على تدبير شئونه الداخلية والخارجية بما يؤمن الخير العام للبلاد والعباد.

(١) محمد عبد الرحمن مرحبا، مرجع سابق، ص ٣٧٧ - ٣٧٨.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، (١٠٩، ١٠٨/٦)، والمعجم الوسيط، (٤٦٢/١)، وأيضاً القاموس المحيط للفيروز أبادي، ج ٢، فصل السين، ص ٢٢٢.

## السياسة اصطلاحاً:

لقد عرفها المفكرون بتعريفات متباينة كل حسب ما يعتقد ويفكر، فمنهم من يرى بأنها احترام الحكم والسلطان، أي ممارسة السلطة على الناس في المجتمع، ومن المفكرين عرف السياسة بأنها إجراءات لتحقيق القيم الدينية والاقتصادية والثقافية في سلوك الناس، وعلاقاتهم ونظام حياتهم، ومنهم من يرى أنها: نظريات لتنظيم المجتمع وعلاقات البشر<sup>(١)</sup>.

### تعريف السياسة في الفكر الإسلامي:

إن السياسة في الإسلام تعني ضبط حركة الفرد وتوجيه السلوك البشري في المجتمع من الراعي والرعية بالأحكام الشرعية. ويمكن أن يقال هي: "تدبير شئون الأمة، وتنظيم مرافقها بما يتفق وروح الشريعة وأصولها الكلية، ولو لم يرد فيها شيء من النصوص التفصيلية الجزئية الواردة في الكتاب والسنة النبوية"<sup>(٢)</sup>. وعرفها صاحب كتاب محاضرات في السياسة الشرعية بأنها: "تدبير شئون الدولة الإسلامية التي لم يرد فيها نص أو التي من شأنها أن تتغير وتتبدل بما فيه مصلحة الأمة ويتفق مع روح الشريعة وأصولها العامة"<sup>(٣)</sup>. ويقال كذلك: هي قيادة الناس إلى مصالحهم الدينية والدنيوية بأحكام الشريعة الإسلامية مع جلب المصالح ودفع المفاسد وفق مراعاة المقاصد التي جاء الإسلام للحفاظ عليها وحمايتها وتمثل في الكليات الخمس: الدين، النفس، العقل، العرض والمال.

ونلاحظ أن هذه التعاريف كلها أنها تدور في محور واحد، فهي تعني بالإجمال تعهد الأمر الذي يواجه الأمة بما يصلحه ويحقق الفائدة<sup>(٤)</sup>. وبمراعاة هذه التعاريف يمكن أن نخلص إلى تعريف السياسة في الفكر الإسلامي بأنها: رعاية مصالح الأمة بما لا يتعارض مع النصوص الصريحة والقطعية ضمن الفهم الواضح للمقاصد الكلية للشريعة الإسلامية مع توسيع النظر في أمور المباحات، وتقديم المصلحة التي تنعكس إيجاباً وبالخير على الدين والنفس على المصلحة التي تنعكس على الدين وحسب.

(١) ينظر النظام السياسي في الإسلام "نظام الخلافة الراشدة، ص ١٣.

(٢) السياسة الشرعية في الفقه الإسلامي، ص ١.

(٣) محاضرات في السياسة الشرعية لعبد العال عطوة، ص ١٥.

(٤) خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص ١٩.

"وعليه فإن كل حكم أو نظام يتعلق بشئون الدولة يحقق المصلحة ويتفق مع أحكام الشريعة وقواعدها الأصولية ومقاصدها، هو من السياسة في الفكر الإسلامي، وكل ما لم يحقق مصلحة أو يخالف الشريعة فإنه لا يُعد من السياسة في الفكر الإسلامي في شيء، وليس من الإسلام، وحينئذ تصبح قوانين وضعية لا ارتباط لها بالشريعة الربانية"<sup>(١)</sup>.

إن كلمة السياسة لم ترد في القرآن الكريم، لذلك قد يتخذ بعض الناس من هذا دليلاً على أن القرآن أو الإسلام لم يهتم بالسياسة ولا ينظر إليها، ولا شك في هذا القول بأنه ضرب من الخيال والمغالطة، فكثير من الألفاظ لا توجد في القرآن ولكن مضمونها ومعناها جاء مثبتاً بألفاظ أخرى توحى بنفس المعنى للفظ غير المثبوت، وعلى سبيل المثال كلمة العقيدة، فهي لا توجد في القرآن، مع أن مضمون العقيدة موجود في القرآن بكاملة من الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، والعقيدة هي القضية المركزية الأولى التي تدور حولها آيات القرآن الكريم وكذلك كلمة الفضيلة، فهي لا توجد في القرآن الكريم، مع أن القرآن من أوله إلى آخره يحث على الفضيلة والتحلي بالقيم والمثل العليا النبيلة واجتتاب الرذيلة.

والقرآن لم يذكر لفظة السياسة بعينها وإنما جاء بما يدل عليها مثل كلمة الملك الذي يعني حكم الناس وأمرهم ونهيمهم وقيادتهم في أمورهم، حيث جاء ذلك في القرآن بصيغ وأساليب شتى، بعضها على سبيل المدح والآخر على سبيل الذم فهناك الملك العادل، وهناك الملك الظالم والملك المستبد<sup>(٢)</sup> والشورى والملك والحكم والتمكين والخلافة حيث وردت هذه الألفاظ في الآيات التالية:

قال تعالى: [فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَآتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا] {النساء: ٥٤}. وذكر من آل إبراهيم يوسف عليه السلام الذي ناجى ربه فقال: [رَبِّ قَدْ آتَيْتَنِي مِنَ الْمُلْكِ وَعَلَّمْتَنِي مِنْ تَأْوِيلِ الْأَحَادِيثِ] {يوسف: ١٠١}، وكذلك ممن آتاهم الله الملك: طالوت الذي بعثه الله ملكاً لبني إسرائيل ليقاتلوا معه وتحت لوائه، قال تعالى: [وَقَالَ لَهُمْ نَبِيُّهُمْ إِنَّ اللَّهَ قَدْ بَعَثَ لَكُمْ طَالُوتَ مَلِكًا] {البقرة: ٢٤٧}.

(١) المشاركات السياسية المعاصرة في ضوء السياسة الشرعية، ص ١٥.

(٢) الدين والسياسة تأصيل ورد شبهات، ص ٢٨.

وكذلك سليمان عليه السلام الذي آتاه الله ملكاً لا ينبغي لأحد من بعده، وممن ذكره القرآن من الملوك: ذو القرنين الذي مكنه الله في الأرض وآتاه من كل شيء سبباً، حتى اتسع ملكه من المغرب إلى المشرق<sup>(١)</sup> قال تعالى: [وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ ذِي الْقَرْنَيْنِ قُلْ سَأَتْلُو عَلَيْكُمْ مِنْهُ ذِكْرًا \* إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا] [الكهف: ٨٣-٨٤]. وكذلك ذكر القرآن ملكة سبأ، حيث قام ملكها على الشورى وليس على الاستبداد والقهر قال تعالى: [قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ] [النمل: ٣٢].

وتحدث القرآن عن بعض الملوك دون أن يمدحهم أو يذمهم، مثل ملك مصر الذي ولى يوسف عليه السلام على خزائن الأرض، وأوضح بعض تصرفاته الحسنة في إدارة الدولة والتخطيط في الجانب الاقتصادي، وهذا يشير إلى حسن سياسته في حكمه للبلاد، وهو من السياسة تحت كلمة غير السياسة مثل التمكين حيث جاء قوله تعالى: [وَكَذَلِكَ مَكَّنَّا لِيُوسُفَ فِي الْأَرْضِ يَتَّبِعُونَ مِنْهَا حَيْثُ يَشَاءُ] [يوسف: ٥٦]. وكذلك قوله عن المهاجرين: [الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَاللَّهُ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ] [الحج: ٤١].

وجاءت كلمة "الحكم" ومشتقاتها في الكثير من آيات القرآن الكريم لتوضح إدارة الدولة الإسلامية في الداخل والخارج ضمن سياسات عادلة وحكيمة<sup>(٢)</sup> قال تعالى: [إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ] [النساء: ٥٨]. وأكد القرآن على الحاكمية لله في المجتمع وحذر من الافتتان بالمناهج الأرضية الساقطة والانجراف مع أحكام الجاهلية، قال تعالى: [وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ] [المائدة: ٤٩].

وهنا يوضح الحق تبارك وتعالى أن الأنظمة الجاهلية وعلى رأسها الأنظمة الرأسمالية والصهيونية وقوى الاستعمار والظلم تسعى جادة لإحداث زحزحة المسلمين

(١) محاسن التأويل للقاسمي، ٨٩/١١.

(٢) موسوعة السياسة، عبد الوهاب الكيالي وآخرون، مجلد ٦، ص ٥٨٧.



عن عقيدتهم وعن تطبيق منهج الله في جانب الحكم والسياسة والاقتصاد والجهاد، على أن يبقى الإسلام طقوساً وشعائر مفرغة من مضمونها، لا تحكم إلا الجوانب المتعلقة بفقهِ الأحوال الشخصية من حياة الناس.

فنحن اليوم في أمس الحاجة إلى الحكم بكتاب الله، ونحن تتجاذبنا التيارات الفكرية لتحط من قوتنا وتوهن عزيمتنا وتفرق وحدتنا، وخاصة أننا جربنا في العقود الماضية الاشتراكية والرأسمالية والأفكار المستوردة فلم تحقق إلا الهزائم وتكريس الاحتلال والضياع لمقدرات الأمة، قال تعالى: **[أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ]** [المائدة: ٥٠].

أما بالنسبة للسنة النبوية المطهرة فقد جاء فيها الحديث عن السياسة، فقد جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء كلما هلك نبي خلفه نبي، وإنه لا نبي بعدي، وسيكون خلفاء فيكثرون، قالوا: فما تأمرنا؟ قال: ببعة الأول فالأول، وأعطوهم حقهم الذي جعل الله لهم، فإن الله سائلهم عما استرعاهم"<sup>(١)</sup>.

ويمكن القول: إن أقدم نص وردت فيه كلمة السياسة بمعنى الحكم هو قول عمرو بن العاص لأبي موسى الأشعري في وصف معاوية: إني وجدته ولي عثمان الخليفة المظلوم، والطالب بدمه، الحسن السياسة، الحسن التدبير، وكذلك ما جاء عن عمر بن الخطاب حيث قال: قد علمتُ ورب الكعبة - متى تهلك العرب! فقام رجل من المسلمين فقال: متى يهلكون يا أمير المؤمنين؟ قال: حين يسوس أمرهم من لم يعالج أمر الجاهلية ولم يصحب الرسول صلى الله عليه وسلم<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني: أهمية العمل بالسياسة في الفكر الإسلامي:

تكمن أهمية العمل بالسياسة الإسلامية لمسايرة التطورات الاجتماعية والوفاء بمتطلبات الحياة المتجددة، وذلك من خلال استنباط الأحكام لما يستجد من الأحداث والوقائع في حياة الأمة وخاصة التي لا نجد لها نصاً شرعياً أو إجماعاً فنقيسه عليه بما

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب أحاديث الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل، ج ٤، ص ١٦٩، رقم الحديث (٣٤٥٥).

(٢) الدين والسياسة تأصيل ورد شبهات للقرضاوي، ص ٣١.

يحقق مصلحة المجتمع، ويتفق في الوقت ذاته مع قواعد الشريعة الإسلامية دون الرجوع إلى القوانين والسياسات الوضعية التي تخالف القواعد الشرعية في كثير من الأمور<sup>(١)</sup>. لذلك لا يشك أحد في أهمية السياسة الإسلامية في حياة الأمة المسلمة، حيث إنها مارست السياسة من نشأتها في عهد النبي ﷺ بصفته قائداً وحاكماً ورئيساً للدولة الإسلامية في المدينة المنورة، وتمثل ذلك في تطبيقه ﷺ للحدود فكان يتحقق من فاعل الجريمة، ولا يعاقب إلا بتهمة وعند ظهور الدليل والبينة، وقد منع النبي ﷺ الغال من الغنيمة سهمه، وعزم على تحريق بيوت تاركي صلاة الجمعة والجماعة، وأمر بكسر دنان الخمر، كما أمر بكسر القدور التي طبخ فيها اللحم الحرام، ثم نسخ عنهم الكسر، وأمرهم بال غسل، وأمر بقتل شارب الخمر بعد الثالثة أو الرابعة، ولم ينسخ ذلك. ولم يجعله حداً لأبد منه، بل هو بحسب المصلحة أي يرجع إلى رأي الإمام، ولذلك زاد عمر ﷺ في الحد الجلد عن الأربعين ونفى فيها<sup>(٢)</sup> ثم نهج الخلفاء الراشدون منهج النبوة في اكمال عناصر السياسة والدولة على نفس منهج رسول الله ﷺ، فخلق عمر ﷺ رأس نصر بن حجاج، ونفاه من المدينة منعاً من فتنة النساء به<sup>(٣)</sup>.

وحرصت الأنظمة السياسية في التاريخ الإسلامي على الإبقاء والحفاظ على الكيان الإسلامي وكيان الأمة المسلمة قروناً كثيرة، ومع التزام المسلمين بالنظام السياسي الإسلامي كان الدين قوياً وأحكامه محفوظة ورايته عالية خفاقة، وبالتخلي عن السياسة الشرعية أي عن الدين ضعفت الأمة وتمزقت وأفترق السلطان عن القرآن فضاعت العزة والكرامة واحتلت الأرض والمقدسات في فلسطين زمناً طويلاً في ظل الأنظمة القائمة على التبعية للسياسات والأفكار الوضعية التي لا تخدم إلا مصالح أعداء الأمة؛ لأنها جاءتنا مستوردة عن طريقهم، وأيضاً تكتسب السياسة الإسلامية أهميتها؛ لأنها تقوم على جلب المصالح للناس جميعاً، وتعمل على دفع المفسد من المجتمع، بالإضافة إلى أنها تقوم بمراعاة أحوال الناس وقدراتهم، كما

(١) المدخل إلى السياسة الشرعية، ص ٦٧.

(٢) السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، ص ٣٦.

(٣) نفس المرجع، ص ٣٥.

أنها تقوم على مراعاة مآلات الأمور واعتباراتها، وهي تراعي فقه الأولويات في تسيير الأعمال بما يحقق المصلحة العامة للأمة.

إن السياسة الإسلامية لها أهميتها الكبرى في حفظ مصالح الفرد والأسرة والمجتمع والدولة والأمة بأسرها، وتتجلى هذه الأهمية في أنها تعتبر صورة من صور الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما أنها تعمل على ضبط جميع الأنشطة في المجتمع، وتحقيق الامتثال للقواعد الشرعية من خلال توجيه سلوك الفرد والجماعة، كما أن السياسة الإسلامية تعتبر جزءاً من مكونات الشريعة الإسلامية وفرعاً من فروعها، ومنبثقة من خلالها، فمن أحاط علماً بمقاصدها فاز ونجح ولم يحتج إلى غيرها.

وتتضح أهمية السياسة الإسلامية من خلال إصلاحها للرعية وتدبير شئونهم بما لا يخالف الشرع الحنيف، إضافة إلى أن معظم مقاصد السياسة الشرعية تعمل على إقامة العدل في إصدار الأحكام وتوثيق روابط المحبة والرحمة بين الناس في المجتمع الإسلامي، كما أنها تعمل على تنظيم العلاقة بين الفرد والمجتمع وتحمي الحقوق وتكفل مصالح الناس، ولهذا فعلم السياسة الشرعية علم واسع متجدد يسع التدرج في الحياة البشرية وما يستجد من قضايا في الحياة البشرية إلى يوم الدين، وبها يصلح الدين للتطبيق في كل عصر وزمان.

## الفصل الثاني

### نظرية الفارابي في المجتمع

#### المبحث الأول

#### حقيقة الاجتماع الإنساني:

يعتقد الفارابي أن الإنسان مدني بطبعه، وأنه بفطرته محتاج إلى أشياء كثيرة سواء كانت مادية أو معنوية وليس بمقدوره أن يستقل بأدائها أو القيام بها، ولذلك فهو يرى أن الإنسان يسعى لتحقيق هدفين من الاجتماع. الهدف الأول: هو سر ما ينقصه من حاجات والثاني الوصول إلى الكمال (السعادة) ، ولهذا يرى أن الإنسان بحاجة إلى الاجتماع والتعاون مع الآخرين<sup>(1)</sup>، بل هو محتاج إلى عمل كل فرد في مجتمعه. وتحقيقاً لهذا

(1) محمد مرحبا من الفلسفة اليونانية إلى الفلسفة الإسلامية، ص ٤٦٠.

الغرض كثر الأفراد واستقروا في أنحاء الأرض متكئين في طوائف متعاونة العناصر، فتكونت منهم المجتمعات<sup>(١)</sup>.

ويرى الفارابي أن الاجتماع لا ينبغي أن يقوم على القهر والتغلب بل على أسس وحدة العقيدة<sup>(٢)</sup>. إن الكمال الذي يسعى إليه لا يكون إلا بالاجتماع، وفي هذا يقول في كتابه آراء أهل المدينة الفاضلة "لا يمكن أن يكون الإنسان ينال الكمال الذي لأجله جعلت له الفطرة الطبيعية إلا باجتماعات جماعة كثيرة متعاونين يقوم كل واحد لكل بعض ما يحتاج إليه في قوامه فيجتمع مما يقوم به جملة الجماعة لكل واحد جميع ما يحتاج إليه في قوامه وفي أن يبلغ الكمال"<sup>(٣)</sup>.

ويتعدى الهدف من الاجتماع سر الحاجة المادية إلى بلوغ أفضل الكمالات الإنسانية ومعلوم أن أفضل الكمالات الإنسانية عند الفارابي إنما هو الكمال العقلي، ويعتبر الفارابي أن التعاون الصحيح يقوم على شيئين. الأول: التعاون الاقتصادي، الذي يقوم على توزيع الأعمال المتنوعة على الأشخاص المختلفين. والثاني: التعاون الثقافي ويقوم على أساس التماس الكمال العقلي من الفلاسفة والأنبياء<sup>(٤)</sup>.

إننا نجد أن الفارابي يشبه رأي أفلاطون في السبب الذي يدفع الإنسان إلى الاجتماع بغيره، وهو حاجة الآخرين إلا أنه يزيد على أفلاطون في إضافة هدف آخر يدفع الإنسان إلى الاجتماع وهو السعي نحو الكمال الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بالاجتماع، وهنا نستطيع أن نقول أنه يلتقي مع أرسطو في هذا الرأي، فأرسطو يرى أن الهدف من الاجتماع الإنساني هو تحقيق السعادة والفضيلة<sup>(٥)</sup>.

إلا أن الفارابي يختلف عن أرسطو في تحديد السعادة التي يسعى لها الإنسان عن طريق الاجتماع حيث فرق الفارابي بين السعادة الدنيا في الحياة الدنيا والسعادة القصوى وهي السعادة الأخروية، وهي الغاية القصوى التي يسعى إليها الفارابي، وهنا يبرز أثر العقيدة

(١) علي عبد الواحد وافي، في المدينة الفاضلة للفارابي، ص ٢٣-٣٥.

(٢) علي عبد الواحد، الفلسفة اليونانية إلى الفلسفة الإسلامية، ص ٢٣-٣٥.

(٣) عبد السلام بنعيد العالي، الفلسفة السياسية عند الفارابي، ص ١٧.

(٤) إبراهيم جزني آراء أهل المدينة الفاضلة ص ١٧١.

(٥) حورية مجاهد مرجع سابق ص ١٨٣.

الإسلامية في أفكار الفارابي كمسلم حدد نوع السعادة التي يجب أن يسعى إليها الإنسان وهي السعادة الدائمة والتي تكون بعد الحياة الدنيا، التي يعتبرها طريق يؤدي إلى السعادة القصوى<sup>(١)</sup>.

المبحث الثاني: المجتمعات في فكر الفارابي:

أولاً: المجتمعات الكاملة:

وهو ما يتحقق فيه التعاون الاجتماعي بوجه كامل ونقي بحاجاتها وتنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- عظمى: وهي على نطاق الجماعة الإنسانية في المعمورة كلها.

٢- وسطى: وهي اجتماع له في جزء من المعمورة.

٣- صفري: وهي اجتماع أهل المدينة وهي جزء من الأمة.

ثانياً: المجتمعات غير المتكاملة:

وهي المجتمعات التي لا يتحقق فيها التعاون بصورة كاملة، والتي تفتقر إلى المال

مقومات التي تعينها على نيل حاجاتها، وهي تضم ما يلي:

١- القرية: والتي اعتبرها خادمة للمدينة.

٢- جزئيات المدينة: وهو جزء من المدينة ومن أحيائها.

٣- اجتماع في سكة وهي جزء من المحلة.

٤- اجتماع في منزل وهو اجتماع أفراد الأسرة في منزل واحد، وأنقص هذه

المجتمعات هو اجتماع الأسرة وأقل منه نقصاً مجتمع السكة وأقلها جميعاً في

النقص مجتمع القرية<sup>(٢)</sup>.

وسعادة المرء القصوى وخيره الأمل إنما يتمان في اجتماع عام يضم البشرية

بأسرها في نظام موحد وقوانين مشتركة تحت راية المحبة والسلام العالميين، ولكن

الفارابي رغم مثاليته وخياله يشعر بأن هذا النوع من الاجتماع مستحيل التحقيق أو على

الأقل مستبعدة لما تعترضه من مطامع وأنانية في الدول والأفراد، لذلك يكتفي بوضع

نظام المدينة الفاضلة، أصغر اجتماع كامل ينعم فيه المرء بالرخاء والسعادة<sup>(٣)</sup>.

(١) نفس المرجع، ص ١٨٣.

(٢) عبد الواحد وافي، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٣) جوزيف هاشم دراسة ونصوص، ص ١٤٧.

أما الأساس الذي يقوم ويسير عليه النظام فيقوم على مبدئين متكاملين:

- الأول: وهو استبعاد كل عضو من أعضاء المجتمع السياسي وصلاحيته من حيث علمه وخبرته واستعداده الطبيعي.
  - الثاني: وهو مقدار ما يؤديه الأفراد من مسؤوليات تفي بحاجات ومتطلبات الدول التي من شأنها أن تؤدي إلى إسعادهم عموماً<sup>(١)</sup>.
- فالمدينة التي يقصد الاجتماع فيها التعاون على الأشياء التي ينال بها السعادة في الحقيقة هي المدينة الفاضلة، وهذا هو تعريف الفارابي للمدينة الفاضلة، ولا شك أن الاجتماع الأول ذكره الفارابي وجعله أكمل المجتمعات الكاملة جميعاً لم يذكره أحد من قبله ولم يخطر على بال فلاسفة اليونان، فهؤلاء لم يفكروا إلا فيما يقع تحت مشاهدتهم وهو الدويلات الصغيرة التي تتألف كل دولة منها من مدينة وتوابعها أو من بعض مدن وتوابعها، ولعل ذلك يعود إلى تأثر الفارابي بتعاليم دينه إذ أن الإسلام يهدف إلى إخضاع العالم كله لحكومة الخليفة الذي هو ظل الله في أرضه<sup>(٢)</sup>. لذلك نجد أنه رأى أن أعمال أدنى مراتب الاجتماع الذي يرضى فيه الخير والكمال هو اجتماع أهل المدينة، والتي عن طريقه تتكون الأمة الفاضلة ومن ثم يتحقق الخير والكمال في المعمورة كلها<sup>(٣)</sup>.

### الفصل الثالث

#### نظرية الفارابي السياسية

#### المبحث الأول

#### طبيعة المدينة الفاضلة:

إن المعيار الذي ميز فيه الفارابي المدينة الفاضلة عن المدن الأخرى هو التعاون بين أفرادها في سبيل الوصول إلى السعادة<sup>(٤)</sup>. ويشبه المدينة الفاضلة بالبدن الذي يتعاون أعضاؤه من أجل المحافظة على حياة الإنسان من أي خلل يصيب أي عضو يلحق ضرراً بالأجزاء الأخرى، وهكذا للمدينة الفاضلة يتعاون أعضاؤها من أجل تحقيق السعادة

(١) فاضل زكي الفكر السياسي العربي الإسلامي، ص ٢٧٣ - ٢٧٤.

(٢) عمر فروخ، المنهاج الجديد في الفلسفة العربية، ص ١٨١.

(٣) حورية في هذا مرجع سابق ص ١٨٨.

(٤) محمد مرحبا مرجع سابق، ص ١٨٨.

والكمال، إلا أنه يفرق بين أعضاء البدن وأجزاء المدينة بأن القوى التي لأعضاء البدن هي بالطبع أما نظائرها في أجزاء المدينة فهي ملكان وهيئات إدارية<sup>(١)</sup>، كما يشبه العلاقة بين الرئيس وبين بقية الأعضاء كعلاقة الموجودة الأول (الله) بالموجودات الأخرى، والذي هو كمسبب لوجودها والمدير لها.

وقد قسم الفارابي المدينة الفاضلة إلى أجزاء أوجد منها مراتب ودرجات، وحدد وظائف ومهام كل جزء حسب قدرات الأفراد بمدينة الفارابي التي تتكون من<sup>(٢)</sup>:

- ١- الأفاضل: وهم الحكماء والمفكرون وذوي الرأي.
  - ٢- حملة الدين وذوي الألسن وهم الخطباء والبلغاء والشعراء والكتاب.
  - ٣- المقصدرون: وهم الحساب والمهندسون والأطباء والمنجمون ومن يجري مجراهم.
  - ٤- المجاهدون وهي المقاتلين والحفظة.
  - ٥- الماليون: وهم المنتجون والفلاحين والرعاة والباعة وغيرهم.
- والأساس الذي يربط هذه الجاعات بعضها ببعض هو التعاون المشترك بينهما في سبيل الوصول إلى السعادة، وللحفاظ على التعاون والتوازن في الدول وضع الفارابي مبادئ مشتركة يجب أن يجمع عليها الجميع ويعرفها ويطبقها الجميع ومن هذه المبادئ<sup>(٣)</sup>:
- معرفة السبب الأول: واجب الوجود.
  - عالم الأفلاك وما يوصف به كل من الجواهر السماوية.
  - عالم الكون والفساد وكيفية فيضه.
  - الإنسان وقواه النفسية واتصاله بالعقل الفعال.
  - رئيس المدينة الفاضلة والرؤساء الذين يخلفونه.
  - المدينة الفاضلة وأهلها والسعادة التي إليها نفوسهم.
  - المدن المضادة وما تقول من أراء وما ينتظرها من مصير.
  - الأمم الفاضلة والأمم المضادة لها.

(١) محمد سيد أحمد مرجع سابق، ص ١٨١.

(٢) دورية مجاهد، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٣) محمد مرحبا، مرجع سابق، ص ٤٦٨.

وهذه المبادئ لا يستطيع أن يتصورها أو يعقلها إلا القلة وهم الحكماء، أما الكثرة العامة - فتعلمهم لها يكون عن طريق التقريب والتوضيح بالصور والأمثال التي هي معروفة لديهم<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني

### سلطة التنظيم السياسي (الحاكم أو زعيم المدينة):

ينظر الفارابي إلى رئاسة الدولة على أنها أسمى وأشرف الأعمال وينظر إلى موقعها كموقع القلب من سائر البدن، لذلك فإن للرئيس مكان خاصة في المدينة الفاضلة عند الفارابي، فهو مصدر الحياة والحركة بالنسبة لها. ونظراً لمكانة الرئيس يفترض الفارابي أن يكون الرئيس معداً لذلك بالفطرة من حيث الطبع والملكة الإدارية، وأن تتوفر فيه مواهب خاصة فيتمثل فيه أقصى ما يمكن أن يصل إليه الكمال في الجسم والعقل والخلق والدين<sup>(٢)</sup>.

والرئيس عند الفارابي يتحلى بخصائص الفيلسوف وصفات النبي، فالفارابي يصف أميرة بكل فضائل الإنسانية وكل فضائل الفلسفة، فهو فيلسوف في ثوب نبي<sup>(٣)</sup>. واشترط الفارابي أن تتوفر في رئيس المدينة الفاضلة خصال طبيعية وشروط إرادية والخصال المطلوب هي<sup>(٤)</sup>:

- ١- أن يكون تام الأعضاء وتساعده قواه على انجاز الأعمال الخاصة بها.
- ٢- أن يكون جيد الفهم بالطبع والتصور لكل ما يقال.
- ٣- أن يكون جيد الحفظ لما يراه ويسمعه أو يفهمه ويدركه حتى يكاد لا ينساه.
- ٤- أن يكون جيد الفطنة ذكياً إذا رأى الشيء بأدنى دليل.
- ٥- أن يكون حسن العبارة يواتيه لسانه على إبانة كل ما يضمره إبانة تامة أي أن يكون خطيباً مفصلاً.
- ٦- أن يكون محباً للتعليم منقاداً له، سهل القبول لا يؤذيه الكد الذي ينال فيه ولا يؤلمه تعب في سبيله.

(١) محمد سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٢) علي عبد الواحد وافي، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٣) ج. ري بور، تاريخ الفلسفة في الإسلام، ص ٢٢٢.

(٤) عبد الحلیم محمود، مرجع سابق، ص ٢٦٠.



٧- أن لا يكون شره إلى المأكول والمشروب والمنكوح تجنباً بالطبع للعبء مبغضاً اللذات الناتجة عنه.

٨- أن يكون محباً للصدق وأهله مبغضاً للكذب وأهله.

٩- أن يكون كبير النفس محباً للكرامة وطلب الرفعة.

١٠- أن يكون الدرهم والدنيا وسائر أعراض الدنيا هنية عنده.

١١- أن يكون محباً للعدل وأهله، مبغضاً للجور والظلم وأهله.

١٢- أن يكون قوي العزيمة على لاشيء الذي يرى أنه ينبغي أن يفعل، جسوراً عليه مقداماً غير خائف ولا ضعيف النفس.

هذه الصفات الفطرية التي يجب أن يتمتع بها شخص الرئيس، أما الصفات المكتسبة فقط اشترط الفارابي أن تتوفر منها للرئيس ستة صفات:

١- أن يكون حكيماً.

٢- أن يكون عالماً، حافظاً للشرائع والسنن والسير التي دبرها الأولون للمدنية.

٣- أن يكون له جودة استنباط فيما لا يحفظ عن السلف فيه شريعة، ويكون فيما يستنبطه في ذلك محتذياً حذو الأئمة الأولين.

٤- أن يكون له جودة رؤية وقوة استنباط لما سبيله أن يعرف في وقت من الأوقات الحافرة من الأمور والحوادث التي تحدث مما ليس سبيلها أن يسير فيه الأولون.

٥- أن يكون له جودة الإرشاد بالقول إلى شرائع الأولين.

٦- أن يكون له جودة الثبات في مباشرة أعمال الحرب<sup>(١)</sup>.

إلا أن الفارابي استشعر أن الصفات الفطرية السابقة لا يمكن توافرها كلها في شخص واحد لقلّة من يوجد فيهم هذه الصفات وهي صفات الأنبياء، ولهذا تنازل عن فكرة الرئيس "النبي" على أن يعهد بالرئاسة إلى شخص آخر على أن تتوافر فيه الصفات المكتسبة السابقة الذكر<sup>(٢)</sup>. فإذا لم تتوافر هذه الصفات في شخص واحد ووجدت متفرقة في عدة أشخاص حتى ولو كانوا ستة، فإنه بالإمكان أن يشكل مجلس حكومة برئاسة من

(١) يوسف فرحان، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٢) محمد عبد الستار، مرجع سابق، ص ١.

يملك صفة الحكمة، لأن الحكمة هي الصفة الأساسية التي لا يكون قيام الدولة ولا استمرارها إلا بها<sup>(١)</sup>.

فإن لم يتفق أنه يوجد حكيم تضاف إليه الحكمة لم تثبت المدنية بعد مدة أن تهلك<sup>(٢)</sup>. أمام هذه الافتراضات والنظرات التي وضعها الفارابي لا بد من أن يثار التساؤل عن كيفية الحصول على مثل هذا الرئيس وما هو دور العاطفة والعقل؟ ثم إلى أي حد يمكننا أن نعتبر الفارابي صائباً في افتراضاته؟ وهذا ما يقودنا إلى التحدث عن مثالية الفارابي:

١- لم يستوح الفارابي سياسته من وقائع السياسة العملية بل استوحاها من كتاب الجمهور لأفلاطون والمعروف أن أفلاطون كان مثالياً في جمهوريته.

٢- إن سياسة الفارابي ما هي إلا تطبيق لفلسفته النظرية التي تجعل من العقل الفعال محور كل فلسفة مثالية وخيالية إلى حد ما.

٣- أخطأ الفارابي عندما ظن أن نظاماً سياسياً واحداً يمكن تطبيقه على جميع العصور، وعلى جميع المجتمعات، أي أنه لم يأخذ بعين الاعتبار تطور هذه المجتمعات وحاجاتها.

٤- آراء الفارابي من أبناء المدنية الفاضلة أن يكونوا عقلاء بلا عاطفة، فلا طمع ولا غش ولا احتيال، بل خدمة مجردة وصناعة دائمة، وصدق وإخلاص في كل شيء وهذه مجتمعات عقلية وليست مجتمعات بشرية.

٥- صعوبة الحصول على رئيس "عقلاني بحت" دون أن يتسرب إلى نفسه شيء من الميول البشرية والعاطفية وهذا أمر محال.

٦- لم يعتني الفارابي بوضع نصوص وقوانين واضحة لمدينته وظن أو وجود الرئيس الفاضل يكفي لتنظيم السياسة تنظيمياً سياسياً عادلاً.

(١) محمد سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٦.

(٢) عبد الشمالي، مرجع سابق، ص ٢٢٩ - ٢٦٠.

ولكن هل يعني كل ما تقدم أن آراء الفارابي في مدينته كانت مثالية بحثة، وتخلو بجمالها من الواقعية والتطبيق العملي؟ الجواب: لا، هناك أسباب عديدة ومواقف متنوعة تقريبا تقترب من واقعية الفارابي منها<sup>(١)</sup>:

١- المسلم به أن الفارابي لم يبحث في السياسة العملية كثيراً مما ورد في كتاب آراء أهل المدينة الفاضلة بل جاء بحثه في المبادئ السياسية العامة وليس في كيفية تطبيقها.

٢- وضع الفارابي مبدأ التعاون كشرط أساس للحياة الاجتماعية السياسية السليمة.

٣- ابتكاره لفكرة الثقافة المشتركة لأبناء لمجتمع واحد.

٤- أجاز أن يشترك أكثر من شخص في السلطة الواحدة، وهذا يعتبر جديداً في التفكير الإسلامي.

### المبحث الثالث

#### مضادات المدينة الفاضلة:

لم تقتصر اهتمامات الفارابي بمعالجة أبعاد المدينة الفاضلة فقط، بل تناولت بالتعريف والتحليل أنواع النظم غير الفاضلة على أساس موقفها من السعادة القصوى الحقيقية والغاية التي تتشدها، وقد عدد هذه النظم (المدن) في كتابه تحصيل السعادة. إن مضادات المدينة الفاضلة ليست مدناً فقط بل أفراداً أيضاً، وفيما يلي توضيح تعريف وصفات كل مدينة على حده:

#### (أ) المدينة الجاهلة:

وهي المدينة التي لم يعرف أهلها السعادة أبداً ولا خطرت ببالهم وغايتهم في الحياة هي الخيرات، مثل سلامة الأبدان والتمتع باللذات ومظاهر العظمة، ويعتبر أهل المدينة الجاهلة أن هذه هي السعادة، وهناك أنماط مختلفة من المدن الجاهلة منها:

١- المدينة الضرورية: وهي التي يقصد أهلها أن ينالوا الحاجات البدنية الضرورية من مأكّل وملبس ومشرب ومسكن.

(١) إبراهيم جزيني، مرجع سابق، ص ٢١-٢٢.

٢- المدينة البذالة (التجارية): وهي التي يقصد أهلها جمع الثروة وجعلها غايتهم في الحياة ثم لا ينتفعون بها انتفاعاً صحيحاً.

٣- المدينة الخسة والشقوة: ويقصد أهلها التمتع بالطعام والشراب واللذات البدنية المتعلقة بحسهم وخيالهم والميل إلى الهزل واللعب.

٤- مدينة الكرامة: التي يقصد أهلها أن يكونوا مشهورين محمد وحسين بين الأمم وعن أنفسهم.

٥- مدينة التغلب: وهي التي يقصد أهلها التغلب على غيرهم ولذتهم محصورة في ذلك.

٦- مدينة الجماعية (الإباحية): وهي التي تقصد ويريد أهلها أن يعيشوا على هواهم ويفعلون ما يريدون دون رقيب أو حسيب.

(ب) المدينة الفاسقة: وهي التي تعلم السعادة وأساسها فتعلم الله عز وجل والعقل الفعال وكل ما يعرفه أهل المدينة الفاضلة، إلا أن أفعالها أفعال أهل المدينة الجاهلة.

(ج) المدينة المبدلة: وهي التي كانت آراؤها وأفعالها نفس آراء وأفعال المدينة الفاضلة ولكنها تبدلت وتحولت إلى أفعال المدينة الجاهلة.

(د) المدينة الضالة: وهي التي تعتقد في الله والموجودات اعتقادات فاسدة ويخدع رئيسها الناس بإدعاء أنه يوحى إليه، ويعتقدوا أن السعادة تأتي بعد الموت، وأهل هذه المدينة ورئيسها هم على نقيض وضد أهل المدينة الفاضلة ورئيسها.  
ثانياً: "توائب المدن":

هؤلاء هم أفراد وليسوا مدناً وهم من أهالي المدينة الفاضلة، ولكنهم ليسوا بفاضلين، وقد قسمهم الفارابي إلى أنواع متعددة هي:

- المقتنصون: وهي الذين يقصدون من التملك الظاهري بالأفعال التي تحقق السعادة إلا أنهم يقصدون من وراء ذلك اقتناص أهداف أخرى مثل الكرامة والفخر.
- المحرفة: وهم الذين يسيئون فهم السنن الحقيقية، لأنه ليس لديهم التصور الصحيح لأقوال واضع السنة ليحققوا أهدافهم غير الفاضلة.
- المزيفون: وهم الذين يعمدون إلى تزيف آراء وأقوال واضع السنة سواء فيما بين أنفسهم أو بين غيرهم.

- الأعمار الجهال: وهم الذين لا يرون صادقاً فيما يدرك، ويعتبرون أن كل من يدرك شيئاً كاذباً. وقد وصف الفارابي النواب بالشوك النابت بين الزرع، وأكد على أن يقوم رئيس الدولة الفاضلة بإصلاحهم ومعالجتهم أو أنفسهم للتخلص من شرورهم<sup>(١)</sup>.

تقويم عام للفلسفة السياسية عند الفارابي:

#### (أ) الإيجابيات:

الربط بين السياسة والدين الأخلاق: وهكذا فإن للفلسفة السياسية عند الفارابي إيجابيات تتضمن ربطه بين السياسة والأخلاق، وهو ما يتضح من خلال تقريره "أن غاية السياسة المدنية السعي إلى توفير الكمال الأخلاقي للأفراد بمعونة القوانين والتربية"، ففلسفته السياسية إذا تتعارض مع الفلسفات السياسية التي تفصل بين السياسة والأخلاق (كالميكافيلية التي رفعت شعار "الغاية تبرر الوسيلة". ومن إيجابيات فلسفته السياسية أنها ربطت بين السياسة والدين، ولهذا الربط الكثير من المظاهر، ففلسفته السياسية إذا تتعارض مع الفلسفات السياسية التي تفصل بين السياسة والدين (كالليبرالية التي استندت إلى العلمانية).

#### (ب) السلبيات:

١- التطرف في الربط بين السياسة والدين (الخلط) والتأسيس للثيوقراطية: غير أن للفلسفة السياسية عند الفارابي العديد من السلبيات منها تطرفه في الربط بين السياسة والدين لدرجه جعله العلاقة بينهما علاقة تطابق وخلط، وهو ما يتضح من تبينه لشكل من أشكال الثيوقراطية من أهم مظاهرها "اتصال رئيس المدينة الفاضلة بالعقل الفعال"، والثيوقراطية تتعارض مع الإسلام كدين، فالثيوقراطية تسند إلى الحاكم سلطه دينيه مطلقه "سلطه التحليل والتحرير بدون نص"، ومقيدته "من مظاهرها انفراديه بسلطة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"، ويترتب على هذا أحقيته في الانفراد بالسلطة السياسية. وليس في الإسلام سلطه دينيه مطلقه "التحليل والتحرير بدون نص قطعي"، قال تعالى: ﴿وَمَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتَكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِيَتَفَتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ﴾ [النحل: ١١٦].

(١) عمر فروخ، مرجع سابق، ص ١٨٨-١٩٠.

كما أن الحكام لا ينفردون في المنظور السياسي الإسلامي بسلطة دينيه مقيده "الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"، لأن هذه السلطة الدينية المقيدة مخوله فيه بموجب الاستخلاف العام- لجماعة المسلمين ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [آل عمران: ١١٠]، كما أن الحكام لا ينفردون في المنظور السياسي الإسلامي بالسلطة السياسية، لأنه يسندها إلى الجماعة بموجب الاستخلاف العام أيضا-، قال تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨]، أما الحاكم فنائب ووكيل عن الجماعة، لها حق تعيينه ومراقبته وعزله، يقول أبو يعلي (الخليفة وكيل للمسلمين)<sup>(١)</sup>.

كما تتعارض الثيوقراطية مع مذهب أهل أسنه بتفريعاته الفقهية والكلامية المتعددة، لأنه يرى أن الإمامة ليست أصل من أصول الدين بل فرع من فروعها، وأن العصمة بعد الرسول ﷺ- للجماعة وليست لفرد معين، ولكن الثيوقراطية تلتقي مع عدد من مفاهيم المذهب الشيعي في الإمامة ومنها: أن الإمامة من أصول الدين وعصمه الأئمة....

بناء على ما سبق فإن الفلسفة السياسية عند الفارابي ورغم اتساقها مع المنظور السياسي الإسلامي في العديد من القضايا، فإنها لا تتسق معه في قضية العلاقة بين الدين والسياسة، لأن المنظور السياسي الإسلامي يجعل العلاقة بين الدين والدولة علاقة وحدة وارتباط (وليست علاقة خلط أو تطابق كما في الثيوقراطية كما أشرنا أعلاه)، لأن السلطة في المنظور السياسي الإسلامي مقيده بمفاهيم وقيم قواعد كليه، مصدرها النصوص اليقينية الورود القطعي الدلالة كالشورى والعدل والمساواة... وعلاقة تمييز (وليست علاقة فصل كما في العلمانية)، لأن الإسلام- ميز بين التشريع كوضع الهي ثابت والاجتهاد ككسب بشرى متغير.

٢- القول بالأولوية المطلقة للروح على المادة والتأثر بالأفلاطونية: وفيما نرى فإن مرجع عدم اتساق الفلسفة السياسية عند الفارابي مع المنظور السياسي الإسلامي في قضية العلاقة بين الدين والسياسة، يرجع إلى أن محاولة الفارابي التوفيق بين الفلسفة اليونانية عامه والفلسفة الأفلاطونية خاصة انتهت إلى اقترابه من الأولوية المطلقة للروح على المادة، التي قالت بها الفلسفة الأفلاطونية، والتي تتطرف في إثبات الوجود الروحي،

(١) المارودي، الأحكام السلطانية، ص ٧.

لدرجة إلغاء الوجود المادي "ومن مظاهرها إنكار الوجود الحقيقي للعالم المحسوس"، وابتعاده - إلى حد ما - من التوازن بين المادة والروح، والذي يقول به المنظور الإسلامي للوجود - استنادا إلى مفهوم الوسطية الذي وردت الإشارة إليه في العديد من النصوص كما في قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾ [البقرة: ١٤٣]، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧]، فالمنظور الوجودي الإسلامي يقوم على أن هناك وجود غيبي مطلق، يحد - ولا يلغى - الوجود الشهادي المحدود بالزمان والمكان، ويرفض التطرف في إثبات الوجود المادي - المحسوس "الشهادي"، لدرجة نفي وجود عالم غيبي مطلق، مفارق لهذا الوجود الشهادي المحدود بالزمان والمكان - كما في الفلسفات المادية في الفلسفة الغربية -.

كما يرفض التطرف في إثبات وجود غيبي مفارق، لدرجة إلغاء الوجود الشهادي "المادي - المحسوس" - كما في الفلسفات المثالية في الفلسفة الغربية، كالفلسفة الأفلاطونية، اتساقا مع هذا فإن المنظور الإسلامي للوجود يقوم على التوازن بين الدنيا والآخرة، ويدعو إلى إشباع حاجات الإنسان المادية والروحية معا، قال تعالى: ﴿رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ﴾ [البقرة: ٢٠١]، وقال الرسول - ﷺ -: "الدنيا مزرعة الآخرة"، فهو يرفض التطرف في التركيز على الدنيا لدرجة إلغاء الآخرة، ومن ثم الدعوة إلى إشباع حاجات الإنسان المادية، وتجاهل حاجاته الروحية، وهو ما عبر عنه القران الكريم بمصطلح "الإخلاق إلى الأرض"، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شِئْنَا لَرَفَعْنَاهُ بِهَا وَكُنْتُمْ أَخْلَادَ إِلَى الْأَرْضِ وَاتَّبَعْتُمْ هَوَاهُ فَمَثَلُهُ كَمَثَلِ الْكَلْبِ إِنْ تَحْمِلْ عَلَيْهِ يَلْهَثْ أَوْ تَتْرُكْهُ يَلْهَثُ ذَلِكَ مِثْلُ الْقَوْمِ الَّذِينَ كَذَّبُوا بِآيَاتِنَا فَاقْصُصِ الْقَصَصَ لَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الأعراف: ١٧٦]، كما يرفض التطرف في التركيز على الآخرة لدرجة إلغاء الدنيا، ومن ثم الدعوة إلى إشباع حاجات الإنسان الروحية وتجاهل حاجاته المادية، وهو ما عبر عنه القران الكريم بمصطلح "الرهينة": قال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَذَلِكَ نَفَصَّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [التين: ٥].

## الاستنتاجات:

طرح الفارابي فكرة نظام الدولة الإسلامية رغم تأثره العميق بالفلسفة اليونانية واعتماده ترجمة كتاب جمهورية أفلاطون.

١- الدولة المثالية في نظر الفارابي هي دولة المؤسسات المختلفة المساعدة لمواطنيها ليكون مواطنيها أقرب إلى فكرة الخلاص الديني.

٢- الخليفة أو الأمير أوراس الدولة يجب أن يكون فيلسوفاً حقيقياً وأن يكون قادر على إدراك كنه الحقيقة.

٣- الدولة التي لا يوجد فيها فيلسوفاً حقيقياً، يجب أن لا تحول إلى أي إنسان منفرد بكل السلطات العليا هي حاكم فيها أية سلطات مطلقة، بل يجب أن يكون هناك جمعية أو مجموعة تحكم بشكل جماعي وهذه أحد مؤشرات الديمقراطية المعاصر.

٤- الدولة النموذجية في نظر الفارابي هو من يحكمها فيلسوف لأن ذلك محاكاة للكون الذي يحكمه الخالق عز وجل.

٥- الدين يوازي الفلسفة واعتماداً على ذلك فالدين عامل توحيد للمجتمع.

٦- فرق الفارابي بين النبي والفيلسوف في قضية المعرفة رغم أن المعرفة عند الفارابي تعتمد على تجريد المعاني الكلية من الأشياء المحسوسة إذا أوضح أن الفيلسوف يتلقى المعرفة من العقل الفعال، أما النبي فيتلقى المعرفة بالمخيلة عن طري الملك جبريل كمنبع لهما.



## قائمة المراجع:

- ١- إبراهيم جزيني - كتاب آراء أهل المدينة الفاضلة - دار القاموس الحديث - بيروت ١٩٦٧.
- ٢- إبراهيم مذكور - أبو نصر الفارابي في الذكرى الألفية لوفاته ٩٥م، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٣.
- ٣- إبراهيم مذكور، في الفلسفة الإسلامية منهج وتطبيق، دار إحياء الكتب العربية ١٩٤٧.
- ٤- ابن أبي أصيبعة (موفق الدين بن يوسف ت ٦٦٨هـ): عيون الأنباء في طبقات الأطباء تحقيق نزار رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت، د. ت.
- ٥- ابن منظور، لسان العرب، (٦/١٠٨، ١٠٩).
- ٦- الأزهرى (محمد بن أحمد بن الأزهر): تهذيب اللغة، تحقيق محمد عبد السلام هارون، القاهرة، ١٩٦٤.
- ٧- الإمام عبد الحلیم محمود - التفكير الفلسفي في الإسلام - دار المعارف.
- ٨- ت. ج. دي بور، تاريخ الفلسفة في الإسلام، ترجمة د. محمد عبد الهادي أبو ريدة القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٥٧م.
- ٩- جميل صليبا، من أفلاطون إلى ابن سينا، محاضرات في الفلسفة العربية، دار الأندلس ط٤، ١٩٧٥.
- ١٠- جوزيف الهاشم، الفارابي دراسة ونصوص.
- ١١- جوزيف شريم: الفارابي، أعلام الفكر العربي، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٠.
- ١٢- جيرار جيهامي: الإشكالية اللغوية في الفلسفة العربية، دار الشرق، بيروت، ١٩٩٤.
- ١٣- حسن إبراهيم حسن - تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي - الجزء الثالث دار إحياء التراث العربي - بيروت.

- ١٤- حنا الفاخوري وآخرون، تاريخ الفلسفة العربية، مؤسسة بدران وشركاه - بيروت.
- ١٥- حورية توفيق مجاهد - الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبده مكتبة الأنجلو - مصرية ١٩٨٦م.
- ١٦- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم.
- ١٧- الدين والسياسة تأصيل ورد شبهات للقرضاوي.
- ١٨- الدين والسياسة تأصيل ورد شبهات.
- ١٩- راشد البرادي. قادة الفكر الإسلامي في ضوء الفكر الحديث، مكتبة النهضة المصرية القاهرة - طبعة أولى ١٩٦٩.
- ٢٠- روزنتال (فرانز): مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي، ترجمة أنيس فريحة، ١٩٦١.
- ٢١- السياسة الشرعية في الفقه الإسلامي.
- ٢٢- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها.
- ٢٣- عباس محمود، أعلام الإسلام الفارابي، دار إحياء الكتب العربية، ١٩٦٠.
- ٢٤- عبد الدايم أبو العطا البكري الأنصاري، أهداف الفلسفة الإسلامية نشأتها وتطورها، ١٩٤٨
- ٢٥- عبد السلام بنعلي - الفلسفة السياسية عند الفارابي، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت.
- ٢٦- عبده الشمالي، دراسات في تاريخ الفلسفة العربية الإسلامية، وآثار رجالها، دار بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٦٥.
- ٢٧- عبده مزاج، معالم الفكر الفلسفي، في العصور الوسطى، مكتبة الأنجلو مصرية القاهرة - طبعة أولى ١٩٦٩.
- ٢٨- عثمان أمين، إحصاء العلوم للفارابي، دار الفكر العربي، مصر - ط. م ١٩٤٩.
- ٢٩- علي عبد الواحد وافي، المدينة الفاضلة للفارابي، عالم الكتب للطبع والنشر، القاهرة ١٩٧٣.

- ٣٠- عمر فروخ - المنهاج الجديد في الفسفة العربية، دار العلم للملايين، بيروت الطبعة الثانية ١٩٨١.
- ٣١- عمر فروخ - عبقرية العرب في العلم والفلسفة، منشورات المكتبة العصرية - بيروت الطبعة الرابعة، ١٩٨٠.
- ٣٢- عمر فروخ، الفكر العربي، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٦.
- ٣٣- عمر فروخ، تاريخ الفكر العربي إلى أيام ابن خلدون - دار العلم للملايين - بيروت.
- ٣٤- الفارابي (أبو نصر ت ٣٣٩هـ): إحصاء العلوم، تحقيق عثمان أمين، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ط ٣، ١٩٦٨.
- ٣٥- الفارابي (أبو نصر ت ٣٣٩هـ): الألفاظ المستعملة في المنطق، تحقيق محسن مهدي، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٦٨.
- ٣٦- الفارابي (أبو نصر ت ٣٣٩هـ): الحروف، تحق محسن مهدي، بيروت، ١٩٧٠.
- ٣٧- الفارابي (أبو نصر ت ٣٣٩هـ): رسالة في قوانين صناعة الشعر، ضمن كتاب فن الشعر لعبد الرحمن بدوي.
- ٣٨- فاروق سعد - مع الفارابي والمدينة الفاضلة - دار الشروق - بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٢.
- ٣٩- فاضل محمد - الفكر السياسي العربي الإسلامي، بين ماضيه وحاضره.
- ٤٠- القاموس المحيط للفيروز أبادي، ج ٢، فصل السين.
- ٤١- كمال اليازجي، أعلام الفلسفة العربية - دار العلم للملايين - بيروت الطبعة الأولى ١٩٧٧.
- ٤٢- كمال اليازجي، معالم الفكر العربي في العصر الوسيط، دار العلم للملايين - بيروت.
- ٤٣- الماوردي، الأحكام السلطانية.
- ٤٤- ماجد فخري، تاريخ الفلسفة الإسلامية، نقلة للعربية كمال اليازجي، الدار العربية للنشر ١٩٧٤.

- ٤٥- محاسن التأويل للقاسمي، ٨٩/١١.
- ٤٦- محاضرات في السياسة الشرعية لعبد العال عطوة.
- ٤٧- محمد علي أبو ريان. تاريخ الفكر الفلسفي في الإسلام. دار المعرفة الجامعة الإسكندرية.
- ٤٨- محمد سيد أحمد المسير، المجتمع المثالي في الفكر الفلسفي وموقف الإسلام منه. مؤسسة علوم القرآن - دمشق - بيروت.
- ٤٩- محمد عبد الرحمن مرحبا - من الفلسفة اليونانية إلى الفلسفة الإسلامية - منشورات المدينة - بيروت.
- ٥٠- محمد عبد الستار نصار - في الفلسفة الإسلامية قضايا ومشكلات - الجزء الأول مكتبة الأنجلو مصرية ١٩٨٢.
- ٥١- محمد لطفي جمعة - تاريخ فلاسفة الإسلام، في الشرق والمغرب، مطبعة المعارف - مصر ١٩٢٧.
- ٥٢- المشاركات السياسية المعاصرة في ضوء السياسة الشرعية.
- ٥٣- المعجم الوسيط، (١/٤٦٢).
- ٥٤- المملكة المغربية وزارة التربية الوطنية - الفكر الفلسفي في الإسلام مكتبة المعارف ١٩٨٣ - ١٩٨٤.
- ٥٥- موسوعة السياسة، عبد الوهاب الكيالي وآخرون، مجلد ٦.
- ٥٦- ناجي التكريتي، الفلسفة الأخلاقية الأفلاطونية، عدد مفكري الإسلام، دار الأندلس للطباعة والنشر، بغداد الطبعة الأولى ١٩٧٩.
- ٥٧- النظام السياسي في الإسلام نظام الخلافة الراشدة.
- ٥٨- نظام محمود بركات، مقدمة في الفكر السياسي.
- ٥٩- هزي كوربان، تاريخ الفلسفة الإسلامية، ترجمة نصير مروة، منشورات عويدات بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٣.
- ٦٠- وزارة الإعلام العراقية - بغداد، الفارابي والحضارة الإنسانية. د.ت.
- ٦١- يونس فرحان - الفلسفة الإسلامية وأعلامها - تراد سكيم - جنيف.

## **عنوان المقال**

**إمكانية الاستفادة من نتائج التطور العلمي في حال اللعان.**

**الدكتورة :كريم زينب**

**أستاذة محاضرة قسم -١- بكلية الحقوق والعلوم السياسية ١٩**

**مارس ١٩٦٢.**

**جامعة جيلالي اليابس -بسيدي بلعباس-الجزائر-**

## الملخص باللغة العربية:

بعدها اهتمت الشريعة الإسلامية بأسباب إثبات ونفي النسب، نجد المشرع الجزائري في المادة ٤٠ من قانون الأسرة الجزائري بين الطرق العلمية لإثبات النسب، وأمام الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب الذي طرح إشكالا كبيرا أمام سلطات القاضي عند تقديرها بجانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب من اجل ذلك لا يعد من تحديد قيمتها القانونية حتى يسهل للقاضي اللجوء إليها إذا استعصي الإثبات بالطرق الشرعية .

## الملخص باللغة الفرنسية:

Après l'intérêt qu'a porté la CHARIA ISLAMIQUE sur les raisons qui prouvent et nient la descendance, le législateur algérien a montré dans l'article 40 du code de la famille, les méthodes scientifique pour prouver la descendance, et la seule façon légitime de la nier. Cela pose une grande confusion devant l'autorité du juge dans l'appréciation des larges méthodes scientifiques dans le domaine du refus de la descendance .C'est pour cela qu'il faut déterminer sa valeur juridique pour que le juge puisse y recourir facilement s'il n'y aurait pas de preuves par moyen légitime.

## المقدمة

ان علاقة الزواج التي مجدها الشريعة الإسلامية وأحاطتها بعناية بالغة واعتبرتها من أقدس الروابط والسبيل الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والمحافظة على الأنساب لذا شرع كل ما يؤدي إلى صيانتها والمحافظة عليها، كما حرم كل ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها، للمفاسد الأخلاقية والاجتماعية التي قد تترتب عن ذلك.

وما أن جعل الله سبحانه وتعالى رابطة النسب نعمة من النعم التي امتن بها على عباده، فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بأسباب إثبات النسب وكيفية انتفائه وأبطلت على كل ما لا يتفق وأحكامها من عادات الجاهلية كالتبني، وإلحاق الأطفال عن طريق الفاحشة ... الخ ، ونجدها احتاطت لإثباته بأدنى الأسباب وهي كالفراش والبينة والإقرار، وجعلته ينتفي إلا بأقوى الأدلة وهو اللعان.

كما نجد جل التشريعات العربية أقرت ذلك و من بينها التشريع الجزائري خاصة الذي توسع في تلك الوسائل .بإضافة الفقرة الثانية للمادة ٤٠ من قانون الأسرة بموجب الأمر ٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ المعدل والمتم لقانون الأسرة المبينة للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب. ولكنه لم يحدد لنا معناها، و لا أنواعها ؟لكون هذه الطرق تخضع إلى عدة تصنيفات تجمع بين الظنية منها والقطعية .

ولقد طرحت مسألة اللعان باعتبارها الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب - إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها إلى جانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب. فهل يصح نفيه بالطرق العلمية سواء منها القطعية أو الظنية التي تعد وسائل نفي ناجحة من خلال النتائج المتوخاة منها، فيكتفي بها ، أم لا بد من اللعان أيضا ؟ وهل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة **لنفي** اللعان ؟ وما العمل إذا تم اللعان وجاءت نتيجة الطرق العلمية بعكس ما أراده الزوج ؟ وتوضح الإجابة عن تلك الإشكالات من خلال دراستنا للخطة التالية:

أولا تحديد الطرق العلمية المضافة بموجب الأمر ٠٥-٠٢ من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا:تحديد الطبيعة القانونية للطرق العلمية..

ثالثا الاستفادة من الطرق العلمية لنفي النسب ومدى تقديمها على اللعان.

## أولاً: تحديد الطرق العلمية المضافة بموجب الأمر ٠٥-٠٢ من قانون الأسرة الجزائري

لقد كانت مسألة النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي، وقف فيه بعض جمهور الفقه الموقف الرافض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب أو نفيه، و نظروا إلى أن اللعان هو الطريق الوحيد للنفي استناداً لقوله تعالى: " و اللذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشاهادة أحدهم أربعة شهادات بالله...<sup>١</sup> " ، و ذكروا لنا أن العلم حقيقة نسبية و بينما القرآن الكريم كلام الهي و حقيقة مطلقة صالحة لكل زمان و مكان لذا يقتضي العمل بالقاعدة الفقهية " لا اجتهاد مع وجود النص " و لذلك قرر هذا الاتجاه إلى عدم جواز الطرق العلمية، لما فيه خروجاً عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية<sup>٢</sup>.

و لقد تأثر المشرع الجزائري فيما سبق قوله، أثناء سنه لقانون الأسرة في ١٩٨٤ إذ لم يعتمد سوى الطرق الشرعية الواردة في المادة ٤٠ منه لإثباته، رافضاً الطرق العلمية كوسيلة لذلك وهو ما كان قد كرسه القضاء الجزائري فعلاً مكتفياً بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد<sup>٣</sup>. إذ تجد القضاة يطبقون النص الحرفي للمادة ٤٠ التي حددت طرق إثبات النسب قبل تعديلها - واعتبروا لجوء القاضي لأية خبرة علمية تجاور للسلطة .

فلم يكن ذلك الرأي الرافض للطرق العلمية لإثبات أو نفي النسب جامعاً بين فقهاء القانون. ذلك أن اتجاهها آخر رأى في استعمال هذه الطرق وسبل علمية حتمية بنتائج ملموسة ، فرأوا أن الآية التي استدل بها الفريق الأول إنما تتعلق بالعذاب الذي يوقع على المرأة و درأه عنها<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> -سورة النور الآية ٦ إلى ٨.

<sup>٢</sup> - من الفقهاء نجد الأستاذ الفقيه الجزائري محمد شريف قاهر، عضو المجلس الإسلامي الأعلى ، راجع في ذلك محمد شريف قاهر، أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء محاضرات أقيمت على طلبه للقضاء، دفعة ١٤ لسنة ٢٠٠٣-٢٠٠٤ منشورة.

<sup>٣</sup> - و من أمثلة ذلك، نجد قرار المحكمة العليا الصادر في ١٥ جوان ١٩٩٩ الذي جاء فيه: "حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة ٤٠ و ما بعدها من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث و لم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاة الموضوع ، مما دل ذلك على أنهم تجاوزوا سلطاتهم الحكومية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المحكمة " قرار صادر عن المحكمة العليا ، غ.أ.ش، ملف رقم: ٢٢٢٦٧ بتاريخ ١٥-٠٦-١٩٩٩، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ٢٠٠٢، ص ٨٨. و قد أضاف قضاة المحكمة العليا في قرارهم الصادر في ١٤-٠٢-١٩٩٤: "من المقرر قانوناً أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بنكاح ثم كسوخة بعد الدخول طبقاً للمواد ٣٢-٣٣-٣٤ من قانون الأسرة .

<sup>٤</sup> - من هؤلاء الفقهاء المعاصرين : يوسف القرصاري ، محمد المختار السلامي، عبد الله محمد عبد الله و ابن القيم الجوزية- راجع في ذلك. إبراهيم خليل ، إثبات النسب و تأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، مقال على موقع <http://kananaonllhne.com/ibrahimkhalil> بتاريخ ٢٠ نوفمبر ٢٠١١.



و بناء على ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية والحديثة، نجده أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر ٠٥-٠٢ من المادة ٤٠ غير أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها. علما أن البحوث العلمية والتوصيات المقدمة في هذا المجال اثبت وجود نوعين من الطرق العلمية. يتصف الأول منها بكونه قطعي الإثبات والثاني لا يرقى إلى ذلك على أساس انه ظني الثبوت يعطيه مجرد احتمالات بل وأحيانا نتائج يتحدد مجالها في نفي النسب فقط.

### ١- الطرق العلمية القطعية:

توصل العلماء إلى اعتبار كل من البصمة الوراثية DNA ونظام HLA والذي يتصل بالمناعة طرقا علمية لإثبات النسب بصفة قطعية لان دقة ثبوتها تصل حسب الخبراء والأطباء إلى نسبة الخطأ فيها ١/٢٠٠٠٠٠٠٠ حرة.

### ١-أ نظام البصمة الوراثية DNA :

رأى العديد من العلماء إلى قياس البصمة الوراثية على القيافة التي كانت تعتبر قرينة قوية، أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود<sup>١</sup>، و التي تعني في مصدرها اللغوي مصطلح قافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه . فالقائف هو الذي يتبع الآثار و يعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه و أبيه<sup>٢</sup>. بمعنى الذي يعرف النسب بفراسته و نظره إلى أعضاء المولود رغما أن الحنفية ذهبوا إلى اعتبار القيافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن و التخمين<sup>٣</sup>. على عكس جمهور الفقهاء<sup>٤</sup> استدلوا بحجيتها بحديث عائشة رضي

<sup>١</sup> - كما جاء في توصية ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني و المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أن: "البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من البنية البيولوجية و التحقق من الشخصية و لا سيما في مجال الطب الشرعي و التي لا ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية و تمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة الذي يذهب اليه جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، لذلك ترى الندوة أن يأخذ بها في كل ما أخذ فيه بالقيافة من باب أولى". راجع في ذلك حسني محمود عبد الدايم البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٢٢ هامش ٣١٠.

<sup>٢</sup> - راجع في ذلك، ابن منظور، لسان العرب، جزء ٩، طبعة ١، دار صادر، بيروت، ص ٢٩٣.

<sup>٣</sup> - منهم علماء الحنفية، و كذا اليهودية أحد فرق الزيدية، و الأمامية، راجع في ذلك حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق ص ١١٦.

<sup>٤</sup> - من جمهور الفقهاء نجد المالكية و الشافعية و الحنابلة، و الظاهرية، راجع في ذلك ابن حزم الظاهري، المحلى الجزء ١٠، دار الأفاق الحديثة بيروت ص ١٤٩.

الله عنها أنها قالت : " دخل على النبي مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مجرزا المدلغي نظر الي زيد بن الحارث و أسامة بن زيد و عليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما و بدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض " <sup>١</sup> فرأوا سرور الرسول(ص) يقول القائف دلالة على إقراره بجواز العمل بالقيافة في إثبات النسب.

على عكس البعض الآخر ذهبوا إلى عدم قياسها على القيافة نظرا لاختلاف موضوعها و الأسس التي تبنى عليها . فالقيافة تعتمد على الشبه الظاهر في الأعضاء كالأرجل ... أما البصمة الوراثية تعتمد على بنية الخلية الجسمية الخفية و نتائجها تكون قطعية لكونها مبنية على الحس و الواقع فالقيافة باب و البصمة الوراثية باب آخر مختلفة عنها.

وسواء كانت البصمة الوراثية أخذت مرجعيتها من القيافة أو من غير ذلك فإنها تعد وسيلة قطعية لا تكاد تخطئ في التحقق من إثبات أو نفي بنسب الولد لابنه و أن ظهورها كان بسبب التطور البيولوجي الذي شهده عالمنا المعاصر و مرجعه اكتشاف "DNA"<sup>٢</sup> فمعرفة البصمة الوراثية مبنية على تحليل "DNA" الخاص به باعتباره العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان<sup>٣</sup> عندما تلتقي البويضة مع الحيوان المنوي، إذ دن.أ لكل من الأب و الأم بكونه متحدا و يتشكل من لفائف مزدوجة الجانب على هيئة رقائق الحمض النووي الحلزونية<sup>٤</sup> .

<sup>١</sup> - راجع في ذلك ،أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، طبعة دار الريان للتراث ، بدون سنة النشر جزء٥٦، ١٢

حيث كانوا في الجاهلية يقدحون في نسب أسامة لأنه كان اسود شديد السواد وكان زيد ابيض اللون.  
<sup>٢</sup> - وسماها البعض بالطبعة الوراثية أو بصمة الجينات، و أطلق عليها البعض الآخر باسم تحقق الهوية و يعود اكتشافها على يد البروفيسور إريك جفري سنة ١٩٨٥ و جاء الدكتور اريك لاندر للمورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه ليطلق على هذا الاصطلاح محقق الهوية الأخير...

<sup>٣</sup> — هذا بالإضافة أن العلماء اكتشفوا أن جسد الإنسان يتكون من مئات البلايين من الخلايا الحية التي يتنوع و وظائفها و تقدر النواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان. و ما تحمله من شفرة وراثية تمثل العقل المفكر للخلية الحية، توجد كافة أنشطتها الحيوية و تحمل كل الصفات الوراثية لها و للجسد الذي تنطوي فيه، راجع في ذلك ،ناصر عبد الله الميمان ، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب مجلة التربية و القانون العدد١٨ ٢٠٠٣ جامعة الإمارات العربية المتحدة ص ١٧٣.

<sup>٤</sup> - راجع في ذلك نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية، و تأثيرها على النسب إثباتا و نفيًا، بحيث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي مكة المكرمة، الدورة السادسة عشر، ٢١-٢٦ شوال ١٤١٢هـ / ٠٥-٠١ يناير ٢٠٠٢، ص ٠٩ أخذ عن محمد محمود الشناوي ، التقنيّة العلميّة للبصمة الوراثية ،مجلة كلية الدراسات العليا، القاهرة، العدد السابع عشر، يوليو ٢٠٠٧ مجلة متخصصة في علوم الشرطة ، ص ٣٣٩ هامش ١ ندوة البنية بحوث الدورة ١٦ للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة التي عقدت في الفترة من ٢١-٢٦ شوال ١٤٢٢ موجودة على موقع.

W.W.Wminshaw.com/node/766 بتاريخ ١٩/٤/٢٠٠٩.

و هي موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء الدم، المنى، الشعر... و أي عضو من أعضاء الجسم و هو عبارة عن بروتين يحمل مورثات تحمل مواصفات تختلف من شخص لآخر و تبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت مما يسمح للطب الشرعي معرفة نسب الطفل بتحليل DNA له و مكونات DNA للأب لإثبات الأبوة و DNA للأم لإجراء المطابقة بين DNA الطفل و DNA الأم والأب ، إذا تمت المطابقة ثبت نسب الطفل للأب أو للأم أو كلاهما معا، ذلك لأن الإنسان يرث نصف الكروموزومات و DNA من أبيه و النصف الآخر يرثها من أمه و بذلك يتكون كروموزومات خاصة به. أما إذا لم تتم المطابقة فهذا دليل على نفي نسب الطفل لكليهما.

و اللجوء للبصمة الوراثية يتم عن طريق الخبرة العلمية التي يتم فيها تحديد ضرورة فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية، على أساس أن دقة ثبوت النسب أو نفيه تصل حسب الخبراء و الأطباء إلى نسبة ٩٩،٩٩ % في الإثبات و بهذا تكون نتائجها شبه قطعية، و بنسبة ١٠٠% في حالة النفي . فغالبية العلماء المعاصرين ذهبوا إلى صحة الاعتماد على البصمة الوراثية، و ذلك لما جاءت به المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الصادرة بتاريخ ٢١ رجب ١٤٢٢ هـ الموافق ل ٠٨ أكتوبر ٢٠٠١ أن الإسلام يقر الأخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من شخصين في أبوة مجهول النسب أو في إنكار الأبناء...و ذكر أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده و لا يشاركه فيها أي شخص آخر (و هو ما يعرف ب DNA ) و توصلوا أن النتائج في تلك الحالات قد تكون قطعية أو شبه قطعية.

وعليه البصمة الوراثية كما صرح بها أهل الطب، لا يمكن أن تخلوا من عيوب لأنها تحتاج إلى معايير للتأكد من صحتها كالمؤهلات العلمية و الخبرة المتميزة و سلامة الطرق و الإجراءات التي توظف لتحليل البصمة الوراثية، فهي لا تصل إلى نسبة ١٠٠% و إنما قد تكون قرينة من ذلك و هو ما يعطيها صبغة شبه قطعية في بعض الأحيان عند البعض من أهل الفقه.

## ١-ب - نظام HLA (مرتبط بالمناعة):

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي و الحفاظ عليه و غير ذاتي للتخلص منه كالجراثيم و الأعضاء و الأنسجة الأجنبية عن الجسم ، و العامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم و الذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات و قد أدت الأبحاث إلى اكتشاف بروتينات توجد في الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي و كل إنسان يحصل على مركبين « HLA. <sup>١</sup> يعتبر نظام HLA إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات و نفي النسب و من خصائصه أنه نظام أكثر فعالية في ذلك المجال رغم أنه جد متغير و متعدد المظهر البيولوجي من شخص إلى آخر، إلا أنه جد ثابت و متوازن في انتقاله من الآباء و الأبناء مما يجعله يمتاز في قدرته العليا في تصنيف و تعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص.

كما أن هذا النظام يتشكل من خمسة أنظمة متشابهة فيما بينها مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد مع العلم أن كل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين عن بعضهما واحدة من الأب و الأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة اكبر لذا يمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال النسب نفيًا و وإثباتًا. فهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا.

إن قطعية إثبات النسب بواسطة نظام HLA قد يقف عائقًا أمام حالة الزواج العائلي فان الطفل هنا قد يحصل من والديه على مركبين HLA متشابهين يصعب الاستنتاجات و التحليل المخبرية مما يستدعي بنا اللجوء إلى الإثبات بالنظام السابق عن طريق البصمة الوراثية<sup>٢</sup>.

## ٢- الطرق العلمية الظنية:

توجد طرق أخرى رغم قيمتها العلمية في إثبات النسب إلا أنها تختلف عن تلك الطرق القطعية، و التي نجد منها ما يلي<sup>٣</sup>:

<sup>١</sup> يقصد بذلك المختصرات: (Human Leukocyte Antigen) ، راجع في ذلك جلال الجابري الطب البشري والسموم الطبعة الأولى ٢٠٠٢ الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان ص١٨٦-١٨٧..

<sup>٢</sup> راجع في ذلك، إبراهيم الخليل، المرجع السابق، ص٤٢.

<sup>٣</sup> - ما يمكن الإشارة إلى أن ما سيتم ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية الظنية هو على سبيل المثال لا الحصر، حيث يوجد إلى جانبها أكثر من ٣٠ نظام علمي يستعمل في هذا المجال نتج عن التطورات البيولوجية الحديثة منها نظام المفرزات

## نظام فحص الدم (أو نظام ال ABO):

يشمل الدم على العديد من الصفات الوراثية من الأب و الأم حيث يأخذ الأب الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي والنصف الآخر من أمه عن طريق الحيوان المنوي للرجل و البويضة الأنثى ومن العلامات الوراثية الموجودة في الدم فصائل الدم الرئيسية وبفضل التجارب التي قام بها العالم الألماني كارل لاند ستاير سنة ١٩٠٥<sup>١</sup> الذي فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى فلاحظ اتحادها ببطء و عودة الدم إلى الشكل الطبيعي و عندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص آخر فيلاحظ إما أن الاتحاد يتم ببطء و يعود الدم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا والبلازما يتبعان لشخص واحد و إن الاتحاد لا يتم و ينتج عن ذلك.

و بناء على ذلك وجد العالم لاندستاير أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية O-AB-B-A و من جهة أخرى يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة و التي بها تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروفة (تسمى ببلازما الدم) (Anti bodies) كما يوجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة (Anti gènes) و هذه البروتينات الغشائية هي مولدات الضد<sup>٢</sup>.

يعتبر نظام فحص الدم إحدى الطرق الشائعة استعمالها في مجال نفي النسب و ذلك أن فصلة الدم من الطفل و الأم و الأب تحدد عن طريق تحاليل فحص الدم فكل طفل خاصة جينية إما مع الأب و إما مع الأم، و بما أن الأم معروفة دائما بواقعة الولادة فإذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم فهي بالضرورة موجودة عند الأب و إذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة و يتم على أساسها نفي النسب و يتضح من الجدول التالي هذه الفصائل و ما يقابلها من مواد مولدة Antigènes و أجسام مضادة Anticorps تراكيب جينية:

العابية Le système de sécrétion salivaire و نظام Kell و نظام Duffv و نظام Kidd للمزيد من التفصيل راجع إبراهيم الخليل، المرجع السابق ص٤٥.

<sup>١</sup> - يولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة.  
<sup>٢</sup> - راجع عن ذلك حجة كمال إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائي ، مقال منشور في ١٩ نوفمبر ٢٠١٤ بالانترنت.

الفصيلة	المواد المولدة	الأجسام المضادة	التراكيب الجينية
A	A	B	(A A) نفي (A O) هجين
B	B	B	(B B) نفي (B O) هجين
AB	AB	-	AB
O	-	AB	OO

ونعطي بعض الأمثلة لتوضيح ذلك:

الأم (O) و الابن (A) فادا كان الرجل (O) فيستحيل أن يكون هو الأب لأنه بالضرورة قد حصل على الخاصية A من أبيه الحقيقي .  
الأب (B) و الأم (B) فحتما الأطفال إما O أو B .

#### نظام MNS:

يعتبر هذا النظام ذو الخاصية تتمثل في أنه يحتوي على عدة خصائص وراثية نادرة، يستخدم بنفس الطريقة كنظام ABO و مثلا الأم (M+N+) فالأب المفترض (M+N+) ،والابن (M-N+) ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الابن حصل على N+ من أمه و M- من أبيه و لكن الأب المفترض M+ و ليس M- فالنسب ادن منفايا بطريقة علمية.

#### ج - نظام مجموعة البروتينات:

و هو نظام متعدد و متميز نظرا لتعدد و تغير هيئات مظهر البروتينات الموجودة في المصل و أنزيمات الكريات الحمراء و هو نظام حديث جدا يمكن من استعمال هذه العلامات و يعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية لأنه مع البروتينات لدينا قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص، و يستعمل في التحاليل و الدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية، يبقى التميز مقتصرًا فقط على بعض الخاصيات الكيميائية و البيولوجية.

وما يستخلص أن ثبوت النسب أو نفيه ظاهرا بلجوتنا للبصمة الوراثية لذا لا بد من تقنين جواز اللجوء إلى الطرق العلمية القطعية و تمييزها عن الطرق العلمية الظنية ما دام لا يوجد مانع شرعي من ذلك.

بعد تحديد تلك الطرق من طرف الخبراء و العلماء ، فنتساءل : ما طبيعتها القانونية؟

### ثانيا : تحديد الطبيعة القانونية للطرق العلمية:

لم يشير المشرع الجزائري إلى حجية الطرق المستعملة في إثبات النسب فقد يثار بالنسبة إلى قيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة أو بأنها قابلة للخطأ أي ذات حجية نسبية أو قد يقترب المعنيان معا أي نعتبرها طرقا علمية قطعية الدلالة من جهة و بقاء احتمال الشك و ارد من جهة أخرى؟

و من تم يجدر بنا التساؤل عن مدى تأثير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم الذي يصدره القاضي لذا يجب البحث عن سلطاته في تقدير الخبرة العلمية في ذلك.

### ١- الحجية المطلقة للطرق العلمية:

فقها ذهب بعض العلماء المعاصرين<sup>١</sup> أن الطرق العلمية قرينة قطعية نسبية مائة بالمائة و لا مانع من الأخذ بها مستنديين رأيهم بقوله تعالى "أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم....."<sup>٢</sup> أي كشف الله سر الوسيلة أي البصمة الوراثية"التي من خلالها التعرف على الأب الحقيقي وتنفيذ ما أمر الله به قوله: " أدعوهم لآبائهم" وإن الواقع العلمي أثبت أن قوة الدليل في مجال الفحوص المخبرية تقطع الشك باليقين والخطأ أصبح مستحيلا وتفوق نسبة النجاح فيها مائة بالمائة بدليل أن المحاكم الأوروبية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية ليس على أنها دليل وإنما هي قرينة نفي فما المانع من الأخذ بها.

١- لقد أقر بهذا الرأي كل من عبد القادر الخياط من دولة الإمارات، و سعد الدين هلايلي، و نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية سابقا، و علي محي الدين القرّة داغي و فؤاد عبد المنعم ، كما أقرت ذلك المنظمة الإسلامية بدولة الكويت في دورتها التي انعقدت بتاريخ ١٥-١٠-١٩٩٨ راجع في ذلك خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعية للنشر ٢٠٠٤ ص ١٩٨، محمد محمود الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٤١ وما يليها.  
٢- سورة الأحزاب، آية ٥.

كما قد تبني معظم رجال القانون انطلاقاً من القيمة التي تعتري مجال الطرق العلمية فكرة أن هذه الأخيرة حجية مطلقة ،ذلك لأن الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصين في هذا المجال وبالتالي فلأرائهم تأثير على قرارات القضاة في تبني اتجاههم، فعلى سبيل المثال يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات قيمة قطعية تتحلى بانفراد كل شخص بنمط وراثي معين لا يوجد عند أي كائن في العالم ، إذ لا يمكن أن يتشابه ال DNA لشخص إلا مرة واحدة كل ٨٦ بليون حالة، أي نسبة التشابه يتساوى من ١ إلى ٨٦ بليون شخص ، إذن نسبة التشابه شبه منعدمة تماماً.

لذلك تؤكد علمياً أنها وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقيق مثلاً لنفي النسب الأولاد للآباء لأن الحمض النووي DNA يعد قاطع النفي بنسبة مائة بالمائة بشرط أن يتم تحليله بطريقة علمية سليمة<sup>١</sup>.

و حسب ما توصل إليه العلماء أن الطرق العلمية المتصلة في نظامي DNA و نظام HLA لوحدهما يكتسبان الحجية القطعية، و ما يؤكد فعاليتها إذ بالإمكان أخذ مخلفات آدمية سائلة (دم أو مني، أو أنسجة لحم، أو عظم،جلد، شعر) لأنها تقاوم عوامل التعفن و التحليل و كذا العوامل المناخية المختلفة من حرارة و برودة و جفاف، كما يمكن الحصول عليها سواء من الآثار الحديثة و القديمة كذلك.

كما حدث في القضاء الفرنسي لقضية الفتاة "ايف مونتان" حيث ادعت امرأة أن لها ابنة منه تدعى "ايناس" و ما أضفى على الأمر نوعاً من المصادقية أن تلك السيدة كانت تشبه الفتاة في ملامح وجهه، و قد أمر القاضي الفاصل في هذه القضية بواسطة الخبرة بحفر قبر الفنان و أخذ عينة من جسمه، فحص عينة من حمضه النووي ومقارنتها بالحمض النووي للابنة التي تدعي أنه أباه و لكن الخبرة أثبتت أنه لا يربط بالفنان و السيدة أية علاقة أبوة أو بنوة<sup>٢</sup> ، فضلاً عن ذلك ما ذكرته الصحف السعودية بخصوص

<sup>١</sup> - لنجاح العمل باستخدام البصمة الوراثية من الناحية العلمية لا بد من احترام شروطه للمزيد من التفاصيل راجع في ذلك محمد محمود الشناوي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤-٣٥١.

<sup>٢</sup> - راجع في ذلك ، فؤاد صالح حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب ، دراسة قانونية مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون العدد ١٩، ٢٠٠٣ جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص ٢٢٥-٢٣٠.



إنسان "النايدات" الذي وجدت جثته محفوظة في الثلج منذ حوالي ٩٠٠٠ سنة و علم ذلك عن طريق تحليل البصمة الوراثية<sup>١</sup>.

ففي كل الأحوال لا يمكن الشك في مستوى نجاعة الاعتماد على هذه الطرق العلمية و يمكن للقاضي الاعتماد إليها لحل الكثير من المسائل العالقة في إحقاق الأبناء للأولاد.

## ٢- الحجية النسبية للطرق العلمية:

لقد ذهب بعض علماء الفقه<sup>٢</sup> إلى اعتبار بعض الطرق العلمية كالبصمة الوراثية هي قرينة ظنية لا ترقى للقرائن القطعية لأنها عرضة للخطأ و لأنها لا تتفوق على الأدلة الشرعية بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة ما دام الفقهاء أقرروا بأنها ليست دليلاً شرعياً في إثبات النسب بل يمكن الاستفادة منها في نفي النسب، إضافة إلى أن القائمين على التحاليل لم يصلوا إلى درجة اليقين.

كما وجد فريق آخر من علماء الطب و القانون جعل من بعض الطرق العلمية حجية نسبية اعتماداً لما هو الجاري به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية و لو كانت مبنية على أسس تقنية محضة. و من بين هذه الطرق العلمية، كنظام ABO (تحليل فصائل الدم) أو نظام المفريزات اللعابية تعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى فيها إلى درجة اليقين ، لكون أن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة الوقوع لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي، ما دام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى وارداً بدرجة كبيرة<sup>٣</sup> و من ثم فإن الخبرة العلمية التي تتضمن هاته الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية.

<sup>١</sup> - راجع في ذلك ، جريدة الوطن السعودية، السبت ١-٥-٢٠٠٤، عدد ١٣٨٠، السنة ٤؛ أخذ عن إبراهيم الخليل المرجع السابق، ص (٤١، هامش ١).

<sup>٢</sup> - و ذهب إلى هذا القول من العلماء الأجلاء وهبة الزحيلي، و قال: "إنها قرينة مقبولة للإثبات و النفي " و عمر المسبيل و الذي قاسها على القیافة و قال " إنها قرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقيق من صحة دعوى الزواج أو عدمها " و أحمد الكبسي من دولة الإمارات و من المقتنين : أحمد الحداد... و من القضاة وليد عاكوم من لبنان و قال " هي قرينة واقعية بسيطة " و القاضي عبد الله عبد الواحد من الخليج و القاضي عمر محمد أبو سرदानة من دبي، كما أقرت هذا محكمة الاستئناف الاتحادية بالشارقة و محكمة التمييز بدول الإمارات ، و محكمة التمييز بدولة الكويت، راجع في ذلك خليفة علي الكعبي المرجع السابق ص ١٩٩.

<sup>٣</sup> - و هذا هو المعمول به في المحاكم المصرية حيث أقرت محكمة النقض المصرية من "أن تحليل الدم لا يعتبر وسيلة من وسائل إثبات النسب إذ ليس بلازم أن تكون فصيلة دم الولد من نوع فصيلة دم أبيه فقد تتحد فصيلة الدم بين شخصين ليس بينهما قرابة... و تحليل الدم شبيهة تحتاج إلى دليل بصحة الفرائش" راجع في ذلك خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

إذا كان الأصل أن نتائج الطرق العلمية القطعية أنها يقينية و قطعية غير أن الظروف المحيطة بها من ظروف جوية و حيث الناقلين للعينة و كيفية الحصول على النتيجة النهائية و القائمة على الخلط و المزج بين بعض الوسائل لتحضير البصمة الوراثية... كل هذا قد أهدر قيمتها عند أهل القضاء و عند بعض علماء الطب إذ رأوا فيها ذات حجية نسبية فمثلا تقنية DNA لا يمكنها بأي حال من الأحوال منحها الدليل القاطع على إحقاق نسب ولد ما أو نفيه و القاضي إذا اعتمد عليها عند دراسته الملف معين فهي لا ترقى لدليل قطعي غير قابل لإثبات العكس كما اعتبر علماء الطب أن التحاليل الجينية لا تشكل كذلك بأي حال من الأحوال سلاحا مطلقا لأول وهلة لان هذه التقنية رغم حساسيتها تقتضي من القضاء بإحاطتها بشروط صارمة لآخذ بها و قد لا تصلح كدليل على انفراد ما لم تدعمها قرائن أخرى.

فكيف إذن حل ذلك التناقض بين اعتبار الطرق العلمية قطعية الدلالة من جهة، وبقاء احتمال الشك واردة من جهة أخرى؟ هذه الإشكالية تفت عبء أمام سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم.

### ٣- الخبرة العلمية وسلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية:

لا يمكن لأي قاضي الأحوال الشخصية عند الفصل في مسألة النسب إلا باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء والعلماء المختصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج عملية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بهم و الاسترشاد بأرائهم.<sup>١</sup>

وطبقا للقواعد العامة للقاضي يلجأ إلى الفصل في مثل هذه المسائل إلى الخبرة القضائية<sup>٢</sup> التي يستصدر من خلالها حكما تحضيريا قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو لنفيه بتحديد المهام المنوطة إليه وهذا دليل على عدم اتضاح نسبة القاضي في الفصل في المسألة.

<sup>١</sup> - راجع في ذلك، محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة طبعة ٢٠٠٢، ص ٣٧.

<sup>٢</sup> - وأن الخبرة القضائية تعتبر بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقدير باعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقدير الخبراء أو جزئيا.

فمسألة تقرير القاضي لهذه الخبرة العلمية ومدى حجيتها وذلك راجع لاعتبارها خبرة علمية اعتمدت على خبراء مختصين في مجال البيولوجيا، وكذا إلى القيمة العلمية للطرق الحديثة القطعية كالبصمة الوراثية ونظام HLA. وهما ما رأى فيه البعض خروجاً عن القواعد العامة في الخبرة القضائية التي تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية في الاعتماد عليها، لأن هذه الطرق قد لا تتيح للقاضي فهمها بالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة ودقيقة .

وعليه فإن جهل القاضي لهذه الطرق قد يقف عائقاً أمام مناقشة لها فيلجأ إلى الاستناد عليها في حكمه لنفي النسب مثلاً هذا من جهة، ومن جهة أخرى باعتبار القاضي سيد القضية المعروضة أمامه والخبير الأعلى لتقييم النتائج العلمية المعروضة أمام عدالة المحكمة متى ما رأى في قول الخبير الثقة والأمانة والطمأنينة لهذا العمل المهني ومتى ما تشكك في صحة النتائج، فإنه لا حرج بأن يستعين بخبير آخر ليطمئن على ذلك، وأن يكرر التحليل البيولوجي مرة أخرى لمصلحة ما كان له ذلك وإن شاء أن لا يكرر متى مادامت الحاجة إلى ذلك، كان له ذلك أيضاً. ومتى رأى القاضي أن لا فائدة من التقرير البيولوجي فلا تثريب عليه.

وحتى يكون التقرير البيولوجي متأثراً في نفسية القاضي أن يكون صادراً أكثر من خبيرين متخصصين في علم البيولوجيا والوراثة وذو كفاءة عالية وخبرة ودقة، وما على القاضي أن يجتهد في اختيار ما يراه راجحاً كسائر المسائل الخلافية ومحققاً للمصلحة. أمام تحديد القاضي لسلطته التقديرية لتلك الخبرة العلمية لنفي النسب، قد يجد أمامه مسألة "اللعان" فهل يجوز له تقديم تلك الطرق العلمية عن اللعان باعتباره الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب؟

<sup>1</sup> - فيما يتعلق بخبراء البصمة الوراثية، فانقسم خبراء العصر في اشتراط لخبراء إلى عدة آراء، فريق رأى في أن يكون العاملون على البصمة الوراثية أكثر من خبير واحد أو خبيرين وذلك لأن البصمة الوراثية من حيث العمل فيها واعطاء النتيجة كالشهادة ولا يجب أن يقل الحكم بالشهادة أقل من شاهدين، على خلاف فريق ثاني يرى جواز عمل الخبير الواحد في البصمة الوراثية ولا يشترط التعدد، ولكن فريق ثالث مثل الفريق الأول اشترط التعدد ولكن راجع مسألة التعدد إلى القاضي الشرعي فعليه أن يجتهد في اختيار ما يراه راجحاً والرأي الأخير هو الراجح. للمزيد من التفاصيل راجع في ذلك محمد محمود الشناوي، المرجع السابق ص ٣٤٥-٣٤٨.

### ثالثا الاستفادة من الطرق العلمية لنفي النسب ومدى تقديمها على اللعان:

المبدأ القائم للشخص أنه مولود من شخصين أب وأم الذي لا يمكن حرمانه من نسبه لأنه يؤدي إلى المساس بأهم حقوقه المدنية وإلى ضياعه لذا نجد المشرع الجزائري وسع من دائرة وسائل إثبات النسب بالنص على الطرق العلمية لإثباته ونفيه بعدما كان يعتبر اللعان الطريق الشرعي الذي يفيد نفي النسب به طبقا لأحكام المادة ٤١ من قانون الأسرة الجزائري. ولقد طرحت هذه المسألة إشكالا كبيرا من حيث سلطة القاضي التقديرية، إلى جانب الطريق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب. فهل يصح نفي النسب بتلك الطرق - سواء القطعية والظنية - التي تعد وسائل نفي ناجحة من خلال النتائج المتوخاة منها؟ أم لا بد من اللعان أيضا؟ وهل يجوز تقديمها على اللعان؟

قبل الإجابة عن هاته الإشكالية نبين أولا مدى إمكانية تطبيق القضاء الجزائري لموضوع اللعان ثم نبين ثانيا سلطة القاضي عند نفي النسب بين اللعان والطرق العلمية.

#### ١- إمكانية تطبيق القضاء الجزائري لللعان:

إلى جانب الطرق العلمية لنفي النسب، يوجد طريق شرعي وحيد لذلك وهو اللعان لقوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرونها عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"<sup>١</sup>. فهو عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالإيمان من الجانبين مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة، قائمة مقام حد الزنا في حقها. وحسب ما تقتضيه ألفاظ الآية يحلف الزوج أربع شهادات بالله أن ذلك الحمل ليس منه، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد به ثم تخمس بالغضب<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> - سورة النور، آية ٦-٩.

<sup>٢</sup> راجع في ذلك ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، بيروت، لبنان، دار الفكر، ٢٠٠٣، جزء ٢، ص ٢٠٦.

و اللعان ما هو إلا طريق التي تتم بواسطتها اتهام الزوج زوجته بالزنا أو بنفي سبب ولدها إليه ولم يكن له بيته على دعواه ولم تصدقه زوجته وطلبت إقامة حد القذف أمره القاضي بملاعنتها<sup>١</sup>. و الذي ما ورد ذكره في قانون الأسرة الجزائري في المادتين ٤١، ١٣٨ لم يبين كيفية إقامة اللعان والآلية التي يتم بها. وهذا ما يؤدي إلى تطبيق نص المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في كل فرع قانوني<sup>٢</sup>. فهل نجد تطبيقا عمليا لموضوع اللعان بناء على هذه المادة؟

فعمليا نشهد ندرة قضايا اللعان سواء ما تعلق منها بتهمة الزنا، أو بنفي النسب الحمل من الزوج، وما وقع بين أيدينا قليل يتعذر معه، الخروج بتصوير كامل عن تطبيق اللعان كما ورد في الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا، ومن اجتهادات المحكمة العليا:

-القرار الصادر بتاريخ ٢٣-٠٤-١٩٩١ من المقرر شرعا وقانونا انه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين....."<sup>٣</sup>

-والقرار الصادر بتاريخ ٢٠-١٠-١٩٩٨: "من المقرر قانونا إن نفي السبب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة أو الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا...."

-والقرار الصادر بتاريخ: ٢٨-١٠-١٩٩٧: "من المقرر قانونا أن أقل منه المحل هي ستة أشهر ومن المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي السبب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ٨ أيام من يوم العلم بالحمل ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأن قضاء الموضوع خطأ و كثيرا" عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان الذي لم يتوفر شروطه و الذي لم

<sup>١</sup> - أحمد نصر الدين الحبيدي الطلاق التلقين وأثار في، طبعة ٢٠٠٠، ص ٤٣٩.

<sup>٢</sup> - أي يمكن تنفيذ لعان بموجب هذه المادة بالكيفية الواردة في الفقه الإسلامي، للمزيد من التفصيل الرجوع إلى عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، العدد ٣، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خيضر بسكرة، ص ١٢٢.

<sup>٣</sup> ٦٩٧٩٨ ملف رقم بتاريخ ٢٣-٠٤-١٩٩١، وملف رقم ٢٠٤٨٢١ بتاريخ ٢٠-١٠-١٩٩٨، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، عدد خاص سنة ٢٠٠١، ص ٨٢.

يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق<sup>١</sup>. فلقد ورد هذا القرار - الصادر بتاريخ ٢٨-١٠-١٩٩٧- لنفي النسب باللعان وجاءت صياغته كالآتي: تأبيد الحكم القضائي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه ... وأن اللعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد... "أي أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق، وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.

وعلى ضوء ذلك يمكن أن نقر نتائج التالية:

- أن دعوى نفي النسب باللعان لا يتجاوز أجلها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه<sup>٢</sup>.
- الزوج وحده حق طلب الملائعة و لا يثار من قبل الزوجة و لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، عند تحقق شروط قبول الدعوى و اقتناع القاضي بذلك يحيل الزوجين بموجب حكم إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية و أي مسجد ليكن المسجد العتيق.
- لا تجري أيمان اللعان بين الزوجين إلا بتكليف محضر قضائي بحضور و معاينة الواقعة و تبليغ الزوجين بصيغة الإيمان، و تحرير محضر بذلك يقدمه للقاضي ليبنى عليه حكمه<sup>٣</sup> و الذي يصدر في أجل لاحق حكمه<sup>٣</sup> المترتب على اللعان لنفي النسب.

---

القرار رقم ١٧٢٣٧٩ بتاريخ ٢٨-١٠-١٩٩٧. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة ١٠٠١، ص ٧٠،<sup>١</sup>

<sup>٢</sup> وهي من بين الشروط المنصوص عليها في الفقه المالكي، راجع في ذلك: ابن جزري، محمد بن أحمد الكلبي الفرطاني، القوانين الفقهية، دار الفكر، ٢٠٠٠، ص ٢١٠ و لكن نجد في القرار الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٠٢/٢٥ ملف رقم ٣٥٩٣٤ أحدث موقف آخر كما يلي "من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل و الوضع أو رؤية الزنا و يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي ١٢ يوما من علمه بوضع زوجته لحملها. راجع في ذلك، بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ص ٤٧.

<sup>٣</sup> فالفقهاء مجمعون على إجراء اللعان بين الزوجين لا يكون إلا من طرف القاضي أو من في حكمه، وإذا قام إمام المسجد أو أي شخص آخر بإجراء أيمان اللعان بدون تكليف أو إذن يكون متعديا على القاضي أو من ينوبه به كما قال ابن عبد البر: "لا يكون اللعان إلا في مسجد جامع بحضور السلطان أو من يقوم مقامه من الحكام". الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل: تأليف: عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي بيروت: المكتب الإسلامي ١٩٧٩/١٣٩٩ الطبعة الثانية، ص ٢٨٩.

- اذ يكون نفي الولد باللعان عند ولادته أو وقت شراء ما يلزم الأم أو الولد أو مدة التهيئة بالمولود. و كل هذه الأمور تدل على معاصرة النفي للولادة. أما عند الأحناف و الحنابلة لا يصح عندهم اللعان بنفي النسب قبل الوضع لعدم التيقن لاحتمال أن يكون الحمل كاذباً. أما الشافعية و المالكية فقد أجازوا اللعان قبل الوضع مطلقاً لما صح عندهم من نفي الحمل. و يشترط المالكية التعجيل في اللعان بعد العلم سواء بالحمل أو بالولادة و هو موقف الاجتهاد القضائي الجزائري..

فإذا ما توافرت هذه الشروط تحقق نفي النسب باللعان ويلحق نسب الولد بأمه و لا يعتبر ابناً للزوج، و لكن قد يعيق القاضي بعض الإشكاليات : إذا لم تكتمل إيمان اللعان بنكول الزوجة، فهل يحكم القاضي بنفي النسب؟ أو إذا امتنعت الزوجة عنها أو امتنعت عن الحضور أو غابت و تعذر إبلاغها. فهل حكم القاضي بنفي النسب؟ أم أنه يمهلهما حتى تلاعن؟ أو يجبرها على ذلك؟ أو يرد الدعوى لعدم تبادل الأيمان؟ أو هل ستساير المحكمة للتطورات و تلجأ إلى الطرق العلمية لنفي النسب؟ فهل يجوز تأخير اللعان إلى حين الفصل في استعمال الطرق العلمية لنفي النسب؟

## ٢- سلطة القاضي عن نفي النسب بين اللعان و الطرق العلمية:

إن البحث في موضوع هذه المسألة الذي كان محل جدال فقهي، فالبعض ذهب إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان لنفي النسب<sup>١</sup> فهو موقف عامة الفقهاء المسلمين وما أكد عليه المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي حيث جاء ضمن قراراته الصادرة في الدورة السادسة ما نصه: " لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان " كما أضافت المنطقة الإسلامية للعلوم الطبية في إحدى توصياتها أن الزوجية تثبت بالطرق الشرعية<sup>٢</sup> و هذا استناداً إلى

<sup>١</sup>- وهذا الرأي قال عليه عامة الفقهاء المعاصرين ومنهم علي محمد الدين القر هدي عبد الستار فتح الله سعيد، محمد الأشقر، ناصر الميمان، وهبة الزحيلي... راجع في ذلك: ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق ص ٢١٩-٢٢٠، حسني محمود عبد الدايم المرجع السابق، ص ٧٩٧.

<sup>٢</sup>- راجع في ذلك: المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، [www.islamset.com](http://www.islamset.com)

قوله " ...يرمون المحصنات و لم يكن لهم شهداء الا أنفسهم شهادة أحدهم أربعة شهادات بالله أنه لمن الصادقين " <sup>1</sup>.

أي أن الآية ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ للعان و إحداث البصمة بعد الآية يعتبر تزيد على كتاب الله.

وبالتالي فلا يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية لإقامة حد الزنا بل لابد من البينة . فكيف تقدم البصمة على اللعان و لا نقدمها على الحد؟ و كيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة؟

كما ذهب بعض الفقهاء المعاصرين <sup>2</sup> إلى جواز الاكتفاء بمعرفة نتيجة البصمة الوراثية و العمل بمقتضاها عن اللعان و ذلك ما دامت نتائجها قطعية على عكس دور اللعان الذي تركز على أسس و شروط قد تكون أحيانا تعجيزية كالمدة التي يتطلبها اللعان (٨أيام) أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك.

وكذلك إن كان الإسلام قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج و قد استند أصحاب هذا الاتجاه أيضا إلى أن البصمة الوراثية من قبيل الشهادة و ليس هناك موجب لللعان أصلا لاختلال الشرط الوارد في الآية و هو انعدام الشهود لقوله تعالى " يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهود إلا أنفسهم" كما أن الآية ذكرت درء العذاب و لم تذكر نفي النسب و لا تلازم بين اللعان ونفي النسب.

فيمكن أن يلاعن الرجل و يدرأ عن نفسه العذاب و لا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية. و بالتالي فإن الطفل لا ينفي نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج و لو لاعن، و ينفي النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكد قوله و تعتبر دليلا تكميليا لأن نتائج البصمة الوراثية مبنية على الحس مثلا؛ إذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية و ثبت أن الطفل من الزوج و أراد أن ينفيه . فكيف نقطع النسب؟ و نكذب الحس و نخالف العقل؟ و بالتالي فإن إنكار الزوج و

<sup>2</sup> -سورة النور آية ٦-٩

<sup>1</sup> - من العلماء المعاصرين أمثل محمد المختار السلامي، مفي تونس السابق، يوسف القرضاوي، عبد الله محمد، راجع فني ذلك: حسني محمود عبد الدايم، المرجع، ص ٧٩٨.



طلبه اللعان بعد ظهور النتيجة يعد نوعا من التعسف و لأن الشرع يتشوق إلى إثبات النسب لرعاية حق الولد. فما وجه إجرائه إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج<sup>١</sup> ؟ و لكن رد على هذا الرأي أنه لا يجوز للمحكمة تقديم الطرق العلمية عن اللعان و ذلك لعدة أسباب:

١/ إجراء الطرق العلمية قبل اللعان قد يؤدي إلى تجميد النصوص الشرعية التي يلتزم فيها القضاء بأن يطبقها و لكن لا يجوز تجميد أو تأخير شرعي كاللعان قد ثبت بالكتاب و السنة و الإجماع من أجل دليل علمي لا يتفق في علته مع اللعان (لأن الحكمة من اللعان لدرء الحد و نفي النسب، و العلة من الطرق العلمية هي معرفة الصفات الوراثية بين الولد ووالديه فقط) و سند ذلك قوله تعالى: " و أن أحكم بينهم بما أنزل الله و لا تتبع أهواءهم و احذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك..."<sup>٢</sup> حتى جاءت الآية التي بعدها و قالت " و من أحسن من الله حكما لقوم يوقنون"<sup>٣</sup> أي يكون الحكم بما أنزل من الله من أحكام و تعاليم و نصون شرعية<sup>٤</sup>.

كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يؤخر اللعان و لو لليلة واحدة، و ذلك عندما جاء عويمر العجلاني شاكيا للرسول(ص) و لم يكن قد نزل الوحي بعد فقال له الرسول(ص) قد أنزل فيك و في صاحبك قرآن فاذهب فات بها في رواية وفي رواية مسلم قد أنزل فيك و في صاحبك فاذهب فات بها، و في رواية فأرسل إليهما فجاجوا فقام هلال بن أمية فشهد و النبي يقول الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب"<sup>٥</sup> فهذا دليل على أنه لم يأخذه، فما أنزلت الآيات من عند الله حتى قال : " اذهب فات بها "، هذا إلا أمر لهلال بن أمية و عويمر العجلاني بأن يلاعن بأمر الله و الرسول مأمور بإقامة شرع الله كما نزل من عنده، مصداقا لقوله تعالى : " يا أيها

<sup>١</sup> ما ذكره عمر السبيل، الشيخ محمد مختار اللامي في بحثه البصمة الوراثية ومدى مشروعة استخدامها في نسب والخيانة ص ٢٩، أخذ عن ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص ٢٢٠، هامش ٢.

<sup>٢</sup> - سورة المائدة، آية ٤٩.

<sup>٣</sup> - سورة المائدة، آية ٥٠.

<sup>٤</sup> - راجع في ذلك: إسماعيل بن عمر، بن كثير، تفسير القرآن الكريم، الجزء ٢، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١، ص ٦٣.

<sup>٥</sup> - راجع في ذلك، خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك و إن لم تفعل مما بلغت رسالته و الله يعصمك من الناس...<sup>١</sup>

٢/ عند مثل الزوج أمام القضاء لنفي الولد منه الذي هو قذف للزوجة إلا لدرء الحد، فلو تم تأخير اللعان من أجل البصمة الوراثية ثم جاءت النتيجة في صالح الزوجة نكون بذلك قد أحرنا حد القذف لأن اللعان أقيم مقام البينة و بالتالي ضاع حق من حقوق الله.

أما تقرير البصمة الوراثية في هذه الحالة فهو إلا وسيلة علم بها شرعية الولد فقط و لكنها لا تسقط حد القذف إلا بلعان الزوج نفسه لأنه وجد لدرء عقوبة القذف و نفي النسب الباطل. فهل الزوجة تقبل بإلحاق نسب الولد بزوجها دون مطالبته بحد القذف؟

٣/ القول أن اللعان يؤخر لحين التحليل البيولوجي على حسب ما أمر به القاضي، قيل فيه أنه قول وعمل من باب الفراسة<sup>٢</sup> و الاحتمالات القائمة على علم الغيب الذي استأثر الله به لنفسه مصداقا لقوله تعالى: "قل لا يعلم من في السماوات و الأرض الغيب إلا الله و ما يشعرون أيان يبعثون"<sup>٣</sup> فقد يجد القاضي نفسه يعيش في زوبعة من المشاكل و خاصة لو جاءت النتيجة سلبية خلافا لما كانت تتوقعه الزوجة أي أثبتت النتائج الطبية أن الولد غير شرعي، فيبق حائرا ما إذا يتم اللعان للزوج، فمادا سيفعل بامرأة ثبت لدى القاضي يقينا أنها زانية لأنه قبل النتائج كان مجرد شك و بعد أن جاءت النتائج أصبحت يقينا؟.

و تطبيقا لذلك نجد في قضية وقعت في الرياض تتلخص وقائعها أنه أثناء جماع الزوج مع زوجته وجد سائل ضنا أنه من الغير فطلب الزوج من المختبر الجنائي التحليل البيولوجي للبصمة الوراثية لعينة السائل الموجود على السرير بدليل أن الزوجة لم تتم بغسل هذا السائل بعد الجماع. فكانت النتائج أن تلك العينة -السائل

<sup>١</sup> - سورة المائدة، آية ٦٧.

<sup>٢</sup> - الفراسة، ناشئة عن جودة القريحة وحدة النظر و صفاء الفكر و الحكم بالفراسة مثل الحكم بالظن و التخمين و ذلك فسق و جور من الحاكم وإنما أجزيت في مجال مخصوص للضرورة. راجع في ذلك: خليفة علي الكعبي، المرجع السابق/ ص ٣٤٠، هامش ٤.

<sup>٣</sup> - سورة النمل، آية ٦٥.

المنوي الموجودة على السرير ترجع للزوج نفسه<sup>١</sup>. فالإقدام على البصمة الوراثية فيه نوع من المجازفة و الخطورة لذا القاضي قد يؤدي إلى إيقاع اللعان بين الزوجين بدل من الانتظار لحين النتائج الطبية و لا يمكن تأخير اللعان من أجل تخمينات ظنية. و نجد أحد القضاة في محكمة الرياض تقدم إليه شخص يطلب اللعان من زوجته بالانتفاء من بنت ولدت على فراشه ، فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء اختبارات الفحص الوراثي فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتاً قطعياً<sup>٢</sup>. فهذا يدل عن عدول الزوج عن اللعان و زوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته فتحقق هذا الفحص مصلحة عظمى يتشوق إليها الشارع و يدعوا إليها.

و في وقتنا الحالي نجد اللعان قد يفقد قيمته ما دام يقوم على الشك لا اليقين (كما قال بذلك بعض الفقه)، و أحيانا يعد انتقامياً كيديا ليس إلا. و الشك يظهر لنا من خلال أن الزوج إذا كان في استطاعته أن يشهد على سبيل القطع أن زوجته قد ارتكبت الزنا فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لواقعة نفي الولد، لأن الزوج لا يستطيع أن يؤكد على سبيل القطع أن الولد ليس منه حتى و لو كان صادقاً في اتهامه لزوجته بواقعة الزنا، إذ قد تكون الزوجة مرتكبة للزنا فعلاً إلا أن الولد قد يكون ابنه بأن يكون الحمل قد حدث منه. لذا أخضع الفقه للحد من الشك عدد من الشروط، إذ يمنع الزوج من اللعان إذا وجدت قرائن بسيطة تدل على عدم الجدية في إنكاره، كعدم استبراء المرأة قبل ظهور الحمل، و السكوت بعد العلم بالحمل و لو يوماً أو يومين.

وبما أن البصمة الوراثية قد جاءت بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية دونما كشف للعورة أو المشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين وهي عبارة عن كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة حقيقية للصفات الوراثية للإنسان و التي يتطابق نصفها مع الأم الحقيقية و نصفها الآخر مع الأب الطبيعي. فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجئ لأدلة الظن و نترك دليل يكاد يكون قطعياً؟

<sup>١</sup>- راجع في ذلك، خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

<sup>٢</sup>- راجع في ذلك: أشرف عبد الرزاق ويح، موقف البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٥٥.

فاللعان نظام يفرض وجوده من حيث القانون و يغيب أحيانا على مستوى التطبيق العملي للقضاء، لذا لا بد من الاستعانة بالطرق العلمية و خاصة القطعية منها مع الإبقاء على اللعان حماية لنسب الطفل من الإنكار الكاذب و أيضا حتى لا يلحق نسب الابن بغير أبيه و للوصول إلى نتائج يقينية تبديد الشك. فادا علم من خلال النتائج الطبية : أن الولد ليس منه فيمكن من إجراء اللعان لأجل نفي الولد، لأنه ثبت يقينا أن الولد ليس منه فلا يمكن من إجراء اللعان لأجل نفي الولد و إنما يمكن من اللعان كإجراء شرعي لدرء الحد من الزوجين و للتفريق بينهما لأن الزوج يكون متأكدا من صلة زوجته غير المشروعة بغيره.

و عليه الاستعانة بالنتائج الطبية قد تحدد غايتين: أحدهما إمكانية أن يتراجع الملاعن قبل الفحص، أي لما يلجأ إلى إجراء التحاليل الطبية ربما تثبت نتائج التحليل بنوة الولد من الزوج فيعدل بذلك عن اللعان و تلتئم شمل الأسرة. و ثانيهما : إمكانية إثبات الفحص عكس مزاعم الملاعن و بذلك تتحقق الغاية من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تتشرف إلى إلحاق النسب. فلو أمر الزوج على اللعان فله حق ذلك. و لأن حفظ الإنسان من الضروريات الشرعية.

و القاضي يمكن له إجراء الملاعنة دون أن يمنعه ذلك من الاستجابة لإجراء فحص الدم فادا جاءت البصمة الوراثية و أثبتت شرعية الولد سواء قبل اللعان أو بعده بحكم ملزم النسب دون أي يتعارض ذلك مع بقاء اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين. و عليه يستحسن للقاضي أن يعرض التحليل البيولوجي سواء في تلقاء نفسه ( كما حدث في قضية الرياض) أو بناء على طلب احد الزوجين المائلين أمامه و تأخير اللعان إلى حين التأكد من شرعية الولد أم لا . و يبق الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الإنسان من الضياع.

ادن لا يحرز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان باعتبار نتائجها قطعية أو قريبة من القطعية، غير أن القاضي يجوز له الاستفادة من نتائجها كقرينة من القرائن التي يستعان بها للتحقق من صحة دعوى الزوج و هذا لا يجوز إحلال الطرق العلمية محل اللعان في نفي النسب أو تأخير اللعان من أجل الفحص في الطرق العلمية.

## الخاتمة

من خلال دراستنا لمسألة نفي النسب و دور الطرق العلمية في ذلك، والتي كشفت لنا العديد من المشاكل توصلنا إلى النتائج التالية:

١. لا بد من وضع إطار قانوني للطرق العلمية سواء القطعية منها التي ترقى إلى درجة اليقين (البصمة الوراثية DNA و نظام HLA) و الظنية التي لا ترقى فيها درجة الشك إلى اليقين و إلا فلا جدوى من وضع هذه الطرق كوسيلة لنفي النسب بمقابل اللعان كوسيلة شرعية لذلك.

٢. لا بد من تحديد قيمتها القانونية حتى يسهل للقضاة اللجوء إليها كلما استعصى عليهم الإثبات بالطرق الشرعية، و إلا فما الجدوى من وضع المشرع لهذه الطرق العلمية دون حصر مجالها.

٣. غياب موضوع اللعان وتعطيل إجراءاته في قانون الأسرة الجزائرية يعد ثغرة من الثغرات الكبيرة التي لا تزال موجودة فيه، و التي لا يكفي معها إحالة القاضي من أحكام الشريعة بموجب نص المادة ٢٢٢ لأن كثيرا من الأحكام الفقهية هي محل خلاف بين فقهاء المذهب الواحد فضلا عن باقي المذاهب... و لإزاحة القاضي من عناء البحث و الترجيح يكون النص القانوني الفاصل بين الآراء المختلفة.

٤. لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان اعتبار أن نتائجها عند دوي الاختصاص بها قطعية أو قريية من القطعية، و ذلك لأن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله أو ترك العمل به إلا بدليل نصي و هو غير ممكن غير أن القاضي يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة و إجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمه بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحض الشارع على درء ذلك و منعه، و تشوقه لاتصال الأنساب و بقاء الحياة الزوجية.

٥. إن القول بجواز إحلال الطرق العلمية محل اللعان في نفي النسب قول مردودة لما فيه من المصادمة للنصوص الشرعية الثابتة، و مخالفة لما أجمعت عليه الأمة

. لذا يطلب من الدول العربية و الإسلامية أن تضمن في قوانين الأحوال الشخصية عدم إحلالها أو تقديمها على اللعان.

٦. و أخيرا لإيجاد حل القانون بالنسبة للطرق العلمية المضافة بموجب الأمر ٥٠٥ يستوجب تدخل المشرع الجزائري من أجل وضع إطار قانوني لا يدع مجال للتأويل و التفسير أمام مسألة كانت و لا تزال تشكل اهتمام القضاة أو الخبراء في نفس الوقت.

## قائمة المراجع

- (١) - القرآن الكريم.
- (٢) - المؤلفات:
  - ابن منظور لسان العرب، جزء ٩، طبعة ١، دار صادر بيروت، طبعة ١٤٠٥.
  - ابن حزم الظاهري، المحلى الجزء ١٠، دار الأفاق الجديدة، بيروت. بدون سنة الطبع.
  - ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الطبعة الأولى، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، بيروت، لبنان، دار الفكر، جزء ٢، ٢٠٠٣.
  - ابن جزري محمد بن أحمد الكبلي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار الفكر، ٢٠٠٠.
  - إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن الكريم، الجزء ٢، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١.
  - أشرف عبد الرزاق ويح، موقف البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
  - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، طبعة دار الريان للتراث ، بدون سنة النشر، جزء ١٢.
  - احمد نصر الدين الجندي، الطلاق والتطليق واثارهما، الطبعة ٢٠٠١.
  - بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا.
  - حسني محمود عبد الدايم البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
  - خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة،الدار الجامعية للنشر، ٢٠٠٤.
  - جلال الجابري ، الطب البشري والسموم ، الطبعة الأولى ،الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ،٢٠٠١،عمان.
  - عبد الله بن احمد بن قدامى المقدسي ،بيروت ،المكتب الإسلامي ، الطبعة ٢ ، ١٩٧٩.
  - محمود توفيق اسكندر، الخبرة القطنية، دار هومة، طبعة ٢٠٠١.

### ٣- المقالات:

- عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي و مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر العدد ٣، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- فؤاد صالح، حجية البصمات الوراثية في أثبات النسب، دراسة قانونية مقارنة، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد ١٩، ٢٠٠٣.
- محمد محمود الشناوي، التقنية العلمية للبصمة الوراثية، مجلة كلية الدراسات العليا مجلة متخصصة في علوم الشرطة، القاهرة، العدد ١٧، يوليو ٢٠٠٧.
- محمد شريف قاهر، محاضرات أقيمت على طلبة القضاة، دفعة ١٤ لسنة ٢٠٠٣-٢٠٠٣.
- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب، مجلة الشريعة و القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٢٠٠٨، ١٨.

#### النصوص القانونية:

قانون الأسرة الجزائري الصادر بالأمر ٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٨-٠٢-٢٠٠٥.

#### المجلات القضائية:

- مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ٢٠٠١.
- مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ٢٠٠٢.

#### مواقع الأنترنت:

- ١- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية: [WWW.islamset.com](http://WWW.islamset.com) ، ندوة النبوة.
- ٢- إبراهيم الخليل، أثبات النسب و تأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، مقال على موقع <http://kananaonllhne.com.ibrahimkhalil> بتاريخ ٢٠ نوفمبر ٢٠١١.
- ٣- ندوة النبوة، بحوث الدورة ١٦ للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، التي عقدت في الفترة من ٢١-٢٦ شوال ١٤٢٢، موجودة على موقع [WWW.minshawi.com/node/766](http://WWW.minshawi.com/node/766) بتاريخ ١٩/٠٤/٢٠٠٩.



# إنقضاء القوة التنفيذية للسندات

دكتور

أحمد السيد أبو الخير هلال

أستاذ نظام المرافعات الشرعية المساعد

كليات القصيم الأهلية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
( وَمَا أَوْقَيْتُمْ مِّنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ) (١)  
صِرَقَ اللَّهِ الْعَظِيمِ

## إهداء

إلى طلاب العلم، وأهل العدل ومحبيه والقائمين عليه،  
الذين يرفضون الظلم والطغيان.  
أهدى ثمرة هذا البحث.

## المستخلص

لاشك أن موضوع (انقضاء القوة التنفيذية) وإن كان أمراً نادراً في الماضي إلا أنه أصبح واقعاً ملموساً في وقتنا الحالي، ولا يقل أهميته عن غيره من المواضيع الحيوية، ولا نستطيع إنكار أن هناك العديد من القضايا التي ألغى تنفيذ أحكامها سواء كانت معجلة أو نهائية، وانقضت قوتها التنفيذية وأصبحنا أمام قضية مهمة وموضوع بحثي مهم قلما قلت فيه الكتابات والمؤلفات القانونية ألا وهو (انقضاء القوة التنفيذية للسندات).

هذا البحث يعتمد على أمرين أساسيين، لذلك تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين الأول: الأساس التشريعي وأليات انقضاء القوة التنفيذية للسندات. والثاني: الأثار المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات.

ولا يقتصر البحث على انقضاء القوة التنفيذية للأحكام النهائية، بل تناول البحث انقضاء القوة التنفيذية للأحكام النافذة نفاذاً معجلاً. وتتحقق تلك الأمور في أليات تعطيل القوة التنفيذية والتي ربما تؤدي لانقضائها مثل: ١- دعوى البطلان والاعتراض على الأحكام والنظم منها ونقضها. ٢- سقوط التنفيذ بالتقادم ٣- الصلح والتنازل عن القوة التنفيذية. وأن القوة التنفيذية هي أثر مترتب على الأحكام القضائية فإذا زالت تلك الأحكام القضائية زال معها الأثر الذي ترتب عليه ذلك الحكم الملغي. وانقضاء القوة التنفيذية وإلغائها يتم بصدور حكم قضائي له قوة تنفيذية تلغي القوة التنفيذية للحكم الملغي.

أن هذا البحث يعد أمر خطير به يعاد نبض الحياة الإجرائية في جسد الدعوى القضائية لصالح المنفذ ضده بعد تنفيذ الأحكام النهائية، وكان من الضروري الوقوف على الإجراءات التي تقضى على القوة التنفيذية وتجبر أخطاء ومغبة التنفيذ المعجل والتنفيذ العادي للأحكام.

## Abstract

There is no doubt that the subject of expiration of the executive power was rare in the past, but it has become a reality in the present time, and as important as doing implementation, and we cannot deny that there are many cases which was abolished the implementation of its provisions, either they were accelerated or final, and their executive power were elapse, so we are in front of an important research subject, rarely taken by legal writings, is entitled (the expiration of the executive power of the bonds).

This research relies on two main items, so the study is divided into two sections: the first one is legislative basis and mechanisms of the expiration of the executive power of the bonds. The second one is the expiration of the executive power of the bonds.

The research is not limited on the expiration of the Executive Force of the final provisions but touched on the expiration of the executive power of the accelerated provisions. Those things become available by mechanisms that disable the executive power, and may lead to its termination, such as: 1. Action for nullification and objection to the terms and remedies of them. 2. The fall of the implementation of by time passing 3. Reconciliation and abdication of the executive power.

This research is necessary to stand on the procedures under which the executive power is lost.

## ملخص البحث

تعمد دراسة البحث وهي بعنوان (انقضاء القوة التنفيذية للسندات) على الدراسة المقارنة ويحتوي البحث على مبحثين: المبحث الأول: الأساس التشريعي وأليات انقضاء القوة التنفيذية للسندات، والمبحث الثاني: الآثار المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات. المبحث الأول وهو بعنوان: الأساس التشريعي وأليات انقضاء القوة التنفيذية للسندات، وتناولت ذلك المبحث من خلال مطلبين المطلب الأول: آلية الطعن لانقضاء القوة التنفيذية، وينقسم ذلك المطلب إلى فرعين الفرع الأول: مدى تأثير القوة التنفيذية الوقتية للسندات بالاستئناف الوصفي. والفرع الثاني: مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالطعن ودعوى البطلان. أما المطلب الثاني: وهو انقضاء القوة التنفيذية للسندات بطريق الصلح والتنازل. فينقسم إلى ثلاثة فروع للسندات. الفرع الأول: مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالصلح، الفرع الثاني: مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالتنازل. الفرع الثالث: التقادم المسقط للقوة التنفيذية للسندات.

وجاء المبحث الثاني بعنوان: الآثار المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات. وتناولت ذلك المبحث من خلال مطلبين المطلب الأول: الآثار الإجرائية المترتبة علي انقضاء القوة التنفيذية. وينقسم ذلك المطلب إلى فرعين الفرع الأول: انعدام صلاحية السند التنفيذي. الفرع الثاني: سقوط الحقوق الإجرائية. أما المطلب الثاني بعنوان: الآثار الموضوعية المترتبة علي انقضاء القوة التنفيذية. وهذا المطلب ينقسم إلى فرعين الفرع الأول: سقوط الحق الموضوعي، والفرع الثاني: مسؤولية طالب التنفيذ أثر انقضاء القوة التنفيذية، والفرع الأخير سيوضح فيه الأساس النظامي في تحديد مسؤولية طالب التنفيذ عن تنفيذ الحكم الملغي. وكيفية الرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه. وهو ما أطلق عليه بالتنفيذ العكسي. وفي النهاية أختتم دراسة البحث بخاتمة تشتمل على أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها أثناء الدراسة والبحث. والله ولي التوفيق.

## Summary

The Subject matter of the dissertation is "the expiration of the executive power of the bonds" which depends on a comparative study. The dissertation contains two parts

1- Part One: Legislative basis and mechanisms of the expiration of the executive power of the bonds and second part: effects of the expiration of the executive power of the bonds.

Part one: has been devoted to the main pillars of Legislative basis, which depends on the mechanisms of the expiration of the executive power, two chapters: First chapters: Effect of the descriptive appeal on the executive power of the bonds, including the appeal against the sentence and the cause of nullity and the mechanism of the peace and the expiration of the statute of limitations for the Executive Force through, The second chapter: Effect of the appeal and nullity suit the expiration of the executive power, It contains on: 1. Action for nullification and objection to the terms and remedies of them. 2. The fall of the implementation of by time passing 3. Reconciliation and abdication of the executive power.

2- part two: The effect of expiration of the executive power of the bonds, has two sections. Section One: Procedural effects of the expiration of the executive bonds which include" The lack of validity of the bond executive and The fall of procedural rights.

Section two: The Objective rights effects of the expiration of the Executive Force, It contains on: The fall of the objective right, and The responsibility of the applicant for the effect of the expiration of the Executive power.

## مقدمة عامة

الحمد لله الذي أحمده على نعمه التي لم تخيب في إحساننا أملاً، ولم تضيع سعي من أحسن عملاً في مصالح دولتنا إن الله لا يضيع أجر من أحسن عملاً، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له. شهادة هي أشرف ما نطق به اللسان وأفضل ماتعبد به الإنسان، وأرفع ما ملكت به في الدنيا والأخرة عظام الرتب الحسان، ونشهد أن محمداً عبده ورسوله الذي أحل الطيبات وأباحها وأزال الشبهات وأزاحها، وصلى الله على آله وصحبه الذين تمسكوا بأحكامه ووقفوا مع ما شرع لهم من حلال دينه وحرامه، وحافظوا على العمل بسنته بعد محافظتهم عليها في أيامه، صلاة يتوقد سراجها، ويتأكد بها إنتساق السنة وإنتساجها، وسلم تسليمياً كثيراً. أما بعد،،،

لاشك أن إنقضاء القوة التنفيذية وإن كان أمراً نادراً في الماضي إلا أنه أصبح واقعاً ملموساً في أيامنا الحالية، ولا يقل أهميه عن القيام بالتنفيذ، ولا نستطيع إنكار أن هناك العديد من القضايا التي ألغى تنفيذ أحكامها سواء كانت معجلاً أو نهائية، وإنقضت قوتها التنفيذية وأصبحنا أمام قضية مهمة وموضوع بحثي مهم قلما قلت فيه الكتابات والمؤلفات القانونية ألا وهو (إنقضاء القوة التنفيذية للسندات). ولا شك أن هذا البحث من البحوث التي تسعى لجبر أخطاء ومغبة التنفيذ المعجل والتنفيذ العادي للأحكام، وكان لابد من تناول ذلك الموضوع بشكل من التفصيل والدراسة المتأنية من خلال الوقوف على نطاق وأهداف الدراسة.

### أولاً : نطاق وأهداف الدراسة:

وحتى لا أطيل وأخرج عن ثمره البحث فقامت بتحديد النقاط التي تدخل في البحث وإستبعاد النقاط التي تخرج عنه.

### لذلك يخرج عن بحثنا كلاً من:

١. السندات غير التنفيذية وهي الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى والغير حائزة لقوة الأمر المقضى والتي لاتحمل القوة التنفيذية.
٢. يخرج عن بحثنا الوقف المؤقت للتنفيذ.



٣. يخرج عن بحثنا إذا أعلن صراحة المنفذ ضده بالحكم وأقر قبوله للحكم ففي هذه

الحالة يصبح الحكم غير قابل للطعن عليه وبالتالي غير قابل للإلغاء<sup>(١)</sup>

### ما يدخل في نطاق بحثنا:

وهو الأثر الذي يلزم إلغاء الحكم أو القرار القضائي بعد إضفاء الصيغة التنفيذية عليه سواء كان قبل مباشرة إجراءات التنفيذ أم بعده.

وهذا يقتضى أمران إما:

١. انقضاء القوة أى الجبر دون إنقضاء السند التنفيذي، كما في حالة إلغاء النفاذ المعجل.

٢. إنقضاء السند التنفيذي برمته لإنقضاء الحكم القضائي وإنقضاء قوته التنفيذية أى الحكم عليه بالفناء والإنتهاء بعد وجوده.

وقد يحدث إنقضاء للقوة التنفيذية في حالتين: إما قبل إتخاذ إجراءات التنفيذ وقبل إتمامه، وإما أن يكون بعد إتخاذ إجراءات التنفيذ وتاممه.

ويدخل في نطاق بحثنا إنقضاء القوة التنفيذية للأحكام النافذة نفاذاً معجلاً، وكذلك إنقضاء القوة التنفيذية للأحكام النهائية والحائزة لقوة الأمر المقضى. ومن آليات إنقضاء القوة التنفيذية: ١- الطعن ٢- السقوط بالتقادم ٣- الصلح والتنازل عن القوة التنفيذية<sup>(٢)</sup>. وهذا ما سنتناوله في بحثنا.

### ثانياً: إشكالية البحث:

وتثور الإشكالية حول صدور سندات تنفيذية يعترىها البطلان أو عدم الصحة أو سقوط الحق الوارد فيها إما بالتنازل أو الصلح من قبل طرفا التنفيذ. فما هى آليات إنقضاء القوة التنفيذية؟ وماهى الآثار الموضوعية والإجرائية المترتبة على إنقضاء قوة السند التنفيذي؟ وهذا ما أتناوله وأجيب عنه خلال دراسة البحث.

### ثالثاً: منهج الدراسة:

<sup>١</sup>- د/ الأنصارى حسن النيدانى (التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية) دار الجامعة الجديدة للنشر عام ٢٠٠١ ص ١٠٤.

<sup>٢</sup>- د/ أحمد خليفة شرفاوى أحمد (القوة التنفيذية للمحرمات الموثقة) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٧ ص ٤٩٦: ٥٠٦.

وسيعتمد البحث على المنهج التحليلي التأصيلي الإنتقادي مقارنة القانون المصري بالأنظمة القانونية الأخرى. وهو منهج وعي يستهدف رد كل فكرة إلى أصولها بطريقة فلسفية متعمقة، وغايته الإنتقادية مدارها الوقوف على مواطن الضعف على الصعيدين القانوني والقضائي بغية تلافيتها تكريماً للحماية المتوخاه.

وكان منهج الدراسة المقارن بأن أكتفي بذكر رأي الفقه القانوني في المسائل المختلف فيها، وبيان أدلة أصحابها، والمناقشات التي وردت عليها وذلك على مستوى الأفكار القانونية والغير قانونية، فلا بد من دراسة جادة ومتأنية ومتعمقة لأثار الولوج والإستثناءات ولا بد لنا هنا من وقفة متأنية ومتأملة نسترجع فيها التجربة ونتفحص الواقع ونستشرف المستقبل.

ولا أختار رأياً إلا إذا بان لي أنه الأرجح من حيث الدليل، فإن كنت قد وفقت في ترجيح الأراء فهذا من فضل الله عز وجل، وإن كان خطأ فذلك مني ولم يكن عن عمد وإنما عن سهوة أو غفلة وأدعو الله أن يغفر لي، وأختتم ببعض الدعاء ((ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب))<sup>(١)</sup>، ((ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار))<sup>(٢)</sup>. اللهم آمين.

### خطة الدراسة:

وفي إطار ماتقدم فإن الدراسة قد تم تقسيمها إلى مبحثين:  
المبحث الأول: الأساس التشريعي وأليات إنقضاء القوة التنفيذية للسندات.  
المبحث الثاني: الأثار المترتبة على إنقضاء القوة التنفيذية للسندات.

١- سورة آل عمران الآية رقم ٨.

٢- سورة البقرة الآية رقم ٢٠١.

## المبحث الأول

### الأساس التشريعي وأليات انقضاء القوة التنفيذية للسندات

#### مفهوم إنقضاء القوة التنفيذية للسندات:

عرف البعض إنقضاء القوة التنفيذية: بأنه تجريد الحكم من قوته التنفيذية وهو وجه من وجوه الإلغاء التي يمكن أن ترد على الأحكام نتيجة الطعن عليها<sup>(١)</sup>.  
وحدد البعض مفهوم إنقضاء<sup>(٢)</sup> القوة التنفيذية للسندات: بأنه أثر إلغاء السند التنفيذي بعد إضفاء الصيغة التنفيذية عليه سواء كان قبل مباشرة إجراءات التنفيذ أم بعدها<sup>(٣)</sup>.

#### الأساس التشريعي لإنقضاء القوة التنفيذية:

ويمكن توضيح الأساس التشريعي لإنقضاء القوة التنفيذية من خلال بيان الأساس القانوني الذي يعتمد عليه حكم الإلغاء وإنقضاء قوة السند التنفيذي الملغى.

ولا يخرج الأساس القانوني لحكم الإلغاء عن إعتباره الشرط الفاسخ الذي علق عليه الحق في التنفيذ أم إعتباره حق من الحقوق؟

وإختلف الفقهاء في تحديد الوصف والأساس القانوني لحكم الإلغاء:

فذهب البعض إلى أن ( الحق في التنفيذ - Droit de l'execution ) معلق على ( شرط فاسخ - condition résolutoire )، وزوال الحق في التنفيذ يتحقق بوجود الشرط الفاسخ ، والشرط(٤) يجد مصدره في القانون، طالما وجدت رابطة حق أو إلتزام، فإذا تحقق الشرط

١- د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٩ - الطبعة الثانية ص ١٦٥ .

٢- يأتي المعنى اللغوي للإنقضاء: بعدة معاني منها الإداء والإنهاء والنفاء والإنقطاع.. راجع: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ( لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ) دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى عام ١٩٩٥ م . ج ٦ . ص ٤٧١ ، ٤٧٢ .  
راجع لسان العرب لإبن منظور دار المعارف ج ٥ . ص ٣٦٦٥ . مختار الصحاح للشيخ الإمام ( محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ) مكتبة لبنان طبعة جديدة عام ١٩٩٥ ص ٢٦٢ . المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية مطابع الأوفست شركة الإعلانات الشرقية عام ١٩٨٥ م الطبعة الثالثة ، ج ٢ ، ص ٧٧١ .

٣- مثال : أثر الحكم الصادر في الإستئناف الوصفي من تجريد الحكم المطعون عليه من قوته التنفيذية . راجع د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٧٥ .

٤- فإن الشرط يتفق مع الأجل terme في أن كلاهما وصف يلحق الإلتزام فيعدل في أحكامه الأصلية ... والأجل إما أن يكون أجلا إتفاقيا Terme conventionnel أو قانونيا Terme de droit أو قضائيا judiciairement أنظر : نقض ١٩٧٨/١/١٨ - المجموعة ٢٩ - ٢٣٤ .

MARTY et RAYNAUD, Droit civil, t, II, 1Vol. 1962, no, 745 . et s, STARCK, Droit civil, les obligations, 1971 suppl, 1975, . No.1812 . et S., WEILL et TERRE, Droit civil, les obligations. 2ed. 1975, no. 890.

راجع : د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٥٥.

الفاسخ أو فسخ العقد أو حكم بإبطاله زال سبب الإلتزام في كافة هذه الحالات ووجب الرد(١). كذلك لا يستقر الحق في التنفيذ على وجه ثابت وبات إلا باكتمال حصانة الحكم داخل الإجراءات وإمتناع إمكانية الطعن عليه(٢)، وإلغاء السند التنفيذي أو بطلانه بطريق نقض الحكم المطعون فيه يصبح التنفيذ على غير أساس، لإنعدام المسند المبرر لإجرائه (وهو إنعدام الحكم القضائي)، وبالتالي تصبح جميع إجراءات التنفيذ المتخذة باطلة(٣)، ويمتنع المضى في التنفيذ ويسقط ما يكون قد تم من إجراءات، لأنه بعد إلغاء السند التنفيذي أو إبطاله يصبح التنفيذ غير مستند إلى حق فتسقط إجراءاته نتيجة لزوال سنده(٤).

ويستفاد من ذلك الرأي: إلى أن الوصف القانوني لحكم الإلغاء، هو الشرط الفاسخ الذي علق عليه الحق في التنفيذ، والذي بتحقيقه يقضى على السند التنفيذي والحق الوارد به. وإتجه البعض إلى عدم الإحتياز إلى ماذهب إليه أصحاب الرأي الأول في تقريرهم أن الحق في التنفيذ حق معلق على شرط فاسخ(٥)، بل هو حق بسيط مثله في ذلك مثل الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقود، فكما لايقال ان هذه الحقوق والإلتزامات تعتبر معلقة على شرط فاسخ وهو إلغاء العقد أو بطلانه أو فسخه، فلا يقال أن الحق في التنفيذ وهو حق ناشئ عن الحكم - يكون معلقاً على شرط فاسخ هو إلغاء الحكم؛ والعلة في ذلك : أننا لو سلمنا بأن الحق في التنفيذ معلقاً على شرط فاسخ هو إلغاء الحكم لترتب على ذلك نتيجة لايمكن قبولها وهي أن تكون جميع الحقوق أو الإلتزامات معلقة على شرط فاسخ وهو زوال السبب المنشئ لهذه الحقوق أو الإلتزامات(٦). وبالتالي لانسلم أن أثناء

١- د/ عبد الرازق السنهوري ( الوجيز ) ج ١ ، ص ٥٢٠ . د/ الأنصاري حسن النيداني (التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية) مرجع سابق ص ١٠١.

٢- د/ أحمد ماهر زعلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٥٢،٥٤.

٣- د/ فتحى والى ( الوسيط ) ص ٨٣٢، ٨٣٣ . fas. -Arrets de la cour de cassation. cit. n59. 794op. أشار إليه د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مكتبة الجلاء الجديدة عام ١٩٩٤ ص ٢٥٥. د / أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبرى ) دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية عام ١٩٩٦ ص ٤٦٥.

٤- المستشار / أنور طلبه ( التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقفية ) المكتب الجامعى الحديث عام ١٩٩٦ ص ٢٤٩.

٥- د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) دار الجامعة الجديدة للنشر عام ١٩٩٥ ص ٦٣.

٦- د/ الأنصاري حسن النيداني (التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية) مرجع سابق ص ١٠٢.

فترة التعليق يكون الحق موجوداً وناظراً أما إذا تحقق الشرط وألغى الحكم فى مرحلة الطعن فإن الحق فى التنفيذ يزول بالتبعية لذلك<sup>(١)</sup>.

ويستفاد من ذلك الرأى: أنهم لن يجعلوا من حكم الإلغاء، شرطاً فاسخاً يعلق عليه الحق فى التنفيذ، وإنما جعلوا حكم الإلغاء حق مثله مثل الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقود.

وبالتالى أرى ترجيح الرأى الثانى: أن إلغاء الحكم لم يعد شرطاً فاسخاً يعلق عليه الحق فى التنفيذ، وإنما صار حكم الإلغاء حق من الحقوق، وذلك للعلة التى سقناها من قبل، وأضيف إلى ذلك أن الشرط الفاسخ أو الشرط الواقف لا بد أن ينص عليه صراحة فى العقود، وأن الحق فى التنفيذ لم ينص صراحة على وجود شرط فاسخ أو شرط واقف يسمى حكم الإلغاء، ولا يستفاد ضمناً من السند التنفيذى على وجود مثل ذلك الشرط، وأن الحق فى التنفيذ من أهم الحقوق الإجرائية ذات طبيعة خاصة، مصدره القانون نابغاً من السلطة القضائية وهى الجهة التى تقوم بإصداره والمشرفة عليه.

ولا أتفق مع ما ذهب به الرأى الأول أن الحق فى التنفيذ معلقاً على شرط فاسخ، أو شرط واقف؛ ولأن الشرط فى العقود يقتضى إتفاق أطراف العقد عليه والرضا به أى نابغاً من إرادة جميع الأطراف. وهذا بخلاف الحق فى التنفيذ الذى ينفذ جبراً عن إرادة المدين بواسطة تدخل السلطة القضائية وهذا الرضا ما لا يمكن توافره لدى جميع أطراف الحكم فى السند التنفيذى، وبتطبيق ماسبق على نص المادة ٢٧١ من قانون المرافعات المصرى فيما يتعلق بإلغاء الحكم من محكمة النقض (يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أيا كانت الجهة التى أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها)<sup>(٢)</sup>.

أرى أن الأساس التشريعى لإيقضاء القوة التنفيذية للسندات: لا يخرج عن كون تلك القوة التنفيذية للسندات من الأعمال اللاحقة للحكم المنقوض، والذى يعد ذلك الحكم المنقوض أساساً لها. وأن الحكم المنقوض صار حق من الحقوق بناءً على الوصف السابق، وأن

<sup>١</sup> - السنهورى (الموجز) بند ٤٧٣. الوسيط ج ٣ بند ٣٢. عبد المجيد الحكيم (الموجز فى شرح القانون المدنى) مطبعة العانى بغداد عام ١٩٧٤ ج ٢ - فى أحكام الإلتزام ط ٣ بغداد ١٩٧٧-٣١٣ ومايليه. أشار إليه: د/ أحمد ماهر زغول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ٥٨.

<sup>٢</sup> - ولقد اعتمد المشرع الفرنسى صيغة مقاربة للتعبير عن هذه القاعدة. طبقاً للمادة ٦٢٥ من مجموعة المرافعات الجديدة المضافة بالمرسوم رقم ٧٩ - ٩٤١ الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٧٩. راجع د/ أحمد ماهر زغول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ٤٧.

القوة التنفيذية بنيت على أساس ذلك الحق، فإن القوة التنفيذية ترتبط بذلك الحق وجوداً وهدماً، فإذا زال ذلك الحق زالت معه قوته التنفيذية، وإذا استمر ذلك الحق بدون إنقضاء استمرت معه قوته التنفيذية، وهذا يدل على أن القوة التنفيذية ترتبط بالحكم وجوداً وهدماً، فإذا نقض ذلك الحكم وألغى زالت معه قوته التنفيذية.

### المطلب الأول

#### ألية الطعن لإنقضاء القوة التنفيذية

يشترط لإنقضاء القوة التنفيذية أن يرد حكم الإلغاء على سند تنفيذي، ويكون ذلك الطعن على الأحكام المزيلة بالصيغة التنفيذية، سواء كانت تلك الأحكام نافذة نفاذاً معجلاً أم نهائياً، ويكون الحكم نهائياً إذا لم يكن قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن العادية (الإستئناف) أى يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى<sup>(١)</sup>.

أما الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة لا تكون من حيث المبدأ مؤهلة لإكتساب القوة التنفيذية العادية، فهي أضعف الأحكام جميعاً ولا تتمتع بحصانة تذكر، ولأنها عرضة للإلغاء أو التعديل من محكمة الطعن، والإعتراف للأحكام الصادرة عنها بالقوة التنفيذية لا يكون إلا على سبيل الإستثناء<sup>(٢)</sup>. لذلك تخرج تلك الأحكام الغير نهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى من بحث (إنقضاء القوة التنفيذية للسندات) لعدم حصول تلك الأحكام على الصيغة التنفيذية.

وليس كل حكم إلغاء يعد مقضياً على القوة التنفيذية، وإنما يقتصر حكم الإلغاء المقضى على القوة التنفيذية للسندات، أن يرد حكم الإلغاء على سند تنفيذي أى حكم نهائى مزيل بالصيغة التنفيذية أو حكم ابتدائي نافذ نفاذاً معجلاً، وبهذا يعد ذلك هو الإطار الذي يدور فيه مجال بحثنا. ولذلك سوف أتناول تقسيم ذلك المطلب على فرعين:

الفرع الأول: مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالإستئناف الوصفي.

والفرع الثاني: مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالطعن.

<sup>١</sup> - د/ محمود هاشم (قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته) دار أبو المجد القاهرة عام ١٩٩١م ص ١٠٧. أشار إليه د/ أحمد هندي (أصول التنفيذ الجبري) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٧ ص ٢٦.

<sup>٢</sup> - د/ أحمد محمد حشيش (أساس التنفيذ الجبري) مطبعة جامعة طنطا عام ١٩٩٨ ص ١٣١، ١٣٢.

## الفرع الأول

### مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالإستئناف الوصفي

عرف البعض الإستئناف الوصفي: بأنه صلاحية محكمة الإستئناف لتعديل وتصحيح الخطأ القانوني الذي شاب الحكم الابتدائي وأثر في التنفيذ سلباً أو إيجاباً، ووضع التكيف القانوني الصحيح للحكم الخاطئ<sup>(١)</sup>.

ويطلق على الإستئناف الوصفي: التظلم من وصف الحكم الخاطئ، وهو طلب تصحيح ما شاب الحكم من خطأ في الوصف لمنع تنفيذ الحكم وعرقلته<sup>(٢)</sup>، ويرفع من جانب المحكوم عليه ويسمى بطلب منع التنفيذ<sup>(٣)</sup>. وتصحيح الوصف من شأنه تجريد الحكم من قوته التنفيذية<sup>(٤)</sup>.

ويستفاد من ذلك التعريف: أن علاقة الإستئناف الوصفي بإنقضاء القوة التنفيذية للسندات لا يخرج عن كون الإستئناف الوصفي آلية لإلغاء وصف النفاذ الخاطئ الذي وصف به الحكم خطأ بأنه إنتهائي رغم كونه ابتدائي، ويعد قبول الإستئناف شكلاً وموضوعاً أثراً إيجابياً لإلغاء وصف النفاذ وإنقضاء قوته التنفيذية.

### حالات إلغاء وصف النفاذ بالإستئناف الوصفي:

لايمتد مجال إنقضاء القوة التنفيذية ليشمل كل حالات الإستئناف الوصفي وإنما يتحدد بحالات بعينها منها:

١. إذا وصف الحكم بأنه إنتهائي رغم كونه ابتدائي. ويجوز للمحكوم عليه (طلب إلغاء الوصف الخاطئ بطلب تابع للطلب الأصلي. ولا تأثير له مطلقاً على إستئناف الموضوع، ولا يمنع المحكمة التي أصدرته من الفصل في إستئناف

<sup>١</sup> - د/ محمد محمود إبراهيم ( أصول التنفيذ الجبري ) دار الفكر العربي بدون سنة نشر ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ .

<sup>٢</sup> - وقد يأتي تصحيح الحكم من الوصف الخاطئ للسماح للمحكوم له بتقديم طلب تنفيذ الحكم أو تيسيره ، في حالة وصف الحكم خطأ بأنه ابتدائي رغم كونه نهائي . ولكن هذه الحالة تخرج من إطار البحث . د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ( التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ) دار النهضة العربية - الجزء الأول . الطبعة الأولى عام ١٩٩٨/١٩٩٩ ص ١١٠ .

<sup>٣</sup> - وقد يأتي تصحيح الحكم من الوصف الخاطئ ، إذا وصف الحكم خطأ بأنه ابتدائي رغم كونه نهائي ، فيسمح للمحكوم له بتقديم طلب تنفيذ الحكم أو تيسيره ، ولكن هذه الحالة تخرج من إطار البحث . لأنها تتناول ثبوت القوة التنفيذية لا إنقضائها .

<sup>٤</sup> - د/ وجدى راغب ( التنفيذ ) ص ١٠٩ . د/ محمود هاشم ( قواعد ) مرجع سابق ص ١٨٥ . د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٧٥ . د/ أحمد محمد حشيش ( أساس التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص ١٤٠ ، ١٤١ ،

الموضوع<sup>(١)</sup>). ويشمل طلب إلغاء الوصف الخاطئ إلغاء لكل ما ترتب عليه ذلك الوصف الخاطئ من أعمال لاحقة عليه وكانت أساساً لذلك الوصف الخاطئ، ومنها القوة التنفيذية الذي إكتسبها ذلك السند بناءً على ذلك الوصف. بناء على نص المادة ٢٧١ من قانون المرافعات المصري<sup>(٢)</sup>.

٢. إذا قضت المحكمة بشمول الحكم بالإنفاذ المعجل في غير الحالات التي يكون الإنفاذ فيها واجباً أو جائزاً بقوة القانون<sup>(٣)</sup>. ويهدف طلب إلغاء وصف الإنفاذ لتصحيح ما وقعت فيه محكمة أول درجة من خطأ قانوني في وصف الحكم يؤثر في قوته التنفيذية<sup>(٤)</sup>.

نظم المشرع كيفية التظلم من التكييف الخاطئ للحكم<sup>(٥)</sup>. والهدف من التظلم هو إلغاء القوة التنفيذية - ورفض تنفيذ الحكم<sup>(١)</sup>، ويجوز له بالإضافة إلى ذلك أن يتقدم بطلب وقف تنفيذ الحكم تبعاً للإستئناف<sup>(٢)</sup>، وفقاً للمادة (٢٩٢) مرافعات.

١- نقض ١٩٥٧/١/١٠ - المجموعة ٤٥-٨.

٢- ( يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أيا كانت المحكمة التي أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها ).

٣- د/ عاشور مبروك ( التنفيذ الجبري في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ) مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة عام ١٩٩٥-١٩٩٦ م . ص١٥٣. د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ( التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص١١٠. د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص١٦٨. د/ محمد الصاوي مصطفى ( قواعد التنفيذ الجبري ) دار النهضة العربية عام ١٩٩٦ ص٢٣٦.

٤- كما عرف أيضاً بأنه طلب تعديل وصف في الحكم من شأنه أن يؤثر في جواز تنفيذه أو في عدم جوازه . راجع د/ عاشور مبروك ( التنفيذ الجبري في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ) مرجع سابق . ص١٥١.

( La reprise et le transfert de l'exécution des peines ) Gert Vermeulen, TomVander Beken, Guy Stessens, Adrien Meunier ( Une nouvelle législation belge d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ) , Maklu, 2003, p20.

٥- وفي تلك الحالات يتقدم المحكوم عليه بطلب لإلغاء وصف الإنفاذ ، بطريق التظلم أمام المحكمة الاستئنافية من وصف الحكم الخاطئ وفقاً للمادة ٢٩١ مرافعات (ونلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويكون ميعاد الحضور ثلاثة أيام. ويجوز إبداء هذا التظلم في الجلسة أثناء نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم ، ويحكم في التظلم مستقلاً عن الموضوع ) . يقدم صراحة وفقاً لتقديم الطلبات العارضة وفقاً للمادة ١٢٣ من قانون المرافعات ( تقدم الطلبات العارضة من المدعى او من المدعى عليه الى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم وتثبت في محضرها ولا تقبل الطلبات العارضة بعد اقفال باب المرافعة ) . بالمادة ٢٣٣ من قانون الإجراءات الاماراتي والتي تقضى بأنه يجوز التظلم أمام محكمة الإستئناف من وصف الحكم ، بأحدى الطريقتين : إما بالطريق العادي لرفع الدعوى بإيداع صحيفته قلم كتاب المحكمة الإستئنافية وإعلانها على يد محضر .. أو إيدوه بطريق الطلبات العارضة إذا كان هناك إستئناف مرفوع بالفعل عن ذات الحكم وذلك بتقديمه في الجلسة أثناء نظر الإستئناف ، ويكون ميعاد الحضور ثلاثة أيام ، ويجوز إبداء هذا التظلم في الجلسة أثناء نظر الإستئناف المرفوع عن الحكم ، ويحكم في التظلم مستقلاً عن الموضوع . د/ عاشور مبروك ( التنفيذ الجبري في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ) مرجع سابق ص١٥١، ١٥٦. د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ( التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص١١٨. د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص٧٦، ٧٩. د/ محمد



ومن ثم كان هذا الحكم الخاطئ جديراً بالطعن عليه أمام محكمة الاستئناف لإلغاء ذلك الوصف الخاطئ وإسباغ الوصف الصحيح عليه وذلك لمنع تنفيذه مستقبلاً<sup>(٣)</sup>.

والمحكمة المختصة بنظر التظلم هي المحكمة الإستئنافية بالنسبة للمحكمة التي أصدرت الحكم فإذا كان حكم محكمة جزئية فتختص المحكمة الابتدائية المنعقدة بهيئة إستئنافية، أما إذا كان صادراً من محكمة ابتدائية فيرفع التظلم إلى محكمة الاستئناف<sup>(٤)</sup>. ولا يشترط لقبول التظلم أن يبدي قبل تمام التنفيذ، فيجوز أن يبدي قبل البدء في التنفيذ بغية تفاديه، أو بعد البدء فيه أو إتمامه لإزالة ما وقع منه<sup>(٥)</sup>.

ويجوز رفعه من المحكوم له أو المحكوم عليه ولا يرتبط بمدى قابلية الحكم للاستئناف من عدمه طبقاً للقواعد العامة<sup>(٦)</sup>. ويؤثر الاستئناف الوصفي سلباً أو إيجاباً على القوة التنفيذية للأحكام القضائية<sup>(٧)</sup>. وما يعيننا في هذا المقام هو التأثير السلبى للاستئناف الوصفي، عن طريق إلغاء وصف النفاذ على الأحكام القضائية، في حالة منح محاكم الدرجة الأولى تلك القوة التنفيذية للسند بطريق الخطأ.

### ميعاد التظلم من وصف الحكم:

يختلف الفقهاء بشأنه: فالبعض يرى وجوب رفع التظلم خلال ميعاد إستئناف الحكم على أساس أن التظلم هو إستئناف بمعنى الكلمة، والبعض يرى التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى: أن رفع الإستئناف عن الحكم يجوز رفع التظلم في أى وقت ولو بعد إنتهاء ميعاد الإستئناف قبل قفل باب المرافعة فيه. الحالة الثانية: إذا لم يرفع الإستئناف عن الحكم،

الصاوى مصطفى ( قواعد التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٢٣٣، ٢٤١. د/ محمد محمود إبراهيم ( أصول التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٢٣٨. د/ أحمد محمد حشيش ( أساس التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ١٣٣.

<sup>١</sup> - د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٧٧. د/ محمد الصاوى مصطفى ( قواعد التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٢٣٩، ٢٥٠.

<sup>٢</sup> - راجع المادة ٢٩٢ ( فلا يجوز فى جميع الأحوال للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أو التظلم أن تأمر ببناء على طلب ذي الشأن بوقف النفاذ المعجل إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن فى الحكم أو الأمر يرجع معها إلغاؤه . ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم له).

<sup>٣</sup> - د/ محمد محمود إبراهيم ( أصول التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٢٣٦.

<sup>٤</sup> - د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ( التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص ١١٧.

<sup>٥</sup> - د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٧٠.

<sup>٦</sup> - د/ أمينة النمر ( المرافعات ) الكتاب الثالث ١٩٨٢ ص ١٩١. د/ أحمد محمد حشيش ( أساس التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ١٣٩، ١٤٠.

<sup>٧</sup> - د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٦٤.

يكون ميعاد التظلم هو ميعاد الإستئناف والبعض يرى يجوز رفع التظلم فى أى وقت<sup>(١)</sup>. ويرى جانب من الفقه أنه يجوز التظلم من وصف الحكم فى الميعاد المناسب على أن يترك تحديد هذا الميعاد للمحكمة التى تنتظر التظلم<sup>(٢)</sup>.

الرد على ذلك: قول البعض بجواز رفع التظلم فى أى وقت سيفتح الباب على مصرعيه لتقديم التظلمات فى أى وقت ويؤدى لتطويل أمد التقاضى وعدم إستقرار الأوضاع والمراكز القانونية. أما الرأى الأخر الذى ترك تحديد الميعاد للمحكمة التى تنتظر التظلم مردود عليه أولاً: بأنه سيعد تدخلاً من السلطة القضائية فى أعمال السلطة التشريعية لتحديد المواعيد القانونية لتقديم التظلم والتى هو من صميم أعمال السلطة التشريعية، ثانياً: تحديد المحكمة ميعاد للإستئناف الوصفى سوف يجعل ذلك القرار عرضه للطعن والتظلم عليه وهو مما يؤدى إلى أطالة أمد القضايا والمنازعات فى المحاكم.

رأى الخاص: أرجح الرأى الأول الذى حدد ميعاد رفع التظلم خلال ميعاد إستئناف الحكم، لسلامة ذلك الرأى من النقد والرد عليه، وعلى أساس أن التظلم بمثابة إستئناف فيخضع للقواعد والمواعيد المنظمة له، كما أرى ضرورة تدخل المشرع لتحديد ميعاد التظلم بنص صريح إعمالاً بمبدأ إستقرار الأوضاع والمراكز القانونية.

وإذا كانت إجراءات التنفيذ قد بدأت إستناداً إلى الوصف الخاطىء، فإن تصحيح هذا الوصف يحول دون إستمرارها ويلغى ماتم منها، ويعطى للمحكوم له فى التظلم من الوصف والحق فى أن يطلب من المحكمة إزالة ما تم وإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التنفيذ وطلب التعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

١- د/ محمد حامد فهمي (التنفيذ) مرجع سابق ص٣٦. د/ عبد الباسط جميعي (نظام التنفيذ) دار الفكر العربى عام ١٩٦٨م ص٢٢٣. وأشار إليهما: د/ محمد الصاوى مصطفى (قواعد التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص٢٤٢، ٢٤٣.

٢- د/ محمد الصاوى مصطفى (قواعد التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص٢٤٢، ٢٤٣. د/ نبيل إسماعيل عمر (التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص٨٠.

٣- د/ وجدى راضب (التنفيذ) مرجع سابق ص١٠٩. د/ محمود هاشم (قواعد) مرجع سابق ص١٨٥. د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص١٧٥. د/ أحمد محمد حشيش (أساس التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ١٤٠، ١٤١، ١٤٣.

## شروط إلغاء وصف النفاذ بالإستئناف الوصفي:

يشترط لثبوت إلغاء وصف النفاذ للمحكوم عليه توافر شرطين: ١- لابد من الإدعاء بارتكاب المحكمة لخطأ في الوصف، أو في تطبيق القانون من حيث إسناد التنفيذ المعجل في الحكم. ٢- أن يكون من شأن هذا الخطأ حال ثبوته التأثير في قوة الحكم التنفيذية ويضفي عليه قوة تنفيذية ليست له بحسب الأصل<sup>(١)</sup>. وأن أى عيب أو خطأ يتعلق بالوصف الإجرائي للحكم يؤثر في قوته التنفيذية<sup>(٢)</sup>. وأن إلغاء التنفيذ المعجل بحكم إستئنافي يجعل لهذا الحكم فاعلية إلغاء ذلك التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

وأضيف على ذلك شرطين: ٣- أن يتم تقديم الطعن خلال المدة التي حددها المشرع. وهي نفس المدة المقرره للطعن بالإستئناف وفقاً للقواعد العامة. ٤- أن تصدر المحكمة حكمها بإلغاء الوصف الخاطئ وزوال قوته التنفيذية وإنقضائها.

## تكييف الإستئناف الوصفي وعلاقته بإنقضاء القوة التنفيذية:

ذهب بعض فقهاء القانون: إلى أن الإستئناف الوصفي وهو نوع من الطعون غير العادية يختلف عن الإستئناف كطريق عادي من أنه لايتناول موضوع الحكم وإنما ينصب فقط على وصف إجرائي يؤثر في قوته التنفيذية، فهو طريق خاص للطعن في الحكم بسبب معين هو مخالفته للقانون بشأن قوته التنفيذية، ولاطبق عليه القواعد العادية في الإستئناف<sup>(٤)</sup>.

وهذا الإستئناف يدور حول موضوع محدد، إما بطلب إقرار قوة الحكم التنفيذية، إذا كان من شأن الوصف الخاطئ حرمان الحكم من قوته التنفيذية، وإما بطلب إلغاء القوة التنفيذية

<sup>١</sup> - د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٧٠.

<sup>٢</sup> - د/ محمد الصاوي مصطفى ( قواعد التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص ٢٣٣.

<sup>٣</sup> - وقد قضت محكمة النقض إلا أنه لما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الحكم الإستئنافي الصادر بإلغاء الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل ورفض الدعوى يكون بدوره قابلاً للتنفيذ الجبري لإزالة آثار تنفيذ الحكم الابتدائي .. ويصلح سنداً تنفيذياً لإسترداد ما دفع زيادة عن هذا المبلغ. راجع: د/ محمد محمود إبراهيم (أصول التنفيذ الجبري) مرجع سابق ص ١٨٦.

<sup>٤</sup> - راجع د/ وجدى راغب (مذكرات في مبادئ القضاء المدني) دار الفكر العربي عام ١٩٧٥م ص ٨٦. أشار إليه د/ عاشور مبروك ( التنفيذ الجبري في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة) مرجع سابق. ص ١٥١. د/ عبد الحكيم عباس عكاشه (التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ١١٠. د/ محمد الصاوي مصطفى (قواعد التنفيذ الجبري) مرجع سابق ص ٢٣٤.

عن الحكم إذا كان من شأن الوصف الخاطئ إسباغ القوة التنفيذية عليه قبل الأوان ، كأن يوصف خطأ بأنه حكم إنتهائي وهو إبتدائي في حقيقة الأمر<sup>(١)</sup>.

أما القانون الفرنسي فلا يعترف بأن الخطأ في وصف الحكم يشكل سبباً يجيز في ذاته الطعن في الحكم، ولايعنى ذلك مصادرة حق الخصوم في الدفاع ضد أخطاء القضاء، فلقد حفظ القانون للخصوم هذا الحق، وإن كان قد عالج ممارسة هذا الحق بتنظيم وإسلوب يختلف عن التنظيم المعتمد في القانون المصري، ويقوم هذا التنظيم على الفصل بين حالات التنفيذ المعجل الوقتي، وحالة الخطأ في وصف الحكم بمعناه الضيق<sup>(٢)</sup>.

وإن كنت أرى أن الإستئناف الوصفي يختلف عن الإستئناف العادي من حيث الموضوع، إلا أنني أرى أن التفرقة ليس لها مبرر من الناحية الإجرائية في كيفية تقديم طلب الإستئناف الوصفي ومدة تقديم ذلك الطلب، وأرى ضرورة إتفاق الإستئناف الوصفي مع الإستئناف العادي من الناحية الإجرائية، لاسيما أنه في الغالب قد يمتزج الإستئناف الوصفي مع الإستئناف العادي إذا إشتمل حكم أول درجة على القوة التنفيذية. فيجوز للطاعن رفع إستئناف ويتعدد به الطلبات طلب موضوعي والأخر إجرائي والأخير هو الإستئناف الوصفي وهو الطلب في تصحيح وصف الحكم لما شابه من خطأ.

#### مدى تأثير النفاذ المعجل الجوازي بالإستئناف الوصفي:

وتتحدد تلك الفكرة بمدى تأثير الأحكام النافذة نفاذاً معجلاً في الأمور الجوازية بالإستئناف الوصفي؟ هل يجوز الطعن على تلك الأحكام بالإستئناف الوصفي؟

إختلفت الآراء حول قبول الإستئناف الوصفي في الحالات التي يعترف القانون للمحكمة فيها بسلطة تقديرية كالنفاذ المعجل الجوازي<sup>(٣)</sup>، وذهب بعض الفقهاء إلى القول بإستبعاد كل الحالات التي يعترف القانون فيها للمحكمة بسلطة تقديرية من الإستئناف الوصفي، وذلك لأن المحكمة حينما تستخدم سلطتها التقديرية لاترتكب خطأ قانونياً يبرر اللجوء إلى

<sup>١</sup> - د/ محمد الصاوي مصطفى (قواعد التنفيذ الجبري) مرجع سابق ص ٢٤٠.

<sup>٢</sup> - د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٦٨. د/ محمد الصاوي مصطفى ( قواعد التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص ٢٣٥.

<sup>٣</sup> - وتسرى تلك الآراء على الكفالة الجوازية.

إستخدام الإستئناف الوصفي<sup>(١)</sup>. ولأن التظلم من الحكم يبني على خطأ في تطبيق القانون أو على خطأ في التقدير<sup>(٢)</sup>. ولايبني التظلم على السلطة التقديرية التي يستعملها القاضي. وذهب البعض : إلى جواز التظلم في حالة الأمر بالنفذ المعجل الجوازي، إستناداً إلى فكرة الضرر الجسيم الذي يترتب على التأخير في التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

وبالتالي أرى ترجيح الرأي الأول الذي إستبعد كل حالات النفاذ المعجل الجوازي التي يعترف القانون فيها للمحكمة بسلطتها التقديرية من الإستئناف الوصفي لقوة الأسباب والأدلة التي ساقها، علاوة على أنني أرى أنه لو فتح الباب للتظلمات من القرارات والأحكام التي يعترف القانون فيها للمحكمة بسلطتها التقديرية (الأمر الجوازي للقاضي)، لفتحنا علينا وإبلاً من التظلمات لا تنتهي لها جذوة، ويطيل أمد النقاضي والقضايا بالمحاكم.

أما الرأي الثاني أرى أنه سيدخلنا في أمور فنية أخرى وهي فكرة الضرر ولابد من توضيح ذلك الضرر وماهو معيار جسامته، وأن الضرر الجسيم الذي أشاروا إليه يخضع لتقدير محكمة الإستئناف، فمن باب أولى كان تقدير محكمة الدرجة الأولى ينظر له بعين الإعتبار في الحالات التي يعترف القانون بها لتقدير المحكمة.

ويستفاد مما سبق: أن القضاء المستعجل والقوة التنفيذية المعجلة يمكن زوالها وإنقضائها من خلال أمرين:

١. إما عن طريق الإستئناف الوصفي: وهو التظلم من وصف الخاطئ للحكم، وهو طلب تصحيح ماشاب الحكم من خطأ في الوصف لمنع تنفيذ الحكم وعرقلته. كما سبق الإشارة إليه.

١- ولايجوز التظلم طبقاً للمادة ٢٢٩ إجراءات مدنية وإلا صار النفاذ المعجل الجوازي وجوبى وترتب على ذلك إهدار النص بلا موجب قانوني ... إلى هذا المعنى ذهبت محكمة النقض ، حيث قضت بأن شمول الحكم بالتنفيذ في هذه الحالة متروك لسلطة القاضي التقديرية ولا تملك محكمة النقض مساءلته عما أستقر عليه رأيه في ذلك . نقض مصرى ١٩٣٨/٤/٢١ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ صفحة ٣٢٢٢ رقم ١١٦. أشار إليه د/ عاشور مبروك ( التنفيذ الجبرى فى قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ) مرجع سابق ص ١٥٤.

٢- والعلة في ذلك: أن السلطة التقديرية التي يفوضها القانون للمحكمة لا تعد حصانة تتوارى خلفها أخطاء ممارستها ، فإذا ما ترتب على هذه الممارسة خطأ في تطبيق القانون جاز التظلم إلى القضاء الأعلى درجة لتصحيح ماشاب الحكم من أخطاء.. وإمكان مراجعة كل ما يصدر من قاضى أول درجة بواسطة محكمة الإستئناف مالم ينص القانون على خلاف ذلك. د/ فتحى والى ص ٩٠. أشار إليه د/ عاشور مبروك (التنفيذ الجبرى فى قانون دولة الإمارات العربية المتحدة) مرجع سابق ص ١٥٤. د/ فتحى والى ص ٩٠. أشار إليه د/ عاشور مبروك (التنفيذ الجبرى فى قانون دولة الإمارات العربية المتحدة) مرجع سابق ص ١٥٤. د/ عبد الحكيم عباس عكاشه (التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ١١٣، ١١٤.

٢. الطعن على موضوع الحكم: وتتقضى القوة التنفيذية بصدر الحكم الموضوعى فيكون أثر صدور الحكم الموضوعى على التنفيذ هو التغيير فى سنده وأساسه عن طريق إحلال الحكم الموضوعى محل الحكم المستعجل<sup>(١)</sup>.  
 أن القوة التنفيذية المعجلة قرار وقتي، والإجراء الوقتى يزول بصدر الحكم الموضوعى الحائز لقوة الأمر المقضى، ولا فرق سواء صدر الحكم الأخير بتأييد أو إلغاء الحكم الأول، وتكون القوة التنفيذية العادية هى الأصل المعمول به وفقاً للقواعد العامة، وتتقضى القوة التنفيذية المعجلة لأن التعجيل قرار وقتى لتقرير حماية وقتية ولمواجهة ظروف معينة فلا يعتد به مع وجود الأصل وهو التنفيذ العادى للأحكام.

### الفرع الثانى

#### مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالطعن ودعوى البطلان

يقصد بالنفاذ العادى للأحكام أن الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضى هى التى يقبل تنفيذها جبراً، ولا يقبل الطعن عليها بالإستئناف أو المعارضة، فهذه الأحكام تتمتع بجانب كبير من الإستقرار أما بالنسبة لإحتمال إلغائها ضئيل بالمقارنة بالأحكام الأخرى التى لا تتمتع بقوة الأمر المقضى والتى تقبل الطعن فيها بالإستئناف<sup>(٢)</sup>. ولا يحول دون ذلك قابليتها لأن تكون محلاً للطعن غير العادى كالطعن بالنقض أو إلتماس إعادة النظر، والإستثناء الذى يرد على هذا الشق يؤدى إلى تجريد الحكم من قوته التنفيذية رغم إكتسابه لقوة الأمر المقضى<sup>(٣)</sup>.  
 القوة التنفيذية أثر يلحق الحكم، يجعله صالحاً للتنفيذ الجبرى، لكنه مايثبت أن يزول إما بإلغاء الحكم من محكمة الطعن، أو لتدخل القضاء بحمايته العادية<sup>(٤)</sup>. والقوة التنفيذية قد

<sup>١</sup>- راجع: د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١٩٦، ١٩٧.

<sup>٢</sup>- جاءت مجموعة المرافعات الصادرة فى عام ١٩٦٨ مؤكدة التعديل الذى جاء به القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ من إلغاء طريق الطعن بالمعارضة بالنسبة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال العينية مع الإبقاء عليه بالنسبة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية، إلى أن صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، الذى ألغى طريق المعارضة فى مسائل الأحوال الشخصية، وأبقى على الإستئناف والنقض وإلتماس إعادة النظر (مادة ٥)، راجع د/ أسامه أحمد شوقى الملبجى (موضوعات مختارة فى خصومة تنفيذ الأحكام) دار النهضة العربية عام ٢٠١٢ ص ٩٣.

<sup>٣</sup>- د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١٨.

<sup>٤</sup>- د/ أحمد محمد حشيش (أساس التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ٢٦٦. د/ أحمد خليل (قانون التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ٤٦٨.

تكون معجلة وقد تكون نهائية<sup>(١)</sup>، قضت محكمة النقض " لا يمكن إلغاء ما تم من تنفيذ إلا بنقض الحكم المطعون فيه - ونقض الحكم لا يتم إلا من خلال طرق الطعن العادية والغير عادية - وهذا يختلف تماماً عن حكم وقف التنفيذ موضوعاً وسبباً وأثراً"<sup>(٢)</sup>. ويعد الطعن العادي والطعن الغير عادي ودعوى البطلان من آليات إنقضاء القوة التنفيذية.

**ويمكن تقسيم ذلك الفرع على غصنين :**

**الغصن الأول:** مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالطعن.

**الغصن الثاني:** مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بدعوى البطلان.

### **الغصن الأول**

#### **مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالطعن**

إذا كان الأصل أن الأحكام الحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه تتمتع بقوة تنفيذية عادية، لاينال منها مجرد الطعن في الحكم بإحدى طرق الطعن غير العادية النقض، أو إلتماس إعادة النظر<sup>(٣)</sup>، ويقصد بطرق الطعن الوسيلة التي حددها القانون على سبيل الحصر التي بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادره عليهم بقصد إعادة النظر فيما قضت به، أو هي طلب ممن صدر ضده هذا الحكم مراجعته أو إعادة النظر فيما قضى به عليه<sup>(٤)</sup>، ولايلخو حكم الطعن إما بتأييد الحكم المطعون عليه أو إلغاء أو تعديل الحكم المطعون عليه.

١- ( إذا صدر الحكم حضورياً من محكمة أول درجة في حدود نصابها الإنتهائي فإنه يعد سندا تنفيذياً ولو كان يقبل الطعن بالإستئناف - إستثناء وفقاً لنص المادة ٢٢١ مرافعات. وإذا صدر حكم محكمة أول درجة وإنقضت مواعيد الطعن عليه بالإستئناف أو إذا إتفق الخصوم على أن يكون حكم أول درجة نهائياً أو إذا قبل المحكوم عليه حكم اول درجة ( مادة ٢١١ مرافعات) أصبح الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى ، وإعتبر سندا تنفيذياً ) راجع : د/ أسامه أحمد شوقي المليجي ( موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص٩٤.

٢- نقض مدني ١٩٥٤/٥/١٣ مجموعة النقض ، السنة ٥ رقم ١٢٣ ص٨٨١. د/ أسامه أحمد شوقي المليجي ( موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص١٠٢.

٣- نقض مدني ١٩٦٣/١١/١٣ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٤ رقم ١٤٧ ، ص ١٠٣٩ . د/ أسامه أحمد شوقي المليجي (موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص٩٩.

٤- د/ أحمد أبو الوفا ( نظرية الأحكام في قانون المرافعات ) دار الفكر العربي عام ٢٠١٢م بند ٣٨٦. د/ عيد محمد القصاص ( الوسيط في قانون المرافعات ) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٥ ص٩٩٩. د/ طلعت يوسف خاطر ( نظرية الإنعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ) دار الفكر والقانون عام ٢٠١٤ ص١٩٠.

أولاً: مدى تأثير القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه من أحكام الطعن بالنقض:

١- مدى تأثير القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه إذا جاء الحكم رفضاً للطعن، ومؤيداً

لحكم أول درجة:

اختلف الفقه حول معرفة أي من الحكمين يعتبر سناً تنفيذياً، حكم أول درجة أم حكم محكمة الاستئناف المؤيد له.

إتجه الرأي الأول: إلى أن حكم أول درجة يعد السند التنفيذي<sup>(١)</sup>. وأن أحكام محكمة النقض لاتعد سنداً تنفيذية لأن نتيجة الطعن لم تكن إيجابية بمعنى أن ممارسته لم تؤدي إلى إلغاء الحكم المطعون فيه، إذا صدر الحكم برفض الطعن أو بعدم قبوله أو سقوط الخصومة ( المادة ١٣٨ مرافعات ) أو قبول ترك خصومة الاستئناف ( المادة ٢٣٨ مرافعات ) والأحكام الإنتهائية نتيجة نقضها بواسطة محكمة النقض ( المواد ٢٧١ مرافعات مصرى ، ٦٢٥ مرافعات فرنسى )<sup>(٢)</sup>. وبالتالي فإن الحكم الإستئنافى الحائز لقوة الأمر المقضى هو الذى يعتبر سناً تنفيذياً، لأن محكمة النقض، بإعتبارها محكمة قانون لاتتعرض للفصل فى النزاع الذى جسمه حكم الإستئناف<sup>(٣)</sup>.

وإتجه الرأي الأخر: إلى أن السند التنفيذى هو حكم ثانى درجة. وإتجه البعض: إلى التفريق بين إذا ما كان حكم أول درجة قد بدأ تنفيذه، فلا حاجة لإعلان المنفذ ضده بحكم ثانى درجة ،

١- لأنه هو الذى يتضمن تأكيداً للحق الموضوعى ، وأن الحكم الإستئنافى لم يفعل إلا تأييده ، كما أن حكم أول درجة أصبح حائزاً لقوة الأمر المقضى ، لأن الطعن فيه بالإستئناف لم يغير منه فى شئ ، بل جاء مؤيداً له ، وإستنفذ طرق الطعن فيه دون إلغاء ، ويرى أنصار هذا الرأي ضرورة إعلان حكم ثانى درجة للمنفذ ضده ، وعلى الرغم من أن حكم أول درجة هو السند التنفيذى ، وذلك لأن الحكم الإستئنافى هو الذى أنهى حالة عدم قابلية حكم أول درجة للتنفيذ . راجع . د/ محمد عبد الخالق عمر ( مبادئ التنفيذ ) دار النهضة العربية عام ١٩٧٨م رقم ١٦٠ ، ص ١٦٥ ، د/ أسامه أحمد شوقى الملبجى ( موضوعات مختارة فى خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص ٩٦.

٢- د/ أحمد ماهر زعلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص 26.

٣- عبد الخالق عمر مرجع سابق ص ١٦٧ . عزمى عبد الفتاح مرجع سابق ص ١٢٧. أشار إليه د/ أسامه أحمد شوقى الملبجى ( موضوعات مختارة فى خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص ٩٧.



أما إذا كان التنفيذ لم يبدأ بعد بمقتضى حكم أول درجة ، فإنه يجب إعلان المنفذ ضده بالحكم الإستئنافي المؤيد لحكم أول درجة بإعتباره هو السند التنفيذي<sup>(١)</sup>. وهذا الرأي الذي أميل إليه. وتجده فريق: إلى أن الحكمان يلزمان معاً لتكوين السند التنفيذي في حالتين: الأولى: صدور حكم ثاني درجة مؤيداً لحكم أول درجة في شق منه فقط، والثانية: إذا صدر حكم ثاني درجة مؤيداً لحكم أول درجة، وأحال إليه في منطوقه ، وهو المعمول به أمام القضاء<sup>(٢)</sup>.

ويستتبع من تلك الأراء: أن الرأي الثاني الذي جعل السند التنفيذي هو حكم ثاني درجة دون غيره، هو الرأي الوحيد الذي يؤكد على تأثير وإلغاء القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه من حكم الطعن، ولو كان حكم الطعن مؤيداً للحكم المطعون عليه. أما الأراء الأخرى فلا تأثير على القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه من حكم الطعن طالما جاء حكم الطعن بالرفض وتأييد الحكم المطعون عليه. ويظل ذلك السند التنفيذي الأول على قوته التنفيذية المعمول بها دون تأثير أو إلغاء.

٢- مدى تأثير القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه، إذا صدر حكم الطعن بإلغاء أو تعديل الحكم المطعون عليه:

#### أ- أحكام النقض التي تعد سنداً تنفيذية:

تعد أحكام النقض سنداً تنفيذية ذات تأثير على القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه حالة قبول الطعن ونقض وإلغاء الحكم المطعون عليه، ويعتبر حكم النقض سنداً تنفيذياً يتم بموجبه إزالة آثار تنفيذ حكم محكمة الإستئناف<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> - نظراً لأن الإستئناف يؤدي إلى إعادة طرح النزاع مرة أخرى على محكمة ثان درجة لكي تنتظره من جديد. راجع د/ فتحي والي ، رقم ٢٣ ، ص ٤٤. أشار إليه د/ أسامه أحمد شوقي المليجي (موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام) مرجع سابق ص ٩٦.

<sup>٢</sup> - مثال الحالة الأولى: صدور حكم بالإخلاء، وإلزام المستأجر بتعويض المؤجر عن الأضرار التي لحقت بالعين المؤجرة، ثم طعن المستأجر في الحكم فيما يتعلق بالتعويض فقط ، فأيد الحكم الإستئنافي الحكم الابتدائي ، فإن حكم أول درجة يعتبر سنداً تنفيذياً للإخلاء. راجع: د/ نبيل إسماعيل عمر مرجع سابق ص ٣٨. د/ وجدي راغب مرجع سابق ص ٦٥. د/عزمي عبد الفتاح مرجع سابق ص ١٣٦. د/ أحمد خليل مرجع سابق ص ٣١. د/ أسامه أحمد شوقي المليجي (موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام) مرجع سابق ص ٩٦، ٩٧.

<sup>٣</sup> - د/ وجدي راغب ( النظرية العامة للتنفيذ القضائي ) دار الفكر العربي عام ١٩٧٤م ص ٦٥ . د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ) التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ( مرجع سابق ص ٣٦.

أحكام النقض التي تعد سندات تنفيذية ومقضية على القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه - حالة (التصدى) وهى الطعن بالنقض للمرة الثانية. إذ تنقلب محكمة النقض إلى محكمة موضوع (خلافاً للأصل) فى حالة النقض للمرة الثانية ، وتقوم بكافة السلطات التى لمحكمة الموضوع ، من تحقيق ونظر وقائع وشهود وسماع مرافعات<sup>(١)</sup>.

والتزام محكمة النقض بالحكم فى موضوع الطعن عند نقض الحكم للمرة الثانية أيا كان سبب النقض الفقرة الأخيرة م ٢٦٩ مرافعات بعد تعديلها بقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧<sup>(٢)</sup>. ويعد حكم النقض الصادر بالإلغاء أو التعديل سندا تنفيذياً لإلغاء حكم الإستئناف. وكذلك الحكم الذى يصدر فى مرحلة خصومة الطعن بالنسبة للإلزام بالمصاريف أو المصادرة يعد سندا تنفيذياً<sup>(٣)</sup>.

إذا صدر حكم النقض بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه - إستناداً لنص المادة ٢٥١ مرافعات - إعتبر سندا تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كانت عليه وقت تقديم طلب الوقف ولو كان الحكم المطعون عليه قد نفذ<sup>(٤)</sup>. ودون حاجة إلى إستصدار حكم جديد<sup>(٥)</sup>.

وهناك بعض الحالات قد تنقضى القضية بمجرد صدور الحكم بالنقض وذلك إذا كان لا وجه لنظر الموضوع بعد نقض الحكم المطعون فيه، كما لو نقض الحكم لصدوره فى دعوى خارج الحدود العامة للولاية القضائية أو لأن الإستئناف غير مقبول شكلاً أو كان سبب الطعن هو التعارض بين حكيمين فقامت المحكمة بنقض أحدهما<sup>(٦)</sup>.

<sup>١</sup> - وهذا بخلاف الإحالة فعلى محكمة الإستئناف إستعادة القضية على حالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المنقوض وتستعيد سيرها من النقطة التى كانت قد بلغت قبل هذا الحكم . وذلك فى حدود الشق الخاص بالمسألة القانونية التى فصلت فيها محكمة النقض. راجع: د/ أحمد هندى ( قانون المرافعات المدنية والتجارية ) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥ ص ٦٤٦، ٦٤٧.

<sup>٢</sup> - ( الطعن رقم ٩٩٦٦ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠٠٨/٥/١١ ) .

<sup>٣</sup> - J.VINCENT, Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile, D 1973. Chron.179.

د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص 26.

<sup>٤</sup> - أحمد خليل مرجع سابق ص ٣٧. أشار إليه د/ أسامه أحمد شوقى المليجى (موضوعات مختارة فى خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص ٩٧ ، ٩٨.

<sup>٥</sup> - المستشار / أنور طلبه (التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقئية ) مرجع سابق ص ٢٣١.

<sup>٦</sup> - أما إذا كان النقض لمخالفة قواعد الإختصاص الوظيفى أو النوعى أو المحلى فإن المحكمة تقتصر على الفصل فى مسألة الإختصاص وتعين عند الإقتضاء المحكمة المختصة التى يجب التداعى إليها بإجراءات جديدة ( المادة ١/٢٦٩ ) وليس على محكمة النقض إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة ، بل على الخصم رفع الدعوى أمام هذه المحكمة بإجراءات جديدة. راجع : نقض ١٩٩١/١٢/٤ - طعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٥٣ ق - مجلة القضاء السنة ٢٦ ص ٤٨٨ رقم ١٦٧ ، نقض ١٩٨٩/١/٣٠ - طعن رقم ٢٤٢٣ لسنة ٥٤ ق . أشار إليه : د/ أحمد هندى ( قانون المرافعات المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص ٦٤٧ ، ٦٤٨.

## ب- مدى تأثير حكم الإلغاء الصادر من محكمة النقض على القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه:

قد يرد الإلغاء على الحكم ذاته، فيؤدى إلى زواله بما يتضمنه من قضاء ومايرتبه من آثار، فهو يفيد إهدار الحكم وإعدام وجوده وما يشمل من صيغة تنفيذية. وقد يرد الحكم على أثره التنفيذى أو وقوته التنفيذية فقط ، فيقتصر الإلغاء على ماورد فى شأنه ، فيؤدى إلى زوال القوة التنفيذية للحكم وإن كان الحكم ذاته يظل قائماً منتجاً لأثاره الأخرى<sup>(١)</sup>.

الحكم الذى الغى السند التنفيذى يسمى هذا الحكم (حكم الإلغاء)<sup>(٢)</sup>. ويصلح أن يكون سنداً تنفيذى للرد ولو لم يشتمل على قضاء صريح بذلك، لأن محل القضاء فى الحكم الملغى هو ذاته محل التنفيذ فى حكم الإلغاء. فيدل حكم الإلغاء مباشرة وبالتبعية لذلك على مضمون ومقدار الإلتزام بالرد<sup>(٣)</sup>، ولذلك إذا حكمت المحكمة بإلغاء حكم الطرد ولم تصرح برد العين للمستأجر فإن حكم الإلغاء يصلح مع ذلك كسند تنفيذى لرد العين للمستأجر<sup>(٤)</sup>.

وتتأثر القوة التنفيذية بالإلغاء أو الإنقضاء من أحكام الطعن التى تصدرها محكمة النقض، أو إلتماس إعادة النظر بقبول الطعن وإلغاء الحكم ، ويعد إنقضاء القوة التنفيذية للسندات هو أثر الحكم الصادر ببطلان والغاء السند التنفيذى، مثال ذلك: إلغاء السند التنفيذى للحكم الصادر بطرد المستأجر أو إخلائه من العين المؤجرة ، وإلغاء الحكم الصادر من قاضى التنفيذ ببطلان تنفيذ حكم الطرد لأنه نفذ ضد شخص من الغير لم يكن طرفاً فيه ويترتب على ذلك إعادة الحال إلى ماكان عليه ، وكذلك الحكم المعيب الذى يطعن عليه بقصد إلغائه<sup>(٥)</sup>.

وإن كان حكم الإلغاء يكفي ويصلح كسند تنفيذى للرد فيصلح أيضاً أن يكون سنداً تنفيذياً لإنقضاء القوة التنفيذية للسند الأول (الحكم الملغى). وذلك بشروط: أن يكون حكم الطعن سنداً تنفيذياً صادراً من محكمة أعلى من محكمة الحكم الملغى. وأن يكون فى ذات الدعوى.

١- د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٢٩.

٢- د/ نبيل إسماعيل عمر (التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ٦٤.

٣- د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق بند ٢١٩ . د/ الأنصارى حسن النيدانى ( التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ) مرجع سابق ص ١١٢.

٤- د/ الأنصارى حسن النيدانى (التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية) مرجع سابق ص ١١٢.

٥- د/ الأنصارى حسن النيدانى (التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية) مرجع سابق ص ١٠٤.

وبالنسبة للطعن قد يتم طلب إنقضاء القوة التنفيذية في صحيفة الطعن صراحة من الطاعن، وقد يتم ضمناً يستفاد من تقرير الطعن وإلغاء الحكم، أما بالنسبة للحكم الملغى فقد ينص صراحة على إنقضاء القوة التنفيذية في الحكم، وقد يستفاد ضمناً من قبول الطعن وإلغاء الحكم دون النص عليه صراحة في حكم الإلغاء، ويعد حكم الإلغاء سبباً لإنقضاء القوة التنفيذية للحكم أو السند التنفيذي.

لذلك توجد نتيجة مؤثرة على القوة التنفيذية من خلال الأحكام الصادرة بقبول الطعن وإلغاء الحكم المطعون عليه، وهذه النتيجة هي زوال وإنقضاء القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه، سواء كانت تلك الأحكام معجلة أو أحكام نهائية حائزة لقوة الأمر المقضى.

ويعد الطعن آلية لإنقضاء السند التنفيذي فلا يتصور إلغاء الحكم المطعون عليه وإنقضاء قوته التنفيذية إلا بإجراءات الطعن. وبالتالي تعلق أحكام الطعن القوة التنفيذية للأحكام المطعون عليها، وكذلك الأحكام الصادرة من محكمة الطعن بنقض الحكم تعد سنداً تنفيذية تعلق ما دونها من سندات تنفيذية أخرى وتعد آلية لإنقضاء وإلغاء قوتها التنفيذية.

وبالتالي إذا صدر الحكم بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون عليه، والفصل في موضوع النزاع، فإنه يعتبر سنداً تنفيذياً إذا كان حكماً بالإزام<sup>(١)</sup>. ومن هنا أرى أن القوة التنفيذية للسندات تنقضى بصدور سندات تنفيذية من جهة قضائية أعلى من السندات التنفيذية المطعون عليها، شرط أن يكون حكم النقض معارضاً وملغياً لحكم الاستئناف. أما إذا صدر حكم النقض متفقاً مع حكم الاستئناف مؤيداً له فيختلف آراء الفقهاء فيما يعدونه سنداً تنفيذياً وذلك وفقاً للآراء المشار إليها سابقاً.

### ثانياً: مدى تأثير القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه من أحكام محكمة الإلتماس:

تتوقف تأثير القوة التنفيذية على نوع الحكم الصادر من محكمة الإلتماس إما بقبول الحكم المطعون عليه أم برفض الحكم المطعون عليه، ولا بد أن نفرق بين حالتين: الحالة الأولى: أحكام محكمة الإلتماس التي لا تعد سندات تنفيذية والحالة الثانية: أحكام محكمة الإلتماس التي تعد سندات تنفيذية.

<sup>١</sup> - وجدى راغب مرجع سابق ص ٦٥ . د/ أسامه أحمد شوقي الملبجى (موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام) مرجع سابق ص ٩٨.

أ- مدى تأثير القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه من أحكام محكمة الإلتماس التي لا تعد سندات تنفيذية: وهذه الحالة يمكن توضيحها من خلال "الحكم الصادر بعدم قبول الإلتماس لا يعد ذلك الحكم سنداً تنفيذياً، لأنه لم يتعرض للموضوع، لذلك يعتبر الحكم المطعون عليه بالإلتماس هو السند التنفيذي، لأنه حكم حائز لقوة الأمر المقضى"<sup>(١)</sup>. وبالتالي تأثير القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه من أحكام محكمة الإلتماس التي لا تعد سندات تنفيذية، لا تأثير على القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه من أحكام إلتماس إعادة النظر إذا أيدت محكمة الإلتماس الحكم المطعون عليه ولم تلغيه.

ب- مدى تأثير القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه من أحكام محكمة الإلتماس التي تعد سندات تنفيذية:

أحكام محكمة الإلتماس التي تعد سندات تنفيذية، لها تأثير على القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه، ويتمثل ذلك التأثير في إلغاء وإنقضاء القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه. فالحكم الذي يصدر بقبول الإلتماس، ويلغى الحكم المطعون عليه، يعتبر سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه، حتى ولو كان هذا الحكم الأخير قد نفذ، وإذا صدر الحكم في موضوع الإلتماس، فإنه يعتبر سنداً تنفيذياً ، إذا تضمن إلزام بشئ ، لأنه يعد حكماً جائزاً لقوة الأمر المقضى لا يقبل الطعن فيه لابل المعارضة ولا بالاستئناف<sup>(٢)</sup>. ولا تفصل ولا تنظر محكمة إلتماس إعادة النظر والطعن بالنقض في الموضوع إلا بعد قبول الإلتماس أو نقض الحكم المطعون فيه وهو ما يفيد إلغاء الحكم المطعون عليه ( المادة ٤/٢٦٩ )<sup>(٣)</sup>.

وتثور الإشكالية إذا صدر حكم من محكمة النقض أو إلتماس إعادة النظر بقبول الطعن شكلاً وتعديل الحكم المطعون عليه، وذلك بإلغاء جزء من الحكم المطعون عليه؟ وفقاً لما سبق نجد أن الحكم الصادر من محكمة النقض أو إلتماس إعادة النظر سنداً تنفيذياً في الجزء الذي تم إلغائه في الحكم المطعون عليه ، دون بقية أجزاء الحكم المؤيدة من قبل محكمة النقض أو إلتماس إعادة النظر، وكان الحكم المطعون عليه سنداً تنفيذياً

١- د/ أسامه أحمد شوقي المليجي (موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص ٩٩.

٢- د/ أسامه أحمد شوقي المليجي (موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص ٩٩.

٣- د/ أحمد أبو الوفا ( المرافعات ) ط٤ عام ١٩٨٦ ص ٨٨٧. د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٣٨.

فيما تم قبوله من محكمة النقض أو إلتماس إعادة النظر، وهنا نكون بصدد سندان تنفيذيان، ولكني أرى أن الحكم الصادر من محكمة النقض أو إلتماس إعادة النظر هو السند التنفيذي المعمول به دون غيره، تفادياً أن نكون بصدد سندان تنفيذيان في دعوى واحدة إحداهما صادر من محكمة الإستئناف والأخر صادر من محكمة الطعن.

وبالتالي يعد حكم النقض أو حكم إلتماس إعادة النظر سنداً تنفيذياً حالة قبول الإلتماس أو قبول النقض وإلغاء الحكم المطعون فيه، ولا يعد حكم النقض أو حكم إلتماس إعادة النظر سنداً تنفيذياً حالة رفض الإلتماس أو رفض النقض الطعن المقدم، ويظل الحكم المطعون فيه سنداً تنفيذياً دون غيره.

## الفصل الثاني

### مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بدعوى البطلان

الحكم الباطل هو الذي فقد شرطاً من شروط صحته<sup>(١)</sup>، ويعد قائماً مرتباً لكل أثاره الى أن يحكم ببطلانه، والبطلان هو النظام الإجرائي للتمسك بإلغاء الحكم المنعقد، وذلك عن طريق دعوى البطلان الأصلية<sup>(٢)</sup>، وهي طريق طعن إستثنائي في الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية، وتلك الأحكام تكون غير قابلة للطعن بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً، فالحكم الباطل يعد قائماً مرتباً لأثاره القانونية إلى أن يحكم ببطلانه ولأسبيل لإلغائه إلا بالطعن فيه بطرق الطعن المنصوص عليها في القانون<sup>(٣)</sup>. ويجب أن تقف دعوى البطلان

<sup>١</sup> - د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٨٢.

<sup>٢</sup> - الحكم المعدوم كما ذهب محكمة النقض المصرية: هو الحكم المجرد من أركانه الأساسية، كخلو الحكم من أسماء القضاة الذين أصدره، وذلك على عكس الحكم الباطل الذي توافرت له أركان الوجود ولكن شابها أو شاب أحداها عيب متعلق بشروط صحته. والعيب الذي يؤدي الى انعدام الحكم القضائي هو عيب من الجسمه بحيث يجعل ما ورد به غير جدير بالأحترام الواجب للتقديرات القضائية، وانعدام الحكم يجعله غير صالح لأداء وظيفته. مثال: كصدوره على شخص متوفى قبل رفع الدعوى. نقض منني، ١٩٧٩/٢/١٤، رقم ١٠١٧، ص ٤٨ ق النقض ٣٠، ص ٥٢٠. د/ طلعت يوسف خاطر (نظرية الإنعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ١٩١.

<sup>٣</sup> - في الواقع لم ينظم قانون المرافعات المدنية والتجارية في مصر ولا في فرنسا دعوى البطلان الأصلية ضد الأحكام، ولكن نظم قانون التحكيم المصري وقانون المرافعات الفرنسي دعوى البطلان ضد حكم التحكيم. د/ طلعت يوسف خاطر (نظرية الإنعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ١٨٩، ١٩١، ٢٨٨.

Louisiana ( Code de procédure civile de l'état de la Louisiane ) E. Johns & Co., 1839, p98.

البطلان عند الحالات التي تتطوى على عيب جسيم يمثل إهدار للعدالة على نحو يفقد الحكم وظيفته وبه تترزع قرينة الصحة التي تلازمه<sup>(١)</sup>.

أما الحكم المعدم فهو والعدم سواء، ولا يرتب أى أثر قانوني، ولا تكون له أية حجبية ويجوز لقاضى التنفيذ التصدى له ولو من تلقاء نفسه للقضاء بوقف التنفيذ<sup>(٢)</sup>. ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بأنعدامه وإنما يكفي انكاره عند التمسك به بما أشتمل عليه من قضاءه، ويجوز رفع الدعوى مبتدأه بطلب أنعدامه<sup>(٣)</sup>، ويكفي من يحتج ضده بالحكم المعدم أن يدفع بالإنعدام فإذا حصل نزاع حول صفة الإنعدام يكون هذا النزاع وحده قابلاً لأن يعرض أمام القضاء بدعوى أصلية أو يدفع في دعوى قائمة بخلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للحكم الباطل الذي يرفع بالطرق المعتادة لرفع الدعوى بهدف تقرير إنعدام الحكم سواء توافر وجود الانعدام أو عدم وجوده، مع الإشارة الى أن الحكم المعدم لا يلحقه التقادم لأن التقادم لا يبعث الحياة في معدم لم يولد ولم تتكون له حياة ولا تلحقه الإجازة، وهذا بخلاف الحكم الباطل، ويختلف الإنعدام عن البطلان ويتقارب مع البطلان المطلق<sup>(٤)</sup>.

وسنقتصر في هذا الجانب على دراسة مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بدعوى البطلان أو الحكم المنعدم.

قرار الحكم الصادر في دعوى البطلان ذات أثر مباشر على الحكم المطعون عليه، وذات تأثير على القوة التنفيذية التي يتمتع بها ذلك الحكم المطعون عليه، والتأثير إما يكون من

<sup>١</sup> المحكمة الإدارية العليا ٢٠٠٦/١/٢١، طعن رقم ٧٣١٨، س٤٩ ق، إدارية عليا ٢٠٠٥/١٢/٣، طعن رقم ٩٧٥٧، س٤٧ ق، إدارية عليا ٢٠٠٣/٤/٨، طعن رقم ٧١٠٩، س٤٥ ق، مكتب فنى ٤٨ ص ٦٦٢ إدارية عليا ٢٠٠٢/٦/١٥، طعن رقم ٢٤٠٠، س٣٧ ق، إدارية عليا ٢٠٠٢/١/٥، طعن رقم ٢٩٨٠، س٤٤ ق. راجع د/ طلعت يوسف خاطر (نظرية الإنعدام فى قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص١٩١.

<sup>٢</sup> كما لو تبين من ظاهـر المستندات أن صحيفة الدعوى لم تعلن للمحكوم عليه كما يجوز إهدار حجبية الحكم إذا بنى على إجراءات (باطلة) أى مشوبة بالغش والتلـيـس. ولايؤدى إلى بطلان التصرفات والإجراءات فحسب وإنما يؤدى إلى انعدامها. راجع: المستشار / أنور طلبه (التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقئية) مرجع سابق ص٢٧.

<sup>٣</sup> د/ أحمد أبو الوفا (نظرية الأحكام فى قانون المرافعات) الطبعة الخامسة ١٩٨٥ ص ٣١٦ وما بعدها.

<sup>٤</sup> مثال: الحكم الصادر عن محكمة لا ولاية لها يكون معدوماً. والحكم الصادر شفاهاً ولم يدون كتابة ولم يسجل فى سجل الأحكام. وكذلك فقدان الصفة القضائية فى القاضى مصدر الحكم كما لو صدر الحكم من غير قاض. كما ذهبت محكمة النقض المصرية: هو الحكم المجرى من أركانه الأساسية كصدوره على شخص متوفى قبل رفع الدعوى. نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤، رقم ١٠١٧، س ٤٨ ق النقض ٣٠، ص ٥٢٠. د/ طلعت يوسف خاطر (نظرية الإنعدام فى قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص١٩١. ٢٠٠١:٢٠٥. د/ نبيل أسماعيل عمر (أصول المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ١٢٠٠ وما بعدها. د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٨٢، ٤٨٤.

خلال وقف هذه القوة بصفة وقتية، أو بقرار فاصل بقبول الطعن وإستئناف الحكم على نحو يؤدي إلى زوال الحكم وزوال قوته التنفيذية بالتبعية<sup>(١)</sup>.

وأجاز المشرع الطعن بالإستئناف فى الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة بصفة إنتهائية، وهى الأحكام التي لم تحز قوة الأمر المقضى ويجوز إهدار حجيتها فى حالة مخالفة الحكم قواعد الإختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم، وأجازت المادة ٢٢٢ مرافعات الطعن فى الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الإنتهاى، وإذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى<sup>(٢)</sup>.

وهناك أحكام حازت قوة الأمر المقضى ولا يجوز إهدار حجيتها وتحصنت الأحكام وأصبحت صحيحة. مثال الحكم الباطل الذى لايجوز إهدار حجيته مادام قد إستنفذ طرق الطعن المختلفة أو فات مواعيد الطعن فيه، وإستبعدت محكمة النقض جواز الإستشكال فى الحكم الباطل<sup>(٣)</sup>. وتحصن الحكم وأصبح صحيحاً وحاز قوة الأمر المقضى حتى ولو تعلق بالنظام العام ويمتنع المساس بتلك الحجية ولو كان الحكم ظاهره البطلان، أما عن مدى تأثير الطعن على تلك الأحكام لا أثر على الصفة الإنتهائية التى إكتسبتها تلك الأحكام - لأن الفرض هو صحة العمل الإجرائى حتى يقضى ببطلانه. وبالتالي فإن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى يظل محتفظاً بقوته التنفيذية ويعتبر صحيحاً منتجاً لكافة أثاره ومنها قوته التنفيذية حتى يقضى ببطلانه<sup>(٤)</sup>.

ويستخلص من ذلك: يعد الحكم الصادر فى دعوى البطلان سنداً تنفيذياً لإلغاء الحكم المطعون عليه، وأن القوة التنفيذية للسندات لاتأثير على إنقضائها بمجرد إجراءات الطعن بالبطلان، وإنما تتأثر القوة التنفيذية للسندات على الحكم الصادر بقبول دعوى البطلان

١- د/ أحمد محمد حشيش ( أساس التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩.

٢- د/ أحمد محمد حشيش ( أساس التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص١٣٣. د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ( التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص١١٠.

٣- نقض ١٩٦٠/١١/١٤، مج نقض، س١١، رقم ١٥١، ص٧٨٨، نقض ١٩٦٢/٢/٢٠، مج نقض، س١٣، رقم ٤٨، ص١٧٤. د/ طلعت يوسف خاطر (نظرية الإنعدام فى قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص٢١٢.

٤- المستشار/ أنور طلبه (التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقتية) مرجع سابق ص٢٧.



وإلغاء أو تعديل الحكم المطعون عليه، فإذا صدر الحكم بقبول الطعن ألغى السند التنفيذي وإنقضت قوته التنفيذية بالتبعية.

وإذا صدر الحكم برفض الطعن وتأييد الحكم المطعون عليه لا يعد ذلك الحكم الصادر في دعوى البطلان سنداً تنفيذياً، ولا تأثير على السند التنفيذي بالإلغاء ولا تأثير على قوته التنفيذية بالإنقضاء. ويظل الحكم محتفظاً بقوته التنفيذية ويعتبر صحيحاً منتجاً لكافة أثاره ومنها قوته التنفيذية.

وتعد دعوى البطلان آلية من آليات إنقضاء القوة التنفيذية. وتعد الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية في دعوى البطلان سندات تنفيذية تقرر إنقضاء السندات التنفيذية المعارضة لها الصادرة من محاكم الدرجة الأولى.

كما يختلف الفقه في تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، فالبعض يرى أن تختص بنظرها محكمة الدرجة الأولى<sup>(١)</sup>. تأسيساً على أنها دعوى غير مقدرة القيمة وعدم إمكان تقدير قيمة مالية لها ومن ثم تكون من إختصاص المحكمة الابتدائية في جميع الأحوال. ورأى جانب من الفقه والقضاء أن تختص بها المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم ولا تستنفذ ولايتها بالنسبة للنزاع ، وتعد دعوى البطلان وإن كان طعن إستثنائي إلا أنه يعد من النظام العام<sup>(٢)</sup>.

وأرى رجحان الرأي القائل: أن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي محكمة الدرجة الثانية إذا كان الحكم المنعدم صادراً من أول درجة ، وتختص محكمة النقض بنظر دعوى البطلان إذا كان الحكم المنعدم صادراً من محكمة الإستئناف ، ولكن إذا

<sup>١</sup> - (وقيل البعض أنها تقدر على أساس قيمة ما قضى به الحكم المراد إلغاؤه ، لأن المطلوب الخصم ومراده هو إبطال الحكم الصادر عليه...) راجع : د/ طلعت يوسف خاطر ( نظرية الإنعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص ١٩٩.

<sup>٢</sup> - ( ويؤكد أنصار هذا الإتجاه : ١- أن سلامة التنظيم القضائي تتطلب أن تفصل في الدعوى بإنعدام الحكم ذات المحكمة التي أصدرته ، وحتى لا يمكن محكمة من الإشراف على قضاء صادر من محكمة أعلى درجة منها ٢- روح التشريع تؤيد ذلك فالمادة ١٣٦ مرافعات تنص على أن الدعوى بطلب إسقاط الخصومة ترفع إلى ذات المحكمة التي تنظر هذه الخصومة ، سواء أكانت محكمة الإستئناف أم محكمة النقض. وكذلك المادة ١٤٦ تنص على أنه إذا صدر حكم من محكمة النقض من دائرة غير صالحة لنظر الدعوى جاز لصاحب المصلحة أن يطلب منها إلغاء الحكم وتنظر أمام دائرة أخرى ، لأن الأولى غير صالحة لنظره ... ) راجع: د/ طلعت يوسف خاطر ( نظرية الإنعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص ٢٠١:٢٠٥.

صدر الحكم المنعدم من محكمة النقض ، فإن المحكمة المختصة هي محكمة النقض ولكن الذى ينظر الدعوى دائرة أخرى<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثانى

### إنقضاء القوة التنفيذية للسندات بطريق الصلح والتنازل

يعد الصلح أو التنازل وانقضاء مدة التقادم من أليات إنقضاء القوة التنفيذية للسندات وسوف يتم توضيح ذلك بالتفصيل وذلك على فرعين:

الفرع الأول: مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالصلح والتنازل.

الفرع الثانى: مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالتنازل.

## الفرع الأول

### مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالصلح

#### مفهوم الصلح:

الصلح: هو إنهاء الخصومة<sup>(٢)</sup> والاتفاق بعد النزاع. واصطلاحاً: عقد الصلح هو عقد للتسالم والتراضي بين شخصين ويكون العمل على طبق ما اتفقا عليه، وهو لازم على الطرفين. وتتعدد صور الصلح على إنقضاء القوة التنفيذية للأحكام المدنية والتجارية ومنها الصلح الموثق الصادر من جهات التوثيق والصلح القضائي المثبت بمحاضر جلسات المحاكمة

<sup>١</sup> - ( ويؤكد أنصار هذا الإتجاه : ١- روح التشريع تؤدى إختصاص محكمة الدرجة الثانية بدعوى البطلان ، لانها دعوى ليست عادية ترفع ضد التصرفات الاباطلة ولأنه طريق طعن له طبيعة خاصة ضد الأحكام المنعقدة والتي فقدت أساسها .. ٢- كذلك التقرير يجب أن يصدر من محكمة لها سلطة المراقبة على الحكم الصادر ولايكون ذلك إلا بالنسبة للمحكمة الأعلى .. ٣- لايمكن أن تختص المحكمة التى أصدرت الحكم بنظر دعوى البطلان ، لن القاضى سيكون حكماً على حكمه المنعدم وهذا لايقبل.. ٤ - ولايقبل أن تختص محكمة درجة أولى بنظر حكم محكمة أعلى ، فذلك يخالف التنظيم القضائى ... ) راجع: د/ طلعت يوسف خاطر ( نظرية الإنعدام فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص٢٠٢.

<sup>٢</sup> - إصطلاحاً: إنهاء الخصومة وقطع المنازعة بين المتنازعين، والصلح جائز باتفاق الفقهاء. راجع: حاشية بن عابدين ٦٢٨/٥ ، البحر الرائق لابن نجيم ٢٥٦/٧ ، معين الحكام للطرابلسى ص١٢٢، رسالة دكتوراه ( المعونة على مذهب عالم المدينة ) للقاضى عبد الوهاب البغدادي طبعة المكتبة التجارية - طبعة المكتبة التجارية بمكة المكرمة بدون سنة نشر ١١٩١/٢ ، ( حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ) للشيخ محمد عرفة الدسوقي المالكي مطبعة عيسى البابى الحلبي وشركاه ج ٤ ص١٥٢ ، ( حاشية البيجورى ) على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع تأليف : إبراهيم البيجورى بن قاسم الغزي دار الكتب العلمية بيروت لبنان عام ١٤٢٠هـ . ج ١ ص٧١٠ ، ( المغنى ) لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي طبعة المنار عام ١٣٤٧هـ ، ج ٥ ص٢ ومابعدها ، كشاف القناع للبهوتى ٣/٣٩٠ ومابعدها ، المحلى لابن حزم الظاهرى ١٦٠/٨ ، راجع د/ نزيه حماد ( عقد الصلح فى الشريعة الإسلامية ) ط دار القلم دمشق الدار الشامية بيروت طبعة الأولى عام ١٩٩٦م ، ص ٥ وما بعدها. المعجم الوجيز مرجع سابق ص٣٦٨. د/ أحمد خليفة شرقاوى أحمد ( القوة التنفيذية للمحرمات الموثقة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ) مرجع سابق ص٤٩٧.

وكذلك الصلح الواقي من الإفلاس<sup>(١)</sup> وهو صلح بين مدين ودائنيه بحيث يقبلوا سداده لجزء من ديونه بدلاً من لجوئهم للقضاء لشهر إفلاسه<sup>(٢)</sup>.

### الأساس القانوني للصلح وكيفية:

نصت المادة ٥٤٩ من التقنين المدني المصري الصلح بأنه ((عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه)). وتأسيساً على هذا فإن الصلح الذي يجرى بين طرفين أو أكثر يجب أن يكون مكتوباً، حيث أن الصلح الشفهي لا يكون مثمراً لحقيقة المقصود من الصلح، وهو إنهاء الخصومة لا سيما إذا أنكره أحد الطرفين، كما يجب أن يكون عقد الصلح قائماً على تنازل كل من الطرفين عن جزء من حقه أو إدعائه<sup>(٣)</sup>.

الأساس القانوني للصلح أنه إقرار بالصلح من جانب الدائن عن جزء من حقه في التنفيذ، وبناء عليه يكون الصلح سبباً لإنهاء الخصومة وقطع المنازعة<sup>(٤)</sup>. ويلزم لإجراء الصلح قبول الدائن طلب الصلح الذي تقدم به المدين سواء كان في صورة عقد صلح أو محضر صلح ويعد ذلك القبول تنازلاً عن قيمة الدين كله أو جزء منه. وقد يكون الصلح تنازلاً عن جميع الدين الوارد في السند التنفيذي. وقد يكون تصالحاً عن جزء من الدين ويعد ذلك تنازلاً عن القوة التنفيذية لذلك الجزء المتنازل عنه فقط.

<sup>١</sup> - الصلح الواقي من الإفلاس " هو نظام قانوني يهدف الي تمكين المدين حسن النية من تجنب شهر إفلاسه عن طريق إتفاق يعقده مع أغلبية دائنيه تحت اشراف القضاء". الإفلاس بحسب الأصل طريق للتنفيذ على المدين الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية بهدف أحكامه وتصفية أموال المدين وتوزيع الثمن الناتج عنها بين الدائنين توزيعاً عادلاً لا أفضلية فيه لدائن على آخر مادام أن حقه غير مصحوب بأحد الأسباب القانونية التي تبرر الأفضلية كرهن أو امتياز.

<sup>٢</sup> - <http://www.almaany.com>

<sup>٣</sup> - د/ أيمن بن محمد أبو العيال (الصلح في المعاملات في القوانين العربية والأنجلوسكسونية) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة دمشق سنة ١٩٩٩م بند ٩ ص ٨، د/ محمود السيد التحيوي (الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية) دار الفكر الجامعي الإسكندرية طبعة الأولى عام ٢٠٠٣ ص ١٤٣، ١٤٤، د/ أحمد خليفة شرقاوي أحمد (القوة التنفيذية للمحركات الموثقة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٥٠٢. وقد عرفت المادة (٢٠٤٤) من القانون المدني الفرنسي نظام الصلح بأنه ((عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه)).

<sup>٤</sup> - د/ أحمد خليفة شرقاوي أحمد (القوة التنفيذية للمحركات الموثقة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٥٠٠.

كما يجب توافر الإيجاب والقبول على المصالحة وأهلية التصرف بين الدائن والمدين<sup>(١)</sup>، ويستوي أن يكون عقد الصلح منصرفاً إلى إنهاء خصومة قائمة، أو لتوقي خصومة محتملة، حيث أن الهدف من إجراء عقد الصلح هو إنهاء الخصومة وقطع المنازعة. ويلزم لإجراء التصالح بين أطراف الخصومة التراضي فيما بينهم<sup>(٢)</sup>. ويتم ذلك الصلح بانعقاد إرادة الطرفين الدائن والمدين على الصلح عن مقدار الدين كله أو جزء منه، وأن تكون تلك الإرادة حرة غير مشوبة بعيب من عيوب الإكراه أو الغش أو التدليس. ويدل على ذلك قوله تعالى (وَالصَّلْحُ خَيْرٌ)<sup>(٣)</sup>، فقد وصف الله سبحانه وتعالى الصلح بالخيرية، فدل ذلك على جواز مشروعيته<sup>(٤)</sup>. وقوله صلى الله عليه وسلم (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)<sup>(٥)</sup>. فالصلح جائز بمقتضى هذا الحديث بشرط ألا يترتب عليه تحليل الحرام أو تحريم الحلال من الأعمال<sup>(٦)</sup>.

وتأسيساً على ذلك يلزم تقديم طلب الصلح من قبل المدين - المنفذ ضده إلى الدائن - طالب التنفيذ، قبل البدء في التنفيذ، أو عند البدء في تنفيذه، وذلك قبل تمام التنفيذ، وقد تكون تلك المصالحة جزئية تتناول جزء من الإلتزام الوارد في السند التنفيذي، وقد تكون مصلحة كلية أي تشمل جميع أجزاء الإلتزام الوارد في السند التنفيذي برمته شكلاً

١- د/ محمد حامد فهمي (تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية) مرجع سابق بند ١٠١ ص ٧٢، ٧٣. د/ أحمد قمحه بك، عبد الفتاح السيد بك (التنفيذ علماً وعملاً) بند ٧٨ ص ٥٥. د/ عبد الباسط جميعي (التنفيذ) مرجع سابق بند ٢٨٦ ص ٣٢٦. د/ أحمد ماهر زغول (أصول التنفيذ) مرجع سابق بند ١١٤ ص ٣٠٢، ٣٠٣. د/ محمود السيد التحويي (الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ١٤٨، ١٤٩. د/ أحمد خليفة شرقاوي أحمد (القوة التنفيذية للمحركات الموثقة بين الفقة الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٥٠٢، ٥٠٣.

٢- د/ وجدى راغب (شروح في التنفيذ الجبري القضائي) مرجع سابق بند ١٧٠ ص ٣١١. د/ فتحى والى (التنفيذ الجبرى) وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري (داز النهضة العربية القاهرة عام ١٩٨١م بند ٣٢ ص ٦٦. د/ أحمد نشأت (رسالة الإثبات) بند ١٦٨ ص ٢٤٨. د/ أحمد خليفة شرقاوي أحمد (القوة التنفيذية للمحركات الموثقة بين الفقة الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٤٩٧، ٥٠٢.

٣- سورة النساء الآية ١٢٨.

٤- بدائع الصنائع للكسائي ط الامام القاهرة ٣٤٩٣/٧.

٥- الجامع الصحيح (سنن الترمذي) لأبي محمد بن عيسى بن سورة الجزء الثالث - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان. وأخرجه الترمذي (كتاب الأحكام) - باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس حديث رقم ١٣٥٢ وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح ص ٢٣٥.

٦- لقد شرع الصلح رحمة بالمتخاصمين نظراً للحاجة إليه لما يترتب عليه من إنهاء الخصومة وقطع للمنازعة، والتصفية بين نفوس المتخاصمين حيث أن التماذي في الخصومة يؤدي إلى الفساد الكبير، الذي تتفرق به الأمة، وتكثر معه الضغائن والشحناء بين المسلمين. راجع / معين الحكام للطربلسي ص ١٢٢، ١٢٣. العقد المنظم للحكام ٢٤٥/٢. د/ أحمد خليفة شرقاوي أحمد (القوة التنفيذية للمحركات الموثقة بين الفقة الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٤٩٨، ٥٠٠.

وموضوعاً، كما أن الصلح عن القوة التنفيذية ليس تعطيلاً للقوة التنفيذية فحسب، وإنما إنقضاء للقوة التنفيذية التي يكتسبها ذلك السند التنفيذي.

كما أرى أنه يلزم لإجراء الصلح عن القوة التنفيذية أن يكون مكتوباً وصريحاً فلا يقبل الصلح الضمني ولا يفسر السكوت إقراراً بالصلح، ويقر الدائن بالصلح بشخصه أو بوكيل عنه بموجب وكالة خاصة نص صراحة فيها على إجراء الصلح والتنازل عن الدين الوارد في السند التنفيذي.

ويجرى الصلح سواء كان بعوض أو بغير عوض ويلزم أن يحقق محضر الصلح الغاية من إجرائه، وهي إنهاء الخصومة، بحيث لا يترتب على إجرائه الضرر لأحد الطرفين<sup>(١)</sup>. ويقدم الصلح القضائي أمام درجات الطعن العادية لإلغاء الأحكام النافذة نفاذاً معجلاً وإنقضاء قوتها التنفيذية، ويقدم الصلح أيضاً أمام درجات الطعن الغير عادية لإلغاء الأحكام النهائية وإنقضاء قوتها التنفيذية. ويجوز إجراء الصلح في محضر موثق بالشهر العقاري، ويعد (محضر الصلح) سواء كان قضائياً أو موثقاً سنداً تنفيذياً يلغى القوة التنفيذية للسند التنفيذي الملغى.

### مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بمحاضر الصلح:

١. تأثير محاضر الصلح على السند التنفيذي الملغى: ويترتب على هذا الصلح إذا تم صحيحاً بين أطرافه تجريد السند التنفيذي من قوته التنفيذية وهذا ماقررته محكمة النقض المصرية<sup>(٢)</sup>، فتزول تلك القوة التنفيذية ولا يبقى للسند التنفيذي إلا حجبه في الإثبات، فمحضر الصلح هو إقرار بالصلح عن الحق الموضوعي الوارد في السند التنفيذي، ومايشمله ذلك السند من قوة تنفيذية، ليصبح ذلك السند التنفيذي الملغى مجرد وسيلة إثبات ليس إلا.

٢. الآثار اللاحقة على إجراء محضر الصلح: يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً يقابل ويضاد السند التنفيذي الملغى، حيث يتمسك المحكوم عليه بالقوة التنفيذية لعقد

<sup>١</sup> - حاشية ابن عابدين ٦٢٨/٥. بدائع الصنائع للكسائي ٣٤٩٣/٧، ٣٤٩٦. حاشية الدسوقي ١٥٢/٤. معين الحكام للطرابلسي ص ١٢٢، ١٢٣. العقد المنظم للحكام ٢/ ٢٤٦، ٢٤٧، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٩٢/٢. حاشية البيجوري ٧١٠/١، د/ أحمد خليفة شرفاوى أحمد (القوة التنفيذية للمحرمات الموثقة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٤٩٩.

الصلح، وعدم إستطاعة المحكوم لصالحه إجراء التنفيذ بالقوة الجبرية بناء على الحكم المتنازل عنه، ولا بد أن ينص في عقد الصلح على كيفية الوفاء بالدين<sup>(١)</sup>. ويقع الصلح والتنازل على الدين الوارد في السند التنفيذي، ويلزم اتفاق الطرفين معاً على اجراء الصلح من جانبهما، ويعد ذلك الصلح آلية لإنقضاء قوة السند التنفيذي، ويترتب عليه أن محضر الصلح يعد سنداً تنفيذياً يحل محل السند التنفيذي الملغى.

إذا تم الصلح بين الخصوم في مجالس الصلح خلال الأجل المحدد أعد بذلك محضراً يوقع عليه الخصوم ويصدق عليه مجلس الصلح ويكون هذا المحضر قوة السندات الواجبة التنفيذ<sup>(٢)</sup>. وإسباغ محاضر الصلح بالقوة التنفيذية ، يلزم عدم جواز لأحد الطرفين إنهاء الصلح أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة وعلى هذا فمحضر الصلح ينفذ ولو جبراً<sup>(٣)</sup>.

وللخصوم أن يطلبوا من المحكمة فى أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما إتفقوا عليه فى محضر الجلسة، ويترتب على محضر الصلح المصدق عليه من المحكمة أن يكون نافذاً فوراً وله قوة السند التنفيذي ، وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقرره لإعطاء صور الأحكام، ولا يخضع لقواعد النفاذ العادي أو النفاذ المعجل للأحكام، إذ أنه ليس من قبيل الأحكام القضائية<sup>(٤)</sup>.

ويلاحظ أن محضر الصلح له قوته التنفيذية، ومن ثم فإذا تم صحيحاً وفقاً لقواعد الشرعية، أصبح واجب النفاذ والإمضاء، ولا يجوز لأحد لطرفيه الرجوع فيه... وبناءً على هذا فإن التنازل عن القوة التنفيذية للمحرر الموثق، عن طريق إجراء الصلح، هو تنازل عن قوة تنفيذية مقابلة بقوة تنفيذية أخرى، لذا فلا يجوز للمحكوم لصالحه بعد

١- إذا خلا عقد الصلح من النص على كيفية الحصول الدائن على الدين، فإنه لا يكون أمام الدائن فى المحررات الموثقة إلا أن يرفع دعوى عادية ليستصدر حكماً قضائياً بحقه، وهنا يكون السند التنفيذي هو الحكم القضائي وليس المحرر الموثق الذي تجرد من القوة التنفيذية بمقتضى عقد الصلح. د/ محمد عبد الخالق عمر (مبادئ التنفيذ) مرجع سابق ص ١٢٥. د/ رمزي سيف (قواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة) دار النهضة العربية عام ١٩٧٠م ص ١٣١. / مصطفى هرجه (منازعات التنفيذ الوثائقية) دار المطبوعات الجامعية عام ١٩٩١م ص ٧٣. د/ أحمد خليفة شراوى أحمد (القوة التنفيذية للمحررات الموثقة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٥٠٣، ٥٠٥.

٢- راجع: المادة ٦٤ مرافعات. د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض فى المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٠٧.

٣- د/ أحمد خليفة شراوى أحمد ( القوة التنفيذية للمحررات الموثقة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ) مرجع سابق ص ٥٠٦.

٤- راجع: المادة ١٠٣ مرافعات. د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض فى المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٠٧.

هو السند التنفيذي المعمول به ويكتسب القوة التنفيذية والتي تلغى القوة التنفيذية السابقة عليه وما يترتب عليها من آثار.

## الفرع الثاني

### مدى تأثير القوة التنفيذية للسندات بالتنازل

وقد نصت المادة ١٤٥ من قانون المرافعات علي أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به كما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات تعليقا على نص المادة ١٠١ منه أنه يجوز للخصم أن يتنازل عن الحكم الصادر لمصلحته إذا تنازل عن الحق الثابت بهذا الحكم وانتهي بهذا التنازل النزاع الذي تناوله الحكم.

"ولما كان الثابت أن الطاعن وباقي ملاك الأراضي التي نزعت ملكيتها قد تقدموا بطلبات الي محافظ البحيرة المطعون ضده الثاني لإعادة النظر في التقديرات السابقة لقيمة الأراضي المنزوعة ملكيتها فأحال تلك الطلبات الي مجلس مدينة دمنهور - المطعون ضده الأول - الذي شكل لجنة لفحص الموضوع انتهت في تقديرها إلى اقتراح رفع التقدير الي مبلغ ١ جنيه ، ٧٥٠ مليما للمتر المربع الواحد، وقد وافق المطعون ضده الأول علي هذا الاقتراح وأصدر قرار برفع التقدير الي السعر الذي اقترحتة اللجنة ، كما أصدر المطعون ضده الثاني القرار رقم ٦ لسنة ١٩٧١ أقر فيه التقدير الجديد، فإن مفاد ذلك نزول المطعون ضدهما عن التقدير السابق فيزول معه القرار الصادر من لجنة الاعتراض في شأنه".

وإتجه قضاء الطعن أيضاً علي أن "قابلية الحكم للطعن تتعلق بالنظام العام، فيتعين على محكمة الطعن ان تتحقق من تلقاء نفسها من توافر شروط الطعن، ومدى اختصاصها بنظره، وكان يشترط في المطعون ضده ألا يكون قد تنازل عن الحكم المطعون فيه وإلا انعدم بذلك مصلحة الطاعن في مقاضاته". ويفهم من ذلك أن قابلية الحكم للطعن يتوقف على عدم تنازل المطعون ضده عن الحكم المطعون فيه.

وهو نفس ماقررتة المادة ٥٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني حيث جاء " التنازل عن الحكم يستتبع التنازل عن الحق الثابت فيه ". وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه "التنازل الذي يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام إنما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات وإذا كان التقادم المسقط هو وسيلة أخرى من وسائل

انقضاء الإلتزام دون الوفاء به فإنه لا يمكن أن يرد على مثل هذا التنازل ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائياً فإنه ينشئ مركزاً قانونياً ثابتاً ولا يتقدم أبداً ويحق للمتنازل له أن يطلب في أي وقت أعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومنها إبطال ما إتخذه المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله<sup>(١)</sup>. ويستنتج من ذلك: أن التنازل والتقدم بمرور الزمن وسيلتان لإنقضاء الإلتزام الوارد في السند التنفيذي وإنقضاء قوته التنفيذية.

### مدي تأثير التنازل على قوة النفاذ المعجل للأحكام:

ويجوز التنازل عن التنفيذ المعجل للحكم<sup>(٢)</sup>. لأنه يتعلق بالتنازل عن الحق في التنفيذ الوقتي، وليس هناك ما يلزم المحكوم له على إيداء إجراءات التنفيذ، فقد يجد أن مصلحته تقتضى التريث، حتى يفصل في الطعن المرفوع ضد الحكم إذا ما طعن فيه، فهذه المسألة تتصل بإستعماله لحق إجرائي يتمتع صاحبه في إستعماله بسلطة تقديرية كبيرة، تسمح له بتقدير ما إذا كان هذا الإستعمال مناسباً ومحققاً لمصلحته أم لا، وهذا هو طابع الحقوق الإجرائية، التي تسمح بحرية كبيرة في التصرف والتنازل، حيث يكون إستعمالها متوقفاً على تقدير صاحب المصلحة لمدي ملائمة هذا الإستعمال لمصالحه فقد يفضل الإلتجاء إلى وسائل أخرى أكثر فاعلية في الحصول على حقه، ولهذا يجوز له التنازل عن التنفيذ المعجل حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية، مالم يتعارض هذا التنازل مع نصوص القانون<sup>(٣)</sup>. ويشترط لإجراء التنازل عن التنفيذ المعجل أن يكون قبل تمام التنفيذ، لأنه لا يعقل إجراء التنازل عن التنفيذ المعجل بعد إجراء وتام التنفيذ.

التنازل عن التنفيذ المعجل للحكم هو تنازل عن قوة النفاذ المعجل ولا يمس الحق الموضوعي في التنفيذ، وإنما تنقضى القوة التنفيذية المعجله بذلك التنازل، ويزول شرط التعجيل وينقضى معه القوة المعجله. والتنازل من جانب طالب التنفيذ المحكوم لصالحه،

١- نقض مدني ١٩٦٤/٥/٢٨، مشار إليه: صادر بين التشريع والإجتهد - مرور الزمن - مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية - عام ٢٠٠٥ ص ٤٠، أشار إليه: د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقدم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٨٠.

٢- د/ إبراهيم أمين النفاوي (القوة التنفيذية للأحكام) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٥ ص ٢٠٨. د/ أحمد خليفة شرقي أحمد (القوة التنفيذية للمحرمات الموثقة) مرجع سابق ص ٤٩٦: ٥٠٦.

٣- أنظر تأييد هذا الإتجاه د/ فتحى والى، د/ محمد عبد الخالق عمر (مبادئ) مرجع سابق ص ١٩٠. د/ أحمد محمد حشيش (أساس التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ٢٠٨، ٢٠٩.



فلا يعد التنازل عن التنفيذ المعجل للأحكام تنازل عن الحق بأكمله، وإنما هو تنازل عن حق من الحقوق الإجرائية للمحكوم له، هذا الحق يكمن في التنفيذ المعجل، مع الحفاظ على حقه في التنفيذ العادي للأحكام، ولا سبيل لطالب التنفيذ إلا إتخاذ إجراءات التنفيذ العادي حين صيرورة الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى.

ويجوز إجراء التنازل صراحة عن القوة التنفيذية المعجلة بإقرار من المحكوم له يثبت في محضر الجلسة، ويستفاد التنازل ضمناً من عدم قيام المحكوم له باتخاذ إجراءات التنفيذ المعجل. لكن يثور تساؤل هل يجوز لطالب التنفيذ التنازل عن تنفيذ جزء من الحكم المعجل إذا تضمن الحكم المعجل تنفيذ أكثر من جزء؟

لم يكن هناك جواب صريح لهذا السؤال ولكن بناء على ما ذهب إليه رأى الفقه القانوني بأن التنفيذ المعجل حق من الحقوق الإجرائية يتمتع صاحبه في إستعماله بسلطة تقديرية كبيرة سواء في التصرف أو التنازل عنه<sup>(١)</sup>، إلا ما استثناه القانون بنص خاص<sup>(٢)</sup>، ومن منطلق السلطة التقديرية التي اكتسبها المحكوم له للحقوق الإجرائية، فلا يمنع المحكوم له من خيار التنازل عن جميع أجزاء الحكم المعجل، أو التنازل عن جزء واحد من أجزاء الحكم المعجل، ويشمل التنازل عن جزء من الحكم المعجل تنازل عن قوته التنفيذية المعجلة لذلك الجزء، دون بقية أجزاء الحكم الذى لم يتنازل المحكوم له عن تنفيذها المعجل.

ومن منطلق السلطة التقديرية لدى المحكوم له فيجوز له التنازل عن إجراء التنفيذ الجبري مكثفياً بقيام المدين إجراء التنفيذ الإختياري وهذا يعد تنازلاً عن صفة الجبر في التنفيذ، وهذا التنازل من قبل الطرف الإيجابي المحكوم لصالحه، مع بقاء السند التنفيذي كما هو وبقاء التنفيذ الإختياري لدى المنفذ ضده، ويعد بذلك إنقضاء للقوة الجبرية فقط التي يتصف بها الحكم القضائي أثناء التنفيذ.

وتطبيقاً على ذلك: المحرر الموثق قائم في ذمة المدين، حيث يقع عليه المصالحة، والمصالحة وقعت في هذا الخصوص على التنازل عن القوة التنفيذية فقط ، بحيث ينفذ

<sup>١</sup> - د/ فتحى والى، د/ وجدي راغب (التنفيذ)، د/ محمد عبد الخالق عمر (مبادئ) مرجع سابق ص ١٩٠.

<sup>٢</sup> - يستثنى من تلك الحالات التي لايجوز التنازل بناء على نص في القانون - مثال ذلك المادة ٦ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ٥٩ والتي لاتجيز التنازل عن التنفيذ المعجل الذي تقررته المادة ٧ لصالح العمال: راجع د/ أحمد محمد حشيش (أساس التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ٢٠٨، ٢٠٩.

المحرر الموثق نفاذاً عادياً وليس تنفيذاً جبرياً، وبذلك يتفادى المدين إتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ الجبرى على أمواله ، وذلك تنفيذاً لعقد الصلح المبرم بينهما، الذى تضمن تنازل الدائن صراحة عن القوة التنفيذية لمحرره الموثق، وأصبح المحرر مجرداً من أوصافه الإجرائية التى تمنحه القوة التنفيذية<sup>(١)</sup>.

والتنازل هو إتجاه إرادة الدائن طالب التنفيذ على التنازل عن صفة الجبر والردع فى التنفيذ، أى زوال الإجبار فى التنفيذ بحيث يصبح التنفيذ تنفيذاً عادياً، مع بقاء السند كما هو وبقاء التنفيذ الإختياري، ويعد بذلك إنقضاء للقوة فقط التى يتصف بها الحكم القضائى أثناء التنفيذ.

(لئن كانت حجية الأمر المقضى قد أصبحت متعلقة بالنظام العام وفقاً لنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات، إلا أنه ما زال للمحكوم له الحق فى النزول عن الحكم الصادر لصالحه، وقد نصت المادة ١٤٥ من قانون المرافعات على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به كما جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات تعليقا على نص المادة ١٠١ منه أنه يجوز للخصم أن يتنازل عن الحكم الصادر لمصلحته إذا تنازل عن الحق الثابت بهذا الحكم وانتهى بهذا التنازل النزاع الذى تناوله الحكم. واذ كان الثابت أن الطاعن وباقي ملاك الأراضي التى نزعت ملكيتها قد تقدموا بطلبات الي محافظ البحيرة المطعون ضده الثانى لإعادة النظر فى التقديرات السابقة لقيمة الأراضي المنزوعة ملكيتها فأحال تلك الطلبات الي مجلس مدينة دمنهور - المطعون ضده الأول - الذى شكل لجنة لفحص الموضوع انتهت فى تقديرها إلى اقتراح رفع التقدير الي مبلغ ١ جنيه ، ٧٥٠ مليما للمتر المربع الواحد، وقد وافق المطعون ضده الأول على هذا الاقتراح وأصدر قرار برفع التقدير الي السعر الذى اقترحتة اللجنة ، كما أصدر المطعون ضده الثانى القرار رقم ٦ لسنة ١٩٧١ أقر فيه التقدير الجديد ، فان مفاد ذلك نزول المطعون ضدهما عن التقدير السابق فيزول معه القرار الصادر من لجنة

<sup>١</sup> - د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٤ ص ١١٢.

الاعتراض في شأنه<sup>(١)</sup>. ويشترط لقبول الطعن ألا يكون المطعون ضده قد تنازل عن الحكم المطعون فيه وإلا إنعدمت بذلك مصلحة الطاعن في مقاضاته<sup>(٢)</sup>.

وصار على ذلك النظام السعودي ونصت المادة ١١/٩ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ في المملكة العربية السعودية (إذا اتفق الطرفان على خلاف ما تضمنه السند التنفيذي أثبت قاضي التنفيذ الإتفاق، وعد سناً تنفيذياً، وهمش على السند الأول بذلك).

ويكون سند التنازل أو الإتفاق اللاحق على خلاف ما تضمنه السند التنفيذي الأول سناً تنفيذياً عكسياً لإعادة الحال إلى ماكانت عليه وإزالة آثار السند التنفيذي الأول المقضى عليه.

### هل يعد تسليم الصورة التنفيذية للمحكوم عليه بمثابة تنازل عن الحكم؟

قضت محكمة النقض بأنه اذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الصورة التنفيذية الأولى موجودة في حيازة المؤسسة العامة للنقل البرى ولم تفقد من الطاعن وإنما سلمها هو إليها مقابل إعادته لعمله فعلا باحدى وظائفها بعد تنازله عن الحكم فان وجود الصورة التنفيذية الأولى لدى المؤسسة مع علم الطاعن بذلك يخرج الواقعة من نطاق الفقد والضياع الذى يجيز المطالبة بتسليم صورة تنفيذية ثانية فى حكم المادة ١٨٣ من قانون المرافعات، ويحصر النزاع بشأنها في مدى أحقية الطاعن فى المطالبة القضائية باستردادها، وإذ كانت هذه الدعامة الصحيحة التى أسس عليها الحكم قضاءه كافية بذاتها لحمله، فإن ما ينعاه الطاعن من أنه سلم الصورة التنفيذية الأولى خطأ إلى المؤسسة أو أن الحكم أخطأ فى تفسير ورقة التنازل - أيا كان وجه الرأي فيه - يكون نعيًا غير منتج ولا جدوى منه<sup>(٣)</sup>.

ويلزم لإجراء التنازل أن يكون صريحاً واضحاً لالبس فيه ولاغموض وأن يكون مكتوباً، وذلك لتوافر عنصر الرضا من جانب المحكوم له وانعقاد إرادته على إجراء التنازل عن الحكم. ولايفسر تسليم الصورة التنفيذية للحكم لدى المحكوم عليه أنه تنازلاً. وتطبيقاً

١- المادة ١٠١ إثبات ، ١٤٥ مرافعات من القانون المصرى. (الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ٤/٥/١٩٧٧ ص ٢٨ ص ١١٤٦). (الطعن رقم ٤٦٥٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٢/٦/١٩٩٥ ص ٤٦ ج ٢ ص ١٣١٢)

٢- (الطعن رقم ٤٦٥٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٢/٦/١٩٩٥ ص ٤٦ ج ٢ ص ١٣١٢). (الطعن رقم ٣١٧٧ ، ٣٩٢٢ لسنة ٦١ ق جلسة ٢١/٣/١٩٩٦ ص ٤٧ ج ١ ص ٥٢٥).

٣- نقض مدني طعن رقم (١٠٠) لسنة ٤٠ ق، جلسة ١٩٧٧/٢/١٣م. راجع د/ أحمد خليفة شرقاوى أحمد (القوة التنفيذية للمحرمات الموثقة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى) مرجع سابق ص ٥٠٦، ٥٠٥.

لذلك: متى أقرت المطعون عليها بتنازلها عن الحكم المطعون فيه وطلب وكيلها ووكيل الطاعن الحكم في الطعن على مقتضى هذا التنازل، وكان من أثر هذا التنازل أن يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم، فإن الطعن المرفوع عنه يضحى غير مقبول<sup>(١)</sup>. ولا شك أن التنازل عن الحكم القضائي يعد تنازلاً عن الصيغة التنفيذية وعن المطالبة بالتنفيذ، فالتنازل عن الحكم القضائي يشمل التنازل عن جميع الآثار المترتبة على ذلك الحكم القضائي سواء كانت آثار موضوعية أم آثار إجرائية.

### الفرع الثالث

#### التقادم المسقط للقوة التنفيذية للسندات

تعريف تقادم الأحكام في المواد المدنية والتجارية بأنه "مرور فترة طويلة من الزمن على صدور حكم قضائي بات، يتعلق بمسائل وموضوعات وحقوق ومراكز يمكن أن تكون محلاً للتقادم، دون أن يتخذ المحكوم له أي إجراء من الإجراءات في مواجهة المحكوم له ينبئ عن رغبته في الحصول على ماقرره الحكم لصالحه أو ما ألزم المحكوم عليه بأدائه له، ودون أن يوجد مايمنعه أو يحول بينه وبين ذلك"<sup>(٢)</sup>.

التقادم في الفقه القانوني معناه: مدة محددة تسقط بإنقضائها المطالبة بالحق. والتقادم مقرر في الفقه القانوني بمقتضى نصوص وقواعد قانونية صريحة، ويترتب على إنقضاء المدة التي حددها القانون سقوط المطالبة بالحق وتعطيل القوة التنفيذية للمحرمات التي تضمنت هذه الحقوق<sup>(٣)</sup>.

#### وجه الاتفاق والاختلاف بين تقادم الأحكام والتنازل:

يتفق تقادم الحكم مع التنازل عن الحكم في أنه يترتب على كل منهما عدم جواز رفع دعوى جديدة بإجراءات مبتدئة بين نفس الخصوم وإستناداً لذات السبب وبنفس الموضوع، أما أوجه الاختلاف متعددة فالحكم القضائي يتقادم نتيجة عمل سلبي، هو إهمال المحكوم

١- (نقض ١٩٨٦/٢/١١ طعن ٦ س ٥٤ ق). المستشار/ أنور طلبه (التنفيذ الجبري ومنازعاته الموضوعية والوقفية) مرجع سابق ص ٢٤٨.

٢- د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٤١.

٣- د/ بونس ثابت (إشكالات التنفيذ) عالم الكتب القاهرة- عام ١٩٧٢م ص ٩٠، ٩٢. د/ السنهوري (الموجز) ج ٢ ص ٦٤٣، ٦٣٣، ٦٤٤. د/ أحمد خليفة شرقاوى أحمد (القوة التنفيذية للمحرمات الموثقة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٤٩٢.

له في الحصول على ما قضى له به الحكم طوال الفترة الزمنية اللازمة لتقادم الحكم، ويكون عدم التنفيذ راجع إلى تقصير من قبل الدائن (المحكوم لصالحه) وهو الذي أدى إلى هذا التقادم.

أما في حالة التنازل عن الحكم، فيوجد عمل إيجابي من قبل المحكوم له اتخذه عن وعى وإرادة بعد ثبوت حقه بموجب الحكم، وشتان ما بين زوال الحق نتيجة لسقوط الحكم بالتقادم، وزوال الحق كنتيجة للتنازل عن الحكم الذي قضى به للمحكوم له.

تقادم الحكم القضائي يسري في مواجهة المحكوم له سواء كان كامل أو ناقص أو عديم الأهلية ولا يكون له في الحالتين الأخيرتين سوى الرجوع بالتعويض على ممثله القانوني لعدم سعيه للحصول على ما جاء بالحكم القضائي لصالحه. أما التنازل عن الحكم فلأنه تصرف قانوني يلحق الضرر بالمحكوم له ويخرج ما قضى له به من ذمته المالية إلى ذمة المحكوم عليه، فهو يستلزم توافر أهلية التصرف لمباشرة حق التنازل، وفي حالة التنازل من الممثل القانوني للمحكوم له فيلزم موافقة المجلس الحسبي على ذلك التنازل محافظة على حق المحكوم له الفاسد، مالم يكن هذا الأخير مأذوناً له بالإدارة والتصرف في حدود ما قضى له به<sup>(١)</sup>.

### الأساس الفني لفكرة تقادم الأحكام وأثرها على إنقضاء القوة التنفيذية:

الأساس الفني لفكرة تقادم الأحكام يعتمدان على قاعدتين أولهما: تحقيق الاستقرار في المجتمع، وثانيهما: لا ضرر ولا ضرار واستهدف قصد المشرع لإعتمادهما وتكريسهما والنص عليهما صراحة، وأن نظام التقادم هو أحد الأنظمة المعتمدة لتحقيق الاستقرار. وإن كان يشترط لسريان التقادم على الأحكام القضائية أن نكون بصدد حكم قضائي بات وأن يصلح ذلك الحكم لأن يكون محلاً للتقادم، ومرور فترة طويلة من الزمن على صدور

١- د / محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٥٣، ٤٥٤. د/ كمال عبد الواحد الجوهري (الإستشارات القانونية والشكاوى والتظلمات) المركز القومي للإصدارات القانونية - الكويت - الطبعة الأولى عام ٢٠١٠م ص ١٤٩.

الحكم<sup>(١)</sup>. ولاشك أن تقادم الأحكام وسقوطها لهم أثر سلبي على القوة التنفيذية مما يهدد بقائها وتصبح تلك القوة التنفيذية عرضة للزوال والإنقضاء.

نص القانون المصري علي إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به عن طريق التقادم المسقط حينما نصت المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري علي أن "يتقادم الإلتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون" ونصت المادة ٢/٣٧٩ من ذات القانون أنه "إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بإنقضاء خمس عشرة سنة". قضت محكمة النقض السورية بان "الأحكام تتقادم بمرور خمس عشرة سنة"<sup>(٢)</sup>.

يفهم من ذلك النص: أن عبارة "سند" عبارة عامة تشمل جميع السندات سواء كانت تنفيذية أم لا، فالسند الذي يؤكد على وجود حق لا يسقط إلا بانقضاء خمس عشر سنة، وتدخل السندات التنفيذية ضمن السندات التي أشار إليه النص السابق ويدخل ضمن قصد المشرع بقوله "إذا حرر سند بحق".

ولقد إعتمد المشرع المصري فكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد التجارية حينما نصت المادة ٦٨ من القانون التجارة "تسقط بمضى عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى". وطبقاً لهذا النص الواضح والصريح فإنه إذا لم يطلب الدائن المحكوم له المدين المحكوم عليه بالإلتزام الوارد في السند التنفيذي والمتعلق بمعاملاتهم التجارية، فإن ذلك الإلتزام يسقط أي يتقادم بمضى المدة، ولايجوز له بعد ذلك مطالبة المحكوم عليه بما جاء في ذلك السند المقضى عليه لصالحه<sup>(٣)</sup>. فالتقادم وإن كان يسري على القوة التنفيذية للأحكام القضائية فإنه يسري على القوة التنفيذية للسندات التنفيذية فتسلب الحقوق والمراكز القانونية التي إكتسبها الأطراف.

١- راجع تلك الفاعلتان بالتفصيل: د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص٤٦٦، ٦١٨.

٢- نقض سورى قرار رقم ٢٩٧ في ١٩٦٩/٧/٢٢ - مجلة القانون تصدرها وزارة العدل السورية- السنة ١٥-١٩٦٤- العدد السابع ٦٤٥.

٣- د/ أحمد أبو الوفا (نظرية الأحكام) مرجع سابق ص ٣٧٠، د/ أحمد الصاوي (الوسيط) ص ٧٠٥. أشار اليهما: د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٦١.

ويستتبط من تلك النصوص أن مدة التقادم لسقوط الحقوق المدنية تنتضى بمرور خمس عشر سنة وتزوال معه قوته التنفيذية، وذلك مثل الحقوق المدنية الثابتة في المحررات الموثقة والتي تعد سندات تنفيذية. أما الأحكام الصادرة في المواد التجارية فتسقط بمضى عشر سنوات وتزول القوة التنفيذية لتلك الأحكام بمرور تلك المدة.

ونصت المادة ١/٣٨١ "ولا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء"، وينتهي بأخر يوم مكمل للخمسة عشرة سنة وحساب مدة التقادم يكون بالأيام وليس بالساعات<sup>(١)</sup>. والمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة" وبهذا النص لم يحدد المشرع المصري طبيعة معينة للحكم حتى يسري عليه التقادم، فكل ما إشتهر أنه أن يصدر حكم بالدين سواء كان ملزماً أم تقريرياً أم منشئاً وأن يحوز هذا الحكم قوة الأمر المقضي<sup>(٢)</sup>. إلا أن البعض خالفوا وأكدوا على عدم سريان التقادم بالنسبة للأحكام التقريرية وأكدوا بسريانه على الأحكام الإلزامية فقط<sup>(٣)</sup>.

ونرجح سريان التقادم على جميع أحكام الدين التي حازت قوة الأمر المقضى أيأ ماكان نوع الحكم إلزامياً أم تقريرياً أم منشئاً وذلك لأن نص المشرع عام ولم يخص حكماً دون آخر، وبما أن القانون قد أجاز التنازل عن أحكام الديون بغض النظر عن نوعها فيجوز سقوطها بالتقادم ومرور الزمن إعمالاً لمبدأ إستقرار الأوضاع والمراكز القانونية. فالأحكام التي تقضى بإلزام المحكوم عليه بأداء معين يقبل التنفيذ الجبري يسري عليها نظام التقادم، وتسقط جميع الآثار المترتبة على ذلك الحكم منها القوة التنفيذية.

١- راجع المادة ٣٨٠ القانون المدني المصري، راجع: د/ السنهوري (الموجز) ج ٢ ص ٦٢٥. د/ بونس ثابت (إشكالات التنفيذ) مرجع سابق ص ٩٠. أ/ مصطفى هرجه (منازعات التنفيذ الوكيفية) مرجع سابق ص ٢٨٥. د/ أحمد خليفة شقراوى أحمد (القوة التنفيذية للمحررات الموثقة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى) مرجع سابق ص ٤٩٣.

٢- مثال: "إذا قضى بأحقية المحكوم له بملكية أرض أو دين في مواجهة المحكوم عليه، وهو حكم تقريرى، ولم يقم المحكوم له برفع دعوى لإلزام المحكوم عليه بتسليم الأرض أو بأداء الدين المحكوم له بهما إلى أن انقضت المدة اللازمة للتقادم، فإن الحكم الصادر لصالحه يكون قد تقادم بمرور الزمن، ولا يمكنه من ثم الحصول على حكم من المحكوم عليه بأداء ما حكم له به إذا دفع هذا الأخير سقوط الحكم الأول الصادر ضده بالتقادم، ولا يستطيع التنفيذ بسند إنقضت صلاحيته وإنقضت قوته التنفيذية بسبب تقادم ذلك السند".

٣- د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٩٠.

أما القانون الفرنسي فقد نصت المادة ٢٣ بتعديل التقادم في المواد المدنية رقم ٥٦١ لسنة ٢٠٠٨ الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٨ والخاص بتعديل مواد التقادم في المواد المدنية ، حيث جاء بها " بعد المادة الثالثة من القانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ الصادر في ٩ يوليو ١٩٩١ الذي تضمن تعديل قانون المرافعات المدنية بخصوص التنفيذ، أدرجت المادة ١/٣ على النحو التالي: لايجوز المطالبة بتنفيذ السندات التنفيذية الواردة بالفقرات الثلاث الأولى من المادة الثالثة إلا في خلال عشر سنوات، إلا إذا كانت الدعاوى الخاصة بتحصيل الديون الثابتة بهذه السندات تتقادم بمدة أطول. وفي إعتقادنا أن هذا يعد أساساً تشريعياً وتكريساً لفكرة تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية، إذ نص بما لايقبل الجدل ولايحتمل الإجتهد والتأويل على عدم جواز المطالبة بتنفيذ الأحكام القضائية بعد مضي عشر سنوات، وهو مايفيد ويؤكد تقادمها<sup>(١)</sup>.

ويستتبط من ذلك: أن المشرع الفرنسي نص صراحة على أن الأحكام القضائية التي يسري عليها نظام التقادم وتخضع له هي الأحكام القضائية التي تقبل التنفيذ الجبري أي أحكام الإلزام، دون غيرها من الأحكام. وإذا خضعت تلك الأحكام المزيلة بالصيغة التنفيذية للتقادم إنقضت قوتها التنفيذية التي زيلت بها تلك الأحكام.

وأن الحكم القضائي الذي لايسري عليه مرور الزمن (في القضايا العقارية) هو فقط الحكم الذي يثبت حقاً مسجلاً تسجيلاً نهائياً في السجل العقاري ، أما سائر الأحكام وإن تعلقت بعقار أو بحق عيني فإنها تبقى عرضة للسقوط بمرور الزمن... طالما لم يسجل أصولاً ونهائياً في السجل العقاري نتيجة لتنفيذ الحكم<sup>(٢)</sup>.

وهناك بعض الأحكام التي تتمتع بالقوة التنفيذية ولاتقضي بمرور الزمان، وهي الأحكام التي لايسري عليها نظام التقادم سواء كان بنص القانون مثال الأحكام القضائية التي تنفي وجود حق مدعى به والقضايا العقارية، أو نظراً لطبيعة تلك الأحكام مثل الأحكام المتعلقة بمسائل

١- المادة الثالثة من القانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ أصبحت برقم ٣-١١١- L من المرسوم رقم ١٨٩٥ لسنة ٢٠١١ - الصادر في ١٩ ديسمبر ٢٠١١. راجع: د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص٤٤٩، ٤٦٥.

٢- تمييز مدني- غرفة ثانية- قرار رقم ٢٠١٢/٢-٢٠١٢/١/٥. تاريخ: ٢٠١٢/١٥. أشار اليه: د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص٤٤٩، ٤٦٥.



الأحوال الشخصية. فإن هذه الأحكام على غرار ذلك لا تنقضى قوتها التنفيذية مهما طال الزمان، وتظل تلك الأحكام محتفظة بقوتها التنفيذية ولا تنقضى إلا بطرق الطعن عليها. كما نصت المادة ٥/٥٥٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية على أنه " لا يسري مرور الزمن على حكم ينفي وجود حق مدعي به ولا على حكم يقضي بثبوت غير قابل للسقوط بمرور الزمن". ويفهم من هذا النص صراحة وبمفهوم المخالفة أن التقادم بمرور الزمن يسري على الأحكام التي تنقضي بثبوت حق مدعي به يقبل السقوط بالتقادم<sup>(١)</sup>.

وأضاف البعض لسقوط الحق بالتقادم مجموعة من الشروط أهمها:

**الشرط الأول:** أن يكون الحق ثابتاً مؤكداً في ذمة المدين.

**الشرط الثاني:** عدم مطالبة الدائن للمدين خلال المدة المحددة قانوناً لسقوط الحق بعدم المطالبة.

**الشرط الثالث:** أن يكون المدين منكرًا لحق الدائن.

**الشرط الرابع:** ألا يكون الدائن قد نزل عن حقه في التقادم صراحة أو ضمناً ، والتنازل الضمني لا يكون إلا لمن علم بحقه في التمسك بهذا الدفع ، ويعد التقادم وسيلة لإنقضاء الحق<sup>(٢)</sup>.

لذلك أرى ضرورة توافر تلك الشروط لإنقضاء القوة التنفيذية بالتقادم وأضيف على ذلك شرط هو عدم قيام الدائن بممارسة حقه في إجراءات التنفيذ، لأن قيام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ يقطع التقادم المسقط للحقوق، أما إذا قام باتخاذ إجراءات التنفيذ ثم ترك الدعوى التنفيذية أو تم شطبها فيبدأ احتساب مدة التقادم من تاريخ الترك أو الشطب. وألا يكون عدم استطاعته في إتخاذ إجراءات التنفيذ راجعاً لقوة قاهرة أو ظروف طارئة خارجة عن إرادة طالب التنفيذ، ولا يبدأ احتساب مدة التقادم إلا من تاريخ زوال القوة القاهرة أو الظروف الطارئة.

١- وقضت محكمة التمييز اللبنانية بأن " مرور الزمن يسري على الأحكام كما يسرى على السندات والحقوق، وقد أحسنت محكمة الإستئناف أخذها بهذا المبدأ وأحسنت تطبيق القانون" أنظر: تمييز مدني - الغرفة الثالثة قرارات نهائية - القرار رقم ٩٨- تاريخ ١٩٦٣/١٢/٦. راجع: د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٤٧.

٢- د/ السنهوري (الموجز) ج ٢ ص ٤٩٢، ٦٤٣. د/ أحمد خليفة شرفاوي أحمد (القوة التنفيذية للمحرمات الموثقة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٤٩٤، ٤٩٢.

ويتضح من هذه النصوص والتشريعات مدى تأثير تقادم الأحكام على القوة التنفيذية:  
وأرى من وجهة نظري أن تقادم الأحكام أصبح مبدأ وقاعدةً تشريعية يعمل بها في ظل قانون المرافعات، وعلى أثر ذلك التقادم تنقضى القوة التنفيذية التي زيل بها الحكم القضائي. وإن كان ذلك الحكم المسقط بالتقادم لا يفقد مقوماته ويعمل به كسابقة قضائية ويحتج به كدليل إثباتي.

من الشروط الموضوعية للسند التنفيذي هو أن يكون الحق محقق الوجود، وبمرور ١٥ سنة دون تنفيذ السند التنفيذي تنقضى مدة التقادم للحق الثابت في السند التنفيذي، ويؤدي إلى زوال الحق وسقوطه، وطالب التنفيذ لا يكلف بإثبات أن الحق الثابت في السند محقق الوجود - لأن الأصل في السند التنفيذي أنه محقق الوجود - فإذا ادعى المنفذ ضده أن الحق المراد تنفيذه غير محقق الوجود كان عليه إثارة منازعة في التنفيذ ويقع عليه هو عبء الإثبات بأنه غير محقق الوجود<sup>(١)</sup>.

وأن عدم مطالبة المحكوم له بما قضى به لصالحه خلال فترة زمنية طويلة قد يستخلص منها إستيفاء وحصوله على ماقرره الحكم لصالحه، وقد يستخلص منه كذلك ترك ما قضى به لصالحه دون المطالبة به إهمالاً أو تعمداً، وهو ما يجعل المحكوم عليه يمتلك هذا الحق بالتقادم بمرور الزمن، والهدف من ذلك هو تحقيقاً لإستقرار الحقوق والمراكز القانونية في المجتمع<sup>(٢)</sup>.

إنقضاء مدة التقادم هو الموقف السلبي من جانب المحكوم لصالحه في عدم مطالبة المنفذ ضده بالأداء الوارد في السند التنفيذي طيلة المدة التي حددها القانون. ويعد التقادم المسقط للقوة التنفيذية صورة من صور التنازل الضمني للسند التنفيذي الذي إمتنع فيه طالب التنفيذ عن تنفيذ الحكم القضائي أو امتناعه عن مطالبة المدين بالحق الوارد في السند التنفيذي.

ونظراً لأهمية وضرورة الاستقرار في المجتمع تبنت القوانين الوضعية العديد من القواعد والمبادئ والنظم التي تهدف إلى تحقيقه وترسيخه من تلك المبادئ والقواعد التقادم المسقط

١- د/ عزمى عبد الفتاح (نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن) عام ١٩٧٨م ص١٢٢. د/ أحمد صدقى محمود (الوجيز فى قواعد التنفيذ الجبرى السعودى) مكتبة الرشد - بالمملكة العربية السعودية عام ٢٠١٦م ص٩٢.  
٢- د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص٤٦٦.

للحقوق والمراكز القانونية، ولا شك أن إنقضاء القوة التنفيذية بالتقادم يعد دعماً وتطبيقاً للإستقرار التي تبنته تلك القواعد. وأن مدى تأثير تقادم الحقوق والأحكام على القوة التنفيذية له أثر مباشر على إنقضاء تلك القوة التي يتمتع بها ذلك السند المسقط بالتقادم، وأن عدم إنقضاء القوة التنفيذية بسبب سقوط الأحكام والحقوق بالتقادم لا يحقق الإستقرار لإمكانية التنفيذ بأحكام وسندات منتهية الصلاحية.

لايتوقف أثر إنقضاء مدة التقادم على مجرد تعطيل القوة التنفيذية فحسب، وإنما يمتد ليشمل إنقضاء وسقوط الحق وإنقضاء قوته التنفيذية، ويتحقق تعطيل القوة التنفيذية أثناء إمتنع طالب التنفيذ عن إتخاذ إجراءات التنفيذ، أما بعد إنقضاء مدة التقادم، ففي هذه الحالة يتحول تعطيل القوة التنفيذية إلى سقوط الحق وإنقضاء القوة التنفيذية.

وإن ثبت بالفعل من حساب مدة التقادم أن حق الدائن قد تقادم وجب أن يصدر القاضى أمراً بإيقاف التنفيذ لسقوط سببه بالتقادم، أو يحكم القاضى بالإستمرار فى التنفيذ إن لم يكن للمدين وجه قانونى للتمسك بهذا الدفع<sup>(١)</sup>. وبعد إنقضاء القوة التنفيذية للسندات هو الأثر المترتب على التقادم<sup>(٢)</sup>.

كما أرى أن هناك فرق بين تعطيل القوة التنفيذية وإنقضاء القوة التنفيذية: فالأول هو إيقاف مؤقت للقوة التنفيذية مع بقائها وإمكان إستئناف التنفيذ مرة أخرى، أما الثانى: وهو إنقضاء نهائي للقوة التنفيذية وعدم استطاعة الدائن استئناف التنفيذ مرة أخرى.

وأنه لاختلاف بين السندات التنفيذية سواء كانت أحكام أو محررات موثقة أو أحكام تحكيم فى إنقضاء الحقوق الواردة فى تلك السندات بإنقضاء المدة المحددة قانوناً وهو التقادم، وأن التقادم لا يؤدى إلى تعطيل القوة التنفيذية فحسب بل يستتبع تلقائياً إنقضاء القوة التنفيذية للسند وإنقضاء الإلتزام الوارد فيه برمته.

<sup>١</sup> - د/ ثابت يونس (اشكالات التنفيذ) مرجع سابق ص ٩٢. / مصطفى هرجه (منازعات التنفيذ الوقتية) مرجع سابق ص ٢٨٧. د/ أحمد خليفة شرقاوى أحمد (القوة التنفيذية للمحررات الموثقة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى) مرجع سابق ص ٤٩٤.  
<sup>٢</sup> - التقادم فى كل منهما هو قضاء مدة معينة على ثبوت الحق فى نمة المدين، دون أن يكون هناك مطالبة من الدائن، أو أداء من المدين، ويشترط شروط معينة للتقادم ويجب توافرها وإلا لم يكن لهذا الدفع مسوغ شرعى أو قانونى، ومن ثم يتعين عدم قبوله، كما يقرر الفقه الإسلامى وكذا القانون الوضعى أن الحق ذاته لايسقط بمرور الزمن التقادم - ولكن الذي يسقط إنما هو حق المطالبة الذي يترتب عليه عدم جواز سماع الدعوى للتقادم. د/ أحمد خليفة شرقاوى أحمد (القوة التنفيذية للمحررات الموثقة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى) مرجع سابق ص ٤٩٥.

## المبحث الثاني

### الأثار المترتبة على إنقضاء القوة التنفيذية للسندات

يترتب على إنقضاء القوة التنفيذية للسندات العديد من الأثار يمكن تناولها من خلال مطلبين:  
المطلب الأول: الأثار الإجرائية المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات.  
والمطلب الثاني: الأثار الموضوعية المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات. أثار موضوعية تتعلق بالحق الموضوعي وهو الإلتزام الوارد في السند التنفيذي.

#### المطلب الأول

##### الأثار الإجرائية المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات

تتعلق الأثار الإجرائية المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات بالنظام الإجرائي، ومن تلك الأثار الإجرائية، إنعدام صلاحية السند التنفيذي، وسقوط الحقوق الإجرائية التي يتمسك بها طالب التنفيذ بموجب السند التنفيذي الملغي.

#### الفرع الأول

##### إنعدام صلاحية السند التنفيذي

من المعلوم أن الحق في التنفيذ يدور مع السند التنفيذي وجوداً وعدمياً<sup>(١)</sup>. فيعلق مصير التنفيذ على مصير السند ذاته<sup>(٢)</sup>. ومعنى ذلك أن بقاء الحق في التنفيذ يتوقف على بقاء السند التنفيذي نفسه، فإلغاء السند التنفيذي أو بطلانه أو فسخه يؤدي إلى زوال الحق في التنفيذ وإعتباره كأن لم يكن من الأصل<sup>(٣)</sup>.

ويترتب على نقض الحكم المطعون عليه أو السقوط بالتقادم أو الصلح عن السند التنفيذي أو التنازل عنه أن يفقد صلاحيته كسند تنفيذي، وتجريد الحكم من قوته التنفيذية ووقف تنفيذه فيفقدان شل الفاعلية التنفيذية للحكم، بحيث تنتفي صلاحيته لمباشرة إجراءات التنفيذ، ويفقد الحكم صلاحيته للتنفيذ وتستقر مراكز الأطراف في الحالة التي هي عليها قبل التنفيذ، وتجريد الحكم من قوته التنفيذية هو وجه من وجوه الإلغاء التي يمكن أن ترد على

<sup>١</sup> - الشيء يدور مع سببه وجوداً وعدمياً، فلا يتصور وجوده دون وجود سببه. راجع د/ رمضان أبو السعود (أحكام الإلتزام) مرجع سابق ص ٢٥٧. د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١٧٥، (أصول التنفيذ) بند ١٧.

<sup>٢</sup> - المستشار / أنور طلبه (التنفيذ الجبري ومنازعاته الموضوعية والوقائية) مرجع سابق ص ٢٤٩.

<sup>٣</sup> - د/ أحمد مليجي (التنفيذ) دار النهضة العربية عام ١٩٩٤م ص ٢٤٢. د/ الأنصاري حسن النيداني (التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية) مرجع سابق ص ١٠٢.

الأحكام نتيجة الطعن فيها ، ويستند إلى وقت صدور الحكم الملغى وليس إلى وقت صدور الحكم فى الطعن<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن انعدام صلاحية السند التنفيذي وإنقضاء قوته التنفيذية لهما تأثير على حجية الأمر المقضى للحكم الملغى وذهب إلى ذلك القضاء المصري بنصه: "لئن كانت حجية الأمر المقضى قد أصبحت متعلقة بالنظام العام وفقاً لنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات، إلا أنه ما زال للمحكوم له الحق فى النزول عن الحكم الصادر لصالحه".

واتجه النظام السعودى ونصت المادة ١١/٩ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ فى المملكة العربية السعودية على أنه (إذا اتفق الطرفان على خلاف ما تضمنه السند التنفيذى أثبت قاضى التنفيذ الإتفاق، وعد سناً تنفيذياً، وهمش على السند الأول بذلك). وبالتالي أجاز النظام السعودى إتفاق الطرفان على ما يخالف السند التنفيذى، حتى ولو كان ذلك الإتفاق هو التنازل عن السند التنفيذى الأول، ولكن إشتراط النظام إثبات قاضى التنفيذ الإتفاق، والتهميش على السند التنفيذى السابق بما يفيد وجود سند تنفيذى جديد، ويكون سند التنازل أو الإتفاق اللاحق على خلاف ماتضمنه السند التنفيذى الأول سناً تنفيذياً عكسياً لإعادة الحال إلى ماكان عليه وإزالة آثار السند التنفيذى الأول الملغى.

وبالتالى إلغاء الحكم أو التنازل عنه وإنقضاء القوة التنفيذية للسند التنفيذى له أثر إيجابى على زوال حجية الأمر المقضى للحكم الملغى، وأن تنازل المحكوم لصالحه عن السند التنفيذى يعد تنازل عما يرتبه ذلك السند الملغى من آثار منها حجية الأمر المقضى. وأن حجية الأمر المقضى للحكم لا تمنع المحكوم لصالحه من جواز التنازل عن الحكم.

ويتحقق إنعدام صلاحية السند التنفيذى بصدور سند تنفيذى من هيئة قضائية أعلى مثل الأحكام الصادرة من محكمة الطعن بإلغاء الحكم المطعون عليه، أو صدور سند تنفيذى لاحق على خلاف ماتضمنه السند التنفيذى السابق مثل محاضر الصلح الموثقة والتنازل، أو مرور الوقت بدون المطالبة بإتخاذ إجراءات تنفيذ مثل تقادم الأحكام وتقادم السندات التنفيذية.

الآثار المترتبة على صلاحية القوة التنفيذية المعجلة بعد صدور الأحكام النهائية:

١- د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٠٩، ١٦٥، ١٧٧.

وتتضح تلك الفكرة: بمصير القوة التنفيذية المعجلة بعد صدور الأحكام النهائية، هل الأحكام النافذة نفاذاً معجلاً ستتقضى قوتها التنفيذية بصدور الأحكام النهائية الموضوعية أم تبقى الأحكام النافذة نفاذاً معجلاً على قوتها التنفيذية؟

رفع التظلم لا يؤدي بذاته إلى إحداث أى تغيير على قوة الحكم التنفيذية. ولكن بصدور الحكم فى التظلم يتقرر مصير القوة التنفيذية للحكم، إما بتزويد الحكم، أو تجريدته منها. وإما وقف التنفيذ أو الإستمرار فيه (١). أو فى تعديل وصف الحكم (٢). (المادة ٢٩١ مرافعات).

أكد فقهاء القانون أن التنفيذ المعجل له نهاية فتزول وتشل فاعليته بعد صدور الحكم المتمتع بقوة الأمر المقضى، بحيث يرتد إلى القاعدة الأصلية فى التنفيذ العادى، وإذا تعاصر التنفيذان " المعجل " و " العادى " أفسح المجال للأخير، ولذلك إذا صدر حكم من محكمة الدرجة الثانية بتأييد الحكم الابتدائى المشمول بالتنفيذ المعجل فإن الذى ينفذ بعدئذ هو الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى به لا الحكم المعجل، وبعبارة أخرى لا يستمر النفاذ المعجل بعد صدور الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى به بل يتعين عندئذ أن يتم التنفيذ على أساس القواعد العامة (٣).

ويفهم من ذلك أن إنقضاء القوة التنفيذية وانعدام صلاحية السند التنفيذي كلاهما أثر ونتيجة القرار الصادر بإلغاء الحكم المطعون عليه، وأرى أن هناك علاقة سببية إجرائية بين حكم الطعن بالإلغاء والنتيجة المترتبة على ذلك الحكم فى انقضاء القوة التنفيذية وانعدام صلاحية السند التنفيذي، أى أنه لو لم يكن هناك حكم صادر بإلغاء الحكم المطعون عليه لما انقضت القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه ولما انعدمت صلاحية السند التنفيذي.

١- لم ينظم القانون الفرنسى طريقاً خاصاً لتصحيح الوصف الخاطى للحكم، كالقانون المصرى وقد عالجت المادة ٥٣٦ مرافعات الحالة التى يتضمن فيها الحكم وصفاً خاطئاً فقضت بأن الوصف الخاطى للحكم لا يؤثر على إستعمال الحق فى الطعن، ويجوز الطعن فى الحكم بالإستئناف بطلب تصحيح الوصف الخاطى، والتظلم من الوصف لا يكون إلا فى حالات الخطأ القانونى أى خطأ (مخالفة القانون) ويترتب على ذلك الخطأ التأثير فى قوة الحكم، وشمل أيضاً الخطأ فى تطبيق القانون بالنسبة للتنفيذ المعجل والكفالة. أنظر د/ أحمد أبو الوفا (إجراءات التنفيذ) دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية عام ٢٠٠٧م رقم ٤٤. د/ فتحى والى (التنفيذ) مرجع سابق ص ١٩٠. د/ محمد عبد الخاق عمر (مبادئ) رقم ١٨١ ص ١٠٧. د/ محمد ماهر زغلول (أصول) ص ٢١١. د/ عبد الباسط جميعى (مبادئ التنفيذ) دار النهضة العربية عام ١٩٨١م ص ٩٤. د/ وجدي راغب (التنفيذ) مرجع سابق ص ١٠٧. د/ محمود هاشم (قواعد التنفيذ الجبرى) مرجع سابق رقم ٩٣ ص ١٧٩. د/ أحمد محمد حشيش (أساس التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ١٤٠، ١٤١. د/ محمد الصاوى مصطفى (قواعد التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ٢٣٧.

٢- د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١٩٤.

٣- د/ محمد محمود إبراهيم (أصول التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ١٨٧.

أما إذا صدر حكم من محكمة الدرجة الثانية برفض الحكم الابتدائي المشمول بالتنفيذ المعجل فالحكم الموضوعي يعتبر سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل صدور الحكم المستعجل لأن الحكم الموضوعي حكم قطعي يحسم النزاع ويضع الخصوم في وضع نهائي غير قائم على ظروف متغيرة خلافاً للحكم المستعجل الذي يكون الغرض منه إجراء وقتي<sup>(١)</sup>. وتكون الأحكام الصادرة بإلغاء الحكم المطعون فيه، مؤهلة لإكتساب القوة التنفيذية، وتكون سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه، إذا كان الحكم الملغى قد تم تنفيذه لصدوره مشمولاً بالتنفيذ المعجل، وذلك مثل قضاء النقض بنقض الحكم المطعون فيه، وقضاء الإلتماس بقبول الطعن وإلغاء الحكم المطعون فيه، فإن هذا القضاء يكون له القوة التنفيذية، ويكون هو السند التنفيذي لإعادة الحال إلى ماكان عليه<sup>(٢)</sup>.

ويتضح مما سبق: أن الأحكام النافذة نفاذاً معجلاً تنقضي قوتها التنفيذية وتزوال فاعليتها بصدور الأحكام النهائية المتمتعة بقوة الأمر المقضي. ولا فرق سواء كان الحكم النهائي جاء مؤيداً للأحكام النافذة نفاذاً معجلاً أم جاء معارضاً له. والعلة في ذلك:

١. أن الأحكام النافذة نفاذاً معجلاً هي أحكام وقتية مراعاة لظروف إستثنائية معينة حددها المشرع، لحين صدور حكم نهائي في الموضوع وفقاً للقواعد العامة. والقاعدة تقول ان الضرورة تقدر بقدرها لايجوز التوسع فيها ولايقاس عليها. لذلك تنتهي فاعلية التنفيذ المعجل بصدور الأحكام النهائية.

٢. نصت المادة ٢٧١ من قانون المرافعات المصري (يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أيا كانت المحكمة التي أصدرتها) وعبارة "جميع الأحكام" التي نصت عليها المادة عبارة عامة يدخل فيها الأحكام النافذة نفاذاً معجلاً أيا كانت المحكمة التي أصدرتها، وبالتالي تتأثر القوة التنفيذية لتلك الأحكام بالنقض وصدور الأحكام النهائية.

١- د/ أمينة مصطفى النمر (مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة) منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٦٧ ص٣٧٤.

٢- د/ أحمد محمد حشيش (أساس التنفيذ الجبري) مرجع سابق ص٢٦٤ ، ٢٦٥.

٣. لذلك أرى أن قوة الأمر المقضى للأحكام النهائية وقوتها التنفيذية تعلق تلك القوة التنفيذية للأحكام المعجله. لذلك متى صدر الحكم الموضوعى لم يعد للأحكام المستعجله حجيه.

٤. أن الحكم النهائي هو السبب الرئيسي لإنعدام صلاحية الأحكام المعجلة وإنقضاء قوتها التنفيذية.

اتجه جانب من الفقه إلى أن: الحكمين أول درجة والإستئناف يكونان معاً السند التنفيذي الذي تم التنفيذ بناء عليه ، وإلغاء أحدهما يؤدي إلى إنهيار السند وزوال التنفيذ وإعادة الحال إلى ماكانت عليه<sup>(١)</sup>. وزوال التنفيذ يترتب عليه ( زوال الإلتزام - la caducité de l'obligation )<sup>(٢)</sup> ، ولا يتم ذلك إلا عن طريق سلطة القانون من خلال القضاء<sup>(٣)</sup>. وأن إنعدام صلاحية السند التنفيذي يترتب عليه إنقضاء القوة التنفيذية وإنعدام الإلتزام الوارد فى السند التنفيذي، وعدم أحقية طالب التنفيذ فى مطالبة المنفذ ضده بالالتزام الوارد فى السند التنفيذي، وقدرة المنفذ ضده على التمسك بانعدام صلاحية السند أمام محكمة التنفيذ والطعن عليه.

فحكم الإلغاء يتضمن قراراً صريحاً بإلغاء الحكم المطعون فيه، وقراراً ضمناً بإلزام من قام بالتنفيذ إستناداً إلى الحكم الملغى برد ما إستوفاه Restitution نتيجة هذا التنفيذ<sup>(٤)</sup>.

<sup>١</sup> - محمد محمود إبراهيم (أصول التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص١٨٦، ١٨٧. د/ أسامه أحمد شوقى المليجى (موضوعات مختارة فى خصوصية تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص٩٨.

2 -Paul Alain Foriers, Marie-Amélie Garny, ( la caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation - Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013) C. Groupe Larcier s.a., 2014. n9.

3 -Patrick Wéry, ( Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013) C. Groupe Larcier s.a., 2014.

<sup>٤</sup> - civ. 30 août 1870, D.P., 1871. 1. 45; 30 août 1871. 1. 45; 30 août 1882, D.P. 1883. 1,244; Soc. 6 avr, 1951, J.C.P. 1951, ed. A. IV. 1644, obs. MADRAY; R.T.D.C. 1951. 436, obs. RAYNAUD; Trib. Civ. Seine, 8 Jan. 1951, G.P. 1951, 1. 298; R.T.D.C. 1951, 282, obs. HEBRAUD.

انظر : د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص٧٦.



أرى أن إنعدام صلاحية السند التنفيذي هو إنتهاء مدة الصلاحية القانونية للسند التنفيذي بمرور خمسة عشر عاماً دون قيام الدائن بالتنفيذ، وقد يندم صلاحية السند التنفيذي نتيجة الحكم الصادر في الطعن بإلغاء السند التنفيذي أو الصلح أو التنازل عنه. وكذلك أرى أن هناك فرق مابين إنعدام صلاحية السند التنفيذي وإنعدام صلاحية القوة التنفيذية للسند، الأول هو إنعدام السند برمته ويشمل ذلك الإنعدام إنقضاء للقوة التنفيذية، ويتحقق ذلك بنقض أو بطلان أو إلغاء السند التنفيذي. أما إنعدام صلاحية القوة التنفيذية للسند هو إنقضاء مدة التقادم للقوة التي يحوزها السند التنفيذي رغم بقاء السند أو الحكم. وعدم إستطاعة طالب التنفيذ القيام باتخاذ الوسائل الجبرية للتنفيذ لسقوط القوة الجبرية بالتقادم.

### تأثير العيوب والأخطاء على صلاحية السند التنفيذي:

وتتضح تلك الفكرة من خلال بيان مدى صلاحية السند التنفيذي المشوب بنقص أو خطأ في الصيغة التنفيذية؟ هل تصح تلك الإجراءات التي إعتمدت على خطأ أو نقص في الصيغة التنفيذية أم تبطل تلك الإجراءات بسبب ذلك الخطأ أو النقص، وفي هذه المسألة الإجرائية إختلفت الآراء على النحو التالي:

الإتجاه الأول: صدر حكم من محكمة إستئناف بأن أى نقص أو خطأ فى الصيغة التنفيذية يؤدي إلى البطلان<sup>(١)</sup>. كما إذا أجرى التنفيذ بغير الصورة التنفيذية، كانت الإجراءات باطلة بطلان غير قابل للتصحيح، إذ لا يصح هذه الإجراءات حصول المحكوم له على صورة تنفيذية بعد ذلك، بل يجب إعادة كل إجراءات التنفيذ مرة أخرى<sup>(٢)</sup>. وإذا أجرى التنفيذ بموجب هذه الصورة، فإن التنفيذ يقع باطلاً، ولا يصححه أن يحوز الحكم القوة التنفيذية بعد وضع الصيغة التنفيذية وإعلان السند التنفيذي للمدين<sup>(٣)</sup>.

الإتجاه الثانى : وأرى ترجيح ذلك الإتجاه: أنه تكفى أية عبارة تدل على الغاية منها وهى تمييز الصورة التنفيذية عن غيرها من الصور، فالمشرع الحديث لا يعرف ألفاظاً مقدسة يجب

<sup>١</sup> - إستئناف Meta ٣١ ديسمبر ١٨١٩. فى شقيلوت رسالة ص١٦٢. أشار إليه: د/ فتحى والى (التنفيذ الجبرى) مطبعة جامعة القاهرة عام ١٩٩٣ ص١١٩.

<sup>٢</sup> - د/ أحمد مليجى (الموسوعة الشاملة فى التنفيذ) الجزء الأول الطبعة الثالثة ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ص٢٥٣.

<sup>٣</sup> - نقض إيطالى ١٩ يوليو ١٩٤٩ - ١٩٥٠ - ١ - ٥٦٦. مثال ذلك إذا حدث وأخطأ كاتب المحكمة فوضع الصيغة التنفيذية على حكم قابل للإستئناف غير نافذ معجلاً فإن الصورة التنفيذية لا تكتفى لإجراء التنفيذ. أشار إليه د/ فتحى والى (التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص١٢٦، ١٢٥.

إستعمالها كشكل للأعمال الإجرائية ومن ناحية أخرى، فإن تعيب الصيغة التنفيذية أو تخلفها لا يؤدي إلى بطلان السند التنفيذي، فتعيب الصيغة التنفيذية الموضوعية على حكم لا يبطل هذا الحكم الذي صدر صحيحاً قبل وضعها، وإنما يؤدي تخلف الصيغة أو تعيبها إلى السماح للسلطة العامة بعدم القيام بالتنفيذ الجبري، وإلى بطلان أعمال التنفيذ التي تتم بموجب هذا السند، والبطلان هنا مقرر لمصلحة المنفذ ضده، فليس لطالب التنفيذ أن يتمسك به<sup>(١)</sup>.

وأرى وأوصي بأن العيوب الشكلية للصيغة التنفيذية لا تؤثر على الأحكام القضائية ولا على أصل الحق وإنما تلك العيوب تؤثر فقط على الصيغة التنفيذية وطريقة التنفيذ، فتؤثر على القوة الإجرائية للتنفيذ فقط، أما الحق الموضوعي والسند التنفيذي فلا أثر عليه من تلك العيوب الشكلية للصيغة التنفيذية، وأن ذمة المدين مشغولة بالإلتزام الوارد في السند التنفيذي، ولأن حماية الحق والحفاظ عليه أولى بالإعتبار من عيوب الشكل التي تتمتع بها الصيغة التنفيذية. فعليه تصحيح العيوب الإجرائية أو تكملة النقص في الإجراءات لإستعادة القوة التنفيذية بعد زوالها بتلك الإجراءات المعيبة.

يترتب على نقض الحكم إلغاء الحكم المنقوض وكل ما يترتب عليه من نتائج أو آثار، وهو إلغاء يتم بقوة القانون ودون حاجة إلى تدخل قضائي جديد<sup>(٢)</sup>. والحكم الصادر بالإلغاء يتضمن قراراً صريحاً بالإلغاء و قراراً ضمناً بالزام المطعون ضده بالرد<sup>(٣)</sup>. وقراراً ضمناً بإلغاء كل ما يترتب على الحكم المنقوض من آثار سواء كانت تلك الآثار إجرائية أم موضوعية. ومن تلك الآثار إنقضاء القوة التنفيذية للسند التنفيذي الملغي وإنعدام صلاحية السند التنفيذي.

## الفرع الثاني

### سقوط الحقوق الإجرائية

تجريد الحكم من قوته التنفيذية يستند إلى وقت صدور الحكم الملغى وليس إلى وقت صدور الحكم في الطعن. لذلك فإن الإلغاء نتيجة لإستئناف الوصف يترتب أثراً شاملاً

<sup>١</sup> - د/ فتحى والى (نظرية البطلان) مرجع سابق بند ٩٥ ص ١٧٨ وما بعدها، محكمة السين المدنية ٢ أكتوبر ١٩٥٧ - دالوز ١٩٥٨ - الموجز ص ١٦. أشار إليه د/ فتحى والى (التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ١١٩.

<sup>٢</sup> - أنظر : نقض ١٩٣٧/١/١٤ الطعن رقم ٧٦ لسنة ٦ ق. د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٤٧.

<sup>٣</sup> - د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٦٥.

ينصرف إلى التنفيذ اللاحق فيحول دونه، وإلى التنفيذ السابق فيلغيه ويعطى للمحكوم الحق في إعادة الحال إلى ماكان عليه<sup>(١)</sup>. ليس بالرد والتعويض فقط وإنما إعادة الحال إلى ما كانت عليه في الإجراءات ببطلان وإنعدام القرارات والإجراءات التي صدرت في ظل الحكم الملغى وعدم سريانها.

سقوط الحق الإجرائي: هو سقوط إجراءات التنفيذ التي تمت بموجب السند التنفيذي الملغى والمترتبة عليه، وعدم إستطاعة المحكوم لصالحه القيام بإتخاذ إجراءات التنفيذ بموجب ذلك السند لإنقضاء قوته التنفيذية.

ويعد السبب الرئيسي لسقوط الحقوق الإجرائية هو زوال المركز القانوني للمحكوم لصالحه، بناء على السند التنفيذي الملغى، وهذا مما أدى لإنقضاء القوة التنفيذية للسند التنفيذي الملغى، والمركز القانوني الذي فقده أحد الخصوم بمقتضى الحكم القضائي الملغى هو الذي يجعله غير صالحاً لإتخاذ إجراءات التنفيذ، فالمركز القانوني هو الحق الذي إكتسبه الشخص بموجب سند تنفيذي صالح وصلاحيته لمباشرة إجراءات التنفيذ وفقاً لأحكام القانون.

والسؤال هنا ما مصير الحقوق الإجرائية والأعمال التي إكتسبها الشخص قبل إلغاء السند التنفيذي؟ وما مصير الحقوق الإجرائية والأعمال اللاحقة على إلغاء السند التنفيذي؟ لذلك سوف أتناول ذلك المطلوب من خلال غصنين:

الغصن الأول: سقوط الحقوق الإجرائية السابقة على الحكم المنقوض.

الغصن الثاني: سقوط الحقوق الإجرائية اللاحقة على الحكم المنقوض.

### **الغصن الأول**

#### **سقوط الحقوق الإجرائية السابقة على الحكم المنقوض**

والمقصود بالحقوق الإجرائية السابقة على الحكم المنقوض هي الأحكام والأعمال والإجراءات السابقة المرتبطة بالحكم المنقوض، ويشترط لسقوط تلك الحقوق الإجرائية ارتباط هذه الحقوق والأعمال والإجراءات بالحكم المنقوض وأن يكون الحكم المنقوض أساساً لها مثل بطلان إجراءات الحجز والبيع التي تمت بناء على الحكم المنقوض.

<sup>١</sup> - د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٠٩، ١٦٥، ١٧٧.

ووفقاً لذلك نصت المادة ٢٧١ من قانون المرافعات فيما يتعلق بإلغاء الحكم من محكمة النقض أنه (يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أياً كانت المحكمة التي أصدرتها). ويترتب على نقض الحكم وإعتباره كأن لم يكن زواله وزوال جميع الإجراءات التي إتخذت في سبيل تنفيذه كالتكليف بالوفاء، والحجز وإجراءات نزع الملكية، وتسليم العقارات ودفع النقود وإقامة المباني وإزالتها، وسد النوافذ والفتحات... إلخ حتى ولو كانت في مصلحة الطاعن نفسه<sup>(١)</sup>. وبإلغاء السند التنفيذي أو بطلانه بطريق نقض الحكم المطعون فيه يصبح التنفيذ على غير أساس لإنعدام المسند المبرر لإجرائه وبالتالي تصبح جميع إجراءات التنفيذ المتخذة باطلة<sup>(٢)</sup>.

إذا ابطال السند التنفيذي أو ألغى بعد أن جرى تنفيذ جبري بموجبه، فإن ما تم من إجراءات تعتبر كأن لم تكن ويجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الإعتداد بما تم من إجراءات التنفيذ<sup>(٣)</sup>. الحكم الصادر في الإستئناف بإلغاء الحكم الإبتدائي ورفض الدعوى يكون قابلاً للتنفيذ الجبري لإزالة آثار تنفيذ الحكم الملغى<sup>(٤)</sup>.

ويعد من بين الحقوق الإجرائية الملغية والسابقة على الحكم المنقوض:

١. زوال الصفة التنفيذية عن السند التنفيذي الملغى: وبعد هذا الأثر من أخطر وأهم الآثار الإجرائية التي يربتها حكم الطعن على السند التنفيذي الملغى، وهو زوال الصفة التنفيذية عن السند التنفيذي الملغى بعد صدور حكم الإلغاء، ولاشك أن الصفة التنفيذية كانت من أهم الحقوق السابقة على الحكم المنقوض والتي منحها القانون للمحكوم لصالحه وأكسبته مركزاً قانونياً يستطيع من خلاله القيام بإتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري على المحكوم عليه. وأن نقض الحكم وإلغائه له أثر مباشر على زوال الصفة التنفيذية عن السند التنفيذي الملغى.

<sup>١</sup> - حامد فهمي ومحمد حامد فهمي النقض ص ٦٧٠، أشار إليه د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص٢٥٥. المستشار / أنور طلبه ( التنفيذ الجبري ومنازعاته الموضوعية والوقفية ) مرجع سابق ص٢٣١. د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص٤٨، ٥٤.

<sup>٢</sup> - د/ فتحى والى ( الوسيط ) مرجع سابق ص٨٣٢، ٨٣٣- Arrêts de la cour de cassation n59. 794op. cit. .  
fas. أشار إليه د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية) مرجع سابق ص٢٥٥.

<sup>٣</sup> - د/ فتحى والى ( التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص٣٣.

<sup>٤</sup> - نقض ١٩٨١/٢/١٦ طعن رقم ١٤٦ لسنة ٤٧ق، راجع د/ أحمد ملبجى ( التنفيذ ) مرجع سابق ص٢٣٧.

٢. زوال الأعمال والإجراءات السابقة على الحكم المنقوض واعتبار التنفيذ كأن لم يكن: وهذا هو الأثر أو النتيجة التي تلازم إلغاء الحكم أو القرار القضائي، وإلغاء الحكم هو زواله بما يلزمه من آثار، فإذا كان الحكم قد تم تنفيذه فإن إلغاء الحكم يؤدي إلى إلغاء التنفيذ الذي تم إستناداً إليه وإزالة ماينجم عنه من آثار<sup>(١)</sup>. وأن الحكم الإستئنافي الذي ألغى حكم محكمة أول درجة يؤدي إلى إلغاء كل الآثار المترتبة على هذا الحكم ومنها تنفيذه<sup>(٢)</sup>. وقد يتصور أن يحدث إلغاء للتنفيذ رغم بقاء سنده قائماً وذلك عند بطلان العملية التنفيذية لسبب ذاتي فيها<sup>(٣)</sup>. أي تزول القوة التنفيذية بسبب عيب أو خطأ في إجراءات التنفيذ، ولا أثر من تلك الأخطاء والعيوب الإجرائية على الحق الثابت في الحكم كحق موضوعي، يمكن تنفيذه بإجراءات جديدة وصحيحة.

وينص المشرع في بعض الحالات على اعتبار الحكم الصادر من المحكمة كأن لم يكن، من ذلك نص المادة ٨٦ من قانون المرافعات المصري أنه "إذا حضر الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة اعتبر كل حكم صدر عليه فيها كأن لم يكن"، وكذلك ما نصت عليه المادة ١/٤٨٧ من قانون المرافعات الفرنسي الحالي على أن "الحكم الغيابي والحكم المعتبر حضورياً بسبب أنه يقبل الاستئناف يعتبر كأن لم يكن إذا لم يعلن خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره"<sup>(٤)</sup>. وأن عدم إعلان الحكم وعدم إتخاذ مقدمات التنفيذ فإن هذا الحكم يسقط بمرور الزمن دون تنفيذ، ولا يترتب عليه أي آثار قانونية في مواجهة المحكوم عليه. وأن اعتبر الحكم كأن لم يكن في بعض الحالات يجعل الآثار التي ترتبت على ذلك الحكم وينت عليه كأن لم تكن، ومن تلك الآثار التي ترتبت على ذلك الحكم هي زوال القوة

<sup>١</sup> - هذه هي الحالة التي يكون مبنى الطعن فيها هو خطأ محكمة أول درجة في وصف الحكم أو في تطبيق القانون تطبيقاً سليماً فيما يتعلق بإسناد التنفيذ المعجل.

<sup>٢</sup> - د/ عاشور مبروك (النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية) مرجع سابق ص ٤١.

<sup>٣</sup> - د/ أحمد خليل (قانون التنفيذ الجبري) مرجع سابق ص ٤٧٠.

<sup>٤</sup> - لا تنطبق هذه المادة على الأحكام التي لا تستنفذ ولاية القاضي أنظر:

Cass.civ.2e, 6 jan. 2005,j.c.p 2005. 1. 183, NO 14, obs. Amrani- Mekki,

كما لا تنطبق هذه المادة على الأحكام الصادرة من محكمة النقض، أنظر:

Cass.civ., 3e, 13 oct 2004, Bull. Civ. III, No. 172.

راجع: د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٥٤.

التففيذية التي اكتسبها ذلك الحكم، أي نقصد بذلك أن القوة التنفيذية تعتبر كأن لم تكن نتيجة إعتبار الحكم كأن لم يكن.

ويصد ذلك نقول محكمة النقض ( تلغى كذلك جميع إجراءات التنفيذ التي تمت بناء على الحكم المنقوض)<sup>(١)</sup>، سقوط ما تم من إجراءات التنفيذ وجواز طلب إبطال هذه الإجراءات بدعوى أصلية، مع مراعاة عدم المساس بحقوق الغير التي تعلقت بإجراءات التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

كما أن تصحيح الوصف إذا كان من شأنه تجريد الحكم من قوته التنفيذية، وإذا كانت إجراءات التنفيذ قد بدأت إستناداً إلى الوصف الخاطيء، فإن تصحيح هذا الوصف يحول دون إستمرارها ويلغى ماتم منها، ويعطى للمحكوم له فى التظلم من الوصف، والحق فى إعادة الحال إلى ماكان عليه وطلب التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء التنفيذ الملغى<sup>(٣)</sup>.

وأثار إنقضاء السند التنفيذى سواء كانت أحكام أو محررات موثقه هو زوال ذلك السند وإنقضاء قوته التنفيذية وأصبح هو والعدم سواء وزالت معه جميع الأحكام والأعمال والإجراءات السابقة والمرتبطة بالحكم المنقوض. أما أثر إنقضاء السند التنفيذي على أطراف التنفيذ هو سقوط حق طالب التنفيذ، وسقوط مركزه القانوني الوارد في الحكم الملغى، وعدم إستطاعته على القيام باتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة المنفذ ضده بموجب السند التنفيذي الملغى.

من ضمن الإجراءات السابقة على الحكم المنقوض إجراء وقف تنفيذ الحكم، فما مصير ذلك الإجراء بإلغاء الحكم وانقضاء قوته التنفيذية: وقف تنفيذ الحكم يعد من الأعمال والإجراءات السابقة والمرتبطة بالحكم المنقوض. وضمانة للمحكوم عليه، ووسيلة وقائية للحد من مخاطر إلغاء السند التنفيذي<sup>(٤)</sup>. ووقف تنفيذ الحكم نوع من أنواع الحماية الوقتية

<sup>١</sup> - نقض ١٩٨٠/١٢/٢٩ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٤٥ ص ٢١٥٢ - الدناصوري وعكاز التعليق م ٢٧١ ص ٨٢٥.  
arrets de la cour de cassation Fas.794 op. cit. n52,53. أشار إليهم د/ عاشور مبروك (النظام الإجرائى للطعن بالنقض فى المواد المدنية) مرجع سابق ص ٢٥٦. د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١١٠.

<sup>٢</sup> - نقض ١٩٦٦/١٢/١٣ لسنة ١٧ ص ١٨٨٠. د/ أحمد مليجى ( التنفيذ ) مرجع سابق ص ٢٤١ ، ٢٤٢.  
<sup>٣</sup> د/ أحمد ماهر زغلول ( أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق رقم ١١٣ ص ١٧٥. د/ أحمد محمد حشيش (أساس التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ١٤٠ ، ١٤١.

<sup>٤</sup> - وهذا بخلاف الكفالة التي تمثل وسيلة علاجية ، ولاشك أن الوقاية خير من العلاج. راجع د/ أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٤٧٦-٤٩٣ ، د/ أحمد هندی ( أصول التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٥٨..

للمحكوم عليه، ولا يمكن حماية الحق حماية وقتية إلا إذا ترجح إلغاء الحكم المطعون عليه<sup>(١)</sup>.

الوقف ضماناته إجرائية وقتية سابقة على إنقضاء السند التنفيذي، أما إنقضاء القوة التنفيذية هو أثر قبول الطعن والغاء الحكم. والقضاء في طلب وقف التنفيذ قضاء وقتي لا يحوز قوة الأمر المقضى وهذا بخلاف الحكم بإلغاء السند التنفيذي<sup>(٢)</sup>. فحكم الإنقضاء والإلغاء يعدم القوة التنفيذية لتصبح كأن لم تكن.

لذلك راعى المشرع<sup>(٣)</sup> رجحان الغاء الحكم المطعون عليه كشرط أساسى لقبول طلب وقف التنفيذ وأن قبول طلب وقف التنفيذ مرتبط وجوداً وعدمياً برجحان الغاء الحكم المطعون عليه، فإذا رأت المحكمة جدية أسباب الطعن وفقاً لسلطتها التقديرية، ورجحت معها الغاء الحكم المطعون عليه قررت المحكمة قبول طلب وقف التنفيذ، وإذا رأت المحكمة عدم جدية أسباب الطعن وفقاً لسلطتها التقديرية، ولم ترجح معها الغاء الحكم المطعون عليه قررت المحكمة عدم قبول طلب وقف التنفيذ.

## الفصل الثاني

### سقوط الحقوق الإجرائية اللاحقة على الحكم المنقوض

والمقصود بالحقوق الإجرائية اللاحقة على الحكم المنقوض هي الأحكام والأعمال والإجراءات اللاحقة والمرتبطة بالحكم المنقوض، ويشترط لسقوط تلك الحقوق الإجرائية ارتباط هذه الحقوق والأعمال والإجراءات بالحكم المنقوض وأن يكون الحكم المنقوض أساساً لها.

أثار الحكم المنقوض هو وقف سير الإجراءات، وإلغاء بحكم القانون جميع الأعمال والأحكام اللاحقة المرتبطة بالحكم المنقوض<sup>(٤)</sup> والتي إتخذت من الحكم الصادر فيها أساساً

<sup>١</sup> - د/ أحمد ماهر زغلول ( أصول التنفيذ ) عام ١٩٩٤ ص ١١٢ ، د/ محمد محمود إبراهيم ( أصول التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ١٥٧، د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٣٧، ٣٨ ، د/ عبد الخالق عمر ( مبادئ التنفيذ )

مرجع سابق ص ٢٢٦، ٢٢٧، د/ أحمد هندی ( أصول التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٧١، ٧٢.

<sup>٢</sup> - وهذا بخلاف الكفالة التي تمثل وسيلة علاجية ، ولاشك أن الوقاية خير من العلاج. راجع د/ أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٤٧٦-٤٩٣ ، د/ أحمد هندی ( أصول التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٥٨، ٥٩.

<sup>٣</sup> - راجع المادة ١/٢٩٢.

<sup>٤</sup> - ا/ عبد المنعم حسنى ( طرق الطعن فى الأحكام ) دار المعلم للطباعة الطبعة الأولى عام ١٩٧٥ ص ٨٣٩.

لها ، أياً كانت الجهة التي أصدرتها فلا يحتاج إلى اللجوء إلى القضاء مجدداً للحصول منه على حكم يقضى بذلك صراحة<sup>(١)</sup>.

ما نصت عليه المادة ٢٧١ من قانون المرافعات فيما يتعلق بإلغاء الحكم من محكمة النقض أنه ( يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أياً كانت المحكمة التي أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها )<sup>(٢)</sup>.

إذا نقضت محكمة النقض الحكم ترتب على ذلك زوال هذا الحكم وزوال الأحكام والأعمال المبنية عليه أو المترتبة عليه، فتزول أعمال وإجراءات التنفيذ التي إتخذت<sup>(٣)</sup>. وكافة القرارات اللاحقة التي تستند إليه ، أو ترتبط به برابطة تبعية حتمية - Lien de dépendence nécessaire<sup>(٤)</sup>. ودون حاجة لإستصدار حكم جديد بإلغاء تلك الأعمال أو الإجراءات<sup>(٥)</sup>.

ويستفاد من ذلك: أن من أثار نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة عليه شرط أن يكون الحكم المنقوض أساساً لها. ويستفاد أيضاً أن النص جاء بصياغته العامه فعبارة الأعمال اللاحقة تشمل جميع الأعمال ويدخل فيها التنفيذ وإجراءاته وقوته التنفيذية، وعبارة نقض الحكم ليس مقصوراً على الطعن بالنقض فقط، وإنما المقصود بالنقض هنا هو إلغاء الحكم سواء كان عن طريق الطعن العادى أو الطعن الغير عادى.

١- نقض ١٩٨٠/١٢/٢٩ مجموعة القواعد ٤-١-٤٧٣٢-١٣٤٤، نقض ١٩٦٥/٣/١١ - المجموعة ١٦-٣٠٤، ١٩٧٤/٣/١٢ - المجموعة ٢٥ - ٤٩٢، ١٩٧٧/٤/٢٧- المجموعة ٢٨-١٠٨٠، نقض ١٩٣٧/١/١٤ - الطعن ٧٦ لسنة ٦٦، ١٩٧٠/١/٢٧ - المجموعة ٢١- ٢٠٢، ١٩٧٥/١/١٩ - المجموعة ٢٦- ٢٠٦، ١٩٧٩/٥/٧ - المجموعة ٣٠ع٢ - ٢٩٧، ١٩٨٠/١١/١٨ - الطعن ٣٨٦ لسنة ٤٦ ق ١٩٨١/٣/٢٣ - الطعن ١٩٥٧ لسنة ٤٩ ق. نقض ١٩٧٥/٥/٤ - المجموعة ٢٦ - ٩١٣، ١٩٨١/١٢ - مجموعة القواعد ٤-١-٤٧٢٩-١٣٢٢٧. راجع: د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١١٠، ١٣٣.

٢- أ/ عبد المنعم حسنى ( طرق الطعن فى الأحكام ) مرجع سابق ص ٨٣٩. د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٦٣، ٦٥.

٣- طعن رقم ٢١٦ لسنة ٤٢ ق. د/ الأنصارى حسن النيدانى ( التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ) مرجع سابق ص ١٠٠.

٤- Soc, 12 fev. 1985, J.C.P. 1985. IV, 152: 1 juill. 1985, J.C.P. 1985. IV. 316. أشار إليه د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٤٩.

٥- نقض ١٩٨٢/١/٢٠ طعن ٢٧٦ س٩٩، نقض ١٩٨٥/٥/٢٢ طعن ١٨١ س٥١ ق، نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن ٥٤٦ س٥٢ ق، نقض ١٩٩٢/١/٢٣ طعن ٢١٣٧، ٢١٣٨، ٢١٣٩ س٥٥ ق، نقض ١٩٨٣/١/٢٠ طعن ٢٧٦ س٤٩، نقض ١٩٨١/١٢/١٦ طعن ١٤٦ س٤٧ ق، نقض ١٩٦٦/١٢/١٣ طعن ٢١٧ س٣٢ ق. راجع: المستشار / أنور طلبه ( التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقتية ) مرجع سابق ص ٢٣١.



ولا يشترط النص صراحة في حكم الطعن على إلغاء جميع الأحكام والأعمال السابقة أو اللاحقة على الحكم المنقوض، لأن بحكم الطعن يقتضي زوال وإلغاء جميع الأحكام والأعمال السابقة أو اللاحقة على الحكم المنقوض، ولا يلزم اللجوء للقضاء لإصدار حكم بإلغاء تلك الأحكام والأعمال المرتبطة بالحكم المنقوض، والتي كان الحكم المنقوض أساساً لها.

لكن ليست كل الأعمال والإجراءات يقتضي الحكم المنقوض زوالها. ولا بد أن نفرق بين ما يمتد أثر الحكم المنقوض إليه ويقتضي زواله. وما لا يمتد أثر الحكم المنقوض إليه ولا يقتضي زواله.

#### ١. ما يمتد أثر الحكم المنقوض إليه ويقتضي زواله:

أ. آثار الحكم المنقوض يقتضي زوال الإجراءات والأحكام والأعمال اللاحقة المرتبطة به<sup>(١)</sup>. كما يؤدي إنعدام الأحكام وبطلانها إلى بطلان الحكم اللاحق<sup>(٢)</sup>.

أثر الحكم المنقوض على إجراءات الحجز والتخصيص : ( من آثار الحكم المنقوض إلغاء وزوال الحجز عن الأموال المحجوزة )<sup>(٣)</sup>. وكذلك ( إلغاء وزوال الحجز عن الأموال المودعة في خزنة المحكمة والمخصصه للوفاء بديون الحاجزين بموجب نظام الإيداع والتخصيص)<sup>(٤)</sup>.

ب. من آثار الحكم المنقوض إلغاء إجراءات التنفيذ التي تمت<sup>(٥)</sup>. والإجراءات التي لم تتم وكان الحكم المنقوض أساساً لها.

١- د/ عبد المنعم حسنى (طرق الطعن) مرجع سابق ص ٨٣٢. د/ عاشور مبروك (النظام الإجرائى للطعن بالنقض فى المواد المدنية) مرجع سابق ص ٢٥٧.

٢- المستشار / أنور طلبه (التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقائية) مرجع سابق ص ٢٣١.

٣- د/ فتحى والى (التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص ٤٦١.

٤- والحكم الذى يصدره قاضى التنفيذ ( بالتقدير والإيداع والتخصيص ) هو حكم مستعجل ينطبق على القواعد العامة للأحكام المستعجلة ، فهو لا يقيد محكمة الموضوع التى تنظر المنازعة حول وجود حق الحاجز أو مقدارها ، كما انه لا يقيد نفس القاضى الذى أصدره عند نظر الدعوى بإعتباره قاضياً للموضوع . إذ قد يحكم فى دعوى الإيداع والتخصيص بتقدير مبلغ معين يودع خزنة محكمة التنفيذ ، ولكنه عندما تنظر المنازعة الموضوعية- دعوى رفع الحجز - تحكم برفع الحجز. راجع: د/ عزمى عبد الفتاح ( قواعد التنفيذ ) عام ١٩٨٤م ص ٩٧٠ ، أشار إليه: د/ أحمد هندى ( أصول التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ١٦٩.

٥- د/ أسامه أحمد شوقى المليجى ( موضوعات مختارة فى خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص ١٠٢.

ولقد قضى تطبيقاً لذلك " بأن محكمة النقض يجب أن تحكم بأنه لامحل للحكم Non- ( lieu-à statuer ) فى الطعن المرفوع إليها ضد حكم قضى إستناداً إلى حكم تم نقضه لأن هذا الحكم يلغى بقوة القانون"<sup>(١)</sup>.

وبالتالى أرى أنه لم يعد للتنفيذ قوة يتمسك بها صاحبها لزوالها وإنقضائها بزوال وإلغاء الحكم المطعون عليه، لأنها تدخل وفقاً للنص المشار إليه من (الأعمال اللاحقة للحكم المنقوض) وأن الحكم أساساً لها، فإذا إنعدم الأساس وهو (الحكم أو السند التنفيذي) وزال وإنقضى لسبب ما، أدى ذلك لزوال صفته ( القوة التنفيذية ) التى كان يتصف بها الحكم.

ج. من آثار إلغاء القوة التنفيذية عدم جواز الطعن على الحكم الصادر بطريق التظلم الوصفى بشكل مستقل. وإن أمكن جواز الطعن على الحكم الصادر فى التظلم الوصفى بطريق النقض.

وهذا ما أكد عليه حكم النقض بعدم جواز الطعن على الحكم الصادر فى التظلم الوصفى على إستقلال لأنه لايعتبر حكماً منهيماً للخصومة كلها أو بعضها، فالمحكمة تفصل فى وصف الحكم بصفة قطعية، ولذا فإنها تستنفذ سلطتها بالنسبة لهذا الشق، ولايجوز لها أن تعدل عنه أو تقضى بما يناقضه، ويترتب ما يترتب على الأحكام القطعية من آثار، والحكم الصادر فى التظلم يقبل الطعن فيه بطريق النقض حال توافر شروطه<sup>(٢)</sup>. الحكم الصادر بقبول التظلم أو طلب وقف التنفيذ يعد تجريد للحكم من قوته التنفيذية مما يجعله غير صالح لمباشرة إجراءات التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup>- Civ. 2, 19 mars 1980, D. 1980. IR. 465, obs. JULIEN, GP 1980 568, note. VIATTE, Com. 18 nov. 1980, D. 1981. IR 196., Civ , 1, 23 Juin 1982, D, 1983. IR, 395, obs. JULIEN, Cass, eh. Mixte, 6 Juill. 1984; G.P. 1985, Pan, 53 ( ref, 1931 ), obs. GUINCHARD.

<sup>٢</sup>- نقض مننى جلسة ١٦/١٦/١٩٦٤ - السنة ١٥ - ص٩٨، د/ عبد الحكيم عيسى عكاشه (التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية) مرجع سابق ص١٢٣. د/ أحمد ماهر زغلول (آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص١٧١، ١٧٣، ١٧٤. د/ نبيل إسماعيل عمر (التنفيذ الجبرى) مرجع سابق ص٨١.

<sup>٣</sup>- د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص١٧٤، ١٧٥، ٢٢٢. د/ محمد الصاوى مصطفى ( قواعد التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص٢٤٨.

## ٢. ما لا يمتد أثر الحكم المنقوض إليه ولا يقتضي زواله:

أ. ماتم من إجراءات بإرادة ذوي الشأن إرادة حرة، أو ما يكون قد قبل ووقع التنازل عن الطعن فيه من الأحكام اللاحقه فلا يمتد أثر الحكم المنقوض إليه.. وكذلك مثل الأحكام الفرعية التي حازت قوة الشيء المحكوم فيه إما لعدم الطعن فيها أصلاً أو لصدور حكم برفض وجوه الطعن المتعلقة بها حيث تبقى هذه الأحكام على حجيتها ونفاذها في كل ما لا يتعلق له بالحكم المنقوض<sup>(١)</sup>.

ب. لا يمتد إلى ماجرى من أقوال أو أعمال أو إجراءات في الدعوى أمام قضاء الدرجة الأولى والثانية، ولم يكن الحكم المنقوض أساساً لها، وإن الخصومة تستعيد سيرها أمام محكمة الإحالة أو النقض من النقطة التي بلغت قبل صدور الحكم المنقوض<sup>(٢)</sup>.

ومن الممكن وضع ضابط للأعمال والإجراءات التي يترتب على الحكم المنقوض زوالها: هو أن يكون ذلك الحكم المنقوض أساساً لهذه الإجراءات والأعمال، وإن لم يكن أساساً لها فلا يقتضي زوالها.

### المطلب الثاني

#### الأثار الموضوعية المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات

تتعلق الأثار الموضوعية المترتبة على انقضاء القوة التنفيذية للسندات بالحق الموضوعي وهو الإلتزام الوارد في السند التنفيذي، ومن تلك الأثار الموضوعية سقوط الحق الموضوعي الثابت في السند التنفيذي، ومسئولية طالب التنفيذ أثر انقضاء القوة التنفيذية وإلغاء السند التنفيذي.

<sup>١</sup> - فمن حكم عليه بجواز الإثبات بالبينة ثم حكم عليه في موضوع الدعوى بطلبات خصمه ثم قصر طعنه على الحكم الأخير ، حيث لا يكون له في حال نقضه أن يطلب الحكم بعدم جواز الإثبات بالبينة متغافلاً الحكم الصادر من قبل بجواز الإثبات بها. راجع د/ حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ( النقض ) بند ٣٥٢ ص ٦٧٨، ٦٧٩. نقض ١٩٧٩/١٢/٢٢ السنة ٣٠ العدد الثالث ص ٢٢٤. أشار إليه د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٥٧.

<sup>٢</sup> - د/ وجدى راغب ( مبادئ القضاء المدني ) دار النهضة العربية عام ٢٠٠١ ص ٦٩٦. د/ حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ( النقض ) بند ٣٥٢ ص ٦٨٠. د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٥٨.

## الفرع الأول

### سقوط الحق الموضوعي

أن الحكم الصادر في الدعوى المدنية يقرر حقاً مالياً يخضع لأحكام القانون المدني من حيث سقوطه أو بقاءه<sup>(١)</sup>. ويقصد بسقوط الحق الموضوعي: هو سقوط الإلتزام الوارد في الحكم الثابت في حق المحكوم عليه والمقرر لمصلحة المحكوم لصالحه.

**مدى تأثير إنقضاء القوة التنفيذية على الحق الموضوعي والمطالبة به:**

وتتضح تلك الفكرة من خلال الإجابة على تلك الأسئلة هل الحق الموضوعي الوارد في الحكم الملغي سينتأثر بإلغاء الحكم وإنقضاء قوته التنفيذية؟ وهل إنقضاء الحق الموضوعي يسقط حق المطالبة به بعد ذلك؟

للإجابة على تلك التساؤلات ينبغي التفرقة بين أمرين: أولاً: سقوط الحق الموضوعي وسقوط المطالبة به معاً. ثانياً: سقوط المطالبة بالحق الموضوعي دون المساس بأصل الحق الموضوعي الثابت في الحكم القضائي.

**الأمر الأول: سقوط الحق الموضوعي ككل وسقوط المطالبة به معاً:**

ويسقط الحق الموضوعي وتسقط المطالبة به عندما تصدر محكمة النقض حكمها لصالح الطاعن، وذلك حيث تقبل الطعن وتنقض الحكم المطعون فيه ، وتقضى المحكمة بذلك إذا تحققت من وجود أحد العيوب التي يقوم عليه الطعن دون أن تلتزم في هذه الحالة ببحث بقية أسباب الطعن<sup>(٢)</sup>. فيلغى الحكم الابتدائي الصادر في موضوع الدعوى والحكم الإستئنافي المؤيد له المطعون فيه بالنقض<sup>(٣)</sup>.

كما يسقط الحق الموضوعي وتسقط المطالبة به عندما يتقادم الحكم القضائي بمرور الزمن بدون تنفيذ فيؤدى إلى سقوط هذا الحكم، ومن ثم سقوط الحق الثابت به أيضاً، وفي حالة التنازل عن الحكم فيؤدى ذلك إلى زوال هذا الحكم والتنازل عن الحق الثابت به، وهو ماقررتة صراحة المادة ١٤٥ من قانون المرافعات المصري، حيث جاء بها "التزول

<sup>١</sup> - د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٥١٢.

<sup>٢</sup> - د/ أحمد هندی (قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ٦٤٢.

<sup>٣</sup> - نقص ١٩٧٩/٥/٧ - السنة ٣٠ عدد ثان ص ٢٩٧. أشار إليه: د/ أحمد هندی (قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ٦٤٢.

عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به"، وهو نفس ماقررته المادة ٥٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني حيث جاء بها "التنازل عن الحكم يستتبع التنازل عن الحق الثابت فيه".

إتجه رأى بالترقية بين زوال الحق كنتيجة لسقوط الحكم بالتقادم، وزوال الحق كنتيجة للتنازل عن الحكم الذي قضى به للمحكوم له. وأكد على ذلك الرأي بأن تقادم الحكم القضائي يسري في مواجهة الشخص سواء كان كامل الأهلية أو ناقص الأهلية أو عديم الأهلية وليس له إلا في الحالتين الأخرتين سوى الرجوع على ممثله القانوني بالتعويض، أما التنازل عن الحكم فلأنه تصرف قانوني يلحق ضرر بالمحكوم له، فيستلزم توافر أهلية التصرف فيمن يقوم به وموافقة المجلس الحسبي للتنازل نيابة عن القاصر<sup>(١)</sup>.

وإن كنت أرى أن لا تفرقة بين زوال الحق الموضوعي كنتيجة لسقوط الحكم بالتقادم، وزوال الحق الموضوعي كنتيجة للتنازل عن الحكم الذي قضى به للمحكوم له، لأن النتيجة واحدة وهي زوال الحق الموضوعي سواء كان هذا الزوال بناءً على تنازل أم تقادم للحكم القضائي.

فالتفرقة ليست في النتيجة وإنما يمكن أن نرى هذه التفرقة وحصرها في أمور منها: ١- الآلية التي أسقطت الحق الموضوعي والحق الإجرائي: وذلك بسبب تعدد آليات سقوط الحق الموضوعي ولم تكن هناك آلية واحدة لسقوط ذلك الحق الموضوعي ومن تلك الآليات الصلح والتنازل عن الحق الموضوعي والتقادم بمرور الزمن، ونقض الحكم وإلغاءه من خلال الطعن عليه.

٢- التأسيس القانوني لعدم الفصل في الدعوى الجديدة: أ- بالنسبة للتنازل عن الحكم

القضائي: لايجوز رفع دعوى جديدة بين نفس الخصوم ولذات السبب وبنفس موضوع الدعوى السابقة تأسيساً على إنقضاء الدعوى بسبب التنازل عن الحق الموضوعي.

ب- التأسيس القانوني لعدم الفصل في الدعوى الجديدة بالنسبة لتقادم الحكم القضائي:

إعمالاً لمبدأ إستقرار الحقوق والمراكز القانونية للمجتمع، ومن ثم لايجوز رفع دعوى

<sup>١</sup> - د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٥٣، ٤٥٤.

بإجراءات جديدة بين نفس الخصوم ولذات السبب وبنفس موضوع الدعوى، فكل من تقاعس عن ممارسة حقه سقط حقه بسبب مرور الزمن<sup>(١)</sup>، والعلة في ذلك هو إستقرار الأوضاع والمراكز القانونية.

أن إنقضاء القوة التنفيذية بأى آلية من آليات الإنقضاء سواء بالتقادم أو الطعن أو الإلغاء أو الصلح أو التنازل لهم تأثير مباشر على الحق الموضوعي للحكم الملغي، وهو سقوط ذلك الحق الثابت في الحكم الملغي، وعدم إستطاعة المحكوم له في الحكم الملغي مطالبة المنفذ ضده المحكوم عليه بالإلتزام الوارد في السند التنفيذي. ولأن القوة التنفيذية هي أثر مترتب على الأحكام القضائية فاذا زالت تلك الأحكام القضائية زال معها الأثر الذي ترتب عليه، وهو زوال التنفيذ وزوال قوته وفعاليتها.

وأرى من وجهة نظري: أنه من الممكن الإعتماد على الحكم والسند التنفيذي الملغي كوسيلة من وسائل الإثبات، إلا أن ما قضى به الحكم والسند التنفيذي من حقوق تنقضى وتسقط إما بالتقادم أو بالتنازل، وتعتبر الصيغة التنفيذية التي يشملها ذلك الحكم أو السند التنفيذي كأن لم تكن ويمتنع التنفيذ بموجبها، ويرد ماتم تنفيذه بالمخالفة لذلك الإلغاء.

الأمر الثاني: سقوط المطالبة بالتنفيذ دون المساس بأصل الحق الموضوعي الثابت في الحكم القضائي:

وهذه الحالة يمكن تصورها في إعتبار الحكم كأن لم يكن لعدم إعلانه للمحكوم عليه في الميعاد الذي حدده المشرع يشمل هذا الحكم فقط دون الحق الثابت به للمحكوم له، فالحق الموضوعي الذي صدر به هذا الحكم لا يسقط بل يظل موجوداً، وهو ما يجيز رفع دعوى جديدة للمطالبة به، دون إمكان دفعها بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها، لأنه ليس بحجة على الخصم الذي لم يحضر في الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم الملغي.

وقد يتصور سقوط وإنقضاء القوة التنفيذية دون المساس بأصل الحق الموضوعي، مثال الحكم الصادر في التظلم الوصفي بتعديل الوصف الخاطئ وزوال القوة التنفيذية التي إكتسبها الحكم الإبتدائي بطريق الخطأ، فالتعديل هنا للوصف الخاطئ فقط دون المساس

<sup>١</sup> - محكمة التمييز اللبنانية - بتاريخ ١٩٦٢/٦/٧ - قرارا رقم ٣٩ ص ١٨٤ وما بعدها. أشار إليه: د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٥٤، ٤٩٤.

بالحق الموضوعي الثابت في الحكم الابتدائي، ويجوز للطاعن المطالبة بالحق الموضوعي بكافة طرق الطعن المقررة لذلك.

حق المطالبة بالحق الموضوعي يتوقف علي بقاء القوة التنفيذية التي يستند عليها ذلك الحكم المطعون عليه، وهذه القوة التنفيذية هي التي تعطي للمحكوم له سلطة المطالبة بالحق الموضوعي عن طريق تدخل قضاء التنفيذ، فإذا ما انقضت وألغيت القوة التنفيذية للحكم المطعون عليه أصبح حق المطالبة به والتنفيذ الجبري أمر مستحيل.

### مجال ونطاق سقوط الحق الموضوعي:

هل كل الأحكام الملغية يسقط حقها الموضوعي أم تظل الأحكام مكتسبه بالحق الموضوعي رغم إلغاء وزوال القوة التنفيذية للحكم الملغى؟ وللإجابة على ذلك السؤال سنفرق بين حالتين.

أولاً: هناك أحكام إذا ما صدرت وأصبحت باثة كانت هي عنوان الحقيقة مدى الحياة، لمن صدرت لصالحه أو خلفه إلى مالا النهائية، وكذلك لمن صدرت في مواجهته وخلفه إلى مالا النهائية، ولا يمكن أن يرد عليه التقادم مهما مر الزمن، ومن ذلك على سبيل المثال الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب وإرث... إلخ، والأحكام الصادرة بصحة التوقيع، والأحكام المؤيدة للحق العيني المسجل بالسجل العقاري في لبنان، فهذه الأحكام لا يلحقها تقادم، لأنها غير صالحة لأن تكون محلاً له، فلا يجوز أن يقال أن الحكم الصادر في هذه المسائل يتأثر بمرور الزمن، ويتقادم بعد مرور فترة من الزمن على صدوره، فالحق الموضوعي الثابت في الحكم لا يتقادم ولا يسقط بمرور الزمن<sup>(١)</sup>.

وكذلك الحقوق الأدبية والمعنوية فقد نص المشرع على أن هذه الحقوق دائمة غير قابلة للتقادم ولا تسقط بالنزول عنها أو عدم استعمالها مهما طال الزمن، لان تلك الحقوق الأدبية من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، وهي غير قابلة للتصرف بطبيعتها، وكل تصرف بشأنها يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٤٦.

<sup>٢</sup> - نقض ٢٠٠٦/٧/١٠ - مجلة المحاماه العدد الخامس والسادس - سبتمبر ٢٠٠٩ - ص ٥٢٨.

ثانياً: هناك من الأحكام التي تقضى بأداء معين أو بعمل أو الإمتناع عن عمل، كل هذه الأحكام تكون محل لسقوط حقها الموضوعي وإلغاء قوتها التنفيذية، من هذه الأحكام التي تقضى للمحكوم له بأداء معين تجاه المحكوم عليه كدفع مبلغ من المال، أو الأحكام التي تقضى بأداء عمل معين مثل عقد المقاولة، أو الإمتناع عن عمل معين مثل إمتناع عن المرور ووقف الأعمال الجديدة<sup>(١)</sup>، وذلك لأن من شرط سقوط الحق بالتقادم هو عدم مطالبة الدائن للمدين خلال المدة المحددة قانوناً فيسقط الحق بعدم المطالبة<sup>(٢)</sup>.

ومن الشروط الموضوعية للسند التنفيذي هو أن يكون الحق محقق الوجود، وبمرور ١٥ سنة دون تنفيذ السند التنفيذي تنقضى مدة التقادم للحق الثابت في السند التنفيذي، ويؤدي إلى زوال الحق وسقوطه. وطالب التنفيذ لا يكلف بإثبات أن الحق الثابت في السند محقق الوجود - لأن الأصل في السند التنفيذي أنه محقق الوجود - فإذا إدعى المنفذ ضده أن الحق المراد تنفيذه غير محقق الوجود كان عليه إثارة منازعة في التنفيذ ويقع عليه هو عبء الإثبات بأنه غير محقق الوجود<sup>(٣)</sup>.

نصت المادة ٢٤٣ من القانون المدني المصري على أن (تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم صدور التصرف المطعون فيه). ويستفاد أن التقادم المسقط لحق دعوى عدم نفاذ التصرف هو ثلاث سنوات، وهذا يمكن تصوره حالة إمتناع المدين عن القيام بالإلتزام وعدم نفاذ التصرف، شريطة علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، ويكون التقادم المسقط لحق الطعن على جميع التصرفات خمس عشرة سنة في جميع الأحوال شريطة عدم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. والتصرف الذي يعتد به هو الإلتزام وقد يكون ذلك التصرف إما إلتزام نقدي أو عيني أو القيام بعمل أو

١- د/ محمد سعيد عبد الرحمن (تقادم الأحكام القضائية) مجلة حقوق اسكندرية عام ٢٠١٥ ص ٤٩٢.

٢- د/ السنهوري (الموجز) ج ٢ ص ٤٩٢، ٦٤٣. د/ أحمد خليفة شرقاوي أحمد (القوة التنفيذية للمحررات الموثقة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق ص ٤٩٢، ٤٩٤.

٣- د/ عزمى عبد الفتاح (نظام قاضي التنفيذ في القانون المصري والمقارن) مرجع سابق ص ١٢٢. د/ أحمد صدقي محمود (الوجيز في قواعد التنفيذ الجبري السعودي) مرجع سابق ص ٩٢.



الإمتناع عن عمل، وسواء كان ذلك التصرف ملزم للطرفين أو تصرف بالإرادة المنفردة ملزم لطرف واحد.

وأكدت على ذلك المادة ٣٧٤ من ذات القانون على أن (يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية). ويستتبع من ذلك أن أثر إنقضاء السند التنفيذي على الحق الوارد فيه، هو زوال وسقوط الحق الوارد في ذلك السند، وزوال قوته التنفيذية، وزوال الأعمال والإجراءات المرتبطة به. والحق المقصود به هو الحق الموضوعي والحق الإجرائي. وهذا يترتب على عدم أحقية الدائن مطالبة المدين بأى من الحقين.

### مدى تأثير القوة التنفيذية بتعديل الحكم المنقوض:

وتتضح تلك الفكرة بالحكم الصادر من محكمة الطعن بتعديل الحكم المنقوض بإلغاء بعض أجزاء الحكم المنقوض، فهل تتأثر القوة التنفيذية بأحكام الإلغاء أو التعديل؟ قد تتأثر القوة التنفيذية تأثراً جزئياً عندما يقتصر حكم الإلغاء على بعض وجوه القضاء التي وردت في الحكم دون الوجوه الأخرى، فإن أثر الإلغاء ينحصر فيما ورد فيه ويبقى الحكم قائماً وصحيحاً بالنسبة للوجوه الأخرى التي لم يتناولها الإلغاء - وهذا هو المبدأ المعتمد في القانون الفرنسي وكما هو الحال في القانون المصري ... كما أن محكمة الطعن تلغى الحكم أو القرار المطعون فيه، فيؤدى ذلك إلى زواله بما يتضمنه من قضاء وما يترتب من آثار، "نقض الحكم كلياً يترتب عليه إعتباره كأن لم يكن فيزول وتزول معه جميع الآثار المترتبة عليه ..."، "القضاء بإلغاء الحكم المستأنف بزيل الحكم بجميع آثاره" (١). ومن تلك الآثار هو إلغاء القوة التنفيذية.

قد تتأثر القوة التنفيذية تأثراً كلياً عندما يشمل حكم الإلغاء جميع أجزاء الحكم المنقوض ويلغيه برمته، فتزول القوة التنفيذية للحكم المنقوض لأنها من الآثار المترتبة على الحكم

١- وإعتمدت المادة ٦٢٣ مرافعات فرنسي الإلغاء قد يكون كلياً (En Son entire) أو جزئياً. وتقول محكمة النقض تأكيداً لذلك: "أن نقض الحكم ... يترتب عليه إعتباره كأن لم يكن ... ويقضي ذلك سقوط جميع الآثار التي ترتبت عليه" نقض ١٩٦٤/٤/٩ - المجموعة ١٥ - ٥١٦، ١٩٧٢/٦/٣ - المجموعة ٢٣ - ١١٠٩. وأيضاً: نقض ١٩٤٨/١٢/١٩ - المجموعة الذهبية ١٠ - ٥٣٦ - ١٣٧٥، ١٩٧٧/١/١٩ - المجموعة ٢٨ - ٢٦٨، ١٩٨٠/١٢/٢٩ - مجموعة القواعد - نادي القضاء ١ - ٤٧٣٢ - ١٣٤٤. وأيضاً: نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ - المجموعة ١٨ - ١٩٤٣. راجع: د/ أحمد ماهر زغول (آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١٣٠، ١٣١، ١٣٦.

المنقوض، وتدخل المشرع بنصوص خاصة لكي يرتب إمتداداً قانونياً للإلغاء، بحيث ينصرف أثره إلى أجزاء الحكم الأخرى التي لم يتناولها.

### إمتداد الإلغاء:

والإلغاء يمتد بقوة القانون دون حاجة إلى حكم آخر يقضى بذلك<sup>(١)</sup>، ويقع ويصح التنفيذ العكسي رغم عدم النص عليه في منطوق حكم الإلغاء، ويوجد إمتداد الإلغاء أساسه في إرادة القانون وليس في فكرة الحكم الضمني، ولا يطبق إلا في خصوص التي عينتها النصوص وهي أحكام محكمة النقض دون غيرها من محاكم الطعن الأخرى في القانون المصري وأحكام محكمتي الإلتماس والنقض في القانون الفرنسي<sup>(٢)</sup>. كذلك الإمتداد مشروط بوجود إرتباط حتمي أو ضروري بين الجزء المنقوض من الحكم والجزء الأخر أو الأجزاء الأخرى التي لم تنقض<sup>(٣)</sup>.

لذلك أرى أن ينهج القانون المصري مثل نظيره القانون الفرنسي بإمتداد الإلغاء بقوة القانون سواء كانت تلك الأحكام صادرة من محكمة النقض أو محكمة إلتماس إعادة النظر. ومن المعلوم أن الحكم الصادر في التظلم الوصفي ليس له أي حجية بالنسبة لموضوع الحكم، وأن قضاء المحكمة في التظلم الوصفي لا يقيد محكمة الإستئناف عند النظر في الموضوع<sup>(٤)</sup>. فقد تصدر محكمة الإستئناف حكماً مؤيداً للحكم المطعون عليه يعيد الصيغة التنفيذية مرة ثانية بعد إلغائها، وبالتالي أرى عدم تأثير محكمة الطعن أثناء نظر موضوع الحكم بإلغاء وصف التنفيذ الصادر من محكمة الإستئناف، وربما تؤيد محكمة الطعن مآقرته محكمة الدرجة الأولى بالنسبة لموضوع الدعوى رغم الحكم الصادر في

١- نقض ١٩٨٢/٦/١٢ - طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٥١ق - المدونة ص ١٨٩٩ رقم ٢٤٩٣. وكذلك نقض ١٩٨٣/٣/١٣ - طعن رقم ٦٦٢ لسنة ٥١ق - المدونة الذهبية ص ١٩٠٢ رقم ٢٤٩٦. أشار إليه: د/ أحمد هندی (قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ٦٤٢.

GUINCHARD Cass. Ch. Mixte. 6 juill. 1984, G.P. 1985. 53, Obs.

٢- د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٤٠.

٣- أنظر: نقض ١٩٨١/٤/١٣ - مجموعة القواعد ١- ٤- ٤٧٣٢ - ١٣٤٥، نقض ١٩٧٤ /٢/١٨ - المجموعه ٢٥ - ٣٥١، قضاء قديم نسبياً: نقض ١٩٣٨/١/١٢ - الموسوعة ١٠ - ١٣٦٦-٥٢٣، ١٩٥٥/٥/١٩ - الموسوعة ١٠ - ١٣٨٢-٥٤٠. كالحكم الصادر بثبوت ملكية العقار لخصم يسرى أثر النقض على إزالة ما أقامه الخصم الأخر عليه من مبان ومنشآت ولو لم يتضمنه حكم النقض راجع: د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٣٢، ١٣١.

٤- د/ محمد الصاوي مصطفى ( قواعد التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٢٢٤، ٢٤٦، د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٨١.

الإستئناف الوصفي بمنع التنفيذ وإنقضائه. وهنا يصير حكم محكمة الإستئناف الصادر في الموضوع سنداً تنفيذياً يلغى السندات التنفيذية السابقة ومنها حكم محكمة الدرجة الأولى الذي تحصل على الصيغة التنفيذية بطريق الخطأ، وكذلك السند التنفيذي للحكم الصادر في الإستئناف الوصفي، فكلاهما ينقضي ويكون حكم محكمة الطعن الصادر في الموضوع هو السند التنفيذي الواجب التطبيق.

لذلك أرى أن السند التنفيذي الصادر من محكمة الطعن أو (من جهة قضائية أعلى) يلغى جميع السندات التنفيذية السابقة عليه الصادرة من محاكم الدرجة الأولى والتي تعارضه شرط أن تكون تلك السندات متعلق بذات الدعوى وتتحد في الموضوع والسبب. ويكون سند التنازل أو الإتفاق اللاحق على خلاف ماتضمنه السند التنفيذي الأول سنداً تنفيذياً عكسياً لإعادة الحال إلى ماكان عليه وإزالة جميع آثار السند التنفيذي الأول المقضى عليه.

### الفرع الثاني

#### مسئولية طالب التنفيذ أثر إنقضاء القوة التنفيذية

هل يسأل طالب التنفيذ عن الأضرار الناتجة من إنقضاء القوة التنفيذية؟ وإن قيل بمسئوليته فالى أى أساس نظامى ترتد هذه المسؤولية؟<sup>(١)</sup>.

وللإجابة على ذلك السؤال سنتناول ذلك الفرع على غصنين:

الغصن الأول: الأساس النظامي في تحديد مسؤولية طالب التنفيذ عن تنفيذ الحكم الملغى.

الغصن الثاني: الرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه.

#### الغصن الأول

##### الأساس النظامي في تحديد مسؤولية طالب التنفيذ عن تنفيذ الحكم الملغى

لم ينظم المشرع نصاً نظامياً يتولى الإجابة على هذا التساؤل بخلاف بعض النظم الأخرى كالنظام الكويتى الذى نص صراحة على أنه (( إذا قام المحكوم له بتنفيذ الحكم المشمول بالتنفيذ المعجل التزم بتعويض الضرر الذى يصيب المنفذ ضده لو ألغى الحكم بعد ذلك ، ولو كان طالب التنفيذ حسن النية ))<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ محمود على عبد السلام وافي ( أصول التنفيذ القضائى فى النظام السعودى الجديد ) مكتبة الرشد - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى عام ٢٠١٤ - ص٧٧.

<sup>٢</sup> - م/ ١٩٢ / ٢٢ فقرة أخيرة مرافعات كويتى.

سكوت المنظم عن إلزام طالب التنفيذ في التنفيذ المعجل بتعويض الأضرار التي تلحق بالمنفذ ضده دون خطئه أي دون خطأ طالب التنفيذ إذا ماتم إلغاء الحكم المنفذ، إذ أن من القواعد الأصولية ألا ينسب لساكت قول خاصة وأن المنظم أورد نظاماً مفصلاً بخصوص التنفيذ المعجل فما كان يعيبه - لو أنه أراد تقرير مثل هذه المسؤولية - في أن يورد نصاً في مادة أو فقرة في مادة يقضى بإجراء التنفيذ المعجل على مسؤولية طالب التنفيذ<sup>(١)</sup>.

### أنصار الرأي القائل بمسؤولية طالب التنفيذ عن التنفيذ المعجل حالة إلغاء الحكم المنفذ:

من المقرر في قضاء محكمة النقض أن تنفيذ الأحكام الجائز تنفيذها مؤقتاً يجرى على مسؤولية طالب التنفيذ لأن إباحة تنفيذها قبل أن تصبح نهائية هو مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء تريت حتى يجوز الحكم أو القرار قوة الشيء المحكوم فيه فإذا ما اختار استعمال هذه الرخصة وأقدم على تنفيذه وهو يعلم أنه معرض للإلغاء إذا ما طعن عليه فإنه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على إنقضاء القوة التنفيذية للحكم الملغي مسؤولية طالب التنفيذ عن النفاذ المعجل، وهذا ما قضت به محكمة النقض (بمسؤولية الطاعة عن تنفيذ الحكم المستعجل الذي تعجلته قبل الفصل في الاستئناف المرفوع عنه الذي قضى فيه بإلغاء الحكم المستأنف فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون)<sup>(٣)</sup>.

وهو ما أكد عليه رأى الفقه المصرى إلى تحمل طالب التنفيذ كافة تبعات التنفيذ الجبرى ، فإذا تم إلغاء الحكم المنفذ بمقتضاه وقع على كاهل طالب التنفيذ رد المبالغ المتحصلة من التنفيذ ، بالإضافة إلى تعويض المنفذ ضده عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء ما أتخذ ضده من إجراءات تنفيذ ، تأسيساً على أنه مخير بين التنفيذ أو التريت لحين إستقرار الحكم ، فإن هو تعجل وطالب بالتنفيذ فيتحمل تبعات هذا التنفيذ وأيضاً لأن الغرم بالغنم<sup>(٤)</sup>.

١- د/ محمود على عبد السلام وافي ( أصول التنفيذ القضائي في النظام السعودى الجديد ) مرجع سابق ص ٨١.

٢- (نقض رقم ٥٣٠ لسنة ٥٨ جلسة ٢٩/٠٢/١٩٩٦ من ٤٧ ع ١ ص ٤٠٥ ق ٧٩)

٣- (نقض ١٩٦٧/٥/٢٣ طعن ١٠ من ٣٤ ق). المستشار/ أنور طلبه (التنفيذ الجبرى ومنازعته الموضوعية والوقتية) مرجع سابق ص ٢٥٢.

٤- وقد أكدت محكمة النقض المصرية تبينها لهذا الرأى في ١٩٣٧/٣/١١ (( تنفيذ الأحكام والقرارات التي يجرى تنفيذها مؤقتاً يجرى على مسؤولية طالب التنفيذ ، لأن إباحة تنفيذها قبل أن تصبح نهائية هو مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء إنتفع بها ، وإن

كما لم يرد عن نظام التنفيذ السعودي ثبوت المسؤولية على طالب التنفيذ الذي قام بالتنفيذ المعجل أو التنفيذ العادي حسن النية، أما سوء النية فقد عاقب عليه نظام التنفيذ السعودي في المادة ٨٨ من نظام التنفيذ (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سبع سنوات كل مدين قام بارتكاب أي من الجرائم الآتية ... الكذب في إقراراته أمام المحكمة، أو الكذب في الإجراءات، أو تقديم بيانات غير صحيحة...).

لكني أرى ضرورة إستبدال عبارة (كل مدين) في نص المادة ٨٨ من النظام التنفيذ السعودي بعبارة (كل طرف في التنفيذ) لتشمل الدائن والمدين لأن إقتصار النص على المدين دون الدائن يعد تفرقه ليس لها مبرر، فالعقاب على الكذب في الإجراءات سواء كانت صادرة من دائن أو مدين أو غيرهما.

لأن التعويض يقوم على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي مجرد عدم تنفيذ الإلتزام، وإنما يجب أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من جانب المدين أى عدم التنفيذ راجع إلى تقصير المدين<sup>(١)</sup>. وهذا الرأي يتجه إلى عدم إلزام طالب التنفيذ بالتعويض عن أية أضرار ترتبت عن مباشرة إجراءات التنفيذ الجبرى إلا إذا ثبت في حقه خطأ<sup>(٢)</sup>. فكرة الخطأ كأساس للإلتزام بالرد<sup>(٣)</sup>.

فيشترط ضرورة توافر ركن الخطأ لإنعقاد المسؤولية عن التنفيذ، والمشرع يقيم المسؤولية على أساس الخطأ<sup>(٤)</sup>، وأشار البعض الإستناد على نظرية المخاطر التي يترتب عليها المسؤولية بالتعويض دون إستلزام الخطأ إكتفاءً بحصول الضرر وهي من نظريات القانون الإداري<sup>(٥)</sup>.

شاء تریص حتى یحوز الحکم أو القرار قوة الشئ المحکوم فیہ ... ویتحمل مخاطر هذا التنفيذ ..) د/ سید أحمد محمود ( اصول التنفيذ ) دار الکتب القانونیه عام ١٩٩٩م ص ١٢٦ . د/ محمود علی عبد السلام وافی ( اصول التنفيذ القضائی فی النظام السعودی الجدید ) مرجع سابق ص ٧٧. د/ عبد العزیز خلیل إبراهیم بدیوی ( الوجیز فی قواعد وإجراءات التنفيذ الجبری والتحفظ ) الطبعة الأولى المطبوعة العالمیه القاهره عام ١٩٧٣ ص ٩٠ ، ٩١ .

١- د/ کمال عبد الواحد الجوهری ( الإستشارات القانونیه والشکای والتظلمات ) مرجع سابق ص ١٤٩ ، ١٧٠ .

٢- د/ محمود علی عبد السلام وافی ( اصول التنفيذ القضائی فی النظام السعودی الجدید ) مرجع سابق ص ٧٨ .

٣- د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحکام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٢٠٧ .

٤- د/ نبیل إسماعیل عمر ( التنفيذ الجبری ) مرجع سابق ص ٦٦ ، ٦٧ .

٥- د/ عبد العزیز خلیل إبراهیم بدیوی ( الوجیز فی قواعد وإجراءات التنفيذ الجبری والتحفظ ) مرجع سابق ص ٩٢ .

وأشار حكم النقض المصرى ( لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أورد في مدوناته أن الحكم ٣٨٦ لسنة ١٩٨١م دنى مستأنف مستعجل الجيزة قد ألغى الحكم المستعجل ٢٤٩١ سنة ١٩٨٠ الصادر لصالح الطاعنة بعد ان وصم الطاعنة بأنها استعملت الغش والتواطؤ في سبيل حصولها على الحكم المستعجل رقم ٢٤٩١ لسنة ١٩٨٠ والتفويض به إذ كلفته بالوفاء بالأجرة خلال يومين خلافا لما يتطلبه القانون وأعلنته بالحكم المستعجل إعلانا غير قانونى ) (١).

كذلك أكدت محكمة النقض الفرنسية على إشتراط حسن النية أثناء تنفيذ عقود العمل<sup>(٢)</sup>. ولا يثبت للمحكوم له فى حكم الإلغاء الحق فى التعويض إلا إذا توافرت أركان المسؤولية التصيرية كاملة من خطأ وضرر وعلاقة سببية<sup>(٣)</sup>. قضاء النقض الجديد رتب (المسؤولية التصيرية - la responsabilite extracontractuelle ) على السلطة العامة ، وهذا ما كان يجرى عليه العمل قضاء النقض التقليدى<sup>(٤)</sup>.

ويمكن أن نستخلص مما سبق أن جميع الإتجاهات أشارت وأكدت على عدم تحمل طالب التنفيذ المسؤولية عن قيامه بالتنفيذ طالما لما يتوافر لديه عنصر الخطأ الموجب للمسؤولية المتمثل فى (الغش أو التواطؤ أو الكذب أو سوء النية) فى سبيل الحصول على تنفيذ الحكم القضائى.

إذ يقع على عاتق من يادر بتنفيذه مسؤولية هذا التنفيذ ( طالب التنفيذ ) إذا ما ألغى هذا الحكم فى الإستئناف وترتب على ذلك الإضرار بالغير<sup>(٥)</sup>. وهذه الأضرار الناشئة عن

<sup>١</sup> - (نقض رقم ٥٣٠ لسنة ٥٨ جلسة ٢٩/٠٢/١٩٩٦ من ٤٧ ع ١ ص ٤٠٥ ق ٧٩)

2 - "en visant L'article L.1222-1 du code du travail, aux termes du quel le contrat de travail doit être execute de bonne foi " Paul-Henri Antonmattei, Michel Morand, Gérard Vachet, " L'année de droit social 2009 " Édition Lamy France 2010, p102.

<sup>٢</sup> - الخطأ المقصود يتعين أن يكون قد إتخذ سلوكا معينا يعتبر إنحرافا منه بالإجراءات وبحقه فى التنفيذ أو فى الطعن . راجع د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٣٨٢، ١٣٠، ١٠٩ . د/ الأنصارى حسن النيدانى ( التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ) مرجع سابق ص ١٠٥.

<sup>٤</sup> - ( Droits: revue française de théorie juridique) Institut de recherches politiques, administratives et juridiques (France) PUF, 1993, p40

<sup>٥</sup> - (نقض ١٩٨٤/٥/٢ طعن ١٣٩٣ من ٥٣ ق ) . (نقض ١٤ / ٤ / ١٩٧٠ طعن ٥٨ من ٣٦ ق ) . المستشار / أنور طلبه ( التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقتية ) مرجع سابق ص ٢٥٠.

التنفيذ تعد إضراراً بأحد طرفي التنفيذ<sup>(١)</sup>. وإنما يجب أن ينسب إليه خطأ<sup>(٢)</sup> محدد متميز عن مجرد ممارسة التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

إذ يعد إجراء التنفيذ مجرد رخصة للمحكوم له<sup>(٤)</sup>. إن شاء إنتفع بها وإن شاء تربص حتى يحوز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه ، فإذا لم يتريث المحكوم له وأقدم على تنفيذ الحكم وهو يعلم أنه معرض للإلغاء عند الطعن فيه فإنه يكون قد قام بالتنفيذ على مسؤوليته بغير تبصر فيتحمل مخاطره إذا ما ألغى الحكم ، ويصبح التنفيذ بغير سند من القانون<sup>(٥)</sup>.

هذه المسؤولية غابت عن التحليلات المتقدمة والمبدولة في الفقه الفرنسي أدركته محكمة النقض المصرية وسجلته في بعض أحكامها<sup>(٦)</sup>.

ومن ثم يترتب على إنقضاء القوة التنفيذية إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل تنفيذ الحكم القضائي (التنفيذ العكسي) وهي النتيجة المترتبة لإلغاء السند التنفيذي وإنقضاء قوته التنفيذية. وإرجاع الخصوم لمراكزهم القانونية قبل التنفيذ. والتعويض عن الضرر الذي قد ينشأ عن التنفيذ<sup>(٧)</sup>.

رأي الخاص: أرى عدم مسئوليته طالب التنفيذ حسن النية من تعجيل التنفيذ لأن طالب التنفيذ لم يقم بالتنفيذ إلا بمقتضى سند تنفيذي وهذه رخصه منحها القانون إياه، لكن هذا لا يمنع من ثبوت الرد في حكم الإلغاء على طالب التنفيذ، والحق في المطالبة بالتعويض

1 -Yves CABUY, ( Le nouveau droit des marchés publics en Belgique: De l'article à la pratique ) C. Groupe Larcier s.a., 2013, Chapitre1, n2.

2 -Alain Duelz, Jean-Christophe Brouwers, Quentin Fischer ( Le droit du divorce - les principes régissant la séparation des époux )4e édition Larcier, 2009., p17,18.

٢- د / أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص ٤٧١.

٤- نقض ١٩٨٠/١/٨ طعن ٥٩٧ س ٤٤٤ ق.

٥- المستشار/ أنور طلبه ( التنفيذ الجبري ومنازعاته الموضوعية والوقئية ) مرجع سابق ص ٢٤٩ . ( نقض رقم ٥٣٠ لسنة ٥٨ جلسة ١٩٩٦/٢/٢٩ س ٤٧ ع ١ ص ٤٠٥ ق ٧٩ )

١- تقرر المحكمة في حكمها الصادر في ١٩٦٧/٥/٢٣ (( يسأل طالب التنفيذ عن تنفيذ أحكام القضاء المستعجل عند الحصول على قضاء في الموضوع بأن الحق لم يكن في جانب طالب التنفيذ ، كما يسأل في حالة ما إذا كان الحكم المستعجل الذي نفذ بمقتضاه قد ألغى في الاستئناف فإذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ... فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون... )) نقض ١٩٦٧/٥/٢٣ - المجموعة ١٨ - ١٠٨٤ . د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٩٢ .

٧- المستشار/ أنور طلبه ( التنفيذ الجبري ومنازعاته الموضوعية والوقئية ) مرجع سابق ص ٢٤٩ . د / أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص ٤٧١.

حال عدم إستطاعة طالب التنفيذ إعادة الحال إلى ماكان عليه، وذلك من خلال قيام الطاعن بإتخاذ إجراءات التنفيذ العكسي في مواجهة المطعون عليه.

## الفصل الثاني

### الرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه

ويمكن إزالة التنفيذ الذي تم بقيام المستفيد من التنفيذ الملغى برد ما إستوفاه عيناً، فإذا كانت قد قبضت أية مبالغ وجب ردها، وإذا كانت قد أخليت عين من شاغلها وجب إعادتها إليه، وإذا كان الرد العيني مستحيلاً صار إلى الرد بمقابل نقدي. ويستهدف من ذلك هو إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التنفيذ المحكوم بإلغائه<sup>(١)</sup>. ومناط أعمال قاعدة إعادة الحال إلى ما كانت عليه هو إلغاء ماسبق صدوره من قضاء أو تجريده من قوته التنفيذية، فإذا لم يلغى الحكم فإنه يستمر في ترتيب أثره التنفيذي<sup>(٢)</sup>.

كما أن القانون واجه المخاطر التي قد يتعرض لها المحكوم عليه إذا قام بتنفيذ الحكم ثم ألغى هذا الحكم - الذي سبق تنفيذه - فيما بعد من محكمة الطعن، أو تم تنفيذه بطريق التنفيذ المباشر، ولحماية المحكوم عليه من هذه المخاطر فقد قرر له المشرع ضمانات عامة وضمانات خاصة، أما الضمانات العامة فإنها تتمثل في حق المحكوم عليه في إسترداد ما وفاه تنفيذاً للحكم الملغى. وإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التنفيذ<sup>(٣)</sup>. والضمانات الخاصة تتمثل في طلب وقف تنفيذ الحكم أو إلزام المحكوم له بتقديم كفالة قبل إقدامه على تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية المشمول بالنفذ المعجل، ويأتي وقف النفاذ كضمانة أقوى من الكفالة لأنها وسيلة وقائية تمنع التنفيذ وخاصة وأن الكفالة ليست واجبه في كل حالات التنفيذ المعجل<sup>(٤)</sup>. أما الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضى فلا يلتزم المحكوم له بتقديم كفالة.

ولا يشترط النص صراحة في حكم النقض على إعادة الحال إلى ما كان عليه، لأن إلغاء الحكم المطعون فيه يتضمن ضمناً قرار إعادة الحال. ولكن هذا مرهون بإختصاص جميع

١- د/ أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص ٤٧٣.

٢- د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٢٨.

٣- د/ الأنصاري حسن النيداني ( التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ) مرجع سابق ص ٩٩، ٢٠٠.

٤- د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ( التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص ٩٩.



أطراف الخصومة أمام محكمة النقض<sup>(١)</sup>، ونقض الحكم يقتضى زواله وإعتباره كأن لم يكن فيزول وتزول معه جميع الآثار المترتبة عليه ويعود الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض<sup>(٢)</sup>.

### الأساس القانوني للرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه:

الرأي الأول: إتجه جانب من الفقه علي أن الالتزام بالرد شأنه في ذلك شأن أى إلتزام يجد مصدره الأخير من إرادة القانون ، ولذلك فإنه يصدق عليه الوصف بأنه ( إلتزام قانونى - Obligation légale ) بالمعنى الواسع<sup>(٣)</sup>.

وأطلقوا عليه فقهاء القانون الفرنسى ( التعويض القانونى - de la compensation légale ) وذلك بسبب ( إستحالة التنفيذ - l'impossibilité d'exécution )<sup>(٤)</sup>. وهذا مأكد عليه أحد من الفقه الفرنسى بأن إلتزام الرد الذى ينشأ نتيجة نقض الحكم المطعون فيه بعد تنفيذه، وهو إلتزام قانونى يجد مصدره المباشر<sup>(٥)</sup>، فى النصوص والمبادئ القانونية التى تحكم الطعن بالنقض.. ومؤدى هذا التصور هو الربط الحتمى بين النصوص القانونية والإلتزام بالرد وجوداً وعدماً.. فالإلتزام بالرد يجد مصدره الإنشائى المباشر فى إرادة القانون<sup>(٦)</sup>.

١- د/ أسامه أحمد شوقى المليجى (موضوعات مختارة فى خصومة تنفيذ الأحكام) مرجع سابق ص٩٨.  
٢- طمن رقم ٢٠٧٨ لسنة ٥٠٠ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥. راجع د/ أحمد هندى ( قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص٦٤٢، المستشار / أنور طلبه (التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقائية) مرجع سابق ص٢٤٨.  
٣- راجع السنهورى ( الموجز ) بند ٤١٧ ، عبد الحى حجازى ( النظرية العامة للإلتزام ) المطبعة العالمية القاهرة عام ١٩٦٢م ج٢ - مصادر الإلتزام - ص٦٣٧ ومايليها ، د/ أحمد سلامة ( مذكرات فى نظرية الإلتزام ) مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر عام ١٩٧٥م. بند ٢٨٤ ومايليها.

GOMAA. Théorie des sources des obligations, L.G. de DR.,1968: CARBONNIER, Droit civil : 4 – Les obligations, 6 éd. 1969: H.L. et, J.MAZEAUD, op. eit., no. 48.

التشريع هو المصدر المباشر والأخير لكل إلتزام ، بل لكل الروابط القانونية . فالعقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع ، كلها من مصادر الإلتزام لأن القانون جعلها كذلك . ويصدق على الإلتزام فى هذه الحالات أيضاً وصف الإلتزام القانونى ، وهو الإلتزام الذى يرتبه القانون ، يتقل به الإنسان دون إرادة منه ودون فعل يأتية أو عمل يباشره : أشار إليه : د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص٢٠٢، ٢٠٣.

4 -Patrick Wéry, ( Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013) C. Groupe Larcier s.a., 2014.

٥- معنى إلتزاماً قانونياً يجد مصدره المباشر فى نص القانون أى يكون القانون مصدراً مباشراً للإلتزام حينما لا يكون هناك أمر ما يتوسط بين نص القانون وبين نشوء الإلتزام.

٦- - Y. LOBIN, Les reformes de la cour de cassation, G.P. 1967. 2. DOCT.19. et MAYER- JACK, op. cit., no. 9 et 10 .

د/ أحمد ماهر زغول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص٢٠٤ ، ٢٠٦.

ويرجع الأساس القانوني للرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه بأنه من تطبيقات دفع غير المستحق وفقاً لنص المادة ١٨٢ من القانون المدني (يصح إسترداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لإلتزام لم يتحقق سببه أو لإلتزام زال سببه بعد أن تحقق)<sup>(١)</sup>. ويستفاد من ذلك أن الرد يتحقق بإحدى الأمرين: ١- إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لإلتزام لم يتحقق سببه ٢- أو كان الوفاء لإلتزام زال سببه بعد أن تحقق، ويكفي أحد الأمرين لكي يعد الأساس القانوني لإنقضاء القوة التنفيذية، لأن سبب الوفاء بالإلتزام الوارد في السند التنفيذي أن الدائن بيده سند تنفيذي يؤكد على ثبوت حق موضوعي محقق الوجود معين المقدار وحال الأداء، ولكن زوال ذلك السند التنفيذي هو السبب الذي أدى لسقوط الحق الموضوعي بعد تحققه، فصار الوفاء بناءً على ذلك السند أمر غير مستحق ولزم المحكوم عليه الرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه.

وقد اختلف الرأي في جواز الرجوع على الدائنين بدعوى رد ما دفع بغير سبب، ويتجه الرأي الراجح في فرنسا إلى عدم جواز الرجوع على الدائنين لأنهم قبضوا دينهم التي لهم الحق في إستيفائها ولم يثروا بدون سبب مشروع<sup>(٢)</sup>.

قد يرجع الأساس القانوني للرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه إلى قاعدة الأثر الرجعي للشرط إلا أن هذه القاعدة التشريعية تعرضت للعديد من الإنتقادات<sup>(٣)</sup>. والهدف من فكرة الأثر الرجعي للفقود تحقيق ثلاثة أمور: ١- إرساء تأصيل قانوني لإلزام كل طرف بإعادة الحال إلى ماكانت عليه، أي إلغاء ماترتب على العقد من آثار. ٢- تأكيد إعادة المال إلى المتصرف دون حاجة إلى إبرام عقد جديد، إذ بفضل الأثر الرجعي يعتبر المال وكأنه لم يخرج قط من يد صاحبه. ٣- إعتبار التصرفات التي أبرمها المتصرف إليه غير نافذة في حق المتصرف إذ أنها تعتبر واردة على ملك الغير<sup>(٤)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ الأنصاري حسن النيداني (التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية) مرجع سابق ص ١٠١.  
<sup>٢</sup> - جارسونيه ج ٤ ص ٣٤٥، فنان بنده ٦٥، جلاسون ج ٤ بند ١٠٨١ أشار إليهم: د/ أحمد مليجي (إشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ الموضوعية) ط النسر الذهبي بدون سنة نشر ص ٤٧٩.  
<sup>٣</sup> - السنهوري (الوسيط) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٤ بند ٤٢ ص ٦٦، د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ٥٩.  
<sup>٤</sup> - د/ كمال عبد الواحد الجوهري (الإستشارات القانونية والشكاوى والتنظلمات) مرجع سابق ص ١٤٩، ١٧٠.

وتطبيقاً على ذلك اتجهت محكمة النقض بأن ( الإلزام بدفع قيمة تكاليف إعادة الشيء لأصله إعمالاً للمسئولية العقدية؛ فإنه لا يكون قد خالف القانون هذا إلى أن التزام الطاعنة بدفع قيمة تكاليف إعادة الشيء لأصله ليس حكماً بتعويض الضرر الذي لحق المطعون ضده ، وإنما هو تقدير لما يتكبده من مصاريف وهو يختلف عن التعويض الجابر للضرر)<sup>(١)</sup>.

والعلة من إنقضاء القوة التنفيذية هو زوال الإستحقاق بالإلتزام الوارد في السند التنفيذي الملغى، ويتحقق زوال الإستحقاق بحكم الإلغاء الصادر من محكمة الطعن. فالحكمة من التنفيذ العكسي هو إستيفاء المحكوم عليه بناء على سند التنفيذ الملغى حكم الطعن ما لا يستحق فكان حقاً للمحكوم له القيام بالتنفيذ العكسي في مواجهة المحكوم عليه لإجباره على الرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه.

الرأى الثانى: إتجه جانب من الفقه المصرى: إلى نفي صفة الإلتزام القانونى بالمعنى الفنى الدقيق، أى أنه لا إرتباط حتمى بين وجود الإلتزام بالرد والنصوص القانونية ، لايرتبط الإلتزام بالرد فى وجوده بنصوص خاصة تقرره ، وإنما ينشأ هذا الإلتزام بمجرد إلغاء الحكم فى مرحلة الطعن<sup>(٢)</sup>. ويدل على ذلك ما أكدت عليه محكمة بأن "إحتمال المنازعة فى صحته وقابليته للإلغاء أو الإبطال إنما يعلق مصير التنفيذ على مصير السند ذاته، فإن ألغى السند أو أبطل أمتنع المضى فى التنفيذ"<sup>(٣)</sup>.

رأى الخاص: وإن كنت أرى ترجيح رأى الفقه المصرى فى نفي صفة الإلتزام القانونى بالمعنى الفنى الدقيق إلا أننى لا أنكر دور القاضى فى إلغاء الحكم وتقرير إلتزام الرد الذى يستقيه من نصوص ومبادئ القانون، فالإلتزام قد يجد مصدره فى نصوص القانون ضمناً ويستنبطه القاضى للتطبيق على الواقعة محل النزاع. لذلك إلتزام الرد هو إلتزام مصدره القانون تفرضه السلطة القضائية من خلال الحكم القضائى وإن لم تنص المحكمة عليه صراحة فى حكمها ويلتزم به المحكوم عليه.

١- (نقض رقم ٥٣٠ لسنة ٥٨ جلسة ٢٩/٠٢/١٩٩٦ س ٤٧ ع ١ ص ٤٠٥ ق ٧٩).

٢- د/ فتحى والى (التنفيذ) مرجع سابق بند ٢٣. د/ أحمد أبو الوفا (التطبيق على نصوص قانون المرافعات) منشأة المعارف عام ١٩٨٤م ص ١٠٨٥. د/ وجدى راغب (النظرية العامة للتنفيذ) مرجع سابق ص ٦٤، ٦٥. د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ٢٠٥.

٣- نقض ١٩٦٦/١٢/١٣ - المجموعة ١٧ - ١٨٨٠.

والأساس القانوني للرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه هو عدم توافر السبب المنشئ للحق في التنفيذ وهو السند التنفيذي، سواء بزواله أو عدم تحققه وزوال قوته التنفيذية سواء بالإلغاء أو الإنقضاء أو التقادم أو التصالح، وهذا الأساس القانوني هو الذي يعتمد عليه المنفذ ضده للمطالبة بالرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه.

قضاء محكمة النقض (( لا يمكن إلغاء ما تم من تنفيذ إلا بنقض الحكم المطعون فيه ))<sup>(١)</sup>. ولا يمكن إجراء التنفيذ العكسي إلا بصدور سند تنفيذي أعلى من السند التنفيذي الملغى. كيفية الرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه: يتحقق بأمران: ١ - الرد بالتنفيذ العيني ٢ - التعويض عن الأضرار الناشئة من التنفيذ الملغى.

قد لا يكفي الرد في بعض الحالات لتسكين الخصوم في ذات المراكز القانونية التي كانوا عليها قبل التنفيذ، فقد تلحق بالمحكوم له في حكم الإلغاء أضرار أخرى ومخاطر للرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه<sup>(٢)</sup>، مما يؤدي إلى عجز الرد وعدم كفايته<sup>(٣)</sup>، أو استحالة أو تعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، ولما كان تنفيذ الإلتزام بإعادة الحال إلى ما كان عليه الأصل فيه أن يتم تنفيذه عيناً ما لم يكن ذلك مستحيلاً حيث يصار إلى التنفيذ بمقابل، فتتخذ الإلتزام بإعادة الحال إلى ما كان عليه يعتبر تطبيقاً حياً للتنفيذ المباشر<sup>(٤)</sup>.

لا يتوقف الأمر على رد الأصل فحسب بل ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يجب أيضاً رد فوائد النقود وثمار العقار ومصاريق تنفيذ الحكم المنقوض وفوائد هذه المصاريف من يوم إعلان الطعن في الحكم المذكور<sup>(٥)</sup>.

لكن الإشكالية (إذا كسب المحكوم عليه الطعن وحكم لصالحه، وألغى الحكم الذي سبق تنفيذه، وقد يصعب أو يتعذر إسترداد ماتم تنفيذه وإعادة الحال إلى ما كان عليه) فالقانون قرر ضمانات منها الكفالة وكذلك طلب وقف النفاذ المعجل لتجنب الوقوع في تلك

١- نقض مننى ١٣/٥/١٩٥٤ مجموعة النقض ، السنة ٥ رقم ١٣٣ ص ٨٨١ . د/ أسامه أحمد شرقى الملبجى ( موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص ١٠٢ .

٢- د/ أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٤٧٥ .

٣- د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) مرجع سابق ص ٦٤ ، د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٢٠١ .

٤- د/ الأنصارى حسن النيدانى ( التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ) مرجع سابق ص ٩٩ ، ١٠٠ .

٥- د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائى للطعن بالنقض فى المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٥٦ .

الإشكالية، لكن قد تتعذر تلك الضمانات لإعادة الحال إلى ماكان عليه إما لعدم كفايتها أو تعرضها للتلف مثل السلع الإستهلاكية والإطعمة وغيرها فالتعويض هو المحل.

### الأساس القانوني للتعويض:

نص قضاء النقض بأنه " انتهى الحكم المطعون فيه إلى إلزام الطاعنة بالتعويض المؤقت إعمالاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بعد ان وصم الطاعنة بأنها استعملت الغش والتواطؤ في سبيل حصولها على الحكم المستعجل رقم ٢٤٩١ لسنة ١٩٨٠ والتنفيذ به"<sup>(١)</sup>.

ما الحكم إذا كان يحق لمن تم نقض الحكم لصالحه أن يطلب خصمه بتعويضه عما لحقه من أضرار نتيجة تنفيذ الحكم المنقوض؟ لقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن بإمكانه أن يطالب خصمه بالتعويض المذكور وذلك لأنه يعلم سابقاً أن الحكم الذي يجرى التنفيذ بسببه قابلاً للطعن بالنقض وأن بإمكان محكمة النقض أن تنقضه وبالتالي يعتبر كأن لم يكن<sup>(٢)</sup>. وقد يلجأ للتعويض عندما يتعلق الأمر بإستحالة أداء التنفيذ الناشئة عن (قوة قاهرة - de force majeure)<sup>(٣)</sup>. وقد يكون إستحالة التنفيذ بسبب خطأ من المدين<sup>(٤)</sup>.

وعوارض إستحالة التنفيذ المباشر هلاك العين و تصرف المحكوم عليه في العين<sup>(٥)</sup>. لكن إبتداء من عام ١٩٦٧ فإن الأمر تغير تماماً حيث قررت المادة ١٩ من القانون رقم ٦٧ - ٥٢٣ الصادر بتاريخ ٣ يوليه ١٩٦٧ قابلية الحكم القابل للطعن بالنقض للتنفيذ مالم ينص على خلاف ذلك. لذا فقد حكمت محكمة النقض بعدم أحقية من نقض الحكم لصالحه في الحصول على تعويض مقابل ما أصابه من أضرار نتيجة تنفيذ الحكم

<sup>١</sup> - (نقض رقم ٥٣٠ لسنة ٥٨ جلسة ٢٩/٠٢/١٩٩٦ س ٤٧ ع ١ ص ٤٠٥ ق ٧٩)

<sup>٢</sup> - د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٢٠١ ، وما بعدها.

Cass. Civ. 2e 19 Juill. 1958: J.C.P.1958 edA , lv , 147- arrêts de la cour. de cassation Fas . 794 op-cit. n 56.

راجع : د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٥٨.

3 - Paul Alain Foriers, Marie-Amélie Garny, ( la caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation - Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013) C. Groupe Larcier s.a., 2014. n9.

٤ - les Alain Duelz, Jean-Christophe Brouwers, Quentin Fischer ( Le droit du divorce - principes régissant la séparation des époux )4e édition Larcier, 2009., p17, 18.

<sup>٥</sup> - د/ الأنصاري حسن النيداني ( التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ) مرجع سابق ص ٢٢٨.

المنقوض<sup>(١)</sup>. حيث أن الأحكام القابلة للطعن أمام محكمة النقض يجوز تنفيذها وفقاً للقاعدة العامة في التنفيذ الجبري، وبالتالي فلاعجلة ولا رعونة من قبل طالب التنفيذ حتى لا يكون محلاً للمساءلة في حال نقض الحكم الذي إستند عليه من قبل محكمة النقض<sup>(٢)</sup>. لذلك أرى أن المسؤولية التقصيرية هي الأساس القانوني الذي يعتمد عليه حكم النقض لتبوت التعويض عن أضرار تنفيذ الحكم المعجل.

لذلك أرى أن من شروط الرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه (التنفيذ العكسي):  
الشرط الأول: إندام صلاحية السند التنفيذي الملغى<sup>(٣)</sup>.

أى تحقق الشرط الذي يعدم صلاحية السند التنفيذي برمته وليس قوته التنفيذية فقط. وتطبيقاً على ذلك "لما كان الطاعن قد أقام دعواه بإخلاء عين النزاع لقيام المطعون ضده الأول بتأجيرها من الباطن للمطعون ضده الرابع دون إذن منه ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدعويين الأصليين والفرعية وانتهى إلى نفاذ عقد الإيجار المؤرخ ١٩٨٥/٨/١ الصادر من المطعون ضده الأول للمطعون ضده الرابع في مواجهة الطاعن - المالك - على سند من توفر شروط أعمال نظرية الوضع الظاهر والتي يلزم لإعمالها

<sup>١</sup> - في إحدى القضايا الهامة التي تضع أمام التطبيق بعض المبادئ الساسية في القانون الإجرائي ، وتلخص وقائع هذه القضية أمام محكمة النقض الفرنسية في نزاع بين مالك ومستأجر ، أمر القاضى المستعجل بناء على طلب المالك بطرد المستأجر من العين المؤجرة ، وأيدت محكمة إستئناف Chambéry هذا الأمر . وإستناداً إلى ذلك تم إخلاء المستأجر من العين محل النزاع في يوليو عام ١٩٥٨ . ولكن الغرفة التجارية بمحكمة النقض وبناء على طعن المستأجر أصدرت حكماً في ٣٠ يونيو ١٩٥٩ بإلغاء الحكم المطعون فيه لأن الأمر بالإخلاء قد صدر من القاضى المستعجل خارج حدود إختصاصه . باذر المالك رفع دعوى موضوعية يطلب فيها الحكم بتقرير حقه في الإخلاء ، قضت المحكمة بطلبات المالك ، وتأييد هذا الحكم إستئنافياً بحكم أصدرته محكمة إستئناف Chambéry في ٢٣ مارس ١٩٦٣ . أقام المستأجر دعوى ثانية طلب فيها تنفيذ حكم محكمة النقض الصادر لصالحه بإلغاء حكم الإخلاء الصادر في خصومة الدعوى المستعجلة وإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل تنفيذ الحكم الملغى وتعويضه عنالأضرار التي لحقت من جراء هذا التنفيذ. لم يلق هذا الطالب إستجابة من محكمة إستئناف Chambéry التي رفضته بحكمها الصادر في ٣ مايو ١٩٦٥ إستناداً إلى أن المحكوم له الذى ينفذ حكماً إنتهائياً لا يرتكب خطأ يرتب مسؤوليته . وطرحت هذه المسألة على محكمة النقض بناء على طعن مرفوع من المستأجر ضد حكم محكمة الإستئناف فأصدرت حكمها في ٢٥ أكتوبر ١٩٦٧ قضت فيه برفض الطعن وتأييد الحكم المطعون فيه. راجع د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص١٩٠.

Cass. Civ. 3e 23 JAN. 1973: Bull. Civ . 111. n 63 - arrêts de la cour. de cassation Fas . 794 op-cit. n 56.

راجع د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص٢٥٩.

<sup>٢</sup> - د/ فتحى والى ( التنفيذ الجبرى وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإدارى ) مرجع سابق ص ٤٠ . د/ عزمى عبد الفتاح ( قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات ) مرجع سابق ص١١٧ . د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض فى المواد المدنية ) مرجع سابق ص٢٥٩.

<sup>٣</sup> - مشار إليه أنفاً.

إسهام المالك الحقيقي بخطئه في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه في حين أن ظهور المطعون ضده الأول على العين كان بصفته مستأجراً لها وأن علم المالك بقيام المستأجر الأصلي بتأجير العين لآخر- إن وجد - قد يضحى تصریحاً بالتأجير من الباطن ولا يُعدُّ مساهمة منه في ظهور المستأجر الأصلي بمظهر المالك بما يعيب الحكم بالخطأ في تطبيق القانون وقد حجبه هذا الخطأ عن بحث وجود موافقة من الطاعن للمطعون ضده الأول بالتأجير من الباطن من عدمه مما يوجب نقضه<sup>(١)</sup>. ويعد حكم النقض سنداً تنفيذياً لإلغاء الحكم الصادر من محكمة الإستئناف (السند التنفيذي الأسبق) الشرط الثاني: تمام التنفيذ الملغى كله أو جزء منه:

أكد قضاء النقض في حكمه أن " إذا ألغى الحكم أو القرار المنفذ به بناء على الطعن فيه، وجب على طالب التنفيذ بعد ان ثبت أن الحق ليس في جانبه أن يرد إلى خصمه الذي جرى التنفيذ ضده ما يكون قد استوفاه منه وأن يعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل حصول التنفيذ، كما يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق هذا الخصم من جراء ذلك التنفيذ " <sup>(٢)</sup>.

الرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه نتيجة ملازمة لإلغاء القرار القضائي ولاستقيم هذه القاعدة إلا إذا كان قد تم بالفعل تنفيذ ما قضى به من إلزام سواء كان هذا التنفيذ كلياً أو جزئياً، وأن يرد المحكوم عليه في حكم الإلغاء ماسبق أن استوفاه بموجب الحكم الملغى ، كما يلتزم بتعويض خصمه المحكوم له في حكم الإلغاء عن الأضرار التي لحقت به نتيجة التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

والشرط هذا يستلزم ضرورة وجود سند تنفيذي ملغى، وتم وفاء المدين بالإلتزام الوارد في السند التنفيذي الملغى، سواء كان التنفيذ الملغى تنفيذاً معجلاً أو تنفيذاً عادياً وسواء نفذ جميعه أو بعضه، ويشترط إلغاء السند التنفيذي بكافة طرق الإلغاء والطعن عليه من محكمة الطعن بدعوى البطلان أو الإلغاء أو الإستئناف الوصفي أو سقوط الحق في التنفيذ بالنقادم.

<sup>١</sup> - نقض رقم ١٢٠٥ لسنة ٧٣ جلسة ١٠/٠٢/٢٠١٦.

<sup>١</sup> - (نقض رقم ٥٣٠ لسنة ٥٨ جلسة ٢٩/٠٢/١٩٩٦ س ٤٧ ع ١ ص ٤٠٥ ق ٧٩)

<sup>٢</sup> - الخطأ المقصود يتعين أن يكون قد اتخذ سلوكاً معيناً يعتبر إنحرافاً منه بالإجراءات وبحثه في التنفيذ أو في الطعن. راجع د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٣٨٢، ١٣٠، ١٠٩. د/ الأنصاري حسن النيداني ( التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ) مرجع سابق ص ١٠٥.

ولا يكفي وجود سند تنفيذي ملغى حتى يتحقق التنفيذ العكسي وإنما يشترط الوفاء للدائن بالإلتزام الوارد في السند التنفيذي الملغى، فإذا لم يتم الوفاء بذلك السند التنفيذي الملغى فلا محل للقيام بالتنفيذ العكسي لأن التنفيذ العكسي هو زوال آثار إجراءات التنفيذ الملغى وإعادة المراكز القانونية إلى الحالة التي كانت عليها قبل التنفيذ الملغى.

لا تتحقق مسؤولية طالب التنفيذ عن الحكم الملغى إلا بعد تمام تنفيذ الحكم الملغى كله أو تنفيذ جزء منه، وعدم تنفيذ الحكم الملغى لا تترتب أية مسؤولية على طالب التنفيذ، ويتم تحديد مقدار مسؤولية طالب التنفيذ بناء على الجزء الذي تم تنفيذه من الحكم المنقوض، هل تم تنفيذ الحكم كله أو جزء منه. فيسأل طالب التنفيذ عن المقدار الذي تم تنفيذه من الحكم الملغى.

وهناك فرضين أولاً: قد تصدر محكمة النقض حكماً لصالح الطاعن، وذلك حيث تقبل الطعن وتنقض (تلغي) الحكم المطعون فيه كله.. وإذا كان الحكم المنقوض يتكون من عدة أجزاء وتم نقضه كلياً فإن هذا النقض لا ينحصر أثره فيما تناوله سبب من أسباب الطعن، بل يمتد أثره إلى ما يرتبط من أجزاء الحكم الأخرى ولو لم يذكرها حكم النقض على وجه التخصيص.

والفرض الثاني: قد ينصب حكم النقض على جزء من الحكم وهو ما يسمى (بالنقض الجزئي) فإن هذا الجزء وحده هو الذي يلغى ويبقى الحكم نافذاً بالنسبة لاجزائه الأخرى، شرط مالم تكن هذه الأجزاء مترتبة على الجزء الملغى (المادة ٢/٢٧١). فنقض الحكم في أحد أجزائه يترتب عليه نقض كل ما تأسس على هذا الجزء من الأجزاء الأخرى<sup>(١)</sup>.

وإذا صدر حكم محكمة الاستئناف ملغياً حكم أول درجة زال كل أثر لهذا الأخير، ويعتبر الحكم الاستئنافي في هذه الحالة سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه، وإذا كان حكم أول درجة قد صدر مشمولاً بالنفاذ المعجل، ونفذ بالفعل، وذلك دون حاجة في تقديم طلب بذلك، وكذلك ما قضت به محكمة النقض "إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض طلب التعويض عن الفصل، وبتعديل المبلغ المقضى به، فإنه يصلح بذاته سنداً تنفيذياً لإسترداد مادفع زيادة عن هذا المبلغ"<sup>(٢)</sup>. معنى ذلك أن حكم محكمة الاستئناف - يعد

١- نقض ١٩٧٤/٣/١٨ السنة ٢٥ ص ٣٥١، نقض ١٩٧٦/١١/٩ السنة ٢٧ ص ١٥٤٠، نقض ١٩٧٣/٥/١٦ السنة ٢٣ ص ٩٢٦ أشار إليهم: د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ٦٤٢، ٦٤٣.

٢- نقض مدني ١٦/١٢/١٩٨١، طعن رقم ١٤٦ لسنة ٧ق، ١٩٧٥/٥/٢١، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٩٦ ص ١٠٢٧. نقض مدني ٢٧/١٢/١٩٧٥، مجموعة النقض، السنة ٢٦ رقم ٣١٧، ص ١٦٩٩. أشار إليه د/ أسامه أحمد شوقي



سنداً تنفيذياً - وهو ((حكم إلزام ضمنى))<sup>(١)</sup>. ويعتبر حكم محكمة أول درجة كأن لم يكن.. وذلك لأن الحكم الإستثنائي الذي ألغى حكم محكمة أول درجة يؤدي إلى إلغاء كل الآثار المترتبة على هذا الحكم ومنها تنفيذه<sup>(٢)</sup>.

ويعتبر الإلتزام كأن لم يكن أبداً، وإعادة أطراف رابطة الإلتزام إلى الحالة التي كانوا عليها قبل وجود الإلتزام.. هذا هو المعتمد فى القانون الفرنسى المواد (١١٧٩، ١١٨٣) مدنى والذي نقلته مجموعة من التشريعات فى القانون المقارن<sup>(٣)</sup>، ومنها التشريع المدنى المصرى ( المواد ٣٧٠، ٣٦٩)<sup>(٤)</sup>.

إذا كان الحكم صادراً بقبول الطعن ، ونقض الحكم المطعون فيه، وإحالة القضية إلى محكمة الموضوع، أو الفصل فى موضوع النزاع ، فإنه يعتبر سنداً تنفيذياً يتم بموجبه إزالة آثار تنفيذ حكم محكمة الإستئناف، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه<sup>(٥)</sup>.

مما يترتب على نقض الحكم الملغى أيضاً أن يفقد صلاحيته كسند تنفيذي، ومن ثم يعتبر ملغى بحكم القانون، ويعتبر حكم النقض سنداً تنفيذياً صالحاً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الحكم المنقوض دون حاجة لاستصدار حكم جديد بذلك ، وتعتبر إجراءات وأعمال التنفيذ التي تمت بناء على الحكم المنقوض ملغاة<sup>(٦)</sup>.

كما أرى أن المشرع لم يتناول فى قانون المرافعات سقوط الحق كأثر لإنقضاء القوة التنفيذية بطريقة مباشرة، وإنما تناول المشرع التعطيل والوقف كأثر للطعن على السندات التنفيذية. ويختلف وقف التنفيذ وهو إجراء وقفي عن إنقضاء وسقوط التنفيذ، فالتعطيل

---

المليجي ( موضوعات مختارة فى خصوصية تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص٩٥. د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائى للطعن بالنقض فى المواد المدنية ) مرجع سابق ص٤١.

<sup>١</sup> - د/ فتحى والى، مرجع سابق رقم ٢٣ ، ص٤٣ . أشار إليه د/ أسامه أحمد شوقى المليجي ( موضوعات مختارة فى خصوصية تنفيذ الأحكام ) مرجع سابق ص٩٥.

<sup>٢</sup> - ( نقض ١٩٦٧/٥/٢٣ طعن ١٠س٣٤ ق ) . د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائى للطعن بالنقض فى المواد المدنية ) مرجع سابق ص٤١. المستشار / أنور طلبه ( التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقفية ) مرجع سابق ص٢٥٢.

<sup>٣</sup> - المواد ١٥٨ من المجموعة المدنية الألمانية ، ٢/١٥٤ ، ٢/١٥٤ من مجموعة الإلتزامات السويسرية ، ٢/٤٦ من مجموعة الإلتزامات البولندية الصادرة . و( شرط الإلغاء) فى القانون اللبناي ( المادة ٨١ / ١ ) من قانون أصول المحاكمات المدنية ، والقانون العراقى المادة ( ١ / ٢٩٠ ) مدنى.

<sup>٤</sup> - د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص٥٩.

<sup>٥</sup> - د/ وجدى راغب ( النظرية العامة للتنفيذ القضائى ) مرجع سابق ص٦٥. د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ( التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية) مرجع سابق ص٣٦.

قرار وقتي الهدف منه هو الوقف المؤقت قبل صدور الحكم النهائي الحائز لقوة الأمر المقضى. أما إنقضاء أو سقوط القوة التنفيذية هو أثر إلغاء الأحكام النهائية المزيلة بالصيغة التنفيذية والحائز لقوة الأمر المقضى.

فالعلة من إنقضاء القوة التنفيذية هو زوال الإستحقاق بالإلتزام الوارد فى السند التنفيذى لمصلحة الدائن، ويتحقق زوال الإستحقاق بحكم الإلغاء الصادر من محكمة الطعن. كما تناول نظام التنفيذ فى المملكة العربية السعودية إنقضاء التنفيذ حينما نص فى المادة ٨/٣ من اللائحة التنفيذية منه على أن (كل منازعة وقعت بعد إنقضاء التنفيذ، ولم تكن ناشئة عنه فهى من إختصاص قاضى الموضوع) ويستفاد من ذلك أن المنازعات الواقعة بعد إنقضاء التنفيذ ولم تكن ناشئة من التنفيذ الملغى ينعقد إختصاصها لقضاء الموضوع وليس لقضاء التنفيذ مثل (دعوى الشفعة، أو إستحقاق المبيع، أو المنفعة).

#### الشرط الثالث: صدور السند التنفيذي العكسي:

ويمكن تحديد هذه الفكرة بوضوح إذا ماتأملنا أن لو كان بيد الدائن حكم واجب النفاذ مشمول بالصيغة التنفيذية، ولكنه إستوفى دينه فإن إستخدامه لهذه الأداة (أى الحكم) للتنفيذ بعد ذلك يؤدى إلى بطلان التنفيذ لقيامه على غير سبب، مادام مضمونها أى الحق الثابت بها قد إستنفذ بالوفاء أو إنقضى بأى طريقة من طرق إنقضاء الإلتزام<sup>(١)</sup>. ويذهب البعض إلى أن حكم الإلغاء لا يصلح، لأن يكون سندا تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كانت عليه، إلا إذا تضمن فى ذاته ما يثبت توافر شروط الحق محل التنفيذ الجبرى (محقق الوجود- حال الأداء - معين المقدار) فإذا تخلف أحدهم تعين الحصول على حكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ عبد الباسط جمعى وآمال الفزائري ( التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ) مرجع سابق ص٦٥. أشار إليه د/ أحمد صدقى محمود ( الوجيز فى قواعد التنفيذ الجبرى السعودى ) مرجع سابق ص٧٥.  
<sup>٢</sup> - د/ أحمد ماهر غلول ( أصول التنفيذ ) رقم ١٠٤ ص ١٨٤، ١٨٥. د/ فتحى والى رقم ٢٣، ص٤٣. نقض مدنى ١٩٩٤/١١/٢٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٥ رقم ٢٦٩ ص١٤٢٣. أشار إليه د/ أسامه أحمد شوقى المليجى (موضوعات مختارة فى خصوصية تنفيذ الأحكام) مرجع سابق ص٩٥.

وأرى أن مفهوم التنفيذ العكسي: هي مجموعة من الإجراءات التنفيذية لزوال آثار إجراءات التنفيذ الملغى والرد وإعادة المراكز القانونية للحالة التي كانت قبل تنفيذ الحكم الملغى وفقاً لأحكام القانون.

### صورة السند التنفيذي العكسي والمحكمة المختصة بإصداره:

من صور السند التنفيذي العكسي الحكم الصادر من محكمة الطعن ببطلان أو إلغاء الحكم المطعون عليه ويعد ذلك الحكم سنداً تنفيذياً للرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التنفيذ. والفارق بين التنفيذ العادي أو المعجل والتنفيذ العكسي هو أن الأخير دائماً يأتي لتدارك أخطاء التنفيذ الأول فإذا لم تكن هناك ثمة أخطاء في التنفيذ الأول أو تأخر التنفيذ الأول إلى أن ألغى فلايعد هناك محل للتنفيذ العكسي.

صاحب الحق ليس بحاجة إلى رفع دعوى أمام المحكمة المختصة أو أمام المحكمة التي أحالت إليها محكمة النقض القضية للحصول على سند تنفيذي برد الأمور إلى ماكانت عليه وتفصل فيها من جديد. بل إن حكم النقض المذكور يكون هو السند التنفيذي صالحاً لإعادة الحال إلى ماكانت عليه قبل التنفيذ، دون حاجة لإستصدار حكم جديد بذلك<sup>(١)</sup>. وقد يتضمن حكم النقض الإذن بإسترداد ماحصل عليه خصمه بدون وجه حق<sup>(٢)</sup>. وما عليه إلا أن يتخذ مقدمات التنفيذ اللازمة ويسير في إجراءات التنفيذ الجبري وفقاً للقواعد العامة<sup>(٣)</sup>. والتنفيذ الذي يصار إليه هو التنفيذ العكسي.

وهذا بخلاف القضاء الفرنسي حيث قرر بأنه يجب رفع تلك الدعوى أمام المحكمة المختصة وليس أمام المحكمة المحال إليها القضية، وأن ذلك من النظام العام اللهم إلا إذا كانت محكمة الإحالة هي المختصة أيضاً طبقاً للقواعد العامة وهي المحكمة التي تم التنفيذ بدائرتها<sup>(٤)</sup>.

<sup>١</sup>- نقض ١٩٨٠/١٢/٢٩ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٤٥ ص ٢١٥٢ - الدناصوري وعكاز التعليق م ٢٧١ ص ٨٢٥. arrêts de la cour de cassation Fas.794 op. cit. n52,53. أشار إليهم د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٥٦. د/ أحمد مليجي ( التنفيذ ) مرجع سابق ص ٢٤٢.

<sup>٢</sup>- arrêts de la cour de cassation Fas.794 op. cit. n52,53. أشار إليهم د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٥٦، ٢٥٧.

<sup>٣</sup>- د/ عزمي عبد الفتاح ( قاضي التنفيذ ) رسالة عين شمس عام ١٩٧٨ ص ٣٠ ومابعدها. د/ وجدى راغب ( النظرية العامة للتنفيذ القضائي ) مرجع سابق ص ٦٥. n52. arrêts de la cour de cassation Fas.794 op. cit. أشار إليهم د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٥٦.

<sup>٤</sup>- Paris 14 jan – 1909 : S. 1910,2,5- arrêts de la cour de cassation Fas.794 op. cit. n69.

ويجوز اللجوء للمحكمة المختصة للحصول على حكم في دعوى الإسترداد وينظر قاضي التنفيذ دعوى الإسترداد ويفصل فيها باعتبارها منازعة موضوعية، ويكون الحكم الصادر فيها حكماً موضوعياً يحسم النزاع على أصل الحق، ويكون الحكم قابلاً للإستئناف أو نهائياً حسب قيمة المال المحجوز، ويكون الحكم حجة على من إختصم فيها وفقاً للقواعد العامة<sup>(١)</sup>.

هناك خطر يتعرض له المنفذ ضده: هو إضطراره للجؤ إلى القضاء مرة أخرى للحصول على حكم يصلح سنداً تنفيذياً بإعادة الحال إلى ماكانت عليه قبل التنفيذ تتوافر فيه الشروط ( محقق الوجود معين المقدار حال الأداء ) سنداً قابلاً لتنفيذ العكسي لإزالة أثار التنفيذ، ورغم كل ذلك قد لاترفع كافة الأضرار التي لحقت بالمنفذ ضده على نحو كاف<sup>(٢)</sup>.

لكني أرى أن حكم النقض سنداً تنفيذياً للرد والإسترداد دون حاجة للجؤ إلى القضاء منعاً لتطويل القضية في المحاكم وحتى لا يؤدي إلى تكديس القضايا ولا يجعلنا نمر بتلك القضية في حلقة مفرغة لاتنتهي لها جذوة. ويكون حكم النقض والإلغاء هو السند التنفيذي العكسي ويحق لصاحب الحق طالب التنفيذ العكسي إتخاذ إجراءات التنفيذية للرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه ضد المطعون عليه وهو المنفذ ضده والملتزم بماهو وارد في سند التنفيذ العكسي.

### النظام الإجرائي للتنفيذ العكسي

لا يثبت التنفيذ العكسي بصدور أحكام الطعن فحسب، وإنما يثبت ويتحقق التنفيذ العكسي بالوفاء للدائن بالإلتزام الوارد في السند التنفيذي المطعون عليه. ولو انصب حكم الطعن على إلغاء الحكم المطعون عليه فوجب على المحكوم عليه الرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه. وبالتالي يعد الحكم الصادر في التظلم<sup>(٣)</sup>، وحكم البطلان الصادر من محكمة النقض أو الإلتماس يعد سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ماكان عليه.

أشار إليه د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ) مرجع سابق ص ٢٥٦ .  
١- نص المشرع في المادة ٣٩٧ على أنه يجوز الحكم على المسترد إذا خسر دعواه بغرامه لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تزيد عن مائتي جنية ، وذلك منعاً لدعاوى الإسترداد الكيدية . د/ أحمد مليجي ( إشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ الموضوعية ) مرجع سابق ص ٤٨٠ .

٢- د / أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبري ) مرجع سابق ص ٤٧٣ ، د/ أحمد ماهر زغلول ( أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ٧٧ .

٣- د/ أحمد ماهر زغلول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٩ - الطبعة الثانية ص ١٧٥ .

لكن هل تعد كل الأحكام الصادرة من محكمة النقض أو الإلتماس أو الإستئناف الوصفى سندا تنفيذياً عكسياً للرد وإعادة الحال إلي ما كان عليه؟

يجب التفرقة بين إذا كانت الأحكام بالقبول أم بالرفض. فإذا كان الحكم بقبول التظلم أو الطعن وإلغاء الحكم المطعون عليه ويطلانه يعد ذلك الحكم سندا تنفيذياً ويتحقق بمقتضاه التنفيذ العكسي ويصدر لصالح المحكوم له في حكم الإلغاء ويصير هو طالب التنفيذ العكسي ضد المحكوم عليه وهو المنفذ ضده والملتزم بما هو وارد في سند التنفيذ العكسي، أما إن كان الحكم برفض التظلم أو برفض الطعن فيعد الحكم المطعون عليه سندا تنفيذياً لصالح طالب التنفيذ، ولا يعد حكم الطعن سندا تنفيذياً ولا يتحقق التنفيذ العكسي.

السند التنفيذ العكسي هو الحكم الصادر بإحدى طريقتين: إما الحكم الصادر من محكمة الطعن الغير عادية (محكمة النقض وإلتماس إعادة النظر) الذي يعتبر واجب التنفيذ بقوة القانون، أو الحكم الصادر بطريق الطعن العادي (حكم الإستئناف) الملغى للتنفيذ المعجل. ويعد ذلك الحكم سندا تنفيذياً لإلغاء السند التنفيذي الملغى.

### أطراف التنفيذ العكسي:

تقتصر حجية إلغاء الحكم المطعون فيه وآثاره في مواجهة أطراف خصومة الطعن (الطاعن والمطعون ضده) دون أطراف خصومة الحكم المطعون فيه والذين لم يشتركوا أو يشاركوا في خصومة الطعن، فيلغى الحكم أو يعدل بالنسبة للطاعن والمطعون ضده، ولكنه يظل قائماً كما هو بالنسبة للخصوم الذين لم يطعنوا أو يطعن ضدهم<sup>(١)</sup>.

المادة ١/٢١٨ مرافعات (لا يفيد من الطعن إلا من رفعه، ولا يحتج به إلا على من رفع عليه)، أما المشرع الفرنسي فطبقاً للمادة ٣٢٤ من مجموعة المرافعات الجديدة (فإنه فيما عدا نص مخالف، فإن آثار الإجراء تنحصر في أطرافه)، لكن تقدم المادة ٢٩٦ من المجموعة المدنية نموذجاً لهذا الإستثناء (إذا صدر حكم على أحد المدنيين المتضامنين، فلا يحتج به على الباقين، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه). فالقاعدة المعتمدة في القضاء هي عدم تمثيل المدين

<sup>١</sup> - د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) مرجع سابق ص ١٤٠، ١٤١. شاعر بن علي الشهري ( أصول الطعن بطريق الإستئناف ) دار النشر للكتاب عام ٢٠١٠م ص ١٦، منشور بمجلة العدل العدد ٦١ محرم عام ١٤٣٥هـ ص ٢١٠.

المتضامن للمدنيين الآخرين في إجراءات الخصومة. ولأن لكل منهم مركزه الإجرائي المستقل<sup>(١)</sup>. بمعنى أن كل مدين ممثلاً للآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم وذلك بخصوص النيابة التبادلية بين المدنيين في الإلتزام التضامني<sup>(٢)</sup>.

ويجوز للشخص الذي ألحق الحكم المطعون فيه الضرر بحقوقه وله مصلحة في الطعن فيه ولم يكن طرفاً في خصومة الطعن أن يتقدم بطلب إعادة النظر أمام المحكمة التي أصدرت الحكم<sup>(٣)</sup>، ويعد ذلك الحكم الصادر من تلك المحكمة (محكمة إلتماس إعادة النظر) سنداً تنفيذياً لإجراء التنفيذ العكسي فيما تم إلغائه أو تعديله، ويجوز للطاعن وهو طالب التنفيذ في التنفيذ العكسي القيام بإتخاذ إجراءات التنفيذ العكسي في مواجهة المنفذ ضده وهو من صدر الحكم في مواجهته.

وإذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة فيجب لقبول الطعن أن يكون جميع الخصوم أطراف في الطعن بالنقض، ويتحقق الإرتباط بين المركز القانوني للخصم الطاعن ومركز غيره من الخصوم الذين لم يطعنوا في الحكم. وهنا إذا قضى ببطلان الحكم المطعون فيه بالنسبة للطاعن فإن ذلك يستتبع بطلانه بالنسبة لباقي الطاعنين<sup>(٤)</sup>. فليس للمحكمة أن تنقض الحكم بالنسبة لبعض الطاعنين دون البعض الآخر، فهي لا تنقض الحكم إلا بالنسبة للجميع. وأن صدور حكم في الدعوى الأصلية ضد الضامن وطالب الضمان، وكان دفاعهما فيها واحداً فإنه إذا طعن أحدهما بالنقض، ولم يتدخل الآخر في الطعن ونقض الحكم، فإن الحكم بالنقض بالنسبة للطاعن يؤدي إلى نقضه بالنسبة للآخر رغم أنه لم يطعن في الحكم أو يتدخل في الطعن<sup>(٥)</sup>.

<sup>١</sup> - نقض ١٩٧١/١٢/٢٨ - المجموعة ١١٣٣-٢٢ - نقض ١٩٥٨/١/٢٣ - المجموعة ٩-١١١. نقض ١٩٧٢/٥/١٦ - المجموعة ٢٣-٩٣٣، ١٩٧٦/١١/٨ - المجموعة ٢٧-١٥٢٥.

<sup>٢</sup> - السنهوري (الوسيط في القانون المدني) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٤ ج ٣ - بند ١٩٥ وما يليه. د/ أحمد ماهر زغول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١٤٢. راجع نقض ١٩٧١/١٢/٢٨ - المجموعة ٢٢-١١٣٣

<sup>٣</sup> - شاكور بن علي الشهري (أصول الطعن بطريق الاستئناف) دار النشر للكتاب عام ٢٠١٠ ص ١٨، منشور بمجلة العدل العدد ٦١ محرم عام ١٤٣٥ هـ - ص ٢١٢.

<sup>٤</sup> - نقض ١٩٧٩/١٢/٢٤ طعن رقم ٤٧٠ لسنة ٤٨ ق - للتطبيق ص ٨٢٢ رقم ١٢، نقض ١٩٧٣/٦/٢٠ السنة ٢٤ ص ٩٤٦. أشار إليهم: د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ٦٤٣، ٦٤٢.

<sup>٥</sup> - نقض ١٩٧٥/٣/١٣ السنة ٢٦ ص ٥٩٠، نقض ١٩٧٥/٣/٣٠ السنة ٢٦ ص ٧٠٢. أشار إليه: د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥ ص ٦٤٣.

كذلك إجراءات التنفيذ العكسي ولطالب التنفيذ أو من يقوم مقامه إتخاذ إجراءات التنفيذ العكسي ولا يجوز لغير هؤلاء إتخاذ تلك الإجراءات، كما أن إجراءات التنفيذ العكسي تتخذ في مواجهة المنفذ ضده أو من يقوم مقامه وهو من صدر ضده حكم الطعن بالإلغاء أو التعديل، ولاتتخذ إجراءات التنفيذ في مواجهة غير هؤلاء. ويجب أن تتوافر لدى طالب التنفيذ العكسي شروط قبول الدعوى التنفيذية من المصلحة والصفة والأهلية.

ويترتب على نقض الحكم وإلغائه إعتباره كأن لم يكن فيزول وتزول معه جميع الآثار المترتبة عليه ويعود الخصوم إلى مراكزهم السابقة على صدوره<sup>(١)</sup>. ويتغير مسمى أطراف التنفيذ بحيث يكون طالب التنفيذ في التنفيذ العكسي هو من صدر الحكم لصالحه في حكم الإلغاء، ويكون المنفذ ضده في التنفيذ العكسي هو المحكوم عليه في حكم الإلغاء. والتنفيذ العكسي يتحقق بعودة الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل التنفيذ، وإسترداد ما سبق أن إقتضاه خصمه منه تنفيذاً للحكم الذي قضى بتجريدته من القوة التنفيذية<sup>(٢)</sup>، وهذا مايؤثر على المركز القانوني للخصم بفقدان الخصم للمركز القانوني المكتسب من الحكم الملغي، وإعادته للمركز القانوني الذي كان عليه قبل التنفيذ وإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

التنفيذ العكسي هو إعادة الحال إلى ما كان عليه وهذا يتحقق ليس بالرد والتعويض فقط، وإنما بإعادة الإجراءات إلى ما كانت عليها قبل صدور القرار الملغي، أى إنعدام صلاحية تلك القرارات والإجراءات التي صدرت في ظل الحكم الملغي وعدم سريانها. وتعتبر إجراءات وأعمال التنفيذ التي تمت بناء على الحكم المنقوض ملغاة، ومن ثم تعتبر كأن لم تكن مثل عدم الإعتداد بالتبني بالوفاء والحجوز وإجراءات نزع الملكية وتسليم العقارات ودفع النقود وإقامة المباني وإزالتها وسد النوافذ والفتحات ومد الطرق والمساقى وغيرها.

### التنفيذ العكسي الكلي:

<sup>١</sup> - طعن رقم ٢٠٧٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥. راجع د/ أحمد هندي ( قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ٦٤٢.

<sup>٢</sup> - د/ أحمد مليجي (التنفيذ) مرجع سابق ص ٢٤٢. د/ أحمد ماهر زغول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١٧٥.

<sup>٣</sup> - د/ أحمد ماهر زغول (أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها) مرجع سابق ص ١٩٨، ١٩٩، ٤٧.

نقض الحكم المطعون فيه نقضاً كلياً وإعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرته يقتضي زواله ومحو حجبه، وبه تعود الخصومة والخصوم إلى ماكانوا عليه قبل إصدار الحكم المنقوض بحيث يكون لهم أن يسلكوا أمام هذه المحكمة من مسالك الطلب والدفع والدفاع ما كان لهم من ذلك قبل إصداره ويكون لمحكمة الإحالة أن تقيم حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى الذي تحصله مما يقدم لها من دفاع وعلى أسس قانونية أخرى غير التي جاءت بالحكم المطعون فيه واستوجبت نقضه متى كانت لا تخالف قاعدة قانونية قررتها محكمة النقض في حكمها الناقض<sup>(١)</sup>.

وقد يصدر حكم الطعن ويقرر الغاء السند التنفيذي المطعون عليه، فيكون محل التنفيذ العكسي في كل ما ألغته محكمة الطعن في جميع أجزاء الحكم المطعون عليه، وقد يصدر حكم الطعن ويقرر تعديل السند التنفيذي في جزء منه، فيكون محل التنفيذ العكسي فيما عدلته محكمة الطعن من أجزاء الحكم المطعون عليه فقط. شرط تمام التنفيذ والوفاء للدائن بالإلتزام الوارد بالسند التنفيذي المطعون عليه.

### التنفيذ العكسي الجزئي:

إذا نقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً، فإن نقضه لا يزيله كله وإنما يزيل الجزء الذي تم نقضه وما يكون قد تأسس على هذا الجزء أو ارتبط به من أجزاء الحكم الأخرى إذ لا يتسع قبول الطعن ونقض الحكم في هذه الحالة لأكثر مما شمله سبب الطعن الذي قبلته محكمة النقض ونقضت الحكم على أساسه، ولا يمتد نطاق النقض إلى باقي أجزاء الحكم التي لم يطعن فيها أو التي قضي بعدم قبول أو برفض الطعن فيها إذ يصير قضاء الحكم فيها باتاً لا تجوز مناقشته أو إعادة النظر فيه لا من محكمة الإحالة ولا من محكمة النقض إذا تصدت هي للفصل في الموضوع وذلك إعمالاً لما نصت عليه المادة ٢٧١ / ٢ من قانون المرافعات (وإذا كان الحكم لم ينقض إلا في جزء منه بقى نافذاً فيما يتعلق بالأجزاء الأخرى ما لم تكن مترتبة على الجزء المنقوض) وعلى ذلك فإن نقض الحكم نقضاً جزئياً يزيل فقط الجزء المنقوض منه فتزول معه كافة آثاره، ويسقط ما أمر به أو

<sup>١</sup> - المستشار/ محمد وليد الجارحي (النقض المدني - تأصيل وتطبيق لنظام الطعن بالنقض في الأحكام المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية) طبعة نادي القضاة القاهرة - عام ٢٠٠٠م ص١١٦٦: ١١٦٩. راجع الطعن رقم ٤ لسنة ٣٢ ق.



رتبه من حقوق، ويصبح غير صالح لأن يبني عليه حكم آخر، ويفقد صلاحيته كسند تنفيذي وتلغى إجراءات وأعمال التنفيذ التي تمت بناء عليه<sup>(١)</sup>.

وإذا نقض الحكم المطعون فيه في خصوص السبب المتعلق بالتصرف بالبيع في فدانين إلى الطاعن الثالث فإنه يترتب على ذلك نقض الحكم بالنسبة لمقدار الربع المقضى به عن هذا القدر ويبقى الحكم نافذاً بالنسبة لأجزائه الأخرى<sup>(٢)</sup>. وبناء عليه تنقضي القوة التنفيذية بالنسبة للجزء الملغى في الحكم المنقوض، ولا يمتد إنقضاء القوة التنفيذية للأجزاء التي لم يلغها الحكم المنقوض.

وفي النهاية أتذكر قول الله تبارك وتعالى: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ( وَمَا أَوْتَيْنَا مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا )<sup>(٣)</sup>. صدق الله العظيم

وقول الخضر عليه السلام إذ يُقَدَّرُ علمه بالقياس إلى علم الله تعالى بقول عجيب، لقد جاء عصفورٌ فوق على حرف السفينة التي كانت تُقَلُّ موسى والخضر عليهما السلام، فنقر نقرة أو نقرتين في البحر، فقال الخضر: "يَا مُوسَى، مَا نَقَصَ عِلْمِي وَعِلْمُكَ مِنْ عِلْمِ اللَّهِ إِلَّا كَنَقْرَةِ هَذَا الْعُصْفُورِ فِي الْبَحْرِ"<sup>(٤)</sup>.

وأختم ببعض الدعاء ( رَبَّنَا فَاعْفُرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَكَفِّرْ عَنَّا سَيِّئَاتِنَا وَتَوَفَّنَا مَعَ الْأَبْرَارِ )<sup>(٥)</sup> ( رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ )<sup>(٦)</sup>.

وصلى اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً

<sup>١</sup> - المستشار/ محمد وليد الجارحي (النقض المدني - تأصيل وتطبيق لنظام الطعن بالنقض في الأحكام المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية) طبعة نادي القضاة القاهرة - عام ٢٠٠٠م ص ١١٦٦: ١١٦٩.

<sup>٢</sup> - الطعن رقم 216 لسنة 42 ق.

<sup>٣</sup> - سورة الإسراء: الآية ٨٥.

<sup>٤</sup> - البخاري: كتاب الأنبياء، باب حديث الخضر مع موسى عليهما السلام (٣٢٢٠)، الترمذي (٣١٤٩)، وابن حبان (٦٢٢٠).

<sup>٥</sup> - سورة آل عمران الآية رقم ١٩٣.

<sup>٦</sup> - سورة البقرة الآية رقم ٢٠١.

## الخاتمة

نستطيع الآن وقد فرغنا من البحث موضوع الدراسة أن نتوقف على خلاصته وفيها تقديم لأهم النتائج التي توصلت إليها ثم التوصيات وأخيراً المراجع والفهرست.

### أولاً: النتائج:

١. زوال وإلغاء الأحكام القضائية يؤدي إلى زوال الآثار السابقة واللاحقة الذي ترتب عليه ذلك الحكم الملغى، ومن تلك الآثار إنقضاء القوة التنفيذية للحكم الملغى. فالقوة التنفيذية ترتبط بالحكم وجوداً وهدماً، فإن نقض الحكم وإلغاءه يؤدي إلى زوال قوته التنفيذية.

٢. إنقضاء القوة التنفيذية للأحكام المعجلة يعتمد على صدور الأحكام النهائية التي تتمتع بالحجية المطلقة، لذلك متى صدر الحكم النهائي لم يعد للأحكام المستعجلة حجية، وانقضت قوتها التنفيذية.

٣. لم يصرح المشرع صراحة بإلغاء أو إنقضاء التنفيذ وإنما يستفاد من نص المادة ٢٧١ من قانون المرافعات فيما يتعلق بإلغاء الحكم من محكمة النقض أنه ( يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أياً كانت المحكمة التي أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها ) وعبارة الأعمال اللاحقة تشمل التنفيذ وإجراءاته وقوته التنفيذية.

٤. السند التنفيذي الصادر من محكمة الطعن أو (من جهة قضائية أعلى) يلغى جميع السندات التنفيذية السابقة عليه الصادرة من محاكم الدرجة الأولى والتي تعارضه شرط أن تكون تلك السندات متعلقة بذات الدعوى وتتحد في الموضوع والسبب.

٥. الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضى تتمتع بقوة تنفيذية عادية، لا ينال منها مجرد الطعن في الحكم بإحدى طرق الطعن غير العادية للنقض، أو إلتماس إعادة النظر، وإنما ينال منها الحكم الصادر في الطعن، ويعد حكم الإلغاء سناً تنفيذياً يصلح للرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه.

٦. إنقضاء مدة التقادم هو الموقف السلبي من جانب المحكوم لصالحه وعدم مطالبة المحكوم عليه بالأداء الوارد في السند التنفيذي، إنقضاء مدة التقادم ليس مسقط

جزء من التنفيذ أو إجراء من إجراءاته أو حتى قوته التنفيذية فحسب وإنما مسقطاً للتنفيذ برمته فيشمل الحق والالتزام الوارد في السند التنفيذي وكذلك إجراءاته والقوة التي يكتسبها ذلك السند.

٧. التنفيذ العكسي يتحقق بالرد وإعادة الحال إلى ماكان عليه، والرد يتحقق في كل ما هو نقدي أو عيني أما القيام بالعمل والإمتناع عن العمل فيلزم طالب التنفيذ بإعادة الحال إلى ماكان عليه، والتعويض لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور أثناء التنفيذ أو عدم إستطاعة طالب التنفيذ إعادة الحال إلى ماكان عليه.

٨. أثر إنقضاء السند التنفيذي على الحق الوارد فيه، هو زوال وسقوط الحق الوارد في ذلك السند، وزوال قوته التنفيذية، وزوال الأعمال والإجراءات المرتبطة به، والحق المقصود زواله هو الحق الموضوعي والحق الإجرائي، وهذا يترتب على عدم أحقية الدائن مطالبة المدين بأى من الحقين.

٩. أن المشرع لم يتناول في قانون المرافعات سقوط الحق كأثر لإنقضاء القوة التنفيذية بطريق مباشرة وإنما تناول المشرع التعطيل والوقف كأثر للطعن على السندات التنفيذية، ومن هنا يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بسقوط الحق بالتقادم، وهذا الإتفاق مرجعه إلى كون القاعدة العامة المقررة في التقادم في القانون الوضعي مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية.

١٠. أقر نظام التنفيذ في المملكة العربية السعودية إنقضاء التنفيذ صراحة حينما نص في المادة ٨/٣ من اللائحة التنفيذية منه على أن (كل منازعة وقعت بعد إنقضاء التنفيذ، ولم تكن ناشئة عنه فهي من إختصاص قاضى الموضوع، كدعوى الشفعة، أو إستحقاق المبيع، أو المنفعة)، ولم تتناول الأنظمة الأخرى إنقضاء التنفيذ بشكل

صريح

ثانياً: التوصيات:

١. لا شك أن إنقضاء القوة التنفيذية للسندات وإن كان أمراً نادراً في الماضي إلا أنه أصبح واقعاً ملموساً في أيامنا الحالية، ولا يقل أهمية عن التنفيذ العادي، ولم ينظم المشرع نصاً محدداً يتولى تحديد التنفيذ العكسي وكيفية وطرق أدائه، ولا

نستطيع إنكار أن هناك العديد من القضايا التي ألغى تنفيذ أحكامها سواء كانت معجلة أو نهائية، وأصبحنا أمام قضية مهمة ينبغي على المشرع تداركها وتقنينها.

٢. ننادى المشرع بالنص صراحة على جعل حكم الطعن النهائي الصادر من محكمة النقض هو السند التنفيذي المعمول به سواء كان ذلك الحكم بالقبول أم الرفض.

٣. أوصى بعدم ترتيب مسئولية مقرره على طالب التنفيذ حسن النية من تعجيل التنفيذ لأن طالب التنفيذ لم يحم بالتفويض إلا بمقتضى سند تنفيذى وهذه رخصه منحها القانون إياه، لكن هذا لا يمنع من ثبوت الرد في حكم الإلغاء، والحق في المطالبة بالتعويض حال عدم استطاعة طالب التنفيذ إعادة الحال إلى ماكان عليه.

٤. ضرورة النص صراحة على أن حكم النقض أو حكم الإلتماس إعادة النظر سنداً تنفيذياً للرد والإسترداد حالة قبول الإلتماس أو قبول النقض وإلغاء الحكم المطعون فيه، منعاً لتطويل القضية في المحاكم وحتى لا يؤدي إلى تكسب القضايا ولاجعلنا نمر بتلك القضية في حلقة مفرغة لاتنتهى، ولايعد حكم النقض أو حكم الإلتماس إعادة النظر سنداً تنفيذياً حالة رفض الإلتماس أو رفض النقض وبظل الحكم المطعون فيه سنداً تنفيذياً.

٥. أوصى المشرع النص على عدم قبول الإستئناف الوصفي على حالات النفاذ المعجل الجوازي التي يعترف القانون فيها للمحكمة بسلطتها التقديرية، وإلا لفتحنا علينا وابلأ من التظلمات لاتنتهى لها جذوة، ويطليل أمد التقاضى والقضايا بالمحاكم.

٦. أوصى بأن العيوب الشكلية الواردة في الصيغة التنفيذية لا آثر منها على أصل الحق الوارد في السند التنفيذي، وأن ذمة المدين مشغولة بالالتزام الوارد في السند التنفيذي، ولأن حماية الحق والحفاظ عليه أولى بالاعتبار من عيوب الشكل التي تتمتع بها الصيغة التنفيذية، فعليه تصحيح العيوب الإجرائية أو تكملة النقص في الإجراءات للقيام بإجراءات التنفيذ على النحو الصحيح.

٧. لآمانع من الإعتماء على الحكم والسند التنفیذی الملغی كوسيلة من وسائل الإثبات ولس كسند تنفیذی.

٨. أرى ضرورة إستبدال عبارة (كل مدين) فى نص المادة ٨٨ من النظام التنفیذ السعودى بعبارة (كل طرف فى التنفیذ) لتشمل الدائن والمدين لأن إقتصار النص على المدين ءون الدائن يعد تفرقه لیس لها مبرر، فالعقاب على الكذب فى الإجراءت سواء كانت صادرة من دائن أو مدين أو غيرهما.

## المراجع العربية

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: الحديث النبوي وعلومه:

- الجامع الصحيح ( سنن الترمذى ) لأبى محمد بن عيسى بن سورة الجزء الثالث - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان.

ثالثاً: مراجع اللغة:

- (لسان العرب) إبن منظور للإمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصرى. المتوفى سنة ٧١١ هـ طبعة جديدة محققه دار صادر بيروت للطباعة والنشر سنة ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م الجزء الثانى عشر، إصدار آخر لبنان عام ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م. وإصدار آخر دار المعارف.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ( لأبى نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ) دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى عام ١٩٩٥م . ١٩٨٤م.
- مختار الصحاح للشيخ الإمام ( محمد بن أبى بكر بن عبد القادر) مكتبة لبنان طبعة جديدة عام ١٩٩٥م.
- المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية مطابع الأوفست شركة الإعلانات الشرقية عام ١٩٨٥م.

رابعاً: مراجع الفقه الإسلامى:

- ( البحر الرائق شرح كنز الدقائق ) لزين الدين ابن نجيم الحنفى ابن عابدين - طبع في دار الكتب العلمية بيروت .
- ( العقد المنظم للحكام ) للإمام الفقيه أبى محمد عبد الله بن عبد الله ابن سلمون الكنانى - دار الأفاق العربية الطبعة الأولى القاهرة عام ٢٠١١م .
- ( الفتاوى الكبرى الفقهية ) وبهامشه فتاوى الرملي للإمام العلامة أحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي المكي طبعة عبدالحميد حنفى.
- ( المغنى ) لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي مطبعة المنار عام 1347هـ ، إصدار آخر دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع .

- ( بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ) لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ - مطبعة الإمام بالقاهرة.
- ( تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ) تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان عام ٢٠١٠م .
- إصدار آخر المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر الطبعة الأولى سنة ١٣١٣هـ.
- ( تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ) لبرهان الدين أبو الوفاء بن إبراهيم شمس الدين محمد بن فرحون - طبعة دار عالم الكتب عام ٢٠٠٣م .
- ( حاشية البيجوري ) على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع تأليف : إبراهيم البيجوري بن قاسم الغزي دار الكتب العلمية بيروت لبنان عام ١٤٢٠هـ.
- ( حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ) للشيخ محمد عرفة الدسوقي المالكي مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ( كشف القناع عن متن الإقناع ) منصور بن إدريس البهوتي. الناشر مكتبة النصر الحديثة في الرياض طبعة دار عالم الكتب والنشر عام ٢٠٠٣.
- ( معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ) للإمام علي بن خليل الطرابلسي الحنفي دار الفكر بدون سنة نشر. إصدار آخر مصطفى البابي الحلبي عام ١٩٧٣م .
- رسالة دكتوراه ( المعونة على مذهب عالم المدينة ) للقاضي عبد الوهاب البغدادي - طبعة المكتبة التجارية بمكة المكرمة - بدون سنة نشر.
- سادساً: المراجع القانونية العربية - مرتبة ترتيباً أبجدياً :
- أ / عبد المنعم حسنى ( طرق الطعن فى الأحكام ) دار المعلم للطباعة الطبعة الأولى عام ١٩٧٥م.
- أ / مصطفى هرجه ( منازعات التنفيذ الوقتية ) دار المطبوعات الجامعية عام ١٩٩١م.
- د/ إبراهيم أمين النفاوى ( القوة التنفيذية للأحكام ) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٥م .

- د/ أحمد أبو الوفا ( إجراءات التنفيذ ) دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية عام ٢٠٠٧م .
- د/ أحمد أبو الوفا ( التعليق على نصوص قانون المرافعات ) منشأة المعارف عام ١٩٨٤م .
- د/ أحمد أبو الوفا ( المرافعات ) ط٤ عام ١٩٨٦م .
- د/ أحمد أبو الوفا ( نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ) دار الفكر العربى عام ٢٠١٢م .
- د/ أحمد السيد الصاوى ( الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ) طبعة دار النهضة عام ١٩٨١م .
- د/ أحمد خليفة شرقاوى أحمد ( القوة التنفيذية للمحرمات الموثقة ) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٧م .
- د/ أحمد خليل ( قانون التنفيذ الجبرى ) دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية عام ١٩٩٦م .
- د/ أحمد سلامة ( مذكرات فى نظرية الإلتزام ) مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر عام ١٩٧٥م .
- د/ أحمد صدقى محمود ( الوجيز فى قواعد التنفيذ الجبرى السعودى ) مكتبة الرشد ط١ ص ٧٥ .
- د/ أحمد ماهر زغلول ( آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ) دار النهضة العربية الطبعة الثانية عام ٢٠٠٩م .
- د/ أحمد محمد حشيش ( أساس التنفيذ الجبرى ) مطبعة جامعة طنطا عام ١٩٩٨م .
- د/ أحمد مليجى ( إشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ الموضوعية ) ط النسرة الذهبى بدون سنة نشر .
- د/ أحمد مليجى ( التنفيذ ) دار النهضة العربية عام ١٩٩٤م .



- د/ أحمد مليجي ( الموسوعة الشاملة في التنفيذ ) الجزء الأول الطبعة الثالثة  
٢٠٠٣/٢٠٠٤م.
- د/ أحمد هندی ( أصول التنفيذ الجبرى ) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٧م.
- د/ أحمد هندی ( قانون المرافعات المدنية والتجارية ) دار الجامعة الجديدة عام  
٢٠١٥.
- د/ أسامه أحمد شوقى المليجى ( موضوعات مختارة فى خصومة تنفيذ الأحكام )  
دار النهضة العربية عام ٢٠١٢.
- د/ الأنصارى حسن النيدانى ( التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ) دار الجامعة  
الجديدة للنشر عام ٢٠٠١م.
- د/ أمينة النمر ( المرافعات ) الكتاب الثالث ١٩٨٢م.
- د/ أمينه مصطفى النمر ( مناط الإختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجله )  
منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٦٧م .
- د/ أيمن بن محمد أبو العيال ( عقد الصلح فى المعاملات فى القوانين العربية  
والأنجلوسكسونية ) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة دمشق سنة  
١٩٩٩م.
- د/ رمزى سيف ( قواعد تنفيذ الأحكام والمحركات الموثقة ) دار النهضة العربية  
عام ١٩٧٠م .
- د/ سيد أحمد محمود ( أصول التنفيذ ) دار الكتب القانونية عام ١٩٩٩م.
- د/ طلعت يوسف خاطر ( نظرية الإنعدام فى قانون المرافعات المدنية والتجارية )  
دار الفكر والقانون عام ٢٠١٤م.
- د/ عاشور مبروك ( التنفيذ الجبرى فى قانون دولة الإمارات العربية المتحدة )  
مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة عام ١٩٩٥ - ١٩٩٦م.
- د/ عاشور مبروك ( النظام الإجرائى للطعن بالنقض فى المواد المدنية ) مكتبة  
الجلء الجديدة عام ١٩٩٤م.

- د/ عاشور مبروك ( الوسيط فى التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات ) الطبعة الثانية دار النهضة العربية عام ٢٠٠٤م.
- د/ عبد الباسط جميعى ( مبادئ التنفيذ ) دار النهضة العربية عام ١٩٨١م.
- د/ عبد الباسط جميعى ( نظام التنفيذ ) دار الفكر العربى عام ١٩٦٨م.
- د/ عبد الحكيم عباس عكاشه ( التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية ) دار النهضة العربية الطبعة الأولى عام ١٩٩٨/١٩٩٩م.
- د/ عبد الحى حجازى ( النظرية العامة للإلتزام ) المطبعة العالمية القاهرة عام ١٩٦٢م .
- د/ عبد الرازق السنهورى ( الوسيط فى القانون المدنى ) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٤.
- د/ عبد العزيز خليل إبراهيم بديوى ( الوجيز فى قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ ) الطبعة الأولى المطبعة العالمية القاهرة عام ١٩٧٣.
- د/ عبد المجيد الحكيم ( الموجز فى شرح القانون المدنى ) مطبعة العانى بغداد عام ١٩٧٤م .
- د/ عبد الودود يحيى ( الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات ) دار النهضة العربية عام ١٩٩٤ .
- د/ عزمى عبد الفتاح ( قاضى التنفيذ ) رسالة عين شمس عام ١٩٧٨م .
- د/ عزمى عبد الفتاح ( قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات ) عام ١٩٨٣-١٩٨٤م .
- د/ عزمى عبد الفتاح ( نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن ) عام ١٩٧٨م .
- د/ عيد محمد القصاص ( الوسيط فى قانون المرافعات ) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٥م .
- د/ فتحى والى ( التنفيذ الجبرى وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإدارى ) دار النهضة العربية القاهرة عام ١٩٨١م .

- د/ فتحى والى ( قانون التحكيم ) الطبعة الأولى عام منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧.
- د/ فتحى والى ( التنفيذ الجبرى ) دار النهضة العربية - مطبعة جامعة القاهرة عام ١٩٩٣م ، وطبعة عام ١٩٩٥م .
- د/ كمال عبد الواحد الجوهري ( الإستشارات القانونية والشكاوى والتظلمات ) المركز القومى للإصدارات القانونية - الكويت - الطبعة الأولى عام ٢٠١٠م .
- د/ محمد الصاوى مصطفى ( قواعد التنفيذ الجبرى ) دار النهضة العربية عام ١٩٩٦م.
- د/ محمد حامد فهمى ( تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية ) طبعة فتح الله الياس القاهرة عام ١٩٤٠م.
- د/ محمد عبد الخالق عمر ( مبادئ التنفيذ ) دار النهضة العربية عام ١٩٧٨م.
- د/ محمد محمود إبراهيم ( أصول التنفيذ الجبرى ) دار الفكر العربى بدون سنة نشر.
- د/ محمود السيد التحيوى ( الصلح والتحكيم فى المواد المدنية والتجارية ) دار الفكر الجامعى الإسكندرية طبعة الأولى عام ٢٠٠٣.
- د/ محمود على عبد السلام وافى ( أصول التنفيذ القضائى فى النظام السعودى الجديد ) مكتبة الرشد - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى عام ٢٠١٤.
- د/ محمود هاشم ( قواعد التنفيذ الجبرى ) دار أبو المجد القاهرة عام ١٩٩١م.
- د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٤م.
- د/ نبيل إسماعيل عمر ( التنفيذ الجبرى ) دار الجامعة الجديدة للنشر عام ١٩٩٥م.
- د/ نزيه حماد ( عقد الصلح فى الشريعة الإسلامية ) ط دار القلم دمشق الدار الشامية بيروت طبعة الأولى عام ١٩٩٦م.
- د/ وجدى راغب ( النظرية العامة للتنفيذ القضائى ) دار الفكر العربى عام ١٩٧٤م .
- د/ وجدى راغب ( مبادئ القضاء المدنى ) دار النهضة العربية عام ٢٠٠١م .

- د/ وجدى راغب ( مذكرات فى إجراءات التنفيذ القضائى ومنازعاته ) عام ١٩٨٥م.
- د/ وجدى راغب ( مذكرات فى مبادئ القضاء المدنى ) دار الفكر العربى عام ١٩٧٥م.
- د/ يونس ثابت ( إشكالات التنفيذ فى الأحكام والمحرمات الموثقة ) عالم الكتب القاهرة - عام ١٩٧٢م .
- المستشار / أنور طلبه ( التنفيذ الجبرى ومنازعاته الموضوعية والوقتية ) المكتب الجامعى الحديث عام ١٩٩٦م.
- أحكام محكمة النقض:
- طعن رقم ٢١٦ لسنة ٤٢ ق.
- نقض ١٩٣٧/١/١٤ الطعن رقم ٧٦ لسنة ٦ ق .
- نقض ١٩٣٧/١/١٤ - الطعن ٧٦ لسنة ٦ ق .
- نقض ١٩٥٨/١/٢٣ - المجموعة ٩-١١١ .
- نقض مدنى ١٩٦٣/١١/١٣ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٤ .
- نقض ١٩٦٦/١٢/١٣ - المجموعة ١٧ - ١٨٨٠ .
- نقض ١٩٦٧/٥/٢٣ - المجموعة ١٨ - ١٠٨٤ .
- نقض ١٩٦٧/٥/٢٣ - المجموعة ١٨ - ١٠٨٤ .
- نقض ١٩٧١/١٢/٢٨ - المجموعة ٢٢-١١٣٣ .
- نقض ١٩٦٥/٣/١١ - المجموعة ١٦-٣٠٤ ، ١٩٧٤/٣/١٢ .
- نقض مدنى طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٣٩ ق ، جلسة ١٩٧٥/٣/٢٣م .
- نقض مدنى طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٣٩ ق ، جلسة ١٩٧٥/٣/٢٣م .
- الطعن ١٩٥٧ لسنة ٤٩ق. نقض ١٩٧٥/٥/٤ .
- نقض ١٩٧٢/٥/١٦ - المجموعة ٢٣-٩٣٣ ، ١٩٧٦/١١/٨ - المجموعة ٢٧-
- ١٥٢٥ .
- نقض مدنى طعن رقم (١٠٠) لسنة ٤٠ ق ، جلسة ١٩٧٧/٢/١٣م .

- نقض ١٩٧٨/١/١٨ - المجموعة ٢٩ - ٢٣٤.
- نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤ ، رقم ١٠١٧ ، س ٤٨ ق النقض ٣٠.
- نقض ١٩٧٩/١٢/٢٢ السنة ٣٠ العدد الثالث.
- نقض ١٩٨٠/١/٨ طعن ٥٩٧ س ٤٤ ق.
- نقض ١٩٨٠/١٢/٢٩ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٤٥.
- نقض ١٩٨٠/١٢/٢٩ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٤٥ .
- نقض ١٩٨٠/١٢/٢٩ مجموعة القواعد ١-٤-٤٧٣٢ - ١٣٤٤.
- الطعن ٣٨٦ لسنة ٤٤٦ ق ١٩٨١/٣/٢٣ م.
- نقض ١٩٨١/٤/١٣ - مجموعة القواعد ١-٤-٤٧٣٢ - ١٣٤٥ .
- نقض ١٩٨٦/٢/١١ طعن ٦ س ٥٤ ق
- نقض مدنى ١٩٩٤/١١/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٤٥ رقم ٢٦٩.

## قائمة المراجع الأجنبية

- ( Droits: revue française de théorie juridique) Institut de recherches politiques, administratives et juridiques (France) PUF, 1993.
- Alain Duelz, Jean-Christophe Brouwers, Quentin Fischer ( Le droit du divorce - les principes régissant la séparation des époux )4e édition Larcier, 2009.
- Gérard Vachet ( L'année de droit social 2009 ) Édition Lamy France 2010.
- Gert Vermeulen, TomVander Beken, Guy Stessens, Adrien Meunier ( Une nouvelle législation belge d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ) , Maklu, 2003.
- J.VINCENT ( Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile) D, 1973. Chron.
- Louisiana ( Code de procédure civile de l'état de la Louisiane ) E. Johns & Co., 1839.
- MarthaWeser (Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions ) C.I.D.C.,1975.
- MARTY et RAYNAUD ( Droit civil ), 1962.
- Michel Morand ( L'année de droit social 2009 ) Édition Lamy France 2010.
- Patrick Wéry, ( Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013) C. Groupe Larcier s.a., 2014.
- Paul Alain Foriers, Marie-Amélie Garny,( la caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation - Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013) C. Groupe Larcier s.a., 2014.
- Paul-Henri Antonmattei ( L'année de droit social 2009 ) Édition Lamy France 2010.
- S, STARCK, ( Droit civil - les obligations ) 1971 suppl, 1975,.
- S, WEILL et TERRE ( Droit civil - les obligations ) 2ed. 1975.
- Yves CABUY, (Le nouveau droit des marchés publics en Belgique: De l'article à la pratique ) C. Groupe Larcier s.a., 2013.
- Yves Picod ( Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat ) Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989.
- arrêts de la cour de cassation Fas.794 op. cit .n52,53. .
- Cass. Ch. Mixte. 6 juill. 1984 ,G.P. 1985. 53,Obs. GUINCHARD. .
- Civ. 2, 19 mars 1980, D. 1980. IR. 465, obs. JULIEN, GP 1980 568, note.
- Civ. 2, 23 mai 1984, G.P. 1984 , 293, obs. GUINCHARD.
- Soc, 12 fev. 1985, J.C.P. 1985. IV. 152: 1 juill. 1985, J.C.P. 1985. IV. 316. .

- VIATTE, Com. 18 nov. 1980, D. 1981. IR 196,. Civ , 1, 23 Juin 1982, D, 1983. IR, 395, obs, JULIEN, Cass, eh. Mixte, 6 Juill. 1984; G.P. 1985, Pan, 53 ( ref, 1931 ), obs. GUINCHARD.

**النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم  
في التقاضي الإلكتروني**

د.خيري عبد الفتاح السيد البتانوني

أستاذ مساعد قانون المرافعات

وكيل كلية الحقوق - جامعة أسنوان

محام بالنقض ومحكم دولي ووسيط قانوني

٢٠١٨م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى: ﴿مَا أَنْتُمْ هَؤُلَاءِ جَادَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَنْ يُجَادِلُ اللَّهَ عَنْهُمْ يَوْمَ

الْقِيَامَةِ أَمْ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ، وَكَيْلًا﴾ سورة النساء: آية (١٠٩)

وقال سبحانه، وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ، وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ سورة الأحزاب: آية (٧٠)

وقال تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ\*، وَيَضِيقُ صَدْرِي، وَلَا يَنْطَلِقُ لِسَانِي فَأَرْسِلْ إِلَى هَارُونَ﴾ سورة الشعراء: آية (١٢-١٣).

ويقول تبارك، وتعالى: ﴿، وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ﴾ سورة القصص: آية (٣٤).

وقال تعالى: ﴿، وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ\* إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُودَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَأَحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ، وَلَا تَشْطِطْ، وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ﴾ سورة ص: آية (٢١-٢٢).

وقال سبحانه تعالى: ﴿... ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ، وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ، وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ...﴾ سورة النحل آية (١٢٥).

\* حديث النبي صلى الله عليه، وسلم — على بن أبي طالب حين بعثه إلى اليمن قاضياً: " إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك يتبين لك القضاء " .

\* وحدثنا محمد بن كثير عن سفيان عن هشام عن عروة عن زينب بنت أم سلمه عن أم سلمه عن النبي صلى الله عليه، وسلم قال : " إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقض له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه فإنما أقطع له قطعة من النار .

\* عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه، وسلم : " مَنْ أَعَانَ ظَالِمًا لِيُذْخِرَ بِبَاطِلِهِ حَقًّا فَقَدْ بَرَّئَتْ مِنْهُ ذِمَّةُ اللَّهِ، وَذِمَّةُ رَسُولِهِ ". أخرجه الحاكم، وقال: صحيح الإسناد.

وأعذر عما قد يكون من نقص، أو قصور بقول العماد الأصفهاني ((إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غُيِّرَ هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر)). (العماد الأصفهاني: معجم الأدباء، مقدمة).

إهداء

إلى:

مصر الحبيبة التي في خاطري  
أرواح شهداء مصر الأبرار  
والدي إخوتي زوجتي أصدقائي  
ابني محمود، وابنتي يمنى، وابني يس... الأمل، والمنى  
رمز عرفان وتقدير

علاقة حق الدفاع بالمرافعة، وحجز القضية للحكم، وجود القانون ضرورة اجتماعية، وحماية الحقوق، والمراكز القانونية، وحماية النظام العام عن طريق القضاء غاية سامية مثالية للقانون، حيث تتمثل، وظيفة القضاء في تطبيق حكم القانون على وقائع النزاع بعد مناقشات، ودفاع جدلي، بأخلاق حوار مبني على الإقناع، والافتتاح؛ لإظهار الحقيقة، وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، برّد الاعتداء، ودفع المعتدي لإحقاق الحق. فأصبح حل المنازعات، وإقامة العدل من أهم، واجبات الدولة الحديثة، ومع ذلك فإن معظم دول العالم تننّ من ظاهرتي: بَطء التقاضي، وعدم فاعلية الأحكام؛ نتيجة كثرة مَعوّقات تحقيق العدالة الناجزة (١).

ولا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه عند الاعتداء عليه، أو التهديد بالاعتداء عليه، بل يلجأ للقضاء من خلال قضية تعتبر الدّعوى أدواتها الفنية، والخصومة، وسيلتها للحصول على الحماية القضائية بتقرير الحق، أو الإلزام به، أو إنشائه. ويجب على القاضي مراعاة حقوق المتقاضين في الدفاع في حدود القضية المعروضة عليه بعناصرها الواقعية، والقانونية، فلا عدالة دون دفاع، ولا يحكم على خصم إلا بعد استدعائه، وعلمه بكل عناصر القضية في، وقت مناسب، ومنحه المهل، والآجال اللازمة؛ لتمكينه من الدفاع عن نفسه، وعرض أوجه دفاعه، وتحقيقها، ودحض دفاع خصمه. وحق الدفاع حق طبيعي إجرائي مفروض على القاضي، وعلى الخصوم كافة؛ لضمان التمتع بالوسائل، والضمانات القانونية التي تتيح لكل خصم عرض، وجهة نظره بأمانة أمام جميع الجهات القضائية - سواء أكانت مدنيّة أم جنائيّة أم إدارية أم هيئة تحكيم أم لجنة ذات اختصاص قضائي - للرد على اغتصاب الحقوق، والعدوان عليها، وحماية

(١) د.عزمي عبد الفتاح، قواعد الاختصاص والإجراءات في أحكام المنازعات المدنية البسيطة، الندوة المشتركة المصرية - الفرنسية حول تسوية المنازعات المدنية البسيطة باستخدام الطول التشريعية والتقنيات الحديثة، القاهرة ١٨-٢٠ ديسمبر ١٩٨٩م، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة ١٩٩١م، بند ٤، ص ٣٢. د.أسامة أحمد شوقي المليجي، ظاهرة بطء التقاضي في المنازعات المدنية في التشريع الإجمالي المصري (أسبابها - مقترحات علاجها) بحث منشور في أعمال المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية بعنوان "تيسير إجراءات التقاضي في التشريعات العربية" المغرب ٢٠٠٧م، بند ٣٤، ص ٣٧.

المصالح، وتجلية الحقيقة، وتحقيق المساواة بين الخصوم في الحقوق، والمراكز الإجرائية أمام القضاء، واطمان تحقيق العدالة التي هي أساس حياة المجتمع(١).

ويُعدّ حق الدفاع *le droit de la défense* فكرة يحتمها العقل السليم، وتقتضيها طبيعة الأشياء، فهو حق طبيعيٌّ مقدّسٌ مُجمَعٌ عليّ، وجوب احترامه، وكفالاته، بما لا يسوغ حرمان طرف من أطراف الخصومة من أي عرض لوجه دفاعه، وتحقيقها. وحق الدفاع حق دستوري (م ٩٨ من دستور ٢٠١٤م)، وهو حق من حقوق الإنسان (م ٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م) يجسد القيم الحيوية؛ لتحقيق حسن سير العدالة، والمساواة بين الخصوم أمام القضاء، فلا تخلو معاهدة دولية، ولا دستور دولة من النص عليه، وعليّ ضمانات فاعليته، وذلك بإلزام المُشرِّع بضرورة مراعاته بالرغم من اختلاف مشاربها السياسية، والاقتصادية، وتباين اتجاهاتها الأيدلوجية، والاجتماعية، وذلك باعتبار أن القضاء هو الملاذ الأخير للإنسان عند الاعتداء عليّ حق من حقوقه للمطالبة بالحماية القضائية، ولا جدوى من الاعتراف بأي حق من حقوق الإنسان إذا لم يتمكن من الدفاع عنه أمام القضاء(٢).

ويعتبر حق الدفاع أهم سمات القانون الإجرائي، وركيزة أساسية راسخة في وجدان البشرية، والضمير الإنساني. وحق الدفاع أصالة، أو بالحوكالة مكفول للمتقاضين كافة أمام جميع المحاكم، وفي جميع درجات التقاضي، وفقاً لأحكام القانون؛ نظراً لأنه يقوم عليّ المساواة بين الخصوم أمام القضاء، ويهدف إلى تحقيق العدالة الناجزة بمرفق القضاء فإنه يتعلق بالنظام العام. ويمتدُّ حقّ الدفاع للخصوم كافة، والنيابة

---

(١) د.نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م، ص ١٤٤ ومابعدها. د.محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، ط ١، الزهراء للإعلام العربي ١٩٨٨م، ص ٢٠٩، ٢٩٣-٢٩٩. د.عبدالله ميروك النجار، المبادئ العامة لحق الدفاع أمام القضاء في الفقه الإسلامي، مؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م، ص ١٣ ومابعدها.

-Alain Fissel; La défense en justice dans la Procédure Civile; thèse. Rennes 1979; P. 32.  
-S.A. Mahmoud; le Principe du Contradictoire dans La Procédure Civile en France et en Egypte ; Thèse Rennes1; 1990; P. 33.

(٢) د.طه أبو الخير، حرية الدفاع، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧١م، ص ١٥. د.السيد تمام، الحق في الاطلاع، مؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م، ص ٢١٧ ومابعدها.

-G.Wiederkehr: Droit de la défense et Procédure Civile; D. S. 1978; Chron.;VIII; P. 60.

العامّة كطرف أصلي (م ٨٧ مرافعات مصري)، وفي كل مراحل سير الخصومة؛ لأن حق الدفاع مرتبط بالمركز القانوني للخصم، وبصفته في الخصومة (١). وقد قررت محكمة النقض الفرنسية منذ القرن التاسع عشر، ومحكمة النقض المصرية أن حق الدفاع حق طبيعي، وأنه لا يجوز الحكم على أي شخص إلا بعد استدعائه، وتمكينه من الدفاع عن نفسه، والاستماع إلى دفاعه (٢).

ويعني حقّ الدفاع كضمانة إجرائية، حق الخصم في أن يسمع القاضي، وجهة نظره، وتمكينه من مناقشة مايقدمه خصمه من دفاع في الخصومة بهدف دحضه، ومحاولة إقناع القاضي بإصدار الحكم لصالحه، أي رد الاعتداء، ودفع المعتدي بالوسائل القانونية. وعليه فحق الدفاع أمام القضاء هو منهاد تحقيق العدالة، وإظهار الحقيقة بين الخصوم، بحيث لا يمكن تحقيق العدل إذا صوّدر حقّ الدفاع، أو أهدرت الضمانات اللازمة لممارسته، ويتعين إعمال حق الدفاع في جميع مراحل الخصومة من أوجه الواقع، والقانون، وعناصر الإثبات، وفي جميع الطلبات الأصلية، والعارضة، وفي جميع صور الحماية القضائية، سواء أكانت: حماية قضائية تأكيدية، أو وقائية، أو مستعجلة، أو تنفيذية باستثناء الحماية القضائية الولائية؛ لأنها لا تحقق أهدافها بالفاعلية المطلوبة إلا إذا صدرت في غفلة عن الطرف الذي صدر ضده الأمر على عريضة (٣).

(١) د.وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م، ص ٦٤٥.

٦٤٦. د.عبدالغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء، وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٣م، ص

٩. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٣١٦.

(٢) نقض منني ١٩٥١/٣/١٣م، طعن رقم ٤٦ لسنة ٢٤ ق، مج، س ٩، ج ١، ق ٢٥، ص ١٩٧. دستورية عليا ١٦/٥/١٩٩٢م، طعن رقم ١ لسنة ١٣ ق. دستورية.

-Cass. Civ. 7 mai 1828; D. S. 1828; 1; P. 93.

-Cass. Civ. 3mars.1955; Rév.Term.dr. Civ. 1955; P. 367; obs. Raynaud.

-Cass. Civ.2 □ ; 8 oct. 1976; Rév. Term. dr. Civ. 1978; P. 184; obs. Normand.

-Cass. Civ.2 □ ; 3 Nov. 1980; Rév. arb. 1981; P. 14.

(٣) د.إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨١م، بند ٥، ص ١٢ ومابعدها.

د.أحمد خليل، مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري، مؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م،

ص ١٨٥ وما بعدها. محمد فهيم درويش، أصول وقواعد العدالة المدنية، ط٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١/٢٠١٢م،

ص ٦.

-Henery Solus et Roger Perrot; Droit Judiciaire Privé;T. 3; Sirey; Paris 1991; N. 111; P.

117.

ويجب على الخصوم الالتزام بواجب الأمانة الإجرائية، وحُسن النية أثناء ممارسة حق الدفاع، والبعد عن الكيد بقصد الإضرار، والنكاية، والغیظ، والتكيل بِخَصْمِهِ. وإذا كان الدفاع أمام القضاء حقاً للخَصْمِ إلا أن استعماله يكون مقيداً بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها، فإذا انحرف في استعماله عما شرع له كان ذلك خطأ يوجب مسؤوليته. وتقوم المحكمة بدور، وقائي لمنع الإساءة في استعمال حق الدفاع في إطار السلطة التقديرية المقررة لها، كما أنها تقوم بدور علاجي عن طريق الحكم بالغرامة الإجرائية على كل من أساء استخدام حقه في التقاضي، والدفاع بسوء نية بقصد الكيد، والمماطلة (م ٤/٣، ١١٠، ١٨٨...مرافعات مصري) (١).

وعلم الخَصْمِ بالإجراءات ضرورة لممارسة حق الدفاع، فلا يستطيع الخَصْمُ مباشرة حق الدفاع إلا إذا علم بطلبات خصمه، ودفعه، وحججه الواقعية، والقانونية، ويتحقق العلم بالإعلان، أو بالحضور، أو بالاطلاع التبادلي على المستندات؛ لأن كلا من المدعى، والمدعى عليه يهاجم، ويدافع أثناء سير الخصومة. ولا يستطيع القاضي تكوين رأيه إلا بعد إمامه بكافة عناصر النزاع من جميع الخصوم، وعدم الاقتصاد على سماع خصم دون آخر. وتقرير جزاء البطلان كجزء إجرائي على الإخلال بحق الدفاع، يمثل ضماناً إجرائية هامة لاحترامه.

ويتمثل حق الدفاع في حقوق دفاع أساسية هي: الحق في الدفع، والحق في الإثبات، والحق في المرافعة... فضلا عن حقوق دفاع مساعدة تتمثل في: الحق في الاستعداد، والحق في الحضور، والحق في الدفاع الشخصي، أو الاستعانة بمحام، والحق في العلم بالإجراءات... (٢). وثمة تطبيقات كثيرة لحق

(١) د.عبدالباسط جميعي، الإساءة في المجال الإجرائي، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، عدد خاص ١٩٨٣م، ص ٢٢٣. د.محمود صالح العدالي، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩١م، ص ١٤٩.

(٢) د.وجدى راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية حقوق عين شمس، ص ١٨، ع ١، يناير ١٩٧٦م، ص ١٨٦ وما بعدها.

الدفاع أهمها الحق في المرافعة باعتباره حقاً إجرائياً، وأحد مكونات المركز القانوني للخصم، ولا تكتمل حرية الخصم في الدفاع إلا باستخدام حقه في المرافعة (١). والمرافعة هي، وسيلة تمكين الخصم أثناء سير الخصومة - كل خصم في دوره، وبدون مقاطعة، واسترسال، ولغط، و لذب - من الإدلاء بالطلبات، والدفوع، والدفاع، وبيان أساسها القانوني، وتأييدها بالأسانيد القانونية، وتدعيمها بالمراجع الفقهية، والسوابق القضائية، بالمناقشة، والرد على الحجج الواقعية، والقانونية، والرد للمرة الثانية؛ لتتوير، وإقناع المحكمة بأحقية دعواه. أي أن المرافعة هي حق الخصم، أو وكيله في أن يقدم شرحاً في شكل مرافعة شفوية، أو مذكرة مكتوبة أثناء سير الخصومة أمام المحكمة لتأييد ما يقدمونه من طلبات، وادعاء، ودفوع، وأوجه دفاع في مسائل الواقع، والقانون، لإنارة طريق العدالة أمام المحكمة، ولا يتصور القضاء دون مرافعة، فهي فن الإقناع بالحق، ومسلكاً إيجابياً كإجراء داخل الخصومة (٢).

ويعدّ الحق في المرافعة من أهم تطبيقات حق الدفاع، ويتولى المتقاضي أثناء المرافعة مهمة الدفاع عن نفسه بالأصالة، أو بالوكالة في حالات التمثيل الإجباري فيستعين بمحام (art.18 N.C.P.C.F.). ويجب على القاضي أثناء المرافعة تسكين جأش، و روع الخصم الخائف من هيئة القضاء، والاستماع إلى المدعى أولاً ثم الاستماع إلى المدعى عليه ثانياً، ومحاولة الوساطة بعرض الصلح على الخصوم. وللقاضي منع الخصم من مقاطعة خصمه أثناء المرافعة منعاً للمباغنة، والتشويش عليه؛ ليتمكن من إيداء دفاعه في حرية تامة، ودون اضطراب، أو تشغيب، وحتى يتمكن القاضي من فهم الحجج، والإلام بعناصر القضية،

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠م، بند ٣٣٥، ص ٨٥. د. أحمد ماهر زغلول، تقديم لمؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م، ص أ-ج.  
(٢) د. عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، مؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م، ص ٧٥ وما بعدها. محمد فهيم درويش، أصول وقواعد العدالة المدنية، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١/١٢/٢٠م، ص ٤٦ هامش (١). جان إبلتون، محيط المحاماة علماً وعملاً، ترجمة محمود عاصم، دنيا القانون، القاهرة ١٩٦٤م، ص ١٣.



وللقاضي أيضاً منع الخصم من مقاطعة الشهود أو الخبير. والمرافعة مباراة شريفة في محراب العدالة سلاحها قوة البيان، والحجة، والتدليل المنطقي(١).

و متى استبانَت حقيقة القضية بعد سماع هيئة المحكمة لأقوال الخصوم، وطلباتهم، ودفوعهم، ودفاعهم، وسماع الشهود، ومناقشة الخبراء، فللمحكمة أن تصدر قراراً - لا يُعدّ حكماً، وإنما يُعدّ عملاً من أعمال الإدارة القضائية لا يقيد المحكمة التي أصدرته - بقبل باب المرافعة أمام الخصوم؛ لتخلو بنفسها للمداولة في الحكم بالمفاضلة، والترجيح بين المسائل القانونية. وهذا القرار قد يكون صريحاً " بقبل باب المرافعة"، وهذا هو المؤلف عملاً، أو ضمناً بتحديد جلسة لاحقة للنطق بالحكم في القضية. و قبل باب المرافعة: هو تقرير المحكمة صلاحية الدَعْوَى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل طلباتهم، ودفوعهم، ودفاعهم. ومتى أغلق باب المرافعة، انقطعت صلة الخصوم بالدَعْوَى، ولم يُعدّ من حقهم إيداء أيّة طلبات، أو تقديم أية مذكرات، أو مستندات؛ حتى لا يمنح أحد الخصوم فرصة لإيداء دفاع لم يتمكن خصمه من الرد عليه، كما لا يجوز للغير التدخل في الخصومة انضمامياً، أو اختصاصياً. وتدخل القضية مرحلة المداولة القضائية، والنطق بالحكم فيها بعد انتهاء تحقيقها، والمرافعة فيها. ويجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة أن تتطرق بالحكم في الجلسة، ويجوز لها تأجيل إصداره إلى جلسة أُخرى قريبة تحددها ( م ١/١٧١ مرافعات مصري - art. 760 N.C.P.C.F. ) (٢).

وللمحكمة قبل باب المرافعة "حجز القضية للحكم" مع التصريح للخصوم بتقديم ما يرون من مذكرات، ومستندات خلال أجلٍ مُحدّد بشرط إعلانها إلى الخصم الآخر، أو اطلاعه عليها؛ لتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم بالعلم بها، والرد عليها، وإلا كان

(١) د. سعيد خالد علي الشرعي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٦م، ص ٢٥٩

ومابعدھا. حسن الجداوي، المرافعة، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ج ٢، ط ٢، نادي القضاة ١٩٩٠م، ص ١٥٣ ومابعدھا.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م، بند ٣٢، ص ٦٤-٦٦.

محمد فهيم درويش، أصول وقواعد العدالة المدنية، ص ٢٨٤ ومابعدھا.

-J. Pierron; Les Notes en delibéré dans le Procés Civil; J. C. P. 1952; doct. ; P. 1036.

-N. Fricero; Notes en delibéré; Juris. Class. Proc. Civ.; Fasc. 502; N. 1ets.

-N. Fricero; Audience et Débats; Juris. Class. Proc. Civ.; Fasc. 501; N. 70 ets.

العمل باطلاً. فإذا صرّحت المحكمة بتقديم مذكرات خلال فترة حجب الدَعْوَى للحكم، وجب عليها تحديد ميعاد للمُدَّعي يَعْقبُه ميعاد للمُدَّعي عليه؛ لتبادلها بإعلانها، أو بإياداعها قلم الكتاب من أصل، وصور بقدر عدد الخصوم، أو وكلائهم بحسب الأحوال، وصورة إضافية تُردُّ للمودع بعد التأشير عليها من قَلَمِ الكُتَّابِ باستلام الأصل، والصور، وتاريخ ذلك. ويقوم قلم الكتاب بتسليم الصور لذوي الشأن بعد توقيعهم على الأصل بالاستلام... (م ١٧١ مرافعات مصري)، ولا يُعدُّ باب المرافعة مقفولاً - بالقدر الذي صرحت به المحكمة - إلا بانتهاء الميعاد المحدد، وفي تلك اللحظة فقط يُعدُّ باب المرافعة مقفولاً، وتكون القضية صالحة للحكم فيها، ولا يجوز تقديم أيَّة طلبات، أو مستندات، وإلا أعلن القاضي عدم قبولها من تلقاء نفسه (١).

ولا يجوز فتح باب المرافعة بعد تحديد جلسة النطق بالحكم إلا بقرار تُصرِّح به المحكمة في الجلسة بإعادة فتح باب المرافعة سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم، وذلك إذا ظهرت أسبابٌ جديَّةٌ جديدةٌ تُبيِّنُ في ورقة الجلسة التي يحررها القاضي بخطه "رول القاضي"، وفي محضر الجلسة الذي يحرره الكاتب (م ١٧٣ مرافعات مصري - art. 444 N. C. P. C. F.). وإذا اقتضت الحال تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية صرحت المحكمة بذلك في الجلسة مع تعيين اليوم الذي يكون فيه النطق به، وبيان أسباب التأجيل في ورقة الجلسة "رول القاضي"، وفي محضر الجلسة الذي يحرره الكاتب، ولا يجوز لها تأجيل إصدار الحكم بَعْدَئِذٍ إلا مرة، واحدة (م ١٧٢ مرافعات مصري) (٢).

عدم الاهتمام بدراسة المرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني (مشكلة البحث) : لم تفِ الدراسات التي تناولت قانون المرافعات موضوع النظام الإجرائي للمرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني بدراسة كافة زواياه، وهذا ليس قصوراً من الباحثين الذين اجتهدوا قدر طاقتهم، لكن دقة الموضوع هي الباعث على صعوبته، وتحتاج لمن ينيره من الباحثين قدر أكبر من العناء، والجهد؛ لأجل

(١) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، ج ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٧م، بند ٩٤، ص ٢٦٧ - ٢٦٨. د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦م، بند ٨٠٦، ص ٨٨٦. د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق ١٩٩٢م، بند ٥٦، ص ٦٧ وما بعدها. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨١م، ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) الإشارة السابقة.

البحث العلمي، وخدمة البشرية، ولعل البحث فيه ما زال يعاني معاناة أشبه بخطوات الطفل الأولى، وهنا تكمن درجة الصعوبة حيث يكون على الباحث دائماً في المجال القانوني أن يسهم بوضع أطر عامة أمام المُشَرِّع بما يُعِينُهُ على، وضع تشريعات، تكون لها صفة العمومية، والدوام، والاستمرار، والإحاطة بما قد ينشأ من منازعات، أو يجد من تفسيرات لأطول فترة زمنية ممكنة، وهو الأمر العسير في مجال دراستنا.

ويجتهد الباحث مدفوعاً برغبة ملحة في التَعَرَّفِ على آلية النظام الإجرائي للمرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، فهذا الجانب الذي أغفل الفقه لوقت طويل دراسته، ولم تتجه إليه الأنظار، ولم ينل من الفقه قدرأ من الاهتمام، والبحث يتناسب مع أهميته، وأثاره القانونية؛ حتى يتفق الرأي، وتتوحد الكلمة بشأنه، وذلك في محاولة للإسهام بوضع نموذج، أو صياغة مُتلى لفكرة النظام الإجرائي للمرافعة، وحجز القضية للحكم، ليسهل بعد ذلك تأطيرها، وتقنينها بما يتناسب، وأهميتها التي أصبحت ملحة في حياتنا اليومية أمام القضاء؛ وذلك لتقديم إفادة علمية، وتطبيقية للمجتمع القانوني بشكل خاص، والمجتمع الإنساني بشكل عام. ولعل من أبرز صعوبات البحث التي تصادف الباحث، هي دقة موضوع النظام الإجرائي للمرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، وندرة الدراسات القانونية المتخصصة المقارنة، وقلة المراجع، والكتب، وندرة أحكام القضاء التي تتناول موضوع تلك الدراسة؛ وذلك لأنه أمر حديث العهد نتج عن التطور التقني في مجال تكنولوجيا المعلومات، والاتصالات.

سبب اختيار موضوع البحث، وأهميته، وتساؤلاته: تم التركيز على دراسة موضوع النظام الإجرائي للمرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، لجلي جوانبه، وسبر أغواره؛ نظراً لأهميته العلمية، والعملية، وتوضيح آثاره القانونية، وبيان مدى، وكيفية الاستفادة منه، وسد ثغرة بالمكتبة القانونية العربية في موضوع " النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني " ؛ لأنه رغم ثبوت فكرة المرافعة في ضمير القاضي، والمتقاضي، إلا أن التشريعات الإجرائية العربية لم تُنظَّمها بشكل متكامل، ولم تتل ما تستحقه من العناية، والاهتمام من جانب الفقه، وهي في أشد الحاجة إليه، وليكون هادياً، ومُعِيناً لكل مشتغل

بالقانون، والقضاء، والمحاماة. كما ترجع أهمية هذا البحث إلى ارتباطه بالتجارة الإلكترونية التي أصبحت تُفرضُ نَفْسَهَا عَلَيِ مجتمعنا الوطني، والدولي، ووسائل فضّ المنازعات الناشئة عنها. ويهدف هذا البحث إلى محاولة خلق فكرة متطورة، ومتكاملة ذات طابع إجرائي عن آليّة المرافعة، وقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني "حجز القضية للحكم" باعتبار أن التطور هدفٌ مُرتَجَى لا نهاية له، وتطلّعا للأفضل في المستقبل.

ويثير هذا الموضوع عدة تساؤلات منها: ما هو مفهوم المرافعة، وضوابطها، وقفل باب المرافعة "حجز القضية للحكم" في التقاضي الإلكتروني، وما طبيعته القانونية، وآثاره، ونطاقه، وتنظيمه التشريعي؟ وهل له ميعاد قانوني أم لا؟ وما مصير الخصومة القضائية بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني؟ وما هي الآثار القانونية لقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني "حجز القضية للحكم"...

منهج البحث، وخطته: اهتمّ قانون المرافعات الفرنسي الجديد بفكرة المرافعة فنظمها في الباب التمهيدي الذي يُعدّ ميثاقاً فلسفياً للإجراءات (art. 430 : 449 N.C.P.C.F.)، ثم أورد العديد من تطبيقات المرافعة داخل التشريع. ونظراً لقصور القانون المصري، والتشريعات العربية من تنظيم شامل للمرافعة، وعدم معالجته لمسائل هامة تتعلق به؛ لذا رأينا دراسة الحق في المرافعة، وحجز القضية للحكم في هذا البحث؛ لأهميته الكبرى باعتباره أهم تطبيق من تطبيقات حق الدفاع؛ ولكي نلفت نظر المُشرِّع المصري، والتشريعات العربية، ورجال القضاء، والمحامين إلى أهمية، وضوابط الحق في المرافعة، وآثاره.

ومن أجل عرض الأفكار المتعلقة ببحث موضوع (النظام الإجرائي للمرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني)، وإبراز اشكالياته العلمية، والعملية، وبسبب أهمية الموضوع؛ فقد تم إتباع عدة مناهج علمية لتتكامل فيما بينها في محاولة لفحص جميع جوانب الموضوع، ألا، وهي: المنهج الوصفي التحليلي التأصيلي المقارن بين التشريعات، وأحكام القضاء، والآراء الفقهية المختلفة؛ لتوصيف، وتحليل، وتفسير، وتأصيل، واستنباط نتائج بحث موضوع "النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم

في التقاضي الإلكتروني" بهدف التوصل إلى أفضل الحلول الممكنة، والترجيح بينها، مبيناً المحاسن، والمساوئ، وأوجه النقص، والقصور، وأوجه القوة، والضعف، وأوجه الاتفاق، و الاختلاف، من أجل تطوير أحكام القانون الوطني على ضوء أحكام الدراسة المقارنة؛ للإسهام في معالجة أي قصور تشريعي بما لا يدع مجالاً لوجود ثغرات قانونية، أو نقص تشريعي... كل ذلك في إطار موضوعي متجرداً من العاطفة، والشعرات.

وبناءً على ذلك سوف نتناول بالدراسة، والبحث موضوع (النظام الإجرائي للمرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني)، في فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي، وتسبقهما خاتمة، وذلك على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: مفهوم التقاضي الإلكتروني.

الفصل الأول : مفهوم المرافعة في التقاضي الإلكتروني، وضوابطها، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول : ماهية المرافعة في التقاضي الإلكتروني.

المبحث الثاني : ضوابط المرافعة في التقاضي الإلكتروني.

الفصل الثاني : مفهوم قفل باب المرافعة "حجز القضية للحكم" في التقاضي الإلكتروني، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول : ماهية قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، وضوابطه.

المبحث الثاني : الآثار الإجرائية لقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني.

الخاتمة :، وتتضمن خلاصة ما انتهى إليه البحث، وأهم ما توصل إليه من نتائج، وتوصيات.

وذلك بالتفصيل المناسب على النحو الآتي:

نسأل الله سبحانه، وتعالى التوفيق، والسداد

وعلى الله تعالى قصد السبيل

## مبحث تمهيدي مفهوم القضاء الإلكتروني

ماهية التقاضي بوسائل إلكترونية (مَيَكَنَة إجراءات التقاضي): في ظل التطور التَّقْنِي المتسارع لنظم تكنولوجيا المعلومات، والاتصالات الإلكترونية، الذي هو نتاج التحول من البدائية إلى الحداثة أصبحت كل دول العالم بلا حدود جغرافية، رغم بُعد المسافات، واختلاف التوقيت، وأضحى استخدامها بوتيرة متسارعة لمواكبة التطور التكنولوجي أمراً ملحاً بعد أن قامت دول عديدة بإنشاء الحكومة الإلكترونية، وهي كثيرة فمنها: الكتابية، كالبرق، والتلكس، والفاكس،...أو الصوتية كالهاتف، والمحمول، والراديو...أو مسموعة مرئية كالتلفاز، والفيديو... أو وسائل كتابية صوتية مرئية كالإنترنت، والفيديوكونفرانس، وسكاي بي... (١). ولتفعيلها تسن نظرية القانون المعلوماتي، والاعتراف التشريعي بالكتابة، والتوقيع الإلكتروني، وتطوير قطاع الاتصالات، وإصدار التشريعات اللازمة لحماية أمن، وتوثيق، وتصديق المعلومات الإلكترونية (٢)؛ وذلك نتيجة لظهور نظم قانونية جديدة كالتجارة الإلكترونية، والدليل الإلكتروني، والتقاضي الإلكتروني، والتحكيم الإلكتروني... فكل شيء أصبح إلكترونياً. (٣). ويتم فض منازعات التجارة الإلكترونية بنفس الآلية الإلكترونية التي تمت بها عن طريق القضاء، باستخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية، أو إحدى الوسائل البديلة كالتحكيم الإلكتروني (٤).

- (١) د.محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة ١٩٩٣م، ص ٢ وما بعدها. د.محمد عبد الظاهر حسين، الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠/٢٠٠١م، ص ٥ وما بعدها.
- (٢) د.محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٥م، ص ٣٦٢-٣٦٣. د.محمد صابر الميري، دور الحاسب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤م، ص ٤٠.
- (٣) د.سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م، ص ٣ وما بعدها. د.السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٢م، ص ٩ وما بعدها.
- (٤) د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، بند ٤٠، ص ٦٧. د.أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٦٥. د.محمد أبو العينين، مقدمة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم

والتقاضي بوسائل إلكترونية هو الحصول على الحماية القضائية باستخدام الوسائل الإلكترونية المساعدة للعنصر البشري، وذلك بميكنة النظام القضائي بأكمله بما يتيح للمتقاضين من خلال، وسائل الاتصالات الإلكترونية عبر موقع المحكمة الإلكتروني تسجيل دعواهم، و سداد الرسوم ببطاقة الدفع الإلكتروني، وتقديم الأدلة، والمستندات إلكترونياً، والإعلان بالبريد الإلكتروني عن طريق قلم الكتّاب، والمحضرين في أي وقت، وحضور، ومتابعة الجلسات، وتسجيلها إلكترونياً، وأداء المرافعة إلكترونياً، وتم المداولة إلكترونياً تمهيداً للوصول إلى الحكم، وكتابته، وتوقيعه إلكترونياً ثم، وضعه على موقع المحكمة الإلكتروني، ثم الطعن فيه أو تنفيذه. أي أنه نظام قضائي معلوماتي يستخدمه المتقاضي، والمحامي، والقاضي، وأعوانه من خلال، وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في إجراءات التقاضي عبر موقع المحكمة الإلكتروني؛ وذلك للارتقاء بمستوي إجراءات التقاضي، ورفع كفاءة، وفاعلية نظم التقاضي بكافة درجاته، وتحقيق شفافية الإجراءات بما يضمن التيسير في الأداء، والسرعة في الإنجاز، والتبسيط في الإجراءات، وسرعة الفصل في الدعاوى، وتوفير الوقت، والنفقات بما يخدم المتقاضين. حيث يمكن للمحامين، والمتقاضين الدخول على الموقع الإلكتروني للمحكمة بطريقة إلكترونية، وفق منظومة متكاملة، وتقديم الطلبات، والمذكرات، والمستندات، والتعرف على سير الجلسات، وموعدها، والأحكام، والقرارات، والحصول على الشهادات، والأحكام بعد سداد الرسوم بإحدى، وسائل الدفع الإلكتروني كبطاقات الائتمان، أو النقود الرقمية، أو المحفظة الإلكترونية، أو بالتحويل الإلكتروني للنقود... (١).

ويساعد استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية على تنمية معلوماتية شاملة لمرفق القضاء، وزيادة فعالية، وشفافية عمل القضاء، وتيسيره، ولوج باب القضاء، وسرعة

المنازعات، جامعة الدول العربية ١٢-١٣ يناير ٢٠٠٢م، ص ٢. د.علي أمير خالد، فض منازعات المديونية، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٢٩٣.

(١) حازم محمد الشريعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن ٢٠١٠م، ص ٥٥ وما بعدها. د.داديار حميد سليمان، الإطار القانوني للتقاضي المدني عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن ٢٠١٠م، ص ١٤١. د.خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ١٢. د.يوسف سيد عوض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٢م، ص ٢٩.

الفصل في النزاع، وعلاج ظاهرة بَطء التقاضي؛ لأنه يؤدي إلى تبسيط الإجراءات، وتوفير الوقت، والجهد عَلَى المتقاضين، والمحامين، والقضاة، وأعاونهم، بالإضافة إلى التخفيف عن الخصوم، ومحاميه في إعداد ملف القضية، ومتابعتها، والاطلاع عَلَى أوراقها، ومحتوياتها، وتوفير المعلومات، والخدمات بسهولة، و يُسر، والتقليل من التَّرَاحُم، وعدد مرات التردد عَلَى المحاكم، وتحقيق العدالة، والنزاهة، والشفافية الكاملة في حصول المتقاضين عَلَى الخدمات بسهولة، وعلاج الرتابة في العمل، وتَعَدُّ الإجراءات، وتحسين الوضع المؤسسي، والتنظيمي، والمناخ الذي يعمل في ظله المتقاضون، والمحامون، والقضاة، وأعاونهم، ومنع التلاعب في المستندات، وسرقتها، وإتلافها، ومنع الأعمال الروتينية، و تَكْدُس القضايا، وضمان لأمن، وسلامة خصوصيات، وأسرار المتقاضين التي تحويها الأوراق، والمستندات المتداولة... (١).

وبدأت العديدُ من الدُول مثل: أمريكا، وهولندا، والبرازيل، وبلجيكا، والصين، وسنغافورة، وألمانيا، وفرنسا، وأسبانيا، وفنلندا، والنمسا، والسعودية، ودبي، والكويت، والمغرب، ومصر، والأردن... في، وضع، وتنفيذ سياسات متقدمة؛ بشأن استخدام، وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في مرفق القضاء ( التقاضي بوسائل إلكترونية )، والاستعانة بتقنية تكنولوجيا المعلومات، والاتصالات، والاستفادة منها بما يساعد عَلَى جودة الخدمات، وسرعة إنجاز القضايا، وتوحيد، وتبسيط الإجراءات، والمساهمة في أمن المعلومات بحفظها، وإتاحة الاطلاع عليها للمصرح لهم، إضافةً إلى ضمان جودة العمل، والشفافية، والنزاهة، ومواكبة التطور... (٢).

وتفاعل مرفق القضاء مع المستجدات الإلكترونية باستخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية، التي تمضي بويِّزة مُتسارعة تَعَكِّسُ القدرة عَلَى التعامل مع هذه التطورات، وإيجاد الأطر التي تنظم عملها بالمجال القضائي، والإداري، والمالي للمحاكم؛ وذلك

(١) د.أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٤م، بندء ومابعد، ص ١١ وما بعدها.

د.محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، ٢٠٠٨م، ص ٤٥٥.

-Hervé Croze; le progress technique de la procédure civile; J.C.P.; éd.G. 28 janvier 2009; N. 5; P.15.

(٢) د.أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، بند ٦، ص ١٥-١٧. د.محمود مختار عبد-المغيث، استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م، ص ١٦ وما بعدها.



لِيَتَمَّاشِي مع خُطط الحكومة في مَيَكَنَة المَوْسَّسات الحُكُومِيَة (الحُكُومَة الإلِكْتروْنِيَة)، وتَفْعِيل المَحْكَمَة الإلِكْتروْنِيَة، واعْتِمَاد خِدْمَة (الرَد الآلِي التَفَاعَلِي - call center) الَّتِي تَخْدَم جِهَات رَسْمِيَة كَالْبَنُوك، والسَفَارَات، إلَى جَانِب خِدْمَة اسْتِعْلَام المِوَاطِنِينَ عَن سَيَّرِ المَعَامَلَات فِي، وَزَارَة العَدَل دُون الذَهَاب لِمَرَاجَعَة المَحَاكِم، وَكَذَا بَعْض الخِدْمَات فِي تَفْعِيل نِظْم المَحْكَمَة الإلِكْتروْنِيَة بِمَعْرِفَة مِوَاعِيد الجِلسَات، وَالقَرَارَات الصَادِرَة عِبْر رِسَائِل قَصِيرَة SMS لِلتَذْكِير بِمِوَاعِيد الجِلسَات، وَخِدْمَات تَسْمَح لِلْمَحَامِي بِالْقِيَام بِجُلِّ الإِجْرَاءَات مِن مَكْتَبِهِ عِبْر شَبْكَة الإِنْتَرْنِت، وَلا سِيْمَا خِدْمَة تَتَبَع مَلَفَات القَضَايَا مِن جِلسَات، وَأَحْكَام، وَتَفْعِيل... (١).

وَعَلَى ذَلِكَ فِي نِظْم التَفَاعُلِي بِوَسَائِل إلكترونية (الإلكترونية القضاء) - استعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي - كوسيلة، أو أداة، أو طريقة مساعدة للعنصر البشري في ممارسة العمل الإجرائي، نَكُونُ أَمَامَ مَحْكَمَة قَضَائِيَّة تُرْفَعُ أَمَامَهَا الدَّعْوَى إلكترونيًا، وَيَتِمُّ تَخْزِينُهَا آليًا، وَالإِطْلَاعُ عَلَيْهَا عِبْرَ مَوْقِعِ المَحْكَمَة مَع إِعْلَانِ الأُورَاقِ بِالْبَرِيدِ الإلِكْتروْنِي، وَسَدَادِ الرِّسُومِ بِوَسَائِلِ الدَّفْعِ الإلِكْتروْنِي، مَع التَّبَادُلِ المَعْلُومَاتِي، وَتَخْزِينِ كَافَّةِ القَوَانِينِ، وَأَحْكَامِ المَحَاكِمِ، وَأَنْوَاعِ الدَّعَاوَى، وَمَا يَخْصُهَا عَلَى الإِنْتَرْنِت، وَتَطَّلُّ الدَّعْوَى مَنظُورَةً أَمَامَ المَحْكَمَة فِي جِلسَة عَليَّة يَحْضُرُهَا الخِصُومُ، وَيَتَرَفَعُونَ فِيهَا أَمَامَ المَحْكَمَة، وَيَتَوَلَّى تَحْقِيقَ الدَّعْوِي القَضَاةِ وَالخِبْرَاءِ فِي حُضُورِ الخِصُومِ، فَهَذِهِ " مَحْكَمَة بِوَسَائِلِ إلكترونية " (٢).

وَيَخْتَلِفُ نِظْمُ التَفَاعُلِي بِوَسَائِلِ إلكترونية " إلكترونية القضاء " - الصُّورَة البَسِيطَة لِلتَفَاعُلِي الإلِكْتروْنِي - عَن الصُّورَة المُرَكَّبَة لِلتَفَاعُلِي الإلِكْتروْنِي " القَاضِي الإلِكْتروْنِي، أَوِ المَحْكَمَة الإلِكْتروْنِيَة، أَوِ المَحْكَمَة الإِفْتِرَاضِيَّة "، وَهُوَ مَيَكَنَة النِظْمِ القَضَائِي بِأَكْمَلِهِ إلكترونيًا، بِحَيْثُ يَسْتَجِيبُ لَتَفْعِيلِ أَمْرٍ دُونَ تَدَخُّلِ بَشَرِي فِي سَيَّرِ،

(١) محمد محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" دبي/ الإمارات ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م، ص ٢ - ٦. محمد عصام الترساوي، تداول الدعوي القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م، ص ١٤١ - ١٤٥.

(٢) د.سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية القضاء المدني الإماراتي، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ج ١، ص ٣١٥. د.يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٣٠ وما بعدها.

ومخرجات، ونتائج العمل بعد ميّكّنِيته، ومتابعته، والإشراف عليه من فريق عمل بشري، حيث يمكن الاعتماد على العقل الإلكتروني في إصدار القرارات، والأحكام في بعض القضايا التي لا تتطلب بحث، وتقدير شخصي، أو سلطة تقديرية للقاضي، وإنما تعتمد على القدرة المعلوماتية كقضايا العقود الإلكترونية، وحسابات البنوك، والضرائب، والميراث، والنفقة، والمخالفات المرورية... حيث يتم تقديم، وتبادل أوراق الدَعوى، ونظرها، والفصل فيها عبر الإنترنت، من محكمة افتراضية تدير الدَعوى إلكترونياً، بمعنى الانتقال من القيام بإجراءات التقاضي بشكلها الورقي التقليدي إلى الشكل الإلكتروني الكامل عبر الإنترنت. أي أنه يتم استبدال القاضي البشري بجهاز كمبيوتر يعمل قاضياً إلكترونياً في قضايا معينة، حيث يتم إجراء الإلكتروني بإدخال جميع بيانات الدَعوى على جهاز الكمبيوتر (القاضي الإلكتروني)؛ ليقوم بالمعالجة، وتفاعل بيانات القضية مع قواعد البيانات، والأنظمة لينتهي بالمخرجات التي تتمثل في إصدار حكم إلكتروني من محكمة افتراضية، وفق القوانين، والأنظمة المحفوظة موقَّعاً عليه إلكترونياً من الجهة المنظمة للقضاء الإلكتروني. بمعنى أن المحكمة الإلكترونية هي محكمة لا حضور فيها للخصوم، أو ممثلهم، وتقدّم فيها جميع المستندات عبر الإنترنت... دون حاجة إلى التقاء الخصوم، والقضاة في مكان معين، وتوجد لهذا النوع تطبيقات أمريكية، وأخرى لبنانية في بيروت. ويعتبر نظام القاضي الإلكتروني تطبيق لنظام المحاكم المتخصصة التي تختص بنوع معين من القضايا إعمالاً لمبدأ تخصص القضاة(١).

**مَقُومَات، وَمُتَطَلِّبَاتِ التَّقَاضِيِ بِوَسَائِلِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ :** يجب لاستخدام، وسائل الاتصالات الإلكترونية في القضاء (التقاضي بوسائل إلكترونية) توفير أجهزة الحاسب الآلي، وشبكات الإنترنت، وبرامج الحاسب الآلي، وقواعد البيانات، والمعلومات،

(١) د. أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، بند ٦، ص ١٥-١٧؛ بند ٣٦، ص ٧٣-٧٤. د. سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية القضاء المدني الإماراتي، ص ٣١٥. د. سحر عبد الستار إمام، نحو نظام تخصص القضاة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص ٥٠. د. يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٣٠، ٤١، ٣١٥ وما بعدها. د. عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤م، ص ٥٢٠.

والمقتضيات القانونية، والفنية، والبنية الأساسية، والموارد المالية، وتعديل البنية التشريعية، والإدارية، وتأهيل، وتدريب الكوادر البشرية، والبرامج الإلكترونية اللازمة. وتوفير الحماية القانونية الوطنية، والدولية لوسائل الاتصالات الإلكترونية، والبرامج المستخدمة، بتجريم الاعتداء عليها. وضرورة تأهيل، وتنمية الوعي الإلكتروني للمتناقضين، والمحامين، وأعضاء النيابة، والقضاة، وأعاونهم للتعامل مع البرامج، والوسائل الإلكترونية، وتجهيز المحاكم، وتزويدها بأجهزة الحاسوب، والإنترنت (١).

ويجب اتخاذ حُطَط الطوارئ، والتدابير الاحترازية الوقائية لمواجهة، وتجنب الأزمات : كقطع التيار الكهربائي، والإنترنت، وأعطال الأجهزة، والمعدات، وأنظمة التشغيل، وتوفير البدائل الاحتياطية. وتعديل التشريعات بما يسمح بالتعامل مع الملفات الإلكترونية من المتقاضي، والقاضي، وأعاونه. والقيام بتجهيز مؤسسي، وتكنولوجي للنيابات، وللمحاكم، والجهات المعاونة بما يسمح باستخدام، ووسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في التقاضي. كما يستلزم نظام التقاضي بوسائل إلكترونية، تخزين القوانين، والأحكام، والمبادئ القضائية على شبكة الإنترنت، وربط المحاكم ببعضها بشبكة، واحدة... فتقدم جميع الملفات، والأوراق على موقع المحكمة، وحفظها عبر، ووسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة، وتمكين الخصوم من الاطلاع عليها بدلاً من الذهاب إلى مقر المحكمة. كما يقوم الخصوم فيما بينهم، ومع المحكمة بتبادل المعلومات عن القضية، وتبادل الأوراق القضائية، وتقديم الطلبات فيها عبر شبكة الإنترنت، وحواسبَ الدورة المستندية لسير القضية، واعتماد نظام المسح الضوئي للأرشفة الإلكترونية لجميع، وثائق مرفق العدالة (٢).

كما يجب اتخاذ التدابير الاحترازية؛ لتحقيق الحماية المعلوماتية، والفنية، والثقة، والفاعلية في التقاضي الإلكتروني، بالتشفير، وتأمين سرية، وخصوصية المعلومات،

(١) د. أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، بند ٦، ص ١٥-١٧. د. سيد أحمد محمود، الإلكتروني القضاء، ص ١٣ وما بعدها.

د. صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، تصدرها كلية حقوق دمشق، ج ٢٨، ع ١، ٢٠١٢م، ص ١٧٥-١٧٦. د. محمد سليمان محمد عبد الرحمن، القاضي وبطء العدالة، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١م، ص ٣٨٧. د. يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٣٠، ٧٣.

(٢) د. أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، بند ٦، ص ١٥-١٧. د. محمد سليمان محمد عبد الرحمن، القاضي وبطء العدالة، ص ٣٨٧. د. يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٣٠، ٧٣.

ومكافحة فيروسات الحاسب الآلي. كما يجب تحقيق الحماية الجنائية لنظام التقاضي الإلكتروني باتخاذ التدابير الاحترازية لمواجهة الجرائم المعلوماتية كالتروير المعلوماتي للمحركات، والوثائق الإلكترونية، وإتلافها... وقد ساعد نظام المحامي الإلكتروني بتقديم استشاراته عبر الإنترنت، نظام التقاضي بوسائل إلكترونية كجزء من الحكومة الإلكترونية - نظام استراتيجي عملي، وعلمي، ومنهج دولة، وتطلعات قيادة، ووطن، ومواطن - يشمل عدة نُظُم منها : نظام إدارة البوابة الإلكترونية، ونظام الاتصالات الإدارية، ونظام إدارة القضايا، ونظام التسجيل الصوتي، ونظام إدارة المحتويات، ونظام إدارة الأداء، نظام إدارة خدمات تَفْنِيَةِ المعلومات التحتية من أجهزة، وبرامج، وأمن المعلومات، ونُظُم التحقق من الهوية الإلكترونية، والمستندات الإلكترونية... ويساعد نظام التقاضي الإلكتروني على تحقيق السرعة، والدقة في الإجراءات، وتوفير الوقت، والجهد، والنفقات للمتقاضين(١).

ويمكن اعتبار، وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة، وسيلة، أو أداة، أو طريقة؛ لممارسة العمل الإجرائي، كما يمكن اعتبارها الإجراء ذاته. ويتم تفاعل مرفق القضاء مع المستندات الإلكترونية، باستخدام، وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في تطوير، وتعجيل إجراءات التقاضي من خلال: تعديل القوانين لتعتمد ملف إلكتروني للدعوى، والاعتراف بالتوقيع، والمحرر الإلكتروني، وتكون إجراءات رفع الدعوى، وإعلانها إلكترونياً، وتبادل المستندات، والإطلاع عليها، وإدخال البيانات، والتوقيع عليها إلكترونياً، وضرورة، وجود استعداد لدى المحامين في التجهيز، والتأهيل الشخصي، وضرورة تجهيز مكاتب المحامين بالحواسب، ومايتبعها من اسكانر، وآلات للطبع، وكاميرات، والاشتراك في شبكة الإنترنت، وفي المواقع القانونية... (٢).

إلا أن فكرة التقاضي بوسائل إلكترونية، أو التقاضي الإلكتروني، تطرح إشكاليات عملية، وعقبات معقدة بالنسبة لكيفية الاستعمال فيما يتعلق بالتحقق من الشخصية،

(١) محمد محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية، ص ٤ وما بعدها. د.صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، ص ١٧٥-١٧٦. د.يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٧٥ وما بعدها.

(٢) د.أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، بند ٦، ص ١٥-١٧. د.صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، ص ١٧٦-١٧٥. د.يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٧٣ وما بعدها.

وتحديد الأهلية اللازمة لصحة العمل الإجرائي، والسّر المهني، ومشاكل الإثبات الإلكتروني، ومشاكل القرصنة الإلكترونية، والتلاعب بالأدلة الإلكترونية، وتهديد اختراق خصوصيات الأفراد، ومشاكل الإعلان الإلكتروني، والمَسَاس بضمانات المُحاكمة العادلة، وإلغاء روح القانون، والعصف بمبادئ علانية القضاء، وشفوية المرافعة، والمواجهة بين الخصوم، والعصف بروح العدالة، ومبدأ حرية القاضي في الاقتناع، وتكوين عقيدته عند عدم حضور الخصوم أمام المحكمة، وسماع أقوالهم، وشهاداتهم بشكل شفوي، ورؤية المحكمة لملاحم، وجوهم أثناء استجوابهم بالجلسة، وقلة التشريعات العربية التي تنظم المعاملات الإلكترونية، وعدم وجود تشريعات تنظم إجراءات التقاضي الإلكتروني، صعوبة تحديد قواعد الطعن في الأحكام الإلكترونية، وكذلك صعوبة تنفيذها... غير أن معظم هذه الإشكاليات سيوجد لها حل إن عاجلاً، أو آجلاً، عن طريق تطوير البرامج الإلكترونية، وخدمات التوثيق الإلكتروني، والأمن المعلوماتي... (١).

ويمكن عرض محتوى ملف الدعوي الإلكتروني علي الرابط الإلكتروني بالموقع الإلكتروني للمحكمة علي الإنترنت. وتمثل تقنية الفاكس أو البريد الإلكتروني إثبات لعملية إعلان الأوراق القضائية للمعلن إليه. كما تعد تقنية ال Video conference وسيلة اتصال مرئية مسموعة لاجتماع عدة أشخاص في أماكن مختلفة بالحضور عن بعد، كأحدى وسائل مباشرة للمرافعة وإجراءات التحقيق والمحاكمة عن بعد خروجاً عن الطابع التقليدي في التحقيق والمحاكمة الذي اتسم به مرفق العدالة، فهي افتراض مجازي لحضور أطراف الدعوي لقاعة الجلسة، يترتب علي تطبيقها امتداد النطاق الجغرافي للجلسات، ويتحقق بموجبها مبدأ المواجهة بين أطراف الدعوي والإمام والإحاطة بكافة إجراءات المحاكمة، حيث يستطيعون المشاركة بالصوت عن طريق سماعات، وبالصورة عبر شاشة عرض، ودون حاجة إلى وجودهم الفعلي بأجسادهم في مكان واحد " الجلسات الإلكترونية " ( م ١ من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٥ لسنة ٢٠١٧م بشأن استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية)؛ وذلك توفيراً للوقت والجهد، ولتجنب

(١) د.يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ١٢٦ وما بعدها. د.صفاء أورتاني، المحكمة الإلكترونية، ص ١٧٥-١٧٦.

ترحيل وهروب المسجونين، ولحماية الشهود والخبراء من تهديدات الخصوم. وقد بدأت وزارة العدل السعودية في عام ٢٠١٦م بتدشين المحاكمة عن بعد بالتطبيق علي محكمتي الرياض وجدة مع توفير كافة ضمانات التقاضي، وجاري التوسع في تطبيقه ليشمل كافة المحاكم الأخرى(١).

وفي سبيل ذلك استحدث القانون الفرنسي التبادل الإلكتروني للأوراق القضائية بين المحامي والمحكمة في مجال الإجراءات المدنية في الباب الحادي والعشرين من الكتاب الأول من قانون المرافعات ليطبق علي كافة أعمال القضاة أمام جميع المحاكم، بالمرسوم رقم ٢٠٠٥-١٦٧٨ الصادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥م والمتعلق بالإجراءات المدنية وبعض إجراءات التنفيذ ( Décret. N°.2005-1678 du 28 art.748-1,2,3,4,5,6,7,8,9)، وذلك باستحداث نصوص ( art. 73 (déc.2005; art. 73 (N.C.P.C.F. التي تجيز استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية - بعد موافقة ذوي الشأن صراحة وإلا يجب تطبيق القواعد التقليدية - في تبادل وإعلان الأوراق والمذكرات والإنذارات والتقارير...، ويجوز للقاضي طلب الأصل الورقي عند المنازعة في صحة المحرر الإلكتروني، وأجاز للمحضر القيام بالأعمال الإجرائية باستخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية (Décret. N°.2005-972 du 10 août. 2005). كما أصبحت جميع طعون الاستئناف والنقض تقدم الكترونياً لقم كتاب المحكمة المختصة الذي يستقبلها ويخطر المحامي بخطاب مسجل بعلم وصول بقبول الصحيفة أم لا، وذلك بمقتضى (Décret. N°.2009-1524 du 9 déc.2009)، كما أجاز التوقيع الإلكتروني علي الأعمال الإجرائية التي يقوم بها معاوني القضاء أمام محاكم الدرجة الأولى والثانية بالمرسوم (Décret. N°.2010- 434 du 29 avril. 2010) بعد تحديد هوية المعلن إليه بالطرق الإلكترونية. كما تعددت البروتوكولات بين نقابة المحامين والمحاكم الفرنسية

(١) د. عادل يحيى، التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ٢٥. د.رامي منولي القاضي، توظيف تكنولوجيا المعلومات في مجال الإجراءات الجنائية (الفيديوكونفرنس نموذجاً)، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ج ١، ص ٧ وما بعدها. د.يوسف أحمد نوافلة، الإثبات الإلكتروني، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠١٠م، ص ٢٦٢. د.يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٢٩٧ وما بعدها.

بشأن التبادل الإلكتروني للإجراءات بين المحامي والمحكمة. وكما نصت لائحة البرلمان الأوروبي رقم ٢٠٠٧-١٣٩٣ الصادرة في ١٣ نوفمبر ٢٠٠٧م علي ميكنة إجراءات التقاضي المدنية في نطاق الدول الأعضاء(١).

كما قام المشرع الإماراتي في ٢٠١٧/٩/١٨م بإصدار المرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م، ونص في (م ٢) من التعديلات على أن: « يضاف إلى الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م وتعديلاته، باب سادس جديد بعنوان « استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات المدنية » و يتضمن نصوص المواد من (٣٣٢) إلي (٣٤٣)، ونشر في الجريدة الرسمية علي أن يعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره.

وقد نصت (م ٣٣٢) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي مضافة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م علي أن: " يقصد باستخدام تقنية الاتصال عن بُعد في الإجراءات المدنية استخدام وسائل التواصل المرئي والمسموع بين طرفين أو أكثر لتحقيق الحضور عن بُعد وتبادل المستندات والتي تشمل قيد الدعوي وإجراءات الإعلان والمحكمة والتنفيذ التي تتم عبر استخدام تلك التقنية ". وكما نصت (م ٣٣٤) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي مضافة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م علي أن: " تتحقق أحكام استيفاء الرسوم والقيد والإعلان وتقديم المستندات والحضور والعلانية والمرافعة واستماع الشهود والاستجاب والمداولة وإصدار الأحكام وتقديم الطعون والتنفيذ بكافة إجراءاته المنصوص عليها في هذا القانون وتعديلاته، إذا تمت كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بُعد ".

وهناك العديد من التطبيقات لإلكترونية الإجراءات في كثير من الدول: فمئذ ١٩٩٩م في مدينة سانتا بربرا بولاية كاليفورنيا بأمريكا ترفع الدعوي إلكترونياً عبر موقع إلكتروني خاص، ويسمح للمحامين والمتقاضين بتسليم واستلام مستنداتهم بطريقة

(1) Hervé Croze; Le Progrès technique de la Procédure Civile; J.C.P.; éd. G.; N.5; 28 Janvier 2009; 1108; P.15.

إلكترونية وفق منظومة متكاملة في أي وقت ومن أي مكان عبر الإنترنت، مع إمكانية إرسال ملف القضية بشكل فوري من محاكم الدرجة الأولى إلى محاكم الدرجة الثانية. كما أنشأت الصين بمدينة زيبو في إقليم شاندونج محكمة إلكترونية تعتمد علي برنامج حاسوبي متطور يقوم بحفظ القوانين النافذة والسوابق القضائية، وتبدأ الدعوي أمام المحكمة الإلكترونية بإعداد كل من الادعاء والدفاع لمعطياتهما ومطالبهما على قرصين مدمجين (CD) يملكان السعة ذاتها ثم تدخل بيانات هذين القرصين إلى البرنامج الحاسوبي لغرض الاحتكام للقاضي الإلكتروني الذي يمكنه أن يطلب رأي القاضي البشري بخصوص بعض التفاصيل الخاصة أو تلك المتعلقة بالنواحي الإنسانية قبل أن يقوم بإصدار الحكم. وكذلك أطلقت النيابة العامة بإمارة دبي من خلال موقعها الإلكتروني النظام الإلكتروني بشكاوي المتقاضين وإجراءات التقاضي، فيستطيع المحاميين والمواطنين من خلاله تقديم الطلبات المختلفة المتعلقة بالدعوى، فيقوم المحامي بإرسال صحيفة الدعوى مباشرة إلى القسم المسئول عن تسجيل الدعوى، وبإمكان الخصوم متابعة الدعوى الخاصة بهم ومعرفة وقائع الجلسات. كما تعمل وزارة العدل السعودية بنظام التقاضي الإلكتروني باستخدام النظام الشامل ابتداءً من تسجيل الدعوى القضائية، وإجراء التبليغ الإلكتروني، وانتهاءً بإصدار الحكم، حيث تقوم المحكمة باستلام عريضة الدعوى من خلال دخول المدعي إلى موقع المحكمة لتسجيلها إلكترونياً ثم تتابع سير إجراءات التقاضي في المحكمة إلكترونياً. وكما اتجهت أيضاً وزارة العدل الكويتية إلى ميكنة إجراءات التقاضي من خلال نظام المعلومات المتكامل... (١).

(١) د.أسعد فاضل مندبل، التقاضي عن بعد، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون/ جامعة القادسية، مجلد ١، ع ٢١، ٢٠١٤م، ص ١١٤ ومابعدها. أمل فوزي أحمد، روي تشريعية لأمن المعلومات في مجال الكترونية الإجراءات، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ج ١، ص ٥٨٩ ومابعدها. عبدالله عبدالرحيم الكندري، مكنة إجراءات التقاضي في الكويت، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الكويت الأول للمعلوماتية والقضائية، ١٥-١٧ فبراير ١٩٩٩م، ص ٨.



وبعد أن انتهينا من دراسة المبحث التمهيدي (مفهوم التقاضي الإلكتروني) على النحو السابق، فننتقل الآن إلى دراسة الفصل الأول (مفهوم المرافعة في التقاضي الإلكتروني)، وهما تفصيل القول في ذلك:

## الفصل الأول

### مفهوم المرافعة في التقاضي الإلكتروني

تمهيد، وتقسيم : إذا كان الإنسان كائناً اجتماعياً بطبيعته، والقانونُ أمراً لازماً لتنظيم الحياة الاجتماعية، فإن نفاذ القانون عن طريق السلطة العامة في الدولة الحديثة ضرورة حتمية. وتتمثل، وظيفه القضاء في حماية القانون، والدفاع عنه ضد ما يطرأ على نفاذه من عقبات، وعوارض يستهدف القضاء مواجهتها، وإزالتها لنفاذ القانون : تجهيل الحقوق، والمراكز القانونية، والاستعجال، أو الخطر، والخشية من فوات الوقت بالتأخير في منح الحماية القضائية، والقصور القانوني، وعدم تطابق المراكز الواقعية مع قواعد القانون... (١).

ويؤدي القضاء، وظيفته في حماية النظام القانوني بإصدار قرار قضائي - حكم، أو أمر - يزيل التجهيل القانوني الذي يلبس الحقوق، والمراكز القانونية. ويُعدّ الحكم القضائي - باعتباره عنواناً للحقيقة -، وسيلةً من الوسائل القانونية التي اعتمدها القانونُ الإجرائي؛ لحماية، واستقرار الحقوق، والمراكز القانونية التي فصل فيها الحكم القضائي، وذلك بعد طلب الخصوم الحماية القضائية من مرفق القضاء باستعمال حق التقاضي في شكل مطالبة قضائية، وخصومة قضائية تكون نهايتها الطبيعية، والغاية المرجوة منها، الحصول على حكم قضائي في الموضوع لحماية الحقوق، والمراكز القانونية (٢).

(١) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م، ص ٩٢ وما بعدها. د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات، بند ٣٩٦، ص ٣١٧. د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، ط ٢، ١٩٩٩م، بند ٤ وما بعده، ص ١٣ وما بعدها. د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج ١، مؤسسة النجاح للطباعة بالقاهرة ١٩٨٢/١٩٨٣م، بند ٤٠، ص ٥٦ وما بعدها.

-Solus et Perrot: Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 465 ets; P. 426 ets.

(٢) الإشارة السابقة.

وبكفالة حق التقاضي، والدفاع، يمكن اللجوء إلى القضاء؛ لحماية الحقوق، والمراكز القانونية عند الاعتداء عليها، أو التهديد بالاعتداء للحصول على الحماية القضائية الموضوعية، أو الوقتية، أو الوكائبة، أو التنفيذية، وذلك بصدور قرار قضائي في شكل حكم، أو أمر. وتلعب المرافعة دوراً هاماً في الخصومة القضائية كمنظومة إجرائية يكون أساسها مبدأ المساواة بين الخصوم، وغايتها ممارسة حق الدفاع لتحقيق العدالة بين الخصوم. وتبدأ الجلسات من جلسة؛ لتقديم المستندات، والتحقيق، وجلسة المرافعة، وجلسة المداولة، وجلسة لإصدار الحكم علانية(١).

ويلزم لوجود الحكم القضائي صدوره بالشكل المقرر قانوناً للأحكام، ويلتزم القاضي بالفصل في كل ما يعرضه عليه الخصوم بعد تحقيق مبدأ المواجهة، وتقديم طلباتهم، ودفاعهم، ودفعهم، والاطلاع، والرد، والرد للمرة الثانية على كل ما يقدم في الخصومة من: مستندات، ومذكرات، وتقارير، وسماع المرافعة الشفوية، والكتابية من جميع أطراف الخصومة القضائية(٢).

وتصبح الدعوى سالحة، ومهيئةً لنظرها في الجلسة الأولى، بعد إيداع المدعى عليه مذكرةً بدفاعه قلم كتاب المحكمة قبل الجلسة المحددة لنظرها بثلاثة أيام على الأقل ( م٤/٦٥ مرافعات). ويوجب احترام حق الدفاع على المحكمة الاستماع إلى مرافعة الخصوم، وأن تمكنهم من ذلك، وإلا تكون قد أخلت بحقهم في الدفاع مما يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر فيها. وللخصوم القيام بالمرافعة بالطريقة التي يرونها في ضوء توجيهات المحكمة، فلهم القيام بالمرافعة الشفوية، أو بالمرافعة الكتابية بتقديم مذكرات مكتوبة. على أن الغالب في القضاء المدني، هو سيادة نظام المرافعة الكتابية، بينما الغالب في القضاء الجنائي، هو نظام المرافعة الشفوية. وعلى المحامي أن يعدّ مرافعته، ويستعدّ

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٣٦، ص ٨٨. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي في المنظومة القضائية، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م، ص ٣-٤.

(٢) د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١١م، بند ٥، ص ١٦-١٧.

لها، ويُلَمَّ بأطراف قضيتها، ويدفع الأذى عن موكِّله فيثبت له حقه، وباطل خصمه. ويجب على المحكمة ألا تسمح بالثرثرة خلال المرافعة؛ حتى لا تضيع الحقيقة (١).

وتسري قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى، أو ما لم قد يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها، أي تسري القواعد الإجرائية بأثر فوري مباشر على الدعاوى، التي تكون قد رفعت قبل العمل بها مادام لم يكن قد فصل فيها بعد، وعلى ذلك إذا صدر قانون إجرائي جديد في فترة المرافعة فيها يُعدَّل من كيفية المرافعة فإنه يكون، هو الواجب التطبيق. وكل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص القانون على غير ذلك ( م ١/١، م ١/٢ مرافعات).

والأصل في الإجراءات القضائية الصحة ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، وعلى من يدعي العكس عبء الإثبات بتقديم الدليل بكافة طرق الإثبات، والأصل أن الإجراءات قد روعيت صحة في أثناء نظر الدعوى، ومع ذلك فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت ما لم تكن مذكورة في محضر الجلسة أو في الحكم، فإذا ذكر في أحدها أنها اتبعت فلا يجوز إثبات عدم إتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير ( م ٢/٣٠ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩م معدلة بالقانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٧م) (٢).

وبناءً على ذلك نتناول الفصل الأول (مفهوم المرافعة في التقاضي الإلكتروني وضوابطها) في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول : ماهية المرافعة في التقاضي الإلكتروني.

المبحث الثاني : ضوابط المرافعة في التقاضي الإلكتروني.

(١) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م، بند ٥٤، ص ١٩٣ وما بعدها. د. حامد الشريف، فن المرافعة أمام المحاكم الجنائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠١١م، ص ١٧ وما بعدها.

(٢) د. محمد محمود إبراهيم، عدم الغلو في الشكل، تعليق على حكم نقض مدني مصري ١٩٨٧/٦/١٠م، المجلة القانونية الاقتصادية، حقوق الزقازيق، ١٩٩٠م، ع ٢، ص ١٢١. د. محمود مختار عبدالمغيث محمد، قرينة الصحة الإجرائية، القاهرة ٢٠١٦م، ص ٣ وما بعدها.

وإليك تفصيل القول في ذلك:

## المبحث الأول

### ماهية المرافعة في التقاضي الإلكتروني

تعريف المرافعة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد ماهية المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني، حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية، أو الكتابية باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية: كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديو كونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

ورد في المعاجم اللغوية العربية تعريف المُرافَعَة: ( ر ف ع ) مصدر تَرَافَعَ. ومُرافَعَةٌ : اسم، ومصدر رَافَعَ، رافع عن يرافِع، فهو مُرافِع، ومُرافِع: اسم المفعول من رافع، ومُرافِع: فاعل من رافع. والمرافعة هي المدافعة عن النفس أمام القاضي، مُرافَعَةٌ : مُدَاخَلَةٌ تَنْصِبُ دِفَاعاً عَنِ الْمَعْنِيِّ بِالْأَمْرِ. وترافع الخصمان إلى حاكم أي تحاكما، والمرافعة : ما يلقيه المحامي، أو المترافع؛ دفاعاً عن مُوكِّلِهِ لإيضاح نقاط الخلاف بين الخصوم. ورافع المحامي عن مُوكِّلِهِ: ترافع عنه، ودافع عنه بالبراهين، والحجج، وتحَدَّثَ بما فيه مصلحتُه. والمرافعة : ما يلقيه المحامي دفاعاً عن مُوكِّلِهِ، وهي الأقوال الشفوية، أو المكتوبة التي يبديها الخصوم، أو وكلاؤهم في مجلس القضاء(١).

و المُرافَعَةُ اصطلاحاً: المرافعة هي فن الإقناع بحق، ويتم بخطاب شفوي، أو مكتوب يُلقِيهِ طالب الحق، أو من ينوب عنه بوكالة "مُحامٍ"، أو بولاية، أو غير ذلك أمام المَحْكَمَةَ أَثناءَ نظر القضية؛ دفاعاً عن الحق لتقضى له به. أو هي الوسيلة التي يدلي فيها الخصم، أو من ينوب عنه بالأسانيد القانونية من أقوال شفوية، أو مذكرات مكتوبة

(١) وراجع بتفصيل أكثر في معاني (رفع، رافع- مرافعة): أحمد الفيومي، المصباح المنير، تحقيق د. عبد العظيم الشناوي، دار المعارف ١٩٧٧م. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط ٢، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٩٧١م. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف. طاهر أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط، ط ١، مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٩٥٩م. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط ٣، مطابع الأوفست بشركة الإعلانات الشرقية ١٩٨٥م.

بالجلسة؛ لتأييد طلباته من حيث الواقع، والقانون. أو هي كل ما يقدمه الخصم، أو من ينوب عنه من أقوال شفوية، أو مذكرات مكتوبة؛ بغية توضيح عناصر النزاع الواقعية، والقانونية، وبيان الأدلة، والأسانيد القانونية التي يعتمد عليها في تأييد موقفه؛ ليحكم القاضي له به. أو هي أقوال الخصم، أو من ينوب عنه الشفوية، والمكتوبة التي تُقدم إلى المحكمة، وتَتَضَمَّنُ شَرْحاً، وافيةً، وتفسيراً لوقائع النزاع، وأدلته من، وجهة نظره، وما تم الاعتماد عليه من أسس، وأسانيد لتكوين عقيدة القاضي حَوْلَ، وقائع النزاع، وما طرح فيه من أدلة (١).

والمرافعة تعني في لغة الإجراءات كل ما يبديه الخصم، أو من ينوب عنه أمام المحكمة أثناء نظر القضية في الجلسة من أقوال شفوية، أو مذكرات مكتوبة تتضمن شرحاً، وتفسيراً لوقائع النزاع، وادعاءات، وطلبات الخصوم، ودفاعهم، ودفعهم، والأدلة، والحجج، والأسانيد القانونية من حيث الواقع، والقانون؛ لتنوير عقيدة المحكمة، وتبرير، وجهة نظره؛ بهدف ممارسة حقوق الدفاع، ومن أجل تحقيق العدالة بين الخصوم. وتتضمن المرافعة القضائية بيان، وشرح، وجهات نظر الخصوم حول، وقائع، وأدلة النزاع، من حيث الواقع، والقانون؛ لتكوين عقيدة القاضي حول تلك الوقائع، والأدلة...وعلى ذلك فالمرافعة هي، وسيلة ممارسة الحق الإجرائي، ومظهره في ساحة القضاء بين الخصوم أثناء نظر الخصومة، حيث تتجلى فيها روعة الدفاع، ومهارة الإلقاء، وبلاغة الخطاب في شرح، وإيضاح دفاع الخصوم، وتأييد طلباتهم، وتعدُّ تكملةً ضرورية لمظاهر ممارسة الحق الإجرائي، وسلطة، أو مكنة الإثبات فيه (٢).

(١) د. ورجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص ٦ وما بعدها؛ دراسات في مركز الخصم، ص ٢١١. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ١١-١٢. د. حامد الشريف، فن المرافعة أمام المحاكم الجنائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠١١م، ص ١٧ وما بعدها. د. إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، بند ٨١، ص ١٠٩-١١٠. حسن الجداوي، المرافعة" بحث في أساليبها وحقوق المترافعين وواجباتهم"، مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٢٣م، ص ١٣ وما بعدها.

(٢) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٣٦، ص ٨٩-٩٠. د. رجب محمد أحمد مرعي، الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٩م، ص ٣٠٦ وما بعدها. د. حسام أحمد محمد صبحي العطار، حقوق الإنسان الإجرائية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٣م، ص ٩٨٢ وما بعدها.

-Natalie Fricero; Audience et Débats; Juris.Calss.Proc.Civ;1990; Fasc. 501; N.1; P. 2.

وعلى ذلك فالمرافعة هي الشرح الشفوي، أو المكتوب من الخصم، أو وكيله للدعوات، والدفاع، والدفع، وأسانيدها أمام المحكمة؛ لتقضي له به بعد إثبات حقه. فالمُدعى، والمدعى عليه يترافعان بنفسيهما، أو بوكيليهما بحوار حضوري مكتوب، أو شفهي، ويشرح كل منهما للقاضي، وجهة نظره، ومطالبه، ويدافع عنها، ويُدلي كل منهما بحججه، وبما يؤيد دعواه... والمرافعة حوار بين القاضي، والخصوم؛ لإظهار الحقيقة، والدفاع عنها، فالحقيقة لا تخرج من بئرها عارية، ولا تدافع عن نفسها بنفسها خاصة، وأن الناس بحكم الطبع، والتطبع ليسوا أصفياء النفوس أتقياء الروح، لذا فهي لازمة لإظهار الحقيقة، وتحقيق العدالة، وحس المرافعة هو ذوق يُربى، ومملكة تكتسب من مُعترك الحياة العملية. والمرافعة مباراة شريفة تدور رحاها أمام هيئة المحكمة في محراب العدالة سلاحها قوة البيان، والحجة، والتدليل المنطقي، والحنكة، والخبرة، والحكمة، والفتنة (١).

وتتضمن المرافعة شرحاً لطلبات، ودفاع، ودفع الخصوم من حيث الواقع، والقانون كضمانة من ضمانات التقاضي، ومظهر من مظاهر ممارسة حق الدفاع. فمن حيث الواقع تتضمن المرافعة نظرية الخصم في تصوير الوقائع الجوهرية في القضية، وشرحاً لأدلة الإثبات، ومناقشة أدلة الخصم الآخر لنفي دلالتها في إثبات الوقائع التي يدعيها؛ لتتوير عقيدة المحكمة من حيث الوقائع، ولذا يُعدّ الحق في المرافعة من هذه الناحية مُكملاً للحق في الإثبات، فالقرائن القضائية تقدم من خلال المرافعة. وأما من حيث القانون فإن المرافعة هي الوسيلة التي يُدلي فيها الخصم بالأسانيد القانونية لطلباته، ودفعه، ودفاعه، وذلك ببيان أساسها القانوني، وتأييده بالحجج القانونية، وتدعيمه بالمراجع الفقهية، والسوابق القضائية، فضلاً عن مناقشة الأسانيد القانونية لطلبات،

(١) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م، بند ٥٤، ص ١٩٣ وما بعدها.

د. حامد الشريف، فن المرافعة أمام المحاكم الجنائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠١١م، ص ١٧ وما بعدها.

-Jacques Héron et Thierry Le Bars; Droit Judiciaire Privé; 4 éd.; Montchrestien; 2010; N. 452; P.381.

-Natalie Fricero; Notes en délibéré; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc. 502; N. 17; P. 4.

-Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard; Procédure civile; 33éd.; Dalloz; Paris; 2016; N. 891; P.605-606.

ودفوع، ودفاع خصمهُ. وتتضمن المرافعة الشفوية، أو الكتابية توضيحاً؛ لِجَلِي حَقِيقَة طَلَبَات، ودفوع، ودفوع الخصم، ومناقشة، ورد على طلبات، ودفوع، ودفوع خصمهُ الآخر، فسلح الإقناع بالكلمة أمام القضاء أقوى من حد السيف في تحقيق العدالة، ونصرة الحق. والسؤال، والإجابة عليه لا يمثلان مرافعة إلا في حالة تبادل الإجابات بين محامي الخصوم في ظل، وجود مصالح متعارضة(١).

وحيث أن الخصومة القضائية أمام جميع المحاكم تسير كمنظومة إجرائية بِخُطَى منتظمة، ومنطقية يسبق بعضها بعضاً، ويؤدي إليه، وذلك تجنبا لأي خَلط في الإجراءات، فلا يصدر الحكم القضائي في التقاضي الإلكتروني إلا بعد انتهاء دور الخصوم في الخصومة، وانتهاء سياق تصارع، وتناضل فيه الخصوم، إذ لا بد من أن يُمكن الخصوم من استعمال حق الدفاع، وتحقيق المواجهة، إذ يكون لكل من المدعى، والمدعى عليه على حده أمام قاضيه الطبيعي حقّ الحضور، وتقديم الطلبات، والدفاع، والدفوع، والإطلاع، والمناقشة، والرد، والرد للمرة الثانية على ما يقدم في الخصومة من مذكرات، ومستندات، وتقارير... وتخضع إجراءات المرافعات أمام كافة أنواع المحاكم إلى ذات القواعد العامة المتعلقة بقواعد المرافعة الواردة في (art. 430 à 446 N.C.P.C.F.) ما لم يرد نصّ خاص(٢).

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٢٣٦، ص ٨٨ وما بعدها. د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ٦٣٤؛ دراسات في مركز الخصم، ص ٢١١- ٢١٢.

-Pierre Julien et Natalie Fricero; Droit Judiciaire Privé; 2.éd.; L.G.D.J.; 2003; N. 288; P. 147.

-Christophe Lievremont; Le débat en droit Processuel; Préface, Hervé Croze; Presses Universitaires d'Aix- Marseille- Puam; 2001; N. 258 ets.; P. 302 ets.

(٢) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٢٣٦، ص ٨٨ وما بعدها. د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص ٢٥ وما بعدها.

-Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure Civile; 27 éd.; Dalloz 2003; N. 750; P. 640

-Serge Guinchard; Dalloz Action; Droit et Pratique de la Procédure civile; Dalloz; Paris; 2004; N. 321.04; P. 545.

-Henery Solus et Roger Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; Sirey; Paris 1991; N. 240; P. 225.

-Cass. Civ. 2 □ ; 19 Nov. 2015; Gaz. Pal. 9 Fév.2015; P.64; Not. Bléry.

ويجب على المحكمة احترام الحق في المرافعة الشفوية، أو المكتوبة في الجلسة أثناء سير الخصومة (art. 446 -1 N.C.P.C.F.)، فتقتضي العدالة تمكين الخصوم، وممثليهم الإفصاح للقاضي أثناء سير الخصومة عن كل ما يكون مفيداً لإنجاح طلباتهم، ودفاعهم، ودفعهم، والاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة، وقبول مذكراتهم المكتوبة، وعدم مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدَعْوَى، أو عن مقتضيات حق الدفاع فيها. فيجب على المحكمة احترام حق الخصم في المرافعة بتمكينه من الإدلاء بأقواله، وتقديم مذكراته. وللمحكمة سلطة تقديرية في الأمر بِمَحْوِ العبارات الجارحة، أو المخالفة للنظام العام، والآداب العامة من أوراق المرافعات، ويجب على المحكمة تنبيه الخصوم إلى مسائل الواقع، والقانون، التي تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها أي التي يتبين لها إمكانية القضاء فيها من تلقاء نفسها، بدعوتهم إلى إيداء ملاحظاتهم عليها فوراً، أو في الميعاد الذي تحدده لهم، ومناقشتها قبل الحكم؛ حتى لا يُفاجئُون بالحكم فيها دون تمكينهم من إيداء، وجهة نظرهم بما يشكل إخلالاً بتحقيق مبدأ المواجهة، واحترام حقوق الدفاع(١).

ويجب على المحكمة احترام الحق في المرافعة في حكمها، وذلك بالرد في أسباب حكمها على كل دفع، أو دليل جوهري، وألاً تَبْنِي حكمها إلا على العناصر، والأدلة المستمدة من أوراق الدَعْوَى المطروحة أمامها، وتناضل الخصوم في مناقشتها، كما لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخْصِي؛ حيث يؤدي ذلك إلى حرمان الخصوم من مناقشة معلومات القاضي(٢).

أهمية المرافعة، وأساسها، وغايتها في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم أهمية المرافعة، وأساسها، وغايتها في التقاضي الإلكتروني،

(١) د.وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص ٦٣٥؛ دراسات في مركز الخصم، ص ٢١٢ وما بعدها. نقض مدني ١٩٦٢/٥/٢٤م، مج، طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٦ ق، ص ١٣، ج ١، ق ١٠٢، ص ٦٧٦.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 755 ; P. 643.

-Cass. Civ. 2 □ ; 25 juin 2015; Rév. Trim. dr. Civ. 2015; P. 939; obs. Cayrol.

-Cass. Civ. 2 □ ; 13 mars. 2014; Gaz. Pal. 25-27 mai 2014; P. 37; obs. Bléry.

-Cass. Civ. 2 □ ; 17 oct. 2013; Gaz. Pal. 8-10 déc. 2013; P. 26; obs. Bléry.

-Cass. Civ. 2 □ ; 15 Nov. 2012; Procédures 2013; N. 8; obs. Perrot.

(٢) د.وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم، ص ٢١٦-٢١٧.



فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير المرافعة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

وتظهر أهمية المرافعة في التقاضي الإلكتروني للإقناع بالحق في تحقيق العدالة، وإظهار الحقيقة، والدفاع عنها، ونصرة الحق، فيتراجع المدعى، أو المدعى عليه بنفسه، أو بوكيله أمام المحكمة دفاعاً عن حقوقه، حيث يشرح للقاضي، وجهة نظره، ودليله، وحججه، وأسانيده لمساعدته في معرفة، وجه الحق للقضاء به، فتظهر حقيقة الحق بمناقشة الأدلة، والحجج بعد تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، فنقاش المترافعين، وتفنيد كل منهم لرأي الآخر يؤدي إلى كشف الحقيقة، وإظهار العدالة؛ ولذلك قيل بحق أن الحقيقة لا تظهر بصورة تلقائية، وإنما هي، وليدة اختلاف الآراء(١).

ولا تكتمل حرية الخصم في الدفاع إلا باستخدام حقه في المرافعة، سواء أكانت مرافعة شفوية بإبداء كل ما لديه من أقوال تتضمن شرحاً، وتفسيراً لوقائع النزاع، وما يقدم فيها من أدلة، وأسانيد، وإقعية، وقانونية أم مرافعة كتابية في صورة مذكرات تتضمن شرحاً لوجهة نظره حول، وقائع، وأدلة النزاع. وتتقيد المرافعة بضرورة عدم الخروج عن موضوع الدعوى، ومقتضيات حق الدفاع فيها(٢). كما يتحقق اتصال الخصوم بالمحكمة من خلال جلسات المرافعة التي تتعقد بمقر المحكمة لكي تستمع فيها إلى مرافعات الخصوم، أو من يمثلهم سواء أكانت مرافعات شفوية بالجلسة، أو مكتوبة بمذكرة، أو بهما معاً، كما يجري تحقيق الدعوى بتمكين الخصوم من تقديم

(١) د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ١١-١٢. د.أحمد صدقي محمود، المرافعة علم وفن، ط ٢، ٢٠٠٩م، ص ٨-٩. حسن الجداوي، المرافعة، بحث في أساليبها وحقوق المترافعين وواجباتهم، ص ١٣ وما بعدها.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 755 ; P. 643.

-Raymond Martin; Les avocats sévres de Plaidoirie; J. C. P. 2006 actualites; P. 400.

(٢) د.إبراهيم أمين النفاوي، مبادئ الخصومة المدنية، بند ٥٤ وما بعده، ص ٦٤ وما بعدها.

-Hervé Croze et Christian Laporte; Guide pratique de Procédure civile; Litec; Paris 2000; N. 459; P. 177-178.

ما لديهم من أدلة الإثبات، وغيرها من، وسائل الدفاع توصلًا للحكم في موضوعها في جلسات المرافعة(١).

ويرجع الأساس القانوني للمرافعة في التقاضي الإلكتروني بنوعيتها الشفوية، والكتابية إلى ما قرره المُشرِّع في المادة ٩٧ من قانون المرافعات التي نصّت عليّ أن : " تجرى المرافعة في أول جلسة... ويجوز لكل من المدّعي، والمدّعى عليه أن يقدم مستنداً رداً عليّ دفاع خصمّه، أو طلباته العارضة ". وكذلك نصّت المادة ١٠١ من قانون المرافعات عليّ أن : " تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء عليّ طلب أحد الخصوم إجراءها سرّاً محافظة عليّ النظام العام، أو مراعاة للأداب، أو لحرمة الأسرة ". كما قرر المُشرِّع بمُوجب نص المادة ١٠٢ من قانون المرافعات أن : " يجب الاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة، ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدّعوى، أو مقتضيات الدفاع...".

وغاية المرافعة في التقاضي الإلكتروني بنوعيتها الشفوية، والكتابية هي احترام مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء، وضرورة تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، واحترام حقوق الدفاع إذ بتبادل الحجج، واختلاف الرأي تكشف حقيقة العدالة، وتكون الحقيقة، وليدة اختلاف الرأي أثناء المرافعة، ويكون القاضي هو الحكم في كل الحقائق المُوجّهة إليه، ويقف دوره عند تطبيق القانون عليّ تلك الحقائق، والوقائع دون تدخل من جانبه، فيحفظ للقاضي حياده، ونزاهته، واستقلاله(٢).

كما تتحقق غاية المرافعة في التقاضي الإلكتروني باحترام ممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء، وإقناع المحكمة بحقيقة القضية من خلال تبادل، وجهات النظر المختلفة، وصُولاً للحقيقة، وتحقيق العدالة بين الخصوم بالحوار، والحجج المُتبادلة، فتؤدي المرافعة إلى توير عقيدة المحكمة من حيث الواقع، والقانون، ومساعدة القاضي في

(١) د.عبد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٠م، بند ٣٨٢، ص ٧٨٣. د.إبراهيم أمين النفاوي، مبادئ الخصومة المدنية، بند ٢٩١، ص ٣٧١.

(٢) د.إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، بند ٣٣٦، ص ٨٨ ومابعدها. د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ١٢.

تكوين اقتناعه. ويمثل الحق في المرافعة للخَصْمِ حقاً من حقوق الدفاع، وهو بذلك عنصر من العناصر المكونة لمضمون المركز القانوني للخَصْمِ، ويجوز لأي خَصْمٍ مباشرته سواء أكان خَصْمياً أصلياً أم متدخلاً تدخلاً هجوماً، أو انضمامياً. وهدف المحامي من مرافعته إقناع المحكمة بعدالة موقف مُوكِّله، وتطابقه مع القانون، وتغليب، وجهة نظره على، وجهة نظر محامي الخَصْمِ الآخر(١).

أشخاص المرافعة وموضوعها في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم أشخاص المرافعة، وموضوعها في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير جلسة المرافعة، والخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكايب، والإنترنت...

ويظهر على مسرح المرافعة القضائية في التقاضي الإلكتروني مجموعة أشخاص هم: الخَصْمِ، أو مَنْ يمثله، والقاضي، وأعوانه كأمين السر الذي يتولى تحرير محضر الجلسة، والحاجب الذي يقوم بالمناداة على القضية من خلال رُول الجلسة، والخبير الذي يقدم تقرير فني عن القضية يُناقش فيه في الجلسة.

ويتمتع الخَصْمِ - المدعى، والمدعى عليه، والمتدخل، والمدخل - المتمتع بأهلية التقاضي بالحق في الحضور، والمرافعة سواء بالأصالة عن نفسه (الدفاع الشخصي) إذا كان شخصاً طبيعياً أم بممثله القانوني إذا كان شخصاً اعتبارياً عاماً، أو خاصاً، أو بالوكالة عنه سواء أكانت، وكالة قانونية كالولي بالنسبة لعديم الأهلية، أم اتفاقية كالممثل الاتفاقي عن الخَصْمِ كامل الأهلية الذي يوكل غيره كالمحامي، والوكيل، أم قضائية كالوصي بالنسبة لناقص الأهلية، أو القيم بالنسبة للمحجور عليه لجنون، أو سفه، أو غفلة، أو عته، أو المساعد القضائي بالنسبة لذوي الاحتياجات الخاصة من

(١) د. ورجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم، ص ٢١٢؛ مبادئ القضاء المدني، ص ١٢. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ١٣ هامش (٢). زكريا إدريس، المدخل في كتابة المذكرات وأصول المرافعة، مجلة المحاماة، ٢٠٠٣م، ع ٣، ص ٤٣٥ وما بعدها.

-P. Estamp; sur le rôle de plaidoirie et la responsabilité de l'avocat; Gaz. Pal. 1988; I; doct.; P. 768.

-Christophe Lievremont; Le débat en droit Processuel; N. 142 ets.; P. 189 ets..

صُم، وبُكْم، وعمي، أو الوكيل القضائي بالنسبة للغائب... كما تتمتع النيابة العامة بالحق في الحضور، والمرافعة إذا كانت خصماً في القضية كمدعي، أو مدعي عليها، أو متدخله، أو مدخله. وفي اليوم المحدد لنظر الدَعْوَى يحضر الخصوم بأنفسهم، أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين، وللمحكمة أن تقبل في النيابة عنهم مَنْ يوكلونه من أزواجهم، أو أقاربهم، أو أصهارهم إلى الدرجة الثالثة ( م ٧٢ مرافعات)(١).

ولا يجوز لأحد القضاة، ولا للنائب العام، ولا لأحد من، وكلائه، ولا لأحد من العاملين بالمحاكم، أن يكون، وكيلاً عن الخصوم في الحضور، أو المرافعة سواء أكان بالمشافهة أم بالكتابة أم بالإفتاء، ولو كانت الدَعْوَى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها، وإلا كان العمل باطلاً. ولكن يجوز لهم ذلك عن ممثلونهم قانوناً، وعن زوجاتهم، وأصولهم، وفروعهم إلى الدرجة الثانية ( م ٨١ مرافعات).

ويقصد بموضوع، أو بمحل المرافعة في التقاضي الإلكتروني الوقائع، والقانون، وما يتعلق به من أحكام قضائية، وآراء فقهية...فتتضمن المرافعة تصوير لوقائع القضية من: أحداث، وأدلة إثبات، ونفي، وأسانيد، ومستندات، وحجج، وطلبات، ودفع، ودفاع. وإنزال، وتطبيق حكم القانون على الوقائع ببيان الأساس القانوني، وتأييده بالحجج، والأسانيد القانونية، وتدعيمه بالسوابق القضائية، والمراجع الفقهية لجلب ما بها من مكامن الضعف، ومواطن القوة... وتمكين المحامي المترافع من بيان الأسانيد القانونية - رغم وجوب علم المحكمة بالقانون - ومحاولة إقناع المحكمة بها يُعدّ مظهرًا من مظاهر حق الدفاع، ومعاونة قيمة للمحكمة، فالمحامي صنو القاضي، وهما جناحي العدالة، ولهذا يشترط القانون أن يكون الوكيل بالخصومة محامياً حتى يستطيع بحكم تخصصه القانوني شرح كافة عناصر القضية من جميع جوانبها القانونية، وتوضيح

(١) د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٢٤ وما بعدها.

-Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321. 31; P. 544-545.

-Guinchard, Chainais et Ferrand; Procédure civile; N. 858; P. 600.

-Christophe Lievremont; Le débat en droit Processuel; N. 57; P. 83-85, N.110-113; P. 152-157.

-Cass. Civ.2 □ ; 24 juin 2004; Procédures 2004; N. 198; obs. Perrot.

الحل القانوني السليم فيها، ومحاولة إقناع المحكمة بها بعد قيامه بدراسة متكاملة للقضية قبل الفصل فيها من حيث الواقع، والقانون (١).

**طبيعة المرافعة في التقاضي الإلكتروني:** نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد طبيعة المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير المرافعة الشفوية، والمكتوبة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

إعتبر القانون الإجرائي المرافعة القضائية في التقاضي الإلكتروني ضماناً إجرائيةً لحسن أداء الحقوق، والواجبات الإجرائية، وللحفاظ على حقوق الدفاع، وتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، فأوجب على المحكمة الاستماع لمرافعة الخصوم، وعدم مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى، أو مقتضيات حق الدفاع فيها. وتخضع المرافعة القضائية لسلطة المحكمة فهي التي تحدد أسلوبها، وللمحكمة أن تستوقف مرافعة أي من الخصوم لكي تطرح من الأسئلة ما تراه مفيداً، أو لإبداء ملاحظات تحقيقاً لمبدأ الإقتصاد في الخصومة، فيجوز لها منع الخصم من الاسترسال في المرافعة إذا خرج عن مقتضيات حق الدفاع (م ١٠٢ مرافعات). وتنتهي المرافعة بصدور قرار قفل باب المرافعة، حيث تنقطع صلة الخصوم بالقضية، ولا يكون لهم اتصال بها إلا بقدر، وفي حدود ما تصرح لهم به المحكمة (٢).

(١) د. وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم، ص ٢١١-٢١٢. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٣٤-٣٥. حسن الجداوي، المرافعة، بحث في أساليبها وحقوق المترافعين وواجباتهم، ص ١٣ وما بعدها؛ أحكام القضاء والقر "مرافعات"، ص ١ وما بعدها.

-Hervé Croze et Christian Laporte; Guide pratique de Procédure civile; Litec; Paris 2000; N. 445; P. 173.

-P. Estoup; Le dossier de plaidoirie; Gaz. Pal. 1990; doct. ; P. 202.

(٢) د. رجب محمد أحمد مرعي، الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٩م، ص ٣٠٨. نقض مدني ١٢/١٧/١٩٦٨م، مج، س ١٩، ج ٢، ق ٢٢٧، ص ١٥٤٧.

وتَمَرُّ المرافعةَ القضائيةَ في التقاضي الإلكتروني بمرحلتين هما : الأولى: تقتصر على عرض الوقائع، وفيها يكون المترافع راوياً. والثانية: يكون فيها المترافع محاضراً حيث تدور حول استنتاج الحق من هذه الوقائع الاستنتاج المؤيد للمسائل القانونية(١).

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المرافعة، أو المحاماة علم من العلوم غايته المعرفة؛ لذا يجب على المحامي المترافع تعلّم مبادئ كافة العلوم الأخرى(٢).

بينما تعد المرافعة عند البعض: فناً من فنون الإقناع غايته الإبداع، والابتكار، يكتسبه المترافع بالممارسة مع مرور الزمن في ميدان الحياة العملية، فما المرافعة إلا ارتجال يُكتسب باليقظة، والميران الطويل(٣). وذهب البعض الآخر إلى: أن المرافعة تجمع بين العلم، والفن، فهي تجمع بين الاثنين معاً بدرجات متفاوتة، وفقاً لظروف كل قضية(٤).

١٢- مكان، وزمان جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد مكان، وزمان جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، مع مراعاة أنه يتم تسيير جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

يكون مكان المرافعة في التقاضي الإلكتروني أمام الجهة التي أسند إليها القانون سلطة الفصل في النزاع، سواء أكانت هيئة تحكيم، أو لجنة قضائية، أو جهة قضائية كالمحكمة التي رفعت أمامها الدعوى، وسواء أكانت محكمة مدنية، أو جنائية، أو إدارية، أو استثنائية كالمحاكم العسكرية... وسواء أكانت محكمة أول درجة أم ثاني درجة، أو محكمة النقض.

(١) د. أحمد صدقي محمود، المرافعة علم وفن، ص ٢٦. حسن الجداوي، المرافعة، ط ١٩٣٣م، ص ١٧١.

(٢) د. محمود السقا، معهد المحاماة ازدهي وازدهر في بيت المحامين، المحاماة ٢٠٠٣م، ع ٣، ص ٦١٧.

(٣) يوسف كمال، وبهاء عبدالرحمن، مقتطفات عن آداب المرافعة من منظور قضائي، المحاماة ٢٠٠٣م، ع ٣، ص ٦٠٩

ومابعدا. أحمد رشدي، المحاماة كما أعرفها، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ج ٢، ط ٢، نادي القضاة ١٩٩٠م، ص ١٤٤

ومابعدا. محمد شوكت القوني، المحاماة فن رفيع، القاهرة ١٩٥٨م، ص ٣١.

(٤) د. أحمد صدقي محمود، المرافعة علم وفن، ص ٣٧ ومابعدا. د. إيهاب عادل رمزي، المسؤولية الجنائية للمحامي، رسالة

دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٢م، ص ١٤٦.

وتكون المرافعة في التقاضي الإلكتروني أمام المحكمة التي تنظر الدَعْوَى بالقاعة المخصصة لعقد الجلسات بعد انعقاد الخصومة بالشكل الذي نص عليه القانون، للفصل في القضية بعد تحضيرها، وتحقيقها. والجلسة (مجلس القضاء) هي النقاء هيئة المحكمة، وكاتب الجلسة بالخصوم، أو مَنْ يمثلهم بقاعة المحكمة في تاريخ الجلسة المحدد خلال فترة زمنية معينة. ويتم تحديد تاريخ الجلسة من قلم الكتاب في حضور المدعى عند إيداع صحيفة الدَعْوَى قلم الكتاب، والتي ستعلن للمدعى عليه، مُراعياً مواعيد الحضور، وظروف العمل بالمحكمة. وعلى ذلك يكون مكان المرافعة بالقاعة التي يجلس بها قضاة هيئة المحكمة، ومعهم فيها أمين سرّ الجلسة، وتتصل هيئة المحكمة مباشرة بالخصوم، ومحاميهم لنظر القضية في الجلسة. وقد تكون الجلسة في حالات معينة بغرفة المداولة في بعض مسائل الأحوال الشخصية حتى لا تلوّك الألسن ما يدور فيها، أو بمنزل القاضي للضرورة القصوى، كالطلبات المستعجلة، وإشكالات التنفيذ... وتبدأ الإجراءات في الجلسة بالمناداة على الخصوم، وفقاً للترتيب الوارد في الرُّول (جدول القضايا) الذي يُعدّه قلم الكتاب لكل جلسة ما لم يأمر رئيس الجلسة بغير ذلك، لمثولهم أمام المحكمة، وإثبات ذلك بمحضر الجلسة(١).

ويكون زمان المرافعة القضائية في التقاضي الإلكتروني في الجلسة أمام المحكمة التي رفعت إليها الدَعْوَى في اليوم، والساعة المحددة لنظر القضية، ومنذ افتتاح الخصومة، وحتى قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم، وفقاً لظروف كل حالة على حده (art. 432 N.C.P.C.F.). والجلسة هي الفترة الزمنية التي تتصل فيها هيئة المحكمة بالخصوم، أو ممثليهم بقاعة المحكمة في التاريخ المحدد لنظر القضية. أي هي مجلس القضاء الذي تلتقي فيه هيئة المحكمة بتشكيلها القانوني مع الخصوم -

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، بند ٣٣٤، ص ٨٣. د. عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، ط ١، ج ٢، مكتبة الجلاء بالمنصورة ١٩٩٥م، بند ١٠١١، ص ٥٩٩، ٦٠٠، بند ١٠١٣، ص ٦٠٦. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٦٦٦. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٣، ص ٤٢٢. -Jacques Héron; Droit Judiciaire Privé; 3.éd.; Montchrestien; Paris 2006; N. 452; P. 361-362.

المُدَّعى، والمُدَّعى عليه -، ومحاميهم لنظر القضية في جلسة محددة لهم بتاريخ سابق من قلم الكتاب عند رفع الدَّعوى(١).

وتُجرى المرافعة في أول جلسة ما لم تُؤجل؛ لسبب معين بنص القانون؛، أو بناءً على طلب أحد الخصوم، أو بناءً على أمر المحكمة نفسها. ولا يجوز تأجيل الدَّعوى أكثر من مرة؛ لسبب، واحد يرجع إلى أحد الخصوم على أن لا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع (م ٩٧، ٩٨ مرافعات مصري). وتوجد أربعة أنواع من الجلسات: جلسة تقديم الأدلة، والمستندات، وجلسة المرافعة، وجلسة المداولة، وجلسة النطق بالحكم. ويعلم المُدَّعى، أو ممثله بتاريخ الجلسة عند رفع الدَّعوى أمام المحكمة من قلم الكتاب، ويقوم المُدَّعى بإعلان المُدَّعى عليه بتاريخ تلك الجلسة، وتكليفه بالحضور باليوم، والساعة أمام المحكمة في تلك الجلسة بإعلان قضائي على يد محضر. ويجوز للمحكمة تأجيل نظر القضية أكثر من جلسة يتم تحديدها من هيئة المحكمة، وذلك سواء أكانت محكمة أول درجة أم ثاني درجة كمحاكم موضوع، أو محكمة النقض كمحكمة قانون(٢).

وقد تكون المرافعة شفوية في الجلسة أمام هيئة المحكمة في حضور الخصم الآخر، وتُنَبَّأ في محضر الجلسة، وقد تكون المرافعة كتابية في الجلسة أمام هيئة المحكمة، وعندئذ يجب على المحكمة تمكين الخصم الآخر من العلم، والإطلاع التبادلي على المذكرات المكتوبة بالسماح بتبادل المذكرات بين الخصوم

(١) د.وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٦٤٥. د.فاطمة عادل سعيد عبدالغفار، القضاء والإعلام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٦م، ص ١٩٩-٢٠٠.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 752 ; P. 642 .

-Jacques Héron et Thierry Le Bars; Droit Judiciaire Privé; N. 4547; P. 385.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321.52; P. 547.

-Jacques Héron; Droit Judiciaire Privé; N. 457; P. 364.

-Cass. Ass. Plénière; 24 nov.1989; J.C.P. 1990; II; 21407; obs. Cadiet., Rév. Trim. dr. Civ. 1990; P. 145; obs. Perrot., D. 1990; P. 429; Not. Julien, Gaz. Pal.1990; 2; Somm.; P. 358; Guinchard et Moussa.

(٢) د.وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٦٤٥. د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٤٠ ومابعدها؛ أصول التقاضي، ص ٦٦١ ومابعدها. د.فاطمة عادل سعيد عبدالغفار، القضاء والإعلام، ص ١٩٩-٢٠٠.

-Julien et Fricero; Droit Judiciaire Privé; N. 289; P. 148.

-Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard; Procédure civile; N. 894; P.608-609.



في جلسة المرافعة، أو في قلم الكتاب. وقد تقوم المحكمة بتحديد مُسبق لزمن المرافعة أمامها بمدة زمنية تحددها مع مراعاة المساواة بين الخصوم في مدة زمن أخذ الكلمة، وقد تقوم المحكمة بتخفيض مدة زمن المرافعة أمامها إذا ارتأت ذلك. ورغم ذلك فإن الدائرة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية حظرت التحديد المسبق لزمن المرافعة في المسائل الجنائية لتعلق الأمر بحرية الأشخاص، وحقوق الدفاع(1).

**ضبط وإدارة جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني:** نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد ضبط، وإدارة جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

ويعتبر تحديد أيام معينة لعقد جلسات المحكمة تنظيمياً داخلياً تقرره الجمعية العمومية لكل محكمة؛ لأنه من أعمال الإدارة القضائية، ولهذا لا يترتب علي مخالفته أي بطلان. ويكون ضبط وإدارة جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني مُنوطَين برئيسها، وتحدد كل محكمة النظام المُتَّبَع أمامها، واللازم للحفاظ على نظام الجلسة، ولها أن تأمرَ باتخاذ أيّ قرار يمنع أيّ خلل في نظام الجلسة ( art. 24; 438 et 439 N.C.P.C.F.- art. 675 ets. C.P. Pén.). ويعلن رئيس الجلسة بوضوح افتتاح المرافعات بعد مناداة حاجب المحكمة على القضية، وحضور الخصوم، ويقوم رئيس الجلسة بدعوة الأطراف لعرض ادعاءاتهم، فيعطى الكلمة أولاً للمُدَّعي ثم للمُدَّعي عليه بالتشاور مع كل الأطراف. ويجب على رئيس الجلسة العمل على استتباب الأمن، والنظام في الجلسة، ويمكنه إصدار أوامرٍ لأيّ شخصٍ يُخل بنظامها، فإذا لم يُطِيع الأوامر يمكنه أن يأمر بطرده من الجلسة، وذلك سواء أكانت محكمة أول درجة، أم محكمة ثاني

(1) د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٤٠ وما بعدها؛ أصول التقاضي، ص ٦٦١ وما بعدها. د.فاطمة عادل سعيد عبدالغفار، القضاء والإعلام، ص ١٩٩ وما بعدها.

-Christophe Lievremont; Le débat en droit Processuel; N. 374 ets.; P. 427 ets.

-Cass. Crim. 1 juin. 1995; Bull. Crim.1995; N. 202; P. 547.

درجة، أو محكمة النقض في جلسة علنية، أو سرية حسب ظروف مقتضيات موضوع القضية(١).

ويحق لرئيس الجلسة افتتاح الجلسة، وإدارة المرافعات، وإعطاء الكلمة، وسحبها من الخصوم، واستجوابهم إذا رأى في ذلك ضرورة؛ حتى يصبح على بصيرة من الأمر حسب سلطته التقديرية، ومع ضرورة احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم. ويجب على الخصم أن لا يُخل بنظام الجلسة إذ لا يجوز له توجيه الأسئلة إلى خصمه إلا عن طريق المحكمة، وعليه أن يسمح لخصمه بحرية الكلام، وأن يحافظ على نظام الجلسة، ولا يجوز للخصم مقاطعة كلام الشاهد الذي يدلي بشهادته أمام المحكمة بهدف تأمين الصفاء الذهني له، وعدم التشويش عليه عند الإدلاء بالمعلومات حول الواقعة التي شاهدها، أو سمعها، أو علم بها(٢).

ولرئيس الجلسة في سبيل المحافظة على الهدوء، والأمن، والنظام داخل الجلسة - مع مراعاة أحكام قانون المحاماة - أن يأمر بإخراج من يخل بنظام الجلسة - بإخلال، أو تشويش، أو إحداث هياج، أو عدم امتثال، أو تمادٍ في الإخلال بنظام الجلسة بفعل، أو بقول، أو بإشارة تؤثر على هدوء الجلسة - من قاعة الجلسة بأمر إداري، وليس بحكم قضائي، لذا لا يشترط أخذ رأي باقي أعضاء الدائرة قبل إصدار الأمر بالإخراج من قاعة الجلسة، ولا سماع دفاع من يراد

(١) دفتحي والي، المبسوط بند ٩٥، ص ٢٦٩.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321. 62 , 71 et 72; P. 547-548.

-Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais; Procédure civile; 29 éd.; Dalloz 2008; N. 729; P. 656 -657.

-Hervé Croze, christian Morel et Olivier Fradin; Procédure Civile; Litec; 2001; N. 532; P. 173.

-Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard; Procédure civile; N. 897; P. 609-610.

(٢) د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية ببغداد ٢٠١١م، ص ٢١٤-٢١٦. محمد شفيق العاني، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط ١، مطبعة العاني ببغداد ١٩٥٠م، ص ٢٤. حبيب عبيد مرزة العمري، الخصم في الدعوي المدنية، ط ١، منشورات الطلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١٢م، ص ١٦٢.

-Solut et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 246; P. 229.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 754 ; P. 643 .

إخراجه من قاعة الجلسة، ولا سماع أقوال ممثل الادعاء العام، ولا يلزم لإصداره إجراءات خاصة، ولا يقبل الطعن، أو التظلم فيه بأي طريق. وإن لم يمثل المراد إخراجه، وتمّادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربعاً، وعشرين ساعة، أو بتغريمه مائة جنية، ويكون حكمها بذلك نهائياً (م ١٠٤ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م، وبالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م، وبالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م)، ولا يجوز للمحكمة أن توقع عقوبة الحبس، والغرامة معاً بل لها أن تحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط، فالتخيير للمحكمة بين عقوبتي الحبس، أو الغرامة. وبإمكان رئيس الجلسة إخراج كل الحاضرين فيها إذا أخلوا بنظامها، ويجب عليه في تلك الحالة التوقف عن الاستمرار في نظر الدعاوى حتى يتم دخول جمهور جديد فيها احتراماً لمبدأ علانية الجلسات(١).

وإذا كان الإخلال بالجلسة قد، وقع ممن يؤدون، وظيفة في المحكمة مثل كاتب الجلسة، والمحضر، والحاجب... ولو لم يكن موظفاً بها كالمترجم... كان للمحكمة كهيئة، وليس لرئيس الجلسة فقط، أن توقع عليه أثناء انعقاد الجلسة ما لرئيس المصلحة توقعه من الجزاءات التأديبية (م ١٠٤/٢ مرافعات). وللمحكمة إلى ما قبل انتهاء الجلسة أن ترجع عن الحكم - سواء الجنائي، أو التأديبي - الذي تصدره بناءً على الفقرتين السابقتين (م ٣/١٠٤ مرافعات). وعلي نفس النوال (م ٨٠ إجراءات مدنية إماراتي معدلة بالقانون ٣٠ لسنة ٢٠٠٥م).

وللمحكمة مخوُّ العبارات الجارحة، أو المخالفة للنظام العام، والآداب العامة من أوراق المرافعات، والمذكرات، ومن محضر الجلسة سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب من أحد الخصوم (م ١٠٥ مرافعات)؛ لأنه يمثل إحدى قواعد الآداب القضائية التي يجب أن تُراعَى من الخصوم. ويقضي احترام حق الخصم في المرافعة تمكينه من تقديم ما لديه من أقوال حال المرافعة، وأن تأذن له المحكمة في تقديم

(١) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٩م، بند ٥٣١، ص ٥٦١ وما بعدها. د. عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء، بند ١٠١٤، ص ٦٠٨. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٤٢ وما بعدها؛ أصول التقاضي، ص ٦٦١ وما بعدها. أحمد عبدالظاهر الطيب، جرائم الجلسات، المكتبة القانونية، القاهرة ١٩٨٧م، ص ١٨٤، ١٨٥.

مذكراته المكتوبة، طالما أن باب المرافعة مازال مفتوحاً، وألا تبني حكمها إلا على العناصر المستمدة من أوراق الدَعْوَى، والتي تمكن الخصوم من مناقشتها. ويتقيد الحق في المرافعة القضائية بضرورة عدم الخروج عن موضوع الدَعْوَى، وعن مقتضيات الدفاع فيها، وتقدير ما يُعدّ من مقتضيات الدفاع فيها يخضع لسلطة المحكمة التقديرية. وتخضع المرافعة لملائمات المحكمة فهي التي تحدد أسلوبها(١).

وإذا، وقعت جريمة أثناء المرافعة بالجلسة - مع مراعاة أحكام قانون المحاماة - فلرئيس الجلسة أن يأمر بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء انعقادها، وبما يرى اتخاذه من إجراءات التحقيق ثم يأمر بإحالة الأوراق إلى النيابة العامة؛ لإجراء ما يلزم فيها. فإذا كانت الجريمة التي، وقعت جنائية، أو جنحة كان له إذا اقتضت الحال أن يأمر بالقبض على من، وقعت منه (م ١٠٦ مرافعات).

وللمحكمة - مع مراعاة أحكام قانون المحاماة - أن تحاكم من تقع منه أثناء انعقادها جنحة تعدّ على هيئتها، أو على أحد أعضائها - كالسب، والقذف، والضرب...-، أو أحد العاملين بالمحكمة، وتحكم عليه فوراً بالعقوبة، وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد: ما هو من أفعال التعدي، وما هو من أفعال الإخلال. وللمحكمة أيضاً أن تحاكم من شهد زوراً بالجلسة، وتحكم عليه بالعقوبة المقررة لشهادة الزور. ويكون حكم المحكمة في هذه الأحوال نافذاً، ولو حصل استئنافه (م ١٠٧ مرافعات)؛ وذلك لأن العدالة تقتضى أن تحاط المحكمة بسياس من الاحترام، والوقار، والهيبة، والهدوء حتى تتمكن من أداء رسالتها في الفصل بين الناس بالعدل.

وإذا حدث الفعل المؤثّم المكوّن للجريمة من أحد المحامين فيخضع لحكم (م ٤٩، م ٥٠ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م، وتعديلاته بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨م)؛ وذلك ضماناً لاستقلاله في أداء واجبه، وصيانة لحق الخصم في الدفاع. حيث يُستثنى المحامي من الأحكام الخاصة بنظام الجلسات، والجرائم، التي تقع فيها المنصوص عليها

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ٩٩، ص ٢٧٤. د. رجب محمد أحمد مرعي، الحق الإجرائي، ص ٢٠٦ وما بعدها. د. حسام أحمد محمد صبحي العطار، حقوق الإنسان الإجرائية، ص ٩٨٢ وما بعدها.

-Natalie Fricero; Audience et Débats; Juris. Calss. Proc. Civ; Fasc. 501; N. 39; P. 8.

في قانوني المرافعات، والإجراءات الجنائية، إذا، وقع المحامي أثناء، وجودة بالجلسة لأداء، واجبة، أو بسببه إخلال بنظام الجلسة، أو أي أمر يستدعي محاسبته نقابيا، أو جنائيا، يأمر رئيس الجلسة بتحرير مذكرة بما حدث، ويحيلها إلى النيابة العامة، ويخطر النقابة الفرعية المختصة بذلك (م ٤٩ من قانون المحاماة). ولا يجوز القبض على المحامي، أو حبسه احتياطيا، ولا ترفع الدعوى الجنائية فيها إلا بأمر من النائب العام، أو من ينوب عنه من المحامين العامين الأول. ولا يجوز أن يشترك في نظر الدعوى الجنائية، أو الدعوى التأديبية المرفوعة على المحامي أحد من أعضاء الهيئة التي، وقع الاعتداء عليها (م ٥٠ من قانون المحاماة معدلة بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨م) (١).

وأما فيما يتعلق بقانون الإجراءات الجنائية المصري، فقد نصت (م ٢٤٣) على أن : " ضبط الجلسة، وإدارتها منوطان برئيسها، وله في سبيل ذلك أن يُخرج من قاعة الجلسة من يُخل بنظامها، فإن لم يمثل، وتمادى، كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربعاً، وعشرين ساعة، أو بتغريمه عشرة جنيهات، ويكون حكمها بذلك غير جائز استئنافه. فإذا كان الإخلال قد، وقع ممن يؤدي، وظيفة في المحكمة كان لها أن توقع عليه أثناء انعقاد الجلسة ما لرئيس المصلحة توقيعه من الجزاءات التأديبية. وللمحكمة إلى ما قبل انتهاء الجلسة أن ترجع عن الحكم الذي تصدره ". وتضيف المادة ٢٤٤ من ذات القانون أنه : " إذا، وقعت جنحة، أو مخالفة في الجلسة، يجوز للمحكمة أن تقيم الدعوى على المتهم في الحال، وتحكم بعد سماع أقوال النيابة العامة، ودفاع المتهم. ولا يتوقف رفع الدعوى في هذه الحالة على شكوى، أو طلب، إذا كانت الجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣، ٨، ٩ من هذا القانون. أما إذا، وقعت جنابة، يصدر رئيس المحكمة أمراً بإحالة المتهم إلى النيابة العامة بدون إخلال بحكم المادة ١٣ من هذا القانون. وفي جميع الأحوال، يُحرر رئيس المحكمة محضراً، ويأمر بالقبض على المتهم إذا اقتضى الحال ذلك ". و تنص المادة ٢٤٥ على أنه : " استثناءً من الأحكام المنصوص عليها في المادتين السابقتين، إذا، وقع من المحامي أثناء قيامه بواجبه في الجلسة، وبسببه ما يجوز

(١) د. قحوي والي، المبسوط، بند ٩٩، ص ٢٧٥ - ٢٧٦. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٤٢ وما بعدها؛ أصول التقاضي، ص ٦٦١ وما بعدها.

اعتباره تشويشا مخلا بالنظام، أو ما يستدعي مؤاخذته جنائيا، يجرر رئيس الجلسة محضرا بما حدث. وللمحكمة أن تقرر إحالة المحامي إلى النيابة العامة لإجراء التحقيق إذا كان ما، وقع منه يستدعي مؤاخذته جنائيا، وإلى رئيس المحكمة إذا كان ما، وقع منه يستدعي مؤاخذته تأديبيا. وفي الحالتين، لا يجوز أن يكون رئيس الجلسة التي، وقع فيها الحادث، أو أحد أعضائها عضوا في الهيئة التي تنظر الدُعوَى ". ووفقا للمادة ٢٤٦ من ذات القانون فإن الجرائم التي تقع في الجلسة، ولم تُقَمْ المحكمة الدُعوَى فيها حال انعقادها، يكون نظرها، وفقا للقواعد العادية.

ونعتقد بعدم ملائمة النص على هذه الأحكام في قانون الإجراءات الجنائية، باعتباره تكراراً في القانون المصري. فإن حسن السياسة التشريعية يقتضي النص على الحكم الواحد في موضع واحد، فلا يجوز تبعضه أو تجزئته بين أكثر من موضع، كما لا يجوز النص على ذات الحكم في أكثر من موضع، أو في أكثر من قانون. وإذا أردنا تحديد الموضع الطبيعي للنص على نظام الجلسة، وسلطة المحكمة إزاء الجرائم، والمخالفات التي تقع أثناء انعقادها، يبدو سائغا القول بأن الموضع الطبيعي لها إنما يكمن في قانون المرافعات باعتباره القانون الإجرائي العام للإجراءات القضائية.

**محضر جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني : نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد قواعد محضر جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر والتوقيع الإلكتروني، والبريد الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، وسكايب، والإنترنت...ويتم محضر الجلسة بالتسجيل علي دعامات إلكترونية. وقد نصت (م ٣٤٠) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي مضافة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م علي أن : " للجهة المختصة تفرغ إجراءات التقاضي عن بُعد في محاضر أو مستندات ورقية أو إلكترونية تعتمد دون الحاجة للتوقيع من أصحاب العلاقة ". وكما نصت (م ٣٣٨) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي مضافة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م علي أن : " تسجل وتحفظ سجلات التقاضي عن بُعد إلكترونياً، ويكون لها صفة السرية، ولا يجوز تداولها**

أو الاطلاع عليها أو نسخها أو حذفها من النظام الإلكتروني إلا بإذن من المحكمة المختصة حسب الأحوال".

يُعدّ محضر الجلسة *Registre d'audience* نموذجاً، ورقياً مطبوعاً من مطبوعات، وزارة العدل، يُسَلَّم إلى سكرتير الجلسة لاستعماله في الغرض المخصص له، ويكون في حيازة المحكمة عند سكرتير الجلسة؛ لأنه هو القائم على أمر تحريره. ويعتبر محضر الجلسة، ورقة قضائية من أوراق القضية، وكل ما يثبت به يكون تحت إشراف رئيس الجلسة سواء أكانت جلسة مدنية أم جنائية أم إدارية...

ويعتبر محضر الجلسة، ورقة قضائية شكلية رسمية يتمتع بما تتمتع به الأوراق القضائية من خصائص، وأثار قانونية، وتُعطى صورة طبق الأصل منه لمن يطلبه من الخصوم، أو الجمهور بعد سداد الرسم المقرر قانوناً. ويتم إثبات الصلح، أو التنازل عن الحق الموضوعي، أو التنازل عن الحق في الدَعْوَى في محضر الجلسة... حتى عندما تتخذ شفاهه في الجلسة فهي تُدَوَّن في ورقة "محضر الجلسة" مثل الطلب العارض، وطلب التدخل ( م ١٢٦، ١٢٣ مرافعات )، ولذا فالكتابة شرط لازم لوجود محضر الجلسة، وصحته... (١).

ويجب أن يحضر مع القاضي في جلسات المرافعة كاتب للجلسة "سكرتير الجلسة، أو أمين السر"؛ ليحرر محضر الجلسة في مكان الجلسة بخطه باللغة العربية - لغة البلاد الرسمية -، وفق النموذج المعد لهذا الغرض من، وزارة العدل، ويوقعه في نهايته مع القاضي فور انتهاء الجلسة لاعتماده من رئيس الجلسة، وإلا كان العمل باطلاً، ويُدَوَّن فيه - بناءً على أمر المحكمة، أو طلب الخصوم - جميع بيانات الخصوم، ومحاميه، ورقم التوكيل، وتاريخه، والجهة المحرر أمامها، و اسم المحكمة، ورقم القضية، وتاريخ الجلسة، وساعة افتتاحها، وساعة اختتامها، ومكان انعقادها، وما إذا

(١) د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٤٢٢. د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم

القضائي، ط ٣، مكتبة دار الثقافة للنشر بالأردن ١٩٩٨م، ص ٢٣٣. نقض مدني ١٩٧٧/٤/٢٠م، طعن رقم ١٥ لسنة ٤٣

ق، مج، ص ٢٨، ج ١، ق ١٧١، ص ١٠٠٠. نقض مدني ١٩٦٤/٥/٧م، مج، ص ١٥، ج ١، ق ١٠٢، ص ٦٤٣.

-Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 247; P. 230.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321.51; P. 547.

-Julien et Fricero; Droit Judiciaire Privé; N. 292; P. 149.

كانت علنية، أو سرية، وأسماء القضاة الذين يسمعون المرافعة، واسم كاتب الجلسة، وتسجيل المناداة على القضية، وأطرافها، وبيان الدعاوى التي طلبت، وطبيعة النزاع، وكل ما يدور في الجلسة، وما حدث من، وقائع بشأنها، وكافة القرارات التي تصدرها المحكمة (م ٢٥ مرافعات، م ٣/٥٢ محاماة - art. 728 N.C.P.C.F.) والحكمة التي قصدتها المُشرِّعُ من ضرورة وجود كاتب؛ حتى لا ينشغل القاضي بالكتابة، وحتى يتفرغ القاضي لإدارة الجلسة، وأداء، واجبه كما ينبغي، ومتابعة ما يدور بها من مرافعة، أوتحقيق، أو استجواب. وأصبح كتابة محضر الجلسة بالكمبيوتر ضرورة حتمية؛ لتجنب أخطاء وسوء خط وعجلة أمين السر في الكتابة بخط اليد، وللنهوض بالعمل القضائي، وحفظ حقوق المتقاضين(١).

ومحضر الجلسة وحدة واحدة لا فرق بين المتن والهامش، ويشهد على إثبات وصحة ما يجري في الجلسة من إجراءات، كما أنه يكشف بعض الأخطاء الكتابية ويكمل النقص في بيانات بعض الأوراق القضائية. ويُعدّ محضر الجلسة، ورقة رسمية له حجية في الإثبات لما يدور في الجلسة، وما يُدلي به الخصوم في المرافعة بالجلسة من دفع، وأوجه دفاع، ولا يجوز دحض ما جاء به إلا بالادعاء بالتزوير، وتعتبر ورقة الحكم الصادر في الدعوى متممة لمحضر الجلسة في شأن إثبات إجراءات المحاكمة. وللخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أيّة حالة تكون عليها الدّعوى إثبات ما اتفقوا عليه صلحاً في محضر الجلسة، ويؤقّع منهم، أو من، وكلّانهم، فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه صلحاً ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة، وأثبت كاتب الجلسة محتواه في المحضر، ويكون لمحضر الجلسة المثبت للصلح في الحالتين قوة السند التنفيذي، وتعطى صورته، وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام (م ١٠٣ مرافعات

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٣٩، ص ٩٩. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٤٠ وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٤. د. محمود مختار عبد المغيث محمد، قرينة الصحة الإجرائية، ص ١٧٠ وما بعدها. نض مدني ٩٧٧/٤/٢٠، طعن رقم ١٥ لسنة ٤٣ ق، مج، ص ٢٨، ج ١، ق ١٧١، ص ١٠٠٠.

-Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 247; P. 230.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321.51; P. 547.

-Julien et Fricero; Droit Judiciaire Privé; N. 292; P. 149.



مصري- م ٧٤، ٧٩ إجراءات مدنية إماراتي). ولا يلزم محضر جلسة للأعمال الولايتية للقاضي مثل الأوامر على عرائض لأنها ليست خصومة بالمعنى الفني الدقيق(١).

ويكون لكل جلسة محضر يحرره كاتب المحكمة الذي يحضر هذه الجلسة تحت إشراف رئيس الجلسة، ولذا يجب أن يحضر مع القاضي في جلسات المرافعة كاتب جلسة يجلس على يسار القاضي؛ ليحرر محضر الجلسة، ويوقعه مع القاضي، وإلا كان العمل باطلاً، ويعتبر المحضر سنداً رسمياً لما دُوّن فيه ( م ٢٥ مرافعات مصري، م ١٧ إجراءات مدنية إماراتي)، ويعتبر حضور الكاتب جلسة المرافعة أمراً لازماً، لا تصح جلسة المرافعة بدونه.

بينما نصّت ( م ٦ مرافعات شرعية سعودي ) على أنه : " يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات، وفي جميع إجراءات الدَعْوَى كاتب يحرر محضر الجلسة، ويوقعه مع القاضي، وإذا تعذر حضور الكاتب للقاضي توكّلي الإجراء، وتحرير المحضر ". وعلى ذلك فقد أجاز نظام المرافعات الشرعية السعودي لسنة ١٤٣٥هـ توكّلي القاضي الإجراء، وتحرير المحضر إذا تعذر حضور كاتب الجلسة.

ويعتبر محضر الجلسة، ورقة رسمية له حجية المحررات الرسمية على الكافة في الإثبات، يعول عليه في إثبات كل ما يدور في الجلسة ويقع فيها، وما يدلي به الخصوم من دفوع، وأوجه دفاع، ولا يجوز دحض ما جاء فيه إلا بالادّعاء بالتزوير. وإذا أغفل محرر محضر الجلسة بياناً أدلّي به أثناء نظر القضية، وأثبتته القاضي بالبرول الخاص به فإنه يعتبر مكملاً لمحضر الجلسة في خصوص ما أثبت فيه، وخلا منه محضر الجلسة مادام لا يتعارض معه. وللمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم بمحو العبارات الجارحة، أو المخالفة للنظام العام، أو للآداب العامة من محضر

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، بند ٣٣٩، ص ٩٩. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٤٠ وما بعدها؛ أصول التقاضي، ص ٦٦١ وما بعدها. حسن الجداوي، المرافعة، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ص ١٥٣. د. محمود مختار عبد المغيث محمد، قرينة الصحة الإجرائية، ص ١٧٠ وما بعدها. نقض جنائي ٢٠٠٥/٣/٢٠، طعن رقم ١٢، لسنة ١٩٠٦ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٣٢، ص ٢١١.

الجلسة، وعدم توقيع القاضي على محضر الجلسة لا يترتب عليه بطلان. وترجع محكمة الطعن عند نظرها للطعن في حكم أول درجة لمحاضر جلسات أول درجة (١).

ويعدّ محضر الجلسة، ورقة من أوراق المرافعات حتى ولو أبدى العمل الإجرائي شفاهة بالجلسة في حضور الخصوم، وثبت في محضرها كالمطلب العارض، أو طلب التدخل (م ١٢٦، ١٢٣ مرافعات)، ولكل قضية محضر جلسة يفتح منذ بدايتها، وحتى نهايتها، وهو، ورقة رسمية حجة على الناس كافة بما دون فيه من أمور قام بها محررها في حدود مهمته، ووقعت من ذوى الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً، أي أنه حجة في إثبات ما يدور بالجلسة، ويقع فيها، وما يدلى به الخصوم من دفع، وأوجه دفاع، ولا يقبل إنكار، أو إثبات ما يخالف ما، ورد به إلا بالطعن عليه بالتزوير من صاحب المصلحة بدعوى، أو طلب. ويجوز التمسك بتزوير محضر الجلسة أمام محكمة الطعن، ولكن لا يجوز ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض كقاعدة؛ لأنه سبب جديد غير مقبول أمام محكمة النقض؛ لارتباطه بواقع، ومحكمة النقض محكمة قانون. والصورة الرسمية لمحضر الجلسة خطية كانت، أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل في حالة، وجود محضر الجلسة الأصلي، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي تلك الحالة تتم مراجعة الصورة على الأصل (م ١٠، ١١ إثبات مصري) (٢).

(١) دفتحي والي، المبسوط، بند ١٠٠، ص ٢٧٦-٢٧٧؛ الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٢٠٠٩م، بند ٢٨١، ص ٤٧٠-٤٧١. د. عبدالحكم فودة، الطعن بالتزوير، ط ٣، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٧م، ص ٢٥، ٣٢. د. محمد عبدالنبي السيد غانم، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٧م، ص ٨١٨-٨١٩. نقض عمالي ٢٠١٥/١٢/٢٠م، طعن رقم ١٨٨٧ لسنة ٨٤ ق، موقع محكمة النقض المصرية:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

نقض مدني ٢٧/٤/١٩٨٩م، مجلة القضاة، س ٢٥، ع ١، ص ٣٤٦. نقض مدني ١٩٨٧/١١/٣٠م، طعن رقم ١٧٩٦ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٣٨، ج ٢، ق ٢١٩، ص ١٠٣٤. نقض مدني ١٩٧٢/٣/٢١م، طعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢٣، ج ١، ق ٧٠، ص ٤٣٩.

-Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 247; P. 230.  
-Cass. Civ. 2 □ ; 20 mai 1978; Bull. Civ. ; II; N. 130; P. 104.

(٢) الإشارة السابقة.

ويعتبر محضر الجلسة بمثابة فيلم تسجيلي، أو وعاء قانوني، أو بوثقةٍ لمحتوي أحداث القضية منذ بدايتها، وحتى نهايتها. ويعتبر، وحدة متكاملة لا فرق بين ما ورد في متن محضر الجلسة، أو هامشه، ويترتب على ذلك أن ما يثبت أمين السر في هامش محضر الجلسة يكون صحيحاً، بصرف النظر عن عدم توقيع القاضي عليه، ويعتبر بمثابة تصحيح لما دُوّن خطأ في متنه. ولا يجوز إثبات ما يخالف ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير؛ لأن الأصل في الإجراءات الصحة. وعليه فقد قضت محكمة النقض بأنه: " لا محل للنعي على تصحيح أمين السر لمحضر الجلسة دون الرجوع إلى رئيس الدائرة متى كان ما أجراه أمين السر من تصحيح يتفق، وحققة الواقع، وتداركاً لسهو منه ". ويحق للموكل الاطلاع بنفسه على محضر الجلسة كما يحق للمحامي الاطلاع عليه بصفته، وكيلاً، والحصول على صورة رسمية منه بعد سداد الرسوم المستحقة قانوناً(١).

ومع قلة، وغي، وثقافة بعض القائمين على تحرير محضر الجلسة، ووضعهم تحت إغراء المال من جانب بعض الخصوم، فقد تلعب أقلامهم في محضر الجلسة لصالح أحد الخصوم على حساب الخصم الآخر، وذلك بسبب قلة الضمانات التي تحمي محضر الجلسة من تلك النفوس الضعيفة، وعدم، وضوح نظامه القانوني بشكل متكامل. وتقوم جريمة اختلاس السندات، والأوراق الرسمية المودعة عند إخفاء الكاتب محضر الجلسة، وإيداع آخر مزور مكانه، حيث قضت محكمة النقض بأنه: " إذا أثبت الحكم في حق الطاعن أنه أخفي محضر الجلسة الأصلي ليودع بدلاً منه المحضر المزور، وأطرح دفاعه بأن هذا المحضر فقد منه، وهو ما يتحقق به جريمة الاختلاس التي دانه بها فإن إعادة هذا المحضر بعد ذلك إلى ملف الدعوى لا تأثير لها في قيام الجريمة بعد، وقوعها

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، بند ٣٣٩، ص ٩٩. د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤م، ص ٣٩ وما بعدها؛ و ص ١٤١ وما بعدها. نقض منني ٣٠/٣/١٩٧٢م، طعن رقم ١٧٧ لسنة ٣٧ ق، ص ٢٣، ج ١، ق ٩٢، ص ٥٩٤. نقض جنائي ٣/٢٠/١٩٧٢م، طعن رقم ٥٧ لسنة ٤٢ ق، مج، س ٢٣، ج ١، ق ٩٢، ص ٤٢٣. نقض جنائي ٣/٢/١٩٦٤م، طعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٣٣ ق، س ١٥، ج ١، ق ٢١، ص ١٠٢. نقض جنائي ١١/١٠/١٩٥٨م، طعن رقم ١١٤٥ لسنة ٢٨ ق، مج، س ٩، ق ٢٢٢، ص ٩٠٢. نقض منني ٧/٢٠٠٠م، طعن رقم ٣٨٦ لسنة ٦٥ ق، موقع محكمة النقض المصرية:

"م / ١٥١، ١٥٢ عقوبات. كما أن التزوير الحاصل من كاتب الجلسة في محضر الجلسة معاقب عليه كالتزوير في محرر رسمي بالمواد (م ١٥١، ١٥٢ عقوبات مصري) في أي وقت، وبصرف النظر عن الوقت الذي تم فيه التزوير، فلا محل لما يقوله الطاعن من أن جريمة التزوير في محضر الجلسة لا تقع إلا إذا تم التزوير منه أثناء انعقاد الجلسة" (١) .

ويختلف محضر الجلسة الذي يحرره كاتب الجلسة عن، ورقة الجلسة (رول القاضي) التي يحررها القاضي بخطه حتى لا ينسى، كما أنه ليس كل ما يثبت في محضر الجلسة يجب إثباته في ورقة الجلسة (رول القاضي)، وتكمل، ورقة الجلسة (رول القاضي) محضر الجلسة في خصوص البيانات، وما أثبت فيها، وخلا منه محضر الجلسة، وتكون العبرة بورقة الجلسة (رول القاضي) في شأن القرارات، والأحكام التي يتخذها القاضي باعتبارها من صميم عمله، وما يكتبه بخط يده عما سها، أو أغفل إثباته كاتب الجلسة في محضر الجلسة، أي تعتبر، ورقة الجلسة (رول القاضي) مكملة لمحضر الجلسة فيما أغفل إثباته بشأن القرارات، والأحكام التي تعتبر من صميم عمل القاضي. ويتمتع محضر الجلسة بقوة الإثبات عن، ورقة الجلسة (رول القاضي) في حالة التعارض بينهما (٢). وفي حالة، وجود تعارض بين الحكم، وبين ما أثبت في محضر الجلسة فإن العبرة تكون بما، ورد بالحكم؛ لأن محضر الجلسة يحرره كاتب الجلسة في حين أن الحكم يحرره القاضي الذي أصدر الحكم (٣).

ويتفعل مبدأ تكافؤ البيانات، فإن بيانات محضر الجلسة كورقة القضائية يكمل بعضها البعض بنفس الورقة، ولا يعتبر البيان ناقصاً إلا إذا ترتب على إغفاله التجهيل بحقيقة المقصود به، ويجوز تكملة النقص فيه من الورقة نفسها، أو من، ورقة أخرى ملحقة به.

(١) نقض جنائي ١١/١٠/١٩٥٨م، طعن رقم ١١٤٥ لسنة ٢٨ ق، مج، س ٩، ق ٢٢٢، ص ٩٠٢. نقض جنائي ٣/٣/١٩٦٤م، طعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٣٣ ق، س ١٥، ج ١، ق ٢١، ص ١٠٢.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦م، بند ٧٩٣، ص ٨٧٥ وما بعدها. د. عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، دار الفكر العربي، ص ٣٥٣. نقض مدني ١١/٣٠/١٩٨٧م، طعن رقم ١٧٩٦ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٣٨، ج ٢، ق ٢١٩، ص ١٠٣٤-١٠٣٥.

(٣) د. الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٢٠٦. نقض مدني ١٠/٧/١٩٩٤م، طعن رقم ٢٠٩٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٥، ج ٢، ق ٢٢٤، ص ١١٨٣. نقض جنائي ١٠/٢٧/١٩٨٧م، طعن رقم ٥٨٧٩ لسنة ٥٤ ق، مج، س ٣٨، ج ٢، ق ١٥٣، ص ٨٥٣.

فبيانات محضر الجلسة تكمل بعضها البعض، وتكمل بعض بيانات الحكم، وليس كلها، فمحضر الجلسة لا يكمل بيان منطوق، أو أسباب الحكم، وبيانات الحكم تكمل بيانات محضر الجلسة، وورقة الجلسة (رول القاضي) تكمل بيانات محضر الجلسة... ويكون لمحضر الجلسة دور في تصحيح الأخطاء المادية في الحكم برجوع المحكمة لمحضر الجلسة عند نظر طلب تصحيح الأخطاء المادية البحتة في الحكم سواء أكانت كتابية أم حسابية. ومحضر الجلسة - لكل قضية محضر جلسة يفتح في أول جلسة، ولا يقفل إلا بالحكم فيها - كورقة القضائية بوصفه، ورقة رسمية يعتبر حجة في إثبات ما أعد له ما لم يثبت تزويره، ولا يجوز إثبات ما ينافيه إلا عن طريق الادعاء بالتزوير. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "... لم ينص القانون على البطلان جزاء لعدم توقيع رئيس الدائرة على محضر الجلسة، ولم يبين الطاعن، وجه مصلحته في التمسك به، فإن النعي على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس" (١).

مهارات المرافعة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد مهارات المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير جلسة المرافعة باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

المحامي: هو الشخص الذي نهرغ إليه؛ لطلب النجدة، والمعونة، والمساعدة في الأعمال القانونية، والقضائية، لذا يجب أن يتمتع المحامي كصاحب مهنة حرة مستقلة مساعدة للقضاء على إقامة العدل، والدفاع عن الحقوق، والحريات بمهارات خاصة تناسب مهنته. فبالإضافة إلى، وجوب مراعاة الأحكام القانونية للمرافعة القضائية، فإن هناك مجموعة مهارات يجب أن يتدرب عليها المترافع أمام المحاكم، وتكتسب تلك المهارات من خلال التدريب العملي في معهد المحاماة، ولدى مُحامٍ متمرسٍ، وتنفيذ

(١) د. أحمد مليجي، التعليق، ج ٣، ص ٨٥٤. د. سيد أحمد محمود، إقامة الدليل أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، ص ٤٣. د. الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطللة للحكم، ص ١٩٠ وما بعدها. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ص ١١١٨. نقض مدني ٢٠١٢/٢/١٣م، طعن رقم ٤٦٩٢ لسنة ٧٦ ق، مجلة هيئة قضايا الدولة، ص ٥٧، ع ١، يناير-مارس ٢٠١٣م، ص ١٤٦. نقض مدني ١٩٨٧/١١/٣٠م، طعن رقم ١٧٩٦ لسنة ٥٣ ق، مج، ص ٣٨، ج ٢، ق ٢١٩، ص ١٠٣٤-١٠٣٥. نقض مدني ١٩٧٠/٤/٣٠م، طعن رقم ٦٨ لسنة ٣٦ ق، مج، ص ٢١، ج ٢، ق ١٢٣، ص ٧٦٣.

برامج المحاكمات الصورية، والعيادات القانونية، وحضور جلسات المحاكم، وتنمية مهارات، وأخلاقيات المهنة، وإعمال الفكر بتمغن، وحسن تصرف (١).

وتتمثل مهارات المرافعة القضائية؛ لإقناع، وإفهام القاضي في تكوين عقيدته بلا ملل، ولا سأم، والكشف عن الحقيقة، وإظهار العدالة في: البلاغة في أسلوب العرض، وسهولة التعبير حتى يكون الكلام ثوباً للمعاني المقصودة. والإيجاز في عرض الوقائع الثابتة في الملفات بمنهج التجسيد، والتركيز على ما هو مؤثر في تكوين عقيدة القاضي؛ لعدم تشتت ذهنه في إظهار الحق بحصر أدلة الإثبات، والنفي، ومناقشة، وتنفيذ كل دليل منها، والرد على الدفاع، والدفع. وتحضير القاضي نفسياً لقبول الحل الذي سيتم طرحه، وعرض نصوص القانون. واقتناع المحامي بالقضية التي يترافع فيها حتى يكون صادقاً في دفاعه، وضرورة إحاطته بالعلوم، والفنون، والثقافة، واستعماله للفظ، أو التعبير اللازم في المحل اللازم، أي: مطابقة لغة المرافعة لمقتضى الحال. ولغة المرافعة لغة فكاها، ودعابة، وجرأة حسب الأحوال، ولغة حديث قبل أن تكون لغة كتابة، ولغة عاطفة، وتوسل، والتماس، واقتناع، وتعظيم، وتوقير للمحكمة، الإلمام بقواعد القانون الإجرائي، والموضوعي الواجب التطبيق، المنطقية، والتسلسل في عرض الأفكار، ومناقشة الأسانيد، احترام القوانين، والسلطات العامة، والنظام العام (٢).

**حقوق المترافع في التقاضي الإلكتروني:** نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد حقوق المترافع في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير جلسة المرافعة، والخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

(١) د.فايز محمد حسين محمد، للتدريب القانوني والمهارات القانونية والعيادة القانونية وكفالة الحق في التقاضي، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠١٦م، ص ٤٢٢ ومابعداها.

(٢) د.فايز محمد حسين محمد، التدريب القانوني والمهارات القانونية، ص ٤٢٢ ومابعداها. زكريا إدريس، المدخل في كتابة المذكرات وأصول المحاكمة، المحاماة ٢٠٠٣م، ع ٣، ص ٤٣٥. زكي عربي، لغة الأحكام والمرافعات، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ج ٢، ط ٢، طبعة نادي القضاة ١٩٩٠م، ص ١٥٦ ومابعداها. أحمد رشدي، المحاماة كما أعرفها، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ج ٢، ط ٢، طبعة نادي القضاة ١٩٩٠م، ص ١٤٤ ومابعداها. سمير ناجي، آداب مرافعة الإتهام، المركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل ١٩٨٦م، ص ١٨ ومابعداها.

يعتبر قبول التوكيل في الخصومة حقاً للمحامي، وحذّه مقابل أتعاب، فللمحامي حرية قبول التوكيل في دعوى معينة، أو عدم قبوله، وفق ما يمليه عليه اقتناعه (م ٤٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م معدلاً بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨م)؛ وذلك لأن المحاماة مهنة حرة. وللمحامي حق الإطلاع على الدعاوى، والأوراق القضائية، والحصول على البيانات المتعلقة بالدعاوى، والأوراق القضائية، والحصول على البيانات المتعلقة بالدعاوى التي يباشرها. ويجب على جميع المحاكم، والنيابات، ودوائر الشرطة، ومأمورية الشهر العقاري، وغيرها من الجهات التي يمارس المحامي مهمته أمامها أن تقدم له التسهيلات التي يقتضيها القيام بواجبه، وتمكينه من الإطلاع على الأوراق، والحصول على البيانات، وحضور التحقيق مع مؤكّله، وفقاً لأحكام القانون. ولا يجوز رفض طلباته دون مسوغ قانوني. ويجب إثبات جميع ما يدور في الجلسة في محضرها (م ٥٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م).

ومن حق كل خصم مترافع، أو من يمثله إيداء، وجهة نظره حول ما يقدمه هو، أو خصمه الآخر في مرافعته من ادعاءات، وطلبات، وأدلة، وأسانيد، ومستندات بالوسيلة القانونية دون تشويش، أو مقاطعة إلا إذا خرج عن موضوع القضية، أو مقتضيات الدفاع فيها. كما أن من حقه، وجوب احترام حق الدفاع، وضماناته للخصوم كافة في أية حالة كانت عليها إجراءات الخصومة القضائية. ويحق لكل مترافع العلم بالإجراءات بالطرق القانونية كالإعلان، أو بالحضور، أو بالإطلاع التبادلي. كما يحق لكل مترافع إيداء أقواله بالجلسة، ولا يجوز للمحكمة مقاطعته إلا لطرح أسئلة، أو ملاحظات، أو لخروجه عن موضوع القضية، أو عما يقتضيه الدفاع فيها (م ١٠٢ مرافعات مصري). ويكون من حق المدعى، أو من يمثله الكلام أولاً في الترتيب ثم يكون المدعى عليه، أو من يمثله آخر من يتكلم ما لم تكن النيابة العامة متدخلة فتكون آخر من يتكلم (١).

واجبات المترافع في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد، واجبات المترافع في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في

(١) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، ص ١٤٣ وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٤٧ وما بعدها. أنور العمروسي، أصول المرافعات ومذكرات الدفاع، ص ٢٣ وما بعدها.

هذا الشأن، مع مراعاة أنه يتم تسيير المرافعة، والخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

ويجب على المحامي المترافع أن يلتزم في سلوكه المهني، والشخصي بمبادئ الشرف، والاستقامة، والنزاهة، وأن يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها عليه القانون (م ٦٢ محاماة). ويلتزم المحامي المترافع بأن يدافع عن المصالح التي تُعهد إليه بكفاية، وأن يبذل في ذلك غاية جهده، وعنايته بأمانة. ولا يجوز له النكوص عن الدفاع إلا إذا استشعر أنه لن يستطيع؛ بسبب ظروفه، أو ملابسات الدَعْوَى (م ١/٦٣ محاماة). كما يجب على المترافع عدم الإساءة لخصم مُوكِّله بما يمس شرفه، وكرامته، والمحافظة على خصوصية أسرار مُوكِّله، واحترام هيئة المحكمة، والنيابة العامة، وزملائه... وكما يجب على كل الأشخاص الحاضرين بالجلسة التحلي بالسلوكيات المشرفة، والاحترام الواجب تجاه العدالة، ويُحظَر عليهم على وجه الخصوص الحديث دون أن يُسمح لهم بذلك، أو إصدار إشارات بالموافقة، أو الرفض، أو أن يتسببوا في حدوث أي اضطراب من أي نوع؛ لضمان، وقار، وسكينة المرافعات اللازمة لضمان حُسن سير العدالة(١).

ويتقيد الحق في المرافعة بضرورة عدم الخروج عن موضوع الدَعْوَى، ومقتضيات الدفاع فيها، وتقدير ما يُعدّ من مقتضيات الدفاع في الدَعْوَى يخضع لسلطة المحكمة التقديرية. ويجب على كل خصم مترافع احترام حدود الدفاع القانونية. واحترام الالتزامات المهنية في علاقته بخصمه، أو زملائه، أو هيئة المحكمة. وعدم استعماله للعبارة المخالفة للنظام العام، والآداب العامة في مرافعته الشفوية، أو المكتوبة، وحذف عبارات التجريح، والأقوال التي تخرج عن موضوع القضية، أو عن حدود حصانة، ومقتضيات حق الدفاع. واحترامه لقواعد آداب المرافعة القانونية، وتقاليدها، واحترام القواعد اللغوية، واحترام قواعد، وآداب مهنة المحاماة. كما يجب

(1) -Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321.61; P. 547.

-Natalie Fricero; Audience et Débats; Juris. Calss. Proc. Civ; Fasc. 501; N. 82; P. 14.



عليه عدم مقاطعه خَصْمُهُ الآخر أثناء المرافعة، أو التثويش عليه، والبُعد عن التضييل بالتواطؤ مع الخَصْم الآخر، أو مع محاميه، أو مع هيئة المحكمة (١).

ويجب على المحامي المترافع أن يجِدْ، ويكِدْ، ويسهر الليالي الطوال يبحث في أسرار، وخفايا الأوراق، ويفتش عن ما تحويه الصدور، وما يخفيه الغرض في القلوب، ويستتطق الجماد، ويستشف الآثار، والقرائن، ويستنبط الحجج الدامغة، ويُعدّ القضية التي بين يديه بكل ما، وهبه الله من حنكة، ودراية، وصبر، ويجهز سياجاً متين من الأدلة، والبراهين؛ ليدافع بها عن مُوكَلِهِ في معركة المرافعة باحثاً عن أوجه القوة، والنجاح في موقف مُوكَلِهِ، ويعمل على إبرازها، ودعمها بالأسانيد القانونية، وكذلك البحث عن مواطن القصور، والضعف في موقف الخَصْم الآخر فيعمل على كشفها، وتركيز هجومه عليها. ويجب عليه الترافع بلُغَةٍ عربيّة فصَحَى باعتبارها اللغة الرسمية، وبعبارات تعظيم، وتوقير، وعزة، وجرأة، وإكبار، وإعظام، بحيث يدفع الرتبة عن قاضيه، ويكون كلامه ثوباً للمعاني المقصودة، فصيح اللسان، وبالغ الأثر بكلامه، متلاعياً بالعقول، والقلوب، وأن يكون على معرفة كافية بقواعد اللغة العربية، وآدابها، وقواعد النحو، والصرف، وأساليب البلاغة، والأدب، والشعر، وعبادات، وتقاليد المجتمع، والأمثال، والحكم. وأن يكون مؤهلاً تأهيلاً صحيحاً للمرافعة، ومزوداً بالعلم، والمعرفة، وسعة الاطلاع، والمهارة العالية، والخبرة الكافية، وأن يحترم قواعد المرافعة، وآدابها، وتقاليدها، وأخلاقياتها (٢).

ويجب على المحامي المترافع المحافظة على الأسرار المهنية، والإلمام بقواعد القانون الإجرائي، والموضوعي الواجب التطبيق على النزاع، والإلمام بجميع عناصر القضية، وأدلتها، ومستنداتها، وحججها ليجلي ما بها من مكامن الضعف، أو مواطن القوة بعد مداومة الاطلاع على المراجع القانونية المختلفة، والدراسة، والبحث

(١) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، ص ١٥٤ وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٥٠. حسن الجداوي، المرافعة، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ج ٢، ط ٢، طبعة نادي القضاة ١٩٩٠م، ص ١٥٣ وما بعدها.  
(٢) د. محمد نور شحاتة، استقلال المحاماة وحقوق الإنسان، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٧٠ وما بعدها. أنور العمروسي، أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون، ج ١، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ص ٢١ وما بعدها. حسن الجداوي، أحكام القضاء والقدر "مُرافعات"، مطبعة حجازي بالقاهرة ١٩٣٦م، ص ١ وما بعدها.

العلمي. وأن يتمتع بالصدق، والأمانة، والشفافية، وجراءة الطرح، والشجاعة في قول الحق، ونصرة المظلوم، وأن يتحلى بحسن الذوق، والتصرف، وبالهئية الحسنة، والوقار أنى، ولى، وجهة. ويجب أن يكون قوي الملاحظة في براعة الاستنتاج بفكر، وتمعن، وحاضر البديهة في التعامل مع كل مفاجئة غير محسوبة تظهر في الجلسة، وطلق اللسان لديه الثبات، والثقة بالنفس، ورابط الجأش، مراعياً لمقتضى الحال الذي يتحدث فيه ليتجنب الشطط، والتجاوز، والتقصير، والتخاذل، وأن يمزج في مرافحته بين طرق الإقناع، والاقتران، ويستقري ميول القاضي، ويتابع تفكيره. وأن ينأى بنفسه عن مواضع الشك، والريبة، ويترفع عن كل دنيئة، فلا يرى، ولا يُسمع إلا في المواضع اللائقة بأمثاله، والتزامه بالنزاهة، والحياد في عمله (١).

وكما يجب على المحامي المترافع دفع الأذى عن مؤكله، وإثبات حقه، وتبصيره بموقفه، وطريقة دفاعه عنه، وتركيز مرافحته على تجلية الوقائع، وتهئية البراهين، والأدلة؛ لتتوير المحكمة، وإثبات الحق المطلوب، وتفنيد مايرد عليه من اعتراضات، ونفي ما يتعلق به من الشبهات، والتعفف، والترفع عما لا يتصل بصميم الدعوى من فوارط العيب، والتحلي بالأدب، والاحترام، ولين الجانب، والقصد في التعبير (٢).

ضمانات المترافع في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد ضمانات المترافع للقيام بواجباته في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير جلسة المرافعة، والخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت...

(١) د.أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، ص ١٤٣ وما بعدها؛ ص ٢٠٢ وما بعدها. د.حامد الشريف، فن المرافعة أمام المحاكم الجنائية، ص ٦٧ وما بعدها. يوسف كمال، وبهاء عبدالرحمن، مقتطفات عن آداب المرافعة من منظور قضائي، المحاماة ٢٠٠٣م، ع ٣، ص ٦٠٩ وما بعدها.

-G. Peifer; Le secret professionnel des avocats et des conseils juridiques; Gaz. Pal. 1983; chro.; P.158.

(٢) د.محمد نور شحاتة، استقلال المحاماة وحقوق الإنسان، ص ١٧٠ وما بعدها. د.أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، ص ١٤٣ وما بعدها؛ ص ٢٠٢ وما بعدها. د.حامد الشريف، فن المرافعة أمام المحاكم الجنائية، ص ٦٧ وما بعدها.

-G. Peifer; Le secret professionnel des avocats et des conseils juridiques; Gaz. Pal. 1983; Chro.; P.158.

ضماناً للمحامي المترافع من القيام بواجبات مهنته، فقد أحاطه المُشرِّعُ بعدة ضمانات تكفل استقلاله في ممارسة مهنته منها: عدم جواز التحقيق مع المحامي، أو تفتيش مكتبه إلا بمعرفة أحد أعضاء النيابة العامة كضمانة ضد تعسف السلطة، أي أنه لا يجوز تفتيش المحامي، أو التحقيق معه بمعرفة أحد رجال الشرطة، أو غيرهم. ويجب على النيابة العامة قبل الشروع في تحقيق أية شكوى ضد محام أن تخطر مجلس النقابة العامة أو مجلس النقابة الفرعية بذلك بوقت مناسب، كما أن لرئيس النقابة الفرعية إذا كان المحامي متهماً بجناية، أو جنحة خاصة بعمله أن يحضر هو، أو من ينوبه من المحامين التحقيق. ولمجلس النقابة العامة، ولمجلس النقابة الفرعية طلب صور التحقيق بغير رسوم (م ٥١ محاماة).

وللمحامي أن يسلك الطريقة التي يراها ناجحة طبقاً لأصول المهنة في المرافعة، والدفاع عن مؤكليه، ولا يكون مسئولاً عما يورده في مرافعته الشفوية، أو في مذكراته المكتوبة بما يستلزمه حق الدفاع، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية، وقانون المرافعات (م ٤٧ محاماة).

كما لا يجوز القبض على المحامي، أو حبسه احتياطياً عند إخلاله بنظام الجلسة، وجرائم القذف، والسب، والاهانة بسبب أقوال، أو كتابات صدرت منه أثناء، أو بسبب ممارسته أي من أعمال مهنته، أو عن أمر يستدعي محاسبته جنائياً، أو نقابياً (م ٢/٤٩ محاماة)، وذلك كاستثناء من الأحكام الخاصة بنظام الجلسات، والجرائم التي تقع فيها المنصوص عليها في قانوني المرافعات، والإجراءات الجنائية، فإذا وقع من المحامي أثناء، وجودة بالجلسة لأداء، واجبة، أو بسببه إخلال بنظام الجلسة، أو أمر يستدعي محاسبته نقابياً، أو جنائياً يأمر رئيس الجلسة بتحرير مذكرة بما حدث، ويحيلها إلى النيابة العامة، وتبلغ صورتها إلى مجلس النقابة، ويخطر النقابة الفرعية المختصة بذلك. ولا ترفع الدَعوى الجنائية فيها إلا بأمر من النائب العام، أو من ينوب عنه من المحامين العامين الأول، وتجرى المحاكمة في جلسة سرية، ولا يجوز أن يشترك في نظر الدَعوى الجنائية، أو الدَعوى التأديبية المرفوعة على المحامي أحد من أعضاء الهيئة التي، وقع الاعتداء عليها (م ٥٠ محاماة معدلة بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨ م). ولا ترفع

الدَّعْوَى التَّادِيبِيَّةُ ضدَّ المحامي إلا من النيابة العامة من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب من مجلس النقابة، أو رئيس محكمة النقض، أو رئيس المحكمة الإدارية العليا، أو رئيس محكمة استئناف، أو رئيس محكمة القضاء الإداري، أو رئيس محكمة ابتدائية، أو رئيس محكمة إدارية (م ١٠٢ حمامة).

ولا يجوز التحقيق مع محام، أو تفتيش مكتبه إلا بمعرفة أحد أعضاء النيابة العامة (م ١/٥١ حمامة). ولا يجوز الحجز على مكتب المحامي، وكافة محتوياته المستخدمة في مزاولة المهنة، من أثاث، وكتب، وآلات يستخدمها بنفسه لمزاولة مهنة المحاماة؛ حتى يتمكن من ممارسة أعمال مهنته (م ١/٥٥ حمامة). ويُعاقَبُ كُلُّ مَنْ تَعَدَّى عَلَى محامٍ، أو أهانه بالإشارة، أو القول، أو التهديد أثناء قيامه بأعمال مهنته، أو بسببها بالعقوبة المقررة لمن يرتكب هذه الجريمة ضد أحد أعضاء هيئة المحكمة (م ٥٤ حمامة)، فكان التعدي على المحامي تَعَدَّى عَلَى هيئة المحكمة.

كما يتمتع كل خصم مترافع، أو من يمثله بِحَصَانَةِ الدِّفَاعِ القَضَائِيِّ؛ لعدم سريان أحكام المواد ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٨ من قانون العقوبات (الخاصة بالقتل، والبلاغ الكاذب، والسب) على ما يسنده أحد الخصوم إلى خصمه في الدفاع أمام المحاكم، حيث نصت المادة ٣٠٩ عقوبات مصري على أنه: " لا تسري أحكام المواد ٣٠٢، و٣٠٣، و٣٠٥، و٣٠٦، و٣٠٨ على ما يسنده أحد الأخصام في الدفاع الشفوي، أو الكتابي أمام المحاكم فإن ذلك لا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية، أو المُحَاكَمَةُ التَّادِيبِيَّةُ ". ويشترط لكي يستفيد الخصم من حصانة الدفاع القضائي: أن تكون العبارات التي يمكن أن ينطبق عليها، وصف القذف، أو السب صادرة من أحد الخصوم، أو محاميه في مواجهة خصمه، ومتصلة بموضوع الخصومة، ونقتضيها ضرورات الدفاع الشفوي، أو الكتابي أثناء الدفاع أمام جهات التحقيق، أو أمام المحكمة أياً كان نوعها، أو درجتها، ويستوي أن تكون الخصومة مدنية، أو جنائية، أو إدارية، يدخل تقدير ضرورات الدفاع في سلطة المحكمة بمالها من سلطة تقديرية في تقدير ما يُعَدُّ من مقتضيات الدفاع في الدعوى. كأن ينكر المدعى عليه في دعوى إثبات نسب بنوة طفل، وينسب إلى أمه أنها حملت سفاهاً، أو أن ينسب

محامي الحكومة إلى أحد الموظفين في دَعْوَى إلغاء قرار فصله أنه مختلس، أو مرتشٍ، أو ارتكب أفعالاً شائنة تبرر فصله، أو أن ينسب الخَصْم في دَعْوَى حراسة إلى المرشح بالحراسة بأنه حُكِمَ بشهر إفلاسه بقصد تجريحه(١).

وبعد أن انتهينا من دراسة المبحث الأول من الفصل الأول (مفهوم المرافعة في التقاضي الإلكتروني) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى دراسة المبحث الثاني من الفصل الأول (ضوابط المرافعة في التقاضي الإلكتروني) على النحو التالي:

## المبحث الثاني

### ضوابط المرافعة في التقاضي الإلكتروني

مبدأ شفوية المرافعة في التقاضي الإلكتروني : نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم مبدأ شفوية المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني، حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والهاتف المحمول، والفيديوكونفرانس، والإيميل، وسكاي بي، والإنترنت...

ويعتبر مبدأ شفوية المرافعة من المبادئ المكتملة لمبدأ علانية الجلسات؛ لأن تحقيق علانية الجلسات لا بد، وأن يقترن بشفوية المرافعة. وقد أخذت القوانين الإجرائية بنظام المرافعة المكتوبة إلى جانب المرافعة الشفوية، أي: بالمزج بين الشفوية، والكتابة في التحقيق، والمرافعة حيث يُكْمَلُ كل منهما الآخر، ولهما قيمة قانونية، واحدة. وتخضع المرافعة لملائمات المحكمة فهي التي تحدد أسلوبها، وللخصوم إيداء طلباتهم، ودفعهم، ودفاعهم بالطريقة التي يرونها ملائمة لمقتضيات النزاع، وظروفهم. وعلى ذلك

(١) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، ص ١٥٢ وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٤٢٦ وما بعدها. د. إبراهيم أمين النفاوي، مبادئ الخصومة المدنية، بند ٥٧، ص ٦٥ وما بعدها؛ التعسف في التقاضي، ط ١، دار النهضة بالقاهرة ٢٠٠٦م، بند ١٢٤، ص ١٨٢ وما بعدها. نقض جنائي ١٩٥٦/١١/٢٧م، المحاماة، س ٣٨، ص ١٢٣. نقض جنائي ١٩٥٦/٢/٢٧م، المحاماة، س ٣٨، ص ١٢٣. نقض ١٩٤٠/٦/١٠م، المحاماة، س ٢١، ص ٣٠١. -P. Estamp; sur le rôle de plaidoirie et la responsabilité de l'avocat; Gaz. Pal. 1988; doct.; P. 768. -A. Damien; la liberté de la défense et le délit d'audience; Gaz. Pal. 1982; doct.; P. 192.

فنتتوع المرافعة إلى مرافعة شفوية (باللسان العربي الفصيح)، ومرافعة مكتوبة (بالقلم الواضح)، أو بهما معاً. أي قد تكون المرافعة مكتوبة، أو شفوية، والمرافعة هي المصباح المضيء؛ لتتوير عقيدة المحكمة، وإظهار الحقيقة، وهي ضمانة لحسن سير العدالة. ويجب تدوين جميع الإجراءات، والمرافعات الشفوية، والكتايبية التي تتم أمام هيئة المحكمة بالجلسة في محضر الجلسة الذي يُتَبَتُّ فيه كاتب الجلسة تحت رقابة رئيس الجلسة جميع، وقائع الجلسة من مناقشات، وطلبات، ودفع، ودفاع... وإذا حصلت منازعة بما دار في الجلسة فإن محضر الجلسة يكون هو الحجة في ذلك (١).

والغالب في الدَعَاوى المدنية، والتجارية، هو سيادة نظام المرافعة المكتوبة، وذلك لوجود مبدأ الإثبات المقيد، أما في القضايا الجنائية، فإن الغالب هو نظام المرافعة الشفوية؛ لأن الأصل في المحاكمات الجنائية أنها تُبْنَى عَلَى التحقيق الشفوي الذي تُجْرِيهِ المحكمة بنفسها في مواجهة المُتَّهَم بالجلسة، حيث يَسُود نظام الإثبات الحر، ومبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، وتوجب (م ٢٧٥ إجراءات جنائية) أن يكون المُتَّهَم آخر من يتكلم بعد مرافعة النيابة العامة كَمُدَّعٍ في الدَعْوَى الجنائية. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه: " إذا كانت المحكمة قد فاتها أن تعطى المُتَّهَم الكلمة الأخيرة أمامها فله أن يطالبها بذلك فإذا هو لم يفعل فإنه يُعَدُّ مُتَنَازِلاً عن حقه في أن يكون آخر من يتكلم باعتبار أنه لم يكن عنده، أو لم يبق لديه ما يقوله في ختام المُحَاكَمَة، ومن ثم فلا يقبل منه الاعتراض عَلَى ذلك لدى محكمة النقض..." (٢).

ولتطبيق مبدأ شفوية المرافعة فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية للصُّمِّ، والبُكْمِ بالحق في المرافعة الشفهية بالجلسة، وأوجبت ضمان فعالية هذا الحق، مع الأخذ في الاعتبار عند الضرورة المصاعب التي من الممكن أن يعاني منها

(١) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، بند ٥٥، ص ١٩٥. د. حسام أحمد محمد صبحي العطار، حقوق الإنسان الإجرائية، ص ٩٨٢ ومابعداها. السيد شرعان، شفوية المحاكمة والمرافعة والاستثناءات التي ترد عليها ومن بينها الاستثناء الوارد في المادة ٢٨٩ إجراءات المعدلة، المجلة الجنائية القومية، مجلد ١٦، ج ١، مارس ١٩٧٣م، ص ١٩٩ ومابعداها.

**-Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 239; P. 225.**

(٢) نقض جنائي ١٩٧٧/١٢/٥م، طعن رقم ٧٣٧ لسنة ٤٧ ق، مج، س ٢٨، ج ١، ق ٢١٢، ص ١٠٤٣. نقض جنائي ١٩٧٦/١١/١٥م، طعن رقم ٦٨٢ لسنة ٤٦ ق، مج، س ٢٧، ج ١، ق ٢٠٥، ص ٩٠٥. نقض جنائي ١٩٧١/١/٣١م، طعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٤١ ق، مج، س ٢٢، ج ١، ق ٣١، ص ١٢٢. نقض مدني ١٩٦٦/٣/٢٣م، طعن رقم ٤٣ لسنة ٣٣ ق، مج، س ١٧، ج ١، ق ٩٢، ص ٦٦٦.

بعض الأشخاص كالتصم، والبكم، وذلك من قبل تقنين هذا الأمر في (م ١/٢٣ مرافعات فرنسي) بمرسوم ٢٠ أغسطس ٢٠٠٤م. وعلى ذلك فإذا كان أحد الخصوم أصم، أو أبكم، يختار القاضي لمساعدته بقرار غير قابل للطعن مترجم بلغة الإشارة، أو بلغة الحديث المكمل، أو أي شخص مؤهل يتقن لغة، أو طريقة تسمح له بالتواصل مع الصم، والبكم، ويمكن للقاضي أن يلجأ أيضاً لأي، وسيلة فنية تتيح فرصة التواصل مع هذا الخصم، وفي نفس السياق يجوز اللجوء لمترجم عندما يتحدث الخصوم لغة أجنبية إلا إذا كان القاضي يعرف هذه اللغة الأجنبية (art. 23 al.1 N.C.P.C.F.) (١).

وقد تتم المرافعة الشفوية بالجلسة من محرر مكتوب سلفاً، أو شفويّاً بدون الاستعانة بأي محرر مكتوب. والأسلوب الأمثل لعمل خطة للمرافعة الشفوية، أو الكتابية أمام المحاكم هي قيام المحامي المترافع بعمل مقدمة، وخاتمة، ومعالجة الموضوع من ناحية الواقع، والقانون. وتعتبر المرافعة الشفوية، وسيلة لمناقشة الخصوم، وإقناع المحكمة بالحق بعملية إرسال، و استقبال في كل نقاط القضية، وسرد الوقائع الصحيحة، ومعالجة النواحي القانونية في القضية، وصولاً إلى مقطع الحق في النزاع، وكل من المرافعة الشفوية، والكتابية تكمل عمل الأخرى، وقد تكون بديلة عنها (٢).

(1) -Gérard Couchez ; Procédure Civile ; 15 .éd Sirey; 2008; N. 269; P. 279.

-Cass. Ass. Plén.; 24 nov. 1989; J.C.P. 1990; II;N. 8; 21407; not. Cadiet., D. 1990; Jurisp.; P.429; obs. Julien., Rév.Trim. dr. Civ.1990; I; P. 45; obs. Perrot, Gaz. Pal. 1990; I; Somm.; P.358; obs. Guinchard et Mousa.

**Art. 23 -1 N.C.P.C.F.:** "Si l'une des parties est atteinte de surdité, le juge désigne pour l'assister, par ordonnance non susceptible de recours, un interprète en langue des signes ou en langage parlé complété, ou toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec les sourds. Le juge peut également recourir à tout dispositif technique permettant de communiquer avec cette partie.

Toutefois, l'alinéa pr c dent n'est pas applicable si la partie atteinte de surdité compar it assistée d'une personne de son choix en mesure d'assurer la communication avec elle. "

(٢) محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، المطبعة النموذجية، مكتبة الآداب ومطبعتها بالقاهرة ١٩٥٧م، ج ١، بند ٤٢، ص ٥٨٥٧. د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٣٦ ومابعدھا؛ أصول التقاضي، ص ٦٦١ ومابعدھا. حسن الجداوي، المرافعة، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ص ١٥٣ ومابعدھا. أنور العمروسي، أصول المرافعات ومذكرات الدفاع، ص ١٩.

-Christophe Lievremont; Le débat en droit Processuel; N. 402 ets.; P. 457 ets.

وقد تكون المرافعة شفوية بالجلسة في قاعة المحكمة المرفوع أمامها القضية محل المرافعة، فالمرافعة الشفوية في ساحة القضاء، هي: عبارة عن مباراة شريفة بروح رياضية بلا مداراة، ولا موارد؛ ليأخذ العدل مجراه، والحق مرساه بعد اقتناع المحكمة به. وتعتمد المرافعة على قوة البيان، وقرع الحجة بالحجة، والتدليل المنطقي، والاستعانة بالعاطفة، وجمال، وقوة الأسلوب، وعمق الفكرة، وبلاغة التعبير، وفصاحة، وطلاقة اللسان، والإعداد الجيد المسبق، والتسلح بالفضيلة، وروح المبادرة، والعزم، والشجاعة... فالمُدعى، والمُدعى عليه يترافعان بأنفسهما، أو بوكيليهما، ويشرح كل منهما للقاضي، وجهة نظره، ومطالبه، ويدافع عنها، ويُدلي كل منهما بسياج متين من الحُجج، والمستندات، والبراهين الدامغة، والقاطعة في القضية، والقاصمة لأدلة خصمه... ويستطيع المترافع بالمرافعة الشفوية عرض ما ضمّه ملف قضيته، وأن يبرز ما فيها من حجج أدها لصالح مُوكّله، ويجلي ما بها من مواطن الضعف، أو القوة. ويكون القاضي محاوراً تليفزيونياً أكثر منه مستمعاً للمتناقضي في المرافعة الشفوية(١).

والمرافعة الشفوية هي عماد عمل القضاء الواقف - المحامين-، ومظهر ممارسته للدفاع، فمن خلال الرأي، والرأي الآخر تتضح الحقيقة أمام المحكمة، ويتم إثباتها في محضر الجلسة، وفي الحكم ضماناً للخصوم، ولتكون تحت بصيرة المحكمة لإيضاح محل الادعاء. وتقتضي قاعدة شفوية جلسة المرافعة تقييداً محكمة الموضوع بتحقيق طلبات الخصوم المتصلة بالدعوى، ودفاعهم، ودفعهم، وسماع شهود الإثبات، والنفي، والخبراء، والمعينة، والبحث عن الحقيقة بكافة الطرق القانونية... فقد منع القانون الإجرائي المحكمة من بناء حكمها على دليل لم يطرح في الجلسة، بل بناءً على موازنة بين أوراق، ومحاضر، وتقارير، وأدلة الخصوم التي طرحت في الجلسة، وأُتيحت لهم فرصة العلم بها، بالإعلان، أو بالحضور، أو بالاطلاع عليها، ومناقشتها، وكفالة حق الدفاع فيها، ومن تقليب، وجوه النظر فيها على كافة الاحتمالات، ومن تكوين عقيدتها في

(١) د. أحمد صدقي محمود، المرافعة علم وفن، ص ١٢٩ وما بعدها. د. حامد الشريف، فن المرافعة أمام المحاكم الجنائية، ص ١٧ وما بعدها. حسن الجدوي، المرافعة، بحث في أساليبها وحقوق المترافعين وواجباتهم، ص ١٣ وما بعدها؛ أحكام القضاء والقتل "مُرافعات"، ص ١ وما بعدها. علي الفرجاني، مبدأ شفوية المرافعة أمام القاضي الجنائي، مجلة القضاء، س ٣٥، ع يناير/ ديسمبر ٢٠٠٣م، ص ٢٥ وما بعدها.



ضوء ما يستريح إليه، وجدانها على يقين لا على حدس، و تخمين. والطلب هو: وسيلة هجومية يتوجه بها المدعى ضد المدعى عليه طالباً الحكم عليه به، والدفع هو: وسيلة دفاعية يرد بها المدعى عليه على طلب المدعى قاصداً منع الحكم بها عليه(١).

وقد نص القانون الإجرائي على بعض الضمانات لحماية حق الخصوم في شفوية المرافعة: فيجب على المحكمة الاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة، ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدَعْوَى، أو مقتضيات الدفاع فيها، وإلا تكون قد أخلت بحقهم في الدفاع (م ١٠٢ مرافعات). ويخضع حد الاستماع لسلطة القاضي التقديرية، فإذا رأى القاضي الخروج عن موضوع الدَعْوَى، أو مقتضيات الدفاع فيها، أو أن ما سمعه من الخصوم يكفي لتكوين عقيدته، ويحقق العدالة جاز له قطع المرافعة. كما يتمتع الخصم عند استخدام حقه في المرافعة الشفوية، أو الكتابية بحصانة الدفاع القضائي لعدم سريان أحكام (م ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٨) عقوبات (الخاصة بالقذف، والبلاغ الكاذب، والسب) على ما يسنده أحد الخصوم في الدفاع الشفوي، أو الكتابي أمام المحاكم، ولا يترتب على ذلك إلا المقاضاة المدنية، أو المحاكمة التأديبية (م ٣٠٩ عقوبات) (٢).

و غاية شفوية المرافعة القضائية مخاطبة عقلية، ووجدان القاضي، وضميره، وعواطفه، وإحساسه حتى يصل إلى مرحلة اليقين القضائي من خلال ما سمعه من أقوال، وتحليلات شفوية للأدلة، والأسانيد القانونية التي تم طرحها بجلسة المرافعة، أو في جلسات قريبة مستمرة، فيجب على القاضي عند تحصيله للدَعْوَى أن يُلِمَّ بوقائع الدَعْوَى،

(١) دررؤف عبيد، شفوية المرافعة أمام القضاء الجنائي، مجلة مصر المعاصرة، س ٥١، ع ٣٠٠، إبريل ١٩٦٠م، ص ٥ ومابعدها. درجب محمد أحمد مرعي، الحق الإجرائي، ص ٣٠٦ ومابعدها.

-Solus et Perrot: Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 267; P. 226.

-Cass. Civ. Civ.2 □ ; 4 mars 2004; D. 2004; inf. Rap.; P. 853.

-Cass. Soc. 17 mars 1998; J.C.P.; éd. G. 1998; IV; 2098.

(٢) د. أحمد السيد أبو الخير هلال، ضوابط العدالة القضائية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٣م، ص ٤٥٣ ومابعدها. د. محمد عبداللطيف أبو العلا، عوارض الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط ٢٠١٣م، ص ١٢٩ ومابعدها.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 755; P. 643-644.

وَيُمَحِّصُهَا بِتَرَوٍ عَنِ بَصَرٍ، وَبصيرة . وتحقيق علانية القضاء باعتبار أن من مظاهر، وغايات الشفوية تحقيق العلانية. وتحقيق الدَعْوَى في الجلسة عن طريق المحكمة بطرح كافة الأدلة، والأسانيد القانونية على بساط البحث لمناقشتها شفويًا بالجلسة، وتقديرها حق قدرها، فلا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه إلا على أدلة طرحت عليه أثناء الجلسة، ونوقشت أمامه في مواجهة الخصوم بحيث يعلم به الخصم الآخر، ويتمكن من الرد عليه، ولا يجوز للقاضي أن يبني حكمه إلا على دليل طرَح، ونوقش أمامه بالجلسة، وإلا كان حكمه باطلاً لإخلاله بحق الدفاع، وعليه فلا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على علمه الشخصي، بل يبني حكمه على الأدلة المطروحة أمامه على بساط البحث بالجلسة بعد مناقشات، ومرافعات الخصوم(١).

وقد استحدث القانون الفرنسي مجموعة قواعد خاصة بالإجراءات الشفوية في مجال الإجراءات المدنية في الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد ضمن النصوص العامة التي تطبق أمام جميع المحاكم، وذلك بموجب المرسوم رقم ٢٠١٠-١١٦٥ الصادر بتاريخ ١ أكتوبر ٢٠١٠م ( Décret. N°. 2010 - 1165 - art. 446-1,2,3,4 N.C.P.C.F. )، وذلك باستحداث نصوص المواد ( du 1 oct..2010 ) إلى قانون المرافعات الفرنسي، والتي تنظم أحكام الإجراءات والمرافعات الشفوية في الخصومة المدنية، وجعلت تبادل المستندات في الإجراءات الشفوية يتم بأية طريقة par tout moyen دون تحديد وسيلة أو شكل خاص لتبادل أوراق المرافعات.

وقد أوجب قانون المرافعات الفرنسي على الأطراف أن يعرضوا شفاهة في الجلسة العلنية ادعاءاتهم وطلباتهم ودفعوهم، ويجوز أن يحيلوا ذلك إلى مذكراتهم الكتابية، على أن يتم تدوين كافة ملاحظاتهم كتابة في محضر الجلسة، وذلك ما لم يوجد نص يعطى للأطراف الحق في عرض ادعاءاتهم بشكل مكتوب دون عرضها بشكل

(١) د.حاتم محمد فتحي أحمد البكري، مبدأ الشفوية في الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠١١م، ص ١٩ وما بعدها. نقض جنائي ٢٠٠٢/٤/٣م، طعن رقم ٤٩١٧ لسنة ٦٩ ق، مج، س ٥٣، ص ٥٧٧. نقض جنائي ١٩٨١/٤/٣م، طعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٣، ص ٤٤٠. نقض جنائي ١٩٧٧/١٢/٥م، طعن رقم ٧٣٧ لسنة ٤٧ ق، مج، س ٢٨، ص ١٠٤٣.

شفهي في الجلسة العلنية. ويعتبر الحكم الصادر بناء على هذا الاستثناء حكماً علنياً تحقق فيه مبدأ المواجهة، وللمحكمة أن تأمر في أي مرحلة بحضور الأطراف أمامها ( art.446-1 N.C.P.C.F. ). وإذا تم تأجيل المرافعة إلى جلسة تالية، فللقاضي أن ينظم عملية تداول المستندات، فإذا كان هناك اتفاق على ذلك بين الأطراف، فللقاضي أن يحدد الآجال التي من خلالها يستطيع الأطراف الاطلاع فيما بينهم على ادعاءاتهم سواء كانت هذه المستندات أوراق أو أدلة. وإذا أعد الأطراف مستنداتهم وأدلتهم بشكل مكتوب فللقاضي بعد موافقة الأطراف عدم التعويل على أي مستند لم يتم الاطلاع عليه. وفي حال عدم احترام الأطراف لمبدأ المواجهة الذي حدده القاضي فله أن يأمر بإحالة الدعوى إلى المرافعة تمهيداً للفصل فيها أو شطبها، وله أيضاً رفض أي طلب اطلاع على المستندات بعد الأجل الذي حدده للاطلاع ما لم يوجد سبب مشروع لذلك باعتبار أن ذلك الطلب يمثل اعتداء على حقوق الطرف الآخر ( art.446-2 N.C.P.C.F. ).

وللقاضي أن يستدعي الأطراف في أي وقت لتقديم كافة التوضيحات عن الوقائع المادية والقانونية، والتي يرى أنها من الأهمية بمكان في حسم النزاع، و له أن يعذرهم بتقديم المستندات والمبررات اللازمة لاستيضاح ما غاب عنه، و يعتبر الطرف ممتنعاً أو رافضاً طلب المحكمة حال تأخره عن تقديم ما أمرت به المحكمة، وإذا تم تبادل المستندات في غير الجلسة العلنية تطبيقاً لأحكام ( م ٤٤٦-٢ ) فيخطر الأطراف بأي وسيلة بطلبات المحكمة المبينة عالياً ( art.446-3 N.C.P.C.F. ). ويعتبر تاريخ الاطلاع هو تاريخ تقديم المستند أو الدليل طالما أنه قدم مكتوباً ( art.446-4 N.C.P.C.F. ).

وللمرافعة الشفوية مزايا عديدة منها: أنها لها أثر ظاهر في إظهار الوقائع، والحجج، والأسانيد أكثر من المذكرات، فالكلمة لها أثر أعمق من المذكرة المكتوبة، وتحقق مبدأ المواجهة بالمناقشات الشفوية بين الخصوم، وتعلّي من مظهر علنية الجلسات، ووسيلة إقناع، ولفت انتباه، وتركيز، وجهة النظر، وشفوية المرافعة هي مظهر من مظاهر العلنية، ووسيلة لتحقيق المواجهة بين الخصوم. فالمرافعة الشفوية هي

روح حق الدفاع باعتبارها مكنة الخصم لإبداء أوجه دفاعه، ووجهة نظره في الدَعْوَى أمام المحكمة لتأييد طلباته، ودفعاً لأدلة خصمه (١).

وللمرافعة الشفوية عيوب عديدة منها؛ قد يعجز بعض الخصوم عن الرد مباشرة، وتحول دون التآني في إبداء الدفاع، ونسيان القاضي بعض المرافعات الشفوية عند المداولة، وعند تسبب الحكم، وقد تساعد الخصم على مغالبة خصمه، ومفاجأته عندما يتقدم بحججه في اللحظات الأخيرة، وقد يؤدي مبدأ شفوية المرافعة إلى ضياع، وقت القاضي بسبب الإطالة في المرافعات الشفوية، وخاصة في ظل ازدحام المحاكم، وكثرة القضايا، وعدم بساطتها، وعدم اتساع، وقت القضاة لمثل هذه المرافعات الشفوية. كما قد يؤدي إلى التأثير على القاضي بغير الحقيقة؛ لأنها تعتمد على قوة البيان، وأسلوب البلاغة. وبالرغم من تلك الانتقادات إلا أن هذا المبدأ لم يهدم، وسيظل العمل به (٢).

**مبدأ كتابية المرافعة في التقاضي الإلكتروني :** نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم مبدأ كتابية المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني كالبرق، والتلكس، والفاكس، والهاتف المحمول، والإنترنت، والفيديوكونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...

ويقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الكتابية باستعمال المحررات الإلكترونية التي لها نفس القوة، والقيمة القانونية للمحررات المكتوبة بخط اليد، سواء أكانت محررات رسمية أم عرفية، خاصة بعد اعتراف دول كثيرة بالقيمة القانونية للمحرر والتوقيع الإلكتروني، والمساواة بينها، وبين المحرر الورقي، والتوقيع بخط اليد مثل:

(١) د.حسام أحمد العطار، حقوق الإنسان الإجرائية، ص ٩٨٨-٩٨٩. د.حاتم محمد فتحي أحمد البكري، مبدأ الشفوية في الإجراءات الجنائية، ص ٧ ومابعدھا. نقض جنائي ٢٠٠٤/٤/١٨م، طعن رقم ٢٦٦٧٥ لسنة ٦٩ ق، مج، ص ٥٢، ص ٦٧.

-Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier et André Varinard; La Justice et ses Institutions; 4éd.; Dalloz; 1996; N. 849; P. 716.

-P. Hebraud; L'élément écrit et élément oral; études de droit comparé; -Paris 1959; P.313.  
(٢) د.أحمد السيد أبو الخير هلال، ضوابط العدالة القضائية، ص ٤٤٨ ومابعدھا. د.حاتم محمد البكري، مبدأ الشفوية في الإجراءات الجنائية، ص ٧ ومابعدھا.

مصر، وفرنسا، ودبي، وتونس، والأردن، والبحرين، وإنجلترا، وأمريكا، والاتحاد الأوروبي، وكندا، وإيطاليا، وأستراليا، والسويد، وهولندا، وفنلندا، والنرويج، وأيرلندا، وبولندا، والمجر، والصين، والهند، واليابان، وكوريا الجنوبية، وتايوان، وماليزيا، والفلبين، والأرجنتين، والبرازيل، وكولومبيا، وفنزويلا، وليبيا... (١).

ويعتقد أن أضحت الضرورات العملية؛ نتيجة تطور الحياة، وتعقدها، وبسبب كثرة القضايا، وعدم بساطتها، وازدحام المحاكم، توجب المرافعة المكتوبة؛ لتراكم القضايا التي تنظرها المحكمة في الجلسة الواحدة، بحيث تقلص الوقت المسموح به لنظر القضية، فعذا الأصل هو كتابية المرافعة القضائية في القضايا المدنية، والتجارية، ولذا يقال بأن الكلمة المكتوبة ثابتة، والكلمة الشفوية طائفة. والمرافعة المكتوبة بمذكرات مكتوبة تكون عبارة عن مرآة صادقة لفحوى النزاع بتقديم شرح، وافٍ جليّ مقنع محددة النقاط، ومرتبة العناصر، ومقترنة بالأدلة، والمستندات المؤيدة يعالج النواحي الواقعية، والقانونية في القضية؛ لإقناع هيئة المحكمة بالحق، والعدل (٢).

والآن يتزايد الإقبال على المرافعة الكتابية بمذكرات مكتوبة، على حساب المرافعة الشفوية؛ نظراً لازدحام جدول الجلسات بالقضايا مما يحول دون إفراح الوقت الكافي للمرافعة الشفوية، ونظر القضايا في جلسات متباعدة تنظر فيها العديد من القضايا. وتبدأ جلسة المرافعة أمام المحكمة في اليوم المحدد لنظر الدعوى بدعوة الخصوم؛ لعرض ادعاءاتهم بإعطاء الكلمة للمدعي، ثم للمدعى عليه، وللمحكمة دعوة الخصوم للمرافعة مرة أخرى، أو أكثر لتقديم شروح، واقعية، أو قانونية ترى المحكمة أنها ضرورية لاستجلاء الحقيقة، وظهور العدالة. ويجب على المحكمة تمكين الخصوم من تقديم كل ما لديهم حال المرافعة طالما أن باب المرافعة مازال مفتوحاً، والأ تبنى حكمها

(١) د. محمد حسام محمود لطفى، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة ١٩٩٣، ص ٢ وما بعدها. د. محمد عبد الظاهر حسين، الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ٥ وما بعدها. د. السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٢م، ص ٩ وما بعدها.

(٢) د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٣٦ وما بعدها؛ أصول التقاضي، ص ٦٦١ وما بعدها. د. أحمد صدقي محمود، المرافعة علم وفن، ص ١١٤ وما بعدها.

إلا على العناصر المستمدة من أوراق الدَعْوَى، والتي تمكن الخصم من مناقشتها. كما يجوز للمحكمة أثناء المرافعة أن تطرح على الخصوم ما تراه مفيداً من الأسئلة، أو إبداء ما تراه ضرورياً من ملاحظات(١).

وتعتبر المرافعة المكتوبة في شكل مذكرة مكتوبة - سواء أكانت مذكرة شارحة للدَعْوَى، أو مذكرة دفاع، أو مذكرة بأسباب الطعن - تقدم في مواجهة خصمه، أو تُعلن له رسمياً، وتودع ملف الدَعْوَى؛ موضحة لطلباته، ودفاعه، ودفعه، ومفندة لدفاع خصمه، وطريقة لتعديل طلباته بالزيادة، أو النقصان، ووسيلة لإبداء طلباته العارضة... وتدور المرافعة المكتوبة بين إيجاز غير مخل، وتطويل غير ممل، ورصد نقاط القوة، والضعف في القضية، وبلورة مقاطع النزاع، والاسترشاد بمبادئ القضاء، والنصوص التشريعية، وشروح كبار الفقهاء عند الاقتضاء بعد عرض موجز لوقائع القضية. كما يجب ترتيب الأفكار، والوقائع، والطلبات، والدفع، والدفاع، بالإضافة إلى، ترتيب المستندات في الحافظة المودعة بها، بأرقام متسلسلة بحسب تواريخها(٢).

وقد نص القانون الفرنسي في (art. 779 al.1. N.C.P.C.F.) على أنه: يجوز لرئيس المحكمة، أو القاضي المكلف بتحضير القضية، أن يطلب من محامي الخصوم بعد موافقتهم، وموافقة النيابة العامة إن تطلب الأمر ذلك، إيداع مذكرات، ومستندات القضية بأمانة سر المحكمة في تاريخ محدد، إذا تبين له عدم ضرورة المرافعة الشفوية في جلسة المواجهة، بهدف الاقتصاد في الإجراءات.

**مبدأ علانية المرافعة في التقاضي الإلكتروني :** نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم مبدأ علانية المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية، والكتابية باستخدام

(١) د. إبراهيم النفياري، مبادئ الخصومة، بند ٣٧٤، ص ٤٥٦. د. حامد الشريف، فن المرافعة أمام المحاكم الجنائية، ص ١٧ ومابعدها. د. الكوني علي أعبودة، قانون علم القضاء، ج ١، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية بطرابلس/ ليبيا ١٩٩٨م، ص ٩٠-٩١.

(٢) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، بند ٦١، ص ٢١٢ ومابعدها. أنور العمروسي، أصول المرافعات ومذكرات الدفاع، ص ٣٩ ومابعدها.

إِخْدَى الوسائِل الإِلِكْترونية كالبِرق، أو التلِكْس، أو الفاكْس، أو الهاتف العادي، والمحمول، أو الفيديو كونفرانس، أو سكايب، أو الإنترنت...

وَحَرِصَتْ عَلَى مَبْدَأِ علانية القضاء دَسَاتِيرِ مصر المتعاقبة، وكذلك التشريعات المُنظَّمَةُ للقضاء المصري، والمرافعات، و(م ١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٩٤٩م، و(م ٦) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، والحريات الأساسية الصادرة في ١٩٥٠م، و(م ١٤) من الميثاق الدولي للأمم المتحدة الصادر في ١٩٦٦م الخاص بالحقوق المدنية، والسياسية، و(م ٤٧) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي الصادر في ١٨ ديسمبر ٢٠٠٠م. وتكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام، والآداب العامة، أو لحرمة الأسرة. وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية (م ١٨ من قانون السلطة القضائية المصري، وم ١٠١، م ١٧٤ مرافعات مصري، وم ٢٦٨ إجراءات جنائية مصري)، و(م ٧٦ إجراءات مدنية إماراتي)(١).

وتعني علنية جلسات المرافعة، تمكين عامة جمهور الناس بدون تمييز، والإعلام، والصحافة، والإذاعة المرئية، والمسموعة من الحضور، والدخول بقاعة الجلسة بما يتناسب مع حجم قاعة الجلسة بالمحكمة - وليس في غرفة المداولة كما يفعل بعض القضاة خطأ ذلك - عَلَى نَحْوِ يُتَبَيَّنُ للكافة العلم، والإحاطة، والاطلاع عَلَى ما يُتَّخَذُ فيها من إجراءات، وتحقيقات، ومرافعات شفوية، ومكتوبة، ومتابعة ما يدور فيها من مناقشات، وما يُدَلَّى فيها من أقوال، وما يصدر فيها من أحكام، عَلَى مَرَأْيٍ، ومَسْمُوعٍ من الجميع، حتى ولو ثبت أن أحداً لم يحضر من الجمهور. والجمهور هنا هو : أي فرد ليس له علاقة بالدَعْوَى المطروحة عَلَى المحكمة. وقد نصَّت (م ١٠١ مرافعات مصري - art. 22 et 433 N.C.P.C.F.) عَلَى مَبْدَأِ علنية جلسات المرافعة(٢).

(١) د.طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٦م، ص ٤٦٢.

-Gérard Couchez; Procédure Civile ; 15. éd Sirey; 2008; N. 266 ; P. 277.

-Natalie Fricero; Audience et Debats; Juris. Calss. Proc. Civ; Fasc. 501; N. 17; P. 5.

(٢) د.طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ٤٦٢. د.علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٦م، بند ٥٧ وما بعده، ص ٧٥ وما بعدها.

-Sous et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 248; P. 231.

ويُعدُّ مبدأً علانيةً جلسات المرافعة ضماناً أساسيةً من ضمانات التقاضي، ومبدأً عاماً يطبق أمام جميع المحاكم، فهو يؤدي إلى رقابة شعبية للرأي العام على أعمال القضاة، مما يؤدي إلى ازدياد الثقة في الأحكام القضائية، وبعث الثقة في نفوس المتقاضين، كما أنه يطلع الناس على قدر الجهد المبذول للفصل في القضايا مما يزيد القضاء مهابة في أعينهم، ويُعرفُ الناس بالأحكام القانونية، ويحُضُّ القضاة على العناية بدراسة الدَعوى، وتسبب الأحكام تسبباً كافياً، وجدياً؛ لأن كل ذلك يخضع لرقابة الرأي العام(١).

وتتمتع علانية المرافعات في الوقت الراهن بفضاء يتخطى حرم المحكمة، فتسمح العلانية للصحف بنشر، وقائع الجلسة، والمرافعات، والحُكم بشرط مراعاة أصول النشر، كما تسمح لأي شخص، ولو لم يكن طرفاً في الخصومة أن يحصل على صورة من محضر الجلسة العلنية، أو صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية. وتحقيق علانية الجلسات يقتضي السماح لكل من يرغب من الجمهور، والإعلام، والصحف في الحضور لسماع المرافعات. ويجب على المحكمة إثبات علانية الجلسات في محضر كل جلسة، وفي الحكم، ويترتب على مخالفة مبدأ علانية الجلسات بطلان المحاكمة، وبطلان الحكم بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، ويجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدَعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض(٢).

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 753 ; P. 642 .

-Jacques Héron et Thierry Le Bars; Droit Judiciaire Privé; N. 454; P. 383.

-Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard; Procédure civile; N. 896; P. 609.

-Cass. Com.; 12 nov. 1997; Procédures 1998; N. 173; obs. LaPorte.

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ٩٨، ص ٢٧٢ وما بعدها. د. حاتم البكري، مبدأ الشفوية في الإجراءات الجنائية، ص ١٩ وما بعدها. د. محمد عبد النبي السيد غانم، قانون المرافعات، ص ٨١٣.

-Croze, Morel et Fradin; Procédure Civile; N. 537; P. 174.

-Natalie Fricero; Audience et Débats; Juris. Calss. Proc. Civ; Fasc. 501; N. 18; P. 5.

(٢) د. فتحي والي، المبسوط، بند ٩٨، ص ٢٧٢ وما بعدها. د. أمال الفزاري، ضمانات التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، بند ٢١ وما بعده، ص ٥٥ وما بعدها. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة ط ٣، ١٩٩٨م، بند ٩٥٢، ص ٨٧٣. د. حسن ربيع، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ط ١، القاهرة ٢٠٠١/٢٠٠٠م، ص ٢٧٤.

-Henery Solus et Roger Perrot; Droit Judiciaire Privé; T.1; Sirey; Paris 1961; N. 248; P. 231; N. 601; P. 545.



ويجوز لرئيس الجلسة إذا اكتظت قاعة الجلسة بالحضور، أن يمنع الدخول إليها بعد شغل جميع المقاعد بما يتناسب مع حجم قاعة الجلسة، حفاظاً على النظام، والهدوء، وتجنب الضوضاء بها. وقد يكون لمقتضيات حفظ النظام بالجلسة فلا يسمح بالدخول سوي لعدد محدد بتصاريح، أو ببطاقات دخول محددة بعدد يتناسب مع حجم القاعة في بعض القضايا الهامة، بشرط أن يكون لكل شخص الحق في الحصول على تلك البطاقة دون أن يتوقف ذلك على توافر صفة معينة في الشخص. والمتعلق بعلانية الجلسات هو حضور الجمهور فقط، وليس الخصوم، فحضور الخصوم بجلسة المرافعة لا يتصل بعلانيتها، بل ينبع من ضرورة تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم في جلسة المرافعة؛ لأن المحكمة لا تستطيع منع الخصوم، أو محاميهم من الحضور حتى لو قررت نظر الدعوى في جلسة سرية. وتطبق علانية جلسات المرافعة منذ افتتاح الجلسة، وبدء النداء على الخصوم في اليوم المحدد لنظر الدعوى، وتستمر حتى صدور الحكم فيها، طوال فترة انعقادها بدءاً من افتتاحها، وحتى نهايتها حتى لو استمر انعقادها حتى الليل (١).

والحكمة من علانية جلسات المرافعة أمام جهات القضاء المختلفة كأصل عام؛ ضماناً لحسن سير العدالة لما توفره من رقابة الجمهور، أو الرأي العام على الجلسات، والإجراءات القضائية، وحث القاضي على العناية بعمله في ظل القانون، والعدل، وحماية الصالح العام، والآداب العامة، وضمان ثقة الجمهور، والمتقاضين في حسن أداء العدالة، ونزاهة القضاء، وتعميم إرضاء الشعور العام بالعدالة القضائية داخل المجتمع، وفرض الثقة، والاطمئنان في عدالة الحكم، وصحته، وتحقيق شفافية الإجراءات القضائية، وضمان حياد القاضي، ونزاهته، وتمكين الرأي العام من مراقبة أعمال القضاء بما يؤدي إلى تقبل الجمهور لأحكام القضاء، وضمان حسن تطبيق القضاء لحكم القانون، كما يحقق ثقة المتقاضين في نزاهة، وحيادة القضاة، والاطمئنان إلى ما يصدر عنهم من أحكام قضائية. ومع ذلك فقد تلحق علانية جلسات المرافعة بالمتقاضين ضرر، وأذى

(١) محمد العشماوي وعبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، المطبعة النموذجية، مكتبة الآداب ومطبعتها بالقاهرة ١٩٥٧م، ج ١، بند ٧٥، ص ١٠٢. د.فاطمة عادل سعيد عبدالغفار، القضاء والإعلام، ص ٤٥٢ ومابعدها. نقض جنائي ١٩٥٢/٣/١١م، مج، س ٣، ق ٢٠٩، ص ٥٦٢.

اجتماعي يفقد احترام الجمهور للمتقاضى، وإشباع فضول الناس، خاصة في بعض مسائل الطلاق، والتطليق بما قد يضطره إلى الكشف عن أسراره الخاصة، فلا يكون بمنأى من ملاحقة الوصمة الاجتماعية له (١).

وإذا كان الأصل العام هو علانية جلسات المرافعة، فإن هذا الأصل العام ليس على إطلاقه، وإنما يرد عليه استثناءات لا يجوز التوسع في تفسيرها، ولا القياس عليها؛ لضمان حسن سير العدالة، وحماية النظام العام، والآداب العامة، ومصصلحة المتقاضين في حماية حرمة الأسرة، أو إذا اقتضى الأمن القومي جعلها سرية، أو رأت المحكمة أن العلانية تؤدي إلى الإضرار بالعدالة. فيجوز للمحكمة نظر الدعوى في جلسة، أو جلسات سرية حسب ملاسبات الدعوى، أي تكون جلسات المرافعة كلها، أو بعضها سرية مطلقة، أو تقصرها على فئات معينة تحظر حضورهم كالنساء، أو الأطفال عند مناقشة مسائل لا يليق عرضها على أسماعهم كمسائل التطليق، والانفصال بين الزوجين (art. 248 C.C.F.)، والنسب، والزنا، والتحكيم لما لها من خصوصية، وأسرار. والسرية هنا هي منع الجمهور - دون الخصوم، ووكلائهم، وإلا أخلت المحكمة بحقهم في الدفاع - من دخول قاعة جلسة المرافعة، أي سماع الدعوى في قاعة جلسة مغلقة، وبدون حضور الجمهور، حتى قفل باب المرافعة، وخلو المحكمة للمداولة. وإذا قدرت المحكمة زوال موجب فرض سرية جلسة المرافعة بعد فرضها، فلها أن تعدل عنها في أي وقت تلقائياً، بالعودة إلى علانية جلسة المرافعة كأصل عام (٢).

وجعل جلسات المرافعة كلها، أو بعضها سرية لسبب معين يكون؛ إما بنص قانوني صريح (استثناء قانوني) كأن ينص القانون على أن تجرى جلسة المرافعة في

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ٩٨، ص ٢٧٢ وما بعدها. د. عبدالرؤف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، بند ٧٩٠، ص ١١٧٣. د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، بند ٦٠٥، ص ٥٩٦. د. حسن ربيع، الإجراءات الجنائية، ص ٦٧٤. د. محمد عيد الغريب، النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ٢٨٩ وما بعدها. د. عادل محمد جبر أحمد الشريف، حماية القاضي وضمان نزاهته، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٢٩٣. د. محمد عبدالنبي السيد غانم، قانون المرافعات، ص ٨١٤.

(٢) د. محمود عيديره القبلاوي، مبدأ علانية الجلسات في ضوء قانون الإجراءات الجنائية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، تصدرها كلية حقوق المنوفية، ع ١٨، س ٩، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص ١١ وما بعدها.

بعض الدعاوى بجلسة غير علانية في غرفة المشورة دون حضور الجمهور، ويجب علي المحكمة احترام إرادة المشرع هذه - حيث يجوز نظر الطعون الضريبية في جلسات سرية حفاظاً علي سمعة وأسرار الممول الشخصية وبياناته المالية ( م ١٢٢، ١٢٥ من قانون الضريبة علي الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ م )، و في محاكمة الأحداث نصت ( م ١٢٦ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ م بإصدار قانون الطفل ) علي أنه : " لا يجوز أن يحضر محاكمة الطفل أمام محكمة الأطفال إلا أقاربه والشهود والمحامون والمراقبون الاجتماعيون ومن تجيز له المحكمة الحضور بإذن خاص..." - أو بناءً علي أمر المحكمة من تلقاء نفسها بقرار منها، بكامل هيئتها في جلسة علانية، سواء بالإجماع، أو بالأغلبية، ويخضع لسسلتها التقديرية (استثناء قضائي)، أو بناءً علي طلب أحد الخصوم منها إذا كان من شأن العلانية التأثير علي أسرار، وحرمة الحياة الخاصة بجعل جلسة المرافعة سرية بحضور الخصوم، ووكلائهم فقط دون حضور الجمهور، والإعلام، كاستثناء من أصل علانية جلسات المرافعة(١).

وفي تلك الحالة لا يسمح للصحف إلا بنشر الحكم فقط دون المرافعات كخبير، أو تحقيق صحفي؛ مراعاة لحفظ أسرار الدولة، ومحافظة علي النظام العام، والآداب العامة، ومراعاة حرمة الأسرة في بعض مسائل الأحوال الشخصية كمسائل الطلاق، والتطليق، والزنا. وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية، وإلا كان الحكم باطلاً. وقد تصدر المحكمة - بما لا يخل بحدود مبدأ العلانية، وانتظام الجلسات - أوامر بحظر نشر تفاصيل ما يجري أمام القضاء من تحقيقات، ومرافعات، أو أمراً بمنع البث التليفزيوني لجلسات المحاكمة في قضايا معينة، وذلك لما له من تأثير علي مجريات العدالة، والتشويش علي القضاة، والشهود،

(١) د. فتحي والي، الميسوط بند ٩٨، ص ٢٧٢. د. محمود مختار عبدالمغيث محمد، قرينة الصحة الإجرائية، ص ١٠١. د. فاطمة عادل سعيد عبدالغفار، القضاء والإعلام، ص ٤٥٢ وما بعدها.

-Gérard Couchez; Procédure Civile; 12. éd.; 2002; N. 267; P. 223.

-Cass. Cive. 1<sup>re</sup> □ ; 30 juin. 1987; D. 1987; somm.; P. 364; obs. Julien.

والعاملين بالمحاكم، وتدخل، وسائل الإعلام في عمل القضاء بمناقشة، وتحليل أدلة البراءة، والإدانة(١).

وفي القانون الفرنسي بمقتضى نصوص المواد ( art. 22; 433; 435 et ) 446 N.C.P.C.F. تكون جلسات المرافعة علانية كأصل عام، إلا أنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه، أو بناءً على طلب جميع الخصوم Si toutes les parties le demandent نظر الدَعْوَى في جلسة سرية استثناءً في غرفة المشورة en chambre du conseil في أي لحظة سواء قبل الجلسة، أو أثناء المرافعات، لعدم المساس بحرمة الحياة الخاصة، وذلك عندما يُنص، أو يَسْمَح القانون بذلك كمسائل الحالة الشخصية، وبعض مسائل الأحوال الشخصية، وإذا قدر القاضي أنه يترتب على العلانية تعدد على صميم الحياة الخاصة، والقضايا المهنية، أو التأديبية، وبالإرادة المشتركة للأطراف بالاتفاق على ذلك كما في التحكيم، وإذا كان من شأن العلانية إحداث تبعات خطيرة، واضطرابات تمس هيبة العدالة... ويقتصر الحضور فيها على الخصوم، وممثليهم فقط، ويترتب البطلان على مخالفة ذلك لوضع حد للتجاوز ( art. 446 N.C.P.C.F. ) (٢).

وإذا نص القانون على نظر المحكمة طلباً معيناً في غرفة المشورة، فإنها تنظره في غرفة المشورة المخصصة لتداول القضاة، ولا يحضر إلا الخصوم، ومحاموهم؛ كالأعمال الولائية فإنها تنظر في غرفة المشورة. وإذا نظرت المحكمة قضية في غرفة المشورة مما كان يجب نظرها في جلسة علانية، فإن قرارها يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام لمخالفته لمبدأ العلانية. وإذا نص القانون على نظر قضية في غرفة المشورة، ونظرتها المحكمة في جلسة علانية، فإن حكمها يكون باطلاً لمخالفته لنص القانون(٣).

(١) د. علي بركات، الوسيط، بند ٦١، ص ٨٠-٨١.

(2) -Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 251 ets; P. 235 ets.

-Gérard Couchez ; Procédure Civile; N. 267; P. 223.

-Loïc Cadlet; Droit Judiciaire Privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006; N. 620; P. 403.

(٣) د. فتحي والي، المبسوط، بند ٩٨، ص ٢٧٣؛ الوسيط، بند ٢٧٩، ص ٤٦٨.

وفي فرنسا الأصل أنه يمنع بث المرافعات خارج المحكمة من خلال الصحافة، أو المذيع للحفاظ على حرمة المساس بالحياة الخاصة، وتلافي حدوث خروقات رهيبية من أي إعلام صاخب يثير العواطف بسبق إعلامي يمكن أن يلحق الضرر بشرف العدالة، ويجوز للمحاكم منع بث المرافعات بأي صورة كانت بمقتضى نص (م 39) من قانون 29 يوليو لعام 1881م الخاص بالصحافة (art. 39 de la Loi du 29 juillet 1881 sur la presse). ومع ذلك فقد صدر القانون ( La Loi N° 85 - 699 du 11 juillet 1985 ) والمعدل بالقانون ( mod. par La Loi N° 90-615 du 13 juillet ) الذي يجيز تسجيل جلسات المرافعة للإذاعة، أو التلفزيون، أو تسجيل صوتياً... كرشيف تاريخي بشروط بالغة القسوة كشرط الحصول على تصريح مسبق من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بعد استطلاع رأي أطراف النزاع، ورئيس الجلسة التي سيتم تسجيلها، والنيابة العامة، والمحامين ( art. 4)، وعند منح التصريح يبدأ العمل في التسجيل من نقاط ثابتة (art. 6)؛ حتى لا يختار السينمائي زوايا لأخذ مناظر من الممكن أن تشوه الحقيقة، وبمراعاة الضوابط القانونية للحفظ، والنسخ، وبث التسجيلات ( art. 7-8). وقد يتسامح مع البث التلفزيوني، ولكن قبل دخول القضاة(1).

سلطة المحكمة في توجيه المرافعة، وعدم مقاطعة المترافع إلا استثناءً: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم ضمان التزام المحكمة بتوجيه المرافعة، وعدم مقاطعة المترافع أثناء المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني، حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية، أو الكتابية باستخدام إحدى الوسائل

(1) -Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 247 ets; P. 231 ets.

-Pradele ; Les techniques audiovisuelles , la justice et l'histoire ; D. 1986; chron.; P. 113 ets.

-Lindon; La télévision à l'audience ?; D. 1985; chron. ; P. 81 ets.

-Cass. Cive. 1<sup>re</sup> □ ; 30 juin 1987; D. 1987; Somm.; P. 364; obs. Jullien.

-Cass. Crim.; 16 mars 1994; J.C.P. 1995; II; 22547; Not. Ravanas.

الإلكترونية كالمجرر الإلكتروني، والفيديو كونفرانس، أو الإيميل، أو سكايب، أو الإنترنت...

للمحكمة دعوة الأطراف إلى تقديم إيضاحات قانونية، أو واقعية إذا رأت المحكمة ضرورة لذلك، أو كانت غامضة (art. 442 N.C.P.C.F.)، ولقاضي الموضوع سلطة توجيه المرافعة الشفوية، والمكتوبة بالقدر الذي يحقق مصالح الخصوم، ولرئيس المحكمة أن يطلب من أي من الأطراف توضيح ما يراه غامضاً على المحكمة من مسائل قانونية، أو واقعية. ويجب على القاضي أن يتحرز من مقاطعة المرافعة بأسئلة، واستعلامات، وأوامر من شأنها أن توجه المرافعة، وجهة لا تتفق مع مصلحة الخصم، بل يجب على القاضي الإنصات، والصبر، واستيعاب أقوال الخصوم، والامتناع عن مباغته المترافع؛ لأن ذلك لا يتفق، وكرامة القضاء، ووقاره(1).

وقد ورد النص على هذا الضابط من ضوابط المرافعة في (م ١٠٢ مرافعات) التي نصت على أنه: " يجب الاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة، ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى، أو مقتضيات الدفاع،...". إلا أنه يجوز للمحكمة أن تستوقف المرافعة لكي تطرح ما تراه مفيداً من الأسئلة، أو لإبداء ما يعين لها من ملاحظات، أو لتفهم فكرة غابت عنها، أو لتستزيد من شرح حجة أدليت باختصار. كما أن للمحكمة أن تمنع أي مترافع من الاسترسال في المرافعة إذا كان كلامه خارجاً عن موضوع القضية، أو عما يقتضيه الدفاع.

وجوب سماع المحكمة لمرافعة المدعى ثم المدعى عليه في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم ضمان التزام المحكمة بوجوب سماعها لمرافعة المدعى أولاً، ثم سماع مرافعة المدعى عليه في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية، أو

(1) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، بند ٥٥، ص ١٩٦.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 754; P. 643.

-Loïc Cadet; Droit Judiciaire Privé; N. 619; P. 401-402.

-Cass. Civ.2 □ ; 21 Janv. 2010; Rév. Huiss. 2010; P. 149; obs. Putmon.

الكتابية باستخدام الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والإيميل، والفيديو كوفرانس، أو سكايب، أو الإنترنت...

وقد، ورد النص على ضابط، وجوب سماع المحكمة لمرافعة المدعى أولاً، ثم سماع مرافعة المدعى عليه في (م ١٠٢ مرافعات) التي نصت على أنه: " يجب الاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة... ويكون المدعى عليه آخر من يتكلم ". وعلى ذلك يجب على المحكمة احترام حق الخصم في المرافعة كحق من حقوق الدفاع، بتمكين الخصم من مباشرته أثناء الخصومة لتحقيق العدالة، والمساواة بين المراكز الإجرائية للخصوم في القضية، أي تمكينه من إبداء، وجهة نظره أمام القضاء فيما قدمه هو، أو قدمه خصمه من ادعاءات في شكل مرافعة شفوية، أو مكتوبة. وتسمع المحكمة أولاً لمرافعة المدعى، أو محاميه، ثم تسمع لمرافعة المدعى عليه، أو محاميه، وإذا كان هناك متدخل اختصاصي فإنه يُسمع أولاً باعتباره مدعياً بطلبه قبل كل من المدعى، والمدعى عليه. وللمحكمة أن تسمع أياً من الخصوم أكثر من مرة، وفقاً لما تراه حتى تظهر لها الحقيقة، بشرط أن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم إذا أراد الرد على تعقيب المدعى؛ لاحترام حقوق الدفاع، أي أن يُمكن من المرافعة، والرد، والرد للمرة الثانية بإعطاء الفرصة لذلك (١).

وتعتبر النيابة العامة هي الهيئة المكلفة بالدفاع عن مصالح المجتمع أمام القضاء، والسهر على حسن تطبيق القانون، والدفاع عن النظام العام، والآداب العامة. وقد تظهر النيابة العامة في الخصومة كطرف أصلي *Partie Principale* فيكون لها ما للخصوم من حقوق، وعليها ما عليهم من أعباء، وواجبات كتسيير الإجراءات، وحضور الجلسات، والطعن في الحكم (م ٨٧ مرافعات، art. 422; 423 et 431 N.C.P.C.F.) فلها أن تترافع، وتقدم طلبات، ودفاع، ودفوع، ومذكرات، ومستندات كأبي خصم في القضية، ويحصل تدخلها بمجرد تقديمها مذكرة برأيها في الدعوى، ولا يشترط حضورها

(١) د. عزمي عبدالفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة، ص ١. د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات، ج ٢، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ج ٢، م ١٠٢، ص ٢٦٩ ومابعداها. د. أحمد مليجي، التعليق، ج ٢، م ١٠٢، بند ٤٤٣. نقض مدني ١٩٩٤/٣/٣١م، طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٥، ج ١، ق ١٢٠، ص ٦٢٧.

في الجلسة إلا إذا نص القانون على ذلك، ويكون ترتيبها في الكلام بحسب موقفها في الخصومة؛ فإن كانت مدعيه كانت أول من يتكلم، أما إذا كانت مدعي عليها كانت آخر من يتكلم(١).

وقد تتدخل النيابة العامة كطرف منضم *Partie Jointe* قبل إقفال باب المرافعة لمجرد إبداء الرأي بما تراه متفقاً مع حسن تطبيق القانون، والعدالة بعد إخطارها بمعرفة قلم الكتاب الذي يرسل لها ملف القضية مشتملاً على مستندات الخصوم، ومذكراتهم لإبداء رأيها القانوني، وتكون النيابة العامة آخر من يتكلم، وليس للخصوم بعد مرافعة النيابة، أو تقديم مذكراتها أن يطلبوا الكلام، أو يقدموا مذكرات جديدة، ولكن أجاز المشرع في (م ١/٩٥ مرافعات) للخصوم أن يقدموا للمحكمة بياناً كتابياً؛ لتصحیح الوقائع التي ذكرتها النيابة؛ حماية لحقوق الدفاع. وإذا رأت المحكمة لظروف استثنائية قبول مذكرات تكميلية، أو مستندات جديدة من الخصوم بعد إبداء النيابة العامة لرأيها، فإنه يجوز للمحكمة أن تقرر إعادة فتح باب المرافعة في القضية، وتكون النيابة العامة آخر من يتكلم (م ٢/٩٥ مرافعات). ولا يشترط أن تبدي رأيها من جديد إذ يكفي أن تبدي رأيها مرة، واحدة حتى ولو فتح باب المرافعة مادامت لم تطلب هي الكلمة الأخيرة، ولا يشترط أن تبدي النيابة العامة رأيها في كل مراحل القضية، بل يكفي أن تكون قد تدخلت في القضية، ولو انتهت إلى تفويض الرأي للمحكمة(٢).

للمحكمة أثناء المرافعة محو العبارات المخالفة للنظام العام والآداب العامة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم ضمان التزام المحكمة أثناء المرافعة بمحو العبارات المخالفة للنظام العام، والآداب العامة في التقاضي

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٢٨، ص ٩٥ وما بعدها. د. وائل محمد إبراهيم عبدالهادي، دور النيابة العامة في تحقيق الحماية القضائية المدنية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٦م، ص ٧٨. نقض مدني ١٤/٢/١٩٩٤م، طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٤٥ ق، مج، س ٣٦، ج ١، ق ٧٣، ص ٣٤٦.

-Cass. Cive. 1<sup>er</sup> □ ; 1 avr. 2014; Procédures; 2014; N. 165; Not. Perrot.

-Cass. Civ. 3 □ ; 8 oct. 2003; Procédures; 2004; N. 7; Not. Perrot.

(٢) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٢٨، ص ٩٥ وما بعدها. د. وائل محمد إبراهيم عبدالهادي، دور النيابة العامة في تحقيق الحماية القضائية المدنية، ص ١١٦-١١٧.

-Cass.Com. 30 oct. 2007; Procédures 2007; N. 277; Not. Perrot.

-Cass. Civ.3 □ ; 8 oct. 2003; J.C.P. 2004; I, P. 133; N. 16; obs. Caditet.



الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية، أو الكتابية باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية كالبرق، والتلكس، والفاكس، والهاتف العادي، والمحمول، والمحضر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديو كونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...

يجب أن تكون المرافعة الشفوية، أو المكتوبة على درجة كبيرة من الوقار، والاحترام فيما حوته من معالجة للنزاع القضائي، ولذا يجب أن تسمو عن اختيار الكلمات، والألفاظ المسفة، والبذيئة للنيل من كرامة الخصم أو اعتباره، وإلا قامت المسؤولية القانونية للفاعل. وللمحكمة سلطة الأمر بمحو العبارات الجارحة الخارجة أو المخالفة للأداب، أو النظام العام من المرافعات، أو المذكرات، حتى ولو تضمنت دفاعاً للخصم هي رخصة حولها الشارع لقاضي الموضوع، وأطلق له الخيار في استعمالها، أو إهمالها على مقتضى ما يراه بغير معقب عليه. وقد، ورد النص على هذا الضابط من ضوابط المرافعة القضائية في (م ١٠٥ مرافعات) التي نصت على أنه: " للمحكمة، ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الجارحة، أو المخالفة للأداب، أو النظام العام من أية، ورقة من أوراق المرافعات، أو المذكرات " (١).

وعلى ذلك فللمحكمة محو العبارات الجارحة، أو المخالفة للنظام العام، والآداب العامة من أوراق المرافعات، والمذكرات، ومن محضر الجلسة سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب من أحد الخصوم (م ١٠٥ مرافعات). ويجب على المحامي المترافع أن يقرأ قضيته كاملة من أولها لأخرها، قراءة جيدة متأنية حتى يكون ملماً بقضيته محيطاً بتفاصيلها مستعداً للمفاجآت التي تثار بالجلسة، ومطمئناً بأنه سيجد لكل سؤال جواباً، ولكل إحراج رداً. ويجب على المحامي المترافع الدخول قاعة الجلسة بروب المحاماة،

(١) أنور العمروسي، أصول المرافعات ومذكرات الدفاع، ص ٥٣ وما بعدها. نقض مدني ٥/٢٤ / ١٩٦٦م، مج، س ١٧، ص ٦٧٦. نقض مدني ٤/٥ / ١٩٦٢م، مج، س ١٣، ص ٤١٤.

وإقناع القاضي بمواطن الحق، وإهدار مواطن الباطل، وترتيب الأفكار، والكلام، والاطلاع على المراجع الفقهية، والأحكام القضائية الخاصة بموضوع بالقضية (١).

المرافعة باللغة الرسمية في التقاضي الإلكتروني : نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم ضمان أن تكون المرافعة باللغة الرسمية في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في التقاضي الإلكتروني حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية، أو الكتابية باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والفيديو كونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...

وتكون لغة المرافعة في التقاضي الإلكتروني. كقاعدة عامة هي اللغة الرسمية للدولة التي تنظر مَحَاكِمُهَا موضوع النزاع بين الخصوم، ويلتزم بها القاضي، والمُنْقَاضِي عَلَى حد سواء، وتعد هذه القاعدة من أصول نظام القضاء المتعلقة بالنظام العام. وفي القانون المصري فإن اللغة العربية هي لغة المحاكم باعتبارها اللغة الرسمية، وفقاً لنص الدستور ( م ٢، م ١٦٨ من دستور ٢٠١٤ م )، كما، ورد النص على هذا الضابط من ضوابط المرافعة القضائية في ( م ١/١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ م ) التي نصّت على أن : " لغة المحاكم هي اللغة العربية، وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم، أو الشهود الذين يجهلون بها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين " (٢).

وعلى ذلك تكون لغة المرافعة هي اللغة العربية باعتبارها اللغة رسمية في مصر، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تسمع أقوال الخصوم، أو الشهود الذين يجهلون اللغة العربية بواسطة مترجم بعد حلف اليمين، في الأعمال الشفوية فقط دون أن يمتد هذا الاستثناء إلى الأعمال التي يجب أن تتم كتابة. وعلى ذلك إذا تطلب الأمر تقديم مستند محرر بلغة أجنبية كدليل في القضية فيجب أن يُرْفَقَ به ترجمة باللغة العربية. وإذا تعلق

(١) د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحاكمي، ص ٥٠. أنور العمروسي، أصول المرافعات ومذكرات الدفاع، ص ٢٣ وما بعدها.

(٢) د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحاكمي، ص ٥٠.

الأمر بعمل إجرائي، كرفع دَعْوَى، أو تقديم مذكرات، فإنه لا يجوز تقديمه بلغة أجنبية، ولو كان مرفقاً به ترجمة باللغة العربية(١).

ويعتبر تحرير، ورقة العمل الإجرائي باللغة الرسمية للدولة عنصراً شكلياً من عناصر العمل الإجرائي. فإذا حُرِّرت الورقة بغير اللغة الرسمية للدولة كانت باطلة، ولو كانت مكتوبة باللغة التي يعرفها الخصوم ما لم ترفق بترجمة معتمدة، ولا تشترط الرسمية في ترجمة المستندات إلا عند عدم تسليم الخصوم بصحة الترجمة العرفية للمستند، والتنازع في أمرها. والهدف من، وجوب تحرير، ورقة العمل الإجرائي باللغة الرسمية للدولة، أن اللغة الرسمية للدولة هي، وسيلة التفاهم الأكثر شيوعاً بين سكان الدولة. كما أنها تمنع الخصم من التعسف باستخدام لغة أجنبية لا يعرفها خصمه، مما يضطره إلى ترجمة الأوراق لمعرفة مضمونها، وربما يخطئ المترجم، أو لا يجد مترجماً يترجم تلك اللغة الأجنبية التي استخدمها الخصم. كما إنها تسهل عمل القاضي، وأعوانه مما يؤدي إلى سرعة الفصل في القضايا. بالإضافة إلى أنها تقلل من الحاجة لاستخدام مترجمين قانونيين مما يقلل من مصاريف هؤلاء المترجمين، والتي تعتبر جزءاً من مصاريف الدَعْوَى. وجرى العمل على الكتابة بالحاسب الآلي، أو بالآلة الكتابة؛ لضمان وضوح الخط، وتيسير القراءة، ولكن هذا لا يمنع من الكتابة بخط اليد حيث لم يحدد القانون طريقة بعينها لكتابة الأوراق، والمذكرات(٢).

وفي فرنسا فإن اللغة الرسمية للمحاكم هي اللغة الفرنسية؛ وفقاً لأحكام (م ١/٢) من دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨م الفرنسي، وكذلك القانون رقم ٥٥٤ الصادر في ٢٥ يونيو ١٩٩٢م، والتي يجب أن تُحرَّرَ بها جميع الأعمال الإجرائية، وإلا كانت باطلة، وعلى القاضي تعيين مترجم إذا كان لا يعرف اللغة التي

(١) د.فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح د.أحمد ماهر زغلول، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، بند ٨٦، ص ١٦٧-١٦٨. د.أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، بند ٥٩، ص ٢٠٨. د.أحمد صفاي محمود، المرافعة علم وفن، ص ٧٦-٧٥.

(٢) د.أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، بند ٥٩، ص ٢٠٨. ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م، معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة ١٩٧٠م، بند ١٣٥، ص ١٧١؛ الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني ببغداد ١٩٧٣م، بند ٢١١، ص ١٩٧. د.عبدالحكيم فودة، أسباب صحيفة الاستئناف، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، بند ٦٢، ص ٦٣. د.محمد جمال عطية عبدالمقصود عيسى، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق ١٩٩٣م، ص ٢٢٨.

يتكلم بها الخصوم (art. 23 N.C.P.C.F.)؛ حتى يفهم ما يقوله، ولأجل تيسير، وسرعة الفصل في النزاع. ويستطيع المحامي الأجنبي الترافع بترجم في فرنسا بضوابط محددة(1).

وعلى خلاف ذلك تكون المرافعة في خصومة التحكيم باللغة، أو باللغات التي يحددها اتفاق أطراف التحكيم غير اللغة العربية، وذلك سواء جري التحكيم في مصر، أو في الخارج، ويكون هذا الاتفاق ملزماً لطرفي التحكيم، ولهيئة التحكيم. فقد نصت (م ٢٩ تحكيم مصري) على أنه :

١- يُجْزَى التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان، أو تحدد هيئة التحكيم لغة، أو لغاتٍ أُخرى، ويسري حكم الاتفاق، أو القرار على لغة البيانات، والمذكرات المكتوبة، وعلى المرافعات الشفهية، وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة، أو رسالة توجهها، أو حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين، أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.

٢- ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل، أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدَعْوَى ترجمة إلى اللغة، أو اللغات المستعملة في التحكيم، وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها".

تأجيل جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد قواعد تأجيل جلسة المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بتقديم طلب التأجيل للمحكمة بإحدى الوسائل الإلكترونية كالفاكس، أو الهاتف المحمول، أو الفيديو كوفرنانس، أو الإيميل، أو سكايب، أو الإنترنت...

(1) -Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 752-1 ; P. 642.

-Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard; Procédure civile; N. 895; P. 609.

-Fricero; Rédaction des Actes; Juris. Class. Proc. Civ. Fasc. 140; N. 37; P. 6.

-Junillin; Dalloz action; Droit et Pratique de La Procédure Civile; Dalloz 1998 N. 1508; P. 315.

-Natalie Fricero; Procédure Civile; 8éd.; Gualino 2012/2013; P. 113.

-Cass. Crim. 8 Févr. 2012; D. 2012; P. 1782; obs. P. L.

إذا كان الوضع المثالي للخصومة هو أن تنتظر في أول جلسة، فمن النادر أن تفصل المحكمة فيها من أول جلسة؛ وذلك لأن المرافعة غير جائزة إلا بعد انعقاد الخصومة باستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون. ويقصد بالجلسة الأولى : الجلسة التي يتم فيها انعقاد الخصومة بتمام المواجهة بالحضور، أو بإعلانه لشخصه، أو لغير شخصه مع لزوم إعادة إعلانه، أو إعادة إعلانه في الحالات التي يلزم فيها ذلك. وتبدأ الإجراءات في الجلسة بالمناداة على الخصوم، وفقاً للترتيب الوارد في جدول القضايا الذي يُعدّه قلم الكتاب لكل جلسة (رول الجلسة) مالم يأمر رئيس الجلسة بغير ذلك، لمثولهم أمام المحكمة، وإثبات حضورهم بمحضر الجلسة(١).

وقد أجاز القانونُ الإجماليُّ (art. 343 C.P.Pén.F. - art. 432 et 779 N.C.P.C.F.) للمحكمة تأجيل جلسة المرافعة إلى جلسة لاحقة تؤجل القضية بوقف الخصومة إليها بأجل محدد، وذلك قبل البدء في نظر الدعوى، أو أثناء نظرها، كما أن لها تأجيل النطق بالحكم بعد انتهاء المرافعة. ويعتبر التأجيل، وسيلة فنية لإعمال حقوق الدفاع، وحسن سير العدالة، وتكوين عقيدة المحكمة، والهدف من التأجيل صيانة، وحماية حق الدفاع بمنح الخصم فسحة زمنية؛ لتحضير وإعداد دفاعه، ودفعه، وتدعيمها، وشحذ كافة الأدلة المؤيدة لحماية له من مفاجأة خصمه له. ورغم أن التأجيل ضرورة تملئها مراعاة احترام حقوق الدفاع، وحماية الخصم من المفاجأة، إلا أن طلب التأجيل التعسفي قد يكون جوهر مشكلة بطء التقاضي. والخصومة المؤجلة لا تتقضي بل تقف فقط، وتظل قائمة، ومستمرة، ومنتجة لكافة آثارها. وقد يكون قرار التأجيل من تلقاء نفس المحكمة، أو بناءً على طلب من أحد الخصوم، ويُعدّ قرار المحكمة بالتأجيل عملاً من أعمال الإدارة القضائية لا يُقبل الطعن فيه(٢).

(١) د.وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ٦٢٣. د.عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، بند ١٠١٢، ص ٦٠٠ ومابعدها.

(٢) د.فتحي والي، المبسوط، بند ٩٥، ص ٢٦٩. د.أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٧ ومابعدها. د.طلعت محمد دويدار، تأجيل الدعوى، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٩ ومابعدها. د.إبراهيم أمين النفاوي، مبادئ الخصومة المدنية، بند ٢٩٤، ص ٣٧٣ ومابعدها. د.فارس علي عمر، السيد ناثر رجب أحمد، التعسف في تأجيل المرافعة، مجلة الراافدين، مجلد ١٦، ع ٥٦، ص ١٨، ص ٣٣٨ ومابعدها.

وقد يكون قرار التأجيل من تلقاء نفس المحكمة، كالتأجيل لازدحام جدول الجلسة بقضايا أكثر مما تستطيع نظره في يوم، واحد، أو بناءً على طلب من أحد الخصوم بدفع إجرائي *l'exception de Procédure* يسمى الدفع بالتأجيل *l'exception dilatoire*، يصنف ضمن وسائل الدفاع *les moyens de defense* بصفة عامة (art.108;109;110 N.C.P.C.F.)، وذلك كطلب تأجيل الدَعْوَى، أو إعادتها للمرافعة؛ لاختصاص الغير، أو لاتخاذ صفة، أو لإدخال ضامن في الدَعْوَى، أو لتحقيق الدَعْوَى بشهادة الشهود، والخبرة، والمعينة، والاستجواب، وحلف اليمين... أو لحين الفصل في دعاوي الأدلة الفرعية - دَعْوَى العرض الفرعية، ودَعْوَى التزوير الفرعية، ودَعْوَى تحقيق الخطوط الفرعية... أو للاطلاع، أو للاستعداد، أو لرد القضاة، أو لتقديم مستند جديد، أو للطعن بالتزوير، أو لتقديم دليل للرد على طلب عارض جديد، أو لتقديم مستند بالرد على الأساس القانوني الجديد للدَعْوَى، أو للتدخل الاختصاصي الهجومي بالجلسة، أو لتقديم وسائل دفاع جديدة غيرت الأساس القانوني للدَعْوَى، أو لتغيير أشخاص الخصومة بالوفاة أو فقد الأهلية، أو زوال الصفة، أو للرد، أو لإعادة إعلان المدعى عليه الغائب، أو لإثارة مسألة أولية تخرج عن اختصاص محكمة الموضوع، وإحالتها للمحكمة المختصة، أو لتصحيح إجراء باطل، أو لإبداء طلبات، أو وسائل دفاع جديدة في غيبة أحد طرفي الدَعْوَى... (١).

-Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 243; P. 227.

-Y. Desdevises; Exceptions dilatoires; jurs. Class. Proc. Civ. Fasc. 134; N. 1,2,39.

-Jean Viatte; Éxceptios dilatoires; Gaz. Pal. 24Janv.1978; doct.; P. 31.

-Christophe Lievrement; Le débat en droit Processuel; N. 474; P. 533ets..

-Cass. Ass. Plén.; 24 nov. 1989; J.C.P. 1990; II; N. 8; 21407; not. Cadiet., D. 1990;

Jurisp. ;P. 429; obs. Julien., Rév.Trim. dr. Civ.1990; I; P. 45; obs. Perrot, Gaz. Pal.

1990; I; Somm.; P. 358; obs. Guinchard et Mousa.

(١) د.فتحى والي، المبسوط، بند ٩٥، ص ٢٦٩؛ الوسيط، بند ٢٧٧، ص ٤٦٦. د.إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج

٢، بند ٣٣٣، ص ٨٢. د.طلعت محمد دويدار، تأجيل الدعوي، ص ٧٠ وما بعدها. د.فارس علي عمر، السيد ثائر رجب

أحمد، التعسف في تأجيل المرافعة، ص ٣٣٨ وما بعدها.

-Y. Desdevises; Exceptions dilatoires; jurs. Class. Proc. Civ. Fasc. 134; N. 1,2,39.

-Jean Viatte; Éxceptios dilatoires; Gaz. Pal. 24Janv. 1978; doct.;P. 31.

-Christophe Lievrement; Le débat en droit Processuel; N. 476; P. 537.

-Aix-en Provence; 24 juin. 1988; Gaz. Pal. 1988; II; P. 707; obs. A. Damien.

وقد يوجب القانونُ الإجرائيُّ تأجيلَ نظرِ الدَّعْوَى في بعض الحالات: كالتأجيل لاستكمال ميعاد الحضور (م ٦٩ مرافعات)، أو التأجيل؛ لاستكمال ميعاد المسافة (م ١٦، ١٧، مرافعات)، أو التأجيل؛ لغياب المدَّعى عليه في الجلسة الأولى (٨٤ مرافعات)، أو التأجيل؛ لغياب المدَّعى عليه في الجلسة الأولى، وبُطْلانِ إعلانه (م ٨٥ مرافعات)، أو التأجيل بناءً على طلب الخصم لإدخال ضامن في الدَّعْوَى (م ١١٩ مرافعات)، أو التأجيل بناءً على طلب الخصم للرد على الطلب العارض المقدم ضده في الدَّعْوَى، أو التأجيل؛ لتنازل المحامي عن التوكيل لتوكيل محامٍ آخر (م ١/٩٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م)، والتأجيل كلِّمَا طَرَأَ عنصر جديد في القضية يقتضي استعداداً جديداً، كإدخال صاحب الصفة في الدَّعْوَى، أو لاختصاص شخصٍ من الغير، أو تعديل في الطلبات، أو تغيير في أشخاص الخصوم... ويترتب على رفض المحكمة للتأجيل بطلان الحكم إذا كان من شأنه الإخلال بحق الخصم في الدفاع (١).

وقد نصَّت (م ٩٨ مرافعات مصري) على أنه: " لا يجوز تأجيل الدَّعْوَى أكثر من مرة بسبب، واحد يرجع إلى أحد الخصوم على أن لا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع". ونصت (م ٧٥ إجراءات مدنية إماراتي) على أنه: " لا يجوز للمحكمة تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم إلا لعذر مقبول، على ألا تجاوز فترة التأجيل أسبوعين". وعلى ذلك يجوز للمحكمة تأجيل الدَّعْوَى؛ لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم لفترة لا تُجَاوِز ثلاثة أسابيع في القانون المصري، وأُسبوعين في القانون الإماراتي، ولمرة واحدة فقط، ويجوز للمحكمة تأجيل الدَّعْوَى؛ لسبب آخر مختلف يرجع إلى الخصم نفسه لفترة لا تُجَاوِز ثلاثة أسابيع، ولكن هذا النص تنظيمي - وهو ما جعل النص عاجزاً عن تحقيق الهدف منه - لا يترتب على مخالفته أيُّ بطلان؛ لمخالفة مرات التأجيل، أو مدة التأجيل، والهدف منه منع تأجيل نظر الدَّعْوَى لأكثر من مرة بلا مُبرِّرٍ منطقي لكبح جماح السلطة المطلقة لبعض القضاة، وسرعة الفصل في

(١) د.وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص ٦٣٤؛ دراسات في مركز الخصم، بند ٥١، ص ٢٢٢ وما بعدها.

د.طلعت محمد دويدار، تأجيل الدعوى، ص ٧٠ وما بعدها. د.إبراهيم أمين النفاوي، مبادئ الخصومة المدنية، بند ٢٩٤،

ص ٣٧٣ وما بعدها. د.داليا مجدي عبدالغني، المسؤولية عن إساءة استعمال حق التقاضي، دار الجامعة الجديدة للنشر

بالإسكندرية ٢٠١٦م، ص ٣٠٦ وما بعدها. درجب محمد أحمد مرعي، الحق الإجرائي، ص ٣٠٤ وما بعدها.

الدَّعْوَى، والحفاظ على قيمة الوقت. وعلى ذلك فلا يجوز تعدد مرات التأجيل؛ لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم، كما لا يجوز تجاوز مدة التأجيل عن ثلاثة أسابيع. وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية، بغير مُعَبِّ عليها من محكمة النقض في الأمر بالتأجيل، وفي قبول، أو رفض طلب، أو دفع التأجيل، وفي تقدير فترة التأجيل في حدود ظروف الدَّعْوَى. وقد يتعسف الخصم في استعمال حقه في طلب التأجيل؛ لتضييع الوقت، والمماطلة، وإطالة أمد التقاضي، وإهدار وقت العدالة، واللدد في الخصومة، وزرع اليأس عند صاحب الحق في بلوغ العدالة... بهدف تضليل العدالة بطلبات تأجيل تعسفية(١).

وقف تسلسل جلسات المرافعة، وتقصير أجلها في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم قواعد، وقف تسلسل جلسات المرافعة، وتقصير أجلها في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني، حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية، أو الكتابية باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية كالبرق، أو التلكس، أو الفاكس، أو الهاتف العادي، والمحمول، أو الفيديو كونفرانس، أو سكايب، أو الإنترنت...

قد تصاب الخصومة أثناء سيرها بعوارض تؤدي إلى ركودها كالقوة القاهرة مما يؤدي إلى، وقف تسلسل جلسات المرافعة فيها بالتبعية، وذلك باعتبار أن المرافعة وسيلة؛ لتقديم الأعمال الإجرائية داخل الخصومة. وتتوقف الخصومة عن السير فيها؛ لإحالة الدَّعْوَى إلى المحكمة المختصة، أو لشطب الدَّعْوَى، أو لإحالة الدَّعْوَى إلى التحقيق، أو تحقق بالخصم المترافع عارض الوفاة، أو فقدان الأهلية للتقاضي، أو فقدان صفة

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ٩٥، ص ٢٧٠. د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، بند ٤٥، ص ٢٢٤. د. طلعت محمد دويدار، تأجيل الدعوى، ص ٦٥ وما بعدها. د. إبراهيم أمين النقاوي، إنعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ٨٧، ١٠٠-١٠١، ١٢٨. د. أحمد إبراهيم عبد التواب محمد، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥/٢٠٠٦م، بند ٥١٢، ص ٧٢٥، ٧٣٠. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، ط ٣، ١٩٩٥م، ص ٥٩٩. نقض مني ١٩٩٥/٤/٢٧م، طعن رقم ٤١٧، ٤١٥، لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٥، ص ٧٣.



النائب عن أحد الخصوم أثناء المرافعة في الخصومة، فإن هذا العارض يؤدي إلى انقطاع الخصومة، ووقف المرافعة فيها بالتبعية. ومتى قدم أحد الخصوم طلباً برد أحد القضاة، أو أقرت المحكمة اتفاق الخصوم على عدم السير في الخصومة مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، أو تم، وقف الدعوى الأصلية لحين الفصل في مسألة أولية مرتبطة من محكمة أخرى مختصة، أو تراخى المدعى في القيام بإجراء، أو إيداع مستند... فإذا تحقق أي من تلك العوارض، فإنه يؤدي إلى، وقف الخصومة، ووقف المرافعة فيها بالتبعية؛ نظراً لركود الخصومة (١).

قد يرد على الخصومة أثناء سيرها عارض من العوارض يؤدي إلى وقفها، أو انقطاعها، مما يؤدي إلى، وقف المرافعة فيها بالتبعية... كأن يتم شطبها، أو وقفها، أو انقطاع السير فيها، عندئذ يلزم تعجيل نظر الدعوى خلال الميعاد الذي يحدده القانون، وبالشروط القانونية لكل حالة على حده. ويتم التعجيل بإعلان الطرف الآخر بنظر الدعوى، وفقاً لقواعد إعلان الأوراق القضائية، ولا يلزم قيد صحيفة التعجيل في قلم كتاب المحكمة، ولا يجب إعادة إعلان التعجيل. ويضاف إلى الميعاد المحدد قانوناً؛ لإعلان صحيفة التعجيل ميعاد مسافة بين مقر المحكمة التي قدمت إليها الصحيفة، ومحل من يراد إعلانها، وذلك دون النظر إلى مكان موطن طالب الإعلان. والأصل أن يرتب التعجيل أثره بالنسبة للدعوى التي يتعلق بها، على أنه إذا تقرر ضم دعوتين لوجدة الموضوع بينهما، فإنهما يعتبران دعوى واحدة، فتفقد كل منهما ذاتيتها، واستقلالها عن الأخرى، ولهذا يرد عليها ما يرد على الأخرى من عارض، وإذا عجلت إحداها، فإنه يترتب عليه بقوة القانون موالة السير في الدعوى الأخرى، ولو اقتصررت صحيفة التعجيل على إحداها فقط، وذلك حتى يتسنى نظرهما معاً، والفصل فيهما بحكم واحد منعاً لتناقض الأحكام في قضية واحدة (٢).

(١) د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٤٥-٤٦؛ أصول التقاضي، ص ٦٦٣ وما بعدها. د. إبراهيم أمين

النفياري، مبادئ الخصومة المدنية، بند ٣٤٣، ص ٤١٣ وما بعدها.

(٢) د. فتحي والي، المبسوط، بند ٩٧، ص ٢٧١-٢٧٢؛ الوسيط، بند ٢٧٨، ص ٤٦٧. نقض مدني ٤/١٣/٢٠٠٤م، طعن

٣٣ لسنة ٧٢ ق، مج، ص ٥٥، ج ١، ق ٧٦، ص ٤١٧.

وإذا تبين لأحد طرفي الخصومة أن الجلسة التي حددت لنظر القضية، أو التي أُلجئت إليها بعيدة، فإنه يمكنه أن يقدم طلباً إلى رئيس الهيئة التي تنتظر القضية لتقصير هذا الأجل. ويدخل تقصير أجل الجلسة في نطاق السلطة التقديرية للمحكمة. ولا يقبل قرار المحكمة بتقصير أجل الجلسة، أو برفضه التظلم، أو الطعن. وإذا صدر قرار بتقصير أجل الجلسة، فيجب أن يقوم طالب التقصير بإعلان ميعاد الجلسة المعجلة إلى خصمته حتى يحضر فيها. ويتم الإعلان عن طريق المحضرين طبقاً للقواعد العامة في إعلان الأوراق القضائية. وإذا لم يتم الإعلان صحيحاً، أو كان إعلان المعلن إليه قد تم في تاريخ لاحق على تاريخ الجلسة المعجلة الجديدة، ولم يحضر المعلن إليه في هذه الجلسة المعجلة، فإن الحكم الصادر في القضية يكون باطلاً(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن : " انقطاع تسلسل الجلسات يقصد به أن يكون قد عرّضَ بها عارضٌ أدى إلى عدم انعقادها، وتدخل ضمن هذه العوارض حالة القوة القاهرة التي يترتب عليها تعرض المجتمع لظروف غير عادية تخل سير الحياة، كوقوع الكوارث الطبيعية، أو الفتن الداخلية، أو اعتداء خارجي، أو الثورات... ويقع على قلم الكتاب في هذه الحالة - بعد زوال العارض - عرضُ الأمر على القاضي المختص؛ لتحديد جلسة لنظر الدعوى، وإعلان الخصوم بها بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول على النحو الذي حدده المشرع في ( م ١٧٤ مكرر مرافعات معدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م). (٢).

المسئولية عن التعسف في استعمال الحق في المرافعة في التقاضي الإلكتروني : نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم قواعد المسئولية عن التعسف في استعمال الحق في المرافعة القضائية في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية أو الكتابية

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ٩٦، ص ٢٧١؛ الوسيط، بند ٢٧٩، ص ٤٦٧. نقض تجاري ٢٠٠٥/٦/٢٨م، الطعنين رقما ٢٧٤٣، ٢٧٧١ لسنة ٦٥ ق، مج، ص ٥٦، ج ١، ق ١١٦، ص ٦٥٩.

(٢) نقض منني ٢٠١٧/٢/٢م، طعن رقم ٢٧١١ لسنة ٨٣ ق، موقع محكمة النقض المصرية:

باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية - في ضوء توجيهات، وأوامر المحكمة للخصوم - كالبرق، أو التلكس، أو الفاكس، أو الهاتف العادي، والمحمول، أو الإيميل، أو الفيديو كونفرانس، أو سكايب، أو الإنترنت...

تتنوع المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في المرافعة، بمخالفة قواعد، وآداب المرافعة القضائية إلى مسئولية مدنية، أو تأديبية، أو جنائية، أو إجرائية حسب طبيعة المخالفة القانونية(١).

ويسأل المترافع مدنياً بالتعويض لصالح المضرور، والغرامة الإجرائية لصالح الخزائن العامة عن حالة المماطلة، والتعسف في استعمال حق المرافعة القضائية كضمانة لتطبيق حق الدفاع، بعد توافر سوء النية - العلم، والإرادة - للتعسف، والإضرار بحقوق خصمه. فالحق في المرافعة القضائية مقيد بحدود الأهداف المقررة له قانوناً، وبالقدر اللازم لتحقيق الغرض منه؛ لأن الانحراف بالحق عن غايته يجعله مفسدة. فإذا انحرف الخصم، أو ممثله في استعمال الحق في المرافعة القضائية عما شرع له، أو تجاوز حدوده القانونية، أو قام بتزيف، وقائع غير حقيقية، أو قدم طلبات كيدية، أو طعن بالتزوير لإطالة أمد النزاع...؛ فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي سببه للمضرور بهذا الخطأ إذا شكل عملاً من أعمال الخبث *malice*، أو سوء النية *mauvaise foi*، أو خطأ جسيم في مرتبة الغش *le dol*. فلا يجوز الانحراف في استعمال الحق على نحو يخالف الغاية القانونية منه بقصد إشباع شهوة النكاية، والانتقام، والكيد، والتسويق، والمماطلة، وتأخير الفصل في الدعوى للإضرار بالخصم الآخر على وجه اليقين، أو لتحقيق غرض غير مشروع مخالف للقانون بقصد الكيد ( م ١٨٨ مرافعات مصري - art.32 al.1 N.C.P.C.F.)(٢).

(١) د.علي عبدالحميد تركي، الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، بند ٦٨ ومابعده، ص ١٠٩ ومابعدها. د.أحمد إبراهيم عبد التواب محمد، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، بند ٥١١، ص ٧٢٩ الهامش. محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤م، ص ٢٢ ومابعدها.

(٢) د.سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي "الغش في التقاضي والتنفيذ"، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٥م، ص ١٤٠. د.إبراهيم أمين النفياري، مسئولية الخصم عن الإجراءات، رسالة نكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٨م، ص ١٣٨، ٢٣٩.

ويلزم لقيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في المرافعة القضائية إثبات المدعى الطابع التعسفي لاستعمال هذا الحق مصحوباً بخطأ جسيم، وسوء نية خصمه المدعى عليه بقصد الإضرار، والكيد. وتقدير توافر عنصر التعسف بقصد الكيد يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله. ومن أمثلة ذلك تعمد إخفاء مستندات قاطعة في الدعوى، وذكر، وقائع كاذبة، وتقديم حجج، وأسانيد ليس لها علاقة بالقضية بغرض تعقيدها، وإثارة بلبلة للمحكمة بغية تعسير الفصل في النزاع، وكسب الوقت، وتكرار طلب الإحالة للخبرة دون سبب جدّي، والشغف الشديد نحو المماطلة، واللد في الخصومة، واستعمال الحق في المرافعة كأداة طعن، أو تشهير بالخصم الآخر، والإساءة إليه، أو توجيه عبارات ماسّة بشرفه، واعتباره دون ضرورة بقصد تجريحه، وتقديم حجج، واهية متناقضة... (١).

كما يسأل المترافع تأديبياً في حالة مخالفته لقواعد السلوك المهني كمحام في المرافعة القضائية بما يستدعي محاسبته نقابياً، فتأمر المحكمة التي يترافع أمامها بإحالته إلى الهيئة التأديبية، أو مجلس نقابة المحامين لمساءلته تأديبياً. فيسأل المترافع تأديبياً إذا أخل المحامي بالتزاماته، وواجباته المهنية فإنه يتعرض للمسئولية التأديبية،

٦٥٦. د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٦م، ص ٣٣١-٣٣٢. د. داليا مجدي عبدالغني، المسؤولية عن إساءة استعمال حق التقاضي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٦م، ص ٣٠٢ ومابعدها.

-Mesnard laques; l'abus du droit en matiere de droit judiciaire preivé; thèse peris 1951; N. 35; P. 59.

-Jean Viatte; l'amende civile Pour abus de droit de Plaider; Gaz. Pal. 1978; I; doct.; P. 305.

-Y. Desdevises; l'abus de droit d'agir en justice avec succès; Dalloz. 1979; chron.; P. 21ets.

-Cass. Civ. 3 □ ; 20 juin 1972; J.C.P. 1972; II; 17202; Not. E. J. Guillot.

-Cass. Com. 20 mars 1984; Gaz. Pal. 1984; 2; P. 210; obs. S. Guinchard.

-Cass. Cive. 1<sup>er</sup> □ ; 25 Févr. 1986; Gaz. Pal. 1987; I; somm.; P. 41; obs. H. Corze et C. Morel.

(١) د. إبراهيم أمين النفاوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات، ص ٩٠، ٣٤٩-٣٥٠؛ التعسف في التقاضي، بند ٨١،

ص ٤١٠٩ بند ١٢٤، ص ١٨٢ ومابعدها. نقض منني ١٧/٢/١٩٩٨م، طعن رقم ٨٣٣ لسنة ٥٠ ق، مج، ص ٣٢، ج ٢،

ص ٥٣٤. نقض منني ١٥/١٠/١٩٥٩م، طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٥ ق، مج، ص ١٠، ج ١، ص ٥٧٥. استئناف مصر

١٩٣١/٦/٨م، المحاماة، ص ١٢، ص ٢٢٢.

-J. Viatte; Lamende Civile Pour abus du droit de Plaider; Gaz. Pal. 1978; doct.; P. 305.

فكُلُّ مُحامٍ يخالف أحكام قانون المحاماة، أو النظام الداخلي للنقابة، أو يخل بواجبات مهنته، أو يقوم بعمل ينال من شرف المهنة، أو يتصرف تصرفاً شائناً يحط من قدر المهنة يُجَازَى بإحدى العقوبات التأديبية من مجلس التأديب: الإنذار، أو اللوم، أو المنع من مزاوله المهنة حتى ثلاث سنوات، أو محو الاسم نهائياً من الجدول المهنة دون المساس بالمعاش المستحق ( م ٩٨ محاماة)، ويجوز لمجلس نقابة المحامين لَفَتْ نظر المحامي، أو توقيع عقوبة الإنذار ( م ٩٩ محاماة) (١).

ويُسأل المترافع جنائياً في حالة التعدي عَلَى هيئة المحكمة، أو في حالة ثبوت تواطؤ بينه، وبين المترافع عن الخصم الآخر، وذلك عن جريمة النصب، أو الرشوة، أو التزوير، أو الضرب... وإذا وقع من المحامي المترافع عند وجوده بالجلسة؛ لأداء واجبه، أو بسببه إخلال بنظام الجلسة، أو أي أمر يستدعي محاسبته نقابياً، أو جنائياً يأمر رئيس الجلسة بتحرير مذكرة بما حدث، ويحيلها إلى النيابة العامة، ويخطر النقابة الفرعية المختصة بذلك (م ٤٩/ فقرة أخيرة من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م)، كما لا يجوز القبض عَلَى المحامي، أو حبسه احتياطياً لما ينسب إليه من الجرائم المنصوص عليها في المادة السابقة، وجرائم القذف، والسب، و الإهانة بسبب أقوال، أو كتابات صدرت منه أثناء، أو بسبب ممارسته أي من أعمال المهنة، ويحرر في هذه الحالة مذكرة بما حدث، وتحال إلى النيابة العامة، وتبلغ صورتها إلى مجلس النقابة. كما لا يجوز رفع الدَعْوَى الجنائية عليه إلا بأمر من النائب العام، أو من ينوب عنه من المحامين العاملين الأول (م ١/٥٠ من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م مستبدلة بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨م)، وللنائب العام أن يتخذ الإجراءات الجنائية إذا كان ما، وقع من المحامي جريمة معاقباً عليها في قانون العقوبات، وله أن يحيله إلى الهيئة التأديبية، أو مجلس النقابة لمساءلته تأديبياً إذا كان ما، وقع منه مجرد إخلال بالنظام، أو الواجب المهني، وفي هذه الحالة تجرى المحاكمة في جلسه سريه، ولا يجوز أن يشترك في نظر الدَعْوَى الجنائية، أو التأديبية المرفوعة عَلَى المحامي أحد أعضاء

(١) د. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، ص ١٥٩ ومابعدهما. د. سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٥١ - ٥٢ ؛ أصول التقاضي، ص ٦٦٣ ومابعدهما.

الهيئة التي، وقع الاعتداء عليها (م ٢/٥٠ من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م مستبدلة بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨م)، والغرض من ذلك حماية المحامي في عمله، وكفالة الاحترام لرسالته(١).

ويتمتع الخصم في الخصومة القضائية بمجموعة حقوق إجرائية تمكنه من الدفاع فيها توّصلاً لإقناع القاضي بصحة موقفه، مقابل تحمله بمجموعة، واجبات إجرائية تتمثل في القيام بعمل، أو بالامتناع عنه لحسن سير القضاء، أو لسرعة الفصل في القضايا، أو لمراعاة حق الخصم الآخر في الدفاع. ويسأل المترافع مسئولية إجرائية عن التعسف في استعمال الحق في المرافعة كحق إجرائي بالبعد عن الغاية المقررة له قانوناً، والغاية المقررة للحق في المرافعة كحق إجرائي، هي تنوير المحكمة حول، وقائع الدّعى، وما طرح فيها من أدلة من أجل إقناع المحكمة بتكوين الرأي القضائي لصالحه طبقاً لمقتضيات الدفاع في الدّعى دون أن يلابس هذه الغاية تحقيق غاية أخرى. فإذا تعدد الخصم التشهير بخصمه، والإساءة إليه فإنه يُعدّ متعسفاً في استعمال الحق في المرافعة بشرط توافر قصد الإضرار لديه، ويتم تكييف الفعل من حيث المسئولية الإجرائية طبقاً لقواعد قانون المرافعات. فيكون للمحكمة منع الخصم المترافع من مقاطعه خصمه، ومنعه أيضاً من الاسترسال في المرافعة بما لها من سلطة تقديرية في تقدير ما يُعدّ من مقتضيات الدفاع في الدّعى؛ حتى لا يقع المترافع في التعسف في استعمال الحق في المرافعة. ويتحقق ذلك في حالة عدم قيامه بواجباته الإجرائية في المرافعة القضائية بما يوجب توقيع جزاء البطلان في حالة عدم اشتراك أمين السر في تشكيل الهيئة، أو عدم توقيعه على محضر الجلسة، أو على نسخة الحكم الأصلية، وعدم التوقيع على صحيفة الدّعى من المحامي. أو توقيع جزاء عدم قبول الدفوع التي لم تقدم في مواعيدها القانونية، أو تلك التي تقدم

(١) د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٥١-٥٢؛ أصول التقاضي، ص ٦٦٣ وما بعدها. د.إبراهيم أمين النفاوي، مبادئ الخصومة، بند ٥٩، ص ٦٧؛ التعسف في التقاضي، بند ٨١، ص ١١٠؛ بند ١٢٤، ص ١٨٢ وما بعدها.

أثناء المداولة. أو توقيع جزاء الغرامة في حالة الإخلال بنظام الجلسة، أو الإساءة في التقاضي (١).

وبعد أن انتهينا من دراسة الفصل الأول ( مفهوم المرافعة في التقاضي الإلكتروني وضوابطها ) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى دراسة الفصل الثاني (مفهوم قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني وآثاره) على النحو التالي:

## الفصل الثاني

### مفهوم قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني وآثاره

تمهيد، وتقسيم : أحاط المُشرِّعُ مرحلة إصدار الحكم القضائي بضمانات؛ لحماية حقوق الخصوم، ومنع تحكم المحكمة، فبعد رفع الدَّعْوَى، وانعقاد الخصومة بالإعلان، أو بالحضور، وتحقق مبدأ المواجهة، وتقديم الطلبات، والدفاع، والدفع، والاطلاع، والرد على كل ما قُدمَ في الخصومة من مستندات، ومذكرات، وتقارير، وسماع المرافعة الشفوية، والكتابية، وبعد مناقشة المحكمة للخصوم فيما قدموه، وأبدوه، وتكون القضية قد نضجت، وتأكدت المحكمة من أن جميع مقومات الفصل فيها قد اكتملت، وأصبحت صالحة للفصل فيها بحالتها بعد أن انتهى دور الخصوم فيها بإيداء الطلبات الختامية، عندئذ يأمر رئيس هيئة المحكمة بقفل باب المرافعة فيها أمام الخصوم أي حجز القضية للحكم، وذلك تمهيداً لإصدار الحكم في جلسة علنية بعد المداولة (٢).

وبانتهاء مرافعات الخصوم، وتقديم طلباتهم الختامية، والانتهاء من تحقيق الدَّعْوَى، وبعد أن يقول الخصمان للمحكمة لم يبق لنا قول نقوله، ولا حجة ندلي بها، تقرر المحكمة قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم، إذ يجب عليها أن تبحث،

(١) د.سيد أحمد محمود، دور المرافعة والمحامي، ص ٥١ - ٥٢؛ أصول التقاضي، ص ٦٦٣ وما بعدها. د.إبراهيم أمين النفاوي، مبادئ الخصومة المدنية، بند ٥٩، ص ٦٧؛ بند ٦٧ وما بعده، ص ٨٠ وما بعدها؛ التعسف في التقاضي، بند ١٢٤، ص ١٨٢ وما بعدها. نقض مدني ١/١٥/١٩٨٩م، طعن رقم ١٣٢ لسنة ٥٦ ق، مجلة القضاة، ١٩٩٢م، ص ٢٥، ع ٣٤٥.

(٢) د.فحي والي، الوسيط، بند ٢٨٥، ص ٤٧٧ وما بعدها. د.أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ج ٢، ٢٠١٥م، ص ٢٠١-٢٠٢. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، بند ١٨٩ وما بعده، ص ٢٠٣ وما بعدها.

وتفحص، وتمحص كل ما قدمه الخصوم في القضية، وتطبق القواعد القانونية على الموضوع المعروض عليه لإصدار الحكم مسبقاً بعد تحقيق المواجهة بين الخصوم، وتمكينهم من الدفاع، يزيل بموجبه العقبات، والعوارض التي، واجهت الحقوق، والمراكز القانونية للخصوم، وإلا أصبحت منكرة للعدالة، وعندئذ يجوز رفع دَعْوَى بمخاصمة (م ٤٩٤ مرافعات)(١).

وبعد انتهاء المرافعة، واتضح الحقيقة للمحكمة، يأمر رئيس الهيئة بإقفال باب المرافعة أمام الخصوم، وحجز الدَعْوَى للحكم، والتأكد من أن الدَعْوَى أصبحت صالحة للفصل فيها، ومهياً للحكم في موضوعها، أي بانتهاء مرحلة الدفاع في القضية والانتقال إلى مرحلة المداولة بين القضاة الذين سمعوا المرافعة مجتمعين؛ للتشاور، وتبادل الرأي بما دار في الجلسة عن بصر، وبصيرة على، وجه الحكم في الدَعْوَى المزمع إصداره بالحل القانوني الواجب التطبيق قبل النطق بالحكم. وتعتبر مرحلة المداولة ضماناً مرحلة التحضير لميلاد الحكم القضائي. وتنتهي مرحلة المداولة بوصول المحكمة إلى قرار مسبب في القضية المعروضة عليها يتم النطق به في جلسة علانية، ويكون النطق بالحكم مصحوباً بإيداع مسودته موقَّعاً عليها من جميع أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم(٢). ويترتب على قرار قفل باب المرافعة عدة آثار، على أشخاص الخصومة، وعلى موضوعها : فلا يجوز تدخل النيابة العامة، أو الغير، كما لا يجوز اختصام الغير... وتنقطع صلة الخصوم بالخصومة إلا بالقدر الذي تصرح به المحكمة، فلا يجوز للخصوم تقديم مذكرات جديدة، ولا طلبات عارضة جديدة، كما يحرم الاستماع إلى أحد الخصوم في غيبة الآخر... (٣).

(١) د. محمود السيد التحوي، النظرية العامة لأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ١٤ وما بعدها.  
د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، بند ٣ وما بعده، ص ١٢ وما بعدها. د. أمال الفزائري، المداولة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، بند ٦، ص ٢١.

-Jacques Normand; Le Juge et Le litige; 1965; Préface, Perrot; N. 25; P. 22.

(٢) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٥، ص ٢٨٧. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٢٧، ص ٩٠. د. أمال الفزائري، المداولة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، بند ١، ص ٩. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، بند ١٨٩ وما بعده، ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٣) الإشارة السابقة.



كما أحاط المُشرِّعُ إصدار الحكم بعد قفل باب المرافعة بعدة ضمانات، سواء في المرحلة السابقة على إصداره، أو في المرحلة التي تلي إصداره، كما أوجب على المحكمة صياغة حكمها في الشكل القانوني للأحكام، وأن تتطرق به في جلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين اشتركوا في تحقيق القضية، وسمعو المرافعة فيها، وجرى بينهم المداولة القضائية بعد بحث مستفيض لأوراق القضية، ومناقشة مستفيضة أتيح فيها لكل قاضٍ أن يدلي برأيه في حرية تامة، ويعبر عنه في سرية بين القضاة مجتمعين في حالة تعددهم للاتفاق على مضمون الحكم... (١).

وتسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى، أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها، أي تسري القواعد الإجرائية بأثر فوري مباشر على الدعاوى التي تكون قد رفعت قبل العمل بها مادام لم يكن قد فصل فيها بعد، وعلى ذلك فإذا صدر قانون إجرائي جديد في فترة حجز القضية للحكم فيها يُعدّل من كيفية حجز القضية للحكم فيها فإنه يكون هو الواجب التطبيق. وكل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقي صحيحا ما لم ينص على غير ذلك (م ١، م ٢ مرافعات). ويفترض في الإجراءات الصحة، وعلى من يدّعي عكس ذلك عبء الإثبات بتقديم الدليل.

وبناءً على ذلك نتناول الفصل الثاني (مفهوم قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني وآثاره) في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني وضوابطه.

المبحث الثاني: الآثار الإجرائية لقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني.

وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.

(١) د. محمود السيد التحيوي، النظرية العامة للأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ١٣-١٤.

## المبحث الأول

### ماهية قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، وضوابطه

تعريف قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني: يقصد بقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني تقرير المحكمة بسلطة تقديرية مطلقة صلاحية الدَعْوَى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل ما لديهم من أدلة، ووسائل دفاع، ودفع فيها، وتثبيت جميع عناصر الدَعْوَى؛ تمهيداً لإصدار حكم فاصل فيها(١).

ويأتي قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني بعد مرحلة المرافعة بتبادل الطلبات، والدفع، وأوجه الدفاع، والطلبات الختامية للخصوم، فيكون من حسن سير العدالة أن يختلي القاضي بالقضية بعيداً عن مناقشات الخصوم؛ ليستطيع تكوين اقتناعه برأي في القضية، وهذه هي مرحلة حجز القضية للحكم التي بدأت بقفل باب المرافعة. وقفل باب المرافعة قد يكون بقرار صريح من رئيس هيئة المحكمة، وقد يكون ضمناً بقيام المحكمة بالمداولة إذا كانت متعددة القضاة، أو بتحديد جلسة للنطق بالحكم. وبقفل باب المرافعة تنقطع صلة الخصوم بالقضية، ولا يكون لهم اتصال بها إلا بالقدر الذي تصرح به المحكمة، وتصبح القضية من إطلاقات المحكمة. ويمكن للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم إعادة فتح باب المرافعة، وإعادة قيد القضية في جدول الجلسات؛ لأسباب تؤثر في مجرياتها ( art. 445 N.C.P.C.F. (٢).

وقفل باب المرافعة لا يكون إلا بالنسبة لخصومة معينة - تحكيمية، أو قضائية - أمام محكمة أول، أو ثنائي درجة، أو محكمة النقض، وبالتالي لا يوجد قفل باب

(١) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند ٣١، ص ٦٣. د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٥م، بند ١١، ص ١٧. د. إبراهيم التفيواي، مبادئ الخصومة المدنية، بند ٤٩٨، ص ٦٧٣.  
(٢) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٥، ص ٢٨٧. د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ٦٤٢. د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ٥٨٣-٥٨٤؛ سقوط الخصومة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة لكتوراه، حقوق إسكندرية ١٩٩٢م، ص ٣١٩.

-Cass. Civ. 2 □ ; 6 juin 2013; Procédures 2013; N. 232; Not. Perrot.

المرافعة في حالات استعمال القاضي لسلطته الولائية؛ لأنه لا توجد خصومة؛ كالأوامر على العرائض... (١).

ولا يجوز للخصوم بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، تعديل طلباتهم أو تقديم أي طلب عارض (م ١٢٣ مرافعات)، كما لا يجوز للغير التدخل في الخصومة سواء كان تدخله انضمامياً، أو اختصامياً (م ٢/١٢٦ مرافعات). ولا تنقطع الخصومة إذا طرأ سبب من أسباب الانقطاع مادامت قد تهيأت القضية للحكم فيها (م ١٣٠ مرافعات)، ولا يجوز لأي من الخصوم تقديم أي مذكرات، أو إيداع مستندات ما لم تكن المحكمة قد صرحت بذلك، وإذا قدم أي خصم طلباً، أو مستنداً، أو دفاعاً، فإن على المحكمة تجاهله، واعتباره غير قائم أمامها، ولا تلتزم بالرد عليه، وليس لها أن تستند إليه في حكمها، وإلا كان باطلاً (٢).

ومتى اتضحت معالم القضية في مخيلة هيئة المحكمة، وأصبحت على بصيرة من أمرها، أطمئنت أنها استوت للحكم فيها بعد مراعاة القواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي لإظهار الحقيقة، وأتاحت للخصوم فرصة ممارسة حقهم في إيداع الطلبات، والدفاع، والدفع، وتوافرت للمحكمة جميع العناصر اللازمة لتكوين عقيدتها، فإنها تقرر إسدال الستار على القضية بقفل باب المرافعة فيها، وحجزها للحكم بمقتضى سلطتها التقديرية المطلقة، ويحدث هذا بصفة عامة بعد مرافعة المدعى عليه، ويكون قفل باب المرافعة بقرار ولائي من المحكمة، وليس بحكم، ولذا يحق لها العدول عنه من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم (٣).

وبانتهاء المرافعة تصبح القضية سالحة، ومهيأة للحكم فيها، متى كان الخصوم قد أبدؤوا أقوالهم، ودفاعهم، وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة، وقد تصدر المحكمة حكمها

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١١، ص ١٧.

(٢) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٨٥، ص ٤٧٨. د. وجردي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣م، بند ٣٥٩، ص ١٤٥٨-١٤٥٩.

(٣) د. أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ج ٢، ٢٠١٥م، ص ٢٠٠-٢٠١. د. الكوني علي أعبودة، قانون علم القضاء، ج ٢، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية بطرابلس/ ليبيا ٢٠٠٣م، ص ٢٤١-٢٤٢.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321. 81; P. 550.

-Natalie Fricero; Audience et Debats; Juris. Calss. Proc. Civ; Fasc. 501; N. 70; P. 12.

فوراً في آخر الجلسة، وإما أن ترفع الجلسة مؤقتاً ثم تعود بعد المداولة بغرفة المشورة للنطق بالحكم، وإما أن يؤجل النطق بالحكم إلى جلسة أُخرى تالية إذا كانت القضية في حاجة إلى فحص، ودراسة(١).

صور قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد صور قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والإيميل، وسكاي بي، والإنترنت...

والذي يقرر صلاحية القضية للحكم فيها، وينطق بقرار قفل باب المرافعة هو قاضي الدَعْوَى إذا كان قاضياً فرداً. أما إذا كانت هيئة المحكمة مشكلة من عدة قضاة، فإن رئيس الجلسة هو الذي ينطق بقرار قفل باب المرافعة، بينما الذي يقرر صلاحية القضية للحكم فيها: هو القاضي الذي وُزعت عليه القضية؛ لأنه أدرى بطرفيها من غيره(٢).

ففي الصورة الأولى يتم قفل باب المرافعة الشفوية، والكتابية في التقاضي الإلكتروني صراحةً، أو ضمناً مع عدم التصريح بتقديم مستندات، أو مذكرات بساطة تقديرية مطلقة لمحكمة الموضوع بدون رقابة عليها من محكمة النقض، أي يتم قفل باب المرافعة صراحةً بقرار صريح من المحكمة بقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها دون أن ترخص للخصوم بتقديم مذكرات، أو مستندات تكميلية، أو إيضاحية لتوضيح، واستكمال نقاط المرافعة في نطاق الحدود المرسومة لها من المحكمة خلال أجل تحدده لكل منهم قبل الجلسة المحددة للنطق بالحكم (art. 442 et 445 N.C.P.C.F.). ويتم قفل باب المرافعة ضمناً بقيام المحكمة

(١) د. أحمد أبو الرقاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، بند ٥٣٨، ص ٧٤٢.  
د. ووجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني، بند ٣٥٧ ومابعده، ص ١٤٥٧ ومابعدها. د. أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ج ٢، ٢٠١٥م، ص ٢٠٠-٢٠١.

(٢) د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ٦٥.

-Natalie Fricero; Notes en délibéré; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc. 502; N. 1 et 9; P. 2 et 3.

-Julien et Fricero; Droit Judiciaire Privé; N. 293; P. 149-150.

بالمداولة، أو إذا أبدت النيابة العامة طلباتها الختامية إن كانت طرفاً منضماً باعتبارها آخر من يتكلم (م ٩٥ مرافعات مصري، art. 443 N.C.P.C.F.)، أو إذا حددت المحكمة جلسة للنطق بالحكم دون السماح بتقديم مذكرات... (١).

ويترتب على قفل باب المرافعة بعد انتهاء المرافعة الشفوية، والكتابية فعلاً دون التصريح بتقديم مستندات: أن تكون القضية صالحة للحكم فيها، وتنقطع صلة الخصوم بها، وتصبح القضية في فترة حجزها للحكم حقاً خالصاً لهيئة المحكمة لدراستها في روية وتأن، وتكوين الرأي الفاصل بشأنها بعد تكوين عقيدتها، ولا يجوز للمحكمة اتخاذ أي إجراء سوى المداولة، وإصدار الحكم، وتظل الدعوى من اختصاص تلك المحكمة طبقاً للقانون القديم حتى ولو صدر قانون جديد يجعل الدعوى من اختصاص محكمة أخرى (م ١/١-١ مرافعات)، وإذا توفى أحد الخصوم بعد قفل باب المرافعة فلا يترتب على ذلك انقطاع الخصومة؛ لأنها أصبحت جاهزة للحكم فيها (٢).

وأما الصورة الأخرى لقفول باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني تكون قفل باب المرافعة مع التصريح بتقديم مستندات، أو مذكرات تكميلية، أو إيضاحية خلال أجل معين لتوضيح؛ وإستكمال نقاط المرافعة في الحدود المرسومة من المحكمة خلال أجل التقديم لكل خصم قبل الجلسة المحددة للنطق بالحكم (art. 442 et 445 N.C.P.C.F.). وعلى ذلك فإذا سمحت المحكمة بتقديم مذكرات تكميلية خلال أجل محدد لكل خصم فيعدّ باب المرافعة مفتوحاً حتى انتهاء الأجل

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٥، ص ٢٨٧-٢٨٨، د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، بند ١٩٥ ومابعده، ص ٢٠٨ ومابعدها. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ٧١-٧٢.

-Jacques Héron et Thierry Le Bars; Droit Judiciaire Privé; N. 458; P. 386.

-Cass. Civ. 2 □ ; 6 juin 2013; Procédures 2013; N. 232; obs. Perrot.

-Cass. Soc. 23 mai 2007; Procédures 2007; N. 181; obs. Perrot.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٤م، بند ٣٩٩، ص ٤٥٢-٤٥٣. د. عزمي عبدالفتاح عطية، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط ١، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٣م، ص ١٥٨ وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٥٠١.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321. 82; P. 550-551.

-Fricero; Notes en délibéré; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc. 502; N. 16; P. 4.

-Cass. Soc. ; 2 juill 2015; Gaz. Pal. 20-22 Sept. 2015; P. 25; Not. Mayer.

-Cass. Cive. 1<sup>re</sup> □ ; 7 juin 2005; J.C.P. 2005; I; P. 183; N. 12; obs. Clay.

المحدد، وتكون صيغة القرار عملاً في جلسة ٢٠١٨/٤/١م : " حجز القضية للحكم بجلسة ٢٠١٨/٥/٧م، والسماح للخصوم بتقديم مذكرات، ومستندات إلى ما قبل الجلسة بأسبوع، والمدة مناصفة تبدأ بالمدعى" (١).

ويترتب على قفل باب المرافعة مع التصريح بتقديم مستندات، أو مذكرات خلال أجل معين: لا يعتبر باب المرافعة مقفولاً إلا بانتهاء أجل التقديم، والمحكمة ملزمة بالاعتداد بالمذكرات، والمستندات المقدمة خلال أجل التقديم، والمحكمة رفض، واستبعاد المذكرات، أو المستندات المقدمة إليها بعد هذا الميعاد. وفي تلك الصورة تكون القضية صالحة للحكم فيها، وتقطع صلة الخصوم بها إلا بالقدر، وخلال الميعاد الذي صرحت به المحكمة، وفي حدود الحد الذي رسمته المحكمة، وذلك بعد تمكين الخصم الآخر من الاطلاع على المذكرات، والمستندات، أو إعلانه بها، مع تمكينه من الرد عليها؛ لاحترام حقوق الدفاع، وإلا كان العمل باطلاً. ويجب على المحكمة تمكين الخصم من ممارسة حقه في الرد بمد أجل النطق بالحكم، مع التصريح له بالرد، أو بإعادة الدعوى للمرافعة. ويجوز للقاضي استبعاد المستندات المقدّمة في وقت غير نافع لا يكفي الخصم الآخر للإطلاع عليها، والرد على ما جاء بها ( art. 135 N.C.P.C.F.). ولا يجوز للمحكمة إجراء المداولة، أو التوقيع على مسودة الحكم، أو إيداعها، أو النطق بالحكم قبل انقضاء أجل تقديم المذكرات، أو المستندات، وإلا كان حكمها باطلاً لإخلاله بحقوق الدفاع. ويجوز للخصم تعديل طلباتهم في مذكراتهم التي صرحت المحكمة بتقديمها خلال أجل محدد، كما يجوز رفع استئناف فرعي بتلك المذكرة، كما يجوز تقديم طلبات عارضة في تلك المذكرة (٢).

(١) د. نبيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١١، ص ١٧. د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، بند ١٩٨ وما بعده، ص ٢١١ وما بعدها. د. عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ٦٧. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٥٠١ - ٥٠٢. نقض منني ١٩٨١/٦/٩م، مجلة القضاة، ع ١، يناير/يونيو ١٩٨٥م، ق ١١، ص ٢٤٨. نقض منني ١٩٧٣/٥/٢م، طعن رقم ٥١٩ لسنة ٣٥ ق، مج، ص ٢٤، ج ٢، ق ١٢٤، ص ٧٠٣.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 763 ; P. 650.

-Cass. Soc.; 23 mai 2007; Procédures; 2007; N. 181; obs. Perrot.

(٢) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٥، ص ٢٨٧ وما بعدها. د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١١، ص ١٧. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٥٠١ - ٥٠٢.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 763 ; P. 650.

٣٢- موعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد ميعاد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني، باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والإيميل، وسكاي بي، والإنترنت...

يقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، بانتهاء المرافعة الختامية فعلاً شفوية أم الكتابية، أي بعد انتهاء الخصوم من تقديم طلباتهم الختامية، ففي تلك اللحظة تكون القضية مهينة، وصالحة للحكم فيها، وتقرر المحكمة عندئذ قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، والانتقال إلى مرحلة المداولة سراً بين القضاة الذين سمعوا المرافعة مجتمعين للتشاور، وتبادل الرأي في القضية من حيث الواقع، والقانون تمهيداً لإصدار الحكم فيها. وعلى ذلك يتحدد موعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني بتاريخ صدور قرار المحكمة بقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها صراحة، أو ضمناً (١).

وقد يتم قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني بقرار من المحكمة بقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها مع الترخيص للخصوم بتقديم مذكرات، أو مستندات تكميلية، أو إيضاحية؛ لتوضيح واستكمال نقاط المرافعة في نطاق الحدود المرسومة لها من المحكمة خلال أجل تحدده المحكمة لكل خصم قبل الجلسة المحددة للنطق بالحكم في قرار المحكمة بقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم، وعندئذ يظل باب المرافعة مفتوحاً خلال هذا الميعاد، ولا يقفل باب المرافعة إلا بعد انتهاء هذا الميعاد، مع الأخذ في الاعتبار أن باب المرافعة

-Emmanuel Blanc et Jean Viatte; Nouveau Code De Procédure Civile Commenté dans L'ordre des Articles ; Paris;1991; art. 135; P. 141ets.

-Cass. Soc.; 23 mai 2007; Procédures; 2007; N. 181; obs. Perrot.

(١) د.عبدالله محمد سعد الخنين، الكشاف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، دار التلمرية ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م، ج ١، ص ٣٢٩.

لا يعتبر مفتوحاً إلا بقدر حدود ما تصرح به المحكمة في هذا الشأن، ويكون ذلك في قرار المحكمة بقتل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم (١).

طبيعة وحجية قرار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد طبيعة، وحجية قرار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني، باستعمال الوسائل الإلكترونية كالفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت...

ولا يعتبر قرار المحكمة بإقفال باب المرافعة سواء أكان صريحاً أم ضمناً في التقاضي الإلكتروني حكماً قضائياً قطعياً بالمعنى الفني الدقيق؛ لأنه لا يفصل في ادعاء مقدم إلى المحكمة بشكل جازم، وصريح، ويترتب على ذلك عدم خضوع قرار قفل باب المرافعة للنظام القانوني للأحكام القضائية، ومن ثم فإنه لا يستتفد، ولاية القاضي، ولا يحوز الحجية (٢).

وذهب جانب من الفقهاء إلى أن قرار المحكمة بقتل باب المرافعة مجرد قرار، ولا يقيّد المحكمة، ولا يعقل أن يقيد المحكمة، ولا يعقل أن يقيد المحكمة حتى لا ترهق بشكليات تأباها المرونة التي يجب أن تتميز بها الإجراءات حتى لا تتأثر العدالة، وتختل (٣). وقد رفض هذا الاتجاه بحق من جانب جمهور الفقهاء على أساس أن مفترضات العمل الولائي غير متوافرة، وتختلف في هذه الحالة، واعتبر أن قرار المحكمة بإقفال باب المرافعة يُعدّ عمل من أعمال الإدارة القضائية، فهو قرار لا يقيد المحكمة، ولا يمنع المحكمة من إعادة فتح باب المرافعة، وتتخذ المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم، ولا يخضع للنظام القانوني للأحكام القضائية، ولا يستتفد، ولاية المحكمة التي أصدرته، ولا يحوز حجية الأمر المقضي، ويجوز للمحكمة الرجوع

(١) د. عبدالله محمد سعد الخنين، الكشاف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، ص ٣٢٩. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٥٠٢. د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، بند ١٩٨ ومابعده، ص ٢١١ ومابعدها.

(٢) د. وجاهي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ٦٤٣. د. محمد نور شحاته، مبادئ قانون القضاء المدني، ط ١٩٨٩م، ص ٤٧٩. د. عبدالحكم فودة، موسوعة الحكم القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢م، بند ٧٣، ص ١٢٥-١٢٦.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند ٣٣، ص ٦٦. د. عبدالحكم فودة، موسوعة الحكم القضائي، بند ٧٣، ص ١٢٥-١٢٦.



عن قرارها بقتل باب المرافعة، والعدول عنه، وتعيد الدَعْوَى إلى المرافعة سواء تم ذلك من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم (١).

والواقع أن قفل باب المرافعة باعتباره عملاً من أعمال الإدارة القضائية فهو قرار ولائي يصدر بناءً على تقدير مبدئي تقوم به المحكمة كما تقوم بأي عمل تقديري؛ فهي تتفحص بشكل عام وقائع القضية، وما قدمه الخصوم فيها من طلبات، ودفوع، ودفاع، ومذكرات، ومستندات... ثم تقرر مبدئياً أن كل ذلك كافٍ لصلاحيّة القضية للفصل فيها بحالتها، فتأمر بقتل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها (٢).

**النطق بالحكم آخر الجلسة بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني : نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد قواعد النطق بالحكم آخر الجلسة بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني، باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والإيميل، والفيديوكونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...**

عندما ترى الهيئة القضائية أنها أصبحت على بصيرة من أمر القضية، يوقف رئيس الجلسة المرافعات المقدمة من قبل الأطراف بقتل باب المرافعة فيها ( art.440 al. 3 N.C.P.C.F.). ولكن لا يعقب ختام المرافعات بالضرورة النطق بالحكم في التّو، واللّحظة، أي النطق بالحكم في نهاية الجلسة، أو بعد تعليقها شريطة أن يتم في نفس اليوم، على النقيض يتم في أغلب الأحيان تأجيل النطق بالحكم من أجل مزيد من المداومات لموعد يعلنه رئيس الجلسة بنفسه، كما يتم إعداد الحكم من قبل القضاة المحالة القضية أمامهم للمداولة، كما أن الوقت الممنوح للتفكير، والمداولة الذي اتفق عليه القضاة لم يحدده نص القانون، مما يشجع على بطء التقاضي بعد حجز القضية للمداولة، والحكم

(١) د.وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص ٦٤٣. د.نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٢، ص ١٨؛ سلطة القاضي التقديرية، بند ٣٩٩، ص ٤٥٢-٤٥٣. د.عزمي عبدالفتاح عطية، تسيير الأحكام، ص ١٥٨ وما بعدها. د.أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج٣، نادي القضاة ٢٠٠٣م، ص ٧٨٦.

د.الكوني علي أعبودة، قانون علم القضاء، ج ٢، ص ٢٤١-٢٤٢. د.أمال الفزاري، المداولة القضائية، بند ١٢، ص ٣١. د.محمود التحيوي، النظرية العامة للأحكام القضائية، ص ١٣-١٤. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ص ١٧٣.

(٢) د.نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٣، ص ١٩-٢٠؛ سلطة القاضي التقديرية، بند ٣٩٩، ص ٤٥٢-٤٥٣. د.أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٧م، بند ٢٦٩، ص ٥١٥-٥١٦؛ التعليق، ص ٣٨٢-٣٨٣.

لسنوات عدة. ومن الضروري اتخاذ إجراءات احترازية لتحاشي مناورات الأطراف، فقد يحاول أحد المترافعين استئناف المناقشات مع القضاة من خلال إمدادهم بعناصر مكملة، أو جديدة أثناء المداولات بمذكرات متداولة لإرضاء الوسوس المتأخرة لبعض المترافعين، وطمعاً في التأثير على قرار القضاة بعيداً عن خصمه. وعليه فلا يمكن للأطراف بعد ختام المرافعات أن تُودع أية مذكرات إلا بغرض الرد على الحجج التي ساقتها النيابة العامة، أو بطلب من رئيس الجلسة إذا كانت الطلبات الختامية للخصوم ناقصة، أو خاطئة ( art. 442 et.444 N.C.P.C.F. ) (١).

ويجوز للمحكمة أن تُرجئ حكمها في بعض القضايا المنظورة أمامها إلى آخر الجلسة، وتظهرها في غرفة المشورة لتصدر حكمها فيها، ولا يُعدّ قرار المحكمة بإرجاء حكمها في القضية المنظورة أمامها إلى آخر الجلسة قراراً بقل باب المرافعة فيها؛ لأن الجلسة لا تنتهي إلا بانتهاء المحكمة من إصدار قراراتها في الدعاوى المطروحة عليها. فالعبرة في انتهاء الجلسة هو بانتهاء المحكمة من إصدار قراراتها في كافة الدعاوى المطروحة عليها سواء كان ذلك في قاعة الجلسة، أو في غرفة المشورة، فإلى أن تنتهي المحكمة من ذلك فإن الجلسة تعتبر منعقدة، ولذلك يكون للخصوم التقدم للمحكمة في غرفة المشورة بدفوعهم، ودفاعهم، ومستنداتهم، ومذكراتهم، والمحكمة الاستماع إليهم، وقبول ما يقدموه بشرط ألا تكون المحكمة قد أصدرت قراراً بقل باب المرافعة في القضية، أو أصدرت حكمها فيها (٢).

**تأجيل النطق بالحكم لجلسة أخرى بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني :**  
نظراً لعدم وجود قواعد خاصة، تنظم قواعد تأجيل النطق بالحكم لجلسة أخرى بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا

(١) محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ص ٥٤٩-٥٥٠.

-Natalie Fricero; Notes en délibéré; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc. 502; N. 1 et 2; P. 2.

-Cass. Civ.2 □ ; 17 mars 1986; Gaz. Pal. 1986; II; P. 425; Not. E. du Rusquec.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، بند ٢٠٤-٢٠٥، ص ٢١٦-٢١٧.

-Fricero; Notes en délibéré; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc. 502; N. 1 et 2; P. 2.

-Cass. Civ. 2 □ ; 17 mars 1986; Rév. Trim. dr. Civ. 1987; P. 403; obs. R. Perrot.

الشان، مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والإيميل، والفيديوكونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...

يجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة، والمداولة أن تنطق بالحكم في نفس الجلسة، أو في آخر الجلسة، ويجوز لها تأجيل إصداره إلى جلسة أخرى قريبة تحددها إن احتاجت لبعض الوقت للمداولة، والتروّي في تكوين عقيدتها، ورأيها في القضية (م ١/١٧١ مرافعات مصري، art. 450 N.C.P.C.F.). وإذا اقتضى الحال تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية - مد أجل النطق بالحكم - صرحت المحكمة بذلك في الجلسة مع تعيين اليوم الذي يكون فيه النطق به، وبيان أسباب التأجيل في ورقة الجلسة التي يحررها القاضي بخطه (رول القاضي)، وفي محضر الجلسة الذي يحرره الكاتب، ويجوز لها تأجيل إصدار الحكم مرة ثالثة وأخيرة؛ لأسباب جدية تقتضيه تبين في ورقة الجلسة التي يحررها القاضي بخطه (رول القاضي)، وفي محضر الجلسة الذي يحرره الكاتب (م ١٧٢ مرافعات مصري). وللمحكمة بعد تأجيل النطق بالحكم أكثر من مرة إعادة الدَعْوَى للمرافعة من جديد؛ لأن قرار إعادة الدَعْوَى للمرافعة من إطلاقات محكمة الموضوع، وعلى ذلك يجوز للمحكمة فتح باب المرافعة بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم بقرار تصرح به في الجلسة، ولا يكون ذلك إلا لأسباب جدية تبين في ورقة الجلسة التي يحررها القاضي بخطه (رول القاضي)، وفي محضر الجلسة الذي يحرره كاتب الجلسة (م ١٧٣ مرافعات مصري). (١).

و قد جري قضاء محكمة النقض المصرية على أن قاعدة عدم جواز تأجيل إصدار الحكم أكثر من ثلاث مرات قاعدة تنظيمية، هدف المُشَرِّعُ من، ورائها إلى الحثّ على سرعة الفصل في القضايا، ولا يترتب على مخالفتها البطلان. ويجب على المحكمة

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٧٧، ص ٢٢٥. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ٩٥٦، ص ١٠٧٨. د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٩٨ وما بعدها. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، بند ٢٧٢، ص ٢٧٤ وما بعدها. نقض مدني ١٩٩٢/٦/٢٣م، مجلة القضاة، ص ٢٥، ج ٢، ص ٦٤٣. نقض مدني ١٩٧٣/٢/١٧م، طعن رقم ١٠١ لسنة ٣٧ ق، مج، ص ٢٤، ج ١، ق ٤٥، ص ٢٥٥.

-Cass. Cive. 1<sup>er</sup> □ ; 7 juin. 2007; D. 2007; P. 650; obs. Sommer.

-Cass. Cive. 1<sup>er</sup> □ ; 6 déc. 2007; Procédures; 2008; N. 38; obs. Perrot.

-Cass. Cive. 3 □ ; 13 juin. 2001; Procédures; 2001; N. 230; obs. Perrot.

عدم اللجوء إلى تأجيل النطق بالحكم أكثر من مرة إلا لأسباب جدية؛ وذلك لتعجيل الفصل في القضايا، والتيسير على الخصوم بغية تجنبهم مشقة تكرار الحضور للمحكمة لتتبع النطق بالحكم بعد أن أصبح بدء ميعاد الطعن فيه من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك كقاعدة عامة (م ١/٢١٣ مرافعات مصري)(١).  
وقد نصت (م ١٢٧ معدلة بالقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥م) إجراءات مدنية إماراتي علي أن :

- ١- متى تمت المرافعة في الدعوى قضت المحكمة فيها أو أجلت إصدار الحكم إلى جلسة أخرى قريبة تحددها ولا يجوز لها تأجيل إصدار الحكم بعد إذ أكثر من مرة بغير ضرورة، وفي تلك الحالتين لا يجوز أن تزيد مدة التأجيل على شهر.
- ٢- وكلما حددت المحكمة جلسة للنطق بالحكم فلا يجوز لها تأجيل إصدار الحكم أو إعادة الدعوى للمرافعة إلا بقرار مسبب تصرح به في الجلسة ويثبت في محضرها، ويعتبر النطق بهذا القرار إعلاناً للخصوم بالموعد الجديد". وعلي ذلك فقد حدد المشرع الإماراتي التأجيل لمرة واحدة، ولمدة شهر علي الأكثر، وبقرار مسبب.

**تعجيل النطق بالحكم لجلسة أخرى بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني:**  
نظراً لعدم وجود قواعد خاصة، تنظم قواعد تعجيل النطق بالحكم لجلسة أخرى بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والإيميل، والفيديوكونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...

لم يرد نص في قانون المرافعات المصري على جواز تعجيل النطق بالحكم لجلسة أخرى بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، إلا أن القضاء المصري أجاز ذلك لأسباب جدية، وضرورات عملية تبرر ذلك بشرط عدم المساس

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٩، ص ٢٧. د. أحمد هندي، التعليق، ص ٤٠٤. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٤٠ وما بعدها. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، بند ٢٧٢، ص ٢٧٤ وما بعدها. نقض منفي ١٩٨٤/٦/١٣م، طعن رقم ١٤٠٣ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٥، ج ٢، ق ٣١٦، ص ١٦٥٤.

بحقوق دفاع الخصوم، أو الإخلال بها، واستيفاء حقوق دفاع الخصوم الختامية قبل النطق بالحكم(١).

وإذا كان يجوز تأجيل النطق بالحكم لجلسة أُخرى، بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني لثلاث مرات، فإنه يجوز من باب أولي تعجيل النطق بالحكم لجلسة أُخرى بعد قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني؛ لأسباب جدية، وضرورات عملية تبرر ذلك، كأن تزول صفة أحد قضاة المحكمة بالإحالة على المعاش، أو قبول استقالته، أو نقله، أو إعارته للخارج... قبل التاريخ الذي كان محددًا لجلسة النطق بالحكم، ولا يكفي توقيع القاضي الذي سوف تزول، ولايته، وصفته على مسودة الحكم؛ لأنه يجب احتفاظ القاضي بولايته، وبصفته قاضياً حتى لحظة النطق بالحكم... وعلى ذلك يجوز تعجيل النطق بالحكم لجلسة أُخرى قريبة تكون سابقة على تاريخ الإحالة على المعاش، أو قبول الاستقالة، أو النقل، أو الإعارة للخارج... القاضي الذي سوف تزول، ولايته، وصفته في تاريخ سابق على تاريخ جلسة النطق بالحكم(٢).

ويجب على المحكمة إذا قررت تعجيل النطق بالحكم لجلسة أُخرى قريبة، أن تأمر قلم الكتاب بإعلان الخصوم بهذا التعجيل حتى لا يُضاروا من التعجيل؛ لأن بدء ميعاد الطعن في الحكم يكون من تاريخ صدوره كقاعدة عامة ما لم ينص القانون على غير ذلك ( م ١/٢١٣ مرافعات مصري)، وذلك حتى لا يضار المحكوم عليه من تعجيل النطق بالحكم، ويصدر الحكم عليه في غفلة منه بما قد يؤدي إلى تفويت فرصة الطعن عليه، أو ينتقض ميعاد الطعن اعتماداً منه على التاريخ الذي كان محددًا في السابق لجلسة النطق بالحكم قبل تعجيل هذا الميعاد. وإذا أغفلت المحكمة، أو قلم الكتاب ذلك، ولم

(١) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، بند ٣٨ م، ص ٩١. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٧٧، ص ٢٢٦. د. أحمد مليجي، الموسوعة، ج ٣، ص ٧٧٥. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٤٦ وما بعدها. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، ص ٩٧١.

(٢) د. نبيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٩، ص ٢٧. د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٩٨ وما بعدها. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، بند ٢٧٣، ص ٢٧٧ وما بعدها. نقض مدني ٢٠٠٤/٦/١٢ م، مستحدث مبادئ محكمة النقض ٢٠٠٣/٢٠٠٤ م، ص ٣٧. نقض مدني ١٩٨١/٥/١٢ م، طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣٢، ج ٢، ق ٢٦١، ص ١٤٤٨.

بناءً على قرار التعجيل، وإنما من التاريخ الذي كان محدداً في الأصل لصدور الحكم (١).  
اشترك جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة بالمداولة في التقاضي الإلكتروني:  
نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد قواعد المداولة بين القضاة الذين سمعوا المرافعة  
في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، مع مراعاة أنه  
يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر،  
والتوقيع الإلكتروني، والإيميل، والفيديوكونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...

ويجب أن يشترك في المداولة القضائية هيئة المحكمة، التي سمعت المرافعة قبل  
قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها في التقاضي الإلكتروني، وإلا كان الحكم  
باطلاً ( م ١٦٧ مرافعات مصري، و م ١٢٨ إجراءات مدنية إماراتي، art. 447  
N.C.P.C.F. )، وقد أحال قانون المرافعات على قانون السلطة القضائية بخصوص  
تشكيل هيئة المحكمة ( art.430 N.C.P.C.F. )، ويجب أن يظل تشكيل هيئة المحكمة  
صحيحاً طوال إجراءات نظر الخصومة حتى النطق بالحكم . ولا يقبل الدفع ببطلان  
تشكيل الهيئة القضائية ما لم يُبَدِّ هذا الدفع عند افتتاح الإجراءات، أو عند اكتشاف العيب  
الموجب للبطلان إذا اكتشف أن هذا العيب أثناء سير الدَعْوَى، ويجوز إيداء الدفع ببطلان  
تشكيل هيئة المحكمة في صحيفة الطعن إذا كان سبب البطلان لم يكتشف إلا بعد إغلاق  
باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها ( art. 442 al.2 et art. 444 al.2 ) (٢).

ووجوب اشتراك جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة بالمداولة، هي قاعدة منطقية يجب  
احترامها، ولو لم تكن هناك مرافعة شفوية في القضية، وذلك باعتبار أن المداولة

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، ص ٢٢٦-٢٢٧. د. أحمد أبو الوفاء، ومحمد نصر الدين كامل،  
ومحمد عبدالعزيز يوسف، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات، ج ٢، دار المعارف بالإسكندرية ١٩٥٦م، بند ٦٩٢، ص  
١٧٣. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٤٨. نقض مدني ١٩٦٧/٥/٢٥م، طعن رقم لسنة ق، مج، س  
١٨، ج ٣، ق ١٦٥، ص ١١٠٢. د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط ١، منشورات جامعة جيهان  
الأهلية / أبريل ٢٠١٣م، ص ٦٦٤.

(2) -Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 751 ; P. 641.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321. 22; P. 544.

-Cass. Civ. 2 □ ; 23 Sept. 2004; D. 2005; Somm.; P. 335; obs. Julien et Fricero.

-Cass.Com. 23 Févr. 1993; D. 1993; Somm. P. 188; obs. Julien.

-Cass.Com. 6 mars. 1984; D. 1984; Somm. P. 566; Not. Honorat et Mas.

ووجوب اشتراك جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة بالمداولة، هي قاعدة منطقية يجب احترامها، ولو لم تكن هناك مرافعة شفوية في القضية، وذلك باعتبار أن المداولة عملية ذهنية، تمثل ضماناً مرحلة التحضير لميلاد الحكم بالتفكير، والمشاركة، وتقليب وجهات النظر، ومناقشة الرأي في القضية مع أعضاء هيئة المحكمة بتفكير واضح ومنظم وحاسم لمشاكل الدعوي ونقاط النزاع فيها تمهيداً لتكوين عقيدتها في صورة جلية، وذلك بعد قفل باب المرافعة، وقبل إصدار الحكم، ولا تجوز المداولة بعد صدور الحكم لاستنفاد ولاية المحكمة (١).

وعلى ذلك يجب أن تتم المداولة في التقاضي الإلكتروني بين جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة في الدعوى، والذين يشكلون هيئة المحكمة مجتمعين دون تخلف أحد منهم، وإلا كان الحكم باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام؛ لأنهم هم الذين يستطيعون تكوين الرأي القانوني السليم في القضية من حيث الواقع، والقانون بعد تشاورهم؛ لإجلاء غموض القضية. ويجب أن تتم المداولة سراً بين جميع أعضاء الدائرة الذين سمعوا المرافعة قبل قفل باب المرافعة، ودون أن يشترك فيها غيرهم، وإلا كان الحكم باطلاً. والحكمة من هذه القاعدة هو ضمان جدية المداولة وفعاليتها، حيث لن يتحقق المقصود منها على الوجه الأكمل إلا إذا اشترك فيها كل من سمع المرافعة، ووقف على تفاصيل الدعوى، ودقائقها، وأدرك جوانبها، ومقاصدها، وغوامضها، وقرأ المذكرات المتبادلة فيها؛ لتجلي غوامض الأمور في القضية، والوصول إلى الرأي الأصوب. فالقانون يتطلب، وجود علاقة إجرائية بين القضية، والقاضي، فيتطلب اشتراكه المباشر في إجراءاتها، واستماعه شخصياً للمرافعة فيها، سواء كان تشكيل الدائرة قاضياً فرداً أم قضاة متعددين. وينسب الحكم إلى المحكمة بكامل هيئتها سواء صدر بالإجماع، أو بالأغلبية (٢).

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٤٠، ص ٣٧٦. د. إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، ص ٦٦. د. أمال الفزائري، المداولة القضائية، ص ١٤ وما بعدها. د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ٧٠٥. د. محمود السيد التحوي، النظرية العامة لأحكام القضاء، ص ١٦-١٧. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، ص ٩٥١.

(٢) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٤٠، ص ٣٧٦. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٥٩٥-٥٩٦. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٠٣. د. أمال الفزائري، المداولة القضائية، ص ٥٩. د. طلعت محمد

وعلى ذلك فإذا تغير أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة؛ لأي سبب من الأسباب كالوفاة، أو الرد، أو الفصل من الخدمة، أو قبول استقالته، أو لقيام مانع لديه يترتب عليه زوال صفته كقاضٍ، أو زوال ولايته... يحول دون اشتراكه في المداولة، وجب إعادة فتح باب المرافعة من جديد، وإعادة الإجراءات أمام الهيئة الجديدة؛ لأنه من الواجب احتفاظ القاضي بصفته حتى صدور الحكم؛ لأن زوال صفته، أو ولايته كقاضٍ يبطل الحكم حتى ولو وقع القاضي على مسودته قبل قيام السبب. ويجري العمل على الاكتفاء بإيداء كل من طرفي الخصومة طلباته الختامية أمام الهيئة الجديدة بعد اشتراك القاضي الجديد في هيئة المحكمة، وذلك حتى يتحقق التسلسل المنطقي لتكوين الرأي في القضية؛ لأنه من الواجب قانوناً أن يكون القاضي متمكناً من الإصرار على رأيه بالحكم، أو العدول عنه إلى، وقت النطق به. على أن نقل القاضي للعمل بدائرة أخرى في ذات المحكمة لا يمنع من اشتراكه في المداولة في القضية التي سمع فيها المرافعة بدائرتة الأصلية(١).

ويبطل الحكم إذا اشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، ولو كان المشترك قاضياً في نفس المحكمة، وحل محل قاضٍ آخر في نفس الدائرة، ويكفي لإثبات ذلك الاطلاع على محاضر جلسات المرافعة. كما يبطل الحكم إذا لم يشترك جميع أعضاء الدائرة التي تصدر الحكم الذين سمعوا المرافعة في المداولة، فيبطل الحكم إذا ثبت اشتراك بعض قضاة الدائرة في المداولة دون البعض الآخر، حتى ولو كان ذلك البعض هم الأغلبية الكافية لإصدار الحكم. كما يبطل الحكم أيضاً إذا اشترك في المداولة شخص من الغير، ولو لم يعتد برأيه، أو لم يحتسب في أخذ الأصوات، فلا يجوز أن يشترك في المداولة أي شخص آخر غير قضاة الدائرة التي نظرت الدعوى، وسمعت

محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ٧٠٥-٧٠٦. د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ص ٦٦٩. نقض مدني ١٩٩٩/٢٨م، طعن رقم ٥٧٥٣ لسنة ٦٢ ق، مجلة القضاة، س ٣١، ع ١-٢، يناير-ديسمبر ١٩٩٩م، ق ٢٦٣، ص ٧٠٩.

-Henery Solus et Roger Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 1; Sirey; Paris 1961; N. 597; P. 541.

(١) د. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، ص ٦٨١ ومابعدها. د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٤٠، ص ٣٧٨؛ بند ١٤٢، ص ٣٨١-٣٨٢. د. وجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني، بند ٣٦٧، ص ١٤٦٤. د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٩١ ومابعدها.



المرافعة، ولذا لا يجوز أن يحضر المداولة كاتب الجلسة، أو النيابة العامة، أو أي شخص آخر، ولو لم يكن طرفاً في الخصومة. ويجوز للقاضي العدول عن رأيه لعدم استقرار عقيدته، ويطلب من رئيس الدائرة إعادة المداولة بشرط: أن يكون ذلك قبل النطق بالحكم، حتى ولو كان غير مؤثر في تكوين الأغلبية (١).

كما يجب أن تتم المداولة سراً في أي مكان تحدده المحكمة، أو في غرفة المشورة بعد الانسحاب من الجلسة إلى غرفة المشورة، أو هَمَساً بالجلسة بين جميع أعضاء الدائرة التي تصدر الحكم، الذين سمعوا المرافعة بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم (م ١٦٦ مرافعات مصري، art. 448 N.C.P.C.F.)، وذلك لضمان حرية إبداء الرأي، والاستقلال به، واحترام أحكام القضاء باعتبارها صادرةً من هيئة قضائية متضامنة، وينتهك سرية المداولات كل قرار يشير إلى أنه صدر بالإجماع من المحكمة. ولم يحدد قانون المرافعات شكلاً معيناً لإجراء المداولة، ويتم إجراء المداولة بالكيفية التي تراها المحكمة حسب سلطتها التقديرية في ذلك، ولا يجوز للقاضي إعلان، أو إذاعة رأيه قبل النطق بالحكم، كما لا يجوز للقاضي إذاعة سر ما يجري، ويدور بالمداولة بين أعضاء هيئة المحكمة قبل، أو بعد النطق بالحكم، خاصة ما يتعلق بالمناقشات، وإبداء الآراء، والاتجاهات المختلفة، والتصويت لأخذ الآراء (٢).

حضور جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة جلسة النطق بالحكم في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة، تنظم قواعد حضور القضاة الذين سمعوا المرافعة جلسة النطق بالحكم في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في

(١) د. أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ج ٢، ٢٠١٥م، ص ٢٠٢. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٢٢. د. أمال الفزاري، المداولة القضائية، ص ٤٧، ٦١. نقض مدني ١٩٨٨/٢/٢٥م، طعن رقم ١٩٧٨ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٣٩، ج ١، ق ٦٥، ص ٣٢٠. نقض مدني ١٩٨٩/٢/٢٢م، طعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٢ ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ٩٥، ص ٥٣٤.

(٢) د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٦٥ وما بعدها. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٠١. د. عبدالحكم فودة، موسوعة الحكم القضائي، بند ٧٧، ص ١٣٩-١٤٠. د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ص ٦٦٩.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 1223; P. 909.

-Cass. Civ. 2 □ ; 29 juin 2000; Gaz. Pal. 4-5 janv.2002; P. 8; obs. du Rusquec.

-Cass. Com. ; 20 janv. 1998; Procédures 1998; N. 90; obs. Laporte.

-Cass. Civ. 3 □ ; 24 juin 1998; D. 1999; P. 221; Not. Bouloc.

-Versailles; 22 mars 1979 et Reims; 29 juin 1977; J.C.P.1980; II; 1930; Not. Perrin.

هذا الشأن، مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت...

يكون نطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقة، أو بتلاوة منطوقة مع أسبابه، ويكون النطق به بجلسة علانية حتى لو كانت الجلسات قد تمت في غرفة المشورة، وإلا كان الحكم باطلاً (م ١٧٤ مرافعات مصري، وم ١٢٨ إجراءات مدنية إماراتي، art. 451) N.C.P.C.F.، سواء أكان حكماً موضوعياً، أم حكماً فرعياً.

ويجب أن يحضر جميع القضاة الذين اشتركوا في المرافعة، والمدولة تلاوة الحكم، فإذا حصل لأحدهم مانع، وجب أن يوقع مسودة الحكم (م ١٧٠ مرافعات مصري، art. 447 et 452 N.C.P.C.F.). وعلى ذلك يجب أن يحضر جلسة النطق بالحكم جميع القضاة الذين نظروا القضية، وحققوها، وسمعوا المرافعة فيها، واشتركوا في المدولة، واتفقوا، وأصروا على الرأي الوارد بالحكم فيها، وإلا كان الحكم باطلاً. فلا يجوز الحكم إلا من القاضي الذي سبق له سماع المرافعة، واشترك في نظر الدعوى قبل قفل باب المرافعة، واشترك في المدولة؛ لأن حضورهم يدل على إصرارهم على رأيهم، وأن الحكم يعبر عن عقيدة، وفكر المحكمة (١).

وإذا تغيب أحد القضاة الذين اشتركوا في المدولة جلسة النطق بالحكم؛ لوجود مانع مادي قهري لديه كالمرض، أو السفر، أو وفاة قريب له دون أن يؤثر على صفته، أو ولايته كقاضي، وجب أن يوقع على مسودة الحكم المشتملة على منطوقة، وأسبابه، وإثبات ذلك في ذات الحكم، وإلا كان باطلاً، ويحل محل القاضي الغائب في حضور جلسة النطق بالحكم قاضي آخر مادام قد، وقع القاضي الغائب على مسودة الحكم (م ١٧٠ مرافعات مصري، art. 452 N.C.P.C.F.). ويعتبر الحكم في كل الأحوال قد

(١) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، ص ١٧٩، التعليق، ص ٦٨١ وما بعدها. د. وجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني، بند ٣٦٧، ص ١٤٦٤. د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٩١ وما بعدها. د. طلعت محمد نويديار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ٧٠٦. نقض مدني ٢٠١٥/٦/٢١، طعن رقم ١١٦٣٣ لسنة ٨٠ ق، موقع محكمة النقض المصرية:

صدر من القاضي الذي سمع المرافعة الختامية، واشترك في المداولة، ووقع على مسودة الحكم، لا من القاضي الذي حضر جلسة النطق بالحكم فقط لاستكمال تشكيل هيئة المحكمة أمام الجمهور مع القضاة الأصليين، ولذا لا يعتد بكون القاضي الذي حضر جلسة النطق بالحكم فقط ممنوعاً من نظر الدعوى، أو غير صالح لنظرها بحكم من القضاء، أو بنص في القانون(١).

أما إذا تغيب أحد القضاة الذين اشتركوا في جلسة المرافعة الختامية، وفي المداولة، النطق بالحكم لوجود مانع قانوني لديه مؤثر على صفته، أو ولايته كقاضي كالعزل، أو قبول الاستقالة، أو الإحالة على المعاش... فهذا يمنع القاضي من حضور جلسة النطق بالحكم حتى لو، وقع على مسودته إذ يعتبر الحكم صادراً عند النطق به ممن ليست له، ولاية إصداره، بل يجب إعادة فتح باب المرافعة من جديد لإعادة تشكيل هيئة المحكمة من جديد بإدخال عضو جديد محل العضو الذي فقد صفته كقاضٍ؛ لأنه يجب احتفاظ القاضي بصفته حتى صدور الحكم(٢).

**وجوب احترام حقوق الدفاع في مرحلة المداولة في التقاضي الإلكتروني :**  
نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم مبدأ، وجوب احترام حقوق الدفاع في مرحلة المداولة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والإيميل، والفيديوكونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...

يعتبر مبدأ، وجوب احترام حقوق الدفاع للخصوم أثناء نظر الخصومة، وحتى لحظة صدور الحكم فيها مبدأ أساسياً من مبادئ المرافعات، وضمانة أساسية من ضمانات التقاضي، لذلك فإنه يُعدُّ أكثر أهمية في مرحلة المداولة باعتبارها المرحلة الحاسمة

(١) د. أحمد أبو الوفاء، الاحتفاظ بصفة القاضي حتى كتابة حكمه، مجلة إدارة قضايا الحكومة، تصدرها هيئة قضايا الدولة، س ٥، ع ٤، أكتوبر/ديسمبر ١٩٦١/ص ١٧١. د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٤٢، ص ٣٨٠ وما بعدها. د. أحمد خليل، قانون المرافعات، ج ٢، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٦م، ص ١٤٨ وما بعدها. د. أمال الفزائري، المداولة القضائية، ص ٦٤. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٥٠ وما بعدها. نقض مدني ١/٢٨/١٩٩٠م، طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٣٠٢، ص ٨٠٨. نقض مدني ١/١٧/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٨٩٧ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٤١، ج ١، ق ٣٩، ص ١٨٧.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321. 23; P. 544.

(٢) الإشارة السابقة.

لتكوين الحكم في القضية، وكضمانة لحرية رأي القاضي، وحمائته، وعدم تأثره أثناء المداولة بأحد الخصوم في غيبة الخصم الآخر. فحقوق الدفاع مكفولة لكل خصم في مواجهة خصمه من ناحية، وفي مواجهة المحكمة من ناحية أخرى؛ لأنه لا يجوز أن يبني الحكم إلا على العناصر التي مكن الخصم من مناقشتها، والمرافعة فيها؛ ليعرف ما هو منسوب إليه، ومناقشته، فلا يجوز مفاجئته بأمر لم يطلب منه الدفاع فيه. وإذا لم تصرح المحكمة عند حجزها القضية للحكم فيها بتقديم مذكرات، ومستندات تكميلية خلال ميعاد محدد لكل خصم، فإنه يمتنع عليها قبول أي شيء من ذلك، وإلا أعتبر ذلك إخلالاً بحقوق الدفاع. وعلى ذلك يجب أن يتحدد نطاق المداولة بين القضاة بنطاق الطلبات، والأوراق، والمستندات، والدفع، والدفاع المقدمة من الخصوم في القضية أثناء المرافعة، وحتى قفل باب المرافعة فيها، وحجزها للحكم (١).

فلا يجوز للمحكمة ضماناً لاحترام حقوق الدفاع، ومبدأ المواجهة أثناء المداولة سماع أحد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر، أو أن تقبل أوراق، أو مذكرات، أو مستندات من أحد الخصوم دون علم خصمه، وتمكينه من الإطلاع، والرد عليها، أو إعلانها بها. ولا يجوز للخصوم بعد ختام المرافعات إيداع أية مذكرات في مرحلة المداولة، إلا أنه يمكن للمترافعين استثناء إيداع مذكرات؛ رداً على الحجج التي ساققتها النيابة العامة كطرف منضم آخر من يتكلم، ولم يستطع الأطراف الرد عليها أثناء المرافعات (art. 443 al.1 N.C.P.C.F.)، أو بناءً على أمر المحكمة بإيداع الخصوم مذكرات توضيحية عن مسألة محددة في القانون، أو الموضوع، أو بعض التفسيرات في حالة الغموض، (art. 442 N.C.P.C.F.). فاحترام مبدأ المواجهة باعتباره مضمون حق العلم الذي يُعدّ من أهم حقوق الدفاع المساعدة، يكون، واجباً في مرحلة المداولة؛ حتى لا تُتاح فرصة لأحد الخصوم بإيداع دفاع لم يتمكن خصمه من الرد عليه. ولذلك فلا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم، أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل

(١) د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٨٠ وما بعدها. د. أحمد خليل، قانون المرافعات، ج ٢، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٦م، ص ١٤٨ وما بعدها. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٠٦، ١٢٤. نقض مني ١٩٧٧/٤/٢٠، طعن رقم ٦٩٠ لسنة ٤٣ ق، مج، ص ٢٨، ج ١، ق ١٧٣، ص ١٠١٢.

أوراقاً، أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها، وإلا كان العمل باطلاً (م ١٦٨ مرافعات مصري، و م ١٢٦ إجراءات مدنية إماراتي). وينطبق على النيابة العامة إذا كانت طرفاً أصلياً، أو منضماً في الدعوى ما ينطبق على الخصوم فيها. ويجب على القاضي عدم مباغته الخصوم بواقع، أو تكييف، أو قانون لم يتح لهم فرصة مناقشته، وعدم بناء حكمه إلا على وقائع تمسك بها الخصوم في مرافعاتهم(١).

النطق بالحكم لا يكون إلا بعد قفل باب المرافعة والمداولة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد قواعد النطق بالحكم بعد قفل باب المرافعة، والمداولة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة استعمال المحكمة، والخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة الشفوية باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والهاتف المحمول، والفيديوكونفرانس، والإيميل، وسكاي بي، والإنترنت...

فلا يجوز حصول المداولة في التقاضي الإلكتروني في بداية النزاع قبل سماع أقوال الخصوم، ولا قبل انتهاء المرافعة. فبعد قفل باب المرافعة، وقبل النطق بالحكم تبدأ هيئة المحكمة في المداولة سراً؛ لإصدار الحكم بعد التفكير، وتبادل الرأي، والتشاور؛ حتى تتم المداولة بين القضاة، وهم على علم تام، وإحاطة كاملة بكل، وقائع القضية من حيث الواقع، والقانون، وبذلك تحقق الغاية منها. ولا يجوز إجراء المداولة أثناء المرافعة، وإذا حجزت القضية للحكم مع التصريح بمذكرات فلا تجوز المداولة إلا بعد انتهاء الأجل المصرح فيه بتقديمها. ولا يجوز الاشتراك في المداولة إلا للقضاة الذين سمعوا المرافعة، وحدهم دون غيرهم، ووقعوا على مسودته (م ١٦٧ مرافعات مصري، و م ١٢٨ إجراءات مدنية إماراتي)، حتى تتحقق الغاية من تعددهم، ولضمان حسن سير

(١) د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٨٠ وما بعدها. د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ٧٠٦. د. أمال الفزائري، المداولة القضائية، ص ٣١. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، ص ٩٥٩.

-Gérard Couchez, Jean Pierre langlade et Daniel lebeau; Procédure Civile; Dalloz 1998; N.459; P.187.

-Gérard Couchez, et Xavier Lagarde; Procédure Civile; 16. éd.; Sirey. 2011; N. 272; P. 314.

العدالة على، وجهها الأكمل. فلا يجوز لأي قاضي آخر من زملاء القضاة الذين سمعوا المرافعة؛ حتى ولو كان حضوره بغرض الاستئناس برأيه، والاستفادة من خبرته، ولا النيابة العامة، ولا كاتب الجلسة، ولا أي شخص آخر، ولو لم يكن طرفاً في الخصومة حضورها حتى، ولو لم يعتد برأيه، أو لم يحتسب عند أخذ الأصوات، وإلا كان الحكم باطلاً.(١).

وتتم المداولة في التقاضي الإلكتروني سراً بين نفس عدد قضاة الدائرة المحدد بالقانون الذين سمعوا المرافعة مجتمعين ( م ١٦٦ مرافعات مصري، art. 448 N.C.P.C.F. )، وقاعدة سرية المداولات تمثل قاعدة من قواعد النظام العام؛ لضمان حرية رأي القضاة في ثقة، وأمان دون خشية، أو رهبة من عوامل نفسية أو اعتبارات خارجية؛ ولأن هيئة المحكمة، وحدة متكاملة غير قابلة للانقسام، وحفاظاً على هيبة الأحكام في نفوس المتقاضين، ولضمان سلامة، وقوة الحكم، ولضمان حسن سير العدالة على، وجهها الأكمل. ولا يجوز للقاضي أن يذيع رأيه قبل النطق بالحكم، كما لا يجوز للقاضي أن يذيع سر ما جري في المداولة بين أعضاء الدائرة قبل، أو بعد النطق بالحكم. وإذا أفشي أحدهم سر المداولة فيكون مُعَرَّضاً للمساءلة القانونية التأديبية، والمدنية، والجنائية بجرime إفشاء الأسرار ( م ٧٤ من قانون السلطة القضائية، م ١٩١ عقوبات مصري)(٢).

وتعتبر المداولة كمرحلة، وسط بين قفل باب المرافعة، والنطق بالحكم في جلسة علنية، بعد فحص، وتمحيص، وقائع القضية في مرحلة المرافعة كمرحلة تمهيدية

(١) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٢٠، ص ٥٤٨-٥٥٠. د. أمال الفزاري، المداولة القضائية، ص ٧٠. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ١٠٠-١٠١. محمد ناجي درباله، إشكالية المداولة في الواقع العملي، مجلة القضاة، نادي القضاة ٢٠٠٢م، ص ٢٠ وما بعدها. يحيى محمود عبدالقادر، المداولة في الأحكام القضائية " أهميتها وضوابطها"، المؤتمر العلمي السابع لكلية حقوق أسيوط " القانون والممارسات المهنية"، ٦-٥ مارس ٢٠١٣م، ص ٥٦٥ وما بعدها.

(٢) د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٦٥ وما بعدها. د. أحمد خليل، قانون المرافعات، ص ١٤٨ وما بعدها. د. أمال الفزاري، المداولة القضائية، ص ٧٠. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ٩٢، ١١٥. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، ص ٩٥٣. نقض مني ١٩٩٥/٦/١٥م، طعن رقم ٣١٣٧ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٦، ج ٢، ق ١٧١، ص ٨٧٧. نقض مني ١٩٨٨/٢/٢٥م، طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق، مج، س ٣٩، ج ١، ق ٦٣، ص ٣٠٩.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 1217; P. 906.

-Y. Laurain; Le Secret du délibéré; D. 2007; P. 856.

للمداولة، ولتكوين الرأي القانوني بعقيدة المحكمة. وتتم المداولة إما أثناء انعقاد الجلسة همساً بدون صوت مرتفع في الجلسة، ودون إطلاع الجمهور على الرأي الشخصي لكل قاضٍ، أو في غرفة المشورة بعد رفع الجلسة للمداولة، ثم العودة للنطق بالحكم، وبعد ذلك يتلوها إصدار الحكم في نفس الجلسة، وقد تؤجل المداولة، وينطق بالحكم في جلسة أخرى. ولا يعتبر الحكم قد صدر بانتهاء المداولة، فيجوز لكل قاضٍ إلى ما قبل النطق بالحكم أن يُعدّل عن رأيه، ويطلب إعادة المداولة طالما أن الحكم لم ينطق به، فقبل النطق بالحكم يظل الحكم ملكاً للمحكمة. وإذا توفي أحد القضاة، أو فقد صفته كقاضٍ قبل المداولة، أو بعدها، وقبل النطق بالحكم، وجب إعادة فتح باب المرافعة من جديد أمام هيئة المحكمة بتشكيلها الجديد، وإلا كان الحكم باطلاً (١).

وبعد انتهاء المداولة يؤخذ الرأي بين القضاة الذين سمعوا المرافعة؛ تمهيداً لإصدار الحكم القضائي بعد تكوين عقيدة المحكمة. ويجب البدء في أخذ الأصوات برأي العضو الأحدث (عضو الشمال) حتى لا يتأثر برأي القدامى، أو يستخفي برأيه منهم فيوافقهم الرأي لعدم جرأته، ثم رأي عضو اليمين، ثم يعطي رئيس الدائرة رأيه (٢).

قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية، أو مستندات خلال ميعاد محدد في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم قواعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية، أو مستندات خلال ميعاد محدد لكل خصمٍ في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة استعمال المحكمة، والخصوم للوسائل الإلكترونية حيث يقوم الخصوم، أو من ينوب عنهم بالمرافعة باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والهاتف المحمول، والفيديوكونفرانس، والإيميل، وسكاي بي، والإنترنت...

(١) د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات، بند ٥٣٨، ص ٧٤٤، ٧٤٥. د. محمد عبد الخالق عمر، وحدة الرأي وتعددده في الحكم القضائي، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، ١٩٦٦م، ع ٣، بند ٢٧-٢٨، ص ٥٣٣ وما بعدها. طه أبو الخير، حرية الدفاع، ط ١، ١٩٧١م، ص ٧٣٠. د. أحمد هندي، التعليق، ص ٣٧٣.

(٢) أحمد أفندي عفيفي، توضيح المشكلات في قانون المرافعات، ج ١، ١٨٨٥م، ص ٣٠٥. د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، ط ٢، ١٩٢١م، بند ١٠٨١، ص ٧٧٦-٧٧٧.

وللمحكمة عندما تأمر بوقف باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، أن تصرح للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية، أو بإيداع مستندات في ميعاد معين تحدده لكل خصم، وعندئذ يكون باب المرافعة مازال مفتوحاً خلال هذا الميعاد، ولا يقفل باب المرافعة إلا بانتهاء هذا الميعاد، على أن باب المرافعة لا يعتبر مفتوحاً إلا بقدر ما تصرح به المحكمة (١).

وقد نصت (م ١٧١/٢، ٣ مرافعات مضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م) على أن: "...وإذا صرحت المحكمة بتقديم مذكرات خلال فترة حجز الدَعْوَى للحكم، وجب عليها تحديد ميعاد للمُدَّعي يعقبه ميعاد للمُدَّعي عليه لتبادلها، بإعلانها، أو بإيداعها قلم الكتاب من أصل، وصور بعدد الخصوم، أو وكلائهم، بحسب الأحوال، وصور إضافية ترد للمودع بعد التأشير عليها من قلم الكتاب باستلام الأصل، والصور، وتاريخ ذلك. ويقوم قلم الكتاب بتسليم الصور لذوي الشأن بعد توقيعهم على الأصل بالاستلام...".

وعلى ذلك فإذا حجزت المحكمة القضية للحكم فيها مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية أو مستندات خلال ميعاد محدد، فليس لها أن تحدد ميعاداً واحداً للطرفين، كأن تقول في ميعاد أسبوعين لمن يشاء، بل يجب أن تحدد ميعاد للمُدَّعي أولاً ثم يعقبه ميعاد للمُدَّعي عليه؛ لأن المدَّعي عليه آخر من يتكلم. وللمحكمة سلطة تقديرية في تقرير تبادل المذكرات يكون بإعلان على يد محضر أو بالإيداع في قلم كتاب المحكمة حسب ما تراه مناسباً. ويقوم قلم الكتاب بتسليم الخصم، أو الوكيل المودع لصالحه مذكرات، أو مستندات بتسليم الصور لذوي الشأن بعد توقيعهم على الأصل بالاستلام من قلم الكتاب، فإذا رفض التوقيع على الأصل بالاستلام، فعلى قلم الكتاب عرض الأمر على قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة لإثبات هذا الامتناع (٢).

وإذا حجزت المحكمة القضية للحكم فيها مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية، أو مستندات خلال ميعاد محدد، فإذا قدم أحد الخصوم بعد هذا

(١) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م، بند ٣١ وما بعده، ص ٦٢ وما بعدها. دفتحي والي، الوسيط، بند ٢٨٥، ص ٤٧٨.

(٢) دفتحي والي، المبسوط، بند ١٠٥، ص ٢٨٧ وما بعدها؛ الوسيط، بند ٢٨٥، ص ٤٧٩. نقض مني ١٠/١٢/٢٠١٠م، طعن رقم ٤٣١٠ لسنة ٨١ ق، مج، س ٦٣، ج ١، ق ١١٦، ص ٧٥٠.



الميعاد مذكرة تكميلية تتضمن دفاعاً جديداً دون إطلاع الخصم الآخر عليها فيجب على المحكمة استبعادها، وإلا كان الحكم باطلاً؛ لإخلاله بحق الدفاع، والرد على تلك المذكرة. ولا يترتب البطلان إذا كانت تلك المذكرة المقدمة بعد الميعاد - دون إطلاع الخصم الآخر عليها - لا تتضمن دفاعاً جديداً، أو لم تُعَوَّل المحكمة على ما ورد بها (١).

وإذا تم فتح باب المرافعة من جديد بعد تقديم مذكرات، أو مستندات في فترة حجز القضية للحكم، وجب على المحكمة أن تتعرض للدفاع الوارد بها، وإذا صدر الحكم فإن الدفاع الوارد في المذكرة المستبعدة، والمستندات المقدمة دون تصريح خلال فترة حجز القضية لحكم محكمة الدرجة الأولى، تعد مطروحة في الاستئناف بمقتضى الأثر الناقل للاستئناف، وهذه المذكرات، وتلك المستندات تعتبر من أوراق القضية، ومحتوياتها، واستبعادها من محكمة الدرجة الأولى لا ينفي كونها من محتويات القضية في الاستئناف المطروح على محكمة الدرجة الثانية (٢).

قبول مذكرات متداولة في مرحلة المداولة استثناءً في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة، تنظم قواعد قبول المذكرات المتداولة في مرحلة المداولة القضائية بصفة استثنائية في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة استعمال المحكمة، والخصوم للوسائل الإلكترونية، حيث يتم إعادة القضية إلى المرافعة بعد قفلها باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والهاتف المحمول، والإيميل، والفيديوكونفرانس، وسكايب، والإنترنت...

الأصل، والقاعدة أنه لا يجوز للمحكمة قبول مذكرات متداولة في مرحلة المداولة، وإن قدمت مذكرات يجب على المحكمة استبعادها (م ١٦٨ مرافعات مصري - art. 445 N.C.P.C.F.)، ولا يجوز للخصوم بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية

(١) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند ٣٣، ص ٦٨ - ٦٩.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات، بند ٥٣٨، ص ٧٤٣ - ٧٤٤. د. فتيحي والي، المبسوط، بند ١٠٥، ص ٢٨٧ وما بعدها.

نقض مدني ١٩٧٨/٣/٢٩م، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع ١٣، ق ٢٤، ص ٢١٧.

للحكم، ودخولها مرحلة المداولة، تعديل طلباتهم، أو تقديم أي طلب عارض، ولا يجوز للغير التدخل في الخصومة، ولا تتقطع الخصومة، ولا يجوز لأي من الخصوم تقديم أي مذكرات أو إيداع مستندات ما لم تكن المحكمة قد صرحت بذلك، وإذا قدم أي خصم طلباً، أو مستنداً، أو دفاعاً، فإن على المحكمة تجاهله، واعتباره غير قائم أمامها، ولا تلتزم بالرد عليه، وليس لها أن تستند إليه في حكمها، وإلا كان باطلاً لخرق مبدأ المواجهة بين الخصوم، والإخلال بحقوق الدفاع(١).

ولأنه من العسير تطبيق هذا الأصل بحذافيره، فنص المشرع الفرنسي في (art. 445 N.C.P.C.F.)، وتواترت أحكام القضاء الفرنسي كذلك على جواز قبول مذكرات متداولة في مرحلة المداولة *Les notes en délibéré* بشرط إخطار الخصم الآخر بها، استثناءً في حالتين : إمارداً على الحجج المطروحة من النيابة العامة كطرف منضم باعتبارها آخر من يتكلم، ولم يستطع الخصم الرد عليها أثناء جلسات المرافعات قبل قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم (art. 443 al.1 N.C.P.C.F.)، وكان تطالب النيابة العامة بتأجيل الاستماع إليها لجلسة لاحقة فيصرح للمترافعين بالإجابة عليها من خلال مذكرات متداولة بعد هذه الجلسة. أو رداً على طلب هيئة المحكمة نفسها من الخصوم بطلب مذكرة شارحة، أو توضيحية لمسائل قانونية، أو واقعية متعلقة بالقضية المتداولة، أو بعض التفسيرات في حالة غموض أمور معينة بمقتضى السلطة التقديرية للمحكمة (art. 442 et 444 N.C.P.C.F.) وقد تقرر

(١) دفتحي والي، الوسيط، بند ٢٨٥، ص ٤٧٨. دروجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني، بند ٣٥٩، ص ١٤٥٨-١٤٥٩.

-Guinchard, Chainais et Ferrand; Procédure civile; N. 871; P. 613-614.

-Jacques Héron et Thierry Le Bars; Droit Judiciaire Privé; 4.éd.; Montchrestien; 2010; N. 470; P. 393-394.

-Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard; Procédure civile; N. 907; P.618-619.

-Fricero; Notes en délibéré; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc. 502; N. 26 et 2; P. 5.

-Cass. Cive.1<sup>re</sup> □ ; 27 Févr.2007; D. 2007; 2428; obs. Fricero.

-Cass. Com.; 7 oct. 1980; Rév. Trim. dr. Civ.1981; P. 204; obs. J. Normand.

-Cass. Civ.2 □ ; 20 janv. 1982; D. 1983; inf. rap.; P. 77; obs. Groslière.

المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم إعادة الدَعْوَى للمرافعة بعد قفلها في حالات قبول مذكرات المداولة التي تحتوي على عناصر جديدة يرى القاضي أنها جديدة بالأخذ في الاعتبار، وذلك عندما يستخدم الخصوم مذكرات المداولة استخداماً سيئاً ممنهجاً بهدف المماثلة، والمناورات التسويقية، والمفاجأة في اللحظة الأخيرة، ولهذا السبب يفضل القاضي في بعض الأحيان أن يأمر بإعادة فتح باب المرافعة حتى لا تقع المحكمة تحت ضغط بطلان حكمها لمخالفة مبدأ المواجهة، واحترام حقوق الدفاع(1).

**إعادة فتح باب المرافعة (إعادة الدَعْوَى للمرافعة) في التقاضي الإلكتروني: نظراً** لعدم وجود قواعد خاصة، تنظم قواعد إعادة فتح باب المرافعة بعد قفلها، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة استعمال المحكمة، والخصوم للوسائل الإلكترونية، حيث يتم إعادة القضية إلى المرافعة بعد قفلها باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والهاتف المحمول، والإيميل، والفيديوكونفرانس، وسكاي بي، والإنترنت...

يقصد بإعادة فتح باب المرافعة بعد قفلها، أن القضية لم تعد صالحة للحكم فيها بعد حجزها للحكم لظهور؛ وقائع معينة من شأنها التأثير على الحكم في القضية، فتقرر المحكمة سواء من تلقاء نفسها دون الخضوع لآية قيود، أو شروط، أو بناءً على طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة بعد قفلها لطرح الموضوع على الخصوم من جديد

---

(1) -Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 289 ets; P. 264 ets.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 1217; P. 906.

-Couchez, et Lagarde; Procédure Civile; N. 273; P. 315.

-Guinchard, Chainais et Ferrand; Procédure civile; N. 871; P. 613-614.

-Fricero; Notes en délibéré; Juris.Calss.Proc.Civ.; Fasc. 502; N. 26 ets; P. 5 ets.

-Couchez; langlade et lebeau; Procédure Civile; N. 459 ets; P. 187-188.

-Héron et Le Bars; Droit Judiciaire Privé; N. 470; P. 393-394.

-Cass. Soc.; 23 mai 2007; D. 2007; 2428; obs. Fricero.

-Cass.Cive.1<sup>er</sup> □ ; 27 Févr. 2007; D. 2007;2428; obs. Fricero.

-Cass. Cive.1<sup>er</sup> □ ; 12 avril. 2005; Procédures 2005; N. 151; Not. Perrot.

-Cass. Cive.1<sup>er</sup> □ ; 7 juin. 2005; Rév. Trim. dr. Civ. 2006; P. 151; obs. Perrot.

-Cass.Cive.1<sup>er</sup> □ ; 11Févr.1986; Gaz.Pal.1986;2; Somm.; P. 415; obs. Croze et Morel.

-Versailles; 8 déc. 1980; Gaz. Pal. 1982; I; Somm.; P. 181.

للمناقشة، وتقديم الدفوع، والدفاع، والمستندات، والمذكرات. ويشترط لصحة فتح باب المرافعة بعد إقفالها صدور قرار المحكمة بإعادة فتح باب المرافعة من جديد صراحة، أو ضمناً، بناءً على أسباب جديدة تبرر ذلك، قبل النطق بالحكم. وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن تدمير ملف القضية في الحريق الذي يشب أثناء المداولة لا يجبر القاضي على إعادة فتح باب المرافعة ما لم يطلب الخصوم ذلك، ويمكنه فقط الاكتفاء بدعوة الأطراف لإعادة عمل الملف الذي أُلغى (١).

وعلى ذلك يجوز للمحكمة في التقاضي الإلكتروني إعادة القضية إلى المرافعة بعد قفلها، وحجز القضية للحكم سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم إذا جد ما يبرر ذلك، وبشرط أن يتم ذلك في مواجهة الخصم الآخر؛ لإتاحة الفرصة للأطراف لشرح نقاط هامة تحتاج لإمطاة اللثام عنها. ويجب أن يؤسس قرار المحكمة بإعادة فتح باب المرافعة من جديد على أسباب جديدة تبرر إعادة المناقشة بين الخصوم بعضهم البعض، أو بين الخصوم، والمحكمة، أو لمستجدات طرأت على تشكيل هيئة المحكمة... وتبين في ورقة الجلسة التي يحررها القاضي بخطه (رول القاضي)، وفي محضر الجلسة الذي يحرره الكاتب (٢).

(١) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، بند ٣٤ مكرر، ص ٧٣. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٣٧، ص ٩٥. د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٢، ص ١٨. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، بند ٢٠٦، ص ٢١٨. نقض مدني ١٩٨٩/٢/٢٥م، طعن رقم ٢٤٨٠ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٤، ج ١، ق ٤٤، ص ٢٢٥. نقض مدني ١٩٨٩/٢/٢١م، طعن رقم ٤ لسنة ٥٨ ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ٩٣، ص ٥١٧.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321. 82; P. 550-551.

-Cass. Civ. 2 □ ; 14 oct. 1999; Bull. Civ.; 1999; II; N. 155.

-Cass. Civ. 3 □ ; 23 mai 1995; Gaz. Pal. 1996; Pan.; P. 73.

(٢) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٦، ص ٢٩١ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٣٧، ص ٩٤. د. أحمد هندي، التعليل، ص ٤١١ وما بعدها. د. عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ٧٥-٧٦. نقض مدني ١٩٩١/١/٢٨م، طعن رقم ٣١٣ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٢، ج ١، ص ٣١٦. نقض مدني ١٩٧٢/٥/١١م، طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢٣، ج ٢، ق ١٣٩، ص ٨٩٠.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 763; P. 650.

-Cass. Civ. 2 □ ; 13 mai 2015; D. 2015; 1793; N. 3; obs. Adida-Canac, Vasseur et Leiris.

-Cass. Civ. 2 □ ; 19 Févr. 2009; J.C.P. 2009; II; 10053; Not. Salati.

-Cass. Cive. 1<sup>re</sup> □ ; 12 avr. 2005; Procédures; 2005; N. 151; obs. Perrot.

-Cass. Cive. 1<sup>re</sup> □ ; 18 Juill 1995; Procédures; 1995; N. 26; obs. Perrot.

ويعتبر قرار المحكمة بإعادة القضية للمرافعة لأسباب جدية من قبيل أعمال الإدارة القضائية، ولا يحوز الحجية، ولا يقبل الطعن. وطلب الخصم إعادة فتح باب المرافعة ليس حقاً له بل أمر جَوَازِيٍّ للمحكمة يخضع تقدير جديته لمُطَلِّق السلطة التقديرية الكاملة للمحكمة، فللمحكمة إجابة الخصم إلى طلبه، أو رفضه، ولا تلتزم بإبداء أسباب الرفض، بل، ويمكنها أن تتجاهله. وإذا تم فتح باب المرافعة من تلقاء نفس المحكمة، وجب عليها دعوة الخصوم للاتصال بالقضية بإعلانهم عن طريق قلم الكتاب بالجلسة المحددة لنظر الدَعْوَى من جديد، أو بحضور الخصوم، وقت النطق بقرار فتح باب المرافعة في القضية؛ لتحقيق مبدأ المواجهة بينهم، ومراعاة عدالة التقاضي، وإلا كانت الإجراءات التالية باطلة. ولا يجوز للمحكمة الحكم في الموضوع بالجلسة المحددة لنظر الدَعْوَى من جديد إلا إذا تحققت من إعلان جميع الخصوم إلى هذه الجلسة، وإلا، وجب عليها تأجيل القضية. وأما إذا تم فتح باب المرافعة بناءً على طلب أحد الخصوم كان على المحكمة أن تكلفه بإعلان خصمته بالجلسة المحددة؛ لنظر الدَعْوَى من جديد(١).

ولم يحدد المُشَرِّعُ الأسباب التي يجب فيها إعادة فتح باب المرافعة على سبيل الحصر، فبالرغم من أن قرار إعادة القضية للمرافعة من إطلاقات محكمة الموضوع، إلا أن هناك حالات يجب فيها على المحكمة إعادة فتح باب المرافعة من جديد؛ كأن ينص القانون (art. 444 N.C.P.C.F.) على، وجوب فتح باب المرافعة في كل حالة يحدث فيها تغيير في تشكيل هيئة المحكمة، يترتب عليه انقضاء صفة القاضي، أو زوال، ولايته كالاستقالة، أو الوفاة، أو الرد، أو العزل... أو حدثت، واقعة جديدة لها تأثير على الفصل في القضية، أو ظهرت، واقعة لم تكن معلومة لها، أو إذا لم يكن أحد الأطراف لم يواجه بالوقائع المادية، والقانونية موضوع المنازعة

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٦، ص ٢٩٢. د. أحمد هندي، التعليق، ص ٤١١ وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٢٥-٧٢٦. نقض مدني ٢٧/٤/٢٠٠٤م، طعنارقمًا ٤٤٣، ٤٥٢ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٥، ج ١، ق ٨٧، ص ٤٧٨. نقض مدني ٣١/٧/١٩٩٠م، طعن ٦٩ لسنة ٥٨ ق، مج، س ٤١، ج ١، ص ٥٦. نقض مدني ٢٧/٤/١٩٨٩م، طعن رقم ٢٥٤٥ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ١٩٤، ص ٢٠٤.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; N. 763; P. 650.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure civile; N. 321. 84; P. 552-553.

-Cass. Soc. 23 mai 1984; Bull. Civ.; 1984; V; N. 220.

القضائية، وتقدم بطلب استيضاح، أو استقهام مسألة قانونية، أو واقعية من المحكمة، وعند عدم تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية في حالات التدخل الوجوبي حتى قفل باب المرافعة، فيجب على المحكمة إعادة فتح باب المرافعة فيها لكي تتدخل النيابة العامة فيها، وإلا كان حكمها باطلاً، وعند إغفال المحكمة عرض الصلح على الخصوم حتى إقفال باب المرافعة في الحالات التي يوجب فيها القانون على المحكمة عرض الصلح على الخصوم، فيجب عليها إعادة فتح باب المرافعة لعرض الصلح على الخصوم، وإلا كان حكمها باطلاً (١).

وإذا توفّي أحد أعضاء الدائرة بعد قفل باب المرافعة، وقبل المداولة عندئذ يجب على المحكمة إعادة فتح باب المرافعة من جديد؛ لتتظّر الدّعوى من جديد أمام هيئة المحكمة بتشكيلها الجديد، وحتى يشترك في المداولة من سمع المرافعة من القضاة، وإلا كان الحكم باطلاً (م ١٦٧ مرافعات، art. 444 N.C.P.C.F.). وعلى ذلك فإذا قام مانع قانوني لدي القاضي يمنعه من الحضور جلسة النطق بالحكم: كالوفاة، والإحالة إلى المعاش، والفصل... فهذا المانع يزيل عن القاضي صفته، وبالتالي يمنعه من حضور جلسة النطق بالحكم، حتى ولو كان القاضي قد، وقع على مسودته، فهذا السبب يوجب إعادة فتح باب المرافعة من جديد لاستكمال تشكيل هيئة المحكمة بقاضٍ جديد، وإعادة الإجراءات في القضية من جديد أمام الهيئة الجديدة. أما إذا قام مانع مادي لدي القاضي يمنعه من الحضور جلسة النطق بالحكم كالمرض، أو السفر... فهذا المانع لا يزيل عن القاضي صفته، ولا يحول دون النطق بالحكم بشرط أن يكون القاضي

(١) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند ٣٣، ص ٦٧، ٦٦. د. رجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغول، د. يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني، بند ٢٥٢، ص ١٣٤٣-١٣٤٤. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٢٢-٧٢٣. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٥٠٤ - ٥٠٥. نقض مني ١٣/٦/٢٠١٦م، طعن رقم ٦٥١٨ لسنة ٨٥ ق، موقع محكمة النقض:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/All/Cassation\\_Court\\_All\\_Cases.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx)

-Vincent et Guinchart; Procédure Civile; N. 763; P. 651.

-Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 292; P. 268-269.

-Couchez; Ianglade et lebeau; Procédure Civile; N. 463; P. 188.

-Cass. Civ.3 □ ; 14 mars 1990; Rév. Trim. dr. Civ. 1990; P. 561; obs. Perrot.

-Cass. Civ.2 □ ; 13 janv. 1982; Gaz. Pal. 1982; 243; Not. Viatte.

قد، وَقَعَ عَلَى مسودة الحكم ( م ١٧٠ مرافعات)؛ لأن هذا التوقيع يُعني عن حضوره جلسة النطق بالحكم، ويحضر عنه زميله (١).

ويجوز للمحكمة إعادة القضية للمرافعة مرات عديدة بقرار من رئيس هيئة المحكمة، بناءً على توصية القاضي الذي، وزعت عليه القضية؛ لأنه أذرى بظروفها من غيره. ويعتبر قرار إعادة القضية للمرافعة من إطلاقات محكمة الموضوع في غير الحالات الوجوبية. فإذا عَنَّ لخصم تقديم طلب عارض، أو تعديل طلباته، أو إبداء دفاع جدي، أو تقديم مستند جديد هام، أو تغيير المراكز القانونية...جاز له طلب إعادة فتح باب المرافعة بعد قفلها، دون إلزام على المحكمة بإجابة طلبه مادامت قد أفسحت لطرفي الخصومة استيفاء دفاعهما، فالمحكمة غير ملزمة بالاستجابة لطلب فتح باب المرافعة؛ لأن مرجع الأمر مطلق سلطتها التقديرية ( art. 444 N.C.P.C.F.). وعلى ذلك يجوز للمحكمة بعد تأجيل جلسة النطق بالحكم أكثر من مرة، إعادة فتح باب المرافعة من جديد بقرار تصرح به المحكمة في الجلسة؛ لأسباب جدية تُبين في ورقة الجلسة التي يحررها القاضي بخطه (رول القاضي)، وفي محضر الجلسة الذي يحرره الكاتب ( م ١٧٣ مرافعات). ومتى فتح باب المرافعة بعد إقفالها، فإنه يجوز للخصم الادعاء بكل ما هو جائز الإدلاء به من طلبات، أو دفع قبل قفل باب المرافعة (٢).

ويترتب على قرار المحكمة بإعادة الدعوى للمرافعة، بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم إذا جد ما يبرر ذلك إلغاء قرار غلق باب المرافعة السابق بشكل مباشر، وإعادة القضية للمناقشة فيها من جديد، وتصبح بين يدي الخصوم بعد أن انقطعت صلتهم بها بقفل باب

(١) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٦، ص ٢٩٢. د. وجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني، بند ٢٥٢، ص ١٣٤٣-١٣٤٤. د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٢-١٣، ص ١٨-١٩. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٢٥-٧٢٦.

(٢) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، بند ٣٤ مكرر، ص ٧٣. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٣٧، ص ٩٤-٩٥. د. وجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني، بند ٢٥٢، ص ١٣٤٣-١٣٤٤. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٢٢-٧٢٣. د. أمال الفزاري، المداولة القضائية، ص ٤٠. نقض مدني ١٩/١١/١٩٧٤م، طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٨ ق، مج، س ٢٥، ج ١، ق ٢١٠، ص ١٢٣٧.

-Christophe Lievrement; Le débat en droit Processuel; N. 470 ets.; P. 528 ets.

المرافعة فيها، فيجوز للخصوم تقديم الدفوع، والدفاع، والمستندات، والمذكرات، وكل ما يعين لهم في ذلك، أي استرداد الأطراف سلطة تقديم ما يشاءون من مستندات، أو مذكرات شريطة احترام مبدأ المواجهة، وأن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم ما لم تكن النيابة العامة طرفاً منضماً في القضية، فتكون هي آخر من يتكلم. كما يعتبر كل ما قدم في القضية من مذكرات، ومستندات خلال فترة حجز القضية للحكم، ولم يكن مصرحاً به من مرفقات القضية، ويمكن للخصوم الاطلاع، والرد؛ لتحقيق المواجهة، واستجلاء الحقيقة، ويجب على المحكمة الأخذ بها، وعدم الالتفات عنها(1).

مرحلة إعداد مسودة الحكم وصياغته تأتي بعد قفل باب المرافعة والمداولة في التقاضي الإلكتروني: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تنظم مرحلة صياغة الحكم، التي تأتي بعد مرحلة قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والهاتف المحمول، والفاكس، والفيديو كونفرانس، والإيميل، وسكاي بي، والإنترنت... وتتم مرحلة صياغة الحكم القضائي بمرحلتين رئيسيتين، وذلك من أجل التوصل لحكم يوافق المنطق القانوني، ويحقق العدالة المنشودة، وهما مرحلة تليخيص القضية، ومرحلة القياس، والاستدلال.

وفي مرحلة تليخيص القضية؛ يجب على القاضي أن يُلِمَّ بوقائع القضية التي ينظرها، ويعرف طلبات الخصوم، ويعلم ما يبديه كل خصم من طلبات، ودفاع، ودفوع، وأدلة، ومستندات، وقرائن، والإحاطة بكل عناصر القضية، والمراحل التي مرت بها... وتليخيص، وإيجاز كل ذلك في مستهل حكمه بصياغة يفهم منها موضوع القضية، وخط

(1) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند ٣٤ مكرر، ص ٧٣. د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٦، ص ٢٩١ وما بعدها.

د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٣٧، ص ٩٤. د. أحمد مليجي، الموسوعة، ص ٧٩٤. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، بند ٢١٧، ص ٢٣٠. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ص ٩٥٨.

-Vincent et Guinhard; Procédure Civile; N. 763-1; P. 652 et 653.

-Solus et Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; N. 293; P. 269.

-Cass. Soc. 4 mars 2009; Procédures; 2009; N. 187; obs. Perrot.

-Cass. Cive. 1<sup>er</sup> □ ; 14 Févr. 2006; Gaz. Pal. 6-7 juill 2007; P. 23; Not. E. du Rusquec.



سيرها منذ رفع الدَعْوَى، وحتى حيز القضية للحكم فيها، وهذا التلخيص هو الذي يثبت فهم المحكمة للقضية المنظورة أمامها(١).

وبعد ذلك تأتي مرحلة القياس، والاستدلال التي تصل المحكمة إليها بعد أن تكون قد أحاطت إحاطة تامة بكل تفاصيل، وأبعاد القضية المنظورة أمامها، وألمت بها عن بصر، وبصيرة بعد مطالعة دقيقة لوقائع القضية، وفهم الطلبات، والدفاع، والدفع، والأدلة، والقرائن، والمستندات... وحصلت، ولخصت أحداث القضية بكل ما تم فيها من إجراءات، وما أبداه الخصوم فيها. وفي تلك المرحلة تقوم المحكمة بترجمة مبادئ علم المنطق القانوني بشكل عملي تطبيقي، واضح على القضية المنظورة أمامها، فالقاضي يعتقد منهجاً ذهنياً يهديه لقضاء عادل في القضية المعروضة عليه بعد تكييف القضية بإسباغ الوصف القانوني عليها حسب طبيعة النزاع، وطلبات الخصوم فيها، وتكييف القضية هو سلطة خالصة لمحكمة الموضوع تخضع فيها لرقابة محكمة النقض دون التقييد بتكييف الخصوم لها. وتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على موضوع القضية؛ لوضع المقدمة الكبرى في عملية القياس اللازمة للوصول إلى النتيجة المنشودة(٢).

وتأتي مرحلة إعداد مسودة الحكم بعد قفل باب المرافعة، وانتهاء المداولة، وتكوين الرأي القضائي، واستقرار المحكمة على القرار القضائي الذي سوف يصدر في النزاع. والمسودة، ورقة رسمية من أوراق المرافعات تشتمل على منطوق الحكم، وأسبابه، وتوقيع جميع القضاة الذين حضروا المداولة، وسمعوا المرافعة، وتاريخ إيداعها ملف القضية. وتكتسب المسودة صفة الرسمية بكل النتائج المترتبة عليها بمجرد التوقيع عليها. وانتهاء المداولة مفترض لإعداد المسودة، فمرحلة إعداد المسودة تأتي بعد الانتهاء من مرحلة المداولة، وتعتبر مسودة الحكم ورقة لتحضير نسخة الحكم الأصلية، وهي لا تعتبر أصل الحكم، بل نسخة الحكم الأصلية هي التي تعتبر أصل الحكم. ويتم إيداع المسودة بملف القضية قبل النطق بالحكم؛ وذلك للتأكد من أن القضاة الذين أصدروا الحكم هم

(١) باجيرن ملكيفيك، فهر عبدالعظيم، المنطق القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٥٢ ومابعدها.

(٢) باجيرن ملكيفيك، فهر عبدالعظيم، المنطق القضائي، ص ١٦٤ ومابعدها.

الذين تمت المداولة فيما بينهم، واتفقوا بالأغلبية، أو بالإجماع على الحكم، ولتمكين الخصوم من الاطلاع عليها بعد النطق بالحكم لإعداد، وتجهيز طعونهم من قبل تحرير نسخة الحكم الأصلية. ويمكن تنفيذ الحكم نفاذاً مُعَجَّلاً بموجب مسودته، حيث يجوز للمحكمة في المواد المستعجلة، أو في الأحوال التي يكون فيها تأخير التنفيذ ضاراً بالمحكوم له، أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلانه، وفي هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة لمعاون التنفيذ، وعلى معاون التنفيذ أن يردها للكاتب بعد تمام التنفيذ لإيداعها بملف القضية بالمحكمة (م ٢٨٦ مرافعات) (١).

ويجب تحرير مسودة الحكم سواء كان حكماً موضوعياً، أو إجرائياً عقب انتهاء، وتمام المداولة، وتكوين الرأي القضائي، وقبل النطق به في جلسة علنية بخط يد القاضي - إلكترونياً باستخدام أنامل أصابعه على الكمبيوتر - الذي، وُزِعَتْ عليه القضية مشتملة على الوقائع، والحيثيات، أو الأسباب، والمنطوق، والتوقيع من جميع القضاة الذين حضروا المداولة، وسمعوا المرافعة، وتاريخ إيداعها ملف القضية. ويجب أن تكون المسودة كورقة لتحضير نسخة الحكم الأصلية مشتملة بذاتها على جميع بياناتها، ولا يجوز تكملتها من أي، ورقة رسمية أخرى، وتودع، وتحفظ مسودة الحكم بملف القضية قبل النطق بالحكم، وإلا كان الحكم باطلاً، ويتم التمسك بهذا البطلان عن طريق الطعن في هذا الحكم (م ١٧٥ مرافعات). ولا تُغَطَّى صوراً منها، ولكن يجوز للخصوم - حتى حين إتمام نسخة الحكم الأصلية - الاطلاع عليها استعداداً للطعن فيه، أو لاتخاذ شئونهم، أو تنفيذه بموجب مسودته في المواد المستعجلة، وفي الأحوال التي يكون تأخير التنفيذ فيها ضاراً بالمحكوم له (م ٢٨٦ مرافعات). ولا تغني مسودة الحكم عن كتابة نسخته الأصلية. وتكتب نسخة الحكم الأصلية بعد صدوره من، واقع مسودة الحكم بالآلة الناسخة مشتملة على: الوقائع، والأسباب، والمنطوق، والتوقيع؛ لإثباته، والاحتجاج به، وحفظه، وتنفيذه، ويستخرج منها صورة بسيطة، وصورة تنفيذية. وكتابة الحكم عنصر شكلي فيه، ولا يعترف القانون بحكم شفوي غير مكتوب، وكأي عمل إجرائي

(١) د. نبيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٧، ص ٢٥. د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ٧٠٤ وما بعدها.

فكتابة الحكم تكون باللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية. والأصل في الإجراءات الصحة، وعلّي من يدعي غير ذلك إقامة الدليل (١).

وإذا فقدت مسودة الحكم من ملف القضية بعد إيداعها خلال الميعاد القانوني، فإن نسخة الحكم الأصلية تغني عنها؛ لأنها الأصل المعتبر به. أما إذا فقدت مسودة الحكم من ملف القضية، وأنكر الخصم إيداعها في الميعاد القانوني، ولم يثبت هذا الإيداع، فإن الحكم يكون باطلاً (م ١٧٥ مرافعات). وإذا فقدت نسخة الحكم الأصلية جاز تحرير غيرها إذا كان هذا ممكناً، كما يجوز الاعتماد على صورته الرسمية، والتي تُعدّ أصلاً في هذه الحالة، ويكون لها حجية الأصل، متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل (م ١٣ إثبات مصري). (٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية حديثاً بأن: "...مسودة الحكم، ورقة يكتبها القاضي عقب المداولة. وجوب اشتمالها على منطوق الحكم، وأسبابه، وتوقيع جميع قضاة الهيئة الذين اشتركوا في المداولة. مسودة الحكم هي، ورقة لتحضير الحكم، وتمهيداً لكتابة نسخته الأصلية، ولم ينظم قانون المرافعات، وسيلة كتابتها، ولم ينص صراحة، أو ضمناً على كتابة المسودة بخط يد القاضي، ولم يُرتَّب أي بُطلان على مخالفة الوسيلة التي تكتب بها، ويسري العمل على كتابتها بخط يدي القاضي، ولا يمنع ذلك من جواز الاستعانة بالوسائط الآلية الحديثة كالحاسب الآلي في كتابة المسودة إذ عندئذ تكون مكتوبة بأامل القاضي، ولا ينال ذلك من سرية المداولة" (٣).

وينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقة، أو بتلاوة منطوقة مع أسبابه في جلسة علنية، سواء كان حكماً موضوعياً، أو فرعياً، وسواء كانت المرافعة التي سبقته تمت في جلسة

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٧-١٨، ص ٢٥-٢٦. د. محمود مختار عبدالمغيث محمد،

استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي، ص ٢٠٥ وما بعدها. المحكمة الإدارية العليا "دائرة توحيد

المبادئ" ٢٠١٠/١/١٠م، طعن رقم ١٨٠٠٦ لسنة ٥٣ ق، حكم غير منشور. نقض مدني ٦/٢٢/٢٠١٤م، طعن رقم

٢١٢٣ لسنة ٨٢ ق، نقض جنائي ١٢/٢/٢٠١٧م، طعن رقم ٣٢٠٦٠ لسنة ٨٥ ق، نقض تجاري ٤/١٣/٢٠١٧م، طعن

رقم ٦٤٥٠ لسنة ٨٥ ق، نقض تجاري ٣/٢٨/٢٠١٧م، طعن رقم ١٧٥١٧٨ لسنة ٧٦ ق، موقع محكمة النقض المصرية:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ٢٥، ص ٣٤.

(٣) نقض مدني ١٤/٧/٢٠١٤م، طعن رقم ٥٢٩١ لسنة ٧٤ ق، موقع محكمة النقض المصرية:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

سرية، أو في غرفة المشورة (م ١٧٤ مرافعات). ويترتب على النطق بالحكم حيازته لحيية الأمر المقضي، وخروج النزاع من، ولاية المحكمة، واستنفاد، ولاية القاضي (١). وإذا صدر الحكم، وكان قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو الغير عادية، فإنه يترتب على صدور الحكم أنه لا يجوز لأي من الخصوم سحب مستنداته التي قدمها أمام المحكمة قبل إصدار الحكم، سواء قدمها عند إيداع صحيفة الدعوي أو في أثناء سير الجلسات أو في فترة حيز القضية للحكم. وذلك إلا إذا كان قد انقضي ميعاد الطعن - محسوباً وفقاً للقاعدة العامة من تاريخ صدور الحكم - دون طعن فيه؛ وذلك لعدم تعطيل الفصل في الطعن بسبب قيام أحد الخصوم بسحب ما قدمه من مستندات بمجرد صدور الحكم القابل للطعن. وقد نصت (م ١٧١/أخيرة مرافعات مصري مضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م) على أنه: "... ولا يجوز سحب المستندات من الملف إذا طعن في الحكم، أو قبل انقضاء مواعيد الطعن، ما لم يأمر رئيس المحكمة بغير ذلك". وإذا كان لأحد الطرفين، سواء المحكوم له أو المحكوم عليه مصلحة مشروعة في سحب مستند قدمه، فيجوز له أن يتقدم بطلب على عريضة لقاضي الأمور الوقتية "رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها"، - وليس لرئيس الدائرة التي أصدرت الحكم - وفقاً لقواعد الأوامر على عرائض للحصول على أمر يأذن له بذلك (٢).

وبعد أن انتهينا من دراسة المبحث الأول من الفصل الثاني (مفهوم قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني وضوابطه) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى دراسة المبحث الثاني من الفصل الثاني (الآثار الإجرائية لقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني) على النحو التالي:

(١) د. نبيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، بند ١٩، ص ٢٧.

(٢) د. فتحي والي، المبسوط، بند ١٠٤، ص ٢٨٥-٢٨٦.

## المبحث الثاني

### آثار الإجماعية لقرار باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني

آثار قرار باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على طلب الخصوم للصلح: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم طلب الخصوم للصلح في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة استعمال الخصوم للوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي الإلكتروني، حيث يتقدم الخصوم بطلب الصلح بإحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت...

والصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (م ٥٤٩ مدني)، ولا يشترط التكافؤ بين ما ينزل عنه كل من الطرفين. ويشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحق محل النزاع الذي حسمه الصلح. ولا يثبت الصلح إلا بالكتابة، أو بمحضر رسمي (م ٥٥٢ مدني)، ويجوز الصلح في جميع المسائل باستثناء المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، أو بالنظام العام (م ٥٥١ مدني).

وقد يتم الصلح القضائي إما في صورة إلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة، أو بإثبات الصلح في محضر الجلسة ويوقعه القاضي والأطراف، أو بصور حكم مثبت للصلح. ويترتب على الصلح القضائي حسم النزاع، وانقضاء الخصومة التي تصبح غير ذات موضوع، فلا يجوز لأي من المتصالحين تجديد النزاع بعد تصديق المحكمة على الصلح، كما تستنفد المحكمة، ولايتها بالنسبة للموضوع. ويتولد عن الصلح دفع بعدم القبول؛ لانقضاء المنازعة بالصلح لمصلحة كل من المتصالحين، ويجوز التنازل عن هذا الدفع صراحة، أو ضمناً، ولكن لا يجوز الاحتجاج بالصلح لنقض حجية حكم حاز قوة الأمر المقضي بعد إسقاط الحق في التمسك بهذا الدفع (١).

(١) د. أحمد هندي، التعليق، م ١٠٣، ص ٢٨٢ وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١١م، بند ٨٠ وما بعده، ص ١١٨ وما بعدها. د. محمد عبد النبي السيد غانم، قانون المرافعات، ص ٨٢١-٨٢٠. نقض مدني ٢٠٠٣/١٢/١٤م، طعن رقم ٣٤٢٣ لسنة ٦٤ ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ٢٣٨، ص ١٣٤٤. نقض

ويجوز للخصوم طلب الصلح، ولو بعد إقفال باب المرافعة، وهذا هو ما نصّت عليه (م ٠٣٠٣ مرافعات مصري، م ٧٩ إجراءات مدنية إماراتي) بقولها: " للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة تكون عليها الدّعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة، ويوقع منهم، أو من، وكلائهم فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه أُلحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة، وأثبت محتواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة في الحالتين قوة السند التنفيذي، وتعطى صورته، وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام". وهذا هو ما رددته أيضاً (م ٢/٢٨٠ مرافعات مصري) حيث عدت من ضمن السندات التنفيذية: " ... ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم... ". ويقوم بالتصديق، أو التوقيع على محضر الصلح جميع قضاة الدائرة. ويقوم كاتب المحكمة التي صدقت على الصلح، أو التي أصدرت الحكم المثبت للصلح بإعطاء الصورة التنفيذية لمحضر الصلح بنفس الطريقة التي تعطي بها الصورة التنفيذية للأحكام، ويعتبر الصلح القضائي عملاً اتفاقياً في الأصل فهو في حقيقته عقداً، وإن أخذ شكل حكم. وقد يتم توثيق الصلح في الشهر العقاري، وهنا يعتبر عقد الصلح سنداً تنفيذياً باعتباره محرراً موثقاً (م ٢/٢٨٠ مرافعات) لا محضر صلح مصدق عليه (١).

ويجوز للمحكمة عرض الصلح على الخصوم في أي جلسة سواء كانت الجلسة الأولى، أو أية جلسة تالية، أو في أية حالة كانت عليها الدعوى، بل يجوز لها عرض الصلح على الخصوم بعد قفل باب المرافعة، ويكون ذلك بإعادة فتح باب المرافعة من جديد، ودعوة الخصوم لعرض الصلح عليهم. وكما يجوز للخصوم طلب الصلح في أية حالة تكون عليها الدّعوى، ولو في محكمة الدرجة الثانية، ولو بعد إقفال باب المرافعة، وذلك بطلب إعادة فتح باب المرافعة من المحكمة لتقديم طلب الصلح حتى ولو كان ما اتفقوا عليه لا ينهي الخصومة برمتها. ويجوز تنفيذ اتفاق الخصوم على طرح النزاع على التحكيم؛ تحقيقاً لإرادة الخصوم، واحتراماً لها، ولو تم ذلك بعد قفل باب المرافعة في

مدني ١٩٩٤/٢/٩، طعن رقم ٣٣١٨ لسنة ٥٨ ق، مج، س ٤٥، ج ١، ق ٦٨، ص ٣٢٤. نقض مدني ١٩٩٠/٣/١٤، طعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٨ ق، مج، س ٤١، ج ١، ق ٢٢٣، ص ٧٣٩.

(١) الإشارة السابقة.

الدَّعْوَى المرفوعة بصدد هذا النزاع. و لا يجوز للمحكمة إثبات الصلح في محضر الجلسة، بأي من الطريقتين إلا بحضور الخصمين طرفي الصلح، سواء حضر الخصم بشخصه أو بوكيل عنه موكلاً توكيلاً خاصاً بالصلح. وإذا تصالح الخصوم في الجلسة الأولى لنظر الدعوي وقبل بدء المرافعة، فلا يستحق عليها إلا ربع الرسم (م ٧١ مرافعات، م ٢٠ مكرر من قانون الرسوم القضائية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤م المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤م). وللغير الذي يضر الصلح بمصلحته التدخل في الدعوي قبل الحكم في طلب إثبات الصلح بمحضر الجلسة للاعتراض علي هذا الطلب، وعندئذ لا يجوز للمحكمة إثبات الصلح بمحضر الجلسة، إلا إذا قضت قبله بعدم قبول طلب التدخل أو برفضه. ويعتبر الحكم الصادر بإثبات الصلح بمحضر الجلسة عملاً ولائياً لا يحوز حجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن في الأحكام، ولكن يجوز رفع دعوي أصلية ببطالانه، أو بإلغائه(١).

آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على حضور، وغياب الخصوم: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم حضور، وغياب الخصوم في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة، مع مراعاة أن حضور، وغياب الخصوم يكون باستعمال إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد بين المشرع أحكام حضور، وغياب الخصوم في (م ٧٢ : ٨٦ مرافعات مصري، و art. 18; 20; 184; 198; 416; 465; 571; 899; 931 N.C.P.C.F).

ولتحقيق العدالة يجب على القاضي ألا يفصل في النزاع المعروف عليه إلا بحضور جميع أطرافه، وسماع أقوالهم، ودفاعهم، ودفعوهم، فترفع الدعوى من المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة، وتنفذ الخصومة فيها بإعلان صحيفتها للمدعى عليه،

(١) د. فتحي والي، المبسوط بند ١٠١، ص ٢٧٧-٢٧٨. د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م، بند ٢٧٧، ص ٦٠٧. د. أحمد هندي، التعليق، ج ٢، م ١٠٣، ص ٢٧٥ وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، بند ٩، ١٧، ص ٣٠ وما بعدها. نقض مدني ٢٠١٤/١٢/١٤م، طعن رقم ٣٤٢٣ لسنة ٦٤ ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ٢٣٨، ص ١٣٤٤. نقض مدني ٢٠١٤/١٢/١٤م، طعن رقم ٧٤ لسنة ٧٤ ق، موقع محكمة النقض

ويبدأ سير الخصومة فيها بحضور الخصوم أنفسهم، أو بوكالاتهم، أو بمذكرة دفاع جلسات المرافعة؛ لتحقيق الدفاع، والمواجهة بتقديم ما لديهم من طلبات، ودفع، وأسانيد، وبمتابعتهم جلسات المرافعة لمعرفة ما تم فيها، وما جدد عليها من تطورات؛ لاتخاذ ما يلزم للمحافظة على حقوقهم، ثم تقوم المحكمة بتحقيق الدَعْوَى، وتمحيصها من خلال المرافعات الشفوية، والمكتوبة للخصوم لتكوين عقيدتها فيما عرض عليها عندما تصبح الدَعْوَى مهياًة للحكم في موضوعها بتقديم الخصوم أقوالهم، وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة، ثم تقرر المحكمة قفل باب المرافعة؛ تمهيداً لإصدار الحكم(١).

وتعتبر الخصومة القضائية دائماً حضورية بالنسبة للمدعي، ولو لم يحضر أي جلسة من جلساتها؛ لأنه هو الذي رفع الدَعْوَى. كما تعتبر حضورية بالنسبة للمُدْعَى عليه إذا أعلن لشخصه، أو حضر أي جلسة من جلسات نظر الدَعْوَى، أو أودع مذكرة بدفاعه. إذا غاب المدعي عليه في الجلسة الأولى، وحضر المدعي تَوَجَّل الدَعْوَى لإعادة إعلان المدْعَى عليه، وإذا غاب المدعي في الجلسة الأولى، وحضر المدعي عليه فلا تَوَجَّل، ولا تشطب الدَعْوَى بل تنظر المحكمة الدَعْوَى، وأما إذا لم يحضر المدعي، ولا المدعي عليه حكمت المحكمة في الدَعْوَى إذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا قررت شطبها. ولا تكون الخصومة بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها محلاً لتطبيق قواعد حضور، وغياب الخصوم فيها حيث تعتبر الدَعْوَى مهياًة، وصالحة للحكم في موضوعها بعد أن يكون الخصوم قد أبدوا أقوالهم، وطلباتهم الختامية في جلسات المرافعة، وذلك ما لم تقرر المحكمة إعادة فتح باب المرافعة فيها مرة أخرى(٢).

أثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على تدخل، وإدخال الخصوم: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم تدخل، وإدخال الخصوم في التقاضي الإلكتروني، فإنه

(١) د. ودي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية حقوق عين شمس، س ١٨، ع ١، بند ٥٣ ومابعده. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، بند ٣٢٣، ص ٥٠. د. عيد القصاص، الوسيط، بند ٣٣٩ ومابعده، ص ٦٩١ ومابعدها.

(٢) د. فتحي والي، قانون المرافعات المصري في مائة عام، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س ٤٣، ع ٢، يونيو ١٩٧٣م، ص ٣٩٥. د. إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، بند ١، ص ٥. د. أحمد مليجي، قانون المرافعات، (٢٠١١م)، ص ٢٩٥ ومابعدها. د. عاشور مبروك، النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، مكتبة الجلاء بالمنصورة ١٩٨٨م، ص ٧ ومابعدها.



يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة استعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي الإلكتروني حيث يكون تدخل، وإدخال الخصوم باستعمال إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت.... وقد بيّن المُشرّع أحكام تدخل، وإدخال الخصوم، وحالاته في ( م ١١٧ : ١٢٧، ٢٣٦ مرافعات مصري، و م ٩٤ : ٩٦ إجراءات مدنية إماراتي، : art. 280; 325 564 N.C.P.C.F. 555; 554; 466; 338).

وتبدأ الخصومة بصحيفة، واحدة من مُدعٍ، أو أكثر ضد مُدعى عليه، أو أكثر، ويتحدد النطاق الشّخصي للخصومة بمن رفع الدّعوى ( المُدعى )، وبمن رفعت عليه ( المُدعى عليه ) سواء كان شخصياً، واحداً أم أشخاصاً متعددين. وبعد رفع الدّعوى، وانعقاد الخصومة تتوالى إجراءات سيرها الديناميكي نحو الفصل في الموضوع، ويحكم هذا السير قواعد قانون المرافعات، ومبدأ حسن النية بين الخصوم، وإدارة قضائية فاهمة نشيطة، وسقف زمني معقول لإصدار الحكم. وتطبيقاً لمبدأ نسبية أثر الدّعوى لا يستفيد منها الغير، ولا يضر بها، ولكن لاستكمال عناصر الخصومة أثناء سيرها، فيجوز تدخل الغير في الدّعوى بعد رفعها إذا علم بها للدفاع عن مصالحه، سواء كان تدخل انضمامي إلى جانب المُدعى، أو المُدعى عليه، أو تدخل هجومي في موقف المُدعى، كما يجوز إدخال الغير في الدّعوى بناءً على طلب أحد الخصوم، أو بأمر المحكمة لمصلحة العدالة، وإظهار الحقيقة، والاقتصاد في الخصومة (١).

وعلى ذلك يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدّعوى منضماً لأحد الخصوم، أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدّعوى. ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدّعوى قبل يوم الجلسة، أو بطلب يقدم شفاهه في الجلسة في حضورهم، ويثبت في محضرها، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة. ومتى تم تدخل، أو إدخال

(١) دفتحي والي، الوسيط، بند ٢٠٥ ومابعده، ص ٣٢٢ ومابعدها. دننيل إسماعيل عمر، الوسيط، بند ٢٧٤، ص ٦٠٣. د. أحمد مليجي، اختصاص الغير، ط ٢، دار الفكر العربي بالقاهرة، ص بند ٨ ومابعده، ص ١٣ ومابعدها. د. علي بركات، الوسيط، بند ٥١٦ ومابعده، ص ٦٧٠ ومابعدها. نقض تجاري ٢٠١٤/٢/١٣م، طعن رقم ٧٥٩٥ لسنة ٨١ ق، موقع محكمة النقض:

الغير. في الخصومة فإنه يعتبر خصماً فيها، ويتمتع بالحقوق، والواجبات الإجرائية، ويكون الحكم الصادر فيها حجة له، أو عليه، كما يكون له حق الطعن في الحكم. ولا تكون الخصومة بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها محلاً لإبداء طلبات تدخل، أو إدخال للخصوم فيها حيث تكون القضية سالحة، ومهيأة للحكم فيها (م ١٢٦ مرافعات مصري)، وذلك ما لم يتم إعادة فتح باب المرافعة فيها مرة أخرى بقرار من المحكمة سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم (١).

**آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على هيئة المحكمة:** نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد الأحكام القانونية لهيئة المحكمة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، مع مراعاة تسيير الخصومة من المحكمة، والخصوم في التقاضي الإلكتروني يكون باستعمال إحدى الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت. تتمثل محاكم الدرجة الأولى في محكمة جزئية تتشكل الدائرة فيها من قاضٍ فرد، وتتنظر الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها أربعين ألف جنية، ومحكمة كلية تتشكل الدائرة فيها من ثلاثة قضاة، وتتنظر جميع الدعاوى التي تتجاوز قيمتها أربعين ألف جنية. وتتمثل محاكم الدرجة الثانية في محكمة كلية بهيئة استئنافية تتشكل الدائرة فيها من ثلاثة قضاة لنظر الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية التابعة لها، ومحكمة استئناف عالٍ تتشكل الدائرة فيها من ثلاثة قضاة؛ لنظر الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة من المحاكم الكلية التابعة لها. وعلى قمة الهرم القضائي محكمة النقض تتشكل الدائرة فيها من خمسة قضاة. ويجب الحفاظ على التشكيل

(١) د. أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ١٤٢ ومابعده، ص ٢٤٢ ومابعدها. د. عيد القصاص، الوسيط، بند ٢٥٥ ومابعده، ص ٥٠٥ ومابعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٤٣٢ ومابعدها. نقض تجاري ٢٠١٦/٤/٦م، طعن رقم ٢٤٥٠ لسنة ٨٥ ق، نقض مدني ٢٠١٥/١١/٣م، طعن رقم ٤٤٣٤ لسنة ٨٤ ق. نقض مدني ٢٠١٥/٥/١١م، طعن رقم ٣٣٩٨ لسنة ٧٢ ق، موقع محكمة النقض:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

نقض مدني ٢٠١٠/٦/٢م، طعن رقم ٢٧١٢ لسنة ٧٩ ق، مج، س ٦١، ج ١، ق ١٢٣، ص ٧٥٣. نقض مدني ٢٠٠٨/٤/٩م، طعن رقم ٢٦٩٦ لسنة ٦٧ ق، مج، س ٥٩، ج ١، ق ٧٢، ص ٣٩٧.

القانوني للمحكمة منذ بدء الخصومة، وحتى لحظة صدور الحكم في القضية، فإذا انتاب أحد القضاة عارض يمنعه قانوناً من الدخول كقاضٍ في تشكيل المحكمة كالوفاة، أو العزل، أو الإحالة على المعاش... وجب استبداله بقاضٍ آخر له ولاية، وصلاحيّة القضاء؛ لصحة تشكيل المحكمة، وإذا، وصلت القضية لمرحلة قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم، وجب إعادة فتح باب المرافعة لإحلال قاضٍ آخر مكانه؛ لتصحيح تشكيل المحكمة(١).

ولكفالة حيده القاضي، ونزاهته، وتحليه بالموضوعية، وإيعاده عن مواطن الشك، والشبهات أجاز المُشَرِّعُ للخصوم في أي، وقت خلال مراحل سير الخصومة، وفي أي حالة كانت عليها الدَعْوَى، وحتى بعد قفل باب المرافعة طلب منع القاضي من نظر الدَعْوَى عند توافر أحد أسباب عدم صلاحيته المطلقة الواردة على سبيل الحصر في (م ١٤٦ مرافعات)، ما لم يتتح القاضي من تلقاء نفسه عن نظر الدَعْوَى، وإلا كان حكمه باطلاً باطلاً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام، ولو تم باتفاق الخصوم، ويمكن سحب، وإلغاء حكمه من محكمة الطعن (م ١٤٧ مرافعات). وإذا كانت المحكمة قد قفلت باب المرافعة، وحجزت القضية للحكم فيها، وبسحت للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية خلال مهلة معينة فيجوز للخصوم تقديم طلب منع القاضي من نظر الدَعْوَى خلالها لعدم صلاحيته المطلقة؛ لأن باب المرافعة يظل مفتوحاً حتى انتهاء تلك المهلة. وكما يكون ذلك أيضاً للخصوم في أي، وقت حتى بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها بطلب إعادة فتح باب المرافعة فيها مرة أخرى؛ لأن ذلك أمر متعلق بالنظام العام، وبتشكيل المحكمة(٢).

(١) د.نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، بند ٣٠ ومابعده، ص ٧٠ ومابعدها. د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٦ ومابعده، ص ١٧ وما بعدها. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ١٤٨ - ١٤٩.

(٢) د.فتحى والى، الوسيط، بند ١٠٥ ومابعده، ص ١٧٦ ومابعدها. د.وجدي راغب فهمي، د.أحمد ماهر زغول، د.يوسف أبوزيد، مبادئ القضاء المدني، بند ٩٨، ص ٣٠٥. د.أحمد مليجي، قانون المرافعات، ٢٠١١م، ص ٥٨ ومابعدها. د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ١٩ ومابعده، ص ٤٠ وما بعدها. د.أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ج ١، ٢٠١٥م، ص ٢٠ ومابعدها. د.عبد القصاص، الوسيط، بند ٢٤ ومابعده، ص ٥٨ ومابعدها. د.طلعت دوبدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٦م، ص ١٣١ ومابعدها. د.الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٢٥ ومابعدها. نقض جنائي ١٠/٢٢/٢٠١٦م، طعن رقم ٧٢١٥ لسنة ٨٥ ق، موقع محكمة النقض المصرية:

كما يجوز للخصوم طلب رد القاضي لتوافر أحد أسباب الرد الواردة على سبيل الحصر في (م ١٤٨ مرافعات) عندما يكون للقاضي صلة بأشخاص الدَعْوَى، أو بموضوع النزاع، وهي أقل تأثيراً على حيديته، ولا تفقده صلاحيته لنظر الدَعْوَى، وذلك قبل تقديم أي دفع إجرائي، أو دفاع في الموضوع ما لم يتحقق سبب الرد بعد ذلك، أو يثبت طالب الرد أنه لم يعلم به إلا بعد مضي تلك المواعيد (م ١٥١ مرافعات)، وفي جميع الأحوال لا يقبل طلب الرد بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم ما لم يثبت طالب الرد أنه لم يعلم بسبب الرد، أو لم يتحقق إلا بعد مضي تلك المواعيد فيجوز له طلب إعادة فتح باب المرافعة لتقديم طلب الرد. ويترتب على تقديم طلب الرد، وقف الدَعْوَى الأصلية بقوة القانون لحين الحكم في طلب الرد، ومنع القاضي من نظر الدَعْوَى، وإلا كان حكمه باطلاً، ما لم يندب رئيس المحكمة قاضي آخر بدلاً من من طلب رده لاستمرار الدَعْوَى الأصلية. وللقاضي أن يتحى من تلقاء نفسه عن نظر الدَعْوَى؛ لاستشعاره الحرج بعرض الأمر على المحكمة في غرفة المشورة، أو على رئيس المحكمة. فإن لم يطلب رده أحد الخصوم، ولم يطلب هو التتحي، وحكم في النزاع كان حكمه صحيحاً (١).

آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على طلبات الخصوم: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد الأحكام القانونية للطلبات في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة أن تقديم الطلبات من الخصوم في التقاضي الإلكتروني يكون باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد بين المشرع قواعد، وأحكام طلبات الخصوم، وحالاتها في (م ١٢٣: ١٢٧ مرافعات مصري، و م ٩٧ : ١٠٠ إجراءات مدنية إماراتي، (art. 63 : 70 N.C.P.C.F).

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/All/Cassation\\_Court\\_All\\_Cases.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx)

(١) د.عزمي عبدالفتاح، قانون القضاء المدني المصري، ط ٣، ١٩٩٢/١٩٩١م، ص ٩٦ وما بعدها. د.أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ج ١، ٢٠١٥م، ص ٢٣. د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ١٩ وما بعده، ص ٤٠ وما بعدها. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٣٥٨ وما بعدها. د.علي بركات، الوسيط، بند ١٠٩ وما بعده، ص ١٤٦ وما بعدها.

تبدأ الخصومة القضائية كوحدة قانونية متكاملة بالمطالبة القضائية في الشكل القانوني؛ لأن القاضي لا يتولّى الدَعْوَى من تلقاء نفسه بل ترفع إليه بناءً على طلب المدعى، وتسير نحو هدفها المنشود بتحقيق الحماية القضائية خلال فترة زمنية تطول، أو تقصر حسب الظروف. وتتجلى استمرارية الخصومة كظاهرة مستمرة في مجموعة أعمال إجرائية متتالية، ومتتابعة، ومرتبطة، فبعد المطالبة القضائية تبدأ مرحلة سير الخصومة بتقديم الطلبات بكافة أنواعها، والدفع المختلفة، وتقديم الأدلة، والمستندات المؤيدة لها، وبانتهاء التحقيق، والدفاع في القضية تقرر المحكمة قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها. ويلتزم الخصوم، والقاضي بحدود نطاق القضية، وبما قدم في ختامها من طلبات مؤكدة جازمة، أصلية، وعارضة، صريحة، أو ضمنية. والعبرة في تحديد الطلبات بالمقاصد، والمعاني، لا بالألفاظ، والمباني(١).

ويجوز للخصوم في أي حالة كانت عليها الدَعْوَى أثناء سير الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى، وقبل قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها التقدم بالطلبات العارضة المرتبطة بالطلبات الأصلية؛ للاقتصاد في الخصومة بتصفية المنازعات المرتبطة بالطلب الأصلي، أو المتفرعة عنه بما لا يؤخر سيرها، وذلك بشرط توافر الارتباط، والمصلحة، والصفة، والشكل القانوني، سواء أكانت طلبات إضافية من المدعى أم طلبات مقابلة من المدعى عليه، وسواء تم تقديمها في شكل دَعْوَى مستقلة بالإجراءات المعتادة لرفع دَعْوَى أو بمذكرة مكتوبة ثبت إطلاع الخصم عليها، أو تم إعلانه بها مع تمكينه من الرد عليها، أو شفاهاة في الجلسة بحضور الخصوم، وإثباتها في محضر الجلسة تابعاً للدَعْوَى الأصلية يبقي ببقائها، ويزول بزوالها(٢).

(١) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٢ ومابعده، ص ٤٥٦ ومابعدها. د. عزمي عبدالفتاح، قانون القضاء المدني المصري،

ص ٣٩٦ ومابعدها. د. طلعت دويدار، الوسيط، ص ٥٣١ ومابعدها. نقض مدني ٢٦/٥/٢٠١٦م، طعن رقم ١٤٣٤٩ لسنة ٨٤ ق، موقع محكمة النقض المصرية.

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

نقض مدني ١١/٩/٢٠٠٩م، طعن رقم ١٤١٥ لسنة ٦٦ ق، مج، س ٦٠، ج ٢، ق ١٤١، ص ٨٢٨.

نقض مدني ٢٨/٨/٢٠٠٦م، طعن رقم ٦٠١٩ لسنة ٧٥ ق، مج، س ٥٧، ج ١، ق ١٢٦، ص ٦٦٧.

(٢) د. أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ١٢٤ ومابعده، ص ٢٢١ ومابعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٥٠٦ ومابعدها. نقض مدني ٢٦/١٢/٢٠١٣م، طعن رقم ١٣٥٤٤ لسنة ٨١ ق، موقع محكمة النقض:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

وإذا كانت المحكمة قد حجزت القضية للحكم فيها، ورخصت للخصوم في تقديم مذكرات تكميلية خلال أجل معين مقاسمة بين المدعى، والمدعى عليه، فيجوز للخصوم تقديم طلبات عارضة خلالها؛ لأن باب المرافعة يظل مفتوحاً حتى انتهاء تلك المهلة بشرط إطلاع، أو إعلان خصمها بها، وتمكينه من الرد عليها لعدم مفاجئته بطلبات جديدة بعد أن قطعت القضية جميع مراحل تحضيرها، وتهيأت للحكم فيها، وألا يُعاد فتح باب المرافعة فيها؛ حتى لا يكون هناك إخلال بحقوق الدفاع يترتب عليه يُطلان هذه الطلبات. أما بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم، فلا تكون الخصومة محلاً لإبداء طلبات فيها حيث تكون القضية سالحة، ومهيأة للحكم في موضوعها بعد أن أدلى الخصوم بأقوالهم، وطلباتهم الختامية في جلسات المرافعة؛ ليختلي بها القاضي بعيداً عن مناوشات الخصوم؛ لتكوين عقيدته فيها، فإن أي طلب عارض يقدم بعد ذلك يصبح غير مقبول، وتحكم المحكمة بعدم قبوله من تلقاء نفسها دون حاجة إلى التمسك به، وذلك ما لم تقرر المحكمة إعادة فتح باب المرافعة مرة أُخرى من جديد - إذا وجدت ما يبرر ذلك - سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم (م ١٢٣ مرافعات مصري) (١).

أثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على الدفوع: يعترف القانون للخصم بالحق في الدفاع؛ للرد على ادعاءات خصمها، ودفاعه. ونظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد الأحكام القانونية للدفوع les exception بكافة أنواعها في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة أنه يتم تقديم الدفوع في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد بين المشرع قواعد، وأحكام الدفوع، وأنواعها في (

(١) د. عبد القصاص، الوسيط، بند ٢٩٢، ص ٥٨٨. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٤٤٢ وما بعدها. د. علي بركات، الوسيط، بند ٥٥٣، ص ٧١١-٧١٢. نقض مدني ٢٦/١٢/٢٠١٠م، طعن رقم ٧٢٧٩ لسنة ٦٥ ق، مج، س ٦١، ج ١، ق ١٢٤، ص ١٠٢٥. نقض مدني ٣/٤/٢٠٠٠م، طعن رقم ٤١٩ لسنة ٦٩ ق، مج، س ٥١، ج ١، ق ٩٥، ص ٥٣٥. نقض مدني ٢٧/٥/١٩٧٥م، طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٠ ق، مج، س ٢٦، ج ١، ق ٢٠٧، ص ١٠٨٥. نقض مدني ٣/٥/١٩٥٣م، الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٢٠ ق، مج، س ٤، ج ١، ق ٨٨، ص ٥٧٥.

م ١٠٨: ١١٦ مرافعات مصري، و م ٨٤ : ٩٣ إجراءات مدنية إماراتي، و art. 71: 77; (122: 126 N.C.P.C.F).

والدفع هي، وسائل دفاع المدعى عليه؛ لدحض، وتخطي ادعاء المدعى، أو منع الحكم له به كله، أو بعضه أو رفضه، أو الحكم بعدم قبوله، أو الحكم بعدم صحة الإجراءات التي اتخذها، أو سقوط حقه فيها، أو اعتبارها كأن لم تكن. وتتنوع الدفع إلى دفع إجرائية، ودفع بعدم قبول، ودفع موضوعية (١).

والدفع الشكلية، أو الإجرائية Les exceptions de Procédure هي الدفع التي ينازع بها الخصم في صحة إجراءات الخصومة كالدفع بالبطلان، ويجب إيدؤها معاً في إجراء واحد، بمذكرة، واحدة، أو في الجلسة جميعها قبل الكلام في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يندُ منها، ويسقط حق الطاعن فيها إذا لم ييدها في صحيفة الطعن (م ١٠٨ مرافعات مصري) باستثناء الدفع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، أو التي ينشأ سببها بعد ذلك. والدفع بعدم قبول الدَعْوَى -Fin de non-récevoir هو الدفع الذي ينازع به الخصم في حق خصمه في رفع الدَعْوَى بهدف منع المحكمة من سماع الدَعْوَى كالدفع بعدم قبول الدَعْوَى لرفعها من غير ذي مصلحة، أو من غير ذي صفة، أو لسبق الفصل فيها، أو لفوات الميعاد، ويجوز إيدؤها في أية حالة تكون عليها الإجراءات، ولا يسقط بالكلام في الموضوع. أما الدفع الموضوعي la défense au fond هو الدفع الذي ينازع به الخصم في الحق الموضوعي المدعى به كالدفع بفسخ، أو ببطلان العقد، أو بصوريته، ويجوز إيدؤها في أية حالة كانت عليها الإجراءات (٢).

- (١) دفتحي والي، الوسيط، بند ٢٨٧ ومابعده، ص ٤٨٢ ومابعدها. دنييل عمر، الوسيط، ص ٣٩٥ ومابعدها. د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ١٥١، ص ٢٥٦. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٥٣٨ ومابعدها. نقض مدني ١٢/٤/٨م، طعن رقم ١٥٥٠٣ لسنة ٧٨ ق، مج، س ٦٣، ج ١، ق ٨٦، ص ٥٧٥. نقض مدني ١٩٧٩/١٢/١٠م، طعن رقم ١٠٢١ لسنة ٤٦ ق، مج، س ٣٠، ج ٣، ق ٣٧٦، ص ٢٠٤.
- (٢) د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ١٥٢ ومابعده، ص ٢٥٦ ومابعدها. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٥٣٨ ومابعدها. د.الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٤٥٥ ومابعدها. نقض تجاري ٢٠١٦/٨/٢٣م، طعن رقم ٩١٤٢ لسنة ٨٥ ق. نقض مدني ٢٠١٦/٦/٢٣م، طعن رقم ١٠٢٦٩ لسنة ٧٩ ق، نقض مدني ٢٠١٤/٦/٢م، طعن رقم ٣٥٥٥ لسنة ٧٤ ق، نقض مدني ٢٠١٤/٤/٢٨م، طعن رقم ٧٥٩٣ لسنة ٧٤ ق، نقض مدني ٢٠١٣/١٠/٨م، طعن رقم ٩٨٨٢ لسنة ٨٠ ق، موقع محكمة النقض.

ويجوز للخصوم التمسك بالدفع أيّاً كان نوعها، طبقاً لأحكام القانون، أثناء سير الخصومة، وقبل قفل باب المرافعة فيها. أما بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، فلا تكون الخصومة محلاً لإبداء الدفع إلاخلال فترة حجز القضية للحكم فيها، مع السماح للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية خلال مهلة معينة، أو بعد قرار المحكمة بإعادة فتح باب المرافعة فيها مرة أخرى سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم(١).

أثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على وقف الخصومة: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد قواعد، وأحكام وقف الخصومة suspension de l'instance في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، والفيديوكونفرانس، والبريد الإلكتروني، وسكاي بي، والإنترنت... وقد بين المشرع أحكام، وقف الخصومة، وحالاته في (م. ٢/٩٩، ١٢٨، ١٢٩مرافعات مصري، وم ١٠١ - ١٠٢ إجراءات مدنية إماراتي، و art. 377 : 383 (N.C.P.C.F).

وقف الخصومة: هو عدم السير فيها مؤقتاً لأجل معين، أو لحدث، واقعة محددة بناءً على اتفاق الخصوم، أو حكم المحكمة، أو بقوة القانون، رغم وجود، وصلاحيّة أطرافها. ويترتب على الوقف بقاء الخصومة قائمة في حالة ركود، وعدم جواز اتخاذ أي إجراء فيها، وهي راکدة، وبطلان الإجراءات المتخذة أثناء فترة الوقف، ووقف جميع المواعيد الإجرائية التي بدأت قبل الوقف، وتستكمل بعد انتهائه باستثناء المواعيد الحتمية في حالة الوقف الاتفاقي. وينتهي الوقف بزوال سببه، وتعاود الخصومة الموقوفة سيرها، من حيث توقفت بتعجيلها بناءً على طلب أحد الخصوم(٢).

(١) د.عبد القصاص، الوسيط، بند ٣٨٥ ومابعده، ص ٧٨٩ ومابعدها. د.علي بركات، الوسيط، بند ٥٥٥ ومابعده، ص ٧١٣ ومابعدها. محمد نصر الدين كامل، عوارض الخصومة، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، بند ١ ومابعده، ص ٩ ومابعدها. نقض مدني ٢٠٠٧/٥/١٣م، طعن رقم ٦٨٦٦ لسنة ٦٥ ق، مج، س ٥٨، ج ١، ق ٦٩، ص ٣٩٩. نقض مدني ٢٠٠٣/١٢/١٠م، طعن رقم ٥١٠٢ لسنة ٧١ ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ٢٣٦، ص ١٣٣٥.

(٢) د.فتححي والي، الوسيط، بند ٢٩٩ ومابعده، ص ٥١٢ ومابعدها. د.أحمد خليل، قانون المرافعات، ج ٢، ص ٨٥ ومابعدها. د.أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية، ص ٣٤ ومابعدها. د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢١٨ ومابعده، ص ٤٠٤



وتعتبر الخصومة الموقوفة غير مهياة للحكم فيها أياً كان سبب الوقف، سواء كان بناءً على اتفاق الخصوم على وقف الخصومة، بعدم السير فيها مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم (م ١٢٨ مرافعات مصري)، أو حكم المحكمة عندما تحكم بوقف الدَعْوَى جزاءً لمدة لا تجاوز شهراً بعد سماع أقوال المدعى عليه (م ٢/٩٩ مرافعات مصري)، أو عندما تأمر المحكمة بوقف الخصومة الأصلية إلى حين الفصل في مسألة أولية من محكمة، أو جهة أخرى مختصة بها (م ١٢٩ مرافعات مصري)، أو بقوة القانون بطلب فض تنازع الولاية، أو الاختصاص (م ٣/٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا)، ووقف الدَعْوَى الأصلية لحين الفصل في طلب رد القاضي (م ١٦٢ مرافعات)، وبطلب، وقف الخصومة الأصلية أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدَعْوَى لحين الفصل في الطعن في الحكم الصادر بعدم الاختصاص، والإحالة (م ٢١٢ مرافعات)، ووقف الفصل في الدَعْوَى المدنية لحين الفصل في الدَعْوَى الجنائية (م ١/٢٦٥ إجراءات جنائية)(١).

وعلى ذلك فالخصومة الموقوفة في أية حالة تكون عليها الدَعْوَى، وأياً كان سبب الوقف تكون غير صالحة، وغير مهياة للحكم في موضوعها، وبالتالي لا يجوز قفل باب المرافعة فيها، ولا حجزها للحكم فيها؛ لأن الخصوم لم يبدوا أقوالهم، وطلباتهم الختامية فيها بعد. ولا تكون الخصومة بعد قفل باب المرافعة، وحجزها للحكم فيها محلاً للوقف إلا بعد قرار المحكمة بإعادة فتح باب المرافعة فيها مرة أخرى سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم(٢).

ومابعدھا. د.أحمد محمد حبش، مبادئ قانون المرافعات، ص ١٧٢ ومابعدھا. نقض منني ٢٠/٤/٢٠م، طعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٦٧ ق، مج، ص ٦١، ج ١، ق ٩٢، ص ٥٨٣.

(١) د.أحمد خليل، قانون المرافعات، ج ٢، ص ٩٤ وما بعدها. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٦٨٠ ومابعدھا. د.علي بركات، الوسيط، بند ٦٠٩ ومابعدھ، ص ٧٩٧ ومابعدھا. نقض منني ٩/٢/٢٠٠٩م، طعن رقم ٤٣٥ لسنة ٧٠ ق، مج، ص ٦٠، ج ١، ق ٤٦، ٢٨٤. نقض منني ١٣/٧/٢٠٠٩م، طعن رقم ٤٥٨٦ لسنة ٦٦ ق، مج، ص ٦٠، ج ١، ق ١٣٢، ٧٨٧.

(٢) د.عبد القصاص، الوسيط، بند ٣٩٦-٣٩٧، ص ٨٢٢ ومابعدھا. د.طلعت دويدار، الوسيط، ص ٥٥٣ ومابعدھا؛ تأجيل الدعوي، ص ١٠ ومابعدھا. د.محمد عبد اللطيف أبو العلا، عوارض الخصومة المدنية، ص ٢٩٦ ومابعدھا. نقض تجاري ٢٤/١١/٢٠١٦م، طعن رقم ١٣٢٣٧ لسنة ٧٦ ق، موقع محكمة النقض:

آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على انقطاع الخصومة:  
نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم قواعد انقطاع الخصومة l'interruption de l'instance في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمجرر، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد بيّن المشرع أحكام انقطاع الخصومة، وحالاته في (م ١٣٠ : ١٣٣ مرافعات مصري، و م ١٠٣ : ١٠٥ إجراءات مدنية إماراتي، art. 369 : 376 N.C.P.C.F.).

وانقطاع الخصومة: هو توقف سيرها بقوة القانون؛ لتصدّع ركنها الشخصي، لحين تعجيلها في مواجهة مَنْ حَلَّ محل الخصم الذي قام به سبب الانقطاع. وذلك لكفالة حقوق الدفاع، وتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، ومنح الخصم فرصة العلم بالخصومة، والاستعداد للدفاع فيها. وانقطاع الخصومة أثر حتمي لوفاة أحد الخصوم، أو فقده لأهلية التقاضي، أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه بصرف النظر عن علم الخصم الآخر به، أو عدم علمه. ويقع عبء إثبات انقطاع الخصومة على من يدعي تحقق أحد أسبابه المحددة، على سبيل الحصر. ويتحقق الانقطاع بقوة القانون دون حاجة لصدور حكم به، ويترتب على الانقطاع، وقف جميع المواعيد، وبطلان جميع الإجراءات التي تتخذ أثناء فترة الانقطاع بطلان نسبي بعد تمسك من شرع الانقطاع لمصلحته، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها. وتستأنف الخصومة سيرها من آخر إجراء صحيح تم فيها بعد تعجيلها بتكاليف بالحضور إلى جلسة تُنظر فيها، أو بالحضور في الجلسة التي كانت محددة لنظرها (١).

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/All/Cassation\\_Court\\_All\\_Cases.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx)

(١) د. أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ص ١٦٣ وما بعدها. د. عيد القصاص، الوسيط، بند ٣٩٨ وما بعده، ص ٨٢٧ وما بعدها. د. علي بركات، الوسيط، بند ٦١٥ وما بعده، ص ٨٠٦ وما بعدها. د. محمد عبداللطيف أبو العلا، عوارض الخصومة المدنية، ص ٢٦٩ وما بعدها. نقض مدني ٢٠٠٩/٥/١٢م، طعن رقم ٤٩٨١ لسنة ٦٦ ق، مج، س ٦٠، ق ٩٤، ص ٥٧٠.

ويفترض انقطاع الخصومة أن تكون الخصومة قد بدأت صحيحة بإيداع صحيفتها قلم كُتَّاب المحكمة ثم طرأ سبب الانقطاع بعد بدئها أثناء سيرها، وقبل قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، أما إذا حدث سبب الانقطاع قبل بدئها أي قبل رفع الدَعْوَى فإن الخصومة لا تتعقد أصلاً، وينعدم كل ما يتخذ فيها من إجراءات، ولا تكون محلاً للانقطاع. أما بعد أن أصبحت الدَعْوَى مهياًة للحكم فيها، وتم قفل باب المرافعة فيها، وحجزت القضية للحكم فيها فلا تكون الخصومة محلاً للانقطاع؛ لأن قفل باب المرافعة لا يكون إلا بعد أن تصبح القضية صالحة للحكم فيها أي بعد أن يأخذ كل خصمٍ فيها حقه كاملاً في عرض دعواه، والدفاع عن مصالحه، فإذا تحقق سبب الانقطاع بعد أن، وصلت الخصومة إلى مرحلة قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها فلا جدوى من الحكم بانقطاع الخصومة؛ لأن، وجود الخصوم، وصلاحياتهم بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها لن يغير من الأمر شيئاً حيث يجوز للمحكمة الحكم فيها بناءً على أقوال الخصوم، وطلباتهم الختامية، حتى ولو تحقق سبب من أسباب الانقطاع، بشرط أن تثبت المحكمة في حكمها أن الدَعْوَى كانت مهياًة للحكم فيها قبل قيام سبب الانقطاع(١).

أما إذا قفل باب المرافعة، وحجزت القضية للحكم فيها مع السماح للخصوم بتقديم مستندات، أو مذكرات تكميلية في أجل محدد لكل خصم، وتحقق سبب الانقطاع خلاله، فإن الخصومة تتقطع بقوة القانون، وتكون محلاً للانقطاع؛ لأنها لم تكن مهياًة، وصالحة للحكم فيها، إلا بعد انقضاء هذا الأجل، والمحكمة إما أن تقرر فتح باب المرافعة؛ ليتمكن الخصوم من تصحيح مسار الدَعْوَى، أو تقرر الحكم بانقطاع الخصومة تقريراً للواقع. وتعتبر الدَعْوَى مهياًة للحكم في موضوعها، متى كان الخصوم قد أبدؤوا أقوالهم، وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل الوفاة، أو فقد أهلية الخصومة، أو زوال الصفة. وتطبق نفس القاعدة من باب أولى عند تحقق سبب الانقطاع، بعد إعادة فتح باب

(١) د.فتحي والي، الوسيط، بند ٣٠٥، ص ٥٢٢ ومابعدها. د.نبيل عمر، الوسيط، ص ٥٧٥ ومابعدها. د.أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية، ص ٦٩ ومابعدها. د.عبدالقادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ص ٨٥-٨٦. د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢٢٨ ومابعده، ص ٤٢٢ ومابعدها. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٦٩٣ ومابعدها. نقض مدني ١٩٧٦/١٢/٢٦م، طعن رقم ٤٨١ لسنة ٤١ ق، مج، س ٢٧، ج ٢، ق ٣٣٢، ص ١٨٠٩.

المرافعة، بعد قفله بقرار من المحكمة، سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم، حيث تكون القضية في تلك الحالة غير مهياًة، وغير صالحة للحكم فيها، وتكون محلاً للانقطاع (١).

آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على سقوط الخصومة:  
نظراً لعدم وجود قواعد خاصة لسقوط الخصومة La Péremption de l'instance في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة أن تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني يكون بالوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد بينَّ المشرِّع أحكام سقوط الخصومة، وحالاته في ( م ١٣٤ : ١٣٩ مرافعات مصري، و م ١٠٦ : ١٠٩ إجراءات مدنية إماراتي، 393 N.C.P.C.F. : art.386).

سقوط الخصومة: هو انقضاؤها، وزوال آثارها بأثر رجعي بقوة القانون، دون المساس بأصل الحق بناءً على طلب، أو دفع من المدعى عليه، متى توافرت شروطه جزاءً إهمال المدعى، أو امتناعه عن مواالاة السير فيها مدة ستة أشهر من آخر إجراء صحيح فيها، دون وقف، أو انقطاع ميعاد سقوطها لمانع مادي، أو قانوني. وذلك حماية لمصلحة المدعى عليه، ومن في حكمه؛ حتى لا يظل قلقاً في خصومة راکدة، ولاستقرار الحقوق، والمراكز القانونية، وحتى لا تتراكم القضايا التي أهملها أصحابها أمام المحاكم، ولحث المدعى على بذل الهمة الإجرائية. ويسري نظام سقوط الخصومة، كقاعدة عامة على كافة أنواع الخصومات أمام محكمة الدرجة الأولى، والثانية، ولا يسري على خصومة الطعن بالنقض لكونها ذات طبيعة خاصة تتوالى إجراءاتها بنظام قانوني مختلف عن الخصومة أمام درجتى التقاضي، وسير إجراءاتها لا يعتمد على نشاط، وهمة الخصوم. كما يسري سقوط الخصومة في حق جميع الأشخاص، ولو كانوا عديمي الأهلية، أو ناقصيها (٢).

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد هندي، التمسك بسقوط الخصومة "همة الخصوم"، الدار الجامعية ببيروت ١٩٩١م، ص ٣٥ ومابعدها. د. أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ص ١٨٠ ومابعدها. د. طلعت محمد دويدار، سقوط الخصومة، ص ٣٠٠ ومابعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٠١ ومابعدها. د. عيد محمد القصاص، نحو فكرة عامة لتقادم الخصومة، دار النهضة

و ركود الخصومة المؤدي إلى سقوطها: هو الوقف الذي يكون المدعى مسئولاً عنه، باعتباره المكلف قانوناً بموالة إجراءاتها، ولا يحكم بجزاء سقوط الخصومة، إذا كان الإهمال بعدم السير فيها، راجعاً لفعل المدعى عليه، أو المحكمة، أو أحد معاوني القضاء؛ لأن الإهمال لا يكون بفعل المدعى، أو امتناعه، كما أن المواعيد لا تسري في مواجهة من لا يستطيع. وفي القانون الفرنسي يجوز لأي من الخصوم - المدعى أو المدعى عليه - التمسك بسقوط الخصومة بمقتضى (art. 387 al.1 N.C.P.C.F.)، بينما في القانون المصري يتمسك المدعى عليه فقط بسقوط الخصومة (١).

ويتم التمسك بسقوط الخصومة: إما برفع دعوى مبتدأه أمام المحكمة المقامة أمامها الدعوى المطلوب إسقاط الخصومة فيها، أو بدفع شكلي إجرائي - قبل الكلام في الموضوع - غير متعلق بالنظام العام، إذا عجل المدعى دعواه بعد انقضاء ميعاد سقوط الخصومة، دون وقف، أو انقطاع لميعاد سقوطها. ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط الخصومة من تلقاء نفسها، ولا يجوز للمدعي التمسك به؛ لأنه غير مقرر لمصلحته، بل هو عقوبة على إهماله فلا يستفيد منه. وتحكم المحكمة بسقوط الخصومة متى طُلبَ منها ذلك بمجرد توافر شروطه، دون أن يكون لها سلطة تقديرية في ذلك، والحكم بسقوط الخصومة: حكم تفريري، وليس مُنشئاً لحالة السقوط، حيث يترتب سقوط الخصومة آثاره بقوة القانون من لحظة توافر مفترضاته. ويترتب على ذلك زوال الخصومة، وإلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدعوى، ولكن لا يسقط الحق في أصل الدعوى، ولا الأحكام القطعية الصادرة فيها، ولا الإجراءات السابقة على تلك الأحكام، وللخصوم التمسك بإجراءات التحقيق، وأعمال الخبرة التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها (م ١٣٧ مرافعات) (٢).

العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، بند ٣٢، ص ٨٢ ومابعدها. نقض مدني ١٤/٦/٢٠١٠م، طعن رقم ٦٤٧٩ لسنة ٧٨ ق، مج، ص ٦١، ج ١، ق ١٢٩، ص ٧٨٤.

(١) د.نبيل عمر، الوسيط، ص ٥٨٤ ومابعدها. د.الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ص ٤٨٤ ومابعدها. د.علي بركات، الوسيط، بند ٦٢٠ ومابعده، ص ٨١٤ ومابعدها. محمد نصر الدين كامل، عوارض الخصومة، بند ١ ومابعده، ص ٩ ومابعدها. نقض مدني ٢٧/١٠/٢٠٠٧م، مجلة هيئة قضايا الدولة، ص ٥٢، ج ٤٤، ص ١٢٧.

(٢) الإشارة السابقة.

وحتى تكون الخصومة الراكدة مَحَلًّا للسقوط في أية حالة، كانت عليها الدَعْوَى فيفترض عدم السير فيها بعد بدءها، فلا سقوط للخصومة قبل ميلادها لعدم، وجودها أصلاً كَمَحَلِّ للسقوط، ولا بعد انتهائها بصدور حكم في موضوعها، حيث انتهاء نشاط الخصوم بالنسبة لخصومتهم، فحيث لا خصومة، فلا سقوط. وبفصل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها تكون القضية في حوزة المحكمة، وليست في حوزة الخصوم فُتَغَلَّ يد الخصوم عن خصومتهم بقرار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، وتكون الخصومة بِمَنْجَى من السقوط، فبقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم يتوقف نشاط الخصوم، والمتابعة، وبالتالي لا تسقط الخصومة، ما لم يتم إعادة فتح باب المرافعة فيها بعد قفلها، فيعود للخصومة نشاط، وهمة الخصوم، والمتابعة بعد إعادة فتح باب المرافعة فيها. فلا مناط لسقوط الخصومة، متى كانت في حوزة المحكمة، وكان الخَصْمُ مجرداً من إمكانية تسييرها، فقرار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها ينقل الخصومة من إرادة الخصوم إلى إرادة المحكمة، وتتقطع صلة الخصوم بالدَعْوَى. وتستبعد الإجراءات التالية لانقضاء الخصومة من أحكام سقوط الخصومة، فالخصومة التي انتهت فعلاً بصدور حكم فيها لا يرد عليها سقوط (١).

وفي ظل فلسفة القانون الفرنسي القديم، الذي كان يُرجع الأساس الفني لسقوط الخصومة إلى: فكرة الترك الضمني، أو المفترض، ذهب بعض الفقهاء الفرنسي التقليدي إلى القول: بأن الخصومة تسقط في أية حالة تكون عليها الدَعْوَى en tout état de cause، وأن قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، لا يحول، ولا يمنع من طلب سقوط الخصومة عند توافر جميع شروطه، ولا يهم ما إذا كان ميعاد سقوط الخصومة قد تم بإهمال الخصوم، أو بإهمال، وتقايس القاضي طالما أنه في يد الخصوم، وسيلة قانونية لمقاومة تقايس القاضي بعد قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم، وهي طلب مخاصمته بناءً على سبب إنكار العدالة

(١) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٠٨، ص ٥٢٨-٥٢٩. د. أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢٣٦، ص ٤٤٢-٤٤٣. د. طلعت محمد دويدار، سقوط الخصومة، ص ٣١٩ وما بعدها. د. عيد القصاص، الوسيط، بند ٤٠٤، ص ٨٣٤-٨٣٥. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٥م، بند ٣٣٩، ص ٧٢٢.

لفوات ميعاد سقوط خصومة قضية محجوزة للحكم لديه، وهذا التقاعس من القاضي، لا ينفى إهمال المدعى الذي يجب عليه السهر على مصالحه، إن هو لم يستحث القاضي على القيام بما أوجبه عليه القانون، بحيث إذا توقفت متابعة المدعى للخصومة نتيجة تقاعس القاضي تحقق مناط سقوط الخصومة (1).

آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على انقضاء الخصومة بمضيّ المدة أو بالتقادم: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم انقضاء الخصومة بمضيّ المدة La Prescription de l'instance في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة أنه يتم تفسير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد بيّن المشرع المصري أحكام انقضاء الخصومة بمضيّ المدة، أو بالتقادم، وحالاته في (م 140 مرافعات مصري، و م 110 إجراءات مدنية إماراتي)، في حين أنه لم يوجد نص في قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وتعديلاته المختلفة يُعالج أحكام انقضاء الخصومة بمضيّ المدة، أو بالتقادم، وحالاته، وإنما يوجد نص ( art. 2226 C.C.F. ) يعالج مدة تقادم الدعاوى بثلاثين عاماً.

انقضاء الخصومة بمضي المدة، أو بالتقادم هو: انقضاؤها وزوال آثارها بأثر رجعي بقوة القانون دون المساس بأصل الحق بناءً على طلب، أو دفع من أي من الخصوم، متى توافرت شروطه، وأيّا كان سبب ركودها، أو المتسبب فيه مدة سنتين من آخر إجراء صحيح فيها دون وقف، أو انقطاع لميعاد تقادمها لمانع مادي، أو قانوني. وذلك لوضع حد نهائي لتراكم القضايا أمام المحاكم راكدة بغير حركة، ولحث الخصوم على بذل الهمة الإجرائية. ويسري نظام انقضاء الخصومة بمضي المدة، أو بالتقادم كقاعدة عامة، على كافة أنواع الخصومات أمام محكمة الدرجة الأولى، والثانية، ولا يسري على خصومة

(1) -E.Garsonnet et Ch. Cezar-Brue; Traité Théorique Et Pratique de Procédure Civile et Commerciale; 3e. éd.; T. 3; Recueil Sirey; Paris; N. 874; P. 719-720.

-G. Papon; Péremption d'instance; Rép. Dalloz; I; éd. 1956; P. 94.

-Cass. Civ.2 □ 17 mars 1986; Rév.Trim. dr. Civ.1986; P. 638-641; obs.R. Perrot.

-Cass. Civ. 2 □ ; 17 mars 1986;Gaz. Pal. 1986; P. 425; Not. E.du Rusquec.

الطعن بالنقض؛ لكونها ذات طبيعة خاصة تتوالى إجراءاتها بنظام قانوني مختلف عن الخصومة أمام درجتي التقاضي. كما يسري انقضاء الخصومة بمضي المدة، أو بالتقادم في حق جميع الأشخاص، ولو كانوا عديمي الأهلية، أو ناقصيها. ويترتب على ذلك زوال الخصومة، وإلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدَعْوَى، ولكن لا يسقط الحق في أصل الدَعْوَى، ولا الأحكام القطعية الصادرة فيها، ولا الإجراءات السابقة على تلك الأحكام، وللخصوم التمسك بإجراءات التحقيق، وأعمال الخبرة التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها (م ١٣٧ مرافعات)(١).

وحتى تكون الخصومة الراكدة محلاً لانقضائها بمضي المدة، أو بالتقادم في أيّة حالة تكون عليها الدَعْوَى، فيفترض عدم السير فيها بعد بدئها، فلا تقادم للخصومة قبل ميلادها؛ لعدم وجودها أصلاً كمحل للتقادم، ولا بعد انتهائها بحكم في موضوعها، فالخصومة التي انتهت فعلاً بصدور حكم فيها، لا يرد عليها تقادم، فحيث لاخصومة فلا تقادم. وبفعل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها تكون القضية في حوزة المحكمة، وليست في حوزة الخصوم فتغلّ يدُ الخصوم عن خصومتهم بقرار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، وتكون الخصومة بمنجى من سريان ميعاد انقضائها بمضي المدة، أو بالتقادم، فبقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها يتوقف نشاط الخصوم، والمتابعة، وبالتالي لا تقادم الخصومة(٢).

وإذا تم إعادة فتح باب المرافعة بعد قفلها بقرار من المحكمة سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم فيها، فيعود للخصومة نشاط، وهمة الخصوم، والمتابعة بعد إعادة فتح باب المرافعة فيها. فلا مناط لتقادم

(١) دفتحي والي، الوسيط، بند ٣١١، ص ٥٣٧. د. محمود مصطفى يونس، المرجع، بند ٣٤٤ ومابعده، ص ٧٣٤ ومابعدها. د. علي بركات، الوسيط، بند ٦٢٧، ص ٨٢٤-٨٢٥. نقض مندي مصري (هيئة عامة) ١٩٨٨/٣/٢م، طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ق، مج، س ٢٥، ج ١، ص ٢٦. نقض تجاري ٢٠١٦/٧/٢٨م، طعن رقم ١٣٢١٣ لسنة ٧٧ ق، موقع محكمة النقض المصرية:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/All/Cassation\\_Court\\_All\\_Cases.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx)

(٢) د. أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ص ١٨٧ ومابعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٠٥ ومابعدها. نقض مندي ٢٠٠٦/٣/٩م، طعن رقم ٢٦٩٦ لسنة ٦٢ ق، مج، س ٥٧، ج ١، ق ٤٨، ص ٢٢٩.



الخصومة متى كانت في حوزة المحكمة، وكان الخصم مجرداً من إمكانية تسييرها، فقرار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها يُنقلُ الخصومة من إرادة الخصوم إلى إرادة القاضي، وتتقطع صلة الخصوم بالدعوى، ويقف ميعاد انقضائها بمضي المدة، أو بالتقادم لقيام مانع قانوني يستحيل معه السير فيها(١).

آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على اعتبار الخصومة كأن لم تكن: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم إعتبار الخصومة كأن لم تكن La Caducité de la citation في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة أن تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني يكون بالوسائل الإلكترونية كالمحرر، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد بيّن المشرع أحكام اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وحالاته في (م ٧٠ مرافعات مصري، م ١/٥١ إجراءات مدنية إماراتي) لإهمال المدعى في تكليف خصمه بالحضور، وفي (م ١/٨٢ مرافعات مصري) لإهمال المدعى في تعجيل الخصومة المشطوبة، أو عدم الحضور بعد تجديدها، وفي (م ٣/٩٩ مرافعات مصري، م ٢/٧١ إجراءات مدنية إماراتي) لعدم امتثال المدعى لأمر المحكمة، و (art. 757; 791; 905; 922; 478; 1411; 1423; 385; 406; 407; 468; 469; و 1132. N.C.P.C.F).

واعتبار الخصومة كأن لم تكن: هو انقضاؤها قبل الحكم في موضوعها، وزوال آثارها، دون المساس بأصل الحق، لإهمال المدعى في القيام بواجب إجرائي محدد خلال ميعاد معين لتسيير الخصومة، ومتابعتها بعد ركودها، بناءً على طلب، أو دفع توافرت شروطه القانونية. ويترتب على ذلك زوال الخصومة، وإلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدعوى، ولكن لا يسقط الحق في أصل الدعوى، ولا الأحكام القطعية الصادرة فيها، ولا الإجراءات السابقة على تلك

(١) د. عيد القصاص، الوسيط، بند ٤٠٩ ومابعده، ص ٨٥٥ ومابعدها. محمد نصر الدين كامل، عوارض الخصومة، بند ١١٠ ومابعده، ص ٣٣٧ ومابعدها. نقض مدني ٢٣/١/٢٠٠٦م، طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٦١ ق، مج، س ٥٧، ج ١، ق ١٥، ص ٦٦.

الأحكام، وللخصوم التمسك بإجراءات التحقيق، وأعمال الخبرة التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها (م ١٣٧ مرافعات)(١).

وحتى تكون الخصومة الراكدة مَحَلًّا لاعتبار الخصومة كأن لم تكن، في أيّة حالة تكون عليها الدَعْوَى فيفترض عدم السير فيها بعد بدئها، فلا اعتبار للخصومة كأن لم تكن قبل ميلادها؛ لعدم وجودها أصلاً، ولا بعد انتهائها بحكم في موضوعها، حيث انتهاء نشاط الخصوم فيها. وبقل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم تكون القضية في حوزة المحكمة، وليست في حوزة الخصوم، فتغل يد الخصوم عن خصومتهم بقرار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، وتكون الخصومة بِمَنْجَى من الحكم باعتبارها كأن لم تكن، فبقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها يتوقف نشاط الخصوم، والمتابعة، وبالتالي لا يمكن اعتبار الخصومة كأن لم تكن في فترة حجز القضية للحكم، وذلك ما لم يتم إعادة فتح باب المرافعة من جديد بعد قفلها، فتعود للخصومة نشاط، وهمة الخصوم، والمتابعة بعد إعادة فتح باب المرافعة من المحكمة، بناءً على طلب أحد الخصوم، فتصبح الخصومة محلًّا اعتبارها كأن لم تكن. فلا مناط لاعتبار الخصومة كأن لم تكن، متى كانت في حوزة القاضي، وكان الخَصْمُ مجرداً من إمكانية تسييرها، ومتابعتها، فقرار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها ينقل الخصومة من إرادة الخصوم إلى إرادة القاضي، وتتقطع صلة الخصوم بالدَعْوَى(٢).

**آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على شطب الخصومة:**  
نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحكم شطب الخصومة *La Radiation de l'instance* في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر،

(١) د. أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢٤٥ ومابعده، ص ٤٦٨ ومابعدها. د. محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، ١٩٨٩م، بند ٣٩، ص ٧٠ - ٧٢. نقض مدني ٢٠١٢/٤/١٨م، طعن رقم ٤١٨٨ لسنة ٧١ ق، مج، س ٦٣، ج ١، ق ٩٦، ص ٦٣٣. نقض مدني ٢٠٠٣/١/٢٠م، طعن رقم ٩٥٢ لسنة ٧١ ق، مج، س ٥٤، ج ١، ق ٢٦، ص ١٥٣.

(٢) د. عبد القصاص، الوسيط، بند ٤١٣ ومابعده، ص ٨٦٩ ومابعدها. د. عبدالتراب عبدالسلام مبارك، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠١م، بند ١٦ ومابعده، ص ٢٧ ومابعدها. نقض مدني ٢٠١٢/١٢/٢٦م، طعن رقم ٣٠٥٩ لسنة ٧١ ق، مج، س ٦٣، ج ١، ق ١٩٩، ص ١٢٣٤. نقض مدني ٢٠٠٦/١/٢٥م، طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٦٥ ق، مج، س ٥٧، ج ١، ق ١٨، ص ٨٣.

والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد بيّن المشرع أحكام شطب الخصومة، وحالاته في (م ٨٢ مرافعات مصري معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م، وم ٥١ إجراءات مدنية إماراتي، و art. 377; 381; 382; 383; 470; 90 al 2; 97 al. 3; 376; 781al. 1; 915 N.C.P.C.F.)، بالإضافة إلى شطب الإشكال في (م ٣١٤ مرافعات مصري).

شطب الدَعْوَى: هو تجميدها، واستبعادها من جدول القضايا المتداولة بجلسات المحكمة؛ نتيجة لغياب جميع الخصوم في أية جلسة من الجلسات، مع عدم صلاحية القضية للفصل في موضوعها، وتقرر المحكمة شطب الدَعْوَى من تلقاء نفسها، متى توافرت شروطه، ومقتضياته، ولا يكون الشطب إلا لمرة، واحدة، وذلك لمنع تراكم القضايا، وتخفيف العبء عن المحاكم، وحث الخصوم على سرعة القيام بإجراءات الخصومة، وسرعة الفصل في الدَعَاوى. فالدَعْوَى المشطوبة: هي الدَعْوَى الموقوف نظرها، لا تَزُول، ولا تُنظر، وتظل راکدة بكل أعمالها مُتَجَّةً لكافة آثارها الإجرائية، والموضوعية إلى أن يتم تعجيلها من الشطب؛ لتستأنف سيرها بذات الطلبات السابق إيدائها بعد إعادتها لجدول جلسات القضايا المتداولة، وتحديد جلسة لنظرها، وإعلانها للخَصْم الآخر، أو أن يُحْكَم باعتبارها كأن لم تكن. وإذا كانت المحكمة قد أصدرت قرارها بالشطب، ثم حضر أحد الخصوم في نفس الجلسة قبل نهايتها، فإنها تعدل عن قرار الشطب، وتعيد القضية للرول مع تأجيل نظرها لجلسة مقبلة، وتكليف المدعى بإعلان خَصْمه بالقرار، والجلسة. وقرار الشطب عمل من أعمال الإدارة القضائية لا يجب تسببيه، ولا يحوز الحجية، ولا يستنفذ، ولاية المحكمة، ولا يقبل الطعن بأي طريق؛ لأنه ليس حُكْمًا، ولا يُعَدُّ بمثابة حكم بالوقف، حتى يقبل الطعن المباشر على استقلال، بل يجب الانتظار لحين صدور الحكم المنهي للخصومة كلها (م ٢١٢ مرافعات). وإذا قررت المحكمة شطب الدَعْوَى على أساس غياب الخصوم، وكان الخَصْم حاضراً في الجلسة المحددة؛ لنظر الدَعْوَى، وجب عليه سلوك طريق الطعن بتزوير محضر الجلسة(١).

(١) د. أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ج ٢، ٢٠١٥م، ص ١٥٥-١٥٦. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٢٧٧ وما بعدها. د. محمد عبداللطيف أبو العلا، عوارض الخصومة المدنية، ص ١٨٣ وما بعدها. نقض مدني ١٤/٥/٢٠١٩م، طعن رقم ١٥١٢٢ لسنة ٨١ ق، موقع محكمة النقض المصرية.

وحتى تكون الخصومة محللاً للشطب في أيّة حالة، تكون عليها الدّعوى عند غياب جميع الخصوم في أية جلسة من الجلسات مع عدم صلاحية القضية للفصل في موضوعها بعد بدئها، فلا اعتبار لشطب الخصومة قبل ميلادها؛ لعدم وجودها أصلاً، ولا بعد انتهائها بصور حكم في موضوعها، حيث انتهاء نشاط الخصوم فيها. ويقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم تكون القضية مهياً، وصالحة للحكم فيها، وفي حوزة المحكمة، وليست في حوزة الخصوم، فتغل يد الخصوم عن خصومتهم بقرار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها، والخصومة الصالحة للحكم فيها تكون بمنجى من قرار الشطب. فبقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم فيها يتوقف نشاط الخصوم، وبالتالي لا يمكن شطب الخصومة الصالحة للحكم فيها في فترة حجز القضية للحكم (١).

أما إذا تم إعادة فتح باب المرافعة مرة أخرى بعد قفلها، فتعود للخصومة نشاط، وهمة الخصوم، والمتابعة بعد إعادة فتح باب المرافعة من تلقاء نفس المحكمة، أو بناءً على طلب أحد الخصوم فيها، فتصبح الخصومة محللاً للشطب. فلا مناط لشطب الخصومة متى كانت في حوزة القاضي، وكان الخصم مجرداً من إمكانية تسييرها، ومتابعتها، فقرار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم، ينقل الخصومة الصالحة للحكم فيها من إرادة الخصوم إلى إرادة القاضي، بما يمثل مانعاً قانونياً من متابعة الخصومة (٢).

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

- نقض مدني ٢٠١٠/٣/٨م، طعن رقم ٨٣٩ لسنة ٦٨ ق، مج، س ٦١، ج ١، ق ٥٤، ص ٣٥٢. نقض مدني (هيئة عامة) ١٩٨٤/٢/١٣م، طعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٤٩ ق، مجلة القضاة، س ٢٥، ١٩٩٢م، ع ٢، ص ٩٥. نقض مدني ١٩٨١/٣/١٩م، طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣٢، ج ١، ق ١٦٢، ص ٨٨١. نقض مدني ١٩٧٧/١١/١٥م، طعن رقم ١٠٢ لسنة ٤٤ ق، مج، س ٢٨، ج ٢، ق ٢٨٨، ص ١٦٧٣.
- (١) د. أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية، ص ٢٣ وما بعدها؛ قانون المرافعات، ٢٠١١م، ص ٣١٠ وما بعدها. د. أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢١٤، ص ٣٩٥ وما بعدها؛ شطب الدعوي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م، بند ٤ وما بعده، ص ١١ وما بعدها. د. عبد التواب عبدالسلام مبارك، اعتبار الخصومة كأن لم تكن، بند ٨١ وما بعده، ص ١٥١ وما بعدها. نقض مدني ٢٠١٢/١٢/٢٦م، طعن رقم ٣٠٥٩ لسنة ٧١ ق، مج، س ٦٣، ج ١، ق ١٩٩، ص ١٢٣٤. نقض مدني ١٩٧٧/١١/١٥م، طعن رقم ١٠٢ لسنة ٤٤ ق، مج، س ٢٨، ج ٢، ق ٢٨٨، ص ١٦٧٣.
- (٢) الإشارة السابقة.

آثار قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني على ترك الخصومة: نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تحدد قواعد ترك الخصومة في التقاضي الإلكتروني، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة أنه يتم تسيير الخصومة في التقاضي الإلكتروني باستعمال الوسائل الإلكترونية كالمحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، أو الفيديوكونفرانس، أو البريد الإلكتروني، أو سكايب، أو الإنترنت... وقد نظّم المُشَرِّعُ الإِجْرَائِيَّ تَرْكَ الْخُصُومَةِ le désistement de l'instance في ( م ١٤١ : ١٤٥، وم ٢/١٢٨ مرافعات مصري، وم ١١٠ : ١١٢ إجراءات مدنية إماراتي)، وبيّن قانون المرافعات الفرنسي الجديد ترك الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى في (art. 394 : 399 N.C.P.C.F.)، وترك الخصومة أمام محكمة الاستئناف في (art. 400 : 405 N.C.P.C.F.)، وترك الخصومة أمام محكمة النقض في (art. 1024 : 1026 N.C.P.C.F.)، وكما أن (art. 384 N.C.P.C.F.) قد عدت حالات الانقضاء الموضوعي (التبعي) في الصلح، وترك الدَعْوَى، والوفاء في حالة الدَعَاوَى غير القابلة للاستخلاف، والاتفاق على التحكيم، والقبول بتسليم المُدْعَى عليه بطلبات المُدْعَى.

وترك الخصومة: هو إعلان المُدْعَى، ومن في حكمه عن إرادته في النزول عن الخصومة القائمة، قبل الفصل في موضوعها، مع احتفاظه بأصل الحق المُدْعَى به، بحيث يجوز له تجديد المطالبة به، وذلك في أيّة حالة تكون عليها الدَعْوَى طبقاً لحكم القانون. وهو تعبير عن الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في قانون المرافعات، حيث يُعتبر الترك تصرفاً قانونياً إجرائياً بإرادة منفردة هي إرادة المُدْعَى، فهو صاحب المبادرة الإيجابية في تحريك الدَعْوَى، ومباشرة إجراءات الخصومة. وترك الخصومة صورة من صور الانقضاء الإرادي المبتسر للخصومة. ويحدث الترك إذا شَعَرَ المُدْعَى بأنه قد رفع دَعْوَاهُ بِإِجْرَائَاتٍ مَعْيَبَةٍ، أو أنه رفعها أمام محكمة غير مختصة، أو أنه تسرع في رفع

دعواه قبل أن يجهز الأدلة الكافية... فيؤثر التريث اقتصاداً لوقته، وماله، وحتى لا يكون عرضه لصدور حكم يرفضها يحوز حجية الأمر المقضي فيمتنع عليه معاودتها(١).

ويشترط لقبول طلب ترك الخصومة من المدعى : أن يتم الترك أثناء سير الخصومة في أي حالة كانت عليها قبل قفل باب المرافعة، وقبل حجز القضية للحكم، وألا يكون الترك مُعلّقاً على شرط، أو مقترناً بتحفّظ، وألا يكون الترك مقترناً بغش، أو قصد به الكيد للمدعى عليه، وقبول المدعى عليه للترك إذا كان قبوله لازماً عند تعارض مصلحة المدعى في الترك، ومصلحة المدعى عليه. ويتم الترك بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر، أو ببيان صريح في مذكرة موقعه من التارك، أو من وكيله المفوّض تفويضاً خاصاً - ما لم يكن المؤكّل حاضراً في الجلسة - مع اطلاع خصمه عليها، أو بإبدائه شفويّاً في الجلسة، وإثباته في محضرها. وللتارك الرجوع عن طلب الترك قبل قبول خصمه للترك، وقبل حكم القاضي بالترك. ويترتب على ذلك زوال الخصومة، وإلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدعوى، ولكن لا يسقط الحق في أصل الدعوى، ولا الأحكام القطعية الصادرة فيها، ولا الإجراءات السابقة على تلك الأحكام، وللخصوم التمسك بإجراءات التحقيق، وأعمال الخبرة التي تمت، ما لم تكن باطلة في ذاتها (م ١٣٧ مرافعات) (٢).

ويتم الترك كقاعدة عامة في جميع الخصومات في أي حالة كانت عليها، طوال حياة الخصومة حتى تقديم مذكرات ختامية في القضية، وقفل باب المرافعة، وحجز

(١) د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢٤٠، ص ٤٥٧-٤٥٨. د.أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ص ١٩٠ ومابعداها. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٠٧ ومابعداها. د.علي بركات، النظام القانوني لترك الخصومة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، بند ٩ ومابعداها، ص ١٥ ومابعداها. نقض مدني ١٠/١٢/٧٠م، طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٧٣ ق، مج، س ٦٣، ج ١، ق ١٥٧، ص ١٠٠٤.

-Y. Strickier; Désistement; Ency. Dalls.; mise à Jour; mars 1997; N. 1.

-R. Boulbès; Caractère et Portée du désistement d'appel; J.C.P. 1963; doct.; I; 1765.

-P. Raynaud; le désistement de l'instance; Rév. Trim. dr. Civ. 1942; P. 1 ets.

(٢) د.عبد القصاص، الوسيط، بند ٤١٧ ومابعداها، ص ٨٨١ ومابعداها. د.علي بركات، النظام القانوني لترك الخصومة، بند ٩ ومابعداها، ص ١٥ ومابعداها. محمد نصر الدين كامل، عوارض الخصومة، بند ١٣٤ ومابعداها، ص ٣٥٧ ومابعداها. نقض مدني ١٠/١٢/٧٠م، طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٧٣ ق، مج، س ٦٣، ج ١، ق ١٥٧، ص ١٠٠٤.

-Y. Strickier; Désistement; Ency. Dalls.; mise à Jour; mars 1997; N. 1.

-R. Boulbès; Caractère et Portée du désistement d'appel; J.C.P. 1963; doct. ;I; 1765.

-P. Raynaud; le désistement de l'instance; Rév. Trim. dr. Civ.1942; P.1 ets.

القضية للحكم فيها؛ لأن المُشْرَعُ لم يحدد ميعاداً معيناً للترك، ولذا يحق للمدعي ترك الخصومة عقب تقديم المطالبة القضائية، ويستمر هذا الحق إلى حين قفل باب المرافعة فيها، فلا يحق للخصم ترك دعواه، إذا حجزت المحكمة القضية للحكم، بعد إقفال باب المرافعة دون أن تصرح للخصوم بتقديم مذكرات خلال ميعاد محدد(١).

وتتطبق تلك القاعدة على ترك الخصومة أمام محكمة أول درجة، وفي الطعن بالاستئناف، وفي الطعن بالتماس إعادة النظر، وفي الطعن بالنقض للمرة الأولى، أو للمرة الثانية. وإذا طلب المدعي من المحكمة إعادة فتح باب المرافعة بعد قفلها؛ تمهيداً لتقديم طلب ترك الخصومة، فإن هذا الطلب لا يلزم المحكمة، حيث يحق لها بموجب سلطتها التقديرية قبوله، أو رفضه، ولا يُعدّ معروضاً عليها طلب ترك الخصومة إذا رفضته. كما يجوز التقدم بطلب ترك الخصومة في كل حالة يتم فيها فتح باب المرافعة، بقرار من المحكمة سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم فيها، وفي كل حالة تعود فيها القضية إلى حوزة الخصوم، فيجوز ترك الخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض، والإحالة إلى دائرة أخرى بمحكمة الاستئناف، كما يجوز ترك الخصومة أمام محكمة أول درجة بعد قبول الاستئناف، والإحالة إلى دائرة أخرى بمحكمة الدرجة الأولى لعدم استنفاد، ولايتها بشأن موضوعه... (٢).

وبعد أن انتهينا من دراسة موضوع (النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى بيان خاتمة البحث التي تتضمن أهم النتائج، والتوصيات على النحو التالي :

(١) د.نبيل عمر، الوسيط، ص ٥٩٨ وما بعدها. د.أحمد محمد حشيش، مبادئ قانون المرافعات، ص ١٩٢ وما بعدها. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٠٨ وما بعدها. د.طلعت محمد دويدار، الوسيط، ص ٦٧٨ وما بعدها.  
(٢) د.الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، ط ٣-٢٠١٥م، ص ٤٨١ وما بعدها. د.علي بركات، النظام القانوني لترك الخصومة، بند ٥٤ وما بعده، ص ١٠٦ وما بعدها. نقض مدني ١٩٧٩/٣/٧م، طعن رقم ٧١٤ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣٠، ج ١، ق ١٣٧، ص ٧٤٧.

## الخاتمة

المرافعة: هي وسيلة إقناع المحكمة بوجهة نظر المترافع في مسألة معينة من حيث الواقع، والقانون، وذلك بتقديم الحجج، والأدلة المثبتة لحقه، و النافية لحق خصمه. وتقدم المرافعة شفويًا، أو بمذكرة مكتوبة، أو بهما معاً؛ لتوضيح، وتبصير عقيدة المحكمة القضائية، أو محكمة التحكيم، أو غيرها من الجهات الأخرى التي عهد إليها المشرعُ بسلطة الفصل في المنازعات. والمرافعة الشفوية، والمكتوبة لهما قيمة قانونية، واحدة، ويكمل كل منهما الآخر. وللخصوم المرافعة شفاهة، أو كتابة، أو بهما معاً بالشكل الذي يريدونه، وإثبات ذلك في محضر الجلسة، وفي الحكم.

ومتى استبان حقيقة القضية، وصلاحيّة الدّعوى للفصل فيها بحالتها، بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل طلباتهم، ودفعهم، ودفاعهم، وسماع الشهود، ومناقشة الخبراء...أصدرت المحكمة قراراً صريحاً، أو ضمناً بقل باب المرافعة أمام الخصوم، ومتى أغلق باب المرافعة انقطعت صلة الخصوم بالدّعوى، ولم يُعدّ من حقهم إيداء أيّة طلبات، أو تقديم أية مذكرات، أو مستندات؛ حتى لا يمنح أحد الخصوم فرصة لإبداء دفاع لن يتمكن خصمه من الرد عليه، كما لا يجوز للغير التدخل في الخصومة انضمامياً، أو اختصاصياً. وتدخل القضية مرحلة المداولة، والنطق بالحكم فيها بعد انتهاء تحقيقها، والمرافعة فيها. ويجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة أن تنطق بالحكم في الجلسة، ويجوز لها تأجيل إصداره إلى جلسة أخرى قريبة تحدها المحكمة.

وعلى ذلك فقد تناولت موضوع (النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني) من خلال مقدمة، ومبحث تمهيدي، وفصلين كل فصل في مبحثين، وخاتمة.

ففي المقدمة: أوضحت علاقة حق الدفاع بالمرافعة، وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني.

وفي المبحث التمهيدي: تناولت: مفهوم التقاضي الإلكتروني بتوضيح ماهية التقاضي الإلكتروني بوسائل إلكترونية (ممكنة إجراءات التقاضي)، ومزاياه، وأنواعه، ومقوماته، ومشاكله.



وفي الفصل الأول: تناولت: مفهوم المرافعة في التقاضي الإلكتروني وضوابطها في  
مبحثين:

ففي المبحث الأول (ماهية المرافعة في التقاضي الإلكتروني): تم توضيح: تعريف المرافعة، وأهميتها، وأساسها، وغايتها، وأشخاصها، وموضوعها، وطبيعتها، ومكانها، وزمانها، وضبطها، وإدارتها، ومحضر الجلسة، ومهارات، وحقوق، واجبات المترافع في التقاضي الإلكتروني.

وأما في المبحث الثاني (ضوابط المرافعة في التقاضي الإلكتروني): تم توضيح : مبدأ شفوية، وكتابية، وعلانية المرافعة، وسلطة المحكمة في توجيه المرافعة، ووجوب سماع المحكمة للمدعي ثم للمدعى عليه، وتأجيل الجلسة، والمرافعة باللغة الرسمية للدولة، وتسلسل جلسات المرافعة، وتقدير أجلها، والمسئولية عن التعسف في استعمال الحق في المرافعة في التقاضي الإلكتروني.

وفي الفصل الثاني تناولت: (مفهوم قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني  
وآثاره) في مبحثين:

ففي المبحث الأول: (ماهية قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني وضوابطه): تم توضيح: تعريف قفل باب المرافعة، وصوره، وموعده، وطبيعته، وحجية قراره، والنطق بالحكم آخر الجلسة، وتأجيل، وتعجيل النطق بالحكم، وحضور، واشتراك جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة بالمدولة، والنطق بالحكم، ووجوب احترام حقوق الدفاع في مرحلة المدولة، وقفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية، أو مستندات خلال ميعاد محدد، وقبول مذكرات متداولة في مرحلة المدولة، وإعادة فتح باب المرافعة، ومرحلة إعداد مسودة الحكم، وصياغته تأتي بعد قفل باب المرافعة، والمدولة في التقاضي الإلكتروني.

وفي المبحث الثاني (الآثار الإجرائية لقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني): تم توضيح: آثار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم على طلب الخصوم للصلح، وحضور، وغياب الخصوم، وتدخل، وإدخال الخصوم، وتشكيل هيئة

المحكمة، وطلبات، ودفوع الخصوم، ووقف، وانقطاع، وسقوط، وانقضاء، وشطب، وترك الخصومة، واعتبارها كأن لم تكن في التقاضي الإلكتروني.

ومما سبق يتبين أن:

- ضرورة الاستفادة من ثورة الاتصالات، والمعلومات في مرفق العدالة؛ ليصبح الإنترنت ساحة قضائية تساهم في فض المنازعات الصغيرة، من خلال الدعاوى الإلكترونية المحوسبة ببرمجيات الكمبيوتر، في مراحل الخصومة الإلكترونية تُراعَى في إطارها الضمانات الأساسية للتقاضي، وذلك عن طريق حوسبة الإجراءات القضائية، وأعمال المحاكم من خلال برنامج إدارة الدعاوى الإلكترونية، مع ضمان الأمن، والأمان التقني. وتكاتف جهود المختصين بالخبرة الفنية في مجال القانون، والقضاء، والبرمجيات في تسيير عملية القضاء الإلكتروني بالشكل المأمول، بدايةً من اتخاذ الإجراءات، ومروراً بتسيير عملية القضاء الإلكتروني، وانتهاء بتنفيذ الحكم.

- ضرورة تعديل قانون المرافعات الحالي بما يتوافق مع التقاضي الإلكتروني، والاعتراف بالإجراءات الإلكترونية التي تتم عبر، وسائل الاتصالات الإلكترونية، أو إضافة تشريع جديد للإجراءات الإلكترونية يُقر بالتقاضي الإلكتروني، وتطبيق النظم الإلكترونية في قيد الدعاوى، وتداولها، وإعلانها...؛ وذلك لضمان عدم بقاء النصوص القانونية عاجزة أمام إنجازات ثورة الاتصالات، والمعلومات المتسارعة. وتطوير نظم إجراءات التقاضي بنظم مميكنة، ومتكاملة لإدارة الدعاوى بما يتلاءم مع المستجدات المستحدثة. وضرورة الإصلاح المؤسسي، والتكنولوجي لمرفق العدالة، والجهات المعاونة له.

- ونهيب بالمشرّع المصري: ضرورة إصدار قانون المحاكم الافتراضية (القاضي الإلكتروني) التي تختص بنظر الدعاوى التي لا تتطلب سلطة تقديرية من القاضي كالدعاوى الحسابية، والضريبية، ومنازعات البنوك، ودعاوي الميراث، والوصية... وذلك بعد تجهيز البنية الأساسية للمحاكم؛ لتتوافق مع نظم التقاضي الإلكترونية.

- ضرورة تدريب المحامين، وأعضاء النيابة، والقضاة، وأعاونهم على استخدام الوسائل الإلكترونية في العمل القضائي بكفاءة عالية. وتطبيق نظام الحاسوب الشخصي

لكل المحامين، وأعضاء النيابة العامة، والقضاة، وأعاونهم؛ لِتَحْقِيقِ التَّوَاصُلِ الْمُسْتَمَرِّ، وإنجاز العمل إلكترونياً كمقتضيات فنية، وقانونية لِمَيْكَنَةِ إِجْرَاءَاتِ التَّقَاضِي؛ بهدف التيسير، وتوفير الوقت عَلَى المتقاضين.

- نشر الثقافة الإلكترونية، والدعم الفني عَلَى المستوى المحلي، والدولي، وذلك بإعداد دورات، وورش عمل، وندوات، ومؤتمرات... وذلك لإعداد كوادِر فنية متخصصة مدربة عَلَى أَعْلَى مَسْتَوِي بِخَبْرَةٍ، وكفاءة عالية، وإنشاء اتفاقية دولية تحكم القضاء الإلكتروني من حيث قواعده، وإجراءاته، وأحكامه... والتغلب عَلَى عقبات ضعف التمويل، وغياب الوعي، والثقافة التكنولوجية.

- ضرورة الاهتمام بتطبيقات، وتنمية مهارات المرافعة القضائية، في البرامج الدراسية بِكُلِّيَّاتِ الْحُقُوقِ مِنْ خِلَالِ تَفْعِيلِ بَرَامِجِ الْمَحْكَمَةِ الصُّورِيَّةِ، والعيادات القانونية، وعمل الزيارات العلمية، والميدانية للمحاكم بالتعاون مع، وزارة العدل، والاهتمام بتدريس قواعد النحو، والصرف، والشعر، والأدب، وتدريس مقررات فن المرافعة، ولُغَةِ الْأَحْكَامِ، وأخلاقيات المهنة، والتدريب الميداني...

- ضرورة، وضع ضوابط أكثر حزمًا للقبول بنقابة المحامين، وتفعيل البرامج التدريبية بمعهد المحاماة، والاهتمام بالجانب التطبيقي فيها، وعمل دورات تدريبية للمحامين بمركز الدراسات القضائية تحت إشراف قضاة لخلق الانسجام بين القضاة، والمحامين في المسائل العملية أمام المحاكم. وكذلك عمل دورات تدريبية لمعاوني القضاء لضمان حسن سير، وجودة العمل القضائي.

- لم يتضمن قانون المرافعات المصري تنظيمًا إجرائيًا متكاملًا لتبادل المذكرات، خلال فترة حجز القضية للحكم مما أثار العديد من المشكلات في العمل، لذا نُهَيِّبُ بِالْمُشْرَعِ الْمِصْرِيِّ التَّدْخُلَ عَاجِلًا؛ لِتَنْظِيمِ هَذَا الشَّأْنِ.

- سيؤدي عصر المعلوماتية إلى زيادة فعالية، وشفافية العمل القضائي، وإعادة النظر في مهام، ومسئولية القضاة، وأعضاء النيابة العامة، والمحامين، وأعاون القضاء، وموظفي جهاز العدالة، والفصل في القضايا، وإلية تنفيذ الأحكام بما يتوافق مع عصر المعلوماتية؛ لذا نُهَيِّبُ بِالْدَوْلَةِ الْأَهْتِمَامَ، والرعاية بمرفق القضاء الإلكتروني، وتوفير البنية

الأساسية الفنية، والبشرية له للقضاء على ظاهرة بطء التقاضي. وقيام إدارة التفتيش القضائي بمتابعة حسن سير القضاء الإلكتروني.

- ونهيب بالسادة القضاة، وأعضاء النيابة العامة، والمحامين، وأعوان القضاء الحرص، والاهتمام أكثر بمرحلة قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم، وأن يعدّوا أنفسهم لها بالإطلاع، والتزود بالعلوم القانونية، وأن يتحلوا بالصبر، والأناة، والامتثال لقول الإمام أبو حنيفة النعمان: " علمنا هذا رأي فمن جاء بأحسن منه قبلناه

- أن الوقت الممنوح للمحكمة للتفكير، والمداولة في القضية الذي اتفق عليه القضاة لم يحدده نص القانون، مما يشجع على بطء التقاضي بعد حجز القضية للمداولة، والحكم لسنوات عدة، وعليه نهيب بالمشرع المصري ضرورة النص على تحديد فترة زمنية بحد أقصى للمحكمة للمداولة فيها، ولتكن ثلاثة أسابيع.

- ونهيب بالمشرع المصري وضع تنظيم قانوني متكامل لمحضر الجلسة، وورقة الجلسة " رول القاضي " .

وهكذا نكون قد انتهينا من هذه الدراسة، فإن تحقق الهدف منها فهذا توفيق من الله  
تبارك، وتعالى،

وإن تحقق بعضه، فما لا يدرك كله لا يترك جله. وإن لم يتحقق، فيكفينا شرف  
صدق المحاولة.

فالكمال لله، وحده

تم بحمد الله، وتوفيقه"

"وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين"

( رَبَّنَا آتِنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً، وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا ) (سورة الكهف، آية رقم ١٠)  
وقال سبحانه، وتعالى: { لَا يَكْفُفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسَعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ  
رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِيصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ  
قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا  
فَاَنْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ}(سورة البقرة: آية رقم ٢٨٦).

## قائمة المراجع (\*)

### أولاً: المراجع العربية:

- د. إبراهيم أمين النفيراوي :- التعسف في التقاضي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- مبادئ الخصومة المدنية، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة.
- مسئولية الخَصْم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٨م.
- د. إبراهيم نجيب سعد :- القانون القضائي الخاص، ج ٢، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠م.
- قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨١م.
- د. أحمد إبراهيم عبد التواب محمد :- النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥/٢٠٠٦م.
- د. أحمد أبو الوفا :- الاحتفاظ بصفة القاضي حتى كتابة حكمه، مجلة إدارة قضايا الحكومة، تصدرها هيئة قضايا الدولة، س ٥، ع ٤، أكتوبر/ ديسمبر ١٩٦١م.
- التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.
- المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.
- نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م.
- د. أحمد أبو الوفا، ومحمد نصر الدين كامل، ومحمد عبد العزيز يوسف : مدونة الفقه والقضاء في المرافعات، ج ٢، دار المعارف بالإسكندرية ١٩٥٦م.
- أحمد أفندي عفيفي : توضيح المشكلات في قانون المرافعات، ج ١، ١٨٨٥م.

(\*) ملاحظة: في حالة عدم الإشارة إلى دار النشر، أو مكانه، أو سنته فذلك؛ لأن المرجع بدون هذا البيان.

د. أحمد السيد أبو الخير هلال : - ضوابط العدالة القضائية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٣م.

د. أحمد السيد خليل : - قانون المرافعات، ج ٢، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٦م.

- مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري، مؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م.

أحمد رشدي : - المحاماة كما أعرفها، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ج ٢، ط ٢، نادي القضاة ١٩٩٠م.

د. أحمد صدقي محمود : - المرافعة علم وفن، ط ٢، ٢٠٠٩م.

أحمد عبد الظاهر الطيب: - جرائم الجلسات، المكتبة القانونية، القاهرة ١٩٨٧م.

د. أحمد عبد الكريم سلامة : - القانون الدولي الخاص النوعي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة.

د. أحمد قطب عباس : - إساءة استعمال الحق في التقاضي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٦م.

د. أحمد ماهر زغلول : - أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، ط ٢، ١٩٩٩م.

- تقديم لمؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م، ص أ-ج.

د. أحمد محمد حشيش : - مبادئ قانون المرافعات، ج ١، ج ٢، ٢٠١٥م.

د. أحمد مخلوف: - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.

د. أحمد مسلم: - أصول المرافعات، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٩م.

د. أحمد مليجي: - اختصاص الغير، ط ٢، دار الفكر العربي بالقاهرة.

- الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج ٣، نادي القضاة ٢٠٠٣م.

- ركود الخصومة المدنية، دار النهضة العربية بالقاهرة.

- قانون المرافعات، ٢٠١١م.

د. أحمد عوض هندي : - التعليق على قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م.

- التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٤م.
- التمسك بسقوط الخصومة "همة الخصوم"، الدار الجامعية ببيروت ١٩٩١م.
- المحاماة، وفن المرافعة، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م.
- شطب الدَعْوَى، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٧م.
- د. آدم وهيب النداوي : - المرافعات المدنية، المكتبة القانونية ببغداد ٢٠١١م.
- د. أسامة أحمد شوقي المليجي : - ظاهرة بطء التقاضي في المنازعات المدنية في التشريع الإجرائي المصري (أسبابها - مقترحات علاجها) بحث منشور في أعمال المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية بعنوان "تيسير إجراءات التقاضي في التشريعات العربية" المغرب ٢٠٠٧م.
- د. أسعد فاضل منديل: - التقاضي عن بعد، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون/ جامعة القادسية، مجلد ١، ع ٢١، ٢٠١٤م.
- د. آمال الفزائري : - المداولة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.
- ضمانات التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.
- أمل فوزي أحمد: - رؤي تشريعية لأمن المعلومات في مجال الكترونية الإجراءات، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ج ١.
- د. الأنصاري حسن النيداني : - العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م.
- الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م.
- قانون المرافعات، ط ٣- ٢٠١٥م.
- أنور العمروسي : - أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدَعَاوى والطعون، ج ١، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية.
- د. إيهاب عادل رمزي : - المسؤولية الجنائية للمحامي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٢م.

باجيرن ملكيفيك، فھر عبد العظیم : - المنطق القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة.

جان إيلتون : - محيط المحاماة علماً وعملاً، ترجمة محمود عاصم، دنيا القانون؛ القاهرة ١٩٦٤م.

د.حاتم محمد فتحي أحمد البكري : - مبدأ الشفوية في الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠١١م.

حازم محمد الشرعة : - التقاضي الإلكتروني والمحاکم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن ٢٠١٠م.

حامد الشريف : - فن المرافعة أمام المحاکم الجنائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠١١م.

حبيب عبيد مرزة العماري : - الخَصْمُ في الدَعْوَى المدنية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١٢م.

د.حسام أحمد محمد صبحي العطار : - حقوق الإنسان الإجرائية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٣م.

حسن الجداوي : - أحكام القضاء والقدر "مُرافعات"، مطبعة حجازي بالقاهرة ١٩٣٦م. - المرافعة" بحث في أساليبها وحقوق المترافعين وواجباتهم"، مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٣٣م.

- المرافعة، الكتاب الذهبي للمحاکم الأهلية، ج ٢، ط ٢، طبعة نادي القضاة ١٩٩٠م. د.حسن ربيع : - الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ط ١، القاهرة ٢٠٠١/٢٠٠٠م.

د.خالد ممدوح إبراهيم : - التقاضي الإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٨م.

د.داديار حميد سليمان : - الإطار القانوني للتقاضي المدني عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن ٢٠١٠م.



- د.داليا مجدي عبد الغني: - المسؤولية عن إساءة استعمال حق التقاضي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٦م.
- د.رامي متولي القاضي: - توظيف تكنولوجيا المعلومات في مجال الإجراءات الجنائية، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس ٢٠١٧، ديسمبر ٢٠١٧م، ج ١.
- د.رجب محمد أحمد مرعي: - الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٩م.
- د.رؤوف عبيد: - شفهيّة المرافعة أمام القضاء الجنائي، مجلة مصر المعاصرة، س ٥١، ع ٣٠٠، إبريل ١٩٦٠م.
- د.زكريا إدريس: - المدخل في كتابة المذكرات، وأصول المحكمة، المحاماة ٢٠٠٣م، ع ٣.
- زكي عريبي: - لغة الأحكام، والمرافعات، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ج ٢، ط ٢، طبعة نادي القضاة ١٩٩٠م.
- د.سحر عبد الستار إمام: - نحو نظام تخصص القضاة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م.
- د.سعيد خالد عليّ الشرعبي: - حق الدفاع أمام القضاء المدني، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٦م.
- سمير ناجي: - آداب مرافعة الاتهام، المركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل ١٩٨٦م.
- د.سيد أحمد محمود: - أصول التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٩م.
- إقامة الدليل أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م.
- الغش الإجرائي "الغش في التقاضي، والتنفيذ"، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٥م.
- إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م.
- دور المرافعة والمحامي في المنظومة القضائية، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م.
- نحو إلكترونية القضاء المدني الإماراتي، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ج ١، ص ٣١١ وما بعدها.

- د. السيد تمام : - الحق في الاطلاع، مؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م.
- السيد شرعان : - شفوية المُحاكمة والمرافعة والاستثناءات التي ترد عليها ومن بينها الاستثناء الوارد في المادة ٢٨٩ إجراءات المعدلة، المجلة الجنائية القومية، مجلد ١٦، ع ١، مارس ١٩٧٣م.
- د. السيد محمد السيد عمران : - الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٢م.
- د. صفاء أوتاني : - المحكمة الإلكترونية (المفهوم، والتطبيق)، مجلة العلوم الاقتصادية، والقانونية، تصدرها كلية حقوق دمشق، ج ٢٨، ع ١، ٢٠١٢م.
- ضياء شيت خطاب : - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني ببغداد ١٩٧٣م.
- بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م، معهد البحوث، والدراسات العربية بالقاهرة ١٩٧٠م.
- د. طلعت محمد دويدار : - الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٦م.
- تأجيل الدَعْوَى، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م.
- سقوط الخصومة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ١٩٩٢م.
- طه أبو الخير : - حرية الدفاع، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧١م.
- د. عادل محمد جبر أحمد الشريف: حماية القاضي وضمان نزاهته، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م.
- د. عاشور مبروك : - النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، مكتبة الجلاء بالمنصورة ١٩٨٨م.
- الوسيط في قانون القضاء المصري، ط ١، ج ٢، مكتبة الجلاء بالمنصورة ١٩٩٥م.
- د. عادل يحيى: - التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.

- د. عبد الباسط جميعي : - الإساءة في المجال الإجرائي، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية حقوق القاهرة، عدد خاص ١٩٨٣م.
- د. عبد التواب عبد السلام مبارك : - اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠١م.
- د. عبد الحكم فودة : - موسوعة الحكم القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢م.
- أسباب صحيفة الاستئناف، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية.
- د. عبد الحميد أبو هيف : - المرافعات المدنية والتجارية، والنظام القضائي في مصر، ط ٢، ١٩٢١م،
- د. عبد الرؤف مهدي : - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.
- د. عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي: - بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، دار الفكر العربي بالقاهرة.
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله : - مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٣م.
- د. عبد القادر سيد عثمان : - إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨١م.
- عبد الله عبد الرحيم أحمد الكندري: - مكننة إجراءات التقاضي في الكويت، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الكويت الأول للمعلوماتية القانونية والقضائية، ١٥-١٧ فبراير ١٩٩٩م.
- د. عبد الله مبروك النجار : - المبادئ العامة لحق الدفاع أمام القضاء في الفقه الإسلامي، مؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م.
- د. عبد الله محمد سعد الخنين : - الكشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، دار التدمرية ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م، ج ١.
- عدلي أمير خالد : - فض منازعات المديونية، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٨م.
- د. عزة محمود أحمد خليل : - مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤م.

- د.عزمي عبد الفتاح عطية : - تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط ١، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٣م.
- قانون القضاء المدني المصري، ط ٣، ١٩٩٢/١٩٩١م.
- قواعد الاختصاص والإجراءات في أحكام المنازعات المدنية البسيطة، الندوة المشتركة المصرية - الفرنسية حول تسوية المنازعات المدنية البسيطة باستخدام الحلول التشريعية، والتقنيات الحديثة، القاهرة ١٨-٢٠ ديسمبر ١٩٨٩م، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة ١٩٩١ف.
- ، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، مؤتمر حق الدفاع المنعقد بحقوق عين شمس في ٢٠-٢٢ إبريل ١٩٩٦م.
- د.عصمت عبدالمجيد بكر : - أصول المرافعات المدنية، ط ١، منشورات جامعة جيهان الأهلية / أبريل ٢٠١٣م.
- د.علي الفرجاني : - مبدأ شفهيّة المرافعة أمام القاضي الجنائي، مجلة القضاة، س ٣٥، ع يناير/ ديسمبر ٢٠٠٣م.
- د.علي بركات : - النظام القانوني لترك الخصومة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م.
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٦م.
- د.علي عبد الحميد تركي : - الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م.
- د.عوض محمد عوض : - المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية.
- د.عبد محمد القصاص: - التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق ١٩٩٢م.
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٠م.
- نحو فكرة عامة لتقادم الخصومة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.

فارس علي عمر، أ. السيد ثائر رجب أحمد: التعسف في تأجيل المرافعة، مجلة الرافدين، ج ١٦، ع ٥٦، س ١٨.

د.فاطمة عادل سعيد عبد الغفار : - القضاء والإعلام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٦م.

د.فايز محمد حسين محمد : - التدريب القانوني والمهارات القانونية والعيادة القانونية وكفالة الحق في التقاضي، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠١٦م.

د.فتحي، والى : - الميسر في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، ج ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٧م.

- الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي ٢٠٠٩م.

- قانون المرافعات المصري في مائة عام، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س ٤٣، ع ٢، يونيو ١٩٧٣م.

- نظرية البطلان في قانون المرافعات، تتقيح د.أحمد ماهر زغلول، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.

د.الكوني علي أعبودة : - قانون علم القضاء، ج ١، المركز القومي للبحوث، والدراسات العلمية بطرابلس/ ليبيا ١٩٩٨م.

- قانون علم القضاء، ج ٢، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية بطرابلس / ليبيا ٢٠٠٣م.

د.محمد أبو العينين : - مقدمة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم المنازعات، جامعة الدول العربية ١٢- ١٣ يناير ٢٠٠٢م.

محمد العشماوي، وعبد الوهاب العشماوي : - قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، المطبعة النموذجية، مكتبة الآداب ومطبتها بالقاهرة ١٩٥٧م، ج ١.

د.محمد جمال عطية عبد المقصود عيسى : - الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق ١٩٩٣م.

- د.محمد حسام محمود لطفي: استخدام، وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود، وإيرامها، القاهرة ١٩٩٣م.
- د.محمد سعيد أحمد إسماعيل : - أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٥م.
- د.محمد سعيد عبد الرحمن : - الحكم القضائي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١١م.
- د.محمد سليمان محمد عبد الرحمن : - القاضي وبطء العدالة، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١م.
- محمد شفيق العاني : - أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط ١، مطبعة العاني بغداد ١٩٥٠م.
- محمد شوكت التوني : - المحاماة فن رفيع، القاهرة ١٩٥٨م.
- د.محمد صابر الدميري: - دور الحاسب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤م.
- د.محمد عبد الخالق عمر : - وحدة الرأي وتعددته في الحكم القضائي، مجلة القانون، والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، ١٩٦٦م، ع ٣.
- د.محمد عبد الرحمن البكر: - السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، ط ١، الزهراء للإعلام العربي ١٩٨٨م.
- د.محمد عبد الظاهر حسين : - الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠ / ٢٠٠١م.
- الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- د.محمد عبد اللطيف أبو العلا : - عوارض الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط ٢٠١٣م.
- د.محمد عبد النبي السيد غاتم: - قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٧م.

- محمد عصام الترساوي : - تداول الدَعْوَى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م.
- د.محمد علي عويضة : - حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، ٢٠٠٨م.
- د.محمد عيد الغريب : - النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- محمد فهيم درويش : - أصول وقواعد العدالة المدنية، ط٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١/٢٠١٢م.
- محمد كمال عبد العزيز : - تقنين المرافعات، ط ٣، ١٩٩٥م.
- محمد مجدي مرجان : - ثورة العدالة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤م.
- د.محمد محمد الألفي : - المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادسة "الإدارة العامة الجديدة، والحكومة الإلكترونية" دبي/ الإمارات ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م.
- د.محمد محمود إبراهيم: - عدم الغلو في الشكل، تعليق علي حكم نقض مدني مصري ١٠/٦/١٩٨٧م، المجلة القانونية الاقتصادية، حقوق الزقازيق، ١٩٩٠م، ع ٢، ص ١٢١.
- محمد ناجي درباله : - إشكالية المدولة في الواقع العملي، مجلة القضاء، نادي القضاة ٢٠٠٢م.
- محمد نصر الدين كامل : - عوارض الخصومة، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.
- د.محمد نور شحاتة : - استقلال المحاماة وحقوق الإنسان، دار النهضة العربية بالقاهرة. - مبادئ قانون القضاء المدني، ط ١٩٨٩م.
- محمود السقا : - معهد المحاماة ازدهي وازدهر في بيت المحامين، المحاماة ٢٠٠٣م، ع ٣.
- د.محمود السيد التحيوي : - النظرية العامة لأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٣م.
- د.محمود صالح العادلي : - حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩١م.

- د.محمود عبد ربه القبلاوي : - مبدأ علانية الجلسات في ضوء قانون الإجراءات الجنائية، مجلة البحوث القانونية، والاقتصادية، تصدرها كلية حقوق المنوفية، ع ١٨، س ٩، أكتوبر ٢٠٠٠م.
- د.محمود محمد هاشم : - اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، ١٩٨٩م.
- قانون القضاء المدني، ج ١، مؤسسة النجاح للطباعة بالقاهرة ١٩٨٢/١٩٨٣م.
- د.محمود مختار عبد المغيث محمد : - استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م.
- قرينة الصحة الإجرائية، القاهرة ٢٠١٦م.
- د.محمود مصطفى يونس : - المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٥م.
- د.محمود نجيب حسني : - شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة ط ٣، ١٩٩٨م.
- د.مفلح عواد القضاة: - أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط ٣، مكتبة دار الثقافة بالأردن ١٩٩٨م.
- د.نبيل إسماعيل عمر : - أصول المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦م.
- النظام القانوني للحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٥م.
- الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٨م.
- امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م.
- سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٤م.
- د.وائل محمد إبراهيم عبد الهادي : - دور النيابة العامة في تحقيق الحماية القضائية المدنية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٦م.
- د.وجدي راغب فهمي : - دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية، والاقتصادية، تصدرها كلية حقوق عين شمس، س ١٨، ع ١، يناير ١٩٧٦م.
- مبادئ القضاء المدني، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.
- النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م.



د.وجدي راغب فهمي، د.أحمد ماهر زغلول، د.يوسف أبو زيد : - مبادئ القضاء

المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣م.

يحيي محمود عبد القادر : - المداولة في الأحكام القضائية "أهميتها، وضوابطها"، المؤتمر

العلمي السابع لكلية حقوق أسيوط "القانون، والممارسات المهنية"، ٥-٦ مارس ٢٠١٣م.

د.يوسف أحمد نوافل:- الإثبات الإلكتروني، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠١٠م.

د.يوسف سيد سيد عواض : - خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة

دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٢م.

يوسف كمال، وبهاء عبد الرحمن: - مقتطفات عن آداب المرافعة من منظور قضائي،

المحاماة ٢٠٠٣م، ع ٣.

### ثانياً: المراجع الأجنبية:

- A. **Damien**; la liberté de la défense et le délit d'audience; Gaz. Pal. 1982; doct.
- Alain **Fissel**; La défense en justice dans la Procédure Civile; thèse. Rennes 1979.
- Cécile **Chainais**, Frédérique **Ferrand** et Serge **Guinchard**; Procédure civile; 33éd.; Dalloz; Paris; 2016.
- Christophe **Lievremont**; Le débat en droit Processuel; Préface, Hervé Croze; Presses Universitaires d'Aix- Marseille- Puam; 2001.
- E.**Garsonnet** et Ch. **Cezar-Brue**; Traité Théorique Et Pratique de Procédure Civile et Commerciale; 3e. éd.; T. 3; Recueil Sirey; Paris.
- Emmanuel **Blanc** et Jean **Viatte**; Nouveau Code De Procédure Civile Commenté Dans L'Ordre Des Articles; Paris;1991.
- François **Glansdorff**; la plaidoirie Pourquoi des avocats; Delta 1999.
- Fricero**; Notes en délibéré; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc. 502.
- Rédaction des Actes; Juris. Class. Proc. Civ. Fasc. 140.
- G. **Papon**; Péremption d'instance; Rép. Dallos; I; éd. 1956.
- G. **Peifer**; Le secret professionnel des avocats et des conseils juridique; Gaz. Pal. 1983; chro.

- Gérard Couchez** ; Procédure Civile ; 15 .éd Sirey; 2008.
- Gérard Couchez**, et **Xavier Lagarde**; Procédure Civile; 16. éd.; Sirey. 2011.
- Gérard Couchez**, **Jean Pierre langlade** et **Daniel lebeau**; Procédure Civile; Dalloz 1998.
- Henery Solus** et **Roger Perrot**: Droit Judiciaire Privé;T.1; Sirey; Paris 1961.
  - Droit Judiciaire Privé;T.3; Sirey; Paris1991.
- Hervé Croze** et **Christian Laporte**; Guide pratique de Procédure civile; Litec; Paris 2000.
- Hervé Croze**, **christian Morel** et **Olivier Fradin**; Procédure Civile; Litec; 2001.
- Hervé Croze**; le progress technique de la procedure civile; J.C.P.; éd. G. 28 janvier 2009.
- J. Pierron**: Les Notes en delibéré dans le Procés Civil; J.C.P. 1952; Doctr.
- Jacques Héron** et **Thierry Le Bars**; Droit Judiciaire Privé; 4.éd.; Montchrestien; 2010.
- Jacques Héron**; Droit Judiciaire Privé; 3.éd.; Montchrestien; Paris 2006.
- Jacques Normand**; Le Juge et Le litige; 1965; Préface, **Perrot**.
- Jean Viatte**; Éxceptios dilatoires; Gaz. Pal. 24 Janv. 1978; doct.
- Jean Viattte**; l'amende civile Pour abus de droit de Plaider; Gaz. Pal. 1978; I; doct.
- Jean Vincent** et **Serge Guinchard**; Procédure Civile; 27 éd.; Dalloz 2003.
- Jean Vincent**, **Serge Guinchard**, **Gabriel Montagnier** et **André Varinard**; La Justice et ses Institutions; 4éd.; Dalloz;1996.
- Junillin**; Dalloz action; Droit et Pratique de La Procédure Civile; Dalloz 1998.
- Lindon**; La télévision à l'audience ?; D. 1985; chron.
- Loïc Cadiet**; Droit Judiciaire Privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006.
- Mesnard laques**; l'abus du droit en matiere de droit judiciaire preivé; thèse paris 1951.

- Natalie Fricero**; Audience et Debats; Juris.Calss.Proc.Civ;1990; Fasc.501.
- Notes en délibéré; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc. 502.
- Procédure Civile; 8.éd.; Gualino 2012/2013.
- P. Estoup**; Le dossier de plaidoirie; Gaz. Pal. 1990; Doctr.
- P. Hebraud**; L'élément écrit et élément oral; études de droit comparé; Paris 1959.
- P. Raynaud**; le désistement de l'instance; Rév. Trim. dr. Civ.1942.
- P.Estamp**; sur le rôle de plaidoirie et la responsabilité de l'avocat; Gaz.Pal. 1988; doctr.
- Pierre Julien** et **Natalie Fricero**; Droit Judiciaire Privé; 2.éd.; L.G.D.J.; 2003.
- Pradele**; Les techniques audiovisuelles , la justice et l'histoire ; D.1986; chron.
- R. Boulbès**; Caractère et Portée du désistement d'appel; J.C.P. 1963; Doctr.; I; 1765.
- Raymond Martin**; Les avocats sevres de Plaidoirie; J. C. P. 2006 actualites.
- S. A. Mahmoud**;le Principe du Contradictoire dans La Procédure Civile en France et en Egypte ; Thèse Rennes 1; 1990.
- Serge Guinchard**, **Cécile Chainais** et **Frédérique Ferrand**; Procédure civile; 30.éd.; Dalloz; 2010.
- Serge Guinchard**, **Frédérique Ferrand** et **Cécile Chainais**; Procédure civile; 29 éd.; Dalloz; 2008.
- Serge Guinchard**; Dalloz Action; Droit et Pratique de la Procédure civile; Dalloz; Paris; 2004.
- Y. Desdevises**; Exceptions dilatoires; jurs. Class. Proc. Civ. Fasc. 134.
- l'abus de droit d'agir en justice avec succès; Dalls.1979; chron.
- Y. Laurain**; Le Secret du délibéré; D. 2007.
- Y. Strickier**; Désistement; Ency. Dalloz.; Mise à Jour; mars 1997.
- ثالثاً: التعاقبات على الأحكام الأجنبية :**
- A. Damien**; obs. Sous; Aix-en Provence; 24 juin.1988; Gaz. Pal. 1988; II.
- Adida-Canac,Vasseur et Leiris**; obs. sous; Cass. Civ.2 ;13 mai

- 2015; D. 2015;1793; N. 3.
- Bléry**; Not. Sous; Cass. Civ.2 □ ; 19 Nov. 2015; Gaz. Pal. 9 Fév.2015.
    - obs. sous; Cass. Civ.2 □ ; 17 oct. 2013; Gaz. Pal.8-10 déc. 2013.
  - Bléry**; obs. sous; Cass. Civ.2 □ ; 13 mars. 2014; Gaz. Pal. 25-27 mai 2014.
    - Bouloc**; Not. Sous ; Cass. Civ. 3 □ ; 24 juin 1998; D. 1999; P. 221.
    - Cadiet**; obs. sous; Cass. Ass. Plénière; 24 nov.1989; J.C.P.1990; II; 21407.
  - obs. sous; Cass. Civ.3 □ ; 8 oct. 2003; J.C.P. 2004; I; P.133; N. 16.
    - Cayrol**; obs. sous; Cass. Civ.2 ; 25 juin 2015; Rév. Trim. dr. Civ.2015.
    - Clay**; obs. Sous; Cass. Cive. 1<sup>r</sup> ; 7 juin 2005; J.C.P. 2005; I; P.183; N. 12.
    - Croze et Morel**; obs. sous; Cass.Cive.1<sup>r</sup> ; 11Févr.1986; Gaz.Pal.1986;2; Somm.
    - du Rusquec**; obs. sous; Cass. Civ. 2 ; 29 juin 2000; Gaz. Pal. 4-5 janv.2002.
    - E. J.Guillot**; Not. sous; Cass. Civ. 3 ; 20 juin 1972; J.C.P. 1972; II; 17202.
    - E.du Rusquec**; Not. sous; Cass. Civ. 2 ; 17 mars 1986;Gaz. Pal. 1986; II.
    - Not. sous; Cass. Cive. 1<sup>r</sup> ; 14 Févr. 2006; Gaz. Pal. 6-7 juill 2007.
    - Fricero**; obs. Sous; Cass. Soc. 23 mai 2007; D. 2007; 2428.
      - obs. Sous; Cass. Cive.1<sup>r</sup> ; 27 Févr.2007; D. 2007; 2428.
    - Grosliér**; obs. sous; Cass. Civ.2 ; 20 janv. 1982; D. 1983; inf. rap.
    - Guinchard et Moussa**; obs. Sous; Cass. Ass. Plénière; 24 nov.1989; Gaz. Pal.1990;2; Somm.
    - H. Corze et C. Morel**; obs. Sous; Cass. Cive. 1<sup>r</sup> ; 25 Févr.1986; Gaz. Pal.1987; I; somm.
    - Honorat et Mas**; Not. Sous; Cass.Com. 6 mars.1984; D.1984; Somm.
    - J. Normand**; obs. sous; Cass. Com.; 7 oct. 1980; Rév. Trim. dr. Civ.1981.

- Julien et Fricero**; obs. Sous; Cass. Civ.2 □ ; 23 Sept. 2004; D. 2005; Somm.
- Julien**; Not. Sous; Cass. Ass. Plénière; 24 nov.1989; D. 1990.
  - obs. sous; Cass. Cive. 1<sup>r</sup> □ ; 30 juin. 1987; D. 1987; somm.
  - obs. sous; Cass.Com. 23 Févr.1993; D.1993; Somm.
  - obs. Sous; Cass. Cive. 1<sup>r</sup> □ ; 30 juin 1987; D. 1987; Somm.
- Laporte**; obs. Sous; Cass. Com. ; 20 janv. 1998; Procédures 1998; N. 90.
- obs. Sous; Cass. Com.; 12 nov. 1997; Procédures 1998; N.173.
- Mayer**; Not. Sous; Cass. Soc. ; 2 juill 2015; Gaz. Pal. 20-22 Sept. 2015.
- Normand**; obs. sous; Cass. Civ.2 □ ; 8 oct. 1976; Rév. Term.Dr. Civ. 1978.
- P. L.**; obs. sous; Cass. Crim. 8 Févr.2012; D. 2012.
- Perrin**; Not. Sous; Versailles; 22 mars 1979 et Reims; 29 juin 1977; J.C.P.1980; II; 1930.
- Perrot**; Not. sous; Cass. Cive. 1<sup>r</sup> □ ; 1 avr.2014; Procédures 2014; N. 165.
  - Not. sous; Cass. Civ.2 □ ; 6 juin 2013; Procédures 2013; N. 232.
  - obs. sous; Cass. Civ.2 □ ; 15 Nov. 2012; Procédures 2013; N. 8.
  - obs. sous; Cass. Soc. 4 mars 2009; Procédures 2009; N. 187.
  - obs. sous; Cass. Cive. 1<sup>r</sup> □ ; 6 déc. 2007; Procédures 2008; N. 38.
- Not. sous; Cass.Com. 30 oct. 2007; Procédures 2007; N. 277.
  - obs. sous; Cass. Soc.; 23 mai 2007; Procédures 2007; N.181.
  - obs. sous; Cass. Cive.1<sup>r</sup> □ ; 7 juin. 2005; Rév. Trim. dr. Civ. 2006.
    - obs. sous; Cass. Cive. 1<sup>r</sup> □ ; 12 avr. 2005; Procédures 2005; N. 151.
  - obs. sous; Cass. Civ.2 □ ; 24 juin 2004; Procédures 2004; N. 198.
- Not. sous; Cass. Civ.3 □ ; 8 oct. 2003; Procédures 2004; N. 7.
- obs. sous; Cass. Cive. 3 □ ; 13 juin 2001; Procédures 2001; N. 230.
- obs. sous; Cass. Civ.3 □ ; 14 mars 1990; Rév. Trim. dr. Civ.1990.
- obs. sous; Cass. Ass. Plénière; 24 nov.1989; Rév. Trim. dr. Civ. 1990.
  - obs. Sous; Cass. Civ.2 □ ; 17 mars 1986; Rév.Trim. dr. Civ.1986.
  - obs. sous; Cass. Civ.2 □ ; 17 mars 1986; Rév. Trim. dr. Civ. 1987.

- obs. sous; Cass. Cive. 1<sup>re</sup> □ ; 18 Juill 1995; Procédures 1995; N. 26.
- Putmon**; obs. sous; Cass. Civ.2 □ ; 21 Janv. 2010; Rév. Huiss. 2010.
- Ravanas**; Not. Sous; Cass. Crim.; 16 mars 1994; J.C.P. 1995; II; 22547.
- Raynaud**; obs. Sous; Cass. Civ. 3mars.1955; Rév.Term.Dr. Civ.1955.
- S.Guinchard**; obs. Sous; Cass. Com. 20 mars 1984; Gaz. Pal.1984;2; P. 210.
- Salati**; Not. Sous; Cass. Civ.2 □ ; 19 Févr.2009; J.C.P.2009; II; 10053.
- Sommer**; obs. Sous; Cass. Cive. 1<sup>re</sup> □ ; 7 juin 2007; D. 2007; P. 650.
- Viatte**; Not. Sous; Cass. Civ.2 □ ; 13 janv. 1982; Gaz. Pal. 1982; P. 243.

#### رابعاً: الدوريات الأجنبية:

- Bulletin des Arrêts des Chambers Civiles de La Cour de Cassation Française.
- Dalloz actualité.
- Dalloz- sirey.
- Encyclopédie Dalloz; Répertoire de Procédure Civile.
- Gazette de Palais.
- Juris classeur Périodique.Édition Générale (La Semaine Juridique).
- Juris classeur de Droit de Procédure Civile.
- Justicés.
- Procédures.
- Recueil de Dalloz.
- Révue d'arbitrage.
- Révue des Huissiers de Justice.
- Révue Trimestrielle de Droit Civil.
- Révue Critique de droit international privé.

#### خامساً: المواقع الإلكترونية:

موقع محكمة النقض المصرية:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx).-

-<http://www.eastlaws.com> - موقع شبكة قوانين الشرق

-<http://www.Cour.de.Cassation.fr>. -موقع محكمة النقض الفرنسية

### سادساً: قائمة المختصرات:

١- المختصرات العربية: س= السنة، ص= الصفحة، ط= الطبعة، ع= العدد، ق= القاعدة

مج = مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية.

مج دستورية = مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا، والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً (١٩٦٩-٢٠٠٩ م) - المكتب الفني للمحكمة الدستورية العليا.

### ١- المختصرات الأجنبية:

A.J.D.A. = Actualité Juridique de droit Administratif.

Al. = alinéa.

Anc.C.P.C. = ancien code de procédure civile.

art. = article.

Bull.civ. = Bulletin des arrêts des chambers civiles de la cour de cassation.

Bull.Crim. = Bulletin des arrêts des chambers Criminelles de la cour de cassation.

Cass. = l'arrêt de la cour de cassation.

Cass. Ass. Plén. =l'arrêt de la cour de cassation siégeant en Assemblée Plénière.

Cass. ch. Mixte = l'arrêt de la cour de cassation en chambres mixtes.

Chron. = chronique.

Cive. 1<sup>r</sup> = première chambre civile.

Civ.2 = deuxième chambre civile.

Civ.3 = troisième chambre civile.

C.C.F. = Code civile.

C.O.J.F.= Code de l'Organisation Judiciaire.

C.P.pén.F.= Code de Procédure Pénale.

Com. = Chambre commerciale.  
Crim. = Chambers Criminelles.  
D. = Recueil de dalloz.  
D.S = Dallozsirey.  
Doct.= Doctrine.  
éd. = Édition.  
Encyc. Dalloz = Encyclopédie Dalloz -- Procédure civile.  
Fasc. = Fascicule.  
Gaz.Pal. = Gazette de palais.  
inf. rap. = informations rapides.  
J.C.P = jurais classeur périodique. (la semaine juridique).  
Jurisp. = Jurisprudence.  
Juris. Calss. Proc. Civ. = Jusris classeur de procédure civile.  
Justices = Justices.  
N.C.P.C.F. = Nouveau code de procédure civile Française.  
Not. = Note.  
N. = Numéro.  
Obs. = Observation.  
Op. Cit. = Ouvrage cité.  
P = page.  
Pan. = Panorama.  
Procédures = Procédures  
Rév. arb. = Révued'arbitrage.  
Rév. Huiss. =Revue des Huissiers de Justice.  
Rév. Trim. dr. Civ. = Revue trimestrielle de droit civil.  
Rév.Crit.dr. inter. Privé. = Revue Critique de droit intermional privé  
Soc. = Chambre Sociale.  
Somm. = sommaire.  
T. = Tome.  
Trib. Gran. inst = décision de tribunal de grande instance.



## مستخلص بحث

### النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم

#### في التقاضي الإلكتروني

تناولت موضوع (النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني) من خلال مقدمة، ومبحث تمهيدي، وفصلين كل فصل في مبحثين، وخاتمة.

ففي المقدمة: أوضحت علاقة حق الدفاع بالمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني.

وفي المبحث التمهيدي: تناولت: مفهوم التقاضي الإلكتروني: بتوضيح ماهية التقاضي الإلكتروني بوسائل إلكترونية (ميكنة إجراءات التقاضي)، ومزاياه وأنواعه ومقوماته ومشاكله.

وفي الفصل الأول: تناولت: مفهوم المرافعة في التقاضي الإلكتروني وضوابطها، في مبحثين:

المبحث الأول (ماهية المرافعة في التقاضي الإلكتروني): وقد تم فيه توضيح: تعريف المرافعة، وأهميتها، وأساسها، وغايتها، وأشخاصها، وموضوعها، وطبيعتها، ومكانها، وزمانها، وضبطها وإدارتها، ومحضر الجلسة، ومهارات، وحقوق، واجبات المترافع في التقاضي الإلكتروني.

والمبحث الثاني (ضوابط المرافعة في التقاضي الإلكتروني) وقد تم فيه توضيح: مبدأ شفوية، وكتابة، وعلائية المرافعة، وسلطة المحكمة في توجيه المرافعة، ووجوب سماع المحكمة للمدعي ثم للمدعى عليه، وتأجيل الجلسة، والمرافعة باللغة الرسمية للدولة، وتسلسل جلسات المرافعة وتقصير أجلها، والمسئولية عن التعسف في استعمال الحق في المرافعة في التقاضي الإلكتروني.

وفي الفصل الثاني تناولت (مفهوم قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني وآثاره):

في مبحثين:

المبحث الأول (ماهية قفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني وضوابطه): وقد تم فيه توضيح: تعريف قفل باب المرافعة، وصوره، وموعده، وطبيعة وحجية قراره، والنطق بالحكم أحر الجلسة، وتأجيل وتعجيل النطق بالحكم، وحضور واشتراك جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة بالمداولة والنطق بالحكم، ووجوب احترام حقوق الدفاع في مرحلة المداولة، والتصريح للخصوم بتقديم مذكرات تكميلية: أو مستندات خلال ميعاد محدد بعد حجز القضية للحكم، وقبول مذكرات متداولة في مرحلة المداولة، وإعادة فتح باب المرافعة، ثم إعداد مسودة الحكم وصياغته بعد قفل باب المرافعة، والمداولة في التقاضي الإلكتروني.

والمبحث الثاني (الآثار الإجرائية لقفل باب المرافعة في التقاضي الإلكتروني): وقد تم فيه توضيح: آثار قفل باب المرافعة، وحجز القضية للحكم على طلب الخصوم للصلح، وحضور وغياب الخصوم، وتدخّل وإدخال الخصوم، وتغيير تشكيل هيئة المحكمة، وطلبات ودفع الخصوم، ووقف، وانقطاع، وسقوط، وانقضاء، وشطب، وترك الخصومة، واعتبارها كأن لم تكن في التقاضي الإلكتروني.

والخاتمة: تتضمن خلاصة ما انتهى إليه البحث، وأهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

## Résumé de la recherche

### **le système de procédure pour débat et le renvoi du procès au jugement en justice électronique**

Il a été abordé le Systemé procédural du débat, Clôture des débats et le renvoi du procès au jugement aux termes d'une introduction, un extrait, deux chapitres dont chacun contient deux extraits et une conclusion .

**Dans l'introduction;** j'ai souligné le lien entre le droit de plaider et le renvoi du procès au jugement dans la justice électronique .

**Dans l'extrait;** j'ai défini les processus judiciaires électroniques à travers des moyens électroniques (informatisation du processus judiciaire) avantages, genres, attributions et problèmes

**Dans le Premier Chapitre;** j'ai définis en deux extraits les débats en justice électronique et ses règles:

**Le 1er extrait;** définit la nature du débat dans la justice électronique aux termes de: définition du débat, importance, origine, objet, personnes, sujet, nature, espace, temps, administration, procès-verbal, atouts, droits et devoirs du plaideur dans la justice électronique.

**Le 2eme extrait;** définit les règles du débat en justice électronique, en outre il a précisé le principe du débat verbal, écrit et public, le pouvoir de la juridiction à orienter les débats, l'audition obligatoire de tribunal du demandeur eur puis du défendeur, le renvoi de l' audience, les débats auront lieu en langue officielle de l'État, hiérarchisation des audiences de débats, les rendre plus courts, la responsabilité de l'usage repressif du droit aux débats dans la justice électronique.

**Dans le Deuxième Chapitre;** j'ai passé en revue la notion de la clôture des débats en justice électronique , par le biais de deux extraits:

**1er extrait:** "définition de la notion de la clôture des débats dans la justice électronique et ses règles, il a défini la clôture des débats, aspects, date, nature et recevabilité de la décision, le prononcé du verdict à la fin de la audience, renvoi ou avance du prononcé du jugement, presencé et participation de tous les magistrats qui ont assisté aux débats en delibere et au prononcé du jugement, respect

obligatoire du droit de défense au cours de délibéré, permettre aux parties de soumettre des notes supplémentaires ou des documents à une date précise après le renvoi du procès au jugement, la recevabilité des notes en délibéré, la réouverture des débats, puis la mise en état et la formulation du prononcé du jugement après la fermeture des débats et des délibérés dans la justice électronique .

**2eme extrait:** "effets procédurals de la clôture des débats dans les processus judiciaires électroniques": On a précisé les conséquences dûes à la fermeture des débats et le renvoi du procès au jugement à la demande des parties pour réconciliation, la présence et l'absence des parties, l'intervention et l'entrée des parties, la récomposition de la juridiction, les conclusions des parties, arrêt, nullité, abrogation et radiation du litige, comme s'il ne l'était pas, dans la justice électronique .

**Conclusions:** comprenant les plus importants résultats et recommandations de la recherche.

**معيار طبيعة المنازعة كقيد على سلطة المشرع**

**في تقرير الاختصاص القضائي**

**للدكتور/ حسين مقداد**

## مقدمة

لقد حفلت أدبيات القانون العام بدراسة "التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية"؛ بحثاً عن علاج ناجع لإشكالية تأخر العدالة وانعكاساتها السلبية على مجالات عمل الإدارة الحيوية، سيما فيما يتعلق بمجال الاستثمار؛ وطنياً كان أو أجنبياً<sup>(١)</sup>)). ولكن ما يثير قلقنا أن إقرار التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية منازعات الإدارة بكيفية "مدنية/تجارية" أعدت بحسب الأصل لتسوية منازعات القانون الخاص، لا تعدو كونها ردة تشريعية مقنعة عن مقتضى مبدأ التنئية القضائية<sup>(٢)</sup>، فضلا عن مخالفتها الصريحة للدستور القائم والذي يختص القاضي الإداري - دون غيره - بالفصل في المنازعات الإدارية.

موضوع البحث:

نبحث في مسألة جوهرية تتعلق بمستقبل القانون والقضاء الإداريين، ألا وهي سلطة المشرع في توزيع الاختصاص القضائي بنظر المنازعات عموماً، وتلك التي تكون الإدارة طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة على وجه الخصوص، سيما فيما يتعلق بسلطته في تقرير الاختصاص "البديل" بنظر هذه الأخيرة، هذه السلطة التي ينبغي لها أن تحتدّ

(١) يُراجع على سبيل المثال:

هـ أ. د. عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.

هـ أ. د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

هـ أ. د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، مجلة البحوث الإدارية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، السنة العشرين، العدد الثاني، أبريل ٢٠٠٢.

هـ د. علاء محيي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.

هـ د. عبد الله محمد سلامة البطوش: التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، ٢٠١٤؛

Amadou Dieng: Les Modes Alternatifs de Reglement de Conflits (MARC) en OHADA, Approche Cultuelle des ADR en OHADA, Cabinet Cimadevilla Law Firm, 17 et 18 mars 2009, p. 15;

Susan D. Franck: Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law, Global Business & Development Law Journal, Vol. 19, 2007, p. 373.

هـ د. إبراهيم إسماعيل الربيعي، ماهر محسن عيود: التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار، د. ن. د. ت. (١) انظر:

(٢) استاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية؛ دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٢٣ وما بعدها.

بقيد موضوعي قوامه الاعتداد بطبيعة المنازعة ومن ثم مراعاة خصوصيتها في تقرير الاختصاص "البديل" بنظرها.

فعمل المشرع في تقرير الاختصاص القضائي، لا يعدو — في حقيقته — كونه كاشفاً عن جهة الاختصاص التي تتناسب صلاحياتها طبيعة منازعة ما؛ لعلتين أساسيتين؛ الأولى: أن هذا هو السبيل الأوحى إلى حفظ ثقة المتقاضين بقاضيه الطبيعي، والثانية: وأن الشارع الدستوري قد اتخذ من معيار طبيعة المنازعة أساساً في توزيع الاختصاص القضائي؛ فعدد جهات التقاضي، واختص من بينها محاكم مجلس الدولة — دون غيرها — بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها بصفقتها العامة. وعليه، فإن سلطة تقرير الاختصاص القضائي، ينبغي ألا تخرج عن هذا الإطار الدستوري الذي يمثل قيلاً شكلياً على هذه السلطة، فضلاً عن القيد الموضوعي المتمثل في ضرورة الاعتداد بطبيعة المنازعة وما تستدعيه خصوصيتها من صلاحيات في جهة الاختصاص التي تنظرها؛ أصيلة كانت أو بديلة.

وتفريعاً على ما سبق، يصير معيماً مسلك المشرع العادي المتمثل في الجمع بين منازعات القانون العام ومنازعات القانون الخاص، تحت مظلة آلية التحكيم من دون تفرقة أو تمييز بينها (م ١/١ تحكيم)، بل وبكيفية "مدنية/تجارية" أعدت بحسب الأصل للثانية من دون الأولى، هذه الكيفية التي كان من شأن عدم تناسبها مع طبيعة المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة؛ حيث مكانتها السامية في مواجهة منازعتها، أن عدل عنها المشرع العادي تدريجياً بموجب القانون المنشئ لمجلس الدولة لسنة ١٩٤٦م، ثم تكريس المشرع الدستوري لولاية مجلس الدولة بموجب دستور ١٩٧١م، ثم تمام العدول للمشرع العادي بموجب قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢؛ حيث صار القاضي الإداري — دون غيره — قاضياً طبيعياً لكافة المنازعات الإدارية.

وبعد تأكيد الشارع الدستوري في أحدث إصدار له، الولاية الكاملة للقاضي الإداري، بل والحصريّة، على كافة المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة، فإن الإبقاء على عمومية نص المادة الأولى من قانون التحكيم الحالي، يمثل مخالفة صريحة لحكم الدستور تصريحاً وتلميحاً، سيما في ضوء ما أثبتته واقع التحكيم في منازعات الإدارة "الإدارية" من مثالب، أهمها: البطء والتراخي في تسويتها إلى ما قد

يجاوز بطء المحاكم أحياناً، وأخطرها التقصير في الدفاع عن مصالح الإدارة، وربما الانحراف بسلطة التحكيم.

وإذا كانت جودة الأداء الاقتصادي، أحد أهم الدوافع إلى تكريس التحكيم في منازعات الإدارة ذات البعد الاقتصادي، فإننا نشاطر أحد الباحثين<sup>(١)</sup> الرأي بأن الأداء الاقتصادي رفيع المستوى، إنما يتأسس في أهم جوانبه على حسن سير الجهاز القضائي، والذي يعد من المشروعات الإدارية بمثابة العمود الفقري من جسم الإنسان<sup>(٢)</sup>؛ إذ التخصص مظنة التميز في إدارة العدالة الإدارية في جملتها.

إشكالية البحث:

تتمثل أهم إشكاليات الإبقاء على نص المادة الأولى من قانون التحكيم الحالي، فيما يلي:

كـ أن المعيار العام الذي يستفاد من نص المادة الأولى من قانون التحكيم المعدل، يشي — جلاً — بانسحاب بساط التحكيم على منازعات الإدارة من دون تمييز بينها، ما نشأ منها عن رابطة عقدية، أو ما تعلق منها برابطة تنظيمية، وهو ما يناهض أحكام الدستور التي تفرد محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في سائر المنازعات الإدارية، ونصوص قانون مجلس الدولة — وهو من القوانين المكملة للدستور — التي تكفلت ببيان الكيفية التي تنظر هذه المنازعات وفقاً لها.

كـ أنه بالرغم من استقرار جمهور فقهاء القانون الخاص على تكييف التحكيم على أنه نوع من القضاء<sup>(٣)</sup>، يجري عليه ما يجري على القضاء من أحكام؛ حيث ضرورة اتساق أدوات القاضي وصلحياته مع طبيعة المنازعة التي يعهد إليه بنظرها، وفق ما يعرف بمعيار طبيعة المنازعة، والذي أقرته المحكمة الدستورية العليا — في غير ما

(١) انظر:

Richard E. Messick: Judicial Reform: The Why, the What, and the How, conference on Strategies for Modernizing the Judicial Sector in the Arab World, 15-17 March 2002, Marrakech, Morocco, p. 3.

(٢) انظر في نفس المعنى:

Muhammad Iqbal Khan: The Role of Judiciary in Restraining Discretionary Powers, op. Cit. d, p. 16.

(٣) أساتذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص ٩ وما بعدها.



مرة<sup>(١)</sup> — قيدًا على سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي، بل المعيار الذي تتخذ منه أساسًا ومردًا لعملها في فض تنازع الاختصاص؛ لا يقدح في ذلك خروجها عليه بثلة من الاستثناءات، منها ما تحمله فكرة الأمن القانوني، ومنها ما هو محل نظر بالطبع. وبالرغم من أن جانبًا كبيرًا من فقه القانون العام قد نفى صفة الحكم عن الإفتاء الملزم للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، على ما لقضاتها الأجلاء من شأن القضاء ورفعته، فبالرغم من ذلك كله لم نجد معارضة صريحة لعمومية نص المادة الأولى من قانون التحكيم في الجمع بين منازعات القانون العام ومنازعات القانون الخاص تحت مظلة التحكيم "المدني/التجاري"؛ فاستهجان إخراج بعض المنازعات الإدارية من ولاية قاضيها الطبيعي، لتدخل في ولاية القاضي المدني أو غيره؛ ردًا إلى عدم اتساق أدواتهما مع طبيعة منازعات الإدارة التي تمثل فيها باعتبارها سلطة عامة. يستتبع من الأخرى استنكار إخضاعها للتحكيم، وهو قضاءٌ انفاقيٌّ مدنيٌّ؟!!

وإذا كانت صلاحيات جهة القضاء الواحدة؛ إداريًا كان أو عاديًا<sup>(٢)</sup>، لا تصلح لنظر كافة المنازعات التي تنشب بين سائر أشخاص القانون من دون تفرقة بينها؟ وهي العلة التي حدثت الشارع الدستوري إلى اعتماد تجربة الازدواجية القضائية؟ فإن الاستفهام الاستنكاري حول ما الذي رآه المشرع في آلية التحكيم لتسطع القيام بما لا يستطع نظام القضاء الواحد القيام به، لهو أحرى وأولى؟!!

بحر أن الفقه قد انتقل من دائرة التسليم بمقتضى نص المادة (٢/١) من قانون التحكيم، بعدما عكف جمهور الفقه على معارضة التحكيم في منازعات الإدارة العقديّة، قبيل تدخل

---

(١) كان آخرها، حكمها القمّي في الدعوى رقم ٧٠ لسنة ٣٥ ق.د، جلسة ٢٥ يوليو ٢٠١٥ بشأن عدم دستورية اختصاص القضاء العادي بالفصل في "منازعات ضريبة الدخل".  
(٢) انظر:

Michel Pâques et Luc Donnay: Jurisdiction Ordinaire et Jurisdiction Administrative en Droit Belge, Ce texte est la version remaniée d'un rapport présenté au colloque « La justice administrative dans les pays du Maghreb – La réception des modèles européens », organisé les 2, 3 et 4 novembre 2006, par l'Association tunisienne de droit administratif et l'Unité de recherche en droit administratif de la Faculté de Droit et des Sciences économiques et politiques de l'Université de Sousse, p. 10.

المشرع بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م ليؤكد جواز التحكيم فيها، إلى دائرة التوسع في التكريس للتحكيم كوسيلة بديلة لتسوية كافة المنازعة الإدارية، على عكس ما يستفاد من خصوصية المنازعات الإدارية من ناحية، أو ما يستفاد من الكيفية "المدنية/التجارية" التي توسع المشرع في بيانها في قانون التحكيم لتكون عوضا عن الكيفية التي تضمنتها المواد (٥٠١) — (٥١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية<sup>(١)</sup>.

وعليه، فإن أية محاولة لتكريس ما يناهض آلية التحكيم، سيكتنفها الجدل، سيما وأن أساتذة كبارا ممن أوتوا علم القانون العام قد قالوا بجواز اللجوء إليها لتسوية جل المنازعات الإدارية حتى غير العقدية منها. بيد أن ما يؤنسنا في تقديم هذا الطرح — فضلا عن عدالة أساتذتنا وموضوعيتهم في الطرح وقبول الطرح المخالف — قناعتنا التامة بضرورة التكريس لتأطير آلية التحكيم في منازعات الإدارة، بإطار أو قيد طبيعة المنازعة الإدارية التي تقبل التحكيم.

وتم إشكالية أخرى تقف من وراء ما ذكر عاليًا؛ حيث تداخل الكثير من الاعتبارات في بلورة قناعة السياسيين — سيما الأغلبية البرلمانية التي تخط بقلم التشريع — بأهمية التحكيم كطريق بديل لتسوية المنازعات؛ فهذا اعتقاد جازم في توحد القواعد التي تحكم النزاع التحكيمي، ومن ثم التغلب على إشكالية تنازع القوانين الوطنية، وما وحدتها هذه إلا على مستوى النصوص، أما على مستوى الدلالات والمعاني تأويلًا وتفسيرًا؛ إذ عادة ما تصطبغ بصبغة الأقوى؛ الأقوى فكريًا واقتصاديًا، بل سياسيًا أيضًا. وذاك إيمان راسخ بأن جذب الاستثمارات الأجنبية إلى الداخل لن يتأتى إلا بالابتعاد بمنازعاتها عن ساحات القضاء الوطني، والحقيقة أن تشجيع الاستثمار بصورتيه الوطني والأجنبي ليس مرتها بالتحكيم في ذاته، بل بمرفق قضاء رشيد؛ يحتاج إلى دعم ومساندة، لا إلى غل يده عن اختصاصاته وأحدًا تلو الآخر؛ تارة بحكم اعتبارات الواقع<sup>(٢)</sup>، وتارة أخرى بحكم مواكبة التوجه العالمي إلى تبني

(١) إذ تنص المادة الثالثة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن إصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أن:

"تلغى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن إصدار قانون المرافعات

المدنية والتجارية، كما يلغى أي حكم مخالف لحكم هذا القانون".

(٢) ثم تنويه لازم إلى أنني لا أنكر دور — بل ضرورة — الاعتداد بالواقع الذي يُسن له التشريع. بيد أن ما لا نستطيعه أن يظل المشرع عاكفا على مقتضى اعتبارات عملية ما، لمدة زمنية تربو على عدة عقود أحيانًا، تلججا

تبنى التحكيم؛ هذا التوجه الذي تقوده الدول التي لا تعرف تجربة الازدواجية القضائية، ومن ثم لا إشكالية لديها في التحول عن قواعد القانون المدني التي تحكم مراكز قانونية متكافئة إلى التحكيم الذي لا يعدو كونه آلية مدنية/تجارية. وأخيراً تلك الرغبة الجامحة من الدول الأكثر تأثيراً في اقتصاديات العالم (أصحاب الهيمنة الاقتصادية)، في شرعنة هيمنتها الاقتصادية من طريق قواعد مزعومةً وحدتها.

### أهداف البحث وأهميته:

لبحثنا هذا عدة أهداف واضحة، نشي تصريحا وتلميحا بأهميته الجوهرية، وهي:

كـ تكريس معيار طبيعة المنازعة كقيد موضوعي على سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات عموما، والمنازعات الإدارية خصوصا، كمبدأ دستوري ترتب مخالفته حق اللجوء إلى قاضي الدستورية طلبا لعدالة الدستور في مسألة هي من صميم المسائل المتعلقة بالنظام العام؛ وذلك للحد من حالات تنازع الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الإدارية، بما يخفف من العبء الملقى على كاهل قاضي الدستورية فيما يتعلق بدعاوى تنازع الاختصاص.

كـ قراءة مبدأ "تقريب جهات التقاضي من المتقاضين"، وهو التزام دستوري يتقل كاهل الدولة، حتى ولو لم ينص الدستور عليه صراحة، قراءةً تقدمية أكثر عمقا؛ مفادها عدم اختزاله في دلالة مادية قوامها تكثير أعداد القضاة وتقريب مقار المحاكم من المتقاضين فحسب، بل صرفه إلى دلالة وظيفية مفادها ضرورة اتساق آليات تسوية المنازعات الإدارية ومنهجية عملها، قضائية كانت أو غيرها، مع طبيعة هذه المنازعات، بما يحفظ ثقة المتقاضين في نظامهم القانوني والقضائي؛ فيتجلى لهم "الأمن القانوني" في أسمى معانيه.

كـ إظهار قصور مسلك المشرع العادي في الجمع بين المنازعات الإدارية، سيما الداخلية منها، والمنازعات المدنية والتجارية في آلية التحكيم، وفق كيفية لا تناسب البتة طبيعة الأولى، بموجب قانون لم تراخ خصوصية الأولى لا في صياغته الأولى التي

---

باعتبارات الواقع، وما عمله في حقيقته إلا أحد أمرين؛ إما غضن للطرف وتراخ، وإما تجاهل متعمد لأغراض سياسية تسوغها اعتبارات شخصية أو حزبية، وكلا الفرضين مذموم.

أعدت بحسب الأصل للثانيتين، ولا حتى في صياغته الثانية. ومن ثم حث المشرع على التقيد في ممارسة سلطة التقرير المخولة له، بمقتضى مبدأ تنشئة النظام القضائي من ضرورة احتكام المنازعات الإدارية في نظرها وفصلها، سواء من طريق القاضي الطبيعي أو من طريق وسائل تسوية منازعات "بديلة"، إلى قواعد قانونية تراعي خصوصيتها التي على أساسها تُنَّي النظام القضائي في فرنسا منذ أكثر من مئة وأربعين عاما تقريبا، وفي مصر منذ سبعين عاما تقريبا.

### المنهج البحثي المتبع:

انتهجنا في دراستنا هذه منهجًا بحثيًا يتماشى مع الرغبة في رد الجزئيات إلى الأصل؛ رد عملية تقرير الاختصاص القضائي أصيلاً كان أو بديلاً إلى فلسفة الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة؛ إذ يتبنى المشرع الدستوري تجربة الازدواجية القضائية؛ رد سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي إلى طبيعة المنازعة محل الاختصاص، فكان المنهج الاستنباطي الذي يُعنى برد الفروع إلى الأصول أو بالانتقال من العام إلى الخاص.

### خطة الدراسة:

نعمد خطةً بحثيةً قوامها ثلاثة فصول (بكلٍ منها مبحثان، يضم كل مبحثٍ منهما مطلبين)، يسبقهما مبحثٌ تمهيديٌّ، ثم نردفهما بخاتمة.

مبحث تمهيدي: في أهمية الوسائل "البديلة" لتسوية المنازعات الإدارية ومناط دستوريتهما. الفصل الأول: طبيعة المنازعة قيد موضوعي على سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي.

الفصل الثاني: عمومية التحكيم في المنازعات الإدارية خروج على سلطة تقرير الاختصاص القضائي "البديل".

الفصل الثالث: مجال التحكيم في منازعات الإدارة وفقاً لمعيار طبيعة المنازعة.

**مبحث تمهيدي**  
**في: أهمية الوسائل البديلة**  
**لتسوية المنازعات الإدارية ومناطق دستورتها**

**تمهيد وتقسيم:**

باديء ذي بدء، ليست ثمة معارضة لفكرة الاستعاضة عن طريق القاضي الطبيعي لمنازعات الإدارة العامة، بوسائل "بديلة" تستدعيها مقتضيات البيئة الإدارية التي سئمت منازعاتها بطء التقاضي وارتفاع كلفته وقتاً ومالاً. بيد أن التوسّع في تقرير اللجوء إلى وسائل "بديلة" مما لا تتفق أدواتها مع طبيعة هذه المنازعات التي كانت خصوصيتها المتفردة من وراء انتساج مبادئ وقواعد قانونية خاصة بها على منوال قاضيها الخاص، هو ما لا يروقنا، ولا ينبغي لنا. ووقفاً على كيفية التوفيق بين الإقرار بأهمية هذه الوسائل البديلة، ومناطق دستورية تقرير اللجوء إليها، نقسم مبحثنا هذا على النحو التالي:

**المطلب الأول: أهمية الوسائل "البديلة" لتسوية المنازعات الإدارية.**

**المطلب الثاني: مناطق قانونية تقرير وسائل "بديلة" لتسوية المنازعات الإدارية.**

**المطلب الأول**

**أهمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية**

لا مرأى في أن كثيراً من المنازعات الإدارية، ما تحتاج إلى وسائل "بديلة" لتسويتها بمسائل دقيقة لا تحتمل تأخر العدالة، وإما لتعلقها بمسائل أقل أهمية يسهل تسويتها من غير طريق القضاء، فضلاً عما توفره بعض الوسائل لجهة الإدارة من مراجعة مواقفها على هدي مبدأ سيادة القانون<sup>(١)</sup> مما لا يتوفر لآلية القضاء، يجعل لها أفضلية على طريق

(١) انظر:

Loïc Cadet: Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français, Ritsumeikan Law Review; No. 28, 2011, p. 147 et suiv.

(٢) انظر في نفس المعنى:

M. Schoder: Administrative Law in Germany, in Seerden and Stroink (Eds), 2002, p. 227;

Trevor Buck: European Methods of Administrative Law Redress: Netherlands, Norway and Germany, prepared for D.C.A, 2004, p. 39.

طريق التقاضي؛ كالتظلم الإداري مثلاً؛ إذ يستقر جمهور الفقه<sup>(١)</sup> على أن الرقابة الإدارية تفضّل الرقابة القضائية في أنّ الأولى تجمع بين رقابتي المشروعية والملاءمة في الوقت الذي تَقصرُ فيه الثانية عن بحث جانب الملاءمة كما هو معلوم. وكذلك آلية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي؛ إذ تتأى بالمتنازعة عن دائرة الجدل حول القانون الواجب التطبيق، كأثر طبيعي لتشبُّث كل طرف بتطبيق قانونه الوطني أمام قاضيه الوطني؛ اتساقاً مع فكرة سيادة الدولة.

هذا، وتتضح أهمية هذه الوسائل، من وجهين رئيسين، هما:

أولاً: تخفيف كاهل القضاء الإداري نظراً وفصلاً:

إن اكتظاظ ساحات محاكم مجلس الدولة بالعديد من الأنزعة، على ما يبذله القاضي الإداري من جهد لا بأس به في سبيل تقديم عدالة ناجزة، يؤثر سلباً على ثقة المتقاضين لديه به، فضلاً عن إقبال كاهله بما لم يكن ليثقله لو أحسن المشرع صنعاً في تقرير الاختصاص القضائي، أصيلاً كان أو بديلاً؛ فكم من دعوى أُعيقَت عن الاتصال بعلم القاضي بوازع تأخر الفصل فيها إلى سنوات<sup>(٢)</sup>، بل كم من دعوى لم تأخذ حقها من البحث الدقيق والترو في قراءتها بوازع النظر في غيرها مما ملأ جنبات المحاكم حتى إن أرولة الكثير منها قد بلغت في الجلسة الواحدة ما ينيّف على خمس مئة دعوى!؛

لا مرأى في أن معدلات هذه الدعاوى، تتناقص بمقدار ما تُفَلح الوسائل "البديلة" في تسويته منها، وفي المقابل تتزايد هذه المعدلات بحسب عجزها عن بلوغ الغاية من تقرير

(١) انظر:

ع. أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣١ وما بعدها؛

ع. أ. د. فؤاد العطار: القضاء الإداري، دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة وعمالها ومدى تطبيقاتها في القانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت، ص ٨١ وما بعدها؛

⊠ A. Tollenaar: Soft Law, Policy Rules and the Quality of Administrative Decision-Making, n. p, n. d, p. 7.

(٢) وهي الإشكالية التي أثارها بعض مستشاري النيابة الإدارية وقضايا الدولة في الخلاف "الشهير" الذي حدث بين الهيئتين من ناحية ومجلس الدولة من ناحية أخرى، حول اختصاصات "الإفتاء" و "القضاء التأديبي" في مشروع الدستور الحالي؛ لمزيد من التفاصيل حول هذا الخلاف؛ طالع الروابط الإلكترونية التالية:

⊠ <http://www.ahram.org.eg/News/983/76/238968/>

⊠ <http://www.almasyalyoum.com/news/details/351154>

⊠ <https://www.masress.com/elwatan/341672>

للجوء إليها<sup>(١)</sup>؛ ليجد القاضي الإداري نفسه أمام عشرات، بل مئات الآلاف من الدعاوى التي لم تكن لتصل إليه، لو أحسن المشرع اختيار وسائل "بديلة" لتسويتها<sup>(٢)</sup>.  
ثانيًا: تخفيف كاهل المتنازعين كلفةً ووقتًا وجهدًا:

معلوم أن التقاضي ليس عملاً ترفيئًا، بل عناءً ومشقة<sup>(٣)</sup> قد يكونا أحيانًا كثيرة من وراء عزوف الكثيرين ممن غبنتهم جهة الإدارة، عن ولوج سبيل التقاضي؛ إيثارًا لخسارة قريبة على كسب بعيد، الأمر الذي يجعل من تقرير اللجوء إلى وسائل إنصافٍ بديلة، مطلبًا حيويًا لكل منازعٍ أو منازعًا، يتعين على المشرع أن يهرع إلى تلبيةه.  
لتبدو جليةً أهمية التحول التشريعي — بل ضرورته — إلى وسائل "بديلة" لتسوية كثير من المنازعات الإدارية التي تتسق طبيعتها مع هذه الوسائل؛ تخفيفًا لكاهل القاضي الطبيعي للمنازعات الإدارية، بما يتيح له التفرغ لنظر المنازعات التي تثير مسائل فنية وقانونية على قدر كبير من الأهمية، شريطة أن يتقيد هذا التحول بمقتضى معيار طبيعة المنازعة في تقرير اللجوء إلى هذه الوسائل.

وليحق القول بأن تحقيق العدالة الناجزة من طريق القضاء الإداري، مرتهن بأمرين؛ أن تحُد الإدارة من لجوء خصومها إليه من طريق رقابتها الرشيدة؛ ذاتية/داخلية كانت أو خارجية<sup>(٤)</sup>، والتي سبق أن قلنا بأفضليتها على رقابة القضاء إذا ما بوشرت من لدن إدارة رشيدة، أو أن يحد المشرع من لجوء المتنازعين إلى القاضي الإداري من

(١) انظر في نفس المعنى:

د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري، ك ١: قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ٣١؛

Timothy J. & Others: Ten principles of a fair and effective state and local tax dispute resolution, T.A.S.T.T, U.S.A, 2008, p. 2.

(٢) انظر في نفس المعنى:

M. Patrick Frydman: Administrative Justice in France, 11<sup>th</sup> Annual AIJA Tribunals Conference in association with the Council of Australasian Tribunals, Watermark Hotel & Spa, Surfers Paradise, Queensland, 5-6 June 2008, p. 19.

(٣) ولا أدل على ذلك مما تقرره المحكمة الإدارية العليا — في حكمها في الطعن رقم ٦٧٣ لسنة ٣٤ ق. ع، جلسة ١٥ يوليو ١٩٩٠م، مجموعة المكتب الفني، السنة الخامسة والثلاثون، ص ٢٠٦٨ — من أن:

"التقاضي وإن كان حقًا للكافة، إلا أنه يمثل عبئًا ماديًا على المتنازعي، لا ينحصر فقط فيما يؤديه من رسوم قضائية، وإنما يمتد إلى كل ما يتكبده المتنازعي من جهد ونفقات في سبيل حرصه على متابعة دعواه حتى يظفر ببغيته وينال حقه عن طريق القضاء".

(٤) لمزيد من التفاصيل؛ راجع: حسين مقداد: رقابة القضاء الإداري على اختصاص الإدارة بالرقابة الذاتية في المجال الضريبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠١١، ص ٣٢ وما بعدها.

طريق تنويع وسائل تسوية المنازعات الإدارية، شريطة أن يتخذ من معيار طبيعة المنازعة مردًا له في تقرير الاختصاص البديل بنظرها.

غير أن التوجه – المحمود – إلى الطرق "البديلة" لتسوية المنازعات التي تمثل فيها الإدارة باعتبارها سلطة عامة، ينبغي أن يتخذ من فلسفة تسوية هذه المنازعات إطارًا ومردًا له؛ فلا تُعتمد فيه آلية تسوية بديلة لا تتناسب أدواتها خصوصية المركز القانوني "السامي" للإدارة في مواجهة منازعتها، هذا الإطار هو الذي يعد بمثابة الفلك الذي تدور فيه سلطة المشرع في تقرير الاختصاص البديل بنظر منازعات الإدارة؛ فتُقيد بقيد أفضلية الوسيلة البديلة أو على الأقل معادلتها لطريق القاضي الطبيعي سيما فيما يتعلق بحفظها مكانة الإدارة السامية في مواجهة منازعتها، وهو ما نعرض له بشيء من التفصيل في المطلب التالي؛ حيث الحديث عن مناط قانونية مسلك المشرع في تقرير الاختصاص الأصيل أو البديل بنظر هذه المنازعات.

## المطلب الثاني

### مناط قانونية مسلك المشرع

#### في تقرير الاختصاص البديل لتسوية المنازعات الإدارية

إن الإقرار بأهمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية<sup>(١)</sup>، لا يحدونا البتة إلى إقرار مسلك المشرع في تقرير اللجوء إليها، من دون التدقيق فيما إذا كان قد تحرى طبيعة المنازعة الإدارية أم لا، بل ثمة معايير لدستورية مسلكه في الاستعاضة بهذه

(١) لمزيد من التفاصيل حول أهمية الوسائل "البديلة" لتسوية المنازعات الإدارية؛ انظر:

Deborah Hensler: Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System, Penn St. L. Rev, vol. 108m 2004, p. 165 and next;

Sai-On Cheung: Critical factors affecting the use of alternative dispute resolution processes in construction, International Journal of Project Management, Vol. 17, No. 3, p. 191 and next;

S.O. Cheung & P.S.P. Wong: Use of alternative dispute resolution in construction: A comparative study, Challenges, Opportunities and Solutions in Structural Engineering and Construction – Ghafoori (ed.), Taylor & Francis Group, London, 2010, p. 765.

د. ليلي لمريني، د. عبد الإله الحكيم بناني: إدخال الوسائل البديلة لحل المنازعات في النظام القانوني المغربي، مداخلة وفد من حول الوسائل البديلة لحل المنازعات، اسطنبول، تركيا، SDLS | المملكة المغربية في المناظرة الدولية المنظمة من طرف معهد في الفترة من ٣٠ يونيو إلى ٣ يوليو ٢٠٠٣، ص ٧ وما بعدها.



الوسيلة البديلة عن طريق القاضي الطبيعي، ولو كان تقرير اللجوء إليها اختياراً للممتازين.

وتتلخص هذه الضوابط - في تقديرنا - فيما يلي:

أولاً: أن تفضل الوسيلة البديلة طريق القضاء أو تعدله:

من المنطقي أن يستند المشرع في الاستعاضة عن طريق القاضي الطبيعي الإداري، بوسيلة بديلة لتسوية بعض المنازعات الإدارية، إلى حجج منطقية تسوغ مسلكه هذا؛ كأن يكون سلوك سبيل هذه الوسيلة أفضل من ولوج طريق القضاء<sup>(١)</sup>؛ أفضل منه في تقديم عدالة ناجزة بكلفة أقل في الوقت والجهد والمال؛ فحالئذ يصبح تقرير اللجوء إلى مثل هذه الوسيلة أمراً متعيناً على المشرع. وحتى تتسنى هذه الأفضلية لهذه الوسيلة، ينبغي لها ألا تنتقص المنازعة الإدارية أية ضمانات يكفلها لها قاضيها الطبيعي؛ سيما فيما يتعلق بوازعه في تحقيق التوازن بين صلاحيات الإدارة وامتيازاتها وضمنات المتعاملين معها<sup>(٢)</sup>، فضلاً عن منهجية عمله في استخلاص المبادئ التي تحكم النزاع من ن<sup>(٣)</sup> صوص القانون الإداري المبعثرة في أكواد عديدة، وكذا دوره الإبداعي والخلق في

(١) انظر: (١)

Harry T. Edwards: Advantages of Arbitration over Litigation: Reflections of a Judge, n. p, n. d, p. 21 and next.

(٢) لمزيد من التفاصيل؛ راجع:

Francis De Baecque: The Judicial Control of the Legality of Unilateral Acts of Public Administration, International Association of Supreme Administrative Jurisdictions, Paris, 1983, p. 12, 13;

David A. Paterson: Manual for Administrative Law Judges and Hearing Officers, the New York State Department of Civil Service, 2008, p. 26;

Morell E. Mullins: Manual for Administrative Law Judges, Internet Edition, 2001, p. 9;

Malcolm L. Russell-Einhorn & Howard N. Fenton: Administrative Law Tools and Concepts to Strengthen USAID Programming, A Guide for USAID Democracy and Governance Officers, 2008, p. 11,

Trevor Buck: European methods of administrative law redress: Netherlands, Norway and Germany, DCA Research Series, 2004, p. 2, 3, p. 37;

Sérvulo Correia: Judicial Resolution of Administrative Disputes, Administrative Procedure in Portugal, n. p, n. d, p. 16, 17.

(٣) انظر: (٣)

Harry T. Edwards: Advantages of Arbitration over Litigation: Reflections of a Judge, n. p, n. d, p. 21 and next.

في بلورة الكثير من المبادئ والأحكام التي باتت جانب من الفقه يعدها قانوناً مستقلاً للقضاء الإداري<sup>(١)</sup>.

وعليه، فإذا كانت الوسيلة البديلة، تفتقر إلى أي مما ذكر عاليًا، فإن تقرير اللجوء إليها عوضًا عن طريق القاضي الطبيعي، يعد خروجًا على مقتضى السلطة المخولة للمشرع في تقرير الاختصاص القضائي البديل، يستوجب لوم المشرع عليه، ويُرْتَبُّ حق اللجوء إلى قاضي الدستورية طلبًا لعدالة الدستور في هذه المسألة.

ثانياً: أن تتسق الوسيلة البديلة مع فلسفة تسوية المنازعات الإدارية:

إن الاستعاضة بوسيلة بديلة عن القضاء الإداري لتسوية بعض المنازعات الإدارية، تُرتب مشروعيتها — فوق احتفاظها بضمانات التقاضي — باتساقها مع فلسفة تسوية المنازعات الإدارية، هذه الفلسفة التي تصاغ في ضوء مبدأ تمايز المراكز القانونية لطرفي العلاقة القانونية التي تنشأ عنها المنازعة الإدارية، تنظيمة كانت هذه العلاقة أو عقديّة. والتي تأتي أيما إبقاءً أن تنزل الإدارة عن مكانتها السامية في تسويتها المنازعات التي تنشأ عن علاقاتها التي تمثل فيها باعتبارها سلطة عامة، وإلا فقدت كثيرًا من الضمانات المقررة لحماية المصلحة العامة لا للإدارة ذاتها، ليضحي إثارها اللجوء إلى آلية بديلة؛ كالتحكيم مثلاً، على ولوج طريق قاضيها الطبيعي، ولو بإجازة تشريعية، أمرًا منافيًا لفلسفة تسوية المنازعات التي تكون الدولة طرفًا فيها، والتي كانت يوما ما من وراء إفرادها بقانون وقضاء خاصين<sup>(٢)</sup>.

وعليه، فإن إقحام المنازعات الإدارية - سيما الداخلية منها - في زُمرة المنازعات "المدنية/التجارية" التي أجاز المشرع اللجوء إلى التحكيم لتسويتها، وفقا لكيفية أعدت بحسب الأصل لتسوية الثانية، يعد

(١) انظر على سبيل المثال:

كـ أ. د. حسين عثمان محمد عثمان: قانون القضاء الإداري، دراسة مقارنة، د. ن، ١٩٩٥.

كـ أ. د. محمد محمد عبد اللطيف: قانون القضاء الإداري، الكتاب الأول: نظام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

كـ د. حسين مقداد: قانون القضاء الإداري المصري وبهامشه مختصر قانون القضاء الإداري الفرنسي، الجزء الثاني: قضاء التعويض، د. ن، ٢٠١٥.

(٢) انظر أ. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص ٢٤٦ وما بعدها.

ضرباً لعرض الحائط بفلسفة تسوية الأولى ومقتضى خصوصيتها، ومن ثم الخروج على مبدأ تثنية النظام القضائي، أو بالأدق ارتداد واضح عن مقتضى هذا المبدأ.

ثالثاً: ألا يصرح الدستور باختصاص القاضي الإداري دون غيره بنظر المنازعات الإدارية: أن يختص الدستور محاكم القضاء العادي بنظر المنازعات المدنية والتجارية، ثم يتبنى المشرع التحكيم كطريق بديل لتسوية هذه المنازعات، بما تتصف به آلية التحكيم من طبيعة مدنية، فهذا أمر مستساغ؛ لعلتين رئيسيتين؛ الأولى: تكافؤ المراكز القانونية لطرفي العلاقة القانونية الخاصة، والثانية: إمكانية التنازل عن الحقوق الشخصية، فضلاً عن عدم استعمال المشرع الدستوري عبارة "دون غيرها".

أما أن يختص الدستور محاكم مجلس الدولة — دون غيرها — بنظر المنازعات الإدارية، بموجب نص المادة (١٩٠) من أحدث إصدار له<sup>(١)</sup>، ثم يظل المشرع قائماً على نصوص قانون التحكيم التي تكرر لخلاف ما يستفاد من هذا النص، فهذا ما لا يستساغ لدينا. فلو كان للمشرع — جلاً — أن يختص المنازعات الإدارية بنظام تحكيم خاص؛ تراعى في بلورة قواعده خصوصية هذه المنازعات<sup>(٢)</sup>، لاستسغ القول بأن اتساق أدوات الطريق البديل مع فلسفة تسوية هذه المنازعات، لا يعد خروجاً على مقتضى هذا النص، طالما توافرت له ضمانات طريق القاضي الطبيعي؛ فعلى سبيل المثال كيف يتسنى التوفيق بين مقتضى القول بـ"اختيارية" التحكيم و"حكمة" إرادة الإدارة، سيما ما يتعلق بحالات تقدير اللجوء إلى التحكيم من عدمه، أو فيما يتعلق بضوابط سلطتها في اختيار المحكمين أو قواعد عملهم، أو مدى مسؤوليتها عن إساءة اختيارهم، فضلاً عن كيفية ملاحقة المحكمين في الأحوال التي يتضرر فيه الصالح العام من دون قدرة الإدارة على إثبات انحراف المحكمين؟ بالطبع إن النتيجة النهائية هي إهدار الكثير من أموال الدولة باسم التحكيم.

(١) إذ تنص على أن:

" مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص — دون غيره — بالفصل في المنازعات الإدارية،

(٢) انظر د. عمر مشهور: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص ٣ وما بعدها.

## الفصل الأول

### طبيعة المنازعة قيد موضوعي

#### على سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي

تمهيد وتقسيم:

إن الحديث عن معيار طبيعة المنازعة الإدارية كقيد على سلطة تقرير الاختصاص القضائي، من دون الوقوف على حقيقة هذه الطبيعة وما تصاغ في ضوءه من اعتبارات، يعد ضربا من التعميم وعدم التعمق. فما محددات طبيعة المنازعة، وما هي الأسس الفلسفية والقانونية التي يرتكن إليها القول بضرورة الاعتداد بها في تقرير الاختصاص القضائي بنظرها؟ هذا ما نعرض له من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: طبيعة المنازعة الإدارية وأهميتها في تقرير الاختصاص بتسويتها.

المبحث الثاني: الأساس الفلسفي والقانوني لتقييد سلطة المشرع بمعيار طبيعة المنازعة في تقرير الاختصاص القضائي.

### المبحث الأول

#### محددات طبيعة المنازعة

#### وأهميتها في تقرير الاختصاص القضائي

تمهيد وتقسيم:

إن ما درج عليه فقه القانون العام في تناوله دراسة المنازعات الإدارية، من ذكر خصائصها على سبيل تمييزها عن غيرها، يعكس أهم الجوانب التي تؤخذ بعين الاعتبار في تحديد صلاحيات القاضي الذي يختص بنظرها والفصل فيها، وفق ما نسميه "محددات" طبيعة المنازعة. هذه المحددات التي تبرز مدى أهمية الاعتداد بها في إسناد عملية الفصل فيها إلى جهة اختصاص قضائي، أصيلة كانت أو بديلة.

فما أهم المحددات التي تبلور طبيعة المنازعة عموما، والإدارية على وجه الخصوص؟ وما أهميتها في تقرير الاختصاص القضائي بالفصل فيها؟ هذا ما نتناوله بشيء من التفصيل من طريق التفصيل التالي:

المطلب الأول: ما تتحدد به طبيعة المنازعة الإدارية.

المطلب الثاني: أهمية طبيعة المنازعة في تقرير الاختصاص القضائي البديل بنظرها.

## المطلب الأول

### ما تتحدد به طبيعة المنازعة

باديء ذي بدء، إن تحديد صلاحيات الهيئة التي تختص بنظر منازعة إدارية ما، تحديداً دقيقاً، مناطه الوقوف الجيد على حقيقة هذه المنازعة أو ما تعرف فقها بطبيعتها<sup>(1)</sup>؛ هذه الطبيعة التي تتحدد — في تقديرنا — من عدة وجوه؛ منها ما يدخل في حقيقتها، ومنها ما لا يستقيم أمرها من دون مراعاتها، وإن لم يكن داخلها في حقيقتها، وهي:

أولاً: مدى تكافؤ المصالح المتنازعة أو تمايزها:

إذا كان لكل منازع أن يطلب إلى قاضيه الطبيعي حماية القانون لحق أو مصلحة مشروعة له، فإن نطاق هذه الحماية يختلف بحسب الوزن النسبي لكل من المصالح المتنازعة؛ فنطاق حماية المصلحة العامة ليس كنطاق حماية المصالح الخاصة، وهذا أمر بدهي يقتضيه مجموع المصالح الخاصة الممتثلة في مفهوم المصلحة العامة التي يدخل فيها المصالح الخاصة للمتنازعين مع الإدارة أنفسهم؛ فإذا كان انتصافهم من الإدارة المخطئة يمثل صالحاً مباشراً لهم، فإن انتصافها للمصلحة العامة منهم يمثل صالحاً غير مباشر لهم؛ قوامه التعامل مع إدارة رشيدة تعرف لمبدأ سيادة القانون قدره.

فالمصالح المتنازعة في رحاب علاقات القانون الخاص، يغلب عليها التكافؤ النسبي، بينما يغلب التمايز على المصالح المتنازعة في رحاب القانون العام؛ رداً إلى أن المصلحة العامة والتي دوماً ما تكون طرفاً فيها، تدرع بقاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة<sup>(2)</sup>.

(1) انظر:

⊗ Slim Kammoun: La nature juridique du contentieux fiscal, Association Tunisienne de Droit Fiscal, Sfax, 3 et 4 janvier 2002.

(2) هذا التفرد الذي أقرته محكمة التنازع الفرنسية منذ ما ينيف على؛ فقضت - في حكمها الشهير في قضية Blanco - بأن:

"الطبيعة الخاصة للمنازعات الإدارية تدعو إلى تنظيمها بقواعد متميزة عن تلك التي تُطبق في

رحاب القانون الخاص".

L'arrêt Blanco (8 février 1873); Raymond Ferretti: Droit Adminis-tratif, n. é, n. d, P. 64;

وبالتالي، فإن طبيعة المنازعة الإدارية المتفردة تصاغ أول ما تصاغ في ضوء فكرة المصلحة العامة، وما تستتبعه هذه الأخيرة من الاحتكام إلى قواعد قانونية تراعي خصوصية هذه المصلحة وما يستتبعه منطق تغليبها أحيانا على المصالح الخاصة، من دون انتقاص الأخيرة حمايتها.

فالمصلحة العامة التي تمثلها الإدارة في علاقاتها، عقدية كانت أو تنظيمية، تتضرر حتما من وضعية التكافؤ مع المصالح الخاصة للمتعاملين مع الإدارة؛ فتعثرُ الإدارة مثلا في الوفاء ببعض التزاماتها لا يسوغ البتة لمنازعتها بالإخلال بالتزاماتهم سواء بالتراخي أو الامتناع عن الوفاء بها. ومن ثم، فإن القواعد القانونية التي صيغت لتنظيم روابط متكافئة المصالح، لا تناسب الروابط التي تمثل فيها المصلحة العامة.

ثانيا: مدى تكافؤ صلاحيات المتنازعين تجاه بعضهم البعض أو تمايزها:

من أهم ما يؤخذ بعين الاعتبار في مقام تحديد طبيعة منازعة ما، ما يتمتع به المتنازعون من صلاحيات وامتيازات تجاه البعض الآخر، وهذا أحد وجوه المعيار العضوي في تحديد طبيعة المنازعة؛ حيث طبيعة أشخاصها<sup>(١)</sup>؛ فالإدارة تتمتع بصلاحيات وامتيازات واسعة<sup>(٢)</sup> في مواجهة المتعاملين معها<sup>(٣)</sup>، لا نظير لها في علاقات القانون الخاص، ما يجعل منها — دوماً — طرفاً قوياً في مواجهة المتنازعين معها. وتبدو أهمية أشخاص القانون العام، ومن ثم ضرورة الاعتداد بطبيعتهم الخاصة<sup>(٤)</sup> في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات التي يمثلون فيها،

(١) في نفس المعنى:

Michel Leroy: La Repartition des Competences Juridictionnelles, n. e, n. d, p. 2.

(٢) والتي تمثل في: امتياز المبادرة باتخاذ القرار وتنفيذه من دون استئذان القضاء، وامتياز حيازة الأوراق والمستندات، وامتياز قرينة سلامة القرار الإداري، وامتياز التنفيذ الجبري، وكذا امتياز عدم قابلية أموال المرافق العامة للحجز عليها؛ لمزيد من التفاصيل؛ انظر: د. حمد محمد حمد الشلماني: دعوى الإثبات في القانون الإداري في ظل امتيازات السلطة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤٤ وما بعدها.

(٣) والأكثر من هذه الصلاحيات ذاتها، أن فقه القانون العام مستقر على ثبوتها للإدارة حتى ولو لم يتضمنها العقد، وأن تضمين بعضها في وثيقة التعاقد لا يعني حرمانها مما لم يتم تضمينه منها؛ لمزيد من التفاصيل؛ راجع:

ح. أ. د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية؛ دراسة مقارنة، ط ٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٨٩ وما بعدها؛

ح. أ. د. محمود أبو السعود حبيب: القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٢٠٥ وما بعدها؛

ح. أ. د. محمد عبد الحميد أبو زيد: المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١٠٧ وما بعدها؛

(٤) قرب:

وتبدو أهمية أشخاص القانون العام، ومن ثم ضرورة الاعتداد بطبيعتهم الخاصة<sup>(١)</sup> في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات التي يُمثّلون فيها، من وجه رئيس قوامه أن الإدارة تحتل مكانة سامية في علاقاتها بعملائها؛ إذ حوّلت صلاحيات القانون العام وامتيازاته، هذه المكانة التي لم ترتقها اختياريًا ولا لذاتها، بل بحكم وظيفتها، وتحقيقًا للمصلحة العامة. حتى إذا ما رغب المشرع أو رغبت الإدارة ذاتها في النزول عن هذه المكانة التي أرادها لها المشرع الدستوري إذ يفرد محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات التي تكون طرفًا فيها باعتبارها سلطة عامة، كان مسلكهما انتقاصًا لمكانتها هذه، على خلاف مراد الشارع الدستوري.

### ثالثًا: هدف المتنازعين من وراء النزاع:

بدهي القول بأن هدف كل منازع من وراء منازعته، حماية حق ما أو مصلحة ما معتبرة قانونًا. ولكن ليس بدهيًا أن يهدف أحد المتنازعين من وراء منازعته إلى حماية مصلحة غير شخصية، فضلًا عن استهدافه مجموع مصالح من بينها مصلحة الخصم! فالإدارة — وهي خصم شريف<sup>(٢)</sup> — لا تستهدف حماية حق شخصي أو مصلحة خاصة، بل تستهدف — مدعية كانت أو مدعى عليها — إقرار المشروعية<sup>(٣)</sup> انتصافًا من خصومها أو إنصافًا لهم، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة التي هي في حقيقتها عدة مصالح خاصة، منها مصلحة خصومها أنفسهم، والمتمثلة في إقرار المشروعية وسيادة القانون.

(١) قرب:

William F. Fox, Jr.: Understanding Administrative Law, Fourth editon, Matthew Bender & Company, Inc., LexisNexis, 2000, p. 6 and next.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٩٥٢ و ٣١٣١٤ لسنة ٥٦ ق، ع، جلسة ١٤ سبتمبر ٢٠١٠م.  
(٣) انظر:

كـ أ. د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١١ وما بعدها؛

كـ أ. د. ماجد الطو: القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٨ وما بعدها؛

كـ أ. د. عبد الغني بسيوني عبد الله: القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١١ وما بعدها؛

كـ أ. د. رمزي طه الشاعر: قضاء التعويض، د. ن، ١٩٩٠، ص ١٥ وما بعدها؛

كـ أ. د. محمد كامل لبلبة: الرقابة على أعمال الإدارة؛ الرقابة القضائية، د. ن، ١٩٨٥، ص ١٦ وما بعدها؛

كـ أ. د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، ط ٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٤٢٢.

فامتتاحت الإدارة امتيازات القانون العام في تعاملاتها ابتداءً، وفي منازعاتها من طريق إفرادها بقواعد قانونية خاصة، يطبقها قضاء خاص انتهاءً، والذي قلنا سلفاً بأنه يحفظ للإدارة مكانتها السامية في علاقتها بعملائها وخصومها، لا ينبغي أن يحمل الإدارة إلى الشطط أو اللدد في خصوماتها، وفي المقابل لا يحملها تفریطها إلى النزول عما خولته من امتيازات إذ ترغب عن ساحة قاضيها الطبيعي، إلى طريق بديل لم ولن يُعبَد لها بعد، طالما عبَدَ لغيرها التي تضادها.

ومما سبق، تبرز أهمية الارتكان إلى طبيعة المنازعة في تحديد جهة الاختصاص القضائي بنظرها، أصيلة كانت أو بديلة، هذه الأهمية التي نبين أبعادها الدستورية بشيء من التفصيل في المطلب التالي.

## المطلب الثاني

### الأهمية الدستورية لتكريس معيار

#### طبيعة المنازعة الإدارية في تقرير الاختصاص القضائي

إن الاعتداد بطبيعة المنازعة الإدارية في تقرير الاختصاص القضائي بالفصل فيها، سواء من طريق قاضيها الطبيعي، أو من طريق آخر "بديل"، له من الأهمية ما يُرقِّيه إلى مصاف المبادئ الدستورية التي تشكل الكتلة الدستورية، ولو لم يوردها الدستور صراحة.

فمن ناحية أولى؛ يستفاد هذا المبدأ من تنظيم المشرع الدستوري جهات التقاضي واختصاصاتها استناداً إلى طبيعة أو نوع المنازعة، فضلاً عن مقتضى الفصل بينها، ومن ناحية ثانية؛ فهو متطلب دستوري لكفالة الحق الدستوري في اللجوء إلى القاضي الطبيعي. أولاً: الحفاظ على مقتضى توزيع الاختصاص بين جهات التقاضي وكفالة استقلالها الحقيقي:

إن المقتضى المباشر لإنشاء محاكم خاصة للقضاء الإداري وأخرى للقضاء العادي، بل وإفراد الأولى دون غيرها بالفصل في أنزعة الإدارة، وما يقتضيه استقلالها من ضرورة الفصل بينها وعدم التأثير في عملها<sup>(1)</sup>، أن يُعتمد معيار طبيعة المنازعة

(1) لمزيد من التفصيل حول مفهوم استقلال القضاء وأهميته ومتطلباته؛ راجع:



كمدبداً دستوري له من القيمة الدستورية ما يرقيه إلى عناصر الكتلة الدستورية التي تحكم عمل القاضي الدستوري في وزن مشروعية التشريعات.

فمن أهم معاني التأثير على القضاء، اختزال مفهوم النيل منه في الانتقاص من ضماناته وصلاحياته، مادية كانت أو وظيفية، بل يتمثل أول ما يتمثل في استلاب اختصاص محجوز لجهة قضاء ما بحكم طبيعة المنازعة محل الاختصاص، وإدخاله في ولاية محكمة أو هيئة أخرى، باعتبار أن الاستقلال الحقيقي ليس مقصوداً به صالح القضاة الشخصي، بل ذوي الشأن في الدعاوى التي ينظرونها، سيما إذا كانت المصلحة العامة ممثلة في هذه الدعاوى؛ فهذا هو عين التأثير في عمل القضاء؛ أن يعهد باختصاصه إلى هيئات تفتقر إلى ضماناته.

ومن ناحية أخرى، فإن وفاء الدولة بالتزامها الدستوري بالعمل على تقريب جهات التقاضي من المتقاضين<sup>(١)</sup>، يتمثل في أرفع معانيه في تحقيق التناغم بين جهة الاختصاص القضائي وما تختص بنظره من منازعات، والسبيل المختصر إلى ذلك أن تراعى طبيعة المنازعة في تحديد جهة الاختصاص بالفصل فيها؛ فالقرب هنا ليس مكانياً أو زمنياً فحسب، بل موضوعياً أيضاً؛ بمعنى أن يستريح وازع أطراف النزاع إلى قاضيتهم، من خلال قناعتهم بأن منازعتهم مما تدخل في ولاية قاض ما، رداً إلى ما تستدعيه طبيعتها من صلاحيات قضائية؛ فهذا هو أقرب المعاني المباشرة لمصطلح القاضي الطبيعي.

ثانياً: حفظ ثقة المتقاضين بالنظام القانوني والقضائي:

⌘ Daniel M. Klerman and Paul G. Mahoney: The Value of Judicial Independence: Evidence from Eighteenth Century England, *American Law and Economics Review*, American Law and Economics Association, Vol. 7 No. 1, 2005, p. 25;

⌘ Stephen B. Burbank: What Do We Mean by "Judicial Independence"?, *OHIO State Law Journal*, Vol. 64, 2003, p. 323 and next;

⌘ Pamela S. Karlan: Two Concepts of Judicial Independence, *Stanford Law School*, n. d, p. 2 and next.

(١) إذ تنص المادة ٩٧ من الدستور الحالي على أن:

"التقاضى حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضى، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، ...".

بقاضيهام أهمية كبيرة جدًا على خلاف الوضع في دول أخرى؛ لا هي بقيت على "الوحدة"، ولا هي أقامت "التثنية" حق إقامتها.

إن الطريقة التي أدى بها المشرع في عهد النظام البائد؛ إذ هيمنت على صناعة التشريع به أغلبية تسلطية لا تعرف لمبدأ سيادة القانون قدرا ولا وزنا، على مدار ثلاثة عقود تقريبا، إن هذه الطريقة كانت من وراء تفشي ظاهرة التضخم التشريعي التي تركز على مبدأ الغموض، هذا الغموض الذي أحاط بعملية وضع قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م ابتداءً، وتعديله بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م انتهاءً؛ فاستسيغ التحكيم بكيفية مدنية/ تجارية في منازعات الإدارة، لا ما تعلق منها بعقود معينة، بل جميعها، على حسب ما يفهم من عمومية نص مادته الأولى في فقرتها الأولى.

## المبحث الثاني

### أسس تقييد سلطة المشرع

#### في تقرير الاختصاص القضائي بمعيار طبيعة المنازعة

#### تمهيد وتقسيم:

قد يثار التساؤل حول ما يستند إليه التكريس لضرورة اعتداد المشرع بطبيعة كل منازعة وما تستدعيه من صلاحيات وامتيازات في الهيئة التي يناط بها نظرها والفصل فيها، إدارية كانت المنازعة أو غيرها، من أسس فلسفية تسوغه منطقا، أو أسس قانونية تحمله تطبيقاً؟

وهو ما نعرض له بشيء من التفصيل من خلال التقسيم التالي:  
المطلب الأول: الأساس الفلسفي لتقييد سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بمعيار طبيعة المنازعة.

## المطلب الثاني:

### الأساس القانوني لتقييد سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي

#### بمعيار طبيعة المنازعة.

#### المطلب الأول

#### الأساس الفلسفي لتقييد سلطة

المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بمعيار طبيعة المنازعة

إن القول بتقييد سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بالفصل في منازعة ما، والإدارية على وجه أخص، بمعيار طبيعة المنازعة، ينبغي أن يبنى على أساس فلسفي يسوغه، وإلا عدّ هذا القول غير سديد. فإلى أي فلسفة يستند هذا القول؟ هذا ما نبيّنه تباعاً.

أولاً: أن سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي مقيدة وليست تقديرية:

إذا كانت سلطة المشرع في تقدير التدخل لتنظيم الاختصاص القضائي بنظر منازعة ما من عدمه، سلطةً تقديرية، فإن سلطته في تقرير هذا الاختصاص، سلطةً مقيدة، طالما بادر إلى ممارسة سلطته في التنظيم. وبالتالي، فإن سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بالفصل في المنازعات الإدارية، أصيلاً كان أو بديلاً، سلطة مقيدة بمقتضى معيار طبيعة المنازعة، وهذا أدعى إلى استقلال جهة الاختصاص.

فالاستقلال الحقيقي لسلطة القضاء عن سلطتي التشريع والتنفيذ، يستتبع أن يندرج عمل المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات تحت طائفة الأعمال المقيدة، لا أن ينسحب عليه بساط الأعمال التقديرية، بل إنني لا أراني مبالغاً في القول بأن عمل المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات، عملٌ تقريري لا عملاً منشئاً "إن صح التعبير"؛ فهو يكشف عن جهة الاختصاص التي تشي طبيعة المنازعة بانصوائها تحت لوائها.

بل إن من أهم مقتضيات فكرة التحديد الذاتي التي قال بها جانب من الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup>، أن تنقيد سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي، بمقتضى معيار طبيعة المنازعة؛ فمبدأ المشروعية — في مفهومه العام — ليس حكراً على الإدارة وحدها، بل الأولى لتجسيده واقعاً، أن تنقيد سلطة التشريع وفقاً لهذه الفكرة، بالقيود التي تكفل جودة التشريع، هذه الجودة التي تتأسس على مبدأ وضوح التشريع وتحديده، ومن مقتضيات هذا التنقيد، القيود الموضوعية التي من بينها معيار طبيعة المنازعة في تقرير الاختصاص القضائي.

ثانياً: الاعتداد بطبيعة المنازعة مناط التخصص القضائي.

لقد بات مبدأ التخصص القضائي، والذي يقوم في الأساس على فكرة نوع المنازعة أو طبيعتها، واحداً من أهم المبادئ التي تحكّم تنظيم القضاء في دولة القانون الحديثة<sup>(٢)</sup>، سواء في دول الازدواجية القضائية أو حتى في دول القضاء الموحد؛ فما يشي به واقع كثير من دول القضاء الموحد التي أخذت تشكل دوائر خاصة لنظر بعض منازعات الإدارة، من بلورة قانون إداري بالمعنى الفني فيها<sup>(٣)</sup>، يبرهن على تبنيتها مبدأ التخصص القضائي ردّاً إلى طبيعة هذه المنازعات.

فمنازعات الإدارة بما يتنازعها من اعتبارات، أحوج ما تكون إلى قاضٍ متخصص<sup>(٤)</sup>، ما يمثل ضماناً حيوية للمتنازعين معها، فضلاً عن حفظ مكانتها وحماية

(١) لمزيد من التفاصيل؛ راجع: أ. د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٢٥ وما بعدها.

(٢) انظر في نفس المعنى:

Georg Herbert: Administrative Justice in Europe, Report for Germany, Questionnaire related the administration control list and typology in the 25 Member States of the European Union, n. d, p. 2.

(٣) انظر: <sup>3</sup>

Jerry L. Mashaw: Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801, the Yale law journal, 2006, p. 1331 - 1335.

(٤) انظر: <sup>4</sup>

James L. Creighton & Jerome Delli Priscoli: Overview of Alternative Dispute Resolution: A Handbook for Corps Managers, Alternative Dispute Resolution Series, n. d, p. 13, 14;

John D. Richard: Administrative Tribunals in Canada; an Overview, n. p, Bangkok, 2007, p. 1.

مصالحها، لتوشك اجتهاداته بمثابة المعيار الذي تُقاس عليه الجودة القانونية لأعمال الجهة الإدارية<sup>(١)</sup>، هذه الخاصية التي لا تتوافر لغير طريق القاضي الإداري؛ قاضيه الطبيعي. فقد أضحي بمقدور القاضي الإداري، على إثر تخصصه<sup>(٢)</sup> في تطويع النص التشريعي الجامد وتطويره<sup>(٣)</sup> وفق مقتضيات البيئة الإدارية، أن يحقق نوعاً من التوازن بين اعتبارات البيئة الإدارية التي يغلب على ظاهرها التناقض<sup>(٤)</sup>، وهو ما يلائم ما ينشأ في كنفها من منازعات.

ثالثاً: مقتضى مبدأ تثنية النظام القضائي:

إذا كانت تجربة تثنية النظام القضائي فرنسية المنشأ، قد استمالت المشرع الدستوري؛ فأخذ يكرّس لها منذ ما يُنَيَّف على أربع عقود؛ فجعل من محاكم مجلس الدولة قبلةً يقصدها منازعو الإدارة، وفقاً للكيفية التي يبينها المشرع العادي، شريطة ألا يخرج في بيان هذه الكيفية على مقتضى النصوص التي تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في منازعات الإدارة، فإن سلطة المشرع العادي في بيان هذه الكيفية، والتي سبق أن قلنا بأنها سلطة مقيدة، لا تسوّغ له البتة الاستعاضة عن طريق القاضي الإداري بوسيلة بديلة للفصل في هذه المنازعات من دون تعويل على ما إذا كانت الوسيلة البديلة تتسق أدواتها مع طبيعة من المنازعة الإدارية من عدمها.

(١) انظر في نفس المعنى:

⊗ K.J. de Graaf & Others: Administrative decision-making and legal quality: an introduction (Quality of Decision-Making in Public Law, Groningen: Europa Law), 2007, p. 6.

(٢) انظر: <sup>٢</sup>

⊗ Georg Herbert: Administrative Justice in Europe, Report for Germany, Questionnaire related the administration control list and typology in the 25 Member States of the European Union, n. d, p. 2.

(٣) انظر: <sup>٣</sup>

⊗ Linda Pearson: The Impact of External Administrative Law Review: Tribunals, n. p, n. d, p. 1; available online at: <http://ssrn.com/abstract=13-58701>

(٤) قرب: <sup>٤</sup>

⊗ Muhammad Iqbal Khan: The Role of Judiciary in Restraining Discretionary Powers, n. p, Pakistan, n. d, p. 16.

إن البحث عن وسائل بديلة لتسوية المنازعات، وإن كان أمرًا محمودًا كما سبق أن أشرنا، بل وقلنا بكونه مطلبًا حيويًا يتعين على المشرع أن يلبيه ما استطاع إليه سبيلًا، من آثاره السلبية الابتعاد شيئًا فشيء عن البحث في عقبات طريق القضاء والعمل على تذليلها موضوعيا وإجرائيا؛ أقصد أن الانشغال بهذه الوسائل البديلة، عادة ما يصرف المشرع عن سبل إصلاح وتطوير النظام القضائي، فيزداد سوءا بعد سوء، طالما اتُخذت بعض مطالبه ذريعة للعدول عنه إلى غيره، بل إن ما لم يتوقف عنده كثيرٌ من القائلين بالوسائل البديلة لتسوية منازعات الإدارة، أن مآل التركيز لها، سيما تلك التي لا تناسب طبيعة هذه المنازعات، إلى إعادة تخليق النظام القانوني تدريجيا<sup>(1)</sup>؛ ليوشك نجم القضاء الإداري أن يخفت شيئًا فشيء، طالما أن باب الاجتهاد سيغلق في وجهه تدريجيا، بقدر ما يُنتزع من ولايته الطبيعية.

وأية ذلك، أن التوسع الأفقي في وسائل تسوية المنازعات أصيلة كانت أو بديلة، لا يصاحبه توسع رأسي؛ ممثلا في تطوير هذه الوسائل وأدواتها، وعلى الأخص طريق القضاء الذي يعكس بطئه — والذي قلنا أنه الوليجة التي تسوغ العدولة عنه — إهمالاً وتقصيرا من قبل سلطات الدولة عموماً في العمل على تحديثه سيما في النواحي الإجرائية.

رابعاً: أن إغفال طبيعة المنازعة في تحديد الاختصاص القضائي أحد أسباب تنازع الاختصاص:

إن المدقق في أسباب تنازع الولاية بنظر منازعة ما، يخلص إلى أن تناقض المعايير التي يعتمدها المشرع في تقرير الاختصاص بنظرها، يعد السبب المباشر من وراء اختلاف الأفهام حول مسألة الاختصاص. ولعل ما يشهد به واقع المحاكم، من توسع الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل في تكييف ما يعرض عليها من دعاوى؛ رغبة منها في استبقاء اختصاصها الأصيل؛ متخذة من قاعدة أن الخروج على اختصاصها لصالح غيرها استثناءً، وأن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يُقاس عليه؛ هذا من ناحية. ومن

(1) انظر:

Deborah R. Hensler: Our Courts, Ourselves, How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Reshaping Our Legal System, op. Cit, p. 165 and next.

سعي الجهة صاحبة الاختصاص العارض أو البديل هي الأخرى إلى التوسع فيما خولته من اختصاص الأولى؛ تثبيتها لأواصر عملها وإثباتاً لجدارتها من ناحية أخرى، بل قد يبادر المشرع — سيما إذا كان قراره بيد أغلبية غير متخصصة — إلى دعم الثانية على حساب الأولى؛ غير عابئٍ باعتبار أن مقتضيات المنطق القانوني، وخصوصاً إذا لم تكن هذه الأغلبية لا تدرك الفرق بين الاعتبار العملية والأمن القانوني!

وهذا هو ما يبعث على تنازع الاختصاص بنظر هذه المنازعات، لا لشيء إلا لقصور مسلك المشرع في تقرير الاختصاص بنظرها إذ لم يُعزِ مقتضى طبيعتها اهتماماً ولم يعطها قدرها؛ إذ كلما روعيت طبيعة المنازعة في تحديد جهة اختصاصها، قلت احتمالية التنازع بين جهة الاختصاص الأصيل وجهة الاختصاص البديل.

ومن نافلة القول، أننا نستتكر موقف القاضي الدستوري إذ يستقر على أن الإغفال مؤداه أن المشرع يعمد إلى مباشرة اختصاصه الدستوري بتنظيم مسألة ما، فيغفل أو يسكت عمّا لا يكتمل تنظيمها إلا به<sup>(١)</sup>، ثم يعمد القاضي الدستوري ذاته إلى إقرار المشرع على كثير من أعماله التي يعتبرها إغفال طبيعة المسألة موضع التنظيم؟!

بل إننا نجد هذا الإغفال المتعمد "أحياناً"، نوعاً من الانحراف بسلطة التشريع عن مسارها الصحيح؛ ولما لا والمشرع يعلم جيداً دخول منازعة ما في ولاية جهة اختصاص ما، وفقاً لما تشي به طبيعتها، ورغم ذلك يعهد بها إلى جهة اختصاص أخرى، لا تتناسب أدواتها مع متطلبات الفصل فيها، سيما إذا كان الاختصاص بديلاً؟!

(١) يراجع في هذه المسألة؛

ك.م. د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية، ص ١٤١٨ - ١٤٢٠؛

ك.م. د. عبد الحفيظ على الشيمي: رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، د. ت، ص ٦٢ وما بعدها؛

ك.م. د. عبد العزيز سالم: رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد ١٥، السنة ٧، ص ٥٨ وما بعدها؛  
ك.م. د. المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٨ ق. د، جلسة ٣ نوفمبر ٢٠٠٢؛ حكمها في الدعوى رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ ق. د، جلسة ٤ نوفمبر ٢٠٠٠؛ حكمها في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ ق. د، جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠؛ الورقة المقدمة من وفد المحكمة الدستورية المصرية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية، والمنعقد في ريو دي جانيرو بالبرازيل في الفترة من ١٦ - ١٨ يناير ٢٠١١، ص ١٦.

خامساً: أن معيار طبيعة المنازعة أساس عمل القاضي الدستوري في فض تنازع الاختصاص:

إن تقيّد سلطة القاضي الدستوري في فض تنازع الاختصاص القضائي، بمقتضى معيار طبيعة المنازعة، حقيق بتأسيس منطقاً في التكريس لتقييد سلطة المشرع في تقرير الاختصاص "البديل" بنظر المنازعات الإدارية بالمقتضى ذاته؛ إذ كيف يتسنى للأول أن يتفادى قدر استطاعته تنازع الاختصاص، وأنى للثاني أن يرجّح كفة إحدى الجهتين المتنازعتين في الاختصاص على كفة الأخرى، إلا أن يركنا إلى طبيعة المنازعة وما يحيطها من اعتبارات تستنهض صلاحيات معينة.

والتساؤل الأهم هو: أيتخذ قاضي الدستورية من معيار طبيعة المنازعة مرداً له في فض تنازع الاختصاص، ولا يتخذ المشرع من هذا المعيار أساساً لعمله في تقرير الاختصاص ابتداءً بما يحول دون العديد من حالات تنازع الاختصاص، ومن ثم تخفيف كاهل القاضي الدستوري من بعض ما يُعرض عليه من دعاوى تنازع الاختصاص، فضلاً عن تجنيب أصحاب هذه الدعاوى مشقة ولوج سبيل التقاضي، وكلاهما متفرغ عن سلطة متساوية ومتوازية مع الأخرى<sup>(١)</sup>!

أليس من الأولى لقاضي الدستور، والذي جاء به نزولاً على مقتضى مبدأ التخصص القضائي خشية أن تتباين رؤى المحاكم المختلفة حول معنى الدستور، أن يلتزم بمقتضى التخصص في تقرير الاختصاص بنظر أنزعة الإدارة، فيعتمد إلى تبني موقف واحد في وزن مشروعية أعمال المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات عموماً، ومنازعات الإدارة على وجه التحديد، فيلزم بذلك المشرع بالنزول عند مقتضى معيار طبيعة المنازعة في ممارسته سلطة تقرير الاختصاص القضائي، وإلا وقع عمله في شرك البطلان؟!!

(١) إذ تنض المادة الخامسة من الدستور الحالي على أن:  
"يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمى للسلطة،  
والفصل بين السلطات والتوازن بينها، وتلازم المسؤولية مع السلطة، واحترام حقوق الإنسان  
وحرياته، على الوجه المبين في الدستور".



إن مسلك القاضي الدستوري في تقويم مسلك المشرع فيما يتعلق بتقرير الاختصاص القضائي بنظر منازعات الضرائب، والذي تأخر كثيراً، إن مسلكه المحمود هذا؛ سالف الذكر، يضعه بين أمرين؛ إما أنه بدأ مسار التصحيح تدريجياً، وبما يتناسب مع الإمكانيات اللوجستية لمحاكم مجلس الدولة، وإما أن موقفه هذا يظهر قصور مسلكه في الإبقاء على مسارات معوجة يتعين عليه تصحيحها؛ إذ يبدو عمله متناقضاً تناقضاً جلياً يوشك أن يوقعه لدى الكثيرين في حومة "الانتقائية"؛ حينما يفض التنازع بين جهتي القضاء حول منازعة ما سلباً أو إيجاباً، استناداً إلى معيار طبيعة المنازعة، وفي الوقت ذاته يخلق من الأسانيد ما يسوغ به عمله من الناحية القانونية — وهي محل نظر — لشرعة مسلك المشرع في إخراج ثلثة من المنازعات من ولاية قاضيها الطبيعي لتدخل في ولاية قاض آخر تختلف أدواته ومنهجية عمله تمام الاختلاف عن أدوات الأول ومنهجيته.

وتمثيلاً لما سبق، فقد عد جانب من الفقه خروج المشرع على مقتضى معيار طبيعة المنازعة الإدارية، في تقرير اختصاص محاكم القضاء العادي بالفصل في بعض المنازعات الإدارية بطبيعتها، من قبيل الاعتبارات العملية التي غلبها المشرع في أحيان كثيرة على مقتضى الاعتبارات القانونية<sup>(١)</sup>، وهو ما كنا لنقره لو أن المشرع قد بادر ولو في سابقة واحدة إلى رد أمور الاختصاص إلى نصابها الصحيح ولو في حالة واحدة من حالات الخروج على مقتضى معيار طبيعة المنازعة.

فعلى سبيل المثال، لولا تدخل القاضي الدستوري لتقويم مسلك المشرع في إسناد الفصل فيها إلى محاكم القضاء العادي، منازعات الضرائب في النظامين المصري والفرنسي<sup>(٢)</sup>؛ بصورتها المباشرة وغير المباشرة، وهو يعلم يقيناً إداريتها الخالصة، ما كان للمشرع الذي غرض الطرف عقوداً عن سن القانون الإجرائي للقضاء الإداري، والذي

(١) لمزيد من التفاصيل؛ راجع: د. يسري العصار: دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل؛ راجع:

Augustine Mbouli: Le dualisme juridictionnel en matière fiscale, Thèse de doctorat Présentée de l'École doctorale: Droit, Université Jean Moulin Lyon 3, 2009, p. 13 et suiv.

سبق له أن علّق مباشرة محاكم القضاء الإداري اختصاصها الأصلي بنظر هذه المنازعات، أن يُقوّم مسلكه طواعية واختياراً.

بل إن إقرار قاضي الدستورية مسلك المشرع المخالف لمقتضى معيار طبيعة المنازعة في تقرير الاختصاص القضائي بنظر هذه المنازعة، ولو كان على سبيل الاستثناء، يُفهم منه أن منصة الدستورية ذاتها من الممكن أن تخرج على مقتضى هذا المعيار في الفصل في دعاوى تنازع الاختصاص القضائي، وهو ما يتعارض مع أساس عملها المتمثل في ضرورة الارتكان إلى طبيعة المنازعة وما تستلزمه من صلاحيات قضائية، الأمر الذي نربأ بالمحكمة عن الوقوع فيه.

سادساً: الاعتداد بمعيار طبيعة المنازعة أحد مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات:

إن الركون إلى طبيعة المنازعة في تقرير الاختصاص القضائي بالفصل فيها؛ أصيلاً كان أو بديلاً، هو أحد مقتضيات أو بالأدق أحد معاني مبدأ الفصل بين السلطات، متمثلاً في الفصل بين سلطة القضاء الإداري وسلطة القضاء العادي In regard to the principle of separation of powers, the distribution of competences between the administrative and the ordinary courts is based on the nature of the litigations<sup>(١)</sup>، وهذا مفاد القاعدة العامة في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء.

بيد أن هذه القاعدة لم ترق بعد إلى مصاف القواعد أو المبادئ الدستورية التي تحكم عمل المشرع في تقرير الاختصاص القضائي؛ إذ ترد عليها بعض الاستثناءات التي تحملها اعتبارات تاريخية في فرنسا<sup>(٢)</sup>، وأخرى عملية في مصر<sup>(٣)</sup>. هذه الاستثناءات

(١) انظر: (١)

Carl Irani: La compétence judiciaire en matière administrative en droit libanais et en droit français, these Pour obtenir le grade de Docteur de L'universite Greboble Alpes, Leban, 2007, p. 7;

David Prud'homme: Le dualisme juridictionnel français: modèle et contre modèle à l'étranger (Espagne/Angleterre/Belgique), Mémoire de Master II Droit Public, Faculté de Droit et de Science Politique, Université de Rennes I, France, 2011-2012, p. 7 et suiv.

(٢) انظر أ. د. يسري العصار: مبدأ الشرعية وتنظيم القضاء الإداري واختصاصه، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٤٠.

(٣) انظر أ. د. يسري العصار: دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ١٤ وما بعدها.

والتي لم تعد مبررة لا في الأولى ولا في الثانية، تعكس قصورا تشريعيا في أعمال مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات إعمالا صحيحا.

وجملة ما سبق، أن الأساس الفلسفي لرهن مشروعية عمل المشرع في تقرير الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية، بمراعاة طبيعتها، هو أن سلطة المشرع في هذا التقرير سلطة مقيدة، بما يكفل استقلال القاضي؛ هذا الاستقلال الذي يتوقف في الأساس على مدى اتساق صلاحياته مع اعتبارات الفصل في منازعة ما، أو ما يقال لها طبيعتها.

## المطلب الثاني

### الأساس القانوني لتقييد سلطة

#### التشريع في تقرير الاختصاص القضائي بمعيار طبيعة المنازعة

إذ كان القول بضرورة تقيّد سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بمعيار طبيعة المنازعة، له من الفلسفة ما يسوغه عقلا ومنطقا، فإن له أيضا من الدستور والقانون ما يحمله ويحض عليه.

أولا: صراحة الدستور في إفراد محاكم مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية: لقد ضمن المشرع الدستوري في إصداره الأخير ما يقطع بإفراد محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر سائر المنازعات الإدارية؛ إذ يقرر أن: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في..." (المادة ١٩٠).

وقد تكفل قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م ببيان الوجه الذي يُطبّق عليه هذا النص؛ فنص في مادته العاشرة على أن:

"تختص محاكم مجلس الدولة — دون غيرها — بالفصل في

المسائل الآتية: ١. ... ٢. ...؛ ١٤. سائر المنازعات الإدارية".

وإذ تتعلق هذه الأخيرة بإحدى مسائل الاختصاص القضائي وهي مسألة دستورية طبيعتها؛ إذ درجت الدساتير الوطنية والمقارنة على تنظيمها، فضلا عن ورودها في قانون موضوعي تكفل ببيان الوجه الذي أحال المشرع الدستوري في بيانه على المشرع

العادي؛ أي في تشريع صادر استجابة لمطلب المشرع الدستوري، فإنها تعد إحدى المواد المكملة للدستور؛ إذ يتوافر لها شرطاً اعتبار القاعدة القانونية إحدى القواعد المكملة للدستور من كونها صادرة تطبيقاً لنص الدستور، فضلاً عن تعلُّقها بمسألة من مسائل الاختصاص القضائي وهي إحدى المسائل الدستورية بطبيعتها<sup>(١)</sup>. أي أنها تلي القاعدة الدستورية سالفة الذكر، وتعلو نص المادة الأولى من قانون التحكيم.

ليثار التساؤل حول كيفية التوفيق بين مقتضى نص المادة الأولى من قانون التحكيم وهو قانون عادي، ومقتضى نص المادة (١٠/١—١٤) من قانون مجلس الدولة وهو قانون مكمل للدستور؛ أيتساويا منزلةً فيتسع المجال لإعمال مقتضى قاعدة أن الخاص يقيد العام؛ فيعتبر حكم الأولى استثناءً على الأصل المقرر في الثانية، أم يتفاوتان قدرًا فتعلو الثانية على الأولى، ولو كانت الأولى أحدث صدورًا؟

وردًا على هذا التساؤل، قد يبادرنا البعض بأن التفرقة بين القوانين العادية والقوانين المكملة للدستور، وإن كانت ذي جدوى نظريًا، سيما في مقام الحديث عن مبدأ تدرج قواعد القانون الدستوري، فإن هذه التفرقة عديمة الجدوى على صعيد التطبيق في مصر؛ أي لا ترتب ضرورة توافق القوانين العادية مع القوانين المكملة للدستور.

ولكننا نرد هذا النظر — الذي لا يخلو من وجهة — بما سقناه سلفاً من حجج عقلية، وباستفهام استنكاري حول جدوى التفرقة التي أجرتها المحكمة الدستورية العليا

(١) إذ تقرر المحكمة الدستورية العليا - في حكمها في الدعوى رقم ١٩٨ لسنة ٢٣ ق. د، جلسة ٢ يناير ٢٠١١م - ما نصه: "وحيث إن الدستور قبل تعديله في ٢٦ مارس سنة ٢٠٠٧ لم يكن يتضمن تحديداً للقوانين المكملة للدستور أو ما يعين على إيضاح معناها، ويلوفا لهذا التحديد، استقر قضاء هذه المحكمة على أن ثمة شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكملًا للدستور، (أولهما) أن يكون الدستور ابتداءً قد نص صراحةً في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو في الحدود التي يبينها القانون أو طبقاً للأوضاع التي يقرها، فإن هو فعل، دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والنقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى، (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكملًا لها أن يكون محدودًا لمضمونها، مفصلاً لحكمها، مبيناً لحدودها. بما مؤداه أن الشرط الأول، وإن كان لازماً كأمر مبدئي يتعين التحقق من توافره قبل الفصل في أية نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يُعدّ أولاً يُعدّ مكملًا للدستور، إلا أنه ليس شرطاً كافياً، بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك أن يقوم الشرطان معاً متضامرين، استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية، بل يكون غريباً عنها مقحماً عليها".

بين هذه القوانين وتلك(1)، في حكمها سالف الذكر، إن لم تكن لهذه التفرقة قيمة عملية تدعوى إليها؟

وعلى فرض التسليم، بنظرية هذه التفرقة التي تجعل من أفراد مباحث وربما فصول لدراستها في أدبيات القانون الدستوري في باب مصادر القاعدة الدستورية، مسألة غير مستساغة؛ فإما أن تكون التفرقة عديمة الجدوى وبالتالي لا يتسع المجال للحديث عن قواعد عادية وقواعد مكملة للدستور طالما تساويتا، وإما أن يكون مبعث التفرقة وجود اختلاف حقيقي يرتب علو الثانية على الأولى ومن ثم حاكميتها لها طالما كانت مكملة لقواعد الدستور، وهو ما نقول به؛ لياخذ المشرع بعين الاعتبار ما أصدره من تشريعات مكملة للدستور فيما يسنه من تشريعات عادية، فلا يضمنها ما يناقضها أو ينقضها.

فعلى فرض التسليم بأن هذه التفرقة عديمة الجدوى على صعيد التطبيق، ألا يفهم من نص المادة ٢٢٤ من الدستور الحالي(2)، والتي يقول البعض في تفسيرها بأن المشرع الدستوري قد خوّل المشرع وحده سلطة مراجعة التشريعات التي سبقت الدستور الحالي صدوراً، بما يتفق مع أحكامه؛ باعتبار أن القواعد والإجراءات المقررة في الدستور لإلغاء التشريعات المخالفة له، مصروفة إلى القواعد والإجراءات التي يسلكها المشرع في تعديل التشريعات وإلغائها؛ إذ الخطاب التشريعي الوارد في هذه المادة — وهي مادة انتقالية — موجه إلى سلطة التشريع. وبالتالي تتحصن كافة النصوص التشريعية التي تحوم حولها شبهة عدم الدستورية لتعارضها مع أحكام الدستور، إلى أن يتدخل المشرع لمراجعتها على الدستور.

ألا يفهم من هذه المادة، أن من بين قواعد وإجراءات إلغاء التشريعات المخالفة للدستور، القواعد والإجراءات المقررة للطعن أمام القاضي الدستوري؟ ألم يكرس الدستور لرقابة الدستورية؛ جاعلاً منها ركيزة أساس لاتساق التشريعات العادية مع حكم الدستور، من دون تعويل — كما هو معلوم — على ما إذا كانت هذه التشريعات قد

(1) إذ تنص على أن:

"كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور الدستور، يبقى نافذاً، ولا يجوز تعديلها، ولا إلغاؤها إلا وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور. وتلتزم الدولة بإصدار القوانين المنفذة لأحكام هذا الدستور."

سبقت الدستور صدورا أم كانت لاحقة عليه، سيما في ضوء ما تواتر عليه قضاء الدستورية العليا من أنها الهيئة القضائية العليا التي أنشأها الدستور حارساً لأحكامه ونصبها قوامةً على صونه وحمايته<sup>(١)</sup>؟

بالطبع، إن مراجعة هذه التشريعات ومطابقتها على الدستور، من طريق القواعد والإجراءات المقررة أمام المحكمة الدستورية العليا وفقا لطرق الطعن المقررة لاتصال علمها بالمنازعة الدستورية، داخلية في حكم المادة ٢٢٤ من الدستور، بل والأولى اعتماد هذا التفسير؛ لتقف سلطة القضاء ممثلة في القاضي الدستوري جنبا إلى جنب مع سلطة التشريع ليقوما مسلك الأغلبية البرلمانية السابقة، والتي لم تكن تعرف لأية معايير وزنا ولا قدرا.

ولكن يؤخذ في الاعتبار أننا لا نقر ما قال به البعض، من ضرورة امتناع قاضي الموضوع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، قياسا على مسلك محكمة القضاء الإداري قبل تبني نظام رقابة الدستورية، في القضية الشهيرة التي عادة ما تذكر في مقام التأريخ لرقابة الدستورية في مصر فيما يعرف برقابة الامتناع، بل نقول بأحقية القاضي في الإحالة إلى محكمة الدستورية في الفرض الذي يغلب على ظنه مخالفة التشريع للدستور، أو يتيح لذوي الشأن مهلة اللجوء إلى محكمة الدستورية في حالة الدفع بعدم الدستورية.

ثانيا: افتقار نص المادة الأولى من قانون التحكيم إلى معيار الوضوح والتحديد وهو أحد معايير الدستورية:

إن المدقق في صياغة نص المادة الأولى من قانون التحكيم، يلحظ في يسر تام، أن صياغتها تجمع بين خلطٍ وإغفال؛ فأما الخلط فقوامه الجمع في إجازة التحكيم بين منازعات القانون العام ومنازعات القانون الخاص، من دون تفرقة بينها، وكان هذه التفرقة لم تكن يوما ما دافعا إلى إفراد الأولى بقانونٍ وقضاءٍ خاصين؟!

وأما الإغفال فقوامه التصريح ببيان السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، من دون بيان حكم المنازعات الإدارية الأخرى، وهو ما يُحمل على أمرين؛ أحدهما: أن المشرع قد قصر مجال التحكيم على المنازعات

(١) الفقرة رقم ٢٢ من الطعن رقم ٣٧ لسنة ٩ ق. د، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤، ص ٢٥٦؛ الفقرة رقم ١ من الطعن رقم ٥٩ لسنة ١٣ ق. د، جلسة ١/ ١ / ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ٦، ص ١٢٤.

الإدارية العقدية بما تمثله هذه النتيجة من تناقض مع شطر المادة الأول إذ يُسوِّغ التحكيم في كافة المنازعات أياً كان طبيعتها، وثانيهما: أن يكون قد ترك أمر الموافقة للسلطة المختصة كل منها في دائرة اختصاصها، وهو تعريض لا يناسب طبيعة التحكيم كوسيلة استثنائية، فضلاً عن كونه يتعارض مع مقتضى المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة؛ إذ تعقد اختصاص الإفتاء الملزم في المنازعات التي تنشأ بين الوحدات الإدارية، للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع<sup>(١)</sup>.

فهذه الاستنتاجات المتباينة، تجعل من نص المادة الأولى، مفتقراً إلى وضوح القاعدة القانونية، والذي بات الفقه الحديث يعده شرطاً للدستورية باعتباره أحد تطبيقات مبدأ الأمن القانوني<sup>(٢)</sup>.

وقد يقول قائل بأن إجازة اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإدارة، لم يتفرد بها مشروع قانون التحكيم "المدني/التجاري"، بل سبقه في ذلك مشروع قانون مجلس الدولة في مادته الثامنة والخمسين إذ تنص على أن:

(١) إذ تنص المادة (٦٦/د) على أن:

"تختص الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع ببدء الرأي في المسائل والموضوعات الآتية: المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض. ويكون رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المنازعات ملزماً للجانبين".

(٢) لمزيد من التفاصيل؛ راجع:

- كـ أ. د. بسري العصار: دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٤٩ وما بعدها؛  
كـ أ. د. رجب محمود طاجن: ملامح عدم الرجعية في القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١٤١ وما بعدها؛  
كـ د. عيد رفعت سعيد: مبدأ الأمن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، د. ن، ٢٠١١، ص ١١ وما بعدها؛  
كـ د. حسين مقداد: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة مقارنة، مجلة حقوق حلوان، العدد الثلاثون، يناير/يونيه ٢٠١٤، ص ١٤ وما بعدها؛  
ومن الفقه الأجنبي؛ راجع على سبيل المثال:

- ⊗ Bertrand Mathieu: Le principe de sécurité juridique (Avant-propos), Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11 (Dossier: Le principe de sécurité juridique) – décembre 2001;  
⊗ Martin Nadeau: Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien: les pistes du droit européen, (2009-10) 40 R.D.U.S., p. 511;  
⊗ Bronislav Totskyi: Legal Certainty as a Basic Principle of the Land Law of Ukraine, Jurisprudence, Vol. 21, Issue 1, 2014, p. 204 and next;  
⊗ Taha Ayhan: The Principle of Legal Certainty in EU Case Law, TODADE's Review of Public Administration, Volume 4, No 3, September 2010, p. 149 and next.

"...، ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة

أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى

مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة"<sup>(١)</sup>.

وفوق ذلك أن قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة

١٩٩٨م قد تضمن هو الآخر ما يُسوّغ لجوء الإدارة إلى التحكيم؛ إذ

تنص مادته الثانية والأربعون على أن:

" يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه، الاتفاق على

تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص...".

والحقيقة أن هذه النصوص، وإن كانت تسوغ لجوء الإدارة التحكيم، فإنها تختلف

عن أحكام قانون التحكيم "المدنية/ التجارية"، فى أن تفسيرها لن يخرج عن إطار مبادئ

وأحكام قانون القضاء الإداري، ومن ثم عدم التوسع فيها، فضلا عن إثارة الخلاف حول

مدى جواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية فى ظل النص الأول، يقطع فى إثبات أن

التوسع فى اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الإدارة مرده عمومية نص المادة الأولى

من قانون التحكيم.

وجملة ما سبق، أن ما سبق من اعتبارات، لهو كافٍ لحضّ المشرع على امتثال

مقتضى طبيعة المنازعة الإدارية فى تقرير اختصاصها القضائي الأصلي والبدلي، على

حد سواء؟ أليس من المنطق، أن تمتثل سلطة التشريع وهى المعنية بحسب الأصل

(١) هذا النص الذى استندت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى الإفتاء بجواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارية، مقررة أن المادة {٥٨} من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التّجاء جهة الإدارة إلى التحكيم فى منازعاتها العقدية (إدارية ومدنية) حينما نصت الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها على إلزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة، بالألا تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه، بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، ولأنه لو أن الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة، ما كان المشرع ألزمها أصلا بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ حكم المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة..؛ فتواها الشهيرة بتاريخ ١٧ مايو ١٩٨٩م، ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤.

بيد أن المحكمة الإدارية العليا قد أكدت فى أكثر من مناسبة — بموجب حكمها فى الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق، جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٠م، حكمها فى الطعن رقمى ١٦٧٥ و ١٩٥٦ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٣ مارس ١٩٩٠م — عدم جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة العامة المنصوص عليها فى قانون مجلس الدولة، والتي تجعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية منوط بمجلس الدولة".



بخطاب المشرع الدستوري، صريح الدستور وتلميحه في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات عموماً، ومنازعات الإدارة على وجه الخصوص؟! وأخيراً، فإن العدالة الحقيقية، لن تتأتى إلا بوضع الأمور في نصابها الصحيح؛ وأصح نصاب لسلطة تقرير الاختصاص القضائي بنظر كافة المنازعات، أن يتفيد المشرع في تقريره بمقتضى طبيعة كل منازعة.

## الفصل الثاني

### عمومية التحكيم في المنازعات الإدارية

#### خروج على مقتضى سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي

تمهيد وتقسيم:

المستقر عليه قانوناً أن قانون التحكيم "المدني/التجاري" قد حسم الجدل الفقهي والقضائي الذي أثير حول مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية. بيد أن ما نأخذه على منهجية معالجة التحكيم في المنازعات الإدارية أن غلبت عليها الصبغة "المدنية/التجارية" التي هيمنت على منهجية مشرع قانون التحكيم، هذه الأخيرة التي وإن كانت تجد مسوغها في أن قانون التحكيم وُضِعَ أول ما وُضِعَ لِيُنظَمَ التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، فإن ما لا مُسَوِّغَ له أن تنطلي هذه المنهجية على التحكيم في المنازعات الإدارية، لا لشيء إلا لأن الاستدراك الذي جاء به قانون ٩ لسنة ١٩٩٧ قد حسم الجدل حول مدى جوازه.

المبحث الأول: التحكيم الإداري بين تحفظ المشرع الفرنسي وتوسع المشرع المصري.

المبحث الثاني: مظاهر عدم دستورية التحكيم في المنازعات الإدارية الداخلية.

## المبحث الأول

### التحكيم في المنازعات الإدارية

### بين تحفظ المشرع الفرنسي وتوسع المشرع المصري

تمهيد وتقسيم:

ما أن أراد المشرع المصري استقلالاً — ننشده دوماً — عن نظيره الفرنسي، فإذ بالأول يضاد مسلك الثاني في واحدة من أهم ركائز تجربة الازدواجية القضائية؛ فراح يجمع بين منازعات القانون العام ومنازعات القانون الخاص تحت مظلة التحكيم في صحيفة تشريعية أعدت في الأساس لتنظيم التحكيم في المواد المدنية والتجارية، بل وتوسع في مد هذه المظلة ذات الطبيعة المدنية إلى سائر منازعات الإدارة تقريباً. ففي الوقت الذي تدرّج فيه المنازعات الإدارية — إلا بضعا منها — في مواجهة التحكيم بمبدأ حظر اللجوء إليه في فرنسا، خُلّي بين التحكيم وسائر منازعات الإدارة في مصر، وفق ما يشي به ظاهر القانون المذكور.

وتفصيلاً لما سبق، نتناول دراسة هذه المسألة من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: تحفظ المشرع الفرنسي في تنظيم التحكيم في منازعات الإدارة.

المطلب الثاني: توسع المشرع المصري في تنظيم التحكيم في منازعات الإدارة.

### المطلب الأول

#### حصانة المشرع الفرنسي

#### في تنظيم التحكيم في المنازعات الإدارية

يعكف المشرع الفرنسي منذ أمد بعيد على تقرير مبدأ عام مؤداه حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في تسوية منازعاتها؛ إذ يستفاد من نص المادة (١/٢٠٦٠) من القانون المدني المعدل بالقانون رقم ٧٥—٥٩٦ والصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥م — والتي حل حكمها محل حكم المادتين (٨٣) و(١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر عام ١٨٠٦م — عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو المؤسسات العمومية طرفاً فيها.

فكانت المادة (١٠٠٤) سألقة الذكر، نقضي بعدم جواز التحكيم في أية مسألة يقطنى التصرف فيها إبلاغ النيابة العامة، هذه المسائل حددتها تفصيلا المادة (٨٣)، والتي تتلخص في الأمور الخاصة بالدولة أو المحافظات أو المقاطعات أو المؤسسات الإدارية العامة<sup>(١)</sup>. وقد تأكد هذا الحظر بموجب المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني؛ إذ تقرر عدم جواز التصرف أو التنازل في المسائل المتعلقة بالسلطة العامة والمؤسسات العامة، وبشكل عام في جميع المسائل المتعلقة بالمنفعة العامة أو بالنظام العام<sup>(٢)</sup>، وذلك بعدما قررت المادة (٢٠٥٩) جواز التنازل في المسائل أو الحقوق التي تقبل التصرف فيها<sup>(٣)</sup>. هذا، وقد أورد الشارع الفرنسي ثلثة من الاستثناءات على مبدأ الحظر؛ تتلخص في منازعات تصفية النفقات (أو المديونية) الناشئة عن عقود التوريد والأشغال<sup>(٤)</sup>، ومنازعات مرفق البريد والاتصالات<sup>(٥)</sup>، ومنازعات مرفق النقل<sup>(٦)</sup>، والمنازعات التي تنشأ بين الجمهورية الفرنسية وإحدى دول الاتحاد حول القطع الأثرية التي تنقل منها أو

---

(١) راجع: أ. د. يسري محمد العصار: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر وفرنسا والكويت، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العددان ١٣، ١٤، أبريل/أكتوبر ٢٠٠١، ص ٩ وما بعدها.  
(٢) إذ تنص على أن:

"On ne peut compromettre les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public".

(٣) حيث تنص على أن:

"Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition".

(٤) L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, repris à l'article 132 du nouveau code des marchés publics.

(٥) L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des telecommunications.

(٦) Les articles L. 2102-6, L. 2111-14 et L. 2141-5 du code des transports.

إليها بطريقة غير قانونية<sup>(١)</sup>، ومنازعات الهيئات أو المؤسسات العامة المحلية مع الأشخاص الأجنبية متى كان رائدها تحقيق النفع العام<sup>(٢)</sup>.

وتعليقا على موقف الشارع الفرنسي المتحفظ تجاه التحكيم في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة، يصف جانب من الفقه هذا النهج التحسبي بـ"الجمود"؛ مشيرا إلى أن كثيرا من رجال القانون العام الفرنسي يرون ضرورة العدول عن مبدأ الحظر<sup>(٣)</sup>. كما يرى أحد الباحثين أن صمود المشرع الفرنسي في حظر التحكيم في المنازعات الإدارية، لن يستمر طويلا أمام عوامل ومقتضيات التنمية التي تحدو إلى ضرورة التوافق مع المتغيرات الدولية التي تحدو إلى تعديل التشريعات الداخلية، سيما في ضوء الاتجاه العالمي إلى تنظيم المعاملات التجارية من خلال بروتوكولات واتفاقيات تتعارض أحكامها مع مضامين التشريعات الداخلية.

ونحن من جانبنا، وإذ نؤيد هذا القول من حيث المبدأ؛ حيث لا خلاف على ضرورة مواكبة التشريعات الداخلية للاتجاه الدولي في معالجة المستجدات، إلا أننا نتحفظ عليه في نقطة جوهرية مؤداها أن هذا مشروط في النظم القانونية التي تعتق تجربة الإزدواجية القضائية، بعدم المساس بثوابت النظام القضائي فيها، سيما وأن الاتجاه الدولي نحو عولمة التحكيم تقوده نظم قانونية لا تعرف تجربة التثنية، ما يقصر نطاق التوافق على ما لا يمثل ردة عن مقتضى هذه التجربة، أي أن تقتصر إجازة اللجوء إلى التحكيم في تسوية منازعات الإدارة، على ما نشأ منها عن عقد إداري دولي، أو ما تعلق منها بمنازعات تحديد المديونية الناشئة عن بعض العقود من خلال مشاركة تحكيم يتفق فيها على نطاق التحكيم، لا اتفاق تحكيم.

(١) L' article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre.

(٢) L' article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.

(٣) أ. د. يسري العصار: التحكيم في منازعات العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص ٣٨.

بل إن من يذُكر وازع المشرع الفرنسي قديماً في إضفاء صفة "الإدارية" على بعض العقود التي تبرمها جهة الإدارة مما قد تختلط فيها الاعتبارات المدنية بالاعتبارات الإدارية، وفق ما تعرف بالعقود الإدارية بحكم القانون<sup>(١)</sup>، حتى لا تخيم عليها ظلال الأحكام المدنية تنازَعاً وفصلاً، لينتهي به المطاف إلى إدراك حصافة مسأله في التضييق من دائرة التحكيم في المنازعات الإدارية، لا أن يجزم بحتمية تحوله عن مبدأ الحظر إلى نقيضه!

## المطلب الثاني

### فساد منطق المشرع المصري

#### في التوسع في إقرار التحكيم في سائر المنازعات الإدارية

من يطالع نص المادة الأولى من قانون التحكيم والمعدّلة بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، يخال له جواز التحكيم في كافة منازعات القانون العام، عقدية علاقتها كانت أو تنظيمية؛ إذ تنص على أن:

"مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...".

بيد أن استحضار ملابسات وضع مشروع قانون التحكيم، مع الأخذ في الاعتبار تسميته الحالية "قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية؛ إذ وضع ليعالج التحكيم في منازعات العقود الخاصة الدولية، ثم رُوِيَ التوسع في مد مظله ليشمل منازعات العقود الداخلية ليستعاض بأحكام هذا القانون عما تضمنه قانون المرافعات المدنية والتجارية<sup>(٢)</sup>،

(١) أ. د. سليمان الطماوي: قواعد الاختصاص في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، مجلة مجلس الدولة، السنة ٧، ١٩٥٧، ص ٢٥ وما بعدها.

(٢) فقد ورد في تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الشئون الدستورية والتشريعية، أن المادة الأولى من القانون وسعت من نطاق تطبيق أحكامه فيعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر نظمت سريان أحكام المشروع على كل تحكيم يجري في مصر سواء أكان بين أطراف من أشخاص القانون الخاص أو القانون العام وأيا كانت العلاقة التي يدور حولها النزاع وقد قصد من هذه العبارة سريان القانون على العقود الإدارية كي يصبح

والتجارية<sup>(١)</sup>، ولم يكن مطروحا على أجندة المؤتمرين من أجل وضع مشروع هذا القانون، مسألة التحكيم في المنازعات الإدارية<sup>(٢)</sup>.

وما أن أثير الجدل حول مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية، وإذ بالمشروع يسلك مسلكا غريبا قوامه ترك الفقرة الأولى على عموميتها التي يفهم منها جواز التحكيم في سائر المنازعات الإدارية، ويختص منازعات العقود الإدارية بتعليق جواز التحكيم فيها على موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه في إدارة الشخص المعنوي العام.

لينفتح باب عظيم من الجدل — لن ينغلق إلا بتشريع — حول ما إذا كانت عمومية الفقرة الأولى، والتي صرفها البعض<sup>(٣)</sup> — قبل إضافة الفقرة الثانية إليها — إلى منازعات العقود الخاصة التي تبرمها أشخاص القانون العام، تفيد جواز التحكيم في سائر منازعات الإدارة، أم تقتصر الإجازة على منازعات العقود الإدارية التي صرح المشرع ببيان حكمها، استنادا إلى "استثنائية" التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات؟

(١) فقد ورد في تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الشئون الدستورية والتشريعية، أن المادة الأولى من القانون وسعت من نطاق تطبيق أحكامه فبعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر نظمت سريان أحكام المشروع على كل تحكيم يجري في مصر سواء أكان بين أطراف من أشخاص القانون الخاص أو القانون العام وأيضا كانت العلاقة التي يدور حولها النزاع وقد قصد من هذه العبارة سريان القانون على العقود الإدارية كي يصبح حكمها تقنياً لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة في هذا الشأن، وأما عبارة كل تحكيم يجري في مصر فقد قصد بها سريان أحكام هذا القانون بشكل وجوبي على أي تحكيم يجري في مصر سواء أكان تحكيمياً داخلياً أو دولياً مدنياً كان أو تجارياً ما دام التحكيم يتعلق بالمسائل التي يجوز فيها الصلح، وذلك تمسحاً مع المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات وتقديم المشروع الجديد كقانون للتحكيم وليصبح هو القانون العام في مسائل التحكيم سواء كان تجارياً أو غير تجارياً دولياً أو داخلياً. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً يجري في الخارج فلا بد من اتفاق الطرفين على إخضاعه لأحكام هذا القانون إذ أنه في هذه الحالة لايسري وجوبياً وإنما يسري باختيار واتفاق أطراف التحكيم.

(٢) أثير اعتراض على تطبيق نصوص القانون على العقود الإدارية والمطالبة بالنص صراحة على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، ولم يلق هذا الاعتراض موافقة إسنادا إلى تعقيب وزير العدل على هذا الاعتراض بأن العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها، وهذا أمر انتهى بإفتاء مجلس الدولة. وأفتت جمعيتها العمومية بهذا أكثر من مره وأصبحت مسألة ليست محل خلاف؛ مضبطة مجلس الشعب، مضبطة الجلسة الثامنة والخمسين المعقودة بعد ظهر يوم الأحد ٢٤ من رمضان سنة ١٤١٤ هـ الموافق ٦ مارس ١٩٩٤.

(٣) بل إن عمومية هذه الفقرة، أولتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، على العقود المدنية التي يبرمها أشخاص القانون العام، من دون العقود الإدارية؛ فأفتت بـ "...، وأن وزير العدل عندما أكد في المناقشات شمول قانون التحكيم لمنازعات العقود الإدارية بما تضمنته المادة (١) من عبارة "أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع"، فقد كان سيادته دائماً في كل مرة نكر فيها هذا الرأي كان يكرر الإشارة إلى أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة انتهت إلى جواز التحكيم في هذه العقود، ومن ثم كان قول سيادته مستنداً إلى ما تبنته الجمعية العمومية وقتها، ولم يكن محض استخلاص حتمى من العبارة العامة الواردة بالنص "أي كانت طبيعته". بما يعنى أن الأمر متروك لما يسفر عنه الترجيح في التفسير من نظر ولما يستقر عليه الأمر من بعد...". الفتوى رقم ١٦٠ بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢، الملف رقم ٣٣٩/١/٥٤.

فهل يقبل القول بأن سكوت المشرع عن بيان حكم المنازعات الناشئة عن الروابط القانونية التنظيمية، إنما يُفسر في ضوء "استثنائية" التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الإدارية، ومن ثم فلا يستساغ التوسع في التفسير إلى حد إجازة التحكيم في جميع هذه المنازعات.

فلو كان المشرع ينتوي إقرار التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية، ألم يكن من المنطقي أن يقرنها بمنازعات العقود الإدارية في بيان السلطة المختصة بالموافقة على تسويتها من طريق التحكيم؟ فاختصاص المشرع بمنازعات العقود الإدارية بنص صريح، لا يفهم منه، سيما وأن التحكيم وسيلة استثنائية، إلا اقتصار التحكيم على هذه المنازعات فحسب، من دون المنازعات غير العقدية.

ونذكر في هذا الصدد بأن تشدد مجلس الدولة الفرنسي في اشتراط وجود نص تشريعي صريح، لم يحدو المشرع إلى اتباع نهج توسعي غير مبرر، كما فعل المشرع المصري إثر احتدام الجدل الفقهي/القضائي حول مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية، ليثار التساؤل البدهي حول باعث الأول على التحفظ، وباعث الثاني إلى التوسع؛ أصوابٌ ظفر به المشرع المصري من دون نظيره الفرنسي؟! أم خشيةً على الأموال العامة ومكانة الإدارة أدرهما الثاني من دون الأول؟! أم قدرًا لمقتضى التنشئة يعرفه الثاني من دون الأول؟!

## المبحث الثاني

### مظاهر خروج التحكيم في

#### سائر المنازعات الإدارية على مقتضى طبيعتها الخاصة

#### تمهيد وتقسيم:

باديء ذي بدء، علينا أن نستحضر معية القانون العام في معالجة التحكيم في منازعات الإدارة، سيما العلة التي كانت سببا من وراء نقل تجربة الأزواجية القضائية عن النظام القانوني الفرنسي؛ حيث التمايز بين المراكز القانونية لطرفي العلاقة القانونية الإدارية ومن ثم المنازعات الناشئة عنها، لننطلق في معالجتنا هذه من فرضية جوهرية مؤداها ضرورة

اختلاف أحكام التحكيم في المنازعات الإدارية عن أحكام التحكيم في غيرها وفق ما يطلق عليه جانب من فقه القانون العام "خصوصية التحكيم في المنازعات الإدارية"<sup>(١)</sup>.

المطلب الأول: آلية التحكيم "المدني/التجاري" تنافي فلسفة تسوية المنازعات الإدارية. المطلب الثاني: التحكيم في المنازعات الإدارية بكيفية "مدنية/تجارية" ردة تشريعية عن تجربة الازدواجية القضائية.

## المطلب الأول

### فلسفة التحكيم

#### تناهض فلسفة تسوية المنازعات الإدارية الداخلية

باديء ذي بدء، ينبغي التفرقة بين فلسفة التحكيم وما يحقّه نظام التحكيم من مزايا، فالتحكيم ينبني في الأساس على ركيزتين أساسيتين؛ إحداهما: الامتثال الطوعي "المسبق" لحكم المحكمين من قبل المحكّمين، وثانيتها: إرادة الإصلاح بين المحكّمين من قبل المحكّمين. فقد بيّن الشارع الحكيم — عز وجل — في كتابه المحكم، ما يستدل منه بجلاء تام على مقتضى هاتين الركيزتين؛ إذ يقول عزّ من قائل:

( وإن خفتن شقاق بينهما، فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها )<sup>(٢)</sup>.  
ويقول "تعالى":

( إن يريدوا إصلاحاً، يوفّق الله بينهما )<sup>(٣)</sup>.

فما نستخلصه من هذين الشاهدين القرآنيين، ومن دون الوقوف أمام خصوص السبب<sup>(٤)</sup>، أن التجاء المحكّمين إلى المحكّمين، يحمل في طيه إقراراً بقبول حكمهم مسبقاً، وإلا فما كان لهما أن يلتقيان على اختيار هيئة التحكيم أو يتفقان على ما تطبقه من قواعد على النزاع. وأن إرادة المحكّمين تسوية النزاع المعروض عليهم، شرط لازم

(١) أ. د. محمد سعيد أمين: خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٧ وما بعدها.

(٢) سورة النساء: الآية (٣٥).

(٣) سورة النساء: الآية (٣٥).

(٤) فكما هو معلوم أن علماء الأصول مستقرون على أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.



للوصول إلى تسوية مرضية، بما تستتبعه ذه الإرادة من خفض الجناح أو التسامح أو اللين أو التنازل بعض الشيء.

فالحقيقة أن التحكيم لا يخرج عن هذا المعنى؛ إذ تلعب فيه إرادة المحكّمين ابتداء وإرادة المحكّمين انتهاء، الدور الرئيس في الوصول إلى ترضية أو تسوية مرضية لطرفي النزاع التحكيمي.

وثم بعد آخر، قد تفوق أهميته أهمية الاعتبارين سالفَي الذكر؛ ألا وهو مراعاة طبيعة المنازعة في اختيار هيئة التحكيم. وهو ما يبيّنه الشارع الحكيم في قوله "تعالى": ﴿حكماً من أهله، وحكماً من أهلها﴾.

فقد صرّح الشارع الحكيم باختيار الحكّمين أو المحكّمين من أهل الزوجين؛ ليحفظ لعلاقة الزوجية خصوصيتها حتى في حالة الشقاق، بل والأكثر من ذلك أن اختيار من ينوب عن الزوجين من أهليهما، يكون للأقرب فالأقرب ممن أوتوا الحكمة والأناة، فضلاً عن حرصهما الشديد على المصلحة المشتركة للزوجين المتنازعين (وازع المحكّمين)، وهو ما يؤكد قوله تعالى: ﴿إن يريدوا إصلاً﴾؛ فإرادة الإصلاح مناطها الحكمة والترو، لا الخفة والتسرع.

وعليه، فإن القول بالتحكيم كاختصاص بديل لنظر المنازعات الإدارية، يستتبع الاعتداد بخصوصية هذه المنازعات في بلورة أحكام هذا الاختصاص البديل بما يجعله محققاً لمقاصد القاضي الطبيعي أو يزيد عليها، لا أن تترك هذه المنازعات في مهبط ربح الخضوع لأحكام التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية كما سلف البيان.

هذا، وتعد "رضائية" التحكيم ركيزته الأساس<sup>(١)</sup>، بل ركنه الركين؛ إذ لا سبيل إليه من طريق جبري قوامه النص على وجوبية اللجوء إليه في تسوية منازعات بعينها، بل الأصل في اللجوء إليه الاختيار.

(١) انظر:

Stephen D. Mau: Arbitration in the Hong Kong Special Administrative Region, Center for International Legal Studies, CO December 3, 2007, p. 2.

وهو ما حدا المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بعدم دستورية المادة (٤/١٣)،  
وبالمادة (١٧) من قواعد إعداد النظام الداخلي للجمعية التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار  
وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٦٩٣ لسنة ١٩٨١، والمادة (١٠)  
من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة  
للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ فيما تضمنته تلك النصوص من فرض  
نظام للتحكيم الإلزامي<sup>(١)</sup> على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان وأعضائها.  
إذ قررت المحكمة ما نصه أن:

"... لا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين  
إنفاذا لقاعدة قانونية أمرية لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك  
أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه وفقا لأحكامه نطاق الحقوق  
المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه  
ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، وهما يستمدان  
من اتفاقهما على التحكيم التزامهما بالنزول على  
القرار الصادر فيه، وتنفيذه تفتيذاً كاملاً وفقاً  
لفحواه..."<sup>(٢)</sup>.

(١) وهو ما ليس ثم مجال فيه لإرادة الأطراف في الاتفاق على اللجوء إليه من عدمه؛ إذ يتم اللجوء إليه جبراً، من طريق النص  
التشريعي على وجوب عرض النزاع على لجنة التحكيم المختصة. وطالما أن المشرع قد أحال تسوية إلى لجنة تحكيم مختصة،  
فإن مجال التقدير في اختيار المحكمين يضيق تماماً؛ فلا يكون للأطراف سلطة في اختيار أو تشكيل لجنة التحكيم. إلا أن يكثف  
المشرع بتقرير التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع من دون تحديد الجهة المختصة به؛ حالئذ يكون للأطراف حرية اختيار هيئة  
التحكيم. ليتخذ التحكيم الإلزامي هيتين أو صورتين؛ أولهما: أن يفرض التحكيم كإجراء واجب الاتباع محددًا هيئته المختصة  
وإجراءاته، وثانيهما: أن يضرب التحكيم طريقاً لتسوية النزاع، تاركاً لإرادة الخصوم تحديد هيئته وإجراءاته. والتطبيق التشريعي  
الأشهر للتحكيم الإلزامي، ما أقره الشارع المصري في المادة السادسة والخمسين من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن هيئات  
القطاع العام وشركاته، من اختصاص هيئات تحكيم - محددة بموجب هذا القانون - بنظر بمنازعات شركات القطاع العام البيئية،  
أو بينها وبين جهة حكومية، مركزية كانت أو محلية.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٢٣ ق. د، جلسة ١١ مايو ٢٠٠٣؛ وكذلك حكمها في لقضية رقم  
١٠٤ لسنة ٢٠ ق. د، جلسة ٣ يوليو ١٩٩٩؛ إذ قضت بعدم دستورية المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس  
الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، ويسقوط المادة ٥٨ من هذا القانون، وكذلك بسقوط قرار وزير المالية رقم ٨٢٢ لسنة  
١٩٨٥ بشأن نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب البضائع ومصحة الجمارك؛ لما تضمناه من فرض التحكيم قسراً على  
أصحاب البضاعة، وخلع قوة تنفيذية على القرارات التي تصدرها لجان التحكيم في حقهم عند وقوع الخلاف بينهم وبين مصلحة  
الجمارك حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها.

بيد أن فكرة الاختيار وإن كانت بدهية في جانب الأشخاص الطبيعيين، فإنها تثير إشكالية في جانب الأشخاص المعنوية "الحكومية" التي وإن كان الجدل حول أهليتها في القانونين الخاص والعام قد انتهى بالاعتراف لها بالشخصية القانونية، فإنها تثير حساسية في جانب أشخاص القانون العام؛ لا لحكمية الشخص وحلول غيره من الأدميين في التقرير باسمه ولحسابه فحسب، ولكن لتعلق هذا التقرير أو الاختيار بالمال العام أو بالأدق أن التصرف فيه أو التنازل عنه لا يقبل القياس على التصرف في المال الخاص أو التنازل عنه.

وإذا كان جانب كبير من فقه القانون العام الفرنسي<sup>(١)</sup> قد رغب عن فكرة الخطأ كأساس للمسئولية الإدارية، رداً إلى حكمية إرادة الإدارة وعدم وجودها على الحقيقة. وبعيدا عن الخوض في أغوار الخلاف الفقهي حول أساس المسئولية الإدارية<sup>(٢)</sup>، فأولى بنا ونحن نجيز التحكيم في المنازعات الإدارية التي يجوز فيها الصلح والتصرف، أن نستحضر خصوصية "محل" التصرف أو الصلح، وما يتهدده من ضرر في الفرض الذي تسيء فيه جهة الإدارة المحكّمة اختيار محكميها.

لنتوقفنا في صدد التحكيم في منازعات الإدارة، إشكالية إرادة الإدارة "الحكومية"، وما يتنازعها من جدل فقهي في مقام المسئولية الإدارية؛ فهل تصلح هذه الإرادة سواء في مقام إسناد تسوية المنازعة الإدارية إلى هيئة تحكيم خاصة، أو في مقام تنفيذ الحكم

---

(١) الفقهاء: "فالين"، "ديجي"، "شابلي"؛ راجع أ.د. سعاد الشرفاوي: المسئولية الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٧ - ١١١.  
(٢) جدير بالذكر أننا رجحنا منطق الفقه القائل بمبدأ الغرم بالغرم كأساس للمسئولية الإدارية، ولكن بتفسير مختلف يأخذ بعين الاعتبار من يتحمل العبء النهائي للتعويض عن الأضرار التي قد تخلفها أعمال الإدارة غير المشروعة، قانونية كانت أو مادية، وفي المقابل من يجني ثمرة التزام عمال الإدارة جادة المشروعية؛ فالنفع عائد على الأمة بأسرها، وكذا عبء التعويض النهائي يقع على كاهلها مجتمعة، لا على جهة الإدارة؛ فما الأخيرة سوى ممثلة أو وكيلة عن الأمة في إدارة شؤونها، كما أن النفع الذي يعود من جراء امتثال جهة الإدارة بمبدأ المشروعية، إنما يعود على الأمة أو الجماعة بأسرها، بما فيها الإدارة وعمالها؛ فكما هو معلوم أن التعويض الذي تدفعه جهة الإدارة عن أخطائها المرفقية، إنما يكون من خزانة الدولة، وليس من حساب الإدارة الخاص، فالقول بانعدام إرادتها في (إتيان الخطأ)، يقتضي القول بانعدام إرادتها في امتلاك حساب خاص، وإن كانت تملك ذلك حكماً.

أما عن مسئولية الدولة عن تعويض أضرار الأخطاء الشخصية لموظفي الإدارة ثم رجوعها على الموظف المخطي بقدر ما دفعت، فمردّها إلى فكرة الضمان؛ فأما احتملت الدولة عبء تعويض المضرور عن أخطاء تابعي الإدارة التي تقع منهم أثناء تأدية الوظيفة أو بمناسبة، فإن ذلك مرده إلى كونها ضامنة أو مؤمنة لما قد يتخلف عن أنشطة مراقبتها العامة الإدارية من أضرار في مواجهة الغير؛ لمزيد من التفاصيل؛ راجع بحثنا للدكتوراه بعنوان: رقابة القضاء الإداري على اختصاص الإدارة بالرقابة الذاتية في المجال الضريبي، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة طوان، ٢٠١١، ص ٤٧٤.

الصادر عن هذه الهيئة ولو بالمخالفة لمصالحها؟ وكذا، ما إذا كان التحكيم الذي ينظمه القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والذي سنتخذُه الإدارة أساسا في لجوئها للتحكيم، يراعي طبيعة المنازعة الإدارية من عدمه؟

فكيف لنا نستسيغ للإدارة — ومن دون أية ضوابط حقيقية تراعي خصوصية المنازعة الإدارية<sup>(١)</sup> — أن تبرم اتفاق تحكيم، تتحلل بموجبه من قيود كثيرة رصدت لحماية المصلحة العامة، أو بمعنى آخر، تفقد بمقتضاه مكانتها المميزة التي أريدت لها في مواجهة خصومها، في الوقت الذي لا نستسيغ لها أن تبرم عقودها الإدارية بطريقة مباشرة من دون اللجوء إلى ما تضمنه قانون المناقصات والمزايدات من إجراءات وقيود توصف بالمعقدة؛ خشية إهدارها المال العام؟!

فإذا كانت نهاية المطاف بالمنازعة الإدارية إلى قضاء اتفاقي خاص<sup>(٢)</sup>، لا تراعى فيه ضمانات حماية المصلحة العامة التي تقف أساسا من وراء امتناع الإدارة وسائل القانون العام في مواجهة المتعاملين معها، فأولى بها ابتداء أن تخضع لولاية القانون الخاص فيما تشهه من علاقات قانونية عقدية كانت أو تنظيمية، لتتخذ من مبدأ سلطان الإرادة "المدني" أساسا لتصرفاتها، طالما أن منازعات الإدارة ستخضع في نهاية المطاف لقواعد قانونية حاكمها إرادة الخصوم، وإلا لو كان الاحتجاج بأن الإدارة ستراعي طبيعة منازعاتها في اختيارها هيئة التحكيم وما تحتكم إليه من قواعد تراعي خصوصية مكانتها، ومن ثم تمايز عملية التحكيم الإداري عن التحكيم في غير المنازعات الإدارية، لو كان ذلك مطروحا جدلا<sup>(٣)</sup>، لما كان ثم مجال لوجود التحكيم الإداري من الأساس؛ إذ تنتفي

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. جابر نصار: العقود الإدارية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت، ص ٢٤٧. (قرب)

Michael H. LeRoy: Are Arbitrators Above the Law? the "Manifest Disregard of the Law" Standard, Boston College Law Review, Vol. 52, 2011, p. 146.

(٢) جدير بالذكر، أن الإدارة الحديثة لا تعتمد على فكرة "الثقة" بقدر اعتمادها على "المحاسبة"؛ بمعنى أنه لا ينبغي أن يحمل تاصيلنا هذا على أنه "تخوين" لعمال الإدارة؛ فالمجتمعات التي تحسبت بتشريعاتها لكل زيف أو انحراف يمكن أن يتسلل إلى أعمال الإدارة، من دون التعويل على أمور نسبية تختلف من شخص لآخر؛ كمسألة "الضمير" مثلا التي يعدها البعض معيارا لإصلاح الإدارة في مصر، نجحت بالفعل في النهوض بمرافقها ومستوى الخدمات التي تقدمها لمستفيديها. وآية ذلك أن المشرع الفرنسي - الذي اقتفى المشرع المصري أثره في تهيئة النظام القضائي - قد حظر التحكيم في منازعات الإدارة كأصل عام، إلا أن تتفرع المنازعة عن عقد إداري دولي. وهو ما نفهمه على أن المشرع قد راعى طبيعة المنازعة الإدارية في تحديد طرائق الفصل فيها، لا على أنه لا يثق في المرافق الإدارية، ليغدو مسلكه حريا بالاتباع من أنصار تجربة الأزواجية. ولعل هذه الصفة

علة الاستعاضة به عن القضاء، لما قد يصاحب اللجوء إليه وقتئذ من إطالة لأمد النزاع وانحياز للمصلحة العامة في تأويل النصوص.

وإذا كان المشرع قد علّق اللجوء إلى التحكيم أو تنفيذ حكم التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، على موافقة إدارة الفتوى المختصة من بين إدارات قسم الفتوى<sup>(١)</sup>، وهو ما نعهه ضماناً جوهرياً لما تقوم الإدارة على أمر تحقيقه من المصلحة العامة، سيما وأن إدارات الفتوى وهي متفرعة عن مجلس الدولة، ستعكس تبعيتها للمجلس على نطاق الترخيص للإدارة باللجوء إلى التحكيم؛ أقصد أنها ستتحفظ في الإفتاء بجواز التحكيم، إلا أن يكون ضرورياً للمصلحة العامة، ومحققاً للغاية من اللجوء إلى القاضي الطبيعي.

فإن ما يثبته واقع العمل من تحوّل كثير من المحكّمين من مقام القضاء؛ حيث التجرد والموضوعية، إلى مقام المحاماه؛ أقصد إيثار بعضهم الدفاع عن مصالح الطرف الذي اختاره، فضلاً عن الأيديولوجية الفكرية لكل محكم وداريته بالقانون، وأثر ذلك في استخلاص معنى القانون من النصوص والمبادئ التي تثيرها المنازعة محل التحكيم. فإن ذلك كله لحري بإثارة الشكوك حول عوائد عدالة التحكيم على المصالح التي استحدث التحكيم من أجل حمايتها.

وجدير بالذكر، أن تكبيل المشرع إرادة الإدارة باستفتاء إدارة الفتوى المختصة، قبل تنفيذ حكم التحكيم، يفرغ فكرة التحكيم الإداري من كثير من جدواها، طالما أن نفاذ الحكم، ومن ثم فعالية التحكيم، معلق على موافقة إدارة الفتوى المختصة؛ فكيف بالمنازعات التي ترفض فيها إدارة الفتوى تنفيذ الحكم؟ أعود لتحجز مكانها من جديد في طاوور — إن جاز التعبير — المنازعات التي لم تختار التحكيم. أم أن موافقة إدارة الفتوى مفترضة في جميع الأحوال!؟

تكفي بمفردها لدحض حجة التحكيم في سائر منازعات الإدارة؛ فالإدارة بلجونها إلى التحكيم تنازل تدريجياً عن مكانتها السامية، لينتهي بها الأمر في نهاية المطاف إلى التساوي بخصوصها.  
(١) إذ تنص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة على أن:

"يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة،... وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينة في الفقرة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية. ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

فمنذ وقت ليس ببعيد، كان أغلب الفقه يناهض نهائية الإفتاء الملزم للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في منازعات القانون العام الداخلية، على ما لأعضائها من مكانة القضاء السامية وضماناته؛ ردًا إلى أنها تنافي مقتضى مبدأ التقاضي على درجتين، فضلاً عن كونها لا تتعدّد بهيئة محكمة<sup>(١)</sup>، فهل يغدو حكم التحكيم في المادة الإدارية حديثاً، ندًا لحكم القاضي الطبيعي؛ لكون اللجوء إلى هيئته ابتداءً، وتنفيذه انتهاءً، مرهون بموافقة إدارة الفتوى المختصة؟ هذه الأخيرة التي وإن علا قدرها، فلا تضارع — بالطبع — مكانة الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مجتمعة؟!

## المطلب الثاني

### التحكيم لا يصلح بديلاً

#### لرقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة

إذ كان فقه القانون العام وقضاؤه مستقرين على أنه لا سبيل للرقابة القضائية على أعمال الإدارة، إلى بلوغ أهدافها، إلا إذا روعيت في صياغة معاييرها طبيعة الروابط التي تنشأ في هذا المجال<sup>(٢)</sup>؛ لتعتبر بالبون الشاسع بين سلطات الإدارة وضمانات الأفراد<sup>(٣)</sup>، غير متجاهلة المبدأ الحيوي الذي يقضي بضرورة انتظام المرفق الإداري واطراده سيرًا، والذي يعدّ واحدًا من أسس القانون الإداري، كما هو معلوم.

(١) انظر:

كـ أ. د. مصطفى كمال وصفي: أصول إجراءات القضاء الإداري طبقًا للقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٨٦؛

كـ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٠/١/١٩٦٣، وفتاها بتاريخ ١٦/٣/١٩٦٤؛ مثبتتين في مجموعة المبادئ القانونية التي تصدر عن المكتب الفني، السنة الثامنة عشر، ص ١٢٩ وما يليها. وانظر عكس ذلك:

كـ أ. د. محمد كامل ليله: الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ٣٢٢؛

كـ أ. د. سعاد الشراوي: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٣٩؛

كـ أ. د. حسين عثمان محمد عثمان: قانون القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٥٠؛

كـ أ. د. محمد رفعت عبد الوهاب: القضاء الإداري، د. ن، ١٩٩٤، ص ٥٧.

(٢) انظر:

⌘ Bruce Hoesly and Ronald Sklansky: Administrative Rules Procedures Manual: Drafting Format and Style, Promulgation Procedure, Rules Review Procedure, L.R.B & W.L.C, September 2008, p. 3; available at <http://www.-legis.state.wi.us/lc/>

(٣) لمزيد من التفاصيل؛ راجع:

⌘ F. James Sensenbrenner & Others: Administrative Law, Process and Procedure Project, Washington, 2006, p. 14, p. 18; available at <http://judiciary.house.gov;>

فضلا عن أنه لكي يتسنى للقاضي الذي يفصل في منازعات الإدارة، أن يرسم الخط الفاصل بين المعاملات التعسفية وتلك التي لا تعد كذلك، ينبغي له الحصول على قدر كاف من المعرفة، ليس فقط بالقانون وإنما أيضاً بدقائق البيئة الإدارية وتطورها، والاطول التي يتم رصدها لما قد ينبت في حقلها من منازعات؛ فالبيئة الإدارية أحوج ما تكون إلى قاضٍ متخصصٍ<sup>(١)</sup> في نظر منازعاتها، هذا التخصص الذي يتوقف في جانب كبير منه على الإلمام بالمبادئ المستقرة في تسوية المنازعات الإدارية، ولعل ذلك ما يفسر استقرار الفقه والقضاء الإداريين على أن أحكام القضاء الإداري تعد بمثابة المعيار الذي تُقاس به الجودة القانونية لأعمال الوحدات الإدارية<sup>(٢)</sup>.

فقد أضحى بمقدور القاضي الإداري، على إثر تخصصه<sup>(٣)</sup> في تطويع النص التشريعي الجامد وتطويره<sup>(٤)</sup> وفق مقتضيات البيئة الإدارية، أن يحقق نوعاً من التوازن بين اعتبارات البيئة الإدارية التي يغلب على ظاهرها التناقض<sup>(٥)</sup>، وهو ما يلائم ما ينشأ في كنف هذه البيئة من منازعات.

---

⌘ CE & GCJP: Judicial Control of Administrative Acts, Multilateral seminar, Madrid, 13-15 Nov, 1996, p 2;

⌘ Jacques Chevallier: Le Droit Administrative entre Science Administrative et Droit Constitutionnel, n. é, n. d, p. 12.

(١) انظر:

⌘ James L. Creighton & Jerome Delli Priscoli: Overview of Alternative Dispute Resolution (ADR): A Handbook for Corps Managers, Alternative Dispute Resolution Series, n. d, p. 13, 14.

(٢) انظر:

⌘ K.J. de Graaf & Others: Administrative decision-making and legal quality: an introduction (Quality of Decision-Making in Public Law, Groningen: Europa Law), 2007, p. 6.

(٣) انظر:

⌘ Jacques Chevallier: Le Droit Administrative entre Science Administrative et Droit Constitutionnel, no éditeur, no date, p. 12;

⌘ Georg Herbert: Administrative Justice in Europe, Report for Germany, Questionnaire related the administration control list and typology in the 25 Member States of the European Union, n. d, p. 2.

(٤) انظر:

⌘ Linda Pearson: The Impact of External Administrative Law Review: Tribunals, n. p, n. d, p. 1; available at: <http://ssrn.com/abstract=13-58701>

(٥) قرب:

يضاف إلى ما تقدم، أن القاضي الإداري وهو يحاول إقامة نوع من التوازن بين طرفي المنازعة الإدارية، لا يتخذ من مبدأ تكافؤ مركزيهما القانوني أساساً لعمله، بل دوماً ما يضع المصلحة العامة نصب عينيه، وهو ما يؤثر في تكييفه لطلبات الخصوم، وكذا في تفسيره النصوص القانونية التي تحكم المنازعة المطروحة عليه. بخلاف الوضع في التحكيم الذي لا يقبل فيه الجزم أبداً بأن ولاء المحكمين للمصلحة العامة يماثل ولاء القاضي، ولا يقدر في ذلك القول بأن اتفاق الخصوم على القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع محمول على حرص الإدارة على الاحتكام لقواعد قانونية تتناسب طبيعة منازعاتها. وعليه، فإن دور القاضي الإداري في تسوية نزعة الإدارة، لا يقتصر على الناحية الفنية المتمثلة في تكييف المنازعة وما ينطبق عليها من نصوص قانونية أو مبادئ قضائية، بل فوق درايته ودريته يعد حامياً للمشروعية من ناحية، وللمال العام من ناحية أخرى.

والتساؤل الذي ينبغي ألا يبرح دائرة التأليف بين منازعات الإدارة وما لا يتعارض مع طبيعتها من أحكام التحكيم "المدني/التجاري"، هو: هل يؤثر معيار "طبيعة المنازعة الإدارية" في تكييف التحكيم في المنازعات الإدارية، أم تظل مسألة تكييف التحكيم واحدة من عمومياته أو كلياته التي تمثل قاسماً مشتركاً لكافة المنازعات؟

وعلى فرض الاحتفاظ بالتحكيم كنظام بديل لتسوية المنازعات، بذاتيته، ومن ثم التسليم بطبيعته القضائية التي انتهى إليها منظرو القانون الخاص، فإن التساؤل ليثار حول مدى التناسب بين صلاحيات المحكمين وما تقتضيه طبيعة المنازعات الإدارية من صلاحيات لحسمها بما يحقق نوعاً من التوازن بين مركزين قانونيين يحكمهما مبدأ تمايز المراكز القانونية؛ فإذا كان الرد مضمونه أن نظام التحكيم سيعتد بهذه الطبيعة الخاصة<sup>(١)</sup>، فلن يؤثر خصوم الإدارة الركون إليه، وإذا كان الرد فحواه أن الإدارة تتنازل

١. Muhammad Iqbal Khan: The Role of Judiciary in Restraining Discretionary Powers, n. p, Pakistan, n. d, p. 16.

(١) جدير بالذكر أن اتساق أدوات التحكيم مع طبيعة المنازعات المدنية، وعدم اتساقها مع المنازعات الإدارية، لم يسترعى اهتمام الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع؛ فأوردت في إحدى فتاويها ما نصه: "...، فالقول بانجراح الاختصاص القضائي لمحكمة مجلس الدولة يؤثر التساؤل أيضاً حول انجراح الاختصاص القضائي لمحكمة القضاء العادي في المنازعات المدنية والتجارية، وهذا ما لم تنته إليه المحاكم المدنية...". الفتوى رقم ١٦٠ بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢، الملف رقم ٣٣٩/١/٥٤.



عن مكانتها السامية التي اختارها الدستور والقانون لها، لا لذاتها وإنما لما تقوم على أمر تحقيقه وحمايته من المصلحة العامة، فإن ركون الإدارة إليه من دون قاضيتها الطبيعي يعد تخلياً منها عما خولته من امتيازات.

وفي كلا الحالين، فسنكون أمام تعارض بين طبيعة التحكيم، وطبيعة المنازعات الإدارية التي أجاز التحكيم فيها، سيما منازعات المنازعات الإدارية التي تنشأ عن وراثة قانونية تنظيمية، فضلاً عن منازعات العقود الإدارية الداخلية. أو بمعنى آخر نخلص إلى أن الطبيعة القانونية للتحكيم تأبى إلا أن تنتقص الإدارة مكانتها المميزة.

وآية ذلك أن تساوي الإدارة وخصمها في اختيار المحكمين، وكذا نظرة المحكمين سيما في التحكيم الاختياري إلى المراكز القانونية التي يمثلها كل منهم كمحكمين، ينتقل بالإدارة من تمايز المراكز القانونية الذي هو أساس استحداث قواعد قانونية خاصة لروابط الإدارة القانونية، إلى تكافؤ المراكز القانونية الذي يحكم روابط القانون الخاص، هذا التكافؤ الذي يفيد منه خصم الإدارة، ولا يفيد هي منه، يجعل منها في مرحلة التقاضي شخصاً عادياً كما في حالة منازعات عقود الإدارة المدنية التي تنازل فيها الإدارة عن صفتها كسلطة عامة.

ومن ناحية أخرى، فإن بعض هيئات التحكيم، قد تحدوها اعتبارات كثيرة منها ما هو شخصي كالظهور والاستمرارية، ومنها ما هو خارجي كالضغوط التي قد تمارس عليهم، إلى الانحراف عن مهمتها التحكيمية كقضاء؛ أي يتحول عملها من مقام القضاء إلى مقام الدفاع عن مصالح الأطراف التي يمثلها كل محكم، ليشبه عمله عمل المحامين.

وهو ما يشير إليه أحد الكتاب مقرراً أن روح التحكيم؛ يقصد مرونته، لم تعد كسابق عهده في مرحلته الأولى *the spirit of arbitration has been lost*، ويشير البعض الآخر إلى أن عملية التحكيم لا هي التي تساوي القضاء، ولا هي التي ترادف التوفيق *the arbitration process is becoming more and more litigation-* minded and less conciliation-minded<sup>(١)</sup> -يقصد تحول أو تغير طبيعة التحكيم. ويرى آخر أن بعضاً من أحكام التحكيم ما زال يكتنفها الغموض<sup>(١)</sup>.

(١) انظر:

بل يذهب أحد الكتاب إلى أن مسألة التحكيم تزداد تعقيدا يوما بعد يوم؛ لعوامل عديدة<sup>(١)</sup>؛ أهمها: كثرة التعديلات التي تُدخَل على قوانين التحكيم الوطنية منذ أن عدلت إنجلترا قانونها عام ١٩٧٩م بغرض الحفاظ على جاذبية لندن كمكان رئيس للتحكيم الدولي، ومنذ ذلك الحين، وقد تبنت العديد من البلدان هذه الدعوى. والمثير في الأمر أن معظم هذه التعديلات كان مردها إما الحفاظ على الوضع القائم في البلاد باعتبارها واحدة من مميزات التحكيم التجاري الدولي، وإما بغرض الترويج لبلد صغير يقلد موضة التحكيم!

وفي الجملة، إن نظام التحكيم الذي لا نعارضه — على فرض وجوده — هو ما يتسق مع طبيعة عمل الإدارة وغير من أشخاص القانون العام وما تباشره من مهام لها من الخصوصية ما يقتضي إفرادها بنظام تحكيم خاص *L'arbitrage doit en effet tenir compte de la nature particulière de cette mission*<sup>(٢)</sup>.

وجملة القول، أن وازع القاضي الوطني في الحفاظ على مقدرات الدولة، أهم ضمانات الإدارة في تسوية منازعاتها، وهي كثيرة؛ فهو ينطلق إلى تحقيق التوازن بين امتيازات الإدارة و ضمانات المتعاملين معها محملا بشعور وطني تام، متمتع ب ضمانات استقلال تنأى به عن شبهة الانحياز لخصومها.

---

✎ Filip De Ly: The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 12, Issue 1, Spring 1991, p. 50.

(١) انظر:

✎ Susan D. Franck: Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law, op. Cit, p, 373.

(٢) انظر:

✎ Filip De Ly: The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 12, Issue 1, Spring 1991, p. 48.

(٣) انظر:

✎ Jean-Marc Sauvé: L'arbitrage et les personnes morales de droit public, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, , p. 2.

## المطلب الثالث

### التحكيم في المنازعات الإدارية بكيفية

#### مدنية/تجارية ارتداد مقنع عن تجربة الازدواجية القضائية

بعيداً عن الخوض فيما أثير وقتئذ من جدل حول ما إذا كانت فكرة "التثنية" تفضّل فكرة "القضاء الموحد" من عدمها<sup>(١)</sup>، فقد بات مبدأ الازدواجية مبدأً دستورياً يستفاد من استناد الدستور في توزيع الاختصاص القضائي إلى نوع المنازعة أو طبيعتها، فضلاً عن إفراده محاكم مجلس الدولة<sup>(٢)</sup> بالفصل في المنازعات الإدارية.

بيد أن ما أحدثه مشروع قانون التحكيم في أمر تسوية المنازعات الإدارية، من جواز اللجوء إلى التحكيم في تسويتها، ليفوق بكثير مطالبات المناوئين لفكرة تثنية النظام القضائي، ويتجاوز بكثير آفاق ما تصبو إليه الأصوات المنادية بالعدول عنها؛ فمسلكه هذا في حقيقته ارتداد مقنع عن مقتضى هذه الفكرة، أو بالأدق إفراغ لكثير من مضمونها، طالما أن منازعات الإدارة — التي جيء لها بقواعد قانونية تغاير قواعد الشريعة العامة في تسوية المنازعات. بين الخواص، تعرف باسم القانون الإداري، وقضاء متخصص

(١) جدير بالذكر أن فكرة الازدواجية في حد ذاتها ليست مدعاة للتكرار لمقتضاها من طريق غير مباشر قوامه إسناد تسوية بعض المنازعات الإدارية إلى آلية تسوية تشبه إلى حد التطابق أدوات تسوية منازعات القانون الخاص؛ فهي تكامل أكثر من كونها تفاضل؛ لمزيد من التفاصيل حول مظاهر التكامل بين القضاء الإداري والعادي، انظر:

Jean-Marc Sauvé: Le dualisme juridictionnel: synergies et complémentarité, Intervention lors du Cycle approfondi d'études judiciaires (CADEJ) 2016/2017 "L'autorité judiciaire dans l'État" à l'Ecole nationale d'administration, le Conseil d'État, 28 septembre 2016, p. 1 et suiv.

(٢) بدأت أولى محاولات إنشاء مجلس الدولة المصري منذ عام ١٨٧٩م، عندما أصدر أمراً عالياً بإنشاء مجلس الدولة، والذي حيل دون تفعيله، ثم أعيدت الكرة مرة أخرى في عام ١٨٨٣م، تحت مسمى مجلس شورى الحكومة، ثم مرة ثالثة في عام ١٩٣٩م، ورابعة في عام ١٩٤١م، حتى كتب لها القبول في عام ١٩٤٥م، ليستقر الأمر على إنشاء مجلس الدولة المصري بمقتضى القانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦م؛ لمزيد من التفاصيل؛ انظر: د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، د. ن، د. ت، ص ١٠، د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، د. ن، ١٩٧٩، ص ٣٥، د. محسن خليل: القضاء الإداري، د. ن، ١٩٩١، ص ٢٧٣، د. إبراهيم عبد العزيز شبحا: القضاء الإداري، مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري - ولاية القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٧٢، ٢٧٣، د. طارق فتح الله خضري: القضاء الإداري، مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري - دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٨٨، وأيضاً: محاضرة المستشار طارق البشري حول فكرة مجلس الدولة في التاريخ المصري، والمثبتة في د. محمد ماهر أبو العينين: المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتاوى حتى عام ٢٠٠٥، الجزء الثاني: التعويض عن أعمال السلطة العامة، د. ن، د. ت، ص ٥ - ص

عكف منذ استحداثه على ابتداع نظريات هذا القانون وبلورة مبادئه هو القضاء الإداري — ستحتكم إلى ما تحتكم إليه منازعات الخواص من قواعد.

فإلى أي منطق يستند مشرع قانون التحكيم، وقد نسج خيوط هذا القانون على منوال متخصصين في القانون الخاص، وقت أن كان يشرع للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، إلى أي منطق يستند في إخضاع منازعات الإدارة بما لها من خصوصية سبق بيانها، لذات القواعد التي تخضع لها منازعات أشخاص القانون الخاص، إلا أن يقصد الارتداد شيئاً فشيئاً عن فكرة التثنية، أو الانتقاص مع ولاية القاضي الإداري؟!!

إن إجازة التحكيم في منازعات الإدارة بالكيفية التي يتضمنها قانونه، لا نفهمها إلا على أنها خطوة أولى — مُتعمّدة — على طريق الارتداد عن تجربة الازدواجية القضائية<sup>(١)</sup>. سيما في ضوء ما أوضحتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في معرض بيانها مراحل تطور المعالجة التشريعية للتحكيم الإداري؛ إذ أوردت ما نصه:

"الجمعية العمومية استخلصت من هذا العرض للأعمال التحضيرية، أن مشروع القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ — قبل تعديله بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧ — أعد أصلاً لينظم التحكيم في المنازعات الدولية (منازعات أشخاص القانون الخاص)، ثم ورد استحسان أن يتضمن تنظيمًا عامًا للتحكيم في المنازعات الدولية والداخلية، ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم؛ فالقانون أساساً صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية. وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، فإن هذا القانون في أي من مراحل إعدادهِ وحتى صدر، لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون. وعندما

(١) قرب:

⌘ Vincent Touchard: Le Dualisme Juridictionnel en Matière D'hospitalisation d'office; Etat des lieux, problèmes et perspectives, Mémoire en vue de l'obtention du Master II Droit Public Fondamental, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2005-2006, p. 19 et suiv., p. 64 et suiv.

قدّم أحد الأعضاء اقتراحًا بأن يتضمن القانون عبارةً صريحةً بهذا المعنى، عرض اقتراحه بنصه على المجلس للتصويت، فرفض الاقتراح، كما أن رئيس مجلس الشعب أوضح في المناقشات ما يخشاه من أن النص على العقود الإدارية في القانون يشجع المتعاقدين مع الدولة على طلب إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة معهم وأن قانون الاستثمار استبعد النص على التحكيم تفاديًا لهذا الأمر. وأن وزير العدل عندما أكد في المناقشات شمول قانون التحكيم لمنازعات العقود الإدارية بما تضمنته المادة (١) من عبارة "أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع"، فقد كان سيادته دائمًا في كل مرة يذكر فيها هذا الرأي، كان يكرر الإشارة إلى أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة انتهت إلى جواز التحكيم في هذه العقود، ومن ثم كان قول سيادته مستندًا إلى ما تبنته الجمعية العمومية وقتها، ولم يكن محض استخلاص حتمى من العبارة العامة الواردة بالنص "أيًا كانت طبيعته". بما يعنى أن الأمر متروك لما يسفر عنه الترجيح فى التفسير من نظر ولما يستقر عليه الأمر من بعد...<sup>(١)</sup>.

ليبدو جليا أن الحالة الجدلية التي سادت قبل تعديل القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٤ بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، حول مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية، والتي انتصر فيها القاضي الإداري لمقتضى مبدأ عدم الجواز، قد جعلت من المناوئين للتحكيم أن يسلموا بالنتيجة التي تشي بها صراحة نص المادة الأولى من قانون التحكيم، ولو لم يقنعوا بها؛ تسليمًا بصراحة النص التشريعي.

فالمستحضر لملازمات وضع قانون التحكيم؛ إذ شكّلت قوالبه لتناسب طبيعة المنازعات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص، في وقت لم تكن لتطرح فيه فكرة التحكيم في المنازعات الإدارية لما لها من طبيعة خاصة، ثم ما أن أثير الجدل الفقهي والقضائي حول مدى جواز التحكيم في هذه المنازعات، فإذ بالمشروع وكأنه يسارع إلى

(١) الفتوى رقم ١٦٠ بتاريخ ٢٢/٢/١٩٩٧، الملف رقم ٣٣٩/١/٥٤.

تقديم حل سريع لإشكالية ملحة، يتتكرّر لطبيعة هذه المنازعات، فيصرّح بإجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الموقوفة على موافقة السلطة المختصة، من دون التعرض لكيفية خاصة تتبع في التحكيم الإداري، والمدهش في الأمر أن جمهور فقه القانون العام تقبّل الفقرة المضافة بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧ باعتبارها قاطعة في حسم الخلاف حول مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية سيما التي لم يصرح المشرع بجهة الاختصاص في تقرير اللجوء إليه؛ فأخذ جانب من فقه القانون العام يؤصّل لا لجواز التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية فحسب، بل أيضا لجوازه في المنازعات غير العقدية، بكيفية "مدنية/تجارية" تضمنها قانون التحكيم<sup>(١)</sup>.

ليتسع المجال لاستفهام استنكاري حول كيفية استساغة "تحكيم" يوصف بأنه "إداري"، وردت جل أحكامه في قانون وُضع بحسب الأصل لغير المنازعات الإدارية، فضلا عن عدم اتساقها مع طبيعتها؟!

ولا يحتج في هذا الصدد باحتكام المنازعات الإدارية لأحكام قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون مجلس الدولة، فالقاعدة المستقرة أن ذلك مرتين بما يوافق أو على الأقل بما لا يتعارض مع طبيعة روابط القانون العام. بل وعلى فرض إعمال قاعدة أن "القاضي الإداري له أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم مع روابط القانون العام وله أن يطرحها إن كانت غير متلائمة معها، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم"، لا ينتهي بنا منطقتنا إلى استساغة التحكيم في المنازعات الإدارية بكيفية "مدنية/تجارية".

ولا أدل في الاستشهاد لمنطقية هذا الطرح، مما كتبه الفقيه "لافريير" في تأييده مبدأ حظر لجوء الأشخاص القانونية العامة إلى التحكيم؛ إذ يقرر أن هذا الحظر يعد من المبادئ القانونية العامة التي لا تحتاج إلى وجود نص تشريعي صريح يقرها، غير مستتبع أن تخوّل هذه الأشخاص هيئة تحكيم سلطة الفصل في منازعات لا تملك المحاكم العادية، وهي جزء من السلطة القضائية، أن تفصل فيها<sup>(٢)</sup>.

(١) أستاذنا الدكتور يسري العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية في مصر وفرنسا والكويت، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العددان ١٥، ١٦، ٢٠٠٢، ص ٥.  
(٢) لافريير: المطول في القضاء الإداري والدعاوى الإدارية، ج ٢، ط ٢، ١٩٨٦، ص ١٥٢؛ مشار إليه في: د. يسري العصار: التحكيم في منازعات العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص ٢٢، ٢٣.

وقد ألمح سيادته إلى نقطتين جوهريتين تنتقصان كثير من وجهة القول بالتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها؛ الأولى: أن القضاء الإداري يكفل للجهة الإدارية — أو بالأدق للمصلحة العامة التي استخلفتها هذه الجهة — ضمانات، لا تتحقق لها أمام أية جهة أخرى، والثانية: أن إساءة اختيار المحكمين من قبل الإدارة المحتكمة مآله إلى الإضرار بالمصالح العامة للجماعة<sup>(١)</sup>.

ومما يستأنس به أيضاً، مقولة الفقيه الفرنسي "ريفيرو" أنه ينبغي للدولة أن تكون قدوة للأفراد في الخضوع لرقابة القضاة الذين اختصتهم بالفصل في مثل هذه المنازعات، فضلاً عن أنه لا يصح لها أن تتنازل عن مكانتها السامية المتميزة وتقبل الخضوع لهيئة تحكيم خاصة<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان المشرع قد قصد من وراء إقرار التحكيم في منازعات الإدارة، أن يتلافى بطء مرفق القضاء. أفلم يكن الأجدر به أن يتخذ من الإجراءات والتدابير ما يكفل الإسراع في تقديم العدالة لطلابها، كأن يبادر إلى إصدار القانون الإجرائي للقضاء الإداري الذي طال انتظاره؛ إذ نص عليه قانون مجلس الدولي الحالي والصادر في ١٩٧٢؟

### الفصل الثالث

#### مجالات التحكيم في

#### منازعات الإدارة وفقاً لمعيار طبيعة المنازعة

تمهيد وتقسيم:

قد يكون السبيل إلى تسوية النزاع من طريق التحكيم، أن يتم التنازل بعض الشيء عن بعض الحقوق المالية للإدارة، وهو ما يثير إشكالية اتساع المجال أو ضيقه للمحکم الذي يمثل جهة الإدارة في النزول عن أموال عامة بغرض تسوية النزاع؟ هذه الإشكالية التي كانت من وراء تباين مواقف رجالات الفقه في النظامين الفرنسي والمصري، هي ذاتها ما تقلل من وجهة الجزم والتصريح بمماثلة التحكيم للقضاء أو أولويته عليه؛

(١) المرجع السابق: ذات الموضوع.

(٢) ريفيرو: أشخاص القانون العام المعنوية والتحكيم، مجلة التحكيم، ١٩٧٣، ص ٢٨٦؛ مشار إليه في: أ. د. يسري محمد العصار: التحكيم في منازعات العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص ٢٣.

فأشخاص الإدارة لا يتصرفون في أموالهم الخاصة، كما أن نسبة الاختيار في تقرير اللجوء إلى التحكيم لا يرد إلى إرادة الإدارة، طالما أن الإدارة لا إرادة لها على الحقيقة. المبحث الأول: استثنائية التحكيم وأثرها في تحديد مجاله في منازعات الإدارة. المبحث الثاني: الأحكام الموضوعية للتحكيم في منازعات الإدارة وفقاً لمعيار طبيعة المنازعة.

## المبحث الأول

### استثنائية التحكيم الإداري

#### وأثرها في تحديد مجاله في منازعات الإدارة

تمهيد وتقسيم:

إن تحديد ما يجوز التحكيم فيه من منازعات الإدارة، يعتمد في تقديرنا، على الأصل في العلاقة بين القضاء والتحكيم؛ حيث استثنائية التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية، لتحتمك هذه العلاقة إلى قاعدة: أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، أي أن تحديد مجال التحكيم في منازعات الإدارة، يتعين أن يتم في ضوء "استثنائية" اللجوء إليه، لا في ضوء عمومية قانون التحكيم التي قد يفهم منها جواز التحكيم في كافة المنازعات الإدارية.

المطلب الأول: في استثنائية التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية. المطلب الثاني: معيار التحكيم في المواد المدنية والتجارية لا يحتج به في المادة الإدارية.

## المطلب الأول

### في استثنائية التحكيم

#### كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية

باديء ذي بدء، أقصد بـ "استثنائية" التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، سيما في مجال المنازعات الإدارية الداخلية، أن اللجوء إلى التحكيم يعد عارضاً على الأصل المستقر في الاختصاص بالفصل في منازعات الإدارة وغيرها من أشخاص القانون العام، بما يستتبعه ذلك من ضرورة تفسير النصوص التي تحدد مجاله، تفسيراً ضيقاً يتسق مع



الأصل العام في الاختصاص بنظرها، لا أن يتوسّع في تفسيرها — سيما وأن عموميتها قد تشي بذلك — إلى الحد الذي يصير معه التحكيم أصلاً عاماً في منازعات الإدارة. وعليه، فإن التحكيم لا يخرج عن كونه طريقاً استثنائياً لتسوية بعض المنازعات التي يناسبها هذا الطريق، ولو كثرت محامده<sup>(١)</sup>، وهو ما عليه قضاء محكمة النقض؛ إذ يستقر وزاعها على أن:

"التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان، ذلك أن مقتضاه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها، استثناء من أصل خضوعها لولايتها..."<sup>(٢)</sup>.

واهتداءً بما سبق؛ إذ تؤخذ أحكام التحكيم في منازعات الإدارة عن قانون التحكيم "المدني/التجاري" كما أسلفنا، ومن باب أولى، أن يتخذ التحكيم طابعاً استثنائياً في مجال تسوية المنازعات الإدارية، وهو ما يستقر عليه وزاع المحكمة الإدارية العليا؛ إذ تقرر أن:

"يتعين تفسير شرط التحكيم في عقد الالتزام، بما لا يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة في هذا الشأن؛ تأسيساً على أن اختصاص المجلس وارد في قانون موضوعي..."<sup>(٣)</sup>.

وفي الجملة، فإننا نقول بـ"استثنائية" التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية، لا لما يترتب على هذه الصفة من آثار قانونية جوهرية أهمها تحديد مجاله في منازعات الإدارة، بل أيضاً لحد أشخاص القانون العام على عدم الاعتقاد في أفضلية التحكيم على القضاء الإداري الوطني، ومن ثم ضرورة تحفظها في اللجوء إليه إلا أن تحتم المصلحة العامة ذلك، فلا ينبغي أن تفهم إجازة اللجوء إلى التحكيم في جانب الإدارة على أنها إجبار لها على اللجوء إليه، ليظل القاضي الإداري محتفظاً بقديسته في نفوس أشخاص القانون العام.

(١) لمزيد من التفاصيل؛ راجع: أ. د. جابر نصار: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، د. ت، ص ٢٤٧.

(٢) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٧ ديسمبر ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٨، ج ٢، القاعدة رقم ٢٨٩، ص ١٥٤٧؛ حكمها في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ ق. د، جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ٦، ص ٤٠٨؛ وفي نفس المعنى: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ٢٧ ق. تنازع، جلسة ٦ فبراير ٢٠١١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٢٢ ق. ع، جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٥، القاعدة ١٠٠، ص ١١٤٣؛ وفي نفس المعنى حكمها في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق. ع، جلسة ١٨ يناير ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٩، القاعدة ٦٨، ص ٦٩١.

## المطلب الثاني

### معيار التحكيم في المواد

#### المدنية والتجارية لا يحتج به في المادة الإدارية

وضع قانون التحكيم معياراً عاماً لتحديد المنازعات التي يجوز التحكيم فيها، قوامه تعلق المنازعة بحق مما يجوز الصلح أو التصرف فيه؛ إذ يقرر أن:

"لا يجوز الاتفاق على التحكيم، إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" (م ١١).

ليصبح هذا المعيار أساساً يُنطلق منه في تحديد ما يجوز وما لا يجوز التحكيم فيه من المنازعات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص.

ورغم أن قانون التحكيم لم يفرد المنازعات الإدارية بكيفية تتناسب خصوصيتها؛ أقصد إجراءات أو ضمانات<sup>(١)</sup>. بل ضمها إلى طائفة المنازعات المدنية والتجارية التي يجوز اللجوء إلى التحكيم لتسويتها، فقد ارتأى جانب من فقه القانون العام أن المعيار العام في التحكيم في منازعات القانون الخاص، هو ذاته معيار التحكيم في منازعات القانون العام؛ استناداً إلى عمومية الألفاظ الواردة في نص المادة الأولى من القانون، والتي يستفاد منها جواز التحكيم في سائر المنازعات، من دون تعويل على طبيعتها، سيما وأن إجازة التحكيم في المواد الإدارية كاستثناء من الأصل المقرر في نظرها، قد تم بأداة تشريعية.

غير أننا ولعدم قناعتنا بعمومية التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الإدارية، نرى أن ما فصل فيه قانون التحكيم فيما يتعلق بمدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية، محل نظر؛ فمسلك المشرع، وقد صرَّح بتعليق التحكيم في المنازعات الناشئة عن الروابط العقدية، يثير التساؤل عن موقفه من المنازعات التي تنشأ عن الروابط التنظيمية؛ أقابليتها للتحكيم هي من الواضح بما لا تحتاج معه إلى بيان السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم فيها من عدمه، أم أن سكوته عن بيان حكمها سيما في ضوء طبيعتها التنظيمية والتي تختلف كثيراً عن طبيعة الروابط العقدية؛ إذ يبدو فيها وجه السلطة

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. جابر نصار: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

العامة، يُفهم منه عدم خضوعها للتحكيم!؟

وعليه، فإن معيار التحكيم في المنازعات الإدارية، لا يستمد من المعيار العام الوارد في المادة (١١) من قانون التحكيم، وإنما يستقى من نص الفقرة الثانية من المادة الأولى في ضوء الطبيعة الخاصة للمنازعات الإدارية. لنخلص إلى أن معيار التحكيم "عموماً؛" أقصد "التحكيم المدني/التجاري"، لا يرادف معيار التحكيم "الإداري".

وسنذكر في الحجاج لطحنا هذا، هو استثناء الفقه المؤيد لعمومية التحكيم في المنازعات الإدارية، عقيدة كانت أو غير عقيدة، نزولاً على مقتضى المعيار العام في التحكيم في المواد المدنية والتجارية، منازعات المشروعية من الخضوع لهذا المعيار؛ رداً إلى طبيعتها<sup>(١)</sup>(١).

كما أن عمومية المعيار "المدني/التجاري" لم تمنع الفقه القائل بعمومية التحكيم في منازعات الإدارة، من التصريح بضرورة إخراج المنازعات الإدارية التي تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأي الملزم فيها، من مجال التحكيم بالمخالفة لهذا المعيار؛ إذ قالوا بوجوبية تفسير هذا النص في ضوء النص المحدد لاختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وهو الأمر الذي لا مجال لقبوله إلا من طريق معيار طبيعة المنازعة الإدارية الذي يعد — في تقديرنا — المعيار العام في تحديد اختصاص القضاء بين العادي والإداري، فضلاً عن التحكيم كطريق بديل.

وإذا كان اختصاص القاضي الإداري بنظر منازعات العقد الإداري، تتنازعه التفرقة الفقهية/القضائية بين منازعات القضاء الشخصي تحت ما يعرف بالقضاء الكامل أو الشامل، ومنازعات القضاء الموضوعي وفق ما يعرف بقضاء المشروعية أو

(١) إذ يقول أستاذنا الدكتور بسري العصار بعمومية التحكيم في منازعات الإدارة، إلا ما تعلق منها بالمشروعية، وما كان موقفاً على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة؛ نزولاً على مقتضى المعيار العام في التحكيم الذي يستفاد من قانون التحكيم؛ لمزيد من التفاصيل؛ راجع: بحث سيادته عن التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية في مصر وفرنسا والكويت، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها.  
(١) انظر:

Ching-Lang Lin: L'arbitrage en Matière de Contentieux des Contrats Administratifs: dans une perspective comparée, dissertation du doctorat en droit, école de droit, institut d'études politique de paris, 2014, p. 13.

الإلغاء<sup>(١)</sup>؛ إذ تتسحب عليها مظلة الأولى من دون الثانية، إلا أن تتصل بقرارات منفصلة أو قابلة للانفصال عن العقد<sup>(٢)</sup>، هذه التفرقة التي أثارَت جدلاً فقهيًا حول مدى جدواها عملاً<sup>(٣)</sup>، فالتساؤل هو: هل يُصنّف التحكيم — وهو نوع من القضاء على الراجح فقهاً — على أنه من قبيل القضاء الكامل باعتبار أن مجاله الرحب منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي؟ وعلى فرض القول — جدلاً — بتماثل صلاحيات هيئة التحكيم مع صلاحيات قاضي القضاء الكامل؟ فكيف لنا بالوقوف على تكييفه — في خصوص المنازعات الإدارية — في ضوء القول بجواز التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية، هذه الأخيرة التي ينتمي بعضها إلى قضاء المشروعية؟!

إن هذه التساؤلات الجدلية وإن كانت لا تجدي كثيرًا في واقع التطبيق، فإنها تثير شيئاً في النفس حول مدى اتساق آلية التحكيم بهيئتها المدنية التي تتخذ من تكافؤ المراكز القانونية لطرفي المنازعة أساساً لها، ومن ثم تنازل الإدارة عن مكانتها السامية، مع طبيعة المنازعات الإدارية؛ لا مرأى في أن قصر المشرع الفرنسي نطاق التحكيم في منازعات الإدارة على ما تعلق منها بعلاقة عقدية ذات بعد أجنبي، وتحتمة المنفعة العامة، أو ما تعلق منها بعلاقات المرافق العامة الاقتصادية، هو الأقوم في الاستعاضة عن طريق القاضي الطبيعي للمنازعات الإدارية في تسوية جانب من منازعاتها. وهو ما نضعه سائغاً أمام المشرع المصري ليعيد النظر في قانون التحكيم الحالي؛ ليحد من لجوء الإدارة إلى التحكيم إلا فيما تقتضيه طبيعة بعض المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها؛ لا أن تطلق حرية الإدارة في تقدير اللجوء إليه، سيما في ظل افتقار الإدارة المصرية إلى كثير من مقومات الإدارة الرشيدة، ما قد يجعل

(١) لمزيد من التفاصيل؛ راجع:

ب. أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري؛ الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٢٦٤؛

⌘ Rémy Schwartz et Myriam Kaczmarek: La procédure contentieuse devant les juridictions administratives, La Gazette, Cahier détaché n° 2, 2004, p. 203 et suiv.

(٢) لمزيد من التفاصيل؛ راجع: أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري؛ الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٢٧٤ وما بعدها؛ أ. د. محمد أنس قاسم جعفر: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول هذا الخلاف السائغ؛ راجع:

ب. أ. د. رمضان محمد بطيخ: مفهوم دعوى التعويض والعلاقة بينها وبين دعوى الإلغاء، برنامج "القضاء الإداري" (الإلغاء والتعويض)، المنعقد في الفترة ١١-٢٢/١٠/٢٠٠٨، بالمملكة العربية السعودية.

ب. م. د. محمد ماهر أبو العينين: اختصاص مجلس الدولة وفقاً لأحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢، مكتبة المحامي (نقابة المحامين، لجنة المكتبة والفكر القانوني)، بدون تاريخ، ص ٣٣٧ وما بعدها.

من التحكيم بابا خلفيا للفساد المالي. الأمر الذي يتعين معه التركيز لتعميق الرقابة القضائية على عمل الإدارة L'approfondissement du Controle Juridictionnel (١)، وعلى وجه الخصوص في ظل استشراف الفساد في كثير من المنظمات الإدارية؛ لما لها من أهمية بالغة في جبر قصور الرقابة الإدارية (٢).

وجدير بالذكر أن نظرتنا المتشددة تجاه التحكيم في منازعات الإدارة، مردها في الأساس ما تعانيه الإدارة المصرية من فساد عريض؛ تعاني فيه مرافق الدولة جميعا آفات إدارية جعلت من المال العام شيئا مستباحا، بل ومرتعا لأولئك الذين خربت ذمهم وقصرت عنهم يد الرقابة الصارمة. فربما عاد التحكيم — على ما به من عدم اتساق مع طبيعة المنازعات الإدارية — بثمار طيبة على كثير من أنزعة الإدارة في نظم أخرى (٣)، أو حتى في منازعات وطنية، لعله رئيسة مؤداها رشاد الإدارة ودرايتها بالقانون وحرصهم الشديد على تحقيق المصلحة العامة من ناحية، وقوة مراكزهم من ناحية أخرى.

وجملة القول، أن المعيار العام الذي أتى به قانون التحكيم، والمتمثل في إجازة التحكيم في كافة المنازعات، أيا كانت طبيعتها، طالما كان محلها حق يقبل الصلح أو التصرف فيه، لا يصلح بعموميته هذه في مجال المنازعات الإدارية، بل مجاله الطبيعي ما يجوز فيه التحكيم من منازعات الإدارة وفقا لمعيار طبيعة المنازعة الإدارية، وهو ما نبينه تفصيلا في معرض حديثنا عما يجوز وما لا يجوز فيه التحكيم من منازعات الإدارة؛ حيث مجال التحكيم الإداري.

(١) انظر:

⌘ Nicole Decoopman: Le Controle Juridictionnel des Autorites Administratives Independants, n. e, n. d, p. 220.

(٢) انظر:

⌘ William F. Fox, Jr.: Understanding Administrative Law, Fourth Edition, Matthew Bender & Company, Inc., LexisNexis, 2000, p. 21 and next.

(٣) وفي هذا الصدد، يرى أحد الكتاب أن علاقة التحكيم والقضاء علاقة تكامل لا تفاضل؛ لمزيد من التفاصيل؛ انظر: (٣)

⌘ José Carlos Fernández Rozas: Le Role des Juridictions Étatiques devant L'arbitrage Commercial International, op. Cit, p. 23;

⌘ Jean-Marc Sauvé: Le dualisme juridictionnel: synergies et complémentarité, op. Cit, p. 1 et suiv.

## المبحث الثاني الأحكام الموضوعية للتحكيم في منازعات الإدارة وفقا لمعيار طبيعة المنازعة

تمهيد وتقسيم:

إن القول باستثنائية التحكيم، سواء في مجال القانون الخاص أو في مجال القانون العام، فضلا عن مناهضة التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية الداخلية، تنظيمية روابطها كانت أو عقدية، وكذا القول بضرورة الاعتداد بمعيار طبيعة المنازعة في تقرير التحكيم كاختصاص بديل لتسوية المنازعات الإدارية، كل هذا يستتبع التعرض لما يجوز التحكيم فيه وفقا لمعيار طبيعة المنازعة؛ ووفقا على الفرق بين ما يستفاد من المعيار العام الوارد بقانون التحكيم، وما يتعين التزامه وفقا لطبيعة المنازعات الإدارية التي تقبل التحكيم.

المطلب الأول: ما يجوز التحكيم فيه من منازعات الإدارة.

المطلب الثاني: نطاق حرية الإدارة في اختيار هيئة التحكيم وقواعده.

### المطلب الأول

#### ما يجوز التحكيم فيه من منازعات الإدارة

إن تصريح المشرع بسريان أحكام قانون التحكيم على كل تحكيم بين أشخاص القانون العام، وأيا كانت طبيعة المنازعة، لا يعني إطلاق القول بجواز التحكيم في كافة المنازعات التي تكون أشخاص القانون العام طرفا فيها، بل إن ثمة منازعات إدارية تأتي الخضوع للتحكيم بحكم طبيعتها، وأخرى لا تقبل التحكيم بحكم خصوصيتها من ناحية وسكوت المشرع عن بيان حكمها من ناحية أخرى.

أولاً: استبعاد التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية:

المنازعات الإدارية غير العقدية، هي تلك المنازعات التي تنشأ عن رابطة قانونية من غير طريق التعاقد، تنظيمية كانت؛ أي مصدرها القانون، أو غير تنظيمية؛ أي تجد

مصدرها في أي من مصادر الالتزام المعروفة في القانون المدني<sup>(١)</sup>. ويدخل في عدادها المنازعة في مشروعية القرارات الإدارية، والمنازعة في تعويض الأضرار التي تخلفها. وإذا كان القول بجواز التحكيم في الجوانب المالية لهذه المنازعات، من دون جوانبها القانونية، مستساغاً على سبيل الفرض الجدلي أو النظري؛ استناداً إلى أن هذه الجوانب المالية مما تقبل الصلح والتصرف فيها على حد قول جانب من الفقه، ومن ثم تخضع للمعيار العام في التحكيم<sup>(٢)</sup>. فإننا لا نؤيد التوسع في مد مظلة التحكيم إليها نزولاً على "استثنائية" التحكيم كطريق بديل لتسوية المنازعات الإدارية، فضلاً عن أن نقل أحكام التحكيم "المدني/التجاري" إلى مجال المنازعات الإدارية، تحكمه قاعدة "عدم تعارضها مع روابط القانون العام، كما يستقر على ذلك فقه القانون الإداري وقضاؤه، طالما وصّف على أنه نوع من القضاء على الراجح فقها<sup>(٣)</sup>.

وحيث إن البت في الجوانب المالية للمنازعات الإدارية، تنظيمية كانت روابطها أو عقدية، ليس بمعزل عن جوانبها القانونية أو بالأحرى "التنظيمية"، إذ كيف لهيئة التحكيم أن تفصل في شق مالي هو مترتب في الأساس على الشق القانوني، وعلى فرض استساغته، فإن الاعتبارات التي حدثت إلى أفراد القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية، تظل قائمة؛ وأهمها ضمانات استقلال القاضي ووازعه الوطني في الحفاظ على المصلحة العامة؛ فالقاضي لا يؤدي وظيفة مأجورة كما المحكمين، بل أمانة عدالة تهيمن عليها فكرة المصلحة العامة؛ تطوق عنقه وتثقل كاهله. وأخيراً فإن فرض إساءة اختيار جهة الإدارة محكميها، يظل يطارد إطلاق القول بجواز التحكيم في منازعات الإدارة المتخلفة عن روابط قانونية تنظيمية حتى في جوانبها المالية.

ثانياً: ما يجوز فيه التحكيم من منازعات الإدارية العقدية:

(١) وهي (كما هو معلوم):

- الإرادة المنفردة [مادة ١٦٢: (١) من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها]؛
  - العمل غير المشروع [مادة ١٦٣: (١) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض]؛
  - الإثراء بلا سبب [مادة ١٧٩: كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد].
- (٢) أ. د. يسري العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية في مصر وفرنسا والكويت، مرجع سابق، ص ٢١.
- (٣) انظر أسناننا الدكتور/ أحمد سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص ٩.

بناء على ما سبق، ينحصر مجال لجوء الإدارة إلى التحكيم في المنازعات الآتية:

[١] التحكيم في منازعات عقود الإدارة "المدنية":

كما نعلم جميعاً أن عقود الإدارة، إما أن تكون "إدارية"؛ حيث تظهر الإدارة في التعاقد باعتبارها سلطة عامة، وإما أن تكون "مدنية"؛ حيث تتخلى عن امتيازات السلطة العامة، ويفصل التفرقة بينهما فكرة الشروط الاستثنائية أو غير المألوفة في رحاب القانون الخاص(١).

وكما هو معلوم أيضاً أن عقود الإدارة "المدنية" تخضع لأحكام القانون الخاص؛ مدنية كانت أو تجارية، ومن ثم فإن خضوع منازعات هذه العقود للتحكيم "المدني/التجاري"، أو الذي أتى به قانون التحكيم، يعد مسألة بدئية؛ إذ تتفق فلسفة التحكيم التي يكرس لها قانون التحكيم مع طبيعة هذه المنازعات التي لا تثير مكانة الإدارة السامية.

[٢] التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، هي ما تنشأ عن علاقة عقدية طرفها أحد أشخاص القانون العام الوطنيين، وطرفها الآخر شخصاً أجنبياً؛ عاماً وفقاً لقانون دولته أو خاصاً(٢).

(١) لمزيد من التفاصيل؛ راجع:

ج. أ. د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٨٢ وما بعدها؛

ج. أ. د. محمود أبو السعود حبيب: القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٩٩ وما بعدها؛

ج. أ. د. محمد عبد الحميد أبو زيد: المطول في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) إذ تنص المادة (٣) من قانون التحكيم على أن:

"يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية: أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد؛ ثانياً: إذا إتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها؛ ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشملته إتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة؛ رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة: (أ) مكان التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه؛ (ب) مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين؛ (ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع".



وحيث إن منازعات هذه العقود تتنازعها فكرة سيادة كل دولة ينتمي إليها أحد أطراف العقد<sup>(١)</sup>، بما يفسح المجال أمام احتمالية تشبث كل طرف بتطبيق قانونه الوطني؛ فتتنازع القوانين<sup>(٢)</sup>، فلم يكن من بد من أن تخضع هذه المنازعات للتحكيم؛ إذ يعد الحل الأمثل للخروج من دائرة الجدل حول القانون الواجب التطبيق من ناحية، ويعمل على تسريع وتيرة التجارة الدولية من ناحية أخرى<sup>(٣)</sup>(٤).

ونذكر في هذا المقام، بوجاهة مسلك المشرع الفرنسي في قصر ولاية التحكيم في المنازعات الإدارية، على منازعات العقود الدولية.

[٣] منازعات العقود التي يكون طرفاها أو أحدهما شخص من أشخاص القانون العام (من غير الإدارة):

قلنا سلفاً بأن المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض، تنظيمية كانت روابطها القانونية أو عقدية، يظل الاختصاص بإبداء الرأي الملزم فيها للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع نزولاً على مقتضى نص الفقرة "د" من المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة<sup>(٤)</sup>. ومن ثم فإن نصيب التحكيم من المنازعات الإدارية الداخلية؛ أي التي تنشأ بين وطنيين، يقتصر على ما نشأ منها عن علاقات قانونية عقدية تضم شخصاً من أشخاص

(١) الباحث: ماجد عمران: السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الأول، ٢٠١١، ص ٦٤٦ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص ١٠٦ وما بعدها.

(٣) على أن يؤخذ في الاعتبار أن إقرارنا بأفضلية التحكيم في منازعات الإدارة العقدية ذات الطابع الدولي، مصحوب بتحفظٍ مرده بعض الاعتبارات التي يثيرها كقوة المركز القانوني للطرف الأجنبي في مواجهة المركز القانوني للشخص الوطني، سواء رُد ذلك إلى اعتبارات اقتصادية أو سياسية أو غيرها؛ فالمتنبع لنتائج جل قضايا التحكيم في منازعات الإدارة ذات البعد الدولي يخلص إلى أن أكثرها عادة ما يُحسم لمصلحة أطراف أجنبية، بالطبع لا لكون منازعاتنا هي الخاسرة بحكم طبيعتها، بل لاعتبارات كثيرة أخذ الفقه الحديث في إبرازها كالانحراف بسلطة التحكيم على سبيل المثال، فضلاً عن مقتضى اعتبارات الهيمنة الاقتصادية والسياسية للأطراف غير الوطنية، والتي عادة ما تحدد الوطنيين من هيئات التحكيم إلى إثارة خسارة قريبة على كسب بعيد، لتبدو جليلة علة قولنا مع جانب من الفقه بأن تصرف الإدارة في أموالها تصرف إدارة لا تصرف تنازل.

(٤) إذ تنص المادة المذكورة على أن:

"تختص الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بإبداء الرأي في المسائل والموضوعات الآتية: (أ)...؛ (ب)...؛ (ج)...؛ (د) المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض. ويكون رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المنازعات ملزماً للجانبين".

القانون العام وآخر أو آخرين من أشخاص القانون الخاص؛ وهذا وفق ما يستفاد من نص المادة الأولى من قانون التحكيم التي صرحت بحكم منازعات العقود الإدارية. على أن يؤخذ في الاعتبار عدم قناعتنا بجواز التحكيم في مثل هذه المنازعات؛ لافتقارها إلى علة تنازع الاختصاص التي تسوغ التحكيم فيها.

هذا، ويقرر جانب من الفقه أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم، يجب أن يفسر بما لا يتعارض مع نص المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة؛ ليظل الاختصاص بالفصل في المنازعات المذكورة في هذه الفقرة، منعقدا للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع<sup>(١)</sup>.

ورغم عدم وضوح المعيار الذي استند إليه سيادته في استثناء هذه المنازعات من ولاية التحكيم؛ سيما إذا عملنا مقتضى قاعدة "اللاحق ينسخ السابق"، فإننا نؤيد استثناء هذه المنازعات من الخضوع لطريق التحكيم، استنادا إلى طبيعة العلاقة بين هؤلاء الأشخاص أو هذه الهيئات، والتي كانت سببا من وراء الابتعاد بمنازعاتها عن ساحات القضاء بالمخالفة للمعيار العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية، تستتبع ألا تحتم وحدات الإدارة المختلفة إلى هيئات تحكيم خاصة؛ فهذا مما يتعارض مع المنطق القانوني.

أما المنازعات التي يكون طرفاها أو أحدهما شخصاً من أشخاص القانون العام من (غير الإدارة)؛ كالمجلس الصوفي الأعلى أو المجلس الملي العام أو النقابات المهنية، فلا مندوحة في القول بخضوعها للتحكيم؛ باعتبار أن إضفاء صفة القانون العام على هذه الأشخاص، وإن كان يمنحها صلاحيات القانون العام وامتيازاته، فإنه لا يغير من حقيقتها غير الإدارية، وإن قلنا بإدارية تصرفاتها حكما.

ثالثا: استبعاد ما لم يشملته اتفاق التحكيم من منازعات العقد الإداري:

إن مقتضى القول باستثنائية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقد الإداري (٢)(١)، أن ينحسر بساطه عن كل نزاع لم ينص صراحة على تسويته من طريق التحكيم في اتفاق

(١) أ. د. يسري العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقديّة في مصر وفرنسا والكويت، مرجع سابق، ص ١٢، ١٣.  
(٢) لمزيد من التفاصيل حول معيار تمييز العقد الإداري؛ راجع: أ. د. ثروت بدوي: المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع، السنة ٢٧، ١٩٥٧، ص ١١٥ وما بعدها؛ وأيضا: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم

التحكيم؛ شرطاً تحكيمياً كان أو مشاركة، وهذه نتيجة بديهية استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا.

إذ تقرر أن:

"...، ويقتصر التحكيم على ما أتفق بصدده من منازعات<sup>(١)</sup>." و"....، يتعين تفسير شرط التحكيم في عقد الالتزام، بما لا يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة في هذا الشأن؛ تأسيساً على أن اختصاص المجلس وارد في قانون موضوعي..."<sup>(٢)</sup>.

وتضاف إلى هذه المنازعات، منازعات العقود الإدارية التي لا يُفصح طريق التحكيم في تسويتها لأي سبب؛ إذ ينعقد الاختصاص بنظرها والفصل فيها للمحكمة المختصة بها من بين محاكم مجلس الدولة. وهو ما يستفاد من نص المادة (٩) من قانون التحكيم<sup>(٤)</sup>. وهو ما تواتر عليه قضاء محكمة النقض أيضاً؛ إذ تقرر في غير ما مرة أن: المقرر — في قضاء هذه المحكمة — أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات المدنية والتجارية، وأى قيد يضعه المشرع للحد من هذه الولاية — ولا يخالف به أحكام الدستور — يعتبر

٥٧٦ لسنة ١١ ق، جلسة ٣٠ ديسمبر ١٩٦٧م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥-١٩٨٠م، ج ٢، ص ١٩٣١.

(١) جدير بالذكر أن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية، والذي لم يعطه دفعة واحدة، لم يكتمل إلا بموجب القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م بشأن إعادة تنظيم مجلس الدولة - فضلاً عن قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م - والذي حل محل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي لم يكن ليشارك القاضي العادي مع القاضي الإداري في نظر منازعات العقود الإدارية فحسب، بل قصر هذا الاختصاص على منازعات ثلاثة أنواع من العقود الإدارية حُدثت على سبيل الحصر؛ هي: عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد؛ فنص القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م على اختصاص القضاء الإداري بنظر جميع المنازعات المتعلقة بكافة العقود الإدارية، ووافقته في ذلك القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩م؛ لمزيد من التفاصيل؛ راجع: أ. د. فؤاد العطار: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٦٦١ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق. ع، جلسة ١٨ يناير ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٩، القاعدة ٦٨، ص ٦٩١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق. ع، جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٥، القاعدة ١٠٠، ص ١١٤٣.

(٤) إذ تنص على أن:

"(١) يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر؛ (٢) وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم."

واردا على أصل عام، ومن ثم يجب عدم التوسع في تفسيره<sup>(١)</sup>. و"التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تتصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم...، وبناء عليه يجب أن تتضمن مشاركة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم..."<sup>(٢)</sup>.

وترتيباً على ما سبق، وإذ تنص المادة {١١} من قانون التحكيم على أن " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص... الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ". وإذ تنص المادة {٥٤٩} من القانون المدني على أن " الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه". وتنص المادة {٥٥٠} من القانون المدني على أنه "يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح"، وتنص المادة {٥٥١} من القانون المدني على أنه "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

وحيث إن هذه النصوص تقبل التأويل على الوجه الذي يحد من لجوء الإدارة إلى التحكيم؛ باعتبار أن مقتضى هذه النصوص هو الأقرب إلى مقتضى نص المادة (١/٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي، سيما إذا صرفنا مفهوم التصرف في المال العام إلى دلالة "الإدارة" دون "التنازل" عنه، على عكس مفهوم التصرف في المال الخاص؛ إذ ثبت فيه التصرف بكافة أشكاله وصوره. فلما القول إذاً بالتوسع في تفسير هذه النصوص، بما يسوغ

(١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٧ ق، جلسة ١١ ديسمبر ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٨، ج ٢، ص ١٤٥٥.

(٢) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٧ ديسمبر ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٨، ج ٢، ص ١٥٤٧؛ أحكامها في الطعون: رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٦ فبراير ١٩٧١، رقم ٩ لسنة ٤٢ ق، جلسة ٦ يناير ١٩٧٦، رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ ق، جلسة ٢٦ مارس ١٩٨١؛ الأحكام الثلاث الأخيرة مثبتة في فتوى الجمعية العمومية رقم ١٦٠ بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢، الملف رقم ٣٣٩/١/٥٤.

الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات الإدارية، سيما في ظل استثنائية التحكيم كطريق بديل لتسوية المنازعات عموماً، مدنية أو تجارية أو إدارية!<sup>(١)</sup>

## المطلب الثاني

### نطاق حرية الإدارة في اختيار هيئة التحكيم وقواعده

قيد مشروع قانون التحكيم حرية الإدارة في اللجوء إلى التحكيم في تسوية منازعاتها، سألقة الذكر، بقيددين جوهريين، لا يعتد بمسالكها في اللجوء إلى التحكيم من دون أحدهما؛ أولهما موافقة السلطة المختصة، وثانيهما استفتاء إدارة الفتوى المختصة قبل اللجوء إلى التحكيم أو تنفيذ حكمه؛ لأهمية الرقابة القضائية على أعمال هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>.

أولاً: الحصول على موافقة الوزير المختص أو من في حكمه:

تنص المادة الأولى من قانون التحكيم — في فقرتها الثانية — على أن:

"...، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على

التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة

للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التعويض في ذلك".

وعليه، فإن لجوء الإدارة إلى التحكيم من دون موافقة السلطة المختصة،

يعد باطلاً، بطلاناً متعلقاً بالنظام العام؛ أي يجوز الدفع به في أية مرحلة كانت

عليها الإجراءات، وأن تتصدى له المحكمة المختصة من تلقاء نفسها ولو لم

يتمسك به الخصم الآخر.

وتجدر الإشارة إلى أن جانباً من الفقه المصري، قد أبدى تحفظه على

اشتراط "موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه"، محبذين أن لو تشدد

المشرع بعض الشيء في تحديد السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى

(١) انظر:

José Carlos Fernández Rozas: Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage Commercial International, n. e, n. d, p. 38 et suiv.

التحكيم؛ فقالوا بأن تطلب هذه الموافقة من رئيس مجلس الوزراء على الأقل في العقود المهمة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة:

أوجب المشرع على الإدارة الراغبة في التحكيم أو تلك التي لجأت إليه بالفعل واستصدرت حكماً تحكيمياً بحاجة إلى التنفيذ، أن تلجأ أولاً إلى إدارة الفتوى المختصة لاستفتائها في مدى قانونيته؛ إذ يقرر في المادة (٦٨) من قانون مجلس الدولة الحالي ١٩٧٢/٤٧م على أن:

"... ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح

الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار

محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

وإذا كان قيماً موافقة الوزير المختص، واستفتاء إدارة الفتوى المختصة، يمثلان ضمانتين مهمتين في سبيل الاحتياط لزيغ الإدارة، فإن القول بضرورة اعتماد معيار طبيعة المنازعة الإدارية في تقرير الاختصاص البديل بنظر هذه المنازعات، يستتبع طرح تساؤلات؛ أهمها: إذا كان الأصل في التحكيم "المدني/التجاري" أن تطلق إرادة المحكمين في اختيار من يرونهم، في ضوء الضوابط العامة التي تضمنها قانون التحكيم، باعتبار أن مراكزهم الشخصية تسوغ لهم التصرف بكافة أشكال التصرف، ولو حتى بالتنازل، فهل يخضع اختيار الإدارة لهذا الأصل؛ أي تتجرد الإدارة في اختيار محكميها من أية اعتبارات أو ضمانات تكفل حسن اختيارها من يمثلها في هيئة التحكيم، طالما التزمت الضوابط العامة التي تضمنها قانون التحكيم!؟

الرد على هذا التساؤل، لا يخرج عن فرضين، كلاهما غير محبذ؛ فإما أن يتسع المجال لإعمال مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في مجال اللجوء إلى التحكيم الإداري، قياساً على اتساعه في مجال اللجوء إلى التحكيم "المدني/التجاري"، وهو ما يثبت ما قرره

(١) انظر: أ.د. جابر نصار: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

سلفاً من عدم مراعاة نظام التحكيم بوضعه الحالي خصوصية المنازعات الإدارية وما درج عليه العمل في رحاب القانون الإداري من إحاطة عمل الإدارة بمزيد من الضمانات التي تكفل حسن سير العمل الإداري، ومن ثم يصدق القول بأن إقرار التحكيم "مجرداً" كطريق بديل لتسوية المنازعات الإدارية، يعد خروجاً على طبيعة هذه المنازعات، بالمخالفة لمبدأ توزيع الاختصاص القضائي استناداً إلى طبيعة المنازعة.

وإما أن يُعمل مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في مجال اللجوء إلى التحكيم الإداري، بما يتسق مع خصوصية روابط القانون العام، وهو ما يعني خضوع الإدارة في اختيارها هذا لثلة من الضوابط — إضافة إلى ما أورده قانون التحكيم — التي تكفل حسن اختيارها لمحكميها؛ كأن تعتمد الحكومة أشخاصاً أو هيئات معينة للتحكيم في منازعات الإدارة<sup>(١)</sup>، أو أن تحصل الإدارة المحتكمة على موافقة جهة ما على من تختارهم محكمين عنها، وهو ما يعني إيقال التحكيم بمزيد من القيود التي قد تقده مرونته ويسر إجراءاته، ليصدق القول بأن التحكيم "الإداري" يختلف عن التحكيم "المدني/التجاري".

لنخلص من هذين الفرضين إلى نتيجة جوهرية مؤداها أن مسلك المشرع المصري في إقرار التحكيم في كافة منازعات الإدارة، الناشئة عن علاقاتها العقدية ذات الطابع الدولي أو "الداخلية"، يعتوره القصور.

كما أن سلطة المحكمة في التثبت من مدى الاتساق بين حكم التحكيم ومقتضيات النظام العام، وفقاً لنص المادة (٢/٥٢) من قانون التحكيم، مرتين بالطعن في حكم التحكيم من طريق دعوى البطلان، أو طلب تنفيذ الحكم من طريق اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر المنازعة وفقاً للمادة (٢/٩) من القانون ذاته، أو المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة سالف الذكر، وهو ما يرتفع بإرادة الأطراف المحتكمين.

وختاماً، فإذا كان التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات المدنية والتجارية، يعد واحدة من أهم ركائز تشجيع الاستثمار الأجنبي<sup>(٢)</sup>؛

(١) انظر المادة ٢ من قرار وزير العدل رقم ٢١٠٥ لسنة ١٩٩٥ بتنفيذ أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم.  
(٢) انظر:

لتوجس أصحاب الأموال خيفةً من عواقب تنازع القوانين الوطنية، فضلاً عما يتسبب به أداء المحاكم الوطنية من بطءٍ وتراخٍ في تقديم العدالة بما لا يتناسب مع طبيعة منازعات الاستثمار. فإن مجاله الرحب يظل قاصراً على المنازعات التي يحكمها تكافؤ المراكز القانونية، هذه المنازعات التي تنشأ عن روابط يحملها مبدأ سلطان الإرادة في أكمل معانيه، ويملك أطرافها سلطة التصرف في حقوقهم بكافة ألوان التصرف، بما فيها التنازل.

وأكاد أجزم بأنه ما كان لمؤيدي التحكيم الإداري "على إطلاقه" (أي من دون الترو في تحديد مجاله في منازعات الإدارة)، أن يتبنوا مثل هذه الدعوات؛ أقصد الافتتان به والتكريس له كوسيلة لتسوية منازعات الإدارة من دون مراعاة خصوصيتها في بلورة نظريته وتشييد أحكامه، لو أن هيئات التحكيم أنقلت كواهلها بما تعج به جنبات المحاكم من أفضية تتوء بالعصبة أولي القوة، كما محاكم مجلس الدولة التي يزداد معدل اللجوء يوماً بعد يوم؛ كأثرٍ بدهي لجهل كثير من عمال الإدارة بمبدأ سيادة القانون، وأن الإدارة الرشيدة يفترض فيها أنها خصم شريف، فضلاً عما أثبتته القاضي الإداري من جدارة في تسوية المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها بصفقتها العامة.

---

⌘ Amadou Dieng: Les Modes Alternatifs de Reglement de Concepts (MARC) en OHADA, APPROCHE Culturelle des ADR en OHADA, Cabinet Cimadevilla Law Firm, 17 et 18 mars 2009, p. 15;

⌘ Abe de Jong & Others: The Risk and Return of Arbitrage in Dual-Listed Companies, Review of Finance, Published by Oxford University Press on behalf of the European Finance Association, 2009, p. 495.



## الخاتمة

نحو سياسة تشريعية أكثر اتساقاً مع أحكام الدستور في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة، أصلياً كان أو بديلاً؛ حفظاً لمكانتها السامية التي أرادها الدستور والقانون في علاقاتها بالمتعاملين معها ابتداءً وفي مواجهة منازعتها انتهاءً..

جاءت ببحثنا هذا تحت عنوان:

"معيار طبيعة المنازعة كقيد موضوعي على سلطة المشرع في تقرير الاختصاص القضائي؛ دراسة تطبيقية على التحكيم في المنازعات الإدارية". هذه المسألة الدقيقة التي تتداخل معطياتها، عرضنا لها من خلال ثلاثة فصول، تقدمها مبحث تمهيدي في أهمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية ومناط دستورتها؛ في مطلبين.

ثم تلاه الفصل الأول مبيّناً به ما تتحدد به طبيعة المنازعة، وأساس تقييد سلطة التشريع في تقرير الاختصاص القضائي بمقتضى هذه الطبيعة، وذلك في مبحثين حوى كل منهما مطلبين، وتبعه الفصل الثاني موضحاً به مظاهر التضاد بين فكرة التحكيم بهيئتها المدنية/التجارية مع مقتضى الفلسفة التي اعتمدها الشارع الدستوري في تسوية المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها من الناحيتين الفلسفية والقانونية؛ وذلك في مطلبين للمبحث الأول، وثلاثة مطالب للثاني.

واختتم البحث بفصل ثالث، ضمن تصوراً لما يصلح مجالاً للتحكيم من منازعات الإدارة وفقاً لمعيار طبيعة المنازعة؛ أوضحنا في شقه الأول وجه التضاد بين المعيار العام في التحكيم الذي تضمنه قانون التحكيم المدني التجاري، ومعيار التحكيم في المنازعات الإدارية الذي يشي به معيار طبيعة المنازعة، وعرضنا في شقه الثاني لما يجوز وما لا يجوز التحكيم فيه من المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

وكان القاسم المشترك بين هذه الفصول الثلاث، التركيز الفقهي لأهمية تقييد اختصاص المشرع في تقرير الاختصاص القضائي بنظر المنازعات عموماً، ومنازعات الإدارة "الإدارية"، بمقتضى طبيعة كل منازعة، والإدارية على وجه الخصوص، ليصبح معياراً موضوعياً من معايير الدستورية في وزن مشروعية أعمال المشرع. مع التركيز

على عدم التناسب بين آلية التحكيم الرضائية والتي تتخذ من تكافؤ المراكز القانونية لطرفي المنازعة أساسا لها، ومكانة الإدارة السامية التي أَرادها لها الدستور يحفظها لها قاضيتها الطبيعي.

هذا، وقد خلصنا في دراستنا المتواضعة هذه إلى ثلثة من النتائج، تستتبع تصدير ثلثة من التوصيات التي ربما تلقى قبول الفقه واستحسانه، وهي:

أولا: النتائج:

☞ نخلص إلى عدم اتساق سياسة التشريع في الموازنة بين مقتضى تجربة التثنية القضائية؛ فتارة يعهد المشرع بنظر بعض المنازعات الإدارية إلى غير قاضيتها الطبيعي، وتارة أخرى يجيز اللجوء في تسويتها إلى هيئات خاصة لا تتناسب أدواتها مع طبيعة هذه المنازعات التي كانت من وراء تبني تجربة التثنية القضائية؛ فلا هو الذي أقر تجربة القضاء الموحد، ولا هو الذي عرف لتجربة الازدواجية قدرها!

☞ نخلص أيضا إلى عدم اتساق المعيار العام للتحكيم في المنازعات المدنية/التجارية، مع معيار التحكيم في المنازعات الإدارية وفقا لطبيعتها؛ فمقتضى الأول التوسع في مظلة التحكيم إلى كافة المنازعات الإدارية، ومقتضى الثاني قصرها على ما كان متعلقا منها بعقود الإدارة المدنية أو ما تعلق منها بعقودها الدولية.

☞ أن عمومية نص المادة الأولى من قانون التحكيم؛ إذ لا تفرق بين صفة المتنازعين، بما يشي بامتداد مظلة التحكيم إلى كافة المنازعات التي تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها، تجعله مفتقرا إلى واحدة من أهم المواصفات الدستورية التي ينبغي أن تتوافر لكل نص تشريعي، ألا وهي الوضوح، بما يجعله — سيما في ضوء نص المادة ١٩٠ من الدستور الحالي الذي يفرد القاضي الإداري دون غيره بالفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة — عرضة للطعن عليه بعدم الدستورية.

☞ كما نخلص إلى أن مرفق القضاء ممثلا في شقه الإداري، بحاجة ماسة إلى دعم ومساندة، سيما في النواحي الإجرائية، بما يجعله حقيقا بتقديم عدالة ناجزة حقا، لا أن يترك وشأنه في خضم مئات الآلاف من الأنزعة التي يقف تخلف الإدارة وعدم درايتها

بقدر مبدأ سيادة القانون من وراء أكثرها، ثم ينسب إليه البطء والتراخي، ومن ثم العدول عن منصبه إلى غيره مما لا تتناسب أدواته مع طبيعة المنازعات الإدارية؛ فهذا من أهم أسباب التضخم التشريعي.

### ثانياً: التوصيات:

☞ إذا كانت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد رفضت في بادئ الأمر إجازة اللجوء إلى التحكيم؛ استناداً إلى عدم توافر أهلية اللجوء إليه من دون نص تشريعي صريح، فإنني أقول بأن وجود النص التشريعي وهو "معيب" دستورياً، يستتبع على الأقل تشدد لجان الفتوى المختصة في الترخيص لجهة الإدارة باللجوء إلى التحكيم استناداً إلى هذا النص، إلى أن تطاله يد التعديل.

☞ إن افتتاح الإدارة، على كثرة وحداتها ومن ثم منازعاتها، بآلية التحكيم التي لم يأل الفقه جهداً في إبراز محاسنها على حساب القضاء الوطني الذي يعاني قصور التطوير، نجم عنه إنقال كاهل هيئات التحكيم وامتلاء ساحات مراكز التحكيم الدولية والإقليمية والمحلية بالقضايا، فأوشكت أن تؤتي من حيث أوتي نظام القضاء؛ فباتت عدالتها غير مرضية في أحيان كثيرة؛ بطئاً وكلفةً وانصافاً.

☞ إن ما تعانيه الإدارة في مصر من فيروس الفساد الذي ينخر في عصب مرافقها جميعاً، يستتبع تشدد النظرة إلى التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية، وضرورة التكريس لتعميق رقابة القاضي الطبيعي للإدارة على أعمالها؛ فوازع الأخير في حفظ مكانة الإدارة السامية لن يتأتى البتة لكثير من المحكمين، ولا أدل على ذلك من موقف القاضي الإداري من قضايا العقود التي أبطلها عقب الثورة.

☞ على الإدارة — ممثلة في الوزير المختص أو من يقوم مقامه في تمثيل الشخص المعنوي العام — أن تُرشد اللجوء إلى التحكيم؛ فلا تلجأ إليه إلا يكون وجه النفع العام في اللجوء إليه ظاهراً بيناً؛ فالإدارة الرشيدة هي التي تعرف لقاضيتها الطبيعي قدره، فضلاً عن أن نزولها عن مكانتها السامية في مواجهة منازعها ليتكافأ مركزها القانوني بمراكز خصومها، ليشتي بقصور استيعابها فلسفة تسوية المنازعات التي تكون طرفاً فيها بصفقتها العامة في دولة رائدة في مجال تثنية النظام القضائي.

كـ على المشرع أن يعمل جاهداً على تحقيق التناغم بين قانون التحكيم في مادته الأولى بفقرتيها الأولى والثانية، والدستور في مادته التسعين بعد المئة الأولى؛ حتى لا يظل التحكيم باباً شرعياً لإهدار المزيد من الأموال العامة تحت مظلة مواكبة الركب الدولي في تبني التحكيم.

كـ على القاضي الدستوري أن يعتمد إلى تقويم مسلك المشرع — إذا لم يبادر الثاني إلى تقويم مسلكه ذاتياً — في الجمع بين منازعات القانون العام ومنازعات القانون الخاص تحت مظلة آلية تسوية بديلة واحدة إلا أن يحمل هذا الجمع على منازعات أشخاص القانون العام "المدنية؛ فعمل القاضي في هذا الصدد — بلا مرأى — من قبيل الإجراءات المقررة في الدستور والتي جعلت المادة ٢٢٤ من الدستور الحالي من اتباعها مناطاً لإلغاء القوانين التي تحوي مخالفات للدستور.

كـ وأخيراً.. نهيب بفقهاء القانون العام وباحتثيه أن يُرجعوا البصر كرة أو كرتين إلى التحكيم في المنازعات الإدارية، سيما الداخلية منها، في ضوء ما آلت إليه نتائجه في كثير من أنزعة الإدارة الجهرية، ليرى ما به فطور؛ يثبت صدق دعوانا في القول بضرورة الحفاظ على مكانة الإدارة السامية في علاقاتها ومنازعاتها، هذه المكانة التي يحفظها القاضي الإداري بحقها، لا قبل لآلية التحكيم بها غالباً.

## قائمة بأهم المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية:

### ١. المؤلفات العامة والبحوث:

١. د. إبراهيم إسماعيل الربيعي، ماهر محسن عبود:  
التحكيم ضماناً إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار، بدون ناشر، بدون تاريخ.  
د. أ. د. أحمد عبد الكريم سلامة:
٢. التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية؛ دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- د. أ. د. ثروت بدوي:
٣. المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع، السنة ٢٧، ١٩٥٧.
٤. تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- د. أ. د. جابر نصار:
٥. التحكيم في العقود الإدارية، مجلة البحوث الإدارية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، السنة العشرون، العدد الثاني، أبريل ٢٠٠٢.
٦. العقود الإدارية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.  
د. أ. د. حسين عثمان محمد عثمان:
٧. قانون القضاء الإداري، دراسة مقارنة، بدون ناشر، ١٩٩٥.
- د. حسين مقداد:
٨. قانون القضاء الإداري المصري وبهامشه مختصر قانون القضاء الإداري الفرنسي، الجزء الثاني: قضاء التعويض، جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي بجامعة حلوان، ٢٠١٥.
٩. مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة مقارنة، مجلة حقوق حلوان، العدد الثلاثون، يناير/يونيه ٢٠١٤.

ك. د. حمد محمد حمد الشلماني:

١٠. دعوى الإثبات في القانون الإداري في ظل امتيازات السلطة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

ك. أ. د. رجب محمود طاجن:

١١. ملامح عدم الرجعية في القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

ك. أ. د. رمزي طه الشاعر:

١٢. قضاء التعويض، بدون ناشر، ١٩٩٠.

ك. أ. د. رمضان محمد بطيخ:

١٣. مفهوم دعوى التعويض والعلاقة بينها وبين دعوى الإلغاء، برنامج "القضاء الإداري" (الإلغاء والتعويض)، المنعقد في الفترة من ١١ إلى ٢٢/١٠/٢٠٠٨، بالمملكة العربية السعودية.

ك. أ. د. سعاد الشرقاوي:

١٤. القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

ك. أ. د. سليمان الطماوي:

١٥. الأسس العامة للعقود الإدارية؛ دراسة مقارنة، ط ٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠م.

١٦. القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦.

١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦.

١٨. قواعد الاختصاص في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، مجلة مجلس الدولة، السنة ٧، ١٩٥٧.

ك. أ. د. عبد الحفيظ علي الشيمي:

١٩. رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.

ك. م. د. عبد العزيز سالماني:

٢٠. رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد ١٥، السنة ٧.

ك. أ. د. عبد الغني بسيوني عبد الله:

٢١. القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.

ك. أ. د. عبد المنعم خليفة:

٢٢. التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء

أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.

ك. أ. د. عصمت عبد الله الشيخ:

٢٣. التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٣.

ك. أ. د. عيد رفعت سعيد:

٢٤. مبدأ الأمن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري

والدستوري، بدون ناشر، ٢٠١١.

ك. أ. د. فؤاد العطار:

٢٥. القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

٢٦. القضاء الإداري، دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء الإداري

على أعمال الإدارة وعمالها ومدى تطبيقاتها في القانون

الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.

ك. أ. د. ماجد الطو:

٢٧. القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

ك. ماجد عمران:

٢٨. السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة جامعة دمشق

للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الأول، ٢٠١١.

ك. أ. د. محمد أنس قاسم جعفر:

٢٩. العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

- ك ه أ. د. محمد رفعت عبد الوهاب:
٣٠. القضاء الإداري، بدون ناشر، ١٩٩٤.
- ك ه أ. د. محمد سعيد أمين:
٣١. خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ك ه أ. د. محمد عبد الحميد أبو زيد:
٣٢. المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧ م.
- ك ه أ. د. محمد كامل ليلة:
٣٣. الرقابة على أعمال الإدارة؛ الرقابة القضائية، بدون ناشر، ١٩٨٥.
٣٤. الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
- ك ه م. د. محمد ماهر أبو العينين:
٣٥. اختصاص مجلس الدولة وفقا لأحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢، مكتبة المحامي (نقابة المحامين، لجنة المكتبة والفكر القانوني)، بدون تاريخ.
- ك ه أ. د. محمد محمد عبد اللطيف:
٣٦. قانون القضاء الإداري، الكتاب الأول: نظام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ك ه أ. د. محمود أبو السعود حبيب:
٣٧. القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٣ م.
- ك ه أ. د. محمود عاطف البنا:
٣٨. الوسيط في القانون الإداري، ط ٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢.
- ك ه أ. د. مصطفى كمال وصفي:
٣٩. أصول إجراءات القضاء الإداري طبقاً للقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٨.



ك. أ. د. يسري العصار:

٤٠. التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية في مصر وفرنسا والكويت، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العددان ١٥، ١٦، ٢٠٠٢.

٤١. التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر وفرنسا والكويت، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العددان ١٣، ١٤، أبريل/أكتوبر ٢٠٠١.

٤٢. مبدأ الشرعية وتنظيم القضاء الإداري واختصاصه، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

### ٢. رسائل دكتوراه:

ك. د. حسين مقداد:

٤٣. رقابة القضاء الإداري على اختصاص الإدارة بالرقابة الذاتية في المجال الضريبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠١١.

ك. د. عبد الله محمد سلامة البطوش:

٤٤. التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، ٢٠١٤.

ك. د. علاء محيي الدين مصطفى:

٤٥. التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.

### ٣. أوراق عمل ومدخلات بحثية:

ك. المحكمة الدستورية العليا:

٤٦. ورقة مقدمة إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية، والمنعقد في ريو دي جانيرو بالبرازيل في الفترة من ١٦ — ١٨ يناير ٢٠١١.

ك. د. ليلي لمريني، د. عبد الإله الحكيم بناني:

٤٧. إدخال الوسائل البديلة لحل المنازعات في النظام القانوني المغربي، مداخلة وفد المملكة المغربية في المناظرة الدولية المنظمة من طرف معهد ISDLS حول الوسائل البديلة لحل المنازعات، اسطنبول، تركيا، في الفترة من ٣٠ يونيو إلى ٣ يوليو ٢٠٠٣.

#### ٤. مجموعات الأحكام القضائية:

٤٨. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما ١٩٦٥ — ١٩٨٠م، الجزء الثاني.

٤٩. مجموعة المكتب الفني للمحكمة الإدارية العليا، السنة ٣٥، السنة التاسعة والثلاثون.

٥٠. مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة ٦، والسنة ٤٨، ج ٢.

#### ثانيا: باللغة الإنجليزية:

☞ A. Tollenaar:

1. Soft Law, Policy Rules and the Quality of Administrative Decision-Making, no publisher, no date.

☞ Abe de Jong & Others:

2. The Risk and Return of Arbitrage in Dual-Listed Companies, Review of Finance, Published by Oxford University Press on behalf of the European Finance Association, 2009.

☞ Bronislav Totskyi:

3. Legal Certainty as a Basic Principle of the Land Law of Ukraine, Jurisprudence, Vol. 21, Issue 1, 2014, p. 204 and next.

☞ Bruce Hoesly and Ronald Sklansky:

4. Administrative Rules Procedures Manual: Drafting Format and Style, Promulgation Procedure, Rules Review Procedure, L.R.B & W.L.C, September 2008.

☞ CE & GCJP:

5. Judicial Control of Administrative Acts, Multilateral seminar, Madrid, 13-15 Nov, 1996.

☞ Daniel M. Klerman and Paul G. Mahoney:

6. The Value of Judicial Independence: Evidence from Eighteenth Century England, American Law and Economics Review,

American Law and Economics Association, Vol. 7 No. 1, 2005.

✎ David A. Paterson:

7. Manual for Administrative Law Judges and Hearing Officers, the New York State Department of Civil Service, 2008.

✎ Deborah R. Hensler:

8. Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System, Penn St. L. Rev, vol. 108m 2004.

✎ F. James Sensenbrenner & Others:

9. Administrative Law, Process and Procedure Project, Washington, 2006.

✎ Filip De Ly:

10. The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 12, Issue 1, Spring 1991.

✎ Francis De Baecque:

11. The Judicial Control of the Legality of Unilateral Acts of Public Administration, International Association of Supreme Administrative Jurisdictions, Paris, 1983.

✎ Georg Herbert:

12. Administrative Justice in Europe, Report for Germany, Questionnaire related the administration control list and typology in the 25 Member States of the European Union, no publisher, no date.

✎ Georg Herbert:

13. Administrative Justice in Europe, Report for Germany, Questionnaire related the administration control list and typology in the 25 Member States of the European Union, no date.

✎ Harry T. Edwards:

14. Advantages of Arbitration over Litigation: Reflections of a Judge, no publisher, no date.

✎ James L. Creighton & Jerome Delli Priscoli:

15. Overview of Alternative Dispute Resolution: A Handbook for Corps Managers, Alternative Dispute Resolution Series, no date.

- ✎ Jerry L. Mashaw:  
16. Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801, the Yale law journal, 2006.
- ✎ John D. Richard:  
17. Administrative Tribunals in Canada; an Overview, n. p, Bangkok, 2007.
- ✎ K.J. de Graaf & Others:  
18. Administrative decision-making and legal quality: an introduction (Quality of Decision-Making in Public Law, Groningen: Europa Law), 2007.
- ✎ Linda Pearson:  
19. The Impact of External Administrative Law Review: Tribunals, no publisher, no date.
- ✎ M. Patrick Frydman:  
20. Administrative Justice in France, 11<sup>th</sup> Annual AIJA Tribunals Conference in association with the Council of Australasian Tribunals, Watermark Hotel & Spa, Surfers Paradise, Queensland, 5-6 June 2008, p. 19.
- ✎ Malcolm L. Russell-Einhorn & Howard N. Fenton:  
21. Administrative Law Tools and Concepts to Strengthen USAID Programming, A Guide for USAID Democracy and Governance Officers, 2008.
- ✎ Michael H. LeRoy:  
22. Are Arbitrators Above the Law? the "Manifest Disregard of the Law" Standard, Boston College Law Review, Vol. 52, 2011.
- ✎ Morell E. Mullins:  
23. Manual for Administrative Law Judges, Internet Edition, 2001.
- ✎ Muhammad Iqbal Khan:  
24. The Role of Judiciary in Restraining Discretionary Powers, no publisher, no date, Pakistan.
- ✎ Pamela S. Karlan:  
25. Two Concepts of Judicial Independence, Stanford Law School, no publisher, no date.
- ✎ Richard E. Messick:  
26. Judicial Reform: The Why, the What, and the How, conference on Strategies for Modernizing the Judicial Sector in the Arab

World, 15-17 March 2002, Marrakech, Morocco.

✎ Sai-On Cheung:

27. Critical factors affecting the use of alternative dispute resolution processes in construction, *International Journal of Project Management*, Vol. 17, No. 3, no date.

✎ Sérvulo Correia:

28. *Judicial Resolution of Administrative Disputes, Administrative Procedure in Portugal*, no publisher, no date.

✎ Stephen B. Burbank:

29. What Do We Mean by “Judicial Independence”?, *OHIO State Law Journal*, Vol. 64, 2003.

✎ Stephen D. Mau:

30. *Arbitration in the Hong Kong Special Administrative Region*, Center for International Legal Studies, Co December 3, 2007.

✎ Susan D. Franck:

31. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law, *Global Business & Development Law Journal*, Vol. 19, 2007.

✎ Taha Ayhan:

32. The Principle of Legal Certainty in EU Case Law, *TODADE’s Review of Public Administration*, Volume 4, No 3, September 2010.

✎ Trevor Buck:

33. *European methods of administrative law redress: Netherlands, Norway and Germany*, DCA Research Series, 2004.

✎ William F. Fox, Jr.:

34. *Understanding Administrative Law*, Fourth editon, Matthew Bender & Company, Inc., LexisNexis, 2000.

✎ Georg Herbert:

35. *Administrative Justice in Europe*, Report for Germany, Questionnaire related the administration control list and typology in the 25 Member States of the European Union, no date.

✎ James L. Creighton & Jerome Delli Priscoli:

36. *Overview of Alternative Dispute Resolution (ADR): A Handbook for Corps Managers*, *Alternative Dispute Resolution*

Series, no date.

✎ K.J. de Graaf & Others:

37. Administrative decision-making and legal quality: an introduction (Quality of Decision-Making in Public Law, Groningen: Europa Law), 2007.

✎ Linda Pearson:

38. The Impact of External Administrative Law Review: Tribunals, no publisher, no date.

✎ M. Schoder:

39. Administrative Law in Germany, in Seerden and Stroink (Eds), 2002.

✎ S.O. Cheung & P.S.P. Wong:

40. Use of alternative dispute resolution in construction: A comparative study, Challenges, Opportunities and Solutions in Structural Engineering and Construction – Ghafoori (ed.), Taylor & Francis Group, London, 2010.

✎ Trevor Buck:

41. European Methods of Administrative Law Redress: Netherlands, Norway and Germany, prepared for D.C.A, 2004.

ثالثاً: باللغة الفرنسية:

✎ Amadou Dieng:

42. Les Modes Alternatifs de Reglement de Concepts (MARC) en OHADA, Approche Culturelle des ADR en OHADA, Cabinet Cimadevilla Law Firm, 17 et 18 mars 2009.

✎ Augustine Mbouli:

43. Le dualisme juridictionnel en matière fiscale, thèse de doctorat Présentée du École doctorale: Droit, Université Jean Moulin Lyon 3, 2009.

✎ Bertrand Mathieu:

44. Le Principe de sécurité juridique (Avant-propos), Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11 (Dossier: Le Principe de sécurité juridique) – décembre 2001.

✎ Carl Irani:

45. La compétence judiciaire en matière administrative en droit libanais et en droit français, these Pour obtenir le grade de

Docteur de L'universite Greboble Alpes, Leban, 2007.

✎ Ching-Lang Lin:

46. L'arbitrage en Matiere de Contentieux des Contrats Administratifs: dans une perspective comparee, dissertation du doctorat en droit, ecole de droit, institute d'etudes politique de Paris, 2014.

✎ David Prud'homme:

47. Le dualisme juridictionnel français: modèle et contre modèle à l'étranger (Espagne/Angleterre/Belgique), Mémoire de Master II Droit Public, Faculté de Droit et de Science Politique, Université de Rennes I, France, 2011-2012.

✎ Jacques Chevallier:

48. Le Droit Administrative entre Science Administrative et Droit Constitutionnel, no éditeur, no date.

✎ Jean-Marc Sauvé:

49. L'arbitrage et les personnes morales de droit public, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public.

✎ Jean-Marc Sauvé:

50. Le dualisme juridictionnel: synergies et complémentarité, Intervention lors du Cycle approfondi d'études judiciaires (CADEJ) 2016/2017 "L'autorité judiciaire dans l'État" à l'Ecole nationale d'administration, le Conseil d'État, 28 septembre 2016.

✎ José Carlos Fernández Rozas:

51. Le rôle des juridictions étatiques devant L'arbitrage Commercial International, no éditeur, no date.

✎ Loïc Cadiet:

52. Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français, Ritsumeikan Law Review; No. 28, 2011.

✎ Martin Nadeau:

53. Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien: les pistes du droit européen, 40 R.D.U.S., (2009-2010).

✎ Michel Leroy:

54. La Repartition des Competences Juridictionnelles, no éditeur, no date.

✎ Michel Pâques et Luc Donnay:

55. Juridiction Ordinaire et Juridiction Administrative en Droit Belge, Ce texte est la version remaniée d'un rapport présenté au colloque « La justice administrative dans les pays du Maghreb – La réception des modèles européens », organisé les 2, 3 et 4 novembre 2006, par l'Association tunisienne de droit administratif et l'Unité de recherche en droit administratif de la Faculté de Droit et des Sciences économiques et politiques de l'Université de Sousse, p. 10.

✎ Nicole Decoopman:

56. Le Contrôle Juridictionnel des Autorités Administratives Independants, no éditeur, no date.

✎ Rémy Schwartz et Myriam Kaczmarek:

57. La procédure contentieuse devant les juridictions administratives, La Gazette, Cahier détaché n° 2, 2004.

✎ Slim Kammoun:

58. La nature juridique du contentieux fiscal, Association Tunisienne de Droit Fiscal, Sfax, 3 et 4 janvier 2002.

✎ Vincent Touchard:

59. Le Dualisme Juridictionnel en Matière D'hospitalisation d'office; Etat des lieux, problèmes et perspectives, Mémoire en vue de l'obtention du Master II Droit Public Fondamental, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2005-2006.

✎ Jacques Chevallier:

60. Le Droit Administrative entre Science Administrative et Droit Constitutionnel, no éditeur, no date.



**أثر طعن الغير على القرار الإداري المنفصل  
دراسة مقارنة**

دكتورة / علياء علي زكريا

المدرس بكلية الحقوق - جامعة طنطا

والمعار لكلية القانون جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا

## المقدمة

بادئ ذي بدء يمكننا القول ، أنه لكي تستطيع جهة الإدارة أن تقوم بواجباتها على النحو الأكمل ، فلا بد لها أن تملك مجموعة من الوسائل : البشرية والمادية والقانونية ، تلك الوسائل التي تمكن جهة الإدارة من الوفاء بالتزاماتها والقيام بالأعباء والمهام المنوطة بها .

وما يهمنا في هذا البحث هو بيان أحد أهم تلك الوسائل ، وهي الوسائل القانونية ، والتي تتمثل في : مجموعة من التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة ، والتي يترتب عليها آثار تتعلق بأوضاع ومراكز قانونية وحقوق والتزامات ولكل منهما نظامها القانوني الخاص بها وهي تنقسم إلى :

القرارات الإدارية *les décisions administratifs* ، والعقود الإدارية *Les contrats administratifs* .

ويمكن القول أن الجهة الإدارية تلجأ في ممارستها لنشاطها إلى إبرام العقود مع الآخرين ، وتتنوع عقود الجهة الإدارية إلى نوعين هما : العقود المدنية ، والعقود الإدارية ، فيمكن أن تفضل الجهة الإدارية التعاقد طبقاً لأسلوب القانون الخاص بحيث تقف مع المتعاقد معها على قدم المساواة متجردة من رداء السلطة العامة وامتيازاتها ، في حين تتسلح في عقودها الإدارية بأساليب القانون العام وامتيازاته عبر تضمين العقد لشروط وعناصر استثنائية لا مقابل لها في القانون الخاص تجعل لها مركزاً ممتازاً إزاء المتعاقد معها طبقاً لمقتضيات الصالح العام<sup>١</sup> .

١. محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ط ٢٠٠٣ ، ص. ١٠ ، وفي ذات المعنى : د. ماجد راغب الحلو ، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة ، دار القلم ، ص. ٢١١ وما بعدها ؛ د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، الكتاب الثالث ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٣ ، ص. ٥٨ ؛ د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشأة المعارف ، ١٩٧٥ ، ص. ٧٢١ ؛ د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري - دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص. ١٧٣ .  
وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في العديد من الأحكام أن : ( العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرافق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة وذلك بأنه إذا كان المتعاقدان في العقود المدنية يستهدفان تحقيق نفع مادي ومصلحة شخصية ، فإن الأمر في العقود الإدارية يختلف عن ذلك لأن من جهة الإدارة وهي أحد طرفيه لا تبغي مصلحة شخصية بل تتعاقد لمصلحة المجموع وهدفها المصلحة العامة ، وهي : القوامة عليها والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها ) ، حكم محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق ، بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧ .

أما عن القرارات الإدارية les décisions administratifs فهي أهم وأخطر وسيلة في يد الجهة الإدارية والتي تتخذها طريقة لأداء واجباتها ، والوفاء بالتزاماتها والقيام بالمهام المنوطة بها ، فهي تعتبر من أهم أسس العمل الإداري ، ويمكننا القول أن القرار الإداري هو النتيجة الواضحة والمظهر الفعلي للعمل الإداري كله ، وجميع عناصر ومكونات العملية الإدارية تتألف معاً، لتكوّن لنا في النهاية قراراً معيناً ، لذا فهو النتيجة الطبيعية corollaire لجميع العمليات الإدارية<sup>١</sup> .

كما أن القرار الإداري من أهم مظاهر امتيازات السلطة التي تتمتع بها الإدارة ، وتستمدّها من القانون العام ، إذ بواسطته تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة - على خلاف القاعدة العامة في القانون الخاص - إنشاء الحقوق أو فرض الالتزامات ، ويرجع ذلك إلى كون الإدارة تمثّل الصالح العام الذي يجب تغليبّه على المصالح الفردية<sup>٢</sup> .

ولأنّ المشرّع المصري لم يعط تعريفاً محدداً للقرار الإداري فنجد أن القضاء قد تبنى تلك المسؤولية وكذلك الفقه<sup>٤</sup> الذي تبنى تحديد ماهيته ، فهو ذلك العمل القانوني الصادر من جهة الإدارة وحدها ، والذي به تعبر عن إرادتها الملزمة للأفراد ، بما له من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، بقصد إحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة . والقرارات الإدارية نظراً لأهميتها قد تثير عدة صعوبات تتلخص في إمكانية فحصها وتحليلها وتحديد عناصرها التحديد الأمثل ، وهذه الصعوبات - من الأهمية بمكان

<sup>١</sup>المزيد من التفصيل : د. جورجى شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال ، التعريف - النظام القانوني لها ، دراسة تحليلية مقارنة في القانونيين المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ٧٠٤ .  
<sup>٢</sup>المزيد من التفصيل عن القرار الإداري مفهومه وعناصره وأركانها ، د. ماجد راغب الحلو ، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ وما بعدها ؛ د. محمد فؤاد مهنا ، مرجع سابق ، ص ٦٥٨ ؛ د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ص ٣٢ ؛ د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ .

<sup>٣</sup>قامت المحكمة الإدارية العليا بوضع تعريف للقرار الإداري هو : ( إصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون ، عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة ، بمقتضى إحداث أثر قانوني معين ، متى كان ممكناً وجائزاً ، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ) ، حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ٤٣٢ لسنة ٣ ق عليا ، جلسة ٢٧ يناير ١٩٧٩ ، المجموعة في ١٥ سنة ، ص ٧٥ ؛ كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ٢٣٩٦ لسنة ٥٠ ق عليا ، جلسة ٤ مارس ٢٠٠٨ .

<sup>٤</sup>د. عصمت عبدالله الشيخ ، مبادئ نظريات القانون الإداري ، حقوق طوان ، ١٩٩٩ ، ص ١٦ وما بعدها ؛ د. محمد عبدالعال السناري ، أصول القانون الإداري - دراسة مقارنة ، مكتبة الآلات الحديثة ، ص ٤٨٣ .

-والتي تظهر واضحة جلية في مدى إمكانية فصل تلك العناصر من عدمه ، وذلك بغية الطعن عليها أمام القضاء .

وهذا ما يدفعنا للتمييز بين القرارات التي يمكن فصلها عن العمل الإداري ، والقرارات التي لا يمكن فصلها ، فالقرارات التي يمكن فصلها عن العمل الإداري تسمى القرارات القابلة للانفصال Les actes détachable ، والقرارات التي لا يمكن فصلها تعرف بالقرارات غير القابلة للانفصال Les actes rattachables .

ويمكننا القول : إن القرارات المرتبطة بالعملية التعاقدية ( القرارات القابلة للانفصال ) هي التي تصدر بمناسبة عملية تعاقدية تعترم الإدارة الإقدام عليها بحيث ما كانت تلك القرارات ترى النور لولا الإقدام على التعاقد سواء أتمت الإدارة التعاقد أم لم تتم<sup>١</sup> .

وعموماً فقد ذهب بعض الفقه إلى بيان ماهية القرارات القابلة للانفصال فأورد أنها : قرارات إدارية تكون جزءاً من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة ، أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية ، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ، ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد<sup>٢</sup> .

كذلك يرى البعض أنها : تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها - أو السلطات العامة بصفة عامة - في إطار عملية مركبة ، مع إمكان تجنيب هذه التصرفات ، لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين ، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته ، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ، ودون

<sup>١</sup>المزيد من التفصيل : د. محمد عبد العال السناري ،، النظرية العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة ، بدون سنة نشر ، ص . ٣٤ ؛ د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، قضاء الإلغاء ، ١٩٨٤ ، ص . ٤٧ ؛ د. عبدالله سيد أحمد أحمد ، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري - دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة اسبوط ، ٢٠٠٨ ، ص. ٦٥-٦٦ ؛ د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني ، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٤ ، ص. ٤٧ وما بعدها ؛ د. أشرف محمد حماد ، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال - دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، ص. ١٥ وما بعدها .  
<sup>٢</sup>د. عبد الحميد حشيش ، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ومجلة مصر المعاصرة ، ص . ٤٩٥ .

أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها ، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية<sup>١</sup> .

أما عن التعريف القضائي للقرار المنفصل فهو الذي يجب الطعن فيه بالإلغاء وهو قرار يتضمن إفصاح من السلطة المختصة عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة وهذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه ، فإنها تتفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتتفصل عنه ، ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً على ألا يكون القرار متعلقاً بمضمون العقد ذاته<sup>٢</sup> .

والفروق الجوهرية بين القرارات القابلة للانفصال والقرارات غير القابلة للانفصال ( القرارات المتصلة بالعمل الإدارية ) تتمثل في أن القرارات القابلة للانفصال هي جزء من عملية مركبة<sup>٣</sup> تشمل عدة أعمال للإدارة<sup>٤</sup> ، ولكنها جزء قابل للانفصال ، وطبيعة هذا القرار القابل للانفصال تعطي له مكنة أن يمكن الطعن فيه على استقلال عن تلك العملية المركبة ، دون انتظار .

والقرارات القابلة للانفصال غالباً ما تكون مرتبطة بالعمليات المركبة ، وذلك في حالة ما إذا كان القرار النهائي في عمل ما يتوقف على اتخاذ عدة قرارات أخرى تكون ضرورية ولازمة لإصدار القرار النهائي ، فهذا الأخير لا يمكن إصداره إلا بعد اتخاذ عدة قرارات أخرى متتابعة وحتمية تحقق العملية التي يعتبر القرار النهائي العاقبة أو النتيجة<sup>٥</sup> .

<sup>١</sup> د. جورج شفيق ساري ، مرجع سابق ، ص. ٤٤.

<sup>٢</sup> المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق . بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٢ ، موجود لدى د. محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة ، مرجع سابق ، ص. ٢٣٩ ؛ المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ١٧ ق ، بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥ ، ص. ١٨٤٤.

<sup>٣</sup> يقصد بالعمليات المركبة: Les opération composees ou complexes ، العمليات التي تتكون من عدة مراحل حتى يتم الوصول إلى القرار النهائي بها ، وتلك العمليات تتكون من عدة أجزاء ومراحل لازمة لتكوينها ومثال عليها العمليات الانتخابية و عقود الإدارة والعمليات الضريبية والعمليات المتعلقة بالوظيفة العامة والأعمال الصادرة عن مرفق القضاء ، وعملية نزع الملكية للمنفعة العامة ، والعمليات المرتبطة بالمعاهدات الدولية والقرارات الصادرة بأعمال السيادة .

لمزيد من التفصيل ، راجع : د. جورج شفيق ساري ، مرجع سابق ، ص. ٥٧ وما بعدها .

<sup>٤</sup> العمليات المركبة متعددة ولكن نطاق البحث هنا يشمل العمليات المركبة في عقود الإدارة فقط .

<sup>٥</sup> R. CHAPUS, Cours de contentieux administratifs les cours du droit, 1979, p. 248.

وعلى العكس تماماً يبدو جلياً ، مفهوم القرارات غير القابلة للانفصال عن العمليات المركبة للجهة الإدارية ، فلا يمكن الانفصال عنها ، و- نتيجة لذلك - لا يمكن الطعن عليها على استقلال ، بل يجب انتظار إتمام العمليات المركبة للجهة الإدارية تماماً حتى يتسنى للطاعن ذو المصلحة أن يطعن ليس على تلك القرارات ، وإنما على العملية المركبة إجمالاً .

وفي فرنسا : يرى الفقه أن العديد من الأعمال ذات التصرف الواحد ليست قابلة للانفصال مثل: سلطة توقيع الجزاء *le pouvoir de sanction* أو سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة *modification unilatérale* أو الفسخ بالإرادة المنفردة *unilatérale résiliation* .<sup>1</sup>

ولأن طرق الطعن على القرارات القابلة للانفصال تتعدد، ما بين آراء فقهية وأحكام قضائية ترنو لاستخدام طرق الطعن بالإلغاء للطعن على القرارات القابلة للانفصال ، وما بين اتجاه آخر يرنو لاستخدام الدعاوي أمام القضاء الكامل للطعن على القرارات القابلة للانفصال ، فكان لزاماً أن نبين الفرق بين القضاءين ، خاصة مع إظهار الاختلاف البين في مسمى دعوى الإلغاء في مصر عنها في فرنسا .

و لزاماً علينا القول هنا : إن هناك أنواع عديدة للقضاء الإداري ، وما يهمنا عرضه في هذا البحث نوعين اثنين هما : القضاء الكامل *Le contentieux de pleine jurisdiction* أو قضاء التعويض ، و قضاء الإلغاء *Le contentieux de l'annulation* .

أما عن دعوى القضاء الكامل: فهي عبارة عن خصومة بين طرفين يدعي أحدهما المساس بمركز ذاتي شخصي ، ويقوم القاضي في هذه الدعوى بفحص الوقائع والقانون ، ويمارس سلطات واسعة في الرقابة وإصلاح الأعمال الخاطئة أو غير المشروعة ويقرر التزامات على عاتق أحد الطرفين وحقوقاً للطرف الآخر<sup>2</sup> .

<sup>1</sup>CH. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, Presses UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 2e éd, 2008.p. 488.

<sup>2</sup>د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط ٣ ، ١٩٧٥ ، ص. ١٦٩ ؛ د. عبد الحميد حشيش ، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة ٦٦ ، العدد ٣٦٢ ، ١٩٧٥ ، ص. ٧٢ ؛ د. محمد عبد العال المناري ، مرجع سابق ، ص. ٥٠ ؛ د. محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩ ، ص. ٨٠٦ ؛ د. صلاح يوسف عبد العليم ، ( أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة ) ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٨ ، ص. ٦٧-٦٨ ؛

فهي دعوى يرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة لاعتدائها على مركزه القانوني الشخصي ، بإنكارها ما يدعيه قبلها من حق أو منازعتها إياه ، مطالبًا بأن يحكم له على الإدارة بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء أو بدفع مبلغ من المال<sup>١</sup> ، وهي تستهدف حماية حق شخصي ناشئ عن مركز قانوني فردي ، ويطلب الحكم له بتعويض عادل مقابل ما أصابه من ضرر نتيجة أعمال الإدارة<sup>٢</sup> .

ودعاوي القضاء الكامل تخول للقاضي ( المدني و الإداري على حد سواء ) سلطات كاملة لحسم النزاع ، فالقاضي يستطيع إلغاء القرار المطعون فيه والحكم بتعديله ، أو الحكم بإلزام الإدارة نتيجة هذا الإلغاء أو التعديل ، والحكم بالتعويضات المختلفة<sup>٣</sup> . أما دعوى الإلغاء فهي دعوى قانونية تهدف أساسًا إلى إلغاء قرار إداري غير مشروع ، وتقوم أساسًا على مخالفة هذا القرار للقانون تأكيدًا من قانونيته<sup>٤</sup> .

وعرفها الفقهاء في مصر : أنها دعوى مشروعية تهدف أساسًا إلى بحث مشروعية القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري ، وقيمتها كل ذي مصلحة يطالب بإلغاء قرار إداري غير مشروع<sup>٥</sup> ، كذلك فهي دعوى قضائية تهدف إلى إلغاء قرار غير مشروع صادر من سلطة إدارية وذلك بواسطة القاضي الإداري<sup>٦</sup> .

---

د. عمر حلمي ، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص. ٨ ، حيث يوضح سيادته في ذات المعنى أن دعوى القضاء الكامل هي : " خصومة يقيمها أحد الأفراد ضد الإدارة يطلب الحكم بتقرير حق شخصي له - كانت تتنازع الإدارة في مرتبته أو التزاماته وحقوقه التعاقدية في هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتحقق من القانون والواقع ، فإذا بان له أن تصرف الإدارة قام على غير أساس من القانون أو الواقع ، قضى بعدم مشروعيته ورتب على ذلك كافة النتائج القانونية الإيجابية والسلبية " .  
١.د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، ١٩٩٣ ، ص. ٥٥١ .

٢.د. إبراهيم محمد علي ، المصلحة في الدعوى الدستورية ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٤ ، ص. ٢٦ .  
المزيد من التفصيل : د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء - ، ١٩٧٦ ، ص. ٣٠٦ ؛ د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، ١٩٦٧ ، ص. ٧٨١ ، د. محمد محمد عبد اللطيف ، قانون القضاء الإداري - الكتاب الثاني - دعوى الإلغاء ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص. ١٢ وما بعدها ؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي ، د. ماجد راغب الطلو ، دعاوى الإلغاء - دعوى الإلغاء - دعاوي التسوية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٥ ، ص. ١٧ وما بعدها ؛ د. إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص. ٢٧ .

<sup>٤</sup>J.M AUBY, R DRAGO, contentieux administrative, 1962, p.425.

<sup>٥</sup>د. عبد العظيم عبدالسلام ، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء - فرنسا - مصر - السعودية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص. ٨ ؛ د. ماجد راغب الطلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص. ٢٦٣ .

<sup>٦</sup>د. محمد عبد السلام مخلص ، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء ، ١٩٨٠ ، ص. ٧٨ .

وسمي قضاء الإلغاء بالقضاء العيني - أو الموضوعي - وليس بالقضاء الشخصي ، لأنه يتعلق بفحص المشروعية ودون النظر إلى الحقوق الشخصية لرافع الدعوى ، وبهدف إلغاء القرار الإداري المعيب دون أن يجاوز هذا النطاق<sup>1</sup> .

وفي الحقيقة : فإن نظرية القرارات القابلة للانفصال ظهرت في عدة مناح ومجالات ، فقد ظهرت أولاً في فرنسا في المنازعات الانتخابية *contentieux électoral* ، تلى ذلك ظهورها في العديد من المنازعات كمنازعات أعمال السيادة *actes de gouvernements administrations* ، وأيضاً في منازعات العقود الإدارية *contrats*

و بدأ التوسع في نظرية الطعن بتجاوز السلطة في منازعات العقود الإدارية ، خاصة في تلك التي يظهر فيها عدم المشروعية، وتطبق نظرية القرارات القابلة للانفصال على الأعمال السابقة أو المصاحبة لتكوين العقد مثل الأعمال التي تدخل في تنفيذ العقد كالعديد من الإجراءات التمهيدية *préparatoire* السابقة على إبرام العقد، كذلك قرار التوقيع على العقد أو التصديق عليه *approbation du contrat* ، فلا يوجد إلا حين التوقيع بالإمضاء على العقد ، وهذه القرارات تشكل قرارات قابلة للانفصال ، ويمكن أن يطعن عليها بدعوى تجاوز السلطة<sup>2</sup> في فرنسا أو كما يطلق عليها في مصر ب - دعوى الإلغاء - .

ومما - لا شك فيه - أن دعوى تجاوز السلطة في فرنسا لها خصوصية معينة ، فهي دعوى قضائية تقام ضد عمل إداري تنفيذي أحادي الجانب ، وتهدف إلى إصدار

<sup>1</sup>د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري- دراسة مقارنة ، ١٩٦٣ ، ص. ٣٩٢ ؛ ولمزيد من التفصيل عن الفرق بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل : أن ( دعوى الإلغاء وحدها هي التي يجب أن يراعى في رفعها الميعاد المنصوص عليه في المادة ( ٢٤ ) من قانون مجلس الدولة، وإلا كانت غير مقبولة شكلاً ، أما دعوى القضاء الكامل فلا تنقيد مطلقاً في رفعها بهذا الميعاد ، إنما تنقيد بالميعاد الذي نص عليه القانون ، والقاعدة العامة فيه أنه خمسة عشر عاماً ) محكمة القضاء الإداري ، طعن رقم ٣١٤٢ لسنة ٣٥ ق. ع جلسة ١٩٩١/٧/٢٧ ، د. محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الكتاب الأول ، ط ٢٠١٥-٢٠١٦ ، ص. ٢١٠ .

<sup>2</sup>CE, sect., 9 Novembre 1934, Chambre de commerce de Tramatave, Leb., p. 1034; CE, sect., 8 Novembre 1974, Epoux Figueras, Leb., p. 545; Ch. GUETTIER, *op.cit.*, n° 647, p. 488-489.



قرار يقضي بإلغاء هذا العمل بسبب عدم مشروعيته ، وتسمح بما نسميه بالخصومة القانونية أو بدعوى عدم تجاوز السلطة<sup>1</sup> .

فالقضاء الإداري في فرنسا : هو صاحب السبق في تأسيس نظرية القرارات القابلة للانفصال المرتبطة بالعقود التي تبرمها الجهة الإدارية ، ووضع لها شروطاً وحدوداً معينة ، وقد مرت الدعوى التي ترفع ضد القرارات الإدارية ويكون هدفها إلغاء تلك القرارات ، بعدة مراحل غاية في التناقض ، بداية من القبول التام للقضاء الإداري لدور المتعاقدين و الغير في رفع دعاوى إلغاء للقرارات الإدارية القابلة للانفصال ، والمرتبطة ارتباطاً كلياً بالعمليات المركبة والتي نخص منها في بحثنا هذا - العقود الإدارية فقط - إلى عدم القبول لجواز رفع دعوى إلغاء للقرارات الإدارية القابلة للانفصال في العقود الإدارية ، تلى ذلك توسع كبير جداً في مفهوم القرارات القابلة للانفصال ، وقبول دعوى الغير أمام قاضي العقد بشروط وضوابط معينة حددها القضاء الفرنسي في العديد من القضايا المعاصرة أهمها وأحدثها قضيتي Tropic<sup>2</sup> والتي أعطت الحق للمتنافس المستبعد في الطعن على العقد الإداري بشروط معينة وأعقب ذلك صدور حكم قضية Bonhomme<sup>3</sup> والتي أثارت ولا تزال تثير جدلاً جلياً في الأوساط القانونية والفقهية الفرنسية والتي مكّنت الغير من الطعن على العقود الإدارية أمام القضاء الكامل .

ويصدق الحال في القضاء الإداري المصري والذي أثار أن يأخذ - قديماً - بمسلك القضاء الإداري الفرنسي ، واستقر على وضع ضوابط معينة لدعوى الإلغاء ورفضه التام والكامل لطعن المتعاقدين وغير المتعاقدين بالإلغاء ضد العقد الإداري ، وكذلك رفضه التام لقبول الطعن بالإلغاء المقدم من الغير ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال ، فترة من الزمن تعد طويلة ، بعد ذلك استقر القضاء على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقود الإدارة خاصة الطعون المقدمة من

<sup>1</sup>J.MOREAU: Droit Public, T2, Droit administratif, 3 edition économique, Paris, 1997, p. 766.  
د. مصطفى أبوزيد فهمي ، د. ماجد راغب الحلو ، دعاوى الإدارية - دعوى الإلغاء - دعاوى التسوية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٥ ، ص. ٨.

<sup>2</sup>Conseil d'État, Assemblée, 16 Juillet 2007, n° 291545.

<sup>3</sup>Conseil d'Etat, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et- Garonne, n°358994.

ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقود الإدارة خاصة الطعون المقدمة من الغير ومؤخراً صدر قانون قانون عقود الدولة رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ والذي أتى بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة وبحظر كامل لطعن الغير على القرارات القابلة للانفصال في العقود الإدارية<sup>١</sup>.

### تحديد الموضوع :

بادئ ذي بدء ، سأتناول في هذا البحث بيان وتحديد فكرة هامة مفادها : مدى أثر طعن الغير على القرار الإداري المنفصل في العملية المركبة الخاصة بالعقود الإدارية . وما يهمنا في هذا المقام هو : دراسة القرارات القابلة للانفصال في العقود الإدارية فقط ، لبيان مدى طعن الغير على تلك القرارات القابلة للانفصال بالإلغاء ، خاصة و أن تلك القرارات القابلة للانفصال عن العمليات المركبة هي : قرارات إدارية بالمعنى الكامل ، أي ينطبق عليها تعريف القرارات الإدارية ، وستقتصر الدراسة على تلك الجزئية فقط دون الدخول في الأنواع الأخرى المتعددة للقرارات القابلة للانفصال في العديد من العمليات المركبة .

### إشكالية البحث :

تتمثل إشكالية البحث هنا في : هل يقبل القضاء الإداري طعن الغير بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد في مصر ؟ وما مداه وأثره ؟ بمعنى إذا ما افترضنا ، وقبل القضاء الإداري ، الطعن المقدم من الغير ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية ، هل يتبع ذلك أثراً مفاده الحكم ببطان تلك العقود الإدارية من عدمه ؟ و سيتم مناقشة تلك الافتراضات كل على حدة ، مع بيان التطور التاريخي الحاصل في فرنسا ومصر على وجه الخصوص ، وشرح الحكمة من طعن الغير ، وبيان

<sup>١</sup>تنص المادة الأولى من القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ والخاص بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٦ مكرر ( ح ) في ٢٢ ابريل ٢٠١٤ ، على أن : ( مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أوالعينية على الأموال محل التعاقد ، يكون الطعن ببطان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات ، ومصالح ، و أجهزة لها موازنات خاصة ، و وحدات الإدارة المحلية ، و الهيئات و المؤسسات العامة ، و الشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها ، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها ، و كذلك قرارات تخصيص العقارات من أطراف التعاقد دون غيرهم ، و ذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث و الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ، و كان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة ) ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٦ مكرر (ح) في ٢٢ أبريل ٢٠١٤ .

الأثر الناتج بعد الحكم بقبول الطعن على القرارات القابلة للانفصال في العقود الإدارية ، خاصة بعد صدور قانون عقود الدولة رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤ والخاص بتنظيم إجراءات الطعن على عقود الدولة ، والذي حصّن العقود الإدارية من طعن الغير ، وما مدى دستورية هذا القانون ؟

فهل هذا يعد حرماناً للأفراد من اللجوء لقاضيهم الطبيعي ؟ أم أن الغرض يكمن في جذب الاستثمارات للأراضي المصرية ؟

أما الإشكالية في فرنسا فهي جد مختلفة ، إذ أن بعد صدور أكثر من حكم قضائي من مجلس الدولة الفرنسي خاصة حكمي 'Tropic' و 'Bonhomme' - والذي سيتم تناوله لاحقاً في هذا البحث - ظهرت العديد من التساؤلات حول بيان مفهوم الغير الذي له حق الطعن على القرارات القابلة للانفصال .

كذلك من هو القاضي المختص بالفصل في المنازعات القابلة للانفصال في العقود الإدارية ؟ ، هل هو قاضي الإلغاء أم قاضي العقد ؟ كذلك ما الأثر المترتب على الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد ؟

وقد رأينا تقسيم هذا البحث تقسيم ثنائي إلي :

الفصل الأول: مبدأ عدم جواز المساس بالعقد الإداري من قبل الغير وتطورات.

المبحث الأول: عدم جواز المساس بالعقد من قبل الغير .

المبحث الثاني: الاجتهادات القضائية والتدخل التشريعي لحل إشكالية أثر الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل.

الفصل الثاني : الطعن بالبطلان على العقد الإداري.

المبحث الأول : الوضع في فرنسا من قضية Tropic إلي قضية

**.Bonhomme**

<sup>1</sup> Conseil d'État, Assemblée, 16 Juillet 2007, 291545, Publié au recueil Lebon.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn- et - Garonne, n°358994.

المبحث الثاني : بطلان العقد الإداري كأثر لإلغاء القرار القابل للانفصال في مصر والتدخل التشريعي.

## الفصل الأول

### مبدأ عدم جواز المساس بالعقد الإداري من قبل الغير وتطوراته

من النقاط الهامة التي يجب التمهيد إليها قبل الدخول في نقاط البحث ، هي بيان مبدأ نسبية أثر العقد ، وهل دخول الغير له أثر في الطعن على العقود الإدارية؟ ومن البديهي أولاً بيان المقصود بالغير : فكلمة غير من حروف المعاني قد تكون نعتاً ، وقد تكون بمعنى لا ، وقد تكون اسماً من ذلك مثلاً ( هذا غيرك )<sup>١</sup>. أما الغير اصطلاحاً : هو الغير الحقيقي الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد المتعاقدين ، فهو يُعد هنا كل من ليس طرفاً في العقد ، ولا توجد ثمة صلة بينه وبين أحد أطراف العقد، أي أنه من غير المتعاقدين ، خلفاً عاماً و لا خلفاً خاصاً بالنسبة لهم<sup>٢</sup>.

ومما - لا شك فيه - أن من يتأثر بإبرام العقد هو المتعاقدين ، أو خلفهما العام أو الخاص ، طبقاً لنسبية آثار العقود الإدارية ، إلا أنه وقبل مرحلة انعقاد العقد قد تصدر الإدارة جملة من القرارات في سبيل إتمام إبرام العقد من شأنها الإضرار بمصالح الغير ، فيما لو كان لهذا الغير مصلحة شخصية ومباشرة .

ويمكن القول هنا أن الغير les tiers الذي نتكلم عنه في هذا البحث هو الغير في القانون العام ، وليس الغير في القانون الخاص ، وهو كل شخص أجنبي لم يكن طرفاً في العقد الإداري ، لكن العقد انصرف بآثاره إلى الغير ، إما بإنشاء حقوق أو بترتيب التزامات عليه ، والسؤال هنا: هل يمكن للغير أن يرفع دعوى بإلغاء القرارات القابلة

ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، الجزء السادس، الدار المصرية للتأليف والنشر ، بلا تاريخ ، ص. ٣٤٤١

د. أنس جعفر، العقود الإدارية ، ط ٥ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ، ص. ١٤٥ .

للانفصال عن العقد ؟ والتي سببت له أضرارًا مباشرة بعد أن يثبت وجود الصفة والمصلحة اللازمتين لرفع دعوى الإلغاء .

ولا يثير تحديد فكرة الغير أي صعوبة فيما يتعلق بالأشخاص الذين يتعاقدون مع الإدارة أو غيرهم ممن يمسمهم العقد ، وبالتالي لما كانت هناك صعوبة بخصوص تحديد جهات الإدارة التي تعد من قبيل الغير بالنسبة إلى عقد إداري معين ، وذلك لأن مجلس الدولة الفرنسي قد عدّ في تاريخ قديم أن المرافق العامة تعتبر من الغير بالنسبة إلى العقود الإدارية التي يبرمها مرفق معين ، وذلك بصرف النظر عن تمتع تلك المرافق بالشخصية المعنوية ، وبالتالي تعتبر الوزارات الأخرى من الغير بالنسبة إلى العقود التي يبرمها وزير معين فيما يتعلق بشؤون وزارته ، ولكن هذا الاتجاه هجره القضاء الإداري الفرنسي منذ فترة طويلة ، وبالتالي أصبحت فكرة الغير في نطاق العقود الإدارية بصورة خاصة ، ونطاق التنظيم الإداري بصورة عامة مرتبطة بفكرة الشخصية المعنوية<sup>1</sup> .

### التطورات الحديثة لفكرة الغير في القانون المدني الفرنسي

وفي فرنسا حدث تطور كبير في فكرة الغير خاصة بين فقهاء القانون المدني ، فقد حدثت مناقشات عدة على مدار السنوات الماضية حول مفهوم الأطراف في العقود المدنية<sup>2</sup> ، وهل يتم الأخذ بالمفهوم الواسع لفكرة الغير ؟ أم يتمسك الفقهاء ومن بعدهم المشرع بفكرة ضيقة عن مفهوم الغير ؟ .

وقد استمرت تلك المناقشات والسجلات الفكرية ردحًا طويلًا من الزمن ، وانتهى الفقهاء إلى القول : أنه لم يعد من الممكن التمسك بتعريف ضيق لمفهوم الطرف في العقد المدني ، فهذه الفكرة أصبحت تتنافى مع التطورات الحادثة في العقود على وجه عام ، كما خلص الفقهاء إلى رأي أراه مهمًا في هذا الصدد مفاده : أن هناك فئة وسطى بين الغير والطرف الأصلي للعقد ، هذه الفئة الوسطى تضم الدائنين العاديين ، والخلف

<sup>1</sup>د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء - ، مرجع سابق ، ص. ٦٩١-٦٩٢ ؛ د. عبد العليم عبدالمجيد مشرف ، حدود إنصراف أثر العقد الإداري إلى الغير ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص. ٦٧ .

<sup>2</sup>Jean-Luc AUBERT, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993.p. 263; Jacques GHESTIN, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, *RTD civ* 1994, p.777.

الخاص ، ولم ينس الفقهاء إضافة نموذج آخر من تلك الفئة الوسطى بين الغير والطرف الأصلي في العقد وأسماهم - آخر المتعاقدين في مجموعات العقود-<sup>1</sup> .

إذن الفقه الفرنسي انتهى إلى أن التقسيم التقليدي القديم الذي كان يفرق ويوضح أن هناك طرف في العقد وهناك غير يبعد عن العقد ، أصبحت فكرة تقليدية قديمة لم تعد تتناسب مع التطورات الحاصلة في أشكال العقود وعلاقة الأطراف بها ، فاجتهد الفقهاء في إضافة فئة جديدة لم تكن محددة من قبل ، وأسماها الفئة الوسطى بين الأطراف المتعاقدة والغير ، هذه الفئة ليست لها كامل الحقوق على العقد ، ولا تنطبق عليها آثار العقد كاملة ، وهم على التوالي : الدائنين العاديين والخلف الخاص وآخر الأطراف المتعاقدين في سلاسل أو مجموعات العقود .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل يطبق مبدأ نسبية أثر العقد وينصرف إلى الغير في العقد الإداري ؟ كما سبق و أوضحنا أن النظام القانوني للعقد الإداري يختلف عن العقد المدني كلياً ، وذلك لأن الجهة الإدارية حين تبرم العقد فهي تبرمه باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها بهدف تحقيق ضمان سير مراقبتها العامة بانتظام . وبالتالي فإن في العقد الإداري تغلب المصلحة العامة على المصلحة الفردية ، خلافاً للعقد المدني الذي يجب كقاعدة عامة أن تكون مصالح الطرفين متساوية ومتوازنة .

ويمكننا القول أن مبدأ نسبية أثر العقد *L'effet relative de contrats* يعني أن : يتمتع على الغير الأجنبي عن العقد أن يستخدم دعوى العقد مستنداً إلى بنوده واشتراطاته للمطالبة بتقرير حق شخصي له<sup>2</sup> .

أي أن آثار العقد تنصرف إلى طرفيه فقط ، دون أن تتعدى كقاعدة عامة للغير وتسري بحقه ، وبعبارة أخرى ، إن القاعدة الملزمة للعقد ليس لها أثر إلا على المتعاقدين ومن يكون في حكمهم<sup>1</sup> .

1J.FLOUR.J. - L.AUBERT. Obligation, vol.1 er 5 e éd. n° 435 et s.

<sup>2</sup> وعلى الرغم من ذلك فإنه يجوز للخلف الخاص في القانون المدني استثناء من القواعد السابقة أن يستخدم دعوى العقد للمطالبة بحقوق مدنيه الثابتة في العقد سواء باستخدام الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة ، يراجع المادة ٢٣٥ من القانون المدني . ويراجع في نسبية آثار العقد : د. عبدالرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام ، ١٩٥٢ ، ص. ٥٤٠ وما بعدها ؛ د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني ، ١٩٦٧ ، ص. ١٤٨ وما بعدها ؛ د. عمر حلمي ، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص. ٣١ .

إذن يترتب على الأخذ بهذا المبدأ : أن أثر العقد يقتصر على طرفيه ، وبالتالي فإن الالتزامات الناشئة عنه لا تنصرف إلا إلى المتعاقدين وأن الحقوق المتولدة عنه لا تنصرف كذلك إلا إلى طرفيه .

وفي القانون المدني ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين ، والمتعاقد يمثل في التعاقد خلفه العام وقد يمثله خلفه الخاص ، وبالتالي ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين وإلى الخلف العام ، وقد ينصرف الخلف الخاص <sup>٢</sup> .

و مفهوم الخلف العام في القانون المدني : L'ayant - cause universal  
يختلف عن مفهومه في القانون العام ، فيعرف بأنه "من تؤول إليه ذمة مالية ، كالوارث الوحيد ، والخلف بسبب عام بأنه من تنتقل إليه نسبة معينة من ذمة مالية ، كأحد الورثة أو الموصي له بنسبة معينة من التركة"<sup>٣</sup> ، أو هو "من يتلقى عن سلفه كل حقوقه ، أو نسبة معينة منها ، باعتبارها مجموعة قانونية ، والخلافة العامة تتحقق بالوفاة عن طريق الميراث أو الوصية"<sup>٤</sup> .

أما الخلف الخاص فله مفهوم آخر في القانون المدني وهو : "من يتلقى من السلف حقاً معيناً كان قائماً في ذمته ، سواء أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً أم يرد على شيء غير مادي كالمشتري يخلف البائع في ملكية العين المباعة ، أو لمرتهن يخلف الراهن في حق الرهن ، أو المحال له يخلف المحل في الحق المحال به"<sup>٥</sup> .

<sup>١</sup> وقد كانت تلك القاعدة في شقيها قاعدة مطلقة في القانون الروماني ، بحيث لم يكن يضار بالعقد أو يفيد منه سوى طرفيه وإن كان قد سمح في عهد متأخر باستثناء منها في شقها الثاني ، وكذلك فعل القانون الفرنسي ، لمزيد من التفصيل ، راجع : د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام الكتاب الأول ، ط ٢ ، مطبعة مصر ، ١٩٥٤ ، ص. ٢٧٣ .

لمزيد من التفصيل راجع : د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٢ .

<sup>٣</sup> د. السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٣٤٤ .

<sup>٤</sup> د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ط ٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص. ٢٥٦ . د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ ، ص. ٣٣١ .

د. محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص. ٢٥٩ . د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص. ٣٣٤٥ .

( أما الوضع الحالي فقد ظهر تناقضه مع ما سبق ، فميز الفقه الحديث بين الآثار القانونية للعقد ونتائج هذه الآثار ، فالأثر الملزم للعقد يقتصر في القاعدة العامة ، على العاقدين دون غيرهما ، بحيث لا يستطيع الغير أن يتمسك بالعقد على العاقدين ليطالب

ومن المسلم به أن العقد لا ينتج أثرًا بالنسبة لغير الأطراف إلا في حالات محددة ، وبالتالي: فإن هذا الأمر لا يثير إشكالية في العقد المدني إلا أن هذه الإشكالية تظهر في العقد الإداري نظرًا لخصوصيته واختلافه عن العقد المدني ، الإشكالية هنا : هي مدى تطبيق قاعدة أثر نسبية العقد على العقد الإداري على غرار العقد المدني من عدمه .  
وعليه فإن في المبحثين التاليين سنناقش مبدأ عدم جواز المساس بالعقد من قبل الغير والتطورات المعدلة لهذا المبدأ وذلك فيما يلي :

بحق نشأ عنه لمصلحته ، ولا يستطيع العاقدان ، أن يحتجا بالعقد على الغير لمطالبتة بتنفيذ التزام نشأ عنه ( د. محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص. ٢٦٨-٢٦٩ ؛ د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص. ٣٢٩ .  
وأكد الفقيهان أنه : يجوز للخلف الخاص في القانون المدني استثناء من القواعد السابقة أن يستخدم دعوى العقد للمطالبة بحقوق مدينه الثابتة في العقد سواء باستخدام الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة و تعريف الدعوى المباشرة *Action directe* هو : نظام يستهدف المحافظة على الضمان = العام ووسيلته هي النيابة المقررة للدائن على المدين ، وبمقتضاه يحق للدائن باعتباره نائب عن المدين أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إن أهمل في استخدامها ، وهي استثناء على القاعدة العامة والمبدأ الخاص باقتصار العقد على طرفيه ، وهي يكون بمقتضاها ، لأجنبي عن العقد دعوى ضد أحد طرفي العقد ، وهي في الحقيقة ، دعوى الطرف الآخر ، فيستطيع بها هذا الأجنبي أن يطالب أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الناشئ عنه لمصلحته ، بدل الوفاء بها للعاقد الآخر ، والدائن في هذه الدعوى يستأثر بالحق الذي لمدينه في ذمة المدين ، فيفضل الدعوى المباشرة ، التي تصبح = بمثابة امتياز له على هذا الحق يقيه من مزاحمة بقية دائتي مدينه ، ولا تتقرر الدعوى المباشرة ، لصفتها الاستثنائية ، إلا بنص خاص ولها صور خاصة ، ومن أهم صور الدعوى المباشرة : دعوى المؤجر على المستأجر من الباطن ، دعوى العمال والمقاولين من الباطن على رب العمل ، دعوى الموكل ونائب الوكيل كل منهما على الآخر ، دعوى المصاب في حادث سيارة ، أو وركته ، على شركة التأمين (ولمزيد من التفصيل راجع : د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ط ٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص. ٢٨٤-٢٨٥ ؛ د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص. ٣٢٧) .  
وتنص المادة ٢٣٥ مدني على أنه : " (١) لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز (٢) . ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساره أو أن يزيد في هذا الإفسار. ولا يشترط أضرار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى. " .  
أما الدعوى غير المباشرة : فهي نظام قانوني يختلف كل الاختلاف عن نظام الدعوى المباشرة حيث تهدف إلى تأمين الدائن من خطر الخضوع لقسمة الغرماء في استيفاء ماله من الحق الثابت لمدينه في ذمة الغير بحيث يجعله القانون دائناً مباشراً لمدين مدينه باسمه هو شخصياً لا باسم المدين بأن يؤدي إليه ما كان يجب أن يؤديه للمدين وذلك في حدود ما على المدين للدائن ( لمزيد من التفصيل : د. محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص. ٧٨٠ وما بعدها ) .  
ويراجع في نسبية آثار العقد : د. عبدالرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام ، ١٩٥٢ ، ص. ٥٤٠ وما بعدها ؛ د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني ، ١٩٦٧ ، ص. ١٤٨ وما بعدها ؛ د. عمر حلمي ، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص. ٣١  
وقديماً نشط فقهاء القانون الروماني ومن بعدهم الفقهاء الفرنسيين في بيان فكرة أن الغير لا يكون طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً ولا خاصاً ، حين يسمى بالغير الأجنبي أصلاً عن العقد ، فلا ينصرف أثر العقد بداهه إلى هذا الغير ، لأنه بعيد عن دائرة التعاقد ، منقطع الصلة بطرفيه ، وقد كان مؤدى المبدأ الروماني : أن الاتفاق لا يمكن أن يلزم الغير ، الذي لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يمكن أن اكتسب حقاً ولا يتعلق إلا بتحديد نطاق الأثر المزم للعقد بالنسبة للأشخاص ، ويقضي إخضاع العاقدين وحدهما له ، ولكنه لا يمنع الغير من الاحتجاج به على العاقدين ، ولا العاقدين من الاحتجاج به على الغير ، د. محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص. ٢٦٧ .



المبحث الأول : مبدأ عدم جواز المساس بالعقد من قبل الغير .

المبحث الثاني : الاجتهادات القضائية والتدخل التشريعي لحل إشكالية أثر الحكم بالفناء القرار الإداري المنفصل.

## المبحث الأول

### مبدأ عدم جواز المساس بالعقد من قبل الغير

ظهر قديماً مبدأ عدم جواز المساس بالعقد من جهة الغير وتداول الفقهاء طويلاً -

تلك الفكرة - بين موافقة لها ورفض تام ، كما نجم عن ذلك تساؤلات فرعية تالية له .

فقد أثير تساؤل هام مفاده هل العقد الإداري تطبق عليه قاعدة نسبية أثر العقد

كالعقد المدني ، فلا ينتج أثرًا إلا بالنسبة لطرفيه فقط ؟

للإجابة على هذا التساؤل كان هناك اتجاهين في الرأي يختلفان كلية عن بعضهما

البعض ، فقد ذهب الرأي الأول إلى أن : العقد الإداري كالعقد المدني يخضع لقاعدة

نسبية أثر العقد في آثاره ، فلا تمتد آثاره لغير الطرفين المتعاقدين ، بينما يرى بعض

الفقه عكس ذلك فيعرضون فكرة : أن العقد الإداري لا يخضع لقاعدة نسبية آثار العقد

المقررة في القانون المدني ، وذلك نظرًا لطبيعة العقد الإداري ، وحجتهم في ذلك تتمثل

في: أن العقد الإداري نظرًا لطبيعة اتصاله بالمرافق العامة ، ولصلته بالسلطة العامة

يغاير في أحكامه أحكام العقد المدني ، كما أن آثار العقد الإداري تمتد للغير الذي لا يعد

طرفاً في العقد ، ويظهر ذلك عملياً في بعض العقود كعقدي الأشغال العامة و الامتياز<sup>١</sup> .

كذلك ظهرت آراء متعددة توضح ما هو الأساس القانوني لامتداد آثار العقد

بالنسبة للغير ، والرأي الأول : أرجع الأساس القانوني لامتداد آثار العقد بالنسبة للغير

إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير<sup>٢</sup> ، إلا أنه تم انتقاد هذه النظرية لما لها من شروط

وضوابط خاصة تختلف عن شروط وضوابط العقد الإداري ، ومثال على ذلك : أن في

<sup>١</sup>المزيد من التفصيل حول عرض تلك الآراء راجع:

د. أنس جعفر ، العقود الإدارية ، ط ٥ ، مرجع سابق ، ص. ١٤٥

<sup>٢</sup>وردت شروط نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في المواد ١٥٦، ١٥٥، ١٥٤ من القانون المدني ، والتي يمكن إيجازها في أن يتعاقد شخص باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية أو أدبية ، ويجوز للمشتراط أن ينقض المشاركة وذلك قبل أن يعلن المنتفع أو المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها ، والمشتراط إما أن يكون شخصاً مستقلاً أو جهة مستقلة أو يكون تعيينهما وقت أن ينتج العقد أثره طلباً للمشاركة .

بعض العقود الإدارية كعقد الامتياز يعطي القانون الحق للمستفيد ( الغير ) حقوقاً أكثر مما يعطيها القانون للمنتفع في المشاركة مثل: حق المستفيد في رفع دعاوى على الجهة الإدارية المتعاقدة ، كما أن في الاشتراط لمصلحة الغير يعطي للمنتفع حقوقاً يستطيع اقتضاؤها من المتعهد ما لم يتفق في المشاركة على خلاف ذلك ، وهذا مخالف لطبيعة العقود الإدارية التي يمكن للإدارة فيها أن تتدخل في أي وقت وتعديل شروط العقد<sup>1</sup> .

بينما أرجع الرأي الثاني نظرية الأساس القانوني لامتداد آثار العقد الإداري إلى الغير ، إلى أن تلك المسألة من المسائل الموضوعية التي تختلف من حالة إلى أخرى وهذه الحالات الاستثنائية لا تستند لأساس قانوني معين فهي تتعدد وتتنوع . فيمكن أن يكون الأساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ويمكن أن تستند للطبيعة اللاتحجية لبعض الشروط الواردة في عقد الامتياز<sup>2</sup> .

والرأي الراجح النهائي<sup>3</sup> والذي أويده خلص إلى : أن الطبيعة الخاصة للعقد الإداري هي الأساس المنوط به إرجاع امتداد آثار العقد الإداري إلى الغير ، لأن العقد الإداري يختلف كلية عن العقد المدني ، ذلك أن العقد الإداري يولد آثار ( حقوق و التزامات ) بالنسبة للغير كالمنتفعين في عقود الامتياز مثلاً .

وفيما يلي من خلال المطالب التالية ، سنعرض للأراء التي تناولت مبدأ عدم جواز المساس بالعقد من قبل الغير وذلك في فرنسا ومصر على النحو التالي :

المطلب الأول : الوضع في فرنسا .

المطلب الثاني : الوضع في مصر .

<sup>1</sup>د. عبدالرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، ص. ٥٦٢ ؛ د. أنس جعفر ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص. ١٥٤-١٥٥ .

<sup>2</sup>A. DE LAUBADERE, Traité théorique et pratique des contrats administratifs , 1956 , p.

ورد هذا المرجع في مؤلف الدكتور : أنس جعفر ، المرجع سابق ، ص. ١٥٨ .

<sup>3</sup>د. أنس جعفر ، العقود الإدارية ، المرجع سابق ، ص. ١٥٧ .

## المطلب الأول

### الوضع في فرنسا

قديمًا في فرنسا ووفق مبدأ نسبية آثار العقد ، تم حرمان الغير من الطعن على العقد كلية ، كذلك تم حرمان الغير من الطعن على القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العقد وتنفيذه ، وهذا ما أخذ به قديمًا قضاء مجلس الدولة الفرنسي فقام القضاء الإداري بحرمان الغير من الطعن على القرارات الإدارية الغير منفصلة عن العقد ، أي القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العقد وتتصل به اتصالاً مباشراً. وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل نظرية القرارات القابلة للانفصال *les actes détachables* ، وكان الغرض منها : بسط رقابة مجلس الدولة الفرنسي على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة - أي القرارات الإدارية - داخل عملية قانونية مركبة ، دون انتظار لاكتمال أو انتهاء العملية ذاتها والطعن فيها كلها ، نظرًا لأن مثل هذا الانتظار كان يترتب عليه بعض الآثار القانونية السلبية مثل : تأخر الفصل في بعض القرارات ، وبطء إقامة العدالة ، مما كان يؤدي إلى ضياع حقوق البعض دون مبرر ولا داع ولا سند من القانون ولا المنطق ، ونتيجة لذلك فإن الغير *les tiers* والذي يطعن بالبطلان لتجاوز السلطة لا يستطيع طلب بطلان العقد . لذا فقد قام مجلس الدولة الفرنسي بوضع معايير هامة للفرقة بين منازعات العقود الإدارية و منازعات القرارات القابلة للانفصال .

ويمكن القول: أن نظرية القرارات القابلة للانفصال لم يكن لها وجود قبل عام ١٩٠٣ ، فقديمًا خلال القرن الـ ١٩ وتحديدًا قبل عام ١٨٩٩ كان مجلس الدولة الفرنسي ، يقبل الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري<sup>١</sup> ، كما تلى تلك الفترة العديد من الأمثلة المتتاثرة هنا وهناك حول إمكانية الطعن على القرارات القابلة للانفصال<sup>٢</sup> ، إلا أن المبدأ

<sup>١</sup>CE., 11 decembre 1903, Commune de Gorre; 22 avril 1904, Commune de Villers-sur-mer .

<sup>٢</sup>26 novembre 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française , p. 620.; Section 4 fevrier 1955, Ville de Saverne , p. 73; Section , 5 decembre 1958, Secrétaire d'Etat à l'agriculture c. Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère , p. 620, AJ 1959. II.57. concl Khan.

الرئيس ظل كما هو ، وهو عدم قبول طعن الغير إطلاقاً على القرارات الإدارية القابلة للانفصال داخل العقود الإدارية وحجج مجلس الدولة الفرنسي آنذاك كان يتمحور حول محورين أساسيين هما : مبدأ نسبية آثار العقد ، كذلك نظرية الدمج أو الإدماج كما يسمونها ، وأعقب حكم Martin غلق الباب مرة أخرى أما الغير في أحقية في رفع دعوى لإلغاء القرار الإداري القابل للانفصال ، إلا أنه حديثاً كانت هناك بعض الإجتهاادات القضائية الاستثنائية التي حركت المبدأ الرئيس الراض تماماً لإعطاء الحق للغير ، وسيتم شرح ذلك فيما يلي :

الفرع الأول : حجج القضاء الفرنسي بخصوص الرفض الكامل لتدخل الغير.

الفرع الثاني : تطور الفكر التقليدي عقب قضية Martin.

الفرع الثالث : استغلاق باب الطعن أمام الغير والاستثناءات الحديثة عليه .

### الفرع الأول

#### حجج القضاء الفرنسي بخصوص الرفض الكامل لتدخل الغير

تمثلت حجج مجلس الدولة الفرنسي آنذاك في حجتين رئيسيتين هما مبدأ نسبية آثار العقد ونظرية الإدماج في القضاء الإداري الفرنسي :

أما عن مبدأ نسبية آثار العقد L'effet relative decontrats فقد استرشد مجلس الدولة الفرنسي لوقت طويل بهذا المبدأ ، كحجة رئيسة في رفضهم البات لتدخل الغير ، ومضمون هذا المبدأ يفيد بأن العقد لا ينتج آثاره إلا بين طرفيه ، ومن ثم فإن طرفي العقد لهم وحدهم الحق دون غيرهم في المنازعة في صحة العقد ، ويكون ذلك أمام قاضي العقد .

إضافة إلى أن القضاء الفرنسي حتى أوائل القرن الحالي طبق نظرية تعرف " بالإدماج" ، و استند القضاء الإداري في استبعاد ولاية قضاء الإلغاء بالنسبة لطعون المتعاقد مع الإدارة حتى لو اتخذت المنازعة موضوعاً لها الطعن في سلامة قرارات الإدارة إلى حجة رئيسة تستمد من نظرية الأعمال الإدارية المركبة .

وتستهدف هذه النظرية معاملة المراحل التي تمر بها العملية القانونية المركبة ككل لا يتجزأ ، فهناك بعض الأعمال الإدارية تتكون من عدة مراحل مرتبطة تمر بها العملية تباعاً ويؤدي تكاملها إلى المحصلة النهائية للعمل الإداري. وتعتبر العقود الإدارية

تطبيقاً حياً مباشراً للعمل المركب ، حيث تمر عملية التعاقد مع الإدارة بمجموعة من الإجراءات والمراحل القانونية تنتهي بالتصديق على إبرام العقد ، وقد تتخلل هذه الإجراءات العديد من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة ، وتستهدف اختيار المتعاقد معها أو استبعاد بعض القرارات الإدارية.

وبمقتضى تلك النظرية ، رفض القضاء الفرنسي قديماً ، فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد تمسكاً بوحدة العملية العقدية ، وبمجرد الانعقاد النهائي للعقد ، تصبح كافة القرارات المساهمة في تكوينه جزءاً لا يتجزأ من بنيانه ، فتكون العملية التعاقدية وحدة أو كتلة لا تقبل عناصر الانفصال أو التجزئة .

و ترتب على تبني مجلس الدولة الفرنسي لنظرية الأعمال الإدارية المركبة أو ما يعرف بنظرية الإدماج أن أصبحت العقود عملية قانونية تتكون من : إجراءات وأعمال متعددة تمثل كلا لا يتجزأ بحيث تفقد القرارات الإدارية التي تدخل في تكوينها ذاتيتها وتتحول إلى عنصر من عناصرها لا يجوز الطعن فيها على استقلال ، وكان من نتائج ذلك : عدم قبول مجلس الدولة الفرنسي للطعن بالإلغاء على العقود الإدارية مطلقاً ، سواء كان هذا الطعن مقدم من المتعاقدين أو من الغير<sup>1</sup> .

كذلك فلا يجوز لشخص من الغير ، غير المتعاقدين للعقد الإداري ، أن يطعن في العقد أو أي من القرارات المتعلقة به.

وانتقد العديد من الفقهاء الفرنسيين مسلك مجلس الدولة الفرنسي قديماً ، وذلك بسبب أنه أغلق باب التقاضي أمام الغير الأجنبي عن العقد استناداً إلى نظرية الأعمال المركبة ، وهو ما يعني أن مبدأ المشروعية بالنسبة للغير قد أضحي بلا حماية رغم ما قد يتوفر في حقهم من مصلحة مؤكدة في إلغاء بعض القرارات المتعلقة بالعقد<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup>Section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat , réponse à une demande d'éclaircissement de l'administration , en date du 25 Janvier 1989, in Rapport public 1989, EDCE , n°41, La Doc fr., p. 127-128 ;

= CH. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, Presses UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 2e éd, 2008, p. 487 et s.

<sup>2</sup> F. MELLERAY , Vers un nouveau contentieux de la commande publique, (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation), Revue

## الفرع الثاني

### تطور الفكر التقليدي عقب حكم Martin

ظهرت العديد من القضايا التي تناولت هذا الوضع الشائك المؤكد على نظرية الإدماج والأعمال المركبة ، وذلك تحديداً بدايةً من قضية Martin و التي هجرت نظرية "الإدماج" السابق بيانها ، وفتحت الأبواب كاملة للطعن بتجاوز السلطة نحو الأعمال التي تكون من جانب واحد *les actes unilatéraux* ، وأسس القضاة الفرنسيين لفكرة مفادها دمج منازعات القرارات القابلة للانفصال مع منازعات العقود التابعة لها ، مع تحديد أن من يطعن أمام القاضي الإداري هم أطراف العقد وكذلك الغير . وقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي قديماً إمكان فصل هذه الأعمال التمهيدية السابقة على التعاقد ، وأباح الطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء ، استقلاً عن عملية التعاقد ، على أن ترفع دعوى إلغاء هذه القرارات من المتعاقدين و من الغير الذي لم يكن طرفاً في التعاقد والذي يكون محظوراً عليه رفع دعوى من دعاوي العقود المختلفة . وأول حكم أرسى هذا المبدأ في فرنسا بتاريخ أغسطس ١٩٠٥ وهو حكم Martin<sup>1</sup> والذي قبل دعوى تجاوز السلطة *le recours pour excès de pouvoir* ضد القرارات الإدارية الممهدة للتعاقد .

وتكمن وقائع القضية في أن السيد Martin والذي كان يشغل منصب في أحد المجالس المحلية الفرنسية (عضو المجلس العام لإقليم *Loir et Cher* ) أقدم طعن في المناقشات التي تمت في المجلس والخاصة بإبرام عقد التزام لإنشاء ترام ، وقد استند Martin إلى أن الإجراءات التي تم على أساسها انعقاد المجلس لم تكن مطابقة للقانون . فقد طعن السيد Martin في قرارات اتخذها المجلس العام للإقليم تأسيساً على الظروف التي من خلالها دعا فيها المجلس العام بعدم قيامه بتوزيع تقرير مطبوع بخصوص

du droit public ,1 septembre 2007 n°5, p. 1275 et s ; CH. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, *op.cit.*, p. 488 et s.

<sup>1</sup>4 août 1905, Martin, p.749, concl. Romieu; RDP 1906.249, note Jèze, S. 1906.3.p. 49, note Hauriou.

الموضوع على الأعضاء قبل الانعقاد بثمانية أيام على الأقل مخالفاً للضمانات التي ينص عليها القانون الصادر بتاريخ ١٠ أغسطس ١٨٧١ م بشأن تنظيم المقاطعات .  
وقد ردت الجهة الإدارية بأن الإجراءات المطعون فيها قد انتهت بإتمام التعاقد ، واندمجت في بنوده ، وبالتالي لا تكون هدفاً للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء . وعلى الطاعن أن يسلك سبيل القضاء الكامل ، الذي هو المجال الأصلي للمنازعات المتعلقة بالعقود .  
بيد أن مجلس الدولة الفرنسي انتهى إلى قبول دعوى الإلغاء ضد الأعمال السابقة على التعاقد التي طعن في مشروعيتها السيد Martin.

وبذلك فقد وافق القضاء الإداري الفرنسي على إمكانية الغير في الطعن بالبطلان ، فقد كان قبل هذا الحكم الغير في وضع سيئ جداً حتى أن مفوض الحكومة Romieu قد أكد صراحة في تقريره المقدم في تلك القضية على: أن الأخذ بعدم أحقية الغير بتقديم طعن فعلي هو : " إنكار حقيقي للعدالة " .

”aboutir à de véritables dénis de justice“.

ويلاحظ هنا : أن المدعي السيد Martin يُعد من الغير ، الذي قبل دعواهم القضاء الإداري ، وقبل الطعن المقدم منهم - بالرغم من كونهم ليسوا من أطراف العقد - بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد .

وعليه فقد قام القضاء الإداري بإجازة أن يقوم طرفي العقد وغير طرفي العقد أيضاً بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد بشروط معينة ، ولكن القضاء الإداري في فرنسا لم يسمح - قديماً - بالطعن بالإلغاء في العقد ذاته ، أي أن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري القابل للانفصال لا يؤثر البتة على العقد الإداري المرتبط به ، فإذا رفع الغير الدعوى فإن آثار الإلغاء تنحصر في الحصول على التعويض نظراً لعدم مشروعية القرار ، ولكنها لا تمتد للعقد ذاته .

أما بالنسبة لأطراف العقد فيقبل طعنهم فقط أمام قاضي العقد ( أي القاضي المختص بالمنازعات المتعلقة بالعقد ) ، والسبب في ذلك أن القرارات القابلة للانفصال بالنسبة لهم غير

<sup>14</sup> août 1905, Martin, p.749, concl.Romieu.

قابلة للطعن فيها عن طريق تجاوز السلطة من قبلهم لوجود طريق طعن موازٍ ضد هذه القرارات .

وفكرة الطعن الموازي *Le recours parallèle* أو الدعوى الإدارية الموازية أمام قاضي العقد فكرة تستحق البحث ، وقد نحا مجلس الدولة الفرنسي في وقت من الأوقات سابقاً إلى منع أطراف العقد من الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية القابلة للانفصال بدعوى وجود طرق طعن موازية ، أو دعوى موازية مرفوعة وينظر فيها قاضي العقد<sup>1</sup> .

ومفاد تلك النظرية أن الطعن بتجاوز السلطة ليس مقبولاً إذا كان الطرف المتضرر من جراء قرار إداري غير مشروع يمكن له الحصول على تسوية للنزاع من خلال اللجوء إلى طريق طعن موازي أمام القضاء سواء العادي أو الإداري<sup>2</sup> . وقد مرمجلس الدولة الفرنسي بمرحلتين من التطور في مسألة توجيه دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري

تخلص المرحلة الأولى إلى ما قبل عام ١٩٦٤ كان من الممكن أن توجه دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته.

المرحلة الثانية (صدر مرسوم ١٩٦٤/١١/٢) نتج عنه إخراج دعوى الإلغاء من دائرة القضاء الكامل علي أساس وجود دعوى موازية أمام قضاء الإلغاء.

<sup>1</sup>المزيد من التفصيل عن الدعوى الموازية في فرنسا :

J.TERCIENT, le retour de l'exception de recours parallèle, RFDA, 1993, p. 705; CH.

GUETTIER, Droit des contrats administratifs, *op.cit.*, p. 480-481.

د. محمود حافظ ، نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس ، ١٩٥٩ ، السنة ٢٩ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ص. ٦٠ وما بعدها ؛ عاطف محمد شوقي ، القرارات القابلة للانفصال ، في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٨ ، ص. ٣٨ .

<sup>2</sup>E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux , Paris, 1887-1888, t2, p. 474.

د. شعبان أحمد رمضان ، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ٢٠١٦ ، ص. ٢٨-٢٩ .



حيث أن الطعن بالإلغاء لا يقبل إذا وجد طريق آخر قضائي للطعن بمعنى وجود دعوى موازية يمكن أن تؤدي لنفس نتائج دعوى الإلغاء لأنها دعوى احتياطية لا يلجأ إليها إلا في الحالات التي يمكن في اللجوء إلي طعن آخر<sup>1</sup>.

ومن المبررات التي سيقت أيضًا مبرر مفاده عدم إمكانية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد تستند إلى تلك النصوص التي تحصر إمكانية الطعن بالإلغاء في قرارات السلطات الإدارية، مما يستبعد بشكل صريح أن يطعن على العقود في هذا النطاق.

والحجة الثانية : هي ضرورة الاحترام الكامل للحقوق المكتسبة *droit acquis* و مضمون هذه الفكرة : أنه بمجرد إبرام العقد و صيرورته نهائيًا فإنه لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي من القرارات المساهمة في تكوينه و المتداخلة في بنيانه إذ أن هذه العملية قد تولد عنها حقوق مكتسبة لطرفي العقد ، و أن إلغاء أي من القرارات المرتبطة بهذه العملية يتضمن المساس بهذه الحقوق<sup>2</sup>.

وإذا كان السماح للغير بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن عقود الإدارة ، والذي من شأنه أن يحقق مصلحة للطاعن ، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد جعل هذه المصلحة محدودة للغاية ، بمعنى أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد لا يترتب عليها أية آثار بالنسبة للعقد ذاته . والحكم بإلغاء القرارات القابلة للانفصال وفق طلب الغير لا يترتب عليها من الآثار إلا حصول الغير على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به ، ويظل العقد بمنأى عن الطعن فيه بالإلغاء حتى يرفع الدعوى بشأنه أمام قاضي الموضوع.

<sup>1</sup> وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي لتطبيق تلك النظرية ثلاثة شروط :

الشرط الأول: حتى تقبل نظرية الدعوى الموازية ، بشرط أن لا تقل دعوى الإلغاء بالتبعية ، ويجب أن يكون الطريق الآخر الذي نظمته القانون لصاحب الشأن دعوى هجومية *moyen d'attaque* لا وسيلة دفاعية .

الشرط الثاني: يجب أن تكون الدعوى الموازية دعوى قضائية .

الشرط الثالث: يجب أن تحقق الدعوى الموازية نفس النتائج التي تحققت دعوى الإلغاء.

لمزيد من التفصيل راجع : د. شعبان احمد رمضان ، المرجع السابق ، ص. ٢٨ ، د. عاطف محمد شوقي ، مرجع سابق ، ص. ٤٦-٤٥.

<sup>2</sup> د. عبد الحميد حشيش ، مرجع سابق ، ص. ٨٢ ، د. شعبان احمد رمضان ، مرجع سابق ، ص. ٣٢.

و يفهم من ذلك أن الغير في هذه المرحلة يقبل منه الطعن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال بالإلغاء ، إلا أن أثر ونتيجة هذا الطعن لا ترقى إلا في حال حصول هذا الغير عن التعويض المناسب دون النظر إلى مدى صلاحية العقد من عدمه<sup>١</sup>.

### الفرع الثالث

#### استغلاق باب الطعن أمام الغير والاستثناءات الحديثة عليه

عقب حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Martin عدل المجلس عن قضائه السابق ، واستقرت أحكامه منذ ذلك التاريخ على عدم قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ويستوي في ذلك أن يكون الطعن موجهاً من أحد المتعاقدين أو من الغير .  
فظهرت فكرة أن العقد والقرارات التابعة له هي كل لا يتجزأ ، ولا يمكن لقاضي الإلغاء النظر فيه وأي منازعة هي من اختصاص قاضي العقد ، واستنتاجاً من ذلك قديماً في فرنسا ، أن كل طعن يتجاوز حد السلطة الذي يمارس مباشرة ضد العقد هو غير مقبول<sup>٢</sup>.  
وإذا ما طعن على القرارات الممهدة للعقد أمام قاضي تجاوز السلطة فإن هذا الطعن لا يقبل ، وبعد إبرام العقد ، فالقرار التمهيدي يندمج مع العقد وكافة المنازعات التي ترفع بعد ذلك إلا أمام قاضي العقد فقط ، شريطة أن الطعن يكون من أطراف العقد فقط<sup>٣</sup>.  
إلا أن هناك بعض القضايا الاستثنائية التي خرجت عن هذا المبدأ ، وذلك إثر وجود حالات للغير الذي ليس طرفاً في العقد الإداري وكان بإمكانه الطعن ومقاضاة جهة الإدارة لإخلالها بشروط في العقد .

وقد حدث ذلك عملياً إذ تم قبول مجلس الدولة الفرنسي لطعن بالإلغاء رفعه الغير على قرارات صادرة من جهة الإدارة ، وذلك بعدما خالفت جهة الإدارة الشروط العقدية<sup>٤</sup>.  
وذلك ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قضية ( stroch ) والتي تتلخص وقائعها في : أن مدير مقاطعة السين قد أصدر قراراً إدارياً يخول فيه شركة امتياز للنقل بالتزام حق استبدال العربات التي تسير تحت الأرض بعربات هوائية تسير فوق الأرض

1CE., 30 avril 1863, Ville de Bougne, Leb, p.404, concl. Robert; CE., 29 Mars 1901, Arrêt Casanova, GAJA. Dalloz., 16 éd., 2007., n°8.

2E.LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative, 1er ed. T.2, p. 521.

3Didier CASAS,op.cit., p. 1297; F. MELLERAY , Vers un nouveau contentieux de la commande publique, op.cit., 1279 et s.

<sup>٤</sup>د. عبد العليم عبد المجيد ، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير ، مرجع سابق ، ص. ٢٧.

في منطقة باريس فطعن (stroch) في هذا القرار بصفته أحد المنتفعين فقضى مجلس الدولة الفرنسي بقبوله شكلاً ورفضه موضوعاً<sup>١</sup>.

وبعد هذه الفترة من التعديلات القانونية التي أتاحت للأطراف والغير الطعن على القرار القابل للانفصال، والتي أعطت الإمكانية لقاضي العقد أن يحكم ببطلان العقد إذا ما رفعت الدعوى أمامه شريطة أن يكون الطرف رافع الدعوى هو أحد أطراف العقد. والغير هنا يمكن له أن يطعن على العقد ذاته، والقضاء الفرنسي كان له السبق في قبول الدعوى المرفوعة من الغير، لكنه لم يبطل العقد كلية بل أبطل الشرط غير المشروع بالعقد ومثال على ذلك:

صدر حكم من مجلس الدولة الفرنسي<sup>٢</sup> في قضية طعن فيها بعض المستعملين (الغير) لمرفق عام يدار بطريق الامتياز - أحد الطرق السريعة والتي يدفع عند القيادة السريعة عليها رسوماً مالية - وكان الطعن على بعض الشروط المالية المتفق عليها في العقد بين الإدارة والملتزم، وتم الطعن أيضاً على العقد ذاته

وقد صدر هذا الحكم في ٣٠ أكتوبر ١٩٩٦ وفيه قبل مجلس الدولة الفرنسي بهذا الطعن، و حكم بإلغاء هذا الشرط فقط، ولم يتطرق إلى مضمون العقد أو بطلانه. وعلي ذلك فقد طور مجلس الدولة الفرنسي من منهجه وقبل الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، وخاصة الطعون المقدمة من الغير، مع تأكيد مجلس الدولة الفرنسي على أن الغير له الحق فقط في طلب إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، دون أن يمتد ذلك إلى إلغاء العقد ذاته، عملاً بمبدأ نسبية أثر العقد.

و من مظاهر تطور القاضي الإداري الفرنسي ما حدث في قضية Hertz France إذ صدر في هذه القضية قرار من القاضي بإلغاء قرار إداري منفصل، وأضاف القاضي في حكمه بالمطالبة بإلغاء العقد موضوع الدعوى، في مهلة شهرين من إعلان الحكم إليه.

<sup>١</sup>د. عبد العليم عبدالمجيد، المرجع السابق، ص. ١٣٧.

2J- D COMBREXELLE, acte détachable et contestation par le tiers des clauses financière d' un contrat de concession, RFDA, n° 4, Juillet -

Aôut 1997, p. 726.

د. جورجى شفيق ساري، مرجع سابق، ص. ١٦٨-١٦٩.

وتتلخص وقائع الدعوى: في أن مدير مطار باريس قد أبرم عقدًا مع عدد من الشركات المتخصصة في تأجير سيارات للمسافرين واستند مدير المطار في إبرامه لذلك العقد إلى تفويض صادر إليه بتاريخ ٩ مارس ١٩٩٨ ويحق بموجبه إبرام عقد التأجير لمدة سبع سنوات ، وقامت إحدى الشركات ، والتي كانت متقدمة للتعاقد ورُفض عرضها ، بالطعن بإلغاء القرار القابل للانفصال والذي وافق مدير مطار باريس بموجبه على إبرام العقد ، وقد أسست طعنها على عدم مشروعية هذا القرار استنادًا إلى أن التفويض باطل ، نظرًا لأن الأنظمة القانونية التي يخضع لها مطار باريس ، باعتباره من المؤسسات العامة ، و لا تتضمن أي نص صريح يجيز هذا التفويض .

وقضى مجلس الدولة بإلغاء القرار المطعون فيه ، كما وجّه أمرًا إلى مدير مطار باريس باتخاذ الإجراء اللازم من أجل إلغاء العقد موضوع الدعوى ، في مهلة شهرين من إعلان الحكم ، وذلك إما عن طريق التسوية الودية مع الشركة المتعاقدة ، وإما عن طريق رفع دعوى ببطالان العقد أمام المحكمة المختصة<sup>١</sup> .

مع استمرار غلق الباب أمام الغير، وعدم جواز رفع الدعوى من الغير أمام قاضي العقد فكان يمكن الغير - فقط - أن يسلك أحد المسلكين :

الأول: أن يقوم بتقديم طلب إلى الإدارة لترتيب الآثار الطبيعية لقوة الشيء المقضي به ، ويطلب فسخ العقد.

أو الثاني : أن يلجأ إلى القاضي الإداري ويقدم طلب إليه بفرض غرامة تهديدية ضد الإدارة حتى تتخذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى الحكم الصادر ، وذلك وفق قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ ، وهذا ما سيتم بيانه لاحقًا.

---

<sup>١</sup> قضية Hertz France ، حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ مارس ١٩٩٩  
RFDA, 1999, p. 977. Conseil d' Etat n° 202260 , Publié au recueil Lebon

تم عرض هذه القضية في مؤلف د. يسري العصار ، مرجع سابق ، ص. ٢٩٦-٢٩٧.  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008004650>

## المطلب الثاني

### الوضع في مصر

في بداية الأمر يمكن القول أن القضاء الإداري في مصر في ظل قانون مجلس الدولة رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ لم يكن مختصاً بمنازعات العقود الإدارية والتي كانت مقصورة على محاكم القضاء العادي ، وقد حاول القضاء الإداري أن يمد اختصاصه إلى بعض عناصر العملية العقدية ، وعليه فقد اعتتقت محكمة القضاء الإداري نظرية الأعمال القابلة للانفصال ، وذهبت إلى تقرير اختصاصها بالطعون في القرارات الإدارية الداخلة في عملية إدارية مركبة<sup>١</sup> .

أعقب ذلك انعقاد الولاية لمجلس الدولة المصري لأول مرة بنظر منازعات العقود الإدارية في ظل قانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ ، وعليه فقد قبل مجلس الدولة المصري خلال هذه الفترة بتطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال ، وقبل الطعن فيها بالإلغاء سواء كان هذا الطعن مقدماً من المتعاقد أو من الغير فقد قبلت محكمة القضاء الإداري الطعون المقدمة من الغير الأجنبي عن التعاقد ضد القرارات الإدارية السابقة على التعاقد<sup>٢</sup> .

أما بالنسبة لتطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال في ظل القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فقد طبقت في مجالات أوسع مما كان عليه في القوانين السابقة ، إلا أنه قد استبعد ولاية قضاء الإلغاء بالنسبة لطعون الغير مع الإدارة ، وذلك بناء على حجتين رئيسيتين وهما : نظرية الأعمال الإدارية المركبة ، ونسبية أثر العقد. وسيتم مناقشتهم في الفرعين القادمين .

الفرع الأول : أثر العقد الإداري ينصرف إلى طرفيه فقط ( مبدأ نسبية أثر العقد ) .

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، بتاريخ ١١/٢٥/١٩٤٧ ، القضية رقم (١٠٩) لسنة ١ ق ، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ سنة (١٩٤٦-١٩٦١) السنة الثانية ، ص. ٢٠٣٧ .

د. جورجى شفيق ساري ، مرجع سابق ، ص. ١٢٨-١٢٩ .

<sup>٢</sup> طعن من الغير ضد قرار إبرام عقد التزام مرافق عامة عن طريق الممارسة ، حكم محكمة القضاء الإداري ، رقم ١٨٠٧ لسنة ٦ ق ، بتاريخ ١٢/٢٢/١٩٥٤ .

طعن من الغير ضد قرار إداري بالحرمان من الدخول في المناقصات ، حكم محكمة القضاء الإداري ، القضية رقم ٤٦٣ لسنة ٧ ق ، بتاريخ ٣/١٠/١٩٥٤ ، المجموعة ، السنة الثامنة ، ص. ٩٢٥ .

الفرع الثاني : رفض قبول الطعن وفق نظرية الأعمال الإدارية المركبة .

### الفرع الأول

#### أثر العقد الإداري ينصرف إلى طرفيه فقط

##### ( مبدأ نسبية أثر العقد )

استمد القضاء الإداري المصري رفضه طعن الغير على القرارات الإدارية القابلة للانفصال إلى حجتين رئيسيتين ، أما عن الحجة الأولى : فتكشف عن قاعدة نسبية أثر العقد ومدى سريانها على العقد الإداري .

ويعني مبدأ نسبية أثر العقد : أن آثار العقد تنصرف إلى طرفيه ، دون أن تتعدى كقاعدة عامة للغير وتسري بحقه ، وبعبارة أخرى : أن القاعدة الملزمة للعقد ليس لها أثر إلا على المتعاقدين ، ومن يكون في حكمهم ( وقد كانت تلك القاعدة في شقيها قاعدة مطلقة في القانون الروماني ، بحيث لم يكن يضرار بالعقد أو يفيد منه سوى طرفيه وان كان قد سمح في عهد متأخر باستثناء منها في شقها الثاني ) ، وكذلك فعل القانون الفرنسي<sup>١</sup> .

إذن يترتب على الأخذ بهذا المبدأ بأن أثر العقد يقتصر على طرفيه ، وبالتالي فإن الالتزامات الناشئة عنه لا تنصرف إلا إلى المتعاقدين و أن الحقوق المتولدة عنه لا تنصرف كذلك إلا إلى طرفيه .

وجدير بالذكر أن النظام القانوني للعقد الإداري يختلف عن العقد المدني ، وذلك لأن الإدارة حين تيرم العقد فهي تبرمه باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق امتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها بهدف تحقيق ضمان سير مرافقها العامة بانتظام ، وبالتالي فإن في العقد الإداري تغلب المصلحة العامة على المصلحة الفردية ، خلافاً للعقد المدني الذي يجب كقاعدة عامة أن تكون مصالح الطرفين متساوية ومتوازنة.

ومن المسلم به : أن العقد الذي يخضع لقاعدة نسبية العقد في آثاره ، بمعنى أن العقد لا ينتج أثراً بالنسبة لغير الأطراف إلا في حالات محددة ، وبالتالي فإن هذا الأمر لا يثير إشكالية في العقد المدني إلا أن هذه الإشكالية تتأثر بالنسبة للعقد الإداري نظراً

<sup>١</sup>المزيد من التفصيل د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام الكتاب الأول ، ط ٢ ، مطبعة مصر ، ١٩٥٤ ، ص. ٢٧٣ .

لخصوصيته واختلافه عن العقد المدني ، والإشكالية هنا هي مدى تطبيق قاعدة أثر نسبية العقد على العقد الإداري على غرار العقد المدني من عدمه<sup>١</sup>.

### مدى خضوع العقد الإداري لقاعدة نسبية أثر العقد :

القاعدة العامة : أن العقد المدني يخضع لقاعدة نسبية العقد في آثاره ، بمعنى أن العقد لا ينتج أثرًا بالنسبة لغير أطراف العقد إلا في حالات محددة على سبيل الحصر ، وهذه الحالات هي : الخلف العام والخلف الخاص<sup>٢</sup>.

و اختلف الفقه حول الإجابة على تساؤل مدى خضوع العقد الإداري لقاعدة نسبية أثر العقد الإداري فقد ظهر أولاً رأي مفاده الرفض التام لخضوع العقد الإداري لقاعدة نسبية أثر العقد :

و يرى هذا الاتجاه : أن العقد الإداري لا يخضع لقاعدة نسبية آثار العقد المقررة في القانون المدني ، وذلك نظراً لطبيعة العقد الإداري. ويرى د. الطماوي : أنه لا يمكن خضوع العقد الإداري لقاعدة نسبية آثار العقد بقوله : أن العقد الإداري يرتب في كثير من الحالات حقوقاً والتزامات بالنسبة لغير المتعاقدين<sup>٣</sup>.

يرى الفقيه Peqaignot أن من طبيعة العقود أن تولد آثاراً في مواجهة الغير لأن هذه العقود ليست إلا وسيلة من وسائل الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة ، وسواء تصرف الإدارة عن طريق العقود الإدارية أو عن طريق غيرها من الوسائل فإنها قد تستعمل اختصاصاً تستمد من القوانين و الأنظمة وبالتالي فإن من شأنه ممارسة هذه الاختصاصات أن تولد حقوقاً والتزامات في مواجهة الأفراد<sup>٤</sup>.

إلا أن الرأي الراجح والذي أؤيده : هو أن العقد الإداري كالعقد المدني يخضع لقاعدة نسبية أثر العقد ولا تمتد آثاره لغير الطرفين المتعاقدين<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> عبد العليم عبد المجيد مشرف ، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣ .  
<sup>٢</sup> د. أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ط ٥ ، ص ١٤٥ وما بعدها ؛ د. شعبان أحمد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٣ وما بعدها .

<sup>٣</sup> د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ورقابة الأعمال الإدارية - دراسة مقارنة ، ١٩٦١ ، ص ٦٩١ .

<sup>٤</sup> د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٦٨٧ .

<sup>٥</sup> د. أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ط ٥ ، ص ١٤٥ وما بعدها ، عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مرجع سابق ، ص ٦٤ .

## الفرع الثاني

### رفض قبول الطعن وفق نظرية الأعمال الإدارية المركبة

وتلك هي الحجة الثانية والتي تتمثل فينظرية الأعمال الإدارية المركبة ، والتي تستهدف معاملة المراحل التي تمر بها العملية القانونية المركبة ككل لا يتجزأ ، فهناك بعض الأعمال الإدارية والتي تتكون من عدة مراحل مرتبطة تمر بها العملية تبعاً ، ويؤدي تكاملها إلى المحصلة النهائية للعمل الإداري.

و العقود الإدارية هي المثال الحي والمباشر لنظرية الأعمال المركبة ، حيث تمر عملية التعاقد مع الإدارة بمجموعة من الإجراءات ، والمراحل القانونية تنتهي بالتصديق على إبرام العقد ، وقد تتخلل هذه الإجراءات العديد من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة ، وتستهدف اختيار المتعاقد معها أو استبعاد بعض الذين لا يتوافر فيهم شروط التعاقد أو تحقيق آثار العقد<sup>١</sup> .

و لما كانت عملية التعاقد بما تحويه من قرارات وإجراءات تدرج تحت مسمى قانوني هو :العقد الإداري فإن الطعن في هذه العملية أو أحد إجراءاتها يخرج بطبيعته من ولاية قاضي الإلغاء وفقاً للشروط العامة لقبول هذه الدعوى ، حيث يفترض المشرع أن يكون العمل المطعون فيه قراراً إدارياً بخصائصه المعروفة ، والتي تختلف جذرياً من خصائص العقد<sup>٢</sup> .

ويتفق هذا الفكر مع المنهج التركيبي La Methode Synthetique الذي يقضي بأن كافة المنازعات التي تنتمي لعملية قانونية واحدة تخضع لاختصاص قاضٍ واحد أيًا كانت صفات الأعمال مثار النزاع<sup>٣</sup> .

وعليه فإن المنازعات بكامل أنواعها تدخل في اختصاص قاضي العقد، وذلك تطبيقاً لمبدأ الأعمال المركبة ، فلا يختص مطلقاً قاضي الإلغاء بالنظر فيها ، وهذا ما

١.د. عمر حلمي ، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص. ٦٩-٧٠ ؛  
د. جرجي شفيق ، مرجع سابق ، ص. ٤٠ وما بعدها .  
٢.د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ورقابة الأعمال الإدارية - دراسة مقارنة ، ١٩٦١ ، ص. ١٤ .  
٣.د. عبد الحميد حشيش ، مرجع سابق ، ص. ٧١ .



استقر عليه القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه ، إلى أن ظهرت بعض الأحكام القضائية التي خالفت هذا المبدأ العام، وهذا ما سيتم تناوله في النقطتين التاليتين :

أولاً : مبدأ رفض قبول الطعن بالإلغاء في العقد الإداري .

ثانياً : قبول طعن الغير بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري.

وذلك فيما يلي :

### أولاً : مبدأ رفض قبول الطعن بالإلغاء في العقد الإداري:

سبق وأوضحنا أن القاعدة العامة في مصر تفيد بأن جميع منازعات العقد الإداري، تكون الولاية للقضاء الكامل في نظرها ، سواء أكانت منازعات خاصة بانعقاد العقد أو منازعات تتعلق بصحة إبرام العقد، أو تنفيذه ، وكذلك المنازعات الخاصة بانقضاء العقد .

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٦ :

( متى توافرت في المنازعة، فحقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أم بصحته أم بتنفيذه أو بانقضاؤه فإنها تدخل كلها في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء )<sup>١</sup> .

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو :هل يمكن للغير أن يطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري ، ومادى قبول القضاء لتلك الدعاوى ؟

باستقراء الأحكام القضائية المتعددة ، نجد أنه قد استقر القضاء الإداري المصري على رفض قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري ، على أساس أن محل دعوى الإلغاء هو : القرار الإداري الصادر بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة ، وليس العقد الذي يستلزم توافق إرادتين أو أكثر<sup>٢</sup> .

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، الطعن رقم ١٨ لسنة ١١ ق ، بتاريخ ١٥ نوفمبر ١٩٥٦ .

<sup>٢</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، جلسة ١٩٤٦/١١/١٢ ، ص. ٥٦٠ ؛ حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٤٣ لسنة ٢ ق ، جلسة ١٩٤٨/١١/٢٥ ، لمجموعة ١ لسنة ٢ ، ص. ١٠٤ ؛ حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢١٣ لسنة ٤ ق ، جلسة ١٩٥١/١٢/٢٦ ، المجموعة ، السنة السادسة ، ص. ٢١٤ .

كما أكد القضاء الإداري المصري : على العمل بنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ؛ فكما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري أنه : ( يمكن فصل القرارات الإدارية تلك عن العملية المركبة ، فإن طلب إلغائها يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري إذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح).

بيد أن حرمان الأفراد من اللجوء للقضاء للطعن بإلغاء القرارات القابلة للانفصال هو حرمان يجافي العقل والمنطق ، كما أنه يجافي أهم المبادئ الدستورية في كفالة الحق في التقاضي ، لذا فقد طوّر القضاء المصري في بعض أحكامه وقام بتغيير القاعدة التي استقر عليها ردحاً من الزمن ، وأصدر أحكاماً متعددة تقضي بقبول طعن الغير على القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري .

ثانياً : قبول طعن الغير بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري

حرص مجلس الدولة المصري أن يغير من تلك القاعدة ( التي تقضي بحرمان الأفراد من الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد) بدعوى أن حرمان الغير من الالتجاء إلى دعوى الإلغاء فيه إنكار للعدالة ، وفسرعان ما لبث القضاء الإداري المصري أن قبل الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري ، ولكنه أتى بقاعدة مفادها : أن طعن الغير على القرارات القابلة للانفصال يُقبل ، وأن يكون الطعن بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء وليس قاضي العقد.

ذلك أن العديد من أحكام القضاء أكدت أن غير المتعاقدين ( الغير ) ليس لهم سوى الطعن بالإلغاء على القرارات المتعلقة بالعقد ، وليس لهم الطعن بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد<sup>1</sup>.

فقد قضت محكمة القضاء الإداري أنه : ( [...] والمحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له ، أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة فحص العطاءات وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع

<sup>1</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ ق ، بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٨ ، المجموعة ، السنة ١١ ، ص ٢٣ ؛ حكم محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم ٦٧٠ لسنة ٢ ق ، بتاريخ ١٩٥٠/٦/٦ ، المجموعة ، السنة ٤ ، ص ٨٦٤ .

قرارات إدارية منفصلة عن العقد ، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل، أما العقد ذاته فإن المنازعة بشأنه تدخل في اختصاص هذه المحكمة بحسب طبيعة العقد و الاختصاص المعقود للقضاء الإداري)<sup>١</sup>.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر مبدأ قبول الطعن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال، والتأكيد على أن أية نتيجة تنتهي إلى إلغاء العقد تصبح غير ذي جدوى هو أمر غير صحيح ، وحجتهم في ذلك تكمن في : أن إلغاء العقد بناء على طلب الغير يؤدي إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم - وهذا وفق رأي المحكمة - .

فقد قضت المحكمة بأن : ( ومن حيث أنه لا يقدر فيما تقدم ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجدٍ ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته ، وذلك لأن مناط الاختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أن يكون محلاً للطعن بالإلغاء أم لا ؟ فحيثما يمكن فصل هذا القرار عن العملية المركبة ، فإن طلب الإلغاء يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري على أن وجه المصلحة في الطعن ظاهر إذا لوحظ أن حكم الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية أو الإدارية ، كما أن الأعيان الذين يستطيعون الطعن مدنياً لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافاً في العقد يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به ، متى كانت لهم مصلحة شخصية مباشرة في هذا الطعن وقد يؤدي إلغاء القرار الإداري إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم )<sup>٢</sup> .

<sup>١</sup> محكمة القضاء الإداري ٨ يناير سنة ١٩٥٦ ، مجموعة المبادئ القانونية السنة العاشرة ، ص. ١٣٥ .

محكمة القضاء الإداري ٢٥ نوفمبر ١٩٤٧ ، مجموعة أحكام مجلس الدولة السنة الثانية ص. ١٠٤ .

المحكمة الإدارية العليا ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ ، مجموعة سمير أبوشادي ، ص. ١٣٥٦ .

<sup>٢</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، بتاريخ ٢٥ / ١١ / ١٩٤٧ ، منشور في مجموعة أحكام المجلس السنة الثانية ، ص. ١٠٤ ، نقلاً

من مؤلف د. محمد عبدالعال السناري ، مرجع سابق ، ص. ١١١ .

## المبحث الثاني

### الإجتهادات القضائية والتدخل التشريعي لحل إشكالية أثر الحكم

#### بالغاء القرار الإداري المنفصل

قبيل الحديث باستفاضة عن هذا الموضوع الشائك ، يهمنى هنا بيان حكم حديثٍ ظهر في فرنسا ، تبعه بعض الأحكام القضائية في دول أوروبية متفرقة ، و أرى أنهم كانوا النواة لتغيير النمط الفكري السائد عن منع الغير من التدخل لرفع دعاوي إلغاء قرارات إدارية قابلة للانفصال ، وإعطاء أحقية للغير في احترام حقوقه وحقه الكامل في الدفاع عنها .

فقد ظهر حديثاً حكماً في فرنسا أكد على أن الغير في العقود المدنية يمكن لهم أن يطالبوا بحقوق لهم إذا ما أصابهم أضراراً ، وهذا ما يخالف النظرة التقليدية لمبدأ نسبية أثر العقد .

فقد ذهبت الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها<sup>1</sup> وبشكل واضح إلى أن الغير والذي يختلف عن الطرف المتعاقد ، إلا أن له حقوقاً كثيرة ويستطيع المطالبة بها ، ، فأكد الحكم على أن : ( الغير بالنسبة للعقود يستطيع التحجج بوجود إخلال بالعقد حين يسبب له هذا الإخلال ضرراً ) .

« Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ».

واعتبرت الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية ، أن العقود يمكنها أن تولد التزامات تمتد بشكل يُطال ما هو أبعد من الأطراف.

وقد تناولت الأقسام الفقهية هذا الحكم بالشرح والتحليل ، إلا أن هناك رأي هام - أرى وجوب عرضه هنا - تعليقاً على حكم الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية أكد على : أنه يجب إعادة النظر في مبدأ نسبية أثر العقد والتي تم ذكرها في المادة ( 1165 )

<sup>1</sup>La Cour de cassation du 6 octobre 2006, Bull. n° 9, p. 23.

( من القانون المدني الفرنسي ، ذلك أن هذا الحكم المجدد قد أتى بأفكار جديدة بالنسبة للغير ، وأورد له حقوقاً حين يسبب له العقد أضراراً نتيجة لوجود إخلال بالعقد .

كما يؤكد هذا الرأي الفقهي على أن حكم الجمعية العامة لمحكمة النقض قد أكد: أنه يمكن لبعض الغير أن يتحجج ببطلان العقد ، وهم الخلف الخاص لأطراف في العقد titre particulier des parties au contrat ، والدائنين العاديين للمتعاقد يمكنهم أيضاً الطعن والمطالبة بإبطال العقد بشرط أن يكون العقد قد سبب لهم ضرراً ما وكذلك يمكن لبعض الغير ( penitus extranei ) ، المطالبة ببطلان العقد <sup>1</sup> .

وهذا ليس غريباً على القاضي المدني الفرنسي ، والذي أورد في أحكام قديمة سابقة و حدد وبدقة إمكانية قبول دعوى البطلان الواردة من الغير خلافاً للقاضي الإداري الذي تردد رداً من الزمن حول بيان أحقية الغير في هذا <sup>2</sup> .

و تطبيقاً للحكم السابق فقد ذهب رأي فقهي هام إلى أن العقد الإداري باعتباره أداة للعمل الإداري ، يحمل في طبيئته المصلحة العامة ، وتلك المصلحة أوسع بالضرورة من تلك المصالح الخاصة التي تحكم العقود المدنية ، كما أنه من الغرابة بمكان أن يُرفض السماح بإدخال الغير في تلك المنازعات في العقد الإداري ، ويُسمح بها - بشروط- في العقد المدني <sup>3</sup> .

“Il y aurait là une certaine logique. Le contrat administratif, en tant qu'il est un instrument de l'action administrative, est porteur de l'intérêt général, intérêt nécessairement plus vaste que les intérêts purement privés gouvernant les contrats civils. Nous trouverions du coup assez paradoxal que vous vous refusiez à admettre pour le contrat administratif ce que le juge judiciaire admet, même sous condition, pour le contrat civil”.

---

1Voir: la Conclusions de M. Didier Casas Commissaire du Gouvernement, RDP, l'arrêt Tropic travaux signalisation, n°291545, p. 1313.

2Cass.req, 3 novembre 1932, DP.1932, n°1, p. 181, rappel DUMAS, CA Paris, 5 juillet 1954, D, 1954, p. 706.

3Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 5e édition, 2006, p. 190.

وبنظرة مقارنة بين عدة من النظم القانونية الغربية المختلفة نجد : أن هناك تنازع بين فكرتين ومبدأين مغايرين لبعضهما البعض ، المبدأ الأول : المحافظة على استقرار الأوضاع القانونية ، ومبدأ تدخل الغير للمطالبة ببطان العقد .

وهناك اختلاف في تلك الدول هل تأخذ بمبدأ التوسع في فكرة الغير وإمكانية الغير في التدخل في منازعات عقدية طالما أضر منها أم لا :

ففي الولايات المتحدة الأمريكية يمكن للغير ( المنافس المستبعد ) أن يؤكد أن العقد *le contrat en cours d'exécution* قد أحدث له ألم كبير وهزة كبرى ، كما أن دولة مثل بلجيكا قد عدلت في عام ٢٠٠٦ قانون العقود الإدارية البلجيكي ، وذلك بأن سمح القانون المعدل للغير المتضرر أو الذي يمكن أن يتضرر بأن يطلب من القاضي إبطال العقد الإداري قبل توقيعه قبل انتهاء مدة التجديد ( *standstill* ) ويمكن للغير أن يرفع الدعوى القضائية خلال ٣٠ يوماً من تاريخ معرفة المدعي ( الغير ) بانقضاء العقد<sup>١</sup> .

كذلك فإن المادة ( ٤٠ ) من قانون القضاء الإداري البرتغالي تنص على : أن الغير المستبعد والذي كان مرشحاً لأن يكون أحد أطراف العقد أن يقدم للقاضي طلباً يناقش فيه صحة كل بنود العقد أو جزء منها ، طالما أنه يمكن أن يضر من هذا<sup>٢</sup> . وعليه فقد ظهرت تطورات تشريعية وأحكام قضائية حديثة - نسبياً - توضح أثر تدخل الغير طلباً لإلغاء القرار القابل للانفصال ، كذلك تبين الأثر الكامل لحكم إلغاء هذا القرار ، وذلك من خلال التأكيد على صحة تدخل الغير في الدعوى كذلك أثرها ونتائجها ، وهذا ما سيتم بيانه في المطلبين القادمين .

المطلب الأول : الغرامة التهديدية قضية الزوجين Lopez .

المطلب الثاني : تطوير إجراءات القضاء المستعجل.

<sup>1</sup>Didier Casas, *RDP, op.cit.*, p. 1315 et s.

<sup>2</sup>تنص المادة ( ٤٠ ) من قانون القضاء الإداري البرتغالي على أن :

L'article (40) du code du contentieux administratif portugais dispose que: « Les demandes relatives à la validité, totale ou partielle de contrats peuvent être introduites: ....par celui qui ayant été candidat à l'attribution du contrat soutient que les termes du contrat signé ne correspondent pas aux termes de l'appel d'offres ».

## المطلب الأول

### الغرامة التهديدية قضية الزوجين Lopez

بالنسبة لوسيلة التهديد المالي في القانون المدني فتمثل في أن القاضي يلزم المدين بتنفيذ التزامه عيناً خلال مدة معينة ، فإذا تأخر عن التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير مبلغاً معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر ، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام ، ثم يرجع القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ، ويجوز للقاضي حينئذ أن يخفض هذه الغرامات أو أن يحوها تماماً<sup>1</sup>.

ويهما هنا بيان التطور الحادث في فرنسا ، وبيان الدور الإيجابي للقاضي الإداري في هذا الصدد وذلك من خلال إعطاء القاضي الإداري الفرنسي السلطة الكاملة في توجيه أوامر للإدارة واستخدام التهديد المالي ضدها ، فالظاهر من الأوضاع العملية أن عند إصدار أحكام قضائية ضد الجهة الإدارية ، فإن العديد من الموظفين العموميين يقفون حائلاً دون تنفيذ تلك الأحكام القضائية أن يتسببوا - عن قصد - بتعطيل تنفيذها .

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا : ما دور القاضي الإداري عقب إصداره للأحكام القضائية ، هل يقف دوره عند حد إصدار الأحكام ضد الجهة الإدارية ولا يتدخل مطلقاً بعدها حتى لو تمادت لجهة الإدارية وامتنتعت عن تنفيذ تلك الأحكام القضائية ، أم يكون للقاضي دوراً إيجابياً بوضع وسائل جديدة ويسارع بخلق وسائل جديدة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها ؟

والحقيقة وكما بين رأي فقهي فرنسي أن : " ليس في القانون الإداري كله مسألة تفوق في أهميتها مسألة كيفية إرغام جهة الإدارة على التظابق مع أحكام مجلس الدولة ذلك أن قضاء هذا المجلس هو الذي يوجب على الإدارة احترام القوانين ، ويرسم لها كيفية تنفيذها وتفسيرها وهو الذي يضع - عملاً - قواعد القانون الإداري التي ينبغي على الإدارة أن تخضع لها . فإن لم توجد وسيلة لإرغام الإدارة على الخضوع لهذه

<sup>1</sup> السنهوري ، الوسيط الجزء الثاني ، المجلد الثاني ، ط ٢ ، ١٩٨٢ ، ص. ٤٤٧ ، د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري - القضائي والإداري ، ١٩٨٠ ، ص. ٧٠ ، د. محمد عبدالحق عمر ، مبادئ التنفيذ ، ط ٤ ، ١٩٧٨ ، ص. ٧٨-٧٩ .

الأحكام فإنها تصبح جميعها ، وكأنها مجرد شرح نظري للقوانين ليس لها من القيمة ولا من الفاعلية أكثر من المناقشات الأكاديمية أو الكتابات الفقهية " <sup>1</sup> .

وعليه فقد منح المشرع الفرنسي السلطة للقضاء الإداري لاستخدام أسلوب التهديد المالي في مواجهة الإدارة لإجبارها على تنفيذ أحكام القضاء ، وكانت البداية صدور القانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠ الصادر بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، والذي يجيز للقضاء الإداري الفرنسي فرض غرامة تهديدية *astreints* على جهة الإدارة لإجبارها على تنفيذ أحكامها ، وفي عام ١٩٨٧ وسع المشرع هذا الحق ، وأعطاه لسائر المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، وأعقب ذلك صدور المادة ( ٢٢ ) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، المضافة بالقانون الصادر بتاريخ ٤ يناير ١٩٩٢ <sup>٢</sup> ، والمادة ( ٢٣ ) من نفس القانون ، والمضافة بالقانون الصادر بتاريخ ٢٩ ديسمبر ١٩٩٣ ، والتي أكدت على أن لرئيس المحكمة الإدارية أو نائبه ، سلطة استخدام التهديد المالي في مواجهة الإدارة من أجل إجبارها على احترام القواعد القانونية الخاصة بالإعلان عن العقود الإدارية ، وتحقيق الشفافية في إجراءات إبرامها ، والمساواة بين المرشحين للتعاقد معها .

والشخص الذي يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة الإدارية ، هو صاحب المصلحة في إبرام العقد الإداري الذي يتضرر ضرراً بالغاً إذا لم تراعى الجهة الإدارية الإجراءات القانونية الخاصة بإبرام العقد .

وبعدما صدر القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ ، الصادر بتاريخ ٨ فبراير ١٩٩٥ والذي حوّل لمجلس الدولة الفرنسي وجميع المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية

<sup>1</sup> M. WALINE, Le contrôle Juridiction de l'administration, le Caire 1949, pp. 199-200.

م.د. صلاح يوسف عبدالمعطي ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة ، مرجع سابق ، ص. ٣٦٧ .  
أُتص المادة ( ٢٢ ) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، المضافة بالقانون الصادر بتاريخ ٤ يناير ١٩٩٢ على أن : " لرئيس المحكمة الإدارية أو نائبه ، سلطة إصدار أمر إلى الجهة الإدارية ، بناء على طلب من صاحب المصلحة بمراجعة القواعد القانونية المتعلقة بالإعلان عن العقود الإدارية التي تبرمها ، والالتزام بتحقيق الشفافية في إجراءات إبرامها ، والمساواة بين المرشحين للتعاقد معها ، والمنافسة العادلة بينهم ، وكذلك سلطة وقف عملية التعاقد وإلغاء الإجراءات المخالفة للقانون " .



سلطة إصدار أوامر إلى الجهة الإدارية من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الإدارية ، مع جواز الجمع في حكم واحد، بين الأمر والتهديد المالي<sup>1</sup> .  
والحقيقة التي تذكر هنا : هو أنه لا يوجد ثمة مانع قانوني من أن يأمر القاضي الإداري الجهة الإدارية بإصدار القرارات التي يتطلبها تنفيذ هذا الحكم ، وذلك من خلال الحكم الذي يصدره ، وسند القاضي هنا هو جوهر الوظيفة القضائية وطبيعة الحكم القضائي ذاته .

وهناك رأي فقهي - له وجاهته- يرى أن : هذا الحكم لا يكتسب أية فاعلية حقيقية إلا إذا اقترن بأمر إلى الجهة المحكوم عليها بتنفيذ هذا الحكم والعمل بمقتضاه واتخاذ الإجراء الذي يفرضه هذا الحكم<sup>2</sup> .

وبهذا تكون فرنسا قد أتت بحل يسمى الغرامة التهديدية *astreints* وهو في الحكم الخاص بقضية الزوجان لوبيز ( Epoux Lopez )<sup>3</sup> ، والقانون الذي صدر بعد تلك القضية صدر في ٨/٢/١٩٩٥ ، هو القانون الذي أعطى القضاء إمكانية توجيه الأوامر إلى الإدارة ضمن حالتين : ١- إما أن تتخذ عملاً معيناً في مدة محددة ، ٢- أو إعطاء جهة الإدارة مهلة لتتخذ قراراً آخرًا بدلاً من القرار الملغي منسجماً مع المشروعية ، أو لتعيد اتخاذ القرار بشأن حالة معينة خلال مدة محددة ويمكن أن يضاف إليها فرض الغرامة التهديدية على الإدارة المدعي عليها . ( مثال حكم المحكمة الإدارية لمدينة نانت والتي قامت بإلغاء القرار الناجم عن مداولة المجلس المحلي بشأن إبرام عقد معين ثم أمرت الإدارة المدعي عليها بأن العمل على إبطال عقد الامتياز تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها ١٠٠٠ فرنك عن كل يوم تأخير ، وذلك بعد انقضاء مدة ٦ أشهر تبدأ من يوم تبليغ الحكم<sup>4</sup> .

<sup>1</sup>المزيد من التفصيل : د. يسري العصار ، مرجع سابق ، ص. ٢٣١ وما بعدها ؛ د. شريف يوسف خاطر ، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية ، ٢٠٠٨- ٢٠٠٩ ، دار النهضة العربية ، ص. ١٤ وما بعدها ؛ د. منصور محمد أحمد ، سلطة القاضي الإداري للأمور المستعجلة في توجيه أوامر للإدارة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٣ ، ص. ١٥-١٦ .

<sup>2</sup>د. يسري العصار ، المرجع السابق ، ص. ٩ .

<sup>3</sup>CE, Sec., 7 Octobrer 1994, Epoux Lopez, Rec., p.430, conclusion Rémy SCHWARTZ.

<sup>4</sup>مهند مختار نوح ، مرجع سابق ، ص. ٢٦٦-٢٦٧ .

وقد ثار جدل فقهي شديد حول دستورية القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ ، وقد ثار تساؤل استنكاري حول وجود شبهة عدم دستورية تتمثل في : أن تدخل القضاء وفرضه أوامر لجهة الإدارة هو مخالف لمبدأ الفصل بين السلطات ، إلا أن هناك رأي فقهي يرى أنه : لا تثار أي شبهة عدم دستورية في تحويل القاضي سلطة إصدار الأوامر ، لأن تفسير مبدأ الفصل ما بين السلطات القضائية والإدارية على نحو ما تضمنه قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠ ليس مبدأ دستوريًا، وبالتالي يجوز للمشرع أن يقرر مخالفته ، كما أن القضاء الدستوري يقرر أنه تجب المحافظة على استقلال المحاكم والخصائص المميزة لوظائفها ، والتي لا يجوز الاعتداء عليها سواء من جانب المشرع أو من جانب الحكومة <sup>١</sup>.

وقد حسم المجلس الدستوري الفرنسي هذا الخلاف بحكمه بالإقرار الكامل لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بسلطة توجيه أوامر إلى الجهات الإدارية بإصدار القرارات اللازمة من أجل تنفيذ الأحكام الإدارية ، وهذا لا يتعارض البتة مع مبدأ الفصل بين السلطات ، بل إنه يجد سنده في استجابة الجهة الإدارية لمبدأ خضوع الدولة للقانون <sup>٢</sup>.

ومن التطبيقات الهامة في هذا الصدد ، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن القاضي الإداري للأمر المستعجلة يملك استخدام أسلوب التهديد المالي من أجل إجبار جهة الإدارة على تنفيذ الإجراءات القضائية المستعجلة <sup>٣</sup>.

وفي مجال إلغاء القرارات القابلة للانفصال في العقود الإدارية ، ظهر حكم هام يوضح أن للقضاء الإداري الفرنسي مكنة استخدام التشريعات والتي تخدم الصالح العام. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار إداري قابل للانفصال عن عقد إداري نظرًا لعدم مشروعيته لاستناده لتفويض باطل ، وأورد القضاء في حكمه هذا توجيه أمر إلى

<sup>١</sup>د. محمد محمد عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص.٤٢٩ .

<sup>٢</sup>قرار المجلس الدستوري رقم ٣٦٠ الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢ ، الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٥/٢/٧.

<sup>٣</sup>CE., 14/11/1997, n° 168223, Lyon ; CE., 28/2/2001, n° 230112 230520, l'Ordre des chirurgiens-dentistes.

أحد المؤسسات العامة بباريس ( مطار باريس ) باتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل إلغاء عقد من العقود الإدارية التي أبرمتها تلك المؤسسة لعدم مشروعيتها<sup>١</sup>.

وحدد قضاء مجلس الدولة الفرنسي مدة شهرين من إعلان الحكم حتى يتسنى للجهة الإدارية ( مطار باريس ) أن تتخذ كافة الإجراءات القانونية اللازمة لإلغاء العقد وخيرها القضاء بين اتخاذ أحد الطريقتين التاليتين : إما عن طريق التسوية الودية مع الشركة المتعاقدة ، أو عن طريق رفع دعوى بطلان أمام المحكمة المختصة .

وتتلخص وقائع تلك القضية في أن مدير مطار باريس أبرم عقداً مع عددٍ من الشركات المتخصصة في تأجير سيارات للمسافرين القادمين إلى فرنسا وأستند إلى تفويض صادر إليه من مجلس الإدارة بتاريخ ١٩/٣/١٩٩٨ .

و طعنت أحد الشركات التي كانت متقدمة للتعاقد ورفض عطاؤها وطالبت الشركة بإلغاء القرار الإداري الذي وافق به مدير المطار على إبرام العقد باعتباره قراراً قابلاً للانفصال ، وأستت طعنها على عدم وجود في الأنظمة الفرنسية التي يخضع لها مطار باريس أي نص قانوني صريح يجيز التفويض . وعليه فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرار ووجه أمر إلى مدير مطار باريس أن يتخذ الإجراءات اللازمة في مهلة شهرين لإلغاء العقد موضوع الدعوى<sup>٢</sup>.

وبالنسبة للوضع في مصر ، فإن المادة ( ١٢٣ ) من قانون العقوبات المصري قد نصت على أن: (يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين أو اللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة. كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلًا في اختصاص الموظف )<sup>٣</sup>.

1CE., 26/3/1999, SOCIETE HERTZ – France, n°202260 ; RFDA, 1999, p. 977.

المزيد من التفصيل راجع التعليق على هذا الحكم :

J. Marc SAUVE, La justice administrative au service de l'Etat de droit.

٢ حكم محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم ٢٧٢٥١ لسنة ٥٩ جلسة ٤ / ٩ / ١٩٩٧ من ٤٨ ق.

وبهذا فإن من له مصلحة المطالبة بتعويض الضرر الذي أصابهم من جراء عدم التنفيذ ، ويجوز بهذا تحريك الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر ، وبالنسبة لموقف القضاء الإداري في مصر قديما ، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في بداية عهدنا بأنها لا تملك الحل محل الإدارة ولا إصدار الأوامر اليها ولا ان تكرهها على شيء من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية<sup>١</sup> .

وقد حكمت محكمة النقض أن : ( لما كان الثابت بالحكم المطعون فيه أنه أقام إدانة الطاعن استناداً إلى ما ثبت من أن المدعي بالحقوق المدنية حصل على حكم من مجلس الدولة في الدعوى [...] بإلغاء قرار إداري صادر ضده رغم قيامه بإتذار الطاعن بتنفيذه ، وامتنع عن التنفيذ بعد مضي المدة المقررة في المادة ( ١٢٣ ) من قانون العقوبات وهي ثمانية أيام من تاريخ إنذاره على يد محضر ثم أصدر قراراً لتنفيذ الحكم المطعون فيه غير كاف للتدليل على أن الطاعن قد قصد عدم تنفيذ الحكم الصادر لصالح المدعي بالحقوق المدنية إذ أن مجرد تراخي تنفيذ الحكم إلى ما بعد الثمانية الأيام المنصوص عليها في المادة ( ١٢٣ ) من قانون العقوبات لا ينهض بذلك دليلاً على توافر القصد الجنائي وذلك لما هو مقرر من أن القصد الجنائي في الجرائم العمدية يقضي تعمد الجاني ارتكاب الفعل المادي المكون للجريمة كما يقتضي فوق ذلك تعمده النتيجة المترتبة على هذا الفعل . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً )<sup>٢</sup> .

وجدير بالذكر القول أن مبدأ خضوع الدولة للقانون يعني أيضاً خضوعها لجميع أحكام القضاء واحترامها والالتزام بها وتنفيذها بأسرع وقت ، ولا يفترض قيام للدولة القانونية إلا بوجود رقابة قضائية على أعمال السلطة التنفيذية .

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم ١٦٢ لسنة ٣٠ ق ، جلسة ١٩٥٠/٥/٣٠ ، السنة ٤ قاعدة ١٤٩ ، ص. ٨٥٤ .  
<sup>٢</sup> حكم محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم ٢٠٨٨٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ٩/٦/١٩٩٤ س ٤٥ ، وفي ذات الخصوص : الطعن رقم ٨٦٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ٢٥/١١/١٩٩٠ س ٤١ .

والواقع يحتم علينا القول أن لا قيمة لأحكام القضاء دون تنفيذ ، ولا قيمة لمبدأ المشروعية في الدولة ما لم يقترن بمبدأ آخر مضمونه احترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها<sup>1</sup>.

وليس أدل على ذلك إلا ما جاء به نص المادة الدستورية رقم ( ١٠٠ ) لدستور مصر لعام ٢٠١٤ والتي نصت على أن :

"صدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، وتكفل الدولة وسائل تنفيذها على النحو الذي ينظمه القانون. ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين، جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وعلى النيابة العامة بناءً على طلب المحكوم له، تحريك الدعوى الجنائية ضد الموظف الممتنع عن تنفيذ الحكم أو المتسبب في تعطيله".

فالدولة هنا بكافة أجهزتها : هي المنوطة بتنفيذ الأحكام من خلال إتاحة كافة الوسائل القانونية والمادية للتنفيذ ، ذلك أن النص الدستوري قد أكد على هذا المبدأ وكفل حمايته ، كما أوضح أن الحماية القانونية اللازمة تقتضي إلزام الموظفين العموميين بتنفيذ لأحكام القضائية سواء أكانت صادرة لصالح الدولة أو احد أجهزتها الإدارية من عدمه ، وأعطت المادة الدستورية الحق لمحكوم عليه أن يرفع دعوى جنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة ، أو له الحق أيضًا في أن يطلب من النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية ضد نوعين من الموظفين الأول : من تسبب في تعطيل تنفيذ الحكم القضائي والثاني : هو الموظف الممتنع فعليًا عن تنفيذ الحكم القضائي دون مسوغ قانوني .

<sup>1</sup>م.د. صلاح يوسف عبدالعليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٨ ، ص. ٣٢٣ ؛ د. محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة ، بيروت ، ١٩٧٠ ، ص. ٢٧٩ ( الهامش ) .

## المطلب الثاني

### تطوير إجراءات القضاء المستعجل

الفكرة الرئيسة التي يقوم عليها هذا المطلب هو بيان وشرح للتطور التشريعي الفرنسي بموجب دعوى إلغاء يفصل فيها مجلس الدولة على وجه السرعة ، بشرط أن تكون قبل إتمام التعاقد، ويطلق عليها الطعن القضائي الاستعجالي :

والطعن القضائي الاستعجالي لم يظهر بداية في فرنسا ، بل يمكن القول بأن الملمح لفكرة الطعن القضائي الاستعجالي التي نشأت في فرنسا ، هي اللجنة الأوروبية La Commission Européenne داخل الاتحاد الأوروبي.

وقد سعت اللجنة الأوروبية إلى إنشاء طعن فعال في حال عدم الالتزام بقواعد إبرام التعاقدات الإدارية لصالح كل مرشح يتم استبعاده بطرق غير قانونية<sup>1</sup> ، وذلك في manquement حالة عدم تطبيق قواعد العلانية والمنافسة وقت إبرام تلك التعاقدات aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles .

أي أن مضمون هذا الطعن الاستعجالي يكون من حق كل مرشح مستبعد من التعاقد بطرق غير قانونية ، وأبرز مثال عليها : الاستبعاد مع عدم تطبيق شروط وقواعد العلانية والمنافسة ، مع وضع شروط هامة مفادها رفع الطعن الاستعجالي قبل إبرام التعاقد .

<sup>1</sup><http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-justice-administrative-au-service-de-l-Etat-de-droit>,

Vu la directive 2007 / 66 / CE du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89 / 665 / CEE du Conseil du 21 décembre 1989 et 92 / 13 / CEE du Conseil du 25 février 1992 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics

توجيه الاتحاد الأوروبي رقم ٦٦ بتاريخ ١١/١٢/٢٠٠٧ ، وقد تم اعتماده في فرنسا بالأمر الصادر في ٧/٥/٢٠٠٩ ، والمرسوم ١٤٥٦ بتاريخ ٢٧/١١/٢٠٠٩ ودخل حيز التنفيذ في ١/١٢/٢٠٠٩ .

Catherine BERGEAL et Frédéric LENICA, Le contentieux des marchés publics, 2<sup>e</sup> édition, Editions du moniteur, Paris 2010, p. 83.

ففي حالة الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة في إبرام التعاقدات الإدارية ، تطبق بداءة القواعد التي أدرجها الاتحاد الأوروبي ضمن التوجيه رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ ، والذي تم اعتمادها في فرنسا لاحقاً بالمرسوم رقم ١٤٥٦ بتاريخ ٢٧/١١/٢٠٠٩<sup>١</sup> . كما أدرج ذلك التطوير في التشريع الفرنسي في المادة ٢٢ و ٢٣ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، وتقنين القضاء الإداري الفرنسي في المادة L.551 ، R.551 الصادر في ٧/٥/٢٠٠٩ .

وقد كان الاتحاد الأوروبي - والذي بدأ تطبيق تلك الفكرة - قد قصر الطعن الاستعجالي قبل التعاقد على عقود وصفقات معينة ، أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد وسع من نطاق تلك العقود وجعل القانون يطبق على كافة العقود الإدارية<sup>٢</sup> . فقد تم توسيع مجال الطعن الاستعجالي قبل التعاقد في فرنسا ليشمل كل التعاقدات الإدارية وذلك بموجب قانون رقم ٩٣-١٢٢ الصادر في ٢٩/١/١٩٩٣ والمعروف باسم Loi Sapin<sup>٣</sup> .

وقد اجتهد القضاء الإداري الفرنسي في مجال انطباق هذا الطعن ليشمل أيضاً العقود المبرمة من طرف الشركات ذات رأس المال المختلط إذا أبرمت باسم الشخص المعنوي العام ولحسابه<sup>٤</sup> ،

وفيما يلي سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين كما يلي :

الفرع الأول : ماهية دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد .

الفرع الثاني : خصائص دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد وسلطات القاضي

---

<sup>1</sup> Vu le Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique

<sup>2</sup> Catherine Prebissy-SHNALL, La pénalisation du droit des marchés publics, thèse de doctorat Université Paris-X Nanterre, 2001, publiée, Edition LGDJ, 2002, p.422.

<sup>3</sup> La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publique :

<sup>4</sup> CE, 28 juillet, 1995, n° 143438, Préfet de la région de l'Île de France/ Société de gérance Jeanne d'Arc, CE 1995 , Revue de droit public, 1996, p. 321, in Lamy droit public des affaires , le référé précontractuel, les principaux recours contentieux , Edition Wolter Kluwer, France ,SAS Reuil Malmaison, France , 2012, p.2272.

## الفرع الأول

### ماهية دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد

يمكن تعريف دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد بأنها : دعوى استعجالية ترفع قبل التعاقد بين الجهة الإدارية والمرشح للتعاقد ، ويمكن مباشرتها بصورة أساسية من قبل كل مرشح يسعى إلى التعاقد مع الإدارة ، و من خلالها يتم منع إبرام العقد بسبب إخلال الإدارة بالقواعد الواجب عليها اتباعها في تحقيق العلانية والمنافسة بين كافة المرشحين المتنافسين أو المتنافسين أيا كان صفتهم في التعاقد المزمع إبرامه<sup>1</sup> .

ويبت في هذه الدعوى بصفة الاستعجال لضمان الشفافية واحترام القواعد التي تكفل تحقيق المنافسة العادلة بين المرشحين من جهة ، وتحقيق مصلحة الإدارة في الحصول على أفضل العروض من جهة أخرى.

ويمكن القول أن قاضي دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد لا يحل محل قاضي العقد<sup>2</sup> ، فهو إنما ينظر في المنازعات المتولدة قبل إبرام العقد ، فلا ينظر في شروط العقود ولا بنوده ، وإنما غاية ما يبحث عنه : هو مدى وجود شروط المنافسة الشريفة ، وضمان العلانية الكاملة والتي تحققت قبل الإبرام من عدمه .

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو : ما جدوى دعوى الإلغاء الاستعجالي قبل التعاقد؟ ، كذلك هل هناك فارق جدي بينها وبين دعوى الإلغاء العادية؟ ، ولماذا لا ترفع دعوى الإلغاء العادية منذ بداية ظهور النزاع؟ .

و يمكن القول أن المشرع الفرنسي وجد أن دعوى الإلغاء (العادية) التي توجه ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت لفترة طويلة من الزمن غير فعّالة ،، حيث إن القاضي يبت فيها غالباً بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه؛ لذا لجأ المشرع الفرنسي إلى استحداث هذا النوع من الدعاوي ، والتي تكون قبل التعاقد لتحقيق النزاهة والمساواة بين المرشحين .

<sup>1</sup>M. BERBARI, le réfère précontractuel, ACCP, 2003, n°26, Octobre, France.

<sup>2</sup>TA.Bastia,7-1-2003, SA CSEE Transport, contrats et marchés publics, 2003,p.33.



وتمنح المادة ( ٥٥١ ) في فقرة ٩ و فقرة ١٠ من القانون لرئيس المحاكم الإدارية (Le président du tribunal administratif) - أو القاضي الذي يفوضه - ou le magistrat qu'il délègue الفصل في الدعوى الاستعجالية كما تمنحه سلطات واسعة في حالة استشعاره بوجود إخلال من جانب جهة الإدارة بالتزامات العلانية والمنافسة<sup>١</sup> . وأسباب صدور هذا القانون يتلخص في الآتي : أن الهدف الأساسي من هذه الدعوى يكمن في منع كل مخالفة تقع على مبدأ العلانية و المنافسة تتعلق بإبرام العقد الإداري . وعليه فإنه يقصد بمبدأ العلانية هنا: التزام الجهة الإدارية بالإعلان مسبقاً عن تاريخ ومكان إبرام العقد حتى يتسنى للمستثمرين المهتمين المشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم وفق الوقت والشكل المطلوب .

فالقانون الفرنسي في مجمله لا يخضع إجراء إبرام العقود الإدارية إلى إلزام الجهة الإدارية بالإعلان والمنافسة<sup>٢</sup> ، إلا أن الأمر يجري بشكل مختلف في عقود الأشغال العامة وطرق إبرامها .

وبالنظر لقانون الأشغال العامة في المادة الأولى منه ، فإنه يلزم ضمان الحصول على المساواة التامة في المعاملة بين المرشحين وشفافية الإجراءات ، ومن جهة أخرى إلى تأمين فعالية العقود الإدارية ، وحسن استخدام المال العام ، وهذه الاجراءات تهدف إلى فائدة كبرى للمتعاقدين من جهة ومن جهة أخرى فائدة مثلى لجهة الإدارة<sup>٣</sup> .

---

<sup>١</sup> « Art.R. 551-9.-Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai d'un mois sur les demandes qui lui sont présentées en vertu de l'article L. 551-13.

« Art.R. 551-10.-Les décisions définitives prises en application des articles L. 551-17 à L. 551-20 par le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue sont susceptibles de recours en cassation devant le Conseil d'Etat, dans la quinzaine de leur notification.

« Les mesures provisoires ordonnées en application des mêmes articles ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre ces décisions. »

<sup>٢</sup>CE. 12 Octobre 1981, Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes - Pyrénées, RFDA, 1985.p20.

<sup>٣</sup> A. CLAYES, Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public, CE, 7 octobre 2005, Région Nord-pas-de-Calais , Revue du droit public, 1 juillet 2006, n°4 , p. 1073.

## الفرع الثاني

### خصائص دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى وسلطات القاضي

سنتناول في هذا الفرع نقطتين رئيسيتين ، خصائص دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى ، وسلطات القاضي في نطاق هذه الدعوى .

#### أولاً : خصائص دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى:

من أهم خصائص دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى : أنها دعوى وقائية ويستطيع القاضي أن ينظر في الموضوع ويبحث في أصل الحق خلافاً لدعوى الإلغاء العادية ، كذلك فهي تقبل من كل ذي مصلحة في إبرام العقد .

فهذه الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد تحمل طابعاً وقائياً يتم من خلاله تجنب الرضوخ للأمر الواقع الذي يغدو لازماً بمجرد إبرام العقد الإداري ، وتسعى إلى تحري المخالفات في إجراءات التعاقد قبل إتمام العملية التعاقدية، وعليه فإنه لا يمكن اللجوء إلى هذه الدعوى بعد إبرام العقد ، فهذه تلك الدعوى يعتبر قد أفرغ من محتواه وهدفه الأصلي<sup>1</sup> .

ذلك أنه لوحظ في فرنسا أن دعوى الإلغاء ( العادية ) الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن وذلك للأسباب التالية :

أن الجهة الإدارية عندما تستشعر أن القاضي سيبت في الدعوى في غير صالحها ، فإنها تقوم بإبرام العقد قبل الحكم النهائي للقاضي ، إضافة إلى أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر البتة على وجود العقد الإداري ، إذ أن الاتجاه القديم في فرنسا ينحو نحو وجود العقد الإداري حتى يطلب أحد الأطراف إلغاء قرار إبرام العقد أمام قاضي العقد ، وهذا بالطبع لا يحدث عملياً، وهذا ما أكده المفوض Romieu في القضية الأشهر Martin بقوله : " إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة تغدو قيمة نظرية " .

وتلك الدعوى لها صفة الاستعجال محلها القرارات الصادرة عن الإدارة في معرض إبرام عقودها متى كان في هذه القرارات مساس بضمانات عروض المرشحين للعقود الإدارية ، وذلك بغية تحسين نظام دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

<sup>1</sup> N.R. VANDERMEERE, le réfère précontractuel, A.J.D.A, France, 1994, p. 91.

عن العقد الإداري متى كان في تلك القرارات انتقاصاً لمبدأ العلانية والمنافسة الذي يفترض أن يكون أساساً يقوم التعاقد عليه.

ويتعرض القاضي في هذه الدعوى للموضوع وعلى وجه السرعة خلافاً للدعوى المستعجلة العادية التي ترمي إلى اتخاذ إجراءات تحفظية<sup>1</sup>، ولا يجوز فيها المساس بالموضوع، وهو يعد اتجاهاً حديثاً في قضاء الإلغاء يتناول الحد من أفعال جهة الإدارة التي تؤدي إلى خرق مبادئ العلانية والمنافسة، وذلك لأن التصرفات التي تتخذها جهة الإدارة والتي تُعد أحادية الجانب في سبيل تنفيذ المهام المنوطة بها قد تكون غير مشروعة، وذلك متى عبرت عن رغبتها في التعاقد.

وهذه الدعوى تقبل من كل من له مصلحة في إبرام العقد، والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات العلانية والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود<sup>2</sup>، وعليه فإن الدعوى لا تقبل من غير المرشحين لإبرام العقد.

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة حيث حكمت المحكمة الإدارية لمدينة Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية بسبب انعدام المصلحة<sup>3</sup>. ونتيجة لذلك فإن الأشخاص الذين يمكنهم أن يقيموا دعوى الاستعجال قبل إتمام التعاقد هم :

المتعاقدون القدماء لذات العقد والذي تم تجديده، وتقدموا بعروضهم وترشيحاتهم. كل متعهد مرشح استبعد في مرحلة إجراءات إبرام العقد بدون وجه حق من جانب الإدارة.

المرشحون الذين حال خرق التزامات العلانية والمنافسة دون اشتراكهم بالتعهد.

<sup>1</sup>N.R. VANDERMEERE, *op.cit.*, p. 91.

<sup>2</sup>المزيد من التفصيل راجع : د. محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية، جامعة الجزائر، ملتقى دور الصفقات العمومية - منتدى الأوراس القانوني.

<http://www.univ-medea.dz/Fac%5CD%5CManifestations%5Ccolloque6/16.pdf>

؛ محمد غندور وعمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة - جامعة آل البيت، المجلد ٢٠، العدد ٢/٢، ٢٠١٤، ص. ٣٣٥.

<sup>3</sup>T.A, Renne,31/3/1994,Becam, Rec,p.1043.

المرشح الذي رسا عليه العقد (ولمّا يُبرم بعد) ، فيمكنه إقامة هذه الدعوى خاصة إذا كان العقد قد رسا عليه دون طرح المنافسة للإعلان وكان له مصلحة في عدم استمرار العقد<sup>1</sup> ، وتتمثل تلك الحالة في وجود مرشح رسا عليه التعاقد ولم يبرم العقد بعد ، ثم حدثت ظروف طارئة أو أمور مادية خارج عن توقعاته حالت دون إتمام العقد بذات البنود والاشتراطات السابقة التي تم الاتفاق عليها ، أو استظهر لهذا المرشح أن إجراءات الإعلان والمنافسة التي وضعتها جهة الإدارة بها من الغش والفساد الكثير .

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن كل عقد يجب أن يخضع لالتزامات العلانية والمنافسة ويلتزم بمبادئ المساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات<sup>2</sup> . ويراقب القاضي الإداري توافر مبدأ الشفافية والعلانية في إبرام العقود الإدارية ، وقد شدد القضاء الإداري على الالتزام بتلك المعايير في جميع العقود الداخلية ، وكذلك العقود الإدارية التي تبرم خارج الأراضي الفرنسية<sup>3</sup> ، بل إن مجلس الدولة الفرنسي قد منح لتلك القواعد قيمة المبادئ العامة للقانون<sup>4</sup> .

فالعقود الإدارية وفق الإجراءات الشكائية التي أوردها القانون هي ( صفقات محددة وفق طرق إعلان مناسبة ومحددة من قبل الشخص المسؤول عن إبرام تلك العقود ، ويحددها وفق الموضوع الخاص بالعقد والفائدة المرجوة من ورائه )<sup>5</sup> .

والإجراءات التي تنظم شكل المساواة وشكل المنافسة محددة وفق القانون الصادر في ٢٠٠٤/١٢/٧ والمعدل في ٢٠٠٤/١٢/١٦ ، وهذا القانون ينظم القواعد المثلثة التي يجب أن تتخذها الجهة الإدارية للإعلان المناسب عن العقود الإدارية ، كذلك التي يجب اتباعها حتى يكون إعلاناً مناسباً وصحيحاً من الوجهة القانونية ، أيضاً تحديد رقابة

---

1 CE,19 Septembre 2007 Cite d'agglomération de saint -  
legifrance <http://www.legifrance.gouv.fr>

2 CE,19 Janvier 2011,CE,Sect. , 26 Novembre 1971 et CE, 17 avril 1999.in Olivier Le Bot, le guide administrative, édition Dalloz, Paris cedex 2013-2014 .p.589.

3 CE ,29 Juin 2012,in Olivier Le Bot, op. cit, p.590 ; Jean François Brisson, les fondements juridiques du droit des marchés publics,Imprimerie Nationale, 2004, p .91.

4 CE, Section (Avis, 29 juillet 2002, Sté Maj. Blanchisseries de Pantin, Recueil des décisions de conseil d 'état (Recueil Lebon), p.297. .

5 Voir: L'avis motivé de la Commission à la France du 17 octobre, 2002, IP/02//1507, contrats et marchés publics, 2002, n° 264, chron. F. LIORENS et P. Soler- Couteaux.

القضاء الإداري للجهة الإدارية للطرق الخاصة بالإعلان المنافسة للمنافسة وذلك في حالة إبرام الجهة الإدارية لعقود إدارية<sup>1</sup>.

ويمكن القول أن تلك الدعاوى المستعجلة قبل التعاقد لكي ترفع ، فإن هناك شروطاً إجرائية يجب أن تتبع ، فالإخلال بالالتزامات الخاصة بالعلانية والمنافسة كذلك الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد ، يؤدي إلى إخلال كبير لمبدأي المنافسة والمساواة ، وتطبيقاً لذلك حكم في أكثر من قضية بسبب التشكيل الخاطئ للجنة البت أو عدم تحديد الآجال القانونية لها<sup>2</sup>، كذلك حالة تعديل العقد بعد الإعلان أو عدم إبلاغ المرشحين الآخرين برفض عروضهم مع تحديد أسباب الرفض والقاضي يمارس رقابة على أسباب الرفض وعدم صحة إجراءات الإبرام<sup>3</sup>.

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية في CHALON- SUR - ARNE أن العقد المبرم بين "Sivomat" و "Le Cabinet OTH-EST" بتاريخ 6 أكتوبر 1993 هو عقد باطل ، لأن إبرامه جاء بعد تفاوض اعتبرته المحكمة غير قانوني ، أثناء فترة تقييم الجهة الإدارية للعروض<sup>4</sup>.

وبالنسبة للأجل القانوني لرفع الدعوى ، فقد نصت المادة ( 1/501 )<sup>5</sup> على أن " [...] رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يبت في الدعوى قبل إبرام العقد Le juge est

1 وأبرز مثال على رقبة القضاء تلك الإجراءات :

CE,7 Octobre, 2005, Région Nord-pas-de Calais, JCP A, 2005, n° 1345, p. 1594, concl. D.CASAS. AJDA 2005, p. 2128. Note J.-

D.DREYFUS, ACCP-CP, novembre. 2005, p. 5, note F. LICHERE, JCP A2005, n° 1370, p. 1748, note F.LINDITCH.

A. CLAYES, Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public, op.cit., p. 1086.

2 CE 27 Juillet 2001,Sté Dégremons, www.conseil-Etat.fr ; CE, 30 Novembre2011, n°350788, Ste DPM, Protection ; Jurisdata, n° 2011-026732 , Florian Linditch, Du manquement aux obligations de publicité et de mise

en concurrence dans le cadre du référé contractuel, La semaine Juridique, Editionadministrations et collectivités territoriales ,n° 1.9 Janvier, 2012, LexisNexis,2012, p.29.

3 Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p.423.

<sup>4</sup>M. BERBARI, marché public. La réforme à travers la jurisprudence. La montieur. Paris, 2001, p. 79.

<sup>5</sup>Loi 551/1 "Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un

نصبت على أن " لا يمكن للقاضي أن يبت قبل إبرام العقد [...] " ، ويفهم من ذلك أن الأجل القانوني ينحصر في الفترة الزمنية السابقة لإبرام العقد الإداري.

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي قديمًا إلى عدم قبول الدعوى إذا تم إبرام العقد قبل مباشرتها<sup>٢</sup>.

وبعد توافر الشروط اللازمة لرفع الدعوى فإنه لزامًا علينا أن نبرز سلطة القاضي في نطاق هذه الدعوى.

ثانيًا : سلطات القاضي في نطاق هذه الدعوى :

فقد جاءت المادة ( ٥٢١ ) من قانون القضاء الإداري الفرنسي في الفقرة ١ و ٢

٤ منها بسلطات خولتها للقاضي الإداري تتدرج ضمن طائفتين أساسيتين: الأولى الوقف ، والأخرى قرارات نهائية.

---

droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique.

Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession.

Le juge est saisi avant la conclusion du contrat".

1Loi n ° 551/5 al.2 Code de justice administrative : " [...] Le juge est saisi avant la conclusion du contrat."

2CE. 3/11/1995. Chambre de commerce et l'industrie de Tarbes et des Hautes – Pyenees, A.J.D.A, 1995,p.945.

3Loi n ° 551/1 Code de justice administrative: "Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision " .

4 Loi n ° 551/2 Code de justice administrative: "Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans

## ١- الوقف la suspension :

خولت المادة ( ١/٥٢١ ) من القانون للقاضي أن يستطيع الحكم بوقف قرار إبرام العقد والعديد من آثاره ، ou de certains de ses effets ، وذلك في مدة معينة، وهي المدة التي يتوجب عليه خلالها البت في الدعوى ، وهو بذلك يملك سلطة تمكنه من شل عمليات العقد<sup>١</sup> .

## ٢ - إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد :

أعطى المشرع الفرنسي للقاضي سلطة هامة جدًا تتمثل في سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد ، فالإدارة في إبرامها عقودها تصدر مجموعة من القرارات تعبر من خلالها عن إرادتها الموضوعية تشكل جوهر عملية التعاقد ، وتكون الأساس الذي يبرم عليه العقد ، والقاضي عند نظره هذه الدعوى يتمتع بسلطة إلغاء هذه القرارات إذا انطوت على مخالفة الالتزام مبدأ العلانية والمنافسة ، أي يمكن للقاضي هنا أن يتمسك بالاختصاصات التي خولها له المشرع الفرنسي بإلغاء القرارات القابلة للانفصال طالما كانت تلك القرارات تمسّ التعاقدات المبرمة .

فوفقا للمادة ( ١٧/٥٥١ )<sup>٢</sup> فإن القاضي يمكن له أن يوقف إجراءات التعاقد، وله أن ينظر في المصالح المحتملة كما ينظر في المصلحة العامة ، كما أن له أن ينظر في مدى تأثير الآثار السلبية لوقف التعاقد ، وهل الضرر الناتج عن هذا الوقف يفوق المصلحة المحتملة ؟ وهذه الإجراءات القطعية التي يملك القاضي سلطة إصدارها والتي تعطيه سلطة البت في موضوع النزاع هي في حقيقة الأمر ما يميز دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد عن الدعاوى المستعجلة العادية ، ذلك أن هذه الأخيرة لا يملك القاضي عندما

---

l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures " .

<sup>١</sup> أعمار مرشحة وآخرون ، مرجع سابق، ص. ٣٤٢ .

2 Loi n ° 551/17 Code de justice administrative: "Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages".

يبت في طلبات الأفراد المستعجلة أن يتطرق لموضوع الدعوى ، وإنما يبت فيها دون المساس بأساس النزاع .

أما عن الوضع في مصر فهو جد مختلف ذلك أن ، هذه الفكرة غير مطروقة على الإطلاق ، وما يمكن فقط الحديث عنه هو دعوى الإلغاء العادية ، كما لا يوجد في مصر قضاء إداري مستقل بنظر الأمور المستعجلة وآخر ما في الأمر أنه يمكن للمدعي أن يطلب القرار غير المشروع ، ووقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه في ذات صحيفة الدعوى .

أي أنه يقدم الطلب في نفس صحيفة دعوى الإلغاء ، ولا يمكن للمدعي أن يقدم طلبات مستقلة في هذا الصدد، وهذا ماتم بيانه من المادة الأولى من القانون رقم ( ٦ ) لسنة ١٩٥٢ والتي تطلبت أن يرفع الطلب إلى محكمة القضاء الإداري ، وأن يقدم طلب التنفيذ مع نفس عريضة دعوى الإلغاء<sup>١</sup> .

فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ( ٦ ) لسنة ١٩٥٢ على أنه : ( لا يترتب على رفع الطلب إلى محكمة القضاء الإداري وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الأمر مؤقتاً إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ، ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها ) .

ويتطلب القانون لجواز المحكمة أن تأمر بإيقاف التنفيذ للقرار المطلوب إلغاؤه ، وأن ترى المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها ، أي أن نتائج القرار المطعون فيه يستحيل أو يمتنع معها إصلاحها عيناً بإعادة ما كان إلى ما كان عليه من نفس النوع والجنس<sup>٢</sup> .

و يستلزم لقبول وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه ، شرطين أساسيين ، أولهما : هو شرط الاستعجال فيما يتضمنه من أضرار بنوعيتها مادية ومعنوية تصيب المدعي ،

<sup>١</sup> في ذات المعنى : د. محمود سعد الدين الشريف ، وقف تنفيذ القرار الإداري ، مجلة مجلس الدولة ، يناير ١٩٥٤ ، السنة الخامسة ، ص. ٧٤ ؛ د. شريف يوسف خاطر ، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية ، مرجع سابق ، ص. ١٠٩ .

<sup>٢</sup> في هذا المعنى : حكم محكمة القضاء الإداري ، في الطعن رقم ١٢٨٨ لسنة ٢١ ق ، بتاريخ ٦ فبراير ١٩٦٨ ، مجموعة للثلاث سنوات ١٩٦٦-١٩٦٩ ، ص. ٢٥٠ ، مذكور في مرجع د. شريف يوسف خاطر ، مرجع سابق ، ص. ١١٢ .



وتؤدي لنتائج يصعب تداركها<sup>١</sup>، والشرط الموضوعي الثاني : هو شرط أضافه القضاء الإداري المصري ويتمثل في شرط الجدية<sup>٢</sup>.

حيث أن المادة ( ٤٩ ) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ( ٤٧ ) لسنة ١٩٧٢ تنص علي أن : " يترتب علي رفعه الطلب إلي المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه علي أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف إذ طلب ذلك في صحيفة الدعوى ، ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها.

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا علي أنه يشترط لقبول وقف تنفيذ القرار الإداري طبقاً لنص المادة ( ٤٩ ) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه أن يقترن طلب وقف التنفيذ بطلب موضوعي ( طلب إلغاء) في صحيفة واحدة ، فلا يجوز أن يطلب وقف تنفيذ القرار استقلاً عن طلب إلغاؤه بحسبان أن سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية مشتقة من سلطة الإلغاء و فرع منها ، ويخضع كل منهما من حيث المشروعية لضوابط وشروط واحدة<sup>٣</sup>.

ووفق لأحكام القضاء الإداري المصري ، يستوي في الشروط والأركان وقف تنفيذ قرارات قابلة للانفصال عن العملية التعاقدية مع قرارات غير قابلة للانفصال ومتصلة بالعقد ، فكلاهما يشترطاً ركني الجدية والاستعجال ولا تمييز بينهما ، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أن : (وحيث إنه وعن الشق العاجل من الدعوى المتعلق بطلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه فقد جرى قضاء هذه المحكمة والمحكمة الإدارية العليا على أنه يشترط للقضاء بوقف تنفيذ القرار، وهو ما يسري على القرارات العقدية متصلة بالعقد أو منفصلة عنه، توافر ركنين أولهما : الجدية بأن يكون القرار بحسب الظاهر من الأوراق غير مشروع قانوناً أو تعاقدياً، وثانيهما : الاستعجال بأن يترتب على التنفيذ نتائج يتعذر تداركها )<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، الطعن رقم ١٨٥٣ ، بتاريخ ٣٠ يوليو ١٩٩١ ؛ الدعوى رقم ٥٩٦ لسنة ٤٦ ق ، بتاريخ ٢٨ يناير ١٩٩٣ .

<sup>٢</sup> لمزيد من التفصيل راجع : م. محمد أحمد عطية ، الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص. ٦٩ و ص. ٩٧ .

<sup>٣</sup> حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٣٥٦٥٨ لسنة ٥٨ ق، بتاريخ ٦ يوليو ٢٠١٠.

<sup>٤</sup> حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٣٢٧٨ لسنة ٦٢ ق، بتاريخ ٢٠٠٨/٥/١٨.

ولأنه لا يوجد في مصر للحين ، قضاء إداري مستقل بنظر الأمور المستعجلة ، فإنني مع الاتجاه المنادي بضرورة وجود نوع من الرقابة القضائية الوقائية المستعجلة ، للفصل في الطلبات المستعجلة والتحفظية ، وذلك بإنشاء قضاء إداري منفصل في مصر يتم فيه الفصل في المسائل المستعجلة ، ويكون الهدف منه الاحتياط لدفع ضرر محقق ، أو الاستيثاق لحق متنازع عليه يخشى بالتأخير ضياع دليله ، ويضمن عدم لجوء الأفراد في مصر - مثلما يحدث غالبًا - إلى قاضي الأمور المستعجلة المدنية لكي يدفعوا أمامه بطلبات الحماية الوقتية والمستعجلة<sup>١</sup> .

كما أن هناك اقتراح جدير بالعرض مفاده أن لوجود الحاجة الملحة إلى قاضي متخصص في سائر الأمور المستعجلة الإدارية ، فإنه يمكن إنشاء دائرة متخصصة للقضاء المستعجل في المحاكم الإدارية في القاهرة ، وأن يعين القانون قاضي الأمور المستعجلة وفي الدائرة المختصة في الأقاليم يمكن أن يدخل في اختصاصها أي طلب مستعجل أو تحفظي ، وكذلك الحال في محكمة القضاء الإداري بالقاهرة أو خارجها<sup>٢</sup> .

وقد قضت حديثًا محكمة القضاء الإداري في قضية شركة طنطا للكتان والزيوت<sup>٣</sup> بأنعدام القرار الإداري وبطلان بيع شركة طنطا للكتان والزيوت وذلك لعدة أسباب من ضمنها : أن القرار الإداري ببيع الشركة هو قرار منعدم ، كذلك أن مبادئ العلانية والمساواة قد أهدرت .

فقد حكمت محكمة القضاء الإداري ببطلان عقد بيع شركة طنطا للكتان والزيوت لما شاب عملية البيع من مخالفات جسيمة تمثلت في أن إجراءات طرح المزايمة العامة بالمظاريف المغلقة لبيع شركة طنطا قد أهدرت مبادئ العلانية والمساواة وحق المنافسة ، وأوردت المحكمة في حكمها الكثير من الأسباب التي دعته للحكم بهذا المنطوق ومنها :

<sup>١</sup> في تعدد تلك الآراء : محمد كمال منير ، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ ، ص. ٧١٣ وما بعدها ؛ د. محمد ماهر أبو العينين ، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان ، دراسة تطبيقية لدور القاضي الإداري في مصر ، ص. ١٠٦٣ - ١٠٦٤ ؛ د. منصور محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص. ٢١ وما بعدها .

<sup>٢</sup> لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع : م.د. محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الكتاب الأول ، ط ٢٠١٥ - ٢٠١٦ ، ص. ٧٨٢ .

<sup>٣</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٢٤٨ لسنة ٦٥ ق ، بتاريخ ٢١ / ٩ / ٢٠١١ .

١ - وقت البيع لم يصل الثمن إلى القيمة الأساسية المحددة للبيع مما يستلزم وفقاً للقانون إلغاء المزايدة العامة ، وهذا لم يحدث ، وفقاً لحكم المادة ( ٣٥ ) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المتمثل في حالة عدم وصول قيمة عروض المزايدة إلى الثمن أو القيمة الأساسية أن يتم إجراء إلغاء للمزايدة لتحقيق أحد الأسباب الوجوبية لإلغائها<sup>١</sup>.

٢ - عدم اتخاذ إجراء إلغاء المزايدة العامة لاقتزان العروض المقدمة كلها بتحفظات تطبيقاً لحكم المادة ( ٢٩/ب ) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات<sup>٢</sup>.

٣ - قيام لجنة المفاوضات بالكشف عن السعر الأساسي لبيع الشركة وفقاً للتقييم المعتمد لأصحاب العروض وهو السعر المتعين أن يكون ( سرّياً ) بالمخالفة لحكم المادة ( ٣٣ ) من قانون المناقصات والمزايدات<sup>٣</sup>.

٤ - السماح لغير المتزايدين المتقدمين بالمشاركة في الممارسة بعد انتهاء مواعيد التّقدم وانتهاء فض المظاريف وذلك بالمخالفة للقانون وقواعد العلانية والمساواة والمنافسة ، وقد أثبت حكم محكمة القضاء الإداري أن : ( الجمعية العامة للشركة القابضة للصناعات الكيماوية لم تناقش أمر تدني السعر المعروض ولم تبد أي أسباب لقبول السعر وهو يبطل الموافقة ويبطل الإعتماد ويجعل عملية البيع من بدايتها لنهايتها هي والعدم سواء ) .

وعليه فإن المشرّع الفرنسي والمصري قد أكدا على أهمية وجود مبادئ العلانية والمساواة قبيل إبرام العقود الإدارية لما يحقّقه ذلك من شفافية والنأي عن الفساد الذي قد يشوب العملية التعاقدية ، إلا أن المشرّع الفرنسي وكذلك قضاؤه الإداري قد تفوق بسبق

---

<sup>١</sup>تنص المادة ( ٣٥ ) من قانون المناقصات والمزايدات على أن : ( تلغى المزايدة قبل البت فيها اذا استغنى عنها نهائياً ، أو اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أو لم تصل نيتها الى الثمن او القيمة الاساسية [...] ) .  
<sup>٢</sup>تنص المادة ( ٢٩ ) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على أن : ( تلغى المناقصة قبل البت فيها بقرار مسبق من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .  
ويجوز إلغاء المناقصة في أي من الحالات الآتية :

( أ ) إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد .

( ب ) إذا اقرنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات [...] ) .

<sup>٣</sup>تنص المادة ( ٣٣ ) من قانون المناقصات والمزايدات على أن : ( تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة تضم الخبرات و التخصصات النوعية اللازمة ، تكون مهمتها تحديد الثمن والقيمة الأساسية لمحل التعاقد وفقاً للمعايير و الضوابط التي تنص عليها اللائحة التنفيذية ، على ان يكون الثمن سرّياً ) .

وبخطوة جديدة تمثلت في استحداث دعوى جديدة وقائية قبل إبرام التعاقد ، يستطيع فيها الغير أن يطعن على الإجراءات السابقة على التعاقد ويوضح التعاقل الحاصل في مبدئي العلانية والمساواة ، وهي دعوى استباقية الهدف منها وقائي ويستطيع القاضي بما له من صلاحيات منحها له المشرع الفرنسي أن يوقف إتمام إجراءات التعاقد لحين تصحيح الخلل الحادث ، كما للقاضي أن يوازن ما بين المصلحة العامة لجميع الأفراد بما فيهم الغير ( رافع الدعوى ) والمصلحة الخاصة بين طرفي التعاقد .

## الفصل الثاني

### الطعن بالبطلان على العقد الإداري

فكرة طعن الغير بالإلغاء على القرارات الإدارية القابلة للانفصال - كانت ومنذ القدم - فكرة تتنازعها آراء كثيرة مؤيدة ، وآراء أكثر منها معارضة ، حتى أنه بالرغم من الرفض القضائي والفقهني التام قديماً لمبدأ تدخل الغير ، والذي تم شرحه تفصيلاً مسبقاً ، إلا أنه كان هناك بعض الاجتهادات القضائية - خاصة في الجانب الفرنسي - والتي أثرت أن تعطي فسحة من الحرية للغير ، حتى يطالب بالتدخل والطعن على القرارات القابلة للانفصال ، والطعن على العقود الإدارية والتي استبعد حقه تماماً في أن يكون أحد أطرافها ، وأهم تلك الأمثلة القضائية ذلك الحكم القضائي الحذر في توسع دور الغير والصادر عام ٢٠٠٧ في القضية المعروفة بقضية <sup>1</sup> Tropic ، ثم بعد سبع سنوات صدر حكم قضائي تخلى القضاء الفرنسي عن حذره ووضع نظرية جديدة جاءت أفكارها ضمن حيثيات حكم صدر عام ٢٠١٤ وهو حكم قضية <sup>2</sup> Bonhomme .

كما أن الوضع في مصر قد تنازعه العديد من الأفكار المختلفة ، إنتهت إلى بطلان العقد الإداري كأثر لإلغاء القرار القابل للإنفصال ، كما أن المشرع المصري قد تدخل بسن تشريع يعالج الوضع الحادث رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤<sup>3</sup> ، وذلك نظراً لتعدد الأحكام القضائية الصادرة ببطلان العديد من العقود الإدارية نتيجة طعن الغير بإلغاء القرار الإداري القابل

1 Conseil d'État, Assemblée, 16 juillet 2007, n ° 291545, Publié au recueil Lebon.

2 Conseil d'État, Assemblée, 4 avril 2014, n° 358994.

<sup>3</sup> الجريدة الرسمية ، العدد ١٦ مكرر (ح) في ٢٢ أبريل ٢٠١٤ .

للإنفصال ، وذلك في الفترة من ٢٠٠٨ إلى ٢٠١١ ، ومن أهم الأحكام القضائية والتي سنتناولها في البحث : قضية بيع الغاز الطبيعي لإسرائيل<sup>١</sup> ، وقضية بيع شركة عمر أفندي<sup>٢</sup> ، وقضية شركة طنطا للكتان والزيوت<sup>٣</sup> ، وقضية مدينتي الأولى<sup>٤</sup> .

وفيما يلي سيتم تقسيم الفصل الثاني إلى مبحثين هما :

**المبحث الأول : الوضع في فرنسا من قضية Tropic إلى قضية Bonhomme**  
**المبحث الثاني : بطلان العقد الإداري كأثر لإلغاء القرار القابل للإنفصال في مصر والتدخل التشريعي.**

### المبحث الأول

#### الوضع في فرنسا من قضية Tropic إلى قضية Bonhomme

أثرنا قبل الحديث عن قضيتي Tropic ، Bonhomme ، أن نعرض لبعض الاجتهادات القديمة للقضاء الإداري الفرنسي والذي تم قبول طعون الغير فيها على قرارات فردية إدارية مثل قضية Ville de Boulogne<sup>٥</sup> ، فقد تم إبطال شرط التنازل عن شاطئ بحري، كان من نتيجته منع الغير من الوصول إلى الشاطئ ، وقد طعن الغير على هذا الشرط وصدر الحكم في تلك القضية بإبطال هذا الشرط .  
كذلك في قضية Ville de Lisieux<sup>٦</sup> قام الغير بالطعن على البنود اللائحية لعقد من العقود ، وحكم قضاء مجلس الدولة بقبول هذا الطعن .  
وقد طلب مفوض الحكومة في قضية Cayzeele<sup>٧</sup> من القضاء أن يعطي للغير فرصة للحصول على إبطال البنود اللائحية للقرارات المختلطة ، والتي تعد قرارات قابلة للإنفصال عن شروط العقد، فقد ورد في القضية أن :

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري دعوى رقم ٣٣٤١٨ لسنة ٦٢ ق، جلسة ١٨/١١/٢٠٠٨ .

<sup>٢</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ١١٩٤٢ لسنة ٦٥ ق ، جلسة ٥/٧/٢٠١١ .

<sup>٣</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٢٤٨ لسنة ٦٥ ق ، جلسة ٢١/٩/٢٠١١ .

<sup>٤</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٢٦٢٢ لسنة ٦٣ ق ، جلسة ٦/٢٢/٢٠١٠ .

<sup>٥</sup> Ville de Boulogne, p. 405, concl. Robert.

<sup>٦</sup> CE, Sect., 30 octobre 1998, Ville de Liseux Rec., p. 375, conclusion Jacques- Henri Stahl.

<sup>٧</sup> CE, Ass., 10 juillet 1996 , Cayzeele , Rec., p. 274.

Les tiers intéressés peuvent obtenir l'annulation des clauses réglementaires des actes mixte dès lors qu'elles sont divisibles des clauses contractuelles.

ولا يمكن أن تنكر المثال الهام في عام ١٩٠٥ بفرنسا ، قضية Martin<sup>1</sup> والذي وافق القضاء الإداري الفرنسي فيها على إمكانية طعن الغير بالبطلان ، فقد كان قبل هذا الحكم وضع الغير وضعاً سيئاً جداً حتى أن مفوض الحكومة وقتها Romieu قد أكد صراحة على أن الأخذ بعدم أحقية الغير بتقديم طعن فعلي هو : " إنكار حقيقي للعدالة " .

” “aboutir à de véritables dénis de justice ”<sup>٢</sup>.

وقد تم الإيضاح مسبقاً أن قديماً في فرنسا كان القضاء الكامل متاحاً فقط لأطراف العقد ، وباستطاعتهم أن يحصلوا من قاضي العقد على إعلان بطلان العقد سواء عن طريق رفع دعوى قضائية *par voie d'action* أو عن طريق الدفع الفرعي *par voie d'exception*<sup>٣</sup>.

و قديماً أيضاً كان هناك مجموعة من الفقهاء<sup>٤</sup> يطالبون بفتح الطريق أمام الغير للطعن ببطلان العقود وكانت حجبتهم في ذلك أنه يوجد في الطعن على عدم مشروعية العقد مصلحة موضوعية للمجتمع ككل *un intérêt objectif pour la collectivité toute entière* ونتيجة لهذا يحق للغير بالمطالبة بالبطلان للطعن على عدم مشروعية العقد .

” “à faire sanctionner l'illégalité du contrat ” .

وإزاء تلك التطورات والتي اتخذت خطوات بطيئة نوعاً ما ، إلا أنها كانت فعالة جداً في إحداث تغيير جذري في فكر القضاء الفرنسي حتى أن بعض الفقهاء الفرنسيين

<sup>1</sup>4 août 1905, Martin, p. 749, concl. Romieu.

<sup>2</sup>4 août 1905, Martin, p.749, concl. Romieu, RDP, 1906.249, note Jèze, S. 1906.3.49, note Hauriou.

3Jean- François LACHAUME, op.cit., p. 1283. Il a cité que: “Le juge du contrat n'est plus uniquement le juge des parties: il était de jurisprudence fermement établie que le pleine contentieux contractuel n'était ouvert qu'aux parties “; CE.Sect., 8 novembre 1974, Epoux Figueras , Rec., p.545; CE. Sect., 20 janvier 1978.Syndicat national de l'enseignement technique agricole public. Rec., p. 22.

4Y.GAUDEMET, Remarque sur les aspects récents du contentieux des contrats de l'administration.in Liber amicorum Georges Daublou. Defrénoirs, p. 111; RICHER, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 5e éd., 2006, n°74.

أكدوا على أنه في المستقبل القريب سيقبل القاضي الإداري بطعن شخص له مصلحة يطالب بالطعن بتجاوز السلطة ضد عقد إداري ، ولكن هذا الرأي الفقهي عَقَّب بقوله : أن ليس كل المختصين سيرون تلك الأحكام أحكامًا جيدة<sup>1</sup> .

وبعد صدور حكم Tropic و الذي سناقشه بالتفصيل في هذا الفصل ، نجد أنه قد أوجد نظرية جديدة لم تكن موجودة من قبل في قضاء إبطال العقود الإدارية .

كما أن أحد الفقهاء الفرنسيين<sup>2</sup> علق على هذا الحكم - الصادر من جمعية مجلس الدولة في قضية شركة ( Tropic ) بأنه كان منتظرًا طويلًا، وأكد على ذلك ما ورد في تقرير ( المقرر العام ) - مفوض الحكومة سابقًا - ، السيد CASAS والذي كتبه بخصوص تلك القضية بالتحديد؛ بأن ما جاء بحيثيات تلك القضية ما هو إلا سبب للدخول في البحث عن توازن جديد في قضاء إبطال العقود الإدارية ( à la recherché d'un nouvel équilibre du contentieux de l'annulation des contrats administratifs). حتى أنه وصف أن منع تدخل الغير سابقًا كان من المفارقات ، ومن مظاهر الضعف والتي كانت معروفة للجميع<sup>3</sup> .

وفي فرنسا تحديدًا وبعد صدور القانون الأوروبي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، تم وضع شروط هامة مفادها : إعطاء القاضي الإداري الوطني سلطة إبطال الصفقات الوطنية الداخلية .

فما لا شك فيه أن القانون العام الأوروبي droit communautaire قد لعب دورًا مهمًا ، بالإضافة إلى القانون الأوروبي لحقوق الإنسان<sup>4</sup> في إعطاء وتعديل أوامر

---

1 Jean- François LACHAUME, "Les future grands arrêt", RFDA, 2007, p. 261 et s., spéc. p. 264. Il a cité que: "celui par lequel le juge administrative accepterait, sinon un recours pour excès de pouvoir, tout au moins un recours en annulation contre un contrat administrative par une personne ayant intérêt, [...] ne signifie pas que tous les spécialiste de la matière y verraient un bon arrêt".

<sup>2</sup>Jean- François LACHAUME, *op.cit.*, p. 264.

<sup>3</sup>راجع تقرير مقرر عام الحكومة Didier CASAS

Didier CASAS, RDP, 2007, n°5, L.G.D.J, p. 1293.

<sup>4</sup>الواردة في المقال : لمزيد من التفصيل : موقف البرلمان الأوروبي ، ٢٠٠٧/٦/٢١ ، مقترحات المفوضية الأوروبية

مهمة للقضاء الإداري الفرنسي في تمكينه من إبطال الصفقات التي أبرمت وذلك بشروط

وأهم تلك الشروط التي حددتها القوانين سألها الذكر هي:

١. للقاضي الإداري الفرنسي اختصاص بإبطال العقود الإدارية التي تم إبرامها ولم يسبقها إعلان في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي والمسماه اختصاراً *JOUE*.

٢. ذلك يمكن للقاضي الإداري الفرنسي إبطال العقود الإدارية التي تم إبرامها إذا لم ينفذ أطراف العقد شرط التجميد ( Standstill ) .

ويمكن تعريف شرط التجميد<sup>٢</sup> بأنه : مهلة زمنية موقفة تظهر عند التعاقد مدتها عشرة أيام تكون ما بين قرار تخصيص العقد لأحد المتقدمين ( المتناقصين ) وما بين توقيعه ، وذلك من أجل السماح لمقدمي العروض بالطعن اذا لزم الأمر ، هذه المدة تسمح للمرشح المتنافس والمستبعد أن يطعن على عدم التزام السلطة المتعاقدة بالدعاية المناسبة للعقود وطرق الاعلان .

وقد أكد المقرر العام السيد CASAS في معرض شرحه في قضية Tropic أن شرط التجميد هذا هو عبارة عن مدة تجبر الأطراف على الانتظار عشرة أيام بين

---

Jean- François LACHAUME, *op.cit.*, p. 1276 et s.

<sup>2</sup> انظر بالتفصيل لتلك الشروط في :

Jean- François LACHAUME, *op.cit.*, p. 1276 et s.

2Journal officiel de l'Union européenne - EUR-Lex

<http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=fr>

3Le standstill est un délai suspensif entre la communication de la décision d'attribution du marché et la signature de ce dernier afin de permettre aux soumissionnaires d'engager, le cas échéant, une procédure de recours.

Ce délai de standstill permet à un candidat évincé de contester en temps utile la méconnaissance par un pouvoir adjudicateur, de ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence.

VOIR : <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Standstill-delai-suspension.htm>



قرار تخصيص العقد وتوقيعه ، ويضيف : أن كل عقد وُقِع بشكل ينتهك هذه القاعدة ، أي من دون انتظار نهاية المهلة ، يمكن أن يكون موضوعاً للطعن <sup>1</sup> .

وفيما يلي سيتم شرح التطورات الحادثة في القضاء الفرنسي وعرض لأهم القضايا التي غيرت من منظور الفكر القانوني بفرنسا ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : إعطاء حق الطعن للمتأفك المستبعد ( قضية ) Tropic .

المطلب الثاني : توسع دور الغير في الطعن على العقود الإدارية ( قضية

(Bonhomme).

### المطلب الأول

#### إعطاء حق الطعن للمتأفك المستبعد (قضية Tropic)

صدر حكم من مجلس الدولة الفرنسي عام ٢٠٠٧ في قضية ( Tropic ) أحدثت جلبة في الأوساط القانونية ، وتناولته بالشرح والتحليل العديد والعديد من الآراء الفقهية القانونية ما بين مؤيد ومعارض ، فقد أعطى هذا الحكم الحق للمتأفك المستبعد في أن يطعن على القرارات القابلة للانفصال في العقود الإدارية ، كذلك منحه إمكانية الطعن على العقود الإدارية ذاتها للمطالبة ببطئانها وفقّالشرط معينة حددها ذلك الحكم .

وفيما يلي : سأقوم بشرح تلك القضية وتبعاتها على المستوى القانوني ، وعرض وجهات النظر القانونية العديدة التي رحبت بهذا الحكم المتجدد من القضاء الإداري الفرنسي ، كذلك عرض الحجج الرئيسة التي استند عليها الرافضون لهذا الحكم وتحفظاتهم .

تتمثل القضية <sup>٢</sup> والمعروفة باسم قضية Tropic في أن قامت شركة Tropic

وهي شركة فرنسية خاصة بالإنشاءات ، في ٢١ مارس ٢٠٠٦ برفع طعن أمام مجلس الدولة الفرنسي تطلب فيه :

1Didier CASAS, RDP, 2007, n°5, L.G.D.J, p. 1303.

٢ Conseil d'État, Assemblée, 16/07/2007 , n ° 291545, Publié au recueil Lebon ;

Voir la Conclusions de M. Didier CASAS Commissaire du Gouvernement, RDP, 2007,

n°5 , LGDJ, p. 1293 et s.

١ - إلغاء القرار الصادر في ٢ مارس ٢٠٠٦ من قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الإدارية بمنطقة Basse-Terre ، الخاص بتطبيق المادة (L. 521-1) من قانون القضاء الإداري الفرنسي ، والذي رفض فيه القضاء المستعجل طلب شركة Tropic بوقف تنفيذ قرار غرفة التجارة والصناعة بمنطقة ( Pointe-à-Pitre ) الصادر في ١٤ نوفمبر ٢٠٠٥ ، ومضمونه : رفض العرض المقدم من شركة Tropic بإبرام صفقة إنشاء بعض الأعمال في منطقة مطار ( Le Raizet à Pointe-à-Pitre ) ، كذلك وقف تنفيذ القرار الإداري الصادر من غرفة التجارة والصناعة بإرساء الصفقة على شركة ( Rugoway ) ، وكذلك الطعن على قرار التوقيع على تلك الصفقة ، بل وقرار إرساء الصفقة نفسها .

في الموضوع بتطبيق نص المادة (L. 521-1) من قانون القضاء الإداري الفرنسي ، بإعطاء الشركة الحق في طلب وقف التنفيذ المقدم أمام المحكمة الإدارية في منطقة (Pointe-à-Pitre).

ومن خلال الفرعين التاليين سيتم تناول تلك القضية بشيء من التفصيل لبيان دور القضاء الإداري الفرنسي في محاولة لتغيير القواعد التقليدية والنظرة القانونية القديمة للغير ولتفعيل دوره أكثر، هذا أولاً وثانياً لوضع تلك التطورات الجديدة أمام أعين المشرع والقضاء المصري لأخذها بعين الاعتبار.

الفرع الأول : قضية Tropic.

الفرع الثاني : التعليق على حكم قضية Tropic.

### الفرع الأول

#### قضية Tropic

تتمثل القضية في أنه في ١٤ نوفمبر ٢٠٠٥ رفضت غرفة التجارة والصناعة بمنطقة ( Pointe-à-Pitre ) طلب شركة Tropic للموافقة على منحها مناقصة مضمونها : إنشاء ووضع علامات على طريق المطار ورصف هذا الطريق ، وتطبيق المادة (L. 521-1) من قانون القضاء الإداري الفرنسي ، وأرست غرف التجارة والصناعة المناقصة على الشركة المنافسة والتي تدعى (Rugoway).

وقد صدر القرار في ٢ مارس ٢٠٠٦ بالموافقة على اختيار شركة ( Rugoway ) وبتوقيع الصفة وإرسالها عليها ، وقد طعنت شركة Tropic على قرار قاضي الأمور المستعجلة برفض طلبات شركة Tropic .

وكان قد قدم السيد Didier CASAS المقرر العام للحكومة ( مفوض الحكومة سابقاً )<sup>١</sup> بعرض وافٍ لتلك القضية من خلال تقريره ، والذي أفاد فيه : بأنه قد قامت غرفة التجارة والصناعة في ( Point- à Pitre ) - بمطالبة عروض من عدة شركات بغرض اختيار أفضل العروض لإبرام صفقة لمدة ٣ أعوام من أجل وضع علامات لمدرجات وأماكن وقوف الطائرات ، والطرق في مطار يدعى ( Raizet ) ( ، وفي ١٤ نوفمبر ٢٠٠٥ صدر قرار برفض العرض المقدم من شركة Tropic travaux signalisation وصادر قرار إداري باختيار شركة Rugoway لتنفيذ المشروع .

قامت شركة Tropic برفع دعوى قضائية أمام المحكمة الابتدائية في منطقة المطار تطلب فيه إلغاء قرار رفض عرضها ، وإلغاء القرار الصادر بالموافقة على العرض المقدم من شركة Rugoway ، وقرار عقد الصفقة ، وكذلك الصفقة نفسها ، و طالبت بوقف تنفيذ تلك القرارات ، وقد تم رفض هذا الطلب في ٢ مارس ٢٠٠٦ .

وطعنت شركة Tropic ضد هذا القرار ، وقدمت سببين :

الأول : عدم مشروعية القرار لعدم وجود توقيع لقاضي الأمور المستعجلة ، وهو يعد نقصاً مادياً ؛

---

<sup>١</sup> تم تغيير اسم مفوض الحكومة commissaire du gouvernement الى المقرر العام rapporteur public بموجب تعديل صدر في ٢٠٠١/٢/١ في قانون لقضاء الاداري الفرنسي Code de Justice Administrative ، وذلك على إثر حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان قضية ( Kress c/ France ) بتاريخ ٧ يونيو ٢٠٠١ ، حيث انتقد الحكم الأوروبي المشار اليه بأن نظام مفوض الحكومة في القضاء الإداري الفرنسي يعيبه إجرائياً بعض النقاط مما يمثل إخلالاً بالمادة ١/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

لمزيد من التفصيل حول تلك التعديلات :

د. محمد رفعت عبد الوهاب المحاكم الادارية الاستئنافية في فرنسا - مع نظرة عامة على تنظيم القضاء الإداري الفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١١ ، ص. ١٤٣ .

الثاني : أكدت الشركة أن قاضي الأمور المستعجلة ارتكب خطأ قانونيًا وذلك لعدم استجابته لطلب شركة Tropic بوقف إجراءات استكمال تنفيذ العقد<sup>1</sup>. وفي تاريخ ٢٠٠٧/٧/١٦ صدر الحكم من محكمة Conseil d'État, Assemblée يحمل العديد من النقاط الجديدة والهامة ، والمختلفة اختلافاً كلياً عما نهجه القضاء الإداري الفرنسي مسبقاً.

فقد استقر الحكم القضائي على أن جميع أطراف العقد ، وكل المتنافسين المستبعدين ( الذين قدموا عطاءاتهم وتم استبعادهم لأي سبب ) concurrent évincé ( الذين قدموا عطاءاتهم وتم استبعادهم لأي سبب ) de la conclusion d'un contrat administratif على العقد أمام القضاء الكامل سواء كان الطعن على صحة العقد أو الطعن على العديد من الشروط الملحقة به .

والقاضي المنوط أن يُرفع أمامه كافة الطعون هو : قاضي العقد نفسه le juge du contrat وبشرط أن ترفع الدعاوى قبل إبرام العقد المتنازع عليه ، أي أن الطعن يكون أمام القضاء الكامل pleine jurisdiction .

---

<sup>1</sup> « La Chambre de commerce et d'industrie de Point-à-Pitre a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché à bons de commande d'une durée de trois ans et portant sur le marquage des aires d'avions et chaussées routières de l'aéroport de Point-à-Pitre le Raizet. L'offre de la société Tropic travaux signalisation Guadeloupe a fait l'objet d'une décision de rejet le 14 novembre 2005. Le marché a finalement été attribué à la société Rugoway.

La société Tropic travaux signalisation a saisi le tribunal administratif de Basse-Terre d'une demande d'annulation de la décision de rejet de son offre, de la décision de retenir celle de la société Rugoway, de la décision de passer le marché, ainsi que du marché lui-même. Elle a également introduit une demande de suspension des mêmes actes. Cette demande a été rejetée par une ordonnance du 2 mars 2006.

La société Tropic travaux signalisation se pourvoit en cassation contre cette ordonnance. Elle présente deux moyens.

Le premier, tiré de l'irrégularité de l'ordonnance en raison de l'absence de signature du juge des référés, manque en fait.

Par un second moyen, la société soutient que le juge des référés a commis une erreur de droit en regardant les décisions comme exécutées alors d'une part, qu'elle avait demandé la suspension de l'exécution du marché et d'autre part, que les actes détachables produisaient leurs effets jusqu'à l'achèvement du marché » . Voir la Conclusions de M. Didier CASAS Commissaire du Gouvernement, RDP, 2007, n°5 , LGDJ, p. 1293 et s.

وأكد الحكم أن القضاء الكامل هو : المختص الوحيد بالنظر في صحة العقد المبرم ، وكذلك هو المختص بالنظر في صحة القرارات القابلة للانفصال عن العقد المرفوعة من أطراف العقد الإداري والمتافسين المستبعدين .  
وأكد الحكم أيضاً أن للقضاء الكامل الأحقية في أن ينظر في دعاوي التعويض عند الاقتضاء .

وقد حدد القضاء الإداري في هذا الحكم الهام شروطاً معينة حتى ينظر القضاء الكامل - قاضي العقد في الطلبات التي ترفع له من قبل الأطراف ، أو من قبل المتنافسين المستبعدين - وتمثل تلك الشروط في : أن الطعون التي ترفع تكون في عقد من عقود الأشغال العامة ، وأن يُرفع الطعن في خلال مدة معينة هي : مدة شهرين من إتمام إجراء الدعاية المناسبة ( الإعلان ) ، ولا سيما بواسطة إعلان يشير - في آن واحد - إلى إبرام العقد ، وطرق الاطلاع عليه ، مع مراعاة الأسرار التي يحترمها القانون .  
وبعد حدوث إجراءات إبرام العقد ، لا يحق للمتناقص المُستبعد الطعن بدعوى تجاوز السلطة

( دعوى الإلغاء ) ضد القرارات القابلة للانفصال السابقة على إبرام العقد<sup>1</sup> .  
وأكد الحكم أيضاً أن من حق القاضي أن يتأكد من وجود عيوب تلحق بالعقد وتؤثر في صحته ، كذلك يمكن للقاضي أن يتدخل ليقم العقد ومدى مشروعيته ، وللقاضي أيضاً أن ينظر في طريقة فسخ العقد أو تعديل بعض بنوده .

---

<sup>1</sup>(Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables.)

كما أعطى الحكم للقاضي صلاحيات وسلطات واسعة ، فقد أعطى الحكم للقاضي العقد الصلاحية في أن يحكم بالاستمرار في تنفيذ العقد من عدمه ، مع إعطاء المتضررين تعويضات مناسبة لجبر الضرر عن حقوقهم المنتهكة .

وحدد الحكم للقاضي إمكانية فحص العقد والنظر إذا حكم القاضي ببطان العقد هل سيؤثر هذا على المصلحة العامة أو حقوق الأطراف المتعاقدة ؟ كذلك ، فعلى القاضي أن ينظر في المصلحة العامة وحقوق الأطراف المتعاقدة ومدى انتهاكها إذا ما تم إبطال كل أو جزء لبعض الحالات واجبة الأداء أو واجبة الاستحقاق ذات تأثير مستقبلي .

كما أكد الحكم على أنه يمكن للأطراف أو لغيرهم من المتنافسين المستبعبدين أن يقدموا طلباً بوقف تنفيذ العقد كما نص على ذلك في المادة 1-521.L<sup>1</sup> من قانون القضاء الإداري<sup>2</sup> .

كما أكد الحكم على أن : على القاضي أن يطبق الشروط السابقة ( المذكورة في الأعلى ) ، مع حق الأطراف في الاستئناف ، وبالاستناد إلى الضرورة الملحة لوجود الأمن القانوني ، حتى لا يحدث أية اعتداءات صارخة على العلاقات التعاقدية السارية ،

---

<sup>1</sup>تنص المادة 1-521.L من قانون القضاء الإداري الفرنسي على أن :

(Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision.)

<sup>2</sup> ( Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ).

ومع مراعاة الدعاوي التي تم التقدم بها قبل تاريخ صدور القرار الحالي ، فإن الطعن المحدد أعلاه ، لا يمكن أن يمارس إلا ضد العقود التي شرع بإجراءات عقدها في وقت لاحق لهذا التاريخ.

كما حكمت المحكمة بأن قاضي الأمور المستعجلة لم يفحص طلب شركة Tropic جيدًا ولم يتأكد من صلاحية وجاهزية هذه الشركة للدخول في العقد ، وبهذا يكون القاضي قد أخطأ بتطبيق القانون ، وبالتالي فإنه أخطأ بإصدار أمره السابق .

Le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre a commis une erreur de droit entachant le bien-fondé de l'ensemble de son ordonnance.

وقضت المحكمة أن قاضي الأمور المستعجلة للمحكمة الإدارية في Basse-Terre قد أخطأ بتطبيق القانون برفضه لطلب شركة Tropic بوقف تنفيذ إجراءات استكمال العقد المبرم بين غرفة التجارة وشركة Rugoway، بالتالي فإن شركة Tropic محقة فيما طلبته بإلغاء الحكم الصادر من محكمة الأمور المستعجلة<sup>1</sup>.

وقد كان من الضروري أن يطبق مجلس الدولة المادة 2-821 L. من قانون القضاء الإداري<sup>2</sup> ، لحل هذا النزاع في شقه المستعجل.

وتنص المادة (1-521 L) من قانون القضاء الإداري الفرنسي " حينما يكون قرارًا إداريًا ، حتى ولو صدر بالرفض ، محلاً لدعوى إلغاء أو تعديل لقرار ، فإنه يمكن للقاضي الاستعجال ، الذي قدم إليه طلبًا من صاحب الشأن أن يأمر بوقف تنفيذ هذا

<sup>1</sup>(Considérant qu'il résulte de qui précède que la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée du juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre. )

<sup>2</sup>تنص المادة 2-821 L. في فقرتها الأولى على أن :

( S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.)

(إذا كان إعلان البطلان لقرار في القضاء الإداري ويشكل حكمًا نهائيًا ، فإن مجلس الدولة إما أن يحيل القضية أما لنفس تشكيل المحكمة ، إلا إذا كان هناك استحالة تتعلق بالمحكمة في تشكيلها ، أو إحالة القضية لمحكمة أخرى من نفس الطبيعة ، أو تفصل هي في النزاع موضوعيًا لو المصلحة السليمة للإدارة مبررة.)

القرار أو بعض آثاره حينما يبرره الاستعجال ، ويتضمن الطلب إثارة عيب من شأنه أن يخلق شكاً قوياً بشأن مدى شرعية القرار <sup>1</sup>.

" وحينما يقرر قاضي الاستعجال وقف القرار ، فإن المحكمة المختصة بالدعوى الموضوعية بالإلغاء أو القضاء الكامل عليها أن تفصل فيها في أقرب وقت ممكن dans les meilleurs délais ، وينتهي أثر الوقف -على أكثر تقدير- حينما تفصل المحكمة في الدعوى الأصلية في إلغاء أو تعديل القرار en annulation ou en reformation de la décision "

ومن حيثيات الحكم أيضاً أن مهلة الطعن ضد الصفقة المعقودة ، بين غرفة التجارة والصناعة وبين شركة Rugoway لم تبدأ بالسريان بسبب عدم اتخاذ إجراءات إعلان مناسبة ، فإنه يحق لشركة Tropic (بصفتها منافساً مستبعداً ) أن تطلب بوقف تنفيذ الصفقة ، وذلك بناء على أحكام المادة 1-521 L. من قانون القضاء الإداري.

كما أن طلب شركة Tropic غير مقبول ، وهو الطلب الخاص بإلغاء القرارات السابقة على العقد لتجاوز السلطة، كما ترفض أيضاً طلباتها الخاصة بقرارات غرفة التجارة والصناعة الرافضة لعرضها ، والتي بموجبها تم تخصيص الصفقة لشركة Rugoway وقررت توقيعها <sup>2</sup>.

وانتهى حكم المحكمة بأن :

---

<sup>1</sup>Article 521/1 de la code de justice administrative: "Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision"

<sup>2</sup>( Considérant que, compte tenu de la signature du marché contesté le 26 novembre 2005, la société requérante n'était plus recevable à la date de l'introduction de sa demande, le 13 janvier 2006, à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ; que dès lors, ses conclusions à fin de suspension des décisions de la chambre de commerce et d'industrie rejetant son offre, attribuant le marché à la société Rugoway et décidant de le signer ne peuvent également qu'être rejetées ;).



١ يبطل القرار المؤرخ في ٢ مارس ٢٠٠٦ الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة في محكمة Basse- Terre الابتدائية الإدارية.

٢ برفض طلب شركة Tropic المقدم لقاضي الأمور المستعجلة في محكمة Basse- Terre الابتدائية الإدارية.

### الفرع الثاني

#### التعليق على حكم قضية Tropic

أعطت الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٦ الإمكانية للمستبعدين من صفقة إبرام عقد إداري لطلب إبطال العقد أو العديد من الشروط الملحقه به<sup>١</sup>.

هذا الحكم قد فتح الباب على مصراعيه لإمكانية فتح باب الطعن بالقضاء المستعجل على الإجراءات السابقة على التعاقد ، لأنها كانت مغلقة نسبياً ، فالقضاة لم ينظروا قديماً قبل هذا الحكم إلا للعيوب vices الأخرى التي تؤثر في صحة العقد ويمكن أن تؤدي لإبطاله .

ويمكن القول أن القضاء الإداري يفضل دوماً التجديد innover ، فيقول موريس هوريو : أن الفضل في تكوين علم القانون الإداري إنما يرجع إلى القضاء الإداري الفرنسي ذلك القضاء الذي يرد إليه ميلاد القانون الإداري وعن طريقة تتطور نظريات القانون<sup>٢</sup> .

فأشار القضاء في هذا الحكم إلى أن : ( كل المتنافسين المستبعدين من إبرام العقد الإداري لهم الأحقية في الطعن أمام قاضي العقد ( القضاء الكامل ) ليطنوا في صحة العقد أو الطعن على العديد من الشروط التعاقدية ( الشروط القابلة للانفصال / الشروط

1CE.Ass., 16 Juillet 2007 , Société Tropic Travaux Signilisation , n ° 291545 ; RFDA, 2007 , p. 696, concl. D. CASAS ; AJDA, 2007 , p. 1577, chron. F. LENCIA et J. BOUCHER, Le nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs ( dossier ) RFDA , 2007 , p.917 et s; CH. GUETTIER , op.cit.p. 526.

<sup>2</sup>M.HAURIUO, Précis de dr.adm.et dr.pub 7e éd.p. 932 et s.

المقيدة / شروط الدفع عند الاستحقاق مع المطالبة بالتعويض ) وذلك في حالة إذا كان العقد من عقود الأشغال العامة وذلك في غضون شهرين من تاريخ الإعلان .

وأضاف الحكم أنه إذا كانت هناك بعض الآراء الفقهية والقضائية ناديت بأحقية المستبعدين من المنافسة في رفع دعوى التعويض أمام القضاء الكامل ، دون أن يكون لهم الحق في رفع دعوى الطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات القابلة للانفصال .

Le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables.<sup>1</sup>

وقد رد الحكم القضائي على كل الاجتهادات الفقهية والقضائية السابقة الراضية لتدخل الغير ، فقد أوضح تقرير المقرر العام السيد CASAS أنه إذا كانت هناك مبررات قضائية قديمة ترى أن شركة Tropic من الغير وبالتالي لا تستطيع رفع دعوى بإبطال العقد<sup>2</sup> ، فإن القضاء الفرنسي قد قام بتغيير موقفه السابق من رفض تدخل الغير .

وفي تعليقه على الحكم قام الفقيه CH. GUETTIER بإستخلاص عدة معايير هامة ترتبط بالحكم ارتباطاً وثيقاً، وهي معايير شخصية وموضوعية وزمنية:

بداية وفقاً للمعيار الشخصي Rationae personae:

في البداية طلب المقرر العام للحكومة ( مفوض الحكومة سابقاً ) السيد CASAS في قضية Tropic السماح للغير ( بكل طوائفه ولكل ذي مصلحة ) أن يرفع دعوى أمام قاضي العقد للمطالبة ببطان العقد.

<sup>1</sup> راجع حكم قضية Tropic

<sup>2</sup> Voir: la Conclusions de M. Didier Casas Commissaire du Gouvernement, RDP, 2007, n°5 , LGDJ, p. 1294 et s.

(Toutefois en l'état actuel de votre jurisprudence, vous pourriez facilement porter remède à cette malfaçon relativement bénigne de l'ordonnance. L'article L. 521-1 du code de justice administrative conditionne le prononcé d'une suspension d'un acte administratif à la recevabilité de la requête en annulation ou en réformation de cet acte. Or il est certain que la société Tropic travaux signalisation n'était pas recevable, comme tiers au contrat, à demander l'annulation de ce contrat. Elle ne pouvait donc espérer obtenir du juge des référés qu'il en prononce la suspension ; (15 mai 2001, Commune de Loches, T. p. 1099) ; (14 novembre 2003, Société Heli-inter Guyane, n° 258255).

<sup>3</sup> CH. GUETTIER, *op.cit.*p. 52v.

إلا أن حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Tropic قد قصر الحق في الطعن بالبطلان للمتنافسين المستبعدين فقط ( les concurrents evinces ) أما قاضي العقد بدعوى القضاء الكامل ( un recours de pleine jurisdiction ) .

وعليه فإن كل متنافس مستبعد من إبرام عقد من العقود الإدارية الخاصة بالأشغال العامة ، أن يطلب الطعن بالبطلان على كل العقد أو على بعض بنوده فقط ، بشرط أن تكون تلك البنود قابلة للانفصال.

عند مطالعة هذا الحكم تحديداً ، نجد أن: الأشخاص الذين يحق لهم رفع هذا النوع الجديد من الطعون هم المتنافسون المستبعدون ( concurrent évincé ) ، للعقد الإداري أي الذين تقدموا بعروض تنافسية في ذات المناقصة لإبرام العقد الإداري ، ونتيجة لهذا ، فإن هذا الحكم لم يعط لكل الغير Les tiers tous الحق في رفع هذا النوع من الطعن للمطالبة بالبطلان .

ويلاحظ هنا ، أن في هذا الحكم قد تم استبعاد العديد من الغير من إمكانية رفع الطعن ، وذلك كما في حالة ( المنتفعين للمرافق العامة ) usage du service public وبهذا فقد نوه الحكم إلى أن المتنافسين المستبعدين هم فقط من يستفيدوا بالطعن قبل التوقيع على العقد ، كذلك كل المستبعدين الذين لم يخضعوا لإجراءات الإعلان عن الصفقة والدخول في المنافسة .

بيد أن عند تحليل هذا الحكم نجد أن : هناك نقاط ضعف تشوبه ، فيجب أولاً عند الاستبعاد : أن ينظر في كل حالة على حدة ، وذلك لتقييم الحالة القانونية للغير الذين يحق لهم الطعن .

وأضاف هذا الرأي الفقهي<sup>1</sup> أنه عندما يكون هناك استبعاد من قبل الجهة الإدارية التي تبرم العقد الإداري لأحد المتقدمين ، فإن له الحق فيالطعن على قرار الاستبعاد هذا ، ويجب البحث في كل حالة استبعاد على حدة ، كذلك يجب البحث في البداية عن ماهية الشركات التي تم دعوتها للمشاركة في المنافسة.

<sup>1</sup> CH. GUETTIER, *op.cit.* p. 52v.

(IL faudrait rechercher à chaque fois quelles sont les entreprises qui avait vocation à concourir).

وهذا كله يصب في النهاية لتحقيق فكرة الأمن القانوني للعقود la sécurité juridique du contrat، ونلاحظ أن من مصلحة جهة الإدارة عند استبعاد أحد المتناقصين أن توضح أسباب الاستبعاد الخاصة بكل حالة على حدة، مما يجعل الإدارة تخضع تلقائيًا لمجموعة من القيود الشكلية في إجراءات إبرام العقد، وبالتالي تقلل من دائرة المتنافسين المستبعدين المحتملين والذين سيكون لهم الأهمية للمطالبة ببطان العقد، وكذلك لضمان تحقيق فكرة الأمن القانوني للعقد<sup>1</sup>.

### الاعتبار الموضوعي *Rationae materiae*<sup>2</sup>

بالنسبة لهذا النوع الجديد من الطعون، فهو يصدق في كل حالات إبرام العقود الإدارية مثل عقود الأشغال العامة، عقود الشراكة *partenariat*، إتفاقيات الإحالة أو التفويض في الأشغال العامة *les conventions de delegation de service public*، فلم يحدد القضاء في حكم *Tropic* أية نوع من أنواع العقود الإدارية التي ينطبق عليه هذه الشروط.

بل جعل نطاق الطعن على العقود متاحًا لكل أنواع العقود الإدارية شريطة أن يكون أحد طرفيها الجهة الإدارية أو يبرم العقد الإداري لصالحها.

### الاعتبار الزمني *Rationae temporis*

لا يحدث الطعن في كل الأوقات، ولكنه وفقًا للحكم في غضون شهرين من إتمام إجراءات الإعلان.

(Quee recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées).

<sup>1</sup> (Dans une telle hypothèse, il aurait intérêt pour l'administration à se soumettre spontanément à un certain degré de formalization dans la procédure d'attribution du contrat afin de restreindre le cercle des concoueurs évincés potentiels et de mieux assurer la sécurité juridique du contrat) CH. GUETTIER, *op.cit.* p. 52Y.

<sup>2</sup> *Ibid.*

و الطعن من المتنافسين المستبعدين لا يكون إلا قبل إبرام العقد ، فهذه الإجراءات - وفقاً لرأي الفقيه الفرنسي CH. GUETTIER - هي طعن بالبطلان ، فبالنظر للمادة L.521 لقانون القضاء الإداري ، فإن الطعن الخاص بالمتنافسين المستبعدين يكون طلب وقف تنفيذ مؤقت للعقد ، بشرط أن يكون قبل توقيع العقد <sup>1</sup> .

كذلك هناك تساؤل هام بخصوص تلك المسألة : هل يجب أن ينشر مضمون وموضوع العقد l'objet du contrat et son montant للكافة في مكان عام لتحقيق فكرة الأمن القانوني <sup>2</sup> .

كذلك هل يجب أن تنشر الاستشارات السابقة على التعاقد في مكان عام بحيث يطلع عليه الكافة كمكان يتبع السلطات المحلية المتعاقدة مثلاً Au siège de collectivité . بالنظر لمضمون الحكم نجد أنه يجب أن يُبلغ ويخطر المتنافسين المستبعدين notified aux concurrents évincés ، وهناك حل عملي لإبلاغهم حتى يتسنى لهم بداية رفع الطعون ، هذا الحل يتمثل في النشر من قبل السلطة المتعاقدة لأسماء المتنافسين المستبعدين في مجلة أو دورية أو بالنشر على شبكة الانترنت وهذه كلها حلول عملية لضمان معرفة المتنافسين المستبعدين باستبعادهم .

وفيما سبق تم عرض أهم الإعتبارات التي بني عليها حكم Tropic وهي إعتبارات زمنية وموضوعية وشخصية .

#### سلطات قاضي العقد وفق لحكم Tropic :

وفي الحقيقة فإن مجلس الدولة قد اهتم بتحديد سلطات قاضي العقد المختص بهذا التصرف فوفقاً لما جاء في الحكم فإن القاضي يأخذ في الاعتبار طبيعة عدم المشروعية التي من المحتمل أن تكون قد ارتكبت عند إبرام العقد ، فللقاضي إما أن يعلن إبطال العقد ، أو تعديل بعض بنود العقد ، أو أن يقرر متابعة تنفيذ العقد décider de la poursuite

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat ajoute toutefois ( qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ; ) .

<sup>2</sup> CH. GUETTIER, *op.cit.*p. 52<sup>أ</sup>.

de son exécution مع مراعاة إجراءات التسوية التي تقوم بها الشخصية العامة المتعاقدة ( السلطة المحلية ) .

كذلك للقاضي أن يمنح تعويضات جبر الضرر ، أو منح الحق للمضرور indemnisations en réparation des droits lésés ، كذلك له أن يبطل العقد كلياً أو جزئياً مع الحرص على التأكد من أن هذا التصرف لن يؤدي إلى تعدٍ مفرط ( أو إساءة مفرطة ) للمصلحة العامة atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants .<sup>1</sup>

### الحكم في قضية شركة Tropic بعد انتصاراً للأمن القانوني<sup>2</sup>

والقضاء في حكم Tropic استبعد اللجوء لطعن تجاوز السلطة ولجأ إلى القضاء الكامل فقد تم استبعاد الطعن لتجاوز السلطة ضد العقد ، لأنه يؤدي إلى مجموعة من الآثار المدمرة ، لأنها تسيء بشكل مبالغ فيه من استقرار الأوضاع التعاقدية des situations contractuelles stabilité وبالتالي للمصالح العامة والخاصة أيضاً<sup>3</sup> .

ذلك أن الطعن بتجاوز السلطة يؤدي إلى الإلغاء بأثر رجعي لكل الآثار المترتبة على التعاقد ويسري هذا على الجميع erga omnes .

<sup>1</sup> (qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son execution) .

المزيد من التفصيل عن مصطلح الأمن القانوني راجع :

P. BRUNET, "La sécurité juridique, nouvel opium des juges?" in *Frontière du droit, critique des droits*, *Billet d'hummer en l'honneur de Danièle LOCHAK*, LGDJ, 2007, p. 247; J.-P. CAMBY, *La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle* n° 5 p. 1169-1178 .

<sup>3</sup>Jean- François LACHAUME, *op.cit.*, p. 1282.

ويُعد الحكم في قضية Tropic ، والتي أظهرت اتجاهًا جديدًا في القانون الإداري ، وذلك تحت اسم ( الضرورة الملحة للأمن القانوني ) والحريصة على عدم توجيه إساءة بالغة للعلاقات التعاقدية السارية ، مع مراعاة الدعاوي المقامة أمام القضاء ، والمرفوعة قبل صدور الحكم الخاص بالقضية في ١٦ يوليو ٢٠٠٧ ، فإنه أصبح للمتنافسين المستبعدين الرجوع لقاضي العقد ورفع الدعاوي أمامه ، ولكن بعد توافر عدة شروط وهي : أن وقت الطعن على تلك العقود يكون في فترة إجراءات التعاقد وليس في فترة التوقيع للعقد<sup>١</sup> ، وذلك بعد صدور حكم الجمعية ، كذلك فإن من حق الغير ( وهم فقط المتنافسون المستبعدون ) أن يتقدموا بهذا الطعن لقاضي العقد.

ويرى المقرر العام السيد CASAS - في معرض تقريره المقدم في قضية Tropic- أن الطعن لتجاوز السلطة ضد القرارات القابلة للانفصالن يؤدي لترسيخ مبدأ الفاعلية والأمن القانوني للعقود ، ويجب أن يكون الطعن من خلال القضاء الكامل أو قاضي العقد ، ويبرر ذلك أن بتطبيق نص المادة L-551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي ، فإن مراجعة قاضي الأمور المستعجلة لن تكون مجدية بعد توقيع العقد ، بمعنى أنه لن يكون لديه ، عمليًا وبشكل شبه مطلق للفصل في الأمر<sup>٢</sup>.

بعد قراءة هذا الجزء الخاص بالحكم نفهم أن القاضي يجب أن يضع القواعد الخاصة بالمشروعية دون أن يمس إجراءات العامة لتحقيق الأمان القانوني للعقد :

---

<sup>1</sup> Dans le même sens Voir: Jean- François LACHAUME, *op.cit.*, p. 1288-1289, Il a cité que : " Il ne fait pourtant guère de doute que l'arrêt Société Tropic Travaux Signalisation passera avant tout à la postérité comme consacrant le revirement pour l'avenir en droit administrative. Au nom de "l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engages" avant le 16 juillet 2007, les concurrents évincés ne pourront saisir le juge du contrat que pour les contrats don't la procedure de passation (et non la signature) a été engagée postérieurement à la lecture de l'arrêt d'Assemblée.

<sup>2</sup>Voir : la Conclusions de M. Didier Casas Commissaire du Gouvernement, RDP, 2007, n°5, LGDJ, p. 1305 et s." Une première illustration tient à l'impuissance du juge des référés suspension en matière contractuelle. Comme nous l'avons signalé, si un juge des référés est saisi à fin de suspension d'un acte détachable, il sera contraint de constater le non-lieu dès que le contrat est signé, c'est-à-dire qu'il n'a, en pratique, quasiment jamais le temps de statuer. »

ويرى البعض أنه لتفادي البطلان وللعب دور وقائي rôle préventif، فإن إجراءات وقف التنفيذ بناء على دعوى مستعجلة قبل التعاقد le référé précontractuel وبالغرض وتبعد دعوى البطلان<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني :

توسع دور الغير في الطعن على العقود الإدارية ( قضية Bonhomme )

سأتناول الآن قضية حديثة نسبياً وهي قضية Département de Tarn- et Garonne والمعروفة باسم قضية<sup>2</sup> Bonhomme .

وهذه القضية قد قلبت الموازين رأساً على عقب في فرنسا ، فبعد صدور حكم Tropic ظهر التحليلات النقدية المتعددة لهذا الحكم ، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي حاول أن يمكن الغير أكثر فأكثر، فحكم مجلس الدولة الفرنسي المعروف بحكم Bonhomme قد أعطى للغير حقوقاً كثيرة لم تكن موجودة ولا معروفة من قبل<sup>3</sup>.

فقد أسس الحكم هذا لمنحى جديد نسبياً في القضاء الإداري مفاده : جواز تدخل الغير بكل أنواعه - بشروط معينة - في رفع دعوى لإبطال العقد الإداري ورفع دعوى لإلغاء القرارات القابلة للانفصال ، ويُعد هذا مكسباً قانونياً بالغ الأهمية لطوائف الغير المتضررة من إبرام عقود إدارية تم إغفال مصلحة الغير فيها .

وتوسع الحكم في إعطاء الغير إمكانية رفع تلك الدعاوي ، حتى أنه توسع على الشروط السابقة ، والتي تضمنها الحكم الذي تناولناه سابقاً في القضية المعروفة بقضية Tropic .

وفيما يلي سأبرز لأهم نقاط الحكم وحيثياته في الفرع الأول ، وفي الفرع

الثاني سأتناول بالشرح والتحليل الأفكار الجديدة التي تناولها الحكم .

الفرع الأول : قضية Bonhomme .

<sup>1</sup> CH. GUETTIER, *op.cit.*p. 528.

<sup>2</sup>Consil d'Etat, Assemblée, 4 avril 2014, n° 358994.

<sup>3</sup>C.E,ass. 4 avril 2014 voir aussi: RFDA, 2014, n° 3 Mai-Juin 2014, note P.DELVOLLE, AJDA 2014. p. 1035, chron. A BERTENNEAU et J. LESSI ; C.M.P. mai 2014 , p. 1, obs .F .LIONERS et P. SOLER- COUTEAUX , et p. 7 , note PH. RESS ; Dr.adm.juin , 2014 , n° 36 , note F.BRENET ; JCP Adm. 2014 , p. 2152, note J-F.SESTIER et p. 2153 note S.HUL.



الفرع الثاني : التعليق على حكم قضية Bonhomme.

## الفرع الأول

### قضية Bonhomme

في هذه القضية ، تم الإعلان عن مناقصة عامة يوم ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ ، في إقليم Tarn- et Garonne بفرنسا ، وذلك لإبرام عقد إداري بطريق المناقصة لتأجير سيارات لمدة طويلة .

وبتاريخ ٢٠ نوفمبر ٢٠٠٦ تم السماح لرئيس مجلس الإقليم أن يبرم الصفقة مع شركة Sotral ، وبتاريخ ١٨/١١/٢٠٠٧ قام السيد F.Bonhomme ( والذي كان يشغل وقتها المستشار العام لإقليم Tarn- et Garonne ) عضو في المجلس الإقليمي وهو عضو منتخب ، برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بمدينة Toulouse مطالباً المحكمة بإلغاء القرار الصادر بإبرام الصفقة .

تم تداول القضية وصدر الحكم من محكمة Toulouse في ٢٠/٧/٢٠١٠ باختصاص قاضي العقد وإلغاء القرار الإداري المبرم للصفقة.

طعن المستشار العام لإقليم Tarn- et Garonne ضد الحكم أمام المحكمة الاستئنافية في Bordeaux وصدر حكم المحكمة الاستئنافية برفض الطعن بالإلغاء في ٢٨ فبراير ٢٠١٢ ، قام المجلس العام للمقاطعة بنقض هذا الحكم .

وصدر حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٤ ابريل ٢٠١٤ مفاده : إلغاء حكم محكمة Toulouse في ٢٠/٧/٢٠١٠ ، وإلغاء الحكم الصادر من المحكمة الاستئنافية في Bordeaux بتاريخ ٢٨ فبراير ٢٠١٢ ، وبقبول طعن السيد Bonhomme على العقود الإدارية أمام قاضي العقد<sup>١</sup> .

أولاً : حيثيات الحكم بالنسبة للطعون المقامة من الغير على صحة العقود :

1Consil d'Etat , Assemblée , 4 avril 2014 , n° 358994 , [ Article 1 er : L'arrêt du 28-février 2012 de la cour administrative d'appel de Bourdeaux et le jugement du 20 juillet 2010 du tribunal administrative de Toulouse sont annulés [ ...].

جاء في الحكم أنه يمكن لأطراف العقد الإداري أن يرفعوا دعاوي أمام قاضي تجاوز السلطة ( قاضي الإلغاء ) le juge de l'excès de pouvoir ضد الشروط اللائحية للعقد les clauses réglementaires أو أمام قاضي الأمور المستعجلة le juge du référé وفقاً للمادة L.551-13 من قانون القضاء الإداري وما بعدها .  
وبالنسبة للغير فيمكن لهم - استناداً لتوافر شرط المصلحة إذا أصابهم ضرراً - أن يرفعوا دعاوي أمام قاضي العقد للمنازعة في صحة العقد ، أو المنازعة في العديد من الشروط اللائحية للعقد.

وقد وسع الحكم مفهوم الغير فلم يعد يقتصر على المستبعدين فقط من المنافسة في العقود الإدارية بل أضاف إليهم :

أعضاء الهيئة التشريعية للأقليم aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale  
أو مجموعات من الإقليم لممثل الحكومة - الدولة - في الإقليم بغرض رقابة المشروعية على العقود ou du groupement de collectivités territoriales  
كذلك ، فإنه يحق للغير رفع دعوى لوقف تنفيذ العقد la suspension de l'exécution du contrat ، وفقاً لنص المادة L521-1 من قانون القضاء الإداري ،<sup>٢</sup>

---

<sup>1</sup>Article 551-13 code de Justice administrative: «Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section».

<sup>2</sup> Le conseil d'Etat a jugé que : " Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité » .

<sup>3</sup>Article 521-1 code de Justice administratif : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés,

L'accomplissement des mesures de publicité appropriées. ذلك في غضون شهرين من الإعلان عن إبرام العقد

وحيث إن الطعن على مشروعية تلك العقود مكفول وقت اختيار المتعاقد ، ووقت إبرام العقد ووقت التوقيع عليه ، وذلك لأطراف العقد كما هو مبين سابقاً ، فإن ممثل الدولة في الإقليم le représentant de l'Etat dans le département يُفند contester مشروعية تلك التصرفات أمام قاضي الإلغاء ( قاضي تجاوز السلطة ) حتى لحظة إبرام العقد<sup>1</sup>.

وحيث إنه جاء بالحكم أيضاً أن ممثل الدولة في الإقليم وأعضاء الهيئة الاستشارية للجمعيات الإقليمية و الجمعيات الإقليمية نفسها يستطيعون رفع دعاوى ، ولهم أن يتمسكوا بكل الطرق لرفع الطعون على العقد ، استناداً للمصالح العامة المكلفون بحمايتها . وأن الآخرين من الغير لا يمكنهم إلا أن يتمسكوا بالعيوب المباشرة التي لحقت بهم وسببت ضرراً بالغاً ، ، فيمكن للقاضي أن يتصدى من تلقاء نفسه للعيوب التي لحقت بالعقد وكانت على درجة عالية من الجسامة .

Ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

---

saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision ».

<sup>1</sup> Ainsi que: "que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat ».

وحيث إن ( الغير ) له أن يرفع دعوى وفق الشروط المحددة سابقاً ، ضد صحة العقد او ضد العديد من شروط العقد ، فإن قاضي العقد يفحص هل رافع الدعوى من الغير الذين لهم مصلحة (كالمتأفسين المستبعدين ) أو هو أحد ممثلي الدولة داخل الإقليم أو عضو في الهيئة الإدارية للسلطة المحلية أو جمعية من الجمعيات الإقليمية -إذا لحقهم ضرر وكان لهم مصلحة مباشرة في رفع الدعوى .

d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences

كما أكد الحكم أن على القاضي أن يأخذ في الاعتبار طبيعة تلك العيوب ، فيما أن يقترح استكمال تنفيذ العقد أو يدعو الأطراف لاتخاذ إجراءات تصحيحية في مدة محددة . وفيما عدا ذلك فللقاضي أن يفسخ العقد أو ينهيه ، إذا وجد عيوباً لا يمكن أن تعدل بإجراءات تنظيمية ، ولا يمكن لتلك العيوب أن تسمح باستمرار تنفيذ العقد ، وفي حالة الاقتضاء فإن القاضي يحكم بفسخ العقد أو إنهائه طالما كان يحتوي على بند غير مشروع . وللقاضي أن يفحص العقد ، فإذا وجد فيه عيباً من عيوب الرضا أو أي عيب من العيوب التي توصم بالجسامة ، فللقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه ببطلان العقد كلياً أو جزئياً ، والبطلان الجزئي يتضمن : دعوة الأطراف إلى أخذ إجراءات تصحيحية وتعويضية عن الأضرار للحقوق التي انتهكت <sup>1</sup> .

<sup>1</sup> L'arrêt cité que : "qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des

إضافة إلى أن هذا الحكم لا يسري بأثر رجعي ، ولا يستفاد منه كل الغير الذين أضرروا أو استبعدوا من العقود الإدارية<sup>1</sup>.

ثانياً : حيثيات الطعن الخاص بإقليم Tarn- et – Garonne

قالت المحكمة في حيثياتها: إن القرار الصادر بتاريخ ٢٠/١١/٢٠٠٦ والخاص بتقويض اللجنة الخاصة بالمجلس العام للمقاطعة، لرئيس مجلس المحافظة بتوقيع العقد مع شركة sotral ، يستوجب إلغاؤه ، ذلك أن محكمة استئناف Bordeaux قد أقرت بوجود إغفال لذكر معلومات وإجراءات هامة تتبع المناقصة ، خاصة وأن المقاطعة لم تعلم بالأوامر الخاصة بالإعلان والنشر، لعقد المناقصة العامة التي صدرت بتاريخ ٧/٩/٢٠٠٥ ، وهي إجراءات محددة للإعلان عن المناقصة والتوقيع عليها، وذلك وفقاً للقرارات رقم ١٧/٢٠٠٤ و ١٨/٢٠٠٤ الصادرة من مجلس الدولة و كذلك منالبرلمان ٢، وعليه فإن محكمة Bordeaux قد أخطأت في تطبيق القانون لأنها لم تستتبع الأثر الناتج من هذا الإغفال ، وعليه فيحق للمقاطعة أن تطعن على حكم محكمة استئناف Bordeaux .

وقد تساءل السيد DACOSTAB وهو المقرر العام للحكومة le

rapporteur public

---

conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés. »

<sup>1</sup>"Le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision".

<sup>2</sup>Considérant que, pour confirmer l'annulation de la délibération du 20 novembre 2006 par laquelle la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le marché avec la société Sotral, la cour administrative d'appel de Bordeaux a énoncé qu'en omettant de porter les renseignements requis à la rubrique de l'avis d'appel public à la concurrence consacrée aux procédures de recours, le département avait méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombaient en vertu des obligations du règlement de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement et du Conseil ."

<sup>3</sup> la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le département de Tarn-et-Garonne est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

(المفوض العام في فرنسا سابقاً) في تقريره المقدم قبل صدور الحكم ، عن مدى وجود تماس بين استقرار العلاقات التعاقدية والحق في اللجوء إلى القضاء ، وهذا- كما يرى - يؤدي إلى تقليل نسبة الأمن التعاقدية بالنسبة لأطراف لأنه يتعارض مع تعدد طرق الطعن

« L'équilibre entre les stabilité des relations contractuelles et droit au juge, tout en réduisant la durée de la période d'insécurité juridique, pour les parties, qui s'attache à l'existence des voies de recours?»<sup>1</sup>.

وكان الرد على هذا التساؤل واضحاً من خلال حكم الجمعية العامة لمجلس الدولة ، والذي قضى بأن يتم نقل كافة المنازعات أمام قاضي العقد ، حتى لو كانت المنازعة من الغير أي أن قاضي العقد : هو القاضي المختص ، وهذا من شأنه تحقيق الأمن القانوني للعقد ، حيث إنه عندما تنتظر جميع المنازعات أمام ذات القاضي وهو هنا قاضي العقد ، فهذا يحقق بنسبة كبيرة استقرار للعلاقات التعاقدية أو ما يسمونه الأمن القانوني للعقد .

«Il s'agit de déplacer l'intégralité du débat contentieux devant le juge du contrat, quel que soit le tiers concerné, de telle sorte qu'aucune autre voie contentieuse ne puisse prospérer une fois le contrat signé ».

## الفرع الثاني

### التعليق على حكم قضية Bonhomme

بالنظر إلى هذا الحكم المتفرد ، نجد أن حكم الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي قد أعطى الحق الكامل للغير أن يرفعوا دعاوى بإلغاء القرار الإداري المنفصل وبطلان العقود الإدارية بالرغم من عدم كون هذا الغير من أطراف العقد وفق مبدأ نسبية العقد ، ووفق القواعد التقليدية .

وأهمية عرض تلك القضايا هو : بيان أثر إلغاء القرار الإداري المنفصل على صحة العقد .

<sup>1</sup>B. DACOSTA, De Martin à Bonhomme – Le nouveau recours des tiers contre le contrat administrative, RFDA, 2014 n° 3, Mai-Juin 2014, p. 425 et s; C.E.Ass, 4 avril 2014, n° 358994, concl, B.DACOSTA.

فلاحظ أن هذا الحكم الصادر في عام ٢٠١٤ في قضية Bonhomme ، والحكم الصادر عام ١٩٠٥ في القضية الأشهر قضية<sup>١</sup> Martin ، بينهما اختلاف في المضمون إلا أن أثرهما واحد ، وهو قبول رفع دعوى من الغير في منازعة للعقود الإدارية ، مطالبًا بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال ، أو ببطان العقود الإدارية ، والتي لم يكن طرفًا فيها ، ولكنه أصاب ضررًا من جراء إبرام تلك العقود .

وفيما يلي إبراز لأهم الفروق بين القضيتين :

هناك تماثل وتشابه واضح للعيان ، بين القضيتين ، وبالرغم من المسافة الزمنية بينهما فقضية Martin صدر الحكم في عام ١٩٠٥ ، وقضية Bonhomme صدر حكمها في عام ٢٠١٤ .

وأول هذا التماثل هو أن السيد Martin وهو من الغير ، كان يشغل منصب

Délibération conseiller général وقد طعن على مداوات المقاطعة départementale .

فقد تم في عام ١٩٠٥ أن هاجم Martin مداوات إبرام عقد أشغال عامة لإنشاء Tram-way بفرنسا ، وفي عام ٢٠١٤ تم الطعن على الإذن الممنوح لرئيس المجلس العام ليوقع صفقة أشغال عامة لتأجير سيارات لمدة طويلة وتشغيلها .

في كلتا القضيتين ظهرت العديد من المخالفات منها :

١. عدم المشروعية الظاهر في إجراءات توقيع العقد  
procédure de passation

٢. حرمان المرشحين من بعض الضمانات ، كما في قضية

٢ Dathnomy والتي كان بها عيب عدم مشروعية القرار الإداري السابق على إبرام العقد ، والمتمثل في الخطأ في تحديد آخر موعد

<sup>1</sup> 4 août 1905, Martin, p.749, concl. Romieu, RDP, 1906.249, note Jèze, S. 1906.3.49, note Hauriou.

2 CE, ass., 23 dec. 2011, n° 335477, Lebon p. 649; AJDA 2012 .195, chron . X.DOMINO et A. BRETONNEAU.

لاستلام العطاءات من المرشحين مما نتج عنه حرمان بعض المتناقصين المهتمين بالدخول في المناقصة .

Tel était le cas pour une erreur de quelques heures dans la fixation du délai de reception des offres des candidats.

أيضاً يمكن القول أن : وسائل الهجوم لم تكن من نفس النوع ( اختلفت وسائل الطعن ما بين Martin و Bonhomme :

فالطاعن في قضية Martin طعن بأن جهة الإدارة أبرمت العقد بالرغم من وجود تقرير يوضح وجود عيوب جسيمة تحول دون إبرام العقد .

أما الطاعن في قضية Bonhomme في عام ٢٠١٤ استند في طعنه على مخالفة جهة الإدارة لقواعد الإعلان عن المناقصة Appel public للعقد المزمع إبرامه . وبالقراءة المتأنية لتقرير المقرر العام DACOSTA نجد أنه قديماً في فرنسا كان هناك إمكانية طعن الغير على العقود الإدارية بواسطة دعوى تجاوز السلطة مثل قضايا عديدة ذكرها المقرر العام في تقريره <sup>١</sup> .

وأعقب ذلك قضية Martin والتي تم فيها استبعاد هذه الإمكانية ، وبالرغم من ذلك فقد ظهر هناك بعض الاستثناءات كالحكم في قضية Cayzelle والذي أتاح للغير الطعن على الشروط اللائحية للعقود الإدارية Le clauses réglementaires des contrats administratifs <sup>٢</sup> .

ومثال على ذلك الشروط الواردة في عقود الالتزام والتي تحدد سعر الخدمة لمستخدمي المرفق العام ، والمكافآت التي يحصل عليها المتعاقدون .

(Dans une convention de délégation de service public, déterminent la trafication du service rendu aux usagers, et donc le rémunération du cocontractant).

<sup>1</sup> CE, 18 JUIN 1860, Duc de Clermont –Tonnerre, Lebon p. 460 ; CE, 30 avr. 1863, Ville de Boulogne, Lebon p. 404 , concl. Robert.

<sup>2</sup>B.DACOSTA, *op.cit.*, p. 425 et s.



ويُعد حكم Bonhomme والذي أحدث طفرة ، وأعدّ اتجاهًا جديدًا في القضاء الإداري الفرنسي وذلك بتوسيع اختصاص القضاء الكامل - قضاء التعويض Pleine Jurisdiction، والذي خول له النظر في طعن الغير على العقود الإدارية .

فالقضاء الكامل هنا سيختص بنظر كافة الطعون المقدمة من المدعين الطاعنين ( أطراف العقد الإداري ) ، وكذلك يختص بالنظر في كافة الطعون المقدمة من الغير .  
وقضية Bonhomme كما أوضحنا ، فتحت الباب لطعن الغير مثلما حدث في قضية Tropic مع بعض الاختلافات ، وقبل توضيح تلك الاختلافات لابد أن نميز بين العديد من أنواع الغير .

### الأنواع المختلفة للغير<sup>1</sup>

الفئة الأولى : الغير بصفة عامة :

وهو يشمل كل الغير في العقد الإداري بشرط أن يكون لهم مصلحة ، وهو الغير الذي ليس له اللجوء للطعن بالإلغاء . recours pour excès de pouvoir .  
بل يحق له الطعن على العقد ككل والمطالبة بالتعويض recours de pleine jurisdiction وأعطى الحكم لهم إمكانية الطعن أمام القضاء الكامل ، وهذا يعتبر تغييرًا جذريًا في منهج مجلس الدولة الفرنسي قديمًا .

ويتساءل الفقيه DELVOLVE هل هذا يعني التخلي عن القواعد العامة السابقة في إمكانية الغير في رفع دعوى تجاوز السلطة (الإلغاء) على القرار الإداري المنفصل ؟  
الإجابة هنا أن هذا ليس تخليًا عن إمكانية الغير رفع دعوى إلغاء ضد القرار الإداري المنفصل ، بل هو فتح باب جديد وقناة جديدة للغير في رفع دعوى أمام قاضي العقد ( القضاء الكامل )<sup>2</sup> .

<sup>1</sup>Pierre DELVOLVÉ , De Marin à Bonhomme – Le nouveau recours des tiers contre le contrat administrative, RFDA, 2014 , n° 3 Mai – Juin 2014, p.441 et s. ; Arrêt Bonhomme , CE., Assemblée , 4 avril 2014, Département de Tarn – et – Garonne , n ° 358994 , concl B.DACOSTA , note P. DELVOLVÉ , p. 425 et s.

<sup>2</sup> P. DELVOLVÉ, *op.cit.*, p. 441.

ويرجع السبب في قبول دعوى الغير أمام القضاء الكامل ( كما حدث في قضية Topic ) أن لهم مصلحة محتملة في التعاقد مع الإدارة أو الفوز بالمناقصة ، حيث أنهم قدموا عروض تنافسية مما كان يجعلهم في مركز قانوني يقترب بشدة من المركز القانوني للمتعاقدين ويمكن أن نطلق عليهم مسمى ( المرشحين الجادين للتعاقد ) ، حيث إن عطاءاتهم التي قدمت ، تدل بما لا يدع مجالاً للشك عن رغبتهم الأكيدة ونيّتهم الصادقة وطموحهم في التعاقد ، ورغم ذلك تم استبعادهم دون وجه حق ، مما دفع مجلس الدولة إلى حماية الغير في هذه الحالة <sup>1</sup> .

(Maisil est même temps un abandon du principe selon lequel les tiers n'avaient pas accès au juge du contrat. En ouvrant ce recours aux concurrents évincés, l'arrêt Tropic avait pu prendre en considération leur volonté de devenir des cocontractants: ils sont des précontractants. A cet égard, la contestation du contrat par eux pouvait être rapprochée de la contestation du contrat par les contractants eux – mêmes. La possibilité de leur recours n'était qu'une extension des personnes liées par le contrat (les cocontractants) aux personnes aspirant à l'être (les concurrents évincés).

الفئة الثانية : الغير بصفة خاصة :

قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن أمام القضاء الكامل من بعض الموظفين في البلديات والمقاطعات وأيضاً من أعضاء المجلس المحلي أو الجمعيات الإقليمية المختصة : وهو السيد Martin في القضية الشهيرة عام ١٩٠٥ ، والسيد Bonhomme عام ٢٠١٤ .  
وهناك رأي فقهي يتوسع في مفهوم الطاعنين من الغير ، فيعهد لكل شخص مسؤول عن مقاطعة أو جزء من المقاطعات مثل : ( Conseil général عضو المجلس الاقليمي المنتخب ، Conceil municipal عضو في مجلس البلدية ، Conseil de Paris عضو مجلس باريس المنتخب ) ، Conseil regional corsecia ، عضو في مجلس ما وراء البحار برفع طعن على العقد <sup>٢</sup> . exécutive. وله أن يوقع على العقد الإداري وله صفة تنفيذية

<sup>1</sup>Ibid.

<sup>2</sup>Ibid.

وأضاف أنه يمكن للغير مثل ممثل الدولة في الإقليم أو ممثل الدولة في المحليات  
le représentant de l'Etat dans le département ( ou " le territoire")  
يطعن على العقد ، ويرى الفقيه الفرنسي<sup>1</sup> أن هذا الحق مخصص لهم منذ عام ١٩٨٢  
فلهؤلاء أن يرفعوا طعوناً إدارية ، ليس ضد العقود المتعلقة بالأشغال العامة فقط ، بل  
أيضاً عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة المحلية وعقود ال partenariat أيضاً ، فلهم  
جميعاً أن يطعنوا ليس فقط عن طريق دعوى الإلغاء بل أيضاً لهم كل الحرية في أن  
يطعنوا وفق دعوى التعويض الكامل<sup>٢</sup>.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن هؤلاء الموظفين لهم مصلحة في رفع  
الدعوى أمام قاضي العقد ، إذ أنهم يدافعون وبجدية عن المصلحة العامة .

هناك تساؤل بالغ الأهمية يطرح نفسه في هذا النطاق مفاده : مدى جواز طعن  
الجهة المتعاقدة على العقد المبرم بينها وبين طرف آخر على القرار القابل للانفصال ،  
بمعنى : هل يجوز للجهة التي وقعت العقد أن تطعن على القرار القابل للانفصال ؟  
و الإجابة القطعية هنا : هي بالنفي ، حيث لا يجوز للجهة التي وقعت العقد أن  
تطعن على القرار القابل للانفصال الانتفاء المصلحة .

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي : أنه لا يجوز لمن وقع العقد ممثلاً  
لجهة الإدارة أن يطعن على القرار القابل للانفصال ، وذلك لعدم توافر شرط المصلحة<sup>٣</sup> .  
أنواع الطعون :

مضمون حكم Bonhomme أنه يجوز للغير الطعن بالبطلان على العقد أمام

القضاء الكامل

(قاضي العقد ) والطعن هنا امتد من المتناقص المستبعد كما في قضية Tropic

إلى كل الغير .

1P. DELVOLVE, note sur l'arrêt de Bonhomme op.cit. p. 441.

2CE, 4nov.1994, n°99643, Département de la Sarthe, Lebon T. p. 801 ; AJDA 1994, p.898. concl.C. MAUGUE; RDSS1995, P. 316, obs, P.LIGNEAU; CE, 23 Dec. 2011, Ministre de l'intérieur , de l'outre – mer, des collectivités territoriales et de l'immigration , prec. Note 16.

<sup>3</sup>CE , sect ., 4 fev. 1955, ville de Saverne, Lebon p. 73.

وفي عام ٢٠٠٩ ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى خلاف ذلك ففي قضية 1 Beziers<sup>1</sup> والتي أكد فيها الحكم على أن : الأصل أن قاضي العقد يفصل في صحة العقد في المنازعات التي تثور بين أطراف العقد ، فإذا تدخل الغير في هذه المنازعة ، يختص قاضي العقد بالفصل في المنازعة ، وفي غير هذه الحالة لا يستطيع الغير تخطي قاعدة أن قاضي العقد يفصل بين أطرافه ، وغاية ما يملكه الغير الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل أمام قاضي الإلغاء<sup>٢</sup>.

أي أن قبل حكمي Tropic و Bonhomme ، كان القضاء الإداري بفرنسا يرفض تماماً إمكانية أن يطعن الغير على صحة العقد الإداري ، أما بدءاً من عام ٢٠١٤ فقد تطور الأمر ليصبح هناك مجال أرحب وأوسع لإمكانية طعن الغير حتى ولو لم يكن متناقصاً مستبعداً على العقد بالرغم من كونهم ليسوا أطرافاً في العقد الإداري.

### Les pouvoirs du juge صلاحيات القاضي

يختص القضاء الكامل بالنظر في الطعون المقدمة من الغير ببطالان العقد الإداري وذلك وفقاً لقضية Bonhomme و Tropic و Bezier 1 وإن كانت كل قضية تختلف عن الأخرى .

فالقاضي في كل القضايا التي ينظرها ، يبحث في مدى وجود عيوب تلحق بالعقد وتؤثر في صحته ، وهل هناك عيوب أو مخالفات تلحق بملحقات ومشتملات العقد ؟، وبناء عليه يقرر القاضي أحد الطول الآتية :

أولاً: مدى إمكانية الاستمرار في تنفيذ العقد كما في قضية Tropic .

<sup>1</sup>C.E , 28/12/2009, Commune de Beziers , n° 304802.

<sup>2</sup> Le recours ouvert aux tiers " devant le juge du contrat " est " un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses ... " . Ainsi est reprise la formule de l'arrêt Tropic, étendue du " concurrent évincé" à " tout tiers " . Elle est à peine différente de celle de l'arrêt Commune de Béziers de 2009 à propos des parties à un contrat administrative , qui " peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux , contestant la validité du contrat qui les lie " . Ainsi est réalisée l'unification de contentieux des contrats administratifs quel qu'en soit le requérant : dans tout les cas, il s'exerce devant le juge du contrat , il porte sur la validité du contrat , il est un contentieux de pleine juridiction.

ثانيا : أن يدعو أطراف التعاقد إلى اتخاذ إجراءات في مهلة يحددها القاضي  
حماية للعقد و ألا يحكم القاضي بالفسخ .

ومن هنا نفهم أن في قضية Tropic لم يقدم القاضي في حكمه إلا شروطاً  
لضمان تنفيذ العقد، أما في قضية Bonhomme فلم يُسمح بتنفيذ العقد ، وهذا عكس ما  
حدث في قضية Tropic فالقاضي بعد أن يتأكد أن حكمه لن يؤدي إلى تعدد جسيم على  
المصلحة العامة *une atteinte excessive à l'intérêt général* ، فيستطيع أن يحكم  
بأحكام مختلفة ولها تأثيرات متعددة :

١ - إما بفسخ العقد مثلما حدث في قضية Tropic , Bezier<sup>1</sup>

٢ - أو كان العقد به جزءاً غير مشروع ، أو أن القاضي وجد أن هناك عيباً من  
عيوب الرضا أو أي عيب من العيوب الجسيمة التي تلحق بالعقد ، فله أن يتصدى من  
تلقاء نفسه بإبطال العقد كله أو إبطال جزء منه *l'annulation totale ou partielle* .

ومع هذه الحلول المتعددة ، نجد أن قضية Bonhomme أضافت مثلها مثل قضية  
Tropic حلولاً أخرى؛ مثل الحكم القاضي بالتعويض عن الأضرار *indemnisation du préjudice*  
إذا ما كان العقد خالي من الرضا وبه عيوب جسيمة كما في حكم قضية  
Bonhomme فقد حكم القاضي بتعويضات تغطي التعدد على حقوق المضرورين وفي  
قضية Tropic هناك تعويضات لجبر ضرر الحقوق المهذرة .

وفي المقابل ، ففي قضية Bonhomme لم يطلب القاضي من الأطراف  
تعديلات لشروط العقد تفادياً للبطلان أو فسخ العقد مثلما حدث في قضية Tropic .

---

<sup>1</sup>Pour l'arrêt Bonhomme , en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat ( condition qui n'est pas exprimée par les arrêt Tropic et Beziers 1 ) , le juge peut, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général ( consideration qui n'intervient dans Tropic et Beziers 1 qui à propos de l'annulation ) , prononcer m les cas échéant avec un effet différé :

- Soit la résiliation du contrat comme Tropic et Beziers<sup>1</sup> ;
- Soit , si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vices d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office , l'annulation totale ou partielle de celui-ci .

ففي قضية Tropic طلب القاضي من الأطراف تعديل شروط العقد ، وكان هدفه الأساسي هو: تحقيق المصلحة العامة وتحقيق ما يسمى بالأمن التعاقدية ، أو الأمن القانوني للعقد .

والتساؤل الذي يفرض نفسه هنا هو ، ماهي صلاحيات القاضي الذي ينظر للنزاع؟، وما مداها؟، فهل يمكن لقاضي العقد أن يتدخل بنفسه ليطالب أطراف العقد بتصحيح أو تعديل شروط العقد ، حتى تتلاءم مع مقتضيات المصلحة العامة؟ خاصة أن القضاء سابقاً - في قضية Tropic قد طالب الأطراف بتعديل شروط العقد.

ولقد انتقد الفقيه الفرنسي DELVOLVÉ ما حدث في قضية Tropic حيث إن القاضي في تلك القضية مهمته هي: الفصل في النزاع وليس مطالبة الأطراف بتعديل شروط العقد وأنه تدخل في بعض اختصاصات القاضي المستعجل، وهنا ينتقد الفقه هذا المسلك؛ فلا يجوز لقاضي العقد أن يأخذ اختصاصات القاضي المستعجل في المجال قبل التعاقدية<sup>1</sup>.

الملحوظة الثانية : أن في قضية Bonhomme لم يؤكد القاضي على استقرار العلاقات التعاقدية ولم يؤكد على حماية العلاقات التعاقدية ، وهذا عكس ما حدث في قضية Beziers 1 ، ففي قضية Beziers 1 حافظ القاضي على استقرار العلاقات التعاقدية ، وذلك لأن الطعن كان من أطراف العقد ، فقام القاضي جاهداً بالمحافظة على استقرار العلاقات التعاقدية ، وذلك لأن الغاية الكبرى لأطراف العقد كانت استقرار واستمرار العلاقات التعاقدية فيما بينهم ، وهذا عكس غاية الطعن الصادر من الغير مثل قضية Bonhomme، فالطاعن في تلك القضية هدفه إبطال العقد. وليس استقراره<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Il n'apparaît plus dans Bonhomme de référence ni l'objectif de stabilité des relations contractuelles qui l'ont avait pu critique comme étrangère aux pouvoirs du juge du contrat ( don't la presence dans Tropic était un transfert inapproprié des pouvoir du juge dans le référé précontractuel ).

<sup>2</sup>On ne retrouve non plus dans Bonhomme de référence ni à l'objectif de stabilité des relations contractuelles ni à l'exigenc de loyauté des relations contractuelles qui ont tant d'importance dans Beziers 1 , l'ommission s'explique parce que l'arrêt Bonhomme traite du recours engagé par un tiers et Breziers du recours entre parties : la loyauté des relations contractuelles ne concerne que les parties aux conrats , En revanche si la

وقد انتهت الآراء الفقهية في هذا الصدد إلى أنه لا بد للقاضي أن يوازن ما بين درجة جسامه العيوب التي لحقت بالعقد ومقتضيات المصلحة العامة ، هذا التوازن يمكن القاضي من اتخاذ أحد الحلول الآتية :

١ - الاستمرار في تنفيذ العقد *poursuite du contra* مع إمكانية إجراء تعديلات فورية أو مستقبلية *avec un éventuelle regularization* *immédiatement ou ultérieurement*

٢ - فسخ العقد *résiliation* أو إبطاله كلياً أو جزئياً *annulation*

*،paterielle ou totale*

٣ - إضافة للحكم بالتعويضات .

وبهذا نكون قد عرضنا للاتجاهات القضائية الفرنسية في الحكمين الأشهرين ، القضية الأولى : قضية *Tropic* والقضية الثانية : قضية *Bonhomme* ، وكيف أن القاضي الإداري انتهى إلى : أنه يمكن للغير أن يرفع دعوى بإبطال العقد الإداري بعدما كان محظوراً عليه أن يتدخل .

## المبحث الثاني

### بطلان العقد الإداري

#### كأثر لإلغاء القرار القابل للانفصال في مصر والتدخل التشريعي

السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو : متى يتم بطلان العقد عموماً ؟ هناك حالات نذكر منها : أنه إذا كان سبب إلغاء القرار القابل للانفصال هو : عدم مشروعية شروط في العقد ذاته ، *des stipulation contractuelle* فإن إلغاء القرار القابل للانفصال يؤدي إلى بطلان العقد ، وهو البطلان الذي أعلنه الحكم بإلغاء القرار القابل للانفصال ، وهذا ما سيتم عرضه لاحقاً .

---

stabilité de ces relations les concerne au premier chef, il n'est pas indifférent de les oppose aux tiers . cette consideration aurait pu être reprise.

<sup>1</sup>D.POYAUD, La nullité des contrats administratifs, LGDJ. 1991, p. 265; P. DELVOLVÉ, *op.cit.*, p. 445.

و هناك سبب آخر لبطلان العقد هو : أن يكون سبب إلغاء القرار هو عيب في القرار ذاته وليس في شروط العقد ، وهناك رأي فقهي يرى أنه لا بد من النظر إلى درجة العلاقة بين القرار والعقد ، فإن كانت درجة العلاقة بينهما كبيرة ومباشرة كان إلغاء القرار يؤدي إلى إلغاء العقد ، والعكس صحيح.

كما ذهب فتوى من قسم الرأي بمجلس الدولة المصري أن إلغاء القرار القابل للانفصال يؤدي لبطلان العقد ، فقد ذهب قسم الرأي مجتمعاً في مجلس الدولة في أحد الفتاوى إلى الأخذ بالاتجاه الذي يترتب على إلغاء القرار القابل للانفصال بطلان العقد كأثر مباشر حيث ورد في تلك الفتوى : " وبما أنه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادراً من سلطة إدارية لها الحق في إصداره ، ويعتبر الإخلال بذلك موجباً لبطلان التصرف " <sup>٢</sup> ، وأكد البعض أنه يجب أن يترتب على إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة إلغاء العقد حتى لا يبقى العقد قائماً على تصرف باطل ومخالف للقانون ، ذلك أن إبرام العقد لا يجعل الإدارة بمنجاة عن تنفيذ القانون ، ووجوب أن تصدر قراراتها مطابقة له <sup>٣</sup> .

وعلى النقيض تماماً من ذلك، نجد أن هناك رأي فقهي يرى : أنه لا بد من عدم ترتيب أثر مباشر لحكم إلغاء القرار القابل للانفصال على العقد <sup>٤</sup> .  
وقد اجتهد الفقهاء في مصر في وضع حلول عملية لتلك الإشكالية ، مفادها :  
مدى السماح للغير بالمطالبة بإبطال العقد الإداري .

فقد ذهب بعض الفقه<sup>٥</sup> باقتراح مضمونه ، أن يسمح للغير بالمطالبة بإبطال العقد أمام قاضي العقد ، وذلك بعد الحصول على حكم بإلغاء القرارات المنفصلة من قاضي الإلغاء .

<sup>١</sup>د. جورج شفيق ساري ، مرجع سابق ، ص. ١٦٦ .  
<sup>٢</sup>فتوى قسم الرأي مجتمعاً رقم ٦٨٤ بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٢ ، منشورة بمؤلف د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، ط ٥ ، ١٩٩١ ، ص. ١٨٩ ؛ لعرض الآراء المختلفة بين الأحكام القضائية الفرنسية والمصرية راجع : د. عبدالله سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص. ٣٧٣ إلى ٣٦٧ .

<sup>٣</sup>د. حسين درويش عبدالعال ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، ج ٢ ، مكتبة الانجلو المصرية ، ١٩٥٨ ، ص. ٢٠٤ .  
<sup>٤</sup>د. زكي محمد النجار ، نظرية البطلان في العقود الإدارية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨١ ، ص. ٣٨٤ .

<sup>٥</sup>د. عبدالحميد حشيش ، مرجع سابق ، ص. ٤٨ ؛ د. محمد عبدالعال المناري ، مرجع سابق ، ص. ٩٣ .



فيمكن لمن لم ترس عليه المناقصة لسبب غير مشروع أن يلغي قرار المناقصة على غيره ، ثم بعد ذلك يلجأ إلى قاضي العقد ليطالبه بإبطاله استناداً إلى عدم شرعية القرار .

بينما ذهب رأي فقهي باقتراح آخر مفاده يتمثل في : أن يلجأ الغير إلى قاضي الإلغاء ويسمح له بترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية على إلغاء القرار بما في ذلك بطلان العقد نفسه ، وفي حالة المساس بالعقد أو بعض بنوده فإن ذلك الرأي الفقهي يرى : أنه يجب أن يتم اختصام طرفي العقد فضلاً عن الإدارة مصدرة القرار ، وذلك حتى يدافع كل صاحب مصلحة عن حقوقه<sup>١</sup> .

وكما رأينا في فرنسا فإن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع خطأ فاصلاً بين المصلحة في دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل والمصلحة في دعوى بطلان العقد ، وقد أكد القضاء الإداري الفرنسي على أن : إلغاء القرار الإداري المنفصل لا يترتب عليه بالضرورة بطلان العقد ، فإذا تم رفع دعوى إلغاء من أحد الأفراد استناداً لكونه مواطناً فرنسياً ، فإذا تم إلغاء هذا القرار فلا يترتب على ذلك بطلان العقد إعلاء لمبدأ نسبية آثار العقد الإداري .

ثم توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم نسبية آثار العقد الإداري وقرر أن إلغاء القرار الإداري المنفصل لا يترتب عليه بطلان العقد الإداري ، إلا إذا كان صاحب دعوى الإلغاء في مركز قانوني خاص بالنسبة للعقد الإداري كأن يكون متناقصاً مستبعداً أو أحد أطراف الإدارة التي لم تكن طرفاً في العقد ، ولكن يؤثر العقد فيها بطريقة أو بأخرى مثل القضيتين المعروضتين سابقاً وهما : قضيتي Tropic و Bonhomme<sup>٢</sup> .

والوضع الحالي في مصر جد مختلف ، حيث أبطل القضاء الإداري في مصر عقوداً إدارية كأثر مباشر لرفع إلغاء القرار الإداري المنفصل من الغير<sup>٤</sup> ، ولم يشترط

<sup>١</sup>د. محمد عبدالعال السناري ، المرجع سابق ، ص. ٩٤ .

2Conseil d'État, Assemblée, 16 Juillet 2007, n° 291545.

3Conseil d'Etat, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et- Garonne, n° 358994.

<sup>٤</sup>قضية شركة طنطا للكتان والزيتون حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٢٤٨ لسنة ٦٥ ق ، بتاريخ ٢١ / ٩ / ٢٠١١ ، قضية مدينتي ١ ، حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٢٦٢٢ لسنة ٦٣ ق ، جلسة ٢٠١٠/٦/٢٢ .

مجلس الدولة المصري شروطاً خاصة في الغير رافع دعوي الإلغاء ، فقد قبل الدعوي واعتبر أن صفة المواطن كافية للدلالة علي توافر مصلحة شخصية ومباشرة لرافع الدعوى ، ورتب على ذلك أثر // خطير وهو : بطلان العقد الإداري .

ولعل هذه الأحكام كانت لها خطورة علي عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مما دفع المشرع المصري إلي التدخل بإصدار تشريع عقود الدولة لحماية الاستثمار والمقصود هنا القانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ ، ولذلك فقد قصر القانون الجديد بطلان العقد الإداري علي دعاوى ترفع فقط من أطراف العقد الإداري .

وبالنظر إلي الأحكام الصادرة من مجلس الدولة المصري نستطيع أن نرصد التساؤلات الآتية :

أولاً : انعدام القرار الإداري المنفصل هل يؤدي لبطلان العقد الإداري؟

ثانياً : إلغاء القرار الإداري المنفصل هل يؤدي لبطلان العقد الإداري؟

وعليه فسندناقش تلك الأفكار في المطلبين القادمين .

المطلب الأول : بطلان العقد كأثر مباشر لإلغاء القرار الإداري القابل للانفصال .

المطلب الثاني : التدخل التشريعي في مصر وفق القانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ .

### **المطلب الأول**

#### **بطلان العقد كأثر مباشر لإلغاء القرار الإداري القابل للانفصال**

في الأعوام القليلة الماضية قام القضاء الإداري في مصر ببعض الاجتهادات ، من خلال أحكامه القضائية لإيجاد حل عملي لأثر إلغاء القرار القابل للانفصال على العقد ، وسنعرض أبرز القضايا والتي حكم فيها القضاء الإداري بإبطال العقد الإداري ، وذلك بناء على إلغاء القرار القابل للانفصال ، وفي حالات أخرى بناء على انعدام القرار القابل للانفصال .

وسنأخذ أمثلة لهذه القضايا ألا وهي : قضايا ( مدينتي ١ - شركة عمر افندي -

شركة طنطا للكتان والزيوت - بيع الغاز الطبيعي لإسرائيل ) وذلك فيما يلي :

١ قضية بيع الغاز الطبيعي لإسرائيل ، حكم محكمة القضاء الإداري دعوى رقم ٣٣٤١٨ لسنة ٦٢ ق- جلسة ١٨ / ١١ / ٢٠٠٨ .

أ- بطلان عقد مدينتي: حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٢/٦/٢٠١٠ في الدعوى رقم ١٢٦٢٢ لسنة ٦٣ ق<sup>١</sup>.

والتي انتهت المحكمة في حكمها بأن : ( أولاً: .... ثانيًا: ...

ثالثًا: بقبول الدعوى شكلاً ، وفي الموضوع ببطلان عقد البيع الابتدائي المؤرخ ١/٨/٢٠٠٥ وملحقه المؤرخ ٢١/١٢/٢٠٠٥ ، ببيع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني ، ثمانية آلاف فدان لإقامة مشروع مدينتي بمدينة القاهرة الجديدة ).

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا الحكم في جلستها التي عقدت بتاريخ ١٤/٩/٢٠١٠.

ب- قضية شركة طنطا للكتان والزيوت: حكم محكمة القضاء الإداري ٢١/٩/٢٠١١ دائرة المنازعات والاستثمار - الدائرة السابعة في الدعوى رقم ٣٤٢٤٨ لسنة ٦٥ ق<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup><http://ecesr.org/2010/07/06/>

أقام المدعيان الدعوى الأصلية المائلة بإيداع صحيفتها قلم كتاب بالمحكمة بتاريخ ٤ / ١ / ٢٠٠٩ وطلبوا في ختامها الحكم أولاً : بصفة عاجلة وقف تنفيذ القرار السلبي للمدعى عليهم بالامتناع عن فسخ عقد بيع أرض مدينتي المؤرخ ١ / ٨ / ٢٠٠٥ وملاحقه ، والمتمثلة في بيع ثلاثة وثلاثين مليون وستمئة ألف متر للشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار . وبجلسة ٣ / ٩ / ٢٠٠٩ قدم المدعيان حافظة مستندات طويت على مذكرة يدفعاها والتمسوا في ختامها الحكم أصلياً :

١ - ببطلان العقد المبرم بين الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني وهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة المؤرخ ١ / ٨ / ٢٠٠٥ ، لبيع مساحة ٥٠٠٠ خمسة آلاف فدان .

٢- ببطلان ملحق العقد الابتدائي لبيع مساحة ٣٠٠٠ ثلاثة آلاف فدان لذات الشركة بتاريخ ٢١ / ١٢ / ٢٠٠٥.

وقدم الطرف الثاني مذكرة دفاع خلص في ختامها إلى طلب الحكم أولاً: في طلبات التدخل الانضمامي إلى جانب الجهة الإدارية المدعى عليها ، بقبول التدخل شكلاً ، وفي موضوع الدعوى الأصلية أصلياً: ١- عدم قبول الدعوى لانقضاء الصفة والمصلحة. ٢- عدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون.

٣- عدم قبول الدعوى لانقضاء القرار الإداري، واحتياطياً : رفض الدعوى ، مع إلزام المدعيين المصروفات.

وبهذا فقد قدم الطرف الأول طلباتهم المتمثلة في وقف تنفيذ القرار السلبي ، وفي الموضوع بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه ، كما طالبوا موضوعياً ببطلان العقد الإداري المبرم بين الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني وهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، وكذلك المطالبة ببطلان ملحق العقد الابتدائي .

وقدم الطرف الثاني طلباته والتي تمثلت في : المطالبة بعدم قبول الدعوى لانقضاء الصفة والمصلحة ، وعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون ، كما طالبوا بعدم قبول الدعوى لانقضاء القرار الإداري.

أُبتاريخ ٢١/٥/٢٠١١ أقام المدعون هذه الدعوى بصحيفة أودعت قلم كتاب محكمة القضاء الإداري ، وطلبوا في ختامها الحكم بوقف تنفيذ قرار المطعون ضدهم من الأول حتى الرابع ببيع شركة طنطا للكتان والزيوت بما تترتب على ذلك من آثار أخصها بطلان عقد البيع المحرر.

## ج - قضية عمر أفندي<sup>١</sup> :

وقد حكمت محكمة القضاء الإداري : ( بقبول الدعوى شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه ، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها بطلان عقد بيع ٩٠% من أسهم شركة عمر أفندي المبرم بين الشركة القابضة للتجارة (القومية للتشييد والتعمير حالياً) وكل من شركة أنوال المتحدة للتجارة وجميل عبد الرحمن محمد القنبيط.

## د - قضية بيع الغاز الطبيعي لإسرائيل:

حكم محكمة القضاء الإداري دعوى رقم ٣٣٤١٨ لسنة ٦٢ ق ، جلسة ١٨ / ١١ / ٢٠٠٨ ، وقد جاء الحكم أن : ( [...] ورابعاً: بقبول الدعوى شكلاً، وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه فيما تضمنه من بيع الغاز الطبيعي لإسرائيل مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمت جهة الإدارة مصروفات هذا الطلب )<sup>٢</sup> .

وباستقراء الدفوع التي قدمها أطراف الدعوى نجد أنها تعددت إلا أن أهمها هو الدفع الخاص بانعدام الصفة والمصلحة ، ذلك أن رافع الطعن كان من الغير، والدفع الخاص بعدم وجود القرار الإداري من الأساس والدفع بعدم اختصاص المحكمة نتيجة لذلك ، كما أن من أهم الدفوع التي تم استقراؤها في تلك الدعاوي هو انعدام القرار

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١١٤٩٢ لسنة ٦٥ ق ، بجلسته ٢٠١١/٥/٧ ، وفيها : قام أشخاص من غير أطراف العقد دعوى بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢١ طلب في ختامها الحكم بصفة مستعجلة ب١ - أصلياً وقف تنفيذ قرار إبرام العقد موضوع الدعوى وفي الموضوع ١ - إلغاء قرار إبرام البيع وبطلان العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار . وذلك بعد أن باعت الشركة القابضة للإنشاء والتعمير ( الشركة القومية للتشييد والتعمير حالياً ) بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢ شركة عمر أفندي لشركة أنوال المتحدة للتجارة ، مقابل ٥٩٠ مليون جنيه وان السعر المقدر يفوق هذا السعر بمراحل.

<sup>٢</sup> وتتلخص وقائع القضية في أن المدعي أقام الدعوى بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٢٢ طالباً في ختامها الحكم أولاً: في الشق المستعجل بوقف تنفيذ قرار وزير البترول رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٤ والاتفاقات التي ترتبت عليه. ثانياً: وفي الموضوع : بإلغاء القرار المطعون فيه وكل ما ترتب عليه أو يستند إليه من قرارات وأثار قانونية ، وذلك بعد أن نما إلى علمه بتوقيع مذكرة تفاهم وقعت على المستوى الوزاري بين مصر وإسرائيل وتعهدت فيها مصر بتوريد الغاز الطبيعي لإسرائيل بسعر مخفض للغاية لا يتجاوز دولاراً وربيع الدولار في حين أن قيمته السوقية حالياً (وقت رفع الدعوى) تزيد على تسعة دولارات، وأضاف المدعي أن المدعي عليه الثاني - بصفته - ( وزير البترول والثروة المعدنية ) قد أصدر القرار الوزاري رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٤ والذي اعتبر سرياً فلم ينشر بالجريدة الرسمية وقد أشار في ديباجته إلى قرار لمجلس الوزراء في اجتماعه بتاريخ ١٨ سبتمبر ٢٠٠٠ والذي يمنح وزارة البترول ممثلة في الهيئة العامة للبترول الحق في التفاوض والتعاقد مع شركة غاز شرق البحر الأبيض المتوسط من أجل بيع (٧) مليار متر مكعب من الغاز الطبيعي لإسرائيل على مدار خمسة عشر عاماً قابلة للتجديد، وأنه تم توجيه خطاب إلى رئيس مجلس إدارة شركة غاز شرق المتوسط أشير فيه إلى أنه تم إبلاغ الجانب الإسرائيلي بأن مجلس الوزراء في اجتماعه بتاريخ ١٨ سبتمبر ٢٠٠٠ قرر تحديد سعر البيع من الهيئة المصرية العامة للبترول في ميناء العريش بسعر ٧٥ سنناً وبسعر أقصى دولار وربيع الدولار.

الإداري والذي كان عاملاً مشتركاً بين تلك القضايا ، والذي سنحاول أن نبيّن هذا الدفع بشيء من التفصيل .

### ١ - بالنسبة للدفع الخاص بالصفة والمصلحة :

بالنسبة للمصلحة في الدعوى ، يمكن القول أنالمشرّع المصري قد اتجه في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر عام ١٩٦٨ إلى جعل المصلحة شرطاً في الدعوى ، فقد نص القانون في المادة ( ٣ ) منه على أن ( لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ) .

والمصلحة الشخصية المباشرة هي " الحالة التي يكون الطاعن فيها في مركز قانوني خاص مميزاً عن سائر الأفراد وغير مندمجة بالمصلحة العامة التي نص القانون على وجه الأشخاص الممثلين لها، ويؤثر القرار المطعون فيه بالإلغاء تأثيراً مباشراً " <sup>١</sup> .  
والمصلحة في دعوى الإلغاء - على خلاف الحال في قانون المرافعات وفي دعوى القضاء الكامل - لا يلزم أن تستند الى حق للمدعي ، بل يكفي أن يكون لرافع الدعوى مجرد مصلحة لا ترتقي إلى مرتبة الحق ، لأن دعوى الإلغاء تعتبر دعوى موضوعية وليست دعوى شخصية <sup>٢</sup> .

ولتحقق شرط المصلحة في دعوى الإلغاء يكفي أن يكون المدعي في مركز خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه أو بعبارة أخرى أن يكون القرار الإداري قد مس حالة قانونية خاصة بالمدعي تجعل له مصلحة مباشرة في الطعن بالإلغاء <sup>٣</sup> .

<sup>١</sup> د. فؤاد العطار ، مرجع سابق، ص. ٥٠٣ ، د. محمد عبد السلام مخلص ، مرجع سابق ، ص. ١٢٢-١٢٣ ؛ د. عبدالعظيم عبد السلام ، مرجع سابق ، ص. ١٢٠ ؛ حكم الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٠١٤ لسنة ٣٧ ق ، جلسة ١٩٩٣/٢/٧ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ١٩٩٤ ، ج ٣٣ ، ص. ١٥٨ ، ومن الأحكام القضائية الحديثة نسبياً : محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم ٤٢٤٠ لسنة ٥٦ ق ، بتاريخ ٢٠٠١/١٣/١٤ ؛ محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم ٢٦٢٠٧ لسنة ٥٩ ق ، بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٩ .

<sup>٢</sup> د. ماجد راغب الطلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص. ٢٩٨ .  
<sup>٣</sup> د. محمد رفعت عبدالوهاب ، ود. أحمد عبدالرحمن شرف الدين ، القضاء الإداري ، المكتب العربي للطباعة ، الإسكندرية ، ١٩٨٨ ، ص. ٤٢٥-٤٢٦ ؛ حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٦١٤ لسنة ٣٣ ق ، بتاريخ ١٩٩٤/١٢/٣١ ، منشور بمجموعة السنة الأربعين ، ج ١ ، ص. ٧٩١ وما بعدها .

ويؤكد القضاء الإداري في مصر وفرنسا على ضرورة توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في دعوى الإلغاء كأحد شروطها<sup>١</sup> ، كما يدمج مجلس الدولة المصري بين شرط الصفة وشرط المصلحة في دعوى الإلغاء<sup>٢</sup> وذلك لتصحيح الحالات القانونية لإزالة كل أثر قانوني للقرارات غير المشروعة والمخالفة للقانون ، وقد استقر القضاء أن في دعاوي الإلغاء على اندماج شرط الصفة مع شرط المصلحة ، فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة مادية أو أدبية حالة أو محتملة لرافع الدعوى ، وقد أكد العديد من الفقهاء تلك على هذا الدمج<sup>٣</sup> وبالرغم من وجود آراء فقهية فردية<sup>٤</sup> ترفض الدمج .

إلا أن هذا الدمج - كما سبق وذكرنا - هو اتجاه ومنهاج مجلس الدولة المصري ، فمفهوم المصلحة يترادف مع مفهوم الصفة في مجال دعوى الإلغاء بحيث تندمج الثانية في الأولى بالنسبة لقضاء الإلغاء ، ولهذا المعنى استقرت أحكام القضاء الإداري ، حيث عدت الصفة في دعاوي إلغاء القرارات الإدارية لمجاوزة السلطة مندمجة في المصلحة ، فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة مادية أو معنوية لرافع الدعوى في طلب إلغاء القرارات المذكورة سواء أكان رافع الدعوى هو الشخص الذي صدر بشأنه القرار المطعون فيه أم غيره ، والقاعدة المتقدمة مؤسسة على طبيعة هذه الدعوى ، من أنها دعاوي عامة موضوعية<sup>٥</sup> .

١. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري - دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص. ١٧٣ .

٢. حكم المحكمة الإدارية العليا ، الدعوى رقم ١٥٣ لسنة ٨ ق ، جلسة ١٩٨٠/٤/١٥ الموسوعة الإدارية الحديثة ، ص. ٨٣ ؛ حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٣ ق ، جلسة ١٩٩٢/١٢/١٣ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج ٣٣ ، ص. ١٥٧ .

٣. أنس جعفر ، الوسيط في القانون العام - القضاء الإداري ، ١٩٨٧ ، ص. ٣٣٣ ؛ د. سعد عصفور ود. محسن خليل ، القضاء الإداري ، ص. ٣٧٣ ؛ د. عبد العظيم عبد السلام ، مرجع سابق ، ص. ٩٦ وما بعدها ؛ د. محمد عبداللطيف ، مرجع سابق ، ص. ١٠٠ ؛ د. محسن خليل ، قضاء الإلغاء ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص. ٢٠٠ .

٤. فؤاد العطار ، القضاء الإداري - دراسة مقارنة ، ١٩٦٣ ، ص. ٥٠٨ ؛ د. محمود حلمي ، القضاء الإداري ، ١٩٧٧ ، ص. ٤١٣ ، ويشرح سيادته فكرته أن : " وفي رأينا أن المصلحة تتميز عن الصفة ، وقد يكون للشخص مصلحة ، ومع ذلك فلا صفة له في التقاضي ، وقد تكون الصفة في التقاضي لغيره ، فالصفة في الدعوى هي قدرة الشخص على المثول في الدعوى كمدعي أو مدعي عليه ، أو هي القدرة القانونية على رفع الخصومة إلى القضاء أو المثول أمامه لتلقيها " .

٥. حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٣٤١٨ لسنة ٦٢ ق ، فقد استقر قضاء المحكمة على أن شرطاً الصفة والمصلحة يندمجان ويتحقق المصلحة في دعوى الإلغاء في كل حالة يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هل تتوفر المصلحة لشخص الغير في رفع

دعوى الإلغاء ، ومن الذي يقرر تواجد شرطي الصفة والمصلحة من عدمه ؟

تتلخص إجابة تلك التساؤلات في حيثيات حكم محكمة القضاء الإداري التالي ،

والذي أكد على عدة شروط أهمها : توافر القرار الإداري وأن يكون قائماً منتجاً لآثاره

عند إقامة دعوى الإلغاء ، مع استمرار القرار الإداري قائماً حتى صدور حكم نهائي فيها

، ذلك أن دعوى الإلغاء مناطها الرئيس هو : اختصاص القرار الإداري لإعادة الحال إلى

ما هو عليه وتصحيح العيوب التي لحقت بالقرار الإداري .

أما مهام القاضي الإداري: هو التحقق أولاً من توافر شرطي الصفة والمصلحة

بصورة كاملة ، كذلك مدى جدوى الطلبات المقدمة في الدعوى <sup>1</sup> .

أما عن توسع شرط المصلحة في دعوى الإلغاء ، فهناك حكم لمحكمة القضاء

الإداري في قضية تتلخص وقائعها في رفع المدعي دعوى أمامها بوقف تنفيذ قرار

الحكومة المصرية بدفن النفايات الذرية بالصحراء المصرية وإغائه ، ودفعت إدارة

قضايا الدولة بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة أو مصلحة للمدعي في رفعها ، إلا أن

المحكمة قد رفضت هذا الدفع وقضت بأن : ( [...] صفة المواطن تكفي في بعض

الحالات لإقامة دعوى الإلغاء طعناً في القرارات الإدارية التي تمس مجموع المواطنين

المقيمين بأرض الدولة وتعرض مصالحهم أو صحتهم أو مستقبلهم للأخطار الجسيمة ،

---

شأنها أن تجعل القرار يؤثر في مصلحة جدية له ؛ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٢١٤٩ لسنة ٦٤ قضائية: ( ويشترط لقبول التدخل بنوعيه شرطان : الأول : أن تكون لطالب التدخل مصلحة في التدخل ، ويتسع شرط المصلحة لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً في مصلحة جدية له ) .

<sup>1</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ١٢١٤٩ لسنة ٦٤ قضائية والتي كان الحكم فيها أن : ( المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى بأن يكون رافعها في مركز قانوني خاص بالقرار المطعون فيه إنما يتعين توافره ابتداء كما يتعين استمرار قيامه حتى صدور حكم نهائي ، ذلك أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصاص القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته ، فالقرار الإداري هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء ومن ثم يتعين أن يكون القرار قائماً منتجاً آثاره عند إقامة الدعوى ، وأن يستمر قائماً حتى صدور حكم نهائي فيها ، ذلك أن دعوى الإلغاء تستهدف إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المطلوب إلغاؤه ، فإذا حال دون ذلك مانع قانوني فلا يكون ثمة وجه للاستمرار في الدعوى ويتعين الحكم بعدم قبولها لانقضاء المصلحة فيها ولذلك فإن القاضي الإداري بما له من هيمنة إيجابية كاملة على إجراءات الخصومة الإدارية يملك توجيهها وتقصى شروط قبولها واستمرارها دون أن يترك للخصوم إدارة الدعوى وبالتالي فعليه التحقق من توافر شروط المصلحة وصفة الخصوم والأسباب التي بنيت عليها الطلبات ومدى جدوى الدعوى لأطرافها حتى لا يشغل القضاء الإداري بخصومات لا جدوى من ورائها ) .

وبالتالي فإن القرار المطعون فيه لو صح لكان من هذا النوع من القرارات ، ويحق للمدعي بوصفه مواطناً أن يطعن فيه أمام القضاء الإداري مستوفياً رقابته عليه لبيان مدى اتفاهه مع المصلحة العامة أو تعارضه معها ، ومن ثم يغدو الدفع انعدام مصلحة المدعي لا أساس له ويتعين لذلك رفضه <sup>١</sup> .

وردًا على الدفع الخاص بانتفاء شرطي الصفة والمصلحة حكمت المحكمة بأن شرط الصفة والمصلحة يتسع بحيث لا تنقيد المصلحة حرفياً بحق أو مركز قانوني ذاتي أو شخصي لرافع الدعوى ، حتى أن الحكم قد خفف من شروط وقيود مصلحة الغير في الدعوى ، فأكد الحكم في حيثياته أنه يمكن للشخص أن تتوفر فيه المصلحة الكاملة وقت رفع الدعوى وكذلك بعد رفع الدعوى ، بشرط أن تقدر المحكمة كفاية درجة المصلحة في الدعوى من عدمه <sup>٢</sup> .

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ١٩٢٧ ، لسنة ٣٢ ق ، جلسة ١٩٨٠/٤/١ ، مذكورة في مؤلف د. عبدالعظيم عبدالسلام، مرجع سابق ، ص. ١٣٣-١٣٤ .

<sup>٢</sup> تابع حكم مدينتي ١ : ( وحيث أنه عن الدفع المبدي - من هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة - بعدم قبول الدعوى لانتهاء شرطي المصلحة والصفة في المدعين إ دعاء بأنهما لم يقدمتا أي طلبات إلى هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة بخصوص تخصيص قطعة أرض لهما بمدينة القاهرة الجديدة ، واستنادًا إلى نص المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تشترط أن يكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون ، وبالتالي فلا تكون لهما صفة ولا مصلحة في طلباتهما ببطالان أو فسخ عقد البيع المبرم بين هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة والشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني المثار بشأنه النزاع في هذه الدعوى.

وحيث إن مفهوم المصلحة في الدعوى الماثلة باعتبارها من المنازعات الإدارية يتسع بحيث لا تنقيد فيها المصلحة حرفياً بحق أو مركز قانوني ذاتي أو شخصي لرافع الدعوى ، فضلاً عن ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد تخفف في تطلب شروط المصلحة فيما يتعلق بهذه المنازعات ، وقد صار على نهج مجلس الدولة المصري ، إذ يستوى في توافر المصلحة لرافع الدعوى أن يكون المساس بمصلحته في تاريخ رفع الدعوى أو في تاريخ لاحق ومهما كانت الدرجة التي يكون عليها المساس بالمصلحة طالما قدرت المحكمة كفاية هذه الدرجة.

كما أن من المستقر عليه اندماج الصفة في المصلحة في الدعاوى الإدارية وهو ما يعبر عنه بالمصلحة المانحة للصفة في التقاضي. ولما كانت هذه الأحكام في شأن المصلحة في الدعاوى الإدارية قد أوجبتها الطبيعة القانونية لهذه الدعاوى ، كما فرضه هدفها الأسمى الذي استنتت من أجله هذه الوسيلة القضائية لتكون ضماناً لمبدأ المشروعية الذي يرتكز عليه بناء الدول المتحضرة ، والذي يؤسس عليه البنية التحتية التي يؤسس عليها بناء الحقوق والحريات المكفولة دستورياً ودولياً الأمر الذي لا يجوز معه تطبيق نص المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلة بالقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ في النزاع المائل وعلى النحو الذي طلبته الجهة الإدارية المدعي عليها والشركة المتدخلتة انضمامياً إلى جانبها في مذكرات دفاعهما سندا لدفعهما بانتفاء مصلحة وصفة المدعين لما يمثله في ذلك من تعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية مما يفقد النص المشار إليه شرط إنطباقه ؛ وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ في حكمها الصادر في الطعن رقم ١٥٢٢ لسنة ٢٧ ق. ع جلسة ٩ / ٤ / ٢٠٠٧ ؛ وفي هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ٥٥٤٦ و ٦٠١٣ لسنة ٥٥ ق. ع جلسة ٢٧ / ٢ / ٢٠١٠ .



وانتهت المحكمة في حكم مدينتي ١ إلى أن : (وحيث لما كان ما تقدم ، وكان المدعيان من مواطني جمهورية مصر العربية وهم من المخاطبين بأحكام الدستور ، وبحق لهما الدفاع عما يبدو لهما أنه حق من حقوقهما المتعلقة ببيع جزء من أراضي الدولة ، ومن ثم قد يكون توافر في شأنهما شرط المصلحة وتحققت لهما الصفة في إقامة هذه الدعوى ، وبالتالي يغدو الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء شرطي المصلحة والصفة غير قائم على أساس سليم من القانون مما يتعين القضاء بعدم قبوله.) .

واستندت المحكمة هنا إلى صفة المواطنة لتوافر شرط الصفة والمصلحة في الدعوى ، مما يستدعي قبولها والنظر فيها .

ويمكن القول أن المصلحة هي المساس بالمركز القانوني للمدعي في الدعوى الموضوعية أو الاعتداء علي حقه الذاتي في الدعوى الذاتية، أما الصفة في الدعوى فهي " قدرة الشخص علي المثل أمام القضاء في الدعوى كمدعي أو كمدعى عليه" والصفة مسألة شكلية تتضح قبل الدخول في الدعوى فإن المصلحة مسألة ذات صفة موضوعية لا تتضح ولا تبين إلا عند فحص موضوع الدعوى فيها، ومن ثم فإن التعرض للمصلحة يكون تاليًا للتعرض للصفة، فالمصلحة شرط لقبول الدعوى ، بينما الصفة شرط لمباشرة هذه الدعوى أمام القضاء وإيداء دفاع فيها، ذلك أنه قد يكون الشخص صاحب مصلحة تجيز له طلب إلغاء القرار، ومع ذلك لا يجوز له مزاوله هذه الدعوى بنفسه لقيام سبب من أسباب عدم الأهلية ، ومن المسلم أن شرط المصلحة هو شرط جوهرى يتعين توافره ابتداء عند إقامة الدعوى، كما يتعين استمراره قائمًا حتى صدور حكم نهائي فيها.

وصفة المواطنة هي أيضًا من أسس قبول الدعوى في قضية بيع الغاز لإسرائيل<sup>١</sup>، حيث جاء في الحكم أنه : (ومتى كان المتدخلون انضماميًا إلي جانب المدعي من مواطني جمهورية مصر العربية وقد أوضحوا في صحف تدخلهم المقدمة إلي المحكمة أن مصالحهم ستمس وأنهم متضررون من النتائج المترتبة على القرار المطعون فيه والمتمثلة في بيع الغاز الطبيعي المصري ، وهو من الثروات الطبيعية للبلاد إلي

<sup>١</sup>حكم محكمة القضاء الإداري دعوى رقم ٣٣٤١٨ لسنة ٦٢ ق ، جلسة ١٨ / ١١ / ٢٠٠٨ .

إسرائيل بأسعار لا تتناسب وسعرها العالمي السائد، الأمر الذي يهدر جزءاً من موارد الدولة وثروتها القومية والتي يمكن أن تعود عليهم بالنفع لو روعي التصرف في هذه الثروة بما يحفظ لمصر حقوقها ، ومتى كان ذلك فإن تدخلهم إلي جانب المدعي في طلباته المتمثلة في طلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه، يكون قائماً على سنده المبرر له ويكون مقبولاً، وهو ما تقضي به المحكمة. )

وفي قضية شركة طنطا للكتان والزيوت<sup>١</sup>، أكد الحكم على أن الصفة والمصلحة في حماية الملكية العامة والأموال العامة :

وحيث إنه وفقاً للمادة (٦) من الإعلان الدستوري المعمول به وقت رفع الدعوى<sup>٢</sup> ، فقد أكد الحكم على أن من حق كل مواطن حماية المال العام والملكية العامة ، وفي هذه القضية المال العام والملكية العامة توفرت في شركة طنطا للكتان والزيوت ، وبهذا يتوافر للمدعين الصفة والمصلحة الكاملة في التدخل في الدعوى .

وبهذا يتضح لنا أن في قضية مدينتي ١<sup>٣</sup> قد قبل القضاء دخول الغير في الدعوى استناداً إلى صفة المواطنة ، بينما في قضية شركة طنطا للكتان والزيوت، قبل القضاء بدخول الغير في الدعوى بناءً على المبدأ الدستوري القائل بحماية المال العام ، والملكية العامة ، وهي من الأسباب التي أتاحت للغير رفع دعواهم ومطالبتهم بإلغاء القرارات القابلة للانفصال والمطالبة ببطلان العقود الإدارية .

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٢٤٨ لسنة ٦٥ ق ، بتاريخ ٢١/٩/٢٠١١ .  
<sup>٢</sup> جاء حكم المحكمة على أنه : (وفقاً للمادة (٦) من الإعلان الدستوري المعمول به وقت رفع الدعوى حالياً (المقابلة للمادة (٣٣) من دستور جمهورية مصر العربية الساقط) قد نصت على أن (الملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون) ، وبذلك فقد ألقى المشرع الدستوري على عاتق كل مواطن التزاماً بحماية الملكية العامة من أي اعتداء والذود عنها ضد كل من يحاول العبث بها أو انتهاك حرمتها، الأمر الذي من شأنه أن يجعل لكل مواطن صفة ومصلحة أكيدة في اللجوء للقضاء مطالباً بحماية الملكية العامة، سواء بإقامة الدعوى ابتداءً أو بالتدخل في دعوى مقامة بالفعل. ومتى كانت شركة طنطا للكتان والزيوت من الأموال المملوكة للدولة، فقد أصبح على كل مواطن، بما في ذلك المدعين والخصم المتدخل، واجب حمايتها بالمطالبة بالتحقق من مشروعية الإجراءات التي اتخذت للتصرف فيها ومدى صحة عقد بيع أسهمها، ومن ثم يتوافر للمدعين في الدعوى الصفة والمصلحة كما يتوفر للخصم المتدخل الصفة والمصلحة في تأييد المدعين في طلباتهم والانضمام إليهم للقضاء بهذه الطلبات، وبالتالي بغدو الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرطي المصلحة والصفة غير قائم على أساس سليم من القانون مما يتعين القضاء برفضه.

<sup>٣</sup> حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٢/٦/٢٠١٠ في الدعوى رقم ١٢٦٢٢ لسنة ٦٣ ق.

ففي قضيتي مدينتي وشركة طنطا للكتان والزيتون مكن الغير من قبول دعواهم أمام القضاء ، وقبول طلباتهم التي تمثلت في إلغاء القرارات القابلة للانفصال ، وما يستتبع ذلك من آثار أخصها بطلان عقود البيع . .

٢ - القرارات الداخلة في العمليات المركبة لتلك القضايا هي قرارات إدارية بالمعنى الكامل:

السؤال الهام هنا ، هل في قرار بيع لشركة من الشركات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، أية علاقة بالقرارات الإدارية ؟

من المعلوم أن القرار الإداري ما هو إلا يمثل إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغيها القانون<sup>١</sup>.

فهل يُعد هذا القرار قراراً إدارياً من عدمه ، وحسناً فعلت محكمة القضاء الإداري حينما أوضحت فيما لا يدع مجالاً للشك أن اعتبارات وشروط القرار الإداري متوفرة في قضايا معينة ، ومن ثم يتبع ذلك اختصاص المحكمة .

ففي قضية شركة طنطا للكتان والزيتون<sup>٢</sup>، أكدت محكمة القضاء الإداري ، أن قرار وزير الاستثمار رقم ( ٣٤٢ ) لسنة ٢٠٠٥ يخلص إلى أن قيام بعض الجهات ومنها الشركة القابضة ببيع مساهمات المال العام والأصول المملوكة للدولة إنما يكون بتفويض من وزارة الاستثمار ولحساب الدولة وليس لحساب تلك الجهات .

ونتيجة لذلك : الجهات التي تتولى بيع مساهمات المال العام المملوكة لدولة ، ومنها الشركة القابضة للصناعات الكيماوية إنما تقوم بالبيع نيابة عن الدولة وبتفويض منها تحقيقاً للمصالح العام .

<sup>١</sup>القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها بقصد إحداث أثر قانوني. وتحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له، يتضح أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات، وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل . ( محكمة القضاء الإداري. الدعوى رقم ٧٣٤ لسنة ٧ ق. جلسة ١٩٥٦/١/٨ - س. ١٠ ص ١٣٥ - والمحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٤/٦٦٦ ق - جلسة ١٩٧٩/٤/١٤ - م ١٥ سنة ص ١٧٨ ) .

<sup>٢</sup>حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٢٤٨ لسنة ٦٥ ق ، بتاريخ ٢١/٩/٢٠١١ .

وبذلك فهو قرار إداري بامتياز وتختص المحكمة بالفصل في إلغائه .  
فالقرار المطعون فيه، ولئن تعلق ضمن مراحلته بإجراءات خصخصة ، وبيع شركة طنطا للكتان والزيوت كمال مملوك للدولة ملكية خاصة التي تولتها الشركة القابضة للصناعات الكيماوية رغم كونها شخص من أشخاص القانون الخاص ، إلا أنه يُعد قرارًا إداريًا كامل العناصر ، وذلك لأنه جاء تعبيرًا عن الإرادة الملزمة لجهة الإدارة التي حددت شركة طنطا للكتان والزيوت ضمن برنامج الخصخصة ، وقررت معايير وضوابط خصخصتها ، وأنابت وفوضت الشركة القابضة المذكورة في التعبير عن هذه الإرادة ، بل واعتمدت تلك الإجراءات ، وأقرت بما انتهت إليه بالعرض على كل من اللجنة الوزارية للخصخصة ومجلس الوزراء ، وتضمن تصرفًا ناقلًا للملكية ببيع ١٠٠% من أسهم شركة طنطا للكتان.

ومن ثم لا يكون ثمة شك في الطبيعة القانونية للقرار المطعون فيه ، وبالتالي تختص هذه المحكمة بالفصل في طلب إلغائه ، الأمر الذي يتعين معه رفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائيًا بنظر الدعوى والقضاء باختصاصها.

كذلك في قضية عمر أفندي<sup>١</sup>، فقد جاء في حيثيات الحكم : أن قرار بيع أصول الشركة هو قرار إداري بالمعنى الكامل ، ذلك أن القرار المطعون فيه ولئن صدر وفقاً للتكليف السالف البيان ، تأسيسًا على الإجراءات التي اتبعتها الشركة القابضة للتجارة وهي إحدى الشركات القابضة، التي تعتبر من أشخاص القانون الخاص بحسبانها من الشركات المساهمة التي يسري عليها نصوص قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ( ١٥٩ ) لسنة ١٩٨١ ، وفقا لما تقضى به المادة الأولى من مواد إصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ( ٢٠٣ ) لسنة ١٩٩١ ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون ، وبما لا يتعارض مع أحكامه، إلا أن صدوره على سند من تلك الإجراءات التي اتبعتها الشركة القابضة للتجارة لا ينفى عن القرار المطعون فيه صفة القرار الإداري.

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١١٤٩٢ لسنة ٦٥ ق ، بجلسة ٢٠١١/٥/٧ .

ومن ثم لا تكون الشركات القابضة حين تمارس وتباشر هذا الاختصاص المفوضة به من قبل الجهات الإدارية ، مباشرة له بصفتها شخص من أشخاص القانون الخاص ، وإنما تباشره بصفتها مفوضة من الدولة في اتخاذ إجراءات محددة ضمن برنامج الخصخصة وفقاً لموافقات سابقة وأخرى لاحقة واعتماد من الجهات الإدارية المسؤولة عن الخصخصة للخطوات التمهيدية والنهائية<sup>١</sup> ، وعليه فإن الشركات القابضة ومنها تلك الشركة لا تملك وحدها أي حق في بيع أي قدر من المال العام إلا وفقاً لقرارات إدارية تصدر من السلطات الإدارية بالدولة ضمن برنامج الخصخصة ، لذلك كانت اللجنة العليا للخصخصة المشار إليها هي وحدها ودون غيرها صاحبة الاختصاص في تحديد المشروعات والشركات التي يمكن طرحها للخصخصة، وما يتعين أن يبقى منها تحت سيطرة الدولة. وأيضاً جاءت نصوص قرار وزير الاستثمار رقم ٣٤٢ لسنة ٢٠٠٥<sup>٢</sup> قاطعة الدلالة على أن قيام بعض الجهات ومنها الشركات القابضة ببيع مساهمات المال العام والأصول المملوكة للدولة ، إنما يتم بتفويض من وزارة الاستثمار ولحساب الدولة وليس لحساب تلك الجهات.

لذا فقد انتهى الحكم بأن : ( القرار المطعون فيه، ولئن تعلق ضمن مراحلها بإجراءات خصخصة وبيع شركة عمر أفندي كمال مملوك للدولة ملكية خاصة التي تولتها الشركة. القابضة للتجارة رغم كونها شخص من أشخاص القانون الخاص ، إلا أنه يُعد قراراً إدارياً بامتياز، باعتبار أنه جاء تعبيراً بأن الإرادة الملزمة لجهة الإدارة التي حددت شركة عمر أفندي ضمن برنامج الخصخصة ، وقررت معايير وضوابط خصخصتها ،

<sup>١</sup>ومن أمثلة تلك القرارات : قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٧٦٥ لسنة ٢٠٠٠ بتشكيل اللجنة الوزارية للخصخصة ، بتاريخ ٢٠٠٠/٨/٢٠ .

<sup>٢</sup> ونصت المادة الثانية منه على أن (تختص اللجنة بدراسة كل ما يتعلق بموضوعات الخصخصة في مختلف المجالات، ولها على الأخص :

تحديد المشروعات والشركات التي يمكن طرحها للخصخصة، وما يتعين أن يبقى منها تحت سيطرة الدولة.  
وضع خطة شاملة للخصخصة مدعمة ببرنامج زمني في ضوء ما تقدمه الجهات المختصة من بيانات أو تقارير.  
اقتراح المعايير والضوابط التي تتم على أساسها الخصخصة.  
اقتراح أوجه صرف أو استثمار ناتج الخصخصة.  
اعتماد توصيات الوزراء المعنيين بشأن قيمة الشركات والأصول المطروحة والجدول الزمني لطرح هذه الشركات والأصول.  
وقد نصت المادة الرابعة من ذات القرار على أن ( ترفع اللجنة تقاريرها وتوصياتها شهرياً إلى مجلس الوزراء ) ،  
الوقائع المصرية - العدد ٢٥١ في ٦ نوفمبر ٢٠٠٥ .

وأنايت وفوضت الشركة القابضة المذكورة فى التعبير عن هذه الإرادة بل واعتمدت تلك الإجراءات وأقرت بما انتهت إليه بموافقة المجموعة الوزارية للسياسات الاقتصادية بتاريخ ٢٠٠٦/٩/٥ على بيع أسهم شركة عمر أفندي ثم تم عرضه على كل من اللجنة الوزارية للخصخصة ومجلس الوزراء ، وتضمن تصرفاً ناقلاً للملكية ببيع ٩٠% من أسهم شركة عمر أفندي. ومن ثم لا يكون ثمة شك فى الطبيعة القانونية للقرار المطعون فيه ، وبالتالى تختص هذه المحكمة بالفصل فى طلب إلغائه ، كما يتوافر بوجوده شرطاً لازماً لقبول الدعوى ) .

٣ - من حيثيات الحكم فى قضية عمر أفندي ، وقضية شركة طنطا للكتان والزيوت، أن القرار المطعون فيه قرار إداري منعدم :

السؤال الذى يطرح نفسه هنا ماهية القرار الإداري المنعدم وماهية خصائصه ؟  
و هل القرار الإداري المنعدم سبب من أسباب بطلان العقد الإداري ؟، وهل اتجاه القضاء الإداري فى مصر قد أخذ بانعدام القرار الإداري كسبب موجب وملزم لبطلان العقد الإداري الناتج عنه؟

يمكن تعريف القرار المعدوم بأنه : "هو كل قرار يكون فيه العيب درجة جسيمة صارخة (واضحة) حيث يفقده صفته الإدارية (أى العيب الواضح يفقد القرار صفته الإدارية)"<sup>١</sup>.

وهو أيضاً كل قرار يظهر فيه العيب بدرجة جسيمة حيث يفقده صفته الإدارية<sup>٢</sup> ، والقرار المعدوم لا يتحصن إطلاقاً بفوات أجل الطعن القضائي ، بل يظل قابلاً للدعاء بطلب لإعلان انعدامه ، وهذا ما استقر العمل عليه فى فرنسا ومصر حيث صدر العديد من الأحكام المؤيدة لهذا الاتجاه ومنها : حكم المحكمة الإدارية العليا الذى يؤكد على أنه " استقر الاجتهاد على أن القرار المعيب بعيب ينحدر به إلى درجة الانعدام لا يكتسب

<sup>١</sup>د. محسن خليل ، مبادئ القانون الإداري ، ج ٢ ، ١٩٧٣ ، ص. ٣٤١.

<sup>٢</sup>حكم المحكمة الإدارية فى الطعن رقم ٨٥٦ لسنة ٢ ق العليا ، جلسة ٢٣ يونيو ١٩٥٦ ، المجموعة فى عشر سنوات ، ج ٢ ، ص. ١٧٧٧ ، وفى ذات المعنى محكمة القضاء الإداري ٢٢ يناير ١٩٨٠ ، دعوى رقم ١١٨ لسنة ٢٨ ق س ٤ ، انظر فى عرض هذا الحكم: د. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري - دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨-٢٠٠٩ ، ص. ١٥٠.

الحصانة التي تلحق بالقرارات المعيبة الأخرى لعدم الطعن بها خلال المواعيد المقررة لإقامة دعوى الإلغاء " ١ .

وباستقراء الأحكام المعروضة نجد في قضايا شركة عمر أفندي ، وشركة طنطا للكتان والزيوت ، وكذلك قضية بيع الغاز وتصديره لإسرائيل ، قد صدر أحكام البطلان فيها نتيجة انعدام القرار الإداري ، وذلك على نحو مختلف في كل قضية :

أ - في قضية عمر أفندي ٢ :

القرار المطعون فيه قد خالف الضوابط والأسس القانونية الواردة في قانون المناقصات والمزايدات ، ذلك لأن في إجراءات المزايدة التي جرى تنظيمها لبيع ٩٠ ٪ من أسهم شركة عمر أفندي ، تقدم الى هذه المزايدة عطاء وحيد هو العطاء المقدم من الشركة المدعي عليها ، وقد انتهت لجنة البت إلى التوصية بقبول هذا العطاء .

فالعطاء الوحيد كان بمبلغ ٥٠٤ مليون ج والقيمة التقديرية مليار و ٣٠٠ مليون .  
كما خالف العقد أحكام قانون مجلس الدولة الذي يقضي بوجوب مراجعة إدارة الفتوى المختصة قبل إبرامه .

وحيث أن المادة ( ١٥ ) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ( ٨٩ ) لسنة ١٩٩٨ تنص على أن : ( تلغى المنافسة قبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما يجوز الغاؤها في أي من الحالات التالية : أ - إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد ، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد [...] ويجوز بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط الآتية :

١ / أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة ، أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها .

٢ / أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر .

<sup>١</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٢٤ ، ٧٨ ، لسنة ١٩٨٦ ؛ وفي ذات المعنى : حكم المحكمة الإدارية العليا ، ٥ سبتمبر ٢٠٠١ ، طعن رقم ٦٤٥٠ لسنة ٤٥ ق ، ص. ٢٨٤٣ .

<sup>٢</sup> حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ١١٩٤٢ لسنة ٦٥ ق ، جلسة بتاريخ ٢٠١١/٥/٧ .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ( ١٢٧ ) من اللائحة على أن : ( تلغى المزايدة أو الممارسة المحدودة قبل البت في أي منهما إذا استغنى عنها نهائيًا أو اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أو لم تصل نتيجتها إلى الثمن أو القيمة الأساسية ، كما يجوز إلغاؤها إذا لم يقدم سوى عرض وحيد مستوف الشروط ) .

وحيث إن مفاد ما تقدم أن المناقصات والمزايدات إنما تقوم بحسب الأصل على مبدأ "العلانية والمنافسة" بما يسمح باشتراك أكبر عدد ممكن من مقدمي العطاءات للتوصل إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار في حالة المناقصة، وأعلى الأسعار في حالة المزايدة. ويعد قبول العطاء الوحيد استثناءً من هذا الأصل، ومن ثم لا يجب اللجوء إليه إلا للضرورة القصوى وفي أضيق نطاق، بأن تكون هناك حاجة ملحة للتعاقد بما لا يسمح بإعادة المناقصة أو المزايدة مرة أخرى أو إذا تبين للسلطة المختصة أن لا فائدة ترجى من إعادة الطرح، وذلك شريطة أن يكون العطاء الوحيد محققاً للمصلحة العامة، بأن يكون مطابقاً لشروط المناقصة أو المزايدة ومناسباً من حيث السعر.

كما أن لجنة البت لم تبين الضرورة القصوى ، والحاجة الملحة التي دفعتها إلى قبول العطاء الوحيد المقدم في المزايدة المشار إليها، وبذلك تظل أسعار العطاء الوحيد أقل من الأسعار التي قدرتها جهة الإدارة لبيع الشركة، الأمر الذي كان يستدعي أن تقوم لجنة البت منذ البداية باستبعاد هذا العطاء لعدم توافر شروط قبول العطاء الوحيد في شأنه .

كذلك فإن تم الاستناد في الحكم على أن القرار المعدوم يبطل العقد واستند القضاء في ذلك إلى حكم المادة ( ١ / ١٤٢ ) من القانون المدني والتي تنص على أنه : ( في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فإذا كان مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل ) .

لذا فإن حكم المحكمة جاء كما يلي : ( ذلك أن بطلان إجراءات البيع على النحو السالف بيانه تجعل جميع ما يترتب على هذه الإجراءات والعدم سواء فيضحي العقد المبرم بين الشركة القابضة للتجارة بصفتها مفوضة عن وزير الاستثمار الممثل للدولة مالكة الأموال محل البيع وبين السيد جميل القنبيط بشخصه وبصفته الممثل القانوني



لشركة أنوال هو الآخر والعدم سواء ، ولا ينتج ثمة أثر قانوني، بما يستوجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .)

ب - وبالنسبة لقضية شركة طنطا للكتان والزيوت<sup>1</sup>، فإن الحكم الصادر ببطلان العقد الإداري بُني أيضاً على انعدام القرار الإداري وذلك للأسباب الآتية :

أن اللجنة الوزارية للخصخصة الصادر بتشكيلها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٧٦٥ لسنة ٢٠٠٠ بتاريخ ٢٠/٨/٢٠٠٠ ، قد اختصت وفقاً للمادة ٢ من القرار بدراسة كل ما يتعلق بموضوع الخصخصة ، فقد اجتمعت اللجنة الوزارية وأصدرت قراراً في ٢٣/١١/٢٠٠٣ ببيع عدد من الشركات عددها ١٢٧ شركة ، وفي جلسة ٦/١/٢٠٠٤ وافق مجلس الوزراء بالقرار رقم ( ٧/٤/١/٨٠ ) على بيع تلك الشركات ومن بينها شركة طنطا للكتان والزيوت إلى شركة الوادي لتصدير الحاصلات الزراعية .

وقد شاب إجراءات البيع العديد من العيوب إلى تهبط بالقرار الإداري للبيع إلى مدارج الانعدام ومن تلك الأسباب :

السبب الأول : الشركة القابضة التي أصدرت القرار بالبيع هي في الأصل شركة خاصة إلا أن وفق الحكم فالشركة القابضة لا تملك أي حق في بيع أي قدر من هذا المال إلا وفقاً لقرارات إدارية تصدر من السلطة الإدارية بالدولة ضمن برنامج الخصخصة ) وفقاً للقرار الوزاري رقم ١٧٦٥ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٢٠/٨/٢٠٠٠ (

السبب الثاني :

انطواء قرار البيع على بيع أراض وأصول شركة طنطا للكتان والزيوت ، والتي هي في الأصل شركة من الشركات المؤممة والتي لا تخضع أراضيها للتصرف ولا يجوز تغيير الغرض من تأميمها .

السبب الثالث :

<sup>1</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٢٤٨ لسنة ٦٥ ق ، بتاريخ ٢١/٩/٢٠١١ .

شركة طنطا من الشركات الرباحة ومع ذلك تم اختيارها لتكون من الشركات التي يتعين بيعها على وجه السرعة ، وذلك مخالفة للضوابط التي قررتها اللجنة الوزارية للخصخصة وأحكام قانون قطاع الأعمال العام بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ .

السبب الرابع :

معاصرة عملية البيع لمظاهر التفريط والفساد في تقييم المال العام ، مخالفة للبند ( ٩/١ ) من الضوابط والقواعد المعتمدة في مجلس الوزراء في ١/٦/٢٠٠٤ ، كذلك مخالفة المادة ( ١٠ ) من قانون قطاع الأعمال الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ والتي حظرت التصرف بالبيع في أي أصل من خطوط الرئيسية الإنتاج الرئيسية إلا بعد موافقة الجمعية العامة .

السبب الخامس :

مخالفة أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وذلك لعدم مشروعية إجراءات طرح شركة طنطا للكثان والزيوت للبيع بالمزايدة العامة بالمظاريف المغلقة .

فقد تم النص في الحكم على أن القرار المطعون فيه قد خالف أحكام القانون ذلك أن : ( بلغت هذه المخالفات على نحو ما سلف بيانها حدًا من الجسامة أدى إلى إهدار المال العام والتفريط فيه [...] وهي من شأنها أن تهوي بالقرار المطعون فيه إلى درك الانعدام ليصبح هو والعمل المادي سواء فلا تلحقه أي حصانة [...] وترتبيًا على ثبوت انعدام القرار المطعون فيه للأسباب سالفة البيان ، فإن أثر ذلك ينعكس بالضرورة بالبطلان على العقد الذي تمخض عن هذا القرار فينسحب هذا البطلان بحكم اللزوم على كامل الالتزامات التي تترتب على العقد وذلك وفقًا للمادة ١٤٢ من القانون المدني والتي تنص على أنه : « في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد » .

ج - قضية بيع الغاز الطبيعي لإسرائيل<sup>١</sup> :

<sup>١</sup>حكم محكمة القضاء الإداري دعوى رقم ٣٣٤١٨ لسنة ٦٢ ق- جلسة ١٨/١١/٢٠٠٨ .

تم الحكم فيها بانعدام قرار وزير البترول رقم ( ١٠٠ ) لسنة ٢٠٠٤ ، وذلك لمخالفته لأحكام الدستور المصري آنذاك لعام ١٩٧١ ، وذلك تحديداً في المادة (١٢٣) من الدستور والتي تنص على أن : ( يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ) .

ويستفاد من النص الدستوري السالف ذكره ، أنه في الأحوال عليها في تلك المادة ، فإن أي التزام متعلق باستغلال موارد الثروة الطبيعية ومنها : الغاز الطبيعي المكتشف حديثاً بمصر ، فإنه يتعين على السلطة التنفيذية اللجوء إلى مجلس الشعب للحصول على موافقته على منح الالتزامات المشار إليها ، ويعتبر ذلك إجراءً وجوبياً يحتمه الدستور وشرطاً أساسياً لنفاذ العمل ونوعاً من الرقابة التي تمارسها السلطة التشريعية - بنص الدستور على بعض أعمال الإدارة.

وهذا عملياً لم يحدث قط ، إذ أن جميع القرارات الخاصة ببيع الغاز لإسرائيل ، فضلاً عن أن السعر كان بخساً ، فإن جميع القرارات الصادرة من مجلس الوزراء ، ومن وزير البترول والثروة المعدنية كانت سرية ولم تنتشر في الجريدة الرسمية مطلقاً.

إضافة إلى الانحراف البين للسلطة وإساءة استعمالها ، ذلك أنه تم إهدار الصالح العام بطريقة مجحفة وإهدار مبادئ دستورية كالمادة (٣٣) من دستور مصر لعام ١٩٧١ والتي تنص على : ( للملكية العامة حرمة ، وحمايتها ودعمها واجب علي كل مواطن وفقاً للقانون ) .

والمادة (٢٣) من دستور مصر لعام ١٩٧١ والتي تنص على أن : (الاقتصاد القومي وفقاً لخطة تنمية تكفل زيادة الدخل القومي وعدالة التوزيع ورفع مستوى المعيشة، والقضاء على البطالة وزيادة فرص العمل ، وربط الأجر بالإنتاج، وضمان حد أدنى للأجور، ووضع حداً أعلى يكفل تقريب الفروق بين الدخول) .

وهنا يظهر : أن منهج القضاء الإداري المصري في السنوات القليلة الماضية ، كان يحكم ببطالان العقد الإداري إذا ما ثبت انعدام القرارات الإدارية القابلة للانفصال بناء على مخالفتها الجسيمة للتشريعات ناتجة عن عدم الاختصاص الجسيم

كذلك أكدت العديد من الأحكام القضائية والتي تم بيانها هنا على قبول الدعاوى التي ينظرها القضاء بالرغم من أن رافعها كان من الغير ، وذلك بدعوى وجود الصفة والمصلحة لرافعي الدعاوى حتى لو لم يكونوا من أطراف العقد ، وذلك لكونهم من مواطني الدولة ومضارين ضرراً بالغاً .

## المبحث الثاني

### التدخل التشريعي في مصر وفق القانون رقم ( ٢٢ ) لسنة ٢٠١٤

في قضية مدينتي ١ جاء الحكم يتحدث عن أثر الحكم القضائي على مناخ الاستثمار ، وكيف أن الأحكام القضائية التي تقضي ببطان عقود استثمارية للدولة لا تؤدي المناخ الاستثماري في الدولة المصرية ، وذلك لانتشار الفساد في أغلب الإجراءات القانونية المتممة لها ، فقد نص هذا الحكم على أن : ( الحماية القانونية للمستثمر هي أبرز الضمانات ، ومن ثم يكون تحفيز المستثمر الجاد بمنحه ضمانات الحماية من التعرض لمخاطر البلد المضيف [...] والمستثمر المخطئ والذي تعترى تعاقده شبهات الفساد لا يمكن اعتباره مستثمراً حسن النية لا سيما عندما يتكشف الغرض من التعاقد وأساليبه في انتهاك قوانين الدولة المضيفة وعدم المحافظة على النشاط محل الاستثمار والتقاعد عن تطويره ورعاية العاملين به ، ومدى الإفساد والتخريب والتدمير الذي ألحقه بالمشروع المسند إليه ، وعندما تشوب عملية التعاقد : الفساد الفاحش ، فإن صمت القضاء عن هذه الجرائم وعدم القضاء بما هو حق بداعي الحفاظ على المستثمر ، أو بذريعة الحفاظ على مناخ الاستثمار لا يكون إلا إنكار للعدالة يعاقب عليه القاضي ، ومعاقبة من جانب القضاء لكل من يدافع عن المال العام ويطالب بمستثمر حريص على حماية ورعاية مصالح الدولة المضيفة والمشاركة في تنميتها وفي ذات الوقت ساع للحصول على ربحية المشروع متمتعاً بجميع حوافز الاستثمار وضماناته ، ومن ثم لا يكون القضاء بالحق والعدل إلا حماية للمستثمر الجاد وتشجيعاً للاستثمار وتنقية المناخ الاستثماري من المتسلفين والساعين لتدمير اقتصاديات الدولة المضيفة للاستثمار ،

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٢٦٢٢ لسنة ٦٣ ق ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٢ .

ومن هنا فإنه يقع على عاتق الدول ممثلة في السلطة التنفيذية تخير المستثمر الجاد ومنحه أقصى الضمانات ، وألا تسمح للمنتمين إليها أن يتربحوا على حساب الدولة (

وبناء عليه ، صدر القانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ والذي بين طياته ما ينبئ عن تحسين عقود الدولة ضد الطعن بُغية الحفاظ على الاستثمارات بمصر ، وطلباً لاستثمارات جديدة من شأنها أن تزيد من الاقتصاد الوطني المنخفض بعد ثورة عام ٢٠١١.

وإن كان على هذا القانون بعض المآخذ ، إلا أنه يرسخ لمفهوم الحفاظ على عقود الدولة من الطعن عليها من قبل الغير كل من ليس له شأن أو أية صفة أو مصلحة في الطعن على العقود التي تبرمها الدولة ، غير المتعاقدين معها .

فأورد القانون في المادة الأولى منه : على أن الطعن بالبطلان على العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات ومصالح ، وأجهزة لها موازنات خاصة ، ووحدات الإدارة المحلية ، والهيئات والمؤسسات العامة ، كذلك الشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها ، أو الطعن بالإلغاء على القرارات أو الإجراءات المستتدة لها وقرارات تخصيص العقارات ، يكون فقط من أطراف التعاقد دون غيرهم ، شريطة عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية ( الأصلية والتبعية ) على الأموال محل التعاقد<sup>٢</sup>.

وقد وضع القانون في مادته الأولى شرطين وقيدتين هامين يتمثل أولاهما في عدم صدور حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو إحداهما في جرائم المال العام المنصوص

---

أقرار رئيس جمهورية مصر العربية بقانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة ، منشور بالجريدة الرسمية - العدد ١٦ مكرر (ح) بتاريخ ٢٢/٤/٢٠١٤ ، وقد وافق مجلس النواب على قرار رئيس الجمهورية بالقانون بتاريخ ٢٠ يناير ٢٠١٦.

تنص المادة الأولى من القرار بقانون على أن : ( مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد ، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات ، ومصالح ، و أجهزة لها موازنات خاصة ، ووحدات الإدارة المحلية ، والهيئات و المؤسسات العامة ، و الشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها ، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها ، و كذلك قرارات تخصيص العقارات من أطراف التعاقد دون غيرهم ، و ذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث و الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات و كان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة ) .

عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ، وهي جرائم الرشوة ، وجرائم اختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر.

أما الشرط الثاني فيتمثل في : أن لا يكون إبرام العقد بناء على أحد من تلك الجرائم السابق ذكرها .

أما المادة الثانية<sup>1</sup> فتتص على أنه يجب على المحكمة المقام أمامها دعوى بطلان تعاقد لعقود إدارية ، أو إلغاء لقرارات أو إجراءات أبرمت العقود استنادًا لها ، أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول تلك الدعاوي ، كما اشترطت المادة الثانية في عجزها على أن تشمل كل الدعاوي ، حتى الدعاوي المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون .

وباستقراء نصي المادتين نجد أن به مخالفات جمة ، تتمثل أولاهما في المخالفة الدستورية لبعض مواد دستور مصر الحالي لعام ٢٠١٤ ، وكذلك وجود عيب جسيم يتمثل في الانحراف الكامل للسلطة التشريعية وهذا هو ثاني أنواع المخالفات التي تم رصدها .

#### أولاً : المخالفات الدستورية :

و يؤكد الدستور المصري على حظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء ، وهذا يتنافى مع الوارد بين طيات المادة الأولى والثانية من القانون والمسمى إعلاميًا بقانون تحصين عقود الدولة. وأرى أن هذه المادة الأولى من القانون تتنافى مع النص الدستوري في المادة ( ٩٧ ) والتي تنص على أن : (التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة). . وكذلك تخالف المادة ( ٩٤ ) من الدستور المصري الحالي ، والتي تنص على أن : ( سيادة القانون أساس

<sup>1</sup>تنص المادة الثانية من القانون على أن : ( مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة ، تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوي أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون و المقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوي و الطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون ).

الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات).

وإثر صدور ذلك القانون ، تم الطعن عليه بعدم الدستورية وذلك لمخالفته للعديد من المواد والنصوص الدستورية<sup>١</sup>.

ثانياً : مخالفة المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ للمادة ٢٢٥ من الدستور يؤدي لانحراف للسلطة التشريعية :

نصت المادة الثانية من القرار بقانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ علي تطبيق هذا القانون علي كافة الدعاوي والطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون ، والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوي ، والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون".

وهو الأمر الذي نري مخالفته لأحكام الفقرة الثانية من المادة ( ٢٢٥ ) من الدستور المصري والتي نصت علي أنه : (ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)..

فباستقراء ذلك النص نجد أنه : يبين لنا أنه في غير المواد الجنائية والضريبية ، يمكن أن يسري أحكام القوانين الأخرى على الماضي بشرط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب ، وهذا ما لم يحدث مطلقاً .

فقد تم إصدار القرار بقانون في غيبة مجلس النواب ، ولم يتضمن موافقة الأغلبية الخاصة بثلثي أعضاء مجلس النواب . فالأصل في القوانين أنها لا تسري علي الماضي حتي لا تمس الحقوق المكتسبة وقاعدة الحقوق المكتسبة و الأثر الرجعي للقوانين ، وقد نصت الدساتير المصرية المتعاقبة علي هذا المبدأ بدءاً من دستور ١٩٥٦ ومروراً بجميع الدساتير المصرية بعدها<sup>٢</sup> .

<sup>١</sup> ومنها : طعن بعدم دستورية المادة ١ ، ٢ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ لمخالفتهما لنصوص المواد ٤ ، ٣٢ ، ٣٤ ، ٥٣ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ١٠٠ ، ١٩٠ ، ٢٢٥ من دستور ٢٠١٤ ، الطعن رقم ٥٢١٣٧ لسنة ٦٦ ق .  
<sup>٢</sup> نص في المادة (١٨٦) من دستور ١٩٥٦ قديماً علي أن " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية

وقد ثارت عدة نزاعات عقب صدور هذا القانون ، كما حدث في قضية مدينتي ٢  
والخاصة بطلب الطاعنين بطلان عقد بيع مبرم في عام ٢٠١٠ بين هيئة المجتمعات  
العمرائية الجديدة وشركة خاصة ، مما كان يستلزم للمحكمة أن تطبق هذا القانون ، إلا  
أن المحكمة الإدارية العليا قد أصدرت حكماً حديثاً بتاريخ ٢٠١٦/٧/٦ بالوقف التعليقي  
للحكم ، وذلك انتظاراً لحكم المحكمة الدستورية العليا التي تنظر في مدى دستورية  
القانون.

فقد أودع وكيل الطاعنين طعن برقم ٧٠٣٢ لسنة ٥٨ ق. عليا ، بتاريخ ٢٠١٢/١/١٨  
وطلب الطاعنان بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بصفة أصلية بالقضاء لهم ببطلان عقد  
البيع المبرم في ٢٠١٠/١١/٨ ، بين هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة و الشركة العربية  
للمشروعات والتطوير العمراني .

وقد حكمت المحكمة بوقف الطعن وفقاً لتعليقاً لحين صدور حكم المحكمة الدستورية العليا  
في الدعوى رقم ١٢٠ لسنة ٣٦ ق دستورية .

وفي حيثيات الحكم ( سبق أن أقيمت الدعوى رقم ١٢٠ لسنة ٣٦ ق. دستورية بعدم  
دستورية المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض  
إجراءات الطعن على عقود الدولة ، وذلك بناء على تصريح محكمة القضاء الإداري في  
الدعوى رقم ٥٢١٣٧ لسنة ٦٦ ق. وكان الطعن المائل أمام هذه المحكمة يتوقف على  
حكم المحكمة الدستورية العليا في الفصل في مدى دستورية المادتين المشار إليهما )<sup>١</sup>.

وحسناً فعلت المحكمة هنا؛ إذ أنها في هذا الحكم قد طبقت الفقرة الأولى من المادة ( ١٢٩ )  
( من قانون المرافعات والتي تنص على أن : ( في غير الأحوال التي نص فيها القانون  
على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق  
حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم).

---

أعضاء مجلس الشعب" وبقي هذا النص كما هو في الدساتير المصرية المتعاقبة (١٩٥٨ ، ١٩٦٤ ، ١٩٧١) إلى أن تم استحداثه  
في دستور ٢٠١٢ بأن أضاف المواد الضريبية إلى المواد الجنائية المنصوص وهو ما أقره الدستور القائم حيث نص في المادة  
(٢٢٥) علي أن " تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويُعمل بها بعد ثلاثين يوماً.  
أحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٩١٣ لسنة ٥٨ ق.ع بتاريخ ٢٠١٦/٦/٧ ، حكم غير منشور.



يتضح لنا مما سبق : أن هناك مأخذ كثيرة على هذا القانون ، والذي صدر بالأساس ليخدم حلولاً جذرية لإنقاذ الاستثمارات والمستثمرين بمصر، من خلال منح الطعن على العقود الإدارية والقرارات الإدارية القابلة للانفصال فقط لأطراف العقد الإداري دون سواهم.

### رأي الباحث

باستقراء ما حدث في فرنسا نجد أن هناك تطوراً في فكرة الطعن في القرارات القابلة للانفصال من الغير ، فقد سمح مجلس الدولة الفرنسي للمتناقصين المستبعدين وسمح أيضاً لأشخاص من جهة الإدارة أن يقوموا بالطعن على القرارات القابلة للانفصال أمام قاضي العقد.

ولذلك فإننا نقترح على المشرع المصري وتفادياً لعدم دستورية القانون وحرمان الأشخاص من اللجوء لقاضيه الطبيعي ، أن يسمح للغير من المتناقصين المستبعدين وكذلك يسمح لأطراف جهة الإدارة التي لم تكن طرفاً في التعاقد مثل الوزير والمحافظ و أعضاء المجالس المحلية وغيرهم ، بالطعن أمام قاضي العقد على القرارات القابلة للانفصال ، ولا سيما كما رأينا جسامة المخالفات المرتكبة في العقود المبرمة مع المستثمر الأجنبي كما حدث في قضايا عمر أفندي وشركة طنطا للكتان والزيوت وقضية تصدير الغاز لاسرائيل وقضية مدينتي الأولى، إلى آخره.

مما جعل مجلس الدولة المصري ينتهي إلى إنعدام القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والمؤثرة تأثيراً مباشراً في إبرامه ، وأبطل جميع العقود الإدارية السابق ذكرها ، استناداً إلى صفة المواطنة مما حدا بالمشرع المصري للتدخل التشريعي وتحصين كل عقود الدولة ضد أي نوع من أنواع الطعون من الغير وقصر الطعن على أطراف العقد فقط .

وفي رأي الشخصي أنه ليس من المنطق حرمان المتناقص المستبعد الجاد ومن لم يرسو عليه العطاء من اللجوء للقضاء للمطالبة بالتدقيق والفحص القضائي الكامل لإجراءات استبعاده من المناقصة .

بالإضافة الى أن منح المتناقصين المستبعدين حق اللجوء لقاضي العقد يحقق العديد من المزايا ومنها :

تحقيق الشفافية والرقابة على جهة الإدارة فلا يمكن أن تضحى قرارات وعقود الإدارة محصنة من أي طعن ، وفي ذات الوقت فليس من المنطق القانوني أن يتم السماح للغير الذين ليس لهم مصلحة شخصية مباشرة أن يطعنوا في القرار الإداري المنفصل وصولاً لإبطال العقد ، كما رأينا في القضايا السابق عرضها ، فقد اكتفى مجلس الدولة المصري بصفة المواطنة فقط واعتبر أن المواطن المصري له مصلحة شخصية في الطعن على تلك العقود وانتهى الى بطلان تلك العقود .

وبالتالي فإنني أرى أن يفتح طريق الطعن على العقود الإدارية للغير بحدود وضوابط فلا يمكن أن نوصده بصورة مطلقة .

## الخاتمة

حاولنا في هذا البحث ، عرض فكرة الغير في القانون العام ، عبر مراحل زمنية مختلفة في مصر وفرنسا ، وبيان أثر رفع الغير دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ، ومدى أحقية الغير في رفع دعاوى بطلان للعقود الإدارية.

كما تم عرض الأحكام القضائية المصرية والفرنسية المؤيدة والرافضة لتدخل الغير في هذا النطاق ، مع تحليلها التحليل القانوني المناسب لبيان مدى صحتها من عدمه.

و بتحليل الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي ، والذي قدم حلولاً كثيرة في هذا السياق ، فلم تدخل حقوق الغير في أحقيتهم للطعن ولكن بشروط معينة ، فالقضاء الإداري الفرنسي لم يفتح باب الطعن على مصراعيه للجميع بل خصّ منذ حكم Topic على قصر الطعن على المتنافس المستبعد والذي تم استبعاده من قبل الجهة الادارية المتعاقدة ، وذلك في حالة وجود فساد كامل في فترة الدعاية والإعلان للتعاقد.

كذلك ابدع المشرّع والقضاء الفرنسي فكرة جديدة مفادها : إلزام الجهة الإدارية على دفع الغرامة التهديدية في حالة التراخي عن التنفيذ أو التقاعس عنه ، وأيضاً من خلال الحكم الحديث لقضية Bonhomme حدد القضاء الفرنسي طوائف من الغير يكون في استطاعتها الطعن على العقود الإدارية ، والطعن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال عنها.

وفي هذا كله أفكار وحلول جديدة نقدمها للمشرّع المصري ليحاول أن ينأى عن زلل إبعاد الغير عن الطعن في على العقود الإدارية طالما كان له حقاً مكتسباً لا شبهة فيه.

وعليه فإنني أقدم في نهاية هذا البحث النتائج المستخلصة وهي :

- 1- أن التقسيم التقليدي القديم الذي كان يفرق ويوضح أن هنا كطرف في العقد، وهنا كغير يبعد عن العقد، أصبحت فكرة تقليدية قديمة لم تعد تتناسب مع التطورات الحاصلة في أشكال العقود وعلاقة الأطراف بها، فاجتهد الفقهاء في القانون الخاص الفرنسي فيإضافة فئة جديدة لم تكن محددة من قبل، وأسماها الفئة الوسطى بين الأطراف المتعاقدة والغير، هذه الفئة ليست لها كامل الحقوق على العقد، ولا تنطبق عليها آثار العقد كاملة، وهم على التوالي : الدائنين العاديين والخلف الخاص وآخر الأطراف المتعاقدين في سلاسل أو

مجموعات العقود، وعليه فإن على القضاء الإداري المصري الخلاق أن يجتهد أكثر لإضافة فئة وسطى جديدة للغير ( خاصة المنتفعين في العقود الإدارية ) وذلك للمحافظة على حقوقهم .

٢- في الآونة الأخيرة ، وفي العديد من الدول الأوروبية ظهر الاهتمام الكامل بحقوق الغير والمحافظة عليها ، فقد تم تعديل قانون العقود الإدارية البلجيكي في عام ٢٠٠٦ ، وذلك بأن سمح القانون المعد للغير المتضرر أو الذي يمكن أن يتضرر بأن يطلب من القاضي إبطال العقد الإداري قبل توقيعه قبل انتهاء مدة التجميد ( standstill ) ، وأضاف قانون القضاء الإداري البرتغالي المادة ( ٤٠ ) والتي تسمح للغير أن يناقش القاضي في صحة بنود العقود أو أجزاء منها إذا ما أضرير منها .

٣- تم توسيع مجال الطعن الاستعجالي قبل التعاقد في فرنسا ليشمل كل التعاقدات الإدارية وذلك بموجب قانون رقم ٩٣-١٢٢ الصادر في ١٩٩٣/١/٢٩ والمعروف باسم Loi Sapin ، وبعدها أعطى القانون الفرنسي للمتأفكس المستبعد من الغير الحق في الطعن على العقود الإدارية بشروط وفق حكم قضية Tropic .

٤- قدم القضاء الفرنسي في قضية Bonhomme أفكاراً جديدة في فكرة دخول الغير لرفع طعون على العقود الإدارية والقرارات الإدارية القابلة للانفصال فيها ، ولعل هذا هو خطوة جديدة ينظر لها القضاء الإداري المصري لوضع الغير المضار من إبرام العقود الإدارية ، وإعطاء حقه في الطعن طالما أثبت وجود أضرار جسيمة تصيبه .

## التوصيات :

- ١- السماح للغير بالطعن على القرارات القابلة للإنفصال بضوابط وحدود ، وهي كون الغير من المتناقصين المستبعدين الجادين ، ذوي مراكز قانونية خاصة من القرار القابل للإنفصال .
- ٢- ضرورة تعديل القانون رقم ( ٣٢ ) لسنة ٢٠١٤ نظراً للمخالفات الدستورية التي لحقت بها ، فلا يمكن أن يتم تحصين قرارات وعقود الإدارة من الطعن عليها من الغير بصورة مطلقة .
- ٣- اختصاص قاضي العقد بالنظر في كل المنازعات العقدية بما في ذلك القرارات القابلة للإنفصال.

## المراجع

### أولاً: مراجع باللغة العربية

- ١- مراجع عامة :
  ١. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام- الجزء الثاني ، ١٩٦٧.
  ٢. حسين درويش عبدالعال ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، ج ٢ ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ١٩٥٨.
  ٣. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري - دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص. ١٧٣ .
  ٤. سعد عصفور و محسن خليل ، القضاء الإداري، بدون دار نشر .
  ٥. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ط ٤ .
  ٦. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، ط ٤ ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٨٤.
  ٧. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، ط ٥ ، ١٩٩١.
  ٨. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول - قضاء الإلغاء ، ١٩٧٦.
  ٩. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري الإداري ، ورقابة الأعمال الإدارية- دراسة مقارنة ، ١٩٦١.
  ١٠. سليمان الطماوي ، قضاء الإلغاء - الكتاب الأول ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦.
  ١١. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، الكتاب الثالث ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٣.
  ١٢. صلاح يوسف عبدالعليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٨ .
  ١٣. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨.
  ١٤. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، قضاء الإلغاء ، ١٩٨٤.

١٥. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، العقد ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ .
١٦. عبدالرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام ، ١٩٥٢ .
١٧. عصمت عبدالله الشيخ ، مبادئ نظريات القانون الإداري ، مطبعة حقوق حلوان ، ١٩٩٩ .
١٨. فؤاد العطار ، القضاء الإداري، ١٩٦٧ .
١٩. فؤاد العطار ، القضاء الإداري- دراسة مقارنة ، ١٩٦٣ .
٢٠. ماجد راغب الحلو ، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة ، دار القلم .
٢١. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ .
٢٢. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، إسكندرية ، ١٩٩٩ .
٢٣. محسن خليل ، قضاء الإلغاء ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ .
٢٤. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ .
٢٥. محمد أنس قاسم جعفر ، الوسيط في القانون العام - القضاء الإداري، ١٩٩٥ .
٢٦. محمد أنس قاسم جعفر ، الوسيط في القانون العام ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .
٢٧. محمد رفعت عبدالوهاب ، و أحمد عبدالرحمن شرف الدين ، القضاء الإداري ، المكتب العربي للطباعة ، الإسكندرية ، ١٩٨٨ .
٢٨. محمد عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري ، ط ٢ ، ١٩٩٢ ، دار الفكر العربي .
٢٩. محمد عبد العال السناري النظرية العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية.
٣٠. محمد عبدالعال السناري ، أصول القانون الإداري - دراسة مقارنة ، مكتبة الآلات الحديثة.

٣١. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ و أحكام القانون الإداري ، منشأة المعارف ، ١٩٧٥ .
٣٢. محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الكتاب الأول ، ط ٢٠١٥ - ٢٠١٦ .
٣٣. محمد محمد عبد اللطيف ، قانون القضاء الإداري - الكتاب الثاني - دعوى الإلغاء ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
٣٤. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ط ٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .
٣٥. محمود حلمي ، القضاء الإداري ، ١٩٧٧ .
٣٦. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٠ .
٣٧. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، ١٩٩٣ .
٣٨. مصطفى أبوزيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، ١٩٨٩ ، ط ٥ .
٣٩. مصطفى أبوزيد فهمي ، ماجد راغب الطلو ، الدعاوى الإدارية - دعوى الإلغاء - دعاوى التسوية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٥ .
٤٠. مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري - دراسة مقارنة ، ٢٠٠٥ .
٤١. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ .

## ٢- مراجع متخصصة :

- ١- جورج شفيق ساري القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري .  
التعريف - النظام القانوني لها - دراسة تحليلية مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
- ٢- حسينة شرون ، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٠ .
- ٣- حمدي علي عمر ، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة - دراسة مقارنة ، ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية .



- ٤- حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ط ٢ .
- ٥- شادية إبراهيم المحروقي ، الإجراءات في الدعوى الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٥ .
- ٦- شريف يوسف خاطر ، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية ، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ ، دار النهضة العربية .
- ٧- شريف يوسف خاطر ، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية - دراسة تحليلية تطبيقية للمادة ٥٢١-٢ من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨-٢٠٠٩ .
- ٨- شعبان أحمد رمضان ، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، ٢٠١٦ .
- ٩- عبد الحميد حشيش ، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي ، القاهرة ، دار النهضة العربية .
- ١٠- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الإسكندرية ، ط ١ ، ٢٠٠٨ .
- ١١- عبد العليم عبد المجيد مشرف ، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣ .
- ١٢- عمر حلمي ، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .
- ١٣- محمد أحمد إبراهيم المسلماني ، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٤ .
- ١٤- محمد أحمد عطية ، الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٤ .

- ١٥- محمد باهي أبو يونس ، الغرامة التهديدية ، كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية وفق قانون المرافعات الإدارية الفرنسي مع دراسة للإصلاح القضائي الجديد بالاعتراف للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لتنفيذ أحكامه ، دار الجامعة الجديدة ، ط ٢ ، ٢٠١٠ .
- ١٦- محمد رفعت عبد الوهاب المحاكم الإدارية الاستثنائية في فرنسا - مع نظرة عامة على تنظيم القضاء الإداري الفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١١ .
- ١٧- محمد عبد الحميد أبوزيد ، تخاصم أهل السلطة بشأن القرار الإداري - دراسة مقارنة ، النسر الذهبي للطباعة ، طبعة ٢٠٠٦ .
- ١٨- محمد عبد السلام مخلص ، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء ، الجزء ١ ، دار الفكر الجامعي .
- ١٩- محمد فقير ، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية ، جامعة الجزائر ، ملتقى دور الصفقات العمومية - منتدى الأوراس القانوني .
- ٢٠- محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩ .
- ٢١- محمد ماهر أبو العينين ، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان ، دراسة تطبيقية لدور القاضي الإداري في مصر .
- ٢٢- محمود حافظ ، نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس ، ١٩٥٩ ، السنة ٢٩ ، مطبعة جامعة القاهرة .
- ٢٣- منصور محمد أحمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادر ضد الإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٢ .
- ٢٤- منصور محمد أحمد ، سلطة القاضي الإداري للأمور المستعجلة في توجيه أوامر للإدارة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٣ .
- ٢٥- يسري العصار ، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة ، وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة - دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١ .

## رسائل دكتوراة ودوريات :

- ١- زكي محمد النجار ، نظرية البطلان في العقود الإدارية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨١ .
- ٢- عاطف محمد شوقي ، القرارات القابلة للانفصال ، في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٨ .
- ٣- عبدالله سيد أحمد ، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة أسبوت ، ٢٠٠٨ .
- ٤- محمد غندور وعمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا ، مجلة المنارة - جامعة آل البيت ، المجلد ٢٠ ، العدد ٢/أ ، ٢٠١٤ .
- ٥- محمد كمال منير ، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ .
- ٦- محمود سعد الدين الشريف ، وقف تنفيذ القرار الإداري ، مجلة مجلس الدولة ، يناير ١٩٥٤ ، السنة الخامسة .

## ثانياً : مراجع باللغة الأجنبية

- ١- مراجع عامة
- 1- A. DELAUBADERE, Y. GAUDEMMENT, Traité de droit administratif, Paris 1999.
- 2- C.DEBBASCH, contentieux administrative, Dalloz, Paris, 1978.
- 3- CH. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, Presses UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 2e éd, 2008.
- 4- D.POUYAUD, La nullité des contrats administratifs, LGDJ, 1991.
- 5- J.M AUBY, R DRAGO, contentieux administrative, 1962, p.425.

- 6- J.MOREAU: Droit Public, T2, Droit administratif, 3 edition économique, Paris, 1997.
- 7- Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 5e édition, 2006.
- 8- R. CHAPUS, Cours de contentieux administratifs les cours du droit.
- 9- Y. GAUDEMET, Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif, Mélanges Burdeaux, LGDJ, 1977.

## ٢- مراجع متخصصة

- 1- CLAYES, Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public, CE, 7 octobre 2005, Région Nord-pas-de-Calais , Revue du droit public, 01 juillet 2006, n°4 .
- 2- C. LAJOYE, droit des marchés publics, Berti éditions, Alger 2007.
- 3- Didier CASAS, RDP, 2007, n°5, L.G.D.J.
- 4- F. MELLERAY, Vers un nouveau contentieux de la commande publique (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation), Revue du droit public, 1 septembre 2007 n°5.
- 5- <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-justice-administrative-au-service-de-l-Etat-de-droit>
- 6- J- D COMBREXELLE, acte détachable et contestation par le tiers des clauses financière d' un contrat de concession, RFDA, n ° 4, Juillet – Août, 1997.
- 7- J. Marc SAUVE, La justice administrative au service de l'Etat de droit.
- 8- Jacques GHESTIN, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ 1994.

- 9- Jean- François LACHAUME, “Les future grands arrêt”, RFDA, 2007.
- 10- Jean-Luc AUBERT, A propos d’une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993.
- 11- M. BERBARI, le réfère précontractuel, ACCP, 2003, n°26, Octobre, France.
- 12- M. BERBARI, marché public. La réforme à travers la jurisprudence. La montieur. Paris, 2001.
- 13- M. FOULETIER, La loi du 30 Juin 2000 relative au référé devant les juridiction administratives, Rev.Fr.Dr. Adm. 2000
- 14- N.R. VANDERMEERE, le réfère précontractuel, A.J.D.A, France, 1994.
- 15- P. BRUNET, La sécurité juridique, nouvel opium des juges ?, in Frontière du droit , critique des droits , Billet d’hummer en l’honneur de Danièle LOCHAK, LGDJ, 2007, p. 247.
- 16- P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l’encontre des contrats, pour le centenaire de l’arrêt Martin, RFDA, 2006.
- 17- Pierre DELVOLVÉ, De Marin à Bonhomme – Le nouveau recours des tiers contre le contrat administrative, RFDA, 2014, n° 3 Mai – Juin 2014.
- 18- RICHER, Droit des contrats administratifs,LGDJ, 5e éd., 2006, n°74.
- 19- Y.GAUDEMET, Remarque sur les aspects récents du contentieux des contrats de l’administration. in Liber amicorum Georges Daublon. Defrénoirs.

**اللاجئون السوريون بين الحماية واللجوء**

**ألمانيا أنموذجاً**

د. أحمد عقيل الزقبيه

كلية القانون - جامعة اليرموك

أربد - المملكة الأردنية الهاشمية

## ملخص البحث

تناولت هذه الدراسة الأزمة السورية وما تمخض عنها من نزوح أعداد كبيرة من المواطنين السوريين، ولجوءهم إلى مختلف دول العالم؛ ومنها جمهورية ألمانيا الاتحادية؛ طلباً للأمن والحماية. وقد تعرضت الدراسة للقوانين والاتفاقيات الدولية التي تنظم الوضع القانوني للاجئين، ومنها الوثيقة التي كتبت بعد الحرب العالمية الثانية والخاصة بحقوق الإنسان، ومن الاتفاقيات الهامة كذلك اتفاقية عام ١٩٥١ التي تعتبر الأداة العالمية الملزمة لحماية اللاجئين، ويمثل هذه الاتفاقية المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين (UNHCR). كما تناولت الدراسة مدى التزام الدول المستضيفة للاجئين بهذه القوانين والاتفاقيات الدولية التي تحفظ للاجئين حقوقهم، وتصون كرامتهم الإنسانية.

وقد تبين من خلال هذه الدراسة أنه في بداية أزمة اللجوء السوري كانت أغلب الدول الأوروبية تتجاهل لائحة دبلن وتمنح طالبي اللجوء حرية أكبر في اختيار الدولة التي يرغبون في اللجوء إليها. وقد تلقى اللاجئون السوريون مع بداية وصولهم ألمانيا معاملة خاصة تمثلت في الحصول على استحقاقات حكومية، ومع ارتفاع أعداد اللاجئين، وبعد الهجمات الإرهابية التي نُفذت في عدد من الدول المستضيفة للاجئين السوريين، وبرز أحزاب اليمين المتطرفة، وانقسام الأحزاب السياسية في ألمانيا بين مؤيد لسياسة الباب المفتوح أمام اللاجئين السوريين وبين معارض لها.

**Abstract:**

*This study investigated the Syrian crisis that led to the displacement of large numbers of Syrian people, and their emigration to the countries of the world, in order to request asylum, Including Germany, to seek security and protection. This study examined the laws and international conventions governing the legal status of refugees, including the Human Rights Document that was recorded after the Second World War. This study also addressed the 1951 Convention as one of the most important conventions and the first international legally binding document explicitly related to the protection of refugees, represented by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). The study also investigated the extent of the commitment of the host countries to these laws and international conventions that preserve the refugees' rights and protect their human dignity. This study found that at the beginning of the Syrian asylum crisis, most European countries ignored the Dublin Regulation and granted asylum seekers greater freedom to choose the state they wish to immigrate to. Upon their arrival to Germany, Syrian refugees received special treatment from the government and got benefits, , including the right to family reunification and the right to work. However, with the increase in the number of refugees; the terrorist attacks carried out in a number of countries hosting Syrian refugees; the rise of extreme right-wing parties; the division of political parties in Germany between supporters and opponents of 'the open door policy' to Syrian refugees.*



يعد اللجوء<sup>(١)</sup> والنزوح من الموضوعات الإنسانية والاجتماعية والعالمية؛ التي باتت تشكل - وبخاصة خلال فترة ما عرف بالربيع العربي - خطراً متنامياً يهدد كلاً من الأمن والتنمية الاقتصادية في العالم. وذلك لما أفرزته حركة الهجرة والنزوح الهائلة من تبعات اقتصادية وسياسية واجتماعية، وتغيرات ديمغرافية ما زلنا نعيش تطوراتها وتبدلاتها على مستويات عدة سواء داخل دول الربيع العربي، أو الدول المستضيفة للمهاجرين القادمين من بلدان النزاع في الشرق الأوسط<sup>(٢)</sup>.

ولم تتوقف موجات الهجرة القسرية بالانتقال من دول الربيع العربي إلى دول الجوار في الإقليم، بل تعدت ذلك إلى خارج الإقليم لتصل أوروبا والدول الغربية بشكل عام، مما أدى إلى بروز مخاوف أمنية متزايدة في الدول المستقبلية، وخاصة دول الاتحاد الأوروبي، بالإضافة إلى الاستحقاقات التنموية التي قد تفرضها الهجرة. لذا فالعلاقة بين حركات الهجرة واللجوء، والقضايا الأمنية والتنموية باتت تشكل استحقاقاً عالمياً يتطلب تظافر الجهود، والتنسيق ما بين الدول والمنظمات الدولية لوضع استراتيجية عالمية لرعاية الأمن الدولي، وتحقيق التنمية المستدامة للدول؛ بما يكفل كرامة الإنسان، والتخفيف من معاناة اللاجئين<sup>(٣)</sup>.

(١) كلمة اللجوء (Asylum) هي كلمة لاتينية من أصل يوناني (Asylon)؛ وتعني المكان الذي يمكن للفرد اللجوء إليه بهدف طلب الحماية، أو المكان الخاص بتقديم الرعاية والعناية لكبار السن.

Zonga, I. (2016). Free access to non-litigations procedures for asylum seekers. *Union of Jurists of Romania. Law Review*, 6(special issue).

م والخاصة باللاجئين والتي تنص 1951 وكمصطلح فقد عرّفت كلمة لاجيء في الاتفاقية الصادرة عن الأمم المتحدة عام ٢٠٠٢) على: هو كل شخص موجود خارج بلد جنسيته بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب العرق أو الدين أو القومية أو الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة أو رأي سياسي، ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أن يبقى بحماية بلده أو العودة إليها بسبب ذلك الاضطهاد.

Hailbronner, K. (1993). The concept of 'Safe Country' and expeditious Asylum Procedures: a western European perspective. *International Journal of Refugee Law*, 5(1), 31-65.

(٣) Bolesta, A. (2004). Protection from the Developing World: New Asylum and Immigration Policy in Europe. *Conflict and Displacement*, 133.

## إشكالية الدراسة

إنّ المتتبع للأزمة السورية منذ بدايتها؛ يلاحظ أنّ من أهم المشكلات الناتجة عنها، هي مشكلة اللاجئين الذين تعرضوا لكل أنواع المهانة والمعاناة، والتي تمثلت بترك منازلهم وممتلكاتهم وكل ما يملكون فرارا بأنفسهم وأسره من الحرب الدائرة في بلادهم، والتي أدت إلى دمار وخراب المدن والقرى، وأنت على معظم البنية التحتية، وعلى كل مقومات الحياة، ونالت من كل ما له علاقة بالكرامة الإنسانية. فنزحوا من بلادهم قاصدين مختلف دول العالم أملا بالحصول على الأمن والأمان والحماية الدولية التي تحقق لهم الكرامة. وكان من بين هذه الدول جمهورية ألمانيا الإتحادية التي اعتقدوا التزامها بالقوانين والشرائع الدولية التي تحمي اللاجئين وتوفر لهم كل متطلبات الحياة الكريمة، والحماية الكاملة. ويمكن حصر إشكالية هذا البحث من خلال الأسئلة التالية:

- لماذا فضل المهاجرون السوريون اللجوء إلى دولة ألمانيا تحديدا من بين دول الاتحاد الأوروبي؟

- ما مدى التزام ألمانيا بالقوانين الدولية للاجئين، وقانون حقوق الإنسان، وتطبيق ذلك على اللاجئين السوريين؟

- ما أثر أزمة اللاجئين السوريين على السياسة الألمانية؟

## أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى:

- توضيح واقع ومستقبل اللاجئين السوريين في ألمانيا.
- تحديد التبعات المختلفة لحركة اللجوء السوري؛ وخاصة التبعات الأمنية على الدولة الألمانية.
- تحديد أعداد اللاجئين السوريين في دول العالم، والمناطق التي هاجروا منها.
- التعرف على القوانين والتشريعات الصادرة عن المنظمات الدولية التي تكفل للاجئين الحماية والحياة الكريمة ومدى التزام ألمانيا بها.

- تحديد أهم المشكلات التي يعاني منها اللاجئين في ألمانيا، ومدى إمكانية حل تلك المشكلات بالشكل الذي يضمن حقوق اللاجئين التي يحميها القانون الدولي مع مراعاة الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تمر بها الدولة المضيفة.

### أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في تناولها لأحد الموضوعات الحيوية والهامة والمتعلقة بالأزمة السورية، وذلك من خلال تسليط الضوء على الأهداف التالية:

- مدى توفير الحماية الدولية والقانونية للاجئين السوريين في ألمانيا.
- وجرحي ومفقودين، بالإضافة لملايين النازحين والمُهجرين داخل البلاد وخارجها.
- مدى التزام الدول المستضيفة وخصوصا ألمانيا بالقوانين الدولية التي تكفل حق اللاجئين بتوفير الحماية والأمن وكل متطلبات الحياة الكريمة لهم ولأسرهم.
- الاطلاع على وجهات النظر المتباينة للدول المستضيفة للاجئين من حيث ترحيب البعض وإعراض البعض الآخر عن استقبالهم.
- بحث وضع اللاجئين السوريين بشكل خاص ومفصل في جمهورية ألمانيا الاتحادية.

### حدود الدراسة

جاءت هذه الدراسة لتعالج بصورة محددة أزمة اللاجئين السوريين ومعاناتهم. وموقف جمهورية ألمانيا الاتحادية تحديدا من اللاجئين السوريين المقيمين على أراضيها، ومدى التزام الدولة الألمانية بالقوانين الدولية الخاصة باللاجئين السوريين. ويمكننا تقسيم حدود الدراسة إلى كل من:

الحدود المكانيّة: وتتمثل بمنطقة الشرق الأوسط حيث اقتصر تطبيق الدراسة على الجمهورية العربية السورية، وكذلك الجانب الدولي المتمثل في دور الاتحاد الأوروبي بشكل عام وجمهورية ألمانيا الاتحادية بشكل خاص في المساهمة في إيواء اللاجئين السوريين وتقديم الحماية لهم.

الحدود الزمانية: يمكن تحديد الزمان للدراسة منذ انطلاق ما يسمى بثورات الربيع العربي في العديد من الدول العربية ومنها الجمهورية العربية السورية؛ بدءاً من عام ٢٠١١ كتاريخ رسمي وحتى وقت اعداد هذه الدراسة.

### منهج الدراسة وتقسيمها

تقوم الدراسة الحالية على المنهج الوصفي التحليلي، حيث جرى من خلال هذا المنهج تحليل المواقف الدولية من قضية اللاجئين السوريين، وبالتحديد موقف الدولة الألمانية، ومدى انسجامها مع القوانين الدولية المتعلقة باللاجئين من حيث التأكيد على توفير احتياجاتهم المتعددة، وضمان حمايتهم وأمنهم.

وإلى جانب المنهج الوصفي التحليلي، فقد اتبعت الدراسة المنهج المقارن كمنهج مساند ورديف تم الاعتماد عليه في المقارنة بين القوانين والتشريعات الدولية الراعية لشؤون اللاجئين، والتشريعات والقوانين الخاصة بالدولة الألمانية والاتحاد الأوروبي المستضيف للاجئين.

أما عن تقسيم الدراسة، فقد اقتضت طبيعة هذه الدراسة تقسيمها إلى مبحثين، تناول المبحث الأول اللاجئين السوريين؛ وحقوقهم في القوانين والاتفاقيات الدولية، وتتفرع الدراسة فيه إلى مطلبين، المطلب الأول: التباين في مواقف الدول من اللاجئين السوريين، والمطلب الثاني: اللاجئين السوريون وحقوقهم في القوانين والاتفاقيات الدولية، ومقارنة ذلك بقوانين اللجوء في دول الاتحاد الأوروبي. وتضمن المبحث الثاني مشكلات اللجوء السوري في ألمانيا ومدى توفير الحماية لهم وفق القوانين والتشريعات الدولية والألمانية. وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: السماح للاجئين السوريين بالإقامة على الأراضي الألمانية، والمطلب الثاني: المشكلات التي واجهت اللاجئين وموقف الحكومة الألمانية منها.

## المبحث الأول

### اللاجئون السوريون وحقوقهم في القوانين والاتفاقيات الدولية

من المفارقات العجيبة في المواقف الدولية تجاه أزمة اللجوء؛ أن دول أوروبا وهي من دول العالم الغنية تستقبل (6%) فقط من اللاجئين في العالم والبالغ عددهم نحو (65) مليون لاجيء<sup>(1)</sup> اضطروا لترك بلدانهم بسبب الحروب، أو بسبب الاضطهاد السياسي أو العرقي أو الديني، أو بسبب الكوارث الطبيعية<sup>(2)</sup>، في حين نجد أن (86%) من هؤلاء اللاجئين يقطنون في دول فقيرة محدودة الدخل<sup>(3)</sup>، مما يدل على هشاشة النظام العالمي في تعامله مع القضايا الإنسانية ومنها قضية اللجوء وتبعاتها.

علماً بأنّ المفوضية المنبثقة عن اتفاقية جنيف لعام 1951م، والبروتوكول الملحق بها عام 1967 - بوصفها الوكالة الدولية المعنية بمراقبة قضايا اللاجئين - تسعى لتوفير الحماية الدولية للاجئين في مختلف أنحاء العالم، والعمل على توفير حقوق الإنسان الأساسية للاجئين، وتتكفل بعدم عودتهم قسراً إلى بلدانهم التي خرجوا منها إلى أن تسمح الظروف بذلك. كما تعمل المفوضية على دمج اللاجئين في دول اللجوء<sup>(4)</sup>.

وقد أدت ثورات ما سمي بالربيع العربي التي حدثت في دول العالم العربي مطلع عام 2011 م إلى تحديات وتحولات كبرى، أسهمت في خلق فوضى عارمة في المنطقة. ومن

---

(1) Levy, C. (2010). Refugees, Europe, camps/state of exception: "into the zone", the European Union and extraterritorial processing of migrants, refugees, and asylum-seekers (theories and practice). *Refugee Survey Quarterly*, 29(1), 92-119.

(2) Cooper, C. R., Cooper, R. G., Trinh, N. M., Wilson, A., & Gonzalez, E. (2012). Bridging multiple worlds: Helping immigrant youth from Africa, Asia, and Latin America on their pathways to college identities. *US Immigration and Education: Cultural and Policy Issues Across the Lifespan*, 301.

(3) Curta, A. I. (2017). European refugee crisis: The public health dimension. *Research and Science Today*, 6.

(4) Goodwin-Gill, G. S. (2011). The right to seek asylum: Interception at sea and the principle of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, 23(3), 443-457.

هذه التحديات: التدفقات المستمرة للنازحين واللاجئين السوريين التي أتت تداعياتها على المنطقة كلها، وعلى العالم بأسره<sup>(١)</sup>.

فلم يشهد العالم منذ الحرب العالمية الثانية أزمة بحجم أزمة اللاجئين السوريين، فالصراع العنيف والمسلح على الأرض السورية بين الدولة السورية من جهة والمعارضة المسلحة من جهة أخرى، أدى إلى حرب حقيقية مفتوحة على الأرض السورية؛ وتسببت هذه الحرب التي ما زالت مستمرة إلى يومنا هذا (٢٠١٨) منذ عام 2011م، في تشريد الملايين من المدنيين بين نازح داخل البلاد، ولجوء ييحث عن الأمن والحماية الدولية له ولأسرته معرضين أنفسهم لخطر الموت في عرض البحر والبر.

إنَّ الحرب المروعة في سوريا أدت إلى إخراج أزمة اللاجئين السوريين من إطارها الإقليمي الضيق لتتحول إلى أزمة عالمية لم تتوقف تداعياتها الاجتماعية، والاقتصادية والأمنية داخل الدولة السورية، بل تجاوزت ذلك إلى معظم دول العالم<sup>(٢)</sup>.

#### المطلب الأول: التباين في مواقف الدول من اللاجئين السوريين

بالرغم من استئناف العديد من المفاوضات بين أطراف النزاع لإيجاد حل للحرب الدائرة في سوريا-(أستانة، وجنيف)- إلا أن ملامح الحل السياسي للأزمة السورية لم تظهر بعد. وأدت تدفقات اللاجئين والنازحين داخل سوريا إلى إلزام المجتمع الدولي للتعامل مع هذه المأساة الإنسانية، والاستجابة لأخطر وأعقد كارثة إنسانية عرفها التاريخ. بل إن المجتمع الدولي إزاء هذه المشكلة أصبح منقسما، فهناك دول فرضت عليها موجات اللاجئين السوريين بحكم الجوار الجغرافي، وهي دول ما زالت إلى يومنا هذا تتحمل العبء الأكبر، مثل الأردن، لبنان، تركيا. وهناك دول الخليج الغنية كالسعودية وقطر والبحرين والإمارات، لم تفتح أبوابها رسميا للاجئين السوريين؛ خوفا من أن تنتقل إليها

(١) Açıklan, Ş. N., & Bölücek, C. A. (2014). Understanding of Arab Spring with Chaos Theory-Uprising or Revolution. In *Chaos theory in politics*, Springer Netherlands: pp. 29-47.

(٢) Chishti, N. A. (2013). Syrian Crisis: A Case Study. Issues,1(4).

عدوى الثورات والآراء السياسية المناهضة للأنظمة الديكتاتورية، بالإضافة إلى خوف هذه الدول - باستثناء السعودية - من ظهور أزمة ديموغرافية بحكم صغر مساحتها<sup>(١)</sup>.

وهناك دول عربية تقع في شمال إفريقيا فتحت أبوابها للاجئين السوريين مثل الجزائر، وأخرى تقع في نفس المنطقة أغلقت أبوابها أمام تدفقات اللاجئين مثل تونس، وليبيا، والمغرب، وهي دول ما عدا المغرب عانت من تبعات الربيع العربي. أما الدول الغربية؛ فهناك دول أوروبية تقع في فلك واحد؛ لكن مواقفها منقسمة ومتباينة بين مؤيد لسياسة "الباب المفتوح" أمام اللاجئين السوريين والذي أعلنته (ميركل) المستشارة الألمانية، وبين معارض لها<sup>(٢)</sup>.

فالهاجس الأمني قد خيم وسيطر على دول الاتحاد الأوروبي، وطغى على كل الخطابات السياسية الرسمية للكثير منها، خاصة مع سلسلة الهجمات الإرهابية التي نفذت في بلجيكا، والولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا، وألمانيا، وتركيا، وبروكسل مخلفة الكثير من القتلى والجرحى، والتي نفذها أشخاص أعلنوا ولائهم لتنظيم داعش. مما أدى إلى تراجع دول أوروبا عن تقديم المساعدة للاجئين، ومنح الحماية الدولية لهم بسبب تخوفها من انتقال الإرهاب إلى أراضيها؛ خاصة وقد تبين أن منفذي الهجمات الإرهابية هم من اللاجئين وطالبي اللجوء. لذا أصبح يُنظر إلى اللاجئ كتهديد حقيقي للدول الغربية<sup>(٣)</sup>.

فحسب دراسة للمركز الأمريكي<sup>(٤)</sup> (Pew Research Center) فإن ٥٩% من الأوروبيين يخشون على أمنهم واستقرارهم من خطر وصول اللاجئين. ولذلك فإن تدفق اللاجئين الفارين من الاضطهاد والصراعات؛ أدى بالدول الأوروبية لتضييق الخناق على حقوق الإنسان وحمايته بحجة حماية أمنها الوطني.

(١) De Voss, V. (2015). The 2015 refugee crisis. *Sister Namibia*, 27(3), 22.

(٢) القائمة الكاملة بالأرقام. هذه دول تستقبل لاجئين وتلك تنهرب. (٢٠١٥، سبتمبر ٤). تم الاقتباس بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٨:

<https://www.radiosawa.com/a/syrian-refugees-countries-welcome/280535.html>

(٣) Taneski, N. (2016). Hybrid warfare: mass migration as a factor for destabilization of Europe. *Contemporary Macedonian Defense/Sovremena Makedonska Odbrana*, 16(30).

(٤) Wike, R., Stokes, B., & Simmons, K. (2016). Europeans fear wave of refugees will mean more terrorism, fewer jobs. *Pew Research Center*, 11.

وبحسب التقرير العالمي لمنظمة حقوق الإنسان ( World Report 2016 of HRW ) فإن سياسة الخوف هذه تمثل تهديدا لحقوق الإنسان، وبحسب التقرير نفسه فإن أزمة اللاجئين وارتفاع الهجمات الإرهابية ضد المدنيين باسم تنظيم داعش، سبب في ارتفاع خطابات الخوف والإسلاموفوبيا (Islamophobia)<sup>(1)</sup>.

وبسبب هذا الخوف من التهديد المحتمل الذي قد يشكله اللاجئون، أدى بالحكومات الأوروبية إلى سياسة إخراج الأزمة خارج أوروبا وتوكيل دول أخرى محورية للقيام بالمهمة مكانها<sup>(2)</sup>. ومن جهة أخرى فقد غذت أزمة اللاجئين صعود اليمين المتطرف في كل من أمريكا ومعظم الدول الغربية. فالإدارة الأمريكية برئاسة دونالد ترامب قررت غلق الحدود الأمريكية في وجه كل اللاجئين لاسيما مواطني سبعة دول مسلمة تحديدا وهي (اليمن، إيران، ليبيا، الصومال، السودان، سوريا، والعراق) لمدة تسعين يوماً؛ يمنع خلالها دخول اللاجئين من كل أنحاء العالم إلى التراب الأمريكي<sup>(3)</sup>، وبالنسبة لأوروبا؛ فإن تدفق اللاجئين السوريين إلى دولها أدى إلى بروز أحزاب اليمين المتطرفة، والشعبوية (extreme right and populist parties) التي روجت لتقدم اللاجئين كأعداء، لإثارة مشاعر الكراهية ضدهم أو بشكل ضمني اعتبار اللاجئين أهدافا مشروعنة لتنفيذ أعمال العنف ضدهم<sup>(4)</sup>.

فالأحزاب اليمينية في أوروبا مثل حزب الحرية النمساوي the Freedom Party of Austria (FPO) of، والحزب البديل Alternative for Germany (AfD) Party من أجل ألمانيا، والجبهة الوطنية الفرنسي French National Front، وحزب الشعب البديل الدانمركي Danish People's Party، وحزب الحرية الهولندي

---

(1) Weber, B. (2016b). We Must Talk about Cologne": Race, Gender, and Reconfigurations of "Europe. *German Politics and Society*, 34(4), 68-86.

(2) Sy, M. (2015). UNHCR and preventing indirect refoulement in Europe. *International Journal of Refugee Law*, 27(3), 457-480.

(3) De Ruiz, A. R. (2017). Queers Resisting Trump and White Supremacy in Mexico City. *QED: A Journal in GLBTQ Worldmaking*, 4(2), 79-83.

(4) Krueger, Alan, and Jorn-Steffen Pischke (1997). A Statistical Analysis of Crime against Foreigners in Unified Germany. *Journal of Human Resources*, 32(1), 182-209.



Dutch Freedom Party المتطرف، كلها أحزاب معادية للأجانب وبالخصوص اللاجئين، ومعادية أيضا للإسلام(1).

وقد أسهمت سلسلة الهجمات الإرهابية التي تعرضت لها أوروبا في بروز تلك التيارات والأحزاب المتطرفة التي أصبحت تنظر إلى المهاجرين عامة على أنهم تهديد للأمن القومي الأوروبي(2).

لقد فشلت كل الجهود الغربية ولاسيما الأوروبية في الاستجابة لمعاناة اللاجئين السوريين، بسبب غياب التنسيق بين الدول من جهة، وبسبب الحسابات الأمنية والخوف من الإرهاب الدولي من جهة أخرى، وأظهرت السياسات الغربية من خلال تعاملها مع الهجرة وأزمة اللاجئين السوريين مدى انقسامها وعدم توافقها بخصوص حل الأزمة، فانتهاج دول الاتحاد الأوروبي سياسة "تصدير الأزمة" لهو دليل على تخلي هذه الدول عن مسؤوليتها في توفير الحماية لهؤلاء اللاجئين الذين فروا من الحرب والإرهاب ليجدوا معاملة سيئة وإهانة لكرامتهم(3).

فالاستجابة الحقيقية لأزمة اللجوء والنزوح لا تكون ببناء الجدران الشائكة، أو حجز اللاجئين في مراكز تشبه المعتقلات والسجون، أو إعادتهم إلى حيث جاؤوا، أو الاكتفاء بالدعم المالي لهم، وإنما تكون بالاستجابة الإنسانية التي تحفظ كرامة اللاجئ ومعاملته كإنسان لم يختر اللجوء من تلقاء نفسه بل اضطرته ظروف قاهرة لم تترك له الخيار إلا اللجوء خارج الوطن والديار وبالتالي تحمل كل قسوة المجتمع الدولي المتخاذل. لكن مجرد إيراد الأبواب في وجه المهاجرين لن يعني خفض أعداد اللاجئين المرتحلين إلى أوروبا(4) فبالرغم من حجم التقصير وعدم الاهتمام تجاه هذه القضية الإنسانية من قبل دول الاتحاد الأوروبي، غير أن تدفق موجات اللاجئين السوريين عبر

(1) Ekman, M. (2015). Online Islamophobia and the politics of fear: manufacturing the green scare. *Ethnic and Racial Studies*, 38(11), 1986-2002.

(2) Brandt, L. (2015). Populist Parties in Germany, France, and the UK: Growing Support for a Radical Rejection of Globalization?. *International ResearchScope Journal*, 3(1), 4.

(3) Reinisch, J. (2015). 'Forever Temporary': migrants in Calais, then and now. *The Political Quarterly*, 86(4), 515-522.

(4) Shameem, S. (2015). Crisis at Europe's Doorstep: A Conversation with Eugenio Ambrosi about Refugees, Migration, and the European Response. *Chicago Policy Review (Online)*.

البر والبحر وصراعهم مع الموت الذي أودى بحياة الكثيرين وغيرها من المشاهد المؤلمة دفعت بالحكومة الألمانية إلى اتخاذ قرارها الإنساني والحضاري الذي فتح أبواب ألمانيا أمام اللاجئين.

### المطلب الثاني: حقوق اللاجئين السوريين في الاتفاقيات الدولية

أصبحت حقوق الإنسان وما يتصل بها من حريات أساسية، من بين الموضوعات التي تحظى بالاهتمام الكبير على الصعيد الداخلي للدول وكذا الدولي، خاصة ما يتعلق منها باللاجئين. وقد برز الاهتمام الدولي بمسألة اللاجئين من خلال المحورين التاليين:

الأول: يتمثل في إبرام العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية لتنظيم الوضع القانوني للاجئين، بدءاً من تعريف اللاجئ وتحديد الشروط التي يلزم توافرها لكي يُعترف له بهذا الوصف، ومروراً ببيان الحقوق التي يتمتع بها بموجب ذلك، والتزاماته تجاه دولة الملجأ<sup>(١)</sup>.

الثاني: يتعلق بآليات حماية هذه الفئة من خلال إنشاء العديد من المؤسسات والأجهزة التي تُعنى بشؤون اللاجئين، كمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، والمنظمة الدولية للاجئين، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان (UDHR)، وكذا بعض المنظمات غير الحكومية مثل: اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ومنظمة العفو الدولية وغيرها.

### أسباب ظهور القوانين الدولية الخاصة باللاجئين

لمحة تاريخية: إنَّ المتتبع للمواثيق والمعاهدات الدولية الخاصة باللاجئين يتبين له أنَّ تحديد مسؤولية المجتمع الدولي في توفير الحماية للاجئين وإيجاد حلول لمشكلاتهم، يرجع إلى عصر عصبة الأمم عندما تم تعيين أول مفوض سام للاجئين الروس عام ١٩٢١، تبع ذلك إنشاء المنظمة الدولية للاجئين في عام ١٩٤٧ لمعالجة وضع اللاجئين في أوروبا عقب الحرب العالمية الثانية، وفي عام ١٩٤٨ صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (UDHR) الذي يعد أول وثيقة لحقوق الإنسان كتبت في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، كما يعتبر حجر الزاوية في النظام الدولي لحقوق الإنسان. تلى ذلك إنشاء المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين؛ وذلك بموجب إتفاقية ١٩٥١ التي تعتبر

(١) أحمد الرشيدى. (١٩٩٧). الحماية الدولية للاجئين. مركز البحوث والدراسات السياسية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص ٦١.

الأداة العالمية الملزمة لحماية اللاجئين<sup>(١)</sup>. ويُعرّف اللاجئ في هذه التشريعات التي ذكرنا على أنه الشخص الذي يقيم في مكان ما، ويسعى للحصول على لجوء وإقامة في مكان آخر، سواء كان ذلك بسبب إبعاده عن موطنه، أو لرغبته بترك موطنه اختياراً على إثر أحداث في النظام السياسي، أو بهدف التخلص من الخضوع للنظام الحاكم في دولته<sup>(٢)</sup>. وقد اهتم القانون الدولي الإنساني برعاية اللاجئين الذين يفقدون ارتباطهم بدولتهم الأصل، وهم بذلك يُعتبرون أشخاصاً محميين بمفهوم اتفاقية جنيف الرابعة<sup>(٣)</sup>.

أما عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقد نصت مادته رقم: ١٣/٠٢ على حرية الانتقال وحق كل فرد في أن يغادر إقليم الدولة التي يعيش فيها أو إقليم أي دولة أخرى، وكذا في العودة إلى هذا الإقليم مرة ثانية، وهو المعنى نفسه الذي ذكر في المادة رقم: ١٢/٠٢ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(٤)</sup>. كما نصت المادة ١٤ منه على أن: "لكل شخص الحق في التماس اللجوء والتمتع به في بلدان أخرى بعيداً عن الاضطهاد والتفهر السياسيين".

وبالنسبة لقوانين وتشريعات اللجوء في الدول الأوروبية، نجد أن الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٥٠، لم تشر صراحة أو ضمناً إلى الحق في اللجوء، مما دعا الدول الأوروبية إلى أن تتدارك ذلك في المجلس الأوروبي لعام ١٩٦١ وذلك بإضافة عبارة: (إذا ما توافرت أسباب وظروف اللجوء)<sup>(٥)</sup>.

وفي ألمانيا وهي إحدى دول الاتحاد الأوروبي نجد أن حق اللجوء قد نُصَّ عليه في القانون الأساسي الألماني منذ عام ١٩٤٩؛ وذلك استجابة للمآسي التي أصابت الناس

(١) إريكا فيلر. (٢٠٠١). الحماية الدولية للاجئين، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، مكتب الدعم الإقليمي للإعلام، اللجنة الدولية للصليب الأحمر القاهرة، مصر، ص ١٣٦، ١٣٧.  
(٢) سعيد سالم الجويلي. (٢٠٠١). المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢٤.

(٣) Imseis, A. (2003). On the Fourth Geneva Convention and the occupied Palestinian territory. *Harv. Int'l LJ*, 44, 65.

(٤) أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٥) Baloch, B. Q. (2006). International refugee system in crisis. *The Dialogue. A Quarterly Research Journal*, 1(1), 118-141.

خلال الحرب العالمية الثانية<sup>(١)</sup>. وفي عام ١٩٥٣ أدخلت ألمانيا اتفاقية جنيف بشأن اللاجئين حيز التنفيذ. واستمر تدفق اللاجئين من الدول الشيوعية إلى ألمانيا حتى نهاية السبعينيات<sup>(٢)</sup>. ورغم أن أبواب ومسارات اللجوء السياسي بقيت مفتوحة نسبياً أمام اللاجئين إلا أن عدد طالبي اللجوء ظل منخفضاً حتى عام ١٩٨٠<sup>(٣)</sup>.

كما أدت الحرب في منطقة البلقان إلى ارتفاع أعداد طالبي اللجوء إلى ألمانيا؛ فقد بلغت طلبات اللجوء في عام ١٩٩٣ حوالي ٤٣٨,١٩١ طلب لجوء<sup>(٤)</sup>. وكان لهذا الوضع أثر كبير في إعادة النظر بسياسة اللجوء، فقد تم تعديل ما يسمى بـ "تسوية اللجوء" *asylum compromise* في عام ١٩٩٣ مما أدى إلى وضع قيود على قانون اللجوء الألماني من حيث تأثيره تأثيراً شديداً في الحالة المعيشية لطالبي اللجوء، وحظر العمالة، ومحدودية فرص الحصول على الاستحقاقات الاجتماعية من خلال قانون استحقاقات طالبي اللجوء<sup>(٥)</sup>.

وقد تزايدت أهمية تفعيل الدور الأوروبي في رسم سياسة اللجوء. فمنذ عام ١٩٨٥؛ نظمت اتفاقات شنغن Schengen، ولاحقاً اتفاقيات دبلن Dublin حرية التنقل والمسؤولية على طلبات اللجوء، وقد ورد في هذه الاتفاقيات أن طلبات اللجوء يجب

---

(١) Lambert, H., Messineo, F., & Tiedemann, P. (2008). Comparative perspectives of constitutional asylum in France, Italy, and Germany: requiescat in pace?. *Refugee Survey Quarterly*, 27(3), 16-32.

(٢) Poutrus, P. G. (2014). Asylum in postwar Germany: Refugee admission policies and their practical implementation in the Federal Republic and the GDR between the late 1940s and the mid-1970s. *Journal of Contemporary History*, 49(1), 115-133.

(٣) Korntheuer, A. (2017). Germany's Refugee Protection System. A. Korntheuer, P. Pritchard, & DB Maehler, *Structural Context of Refugee Integration in Canada and Germany*, 37-42.

(٤) Hewagodage, V. (2015). *Hanging in the balance: when refugee learners' naturalization depends on their acquisition of cultural knowledge and English language proficiency* (Doctoral dissertation, University of Southern Queensland).

(٥) Givens, T., & Luedtke, A. (2005). European immigration policies in comparative perspective: Issue salience, partisanship and immigrant rights. *Comparative European Politics*, 3(1), 1-22.

تقديمها في بلد الوصول الأول داخل الاتحاد الأوروبي<sup>(1)</sup>. كما تم تطبيق إجراءات السيطرة على الحدود الأوروبية وإجراءات دبلن، إضافة إلى تحديد البلدان الآمنة<sup>(2)</sup>. ففي بداية الأزمة السورية كانت أغلب الدول الأوروبية التي تقع في الطريق إلى ألمانيا تتجاهل لائحة دبلن، ولذلك تمكن طالبي اللجوء من المرور بحرية عبر أراضيها إلى ألمانيا، كما منحت طالبي اللجوء حرية أكبر في اختيار الدولة التي يرغبون في اللجوء إليها. وعادة ما كانت حرية الاختيار هذه مقيدة بقانون دبلن الصادر عن الاتحاد الأوروبي، والذي ينص على أن البلد الأول الذي يصل إليه اللاجئ هو البلد الذي يجب أن يلتصق فيه الشخص بطلب اللجوء، إلا أن تخفيف هذا الشرط من لائحة دبلن في بداية الأزمة السورية قد خدم طالبي اللجوء بشكل إيجابي وخاصة للراغبين منهم باللجوء إلى ألمانيا. ولكن مع ارتفاع أعداد اللاجئين، وزيادة عدد البلدان التي أخذت تغلق حدودها أمامهم، وتضع شروط وضوابط كثيرة أدى كل ذلك إلى تعقيد أمر اللجوء وزيادة صعوبته؛ وبالتالي أصبحت حرية الاختيار غير متاحة<sup>(3)</sup>. إضافة إلى ذلك فقد تم تنفيذ عمليات ترحيل لبعض اللاجئين بالقوة نتيجة الاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وتركيا الذي أدى إلى إعادة ترحيل طالبي اللجوء من اليونان إلى تركيا. وإعادة توطين اللاجئين السوريين في مخيمات داخل تركيا مقابل دعم مالي لتركيا من قبل دول الاتحاد الأوروبي<sup>(4)</sup>. وبسبب إغلاق الحدود الأوروبية أمام اللاجئين فقد أصبح الحصول على طلب اللجوء محدودا لدرجة كبيرة. لقد كان الدافع من وراء إبرام العديد من الموائيق والاتفاقيات الدولية، التي اهتمت بتنظيم الوضع القانوني للاجئين، سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الإقليمي، يتبين من خلال اعتبارين أساسيين هما:

(1) Mallia, P. (2011). Case of MSS v. Belgium and Greece: A Catalyst in the Re-thinking of the Dublin II Regulation. *Refugee Survey Quarterly*, 30(3), 107-128.

(2) Nolte, G., & Radler, P. (1996). German Public Law Jurisprudence in 1995-96. *Eur. Pub. L.*, 2, 485.

(3) Christopher, E. M. (2016). The Geopolitics of Immigrant Labour: A Climate of Fear. *Corporate Espionage, Geopolitics, and Diplomacy Issues in International Business*, 210.

(4) Lischer, S. K. (2017). The Global Refugee Crisis: Regional Destabilization & Humanitarian Protection. *Dædalus*, 146(4), 85-97.

١- تزايد الاهتمام الدولي بالإنسان وظهور الأفكار والاتجاهات الحديثة بشأن حماية حقوقه وحياته الأساسية.

٢- ظهور العديد من الأنظمة غير الديمقراطية؛ وما أدت إليه من تعاضم ظاهرة الاضطهاد والقهر السياسيين، أو ما في حكمهما في أغلب هذه النظم، الأمر الذي أدى إلى زيادة مطردة في أعداد الأشخاص الذين سعوا إلى التماس الملجأ الآمن لهما خارج بلدانهم<sup>(١)</sup>.

### أهم المعاهدات الدولية والإقليمية الخاصة باللجوءين

نستعرض فيما يلي؛ وبشكل مختصر؛ أهم المعاهدات والاتفاقيات الخاصة باللجوءين، وأهم ما جاء فيها من بنود تنص على توفر سبل العيش الكريم للجئتين، وتحفظ لهم كرامتهم، وتوفر لهم الحماية والأمن.

اتفاقية ١٩٥١ الخاصة بوضع اللجوءين: اعتمدت هذه الاتفاقية في ٢٨ حزيران عام ١٩٥١ من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين والمتعلق باللجوءين وعديمي الجنسية، حيث دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرارها ٤٢٩ المؤرخ في ١٤ ديسمبر من عام ١٩٥٠. وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في ٢٢ نيسان لعام ١٩٥٤<sup>(٢)</sup>، وفي شهر أيلول من عام ٢٠٠١م؛ بلغ عدد الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية نحو ١٤١ دولة<sup>(٣)</sup>.

وتعتبر هذه الاتفاقية أساس القانون الدولي للجئتين حيث حددت لهم جملة من الحقوق، والتي من أهمها حرية العقيدة والتنقل من مكان إلى آخر، والحق في التعليم والحصول على وثائق السفر وإتاحة الفرصة للعمل، و ينص أحد الأحكام الرئيسية في هذه الاتفاقية على حظر إعادة اللجوءين، أو ردهم إلى بلد يُخشى عليهم من التعرض فيه للاضطهاد<sup>(٤)</sup>.

(١) أحمد الرشيدى، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

(٢) وائل أنور بندق. (٢٠٠٥). الأقليات وحقوق الإنسان. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص ١٤٥.

(٣) مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللجوءين. (٢٠٠١) حماية اللجوءين، دليل القانون الدولي للجئتين، مطبوعات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللجوءين، ٢٠٠١، ص ٨.

(٤) Jackson, I. C. (1991). The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: A universal basis for protection. *Int'l J. Refugee L.*, 3, 403.

ولما كانت هذه الاتفاقية قد صيغت في أعقاب الحرب العالمية الثانية، فإن تعريفها لكلمة لاجئ قد ركز على الأشخاص الموجودين خارج بلدهم الأصلي، وصاروا لاجئين نتيجة الأحداث التي وقعت في أوروبا أو في دول أخرى قبل ١ كانون الثاني لعام ١٩٥١. ومع ظهور أزمات جديدة خاصة باللاجئين خلال السنوات الأخيرة من خمسينات القرن العشرين ومطلع الستينات منه، أصبح من الضروري توسيع النطاق الزمني والجغرافي لاتفاقية اللاجئين، مما أدى إلى صياغة جديدة لإقرار بروتوكول تابع للاتفاقية<sup>(١)</sup>.

بروتوكول عام ١٩٦٧ الخاص بوضع اللاجئين: إنَّ الهدف من بروتوكول عام ١٩٦٧ هو الاعتراف بإمكانية تطبيق اتفاقية عام ١٩٥١ على تحركات اللاجئين في الوقت الحاضر، والبروتوكول وثيقة مستقلة يمكن للدول الانضمام إليها دون أن تكون طرفاً في الاتفاقية؛ مع العلم أنَّ ذلك نادراً ما يحصل، فالدول الموقعة على البروتوكول عادة ما تلتزم بتطبيق بنود الاتفاقية على اللاجئين الذين ينطبق عليهم التعريف الذي وضعته لهم الاتفاقية؛ دون وضع القيود الجغرافية والزمنية على الاتفاقية. ويمكن للدول عندما تصبح طرفاً في الاتفاقية أو البروتوكول أن تذكر صراحة أنها لن تطبق بعض أحكام الاتفاقية، أو أنها ستطبق بعض أحكامها بعد إجراء تعديلات عليها<sup>(٢)</sup>.

وتعالج اتفاقية عام ١٩٥١، والبروتوكول الملحق لعام ١٩٦٧ الموضوعات الرئيسية التالية:

- التعريف الأساسي للاجئ، بالإضافة إلى الشروط التي توقف أو تنهي وضع اللجوء.
- الوضع القانوني للاجئين في بلد لجوئهم، وواجباتهم، بما في ذلك الحق في الحصول على الحماية من العودة القسرية، أو الإبعاد إلى أراضي بلد تتعرض فيه حياتهم أو حرياتهم للتهديد.

---

(١) Weis, P. (1967). The 1967 Protocol relating to the status of refugees and some questions of the law of treaties. *Brit. YB Int'l L.*, 42, 39.

(٢) Zimmermann, A., Dörschner, J., & Machts, F. (Eds.). (2011). *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol: A commentary*. Oxford University Press.

• التزامات الدول بقوانين اللجوء، والتعاون مع المفوضية من خلال تقديم المعلومات عن التشريعات الوطنية إلى الأمين العام لضمان تطبيق الاتفاقية، وكذا الإعفاء من المعاملة بالمثل<sup>(١)</sup>.

إعلان عام ١٩٦٧ حول اللجوء الإقليمي: تم إقرار هذا الإعلان في الجمعية العامة للأمم المتحدة، والذي يعكس الإجماع الدولي حول الرأي القائل؛ بأن منح اللجوء هو عمل سلمي وإنساني، ولا يحق لأي دولة اعتباره غير ذلك. كما يشير الإعلان إلى أن مسؤولية تقدير ادعاءات اللجوء تعود للدولة التي يلتزم الفرد فيها الأمان<sup>(٢)</sup>.

وثائق الاتحاد الأوروبي<sup>(٣)</sup>: في منتصف الثمانينات من القرن الماضي (القرن العشرون) سعت الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إلى توثيق سياساتها وممارساتها حول اللجوء، ففي البداية أخذ الموضوع شكل مبادرات سياسية غير ملزمة قانونياً، غير أنه ومنذ عام ١٩٩٩ عملت حكومات الاتحاد الأوروبي علي وضع نظام أوروبي مشترك للجوء يركز على التطبيق الكامل والشامل لاتفاقية عام ١٩٥١. وبحلول شهر أيار ٢٠٠٤ عندما انضمت ١٠ دول جديدة إلى الدول الـ ١٥ الأخرى في الاتحاد الأوروبي؛ فقد تم التوصل إلى اتفاق حول العناوين الأساسية للنظام الأوروبي المشترك للجوء، وقد تضمن ذلك الاتفاق على جملة مسائل منها:

- الحماية المؤقتة للاجئين.
- توفر المعايير الدنيا التي تسمح باستقبال طالبي اللجوء.
- وضع نظام يحدد الدولة العضو المسؤولة عن النظر في طلبات اللجوء، ( يكون هذا النظام وبالنسبة إلى هذه المسألة بديلاً عن اتفاقية دبلن لسنة ١٩٩٠).
- وضع نظام لمقارنة بصمات أصابع طالبي اللجوء، ( المعروف بأوروداك والمعمول به منذ كانون الثاني لعام ٢٠٠٣).

(١) Zimmermann, A., Dörschner, J., & Machts, F. (Eds.). (2011). Previous reference.

(٢) Martin, S. M. (1983). Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations. *Immigr. 7 Nat'lity L. Rev.*, 7, 650.

(٣) Levy, C. (2005). The European Union after 9/11: The demise of a liberal democratic asylum regime?. *Government and Opposition*, 40(1), 26-59.



- الاتفاق على تحديد مفهوم اللجوء والحماية المتفرعة منه، وبالتالي يتم تحديد المعايير الدنيا لهؤلاء الذين تأهلوا لنيل الحماية الدولية.

- الاتفاق على الإجراءات التي تحدد المعايير الدنيا المشتركة لإجراءات تحديد وضع اللاجئين. إن الموافقة على هذه البنود من قبل الدول الأوروبية، والتي تؤسس للحد الأدنى من المعيار الإجرائي، قد وضعت علامة النهاية للمرحلة الأولى من تأسيس نظام أوروبي مشترك للجوء، وأما المرحلة الثانية فستعمل على ترجمة هذه المبادئ إلى تشريعات وطنية، وتوثيق الممارسات بين الدول الأعضاء.

وبعد فإن هذه الموثائق التي ذكرنا لا يكون لها أي فعالية ولا فائدة ما لم توجد هناك آليات وهيئات تشرف على احترام هذه الموثائق والعمل على تطبيقها، وأهم هذه الهيئات: مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين

بداية لا بد من الإشارة إلى أن هذه المفوضية ليست الجهاز الدولي الأول الذي تم إنشاؤه لتوفير الحماية والمساعدة لللازمين للاجئين، فقد سبق قيامها بإنشاء العديد من الأجهزة ذات الصلة، أبرزها: مكتب مفوض عصبة الأمم المتحدة للاجئين عام ١٩٢١، ومكتب المفوض السامي للاجئين عام ١٩٣٣، وإدارة الأمم المتحدة للغوث وإعادة التأهيل، والمنظمة الدولية للاجئين التي أنشأتها الأمم المتحدة. وتعود فكرة إنشاء المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة إلى عام ١٩٤٦<sup>(١)</sup> حيث أصدرت القرار الذي تضمن أنشطة الأمم المتحدة لدعم اللاجئين، وقد أوصت الجمعية العامة إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لها للنظر في جميع جوانب قضية اللاجئين، وتنفيذا لذلك فقد أنشأ المجلس لجنة لهذا الغرض، والتي اجتمعت وقررت ضرورة تشكيل جهاز دولي للتعاطي مع هذه المسألة، كما أوصى المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قرار له النظر في مشروع دستور لمنظمة دولية للاجئين، وقد أقرت الجمعية العامة للأمم

(١) أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص ٢٣١.

المتحدة هذا الدستور ودعت الدول للتوقيع على هذا الصك بغية تمكين هذه المنظمة من أداء مهامها<sup>(١)</sup>.

وقد بدأت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين والتي تتخذ من مدينة جنيف السويسرية مقراً لها، في مباشرة مهامها اعتباراً من عام ١٩٥١<sup>(٢)</sup>، وعلى الرغم من أن قرار الجمعية العامة بإنشاء المفوضية قد حدد لها فترة ٣ سنوات فقط تبدأ في ١٩٥١/٠١/٠١ وحتى ١٩٥٣/١٢/٣١، إلا أن الجمعية العامة ظلت تمدد هذه الفترة إلى وقتنا الحاضر.

والأشخاص الذين تشملهم المفوضية بحمايتهم هم الأشخاص الطبيعيون الذين يقيمون خارج أوطانهم الأصلية، ومن ثم لا يتمتعون بحماية حكوماتهم، وفي الوقت ذاته لا يرغبون أو لا يستطيعون العودة إلى بلادهم خشية الاضطهاد، أو لأي أسباب أخرى<sup>(٣)</sup>. طبيعة عمل المفوضية: العمل الذي تقوم به المفوضية السامية ليس له أي سمة سياسية؛ فهو عمل إنساني واجتماعي. وتعالج المفوضية شؤون مجموعات وفئات من اللاجئين أياً كان دينهم وعرقهم واتجاههم السياسي.

أنشطة المفوضية: قامت المفوضية السامية منذ إنشائها وإلى يومنا هذا بكل المهام التي كلفت بها؛ وفي كل بلدان العالم من حيث تأمين الحماية الدولية والمساعدة الغذائية والصحية والتعليمية لكل اللاجئين فرادى وجماعات، كما أسهمت في إيجاد الحلول الدائمة للاجئين؛ سواء كانت عودة طوعية، أو إعادة توطين، أو إدماج محلي حسب الإمكانيات المتوفرة، غير أن أفضل حل سعت المفوضية لتحقيقه هو العودة الطوعية الآمنة والكريمة للاجئين، أي الرجوع إلى الوضع الطبيعي لكل إنسان حيث يعيش في وطنه متمتعاً بالسلامة، وبحقوق الإنسان السياسية والمدنية والاجتماعية والاقتصادية

(١) جمال عبد الناصر مانع. (٢٠٠٦). التنظيم الدولي، النظرية العامة والمنظمات العالمية والإقليمية والمتخصصة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص ٢٢٨.

(٢) أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص ١١٥.

(٣) Maynard, P. D. (1982). The Legal Competence of the United Nations High Commissioner for Refugees. *International and Comparative Law Quarterly*, 415-425.

وبما أن عدداً من الدول لم تصادق على الصكوك الدولية المتعلقة بحماية اللاجئين<sup>(1)</sup>، فإن دور المفوضية أساسي وضروري لتأمين التمتع بالحماية الدولية، حيث إن مكاتب المفوضية تقوم مباشرة بتحديد صفة اللاجئ بالنسبة للمجموعات والحالات الفردية. إجراءات اللجوء في ألمانيا: يتولى المكتب الاتحادي للهجرة واللاجئين الألماني مسؤولية فحص طلبات اللجوء واتخاذ قرار بشأنها. ويجب على طالبي اللجوء أن يلتزموا باللجوء على الحدود أو بعد عبورهم إلى ألمانيا. ومن ثم يتم إرسالهم إلى مركز استقبال أولي، وهو في معظم الحالات مسكن جماعي. وهناك مكتب فرعي للمكتب الاتحادي يشرف على تسجيل أصحاب المطالبات الجدد، ويقدم لهم أول وثيقة رسمية تسمى: إثبات الوصول. وتخول هذه الوثيقة لمقدمي طلبات اللجوء الحصول على استحقاقات حكومية، مثل السكن، والتأمين الصحي (المحدود)، والغذاء<sup>(2)</sup>.

إن نقل طالبي اللجوء في ألمانيا إلى أماكن إقامة دائمة يكون في واحدة من (الولايات الاتحادية) وذلك وفقاً لنظام نسب ثابتته، تسمى "مفتاح كونيستين" Königstein key . ويودع طلب اللجوء في المكتب الفرعي للمكتب الاتحادي. ويتعين على المراهقين البالغين من العمر ١٦ سنة أو أكثر تقديم مطالباتهم الخاصة، حيث أن طلباتهم لن تتم معالجتها كجزء من الوحدة الأسرية. كما يتم تصوير أصحاب المطالبات الذين بلغوا سن ١٤ عاماً ومطابقة بصماتهم لتلك الموجودة في قاعدة بيانات يوروداك EURODAC . إذا كان هناك تأكيد بأن اللاجئ مسجل بالفعل في بلد أوروبي آخر، فيمكن إعادته إلى هذا البلد بموجب نظام دبلن الثالث. ويجب أيضاً على الأشخاص الذين تبلغ أعمارهم ١٦ عاماً فأكثر شرح أسباب طلب اللجوء في جلسة استماع شخصية<sup>(3)</sup>.

(1) Jayasekera, K. (2015). Safeguards of Refugees in Sri Lanka: Law and Action. In *Second International Conference on Interdisciplinary Legal Studies 2015* (p. 29).

(2) Laubenthal, B. (2015). *Refugees welcome? Federalism and asylum policies in Germany*. Fieri working papers.

(3) Mayer, M. (2016). *Germany's Response to the Refugee Situation: Remarkable Leadership or Fait Accompli*. Washington DC: Bertelsmann Foundation.

بالإضافة إلى القرار الرسمي الصادر بحق طالب اللجوء، واستناداً إلى دبلن الثالث، فعلى صانع القرار مراعاة النقاط التالية:

- الاعتراف للشخص بحق اللجوء وفقاً للفقرة ١٦ من القانون الأساسي.
  - الاعتراف باللاجئين وفقاً لاتفاقية جنيف.
  - منح حق اللجوء في وضع الحماية الفرعية.
  - فرض حظر على الترحيل.
  - الرفض لطلب اللجوء في حال أن طلبه لا أساس له من الصحة<sup>(١)</sup>.
- ويجوز لطالبي اللجوء الذين يحصلون على اعتراف بموجب القانون الأساسي، أو اتفاقية جنيف التقدم بطلب للحصول على تصريح يسمح لهم بالإقامة الدائمة بعد مرور ثلاث أو خمس سنوات من الإقامة، وتبعاً لإتقانهم اللغة؛ وبحق لهم أيضاً الحصول على برامج لم شمل الأسر. ولا يمكن للمطالبين الذين يمنحون الحماية الفرعية أو حظر الترحيل أن يطالبوا بالحصول على تصريح إقامة دائمة إلا بعد مرور خمس سنوات. ويعني حصول اللاجئ على الإقامة الدائمة أنه أصبح في وضع قانوني آمن). وإذا رُفض طلب اللجوء، ولم تتوفر لدى اللاجئ وثيقة سفر؛ عندئذ يُوجَل الترحيل، ويُمنح اللاجئ عموماً ما يسمى بحالة التسامح "دولدونغ" (Duldung)، وهذا الوضع هو مجرد تعليق للترحيل<sup>(٢)</sup>.

(١) Mayer, M. (2016). Previous reference.

(٢) Korntheuer, A., Pritchard, P., & Maehler, D. B. (2017). Structural Context of Refugee Integration in Canada and Germany.

## المبحث الثاني

### الوضع القانوني للاجئين السوري في ألمانيا

#### المطلب الأول

#### حقوق اللاجئين السوريين على الأراضي الألمانية.

لقد شكلت تدفقات اللاجئين من الشرق الأوسط نحو أوروبا تحدياً وانقساماً داخل القارة الأوروبية، وراحت العديد من دول الاتحاد تبحث عن حلول أمنية وعسكرية لمنع وصول اللاجئين إلى سواحلها بدلاً من البحث عن حلول إنسانية. لكن ورغم الفجوة الموجودة داخل "البيت الأوروبي" فقد وجدت مبادرات تستحق التشجيع كالمبادرة الألمانية وسياسة "الباب المفتوح" (Open Door Policy)، وهي السياسة التي انتهجتها المستشارة الألمانية أنجيلا ميركيل في نهاية صيف 2015، عندما شهدت هذه الفترة موجات هائلة من اللاجئين بسبب اشتداد الحرب في سوريا، مما دفع بالسلطات الألمانية للتعاطف مع هذه الأزمات الإنسانية<sup>(١)</sup>.

غير أن سياستها هذه تلقّت انتقادات شديدة من معظم الدول الأوروبية، ومن الحزب الذي تنتمي إليه وهو حزب الاتحاد المسيحي الديمقراطي (CDU)<sup>(٢)</sup>. وكان هدف المستشارة الألمانية من هذه السياسة هو خلق منطقة عازلة للاجئين في انتظار إيجاد حل أوروبي مشترك. ومن جهة أخرى، فقد ساندت المستشارة الألمانية أنجيلا ميركيل اقتراح المفوضية الأوروبية حول مسألة توزيع اللاجئين على شكل حصص بين دول الاتحاد الأوروبي، والذي رفضته عدة دول منها دول شمال أوروبا، ودول الفيسغراد أو (V4) التي تشكلت عام 1991م والتي ترمز إلى مجموعة من دول أوروبا الوسطى وتشمل كلا من: (المجر - بولونيا - التشيك، سلوفاكيا).

(١) فواز المومني، محمد الحوامدة. (٢٠١٧). الأمن الإنساني: التزامات المجتمع الدولي ودور المجتمعات المضيفة. مركز دراسات اللاجئين والنازحين والهجرة القسرية، جامعة اليرموك، ص: ٥٩١

(٢) Kirişci, K. (2016). Europe's refugee/migrant crisis: can illiberal Turkey save liberal Europe while helping Syrian refugees? EPC Policy Brief, 19 February 2016.

ورغم كل ذلك فقد قررت الحكومة الألمانية وبمؤازرة من الشعب الألماني تسهيل عملية اللجوء انطلاقاً من الحقائق الأساسية التي واجهت الدولة الألمانية الحديثة عقب انهيار جدار برلين عام 1989م وتحقيق الوحدة بين الألمانيتين الشرقية والغربية. ولفهم هذا الموقف لا بد من الإشارة إلى بعض الحقائق الجغرافية المتعلقة بالدولة الألمانية<sup>(١)</sup>. منذ الحرب العالمية الثانية وألمانيا تعاني من انتكاسات واضحة في بنيتها السكانية مما اضطرها للبحث عن "مهاجرين" من نوع معين يسد هذا العجز<sup>(٢)</sup>. وظهور هذه المشكلة في ألمانيا يرجع لأسباب كثيرة أهمها ما يتعلق بمعدل الولادات المنخفض، والارتفاع في متوسط الأعمار؛ ففي السنوات الماضية ارتفع متوسط الأعمار بشكل متزايد وصل إلى ٧٧ عاماً بالنسبة للرجال، و٨٢ عاماً بالنسبة للنساء، مما يشير إلى أن المجتمع الألماني يتجه نحو الشيخوخة.

وبمراقبة أرقام النمو السكاني في ألمانيا والتي تعد أمراً في غاية الأهمية لفهم ما جرى وما يجري يومياً في ألمانيا تجاه اللاجئين، نجد أن نسبة المواليد الجدد في ألمانيا بلغت في عام 2001م نحو (0.9) % ، والوفيات (0.1)<sup>(٣)</sup>. في حين نجد أن عدد سكان ألمانيا عام 2012م شهد تراجعاً ملحوظاً فقد وصل عدد السكان إلى (80.524.000) نسمة. كما أظهرت الإحصاءات السكانية في ألمانيا انخفاضاً حاداً في معدل الولادات؛ حيث أوضحت بيانات دائرة الإحصاءات الألمانية أن عدد السكان ممن هم في الفئة العمرية (6-1) سنوات بلغ عام 2012م نحو (3.372.936) نسمة، والفئة العمرية (6-15) سنة بلغت (6.602.115) نسمة، والفئة العمرية (15-18) سنة بلغت (2.406.103) نسمة؛ وهي فئة الشباب القادر على التدريب المهني والعمل والدراسة، والفئة العمرية (18-21) سنة بلغت (2.466.812) نسمة، وبلغت أعداد الفئة العمرية

(١) Bull, M. J., & Heywood, P. M. (Eds.). (2016). *West European Communist parties after the revolutions of 1989*. Springer.

(٢) Wardhani, R. K., Windiani, R., & Rosyidin, M. (2017). 1. Peran Trauma dan Memori dalam Politik Luar Negeri: Studi Kasus Kebijakan Jerman Menerima Pengungsi Suriah 2011-2015. *Journal of International Relations*, 3(2), 1-9.

(٣) أو دويتشه فيله إذاعة صوت ألمانيا (Deutsche Welle DW). (٢٠٠٧، كانون أول ٢٢). استمرار تراجع عدد السكان في ألمانيا رغم الحوافز التشجيعية على الإنجاب. تم الاقتباس بتاريخ ١٥-١١-٢٠١٧:

<http://www.dw.com/ar/استمرار-تراجع-عدد-السكان-في-ألمانيا-رغم-الحوافز-التشجيعية-على-الإنجاب/a-3018483>

(60-65) سنة نحو (4.969.874) نسمة، وأعداد الفئة (65 فأكثر) بلغت نحو (16.691.075) نسمة. وفق احصاءات عام 2012م<sup>(1)</sup>. ويوضح ذلك جدول (1)

### جدول (1)

سكان ألمانيا بحسب الفئات العمرية والنسبة المئوية لكل فئة لعام (2012)

الفئة العمرية بالسنوات	العدد	النسبة المئوية %
1-6	3.372.936	4.2
6-15	6.602.115	8.2
15-18	2.406.103	3
18-21	2.466.812	3
60-65	4.969.874	6.2
65 سنة فأكثر	16.691.075	20.7

يتضح من الجدول السابق أن نسبة كبار السن في المجتمع الألماني (60 سنة فأكثر) تعتبر نسبة مرتفعة، فقد بلغت (26.9%) أي ثلث سكان ألمانيا تقريباً، كما نلاحظ أن نسبة صغار السن من (1-15) سنة بلغت (12.4%) وهي نسبة متدنية، أما نسبة الشباب ممن هم في سن العمل والعتاء من (15-21) سنة فقد بلغت نحو (6.1%) وهي أيضاً نسبة متدنية. وهذا يعني أن المجتمع الألماني يتصف بأنه مجتمع هرم ترتفع فيه نسبة الإعالة، وتتناقص فيه اليد العاملة، وينخفض فيه الانتاج الاقتصادي.

وحيث أن انخفاض القوة العاملة في السوق له آثاره السلبية على ازدهار الاقتصاد ونموه، فقد فكرت الحكومة الألمانية بسد فجوة العجز العمالي لديها من المهاجرين وطالبي اللجوء، وذلك لأن نقص العمالة يؤدي إلى انخفاض تمويل صناديق التقاعد

31م، ص2014 الكتاب الإحصائي السنوي لألمانيا لعام (1)

والتأمين الصحي، وانخفاض نسبة المستهلكين والمنتجين للبضائع في السوق المحلية، وقلة دافعي الضرائب الذين تستفيد منهم الدولة لبناء المدارس والطرق وغيرها من الخدمات، مما يؤدي إلى انخفاض في معدل النمو وبالتالي إلى تدني مستوى الرفاهية في الدولة، لذلك فإن الاستفادة من المهاجرين في سوق العمالة يخفض ويقلل من استنزاف الخزينة العامة للدولة. ومن هنا نجد حاجة ألمانيا لضخ دماء جديدة في ظل ما يعانيه المجتمع من مظاهر الشيخوخة، فهناك تقارير تؤكد أن الدولة الألمانية بحاجة في السنوات المقبلة إلى ١,٥ مليون من الأيدي العاملة للمحافظة على قوة اقتصادها<sup>(١)</sup>.

وبناءً على هذه الحقيقة فإن جميع القوى الفاعلة في ألمانيا؛ سواء السياسية منها أو الحزبية أو الاقتصادية أو الفكرية قد شجعت على استقبال اللاجئين السوريين إليها للاستفادة من الطاقات البشرية الوافدة وتوظيفها لصالح الاقتصاد والمجتمع الألماني آخذة بعين الاعتبار المستقبل القريب والبعيد لألمانيا<sup>(٢)</sup>.

ومن الأسباب التي دعت ألمانيا لتسهيل نفاذ اللاجئين إليها واستيعابهم أن ميركل ترى في أزمة اللاجئين فرصة جيدة للتأكيد على دور ألماني أكبر على الساحة الدولية، ورغبة في تحسين صورة ألمانيا من خلال تقديم نموذج للانفتاح والتسامح مع الآخر، وذلك على العكس من دول أوروبية أخرى تبنت سياسة أكثر تشدداً، مثل إيطاليا واليونان<sup>(٣)</sup>.

وعلى الرغم من هذه الحقيقة المتمثلة بحاجة المجتمع الألماني لطاقة الشباب المهاجر إليها؛ إلا أن التاريخ سيسجل للشعب الألماني، وللحكومة الألمانية، وللمؤسسات الإعلامية في ألمانيا وقفتهم مع قضية اللاجئين السوريين، وما ترتب على هذه الوقفة الشجاعة من تكاليف مالية باهظة تحملتها خزينة الدولة المركزية، إضافة إلى ما قدمه الشعب الألماني من تبرعات مادية ومالية للاجئين السوريين، وهذا إنما يعكس الموقف الحضاري

---

(١) Rietig, V. (2016). *Moving Beyond Crisis: Germany's New Approaches to Integrating Refugees Into the Labor Market*. Migration Policy Institute.

(٢) Weeren, M. (2016). Germany and the Syrian Refugee Crisis: The Economic Reinforcement Provided by Asylum Seekers. *International Review Fall 2016*, 104.

(٣) Sliwinski, K. F. (2016). 'A-securitization' of immigration policy-the case of European Union. *Asia-Pacific Journal of EU Studies*, 14(1), 25.



والأخلاقي للدولة الألمانية - بمختلف شرائحها ومكوناتها - القائم على احترام الإنسان وحقوقه وكرامته بغض النظر عن لونه وعرقه ودينه.

ولعل سبب هذا الموقف والدافع إليه راجع إلى الأثر الوجداني للشعب الألماني نتيجة المعاناة التي اعترضتهم بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية عام 1945 وما رافق ذلك من تشريد لأكثر من 10 مليون نازح في أجواء جليدية مأساوية، حيث شكل هذا الشعور عاملا محفزا لاستقبال اللاجئين السوريين الفارين من كوارث الحرب وويلاتها<sup>(1)</sup>.

نلاحظ من كل ما سبق أنّ موضوع اللجوء السوري إلى ألمانيا قد انطلق من مجموعة الحقائق الأساسية في الدولة الألمانية الحديثة، وأول هذه الحقائق تمثل بانتهاء جدار برلين وتحقيق الوحدة الألمانية عام 1989م، ذلك الحدث الذي بدأت شرارته الأولى عندما توجه المواطنون الألمان من ألمانيا الديمقراطية (ألمانيا الشرقية) واللجوء إلى سفارات ألمانيا الاتحادية (ألمانيا الغربية) في بعض الدول الأوروبية كهنغاريا ورومانيا وبأعداد كبيرة أوصلت حكومة ألمانيا الشرقية إلى الانهيار الكامل وتحطيم الجدار الفاصل بين الألمانيتين.

بالإضافة إلى ذلك فقد شكلت تحليلات الأرقام الإحصائية المتعلقة بالوضع الديموغرافي لسكان ألمانيا إطار موضوعي محفز للبحث عن سبل لسد العجز السكاني، وقد جاء تعاطي الحكومة الألمانية مع أزمة اللاجئين السوريين وفق معطيات موضوعية مرتبطة بمفهوم المصلحة القومية، حيث ارتبطت السياسة الألمانية بأسباب تتعلق بالبنية المجتمعية الألمانية التي تعاني عجزا مستمرا في السكان والعمالة، وبحسب صحيفة الغارديان البريطانية؛ فإن ألمانيا تستعد لخسارة خمسة ملايين عامل في السنوات الـ15 المقبلة، وفي هذا المقام لا تقتصر حاجة سوق العمل على الأكاديميين وذوي الكفاءات العالية، بل يحتاج السوق أيضا إلى أشخاص من ذوي الخبرات المتوسطة والمنخفضة

---

(1) Maier, C. S. (2015). *Recasting bourgeois Europe: stabilization in France, Germany, and Italy in the decade after World War I*. Princeton University Press.

مثل مجالات التمريض والزراعة والمطاعم وغيرها، علماً أن الوظائف الشاغرة في هذه المجالات تشهد ارتفاعاً ملحوظاً<sup>(1)</sup>، فقد أشار معهد بحوث التوظيف الألماني إلى تزايد عدد الوظائف الشاغرة بسوق العمل الألماني خلال الفترة من يوليو/تموز 2010 إلى يوليو/تموز 2015<sup>(2)</sup>.

ومن ناحية أخرى فقد وجد المهاجرون السوريون في ألمانيا ما يحقق طموحاتهم في الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والتعليمي الذي افتقدوه في بلدهم. غير أن فوز المستشار الألمانية أنجيلا ميركيل للولاية التاسعة لرئاسة حزب الاتحاد المسيحي الديمقراطي CDU بنسبة 89.5% مقارنة بـ 97.9% في سنة 2012، قد أدى بالمستشارة إلى تغيير سياستها تجاه اللاجئين السوريين، خاصة بعدما تلقت انتقادات من طرف الرأي العام ومن الأحزاب اليمينية، فقررت في ديسمبر 2016 عدم السماح بتدفقات جديدة للاجئين كذلك التي شاهدها ألمانيا في 2015، حيث وصل إلى ألمانيا 900 ألف لاجئ، كما ركزت على ضرورة تطبيق الصرامة فيما يخص عمليات ترحيل طالبي اللجوء، وتشديد الرقابة على الحدود<sup>(3)</sup>.

هذا وقد أدت موجات الهجرة المتتالية من سوريا إلى زيادة في عدد سكان ألمانيا، حيث ذكر مكتب الإحصاء الاتحادي الألماني بتاريخ 27 كانون ثان/يناير 2017 أن عدد السكان في ألمانيا ارتفع ليصل في نهاية عام 2016 إلى حوالي 83 مليون نسمة، بزيادة مقدارها 200.000 نسمة عن العام السابق، فقد بلغ عدد السكان في عام 2015م حوالي

---

(1) Mattson, M. (1995). Refugees in Germany: Invasion or Invention?. *New German Critique*, (64), 61-85.

(2) Inanç-Tunçer, Ö. (2016). The Labor Market Effects of Immigration. *Handbook of Research on Unemployment and Labor Market Sustainability in the Era of Globalization*, 388.

(3) Hills, H. R. (2016). *Refugee and asylum law in a time of crisis*. (Master's thesis). University of Oslo, Norway

82.8 مليون نسمة، وهو أعلى عدد سكان يتم تسجيله في تاريخ ألمانيا منذ عام 2002م؛ حيث بلغ عدد السكان في هذا العام نحو 82.5 مليون نسمة<sup>(١)</sup>.

ويرجع سبب الزيادة في عدد سكان ألمانيا إلى تدفق اللاجئين إليها، فقد سجلت

ألمانيا النصيب الأعلى لوجهة اللاجئين في عام 2015 فمن بين كل 270.000 لاجئ سوري قَدِّموا طلبات لجوء إلى أوروبا؛ هناك 98.783 شخص تم لجوؤهم إلى ألمانيا، أي بنسبة 36% وهي الأعلى بين دول الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>.

### لماذا اختار المهاجرون ألمانيا؟

وفيما يخص تفضيل اللاجئين السوري جمهورية ألمانيا دون سواها من الدول الأوروبية فيعزى ذلك بالدرجة الأولى إلى السياسة الألمانية المرحة باستقبال الوافدين إليها، كالتسهيلات المقدمة لهم في مجال الرعاية الاجتماعية، والأمن والحماية الإنسانية. إضافة إلى اعتقاد الوافدين بأن الحكومة الألمانية والتي تعتبر من أغنى دول الاتحاد الأوروبي وأفضلها اقتصاديا، ستوفر للاجئين الحياة الكريمة<sup>(٣)</sup>.

بالإضافة إلى أن الحكومة الألمانية أعطت امتيازات للاجئين السوري أكثر من اللاجئين من الجنسيات الأخرى؛ فنجدها مثلا لا تستخدم صفة "لاجئ" في معاملاتها مع اللاجئين السوريين، تجنبًا للتمييز الذي يعد جريمة يعاقب عليها القانون. كما يشار في وثائقهم أنهم يتمتعون بـ "الحماية الدولية" بموجب المادتين 25، 26 من قانون إجراءات الإقامة، ويكتب على وثائق سفرهم أنها منحت بناء على أحكام اتفاقية جنيف لعام 1959 الخاصة باللاجئين.

وقد يكون من أسباب ذلك أيضا؛ أن بعض السوريين لهم أقرباء يقيمون في ألمانيا لجأوا إليها منذ سنين سابقة لغايات تحقيق الأمن والحماية من قبل الدولة الألمانية، أو

(١) أو دويتشه فيله إذاعة صوت ألمانيا Deutsche Welle DW. (٢٠١٧، كانون ثاني ٢٧). ألمانيا- ارتفاع عدد السكان إلى رقم قياسي بسبب اللاجئين. تم الاقتباس بتاريخ ٢٩-١١-٢٠١٧:

<http://www.dw.com/ar/a-37303408>

(٢) Sardelic, J. (2017). From temporary protection to transit migration: responses to refugee crises along the Western Balkan route.

(٣) Turowski, O. (2015). Germany's progressive self-abolition in globalization process. The conflict-ridden German transition to multi-ethnic society in the 21st century. In *Проблемы современной аграрной науки* (pp. 83-89).

لأنهم عرفوا أن معاملة الدوائر الألمانية المعنية باللجوء كانت أسهل وأفضل معاملة مقارنة بالدول الأوروبية الأخرى. بالإضافة إلى تعليق الدولة الألمانية العمل باتفاقية دبلن (III Regeln - III- Dublin) فقد انتشرت بين أوساط اللاجئين السوريين أخبار تفيد بأن الحكومة الألمانية قد صرفت النظر عن تطبيق اتفاقية دبلن التي تنص على إلزام اللاجئين بالعودة من ألمانيا إلى أول بلد أوروبي وصلوا إليه<sup>(١)</sup>. وتعتبر هذه الخطوة من الجانب الألماني مبادرة تجلت من خلالها إنسانية المسؤولين في الحكومة الألمانية، وسمت بألمانيا حضارياً بمستوى التحدي الذي فرضته أزمة اللاجئين السوريين وتدفعهم إلى دول أوروبا.

وقد بينت دراسة أعدها المكتب الاتحادي الألماني للاجئين والهجرة تم نشرها على موقع (دويتشه فيليه) الألماني بتاريخ 9/9/2015 م توضيحاً عن أعداد اللاجئين السوريين وأصولهم التي قدموا منها من سورية إلى ألمانيا، والذين شكلوا بحسب الدراسة الشريحة الأكبر لأعداد طالبي اللجوء<sup>(٢)</sup>.

وطبقاً لبيانات المكتب الاتحادي للنصف الأول من عام 2015 وبالتحديد من 1/1 كانون الثاني / يناير وحتى 30/6 حزيران / يونيو 2015 "فإن السوريين شكلوا النسبة الكبرى من عدد طالبي اللجوء في ألمانيا بنسبة 20.3% بواقع حوالي 32.000 لاجئ من أصل 160.000 من جميع الجنسيات."<sup>(٣)</sup> وكان المكتب الاتحادي للاجئين والهجرة قد أعد أيضاً دراسة مفصلة للاجئين إلى ألمانيا في العام 2014م بينت أن السوريين شكلوا ما

---

(١) Collyer, M., & King, R. (2016). Narrating Europe's migration and refugee 'crisis'. *Human Geography: a new radical journal*,9(2), 1-12.

(٢) أو دويتشه فيله إذاعة صوت ألمانيا Deutsche Welle DW (٢٠١٥ ، أيلول ٢٧). معلومات عن أعداد اللاجئين وأصولهم في ألمانيا. تم الاقتباس بتاريخ ١١-١٢-٢٠١٧:

<http://www.dw.com/ar/a-18699049> معلومات عن أعداد اللاجئين وأصولهم في ألمانيا

(٣) Squire, V., Dimitriadi, A., Perkowski, N., Pisani, M., Stevens, D., & Vaughan-Williams, N. (2017). Crossing the Mediterranean Sea by Boat: Mapping and Documenting Migratory Journeys and Experiences. *University of Warwick: Coventry, UK.*

نسبته 22.7% من مجموع طالبي اللجوء في ألمانيا، أي بواقع حوالي 39.332 شخصا من أصل (173.000) لاجئ من مختلف الجنسيات<sup>(١)</sup>. كما يوضح ذلك الجدول (٢):

### جدول (٢)

جدول يبين عدد طالبي اللجوء لألمانيا لعامي 2014-2015 ونسبة السوريين منهم.

السنة	مجموع طالبي اللجوء لألمانيا من مختلف الجنسيات/ بالآلاف	عدد السوريين طالبي اللجوء لألمانيا/ بالآلاف	النسبة المئوية للسوريين %
2015	160	32	20.3
2014	173	39.332	22.7

وقد شكل الذكور من هؤلاء اللاجئين العدد الأكبر بواقع (27.913) شخصا، أي بما نسبته (71%)، كما بلغ عدد الإناث نحو (11.419) شكلن ما نسبته (29%).<sup>(٢)</sup> انظر

### الجدول (3)

### جدول (3)

أعداد اللاجئين السوريين في ألمانيا لعام 2014م بحسب الجنس ونسبة الذكور إلى الإناث.

السنة	أعداد الذكور	نسبة الذكور %	أعداد الإناث	نسبة الإناث %
2014	27.913	71	11.419	29

وحول المستوى العلمي للاجئين السوريين فقد ذكر المكتب الاتحادي أن نسبة طالبي اللجوء من الجامعيين بلغت (15%)، ونسبة الحاصلين على شهادة ثانوية بلغت

(١) ٢٠١٥، أيلول ٩). كم يبلغ عدد اللاجئين السوريين في ألمانيا ومن أين أتوا؟ تم الاقتباس بتاريخ السورية نت. (١٠/١٢/٢٠١٧):

كم يبلغ عدد اللاجئين السوريين في ألمانيا ومن أين أتوا؟ <https://www.alsouria.net/content/>

(35%) في حين بلغت نسبة من أنهى فترة التعليم الأساسي (24%)، ونسبة من لم يتلق أي تعليم (11%) من المجموع الكلي للسوريين طالبي اللجوء إلى ألمانيا للعام 2014 والبالغ نحو (39.332) من الذكور فقط<sup>(1)</sup>. والجدول (4) يوضح ذلك.

#### جدول (٤)

المستوى التعليمي للاجئين السوريين طالبي اللجوء إلى ألمانيا لعام 2014م

النسبة المئوية من المجموع الكلي	المستوى التعليمي
15	جامعي
35	الثانوية
24	الأساسي
11	أمي

#### المطلب الثاني

##### المشكلات التي واجهت اللاجئين وموقف الحكومة الألمانية منها

بالرغم من أن الصراع المسلح في سورية بدأ منذ عام 2011م، إلا أن عملية الهجرة إلى ألمانيا لم تبدأ إلا في عام 2015،<sup>(2)</sup> ومع ذلك فالإعلام الألماني المرئي والمكتوب، بالإضافة إلى وسائل الاتصال المختلفة قد أبدت اهتماما بتفاصيل ما يجري من أحداث مؤلمة ومحزنة في سوريا، وما رافق ذلك من نزوح اللاجئين من سوريا إلى دول الجوار، كما أن الحكومة الألمانية عملت على مكافحة الأسباب التي أدت إلى النزوح أو الهجرة الجماعية؛ فعلى المستوى الأوروبي دعت ألمانيا إلى إدارة أزمة اللاجئين عن طريق تعزيز دورها في المنظمات الدولية التي تتعامل مع أزمة اللاجئين مثل مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين (UNHCR)، وبرنامج الأغذية العالمي. كما قامت بتنفيذ

(1) أو دريتشه فيله إذاعة صوت ألمانيا Deutsche Welle DW. (٢٠١٥، ٢٧ ايلول). معلومات عن أعداد اللاجئين وأصولهم في ألمانيا. تم الاقتباس بتاريخ ١١-١٢-٢٠١٧:

<http://www.dw.com/ar/a-18699049> معلومات عن أعداد اللاجئين وأصولهم في ألمانيا

(2) Damoc, A. I. (2016). Fortress Europe breached: political and economic impact of the recent refugee crisis on European states. *The Annals of the University of Oradea*, 20.

عدد من المشروعات على الأراضي السورية بهدف خلق فرص البقاء والتمهيد لمرحلة إعادة التعمير المتوقعة بعد تسوية الصراع، بهدف تسريع عملية عودة اللاجئين.

ولم يتبلور موقف الحكومة الألمانية من موضوع اللجوء إلا في عام 2015م عندما أعلنت المستشارة الألمانية أنجيلا ميركل Merkel Angela عن استعداد الدولة الألمانية لاستقبال اللاجئين السوريين على أراضيها؛ رغم أن الحكومة الألمانية لم يتوفر لديها التجهيزات الضرورية والبنى التحتية اللازمة؛ كمراكز الاستقبال والتسجيل، ومراكز تقديم طلبات اللجوء. واعتمدت الحكومة الألمانية على قاعدة دستورية هي المادة ١٦ في الدستور الألماني Grundgesetz التي تعطي حق اللجوء السياسي في ألمانيا إذا انطبقت على اللاجئين شروط اللجوء السياسي، ومن لا تنطبق عليه حسب قرار المحكمة المعنية فيجب مغادرته لألمانيا طوعاً، وإذا خالف قرار المحكمة يسفر إلى بلاده<sup>(١)</sup>. وقد واجهت اللاجئين في ألمانيا العديد من المشكلات التي أثرت سلباً على استقرارهم، وحرمتهم من الكثير من الحقوق التي كفلتها الشرائع الدولية، ومن هذه المشكلات نذكر ما يلي:

#### • مشكلة الاستغلال السياسي للاجئين

استغلت الأحزاب الغربية المتنافسة في الانتخابات البرلمانية والرئاسية في كل من ألمانيا وفرنسا والنمسا قضية اللجوء السوري إلى دولهم أبشع استغلال، مما أدى إلى تنامي أحزاب يمينية وعنصرية معادية لسياسة استيعاب اللاجئين الإنسانية<sup>(٢)</sup>. وما كان لهذا الاستثمار السياسي لقضية اللاجئين الهاربين من أتون العنف المتفعلت ليمضي قدماً لولا تضافر عوامل كثيرة منها:

أولاً: تدهور الدور الدولي في حماية القيم والمعايير المشتركة المتعلقة بحقوق الإنسان وحماية المدنيين، وتبلوره بشكل واضح في الشأن السوري من خلال عجز العالم عن فرض حلول سياسية توقف العنف وتضمن الأمن وتخفف حدة النزوح والهجرة. وما

(١) Weber, B. (2016a). The German Refugee "Crisis" after Cologne: The Race of Refugee Rights1. *English Language Notes*, 54(2), 77-92.

(٢) Mahmod, J. (2016). Multiculturalism Debates, Policies, and Concepts. In *Kurdish Diaspora Online* (pp. 19-36). Palgrave Macmillan US.

رافق ذلك أيضاً من تقصير مالي وتراجع المعونات الإغاثية تحت حجج وذرائع مختلفة، سواء من قبل الحكومات أو المنظمات الدولية المعنية بشؤون اللاجئين والتي باتت تشكو من شح المساعدات ونقص التمويل<sup>(1)</sup>.

ثانياً: أدى الارتفاع المتزايد في أعداد اللاجئين السوريين نتيجة طول أمد الصراع وشدة العنف، لتحويل قضيتهم الإنسانية إلى ورقة سياسية بيد القوى السياسية المختلفة التي أرادت الهروب من الأسباب الحقيقية لازمات مجتمعاتهم بإثارة نوازح السكان الأصليين ضد هؤلاء اللاجئين باعتبارهم أساس الداء والبلاء.

ثالثاً: تسببت العمليات الإرهابية لعناصر تنتمي لبعض الجماعات الإرهابية العابرة للحدود، مثل «النصرة» و «داعش»، في إثارة مخاوف جدية لدى المجتمعات التي ضمت لاجئين سوريين، وما أظهرته التحقيقات عن ضلوع بعض طالبي اللجوء في ممارسات إرهابية طالت مدنيين أبرياء، واستغلال أوساط سياسية وقيادات أمنية هذه الأحداث للمبالغة في الترويج وتأليب الرأي العام ضدهم<sup>(2)</sup>.

رابعاً: إنَّ ما يزيد محنة اللاجئين سوءاً هو استغلالها سياسياً، فهناك الكثير من القوى الفاعلة والمتنوعة في الصراع السوري، حيث لجأ بعض هذه القوى لاستخدام اللاجئين ورقة سياسية لتعزيز موقعه السياسي التفاوضي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد تتصل البعض الآخر من اللاجئين إمَّا لأنهم يشكلون عبئاً عليه، أو لأنهم يحسبون اجتماعياً وطائفاً على أطراف أخرى.

وبناء على ذلك نستطيع القول أنَّ محنة اللاجئين السوريين باتت بلغة الأرقام والوقائع أسوأ محنة إنسانية في تاريخنا المعاصر، ليس فقط بازدياد أعداد اللاجئين

---

(1) Bazzi, L., & Chemali, Z. (2016). A Conceptual Framework of Displaced Elderly Syrian Refugees in Lebanon: Challenges and Opportunities. *Global journal of health science*, 8(11), 54.

(2) Jenkins, B. (2017). The Western Response to the Refugee. *York University Criminological Review*, 2(1), 22-37.



والمهجرين قسراً، أو بسبب معاناتهم، وإنما أيضاً بتنوع سبل إذلالهم واضطهادهم واستغلالهم سياسياً.

إنَّ على الدول المضيفة للاجئين التقيد بالمعايير والقوانين الأساسية للأمم المتحدة بدءاً باحترام عودة اللاجئين الطوعية دون قسر أو إكراه، مروراً بضمان أمنهم الجسدي والقانوني بما في ذلك حقهم بالحرية والحياة والحماية من العنف والملاحقة والاعتقال والتعذيب، وانتهاءً بحفظ كرامتهم وعدم التمييز بينهم لأي أسباب أو دوافع، وتأمين الوثائق الشخصية الخاصة بهم، واستعادة ممتلكاتهم، وتوفير الخدمات الصحية والتعليمية وفرص العمل لهم<sup>(1)</sup>.

#### • مشكلة قوانين الإقامة الجديدة في ألمانيا

تشمل الإقامة في ألمانيا الأنواع التالية: إقامة اللجوء، وإقامة العمل، وإقامة الدراسة، وإقامة لم الشمل، وجميعها تكون مؤقتة عند الحصول عليها، ومن ثم تتحول إلى إقامة دائمة، وفيما يلي توضيح لأهم هذه الأنواع.

إقامة لم الشمل: هذا النوع من الإقامة يُمنح لأسر اللاجئين والمهاجرين إلى ألمانيا، طالما يحملون إقامة قانونية في ألمانيا، وتسمح هذه الإقامة للاجئين والمهاجرين باستقدام ذويهم إلى ألمانيا، طالما بإمكان المهاجر تقديم ما يثبت أنه يستطيع توفير المسكن ومتطلبات الحياة لمن يرغب في لم شمله، وبناءً على ذلك يتم منح القادمين إلى ألمانيا بهذه الطريقة حق الإقامة بشكل قانوني وسهل. بعكس حاملي الإقامة الجزئية فهؤلاء لا يمكنهم التقدم بطلب لم شمل لذويهم بسبب تغيير القوانين الخاصة باللجوء، والتي تمنح إقامة جزئية فقط<sup>(2)</sup>.

---

(1) Jasarevic, O., & Samouk-Jasarevic, M. (2016). Policy and Regulation of Immigration, Refugee and Asylum within the World Refugee Crisis-Challenges and Prospects. *JE-Eur. Crim. L.*, 53.

(2) Ruffer, G. B. (2011). Pushed beyond recognition? The liberality of family reunification policies in the EU. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 37(6), 935-951.

إقامة العمل: يعطى هذا النوع من الإقامة لمن يحصل على عمل في ألمانيا من المهاجرين، أو الذين قاموا بإنهاء دراستهم في ألمانيا وقاموا بتحويل إقامة الدراسة إلى إقامة عمل، والالتزام والاستمرار بهذه الإقامة يؤهل الشخص في النهاية للحصول على الإقامة الدائمة في ألمانيا، ومن بعدها الجنسية الألمانية<sup>(1)</sup>.

إقامة اللجوء: إقامة اللجوء في ألمانيا متعددة، وتُمنح للاجئ بناءً على الأسباب التي يتقدم بها، فهناك من يتم منحه إقامة لجوء لمدة ٣ سنوات، وهي الأفضل لأنها تسمح لحامل هذه الإقامة لم شمله مع أسرته. وهناك من يتم منحه إقامة الحماية الجزئية والتي تسمى (إقامة الحماية الدولية) والتي تمنح للشخص الذي لا يقدم أسباب تؤهله أن يكون لاجئاً في ألمانيا ومدتها سنتين، وتمنح هذه الإقامة للشخص الذي لا يستطيع مغادرة ألمانيا والعودة إلى بلده. وحامل هذه الإقامة يمكن ترحيله في حال استقرت الأوضاع إلى بلده، وفي حال لم تستقر الأوضاع وبقيت كما هي وانتهت مدة هذه الإقامة يمكنه التقدم للحصول على إقامة لمدة ٣ سنوات<sup>(2)</sup>.

وقد صوت أعضاء البرلمان الألماني "البونديستاغ" أو (مجلس النواب الاتحادي) بالأغلبية على إجراء التعديلات الخاصة لبند قانون اللجوء، والمتعلقة منها بمسألة إبقاء أو ترحيل فئات معينة من طالبي اللجوء. ويمنح القانون الجديد السلطات الألمانية الحق بترحيل طالبي اللجوء الذين أدلوا بمعطيات خاطئة، أو غير مكتملة للحصول على حق اللجوء في ألمانيا، في أسرع وقت ممكن<sup>(3)</sup>.

---

(1) Shinozaki, K. (2014). Career Strategies and Spatial Mobility among Skilled Migrants in Germany: The Role of Gender in the Work - Family Interaction. *Tijdschrift voor economische en sociale geografie*, 105(5), 526-541.

(2) Kersch, A., & Mishtal, J. (2016). Asylum in Crisis: Migrant Policy, Entrapment, and the Role of Non-Governmental Organisations in Siracusa, Italy. *Refugee Survey Quarterly*, 35(4), 97-121.

(3) Matulovic, L. (2016). What Triggers Change in Asylum Policy? A comparative study of policy change.

كما يسمح قانون اللجوء الجديد لطالبي اللجوء الحصول على حق إقامة أطول بمزايا إضافية لكل من لديه وثيقة تسمح له بالإقامة المؤقتة (Duldung)، ومن مزاياه أيضاً منح اللاجئ إقامة دائمة بعد انتهاء إقامة اللجوء ذات الثلاث سنوات؛ بغض النظر عن وضع الدولة التي قَدِمَ منها اللاجئ.

وصرح وزير الهجرة الألماني بأن القانون الجديد، وقانون حق البقاء المعمول به بدءاً من ١ آب 2015 هي قوانين مفيدة جداً لكل من اللاجئ، وإدارة الهجرة؛ نظراً لأنها تختصر الإجراءات أمام الطرفين، بحسب ما نشره موقع إدارة الهجرة بالألمانية. ويحصل طالبو اللجوء الذين قَدِمُوا من دول تمر بحالة حرب على واحدة من أنواع الإقامات التالية<sup>(١)</sup>:

- إقامة اللجوء السياسي وتكون للنشطاء السياسيين والحقوقيين.
  - إقامة اللجوء الإنساني والمتمثل بضحايا العنف والاضطهاد الديني والعرقي.
- وكانت السلطات الألمانية الخاصة بالأجانب تشترط على الحاصل على إقامة "الحماية الإنسانية" أن يكون مرتبطاً بعقد عمل بأجر شهري كاف للإنفاق على نفسه وعائلته وأن تكون مساحة المسكن متوافقة مع عدد أفراد العائلة وفق شروط السلطات الألمانية، وغيرها من الشروط التي من الصعب على القادمين الجدد إلى ألمانيا تنفيذها. كما ألغى التعديل الجديد لقانون اللجوء تحديد مكان سكن حاملي إقامة "الحماية الإنسانية"، حيث أصبح بإمكانهم الانتقال للسكن في أي مدينة بألمانيا<sup>(٢)</sup>.
- اللجوء الكامل ومشكلة القوانين الجديدة

---

<sup>(١)</sup> Lubińska, D. (2013). Polish migrants in Sweden: an overview. *Folia Scandinavica Posnaniensia*, 15(1), 73-88.

<sup>(٢)</sup> Thielemann, E., & El-Enany, N. (2011). Common Laws, Diverse Outcomes: Can EU Asylum Initiatives Lead to More Effective Refugee Protection?. In *European Union Studies Association's 12th Biennial International Conference, Boston*, 3(05), p. 2011.

وصل اللاجئين السوريين إلى ألمانيا، يحدوهم الأمل في الحصول على الأمان وبدء حياة جديدة. وبالفعل فقد تلقى اللاجئين السوريون مع بداية وصولهم ألمانيا معاملة خاصة، فكانوا يحصلون بسهولة على اللجوء الكامل المتضمن لم الشمل.

وتشير مصادر في وزارة الخارجية الألمانية إلى أن سفاراتها منحت حوالي ٧٠ ألف تأشيرة لم شمل في الأشهر التسعة الأولى من عام ٢٠١٦، مقارنة بـ ٥٠ ألفاً تأشيرة لعام 2015.

ولكن اللاجئين تحطمت آمالهم وبات بعضهم يفكر في العودة إلى أسرهم في سوريا نظراً لتعديل القوانين ومنح جزء من اللاجئين الحماية الثانوية بدلاً من اللجوء الكامل وهذا يحول دون تمكنهم من لم شمل عائلاتهم<sup>(١)</sup>.

فبعدما كان السوريون عموماً يحصلون على حق اللجوء، الذي يمنحهم إقامة لمدة ثلاث سنوات وحق العمل كاملاً، ويؤهلهم بعدها لطلب الإقامة الدائمة، مع كامل الحق في لم الشمل للأزواج والأبناء القصر، أصبحوا يحصلون على الحماية الثانوية المؤقتة، وهو نوع من اللجوء يمنح حق الإقامة لمدة سنة واحدة قابلة للتديد لسنة أخرى مرتين فقط. وبهذا تصل الفترة الزمنية للحماية الثانوية إلى ثلاث سنوات غير قابلة للتديد حتى ولو بقيت دوافع طلب اللجوء قائمة. وقد يتمكن الحاصلون على الحماية المؤقتة من الحصول على حق الإقامة الدائمة بعد خمس إلى سبع سنوات<sup>(٢)</sup>.

ولمجاهاة أزمة اللاجئين فقد اعتمدت الحكومة الألمانية الخطة التالية<sup>(٣)</sup>:

١- ترحيل كل من لم تتم الموافقة على طلب لجوئه السياسي من خلال المحاكم المختصة في كل ولايات ألمانيا "Ausreise beschleunigen".

(١) Wilmsen, B. (2011). Family separation: the policies, procedures, and consequences for refugee background families. *Refugee Survey Quarterly*, 30(1), 44-64.

(٢) Ostrand, N. (2015). The Syrian refugee crisis: A comparison of responses by Germany, Sweden, the United Kingdom, and the United States. *J. on Migration & Hum. Sec.*, 3, 255.

(٣) Winslow, A. M. (2016). Shifting Immigration Policies in Response to the Syrian Refugee Crisis Across the European Union: A Case Analysis of Germany, Hungary, and Lithuania. In *Claremont-UC Undergraduate Research Conference on the European Union* (Vol. 2016, No. 1, p. 9).

٢- الإسراع في إصدار الحكم القضائي على مئات الآلاف من طلبات اللجوء المتركمة لدى دائرة الهجرة الألمانية للاجئين .

٣- تحديد أعداد المتدفقين من اللاجئين، وعدم السماح لمن قُبِلَ طلبه أن يلم شمل عائلته التي تتواجد خارج ألمانيا "begrenzen Zuzug".

٤- توفير الأموال الخاصة بالإنفاق والسكن والتعليم والتدريب للاجئين بعد خروجهم من مراكز التجمع ومراكز التسجيل لتصل إلى ٦٧٠ يورو لكل فرد في الشهر الواحد "Mehr Geld fuer die Laender".

٥- تسهيل اندماج اللاجئين في المجتمع الألماني من خلال تدريس اللغة الألمانية والالتحاق بدروس اللغة ودروس تعليم أساليب الاندماج في المجتمع الألماني. فدائرة العمل المركزية "Die (BA)Arbeit fuer Bundesagentur" قررت تمويل حصص التدريس لـ (100.000) لاجئ لأن اللغة الألمانية هي المنطلق الأساسي للعمل.

٦- تقدم الحكومة الألمانية دعماً مالياً لبناء المساكن الشعبية Sozialwohnung لذوي الدخل المحدود من اللاجئين، وسوف تحصل الولايات على دعم إضافي لهذه الغاية مقداره (500.000.000) يورو للبناء خلال الفترة ٢٠١٦ - ٢٠١٩ "Unterkuenfte".

لقد اهتمت المستشارية الألمانية ميركل بالتمسك بمسارها الداعم لقضية اللاجئين وقالت: بأن أوروبا كانت في الماضي تتجنب قضية اللاجئين وما يترتب عليها من مشاكل إنسانية وأخلاقية وحضارية واقتصادية، وطالبت بإيجاد حل مستقبلي لهذه المسألة .

وبنفس السياق أولت ميركل أهمية قصوى للدور التركي لأن تركيا تشكل البوابة الكبرى والجسر المفتوح ليلاً ونهاراً أمام اللاجئين من سورية والعراق وأفغانستان إلى أوروبا. وعبرت عن استعداد أوروبا المساهمة في دعم تركيا مالياً لتغطية نفقات مخيمات اللاجئين والمحافظة على حياتهم. وبنفس السياق زارت المفوضية الأوروبية وكثير من

المسؤولين الأوروبيين والألمان تجديداً مخيمات اللاجئين في لبنان والأردن وقدمت ألمانيا مساهمتها المالية<sup>(1)</sup>.

وفي شهر مارس/آذار 2016، أصدرت الحكومة الألمانية قوانين جديدة خاصة باللجوء لم تمنح الكثير من اللاجئين السوريين لجوءاً كاملاً، بل أعطتهم حماية فرعية مؤقتة أو كما تسمى ثانوية<sup>(2)</sup>. فبتاريخ 6 نوفمبر/تشرين الثاني عام 2016 ذكرت صحيفة "فرانكفورتر الغمايني تسايتونغ" نقلاً عن وزارة الداخلية الألمانية قولها إن ألمانيا لن تسمح بعد الآن للاجئين السوريين بلم الشمل، وستحد من حقهم في الإقامة. وقالت الداخلية الألمانية أنها أبلغت المكتب الفدرالي للهجرة واللاجئين بأنه يجب منح اللاجئين السوريين اعتباراً من الآن إقامة مؤقتة فقط.

وصرح وزير الداخلية الألماني توماس دي ميزيير بأن كل البلدان في ظروف مماثلة، يقدمون إقامة مؤقتة للاجئين، وأشار توماس دي ميزيير إلى أنه سيتم إعلام اللاجئين السوريين أنهم يتمتعون بحماية محددة في الزمان، دون إمكانية لم الشمل. أي ليس من حقهم دعوة أفراد عوائلهم للالتحاق بهم في ألمانيا. وجزير بالذكر أن "الحماية الثانوية" التي ستمنح للاجئين أقل بقليل من وضع اللاجئين الذين يسمح لهم بالحصول على إذن إقامة لثلاث سنوات ولم الشمل. وبحسب الصحيفة، فقد اتخذ هذا القرار خلال مفاوضات الائتلاف الحاكم برئاسة المستشارة الألمانية انجيلا ميركل التي تتعرض لانتقادات شديدة من حلفائها المحافظين في بافاريا جراء سياسة الباب المفتوح للاجئين<sup>(3)</sup>.

وبناء على ذلك فقد تضاعفت شكاوى اللاجئين السوريين في ألمانيا ضد قانون اللجوء الجديد، وجاء ذلك بعد تشديد إجراءات لم الشمل العائلي خصوصاً لمن منحوا الإقامة المؤقتة أو الثانوية. وقد رفع آلاف اللاجئين دعاوى قضائية، يطالبون فيها

(1) Dewachi, O., Skelton, M., Nguyen, V. K., Fouad, F. M., Sitta, G. A., Maasri, Z., & Giacaman, R. (2014). Changing therapeutic geographies of the Iraqi and Syrian wars. *The Lancet*, 383(9915), 449-457.

(2) Winslow, A. M. (2016). Previous reference.

(3) Blumen, S. (2016). *Granularity and state socialisation: Explaining Germany's 2015 refugee policy reversal* (Doctoral dissertation, The Australian National University (Australia)).

الإقامة المؤقتة أو الثانوية. وقد رفع آلاف اللاجئين دعاوى قضائية، يطالبون فيها بالحصول على حق "اللجوء الكامل" وفق "اتفاقية جنيف لعام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين"، ورفضهم ما سمي بـ "الحماية الثانوية" أو "الجزئية".<sup>(1)</sup>

وقالت صحيفة "زود دويتشه تسايتونج" في تقرير لها أن المكتب الاتحادي للهجرة واللجوء قام منذ خريف 2014 بمنح كل السوريين تقريبا حق اللجوء الكامل وفق اتفاقية جنيف، غير أن ذلك الإجراء ألغي واستعوض عنه بإجراءات "المحكمة السماعية" لكل لاجئ سوري. ووفقاً للصحيفة؛ فقد وصلت نسبة الحاصلين على "الحماية الثانوية" من طالبي اللجوء نحو 60%.

ولقانون الحماية الثانوية تأثيراته السلبية على اللاجئين فهو يعمل على تأخير تقديم طلب لم شمل الأسر سنتان، كما يشكل "وضعا ضعيفا في الإقامة؛ بمعنى أنه بعد سنة أو سنتين قد لا تجدد تأشيرة الإقامة، وقد يتم ترحيل اللاجئ إلى سوريا، كما أنها لا تؤهل حاملها تقديم طلب الحصول على الإقامة الدائمة إلا بعد انقضاء خمس سنوات، وليس ثلاث سنوات كما هو الأمر بالنسبة للاجئ الحاصل على حق "اللجوء الكامل".

وقد ازدادت الشكاوى التي تقدم بها طالبو اللجوء إلى المحاكم في ألمانيا. ففي ولاية شمال الراين وستفاليا وحدها؛ وصل عدد الشكاوى إلى حوالي 47.300 شكوى في عام 2016 وحده، مقابل 21.300 حالة عام 2015. أملا في تغيير وضعهم من الحماية الفرعية إلى لجوء كامل. وهذا يعني أن الأرقام تتضاعف وهي مرشحة للارتفاع.<sup>(2)</sup>

ويقاضي الكثير من اللاجئين المكتب الاتحادي للهجرة واللاجئين من أن مدة انتظارهم لمعالجة طلباتهم تصل إلى سنة (BAMF) بسبب "تقاعس المكتب عن القيام بعمله"<sup>(3)</sup>.

(1) Sardelic, J. (2017). Previous reference.

(2) Costello, C. (2005). The asylum procedures directive and the proliferation of safe country practices: deterrence, deflection and the dismantling of international protection. *European Journal of Migration and Law*, 7(1), 35-69.

(3) McGuaran, K., & Hudig, K. (2014). Refugee protests in Europe: Fighting for the right to stay. *Statewatch Journal*, 23(3/4), 28-33.

وأثناء فترة دراسة الطلبات لا يجوز للاجئين البحث عن عمل أو حتى الاستفادة من دروس تعلم اللغة الألمانية. لكن عدداً متزايداً من الشكاوى التي تقدّم بها طالبو اللجوء السوريون تخص بالأساس الحق في الحصول على اللجوء الكامل ولم الشمل العائلي. وللحصول على اللجوء الكامل يشترط حسب اتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين "أن يكون طالب اللجوء معرضاً لخطر الاضطهاد عند عودته إلى بلده، بسبب دينه أو عرقه أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية."<sup>(1)</sup>

وعلى الرغم من الإجراءات والقوانين الألمانية الجديدة، إلا أن عملية لجوء السوريين إلى ألمانيا بقيت نشطة. فوفقاً للتقارير الرسمية الصادرة حديثاً مع بداية عام 2017، لا يزال القادمون من سورية يمثلون الفئة العظمى من طالبي اللجوء في عام 2016 بنسبة 36% من مجمل الطلبات<sup>(2)</sup>.

كما أصدرت الحكومة الألمانية في شهر مايو/أيار من عام 2016 قانوناً جديداً لصالح اللاجئين سمي بقانون الاندماج، والذي يسري على الطاقات الشابة من اللاجئين السوريين وفق البرامج والخطط التالية:

برنامج سوق العمل: ويهدف إلى تسهيل دخول اللاجئين لسوق العمل؛ وذلك بالتنسيق مع وكالة العمل الاتحادية، حيث يتم الدعم المادي للمتدربين أثناء التدريب ووقف ترحيلهم، ومنحهم إقامة لمدة ستة أشهر للبحث عن عمل وذلك بعد إنهاء التدريب، وإقامة لمدة سنتين في حال توظيفه لدى الشركة التي تدرّب لديها.

دورات اللغة والاندماج: تكثيف الدورات وزيادة ساعاتها، ومن جهة أخرى؛ فقد تمّ التشدد في منح إقامات دائمة للحاصلين على إقامة اللجوء لثلاث سنوات، حيث يصبح الحصول على الإقامة الدائمة مشروطاً بإتمام خمس سنوات. إلا في حال أتمّ اللاجئ مستوى متقدماً من اللغة، والحصول على عمل ثابت يمكنه من تغطية مصاريف معيشته وتأميناته الاجتماعية.

---

(1) Battjes, H., Brouwer, E., Slingenberg, L., & Spijkerboer, T. (2016). The Crisis of European Refugee Law: Lessons from Lake Success.

(2) Juran, S., & Broer, P. N. (2017). A Profile of Germany's Refugee Populations. *Population and Development Review*, 43(1), 149-157.



تحديد مكان إقامة اللاجئ: أصبحت السلطات تحدد مكان إقامة اللاجئ في مقاطعة محددة لا يمكنه الانتقال منها إلا في حال وجد عملاً أو قبولاً جامعياً، أو تدريباً مهنيّاً في مقاطعة أخرى<sup>(١)</sup>.

## النتائج:

- ١- تعد مشكلة اللجوء والنزوح السوري من أكثر القضايا التي واجهت المجتمع الدولي طوال تاريخه. أدرك المجتمع الدولي ضرورة انشاء شبكة من المؤسسات والنظم القانونية التي تهدف الى توفير الحماية الدولية لمشاكل اللاجئين، كما أدى إنشاء مكتب المفوض السامي لشؤون اللاجئين (المفوضية) عام ١٩٥١ إلى وضع قضية اللجوء ضمن إطار قانوني يهدف إلى حماية اللاجئين وفقاً لمعايير دولية.
- ٢- تركز وظيفة المفوضية في حث الدول وتشجيعها على الالتزام بأحكام اتفاقية عام ١٩٥١، وتمكين الدول من تقديم حماية كافية للاجئين في أراضيها وفقاً لما هو وارد في تلك الاتفاقية.
- ٣- للمفوضية ولاية تقديم الحماية الدولية والحلول للاجئين عن طريق العودة الطوعية للوطن الذي يتبع له اللاجئ، أو الاندماج المحلي في بلدان اللجوء، أو إعادة التوطين في بلد اللجوء.
- ٤- لجأ السوريون إلى جمهورية ألمانيا دون سواها من الدول الأوروبية بسبب السياسة الألمانية المرحة باستقبال الوافدين إليها، كالتسهيلات المقدمة لهم في مجال الرعاية الاجتماعية، والأمنية والحماية الإنسانية.
- ٥- عانى الكثير من اللاجئين السوريين إلى ألمانيا من حقهم بالحصول على حق "اللجوء الكامل" وفق "اتفاقية جنيف لعام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين"، واستبدلت بإقامة سميت "الحماية الثانوية" أو "الجزئية".
- ٦- الاستغلال السياسي لمحنة اللاجئين من قبل القوى الفاعلة والمتنوعة في الصراع السوري، حيث لجأت بعض هذه القوى لاستخدام اللاجئين ورقة سياسية لتعزيز

(١) Funk, N. (2016). A spectre in Germany: refugees, a 'welcome culture' and an 'integration politics'. *Journal of Global Ethics*, 12(3), 289-299.

موقعها السياسي التفاوضي، كما استغلت الأحزاب السياسية الألمانية المتنافسة في الانتخابات البرلمانية والرئاسية قضية اللجوء السوري إلى دولتهم أبشع استغلال.

### التوصيات:

على ضوء ما جاء في الدراسة يمكن للباحث أن يوصي بالاتي:

- ١- هناك ظروف ومتغيرات مستجدة تستدعي المراجعة الشاملة لسبل حماية اللاجئين، بشكل يجعلها أكثر فعالية.
- ٢- تنظيم دراسة بحثية للبحث في وضع اللاجئين في دول اخرى غير ألمانيا ومقارنة نتائجها مع هذه الدراسة.
- ٣- العمل على دعم برامج المفوضية بما يكفل لها القيام بأعمالها، وفق برامج طويلة الأجل، ومعالجة أسباب اللجوء.
- ٤- ترسيخ مبادئ حقوق الانسان بأن يتم التعامل مع مشكلة اللجوء كقضية انسانية بالدرجة الأولى بعيدا عن أي اعتبارات أخرى.
- ٥- توفير الدعم المالي الكافي للمنظمات الدولية التي تتعامل مع قضايا اللجوء للقيام بواجباتها على النحو المنشود.

**الخاتمة:** تبين لنا من خلال هذه الدراسة حجم المعاناة التي عاشها السوريون وما زالوا يعيشونها سواء كانت داخل الأراضي السورية أو خارجها وعلى مختلف المجالات والصعد، ولعل من أهمها التدفق غير المسبوق للاجئين السوريين إلى دول الجوار ومعظم دول العالم والذي جعل من قضية اللاجئين؛ التي باتت تتفاقم وتكبر يوما بعد يوم؛ قضية إنسانية وأخلاقية وقانونية بسبب غياب الحلول العملية لإنهاء اسباب وجودها.

ومع استمرار الأزمة في سوريا نجد الحاجات الإنسانية داخل البلاد وخارجها تشهد تصاعداً سريعاً. فمنذ بداية الأزمة في شهر مارس/آذار ٢٠١١ وقدرة المنظمات الدولية على توفير المساعدات داخل سوريا قد تراجعت بسبب الصراعات الدائرة فيها. ولذلك ركزت معظم الهيئات الدولية اهتمامها على وضع اللاجئين الذين عبروا الحدود إلى معظم دول العالم ومنها دول الاتحاد الأوروبي وفي مقدمتها ألمانيا.

- ويأتي الاهتمام الدولي بمسألة حماية اللاجئين على مستويين رئيسيين هما:
- الأول يتمثل في إبرام العديد من المعاهدات والمواثيق الدولية لتمثيل العمل بقانون اللاجئين؛ بدءاً بتعريف اللاجئ، وحقوق اللاجئين، والشروط التي يجب توفرها لكي يُعترف به كلاجئ.
  - الثاني ويتعلق بآليات حماية اللاجئين وذلك بإنشاء العديد من المؤسسات والأجهزة التي تعنى باللاجئين، كمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، والمنظمة الدولية للاجئين وغيرها.

كما تبين من خلال البحث أن لظاهرة اللجوء فوائد ومزايا في بعض الحالات، فقد أشارت الكثير من التقارير إلى استفادة دول أوروبية، خاصة ألمانيا، من اللاجئين، وذلك لأن اللاجئين الذين يصلون الشواطئ الأوروبية، خاصة السوريين منهم، غالباً ما يكونوا من الشباب والمتعلمين المتلهفين للاندماج سريعاً في المجتمع الألماني، فهم الحل لتزايد عدد كبار السن وانخفاض معدل المواليد في ألمانيا. ولذلك وجدنا كيف أن ألمانيا ومنذ عام ٢٠١٥ قد استقبلت الآلاف من اللاجئين السوريين، وتحملت مسؤوليات ضخمة تجاه اللاجئين خارج دائرة الاتحاد الأوروبي.

كما أوضح البحث كيف أن ألمانيا؛ وبسبب التشويش والضغط التي مارستها الأحزاب الألمانية المعارضة على المستشار الألمانية ميركل؛ قد اضطرت لإجراء تعديلات على قوانين اللجوء لغير صالح اللاجئين، وذلك من حيث نوع الإقامة التي تعطى لهم، وترحيل من لا يحصل على اعتراف المحكمة بطلب لجوئه. وحيث إن أحداث اللجوء إلى ألمانيا متجددة يومياً ما دامت عملية تدفق أعداد اللاجئين متواصلة فإن آثار هذه الأزمة ستبقى مستمرة وغير معروفة بأبعادها السياسية والاجتماعية سواء على اللاجئين أو على الدول المستضيفة لهم.

## المراجع

### المراجع العربية:

- أحمد الرشيدى. (١٩٩٧). الحماية الدولية للاجئين. مركز البحوث والدراسات السياسية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص ٢٣٢، ٦١، ٢٣٣.
- إريكا فيلر. (٢٠٠١). الحماية الدولية للاجئين، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، مكتب الدعم الإقليمي للإعلام، اللجنة الدولية للصليب الأحمر القاهرة، مصر، ص ١٣٦، ١٣٧.
- جمال عبد الناصر مانع. (٢٠٠٦). التنظيم الدولي، النظرية العامة والمنظمات العالمية والإقليمية المتخصصة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص ٢٢٨.
- سعيد سالم الجويلي. (٢٠٠١). المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢٤.
- فواز المومني، محمد الحوامدة. (٢٠١٧). الأمن الإنساني: التزامات المجتمع الدولي ودور المجتمعات المضيفة. مركز دراسات اللاجئين والنازحين والهجرة القسرية، جامعة اليرموك، ص: ٥٩١.
- الكتاب الإحصائي السنوي لألمانيا لعام ٢٠١٤م، ص ٣١.
- مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. (٢٠٠١) حماية اللاجئين، دليل القانون الدولي للاجئين، مطبوعات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ٢٠٠١، ص ٨.
- وائل أنور بندق. (٢٠٠٥). الأقليات وحقوق الإنسان. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص ١٤٥.

- Açıklın, Ş. N., & Bölücek, C. A. (2014). Understanding of Arab Spring with Chaos Theory—Uprising or Revolution. In Chaos theory in politics, Springer Netherlands: pp. 29-47.
- Alpak, G., Unal, A., Bulbul, F., Sagaltici, E., Bez, Y., Altindag, A., & Savas, H. A. (2015). Post-traumatic stress disorder among Syrian refugees in Turkey: a cross-sectional study. *International journal of psychiatry in clinical practice*, 19(1), 45-50.
- Aras, B., & Yorulmazlar, E. (2017). Mideast Geopolitics: The Struggle for a New Order. *Middle East Policy*, 24(2), 57-69.
- Baloch, B. Q. (2006). International refugee system in crisis. *The Dialogue. A Quarterly Research Journal*, 1(1), 118-141.
- Battjes, H., Brouwer, E., Slingenberg, L., & Spijkerboer, T. (2016). The Crisis of European Refugee Law: Lessons from Lake Success.
- Bazzi, L., & Chemali, Z. (2016). A Conceptual Framework of Displaced Elderly Syrian Refugees in Lebanon: Challenges and Opportunities. *Global journal of health science*, 8(11), 54.
- Blumen, S. (2016). *Granularity and state socialisation: Explaining Germany's 2015 refugee policy reversal* (Doctoral dissertation), The Australian National University (Australia).
- Bolesta, A. (2004). Protection from the Developing World: New Asylum and Immigration Policy in Europe. *Conflict and Displacement*, 133.
- Brandt, L. (2015). Populist Parties in Germany, France, and the UK: Growing Support for a Radical Rejection of Globalization? *International ResearchScope Journal*, 3(1), 4.
- Bull, M. J., & Heywood, P. M. (Eds.). (2016). *West European Communist parties after the revolutions of 1989*. Springer.
- Chishti, N. A. (2013). Syrian Crisis: A Case Study. *Issues*, 1(4).
- Christopher, E. M. (2016). *The Geopolitics of Immigrant Labour: A Climate of Fear. Corporate Espionage, Geopolitics, and Diplomacy Issues in International Business*, 210.
- Collyer, M., & King, R. (2016). Narrating Europe's migration and refugee 'crisis'. *Human Geography: a new radical journal*, 9(2), 1-12.

- Cooper, C. R., Cooper, R. G., Trinh, N. M., Wilson, A., & Gonzalez, E. (2012). Bridging multiple worlds: Helping immigrant youth from Africa, Asia, and Latin America on their pathways to college identities. *US Immigration and Education: Cultural and Policy Issues Across the Lifespan*, 301.
- Cordesman, A. H. (2017). Stability Operations in Syria: The Need for a Revolution in Civil-Military Affairs. *Military Review*, 97(3), 44.
- Costello, C. (2005). The asylum procedures directive and the proliferation of safe country practices: deterrence, deflection and the dismantling of international protection. *European Journal of Migration and Law*, 7(1), 35-69.
- Cunliffe, A. (1995). The refugee crises: A study of the United Nations High Commission for Refugees. *Political Studies*, 43(2), 278-290.
- Curta, A. I. (2017). European refugee crisis: The public health dimension. *Research and Science Today*,
- Damoc, A. I. (2016). Fortress Europe breached: political and economic impact of the recent refugee crisis on European states. *The Annals of the University of Oradea*, 20.
- De Ruiz, A. R. (2017). Queers Resisting Trump and White Supremacy in Mexico City. *QED: A Journal in GLBTQ Worldmaking*, 4(2), 79-83.
- De Voss, V. (2015). The 2015 refugee crisis. *Sister Namibia*, 27(3), 22.
- Dewachi, O., Skelton, M., Nguyen, V. K., Fouad, F. M., Sitta, G. A., Maasri, Z., & Giacaman, R. (2014). Changing therapeutic geographies of the Iraqi and Syrian wars. *The Lancet*, 383(9915), 449-457.
- Ekman, M. (2015). Online Islamophobia and the politics of fear: manufacturing the green scare. *Ethnic and Racial Studies*, 38(11), 1986-2002.
- Fakh, A., & Ibrahim, M. (2016). The impact of Syrian refugees on the labor market in neighboring countries: empirical evidence from Jordan. *Defence and Peace Economics*, 27(1), 64-86.

- Givens, T., & Luedtke, A. (2005). European immigration policies in comparative perspective: Issue salience, partisanship and immigrant rights. *Comparative European Politics*, 3(1), 1-22.
- Goodwin-Gill, G. S. (2011). The right to seek asylum: Interception at sea and the principle of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, 23(3), 443-457.
- Hailbronner, K. (1993). The concept of 'Safe Country' and expeditious Asylum Procedures: a western European perspective. *International Journal of Refugee Law*, 5(1), 31-65.
- Hewagodage, V. (2015). Hanging in the balance: when refugee learners' naturalization depends on their acquisition of cultural knowledge and English language proficiency (Doctoral dissertation), University of Southern Queensland.
- Hills, H. R. (2016). *Refugee and asylum law in a time of crisis*. (Master's thesis). University of Oslo, Norway
- Horz, C. (2016). "Teach Syrians how to live here, to communicate, how to exchange information and knowledge": Interview with Monis Bukhari, founder and director of Syrisches Haus. *Global Media Journal-German Edition*, 6(1).
- Imseis, A. (2003). On the Fourth Geneva Convention and the occupied Palestinian territory. *Harv. Int'l LJ*, 44, 65.
- İnanç-Tunçer, Ö. (2016). The Labor Market Effects of Immigration. *Handbook of Research on Unemployment and Labor Market Sustainability in the Era of Globalization*, 388.
- Jackson, I. C. (1991). The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: A universal basis for protection. *Int'l J. Refugee l.*, 3, 403.
- Jasarevic, O., & Samouk-Jasarevic, M. (2016). Policy and Regulation of Immigration, Refugee and Asylum within the World Refugee Crisis-Challenges and Prospects. *JE-Eur. Crim. L.*, 53.
- Jayasekera, K. (2015). Safeguards of Refugees in Sri Lanka: Law and Action. In *Second International Conference on Interdisciplinary Legal Studies 2015* (p. 29).
- Jenkins, B. (2017). The Western Response to the Refugee. *York University Criminological Review*, 2(1), 22-37.

- Juran, S., & Broer, P. N. (2017). A Profile of Germany's Refugee Populations. *Population and Development Review*, 43(1), 149-157.
- Kersch, A., & Mishtal, J. (2016). Asylum in Crisis: Migrant Policy, Entrapment, and the Role of Non-Governmental Organisations in Siracusa, Italy. *Refugee Survey Quarterly*, 35(4), 97-121.
- Kirişci, K. (2016). Europe's refugee/migrant crisis: can illiberal Turkey save liberal Europe while helping Syrian refugees? EPC Policy Brief, 19 February 2016.
- Korntheuer, A. (2017). Germany's Refugee Protection System. A. Korntheuer, P. Pritchard, & DB Maehler, Structural Context of Refugee Integration in Canada and Germany, 37-42.
- Korntheuer, A., Pritchard, P., & Maehler, D. B. (2017). Structural Context of Refugee Integration in Canada and Germany.
- Krueger, Alan, and Jorn-Steffen Pischke (1997). A Statistical Analysis of Crime against Foreigners in Unified Germany. *Journal of Human Resources*, 32(1), 182-209.
- Lambert, H., Messineo, F., & Tiedemann, P. (2008). Comparative perspectives of constitutional asylum in France, Italy, and Germany: requiescat in pace? *Refugee Survey Quarterly*, 27(3), 16-32.
- Laubenthal, B. (2015). Refugees welcome? Federalism and asylum policies in Germany. Fieri working papers.
- Levy, C. (2005). The European Union after 9/11: The demise of a liberal democratic asylum regime? *Government and Opposition*, 40(1), 26-59.
- Levy, C. (2010). Refugees, Europe, camps/state of exception: "into the zone", the European Union and extraterritorial processing of migrants, refugees, and asylum-seekers (theories and practice). *Refugee Survey Quarterly*, 29(1), 92-119.
- Lischer, S. K. (2017). The Global Refugee Crisis: Regional Destabilization & Humanitarian Protection. *Dædalus*, 146(4), 85-97.
- Lubińska, D. (2013). Polish migrants in Sweden: an overview. *Folia Scandinavica Posnaniensia*, 15(1), 73-88.



- Mahmud, J. (2016). Multiculturalism Debates, Policies, and Concepts. In *Kurdish Diaspora Online* (pp. 19-36). Palgrave Macmillan US.
- Maier, C. S. (2015). *Recasting bourgeois Europe: stabilization in France, Germany, and Italy in the decade after World War I*. Princeton University Press.
- Mallia, P. (2011). Case of MSS v. Belgium and Greece: A Catalyst in the Re-thinking of the Dublin II Regulation. *Refugee Survey Quarterly*, 30(3), 107-128.
- Martin, S. M. (1983). Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations. *Immigr. 7 Nat'lity L. Rev.*, 7, 650.
- Mattson, M. (1995). Refugees in Germany: Invasion or Invention? *New German Critique*, (64), 61-85.
- Matulovic, L. (2016). What Triggers Change in Asylum Policy? A comparative study of policy change.
- Mayer, M. (2016). *Germany's Response to the Refugee Situation: Remarkable Leadership or Fait Accompli*. Washington DC: Bertelsmann Foundation.
- Maynard, P. D. (1982). The Legal Competence of the United Nations High Commissioner for Refugees. *International and Comparative Law Quarterly*, 415-425.
- McGuaran, K., & Hudig, K. (2014). Refugee protests in Europe: Fighting for the right to stay. *Statewatch Journal*, 23(3/4), 28-33.
- Mitri, D. (2014). Challenges of aid coordination in a complex crisis: An overview of funding policies and conditions regarding aid provision to Syrian refugees in Lebanon. *Civil Society*, 15.
- Nolte, G., & Radler, P. (1996). German Public Law Jurisprudence in 1995-96. *Eur. Pub. L.*, 2, 485.
- Ostrand, N. (2015). The Syrian refugee crisis: A comparison of responses by Germany, Sweden, the United Kingdom, and the United States. *J. on Migration & Hum. Sec.*, 3, 255.
- Poutrus, P. G. (2014). Asylum in postwar Germany: Refugee admission policies and their practical implementation in the Federal Republic and the GDR between the late 1940s and the mid-1970s. *Journal of Contemporary History*, 49(1), 115-133.

- Reinisch, J. (2015). 'Forever Temporary': migrants in Calais, then and now. *The Political Quarterly*, 86(4), 515-522.
- Rietig, V. (2016). Moving Beyond Crisis: Germany's New Approaches to Integrating Refugees Into the Labor Market. Migration Policy Institute.
- Ruffer, G. B. (2011). Pushed beyond recognition? The liberality of family reunification policies in the EU. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 37(6), 935-951.
- Sardelic, J. (2017). From temporary protection to transit migration: responses to refugee crises along the Western Balkan route.
- Shameem, S. (2015). Crisis at Europe's Doorstep: A Conversation with Eugenio Ambrosi about Refugees, Migration, and the European Response. *Chicago Policy Review (Online)*.
- Shinozaki, K. (2014). Career Strategies and Spatial Mobility among Skilled Migrants in Germany: The Role of Gender in the Work-Family Interaction. *Tijdschrift voor economische en sociale geografie*, 105(5), 526-541
- Sliwinski, K. F. (2016). 'A-securitization' of immigration policy-the case of European Union. *Asia-Pacific Journal of EU Studies*, 14(1), 25.
- Squire, V., Dimitriadi, A., Perkowski, N., Pisani, M., Stevens, D., & Vaughan-Williams, N. (2017). Crossing the Mediterranean Sea by Boat: Mapping and Documenting Migratory Journeys and Experiences. *University of Warwick: Coventry, UK*.
- Sy, M. (2015). UNHCR and preventing indirect refoulement in Europe. *International Journal of Refugee Law*, 27(3), 457-480.
- Taneski, N. (2016). Hybrid warfare: mass migration as a factor for destabilization of Europe. *Contemporary Macedonian Defense/Sovremena Makedonska Odbrana*, 16(30).
- Thielemann, E., & El-Enany, N. (2011). Common Laws, Diverse Outcomes: Can EU Asylum Initiatives Lead to More Effective Refugee Protection?. In *European Union Studies Association's 12th Biennial International Conference, Boston*, 3(05), p. 2011.
- Turowski, O. (2015). Germany's progressive self-abolition in globalization process. The conflict-ridden German transition to multi-ethnic society in the 21st century. (pp. 83-89).

- Unit, S. S., & Aston-Ward, A. (2017). Assad Regime Resilience During the Syrian Civil War An Historical Perspective. *Harmoon Centre for Contemporary Studies*. 1-30.
- Wardhani, R. K., Windiani, R., & Rosyidin, M. (2017). 1. Peran Trauma dan Memori dalam Politik Luar Negeri: Studi Kasus Kebijakan Jerman Menerima Pengungsi Suriah 2011-2015. *Journal of International Relations*, 3(2), 1-9.
- Weber, B. (2016a). The German Refugee “Crisis” after Cologne: The Race of Refugee Rights1. *English Language Notes*,54(2), 77-92.
- Weber, B. (2016b). We Must Talk about Cologne”: Race, Gender, and Reconfigurations of “Europe. *German Politics and Society*, 34(4), 68-86.
- Weeren, M. (2016). Germany and the Syrian Refugee Crisis: The Economic Reinforcement Provided by Asylum Seekers.*International Review*, 104.
- Weis, P. (1967). The 1967 Protocol relating to the status of refugees and some questions of the law of treaties. *Brit. YB Int'l L.*, 42, 39.
- Wike, R., Stokes, B., & Simmons, K. (2016). Europeans fear wave of refugees will mean more terrorism, fewer jobs. *Pew Research Center*, 11.
- Wilmsen, B. (2011). Family separation: the policies, procedures, and consequences for refugee background families. *Refugee Survey Quarterly*, 30(1), 44-64.
- Winslow, A. M. (2016). Shifting Immigration Policies in Response to the Syrian Refugee Crisis Across the European Union: A Case Analysis of Germany, Hungary, and Lithuania. In *Claremont-UC Undergraduate Research Conference on the European Union* (Vol. 2016, No. 1, p. 9).
- Wofford, M. C., & Tibi, S. (2017). A human right to literacy education: Implications for serving Syrian refugee children.*International journal of speech-language pathology*, 1-9.
- Zimmermann, A., Dörschner, J., & Machts, F. (Eds.). (2011). *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol: A commentary*. Oxford University Press.

- Zonga, I. (2016). Free access to non-litigations procedures for asylum seekers. *Union of Jurists of Romania. Law Review*,6(special issue).

### مراجع لمواقع إلكترونية عربية:

- أو دويتشه فيله إذاعة صوت ألمانيا (Deutsche Welle DW). (٢٠٠٧، كانون أول ٢٢). استمرار تراجع عدد السكان في ألمانيا رغم الحوافز التشجيعية على الإنجاب. تم الاقتباس بتاريخ ١٥-١١-٢٠١٧:
- <http://www.dw.com/ar/التشجيعية-على-الإنجاب/a-3018483>
- أو دويتشه فيله إذاعة صوت ألمانيا Deutsche Welle DW. (٢٠١٧، كانون ثاني ٢٧). ألمانيا- ارتفاع عدد السكان إلى رقم قياسي بسبب اللاجئين. تم الاقتباس بتاريخ ٢٩-١١-٢٠١٧:
- <http://www.dw.com/ar/a-37303408>
- أو دويتشه فيله إذاعة صوت ألمانيا Deutsche Welle DW (٢٠١٥، أيلول ٢٧). معلومات عن أعداد اللاجئين وأصولهم في ألمانيا. تم الاقتباس بتاريخ ١١-١٢-٢٠١٧:
- <http://www.dw.com/ar/a-معلومات-عن-أعداد-اللاجئين-وأصولهم-في-ألمانيا/18699049>
- السورية نت. (٢٠١٥، أيلول ٩). كم يبلغ عدد اللاجئين السوريين في ألمانيا ومن أين أتوا؟ تم الاقتباس بتاريخ ١٠/١٢/٢٠١٧:
- <https://www.alsouria.net/content/كم-يبلغ-عدد-اللاجئين-السوريين-في-ألمانيا-ومن-أين-أتوا؟>

- القائمة الكاملة بالأرقام. هذه دول تستقبل لاجئين وتلك تتهرب. (٢٠١٥، سبتمبر ٤).  
تم الاقتباس بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٨:

<https://www.radiosawa.com/a/syrian-refugees-countries-welcome/280535.html>

**اللجوء البيئي: مقترح نظام قانوني دولي لحماية النازحين  
خارج الحدود الإقليمية بسبب الكوارث البيئية**

د. أحمد المهدي بالله

أستاذ القانون الدولي العام المساعد

كلية الحقوق-جامعة القاهرة

## أولاً: موضوع البحث:

يثير اصطلاح "اللجوء" للوهلة الأولى مسألة الأشخاص الذين يتركون دولهم هرباً من الاضطهاد السياسي أو الحرب الأهلية أو ارتكاب الجرائم الدولية في حقهم. فوفقاً لاتفاقية عام ١٩٥١ الخاصة بوضع اللاجئين، فإن اللاجئ هو الشخص الذي يتوافر لديه خوف مبرر من تعرضه للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين قد أقرت حماية ملائمة ضد المخاطر التي سادت في منتصف القرن العشرين، والتي كان من شأنها دفع الأشخاص إلى طلب وضع اللاجئين<sup>(٢)</sup>، إلا أن التعريف الوارد في الاتفاقية لم يعترف بأشكال معاصرة من المخاطر، ولا سيما المخاطر البيئية التي تهدد أرواح وسلامة الأشخاص وتدفعهم في كثير من الأحوال إلى النزوح خارج حدود دولهم<sup>(٣)</sup>.

ولا يعد سعي الأشخاص للبحث عن ملجأ في أراضي أجنبية نتيجة وجود أضرار بيئية من الأمور المستحدثة. فالأضرار البيئية قد دفعت الإنسان إلى الهجرة وترك موطنه

(١) راجع: المادة (١) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، اعتمدها يوم ٢٨ يولييه ١٩٥١ مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، الذي دعتة الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرارها ٤٢٩، المؤرخ ١٤ ديسمبر ١٩٥٠، ودخلت حيز النفاذ في ٢٢ أبريل ١٩٥٤ وفقاً لأحكام المادة ٤٣.

(٢) ويرى أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أن من آثار النزاعات المسلحة ازدياد عدد اللاجئين، إلا أن اللجوء قد يرجع إلى أسباب أخرى غير اندلاع النزاعات المسلحة، كما في حالة الاضطهاد الديني أو السياسي أو الكوارث الطبيعية كالجفاف والفيضانات.

أنظر أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ٢٠١٠، دار النهضة العربية، ص ٨٥٦  
(٣) ويذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن اتفاقية عام ١٩٥١ الخاصة بوضع اللاجئين لا تمتد لتشمل بحمايتها الأشخاص الذين أُجبروا على ترك أوطانهم بسبب المخاطر البيئية. راجع في هذا الشأن:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, SYMPOSIUM: CONFRONTING A RISING TIDE: A PROPOSAL FOR A CONVENTION ON CLIMATE CHANGE REFUGEES, Harvard Environmental Law Review, 2009, p. 357-58.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن اتفاقية عام ١٩٥١ تمتد لتشمل بحمايتها اللاجئين البيئيين. راجع:

Jessica B. Cooper, Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition, New York Environmental Law Journal, 1998, p. 501-02.

بل يذهب جانب آخر إلى أن التعريف الوارد في اتفاقية عام ١٩٥١ يشمل أيضاً اللاجئين البيئيين. أنظر:

Christopher M. Kozoll, Poisoning the Well: Persecution, the Environment, and Refugee Status, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 2004, p. 297-306.

الأصلي بحثاً عن مكان أكثر ملائمة للحياة الإنسانية منذ بدء الخليقة<sup>(١)</sup>.

ولا مراء أن الأضرار البيئية من شأنها إجبار الملايين من الناس على الفرار من ديارهم في غضون القرن الحالي. فارتفاع مستوى البحر سيهدد بقاء الدول الجزرية الصغيرة، وسيؤدي التصحر إلى جعل مساحات واسعة من الأراضي الحالية غير صالحة للسكن، وسوف تقود العواصف الشديدة سكان المناطق المتضررة إلى البحث عن مناطق أكثر أماناً. وتشير الدراسات بأن عدد اللاجئين البيئيين سوف يفوق بكثير عدد اللاجئين التقليديين المستحقين للحماية بموجب اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ وبروتوكولها الإضافي لعام ١٩٦٧. كذلك، فإن أوجه النقص في النظام القانوني الدولي الحالي سيجعل من الصعب معالجة المشكلة على نحو فعال. فالأنظمة القانونية المتعلقة باللاجئين والبيئة غير كافية على حد سواء في التعامل مع مشكلة الهجرة واسعة النطاق بسبب الأضرار البيئية.

وتساهم المخاطر البيئية التقليدية الناتجة عن فعل الطبيعة، والمخاطر البيئية الناتجة عن الأنشطة الإنسانية، وبخاصة تغير المناخ، في وجود أعداد هائلة من الأشخاص سيجدون أنفسهم مجبرين على ترك أوطانهم أو محال إقامتهم الأساسية، بحثاً عن ملجأ آمن في دول أخرى<sup>(٢)</sup>.

لذلك طالب جانب من الفقه بضرورة إنشاء نظام قانوني متكامل يهدف إلى توفير الحماية إلى الأشخاص الذين يجبرون على الفرار من ديارهم بسبب الأضرار البيئية. وانقسم الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهات مختلفة: فذهب اتجاه إلى ضرورة تعديل اتفاقية عام ١٩٥١ استناداً إلى تغير الظروف لتقرر الحماية للاجئين البيئيين، بينما ذهب جانب آخر إلى ضرورة تبني اتفاقية مستقلة لإقرار الحماية للاجئين البيئيين بحيث تقرر لهم قواعد الحماية المقررة في اتفاقية ١٩٥١، والتي تكون قابلة للتطبيق على اللاجئين البيئيين، بينما اتفق جانب ثالث على ضرورة تبني اتفاقية مستقلة للاجئين البيئيين تقرر

<sup>(١)</sup> راجع:

Ashok Swain, Environmental Migration and Conflict Dynamics: Focus on Developing Regions, Third World Quarterly Journal Impact & Description, 1996, p. 963.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 349-350.



الحماية للاجئين البيئيين وفقاً لذات القواعد والتدابير المقررة لعمدي الجنسي<sup>(١)</sup>.  
ويعتبر اللجوء البيئي من الظواهر الحديثة التي سوف تمثل تحدياً كبيراً للمجتمع الدولي. واللاجئ البيئي هو الشخص الذي لا يستطيع تأمين احتياجاته الأساسية في موطنه نتيجة عدة عوامل منها؛ الجفاف والتصحر وتآكل التربة، وإزالة الغابات الاستوائية، فضلاً عن المشاكل البيئية الأخرى والمشاكل الناتجة عن الزيادة السكانية والفقر المدقع، الأمر الذي يدفعه إلى البحث عن ملجأ في مكان آخر<sup>(٢)</sup>.

ولا يوجد حتى وقتنا هذا تعريف دقيق للاجئ البيئي، وذلك على الرغم من الاجتهادات الفقهية المتعددة في سبيل تحديد المقصود باللاجئ البيئي، الأمر الذي يقف حائلاً أمام إقرار نظام قانوني دولي لحماية لاجئي البيئة. خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن العوامل البيئية قد لا تكون العامل الوحيد الدافع لهجرة الأشخاص، بل قد تكون هناك عوامل أخرى مؤثرة مثل العوامل الاقتصادية والاجتماعية، بيد أن البيئة تظل هي العامل الرئيسي الدافع للهجرة، سواء من خلال تأثيرها المباشر المتمثل في التدهور البيئي والكوارث البيئية، أو تأثيرها غير المباشر على الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع:

Bruce Burson, Environmentally Induced Displacement and the 1951 Refugee Convention: Pathways to Recognition, in Tamer Afifi and Jill Jager, Environmental Forced Migration and Social vulnerability, Springer, 2010, p. 3.

(٢) ووفقاً للتقديرات التي أجريت عام ١٩٩٥ فإن مجموع اللاجئين البيئيين قد يصل إلى خمسة وعشرين مليون شخص، وذلك مقارنة بسبعة وعشرين مليون من اللاجئين التقليديين بسبب الاضطهاد السياسي أو الديني أو المشاكل العرقية. ومن المتوقع أن يصل هذا العدد إلى مائتي مليون لاجئ في حالة زيادة تأثير الاحتباس الحراري الذي يؤدي إلى تغير المناخ العالمي. انظر في هذا الشأن:

Norman Myers, Environmental Refugees: An Emergent Security Issue, 13<sup>th</sup> Economic Forum, session 3, 2005, p. 1.

(٣) أشار الفريق العالمي المعني بالهجرة إلى أنه نظراً لعدم وجود تعريف متفق عليه دولياً بشأن المهاجرين بسبب المخاطر البيئية المختلفة، فإنها يوجد العديد من المصطلحات الأخرى في هذا الإطار من بينها "الهجرة لأسباب بيئية" و"الهجرة ذات الصلة بالتغير المناخي" و"التنقل ذو الصلة بالمناخ".

وأكد الفريق العالمي على أنه بالرغم من صعوبة عزل مدى تأثير تدهور البيئة على عملية نزوح الأشخاص خارج أوطانهم، إلا أنه لا يوجد أدنى شك لدى العديد من المراقبين أن من شأن هذا التدهور أن يؤثر على حياة الأشخاص وحقوقهم الإنسانية، سواء من حيث سبل كسب العيش أو الحصول على الوظائف أو السكن أو الخدمات الصحية أو مرافق الصرف الصحي. راجع: بيان الفريق العالمي المعني بالهجرة بشأن أثر التغير المناخي على الهجرة، المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ص ١، متاح من خلال الرابط التالي:

## ثانياً: أهمية البحث:

مما لا شك فيه أن وقوع الكوارث البيئية تساهم بشكل ملحوظ في زيادة حالات النزوح، الأمر الذي أدى إلى جذب انتباه الدول والمجتمع الدولي لإيجاد حلول ملائمة لتلك المشكلة. فوفقاً للاستعراض السنوي للكوارث لعام ٢٠١٦، فإن معدل الكوارث التي وقعت سنوياً خلال فترة ٢٠٠٦-٢٠١٥ قد وصلت إلى ٣٧٦ كارثة سنوياً، هذا بالإضافة إلى ٣٤٢ كارثة وقعت عام ٢٠١٦. وترتب على تلك الكوارث معدل وفيات وصل إلى ٧٠ ألف حالة سنوياً خلال فترة ٢٠٠٦-٢٠١٥، فضلاً عن تأثر ما يصل إلى ٥٧٥ مليون شخص من جراء تلك الكوارث<sup>(١)</sup>.

ونظراً لتزايد أعداد النازحين بسبب الكوارث البيئية في الآونة الأخيرة، وما يصاحبه من مآسي إنسانية جسيمة في غياب الأطر القانونية اللازمة والملائمة لتوفير الحماية لهم، خاصة أن الآليات والمعايير الدولية المتاحة حالياً لا تستهدف اللاجئين البيئيين بشكل مباشر، وإنما يقتصر دورها على مجرد تخفيف آثار الأضرار التي تصيبهم، وهي بالتأكيد آليات ومعايير غير كافية في ظل الزيادة المتوقعة للمخاطر البيئية. كما أن اهتمام الفقه والمجتمع الدولي بالمآسي التي يتعرض لها الأشخاص الذين ينزحون عن أوطانهم هو أمر حديث من الناحية القانونية<sup>(٢)</sup>.

لذلك فلا مناص من أن يتم إلقاء الضوء على هذه المشكلة التي من المتصور أن تصل إلى مرحلة الأزمة الإنسانية، وذلك من خلال اقتراح الحلول والآليات القانونية اللازمة لمواجهتها، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن أكثر الدول التي ستعاني من مشكلة النزوح البيئي هي الدول النامية، ولا سيما في أفريقيا وبعض الدول العربية.

(١) راجع:

Debarti Guha-Sapir, Philippe Hoyois Pascaline Wallemacq and Regina Below, Annual Disaster Statistical Review 2016, The Numbers and Trends, 2016, p. 1.

(٢) ويعين الانتباه إلى أنه لا يزال هناك جدلاً فقهيًا بشأن الاصطلاح الدقيق الذي يطلق على الأشخاص الذين يهاجرون بسبب المخاطر البيئية، فبينما يرى البعض أن اصطلاح "اللاجئين البيئيين" يشير إلى كافة الأشخاص الذين ينزحون عن مناطق إقامتهم الأصلية، سواء كان نزوحهم داخل دولتهم أو خارجها، يرى البعض الآخر أن هذا الاصطلاح يطلق فقط على الأشخاص الذين يجبروا على الهجرة خارج حدود دولتهم. ويستخدم جانب آخر من الفقه من اصطلاح المهاجرين البيئيين. وفي إطار هذه الدراسة سوف يتم استخدام اصطلاح المهاجرين البيئيين للإشارة للأشخاص الذين يهاجرون خارج مجتمعاتهم بغض النظر عما إذا كانت هجرتهم داخلياً أم خارجياً، وسوف نستخدم اصطلاح اللاجئين البيئيين للإشارة إلى الأشخاص الذين يهاجرون خارج حدود دولهم.

### ثالثاً: أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى عرض كافة الآليات والتدابير القانونية المتاحة في القانون الدولي الحالي، والتي من شأنها توفير الحماية المباشرة وغير المباشرة للأشخاص المتضررين من الأضرار البيئية.

وعلى الرغم من أن بعض كتاب القانون الدولي قد حاولوا وضع تعريف محدد للمقصود باللاجئ البيئي، وذلك في سبيل اقتراح نظام قانوني شامل يوفر الحماية الدولية لفئة اللاجئين البيئيين<sup>(١)</sup>، إلا أنهم لم يتمكنوا من تغطية كافة جوانبها أو اقتراح نظام قانوني متكامل يهدف إلى تقديم حلول حاسمة للمشكلة.

وعليه، فإننا سوف نسعى من خلال هذا البحث إلى وضع تعريف واضح ودقيق للمقصود باللاجئ البيئي، على نحو يميزه عن غيره من اللاجئين التقليديين وفقاً لمفهوم اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ بشأن وضع اللاجئين وبروتوكول عام ١٩٦٧، ومن ثم نضع مقترح نظام قانوني دولي متكامل لمعالجة أزمة اللاجئين البيئيين التي من شأنها وفقاً لتقديرات المنظمات الحكومية وغير الحكومية أن تشكل عبئاً مستقبلياً يتعذر مواجهته من جانب أعضاء المجتمع الدولي حال عدم اتخاذ التدابير اللازمة<sup>(٢)</sup>.

ونهدف من وضع نظام قانوني خاص باللجوء البيئي إلى أن يكون نواة لاتفاقية دولية شارعة يتم تبنيها مستقبلاً من جانب أعضاء الجماعة الدولية في سبيل معالجة أزمة

<sup>(١)</sup> راجع بشكل عام حول وضع تعريف محدد للاجئ البيئي واقتراح نظام قانوني لحمايتهم:

Jessica B. Cooper, Environment refugees, Meeting the requirements of the Refugee Definition, New York University Environmental Law, 1998.

Also: Michel Prieur, Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons, Urban Lawyer, Vol. 43, Fall 2010.

Also: Sireesha V. Chirala, Acclimating to Climate Change: Filling the International Policy Void for Environmentally Displaced People, Houston Journal of International Law, Vol. 35, Issue 2, Spring 2013.

Also: Tony George Puthucherril, Climate Change, Sea Level Rise and Protecting Displaced Coastal Communities: Possible Solutions, Global Journal of Comparative Law, Vol. 1, Issue 2, 2012.

Also: Karen Jacobsen, Refugee's Environmental Impact: The Effect of Patterns of Settlement, Journal of Refugee Studies, 1997.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 350.

النزوح البيئي.

#### رابعاً: منهج البحث:

مما لا شك فيه أن مفهوم المخاطر أو الكوارث البيئية أمر قد يثير العديد من الصعوبات في تحديده، مما يقف عائقاً أمام إقرار حماية قانونية دولية للأشخاص المتضررة من تلك المخاطر والكوارث، الأمر الذي يحتاج في إطار هذه الدراسة إلى معالجته وبيان كافة جوانبه الإشكالية.

كما أنه بالرغم من أن الأنظمة القانونية الدولية الحالية لا تعالج بشكل فعال مشكلة اللجوء البيئي، إلا أنها تشتمل على العديد من القواعد القانونية الفعالة بشأن حماية اللاجئين القابلة للتطبيق على حالة اللاجئين البيئيين، لذلك فسوف نستند إلى تلك القواعد حتى نستفيد منها عند إقرار نظام قانوني بشأن اللجوء البيئي، طالما أن من شأن هذا النظام القانوني أن يتداخل مع العديد من الأنظمة القانونية الدولية القائمة، ومنها حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي للبيئة.

كذلك، فإنه يتعين على النظام القانوني المقترح أن يتضمن آليات لمنع والمعالجة لمشكلة اللجوء البيئي، وذلك من خلال:

أولاً: أن يتضمن النظام القانوني المقترح آليات لضمان حماية حقوق الإنسان الأساسية وتقديم المساعدات الإنسانية للاجئين البيئيين.

ثانياً: أن يكون هناك تقسيم لأعباء والتزامات الوفاء بضمانات الحماية الدولية للاجئين البيئي بين دولة اللجوء والدولة المضيضة والمجتمع الدولي.

ثالثاً: إنشاء جهات وهيئات دولية لتنفيذ بنود الاتفاقية الدولية المزمع إنشائها بشأن اللجوء البيئي، بما في ذلك إنشاء صندوق للتمويل، وهيئة للتنسيق ومراقبة تنفيذ الاتفاقية، ولجنة خبراء مختصة في مجال البيئة.

وسوف نعتمد في دراستنا على السوابق القانونية والعملية في هذا المجال، على أن نقترح ونضيف ما نراه ملائماً من قواعد لازمة لإقرار حماية ملائمة للأشخاص محل الدراسة، وذلك في سبيل وضع الإطار العام لنظام قانوني قد يكون نواة لإنشاء اتفاقية دولية متعددة الأطراف في هذا الشأن.

## خامساً: خطة البحث:

تنقسم هذا الدراسة إلى فصل تمهيدي وثلاثة فصول رئيسية وخاتمة:

### فصل تمهيدي

المفاهيم العامة للجوء والبيئة وقيمتها القانونية

المبحث الأول: مفهوم الملجأ وقيمته القانونية.

المبحث الثاني: مفهوم البيئة وقيمتها القانونية.

### الفصل الأول

المخاطر والكوارث التي تؤدي إلى حالات اللجوء البيئي

المبحث الأول: المخاطر البيئية التقليدية.

المبحث الثاني: المخاطر الناجمة عن تغير المناخ.

المبحث الثالث: المخاطر البيئية الناشئة عن الأنشطة التنموية الخطيرة.

المبحث الرابع: المخاطر البيئية الناشئة عن النزاعات المسلحة.

### الفصل الثاني

الآليات الدولية الحالية بشأن حماية اللاجئين البيئيين

المبحث الأول: الآليات الدولية غير المباشرة لحماية اللاجئين البيئيين.

المبحث الثاني: الآليات الدولية المباشرة لحماية اللاجئين البيئيين.

### الفصل الثالث

النظام القانوني المقترح بشأن حماية اللاجئين البيئيين

المبحث الأول: وضع تعريف موحد للاجئ البيئي.

المبحث الثاني: المبادئ والقواعد العامة للجوء القابلة للتطبيق على اللاجئين البيئيين.

المبحث الثالث: القواعد الخاصة باللجوء البيئي.

## فصل تمهيدي

### المفاهيم العامة للجوء والبيئة وقيمتها القانونية

#### تمهيد وتقسيم:

يستدعي التطرق لوضع نظام قانوني متكامل لإقرار الحماية الدولية للاجئين البيئية، بيان المفاهيم العامة للعناصر المكونة لفكرة "اللجوء البيئي"؛ أي اللجوء من ناحية، والبيئة من ناحية أخرى. فوفقاً للنظام القانوني الدولي الحالي، هناك العديد من القواعد التي تقر حماية للاجئين، بناء على معايير وشروط وضوابط، تستبعد كقاعدة عامة إمكانية منح اللجوء بسبب العوامل البيئية، كذلك يوجد العديد من القواعد الدولية المستقلة والمتعددة التي تقر حماية لعناصر البيئة المختلفة، وهي بالتأكيد قد يكون لها تأثير-ولو بشكل غير مباشر- على الحد من آثار النزوح الجماعي بسبب المخاطر البيئية.

وعلى جانب آخر، فإنه يتعين بيان القيمة القانونية لكل من اللجوء والبيئة، الأمر الذي يثير تساؤلين أساسيين: يتعلق الأول بمدى إمكانية ثبوت حق للإنسان في الحصول على اللجوء من الدول، وبالتالي إلزامها بمنح هذا اللجوء لكل شخص تتوفر فيه الشروط المتطلبة قانوناً للجوء، ويتعلق الثاني بمدى إمكانية تمتع الفرد بالحق في التمتع ببيئة صحية وسليمة، على نحو يخوله قانوناً إمكانية المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي تصيب البيئة، نظراً لمساسها المباشر بحقة.

ولتوضيح النقاط السابقة والتوصل إلى الإجابات القانونية الدقيقة على التساؤلات السابقة، فإنه يتعين علينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الملجأ وقيمتها القانونية.

المبحث الثاني: مفهوم البيئة وقيمتها القانونية.

#### المبحث الأول

#### مفهوم الملجأ وقيمتها القانونية

#### تقسيم:

للملجأ مفاهيم متعددة في اللغة والاصطلاح والقانون الدولي، الأمر الذي يدعونا إلى توضيح كل مفهوم من تلك المفاهيم. كذلك فإن القيمة القانونية للملجأ تبدو في كيفية تمتع

الفرد بهذا الملجأ؛ وبعبارة أخرى، هل يتمتع الفرد الذي تتوفر فيه شروط اللجوء بحق أصيل في الحصول على اللجوء من الدولة التي يلجأ إليها بشكل مباشر، أم أن ذلك يتوقف على السلطة التقديرية لتلك الدولة، تماشياً مع اعتبارات السيادة الوطنية. ويتطلب ذلك بالتبعية ضرورة بيان الإطار القانوني لحق الإنسان في اللجوء.

وعليه، فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الملجأ في اللغة والاصطلاح والقانون الدولي.

المطلب الثاني: الإطار القانوني لحق الإنسان في اللجوء.

### المطلب الأول

#### مفهوم الملجأ في اللغة والاصطلاح والقانون الدولي

للملجأ مفاهيم مختلفة سواء في اللغة أو الاصطلاح أو القانون الدولي، وسوف نعرض

لتلك المفاهيم على النحو التالي:

#### أولاً: مفهوم الملجأ في اللغة:

الملجأ هي كلمة مشتقة من "لجأ". ويقال لجأ الشخص إلى المكان، أي احتتمى به. ومن المفردات الدالة على الملجأ: يلجأ ولجوء وملجأ والتجأ. وإذا قيل لجأت أو التجأت أو تلجأت إلى فلان فإن ذلك يعني استندت إليه واعتضدت به، أما إذا قيل لجأت أو التجأت أو تلجأت عن فلان، فإن ذلك يعني عدلت عنه إلى غيره، "وفي حديث كعب: من دخل ديوان المسلمين ثم تلجأ منهم فقد خرج من قبة الإسلام".

وتأتي كلمة ألجأه، بمعنى عصمه. ويقال ألجأه من شيء أي حصنه في ملجأ منه<sup>(١)</sup>. وألجأه إلى الشيء، أي اضطره إليه. والتلجنة تعني الإكراه<sup>(٢)</sup>.

ومعنى الملجأ، أيضاً، المعقل أو الحصن أو الملاذ أو المكان الذي يحتتمى به<sup>(٣)</sup>. وقد يتمثل في المكان الذي يأوي إليه العجزة والضعفاء والمقهورين، وتعمل الدولة

(١) انظر: لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، دار صادر، بيروت، المجلد الأول، ص ١٥٢.

(٢) انظر: مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مكتبة لبنان، ١٩٨٦، ص ٢٤٧.

(٣) انظر: معجم ألفاظ القرآن الكريم، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، طبعة منقحة، ١٩٨٩، ص

والمؤسسات الاجتماعية على رعاية هذا المكان<sup>(١)</sup>.

ويقول الله تعالى: "لَوْ يَجِدُونَ مَلْجَأً أَوْ مَغَارَاتٍ أَوْ مُدْخَلًا لَوَلَّوْا إِلَيْهِ وَهُمْ يَجْمَحُونَ" الآية ٥٧ من سورة التوبة، وأيضاً في الآية ١١٨ من سورة التوبة "وَوَظَّنُوا أَنْ لَأَ مَلْجَأً مِنَ اللَّهِ إِلَّا إِلَيْهِ ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ" وأيضاً قوله تعالى "مَا لَكُمْ مِّنْ مَلْجَأٍ يَوْمَئِذٍ وَمَا لَكُمْ مِّنْ نَّكِيرٍ" الآية ٤٧ من سورة الشورى.

وفي هذا السياق، فإن اللجوء هو "من لاذ بغير وطنه فراراً من اضطهاد أو حرب أو مجاعة"<sup>(٢)</sup>، وأيضاً هو الشخص الذي يهرب من بلده إلى بلد آخر فراراً من اضطهاد سياسي أو ظلم أو حرب أو مجاعة<sup>(٣)</sup>.

وفي اللغة الأجنبية، يستخدم لفظ Asylum للإشارة إلى الملجأ، وهي كلمة يونانية تعني ما لا يمكن مصادرة، أي الشيء المحرم أو المقدس الذي يستدعي تدخل السلطة العليا لحمايته<sup>(٤)</sup>.

وبشكل عام، فإن هذه المعاني تدل على أن المقصود بالملجأ قد يكون أحد الأمور التالية، منفردة أو مجتمعة:

أولاً: المكان الذي يحتمي فيه الشخص هرباً من خطر معين؛

ثانياً: الحماية التي يسعى إليها الشخص ضد خطر معين يلاحقه<sup>(٥)</sup>؛

ثالثاً: الاضطرار إلى البحث عن بدائل أخرى، نظراً لعدم ملائمة الظروف الحالية.

(١) انظر: د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، ٢٠٠٨، ص ١٩٩٤.

(٢) انظر: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤، ص ٨١٥.

(٣) انظر: د. أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص ١٩٩٤.

(٤) راجع:

María-Teresa Gil-Bazo, Asylum as a General Principle of

International Law, International Journal of Refugee Law, Vol. 27, No. 1, 2015, p. 20.

Voir aussi : Denis Alland et Catherine-Amélie Chassin, Asile, aout 2005 (actualisation : Janvier 2017), para. 1.

ويشير هذا الرأي إلى أن فكرة اللجوء أساسها ديني، وأن اصطلاح asile يعني:

« Le mot asile vient d'un mot grec désignant un espace inviolable en raison de la protection divine dont il bénéficie ».

(٥) وكثيراً ما تستعمل لغة ملجأ في اللغة العامية للإشارة إلى المكان المخصص لإيواء اليتامى أو المرضى بمرض عقلي أو كبار السن. راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، النظرية العامة لحق الملجأ في القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٤.



وهناك ألفاظ أخرى في اللغة العربية تستخدم للدلالة على حق الملجأ، مثال ذلك الإيواء، فقد وردت في قوله تعالى: "وَأَذْكُرُوا إِذْ أَنْتُمْ قَلِيلٌ مُسْتَضْعَفُونَ فِي الْأَرْضِ تَخَافُونَ أَنْ يَخَطَّفَكُمُ النَّاسُ فَآوَاكُمْ وَأَيَّدَكُمْ بِبَصَرِهِ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ"<sup>(١)</sup>. وقوله تعالى في سورة الكهف "قَالَ أَرَأَيْتَ إِذْ أَوَيْنَا إِلَى الصَّخْرَةِ فَإِنِّي نَسِيتُ الْحُوتَ وَمَا أَنسَانِيهُ إِلَّا الشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ وَاتَّخَذَ سَبِيلَهُ فِي الْبَحْرِ عَجَبًا"<sup>(٢)</sup>. وفي سورة المؤمنون "وَجَعَلْنَا ابْنَ مَرْيَمَ وَأُمَّهُ آيَةً وَآوَيْنَاهُمَا إِلَى رَبْوَةٍ ذَاتِ قَرَارٍ وَمَعِينٍ".

وقد يستخدم لفظ "الهجرة" للدلالة على حق الملجأ<sup>(٣)</sup>، مثال ذلك ما جاء في قوله تعالى: "وَالَّذِينَ تَبَوَّؤُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شَحْنًا نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ"<sup>(٤)</sup>.

ويتضح من الآيات السابقة مدى عظمة القرآن واشتماله على قواعد عامة تصلح لكل زمان ومكان، فيستفاد من تلك الآيات أنها تقرر الحماية للإنسان ضد كافة المخاطر التي يتعرض لها، سواء تمثلت في اضطهاد مباشر من أشخاص معينين، أو بسبب ظروف بيئية أو معيشية من شأنها أن تهدد حياة الإنسان.

### ثانياً: مفهوم الملجأ في الاصطلاح:

تعددت تعريفات الفقهاء لاصطلاح الملجأ، حيث يعرفه فيكتور ليبير Victor Lieber بأنه "الحماية القانونية التي تمنحها إحدى الدول (دولة الملجأ أو دولة المأوى) داخل إقليمها أو في داخل إقليم آخر خارج حدودها وتمارس ولاية عليه، لآحد الأجانب (سواء كان

(١) الآية ٢٦ من سورة الأنفال.

(٢) الآية ٦٣ من سورة الكهف.

(٣) وقد أشار استاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا إلى أن العلماء قد قسموا الهجرة إلى قسمين: هجرة هروب وهجرة طلب: "وتشمل هجرة الهروب ستة أقسام: الهجرة من دار الحرب إلى دار السلام، والخروج من أرض البدعة، ومن أرض غلب عليها الحرام، والفرار من الإصابة في البدن كما فعل إبراهيم حينما خاف قومه، فقال "إني ذاهب إلى ربي سيهدين"، والخروج خوف المرض في البلاد الرخمة إلى الأرض، والفرار خوف الأذية في المال. أما هجرة الطلب فتتقسم إلى قسمين: طلب دنيا، وطلب دين (ويشمل هذا الأخير سفر العبدة والحج، والجهاد، والمعاش، والتجارة والكسب، وطلب العلم، وقصد البقاع الخيرة، وزيارة الإخوان)". راجع: استاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢٦-٢٨.

(٤) الآية ٩ من سورة الحشر.

لاجئاً أو مضطهداً سياسياً) ضد دولة موطنه أو دولة الاضطهاد<sup>(١)</sup>.

ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "حماية قانونية ذات طابع مؤقت تمنحها دولة، تسمى دولة الملجأ، سواء في داخل إقليمها المادي أو في أماكن معينة تقع خارجه، لأجنبي تتوافر فيه صفة "لاجئ" في نظر القانون الدولي، وذلك في مواجهة أعمال دولة أخرى تسمى الدولة الأصلية أو دولة الاضطهاد"<sup>(٢)</sup>.

وهذا الرأي الأخير -في تقديرنا- قد أخذ بمعيار ضيق، وفقاً لما هو وارد في اتفاقية عام ١٩٥١، فعلى الرغم من اتفاقنا أن الملجأ يعتبر حماية قانونية ذات طابع مؤقت تقررها دولة الملجأ لشخص تتوافر فيه صفة اللاجئ، إلا أننا قد نختلف معه في أنه يتعين أن يمنح الملجأ في مواجهة أعمال أو إجراءات صادرة عن دولة أخرى، مما يعني وفقاً لهذا الرأي - أنه لا يعد ملجأ الحماية التي تقدمها الدولة ضد أعمال أو مخاطر لا يمكن إسنادها إلى دولة أخرى<sup>(٣)</sup>، مثال ذلك إيواء الدولة للنازحين من دولة أخرى بسبب الكوارث الطبيعية أو نتيجة الآثار المدمرة الناتجة عن اندلاع حرب أهلية. وهذا الأمر بالتأكيد يتعارض مع الغاية من اللجوء، وهو إقرار الحماية والأمن للأشخاص الذين تتعرض حياتهم وحقوقهم وحررياتهم للخطر داخل دولتهم الأصلية. فالعبرة هنا هي عدم قدرة الدولة أو عدم رغبتها في توفير الحماية والأمان لطالبي اللجوء.

كذلك، فإن الرأي السابق قد أشار -في مفهومه للملجأ- إلى أنه يتعين منح الملجأ لشخص يتوافر فيه صفة اللاجئ في نظر القانون الدولي، ثم عاد ليؤكد أن لا يوجد

(١) راجع:

International Law Association, Report Committee on Islamic Law and International Law, London Conference, 2000, p. 306, footnote 3.

(٢) ووفقاً لهذا المفهوم فإن الملجأ:

- يعتبر حماية قانونية يترتب عليها العديد من الآثار القانونية، وعليه يخرج من نطاقها الحماية المادية المتمثلة في اللجوء إلى مكان آمن أو قلعة حصية هرباً من خطر محقق أو من أحد الأعداء، كذلك الحماية التي تقدمها إحدى السفارات الأجنبية لأحد الهاربين من العدالة في الدولة المعتمدة دون أن يكون لهذه الحماية أي أثر قانوني تجاه الدولة الأخيرة.
- يمنح في مكان معين، إما أن يكون إقليم الدولة التي تمنح الملجأ أو في المناطق التي تعتبر ضمن إقليمها، مثال ذلك سفنها أو طائراتها أو قواعدها العسكرية المتواجدة خارج إقليمها.
- ذات طابع مؤقت، أي أن الحماية المقررة يرتبط استمرارها بوجود الظروف التي اقتضت، مما يعني زوال الحماية بمجرد انقضاء تلك الظروف. راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ١٤-٢١.

(٣) ذات المرجع، ص ١٥-١٦.

تعريف للاجئ في العرف الدولي، فضلاً عن خلو المواثيق الدولية المتعلقة بحق اللجوء من تعريف مشترك ومتفق عليه، ثم عاد ليقرر تعريف للاجئ بأنه: "أجنبي خرج أو أخرج من دولته الأصلية ولا يرغب أو لا يستطيع العودة إلى هذه الدولة بسبب تمزق أو انفصام العلاقة العادية التي تربطه بها، إما بسبب الاضطهاد السياسي أو التهديد به، وإما لاثامه بإحدى الجرائم السياسية، وإما لرغبته في عدم الخضوع لحكومة جديدة يعتقد أنها ظالمة أو غير شرعية".

ومع ذلك، فإن هذا الرأي، من ناحية أولى، قد أقر وصف اللاجئ للشخص الذي لا يرغب في الخضوع إلى الحكومة الجديدة لدولته اعتقاداً منه بأنها ظالمة أو غير شرعية، في الوقت الذي يرفض فيه الاعتراف بوصف اللاجئين للأشخاص الذين يتعرضون لكوارث طبيعية أو كوارث ناتجة عن صراعات أو حروب أهلية داخل دولهم، من شأنها أن تعرض حياتهم للخطر.

ومن ناحية أخرى، فإن مفهوم الملجأ وفقاً للرأي السابق يتعارض مع التطور الراهن بالنسبة لوضع اللاجئين في القانون الدولي. فعلى الرغم من أن اتفاقية عام ١٩٥١ تعتبر أساس النظام القانوني الدولي لحماية اللاجئين<sup>(١)</sup>، إلا أن الظروف التي وضعت فيها تلك الاتفاقية قد تطورت بشكل ملحوظ خلال العقود السابقة لتشمل فئات أخرى من الأشخاص قد تتعرض أرواحهم وحقوقهم وحياتهم الأساسية للخطر، على نحو يجعلهم مستحقين للحماية بشكل لا يقل أهمية عن الفئات التي تشملها اتفاقية عام ١٩٥١. وقد انعكس ذلك بوضوح في الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق اللاجئين التي وضعت بعد اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكول عام ١٩٦٧، وتحديداً الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، والاتفاقية العربية التي تنظم وضع اللاجئين في البلدان العربية لعام ١٩٩٤<sup>(٢)</sup>.

لذلك، نجد أن هناك رأي قد أورد تعريفاً عاماً للملجأ بأنه "الملاذ الآمن الذي يتم منحه

(١) راجع: قرار الجمعية العامة رقم ١٥٢/٥٠ لعام ١٩٩٥ قد أكد على أهمية اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكول عام ١٩٦٧ المتعلقين بمركز اللاجئين بوصفهما حجر الزاوية في النظام الدولي لحماية اللاجئين.

(٢) وذلك بالرغم من أن الاتفاقية العربية التي تنظم أوضاع اللاجئين في الدول العربية لم تدخل حيز النفاذ بعد.

بموجب سياسات هجرة خاصة تهدف إلى توفير الحماية للأجانب الذين يتعرضون لتهديدات خطيرة من أي نوع لأمانهم<sup>(١)</sup>.

ويعتبر هذا التعريف للملجأ أفضل من سابقه على اعتبار أنه نظر إلى الملجأ باعتباره ملاذ آمن للأجانب، مما يعني أن الملجأ يتم منحه للأشخاص الذين أُجبروا على الخروج من ديارهم إلى دول أخرى، أي أن الملجأ لا يتم منحه، وفقاً لهذا التعريف للمواطنين، كما أشار إلى أن الملجأ يتم إقراره بموجب سياسات هجرة خاصة لتوفير الحماية للاجئين، الأمر الذي يتفق مع ما هو مقرر بموجب اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ بشأن توفير حماية للاجئين في بعض الحالات تكون مماثلة لمواطني دولة اللجوء، مثال ذلك حق التقاضي والعلاج والتعليم الأساسي<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فإننا نتحفظ على استخدام هذا الرأي لعبارة "سياسات هجرة" بالنظر إلى أن الهجرة تختلف في مفهومها ونطاق تطبيقها عن اللجوء الذي يتم إقراره بموجب قواعد دولية. بيد أن هذا الرأي قد تأثر بما هو مستقر لدي غالبية أعضاء المجتمع الدولي بأن الحق في اللجوء هو بمثابة حق للدولة تقرر منحه أو رفضه وفقاً لسياساتها وتشريعاتها دون أية قيود عليها<sup>(٣)</sup>. وسوف نتعرض لموضوع الحق في اللجوء لاحقاً في موضعه بمزيد من التفصيل.

وعلى الرغم من أن التعريف السابق قد ذكر أن الملجأ يمنح للأشخاص الذين يتعرضون لتهديدات خطيرة لأمانهم، الأمر الذي يمكن تفسيره ليشمل الأشخاص الذين يتعرضون للاضطهاد من دولهم لأي سبب، فضلاً عن الأشخاص المتضررين بسبب الأعمال العسكرية أو بسبب الكوارث البيئية المختلفة، إلا أن استخدام هذه العبارة

<sup>(١)</sup> راجع:

Matthew E. Price, Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits, Cambridge University Press, 2009, p. 4.

<sup>(٢)</sup> راجع: المواد (١٦) و(٢٢) و(٢٣) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، المرجع السابق.

<sup>(٣)</sup> وهذا الاتجاه هو الذي يتفق مع تفسير المادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فيما يتعلق بحق التماس اللجوء والتمتع به. لذلك أكد رأي على أن:

"to recognize the right of territorial sovereignty is tantamount to asserting that a state has an unrestricted competence to grant or deny asylum. This competence is nothing more than the inevitable result of the normal existence of territorial sovereignty."

الفضفاضة قد يمكن تفسيره على أنه يمكن لأي فرد يتعرض لأي نوع من أنواع التهديد أن يطلب اللجوء لدولة أخرى، حتى في الحالات التي تكون دولته قادرة أو راغبه على مساعدته، وهو ما يتعارض مع فكرة اللجوء التي تعتبر نوعاً من أنواع الحماية القانونية الاستثنائية التي يتعين أن يتم إقرارها وفقاً لشروط وضوابط محددة.

وبناء على ما سبق ونتيجة التطور الذي طرأ على مفهوم الملجأ في ظل أحكام القانون الدولي العام، فإننا نعرف الملجأ بأنه الحماية القانونية التي تقرها دولة معينة في إقليمها أو في منطقة خاضعة لسيادتها، لشخص يوجد خارج دولة جنسيته أو محل إقامته العادية إذا كان عديم الجنسية بمناسبة تعرضه للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية، أو بسبب وجود عدوان مسلط على هذه الدولة أو احتلاله أو السيطرة عليه أو لوقوع كوارث طبيعية أو أحداث جسيمة ترتب عليها إخلال جسيم بالنظام العام، في ظل عدم قدرة أو رغبة دولة جنسيته أو محل إقامته على توفير الحماية الملائمة له<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: مفهوم الملجأ في القانون الدولي:

بيان المقصود بالملجأ، لم يكن محط اهتمام الموثيق الدولية المختلفة، إذ اهتمت تلك الموثيق بشكل أساسي ببيان مفهوم اللاجئ ونطاق حق اللجوء ذاته، ومع ذلك يعتبر أبرز تعريف وضع للملجأ، ما جاء في المادة الأولى من قرارات معهد القانون الدولي في دورة باث Bath عام ١٩٥٠، حيث أشارت إلى أن المقصود بالملجأ هو: "الحماية التي تمنحها دولة لأحد الأفراد الذين جاءوا يطلبون الحصول عليها، في إقليمها أو في مكان آخر تابع لبعض أجهزتها"<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> ويعتبر هذا التعريف منقفاً مع تعريف اللاجئ الوارد في الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية، وذلك على الرغم من عدم دخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ. راجع: المادة (١) من الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية لعام ١٩٩٤.

<sup>(٢)</sup> راجع التعريف الوارد في المادة الأولى من قرارات معهد القانون الدولي بدورة باث Bath عام ١٩٥٠:

Institute de Droit International, L'asile en droit international Public, (à l'exclusion de l'asile neutre), Session de Bath-1950.

« Le terme 'asile' désigne la protection qu'un État accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher. » G. J. L. Coles, Temporary refuge and the Large Scale Influx of Refugees, Australian Yearbook of International Law, Vol. 8, 1978-1980, p. 200.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد أكد على طبيعة الملجأ، باعتباره سلطة تقديرية للدول السيادية التي تمنحه، وهو الأمر الذي سيتم توضيحه بمزيد من التفصيل لاحقاً عند التطرق إلى الحق في اللجوء. وبخلاف ذلك، فقد جاء التعريف السابق بصيغة عامة وواسعة، فإذا كان قد أشار إلى أن الملجأ هو حماية، إلا أنه لم يبين طبيعة هذه الحماية أو سندها القانوني، كما لم يبين بشكل واضح المستفيد من تلك الحماية، إذ أن هذا التعريف قد اكتفى بالإشارة إلى أن الحماية يتم إقرارها لكل شخص يأتي لطلبها، وهو أمر لا يمكن التسليم به، نظراً لعدم اتساقه مع طبيعة اللجوء، التي تقتض توافر شروط معينة لإقرارها، وليس بمجرد تقديم طلب من ملتمس اللجوء<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الإطار القانوني لحق الإنسان في اللجوء

لم يكن الحق في اللجوء من الحقوق المحددة الملامح في إطار قواعد القانون الدولي العام<sup>(٢)</sup>، نظراً إلى أن الدول قد ارتأت، أن الاعتراف بحق مطلق للأشخاص في اللجوء، من شأنه أن يفرض قيوداً على إرادة الدول، مما يؤدي إلى الانتقال من اعتبارات سيادة تلك الدول على أقاليمها. لذلك، فهي ترى أنه لا يجوز فرض التزامات دولية على عاتقها فيما يتعلق باللجوء، لأنها مجرد منحة تقرها تلك الدول لاعتبارات إنسانية<sup>(٣)</sup>.

وقد أثار الحق في اللجوء جدلاً واسعاً بين فقهاء القانون الدولي العام، فيما يتعلق بمداه ومفهومة وكيفية التمتع به<sup>(٤)</sup>، وانعكس هذا الخلاف الفقهي، بالتبعية، على مفهوم حق اللجوء، في المواثيق والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان بوجه عام، وحقوق اللاجئين بوجه خاص.

(١) راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٢) وقد دعا هذا الأمر العديد من كتاب القانون الدولي العام إلى القول بأنه لا يوجد حق في اللجوء. راجع:

David Kennedy, International Refugee Protection, Human rights quarterly, vol. 8, No. 1, 1986, p. 58.

(٣) راجع:

Denis Alland et Catherine-Amélie Chassin, op. cit., para. 8.

(٤) راجع:

G. J. L. Coles, Temporary refuge and the Large Scale Influx of Refugees, Australian Yearbook of International Law, Vol. 8, 1978-1980, p. 200.

اللاجئين بوجه خاص.

وفيما يلي نعرض للخلاف الفقهي الذي ثار بشأن الحق في اللجوء، ثم نبين أثر ذلك على المواثيق والاتفاقيات الدولية المعنية.

### أولاً: الخلاف الفقهي بشأن الحق في اللجوء:

ذهب اتجاه من الفقه إلى أن الحق في اللجوء هو حق للأفراد، إلا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا فيما يتعلق بنطاق هذا الحق، فأقر جانب منهم أن الفرد يتمتع بحق كامل في اللجوء ويقع على عاتق الدولة التزام بمنحه، بينما ذهب جانب آخر إلى أن حق الفرد في اللجوء هو حق ناقص لأنه يتوقف على موافقة الدولة مانحة اللجوء وفقاً لسلطتها التقديرية، ولكن في حالة موافقة الدولة، فإن الفرد يتمتع بكافة الحقوق المقررة له بصفته لاجئاً<sup>(١)</sup>.

وذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن الحق في اللجوء هو حق للدولة؛ فللدولة وحدها أن تقرر منح اللجوء أو ترفضه وفقاً لسلطتها التقديرية المطلقة، وليس للفرد الحق في الحصول على الملجأ في مواجهة الدولة، إلا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا -أيضاً- فيما يتعلق بمفهوم "حق الدولة في اللجوء"، فذهب جانب منهم إلى أن حق اللجوء هو حق للدولة بالمعنى القانوني الدقيق، بينما ذهب جانب ثانٍ إلى أن حق اللجوء ما هو إلا مظهر من مظاهر سيادة الدولة، وأخيراً، ذهب جانب ثالث إلى أن الحق في اللجوء يعبر عن أهلية أو اختصاص الدولة في منح اللجوء للأفراد<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع بشأن آراء الفقهاء سوارز وجروسويس وبوفاندورف وولف وفائل بشأن ثبوت ونطاق حق الفرد في اللجوء: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) ذات المرجع، ص ١٣٥-١٣٩.  
ويرى أوبنهايم أن الدولة يثبت لها الاختصاص الكامل في منح الملجأ، ومع ذلك فهو يرى أن هذا الحق لا يعد حقاً للفرد طالب اللجوء، ويقول في ذلك:

"Now the so-called right of asylum is certainly not a right of the foreigner to demand that the State into whose territory he has entered with the intention of escaping prosecution from some other State should grant protection and asylum. For such state need not grant them. The so-called right of asylum is nothing but the competence mentioned above of every state, and inferred from its territorial supremacy, to allow a prosecuted foreigner to enter and to remain on its territory under its protection, and to grant thereby an asylum to him."

ويلاحظ من تحليل الآراء الفقهية السابقة، أن غالبيتها يقر، بصفة عامة، أنه ليس للفرد حق في الحصول على اللجوء من أية دولة، بل يظل منحة بقرارها الدولة على أقاليمها والمناطق الخاضعة لسيادتها، وفقاً لسلطتها التقديرية، ولا يقيد من سلطان الدولة في منح اللجوء، سوى الالتزامات التي ارتبطت بها بموجب الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: الحق في اللجوء في المواثيق والاتفاقيات الدولية:

ذهبت العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تطرقت إلى الحق في اللجوء إلى إقرار سيادة الدولة، وسلطتها التقديرية المطلقة في منح اللجوء، دون وضع أية قيود عليها في هذا الشأن، بينما ذهبت مواثيق واتفاقيات دولية أخرى، على الرغم من تأكيدها وإقرارها بسيادة الدولة، إلى وضع قيود محددة حفاظاً على سلامة وأرواح اللاجئين، وأخيراً، أقرت بعض المواثيق والاتفاقيات الدولية، حق الإنسان في اللجوء، دون إخضاعه للسلطة التقديرية للدول.

### المواثيق الدولية التي أقرت السلطة التقديرية الكاملة للدولة في منح اللجوء:

جاءت المادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، لتقرر في فقرتها الأولى أن: "لكل فرد حق التماس ملجأ في بلدان أخرى، والتمتع به خلاصاً من الاضطهاد".

والحقيقة أن مشروع الإعلان الذي وافقت عليه لجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، كان يعترف صراحة بحق الإنسان في اللجوء، حيث جاءت المادة (١٢) من هذا المشروع وهي المقابلة للمادة (١٤) سالفة الذكر لتقرر بأن "لكل فرد الحق في أن يلتمس وأن يُمنح الملجأ to be granted asylum في بلاد أخرى هرباً من الاضطهاد". ولكن اعترضت العديد من الدول على تلك الصياغة خاصة المملكة العربية السعودية وأستراليا والاتحاد السوفيتي والمملكة المتحدة، حيث اعتبرت تلك الدول

---

L. Oppenheim, International Law, A Treatise, Vol. 1, Peace, Longmans, Green and Co., 1905, p. 410-411.

(١) مثال ذلك: ما ورد في المواد ٣٣-٣١ من اتفاقية جنيف بشأن اللاجئين لعام ١٩٥١، من عدم جواز معاقبة اللاجئين الذين يدخلون إلى إقليم الدولة بطريق غير مشروع، وعدم جواز رد اللاجئين، إلى مكان أو منطقة تكون حياته فيها مهددة بالخطر.



أن الاعتراف بحق الإنسان في الحصول على الملجأ اعتداء صارخاً على سيادة الدول. لذلك جاءت الصيغة النهائية لتستبدل عبارة "أن يُمنح الملجأ" بعبارة "أن يتمتع بالملجأ". وقد حرص مندوب بريطانيا على أن يتم تفسير الحق في التمتع بالملجأ بأنه يعني حق الدولة في منح الملجأ للمضطهدين وأن ترفض المطالب المتعلقة بتسليمهم<sup>(١)</sup>. لذلك، فإن الشخص يثبت له فقط، بموجب المادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الحق في التماس الملجأ، ولا يستطيع أن يتمتع بهذا الملجأ، إلا إذا قررت دولة ما منحه هذا الملجأ<sup>(٢)</sup>.

وكانت لجنة حقوق الإنسان قد رفضت اقتراح مقدم من فرنسا بشأن منح الأمم المتحدة مهمة إدارة الحق الخالص للدول في منح اللجوء. وقد حرصت فرنسا على أن ترفق باقتراحها بياناً يؤكد بأنه لن يكون هناك مغزى من الاعتراف بحق بدون تحديد الجهة المعنية بتفعيل هذا الحق.

ويعلق هيرش لوترباخنت Herch Lauterpacht على المادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنه كان من الأفضل للحفاظ على قيمة هذا الإعلان أن تنتهي المداولات بين الدول باستبعاد مسألة اللجوء نهائياً من الإعلان، بدلاً من صياغتها في هذه الصورة المصطنعة التي اتسمت -على حد وصفه- بعدم الاكتراث<sup>(٣)</sup>.

وبالرغم من إقرار أستاذنا الدكتور صلاح الدين عامر بوجود حق للإنسان في اللجوء، إلا أنه أشار إلى أن صياغة نص المادة (١٤) من الإعلان العالمي تجعله عديم الجدوى بالنسبة للاجئ، لاقتصارها فحسب على الاعتراف للاجئ بالحق في طلب الملجأ، دون أن

(١) راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ١٧٩-١٨٠.

(٢) لذلك يذهب رأي إلى حق الدولة في منح الملجأ يفوق حق الشخص في الحصول على هذا الملجأ أو التمتع، الأمر الذي يتضح من صياغة المادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يجعل "الحق في التماس الملجأ" يكون له الأسبقية، سواء من الناحية اللغوية أو القانونية، عن أي حق آخر للتمتع بهذا الملجأ. راجع:

Ranjana Khanna, Asylum, Texas International Law Journal, Vol 41:471, 2006, p. 474.

(٣) وقد جاءت كلمات هيرش لوترباخنت بشأن المادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على النحو التالي:

"it would have been consistent with the dignity of the Declaration if these considerations had resulted in the elimination of the question of asylum from the Declaration. As it happened, the formula was accepted which is artificial to the point of flippancy." H. Lauterpacht, The Universal Declaration of Human Rights, British Yearbook of International Law, 1948, p. 373-374.

يضمن له الحصول عليه؛ بمعنى أنه لا يفرض أية التزامات على عاتق الدولة بمنحه الملجأ داخل إقليمها<sup>(١)</sup>.

ونحن من جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه هيرش لوترباخت وأستاذنا الدكتور صلاح الدين عامر، بأن المادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا قيمة لها وفقاً لصياغتها الحالية، استناداً إلى أنها لم تقرر سوى حق الفرد في طلب الملجأ والتمتع به، دون أن تقرر له الحق في الحصول على الملجأ، باعتباره حقاً أساسياً من حقوق الإنسان، إذ سيظل منح الملجأ منوطاً بالسلطة التقديرية للدولة.

وأكد معهد القانون الدولي في دورة باث Bath عام ١٩٥٠، على طبيعة حق اللجوء باعتباره سلطة تقديرية خالصة للدول السيادية، عندما أشار إلى أن الملجأ يعتبر:

« La protection qu'un État accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher<sup>(٢)</sup>. »

وجاءت المادة الأولى من اتفاقية اللجوء الإقليمي لعام ١٩٥٤، المنعقدة تحت مظلة منظمة الدول الأمريكية، صريحة في إقرارها الحقوق السيادية للدول، في قبول الأشخاص المضطهدين، بسبب معتقداتهم أو آرائهم أو انتمائهم السياسي إلى أقاليمها<sup>(٣)</sup>.

- وجاءت المادة (٢٢) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ لتتص على أن: "لكل شخص الحق في أن يلتمس، وفي أن يتم منحه الملجأ في إقليم دولة أجنبية، وفقاً لتشريعات الدولة والاتفاقيات الدولية، في الحالات التي تتم مطاردته فيها، بسبب جرائم سياسية، أو جرائم أخرى عادية ذات صلة"<sup>(٤)</sup>.

وبالتالي، فإن هذا النص قد أقر حق الشخص في التماس الملجأ وفي أن يتم منحه الملجأ في إقليم دولة أجنبية، بيد أن منح الملجأ سوف يتوقف على السلطة التقديرية

(١) راجع: د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ٤٣٩-٤٤٠.  
(٢) راجع:

Institute de Droit International, L'asile en droit international Public, op. cit., article premier.

(٣) راجع: المادة الأولى والثانية من اتفاقية اللجوء الإقليمي، منظمة الدول الأمريكية، المنعقدة في ٢٩ ديسمبر ١٩٥٤.

(٤) راجع: المادة (٢٢) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، الذي تم تبنيه في المؤتمر المتخصص في حقوق الإنسان بين الدول الأمريكية، في سان خوسيه-كوستاريكا، عام ١٩٦٩.

ويعد نص المادة (٢٢) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان مشابهاً لنص المادة (٢٧) من الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لعام ١٩٤٨، مع اختلاف طفيف تمثل في استبدال عبارة "الحق في الحصول" right to receive "بحق في أن يُمنح" right to be granted، كما أكدت أن الحق في اللجوء يتم منحه في حالة الأشخاص الذين يتم ملاحقتهم بسبب الجرائم السياسية أو الجرائم العادية المرتبطة بها. ويبدو هنا أن واضعي الاتفاقية قد أرادوا تجنب إقرار حق الشخص في الحصول على الملجأ نظراً إلى أنها أكثر إلزاماً على الدول من الحق في أن يُمنح اللجوء، خاصة أن الدول الأمريكية قد حرصت على تأكيد أن منح اللجوء سوف يتم وفقاً لقوانينها الوطنية، أي وفقاً لسلطة التقديرية دون أن يكون هناك التزاماً دولياً على عاتقها في منحه. وعلى الرغم من أن الصيغة الواردة في المادة (٢٢) تعتبر أفضل من تلك الواردة في المادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إلا أن تطبيقها يظل قاصراً على نطاق الإقليم الخاص بالدول الأمريكية.

ومن الملاحظ أن الاتفاقيات الدولية والإقليمية المعنية باللاجئين لم تطرق إلى فكرة حق الإنسان في اللجوء. لذلك، فإننا نتفق مع ما ذهب إليه رأي في القانون الدولي من أن الاتفاقيات الدولية المعنية باللاجئين قد حددت فقط فئات اللاجئين، دون أن تضمن وجود سيطرة فعلية على إجراءات وتدابير عملية اللجوء ذاتها، كما أن قانون حقوق الإنسان قد ضمن فقط حق الإنسان في التماس اللجوء، وليس حقه في أن ينال الضيافة والحماية داخل دولة معينة<sup>(١)</sup>.

المواثيق والاتفاقيات الدولية التي قيدت من السلطة التقديرية المطلقة للدول في منح اللجوء:

جاء الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لعام ١٩٤٨ ليقرر أن: "لكل فرد

---

Diego Garcia-Sayan, *The American Convention on Human Rights 1969-1989*, *International Journal of Refugee Law*, 1989, p. 562-563.

(١) لذلك أكد هذا الرأي أن اللجوء هو من الناحية الواقعية حق للدولة لها أن تقرره أو ترفضه وفقاً لسلطتها التقديرية دون الخضوع لأي قيد أو ضابط في هذا الشأن. راجع:

Ranjana Khanna, op. cit., p. 472.

الحق، في حالة الملاحقة التي لا تستند إلى جرائم عادية، في أن يلتزم ويحصل على اللجوء في الدول الأجنبية، وفقاً لقوانين كل دولة ووفقاً للاتفاقيات الدولية<sup>(١)</sup>.

يبدو أن النص السابق قد تأثر إلى حد بعيد بالصياغة الأصلية للمادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي كانت تنص على حق الفرد في الحصول على اللجوء. ومع ذلك، فقد حرص هذا النص على تأكيد سيادة الدولة وسلطتها التقديرية، عندما صرح بأن حق الفرد في الحصول على اللجوء، لن يتم إلا وفقاً لقوانين كل دولة؛ أي يثبت للدولة حرية تقدير وتحديد الشروط والضوابط والآليات المتعلقة بقبول اللاجئين.

وفي الواقع، فإن صياغة النص السابق بشأن الحق في اللجوء قد تم تفاديها في الميثاق والاتفاقيات الدولية التي وضعت في الإطار الإقليمي للدول الأمريكية، والتي أكدت على السيادة الكاملة للدول في منح اللجوء، مثال ذلك: المادة الأولى من اتفاقية اللجوء الإقليمي لعام ١٩٥٤، والمادة (٢٢) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩<sup>(٢)</sup>.

وبمراجعة اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٥١ الخاص بوضع اللاجئين وبروتوكولها لعام ١٩٦٧ نجد أنها لم تتضمن نصاً صريحاً بشأن حق اللجوء، وذلك باستثناء ما ورد في ديباجتها بأن "منح الحق في الملجأ قد يلقي أعباء باهظة على عاتق بلدان معينة"، ولا يتضح من هذه الصيغة، فيما إذا كان المقصود "بمنح الحق في الملجأ" هو إقرار حق الإنسان في اللجوء، أم منح اللجوء للأفراد الذين تتوافر بشأنهم وصف اللاجئين، وفقاً للسلطة التقديرية للدول.

ونرى أن اتفاقية عام ١٩٥١ قد أقرت ما استقر عليه اتجاه غالبية الدول، عند إقرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، من أن للفرد فقط حق التماس الملجأ، ويكون لكل دولة، وفقاً لسيادتها المطلقة، تقدير مقتضيات منح هذا الملجأ. ويدل على ذلك، أن الاتفاقية قد أوردت بنوداً للحد من السلطة التقديرية المطلقة للدول في حالة ما إذا اتخذت قرارات

(١) راجع: المادة (٢٧) من الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان، الذي تم تبنيه في المؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية، المنعقد في بوجوتا-كولومبيا، عام ١٩٤٨.  
(٢) راجع ما سبق أن أوضحنا بشأن هاتين المادتين آنفاً.

بشأن عدم قبول اللاجئين، وتحديدًا: عدم فرض جزاءات على اللاجئين الذين يدخلون إلى إقليم الدولة بطريق غير مشروع، وأن تمنحهم اللجوء المؤقت، حتى يتم قبولهم في دولة أخرى<sup>(١)</sup>، وألا تقوم بطرد اللاجئين أو رده إلى إقليم أية دولة تكون حياته أو حريته فيها مهددة بالخطر<sup>(٢)</sup>.

وكانت الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، وكذلك الاتفاقية العربية التي تنظم أوضاع اللاجئين في الدول العربية لعام ١٩٩٤، أكثر تقييداً لحق الدول المطلق في منح الملجأ، فعلاوة على إقرارهما للمبادئ الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٥١، فيما يتعلق بعدم الرد ومنح اللجوء المؤقت، تطابت الاتفاقيتان من الدول الأطراف أن تبذل أقصى مساعيها، وفقاً لتشريعاتها الوطنية، لقبول اللاجئين على أراضيها<sup>(٣)</sup>. وحرصت الاتفاقية الأفريقية على حث الدولة التي تواجه صعوبة في استقبال تدفق اللاجئين، على أن تستعين بالدول الأعضاء الأخرى، سواء بشكل مباشر أو من خلال منظمة الوحدة الإفريقية، لمساعدتها في تخفيف أعباء استقبال اللاجئين<sup>(٤)</sup>.

وأكدت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، من خلال الاستنتاجات الصادرة عن اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين، على مبدأ عدم الرد في الحالات التي يصل فيها اللاجئين إلى حدود إحدى الدول الأطراف في اتفاقية اللاجئين، مع ضرورة منحهم اللجوء المؤقت لحين الحصول على ملاذ آمن في دولة أخرى<sup>(٥)</sup>.

وقد نصت المادة الأولى من الإعلان الخاص باللجوء الإقليمي لعام ١٩٦٧، على ما يلي:

"١. يجب على سائر الدول احترام الملجأ الذي تمنحه إحدى الدول، ممارسة منها

(١) راجع: المادة (٣١) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، المرجع السابق.

(٢) ذات المرجع، المادتين (٣٢) و(٣٣).

(٣) راجع: المادة ٢(١) من الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، المرجع السابق، والمادة (٣) من الاتفاقية العربية التي تنظم أوضاع اللاجئين في الدول العربية لعام ١٩٩٤، المرجع السابق.

(٤) المادة ٢(٤) من الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، المرجع السابق (٥) راجع:

UNHCR, Conclusion adopted by the Executive Committee on International protection of Refugees, Sessions 28-35, 37-38, 41-48, 50-51, 53-56, 59, 1975-2009 (conclusions no.1-109), December 2009. (hereinafter referred to as UNHCR Executive Committee).

لسيادتها للأشخاص الذين يحق لهم الاحتجاج بالمادة (١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بمن فيهم المكافحون ضد الاستعمار.

٢. لا يجوز الاحتجاج بحق اللجوء والحصول على الملجأ لأي شخص توجد دواعٍ جدية للظن بارتكابه جريمة ضد السلم أو جريمة من جرائم الحرب أو جريمة ضد الإنسانية على الوجه المبين في الوثائق الدولية الموضوعة على أحكام تلك الجرائم.

٣. يكون للدولة مانحة الملجأ تقدير مبررات منحه<sup>(١)</sup>.

### المواثيق الدولية التي أقرت حق الأفراد في الحصول على الملجأ:

نصت المادة (١٢) من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام لعام ١٩٩٠ على أن "لكل إنسان الحق في إطار الشريعة في حرية التنقل، واختيار محل إقامته داخل بلاده أو خارجها وله إذا اضطره حق اللجوء إلى بلد آخر، وعلى البلد الذي لجأ إليه أن يجيره حتى يبلغه مأمنه، ما لم يكن سبب اللجوء اقراراً بجريمة في نظر الشرع"<sup>(٢)</sup>.

وتنص المادة ١٧ (ج) على أن "تكفل الدولة، لكل إنسان، حقه في عيش كريم يحقق له تمام كفايته، وكفاية من يعوله، ويشمل ذلك المأكل والملبس والمسكن والتعليم والعلاج وسائر الحاجات الأساسية".

وتعد الشريعة الإسلامية أوسع مدى في إقرار حق اللجوء وحماية اللاجئين بغض النظر عن أسباب لجوئهم، فوفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ليس ثمة فئات مستبعدة من الاستفادة من حق الملجأ، سواء كان شخص يأتي إلى دار الإسلام لدراسة وتعلم الشريعة والعبادة، وهو ما يطلق عليه اللجوء الديني، أو شخص يفر من ظروف اجتماعية أو اقتصادية أو بيئية خطيرة، للبحث عن مكان آمن على حياته وصحته، وهو ما يطلق عليه في إطار دراستنا اللجوء البيئي<sup>(٣)</sup>.

وجاءت الاتفاقية المنشئة لدستور أوروبا لعام ٢٠٠٤ لتقر بأنه "يتعين ضمان الحق في

(١) راجع: المادة (١) من الإعلان الخاص باللجوء الإقليمي، الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار ٢٣١٢ في ١٤ ديسمبر ١٩٦٧.

(٢) ويلاحظ أيضاً أن هذا الإعلان قد اشترط وجود الاضطهاد حتى يثبت للشخص الحق في اللجوء إلى دولة أخرى.

(٣) راجع أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٢٢٢-٢٢٣.

للجوء مع مراعاة الاحترام الواجب لقواعد اتفاقية جنيف ٢٨ يوليو ١٩٥١ وبروتوكول ٣١ يناير ١٩٦٧ المتعلقين بوضع اللاجئين<sup>(١)</sup>. وبالرغم من صراحة النص، فإن هذه الاتفاقية لم تقر حق مطلق للأفراد في الحصول على اللجوء، وإنما اشتملت على ضوابط ومعايير لضمان الحق في اللجوء، منها تبني سياسية مشتركة للدول الأعضاء، فيما يتعلق بمنح اللجوء، كما أقرت الاتفاقية نظام مشترك بشأن منح الحماية الدولية للاجئين بالنسبة لمواطني الدول الأخرى خارج الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>.

وبشكل عام، فإن الاتفاقية المنشئة لدستور أوروبا لم تدخل حيز النفاذ نظراً لعدم حصولها على التصديقات اللازمة بسبب رفض الاتفاقية من فرنسا وهولندا بواسطة

---

(١) راجع: المادة ٢(٧٨) من الاتفاقية المنشئة لدستور أوروبا لعام ٢٠٠٤، لم تدخل حيز النفاذ لعدم حصولها على التصديقات اللازمة.

(٢) ذات المرجع، المادة ٣(٢٥٧). وقد نصت المادة ٢(٢٦٦) من الاتفاقية المنشئة لدستور أوروبا على ما يلي:

1. The Union shall develop a common policy on asylum, subsidiary protection and temporary protection with a view to offering appropriate status to any third country national requiring international protection and ensuring compliance with the principle of non refoulement. This policy must be in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees, and other relevant treaties.
2. For the purposes of paragraph 1, European laws or framework laws shall lay down measures for a common European asylum system comprising:
  - (a) a uniform status of asylum for nationals of third countries, valid throughout the Union;
  - (b) a uniform status of subsidiary protection for nationals of third countries who, without obtaining European asylum, are in need of international protection;
  - (c) a common system of temporary protection for displaced persons in the event of a massive inflow;
  - (d) common procedures for the granting and withdrawing of uniform asylum or subsidiary protection status;
  - (e) criteria and mechanisms for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum or subsidiary protection;
  - (f) standards concerning the conditions for the reception of applicants for asylum or subsidiary protection;
  - (g) partnership and cooperation with third countries for the purpose of managing inflows of people applying for asylum or subsidiary or temporary protection.
3. In the event of one or more Member States being confronted by an emergency situation characterised by a sudden inflow of nationals of third countries, the Council, on a proposal from the Commission, may adopt European regulations or decisions comprising provisional measures for the benefit of the Member State(s) concerned. It shall act after consulting the European Parliament."

الاستفتاء الشعبي عام ٢٠٠٥<sup>(١)</sup>، وتم استبدالها عام ٢٠٠٧ باتفاقية لشبونة التي عدلت اتفاقية الاتحاد الأوروبي والاتفاقية المنشئة للجماعة الأوروبية، والتي دخلت حيز النفاذ في ١ ديسمبر ٢٠٠٩ بعد التصديق عليها من جانب الدول الأعضاء<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن اتفاقية لشبونة لم تشتمل على نص مماثل لما ورد في اتفاقية دستور أوروبا، بشأن إقرار وضمان الحق في اللجوء، إلا أنها مع ذلك اشتملت على نص مماثل يقرر ضرورة تبني سياسات مشتركة، في إطار الاتحاد الأوروبي، بشأن منح اللجوء<sup>(٣)</sup>.

كذلك، أكدت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، في دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، بأن الشخص يعتبر لاجئاً، وفقاً لاتفاقية عام ١٩٥١، عندما يستوفي الشروط والمعايير الواردة في التعريف، الأمر الذي يحدث قبل أن يتم التحديد الرسمي لوضعه كلاجئ. وبالتالي، فإن الاعتراف بوضعه كلاجئ لا يجعل منه لاجئاً بل يعلن كونه لاجئاً. وهو لا يصبح لاجئاً بسبب الاعتراف، بل يعترف به بسبب كونه لاجئاً<sup>(٤)</sup>.

ومن جماع ما تقدم، فإننا ننتهي إلى أن حق الشخص في الحصول على الملجأ لم يستقر بشكل واضح، سواء في العرف أو العمل الدولي، حيث يثبت له فقط الحق في التماس الملجأ، طالما تحققت بشأنه، الشروط والضوابط المقررة دولياً، لاكتساب وصف

(١) راجع:

BBC News, French say Firm 'No' to EU Treaty, French voters have overwhelmingly rejected the European Union's proposed constitution in a key referendum, Monday, 30 May, 2005. Available at:

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4592243.stm> (Last visited on 29 June, 2017)

Also: The Guardian, Dutch say 'devastating no' to EU Constitution, Thursday 2 June 2005. Available at:

<https://www.theguardian.com/world/2005/jun/02/eu.politics> (Last visited on 29 June 2017).

(٢) راجع:

Pietro Faraguna, Taking Constitutional Identities Away from the Courts, Brooklyn Journal of International Law, 2016, p. 496.

(٣) راجع: المادة (٦٣) من اتفاقية لشبونة المعدلة لاتفاقية الاتحاد الأوروبي والاتفاقية المنشئة للجماعة الأوروبية، التي وقعت في ١٨ ديسمبر ٢٠٠٧، ودخلت حيز النفاذ في ١ ديسمبر ٢٠٠٩. وقد جاء نص هذه المادة مماثل للمادة ٢(٢٦٦) من الاتفاقية المنشئة لمستور أوروبا.

(٤) راجع: المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، بمقتضى اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧ الخاصين بوضع اللاجئين، جنيف، سبتمبر ١٩٧٩، البند ٢٨، ص ١٥. (بشار إليه فيما بعد: دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ).



اللاجئ، ومع ذلك، فإنه متى حصل الشخص على اللجوء وفقاً للسلطة التقديرية للدولة مانحة اللجوء فإنه يكون مستحقاً للتمتع بكافة الحقوق المقررة للاجئين بموجب الاتفاقيات الدولية التي تلتزم بها الدولة مانحة الملجأ. لذلك، يتعين الانتباه وعدم الخلط بين حق الشخص في الملجأ أو في الحصول على الملجأ وبين الحقوق التي يتمتع به الشخص بوصفه لاجئ، فالأولى لم يتم إقرارها بموجب الاتفاقيات الدولية أو العرف الدولي، أما الثانية فهي مقررة بموجب اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ وبروتوكول عام ١٩٦٧، فضلاً عن الاتفاقيات الإقليمية المعنية باللاجئين.

## المبحث الثاني

### مفهوم البيئة وقيمتها القانونية

#### تمهيد وتقسيم:

إذا كانت دراستنا للجوء البيئي تنطلق من اعتبار أساسي، مؤداه أن الأضرار التي تلحق بالبيئة تكون الدافع نحو نزوح الأشخاص خارج أوطانهم أو محال إقامتهم المعتادة بحثاً عن ملاذ أو ملجأ آمن في مناطق أخرى، فإن ذلك يستدعي التعرض إلى بيان المفاهيم المختلفة للبيئة، لكي نستطيع تحديد عناصرها ونطاقها وأبعادها، في إطار إقرار نظام قانوني خاص لحماية اللاجئين البيئيين.

وتبدو القيمة القانونية للبيئة في مدى ثبوت حق للإنسان في التمتع ببيئة صحية أو سلمية أو نظيفة أو آمنة أو متماسكة أو مستدامة، ولم يكن هذا الحق محل اتفاق فقهي، كما أن عدم النص عليه في المواثيق والاتفاقيات الدولية الأساسية المعنية بحقوق الإنسان، يدعونا إلى البحث عنه في العديد من المواثيق والإعلانات الدولية الأخرى لتحري وجوده من الناحية القانونية، الأمر الذي يدعونا إلى دراسة الإطار القانوني لحق الإنسان في البيئة.

وعليه، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم البيئة في اللغة والاصطلاح والقانون الدولي.

المطلب الثاني: الإطار القانوني لحق الإنسان في البيئة.

## المطلب الأول

### مفهوم البيئة في اللغة والاصطلاح والقانون الدولي

سوف نبين المفاهيم المتباينة للبيئة في اللغة والاصطلاح والقانون الدولي على النحو

التالي:

أولاً: مفهوم البيئة في اللغة:

البيئة هي كلمة مشتقة من "بوا"، وتعني في اللغة المنزل أو المكان الذي يسكن فيه الإنسان، وسائر الكائنات الحية، ويقال بيئة طبيعية، وبيئة اجتماعية، وبيئة سياسية<sup>(١)</sup>. ويقال تبواً منزلاً أي نزله، ويقال بواً له منزلاً أي هياه ومكن له فيه<sup>(٢)</sup>. من ذلك قوله تعالى: {وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنُبَوِّئَنَّهُمْ مِنَ الْجَنَّةِ غُرَفًا تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا نِعْمَ أَجْرُ الْعَامِلِينَ} [العنكبوت: ٥٨]، وقوله تعالى: {وَأَذْكُرُوا إِذْ جَعَلَكُمْ خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ عَادٍ وَبَوَّأَكُمْ فِي الْأَرْضِ تَتَّخِذُونَ مِنْ سُهولِهَا قُصُورًا وَتَنْحِتُونَ الْجِبَالَ بُيُوتًا فَادْكُرُوا آيَةَ اللَّهِ وَلْيَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ} [الأعراف: ٧٤]

ويقال بواً لك بيتاً، أي اتخذت لك بيتاً، من ذلك قوله تعالى: {وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ مُوسَىٰ وَأَخِيهِ أَنْ تَبَوَّأْ لِقَوْمِكَ مِمَّنْ بِيُوتًا} [يونس: ٨٧].

ويقال تبواً، أي أصلحه وهينه. والبيئة والباءة والباءة تعني المنزل، فقد قيل "منزل القوم حيث يتأون من قبل واد"<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فإن البيئة هي المكان أو الإطار المحيط بالإنسان الذي يشتمل على النباتات والحيوانات والهواء والماء والترربة التي تجعل هذا المكان صالحاً للحياة.

ثانياً: مفهوم البيئة في الاصطلاح:

أما البيئة في الاصطلاح فهي المكان الذي تتوافر فيه العوامل الملائمة لمعيشة كائن حي أو مجموعة من الكائنات الحية، كالبيئة الاجتماعية والسياسية والطبيعية والجغرافية. والبيئة أيضاً هي "مجموعة العناصر الطبيعية والاصطناعية التي تحيط بالإنسان والحيوان

(١) انظر: المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) انظر: مختار الصحاح ١٩٨٦، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٣) انظر: لسان العرب، المرجع السابق، ص ٣٨-٣٩.

والنبات وتشكل محيطه الطبيعي<sup>(١)</sup>.

وفي الدراسات القانونية الغربية، هناك فارق بين اصطلاح Ecology بمعنى علم البيئة، واصطلاح Environment بمعنى البيئة. وقد تم ابتكار اصطلاح إيكولوجي Ecology بواسطة العالم الألماني إرنست هيكيل Ernest Heinrich Haeckel عام ١٨٦٦ من خلال دمج كلمتين يونانيتين هما Oikes بمعنى مسكن، و Logos بمعنى علم. وقد عرفها هيكيل بأنها "علم العلاقة المتبادلة بين كافة الكائنات الحية التي تعيش مع بعضها في نطاق مكاني واحد والتأقلم مع الوسط المحيط بها"<sup>(٢)</sup>. وبعد هيكيل، تعددت التعريفات التي أوردها الفقهاء فيما يتعلق بالمقصود باصطلاح Ecology، فعرفها هيس Hesse وآلي Allee وشميدت Schmidt بأنها: "علم علاقة الكائنات الحية بالأوساط المحيطة بها، سواء الحية أو غير الحية"<sup>(٣)</sup>. و عرفها لوتكا Lotka بأنها: "الدراسة الوصفية للعلاقة المتبادلة بين الكائنات الحالية وبيئتها المحيطة"<sup>(٤)</sup>، بينما يذهب كليمنتس Clements وشيلفورد Shelford إلى القول بأن جوهر النظام الإيكولوجي يكمن في إعطاء أكبر قيمة ممكنة للموائل باعتبارها الوسيلة والمجتمع باعتباره الغاية، على اعتبار أن كلاهما يمثلان مراحل أساسية لعملية واحدة<sup>(٥)</sup>. ويعرفها هاولي Hawley بأنها: "دراسة علم تشكيل مجموع الحياة من كافة نواحيها الساكنة والحيوية"<sup>(٦)</sup>.

أما البيئة، فقد تعددت التعريفات أيضاً بشأنها، حيث يذهب جانب إلى تعريفها بأنها

(١) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث - تنمية الموارد الطبيعية)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٩٤-٩٨.

(٢) راجع:

Ernest Haeckel, The History of Creation, II, New York, 1896, p. 354.

(٣) راجع:

R. Hesse, W. C. Alee and K. P. Schmidt, Ecological Animal Geography, New York, 1937, p. 6.

(٤) راجع:

A. J. Lotka, Contact Points of Population Study with Related Branches of Science, Proceedings of the American Philosophical Society, February 1939, p. 611.

(٥) راجع:

F. E. Clements and V. E. Shelford, Bio-Ecology, New York, 1939, p. 30.

(٦) راجع بشأن التعريف الذي أورده هيكيل بشأن اصطلاح Ecology والتعريفات الفقهاء الأخرى:

Amos H. Hawley, Ecology and Human Ecology, Social Forces, Vol. 22, Issue 4, May 1944, p. 403.

الإطار الذي تعيش فيه الكائنات الحية والإنسان والذي يحتوي على التربة والماء والهواء، وما يتضمنه كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة من مواد جامدة وكائنات حية، وما يحيط هذا الإطار العام من مظاهر مختلفة مثل الرياح والأمطار والطقس والمناخ<sup>(١)</sup>.

بينما يعرف جانب ثان بأنها: "مجموعة الظروف الطبيعية والثقافية والاجتماعية القابلة للتأثير على مظاهر الحياة وعلى أنشطة الإنسان"<sup>(٢)</sup>.

ويعرفها جانب ثالث بأنها "الوسط المحيط بالإنسان والذي يشمل كافة الجوانب المادية وغير المادية البشرية منها وغير البشرية، فالبيئة تعني كل ما هو خارج الإنسان وكل ما يحيط به من موجودات"<sup>(٣)</sup>.

ويورد الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة مفهومين للبيئة، الأول فني والآخر عام. ووفقاً للمفهوم الفني، فإن البيئة هي "مجموع الظروف والعوامل الطبيعية والحيوية، والتي تساعد الإنسان، والكائنات الحية الأخرى، على البقاء ودوام الحياة. أما وفقاً للمفهوم العام، فهي "الوسط أو المكان الذي يعيش فيه الإنسان وغيره من الكائنات الحية وغير الحية"<sup>(٤)</sup>.

ويعرفها استاذنا الدكتور صلاح الدين عامر بأنها النطاق المادي الذي يعيش فيه الإنسان والكائنات الحية الأخرى، بما تشمله من عناصر طبيعية وأخرى صناعية ناتجة عن النشاط الإنساني<sup>(٥)</sup>.

ويلاحظ على هذه التعريفات الأخيرة للبيئة أنها لا تقتصر فقط على العناصر الطبيعية وإنما تشمل أيضاً العناصر الصناعية التي أنشأها الإنسان لخدمته ومساعدة على الحياة في بيئة تتسم بالرِفاه، الأمر الذي دعا البعض إلى التفرقة بين البيئة الطبيعية والبيئة المشيدة. والبيئة الطبيعية تتكون من العناصر التي لا دخل للإنسان في وجودها، وتشمل الأنهاء

(١) راجع: د. سيد عاشور أحمد، التلوث البيئي في الوطن العربي: واقعه وحلول معالجته، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ١١-١٢.

(٢) وهذا هو التعريف الذي أورده توماس أميل. راجع: د. خالد العراقي، البيئة: تلوثها وحمايتها، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١٤.

(٣) راجع: محمد السيد أرناؤوط، الإنسان وتلوث البيئة، مكتبة الأسرة، ١٩٩٩، ص ١١٧.

(٤) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٧.

(٥) راجع: د. صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، ١٩٩١، ص ١٣، مشيراً إلى د. صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبيئة، دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون العام، كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة، العام الجامعي ١٩٨٢-١٩٨١، ص ١.

والبحار والهواء والنباتات والحيوانات. وتعد البيئة الطبيعية ذات تأثير مباشر أو غير مباشر على حياة أية جماعة أو كائنات حية.

أما البيئة المشيدة فهي تتكون من البنية الأساسية المادية التي قام الإنسان بتشييدها. وتؤدي البيئة المشيدة إلى تنظيم المجتمعات والتأثير على البيئة الطبيعية لخدمة الاحتياجات البشرية<sup>(١)</sup>. ويمكن القول إن البيئة المشيدة تشمل السدود التي يتم بنائها لتنظيم عملية ري الأراضي أو لتوليد الطاقة الكهربائية اللازمة للقيام بكافة الأنشطة التنموية، والمنشآت الخاصة بتتقية مياه الشرب الطبيعية، ومؤسسات ابتكار وإعداد وصناعة الأدوية الطبية من الموارد الطبيعية المختلفة، وذلك بالإضافة إلى كافة الآلات والأدوات التي يستخدمها الإنسان لتحسين ظروفه المعيشية وتحقيق رفاهه.

وفي الواقع، فإن العديد من التشريعات العربية قد أخذت بمفهوم البيئة الطبيعية والمشيدة عند وضع تعريف للبيئة، منها تحديداً قانون البيئة المصري رقم (٤) لسنة ١٩٩٤ وقانون البيئة الكويتي رقم (٤٢) لسنة ٢٠١٤ المعدل بالقانون رقم (٩٩) لسنة ٢٠١٥. فقد نصت المادة الأولى من قانون البيئة المصري على المقصود بالبيئة هو: "المحيط الحيوي الذي يشمل الكائنات الحية وما يحتويه من مواد وما يحيط بها من هواء وماء وتربة وما يقيمه الإنسان من منشآت". كما جاء تعريف البيئة في المادة الأولى من قانون البيئة الكويتي على أنها "المحيط الحيوي والفيزيائي الذي يشمل الكائنات الحية من إنسان وحيوان ونبات وكل ما يحيط بها من الموائل الطبيعية ومن الهواء والتربة وما يحتويه من مواد صلبة أو سائلة أو غازية أو إشعاعات طبيعية والمنشآت الثابتة والمتحركة التي يقيمها الإنسان"<sup>(٢)</sup>.

بل إن بعض التشريعات قد عدلت قوانينها لتشمل البيئة المشيدة ضمن مفهوم البيئة، منها تحديداً القانون الأردني، حيث كان قانون البيئة الأردني لسنة ١٩٩٢ يعرف البيئة

(١) د. سيد عاشور أحمد، المرجع السابق، ص ١٢.

(٢) أيضاً تبنى المرسوم السلطاني رقم ٢٠١/١١٤ بإصدار قانون حماية البيئة ومكافحة التلوث، وقانون حماية البيئة القطري رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٢. ومع ذلك فإن هناك بعض القوانين التي لم تعتبر المنشآت التي يقيمها الإنسان ضمن عناصر البيئة، مثال ذلك: قانون حماية البيئة السوداني لسنة ٢٠٠١، حيث عرف البيئة في مادته الثالثة بأنها "مجموعة النظم الطبيعية بمكوناتها من العناصر الأساسية كالماء والهواء والتربة والنبات، وتشمل أيضاً مجموعة النظم الاجتماعية والثقافية التي يعيش فيها الإنسان والكائنات الأخرى ويستمدون منها قوتهم ويؤدون فيها نشاطهم".

بأنها "المحيط الذي تعيش فيه الأحياء من إنسان وحيوان ونبات ويشتمل على الماء والهواء والتربة"، ثم صدر قانون البيئة الأردني رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٦ ليعرف البيئة في مادته الأولى بأنها "المحيط الذي يشمل الكائنات الحية وغير الحية وما يحتويه من مواد وما يحيط به من هواء وماء وترية وتفاعلات أي منها وما يقيمه الإنسان من منشآت فيه". ويمكن الاستدلال من ذلك أن البيئة لا تقتصر فقط على الكائنات الحية وما يحيط بها من ماء وهواء وترية، بل إنها تشمل أيضاً المنشآت التي يقيمها الإنسان والتي يكون من شأنها تعزيز البيئة الطبيعية وتحقيق أفضل استفادة منها دون الإضرار بها على نحو يهدف إلى استدامتها لخدمة الإنسان والوفاء باحتياجاته الضرورية. وعليه، فإن أي أضرار أو خسائر تلحق بتلك المنشآت التي يقيمها الإنسان يمكن توصيفها على أنه أضرار تلحق بالبيئة، نظراً للأضرار التي تلحق بالإنسان جرّاءها، ولو كانت في صورة الانتقاص من ظروفه المعيشية أو مستوى الرفاهية الذي وصل إليه.

### ثالثاً: مفهوم البيئة في القانون الدولي العام:

تبرز أهمية بيان مفهوم البيئة في إطار أحكام القانون الدولي العام من عدة نواحي رئيسية: فمن ناحية أولى، يؤدي وضع تعريف للبيئة إلى تحديد النطاق القانوني للموضوعات المتعلقة بالبيئة، فضلاً عن أهلية واختصاص المنظمات والهيئات الدولية المعنية. فعلى سبيل المثال، أدى فشل الاتفاقية الدولية لتنظيم صيد الحيتان لعام ١٩٤٦ في وضع تعريف دقيق للمقصود "بالحيتان" إلى وجود خلاف حول ما إذا كانت اللجنة الدولية لصيد الحيتان مختصة بالمسائل المتعلقة بأسمك الدلفين. كذلك، لم توضح اتفاقية التجارة الدولية بالأنواع الحيوانية والنباتية البرية المعرضة للخطر لعام ١٩٧٣ فيما إذا كان يمكن تطبيقها على النباتات التي ينتجها الإنسان في ظل بيئة غير طبيعية<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية ثانية، فإن تعريف البيئة يلقي أهمية خاصة فيما يتعلق بوضع القواعد المتعلقة بالمسئولية عن الأضرار التي تصيب البيئة.

<sup>(١)</sup> راجع:

Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra and Ruth Mackenzie, Principles of International Environmental Law, Third Edition, Cambridge University Press, 2013, p. 13-14.

ومن ناحية ثالثة، فإن تعريف البيئة في إطار إجراء دراسة بشأن اللجوء البيئي سوف يساعد على تحديد العناصر التي يمكن أن تدخل ضمن هذا التعريف. وبالتالي فإن إصابة تلك العناصر البيئية بأضرار، سواء كانت ناتجة عن عوامل طبيعية أو عن الأنشطة الإنسانية، على نحو يؤثر بشكل جسيم على حياة الأشخاص الذين يعيشون في نطاق تلك البيئة المتضررة سوف يساهم في إقرار الحماية الدولية لهؤلاء الأشخاص باعتبارهم متضررين بيئياً وفقاً للنظام القانوني الذي نادى به<sup>(١)</sup>.

وقد كان للتعريفات والمفاهيم التي وضعها علماء البيئة أثره في التعريفات القانونية التي تم تبنيها في الاتفاقيات الدولية. ولم تكن الاتفاقيات المعنية بإقرار حماية دولية للعناصر البيئية تستخدم في بداية الأمر اصطلاح "البيئة" وإنما كانت تشير إلى "النباتات والحيوانات"، الأمر الذي كان يضعف من نطاق تطبيقها. فنجد مثلاً أن المادة (٢٠) من الاتفاقية العام للتعريف الجمركية والتجارة (الجات) لم تشر إلى البيئة، وإنما إلى حياة وصحة الإنسان والحيوان والنباتات وإلى المحافظة على الموارد الطبيعية غير المتجددة. وهذه المصطلحات اعتبرها البعض أنها تضيق من نطاق إجراء استثناءات مقبولة على قواعد التجارة الحرة، خاصة في سياق التفسير الضيق لتلك المصطلحات بواسطة هيئة الجات لتسوية المنازعات<sup>(٢)</sup>.

كذلك لم يضع إعلان إستكهولم لعام ١٩٧٢ تعريفاً للبيئة، وإنما أشار المبدأ الثاني من هذا الإعلان إلى الموارد الطبيعية للأرض باعتبارها تشمل: الماء والهواء والتربة

---

(١) والحقيقة أن تعريف البيئة والعناصر والموارد البيئية قد لاقى اهتماماً من قبل حكومات بعض الدول. فأنشأت النرويج هيئة الموارد الطبيعية عام ١٩٧٤ وأنشأت فرنسا اللجنة الإدارية لتقدير التراث الطبيعي Commission Interministérielle des comptes du Patrimoine عام ١٩٧٨. وقد أنشأت هيئة الموارد الطبيعية النرويجية نظاماً للمحاسبة قسمت بموجبه الموارد الطبيعية إلى فئتين رئيسيتين: الموارد المادية والموارد البيئية، وتشمل الوارد المادية المعادن والموارد الإحيائية والموارد المتدفقة in-flowing resources، والتي تشمل أشعة الشمس والرياح وموجات المحيطات. أما الموارد البيئية فتشمل الماء والهواء والتربة.

راجع:

David William Pearce, Anil Markandya and Edward Barbier, *Blueprint for a Green Economy*, Earthscan Publications Limited, 1989, p. 95-96.

(٢) راجع:

Philippe Sands et al., *Principles of International Environmental Law*, Third Edition, op. cit., p. 14.

والنباتات والحيوانات والأنظمة الأيكولوجية الطبيعية. كما أكد إعلان إستكهولم في ديباجته على أهمية كلا الجانبين من بيئة الإنسان، سواء البيئة الطبيعية أو البيئة المشيدة man-made environment، تعتبر أساسية من أجل رفاهيته ولتمتع بحقوقه الإنسانية الأساسية، بما في ذلك الحق في الحياة<sup>(١)</sup>. ويستدل من ذلك أن المساس بالبيئة الطبيعية أو البيئة المشيدة أو إلحاق أية أضرار بها من شأنه أن يؤثر بشكل جسيم على حقوق الإنسان الأساسية.

ولم يتضمن أيضاً الميثاق العالمي للطبيعة لعام ١٩٨٢ تعريفاً للبيئة، ولكنه دعا إلى ضرورة المحافظة على الطبيعة من خلال مبادئ قابلة للتطبيق على كافة أشكال الحياة والموائل، وكل المناطق الجغرافية على الأرض، والنظام الإيكولوجي، والكائنات الحية، والموارد البرية والمائية والهوائية<sup>(٢)</sup>.

وبمراجعة الاتفاقيات الدولية المعنية بالبيئة نجدها أنها لم تورد تعريفاً لاصطلاح البيئة، وإنما أودت تعريفات إما للآثار الضارة التي يمكن أن تصيب عنصر أو أكثر من عناصر البيئة المختلفة، أو لعناصر البيئة ذاتها بحسب النطاق البيئي الذي وضعت الاتفاقية لمعالجته.

فعلى سبيل المثال، عرفت اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى المقصود "بتقنيات التغيير في البيئة" بأنها "أية تقنية لإحداث تغيير - عن طريق التأثير المتعمد في العمليات الطبيعية - في دينامية الكرة

(١) وقد جاء النص في الفقرة الأولى من ديباجة إعلان إستكهولم لعام ١٩٧٢ على النحو التالي:

"Man is both creature and moulder of his environment. His physical needs and capacities are conditioned by age-long evolution in his terrestrial home. But his intellect and his social and moral nature have set him free from time immemorial to transcend and transform wild nature and to build his own society and culture, and thereby create for his progeny a better and more fully human life. Both aspects of man's environment, the natural and the man-made are essential to his well-being and to the enjoyment of basic human rights - even the right to life itself".

ويعلق أحد الكتاب القانونيين على هذا النص بأن تدمير البيئة بما يتجاوز قدرتها الاستشفائية سوف يؤثر على قدرة الإنسان على البقاء على الأرض. ويعني ذلك أن حياة الإنسان وبيئته مرتبطان ببعضهما ارتباطاً لا يقبل التجزئة. راجع:

Louis B. Sohn, The Stockholm Declaration on the Human Environment, Harvard International Law Journal, Vol. 14, 1973, p. 438-439.

(٢) راجع: الفقرة (١) من الميثاق العالمي للطبيعة، الصادر بموجب قرار الجمعية العامة ٧/٣٧، في ٢٨ أكتوبر ١٩٨٢.



الأرضية أو تركيبها أو تشكيلها، بما في ذلك مجموعات أحيائها المحلية (البيوتا) وغلافها الصخري وغلافها المائي وغلافها الجوي، أو في دينامية الفضاء الخارجي أو تركيبه أو تشكيله"<sup>(١)</sup>.

كما أشارت اتفاقية تلوث الهواء بعيد المدى العابر للحدود (اتفاقية إسبو) إلى أن البيئة تشمل "المزروعات والغابات والمواد والمائيات وغيرها من النظم الأيكولوجية الطبيعية"<sup>(٢)</sup>. وأيضاً أشارت اتفاقية تقييم الأثر البيئي في إطار عابر للحدود لعام ١٩٩٢ إلى البيئة في إطار تعريفها لاصطلاح "الآثار" impacts باعتبارها تشتمل على صحة الإنسان وأمانه والنباتات والحيوانات والتربة والماء والهواء والمناخ، والمناظر الطبيعية والآثار التاريخية والمنشآت المادية المشيدة أو التفاعل ما بين تلك العناصر"<sup>(٣)</sup>.

وعرفت اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ المقصود "بالنظام المناخي" بأنه "كامل عمليات الغلاف الجوي والغلاف المائي والمحيط الحيوي والمحيط الأرضي وتفاعلاتها"<sup>(٤)</sup>.

وأوردت المنظمة العربية للتربية والثقافية والعلوم تعريفاً للبيئة بأنها "كل العناصر الطبيعية والحياتية التي توجد حول وعلى وداخل سطح الكرة الأرضية، فالهواء ومكوناته الغازية المختلفة والطاقة ومصادرها ومياه الأمطار والأنهار والبحار والمحيطات والتربة وما يعيش عليها أو بداخلها من نباتات وحيوانات والإنسان في مجتمعاته المختلفة المتباينة كل هذه العناصر مجتمعه هي مكونات البيئة"<sup>(٥)</sup>.

ومن جماع ما سبق، يتبين أنه لا يوجد تعريف موحد مستقر عليه في المواثيق والاتفاقيات الدولية المختلفة المعنية بصيانة وحماية البيئة. فنجد أن كل وثيقة أو اتفاقية دولية تشتمل على عناصر بيئية معينة بحسب النطاق أو الموضوع البيئي الذي تهدف إلى

(١) راجع: المادة (٢) من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى، والتي اعتمدت في ١٠ ديسمبر ١٩٧٦.

(٢) راجع: المادة ٧(د) من اتفاقية تلوث الهواء بعيد المدى عبر الحدود، اعتمدت في ١٣ نوفمبر ١٩٧٩، ودخلت حيز النفاذ في ١٦ مارس ١٩٨٣.

(٣) راجع: المادة ١(٧) من اتفاقية تقييم الأثر البيئي في إطار عابر للحدود لعام ١٩٩٢.

(٤) راجع: المادة ١(٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، وهو ذات التعريف الذي اتبعه اتفاق باريس لعام ٢٠١٥، الذي دخل حيز النفاذ في ٤ نوفمبر ٢٠١٦.

(٥) راجع: د. خالد العراقي، المرجع السابق، ص ١٩.

معالجته وإقرار الحماية الدولية بشأنه.

ومع ذلك، يمكن القول، بصفة عامة، إن مفهوم البيئة لا يتضمن فقط العناصر والموارد البيئية الطبيعية، وإنما يتضمن أيضاً العناصر والمواد والمنشآت التي شيدها الإنسان لخدمة وتعزيز الموارد الطبيعية والمساهمة في استدامتها، بما يحقق حياة وبيئة أفضل للإنسان.

## المطلب الثاني

### الإطار القانوني لحق الإنسان في بيئة نظيفة وصحية

لم يكن هناك استقرار في الفقه والعمل الدولي-كما هو الوضع بالنسبة للحق في الملجأ- حول ثبوت الحق في بيئة نظيفة وصحية، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم الاستقرار على هذا الحق في الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ومع ذلك يوجد بعض المواثيق والأعمال الدولية، خاصة في الآونة الأخيرة، التي نصت صراحة على حق الإنسان في بيئة نظيفة وصحية. وسوف نعرض أولاً للخلاف الفقهي بشأن حق الإنسان في البيئة، ثم موقف المواثيق والأعمال الدولية بشأن هذا الحق.

أولاً: الخلاف الفقهي بشأن حق للإنسان في بيئة نظيفة وصحية:

أختلف فقهاء وكتاب القانون الدولي حول ثبوت حق الإنسان في بيئة نظيفة وصحية، ما بين معارض ومؤيد، على النحو التالي:

(١) الرأي المعارض لوجود حق للإنسان في بيئة نظيفة وصحية:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه لا يوجد ما يمكن أن يطلق عليه حق الإنسان في بيئة نظيفة أو صحية أو ملائمة أو آمنة أو متوازنة أو مستدامة أو غيره<sup>(١)</sup>، واستند هذا الرأي في تبرير وجهة نظره إلى عدة حجج<sup>(٢)</sup>:

أولاً: عدم وجود مضمون محدد لهذا الحق، فهل يهدف إلى حماية الإنسان من خلال تأمين النطاق البيئي الذي يحيا فيه، أم أنه حق يهدف إلى المحافظة على البيئة وصيانتها

(١) انظر بشأن المفاهيم المتعددة التي استخدمها الفقهاء لوصف حق الإنسان في البيئة:

Erin Eacott, A Clean and Healthy environment: The Barriers and limitations of this emerging Human Rights, Dalhousie Journal of Legal Studies, 2001, p. 75.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٦.

وتتمية مواردها، والحد من أخطار التلوث، مما ينتج عنه في نهاية الأمر حماية الإنسان من مخاطر الهلاك.

ثانياً: عدم وجود تحديد لصاحب الحق في البيئة، فهل هو الفرد أم المجتمع بأكمله. وإذا كان الفرد هو صاحب هذا الحق، فهل يعني ذلك أنه بإمكانه اللجوء إلى المنظمات واللجان والمحاكم الدولية لحماية حقه، وإذا كان المجتمع هو صاحب هذا الحق، فمن هو الشخص الذي يمثله وينوب عنه في حماية هذا الحق.

ثالثاً: يمكن القول فحسب إنه ثمة مصلحة للفرد في حماية البيئة، وليس حقاً بالمعنى القانوني الدقيق. فالمصلحة هي عنصر من عناصر الحق وليست الحق ذاته، ولا يمكن للمصلحة أن تصبح حقاً إلا إذا أسبغ القانون عليها هذا الوصف. وبمراجعة الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، فإنها لم تذكر صراحة حق الإنسان في البيئة، وإذا كانت بعض المواثيق والصكوك والإعلانات قد اشتملت على حق الإنسان في البيئة، فإن قيمتها تظل قيمة أدبية غير ملزمة من الناحية القانونية، وبالتالي، فإنه لا يجوز الاستناد إليها للقول بوجود حق للإنسان في البيئة<sup>(١)</sup>.

رابعاً: إن الاعتراف بوجود حق أساسي للإنسان في البيئة من شأنه الانتقاص من بعض حقوق الإنسان الأساسية المستقرة والمعترف بها دولياً، مثال ذلك: حق الإنسان في العمل؛ إذ أن الاعتراف بحق الإنسان في البيئة من شأنه أن يفرض قيود إضافية على بعض المصانع، تؤدي إلى التقليل من قدرتها الإنتاجية، مما يعني تقليل فرص العمل في تلك المصانع<sup>(٢)</sup>.

### الرأي المؤيد لوجود حق للإنسان في بيئة نظيفة وصحية:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الاعتراف بوجود حق للإنسان في بيئة نظيفة وصحية يهدف إلى حماية الإنسان وبقائه من خلال الحفاظ على البيئة المحيطة به وصيانتها وتتميتها.

وقد حرص أنصار هذا الرأي على إثبات وجود حق للإنسان في بيئة نظيفة وصحية،

(١) ذات المرجع، ص ١٢٧-١٢٩.

(٢) ذات المرجع، ص ١٣٠.

من خلال تنفيذ الأسانيد التي ساقها أنصار الرأي المعارض والرد عليها:

أولاً: لا يجوز الاحتجاج بعدم وضوح مضمون حق الإنسان في البيئة، لأن مضمون هذا الحق تحدده الاعتبارات التي دعت إليه؛ أي تلك المتعلقة بالبيئة الطبيعية التي تحيط بالإنسان، على نحو قد يؤدي الإضرار بها إلى التأثير على صحة الإنسان وحياته<sup>(١)</sup>، لذلك ذهب هذا الرأي إلى أن مضمون حق الإنسان في البيئة يتعلق "بنوعية الحياة"<sup>(٢)</sup>، اللازمة للوفاء باحتياجات الإنسان الضرورية للحفاظ على حياته وصحته<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: فيما يتعلق بكيفية تحديد صاحب الحق في البيئة، فإنه بالتأكيد الإنسان، سواء كان منفرداً، أم منضماً إلى جماعة؛ فالحق في البيئة وفقاً لهذا الرأي - هو حق فردي وجماعي في الوقت ذاته<sup>(٤)</sup>.

ثالثاً: وبالنسبة لحجة الرأي المعارض بأنه لا يوجد سند قانوني في الاتفاقيات الدولية بشأن إقرار الحق في البيئة ومنحه القوة الملزمة، فإن هذه الحجة إذا كانت مقبولة في بداية الاهتمام بقواعد حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية، فضلاً عن قواعد حماية البيئة، إلا أنه أصبح هناك العديد من الإعلانات والمواثيق الدولية، التي تشير بطريق مباشر أو غير مباشر، إلى حق الإنسان في بيئة صحية ونظيفة، وإذا كانت تلك الإعلانات والمواثيق تفتقد للقوة القانونية الملزمة، إلا أنها تدخل ضمن ما يطلق عليه القانون المرن

(١) لذلك يقال إنه من غير المتصور أن يتمتع الإنسان بالحق في الحياة والصحة وأن يكون لديه القدرة على التطور والازدهار، إذا كان ذلك لا يتم في إطار بيئة سليمة وأمنة تساعده على تحقيق ذلك. راجع:

Ellen Hey, Advanced Introduction to International Environmental Law, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 124- 125.

(٢) وقد أوضح هذا الرأي أن فكرة "نوعية الحياة" ذات طبيعة مزدوجة؛ أي أنها "وسيلية" و"غائية" في أن واحد، فمن ناحية أولى، تعتبر فكرة نوعية الحياة "وسيلية" بالنظر إلى أن صيانة الحق في البيئة يستلزم بدءاً الحفاظ على التوازن البيئي، من خلال صيانة عناصر البيئة المختلفة، من نباتات وحيوانات وماء وهواء وتربة وغيرها من العناصر الحية وغير الحية للطبيعة، فهي بمثابة الوسائل التي تهدف إلى تحقيق نوعية حياة ملائمة، كما أنه غائي، ومن ناحية أخرى، فإن فكرة نوعية الحياة تعتبر غائية باعتبار أن هدفها هو توفير المجال البيئي الملائم الذي يساعد الإنسان على الحياة بكرامة والحفاظ على صحته وتنمية قدراته. راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٣) ويقول أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا إن البيئة تعتبر تراثاً مشتركاً للإنسانية، وبالتالي فإن حمايتها يعتبر أمراً ضرورياً لصيانة الحياة اليومية للإنسان. راجع: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨، ص ٧٩.

(٤) ويرى أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أن حق الإنسان في بيئة سليمة يعد ضمن الحقوق الجماعية، نظراً إلى أن مشكلة تلوث البيئة تتسم بأنها ذات أفاق عالمية؛ أي لا تقتصر على حدود دولة أو دول معينة، لأنها بحكم طبيعتها عابرة للحدود الوطنية، وأن التلوث الذي يقع في دولة معينة قد تظهر آثاره السلبية في دولة أخرى، لذلك يثبت لكافة الأشخاص الحق في حماية البيئة من التلوث. ذات المرجع، ذات الصفحة.

Soft law، التي تجعلها قادرة على تشكيل نظام قانوني بالمعنى الدقيق<sup>(١)</sup>.

رابعاً: ليس من المقبول الادعاء بأن إقرار حق الإنسان في البيئة من شأنه الإضرار بحقوق الإنسان الأخرى؛ بل على العكس يؤدي الاعتراف بحق الإنسان في بيئة صحية ونظيفة إلى تعزيز تمتعه بحقوقه الإنسانية الأخرى<sup>(٢)</sup>.

وفي الواقع، فإننا نتفق مع ما ساقه الرأي المؤيد من أسباب وأسناد قانونية لإقرار حق الإنسان في بيئة صحية ونظيفة، ونعضدها كذلك بالأسس القانونية التالية:

١. جاء ميثاق الأمم المتحدة ليؤكد على ضرورة احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية لكافة الأشخاص دون تمييز بين الرجال أو النساء، أو بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولم يورد الميثاق تفصيلاً لعناصر حقوق الإنسان وحرياته الأساسية<sup>(٣)</sup>، لذلك جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليبيّن ويفصل عناصر حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبالرغم من أن هذا الإعلان يعتبر في جوهره غير ملزم، إلا أنه لاقى قبول عام دولي، مما جعله يرقى إلى مرتبة العرف الدولي، بل إن إجماع أعضاء المجتمع الدولي على العديد من قواعده، قد جعلها ترتقي إلى مرتبة القواعد الآمرة. وعليه، فإن ما يذهب إليه الرأي المؤيد للحق في البيئة من أن الإعلانات والتصريحات والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية تعتبر قانون من soft law، يكون له تأثير في إنشاء نظام قانوني بالمعنى الدقيق، لا يستند في الواقع إلى جوهر القانون المرن باعتباره ملزم قانون، وإنما يعكس تأثيره من الناحية الأدبية والأخلاقية على سلوك أعضاء المجتمع الدولي، على نحو يؤدي إلى إسباغ قيمة قانونية على هذا السلوك، من خلال الاضطراد على اتباعه والشعور بالزاميته؛ أو بعبارة أخرى، يصبح للقانون المرن تأثير من خلال تحول القواعد الواردة فيه إلى عرف دولي ملزم من الناحية القانونية<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٣٢.

(٢) ذات المرجع، ص ١٣٥.

(٣) أنظر: المادة ١(٣) من ميثاق الأمم المتحدة.

(٤) ويؤكد ما نقره بالنسبة للقانون المرن soft law رأي في الفقه، على النحو التالي:

"perhaps the most important point to make at the outset therefore is simply that some of the forms of 'soft law' under consideration here are potentially law-making in much the

ب. إذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لم ينص صراحة على حق الإنسان في بيئة صحية أو نظيفة، فإن هذا الحق يمكن استخلاصه ضمناً من العديد من النصوص الأخرى التي تقرر حقوقاً محددة لا يمكن صيانتها إلا في إطار بيئة سليمة ونظيفة ومستدامة وآمنة، خاصة في ظل ما سبق الانتهاء إليه من أن مضمون الحق في البيئة يتعلق بنوعية حياة الإنسان اللازمة للوفاء باحتياجاته الضرورية<sup>(١)</sup>، ومثال تلك النصوص، ما جاء في المادة (١) من الإعلان العالمي من أن "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه"، والمادة ٢٥ (١) التي تنص على أن "لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهية له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية".

ج. أصبح هناك في الوقت الحالي العديد من المواثيق والإعلانات الدولية التي تنص على حق الإنسان في بيئة صحية أو نظيفة أو سليمة أو آمنة أو مستدامة. وهذه المواثيق والإعلانات تعكس بالتأكيد وجود قبول عام من جانب أعضاء المجتمع الدولي بوجود الحق في البيئة. وسوف نعبر لاحقاً جانب من أبرز المواثيق والإعلانات والأعمال الدولية الأخرى التي أكدت على وجود وأهمية حق الإنسان في بيئة سليمة وصحية.

د. لا يمكن التسليم بما ذهب إليه أنصار الرأي المعارض بأن الاعتراف بالحق في البيئة من شأنه تقويض أو إعاقة التمتع ببعض حقوق الإنسان الأساسية الأخرى، فإذا كان من المستقر عليه في إطار القواعد القانونية الدولية- أن حقوق الإنسان مترابطة ببعضها البعض، وتكمل إحداها الأخرى، ولا تقبل التجزئة أو التنازل عنها، فإن ذلك

---

same way that multilateral treaties are potentially law-making. The proposition is not that non-binding declarations or resolutions of the General Assembly or any other soft law instrument are law per se, but that in appropriate cases such instruments may be evidence of existing law, or formative of the *opinio juris* or State practice that generates new customary law." Malcolm Evans, *International Law*, 4<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2014, p. 119.

(١) فقد أكد قسم استاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا حقوق الإنسان إلى حقوق فردية أو حقوق الجيلين الأول والثاني، وهي تلك التي ورد النص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صراحة، وحقوق جماعية أو حقوق الجيل الثالث، وتشمل الحق في التنمية، وحق تقرير المصير، والحق في السلام، وحق الشعوب في السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية، وحق الإنسان في بيئة سليمة. راجع: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ٧٠.

يعني أن الاعتراف بالحق بالبيئة من شأنه تعزيز حقوق الإنسان الأخرى، ومنها تحديداً الحق في الحياة وسلامة الجسد والحرية والأمن والحصول على مستوى معيشي ملائم<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: الحق في بيئة نظيفة وصحية في المواثيق والأعمال الدولية:

لقد ورد النص على حق الإنسان في بيئة نظيفة أو صحية أو ملائمة في العديد من المواثيق والإعلانات والأعمال الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية ولجانها المختلفة، ومنها، تحديداً، ما يلي:

١. إعلان إستكهولم لعام ١٩٧٢، الذي أكد في مادته الأولى على حق أساسي للبشر في ظروف ملائمة للحياة في ظل بيئة ذات نوعية تتيح حياة من الكرامة والرفاه<sup>(٢)</sup>.

٢. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١، الذي أكد في المادة (٢٤) على أن "لكل الشعوب الحق في بيئة مرضية وشاملة وملائمة لتنميتها"<sup>(٣)</sup>.

٣. الميثاق العالمي للطبيعة لعام ١٩٨٢، الذي أكد على أنه لا يمكن تلبية احتياجات الإنسان إلا من خلال اتخاذ التدابير الفعالة التي تضمن أداء الطبيعة لوظائفها على نحو ملائم<sup>(٤)</sup>، كما أقر بحق الأشخاص في الإسهام في اتخاذ القرارات المتعلقة مباشرة ببيئتهم، "وإتاحة سبل الانتصاف أمامهم إذا لحق ببيئتهم ضرر أو

(١) ولا جرم أن كافة المناصرين للحق في بيئة سليمة وصحية يقررون أن الاعتراف بهذا الحق من شأنه تعزيز التمتع بالحقوق الأساسية الأخرى، وهو أمر يخالف تماماً حجة الرأي المعارض للاعتراف بحق الإنسان في بيئة سليمة وصحية. راجع في هذا الشأن:

Erin Eacott, op. cit., p. 74.

(٢) ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن حق الإنسان في بيئة سليمة وصحية لم تحز دعماً قانونياً عاماً، نظراً إلى أن هذا الحق لم يرد ذكره في أية اتفاقية عالمية معنية بحقوق الإنسان. فقد أشار هذا الرأي إلى أنه في إطار مناقشات مؤتمر إستكهولم أدت المناقشات والاقتراحات إلى إدراج إشارة مباشرة وقاطعة إلى الحق في البيئة. ولكن جاء إعلان ريو ليكون أقل إيجازاً بمثل هذا الحق، إذ أنه قد نص فقط على أن البشر "من حقهم أن يحيوا حياة صحية ومنتجة في ونام مع الطبيعة". ووفقاً لهذا الرأي، فإن هناك صعوبات تحوط الاعتراف بالحق في بيئة صحية باعتباره من حقوق الإنسان الأساسية، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال دراسة أجرتها مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان عام ٢٠١١. راجع: غونتر هاندل، إعلان مؤتمر الأمم المتحدة بشأن البيئة البشرية (إعلان إستكهولم) ١٩٧٢ وإعلان ريو بشأن البيئة والتنمية ١٩٩٢.

(٣) صدر الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان في نيروبي، في ١٨ يونيو ١٩٨١، ودخل حيز النفاذ في ٢١ أكتوبر ١٩٨٦.

(٤) راجع: الفقرة (٦) من الميثاق العالمي للطبيعة لعام ١٩٨٢، المرجع السابق.

تدهور<sup>(١)</sup>."

٤. البروتوكول الإضافي الأول للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (اتفاقية سان سلفادور) لعام ١٩٨٨، نصت في المادة (١١) على أن "لكل فرد الحق في أن يعيش في بيئة صحية"<sup>(٢)</sup>.
٥. إعلان لاهاي بشأن البيئة لعام ١٩٨٩، حيث أكد على الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق الدول لحماية النظام الإيكولوجي، كما أقر حق الإنسان في الحياة بكرامة في ظل بيئة عالمية صالحة للحياة، الأمر الذي يضع التزاماً عاماً على عاتق المجتمع الدولي في صيانة البيئة لمصلحة الأجيال الحالية والمستقبلية<sup>(٣)</sup>.
٦. قرار الجمعية العامة رقم ٩٤/٤٥ الصادر في ٢١ ديسمبر ١٩٩٠ الذي أعلنت بموجبه أن: "لكل فرد الحق في أن يعيش في بيئة تفي بمتطلبات صحته ورفاهه".
٧. الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمده مجلس جامعة الدول العربية في ٢٢ مايو ٢٠٠٤، نص في المادة (٣٨) على أن "لكل شخص الحق في مستوى معيشي كاف له ولأسرته ويوفر الرفاهية والعيش الكريم من غذاء وكساء ومسكن وخدمات وله الحق في بيئة سليمة، وعلى الدول الأطراف اتخاذ التدابير اللازمة، وفقاً لإمكاناتها، لإنفاذ هذه الحقوق"<sup>(٤)</sup>.
٨. لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان-التي حل محلها مجلس حقوق الإنسان منذ ٢٠٠٦- قد أكدت في تقرير لها عن "حقوق الإنسان والبيئة" على العلاقة الوثيقة

(١) ذات المرجع، الفقرة (٢٣).

(٢) تم التوقيع على هذه البروتوكول في ١٧ نوفمبر ١٩٨٨، ودخل حيز النفاذ في ١٦ نوفمبر ١٩٨٨.

(٣) وقد جاء النص في إعلان لاهاي بشأن البيئة على النحو التالي:

"Because the problem is planet-wide in scope, solutions can only be devised on a global level. Because of the nature of the dangers involved, remedies to be sought involve not only the fundamental duty to preserve 'the ecosystem', but also the right to live in dignity in a viable global environment, and the consequent duty of the community of nations, vis-a-vis present and future generations, to do all that can be done to preserve the quality of the atmosphere".

أنظر الفقرة الثالثة من إعلان لاهاي بشأن البيئة الصادر في يوليو ١٩٨٩.

(٤) وقد دخل هذا الميثاق حيز النفاذ في ١٦ مارس ٢٠٠٨.



بين صيانة البيئة وتعزيز حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

٩. إعلان حقوق الإنسان الذي أقرته رابطة دول جنوب شرق آسيا بالإجماع في نوفمبر ٢٠١٢، حيث أكدت الفقرة ٢٨ (و) من هذا الإعلان على "الحق في بيئة آمنة ونظيفة ومستدامة".

١٠. صدر تقرير الخبير المستقل عن مجلس حقوق الإنسان في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٢ ليؤكد أن الاعتراف بالعلاقة الوثيقة بين حقوق الإنسان وبين البيئة قد أدى إلى "اعتماد حق جديد واضح في التمتع ببيئة صحية أو مأمونه أو مستدامة أو مرضية"<sup>(٢)</sup>.

ومن جماع ما تقدم، نخلص إلى أن ورود النص صراحة على حق الإنسان في بيئة سليمة وصحية ونظيفة في العديد من المواثيق والإعلانات والتقارير الدولية المعنية بحقوق الإنسان، يعكس وجود قبول عام من جانب غالبية أعضاء المجتمع الدولي بوجود هذا الحق وأهميته وضرورة العمل على حمايته، وعدم جواز انتهاكه أو الانتقاص منه. وقد تجسد ذلك بشكل واضح في إقرار العديد من دساتير الدول للحق في البيئة بموجب نصوص صريحة، نذكر من ذلك، على سبيل المثال، المادة (٤٦) من الدستور المصري، الصادر في ١٨ يناير ٢٠١٤، التي نصت على أن: "لكل شخص الحق في بيئة صحية وسليمة، وحمايتها واجب وطني. وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها، وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية المستدامة، وضمان حقوق الأجيال القادمة فيها"، والمادة (٤٥) من الدستور التونسي، الصادر في ٢٦ يناير ٢٠١٤، التي نصت على أن: "تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة

(١) راجع:

UN Commission on Human Rights, Human rights and the environment., 6 March 1990, E/CN.4/RES/1990/41.

(٢) أشار الخبير المستقل لمجلس حقوق الإنسان إلى أن الحق في البيئة يعد آخر ما انضم إلى ترسانة حقوق الإنسان، ذلك لأن الذين عكفوا على صياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨ لم يضمّوه الحقوق البيئية، وذلك لأن إدراك الضرر الهائل الذي يمكن أن تلحقه الأنشطة الإنسانية بالبيئة، ومن ثمّ بالبشر لم يظهر بشكل جلي إلا في وقت لاحق. راجع: مجلس حقوق الإنسان، تقرير الخبير المستقل المعني بمسألة التزامات حقوق الإنسان المتعلقة بالتمتع ببيئة آمنة وصحية ومستدامة، السيد جون هـ. نوّكس، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، الدورة الثانية والعشرون، البند ٣ من جدول الأعمال، ٢٤ ديسمبر ٢٠١٢، وثيقة رقم A/HRC/22/43، الفقرتين ٧ و١١.

ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي"، والمادة ٣٠(١) من دستور نيبال، الصادر في ٢٠ سبتمبر ٢٠١٥، التي نصت على أن: "لكل فرد الحق في العيش في بيئة نظيفة وصحية"، والمادة (٢٧) من دستور ساحل العاج، الصادر في ٨ نوفمبر ٢٠١٦، نص على أن: "الحق في البيئة يعترف به بالنسبة للكافة داخل إقليم الدولة"<sup>(١)</sup>، كما صدر أخيراً دستور تايلاند في ٦ أبريل ٢٠١٧، الذي نص في المادة ٤٣(٢) على أن للفرد والمجتمع الحق في "إدارة وصيانة واستخدام الموارد الطبيعية والبيئة والتنوع الإحيائي، بطريقة متوازنة ومستدامة، وفقاً للإجراءات المنصوص عليها قانوناً".

لذلك، فإنه يمكن القول بحق - إن حق الإنسان في البيئة يعتبر من حقوق الإنسان الأساسية الملزمة بموجب قواعد القانون الدولي العرفي، بل إننا يمكن أن نجادل بأن هذا القواعد العرفية، التي تقرر وتحمي الحق في البيئة قد أصبحت ضمن القواعد الدولية الآمرة، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بموجب قواعد اتفاقية أو عرفية أخرى ذات درجة أدنى.

<sup>(١)</sup> وقد جاء النص الأصلي للمادة (٢٧) في دستور ساحل العاج لعام ٢٠١٦ على النحو التالي:

« Le droit à un environnement sain est reconnu à tous sur l'ensemble du territoire national. »

## الفصل الأول

### المخاطر والكوارث التي تؤدي إلى حالات اللجوء البيئي

تمهيد وتقسيم:

على الرغم من أن الأشخاص قد هاجروا في الماضي بسبب المخاطر البيئية، إلا أنه من المتوقع أن تزداد أعداد اللاجئين البيئيين في السنوات القادمة<sup>(1)</sup>. وتشير التوقعات إلى أن أعداد الأشخاص المهجرين من ديارهم بسبب المخاطر والكوارث البيئية سوف يتجاوز أعداد الأشخاص الذين تتوفر لهم الحماية وفقاً للاتفاقية الخاصة باللاجئين لعام ١٩٥١<sup>(2)</sup>. ولا يوجد في الواقع تعريف قانوني دقيق للمقصود بالكارثة، ومع ذلك فإن بعض المواثيق الدولية تقرر تعريفاً للمقصود بالكارثة، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية تامبير المتعلقة بتقديم موارد الاتصالات السلكية واللاسلكية للحد من الكوارث ولعمليات الإغاثة لعام ١٩٩٨، التي عرّفت الكارثة بأنها "حدوث خلل خطير في حياة مجتمع ما، يشكل تهديداً كبيراً وواسع النطاق لحياة البشر أو صحتهم أو ممتلكاتهم أو للبيئة، سواء كان ذلك الخلل ناجماً عن حادث أم عن سبب طبيعي أم عن نشاط بشري، وسواء أحدث بصورة مفاجئة أم تطور نتيجة عمليات طويلة الأجل".

وتنشأ الكوارث عادة نتيجة عدم قدرة الأشخاص على مواجهة المخاطر التي يتعرضون لها، ويمكن تعريف الخطر بأنه "حدث أو ظاهرة مادية أو نشاط بشري يمكن

(1) راجع:

Camillo Boano, Roger Zetter and Tim Morris, op. cit., p. 12-13.

وقد ذكر هذا الرأي أنه لا توجد إحصائيات دقيقة لتحديد أعداد اللاجئين البيئيين، وهو أمر يمكن أن يبنى بوقوع أزمة حقيقية نظراً لعدم وجود الاستعدادات وتوافر الآليات والإمكانات اللازمة لمواجهة تلك الأزمة. فقد ذكر هذا الرأي تحديداً:

"their estimation methods and the underlying assumptions behind them are the subject of intense criticism and debate. Uncertain global estimates compromise the possibility of producing reliable, usable and comparable data-without which action is not possible. Whilst not denying the potentially widespread displacement consequences of environmental change, these estimates instil a fear of waves of migrants and humanitarian crises. They may obscure the positive role of human agency in mediating these potential outcomes- how, in practice, local communities actually do, or might, react and thus what the appropriate policy responses should be."

(2) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 349.

أن يكون مصراً، وأن يؤدي إلى خسائر في الأرواح أو إلى الإصابات بجروح، أو إلحاق الضرر بالممتلكات، أو إلى اختلال النشاط الاجتماعي والاقتصادي، أو إلى تدهور البيئة، ويمكن أن تشمل الأخطار الظروف الكامنة التي قد تهدد مستقبلاً بالخطر والتي يمكن أن تنشأ عن مصادر مختلفة: طبيعية (جيولوجية وناجمة عن الرطوبة الجوية وبيولوجية) أو ناتجة عن الأنشطة البشرية (التدهور البيئي والأخطار التكنولوجية)<sup>(١)</sup>.

وتشير الدراسات، كذلك، إلى أن الفيضانات وتفاقم حدة الأعاصير سوف يؤديا إلى زيادة حالات الهجرة بسبب الأضرار البيئية خارج الحدود الوطنية، وبخاصة في المناطق الأسيوية، أما ارتفاع منسوب مياه البحر، فسوف يؤثر بشكل خاص على الدول الجزرية الصغيرة، وبالنسبة للجفاف ونقص موارد المياه فسوف يؤثران بشكل بارز على المناطق الأفريقية<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت بعض المخاطر البيئية التقليدية تتداخل مع مخاطر تغير المناخ، فإن تلك المخاطر يمكن اعتبارها ضمن مخاطر تغير المناخ، إذا كانت قد نشأت أو تفاقت نتيجة زيادة غاز الدفيئة، الذي يعتبر العامل الرئيسي في تغير المناخ.

وقد تضطلع بعض الدول في إقامة أنشطة ومنشآت تنموية كبري ذات خطورة محتملة على البيئة، دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة<sup>(٣)</sup>، أو إجراء الدراسات الفنية اللازمة<sup>(٤)</sup>، قبل

(١) راجع: لجنة القانون الدولي، تقرير أولي بشأن حماية الأشخاص في حالات الكوارث، مقدم من السيد إدواردو بالينسيا - أوسبينيا، المقرر الخاص، الدورة الستون، ص ٢٠-٢١.

(٢) بل إن نقص موارد المياه والأراضي الخصبة الصالحة للزراعة سوف يؤدي إلى اندلاع العديد من النزاعات المسلحة والصراعات على موارد المياه وتهديد حياة العديد من الأشخاص في السودان وكينيا وإثيوبيا وتنزانيا وأوغندا. راجع: Julia Toscano, op. cit., p. 467-468.

(٣) أصبح من القواعد المستقرة، وفقاً لإحكام القانون الدولي، والتي تتبعها التشريعات الوطنية، بالتبعية، أنه في حالة وجود خطر الأخطار بضرر نتيجة القيام بنشاط معين، فإنه يتعين اتباع "مبدأ التحوط". لمزيد من المعلومات عن هذا المبدأ أنظر:

Cass R. Sunstein, Beyond the Precautionary Principle Symposium: Preferences and Rational Choice: New Perspectives and Legal Implications, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 151, p. 1003 et seq.

(٤) يتعين على الدول، عند القيام بنشاط خطر، على نحو يتوقع معه إمكانية إحداث أضرار بالبيئة، أن تُجري تقييماً للأثر البيئي لهذا المشروع، قبل البدء في إجراءات إنشائه. راجع بشأن تقييم الأثر البيئي:

Charles M. Kersten, Rethinking Transboundary Environmental Impact Assessment, The Yale Journal of International Law, Vol. 34, p. 176-180.

ووفقاً لهذا الرأي فإن تقييم الأثر البيئي كان مقرراً في العديد من الأنظمة الوطنية. مثال ذلك قانون السياسة البيئية الوطنية في الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٩٦٩-مؤدقاً قبل إقرار الإعلانات والمواثيق الدولية لمبدأ تقييم الأثر، ويلاحظ أن القانون الدولي

قبل الضلوع في إنشائها، إلى إمكانية وقوع كوارث جسيمة على البيئة، أو التأثير سلباً على نوعية الحياة وقدرة الأشخاص على استيفاء احتياجاتهم الأساسية، مثال ذلك: الأنشطة النووية السلمية أو بناء السدود على الأنهار الدولية.

كذلك فإن من شأن استخدام أنواع معينة من الأسلحة في زمن النزاعات المسلحة أن يؤدي إلى الإضرار بالبيئة، مما يترتب عليه حالات نزوح جماعي للأشخاص المتضررة من تلك المخاطر<sup>(١)</sup>.

ومن جماع ما تقدم، يمكن القول إن المخاطر البيئية التي يتعرض لها الأشخاص وتجبرهم قسراً على ترك أوطانهم ومحال إقامتهم المعتادة، تنقسم إلى أربعة أنواع رئيسية:

النوع الأول: المخاطر البيئية التقليدية، والتي تشمل الجفاف والتصحر وتجرف التربة، وإزالة الغابات، والمشاكل البيئية الأخرى الناتجة عن زيادة الكثافة السكانية وارتفاع معدل الفقر داخل الدولة المتضررة<sup>(٢)</sup>.

النوع الثاني: المخاطر البيئية الناتجة عن تغير المناخ، ومنها ارتفاع مستوى سطح البحر، وزيادة نشاط وقوة الأعاصير، والتصحر والجفاف ونقص المياه العذبة<sup>(٣)</sup>.

النوع الثالث: المخاطر البيئية الناتجة عن الأنشطة التتموية الخطيرة، وتشمل المنشآت النووية المستخدمة للأغراض السلمية، وبناء السدود والقنوات.

النوع الرابع: المخاطر البيئية الناتجة عن استخدام أساليب أو وسائل عسكرية، أثناء النزاعات المسلحة، على نحو يؤدي إلى الإضرار بالبيئة الطبيعية اللازمة للحفاظ على

---

قد تطلب ضرورة إجراء تقييم للأثر البيئي بالنسبة للمشروعات، التي يتوقع إحداثها آثار بيئية ضارة متعددة للحدود الوطنية للدولة التي أقامت المشروع.

(١) لذلك، نجد أن المادة ٥٥ (١) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧، قد ألزمت أطراف النزاع المسلح حماية البيئة الطبيعية من الأضرار البالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد وتتضمن هذه الحماية حظر استخدام أساليب القتال أو وسائله التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية ومن ثم تضر بصحة الإنسان وبقائه، أحد مناصري البيئة البريطانيين، أول من ذكر المخاطر البيئية التقليدية في Norman Myers<sup>(٢)</sup> كان نورمان مايرز محاولته لتعريف اللاجئين البيئيين عام ٢٠٠٥، حيث أنه لم يقصر المخاطر البيئية التي تؤدي إلى حالات اللجوء البيئي على تلك الناتجة عن تغير المناخ المنسوب إلى الأنشطة الإنسانية. انظر:

Norman Myers, Environmental Refugees: An Emergent Security Issue, op. cit., p.1-3.

(٣) راجع:

صحة الإنسان وبقائه<sup>(١)</sup>.

ولكي نتفهم بشكل أكبر الأزمة التي يتعرض لها اللاجئون البيئيون، فإنه يتعين علينا بيان المخاطر التي تدفع الأشخاص إلى الفرار من ديارهم لأسباب بيئية، سواء تمثلت في المخاطر البيئية التقليدية، أو الناتجة عن تغير المناخ<sup>(٢)</sup>، أو المشروعات التنموية الخطيرة أو النزاعات المسلحة.

وبناء على التمهيد السابق، فإنه يتعين تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: المخاطر البيئية التقليدية.

المبحث الثاني: المخاطر البيئية الناشئة عن تغير المناخ.

المبحث الثالث: المخاطر البيئية الناشئة عن الأنشطة التنموية الخطيرة.

المبحث الرابع: المخاطر البيئية الناشئة عن النزاعات المسلحة.

## المبحث الأول

### المخاطر البيئية التقليدية

تتضمن المخاطر البيئية التقليدية الجفاف وتآكل التربة والتصحر وإزالة الغابات وغيرها من المشاكل البيئية الأخرى، ومنها التلوث والكوارث الطبيعية<sup>(٣)</sup>.

وتتسم المخاطر البيئية التقليدية بعدم إمكانية ربطها مباشرة بانبعاثات غاز الدفيئة التي تساهم بشكل جوهري في عملية تغير المناخ العالمي. ومع ذلك، فإن المخاطر البيئية التقليدية - كما هو الحال أيضاً بالنسبة للمخاطر الناتجة عن تغير المناخ - يمكن أن تؤدي إلى الهجرة القسرية للملايين من الأشخاص هرباً من تلك المخاطر<sup>(٤)</sup>.

وقد تتفاقم حدة المخاطر البيئية التقليدية إذا ظهرت في مناطق تقع تحت سيطرة

(١) انظر: المادة ٥٥(١) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧، المرجع السابق.

(٢) بشأن التمييز بين المخاطر البيئية التقليدية والمخاطر الناتجة عن تغير المناخ، انظر:

Frank Biermann & Ingrid Boas, Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees, Global Environmental Politics, Project Muse, Vol. 10, No. 1, February 2010, p. 60-63.

(٣) راجع:

Norman Myers, Environmental Refugees: An Emergent Security Issue, op. cit., p. 1.

(٤) راجع:

Camillo Boano, Roger Zetter and Tim Morris, op. cit., p. 14-17.

حكومات لا يتوافر لديها الموارد الكافية لمواجهة الأضرار الناتجة عنها<sup>(١)</sup>.

وفيما يلي نشير لأبرز المخاطر البيئية التقليدية التي يمكن أن تؤدي إلى اللجوء البيئي:

### أولاً: الجفاف:

يعتبر الجفاف من المخاطر البيئية التقليدية التي تؤدي إلى النزوح الجماعي للأفراد، على إثر النقص الشديد في الموارد المائية الطبيعية. ويؤدي الجفاف عادة إلى إصابة المجتمع الذي يظهر فيه بخطر المجاعة، نظراً لعدم توفر الموارد المائية اللازمة للقيام بأعمال الزراعة وتربية الماشية.

وبدون توفر الموارد المائية اللازمة لاستمرارية الحياة الإنسانية، فلا يكون أمام سكان المناطق المصابة بالجفاف سوى تركها، بحثاً عن أراضٍ أخرى تكون صالحة للحياة<sup>(٢)</sup>.

ويوجد بالفعل، وفقاً لبعض الإحصائيات، حوالي ٥٥٠ مليون فرد معرضين لنقص موارد المياه العذبة المتجددة، وتصبح المشكلة أكثر خطورة إذا أخذنا في الاعتبار أن هناك ٨٨ دولة نامية، تمثل ٤٠% من نسبة سكان العالم، إذ تشير التوقعات أن حوالي ثلاثة بليون نسمة سوف يتعرضون لخطر الجفاف بحلول عام ٢٠٢٥، وقد تصل إلى ٤,٤ بليون نسمة بحلول عام ٢٠٥٠، وسوف تكون أبرز المناطق المتأثرة بالجفاف في الهند وباكستان والشرق الأوسط وأفريقيا<sup>(٣)</sup>.

ومن أبرز الأمثلة في هذا الصدد، الهجرة الجماعية لسكان منطقة الساحل الإفريقي بسبب الجفاف<sup>(٤)</sup>. فخلال فترة السبعينات والثمانينات من القرن المنصرم، ضرب الجفاف

<sup>(١)</sup> وقد يؤدي ضعف الحكومات في اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الأزمات الناشئة عن الهجرة البيئية في اندلاع العديد من النزاعات الداخلية. انظر:

Tracey King, Environmental Displacement: Coordinating Efforts to Find Solutions, Georgetown International Environmental Law Review, 2006, p. 545-546.

<sup>(٢)</sup> راجع بشأن تأثير الجفاف على الهجرة الجماعية:

Gaim Kibreab, Climate Change and Human Migration: A Tenuous Relationship? Fordham Environmental Law Review, 2010, 361-369.

<sup>(٣)</sup> راجع بشأن تلك الإحصائيات والتوقعات:

Norman Myers with Jennifer Kent, Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena, Climate Institute, June 1995, p. 42.

<sup>(٤)</sup> وقد ثار النقاش بين الفقهاء بشأن مشكلة الجفاف في الساحل الإفريقي من النواحي التالية:  
أولاً: فيما إذا كان الجفاف ناتجاً عن العوامل الطبيعية أو الأنشطة الإنسانية؛

منطقة الساحل الإفريقي<sup>(١)</sup>، مما عرض حوالي ثماني مليون شخص لخطر المجاعة. وترتب على ذلك، هجرة ما يقارب السبعة ملايين إلى دول أخرى بحثاً عن الطعام<sup>(٢)</sup>. وتعتبر أسوأ حالات الجفاف تلك التي ضربت شرق أفريقيا، وشملت دول الصومال وإثيوبيا وكينيا وأوغندا، حيث بدأت موجة الجفاف الجسيمة عام ٢٠١١ وأثرت على أعداد كبيرة من السكان، وما لبث أن زالت تلك الموجة حتى عادت مرة أخرى من ٢٠١٥ حتى ٢٠١٧ (أي أنها لازالت مستمرة حتى وقت كتابة هذه السطور)، وقد أثرت موجة الجفاف على ما يجاوز الخمسة عشرة مليون نسمة من سكان شرق أفريقيا، يعانون من الجوع والمرض وعدم القدرة على الحصول على المياه الصالحة للشرب. وقد ترتب على ذلك نزوح الملايين خارج ديارهم بحثاً عن مصادر ملائمة للطعام والشراب، إلا أن نقص الموارد في العديد من المناطق والدول المجاورة التي ينزح إليها الأشخاص المتضررين، فضلاً عن عدم اتباع التدابير والآليات القانونية اللازمة لتوفير الحماية لهم، أدى إلى تعرضهم إلى مخاطر إنسانية جسيمة، منها الاعتداء البدني والجنسي، والاتجار بالبشر، وعدم القدرة على توفير الطعام والسكن والعمل والتعليم. فقد جاء أكد التقرير الصادر عن المكتب الإقليمي لجنوب وشرق أفريقيا التابع لمكتب الأمم المتحدة لتنسيق الشؤون الإنسانية، على نزوح أكثر من ثلاثة وثلاثين ألف نسمة من جنوب ووسط

ثانياً: الآثار الاجتماعية للجفاف؛

ثالثاً: تأثير النزاعات العسكرية والسياسية في الساحل الإفريقي على فاعلية الجفاف في زيادة الهجرة. المرجع السابق، ص ٣٦٢-٣٦٣.

(١) "منطقة الساحل الإفريقي هي منطقة السافانا الاستوائية في أفريقيا بين الصحراء الكبرى إلى الشمال والسودان في الجنوب، مع وجود المناطق الشبه قاحلة، وتمتد عبر خطوط العرض في الجنوب والوسط وشمال أفريقيا، وبين المحيط الأطلسي غرباً والبحر الأحمر شرقاً.

وكلمة ساحل بالعربية تعني حرفياً الشاطئ، لوصفها ظهور النباتات الموجودة في منطقة الساحل باعتبارها الأقرب إلى الساحل عن ترسيم رمل الصحراء. يغطي الساحل من الغرب إلى الشرق مع أجزاء من شمال السنغال وجنوب موريتانيا، ووسط مالي، وشمال بوركينا فاسو، وأقصى جنوب الجزائر، والنيجر، وأقصى شمال نيجيريا وجنوب السودان، وسط تشاد ووسط وجنوب السودان، وشمال إريتريا". لمزيد من المعلومات عن منطقة الساحل الإفريقي، انظر الموقع التالي:

<http://www.almrsl.com/post/330585>

(٢) وعلى الرغم من وجود جدل بين الفقهاء حول ما إذا كان هذا الجفاف قد وقع نتيجة التغيرات المناخية الطبيعية أم نتيجة النزاعات الجغرافية السياسية (جيوسياسية)، إلا أن ذلك لا ينفي أن الجفاف الذي أصاب منطقة الساحل قد أدى إلى نزوح جماعي للسكان خارج حدودها. انظر في هذا الأمر:

Norman Myers, Environmental Refugees: An Emergent Security Issue, op. cit., p. 2.



الصومال بسبب الجفاف خلال الثلاثة أسابيع الأولى من عام ٢٠١٧، حيث يمثل الأطفال النسبة الأكبر من أعداد النازحين<sup>(١)</sup>.

ويتضح، بشكل جلي، من للأمثلة السابق، أن زيادة حدة الجفاف من شأنه أن يسبب مشاكل على الصحة والزراعة والصناعة. فوفقاً لمنظمة الصحة العالمية، فإن ٩٠% من الأمراض التي تصيب الدول النامية تكون ناتجة عن عدم توافر المياه النظيفة الآمنة، كذلك فإن نسبة كبيرة من الوفيات في الدول النامية تكون بسبب الأمراض الناتجة عن تلوث المياه<sup>(٢)</sup>.

ويتعين الانتباه إلى أن من شأن الجفاف أن يؤدي إلى مشكلة بيئية أخرى، وهي التصحر، نظراً لتدهور الأراضي الزراعية بسبب نقص موارد المياه، وسوف نوضح هذا الأمر لاحقاً<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: التصحر:

ويعني تحول الأراضي القابلة لممارسة الحياة الطبيعية إلى صحراء، وتعتبر من حالات المخاطر البيئية التقليدية التي قد تظهر بشكل رئيسي نتيجة إهمال وسوء إدارة التربة<sup>(٤)</sup>. وقد جاء تعريف التصحر في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر بأنها: "تردي الأراضي في المناطق القاحلة، وشبه القاحلة، والجافة شبه الرطبة، نتيجة عوامل مختلفة، من بينها الاختلافات المناخية والأنشطة البشرية"<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع:

UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Horn of Africa, A Call for Action, February 2017, p. 2-5.

(٢) راجع:

World Health Organization, Human Health and Rio Conventions: Biological Diversity, Climate Change and Desertification, Our Planet, Our Health, Our Future, Discussion Paper, 2012, p. 24.

(٣)

(٤) والتصحر عملية تظهر تدريجياً، سواء نتيجة الإهمال في صيانة وإدارة التربة أو بسبب تغير المناخ. راجع:

Suzette Brooks Masters, Environmentally Induced Migration: Beyond a Culture of Reaction, Georgetown Immigration Law Journal, 2000, p. 858.

(٥) انظر التعريف الوارد في المادة (١) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو من التصحر، وبخاصة في أفريقيا، اعتمدت في ١٧ يونيو ١٩٩٤، ودخلت حيز النفاذ في ٢٦ ديسمبر ١٩٩٦. وأوضحت المادة

(١) أن مصطلح "تردي الأراضي" يعني: "ما يحدث في المناطق القاحلة وشبه القاحلة والجافة شبه الرطبة من انخفاض أو فقدان للإنتاجية والتنوع الإحيائيين أو الاقتصاديين لأراضي المحاصيل البعلية، وأراضي المحاصيل المروية، أو مراتع الماشية

ويعتبر التصحر من المسائل الهامة في إطار القواعد والأحكام المتعلقة باللاجئين<sup>(١)</sup>، لأنه إذا أصبحت الأرض غير صالحة للحياة بسبب التصحر، فإن سكان تلك الأرض سوف يهجرونها بشكل دائم بحثاً عن مكان أفضل للحياة<sup>(٢)</sup>.

وقد أصدرت الأمم المتحدة نشرة تفسيرية عن اتفاقية مكافحة التصحر عام ٢٠٠٨، أوضحت فيها أن التصحر لا يشير إلى اتساع مساحة الصحراء الحالية، وإنما هو حالة تنشأ نتيجة تعرض الأراضي الجافة، التي تمثل ثلث مساحة الأراضي في العالم، للإفراط في الاستغلال أو الاستخدام غير الملائم. ويعد الفقر وعدم الاستقرار السياسي وإزالة الغابات والإفراط في استغلال المراعي وسوء الري، من الممارسات التي تقوض من القدرة الإنتاجية للأرض<sup>(٣)</sup>.

وتشير التقارير الصادرة عن الأمم المتحدة بأن هناك أكثر من مائتي وخمسين مليون شخص متأثرين بشكل مباشر من الأضرار الناتجة عن التصحر، كما أن هناك حوالي بليون شخص في أكثر من مائة دولة معرضين لخطر التصحر، وتشمل تحديداً الأشخاص الذين يعانون من الفقر والضعف السياسي، وقد ترتب على ذلك زيادة عدد المهاجرين الدوليين من ١٧٣ مليوناً عام ٢٠٠٠ إلى ٢٤٤ مليوناً عام ٢٠١٥<sup>(٤)</sup>.

والمراعي والغابات والأحراج، نتيجة لاستخدامات الأراضي أو لعملية ما أو مجموعة من العمليات، بما في ذلك العمليات الناجمة عن الأنشطة البشرية وأنماط السكنى، مثل:

١. تعرية للتربة بفعل الرياح و/أو المياه.
٢. تدهور الخواص الفيزيائية والكيميائية والإحيائية أو الاقتصادية للتربة.
٣. فقدان الطويل الأجل للغطاء النباتي الطبيعي.

<sup>(١)</sup> ويعتبر التصحر من العوامل التي تؤدي إلى الهجرة الدائمة لسكان المناطق التي أصابها التصحر. راجع:

Olivia Dun & François Gemenne, Defining 'Environmental Migration, Forced Migration Review, 2008, p. 10.

<sup>(٢)</sup> ويترتب على ترك الأرض غير مأهولة بسبب التصحر عدم إمكانية استعادة قدرتها على أن تصبح مأهولة مرة أخرى في المستقبل. أنظر:

Benoit Mayer, The International Legal Challenge of Climate-Induced Migration: Proposal for an International Legal Framework, Colorado Journal of international Environmental Law and policy, 2011, p. 390.

<sup>(٣)</sup> راجع:

UNCCD Publications, UNCCD Convention Explanatory Leaflet, January 1<sup>st</sup>, 2008, p.2.

<sup>(٤)</sup> راجع: الأمم المتحدة، اليوم العالمي لمكافحة التصحر والجفاف، ١٧ يونيو، ٢٠١٧، متاح من خلال الرابط التالي:

(<http://www.un.org/ar/events/desertificationday/>) آخر زيارة للموقع في ٩ يوليو ٢٠١٧

Also: Leena Ninan, Fighting against ourselves: Efforts to Combat Desertification and Land Degradation, Currents: International Trade Law Journal, 2001, p. 66.

والتصحر من المخاطر البيئية التي يمكن أن تؤثر على الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، وإن كان أثرها سيغدو أكثر حدة على الدول النامية، خاصة في الدول الإفريقية، وذلك بسبب معدل النمو المفرط للسكان في ظل النقص الشديد في الموارد الطبيعية والقدرة الإنتاجية للأراضي الزراعية، إذ تشير الإحصائيات إلى أن حوالي ٣٢٥ شخص في أفريقيا معرضين لخطر التصحر - وهو ما يمثل نصف عدد سكان قارة إفريقيا تقريباً - فعلى سبيل المثال، زاد عدد سكان نيجيريا من ٣٣ مليون نسمة عام ١٩٥٠ إلى ١٣٤ مليون نسمة عام ٢٠٠٦، الأمر الذي دفع المزارعين إلى إجراء حرث هامشي للأراضي الزراعية للوفاء باحتياجات السكان من المواد الغذائية، ونتج عن ذلك تحول أراضي الدولة تدريجياً إلى صحراء<sup>(١)</sup>.

ويترتب على التصحر وتدهور الأراضي خسائر اقتصادية فادحة تقدر بحوالي ٤٩٠ بليون دولار سنوياً. ويقرر بعض المحللين بأن تجنب تدهور الأراضي، من خلال اتباع سياسات الإدارة المستدامة، سوف يدر عائداً ومزايا اقتصادية تقدر بحوالي ١,٤ تريليون دولار سنوياً<sup>(٢)</sup>.

وتعد منطقة الساحل الإفريقي من أبرز الحالات على سوء إدارة التربة لفترة زمنية طويلة مما أدى إلى إصابة الأرض بالتصحر ونزوح السكان منها، فبالإضافة إلى ظروف الجفاف التي أصابت منطقة الساحل لعقدين من الزمان، ساهم النشاط الإنساني في الإضرار بقدرة المنطقة على الاستمرار<sup>(٣)</sup>.

(١) وذات الأمر ينطبق على دولة النيجر، التي تضاعف عدد سكانها خلال العشرين عاماً المنصرمين، الأمر الذي يمثل ضغطاً هائلاً على ما يقل عن ١٢% من مساحة أراضي الدولة التي يمكن زراعتها. راجع في هذا الشأن:

United Nations Economic and Social Council, Africa Review Report on Drought and Desertification, Economic Commission for Africa, Fifth Meeting of the Africa Committee on Sustainable Development (ACSD-5) Regional Implementation Meeting (RIM) for CSD-16, Addis Ababa, 22-25 October 2007, para. 20, p. 5-6. (hereinafter referred to as Africa Review Report on Drought and Desertification).

(٢) انظر في هذا الشأن:

UNCCD, Achieving Land Degradation Neutrality at the country level: Building blocks for LDN Target Setting, 18 October, 2016, p. 2.

(٣) وتعتبر منطقة الساحل الإفريقي أيضاً من أبرز الأمثلة على الهجرة الجماعية بسبب التصحر. انظر: Jessica B. Cooper, op. cit., p. 504-507.

فقد اتسمت منطقة الساحل الإفريقي بالزيادة السكانية الهائلة لسنوات طويلة قبل أن تعاني من الجفاف والتصحر، الأمر الذي دعا إلى القيام بأعمال الزراعة بشكل مكثف لتغطية احتياجات السكان من الطعام، مما أدى إلى استنفاد الأراضي الصالحة للزراعة وعدم إعطائها الفرصة لاستعادة قدرتها، وبما أن اعتماد السكان في الزراعة على الأمطار الغزيرة التي تسقط في مواسم الأمطار، فإن قيام السكان باستنفاد الأرض الزراعية قد أدى إلى أصابتها بالتصحر نتيجة الجفاف الذي حدث في الفترة من ١٩٦٨ إلى ١٩٧٣ ثم مرة أخرى من ١٩٨٢ إلى ١٩٨٤، مما نجم عنه نقص مساحة الأرض الزراعية بمعدل ثلاثة أميال في السنة الواحدة.

وهكذا، ترتب على الجفاف والتصحر الذي أصاب منطقة الساحل الإفريقي، نزوح ملايين الأشخاص إلى دول أخرى. ففي خلال فترة الجفاف الأولى، الممتدة من ١٩٦٨ إلى ١٩٧٣، نزح إلى ساحل العاج فقط أكثر من مليون وأربعمائة ألف من سكان منطقة الساحل<sup>(١)</sup>.

وذهب رأي إلى أن كارثة منطقة الساحل التي أدت إلى هجرة عدد كبير من السكان، لم تكن ناتجة فقط عن المخاطر البيئية، وإنما كان للنزاع السياسي والعسكري الذي ساد المنطقة أثراً في ذلك<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من اتفاقنا، مع الرأي السابق، في أن نزوح السكان قد لا يستند فقط إلى عوامل بيئية بحتة، وإنما يستند أيضاً إلى عوامل أخرى ناتجة عن عدم الاستقرار السياسي وغيرها من العوامل الاقتصادية والاجتماعية، إلا أننا نؤكد مع ذلك - أن تلك العوامل، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، لا يمكن الاستناد إليها مباشرة كأساس قانوني لمنح وصف اللاجئين، وفقاً لاتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧، إلا إذا تمكن طالب اللجوء من إثبات وجود اضطهاد، وفقاً للشروط والضوابط

(١) راجع:

Norman Myers with Jennifer Kent, op. cit., p. 74.

(٢) راجع:

Jessica B. Cooper, op. cit., p. 505-506.

الواردة في اتفاقية ١٩٥١. كذلك فإنه لا يجوز الاستناد إلى العوامل السابقة لمنح وصف "اللاجئ البيئي" للشخص المتضرر، وفقاً للنظام القانوني للجوء البيئي الذي ننادي به، وذلك ما لم يثبت طالب اللجوء البيئي أن هناك أضراراً بيئية جسيمة، قد نتجت عن العوامل السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، على نحو يؤثر على قدرته في استيفاء احتياجاته الأساسية اللازمة لمعيشته<sup>(١)</sup>.

وجاءت اتفاقية الأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو من التصحر، وبخاصة في أفريقيا، لترسي العديد من القواعد والمبادئ الدولية التي تهدف إلى معالجة تلك المشكلة التي ترتب آثاراً خطيرة على الأفراد والمجتمعات. وكان من شأن تلك الاتفاقية أن تركز على مشكلة التصحر التي تضرب القارة الإفريقية، بصفة خاصة، نظراً إلى أن وضع الاتفاقية قد جاء نتيجة مطالبات وضغوط الدول الإفريقية، بضرورة إيلاء اهتمام خاص لمعالجة مشكلة التصحر، أثناء قمة الأرض في ريو دي جانيرو عام ١٩٩٢. ويلاحظ أن تلك الاتفاقية لم تقتصر فقط على معالجة مشكلة التصحر، وإنما تناولت المشاكل الأخرى التي تؤدي إلى التصحر، أو الناجمة عنها، وتحديداً: الجفاف، ونقص المياه الطبيعية العذبة، والفقر<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: نقص موارد المياه العذبة:

تعاني العديد من المناطق في العالم من نقص موارد المياه العذبة، والتي تعزو في العديد من الحالات إلى زيادة متطلبات الري وغيرها من المتطلبات الصناعية الأخرى.

(١) راجع:

Gaim Kibreab, op. cit., p. 373-375.

ويؤكد هذا الرأي أن الهجرة البيئية قد تستند إلى العديد من العوامل، ولكن يظل العامل الأساسي هو الاضطرابات البيئية.<sup>(٣)</sup> ولم يكن مؤتمر ريو هو المحاولة الأولى من أجل تبني اتفاقية دولية لمعالجة مشكلة التصحر، وإنما سبق ذلك محاولة بدأت في سبتمبر عام ١٩٧٧، عندما عُقد مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التصحر في نيروبي، كينيا، لمعالجة مشكلة التصحر في الميدان الدولي، وقد نتج عن هذا المؤتمر تبني الأمم المتحدة لخطة عمل مكافحة التصحر، وهي وثيقة غير ملزمة لم يكتب لها النجاح في تحقيق الهدف منها. ويرجع السبب الرئيسي في فشل مؤتمر الأمم المتحدة لعام ١٩٧٧، وخطة العمل الناتجة عنه بشأن التصحر إلى عدة أسباب، أهمها: ١. عدم توافر التمويل الكافي للمشروعات التي تحد من التصحر، وفقاً لخطة العمل، ٢. عدم وجود تقييم ملائم وفعال لآثار خطة العمل، ٣. غياب التخطيط والتنسيق بين الدول بشأن تطبيق خطة العمل. راجع:

Alon Tal and Jessica A. Cohen, Bringing "Top-Down" to "Bottom-Up": A New Role for Environmental Legislation in Combating Desertification, *The Harvard Environmental Law Review*, 2007, p. 174.

ونظراً للأهمية الخاصة لموارد المياه العذبة، فإن قواعد القانون الدولي للبيئة قد بدأت في التبلور من خلال تنظيم مجاري المياه والأنهار في أوائل القرن التاسع عشر، عندما أبرمت معاهدة باريس عام ١٨١٤، مشتملة على المبادئ التي تحكم تنظيم استخدام مياه نهر الراين بين الدول التي تمر بها، كما وضعت، منذ عام ١٨١٥، العديد من الاتفاقيات الدولية المنظمة لمناطق المياه العذبة الحدودية<sup>(١)</sup>.

ويبدو تأثير هذه المشكلة، على وجه التحديد، بالنسبة للبلدان التي تعاني من ندرة موارد المياه الطبيعية، الأمر الذي ينطبق على العديد من الدول العربية. فقد حذر تقرير نُشر في اليابان إلى أن المنطقة المعروفة باسم الهلال الخصيب، والتي تمتد من العراق وسوريا وحتى لبنان والأردن وفلسطين، سوف تفقد كل خواصها الخصبة ومن المتوقع أن تختفي قبل نهاية القرن الحالي، نتيجة تدهور إمدادات المياه من الأنهار الرئيسية<sup>(٢)</sup>.

وتشير الإحصائيات الصادرة عن الأمم المتحدة إلى أن هناك أكثر من مليار شخص، في الوقت الراهن، لا يستطيعون الحصول على المياه العذبة، وسوف تتزايد تلك الأعداد بنسبة ٣٠% بحلول عام ٢٠٣٠. كذلك فإنه من المتوقع، بحلول عام ٢٠٢٥، أن يعيش ما يجاوز ٢,٤ مليار شخص حول العالم في مناطق تعاني من نقص شديد في موارد المياه العذبة، مما سيؤدي إلى نزوح أكثر من سبعمائة مليون شخص قبيل عام ٢٠٣٠<sup>(٣)</sup>.

والحقيقة أن من شأن الممارسات الإنسانية غير الرشيدة أن تساهم في تفاقم مشكلة

(١) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢) راجع:

Mostafa K. Tolba and Najib W. Saab, Arab Environmental Climate Change, Impact of Climate Change on Arab Countries, Report of the Arab Forum for Environment and Development, 2009, p. 7

(٣) وقد أشار التقرير إلى أنه في الفترة ما بين ١٩٩١ و٢٠٠٠ قضي ما يزيد عن ٦٦٥ ألف شخص نحبهم بسبب ٢٥٥٧ كارثة طبيعية، ٩٠% من تلك الكوارث كانت متعلقة بالمياه. انظر بشك عام، فيما يتعلق بتلك الأرقام والإحصائيات:

UNCCD Publications, Desertification: The Invisible Frontline-Second Edition, 12 November, 2014.

بل يذهب البعض إلى أن نقص موارد المياه الطبيعية من شأنه أن يؤثر على عدد يتراوح بين ٢ إلى ٣ مليار شخص بحلول عام ٢٠٢٠، ويعني ذلك معاناة شخص واحد من كل ثلاثة أشخاص، مقارنة بالوضع الحالي الذي يعاني من نقص موارد المياه شخص واحد من كل عشرة أشخاص. راجع بشأن تلك الأرقام والإحصائيات:

Jean-francois Rechard, High Noon: 20 Global Problems, 20 Years to solve them, Basic Books, 2003, p. 83.

نقص موارد المياه العذبة نتيجة التوسع في بناء السدود على الأنهار الدولية، وأساليب الري غير المستدامة للأراضي الزراعية، وارتفاع معدلات استهلاك الأفراد للمياه في العديد من البلدان عن المعدلات العالمية، مما يساهم في زيادة المشكلة<sup>(١)</sup>.

وقد أدركت القارة الأفريقية أهمية المياه، مما دفعها إلى إفراد نص خاص بالمياه في الاتفاقية الإفريقية للحفاظ على الطبيعة والموارد الطبيعية، ألزمت بموجبه الدول الأطراف بضرورة إدارة موارد المياه بطريقة تحافظ على كميتها وجودتها، من خلال اتخاذ التدابير والسياسات المتعلقة باستخدام المياه الجوفية والسطحية ومياه الأمطار، في سبيل حماية صحة الإنسان ضد تلوث المياه والأمراض الناشئة عنها، والحرص على تزويد السكان بشكل مستمر بالمياه النظيفة الصحية اللازمة لبقائهم<sup>(٢)</sup>.

وفيما يتعلق بري الأراضي الزراعية، فإنها تستهلك حالياً حوالي ٧٠% من الاحتياجات العالمية للمياه العذبة، وتشير التوقعات إلى زيادة تلك النسبة بحلول عام ٢٠٢٠، للوفاء بالزيادة في احتياجات طعام السكان التي قد تصل إلى ٤٠% أو أكثر. ووفقاً للدراسات الحالية، فإن أكثر من نصف المياه التي يتم استخدامها في أنظمة الري لا تجد طريقها إلى المحصولات الزراعية، نتيجة وسائل الري المستخدمة التي تؤدي إلى تسريب وإهدار المياه دون جدوى<sup>(٣)</sup>.

ويعد التلوث من أبرز الأسباب التي تؤثر سلباً على وفرة وجودة المياه العذبة، فحوالي ٩٧% من مخزون العالم من المياه العذبة النقية متوافر في المياه الجوفية<sup>(٤)</sup>، التي

(١) راجع:

Mostafa K. Tolba and Najib W. Saab, op. cit., p. 7.

(٢) راجع: المادة (٧) من الاتفاقية الإفريقية للحفاظ على الطبيعة والموارد الطبيعية (المعدلة) التي اعتمدت في مابوتو، موزمبيق في ١١ يوليو ٢٠٠٣، ودخلت حيز النفاذ في ٢٣ يوليو ٢٠١٦. وتعتبر المادة (٧) تعديلاً للمادة (٥) الواردة في الاتفاقية الإفريقية للحفاظ على الطبيعة والموارد الطبيعية المعتمدة في الجزائر في ١٥ سبتمبر ١٩٦٨، ودخلت حيز النفاذ في ١٦ يونيو ١٩٦٩. وقد تضمنت المادة السابعة سالف الذكر من اتفاقية ٢٠٠٣ آليات وتدابير أكثر دقة وفعالية من تلك الواردة في المادة (٥) من اتفاقية ١٩٦٨، على سبيل المثال، حرصت المادة (٧) على النص بضرورة إدارة المياه على نحو يضمن المحافظة على صحتها ضد الأمراض الناشئة عنها، وكذلك الحرص على ضمان تزويد السكان بالمياه النظيفة اللازمة لمعيشتهم بشكل دائم ومستمر، وهي مسائل جوهرية لم يتم التطرق إليها في المادة (٥) من اتفاقية ١٩٦٨.

(٣) بل تشير الدراسات والإحصائيات إلى أن كل فرد يحتاج إلى كمية من المياه تصل إلى ألف مرة أكثر من الكمية اللازمة للوفاء باحتياجاته من الشرب، وذلك من أجل إنبات المزروعات اللازمة للوفاء باحتياجاته من الطعام. انظر بشأن ذلك:

Jean-francois Rechard, op. cit., p. 83-84.

(٤) لذلك دعا البعض إلى ضرورة وضع نظام قانوني دولي لحماية المياه الجوفية، وذلك بقوله:

تعرضت، إما للإفراط في الاستخدام، أو للتلوث بواسطة المواد الكيماوية أو الصناعية الناتجة عن الأنشطة الإنسانية، والتي تؤدي إلى تغيير خواص المياه الطبيعية على نحو لا يمكن تداركه<sup>(١)</sup>.

وحي بالذکر أن من شأن النقص الشديد في موارد المياه العذبة في المنطقة العربية خلال الأعوام القادمة أن يؤدي إلى وجود حالات كثيرة من النازحين خارج حدود دولهم، بسبب إمكانية إصابة العديد من المناطق بالجفاف والتصحر، مما يجعلها غير قادرة على الوفاء بالاحتياجات الأساسية لسكانها، حيث تشير الإحصائيات إلى أن مساحة الأراضي القابلة للزراعة سوف تكون قادرة على الوفاء باحتياجات نصف سكان العالم فقط<sup>(٢)</sup>.

وتعد أبرز القواعد والمعايير والآليات التي يمكن اتباعها للحد من الآثار السلبية التي تؤثر سلباً على موارد المياه العذبة:

- استخدام التكنولوجيا الحديثة، في سبيل:

---

"in light of the fact that groundwater constitutes 97 per cent of all freshwater reserves of the earth, and that these resources are threatened by pollution, in particular salinisation, it is urgent that groundwater aquifers be covered by more comprehensive international regulation." Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, International Environmental Law, Hart Publishing Ltd, 2011, p. 88.

<sup>(١)</sup> وقد يترتب على الإسراف في استعمال الأسمدة الكيماوية تلوث التربة وتسممها، ومن ثم تسرب تلك المواد الملوثة إلى المياه الجوفية. ويترتب أيضاً على النفايات، سواء كانت صلبة أو سائلة، عضوية أو غير عضوية، خاصة التي يتم دفنها في باطن الأرض، إلى إمكانية تحللها وتسرب المواد السامة الناتجة عنها إلى المياه الجوفية وتلويثها. راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٧٤، ١٧٩-١٨١.

كذلك حددت المادة (١٤) من قانون البيئة المصري رقم (٤) لسنة ١٩٩٤ تعريف المواد الملوثة للبيئة المائية بأنها: "أية مواد يترتب على تصريفها في البيئة المائية بطريقة إرادية أو غير إرادية تغيير في خصائصها أو الإسهام في ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على نحو يضر بالإنسان أو بالموارد الطبيعية أو بالمياه البحرية أو تضر بالمناطق السياحية أو تتداخل مع الاستخدامات الأخرى المشروعة للبحر".

<sup>(٢)</sup> فقد أورد الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بعض الإحصائيات عن الأراضي الزراعية، والتوقعات المستقبلية بشأن تراجع مساحتها وإنتاجيتها، على نحو ينبأ بأبعاد الأضرار الجسيمة التي ستصيب الأشخاص في مختلف بقاع الأرض جراء ذلك، حيث جاء في الإحصائيات التي أوردها ما يلي: "الأراضي المرورية تبلغ مساحتها حوالي ٢٣٧ مليون هكتار، وتمثل ١٦% فقط من مجموع أراضي الحاصلات، ولكنها تعطي أكثر من ثلث ما يحصده في العالم. وإذا كان نصيب الفرد من الأراضي المرورية قد بلغ قمته في منتصف السبعينات، إلا أنه أخذ منذ ذلك الحين في الهبوط بنسبة ٦%". راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٦٧.

كذلك فإن المملكة العربية السعودية، التي تتسم أجزاء شاسعة من إقليمها بأنها أجزاء صحراوية، بعدم وجود موارد مياه لتطوير وزراعة تلك الأراضي الزراعية، ولا يوجد لديها سوى مجموعة من الآبار، أثبتت بعض الدراسات عدم صلاحيتها للاستهلاك والاستعمال المباشر، بدون معالجتها. انظر:

Arthur Ryzak, Transboundary Aquifers of the Arabian Peninsula, UNESCO-IHP, 2006, p.

2.



أ. تطوير أنظمة الري السائدة، مثل الري بالتنقيط أو أنظمة الرش الدقيق، والأجهزة والأدوات التي تمنع الجفاف والتصحر، واستحداث آليات ووسائل لري المزروعات التي تستهلك كميات هائلة من المياه، مثل الأرز.

ب. تحلية مياه البحر، لكي تكون مصدراً غزيراً لتوفير المياه النقية في المستقبل، وإذا كانت تحلية مياه البحر تعتبر عملية مكلفة في الوقت الراهن، فإن من شأن التكنولوجيا الحديثة التوصل إلى وسائل أقل كلفة، كما إذا تم ابتكار أجهزة وفلاتر تهدف إلى عزل الملح من مياه البحر بشكل مباشر<sup>(1)</sup>.

- تطوير السياسات والآليات الوطنية المتعلقة بالمياه، في سبيل:

أ. زيادة الوعي العام بأهمية المياه، وبالمخاطر التي يمكن أن تصيب المجتمع في حالة نقص موارد المياه العذبة أو تلوثها.

ب. وضع قوانين تتضمن عقوبات صارمة على الأشخاص والجهات التي تستخدم وسائل أو تتبع سلوكيات من شأنه تلويث المياه أو الانقاص من جودته أو كميته.

ت. زيادة تعريف استهلاك المياه بالنسبة للأفراد والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية، حتى لا يكون هناك إفراط غير مبرر في استهلاك المياه.

- التعاون الدولي في تبادل التكنولوجيا الحديثة والمعلومات والخبرات والتدريبات، في مجال الإدارة والاستخدام المستدام لموارد المياه المتوفرة، وتطوير واستحداث موارد إضافية للمياه.

رابعاً: إزالة الغابات:

تتكون الغابات من مساحات شاسعة من الأشجار الخشبية التي تلعب دوراً بارزاً في التأثير على بيئة ومناخ الإقليم الذي تتواجد به. وتتنوع الغابات ما بين غابات استوائية، وتغطي مساحة ١,٧٦ مليار هكتار، أي ٤٢% من إجمالي مساحة الغابات في العالم، وغابات شمالية، وتغطي مساحة ١,٣٧ مليار هكتار، أي حوالي ٣٣% من مساحة

(1) راجع:

الغابات في العالم، وغابات معتدلة، وتغطي مساحة ١,٠٤ مليار هكتار، أي ٢٥% من مساحة الغابات في العالم<sup>(١)</sup>.

وللغابات أهمية بارزة من النواحي البيئية والاقتصادية والاجتماعية؛ فهي المحدد الرئيسي للمناخ الإقليمي والعالمي، وهي المنظم والمحدد لجودة المياه العذبة، من خلال تقليل معدل تآكل التربة وتنقية الملوثات وتنظيم معدل تدفق المياه، كما تمثل مصدراً هاماً للطعام والمأوى والطاقة والدواء ومواد البناء والمنتجات الورقية، وتساهم الغابات أيضاً في الحفاظ على التنوع الإحيائي، حيث يوجد ثلثي الكائنات الأرضية في منطقة الغابات، وتساعد في حجز الكربون، مما يجعلها تلعب دوراً بارزاً في مكافحة ظاهرة الاحتباس الحراري، الذي يحدث، بشكل أساسي، نتيجة ارتفاع نسبة الكربون في الهواء<sup>(٢)</sup>.

وغالباً ما تتم عملية إزالة الغابات إما بسبب العوامل الطبيعية، كالحرائق والرياح والكوارث الطبيعية الأخرى، أو بسبب الأنشطة الإنسانية التي تستهدف قطع الأشجار، سواء لاستغلال تلك الأشجار في الأغراض التجارية، كاستخدام الأخشاب في الصناعات أو في توفير الطاقة، أو لاستغلال الأرض التي تم إخلائها من الأشجار في الأغراض الزراعية<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فإن إزالة الغابات تعد من الظواهر التي ترتب آثاراً خطيرة على البيئة والإنسان والطاقة:

- فمن ناحية تأثيرها على البيئة:

(١) وفقاً لإحصائية قامت بها منظمة الأغذية والزراعة عام ٢٠١٠، فإن الغابات تمثل حوالي ٣٠% من مجموع مساحة الرقعة الأرضية، أي ما يعادل ٣,٨ بليون هكتار، وتتواجد تقريباً ٢٥% من الغابات في أوروبا، و٢١% في جنوب أمريكا، و١٧% في شمال ووسط أمريكا، و١٧% في أفريقيا، و١٥% في آسيا، و٥% في أوقيانوسيا. راجع في هذا تلك الإحصائيات: Christiane Runyan, Global deforestation, Cambridge University Press, 2016, p. 1.

(٢) راجع:

Jean-francois Rechard, op. cit., p. 80.

بل يذهب البعض إلى أن صعود وهبوط العديد من الحضارات في التاريخ الإنساني قد تم تحديده بسبب استخدامهم أو إفراطهم في استخدام الغابات، لمزيد من المعلومات عن أثر الغابات على النواحي البيئية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات، راجع بصفة عامة:

Christiane Runyan, op. cit. p. 1 et seqq.

(٣) راجع:

Henk Folmer and H. Cornelis Van Kooten, Solutions for the World's Biggest Problems, Cambridge University Press, 2007, p. 125.

أولاً: تساهم الغابات في حجز المياه وتنظيم تدفقها، وتحسين صرف الأمطار، وبالتالي فإن فقد الغابات من شأنه أن يؤدي إلى الانهيار الوحلي والفيضانات الشديدة، وبما إن إزالة الغابات يؤدي إلى فقدان مياه الأمطار بشكل سريع، فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى حالات جفاف شديدة خلال فترة عدم هطول الأمطار، ومثال ذلك: إزالة غابات الهيمالايا التي أثرت بشكل جسيم على المناطق المنخفضة من بنجلاديش، كذلك الظواهر المستمرة للفيضان والجفاف التي تقع في منطقة وادي جانجيز Ganges Valley على إثر إزالة الغابات، والتي طالما ما كلفت الهند وحدها ما يعادل مليار دولار سنوياً<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تساهم الغابات بفعالية في المحافظة على التنوع الإحيائي، لذلك فهي تعتبر مصدراً وفيراً للعديد من المواد، خاصة في مجال الصيدلانية، وعليه فإن إزالة الغابات من شأنه التأثير على التنوع الإحيائي، على نحو يؤدي إلى فناء العديد من الكائنات الحية، التي يتم الاعتماد عليها لتوفير العلاج للعديد من الأمراض<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: تلعب الغابات دوراً محورياً في حجز الكربون أكثر من أي نظام بيئي آخر، وبالتالي فإن من شأن إزالة الغابات إطلاق كميات هائلة من الكربون في الهواء على نحو يؤدي إلى زيادة غاز الدفيئة باعتباره العامل الرئيسي في تغير المناخ العالمي، بما يستتبعه من مشاكل بيئية أخرى، ومن أبرز تلك المشاكل الإخلال بنظام ومعدل هطول الأمطار، كما هو الحال بالنسبة لأجزاء كبيرة في بنما وكوستاريكا وساحل العاج وتنزانيا والهند والفلبين، كما كان من شأن تراجع هطول الأمطار الذي صاحب تقلص مساحات الغابات في ماليزيا منذ عام ١٩٦٠، أن فقدت الدولة ما يعادل ٢٠ ألف هكتاراً من حقول الأرز، فضلاً عن تناقص إنتاجية ٧٢ ألف هكتاراً آخرين. وبشكل عام، فإن زوال الغابات قد أدى إلى اندثار

<sup>(١)</sup> انظر بشأن أكبر فيضان ضرب نهر جانجيز مؤخراً:

Navin Singh Khadka, India Ganges Floods Break Previous Records, BBC, 30 August 2016, Available at:

<http://www.bbc.com/news/world-asia-india-37217679> (Last visited on 11 July 2017).

<sup>(٢)</sup> راجع:

Jean-francois Rechard, op. cit., p. 82.

أعداد هائلة من الكائنات<sup>(١)</sup>.

- ومن ناحية تأثيرها على الإنسان، فإنها، كنتيجة مباشرة لتأثيرها على البيئة، قد أدت إلى الهجرة القسرية الجماعية لأعداد كبيرة من الأشخاص في دول مثل الفلبين وإثيوبيا ومدغشقر وبيرو وهايتي.

- ومن ناحية تأثيرها على الطاقة، فسوف تؤدي إلى قصور في إمدادات الطاقة المعتمدة على الأخشاب، والتي تمثل مع الفحم نصف إمدادات العالم من الطاقة و ٣٠% من الاستهلاك العالمي للطاقة، حيث يعتمد عليها ٢ مليار شخص في الدول النامية، ومع الزيادة الهائلة المتوقعة في عدد السكان، فإن قطع أشجار الغابات سوف يتزايد بنسب تجعلها غير قادرة على التجدد<sup>(٢)</sup>.

وحرى بالذكر أن مشكلة إزالة الغابات تبرز، بشكل خاص، في القارة الأفريقية، حيث تهدف العديد من دول القارة الإفريقية إلى إزالة الغابات المتواجدة على إقليمها، إما لتوسيع مساحة الرقعة الزراعية أو لتوفير الطاقة المعتمدة على الأشجار لاستخدامها في التدفئة أو الطبخ، إذ أن العديد من الدول الإفريقية تعتمد بشكل جوهري على الطاقة المستمدة من الأخشاب، مثال ذلك: بوروندي تعتمد عليها بنسبة ٩١%، ورواندا ٩٠%، وموزمبيق ٨٩%، وبوركينا فاسو ٨٧%، وبنين ٨٦%، ومدغشقر والنيجر ٨٥%، ووفقاً للإحصائيات، فإن معدل إنتاج واستهلاك وقود الأخشاب قد تضاعف خلال الأعوام الماضية، ويتزايد بنسبة نصف في المائة كل عام، مما يعني زوال تلك الغابات نهائياً بحلول عام ٢٠٥٠، والمساهمة بشكل كارثي في تغير المناخ، وانهيار التنوع الإحيائي والتصحر<sup>(٣)</sup>.

ونظراً للمخاطر الجسيمة التي تترتب على إزالة الغابات، فقد بدأت العديد من الدول

(١) راجع:

Norman Myers with Jennifer Kent, Environmental Exodus, op. cit., p. 37-38.

(٢) راجع بشأن تقلص مساحات الغابات منذ عام ١٩٩٠ حتى عام ٢٠١٦:

Christiane Runyan, op. cit., p. 10.

(٣) راجع:

Africa Review Report on Drought and Desertification, op. cit., para. 17 p. 4.

ولا مرء أن الزيادة الهائلة في عدد سكان القارة الإفريقية- يعززها نقص الموارد المتاحة- من شأنها تعزيز إزالة الغابات بمعدل متسارع للوفاء باحتياجات السكان الملحة. ذات المرجع، الفقرة ٢٠، ص ٥.

في اتخاذ تدابير متمثلة في إعادة تشجير الغابات afforestation وذلك للتقليل من تقلص مساحات الغابات في العالم، مثال ذلك: قيام الصين بإعادة تشجير الغابات على نحو أدى إلى زيادتها بما يعادل ٢ مليون هكتار سنوياً منذ عام ١٩٩٠، ثم ارتفع معدل التشجير ليصل إلى ٣ مليون هكتار سنوياً منذ عام ٢٠٠٠، والأمر ذاته تم إتباعه في أوروبا، مما أدى إلى زيادة مساحة الغابات بمعدل ٠,٧ مليون هكتار سنوياً، في الفترة من عام ٢٠٠٠ حتى عام ٢٠١٠، كما زادت مساحة الغابات في بعض دول شمال ووسط أمريكا نتيجة إعادة تشجير الغابات، كما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية، وكوستاريكا، وكوبا<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، فإن القارة الإفريقية لازالت تعاني من النقصان في مساحة الغابات، نتيجة قطعها المستمر للوفاء بالاحتياجات الملحة للسكان، إلا أن بعض الدول الإفريقية قد بدأت في اتخاذ العديد من تدابير الإدارة المستدامة للغابات، على نحو قد أدى إلى تقليل معدل زول الغابات، فضلاً عن زيادة المساحات المحمية المخصصة للمحافظة على التنوع الإحيائي<sup>(٢)</sup>.

#### خامساً: الكوارث الطبيعية:

تعتبر الكوارث الطبيعية من المخاطر البيئية التقليدية قصيرة الأمد التي يكون أثرها مفاجئاً ومأساوياً، ولا يستمر لفترة طويلة، ويكون سببه ظواهر طبيعية، غالباً ما لا يكون للإنسان دخل في وقوعها، مثل الزلازل والبراكين والفيضانات، وذلك على عكس المخاطر البيئية التقليدية التي تتسم بأنها طويلة الأمد، وتقع خلال فترة زمنية طويلة، كما هو الحال بالنسبة للجفاف والتصحر ونقص موارد المياه وإزالة الغابات<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع:

Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), Global Forest Resources Assessment 2010, Main Report, p. 44-45.

(٢) ذات المرجع، ص ١٧٢-١٧٤.

(٣) ومع ذلك يذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يمكن إسناد وقوع الكوارث بشكل تام إلى فعل الطبيعة، وإنما كثيراً ما يكون للأنشطة الإنسانية أثراً في وقوعها، مثال ذلك الاحتباس الحراري الذي يؤدي إلى وقوع العديد من الحوادث المتعلقة بالمناخ. راجع:

Paul J. Govind and Robert R. M. Verchich, Natural Disaster and Climate Change, in International Environmental Law and the Global South, edited by: Shawkat Alam, Sumudu Atapattu, Carmen G. Gonzalez and Jona Razzaque, Cambridge University Press, 2015, p. 492-493.

ونظراً لآثار المدمرة للكوارث الطبيعية على حياة الإنسان واقتصادات الدول، فقد تم إنشاء مركز أبحاث علم أوبئة الكوارث The Centre for Research on Epidemiology of Disaster (CRED) عام ١٩٨٨، تحت رعاية منظمة الصحة العالمية، ومنظمة الأمم المتحدة للإغاثة في حالات الكوارث، والحكومة البلجيكية، وقد قام المركز بتعريف الكارثة بأنها: "حادثة أو واقعة، تقهر القدرة الوطنية، وتستدعي المساعدات الخارجية، على المستويين الوطني والدولي؛ وهي حادثة غير متوقعة، وغالباً مفاجئة، تسبب هلاك ودمار ومعاناة إنسانية شديدة"<sup>(١)</sup>، كما قام بإنشاء قاعدة بيانات الحوادث الطارئة (EM-DAT) The Emergency Events Database، وتشتمل على بيانات بالكوارث التي وقعت منذ عام ١٩٠٠ وحتى الوقت الراهن، وهي تساعد على توقع الكوارث المستقبلية وكيفية الاستعداد لمواجهتها<sup>(٢)</sup>.

وتقع العديد من الكوارث الطبيعية كل عام، على نحو يُخلف العديد من الخسائر في الأرواح والممتلكات، ففي الفترة من يناير ١٩٧٥ حتى أكتوبر ٢٠٠٨، سجلت قاعدة بيانات الحوادث الطارئة (EM-DAT) وقوع ٨,٨٦٦ كارثة تسببت في وفاة ٢,٢٨٣,٧٦٧ شخص، وفي عام ٢٠١١ فقط، وقعت ٣٠٢ كارثة تسببت في وفاة ٢٩,٧٨٢ شخص، بينما تأثر من تلك الكوارث ٢٠٦ مليون شخص آخرين، ونتج عنها

---

Also: Havidan Rodrigues, E. L. Quarantelli, and Russell Rowe Dynes, Handbook of Disaster Research, Springer 2006, p. 113-114.

<sup>(١)</sup> ووفقاً لهذا التعريف، فإن الكارثة إذا كانت تقع نتيجة عوامل طبيعية، فإنها أيضاً يمكن أن تقع بسبب الأعمال البشرية، لذا فإن الحروب والنزاعات الداخلية التي ينتج عنها دمار المنازل والبنية التحتية للمجتمعات وتشريد الأشخاص خارج ديارهم تعتبر ضمن مفهوم الكارثة. راجع:

Richard W. Schwester, Handbook of Critical Incident Analysis, Routledge Taylor and Francis Group, 2015, p. 36.

<sup>(٢)</sup> ولكي يتم إدراج الكارثة في قاعدة بيانات مركز أبحاث علم أوبئة الكوارث، فإنه يتعين استيفاء شرط واحد على الأقل من الشروط التالية: ١. أن يكون هناك تقارير مؤكدة بوفاة عشرة أشخاص أو أكثر، ٢. أن يكون هناك تقارير مؤكدة بتأثر مائة شخص على الأقل من جراء الكارثة، ٣. إعلان حالة الطوارئ، ٤. المطالبة بالمساعدة الدولية. وتشمل الكوارث التي يمكن إدراجها في قاعدة البيانات ما يلي: الزلازل، الأعاصير، البراكين، العواصف الثلجية، الفيضانات، انهيار المباني الحرائق، الحوادث النووية، التفجيرات، المواد الخطرة، مثل تسرب المواد الكيميائية والزيوت في الهواء والبحار وغيرها من المجاري المائية. لمزيد من المعلومات عن مركز أبحاث علم أوبئة الكوارث، وقاعدة بيانات الحوادث الطارئة، التي تشتمل على قائمة محدثة بشكل مستمر بالكوارث التي تقع في كافة مناطق العالم، انظر موقع المركز من خلال الرابط التالي:

<http://www.cred.be/> (آخر زيارة للموقع في ١٢ يوليو ٢٠١٧)

Also: Richard W. Schwester, op. cit., p. 36.

خسائر تقدر بثلاثمائة وستة وستين مليار دولار<sup>(١)</sup>.

وتعد الأعاصير والفيضانات من أكثر الكوارث الطبيعية وقوعاً في مناطق مختلفة في العالم، وغالباً ما ينجم عنها دمار شديد ومآسي إنسانية جسيمة، متمثلة في وفاة وإصابة أعداد كبيرة من السكان، ونزوح أعداد أخرى خارج مكان وقوع الكارثة، بحثاً عن ملاذ آمن. فقد أدى إعصار تسونامي الذي ضرب جنوب شرق آسيا عام ٢٠٠٤ إلى نزوح ما يقرب من مليون وثمانمائة ألف شخص، كما خلف أيضاً الزلزال الذي ضرب جنوب شرق آسيا أكثر من ثلاثة مليون شخص بدون مسكن. وترتب كذلك على سلسلة الزلازل التي ضربت هايتي إلى تشريد أكثر من مليون شخص. وفي الواقع، فإن هناك العديد من الحالات التي ساهمت فيها الكوارث الطبيعية في النزوح الجماعي للأشخاص عن مساكنهم، ويكفي أن نشير إلى أنه، وفقاً للتقديرات التي أعلنتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر وجمعية الهلال الأحمر في الفترة من ٢٠٠١ إلى ٢٠١٠، هناك حوالي ٢,٧ مليار شخص قد تأثروا بالكوارث الطبيعية<sup>(٢)</sup>.

كذلك، فإن من أبرز الأعاصير التي وقعت في الآونة الأخيرة، إعصار هايان Typhoon Haiyan في الفلبين عام ٢٠١٣-الذي يعتبر أقوى إعصار ضرب الفلبين في تاريخها- وترتب عليه وفاة أكثر من ٦ آلاف شخص وخسائر اقتصادية تقدر بثلاثة عشرة مليار دولار<sup>(٣)</sup>، وتعد الفلبين من الدول التي تضربها الأعاصير بشكل مستمر، مثال ذلك: إعصار ميلور وإعصار كوبو عام ٢٠١٥، وإعصار ساريكا وإعصار نوك تن عام

<sup>(١)</sup> راجع:

Debarati Guha-Sapir, Olivia D'Aoust, Femke Vos and Phillipe Hoyois, The Frequency and Impact of Natural Disasters, in The Economic Impact of Natural Disasters, Edited by: Debarati Guha-Sapir and Indhira Santos, Oxford University Press, 2013, P. 7-8.

<sup>(٢)</sup> راجع في هذا الشأن:

International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, World Disasters Report 2011, p. 200.

<sup>(٣)</sup> راجع:

Tessa Kelly and Lucio Cipullo, Typhoon Haiyan: Shaping the Future of Legal Preparedness for International Disaster Relief, Human Rights Defender, Volume 23, Issue 1, April 2014, p. 11-13.

٢٠١٦<sup>(١)</sup>، وهناك أيضاً إعصار ساندي الذي ضرب الولايات المتحدة الأمريكية عام ٢٠١٢، وأدى إلى وفاة ١٥٩ شخص، وتسبب في خسائر مادية وصلت إلى ٢٢ مليار دولار، وكذلك إعصار إيناوا الذي ضرب مدغشقر في مارس ٢٠١٧، وأدى إلى وفاة ٣٨ شخص وتشريد ٥٣ ألف شخص<sup>(٢)</sup>.

ومن أبرز الأمثلة على الفيضانات التي وقعت مؤخراً وترتب عليها خسائر في الأرواح وتشريد للسكان، ذلك الفيضان الذي وقع في موزمبيق منذ ديسمبر عام ٢٠١٦، وأدى إلى وفاة ٢٤٦ شخص، وتشريد ما لا يقل عن ألفين شخص آخرين<sup>(٣)</sup>.

وقد أجرى العديد من العلماء في الغرب عدة دراسات علمية لتوقع زمن وحجم الكوارث التي يمكن حدوثها في أماكن محددة، منها، ما توقعه علماء البيئة في كلية هارفارد للهندسة والعلوم التطبيقية بصدور وقوع حرائق هائلة في غابات الولايات المتحدة بحلول عام ٢٠٥٠ لمدة ثلاثة أسابيع، وبمعدل يتجاوز ثلاثة أضعاف المعدل الحالي. وقد أكدت هيئة المسح الجيولوجي الأمريكية ودائرة الغابات أن مساحة الغابات التي تعرضت للحريق قد تضاعفت منذ عام ١٩٩٩، الأمر الذي يدل على صحة تلك التوقعات<sup>(٤)</sup>.

وفي أوائل أغسطس ٢٠١٤، حذر مكتب الأرصاد الجوية الأيسلندي من إمكانية وقوع انفجار لبركان بارداربونجا Bardarbunga بناء على التوقعات التي أوردها عدد من

<sup>(١)</sup> لمزيد من المعلومات حول أقوى الأعاصير في تاريخ الفلبين، انظر:

10 Worst Typhoons that Went Down in Philippine History, available at:

<http://www.m2comms.com/blog/2016/8/3/10-worst-typhoons-that-went-down-in-philippine-history>

<sup>(٢)</sup> راجع:

BBC, Cyclone Enawo: Madagascar death toll rises to 38, 11 March 2017, available at:

<http://www.bbc.com/news/world-africa-39241011> (last visited on 12 July, 2017).

<sup>(٣)</sup> راجع الأخبار التي أوردها جريدة "تلجراف" بشأن الفيضان الذي ضرب زمبابوي وأثاره المدمرة:

Peta Thornycroft, Zimbabwe appeals for aid after devastating floods leave 246 dead, 3 March 2017, Available at:

<http://www.telegraph.co.uk/news/2017/03/03/zimbabwe-appeals-aid-devastating-floods-leave-246-dead/> (last visited on 12 July, 2017).

<sup>(٤)</sup> راجع:

Roxanne Lignier and David Moore, 10 Major Natural Disasters Predicted in the Near Future, Our World, May 25, 2015. Available at: <http://listverse.com/2015/05/25/10-major-natural-disasters-predicted-in-the-near-future/> (Last visited on April 24, 2017).



العلماء المتخصصين. واستند العلماء في توقعاتهم إلى وقوع عدة زلازل حول المكان مما يندر بوقوع انفجار بركاني. وتوقع العلماء أيضاً الآثار البيئية الأخرى التي يمكن أن تترتب على هذا الانفجار البركاني، فمنهم من توقع أن الجليد حول البركان سوف يذوب مما يؤدي إلى وقوع فيضان، بينما ذهب جانب آخر إلى أن من شأن هذا البركان أن يؤدي إلى عدة انفجارات بركانية أخرى لمسافة تمتد حتى مائة كيلومتر جنوب غرب آيسلندا مؤدياً إلى إثارة بركان آخر يطلق عليه تورفاجكول Torfajökull، مما ينجم عنه تدمير عدة أنهار رئيسية تعتبر مصدراً أساسياً للطاقة الكهرومائية في آيسلندا. وبعد عدة أيام بدأ النشاط البركاني أسفل الكتل الجليدية واستمر لمدة أسبوع حتى انفجر واستمر في قذف الحمم البركانية لمدة ستة أشهر حتى ٢٨ فبراير ٢٠١٤.

ويعد هذا البركان ضمن أسوأ الكوارث الطبيعية التي حدثت في تاريخ البشرية، نظراً للأضرار الجسيمة التي ترتبت عليه، حيث قدرت الخسائر البشرية الناجمة عن هذا البركان بحوالي ستة مليون شخص، كما أدت انبعاثات الغازات البركانية السامة إلى قتل ٥٠% من الماشية في آيسلندا، مما عرض ٢٥% من السكان لخطر المجاعة، ليس هذا فحسب، فقد ترتب على الانفجار البركاني زيادة درجة الحرارة على المستوى العالمي، مما ساهم في تفاقم مشكلة تغير المناخ<sup>(١)</sup>.

وفي أبريل ٢٠١٤، وقع زلزال بالقرب من مدينة إيكوي Iquique التشيلية نتج عنه تشققات أرضية وتسونامي. وتوقع العلماء إمكانية حدوث زلازل أكثر قوة وتدميراً في المستقبل<sup>(٢)</sup>.

كما توقع أحد العلماء اليابانيين الذي سبق وتوقع بحدوث زلزال توهوكو Tōhoku عام ٢٠١١ قبل وقوعه بأربع سنوات ونتج عنه موجة تسونامي التي بلغ ارتفاعها تسعة أمتار، بأن هناك زلزال قد يصل إلى قوة ٩ بمقياس ريختر سوف يضرب اليابان عام

(١) لمزيد من المعلومات عن بركان باردابونجا وآثاره المدمرة، أنظر التقارير التفصيلية المنشورة على الموقع التالي: <http://en.vedur.is/earthquakes-and-volcanism/articles/nr/2947> (آخر زيارة للموقع في ٢٥ أبريل ٢٠١٧)

(٢) راجع:

٢٠١٧. وعلاوة على ذلك، فإن هناك توقعات أخرى بوقوع انفجار بركاني لجبل فوجي في اليابان في الفترة ما بين عامي ٢٠١٥ و٢٠٥٣، وزلزال وتسونامي في ولاية أوريغون بالولايات المتحدة الأمريكية في الفترة ما بين عامي ٢٠١٥ و٢٠٦٥، وانغمار الساحل الشرقي للولايات المتحدة الأمريكية في الفترة ما بين عامي ٢٠٥٠ و٢١٠٠ وحدث عاصفة شمسية كبرى باعتبارها أسوأ الكوارث الطبيعية المتوقعة في الفترة ما بين عامي ٢٠١٥ و٢٠٢٥.

إن شأن العديد من الكوارث والمخاطر البيئية، سواء كانت مفاجئة مثل البراكين والزلازل والأعاصير وتسونامي والفيضانات، أو تدريجية مثل الجفاف أو ارتفاع منسوب مياه البحر، أن تؤدي إلى نتائج كارثية على المجتمعات، متمثلاً في دمار البنية التحتية وفي عدم القدرة على الاستفاقة من أثر الكوارث وفي تعرض الآلاف بل الملايين للهلاك بسبب عدم قدرتهم على إيجاد الحد الأدنى من الوسائل والمتطلبات التي تمكنهم من النجاة، الأمر الذي يؤدي في العديد من الحالات إلى خسائر فادحة في الأرواح<sup>(١)</sup>.

ويؤكد ما سبق أنه قد ترتب على تسونامي عام ٢٠٠٤ وفاة أكثر من مائتي وخمسين ألف شخص في أكثر من دولة. وترتب على الزلزال الذي ضرب هايتي عام ٢٠١٠ فقدان أرواح ما يقارب المائة وأربعين شخص. وبتج عن إعصار نرجس في ميانمار وفاة مائة وعشرين شخص. كما كان من شأن زلزال كشمير في باكستان عام ٢٠٠٥ وزلزال سيشوان في الصين عامي ٢٠٠٨ و٢٠١٣ أن ترتب عليهما وفاة أكثر من خمس وثمانين شخصاً. وكان للزلزال وتسونامي الذي ضرب اليابان عام ٢٠١١ أثره في وفاة ثمانية عشرة شخصاً. هذا بالإضافة إلى الجفاف الشديد الذي أصاب الصومال في الفترة بين عامي ٢٠١٠ و٢٠١٢ ونجم عنه وفاة ما يزيد عن مائتي وثلاثين شخصاً<sup>(٢)</sup>. وإذا كانت

(١) وتؤدي الكوارث الطبيعية إلى التأثير بشدة على اقتصادات الدول التي وقعت فيها تلك الكوارث، مما يؤدي إلى زيادة حالات الفقر وبالتالي عدم قدرة الأشخاص المقيمين داخل تلك الدول على الوفاء باحتياجاتهم الأساسية اللازمة للحياة. راجع: Claude de Ville de Goyet and Andre Griekspoor, Natural Disasters, the Best Friend of Poverty, Georgetown Journal on Poverty Law & Policy, Vol. XIV, No. 1, Winter 2007, p. 61-62.

(٢) راجع لمزيد من المعلومات عن تلك الإحصائيات:

Sonali Deraniyagala, Economic Recovery after Natural Disaster, UN Chronicle, No. 1, 2016, p. 31-34.

الإحصائيات السابقة تقتصر فقط على أعداد الوفيات الناجمة عن الكوارث الطبيعية، فما بالنا بأعداد الأشخاص النازحين والمتأثرين من تلك الكوارث، والتي لا نستبعد إطلاقاً أن يكون تقديرها بالملايين وليس بالآلاف.

وتجدر الملاحظة إلى أن الكوارث الطبيعية التي تقع في الدول النامية يكون أثرها أكثر جسامة من تلك الكوارث التي تقع في الدول المتقدمة، ويرجع ذلك إلى عدة اعتبارات، منها: الكثافة والضغط السكاني في منطقة وقوع الكارثة، وعدم توافر الآليات والوسائل والتقنيات التي تمكن الدولة التي وقعت فيها الكارثة من مواجهها أو إدارة الأزمات الناشئة عنها، مما يعني تعرض آلاف الأشخاص لخطر الهلاك والتشريد في الدول النامية جراء الكوارث الطبيعية. لذلك تشير الإحصائيات إلى أنه خلال الفترة بين عامي ١٩٦٠ و ١٩٩٠ وقعت ٦٣ كارثة في الدول المتقدمة و ٥٠ كارثة في الدول النامية، ومع ذلك نتج عن الكوارث التي وقعت في الدول المتقدمة حوالي ٣٥ ألف حالة وفيات، مقابل ٨٠٠ ألف حالة وفيات في الدول النامية، فعلى سبيل المثال، نجد أن الزلزال الذي ضرب الهند عام ١٩٩٣ قد أدى إلى وفاة ما يزيد عن عشرة آلاف شخص، بينما الزلزال الذي ضرب لوس أنجلوس عام ١٩٩٤ بنفس مقياس ريختر، لم ينجم عنه سوى خمسين حالة وفاة<sup>(١)</sup>. وينطبق الأمر ذاته على العديد من الكوارث التي وقعت في العديد من الدول النامية، والتي أدت إلى خسائر فادحة في الأرواح والممتلكات، نذكر منها على سبيل المثال: ضرب إعصار بهولا عام ١٩٧٠ شرق باكستان (بنجلاديش حالياً)، مما أدى إلى وقوع أكثر الكوارث فتكاً في التاريخ، حيث ترتب عليها وفاة ما يقدر بخمسمائة ألف شخص، وفي عام ٢٠٠٤، نتج عن تسونامي الذي وقع في جنوب شرق آسيا وفاة عدد يصل إلى مائتي خمسة وسبعين ألف شخص، كذلك تسبب زلزال هايتي عام ٢٠١٠ في وفاة مائتي وثلاثين ألف شخص<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع:

Norman Myers with Jennifer Kent, Environmental Exodus, op. cit., p. 24-25.

(٢) راجع:

Howard Kunreuther and Erwann Michel-Kerjan, Natural Disasters, in Global Problems, Smart Solutions, Edited by: Bjørn Lomborg, Cambridge University Press, 2014, p. 440-441.

ومن جماع ما سبق، نخلص إلى أن الدول النامية سوف تكون أكثر تأثراً من الكوارث الطبيعية، على نحو يدفع الأشخاص إلى النزوح الجماعي خارج الحدود الوطنية لدولهم، خاصة في ظل عدم توافر الأليات والتقنيات الملائمة التي قد تمكن تلك الدول من إدارة الأزمات وتخفيف المعاناة بالنسبة لكافة الأشخاص الذين يتعرضون للكوارث الطبيعية، ويعني ذلك بالتبعية وجوب العمل على إقرار نظام قانوني يوفر الحماية للأشخاص المتضررين من تلك الكوارث الطبيعية، وذلك على عكس ما يذهب إليه جانب في الفقه بأن القانون لا محل له بالنسبة للكوارث الطبيعية، لأنه لا يخاطب إلا الإنسان<sup>(١)</sup>. وإذا كنا نتفق أن القانون ليس بمقدوره أن يضع نظاماً لمنع وقوع الكوارث الطبيعية، إلا أن من شأنه أن يضع التدابير والآليات التي تمكن الأشخاص والمجتمعات من مواجهة الكوارث المحتملة وإزالة أو تقليل آثارها الضارة قدر الإمكان، وذلك تفاعلياً لانهاية المجتمعات ووقوع الأزمات الإنسانية الجسيمة.

## المبحث الثاني

### المخاطر الناجمة عن تغير المناخ

#### تمهيد وتقسيم:

تغير المناخ العالمي يعد من أخطر الظواهر البيئية في الوقت الراهن، نظراً إلى أن تأثيره لن يقتصر على منطقة جغرافية محددة؛ بل سوف يمتد إلى مناطق ويؤثر على أشخاص لم يكن لهم دور بارز في حدوثه، الأمر الذي يساهم في تفاقم مشكلة اللجوء

(١) راجع: راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١١٧. ويؤيد الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة فكرة عدم وضع تنظيم قانوني بشأن الكوارث الطبيعية، قياساً على نظام المسؤولية عن التلوث، التي لا تتعد إذا كان سبب التلوث خارجاً عن إرادة الإنسان، كما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة وحالة الضرورة. ولكننا نرى أن هذا القياس قد جانبه الصواب، وهو غير مقبول من الناحية القانونية أو العملية في إطار قواعد القانون الدولي للبيئة، إذ يلاحظ أنه غالباً ما يقرر القانون في حالات التلوث الناشئ عن القوة القاهرة وحالات الضرورة، قواعد وآليات للتعويض وإصلاح الضرر الناشئ عنه، وأبرز الأمثلة التي تدعم ذلك، الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث النفطي لعام ١٩٩٢، واتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية لعام ١٩٩٧، حيث تطلباً ضرورة إجراء تأمين ضد مخاطر الأنشطة الواردة في الاتفاقيتين، فضلاً عن إنشاء اعتماد مالي، وذلك لتغطية تكاليف الخسائر الناتجة عن الحوادث النفطية أو النووية، بحسب الأحوال، وذلك في حالة إذا تجاوزت قيمة الخسائر مسؤولية مالك السفينة (في الاتفاقية الأولى) أو مسؤولية مدير المنشأة النووية (في الاتفاقية الثانية)، أو وفقاً للحالة التي نحن بصددتها، عدم ثبوت مسؤوليتهم بسبب القوة القاهرة أو حالة الضرورة. وخلاصة القول إنه حتى في حالات القوة القاهرة والضرورة، يؤدي القانون دوراً بارزاً في إزالة الآثار السلبية الناجمة عنها.

البيئي<sup>(١)</sup>.

ويتعين الانتباه إلى أنه في بعض الحالات يشار إلى ظاهرة تغير المناخ والآثار الناجمة عنها باصطلاح الاحتباس الحراري Global warming، نظراً إلى أن تغير المناخ يحدث نتيجة زيادة غاز الدفيئة في المناخ، الذي يتكون بسبب زيادة انبعاثات مجموعة من الغازات، أبرزها ثاني أكسيد الكربون، على إثر الأنشطة الإنسانية التي تفرط في حرق الوقود الحفري<sup>(٢)</sup>. وغاز الدفيئة يحيط بالغللاف الجوي، وتتمثل فائدته في أنه يقلل من تسرب الحرارة من الأرض إلى الفضاء الخارجي، مما يحافظ على دفئ الأرض، وبدون غاز الدفيئة سوف تنخفض درجة حرارة الأرض ويسودها الجليد في أغلب فترات السنة<sup>(٣)</sup>، وعلى الجانب الآخر يترتب على زيادة غاز الدفيئة في الغلاف الجوي، عدم تسرب أية حرارة صادرة من الأرض إلى الفضاء الخارجي، مما يعني زيادة شديدة في درجة الحرارة، وحدثت ظاهرة الاحتباس الحراري، أو تغير المناخ<sup>(٤)</sup>. ويعد ارتفاع منسوب مياه البحر من أبرز المخاطر الناشئة عن تغير المناخ، إذا أنها تؤثر بشكل جوهري على الدول، وبصفة خاصة الدول الجزرية الصغيرة، كما أنها تؤدي إلى نزوح وهجرة أعداد كبيرة من الأشخاص خارج حدود الدول المتأثرة. كذلك، يساهم تغير المناخ العالمي في زيادة أنشطة وقوة الأعاصير، فضلاً عن الجفاف

(١) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 352-357.

(٢) راجع:

Hug C. Dyer, Energy and Climate Change, in Routledge Handbook of Global Environmental Politics, Edited by Paul G. Harris, Routledge, 2014, p. 361-361.

ووفقاً لهذا الرأي، فإن استهلاك الوقود الحفري من شأنه إطلاق الكربون المحتجز تحت سطح الأرض في الغلاف الجوي، مما يضعف قدرة العوامل الطبيعية على احتجاز هذا الكربون مرة أخرى، لذلك فإن هناك علاقة وثيقة بين استهلاك الوقود الحفري وتغير المناخ؛ وبعبارة أخرى، فإن النشاط الإنساني هو العامل الرئيسي في إحداث التغير غير الطبيعي في المناخ.<sup>(٣)</sup>

(٤) أشارت الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ إلى أن انبعاثات غاز الدفيئة الناتجة عن الأنشطة الإنسانية يعتبر العامل الرئيسي لتغير المناخ العالمي.

وبينما يمكن لبعض المخاطر الناتجة عن تغير المناخ أن تتداخل مع المخاطر الناتجة عن المخاطر البيئية التقليدية، فإن بعض تلك المخاطر التقليدية يمكن تصنيفها على أنها ضمن مخاطر تغير المناخ نتيجة تأثيرها الواضح على المناخ العالمي. انظر في هذا الشأن:

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Climate Change 2007: The Physical Science Basis, Contributions of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the IPCC 2007, p. 100. [hereinafter referred to as Climate Change 2007].

والتصحّر. وعلى الرغم من أن تغيير المناخ لا يعد السبب الرئيسي في وقوع تلك المخاطر البيئية، ولكنها تساهم بفعالية في تفاقم حدوثها. فعلى سبيل المثال: نجد أن التصحر والجفاف من الظواهر الطبيعية التي كانت تقع حتى قبل ظهور تغيير المناخ الناتج عن الأنشطة الإنسانية، ومع ذلك فإن من شأن تغيير المناخ أن يزيد من قوة عوامل التصحر، ويؤثر على القدرة التلقائية للنظام البيئي في استعادة الأرض المتدهورة بسبب التصحر<sup>(١)</sup>.

وكما هو الحال بالنسبة للجفاف والتصحر، فإن تغيير المناخ يساهم في تفاقم قوة الأعاصير وأنشطتها. ويؤدي ذلك بالتبعية إلى هطول أمطار غزيرة في بعض المناطق، ومن ثم زيادة الفيضانات بها. ومما سبق، فإنه يتضح أن المخاطر الناتجة عن تغيير المناخ العالمي تتخذ شكلين رئيسيين:

أولاً: ارتفاع منسوب مياه البحر على نحو يجعل غرق العديد من المناطق المأهولة تحت مستوى سطح البحر خطر حقيقي ووشيك الوقوع.

ثانياً: تفاقم أثر المخاطر البيئية التقليدية من خلال المساهمة في زيادة قوتها وفعاليتها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت المخاطر البيئية التقليدية قد تتداخل مع مخاطر تغيير المناخ، بالنظر إلى أن الأخير يساهم بشكل جوهري في تفاقم حدة المخاطر البيئية التقليدية، فإننا، مع ذلك، سوف نكتفي بما سبق أن أشرنا إليه بشأن المخاطر البيئية التقليدية، فيما يتعلق بالجفاف والتصحر ونقص موارد المياه والكوارث الطبيعية التي تشمل الأعاصير والفيضانات، وسوف نتولى في هذا الإطار بالتحليل والدراسة بيان ارتفاع منسوب مياه البحر، بالنظر

(١) أشارت الهيئة الدولية المعنية بتغيير المناخ إلى غاز الدفينة الناتج عن الأنشطة الإنسانية يمثل العامل الرئيسي في تغيير المناخ العالمي  
انظر بهذا الشأن:

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC): The Physical Science Basis, Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the IPCC, 2007, p. 100.

(٢) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, p. 355.

إلى خطورته الاستثنائية التي تهدد بقاء العديد من الدول، وتساهم في تحويل مشكلة اللجوء البيئي إلى كارثة إنسانية قد يعجز المجتمع الدولي عن مواجهتها. وبناء على التمهيد السابق، فإننا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر تغير المناخ على ارتفاع منسوب مياه البحر.

المطلب الثاني: أثر ارتفاع منسوب مياه البحر على بقاء الدول.

المطلب الثالث: أثر تغير المناخ على مشكلة اللجوء البيئي.

### المطلب الأول

#### أثر تغير المناخ على ارتفاع منسوب مياه البحر

يعتبر زيادة منسوب مياه البحر من أبرز المخاطر الناتجة عن تغير المناخ العالمي. ويرتفع منسوب مياه البحر نتيجة زيادة حجم المحيطات العالمية. ويرجع السبب في ذلك إلى زيادة درجة حرارة المحيطات أو ما يطلق عليه التمدد الحراري، وتقلص مساحة الرقعة الجليدية في المناطق الثلجية، وانخفاض معدل اختزان المياه في الأرض<sup>(١)</sup>. ففي القرن العشرين ازداد منسوب مياه البحر بمعدل ١,٨ ملليمتر سنوياً، ومن المتوقع أن تستمر تلك الزيادة لتصل إلى ٤ ملليمتر سنوياً بحلول عام ٢٠٩٠<sup>(٢)</sup>. وقد قامت الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ بإجراء دراسات وتوقعات حول معدلات ارتفاع منسوب مياه البحر، والتي من شأنها أن تتزايد خلال العقود القادمة. فقد توقع أن درجة الحرارة العالمية سوف تزيد بمعدل يتراوح بين ١,١ إلى ٦,٤ درجة مئوية، مما يؤدي بالتبعية إلى ارتفاع في منسوب مياه البحر بمعدل يتراوح بين ٠,١٨ إلى ٠,٥٩ متر. كما أنه في غضون قرون سوف يذوب الجليد الموجود في منطقتي القطب الشمالي والجنوبي، مما يؤدي إلى ارتفاع منسوب مياه البحر بنسبة تتراوح بين

(١) راجع:

Jonathan Gregory, Projections of Sea Level Rise, Climate Change 2013: The Physical Science Basis, Working Group I, Contribution to the IPCC Fifth Assessment Report, p. 1.

(٢) راجع:

Climate Change 2007, op. cit., p. 5, 409.

أربعة إلى ستة أمتار<sup>(١)</sup>.

ولا جرم أنه وفقاً لهذه التوقعات، فإن ارتفاع منسوب مياه البحر سوف يسير بمعدلات متسارعة في ظل عدم اتخاذ تدابير جماعية دولية فعالة، مما يؤدي في نهاية الأمر إلى كارثة إنسانية حقيقية<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، يرى العديد من الخبراء أن ارتفاع منسوب مياه البحر سوف يتجاوز بكثير التوقعات التي أشارت إليها الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ، بحيث يصل الارتفاع في منسوب مياه البحر بحلول عام ٢١٠٠، وفقاً للتوقعات المتباينة لهؤلاء الخبراء بمعدل يتراوح بين متر إلى مترين، وذلك نتيجة ذوبان الجليد في المناطق القطبية، وهي توقعات تزيد بإضعاف عن التوقعات التي ساقتها الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ<sup>(٣)</sup>.

وعلى الرغم من أن ارتفاع منسوب مياه البحر يعتبر ظاهرة بطيئة الوقوع، إلا أنها مع الوقت يمكن أن تمثل خطراً داهماً، وذلك إذا أخذنا في الاعتبار أن هناك ملايين من

---

(١) وتتوقع الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ أن معدل زيادة درجة حرارة المناخ العالمي سوف يتراوح بين ٣,٢ إلى ٧,٢ فهرنهايت خلال القرن الواحد وعشرين، وأن تركيز غاز الدفيئة في الغلاف الجوي سوف يصل بحلول عام ٢٠٥٠ إلى مستويات غير مسبوقة.

وقد حرصت الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ على تأكيد صحة تلك الإحصائيات من خلال الإشارة إلى تقريرها الأول الصادر عام ١٩٩٠، والذي أشارت بموجبه بأن درجة حرارة المناخ سوف تزيد بمعدل يتراوح بين ٠,١٥ و٠,٣ درجة مئوية في الفترة من ١٩٩٠ إلى عام ٢٠٥٠، وقد أصدرت الهيئة تقريرها الرابع الصادر عام ٢٠٠٧ إلى أن درجة حرارة المناخ قد زادت بنسبة ٠,٢ درجة مئوية. ذات المرجع، ص ١٣-٢٦.

وأشارت الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ بأن الآثار السلبية لتغير المناخ سوف تكون أكثر حدة خلال القرن الواحد وعشرين، مؤكدة أن:

"Continued GHG [greenhouse gas] emissions at or above current rates would cause further warming and induce many changes in the global climate system during the 21st century that would very likely be larger than those observed during the 20th century."

(٢) راجع:

Julia Toscano, op. cit., p. 460.

(٣) توقع البروفيسور كونراد ستيفان من جامعة كولورادو زيادة قدرها متر واحد بحلول عام ٢١٠٠ نتيجة ذوبان الجليد في جرينلاند. ونكر البروفيسور إيريك ريجنوت، أحد العلماء الخبراء في وكالة ناسا الفضائية، بأن جرينلاند وأنتاركتيكا سوف يساهمون في ارتفاع منسوب مياه البحر بشكل أكثر مما هو متوقع في الوقت الراهن. وتوقع البروفيسور ستيفان رامستورف، الأستاذ بمعهد بوتسدام لأبحاث أثر المناخ (Potsdam Institute for Climate Impact Research) أن ارتفاع منسوب مياه البحر سوف يزيد بمسافة مترين بحلول عام ٢١٠٠. وفي ذات السياق، أشارت دراسة أجريت عام ٢٠٠٩ إلى أن الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ لم تأخذ في اعتبارها بعض المسائل الهامة، وأن معدل ارتفاع منسوب مياه البحر سوف يصل إلى مترين بحلول عام ٢١٠٠.

انظر بشأن تلك الآراء:

Ryan Jarvis, Sinking Nations and Climate Change Adaptation Strategies, Seattle journal for Social Justice, Volume 9, Issue 1, 2010, p. 453.



الأفراد يعيشون في مناطق تقع في مستوى منخفض أو يعلو علواً ضئيلاً عن سطح البحر<sup>(١)</sup>، وبالتالي فإن هناك العديد من الدول العربية التي سوف تتأثر بارتفاع منسوب المياه، ومنها مصر وتونس والمغرب والجزائر والكويت وقطر والبحرين والإمارات العربية المتحدة<sup>(٢)</sup>، وذلك فضلاً عن تأثيره على العديد من البلدان الأخرى، الأمر الذي يساهم في تعزيز ظاهرة اللجوء البيئي<sup>(٣)</sup>.

وفقاً لبعض الإحصائيات، فإن ارتفاع منسوب المياه سوف يؤدي إلى غرق العديد من المناطق الساحلية، مما يؤدي إلى تهجير الملايين من سكان تلك المناطق بحلول عام ٢٠٥٠. وتشير الإحصائيات الأولية بأن عدد السكان المهجرين نتيجة ارتفاع منسوب مياه البحر سوف يصل إلى ٢٦ مليون نسمة في بنجلاديش<sup>(٤)</sup>، و ١٢ مليون في مصر، و ٧٣

(١) راجع:

DeWitte, At the Water's Edge: Legal Protections and Funding for a New Generation of Climate Change Refugees, *Ocean and Coastal Law Journal*, 2011, p. 211-212.

(٢) تعتبر قطر والإمارات العربية المتحدة والكويت وتونس من أكثر الدول التي ستتأثر من جراء ارتفاع منسوب المياه وذلك قياساً بمساحة إقليمها، وذلك إذا ارتفع منسوب المياه من متر إلى خمس أمتار. كما أن مصر تعتبر أكثر الدول ضرراً من الناحية الاقتصادية والزراعية إذا زاد منسوب مياه البحر من متر إلى ثلاثة أمتار، حيث سيتعرض ٦% من إجمالي الناتج المحلي المصري للخطر عند ارتفاع منسوب مياه البحر بمقدار متر واحد، وسوف ترتفع تلك النسبة إلى ١٢% إذا ارتفع منسوب مياه البحر بمقدار ثلاثة أمتار، كذلك فإن ١٢% من أراضي دلتا النيل الصالحة للزراعة سوف تختفي إذا ارتفع منسوب مياه البحر بمقدار متر واحد، وسوف تزيد نسبة الأراضي الزراعية المعرضة للخطر في دلتا النيل إلى ٢٥% إذا ارتفع منسوب مياه البحر بمقدار ثلاثة أمتار، وقد تصل تلك النسبة إلى ٣٥% إذا ارتفع منسوب المياه بمقدار خمسة أمتار. راجع بشأن تلك الإحصائيات:

Mostafa K. Tolba and Najib w. Saab, op. cit., p. 16.

(٣) وقد أشار بيان الفريق العالمي المعني بالهجرة بشأن أثر التغير المناخي على الهجرة إلى أن ارتفاع منسوب البحر قد يؤدي إلى تدهور الظروف المعيشية في الدلتا والمناطق المنخفضة التي تتسم بكثافتها السكانية، بل إنها قد تسببت بالفعل في نزوح داخلي في بعض البلدان. كما قد يؤدي ارتفاع منسوب البحر إلى تآكل أجزاء كبيرة من أراضي بعض الدول الجزرية. وقد أوصى الفريق العالمي المعني بالهجرة المجتمع الدولي بضرورة اتخاذ التدابير التالية:

- إقرار تدابير من شأنها مراعاة حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة بصفة خاصة، والاهتمام بالتنمية البشرية لتحسين سبل كسب الرزق بالنسبة للمعرضين لتأثيرات تغير المناخ، لزيادة قدرتهم على الصمود، ومكافحة الحاجة إلى الهجرة القسرية.
- إيلاء عناية خاصة للحقوق الإنسانية للمتضررين، بغض النظر عن وضعهم القانوني وبدون تمييز على أي أساس. كذلك يتعين وضع بعض المبادئ الإرشادية للدول للتعامل مع الأشخاص الذين ينزحون داخلياً.
- معالجة آثار الهجرة الناتجة عن التغيرات البيئية المفاجئة وبخاصة تغير المناخ.
- الإقرار بأن الهجرة يتعين أن تكون خياراً متاحاً لأكثر الفئات ضعفاً.
- ضرورة مساعدة الدول الأقل نمواً في مواجهة آثار تغير المناخ.
- دمج العلاقة بين تغير المناخ والهجرة ضمن سياسة الدول للحد من الفقر والتنمية الوطنية.

راجع بشأن تلك المبادئ: بيان الفريق العالمي المعني بالهجرة بشأن أثر التغير المناخي على الهجرة، المرجع السابق، ص ٢-٣. (٤) فارتفع منسوب مياه البحر بما يعادل متر واحد سيؤدي إلى غرق خمس مساحة بنجلاديش، كما أنه سيؤدي إلى دفع الملايين من سكان بنجلاديش إلى الهجرة إلى الدول المجاورة مثل الهند وبورما. راجع:

مليون في الصين، و ٢٠ مليون في الهند، ويصل في مناطق أخرى بما في ذلك الجزر الصغيرة إلى ٣١ مليون نسمة، مما يعني أن إجمالي عدد المهجرين قد يصل إلى ١٦٢ مليون نسمة<sup>(١)</sup>. بينما تقرر الإحصائية التي أجراها برنامج الأمم المتحدة للتنمية أن إجمالي عدد السكان المهجرين من المناطق الساحلية قد يصل إلى ٣٣٢ مليون نسمة<sup>(٢)</sup>. بل إن بعض الدراسات تشير إلى أن ارتفاع منسوب مياه البحر بما يعادل متر سوف يعرض خمسة بالمائة من سكان العالم لخطر الغرق<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فإن غرق المناطق الساحلية سوف يؤدي إلى نزوح سكانها، والغالب أن هذا النزوح سوف يكون دائماً، سواء كان داخل الإطار الإقليمي للدولة أم خارجها، نظراً إلى أن مناطق سكنهم الأصلية لن تكون صالحة للحياة مرة أخرى<sup>(٤)</sup>.

وزيادة منسوب مياه من شأنه أن يمثل خطراً داهماً على الدول الجزرية الصغيرة تحديداً، فعلى عكس المناطق الساحلية التي يمكن لسكانها أن يبحثوا عن ملجأ في مناطق أخرى داخل دولتهم، فإن الدول الجزرية الصغيرة قد تغرق تماماً نتيجة ارتفاع منسوب المياه<sup>(٥)</sup>. وفي هذه الحالة، فإن سكان تلك الدول لن يكون أمامهم ملجأ سوى الهجرة إلى دول أخرى<sup>(٦)</sup>.

Ryan Jarvis, op. cit., p. 454.

<sup>(١)</sup> راجع بشأن تلك الإحصائيات:

Norman Myers, Environmental Refugees: A Growing Phenomenon of the 21<sup>st</sup> Century, The Royal Society, Published online on 19 October 2001, p. 611.

Available at:

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1692964/>

<sup>(٢)</sup> راجع:

UN Development Programme, Human Development, report 2007/2008, Fighting Climate Change: Human Solidarity in a Divided World.

<sup>(٣)</sup> ويؤدي ارتفاع درجة حرارة المناخ إلى ذوبان الجليد في القطب الشمالي والقطب الجنوبي. إذ أن ذوبان الجليد بأكمله في تلك المنطقتين قد ينجح عنه ارتفاع منسوب المياه بمسافة ١٢ متر تقريباً، مما يترتب عليه غرق العالم وانهياره بأكمله. انظر بشأن تلك التوقعات:

Sujatha Byravan and Sudhir Chella Rajan, Sea Level Rise and Climate Change Exiles: A Possible Solution, Bulletin of the Atomic Scientists, Vol. 71(2) 21-28, 2015, p. 23-24.

كما أنه من المتوقع أن تغرق أجزاء كبيرة من جزر المالديف بحلول عام ٢٠٢٥. انظر:

Tony George Puthucherril, op. cit., p. 232.

<sup>(٤)</sup> راجع:

Brittan J. Bush, op. cit., p. 562-563.

<sup>(٥)</sup> ذات المرجع، ذات الصفحة.

<sup>(٦)</sup> راجع:

وفي جميع الأحوال، فإن ارتفاع منسوب مياه البحر الناتج عن تغير المناخ العالمي من شأنه أن يؤدي إلى وجود الملايين من اللاجئين البيئيين مع نهايات القرن الحالي<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### أثر ارتفاع منسوب مياه البحر على بقاء الدول

يعد ارتفاع منسوب مياه البحر من أبرز المخاطر الناشئة عن تغير المناخ، مما يتوقع معه التأثير على العديد من الدول، خاصة الدول الجزرية الصغيرة. ومع ذلك، فإن الدول الجزرية الصغيرة لم تقف مكتوفة الأيدي أمام الخطر الداهم الذي يهدد بقائها واستمراريتها في الحياة الدولية، لذلك بدأت في اتخاذ التدابير التي تحد من مشكلة تغير المناخ العالمي.

### أولاً: اختفاء وانهيار الدول بسبب ارتفاع منسوب مياه البحر:

لا شك أن بعض الدول سوف تختفي كلياً أو جزئياً بسبب ارتفاع منسوب مياه البحر الناتج عن تغير المناخ العالمي، الأمر الذي سيدفع سكانها إلى النزوح بحثاً عن ملجأ آمن في دول أخرى. وبشكل عام، يمكن تقسيم الدول المتأثرة بسبب ارتفاع منسوب مياه البحر إلى فئتين رئيسيتين:

---

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 355.

<sup>(١)</sup> ونتيجة أن بعض الدول الجزرية الصغيرة التي تقع في مستوى منخفض عن سطح البحر، أكثر عرضة للمخاطر الناتجة عن تغير المناخ، اتخذت بعضها تدابير وقائية ضد الآثار الضارة لتغير المناخ. فنجد أن جزر المالديف قد تبنت قراراً بشأن تلك المسألة أمام مجلس حقوق الإنسان، لتؤكد مخاوفها بأن زيادة منسوب مياه البحر من شأنه أن يشرّد مواطنيها الذين يقدر عددهم بثلاثمائة وستين ألف نسمة، كما اجتمع عدد من ممثلي حكومات الدول والمنظمات الحكومية وغير الحكومية في جزر المالديف، وأصدروا مشروع بروتوكول بشأن اللاجئين البيئيين، والذي يعترف بالوضع القانوني للاجئين البيئيين في اتفاقية عام ١٩٥١ وبرتوكول عام ١٩٦٧. ومع ذلك، فإنه لا توجد أية معلومات بشأن التطورات التي تم اتخاذها بشأن مشروع البروتوكول، كما أن نص المشروع ذاته غير متوفر لإجراء الدراسات القانونية بشأن نصوصه. ومن ناحية أخرى، فامت بعض الدول الجزرية الصغيرة مثل جزر كارتيريت وتوكيلاو وفانواتو باتخاذ تدابير إعادة تسكين مواطنيها.

كما هدّدت توفالو، إحدى الدول الجزرية الصغيرة في المحيط الهادئ، برفع دعوى قضائية ضد الولايات المتحدة وأستراليا نتيجة مساهمتهم الجوهرية في ظاهرة الاحتباس الحراري، وبالتالي زيادة منسوب مياه البحر. وقد انضمت توفالو عام ٢٠٠٠ إلى عضوية الأمم المتحدة بهدف إبراز مشكلة تغير المناخ، والتأثير على الدول وإقناعهم بضرورة التصديق على بروتوكول كيوتو. راجع بشأن التدابير التي اتخذتها الدول الجزرية الصغيرة لمواجهة تغير المناخ العالمي:

Sumudu Atapattu, *Climate Change, Human Rights, and Forced Migration: Implications for International Law*, 27 WIS. INT'L L.J. 607, 628 (2009).

الأولى: الدول التي ستختفي نهائياً بسبب ارتفاع منسوب مياه البحر.  
الثانية: الدول التي ستختفي أجزاء جوهرية من إقليمها، على نحو لا يمكن الأجزاء المتبقية من استيعاب سكان الأجزاء التي اختفت، الأمر الذي يعرض السكان للتشرد والهلاك بسبب عدم قدرتهم على الوفاء باحتياجاتهم الأساسية اللازمة للحياة<sup>(١)</sup>.  
ولمزيد من التفصيل، فإننا نوضح تلك الفتتين على النحو التالي:  
(١) اختفاء الدول الجزرية الصغيرة:

من المتصور اختفاء دولة كاملة بالنسبة للدول الجزرية الصغيرة، ففوق بعض الدول فوق مستوى سطح البحر بمساحة ضئيلة، فضلاً عن المناطق الشاطئية الواسعة، من شأنه أن يؤدي إلى حالات النزوح البيئي. ويعتبر غرق جزر كارتريت Carteret Islands في بابوا غينيا الجديدة أبرز مثال على غرق دولة جزرية صغيرة، ونزوح أعداد كبيرة من سكانها إلى الدول الأخرى المجاورة بحثاً عن ملجأ آمن<sup>(٢)</sup>.  
وإذا كانت كافة الدول الجزرية الصغيرة معرضة للغرق والهلاك بسبب المخاطر البيئية، وتحديداً تغير المناخ العالمي، فإن هناك دولاً جزرية سوف تتأثر سريعاً في المستقبل القريب، ومنها تحديداً جزر المالديف والكاريببي ومارشال وكيريباتي وتوفالو<sup>(٣)</sup>.

<sup>(١)</sup> ويقسم جانب آخر الدول المتأثرة بسبب المخاطر البيئية إلى ثلاثة فئات على النحو التالي:

"a. states that will totally disappear; b. states a significant proportion of whose territory will disappear, leaving only such territory as will be unable to support the existing population. This may arise where what will remain will not be of a size to support the existing population and/or where what remains is not of a nature to support the existing population; b. states a significant proportion of whose territory will disappear, with serious implications for the existing population". UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, expanded working paper by Françoise Hampson on the human rights situation of indigenous peoples in States and other territories threatened with extinction for environmental reasons, 16 June 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/28, para. 9.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Ryan Jarvis, op. cit., p. 448.

<sup>(٣)</sup> ويؤكد رأي رجحان غرق تلك الدول الجزرية، وذلك بقوله:

"Among a total of 52 [small island developing states], countries like Maldives, the Marshall Islands, Tuvalu, Kiribati and Tokelau are particularly vulnerable to [sea level rise] and run the risk of being wiped off the world map. This is because they mainly consist of small atolls with little or no land and are situated only a few meters above the sea level. As a consequence, these [small island developing states] are characterized by a poor natural

فإذا نظرنا إلى جزيرة توفالو، وهي دولة صغيرة قد يصل عدد سكانها إلى ١٢ مليون نسمة ويبلغ ناتجها المحلي الإجمالي ١٥ مليون دولار سنوياً، نجد أنها قد تأثرت بشدة في الوقت الراهن نتيجة ارتفاع منسوب مياه البحر<sup>(١)</sup>، مما أثر بشكل خطير على العديد من حقوقهم الإنسانية الأساسية، مثل الحق في المياه والطعام والصحة<sup>(٢)</sup>.

وتعتبر جزر المالديف مثال آخر على الدول الجزرية الصغيرة المعرضة لخطر الغرق والزوال في المستقبل القريب بسبب المخاطر البيئية، مما ينتج عنه تشريد أربعمائة ألف شخص، وهم إجمالي عدد سكان جزر المالديف<sup>(٣)</sup>.

كذلك تعرضت جزر المارشال لذروة المد في البحر مما أدى إلى غرق عاصمتها عدة مرات. ففي عام ٢٠١٣، أدى المد العالي إلى تدمير المحاصيل الزراعية وجعل المياه الجوفية غير صالحة للشرب بسبب زيادة ملوحتها<sup>(٤)</sup>.

ولا مناص أن سكان الدول الجزرية الصغيرة سوف يبحثون عن اللجوء إلى الدول المجاورة وقد لا تكون تلك الدول مؤهلة لاستيعاب كافة أعدادهم، مما يدفع جانب كبير منهم إلى البحث عن اللجوء في دول أخرى بعيدة يتوافر لديها القدرات الاقتصادية والأمنية لاستيعابهم وتوفير الحماية اللازمة لهم.

---

resource base, low water sources, and poor soil quality that cannot support intensive farming. Generally, the primary sources of revenue for these islands are tourism and fishing, and most food is imported. Any changes in weather can upset the delicate balance and throw these countries into turmoil."

Tony George Puthucherril, op. cit., p. 232.

(١) ففي عام ٢٠٠٠، تعرض مطار توفالو الرئيسي للغرق لمدة خمسة أشهر. راجع:

Andrew Simms, *Ecological Debt: Global Warming and the Wealth of Nations*, 2<sup>nd</sup> Edition, 2009, p. 31-33.

(٢) راجع:

Mariya Gromilova, *Rescuing the People of Tuvalu: Towards an I.C.J. Advisory Opinion on the International Legal Obligations to Protect the Environment and Human Rights of Populations Affected by Climate Change*, *Intercultural Human Rights Law Review*, 2015, p. 235.

(٣) ويبلغ متوسط ارتفاع جزر المالديف بين متر إلى متر ونصف عن سطح البحر، وتصل أعلى نقطة فيها إلى ٢,٤ متر فوق سطح البحر. وتمثل السياحة ٢٨ بالمائة من الناتج المحلي الإجمالي. راجع:

Ryan Jarvis, op. cit., p. 453-454.

(٤) راجع:

Maxine Burkett, *Rehabilitation: A Proposal for a Climate Compensation Mechanism for Small Island States*, *Santa Clara Journal of International Law*, 2015, p. 88.

كذلك فإن من شأن الأعاصير ونقص موارد المياه أن يمثل خطراً حقيقياً على الدول الجزرية الصغيرة، مما يؤدي إلى فرار سكان تلك الدول بحثاً عن ملجأ آمن في دول أخرى.

### انهيار أجزاء كبيرة من الدول:

وإذا كان هناك دول سوف تختفي تماماً بسبب المخاطر البيئية، فإن هناك دولاً أخرى سوف تفقد أجزاء كبيرة من إقليمها على نحو يؤدي إلى تفاقم حالات اللجوء البيئي. فمن شأن المخاطر الناجمة عن تغير المناخ أن تؤثر على المناطق الساحلية التي تقع في مستوى منخفض عن البحر<sup>(١)</sup>. فعلى سبيل المثال، نجد أن ٨٠% من مساحة بنجلاديش تعتبر منطقة دلتا، الأمر الذي يجعل الدولة عرضة لمخاطر الاحتباس الحراري، خاصة موجات الأعاصير وارتفاع منسوب مياه البحر.

كذلك، فإن من شأن جمهورية مصر العربية أن تفقد من ١٢% إلى ١٥% من مساحة إقليمها، الأمر الذي يعرض حوالي ١٢ مليون شخص لخطر التشريد بطول عام ٢٠٥٠<sup>(٢)</sup>.

ففي عام ١٩٩٥، غرقت أكثر من نصف جزيرة بهولا (Bhola) في بنجلاديش، مما أدى إلى تشريد حوالي خمسمائة ألف شخص. ويتوقع العلماء بأن زيادة منسوب مياه البحر في بنجلاديش سوف تبتلع أكثر من ٢٠% من مساحة إقليم الدولة.<sup>(٣)</sup>

### ثانياً: رد فعل الدول الجزرية الصغيرة تجاه مخاطر تغير المناخ

أدركت الدول الجزرية الصغيرة التهديدات الوشيكة على بقائها بسبب المخاطر البيئية، لذلك قامت تلك الدول بإنشاء تحالف الدول الجزرية الصغيرة، الذي يضم في عضويته تسع وثلاثين دولة، بالإضافة إلى خمس دول تتمتع بوصف المراقب، لكي تكون وسيلة ضغط عند إجراء المفاوضات بشأن الاتفاقيات الدولية المعنية بالبيئة أو اتخاذ القرارات

<sup>(١)</sup>راجع:

Angela Williams, *Turning the Tide: Recognizing Climate Change Refugees in International Law, Law and Policy*, 2008, p. 505.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Norman Myers with Jennifer Kent, *op. cit.*, 143.

<sup>(٣)</sup> ذات المرجع، ص ١٤٢.

أمام المنظمات الدولية، ولا سيما منظمة الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>.

وأثناء مفاوضات اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩١، تقدم تحالف الدول الجزرية الصغيرة، من خلال دولة فانواتو، باقتراح لإنشاء صندوق تأمين لتغطية المخاطر والخسائر التي تتعرض لها الدول الجزرية الصغيرة، إلا أن هذا الاقتراح لم يتم تضمينه في الوثيقة النهائية للاتفاقية.

وظل تحالف الدول الجزرية الصغيرة يمارس الضغط خلال مؤتمرات الدول الأطراف لاتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ بشأن إنشاء نظام متكامل لإدارة الخسائر والمخاطر التي تصيب الدول بسبب تغير المناخ<sup>(٢)</sup>.

وقد تكلفت جهود تحالف الدول الجزرية الصغيرة بإدراج نص في اتفاقية باريس بشأن تغير المناخ لعام ٢٠١٥ ليعالج مسألة الخسائر والمخاطر الناتجة عن تغير المناخ، من خلال إنشاء أنظمة للتحذير المبكر، وأن يكون هناك استعداد لمواجهة الحالات الطارئة<sup>(٣)</sup>، والاستجابة للمخاطر والحوادث التي لا يمكن تداركها، وإنشاء نظام شامل لإدارة وتقييم المخاطر، ووضع آليات للتأمين ضد المخاطر، ومعالجة الخسائر غير الاقتصادية<sup>(٤)</sup>.

(١) لمزيد من المعلومات عن تحالف الدول الجزرية الصغيرة (Alliance of Small Island States) انظر الموقع التالي: <http://aoasis.org/> (آخر زيارة للموقع في ٢٢ مارس ٢٠١٧)

(٢) والخسائر هي التي يستحيل تداركها، ومثالها دمار البنية التحتية للمناطق الساحلية نتيجة ارتفاع منسوب مياه البحر، أما الأضرار فهي الآثار السلبية التي يمكن تداركها، ومثالها الأضرار التي تصيب الغابات الاستوائية نتيجة اندلاع إعصار شديد. انظر:

Maxine Burkett, op. cit., p. 91-92.

(٣) وجاء في بيان جمهورية المالديف بالنيابة عن تحالف الدول الجزرية الصغيرة أثناء مراسم توقيع اتفاق باريس بشأن تغير المناخ ما يلي:

"It is no accident that islands are acting so quickly. For some of us, our very survival depends on the world moving expeditiously from ratification to implementation."

(٤) راجع: المادة (٨) من اتفاق باريس بشأن تغير المناخ لعام ٢٠١٥، المرجع السابق. وقد جاء نص هذه المادة على النحو التالي:

١. تعترف الأطراف بأهمية تجنب الخسائر والأضرار المرتبطة بالآثار الضارة لتغير المناخ وتقليلها والتصدي لها، بما في ذلك الظواهر الجوية القصوى والظواهر البطيئة الحدوث، ودور التنمية المستدامة في الحد من مخاطر الخسائر والأضرار.
٢. تخضع آلية وارسو الدولية المعنية بالخسائر والأضرار المرتبطة بتأثيرات تغير المناخ لسلطة مؤتمر الأطراف العامل بوصفه اجتماع الأطراف في اتفاق باريس وتوجيهه ويجوز تعزيزها وتوطيدها وفقاً لما يقرره.
٣. ينبغي للأطراف أن تعزز الفهم والإجراءات والدعم، بوسائل منها آلية وارسو الدولية، حسب الاقتضاء، على أساس تعاوني وتيسيري فيما يتعلق بالخسائر والأضرار المرتبطة بالآثار الضارة لتغير المناخ.

## المطلب الثالث

### أثر تغير المناخ على مشكلة الهواء البيئي

تفاقت مشكلة النزوح البيئي بشكل ملحوظ خلال العقد المنصرم بسبب مخاطر تغير المناخ، ففي عام ١٩٩٠ قامت الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ (IPCC) بإبراز أثر تغير المناخ على الحياة الإنسانية<sup>(١)</sup>، حيث ذكرت إن أبرز الآثار السلبية لتغير المناخ سوف يتمثل في هجرة الملايين من الأشخاص<sup>(٢)</sup>، كأثر مباشر لتقلص مساحة الرقعة الأرضية الناتج عن غرق المناطق الساحلية وتدهور الأراضي الزراعية<sup>(٣)</sup>. كذلك أولت المفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان اهتماماً خاصاً في الآونة الأخيرة بتغير المناخ، مقرر أنها سوف تؤثر على ملايين الأشخاص من عدة نواح، بما

٤. وتبعاً لذلك، يمكن أن يشمل التعاون والتيسير من أجل تعزيز الفهم والإجراءات والدعم في المجالات التالية:

أ. نظم الإنذار المبكر؛

ب. الاستعداد للطوارئ؛

ج. الظواهر البطيئة الحدوث؛

د. الحوادث التي قد تنطوي على خسائر وأضرار دائمة ولا رجعة فيها؛

هـ. تقييم المخاطر وإدارتها على نحو شامل؛

و. تسهيلات التأمين ضد المخاطر، واستجماع المخاطر المناخية، وغير ذلك من حلول التأمين؛

ز. الخسائر غير الاقتصادية؛

ح. قدرة المجتمعات المحلية وسبل العيش والنظم الإيكولوجية على التحمل.

٥. تتعاون آلية وارسو الدولية مع الهيئات وأفرقة الخبراء القائمة بموجب الاتفاق، وكذلك مع المنظمات وهيئات الخبراء ذات الصلة خارج الاتفاقية".

(١) الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ هي هيئة علمية تابعة للأمم المتحدة، فازت عام ٢٠٠٧ بجائزة نوبل عن تقاريرها الموضوعية الشاملة بشأن تغير المناخ العالمي.

(٢) تتوقع الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ بأن سوف يكون هناك مائة وخمسين شخص مهجر من موطنه بسبب تغير المناخ بحلول عام ٢٠٥٠، بينما يرى جانب آخر أن هذا العدد قد يصل إلى بليون شخص خلال تلك الفترة. راجع بهذا الشأن:

Roger Zetter, Camillo Boano and Tim Morris, *Environmentally Displaced People: understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced migration*, 2008, p. 7-8.

See also: Christian Aid Report, *Human tide: the real migration crisis*, available at <http://reliefweb.int/report/colombia/human-tide-real-migration-crisis-christian-aid-report> (last visited on November 7, 2016)

وفقاً لهذا التقرير فإن المخاطر البيئية سوف تدفع قبيل عام ٢٠٥٠ ما يقارب البليون شخص نحو ترك ديارهم.  
(٣) راجع:

James J. McCarthy, Osvaldo F. Canziani, Neil A. Leary, David J. Dokken, and Kasey S. White, *Climate Change 2001, Impacts, Adaptations, and Vulnerability, Contribution of Working Group II to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, 2001, p. 572.



في ذلك التشريد الدائم permanent displacement للعديد منهم.

ففي فبراير ٢٠٠٨، صرح نائب المفوض السامي لحقوق الإنسان بأنه بحلول عام ٢٠٥٠ سوف يتعرض مئات الملايين من الأشخاص للتشرد الدائم بسبب ارتفاع منسوب مياه البحر، والفيضانات، والجفاف، والجوع والأعاصير<sup>(١)</sup>، كما أن من شأن ذوبان وانهيار الكتلة الجليدية أن يهدد مسكن شخص واحد على الأقل من كل عشرين شخص. علاوة على ذلك، ينتج عن زيادة التصحر وإفساد النظام الأيكولوجي حالات واسعة النطاق من تشريد السكان، نظراً لتهديدهما لسبل رزق المجتمعات<sup>(٢)</sup>، لذلك، أبرز خبراء البيئة وحقوق الإنسان، على حد سواء، قلقهم من خطورة مشكلة الهجرة الناتجة عن المخاطر البيئية<sup>(٣)</sup>.

وتشير الإحصائيات إلى تعرض حوالي ١٨,٩ مليون شخص للتشريد بسبب المخاطر البيئية في عام ٢٠١٥ فقط، حيث أن ٨٥% من المخاطر البيئية تستند في الواقع إلى مشكلة الاحتباس الحراري<sup>(٤)</sup>.

وبغض النظر عن مدى دقة تلك الإحصائيات والتوقعات، فإنه لا يوجد أدنى شك في أن ظاهرة اللجوء البيئي سوف تمثل واحدة من أكبر المشكلات المتعلقة بحقوق الإنسان<sup>(٥)</sup>.

(١) قد يصل عدد الأشخاص المعرضين للنزوح بسبب المخاطر البيئية إلى مائتي مليون شخص، وذلك بناء على دراسة تم إجرائها لمدة ثماني عشر شهراً بالتشاور مع ممثلين الحكومات والهيئات غير الحكومية وجهات الأمم المتحدة والبنك الدولي، وأعداد كبيرة من المنظمات غير الحكومية، بما في ذلك المنظمات المعنية بمشكلة اللاجئين. كما عكست الدراسة أيضاً آراء العديد من الخبراء والعلماء في إطار الموضوع في جميع أنحاء العالم. وتضمن التقرير النهائي ستة حالات دراسية مدعومة بتقارير تفصيلية. راجع في هذه الدراسة:

Norman Myers with Jennifer Kent, Environmental Exodus, op. cit., p. 1.

(٢) انظر:

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations Joint Press Kit for Bali Climate Change Conference: The Human Rights Impact of Climate Change, November 2007, U.N. Doc. DPI/2483.

(٣) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 352.

(٤) ووفقاً لرأي، فإن الغالبية العظمى من حالات النزوح لأسباب بيئية، تكون بسبب الأعاصير والفيضانات:

« Sur l'ensemble des populations déplacées pour des raisons environnementales, 55% fuiraient des inondations et 29% des tempêtes ». MARION D'ALLARD, Réfugiés climatiques, la crise du siècle, l'humanite.fr, Mardi, 15 Novembre, 2016. Disponible à : <http://www.humanite.fr/refugiés-climatiques-la-crise-du-siècle-626101> (Dernier visité le 13 Juillet 2017).

(٥) راجع:

## المبحث الثالث

### المخاطر البيئية الناشئة عن الأنشطة التنموية الخطيرة

تمهيد وتقسيم:

تسعى حكومات الدول إلى التطور والتقدم من خلال إنشاء مشروعات تنموية كبرى، وهو أمر جد محمود، ولا سيما بالنسبة للدول النامية التي تسعى إلى التطور والتقدم. ومع ذلك، فإن شروع الدول نحو إنشاء تلك المشروعات التنموية دون الالتزام بإجراء تقييماً دقيقاً للأثر البيئي واتخاذ التحوطات اللازمة، سوف ينجم عنه إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة<sup>(١)</sup>.

وتنقسم المخاطر الناتجة عن الأنشطة التنموية إلى نوعين:

الأول: المخاطر الاقتصادية، وتتمثل في نزوح السكان كأثر مباشر لإنشاء النشاط التنموي، من خلال إجبارهم على الانتقال من مكان إقامتهم المعتادة إلى أماكن أخرى، لإتاحة المجال لإقامة النشاط، أو قد يكون نزوح السكان إلى مناطق إقامة النشاط بحثاً عن فرص عمل<sup>(٢)</sup>.

الثانية: المخاطر البيئية، وتتمثل في نزوح السكان كأثر غير مباشر لإقامة النشاط التنموي، وذلك نتيجة تأثير النشاط على البيئة المحيطة بالسكان، على نحو يجعلها غير صالحة لاستمرارية الحياة، مما يجبر السكان على النزوح بسبب تلك المتغيرات البيئية<sup>(٣)</sup>. ولا شك أن الحالة الأولى لا تدخل في إطار دراستنا، نظراً إلى أن نزوح الأشخاص يكون ناتجاً عن قرارات اقتصادية في المقام الأول ولا تستند إلى اعتبارات متعلقة

---

Brittan J. Bush, Redefining Environmental Refugees, Georgetown Immigration Law Journal, 2013, p. 557.

(١) راجع:

Jay Drydyk, Unequal Benefits, The Ethics of Development-Induced Displacement, 2007, p. 105-113.

(٢) ونزوح السكان إلى مناطق النشاط من أجل العمل لم يكن دائماً يقوم على الإرادة الحرة، إذ يكشف التاريخ عن حالات عديدة، خاصة خلال عصر الاستعمار، تم إخبار أعداد هائلة من السكان على ترك ديارهم للذهاب والعمل في مناطق أخرى، من ذلك إجبار العمال في مصر على حفر قناة السويس، وإجبار العمال على بناء القنوات في بيرو خلال فترة الاستعمار، واستخدام عناصر القوات المسلحة في العديد من الدول للعمل في مشروعات بعيدة عن أوطانهم لفترات طويلة. أنظر في هذا الشأن:

Paul K. Gellert and Barbara D. Lynch, Mega-projects as displacements, International Social Science Journal, Volume 55, Issue 175, March 2003, p. 17-19.

(٣) ذات المرجع، ص ١٩-٢٠.

بالبيئة<sup>(1)</sup>، كما أن النزوح الجماعي وفقاً للحالة الأولى غالباً ما يمكن توقعه قبل حدوثه، وبالتالي يمكن للدولة أن تضع خطط مستقبلية تشمل على تدابير تمنع أو على أقل تقدير تخفف من الآثار السلبية الناشئة عنها، أما الحالة الثانية، وهي التي تدخل في إطار دراستنا، نظراً إلى أن النزوح الجماعي للأفراد يتم بسبب الآثار السلبية للمشروعات التنموية على البيئة، وهذا النوع من النزوح قد يتعدى توقعه في العديد من الحالات، مما يعني صعوبة السيطرة عليه.

وتتنوع الأنشطة التنموية التي قد تؤدي إلى الإضرار بالبيئة، وتشمل التقيب وإنشاء القنوات والجسور وتطوير الطرق والكباري وإجراء التجارب على الأسلحة، وإقامة المنشآت الصناعية، وإن كان أبرز الأنشطة التنموية التي تؤدي إلى الإضرار بالبيئة وتتسبب في حالات شديدة من النزوح الجماعي، هي تلك الأنشطة المتعلقة بإنشاء السدود والمفاعلات النووية ومصانع الكيماويات والمواد الخطرة وأعمال التقيب.

وتجد تلك الأضرار البيئية الجسيمة الناشئة عن الأنشطة التنموية تبريرها، في أن العديد من الحكومات، خاصة في الدول النامية، غالباً ما تضطر إلى إنشاء المشروعات التنموية الكبرى للوفاء بالاحتياجات الملحة لسكانها، بالرغم من الآثار السلبية التي تصيب البيئة. وبالتالي، إذا كان يثبت حق فردي وجماعي للإنسان في التنمية، فإن هناك أيضاً حق فردي وجماعي للإنسان في البيئة - على نحو ما أوضحناه سابقاً - ويتعين بالتبعية على الحكومات أن توفق بين الحقين، ولا ترجح أحدهما على الآخر، وذلك من خلال تحقيق اعتبارات التنمية المستدامة، في إطار مسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة<sup>(2)</sup>.

---

(1) غالباً ما تنشأ المآسي المتعلقة بالنزوح بسبب القرارات الاقتصادية للحكومات، التي تتجاهل المعايير الدولية والوطنية المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة، مما يدفعها إلى نزع ملكية الممتلكات بسبب الرغبة الملحة في إقامة المشروع التنموي - استناداً إلى المزايا الاقتصادية الهائلة التي سوف تعود على المجتمع جراء إنشاء المشروع - وذلك دون اتخاذ التدابير والإجراءات المتعلقة بتعويض وإعادة تسكين وتوفير الأوضاع الاجتماعية للأشخاص المنزوعة ملكيتهم، مما يترتب عليه مآسي إنسانية، يقع على عاتق الدولة التي أقامت المشروع مهمة معالجتها، وفي بعض الحالات قد يتجاوز أثر تلك المآسي الإنسانية حدود الدولة التي وقعت فيها، مما يتعين على المجتمع الدولي أن يتعاون في سبيل التخفيف من حدتها. راجع:

Frank Vanclay, Project-Induced displacement and resettlement: from Impoverishment risks to an opportunity for development? Impact Assessment and Project Appraisal Journal, Volume 35, Issue 1, 2017, p. 5.

(2) يعتبر مبدأ التنمية المستدامة من المبادئ الأساسية في القانون الدولي للبيئة، وأصبح كذلك من المبادئ الأساسية في العديد من دساتير الدول، كما أن من مبادئ مسؤولية مشتركة ولكنها متباينة، اشترك جميع الدول في المحافظة على البيئة، مع وضع

وسوف نشير إلى أبرز الأنشطة التنموية التي أدت إلى وقوع أضرار جسيمة بالبيئة، ونتج عنها مآسي إنسانية جسيمة، يأتي في مقدمتها نزوح أعداد كبيرة من سكان المناطق المتأثرة بيئياً، بحثاً عن ملاذ آمن من الأضرار البيئية التي أصابتهم، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

- المطلب الأول: المخاطر البيئية الناشئة عن الأنشطة النووية.
- المطلب الثانية: المخاطر البيئية الناشئة عن إنشاء السدود.
- المطلب الثالث: المخاطر البيئية الناشئة عن مصانع المواد الخطرة.
- المطلب الرابع: المخاطر البيئية الناشئة عن التقيب.

### المطلب الأول

#### المخاطر البيئية الناشئة عن الأنشطة النووية

تعد تشرنوبل Chernobyl وفوكوشيما Fukushima و ثري مايل أيلاند Three Mile Island من أبرز الحوادث النووية التي وقعت منذ اعتماد العديد من الدول على الطاقة النووية للأغراض السلمية<sup>(١)</sup>، ومع ذلك كانت حادثتي تشرنوبل وفوكوشيما أكثر تأثيراً وأوسع مدى في الإضرار بالبيئة، بطريقة نتج عنها وقوع كوارث وأزمات إنسانية لسكان المناطق المحيطة.

ونبين حادثتا تشرنوبل وفوكوشيما، تحديداً، على النحو التالي:

#### أولاً: كارثة تشرنوبل:

وقعت حادثة تشرنوبل في ٢٦ أبريل، ١٩٨٦، عندما انفجر المفاعل رقم (٤) في

---

مسؤوليات أكبر على عاتق الدول المتقدمة، نظراً لأنها ساهمت في الماضي في أحداث أضرار بيئية أكثر من الدول النامية. راجع فيما يتعلق بموضوع تحقيق التنمية في إطار المحافظة على البيئة:

Shawkat Alam and Saiful Karim, Linkages of Development and Environment: In Search of an Integrated Approach through Sustainable Development, Georgetown International Environmental Law Review, Spring 2011, p. 363.

<sup>(١)</sup> وولفت الانتباه إلى أن حادث ثري مايل أيلاند Three Mile Island هي أول حادثة نووية وقعت عام ١٩٧٩ في بنسلفانيا، عندما حدث خلل في المفاعل رقم ٢ أدى إلى انصهار شديد، وبالرغم من أن التسرب الإشعاعي الضئيل لم يؤثر على عمال المنشأة أو على سكان المناطق القريبة، فقد دفعت الحادثة الحكومة إلى اتخاذ تدابير أكثر صرامة، في سبيل المحافظة على البيئة ضد هذه الأنواع المدمرة من الكوارث.

للإطلاع على الظروف المحيطة بحادثة مفاعل ثري مايل أيلاند، والتدابير والإجراءات التي تم اتخاذها في هذا الشأن، راجع: Christine Perham, EPA'S Role at Three Mile Island, EPA Journal, 1980, p. 20 et seqq.

منشأة تشرنوبل النووية، ونتج عن الحريق إذابة وقود اليورانيوم، وبالرغم من عدم وقوع انفجار نووي، كما لم تتصهر نواة المفاعل النووي، إلا أن النيران الناشئة عن حريق المفاعل تسببت في تسرب كميات هائلة من المواد المشعة إلى الهواء، وأدى ذلك إلى وقوع حالي وفاة بشكل مباشر، ثم وقوع ٢٩ حالة وفاة بعد ذلك، فضلاً عن تأثر المئات بالإشعاعات النووية التي كانت سبباً في إصابتهم بالأمراض السرطانية، كذلك تم إجلاء حوالي خمسمائة ألف شخص في الفترة من ٢٧ أبريل حتى ٨ مايو ١٩٨٦، عن المدن المحيطة لمسافة تمتد إلى ثلاثين كيلومتر من جميع الاتجاهات عن منشأة تشرنوبل<sup>(١)</sup>. ولم يقتصر تأثير الكارثة على المناطق المحيطة بمنشأة تشرنوبل النووية، وإنما امتد إلى دول أخرى، بفعل حركة الرياح المحملة بالمواد المشعة، حيث أثرت على أجزاء كبيرة من الدول الإسكندنافية وألمانيا والنمسا والمجر وسويسرا ويوغسلافيا وإيطاليا، بل تشير الدراسات إلى أن تأثير كارثة تشرنوبل على البيئة قد يمتد لفترة تزيد عن مائة عام<sup>(٢)</sup>.

وبالرغم من الآثار الجسيمة لكارثة تشرنوبل على الدول المحيطة، لم تطالب أية دولة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها من الاتحاد السوفيتي<sup>(٣)</sup>. كذلك اختلفت توجهات الوكالة الدولية للطاقة الذرية، التي كانت قبل تلك الحادثة تعمل على تعزيز انتشار

(١) فقد تم توجيه انتقاد شديد لحكومة الاتحاد السوفيتي بسبب عدم اكترائها وإقامتها لمنشأة نووية على مقربة من منطقة مأهولة بالسكان. راجع:

Hélène Ragheboon, *The International Legal Status and Protection of Environmentally-Displaced Persons: A European Perspective*, Brill Nijhoff, 2017, p. 442.

(٢) فقد وجدت آثار للإشعاعات النووية في الألبان الواردة من بعض المزارع في النمسا، والمجر ويوغسلافيا وسويسرا والمملكة المتحدة وألمانيا. راجع:

Alexander Kiss and Dinah Shelton, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 21-24, 218.

(٣) راجع:

Elli Louka, *International Environmental Law, Fairness, Effectiveness, and World Order*, Cambridge University Press, 2006, p. 34.

ووفقاً لبعض المحللين، فإن عدم قيام الدول المتضررة من كارثة تشرنوبل بالمطالبة بالتعويض من الاتحاد السوفيتي، يرجع إلى حقيقة عدم رغبة الدول في إرساء فكرة المسؤولية الدولية عن الحوادث النووية، خاصة أن التسربات النووية من المتوقع أن تحدث بالنسبة لأية دولة من الدول المتضررة في المستقبل، وأن تلك التسربات من الصعب التحكم فيها ومنعها كلية، مهما كانت درجة التحوط التي يتم اتخاذها. ذات المرجع، ص ٤٤٩.

وقد قامت ألمانيا والمملكة المتحدة بدفع تعويضات لرعائها الذين تكبدوا أضراراً بسبب كارثة تشرنوبل. راجع:

Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 92.

استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، حيث أبدت اهتماماً واسعاً بوضع القواعد المنظمة لآثار السلبية لاستخدام الطاقة النووية على البيئة. ولتحقيق هذا الغرض، أقرت الوكالة الدولية للطاقة الذرية العديد من الاتفاقيات التي تهدف إلى مواجهة ومعالجة الكوارث التي تنشأ عن استخدام الطاقة النووية، وإزالة آثارها الضارة، منها<sup>(١)</sup>: الاتفاقيتان اللتان وضعتا كرد فعل سريع على وقوع كارثة تشيرنوبل عام ١٩٨٦، وهما، اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووي<sup>(٢)</sup>، واتفاقية المساعدة في حالة الكارثة النووية أو الطارئة الإشعاعية<sup>(٣)</sup>، أيضاً اتفاقية السلامة النووية لعام ١٩٩٤<sup>(٤)</sup>، والاتفاقية المشتركة بشأن أمان التصرف في الوقود المستهلك وأمان التصرف في النفايات المشعة لعام ١٩٩٧<sup>(٥)</sup>. كذلك، أصدرت الوكالة الدولية للطاقة الذرية العديد من التوصيات ومعايير الأمان وقواعد السلوك لمعالجة مشكلة التلوث الناتج عن استخدام المواد النووية والحوادث الناشئة عنها<sup>(٦)</sup>.

### ثانياً: كارثة فوكوشيما:

تعتبر كارثة فوكوشيما في اليابان من أحدث الكوارث النووية التي وقعت في ١١ مارس ٢٠١١، وجاءت كنتيجة مباشرة لوقوع زلزال وتسونامي، لذلك أطلق عليها مجتمعة "الكارثة الثلاثية"<sup>(٧)</sup>. وتتلخص وقائع تلك الكارثة في حدوث زلزال تنج عنه تنشيط تسونامي شديد على الساحل الشرقي لليابان، مما ترتب عليه تدمير نظام التبريد في

(١) ذات المرجع، ص ٣٨٣٧، ٥٢.

(٢) وقعت الاتفاقية في الدورة الاستثنائية للمؤتمر العام للوكالة الدولية للطاقة الذرية في ٢٦ سبتمبر ١٩٨٦، ودخلت حيز النفاذ في ٢٧ أكتوبر ١٩٨٦.

(٣) تم تبني تلك الاتفاقية في الدورة الاستثنائية ذاتها، التي تبنت فيها الوكالة الدولية للطاقة الذرية اتفاقية التبليغ المبكر، ولكنها دخلت حيز النفاذ في ٢٦ فبراير ١٩٨٧.

(٤) اعتمدت الاتفاقية في فيينا بالنمسا، في مؤتمر دبلوماسي للوكالة، في ١٧ يونيو ١٩٩٤، ودخلت حيز النفاذ في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٦.

(٥) اعتمدت الاتفاقية في فيينا بالنمسا، في ٢٩ سبتمبر ١٩٩٧، ودخلت حيز النفاذ في ١٨ يونيو ٢٠٠١.

(٦) راجع:

Ellen Hey, Advanced Introduction to International Environmental Law, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 29-30.

(٧) راجع:

Yuko Fujigaki, Lessons From Fukushima, Japanese Case Studies on Science, Technology and Society, Springer International Publishing, 2015, p. 1.

مفاعل فوكوشيما للطاقة النووية<sup>(١)</sup>، الأمر الذي أدى بالتبعية إلى حدوث انصهار للمفاعلات النووية وانفجارها، وتسرب كميات هائلة من غاز الهيدروجين<sup>(٢)</sup>.

وبالرغم من أن كارثة فوكوشيما لم يترتب عليها حالات وفاة مباشرة، كما أن التوقعات قد أشارت إلى أن حالات الوفاة المستقبلية بسبب الإصابة بالأمراض الناتجة عن التعرض للمواد المشعة، لن تكون مرتفعة<sup>(٣)</sup>، فقد ترتب على تلك الكارثة نزوح ما يصل إلى مائة وستين ألف شخص من سكان المدن والقرى المحيطة بسبب الأضرار البيئية الجسيمة الناتجة عن الكارثة النووية، وعدم قدرتهم على العودة مرة أخرى إلى منازلهم لفترة تمتد إلى عدة عقود<sup>(٤)</sup>.

ونشير أخيراً في هذا السياق إلى أن رأياً في الفقه قد طالب بضرورة عدم المغالاة في التحوط والعزوف عن إقامة المنشآت النووية التي تستخدم في توليد الطاقة وغيرها من الأغراض السلمية، استناداً إلى قلة الحوادث النووية التي لا تتجاوز نسبة الخطورة الناشئة عنها ٠,٢%، خاصة إذا كان يمكن اتخاذ التدابير والاحتياطات التي تحول دون تفاقم

<sup>(١)</sup> وقد أكدت لجنة التحقيقات المستقلة بشأن حادثة فوكوشيما النووية، أن أسباب الحادثة كانت متوقعة، وكان من الممكن تجنبها، إذا كانت الشركة التي تدير المنشأة النووية لم تقصر في تطبيق بعض تدابير السلامة الضرورية. راجع في هذا الموضوع:

James M. Acton and Mark Hibbs, Why Fukushima was Preventable, Carnegie Endowment for International Policy, 2012, p. 9-32.

وقد أقرت الشركة التي تدير منشأة فوكوشيما (TEPECO) بتقصيرها في اتخاذ بعض التدابير الهامة في سبيل منع وقوع الكارثة. انظر:

Martin Fackler, Japan Power Company Admits Failing on Plant Precautions, The New York Times, 12 October, 2012. Available at:

<http://www.nytimes.com/2012/10/13/world/asia/tepco-admits-failure-in-acknowledging-risks-at-nuclear-plant.html> (Last visited on 20 July, 2017).

<sup>(٢)</sup> لمزيد من التفصيل حول كيفية وقوع كارثة مفاعل فوكوشيما، انظر:

Michio Ishikawa, A Study of the Fukushima Daiichi Nuclear Accident Process, What Caused the Core melt and hydrogen explosion? Published by The Denki Shimbun, Japan Electric Association Newspaper Division, 2014, p. 39-45.

<sup>(٣)</sup> ومع ذلك تشير العديد من الدراسات الطبية إلى إمكانية تعرض أعداد هائلة من سكان المناطق المحيطة ممن تعرضوا للإشعاعات النووية لمشاكل طبية على المدى البعيد، انظر في هذا الشأن:

Astushi Takahashi et al., Effect of Evacuation on Liver Function after the Fukushima Daiichi Nuclear Power Plant Accident: The Fukushima Health Management Survey, Journal of Epidemiology, 2017, p. 180-185.

<sup>(٤)</sup> راجع:

Yuko Fujigaki, op. cit., p. 58.

الحادثة النووية<sup>(1)</sup>. وإذا كنا نتفق في الواقع - مع ضرورة الاعتماد على وسائل الطاقة البديلة والمستدامة، والتي يمكن أن توفرها الطاقة النووية، إلا أنه ينبغي إدراك حقيقة أن الأضرار التي تنتشأ عن وجود حادثة نووية، غالباً ما تكون ذات آثاراً وخيمة على البيئة والأشخاص، على نحو يستدعي اتخاذ أقصى درجات الحيطة عند القيام بهذا النوع من الأنشطة النووية.

## المطلب الثاني

### المخاطر البيئية الناشئة عن إنشاء السدود

يعتبر إنشاء السدود من أبرز المشروعات التي تلجأ إليها الدول النامية، نظراً لتحقيقه العديد من المزايا الاقتصادية، المتمثلة في تنظيم عملية ري الأراضي الزراعية، وتوليد الطاقة الكهربائية، ومنع الفيضانات، وتخزين المياه العذبة. ومع ذلك، فإن إنشاء السدود قد ينشأ عنها العديد من المشكلات البيئية التي قد تدفع سكان المناطق المحيطة إلى النزوح القسري<sup>(2)</sup>. ويعد السد العالي في مصر، وسد الممرات الثلاثة (ثري جورجس) Three Gorges Dam في الصين، وسد ساردار ساروفار نارمادا Sardar Sarovar

(1) واستند هذا الرأي في تبرير وجهة نظره إلى أن حادثة ثري مايل ايلاند لم تتجاوز حدود المنشأة النووية، وتم السيطرة عليها، قبل أن يحدث تسربات إشعاعية خارج حدود المنشأة، ويقول في ذلك:

"Humanity has a collective 16,000 reactor-year of experience with nuclear energy (a cumulative calculation that adds the amount of years each reactor has been in operation), during which three major accidents have occurred at commercial nuclear reactors: Chernobyl, Three Mile Island, and Fukushima; according to the World Nuclear Association (a pro-industry nonprofit organization). One event every 5,333 reactor-years comes out roughly to a 0.2% annual risk of incident for an eleven-reactor state like Illinois. The Three Mile Island meltdown was confined completely to the plant, meaning only two accidents at commercial reactors caused serious radiological releases. According to the World Nuclear Association, even the worst possible accident in a conventional western nuclear power plant or its fuel would not be likely to cause dramatic public harm." Annika Kolasa, The Future Energy Jobs Shaft: How Illinois' New Zero Emission Standard is Anticompetitive, or, Why Some Environmentalists Oppose the Clean Power Plan, Journal of Law, Technology and Policy, 2017, p. 219.

(2) فقد كان من شأن مشروعات السدود التي تهدف في المقام الأول إلى توليد الطاقة الكهربائية، أن نتج عنها آلاف الحالات من النزوح الإجباري، انظر:

Graeme Hugo and Douglas K. Bardsley, Migration and Environmental Change in Asia, in People on the move in a Changing Climate, The Regional Impact of Environmental Change on Migration, Edited by: Etienne Piguet and Frank Laczko, Global Migration Issues, Volume 2, Springer, 2014, p. 26.



Narmada بالهند، من أبرز الأمثلة على السدود التي نشأ عنها تأثيرات بيئية خطيرة، أدت إلى نزوح سكان المناطق المحيطة بتلك السدود خارج ديارهم، وسوف نوضح المخاطر والأضرار التي نشأت عن تلك السدود، فيما يلي:

#### أولاً: السد العالي:

تم إنشاء السد العالي عام ١٩٦٠ في أسوان، بجمهورية مصر العربية، في عهد الرئيس الراحل جمال عبد الناصر، وكان من أهم أهداف إنشاء السد العالي كبح الفيضانات التي كان يحدثها نهر النيل، وتوليد الطاقة الكهربائية وتخزين المياه، وحماية الأراضي من الجفاف، وتنمية القطاع الزراعي والصناعي في مصر.

وعلى الرغم من المزايا الاقتصادية التي حققها السد العالي، فإنه قد أدى إلى بعض الأضرار البيئية، التي كان من شأنها في إطار دراستنا- التأثير على سكان المناطق المحيطة بالسد العالي، فقد أدى بناء السد العالي إلى تجمع مياه نهر النيل في بحيرة ناصر، مما أدى إلى وقوع فيضان هائل، تسبب في غرق العديد من القرى في منطقة النوبة بجنوب مصر، مما أجبر العديد من أهالي النوبة إلى النزوح والبحث عن أماكن أخرى أكثر أماناً، وتشير الإحصائيات إلى أن عدد الأشخاص الذين نزحوا من منطقة النوبة، نتيجة الآثار السلبية المترتبة على بناء السد العالي، يتراوح بين خمسة وثلاثين ألف إلى خمسين ألف شخص<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من قيام الحكومة المصرية بتوفير مساكن للأشخاص المتضررين من بناء السد في منطقة كوم أمبو، إلا أن تلك المناطق السكنية لم تكن ملائمة، خاصة فيما يتعلق باحترام الطبيعة الأثنية والنظام الاجتماعي الخاص بالنوبيين، مما دفع العديد منهم إلى الهجرة داخل أو خارج الدولة، بحثاً عن أماكن أكثر ملائمة<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> راجع في هذا الشأن:

Robert O. Collins, The Society and Its Environment, in Sudan, A Country Study, Edited by Chapin Metz, Fourth Edition, First Printing 1992, p. 74.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Patricia Kluck, The Society and Its Environment, in Egypt, a Country Study, Edited by Richard F. Nyrop, Fourth Edition, First Printing 1983, p. 83.

كذلك أدى إنشاء السد العالي إلى التأثير سلباً على الزراعة في مصر، حيث منع وصول الطمي عن المناطق الزراعية على ضفاف نهر النيل، والتي تعتبر عنصراً أساسياً لتخصيب التربة وتعزيز إنتاجيتها، مما ترتب عليه نقصان في إنتاجية المحاصيل الزراعية، كما أدى حجز السد لاندفاع مياه النيل إلى تقلص معدل رشح وتصريف المياه في الأراضي الزراعية، وأدى إلى زيادة الأملاح بها، والتأثير على قدرتها الإنتاجية وجودة المحاصيل الزراعية. وتلك الأمور السلبية بالتأكيد قد أدت إلى تقلص مساحة الأراضي الزراعية، ودفع العاملين في مجال الزراعة للهجرة إلى أماكن أخرى، بحثاً عن سبل الرزق<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: سد الممرات الثلاثة:

لا جرم أن العديد من مشروعات البنية التحتية الصينية قد أثارت كثيراً من الجدل، خاصة فيما يتعلق بتأثيرها على البيئة وعلى حقوق الإنسان الأساسية، ومن أبرز الأمثلة على تلك المشروعات، سد الممرات الثلاثة Three Gorges Dam<sup>(٢)</sup>، الذي نال موجه عارمة من الانتقادات، نظراً لتأثيره الشديد على البيئة المحيطة، على نحو أدى إلى تشريد أعداد هائلة من السكان المحليين<sup>(٣)</sup>، حيث تقدر الأعداد التي تم إعادة توطينها فقط بحوالي ١،٢٧ مليون شخص. وفي أكتوبر عام

(١) ومن الآثار السلبية الأخرى المترتبة على إنشاء السد العالي، تقليل استفادة الدولة فعلياً من حصتها في مياه نهر النيل، حيث أن تخزين مياه نهر النيل في بحيرة ناصر، أدى إلى تبخرها، دون تحقيق استفادة حقيقية منها. كذلك حجب السد العالي وصول كميات هائلة من الثروة السمكية داخل القطر المصري، والتي كان يعتمد عليها السكان كمصدر هام للغذاء. للاطلاع على مزايا وسلبات بناء السد العالي، راجع:

Kristin Wiebe, The Nile River: Potential for Conflict and Cooperation in the Face of Water Degradation, Natural Resources Journal, 2001, p. 737-739.

(٢) سد الممرات الثلاثة هو أكبر محطة توليد طاقة كهرومائية في العالم، وهو أيضاً أكبر ممول للطاقة المتجددة في الصين، ويمثل حوالي ١٤% من إنتاج العالم للطاقة الكهرومائية. راجع:

Stephen Tromans, China's environmental Law, A Changing Landscape, International Energy Law Review, 2010, p. 184.

(٣) وقد وجهت اتهامات بالفساد للشركات التي تولت مهمة إنشاء مشروع سد الممرات الثلاثة، على اعتبار أنها أعطت الأولوية لإنشاء السد على حساب صيانة الحقوق الأساسية للسكان، مما دفع البعض إلى القول بأن الحكومة تقوم بالتنمية في مدن الأشباح (تعبيراً على خلوها من السكان)، وقد عبر عن ذلك بأن:

"local governments have been increasingly wasteful in building up so-called "ghost towns", entire urban areas devoid of residents". Lynia Lau, The Asian Infrastructure Investment Bank, International Energy Law Review, 2015, p. 262.

٢٠٠٧، أشار العديد من المحللين عبر وسائل الإعلام الصينية المختلفة، بأن إنشاء بعض المشروعات التنموية الأخرى المرتبطة بالسد، سيدفع ما لا يقل عن أربعة مليون شخصاً آخرين، على هجر ديارهم، الكائنة بالمناطق المحيطة بالسد، بحلول عام ٢٠٢٠<sup>(١)</sup>.

وقد أثبتت الأبحاث العلمية، التي تم إجرائها على مدار عدة سنوات، إمكانية وقوع العديد من الأضرار البيئية، نتيجة بناء وتشغيل السد، ومنها:

- الإضرار بالكائنات البحرية وجودة المياه ونظام الري، نظراً إلى أن عملية بناء السد قد ترتب عليها إغراق كميات هائلة من المخلفات في مياه النهر.
- التسبب في وقوع زلازل وانهيار للتربة بشكل مفاجئ ومدمر للسكان<sup>(٢)</sup>.
- إفساد مساحة المزروعات الخضراء المحيطة بالسد.
- التسبب في تغيير مناخ المنطقة المحيطة بالسد<sup>(٣)</sup>.

وبالرغم من أن الحكومة الصينية قد أقرت تعويضات للأشخاص المتضررين من بناء السد، إلا أن فساد بعض الموظفين الحكوميين حال دون وصول التعويضات إلى مستحقيها، ففي عام ٢٠٠٠، أُدين تسعة وسبعون موظفاً حكومياً بتهمة اختلاس الأموال المخصصة لتعويض المتضررين من بناء السد، مما كان له أثره الجلي في تعاظم المآسي الإنسانية لسكان المناطق المحيطة بالسد<sup>(٤)</sup>.

### ثالثاً: سد نارمادا:

يعد سد ساردار ساروفار Sardar Sarovar من أكبر السدود التي أقامتها الهند على نهر نارمادا Narmada river، لذلك فهو يطلق عليه أيضاً سد نارمادا، وهو من المشروعات العملاقة التي تهدف إلى تنظيم الري وتوليد الطاقة الكهرومائية.

<sup>(١)</sup> راجع:

Stephen Tromans, op. cit. p. 184.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Hélène Ragheboon, op. cit., p. 325.

<sup>(٣)</sup> راجع: BBC Monitoring Asia Pacific, Chinese Officials Says Three Gorges Dam Negative Effects Under Control, Political Supplied by BBC Worldwide Monitoring, May 19, 2006.

<sup>(٤)</sup> راجع:

Stephen Tromans, op. cit. p. 184-185.

وبالرغم من الفوائد الاقتصادية والاجتماعية التي حققها سد نارمادا لسكان الهند، إلا أنه قد تسبب في أضرار بيئية أثرت على أعداد هائلة من السكان. فقد أدى إنشاء السد إلى غرق العديد من المناطق والقرى المحيطة، إذا أن التأثير السلبي للسد امتد إلى مساحات شاسعة، وأصاب أعداد هائلة من السكان بأضرار بالغة، ولا سيما سكان المناطق القبلية. وتشير الإحصائيات إلى نزوح ما لا يقل عن مائة ألف شخص كانوا يقطنون في مائتي وخمسة وأربعين قرية بسبب تعرضها للغرق<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث

#### المخاطر البيئية الناشئة عن مصانع المواد الخطرة

لقد كان للحوادث الناشئة عن مصانع الكيماويات والمواد الخطرة بشكل عام أثرها المدمر على البيئة، وعلى صحة الأشخاص وقدرتهم على الحياة في المناطق المتأثرة، ولعل أبرز الكوارث البيئية التي وقعت بسبب مصانع المواد الخطرة وأثرت على جانب كبير من الأشخاص وأدت إلى نزوحهم، كارثة بوبال Bhopal، والتسرب الكيماوي لمصنع ساندوز Sandoz Chemical Spill، وسوف نبين هاتان الحادثتان على النحو التالي:

#### أولاً: كارثة بوبال:

وقعت تلك الكارثة في مدينة بوبال في الهند، وتتلخص وقائعها في أنه في الساعات الأولى من يوم ٣ ديسمبر ١٩٨٤، تسربت كميات هائلة من مصنع مبيدات مملوك بالشراكة بين شركة أمريكية والحكومة الهندية ( Union Carbide Corporation)، الأمر الذي تسبب وفقاً لأقرب الإحصائيات في وفاة ما يزيد عن عشرة آلاف شخص، وتعرض خمسمائة ألف شخص آخرين لإصابات وأضرار مختلفة، منها إصابات أدت إلى عجز دائم، فضلاً عن الأعداد الهائلة التي

(1) فقد نجم عن سد نارمادا عرق القرى والأراضي الزراعية، مما أثر على سبل رزق سكانها، ودفعهم إلى النزوح بحثاً عن المأوى والعمل الذي يكفل لهم عيشة كريمة. راجع:

Thomas R. Berger, The World Bank's Independent Review of India's Sardar Sarovar Projects, American University Journal of International Law and Policy, 1993-1994, p. 35.

نزحت إلى مناطق أخرى، مما عرضهم إلى مآسي إنسانية، متمثلة في عدم قدرتهم على إيجاد مأوى مناسب<sup>(١)</sup>.

وقد أبرزت كارثة بوبال وجود قصور شديد في النظام القانوني والإداري للهند بشأن إدارة الكوارث، وذلك من عدة نواحي:

١. عدم قدرة الهيئات البيئية الرئيسية في الهند على اتخاذ تدابير حاسمة، متمثلة في إغلاق المنشآت التي تمثل خطورة استثنائية على البيئة، فعلى سبيل المثال، خلال الفترة من عام ١٩٧٨ حتى عام ١٩٨٣، وقعت ست حوادث مؤثرة في مصنع بوبال، ثلاث حوادث منها تضمنت تسرب للمواد الخطرة، وبالرغم من تظلم سكان المناطق المحيطة وإخطارهم للحكومة بخطورة المنشأة، إلا أنها استمرت في العمل، دون اتخاذ أية إجراءات للحد من خطورتها.

٢. لم يميز قانون المصانع الهندي لعام ١٩٤٨ بين المصانع العادية ومصانع المواد الخطرة، لذلك لم يكن لدي مفتشي المصانع السلطة لوقف عمل مصانع المواد الخطرة، حتى في ظل وجود أدلة تثبت قصور تدابير السلامة لدى تلك المصانع.

٣. عدم قدرة مصنع المبيدات في بوبال على تقديم أي دليل بشأن التدابير المتخذة لمنع تسرب المواد الكيماوية في حالة الحوادث، مما يعني غياب الإلزام القانوني بشأن اتخاذ تدابير مواجهة الطوارئ، وضرورة الكشف عنها للجمهور.

٤. لم يتبع مصنع بوبال المعايير والاشتراطات الدولية المتعلقة بإجراء تقييم الأثر البيئي للمشروعات الخطرة، مما ترتب عليه وقوع العديد من الكوارث من

(١) وتشير إحصائيات أخرى إلى أن أعداد الأشخاص المتضررين من كارثة بوبال قد وصلت إلى ما يقارب ٢ مليون شخص، كما أن المطالبات الأصلية للتعويض عن الأضرار، والتي وصلت إلى ثلاثة مليارات دولار، قد تم تسويتها بقيمة ٤٧٠ مليون دولار فقط، وهو مبلغ غير عادل، ولا يتناسب مع حجم الأضرار الناتجة عن الكارثة، وفقاً لآراء أغلب أساتذة القانون، ومناصري حقوق الإنسان. وقد حاولت شركة المبيدات الحد من نطاق مسؤوليتها عن هذه الكارثة، من خلال الادعاء بأنها كانت ناتجة عن عمل إرهابي أو تخريبي. راجع في هذا الخصوص:

مصنع بوبال.

٥. لم يتوافر لدى المواطنين الوعي أو الدراية القانونية الكافية، للتقدم بمطالبات قضائية ضد مصانع المواد الخطرة التي لا تلتزم بمعايير السلامة، أو حتى للمطالبة بالتعويضات في حالة إصابتهم بأضرار ناجمة عن أنشطة تلك المصانع<sup>(١)</sup>.

٦. تجد مصانع المواد الخطرة أن دفع تعويضات في حالة الكوارث إلى المضطربين، يكون أقل تكلفة من الالتزام بتدابير السلامة، خاصة في ظل القوانين والقواعد الإدارية الهشة المتعلقة بعمل تلك المصانع وتدابير السلامة والتعويض عن الأضرار الناتجة عنها<sup>(٢)</sup>.

وبشكل عام، فإن كارثة بوبال تعد من أسوأ الكوارث الصناعية التي تسببت في أضرار جسيمة بالبيئة، أدت إلى التأثير بشكل جسيم على صحة السكان، ودفعت العديد منهم إلى النزوح إلى أماكن أخرى، بما ينطوي عليه هذا النزوح من مخاطر تهدد أرواحهم وحياتهم وسلامتهم، خاصة في ظل غياب التنظيم القانوني والإداري الملائم.

### ثانياً: كارثة مصنع ساندوز للكيماويات:

تتلخص وقائع الكارثة في حدوث انفجار بمصنع ساندوز للكيماويات الذي يقع في بازل بسويسرا، على ضفاف نهر الراين، وذلك في ١ نوفمبر ١٩٨٦، واستمر الحريق لمدة خمس ساعات حتى تم إخماده، ونتج عنه تسرب كمية تتراوح بين عشرة آلاف إلى خمسة عشرة ألف متر مكعب من الكيماويات السامة إلى نهر الراين، والتي وجدت طريقها في مجرى النهر لمسافة امتدت إلى تسعمائة كيلومتر، مروراً بستة دول مطلية على النهر. وبالرغم من عدم وقوع خسائر في الأرواح بسبب تلك الكارثة، إلا أن تلوث

<sup>(١)</sup> فقد أشار جانب من الفقه إلى وجود تمييز في التعامل مع ضحايا الكوارث، ففي كارثة بوبال كان أكثر المتضررين من العمال والطبقة الفقيرة والمتوسطة التي تعيش على مقربة من مصنع المبيدات، أما الطبقة الغنية التي كانت تعيش على مسافة من المصنع، فقد تم إنقاذها سريعاً حتى لا تتأثر بالكارثة. راجع:

Hélène Ragheboon, op. cit., p. 443.

<sup>(٢)</sup> راجع:

B. Bowonder, Jeanne X. Kasperson, and Roger E. Kasperson, Industrial Risk Management in India Since Bhopal, in Sheila Jasanoff, Learning from Disaster, Risk Management after Bhopal. The University of Pennsylvania Press, 1994, p. 67-68.

مياه النهر قد أدت إلى قتل آلاف الأنواع من الأسماك والطيور، فضلاً عن خسائر اقتصادية هائلة في مجال العقارات الكائنة على مجرى النهر، قُدرت بمائة مليون فرنك سويسري<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن كارثة مصنع ساندوز لم يترتب عليها حالات نزوح واسعة النطاق، أو أزمات إنسانية نتيجة تلوث المياه، نظراً لوقوع الكارثة في دولة متقدمة كسويسرا، بما تمتلكه من آليات ومعايير لإدارة الأزمات والكوارث والتخفيف من آثارها السلبية، فضلاً عن امتداد آثار الكارثة إلى العديد من الدول الأوروبية الواقعة على نهر الراين، والتي تمتلك قدرات لا تقل عن سويسرا في التعامل مع الأزمات والكوارث.

لذلك طالبت فرنسا من الحكومة السويسرية دفع مبلغ مالي إجمالي قيمته ٣٨ مليون دولار كتعويض عن الأضرار الناتجة عن تسرب الكيماويات من مصنع ساندوز، واستندت الحكومة الفرنسية في مطالبتها إلى التقدير الذي قامت به لجنة خبراء مختصة في هذا الشأن. وقد أبرزت الحكومة السويسرية رغبتها الكاملة في دفع التعويضات، سواء للأشخاص المتضررين أو للحكومة الفرنسية، كما قام مصنع ساندوز بإنشاء صندوق أطلق عليه "صندوق ساندوز/الراين" Sandoz Rhine Fund بشأن المساعدة في إصلاح الإضرار البيئية الناشئة عن الكارثة، وقدم تبرع بقيمة ٧,٣ مليون دولار إلى الصندوق العالمي للحياة البرية في إطار مشروع مدته ثلاث سنوات لإصلاح الحياة النباتية والحيوانية في نهر الراين<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فإن كارثة مصنع ساندوز تمثل مثلاً بارزاً للأضرار البيئية الجسيمة التي يمكن أن تتسبب فيها مصانع المواد الخطرة، خاصة في حالة إقامتها على حدود نهر دولي يتم استخدامه لأغراض متعددة، إذ أن من شأن تلك الكارثة إذا وقعت وفقاً للوقائع ذاتها في دولة نامية أو امتد تأثيرها إلى دول نامية لا تملك الأدوات أو الخبرات التي

(١) راجع:

Jian Xie et al., Addressing China's Water Scarcity, Recommendations for Selected Water Resource Management Issues, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2009, p. 130.

(٢) راجع:

Xue Hanqin, op. cit., p. 91.

تمكنها من التعامل مع الكارثة البيئية، أن تتسبب في أزمة إنسانية عظيمة الأثر، متمثلة في حالات وفاة وإصابة بأمراض ودمار للمزروعات والماشية، فضلاً عن عدم قدرة نسبة كبير من سكان المناطق المتأثرة على توفير احتياجاتهم الأساسية، مما يدفعهم للنزوح الجماعي إلى مناطق أخرى. لذلك دفعت كارثة مصنع ساندوز الاتحاد الأوروبي إلى تعديل التعليمات المتعلقة بالحوادث الصناعية، كما أدت إلى إبرام اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها عام ١٩٨٩<sup>(١)</sup>، واتفاقية بشأن حماية الراين عام ١٩٩٩<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الرابع

#### المخاطر البيئية الناشئة عن التنقيب

لعل أبرز مثال على التلوث البيئي الناتج عن عمليات التنقيب ذلك الخاص بجمهورية قرغيزستان، فقد أدى التنقيب واستخلاص اليورانيوم والمعادن الثقيلة والزيئق، والترسبات الناتجة عنها إلى إحداث كوارث بيئية جسيمة، كان لها أثراً عظيماً على حياة وصحة السكان في مناطق التنقيب. وأدى وقوع قرغيزستان في منطقة مرتفعة عن حوض النهر الذي يمر داخل الدولة إلى حدوث تلوث هائل بمياه النهر، وانتقالها إلى مناطق مختلفة في وسط آسيا بواسطة تدفق وحركة المياه.

وبدأ التنقيب عن اليورانيوم، تحديداً، في الأربعينات من القرن المنصرم، ضمن برنامج الاتحاد السوفيتي النووي، لتزويد محطات الطاقة النووية بالمواد الخام اللازمة، وفي ذلك الوقت فرض الاتحاد السوفيتي قيوداً بشأن الوصول إلى القرى والمناطق التي يوجد بها مناجم التنقيب عن اليورانيوم، باعتبارها مناطق سرية ومحظورة، واستمرت أعمال التنقيب واستخلاص اليورانيوم حتى عام ١٩٦٨، حيث تم إغلاق المناجم، إلا أنه لم يتم إزالة الترسبات والمخلفات الناتجة عن استخراج اليورانيوم، مما أدى إلى وجود مواد سامة وخطرة أثرت على البيئة

(١) عرضت الاتفاقية للتوقيع في ٢٢ مارس ١٩٨٩، ودخلت حيز النفاذ في ٥ مايو ١٩٩٢.

(٢) عرضت الاتفاقية للتوقيع في ١٢ إبريل ١٩٩٩، ودخلت حيز النفاذ في ١ يناير ٢٠٠٣.



وصحة السكان في المناطق المحيطة، مما دفع أعداد هائلة من السكان إلى النزوح بعيداً عن تلك المناطق<sup>(١)</sup>.

ويتعين أن نشير، أخيراً، في هذا السياق، إلى أن البنك الدولي قد وضع العديد من المعايير والتوجيهات المتعلقة بتعويض وإعادة توطين السكان المتضررين من المشروعات التنموية التي يساهم البنك الدولي في تمويلها، وذلك لتجنب الأزمات البيئية والاجتماعية الناشئة عن إقامة تلك المشروعات<sup>(٢)</sup>. وكان البنك الدولي قد اعتبر، منذ عام ١٩٨٩، إجراء تقييم الأثر البيئي، ضمن المتطلبات الأساسية، للمشروعات التي يمولها. كذلك عزز البنك الدولي من المعايير والاشتراطات المطلوبة فيما يتعلق بالمسائل البيئية والاجتماعية بداية من عام ١٩٩٢، وتحديداً منذ قمة الأرض في ريو دي جانيرو، حيث كان لحملة الانتقادات الواسعة التي وجهت للبنك بمناسبة تمويله لأكبر مشروع سد تم إنشاؤه في الهند، وهو سد نارمادا، بسبب تقصير البنك في مراقبة الممارسات البيئية والاجتماعية أثناء تنفيذ مشروع بناء السد، أثره في تعزيز البنك لتدابيره واشتراطاته في هذا الشأن. وقد أصبح للبنك الدولي بحلول عام ٢٠٠١، استراتيجية بيئية متكاملة يتعين على الدول الالتزام بها، لمواجهة ومعالجة كافة المسائل البيئية التي يمكن أن تثار بشأن المشروعات التي يتولى البنك تمويلها<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع:

Emil Nasritdinov, Mehri gul Ablezova, Jypara Abarikova, and Aigoul Abdoubaetova, Environmental Migration: Case of Kyrgyzstan, in Tamer Afifi and Jill Jager, op. cit., p. 236-237.

(٢) قام البنك الدولي بإصدار سياسة متعلقة بإعادة التوطين القسري، وقام بإدخال بعض التعديلات عليها عام ٢٠١٦، لكي تكون قابلة للتطبيق بداية من عام ٢٠١٨. ويطلق على هذه السياسة:

“Operational Policy 4.12 on Involuntary Resettlement”,

وتحولت منذ عام ٢٠١٦ إلى:

“Environment and Social Standard 5: Land Acquisition, Restrictions on Land Use and Involuntary Resettlement”.

للاطلاع على سياسة البنك الدولي بشأن التوطين القسري:

<https://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/090224b0822f89db.pdf> (Last visited on 14 June 2017)

(٣) وقد قام البنك بتعزيز التدابير التي اتخذها من خلال ما يلي:

“It elevated the Environment Department to the Vice-Presidential level within the Bank; it strengthened its environmental and social safeguard policies for all projects; it increased its transparency through establishing an information disclosure policy; and it created an

وبناء على ذلك، فإنه يتعين على حكومات الدول التي تتقدم بطلبات قروض من البنك الدولي لتمويل المشروعات التنموية أن تتقيد بالمعايير والتوجيهات التي أقرها البنك الدولي.

كذلك وضعت مؤسسة التمويل الدولية معايير الأداء البيئي والاجتماعي، خاصة فيما يتعلق بإعادة التوطين غير الإرادي أو القسري، وبالنظر إلى أن مؤسسة التمويل الدولية تعد أحد الجهات التابعة للبنك الدولي، فإنه يتعين على أي مشروع يتم تمويله، كلياً أو جزئياً، بواسطة المؤسسة، أن يلتزم بتطبيق المعايير التي أقرتها.

وقد لاقت المعايير التي أقرتها مؤسسة التمويل الدولية قبولاً واسع النطاق من الهيئات والشركات والمكاتب الاستشارية، حيث قامت بتطبيقها طواعية على المشروعات الاستثمارية التي لم تحصل على ثمة تمويل من المؤسسة، على اعتبار أن تطبيقها يضيف على تلك المشروعات قدراً عالياً من الجودة.

كذلك وضعت العديد من المؤسسات الدولية الأخرى، مثل البنك الإفريقي الدولي، وبنك التنمية الآسيوي، وبنك الاستثمار الأوروبي، والبنك الإسلامي للتنمية، المعايير الخاصة بها بالنسبة للأداء الاجتماعي والبيئي للمشروعات التي تتولى تمويلها، بما في ذلك المسائل المتعلقة بإعادة التوطين<sup>(1)</sup>.

## المبحث الرابع

### المخاطر البيئية الناشئة عن النزاعات المسلحة

#### تمهيد وتقسيم:

النزاعات المسلحة بطبيعتها تؤدي إلى خلق حالة من الفوضى وعدم الأمان والاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وإلى وجود أزمات إنسانية تدفع الأشخاص إلى

---

Inspection Panel for project-affected peoples to seek redress. Further changes included establishing environmental monitoring and evaluation procedures to improve its environmental practices and the hiring of more environmental specialists.” Susan Park, Contested norms in International Law and International Relations, Journal of International Law and Relations, Winter 2009, p. 108.

<sup>(1)</sup> والمقصود بإعادة التوطين، في هذا السياق، عملية التخطيط والتنفيذ الشاملة، لنقل الأشخاص. راجع:

Frank Vanclay, op. cit., p. 5-6.

النزوح بعيداً عن مناطق الاشتباكات العسكرية التماساً للأمان في مناطق أخرى. وقد يلجأ أطراف النزاع المسلح، نتيجة تصاعد وتيرة الاشتباكات العسكرية، إلى استخدام وسائل وأسلحة غير تمييزية<sup>(١)</sup>، بغرض إلحاق أذى جسيم بالطرف الآخر، ولكنها تؤدي بشكل غير مباشر ضمن أمور أخرى- إلى إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة المحيطة بالمناطق محل العمليات العسكرية، على نحو يجعلها غير صالحة للحياة لفترة طويلة بعد انتهاء النزاع المسلح<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الإضرار بالبيئة غالباً ما ينشأ بشكل عرضي نتيجة استخدام بعض الوسائل والأسلحة أثناء النزاع المسلح، فإنه قد يحدث أن يلجأ المتحاربين إلى استخدام وسائل عسكرية تستهدف البيئة بشكل مباشر ومتعمد، في سبيل تحقيق انتصار سريع وبأقل خسائر عسكرية ممكنة، رغم ما يترتب على ذلك من أضرار فادحة تصيب البيئة والسكان المدنيين على المدى الطويل وبصورة واسعة النطاق. لذلك أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم ٣٧/٤٧ بشأن حماية البيئة في أوقات النزاع المسلح عام ١٩٩٣ أن "تدمير البيئة، الذي لا تبرره ضرورة عسكرية وينفذ عمداً، أمر يتعارض بشكل يبين مع القانون الدولي القائم"<sup>(٣)</sup>.

وبناء على التمهيد السابق، فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الإضرار بالبيئة كأثر غير مباشر لاستخدام الوسائل العسكرية والأسلحة غير التمييزية.

المطلب الثاني: الاستهداف المباشر للبيئة أثناء النزاعات المسلحة.

(١) المقصود بالأسلحة غير التمييزية، الأسلحة التي لا يقتصر أثرها على إضعاف العدو، وإنما يمتد تأثيرها للإضرار بأطراف غير مشتركة في الأعمال العسكرية، فضلاً عن الممتلكات المدنية، وعناصر البيئة المختلفة، وبالتالي فهي محرمة وفقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني، ويعتبر استخدام تلك الأسلحة من الأفعال المكونة لجرائم الحرب. راجع:

Yoram Dinstein, The Principle of Distinction and Cyber War in International Armed Conflicts, Journal of Conflict and Security Law, 2012, p. 266.

(٢) هذا بالإضافة إلى الأضرار الجسيمة وغير التمييزية التي تسببها تلك الوسائل والأسلحة العسكرية على السكان المدنيين. أنظر المواد ٥١(٤) و٨٥(٣)(ب) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧، والمادة ٢٦(٣) من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧.

(٣) راجع: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٧/٤٧ بشأن حماية البيئة في أوقات النزاع المسلح، الصادر في ٩ فبراير ١٩٩٣، A/RES/47/37.

## المطلب الأول

### الإصرار بالبيئة كأثر غير مباشر للوسائل العسكرية والأسلحة غير التمييزية

لا غرو أن المبدأ الأساسي الذي يعد بمثابة جوهر مبادئ القانون الدولي الإنساني، هو مبدأ التمييز بين المتحاربين وغير المتحاربين؛ إذ يقع على عاتق الدول التزام بعدم استخدام أسلحة غير قادرة على التمييز بين الأهداف المدنية والأهداف العسكرية. وهذا المبدأ قد أصبح جزء من القانون الدولي العرفي، وتم النص عليه صراحة في المادة (٤٨) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧، بعنوان "قاعدة أساسية" على النحو التالي: "تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها، وذلك من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية".

كذلك جاءت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها لتؤكد على أن التمييز بين المتحاربين وغير المتحاربين وتحريم استخدام أسلحة من شأنها إحداث معاناة غير ضرورية للمتحاربين يعتبران ضمن المبادئ الجوهرية للقانون الدولي الإنساني<sup>(١)</sup>. وبناء على هذا الرأي، فإن كافة الأسلحة التي لا تميز بين المتحاربين وغير المتحاربين أو بين الأعيان المدنية وغير المدنية، تعتبر أسلحة محرمة، باعتبارها أسلحة غير تمييزية.

ولا جدال أن الأسلحة النووية والبيولوجية (البكتريولوجية) والكيميائية والألغام

(١) وقد قالت محكمة العدل الدولية لتأكيد ذلك:

"The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets According to the second principle, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants: it is accordingly prohibited to use weapons causing them such harm or uselessly aggravating their suffering. In application of that second principle, States do not have unlimited freedom of choice of means in the weapons they use." ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996, para. 78, p. 257.

الأرضية تعتبر من أكثر الأسلحة غير التمييزية تأثيراً على البيئة، على نحو يساهم في تعزيز تفاقم مشكلة اللجوء البيئي.

وسوف نوضح مفهوم وأثر تلك الأسلحة، على النحو التالي بيانه:

### أولاً: الأسلحة النووية:

لا يوجد أدنى شك في أن الأسلحة النووية تعد أكثر الأسلحة فتكاً وتدميراً من حيث أثرها المباشر والمستقبلي، لذلك كانت أكثر الأسلحة التي نالت اهتمام المجتمع الدولي من أجل حظرها ومنع انتشارها، فقد جاء في إعلان حظر استخدام الأسلحة النووية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم ١٦٥٣ لعام ١٩٦١، أن استخدام الأسلحة النووية يتعارض مع أهداف الأمم المتحدة ويعتبر انتهاكاً مباشراً للميثاق، كما أن استخدام الأسلحة النووية يعني شن الحرب ليس على العدو فحسب، وإنما على البشرية بأكملها، نظراً إلى أن الأشخاص الذين لا يشتركون في الحزب سوف يتأثرون من مخاطر استخدام السلاح النووي، وبالتالي فإن استخدام السلاح النووي يعد مخالفة للقانون الدولية وجريمة ضد الإنسانية<sup>(١)</sup>، كما أدانت الجمعية العامة الحرب النووية باعتبارها ضد الضمير والمنطق الإنساني، وتعد من أشنع الجرائم ضد الأشخاص، وتمثل انتهاكاً لأسمى حقوق الإنسان، وهو الحق في الحياة<sup>(٢)</sup>. كذلك أصدرت الجمعية العامة العديد من القرارات في الآونة الأخيرة التي تهدف إلى إبرام اتفاقية دولية لحظر استعمال الأسلحة النووية والتجارب النووية، وإنتاج المواد الانشطارية التي تستخدم في إنتاج الأسلحة النووية<sup>(٣)</sup>.

(١) فقد جاء في الإعلان أن:

“Any State Using nuclear and thermo-nuclear weapons is to be considered as violating the Charter of the United Nations, as acting contrary to the laws of humanity and as committing a crime against mankind and civilization.” UN General Assembly, Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermo-Nuclear Weapons, Resolution no. 1653, 28 November 1961.

(٢) راجع:

UN General Assembly, Condemnation of Nuclear War, 15 December 1983, A/RES/38/75. ومن ضمن القرارات الأخيرة التي أصدرتها الجمعية العامة بشأن الحظر التام للأسلحة النووية: قرار ٧٥/٧١ بشأن اتفاقية حظر استعمال الأسلحة النووية، الصادر في ٥ ديسمبر ٢٠١٦، A/RES/71/75. وقرار ٨٦/٧١ بشأن معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية، الصادر في ٥ ديسمبر ٢٠١٦، A/RES/71/86. وقرار ٨٢/٧١ بشأن خطر الانتشار النووي في الشرق

ويلاحظ أن هناك ثلاثة آثار تترتب على استخدام السلاح النووي، وهما: الحرارة والانفجار والإشعاع، وإذا كان الأثران الأول والثاني يتحققان في أي سلاح تقليدي آخر- وإن كان أثرهما في السلاح النووي أكثر بمراحل متعددة- فإن الأثر الثالث المتمثل في الإشعاعات الذرية، هو الذي يميز السلاح النووي عن غيره من الأسلحة، ويجعل تأثيره شديد الخطورة على الأشخاص والبيئة المحيطة بهم، ويمتد لفترات زمنية طويلة<sup>(١)</sup>.

وبالتالي، فإن الآثار السلبية الخطيرة للأسلحة النووية ليست لها حدود زمنية أو مكانية، وأن اللجوء إلى استخدامها بشكل واسع النطاق سوف يهدد الحياة على وجه الأرض، لأنها سوف تؤدي إلى إلحاق أضرار لا يمكن تداركها بالبيئة<sup>(٢)</sup>. لذلك أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها أن "الاعتبارات البيئية تشكل أحد العناصر التي يتوجب أخذها في الحسبان في تنفيذ مبادئ القانون المنطبق في النزاع المسلح"<sup>(٣)</sup>.

ويعد إلقاء القنابل النووية على هيروشيما ونجازاكي في أغسطس ١٩٤٥ في نهاية الحرب العالمية الثانية، أبرز مثال-وهو المثال الوحيد حتى الوقت الراهن- على استخدام السلاح النووي أثناء الحرب، فقد بدأت الولايات المتحدة الأمريكية بإلقاء القنبلة النووية يوم ٦ أغسطس ١٩٤٥ على مدينة هيروشيما التي تضم ٣٤٠ مليون نسمة، وقد ترتب على إلقاء القنبلة وفاة ما يزيد عن ٦٠ ألف شخص، وإصابة ١٠٠ ألف آخرين، فضلاً عن تشريد ٢٠٠ ألف شخص، ووفاة آلاف آخرين بسبب تأثير الإشعاع النووي، وأعلنت اليابان أن الولايات المتحدة الأمريكية قد خالفت المواد من ٢٥ إلى ٢٧ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧، بالإضافة إلى قواعد وأعراف الحرب<sup>(٤)</sup>، فجاء رد الولايات المتحدة

الأوسط، الصادر في ٥ ديسمبر ٢٠١٦، A/RES/71/83، وقرار ٢٥٩/٧١ بشأن معاهدة حظر إنتاج المواد الانشطارية لأغراض صنع الأسلحة النووية أو الأجهزة المتفجرة النووية الأخرى، الصادر في ٢٣ ديسمبر ٢٠١٦، A/RES/71/259،  
(١) راجع:

(٢) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني (في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٢٧-١٢٨.

(٣) راجع:

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, op. cit., para. 32, p. 242.

(٤) راجع:

الأمريكية يوم ٩ أغسطس ١٩٤٥- أي بعد ثلاثة أيام فقط من إلقاء القنبلة النووية الأولى على هيروشيما- بإلقاء قنبلة نووية أخرى أكثر قوة على نجازاكي التي تضم ٢٥٠ مليون نسمة، وأدت إلى قتل ٤٠ ألف شخص، وإصابة ٢٠ ألف آخرين، وتشريد ٩٠ ألف شخص<sup>(١)</sup>.

وبالإضافة إلى الخسائر الجسيمة في الأرواح وتشريد الآلاف من سكان هيروشيما ونجازاكي والمناطق المحيطة بها، فقد أدت إلى أضرار بيئية فادحة. فقد ترتب على الإشعاعات الحرارية الشديدة قتل كل شيء في طريقها من نباتات وحيوانات، فضلاً عن تلويث التربة والمياه بالإشعاعات الذرية، الأمر الذي كان له أثره في إلحاق أمراض سرطانية مميتة بالسكان<sup>(٢)</sup>.

ويتضح من ذلك أن الأسلحة النووية هي أخطر الأسلحة غير التمييزية على الإطلاق، إذ أن أثرها المدمر لا يقتصر فقط على إلحاق أذى شديد بالبيئة، أو على تشريد سكان المناطق المتأثرة ولجوئهم إلى مناطق أو دول أخرى، بل إن استخدام تلك الأسلحة بشكل واسع النطاق قد يؤدي، دون أدنى شك، إلى تهديد البقاء الإنساني بأسره.

### ثانياً: الأسلحة الكيماوية:

ينطوي هذا النوع من الأسلحة على استخدام مواد كيماوية سواء اتخذت شكل السائل أو الغاز أو المادة الصلبة، ويكون لها تأثير سام بشكل سريع ومباشر على الإنسان والحيوان والنباتات، وكافة العناصر البيئية بشكل عام<sup>(٣)</sup>.

وغالبا ما كانت تتجنب الدول استخدام الأسلحة الكيماوية في الحرب، خشية انتقام الطرف الآخر إذا كان يمتلك السلاح الكيماوي، لذلك تجنبت الدول في الحرب العالمية

---

M. Harding-Barlow, International Law and Nuremberg Trial, The South African Law Journal, vol. 65, p. 381.

(١) راجع:

Craig M. Kabatchnick, P. Michelle Fitzsimmons & Jonathan B. Kelly, Radioactive Veterans: A New Look at the Nuclear History of America, Marquette Elder's Advisor, Vol. 14, 2012-2013, p. 149.

(٢) لقد أدى إلقاء القنابل النووية على هيروشيما ونجازاكي إلى التأثير على الأجيال المستقبلية بشكل جسيم. راجع: أحمد حميد عجم البدري، الحماية الدولية للبيئة أثناء النزاعات المسلحة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ص ١٦٢.

(٣) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني المرجع السابق، ص ١٢٣.

الثانية استخدام السلاح الكيماوي<sup>(١)</sup>، وذلك باستثناء اليابان التي استخدمت السلاح الكيماوي بشكل مباشر ضد القوات الصينية.

ومع ذلك، لجأت بعض الدول إلى استخدام الأسلحة الكيماوية أثناء الحرب، مثال ذلك استخدام إيطاليا للغاز السام في الحرب ضد إثيوبيا في الفترة من ١٩٣٥ إلى ١٩٣٦<sup>(٢)</sup>، وفي الآونة الأخيرة، صدرت عدة تقارير من الأمم المتحدة تؤكد استخدام الأسلحة الكيماوية في النزاع الدائر في سوريا، فقد رصد فريق خبراء تم تشكيله بواسطة الأمين العام للأمم المتحدة، استخدام القوات السورية غاز السيرين في منطقة غوطة ضواحي دمشق في أغسطس عام ٢٠١٣<sup>(٣)</sup>، كذلك أشارت هيومان رايتس ووتش إلى أن هناك أدلة دامغة على استخدام القوات السورية للأسلحة الكيماوية في مدينة خان شيخون، بالإضافة إلى توثيقها لستة عشر هجوم بالسلاح الكيماوي في الفترة من ٢٠١٤ حتى ٢٠١٦، مما يعني الاستخدام المنهجي وواسع النطاق لهذا النوع من السلاح المحرم دولياً<sup>(٤)</sup>.

وقد تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة العديد من القرارات المتعلقة بموضوع الأسلحة الكيماوية، من ضمنها القرار الذي تبنته الجمعية العامة عام ١٩٦٨، تطلب بموجبه من الأمين العام للأمم المتحدة إعداد تقرير، بمساعدة الخبراء المختصين، فيما يتعلق بالأسلحة

(١) ومع ذلك، كانت أسوأ كارثة كيماوية أثناء الحرب العالمية الثانية، عندما قامت القوات الألمانية باستهداف سفينة جون هارفي John Harvey، وهي سفينة تجارية أمريكية، كانت تحمل مائة طن من غاز المستردة السام، وذلك أثناء وجودها في موانئ إحدى السواحل الإيطالية، مما ترتب عليه مقتل ألف جندي وآلاف المدنيين. راجع:

Victor W. Sidel, The Impact of Military Preparedness and Militarism on Health and the Environment, in Jay E. Austin and Carle E. Bruch, The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives, Cambridge University Press, 2000, p. 427.

(٢) لقد فكر هتلر خلال الحرب العالمية الثانية في استخدام السلاح الكيماوي، لكن أقنعه مستشاريه بأن استخدامه للأسلحة الكيماوية سوف يؤدي إلى خسارة ألمانيا، بسبب انتقام دول الحلفاء التي تمتلك أضعاف الأسلحة الكيماوية التي تمتلكها، كما وجه الرئيس الأمريكي روزفلت تحذير شديد إلى ألمانيا في ٥ يونيو ١٩٤٣، بأن استخدام ألمانيا للسلاح الكيماوي، سوف يترتب عليه رد انتقامي سريع في كل الدول التي تقع تحت سيطرة دول الحلفاء، راجع في هذا الشأن:

Howard S. Levie, Nuclear, Chemical, and Biological Weapons, International Law Studies Series, US Naval War College, 1991, 336-337.

(٣) انظر: رسالتان متطابقتان مؤرختان ١٣ ديسمبر ٢٠١٣ وموجهتان من الأمين العام إلى رئيس الجمعية العامة ورئيس مجلس الأمن، A/68/663-S/2013/735.

(٤) راجع فيما يتعلق بالأدلة المتاحة بشأن استخدام القوات السورية للسلاح الكيماوي، هيومان رايتس ووتش، الموت بالكيماوي: استخدام الحكومة السورية الواسع والمنهجي للأسلحة الكيماوية، متاح من خلال الرابط التالي:

(آخر زيارة للموقع في ٢٦ يوليو ٢٠١٧) <https://www.hrw.org/ar/report/2017/05/01/303074>



الكيميائية والبيولوجية. وقدم الأمين العام تقريره عام ١٩٦٩، والذي انتهى إلى أنه نتيجة الأثر المدمر واسع النطاق الناشئ عن استخدام الأسلحة الكيميائية (والبيولوجية)، فإنه يعتبر من أسلحة الدمار الشامل<sup>(١)</sup>. وبناء على هذا التقرير أصدرت الجمعية العامة القرار ٢٦٠٣ عام ١٩٦٩، أعلنت بموجبه أنه مما يتنافى مع قواعد القانون الدولي استخدام الأسلحة الكيميائية، سواء كانت غازية أو سائلة أو جامدة، بسبب آثارها السامة المباشرة على الإنسان والحيوان والنبات<sup>(٢)</sup>.

ويتضح مما سبق، أن استخدام الأسلحة الكيميائية خلال النزاعات المسلحة، من شأنه أن يلحق أضراراً جسيمة بعناصر البيئة المختلفة، وتجعلها غير صالحة للحياة لفترات طويلة، نظراً لآثارها المدمرة على حياة وصحة سكان المناطق المتأثرة، الأمر الذي يدفعهم إلى النزوح خارج تلك المناطق، للبحث عن ملجأ آمن في مناطق ودول أخرى.

### ثالثاً: الأسلحة البيولوجية:

ويطلق عليها أيضاً الأسلحة البكتريولوجية<sup>(٣)</sup>، وتتكون من كائنات حية لنقل أمراض من شأنها قتل أو إلحاق الضرر بالإنسان والحيوان والنبات<sup>(٤)</sup>، ومنها على سبيل المثال: الجمرية الخبيثة، والطاعون، والجذري، وفيروس ماربورغ، بالإضافة إلى بعض الفطريات السامة<sup>(٥)</sup>.

وبالإضافة إلى استخدامها في العمليات العسكرية، فإنها أيضاً تستخدم للقيام بالاعتقالات السياسية ونشر العدوى بين الماشية والمزروعات لإلحاق خسائر اقتصادية

(١) وقد جاء في التقرير ما يلي:

"The general conclusion of the report can thus be summed up in a few lines. Were these weapons ever to be used on a large scale in war, no one could predict how enduring the effects would be, and how they would affect the structure of society and the environment in which we live." Ibid, p. 337.

(٢) راجع: قرار الجمعية العامة ٢٦٠٣، بشأن مسألة الأسلحة الكيميائية والبكتريولوجية (البيولوجية)، الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٦٩، A/RES/2603.

(٣) يستخدم الاصطلاحين (الأسلحة البيولوجية والأسلحة البكتريولوجية) للدلالة على معنى واحد، وذلك وفقاً لما قرره اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية وتدمير تلك الأسلحة لعام ١٩٧٢، والتي دخلت حيز النفاذ في ٢٦ مارس ١٩٧٥.

(٤) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٥) راجع:

جسيمة، وإحداث كوارث بيئية، ونشر الوباء في منطقة أو دولة معينة، لنشر الفوضى وزعزعة استقرارها<sup>(١)</sup>.

وأبرز الأمثلة على استخدام السلاح البيولوجي:

- قيام القوات البريطانية عام ١٧٦٣ بتوزيع أغطية (بطانيات) ملوثة بالجدرى على القبائل الهندية مما تسبب في نشر الوباء الذي قتل أعداداً هائلة منهم<sup>(٢)</sup>.
- قيام القوات اليابانية، إبان الحرب العالمية الثانية، بإطلاق قنابل على الصين تحتوي على وباء الطاعون، مما ترتب عليه قتل ما يصل إلى ٤٠٠ ألف شخص<sup>(٣)</sup>.
- قيام بريطانيا بإجراء تجارب على الأسلحة البيولوجية في جزيرة جروينارد Gruinard Island بإسكتلندا، أدى إلى انتشار الوباء في الجزيرة بأكملها، ونزوح سكانها بعيداً عنها، ولا زالت غير مأهولة حتى الوقت الراهن<sup>(٤)</sup>.
- ولا تختلف الأسلحة البيولوجية (البكتريولوجية) عن الأسلحة الكيماوية في خطورتها الاستثنائية على المدنيين، وإحداث أضرار غير ضرورية بالنسبة للمتحاربين، فضلاً عن الأضرار البيئية الجسيمة التي تمتد لفترات طويلة، وتؤدي إلى إحداث أزمة إنسانية أخرى، متمثلة في نزوح السكان عن محال إقامتهم وعدم قدرتهم على العودة مرة أخرى،

<sup>(١)</sup> راجع بشأن الاستخدامات المتعددة للأسلحة البيولوجية:

The United Nations Office at Geneva (UNOC), What are Biological and Toxin Weapons? Available at: [http://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/29B727532FECBE96C12571860035A6DB?OpenDocument](http://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/29B727532FECBE96C12571860035A6DB?OpenDocument) ( Last visited on 22 July, 2017).

<sup>(٢)</sup> راجع:

David A. Koplow, That Wonderful Year: Smallpox, Genetic Engineering, and Bio-Terrorism, Maryland Law Review, 2003, p. 449.

<sup>(٣)</sup> راجع:

Daniel Barenblatt, A Plague Upon Humanity: The Hidden History of Japan's Biological Warfare Program, Harper Collins Publisher, 2005, p. 220-221.

<sup>(٤)</sup> راجع:

Francine M. Guesnier, World Trade Center Attacks: Fears of Biological Warfare Stand in the Wake, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 2001, p. 182.

حتى بعد انتهاء النزاع المسلح، نظراً لعدم صلاحيتها بيئياً للحياة<sup>(١)</sup>.

### رابعاً: الألغام الأرضية:

تنقسم الألغام الأرضية إلى نوعين أساسيين: ألغام مضادة للأفراد، وألغام مضادة للمركبات. ويلجأ المتحاربين إلى استخدام الألغام بنوعيتها لتأمين منطقة معينة، سواء لمنع تقدم العدو، أو لإلحاق أكبر خسائر ممكنة به وبقواته ومعداته. وتعد الألغام المضادة للأفراد من أكثر الأسلحة غير التمييزية فتكاً في الوقت الحاضر، وتشير الإحصائيات إلى أن هناك ما يزيد عن ١١٠ مليون لغم فعال موزعين في أربعة وستين دولة، وتتفاقم المشكلة يومياً بشكل كارثي؛ فقد أشار الأمين العام للأمم المتحدة إلى أنه مقابل كل لغم واحد يتم إزالته يومياً، فإن هناك ٢٠ لغم آخرين يتم زراعتهم<sup>(٢)</sup>، مما يحتاج إلى وقت قد يصل إلى ١١٠٠ عام، بالإضافة إلى نفقات تقدر بحوالي ٣٣ مليار دولار أمريكي لإزالتها بشكل تام<sup>(٣)</sup>.

وتعد الدول الإفريقية من أكثر الدول تضرراً بالألغام، فيوجد حوالي ٩ مليون لغم في أنجولا، و ٢ مليون لغم في موزمبيق، ومليون لغم في الصومال، ويوجد أيضاً العديد من الألغام في دول مثل مصر إثيوبيا وإريتريا والسودان ورواندا وليبيريا وليبيا<sup>(٤)</sup>.  
وتؤدي هذه الأعداد الهائلة من الألغام إلى قتل المدنيين أو فقدانهم لأطرافهم، ومن الناحية الواقعية، فإن نسبة ضئيلة جداً من ضحايا الألغام قد يستطيعون النجاة بأطراف مفقودة. وقد أشارت اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى أنه خلال فترة تمتد إلى عشر

(١) فقد أعلنت الجمعية العامة في قرارها ٢٦٠٣ (١٩٦٩) أنه مما يتنافى مع قواعد القانون الدولي العام استخدام "أية عوامل بيولوجية حربية أي لكائنات حية أيا كانت طبيعتها، أو المواد المعدية المستمدة منها- يكون القصد منها التسبب في مرض أو موت الإنسان أو الحيوان أو النبات، وتعتمد في إحداث أثارها، على قدرتها على التكاثر في الشخص أو الحيوان أو النبات المصاب".

(٢) راجع:

Arian Sand-Trigo, International Law and Anti-Personnel Landmines, ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 2:607, 1995-1996, p. 607.

(٣) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١٢٤-١٢٥. ويقول أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء إن الألغام تعد سلاحاً ذو حدين، فهي إن كانت وسيلة عسكرية هامة للدفاع، إلا أن من شأنها أن ترتب خسائر جسيمة غير مبررة بالنسبة للمدنيين الذين لا يشتركون في العمليات العسكرية.

(٤) راجع:

Louise Doswald-Beck, Peter Herby and Johanne Dorais-Slakmon, Basic Facts: The Human Cost of Landmines, International Committee of the Red Cross, 1995.

سنوات، قامت اللجنة بمعالجة ما يزيد عن ١٤٠ ألف جريح بسبب النزاعات المسلحة، منهم ٣٠ ألف جريح بسبب الألغام الأرضية؛ أي أن حوالي ٢٥% من كل الإصابات الناتجة عن النزاعات المسلحة خلال تلك الفترة كانت بسبب الألغام، منهم ٥٨% من غير المتحاربين، ونصف هذه النسبة الأخيرة على الأقل من النساء والأطفال، وبالرغم من أن النسب والأعداد تتفاوت من دولة إلى أخرى، فإن الصومال تضرب أسوأ مثال، حيث أن نسبة ٧٤% من ضحايا الألغام من النساء والأطفال<sup>(١)</sup>.

ولا جرم أن استخدام للألغام الأرضية بشكل واسع النطاق يلحق أضراراً جسيمة بالبيئة الإنسانية، ويتمثل ذلك في إصابة مساحات شاسعة من الأراضي بالشلل التام، على نحو يجعلها غير صالحة للاستخدامات الإنسانية المختلفة، سواء في الزراعة أو الصناعة أو التجارة أو غيرها من الأنشطة الإنسانية، كما أن وجودها في منطقة معينة قد يكون محفزاً لنزوح السكان إلى مناطق أبعد خشية من مخاطرها المدمرة، خاصة بالنسبة للأطفال<sup>(٢)</sup>، ومن أبرز الأمثلة على ذلك: عدم صلاحية ٣٣% من إجمالي مساحة أنجولا بسبب الألغام الأرضية، وتحديداً منطقة وادي مافينجا Mavinga Valley، وهي منطقة تتسم بخصوبتها العالية في المنطقة الجنوبية الشرقية للدولة، والتي تم هجرتها تماماً بسبب الألغام الأرضية، أيضاً في جنوب الموزمبيق، تم زراعة أعداد هائلة من الألغام في الطرق الرئيسية و محطات الكهرباء والأراضي الزراعية والقرى والمدارس والمراكز الطبية لإرهاب المجتمعات المحلية وإجبارهم على النزوح عن مناطق إقامتهم، وقد ترتب على ذلك مشاكل جوهرية فيما يتعلق بعودة اللاجئين وإعادة إعمار المناطق المتأثرة بعد

(١) كثيراً ما يكون سبب زيادة عدد الوفيات بسبب الإصابة بالألغام الأرضية راجعاً إلى عدم توفير الرعاية الطبية السريعة والملائمة، إذ قد يستغرق نقل المصاب بسبب اللغم إلى المستشفيات المتخصصة، في العديد من الحالات، وقت طويل قد يصل إلى عدة أيام، بل أسابيع في حالات معينة. فوفقاً للتقارير الواردة عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، لم يتمكن من الوصول إلى مستشفيات الصليب الأحمر سوى ٢٠% من ضحايا الألغام. راجع:

Arian Sand-Trigo, op. cit., p. 607-609.

(٢) بل إن جانباً في الفقه ذهب إلى أن تأثير الألغام على البيئة لا يكون فقط خلال فترة زراعتها، بل إن إزالة وتطهير الألغام قد يكون له أثراً سلبياً على البيئة، إذا كانت الوسيلة المستخدمة تنطوي على تفجير تلك الألغام، لذلك نادي هذا الرأي بضرورة اتباع وسائل لتطهير الألغام لا يكون من شأنها إلحاق أضرار بالبيئة. راجع:

الحرب، ويوجد في موزمبيق حوالي مليون فدان قد تم هجرها كلية بسبب زراعتها بأعداد هائلة من الألغام أثناء الحرب، هذا بالإضافة إلى وجود كميات كبيرة من الألغام في منطقة العلمين في جمهورية مصر العربية، وفي إثيوبيا وليبيا<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### الاستهداف المباشر للبيئة أثناء النزاعات المسلحة

إذا كنا قد انتهينا أن لجوء أحد المتحاربين أثناء النزاع المسلح إلى استخدام بعض الأسلحة غير التمييزية التي تؤدي بطبيعتها إلى إلحاق أضرار جسيمة وواسعة النطاق بالبيئة، ويجعلها غير صالحة للحياة لفترات طويلة، على نحو يدفع سكانها إلى النزوح الجماعي، ومع ذلك فقد يعمد أحد المتحاربين إلى استهداف البيئة بشكل مباشر، إما لتحقيق ميزة أو تفوق عسكري، أو للانتقام من الطرف الآخر في النزاع المسلح.

والاستهداف المباشر للبيئة لا ينطوي بالضرورة على استخدام أسلحة غير تمييزية، إذا قد يتم استخدام وسائل أو أسلحة تقليدية لإلحاق أضرار جسيمة بالبيئة، وذلك بأحد طريقتين:

أولاً: استهداف عناصر البيئة المختلفة المتمثلة في الماء والهواء والتربة والنباتات والحيوانات، كما لو تم رش كمية هائلة من المبيدات أو المواد الحارقة على المناطق الزراعية لإتلاف المزروعات وتلويث التربة وجعلها غير صالحة للزراعة، أو تلويث الهواء ومياه الشرب للإضرار بالعدو، وإجبار السكان على هجر المنطقة الملوثة، ومن الأمثلة العملية في هذا الإطار، ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية خلال حرب فيتنام من تدمير الغابات وتحفيز هطول الأمطار<sup>(٢)</sup>، وما قامت به القوات العراقية، أثناء حرب الخليج عام ١٩٩٠ من إشعال النيران في آبار البترول.

(١) تغطي الألغام في ليبيا مساحة تصل إلى ٢٧% من المساحة الإجمالية للدولة. راجع:

Louise Doswald-Beck et al., op. cit.

(٢) راجع:

Bruce F. Meyers, Soldier of Orange: The Administrative, Diplomatic, Legislative and Litigatory Impact of Herbicide Agent Orange in South Vietnam, Boston College Environmental Affairs Law Review, 1979, p. 161.

ثانياً: توجيه ضربات عسكرية ضد منشآت تحمل قوى خطيرة، يترتب على إطلاقها إحداث أضرار جسيمة بالبيئة، كما هو الحال بالنسبة لتوجيه ضربات عسكرية على السدود أو المنشأة النفطية أو النووية<sup>(١)</sup>، التي تؤدي إلى حدوث فيضانات أو انفجارات وحرائق هائلة أو تسرب مدمر للإشعاعات النووية، ومن أبرز الأمثلة على ذلك الضربة الجوية الإسرائيلية على محطة الطاقة خلال حرب لبنان ٢٠٠٦.

وسوف نكتفي في هذا الإطار بإعطاء نبذة مختصرة عن أبرز الحروب التي تسببت في إحداث أضرار جسيمة بالبيئة، نتيجة الآليات العسكرية التي استهدفت البيئة بشكل مباشر، وتحديداً: حرب فيتنام، وحرب الخليج ١٩٩١، وحرب لبنان ٢٠٠٦.

#### أولاً: حرب فيتنام:

تعد حرب فيتنام من أبرز الأمثلة التي استهدفت فيها الولايات المتحدة الأمريكية البيئة بشكل مباشر، وذلك لسببين رئيسيين:

أولاً: أن البيئة كانت تمثل عائقاً أمام إتمام عملياتها العسكرية، نظراً لاستخدامها بواسطة الميليشيات الفيتنامية لشن حرب عصابات من خلال استخدام الغابات، مما كان يمثل عائقاً شديداً أمام القوات الأمريكية النظامية في تحقيق نصر عسكري، وفقاً للأساليب القتالية التقليدية.

ثانياً: استخدامها كوسيلة لتحقيق فائدة عسكرية، وذلك من خلال الأضرار بالبيئة المحيطة بالمقاتلين والمدنيين التابعين للعدو، ولمنع وصول الإمدادات إليهم<sup>(٢)</sup>.

وقد استهدفت الولايات المتحدة الأمريكية البيئة من خلال قيام طائراتها برش ملايين الجالونات من المواد الكيماوية لتجفيف أشجار الغابات وتدمير المزروعات، وكان أخطر

(١) راجع: د. أحمد عبد الويس شتا، الحماية الدولية للبيئة في أوقات النزاعات المسلحة، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٥٢، ١٩٩٦، ص ٣٨.

(٢) وقد كان الهدف الرئيسي من الاستخدام المفرط للمواد الكيماوية هو إزالة أوراق الشجر والنباتات لتحسين الرؤية ولمنع الكمانن بالقوات المتحالفة، من ناحية، ولتدمير المحاصيل الغذائية للقوات المعادية من ناحية أخرى، راجع:

Bruce F. Meyers, op. cit., p. 162.

تلك المواد على الإطلاق مادة يطلق عليها "أجنت أورانج" Agent orange، نظراً لتسببها في مخاطر بيئية جسيمة وأمراض وراثية للأشخاص الذين تعرضوا لها<sup>(١)</sup>، واستمر رش المواد الكيماوية لفترة امتدت من عام ١٩٦٢ حتى عام ١٩٧١، وألحقت أضراراً جسيمة بمساحة تمتد إلى ٣,٦ مليون فدان<sup>(٢)</sup>.

وترتب على الاستهداف واسع النطاق للبيئة من خلال الاستخدام المفرط للمواد الكيماوية حدوث تلوث شديد للتربة ومياه الشرب، مما جعلت المنطقة المحيطة غير صالحة للحياة، ووضعت السكان في ظروف معيشية وصحية قاسية، استتبعته هجر السكان قسراً لمناطق إقامتهم المعتادة المتضررة بيئياً، سعياً نحو الفرار بأرواحهم إلى مناطق يتوافر بها أدنى درجات الأمان<sup>(٣)</sup>.

ويعد استهداف البيئة خلال حرب فيتنام هي المرة الأولى في تاريخ النزاعات المسلحة التي تكون البيئة هي الهدف العسكري والوسيلة لتحقيق ميزة عسكرية، فقبل ذلك الوقت كان الضرر البيئي يتم بشكل عرضي نتيجة استخدام أسلحة معينة، لذلك لفتت تلك التقنيات والأعمال العدائية الموجهة نحو البيئة الإنسانية نظر المجتمع الدولي، فتم العمل الدؤوب على إبرام اتفاقيات دولية تشمل على نصوص صريحة تحظر استخدام وسائل أو أسلحة من شأنها إحداث أضرار جسيمة أو وواسعة النطاق أو طويلة الأمد بالبيئة<sup>(٤)</sup>، مثال ذلك: اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام ١٩٧٦، والبروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧<sup>(٥)</sup>.

(١) قام بعض أبناء المحاربين في حرب فيتنام برفع دعاوى أمام محاكم الولايات المتحدة الأمريكية للمطالبة بالتعويض عن الأمراض الوراثية الجسيمة التي انتقلت إليهم من أهلهم بسبب تعرضهم لمادة Agent orange. راجع:

Norman F. Taylor, Children of Agent Orange, Glendale Law Review, 1884, p. 30.

(٢) راجع:

Bruce F. Meyers, op. cit., p. 162.

(٣) راجع:

Werner Pfennigstorf, Environment, Damages, and Compensation, American Bar Foundation Research Journal, p. 396.

(٤) راجع: أحمد حميد عجم البدري، المرجع السابق، ص ٣٣-٣٧.

(٥) راجع: المادة (١) من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى، المرجع السابق. أيضاً: المادة (٣)٥ والمادة (١)٥٥ من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة، المرجع السابق.

## ثانياً: حرب الخليج ١٩٩١:

قامت القوات العراقية بغزو الكويت في ٢ أغسطس ١٩٩٠، استناداً إلى عدة مزاعم، منها أن الكويت تعد جزء من الأراضي العراقية، وأن لها الحق في مواردها وعائداتها<sup>(١)</sup>. وترتب على ذلك قيام مجلس الأمن بإصدار عدة قرارات مطالباً القوات العراقية بالانسحاب غير المشروط من الأراضي الكويتية، وأصدرت القرار رقم ٦٧٨ في ٢٩ نوفمبر ١٩٩٠ لترخص للقوات المتحالفة مع الحكومة الكويتية اتخاذ كافة التدابير التي من شأنها إعادة السلم والأمن الدوليين إلى نصابهما، في حالة عدم قيام الحكومة العراقية، قبل ١٥ يناير ١٩٩١، بتنفيذ قرارات مجلس الأمن المتعلقة بالانسحاب غير المشروط من الأراضي الكويتية<sup>(٢)</sup>، فقامت قوات التحالف بشن هجوم مكثف في اليوم التالي لانتهاء المهلة المحددة للانسحاب، مما ألحق خسائر كبيرة بالقوات العراقية، وأجبرها على اتخاذ قرار الانسحاب من الأراضي العراقية<sup>(٣)</sup>.

قامت القوات العراقية أثناء انسحابها من الكويت بتطبيق سياسية الأرض المحروقة من خلال تدمير البيئة لكيلا تكون صالحة للحياة مرة أخرى، وتبلورت تلك السياسة في قيام القوات العراقية بتدمير ما يزيد عن ٧٠٠ بئر نفطي، فتكونت برك من الزيوت النفطية التي ارتشحت من خلال الرمال الصحراوية وأحدثت تلوث شديد بالمياه الجوفية، وقامت أيضاً بإشعال النيران فيما يزيد عن ٦٠٠ بئر آخر، فتصاعدت أدخنة وصلت إلى ٢٢ ألف قدم في الجو، وامتدت إلى مسافة ٨٠٠ ميل، وتسببت تلك الأدخنة في أمطار سوداء في إيران وتركيا، وامتدت في الشرق الأقصى وصولاً إلى الهند<sup>(٤)</sup>، كما سكب كميات

(١) ومن المزاعم الأخرى التي استندت إليها العراق، عدم رغبة الكويت في تقليل إنتاجها ورفع أسعار النفط، حتى تتمكن العراق من زيادة إنتاجها وعائداتها لتغطية ديونها بسبب حرب الثماني سنوات مع إيران، وكذلك بسبب قيام الكويت باستغلال آبار النفط الكائنة على الحدود مع العراق، دون مراعاة حقوق العراق في تلك الآبار. راجع:

Gerald F. Seib, Iraq has Shaky Claim to Kuwait, Wall Street Journal, 13 August 1990, p. 5.

(٢) راجع: قرار مجلس الأمن رقم ٦٧٨، بشأن العراق والكويت، الصادر في ٩ نوفمبر ١٩٩٠، S/RES/678 (1990).

(٣) راجع:

Kenneth A. Williams, The Iraq-Kuwait Crisis: An Analysis of the Unresolved Issue of War Crimes Liability, Brooklyn Journal of International Law, 1992, p. 404-405.

(٤) راجع:



كبيرة، تتراوح بين ٦ إلى ١١ مليون برميل، من النفط الخام في مياه الخليج العربي<sup>(١)</sup>، وذلك للأضرار بالبيئة البحرية، وإعاقة جهود الحكومة الكويتية في تحلية مياه البحر<sup>(٢)</sup>. وقد استمر احتراق آبار النفط لمدة ثمانية أشهر، مما ترتب عليها أضرار بيئية جسيمة، متمثلة في التلوث الشديد الذي أصاب الماء والهواء والتربة، وقتل أعداد هائلة من الطيور والنباتات والحيوانات<sup>(٣)</sup>، أضف إلى ذلك الخسائر الفادحة التي نالت من البنية التحتية للكويت<sup>(٤)</sup>، وقد أشار بعض العلماء إلى أن أثر حرق وسكب المواد النفطية في الكويت يعادل إلى حد بعيد كارثة تشيرنوبل، الأمر الذي تسبب في إصابة السكان المدنيين بمخاطر جسيمة بسبب التعرض لهذا التلوث الهائل<sup>(٥)</sup>، وقد أشار جانب من الفقه إلى أن الحكومة الكويتية قد تعمدت إخفاء البيانات الدقيقة عن حجم التلوث الذي أصاب الدولة، نظراً إلى رغبتها في إعادة إعمارها، وعودة المواطنين والسكان مرة أخرى، خاصة في

---

Jay E. Austin and Carle E. Bruch, *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 2.

(١) راجع:

Erik V. Koppe, *The Principle of Ambiguity and the Prohibition against Excessive Collateral Damage to the Environment during Armed Conflict*, *Nordic Journal of International Law*, 2013, p. 54.

(٢) نظراً لاعتماد الكويت على تحلية مياه البحر كوسيلة بديلة لتوفير المياه العذبة، بسبب نقص موارد المياه العذبة داخل الدولة. وقد وصف شهود العيان مشهد احتراق آبار البترول داخل الكويت، بأنه بمثابة "الجحيم على الأرض"، راجع:

Jesica E. Seacor, *Environmental Terrorism: Lessons from the Oil Fires of Kuwait*, *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 10:1, 1994-1995, p. 481.

(٣) فوقاً للإحصائيات فقد تسببت البقعة النفطية والحرائق في قتل ما يقدر بحوالي ٢٠ ألف طائر من أنواع مختلفة. انظر في هذا الشأن:

Christopher D. Stone, *The Environment in Wartime: An Overview*, in Jay E. Austin and Carle E. Bruch, *The Environmental Consequences of War*, op. cit., p. 31.

(٤) ويذهب رأي في الفقه إلى أنه إذا قام أحد المتحاربين باستخدام وسيلة أو سلاح نتج عنها إحداث أضرار بيئية أثرت على دول محايدة ليست مشتركة في النزاع المسلح، فإنه يقع على عاتقه عبء التعويض عن تلك الأضرار، حتى لو لم يثبت وجود تعمد في إحداث تلك الأضرار، ولم يتوافر بالنسبة للأضرار البيئة الشروط المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية، وتحديدًا المادة ٣٥(٣) والمادة ٥٥(١) من البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧، والمادة ١(١) من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام ١٩٧٦، راجع:

Michael Bothe, *The Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, Legal Rules, Uncertainty, Deficiencies and Possible Developments*, *German Year Book of International Law*, 1991, p. 59-60.

(٥) راجع:

Jesica E. Seacor, op. cit., p. 489-500.

ظل فرار ما يزيد عن مليون شخص بعد الغزو العراقي مباشرة<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: حرب لبنان ٢٠٠٦:

اندلعت الحرب اللبنانية في ١٢ يوليو ٢٠٠٦ عندما قامت قوات حزب الله شبه العسكرية بالهجوم على دورية عسكرية داخل الحدود الإسرائيلية، وأسرت اثنين من الجنود الإسرائيليين، طالب حزب الله من إسرائيل الإفراج عن المحتجزين اللبنانيين في السجون الإسرائيلية مقابل الإفراج عن الجنديين المختطفين، فشنت القوات الإسرائيلية حرب شاملة بالبر والبحر والجو على الأراضي اللبنانية، استمرت حتى ١٤ أغسطس ٢٠٠٦. وتعتمد القوات العسكرية الإسرائيلية استخدام القوة المفرطة التي لا يتوافر فيها شرطي التناسب والتمييز بين المدنيين والتحاربين، وبين الأهداف المدنية والعسكرية<sup>(٢)</sup>، حيث استهدفت منازل المدنيين والمدارس والمستشفيات والمناطق الثقافية والسياحية، وغيرها من المنشآت المدنية الحيوية داخل الأراضي اللبنانية، مما أدى إلى وفاة ما يزيد عن ١٢٠٠ شخص وإصابة ٤ آلاف شخص آخرين، ووقوع دمار في المنشآت والبنية التحتية للدولة تقدر بحوالي ٣,٦ مليار دولار<sup>(٣)</sup>.

ويعد الاستهداف المباشر للبيئة بواسطة القوات الإسرائيلية من أبرز الجرائم التي ارتكبت أثناء الحرب اللبنانية، حيث قامت القوات الإسرائيلية على مدار عدة أيام بتعمد توجيه ضربات جوية إلى خزانات الوقود في منشأة الجبة لتوليد الطاقة، الأمر الذي أدى إلى تسرب كميات هائلة من الوقود النفطي تتراوح بين ١٠ آلاف إلى ١٥ ألف طن في البحر المتوسط الملاصق للمنشأة، ونتج عن ذلك إحداث بقعة نفطية بعرض ١٠ كم تغطي مساحة ١٧٠ كم على طول السواحل اللبنانية<sup>(٤)</sup>.

(١) ذات المرجع، ٥٠٦-٥٠٧.

(٢) وذلك وفقاً لما ورد التقرير النهائي الصادر عن لجنة التحقيقات الخاصة بلبنان، المنشأة بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، راجع:

Report of the Commission of Inquiry on Lebanon to Human Rights Council Resolutions S-2/1, Human Rights Council, 23 November 2006, A/HRC/3/2, para. 13, p. 3.

(٣) راجع:

Heinrich Boll Foundation-Middle East Office, Environmental Impact of the 2006 Lebanon War, Beirut, October 16, 2006.

(٤) راجع:

وبالإضافة إلى الهجوم على منشأة الجبة للطاقة، تمعدت القوات الإسرائيلية شن هجمات جوية انتقامية على خزانات ومحطات الوقود والعديد من المصانع التي تستخدم مواد كيماوية في التصنيع، مما تسبب في إحداث تلوث شديد في مصادر المياه العذبة والهواء، والإضرار بالصحة العامة للشعب اللبناني.

وقد جاء في التقرير النهائي للجنة التحقيق في لبنان المنشئة بموجب قرار من مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، أن الهجوم الإسرائيلي على منشأة الجبة للطاقة قد أدى إلى إحداث أضرار جسيمة بالبيئة، سوف تؤثر لمدة سنوات طويلة على الكائنات الحية المائية في السواحل اللبنانية والساحل السوري<sup>(1)</sup>، بالإضافة إلى تأثيرها على البيئة العامة اللازمة لضمان جودة حياة ملائمة للسكان، لذلك أدى هذا الضرر البيئي الجسيم - بالإضافة للدمار الناشئ عن الحرب في مجملها - إلى تشريد حوالي مليون شخص عن منازلهم<sup>(2)</sup>.

ولا جدال أن ما قامت به القوات الإسرائيلية يمثل تعدياً صارخاً على البيئة الإنسانية، من خلال استهداف منشأة تحتوي على قوى خطيرة دون توافر أية مبررات أو ضرورات عسكرية أو تناسب في استخدام الوسيلة العسكرية الملائمة<sup>(3)</sup>، وإنما يتضح من الوقائع أن الهجوم قد تم فقط على سبيل الانتقام غير المشروع بموجب قواعد وأحكام القانون الدولي،

---

James G. Stewart, The UN Commission of Inquiry on Lebanon, A Legal Appraisal, Journal of International Criminal Justice, 2007, p. 1055.

(1) راجع:

Report of the Commission of Inquiry on Lebanon, op. cit., para. 209-220, p. 51-53.

(2) راجع:

Heinrich Boll Foundation, op. cit.

فقد جاء في تقرير لجنة التحقيق في لبنان:

"Forced displacement of almost one million persons in and outside of Lebanon as a direct or indirect result of the indiscriminate attacks on civilians, civilian property and infrastructure, threats and fear arising there from, constitutes a violation of international law and human rights." Report of the Commission of Inquiry on Lebanon, op. cit., para. 333, p. 73.

(3) إذ أن ما قامت به القوات الإسرائيلية، يخالف ما استقرت عليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية واستخدامها، عندما قالت أن:

"States must take environmental considerations into account when assessing what is necessary and proportionate in the pursuit of necessity and proportionality." ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, op. cit., para. 30, p. 242

من أجل إلحاق ضرر جسيم وغير مبرر بالشعب اللبناني<sup>(١)</sup>.

## الفصل الثاني

### الآليات الدولية الحالية بشأن حماية اللاجئين البيئيين

تمهيد وتقسيم:

لا جرم أن اللجوء البيئي يتضمن العديد من الأشخاص والجهات المعنية بالمشكلة، بما في ذلك اللاجئين البيئيين والدولة الواقع عليها الضرر البيئي والدولة المضيفة أو المستقبلية للاجئين والمجتمع الدولي بشكل عام، مما يؤدي إلى تعقيد الجهود الرامية إلى معالجة مشكلة اللجوء البيئي بفعالية.

وعليه، فإنه يتعين عند وضع نظام قانوني لمعالجة مشكلة اللجوء البيئي، أن يؤخذ في الاعتبار المراكز القانونية والاحتياجات الخاصة بكل شخص، أو جهة متأثرة أو معنية بمشكلة اللجوء البيئي. ومع ذلك، فإن هذا النظام القانوني المقترح لا يمكن أن يشتمل في ذاته على كافة القواعد والأحكام التي تعالج مشكلة اللجوء البيئي، بل إن فعاليته تتوقف في غالب الأحوال على تطبيق القواعد الدولية الأخرى التي تهدف إلى الحد من آثار المخاطر البيئية التي تدفع الأشخاص إلى النزوح عن أوطانهم<sup>(٢)</sup>.

(١) وهذا الأمر أكدته لجنة التحقيق عندما أشارت إلى أن هجوم القوات الإسرائيلية على محطة الجبة للطاقة لا يتوافر بشأنه عنصر الضرورة العسكرية والتناسب، نظراً إلى أن الآثار البيئية الجسيمة قد تجاوزت إلى حد بعيد تحقيق أي هدف عسكري. راجع:

Report of the Commission of Inquiry on Lebanon, op. cit., para. 220, p. 53.

(٢) لذلك أكد مؤتمر الدول الأطراف لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن تغير المناخ المنعقد في بالي عام ٢٠٠٧ على تعزيز المبادرات الوطنية الهادفة إلى دعم التنمية المستدامة، والتنوع الاقتصادي، وصيانة الغابات، ونقل التكنولوجيا.

إذا قررت الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ ما يلي:

“Enhanced national/international action on mitigation of climate change, including inter alia, consideration of: [...] (ii) Nationally appropriate mitigation actions by developing country Parties in the context of sustainable development, supported and enabled by technology, financing and capacity-building, in measurable, reportable and verifiable manner.” Report of the Conference of the Parties on its thirteenth session, held in Bali from 3 to 15 December 2007, Decision 1/CP.13, Addendum, 14 March 2008, FCCC/CP/2007/6/Add.1.

كذلك قررت بأنه:

“Consider a better integration of national strategies for sustainable development and poverty reduction, based on the United Nations Millennium Development Goals.” Ibid, Article 2(3)(d)(b) of Annex II.

وقد أوصى المجلس الاستشاري الألماني في دراسته عن أثر تغير المناخ على الأمن، بضرورة الاعتماد على أنظمة مختلفة للحد من آثار تغير المناخ، مثل تحسين إدارة المياه، وتقليل الفقر، وتبني برامج التنمية الزراعية، في سبيل الحيلولة دون أن تصل المخاطر البيئية إلى حد يتعذر تداركه<sup>1</sup>.

ونخلص من ذلك أن النظام القانوني الخاص بالجوء البيئي سوف يكون مكملاً لكافة الجهود الأخرى، سواء الوطنية أو الدولية، التي تهدف إلى تقليل المخاطر البيئية التي تؤدي إلى تفاقم ظاهرة اللجوء البيئي. وعليه، إذا كان من شأن إنشاء نظام قانوني خاص باللجوء البيئي أن يساهم في توفير الحماية الدولية للاجئين البيئيين، إلا أن ذلك لا يعني أنه سوف يكون بديلاً لكافة الأنظمة الأخرى التي تهدف إلى الحد من الآثار الناجمة عن الإضرار بالبيئة، بل يلزم أن يكون هناك تنسيق بين النظام القانوني الخاص باللاجئين البيئيين وكافة الأنظمة القانونية الأخرى المعنية بالبيئة من أجل الوصول إلى أفضل النتائج المرجوة بشأن مشكلة اللجوء البيئي.

وفي الواقع، فإن المجتمع الدولي، في الوقت الراهن، يسعى جاهداً إلى الحد من الآثار السلبية والمخاطر التي تؤثر على البيئة بطريقة تهدد حياة البشرية بأسرها، لذلك أصبح هناك اهتماماً دولياً واسعاً بوضع المبادئ والقواعد والآليات التي تساهم في معالجة المشاكل البيئية، ومن ثم منع الأضرار التي تقع على الأشخاص، مما يؤدي بشكل غير مباشر إلى معالجة مشكلة اللجوء البيئي. وهذا الأمر يتطلب منا في إطار هذا الدراسة عرض ومناقشة الوسائل والآليات التي تساهم بشكل غير مباشر في حماية اللاجئين البيئيين.

كذلك، فإنه يوجد في الوقت الحالي اتفاقية دولية عالمية بشأن حماية اللاجئين، وتحديدًا اتفاقية الأمم الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١، المعدلة ببروتوكول عام ١٩٦٧، كما

<sup>1</sup> راجع:

R. schuber, H. J. Schellhuber, N. Buchmann, A. Epiney, R. Griebhammer, M. Kulesa, D. Messner, S. Rahmstorf, and J. Schmid, Climate Change as a Security Risk, German Advisory Council on Global Change, 2007, p. 199-200. (hereinafter referred to as German Advisory Council 2007.)

يوجد بعض الاتفاقيات الإقليمية التي تنظم وتقرر الحماية للاجئين في النطاق الإقليمي لتطبيقها.

وسوف نوضح تلك الموضوعات، تفصيلاً، من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الآليات الدولية غير المباشرة لحماية اللاجئين البيئيين.  
المبحث الثاني: الآليات الدولية المباشرة لحماية اللاجئين البيئيين.

### المبحث الأول

### الآليات الدولية غير المباشرة لحماية اللاجئين البيئيين تمهيد وتقسيم:

لا مرأ أن العديد من الأضرار البيئية بطبيعتها-خاصة تلك الناشئة عن تغير المناخ- لا يقتصر تأثيرها على إطار جغرافي أو إقليمي معين، وإنما يمتد تأثيرها إلى مناطق أخرى ليس لها علاقة في حدوث الضرر البيئي بشكل مباشر. كذلك فإن تأثير الأضرار البيئية قد يختلف من دولة إلى أخرى، بحسب قدراتها التقنية والاقتصادية التي تمكنها من إدارة الأزمات والكوارث، لذلك نجد أن الفيضان أو الإعصار الذي يقع في دولة متقدمة لا ينجم عنه أعداد هائلة من الضحايا، سواء وفيات أو مصابين، أو يؤدي إلى أزمات إنسانية، بالقدر ذاته الذي يقع في دولة نامية<sup>(1)</sup>. وبالتالي كان لزاماً أن تتعاون الدول في سبيل وضع قواعد تهدف إلى الحد من الممارسات التي تؤدي إلى الإضرار بالبيئة، فضلاً عن اتباع الآليات الملائمة لمواجهة الأزمات والكوارث البيئية، في سبيل توفير أقصى قدر ممكن من الحماية للأفراد.

ومع ذلك، فإن السياسات والتدابير التي يتخذها المجتمع الدولي تهتم بشكل أساسي نحو منع أو تقليل آثار مخاطر البيئة وتغير المناخ في المستقبل، وذلك دون أن تهتم بتوفير حماية ملائمة للاجئين. ويجد هذا الأمر تبريره في أن سياسات منع أو تقليل المخاطر البيئية تستند إلى اعتبارات توافر الأدلة العلمية الثابتة، على عكس الحال بالنسبة للاجئين

(1) راجع ما سبق أن أوضحناه في الفصل السابق، فيما تعلق بالمخاطر البيئية التقليدية، ومخاطر تغير المناخ، والأزمات الإنسانية الجسيمة التي تقع في الدول النامية، خاصة الدول الإفريقية.

الذين تستند حمايتهم إلى اعتبارات أخلاقية تتطلب من المجتمع الدولي الاعتراف بالمآسي والمخاطر التي يتعرضون لها، سواء اتخذت شكل الاضطهاد السياسي أو فيما يتعلق بموضوع هذه الدراسة المخاطر البيئية<sup>(١)</sup>.

وقد تكلفت جهود الدول في إقرار عدداً من المبادئ الأساسية للبيئة التي يتعين على الدول أن تهتدي بها عند اتخاذ أية قرارات أو القيام بأعمال من شأنها المساس بالبيئة الإنسانية.

ونظراً إلى أن الأضرار البيئية قد تطول كافة عناصر البيئة المختلفة، من ماء وهواء وتربة، ونبات وحيوان وغيرها من الكائنات الحية، والتي تؤدي في النهاية إلى الإضرار بصحة الإنسان، ونوعية حياته، حرصت الدول على أن تتبنى العديد من الاتفاقيات الدولية التي تقرر حماية ملائمة لكل عنصر من عناصر البيئة المختلفة.

كذلك فإن من شأن استخدام أنواع معينة من الأسلحة في زمن النزاعات المسلحة أن يؤدي إلى الإضرار بالبيئة، مما يترتب عليه حالات نزوح جماعي للأشخاص المتضررة من تلك المخاطر<sup>(٢)</sup>. لذلك، أصبح هناك اهتماماً خاصاً على المستوى الدولي بوضع قواعد تهدف إلى إقرار الحماية المباشرة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة.

وبناء على التمهيد السابق، فإنه يتعين علينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المبادئ الأساسية للقانون الدولي للبيئة.

المطلب الثاني: حماية عناصر البيئة الأساسية.

المطلب الثالث: حماية البيئة في زمن النزاعات المسلحة.

## المطلب الأول

### المبادئ الأساسية للقانون الدولي للبيئة

كانت باكورة الاهتمام بحماية البيئة قد تجلت بصور إعلان إستكهولم، الذي أكد في

(١) راجع:

Brittan J. Bush, op. cit., p. 554-56.

(٢) فقد جاءت المادة (٥٥) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة، قد ألزمت أطراف النزاع المسلح حماية البيئة الطبيعية من الأضرار البالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد وتتضمن هذه الحماية حظر استخدام أساليب القتال أو وسائله التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية ومن ثم تضر بصحة الإنسان ويقانه. انظر المادة سالفه الذكر في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧، المرجع السابق.

مستهل مبادئه على حق الإنسان في الحرية والمساواة في ظل ظروف معيشية مناسبة، وفي بيئة تسمح نوعيتها بالحياة في ظل الكرامة وتحقيق الرفاهية. ويستفاد من ذلك أن إعلان إستكهولم قد دعا إلى صون الكرامة الإنسانية وحفظ حقوق الإنسان الأساسية التي أقرتها المواثيق الدولية، ومنها حق الإنسان في الحياة وحقه في بيئة صحية وسليمة. وبعبارة أخرى، فإن المبدأ الأول من إعلان إستكهولم يقرر حماية حياة الإنسان وحقوقه الأساسية بشكل عام وغير مباشر.

وبعد إعلان إستكهولم تم عقد العديد من المؤتمرات المعنية بالبيئة، والتي نتج عنها إعلانات دولية ذات أهمية خاصة في مجال الحفاظ على البيئة في سبيل حماية الإنسان والحفاظ على حرياته الأساسية، ومنها إعلان نيروبي لعام ١٩٨٢، ثم مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية لسنة ١٩٩٢، والذي نتج عنه إعلان قمة الأرض أو إعلان ريو، وجدول أعمال القرن ٢١، ومؤتمر جوهانسبرج لعام ٢٠٠٢، الذي نتج عنه إعلان التنمية المستدامة، هذا بالإضافة إلى إعلان هوغو لعام ٢٠٠٥، ومؤتمر كوبنهاجن لعام ٢٠٠٨<sup>(١)</sup>.

وقد ترتب على تلك المؤتمرات والإعلانات الصادرة عنها إرساء عدداً من المبادئ العامة التي تهدف إلى حماية وصيانة البيئة ضد المخاطر البيئية المختلفة، وذلك بغية

(١) وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الدولي للبيئة قد تطور على أربعة مراحل رئيسية:

المرحلة الأولى: بدأت في بداية القرن التاسع عشر بإبرام الدول لاتفاقيات ثنائية بشأن تنظيم المصائد، وانتهت تلك الفترة عند بداية إنشاء المنظمات الدولية عام ١٩٤٥. وفي خلال تلك الفترة، أدركت الدول والشعوب بأن النهضة الصناعية والتنمية تستلزم وضع ضوابط بشأن استغلال بعض الموارد الطبيعية من خلال اتخاذ بعض التدابير القانونية.

المرحلة الثانية: بدأت بإنشاء الأمم المتحدة ووصلت إلى القمة بعقد مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التنمية الإنسانية، في إستكهولم، في يونيو ١٩٧٢، وفي خلال تلك الفترة، تم إنشاء العديد من المنظمات الدولية المعنية بالمسائل البيئية، وتم وضع العديد من المواثيق الدولية، على المستوى العالمي والإقليمي، لمواجهة بعض مصادر التلوث، ولصيانة موارد البيئة العامة والخاصة، مثال ذلك: التلوث النفطي، والتجارب النووية، والأراضي الخصبة، والبيئة البحرية ومواردها الحية، وجودة المياه الطبيعية، ودفن النفايات في البحر.

المرحلة الثالثة: بدأت منذ مؤتمر إستكهولم عام ١٩٧٢ وحتى انتهاء مؤتمر البيئة والتنمية في ريو دي جانيرو في يونيو ١٩٩٢، وفي خلال تلك الفترة، بدأت الأمم المتحدة في وضع نظام تنسيقي للتجارب مع المشكلات البيئية العالمية، وتم وضع العديد من الاتفاقيات، على المستوى الدولي والإقليمي، كما تم للمرة الأولى حظر إنتاج واستهلاك والتجارة الدولية في بعض المواد. المرحلة الرابعة: بدأت في أعقاب مؤتمر ريو دي جانيرو، وتنفيذاً لمبادئه، ويطلق عليها مرحلة الدمج؛ أي عندما يتم دمج المسائل المتعلقة بالبيئة في كافة الأنشطة الإنسانية، بموجب قوانين وسياسات مقررّة دولياً. وقد اتسمت تلك الفترة بتنامي الاهتمام لدي الدول بالتقيد بالالتزامات الدولية المتعلقة بالبيئة، وزيادة نشاط الفقه الدولي في تطوير قواعد القانون الدولي للبيئة. راجع:

Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, Second Edition, Cambridge University Press, p. 25-26.



توفير الحماية الوقائية للجماعات الإنسانية المهددة بالنزوح خارج أوطانهم جراء تلك المخاطر<sup>(١)</sup>. وتتمثل أبرز تلك المبادئ في عدم الإضرار والتنمية المستدامة ومسؤوليات مشتركة لكنها متباينة، والتحوط والملوث يدفع، وسوف نوضح تلك المبادئ تفصيلاً على النحو التالي:

### أولاً: مبدأ عدم الإضرار:

لقد كانت القاعدة السائدة في المجتمع الدولي، حتى أوائل القرن التاسع عشر، أن لكل دولة، وفقاً لسيادتها المطلقة على أراضيها، الحق الكامل في أن تمارس أو أن تسمح بممارسة الأنشطة في إطار حدودها الإقليمية، بغض النظر عن الآثار البيئية السلبية المتجاوزة للحدود الإقليمية، والتي من شأنها التأثير على أقاليم الدول الأخرى، وقد أطلق الفقه الغربي على هذه النظرية، Harmon Doctrine، وقد تم هجر هذه النظرية أخيراً عام ١٩٤١، عندما قامت هيئة التحكيم المشكلة للفصل في النزاع القائم آنذاك بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، في قضية مصهر تريل Trail Smelter Case، بإقرار مبدأ عدم الإضرار بقولها إنه لا ينشأ لأية دولة، وفقاً لمبادئ القانون الدولي، الحق في استخدام إقليمها أو السماح باستخدامه بطريقة تؤدي إلى إحداث أضرار بواسطة الأدخنة للأشخاص والممتلكات المتواجدة في إقليم دولة أخرى، طالما أن الآثار الضارة المترتبة على تلك الأدخنة جسيمة وثابتة بموجب أدلة واضحة وقاطعة<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع: نعم حمزة عبد الرضا حبيب، الوضع القانوني للاجئين البيئي في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢، ص ١٤ وما بعدها.

(٢) وقد نشأ النزاع المتعلق بمصهر تريل خلال الفترة الممتدة من عام ١٩٢٨ حتى عام ١٩٤١، وتتلخص وقائع هذا النزاع، في أن شركة التنقيب والصحراء المتواجدة في منطقة تريل ببريتش كولومبيا بكندا، كانت تتواجد على مسافة تبعد ١٣ ميل عن الحدود الدولية بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية، وكان من شأن استخدام المصهر انبعاث ثاني أكسيد الكبريت (وهو غاز سام) في الهواء، على نحو يشكل سحابة من الأدخنة السوداء، وكانت الرياح تحمل هذا الأدخنة السوداء عبر الحدود نحو الولايات المتحدة الأمريكية، مما أدى إلى الإضرار بالأشخاص والممتلكات في ولاية واشنطن، مما دعا كل من كندا والولايات المتحدة الأمريكية إلى إبرام اتفاقية بشأن هيئة تحكيم للفصل في النزاع القائم وتقدير قيمة التعويضات. لمزيد من التفصيلات عن قضية مصهر تريل راجع:

John E. Read, The Trail Smelter Dispute, The Canadian Yearbook of International Law, 1963, p. 213 et seqq.

وكانت هيئة التحكيم قد أرسدت أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي للبيئة، والذي أصبح فيما بعد جزء من القانون الدولي العرفي، حيث انتهت إلى أن:

"The Tribunal, therefore, finds that the above decisions, taken as a whole, constitute an adequate basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law,

وبعد مرور ثلاثة عقود، تم إدراج مبدأ عدم الإضرار الذي يمنع إحداث ضرر بيئي متعد للحدود الوطنية، في المبدأ (٢١) من إعلان إستكهولم، حيث جاء هذا المبدأ لينص على أن "الدول، بموجب ميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي، الحق السيادي في استغلال مواردها وفقاً لسياساتها البيئية، ويقع عليها مسؤولية ضمان أن الأنشطة التي تتم في نطاق اختصاصها، أو سيطرتها لا تسبب أضراراً لبيئة الدول الأخرى أو لمناطق تقع خارج حدود اختصاصها"<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن المبدأ (٢١) من إعلان إستكهولم قد حرص على إيجاد توازن بين حق الدولة في التحكم وإدارة الأنشطة والممارسات التي تتم في نطاقها الإقليمي حفاظاً على اعتبارات مبدأ السيادة، مع مسؤوليتها في ضمان عدم إحداث تلك الأنشطة والممارسات لأضراراً بيئية خارج نطاقها الإقليمي<sup>(٢)</sup>.

ويأتي إقرار مبدأ السيادة الوطنية على الموارد الطبيعية، اتساقاً مع القرارات الصادرة عن الجمعية العامة في هذا الشأن، تحديداً: القرار رقم ٦٢٦ لعام ١٩٥٢ الذي أشارت فيه إلى أن "حق الشعوب الكامل في استخدام واستغلال ثرواتها ومواردها الطبيعية، هو حق متأصل في سيادتها، ويتم وفقاً لأغراض ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة"<sup>(٣)</sup>، كذلك أصدرت الجمعية العامة القرار ٨٣٧ لعام ١٩٥٤، طلبت بموجبه من لجنة حقوق الإنسان أن تدرج في توصياتها المتعلقة بالاحترام الدولي لحق الشعوب والأمم في تحديد المصير، توصية متعلقة "بالسيادة الدائمة للشعوب على ثرواتها ومواردها الطبيعية"<sup>(٤)</sup>، وأصدرت الجمعية العامة القرار رقم ٢١٥٨ لعام ١٩٦٦، أقرت بموجبه أنه يتعين أن يخضع استغلال

---

as well as of the law of the United States, no state has the right to use or permit the use of its territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequences and the injury is established by clear and convincing evidence." Ibid, p. 220.

(١) انظر المبدأ (٢١) من إعلان مؤتمر الأمم المتحدة بشأن البيئة الإنسانية، إستكهولم، يونيو ١٩٧٢.  
(٢) راجع:

Louis B. Sohn, op. cit., p. 485- 493.

(٣) راجع: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٦٢٦، الصادر في ٢١ ديسمبر ١٩٥٢.

(٤) راجع: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٨٣٧، الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٥٤.

الموارد الطبيعية في كل دولة لقوانينها ولوائحها الداخلية<sup>(١)</sup>.

وقد كان مبدأ (٢١) من إعلان إستكهولم واضحاً وصريحاً في إقراره بأن نطاق مبدأ عدم الإضرار لا يقتصر على توفير الحماية فقط لبيئة الدول الأخرى، بل يمتد ليوفر الحماية لبيئة المناطق المشتركة، مثل منطقة القطب الجنوبي وأعالى وقاع البحار والفضاء الخارجي<sup>(٢)</sup>.

وجاء إعلان ريو لعام ١٩٩٢، ليؤكد في المبدأ (٢) على مسؤولية الدول بعدم إحداث أضرار بيئية متعددة للحدود الوطنية، وفقاً لما تم تعريفه وتحديده في المبدأ (٢١) من إعلان إستكهولم، باعتباره مكملاً ومتربطاً مع الحق السيادي للدول في استخدام واستغلال مواردها الطبيعية<sup>(٣)</sup>.

كذلك انعكس مبدأ عدم الإضرار في العديد من الإعلانات الصادرة عن الأمم المتحدة واتفاقيات البيئة الدولية<sup>(٤)</sup>، وجاء النص عليه في المادة (٣) من مشروع المواد الذي أعدته لجنة القانون الدولي بشأن منع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢١٥٨، الصادر في ٢٥ نوفمبر ١٩٦٦.

(٢) راجع:

Patricia birnie, Alan Boyle and Catherine Redgwell, International Law and the Environment, Third Edition, Oxford University Press, 2009, p. 145.

(٣) انظر المبدأ (٢) من إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية، تقرير مؤتمر الأمم المتحدة بشأن البيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، ٣-١٤ يونيو ١٩٩٢.

(٤) راجع: المادة ١٩٤(٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، والتي نصت على أن: "تمتنع الدول، عند اتخاذ التدابير الزامية إلى منع تلوث البيئة البحرية أو خفضه أو السيطرة عليه، عن التعرض الذي لا يمكن تبريره للأنشطة التي تقوم بها دول أخرى ممارسة لحقوقها وعملاً بواجباتها، طبقاً لهذه الاتفاقية. والمادة (٣) من اتفاقية التنوع البيولوجي لعام ١٩٩٢، والتي نصت على أن: "للدول، وفقاً لميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي، حق السيادة في استغلال مواردها طبقاً لمسياساتها البيئية الخاصة، وهي تتحمل مسؤولية ضمان أن الأنشطة المضطلع بها داخل حدود سلطتها أو تحت رقابتها لتتضرر ببيئة دول أخرى أو ببيئة مناطق تقع خارج حدود الولاية القضائية". وقد أشارت ديباجة كل من اتفاقية تلوث الهواء بعيد المدى العابر للحدود لعام ١٩٧٩، واتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، إلى ضرورة مراعاة مبدأ عدم الإضرار وفقاً لما تم النص عليه في إعلان إستكهولم.

(٥) نصت المادة (٣) من مشروع المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة على أنه "يتعين على دولة المنشأ [أي الدولة التي ينشأ فيها الأنشطة الخطرة التي من شأنها إحداث أضرار عابرة للحدود الوطنية] أن تتخذ كافة التدابير لمنع الضرر الجوهري العابر للحدود الوطنية، أو في أي حالة تقلل المخاطر الناتجة عنها". راجع:

ILC Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, ILC Report of the International Law Commission on the work of its 53<sup>rd</sup> Session, 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, UN Doc A/56/10 and ILC Report of the International Law Commission on the work of its 56 Session, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2004, UN Doc A/59/10.

وتعرضت محكمة العدل الدولية لمبدأ عدم الإضرار في آرائها الاستشارية وأحكامها:  
- ففي رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، أكدت المحكمة على مبدأ عدم الإضرار عندما أشارت إلى أن الالتزام العام الذي يقع على عاتق الدول، في ضمان أن الأنشطة التي تتم في حدود سيطرتها وسيطرتها، تراعي بيئة الدول الأخرى فضلاً عن المناطق التي تقع خارج سيطرتها الإقليمية، قد أصبح الآن جزء من مجموعة القواعد الدولية المتعلقة بالبيئة<sup>(١)</sup>.

- وفي حكمها في قضية مشروع Gabčíkovo-Nagymaros (المجر ضد سلوفاكيا، نوهت المحكمة إلى الأهمية العظيمة التي توليها بشأن احترام البيئة، ليس فقط لصالح الدول، وإنما لصالح الإنسانية جمعاء<sup>(٢)</sup>.

وقد ذهب جانب من كتاب القانون الدولي إلى أن جذور مبدأ عدم الإضرار تمتد إلى القانون الروماني، الذي كان قد أقر مبدأ حسن الجوار، بحيث لا يجوز للدولة أن تقوم بأعمال من شأنها الإضرار بحسن العلاقات مع جيرانها<sup>(٣)</sup>، ويرى جانب آخر أن مبدأ عدم الإضرار يعتبر نتاجاً للقاعدة المستقرة في القانون الدولي التي تمنع إساءة استعمال الحق، بحيث تمتنع الدولة عن إساءة استعمال حقها السيادي على الموارد والأنشطة التي تتم داخل إقليمها أو تحت تصرفها وسيطرتها على نحو يؤدي إلى الإضرار بأقاليم الدول الأخرى<sup>(٤)</sup>.

<sup>(١)</sup> راجع:

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, op. cit., para. 29, p. 241.

<sup>(٢)</sup> فقد قالت المحكمة:

« La Cour rappellera qu'elle a récemment eu l'occasion de souligner dans les termes suivants toute l'importance que le respect de l'environnement revêt à son avis, non seulement pour les États mais aussi pour l'ensemble du genre humain ». Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997, para. 53, p. 41.

<sup>(٣)</sup> راجع:

Alexander Kiss and Dinah Shelton, op. cit., p. 179; see also: Günther Handl, Transboundary Impacts, in Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, and Ellen Hey, The Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford University Press, 2007, p. 533.

<sup>(٤)</sup> راجع بشأن قاعدة عدم جواز إساءة استعمال الحق في العلاقات الدولية:

ونحن من جانبنا نرى أن مبدأ عدم الإضرار قد استقر في الشريعة الإسلامية منذ ما يزيد عن ألف وأربعمائة عام، حيث جاء في قول رسول الله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا المبدأ يتفق تماماً مع مفهوم عدم الإضرار وفقاً لما هو وارد في المبدأ (٢١) من إعلان إستكهولم والمبدأ (٢) من إعلان ريو، حيث أقر الحديث أنه لا يوجد ضرر على الإنسان في القيام بالأعمال والأنشطة التي يقرها الشرع، ومع ذلك فرض قيماً هاماً مؤداه عدم القيام بالأعمال والأنشطة التي من شأنها إحداث أضرار بالآخرين، وهذا هو جوهر مبدأ عدم الإضرار المستقر في القانون الدولي العام في وقتنا الراهن، وكذلك قول الرسول ﷺ: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره"<sup>(١)</sup>، فقد أرسى هذه الحديث مبدأ حسن الجوار، الذي يعتبر الآن من المبادئ الأساسية للقانون الدولي، إلا أن مبدأ عدم الإضرار، وفقاً لمفهومه الحالي في القانون الدولي، لا يقتصر فقط على عدم الإضرار بالدول المجاورة، وإنما يمتد ليشمل كافة المناطق التي تخرج عن الحدود الإقليمية للدولة التي تقوم بأنشطة ضارة، لذلك فإننا نرى أن حديثي رسول الله ﷺ يمثلان في مجملهما المفهوم الدقيق لمبدأ عدم الإضرار، وفقاً لما هو متعارف عليه الآن في القانون الدولي العام.

وقد تمتع مبدأ عدم الإضرار بقيمة قانونية جعلته جزء من العرف الدولي، مما يعني التزام كافة الدول باتخاذ التدابير اللازمة عند القيام بأية أنشطة داخل حدودها الإقليمية أو في المناطق الخاضعة لاختصاصها وسيطرتها، للحيلولة دون وقوع أضرار متعدية

G. D. S. Taylor, The Content of the Rule against Abuse of Rights in International Law, British Year Book of International Law, 1972-1973, p. 323-352.

(١) وقد ورد تفسير الإكرام والإحسان للجار وترك أذاه في عدة أحاديث أخرجهما الطبراني من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده والخرائطي في مكارم الأخلاق من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأبو الشيخ في كتاب التوبيخ من حديث معاذ بن جبل: "قالوا يا رسول الله ما حق الجار على الجار؟ قال: إن استقرضك أقرضه، وإن استعانك أعنه، عن مرض عنته، وإن احتاج أعطيته، وإن افتقر عدت عليه، وإن أصابه خير هنيئته، وإن أصابته مصيبة عزيزته، وإذا مات اتبعت جنازته، ولا تستطيل عليه بالبناء فتحجب عنه الريح إلا بإذنه، ولا تؤذيه بريح قدرك إلا أن تغرف له، وإن اشتريت فاكهة فأهد له، وإن لم تفعل فأدخلها سرا ولا تخرج بها ولدك ليغيظ بها ولده". راجع: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، ١٩٨٦، ص ٤٦٠.

للحدود من شأنها التأثير على دول أو مناطق أخرى<sup>(١)</sup>. وتبدو أهمية ذلك في منع الأضرار البيئية التي يمكن أن تصيب مناطق قد لا يتوافر لديها القدرات اللازمة لمواجهةها والتخفيف من آثارها، مما قد يتسبب في نزوح سكانها، سواء داخلياً أو خارجياً، بحثاً عن ملاذ آمن. لذلك، فإن مبدأ عدم الإضرار يساهم بفاعلية في التخفيف من مشكلة اللجوء البيئي<sup>(٢)</sup>، وإن كان هذا الإسهام بطريق غير مباشر، من خلال الحد من الأضرار البيئية المتعدية للحدود الوطنية، والتي يمكن أن ينتج عنها مآسي إنسانية جسيمة للسكان الذين يقطنون في دول أو مناطق لم تساهم في إحداث تلك الأضرار البيئية.

### ثانياً: مبدأ التنمية المستدامة:

ترجع جذور فكرة التنمية المستدامة إلى بداية السبعينات من القرن المنصرم، عندما أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة عن الاستراتيجية الإنمائية الدولية لعقد الأمم المتحدة الإنمائي الثاني<sup>(٣)</sup>، كما أشار تقرير فونكس Founex Report بشأن التنمية والبيئة لعام ١٩٧١ إلى العلاقة بين أهداف التنمية طويلة الأمد وحماية البيئة<sup>(٤)</sup>، ثم أشار إعلان إستكهولم عام ١٩٧٢، وتحديداً في المبادئ (٩) و(١٠) و(١١) إلى أنه يتعين إدراك حماية البيئة والتنمية الاقتصادية باعتبارهما غير متعارضين ويعززان بعضهما البعض،

(١) على الرغم من وجود خلاف بين القاعدة والمبدأ القانوني، فإن كلا منهما يتمتع بقيمة قانونية، مما يعني أن إدراج المبدأ أو القاعدة في معاهدة دولية، يؤدي إلى إكسابه صفة الإلزام المستمدة من الطابع الاتفاقي للمعاهدة، أما فيما عدا ذلك، فإنه يمكن للمبدأ أو القاعدة أن يصبح ملزماً إذا توافرت بشأنه الشروط الواجب توافرها بشأن تكوين العرف الدولي. راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 37-38.

ويذهب هذا الرأي أن إثبات أن دولة معينة قد قامت بعمل انطلاقاً من التزامها بمبدأ معين، قد يكون أمراً عسيراً، خاصة فيما يتعلق بإثبات الشعور بالزامية هذا المبدأ، لذلك فإن هناك عدد قليل من المبادئ التي تمكنت من اكتساب وضعية القاعدة القانونية الدولية، حيث يؤكد هذا الرأي إن:

"While it is quite easy to judge whether rules entailing 'action-oriented' or 'result-oriented' obligations have grown into customary international norms, principles raise more difficulties in this respect."

(٢) وبناء على ذلك، ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن مبدأ عدم الإضرار يمثل حجر الأساس للقانون الدولي للبيئة، وذلك جنباً إلى جنب مع مبدأ سيادة الدول على مواردها الطبيعية، راجع:

Phillipe Sands et al., Principles of International Environmental Law, Third Edition, op. cit., p. 191.

(٣) راجع: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٦٢٦، الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٧٠

(٤) لقد تم وضع تقرير فونكس بشأن التنمية والبيئة بواسطة هيئة خبراء، اجتمعت في يونيو عام ١٩٧١ لوضع جدول أعمال مؤتمر إستكهولم. أنظر بشكل عام بشأن تقرير فونكس:

Miguel Ozorio de Almeida, Environment and Development: The Founex Report on Development and Environment, Carnegie Endowment for International Peace, 1972.

فقد جاءت المبدأ (١١) من الإعلان لينص على أنه: " يتعين على السياسيات البيئية لكافة الدول أن تعزز القدرات التنموية الحالية والمستقبلية للدول النامية ولا تؤثر عليها بشكل سلبي، كما لا يجوز أن تعوق تحقيق ظروف معيشية أفضل للجميع، ويتعين على الدول والمنظمات الدولية أن تتخذ خطوات ملائمة، بغية الوصول إلى اتفاق لتحقيق النتائج الاقتصادية الوطنية والدولية الناتجة عن تطبيق المعايير البيئية.

كذلك جاء قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٥٦/٣٥ بشأن الاستراتيجية الإنمائية الدولية لعقد الأمم المتحدة الإنمائي الثالث، الصادر في ٥ ديسمبر عام ١٩٨٠، ليؤكد على أن: "التعجيل بالتنمية في البلدان النامية يمكن أن يعزز من قدرتها على تحسين بيئتها، ويجب أن تراعي في عملية التنمية الآثار البيئية المترتبة على الفقر والتخلف وكذلك الروابط بين التنمية والبيئة والسكان والموارد. وهذا أمر لازم لتجنب التدهور البيئي وتوفير بيئة سليمة للأجيال القادمة. وثمة حاجة إلى تأمين عملية تنمية اقتصادية يكون لها صفة الاستمرار بيئياً في المدى الطويل، وتكفل حماية التوازن الإيكولوجي"<sup>(١)</sup>.

وجاءت الاستراتيجية العالمية لصيانة الموارد World Conservation Strategy لعام ١٩٨٠، والتي تم إعدادها بواسطة الاتحاد الدولي لصيانة الطبيعة والموارد الطبيعية بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة للبيئة والصندوق الدولي للحياة البرية، فضلاً عن الميثاق العالمي للطبيعة لعام ١٩٨٠ لبلورة المفهوم المجرد لفكرة التنمية المستدامة في هيئة برامج عمل محددة.

وفي عام ١٩٨٧، وضعت اللجنة العالمية للبيئة والتنمية، المعروفة باسم لجنة بروندتلاند Brundtland Report تقرير بشأن "مستقبلنا المشترك"، حيث عرفت التنمية المستدامة بأنها التنمية التي توفي باحتياجات الأجيال الحالية دون الانتقاص من قدرة الأجيال القادمة على الوفاء باحتياجاتها<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع: قرار الجمعية العامة رقم ٥٦/٣٥ الصادر في ٥ ديسمبر عام ١٩٨٠، الفقرة (٤١).

(٢) وقد أشار التقرير إلى أن تعريف التنمية المستدامة، يتضمن فكرتين رئيسيتين:

"- the concept of 'needs', in particular the essential needs of the world's poor, to which overriding priority should be given; and

- The idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and future needs." Report of the

وجاء مؤتمر الأمم المتحدة بشأن البيئة والتنمية الذي عقد في ريو دي جانيرو عام ١٩٩٢ (مؤتمر ريو)، ليعزز فكرة التنمية المستدامة بموجب جدول أعمال القرن (٢١) الذي نتج عن المؤتمر - من خلال اقتراح إنشاء لجنة للتنمية المستدامة، حيث تم إنشاء تلك اللجنة فعلياً بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٠٧/١٩٩٣، لتكون مهمتها متابعة أعمال مؤتمر ريو وتنفيذ جدول أعمال القرن (٢١)، بالإضافة إلى تعزيز صدور القرارات الحكومية المتعلقة بدمج مسائل التنمية مع اعتبارات حماية البيئة<sup>(١)</sup>.

ومنذ مؤتمر ريو، أصبح لفكرة التنمية المستدامة، والعديد من الأفكار المنبثقة عنها، مثل الاستخدام المستدام، والإدارة المستدامة، والانتفاع المستدام، وأقصى إنتاجية مستدامة، انعكاساً في العديد من المواثيق الدولية المتعلقة بالبيئة والتنمية، سواء كانت تلك المواثيق ذات طبيعة ملزمة أو غير ملزمة، فعلى سبيل المثال أشارت المادة (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، والمادة (٢)١ من بروتوكول كيوتو لعام ١٩٩٧ إلى التنمية المستدامة باعتبارها جزء لا يتجزأ من عملية القضاء على تغير المناخ العالمي، كما أكدت المادة (٤)٣ من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بأن "للأطراف حق تعزيز التنمية المستدامة ويقع عليها هذا الواجب"، كما جاء اتفاق باريس للمناخ لعام ٢٠١٥ ليؤكد على أهمية الإجراءات المتعلقة بالتصدي لتغير المناخ وأثاره من الأجل للوصول إلى التنمية المستدامة والقضاء على الفقر<sup>(٢)</sup>.

وحرصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو التصحر، وبخاصة في أفريقيا، على إبراز العلاقة الوثيقة بين تحقيق التنمية والمحافظة على البيئة، حيث أشارت إلى أن النمو الاقتصادي المستدام والتنمية الاجتماعية واستئصال الفقر تأتي على رأس أولويات الدول النامية المتأثرة، وخاصة في أفريقيا، من أجل تحقيق أهداف الاستدامة، وأكدت على أن التصحر والجفاف يؤثران على

---

World Commission on Environment and Development: Our Common Future, United Nations 1987, para. 1.

وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة تقرير بروننلانند في ديسمبر ١٩٨٧.

(١) راجع: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٧/١٩١، بشأن الترتيبات المؤسسية لمتابعة أعمال مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، الصادر في ٢٩ يناير ١٩٩٣، الفقرة (٢).

(٢) انظر: ديباجة اتفاق باريس للمناخ لعام ٢٠١٥، المرجع السابق.



التنمية المستدامة عن طريق ترابطهما مع مشاكل اجتماعية هامة مثل الفقر وسوء الصحة والتغذية، ونقص الأمن والمشاكل الناجمة عن الهجرة، ونزوح السكان<sup>(١)</sup>. ودعت الاتفاقية أطرافها لاتخاذ تدابير فعالة على كافة الأصعدة لمكافحة التصحر والتخفيف من آثار الجفاف، وذلك من خلال المساهمة في تحقيق التنمية المستدامة في المناطق المتأثرة<sup>(٢)</sup>.

وفي السياق ذاته، دعت اتفاقية التنوع البيولوجي لعام ١٩٩٢ الدول الأطراف بالتعاون مع بعضها البعض، سواء بشكل مباشر أو من خلال المنظمات الدولية المتخصصة، لوضع البرامج ورسم الخطط وتبني الاستراتيجيات واتخاذ التدابير، التي تهدف إلى صيانة وتحقيق الاستخدام المستدام لعناصر التنوع البيولوجي المختلفة<sup>(٣)</sup>.

وقامت الجمعية العامة في سبتمبر ٢٠٠٠، باعتماد إعلان الألفية الذي تضمن ثمانية أهداف للألفية الجديدة، يتعين تحقيقها قبيل عام ٢٠١٥، حيث كررت الجمعية العامة تأكيدها على دعم مبدأ التنمية المستدامة، وفقاً لما تم النص عليه في جدول أعمال القرن (٢١)، المعتمد في مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية<sup>(٤)</sup>.

كذلك كان للمنظمات غير الحكومية دوراً بارزاً في تعزيز مبدأ التنمية المستدامة، وذلك عندما قام معهد القانون الدولي بنشر إعلان نيو دلهي بشأن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالتنمية المستدامة، الذي أشار إلى ضرورة ضمان الدول للاستخدام المستدام للموارد الطبيعية، إلا أنه لم يوضح المعنى القانوني الدقيق لفكرة التنمية المستدامة<sup>(٥)</sup>. وقد

(١) انظر: ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو من التصحر، وبخاصة في أفريقيا، المرجع السابق.

(٢) ذات المرجع، المواد (١) و٤(٢)(ب) و٥(ب) و٩(١) و١٠(٢)(ب) و١٠(٣) و٥(٤) و١٧(١) و(و) و١٨(١).

(٣) ويعتبر تحقيق الاستخدام المستدام لعناصر التنوع البيولوجي محور الاهتمام الرئيسي لاتفاقية التنوع البيولوجي. انظر: المواد ٥-١٣، ١٦-١٩، ٢١، ٢٣، ٢٥ من اتفاقية التنوع البيولوجي لعام ١٩٩٢، المرجع السابق.

(٤) فقد دعت الجمعية العامة بموجب إعلان الألفية الدول الأعضاء إلى بذل قصارى جهدهم لإنقاذ البشرية جمعاء من الأضرار التي لا يمكن تداركها، والناجمة عن الأنشطة البشرية، وذلك من خلال اتباع سلوك قائم يراعي اعتبارات التنمية المستدامة. انظر: الفقرات ٢١-٢٣، ٢٧-٢٨ من إعلان الأمم المتحدة بشأن الألفية الذي اعتمدهته الجمعية العامة بموجب القرار ٥٥/٢، الصادر في ١٣ سبتمبر ٢٠٠٠.

(٥) وتضمن الإعلان عدة مبادئ أخرى، منها: المبادئ المتعلقة بالمساواة والقضاء على الفقر، ومبدأ مسؤوليات مشتركة لكنها متباينة، ومبدأ التحوط، والمشاركة الشعبية وحق الاطلاع على المعلومات واللجوء إلى العدالة، والتكامل والتواصل فيما يتعلق بمسائل حقوق الإنسان، ولتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والبيئية. راجع:

قام معهد القانون الدولي بعرض إعلان نيو دلهي في مؤتمر القمة العالمي للتنمية المستدامة الذي عقد في جوهانسبرج عام ٢٠٠٢.

وقامت الجمعية العامة باعتماد نتائج مؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥، الذي أكدت بموجبه أن "التنمية المستدامة، تمثل في جوانبها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، عنصراً رئيسياً للإطار العام لأنشطة الأمم المتحدة"<sup>(١)</sup>.

ومن جماع ما تقدم، يتضح أن مبدأ التنمية المستدامة قد نشأ وتطور بشكل سريع على المستوى الدولي والإقليمي والوطني، على نحو أكسبه قيمة قانونية كبيرة، نظراً لتحقيقه قبول عام وشعور بالإلزامية من جانب الغالبية العظمى-إن لم يكن كل-أعضاء المجتمع الدولي، مما جعله يصل إلى مرتبة القواعد العرفية<sup>(٢)</sup>. بل إننا نرى أن الاتجاه الحالي للدول، المتمثل في إفراد نصوص صريحة في دساتيرها الوطنية، تقضي بضرورة مراعاة اعتبارات التنمية المستدامة في كافة أنشطتها، بغية إحداث توازن وتكامل بين الاتجاهات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية المختلفة، قد ارتقى بها لتصل إلى مرتبة القواعد الآمرة للقانون الدولي<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فإن مبدأ التنمية المستدامة من شأنه أن يساعد المجتمعات على تحقيق تنميتها الاقتصادية، في إطار نظام قانوني يحافظ على عناصر البيئة المختلفة، ومن ثم يساهم بفاعلية في الحد من الآثار السلبية المتوقعة لمشكلة اللجوء البيئي، التي من شأنها أن تسبب أزمات إنسانية للأفراد، وتتقل كاهل المجتمعات من المناحي الاقتصادية والاجتماعية.

(١) راجع: قرار الجمعية العامة ١/٦٠ بشأن نتائج مؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥، الصادر في ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٥، الفقرة ١٠.  
(٢) وعلى الرغم من تعرض محكمة العدل الدولية في قضية مشروع Gabčíkovo-Nagymaros (المجر ضد سلوفاكيا) لفكرة التنمية المستدامة، باعتبارها وسيلة للتوفيق بين التنمية الاقتصادية وحماية البيئة، إلا أن المحكمة لم تحسم، بشكل قاطع، فيما إذا كانت فكرة التنمية المستدامة تتمتع بقيمة قانونية ملزمة، إلا أن الرأي المستقل للقاضي Weeramantry قد أشار إلى أن التنمية المستدامة ليست فكرة مجردة، بل اكتسبت قيمة قانونية ملزمة في إطار قواعد القانون الدولي العام، نظراً لقبولها العام من جانب أعضاء المجتمع الدولية، مؤكداً أنه يتعين التعامل مع التنمية وحماية البيئة باعتبار أن كل منهما يكمل الآخر، ولا يمكن تجاهل إحداهما. راجع:

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), op. cit., p. 78, 88, 95.

(٣) راجع بشكل عام: د. أحمد المهدي بالله، الطبيعة القانونية للتنمية المستدامة في إطار أحكام القانون الدولي العام، بحث مقبول للنشر بمجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق-جامعة القاهرة، ملحق العدد ٩١، لسنة ٢٠١٨.

ويمكن القول إن مبدأ التنمية المستدامة يلعب دورين أساسيين، لمواجهة مشكلة اللجوء البيئي:

- دور وقائي: يتمثل في الحد من المخاطر البيئية الناتجة عن الأنشطة الإنسانية، التي تؤدي إلى الإضرار بعناصر البيئة واستنفاد مواردها الطبيعية المتاحة، ومن ثم منع وقوع أضرار بيئية مستقبلية تتسبب في أزمات إنسانية.
- دور علاجي: يتمثل في توفير الحماية للاجئين البيئيين حال وقوع الكوارث البيئية الناشئة عن المخاطر البيئية التقليدية أو النزاعات المسلحة، وذلك من خلال حث الدول على اتباع معايير وتدابير وسياسات التنمية المستدامة، لإقامة نظم اقتصادية قوية، تساعد، تحديداً، الدول المتأثرة من الكوارث البيئية والدول المستقبلة للنازحين، على معالجة مشكلة اللجوء البيئي بطريقة أكثر فعالية.

ثالثاً: مبدأ مسؤوليات مشتركة لكنها متباينة:

نشأ مبدأ مسؤوليات مشتركة لكنها متباينة انطلاقاً من اعتبارين رئيسيين: الأول: تطبيق العدالة والإنصاف بين كافة الدول أعضاء الجماعة الدولية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، والثاني: مراعاة الاحتياجات الخاصة للدول النامية عند إنشاء وتطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي للبيئة. وهذا ما أكدته المبدأ (٧) من إعلان ريو بقوله إنه يتعين على الدول أن تتعاون لصيانة وحفظ واستعادة عافية وتكامل النظام الإيكولوجي، ويقع على عاتق الدولي مسؤوليات مشتركة لكنها متباينة في ضوء المساهمات المختلفة في تدهور البيئة. ويقع على عاتق الدول المتقدمة مسؤولية السعي نحو تحقيق التنمية المستدامة، بالنظر إلى الضغوط التي وضعتها مجتمعاتها على البيئة العالمية، وكذلك نظراً لما تمتلكه من آليات تكنولوجية وموارد مالية. وأيضاً تم استخدام صيغة مماثلة في اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، عندما قررت أنه يقع على عاتق الدول الالتزام بحماية نظام المناخ العالمي وفقاً لمبادئ الأنصاف ومسؤوليات مشتركة لكنها متباينة، وبحسب قدرات كل دولة<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: المادة ٣(١) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، المرجع السابق.

ويتضمن مبدأ مسؤوليات مشتركة لكنها متباينة عنصرين رئيسيين:  
الأول: يتعلق بالمسؤولية المشتركة للدول في حماية البيئة على كافة المستويات  
الوطنية والإقليمية والعالمية.

الثاني: يتعلق بالظروف المختلفة للدول، وتحديدًا فيما يتعلق بمساهمة كل منها في  
إلحاق أضرار بالبيئة، فضلاً عن قدرة كل دولة على منع وتقليل المخاطر البيئية  
والسيطرة عليها<sup>(١)</sup>.

ويترتب على تطبيق مبدأ مسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة، نتيجتان هامتان:  
تتمثل الأولى في ضرورة مشاركة كافة الدولي في وضع وتطبيق التدابير والقواعد  
الدولية التي تهدف إلى معالجة المشاكل البيئية.

وتفرض الثانية على عاتق الدول التزامات مختلفة بغرض تحقيق معايير بيئية معينة.  
وعلى الرغم من أن مبدأ مسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة هو مبدأ ظهر حديثاً في  
إطار القانون الدولي للبيئة، إلا أنه يمتد بجذوره إلى الفترة السابقة على مؤتمر ريو عام  
١٩٩٢، وقد نال هذا المبدأ قبول عام في ممارسات الدول على المستويين الإقليمي  
والعالمي<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع:

Marian Buda, Common but Differentiated Responsibility-International Environmental Law  
principle, Journal of Law and Public Administration, 2016, p. 82.

(٢) ووفقاً لجانب في الفقه، فإن هذا المبدأ يمتد بجذوره إلى فترة وضع معاهدة فرساي عام ١٩١٩، عندما أقرت منظمة العمل  
الدولية الاحتياجات المختلفة للعمال بسبب اختلاف العادات والتقاليد والفرص الاقتصادية والتطور الصناعي، حيث أشارت تحديداً  
أن:

"differences of climate, habits and customs of economic opportunity and industrial  
tradition, make strict uniformity in the conditions of labour difficulty of immediate  
attainment."

وفي عام ١٩٦٥، وضعت الدول الأطراف في الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة، والمعروفة باسم الجات، بنوداً لتشجيع  
منح امتيازات غير تبادلية لمصلحة الدول النامية، وفي عام ١٩٧٩ سمحت اتفاقية الجات صراحة بمنح معاملة مختلفة وأفضل،  
فيما يتعلق بالتعريف الجمركية، كما قررت اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢ بعض مزايا الصيد بالنسبة للدول النامية. راجع:

Christopher D. Stone, Common but Differentiated Responsibilities in International Law,  
American Journal of International Law, 2004, p. 278-279.

كذلك، فإن الفكرة التي تقوم على تطبيق معايير قد تكون ملائمة للدول المتقدمة، ولكنها قد تتطوي على أعباء غير مبررة بالنسبة  
للدول النامية قد تم ذكرها في المبدأ (٢٣) من إعلان إستكهولم لعام ١٩٧٢. وقد أكد هذا المعنى، أيضاً، ميثاق حقوق والتزامات  
الدول الاقتصادية لعام ١٩٧٤، ولكن بعبارة أكثر دقة، عندما أشار إلى أنه: "يتعين على السياسات البيئية لكافة الدول أن تعزز  
ولا تؤثر سلباً على القدرات التنموية الحالية والمستقبلية للدول النامية". راجع:

Marian Buda, op. cit., p. 82-83.

ويلاحظ أن جانباً في الفقه قد تعرض إلى مناقشة هذا المبدأ باعتباره ينقسم إلى مبدئين مختلفين، هما: مبدأ الحماية المزدوجة للبيئة، ومبدأ الازدواجية في التعامل مع الدول<sup>(١)</sup>، ولكننا نرى أنه مبدأ واحد يتضمن عنصرين أساسيين، يتداخلان مع بعضهما، ويكمل أحدهما الآخر. وسوف نوضح مفهوم وتطبيقات كل عنصر من عناصر مسؤوليات مشتركة لكنها متباينة على النحو التالي:

### (١) المسؤولية المشتركة:

تشير المسؤولية المشتركة إلى الالتزامات التي تتشارك فيها دولتين أو أكثر بغرض حماية موارد بيئية معينة، وفقاً لخواصها وطبيعتها وأماكن تواجدها واستخداماتها. ويمكن للموارد الطبيعية أن تكون مملوكة لدولة واحدة أو مملوكة لأكثر من دولة أو أن ذات انتفاع مشترك لعدة دول أو لا تكون مملوكة لأية دولة. وتنطبق المسؤولية المشتركة عندما لا تكون الموارد الطبيعية خاضعة للسيطرة أو السيادة الخالصة لدولة معينة<sup>(٢)</sup>.

لذلك كانت أسماك التونة وغيرها من أنواع الأسماك الأخرى ذات اهتمام مشترك لمجموعة من الدول، مما أدى إلى وضع اتفاقيات دولية لحمايتها ضد الإفراط في الاستغلال. ومن ناحية أخرى، يعتبر الفضاء الخارجي وما يشتمل عليه من كواكب وأجرام سماوية ملكية مشتركة للإنسانية، وذات الأمر بالنسبة للتراث الثقافي والطبيعي الذي يعد ميراثاً مشتركاً للإنسانية<sup>(٣)</sup>، وحماية الحيوانات البرية لمنفعة الإنسانية<sup>(٤)</sup>، والمحافظة على موارد قاع البحار والمحيطات وباطن التربة باعتبارها تراثاً مشتركاً

(١) وذلك بالنظر إلى أن مبدأ الحماية المزدوجة يشير إلى المسؤولية المشتركة التي تقع على عاتق كافة الدول في حماية البيئة، بينما يشير مبدأ الازدواجية في التعامل مع الدول إلى المسؤولية المتباينة التي تقع على عاتق كل دولة، بحسب ظروف كل دولة أو العوامل الأخرى الداعية إلى ذلك. راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشيد، القانون الدولي للبيئة، دراسة للقواعد العامة وأهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية التي تعني بحماية البيئة، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٧، ص ٢٦٥ وما بعدها.  
(٢) راجع:

Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, Second Edition, op. cit., p. 286-287.

(٣) إذا أن ديباجة اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي لعام ١٩٧٢ قد أشارت في ديباجتها إلى أن "بعض ممتلكات التراث الثقافي والطبيعي، تمثل أهمية استثنائية توجب حمايتها باعتبارها عنصراً من التراث العالمي للبشرية جمعاء".  
(٤) انظر: ديباجة اتفاقية حفظ أنواع الحيوانات البرية المهاجرة لعام ١٩٧٩، حيث أشارت إلى أنه يتعين المحافظة على الكائنات البرية التي تعتبر جزءاً من النظام الطبيعي للكرة الأرضية، وذلك لمنفعة الإنسانية.

للإنسانية<sup>(١)</sup>، كما أصبح هناك قبول دولي عام بأن موارد النباتات الوراثية تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية<sup>(٢)</sup>، وأقرت اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بأن هناك اهتماماً مشتركاً للإنسانية فيما يتعلق بالآثار السلبية الناتجة عن تغير مناخ الأرض<sup>(٣)</sup>، وينطبق الوضع ذاته بالنسبة لتنوع الكائنات الحية<sup>(٤)</sup>.

وتبدو أهمية إقرار نظم قانونية لحماية المناطق والموارد والتراث المشترك في أمرين: أولاً: عدم تبعية تلك المناطق أو الموارد أو التراث لدولة واحدة، على نحو يمكنها من اتخاذ التدابير اللازمة في إطار قوانينها الوطنية، لتوفير حماية ملائمة لها. ثانياً: حماية المناطق والموارد والتراث المشترك من إساءة الاستعمال أو الإفراط في الاستغلال، إذ أن غياب تلك النظم القانونية، من شأنه أن يفتح الباب واسعاً أمام بعض الدول لإساءة استغلال تلك المناطق والموارد، على نحو يضر بمصالح الدول الأخرى ذات الاهتمام المشترك.

ثالثاً: الأهمية الخاصة لتلك المناطق والموارد والتراث المشترك، سواء من النواحي البيئية أو الاقتصادية أو الثقافية، تدفع الدول إلى التعاون في سبيل وضع قواعد قانونية دولية ملزمة تهدف إلى حمايتها والمحافظة عليها<sup>(٥)</sup>.

وبصفة عامة، فإن فكرة المسؤولية المشتركة تتطوي على وجود مسؤولية عامة على كافة الدول، سواء كانت متقدمة أو نامية، في توفير الحماية اللازمة للمناطق والموارد والتراث المشترك، حتى وإن كانت تلك المسؤولية غير متساوية في الدرجة. **المسؤولية المتباينة:**

تقوم المسؤولية المتباينة على أساس وجود معايير بيئية مختلفة بالنسبة للدول، استناداً

(١) انظر: ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، المرجع السابق.

(٢) انظر المادة (١) من العهد الدولي بشأن موارد النباتات الوراثية، الصادر بموجب قرار منظمة الزراعة والأغذية (الفاو) ٨٣/٨ في ٢٣ نوفمبر ١٩٨٣.

(٣) انظر: ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، المرجع السابق.

(٤) انظر: ديباجة اتفاقية التنوع البيولوجي لعام ١٩٩٢، المرجع السابق.

(٥) راجع بشكل عام فيما يتعلق بالنظم القانونية الدولية المتعلقة بحماية المناطق والتراث ذات الاهتمام المشترك:

إلى عوامل متعددة؛ منها: الظروف الخاصة بكل دولة، والاحتياج إلى التنمية الاقتصادية بالنسبة للدول النامية، ومدى المساهمة في إحداث الأضرار البيئية. لذلك أشار إعلان إستكهولم في المبدأ (٢٣) إلى أنه يتعين إدراك أن هناك معايير قد تكون قابلة للتطبيق على الدول النامية ولكنها من ناحية أخرى قد تكون غير ملائمة وتتطوي على أعباء غير مبررة بالنسبة لها، كما طالب المبدأ (٦) من إعلان ريو بضرورة منح أولوية خاصة للدول النامية، وخاصة الدول الأقل نمواً أو المعرضة للمخاطر البيئية<sup>(١)</sup>.

ويختلف قدر المسؤولية المقاه على عاتق كل دولة بحسب أمرين: قدرتها على الحد من الأضرار البيئية وحماية عناصر البيئة الأخرى، واحتياجاتها الملحة للتنمية الاقتصادية للوفاء بالمتطلبات الضرورية لسكانها.

وقد انعكست فكرة المسؤولية المتباينة في العديد من الاتفاقيات الدولية، نذكر منها: المادة (٢) من بروتوكول لندن لعام ١٩٩٦ الملحق باتفاقية منع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات ومواد أخرى، التي نصت على ضرورة قيام الدول الأطراف، بشكل جماعي وفردى، باتخاذ التدابير الفعالة لحماية البيئة البحرية ضد كافة مصادر التلوث، وفقاً لقدراتها العلمية والتقنية والاقتصادية<sup>(٢)</sup>، ونصت المادة ٧(٢) من اتفاقية برشلونة بشأن حماية البيئة البحرية والمناطق الساحلية في البحر المتوسط لعام ١٩٧٦، على أنه يتعين الأخذ في الاعتبار عند تطبيق المعايير والضوابط والتوجيهات المشتركة، الخصائص المكانية والجغرافية والطبيعية، بالإضافة للقدرات الاقتصادية والاحتياجات التنموية الخاصة للدول الأطراف، وأكدت اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٥ بشأن حماية طبقة الأوزون في دبياجتها على أنها "تأخذ في اعتبارها ظروف البلدان النامية واحتياجاتها"، وهذا الأمر أكدته أيضاً الاتفاقية الإطارية للأمم المتحدة بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، خاصة فيما يتعلق بإعطاء الأولوية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والقضاء على الفقر في الدول النامية<sup>(٣)</sup>، وقد صار اتفاق باريس بشأن المناخ لعام ٢٠١٥ على النهج ذاته<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر أيضاً ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، المرجع السابق.

(٢) راجع: المادة (٢) من بروتوكول لندن لعام ١٩٩٦، الملحق باتفاقية منع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات ومواد أخرى لعام ١٩٧٢، والمعدل عام ٢٠٠٦.

(٣) انظر تحديداً المواد (٢) و(٧) و(٥) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، المرجع السابق.

وتتمثل المسؤولية المتباينة في منح مهلة في تنفيذ الالتزامات أو فرض تعهدات أقل تشدداً من تلك المفروضة على دول أخرى، مثال ذلك: أجاز بروتوكول مونتريال لعام ١٩٨٧ للدول النامية، بعد وفائها بشروط معينة، أن تؤخر امتثالها لتدابير الرقابة لمدة عشر سنوات لتلبية احتياجاتها الداخلية الأساسية<sup>(٢)</sup>، وأجازت اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢ للدول النامية أن تقدم بلاغها الأول خلال الموعد الذي تراه مناسباً<sup>(٣)</sup>، ومنح اتفاق باريس بشأن المناخ لعام ٢٠١٥، وقتاً أطول للدول النامية فيما يتعلق بوقف انبعاثات غاز الدفيئة التي تؤدي إلى تغير المناخ<sup>(٤)</sup>، كما وضع تعهدات أكبر على عاتق البلدان المتقدمة فيما يتعلق بخفض الانبعاثات<sup>(٥)</sup>، وسمح تحديداً للدول الأقل نمواً والدول الجزرية الصغيرة النامية أن تعد الخطط والاستراتيجيات القائمة على تنمية منخفضة الانبعاثات، وفقاً لما يتناسب مع ظروفها الخاصة<sup>(٦)</sup>.

ويتبين مما سبق أن مبدأ مسؤوليات مشتركة لكنها متباينة يهدف إلى فرض التزامات على كافة دولة المجتمع الدولي في سبيل المحافظة على البيئة، من خلال منع وتقليل الأضرار التي تصيبها، إلا أن هذا المبدأ، من ناحية أخرى، يأخذ في الحسبان اعتبارات العدالة والأنصاف والتضامن التي يتعين أن تسود بين أعضاء المجتمع الدولي، لذلك لم يفرض التزامات متساوية على كافة أطراف المجتمع الدولي، وإنما قرر تفاوت درجة الالتزام في المحافظة على البيئة، وفقاً لعدة عوامل رئيسية؛ منها: مدى مساهمة كل دولة في إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة، القدرات التكنولوجية والاقتصادية التي تمتلكها كل دولة وتمكنها من مواجهة الأضرار البيئية، واحتياج الدولة إلى التنمية الاقتصادية للوفاء باحتياجات مواطنيها المتزايدة.

ولا مرأه أن مبدأ مسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة، وفقاً للمفهوم السابق، من شأنه أن

(١) إذ أكد اتفاق باريس بشأن المناخ لعام ٢٠١٥، في ديباجته، على إدراكه للاحتياجات والظروف الخاصة للدول النامية، كما جاءت المادة ٤(١٥) لتؤكد على ضرورة "مراعاة الدول الأطراف في اتفاق باريس لشواغل الأطراف الأخرى التي تكون اقتصاداتها أكثر تأثراً بآثار تدابير التصدي، لا سيما الدول النامية الأطراف".

(٢) انظر: المادة ١٥(١) من بروتوكول مونتريال بشأن المواد المستنفدة لطبقة الأوزون لعام ١٩٨٧.

(٣) انظر: المادة ١١(٥) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، المرجع السابق.

(٤) انظر: المادة ٤(١) من اتفاق باريس بشأن المناخ لعام ٢٠١٥، المرجع السابق.

(٥) ذات المرجع، المادة ٤(٤).

(٦) ذات المرجع، المادة ٤(٦).



يساهم في الحد من آثار مشكلة اللجوء البيئي، من خلال فرض التزامات عامة على عاتق كافة الدول في الحفاظ على البيئة، على أن تكون درجة تلك الالتزامات أقل بالنسبة للدول النامية، وهو أمر جد منطقي، خاصة أننا قد سبق أن أشرنا إلى أن الدول النامية هي أكثر الدول تأثراً من الأضرار البيئية، كما أن أثر اللجوء البيئي سوف يكون أكثر وطأة في الدول النامية<sup>(1)</sup>، لسببين رئيسيين: أولاً، عدم امتلاكها للقدرات التكنولوجية التي تمكنها من مواجهة الأضرار البيئية، وثانياً، ضعف قدراتها الاقتصادية التي تساعد على توفير الاحتياجات الأساسية للأشخاص حال نزوحهم خارج أماكن إقامتهم بسبب الكوارث البيئي، مما يدفع السكان إلى النزوح خارج الحدود الوطنية للدولة، متسبباً في مشكلة اللجوء البيئي. كذلك فإن من شأن هذا المبدأ أن يحث الدول المتقدمة أن تنقل التكنولوجيا والخبرة وتقدم المساعدات العلمية والفنية اللازمة للدول النامية، لكي تساعد على الوفاء بالتزامها المشترك في حماية البيئة، والحد إلى أقصى درجة ممكنة من الآثار الناجمة عن الأضرار التي تصيبها، والذي يأتي اللجوء البيئي في مقدمتها.

#### رابعاً: مبدأ التحوط:

يقوم مبدأ التحوط precautionary principle على وجوب اتخاذ تدابير مبكرة لمنع الأضرار المتوقعة التي يمكن أن تصيب البيئة والإنسان، جراء السياسات والأنشطة الخطرة، حال عدم وجود دلائل علمية مؤكدة. فهي تستدعي اتخاذ تدابير احترازية لمنع وقوع مخاطر بيئية مستقبلية غير مؤكدة؛ أي أنها تقوم على فكرة أن الوقاية خير من العلاج، فعوضاً عن انتظار وقوع الضرر البيئي، ثم اتخاذ التدابير التي قد لا تكون كافية أو حاسمة في إزالة آثار هذا الضرر، فإنه يتعين اتخاذ تدابير احترازية في وقت مبكر تحول دون وقوع هذا الضرر مستقبلاً<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ أن مبدأ التحوط يتشابه مع مبدأ آخر يطلق عليه مبدأ المنع preventive principle، في أن كل منها يهدف إلى منع إلحاق أضرار مستقبلية جسيمة بالبيئة يتعذر

(1) انظر ما سبق أن أشرنا إليه فيما يتعلق بالمخاطر والكوارث التي تؤدي إلى حالات اللجوء البيئي.  
(2) راجع:

تداركها، إلا أن مبدأ التحوط يختلف عن مبدأ المنع في أنه يطبق عند وجود توقع باحتمالية حدوث ضرر جسيم يتعذر تداركه، حال عدم وجود دلائل علمية، سواء نظرية أو عملية، تربط بين نشاط محدد أو أكثر من الأنشطة الإنسانية وبين الضرر المتوقع. وعلى العكس، يتم تطبيق مبدأ المنع عند وجود أسباب كافية للاعتقاد بأن نشاط معين أو أكثر من الأنشطة الإنسانية من شأنه أن يسبب ضرراً جسيماً بالبيئة يتعذر تداركه، حتى وإن لم يكن هناك تيقن علمي حول إمكانية وقوع الضرر<sup>(1)</sup>، وبعبارة أخرى، فإن مبدأ التحوط يهدف إلى منع ضرر مستقبلي غير محدد المصدر ولكنه محتمل الوقوع، أما مبدأ المنع فهو يهدف إلى الحيلولة دون وقوع ضرر مستقبلي معلوم المصدر مع وجود أسباب بإمكانية وقوعه.

وبالرغم من أن المفهوم الدقيق لهذا المبدأ ونطاق الآثار القانونية المترتبة عليه لازال محلاً لجدل واسع بين فقهاء القانون الدولي<sup>(2)</sup>، إلا أن ذلك لا ينفي أنه يعد واحداً من المبادئ الأساسية للقانون الدولي للبيئة<sup>(3)</sup>، الأمر الذي انعكس في ممارسات الدول والمواثيق والاتفاقيات الدولية<sup>(4)</sup>.

وكانت باكورة ظهور مبدأ التحوط في قوانين البيئة الوطنية لبعض الدول الأوروبية

(1) راجع:

Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, Second Edition, op, cit., p. 246-249.

(2) ويرجع سبب الجدل الواسع بالنسبة لمبدأ التحوط إلى أنه يتطلب اتخاذ تدابير في حالة عدم وجود دلائل علمية مؤكدة على وقوع الضرر، مما يعني أنه قد يستدعي اتخاذ تدابير مكلفة، وقد يثبت عدم صحتها أو جدواها في مواجهتها المخاطر البيئية المتوقعة. راجع فيما يتعلق بهذا الجدل:

Elli Louka, op. cit., p. 51.

(3) ويعبر رأي معتبر في الفقه عن هذا الأمر بقوله:

"if International environmental law were to develop Ten Commandments, the precautionary principle would be near the top of the list." Daniel Bodansky, Deconstructing the Precautionary Principle, in David D. Caron and Harry N. Scheiber, Bringing New Law to Ocean Waters, Publications on Ocean Development (Book 47), Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 381.

(4) ظهر مبدأ التحوط في العديد من الاتفاقيات الدولية، كما ورد النص عليه صراحة في إعلان ريو، واعتبره جانب الكتاب والمحليين من المبادئ التوجيهية للقانون الدولي للبيئة، وبينما اتخذت بعض الدول اتجاهاً متحفلاً فيما يتعلق بمبدأ التحوط اتخذت دول أخرى اتجاهاً أكثر تشدداً، فقد نظرت إليه الولايات المتحدة الأمريكية باعتباره مجرد مبدأ حمائي، أما الاتحاد الأوروبي فقد قام بتحويله إلى مبدأ دستوري. راجع:

Elli Louka, op. cit., p. 51.

في فترة الستينات من القرن المنصرم، وتحديداً في قانون حماية البيئة السويدي لعام ١٩٦٩، الذي أقر فكرة الأنشطة الضارة بيئياً التي تمنح السلطات البيئية المختصة سلطة اتخاذ تدابير للحماية أو منع النشاط نهائياً، استناداً إلى مجرد وجود تهديد بضرر بيئي. ومنذ بداية السبعينات<sup>(١)</sup>، اتبعت ألمانيا الغربية وسويسراً النهج السويدي ولكن بموجب تطبيقات أكثر صرامة<sup>(٢)</sup>، ولم تدرج فرنسا مبدأ التحوط في قوانينها الوطنية، إلا منذ عام ١٩٩٥، بموجب ما يسمى "loi Brnier"<sup>(٣)</sup>، وذلك على الرغم من أن قانون البيئة المصري لعام ١٩٩٤ قد أشار في العديد من نصوصه إلى وجوب التحوط عند القيام ببعض الأنشطة الخطرة<sup>(٤)</sup>.

وقد ورد النص صراحة على مبدأ التحوط في العديد من المواثيق الدولية التي تعد قانوناً مرناً منذ بداية الثمانيات من القرن الماضي<sup>(٥)</sup>، من ذلك: الميثاق العالمي للطبيعة

(١) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 47-48.

(٢) ويذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ التحوط قد ظهر في قانون إدارة البيئة لألمانيا الغربية في الستينات من القرن المنصرم، عندما تضمن فكرة التبصر أو أخذ الحيطة vorsorge لمنع الأضرار البيئية أو التقليل من أثارها، من خلال التخطيط المتبصر الدقيق. راجع:

Minna Pyhälä, Anne Christine Brusendorff and Hanna Pulomäki, The Precautionary Principle, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, Research Handbook on International Environmental Law, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p. 205.

(٣) راجع:

Art. 1(1)(3) de Loi Relative au Renforcement de la Protection de l'Environnement du 2 Février 1995.

(٤) ورد في نص المادة (٣٣) من قانون رقم (٤) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن البيئة، بأنه يتعين "على القائمين على إنتاج أو تداول المواد الخطرة سواء كانت في حالتها الغازية أو السائلة أو الصلبة أن يتخذوا جميع الاحتياطات بما يضمن عدم حدوث أية أضرار بالبيئة". ونصت المادة (٣٩) على أن "تلتزم جميع الجهات والأفراد عند القيام بأعمال التنقيب أو الحفر أو البناء أو الهدم أو نقل ما ينتج عنها من مخلفات أو أتربة باتخاذ الاحتياطات اللازمة للتخزين أو النقل الآمن لها لمنع تطايرها، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية". ونصت المادة (٤٠) على أنه "يجب عند حرق أي نوع من أنواع الوقود أو غيرها سواء كان في أغراض الصناعة أو توليد الطاقة أو الإنشاءات أو أي غرض تجاري آخر، أن يكون الدخان والغازات والأبخرة الضارة الناتجة في الحدود المسموح بها، وعلى المسئول عن هذا النشاط اتخاذ جميع الاحتياطات لتقليل كمية الملوثات في نواتج الاحتراق المشار إليه. ونصت المادة (٩٢) على المعاقبة بغرامة لا تقل عن سبعين ألف جنيه ولا تزيد عن ثلاثمائة ألف جنيه في حالة "عدم اتخاذ جميع الاحتياطات الكافية لمنع أو تقليل آثار التلوث قبل وبعد وقوع العطب في السفينة أو أحد أجهزتها أو عدم إخطار الجهة الإدارية المختصة فوراً بالتفريغ الناتج عن عطب بالسفينة أو بإحدى أجهزتها".

كما ورد النص أيضاً على اتخاذ تدابير التحوط في المواد ٤٣، ٤٩، ٥٤.

(٥) يشمل القانون المرن المواثيق الدولية التي تعتبر بطبيعتها غير ملزمة، إلا إذا نالت القواعد التي تتضمنها قبول عام من جانب أعضاء المجتمع الدولي، وأصبحت جزء من العرف الدولي. ويطلق على هذا النوع من الوثائق اصطلاح القانون مجازاً، وليس

عام ١٩٨٢<sup>(١)</sup>، والإعلانات الوزارية الصادرة في المؤتمرات الدولية بشأن حماية بحر الشمال أعوام ١٩٨٤ و١٩٨٧ و١٩٩٠<sup>(٢)</sup>، وإعلان ريو لعام ١٩٩٢، حيث جاء المبدأ (١٥) لينص على أنه "لكي تتم حماية البيئة، يتعين على الدول أن تطبق النهج التحوطي، وفقاً لقدراتها. وعندما يكون هناك تهديد بضرر خطير لا يمكن تداركه، لا يجوز الاستناد إلى غياب الحقائق العلمية الكاملة، لإجراء اتخاذ تدابير فعالة التكلفة، لمنع التدهور البيئي"<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الملاحظة إلى أنه أثناء المفاوضات في مؤتمر البيئة والتنمية بـريو دي جانيرو، نظرت الدول النامية، المسماة بمجموعة السبعة وسبعين، إلى مبدأ التحوط بتشكك، انطلاقاً من أن هذا المبدأ كان مطلباً جماعياً من الدول المتقدمة، ولكنها قبلت به نظير قبول الدول المتقدمة لمطالبها، ومما يثير الدهشة أنه بعد ثمان أعوام من مؤتمر ريو، اعترضت

---

لأنها بالفعل قانون، وذلك نظراً لأهميتها الخاصة، وقابلية القواعد التي تشمل عليها لأن تصبح جزء من القانون الدولي العرفي.  
راجع:

Malcolm N. Shaw, *International Law*, Sixth Edition, Cambridge University Press, p. 117-118.

(١) راجع: الفقرة ١٢(ب) من الميثاق العالمي للطبيعة لعام ١٩٨٢، المرجع السابق.

(٢) فقد تجلّى في ديباجة الإعلان الوزاري للمؤتمر الدولي بشأن حماية بحر لعام ١٩٤٨، إدراك الدول بشأن ضرورة عدم الانتظار لحين توافر دليل عن الأضرار الضارة، لكي يتم اتخاذ ما يلزم من تدابير، طالما ألا يمكن تدارك أو معالجة الأضرار التي تلحق بالبيئة البحرية، إلا بعد تكبد تكاليف باهظة وخلال فترة زمنية طويلة. راجع:

Ministerial Declaration of the International Conference on the Protection of the North Sea, Bremen, 1 November 1984.

ونص الإعلان الوزاري الثاني لعام ١٩٨٧ على أنه لكي "تتم حماية بحر الشمال من الأضرار الضارة المحتملة للمواد الأكثر خطورة، فإن النهج التحوطي يعد أمراً ضرورياً". راجع:

Ministerial Declaration of the Second International Conference on the Protection of the North Sea, London, 25 November 1987.

وتعهد الوزراء في المؤتمر الوزاري الثالث على ضرورة الاستمرار في تطبيق مبدأ التحوط. راجع:

Ministerial Declaration of the Third International Conference on the Protection of the North Sea, The Hague, 8 March 1990.

(٣) وجاء هذا النص مماثلاً لما ورد في الإعلان الوزاري بشأن التنمية المستدامة لمنطقة اللجنة الاقتصادية في أوروبا، المنعقد في برجن-النرويج عام ١٩٩٠، إذا أنه يعد أول وثيقة تعترف بالتطبيق العام لمبدأ التحوط، كما أبرز العلاقة الوثيقة بين مبدأ التحوط والتنمية المستدامة. وجاء النص الوارد في الإعلان الوزاري على النحو التالي:

"In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation." Ministerial Declaration on Sustainable Development in the ECE Region, Bergen, 16 May 1990, para.

7.

الولايات المتحدة على مبدأ التحوط، بينما دافعت عنه مجموعة السبعة وسبعين<sup>(١)</sup>. وهناك أكثر من خمسين اتفاقية دولية أشارت صراحة إلى مبدأ التحوط<sup>(٢)</sup>، وكانت أول اتفاقية دولية قد أشارت إلى هذا المبدأ<sup>(٣)</sup>، هي اتفاقية فيينا بشأن حماية طبقة الأوزون لعام ١٩٨٥<sup>(٤)</sup>، كما أشار بروتوكول مونتريال لعام ١٩٨٧ إلى ضرورة اتخاذ التدابير التحوطية للتحكم في مجموع الانبعاثات العالمية التي تستنفد طبقة الأوزون<sup>(٥)</sup>. وأشارت اتفاقية التنوع البيولوجي لعام ١٩٩٢ في ديباجتها إلى أنه "حيثما يكون ثمة تهديد بحدوث انخفاض أو خسارة شديدة للتنوع البيولوجي، ينبغي ألا يستخدم عدم التيقن العلمي التام، كسبب لتأجيل التدابير الرامية إلى تجنب هذا التهديد أو التقليل منه إلى أقصى حد"، وجاءت المادة (١) من بروتوكول كرتاجينا بشأن السلامة الإحيائية لعام ٢٠٠٠، لتنص صراحة على وجوب اتباع النهج التحوطي لتحقيق أهداف البروتوكول، كما أكدت على أن عدم توافر اليقين العلمي لا يمنع من اتخاذ القرارات التي تهدف إلى حماية الكائنات المحورة<sup>(٦)</sup>، كذلك جاء النص على ضرورة اتخاذ التدابير التحوطية في اتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ لعام ١٩٩٢<sup>(٧)</sup>، وبروتوكول لندن لعام ١٩٩٦، الملحق باتفاقية منع

(١) راجع:

Peter H. Sand, *The Precautionary Principle: A European Perspective, Human and Ecological Risk Assessment*, June 2000, p. 447.

(٢) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, *op. cit.*, p. 49.

(٣) ومع ذلك، يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أول اتفاقية دولية قد دعت إلى تطبيق التحوط، دون أن تستخدم الاصطلاح صراحة، هي الاتفاقية الدولية المتعلقة بالتدخل في البحر العالي في حالات خسائر التلوث النفطي لعام ١٩٦٩، والتي دخلت حيز النفاذ عام ١٩٧٥، حيث دعت الاتفاقية في المادتين (١) و(٣) إلى الدول إلى اتخاذ تدابير لمنع وتخفيف والقضاء على المخاطر الجسيمة والشبكة على الخط الساحلي من تهديدات التلوث النفطي، مع الأخذ في الاعتبار مدى واحتمالية الضرر الوشيك، حال عدم اتخاذ تلك التدابير. راجع:

Phillipe Sands et al., *Principles of International Environmental Law, Third Edition, op. cit.*, p. 219.

(٤) فقد أشارت الدول في ديباجة اتفاقية فيينا بشأن حماية طبقة الأوزون لعام ١٩٨٥ إلى إدراكها للتدابير التحوطية التي تم اتخاذها على الصعيد الوطني والدولي لحماية طبقة الأوزون.

(٥) انظر: ديباجة بروتوكول مونتريال بشأن المواد المستنفدة لطبقة الأوزون لعام ١٩٨٧، المرجع السابق.

(٦) انظر: المادتين ١٠ (٦) و١١ (٨) من بروتوكول كرتاجينا بشأن السلامة الإحيائية التابع لاتفاقية التنوع البيولوجي، عرض للتوقيع والتصديق في ١٥ مايو ٢٠٠٠، ودخل حيز النفاذ في ١١ سبتمبر ٢٠٠٣.

(٧) انظر: المادة ٣ (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، المرجع السابق.

التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات ومواد أخرى لعام ١٩٧٢<sup>(١)</sup>.

ويتضح جلياً من خلال الإشارة إلى مبدأ التحوط في العديد من الاتفاقيات الدولية الشارعة، توافر القبول العام لدى الدول بفكرة أن عدم وجود يقين علمي بشأن خطر بيئي معين، لا يجوز أن يُتخذ سبباً لتأجيل اتخاذ التدابير. ومع ذلك، فإن مبدأ التحوط لم يفرض على الدول اتخاذ تدابير محددة لمواجهة المخاطر البيئية المستقبلية، وإنما ترك لكل دولة أمر تحديد نوعية ومدى وكيفية اتخاذ التدابير، وفقاً لسلطتها التقديرية<sup>(٢)</sup>. ويبدو هذا الأمر منطقياً، نظراً لعدم وجود ثوابت علمية بشأن مدى إمكانية وقوع الضرر البيئي مستقبلاً، وأثر ونطاق هذا الضرر حال وقوعه، كما أنه لا يوجد في ممارسات الدول أو الاتفاقيات الدولية ما يفيد بأن مبدأ التحوط يفرض التزامات على عاتق الدول باتباع تدابير معينة.

ويلاحظ أنه لا يوجد حتى الآن تحديد دقيق لدور مبدأ التحوط في إطار القانون الدولي للبيئة، وقد أدى هذا الأمر إلى تردد القضاء الدولي في الاستناد إلى مبدأ التحوط لتسوية النزاعات التي نظرها، ففي قضية مشروع Gabčíkovo-Nagymaros التي نظرتها محكمة العدل الدولية عام ١٩٩٧، دفعت كل من المجر وسلوفاكيا بمبدأ التحوط، ولكن المحكمة لم تتصدى لبيان المقصود بالنهج التحوطي وكيفية تطبيقه<sup>(٣)</sup>، وفي قضية أسماك التونة ذات الزعانف الزرقاء التي نظرتها المحكمة الدولية لقانون البحار عام ١٩٩٩، أشارت المحكمة إلى أنه من غير المؤكد القول إن مبدأ التحوط قد اكتسب مكانة القانون الدولي العرفي<sup>(٤)</sup>، إلا أن الرأي المستقل للقاضي Treves قد أكد على أن النهج التحوطي

(١) انظر: المادة ١٣(١) من بروتوكول لندن لعام ١٩٩٦، الملحق باتفاقية منع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات ومواد أخرى لعام ١٩٧٢، المرجع السابق.  
(٢) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 50.

(٣) حيث اكتفت محكمة العدل بقولها:

“The Court recognizes that both Parties agree on the need to take environmental concerns seriously and to take the required precautionary measures.” *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, op. cit., para. 113, p. 68.

وفي قضية أسماك التونة ذات الزعانف الزرقاء التي نظرتها  
(٤) راجع:

*Southern Bluefin Tuna Case Between Australia and Japan and Between New Zealand and Japan, award on Jurisdiction and Admissibility, Decision on 4 August 2000, para. 34.*

التحوطي يعتبر أمر متأصل في أي إجراء وقتي، وإن لم يكن قد وصل إلى مصاف القواعد العرفية الدولية<sup>(1)</sup>.

وبالرغم من تردد القضاء الدولي في الاعتراف بالقيمة القانونية العرفية لمبدأ التحوط، فإننا نرى أنه قد اكتسب قبولاً عاماً من دول المجتمع الدولي، وتمثل ذلك في انعكاسه والنص عليه صراحة في العديد من القوانين الوطنية، فضلاً عن الموثيق والاتفاقيات الدولية المعنية بصيانة وحماية البيئة، لذلك فإن ذلك يمثل دليلاً كافياً أنه قد ارتقى إلى مرتبة القواعد العرفية الدولية.

وتتضح الأهمية الخاصة لهذا المبدأ بما يفرضه على الدول من وجوب اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمواجهة مخاطر بيئية جسيمة يحتمل وقوعها في المستقبل، إذ أن من شأن ذلك أن يوفر حماية شاملة للبيئة العالمية، ويحول دون تعرض العديد من المناطق لكوارث بيئية تجعلها غير صالحة للحياة، ومن ثم حماية سكان تلك المناطق ضد النزوح القسري، ويحد من تفاقم مشكلة اللجوء البيئي.

#### خامساً: مبدأ الملوث يدفع:

يقوم مبدأ الملوث يدفع على فكرة مؤداها أن تكاليف التلوث يتعين أن يتحملها الشخص المسؤول عن إحداث هذا التلوث. وتم إقرار نهج الملوث يدفع في المبدأ (١٦) من إعلان ريو، عندما أشار إلى أنه "يتعين على السلطات الوطنية أن تسعى نحو تشجيع استيعاب التكاليف البيئية داخلياً، واستخدام الأدوات الاقتصادية، أخذة في الحسبان النهج القاضي بأن يكون المسؤول عن التلوث هو الذي يتحمل، من حيث المبدأ، تكلفة التلوث، مع إيلاء المراعاة الواجبة للمصالح العام، ودون إخلال بالتجارة والاستثمار الدوليين".

<sup>(1)</sup> ويؤكد القاضي Treves أنه ليس بهام أن يكون مبدأ التحوط قد وصل إلى مرتبة القواعد العرفية، لكي يتم الاعتماد به في اتخاذ التدابير العاجلة، حيث جاء في رأيه المستقل أن:

"I fully understand the reluctance of the Tribunal in taking a position as to whether the precautionary approach is a binding principle of customary international law. Other courts and tribunals, recently confronted with this question, have avoided to give an answer. In my opinion, in order to resort to the precautionary approach for assessing the urgency of the measures to be prescribed in the present case, it is not necessary to hold the view that this approach is dictated by a rule of customary international law." Separate Opinion of Judge Treves, in Southern Bluefin Tuna Case, para. 9.

وأشارت بعض الاتفاقيات الدولية المعنية بالبيئية صراحة إلى مبدأ الملوث يدفع، منها: الاتفاقية الدولية للاستعداد والتصدي والتعاون في ميدان التلوث النفطي لعام ١٩٩٠<sup>(١)</sup>، واتفاقية لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا بشأن الأثر العابر للحدود للحوادث الصناعية<sup>(٢)</sup>، حيث أشارت الاتفاقيتان إلى مبدأ الملوث يدفع باعتباره ضمن المبادئ العامة في القانون الدولي للبيئة. وأقرت اتفاقية حماية البيئة البحرية في جنوب شرق الأطلنطي لعام ١٩٩٢ تطبيق مبدأ الملوث يدفع، عندما تطلبت أن تقع تكاليف منع التلوث وتدابير التحكم فيه وتخفيضه على عاتق الملوث<sup>(٣)</sup>. وجاءت اتفاقية إستكهولم بشأن الملوثات العضوية الثابتة لعام ٢٠٠١ لتؤكد على المبدأ (١٦) من إعلان ريو<sup>(٤)</sup>.

ويلاحظ أن الاتفاقيات السابقة لم تسهم بفعالية في بيان مفهوم مبدأ الملوث يدفع أو الأثر المترتب على تطبيقه، الأمر الذي آثار جدلاً واسعاً فيما يتعلق بمفهومه وتطبيقه على بعض الحالات، ولا سيما طبيعة ونطاق التكاليف التي يتحملها الملوث، فضلاً عن الحالات المستثناة من تطبيق هذا المبدأ<sup>(٥)</sup>.

وبالنسبة لمفهوم المبدأ، ذهب رأي في الفقه إلى أن المقصود بمبدأ الملوث يدفع هو تحمل الشخص المسؤول عن النشاط المضر بالبيئة كافة التكاليف اللازمة لمنع وقوع تلك الأضرار، وبالتالي، فهو لا يعد تعويضاً عن الضرر البيئي، وإنما إلزام للمتسبب في التلوث باتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة للامتثال لقواعد البيئة، من خلال تحمل النفقات الضرورية في هذا الشأن. وعليه، فإن مبدأ الملوث يدفع -وفقاً لهذا الرأي- لا يندرج ضمن قواعد المسؤولية الدولية، وهو لا يعدو كونه مبدأ اقتصادياً أكثر منه مبدأ قانونياً، لأنه

(١) انظر: ديباجة الاتفاقية الدولية للاستعداد والتصدي والتعاون في ميدان التلوث النفطي، اعتمدت في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٠، ودخلت حيز النفاذ في ١٣ مايو ١٩٩٥.

(٢) انظر: ديباجة اتفاقية لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا بشأن الأثر العابر للحدود للحوادث الصناعية، اعتمدت في ١٧ مارس ١٩٩٢، ودخلت حيز النفاذ في ١٩ أبريل ٢٠٠٠.

(٣) انظر: المادة ٢(ب) من اتفاقية حماية البيئة البحرية في جنوب شرق الأطلنطي، اعتمدت في ٢٢ سبتمبر ١٩٩٢، ودخلت حيز النفاذ في ٢٥ مارس ١٩٩٨.

(٤) انظر: ديباجة اتفاقية إستكهولم بشأن الملوثات العضوية الثابتة، اعتمدت في ٢٢ مايو ٢٠٠١، ودخلت حيز النفاذ في ١٧ مايو ٢٠٠٤.

(٥) راجع:



عبارة عن تكلفة تضاف إلى التكاليف الأخرى للإنتاج للمحافظة على البيئة<sup>(١)</sup>.  
وبالنسبة لتطبيق المبدأ، فإنه يتم وفقاً لرأي في الفقه من خلال حث السلطات الوطنية المختصة في الدول بأن تضمن، في كل حالة تتعرض فيها البيئة للضرر أو تكون معرضة للضرر، بأن يتحمل الشخص الطبيعي أو المعنوي تكاليف هذا الضرر أو التدابير التي يتم اتخاذها لمنع وقوع الضرر<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فإنه لا يوجد تحديد دقيق حول كيفية إجبار الملوث على الدفع من الناحية الواقعية، فمن غير المتيقن فيما إذا كان ذلك سيتم من خلال فرض ضرائب، أم من خلال فرض تكاليف إضافية على الإنتاج، أم من خلال إصدار قوانين خاصة لإجباره على الدفع<sup>(٣)</sup>.

كذلك فإن هناك صعوبات فيما يتعلق بتحديد الملوث، وذلك بسبب تعدد وتعاقب من يرتبط أو يتصل بعملية التلوث، ففي حالة المنتجات الخطرة، يثور التساؤل فيما إذا كان الملوث هو القائم بتصنيع المنتجات الخطرة أم المستهلك لها<sup>(٤)</sup>، وفي حالة التلوث النفطي في البحر، هل الملوث هو مالك ناقلة النفط أم الربان أم مالك الشحنة؟، وفي حالة التلوث الناشئ عن التلوث النووي، هل الملوث هو مدير المنشأة النووية أم الدولة التي تتواجد على إقليمها تلك المنشأة. والحقيقة أنه لا يوجد في الممارسات العملية تحديداً دقيقاً للمسؤول عن التلوث، وذلك باستثناء حالات التلوث التي صدرت بشأنها اتفاقيات دولية لإقرار المسؤولية المدنية على أشخاص محددين بصفاتهم، كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث النفطي لعام ١٩٩٢ التي قررت المسؤولية على عاتق مالك السفينة<sup>(٥)</sup>، وأيضاً اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن

(١) راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشيد، المرجع السابق، ص ٢٩٠-٢٩١.

(٢) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 58.

(٣) راجع:

Patricia birnie et al., op. cit. p. 323.

(٤) راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدرس فلاح الرشيد، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

(٥) انظر: المادة ٣(١) من الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث النفطي، اعتمدت في ٢٩ نوفمبر ١٩٦٩، ودخلت حيز النفاذ في ١٩ يونيو ١٩٧٥، وتم استبدالها ببروتوكول عام ١٩٩٢، الذي اعتمد في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٢، ودخل حيز النفاذ في ٣٠ مايو ١٩٩٦.

الأضرار النووية لعام ١٩٦٣ التي قررت المسؤولية على عاتق مشغل المنشأة النووية<sup>(١)</sup>. ويتبين لنا أن الممارسات العملية الدولية لم تدعم فكرة أن كافة تكاليف التلوث يتعين أن يتم تحملها بواسطة الملوث، الأمر الذي يتعارض مع المفهوم العام لمبدأ الملوث يدفع<sup>(٢)</sup>، فعلى سبيل المثال، قررت اتفاقية حماية الراين من التلوث الناجم عن الكلوريد لعام ١٩٧٦، بأن تتحمل هولندا جزء من تكاليف منع التلوث، بالرغم من أنها الدولة المتأثرة بالتلوث<sup>(٣)</sup>، وعندما وقعت كارثة تشيرنوبل، لم تطالب أي من الدول المتأثرة جراء الإشعاعات النووية، التعويض عن الأضرار التي أصابتها من الاتحاد السوفيتي. وأشارت لجنة القانون الدولي، في مشروع المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن الأنشطة الخطرة، إلى ضرورة أن يكون هناك مشاركة وتوازن منصف بين الطرفين الملوث والطرف المتأثر من التلوث<sup>(٤)</sup>.

ونظراً لعدم وجود استقرار في الممارسات الدولية على مفهوم الملوث يدفع وكيفية تطبيقه، فضلاً عن تحديد صفة الملوث، فضلاً عن طبيعة ونطاق التكاليف التي يتحملها، سواء لمنع وقوع التلوث أو لإزالة آثاره حال وقوعه، فإن هذا المبدأ لم يلق بعد قبولاً عاماً، على نحو يجعله يرتقي إلى مرتبة القانون الدولي العرفي<sup>(٥)</sup>. ومع ذلك، فإنه يظل ضمن المبادئ الهامة للقانون الدولي للبيئة، الذي يحتاج إلى مزيد من الاهتمام الدولي، في سبيل وضع الضوابط والحدود الفاصلة بشأن تطبيقه<sup>(٦)</sup>، إذ لا تخفى أهميته في الحد من

(١) انظر: المادة (١٢) من اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية، اعتمدت في ٢١ مايو ١٩٦٣، ودخلت حيز النفاذ في ١٢ نوفمبر ١٩٧٧، وتم تعديلها بموجب بروتوكول فيينا الذي اعتمد في ١٢ سبتمبر ١٩٩٧ ودخل حيز النفاذ في ٤ أكتوبر ٢٠٠٣.  
(٢) راجع:

Elli Louka, op. cit., p. 51-52.

(٣) انظر: المادة (٧) من اتفاقية حماية الراين من التلوث الناجم عن الكلوريد، اعتمدت في ٣ ديسمبر ١٩٧٦، ودخلت حيز النفاذ في ٥ يوليو ١٩٨٥.

(٤) راجع: المادتين (٢) و(١٠) من مشروع المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن الأنشطة الخطرة، اعتمده لجنة القانون الدولي في جلستها الثالثة والخمسين، ٢٠٠١.

(٥) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 59.

(٦) وهذا ما يؤكد رأي في الفقه بقوله: "إن مبدأ الملوث هو الدافع أصبح مبدأ من مبادئ القانون الوضعي، وإن كان في حاجة إلى تحديد بالنسبة لكل من مضمونه، والمسند إليه التلوث". راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشدي، المرجع السابق، ص ٢٩٢-٢٩٣.

المضار البيئية التي تؤدي إلى تفاقم مشكلة الجوع البيئي.

### سادساً: تقييم الأثر البيئي:

ظهرت فكرة تقييم الأثر على النطاق الدولي<sup>(١)</sup>، في أعقاب مؤتمر إستكهولم لعام ١٩٧٢، باعتبارها عنصراً أساسياً في نهج منع الأضرار البيئية وتحقيق التنمية المستدامة اللازمة لحماية وصيانة البيئة العالمية، مما جعلها تلقى اهتماماً واسعاً في الآونة الأخيرة<sup>(٢)</sup>.

وكان برنامج الأمم المتحدة للبيئة والتنمية قد أورد تعريفاً لتقييم الأثر البيئي في استهلاكية مجموعة الأهداف والمبادئ المتعلقة بتقييم الأثر البيئي في ١٦ يناير ١٩٨٧، بأنه "فحص وتحليل وتقييم الأنشطة المخطط لها بغية ضمان تنمية سليمة بيئياً ومستدامة"<sup>(٣)</sup>. وعرفته اتفاقية إسبو بشأن تقييم الأثر البيئي في إطار عبر حدودي لعام ١٩٩١، بأنه "إجراء وطنياً لتقييم الأثر المحتمل للمشروعات المقترحة على البيئة"<sup>(٤)</sup> وقد ورد تقييم الأثر البيئي في العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية في الفترة التالية على إعلان إستكهولم عام ١٩٧٢<sup>(٥)</sup>، منها:

(١) وفقاً لرأي في الفقه، فإن تقييم الأثر البيئي قد تم انتهاجه للمرة الأولى في الولايات المتحدة، وفقاً لقانون حماية البيئة الوطني لعام ١٩٧٢، كوسيلة لتقييم الانعكاسات البيئية الناشئة عن المشروعات التنموية. راجع:

Elli Louka, op. cit., p. 113-114.

(٢) راجع:

Olufemi Elias, Environmental Impact Assessment, in Malgosia Fitzmaurice et al., Research Handbook on International Environmental Law, op. cit., p. 227.

(٣) راجع:

Preamble of the United Nations Environmental Programme (UNEP), Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, Issued on January 16, 1987.

(٤) راجع: المادة (٦) من اتفاقية إسبو بشأن تقييم الأثر البيئي في إطار عبر حدودي، اعتمدت في ٢٥ فبراير ١٩٩٢، ودخلت حيز النفاذ في ١٠ سبتمبر ١٩٩٧.

(٥) ويذهب رأي في الفقه إلى أن تقييم الأثر البيئي يستفاد من المبدأ (٢١) من إعلان إستكهولم عام ١٩٧٢، المتعلق بعدم إحداث أضرار متعدية للحدود لأقاليم الدول الأخرى، إذا يتعين على الدول للالتزام بمبدأ عدم الإضرار أن تجري تقييماً للأثر البيئي للمشروعات المقامة على أرضها أو تحت سيطرتها، وذلك استناداً إلى أن مبدأ عدم الإضرار قد أصبح جزءاً من القانون الدولي العرفي. راجع: د. أشرف عرفات أبو حجازة، الالتزام بإجراء تقييم الأثر البيئي: دراسة تطبيقية على المشروعات والأنشطة المقامة على الأنهار الدولية المشتركة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ١٧-٢١.

ونحن نرى أن هذا المبدأ الوارد في إعلان إستكهولم قد نص على ضرورة عدم الإضرار بصيغة عامة، ولم يحدد وسيلة أو آلية معينة يتعين إتباعها لمنع الإضرار بأقاليم الدول الأخرى، كذلك يهدف إجراء تقييم الأثر البيئي إلى منع الأضرار البيئية الناشئة عن الأنشطة الإنسانية المختلفة، حتى ولو كان من شأنها الإضرار فقط بإقليم الدولة التي ستقام بها، وهو بالتالي يتجاوز نطاق مبدأ عدم الإضرار. ويؤكد صحة ذلك أن النسخة غير النهائية لإعلان إستكهولم كانت تتضمن مقترح في المبدأ (٢٠) صيغة

- المبدأ (٥) من مشروع مبادئ السلوك بشأن البيئة الذي اعتمده برنامج الأمم المتحدة للبيئة عام ١٩٧٨، الذي طالب الدول بضرورة إجراء "تقييماً للأثر البيئي، قبل الاشتراك في أي نشاط متعلق بمورد طبيعية مشترك، والتي من شأنها إحداث خطر التأثير الجوهري على بيئة دولة أو دول أخرى تتشارك في هذا المورد"<sup>(١)</sup>. ويلاحظ أن هذا المبدأ قد جاء بصيغة عامة، دون أن يحدد تفاصيل بشأن كيفية إجراء تقييم الأثر البيئي، أو الجهات والأشخاص الذين سيشاركون في إجراء التقييم، الأمر الذي تم تفاديه لاحقاً عندما قام برنامج الأمم المتحدة للبيئة والتنمية عام ١٩٨٢ بوضع نتائج الدراسة بشأن الجوانب القانونية المتعلقة بالبيئة الخاصة بالتقيب والحفر البعيد عن الشاطئ في إطار الاختصاص الوطني<sup>(٢)</sup>، عندما وضعت توجيهات تفصيلية بشأن الوسائل الملائمة لإجراء تقييم الأثر البيئي.

- الميثاق العالمي للطبيعة لعام ١٩٨٢ الذي أقر ضرورة إجراء فحص وتقييم شامل للأنشطة التي يحتمل أن تشكل ضرراً جوهرياً على الطبيعة أو التي من شأنها أن تعكر الطبيعة، وطالبت بعدم استكمال الأنشطة، إذا كان من شأن ذلك تقليل الأثار السلبية المحتملة، بناء على النتائج الواردة في الفحص أو التقييم<sup>(٣)</sup>.

تشمل عناصر التعهد بإجراء تقييم الأثر البيئي، ولكن لم يتم اعتماد هذا المقترح بسبب اعتراض العديد من الدول النامية، استناداً إلى أن الالتزام بالتشاور مع الدول الأخرى، في حالة الأنشطة التي يحتمل أن تسبب آثار سلبية جوهرياً، من الممكن أن يساء استعماله بواسطة الدول المتقدمة لإعاقة إقامة الدول النامية للمشروعات التنموية الهامة. وقد سعت الجمعية العامة للأمم المتحدة لإحياء المبدأ (٢٠) المقترح من خلال إصدار القرار ٢٩٩٥ عام ١٩٧٢، لتقرر أنه يتعين تزويد الدول الأخرى بالمعلومات الفنية المتعلقة بالمشروعات المقترحة، في حالة وجود خطر بوقوع ضرر جوهري متعدي للحدود، وحرصت الجمعية العامة على أن تؤكد بأن تلك المعلومات سوف يتم استلامها بحسن نية، ولن يتم استخدامها لإعاقة أو تأخير تنمية الموارد الطبيعية. راجع:

Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, Second Edition, op, cit., p. 801.

(١) راجع:

Draft Principles of Conduct in the Field of the Environment for Guidance of States in the Conservation and Harmonious Utilization of Natural Resources Shared by Two or More States, adopted by the UN Environment Programme Governing Council, 19 May 1978.

(٢) راجع:

Conclusions of the Study of Legal Aspects Concerning the Environment related to Offshore Mining and Drilling within the Limits of National Jurisdiction: Decision 10/14/VI of the Governing Council of UNEP, of 31 May 1982.

(٣) راجع: الفقرتين ١١(ب) و(ج) من الميثاق العالمي للطبيعة، المرجع السابق.

- كشفت مجموعة خبراء قانون البيئة في اللجنة العالمية بشأن البيئة والتنمية عام ١٩٨٦، بأن تقييم الأثر البيئي يعد من المبادئ التي ظهرت في إطار القانون الدولي، مقررة بأنه يتعين على الدول أن تتطلب إجراء تقييماً للأثر البيئي بالنسبة للمشروعات التي تقيمها أو تسمح بإقامتها، إذا كان من شأنها إحداث التأثير بشكل جوهري على الموارد الطبيعية أو البيئة<sup>(١)</sup>.
- حدد برنامج الأمم المتحدة للبيئة والتنمية في مجموعة الأهداف والمبادئ المتعلقة بتقييم الأثر البيئي عام ١٩٨٧، ثلاثة أهداف مترابطة لضمان تنمية سليمة بيئياً ومستدامة للأنشطة المخطط لها، وهي:
  ١. مراعاة الآثار البيئية السلبية الجوهرية للمشروعات المقترحة قبل اتخاذ القرارات التي تسمح بإنشائها.
  ٢. التحقق من إجراء تقييم الأثر البيئي.
  ٣. تشجيع التدابير المتبادلة القائمة على الإخطار وتبادل المعلومات والتشاور، بشأن الأنشطة التي يحتمل أن تسبب آثاراً سلبية جسيمة على البيئة<sup>(٢)</sup>.
- المبدأ (١٧) من إعلان ريو لعام ١٩٩٢ نص صراحة على أنه "يتعين إجراء تقييم الأثر البيئي، باعتباره أداة وطنية، على الأنشطة المقترحة التي يحتمل إحداثها لأثر سلبي جوهري على البيئة، وتكون خاضعة لقرار صادر من السلطة الوطنية المختصة". ويلاحظ أن المبدأ (١٧) من إعلان ريو قد ورد بصيغة عامة ليقرر أن تقييم الأثر البيئي يعتبر أمراً إلزامياً بموجب قواعد القانون الدولي العام، كما أنه يشمل البيئة سواء في الإطار الوطني أو العابر للحدود أو العالمي<sup>(٣)</sup>، ومع ذلك لا يفرض هذا المبدأ التزاماً على الدولة بأن تتولى جهة معينة عملية تقييم الأثر

<sup>(١)</sup> راجع:

Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations, 1986, p. 59-62.

<sup>(٢)</sup> راجع:

UNEP, Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, op. cit.,

<sup>(٣)</sup> راجع:

Patricia birnie et al., op. cit. p. 166.

البيئي، كما لم يفرض طريقة أو منهجاً محدداً لتقييم المخاطر البيئية للمشروعات المقترحة، حيث ترك الأمر رهناً للسلطة التقديرية للدول<sup>(١)</sup>.

- المادة (٢٠٦) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ نصت على أنه "عندما تكون لدى الدول أسباب معقولة للاعتقاد بأن أنشطة يعتزم القيام بها تحت ولايتها أو رقابتها قد تسبب تلوثاً كبيراً للبيئة البحرية أو تغييرات هامة وضارة فيها، تعتمد هذه الدول إلى أقصى حد ممكن عملياً، إلى تقييم الآثار المحتملة لمثل هذه الأنشطة على البيئة البحرية". وقد كانت هذه المادة تحديداً محلاً لنزاع دولي بين إيرلندا والمملكة المتحدة في قضية مصنع المواد الكيماوية MOX plant، حيث قامت إنجلترا بإنشاء مصنع لإنتاج وقود كيميائي mixed oxide fuel بالمخالفة للالتزام المقرر في المادة (٢٠٦) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، خاصة فيما يتعلق بإجراء تقييم للآثار السلبية للبيئة البحرية الناشئة عن إنشاء هذا المصنع<sup>(٢)</sup>.

- أوردت اتفاقية إسبو بشأن تقييم الأثر البيئي في إطار عبر حدودي لعام ١٩٩١، نظاماً تفصيلياً بشأن إجراء تقييم الأثر البيئي لمنع وتقليل الآثار البيئية العكسية الجوهرية التي يحتمل أن تنشأ بسبب المشروعات المقترحة<sup>(٣)</sup>. وجاء بروتوكول

(١) راجع: د. أشرف عرفات أبو حجازة، المرجع السابق، ص ٢٣-٢٤.  
(٢) راجع:

The International Tribunal for the Law of the Sea, The MOX Plant < International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea, Ireland v. United Kingdom, Request for Provisional Measures and Statement of Case of Ireland, 9 November 2001.

(٣) نصت المادة (٢) من اتفاقية إسبو بشأن تقييم الأثر البيئي في إطار عبر حدودي لعام ١٩٩٢، على ما يلي:  
١. "تتخذ الأطراف سواء فرادى أو مجتمعة، جميع التدابير الملائمة والفعالة لمنع أي أثر بيئي معاكس وملحوظ عبر حدودي ناجم عن الأنشطة المقترحة والحد منه والسيطرة عليه.  
٢. يتخذ كل طرف التدابير اللازمة القانونية والإدارية وغيرها من التدابير لتنفيذ أحكام هذه الاتفاقية، بما في ذلك وفيما يتعلق بالأنشطة المقترحة الواردة في المرفق الأول، الأنشطة التي يرجح أن تتسبب في إحداث أثر معاكس ملحوظ عبر حدودي، ووضع إجراءات تقييم الأثر البيئي التي تتيح المشاركة الجماهيرية وإعداد وثائق تقييم الأثر البيئي الواردة في التذييل الثاني.  
٣. يضمن طرف المنشأ، وطبقاً لأحكام هذه الاتفاقية، القيام بتقييم الأثر البيئي قبل أي قرار بالتصريح أو القيام بالأنشطة المقترحة الوارد في التذييل الأول والذي قد يحتمل أن يتسبب في تأثير معاكس ملحوظ عبر حدودي.  
٤. يضمن طرف المنشأ، وتمشياً مع أحكام هذه الاتفاقية، إبلاغ الأطراف المتأثرة بالأنشطة المقترحة الوارد في التذييل الأول والذي يحتمل أن يتسبب في تأثير معاكس ملحوظ عبر حدودي.

كيف بشأن التقييم البيئي الاستراتيجي لعام ٢٠٠٣، التابع لاتفاقية إسبو، ليمد نطاق تقييم الأثر البيئي ليشمل عدداً أكبر من الخطط والبرامج<sup>(١)</sup>. وهناك فارق جوهري في نطاق التطبيق بين تقييم الأثر البيئي والتقييم البيئي الاستراتيجي؛ فالأول يتم بعد اتخاذ القرار النهائي بشأن السياسة المتعلقة بتنفيذ مشروعات معينة، أما الثاني فيتم في مرحلة صياغة تلك السياسة وقبل اتخاذ قرار بشأنها<sup>(٢)</sup>.

- قررت المادة (٧) من مشروع المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة بأنه يتعين إجراء تقييم الأثر البيئي عند اتخاذ أي قرار متعلق بالترخيص بنشاط يدخل ضمن نطاق هذه المواد<sup>(٣)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك، أكدت محكمة العدل الدولية في قضية مطاحن اللباب على نهر الأوروغواي Pulp Mills on the River Uruguay (الأرجنتين ضد الأوروغواي) بأن القانون الدولي العام يشترط ضرورة إجراء تقييم الأثر البيئي، حيثما تكون ثمة مخاطرة بأن النشاط الصناعي المقترح من شأنه أن يسبب أثراً معاكساً جوهرياً في إطار عابر للحدود، خاصة بالنسبة للموارد المشتركة<sup>(٤)</sup>. ومع ذلك، رفضت المحكمة

٥. تدخل الأطراف المعنية، وبمبادرة منها، في نقاشات بشأن ما إذا كان أي نشاط مقترح أو أي أنشطة مقترحة أخرى غير مدرجة بالتدريج الأول، يحتمل أن تسبب في أثر معاكس ملحوظ عبر حدودي، ومن ثم ينبغي معالجته وكأنه أو كأنها مدرجة، وحيثما وافقت تلك الأطراف، فبناءً على ذلك ستتم معالجة النشاط أو الأنشطة. وقد وردت إرشادات عامة لتعيين معايير تحديد الأثر المعاكس الملحوظ في التدبير الثالث.

٦. يوفر طرف المنشأ، وطبقاً لأحكام هذه الاتفاقية، الفرصة للجمهور في الأماكن التي من المرجح أن تتأثر، لكي يشارك في إجراءات تقييم الأثر البيئي ذي الصلة فيما يتعلق بالأنشطة المقترحة ويضمن أن تكون الفرصة متاحة للجمهور الطرف المتأثر معادلة للفرصة المتاحة للجمهور طرف المنشأ.

٧. ويضطلع بتقييمات الأثر البيئي حسبما تتطلبه هذه الاتفاقية، وكحد أدنى للمتطلبات، على مستوى مشروع النشاط المقترح. ويقدر الإمكان، تسعى الأطراف إلى تطبيق مبادئ تقييم الأثر البيئي على السياسات والخطط والبرامج.

<sup>(١)</sup> المقصود بالتقييم البيئي الاستراتيجي: "تقييم الآثار البيئية المحتملة، بما فيها الآثار على الصحة، وهو يشمل تحديد نطاق التقرير البيئي وإعداده، وتأمين مشاركة الجمهور واستشارته، ومراجعة التقرير البيئي والنتائج التي تتمخض عنها مشاركة الجمهور واستشارته في خطة أو برنامج". راجع: المادة (٢) من بروتوكول التقييم البيئي الاستراتيجي، اعتمدت في ٢١ مايو ٢٠٠٣، ودخلت حيز النفاذ في ١١ يوليو ٢٠١٠.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Elli Louka, op. cit., p. 119.

<sup>(٣)</sup> وقد ورد نص المادة (٧) من مشروع المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود على النحو التالي:

"Any decision in respect of the authorization of an activity within the scope of the present articles shall, in particular, be based on an assessment of the possible transboundary harm caused by that activity, including any environmental impact assessment".

<sup>(٤)</sup> راجع:

ما تقدمت به الأرجنتين من أن المواد ٢(٦) و٣(٨) من اتفاقية إسبو، والمادة (١٣) من مشروع المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود، والمبدأ (٧) و(٨) من أهداف ومبادئ برنامج الأمم المتحدة للبيئة، تفرض التزاماً على عاتق القائم بإجراء تقييم الأثر البيئي بضرورة التشاور مع السكان المتأثرين من المشروع المقترح، حيث أكدت المحكمة أنه لا يمكن أن يستفاد من تلك المواد أنها تفرض التزاماً بالتشاور مع السكان المتأثرين<sup>(١)</sup>.

ويمكن القول إن تقييم الأثر البيئي يتمثل في القيام بعملية ينتج عنها بيان تفصيلي مكتوب، بهدف تحقيق ما يلي:

- تزويد السلطات المختصة، بالمعلومات الأساسية عن الآثار البيئية للمشروعات المزمع إنشائها.

- وضع مقترحات بالبرامج والسياسات التي تساعد السلطات المختصة على تفادي الآثار البيئية السلبية للمشروعات المزمع إنشائها.

- توجيه السلطات المختصة لاتخاذ القرارات اللازمة، بناء على المعلومات والبرامج والسياسات التي تم عرضها.

- تشتمل على نظام يضمن مشاركة الجهات والأشخاص المحتمل تأثرها بالمشروعات المزمع إقامتها، في عملية اتخاذ القرارات اللازمة بشأنها<sup>(٢)</sup>.

ويمكن القول إن تقييم الأثر البيئي هو وسيلة أو آلية تساعد السلطات المختصة داخل الدولة المعنية في اتخاذ القرار النهائي الحاسم بشأن منح الترخيص لإقامة مشروع معين، عن طريق إجراء توازن بين المعلومات المتعلقة بالآثار البيئية للمشروع والبدائل المتاحة، وذلك بغض النظر عن أية اعتبارات أخرى، بما في ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية<sup>(٣)</sup>.

---

International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning Pulp Mills On the River Uruguay (Argentina V. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, para. 204, p. 83.

(١) ذات المرجع، الفقرتين ٢١٥-٢١٦، ص ٨٦-٨٧.

(٢) راجع:

Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, Second Edition, op, cit., p. 799-800.

(٣) راجع:



ولا جرم أن إجراء تقييم الأثر البيئي يعد من المبادئ الهامة في القانون الدولي للبيئة، وقد نال قبولاً عاماً في ممارسات الدول من خلال النص عليه صراحة في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المعنية بحماية البيئة، كما أنه يعد أداة فعالة لحماية البيئة حال استخدامها بواسطة المؤسسات المالية الدولية باعتبارها متطلب أساسي لتقديم المساعدة المالية للمشروعات الوطنية، فعلى سبيل المثال، نجد أن البنك الدولي قد أصدر توجيهات تنفيذية بشأن تقييم الأثر البيئي Operational Directives on EIA قبل الموافقة على تمويل المشروعات التنموية<sup>(١)</sup>.

علاوة على ذلك، فإن من شأن الالتزام بتقييم الأثر البيئي تعزيز التطبيق الفعال لمبادئ القانون الدولي للبيئة الأخرى، وبخاصة مبدأ عدم الإضرار والتنمية المستدامة والتحوط ومسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة، طالما أنه ينطوي على إيجاد الوسائل والبدائل التي تتفادى الآثار البيئية الضارة التي يحتمل حدوثها من الأنشطة التنموية المقترحة. ويؤدي ذلك بالضرورة إلى التقليل من احتمالية تعرض المناطق المهددة لخطر الكوارث البيئية، مما يساهم بفاعلية في حماية صحة الإنسان ونوعية حياته.

## المطلب الثاني

### حماية عناصر البيئة الأساسية

إذا كنا قد انتهينا إلى أن المبادئ العامة للقانون الدولي للبيئة تهدف إلى وضع إطار عام بشأن حماية البيئة، من خلال توجيه الدول إلى اتباع مناهج وأساليب محددة عند القيام بالأنشطة الإنسانية المختلفة، أو استغلال الموارد الطبيعية أو التعامل بطريق أو بآخر مع العناصر البيئية الأخرى، الأمر الذي أدى إلى انعكاس العديد من تلك المبادئ، مثل عدم الإضرار والتنمية المستدامة، في العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وجعلها ترقى إلى منزلة قواعد القانون الدولي العرفي<sup>(٢)</sup>. فإنه يلاحظ، مع ذلك، أن تلك

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 230.

(١) لقد قام البنك الدولي بمراجعة التوجيهات التنفيذية بشأن تقييم الأثر البيئي، حتى يصل إلى التطبيق الأمثل لها. راجع:

Elli Louka, op. cit., p. 117.

(٢) ويتعين الانتباه إلى أن هناك اختلافاً بين السياسة العامة والمبادئ القانونية والقواعد القانونية، وذلك على النحو التالي:

- تشير السياسة العامة إلى مجموعة الأهداف المرجو تحقيقها، والتي قد تتخذ، بشكل عام، تحسين بعض المظاهر الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية داخل المجتمع، وهي أمر يدخل ضمن وظائف السلطة التشريعية والتنفيذية،

المبادئ العامة لا تكفي في ذاتها لتوفير الحماية الملزمة لكل عنصر من عناصر البيئة المختلفة، المتمثلة في الماء والهواء والتربة والنباتات والحيوانات، فهي لا تقرر التزامات أو تدابير أو آليات محددة تمكن الدول من توفير الحماية المرجوة لكل عنصر من عناصر البيئة، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن كل عنصر من عناصر البيئة يحتاج إلى معاملة قانونية تختلف عما يغيره من العناصر البيئية الأخرى.

لذلك، فإنه من غير المتصور وضع نظام قانوني موحد ومتكامل من شأنه توفير حماية شاملة لكافة عناصر البيئة، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، لذلك نجد أن هناك المئات من الاتفاقيات الدولية المعنية بالبيئة التي تتفاوت فيما بينها بحسب عناصر البيئة التي تحميها، والمخاطر البيئية التي تستهدف منعها أو الحد من آثارها، ونطاق تطبيقها ومدى إلزامية القواعد التي تشملها.

ولا جرم أنه يتعين علينا في إطار تلك الدراسة أن نبين الحماية الدولية المقررة لعناصر البيئة الأساسية المتمثلة في الماء والهواء والتربة والنباتات والحيوانات، فهي لا غنى عنها لاستمرارية الحياة الإنسانية، كما أن من شأن حمايتها الحيلولة دون وقوع الأضرار البيئية التي يمكن أن تصيب المجتمعات والسكان، ومن ثم تجنب اندلاع أزمة إنسانية في شكل نزوح جماعي للسكان خارج حدود أوطانهم، ملتجئين للجوء في مناطق أكثر أماناً.

### أولاً: حماية البيئة المائية:

تمثل المياه أكثر من ٧١% من مساحة الكرة الأرضية، وتتمتع بأهمية عظيمة في المحافظة على استدامة الحياة الإنسانية، بما توفره من موارد متجددة لا حصر لها. وبالرغم من تلك الأهمية، التي لا تخفى على القاصي والداني، فقد ساهم الإنسان بأنشطته

---

فهي مجرد اتجاهات سياسية لا تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على سلوك الدول. للمبادئ والقواعد القانونية تأثير واضح على سلوك الدول، نتيجة تمتعها بالقيمة القانونية. ومع ذلك، تختلف القواعد القانونية عن المبادئ القانونية. فمن ناحية أولى، تهدف القواعد القانونية مباشرة إلى حمل المخاطبين بأحكامها على إتقان سلوك معين، سواء تمثل هذا السلوك في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تحقيق نتيجة محددة. أما المبادئ القانونية، من ناحية أخرى، فهي بمثابة معيار تم صياغته في المقام الأول لتوجيه المخاطبين به فيما يتعلق بعملية إصدار القواعد القانونية، ولتحديد كيفية تفسير وتطبيق القواعد القانونية القائمة. راجع: د. أحمد المهدي بالله، للمرجع السابق، ص ٩٨.

المختلفة في استنفاد الموارد الحية وغير الحية للبيئة المائية، وإلحاق أضرار جسيمة ببيئتها، بطريقة يتعذر تداركها. لذلك ظهر جلياً الاهتمام الدولي بحماية البيئة المائية من خلال تبني العديد من الاتفاقيات الدولية على المستويين الإقليمي والعالمي، فضلاً عن الأعمال الدولية الأخرى التي ساعدت على ظهور قواعد عرفية جديدة في هذا المجال. وتشمل حماية البيئة المائية، حماية البيئة البحرية المتمثلة في البحار والمحيطات، وحماية موارد المياه العذبة المتمثلة في الأنهار والمياه الداخلية، وهو ما سيتم توضيحه وفقاً لما هو آت:

### (١) حماية البيئة البحرية:

أدركت الدول أهمية توفير الحماية للبيئة البحرية، خاصة في ظل تنوع وتعدد مصادر التلوث التي قد يكون بعضها متعمداً، كما هو الحال بالنسبة لإغراق النفايات، أو إلقاء المخلفات في البحر، سواء من السفن أو الطائرات، أو التي تلقىها المصانع أو المنشآت المقامة على السواحل البحرية، أو في حالة التلوث الإشعاعي الذري الناجم عن التجارب النووية التي يتم إجرائها في أعالي البحار والمحيطات وقيعان البحار<sup>(١)</sup>، أو قد يكون ناجماً عن الحوادث التي تقع في البحار والمحيطات، كما هو الحال بالنسبة للتسرب النفطي الناتج عن وجود خلل في ناقلات النفط<sup>(٢)</sup>. كذلك، فإن من شأن الإفراط في استغلال الموارد البحرية الحية أن يؤدي إلى الانتقال من اعتبارات التنمية المستدامة التي تسعى كافة الدول إلى تحقيقها.

وتعد اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ من أبرز الاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بوضع نظام قانوني للبحار والمحيطات، لتعزيز الاستخدامات السلمية لها، وحفظ وصيانة مواردها الطبيعية لتحقيق أقصى انتفاع مستدام لها، وحماية البيئة البحرية من مخاطر التلوث<sup>(٣)</sup>. وقد نالت القواعد والأحكام الواردة في الاتفاقية قبولاً عاماً، بحيث

(١) ارجع: د. أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية ١٩٨٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٩-٥٠.

(٢) ارجع:

Alexander Kiss and Dinah Shelton, op. cit., p. 190-192.

(٣) انظر: ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢. وقعت ١١٩ دولة على الاتفاقية في اليوم الأول من فتح باب التوقيع على الاتفاقية، في ١٠ ديسمبر ١٩٨٢، ومع ذلك لم تدخل الاتفاقية حيز النفاذ إلا في ١٦ نوفمبر ١٩٩٤. ويوجد حتى

تعتبرها الآن العديد من الدول جزء من القانون الدولي العرفي<sup>(١)</sup>.

وعرّفت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار "تلوث البيئة البحرية" بأنه: "إدخال الإنسان في البيئة البحرية، بما في ذلك مصاب الأنهار، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، مواد أو طاقة تتجم عنها أو يحتمل أن تتجم عنها آثار مؤذية، مثل الإضرار بالموارد الحية والحياة البحرية، وتعريض الصحة البشرية للأخطار، وإعاقة الأنشطة البحرية، بما في ذلك صيد الأسماك وغيره من أوجه الاستخدام المشروعة للبحار، والخط من نوعية قابلية مياه البحرة للاستعمال، والإقلال من الترويح"<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن هذا التعريف قد اشتمل على الأفعال التي ينتج عنها بالفعل آثار ضارة فضلاً عن تلك التي يحتمل أن ينتج عنها آثار ضارة. ومع ذلك، قررت الاتفاقية أن التلوث الذي يتعين على الدول أن تتخذ التدابير الضرورية بشأن منعه والسيطرة عليه، هو ذلك الذي يؤدي إلى إحداث أضرار بالبيئة<sup>(٣)</sup>.

وتطلبت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار من أطرافها أن تسعى نحو تحقيق هدفين رئيسيين، فيما يتعلق بحماية البيئة البحرية: يتمثل الأول في منع التلوث البحري والتقليل منه والسيطرة عليه، والثاني في حفظ وإدارة الموارد البحرية الحية. ولتحقيق الهدفين السابقين، تضمنت الاتفاقية قواعد فيما يتعلق بالبحث العلمي، والرقابة، وتقييم الأثر

---

وقت كتابة هذه السطور ١٦٨ دولة مصدقة على الاتفاقية. يمكن متابعة قائمة التصديقات من خلال موقع الأمم المتحدة على الرابط التالي:

[http://www.un.org/depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm) (Last visited on September 8, 2017).

<sup>(١)</sup> ويدل على ذلك ما ورد في ديباجة اتفاقية حماية البيئة البحرية في جنوب شرق الأطلنطي لعام ١٩٩٢، عندما أشارت إلى البنود الواردة في الجزء الثاني عشر من اتفاقية قانون البحار، باعتبارها جزء من القانون الدولي العرفي. كذلك أقر جدول أعمال القرن (٢١) الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية (مؤتمر ريو) أن قواعد اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بشأن حماية وصيانة البيئة البحرية تعد انعكاساً لقواعد مستقرة في القانون الدولي. راجع:

Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, Second Edition, op, cit., p. 396.

<sup>(٢)</sup> انظر: المادة ١(٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.

<sup>(٣)</sup> نصت المادة ١٩٤(٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على أن: "تتخذ الدول جميع ما يلزم من التدابير لتضمن أن تجري الأنشطة الواقعة تحت ولايتها أو رقابتها، بحيث لا تؤدي إلى إلحاق ضرر عن طريق التلوث بدول أخرى وبينتها، ولا ينتشر التلوث الناشئ عن أحداث أو أنشطة تقع تحت ولايتها أو رقابتها إلى خارج المناطق التي تمارس فيها حقوقاً سيادية وفقاً لهذه الاتفاقية".

البيئي، والإنفاذ، والمسؤولية عن الأضرار البيئية<sup>(١)</sup>.

وبشكل عام، تسعى غالبية الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية البيئة البحرية إلى:

- توفير الحماية ضد مخاطر التلوث الناشئة عن السفن، بسبب تسرب أو إفراغ المواد النفطية وغيرها من المواد الضارة الأخرى.
- إغراق النفايات.
- الاستغلال غير المستدام للموارد البحرية الحية.

### حماية البيئة البحرية ضد التلوث الناشئ عن السفن:

ينشأ التلوث البحري عن السفن، إما نتيجة الإفراغ العمدي للمواد الخطرة التي تحملها السفينة، كما هو الحال عند إفراغ بواقي خزانات النفط أو المواد الكيماوية لتنظيفها، أو نتيجة تسريب للمواد الخطرة التي تحملها السفينة بسبب وقوع حادثة ناتجة عن اصطدام أو انحراف أو انفجار أو غير ذلك من الحوادث<sup>(٢)</sup>.

والحقيقة أن التلوث النفطي يعد من أبرز أنواع التلوث الناشئة عن السفن، لذلك نجد أن بداية الاهتمام الدولي في حماية البيئة البحرية كانت من خلال منع التلوث الناتج عن التسرب النفطي، وتمثل ذلك في صدور الاتفاقية الدولية لمنع التلوث النفطي في البحر لعام ١٩٥٤<sup>(٣)</sup>، وتلا ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية الأخرى منها: اتفاقية الصيد والمحافظة على الموارد الحية لأعالي البحار ١٩٥٨<sup>(٤)</sup>، واتفاقية الجرف القاري ١٩٥٨<sup>(٥)</sup>، واتفاقية أعالي البحار ١٩٥٨<sup>(٦)</sup>.

وكان لكارثة ناقلة النفط توري كانيون عام ١٩٦٧، أثرها في تنبيه المجتمع الدولي

(١) تضمن الباب الثاني عشر من الاتفاقية قواعد تفصيلية لحماية وصيانة البيئة البحرية، لمزيد من التفاصيل بشأن القواعد التي تضمنتها اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ بشأن حماية البيئة البحرية، والمسؤولية عن الأضرار التي تسببها، راجع: د. أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية ١٩٨٢، المرجع السابق، ص ٤٤-٥٨.

(٢) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 126.

(٣) اعتمدت في لندن، في ١٢ مايو ١٩٥٤، ودخلت حيز النفاذ في ٢٦ يوليو ١٩٥٨، وتم تعديلها أعوام ١٩٦٢ و ١٩٦٩ و ١٩٧١.

(٤) اعتمدت في جنيف، في ٢٩ إبريل ١٩٥٨، ودخلت حيز النفاذ في ٢٠ مارس ١٩٦٦.

(٥) اعتمدت في جنيف، في ٢٩ إبريل ١٩٥٨، ودخلت حيز النفاذ في ١٠ يونيو ١٩٦٤.

(٦) اعتمدت في جنيف، في ٢٩ إبريل ١٩٥٨، ودخلت حيز النفاذ في ٣٠ سبتمبر ١٩٦٢.

نحو ضرورة تبني مزيداً من التدابير لحماية البيئة البحرية<sup>(١)</sup>، وترتب على ذلك وضع اتفاقية بروكسل بشأن التدخل في البحر العالي في حالات خسائر التلوث النفطي لعام ١٩٦٩، ثم اتفاقية بروكسل بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث النفطي لعام ١٩٦٩<sup>(٢)</sup>، التي قررت مسؤولية مشددة على عاتق مالك السفينة في حالة التسرب النفطي الذي يؤدي إلى الإضرار بالبحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لدولة طرف، والاتفاقية الدولية المتعلقة بإنشاء صندوق دولي للتعويض عن أضرار التلوث النفطي لعام ١٩٧١<sup>(٣)</sup>.

وجاءت الاتفاقية الدولية لمنع التلوث من السفن عام ١٩٧٣، لتحل محل الاتفاقية الدولية لمنع التلوث النفطي في البحر لعام ١٩٥٤. وتضمنت هذه الاتفاقية ثلاثة ملاحق: يتعلق الأول بالتلوث النفطي، والثاني بالتلوث من المواد السائلة الضارة، والثالث بالتلوث من المواد الضارة المعلبة ومياه المجاري والقاذورات. ويكفي لكي تصبح الدولة طرف أن تصدق على الملحقين الأول والثاني، ولكن للأسف لم تتل تلك الاتفاقية التصديقات اللازمة ولم تدخل حيز النفاذ.

لذلك، عقدت المنظمة البحرية الدولية في فبراير ١٩٧٨ مؤتمراً بشأن أمان ناقلات النفط ومنع التلوث، وترتب عليه تبني بروتوكول يعدل الاتفاقية الدولية لمنع التلوث من

<sup>(١)</sup> لمزيد من التفاصيل حول كارثة توري كانيون، والأضرار الجسيمة التي سببتها للبيئة البحرية، راجع:

Ved P. Nada, The Torey Canyon Disaster: Some Legal Aspects, Denver Law Journal, 1967, p. 400-425.

وقد وقعت العديد من الكوارث النفطية بعد ذلك: منها كارثة أموكو كاديذ Amoco Cadiz عام ١٩٧٨، و كارثة إكسون فالديز Exxon Valdez عام ١٩٨٩، و كارثة برستيج Prestige عام ٢٠٠٢. راجع بشأن تلك الكوارث:

N. J. J. Gaskell, The Amoco Cadiz: (I) Liability Issues, Journal of Energy Natural Resources Law, 1985, p. 169-194.

Also: Amy J. Wildermuth, Legacy of Exxon Valdez: How do We Stop the Crisis, University of St. Thomas Law Journal, Vol. 7:1, 2009, p. 130-153.

Also: Eric R. Jaworski, Development in Vessel-Based Pollution: Prestige Oil Catastrophe Threatens West European Coastline, Spurs Europe to Take Action against Aging and Unsafe Tankers, Journal of International Environmental Law and Policy, 2002, p. 101-110.

<sup>(٢)</sup> اعتمدت في بروكسل، في ٢٩ نوفمبر ١٩٦٩، ودخلت حيز النفاذ في ١٩ يونيو ١٩٧٥، وتم استبدالها ببروتوكول عام ١٩٩٢، الذي اعتمد في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٢، ودخل حيز النفاذ في ٣٠ مايو ١٩٩٦.

<sup>(٣)</sup> اعتمدت في بروكسل في ١٨ ديسمبر ١٩٧١، ودخلت حيز النفاذ في ١٦ أكتوبر ١٩٧٨، وتم استبدالها ببروتوكول عام ١٩٩٢، الذي اعتمد في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٢، ودخل حيز النفاذ في ٣٠ مايو ١٩٩٦.

السفن لعام ١٩٧٣، والذي دخل حيز النفاذ في ٢ أكتوبر ١٩٨٣<sup>(١)</sup>. ووفقاً للبروتوكول، فإنه يكفي لكي تصبح الدولة طرفاً في الاتفاقية أن توافق على الملحق الأول، على أن يتم تأجيل الالتزام بالملحق الثاني لمدة ثلاث سنوات من تاريخ دخول البروتوكول حيز النفاذ، أو لمدة أطول وفقاً لما تقرره أغلبية ثلثي الدول الأطراف في البروتوكول<sup>(٢)</sup>.

ولا يخفى الدور البارز للمنظمة البحرية الدولية في صدور العديد من الاتفاقيات الدولية الشارعة التي تضمنت تدابير بشأن أمان السفن، بما في ذلك منع التصادم في البحر، وأمان الحياة في البحر، وتدريب البحارة وطواقم سفن الصيد<sup>(٣)</sup>.

وتطلبت الاتفاقية الدولية للاستعداد والتصدي والتعاون في ميدان التلوث النفطي لعام ١٩٩٠<sup>(٤)</sup>، من السفن التابعة للدول الأطراف أن تجهز خطط تفصيلية للتعامل مع حالات التلوث النفطي الطارئ. ويتعين إبلاغ المنظمة البحرية، بدون تأخير، في حالة الحوادث النفطية، كما يتعين أيضاً، في حالة الحوادث النفطية الخطيرة، إخطار الدول الأخرى التي يحتمل أن تتأثر من جراء تلك الحوادث<sup>(٥)</sup>.

### حماية البيئة البحرية ضد إغراق النفايات:

بالرغم من أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار قد تضمنت قواعد عامة تفرض على الدول اتخاذ ما يلزم من تدابير وإجراءات لمنع إغراق النفايات وتقليلها والسيطرة عليها<sup>(٦)</sup>، إلا أن اتفاقية لندن بشأن منع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات ومواد أخرى لعام ١٩٧٢، قد وضعت نظاماً شاملاً من خلال القواعد التفصيلية التي اشتملت

(١) وقد أطلق الاتفاقية بعد تعديلها، اتفاقية "ماربول ٧٣/٧٨"، و"ماربول" MARPOL هي اختصار لكلمتي Marine Pollution.

(٢) انظر: المادة (١٢) من البروتوكول المعدل للاتفاقية الدولية لمنع التلوث من السفن لعام ١٩٧٨.  
(٣) من ذلك على سبيل المثال:

The International Convention on the Control of Harmful Anti-fouling Systems on Ships, adopted on 5 October 2001, entered into force on 17 September 2008, and the Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediments, adopted on 13 February 2004 and entered into force on 8 September 2017.

(٤) اعتمدت الاتفاقية في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٠، ودخلت حيز النفاذ في ١٣ مايو ١٩٩٥.

(٥) راجع:

Malcolm N. Shaw, op. cit., p. 900-901.

(٦) انظر: المادة (٢١٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.

عليها بشأن منع إغراق النفايات في المياه البحرية<sup>(١)</sup>. وتهدف الاتفاقية إلى السيطرة على عملية إغراق النفايات والمواد الأخرى في المياه الإقليمية والبحر العالي، ولكنها لا تشمل المياه الداخلية للدول الأطراف<sup>(٢)</sup>.

وقد ورد تعريف الإغراق في المادة (٣) من الاتفاقية بأنه "أي تصريف متعمد للنفايات في البحر أو مواد أخرى من السفن أو الطائرات أو الأرصفة أو أية منشآت صناعية على البحر". ويتضح من هذا التعريف أنه لا يشمل أي تصريف للنفايات أو المواد الأخرى في البحر، إذا كان قد وقع بشكل عرضي غير متعمد، أو تم نتيجة الاستخدامات العادية للمنشآت الصناعية أو الأدوات والآلات المتواجدة على شواطئ البحر.

وتهدف اتفاقية لندن لعام ١٩٧٢ إلى تنظيم عملية إغراق النفايات في البحر من خلال وضع ثلاث قوائم رئيسية:

- القائمة الأولى، ويطلق عليها القائمة السوداء، وتشمل تحريم إغراق النفايات شديدة الخطورة، مع إيراد بعض الاستثناءات على هذا التحريم.
- القائمة الثانية، ويطلق عليها القائمة الرمادية، وتشمل إغراق النفايات التي تعد أقل خطورة بعد الحصول على ترخيص خاص من السلطة المختصة التي تحددها كل دولة طرف.
- القائمة الثالثة، ويطلق عليها القائمة البيضاء، وتسمح بإغراق النفايات الأخرى، بخلاف تلك الواردة في القائمتين السابقتين بعد الحصول على ترخيص عام مسبق من السلطة المختصة التي تحددها كل دولة طرف<sup>(٣)</sup>.

وبالنظر إلى القوائم السابقة الواردة في اتفاقية لندن ١٩٧٢، فإننا نتفق مع ما ذهب إليه جانب في الفقه في أن الاتفاقية لا تهدف في المقام الأول إلى تحريم إغراق النفايات في

(١) اعتمدت في ٢٩ ديسمبر ١٩٧٢، ودخلت حيز النفاذ في ٣٠ أغسطس ١٩٧٥.

(٢) كما أن اتفاقية لندن لم تشر إلى المنطقة الاقتصادية الخالصة، ويبدو هذا الأمر منطقيًا، باعتبار أن تلك الاتفاقية قد وضعت قبل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي عرفت للمرة الأولى المقصود بالمنطقة الاقتصادية الخالصة. لذلك قررت الدول الأطراف في الاجتماع الاستشاري الحادي عشر ضرورة مد نطاق تطبيق الاتفاقية ليشمل المنطقة الاقتصادية الخالصة. ورغم ذلك لم يتضمن البروتوكول المعدل لاتفاقية الإغراق لعام ١٩٩٦، أية إشارة للمنطقة الاقتصادية الخالصة، ولكنه اكتفى بالإشارة إلى البحر بشكل عام، باعتباره يشمل البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والبحر العالي. راجع:

Elli Louka, op. cit., p. 149.

(٣) انظر: المادة (٤) من اتفاقية لندن بشأن منع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات و مواد أخرى لعام ١٩٧٢.



البحر، وإنما بالأحرى تنظيم عملية هذا الإغراق<sup>(١)</sup>.

وكانت اتفاقية لندن قد وضعت النفايات الإشعاعية ذات المستوى العالي ضمن القائمة الأولى، وبالتالي لا يجوز على الإطلاق إغراقها في البحر، أما النفايات الإشعاعية ذات المستوى المتوسط والمنخفض، فقد تم وضعها ضمن القائمة الثانية، مما يعني أنه يجوز إغراقها بعد الحصول على تصريح خاص. وتقدمت إسبانيا عام ١٩٨٣ باقتراح في الاجتماع الاستشاري السابع للدول الأطراف بشأن إصدار قرار رسمي بتحريم شامل لإغراق النفايات الإشعاعية في البحر، وقد تم بالفعل اعتماد القرار ١٤(٧) متبنياً المقترح الإسباني، كذلك صدر عام ١٩٨٥ القرار ٢١(٩) بشأن التحريم النهائي لإغراق النفايات الإشعاعية في البحر، ومنذ ذلك الحين لم تسمح أية دولة، بشكل رسمي، بإغراق النفايات الإشعاعية في البحر، وذلك باستثناء حالات الإغراق التي تتم بطريق غير مشروع. وفي نوفمبر ١٩٩٣، أجريت تعديلات على القائمة الأولى في الاجتماع الاستشاري السادس عشر، لتشمل تحريم إغراق كافة النفايات الإشعاعية في البحر<sup>(٢)</sup>.

وفي عام ١٩٩٦، تم وضع بروتوكول لتعديل اتفاقية منع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات ومواد أخرى لعام ١٩٧٢، وقد حل البروتوكول محل اتفاقية ١٩٧٢ بالنسبة للدول التي صدقت عليه<sup>(٣)</sup>. وقد استحدث البروتوكول عدة قواعد يتعين على الدول الأطراف تطبيقها، أبرزها:

- تطبيق النهج التحوطي بغرض حماية البيئة من إغراق النفايات والمواد الأخرى<sup>(٤)</sup>.
- تطبيق مبدأ الملوث يدفع بالنسبة للأشخاص الذين ترخص لهم الدول الأطراف بعملية إغراق النفايات<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 128. Also: Elli Louka, op. cit., p. 149.

(٢) راجع:

Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, Second Edition, op. cit., p. 421-422.

(٣) اعتمد البروتوكول في ١٧ نوفمبر ١٩٩٦، ودخل حيز النفاذ في ٢٤ مارس ٢٠٠٦.

(٤) انظر: المادة ٣(١) من بروتوكول ١٩٩٦ لاتفاقية منع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات ومواد أخرى ١٩٧٢.

(٥) ذات المرجع، المادة ٣(٢).

- حظر إغراق أية نفايات أو مواد أخرى، باستثناء تلك الواردة في القائمة الأولى، والتي تحتاج إلى ترخيص وفقاً للمتطلبات المقررة في الملحق الثاني<sup>(١)</sup>، مع ملاحظة أن بروتوكول ١٩٩٦ قد اختلف عن اتفاقية لندن ١٩٧٢ بشأن وضع قوائم النفايات والمواد الأخرى الخطرة، إذ أنه اتبع منهجاً عكسياً في هذا الشأن، فوضع النفايات والمواد الأقل خطورة في القائمة الأولى، ثم تدرج بعد ذلك لتكون الأكثر خطورة في القائمة الثالثة.

- تحريم حرق النفايات والمواد الأخرى في البحر، وكذلك تصديرها إلى دول أخرى لإغراقها أو حرقها في البحر<sup>(٢)</sup>.

وفي عام ٢٠٠٧، اجتمعت الدول الأطراف لتنفيذ التزامها وفقاً للمادة (١١) من البروتوكول بشأن إنشاء الآليات ووضع الإجراءات الضرورية لتقييم وتعزيز الامتثال بالبروتوكول.

كذلك وضعت بعض الاتفاقيات الإقليمية التي تهدف إلى منع التلوث الناجم عن إغراق النفايات، وتحديداً: اتفاقية حماية البيئة البحرية في شمال شرق الأطلسي (اتفاقية أوسبار OSPAR) لعام ١٩٩٢<sup>(٣)</sup>، التي حلت محل اتفاقيتي أوسلو بشأن منع التلوث البحري الناجم عن الإغراق من السفن والطائرات لعام ١٩٧٢، وباريس بشأن منع التلوث البحري من مصادر أرضية لعام ١٩٧٤، وبروتوكولات برنامج الأمم المتحدة للبيئة بشأن البحار الإقليمية، وهي: بروتوكول برشلونة لمنع التلوث في البحر المتوسط الناجم عن الإغراق من السفن والطائرات لعام ١٩٧٦، بروتوكول نومييا بشأن التعاون في مكافحة حالات التلوث الطارئ في منطقة جنوب المحيط الهادئ لعام ١٩٨٦، وبروتوكول حماية البيئة البحرية للبحر الأسود من ضد التلوث الناجم عن الإغراق لعام ١٩٩٢.

ولا جدال في أن الاتفاقيات والبروتوكولات السابقة كان من شأنها تقليل عملية إغراق

(١) ذات المرجع، المادة (٤).

(٢) ذات المرجع، المادتين (٥)، (٦).

(٣) اعتمدت هذه الاتفاقية في باريس، في ٢٢ سبتمبر ١٩٩٢، ودخلت حيز النفاذ في ٢٥ مارس ١٩٩٨. وقد أطلق عليها OSPAR نظراً إلى أنها استبدلت اتفاقيتي أوسلو وباريس، كما أنها مفتوحة للتوقيع والتصديق للدول الأطراف في الاتفاقيتين السابقتين.

النفائيات والمواد الخطرة الأخرى، الأمر الذي أسهم في حماية البيئة البحرية، والحفاظ على استدامة الموارد الحية التي تحتويها.

### حماية وصيانة الموارد البحرية الحية:

تضم البيئة البحرية، التي تشمل البحار والمحيطات، ما يزيد عن ٩٠% من الكائنات الحية المتواجدة على الكرة الأرضية<sup>(١)</sup>. ففي عام ٢٠١٠، انتهت دراسة تم إجرائها على مدار عشرة أعوام إلى أنه يوجد أكثر من ٢٥٠ ألف صنف بحري محدد الأوصاف، وذلك بالإضافة إلى مئات الآلاف من الأصناف الأخرى غير المحددة، بحيث يمكن أن يصل إجمالي الأصناف البحرية إلى مليون صنف على الأقل، وذلك بعد استبعاد الميكروبات التي تصل إلى مئات الملايين<sup>(٢)</sup>.

ويقطن أكثر من ٥٠% من سكان العالم في المناطق الساحلية، وتمثل المنتجات البحرية الغذاء الرئيسي لحوالي أربعة مليار شخص في العالم<sup>٣</sup>. وأدت الزيادة السكانية في العالم إلى زيادة معدل صيد الأسماك بطريقة مفرطة، فضلاً عن استخدام وسائل الصيد المدمرة، مثل الديناميت أو السم، أن تمثل ضغوطاً هائلة على قدرة الوارد الحية البحرية على التجدد<sup>(٤)</sup>.

وقد صدرت إحصائية عن منظمة الزراعة والأغذية (الفاو) تشير إلى أن معدل الصيد

---

<sup>(١)</sup> وتشمل الكائنات الحية المتواجدة في البحار والمحيطات الأسماك والحيتان وأسماك القرش والزواحف والثدييات البحرية وعجول البحر. راجع:

Philippe Sands et al., Principles of International Environmental Law, Third Edition, op. cit., p.396.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Jessel H. Ausubel, Darlene Trew Crist and Paul E. Waggoner, First Census of Marine Life 2010, Highlights of a Decade of Discovery, A Publication of the Census of Marine Life, 2010, p. 3.

<sup>٣</sup> راجع:

Robin Kundis Craig, Seattle University Law Review Symposium: Re-tooling Food Law: How Traditional Legal Models Can Be Re-tooled for Food System Reform: Article & Essay: Re-Tooling Marine Food Supply Resilience in A Climate Change Era: Some Needed Reforms, Seattle University Law Review 38, Summer 2015, p. 1190.

<sup>(٤)</sup> راجع:

Edward J. Goodwin, Threatened Species and Vulnerable Marine Ecosystems, in Daniel Bodansky et al., The Oxford Handbook of International Environmental Law, op. cit., p. 808-809.

السنوي للأسماك قد تجاوز بمراحل الحد المسموح للحفاظ على الاستدامة، وأن ثمة حاجة ملحة لبذل مزيداً من الجهود الدولية للحفاظ على المصايد والموارد البحرية الحية الأخرى. وبناء على البيانات الصادرة عن الفاو عام ٢٠٠٨، فإن ٥٣% من السلالات السمكية تم استغلالها بشكل كامل، و ٢٨% تم الإفراط في استغلالها، و ٣% تم استنفادها تماماً. ومن بين ٢٣ سلالة من سلالات التونة، تم استغلال ٦٠% منها بشكل كامل، وهناك احتمالية بأن ٣٥% أخرى تم الإفراط في استغلالها أو استنفادها<sup>(١)</sup>. ورغم ذلك، يرى جانب من الباحثين أن إحصائية الفاو يسودها التفاؤل إلى حد بعيد<sup>(٢)</sup>.

كذلك، فإن من شأن الآثار المترتبة على تغير المناخ، ومنها: ارتفاع منسوب مياه البحر، وتغير درجة الحرارة واتجاهات حركة الرياح، أن أدت إلى تدهور الموائل البحرية وإحداث ضغوط شديدة على العديد من الأصناف البحرية<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن بداية الاهتمام الدولي بحماية الموارد البحرية الحية كانت عام ١٩٤٦، عندما اعتمدت الاتفاقية الدولية لتنظيم صيد الحيتان، بهدف المحافظة على أرصدة الحيتان، وتنظيم عملية التنمية القائمة على صيد الحيتان<sup>(٤)</sup>.

وبناء على ذلك، اهتمت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، بوضع القواعد العامة، المحددة لحقوق والتزامات الدول، تجاه المحافظة على الموارد البيئية الحية وتحقيق تنميتها المستدامة. وقد تمثلت تلك القواعد، تحديداً، فيما يلي:

- للدول الساحلية السيادة الكاملة على البحر الإقليمي الذي يمتد لمسافة ١٢ ميل بحري<sup>(٥)</sup>، بما في ذلك موارده البحرية الحية. ويثبت للدولة الساحلية حرية وضع

(١) راجع:

FAO, World Review of Fisheries and Aquaculture, 2010, p. 8.

(٢) راجع:

D. Pauly and J. Adler, Marine Fisheries Systems, in Ecosystems and Human Well-being: Current State and Trends, Vol. 1, Findings of the Condition and Trends Working Group of the Millennium Ecosystem Assessment, 2005, p. 482.

(٣) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 133-134.

(٤) انظر: ديباجة الاتفاقية الدولية لتنظيم صيد الحيتان، اعتمدت في ٢ ديسمبر ١٩٤٦، ودخلت حيز النفاذ في ١٠ نوفمبر ١٩٤٨.

(٥) انظر: المادتين (٢)، (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

القوانين واتخاذ التدابير اللازمة لحفظ الموارد البحرية الحية في بحرها الإقليمي وتحقيق تنميتها المستدامة، بما يتفق مع الالتزامات الدولية المقررة. وللدولة الساحلية أيضاً وضع القوانين التي تحكم المرور البريء في بحرها الإقليمي، فيما يتعلق بحماية بيئتها، وصيانة الموارد البحرية الحية، ومنع انتهاك القوانين والأنظمة المتعلقة بالصيد<sup>(١)</sup>.

- تتمتع الدول الأرخيبيلية بالسيادة على الموارد البحرية الحية في مياهها الأرخيبيلية، مع ضرورة الاعتراف بحقوق الصيد التقليدية التي تمارسها الدول المجاورة والملاصقة لها مباشرة، ويتم تنظيم حقوق الصيد في المياه الأرخيبيلية بموجب اتفاقيات ثنائية<sup>(٢)</sup>.

- يثبت للدول الساحلية حقوقاً سيادية على الجرف القاري، بغرض استكشاف واستغلال موارده الطبيعية<sup>(٣)</sup>. ويتعين ألا يترتب على ممارسة الدولة لحقوقها على الجرف القاري، الإضرار بحقوق الدول المجاورة والملاصقة، فيما يتعلق بالملاحة وغيرها من الحقوق الأخرى مثل مد الأنابيب والكابلات<sup>(٤)</sup>.

- للدول الساحلية حقوقاً سيادية على المنطقة الاقتصادية الخالصة، بغرض استكشاف واستغلال الموارد البحرية الحية، وحفظ هذه الموارد وإدارتها<sup>(٥)</sup>. ويتعين على الدول الساحلية أن تقرر كمية الصيد المسموح بها، وأن تحمي الموارد البحرية

(١) يعد من قبيل المرور غير البريء، وفقاً لمفهوم اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار: "أي عمل من أعمال التلويث المقصود والخطير، وأي من أنشطة صيد الأسماك". ذات المرجع، المادة ١٩٩(٢)(ح) - (ط).

(٢) ذات المرجع، المادتين (٤٩)، (٥١).

(٣) استخدمت الاتفاقية عبارة "حقوقاً ذات سيادة" ولم تستخدم عبارة "الدولة سيادة" على الجرف القاري، وذلك للإشارة إلى وجود حقوقاً أخرى، مقررة لغيرها من الدول، تتنافى مع السيادة الكاملة للدولة. ومع ذلك، يرى أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أن التعبير المستخدم في الاتفاقية يشوبه الغموض، على نحو يثير جدلاً واسعاً حول مضمونه ومداه. راجع: د. أحمد أبو الوفا، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية ١٩٨٢، المرجع السابق، ص ٢٤٢-٢٤٣.

(٤) انظر: المادتين (٧٧)، (٧٨) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

(٥) ويرى أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أن الدول لا تتمتع بسيادة على المنطقة الاقتصادية الخالصة، وإنما فقط حقوقاً ذات سيادة على الموارد الطبيعية الحية، فضلاً عن اختصاصها بحماية البيئة البحرية والبحث العلمي ووضع المنشآت والجزر الصناعية. ومع ذلك، فإنه بالنظر إلى الحقوق التي تتمتع بها الدول الساحلية في المنطقة الاقتصادية الخالصة، فإنها قد تكون البداية نحو إقرار سيادة كاملة لتلك الدول على المنطقة البحرية الممتدة لمنتى ميل بحري من خطوط الأساس التي يقاس منها عرض البحر الإقليمي. راجع: د. أحمد أبو الوفا، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية ١٩٨٢، المرجع السابق، ص ٢٢٣-٢٢٥.

الحية ضد الاستغلال المفرط، وأن تعمل على صيانة أرصدة الأنواع المجتناة عند مستويات يمكن أن تدر أقصى إنتاجية مستدامة<sup>(١)</sup>.

- لرعايا الدول الساحلية حق مزاولة أنشطة الصيد في أعالي البحار، مع ضرورة قيام الدول، سواء منفردة أو بالتعاون مع بعضها البعض، باتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على الموارد البحرية الحية<sup>(٢)</sup>.

- يقع على عاتق الدول الساحلية التي يصيد رعاياها في المنطقة الإقليمية، الأنواع كثيرة الارتحال، أن تتعاون مع الدول الأخرى، سواء مباشرة أو عن طريق المنظمات الدولية، بغرض ضمان حفظ هذه الأنواع والانتفاع بها على الوجه الأمثل<sup>(٣)</sup>.

وجاء اتفاق تنفيذ ما تضمنته اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ من أحكام بشأن حفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية كثيرة الارتحال في ٤ أغسطس ١٩٩٥ (اتفاقية الأرصدة السمكية)<sup>(٤)</sup>، ليقرر التزاماً عاماً على عاتق الدول الساحلية وغيرها من الدول التي تمارس أنشطة الصيد في البحر العالي، بضرورة اتخاذ تدابير تضمن استدامة طويلة الأجل لهذه الأنواع من الأرصدة السمكية، من خلال المحافظة على تجدها لتحقيق أقصى إنتاجية مستدامة، وأن تطبق النهج التصوطي، وتحمي التنوع الإحيائي في البيئة البحرية، وتحمي البيئة البحرية من كافة أنواع التلوث، وأن تمنع أو تقلل من ممارسات الإفراط في الصيد، وأن تقر آليات للرقابة

(١) انظر: المادة ٦١(١) - (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

(٢) ذات المرجع، المواد ١١٦-١٢٠.

(٣) ذات المرجع، المادة (٦٤).

(٤) بناء على ما ورد في جدول أعمال القرن ٢١ (١٩٩٢)، دعت الجمعية العامة إلى عقد مؤتمر بشأن الأرصدة السمكية المتداخلة والأرصدة السمكية كثيرة الارتحال عام ١٩٩٣، لتحديد وتقييم المشاكل القائمة بشأن حفظ وإدارة هذه الأصناف من الأرصدة السمكية، ولتنفيذ بنود اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ المتعلقة بهذا الأمر. وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في ١١ ديسمبر ٢٠٠١، وهناك ٨٦ دولة طرف في هذا الاتفاق، حتى ٢٣ مايو ٢٠١٧. راجع: اتفاق تنفيذ ما تضمنته اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المؤرخة ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٢ من أحكام بشأن حفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال، اعتمد في مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال، نيويورك ٢٤ يولييه-٤ أغسطس، وثيقة الجمعية العامة للأمم المتحدة. A/CONF. 164/3، ٨ ديسمبر ١٩٩٥.

والإشراف<sup>(١)</sup>.

واعتمد مؤتمر منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة، في دورته السادسة والثلاثين، في ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٩، اتفاق بشأن التدابير التي تتخذها دولة الميناء لمنع الصيد غير القانوني دون إبلاغ ودون تنظيم، وردعه والقضاء عليه (اتفاق الصيد غير القانوني دون إبلاغ ودون تنظيم)<sup>(٢)</sup>، ويهدف هذا الاتفاق إلى صيانة "الموارد البحرية الحية والنظم الإيكولوجية البحرية في المدى البعيد والانتفاع منها على نحو مستدام"<sup>(٣)</sup>. وتطلب الاتفاق من الدول إجراء تفتيش دوري لمنع الصيد غير القانوني<sup>(٤)</sup>، كما طالب بتقديم المساعدات للدول النامية لتعزيز قدرتها على تنفيذ التدابير الواردة في الاتفاق<sup>(٥)</sup>.

علاوة على ما سبق، يوجد عدداً من الاتفاقيات الإقليمية التي تهدف إلى حماية وصيانة الموارد البحرية الحية، نذكر منها:

- مجموعة الاتفاقيات التي تم وضعها في إطار برنامج الأمم المتحدة للبيئة بشأن البحار الإقليمية، وتشمل: بروتوكول جنيف بشأن المناطق المحمية الخاصة في البحر المتوسط لعام ١٩٨٢ (التابع لاتفاقية برشلونة لحماية البحر المتوسط من التلوث لعام ١٩٧٦)، وبروتوكول كينجستون بشأن المناطق المحمية الخاصة والحياة البرية لعام ١٩٩٠ (التابع لاتفاقية كرتاجينا لحماية وتنمية البيئة البحرية لمنطقة البحر الكاريبي لعام ١٩٨٣)، وبروتوكول نيروبي بشأن المناطق المحمية والحيوانات والنباتات البرية في منطقة شرق أفريقيا لعام ١٩٨٥ (التابع لاتفاقية نيروبي لحماية وإدارة وتنمية البيئة البحرية والساحلية لإقليم شرق إفريقيا)، واتفاقية نومييا لحماية الموارد الطبيعية والبيئية لمنطقة جنوب المحيط الهادئ لعام ١٩٨٦، واتفاقية حفظ الموارد البحرية الحية في أنتاركتيكا لعام ١٩٨٠.

- اتفاقية حظر الصيد بشباك الجر الطويلة في جنوب المحيط الهادئ لعام ١٩٨٩.

(١) انظر: المادتين (٥)، (٦) من اتفاقية الأرصد السمكية ١٩٩٥.

(٢) دخل الاتفاق حيز النفاذ في ٥ يونيو ٢٠١٦، وهناك ٤٨ دولة طرف في الاتفاق حتى ٢٢ يونيو ٢٠١٧.

(٣) انظر: المادة (٢) من اتفاق الصيد غير القانوني دون إبلاغ ودون تنظيم ٢٠٠٩.

(٤) ذات المرجع، المواد (١٢) - (١٧).

(٥) ذات المرجع، المادة (٢١).

- اتفاقية حفظ وإدارة أرصدة الأسماك الكثيرة الارتحال في غرب ووسط المحيط الهادئ لعام ٢٠٠٠، وتهدف هذه الاتفاقية إلى ضمان تطبيق اتفاقية الأرصدة السمكية ١٩٩٥ في غرب ووسط المحيط الهادئ.  
حماية موارد المياه العذبة:

لا جدال أن المياه العذبة تعد ذات أهمية قصوى لحياة وصحة الإنسان، ومع ذلك، يوجد، وفقاً لآخر إحصائية عام ٢٠١٥، حوالي ٦٦٣ مليون فرد ليس بمقدورهم الحصول على مياه شرب آمنة، و٢،٤ مليار فرد لا تتوافر لهم خدمات صحية ملائمة<sup>(١)</sup>. وهناك حوالي ٢ مليون حالة وفاة سنوياً بسبب الأمراض الناشئة عن المياه. وتشير التوقعات إلى أنه بحلول عام ٢٠٢٥، فإن أعداداً تتراوح ما بين ثلاثة إلى خمسة مليار نسمة سوف تواجه خطر نقص المياه. وتمثل المياه المفقودة بسبب ري الأراضي، نسبة تتراوح ما بين ٢٥ إلى ٤٠ في المائة من المياه المستخدمة. وتشير الأرقام السابقة، دون شك، إلى أن نقص موارد المياه العذبة، تمثل واحدة من أكبر التحديات العالمية في الوقت الراهن<sup>(٢)</sup>.

وهناك العديد من الأسباب التي أدت إلى وقوع أزمة المياه العذبة، ومنها:

- التدهور البيئي الناشئ عن تغير المناخ العالمي، مما أدى إلى إحداث خلل زمني ومكاني في توزيع مياه الأمطار والمياه السطحية والجوفية.
- الإفراط في استهلاك المياه العذبة المتاحة.
- النمو المتزايد والمتسارع في أعداد السكان في العالم، دفع الدول إلى زيادة الإنتاج الزراعي والصناعي للوفاء باحتياجات السكان، وبالتبعية نقص كمية المياه العذبة.
- ضعف البنية التحتية لتوصيل المياه في العديد من البلدان<sup>(٣)</sup>.

<sup>(١)</sup> وتعد الدول الأقل نمواً أكثر الدول معاناة من نقص موارد المياه العذبة. راجع:

UNICEF and WHO, 25 Years Progress on Sanitation and Drinking Water, 2015 Update and MDG Assessment, 2015, p. 4-5.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Ulrich Beyerlin, Sustainable Use of Natural Resources-A Key to Combating Poverty, ZaöRV, 2003, p. 428.

<sup>(٣)</sup> ويلاحظ أن غالبية الأسباب التي أدت إلى أزمة المياه العذبة، ترجع إلى الأنشطة الإنسانية غير الرشيدة. راجع:

Knut Bourquain, Freshwater Access from a Human Rights Perspective, A Challenge to International Water and Human Rights Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 3-4.



ونتيجة الأهمية البالغة لموارد المياه العذبة، والمخاطر الجسيمة التي تتعرض لها، برز اهتمام المجتمع الدولي في وضع القواعد والتدابير التي تهدف إلى صيانة وإدارة موارد المياه العذبة، وحمايتها ضد التلوث. وتمثلت الجهود الدولية، بشكل أساسي، في أحكام القضاء الدولي، والأعمال الصادرة عن المنظمات الدولية، الحكومية وغير الحكومية، والاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية.

ففي عام ١٩٢٩، قررت المحكمة الدائمة للعدل الدولي أن استخدام الأنهار الدولية يخضع للقانون الدولي، وأن هناك حق قانوني مشترك يقضي بالمساواة التامة بين كافة الدول النهرية في استخدامه، مع عدم إقرار أي معاملة تمييزية لصالح دولة على حساب الأخرى<sup>(١)</sup>.

وفي عام ١٩٩٧، اعتبرت محكمة العدل الدولية في قضية مشروع Gabčíkovo-Nagymaros أن قيام تشيكوسلوفاكيا بفرض سيطرتها، من طرف واحد، على مورد مشترك، ومن ثم حرمان المجر من حقها في المشاركة المنصفة والعادلة للموارد الطبيعية لنهر الدانوب، بالإضافة للآثار المستمرة لتحويل مياه النهر على البيئة النهرية، فإنها تكون قد عجزت عن تحقيق عنصر التناسب الذي يتطلبه القانون الدولي<sup>(٢)</sup>.

وأكدت محكمة العدل الدولية في قضية مصنع اللباب Pulp Mills، أنه يتعين على الأطراف بغرض حماية وصيانة البيئة المائية، إجراء تقييماً للأثر البيئي بالنسبة للأنشطة التي يحتمل أن تسبب ضرراً عابراً للحدود<sup>(٣)</sup>.

(١) جاء في حكم المحكمة:

“it is at once seen that a solution of the problem has been sought not in the idea of a right of passage in favour of upstream states. This community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential feature of which are the perfect equality of all riparian states in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others.” PCIJ, Case Concerning the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Order, Judgment No. 16, Series A, p. 23, 27.

(٢) وكانت تشيكوسلوفاكيا قد قامت بتحويل مجرى نهر الدانوب داخل إقليمها، مدعية أنها على سبيل التدابير المضادة تجاه ما قامت به المجر من وقف العمل في مشروع Gabčíkovo-Nagymaros، ولكن المحكمة قررت أن عنصر التناسب لا يتوافر في التدبير المضاد الذي تتمسك به تشيكوسلوفاكيا. راجع:

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), op. cit., para. 83-85, p. 55-56.

(٣) راجع:

وكانت قواعد هلسنكي الصادرة عن جمعية القانون الدولي عام ١٩٦٦، بشأن استخدامات مياه الأنهار الدولية، رغم طبيعتها غير الملزمة، تمثل مرحلة هامة للجهود الدولية الهادفة إلى حماية المياه العذبة، حيث قررت حق دول حوض مجرى النهر في مشاركة منصفة ومعقولة للمياه، وأنه يتعين على الدول منع كافة أشكال تلوث المياه التي تؤدي إلى أضرار جسيمة في إقليم الدول النهرية الأخرى، وأن تتخذ كافة التدابير المعقولة للحد من مخاطر التلوث القائمة<sup>(١)</sup>.

وتلا ذلك، قيام جمعية القانون الدولي، بإصدار عدة قواعد متعلقة بحفظ وإدارة المياه العذبة، منها: قواعد مونتريال بشأن تلوث المياه في مجرى النهر الدولي عام ١٩٨٣<sup>(٢)</sup>، وقواعد سيول بشأن المياه الجوفية الدولية، التي دعت الدول إلى منع تلوث المياه الجوفية والتخفيف منه عام ١٩٨٦<sup>(٣)</sup> وقواعد برلين بشأن موارد المياه لعام ٢٠٠٤، لكي تحل محل قواعد هلسنكي، وتطبق على المجاري المائية الدولية، وموارد المياه العذبة الأخرى، كلما كان ذلك ممكناً<sup>(٤)</sup>.

وقامت لجنة القانون الدولي بوضع مشروع المواد المتعلقة بقانون الاستخدامات غير الملاحية للمجاري المائية الدولية عام ١٩٩٤<sup>(٥)</sup>، والذي نتج عنه وضع اتفاقية عام ١٩٩٧

---

ICJ, Case Concerning Pulp Mills On The River Uruguay, op. cit., para 204, p. 83.

(١) راجع:

Articles (II), (III), (IV), (V), (IX) and (X) of the Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, Adopted by the International Law Association at the fifty-second conference, held at Helsinki in August 1966, Report of the Committee on the Uses of the Water of International Rivers, London, International Law Association, 1967.

وقد عرفت المادة (٩) تلوث المياه بأنه: أية متغيرات ضارة ناشئة عن السلوك الإنساني في التكوين الطبيعي أو محتوى أو جودة المياه في حوض مجرى النهر الدولي.

(٢) راجع:

Rules on Water Pollution in an International Drainage Basin, Sixtieth Report of the International Law Association, Montreal, 1983.

(٣) راجع:

Rules on International Groundwater, adopted by the International Law Association at the Sixty-second Conference Held at Seoul in 1986.

(٤) راجع:

Rules on Water Resources, Seventy-first Report of the International Law Association, 2004.

(٥) راجع:

Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, 1994.

بشأن قانون المجاري المائية الدولية، مقررة مبدأ الاستخدام المنصف للموارد المائية، والالتزام بعدم إحداث ضرر جسيم لها<sup>(١)</sup>.

وقامت لجنة القانون الدولي عام ٢٠٠٨، بوضع مشروع المواد المتعلقة بقانون طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود<sup>(٢)</sup>، الذي أقر أيضاً، على غرار اتفاقية قانون الاستخدامات غير الملاحية للمجاري المائية الدولية، مبدأ الاستخدام المنصف والمعقول للمياه الجوفية العابرة للحدود، واتخاذ التدابير التي تهدف إلى منع وقوع أضرار جسيمة بطبقات المياه الجوفية في الدول الأخرى<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: حماية الهواء:

يعد مجال حماية الهواء والمناخ بشكل عام، من المجالات الحديثة في القانون الدولي للبيئة، ولكنها أصبحت الآن أكثر تطوراً<sup>(٤)</sup>، فحتى عام ١٩٧٩، لم يكن هناك اهتماماً حقيقياً بشأن وضع اتفاقية دولية تهدف إلى وضع قيود على حرية الدول في تقليل الانبعاثات التي تضر بالبيئة<sup>(٥)</sup>.

ويعد تلوث الهواء العابر للحدود واستنفاد طبقة الأوزون وتغير المناخ العالمي من الظواهر المرتبطة ببعضها، سواء من حيث الأسباب المؤدية إليها، أو آثارها الضارة على البيئة، وهي غالباً ما تنتج عن الأنشطة الإنسانية، وتؤدي إلى إحداث خلل جسيم

(١) انظر: اتفاقية قانون الاستخدامات غير الملاحية للمجاري المائية الدولية، اعتمدت في نيويورك، في ٢١ مايو ١٩٩٧، ودخلت حيز النفاذ في ١٧ أغسطس ٢٠١٤.  
(٢) راجع:

ILC, Report of the International Law Commission on the work of its 60<sup>th</sup> Session, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2008), UN Doc A/63/10.

(٣) راجع: المادتين (٤)، (٦) من مشروع المواد المتعلقة بقانون طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود ٢٠٠٨.  
(٤) وتعد البيئة الهوائية ثاني قطاعات البيئة، بعد البيئة المائية، تعرضاً لأخطار التلوث. ويذهب رأي إلى أن "حماية البيئة الهوائية هي الحلقة الأضعف تطوراً في سلسلة تدابير الحماية القائمة حالياً في القانون البيئي". لمزيد من المعلومات عن مفهوم البيئة الجوفية ومصادر تلوثها، راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٢٤٤-٢٦١. راجع أيضاً: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشيد، المرجع السابق، ص ٣٧١.  
(٥) وذلك باستثناء بعض الاتفاقيات التي دعت إلى اتخاذ تدابير عامة لمنع الأضرار البيئية في الفترة السابقة على عام ١٩٧٩. راجع:

Phillipe Sands et al., Principles of International Environmental Law, Third Edition, op. cit., p. 238.

بالنظام الإيكولوجي بأكمله، ولا سيما حياة وصحة الإنسان<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من العلاقة المتداخلة بين تلوث الهواء واستنفاد طبقة الأوزون وتغير المناخ، إلا أن كل منها استلزم معالجة قانونية مستقلة، نظراً لآثارها الخطيرة المتعددة على البيئة.

### (١) تلوث الهواء العابر للحدود:

كان من شأن الثورة الصناعية التي بلغت ذروتها منذ مستهل القرن العشرين، أثرها في تفاقم ظاهرة تلوث الهواء بعيد المدى عبر الحدود الوطنية، والتي نجم عنها نزاعات بين الدول المتجاورة، كان أبرزها قضية التحكيم بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا بصدد مصهر تريل عام ١٩٤١، وإرساء مبدأ من المبادئ الأساسية للقانون الدولي للبيئة، لتقييد حرية الدول في القيام بأنشطة من شأنها إحداث تلوث لبيئة الدول الأخرى<sup>(٢)</sup>.

وفي عام ١٩٦٠، ثبت، بالأدلة العلمية، أن الأضرار الجسيمة التي لحقت بالأهوار والمحيطات في الدول الإسكندنافية نتيجة هطول الأمطار الحمضية، تجد مصدرها في التلوث الناشئ في وسط أوروبا والمملكة المتحدة، أي ما يبعد مئات الكيلومترات عن أماكن وقوع التلوث<sup>(٣)</sup>، وترتب على ذلك، إبرام اتفاقية تلوث الهواء بعيد المدى عبر الحدود لعام ١٩٧٩، بهدف حماية الإنسان والبيئة المحيطة من تلوث الهواء، وأن تسعى للحد من تلوث الهواء، وإن أمكن تقليله تدريجياً ومنعه، بما في ذلك تلوث الهواء بعيد المدى عبر الحدود<sup>(٤)</sup>.

وبالنظر إلى أن هذه الاتفاقية كانت من أوائل الاتفاقيات التي وضعت لحماية الهواء

(١) راجع بشأن الأضرار الجسيمة التي يتعرض لها الغلاف الجوي، على أثر التلوث الناجم بسبب ثاني أكسيد الكربون وزيادة غاز الدفيئة:

Janine Maney, Carbon Dioxide Emissions, Climate Change, and the Clean Air Act: An Analysis of Whether Carbon Dioxide Should Be Listed as Criteria Pollutant, New York University Environmental Law Journal, 2005, p. 298-377.

(٢) راجع ما سبق الإشارة إليه بشأن دور الحكم الصادر في قضية مصهر تريل في إرساء مبدأ عدم الأضرار.

(٣) راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشيد، المرجع السابق، ص ٣٧١-٣٧٢.

ويلاحظ أن مسببات الأمطار الحمضية، ولا سيما أكاسيد الكبريت والنيتروجين، تجد مصدرها في غازات وأدخنة المصانع في ألمانيا وهولندا وفرنسا، حيث تتصاعد إلى طبقات الجو العليا، وتتفاعل مع بخار الماء، وتشكل السحب التي تحملها الرياح لتسقط أمطاراً حمضية على الدول الإسكندنافية، مما ينشأ عنه أضراراً جسيمة للإنسان والبيئة بشكل عام. راجع: د. د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٢٧٤-٢٧٥.

(٤) انظر: المادة (٢) من اتفاقية تلوث الهواء بعيد المدى عبر الحدود لعام ١٩٧٩.

ضد التلوث، ورغبة في وضع صيغة تكون مقبولة للدول، خاصة أنها قد وضعت لتلزم الدول الأوروبية بشكل أساسي<sup>(١)</sup>، فإنها لم تفرض التزامات حاسمة على عاتق الدول الأطراف في منع تلوث الهواء، وإنما اقتصرت فقط على مطالبة الدول بالسعي نحو الحد من تلوث الهواء، أما بالنسبة لتقليل هذا التلوث تدريجياً، وصولاً إلى منعه نهائياً، فإن ذلك يتوقف على قدرة وإمكانية الدولة في القيام بذلك؛ أو بمعنى آخر يتوقف على الاختيار الحر للدولة.

وبالتالي، كانت اتفاقية تلوث الهواء لعام ١٩٧٩ مجرد مرحلة لمزيد من الحماية الدولية ضد أضرار تلوث الهواء، لذلك صدرت ثمانية بروتوكولات مكملة للاتفاقية في الفترة بين عامي ١٩٨٤ و ١٩٩٩، بهدف إلزام الدول الأطراف لتقليل أشكال متعددة من الانبعاثات الملوثة<sup>(٢)</sup>. وعليه، فهي تعد الاتفاقية الإقليمية الوحيدة التي تضم نظاماً قانونياً شاملاً للسيطرة على تلوث الهواء العابر للحدود. فإذا نظرنا إلى الاتفاق الذي اعتمده رابطة دول جنوب شرق آسيا (الآسيان) بشأن التلوث بالضباب العابر للحدود عام ٢٠٠٢، نجده قد اقتصر على تعزيز التعاون بين دول الرابطة، لوضع وتنفيذ تدابير منع تلوث الضباب العابر للحدود، ورصده والتخفيف من آثاره عن طريق التحكم في المصادر الأرضية وحرائق الغابات، لمنع الآثار المدمرة على الإنسان والبيئة<sup>(٣)</sup>.

### استنفاد طبقة الأوزون:

طبقة الأوزون هي إحدى طبقات الغلاف الجوي المتواجدة على مسافة تتراوح بين

- 
- (١) بالإضافة إلى الولايات المتحدة الأمريكية وكندا كأطراف في الاتفاقية.  
(٢) وجاءت البروتوكولات المكملة لاتفاقية تلوث الهواء بعيد المدى عبر الحدود على النحو التالي:
- بروتوكول ١٩٨٤ بشأن التمويل طويل المدى للبرنامج التعاوني لرقابة وتقييم لانبعاثات الهواء طويلة المدى في أوروبا.
  - بروتوكول ١٩٨٥ بشأن تقليل انبعاثات الكبريت أو تدفقها عبر الحدود بنسبة ٣٠ في المائة على الأقل.
  - بروتوكول ١٩٨٨ المتعلق بالتحكم في أكسيد النيتروجين وتدفقه عبر الحدود.
  - بروتوكول ١٩٩١ المتعلق بالتحكم في المركبات العضوية المتطايرة أو تدفقها عبر الحدود.
  - بروتوكول ١٩٩٤ بشأن مزيد من تقليل انبعاثات الكبريت.
  - بروتوكول ١٩٩٨ بشأن المعادن الثقيلة، وصيغته المعدلة لعام ٢٠١٢.
  - بروتوكول عام ١٩٩٨ بشأن الملوثات العضوية الثابتة، وصيغته المعدلة لعام ٢٠٠٩.
  - بروتوكول عام ١٩٩٩ لوقف التخصض، والتتريف والأوزون الأرضي، وصيغته المعدلة لعام ٢٠١٢.
- (٣) دخلت الاتفاقية حيز النفاذ في ٢٥ نوفمبر ٢٠٠٣.

٢٠-٢٥ كيلومتراً من سطح الأرض، وتحتوي على غاز الأوزون الذي تبرز أهميته في منع نفاذ الأشعة فوق البنفسجية إلى سطح الأرض، وفي التحكم في التركيبة الحرارية في الاستراتوسفير (الجزء الأعلى من الغلاف الجوي)<sup>(١)</sup>. ويتم استنفاد طبقة الأوزون بسبب انبعاثات الغازات الخاملة، الناتجة عن الأنشطة الإنسانية، ولا سيما المركبات الكربونية الكلورية Chlorofluorocarbon، والهالون، وأكسيد النيتروجين الناتج عن احتراق الوقود الحفري، وعندما تصل تلك الغازات إلى طبقة الأوزون، تتكسر نتيجة تعرضها للأشعة فوق البنفسجية، مطلقة غازات الكلورين والبرومين، التي تؤدي بالتبعية إلى تكسير جزيئات الأوزون واستنفاده. وتؤدي زيادة معدلات الأشعة فوق البنفسجية إلى إحداث أضرار جسيمة لصحة الإنسان والبيئة البرية والبحرية<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن واضعي اتفاقية تلوث الهواء العابر للحدود، لم يدركوا وقت وضع الاتفاقية عام ١٩٧٩، أن الغلاف الجوي يحتاج إلى حماية شاملة، باعتباره مورداً بيئياً عالمياً. ولكن هذا الأمر تغير جذرياً، منذ بداية الثمانينات من القرن المنصرم، عندما ثبت بالأدلة العلمية أن طبقة الأوزون في طريقها إلى الزوال، مما نبه الدول إلى ضرورة اتخاذ تدابير، تمثلت في تبني اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون عام ١٩٨٥؛ وهي اتفاقية عالمية مفتوحة للتصديق والانضمام أمام كافة الدول.

وتطلبت اتفاقية فيينا أربع فئات من التدابير الملزمة التي يتعين اتخاذها بواسطة الدول الأطراف، وفقاً للآليات المتوفرة لديها، وبحسب إمكانياتها، وبناء على الاعتبارات العلمية والفنية:

أولاً: التعاون المنتظم في إجراء البحوث وتبادل المعلومات.

ثانياً: اتخاذ التدابير التشريعية والإدارية الملزمة والتعاون بشأن تنسيق السياسات الملزمة المتعلقة بمراقبة وتقييد وخفض ومنع الأنشطة الإنسانية التي من المرجح أن يكون لها آثاراً عكسية على البيئة، نتيجة تعديل طبقة الأوزون.

(١) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٢٦٣-٢٦٤.

(٢) راجع:

ثالثاً: التعاون، مع بعضها ومع الجهات الدولية المختصة، بشأن صياغة تدابير وإجراءات ومعايير لتطبيق الاتفاقية.

رابعاً: للدول الأطراف الحرية في إقرار تدابير وطنية إضافية، وفقاً لأحكام القانون الدولي<sup>(١)</sup>.

وجاء بروتوكول مونتريال بشأن المواد المستنفدة لطبقة الأوزون لعام ١٩٨٧، ليعزز تطبيق اتفاقية فيينا، من خلال إضفاء مزيداً من التوضيح على بعض قواعده، حيث كان هذا البروتوكول واضحاً ومباشراً من خلال إقراره لالتزامات محددة، تهدف إلى تقليل استهلاك وإنتاج بعض المواد المستنفدة لطبقة الأوزون، عند مستويات محددة. وقد تم إدخال عدة تعديلات على بروتوكول مونتريال في أعوام ١٩٩٠، و١٩٩٢، و١٩٩٧، لكي يأخذ في اعتباره الاحتياجات التنموية للدول النامية، ويضع جدولاً زمنياً يفرض على الدول الصناعية الكبرى وقتاً محدداً لتقليل استهلاكها وإنتاجها للمواد المستنفدة لطبقة الأوزون عند مستويات محددة<sup>(٢)</sup>.

### تغير المناخ العالمي:

يتحدد مناخ الأرض، بشكل أساسي، نتيجة الوجود الطبيعي لغاز الدفيئة، الذي يتكون من ثاني أكسيد الكربون وبخار الماء والميثان وأكسيد النيتروس وأوزون التروبوسفير. ولغاز الدفيئة أهمية بالغة، تتمثل في امتصاص الأشعة فوق الحمراء، والتقليل من تسرب حرارة الأرض إلى الفضاء الخارجي، ومن ثم المحافظة على درجة حرارة الأرض، عند المعدلات الملائمة. وبدون غاز الدفيئة، فإن درجة حرارة الأرض سوف تصبح أقل بمعدل يزيد عن ٣٠ درجة مئوية، مما يجعلها غير صالحة لحياة الإنسان وسائر الكائنات الحية الأخرى<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: المادتين (٢)، (٤) من اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون، اعتمدت في ٢٢ مارس ١٩٨٥، ودخلت حيز النفاذ في ٢٢ سبتمبر ١٩٨٨.

(٢) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٢٦٧-٢٦٩. راجع أيضاً:

Phillipe Sands et al., Principles of International Environmental Law, Third Edition, op. cit., p. 265-266.

(٣) راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشيدي، المرجع السابق، ص ٢٨١.

ومع ذلك، توقع العلماء، منذ بدايات القرن التاسع عشر، أن يتزايد تركيز غاز الدفيئة بمعدل سريع في الغلاف الجوي، بسبب الأنشطة الإنسانية، مما يؤدي إلى تغيير المناخ العالمي<sup>(١)</sup>، الأمر الذي يمثل تحدياً كبيراً أمام المجتمع الدولي. ومع ذلك، لم تبدأ الخطوات الفعلية، على المستوى الدولي، لمواجهة أزمة تغيير المناخ، إلا منذ منتصف الثمانينات من القرن المنصرم؛ عندما عقد معهد الموارد العالمية مؤتمراً، في مدينة فيلادلفيا بالبنسلفانيا، في أكتوبر ١٩٨٥، لمراجعة البيانات المتعلقة بغاز الدفيئة وتغيير المناخ، وتقييم الأثار المترتبة على ذلك. وجاءت الإحصائيات لتعزو التغيرات الواقعة على طبقة الأوزون وأثر غاز الدفيئة، وغيرها من المخاطر البيئية إلى الأنشطة الإنسانية، وأشارت توقعات العلماء في المؤتمر، إلى أنه بحلول منتصف القرن الواحد وعشرين، سوف يتسبب غاز الدفيئة في زيادة متوسط درجة الحرارة العالمية إلى مستويات أكثر مما كانت عليه من قبل في تاريخ الإنسانية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) ويتزايد غاز الدفيئة في الغلاف الجوي نتيجة زيادة انبعاثات ثاني أكسيد الكربون، للناشئة عن حرق الوقود الحفري اللازم لتوليد الطاقة الكهربائية ووسائل النقل وصناعة السمنت، وغيرها من قطاعات الصناعة، أضف إلى ذلك، زيادة الانبعاثات العالمية من الكلوروفلوروكربون والميثان وأكاسيد النيتروس. راجع:

Brian C. Murray and Heather Hosterman, Climate Change, Cap-and-trade and the Outlook for U.S. Policy, The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Spring 2009, p. 699. See also: David A. Einhorn and R. Alta Charo, Carbon Dioxide and the Greenhouse Effect: Possibilities for Legislative Action, Columbia Journal of Environmental Law, 1986, p. 498-499

(٢) وجاء في النتائج التي توصل إليها معهد الموارد العالمية عام ١٩٨٥، ما يلي:

1. Escalating amounts of dangerous trace gases such as carbon dioxide, nitrous oxide, methane, chlorofluorocarbons (CFCs), and ozone are being found in the troposphere.
2. The dangerous effects of greenhouse gases other than CO<sub>2</sub> on the Earth's climate are nearly as significant as the effects of CO<sub>2</sub>. By the year 2030, CO<sub>2</sub> and other greenhouse gases could double pre-industrial CO<sub>2</sub> levels.
3. The most Advanced general circulation experiments show increases of the mean global equilibrium surfaces temperature of 1.5-4.5 degree Celsius.
4. Although general circulation models are not completely accurate, they have shown that warming may be greater in higher altitudes, especially during late autumn and winter. Annual runoff may increase, causing drought conditions during the summer months. In tropical regions, temperatures will not be as affected, but environmental effects could be equally as devastating.
5. Global warming of 1.5-4.5 degrees would cause sea level to rise 10-140 centimeters.
6. The general circulation models' projected changes to the environment would have substantial and possibly irreversible effects if current trends are not slowed or stopped



وفي أعقاب مؤتمر تورونتو بشأن التغيرات الجوية عام ١٩٨٨، أنشأت المنظمة العالمية للأرصاد الجوية بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة للبيئة، الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، كجهة علمية لتقييم الوضع القائم بشأن تغير المناخ وأثارها البيئية والاقتصادية والاجتماعية. ووضعت الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، بعد مرور عامين من إنشائها، أولى تقاريرها، متضمناً الأسس العلمية التي تدعو الأمم المتحدة إلى ضرورة البدء في إجراء المفاوضات الداعية إلى وضع نظام قانوني دولي بشأن تغير المناخ. كذلك أكدت في تقريرها الصادر عام ٢٠١٣، بأن معدل الاحتباس الحراري في القرن الواحد وعشرين أسرع عشرة مرات مما كان عليه الوضع في الماضي<sup>(١)</sup>.

وبذلت الجمعية العامة جهوداً حثيثة في سبيل وضع اتفاقية دولية لمعالجة مشكلة تغير المناخ، وأصدرت قرارين متتاليين عامي ١٩٨٨ و ١٩٨٩، سلّمت، بموجبهما، بأن تغير المناخ يعد مصدر قلق مشترك للإنسانية، بالنظر إلى أن المناخ شرط أساسي لاستمرارية الحياة على كوكب الأرض، ودعت حكومات الدول والمنظمات الحكومية وغير الحكومية للتعاون، على وجه السرعة، في سبيل وضع اتفاقية إطارية بشأن تغير المناخ<sup>(٢)</sup>.

وتكثفت جهود الجمعية العامة بوضع اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، التي عُرضت للتوقيع خلال مؤتمر ريو<sup>(٣)</sup>. وتشمل الاتفاقية إطاراً قانونياً ملزماً، يضع

---

altogether.” Roberta Dohse, *Global Air Pollution and Greenhouse Effect: Can International Legal Structures Meet the Challenge*, *Houston Journal of International Law*, 1990, p. 200-202.

(١) راجع:

Workshop on the Environment and Vulnerability: The Anthropocene in the time of Trump, Atlanta, Emory University School of Law, April 14-15, 2017.

(٢) قرار الجمعية العامة ٥٣/٤٣، الصادر في ٦ ديسمبر ١٩٨٨، وقرارها ٢٠٧/٤٤ الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٩.

(٣) ويذهب جانب في الفقه إلى أن وصف الاتفاقية بأنها إطارية قد يبدو أمراً مغلوظاً، وذلك للأسباب التالية:

١. فرضت الاتفاقية تعهدات على عاتق الدول بتثبيت غاز الدفيئة عند مستويات آمنة، على المدى البعيد، كما طالبت الدول المتقدمة بخفض غاز الدفيئة وفقاً لأهداف محددة وجدول زمني.
٢. طالبت الدول المتقدمة بإنشاء آلية تمويل لمواجهة التكاليف المتزايدة وتدابير التكيف.
٣. اشتملت على عدداً من المبادئ التوجيهية.
٤. وضعت نظاماً مبتكراً للإنفاذ وتسوية المنازعات. راجع:

Phillipe Sands et al., *Principles of International Environmental Law*, Third Edition, op. cit., p. 276.

المسؤولية الأساسية على عاتق الدول الصناعية، في اتخاذ التدابير الهادفة إلى المحافظة على توازن غاز الدفيئة عند مستويات تحول دون إحداث تغيير في المناخ، بسبب الأنشطة الإنسانية الخطيرة<sup>(١)</sup>.

وفي عام ١٩٩٧، جاء بروتوكول كيوتو بغرض تعزيز تطبيق الاتفاقية، من خلال وضع تعهدات محددة على عاتق الدول المتقدمة لتقليل انبعاثات غاز الدفيئة، ومع ذلك تركزت عدة أمور، لكي يتم التوصل إلى حلول بشأنها في وقت لاحق بواسطة مؤتمر الدول الأطراف، أبرزها: تحديد الآليات المرنة التي أقرها البروتوكول، إنشاء الإجراءات الخاصة بعدم الامتثال، والوقوف على التفاصيل المرتبطة بالتمويل ونقل التكنولوجيا للدول النامية الأطراف في البروتوكول. وبعد مناقشات مستفيضة، نتيجة تعارض المصالح بين عدة كتلتات من الدول، تم التوصل إلى اتفاق مراكش Marrakesh Accords، في نوفمبر ٢٠٠١، الذي وضع القواعد التفصيلية بشأن تنفيذ البروتوكول، مما مهد الطريق نحو دخول البروتوكول حيز النفاذ في فبراير ٢٠٠٥<sup>(٢)</sup>.

وتم تحديد فترة التعهد الأولى لتبدأ عام ٢٠٠٨ وتنتهي عام ٢٠١٢، والتي تضمنت تعهدات على عاتق ٣٧ دولة صناعية، بالإضافة إلى الجماعة الأوروبية، في تخفيض انبعاثات غاز الدفيئة بمعدل يصل إلى ٥ في المائة عن مستويات عام ١٩٩٠<sup>(٣)</sup>.

واجتمع مؤتمر الدول الأطراف، في ٨ ديسمبر ٢٠١٢، لإجراء تعديلات على بروتوكول كيوتو، من خلال وضع فترة تعهد ثانية تبدأ في ١ يناير ٢٠١٣ وتنتهي في ٣١ ديسمبر ٢٠٢٠، والتي تضمنت تعهدات أكثر صرامة من الفترة الأولى، حيث يتعين على الأطراف في فترة التعهد الثانية أن تخفض انبعاثات غاز الدفيئة بنسبة ٢٨ في المائة

(١) المادة (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغيير المناخ.

(٢) راجع بشأن الظروف والأحداث التي أحاطت بوضع بروتوكول كيوتو، والمفاوضات الشرسة التي دارت بين الدول النامية والدول المتقدمة:

Anita M. Halvorsen, The Kyoto Protocol and Developing Countries, The Clean Development Mechanism, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 2005.

(٣) راجع:

Igo Shishlov, Romain Morel and Valentin Bellassen, Compliance of the Parties to the Kyoto Protocol in the Commitment Period, Climate Policy, 2016, p. 769-770.

على الأقل عن مستويات ١٩٩٠<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من أن بروتوكول كيوتو يعد خطوة هائلة في سبيل التحكم ثم القضاء على مؤثرات تغير المناخ، من خلال إقراره لتعهدات محددة بموجب جدول زمني، على عاتق الدول المتقدمة، الأمر الذي ارتأته الدول النامية أمراً عادلاً، لكي تأخذ فرصتها في سبيل تحقيق تنميتها، لا سيما وأن الدول المتقدمة، المساهم الرئيسي في زيادة انبعاثات غاز الدفيئة، قد حصلت، في الماضي، على فرصتها كاملة لتحقيق تنميتها، دون فرض أية قيود بيئية على عاتقها، فضلاً عن أن الدول النامية هي الأكثر عرضة للمخاطر الناشئة عن تغير المناخ، في ظل عدم امتلاكها للقدرات المالية والآليات التكنولوجية التي تمكنها من مواجهتها<sup>(٢)</sup>.

وعلى عكس ذلك، اعتبرت الدول المتقدمة، وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٣)</sup>، أن بروتوكول كيوتو لم يكن منصفاً في حقها، وبررت وجهة نظرها استناداً إلى أن عدم فرض أية تعهدات محددة على عاتق الدول النامية، خاصة تلك التي لديها نسبة انبعاثات عالية، كالهند والصين، لن يساهم فعلياً في خفض الانبعاثات العالمية لغاز الدفيئة، ويؤدي بالتبعية إلى استمرارية تهديد المناخ العالمي<sup>(٤)</sup>.

وترتب على ذلك، عدم تصديق الولايات المتحدة الأمريكية، التي تمثل نسبة انبعاثاتها ربع الانبعاثات العالمية، وأستراليا على البروتوكول، ثم انسحاب كندا واليابان وروسيا من البروتوكول في ديسمبر ٢٠١١، الأمر الذي أضعف إلى حد كبير قدرة بروتوكول كيوتو

(١) ونتيجة ذلك، تفاوتت أعداد الدول التي التزمت بفترة التعهد الثاني؛ فبعض الدول التي صدقت على الالتزام بالفترة الأولى، لم تصدق على الفترة الثانية، ودول أخرى لم تصدق على الالتزام بالفترة الأولى، صدقت على الالتزام بالفترة الثاني، ودول أخرى لم تصدق على الفترة الثانية، ولكنها اتخذت تدابير وطنية تتضمن تعهدات مماثلة لما ورد في تعديلات الدوحة. راجع:

Regina Durr, Beyond Control and Without Fault or Negligence: Why Japan should be Excused from meeting its Kyoto Protocol Obligations, Hastings Law Journal, 2016, p. 505.

(٢) راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشيد، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

(٣) أصدر مجلس الشيوخ الأمريكي القرار Byrd-Hagel بالأغلبية الساحقة لأعضائه، مؤكداً على عدم تصديق مجلس الشيوخ على أية معاهدات تفرض تعهدات بشأن خفض غاز الدفيئة على عاتق الولايات المتحدة الأمريكية، قبل أن يكون هناك تعهدات محددة وفقاً لجدول زمني، بخفض غاز الدفيئة، مقررته على عاتق الدول النامية. راجع:

Greg Kahn, The Fate of the Kyoto Protocol under the Bush Administration, Berkeley Journal of International Law, 2003, p. 550.

(٤) راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشيد، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

على تحقيق أهدافه بالفاعلية المرجوة<sup>(١)</sup>.

وكانت آخر جهود الدول في مجال الحد من تغير المناخ، وما ينتج عنه من آثار خطيرة مدمرة للبشرية جمعاء، هي إبرام اتفاق باريس بشأن تغير المناخ في ١٢ ديسمبر ٢٠١٥، بغرض تعزيز التصدي العالمي لمخاطر تغير المناخ، في سياق التنمية المستدامة، من خلال "الإبقاء على ارتفاع متوسط الحرارة العالمية في حدود أقل بكثير من درجتين مئويتين، فوق مستويات ما قبل الحقبة الصناعية، ومواصلة الجهود الرامية إلى حصر ارتفاع درجة الحرارة، عند حد لا يتجاوز ١,٥ درجة مئوية، فوق مستويات ما قبل الحقبة الصناعية"<sup>(٢)</sup>. وتهدف الاتفاقية، كذلك، إلى تعزيز قدرات الدول على التصدي للآثار الوخيمة لتغير المناخ، من خلال اعتماد نظام للتمويل، واستحداث آليات ووسائل تكنولوجية وتطوير قدرات البنى التحتية، ودعم جهود الدول النامية والأكثر تعرضاً لمخاطر تغير المناخ<sup>(٣)</sup>.

ولا غرو أن مشكلة تغير المناخ العالمي تأتي على رأس الموضوعات التي تهم الدول في الوقت الراهن، فتغير المناخ، الناشئ عن الأنشطة الإنسانية المختلفة، من شأنه أن يتسبب في العديد من الكوارث البيئية التي تهدد بقاء البشرية، منها على سبيل المثال، لا الحصر: ارتفاع منسوب مياه البحر والأعاصير والفيضانات والجفاف. ولا يعترونا أدنى شك بأنه سوف يترتب على وقوع تلك الكوارث، بشكل تدريجي، إحداث أضرار جسيمة للعديد من المناطق والدول حول العالم، ونزوح أعداداً هائلة من الأشخاص خارج ديارهم، ومن ثم تفاقم مشكلة اللجوء البيئي، التي تحتاج بالضرورة إلى معالجة مستقلة. ونتيجة العلاقة الوثيقة بين تغير المناخ والنزوح الجماعي للأشخاص، بسبب الأضرار

<sup>(١)</sup> راجع:

Oleg Karpovich, Global Governance, Past, Present and Future, AuthorHouse, 2013, p. 34.

وقد وصف البعض انسحاب كندا واليابان وروسيا، فضلاً عن عدم تصديق الولايات الأمريكية على البروتوكول، بأنه دفع بالمفاوضات الهادفة نحو خفض انبعاثات غاز الدفيئة، والسيطرة على تغير المناخ إلى طريق مسدود. راجع:

Deepa Badrinarayana, Trading up Kyoto: proposal to amend the protocol, Part I, Boston College Environmental Affairs Law Review, 2014, p. 2.

<sup>(٢)</sup> انظر: المادة ٢(١) من اتفاق باريس ٢٠١٥.

<sup>(٣)</sup> ذات المرجع، المواد (٣) - (٦).

البيئية التي تعزو في المقام الأول إلى تغير المناخ، فإن جانباً من الفقه نادى إلى ضرورة إقرار حماية دولية عاجلة لتلك الفئة من الأشخاص المتضررين، معالجين الموضوع تحت مسمى "لاجئي تغير المناخ"<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: حماية التنوع البيولوجي:

تعد حماية النباتات والحيوانات وموائلها الطبيعية، إلى جانب حفظ وصيانة الاستخدام المستدام للغابات والتربة، من المسائل المترابطة ببعضها فيما يتعلق بحماية التنوع البيولوجي، ومع ذلك تعددت الاتفاقيات التي عالجت كل مسألة من تلك المسائل، نظراً للاختلاف في الوسائل والآليات القانونية التي تنتهجها كل اتفاقية في سبيل تحقيق أهدافها. والحقيقة أن التنوع البيولوجي لازال في حالة تدهور، تندر بضرورة اتخاذ مزيداً من التدابير العاجلة، ففي عام ٢٠١٤، جاء الإصدار الرابع من التوقعات العالمية للتنوع البيولوجي، الذي تم إقراره رسمياً في الاجتماع الثاني عشرة لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية التنوع الإحيائي، ليؤكد على أنه لازال هناك ضغوطاً شديدة تقف حائلاً في طريق المحافظة على التنوع البيولوجي، مؤكدة أن حالة التنوع البيولوجي سوف تستمر في التدهور حتى عام ٢٠٢٠، بسبب الضغوط المستمرة على الأراضي الرطبة والأنهار والغابات<sup>(٢)</sup>.

وهناك ثلاثة أسباب رئيسية تدعو إلى إقرار حماية دولية للتنوع البيولوجي:  
أولاً: يعد التنوع البيولوجي مصدراً هاماً للغذاء والمنتجات الصيدلانية والعديد من

<sup>(١)</sup> راجع بشأن استخدام بعض الكتاب لاصطلاح "لاجئي تغير المناخ" عوضاً عن اصطلاح "لاجئي البيئة":

Issa Ibrahim Berchin, Isabela Blasi Valsuga, Jessica de Andrade Guerra Garcia and Jose Baltazar Salgueirinho Osorio, Critical Review: Climate Change and Forced migrations: An Effort Towards Recognizing Climate Refugees, Elsevier Ltd., August 2017.

See also: Xing-Yin Ni, A Nation Going Under: Legal Protection for "Climate Change Refugees", Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 32, Issue 2, 2015, p, 329-366.

See also: Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit.

See also: Betsy Hertmann, Rethinking Climate Refugees and Climate Conflict: Rhetoric, Reality and the Politics of Policy Discourse, Journal of International Development, Vol. 22, Issue 2, March 2010, p. 233-246.

<sup>(٢)</sup> راجع: التوقعات العالمية للتنوع البيولوجي-الإصدار الرابع، تقييم منتصف المدة للتقدم المحرز نحو تنفيذ الخطة الاستراتيجية للتنوع البيولوجي ٢٠١١-٢٠٢٠، أمانة الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي، ٢٠١٤، ص ١٠-١٦.

الاستخدامات الصناعية.

ثانياً: يساهم التنوع البيولوجي في صيانة المحيط الحيوي، لكي يكون صالحاً لدعم حياة الإنسان، والكائنات الحية الأخرى.

ثالثاً: يعد التنوع البيولوجي أمراً جديراً بالحماية لأسباب أخلاقية وجمالية<sup>(١)</sup>.

وفيما يلي نوضح أبرز العناصر البيئية اللازم حمايتها للمحافظة على التنوع الإحيائي:

### (١) النباتات والحيوانات:

ترجع الجهود الدولية في حماية الحياة البرية إلى القرن الواحد وعشرين، وبالرغم من ذلك، لم يكن للاتفاقيات الدولية التي صدرت في تلك الفترة تأثيراً واضحاً، إما بسبب تغطيتها لأنواع محدودة من الكائنات الحية، أو تحديد نطاق تطبيقها من حيث المكان، أو لقلة أعداد الدول الأطراف الملتزمة بها، ومن أبرز تلك الاتفاقيات: اتفاقية حفظ الحيوانات البرية والطيور والأسماك في أفريقيا عام ١٩٠٠، واتفاقية حفظ الطيور المفيدة للزراعة لعام ١٩٠٢، واتفاقية حفظ وحماية حيوان الفقمة، المبرمة بين المملكة المتحدة وروسيا والولايات المتحدة الأمريكية واليابان لعام ١٩١١.

ثم توسعت الدول في إقرارها للحماية الدولية، لتعتمد اتفاقيات منها: الاتفاقية المتعلقة بحفظ النباتات والحيوانات في وضعها الطبيعي لعام ١٩٣٣، والاتفاقية الدولية بشأن حماية الطيور لعام ١٩٥٠.

وفي مجال حماية الموائل الطبيعية، تم اعتماد اتفاقية رامسار بشأن الأراضي الرطبة ذات الأهمية الدولية في ٢ فبراير ١٩٧١<sup>(٢)</sup>، بهدف المحافظة على المناطق الرطبة وضمان استخدامها المستدام، للحد من عملية فقدان الأراضي الرطبة، وتعزيز المهام الإيكولوجية الأساسية للأراضي الرطبة، وتنمية قدراتها الاقتصادية<sup>(٣)</sup>.

وجاء اتفاق التجارة الدولية في الأنواع المهددة بالانقراض من الحيوانات والنباتات

(١) راجع:

Philippe Sands et al., Principles of International Environmental Law, Third Edition, op. cit., p. 450.

(٢) دخلت حيز النفاذ في ٢١ ديسمبر ١٩٧٥، وتم تعديلها بموجب بروتوكول باريس في ٣ ديسمبر ١٩٨٢، ثم تعديلات ريجينا في ٢٨ مايو ١٩٧٨.

(٣) انظر: ديباجة اتفاقية الأراضي الرطبة ذات الأهمية الدولية لعام ١٩٧١.

البرية، بغرض حماية أنواع معينة من النباتات والحيوانات البرية، من خلال تنظيم عملية الإتجار الدولي بها<sup>(١)</sup>.

كذلك، وضعت عدة اتفاقيات بشأن حماية الأنواع المهاجرة، منها: اتفاقية بون بشأن حفظ الأنواع المهاجرة من الحيوانات البرية لعام ١٩٧٩، والاتفاقية المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال<sup>(٢)</sup>.

وتبدو أهمية إقرار اتفاقية دولية لحماية الأنواع المهاجرة في أنها معرضة بشكل خاص للمخاطر، بغض النظر عما إذا كانت هجرتها ناشئة عن التغير في الفصول، أو إذ كانت تلك الهجرة تتم من خلال البر أو البحر أو الجو. وقد أكدت دراسة نشرها برنامج الأمم المتحدة بالتعاون مع سكرتارية اتفاقية حفظ الأنواع المهاجرة من الحيوانات البرية عام ٢٠٠٦، أن أثر تغير المناخ سوف يكون أشد وطأة على الأنواع المهاجرة عن غيرها من الكائنات الحية الأخرى، بسبب إضراره بموائلها الطبيعية، وانخفاضه من مصادر غذائها الأساسية، وتأثيره سلباً على النظام البيولوجي الخاص بتكاثرها، ويزيد من إمكانية تعرضها للأمراض. ولا تقتصر الأضرار التي تتعرض لها الأنواع المهاجرة على الظروف المناخية أو ندرة الطعام والشراب، وإنما تمتد لتشمل أيضاً أساليب الصيد غير المستدامة التي تتعرض لها أثناء هجرتها<sup>(٣)</sup>.

وتعد أبرز اتفاقية دولية في مجال الحفاظ على النباتات والحيوانات وغيرها من الكائنات الحية، هي اتفاقية التنوع البيولوجي التي اعتمدت في يونيو ١٩٩٢، ودخلت حيز النفاذ في ٢٩ ديسمبر ١٩٩٣، لأنها على خلاف الاتفاقيات السابقة لم تركز على حماية فئات محددة من الأنواع البيولوجية أو أنظمة إيكولوجية معينة، وإنما استهدفت صيانة التنوع البيولوجي بكافة عناصره، على نحو قابل للاستمرار، وبناء على تقاسم عادل

(١) اعتمد في ٣ مارس ١٩٧٣، ودخل حيز النفاذ في ١ يوليو ١٩٧٥.

(٢) اعتمدت في ٤ ديسمبر ١٩٩٥، ودخلت حيز النفاذ في ١١ ديسمبر ٢٠٠١.

(٣) راجع:

Migratory Species and Climate Change, Impacts of a Changing Environment on Wild Animals, Published by the United Nations Environment Programme (UNEP) and the Secretariat of the Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS), 21 November 2016, p. 8-63.

ومنصف للمنافع الناشئة عن استخدامها<sup>(١)</sup>.

وفي عام ٢٠٠٢، أصدر مؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي، توجيهات بون، بغرض مساعدة الحكومات في تطوير تشريعاتها الوطنية والإقليمية، والآليات الأخرى التي تكفل الوصول العادل للموارد الجينية وتقاسم المنافع الناشئة عنها<sup>(٢)</sup>.

وجاء بروتوكول ناجويا التابع لاتفاقية التنوع البيولوجي عام ٢٠١٠، ليهتم بشكل أساسي بالمسائل الإجرائية المتعلقة بالوصول إلى الموارد الجينية والتقاسم العادل والمنصف للمنافع الناشئة عن استخدامها، فعلى سبيل المثال، نص البروتوكول على أن الوصول إلى الموارد الجينية، يتوقف على موافقة مستنيرة من الدولة المانحة، وأن التدابير التشريعية والإدارية، يتعين أن تكون فعالة قانوناً، من خلال استئذامها صدور قرارات مكتوبة من السلطات المختصة، وضرورة إصدار التراخيص أو الشهادات اللازمة<sup>(٣)</sup>.

وبالرغم من أهمية التطور العلمي في مجال التكنولوجيا الحيوية، نظراً لفوائدها المتعددة في المجالات الطبية والزراعية والغذائية، إلا أن من شأنها، مع ذلك، أن تمثل تهديدات خطيرة على التنوع البيولوجي. لذلك، جاء بروتوكول قرطاجنة بشأن السلامة الإحيائية عام ٢٠٠٠، لاتخاذ النهج التحوطي، الذي تم إقراره في إعلان ريو، بهدف "المساهمة في ضمان مستوى ملائم من الحماية في مجال أمان نقل، ومناولة واستخدام الكائنات الحية المحورة الناشئة عن التكنولوجيا الأحيائية الحديثة التي يمكن أن تترتب

(١) انظر الديباجة والمادة (١) من اتفاقية التنوع البيولوجي لعام ١٩٩٢.

ولمزيد من الاطلاع على أهداف التنوع البيولوجي، راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدرس فلاح الرشيد، المرجع السابق، ص ٤٠٥-٤١٣.

(٢) راجع:

Andriana Casas, Prior Informed Consent in the Conservation of Biological Diversity-Bonn Guidelines: National Implementation in Colombia, Sustainable Development Law Policy, 2004, p. 27-28.

(٣) انظر المادتين (٤)، (٥) من بروتوكول ناجويا بشأن الوصول إلى الموارد الجينية والتقاسم العادل والمنصف للمنافع الناشئة

عن استخدامها، اعتمد في ٢٠ أكتوبر ٢٠١٠، ودخل حيز النفاذ في ١٢ أكتوبر ٢٠١٤.

وبالرغم من أن صيغة الاتفاقية بشوبها بعض الغموض والإبهام، إلا أن الاتفاقية ل

لديها القدرة بأن تصبح أداة فعالة غي سبيل التطبيق المتوازن لأهداف اتفاقية التنوع الإحيائي.



عليها آثار ضارة على حفظ واستدامة التنوع البيولوجي، مع مراعاة المخاطر على صحة الإنسان أيضاً، ومع التركيز بصفة خاصة على النقل عبر الحدود<sup>(١)</sup>.

علاوة على ما سبق، هناك أيضاً العديد من الاتفاقيات الإقليمية التي تهدف إلى صيانة التنوع البيولوجي، نذكر منها: الاتفاقية الإفريقية لحفظ الطبيعة والموارد الطبيعية لعام ١٩٦٨، والتي تم تعديلها في ١١ يوليو ٢٠٠٣، واتفاق لوساكا بشأن التعاون في عمليات إنفاذ تدابير مكافحة الإتجار غير المشروع في الحيوانات والنباتات البرية لعام ١٩٩٤، واتفاقية برن بشأن حفظ الحياة البرية الأوروبية وموائلها الطبيعية لعام ١٩٧٩، واتفاقية بنلوكس بشأن حفظ الطبيعة والمناظر الطبيعية لعام ١٩٨٢.

### الغابات:

تبرز أهمية الغابات من عدة نواحي: فهي تعد موئلاً طبيعياً للعديد من الكائنات الحية، في سبيل المحافظة على التنوع البيولوجي، وتقوم بوظيفة هامة في امتصاص الكربون من الهواء، وتساهم في صيانة وتعزيز جودة التربة.

وبرزت الجهود الدولية لمعالجة مشكلة الغابات بسبب تناقصها المستمر في الدول النامية، لا سيما بالنظر إلى مساهمتها الجوهرية في الحفاظ على النظام الإيكولوجي، وتحديد التنوع البيولوجي وتوازن المناخ<sup>(٢)</sup>. لذلك وضعت عدة اتفاقيات لتنظيم عملية قطع أشجار الغابات الاستوائية، كان آخرها اتفاقية الغابات الاستوائية لعام ٢٠٠٦، بهدف تعزيز التجارة الدولية في الأشجار الاستوائية من غابات يتم إدارتها بطريقة مستدامة<sup>(٣)</sup>.

كذلك أقرت الدول الأعضاء في جماعة تنمية الجنوب الإفريقي بروتوكول الغابات في ٣ أكتوبر ٢٠٠٣، بهدف وضع إطاراً سياسياً لإدارة وحماية الغابات، من خلال وضع

(١) انظر: المادة (١) من بروتوكول قرطاجنة بشأن السلامة الإحيائية التابع للاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي، اعتمدت في ٢٩ يناير ٢٠٠٠، ودخلت حيز النفاذ في ١١ سبتمبر ٢٠٠٣.

(٢) وبما أن الغابات تساهم بفاعلية في إحداهن الاستقرار المناخي وتحافظ على التنوع البيولوجي، فإن هذا الأمر قد منح الدول النامية التي تمتلك مساحات شاسعة من الغابات، ثقلاً خلال عملية المفاوضات الدولية المتعلقة بوضع الاتفاقيات الهادفة نحو حفظ وصيانة الغابات. راجع:

Philippe Sands et al., Principles of International Environmental Law, Third Edition, op. cit., p. 450.

(٣) انظر المادة (١) من اتفاقية الأشجار الاستوائية، اعتمدت في ١ فبراير ٢٠٠٦ ودخلت حيز النفاذ في ٧ ديسمبر ٢٠١١.

مبادئ توجيهية وتشجيع سياسات وبرامج التنمية المستدامة للغابات<sup>(١)</sup>. وهناك أيضاً الاتفاقية الإقليمية لإدارة وحفظ الأنظمة الإيكولوجية الطبيعية للغابات وتنمية تشجير الغابات لعام ١٩٩٣، المطبقة في النطاق الإقليمي لأمريكا الوسطى، وذلك بهدف تعزيز التدابير الوطنية والإقليمية بشأن الإدارة المستدامة للغابات. أخيراً، برز دور المنظمات غير الحكومية من خلال إنشاء مجلس الإشراف على الغابات Council Forest Stewardship عام ١٩٩٢، كرد فعل للمخاوف الناشئة عن إزالة الغابات، بشكل مستمر، في كافة أنحاء العالم<sup>(٢)</sup>.

### التربة:

للتربة أهمية عظيمة، تستوجب إقرار حماية دولية، وتبرز مزايا التربة من عدة نواحي: فهي من ناحية، تعتبر أساس الإنتاج الزراعي، الذي يعد أحد المصادر الرئيسية للغذاء، ومن ناحية ثانية، تسمح بتخزين المياه وتنقية الكربون وتحويل النيتروجين، وأخيراً، تمثل موئلاً طبيعياً لبعض الكائنات الحية.

وتتعرض التربة للتدهور بسبب عدة عوامل، منها: تآكل التربة أو التعرية، فقدان المواد العضوية، زيادة الملوحة، انهيار التربة، والتلوث، ومن شأن كل هذه العوامل أن يكون لها أثراً سلبياً، ليس على صحة الإنسان فحسب، وإنما أيضاً على المناخ والنظام البيئي<sup>(٣)</sup>.

وقد انتهت دراسة تم إجرائها، تحت إشراف برنامج الأمم المتحدة للتنمية، إلى أن هناك حوالي ١,٢ مليار هكتار، أي ما يمثل ١١ في المائة من إجمالي المساحة المزروعة على الكرة الأرضية، تعاني من تدهور التربة. وبناء على هذه الدراسة، فإن تدهور التربة ينقسم إلى أربع درجات، من حيث جسامتها:

- التدهور البسيط: وهي تربة صالحة للزراعة، ولكن مع بعض الانتقاص من

(١) انظر المادة (٤) من بروتوكول الغابات، الذي دخل حيز النفاذ في ١٧ يوليو ٢٠٠٩.

(٢) راجع بشأن جهود مجلس الإشراف على الغابات:

Klaus Dingwerth, North-South Parity in Global Governance: The Affirmative Procedures of the Forest Stewardship Council, Global Governance, 2008, p. 53-72.

(٣) راجع:

Ulrich Beyerlin and Thilo Marauhn, op. cit., p. 206.

قدرتها الإنتاجية، ويمكن استعادة كامل قدرتها الإنتاجية، عن طريق إجراء بعض التعديلات الطفيفة على نظام إدارتها.

- التدهور المتوسط: التربة لا تزال صالحة للزراعة، ولكن مع وجود نقصان جوهري في قدرتها الإنتاجية، وتحتاج بالتالي إلى إجراء العديد من التعديلات على نظام إدارتها لاستعادة قدرتها الإنتاجية.

- التدهور الحاد: التربة غير صالحة للزراعة، ولكن يمكن استعادتها مع إجراء عدة تعديلات جوهريّة ذات تكاليف باهظة.

- التدهور المفرط: التربة غير صالحة للزراعة، ويستحيل استعادتها<sup>(١)</sup>.

وكانت بداية محاولات حماية التربة من خلال اتفاقية رامسار عام ١٩٧١، بهدف صيانة الأراضي الرطبة، باعتبارها موئلاً للطيور المهاجرة. وبالتأكيد، لم تكن هذه الاتفاقية كافية لتوفير الحماية الدولية المرجوة للتربة ضد مخاطر التدهور والتصحر، لذلك كثفت الدول جهودها في سبيل اجتناب جذور تلك المخاطر، وتكثفت جهودها في نهاية المطاف بإقرار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو من التصحر، وبخاصة في أفريقيا لعام ١٩٩٤، وتهدف تلك الاتفاقية إلى مكافحة التصحر عن طريق اتخاذ كافة التدابير الفعالة، وتعزيز التعاون الدولي، بغية تحقيق التنمية المستدامة في المناطق المتأثرة. ويستلزم ذلك بالتبعية، تطبيق استراتيجيات طويلة الأجل لتحسين إنتاجية الأراضي المتأثرة<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فإنه نتيجة وجود قصور في تطبيق الاتفاقية، قام مؤتمر الدول الأطراف في اجتماعه السابع، عام ٢٠٠٥، بإنشاء "التحالف الجديد لمكافحة تدهور الأرض في إفريقيا" بهدف تعزيز الشراكة والإجراءات الجماعية في معالجة تدهور الأراضي<sup>(٣)</sup>. وفي عام

<sup>(١)</sup> راجع:

L. R. Oldeman, Global Assessment of Soil Degradation (GLASOD), UNEP and ISRIC, in cooperation with STIBOKA-FAO-ISSS-ITC, International Soil Reference and Information Centre, Washington, April 1988, p. 5.

<sup>(٢)</sup> انظر المادة (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو من التصحر، وبخاصة في أفريقيا لعام ١٩٩٤.

<sup>(٣)</sup> راجع:

٢٠٠٧، قرر مؤتمر الدول الأطراف وضع "الخطة وإطار العمل الاستراتيجيان للسنوات العشر من أجل تعزيز تنفيذ الاتفاقية (٢٠٠٨-٢٠١٨)"<sup>(١)</sup>.

كذلك، أقرت المادة (٦) من الاتفاقية الإفريقية لحفظ الطبيعة والموارد الطبيعية لعام ٢٠٠٣، الحماية للأرض والتربة، حيث فرضت التزامات على عاتق الدول الأطراف بإنشاء استراتيجيات متكاملة طويلة الأجل لحفظ موارد الأرض وإدارتها بطريقة مستدامة.

### المطلب الثالث

#### حماية البيئة في زمن النزاعات المسلحة

لم يكن موضوع حماية البيئة في زمن النزاعات المسلحة من الموضوعات التي نالت اهتماماً خاصاً من الدول، عندما عقدت العزم على وضع قواعد وأحكام تنظم سلوك المتحاربين أثناء النزاعات المسلحة، نظراً إلى أن الإضرار التي تلحق بالبيئة أثناء النزاعات المسلحة، غالباً ما تكون أمراً عرضياً للعمليات العسكرية التي تقوم بها الأطراف المتحاربة.

ومع ذلك، نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي، الذي أدى إلى ابتكار أنواع غير تقليدية من الأسلحة، من شأنها إلحاق أذى جسيم بالأشخاص والممتلكات، فضلاً عن عدم تمييزها بين المتحاربين والمدنيين، وإمكانية استمرار أثارها السلبية لفترات طويلة، حتى بعد انتهاء النزاع المسلح، اهتمت الدول بإقرار قواعد من شأنها تقييد أو تحريم استخدام تلك الأسلحة، نظراً لآثارها السلبية على المدنيين والممتلكات، ولعدم وجود تناسب بين استخدام تلك الأسلحة، والغاية العسكرية التي يهدف المتحاربين إلى تحقيقها<sup>(٢)</sup>. لذلك كانت مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني في بادئ الأمر كفيلاً، بشكل غير مباشر،

---

Summary of the Seventh Conference of the Parties to the Convention to Combat Desertification, Earth Negotiations Bulletin, Vol. 12, No. 186, 31 October 2005, p. 7.  
(١) راجع:

Decision 3/COP.8, The 10-year Strategic Plan and Framework to Enhance the Implementation of the Convention (2008-2018), Report of the Conference of the Parties on its Eighth Session, ICCD/COP(8)/16/Add/1, 23 October 2007, p. 8-27.

(٢) هناك العديد من الاتفاقيات التي وضعت قيود على حرية المتحاربين في استخدام الأسلحة أو بعض الوسائل العسكرية، منها: اتفاقية لاهاي لعامي ١٨٦٤ و١٩٠٧ بشأن احترام قوانين وأعراف الحرب البرية، حيث جاء في الاتفاقيتين أنه "ليس للمتحاربين حق مطلق في اختيار وسائل إلحاق الضرر بالعدو" (المادة ٢٢).

نحو إقرار حماية ملائمة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة؛ بمعنى أن حماية البيئة تستخلص ضمناً من البنود المتعلقة بتنظيم وسائل الحرب، وأثر النزاع المسلح على الأهداف والممتلكات المدنية<sup>(١)</sup>.

وبسبب الممارسات التي استهدفت الإضرار بالبيئة بشكل مباشر أثناء النزاعات المسلحة، إما لتحقيق ميزة عسكرية أو على سبيل الانتقام من الطرف الآخر في النزاع<sup>(٢)</sup>، كما كان الوضع في حرب فيتنام وحرب الخليج الأولى والحرب اللبنانية الإسرائيلية<sup>(٣)</sup>، سعت الدول إلى إقرار أنظمة قانونية لحماية البيئة بشكل مباشر في زمن النزاعات المسلحة<sup>(٤)</sup>.

وبناء على ذلك، فإنه يمكن تقسيم الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة إلى ثلاثة فئات رئيسية: الأولى تشمل نصوصاً تقرر حماية مباشرة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة، والثانية تشمل المبادئ العامة للقانون الدولي الإنساني القابلة للتطبيق في إطار حماية البيئة في زمن النزاعات المسلحة، والثالثة تشمل نصوصاً تقرر حماية غير مباشرة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة.

### أولاً: الحماية المباشرة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة:

يوجد وثيقتان رئيسيتان، على المستوى الدولي، أقرتا الحماية المباشرة للبيئة في زمن

(١) ويذهب جانب في الفقه إلى أن الحماية المقررة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة، سواء بشكل مباشر وغير مباشر، هي حماية غير كافية، الأمر الذي يستدعي بذل مزيداً من الجهد لإقرار حماية ملائمة للبيئة إبان النزاعات المسلحة. راجع:

Michael Bothe, Carl Bruch, Jordan Diamond, and David Jensen, International Law Protecting the Environment During Armed Conflict: Gaps and Opportunities, International Review of the Red Cross, Vol. 92, No. 879, September 2010, P. 570.

(٢) راجع: استاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١٠٧-١٠٩.

(٣) راجع ما سبق أن تناولناه بشأن الاستهداف المباشر للبيئة أثناء النزاعات المسلحة في المطلب الثاني من المبحث الثالث للفصل الأول.

(٤) ويذهب رأي إلى أن القانون الدولي الإنساني يعد المصدر الرئيسي لإقرار الحماية الملائمة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة، حيث يقول إنه "لا غرو-والحال كذلك-أن تشكل أحكام القانون الدولي الإنساني في تطوره المعاصر، المصدر الرئيسي والفعال في صدد توفير الحماية القانونية اللازمة للبيئة الطبيعية والمحافظة على مواردها وثرواتها في أوقات الحروب والنزاعات. وتتجلى أسانيد الحماية الدولية للبيئة في مثل هذه الظروف وتلك الأحوال في العديد من الوثائق والاتفاقيات المكونة للقانون الدولي الإنساني، سواء فيما نصت عليه بعض أحكام هذا القانون-في صراحة ووضوح تامين-من وجوب حماية البيئة الطبيعية إبان النزاعات المسلحة، أو فيما أشار إليه البعض الآخر من هذه الأحكام من حظر أو تقييد استخدام وسائل وأساليب معينة أثناء احتدام القتال المسلح وضرورة اتخاذ إجراءات واحتياطات معينة فيما يتعلق بالأعيان والمنشآت المدنية، ولا سيما منها تلك المنشآت ذات الطبيعة الخاصة، وهو ما ينطوي بطريقة غير مباشرة-على حماية البيئة الطبيعية وعدم تعرضها للضرر. راجع: د. أحمد عبد الوئيس شتا، المرجع السابق، ص ٣٤.

النزاعات المسلحة؛ هما: اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام ١٩٧٦، والبروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧، الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩.

(١) اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام ١٩٧٦:

تم إبرام هذه الاتفاقية كرد فعل مباشر لتقنيات التعديل في البيئة التي انتهجتها القوات الأمريكية خلال حرب فيتنام، لتحويل البيئة إلى سلاح، بغية تحقيق نصر عسكري، الأمر الذي نجم عنه معاناة إنسانية هائلة، وإلحاق أضرار جسيمة طويلة الأجل بالبيئة<sup>(١)</sup>.

وتطلبت الاتفاقية من أطرافها عدم استخدام تقنيات التغيير في البيئة ذات الآثار واسعة الانتشار أو طويلة البقاء أو الشديدة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى كوسيلة لإلحاق الدمار أو الخسائر أو الأضرار بأية دولة أخرى<sup>(٢)</sup>. ويلاحظ على هذه الاتفاقية ما يلي:

- تحظر الاتفاقية استعمال تقنيات التغيير في البيئة، ولا يدخل ضمن هذا الحظر التهديد باستعمال تقنيات البيئة، أو البحوث المتعلقة بتلك التقنيات.
- تحظر الاتفاقية استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأي غرض عدائي آخر، وبالتالي، فإن الحظر لا يشمل تغييرات البيئة الناشئة بشكل غير مباشر عن وسائل الحرب التقليدية، أو أسلحة الدمار الشامل.
- لا تمنع الاتفاقية استخدام تقنيات التعديل في البيئة للأغراض السلمية<sup>(٣)</sup>.

البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، لعام ١٩٧٧:

كان من شأن الآثار الجسيمة التي أصابت البيئة، بسبب الوسائل والتقنيات المستخدمة أثناء النزاعات المسلحة، أن لفتت انتباه الدول إلى ضرورة إقرار مزيد من الحماية للبيئة في زمن النزاعات المسلحة، الأمر الذي تمثل في إدراج مادتين في البروتوكول الإضافي

(١) راجع: أحمد حميد عجم البديري، المرجع السابق، ص ٣٣-٣٤.

(٢) انظر المادة (١) من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام ١٩٧٦.

(٣) راجع: أحمد حميد عجم البديري، المرجع السابق، ص ٣٤-٣٥.

الأول من اتفاقيات جنيف.

فجاءت المادة ٣٥(٣) لتتص على أنه "يحظر استخدام وسائل أو أساليب للقتال، يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الأمد".

وجاءت المادة (٥٥) لتتص على أن "١. تراعى أثناء القتال حماية البيئة الطبيعية من الأضرار البالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد. وتتضمن هذه الحماية حظر استخدام أساليب أو وسائل القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية، ومن ثم تضر بصحة أو بقاء السكان.

٢. تحظر هجمات الردع التي تشن ضد البيئة الطبيعية".

والفكرة المشتركة بين المادتين السابقتين، هي حظر العمليات العسكرية التي قد تسبب أضراراً بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الأمد للبيئة الطبيعية. وبالرغم من أهمية تطبيق الأحكام الواردة في المادتين بشكل عام، فإنه يزال ثمة غموض حول درجة الضرر البيئي التي تمثل انتهاكاً لأحكام القانون الدولي، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن الشروط الثلاثة المنصوص عليها، هي شروط تراكمية، بمعنى أنه لكي يمثل الضرر البيئي مخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني، فإنه يتعين أن يكون الضرر البيئي بالغ وواسع الانتشار وطويل الأمد في آن واحد. ويزيد من هذا الغموض عدم إيراد البروتوكول لتعريفات محددة للمقصود باصطلاحات "بالغ وواسع الانتشار وطويل الأمد"<sup>(١)</sup>.

وقد ذهب جانب في الفقه إلى أن المادتين ٣٥(٣) و(٥٥) لم يفرضا قيوداً حقيقية على عائق الدول التي تشن حرباً تقليدية، ويبدو أن قواعدهما موجهة في المقام الأول لصناع القرار، بهدف الحد من استخدام وسائل الحرب غير التقليدية، مثل الاستخدام المكثف لمبيدات الأعشاب والعوامل الكيميائية التي يمكن أن تسبب أضراراً بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الأمد للبيئة الطبيعية<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع:

Protecting the Environment during Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law: Global Environmental Law Annual, 2013, p. 194.

(٢) راجع:

ولا غرو-والحال كذلك-أن أهمية الأحكام الواردة في المادتين السابقتين، وفعالية الحماية التي توفرهما في الممارسة العملية تبدو محدودة، إذا ما تمت مقارنتهما بما أقرته المادة ١(١) من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام ١٩٧٦، والتي قررت أن انتهاك الدول الأطراف للاتفاقية يتحقق إذا تم "استخدام تقنيات التغيير في البيئة ذات الآثار الواسعة الانتشار أو الطويلة البقاء أو الشديدة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى كوسيلة لإلحاق الدمار أو الخسائر أو الأضرار بأية دولة طرف أخرى؛" وبعبارة أخرى، فإنه يكفي تحقق شرط واحد وفقاً لاتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لارتكاب الانتهاك، وذلك بخلاف البروتوكول الإضافي الأول الذي يتطلب تحقق الشروط الثلاثة مجتمعة، الأمر الذي يتعذر تحقيقه من الناحية الواقعية.

### ثانياً: المبادئ العامة لحماية البيئة في زمن النزاعات المسلحة:

تعد المبادئ العامة للقانون الدولي الإنساني من المصادر المستقلة التي تكمل وتدعم مختلف صكوك القانون الدولي الإنساني، وتطبق بالتالي على جميع البلدان<sup>(١)</sup>. ويتعين الانتباه إلى أهمية شرط مارتنز Martens Clause، وهو حكم عام اعتمد للمرة الأولى في مؤتمر لاهاي لعام ١٨٩٩، وورد بعد ذلك في ديباجة اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧<sup>(٢)</sup>. ويهدف شرط مارتنز إلى مد نطاق المعايير التي تحكم سلوك المتحاربين أثناء النزاعات المسلحة إلى أكثر مما هو منصوص عليه في المعاهدات الدولية المطبقة، إذ ينص على "أنه في حالة عدم وجود قاعدة معينة في القانون التعاهدي، يظل المتحاربون في حمي وتحت سلطة القانون العرفي ومبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام"<sup>(٣)</sup>.

---

Carson Thomas, Advancing the Legal Protection of the Environment in Relation to Armed Conflict: Protocol I's Threshold of Impermissible Environmental Damage and Alternatives, Nordic Journal of International Law, 2013, p. 90.

(١) راجع:

Protecting the Environment during Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law, op. cit., p. 195.

(٢) أساس هذا الشرط هو اقتراح لدبلوماسي روسي. راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٨١٢-٨١٣.

(٣) راجع:



ولا غرو أن شرط مارتنز قد أضفى على القانون الدولي الإنساني معياراً قانونياً مرناً غير مقيد من حيث الزمان، مما أرسى مبادئ أساسية تتجاوز تلك المقررة في الاتفاقيات الدولية المكتوبة، الأمر الذي يسمح بالتطور المستمر للقواعد بحسب الحاجة لتحقيق المصلحة المشتركة للإنسانية، بسبب التطور العلمي والتكنولوجي والعسكري والاجتماعي والتاريخي، ويتوافق بالتبعية مع الغرض الأساسي للقانون الدولي الإنساني، وهو المحافظة على الإنسانية. وهذا المعنى أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها<sup>(1)</sup>.

وعليه، فإن شرط مارتنز يمكن فهمه على أنه يقر، من ناحية أولى، فكرة أن القانون الدولي العرفي يظل سارياً طالما أنه لم يتم تعديله أو إلغاؤه بموجب الاتفاقيات الدولية، ويؤكد من، ناحية ثانية، أن المبادئ العامة الدولية يمكن أن تكون مصدراً لقواعد قانونية جديدة عندما تتطور وسائل وأساليب جديدة للحرب في المستقبل<sup>(2)</sup>.

ويتمتع شرط مارتنز، الذي يطبق في وقت السلم ووقت النزاعات المسلحة على حد سواء، بأهمية خاصة في مجال حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة، نظراً إلى أن القواعد القانونية الدولية الحالية المطبقة أثناء النزاعات المسلحة لا تتضمن سوى بضعة مبادئ تهدف إلى حماية البيئة. لذلك، فإنه يمكن الاستناد إلى شرط مارتنز لسد ثغرات النظام القانوني الحالية الذي يحكم العلاقة بين النزاعات المسلحة والبيئة. وإذا كان شرط مارتنز يعد من المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني، فإنه أيضاً يعد من المبادئ الجوهرية

---

V. Pustogarov, The Martens Clause in International Law, Journal of the History of International Law, Vol. 1, Issue 2, February 1999, p. 125-135.

(1) فقد قالت المحكمة:

"Martens Clause, which was first included in The Hague Convention II with Respect to the Laws and Customs of War on Land 1899 and which has proved to be an effective means of addressing the rapid evolution of military technology". ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, op. cit., para. 78, p. 257.

(2) راجع:

Shigeki Miyazaki, The Martens Clause and International Humanitarian Law, in Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles, Martijus Nijhoff Publishers, 1984, p. 433.

التي تحمي البيئة في غياب القواعد الاتفاقية والعرفية<sup>(١)</sup>.

وقد تم التأكيد على شرط مارتنز في اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩، وبروتوكولها الإضافيين لعام ١٩٧٧، فنصت اتفاقية جنيف الأولى في المادة (٦٣) واتفاقية جنيف الثانية في المادة (٦٢) واتفاقية جنيف الثالثة في المادة (١٤٢) واتفاقية جنيف الرابعة في المادة (١٥٨) على أنه لا يكون للانسحاب من الاتفاقية "أي أثر على الالتزامات التي يجب أن تبقى أطراف النزاع ملتزمة بأدائها طبقاً لمبادئ القانون الدولي الناشئة من الأعراف الراسخة بين الأمم المتمدينة، ومن القوانين الإنسانية وما يمليه الضمير العام". كذلك نصت المادة ١(٢) من البروتوكول الإضافي الأول على أن "يظل المدنيون والمقاتلون في الحالات التي لا ينص عليها هذا الملحق "البروتوكول" أو أي اتفاق دولي آخر، تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي كما استقر بها العرف ومبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام"، الأمر ذاته الذي تم تأكيده في ديباجة البروتوكول الإضافي الثاني.

ويشتمل القانون الدولي الإنساني على مجموعة من المبادئ أبرزها: مبادئ التمييز والضرورة العسكرية والتناسب والإنسانية، والتي يمكن أن يكون لها تأثير واضح في حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة.

### (١) مبدأ التمييز:

لا جرم أن مبدأ التمييز يعد حجر الأساس للقانون الدولي الإنساني، فهو المعيار الأول الذي يتعين تطبيقه خلال النزاع المسلح، نظراً لقيامه على فكرة التمييز بين المتحاربين والمدنيين<sup>(٢)</sup>، وحظره للهجمات العشوائية والمباشرة ضد الأعيان المدنية<sup>(٣)</sup>.

(١) ومع ذلك يذهب رأي إلى أن هناك ثغرات واضحة في القانون الدولي للبيئة المطبق خارج نطاق النزاعات المسلحة. لذلك فإنه، كما هو الحال في شرط مارتنز، أكد قرار الاتحاد الدولي للحفاظ على الطبيعة على ضرورة اتخاذ تدابير مناسبة على المستويات الوطنية والدولية والفرديّة والجماعية والخاصة والعمامة لضمان بقاء الإنسان ضد العواقب البيئية للأنشطة البشرية المدمرة. راجع:

Dinah Shelton and Alexander Kiss, Martens Clause for Environmental Protection, Environmental Policy and Law, 2000, p. 286.

(٢) أرسى القرآن الكريم قواعد التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، من ذلك قوله تعالى: "وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ" (البقرة: الآية ١٩٠) وقوله تعالى: "فَإِنْ لَمْ يَحْتَرِلْوَكُمْ وَيُلْقُوا إِلَيْكُمْ السَّلْمَ وَيَكْفُوا أَيْدِيَهُمْ فَخُذُوهُمْ وَأَقْلُوهُمْ حَيْثُ تَقْتُلُوهُمْ وَأُولَئِكُمْ جَعَلْنَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ سُلْطَانًا مُبِينًا" (النساء: الآية ٩٠). ويرى استاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أن هذه

وورد التمييز بين المتحاربين والمدنيين للمرة الأولى في إعلان سان بطرسبرج الذي ينص على أن "الهدف المشروع الوحيد الذي يتعين على الدول أن تسعى إلى تحقيقه أثناء الحرب هو إضعاف القوات العسكرية للعدو"<sup>(٢)</sup>. ولم تشمل اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧، على نص صريح بشأن التمييز بين المتحاربين والمدنيين، ومع ذلك يستفاد هذا المبدأ ضمناً من مفهوم المادة (٢٥) التي تحظر "مهاجمة أو قصف المدن والقرى والأماكن السكنية أو المباني المجردة من وسائل الدفاع أياً كانت الوسيلة المستعملة". وقد تم تقنين هذا المبدأ في المواد (٤٨) و(٥١) و(٥٢) من البروتوكول الإضافي الأول. ووفقاً لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن "تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهن هذه أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية"<sup>(٣)</sup>، يعد جريمة حرب تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة<sup>(٤)</sup>.

وتعد المادة ٥٢(٢) من البروتوكول الإضافي الأول ذات أهمية خاصة فيما يتعلق بحماية البيئة، حيث قصرت الهجمات التي يقوم بها المتحاربين على الأهداف المدنية فقط. وحرصت تلك المادة على توضيح المقصود بالأهداف العسكرية بأنها تلك التي تتعلق بالأعيان التي "تسهم مساهمة فعالة في العمل العسكري سواء كان ذلك بطبيعتها أم

---

الآية الأخيرة تتفق مع مقتضيات سير أي حرب، بالنظر إلى أن التهوان قد يؤدي إلى انهيار الطرف المتهاون وانتصار الطرف الآخر عليه. راجع: د. أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني (في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٦٩-١٧٠.

(١) ويعد جان جاك روسو أول الفقهاء الذين أشار إلى مبدأ التمييز في كتابه "العقد الاجتماعي"، والذي أرسى بموجبه الأساس القانوني للفرقة بين المتحاربين والمدنيين، إذ أشار إلى أن "الحرب هي علاقة بين الدول، وليست علاقة عدائية بين المواطنين المدنيين، إلا بصفة عرضية بوصفهم جنوداً". وقد لاقى هذا المبدأ تطبيقاً في العديد من الحروب التي اندلعت في القرن التاسع عشر، مما حدا ببعض إلى اعتباره من أعظم انتصارات القانون الدولي. راجع: د. صلاح الدين عامر، التفرقة بين المقاتلين والمدنيين، في القانون الدولي الإنساني، دليل التطبيق على الصعيد الوطني، إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء؛ تقديم الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٦، ص ١٢٩-١٣٠. راجع أيضاً: مالك منسي صالح الحسيني، الحماية الدولية للأهداف المدنية، دراسة في ضوء القانون الدولي الإنساني، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٦، ص ١٥٥-١٥٦.

(٢) انظر: ديباجة إعلان سان بطرسبرج لعام ١٨٦٨.

(٣) انظر: المادة ٨(ب) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المعتمد في روما ١٩٩٨، ودخل حيز النفاذ عام ٢٠٠٢.

(٤) راجع: جون ماري هنكرتس ولويس دوزوالد، بمساعدة كل من كارولين الفرمان، كنوت دورمان وبابتيست رول، القانون الدولي الإنساني العرفي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلد الأول-القواعد، ٢٠٠٧، ص ٤.

بموقعها أم بغيتها أم باستخدامها، والتي يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة".

وقد أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها على أن مبدأ التمييز يعد أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي الإنساني، وأحد مبادئ القانون الدولي العرفي التي لا يجوز انتهاكها<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، فإن مبدأ التمييز بين المتحاربين والمدنيين قد يثير العديد من الصعوبات عند تطبيقه من الناحية العملية، من ذلك:

- تحديد مفهوم ونطاق المساهمة الفعالة في العمل العسكري، خاصة في الحالات التي يتم فيها الاستهداف المسلح للمنشآت الصناعية التي تحتوي على قوى خطيرة، كمحطات توليد الطاقة أو المصانع الكيميائية، مما يترتب عليه آثار بيئية جسيمة، وذلك في الحالات التي تستخدم فيها تلك المنشآت للمساهمة الفعالة في العمليات العسكرية.

- يثير تساؤل هام حول إذا ما كان يمكن اعتبار استهداف المنشآت الصناعية التي تحتوي على قوى خطيرة، ميزة عسكرية أكيدة، وفقاً لمفهوم البروتوكول الإضافي الأول<sup>٢</sup>.

- يثير التساؤل أيضاً حول ما إذا كان يمكن توجيه ضربات عسكرية للمناطق المحمية التي تحتوي على موارد طبيعية ذات قيمة اقتصادية عالية، إذا كان يتم استغلال تلك الموارد بطريق غير مشروع، سواء بواسطة القوات الحكومية أو قوات التمرد أو قوات الاحتلال، لتمويل الجهود العسكرية<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع:

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, op. cit., para. 78, p. 257.

<sup>٢</sup> بالرغم من أن الفقرة الأولى من المادة (٥٦) قد أوردت نصاً صريحاً يقضي بعدم استهداف السدود والجسور والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية حتى ولو كانت أهدافاً عسكرية، إلا أنها جاءت في الفقرة الثانية لتقرر أن استخدام تلك المنشآت في غير استخداماتها العادية لدعم العمليات العسكرية، يمكن أن يجعلها هدفاً للهجوم إذا كان هو السبيل الوحيد لإنهاء هذا الدعم. راجع:

Protecting the Environment during Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law, op. cit., p. 196.

وتسلط الصعوبات الناشئة عن تفسير أحكام المادة ٥٢(٢) الضوء على ضرورة التوصل إلى تعريف دقيق للمقصود بالميزة العسكرية الأكيدة أو المباشرة، وذلك لتمييزها عن الميزة العسكرية غير الأكيدة أو غير المباشرة، بهدف منع الهجمات العسكرية التي ينجم عنها أضرار جسيمة وطويلة الأمد بالبيئة.

### مبدأ الضرورة العسكرية:

يعد مبدأ الضرورة العسكرية من المبادئ الأساسية لقانون النزاعات المسلحة، والمقصود بالضرورة العسكرية في معناها العام، القيام بما هو ضروري لتحقيق أهداف الحرب، بحيث تكون المبرر للجوء إلى العنف في حدود مبدأ التناسب<sup>(١)</sup>، وبالتالي فإن استعمال أساليب العنف والقسوة والخداع خلال النزاع المسلح تقف عن حد قهر العدو وتحقيق الهدف المرجو من الحرب، فإذا ما تحقق الهدف من الحرب، تعين التوقف عن التمادي في توجيه الأعمال العدائية ضد الطرف الآخر<sup>(٢)</sup>، أي أنه لا يجوز تجاوز مقتضيات الحرب من خلال توجيه ضربات عسكرية ضد السكان والأعيان المدنية، فضلاً عن الأسرى والمرضى والجرحى<sup>(٣)</sup>.

وقد انعكس مبدأ الضرورة العسكرية في المادة ٢٣(ز) من اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧، التي نصت على أنه يحظر "تدمير ممتلكات العدو أو حجزها، إلا إذا كانت ضرورات الحرب تقتضي حتماً هذا التدمير أو الحجز". وتبدو أهمية هذا الحكم في مجال حماية البيئة، طالما أن ممتلكات العدو قد تشمل المناطق المحمية والعناصر البيئية، من تربة وماء وهواء ونباتات وحيوانات، وغيرها من

(١) "وتعترف قواعد القانون الدولي بالضرورة العسكرية التي يجب تطبيقها في إطار هذه القواعد لقبول الخروج عليها. باختصار، فإنه لا يمكن التذرع بالضرورة العسكرية بمعناها الضيق ما لم يسمح القانون الوضعي صراحة باستثناء محظورات معينة أو قيود محددة على استخدام العنف في الحرب للضرورة العسكرية. وتعتبر بعض المصطلحات مثل ضرورة العمليات العسكرية ومقتضيات ودوافع ومبررات الحرب ودواعي الحرب ودواعي الأمن، مرادفات لمصطلح الضرورة العسكرية. وتتعارض الضرورة العسكرية بصفة عامة مع المقتضيات الإنسانية. ومن ثم، فإن هدف القانون الإنساني هو الموازنة بين الضرورة العسكرية والمقتضيات الإنسانية. راجع: بيثرو فيري، قاموس القانون الدولي للنزاعات المسلحة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الكتاب الثالث، جنيف، ١٩٩٢، ص

(٢) راجع: د. حامد سلطان، الحرب في نطاق القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس والعشرون سنة ١٩٦٩، ص ١٨.

(٣) راجع: د. نجاه أحمد أحمد إبراهيم، المسؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني، منشأ المعارف، ٢٠٠٩، ص ٩٩-١٠٠.

العناصر اللازمة لاستمرارية الحياة بالنسبة للسكان المدنيين، الأمر الذي يستدعي إقرار حماية غير مباشرة لها.

### مبدأ التناسب:

لا جدال أن مبدأ التناسب يعد من المبادئ الأساسية التي يتعين التقيد بها أثناء النزاعات المسلحة. ويهدف هذا المبدأ إلى الحد من الخسائر وأوجه المعاناة غير المبررة الناتجة عن العمليات العسكرية، سواء بالنسبة إلى الأشخاص أو الأعيان المدنية. وعليه، فإنه لا يجوز استخدام الوسائل القتالية التي لا تتناسب مع الميزة العسكرية المرجوة، الأمر الذي تبدو أهميته في مجال حماية البيئة الإنسانية، إذ إنه من المحظور شن هجوم مسلح من شأنه أن يؤدي إلى تدمير البيئة، على نحو يتجاوز الأهداف العسكرية المباشرة والأكيدة المرجو تحقيقها من هذا الهجوم<sup>(١)</sup>.

واستناداً إلى مبدأ التناسب الوارد في المادتين ٥١(٥)(ب) و(٥٧) من البروتوكول الإضافي الأول، فإن الهجمات غير المتناسبة تشمل تلك التي تعد الأضرار الجانبية الناشئة عنها مفرطة بالنظر إلى الميزة العسكرية المباشرة الناشئة عنها، مثال ذلك: تدمير قرية أو غابة بأكملها من أجل تدمير هدف عسكري ضئيل، خاصة في ظل توافر وسائل عسكرية أخرى أكثر تناسباً.

وقد أكدت محكمة العدل الدولية، في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، على أهمية مراعاة مبدئي الضرورة والتناسب، عند القيام بهجمات، أو استخدام أسلحة، من شأنها إحداث أضرار واسعة النطاق وطويلة الأمد وجسيمة بالبيئة. وتطلبت المحكمة من الدول أن تأخذ الاعتبارات البيئية في الحسبان، عند تقييم ما هو ضروري ومتناسب لتحقيق الأهداف العسكرية المشروعة، وأن إيلاء العناية الواجبة للبيئة يعد أحد العناصر الهامة عند تقييم ما إذا كان العمل العسكري يتوافق مع مبدئي الضرورة والتناسب. وانتهت المحكمة إلى أنه "إذا كان القانون الدولي الحالي المتعلق بحماية وصيانة البيئة لم يحرم بشكل واضح استخدام الأسلحة النووية، إلا أنه حدد

(١) راجع: أحمد حميد عجم البكري، المرجع السابق، ص ٦٢-٦٣.

عوامل بيئية هامة يتعين أخذها في الحسبان في سياق تطبيق مبادئ وقواعد القانون المطبقة في النزاعات المسلحة<sup>(١)</sup>.

ووفقاً لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن "تعمد شن هجوم مع العلم بأن مثل هذا الهجوم سيسبب خسائر عرضية في أرواح المدنيين أو إصابات بين صفوفهم أو أضراراً بالأعيان المدنية... ويكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل الميزة العسكرية المتوقعة الملموسة والمباشرة"، يعد جريمة حرب تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة<sup>(٢)</sup>.

وبشكل عام، يمكن اعتبار غالبية الهجمات العسكرية التي تؤدي إلى إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة من قبيل الرد غير المتناسب مع التهديد المتوقع، وبالتالي تعد هجمات غير مشروعة قانوناً. لذلك كان هناك شبه إجماع فقهي بأن التلوث البيئي الهائل الذي تسببت فيه القوات العراقية في حرب الخليج الأولى عام ١٩٩٠، نتيجة حرق حقول النفط وتسريب ملايين الجالونات يعد عمل غير مشروع بسبب غياب عنصر التناسب بين هذا العمل والهدف العسكري المرجو تحقيقه<sup>(٣)</sup>.

### مبدأ الإنسانية:

يقوم هذا المبدأ على تحريم استخدام الأعمال القتالية التي تتسم بالقسوة والوحشية في

(١) راجع:

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, op. cit., para. 30-33, p. 241-242.

(٢) جون ماري هنكرتس ولويز دوزوالد، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٣) ويذهب جانب من الفقه إلى أن ما قامت به القوات العراقية خلال حرب الخليج الأولى يخالف كل من القانون الدولي العرفي والاتفاقي الخاص بالنزاعات المسلحة، مقررًا أن:

"Iraq's action violated, for example, the customary international law of proportionality which only permits those acts of war that are proportional to the lawful objective of the military operations and actually necessary to achieve that objective. The action also violated the principle of necessity as provided in the regulations annexed to the 1907 Hague convention." Andronico O. Adede, Protection of the Environment in Times of Armed Conflict: Reflections on the Existing and Future Treaty Law, Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 1, Iss. 1, Art. 7, 1994, p. 173-174. See also: Christopher D. Stone, The Environment in Wartime: An Overview, in Jay E. Austin and Carle E. Bruch, The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives, Cambridge University Press, 2000, p. 24-28.

سبيل إخضاع العدو، كلياً أو جزئياً، توفيراً للوقت وحياة الجنود والموارد المستخدمة<sup>(١)</sup>، لذا يعد قتل الجرحى والأسرى والاعتداء على النساء والأطفال، أو على المدنيين غير المشاركين في الأعمال القتالية، من الأعمال غير الإنسانية التي تخرج عن إطار الأهداف المشروعة للحرب<sup>(٢)</sup>، فهذا المبدأ يهدف إلى حماية الحياة الإنسانية ضد كافة أشكال العنف غير المبررة<sup>(٣)</sup>.

وقد تجسد مبدأ الإنسانية في المادة ٢٣(هـ) من اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام على ١٩٠٧، التي حظرت استخدام أسلحة أو مواد من شأنها إحداث معاناة غير ضرورية، كما أكدت المادة (١٠) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف على هذا المبدأ، عندما دعت أطراف النزاع إلى وجوب معاملة الجرحى والمرضى والمكوبين في البحار معاملة إنسانية، وأن يتم تقديم الرعاية الطبية العاجلة لهم.

ووفقاً لمبدأ الإنسانية، فإنه لا يجوز لأحد أطراف النزاع المسلح استخدام التجويع كوسيلة من الوسائل الحربية، أو تسميم آبار المياه، أو تدمير الأراضي الزراعية، أو مهاجمة الأعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين؛ إذ أن كافة هذه الأعمال تخرج عن إطار المعاملة الإنسانية التي يتعين التقيد بها أثناء النزاع المسلح<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع:

Adam Roberts, *The Law of War and Environmental Damage*, in Jay E. Austin and Carle E. Bruch, *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 50-51.

(٢) "وقد بدأت النزعة الإنسانية تظهر مع بداية عصر التنوير، وتمثلت في شكل من أشكال العدالة ذي منظور عقلائي، يرفض اعتبار الألام قدراً من أقدار البشرية والحل المبسط الذي يقضي بأن كل إنسان مسئول عن الشر الذي يعاني منه العالم غير مقبول، فالبشر متساوون في الحقوق، وهذه الحقوق التي وجدت لتضمنها الدول إنما هي حقوق لا تمس، والأهم هو تأمين أكبر قدر ممكن من السعادة لأكثر عدد من الناس، وحقيقة الأمر أن المفاهيم الإنسانية الداعية إلى الخير وتجنب الشر كامنة داخل الإنسان ذاته منذ بداية الخليقة، وهي مفاهيم واحدة غير قابلة في جوهرها للتعديل أو التغيير. ومن هنا وجد الرأي الذي يقضي بأن مبدأ الإنسانية يرجع إلى فكرة القانون الطبيعي". راجع: د. نجاه أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠١.

(٣) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني المرجع السابق، ص ٧٩.

(٤) وقد أكدت الدائرة الاستئنافية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة أنه إذا كانت اعتبارات الإنسانية تحرم على الدول استخدام بعض أنواع الأسلحة خلال النزاعات المسلحة، فإن هذه الأسلحة تظل أيضاً محرمة، وفقاً للاعتبارات الإنسانية ذاتها، إذا تم استخدامها بواسطة الدول لقمع حالات التمرد أو الثورات الداخلية. راجع:

Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72, October 2, 1995, para. 97. See also: Yutaka Arai-Takahashi,



وكان من شأن الإشارة الصريحة إلى مبادئ الإنسانية في شرط مارتنز، أن دعا الخبراء إلى القول بأنه يمكن الاستناد إلى مبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام<sup>(1)</sup>، لإقرار حماية فعالة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة، حال غياب القواعد الاتفاقية اللازمة في هذا الصدد<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت المبادئ السابقة تلقى قبولاً عاماً من جانب الدول، إلا أنه مازال هناك جدل حول كيفية تطبيقها من الناحية العملية، لذلك يقع على عاتق الجهات القضائية والهيئات الدولية مهمة تعيين الحدود المسموح بها للمتحاربين أثناء النزاعات المسلحة، ومن ثم الوصول إلى تعزيز حماية البيئة وفقاً لمضمون تلك المبادئ<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: الحماية غير المباشرة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة:

تتمثل الحماية غير المباشرة للبيئة في مجموعة قواعد القانون الدولي الإنساني التي يستفاد منها ضمناً حماية البيئة في زمن النزاعات المسلحة. ويرجع السبب في ذلك، أنه حتى بداية فترة السبعينات من القرن المنصرم، كان الاهتمام الأساسي للقانون الدولي الإنساني هو حماية البشر، لذلك لم يتم ذكر البيئة صراحة في الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تم اعتمادها حتى تلك الفترة، كما أن البيئة ذاتها لم تكن محل اهتمام المجتمع الدولي،

---

The Principle of Humanity under International Humanitarian Law in the Is/Ought Dichotomy, Japanese Yearbook of International Law, 2011, p. 340.

<sup>(1)</sup> وذلك بناء على اقتراح الاتحاد الدولي للطبيعة الذي دعا إلى الاستناد إلى شرط مارتنز لحماية البيئة في زمن النزاعات المسلحة. راجع:

International Union for Conservation of Nature, A Martens Clause for Environmental Protection, World Conservation Congress Resolution 2.97, October 2000, Chapter 5.3(ii)(2).

See also: Dinah Shelton and Alexander Kiss, Martens Clause for Environmental Protection, op. cit., p. 286.

<sup>(2)</sup> بل إن جانب من الفقه قد ذهب إلى أن الاستناد إلى قواعد الإنسانية وما يمليه الضمير العام، سوف يدعو إلى إمكانية تطبيق قواعد القانون الدولي للبيئة أثناء النزاعات المسلحة، مؤكداً ذلك بقوله:

"In cases not specifically addressed by either national or international agreements, the environment thus remains generally under the protection of the principles of custom, humanity and the dictates of public conscience, and therefore the rules of international law may well continue to be applicable during armed conflict".

<sup>(3)</sup> راجع:

Protecting the Environment during Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law, op. cit., p. 196.

سوى مع بداية السبعينات. ومع ذلك اشتملت تلك الاتفاقيات والمواثيق على العديد من الأحكام التي تحظر استخدام أنواع معينة من الأسلحة، وتؤكد على حماية الأعيان المدنية والممتلكات الخاصة، على نحو يؤدي-ولو بطريق غير مباشر-إلى حماية البيئة<sup>(١)</sup>.

وتتقسم قواعد القانون الدولي الإنساني التي توفر حماية غير مباشرة للبيئة أثناء النزاعات المسلحة إلى خمس فئات رئيسية، تحديداً: القواعد التي تحظر أو تقيد استخدام بعض أنواع الأسلحة، أو وسائل وأساليب القتال، والقواعد المتعلقة بحماية الأعيان والممتلكات المدنية، والقواعد المتعلقة بحماية التراث الثقافي، والقواعد المتعلقة بالمنشآت التي تحتوي على قوى خطيرة، والقواعد التي تفرض قيوداً على بعض المناطق الخاصة<sup>(٢)</sup>.

وسوف نبين تلك القواعد على النحو التالي:

(١) القواعد التي تحظر أو تقيد استخدام بعض أنواع الأسلحة أو وسائل

#### وأساليب القتال:

هناك العديد من الأسلحة والوسائل والأساليب القتالية التي من شأنها أن تلحق أضراراً جسيمة ودائمة للبيئة، ولذلك فإن من شأن الحد من تطوير واستخدام هذه الأسلحة والوسائل والأساليب، أن يؤدي إلى حماية البيئة بصورة غير مباشرة أثناء النزاع المسلح. ومن أبرز الاتفاقيات الدولية التي تحظر أو تقيد استخدام بعض أنواع الأسلحة أو وسائل وأساليب القتال، ما يلي:

(أ) اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧:

لا مرأ أنه في الفترة السابقة على اعتماد البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧، لم يكن ثمة

(١) راجع: أنطوان بوفيه، حماية البيئة الطبيعية في فترة النزاع المسلح، في دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، ٢٠٠٠، ص ١٩٥.

(٢) ويلاحظ أن هناك جانب من الكتاب يقسم الحماية غير المباشرة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة إلى فئتين رئيسيتين: تشمل الأولى حماية ضمنية للبيئة مقررة بموجب بعض الاتفاقيات الدولية، بينما تشمل الثانية حماية البيئة من خلال الاتفاقيات الدولية التي تحظر استخدام بعض أنواع الأسلحة أو بعض وسائل القتال، ونرى أن هذا التقسيم قد يعوزه الدقة، نظراً إلى أن حظر أو تقيد استخدام أنواع معينة من الأسلحة أو أساليب القتال، أو التي تقرر حماية للمدنيين أو للأعيان المدنية، تعد في نهاية المطاف بمثابة حماية ضمنية (أو غير مباشرة) للبيئة في زمن النزاعات المسلحة. أنظر فيما يتعلق بتقسيم الحماية غير المباشرة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة إلى فئتين: أحمد حميد عجم البديري، المرجع السابق، ص ٥٧-٤٤.

نصوصاً صريحة في الاتفاقيات الدولية المعنية بالقانون الدولي الإنساني، تقرر حماية للبيئة أثناء النزاعات المسلحة، ومع ذلك، يوجد نصان في اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧ ينظمان وسائل وأساليب الحرب التي يمكن اعتبارهما ذات صلة بالبيئة، حيث تنص المادة (٢٢) على أنه "ليس للمتحاربين حق مطلق في اختيار وسائل إلحاق الضرر بالعدو". وإذا تم قراءة وتحليل الحكم الوارد في المادة السابقة مع الحكم الوارد في شرط مارتنز الوارد في ديباجة الاتفاقية، فإنه يستفاد منهما ضمناً أنه يتعين التحوط عند استخدام بعض الأسلحة، إذا كان من شأنها إحداث أضرار جسيمة وطويلة الأمد للبيئة الإنسانية<sup>(١)</sup>.

ويتعين الانتباه أنه لم يتحقق، حتى وقتنا الراهن، سوى القليل فيما يتعلق بإنفاذ قوانين لاهاي بشأن وسائل وأساليب القتال، كما أن معظم القضايا الدولية التي نظرها القضاء الدولي حتى الآن ركزت في المقام الأول على قانون جنيف الذي يحمي الأشخاص والأعيان المدنية<sup>(٢)</sup>.

بروتوكول حظر استعمال الغازات الخانقة والسامة أو ما شابهها والوسائل

### الجرثومية في الحرب لعام ١٩٢٥:

قام المجتمع الدولي باعتماد بروتوكول عام ١٩٢٥ الذي يستند إلى المبادئ العامة للقانون التي تحظر استخدام الأسلحة اللاإنسانية، ولا سيما أساليب الحرب القاسية، كاستجابة جماعية للأهوال والمآسي الناشئة عن استخدام الأسلحة الكيماوية خلال الحرب العالمية الأولى<sup>(٣)</sup>. وبالنظر إلى أن استخدام الأسلحة الكيماوية من شأنه إحداث أضراراً جسيمة للبيئة، فإنه يمكن النظر إلى البروتوكول باعتباره يوفر قدراً من الحماية للبيئة

(١) راجع:

Vanesa Pancic, War and Environment, Zbornik Radova Pravnog Fakulteta Splitu, 1998, p. 308.

(٢) راجع:

Protecting the Environment during Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law, op. cit., p. 197.

(٣) ويذهب جانب إلى أن نطاق الحظر الذي تشمله هذه الاتفاقية لازال محل جدل، حيث يثور التساؤل فيما إذا كانت الغازات غير السامة أو المخدرة التي تستخدم للسيطرة على أعمال الشعب تدخل ضمن الحظر الوارد في هذه الاتفاقية أم لا. راجع:

Andreas Zimmermann and Meltem Şener, Chemical Weapons and the International Criminal Court, American Journal of International Law, July 2014, p. 437.

## أثناء النزاعات المسلحة.

ومع ذلك، فقد تم تقييد هذا البروتوكول من جانبين أساسيين:

أولاً: يحظر البروتوكول فقط استخدام وسائل الحرب الكيماوية والبيولوجية، ولكنه يسمح بإجراء الأبحاث وتطوير وتخزين وحيازة هذه الأسلحة<sup>(١)</sup>.  
ثانياً: يفتقر البروتوكول إلى آليات للمراقبة وأحكام لتحديد المسؤولية عن انتهاك أحكامه، مما يحد من قدرته على أن يكون أداة فعالة لردع المخالفين. ولا جرم أنه ثمة ضرورة ملحة لإقرار آليات إنفاذ فعالة لضمان عدم خروج الدول على الحظر المقرر في البروتوكول<sup>(٢)</sup>.

اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البكتريولوجية (البيولوجية)

والتكسينية وتدمير تلك الأسلحة لعام ١٩٧٢:

تهدف اتفاقية الأسلحة البكتريولوجية لعام ١٩٧٢ إلى إقرار حظر تام على تطوير وإنتاج وتخزين وحيازة العوامل الميكروبية والسموم<sup>(٣)</sup>، فضلاً عن المعدات والوسائل التي تستخدم تلك العوامل والسموم لأغراض عدائية أو في النزاعات المسلحة، نظراً للطابع العشوائي لتلك الأسلحة، وما تمثله من خروج صارخ على مبدأ التمييز بين

(١) راجع:

Jeremy Ostrander, *Between Empire and Community: The United States and Multilateralism 2001-2003: A Mid-Term Assessment: Arms Control: Changing Direction on Non-Nuclear Arms Control? American Exceptionalism, Power and Constancy*, Berkeley Journal of International Law, 2003, p. 498-499.

(٢) راجع:

Catherine Joyce, *Dulce et Decorum: The Unique Perception of Chemical Warfare and the Enforcement of the Geneva Protocol in the 21<sup>st</sup> Century*, Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal, 2015, p. 351-357.

(٣) ويعرف جانب من الفقه الأسلحة البكتريولوجية أو (البيولوجية) بأنها "الكائنات الحية التي تصيب الضحايا بالعدوى، وتسبب العجز والوفاة في غالب الأحوال". راجع:

Barry Kellman, *Bridling the International Trade of Catastrophic Weaponry*, American University Law Review, 1994, p. 763.

وتنقسم الأسلحة البيولوجية إلى قسمين:

١. أسلحة الفيروسات: وتشمل فيروس الحمى الصفراء وفيروس شلل الأطفال.
٢. أسلحة الجراثيم: وتشمل جرثومة الأنتراكس التي تسبب الجمره الخبيثة، والجرثومة المسببة لمرض الكوليرا. راجع: د. أحمد خضر شعبان، الحماية الدولية والشرعية لضحايا النزاعات المسلحة، القانون الدولي الإنساني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥، ص ٤٦٦-٤٦٧.

المقاتلين وغير المقاتلين، وبين الأهداف المدنية والأهداف العسكرية<sup>(١)</sup>.

وتعهدت الدول الأطراف بتدمير جميع العوامل الميكروبية والأسلحة والمعدات، في مدة لا تتجاوز تسعة أشهر من تاريخ دخول الاتفاقية حيز النفاذ، بيد أن الدول ملزمة فقط بتدمير العوامل البيولوجية التي تصل إلى حد الاستخدامات والأغراض غير السلمية<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن الاتفاقية لا تحظر الاستخدام الفعلي للأسلحة البيولوجية، حيث أن واضعي الاتفاقية اتخذوا موقفاً يقضي بأن هذا الموضوع ينظمه بروتوكول عام ١٩٢٥<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت الاتفاقية تحظر نقل العوامل البيولوجية إلى دول أخرى، أو منظمات، أو أي مستفيد، إلا أنها ألزمت الأطراف بتسهيل تبادل المعلومات الفنية للأغراض السلمية والتعاون في هذا الصدد<sup>(٤)</sup>.

ويؤخذ على الاتفاقية، أنها لم تنشئ آلية للتحقق من الالتزام بتنفيذ أحكامها، على الرغم من أنها تسمح بتقديم الشكاوى إلى مجلس الأمن. وقد تم التخفيف بعض الشيء من حدة هذا القصور عندما قام المؤتمر الاستعراضي الثالث عام ١٩٩١ بإنشاء فيريكس VEREX، وهي هيئة خاصة من الخبراء الحكوميين أوكل إليها مهمة دراسة تدابير التحقق من وجهة نظر علمية وفنية<sup>(٥)</sup>.

ولا جدال أن من شأن هذه الاتفاقية حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة، ضد استخدام الأسلحة البيولوجية والسموم التي تؤدي إلى إحداث تدهور بيئي جسيم، لا سيما البيئة الطبيعية اللازمة لاستمرارية حياة الإنسان.

(١) راجع: د. أحمد السيد على محمد أبو عامر، مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين في القانون الدولي الإنساني، ٢٠١٥، ص ٥٢٦-٥٢٥.

(٢) راجع: د. مالك منسي صالح الحسيني، المرجع السابق، ص ١٦٧-١٦٨.

(٣) ومع ذلك، فإن قاعدة حظر استخدام الأسلحة البيولوجية في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، قد أصبحت جزء من القانون الدولي العرفي، وذلك تطبيقاً لمبدأ التمييز الذي يحظر استخدام الأسلحة العشوائية التي لا تميز بين الأشخاص والأعيان المدنية وغير المدنية. راجع: ماري هنكرتس ولويز نوزوالد، القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، ص ٣٨، ٢٢٧.

(٤) انظر: المادة (١٠) من اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية وتدمير تلك الأسلحة، اعتمدت وعرضت للتوقيع في ١٠ أبريل ١٩٧٢، ودخلت حيز النفاذ في ٢٦ مارس ١٩٧٥.

(٥) راجع:

## اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر لعام ١٩٨٠:

ورد صراحة في ديباجة اتفاقية حظر الأسلحة التقليدية لعام ١٩٨٠، أنه من "المحظور استخدام أساليب أو وسائل حربية يقصد بها أو يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً واسعة النطاق وطويلة الأجل وشديدة الأثر"<sup>(١)</sup>. كذلك نص البروتوكول الثالث الملحق بالاتفاقية بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة في المادة ٢(٤) على أنه "يحظر أن تجعل الغابات وغيرها من أنواع الكساء النباتي هدف هجوم بأسلحة محرقة إلا حين تستخدم هذه العناصر الطبيعية لستر أو إخفاء أو تمويه محاربين أو أهداف عسكرية أخرى، أو حين تكون هي ذاتها أهدافاً عسكرية".

علاوة على ذلك، سعى البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية حظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى إلى الحد من الأثر الضار للألغام الأرضية من خلال مطالبة الدول بضرورة اتخاذ تدابير وقائية، متمثلة في تسجيل مواقع الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى، من أجل تسهيل إزالة النبائط غير المنفجرة في وقت لاحق، مما يسهل استعادة الظروف البيئية إلى طبيعتها<sup>(٢)</sup>.

وأخيراً، يعد البروتوكول الخامس المتعلق بالمتفجرات من مخلفات الحرب، الذي تم اعتماده في نوفمبر ٢٠٠٣، أول وثيقة دولية تعالج مشكلة الذخائر غير المتفجرة والمهجورة، حيث اشتمل على العديد من المبادئ التوجيهية التي تهدف إلى حماية البيئة بصورة غير مباشرة من التهديدات التي تعقب النزاعات المسلحة<sup>(٣)</sup>.

(١) ونكتسب هذه الاتفاقية أهمية خاصة نظراً لأنها قد اشتملت على آلية للمراجعة وتعديل الاتفاقية وفقاً لما ورد في المادة (٨)، لذلك، تم إجراء تعديل على المادة الأولى من هذه الاتفاقية في ٢١ ديسمبر ٢٠٠٠ لكي يمتد نطاق تطبيقها على النزاعات المسلحة غير الدولية. راجع: أنطوان بوفيه، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٢) انظر: المرفق التقني للبروتوكول الثاني لاتفاقية حظر الأسلحة التقليدية لعام ١٩٨٠، بشأن حظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى، والمعدل في ٣ مايو ١٩٩٦. راجع أيضاً: ماري هنكرتس ولويز دوزوالد، القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، ص ٢٥٠-٢٥١.

(٣) انظر تحديداً المرفق التقني للبروتوكول الخامس لاتفاقية حظر الأسلحة التقليدية لعام ١٩٨٠، بشأن المتفجرات من مخلفات الحرب، اعتمد في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠٣.

## اتفاقية حظر استحداث وصنع وتخزين واستخدام الأسلحة الكيميائية وتدمير

هذه الأسلحة لعام ١٩٩٣:

الغرض الرئيسي لهذه الاتفاقية هو حظر استخدام الأسلحة الكيماوية وتطويرها وإنتاجها<sup>(١)</sup>، ومن ثم تفرض على الدول التزاماً بتدمير الأسلحة الكيميائية التي تمتلكها، فضلاً عن مرافق إنتاج تلك الأسلحة<sup>(٢)</sup>. لذلك تضمنت تلك الاتفاقية العديد من الأحكام والقواعد التي تهدف بشكل أساسي إلى تحقيق ما يلي:

أولاً: الحظر التام لاستخدام الأسلحة الكيميائية، سواء كان "استخدام أول" كوسيلة قتالية أثناء النزاع المسلح، أو على سبيل الانتقام؛ رداً على استخدام الأسلحة الكيميائية أو غيرها من الأسلحة المحظورة دولياً. ويتعين على الدول الامتناع عن القيام بالاستعدادات العسكرية المرتبطة بهذا الاستخدام، بما في ذلك التخزين<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: توفير وسائل للتحقق من أن الدول الأطراف لا تشرع أو تستأنف إنتاج الأسلحة الكيميائية وتخزينها. ويتعين أن يتم تسوية حالات عدم الامتثال بالوسائل السلمية، بما في ذلك التعاون والمفاوضات<sup>(٤)</sup>.

ثالثاً: إعلان وتدمير مخزونات الأسلحة الكيماوية ومرافق الإنتاج القائمة، على أن يبدأ ذلك في غضون سنتين، وينتهي في مدة أقصاها عشر سنوات من دخول الاتفاقية حيز النفاذ<sup>(٥)</sup>. وفي الحالات الخطيرة التي قد يحدث فيها مخالف جسيمة تهدد أهداف وأغراض الاتفاقية، فإنه يمكن للدول الأطراف اتخاذ التدابير الجماعية تجاه الطرف المخالف، ويمكن أيضاً في هذه الحالات إحالة المسألة إلى الجمعية العامة أو مجلس الأمن لاتخاذ

(١) يعتبر حظر استخدام الأسلحة الكيميائية أثناء النزاعات المسلحة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وبالإضافة إلى اتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية لعام ١٩٩٣، هناك عدداً من الميثاق والاتفاقيات الدولية التي تقرر حظر استخدام الأسلحة الكيميائية أثناء النزاعات المسلحة، منها: إعلان لاهاي بخصوص الغازات الخائفة، وبروتوكول جنيف بشأن الغازات والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. راجع: ماري هنكرتس ولويس دوزوالد، القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، ص ٢٣٠. (٢) انظر: المادة الأولى من اتفاقية حظر استحداث وصنع وتخزين واستخدام الأسلحة الكيميائية وتدمير هذه الأسلحة، اعتمدت في ١٣ يناير ١٩٩٣، ودخلت حيز النفاذ في ٢٩ أبريل ١٩٩٧.

(٣) ذات المرجع، المادة (١).

(٤) ذات المرجع، المادة ٨ (ج) (٣٦).

(٥) ذات المرجع، المادة ٤ (٦).

القرارات الملائمة<sup>(١)</sup>. وتتولى منظمة حظر الأسلحة الكيميائية وهي هيئة دولية مستقلة مقرها في لاهاي- مهمة رصد تنفيذ اتفاقية الأسلحة الكيميائية<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالملاحظة، أيضاً، أن اتفاقية الأسلحة الكيميائية تحظر على وجه التحديد تدمير الأسلحة الكيميائية، عن طريق الإغراق في أية منطقة مائية، أو بحرية، أو عن طريق الدفن في الأرض، وبالتالي تضمن، إلى حد بعيد، حماية البيئة ضد الأضرار الناجمة عن التخلص من الأسلحة الكيميائية<sup>(٣)</sup>.

ويمكن القول إن لاتفاقية الأسلحة الكيميائية تأثيراً إيجابياً بصدد حماية البيئة الطبيعية أثناء النزاعات المسلحة، طالما أنها تقرر حظر تام على استخدام تلك الأسلحة التي تؤدي إلى إلحاق أضرار شديدة وطويلة الأمد بالبيئة.

### اتفاقيات حظر وتقييد تطوير واستخدام الأسلحة النووية:

لا يوجد ثمة شك من أن الأسلحة النووية عشوائية بطبيعتها، نظراً لقوتها التدميرية الهائلة التي قد لا تقتصر على نطاق مكاني أو زمني محدد، إذ أن من شأن آثارها أن تمتد إلى مناطق غير محدودة، وتصيب المدنيين والبيئة بأضرار جسيمة وطويلة الأمد<sup>(٤)</sup>. ويتمثل أبرز مثال للتدليل على الطبيعة العشوائية لتلك الأسلحة التي يتعذر التحكم في آثارها الضارة، قيام الولايات المتحدة الأمريكية بإلقاء القنبلتين النووييتين على مدينتي

(١) ذات المرجع، المادة (١٢).

(٢) راجع:

Resolution Establishing the Preparatory Commission for the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons, The Paris Resolution, Legal Series, PC-OPCW 1, 1994.

(٣) ويتعين على الدول أن تتولى تدمير الأسلحة الكيميائية في مرافق مجهزة خصيصاً لهذا الغرض. راجع:

B.C. Nirmal, Challenges on the Implementation of Chemical Weapons Convention with Special Reference to Syrian Crisis, ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law, p. 78,

(٤) راجع: لذلك استقر الرأي في الفقه والعمل الدولي إلى تحريم استخدام الأسلحة التي من شأنها إلحاق أضرار بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الأمد بالبيئة، وهذا الأمر أكدته الجمعية العام للأمم المتحدة في قرارها رقم ٤٧/٣٧، الصادر في ٢٥ نوفمبر ١٩٩٢ بشأن حماية البيئة في أوقات النزاعات المسلحة، بنصها على أن "تدمير البيئة الذي لا تبرره ضرورة عسكرية وينفذ عمداً، أمر يتعارض بشكل بين مع القانون الدولي القائم"، مما يؤكد ضرورة أخذ الاعتبارات البيئية في الحسبان عند تنفيذ مبادئ القانون المنطبق في النزاع المسلح. راجع: ماركو ساسولي وأنطوان بوفيه، بالتعاون مع سوزان كار وليندسي كامرون وتوماس دي سان موريس، كيف يوفر القانون الحماية في الحرب؟ مختارات من القضايا الخاصة بممارسات معاصرة في القانون الدولي الإنساني، ٢٠١٥، ص ٥٣-٥٥.



هيروشيما ونجازاكي باليابان في أواخر الحرب العالمية الثانية عام ١٩٤٥، مما تسبب في إلحاق أضرار هائلة وطويلة الأمد بالسكان المدنيين والبيئة الإنسانية<sup>(١)</sup>.

ويذهب رأي إلى أن حماية البيئة في حد ذاتها لم تكن ضمن الأهداف الصريحة في اتفاقية الأسلحة النووية، إلا أن تلك الحماية لا يمكن تحقيقها من الناحية الواقعية إذا لم تتم حماية البيئة التي يعيش فيها الإنسان<sup>(٢)</sup>، ومن ثم يتفق هذا الاتجاه مع ما أقرته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها من أن استخدام الأسلحة النووية يشكل كارثة بيئية، وأن هناك التزام عام يقع على عاتق الدول بعدم الإضرار ببيئة الدول الأخرى عند القيام بأنشطتها المختلفة<sup>(٣)</sup>.

ويحكم استخدام الأسلحة النووية ثلاث معاهدات رئيسية:

الأولى هي معاهدة حظر الجزئي للتجارب النووية لعام ١٩٦٣، التي تحظر على أطرافها إجراء أية تجارب أو انفجارات نووية في أي مكان يخضع لولايتها أو سيطرتها. وعلى الرغم من أن هذه المعاهدة تتعلق أساساً بالتجارب النووية التي تقتصر على الغلاف الجوي والفضاء الخارجي والبيئة البحرية، فإنها مع ذلك تضمن ألا تسبب التجارب النووية ضرراً لتلك المناطق، ولا سيما للبيئة البحرية<sup>(٤)</sup>.

والثانية هي معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية لعام ١٩٦٨، التي لا تحظر صراحة استخدام الأسلحة النووية في الصراعات المسلحة في حد ذاتها، ولكنها تحظر على الدول الأطراف تصنيع أو حيازة أسلحة نووية أو غيرها من النبائط المتفجرة النووية الأخرى. وتهدف هذه الاتفاقية إلى معالجة مشكلة استخدام الأسلحة النووية من خلال إقرار نزع السلاح النووي ومنع انتشاره على نحو تام<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع: د. مالك منسي صالح الحسيني، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٢) راجع: أحمد حميد عجم البديري، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) راجع:

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, op. cit., para. 27, p. 241.

(٤) ومع ذلك، فإن هذه الاتفاقية لم تعالج التجارب النووية التي يتم إجراؤها في باطن الأرض. راجع:

H. John Goodell and Alexander T. Simpson, From Start to Finish? Michigan University Journal of International Law, 2012, p. 442.

(٥) راجع:

والثالثة هي معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية لعام ١٩٩٦، التي استهدفت وضع حد لجميع تجارب الأسلحة النووية، وغيرها من أشكال التفجيرات النووية. ومن خلال حظر جميع التفجيرات النووية، تشكل المعاهدة تدبيراً شاملاً لنزع السلاح النووي وعدم الانتشار، على نحو يمكن أن يساهم في حماية البيئة على نحو فعال. ومع ذلك، فإن معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية لم تدخل حيز النفاذ حتى وقتنا الراهن، الأمر الذي يضعف من فعالية هذه الاتفاقية في حماية البيئة ضد التجارب النووية، مما يؤثر بشكل جسيم على صحة الإنسان وأسلوب حياته<sup>(١)</sup>.

ولا يفوتنا في هذا الإطار أن نذكر معاهدات نزع السلاح النووي الإقليمية، ومنها: معاهدة ثلاثيلولكو Tlatelolco لعام ١٩٦٧ لحظر الأسلحة النووية في أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي، وهي صك إقليمي رئيسي صدقت عليه جميع الدول الثالثة وثلاثين في أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي، ودخلت المعاهدة حيز النفاذ في عام ١٩٦٩، وتحظر إجراء تجارب أو استخدام أو حيازة أو تصنيع أو إنتاج أو حيازة بأي وسيلة من الوسائل لجميع الأسلحة النووية في هذه المنطقة<sup>(٢)</sup>. واعتمدت الدول الأعضاء، بموجب المعاهدة، عدة قرارات تتناول التلوث الإشعاعي والبيئة. ومن الصكوك الإقليمية الأخرى معاهدة راروتونغا Rarotonga لعام ١٩٨٥، التي أنشأت منطقة خالية من الأسلحة النووية في جنوب المحيط الهادئ<sup>(٣)</sup>، ومعاهدة بانكوك لجنوب شرق آسيا لعام

---

Burrus M. Carnahan, Current Development: Treaty Review Conferences, American Journal of International Law, January 1987, p. 227-228.

<sup>(١)</sup> راجع بشأن معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية، والتدابير التي يتعين اتخاذها في سبيل تفعيلها:

David A. Koplow, Nuclear Arms Control by a Pen and a Phone: Effectuating the Comprehensive Test Ban Treaty Without Ratification, Georgetown Journal of International Law, Winter 2015, p. 476-518.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Rachel A. Weise, How Nuclear Weapons Change the Doctrine of Self-Defense, New York University Journal of International and Politics, Summer 2012, p. 1351.

<sup>(٣)</sup> راجع:

Makurita Baaro, The South Pacific Nuclear-Free Zone Treaty (The Treaty of Rarotonga), in Pericles Gasparini Alves and Daiana Belinda Cipollone, Nuclear-weapon-free Zones in the 21<sup>st</sup> Century, New York, United Nations, p. 49-52.

١٩٩٥<sup>(١)</sup>، ومعاهدة بليندابا Pelindaba الخاصة بأفريقيا لعام ١٩٩٦<sup>(٢)</sup>، ومعاهدة سيميبالاتينسك Semipalatinsk الخاصة بآسيا الوسطى لعام ٢٠٠٠، وذلك بالإضافة إلى اتفاقية أنتاركتيكا لعام ١٩٥٩ واتفاقية قاع البحار لعام ١٩٧٢، واتفاقية القمر لعام ١٩٧٩<sup>(٣)</sup>.

### اتفاقيات حظر استخدام الألغام والذخائر العنقودية:

يهدف البروتوكول الثاني لاتفاقية حظر الأسلحة التقليدية إلى الحد من خطر الألغام الأرضية المستمر<sup>(٤)</sup>، بينما يسعى البروتوكول الخامس إلى معالجة مشكلة الذخائر غير المنفجرة والمهجورة<sup>(٥)</sup>. بالإضافة إلى ذلك، تحظر اتفاقية أوتاوا بشأن حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام لعام ١٩٩٧، حيازة الألغام المضادة للأفراد واستخدامها، ويتعين على كل دولة طرف، بموجب المادة (٥) من الاتفاقية، أن تكفل تدمير جميع الألغام المضادة للأفراد في المناطق الملغومة الخاضعة لولايتها أو سيطرتها في أقرب وقت ممكن، وفي موعد أقصاه عشر سنوات من تاريخ دخول الاتفاقية حيز النفاذ<sup>(٦)</sup>. بيد أنه إذا لم يتمكن الطرف من ضمان تدمير جميع الألغام المضادة للأفراد خلال تلك الفترة الزمنية، فإنه يجوز له أن يطلب من اجتماع للدول الأطراف أو من مؤتمر استعراضي تمديد الموعد النهائي. ويجب أن يتضمن كل طلب،

(١) راجع:

Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone, Asian Yearbook of International Law, 1995, p. 605-618.

(٢) راجع بشكل عام بشأن اتفاقية بليندابا:

K. Reddy, The African Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty (Pelindaba Treaty) and the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, Journal of South African Law, 1997, p. 273-286.

(٣) راجع:

Erik A. Cornellier, In the Zone: Why the United States should sign the Protocol to the Southeast Asia Nuclear-Weapon-Free Zone. Pacific Rim Law & Policy Journal, January 2003, p. 236-240.

(٤) انظر: البروتوكول الثاني لاتفاقية حظر الأسلحة التقليدية لعام ١٩٨٠، بشأن حظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى، المرجع السابق.

(٥) انظر: البروتوكول الخامس لاتفاقية حظر الأسلحة التقليدية لعام ١٩٨٠، بشأن المتفجرات من مخلفات الحرب، المرجع السابق.

(٦) راجع:

Ryan Kocse, Final Detonation: How Customary International Law Can Trigger the End of Landmines, Georgetown Law Journal, March 2015, p. 758.

ضمن متطلبات أخرى، "الأثار الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية والبيئية للتمديد"<sup>(١)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك، تمثل المواد ٥١(٤) و ٥(٥) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، التي تحظر الهجمات العشوائية، أهمية خاصة، فيما يتعلق بتشجيع الدول على الامتناع عن استخدام الألغام الأرضية في الحروب، حيث أن هذه الأسلحة عشوائية بطبيعتها، وتشكل خطراً شديداً، على المدى الطويل، على كل من البشر والحيوانات المتواجدة في المناطق المتأثرة بتلك الألغام<sup>(٢)</sup>.

كذلك، فإن من شأن القنابل العنقودية أن تعرض البيئة والحياة الإنسانية لمخاطر جسيمة، لا سيما الذخائر غير المنفجرة في أعقاب النزاعات<sup>(٣)</sup>، الأمر الذي دعا إلى اعتماد اتفاقية الذخائر العنقودية في مايو ٢٠٠٨، حيث نصت مادتها الأولى على أن تلتزم كل دولة طرف بعدم استعمال أو استحداث الذخائر العنقودية أو إنتاجها أو نقلها أو تخزينها أو الاحتفاظ بها. وقد ألزمت هذه الاتفاقية أطرافها بضرورة تدمير كل الذخائر العنقودية في مدة لا تتجاوز ثماني سنوات من تاريخ دخول الاتفاقية حيز النفاذ، على أن تتم عملية التدمير وفقاً للمعايير الدولية الواجبة التطبيق لحماية الصحة العامة والبيئة<sup>(٤)</sup>.

ويتعين الانتباه إلى أنه لا توجد معاهدات دولية تحظر صراحة استخدام ذخائر اليورانيوم المستنفذ، وغيرها من الأسلحة التي تم تطويرها مؤخراً، ومع ذلك، فإن المادة (٣٦) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، قد فرضت على أطرافها بأن تضمن عدم استخدام أية أسلحة أو وسائل أو أساليب حرب جديدة مع قواعد القانون الدولي القائمة، كما أن قواعد القانون الدولي الإنساني تحظر أيضاً استخدام الأسلحة أو الوسائل أو الأساليب التي من شأنها إلحاق إصابات بالغة أو معاناة لا مبرر لها، أو التي

(١) انظر: المادة (٥) من اتفاقية أوتاوا بشأن حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام، اعتمدت في ١٠ سبتمبر ١٩٩٧، ودخلت حيز النفاذ في ١ مارس ١٩٩٩.

(٢) لذلك ذهب جانب في الفقه إلى أن استخدام الأسلحة العشوائية التي لا يتوافر بالنسبة لها عنصر الضرورة والتناسب، على نحو يقضي إلى إحداث خسائر هائلة في الأرواح ومعاناة غير ضرورية للمدنيين، وإلحاق دمار شديد بالممتلكات المدنية، يعد من قبيل الغدر وفقاً لأحكام القانون الدولي العام. راجع:

Matthew J. Greer, Redefining Perfidy, Georgetown Journal of International Law, Fall 2015, p. 244-245.

(٣) راجع: أحمد حميد عجم البديري، المرجع السابق، ص ٥٨-٥٧.

(٤) ذات المرجع، المادة (٣)(٢).

يكون لها آثاراً عشوائية، أو تسبب أضراراً واسعة النطاق وطويلة الأجل وشديدة للبيئة الطبيعية<sup>(١)</sup>. كذلك أصدرت الجمعية العامة القرار رقم ٣٦/٦٧ في ٣ ديسمبر ٢٠١٢ بشأن آثار استخدام الأسلحة والذخائر التي تحوي اليورانيوم المستنفد، حيث دعت بموجبه الدول الأعضاء التي قامت باستخدام الأسلحة والذخائر التي تحتوي على اليورانيوم المستنفد في النزاعات المسلحة إلى تزويد السلطات المعنية في الدول المتضررة، بمعلومات مفصلة، قدر الإمكان، عن المناطق التي استخدمت فيها تلك الأسلحة والكميات المستخدمة منها، بهدف تمكينها من معالجة آثار استخدام تلك الأسلحة.

### القواعد المتعلقة بحماية الأعيان والممتلكات المدنية:

لا جرم أن قواعد القانون الدولي الإنساني التي تحكم حماية الأعيان والممتلكات المدنية، يمكن أن توفر أساساً قانونياً فعالاً، لحماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة. وفيما يلي نبين القواعد والأحكام الواردة في المواثيق والاتفاقيات الدولية المعنية بهذا الموضوع:

#### (١) قواعد لاهاي لعام ١٩٠٧:

تنص قواعد لاهاي الملحقه باتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧، بشأن قوانين وأعراف الحرب البرية، على أنه يحظر تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء تتطلبه ضرورات الحرب<sup>(٢)</sup>. وتشمل "ممتلكات العدو" المناطق المحمية والعناصر البيئية والموارد الطبيعية، والتي من شأنها أن تكون مشمولة بالحماية بشكل غير مباشر وفقاً لقواعد لاهاي<sup>(٣)</sup>.

#### اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩:

تتعلق اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ بمعاملة المدنيين والممتلكات أثناء النزاع المسلح والاحتلال، وتقرر هذه الاتفاقية أن "غير المقاتلين" هم من "الأشخاص المحميين"

(١) انظر: المادتين (٣٥) و(٥١) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة.

(٢) راجع: المادة ٢٣(ز) من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧.

(٣) راجع:

الذين تظل حياتهم وسبل عيشهم آمنة<sup>(١)</sup>. وقد أعادت هذه الاتفاقية التأكيد على ما ورد في قواعد لاهاي بشأن ممتلكات العدو، عندما نصت في المادة (١٤٧) على أن التدمير الواسع النطاق للممتلكات التي لا تبررها الضرورة العسكرية والقيام بها بصورة غير مشروعة أو تعسفية، يندرج تحت مصاف الأفعال التي تشكل انتهاكات جسيمة<sup>(٢)</sup> للاتفاقية. وعلاوة على ذلك، تنص المادة (٥٣) على أنه "يحظر على دولة الاحتلال أن تدمر أي ممتلكات خاصة ثابتة أو منقولة تتعلق بأفراد أو جماعات، أو بالدولة أو السلطات العامة، أو المنظمات الاجتماعية أو التعاونية، إلا إذا كانت العمليات الحربية تقتضي حتماً هذا التدمير".

وبما أن الموارد الطبيعية تعتبر ممتلكات مدنية تخص، بشكل عام، أشخاص عاديين، فإن تدميرها يمكن اعتباره انتهاكاً للمادتين (١٤٧) و(٥٣) من اتفاقية جنيف الرابعة، إذا لم تبرره الضرورة العسكرية الحتمية<sup>(٣)</sup>.

#### البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧:

اشتملت المادة (٤٨) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف على القاعدة الأساسية المتعلقة بحماية الأعيان المدنية من آثار الأعمال العدائية، ويمكن أن يستفاد ضمناً من هذه المادة أنها تقرر حماية غير مباشرة للبيئة في زمن النزاعات المسلحة، وذلك عندما طالبت أطراف النزاع بضرورة "التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها، وذلك من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية". ويبدو جلياً أن هذه القاعدة الأساسية هي بمثابة تأكيد صريح على مبدأ التمييز، الذي تم إعادة

(١) انظر المادة (٤) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩. راجع أيضاً بشأن الأشخاص المحميين وفقاً لاتفاقية جنيف الرابعة: John B. Bellinger III and Vijay M. Padmanabhan, Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law, American Journal of International Law, April, 2011, p. 215-217.

(٢) راجع:

Naomi Burke, A Change in Perspective: Looking at Occupation Through the Lens of the Law of Treaties, New York University Journal of International Law and Politics, Fall 2008, p. 111-112.

تأكيده في المادة (٥٢) التي أوضحت الفرق بين الأهداف العسكرية والأهداف المدنية<sup>(١)</sup>. كما أن المادة ٥٤(٢) من البروتوكول الإضافي الأول تحمي البيئة بشكل غير مباشر من خلال حظر الهجمات على "الأعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين"، أي الأشياء ذات الأهمية الأساسية لمعيشة السكان. وقد أوردت المادة السابقة أمثلة على الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، ومنها: المناطق الزراعية والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وأشغال الري<sup>(٢)</sup>. ويستفاد من ذلك ضمناً أنه يحظر توجيه هجمات عسكرية تجاه كافة العناصر البيئية الأخرى اللازمة لاستمرارية الحياة بالنسبة للسكان المدنيين.

علاوة على ذلك، فإن المادة ٥٤(٣) (ب) تقرر حماية عناصر البيئة الرئيسية، حتى وإن كانت تدعم بشكل مباشر العمل العسكري، إذا كان من شأن تدميرها أن يسبب التجويع أو النقل القسري للسكان المدنيين. ويتمثل أثر هذا الحكم أيضاً في استبعاد انتهاج سياسات الأرض المحروقة التي تتسبب في تدمير بيئي شديد<sup>(٣)</sup>.

ويعد اتباع سياسة الأرض المحروقة من جرائم الحرب، حيث تمت محاكمة وإدانة ألفريد جودل Alfred Jodl أحد القادة النازيين أمام محكمة نورمبرج Nuremberg Tribunal بسبب تدميره للحديد من الأراضي والمناطق خلال انسحابه من النرويج

(١) وتميز المادة (٥٢) بين الأهداف العسكرية والأهداف المدنية من خلال النص على ما يلي:  
"١- لا تكون الأعيان المدنية محلاً للهجوم أو لهجمات الردع. والأعيان المدنية هي كافة الأعيان التي ليست أهدافاً عسكرية وفقاً لما حدده الفقرة الثانية.  
٢- تقتصر الهجمات على الأهداف العسكرية فحسب. وتحتصر الأهداف العسكرية فيما يتعلق بالأعيان على تلك التي تسهم مساهمة فعالة في العمل العسكري سواء كان ذلك بطبيعتها أم بموقعها أم بغايتها أم باستخدامها، والتي يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة.  
٣- إذا ثار الشك حول ما إذا كانت عين ما تكرر عادة لأغراض مدنية مثل مكان العبادة أو منزل أو أي مسكن آخر أو مدرسة، إنما تستخدم في تقديم مساهمة فعالة للعمل العسكري، فإنه يفترض أنها لا تستخدم كذلك".  
(٢) راجع:

Matthew J. Greer, op. cit., p. 244.

(٣) وكانت القوات العراقية قد ابتعت سياسة الأرض المحروقة خلال حرب الخليج ١٩٩٠، ومع ذلك لم يتم اتهام وإدانة العراق وفقاً للبروتوكول الإضافي الأول، نظراً لعدم توقيع وتصديق العراق عليه. راجع:

Karen Hulme, Armed Conflict, Wanton Ecological Devastation and Scorched Earth Policies: How the 1990-91 Gulf Conflict Revealed Inadequacies of the Current Laws to Ensure Effective Protection and Preservation of the Natural Environment, Journal of Armed Conflict Law, 1997, p. 57-58.

وروسيا. وكان ريندوليك Rendulic قد تم اتهامه أيضاً باتباع سياسة الأرض المحروقة مع جودل أثناء الانسحاب من النرويج وروسيا، ولكن تمت تبرئته أمام محكمة نورمبرج، استناداً إلى الدفع الذي أثاره بوجود ضرورة عسكرية، استدعت اتباع هذه السياسية، لكي يتمكن من الانسحاب، دون أن يتعرض للمطاردة الشرسة من جانب القوات السوفيتية، ولكن جودل اكتفى بالدفع بأوامر الرؤساء العليا، التي سبق وأن تم استبعادها صراحة بموجب المادة (٨) من ميثاق نورمبرج، ولم يدفع بوجود ضرورة عسكرية، لذلك تمت إدانته<sup>(١)</sup>.

كذلك تبدو أهمية المادتين السابقتين-المادة ٥٤(٢) والمادة ٥٤(٣)(ب) - في سياق اللجوء البيئي، إذ يمكن اعتبار القواعد الواردة بهما بمثابة تدبيراً وقائياً ضد المخاطر الناشئة عن النزوح الجماعي، إذ تحظر على المتحاربين استهداف موارد البيئة اللازمة لحياة الإنسان، حتى ولو كانت هذه الموارد تستخدم لدعم العمل العسكري، طالما أن من شأن تدميرها أن يدفع السكان إلى النزوح الجماعي، بحثاً عن ملاذ آمن في مناطق أو دول أخرى، بسبب عدم صلاحية المناطق التي يقطنونها للحياة من الناحية البيئية. بل إن هذا الاستنتاج القانوني من شأنه أن يوفر حماية للسكان في مناطق النزاع ضد النزوح بشكليه، أي سواء داخل الحدود الوطنية أو خارجها.

وأخيراً، فإن من شأن التدابير الوقائية الواردة في المادة (٥٧) أن تضيف حماية للبيئة، نظراً لقيامها على مبدأي التناسب واتخاذ الاحتياطات الواجبة عند الهجوم، للحد من الأعمال العسكرية التي تؤثر بالسلب على البيئة<sup>(٢)</sup>.

### البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧:

يتناول البروتوكول الإضافي الثاني، على وجه التحديد، مسائل الحماية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية. واشتمل هذا البروتوكول على بعض الأحكام التي تقرر حماية للبيئة

<sup>(١)</sup> راجع:

Ryan Gilman, Expanding Environmental Justice after War: The Need for Universal Jurisdiction over Environmental War Crimes, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, p. 451-452.

<sup>(٢)</sup> راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ٨١-٨٢. راجع أيضاً: د. مالك منسي صالح الحسيني، المرجع السابق، ١٧٣-١٧٦،



بصورة غير مباشرة في زمن النزاعات المسلحة، ومنها: المادة (١٤) المتعلقة بالأعيان المدنية، والمادة (١٥) المتعلقة بالمنشآت التي تحتوي على قوى خطرة، والمادة (١٦) المتعلقة بالأعيان الثقافية وأماكن العبادة. وتحظر المادة (١٤) تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب القتال، كما تحظر أيضاً شن هجمات عسكرية على الأعيان التي لا غنى عنها للسكان المدنيين، بما في ذلك المواد الغذائية والأراضي الزراعية والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وشبكاتهما وأشغال الري، ومن ثم فهي تكرر في النزاعات الداخلية الحماية المنصوص عليها في المادة (٥٤) من البروتوكول الإضافي الأول المنطبق على النزاع المسلح الدولي.

### القواعد المتعلقة بحماية التراث الثقافي:

توفر اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح وبروتوكولها لعامي ١٩٥٤ و١٩٩٩، الحماية للموارد البيئية، وذلك بالقدر الذي تدخل فيه تلك الموارد ضمن تعريف الممتلكات الثقافية الوارد في المادة (١) من الاتفاقية<sup>(١)</sup>. وتحظر هذه الاتفاقية استخدام الممتلكات الثقافية لأي غرض عسكري يحتمل أن يعرضها للتدمير أو الضرر في حالة نشوب نزاع مسلح، كما تحظر توجيه أي عمل عدائي ضد تلك الممتلكات، بيد أن الاتفاقية قد أوردت استثناء على هذا الحظر في حالة الضرورة العسكرية الحتمية؛ والغرض من هذا الاستثناء هو تحقيق التوازن بين الضرورات العسكرية والاعتبارات الإنسانية<sup>(٢)</sup>.

وتضمن البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٩ نظاماً جديداً "للحماية المعززة"

(١) وقد جاء تعريف الممتلكات الثقافية في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام ١٩٥٤، بأنها: "أ) الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة و المحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها؛

(ب) المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبنية في الفقرة "أ"، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبنية في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح؛

(ج) المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبنية في الفقرتين (أ) و(ب) والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية".

(٢) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١٠١.

للممتلكات الثقافية، وذلك من خلال مطالبة الدول الأطراف باتخاذ تدابير قانونية وإدارية لتوفير أعلى مستوى من الحماية<sup>(١)</sup>، كما حددت الاتفاقية مفهوم الانتهاكات الخطيرة التي تستوجب تطبيق عقوبات جنائية، وطالبت الدول بإقامة ولايتها القضائية على تلك الانتهاكات<sup>(٢)</sup>. ويمكن أن يكون لهذا الحكم أهمية خاصة بالنسبة للمواقع الطبيعية الحالية، والتي يبلغ عددها مائتي وستة، وفقاً لما هو وارد في قائمة التراث العالمي لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو)، لا سيما الستة عشر المصنفة على أنها "معرضة للخطر"<sup>(٣)</sup>.

علاوة على ذلك، يتضمن البروتوكول الثاني أيضاً بعض الأحكام المستحدثة التي يمكن أن تفيد في حماية الموارد البيئية، ومنها اشتراط نظام الإنذار المبكر، وتوضيح مفهوم الضرورات العسكرية القهرية المتعلقة بالأعيان الثقافية<sup>(٤)</sup>، وقيام المسؤولية الجنائية الفردية<sup>(٥)</sup>. وتسلط هذه الأحكام الضوء على قدرة البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي بشأن حماية الموارد الطبيعية أثناء النزاع المسلح إلى الحد الذي تدخل فيه هذه الموارد ضمن تعريف الممتلكات الثقافية بموجب المادة (١) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤، فعلى سبيل المثال، توجد مناطق ومجاري مائية تتمتع بقيمة تاريخية، وتحتوي في الوقت ذاته على كائنات حية وموارد طبيعية، ذات أهمية خاصة لاستخدامات وبقاء سكان المناطق المحيطة، حيث إن إقرار حماية مباشرة لتلك المناطق والمجاري المائية في أوقات النزاعات المسلحة، باعتبارها تراثاً ثقافياً، من شأنه أن يحمي بشكل غير مباشر العناصر

(١) انظر: المادة ١٠ (ب) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، اعتمد في ٢٦ مارس ١٩٩٩، ودخل حيز النفاذ في ٩ مارس ٢٠٠٤.

(٢) ذات المرجع، المادتين (١٥) و(١٦).

(٣) انظر: المواقع الطبيعية الواردة في قائمة التراث العالمي لمنظمة اليونسكو، والمنشورة على موقع المنظمة، من خلال اتباع الرابط التالي:

<http://whc.unesco.org/en/list/?order=year&type=natural>. (Last visited on November 1, 2017)

(٤) انظر: المادة (٦) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، للمرجع السابق. ووفقاً لهذه المادة، فإنه لا يجوز التنزع بالضرورات العسكرية القهرية من أجل شن هجوم يعرض الممتلكات الثقافية للتدمير أو الضرر، ما لم يكن هناك وسيلة أو أسلوب عسكري آخر لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة.

(٥) ذات المرجع، المادة ١٥ (٢).

البيئية التي تحتوي عليها<sup>(١)</sup>.

كذلك، فإن من شأن الأحكام الواردة في البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ الملحقين باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، أن تعزز حماية الممتلكات الثقافية، وتحديداً الأحكام الواردة في المواد ٣٨(١) و(٥٣) و٨٥(٤)(د) من البروتوكول الإضافي الأول<sup>(٢)</sup>، والمادة (١٦) من البروتوكول الإضافي الثاني<sup>(٣)</sup>. وعلى الرغم من أن هذه الأحكام لم تذكر اصطلاح "البيئة" صراحة، إلا أنه يمكن، مع ذلك، الاستناد إليها لتوفير الحماية القانونية للبيئة الطبيعية أثناء النزاع المسلح.

### القواعد المتعلقة بالمنشآت التي تحتوي على قوى خطيرة:

تحظر المادة (٥٦) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الهجمات على الأشغال الهندسية والمنشآت التي تحتوي على قوى خطيرة مثل السدود والجسور والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية، إذ من شأن انطلاقها إحداث خسائر جسيمة للسكان والأعيان المدنية<sup>(٤)</sup>. ويلاحظ أن حقول النفط ومصانع البتروكيماويات لم يتم تناولها بشكل واضح في هذه المادة، بل من المحتمل أن يكون قد تم استبعادها عمداً. ونتيجة لذلك لا تغطي المادة (٥٦) الهجمات على حقول النفط ومرافق البتروكيماويات التي وقعت في حرب الخليج في الفترة ما بين ١٩٩٠ و١٩٩١، وصراع كوسوفو عام ١٩٩٩، وحرب لبنان عام ٢٠٠٦. بيد أنه يتعين الانتباه إلى أن حقول النفط ومصانع البتروكيماويات يمكن حمايتها بموجب المبدأ العام للتمييز بين الأعيان العسكرية والأعيان المدنية، الوارد في المادة (٥٢) من البروتوكول الإضافي الأول<sup>(٥)</sup>.

(١) ووفقاً للتعريف الوارد في المادة (١) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، فإن الممتلكات الثقافية هي الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي، والتي تشمل، ضمن أمور أخرى، الأماكن الأثرية والأشياء ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية.

(٢) وتحظر المادة ٣٨(١) على أطراف النزاع إبساء استخدام الشارات الحامية للأعيان الثقافية، بينما تشمل المادة (٥٣) على الأحكام التي تهدف إلى حماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة، وتحظر المادة ٥٨(٤)(د) شن هجمات عسكرية على "الأثار التاريخية وأماكن العبادة والأعمال الفنية التي يمكن التعرف عليها بوضوح، والتي تمثل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب".

(٣) اشتملت المادة (١٦) على الأحكام التي تهدف إلى حماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة.

(٤) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١١٠-١١١.

(٥) راجع:

ولا يجوز الهجوم على السدود والجسور والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية، حتى وإن استخدمت على نحو منظم وهام ومباشر لدعم العمليات العسكرية، إلا إذا كان هذا الهجوم هو السبيل الوحيد المتاح لإنهاء هذا الدعم<sup>(١)</sup>.

وتمد المادة (١٥) من البروتوكول الإضافي الثاني نطاق الحماية المنصوص عليها في المادة (٥٦) من البروتوكول الأول لكي تشمل النزاعات المسلحة غير الدولية، مما يحمي السدود والجسور والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية ضد استهدافها خلال هذه النزاعات أيضاً.

### القواعد التي تفرض قيوداً على بعض المناطق الخاصة:

تشمل تلك المناطق الخاصة تحديداً: الأقاليم المحتلة والأقاليم المحايدة والمناطق منزوعة السلاح، وسوف نعرض للقواعد المتعلقة بتلك المناطق على النحو التالي:

#### (أ) الأقاليم المحتلة

وضعت الأحكام الخاصة بالأراضي المحتلة لأول مرة في قواعد لاهاي عامي ١٨٩٩ و١٩٠٧، ثم جاءت اتفاقية جنيف الرابعة عام ١٩٤٩ لتضفي مزيداً من الحماية على تلك الأراضي. وتتص المادة (٥٥) من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧ على قواعد انتفاع السلطة القائمة بالاحتلال، حيث أقرت حق سلطة الاحتلال في الانتفاع من الممتلكات المحتلة، ولكن يقع على عاتقها التزام بصيانة تلك الممتلكات، وعدم تدميرها، ما لم يبرز ذلك اعتبارات الضرورة العسكرية<sup>(٢)</sup>. وبالمثل، حظرت المادة (٥٣) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ تدمير القوة المحتلة لممتلكات سكان الأراضي المحتلة، سواء بصورة

(١) المادة ٥٦(٢)(أ) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة. ويمكن وضع علامة خاصة على المنشآت التي تحتوي على قوة خطيرة لتعريف الطرف الآخر في النزاع المسلح بها، تتمثل في ثلاثة دوائر برتقالية يتم وضعها على خط واحد. ومع ذلك، فإن عدم توافر هذه العلامة، لا يعفي الطرف الآخر من التزاماته المقررة بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني. راجع: راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، الحاشية، ص ١١١.

(٢) وهناك فارق بين الاحتلال والغزو، فيقصد بالاحتلال "تمكن قوات دولة مُحاربة من دخول إقليم العدو والسيطرة عليه كله، أو بعضه بصفة فعلية"، أم الغزو فهو "دخول قوات الدولة المحاربة في إقليم العدو، وهو لا يتضمن إتمام السيطرة الفعلية على هذا الإقليم، على عكس الاحتلال الحربي". ولمزيد من التوضيح، فإن الغزو يتمثل في دخول قوات دولة متحاربة إلى إقليم العدو، أما إذا تمكنت تلك القوات من بسط سيطرتها على هذا الإقليم، فإنها بذلك تكون قد احتلته. وتبرز أهمية التفرقة بين الغزو والاحتلال، في أن القانون لا يترتب أية حقوق للدولة المتحاربة في حالة الغزو، وإنما يترتب لها حقوق ويفرض عليها التزامات في حالة الاحتلال. راجع: د. مالك منسي صالح الحسيني، المرجع السابق، ص ٩٢-٩٣.

فردية أو جماعية، إلا في ظروف الضرورة العسكرية الملحة.

ويمكن أن يوفر الوضع الخاص للاحتلال والقواعد المنظمة له، كما هو الحال بالنسبة للأحكام التي تسمح لسلطات الاحتلال بالانتفاع من الأراضي المحتلة، بعض المبادئ التوجيهية للتعامل مع حالات مماثلة في سياق النزاع المسلح غير الدولي. وقد أصبح الإفراط في استخراج واستنزاف الموارد الطبيعية ذات القيمة العالية، سمة شائعة جدا في النزاعات المسلحة غير الدولية، حيث أن الإيرادات المتأتية من هذا الاستغلال غير القانوني غالباً ما يخدم تمويل القوات المسلحة وأسلحتها<sup>(١)</sup>. وتبرز الدراسات التي أجريت مؤخراً أن ما لا يقل عن ثمانية عشر حرباً أهلية، قد مولتها الموارد الطبيعية على مدى السنوات العشرين الماضية، مثال ذلك الماس والأخشاب والمعادن والكافور التي استغلتها الجماعات المسلحة في ليبيريا وأنغولا وجمهورية الكونغو الديمقراطية<sup>(٢)</sup>.

### الإقاليم المحايدة:

إذا كان قانون الحياد قد نشأ في ظل أحكام القانون الدولي العرفي، إلا أن تلك الأحكام قد تم تقنينها إلى حد بعيد في اتفاقيتي لاهاي الخامسة والثالثة عشر لعام ١٩٠٧، ولم تصف الاتفاقيات التي أُعتمدت في وقت لاحق سوى القليل من التفاصيل عما كان وارداً في اتفاقيتي لاهاي. وقد أصبحت قواعد الحياد جزء من القانون الدولي العرفي، وهي تفرض على الدول المتحاربة التزاماً باحترام وصيانة حرمة الدولة المحايدة، بينما تفرض

(١) وقد أصدرت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية إرشادات العناية الواجبة لسلاسل التوريد المسؤولة عن المعادن المتحصلة من المناطق المتأثرة بالنزاعات أو المعرضة لمخاطر شديدة. وتسعى هذه الإرشادات إلى تزويد الشركات بالمعلومات اللازمة لكي تضمن عدم ربط استخدامهما للمعادن بعدد من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. وإذا كانت تلك الإرشادات لا تتسم بالطابع الإلزامي إلا أنها تبين نظام عمل سلاسل التوريد المسؤولة، كما أنها تهدف إلى وقف الدعم المباشر وغير المباشر للجماعات المسلحة من خلال التجارة في الموارد الطبيعية أثناء النزاعات المسلحة. راجع:

OECD (2016), OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition, OECD Publishing, Paris. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252479-en> (Last visited on November 14, 2017).

See also: David C. W. Wagner, Breaking the Nexus between Armed Conflict and Consumer Products: Where's the App for That? Temple International Comparative Law Journal 26(1), 2012, p. 141-142.

(٢) راجع:

The United Nations Environment Programme (UNEP), From Conflict to Peacebuilding, The Role of Natural Resources and the Environment, p. 5.

تلك القواعد على الأخيرة، من ناحية أخرى، التزاماً سلبياً، مؤداه الامتناع عن دعم الجهود الحربية للأطراف المتحاربة، وعدم التحيز لصالح طرف على حساب الآخر<sup>(١)</sup>. وفيما يتعلق بحماية بيئة الأقاليم والدول التي لا تشارك في النزاعات المسلحة، فقد تم إقرار فكرة الحياد في المبادئ التوجيهية للجنة الدولية للصليب الأحمر، بشأن الأدلة والتعليمات العسكرية المتعلقة بحماية البيئة في أوقات النزاع المسلح، حيث قررت عدم تأثر الالتزامات المتعلقة بحماية البيئة تجاه الدول التي لا تشارك في النزاع المسلح<sup>(٢)</sup>.

### المناطق المنزوعة السلاح:

تخضع المناطق المحايدة أو المنزوعة السلاح على النحو الذي تم تحديده رسمياً بين المتحاربين، للحماية المقررة بموجب المادة (١٥) من اتفاقية جنيف الرابعة والمادة (٦٠) من البروتوكول الإضافي الأول. ويعد انتهاك الحماية المقررة للمناطق منزوعة السلاح خرقاً خطيراً للقانون الدولي الإنساني، وذلك وفقاً للشروط والضوابط المقررة في المادة ٨٥(٣)(د) من البروتوكول الإضافي الأول<sup>(٣)</sup>.

كذلك فإن هناك عدد قليل من المناطق الأخرى المحمية بوجه خاص ضد الحرب وآثارها السلبية، مثال ذلك أنتاركتيكا المحمية بموجب معاهدة أنتاركتيكا لعام ١٩٥٩، والفضاء الخارجي المحمي بموجب معاهدة الفضاء الخارجي لعام ١٩٦٧. وبناء على ما تقدم، فإن أحد الخيارات المتاحة لتعزيز حماية المناطق المحمية ذات

(١) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٨٤٥-٨٤٧.

See also: Walter Gary Sharp, Revoking an Aggressor's License to Kill Military Forces Serving the United Nations: Making Deterrence Personal, The Maryland Journal of International Law and Trade, Spring 1998.

(٢) وقد جاء في النص الأصلي للمبادئ التوجيهية للجنة الدولية للصليب الأحمر كما يلي:

"Obligations concerning the protection of the environment that are binding on States not party to an armed conflict (e.g. neighbouring States) and that relate to areas beyond the limits of national jurisdiction (e.g. the high seas) are not affected by the existence of the armed conflict to the extent that those obligations are not inconsistent with the applicable law of armed conflict." See: Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, International Review of the Red Cross, 30 April, 1996, para. 5.

(٣) ويرى أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء أن نزع السلاح الكلي من الأمور التي يتعذر تحقيقها، نظراً لاستحالة مراقبة مخزون الدول من الأسلحة، ذلك لأن الدول قد لا تسمح في العديد من الحالات بأن تتم إجراءات الكشف والتمحيص والمراقبة بواسطة جهات محايدة لتحقيق هذا الغرض.

القيمة الخاصة، هو أن يتم تصنيفها رسمياً باعتبارها مناطق منزوعة السلاح. وتحقيقاً لهذه الغاية، دعا الاتحاد الدولي لحفظ الطبيعة والموارد الطبيعية، إلى اعتماد مشروع اتفاقية بشأن حظر الأنشطة العسكرية العدائية في المناطق المحمية<sup>(١)</sup>، والذي تم تطويره في أعقاب حرب الخليج ١٩٩٠-١٩٩١، استجابة لتزايد المخاوف بشأن الأضرار البيئية الناجمة عن النزاعات المسلحة<sup>(٢)</sup>. وينص مشروع الاتفاقية على أن يحدد مجلس الأمن المناطق المحمية التي يتعين تمييزها، باعتبارها مناطق غير مستهدفة أو منزوعة السلاح أثناء النزاعات المسلحة. وعليه، فإن تحديد مناطق محمية من شأنه أن يحقق غايتين هامتين: أولاً، حماية أرواح سكان تلك المناطق بشكل مباشر ضد الأضرار الناشئة عن النزاعات المسلحة، وثانياً، حماية البشرية بشكل غير مباشر من خلال حماية البيئة ضد الأضرار التي تلحق بها من جراء النزاعات المسلحة. ومع ذلك، فإن مشروع الاتفاقية لم يحظ حتى الآن بتأييد مجلس الأمن، ولم ي تلق دعم أعضاء المجتمع الدولي اللازم لإقراره<sup>(٣)</sup>.

ويتعين الانتباه أخيراً إلى أنه لا يمكن الاستناد إلى الموثيق والاتفاقيات الدولية السابقة، باعتبارها أساساً قانونياً حاسماً وكافياً، لتوفير الحماية للنازحين خارج الحدود الوطنية بسبب المخاطر البيئية. أي أنها على الرغم من استهدافها لحماية البيئة، وهو أمر يؤدي بشكل غير مباشر إلى حماية حياة الإنسان ومساعدته على استيفاء احتياجاته الأساسية، إلا أن تلك الاتفاقيات لن تحول، بشكل حاسم، دون إمكانية وقوع الأضرار البيئية، والتي ستؤدي حتماً إلى إحداث أضرار جسيمة بالأفراد، ودفعهم نحو النزوح خارج الأماكن

---

(١) راجع:

Draft Convention on the Prohibition of Hostile Military Activities in Protected Areas, International Council of Environmental Law, International Union for Conservation of Nature, 1995.

(٢) راجع:

Wolfgang E. Burhenne, The Prohibition of Hostile Military Activities in Protected Areas, Environmental Policy and Law 27(4), 1997, p. 374-375.

(٣) راجع:

Michaela Halpern, Protecting Vulnerable Environments in Armed Conflict: Deficiencies in International Humanitarian Law 51(2), Stanford Journal of International Law, p. 133-134.

المتضررة بيئياً، وبالتالي فهي لم تتضمن أية قواعد لمعالجة مشكلة اللجوء البيئي-حال وقوعها- بما تشمله من حماية دولية لحقوقهم الإنسانية وتوفير احتياجاتهم الأساسية.

## المبحث الثاني

### الآليات الدولية المباشرة لحماية اللاجئين البيئيين

#### تمهيد وتقسيم:

بالنظر إلى الآثار المدمرة الناشئة عن الكوارث البيئية والتي من شأنها أن تخلف أعداداً هائلة من الضحايا، تفوق في العديد من الحالات ضحايا النزاعات المسلحة، ويكفي أن نذكر في هذا السياق أن أعداد الوفيات بسبب إعصار نرجس في ميانمار عام ٢٠٠٨، قد وصلت إلى ما يزيد عن ١٣٨ ألف حالة وفيات، ونجم عن زلزال هايتي عام ٢٠١٠ ما يربو عن ٢٢٢ ألف حالة وفيات<sup>(١)</sup>. وكان من شأن تلك الكوارث أن دفعت أعداداً هائلة من سكان المناطق المتأثرة إلى ترك ديارهم وأوطانهم بحثاً عن الملجأ في دول أخرى، مما حدى بجانب من الفقه نحو محاولة تفسير اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ لكي تقرر الحماية للاجئين البيئيين<sup>(٢)</sup>، الأمر الذي يدعونا إلى ضرورة مناقشة مدى إمكانية إقرار حماية للاجئين البيئيين وفقاً لاتفاقية ١٩٥١ وبروتوكولها لعام ١٩٦٧.

كذلك ظهر في الاتجاه الإقليمي على إثر المعاناة الإنسانية الناجمة عن الكوارث المختلفة الناشئة عن الاحتلال والسيطرة الأجنبية والأحداث الجسيمة التي تهدد النظام العام، فكرة مد مفهوم اللاجئ لكي يشمل أشخاصاً أخرى بخلاف ما هو مقرر في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، الأمر الذي يستدعي التعرض إلى مدى إمكانية إقرار الوثائق الإقليمية، سواء اتخذت شكل القانون الجامد أو المرن، لمسألة إقرار وصف اللاجئ للأشخاص الفارين خارج الحدود الوطنية لدولهم بسبب الكوارث البيئية.

علاوة على ذلك، فإن هناك بعض الهيئات والجهات التي تقدم الإغاثة والمساعدة إلى ضحايا الكوارث البيئية انطلاقاً من الاعتبارات الإنسانية المقررة بموجب المواثيق

(١) راجع:

Debarti Guha-Sapir et al., op. cit., p. 1.

(٢) انظر ما سوف نشير إليه لاحقاً بشأن الاتجاه الذي ينادي بإمكانية إقرار حماية للاجئين البيئيين استناداً لاتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.



والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان.

ولمزيد من التفصيل والتوضيح، فإننا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، وفقاً لما هو آت:

المطلب الأول: مدى إمكانية إقرار حماية للاجئين البيئيين وفقاً لاتفاقية ١٩٥١.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للنازحين بيئياً في المواثيق الدولية الإقليمية.

المطلب الثالث: دور الهيئات الدولية في توفير الحماية للنازحين بيئياً.

### المطلب الأول

#### مدى إمكانية إقرار حماية للاجئين البيئيين وفقاً لاتفاقية ١٩٥١

بدأ اهتمام المجتمع الدولي في إقرار حماية دولية للاجئين منذ الحرب العالمية الأولى، إذ ترتب عليها فرار الملايين من الأشخاص من أوطانهم بحثاً عن ملجأ آمن في دول أخرى، الأمر الذي دعا عصبة الأمم إلى إنشاء المفوض السامي لشؤون اللاجئين الروس، فقامت العديد من حكومات الدول بتبني اتفاقيات بشأن الوضع الدولي للاجئين، تهدف إلى تزويد النازحين بوثائق السفر اللازمة لدخول الدول التي يلجؤون إليها<sup>(١)</sup>.

وبعد اندلاع الحرب العالمية الثانية، تزايدت بشكل أكثر حدة أعداد اللاجئين، مما دفع المجتمع الدولي إلى عقد مؤتمر دبلوماسي في جنيف عام ١٩٥١، بغرض تبني معاهدة دولية لإقرار النظام القانوني الذي يحكم اللاجئين<sup>(٢)</sup>.

وقد حددت تلك الاتفاقية تعريف اللاجئ بصورة واضحة، ونطاق الحماية والحقوق التي يتمتع بها، والواجبات التي تقع على عاتقه. وفي عام ١٩٦٧ تم تبني بروتوكول ملحق بالاتفاقية ليقرر الحماية لكافة الأشخاص الذين تتوافر فيهم كافة الشروط والعناصر المقررة بموجب اتفاقية عام ١٩٥١، حيث كانت الحماية الدولية مقتصرة فقط على الأوروبيين عند وضع الاتفاقية<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع:

James C. Hathaway, The Evolution of Refugee Status in international Law: 1920-1950, International and Comparative Law Quarterly 33, April 1984, p. 357-359.

(٢) راجع: د. خالد سعد أنصاري يوسف، القانون الدولي للجوء السياسي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥، ص ١٧-١٨.

(٣) وتعتبر اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧ هما حجر الأساس لكافة الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة بإقرار الحماية القانونية للاجئين. راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ٩٠.

والحقيقة أن هذه الاتفاقية قد وضعت لمعالجة أوضاع ومآسي تعرض لها أشخاص بسبب الاضطهاد المباشر من دول معينة لأسباب مختلفة<sup>(١)</sup>، لذلك لم يتطرق إلى ذهن واضعي تلك الاتفاقية إمكانية وجود أشخاص، يضطرون إلى ترك ديارهم بحثاً عن مكان أكثر أماناً، بسبب وجود كوارث بيئية، سواء كانت طبيعية، أو ناشئة عن الممارسات غير المستدامة التي ينتهجها الإنسان.

ولكن ظهرت ظروف وعوامل مختلفة، أدت إلى وجود مخاطر أخرى بخلاف الاضطهاد لأسباب عرقية، أو دينية، أو جنسية، أو سياسية، أو اجتماعية، من شأنها أن تعرض حياة أعداد كبيرة من الأشخاص للخطر، إن لم تتاح لهم فرصة اللجوء إلى مكان آخر خارج ديارهم، تتوفر فيه الحماية والأمان. وقد تمثلت تلك المخاطر تحديداً في الكوارث البيئية، سواء كانت كوارث بيئية طبيعية، أو كوارث بيئية ناتجة عن الأنشطة والأعمال الإنسانية، أو بسبب النزاعات المسلحة<sup>(٢)</sup>.

وقد دفع ذلك اتجاه من الفقه إلى القول بإمكانية مد الحماية المقررة بموجب اتفاقية عام ١٩٥١ المعدلة بروتوكول ١٩٦٧، لكي تشمل النازحين خارج الحدود الوطنية لدولهم بسبب الكوارث البيئية<sup>(٣)</sup>.

ولبحث مدى إمكانية انطباق اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ على الأشخاص المتضررين بيئياً، فإنه يتعين علينا أولاً أن نعرض للعناصر الواجب توافرها في اللاجئ وفقاً لهذه الاتفاقية، ثم للاتجاه الذي يقر بإمكانية إقرار حماية للاجئين وفقاً لاتفاقية ١٩٥١، وأخيراً نحلل مدى انطباق اتفاقية عام ١٩٥١ على اللاجئين البيئيين:

(١) راجع:

Thomas Gammeltoft-Hansen, Access to Asylum, International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control, Cambridge University Press, 2011, p. 12-14.

(٢) راجع:

Brittan J. Bush, op. cit., p. 563-564.

(٣) راجع في هذا الاتجاه:

Carly Marcs, Spoiling Movi's River: Towards Recognition of Persecutory Environmental Harm Within the Meaning of the Refugee Convention, American University International Law Review 24(1), 2008, p. 31-71.

أولاً: العناصر الواجب توافرها لثبوت وصف اللاجئ وفقاً لاتفاقية عام ١٩٥١:

وفقاً للمادة (١) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، فإن اللاجئ هو "كل شخص بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد، بسبب عرقه، أو دينه، أو جنسيته، أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة، أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع أو لا يرغب بسبب ذلك الخوف أن يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية، ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق نتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع، أو لا يرغب بسبب ذلك الخوف، أن يعود إلى ذلك البلد"<sup>(١)</sup>.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تقسيم التعريف الوارد في إتفاقية اللاجئين إلى أربعة عناصر رئيسية:

١. أن يكون اللاجئ قد فر من دولته؛

٢. أن يكون اللاجئ غير قادر أو غير راغب في أن يستظل بحماية دولته أو في العودة إليها؛

٣. أن تكون عدم قدرة أو عدم رغبة اللاجئ في العودة إلى دولته ناجماً عن خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد؛

٤. أن يكون الاضطهاد متعلقاً بوضع اللاجئ في جماعة معينة، سواء كانت عرقية، أو دينية، أو وطنية، أو اجتماعية، أو سياسية<sup>(٢)</sup>.

وسوف نتولى تحليل وتوضيح تلك العناصر على النحو التالي:

<sup>(١)</sup> راجع المادة (١) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، المرجع السابق.

<sup>(٢)</sup> ويرى هذا الجانب من الفقه أن اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ لا يمكن أن تمتد لتوفر الحماية للأشخاص الذين أُجبروا على الهجرة من ديارهم بسبب المخاطر البيئية: انظر في هذا الرأي:

Dana Zartner Falstrom, Stemming the Flow of Environmental Displacement: Creating a Convention to Protect Persons and Pre-serve the Environment, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 2001, p. 11-15.

See also Kellie Ann Furr, Environmental Degradation in the Mesopotamian Marshlands: A Case Study in Legal Deficiencies, Southeastern Environmental Law Journal, 2011, p. 291.

See also Kara K. Moberg, Extending Refugee Definitions to Cover Environmentally Displaced Persons Displaces Necessary Protection, Iowa Law Review, 2009, p. 1119-1123.

See also Bonnie Docherty and Tyler Giannini, p. 362.

## (١) تواجد طالب اللجوء خارج إقليم دولته:

يتعين لكي يكون الشخص مستحقاً لحماية اللاجئين، أن يكون متواجداً خارج الحدود الإقليمية لدولته الأصلية، إذ أن وجود الشخص خارج إقليم دولته الأصلية، مع توافر الشروط الأخرى التي تقررها الاتفاقية، هي شرط ضروري لإقرار حماية دولية له، فمن غير المتصور إسباغ وصف اللاجئ، وإقرار حماية دولية، لشخص متواجد داخل إقليم الدولة التي يتعرض فيها للاضطهاد<sup>(١)</sup>.

ويتعين أن يلتزم الشخص اللجوء تجاه الدولة التي يحمل جنسيتها؛ أي أن يكون لديه خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد داخل دولته التي يرتبط بها برابطة الجنسية، فمن غير المتصور أن يلتزم الشخص اللجوء تجاه دولة أجنبية. وفي حالة ما إذا كان الشخص عديم الجنسية، فإنه يمكن أن يطلب اللجوء تجاه دولة إقامته المعتادة السابقة<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الشخص يحمل جنسية أكثر من دولة، وتولد لديه خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد في إحداها، فيمكن له أن يستفيد من حماية الدولة أو الدول الأخرى التي يحمل جنسيتها، ولا يكون مستحقاً للحماية الدولية المقررة للاجئين، لأن الحماية الوطنية لها الأسبقية على الحماية الدولية<sup>(٣)</sup>.

وقد تثار التساؤل حول ما إذا كان يشترط أن تكون هناك رابطة واقعية بالدولة الأخرى التي يحمل الشخص جنسيتها، أم يكفي أن يكون حاملاً لتلك الجنسية بطريق قانوني<sup>(٤)</sup>. ويرجع السبب في ذلك إلى حكم محكمة العدل الدولية في قضية نوتيبوم Nottebohm عام ١٩٥٥، الذي أقر في حيثياته إلى أن الجنسية لا تمنحها الدولة قانوناً، إلا إذا كانت

(١) ويؤكد رأي أن اشتراط تواجد الشخص خارج إقليم دولته الأصلية أمر منطقي لكي يتمتع بالحماية الدولية للاجئين، حيث يقول إن:

"The restriction of refugee status to persons who have left their own country is logical because it defines a class of persons to whom foreign states can, as a matter of practicality, undertake to provide an unconditional response of precisely the kind set by the Refugee Convention". See James C. Hathaway and Michelle Foster, The Law of Refugee Status, Second Edition, Cambridge University Press, p. 22.

(٢) راجع: دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٣) ذات المرجع، ص ٣٤.

(٤) راجع:

ثمة صلة حقيقية، بين الدولة المانحة والشخص المنتسب لجنسيتها<sup>(١)</sup>. بيد أن هذا الحكم قد صدر في إطار تحديد الدولة التي يثبت لها الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية، وذلك عندما يحدث تنازع بين دولتين يحمل الشخص جنسيتها، بحيث يعتد بالرابطة الفعلية لتحديد الدولة التي يمكن لها أن تمارس الحماية الدبلوماسية<sup>(٢)</sup>. بل في حالة عدم وجود مثل هذا التنازع، فإن أية دولة يحمل الشخص جنسيتها يمكن أن تمارس الحماية الدبلوماسية، وإن لم تكن ثمة رابطة فعلية بين الشخص وتلك الدولة. وعليه، فإنه يجوز في جميع الأحوال أن يستفيد الشخص من حماية الدولة التي يحمل جنسيتها، بغض النظر عن وجود رابطة فعلية أو إقامة دائمة بها، بشرط أن يكون الشخص قد دخل بالفعل إلى إقليمها.

ولا يشترط لكي يكتسب الشخص وضع اللاجئ أن يكون قد غادر دولته بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد، فقد يكون الشخص متواجداً بالفعل خارج دولته للعمل أو الدراسة، ولكن نتيجة ظروف تحدث داخل دولته، ينشأ لديه خوف من أن يتعرض للاضطهاد، يدفعه إلى أن يطلب الاعتراف له بوصف اللاجئ داخل الدولة التي يتواجد بها، ويطلق عليه اللاجئ المحلي. كذلك، فإن الشخص قد يصبح لاجئاً محلياً "نتيجة لأعماله ذاتها، كأن ينضم إلى لاجئين معترف بهم، أو يعبر عن آرائه السياسية في بلد إقامته"<sup>(٣)</sup>.

<sup>(١)</sup> وقررت المحكمة أن الجنسية ينبغي فهمها، باعتبارها مسألة من مسائل القانون الدولي، بأنها: سند قانوني قائم على الروابط الاجتماعية الفعلية، ووجود صلات حقيقية من المشاعر والمصالح والتواجد، فضلاً عن وجود حقوق وواجبات متبادلة. راجع: ICJ, Nottebohm Case (Lichtenstein v. Guatemala), Second Phase, 6 April 1955, p. 32.

<sup>(٢)</sup> ويرى أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أنه في "حالة التنازع بين جنسيتين (بأن يكون الفرد متمتعاً بجنسية كل من الدولتين المدعية والمدعى عليها)، لا يمكن ممارسة الحماية الدبلوماسية من قبل أي من الدولتين ضد الأخرى". وبمراجعة حكم محكمة العدل الدولية في قضية نوتيبوم، نجد أن محكمة العدل الدولية قد رفضت الاعتراف لليختنشتاين بالحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية على نوتيبوم في مواجهة جواتيمالا، استناداً إلى أن الرابطة الفعلية لنوتيبوم هي جنسية جواتيمالا وليست جنسية ليختنشتاين، مما يعني أنه يمكن، في الحالة العكسية، أن تمارس جواتيمالا الحماية الدبلوماسية تجاه ليختنشتاين، استناداً إلى توافر الرابطة الفعلية. راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٨٧٨-٨٧٩.

<sup>(٣)</sup> دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، المرجع السابق، ص ٣١-٣٢.

See also: Jeanyoung Jeannie Cho, Systemizing The Fate of the Stateless North Korean Migrant: A Legal Guide to Preventing the Automatic Repatriation of North Korean Migrants in China, Fordham International Law Journal 175, November, 2013, p. 216-226.

## عدم قدرة أو عدم رغبة الشخص في الاستفادة من حماية دولته:

يتعين أن تكون عدم قدرة الشخص على الاستفادة من حماية دولته، راجعة لسبب خارج عن إرادته؛ كما لو كانت دولته في حالة حرب، أو اضطراب خطير، على نحو يمنعها من توفير الحماية اللازمة، أو يجعل تلك الحماية غير فعالة، أو إذا كانت دولته في الظروف العادية ترفض توفير الحماية اللازمة له. وفي حالة عدم رغبة الشخص في الاستفادة من حماية دولته، فإن هذا الأمر يتعين أن يكون مبنياً على خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد، لأي سبب من الأسباب المذكورة في اتفاقية ١٩٥١، فإذا لم يتوافر هذا الخوف فإن الشخص لا يكون مستحقاً للحماية الدولية للاجئين<sup>(١)</sup>. وينطبق هذا الأمر كذلك على عديم الجنسية الذي لا يستطيع أو لا يرغب في العودة إلى بلد إقامته المعتادة، بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد<sup>(٢)</sup>.

### توافر خوف له ما يبرره:

لكي يكون الشخص مستحقاً للحماية الدولية للاجئين، يتعين أن يكون سبب عدم قدرته أو عدم رغبته في العودة إلى دولته، توافر خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد. وتدلل عبارة "له ما يبرره" أنه لا يثبت الحق لجميع المهاجرين قسراً في الاستفادة من الحماية الدولية للاجئين؛ إذا أن هذا الحق لا يثبت إلا للأشخاص الذين يواجهون خطراً حقيقياً في دولهم، وفقاً للأسباب الواردة في اتفاقية اللاجئين<sup>(٣)</sup>. ويتضمن شرط "خوف له ما يبرره" عنصرين رئيسيين، الأول شخصي والآخر موضوعي:

ويتمثل العنصر الشخصي في حالة ذهنية ونفسية تتولد لدى الشخص في أنه معرض لخطر الاضطهاد<sup>(٤)</sup>. وتقدير العنصر الشخصي يختلف من شخص إلى آخر، وذلك لاختلاف ردود فعل كل شخص، فعلى سبيل المثال قد يكون لشخص معتقدات دينية أو

(١) راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ٩١.

(٢) دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، المرجع السابق، ص ٣٣-٣٤.

(٣) راجع:

James C. Hathaway and Michelle Foster, The Law of Refugee Status, op. cit., p. 91.

(٤) راجع:

Yukio Shimada, The Concept of the Political Refugee in International Law 19, Japanese Annual International Law, 1975, p. 33.

اتجاهات سياسية قوية، لا يتم مراعاتها بشكل كاف داخل دولته، على نحو يجعله غير قادر على الحياة داخل تلك الدولة واتخاذ قراره النهائي بالرحيل، وقد تكون ذات المعتقدات الدينية أو الاتجاهات السياسية متوافرة لدى شخص آخر، ولكن ليس بذات القوة، أو حتى إذا كانت بذات القوة، فإن الشخص قد لا يصل إلى الحالة النفسية والذهنية التي تجعله يتخذ القرار النهائي بالرحيل عن دولته<sup>(١)</sup>. علاوة على ذلك، فإن القدرة على تحمل المخاطر والضغوط النفسية والذهنية تختلف من فرد إلى آخر، الأمر الذي يستدعي تقدير الحالة الشخصية لكل فرد باستقلالية عن غيره، ممن يتواجد في ظروف مماثلة<sup>(٢)</sup>.

ويتمثل العنصر الموضوعي في ضرورة توافر بيانات ومعلومات عن الوضع الفعلي داخل دولة ملتمس اللجوء، ويمكن الاستدلال على ذلك من تعرض أشخاص آخرين داخل تلك الدولة لظروف مماثلة للظروف التي تعرض لها ملتمس اللجوء، أو عدم توافر قوانين وطنية تقرر الحماية للأقلية، أو الجماعة التي ينتمي إليها طالب اللجوء، أو عدم إنفاذ تلك القوانين بالطريقة المرجوة حال توافرها<sup>(٣)</sup>. بل إن الظروف السائدة في دولة معينة، والتي من شأنها أن تعرض الأشخاص المنتمين إلى جماعات معينة، سواء كانت دينية، أو عرقية، أو سياسية، لخطر الاضطهاد، يمكن أن يتم الاستناد إليها، لمنح اللجوء الجماعي<sup>(٤)</sup>.

وعليه، فإن الاعتبارات الشخصية لطالب اللجوء، غير كافية في حد ذاتها، للاعتراف

---

<sup>(١)</sup> ويقال إن التعريف الوارد في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ قد أولى وزناً أكبر للعنصر الشخصي؛ إذ أن الاتفاقية افترضت أن الدول سوف تعطي اعتباراً رئيسياً وجوهرياً للتقييم الشخصي لطالب اللجوء لحالته عند تقدير مدى استحقاقه لوضع اللجوء. راجع:

Robert C. Sexton, Political Refugees, Non-refoulement and State Practice: A Comparative Study, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 18(4), p. 733-734.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Hilary Evans Cameron, Risk Theory and Subjective Fear: The Role of Risk Perception, Assessment and Management in Refugee Status Determinations, *International Journal of Refugee Law* 20(4), 2008, p. 572.

<sup>(٣)</sup> راجع:

James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, op. cit., p. 122.

<sup>(٤)</sup> راجع: عقبة خضراوي، حق اللجوء في القانون الدولي، مكتبة الوفاء القانونية-الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٧٥-٧٦.

له بوصف اللجوء، وإنما يتعين أن تكون مصحوبة باعتبارات موضوعية تعضدها<sup>(١)</sup>، فخوف اللجوء من التعرض للاضطهاد أمر ضروري، ولكن يلزم أن تكون هناك عوامل موضوعية تبرر هذا الخوف. وبشكل عام، يتعين في الحالات الفردية لطلب اللجوء أن يتم تقدير الظروف الشخصية لكل حالة منفردة<sup>(٢)</sup>.

### ضرورة توافر الاضطهاد:

يعد الاضطهاد من الشروط الأساسية، التي يتعين توافرها، لكي يتم إقرار الحماية الدولية لطالب اللجوء وفقاً لاتفاقية عام ١٩٥١. ولا يشترط أن يكون الشخص قد تعرض بالفعل للاضطهاد، وإنما يكفي -كما سبق القول- أن يكون لديه "خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد". ولا يوجد، في الواقع، تعريف، مقبول وموحد على الصعيد الدولي لاصطلاح الاضطهاد من الناحية القانونية. وقد ذهب جانب إلى أن الاضطهاد يتكون من عنصرين أساسيين: الأول هو ضرورة وجود ضرر جسيم يقع على طالب اللجوء، متمثل في القيام بأفعال أو اتخاذ تدابير، من شأنها المساس بشدة بوحدة أو أكثر من حقوقه أو حرياته الأساسية، والثاني هو أن تكون دولة طالب اللجوء غير راغبة أو غير قادرة على توفير الحماية اللازمة له<sup>(٣)</sup>؛ وبعبارة أخرى، فإنه لا يكفي أن يتعرض الشخص لممارسات

(١) لذلك أوضحت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللجوء أنه "يضاف إلى عنصر الخوف وهو حالة نفسية ووضع ذاتي- وصف "له ما يبرره". وهذا يعني أن الحالة النفسية للشخص المعني ليست هي وحدها التي تحدد وضعه كلاجئ، بل أن هذه الحالة النفسية يجب أن تكون مبنية على حالة موضوعية. وعليه، فإن عبارة "خوف له ما يبرره" تتضمن عنصراً ذاتياً وعنصراً موضوعياً، ولدى تحديد ما إذا كان ثمة خوف له ما يبرره، يجب أن يؤخذ كلا العنصرين في الاعتبار". راجع: دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللجوء، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) ويذهب رأي إلى أن الاستناد بشكل أساسي إلى المعيار الموضوعي من شأنه أن يضعف من نطاق الحماية التي قررتها اتفاقية اللاجئين، لذلك يتعين تقييم الوضع الخاص بكل طلب للتحقق من اتفاه مع أغراض الاتفاقية، ويقول هذا الرأي تأكيداً لذلك:

"The substantive consideration of subjective fear as part of the "well-founded fear" inquiry is inconsistent with established protection principles, and is otherwise out of keeping with the goals of refugee law. In contrast, the risk-oriented understanding of "fear" as forward-looking expectation, and as mandating only a prospective appraisal of an applicant's risk, is very much in harmony with the Convention's central goals." See: James C. Hathaway and William S. Hicks, Is there a Subjective Element in the Refugee Convention's Requirement of Well-Founded Fear, Michigan Journal of International Law 26(2), Winter 2005, p. 538.

(٣) راجع:

James C. Hathaway and Michelle Foster, The Law of Refugee Status, op. cit., p. 183-184.



لممارسات يكون من شأنها المساس بحقوقه أو حرياته الأساسية للقول بتعرضه للاضطهاد، طالما لم يثبت أن دولته غير قادرة أو غير راغبة في توفير الحماية اللازمة له<sup>(١)</sup>. فإذا تصورنا جدلاً على سبيل التوضيح- أن أحد الأشخاص تعرض للتعذيب من جانب السلطة التنفيذية بسبب انتمائه لجماعة سياسية، ولكن كان بإمكان هذا الشخص أن يلجأ إلى السلطة القضائية لمعاقبة المسؤولين عن تلك الانتهاكات الجسيمة، والحصول على الضمانات اللازمة بعدم تكرارها مستقبلاً، فلا يمكن في هذه الحالة القول بأن هذا الشخص قد تعرض للاضطهاد الذي يجعله مستحقاً لاكتساب وصف اللاجئ.

ويتعين الانتباه إلى أنه يوجد فارق جوهري بين تعرض الشخص للاضطهاد بسبب انتمائه إلى جماعة أو فئة أو أقلية معينة، وتعرضه للعقاب بسبب ارتكابه لجريمة يعاقب عليه القانون الجنائي داخل الدولة؛ إذ لا يكون الشخص مستحقاً للحماية الدولية في هذه الحالة الأخيرة باعتباره لاجئاً. وبالرغم من ذلك، أشارت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين إلى حالتين يعد فيهما الشخص لاجئاً بالرغم من ارتكابه جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي داخل الدولة: أولاً، إذا كان العقاب المفروض على الشخص مفرط ولا يتناسب مع الجرم الذي ارتكبه، على نحو الذي يبلغ حد الاضطهاد، وفقاً للمفهوم الوارد في الاتفاقية. ثانياً، أن يكون الشخص قد ارتكب جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي، ومع ذلك يتولد لديه شعور له ما يبرره من التعرض للاضطهاد وفقاً للضوابط المنصوص عليها في الاتفاقية، مما يجعله مستحقاً للحماية الدولية للاجئين<sup>(٢)</sup>. ويتعين الانتباه إلى أنه لا يجوز في جميع الأحوال الاعتراف بوصف اللاجئ، لأي شخص تتوافر في حقه أسباب جدية للاعتقاد بارتكابه الجرائم المنصوص عليها صراحة في المادة ١(و) من الاتفاقية، وتحديد الجرائم ضد السلام وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والجرائم الجسيمة غير السياسية التي ارتكبتها خارج بلد اللجوء، قبل قبوله في هذا البلد بصفة

(١) وقد عبر جانب من الفقه عن فكرة عدم رغبة أو عدم قدرة الدولة على توفير الحماية لطالب اللجوء من خلال اشتراط أن يكون الاضطهاد صادراً عن الحكومة سواء بشكل مباشر من خلال الممارسات أو الإجراءات التي تتخذها ضد الفئة أو الجماعة التي ينتمي إليها طالب اللجوء، أو بشكل غير مباشر من خلال عدم تدخلها لمنع أو قمع الانتهاكات التي يتخذها الأفراد العاديين أو جماعات معينة ضد الفئة أو الجماعة التي ينتمي إليها طالب اللجوء. راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ١١١-١١٢.

(٢) راجع: دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، المرجع السابق، ص ٢٣.

لاجئ، والأفعال المخالفة لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>.

وجود علاقة بين الاضطهاد والوضع السياسي أو المدني أو الاجتماعي لطالب

اللجوء:

لكي يكون الشخص مستحقاً للحماية الدولية أن يكون عرضة للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية، وذلك وفقاً للأسس الخمسة الواردة في الاتفاقية. وقد ذهب رأي إلى أن الاتفاقية لم تكن بكل حالات الاضطهاد، وإنما فقط بالحالات القائمة على التمييز التي تتعارض مع حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية<sup>(٢)</sup>.

ولا غرو أن اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ استهدفت حماية فئات وجماعات وأقليات معينة، بسبب السلوك الصادر عن حكومات دولهم، والتي من شأنها أن تعرضهم للإيذاء البدني أو النفسي، سواء تمثل هذا السلوك في اضطهاد مباشر من جانب تلك الحكومات، أو في عدم قدرة أو عدم رغبة تلك الحكومات، في رد الاعتداء الذي يقع عليهم في سبيل الحفاظ على حقوقهم وحياتهم الأساسية. ولذلك، يبدو جلياً أن واضعي الاتفاقية لم يتطرق إلى أذهانهم فكرة حماية الأشخاص الذي يتعرضون لمخاطر جسيمة تهدد حياتهم وسبل معيشتهم بسبب العوامل البيئية والاقتصادية التي قد تكون في العديد من الحالات أشد وطأة من العوامل الواردة في اتفاقية اللاجئين، فعلى سبيل المثال، يمكن الاعتراف للمثليين بوصف اللاجئين إذا لم تكن الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم أو يقيمون بها لا تعترف لهم بأية حقوق أو تفرض عليهم بعض القيود، مثل الحرمان من مباشرة بعض الحقوق المدنية السياسية أو الالتحاق ببعض الوظائف<sup>(٣)</sup>. وعلى العكس، فإن تعرض دولة

(١) وقد أشارت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين إلى أن عبارة "الأفعال المخالفة لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة" قد تم صياغتها باستخدام لغة عامة وغير دقيقة، مما جعلها تتداخل مع الجزء الأول الوارد في المادة (و) (١) بصدد الجرائم ضد السلام والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، باعتبارها من الجرائم المنافية لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة. لذلك تدعو المفوضية إلى ضرورة تطبيق البند الخاص بالأفعال المخالفة لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة بحذر شديد، خاصة في ظل عدم وجود سوابق بشأن تطبيقه. ذات المرجع، ص ٥٠.

(٢) وقد أورد اللورد بينغهام Bingham هذا الرأي في مجلس اللوردات البريطاني. راجع:

James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, op. cit., p. 391.

(٣) راجع فيما يتعلق بالرأي الذي ينادي بإمكانية إقرار الحماية الدولية للاجئين للمثليين:

دولة لأضرار بيئية جسيمة أو ظروف اقتصادية طاحنة<sup>(١)</sup> من شأنها أن تعرض السكان لخطر الهلاك، لا تدخل ضمن الفئات المحمية بموجب الاتفاقية.

ثانياً: الاتجاه الذي يقر بإمكانية إقرار حماية للاجئين وفقاً لاتفاقية ١٩٥١:

حاول جانب من الفقه إثبات أن مفهوم اللاجئ، الوارد في المادة الأولى من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، يمكن أن ينطبق على اللاجئ البيئي، واستندوا في تبرير وجهة نظرهم إلى أن مفهوم الاضطهاد يمكن أن يتحقق تجاه اللاجئ البيئي، إذا كانت الحكومة غير قادرة أو غير راغبة في منع التدهور البيئي أو قصرت في إزالة الآثار السلبية الناتجة عن المخاطر البيئية المختلفة<sup>(٢)</sup>، التي تؤدي إلى تعرض السكان المقيمين في منطقة معينة لخطر الهلاك، وتدفعهم للنزوح إلى دول أخرى طلباً للحماية<sup>(٣)</sup>.

ووفقاً لهذا الرأي، فإن الأشخاص في نطاق جغرافي محدد داخل الدولة يعدو بمثابة جماعة اجتماعية، يتوافر لديها خوف له ما يبرره من التعرض لخطر الهلاك أو الجوع أو الغرق، وذلك بحسب نوعية الأضرار البيئية<sup>(٤)</sup>.

وقد وأورد الرأي السابق، حادثة تشرونوبل، كمثل واقعي للتدليل على وجهة رأيه، حيث أشار إلى أن عدم اتخاذ الحكومة السوفيتية للتدابير الملائمة تجاه الكارثة، قد أدى إلى تفاقم الآثار السلبية على البيئة، ومن ثم تفحل مشكلة اللجوء البيئي<sup>(٥)</sup>.

---

Anthea Roberts, Gender and Refugee Law, Australian Yearbook of International Law 22, 2002, p. 185-195.

<sup>(١)</sup> مع ملاحظة أن غالبية الظروف الاقتصادية الطاحنة التي من شأنها أن تعرض حياة وسبل رزق السكان للخطر، قد تكون ناتجة في مجمل الأحوال عن عوامل بيئية، كما هو الحال بالنسبة للجفاف والتصحر والفيضانات.

<sup>(٢)</sup> ويتعين أن يثبت الشخص وفقاً لهذا الرأي أن حياته وأمنه معرضين لخطر شديد لاستحقاقه الحماية المقررة بموجب اتفاقية اللاجئين. راجع:

Pierre- François Mercure, à la Recherche d'un Statut Juridique Pour les Migrants Environnementaux Transfrontaliers : La Problématique de la Notion de Réfugié, R.D.U.S 37, 2006, p. 31.

<sup>(٣)</sup> راجع:

Molly Consibee and Andrew Simms: The Case for Recognition, New Economics Foundations, 2003, p. 31.

<sup>(٤)</sup> راجع:

Carly Marcs, op. cit., p. 63-65.

<sup>(٥)</sup> وهذا الاتجاه لم يلق قبولاً في الفقه الدولي، الأمر الذي دفع رأي آخر إلى القول بضرورة تعديل اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ لتشمل بحمايتها اللاجئين البيئيين، إلا أن هذا الرأي قد تعرض أيضاً للنقد على اعتبار أن من شأنه إضعاف الحماية المقررة للاجئين التقليديين الذين يتعرضون لخطر الاضطهاد الذي يهدد حياتهم وحررياتهم. راجع:

### ثالثاً: مدى انطباق اتفاقية عام ١٩٥١ على اللاجئين البيئيين:

على الرغم من محاولات الاتجاه السابق في مد نطاق اتفاقية عام ١٩٥١ ليشمل اللاجئين البيئيين، في سبيل توفير حماية سريعة وملائمة لهم، على الصعيد الدولي، فإن هناك بعض المعوقات القانونية التي تحول دون ذلك، فإذا كان من المتيسر القول إن العنصرين الأولين من التعريف يتوافران في اللاجئين البيئيين، على اعتبار أنهم قد أُجبروا على ترك ديارهم، ولا تتوافر لديهم القدرة أو الرغبة في العودة إليها، إلا أن باقي العناصر قد يصعب تحقيقها.

وقبل أن نُبدي رأينا فيما إذا كان التعريف الوارد في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ يمكن أن يشمل اللاجئين البيئيين، يتعين علينا أولاً أن نبين الظروف التي أحاطت بتبني اتفاقية عام ١٩٥١:

فمن ناحية أولى، تم تبني اتفاقية اللاجئين في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وذلك كرد فعل للأضرار التي أصابت الأفراد من جراء الأعمال القسرية التي ارتكبتها الحكومات القمعية. وهكذا، فإن الأضرار التي كانت تصيب الأفراد في الفترة السابقة على تبني اتفاقية اللاجئين لم تكن ذات طبيعة بيئية، وإنما كان اللاجئين يعانون من الاضطهاد الذي قيد حرياتهم السياسية والمدنية<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية ثانية، تم تبني اتفاقية اللاجئين في فترة زمنية لم يتوافر فيها الإدراك الكافي بمخاطر الهجرة القسرية الناتجة عن الأضرار البيئية، فضلاً عن أن هذا الموضوع كان يقع خارج اهتمامات المجتمع الدولي في ذلك الوقت. وبعبارة أخرى، فإن اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ كانت تستهدف فقط الحماية ضد الأضرار الناتجة عن مخاطر غير بيئية في وقت لم يتوافر فيه الإدراك الكافي بأن المخاطر البيئية يمكن أن تُخلف أعداد هائلة من

---

Lilian Yamamoto and Miguel Esteban, *Atoll Island States and International Law: Climate Change Displacement and sovereignty*, Springer, 2014, p. 232. See also: Angela Williams, *op. cit.*, p. 507-508. See also: Sven Pfeiffer, *Environmental Refugees: How to ensure Adequate Legal Protection*, LL.M Dissertation, September 2008, p. 34-36.

(١) راجع:

Susan Glazebrook, *Human Rights and the Environment*, Victoria University of Wellington Law Review, June 2009, p. 340-341.

وبسبب المتطلبات الواردة في اتفاقية اللاجئين، فإنه من العسير على اللاجئين البيئيين أن يبرهنوا على أن المخاطر البيئية التي دفعتهم إلى ترك ديارهم ناتجة عن خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد، وذلك للأسباب الآتية:

١. أن المخاطر البيئية التقليدية غالباً ما تكون ناجمة عن ظواهر طبيعية أو نتيجة عدم الاستخدام المستدام للأراضي داخل المجتمع. وعلى الرغم من أن هناك اتجاه يرى أن إساءة إدارة الحكومة للأراضي يمكن أن يرقى إلى مرتبة الاضطهاد، إلا أن حجة هذا الرأي ضعيفة، طالما أنه لم يثبت أن سوء إدارة الحكومة للأراضي كانت بهدف الإضرار بأشخاص أو جماعات محددة<sup>(٢)</sup>.

٢. بما أن الاضطهاد يتطلب قصداً خاصاً، فإنه من الصعب القول إن سوء إدارة الحكومة للأراضي، أو إهمالها في الشؤون البيئية يمكن أن يرقى إلى مرتبة الاضطهاد، إذ يتعين أن يكون الاضطهاد ناشئاً عن عمل أو امتناع عن عمل من حكومات الدول التابع لها اللاجئين، بقصد إلحاق الضرر بهم<sup>(٣)</sup>.

٣. إن سياسات الإضرار بالبيئة -التي تتخذ بدون قصد الإضرار بأشخاص أو

(١) لم تعكس اتفاقية عام ١٩٥١ إمكانية إقرار حماية للاجئين البيئيين، فقد وضعت اتفاقية اللاجئين دون أن يتبادر إلى ذهن واضعيها إمكانية نزوح الأشخاص بسبب المخاطر البيئية. راجع بشأن هذا الاتجاه:

Tracey King, op. cit., p. 552-553. See also, Suzette Brooks Masters, op. cit., p. 866.

(٢) راجع بشأن هذا الرأي:

Jessica B. Cooper, op. cit., p. 519-521.

ويؤكد هذا الرأي أن ممارسات الاستخدام غير المستدام التي تنتهجها بعض الحومات تمثل نوع من أنواع الاضطهاد، نظراً لتوافر العلم لدي الحكومات بأن تلك الأفعال سوف تضر بالبيئة.

(٣) ويذهب جانب إلى أن المقصود بالاضطهاد هو التهديد الذي يقع على الشخص من إمكانية سلب حياته أو حريته. ومع ذلك يظل التساؤل حول مدى درجة التهديد التي يمكن أن تثير الخوف من التعرض للاضطهاد. وإن كان يمكن القول إن أقل درجات التهديد قد تكون كافية لكي يتم منح الشخص وضع اللاجئ وفقاً لمفهوم الاتفاقية. راجع:

James C. Hathaway and Michelle Foster, The Law of Refugee Status, op. cit., p. 108.

وقد أصدرت مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين، كتيب إجراءات ومعايير تحديد وضع اللاجئين وفقاً لاتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكول عام ١٩٦٧، حيث أوضحت المقصود بالاضطهاد على النحو التالي:

يتعلق الاضطهاد عادة بالأفعال المنسوبة إلى سلطات الدولة. ويمكن أن تنشأ من قطاعات من السكان الذين لا يحترمون المعايير المقررة بموجب قوانين الدولة المعنية. ويمكن أن يتخذ الاضطهاد شكل التعصب الديني في دولة قد تكون علمانية، ولكن يوجد بها عدد معتبر من السكان لا يحترم المعتقدات الدينية لجرانهم. وفي حالة القيام بأفعال عنصرية أو عدائية من جانب عموم الشعب، فإنه يمكن أن ترقى إلى مرتبة الاضطهاد، إذا كان يتم التغاضي عنها عمداً من جانب سلطات الدولة، أو إذا رفضت السلطات أو أثبتت عدم قدرتها على إقرار الحماية الملائمة.

راجع بهذا الشأن: دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ؛ المرجع السابق، ص ٢٥.

جماعات معينة - لا يمكن اعتبارها بمثابة اضطهاد موجه إلى أشخاص أو جماعات محددة، وإنما بالأجرى موجهة مباشرة إلى البيئة ذاتها<sup>(١)</sup>.

٤. استهدفت اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ إقرار حماية ضد الاضطهاد الذي يتعرض له أشخاص أو جماعات معينة، وبالتالي فإنه لا مجال للاجتهاد والقول بأن مفهوم الاضطهاد الوارد في اتفاقية اللاجئين يشمل السياسات التي تؤثر على البيئة بشكل عام<sup>(٢)</sup>، وذلك ما لم يتمكن طالب اللجوء من إثبات أن السياسات التي تتخذها الدولة تمثل اضطهاداً وفقاً للأسباب الواردة في اتفاقية اللاجئين<sup>(٣)</sup>.

وعلى الرغم مما سبق، فإنه يمكن للأشخاص النازحين بسبب الأضرار البيئية أن يستفيدوا من الحماية المقررة بموجب اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، إذا ما تمكنوا من إثبات أن الدولة تستخدم البيئة كوسيلة لاضطهاد فئة معينة، مثال ذلك ما قام به نظام الرئيس السابق صدام حسين من تجفيف الأهوار في جنوب العراق لقمع المعارضين لنظام الحكم<sup>(٤)</sup>.

علاوة على ذلك، فإنه يمكن الاستناد إلى اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، لإقرار حماية دولية للنازحين بسبب المخاطر البيئية، في الحالات التي يستهدف فيها أحد أطراف النزاع المسلح البيئة بشكل مباشر، بهدف تحقيق نصر عسكري سريع، على نحو يؤدي إلى إلحاق أضرار بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الأمد بالبيئة؛ إذ يمكن لطالب اللجوء في هذه الحالة أن يثبت تعرضه للاضطهاد بسبب انتمائه إلى فئة من الفئات الواردة في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، وأن دولته غير قادرة على توفير الحماية اللازمة له ضد المخاطر التي تهدد سلامته وحياته.

وبخلاف ما سبق، فإن اللاجئين سوف يواجهون صعوبة في إثبات أن الأضرار

(١) راجع:

Brittan J. Bush, op. cit., p. 565-566.

(٢) انظر المادة الأولى من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، المرجع السابق.

(٣) فقد أشارت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين إلى أنه "يسقط من الاعتبار أشخاصاً كضحايا مجاعة أو كارثة طبيعية، ما لم يكن لديهم خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد لأحد الأسباب المذكورة". راجع: دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، المرجع السابق، ص ١٩.

(٤) انظر: هيثم مزاحم، تجفيف الأهوار، جريمة ضد الإنسانية، مقالة متاحة من خلال الرابط التالي:

الناجمة عن تغير المناخ-على إثر الأنشطة الإنسانية المختلفة-يمكن أن تمثل خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد. فبالإضافة إلى ما سبق ذكره من تعذر إثبات أن السياسات التي تستهدف الإضرار بالبيئة يمكن أن تمثل نوعاً من أنواع الاضطهاد، فإن اللاجئين بسبب مخاطر تغير المناخ سوف يواجهون صعوبة أخرى متمثلة في ضرورة تحديد الجهة التي تعتبر أعمالها بمثابة اضطهاد.

فعلى عكس السياسات التي تتخذها الحكومات الوطنية والتي تساهم في تدهور البيئة، فإن تغير المناخ يعتبر ظاهرة عالمية ناتجة عن أفعال العديد من الحكومات، والجهات والمؤسسات الخاصة التي تقطن غالبيتها في الدول المتقدمة. وإذا كان الوضع الغالب أن تؤثر مخاطر تغير المناخ التي تؤدي إلى وجود حالات اللجوء البيئي على المجتمعات التي لم تستفد من المنافع الاقتصادية الناجمة عن الأنشطة التي ساهمت في ظاهر تغير المناخ، فإن اللاجئين بسبب تغير المناخ، لن يتمكنوا من إثبات أن خوفهم المبرر من الاضطهاد، يستند إلى أفعال الدولة التي ينزحون قسراً منها<sup>(1)</sup>.

ومن جماع ما سبق، يمكن القول إن اتفاقية اللاجئين تعتبر نظاماً قانونياً قديماً، لا يوفر الآليات اللازمة لحماية اللاجئين البيئيين. ويجد ذلك تبريره في أن اتفاقية اللاجئين قد تم تبنيها في فترة زمنية لم تكن مشكلة اللاجئين البيئيين من المشاكل الملحة في المجتمع الدولي، وذلك لأن اتفاقية اللاجئين تحمي فقط الأشخاص الذين يعانون من الاضطهاد على نحو يؤثر على حقوقهم السياسية والمدنية والاجتماعية. علاوة على ذلك، فإن اللاجئين البيئيين سوف يواجهون صعوبات في إثبات أن السياسات البيئية، بدون توافر قصد التأثير سلباً على أشخاص أو جماعات محددة، يمكن أن ترقى إلى مرتبة الاضطهاد<sup>(2)</sup>.

وبالتالي، فإن هناك ضرورة ملحة لوضع نظام قانوني خاص لمعالجة مشكلة اللاجئين البيئيين الذين يهاجرون قسراً خارج ديارهم بسبب الأضرار البيئية.

---

(1) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, p. 359-360.

(2) راجع:

Brittan J. Bush, op. cit., p. 566.

## المطلب الثاني

### الحماية القانونية للنازحين بينياً في المواثيق الدولية الإقليمية

هناك بعض المواثيق الإقليمية التي يمكن أن يستفاد منها إقرار حماية مباشرة للاجئين بسبب الأضرار البيئية، تحديداً: الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، إعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين الذي أصدرته بعض دول أمريكا اللاتينية عام ١٩٨٤، والاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية التي وضعت في سياق جهود جامعة الدول العربية عام ١٩٩٤.

وبالرغم من أن إعلان قرطاجنة يعد بحكم طبيعته القانونية غير ملزم، كما أن الاتفاقية العربية لم تدخل حيز النفاذ بعد، إلا أنه يمكن، مع ذلك، أن يستدل منهما على توافر الاهتمام لدي بعض الدول بأهمية إقرار الحماية الدولية للاجئين لأشخاص يتوافر بشأنهم ظروف بخلاف تلك الواردة في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

وسوف نوضح الحماية المقررة للاجئين في الاتفاقية الأفريقية وإعلان قرطاجنة والاتفاقية العربية على النحو التالي:

#### أولاً: الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا:

تبنّت منظمة الوحدة الإفريقية الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا عام ١٩٦٩، كنتيجة مباشرة لمشاكل اللاجئين المتعددة التي ظهرت في أفريقيا إبان فترة نضال وسعي الدول الأفريقية نحو الحصول على استقلالها<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من أن الاتفاقية الإفريقية قد تبنّت التعريف الوارد في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١<sup>(٢)</sup>، إلا أنها مدت نطاق التعريف لكي تشمل بحمايتها أشخاصاً أخرى، أكثر مما هو مقرر في اتفاقية عام ١٩٥١، وذلك بسبب الظروف والعوامل التي سادت في القارة الإفريقية وقت إقرار الاتفاقية. لذلك جاءت المادة ١(٢) لتقرر أن اصطلاح اللاجئ ينطبق كذلك على "كل شخص يجبر على ترك محل إقامته المعتادة بسبب اعتداء خارجي، أو

(١) أنشأت منظمة الوحدة الإفريقية عام ١٩٦٣. ووفقاً للمادة ٢(١) من ميثاقها، فإن غرض المنظمة هو: القضاء على كافة أشكال الاستعمار في أفريقيا، وتعزيز التعاون الدولي مع إيلاء الاعتبار الواجب لميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(٢) انظر المادة ١(١) من الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا، المرجع السابق.



احتلال، أو هيمنة أجنبية، أو أحداث تعكر النظام العام بشكل خطير في كل أو جزء من بلد منشأه أو جنسيته من أجل البحث عن ملجأ في مكان آخر خارج بلد منشأه أو جنسيته". وتعتبر الاتفاقية الأفريقية مكملة لاتفاقية عام ١٩٥١ فيما يتعلق بحماية اللاجئين في أفريقيا، فهي لم تقتصر على ضرورة توافر عنصر الاضطهاد لإقرار منح الملجأ، وإنما نصت على إمكانية منح الملجأ بالنسبة للأشخاص الذين يتعرضون لبعض الظروف الاستثنائية التي من شأنها أن تهدد حياتهم أو حريتهم أو ظروف معيشتهم<sup>(١)</sup>.

وقد جاءت عبارة "أحداث تعكر النظام العام بشكل خطير" بصيغة عامة، على نحو يفتح التفسير إلى إمكانية اشتمالها على الكوارث البيئية المختلفة التي تهدد بقاء السكان وسبل معيشتهم. ولكن بالنظر إلى أن نص المادة ١(٢) لم تذكر الأضرار البيئية في حد ذاتها، سواء كانت طبيعية أو ناشئة عن الأنشطة الإنسانية أو بسبب النزاعات المسلحة، باعتبارها أساساً لمنح اللجوء، فقد أدى ذلك إلى إثارة الجدل الفقهي حول ما إذا كانت تلك المادة تقرر الحماية القانونية للاجئين البيئيين:

اتخذ جانب في الفقه، يدعمه جيمس هاثاواي، موقفاً متحفظاً في تفسير المادة ١(٢) من الاتفاقية الأفريقية، حيث ذهب إلى أن عبارة "أحداث تعكر النظام العام بشكل خطير" تتصرف فقط إلى الكوارث الناشئة عن فعل الأنسان، وأنها لا يمكن أن تشمل الكوارث الطبيعية أو الأزمات الاقتصادية<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> وجاء في الندوة التي عقدتها منظمة الوحدة الإفريقية بالاشتراك مع المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين للاحتفال بمرور خمسة وعشرين عاماً على وضع الاتفاقية الأفريقية بشأن اللاجئين لعام ١٩٦٩ ما يلي:

"As a regional complement of the 1951 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 OAU Convention has been a strong pillar for refugee protection and solutions in Africa. It has enabled the provisions of asylum to refugees and the implementation of voluntary repatriation in a way that has consolidated brotherhood and comity among African states. It has also inspired the developments of a favourable refugee laws, policies and practices in Africa and indeed in other regions of the world, most notably in the Latin American region. The Convention remains the only international legal instrument which contains elaborate principles on the voluntary repatriation of refugees." See: Bahama Tom Makira Nyanduga, Refugee Protection under the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, German Yearbook of International Law 47, 2004, p. 93.

<sup>(٢)</sup> انظر هذا الرأي في:

ويذهب رأي آخر إلى أنه يمكن للكوارث البيئية، سواء كانت طبيعية أو ناشئة عن الأنشطة الإنسانية، أن تكون سبباً في منح اللجوء للمتضررين منها، فقط إذا نشأ عنها حالة من الفوضى الشديدة على نحو يؤدي إلى زعزعة النظام العام داخل الدولة<sup>(١)</sup>. واستند هذا الرأي في تبرير وجهة نظره إلى أن النظام العام يشمل مجموعة القواعد القانونية المطبقة داخل الدولي التي تضمن أمن وسلامة الأفراد داخل المجتمع<sup>(٢)</sup>، وعليه، فإن الأحداث التي تعكر صفو النظام العام تتمثل في الاضطرابات السياسية والاجتماعية الناتجة عن أعمال وأنشطة إنسانية، وليس الآثار المترتبة على الكوارث الطبيعية؛ أي أن أعمال القتل والاعتداء والسلب والنهب في ظل انهيار النظام القانوني داخل الدول، هو الذي يعد من قبيل "الأحداث التي تعكر النظام العام" بشكل يؤدي إلى منح اللجوء للأشخاص الذين يفرون منها وفقاً لمفهوم الاتفاقية، أما الكوارث الطبيعية فهي لا تعدو كونها قوة قاهرة باعتبارها أحداث لا يمكن توقعها أو السيطرة عليها، ومن ثم لا يمكن أن تسأل عنها الدولة التي وقعت فيها تلك الأحداث، كما لا يمكن أن تكون أساساً لنشأة الالتزام الدولي بمنح اللجوء للمتضررين من تلك الكوارث<sup>(٣)</sup>. كذلك، فإن وصف اللاجئين وفقاً لهذا الرأي -لن يثبت إلا بالنسبة للأشخاص الذين يجبرون على النزوح خارج الحدود الوطنية لدولهم، أما بالنسبة للأشخاص الذين يجبرون على النزوح الداخلي- وذلك في حالة توافر الحماية الملائمة لهم داخل الدولة- فإنهم لن يندرجوا في إطار التعريف المقرر للاجئين في الاتفاقية الإفريقية<sup>(٤)</sup>.

---

Alice Edwards, Refugee Status Determination in Africa, African Journal of International and Comparative Law 14(2), 2006, p. 225-6.

(١) راجع:

Walter Kalin, Conceptualising Climate-induced Displacement, in Jane McAdam, Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives, Hart Publishing, 2010, p. 88-9.

(٢) راجع:

Alice Edwards, op. cit., p. 226.

(٣) راجع:

Micah Bond Rankin, Extending the Limits or Narrowing the Scope? Deconstruction the OAU Refugee Definition Thirty Years On, New Issues in Refugee Research, April 2005, p. 20.

(٤) راجع:

ويذهب رأي ثالث إلى أنه لا يوجد ثمة مانع من أن يتم تفسير عبارة "أحداث تعكر النظام العام بشكل خطير" الواردة في المادة ١(٢) من الاتفاقية الإفريقية بحيث تشمل الكوارث البيئية، سواء كانت ناشئة عن الأنشطة الإنسانية أو بسبب فعل الطبيعة، بما في ذلك الجفاف والتصحر. ومع ذلك أقر هذا الرأي إلى أنه من الناحية العملية قد يتم منح الملجأ للأشخاص المتضررين من العوامل البيئية في الدول المجاورة، كما هو الحال عندما قامت رواندا بمنح الملجأ لسكان الكونغو بسبب الانفجار البركاني لجبل نياراجونجو Nyiragongo عام ٢٠٠٢، حيث إن الغالب ألا تعلن تلك الدول بأنها تمنح الملجأ للمتضررين من العوامل البيئية تطبيقاً لالتزاماتها وفقاً للاتفاقية الإفريقية بشأن اللاجئين<sup>(١)</sup>. كذلك عندما قامت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بتقديم المساعدات الإنسانية للمتضررين من تسونامي الذي ضرب إندونيسيا وسيريلانكا عام ٢٠٠٤، أعلنت المفوضية أنها قامت بذلك بناء على طلب من الأمين العام للأمم المتحدة<sup>(٢)</sup>. ولذلك يرى هذا الرأي أنه بدون اعتراف الدول والمنظمات الحكومية بإمكانية تفسير نص المادة ١(٢) لكي تشمل اللاجئين البيئيين، فإن الأمر يظل جائز من الناحية النظرية ولكنه غير مطبق من الناحية العملية<sup>(٣)</sup>، ومن ثم فإن الممارسات العملية للدول في منح الملجأ للفارين خارج الحدود الوطنية لدولهم بسبب الأضرار البيئية، يمكن أن يساهم في نشأة حق لهم في الحماية المؤقتة بناء على أسس إنسانية وفقاً لقواعد القانون الدولي العرفي<sup>(٤)</sup>.

---

Michelle Leghton Schwartz, International Legal Protection for Victims of Environmental Abuse, Yale Journal of International Law 18(1), 1993, p. 380.

(١) راجع:

Alice Edwards, op. cit., p. 227.

(٢) راجع:

UNHCR, Note on International Protection, 4 July 2005, para. 36, UN Doc. A/AC.96/1008.

(٣) راجع:

Alice Edwards, op. cit., p. 227.

(٤) وبالرغم من إقرار هذا الرأي إن مفهوم اللاجئ في الاتفاقية الإفريقية يشمل الأشخاص الذين يجبرون على ترك أوطانهم لأسباب بيئية، إلا أنه يؤكد، مع ذلك، أن الحماية المقررة لهؤلاء الأشخاص تظل مؤقتة، معرفاً المقصود بالحماية المؤقتة بأنها تلك التي تمتد لفترة قصيرة، وهي بالتالي لا تتناسب مع طبيعة اللجوء البيئي الذي يحتاج إلى فترة أطول من الحماية الدولية. ونحن بالتاكيد لا نتفق مع هذا التفسير للحماية المؤقتة، وذلك لأن الحماية الدولية للاجئين في مفهومها الواسع هي حماية مؤقتة، أي أن استمرار تلك الحماية مرتبط بوجود السبب الذي أدى إليها، أما في مفهومها الضيق فهي تعني الحماية التي تمنحها الدولة للاجئين في حالة التدفق المكثف، إذا لم يكن لديها القدرة على استيعاب كافة الأعداد وتوفيق أوضاعهم، وذلك لحين تمكن اللاجئين من البحث عن ملجأ آمن في دولة أخرى. ونرى، في الواقع، أن المقصود بالحماية المؤقتة هو أن الدول يمكن أن تمنح

وبتحليل الآراء السابقة في ضوء عبارة "أحداث تعكر النظام العام بشكل خطير" الواردة في المادة ١(٢) من الاتفاقية الإفريقية، فإننا ننتهي إلى أن وصف اللاجئ يثبت للأشخاص الذي يجبرون على الفرار من أوطانهم بسبب الكوارث والأضرار البيئية الخطيرة، وذلك للأسباب التالية:

- أن الأشخاص لن يجبروا على الفرار خارج أوطانهم، إلا إذا كانت الكارثة البيئية قد وصلت إلى درجة أدت إلى عدم قدرة الدولة على توفير الحماية اللازمة لمواطنيها، وهو أمر يندرج تحت مفهوم الخلل في النظام العام، إذ أن القواعد والأحكام المتعلقة بتوفير الأمن والسلامة للمواطنين سوف تتعطل بشكل جسيم على نحو يعرض أرواحهم لخطر الهلاك.

- إذا كان الغالب في العديد من الحالات أن يترتب على الكوارث البيئية الجسيمة التي تُجبر السكان على النزوح خارج الحدود الوطنية لدولهم أن ينشأ عنها حالة فوضى، بما يستتبع ذلك من وجود حالات اعتداء على النفس والمال على إثر غياب إنفاذ حكم القانون، فإنه لا يجوز مع ذلك اعتبار وجود حالة فوضى، وفقاً لهذا المفهوم، شرطاً ضرورياً لمنح وصف اللجوء للأشخاص المتضررين من العوامل البيئية، خاصة إذا كان من شأن تلك الأضرار البيئية أن تعرض أرواح السكان للهلاك، في ظل عدم قدرة الدولة على توفير الحماية اللازمة لهم. وبالتالي فإن أساس منح اللجوء للمتضررين بصورة جسيمة من العوامل البيئية، هو غياب الحماية الوطنية، حتى ولو لم تكن مصحوبة بوجود حالة فوضى<sup>(١)</sup>.

---

الملجأ المؤقت للمتضررين من العوامل البيئية، دون أن تعترف لهم بوصف اللاجئ، مما يعني عدم التزامها بحقوق اللاجئين المقررة وفقاً للاتفاقيات الدولية. راجع:

Jessica B. Cooper, op. cit., p. 497-8. See also: Brooke Harvard, Seeking Protection: Recognition of Environmentally Displaced Persons under International Human Rights Law, Villanova Environmental Law Journal 18(1), p. 77.

(١) ويؤيد وجهة نظرنا أن جانب في الفقه قد أشار إلى أن طبيعة الكوارث والأزمات التي تقع في القارة الإفريقية هي التي دعت إلى تبني تعريف واسع للاجئ لكي تشمل الحماية أكبر عدد من الأشخاص الذين تتعرض حريتهم وأرواحهم للخطر. لذلك أقر هذا الرأي بأن تعريف اللاجئ الوارد في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ يستلزم قيام الدولة بعمل إيجابي ممثل في الاضطراد الموجه إلى الشخص الذي يلتمس اللجوء، لذلك جاءت المادة ١(٢) لتوسع من هذا التعريف وتضيف إليه، بحيث يعد العمل السلبي من

- من غير المقبول التذرع بأن الكوارث الطبيعية تعد من قبيل القوة القاهرة التي لا تسأل عنها الدولة، لأن هذه الأخيرة دائماً مسؤولة عن توفير الأمن والحماية وإغاثة مواطنيها في حالة الأزمات والكوارث، فإن هي عجزت عن توفير الحماية لهم، أصبحت الحماية واجبة على أعضاء الجماعة الدولية، بموجب القواعد العامة المتعلقة بتقديم المساعدات الإنسانية لضحايا الكوارث، أو بموجب الالتزامات التعاهدية، كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الإفريقية. وإذا كانت الدول لم تتشأ الاعتراف بوصف اللاجئين للأشخاص الذين منحهم الحماية بسبب الكوارث البيئي، فإن ذلك يرجع-في عقيدتنا- إلى أمرين:

أولاً: عدم رغبة الدول في ترسيخ مفهوم اللجوء البيئي حتى لا يتم إساءة استعماله، خاصة أن حالات النزوح بسبب الكوارث البيئية غالباً ما تتسم بالتدفق الشامل، على نحو يؤدي إلى إقبال كاهل الدول من المناحي الاقتصادية والاجتماعية والأمنية.

ثانياً: عدم رغبة الدول في أن تنقيد بالالتزامات المقررة لمصلحة اللاجئين تجاه النازحين بسبب الكوارث البيئية.

ثانياً: إعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين:

جاء إعلان قرطاجنة كنتاج "للندوة المعنية بالحماية الدولية للاجئين والمشردين في أمريكا الوسطى والمكسيك وبنما" التي عقدت في كولومبيا في الفترة من ١٩ إلى ٢٢ نوفمبر ١٩٨٤، بمشاركة حكومات عشرة دول من أمريكا اللاتينية، لمناقشة مشكلة التدفق الكثيف لملتسي اللجوء في منطقة أمريكا الوسطى، بسبب مجموعة من الأحداث الناجمة عن الحروب وعدم الاستقرار السياسي والاضطرابات الاقتصادية والخلافات السياسية

---

جانب الدولة المتمثل في فقدان قدرتها على السيطرة وتطبيق حكم القانون على نحو يعرض حرية وأرواح الأشخاص داخل الدولة بمثابة أساس قانوني لمنح وصف اللاجئ. راجع:

Eduardo Arboleda, The Cartagena Declaration of 1984 and Its Similarities to the 1969 OAU Convention-A Comparative Perspective 7, International Journal of Refugee Law, 1995, p. 94-5.

## الداخلية والكوارث الطبيعية<sup>(١)</sup>.

لذلك أشار إعلان قرطاجنة إلى أنه سوف يتبنى تعريفاً موسعاً للاجئ بالإضافة لما هو وارد في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١<sup>(٢)</sup>، حيث أشار إلى أن وصف اللاجئ يشمل: "الأشخاص الذين فروا من بلدتهم بسبب أن حياتهم أو سلامتهم أو حريتهم مهددة بالعنف المعمم أو العدوان الأجنبي أو الصراعات الداخلية أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان أو غير ذلك من الظروف التي أخلت بشكل خطير بالنظام العام"<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن إعلان قرطاجنة قد اشترط أن يكون فرار الشخص من دولته بسبب وجود تهديد على حياته أو سلامته أو حريته، وذلك بخلاف الاتفاقية الإفريقية لعام ١٩٦٩ التي اكتفت بأن يكون الشخص قد أُجبر على ترك محل إقامته المعتادة. ويذهب رأي إلى أن نية واضعي إعلان قرطاجنة اتجهت إلى تبني التعريف الموسع الوارد في الاتفاقية الإفريقية، دون أن يتم نسخها حرفياً، لذلك جاء هذا الاختلاف في الصياغة دون أن يختلف في المغزى والهدف<sup>(٤)</sup>. وفي الواقع، فإننا نرى أن هذا التحديد الوارد في إعلان قرطاجنة، من ضرورة وجود تهديد على حياة الشخص أو سلامته أو حريته، لكي يكون من مستحقاً لوصف اللاجئ، يهدف إلى استبعاد الحالات التي يسعى فيها الشخص إلى طلب اللجوء، بسبب المخاوف والاضغوط الشخصية التي يعاني منها الفرد، نتيجة الظروف السياسية والاقتصادية داخل دولته، دون أن يكون هناك تهديد فعلي على حياته أو حريته أو سلامته.

(١) والدول التي شاركت في هذه الندوة هي: كولومبيا وبيليز وكوستاريكا والسلفادور وجواتيمالا وهندوراس والمكسيك ونيكاراجوا وبنما وفنزويلا. راجع:

Eduardo Arboleda, op. cit., p. 87-8. See also: Luis F. Mancheno, Persecuted, Discriminated, and Rejected: The Firm Resettlement Bar to Colombian Refugees Living in Ecuador, Roger Williams University Law Review 19(1), 2014, footnote, p. 156.

(٢) راجع:

Yineth Sanchez, Help Me, I Can't Go Home-Alternative Remedies for Colombian Victims of Violence Who Do Not Qualify for Political Asylum in the United States, ILSA Journal of International and Comparative Law 21(3), Summer 2015, p. 494.

(٣) راجع: الفقرة (٣) من إعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين لعام ١٩٨٤.

(٤) راجع:

Eduardo Arboleda, op. cit., p. 95.

وكما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الإفريقية بشأن اللاجئين لعام ١٩٦٩، فقد ثار الخلاف الفقهي حول ما إذا كان إعلان قرطاجنة يشمل إقرار وصف اللاجئين لضحايا الكوارث البيئية<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، فإننا نرى أنه لا يوجد أيضاً ما يمنع وفقاً للأسباب التي أوردناها آنفاً-اشتمال تعريف اللاجئين الوارد في إعلان قرطاجنة للأشخاص الذين تتعرض حياتهم وسلامتهم للهلاك بسبب الكوارث البيئية.

وإذا كان إعلان قرطاجنة غير ملزم بحكم طبيعته، إلا أن هناك اتجاهات في الفقه ونحن نؤيده- بأن الإعلان يعد بمثابة تأكيد للقواعد العرفية الإقليمية التي توسعت في تعريف اللاجئين البيئي<sup>(٢)</sup>. ويدل ذلك على أن هناك اتجاهات قوياً من جانب عدة دول-ولو كان لازال قاصراً على الدول الإفريقية ودول أمريكا اللاتينية-في تبني تعريف موسع للاجئين لكي يتواءم مع مشاكل اللاجئين المتجددة في الوقت الراهن، على نحو يوفر الحماية الدولية لأشخاص يواجهون مآسي إنسانية جسيمة، دون أن تتوفر لهم الحماية وفقاً لاتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ وبروتوكولها لعام ١٩٦٧.

### ثالثاً: الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية:

جاءت الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية نتاجاً لجهود جامعة الدول العربية التي بدأت عام ١٩٨٦<sup>(٣)</sup>، وانتهت بإصدار مجلس الجامعة قراره رقم ٥٣٨٩ في ١٩٩٤/٣/٢٧ بالموافقة على الاتفاقية وعرضها للتوقيع على الدول الأعضاء.

(١) راجع:

Walter Kalin, op. cit., p. 88. See also: Alice Edwards, op. cit., p. 227. See also: Micah Bond Rankin, op. cit., p. 20. See also: Jane McAdam, Climate Change, Forced Migration, and International Law, Oxford University Press, 2012, p. 48-9.

(٢) ويقول هذا الرأي تأكيداً لذلك:

"The OAU Convention and the Cartagena Declaration have created or confirmed regional norms for the use and acceptance of the broader refugee definition. The OAU Convention created regional law, while the Cartagena Declaration confirmed customary legal rules for defining refugees." Eduardo Arboleda, op. cit., p. 94. See also: Alice Edwards, op. cit., p. 210.

(٣) وكان مشروع الاتفاقية يقتصر فقط على تنظيم أوضاع اللاجئين العرب، ولكن بناء على توصية من اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان، وافق مجلس الجامعة على عدم التمييز بين اللاجئين العرب وغير العرب بموجب قراره رقم ٤٩٠٩ بتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٧. انظر: وثيقة جامعة الدول العربية-الأمانة العربية للإدارة العامة للشؤون القانونية- إدارة حقوق الإنسان، ١٩٩٠/٢/٢٨. راجع: د. عادل محمد البياتي، الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية، مجلة الشؤون الاجتماعية-الإمارات، العدد ٦١، ربيع ١٩٩٩، ص ٥٢.

وجاء تعريف اللاجئ الوارد في الفقرة الأولى من المادة (١) من الاتفاقية العربية مشابهاً للتعريف الوارد في اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١<sup>(١)</sup>. وجاءت الفقرة الثانية من المادة (١) لتوسع من مفهوم اللاجئ، حيث عرفته بأنه: "كل شخص يلتجئ مضطراً إلى بلد غير بلده الأصلي أو مقر إقامته الاعتيادية بسبب العدوان المسلط على ذلك البلد أو احتلاله أو السيطرة الأجنبية عليه أو لوقوع كوارث طبيعية أو أحداث جسيمة ترتب عليها إخلال كبير بالنظام العام في كامل البلاد أو في جزء منها".

ويلاحظ أن واضعي هذا التعريف قد فطنوا إلى الجدل الفقهي الذي ثار بصدد الاتفاقية الإفريقية لعام ١٩٦٩ وإعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين لعام ١٩٨٤، وقرروا النص صراحة على أن مفهوم اللاجئ يشمل أيضاً الأشخاص المتضررين من الكوارث الطبيعية، إذا كان من شأنها إجبارهم على ترك دولهم أو محال إقامتهم المعتادة، الأمر الذي يستبعد الجدل فيما إذا كانت عبارة "أحداث جسيمة ترتب عليها إخلال كبير بالنظام العام" تشمل أيضاً الكوارث البيئية.

وبالرغم من أن الاتفاقية العربية تعد خطوة هائلة في سبيل إقرار حماية قانونية للاجئين البيئيين، وإن كان في الإطار الإقليمي للدول العربية، إلا أن العديد من الدول العربية قد تحفظت على مشروع الاتفاقية، منها الإمارات العربية المتحدة ودولة البحرين والمملكة العربية السعودية ودولة قطر. وأبدت المملكة المغربية تحفظها على الفقرة الثانية من المادة الأولى، نظراً إلى أن من شأنه التوسع في مفهوم اللاجئ على نحو يؤدي إلى مضاعفة حالات النزوح الجماعي، ما يكرس مبدأ اللجوء بحكم الواقع عوضاً عن مبدأ اللجوء بحكم القانون<sup>(٢)</sup>.

لذلك لم تدخل هذه الاتفاقية حيز النفاذ-حتى وقتنا هذا، وإن كانت أهميتها تبدو في إقرارها لمبدأ اللجوء بسبب الكوارث البيئية. وإذا كان هذه الاتفاقية لازالت محلاً

(١) ورد التعريف في المادة (١) من الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية على النحو التالي: "كل شخص يوجد خارج بلد جنسيته، أو خارج مقر إقامته الاعتيادية في حالة كونه عديم الجنسية ويخشى لأسباب معقولة أن يضطهد من أجل عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية أن يستظل بحماية ذلك البلد أو أن يعود إليه".

(٢) ووقعت جمهورية مصر العربية على الاتفاقية العربية بشأن اللاجئين في ١٩٩٤/٩/٣٠، مع التحفظ بشرط التصديق. راجع بشأن التحفظات التي أبدتها الدول العربية: د. عادل محمد البياتي، المرجع السابق، ص ٦٦.



للمناقشات والتعديلات في أروقة جامعة الدول العربية، من أجل التوصل إلى صيغة ملائمة تتال موافقة الدول الأعضاء للتوقيع والتصديق عليها، إلا أننا نأمل ألا يتم التصديق من مفهوم اللاجئين، من خلال استبعاد فكرة اللجوء بسبب الكوارث البيئية، خاصة أن فكرة اللجوء ذاتها تقوم على اعتبارات إنسانية، أكثر من قيامها على اعتبارات قانونية بحتة. وعليه، ليس ثمة من بد سوى أن تتضافر الدول العربية في منح اللجوء للأشخاص المتضررين من الكوارث البيئية، إذا كان من شأنها أن تهدد بشكل جسيم أرواحهم أو وسبل معيشتهم.

### المطلب الثالث

#### دور الهيئات الدولية في توفير الحماية للنازحين بئياً

تمارس الهيئات الدولية، الحكومية وغير الحكومية، دوراً ملموساً في سبيل إغاثة وتقديم المساعدات الإنسانية لضحايا الكوارث، أيا كان مصدرها، أي سواء كانت ناشئة عن النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، أو الكوارث البيئية المختلفة، أو أية كوارث وأزمات أخرى تنشأ نتيجة السلوك الإنساني<sup>(١)</sup>.

فلا يكفي أن يكون هناك قواعد قانونية. اتفاقية أو عرفية تقرر حماية للمدنيين أو اللاجئين في أوقات الأزمات والكوارث، طالما لا توجد جهات أو هيئات دولية تعمل على وضع تلك القواعد القانونية موضع النفاذ. فإذا نظرنا إلى اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ وبروتوكول نيويورك لعام ١٩٦٧، نجد أن مهمة الأشراف على تطبيق الاتفاقية، فضلاً عن تقديم العون والمساعدة للاجئين، قد أوكل إلى المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، كذلك الحال بالنسبة لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩ وبروتوكولاتها الإضافية التي تشرف اللجنة الدولية للصليب الأحمر على تنفيذ أحكامها أثناء النزاعات المسلحة، علاوة على تقديم المساعدات الإنسانية للمدنيين، ويعاونها في ذلك جهات وهيئات دولية أخرى، يأتي على رأسها الجمعيات الوطنية للهلال الأحمر مشكلين ما

(١) لذلك يؤكد رأي أن العالم في الوقت الراهن يواجه العديد من التهديدات اليومية مثل الهجمات الإرهابية والأزمات المالية والاقتصادية الخطيرة والاحتباس الحراري والأوبئة، وغيرها من الأزمات. راجع:

يعرف باسم الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر.

ولم يقتصر دور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين على تقديم المساعدات للاجئين وفقاً للمفهوم الوارد في اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١، بل وسعت من مهامها لتوفر الحماية للأشخاص الذين لا يتمتعون بحماية فعلية لأية دولة لأسباب أخرى، مثال ذلك عديمي الجنسية<sup>(١)</sup>، وكذلك ضحايا الكوارث البيئية، في حالة عدم رغبة أو قدرة الدولة محل الكارثة على توفير الحماية للمكوبين. وعلى النهج ذاته، ونظراً للدور الإنساني الذي تضطلع به الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، فقد أخذت على عاتقها مهمة توفير المساعدات الإنسانية لضحايا الأزمات والكوارث بغض النظر عن مصدرها.

وفيما يلي نعرض لدور كل من المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، واللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، في إغاثة وتقديم المساعدات الإنسانية للنازحين بسبب الكوارث البيئية، باعتبارهما من الآليات الدولية المباشرة، في الوقت الحالي، لحماية لاجئي البيئة.

### أولاً: دور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين:

علاوة على مهام المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في توفير الحماية للاجئين الذين تتوافر بشأنهم الشروط والضوابط المقررة في اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١<sup>(٢)</sup>،

(١) لا توجد إحصائية دقيقة بشأن أعداد عديمي الجنسية المتواجدين في العالم في الوقت الراهن، وإن كانت أقرب الإحصائيات التي قامت بها المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين تشير إلى أن أعدادهم تصل على الأقل إلى ١٠ مليون شخص. راجع بشأن تلك الإحصائيات، موقع المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين:

[www.unhcr.org/stateless-people.html](http://www.unhcr.org/stateless-people.html) (last visited on 8 December 2017). See also: Jay Milbrandt, Adopting the stateless, Brooklyn Journal of International Law 39(2), 2014, p. 719.

(٢) أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار ٣١٩(٤) في ٣ ديسمبر ١٩٤٩ الخاص بإنشاء المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين عام ١٩٤٩ لتستكمل مهام المنظمة الدولية للاجئين التي كان قد تم إنشائها عام ١٩٤٦ بواسطة الجمعية العامة لفترة مؤقتة. وفي ١٤ ديسمبر ١٩٥٠، أصدرت الجمعية العامة القرار ٤٢٨(د-٥) الذي اعتمدت بموجبه نظام المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. وعليه، تعد المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بمثابة جهاز ثانوي للجمعية العامة بموجب المادة (٢٢) من ميثاق الأمم المتحدة. وقد نصت الفقرة الأولى من نظام المفوضية السامية على أن "تتولى المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، تحت سلطة الجمعية العامة، مهمة تأمين حماية دولية، تحت رعاية الأمم المتحدة، للاجئين، الذين تشملهم أحكام هذا النظام الأساسي، ومهمة التماس حلول دائمة لمشكلة اللاجئين من خلال مساعدته للحكومات، وكذلك الهيئات الخاصة إذا وافقت على ذلك الحكومات المعنية، في سبيل تسهيل إعادة هؤلاء اللاجئين إلى أوطانهم بمحض اختيارهم أو استيعابهم في مجتمعات وطنية جديدة.

فإنها تضطلع كذلك بمهمة توفير المساعدة والإغاثة لضحايا الكوارث الناشئة عن السلوك الإنساني والمشردين<sup>(١)</sup>، وذلك وفقاً لقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي لعام ١٩٧٦، الذي شدد على الطبيعة الإنسانية لأنشطة المفوضية لمنفعة اللاجئين والمشردين من ديارهم<sup>(٢)</sup>.

ويبرز اهتمام المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بالمشاكل الناشئة عن الكوارث البيئية، ولا سيما تغير المناخ، نظراً إلى أن غالبية الأشخاص الذين يدخلون ضمن اهتمام المفوضية يقطنون في مناطق معرضة لمخاطر تغير المناخ، الأمر الذي يعرضهم إلى تكرار تعرضهم للتشريد بسبب الكوارث البيئية<sup>(٣)</sup>.

كذلك، فإن من شأن وقوع الكوارث الطبيعية، أن تعظم من التوترات الاجتماعية،

---

<sup>(١)</sup> ويذهب رأي إلى أن التوسع في مفهوم اللاجئ في الميثاق الإقليمية كان له أثره في توسيع مهام المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بصدد توفير المساعدات الإنسانية للنازحين بسبب الكوارث البيئية، ومع ذلك يؤكد هذا الرأي بأن لا يمكن لكافة حالات النزوح أن تقع ضمن مهام المفوضية السامية، الأمر الذي يستدعي وجود معالجة عالمية في إطار الأمم المتحدة، مدعماً رأيه بقوله:

“not all displaced people will fall within the mandate of an organization like UNHCR. While the Refugee Convention and its 1967 Protocol are of continuing relevance, not all contemporary forms of displacement may fit comfortably within their scope. Nevertheless, victims of such forced displacement may have protection as well as assistance needs and surely, there is a need to respond to such needs if not necessarily by UNCHR but then at the level of the UN as a whole. In any case this will require an international consensus on the modalities to be adopted for this purpose.” B. C. Nirmal, UNHCR after Six Decades and Beyond, ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law 10, 2010, p. 192.

<sup>(٢)</sup> وجاءت توصيات ومطالبات المجلس الاقتصادي والاجتماعي في القرار ٢٠١١ من المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين على النحو التالي:

“1. Commends the United Nations High Commissioner for Refugees for his efforts on behalf of refugees and displaced persons, victims of man-made disasters, requiring urgent humanitarian assistance;  
2. Requests the High Commissioner to continue his activities, in co-operation with Governments, United Nations bodies, appropriate intergovernmental organizations and voluntary agencies, for alleviating the suffering of all those of concern to his Office and for promoting permanent and speedy solutions to their problems through the provision of urgently required relief assistance, voluntary repatriation and assistance in their rehabilitation, integration or resettlement.” UN Economic and Social Council (ECOSOC), UN Economic and Social Council Resolution 2011 (LXI): Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, 2 August 1976, E/RES/2011 (LXI).

<sup>(٣)</sup> راجع:

وتسرع من وتيرة اندلاع النزاعات المسلحة، خاصة في حالات الصراع على الموارد الطبيعية الشحيحة، كالمياه والأراضي الزراعية ومناطق الرعي، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى تفجر مشكلة النزوح الجماعي لسكان المناطق المتأثرة<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن اهتمام المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بالمشكلات البيئية قد تزايد منذ بداية التسعينات من القرن المنصرم، وذلك لتفادي الآثار السلبية الناتجة عن إعادة تشريد اللاجئين، وتعرضهم لأزمات إنسانية خطيرة؛ إذ أن من شأن نزوح اللاجئين إلى مناطق تندر بها الموارد الطبيعية، أن يؤدي إلى تفجر النزاع بين اللاجئين وسكان المناطق التي تأوي اللاجئين في سبيل الحصول على تلك الموارد<sup>(٢)</sup>.

ومن الأمثلة العملية على ذلك، الجفاف الذي ضرب شمال الصومال عام ٢٠٠٩، على نحو دفع السكان إلى النزوح نحو مناطق تتوافر فيها المياه ومناطق الرعي والغذاء، ولكن نظراً لعدم توافر الموارد الكافية، فقد تار النزاع بين النازحين وسكان تلك المناطق على الموارد الشحيحة المتوفرة، مما دفعهم للنزوح مرة أخرى. كذلك عندما قام سكان مقديشيو بالفرار بسبب اندلاع وتأجج النزاع بها إلى المناطق الريفية بالصومال، ولكن دفعهم الجفاف وندرة الموارد في تلك المناطق إلى النزوح مرة أخرى إلى الدول المجاورة مثل كينيا<sup>(٣)</sup>.

ومن أبرز الأمثلة الحالية، فرار أكثر من ٦٠٠ ألف من لاجئي الروهينغا إلى بنجلاديش منذ ٢٥ أغسطس ٢٠١٧، هرباً من العنف والاضطهاد الذي يتعرضون له في ميانمار، حيث أدى هذا النزوح الجماعي إلى تعرض اللاجئين لأزمات إنسانية، متمثلة في عدم قدرتهم على إيجاد المأوى والمشرب والمأكل والرعاية الطبية اللازمة، خاصة في

<sup>(١)</sup> ويذهب رأي إلى أن عدم اتخاذ تدابير فعالة وعاجلة في الوقت الراهن للتصدي لمشكلة تغير المناخ سوف يؤدي إلى وقوع أضرار كارثية يتعذر تداركها مستقبلاً، ومنها تحديداً: زوال دولا بأسرها، واندلاع العديد من النزاعات المسلحة المدمرة. راجع: Noah M. Sachs, Climate Change Triage, Environmental Law 44(4), Fall 2014, p. 994-5.

<sup>(٢)</sup> راجع:

UNHCR, The Environment & Climate Change, op. cit., p. 6.

<sup>(٣)</sup> راجع:

Virkam Kolmannskog, Climate Change, Disaster, displacement and Migration: Initial Evidence from Africa, New Issues in Refugee Research, UNHCR, Policy Development and Evaluation Service, December 2009, p. 7.

ظل وجود أعداد كبيرة من النساء والأطفال والمسنين<sup>(١)</sup>. وتدلل الأمثلة السابقة على العلاقة المترابطة بين النزاعات المسلحة والكوارث البيئية التي من شأنها أن تؤدي إلى حالات النزوح الجماعي.

ويتجلى تدخل المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين لتوفير الحماية لضحايا الأضرار البيئية في ثلاثة حالات رئيسية:

الحالة الأولى: إذا كان ضحايا الكوارث البيئية قد فروا من ديارهم بسبب أن حكوماتهم تعمدت منع أو إعاقة تقديم المساعدات لهم، لمعاقتهم، أو تهديهم، استناداً إلى الأسس الخمسة الواردة في اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١. وفي هذه الحالة يتمتع ضحايا الكوارث البيئية بالحماية المقررة للاجئين بموجب اتفاقية ١٩٥١، وذلك على النحو الذي سبق أن أشرنا إليه<sup>(٢)</sup>. ويمكن القول إن إعصار نرجس الذي ضرب ميانمار في ٣ مايو ٢٠٠٨ يندرج تحت هذه الحالة. فبالرغم من الآثار الوخيمة المترتبة على هذا الإعصار، المتمثلة في مقتل حوالي ٢٠ ألف شخص، وتشريد ما يزيد عن مائة ألف آخرين، إلا أن حكومة ميانمار اتخذت موقفاً سلبياً في تقديم المساعدات إلى الضحايا، فضلاً عن منع وصول المساعدات الإنسانية التي يقدمها المجتمع الدولي لهم، مما أدى إلى تفاقم الأزمة<sup>(٣)</sup>.

الحالة الثانية: إذا ترتب على الكوارث البيئية دمار للدولة بأكملها، كما هو الحال بالنسبة للآثار المدمرة لتغير المناخ التي تؤدي إلى غرق جزر بأكملها، على نحو يدفع سكانها إلى هجرتها، بشكل دائم، إلى دول أخرى. وتقدم المفوضية السامية المساعدات للأشخاص المتضررين بيئياً باعتبارهم من عديمي الجنسية، بالنظر إلى أن دولتهم قد زالت تماماً ولم يعدوا يحملون جنسية أية دولة يستظلون بحمايتها، وبالتالي فإنهم يدخلون ضمن اهتمامات المفوضية<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر بشأن الأزمة الإنسانية التي يتعرض لها لاجئو الروهينغا، ودور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في تقديم المساعدات الإنسانية والتخفيف من معاناتهم، وذلك من خلال الاطلاع على موقع المفوضية على الرابط التالي: <http://www.unhcr.org/ar/59c782f24.html> (Last visited on December 8, 2017).

(٢) راجع ما سبق أن ناقشناه بخصوص مدى إمكانية إقرار حماية للاجئين البيئيين وفقاً لاتفاقية ١٩٥١.

(٣) راجع:

Ki Gab Park, op. cit., p. 343.

(٤) راجع:

الحالة الثالثة: إذا ترتب على الكوارث البيئية، نزوح السكان من مناطق إقامتهم، سواء داخل دولتهم أو خارجها، فإن المفوضية تقدم المساعدات الإنسانية للضحايا، وفقاً لكل حالة منفردة. وتقدم المفوضية تلك المساعدات على سبيل التضامن والتعاون الدولي في إطار جهود الإغاثة التي تقدمها الأمم المتحدة، وذلك إما لمعاونة حكومة الدولة التي ضربتها الكارثة البيئية، أو لمعاونة حكومة الدولة التي تواجه حالة النزوح الجماعي من الدولة المتضررة بيئياً. وغالباً ما تقوم المفوضية السامية بتقديم المساعدات في هذه الحالة بالتعاون مع هيئات الأمم المتحدة الأخرى، وتحديداً: مكتب المفوض السامي للأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وصندوق الأمم المتحدة الدولي للطفولة (اليونيسف)<sup>(1)</sup>. ومن أبرز الأمثلة على هذه الحالة، قيام المفوضية بتوفير المأوى لضحايا الفيضانات في باكستان عام ٢٠١١<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت الحماية التي تقدمها المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في هذه الحالة الأخيرة أمراً محموداً، ويساهم بفعالية في تخفيف معاناة المتضررين من الكوارث البيئية، إلا أنه يؤخذ عليها أن تدخل المفوضية لا يتم إلا بعد دراسة كل حالة بشكل مستقل، الأمر الذي قد يترتب عليه حدوث تأخير في وصول المساعدات الإنسانية إلى الضحايا، ومن ثم تفاقم الأزمة الإنسانية.

### ثانياً: دور الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر:

أقرت الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر تقديم المساعدات الإنسانية لكافة ضحايا الكوارث، دون تمييز، لتخفيف المعاناة التي يتعرضون لها، حيث جاءت "قواعد السلوك من أجل الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر والمنظمات غير الحكومية أثناء الإغاثة في حالات الكوارث" لتؤكد أن: "الحق في الحصول على المساعدة

---

António Guterres, Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement: A UNHCR Perspective, 2009, p. 7.

(1) ذات المرجع، ذات المكان.

(2) أنظر موقع المفوضية من خلال الرابط التالي:

<http://www.unhcr.org/ar/4be7cc27719.html> (Last visited on December 8, 2017).

الإنسانية وفي تقديمها هو مبدأ إنساني أساسي ينبغي أن يتمتع به مواطنو البلدان كلها<sup>(١)</sup>. كذلك أصدرت الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر إرشادات بشأن التسهيل المحلي للمساعدات الدولية للإغاثة في حالات الطوارئ والمساعدات الأولية للإنعاش وتنظيمها عام ٢٠٠٧، والتي اتسمت بقابليتها للتطبيق على كافة المناطق الجغرافية وكافة الكوارث التي تقع دون تحديد<sup>(٢)</sup>.

والهدف من تلك التوجيهات هو وضع قواعد ومعايير موحدة بشأن القيام بعمليات الإغاثة وتقديم المساعدات الإنسانية حال وقوع الكوارث، حيث تضمنت قواعد لتوزيع مسؤوليات وأعباء تقديم المساعدات على عاتق الدولة المتضررة والجهات المساعدة والدول الأخرى.

فقد قررت التوجيهات أنه في حالة الكارثة التي تتجاوز قدرات البلد على مواجهتها، فينبغي أن تطلب المساعدة الدولية أو الإقليمية أو كليهما لضمان تلبية احتياجات الأشخاص المتضررين<sup>(٣)</sup>.

كما فرضت تلك التوجيهات على الجهات المساعدة ضرورة احترام قوانين الدولة المتضررة وأن تتسق مع سلطاتها فيما يتعلق بتقديم المساعدات الإنسانية، فضلاً عن احترامها للحقوق الإنسانية للأشخاص المتضررين وعدم التمييز بينهم لأي سبب، سواء كان قائم على الجنسية، أو العرق، أو المعتقدات الدينية، أو الطبقة الاجتماعية، أو نوع الجنس، أو العجز، أو السن، أو الآراء السياسية، كما يتعين أن يراعى عند القيام بأعمال الإغاثة أن تقلل من خطر التعرض للكوارث في المستقبل، الأمر الذي يقتضي تقديمها

(١) راجع: الفقرة الأولى والثانية من قواعد السلوك من أجل الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر والمنظمات غير الحكومية أثناء الإغاثة في حالات الكوارث، الذي أعدها الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر واللجنة الدولية للصليب الأحمر في سبتمبر ١٩٩٤.

(٢) جاء تعريف "مساعدات الإنعاش الأولي" في الإرشادات على النحو التالي:

"السلع والخدمات المخصصة لإعادة ظروف معيشة المجتمعات المحلية المتضررة من الكارثة إلى ما كانت عليه قبل وقوعها أو تحسينها إلى حد ما، بما في ذلك المبادرات الرامية إلى زيادة القدرة على الإنعاش والحد من المخاطر، لفترة زمنية أولية تحددها الدولة المتضررة، وذلك بعد تلبية الاحتياجات الفورية للمجتمعات المحلية المتضررة من الكارثة". راجع: الفقرة ٢ (٣) من إرشادات التسهيل المحلي للمساعدات الدولية للإغاثة في حالات الطوارئ والمساعدات الأولية للإنعاش وتنظيمها الصادرة في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٧ بواسطة الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف والحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر.

(٣) ذات المرجع، الفقرة (٢).

بطريقة تفلل، إلى أقصى درجة ممكنة، من الآثار السلبية، سواء على الاقتصاد القومي، أو على أهداف التنمية والبيئة، للدولة التي وقعت فيها الكارثة (١).

ويقع على عاتق الدول تقديم التمويل اللازم للجهات التي تقوم بأعمال الإغاثة والمساعدة، وأن تشجع مواطنيها ممن يرغبون في المساهمة في الإغاثة الدولية، في حالات الكوارث، أو الانتعاش الأولي، على تقديم التبرعات المالية كلما كان ذلك ممكناً، أو التبرع بسلع الإغاثة التي تطلبها صراحة الدولة المتضررة (٢).

ويلاحظ أن هذه الإرشادات قد قررت، مراعاة لمبدأ سيادة الدول، أن القيام بأعمال الإغاثة وتقديم المساعدات الإنسانية أو الانتعاش الأولي في حالات الكوارث، لا يتم إلا بناء على موافقة ونداء من الدولة المتضررة وحدها دون غيرها. لذلك، فإنه يتعين على تلك الدولة أن تقرر بسرعة وبدون تأخير: أولاً، فيما إذا كانت تحتاج إلى مساعدات الإغاثة أو الانتعاش الأولي، وثانياً، مقدار احتياجاتها من تلك المساعدات (٣).

وحرصت تلك الإرشادات على وضع القواعد المتعلقة بإقرار التسهيلات القانونية المتعلقة بدخول الدولة المتضررة وتنفيذ عمليات الإغاثة والانتعاش الأولي، وذلك من خلال منح تأشيرات الدخول والخروج وتراخيص العمل اللازمة، وتسهيل الوصول وحرية التنقل في المناطق المتضررة من الكارثة. كما يتعين عليها إعفاء السلع والمعدات المخصصة للإغاثة والانتعاش الأولي من التعريفات والضرائب والرسوم الجمركية والقيود الأخرى المفروضة على الصادرات والعبور، بما في ذلك تقليل إجراءات التفتيش (٤).

### الفصل الثالث

#### النظام القانوني المقترح بشأن حماية اللاجئين البيئيين

##### تمهيد وتقسيم:

انتهينا إلى أن القواعد المقررة في القانون الدولي للاجئين، والقانون الدولي للبيئة، غير

(١) ذات المرجع، الفقرة (٤).

(٢) ذات المرجع، الفقرة (٥).

(٣) ذات المرجع، الفقرة (١)٠.

(٤) ذات المرجع، الفقرات ١٦-٢٤.



كافية، لتوفير الحماية الملائمة، والمساعدة اللازمة، للمتضررين من المخاطر البيئية. فالتعريف الضيق الوارد في اتفاقية ١٩٥١ لا يكفي لتوفير الحماية للاجئين البيئيين، طالما أنه يقصرها على الشخص الذي يتوافر لديه خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد، بسبب العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو العضوية في جماعة اجتماعية، أو بسبب الآراء السياسية<sup>(١)</sup>. وبالتالي، فإن اللاجئين البيئي لا يمكن أن يدخل في إطار هذا التعريف؛ إذ يصعب إثبات أنه قد تعرض لأي نوع من أنواع الاضطهاد الذي يتعرض له اللاجئ التقليدي<sup>(٢)</sup>.

وبينما توجد العديد من المبادئ والقواعد القانونية التي من شأنها توفير المساعدة لهذه الفئة الجديدة من اللاجئين، إلا أنه لا يثور أدنى شك حول وجود ثغرة قانونية واضحة في النظام الدولي الحالي، فيما يتعلق بتوفير الحماية لتلك الفئة. فلا يوجد وثيقة دولية واحدة تتناول مشكلة اللاجئين البيئيين، ولا يوجد هيئة أو جهة دولية لديها مهام واضحة لحماية حقوقهم الإنسانية وتقديم المساعدات الإنسانية لهم<sup>(٣)</sup>.

وقد أكدت اللجنة الفرعية للأمم المتحدة بشأن تعزيز وحماية حقوق الإنسان، عندما أشارت في ورقة عمل عن منع التمييز وحماية السكان الأصليين، أن إقرار وضع مماثل لوضع اللاجئين وفقاً لاتفاقية عام ١٩٥١، قد لا يكون كافياً أو ملائماً للأشخاص المتضررين من الكوارث البيئية. ذلك لأنه لا يكفي مجرد إقرار حق هؤلاء الأشخاص في اللجوء البيئي، بل يتعين أن يثبت لهم الحق في الحصول على هذا اللجوء؛ بمعنى أنه إذا كان يثبت للدول سلطة تقدير قبول أعداد معينة من اللاجئين وفقاً للنظام القانوني الحالي

(١) راجع المادة الأولى من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ بشأن اللاجئين، المرجع السابق.

(٢) ومع ذلك توجد بعض التحركات السياسية على المستوى الدولي تدعو إلى ضرورة تعديل اتفاقية اللاجئين لكي تقرر الحماية للاجئين البيئيين. راجع:

Benoit Mayer, Constructing Climate Migration as a Global Governance Issue: Essential Flaws in the Contemporary Literature, McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy, Vol. 9, Issue 1, 2013, p. 98.

(٣) راجع:

Vikram Odedra Kolmannskog, Future Floods of Refugees, A Comment on Climate Change, Conflict and Forced Migration, Norwegian Refugee Council, April 2008, p. 29. See also: Angela Williams, op. cit., p. 506.

للاجئين، فإنه يتعين عليها في حالة اللجوء البيئي أن تقبل كافة الأعداد التي تلتزم اللجوء<sup>(1)</sup>، كما أوضح نائب المفوض السامي للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين على ضرورة العمل على سد الفجوات المتعلقة بإقرار الحماية للمتضررين من المخاطر البيئية<sup>(2)</sup>.

وإن أمكن القول إن هناك بعض القواعد والأحكام الحالية في القانون الدولي التي من شأنها توفير قدرًا من الحماية ولو ضئيلاً للاجئين البيئيين، فإن الواقع يشير إلى أن المجتمع الدولي والمؤسسات الحالية لا تعالج المشكلة على نحو كاف. فلا يوجد استجابة فعالة لمشكلة اللاجئين البيئيين، سواء على المستويين الدولي أو الوطني، باستثناء بعض المبادرات الفردية، التي لا ترقى إلى مستوى توفير حل دائم وشامل للمشكلة<sup>(3)</sup>.

فلم تقرر المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، نظاماً مؤسسياً، لحماية اللاجئين البيئيين، كما أنها لم تعتبر أن حماية مثل هذه الفئة من اللاجئين، يدخل ضمن نطاق اختصاصها. ومع ذلك، تفكر المفوضية السامية، بالنظر إلى توقعات الأعداد الهائلة للاجئين البيئيين، في مد نطاق اختصاصها، ليشمل هذه الفئة من اللاجئين<sup>(4)</sup>.

كذلك فإن القدرات المؤسسية للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، لا يتوافر لديها -على الأقل في الوقت الراهن- الآليات التي تمكنها من التعامل مع مشكلة اللاجئين البيئيين. فقدراتها الحالية قد تمكنها من بذل الجهد في سبيل الحد من المخاطر البيئية ذاتها، ولكنها لن تمكنها من تقديم المساعدات الملائمة للأشخاص الذين يعبرون خارج الحدود الإقليمية لدولهم فراراً من المخاطر البيئية<sup>(5)</sup>.

(1) راجع:

UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, op. cit., para.20.

(2) راجع:

Kyung-wha Kang, OHCHR, Climate Change, Migration and Human Rights, at the Conference on Climate Change and Migration: Addressing Vulnerabilities and Harnessing Opportunities February 19, 2008, p. 3-4.

(3) راجع:

Angela Williams, op. cit., p. 515-516.

(4) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 359.

(5) تسهم المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في تقديم المساعدات إلى النازحين داخلياً، بغض النظر عن أسباب هذا النزوح، أي سواء كان ناتجاً عن النزاعات المسلحة الداخلية أو الكوارث البيئية أياً كان مصدرها. فقد ساهمت المفوضية في تقديم المساعدات إلى النازحين داخلياً في اثنين وعشرين دولة، بما ذلك السودان وكولومبيا والعراق التي تحتوي على أكبر عدد من

وبشكل عام، يمكن القول إن اللجوء البيئي هو مشكلة واقعية تحتاج إلى حلول قانونية. ولا مرأ أن الخطوة الأولى في سبيل إقرار نظام قانوني خاص باللجوء البيئي، تتمثل في ضرورة وضع تعريف موحد ودقيق للمقصود باللجوء البيئي، وذلك لتمييزه عن مفهوم اللجوء، وفقاً للنظام القانوني الحالي بشأن اللاجئين.

ويتعين كذلك أن يتضمن النظام القانوني، المبادئ والقواعد، المتعلقة بإقرار الحماية الدولية للاجئين البيئيين. وهناك العديد من المبادئ والقواعد العامة، المقررة بموجب قانون اللاجئين الحالي، تقبل التطبيق على اللاجئين البيئيين، إلا أنها ليست كافية، في حد ذاتها، لمعالجة مشكلة اللجوء البيئي، لذلك، فإنه نظراً للطبيعة الخاصة لتلك المشكلة، فإنها بحاجة إلى إقرار قواعد خاصة بها.

وتدعونا أهمية هذا الموضوع إلى ضرورة تقسيمه إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: وضع تعريف موحد للاجئ البيئي.

المبحث الثاني: المبادئ والقواعد العامة القابلة للتطبيق على اللاجئين البيئيين.

المبحث الثالث: القواعد الخاصة باللجوء البيئي.

## المبحث الأول

### وضع تعريف موحد للاجئ البيئي

يتعين علينا في إطار هذه الدراسة أن نعرض للنشأة الفقهية لاصطلاح اللجوء البيئي. كذلك فقد ثار الجدل حول استخدام اصطلاح "اللجوء البيئي" بالنسبة للأشخاص الذين يفرون خارج الحدود الوطنية لدولهم بحثاً عن ملجأ آمن، نظراً إلى أن استخدام وصف "اللاجئ"، يثبت فقط للأشخاص الذين يتوافر بالنسبة لهم الشروط الواردة في اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكول عام ١٩٦٧، الأمر الذي يستوجب عرض هذا الجدل وأسباب استخدام اصطلاح "اللجوء البيئي".

ولم يقتصر الجدل الفقهي على استخدام الاصطلاح، وإنما امتد أيضاً ليشمل الآليات

---

النازحين داخليا. لمزيد من المعلومات عن جهود المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين فيما يتعلق بتقديم المساعدات إلى النازحين داخليا، أنظر موقع المفوضية من خلال الرابط التالي:

<http://www.unhcr.org/ar/4be7cc273f7.html>

(آخر زيارة للموقع في ١٤ أبريل ٢٠١٧)

١٩٥١ وبروتوكول عام ١٩٦٧، الأمر الذي يستوجب عرض هذا الجدل وأسباب استخدام اصطلاح "اللجوء البيئي".

ولم يقتصر الجدل الفقهي على استخدام الاصطلاح، وإنما امتد أيضاً ليشمل الآليات والمعايير التي يتم على أساسها تحديد اللاجئ البيئي ذاته، الأمر الذي يدعونا إلى ضرورة وضع أسس ومعايير محددة يتعين أخذها في الاعتبار عند وضع تعريف محدد للاجئ البيئي. وعليه، فإننا نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

**المطلب الأول: نشأة اصطلاح اللجوء البيئي.**

**المطلب الثاني: المعايير واجبة المراعاة عند وضع تعريف للاجئ البيئي.**

**المطلب الثالث: التعريف المقترح للاجئ البيئي.**

### **المطلب الأول**

#### **نشأة اصطلاح اللجوء البيئي**

كان أول من ابتكر اصطلاح "اللاجئ البيئي" ووضع تعريف له هو الدكتور عصام الحناوي خلال فترة عمله ببرنامج الأمم المتحدة للبيئة عام ١٩٨٥، حيث جاء تعريفه للاجئ البيئي على أنه<sup>(١)</sup>:

"الشخص الذي يُجبر على ترك مسكنه التقليدي، بشكل مؤقت أو دائم، نتيجة اضطرابات بيئية ظاهرة، سواء كانت طبيعية أو نتيجة النشاط الإنساني، والتي من شأنها الإضرار ببقائهم أو التأثير جدياً على نوعية الحياة. وتعني الاضطرابات البيئية في هذا التعريف أية تغيرات فيزيائية أو كيميائية أو بيولوجية في النظام الإيكولوجي، على نحو يؤدي، بشكل مؤقت أو دائم، إلى عدم القدرة على دعم الحياة الإنسانية"<sup>(٢)</sup>.

(١) اتفق غالبية الكتاب على أن الدكتور عصام الحناوي كان أول من صاغ اصطلاح "اللاجئ البيئي". راجع:

Sireesha V. Chirala, op. cit., p. 373.

ويرى جانب آخر من الفقه أن أول من صاغ اصطلاح هو ليستر براون الذي كان يعمل في معهد وورلد ووتش World Watch Institute خلال فترة السبعينات من القرن المنصرم. وقد لاقت فكرة اللجوء البيئي منذ ذلك الوقت اهتمام الفقه في سبيل تحديد الأشخاص الذين يعتبرون لاجئين بينيين وكيفية قيام المجتمع الدولي بإقرار حماية لهؤلاء الأشخاص. راجع في هذا الشأن:

Camillo Boano, Roger Zetter and Tim Morris, Environmentally Displaced People, Understanding the Linkages between Environmental Change, Livelihoods and Forced Migration, 2008, p. 7-8.

(٢) وقد جاء النص الأصلي للتعريف الذي وضعه الدكتور عصام الحناوي باللغة الإنجليزية على النحو التالي:

ويلاحظ أن هذا التعريف الواسع يشتمل على عناصر متعددة تنقسم إلى فئتين رئيسيتين:

الأولى: تشمل العناصر التي تصنف الأشخاص بالنظر إلى طبيعة الهجرة.  
والثانية: تشمل العناصر التي تصنف الأشخاص وفقاً لطبيعة الضرر البيئي الذي أدى إلى هجرتهم.

وقد ثار جدل في الفقه والعمل الدولي، منذ التعريف الذي أورده الدكتور عصام الحناوي، بشأن مدى إمكانية استخدام اصطلاح "اللاجئ البيئي" من الناحية القانونية. كما ثار الخلاف الفقهي، أيضاً، فيما يتعلق بمعيار تحديد مفهوم اللاجئ البيئي، فهل يتم تحديده بالنظر إلى طبيعة نزوح، أم يتم تحديده بالنظر إلى طبيعة الضرر البيئي الذي دفعه إلى نزوحه خارج حدود دولته؟

وسوف نوضح كافة تلك المسائل الجدلية والخلافية على النحو التالي:

#### أولاً: الجدل حول استخدام اصطلاح "اللاجئ البيئي":

تتجنب المنظمات الدولية استخدام اصطلاح "اللاجئ البيئي" بما فيها المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، حيث أن الاصطلاح المستخدم بواسطة الأمم المتحدة هو "الهجرة البيئية". ويطلق على "اللاجئ البيئي" هذا المسمى باعتباره إحدى حالات الهجرة القسرية التي يجبر عليها الفرد لظروف مختلفة خارجة عن إرادته تدفعه إلى ترك موطنه أو محل إقامته الأصلي.

---

"Environmental Refugees are those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By "environmental disruptions" in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life. According to this definition people displaced for political reasons or by civil strife, and migrants seeking better jobs purely on economic grounds, are not considered environmental refugees". W. Franklin G. Cardy, Environment and Forced Migration, A review, United Nations Environmental Programme, Nairobi-Kenya, January 5-8 1994, p. 2.

كما عرف معهد المناخ المقصود باللاجئين البيئيين بأنهم "الأشخاص الذين فروا من الكوارث البيئية، سواء كانت طبيعية أو ناتجة عن أعمال بشرية، وسواء كانت قصيرة أو طويلة الأمد". راجع:

Camillo Boano, Roger Zetter and Tim Morris, op. cit., p. 8.

فقد طالب الفريق العالمي المعني بالهجرة بضرورة الحد من استخدام اصطلاح "لاجئ" لأسباب بيئية" نظراً لعدم وجود مفهوم قانوني واضح وثابت لهذا الاصطلاح<sup>(١)</sup>. كما أكدت منظمة الهجرة الدولية أن الأشخاص المهجرين لأسباب بيئية لا ينتمون إلى فئة من الفئات الواردة في الإطار القانوني الحالي، وأن استخدام اصطلاحات مثل "اللاجئ البيئي" أو "لاجئي تغير المناخ" من شأنه أن يخلق التزامات قانونية على عاتق المجتمع البيئي تجاه تلك الفئة من اللاجئين، خاصة أن اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ بشأن اللاجئين لا تكفل الحماية للأشخاص الذين يجبروا على ترك ديارهم بسبب المخاطر البيئية. لذلك فقد استخدمت منظمة الهجرة الدولية اصطلاح "الهجرة البيئية"، مقررته أنه يشمل الأشخاص الذين ينزحون عن ديارهم، بشكل مؤقت أو دائم، وسواء داخل الحدود الإقليمية لدوهم، أو خارجها<sup>(٢)</sup>.

كذلك، فإن جانب من الفقه يفضل استخدام اصطلاح "الهجرة البيئية"، متجنبين استخدام اصطلاح "اللجوء البيئي"، وذلك للأسباب التالية:

١. أن استخدام هذا الاصطلاح الأخير من شأنه أن يضعف من الاعتبارات الأسمى لطالبي اللجوء السياسي الذين قد يتعرضون للقتل أو التعذيب، أو أي صورة أخرى من صور الاضطهاد، إذا لم يتم منحهم صفة اللاجئ.
٢. أن اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ بشأن اللاجئين لم تعترف بوصف اللاجئ للأشخاص

(١) قام الأمين العام للأمم المتحدة بتشكيل الفريق العالمي المعني بالهجرة عام ٢٠٠٦ بناء على توصية اللجنة العالمية المعنية بالهجرة الدولية المتعلقة بتشكيل فريق مؤسسي رفيع المستوى مشترك بين الوكالات للمشاركة في الأنشطة المتعلقة بالهجرة. ويتألف الفريق المعني بالهجرة من ١٠ منظمات، وتحديداً: المنظمة الدولية للهجرة، ومنظمة العمل الدولية، ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، وإدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية التابعة للأمانة العامة للأمم المتحدة، وصندوق الأمم المتحدة للسكان، المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، والبنك الدولي. راجع: بيان الفريق العالمي المعني بالهجرة بشأن أثر التغير المناخي على الهجرة، المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ص ٢.

(٢) وأشارت منظمة الهجرة الدولية إلى أن وصف الأشخاص الذين ينزحون عن أوطانهم أو محال إقامتهم المعنوية بسبب الأضرار أو الكوارث البيئية هو وصف غير دقيق، نظراً لعدم وصفه واشتماله لكافة الحالات التي تنزح لأسباب بيئية، وذلك لأن منظمة الهجرة الدولية قد قررت أن اصطلاح "الهجرة البيئية" الذي استخدمته يشمل حالات النزوح الداخلي والخارجي، فضلاً عن الهجرة القسرية أو الاختيارية. راجع:

الذين يفرون من أوطانهم أو محال إقامتهم الدائمة بسبب المخاطر البيئية، طالما أن الاتفاقية قد وضعت معايير محددة لاكتساب وصف اللاجئ، بالنسبة لكل شخص يتوافر لديه خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب الجنس، أو اللون، أو الدين، أو الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة، أو الآراء السياسية<sup>(١)</sup>.

٣. عدم توافر بيانات دقيقة حول الأعداد الحالية أو المستقبلية للأشخاص المهجرين بيئياً، من شأنه أن يعوق الجهات والمؤسسات المعنية من اتخاذ تدابير فعالة للحد من آثار تدهور البيئة، أو تقليل حالات الهجرة البيئية، أو تقديم المساعدات اللازمة لهم<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فإن عدم استخدام الهيئات الدولية لاصطلاح "اللاجئ البيئي" قد يكون أمراً مبرراً، نظراً لعدم الاستقرار على مفهوم دقيق للمقصود باللاجئ البيئي، إلا أن ذلك لا يمنع، من الناحية الفقهية، استخدام هذا الاصطلاح لوصف الأشخاص الذين يجبرون على الفرار من دولهم، بسبب الأضرار والكوارث البيئية الخطيرة التي تهدد حياتهم وبقائهم، إذ أن وضعهم واستحقاقيتهم للحماية لا تقل شأنًا عن وضع اللاجئين التقليديين المستفيدين من حماية اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧، كما أن العديد من قواعد الحماية التي ننادي بإقرارها بشأن اللاجئين البيئيين، سوف تتشابه في العديد من جوانبها مع تلك المقررة للاجئين التقليديين، على أن يتم تطبيق بعض القواعد الخاصة باللاجئين البيئيين، نظراً للاختلاف في طبيعة المخاطر التي أدت إلى لجوئهم.

#### ثانياً: الجدل بشأن معايير تحديد اللاجئ البيئي:

ثار جدل بين فقهاء القانون الدولي، حول المعيار الذي يمكن الاستناد إليه، بشأن تحديد مفهوم اللاجئ البيئي. فاعتمد جانب على معيار يستند إلى طبيعة النزوح ذاته، بينما أخذ

(١) راجع:

Tamer Afifi and Jill Jager, op. cit., p. 2.

(٢) وعلى الرغم من أن التوصل إلى معلومات وبيانات دقيقة بشأن النازحين لأسباب بيئية يعتبر تحدياً في حد ذاته، إلا أن هناك العديد من الآليات والأبحاث التي تتم على المستوى الدولي، والتي من شأنها أن تبرز بيانات تقريبية. راجع بشأن تلك التحديات والآليات القائمة بشأن جمع المعلومات والبيانات عن النازحين لأسباب بيئية:

جانب آخر بمعيار يعتمد على طبيعة الضرر البيئي الذي أدى إلى النزوح خارج الحدود الوطنية.

ونبين هذين الاتجاهين على النحو التالي:

### (أ) تحديد اللاجئ البيئي وفقاً لطبيعة النزوح:

ذهب جانب من الفقه إلى تحديد اللاجئ البيئي بالنظر إلى طبيعة نزوحه، سواء من حيث كون النزوح اضطرارياً أو اختيارياً، أو من حيث كون النزوح دائماً أو مؤقتاً<sup>(١)</sup>. أو من حيث كون النزوح داخل حدود الدولة التي وقعت فيها الكوارث البيئية أو خارجها. وسوف نبين تلك الأمور تفصيلاً على النحو التالي:

### (أ) النزوح الاضطراري والاختياري:

يكون اللاجئ مجبراً على النزوح في حالة الكوارث البيئية الخطيرة، ففي حالة غرق الدولة الجزرية، يكون السكان مجبرين على ترك ديارهم بحثاً عن ملجأ آمن في دولة أخرى. أما في حالة تدهور الموارد البيئية داخل الدولة، فإن السكان قد يقررون تركها، بحثاً عن سبل معيشية أفضل.

وعلى الرغم من أن المنظمة الدولية للهجرة قد قررت أن مفهوم المهجرين بيئياً، يشمل الأشخاص الذين ينزحون عن أوطانهم أو محال إقامتهم الدائمة إما جبراً أو اختياراً<sup>(٢)</sup>، إلا أن غالبية الفقهاء يقصرون الحماية الخاصة باللاجئين البيئيين على الأشخاص الذين يجبرون على ترك أوطانهم بسبب المخاطر البيئية، مستبعدين من تلك الحماية الأشخاص الذين يقررون الهجرة للحياة في ظل ظروف اقتصادية أكثر ملائمة. الأمر الذي يبرز الفارق بين الهجرة القسرية والهجرة الإرادية، بحيث تقتصر الحماية الدولية للاجئين على

(١) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 364.

(٢) فقد ورد التعريف الذي أورده منظمة الهجرة الدولية "للمهجر البيئي" على النحو التالي:

"Environmental migrants are persons or groups of persons who, for compelling reasons of sudden or progressive change in the environment that adversely affects their lives or living conditions, are obliged to leave their habitual homes, or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within their country or abroad."

راجع:

Frank Iaczo and Christine Aghazarm, op. cit., p. 19.



حالات الهجرة القسرية بسبب الكوارث البيئية.

وعليه، يُعرف هذا الجانب اللاجئ البيئي بأنه الشخص الذي لم يعد بمقدوره تأمين سبل أمانة للرزق في دولته، والذي يشعر بأنه ليس ثمة أية بدائل، سوى البحث عن ملجأ في مكان آخر<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك، فإن هناك جانب من الفقه يقسمون الأشخاص الذين يجبرون على النزوح بسبب المخاطر البيئية إلى فئات فرعية بالنظر إلى درجة هذا الإكراه<sup>(2)</sup>، وذلك على النحو التالي:

### المهاجرين بتحفيز بيئي:

ويطلق عليهم "environmentally motivated migrants" وهم الأشخاص الذين يقررون الهجرة بسبب التدهور البيئي المستمر داخل دولتهم. ويطلق عليهم أيضاً "اللاجئين المحتملين" anticipatory refugees، على اعتبار أن هؤلاء الأشخاص يتوقعون أن الظروف البيئية داخل مناطق إقامتهم سوف تتدهور في المستقبل القريب، لذلك يقررون الانتقال إلى مكان أكثر أماناً قبل أن يجدوا أنفسهم مجبرين على ذلك<sup>(3)</sup>.

### المهاجرين بضغط بيئي:

ويطلق عليهم "environmentally forced migrants"، وهم الأشخاص الذين

<sup>(1)</sup> راجع:

Diane C. Bates, Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change, Population and Environment, Vol. 23, No. 5, May 2002, p. 467.

<sup>(2)</sup> راجع:

Fabrice Renaud, Janos J. Bogardi, Olivia Dun and Koko Warner, Control, Adapt or Flee, How to Face Environmental Migration? Institute for Environment and Human Security, United Nations University, 2007, p. 29-30.

See also: J. Wash, Climate Change: Disappearing States, Migration, and Challenges for International Law, Washington Journal of Environmental Law and Policy, Vol. 4, Issue 1, 2014, p. 32-33.

<sup>(3)</sup> ويذهب رأي إلى أنه يصعب في العديد من الأحوال التمييز بين المهاجرين إرادياً والمهاجرين قسراً، مقررين ما يلي:

"The distinction between voluntary migrants and refugees offers some theoretical power to differentiate between migrants. However, many important migratory flows are not easy to categorize as one or the other. Conceptually sandwiched between voluntary migrants and refugees are those compelled by deficiencies in the local social, economic, or environmental context." Diane C. Bates, op. cit., p. 467.

يقررون مغادرة دولهم لتجنب تدهور الظروف البيئية إلى الأسوأ.

### اللاجئون البيئيون:

وهم الأشخاص الذين يفرون خارج حدود دولهم لتجنب المخاطر البيئية القائمة التي تهدد أرواحهم أو سبل بقائهم<sup>(١)</sup>.

وبصفة عامة، فإن يتعين قصر وصف اللاجئ البيئي على الشخص الذي يجبر على النزوح خارج إقليم دولته، دون أن يكون لديه خيارات أخرى تمكنه من البقاء داخل دولته في ظل ظروف معيشية ملائمة تتفق مع معايير حقوق الإنسان الدولية<sup>(٢)</sup>.

### النزوح المؤقت والدائم:

قد يكون نزوح الشخص مؤقتاً، كما في حالة نزوحه عن موطنه لفترة زمنية قصيرة على إثر وقوع كارثة بيئية، كفيضان أو إعصار أو بركان، بحيث أمكن تداركه وإصلاح ما ترتب عليه من آثار ضاره، على نحو سمح للشخص أن يعود مرة أخرى لممارسة حياته الطبيعية.

وقد يكون النزوح دائماً، كما في حالة غرق دولة جزرية على نحو جعلها غير صالحة للسكن والحياة مرة أخرى<sup>(٣)</sup>.

وقد انقسم الفقهاء فيما يتعلق بالنزوح المؤقت والدائم، حيث ذهب جانب إلى ضرورة إقرار وصف اللاجئ لكل شخص يكون مضطراً على النزوح من موطنه بسبب المخاطر البيئية سواء كان هذا النزوح مؤقتاً أو دائماً<sup>(٤)</sup>. بينما يذهب جانب آخر إلى قصر وصف اللاجئ البيئي على الأشخاص الذين ينزحون بشكل دائم أو على أقل تقدير بشكل شبه دائم<sup>(٥)</sup>.

(١) ذات المرجع، ذات الصفحة.

(٢) وذلك على عكس ما يقرره البعض من إصباح وصف "اللاجئ البيئي" على الشخص الذي يفر من الأضرار البيئية الجسيمة التي تهدد حياته أو بقاءه حتى ولو كان ذلك داخل إقليم الدولة التي أصابها الأضرار البيئية. راجع في هذا الخصوص:

Marta Picchi, Climate Change and the Protection of Human Rights: The Issue of Climate Refugees, US-China Law Review, Vol. 13, Issue 7, July 2016, p. 578-579.

(٣) راجع:

Sireesha V. Chirala, op. cit., p. 373.

(٤) ذات المرجع، ذات الصفحة.

(٥) راجع:

ويذهب جانب ثالث إلى تحديد فترة زمنية معينة للتمييز بين النازحين بشكل مؤقت والنازحين بشكل دائم، بالرغم من إقراره بثبوت وصف اللاجئ البيئي لكلاهما. ووفقاً لهذا الرأي، فإن النزوح يعتبر مؤقتاً لو استمر لمدة تصل كحد أقصى إلى ثلاث سنوات، أما فيما يتجاوز تلك المدة، فإن النزوح يعتبر دائماً حتى ولو تمكن اللاجئ بعد ذلك من العودة إلى موطنه في وقت لاحق<sup>(1)</sup>.

ونحن من جانبنا نرى أنه لا جدوى من التفرقة بين النزوح المؤقت والنزوح الدائم لإقرار وصف اللاجئ البيئي. إذ أن المعيار في إقرار هذا الوصف ليس في المدة التي سيقضيها اللاجئ البيئي خارج حدود دولته، وإنما بالباعث، أي السبب الذي دفع الشخص على ترك وطنه، ألا وهي المخاطر البيئية التي تجعل هذا الشخص غير قادر على الوفاء باحتياجاته الأساسية التي تمكنه من النجاة والبقاء.

بل إننا نرى أن الفائدة الأساسية من التفرقة هي تحديد مدى الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة المانحة للجوء. إذ أنه في حالة اللجوء الدائم يتعين على تلك الدولة -وفقاً للنظام القانوني الذي ننادي بإنشائه- اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لتوفيق أوضاع اللاجئ البيئي، والتي قد تتخذ شكل منحه الإقامة الدائمة أو جنسية الدولة، خاصة في حالة زوال دولته بسبب المخاطر البيئية.

### النزوح الداخلي والخارجي:

ويبرز هنا التمييز بين النازحين داخلياً واللاجئين البيئيين. والنازحون داخلياً هم الأشخاص الذين يضطرون إلى ترك محل إقامتهم الدائمة، بسبب المخاطر البيئية، بحثاً عن ملجأ آمن داخل الحدود الوطنية لدولهم، أما اللاجئون البيئيون فهم الأشخاص الذي يجبرون على ترك الحدود الوطنية لدولهم بسبب المخاطر البيئية<sup>(2)</sup>.

Norman Myers, Environmental Refugees: An Emergent Security Issue, op. cit., p. 1.

<sup>(1)</sup> راجع:

Olivia Dun, Francois Gemenne and Robert Stojanov, Environmentally Displaced Persons: Working Definitions for the EACH-FOR, October 11, 2007, p. 1.

<sup>(2)</sup> ويقسم جانب من الفقه النازحين إلى ثلاثة فئات: النازحين داخلياً، والنازحين إقليمياً [cross-border displacement] أي أن يكون النزوح خارج حدود الدولة ولكن إلى الدولة المجاورة في ذات النطاق الإقليمي، والنازحين دولياً [international displacement]، أي إلى دول خارج النطاق الإقليمي للمنطقة التي وقع فيها الضرر البيئي. راجع: Julia Toscano, op. cit., p. 467-468.

وقد يكون الضرر البيئي ذاته سبباً في النزوح الداخلي أو اللجوء البيئي، وذلك بحسب ظروف الدولة التي وقع فيها الضرر البيئي. فعلى سبيل المثال قد يؤدي ارتفاع منسوب مياه البحر إلى غرق الدولة بأكملها، أو إلى غرق أجزاء منها، ففي الحالة الأولى لن يكون هناك من بد سوى اللجوء البيئي للسكان، أما في الحالة الثانية، فإنه يمكن للسكان أن ينزحوا داخلياً إلى المناطق المرتفعة داخل إقليم الدولة، ولكن إذا كانت الدولة صغيرة، وغير قادرة، على استيعاب أعداد السكان الذين غرقت مناطقهم، فلن يكون أمامهم سوى البحث عن اللجوء في دول أخرى.

ويذهب جانب من الفقه إلى إقرار وصف اللاجئين البيئي على كافة النازحين بسبب المخاطر البيئية، سواء داخلياً أو خارجياً<sup>(1)</sup>، بينما يذهب جانب آخر إلى قصر إسباغ وصف اللاجئين البيئي على النازحين داخلياً، في الحالة التي لا تكون دولتهم قادرة على توفير المساعدات الإنسانية لهم.

ونحن من جانبنا، لا نتفق مع الآراء الفقهية التي تنادي بإقرار وصف اللاجئين البيئي على النازحين داخلياً، للأسباب التالية:

1. أصبح من المستقر عليه في العمل والفقه الدولي أن اصطلاح "اللاجئ" يطبق على كل من يفر خارج الحدود الوطنية لدولته لأسباب تهدد حياته أو حريته أو قدرته على البقاء. وبالتالي فإن إسباغ وصف اللاجئين على الشخص الذي ينزح داخلياً بسبب المخاطر البيئية هو أمر غير مقبول قانوناً، إذ من شأنه إثارة اللبس حول مفهوم ومدى الحماية المقررة للاجئين البيئيين.
2. يظل النازحين داخلياً تحت حماية ورعاية دولتهم، وتقع المسؤولية الرئيسية على عاتقها في توفير الحماية والمساعدات الإنسانية لهم، فضلاً عن كافة حقوقهم الإنسانية المقررة بموجب التشريعات الوطنية الداخلية. فمن غير المستساغ -رغم ذلك- وصفهم بأنهم لاجئين داخل دولتهم.
3. وبالنسبة للرأي الذي ينادي بضرورة إقرار وصف اللاجئين البيئي على

(1) راجع:

النازحين داخلياً، في حالة عدم قدرة دولتهم على تقديم المساعدات الإنسانية لهم، فإن هذا الرأي مردود عليه من خلال التفرقة بين حالتين:

أ. حالة تلقي دولة النازحين داخلياً للمساعدات الإنسانية الكافية لمواجهة الأزمة من الدول الأخرى. إذ أن المساعدات في تلك الحالة لن تُقدم بشكل مباشر للنازحين داخلياً، وإنما ستقدم بشكل غير مباشر من خلال حكومة دولتهم، احتراماً لسيادتها؛ مما يعني أنهم سيظلون تحت حماية ورعاية دولتهم، وبالتالي لا يجوز وصفهم باللاجئين.

ب. حالة عدم تلقي، أو عدم كفاية، المساعدات الإنسانية المقدمة لدولة النازحين، إذ يكون من حق النازحين داخلياً، طلب اللجوء البيئي في دول أخرى، ويكتسبون بالتبعية وصف اللاجئين البيئيين، نظراً لأنهم قد نزحوا خارج الحدود الوطنية لدولتهم، وليس بسبب النزوح الداخلي.

٤. رغم قناعتنا بالمآسي التي يتعرض لها النازحين داخلياً بسبب المخاطر البيئية، بل إنه من المتوقع - في رأينا - أن تتجاوز أعدادهم في العديد من الحالات أعداد اللاجئين البيئيين، إلا أننا نرى ضرورة وضع نظام قانوني دولي خاص لإقرار الحماية والمساعدة لهم، متضمناً العديد من التدابير والآليات التي تحول دون تفاقم أزمته الإنسانية، من ذلك على سبيل المثال: إنشاء صندوق دولي، تشارك فيه كافة الدول الأطراف في النظام القانوني المزمع إنشائه، من أجل سرعة تقديم المساعدات للأشخاص الذين ينزحون داخلياً، كذلك إنشاء هيئة دولية متخصصة، تكون بمثابة حلقة وصل بين أعضاء المجتمع الدولي والدولة المتضررة بيئياً، التي تعاني من حالة النزوح الداخلي.

فضلاً عن ذلك، فإننا نرى أنه لا ينبغي أن يقتصر هذا النظام القانوني الدولي على حالات النزوح الداخلي التي تنتج فقط عن الأضرار البيئية، وإنما يمكن أن تغطي كافة حالات النزوح الداخلي بسبب الأزمات الاقتصادية والأمنية والنزاعات المسلحة الداخلية التي من شأنها أن تدفع السكان إلى النزوح داخلياً إلى مناطق أكثر أماناً.

## الاتجاه الذي يحدد اللجوء البيئي بالنظر إلى طبيعة الضرر البيئي:

استند هذا الاتجاه بشكل أساسي إلى طبيعة الضرر البيئي الذي دفع الأشخاص إلى النزوح خارج الحدود الإقليمية لدولهم، بحثاً عن ملجأ آمن. وقام هذا الاتجاه بتقسيم اللاجئين إلى ثلاثة فئات رئيسية: تشمل الأولى، اللاجئين بسبب الكوارث، والثانية، اللاجئين بسبب المصادر البيئية، والثالثة، اللاجئين بسبب التدهور البيئي.

### (أ) اللاجئين بسبب الكوارث:

وهم الأشخاص الذي يفرون بسبب المخاطر البيئية الطبيعية والكوارث التكنولوجية. فقد تؤدي بعض الاضطرابات المفاجئة في البيئة، إلى وقوع كوارث، تدفع الأشخاص إلى النزوح عن مساكنهم. وبشكل عام، فإن هذا النوع من الاضطرابات غالباً ما ينتج عنه لجوء مؤقت من منطقة جغرافية معينة.

وقد تكون تلك الكوارث ناتجة عن فعل الطبيعة أو ناتجة عن الأنشطة الإنسانية. وتشمل الكوارث الطبيعية: الأعاصير والفيضانات والزوابع والزلازل، أو أي حادثة جغرافية، أو متعلقة بالظروف الطقسية، من شأنها أن تجعل المنطقة التي تقع فيها غير صالحة للسكن والحياة. ومن أبرز الأمثلة على الكوارث الطبيعية التي أدت إلى حالات الهجرة الجماعية: البركان الذي وقع في مرتفعات سوفريير Soufriere Hills Volcano في جزيرة مونتسرات الكاريبية، وقد دفع هذا البركان حوالي سبعة آلاف من سكان الجزيرة إلى النزوح عن مواطنهم.

أما الكوارث التكنولوجية فهي ناتجة عن الأنشطة الإنسانية، ولكنها تتفق مع الكوارث الطبيعية في كونها وقتية وتؤدي إلى نزوح قسري للسكان، ومثالها: إجلاء مائة وأربعة وأربعين ألفاً من سكان وسط بنسلفانيا في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٧٩، بسبب تسرب سحابة إشعاع نووي، من مفاعل يتواجد على مقربة من المدينة. ومن الكوارث التكنولوجية التي أثرت على قطاع كبير من السكان وأدت إلى تشريدهم: كارثة تسرب الغازات السامة من مصنع الكيماويات في بوبال Bhopal في الهند عام ١٩٨٤، و كارثة

التسرب النووي من مفاعل تشيرنوبل في أوكرانيا عام ١٩٨٦<sup>(١)</sup>.

### اللاجئون بسبب المصادرة البيئية:

وهم الأشخاص الذي ينزحون بشكل دائم بسبب التطور الاقتصادي والحروب، فقد يؤدي التطور الاقتصادي إلى مصادرة الممتلكات الخاصة بالسكان، على نحو يجعلهم غير قادرين على مباشرة حياتهم، ويدفعهم إلى النزوح، بحثاً عن موطن آخر أكثر ملائمة للحياة.

ويطلق على هذا النوع من اللجوء "لجوء المصادرة" أو "لجوء التنمية"، ومن أبرز الأمثلة عليه: نزوح مئات الملايين من السكان في الصين، بسبب بناء سد الممرات الثلاثة Three Georges Dam، لتوليد الطاقة الكهرومائية<sup>(٢)</sup>. وعلى الرغم من قيام الحكومة الصينية بتعويض وإعادة توطين المقيمين بطريق قانوني، إلا أن القيمين بطريق غير قانوني، لم تتوفر لهم أية وسيلة من وسائل الحماية، التي تحفظ حقوقهم الإنسانية الأساسية<sup>(٣)</sup>.

كذلك، فإن من شأن الحروب والأعمال العسكرية، أن تؤدي إلى نزوح السكان بسبب الخراب البيئي المتعمد، لإجبار السكان على ترك أماكن إقامتهم. ومن أبرز الأمثلة على ذلك نزوح أعداد كبيرة من الفيتناميين بسبب ممارسات الولايات المتحدة المتعمدة ضد البيئة خلال حرب فيتنام في ستينات وسبعينات القرن المنصرم، والتي استخدمت فيها المواد الكيماوية والحارقة لإزالة الغابات والإضرار بالتربة والمحاصيل الزراعية، مما دفع السكان إلى النزوح بحثاً عن ملاذ آمن للحياة.

ومن الأمثلة الأخرى، ما قامت به القوات النظامية خلال الحرب الأهلية في السلفادور من زراعة الألغام في الأراضي الزراعية، الأمر الذي نتج عنه تدهور الإنتاج الزراعي

<sup>(١)</sup> راجع:

Diane C. Bates, op. cit., p. 469-471.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Mostafa Mahmud Naser, Climate Change, Environmental Degradation, and Migration: A Complex Nexus, William and Mary Environmental Law and Policy Review, Spring 2012, p. 733.

<sup>(٣)</sup> راجع:

Diane C. Bates, op. cit., p. 469-471.

ودفع السكان إلى النزوح إلى المدن والاستقرار في معسكرات اللاجئين. كذلك ما قامت به القوات العراقية عام ١٩٨٨ في إقليم كردستان من زراعة الألغام وتدمير القرى، مما جعلها غير صالحة للزراعة والوفاء باحتياجات السكان الأساسية<sup>(١)</sup>.

### اللاجئون بسبب التدهور البيئي:

وهم الأشخاص الذين ينزحون عن أوطانهم بسبب التدهور البيئي التدريجي. ويلاحظ أن النزوح بسبب التدهور البيئي التدريجي لا يكون أمراً مدبراً، على الرغم من أن التدهور البيئي ذاته، قد يكون ناتجاً عن سياسات اقتصادية، أو بيئية، متعمدة من جانب حكومات بعض الدول. والغالب أن الفئة الفقيرة هي التي تتعرض للنزوح بسبب التدهور البيئي التدريجي، نتيجة افتقارها للأليات والوسائل التي تمكنها من تقديم المطالبات المباشرة، فيما يتعلق باحتياجاتها البيئية<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### المعايير واجبة المراعاة عند وضع تعريف للاجئ البيئي

لكي نتمكن من وضع تعريف موحد وشامل للاجئ البيئي، يتعين علينا بدءاً أن نعرض لمعايير أساسية يتعين مراعاتها عند وضع هذا التعريف.

أولاً: عدم قصر الحماية الدولية على فئة معينة من لاجئي البيئة:

نادى جانب من الفقه بوجود قصر الحماية الدولية للاجئ البيئي، على الأشخاص الذين نزحوا قسراً عن أوطانهم بسبب تغير المناخ الناشئ عن الأنشطة الإنسانية<sup>(٣)</sup>. ولكن إذا كان الغالب أن تغير المناخ قد يكون سببه الأنشطة الإنسانية، إلا أن الأضرار البيئية التقليدية يمكن أن تكون، أيضاً، من صنع الإنسان، وإن كانت بشكل مختلف عن زيادة غاز الدفيئة المتسبب في تغير المناخ العالمي.

فإذا أخذنا على سبيل المثال تدهور الأرض -وهو من الأضرار البيئية التي يمكن أن

(١) ذات المرجع، ذات الصفحة.

(٢) ويستند هذا التقسيم بشكل كبير إلى التقسيم الذي قام به الدكتور عصام الحناوي في كتابه عن اللاجئين البيئيين عام ١٩٨٥. انظر المرجع السابق، ص ٤٧٣.

(٣) راجع:



تتجم إما بسبب تغير المناخ أو المخاطر البيئية التقليدية- فإنه يمكن أن ينجم بسبب ممارسات الاستخدام غير المستدام للأرض، كما هو الحال بالنسبة للزراعة المكثفة والمستمرة للأراضي الزراعية، أو النمو الصناعي والتجاري، أو الزيادة السكانية.

ومن ناحية أخرى، فإنه قد يكون للعمل الإنساني تأثيراً على الكوارث الطبيعية التي تؤدي، في الكثير من الحالات، إلى النزوح البيئي. فعلى خلاف الاستخدام للأراضي الزراعية، فإن الإهمال البشري، في توفير الضمانات الكافية في حالة الكوارث، سوف يؤدي إلى تفاقم حالات النزوح البيئي، مثال ذلك: التدابير غير الملائمة التي تتخذها الحكومة يمكن أن تحيل التهجير المؤقت إلى تهجير دائم، كما أن عدم اتباع قواعد معينة في البناء، يمكن أن تؤدي إلى دمار جسيم في حالات الزلازل. وبالتالي، فإن عدم قيام الحكومة باتخاذ التدابير الملائمة سواء قبل وقوع الكارثة أو بعد وقوعها من شأنه أن يؤدي إلى تفاقم حالات النزوح البيئي.

كذلك، هناك بعض الأضرار البيئية التقليدية التي تنجم عن النشاط الإنساني. فتلوث المياه بسبب وجود مصبات الفضلات، قد يؤدي إلى عدم صلاحية المياه للاستخدام في بعض المناطق، وينتج عنها في النهاية حالات اللجوء البيئي. وينطبق نفس الأمر على الحوادث الصناعية أو النفايات الخطرة التي قد تنجم عن الأنشطة الإنسانية<sup>(1)</sup>.

وبناء على ما سبق، فإن النشاط الإنساني يمكن أن يكون سبباً في العديد من الأضرار البيئية التقليدية، وبالتالي يتضح ضعف الحجة التي تقصر حماية اللاجئين على الأشخاص الذين نزحوا من ديارهم بسبب تغير المناخ، تأسيساً على أن النشاط الإنساني هو السبب الأساسي في الخلل البيئي الذي أدى إلى نزوحهم. فهذه الحجة بالتأكيد قد أغفلت حقيقة أن العديد من الأضرار البيئية التقليدية يمكن أن تجد أساسها- ولو جزئياً- في الأعمال والأنشطة الإنسانية المختلفة.

وأخيراً، فإنه قد يصعب في العديد من الحالات التمييز بين الأضرار البيئية الناتجة عن تغير المناخ، وتلك الناتجة عن المخاطر البيئية التقليدية نظراً لتداخلهما. إذ أن تغير

(1) راجع:

المناخ، قد يكون عاملاً جوهرياً في زيادة تأثير وقوة بعض الأضرار البيئية التقليدية، التي دفعت الأشخاص إلى النزوح عن أوطانهم قبل ظهور أثر تغير المناخ. وعلى الرغم من أن تغير المناخ يمكن أن يعزز الإضرار الناتجة عن المخاطر البيئية التقليدية، إلا أنه من الصعب تحديد ما إذا كان أحد الأضرار البيئية التقليدية هو السبب في الهجرة القسرية للأشخاص في حد ذاته، أم بسبب تفاقم أثره نتيجة تغير المناخ.

ولم يقرر أنصار الاتجاه الذي يقرر الحماية للاجئين بسبب أضرار تغير المناخ الوضع فيما يتعلق بهذه الحالة الأخيرة، ولم يحددوا فيما إذا كان يمكن إقرار الحماية للأشخاص الذين نزحوا عن ديارهم بسبب أحد المخاطر البيئية التقليدية التي تفاقمت بسبب تغير المناخ. وفي ظل اقتران عدم وضوح هذه الحالة مع حقيقة أن غالبية المخاطر البيئية التقليدية ناجمة بشكل أو بآخر -على نحو ما أشرنا إليه آنفاً- عن الأنشطة الإنسانية، فإنه يتضح ضعف حجة الرأي الذي ينادي بقصر حماية اللاجئين على الضحايا المتضررين من تغير المناخ.

علاوة على ذلك، فإن الرأي السابق قد أغفل تماماً، أن بعض الأضرار البيئية التي يمكن أن تتسبب في نزوح جماعي للسكان خارج الحدود الوطنية لدولهم، يمكن أن تنشأ عن الأعمال العسكرية خلال النزاعات المسلحة، سواء نتجت تلك الأضرار البيئية بشكل عرضي نتيجة الأعمال العسكرية، أو نتجت عن الاستهداف المباشر للبيئة. ففي هذه الحالة يكون للأعمال العسكرية أثر فوري ومباشر في الإضرار بالبيئة ونزوح السكان عن المناطق المتأثرة، على عكس الحال بالنسبة لتغير المناخ، الذي يظهر أثره على مدى زمني طويل.

وخلاصة ذلك، إنه يتعين في حالة إقرار نظام قانوني دولي خاص باللاجئين البيئيين - أن تمتد الحماية لتشمل كافة الأشخاص المتضررين بيئياً بغض النظر عن مصدر تلك الأضرار، طالما أن من شأنها إجبارهم على النزوح خارج الحدود الإقليمية لأوطانهم.

**ثانياً: عدم التمييز بين اللجوء البيئي المؤقت والدائم:**

لا مراء أن الأضرار البيئية التقليدية وأضرار تغير المناخ، والأضرار البيئية الناشئة عن النزاعات المسلحة، تساهم في نزوح ملايين الأشخاص، بحثاً عن ملجأ آمن خارج

حدود أوطانهم.

وقد يثور الجدل حول أن أضرار تغير المناخ غالباً ما ينتج عنها نزوح دائم للسكان، خاصة في حالة ارتفاع منسوب مياه البحر مما يتسبب في غرق بعض المناطق ويجعلها غير صالحة للحياة<sup>(1)</sup>. بيد أن هذا الجدل يقوم على محض افتراض أن الأضرار البيئية التقليدية، أو تلك الناشئة عن النزاعات المسلحة، تؤدي، في جميع الحالات، إلى وجود لاجئين بيئيين يحتاجون فقط إلى حماية مؤقتة. وعلى الرغم من عدم إنكارنا أن بعض الأضرار البيئية التقليدية، أو الناشئة عن النزاعات المسلحة، قد تكون مؤقتة، عندما تسعى الحكومات في أعقاب الكوارث الطبيعية، أو النزاعات المسلحة، إلى إزالة الآثار البيئية الضارة، وإعادة البناء مرة أخرى، إلا أنه من غير المستساغ استبعاد الحماية عن اللاجئين بسبب الأضرار البيئية التقليدية، أو الناشئة عن النزاعات المسلحة، استناداً إلى صفة التأقيت التي تتسم بها الأضرار البيئية.

ولا جرم أن الأضرار البيئية، سواء كانت تقليدية، أو ناشئة عن تغير المناخ، أو النزاعات المسلحة، من المتصور أن تؤدي إلى نزوح مؤقت، أو دائم، للاجئين البيئيين. وبغض النظر عن مدة الحماية التي يحتاجها هؤلاء اللاجئين، فإن احتياجاتهم الأساسية تظل واحدة، فاللاجئين المؤقتين أو الدائمين في حاجة إلى المأوى والطعام والرعاية الطبية والتعليم وغيرها من الاحتياجات الأساسية اللازمة للحياة الإنسانية. وبنظرة فاحصة إلى الفارق بين اللاجئين البيئيين الدائمين والمؤقتين، نجد أن الفارق الوحيد يكمن فقط في مدة الحماية التي تحتاجها كل فئة، غير أن المنطق القانوني السليم يدعونا إلى إقرار استحقاقية اللاجئين البيئيين المؤقتين للحماية إلى أن تزول الأسباب التي دعت إلى لجوئهم، وعلى العكس يظل اللاجئون البيئيون الدائمون مستحقون للحماية، طالما أن الأسباب التي دعت إلى لجوئهم لازالت قائمة، أي أن استبعاد فئة معينة من الأشخاص من الحماية لمجرد أن معاناتهم مؤقتة بفترة معينة من الزمان هو أمر غير مبرر على الإطلاق.

(1) راجع:

ومن جماع ما تقدم، نخلص إلى أن مقترح النظام القانوني بشأن اللجوء البيئي يتعين ألا يقتصر على حماية اللاجئين بسبب تغير المناخ فقط، وإنما يمتد ليشمل كافة الأشخاص الذين يبحثون عن الملجأ خارج ديارهم، بغض النظر عما إذا كان نزوحهم قد حدث بسبب تغير المناخ، أو الأضرار البيئية التقليدية، أو الناشئة عن النزاعات المسلحة.

ثالثاً: قصر الحماية الدولية على الأشخاص الذين يفرون خارج الحدود الوطنية

لدولهم:

يتعين أن تقتصر الحماية وفقاً لتعريف اللاجئين البيئي على الأشخاص الذين يفرون خارج الحدود الوطنية لدولهم بسبب المخاطر البيئية. ويرجع ذلك للأسباب التالية:

أولاً: أن وصف اللاجئين لا يتم إطلاقه، من الناحية القانونية، إلا على الأشخاص الذين يفرون خارج حدود دولهم سواء، بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد، وفقاً للمفهوم الوارد في اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧، أو بسبب المخاطر البيئية، وفقاً للنظام القانوني الدولي الذي ننادي به. أما الأشخاص الذين يفرون داخل الحدود الإقليمية لدولهم، فيطلق عليهم وصف "النازحين داخلياً".

ثانياً: يستفيد الأشخاص الذين يفرون، بسبب المخاطر البيئية إلى مناطق متواجدة داخل الحدود الإقليمية لدولهم، من الحماية التي تقرها الدولة التي وقعت فيها المخاطر البيئية، سواء باعتبارهم من مواطني الدولة التي وقعت فيها المخاطر البيئية أو من المقيمين في تلك الدولة، إذا كانوا من عديمي الجنسية<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، قد يحدث ألا تكون الدولة لديها القدرات الاقتصادية والتقنية والأمنية التي تمكنها من توفير الحماية اللازمة للنازحين داخلياً بسبب المخاطر البيئية، مما يجعلهم عرضة لخطر الهلاك، نظراً لعدم استحقاقيتهم لأية حماية دولية، بموجب قواعد واتفاقيات خاصة في هذا الشأن.

وعلى الرغم من تأكيدنا على أن النظام القانوني الخاص باللاجئين يتعين أن يقتصر

(١) ويرى العديد من المحللين أن وضع النازحين داخلياً في الوقت الحالي أفضل من النازحين خارج الحدود الوطنية لدولهم، نظراً لتمتعهم بحماية دولهم التي تأثرت بتلك المخاطر، والتي يقع عليها في المقام الأول مهمة توفير الحماية لهم. راجع:

Benoit Mayer, op. cit., p. 107.

على الأشخاص الذين يفرون خارج الحدود الوطنية لدولهم بسبب المخاطر البيئية، إلا أننا مع ذلك ننادي بضرورة مراعاة وضع النازحين داخلياً بسبب المخاطر البيئية، في حالة عدم قدرة دولهم على توفير الحماية والمساعدة الإنسانية اللازمة لهم. إذ يتعين على المجتمع الدولي أن يعمل على وضع نظام قانوني خاص يكفل الحماية الدولية لهم.

### المطب الثالث

#### التعريف المقترح للاجئين البيئي

كنا قد انتهينا إلى عدم جدوى التفرقة التي ساقها جانب من الفقه بين اللاجئين البيئيين، فيما يتعلق بضرورة قصر الحماية الدولية على اللاجئين الذين نزحوا عن أوطانهم، بسبب تغير المناخ الناتج عن النشاط الإنساني. فهي في الواقع تفرقة غير مبرره أو مستساغة قانوناً، لعدم توفيرها حماية كاملة للأشخاص الذين أُجبروا على النزوح خارج حدود أوطانهم بسبب الأضرار الناشئة عن مخاطر بيئية أخرى بخلاف تغير المناخ، كما هو الحال بالنسبة للأضرار البيئية الناشئة عن المخاطر البيئية التقليدية، أو النزاعات المسلحة.

لذلك، فإنه يتعين عند اقتراح تعريف موحد للجوء البيئي، أن يراعى ضمان الحماية والمساعدة الإنسانية، لكافة ضحايا الأضرار البيئية، بغض النظر عن مصدرها، بحيث يكون هذا التعريف بمثابة انطلاقة، نحو تبني نظام قانوني متكامل، لتوفير الحماية لكافة اللاجئين البيئيين.

وعليه، فإنه يمكن تعريف اللاجئ البيئي بأنه "الشخص الذي أُجبر على مغادرة دولة جنسيته أو محل إقامته المعتاد، سواء بشكل مؤقت أو دائم، استناداً بشكل رئيسي إلى الاضطرابات البيئية، بغض النظر عما إذا كانت ناجمة عن العوامل الطبيعية، أو الأنشطة الإنسانية، أو النزاعات المسلحة، والتي من شأنها أن تجعل هذا الشخص غير قادر على تأمين احتياجاته الأساسية"<sup>(١)</sup>.

(١) استخدم الدكتور عصام الحناوي اصطلاح "الاضطرابات البيئية" environmental disruption في التعريف الذي وضعه للاجئ البيئي. وقد عرف "الاضطرابات البيئية" بأنها أي تغير مادي أو كيميائي أو إحيائي في النظام الإيكولوجي. راجع: Brittan J. Bush, op. cit., p. 572.

مشيراً إلى كتاب الدكتور عصام الحناوي بعنوان اللاجئين البيئيون لعام ١٩٨٥.

ويبرز من هذا التعريف العناصر التالية:

١. أن اللاجئ البيئي هو الشخص الذي أجبر على ترك دولة جنسيته أو محل إقامته المعتاد؛ ويدل ذلك على أن التعريف السابق لا يشمل الأشخاص الذين نزحوا داخلياً في إطار حدود دولتهم. فإذا كان من شأن المخاطر البيئية أن تؤدي إلى نزوح الأشخاص إلى مناطق أخرى داخل دولهم، إلا أنه يمكن لأولئك الأشخاص أن يستفيدوا من الحماية الوطنية لدولهم. وبالتالي، فإن التعريف السابق يمنح الحماية فقط إلى الأشخاص الذين يبحثون عن الملجأ خارج حدود دولهم.
٢. لم يقصر التعريف الحماية على أساس أن احتياج اللاجئ البيئي للحماية ذا طبيعة مؤقتة أو دائمة، فسواء كانت الأضرار البيئية مؤقتة أو دائمة، فإن النازحين جرائها، سوف يستحقون التمتع بالحماية الدولية، باعتبارهم لاجئين.
٣. يتعين أن يكون السبب الرئيسي لهجرة اللاجئين هو الاضطرابات البيئية. واشتراط أن يكون السبب الرئيسي هو الاضطرابات البيئية، يستند إلى احتمالية أن تكون الهجرة البيئية، في بعض الحالات، ناتجة عن عوامل أخرى، مثل: النزاعات السياسية والعسكرية وعدم الاستقرار الاقتصادي. ولكي يستفيد اللاجئ البيئي من الحماية وفقاً للتعريف السابق، فإنه يتعين أن تكون الاضطرابات البيئية، هي السبب الرئيسي التي دفعت الأشخاص نحو المطالبة بوضع اللاجئين البيئيين، حتى ولو لم تكن تلك الاضطرابات هي السبب الوحيد في النزوح البيئي.
٤. يقر التعريف الحماية الدولية للأشخاص الذين هاجروا من ديارهم بسبب الاضطرابات البيئية، سواء كانت ناجمة عن العوامل الطبيعية، أو الأنشطة الإنسانية، أو النزاعات المسلحة. وتشمل الاضطرابات البيئية الناجمة عن فعل الطبيعة، الأضرار البيئية الناشئة عن الكوارث الطبيعية التي يتعذر عزوها إلى النشاط الإنساني، وتشمل الاضطرابات البيئية الناجمة عن فعل الإنسان، الأضرار الناشئة عن تغير المناخ والكوارث البيئية التقليدية التي يمكن أن تتسبب بشكل مباشر إلى الأنشطة الإنسانية، وبالنسبة للأضرار البيئية الناشئة عن النزاعات المسلحة، فتشمل الأضرار الشديدة أو وواسعة النطاق أو طويلة الأمد التي تلحق

بالبينة جراء استخدام الأسلحة المختلفة في وقت النزاعات المسلحة، بغض النظر عما إذا كانت الأضرار التي لحقت بالبينة ناشئة عن الاستهداف المباشر لها، أم لا<sup>(١)</sup>.

٥. تمنح الحماية إلى اللاجئين البيئيين، إذا كانت الاضطرابات البيئية تجعلهم غير قادرين على تأمين احتياجاتهم الأساسية. ويعني ذلك أنه لا يجوز منح الحماية إلى الأشخاص الذين يعانون من انتقاص في الظروف المعيشية، وإنما يتعين أن تقتصر الحماية على الأشخاص الذين لا يستطيعون تأمين احتياجاتهم الأساسية اللازمة لاستمرارية الحياة، ومثالها الشراب والطعام والسكن والرعاية الطبية. والهدف من تقييد الحماية على الأشخاص الغير قادرين على تأمين احتياجاتهم الأساسية، هو الحد من حالات الهجرة إلى دول أخرى لمجرد البحث عن ظروف معيشية أفضل.

وعليه، فإن التعريف السابق من شأنه أن يقرر الحماية للاجئين البيئيين، سواء كانت الأسباب التي دفعت إلى هجرتهم هي المخاطر البيئية التقليدية أو مخاطر تغير المناخ. كما أن هذا التعريف من شأنه أن يمنع أساليب التلاعب التي قد يلجأ إليها بعض الأشخاص للحصول على وضع اللاجئين، وذلك من خلال قصر الحماية فقط على الأشخاص غير قادرين على الوفاء باحتياجاتهم الأساسية اللازمة لاستمرارية الحياة.

## المبحث الثاني

### المبادئ والقواعد العامة للجوء القابلة للتطبيق على اللاجئين البيئيين

#### تمهيد وتقسيم:

بدأ الاهتمام بتحسين أوضاع اللاجئين منذ اندلاع الحرب العالمية الأولى، الأمر الذي أدى إلى تبني العديد من الوثائق الدولية التي تهدف إلى إقرار حقوق محددة للاجئين تحول دون تعرض حرياتهم وحياتهم للخطر، فضلاً عن ضمان معاملتهم معاملة إنسانية داخل دولة اللجوء. وقد تكال هذا الاهتمام في النهاية بوضع اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١،

(١) راجع: المادة (١) من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى، المرجع السابق.

بشأن اللاجئين التي وضعت القواعد والمبادئ العامة التي تحكم أوضاع اللاجئين، ثم جاء بروتوكول عام ١٩٦٧ ليستبعد القيد الزمني والمكاني الوارد في الاتفاقية<sup>(١)</sup>. وقد أصبحت اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكولها بمثابة القانون الدولي للجوء الذي أقر مجموعة من المبادئ الأساسية التي تهدف إلى إقرار حقوق وحرّيات للاجئين، بوصفها كذلك، دون اعتداد بالأسباب التي أدت إلى لجوئهم، مما يعني أن تلك المبادئ يتعين الالتزام بها في حالة إقرار نظام قانوني، يهدف إلى الاعتراف بوصف اللاجئين، للمشردين بسبب الأضرار البيئية.

بالإضافة إلى ذلك، فإن هناك مجموعة من الحقوق والحرّيات الأخرى التي يتمتع بها اللاجئين بشكل عام، ومنها الحق في التعليم والحق في العمل وحرية العقيدة وغيرها. ولا يقتصر قانون اللجوء على إقرار حقوق معينة لمصلحة اللاجئين، وإنما يفرض عليهم أيضاً التزامات معينة يتعين التقيد بها وإتباعها داخل دولة اللجوء، لكي يستمروا في التمتع بحقوقهم كاملة.

ولمزيد من التوضيح، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المبادئ العامة لحماية اللاجئين.

المطلب الثاني: الحقوق والحرّيات الأساسية للاجئين.

المطلب الثالث: التزامات اللاجئين.

### المطلب الأول

#### المبادئ العامة لحماية اللاجئين

هناك مجموعة من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للجوء، والتي تعد بمثابة الحد الأدنى الذي يتعين أن تلتزم به الدول في معاملة اللاجئين، وذلك انطلاقاً من الطابع الإنساني لفكرة اللجوء.

(١) انظر المادة (١)(أ) - (٢) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ بشأن القيد الزمني الذي يقصر نطاق تطبيق الاتفاقية على الأشخاص الذين اعتبروا لاجئين نتيجة أحداث وقعت قبل ١ يناير ١٩٥١. انظر أيضاً ديباجة البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين لعام ١٩٦٧ بشأن استبعاد هذا القيد. كذلك نصت المادة ١(ب) (١) على أن المقصود بعبارة "أحداث وقعت قبل الأول من يناير ١٩٥١ إما أحداثاً وقعت في أوروبا قبل ١ يناير ١٩٥١ أو أحداثاً وقعت في أوروبا أو غيرها قبل ١ يناير ١٩٥١، مما يعني أنه يجوز للدول أن تقتصر في التزاماتها على الأحداث التي وقعت في أوروبا قبل ١ يناير ١٩٥١، وجاءت المادة (٣) لتستبعد القيد الجغرافي.



ومن أبرز المبادئ العامة التي تهدف إلى حماية اللاجئين: مبدأ عدم الرد ومبدأ عدم جواز معاقبة اللاجئين بسبب الدخول غير المشروع ومبدأ عدم التمييز ومبدأ الطبيعة السلمية والإنسانية لمنح الملجأ ومبدأ تقاسم الأعباء.

### أولاً مبدأ عدم الرد:

يعد مبدأ عدم الرد من المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها فكرة اللجوء<sup>(١)</sup>. ولا يترتب بالتأكيد على تطبيق هذا المبدأ انتقاص من سيادة الدولة أو تقييد حريتها بصدد منح الملجأ، وإنما يقوم مبدأ عدم الرد على أساس، أنه لا يجوز للدولة في حالة ما إذا قررت عدم السماح للاجئين بدخول إقليمها، أن تتخذ ضده إجراءات من شأنها إبعاده أو رده إلى دولة، تكون حياته أو حريته معرضة للخطر، وهو أمر يتفق مع اعتبارات القواعد الدولية الراسخة، المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وحريته الأساسية، والتي أصبح غالبيتها ضمن القواعد الآمرة للقانون الدولي<sup>(٢)</sup>.

وفيما يلي نبين مفهوم ونطاق المبدأ وطبيعته القانونية والاستثناءات التي ترد عليه:

### (١) مفهوم ونطاق مبدأ عدم الرد:

المقصود بهذا المبدأ، عدم جواز رد أو إعادة اللاجئين إلى حدود الأقاليم التي تكون فيها حياتهم أو حرياتهم معرضة للخطر<sup>(٣)</sup>. وعلى الرغم من أن المادة ٣٣(١) من اتفاقية عام ١٩٥١، قد قصرت مبدأ عدم الرد بالنسبة للأشخاص الذين تتعرض حياتهم للخطر، بسبب العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو لكونهم أعضاء في جماعة اجتماعية، أو لآرائهم السياسية<sup>(٤)</sup>، إلا أن هذا المبدأ العام قد أصبح قابلاً للتطبيق على كل شخص، قد تتعرض

(١) راجع: عقبة خضراوي، حق اللجوء في القانون الدولي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٤، ص

(٢) راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(٣) ورد النص على هذا المبدأ في ثلاثة وثائق دولية، تحديداً المادة (٣٣) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١ والمادة (٣) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي اعتمدها الجمعية العامة في القرار ٣٩/٤٦ في ١٠ ديسمبر ١٩٨٤ ودخلت حيز النفاذ في ٢٦ يونيو ١٩٨٧، والمادة (٧) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦. ويرى رأي أن المادة (٣) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قد تم تفسيرها على نحو يقرر مبدأ عدم الرد. أنظر في هذا الشأن:

Helene Lambert, Protection against refoulement from Europe: Human Rights Law comes to rescue, International and Comparative Law Quarterly, 1999, p. 518-519.

(٤) راجع أيضاً المادة ٣(١) من الإعلان الخاص باللجوء الإقليمي لعام ١٩٦٧.

حياته، أو حريته، أو سلامته، للخطر بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى هذا الخطر<sup>(١)</sup>.

كذلك ورد النص على هذا المبدأ في العديد من المواثيق والاتفاقيات الإقليمية الأخرى،

منها:

- مبادئ بانكوك المتعلقة بوضع ومعاملة اللاجئين لعام ١٩٦٦، التي اعتمدها المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية-الإفريقية<sup>(٢)</sup>، وتنص المادة ٣(١) منها على ما يلي: "لا يخضع أي شخص يلتمس اللجوء، وفقاً لهذه المبادئ، لتدابير مثل الرفض عند الحدود أو العودة أو الطرد، مما يؤدي إلى تهديد حياته، أو حريته، بسبب عرقه، أو دينه، أو جنسيته، أو أصله العرقي، أو عضويته في جماعة اجتماعية معينة، أو بسبب رأيه السياسي"<sup>(٣)</sup>.

- إعلان الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي لعام ١٩٦٧، الذي نص على أنه "لا يجوز أن يتعرض أي شخص من المشار إليهم في المادة ١(١) لإجراءات كالمنع من الدخول عند الحدود، أو الإبعاد، أو إعادة جبراً، إلى أية دولة قد يتعرض فيها للاضطهاد". وبالرغم من أن هذا الإعلان غير ملزم بحكم طبيعته، إلا أن موافقة الجمعية العامة عليه بالإجماع قد أكسبته قيمة أدبية كبيرة، مما جعل الأحكام والقواعد التي يشتمل عليها ترقى إلى منزلة القواعد

(١) ومما يؤكد ذلك أن المادة (٣) من اتفاقية منع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤ على أنه "لا يجوز لأية دولة طرف أن تطرد أي شخص أو أن تعيده أو أن تسلمه إلى دولة أخرى، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب".

كما نصت المادة (١٦) من الاتفاقية الدولية لحماية كل الأشخاص ضد الاختفاء القسري على أنه: "لا يجوز لأي دولة أن تطرد أو تعيد أو تنتقل عن أو تسلم أي شخص إلى أي دولة أخرى إذا قامت أسباب جوهريّة بتعرضه لخطر الاختفاء القسري".

(٢) وقد أنشئت اللجنة الاستشارية القانونية الآسيوية-الإفريقية في بداية الأمر كلجنة غير دائمة لمدة خمسة سنوات. وتم تمديد تلك المدة في أربع مناسبات حتى عام ١٩٨١م، وفي دورتها التي عقدت في كولومبو، تقرر تأسيس اللجنة على أساس دائم، واقتضى ذلك القرار إعادة النظر في النظام الأساسي والقواعد القانونية، وتبنت النسخة المنقحة في عام ١٩٨٧م و١٩٨٩م على التوالي. نظراً لضرورة أن تكون الصكوك التأسيسية للمنظمة متماشية مع تغيير الزمن والأمال الجديدة وتطلعات أعضائها، منحت الدول الأعضاء في منظمة أكو موافقتها بالتوافق على النص الجديد والمنقح من النظام الأساسي في الدورة الثالثة والأربعين للمنظمة التي عقدت في مدينة بالي، جمهورية إندونيسيا، في شهر يونيو/حزيران ٢٠٠٤م. للاطلاع على نشأة المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية-الإفريقية فضلاً عن أعضائها ونطاق وطبيعة عملها، انظر موقع المنظمة من خلال اتباع الرابط التالي:

<https://goo.gl/zz7TZe> (آخر زيارة للموقع في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٧).

(٣) اعتمدت المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية-الإفريقية النسخة النهائية من مبادئ بانكوك في ٢٤ يونيو ٢٠٠١ في جلستها الأربعين في نيو دلهي.

العرفية الدولية بموجب ممارسات الدول والشعور بإلزاميتها<sup>(١)</sup>.

- الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين لعام ١٩٦٩ التي نصت على أنه "لا تقوم أي دولة عضو بإخضاع شخص لإجراءات مثل رفضه على الحدود أو العودة أو الطرد، مما يجبره على العودة أو البقاء في إقليم حيث تتهدد حياته أو سلامته البدنية أو حريته".

- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ التي نصت في المادة ٢٢(٨) على أنه: "لا يجوز بأي حال من الأحوال ترحيل شخص أجنبي أو إعادته إلى بلد ما سواء كان بلده الأصلي أم لا، إذا كان حقه في الحياة أو الحرية الشخصية معرضاً لخطر الانتهاك في ذلك البلد بسبب عرقه أو جنسيته أو دينه أو وضعه الاجتماعي أو آرائه السياسية".

- إعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين لعام ١٩٨٤ الذي شدد في الفقرة الخامسة من القسم الثالث على "أهمية مبدأ عدم الرد (بما في ذلك حظر الرفض عند الحدود) باعتباره حجر الأساس للحماية الدولية للاجئين. وهذا المبدأ لا غنى عنه بالنسبة للاجئين، ويتعين الاعتراف به واحترامه باعتباره قاعدة من القواعد الأمرة".

- الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية التي نصت في المادة (٨) على ما يلي: "أ. لا يطرد اللاجئ المقيم بصفة قانونية على إقليم دولة طرف في هذه الاتفاقية إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام، ولللاجئ التظلم أمام السلطة القضائية المختصة في قرار الطرد، وتلتزم الدولة في هذه الحالة بمنح اللاجئ مهلة معقولة يسعى خلالها للدخول بصورة شرعية إلى بلد آخر وتحفظ الدولة أثناء هذه المهلة بحق تطبيق ما تراه ضرورياً من

(١) وينطبق هذا الأمر كذلك بالنسبة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي يعد بحكم طبيعته غير ملزم، إلا أن القواعد التي يشتمل عليها قد أصبحت من القواعد العرفية الدولية، ليس هذا فحسب، بل إن بعض هذه القواعد قد أصبحت ضمن القواعد الأمرة للقانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، مثل حق الإنسان في الحياة والحق في سلامة الجسد.

تدابير داخلية<sup>(١)</sup>.

ب. تلتزم الدولة بقبول اللاجئين مؤقتاً إذا كان طرده أو رده يعرض حياته أو حريته للخطر".

وعلاوة على ذلك، فقد قامت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم (٢٠) لعام ١٩٩٢ بشأن المادة (٧) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تحظر إخضاع أي شخص للتعذيب، أو المعاملة، أو العقوبة القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة، حيث فسرت تلك المادة باعتبارها تشتمل على مبدأ عدم الرد<sup>(٢)</sup>.

ويتبين مما سبق أن التزام الدولة بمبدأ عدم الرد لا ينطبق فقط في حالة الأشخاص الذين اكتسبوا وصف اللاجئين داخل إقليمها، وإنما يشمل أيضاً فئتين أخرتين من الأشخاص لم يكتسبوا بعد وصف اللاجئين: الأولى تشمل الأجانب المتواجدين داخل إقليم الدولة، والثانية تشمل الأشخاص المتواجدين على حدودها، هذا إذا كان من شأن طردهم أو ردهم أن تتعرض حريتهم أو حياتهم للخطر، وذلك وفقاً للأسباب القانونية الموجبة لمنح اللجوء<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ في هذا السياق أن مبدأ عدم الرد لا ينطبق إلا في حالة الأشخاص الذين قد يترتب على ردهم أو إعادتهم تعرضهم للخطر، وفقاً لأحد الأسباب الواردة في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، وذلك باستثناء الاتفاقية الإفريقية لعام ١٩٦٩، التي تبنت تعريفاً

(١) وقد أبدى وفد المملكة المغربية تحفظه على الفقرة (أ) من المادة (٨) أثناء مناقشة مشروع الاتفاقية العربية، بسبب إسنادها لمهمة النظر في تظلم اللاجئين من قرار الطرد إلى السلطة القضائية، الأمر الذي لا يتسجم مع التشريعات الجاري العمل بها في العديد من الدول، ومن بينها التشريع المغربي الذي اسند إلى لجنة تتكون من وزير الخارجية والعدل وممثل عن المندوب السامي لهيئة الأمم المتحدة صلاحية اتخاذ القرار النهائي بالطرد. راجع: د. عادل محمد البياتي، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٢) وجاء في تعليقات لجنة حقوق الإنسان ما يلي:

"In the view of the Committee, States Parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement." CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment), Adopted the Forty-fourth Session of the Human Rights Committee, on 10. March 1992, para. 9.

(٣) ويلاحظ أن اتفاقية ١٩٥١ قد أخذت بالمفهوم الضيق لمبدأ عدم الرد الذي يلزم الدولة بعدم رد اللاجئين المتواجدين داخل إقليمها إلى دولة يتعرضون فيها للاضطهاد، أما اللوائح والاتفاقيات الدولية اللاحقة فقد أخذت بالمفهوم الواسع للمبدأ الذي لا يميز بين اللاجئين المتواجدين داخل إقليم الدولة وأولئك المتواجدين على حدودها. راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ٢٢١.

موسعاً للاجئ، وتنطبق فقط في الإطار الإقليمي لقارة إفريقيا تجاه الدول الإفريقية المصدقة عليها. وإذا كان هناك رأي قد ذهب إلى أنه لا يشترط لتطبيق مبدأ عدم الرد إثبات أن هناك خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد، بل ينطبق، أيضاً، في حالة توافر خطر التعرض للتعذيب، أو المعاملة، أو العقوبة القاسية، أو اللإنسانية، أو المهينة، أو في حالة خطر التعرض لتهديدات على الحياة وسلامة الجسد، أو الحرية، إلا أن هذا الرأي عاد ليؤكد أنه يتعين للالتزام بمبدأ عدم الرد، أن تكون التهديدات على اللاجئ بسبب عرقه، أو دينه، أو جنسيته، أو عضويته في جماعة اجتماعية، أو رأيه السياسي<sup>(١)</sup>. ويعني ذلك أنه لا يمكن الاستناد إلى مبدأ عدم الرد في حد ذاته كأساس قانوني يمكن الاستناد إليه لإلزام الدول بمنع رد أو إبعاد الأشخاص الذين يفرون من إقليم دولتهم إلى دول أخرى هرباً من كوارث بيئية جسيمة من شأنها تهديد سلامتهم وأرواحهم. وعليه، فإن ذلك يدعو إلى ضرورة الاعتراف بداءة بالحق في اللجوء البيئي، كمتطلب أساسي، لكي يتسنى للنازحين بيئياً أن يستفيدوا من مبدأ عدم الرد.

### القيمة القانونية لمبدأ عدم الرد:

لا جرم أن مبدأ عدم الرد، باعتباره من المبادئ الأساسية للجوء، قد نال قبولاً عاماً على نحو أكسبه قيمة القانون الدولي العرفي<sup>(٢)</sup>، ومن ثم تلتزم به كافة الدول بغض النظر عن مدى التزامها به بموجب نص اتفاقي<sup>(٣)</sup>. بل إن مبدأ عدم الرد قد أصبح ضمن القواعد الآمرة للقانون الدولي (Jus peremptory rule of international law) Cogens rules<sup>(٤)</sup>، وبالتالي، يقع باطلاً كل اتفاق يقضي بمخالفته، ويترتب على ذلك

(١) راجع:

Sir Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion, in Erika Feller, Volker Turk and Frances Nicholson, Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, p. 123-6.

(٢) راجع بشأن تأكيد الطبيعة القانونية العرفية لمبدأ عدم الرد:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, 2005, p. 363-5.

(٣) بل يذهب جانب في الفقه إلى أن مبدأ عدم الرد، علاوة على كونه من القواعد العرفية، يعد من المبادئ العامة التي أقرتها الأمم المتحدة. راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ٢٢٣-٢٢٤.

(٤) ويؤكد الطبيعة الآمرة لمبدأ عدم الرد ما ورد في استنتاجات اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين ما يلي:

ثلاث نتائج هامة<sup>(١)</sup>:

١. عدم جواز إبداء تحفظات على النصوص القانونية التي تقره<sup>(٢)</sup>.
٢. ضرورة مراعاته والتقيده به في جميع الأحوال التي يمكن أن تتعرض فيها حياة أو سلامة الشخص للخطر، بغض النظر عما إذا كان قد اكتسب وصف اللاجئ في

---

"the fundamental principle of non-refoulement has found expression in various international instruments adopted at the universal and regional levels and is generally accepted by States" UNHCR Executive Committee, 28<sup>th</sup> Session, op. cit., No. 6, Non-refoulement, 1977, p.7.

"The Executive Committee, ... (b) Reaffirmed the importance of the basic principle of international protection and in particular the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law." UNHCR Executive Committee, 33<sup>rd</sup> Session No. 25 General 1982, p.33.

"The Executive Committee, ... 5. Invited all States to continue actively to support the protection functions of the High Commissioner through all appropriate means, both bilateral and multilateral, as well as to abide by their own humanitarian responsibilities towards refugees, including, particularly, to safeguard the right to seek and enjoy asylum from persecution and to ensure full respect for the principle of non-refoulement." UNHCR Executive Committee, 39<sup>th</sup> Session, No. 52, International Solidarity and Refugee Protection, 1988, p. 70.

"The Executive Committee, ... (f) Reaffirms the primary importance of the principles of non-refoulement and asylum as basic to refugee protection.

(r) Recognizes, in this regard, that new approaches should not undermine the institution of asylum, as well as other basic protection principles, notably the principle of non-refoulement." UNHCR Executive Committee, 43<sup>rd</sup> Session, No. 68, General, 1992, p. 91.

"The Executive Committee, ... (i) Distressed at the widespread violations of the principle of non-refoulement and of the rights of refugees, in some cases resulting in loss of refugee lives, and seriously disturbed at reports indicating that large numbers of refugees and asylum-seekers have been refouled and expelled in highly dangerous situations; recalls that the principle of non-refoulement is not subject to derogation." UNHCR Executive Committee, 47<sup>th</sup> Session, No. 79, General, 1996, p. 115.

"Respect for the right to seek asylum, and for the fundamental principle of non-refoulement, should be maintained at all times." UNHCR Executive Committee, 53<sup>rd</sup> Session, No. 94, Conclusion on the Civilian and Humanitarian Character of Asylum, 2002, p. 147.

كذلك أعاد إعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين لعام ١٩٨٤ التأكيد على وجوب الاعتراف بمبدأ عدم الرد واحترامه باعتباره من القواعد الأمرة للقانون الدولي. انظر الفقرة الخامسة من القسم الثاني لإعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين.

<sup>(١)</sup> راجع أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٥٤-٥٥.

<sup>(٢)</sup> راجع المادة ٤٢(١) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ حيث قررت عدم جواز وضع تحفظات على المادة (٣٣).

إقليم الدولة التي يتواجد بها أم لا<sup>(١)</sup>، فضلاً عن ضرورة مراعاته في حالات التدفق الجماعي للاجئين<sup>(٢)</sup>.

٣. مراعاة مبدأ عدم الرد في اتفاقيات التسليم، حتى ولو لم يرد ذكرها صراحة في تلك الاتفاقيات<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك، أكدت اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤ في المادة ٣(١) على أنه "لا يجوز لأية دولة طرف أن تطرد أي شخص، أو تعيده، أو أن تسلمه إلى دولة أخرى، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب"<sup>(٤)</sup>. علاوة على ذلك، حظرت بعض الاتفاقيات

(١) وبالتالي فإنه يتعين على مسؤولي الهجرة أو مأموري الضبط القضائي أن يتقيدوا بمبدأ عدم الأبعاد، في حالة ما إذا تم ضبط شخص قد دخل إلى إقليم الدولة بطريق غير مشروع، طالما أنه قد أعلن أن دخوله جاء نتيجة الفرار من خطر يهدد حياته أو سلامته، بحيث يلزم هنا إحالة الأمر إلى السلطات العليا المختصة للتحقق من الأمر واتخاذ القرار الملائم

"The competent official (e.g. immigration officer or border police officer) to whom the applicant addresses himself at the border or in the territory of a Contracting State, should have clear instructions for dealing with cases which might be within the purview of the relevant international instruments. He should be required to act in accordance with the principle of non-refoulement and to refer such cases to higher authority."

بل إن اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين قد أكدت ضرورة تطبيق مبدأ عدم الأبعاد في كافة المناسبات في العديد من جلساتها على النحو التالي:

"The Executive Committee, (a) Reaffirmed the essential need for the humanitarian legal principle of non-refoulement to be scrupulously observed in all situations of large-scale influx." UNHCR Executive Committee, 31 Session, Temporary Refuge, 1980, p. 24.

"The Executive Committee, ... (c) Recognized that these instruments incorporate fundamental principles of refugee law including the principle of non-refoulement and lay down minimum standards for the treatment of refugees and thus constitute the cornerstone of international protection." UNHCR Executive Committee, 37<sup>th</sup> Session, No. 42, Accession to International Instruments and Their Implementation, 1986, p. 55.

راجع:

UNHCR Executive Committee, 28th Session, No. 8, Determination of Refugee Status, 1977, p. 9.

(٢) راجع:

UNHCR Executive Committee, 32<sup>nd</sup> session, No. 22, Protection Asylum-seekers in Situations of Large-scale Influx, 1981, p. 28

(٣) وقد دعت اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين الدول إلى ضرورة مراعاة مبدأ عدم الرد في اتفاقيات التسليم، فضلاً عن مراعاتها كلما كان ذلك ملائماً في التشريعات الوطنية.

Ibid, 31<sup>st</sup> Session, No. 17, Problems of Extradition affecting refugees, 1980, p. 22.

(٤) كذلك أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن من شأن المادة (٣) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أن تمنع تسليم أو طرد أي شخص إذا كان مهدداً بالتعرض للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. راجع:

الإقليمية تسليم المجرمين بالنسبة للجرائم العادية، إذا كان من شأن تسليمهم أن يعرضهم لخطر الاضطهاد، أو التعذيب، بسبب العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو رأيه السياسي، من ذلك: المادة ٣(٢) من الاتفاقية الأوروبية بشأن التسليم لعام ١٩٥٧، والمادة ٤(٥) من الاتفاقية الأمريكية بشأن التسليم لعام ١٩٨١.

- وبناء على ذلك، فإن انتهاك مبدأ عدم الرد يقع في العديد من الحالات، منها:
  - طرد اللاجئ أو إبعاده إلى مكان تتعرض فيه حريته أو حياته للخطر<sup>(١)</sup>.
  - رد اللاجئ بدون منحه وقتاً مناسباً للبحث عن مكان آمن آخر.
  - رد أو نقل اللاجئ إلى دولة، تكون بمثابة دولة وسيطة، تتولى تسليمه إلى دولة أخرى، تتعرض حريته أو سلامته أو حياته فيها للخطر<sup>(٢)</sup>.
  - رفض مسئولو الهجرة عند الحدود، السماح بدخول اللاجئ، مع عدم توافر الفرصة للبحث عن الملجأ في مكان آخر<sup>(٣)</sup>.
  - تسليم اللاجئ إلى دولته، تنفيذاً لاتفاقية تسليم المجرمين، بسبب ارتكابه لإحدى الجرائم العادية، طالما أن من شأن تسليمه أن تتعرض حياته، أو سلامته، أو حريته للخطر<sup>(٤)</sup>.

وعليه، فإن مبدأ عدم الرد يعد من المبادئ الجوهرية التي يتعين على دولة اللجوء الالتزام به في كافة الحالات، طالما أن طرد اللاجئ أو إبعاده من شأنه أن يعرض سلامته، أو حريته، أو حياته للخطر، بناء على أي سبب من الأسباب التي تم منحه

---

Ralf Alleweldt, Protection against Expulsion under Article (3) of the European Convention on Human Rights 4(3), 1993, 360-363.

(١) راجع: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٢) ويقع على عاتق الدولة التي تقوم بإبعاد أو نقل اللاجئ إلى دولة أخرى مهمة التحقق فيما إذا كان هناك خطر على اللاجئ بشأن إمكانية تسليمه إلى دولة أخرى يتعرض فيها للخطر. راجع:

Sir Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, op. cit., p. 122-3.

(٣) راجع أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لللاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٥٦-٥٧.

(٤) وقد انقسم الفقه فيما يتعلق بوجود اتفاقيات لتسليم المجرمين تتعارض مع الالتزام بعد الرد المقرر بموجب اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١. فذهب رأي إلى وجوب الالتزام بتسليم اللاجئ الذي تطالب به دولة أخرى بسبب إحدى الجرائم العادية غير الخطيرة التي ارتكبتها، بينما ذهب رأي آخر إلى أن مبدأ عدم الرد قد جاء بصيغة عامة في الاتفاقية على نحو يمنع تسليم اللاجئ إذا كان من شأن ذلك أن يعرض حياته وحريته للخطر وفقاً لأحد الأسباب الواردة في الاتفاقية، ويعد الرأي الثاني هو الراجح في الفقه. راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المرجع السابق، ص ٢١٣-٢١٤.



اللجوء بموجبها، ويعني ذلك أنه لا يجوز في حالة إقرار فكرة اللجوء البيئي أن يتم رد اللاجئين إلى منطقة أو دولة لازالت تعاني بشكل جسيم من الأضرار البيئية التي تؤدي حتماً إلى تعريض سلامة وحياء اللاجئين لخطر الهلاك.

الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم الرد:

بالرغم من أن مبدأ عدم الرد يعد من المبادئ الأساسية لحماية اللاجئين، إلا أنه يجوز رد أو طرد اللاجئين في الحالتين التاليتين<sup>(١)</sup>:

١. إذا كان قبوله يمثل تهديداً للأمن القومي أو لحماية السكان<sup>(٢)</sup>. ويتعين لكي تتخذ الدولة قراراً بالإبعاد، أن يكون تهديد الشخص للأمن القومي خطيراً، كما إذا قام بأنشطة من شأنها تسهيل غزو دولة اللجوء، أو إذا قام بارتكاب أعمال التجسس والتخريب والإرهاب داخل دولة اللجوء، أو تجاه دولة أخرى على نحو يؤدي إلى اتخاذ تدابير أو إجراءات خطيرة ضد دولة اللجوء<sup>(٣)</sup>. أما إذا كان تهديد اللاجئين لم يصل إلى درجة جسيمة من الخطورة، وكان بإمكان دولة اللجوء أن تتخذ التدابير التي تحد من تلك الخطورة، فإنه لا يجوز لها في هذه الحالة أن تتخذ قراراً بطرده. ومع ذلك، فإن الأمر يظل خاضعاً للسلطة التقديرية لدولة اللجوء، لتحديد ما إذا كانت أنشطة اللاجئين من شأنها إحداث تهديدات جسيمة للأمن القومي، على نحو يستدعي طرده خارج إقليمها<sup>(٤)</sup>.

كذلك قد تقوم الدولة برد اللاجئين، أو عدم قبولهم، في حالة التدفق الجماعي للاجئين،

<sup>(١)</sup> وقد وردت هذه الاستثناءات في المادة ٣٣(٢) من اتفاقية ١٩٥١.

<sup>(٢)</sup> راجع: المادة ٣(٢) من إعلان الملجأ الإقليمي، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٣١٢، في ١٤ ديسمبر ١٩٦٧. راجع أيضاً: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ١٣٩.

<sup>(٣)</sup> وقد جاء في التعليق على الفقرة ٢ من المادة (٣٣) الذي نشرته شعبه الحماية الدولية التابعة للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين عام ١٩٩٧ ما يلي:

"Generally speaking, the notion of 'national security' or 'the security of the country' is invoked against acts of a rather serious nature endangering directly or indirectly the constitution (Government), the territorial integrity, the independence or the external peace of the country concerned." Commentary on the Refugee Convention 1951 Articles 2-11, 13-37, Published by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees 1997, p. 140.

<sup>(٤)</sup> راجع:

إذا كان من شأن قبولهم، أن يمثل تهديداً جسيماً على قدرتها في حماية مصالحها الوطنية الأساسية<sup>(١)</sup>.

٢. إذا كان اللاجئ قد أدين بارتكاب جريمة، ذات خطورة استثنائية، تجعله خطراً على المجتمع في الدولة المضيفة<sup>(٢)</sup>. ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن تلك الواردة في المادة ١(و)(ب) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، التي تقرر عدم استفادة الشخص بالحماية الدولية، المقررة بموجب الاتفاقية، إذا كان قد ارتكب جريمة جسيمة غير سياسية خارج بلد اللجوء، قبل قبوله في هذا البلد بصفة لاجئ؛ إذ في هذه الحالة الأخيرة يكون للدولة ألا تعترف بوصف اللاجئ، للشخص الذي تتوافر بشأنه أسباب جدية بارتكابه جريمة جسيمة غير سياسية قبل طلبه للجوء، ويهدف هذا النص إلى منع اتخاذ اللجوء كوسيلة للهروب من المسؤولية الجنائية الناشئة عن ارتكاب الجرائم العادية الجسيمة، وذلك في إطار التعاون الدولي لمحاربة الجرائم الجنائية الخطيرة، أما في حالة رد أو طرد اللاجئ بسبب ارتكابه لجريمة، فإن هذا الأمر يستلزم عدة متطلبات أساسية: أولاً، أن تكون الجريمة ذات خطورة استثنائية، فلا يكفي أن تكون الجريمة خطيرة، بل يتعين أن تصل إلى درجة من الخطورة بحيث تجعل الشخص خطراً على المجتمع في دولة اللجوء، ثانياً، أن تكون الجريمة قد تم ارتكابها بعد اكتسابه وصف اللاجئ، فإذا كانت الجريمة قد تم ارتكابها قبل قبوله كلاجئ، فإنه لا يستحق اكتساب وصف اللاجئ وفقاً لمفهوم الاتفاقية، وثالثاً، يتعين أن يصدر حكم نهائي بإدانة اللاجئ في الجريمة التي يمكن رده أو طرده بشأنها<sup>(٣)</sup>.

ومع ذلك، فإنه لا يجوز للدولة المضيفة أن تقرر رد أو طرد اللاجئ إلا بعد اتخاذ

(١) راجع: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ١٣٩-١٤٠.

See also: James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, op. cit., p. 367.

(٢) راجع أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٣) راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, op. cit., p. 342-5.

## التدابير القانونية التالية<sup>(١)</sup>:

١. السماح للاجئ، ما لم تتوافر أسباب قهرية تتعلق بالأمن القومي تستدعي خلاف ذلك، بأن يقدم ما يثبت براءته، وبأن يلتمس ضد قرار الرد أو الطرد الصادر ضده، وأن يعين له من يمثله قانوناً أمام السلطات المختصة.

٢. منح اللاجئ مهلة معقولة، للبحث عن ملجأ آمن في دولة أخرى، مع احتفاظ الدولة المضيفة بأن تطبق، خلال هذه المهلة، ما تراه ضرورياً من التدابير اللازمة، للمحافظة على أمنها ونظامها الداخلي.

وتهدف تلك التدابير إلى ضمان عدم رد أو إبعاد اللاجئ إلى دولة، تتعرض فيها حياته، أو سلامته، أو حريته للخطر، وفقاً للأسباب الموجبة لمنح اللجوء. وفي جميع الأحوال، فإن تلك الاستثناءات يتعين أن يتم تطبيقها في أضيق الحدود، ولا يجوز التوسع في تفسيرها، حتى لا يترتب على ذلك الخروج على مبدأ عدم الرد. لذلك نتفق مع ما ذهب إليه رأي في الفقه، بأنه في حالة ما إذا كان وجود اللاجئ على إقليم الدولة يمثل تهديداً للأمن القومي، أو للسكان، أو في حالة إدانته بجريمة خطيرة، فإن للدولة أن تقوم بطرده expulsion وليس رده refoulement، ذلك لأن الرد يعني إعادته إلى دولته التي خرج منها بوصفه لاجئاً على نحو ينطوي على إمكانية تعرض حياته وسلامته أو حريته للخطر، أما المقصود بالطرد، في هذا السياق، فيعني إبعاده إلى دولة أخرى، وفي هذه الحالة الأخيرة، يتعين على الدولة أن تتخذ التدابير القانونية اللازمة، لضمان عدم تعرضه للخطر إذا تم إبعاده إلى دولة أخرى<sup>(٢)</sup>.

(١) ذات المرجع، ص ٥٥-٥٦.

(٢) وتأكيداً لذلك يقول هذا الرأي:

"The exception under Article 33(2) may only be applied in strict compliance with due process of law. Compliance with due process is expressly required by Article 32(2) of the 1951 Convention in respect of expulsion. To the extent that refoulement would pose potentially greater threat to a refugee or asylum seeker than expulsion, we are of the view that, at the very least, the due process safeguard applicable to expulsion must be read into the application of the exception to refoulement. The strict observance of due process safeguards would also be required by general principles of human rights law." Sir Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, op. cit., p. 133-4.

ويمكن تطبيق هذه الاستثناءات، في سياق اللجوء البيئي، وفقاً للضوابط سالفه الذكر، بحيث لا يجوز رد الشخص إلى دولته إذا كان من شأن الأضرار البيئية القائمة بها، أن تعرض سلامته أو حريته للخطر، وإنما يمكن طرده إلى دولة أخرى بعد اتخاذ الترتيبات اللازمة لضمان سلامته. وفي حالة عدم قدرة اللاجئ على التماس الملجأ في دولة أخرى، فإنه يمكن للدولة المضيفة أن تتخذ التدابير القانونية الضرورية في مواجهته، لكي تضمن المحافظة على أمنها وسلامة مواطنيها.

ثانياً: مبدأ عدم جواز فرض عقوبات على اللاجئ بسبب الدخول غير المشروع إلى إقليم الدولة:

ورد النص على هذا المبدأ في المادة (٣١) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، ويتعين توافر الشروط التالية، حتى لا يتعرض الشخص الذي دخل إلى إقليم الدولة بشكل غير مشروع إلى عقوبات:

١. أن يكون اللاجئ قد دخل إقليم الدولة للفرار من خطر، يمثل تهديداً على حياته، أو سلامته، أو حريته<sup>(١)</sup>.

ونرى أن هذا المبدأ قد أصبح مبدأ عاماً، يمكن تطبيقه في كافة الحالات التي يثبت أن الشخص قد دخل إلى إقليم الدولة بطريق غير مشروع، للفرار من خطر من شأنه تهديد حياته أو حريته أو سلامته، طالما توافرت الشروط الأخرى التي تطلبها النص<sup>(٢)</sup>؛ بمعنى أنه يتعين الالتزام به في حالة إقرار الحق في اللجوء البيئي، إذا كان الشخص قد فر خارج إقليم دولته بسبب أضرار بيئية جسيمة من شأنها التأثير على حياته أو سلامته، بحثاً عن ملجأ آمن في دولة أخرى، وذلك دون الانتظار للحصول على الترخيص أو الموافقة بالدخول إلى إقليم تلك الدولة.

(١) هذا المبدأ أقرته المادة ٣١(١) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١ عندما نصت على أن "لا توقع الدول المتعاقدة جزاءات، بسبب الدخول أو التواجد غير المشروع، على اللاجئين الذين يحضرون مباشرة من إقليم تكون حياتهم أو حريتهم مهددة وفقاً للمادة (١)، إذا دخلوا أو تواجدوا فوق إقليمهم دون إذن، بشرط أن يقدموا أنفسهم دون تأخير إلى السلطات وأن يظهروا سبباً وجيهاً لدخولهم أو تواجدهم غير المشروع".

(٢) وذلك على الرغم من أن النص الوارد في المادة ٣١(١) من اتفاقية ١٩٥١ يشترط أن يكون سبب تعرض حياة أو حرية اللاجئ للتهديد وفقاً للمعنى المقصود في المادة (١)؛ أي وجود خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب العرق أو الدين أو الجنسية أو الانتماء إلى فئة اجتماعية أو آرائه السياسية.

٢. أن يكون اللاجئ قد حضر مباشرة من الدولة التي تكون فيه حياته أو حريته أو سلامته مهددة بالخطر. والوضع الغالب في هذه الحالة أن الشخص قد فر من دولة جنسيته أو محل إقامته المعتادة طالباً اللجوء في دولة أخرى، ومع ذلك أشارت اللجنة التنفيذية، بشأن الحماية الدولية للاجئين التابعة للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، إلى حالة أخرى متمثلة في حصول الشخص على اللجوء في دولة ما، ولكنه يفر إلى دولة أخرى ويدخلها بطريق غير مشروع هرباً من خطر يهدد حياته، أو حريته، أو سلامته داخل دولة اللجوء، إذ يتعين على السلطات المختصة داخل تلك الدولة الأخيرة أن تولي الاعتبار الواجب بشأن طلبه في اللجوء إليها<sup>(١)</sup>.

٣. أن يقدم اللاجئ الذي دخل بطريق غير مشروع نفسه إلى السلطات بدون تأخير.

٤. أن يكون لدى اللاجئ سبباً وجيهاً يبرر دخوله أو تواجده غير المشروع في إقليم الدولة بدون الحصول على إذن السلطات المختصة. وقد أشارت اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين إلى إحدى الحالات التي لا يتوافر فيها لدى الشخص "سبب وجيه" لدخوله إلى إقليم دولة معينة بطريق غير مشروع، وهي حالة حصوله على اللجوء في إحدى الدول، ولكنه قرر مغادرتها للدخول بطريق غير مشروع إلى دولة أخرى والمكوث بها، إذ يحق لتلك الدولة الأخيرة أن تعيده مرة أخرى إلى دولة اللجوء، بعد أن تتحقق من احترامها لمبدأ عدم الرد ومن معاملة اللاجئ على إقليمها، وفقاً للمعايير الدولية لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>.

٥. عدم قيام الدولة المضيفة بفرض قيود على تنقلاته، باستثناء القيود الضرورية حتى يتم توفيق أوضاعهم في الدولة المضيفة أو يتم قبولهم في دولة أخرى<sup>(٣)</sup>. ويتعين

(١) راجع:

UNHCR Executive Committee, 30<sup>th</sup> Session, No. 15 (XXX), Refugee Without and Asylum Country, 1979, p. 19.

(٢) راجع:

UNHCR Executive Committee, 40<sup>th</sup> Session, No. 58 (XL), Problem of Refugees and Asylum-seekers Who Move an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection, 1989, p. 77.

(٣) راجع: المادة ٣١(٢) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١، المرجع السابق.

الانتباه إلى أنه يمكن للدولة أن تفرض قيوداً على تنقلات الأشخاص المتواجدين على إقليمها، إذا كانت تلك القيود تفرضها متطلبات الأمن الوطني داخل الدولة، أو بسبب وجود ظروف استثنائية، مثل الحروب والاضطرابات الداخلية<sup>(١)</sup>، وذلك وفقاً لما ورد في المادة (٩) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، والمادة ١٢(٣) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، وليس ثمة تفرقة في هذا الإطار بين القيود التي تفرضها السلطة التنفيذية، أو تلك المقررة بموجب أحكام صادرة عن السلطة القضائية، طالما أنها تتم وفقاً للأسس القانونية الدولية<sup>(٢)</sup>.

٦. يتعين على الدولة المضيفة أن تمنح اللاجئين مهلة معقولة، فضلاً عن كافة التسهيلات اللازمة للحصول على قبول دولة أخرى للدخول إلى إقليمها.

وفي حالة توافر الشروط السابقة، فإنه لا يجوز للدولة أن تعاقب اللاجئين الذي دخل إلى إقليمها بطريق غير مشروع، سواء تمت تلك المعاقبة من خلال اتباع الإجراءات والقواعد القانونية داخل الدولة، على نحو يؤدي إلى تقييد حرية اللاجئين أو طرده، أو معاملته بطريقة مهينة تنتقص وتحط من كرامته الإنسانية، أو فرض عقوبات قسرية أخرى عليه<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً: مبدأ عدم التمييز:

يعتبر مبدأ عدم التمييز من المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان بصفة عامة، وبالتالي فإن تطبيقه على اللاجئين يعتبر أمراً بديهياً، نظراً للظروف الصعبة التي يوضع

(١) وذلك بالرغم من أن المادة (٨) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ استهدفت حماية اللاجئين ضد التدابير الاستثنائية التي تتخذها دولة اللجوء، إلا أن العديد من الدول قد أبدت تحفظها على تلك المادة، كما أبدت بعض الدول تحفظها أيضاً على المادة (٢٦) الخاصة بحرية التنقل، حيث احتفظت بحقها بتحديد أماكن إقامة اللاجئين، إما بصفة عامة أو استناداً إلى اعتبارات الأمن أو النظام أو المصلحة العامة. كذلك جاءت المادة (٩) لتقرر حق دولة اللجوء في اتخاذ التدابير المؤقتة في زمن الحرب أو في غيره من الظروف الخطيرة والاستثنائية. راجع:

Guy S. Goodwin-Gill, Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection, in Erika Feller et al., Refugee Protection in International Law, op. cit., p. 221.

(٢) ذات المرجع، ص ٢٢٢.

(٣) لذلك يقول أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا إن عدم جواز معاقبة أو معاملة اللاجئين بسوء بسبب دخول غير المشروع إلى إقليم الدولة يعد ضمن الحد الأدنى من الحقوق التي يتعين أن يتمتع بها اللاجئين. راجع: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ٦٣-٦٤.

فيها اللاجئ بسبب تركه لدولته قسراً و رغماً عن إرادته للبحث عن ملجأ آمن في دولة أخرى<sup>(١)</sup>.

والمقصود بعدم التمييز، بشكل عام، هو عدم إنكار الحقوق والمزايا تجاه فئة معينة من الأشخاص، إذا كان يتم الاعتراف بها تجاه فئات أخرى في ظل ظروف مماثلة<sup>(٢)</sup>. ولا يقتصر الالتزام بعدم التمييز على التدابير التي تتخذها الدولة داخل إقليمها، وإنما تشمل أيضاً التدابير التي تتخذها الدولة تجاه الأشخاص الذين يلتصقون اللجوء إلى إقليمها<sup>(٣)</sup>. لذلك يبرز التمييز بين اللاجئين في حالتين: الأولى تتعلق بقبول طلبات اللجوء إلى الدولة، والثانية تتعلق في معاملة اللاجئين داخل الدولة حال قبول طلباتهم للجوء إليها. وتشعر الدول في التمييز بين اللاجئين لأسباب مختلفة، سواء كانت متعلقة بالعرق، أو الجنسية، أو اللون، أو نوع الجنس، أو الآراء السياسية، أو غيرها، وإن كان الوضع الغالب، من الناحية العملية، أن يتم التمييز بين اللاجئين على أساس الجنسية، من ذلك، على سبيل المثال، ما يلي:

- تعامل الولايات المتحدة الأمريكية مع اللاجئين القادمين من هايتي بطريقة أكثر شدة عن تلك التي تتعامل بها مع لاجئي كوبا، حيث كانت تتبع سياسية رسمية في منع اللاجئين من هايتي واعتقالهم بشكل ممنهج في معتقل جوانتانامو، وفي مقابل ذلك كانت تسمح بالدخول المباشر والمستمر للاجئين من كوبا إلى إقليمها،

(١) ويستند مبدأ عدم التمييز على فكرة أنه يتعين الحكم على الأشخاص من خلال النظر إلى قدراتهم ومميزاتهم الشخصية، وليس بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو الرأي السياسي أو الوضع الاجتماعي أو الصفات الجسدية. ويمكن القول إن هناك فارقاً بين التفرقة distinction والتمييز discrimination؛ فالتفرقة تعد أمراً مشروعاً نظراً لأنها تقوم على إقرار معاملة مختلفة بالنسبة للأفراد بالنظر إلى الاختلاف في قدراتهم المكتسبة، أما التمييز فهو أمر غير مشروع، نظراً لأنه يقوم على إقرار معاملة مختلفة بين الأفراد بالنظر إلى أوصاف أو أوضاع لصيقة بالشخصية وليس لها علاقة بالقدرات المكتسبة. راجع:

Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2011, p. 109-110.

(٢) ويستند هذا التعريف إلى التعليق الذي أورده مفوض الولايات المتحدة خلال مؤتمر المفوضين بشأن وضع اللاجئين وعديمي الجنسية، حيث عرف التمييز بأنه:

"denying to one category of persons certain rights and privileges enjoyed by others in identical circumstances." Conference of plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Fifth Meeting, July 4, 1951, UN Doc. A/CONF.2/SR.5, p. 4.

(٣) راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op. cit., p. 245.

فعندما يغادر الكوبيون جزيرتهم إلى الولايات المتحدة، فإن السلطات الأمريكية تصبغ عليهم وصف اللاجئين وتقدم لهم المساعدات الإنسانية اللازمة، بينما الوضع على خلاف ذلك بالنسبة للهايتيين الذين تصفهم السلطات الأمريكية بالمهاجرين الاقتصاديين<sup>(1)</sup>، وتقوم باعتراضهم في البحر وردهم مرة أخرى إلى هايتي. كذلك فإنه في الحالات التي يتمكن فيها لاجئي كوبا من الوصول إلى الأراضي الأمريكية، فإنه غالباً ما يتم اتخاذ إجراءات سريعة بشأن إعادتهم، عوضاً عن التدابير المعتادة بشأن تقييم وضع اللاجئين<sup>(2)</sup>. وعلاوة على ذلك، فإن الحكومة الأمريكية الحالية برئاسة دونالد ترامب اتبعت سياسة التقييد في قبول اللاجئين والمهاجرين بشكل عام - من الدول التي تعاني من الإرهاب، وذلك خشية من قبول أشخاص قد يمثلون خطراً مستقبلياً على الأمن القومي الأمريكي<sup>(3)</sup>.

- أعلنت الحكومة البريطانية عام ٢٠٠٢ بأن مواطني ليبيريا وليبيا والصومال لن يستفيدوا من القواعد المتعلقة بمنح الإقامة الدائمة للاجئين المعترف بهم<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> راجع بشأن المعاملة التمييزية التي يتعرض لها لاجئي هايتي في الولايات المتحدة الأمريكية:

Hiroshi Motomura, Haitian Asylum Seekers: Interdiction and Immigrants' Rights, *Immigration and Nationality Law Review* 15, 1993-1994, p. 531-554.

<sup>(2)</sup> وفي الواقع، فإنه لا توجد ثمة قيود على سلطة الحكومة الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية بشأن تحديد أو قبول الأشخاص الذين يستحقون وصف اللاجئين في الولايات المتحدة الأمريكية، الأمر الذي نتج عنه اتباع قواعد تحكيمية في قبول اللاجئين على نحو يمثل خروجاً صارخاً على مبدأ عدم التمييز. راجع:

Thomas David Jones, A Human Rights Tragedy: The Cuban and Haitian Refugee Crises Revisited, *Georgetown Immigration Law Journal* 9(3), 1995, p. 510-511.

<sup>(3)</sup> لذلك يقر رأي بأن دونالد ترامب يمكن أن يعد أول رئيس للولايات المتحدة الأمريكية يتبع سياسة التمييز العنصري الجماعي بشكل علني، بالرغم من إقراره بأن هذه السياسة دائماً ما تتبعها الحكومة الأمريكية. ويقول هذا الرأي تأكيداً لذلك:

"Donald Trump may be the first presidential candidate since George Wallace in 1968 to frame wholesale discrimination against a group of people as a campaign promise. It is shocking for a candidate to refer to families seeking refuge from war and persecution as "a 200,000-man army" or an ISIS "Trojan horse" hatching "one of the great military coups of all time". And remain frontrunner of a major political party. But Trump is not alone. Over the past year, politicians in the US and Europe have publically called refugees and asylum-seekers rabid dogs, swarms and marauder." Lindsay Stark, *The High Cost of Refugee Discrimination*, Huffington post, December 6, 2017, available at: [https://www.huffingtonpost.com/lindsay-stark/the-high-cost-of-refugee-\\_b\\_9017842.html](https://www.huffingtonpost.com/lindsay-stark/the-high-cost-of-refugee-_b_9017842.html) (Last visited on December 16, 2017).

<sup>(4)</sup> راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op, cit., p. 240.



- يستفيدوا من القواعد المتعلقة بمنح الإقامة الدائمة للاجئين المعترف بهم<sup>(١)</sup>.
- أنشأت الهند نظاماً خاصاً للتعليم بالنسبة للاجئي التبت، كما تسمح لهم بالتقديم والقبول في مؤسسات التعليم العالي في الهند، كذلك تصدر الحكومة الهندية للاجئي التبت وثائق هوية، تمكنهم من شغل الوظائف وممارسة الأنشطة الاقتصادية المربحة، فضلاً عن السفر خارج الهند والعودة إليها دون أية قيود، وذلك على عكس لاجئي سيريلانكا وبنجلاديش الذين لا تتوافر لهم مؤسسات تعليمية ملائمة، ولا يتاح لهم تقلد الوظائف أو ممارسة الأنشطة الاقتصادية، الأمر الذي يعرضهم لمعاناة إنسانية ملموسة<sup>(٢)</sup>.
- منحت المملكة العربية السعودية النازحين العراقيين، بسبب حرب الخليج، وصف اللاجئين، بينما تركت الآلاف من اللاجئين من الدول الأخرى على حدودها دون الاعتراف بوصفهم كلاجئين، كما قامت الحكومة في حالات أخرى بترحيل وإبعاد الصوماليين إلى بلادهم في ظل إمكانية تعرضهم لمخاطر جسيمة على حياتهم أو سلامتهم أو حريتهم<sup>(٣)</sup>. ولا ينفي ذلك بكل تأكيد أن المملكة العربية السعودية في الوقت الراهن أصبحت تبذل جهوداً واسعة في تقديم المساعدات الإنسانية للاجئين، خاصة في سوريا واليمن وبنجلاديش<sup>(٤)</sup>، وإن كانت لازالت تتردد في

(١) راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op, cit., p. 240.

(٢) راجع:

B. S. Chimni, *The Legal Condition of Refugees in India*, *Journal of Refugee Studies* 7(4), 1994, p, 391-4.

(٣) وقد أفاد تقرير صادر عن الحكومة الكندية بأن المملكة العربية السعودية تتبع سياسة عامة بشأن التمييز تجاه اللاجئين، بغض النظر عن الاعتبارات الدينية؛ أي كونهم مسلمين أو غير مسلمين، ففي عام ١٩٩١، بعد سقوط حكومة محمد سياد باري في الصومال، قامت المملكة العربية السعودية بترحيل ٩٥٠ عامل مهاجر إلى الصومال. راجع:

Immigration and Refugee Board Documentation, Information, and Research Branch, Kenya, Djibouti, Yemen and Saudi Arabia: *The situation of Somali Refugees*, cited in James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op, cit., p. 239.

(٤) انظر وكالة الأنباء السعودية-جوابة العين الإخبارية، بالأرقام: جهود السعودية في دعم اللاجئين بثلاث دول، ٤ أكتوبر

٢٠١٧، متاح من خلال الرابط التالي:

<https://al-ain.com/article/saudi-arabia-cares-about-refugees-in-the-world> (Last visited on December 17, 2017).

قبول أعداد كبيرة من اللاجئين داخل إقليمها<sup>(١)</sup>.

بالإضافة إلى التمييز بين اللاجئين لأسباب تتعلق بالجنسية، فإن التمييز قد يكون لأسباب سياسية، مثال ذلك رفض الصين الاعتراف باللاجئين القادمين من الصين بسبب العلاقات السياسية الوثيقة بين الدولتين. وقد يكون التمييز بين اللاجئين على أساس الجنس، مثال ذلك: عدم تمكين النساء من لاجئي الصومال في الحصول على طعام أو رعاية طبية أو تعليم أثناء لجوئهم في إثيوبيا، كذلك الحال في نيبال التي كانت تقدم المأوى والطعام فقط لرب الأسرة من لاجئي بوتان، الأمر الذي يعرض النساء اللائي انفصلن عن أزواجهن لخطر الهلاك<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء النص على مبدأ عدم التمييز في العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية، منها:

- اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ التي نصت في المادة (٣) على ضرورة أن "تطبق الدول المتعلقة أحكام هذه الاتفاقية على اللاجئين دون تمييز بسبب العرق أو الدين أو بلد المنشأ"<sup>(٣)</sup>.

(١) وقد صدر تقرير عن منظمة العفو الدولية عام ٢٠١٤ يفيد بأن المملكة العربية السعودية لم تقبل اللاجئين السوريين داخل إقليمها. انظر:

Amnesty International, Left Out in the Cold: Syrian Refugees abandoned by the International Community, 2014, p. 11.

وردت المملكة العربية السعودية على تلك المزاعم بإعلانها أنها قد استقبلت ٢,٥ مليون لاجئ سوري منذ اندلاع الأزمة في سوريا. انظر: العربية. نت، السعودية: استقبلنا ٢,٥ مليون سوري منذ بداية الأزمة، المملكة حرصت على عدم التعامل مع السوريين كلاجئين واحتضنت ١٠٠ ألف طالب بالمجان، ١٢ سبتمبر ٢٠١٥. انظر كذلك CNN بالعربي، بعد إعلان السعودية لاستقبالها ٢,٥ مليون سوري منذ بداية الأزمة، منظمة العفو لـ CNN: لا يمكن تأكيد دقة هذه الأرقام، ١٢ سبتمبر ٢٠١٥. متاح من خلال الرابط التالي:

<https://arabic.cnn.com/middleeast/2015/09/12/saudi-has-taken-around-25-million-syrians-spa> (Last visited on December 17, 2017).

(٢) راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, op. cit., p. 242.

(٣) ولم يكن هذا النص محل اتفاق بين الدول أثناء مؤتمر المفوضين بشأن وضع اللاجئين وعديمي الجنسية، فلم يتكلم مسعى مصر بالنجاح نحو استبعاد التدابير الضرورية للحفاظ على النظام العام من نطاق التمييز، حيث رأى المفوض البريطاني أن هذا الأمر يخرج عن إطار المادة (٣) من الاتفاقية، كما أفصح مفوض هولندا حول خطورة إضافة هذا البند الذي سيؤدي إلى إضعاف المقصود من المادة (٣). انظر:

Conference of plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, op. cit, p. 12-14.

- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥، التي وضعت نظاماً قانونياً شاملاً، للقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري. وقد جاءت المادة ١(١) لتعرف المقصود بتعبير "التمييز العنصري" بأنه "أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل على أساس العرق، أو اللون، أو النسب أو الأصل القومي، أو الاثني، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة".

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦، الذي نص في المادة ٢(٢) على أن "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بأن تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها، في هذا العهد، خالية من أي تمييز بسبب العرق، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب".

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ الذي نص في المادة ٢(١) على أن "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب". كذلك نصت المادة (٢٦) من العهد على أن "الناس جميعاً سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته. وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب".

وحرصت اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين على تأكيد مبدأ عدم التمييز، ولاسيما في حالات النزوح الجماعي، حيث أكدت على وجوب قبول ملتمسي اللجوء في أول دولة، يسعون لالتماس اللجوء داخل إقليمها، حتى وإن لم تكن تلك الدولة قادرة على قبولهم جميعاً، فإنه يتعين لها على الأقل أن تقبلهم بصفة مؤقتة، ودون تمييز على أساس العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو الرأي السياسي، أو بلد المنشأ، أو عدم القدرة الجسدية<sup>(١)</sup>.

وخلاصة القول، فإنه يتعين أن تحرص الدول على ألا يتعرض اللاجئين لمعاملة تمييزية تجعله يواجه ظروفاً قاسية، قد لا تقل في وطأتها، في العديد من الحالات، عن الظروف التي عانى منها في دولته<sup>(٢)</sup>.

#### رابعاً: مبدأ الطبيعة السلمية والإنسانية لمنح اللجوء:

نصت العديد من المواثيق الدولية على الطبيعة الإنسانية والسلمية لمنح الملجأ، وبالتالي يتعين احترامه من جميع الدول، وعدم اعتباره عملاً غير ودي<sup>(٣)</sup>؛ فقد أكدت اتفاقية عام ١٩٥١ بشأن اللاجئين، على الطابع الاجتماعي والإنساني لمشكلة اللاجئين<sup>(٤)</sup>. وصرحت المادة (١) من اتفاقية كاراكاس بشأن الملجأ الإقليمي لعام ١٩٥٤، بأن "ممارسة الدولة لحقها في قبول أي شخص داخل إقليمها، لا يصلح سبباً لشكوى أي دولة أخرى". وأكد إعلان الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي لعام ١٩٦٧، في ديباجته، على أن منح الملجأ يعتبر عملاً سلمياً وإنسانياً، وبالتالي لا يجوز لأي دولة اعتباره عملاً غير ودي<sup>(٥)</sup>. وذات المعنى قرره المادة ٢(٢) من اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية التي تحكم الجوانب المحددة

(١) راجع:

UNHCR Executive Committee, 32<sup>nd</sup> Session, No. 22 (XXXII) Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-scale Influx. 1981, p. 28.

(٢) راجع أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٦٨-٦٩.

(٣) راجع:

Jansuz Symonides, Territorial Asylum, Polish Yearbook of International Law 15, 1986, p. 230.

(٤) راجع الفقرة (٥) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١، المرجع السابق.

(٥) راجع: الفقرة (٢) من ديباجة إعلان بشأن الملجأ الإقليمي، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٣١٢، في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٧.

المحددة لمشكلة اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، وكذلك المادة (٦) من الاتفاقية العربية الخاصة بتنظيم وضع اللاجئين في البلدان العربية لعام ١٩٩٤<sup>(١)</sup>.

كما نصت على الطبيعة السليمة والإنسانية لحق اللجوء المادة (٣) من الإعلان الخاص باللجوء الإقليمي، مجلس أوروبا ١٩٧٧، كذلك نصت المادة (٢) من هذا الإعلان على ضرورة منح الملجأ لمن تتوافر فيه الشروط المقررة في اتفاقية ١٩٥١ الخاصة بوضع اللاجئين وكذلك أي شخص آخر يستحق منحه الملجأ لأسباب إنسانية.

وردت وأكدت هذا المبدأ الجمعية العامة في الفقرة (٥) من قرارها ٥٠/١٥٢ الصادر عام ١٩٩٥، وأيضاً الفقرة (٢) من إعلان الدول الأطراف في اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧ الخاص بوضع اللاجئين، الذي تبنته في ١٢ ديسمبر ٢٠٠١، بمناسبة مرور خمسين عاماً على اتفاقية ١٩٥١.

وحرصت اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين على تأكيد الطبيعة السلمية والإنسانية لمنح اللجوء، ولا يجوز، بالتبعية، اعتباره عملاً عدائياً بواسطة أية دولة أخرى، كما يتعين على كافة الدول أن تمتنع عن اتخاذ أية تدابير من شأنها تقويض منح اللجوء باعتباره عملاً سلمياً وإنسانياً<sup>(٢)</sup>.

ويرجع السبب في تكرار تأكيد مبدأ الطبيعة الإنسانية والسلمية لحق اللجوء إلى امتناع بعض الدول عن منح الملجأ استناداً إلى عدة أسباب، منها:

١. الخوف من رد فعل الدولة التي تلاحق اللاجئين، خاصة إذا كانت تلك الدولة تتمتع بالقوة والنفوذ في إطار العلاقات الدولية.

٢. إذا كانت ترتبط مع الدولة التي تلاحق اللاجئين باتفاقيات تحالف، أو تتلقى منها مساعدات اقتصادية أو عسكرية.

(١) مع ضرورة الانتباه إلى أن الاتفاقية العربية لم تدخل حيز النفاذ حتى وقتنا هذا.  
(٢) راجع:

UNHCR Executive Committee, 38<sup>th</sup> Session, No. 48 (XXXVIII) Military or Armed Attacks on Refugees Camps and Settlements, 1987, p. 63. See also: UNHCR Executive Committee, 53<sup>rd</sup> Session, No. 94 (LIII), Conclusion on the Civilian and Humanitarian Character of Asylum, 2002, p. 147.

See also: UNHCR Executive Committee, 55<sup>th</sup> Session, No. 99 (LV), General, 2004, p. 161.

٣. تعرضها لضغوط من جانب الدولة التي تلاحق اللاجئين، على نحو يدفعها إلى إنهاء اللجوء<sup>(١)</sup>.

٤. عدم رغبة الدول في منح اللجوء، خاصة في حالات التدفق الجماعي للاجئين، على نحو يمثل عبئاً إضافياً على قدراتها الاقتصادية والاجتماعية والأمنية. ويتعين الانتباه إلى أن الأسباب الثلاثة الأولى التي قد تدفع الدول إلى عدم منح حق اللجوء، قد تثور فقط في إطار اللاجئين التقليديين، الذين يتعرضون إلى أنواع مختلفة من الاضطهاد داخل حدود دولهم، وتدفعهم إلى الفرار بحثاً عن ملاذ آمن، أما السبب الرابع، فمن المتصور أن يثور تحديداً في مجال اللجوء البيئي، الذي يتسم في العديد من الحالات بالنزوح الجماعي لأعداد كبيرة من الأشخاص الذين تعرضوا لمخاطر بيئية جسيمة. لذلك، فإن تأكيد مبدأ الطبيعة الإنسانية لحق اللجوء البيئي من شأنه أن يحث الدول على منح اللجوء للأشخاص المتضررين من المخاطر البيئية، وعدم التمسك بالاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والأمنية، كذريعة لرفض طلبات اللجوء إلى إقليمها.

#### خامساً: مبدأ تقاسم الأعباء:

يقوم هذا المبدأ على اعتبارات التضامن والتعاون الدولي، في سبيل وضع خطط واستراتيجيات شاملة، وتعزيز الآليات المتاحة لمواجهة مشكلة اللاجئين، وتوفير ظروف آمنة وملائمة لمعيشتهم في دول اللجوء<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يُعزى أصل مبدأ تقاسم الأعباء إلى اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ التي نصت

(١) وقد يترتب على قيام دولة بمنح الملجأ لشخص فار من دولة أخرى توتر العلاقات بين الدولتين. إذ أن الدولة التي فر منها اللاجئ قد تسيء تفسير منح اللجوء باعتباره معاداة لها. لذلك جاء تكرار النص على الطبيعة الإنسانية والسلمية لحق اللجوء التي لا يجوز تفسيرها على أنها عمل غير ودي، كما أنه لا يصلح سبباً للشكوى من جانب دولة ضد أخرى. راجع: د. برهان محمد توحيد أمر الله، المزمع السابق، ص ٢٤٩-٢٥٠.

وقد جرت المادة ١/٢ من قرارات معهد القانون الدولي في دورة باث Bath لسنة ١٩٥٠ على أن "قيام أي دولة وفاء بواجباتها الإنسانية بمنح الملجأ داخل إقليمها لا يترتب عليه تحملها بأي مسؤولية دولية". كما أكدت المادة (٢) من مشروع اتفاقية الملجأ الإقليمي الذي أقرته جمعية القانون الدولي عام ١٩٧٢ أنه: "عندما يمنح الملجأ، فإن على جميع الدول الأخرى احترامه وعدم محاولة إنهائه باستعمال الضغط أو أي نشاط مخالف للنظام الدولي".

(٢) راجع:

Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, Ministerial Meetings of States Parties, Geneva, Switzerland, 12-13 December 2001.

في ديباجتها على أن "منح الحق في الملجأ قد يلقي أعباء باهظة على عاتق بلدان معينة، وأن ذلك يجعل من غير الممكن، دون تعاون دولي، إيجاد حل مرض لهذه المشكلة التي اعترفت الأمم المتحدة بأبعادها وطبيعتها الدولية". ومع ذلك، لم يرد نص صريح بشأن هذا المبدأ في النصوص الموضوعية في الاتفاقية.

وكانت المرة الأولى التي يتم فيها النص صراحة على هذا المبدأ في إعلان الملجأ الإقليمي لعام ١٩٦٧، حيث نصت المادة ٢(٢) على أنه "حين تواجه دولة ما مصاعب في منح الملجأ أو في مواصلة منحه، تتخذ الدول، فردياً أو جماعياً أو من خلال الأمم المتحدة، التدابير التي يناسب اتخاذها، بروح من التضامن الدولي، بغية تخفيف عب تلك الدولة".

وعلى الصعيد الإقليمي، تضمنت الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩ حكماً هاماً بشأن مبدأ تقاسم الأعباء، حيث نصت المادة ٢(٤) على أنه "متى تجد دولة عضو صعوبة في استمرار منح اللجوء للاجئين فيجوز لها أن تلجأ مباشرة إلى الدول الأعضاء الأخرى، ومن خلال منظمة الوحدة الإفريقية والدول الأعضاء الأخرى تتخذ الإجراءات المناسبة بروح التضامن الإفريقي والتعاون الدولي لتخفيف العبء على الدولة العضو التي تمنح اللجوء".

كذلك أكد إعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين لعام ١٩٨٤ على ضرورة المطالبة بالمساعدة العاجلة من المجتمع الدولي للاجئين أمريكا الوسطى، على أن يتم تقديم تلك المساعدات مباشرة من خلال عقد الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة لتحقيق هذا الغرض، أو من خلال المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين وغيرها من المنظمات والهيئات الدولية<sup>(١)</sup>.

وقد اعتمدت المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية-الإفريقية ملحق إضافي عام

(١) انظر الفقرة الحادية عشرة من القسم الثاني لإعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين لعام ١٩٨٤، المرجع السابق. كذلك يستفاد مبدأ تقاسم الأعباء من الاستنتاج الحادي عشرة لإعلان قرطاجنة الذي نادى بضرورة إجراء دراسات في بلدان منطقة وسط أمريكا التي تضم عدداً كبيراً من اللاجئين بشأن إمكانية إدماجهم في الحياة الإنتاجية للبلدان التي يقيمون بها، وذلك من خلال تخصيص الموارد التي يقدمها المجتمع الدولي من خلال المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، لخلق فرص عمل تتيح للاجئين التمتع بحقوقهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

١٩٨٧ لمبادئ بانكوك المتعلقة بوضع ومعاملة اللاجئين لعام ١٩٦٦، أكدت بموجبه على أن مبادئ التضامن الدولي وتقاسم الأعباء، في معالجة وضع اللاجئين، قد تم ترسيخهما في الوقت الحالي بموجب ممارسات الدول<sup>(١)</sup>.

وفي السياق ذاته، أشارت اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين إلى مبدأ تقاسم الأعباء في العديد من استنتاجاتها، حيث أشارت في الاستنتاج رقم (١٥) بشأن اللاجئين بدون دولة لجوء أنه يتعين على الدول التي تواجه حالة تدفق جماعي للاجئين أن توفر لهم المأوى المؤقت، كما يتعين على باقي الدول أن تقدم المساعدات العاجلة لتلك الدولة وفقاً لمبدأ التقاسم المنصف<sup>(٢)</sup>، كما تم الإشارة إلى مبدأ التضامن الدولي وتقاسم الأعباء في الاستنتاجات الأخرى للجنة التنفيذية<sup>٣</sup>.

<sup>(١)</sup> وقد جاءت المبادئ الإضافية التي تم اعتمادها في ملحق عام ١٩٨٧ تحديداً ما يلي:

I. The refugee phenomenon continues to be a matter of global concern and needs the support of the international community as a whole for its solution and as such the principle of burden sharing should be viewed in that context.

II. The principle of international solidarity and burden sharing needs to be applied progressively to facilitate the process of durable solutions for refugees whether within or outside a particular region, keeping in perspective that durable solutions in certain situations may need to be found by allowing access to refugees in countries outside the region due to political, social and economic considerations.

III. The principle of international solidarity and burden sharing should be seen as applying to all aspects of the refugee situation, including the development and strengthening of the standards of treatment of refugees, support to States in protecting and assisting refugees, the provision of durable solution and the support of international bodies with responsibilities for the protection and assistance of refugees.

IV. International solidarity and cooperation in burden sharing should be manifested whenever necessary, through effective concrete measures in support of States requiring assistance, whether through financial or material aid or through resettlement opportunities." Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), Addendum to the Status and Treatment of Refugees, 13 January 1987.

<sup>(٣)</sup> راجع:

UNHCR Executive Committee, 30<sup>th</sup> Session, No. 15 (XXX), op. cit., p. 18.

وقد جاء النص على ذات المعنى في الاستنتاج رقم (١٩) بشأن الملجأ المؤقت لعام ١٩٨٠، وذلك على النحو التالي:

"States which, because of their geographical situation or otherwise, are faced with a large-scale influx, should as necessary and at the request of the State concerned receive immediate assistance from other States in accordance with the principle of equitable burden-sharing."

<sup>٢</sup> ومن تلك الاستنتاجات: الاستنتاج (٢٢) لعام ١٩٨١ بشأن حماية ملتزمي اللجوء في حالات التدفق واسع النطاق، والاستنتاج رقم (٢٣) لعام ١٩٨١ بشأن المشاكل المتعلقة بإنقاذ ملتزمي اللجوء الذي يعانون من محنة في البحر، فضلاً عن الاستنتاجات



علاوة على ذلك، جاء الإعلان الختامي وبرنامج العمل الصادر عن المؤتمر الثاني بشأن مساعدة اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٨٤، ليؤكد على أن وضع اللاجئين يعد مسؤولية عالمية تقع على عاتق المجتمع الدولي، مما يستدعي توافر تقاسم منصف للأعباء بين كافة أعضائه، مع الأخذ في الاعتبار الوضع الخاص للدول الأقل نمواً<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من وجود اتفاق فقهي بشأن مبدأ تقاسم الأعباء<sup>(٢)</sup>، فإن ممارسات الدول، وبخاصة الدول الغربية، لا تدعم بشكل كامل مبدأ تقاسم الأعباء<sup>(٣)</sup>. وبشكل عام، فإن عدم احترام مبدأ تقاسم الأعباء من شأنه أن يخل بجوهر مبدأ عدم الرد الذي يعد ضمن القواعد الأمرة للقانون الدولي<sup>(٤)</sup>؛ فامتناع بعض الدول عن تقاسم الأعباء مع غيرها من الدول التي تواجه تدفقاً شديداً للاجئين، من شأنه أن يضعف من قدرات الدول التي تواجه أزمة تدفق اللاجئين على قبولهم وتوفير احتياجاتهم الأساسية اللازمة لمعيشتهم وللحفاظ على الحد الأدنى من حقوقهم الإنسانية، الأمر الذي قد يدفع العديد من هؤلاء اللاجئين للعودة إلى بلادهم في ظل إمكانية تعرضهم للمخاطر الجسيمة التي فروا بسببها، وهو مما لا شك أمر يتعارض مع مبدأ عدم الرد<sup>(٥)</sup>. ويمكن القول، بعبارة أخرى، إن هناك ارتباطاً وثيقاً

---

(٣٣) لعام ١٩٨٤، و(٣٦) لعام ١٩٨٥، و(٦٢) لعام ١٩٩٠، و(٦٥) لعام ١٩٩١، و(٦٧) لعام ١٩٩١، و(٦٨) لعام ١٩٩٢، و(٧١) لعام ١٩٩٣، و(٧٤) لعام ١٩٩٤، و(٧٩) لعام ١٩٩٦، و(٨٢) لعام ١٩٩٧، و(٨٥) لعام ١٩٩٨، و(٨٧) لعام ١٩٩٩، و(٨٩) لعام ٢٠٠٠، و(٩٠) لعام ٢٠٠١، و(١٠٢) لعام ٢٠٠٥.  
(١) راجع:

B.S. Chimni, *International Refugee Law, A Reader*, Sage Publications, 2000, p. 150.

(٢) راجع:

Thomas Gammeltoft-Hansen, op. cit., p. 27. See also: James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, op. cit., p. 1000. See also: B.S. Chimni, *International Refugee Law*, op. cit., p. 151.

(٣) راجع:

Peter H. Schuck, *Refugee Burden-sharing: A Modest Proposal*, *Yale Journal of International Law*, p. 273.

(٤) راجع ما سبق أن ناقشناه بشأن الطبيعة القانونية لمبدأ عدم الرد.

(٥) لذلك يذهب رأي إلى أن عدم توافر آليات ملائمة لتقاسم الأعباء بين الدول يؤدي إلى عدم توزيع اللاجئين على الدول بشكل عادل، وبالتالي فإنه في حالة تدفق أعداد هائلة من اللاجئين إلى دولة معينة، فإنها لن تتمكن في منحهم اللجوء الكامل، وسيظل اللاجئون مقيمون في مخيمات لسنوات طويلة دون أن يتمتعوا بحقوقهم الإنسانية الأساسية، الأمر الذي يتعارض مع قواعد الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية اللاجئين. راجع:

Marjoleine Zieck, *The Limitations of Voluntary Repatriation and Resettlement of Refugees*, in Vincent Chetail and Celine Bauhoz, *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar Publishing Limited, 2014, p. 573, 582.

بين مبدأ عدم الرد ومبدأ تقاسم الأعباء، وإذا كان لا يجوز للدول أن تخالف مبدأ عدم الرد، فإن ذلك يستتبع بالضرورة التقييد بمبدأ تقاسم الأعباء<sup>(1)</sup>.

ويتبين لنا مما سبق أن مبدأ تقاسم الأعباء ليس مجرد مبدأ أخلاقي، بل هو مبدأ قانوني أصبح الآن جزء من القانون الدولي العرفي. وتبدو أهميته، بصفة خاصة، في مجال اللجوء البيئي الذي يتسم بوجود تدفق هائل للاجئين، حال وقوع الكوارث البيئية المفاجئة، الأمر الذي يستدعي ضرورة وجود تضامن بين الدول لمواجهة أزمة تدفق اللاجئين، وذلك من خلال وجود تقاسم بين الدول في قبولهم إلى أراضيها، وتقديم المساعدات المالية والإنسانية اللازمة لضمان عدم تعرضهم لخطر الهلاك أثناء سعيهم في البحث عن ملجأ آمن، وللحفاظ على حقوقهم الإنسانية الأساسية، وفقاً لما تقرره المواثيق والاتفاقيات الدولية.

### المطلب الثاني

#### الحقوق والحريات الأساسية للاجئين

هناك العديد من الحقوق والحريات الأساسية التي يتعين أن يتمتع بها جميع اللاجئين بغض النظر عن أسباب لجوئهم، بل إن تلك الحقوق يتعين أن يتمتع بها جميع الأشخاص باعتبارها من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية المقررة بموجب المواثيق والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ومن تلك الحقوق: الحق في الحياة وعدم التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والحق في الطعام والمأوى والرعاية الطبية وجمع شمل الأسر المشتتة والتعليم والعمل والعدالة والملكية، فضلاً عن حرية الدين والعقيدة والتنقل والرأي التعبير.

وسوف نعرض لأبرز الحقوق والحريات الأساسية المقررة للاجئين بموجب المواثيق والاتفاقيات الدولية، على أن نوضح من خلال هذا العرض الصعوبات والأزمات التي

<sup>(1)</sup> وقد أكد رأي له وجاهته في الفقه الصلة الوثيقة بين مبدأ عدم الرد وتقسيم الأعباء، بقوله إنه إذا كان مبدأ عدم الرد يعد من المبادئ الجوهرية في القانون الدولي، فإنه مع ذلك لا يعد مبدأ قائم بذاته، وإنما يتصل صلة وثيقة بمبدأ تقاسم الأعباء. راجع:

Atle Grahl-Madsen, *Refuge in Canada: The Legal Background*, in Howard Adelman, C. Michael Lanphier, *Refuge or Asylum? A Choice for Canada*, York Lanes Press, Toronto, 1991, p. 8, cited in B.S. Chimni, op. cit., p. 151.

## أولاً: الحق في الحياة:

يعد الحق في الحياة من الحقوق الأساسية للإنسان التي جاء النص عليها صراحة في العديد من المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، حيث جاءت المادة (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ لتقرر أن لكل إنسان حق في الحياة، ثم جاء العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ ليبرز القيمة الخاصة للحق في الحياة، فنص في المادة ٦(١) على أن "الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق. ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً"، ويعني ذلك أن الحق في الحياة يعد ضمن حقوق الإنسان التي لا يجوز سلبها أو تقييدها أو التنازل عنها، وقد جاء التأكيد على هذا المعنى في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها<sup>(١)</sup>.

كذلك أشارت لجنة حقوق الإنسان إلى أن الحق في الحياة يعد أسمى حقوق الأنسان التي لا يجوز التنازل عنها حتى في حالات الضرورة التي تهدد بقاء الأمة، ولا يجوز تفسيره تفسيراً ضيقاً<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على ذلك أنه يقع على عاتق الدولة التزاماً سلبياً وآخر إيجابياً للمحافظة على حق الإنسان في الحياة:

- يتمثل الالتزام السلبي في ضرورة امتناع الدولة عن القيام بأي عمل يؤدي إلى سلب حق الإنسان في الحياة، كما في حالة سماح الدولة بارتكاب مسؤوليها أو

(١) فقد أكد القاضي Weeramantry في رأيه المعارض على ما يلي:

"It is a part of established human rights law doctrine that certain rights are non-derogable in any circumstances. The right of life is one of them. It is one of the rights which constitute the irreducible core of human rights". ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, op. cit., p. 284.

(٢) راجع:

UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 6: Article 6 (Right to life), Sixteenth Session (1982), Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, p. 128. See also: Id., General Comments No. 14: Article 6 (Right to Life), Twenty-third Session (1984), p. 139.

الأشخاص التابعين لها للقتل المتعمد للأشخاص<sup>(١)</sup>، ومن الأمثلة البارزة على ذلك: قتل لاجئي رواندا بواسطة القوات التابعة لجمهورية الكونغو الديمقراطية، والاختفاء القسري للاجئين الصوماليين بواسطة قوات الأمن الكينية<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الملاحظة أن العمل غير المشروع الذي يؤدي إلى سلب حق الإنسان في الحياة قد لا يتم ارتكابه مباشرة بواسطة سلطات الدولة، وإنما قد يتم ارتكابه بواسطة أشخاص أو جهات أخرى، في ظل تقاعس أو عدم اكتراث الدولة في منعه، مثال ذلك: قيام تايلاند بوضع الأشراف على معسكرات لاجئي كمبوديا المتواجدة داخل إقليمها تحت سيطرة الخمير الحمر الذين ارتكبوا عمليات القتل الممنهج تجاه اللاجئين.

- ويتمثل الالتزام الإيجابي في ضرورة اتخاذ الدولة للتدابير التي تمنع تعرض حياة الأشخاص لخطر محقق، مثال ذلك: عدم قيام أوغندا باتخاذ التدابير التي تحول دون تعرض اللاجئين السودانيين للقتل بواسطة جيش الرب للمقاومة، كذلك عدم اتخاذ زائير والأمم المتحدة التدابير التي تحول دون ارتكاب أعمال الإبادة داخل معسكرات اللاجئين الروانديين<sup>(٣)</sup>.

كذلك، فإن قيام دولة اللجوء بوضع اللاجئين في مناطق ملاصقة للحدود مع دولهم تمثل انتهاكاً لحقهم في الحياة، بسبب إمكانية تعرضهم للقتل والهجمات العسكرية من جانب أعدائهم<sup>(٤)</sup>، مثال ذلك: قيام تايلاند بوضع لاجئي ماينمار على الحدود مع دولتهم،

<sup>(١)</sup> فقد أشارت لجنة حقوق الإنسان إلى أنه لا يكفي أن تتخذ الدول التدابير التشريعية التي تجرم وتعاقب على الأفعال الإجرامية التي تسلب الإنسان حقه في الحياة، بل يتعين عليها أيضاً أن تمنع القتل التعسفي بواسطة القوات الأمنية التابعة لها، مؤكدة على الخطورة البالغة لعملية سلب الحياة بواسطة سلطات الدولة، ومقررة ضرورة اتخاذ التدابير القانونية التي تحد وتفيد من الحالات التي يتم فيها سلب حياة الإنسان بواسطة تلك السلطات. راجع:

HRC, General Comment No. 6: Article 6 (Right to life), Sixteenth Session (1982), op. cit., p. 128.

<sup>(٢)</sup> لا جرم أن الاختفاء القسري يشكل ليس فقط انتهاكاً لحق الإنسان في الحياة والحرية، وإنما أيضاً انتهاكاً لحقوق أسرته وذويه. راجع: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ٤٨.

<sup>(٣)</sup> راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, op. cit., p. 451-2.

<sup>(٤)</sup> راجع:

UNHCR Executive Committee, 33<sup>rd</sup> Session, No. 27 (XXXIII) and 34<sup>th</sup> Session, No. 32 (XXXIV), Military Attacks on Refugee Camps and Settlements in Southern Africa and

مما عرضهم بشكل مستمر للهجمات من جانب القوات العسكرية لميانمار. كذلك تعرض أكثر من مائة وخمسين لاجئ كونغولي، أكثرهم من النساء والأطفال، للقتل في معسكر مؤقت في بوروندي<sup>(١)</sup>. لذلك طالبت اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين، كافة أجهزة الأمم المتحدة، بضرورة اتخاذ كافة التدابير اللازمة بالتعاون مع دول الملجأ، لضمان سلامة وأمان معسكرات اللاجئين، بما في ذلك، ضمان عدم تواجد اللاجئين في مناطق يمكن أن تتأثر بالنزاع الذي فروا بسببه، أو أي نزاع آخر داخل دولة اللجوء<sup>(٢)</sup>.

وتسأل دولة اللجوء أيضا عن انتهاك حق اللاجئين في الحياة، إذا قصرت في اتخاذ التدابير الفعالة لمنع اختفاء الأشخاص، على نحو يؤدي في غالبية الحالات إلى سلب حقهم في الحياة<sup>(٣)</sup>. وقد أصدرت الجمعية العامة إعلان بشأن حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري عام ١٩٩٢، حيث نصت في المادة ٨(١) على أنه "لا يجوز لأية دولة أن تطرد أو تعيد أو تسلم شخص لدولة أخرى، إذا كان هناك أسس جوهريّة تدعو إلى الاعتقاد بأنه سوف يتعرض لخطر الاختفاء القسري"<sup>(٤)</sup>، وقد كان لهذا الإعلان أثر في اعتماد الجمعية العامة لاتفاقية دولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري في ٢٠

---

Elsewhere, 1982, p. 35, 41. See also: UNHCR Executive Committee, 37<sup>th</sup> Session, No. 45 (XXXVII) Military and Armed Attacks on Refugee Camps and Settlements, 1986, p. 58.

(١) راجع:

Ninette Kelley, International Refugee Protection Challenges and Opportunities, International Journal of Refugee Law 19(3), 2007, p. 409.

(٢) فبعد أن أدانت اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين الانتهاكات التي تقع على حقوق اللاجئين وملتمسي اللجوء، ولاسيما الهجمات العسكرية على معسكرات ومستوطنات اللاجئين، دعت إلى ما يلي:

"It is essential that States of refuge do all within their capacity to ensure that the civilian and humanitarian character of such camps and settlements is maintained. All other States are called upon to assist them in this regard. To this end relevant organs of the United Nations, within their respective terms of reference, are also called upon to co-operate with all States in providing assistance whenever necessary." UNHCR Executive Committee, 38<sup>th</sup> Session, No. 48, op. cit., p. 63.

(٣) راجع:

HRC, General Comment No. 6: Article 6 (Right to life), Sixteenth Session (1982), op. cit., p. 129.

(٤) راجع: الجمعية العامة، إعلان بشأن حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، وثيقة الأمم المتحدة رقم UN Doc A/RES/47/133، ١٨ ديسمبر ١٩٩٢. راجع أيضاً:

Elim Chan and Andreas Scholtenhart, North Korean Refugees and International Refugee Law, ISIL Year book of International Humanitarian and Refugee Law 5, 2005, p. 51.

ديسمبر ٢٠٠٦، ودخلت حيز النفاذ في ٢٣ ديسمبر ٢٠١٠، حيث أقرت هذه الاتفاقية نظاماً شاملاً لحماية الأشخاص ضد الاختفاء القسري<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما تقدم، يمكن القول إن دولة اللجوء لا تكون مسؤولة عن تعرض اللاجئين للقتل أو الوفاة لأي سبب من الأسباب، إذا كان لا يمكن أن ينسب إلى الدولة امتناع غير مشروع عن عمل، أو القيام بعمل غير مشروع، تسبب في الإخلال بحق اللاجئين في الحياة. ففي حالة اللجوء البيئي على سبيل المثال، إذا قامت دولة اللجوء بتوفير منطقة آمنة للحفاظ على أمن وسلامة اللاجئين، ولكن نظراً لظروف استثنائية غير متوقعة تعرضت المنطقة التي يقيم بها اللاجئين إلى كارثة بيئية أدت إلى مقتل أعداد كبيرة منهم، فإنه لا يمكن القول بمسؤولية دولة اللجوء عن مقتل اللاجئين في هذه الحالة، وكذلك الحال إذا تعرض معسكر اللاجئين لهجمات من جانب بعض الجماعات الإجرامية، فإن الدولة لا تكون مسؤولة أيضاً، إذا ثبت عدم وجود تقصير من جانبها في توفير الحماية اللازمة للاجئين.

### ثانياً: عدم التعرض للتعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة:

جاء النص على حق الإنسان في عدم التعرض للتعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في المادة (٧) من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية. ويعد هذا الحق من الحقوق الأساسية للصيقة بشخص الإنسان التي لا يجوز تقييدها أو التنازل عنها بموجب نص المادة ٤(٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(٢)</sup>.

(١) وحتى ٢٢ ديسمبر ٢٠١٧، وقعت على الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري ٩٧ دولة وصدقت عليها ٥٨ دولة، انظر موقع الأمم المتحدة بشأن موقف الاتفاقية من خلال اتباع الرابط التالي:

[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-16&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=_en) (last visited on 22 December 2017).

وقد نصت المادة (٢) على أن المقصود بالاختفاء القسري هو "الاعتقال أو الاحتجاز أو الاختطاف أو أي شكل من أشكال الحرمان من الحرية يتم على أيدي موظفي الدولة، أو أشخاص أو مجموعات من الأفراد يتصرفون بإذن أو دعم من الدولة أو بموافقتها، ويعقبه رفض الاعتراف بحرمان الشخص من حريته أو إخفاء مصير الشخص المختفي أو مكان وجوده، مما يحرمه من حماية القانون. ثم جاءت المادة (٣) مباشرة لتقرر أنه يتعين على كل دولة طرف أن تتخذ التدابير الملائمة "للتحقيق في التصرفات المحددة في المادة ٢ التي يقوم بها أشخاص أو مجموعات من الأفراد يتصرفون دون إذن أو دعم أو موافقة من الدولة، ولتقديم المسؤولين إلى المحاكمة".

(٢) راجع بشأن مبدأ عدم جواز الخروج على بعض الحقوق "البينة" أو "تحت أي ظرفاً": راجع: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، المرجع السابق، ص ١١٠-١١٢.

ويمكن وصف الفعل بأنه يمثل "تعذيب" من الناحية القانونية، إذا توافرت فيه أربعة عناصر رئيسية<sup>(١)</sup>:

أولاً: أن ينتج عن الفعل ألم أو معاناة شديدة، سواء كانت جسدية، تتمثل في الضرب، أو الصعق بالكهرباء، أو معنوية، تتمثل في التهديد بقتل الشخص، أو أحد أقاربه، أو الاغتصاب، أو التهديد به<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن يكون الفعل الذي تسبب في الألم، أو المعاناة الشديدة، متعمداً. ثالثاً: أن يكون هناك باعث أو دافع على تعمد إلحاق الألم أو المعاناة الشديدة بالشخص، مثل الحصول على معلومات، أو اعتراف، أو التهديد، أو العقاب، أو التمييز.

رابعاً: أن يكون الفعل قد ارتكب بواسطة أو بترخيص من موظف رسمي. ووفقاً لهاثاواي Hathaway فإن كافة هذه العناصر قد تحققت عندما قام المسؤولون عن معسكر لاجئي الروهينغا في بنجلاديش باغتصاب النساء اللاجئات بغرض إرهابهم لدرجة تدفعهم إلى العودة مرة أخرى إلى بورما. فقد كانت المعاناة شديدة، وتم ارتكاب فعل الاغتصاب عمداً بواسطة مسؤولين رسميين، بغرض معاقبة وتهديد اللاجئيين الذين رفضوا العودة لمواجهة خطر الاضطهاد في دولتهم<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان اللاجئون يتعرضون في بعض الأحيان للتعذيب، فإن الوضع الغالب هو تعرض اللاجئون للمعاملة القاسية، أو اللإنسانية، أو المهينة. ولا يوجد في الواقع اتفاق فقهي بشأن المقصود بالمعاملة القاسية، أو اللإنسانية، أو المهينة، كما أن اتفاقية مناهضة

(١) وتستخلص تلك العناصر من التعريف الوارد في المادة (١) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤.

(٢) ويرى أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أن تجريم قواعد القانون الدولي للتعذيب يرجع إلى عدة أسباب، منها:

- الحرص على الكرامة الإنسانية.
- حماية حق الإنسان في سلامة الجسد وحيواته الأساسية الأخرى، حتى لا تنتقد حريته خشية التعرض للتعذيب.
- الالتزام بمبدأ المتهم بريء حتى تثبت إدانته؛ بمعنى أنه لا يجوز توقيع أية عقوبة بدنية على الشخص إلا بعد اتباع مبادئ المحاكمات العادلة.
- حظر الخروج على ما تقتضيه المبادئ والقواعد الأساسية لحقوق الإنسان من ضرورة معاملة الشخص معاملة إنسانية، حتى ولو كان متهماً بارتكاب جريمة. راجع: د. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) راجع:

التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة قد اكتفت بتحديد المقصود بالتعذيب، دون أن تحدد المقصود بالمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. ويذهب رأي إلى أن مفاهيم المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة تعد شديدة الغموض على نحو يجعل من الصعوبة بمكان تعريفها أو تحديدها، وهي تشمل وفقاً لنص المادة (١٦) من اتفاقية التعذيب، أي أعمال أخرى لا تصل إلى حد التعذيب، إذا ارتكبت بواسطة موظف رسمي أو بترخيص منه<sup>(١)</sup>.

والغالب أن يتم النظر إلى المعاملة القاسية أو اللاإنسانية باعتبارها فكرة واحدة. وبناء عليه، إذا كانت الأفعال المرتكبة تشتمل على بعض العناصر اللازمة لارتكاب جريمة التعذيب، فإنه يمكن وصفها بأنها معاملة، أو عقوبة قاسية، أو لاإنسانية، طالما تم ارتكابها بواسطة موظف رسمي أو بترخيص منه. فعلى سبيل المثال: يمكن وصف أفعال الاغتصاب التي ترتكب بواسطة موظف رسمي دون أن تتوافر لديه القصد المطلوب لارتكاب التعذيب<sup>(٢)</sup>، بأنها تمثل معاملة قاسية، أو لاإنسانية، أو مهينة، وكذلك الحال إذا تعدد الموظف الرسمي معاقبة اللاجئ دون أن يصل الضرر الذي يصيبه إلى درجة الأذى أو المعاناة الشديد.

وتعد المعاملة المهينة أقل درجة من المعاملة القاسية أو اللاإنسانية، وهي تتطوي على الحط من كرامة الإنسان والتجاهل التام لطبيعته الإنسانية، أو التي تدفع الإنسان إلى التصرف ضد رغبته وضميره<sup>(٣)</sup>، ومن أمثلة المعاملة المهينة استخدام دولة اللجوء الغاز

(١) راجع:

Hans Danelius, Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Nordic Journal of International Law 58(2), p. 176.

(٢) تعرض آلاف اللاجئين الصوماليين للاغتصاب في كينيا، وبينما ارتكبت العديد من جرائم الاغتصاب بواسطة العصابات المسلحة، فإن بعض تلك الجرائم قد تم ارتكابها بواسطة الجنود ورجال الشرطة، سواء في معسكرات اللاجئين أو في نيروبي. وكانت بعض النساء تمر بصدمة ذهنية شديدة متمثلة في تعرضها للاغتصاب إلى جانب بناتها، بعضهن لم تك تتجاوز أعمارهم سن الثالثة عشرة.

كذلك سجلت الأمم المتحدة حالات تعرض النساء من لاجئي التبت للاغتصاب بواسطة الشرطة النيبالية.

وفي ناميبيا، قام ما يصل إلى ستين مدرساً بإجبار الطالبات بممارسة الجنس معهم. راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, op. cit., p. 442-3.

(٣) لذلك فإن هناك تدرج في جسامة الأفعال الواردة في اتفاقية مناهضة للتعذيب، بحيث تم ترتيبها من الأكثر جسامة إلى الأقل، فنجد أن التعذيب يعد أكثر تلك الأفعال شدة، يليه المعاملة القاسية واللاإنسانية وأخيراً المعاملة المهينة. راجع:



المسيل للدموع أو مضخات دفع المياه الشديدة كوسيلة لتنظيم اللاجئين، أو وضعهم لفترات طويلة في أماكن غير نظيفة، أو لا يتوافر بها الأدوات أو الوسائل اللازمة لمعيشة الإنسان، كذلك يمثل الاستغلال الجنسي للاجئين مقابل حصولهم على احتياجاتهم الأساسية، أو بسبب السيطرة المفروضة عليهم، شكلاً من أشكال المعاملة المهينة.

### ثالثاً: الحق في الطعام والمأوى:

يعد الحق في الطعام والمأوى من الحقوق الأساسية لازمة لاستمرارية حياة الإنسان<sup>(١)</sup>، لذلك جاء النص على هذين الحقين في العديد من المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ومنها تحديداً: المادة ٢٥(١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي نصت على أن "لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاه له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية". ونصت المادة (١١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ما يلي:

"١. تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجاتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية. وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق، معترفة في هذا الصدد بالأهمية الأساسية للتعاون الدولي القائم على الارتضاء الحر.

٢. واعترافاً بما لكل إنسان من حق أساسي في التحرر من الجوع، تقوم الدول الأطراف في هذا العهد، بمجهودها الفردي وعن طريق التعاون الدولي، باتخاذ التدابير المشتملة على برامج محددة ملموسة".

ويهدف هذا النص بشكل أساس إلى القضاء على الجوع والتشرد، فضلاً عن المساهمة

---

David Weissbrodt and Cheryl Heilman, Defining Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment, Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice 29(2), Summer 2011, p. 374-5.

(١) وبالرغم من أن حقوق الإنسان متصلة ببعضها البعض ولا تقبل التجزئة، إلا أن بعض الدول المتقدمة تهتم ببعض حقوق الإنسان الأساسية دون غيرها، مثال ذلك: تدعم كندا بشكل كامل الحق في التعليم والرعاية الطبية، بينما لا تقرر أية ضمانات تجاه من يعانون من الجوع والتشرد. راجع:

Robert E. Reobertson, The Right to Food, Canada's Broken Covenant, Canadian Human Rights Yearbook, 1989-1990, p. 186.

في تعزيز حق الإنسان في مستوى معيشي ملائم. ويتعين أن يتم تطبيق هذا الحق على كافة الأشخاص بدون أي تمييز بسبب اللون أو الجنس أو العرق أو لأي سبب آخر<sup>(١)</sup>. وقد أكد المقرر الخاص للمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، السيد Asbjørn Eide في تقريره بشأن "الحق في طعام ملائم كحق إنساني" لعام ١٩٨٧ بأن "كل شخص في حاجة إلى طعام يكون: ملائم ومتوازن وآمن للوفاء باحتياجاته مقبول من الناحية الثقافية، ومتيسر الحصول عليه بدون هدم للكرامة الإنسانية"<sup>(٢)</sup>. كذلك أكدت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أن أي تمييز فيما يتعلق بالحق في الطعام لأي سبب من الأسباب يمثل انتهاكاً صارخاً للعهد<sup>(٣)</sup>.

وتبرز أهمية الحق في الطعام والملجأ في سياق اللجوء، ولا سيما في الحالات التي يحدث فيها تدفق مستغرق للاجئين؛ إذ قد تكون الدولة المستقبلية للاجئين راغبة في توفير احتياجاتهم الأساسية اللازمة لمعيشتهم، ولكنها مع ذلك قد تصطدم بقلة الموارد الغذائية ومناطق السكن الملائمة التي يمكن أن تستوعب كافة اللاجئين الذين يدخلون إلى إقليمها، وهي المشكلة التي تتوافر لدى الدول النامية الفقيرة التي تعاني من ندرة الموارد، وعدم القدرة على التصدي للأزمات الطارئة<sup>(٤)</sup>.

<sup>(١)</sup> لذلك يقول رأي تعليقا على هذا النص:

"the clear purpose of the Covenant is to protect the fundamental rights of every person without exception. That human rights are seen to adhere to every human being by virtue of their humanity means that they are possessed by every person to an equal extent. As the Preamble stresses, the Covenant is based upon an idea of the "equal and inalienable rights of all members of the human family." Matthew C. R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, Clarendon Press, 1995, p. 153.

<sup>(٢)</sup> راجع:

Report on the Right to Adequate Food as a Human Right Submitted by Asbjørn Eide, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1987/23, para. 52.

<sup>(٣)</sup> راجع:

CESCR General Comments No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), Office of the High Commissioner for Human Rights, Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 12 May 1999, UN Doc. No. E/C.12/1999/5, para. 18.

<sup>(٤)</sup> راجع:

لذلك غالباً ما تعتمد الدول النامية على الإعانات والمساعدات التي تحصل عليها بواسطة الهيئات الدولية المعنية بحقوق اللاجئين، وعلى وجه التحديد المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين<sup>(١)</sup>. ومع ذلك تبرز المشكلة في الحالات التي ترفض فيها الدولة النامية الإعانات الخارجية، الأمر الذي يضع اللاجئين في ظروف قاسية فيما يتعلق بحصولهم على احتياجاتهم من الطعام والمأوى<sup>(٢)</sup>. وحتى في الحالات التي تقبل فيها دول الملجأ الإعانات الدولية، فإنها غالباً لا تكفي للوفاء بكافة احتياجات اللاجئين من طعام ومأوى، لا سيما أن تلك الإعانات يتم الحصول عليها من خلال المساهمات الطوعية التي تقدمها الدول، فعلى سبيل المثال، أدت التوترات السياسية في بوروندي عام ٢٠١٥ إلى تدفق أعداد هائلة من اللاجئين إلى تنزانيا، مما أدى إلى نشأة أزمة إنسانية في ظل وجود مساحات محدودة لإيواء اللاجئين، فضلاً عن عدم توافر الطعام والشراب والمرافق الصحية<sup>(٣)</sup>.

وقد يكون لتحسن الظروف العامة، أو الأوضاع السياسية، أو توقف نزاع معين، أثره السلبي في تقلص المعونات التي تقدمها الدولة للاجئين المتواجدين في دول أخرى، رغم أنه في العديد من الحالات قد لا تكون الظروف التي دفعت اللاجئين للفرار خارج حدود

---

K.B. Wilson, Enhancing Refugees' Own Food Acquisition Strategies 5(issues 3 & 4), Journal of Refugee Studies, p. 229-230. See also: Leo Panitch and Colin Leys, Fighting Identities: Race, Religion and ethno-nationalism, The Merlin Press Ltd, 2002, p. 174.

(١) فعلى سبيل المثال كانت الحكومة الإثيوبية تعتمد على المساعدات الدولية للوفاء بالاحتياجات الأساسية لسكانها واللاجئين على حد سواء، وذلك خلال فترة المجاعة التي استمرت منذ أواخر الثمانينات حتى أوائل التسعينات، حيث وصلت أعداد اللاجئين خلال تلك الفترة إلى سبعمئة ألف لاجئ. راجع:

US Committee for Refugees, World Refugee Survey, 1989, p. 37-38.

(٢) فقد اتبعت الهند لفترة طويلة سياسة عدم تدويل مشكلة اللاجئين، لذلك لم تكن تسعى نحو قبول المساعدات من المجتمع الدولي. ولكن بعد تزايد أعداد لاجئي التبت وإقامتهم لمدة طويلة، بدأت الهند تراجع سياستها، وأقرت في النهاية فتح مكتب للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في نلهي عام ١٩٦٩. راجع:

B. S. Chimni, The Legal Condition of Refugees in India,

(٣) راجع: مركز أنباء الأمم المتحدة، أزمة طوارئ إنسانية في تنزانيا بسبب تدفق لاجئي بوروندي، متاح من خلال الرابط التالي:

<http://www.un.org/arabic/news/story.asp?NewsID=23609#.WkFiwGiWaUk> (آخر زيارة للموقع

في ٢٥ ديسمبر ٢٠١٧).

أوطانهم قد أنقضت بشكل تمام على نحو يتيح لهم العودة الآمنة إلى ديارهم<sup>(١)</sup>.

وحتى في حالات توافر مساعدات إنسانية تكفي للوفاء باحتياجات اللاجئين من الطعام والشراب، فإنه كثيراً ما تواجه الهيئات والمنظمات الإنسانية التي تعمل على توصيل تلك المساعدات إلى اللاجئين صعوبات في توصيلها، إما بسبب المعوقات الإدارية والجمارك التي قد تفرضها بعض الدول على المساعدات الإنسانية<sup>(٢)</sup>، أو بسبب وقوع معسكرات اللاجئين في مناطق نائية غير متصلة بطرق مهيأة، مما يتعذر معه نقل المساعدات والوفاء باحتياجات اللاجئين بالقدر المطلوب<sup>(٣)</sup>.

علاوة على ذلك، يؤدي نقص الطعام والشراب والمأوى والملبس إلى تعرض النساء والأطفال للاستغلال الجسدي والجنسي في سبيل الحصول على احتياجاتهم الأساسية اللازمة لبقائهم، خاصة بالنسبة للنساء والأطفال الذين انفصلوا عن أسرهم، إذ لا يكون أمامهم من بد سوى القيام بأعمال بديئة مرهقة، أو الدخول في علاقات جنسية غير مشروعة، مقابل الحصول على الطعام والشراب والمأوى<sup>(٤)</sup>.

لذلك تعمل المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين على توفير الاحتياجات الأساسية للاجئين من طعام وشراب ومأوى وملبس، بالتعاون مع العديد من المنظمات الحكومية وغير الحكومية، ومنها: منظمة الأغذية والزراعة ومنظمة الصحة العالمية وبرنامج الأغذية العالمي وبرنامج الأمم المتحدة للتنمية والمجلس الدولي للوكالات الطوعية<sup>(٥)</sup>. وبالرغم من ذلك، مازال اللاجئون في العديد من الدول يعانون من النقص

---

(١) فقد كان للمبادرات التي قام بها الرئيسان نيلسون مانديلا وبيبل كليبتون لإنهاء النزاع في بوروندي أثرها السلبي؛ فهي من ناحية لم تتكامل بالنجاح في إنهاء النزاع، ومن ناحية أخرى، أدت إلى تقليص المعونات التي كان يحصل عليها اللاجئين في تنزانيا بنسبة وصلت ٥٥ في المائة. راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op. cit., p. 473.

(٢) راجع:

Mona Reide, op. cit., p. 14.

(٣) راجع:

David Fisher, *The Right to Humanitarian Assistance*, *Studies in Transnational Legal Policy* 41, 2010, p. 87.

(٤) راجع:

B.S. Chimni, *International Refugee Law*, op. cit., p. 191.

(٥) راجع:

الحاد في احتياجاتهم الأساسية من الطعام والشراب والمأوى، ودائماً ما توجه المفوضية السامية نداءاتها إلى الدول والأفراد، للتبرع من أجل إنقاذ اللاجئين والنازحين بسبب الأضرار البيئية والنزاعات المسلحة<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: الحق في الرعاية الطبية:

يعد الحق في الرعاية الطبية من الحقوق المقررة بموجب قانون حقوق الإنسان الدولي<sup>(٢)</sup>. وتبدو أهمية الحق في الرعاية الطبية، بصفة خاصة، في سياق اللجوء أو بالأحرى النزوح الجماعي بسبب الصراعات السياسية والعسكرية والكوارث البيئية، حيث يتعرض المشردين للعديد من النكسات الصحية، سواء البدنية والذهنية، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة توفير رعاية طبية عاجلة وملائمة.

وليس بغريب أن تؤدي أوجه القصور في الغذاء والماء والمأوى إلى تدهور الظروف الصحية للاجئين، فنجد، على سبيل المثال، أن معدل الوفيات بين اللاجئين الأنغوليين في زامبيا قد تضاعف ثلاثة مرات بسبب عدم توافر مياه صحية ونظيفة، كذلك أصيب اللاجئون العراقيون في تركيا بأمراض الكوليرا والتيفويد بسبب حصولهم على مياه شرب من مصادر ملوثة<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن دول الملجأ تنتهج سياسات مختلفة فيما يتعلق بتوفير الرعاية الصحية للاجئين. فبعض الدول تسعى إلى توفير كافة الاحتياجات الأساسية للاجئين من طعام وشراب ومأوى، فضلاً عن التطعيمات الضرورية ضد الأمراض المنتشرة، فعلى سبيل

---

Anne-Christine D'Adesky, UNHCR-Facing the Refugee, 28(3), UN Chronicle, September 1991, 43-45.

(١) فقد أعلنت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بأن لاجئي الروهينغا يواجهون "أزمة حقيقية وبعض أصعب الظروف التي شهدناها في أي وضع للاجئين حالياً"، مطالبة بضرورة توفير الأموال اللازمة لتوفير الاحتياجات الأساسية لإنقاذ لاجئي الروهينغا. انظر CNN بالعربي، الأمم المتحدة تطالب بمساعدات عاجلة لمسلمي الروهينغا اللاجئين. متاح من خلال الرابط التالي:

(آخر زيارة للموقع في <https://arabic.cnn.com/world/2017/09/15/wd-150917-rohingya-camp-aid>)

٢٧ ديسمبر ٢٠١٧).

(٢) نصت المادة (١)٢ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على "حق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى يمكن بلوغه من الصحة الجسمية والعقلية". انظر أيضاً المادة (١)٢٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(٣) راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, op. cit., p. 508-9.

المثال: أدرجت ملاوي اللاجئين ضمن نظام الرعاية الصحية الوطني، كما حرصت على إقرار المساواة فيما يتعلق بحصولهم على الرعاية الصحية<sup>(١)</sup>. وبالرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية تقرر نظاماً عاماً للرعاية الطبية للأشخاص المتواجدين على إقليمها، إلا أنها تميز بين اللاجئين فيما يتعلق بنطاق الرعاية الطبية التي يحصلون عليها<sup>(٢)</sup>.

وعلى عكس ذلك، لا توفر بعض الدول للاجئين رعاية طبية ملائمة، وقد لا توفر رعاية طبية على الإطلاق في حالات أخرى، فكانت حكومة نيجيريا تسمح فقط للاجئين بزيارة طبية واحدة أسبوعياً، دون أن تقرر لهم الحق في الحصول على الرعاية الطبية الطارئة في المستشفيات<sup>(٣)</sup>، والأكثر من ذلك أن حكومة الهند لم تكن تقدم رعاية طبية على الإطلاق للاجئين الشكما Chakma الذين نزحوا بأعداد هائلة إلى الهند عام ١٩٧١<sup>(٤)</sup>، وكذلك الحال بالنسبة لتايلاند التي لم توفر الرعاية الصحية للاجئين كمبوديا وبورما حتى بالنسبة للحالات المرضية الحرجة<sup>(٥)</sup>.

وحرى بالذكر أنه حتى في حالة توافر الرعاية الطبية الملائمة قد لا يتمكن اللاجئ من الحصول عليها، بسبب عدم دراية دولة الملجأ أو القائمين على تقديم الرعاية الطبية بالمعتقدات الدينية والثقافية للاجئين، فعلى سبيل المثال، لم تتمكن اللاجئين الأفغان في

(١) راجع:

D. Kuntz, *Serving the Health Needs of Refugees in Malawi: An Integrated Approach*, Working Paper, Refugee Policy Group, 1990.

(٢) راجع:

Jayne Bart-Plange, *Equal Protection Violations: An Asylum-Seeker's Right to Medicaid Benefits and Primary Health Care*, UMKC Law Review 83, Fall 2014, p. 218-221.

(٣) راجع:

P. Tiao, *The Status of Refugee Rights in Nigeria*, Civil Liberties Organization, 1992, p. 10.

(٤) راجع:

B.S. Chimni, *International Refugee Law*, op. cit., p. 465.

(٥) ويرجع السبب في عدم اهتمام تايلاند بتوفير المساعدات الإنسانية الكافية والرعاية الطبية للاجئين إلى أن القانون التايلاندي لا يقر منح وصف اللاجئ. وترتب على ذلك أن اللاجئ الذي يتم ضبطه خارج معسكر اللاجئين تتم معاملته باعتباره مهاجر غير شرعي، وتتخذ السلطات المختصة إجراءات ترحيله خارج الدولة، الأمر الذي ينتج عنه انتهاك صارخ لمبدأ عدم الرد. راجع.

Zach Hudson, *Stranglehold Refoulement: Fear of Constructively Forced Returns of Burmese Refugees as Consequence of Thailand's Combined Human Rights Violations*, Fordham International Law Journal 329, February 2017, p. 334. See also: Human Rights Watch, *Thailand: Refugee Policies Ad Hoc and Inadequate*, September 13, 2012, available at: <https://www.hrw.org/report/2012/09/12/ad-hoc-and-inadequate/thailands-treatment-refugees-and-asylum-seekers> (Last visited on 27 December 2017).

باكستان من زيارة الأطباء الرجال، بسبب شعورهم بضرورة احترام عقائدهم وثقافتهم التي تحرم الظهور أمام الرجال<sup>(١)</sup>.

ولا جرم أنه يتعين على الدول أن تفرض قواعد عامة تطبق على كافة الأشخاص المتواجدين على إقليمها دون تمييز لأي سبب من الأسباب. فبعد أن أقرت المادة (١٢) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في فقرتها الأولى حق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية، جاءت الفقرة الثانية لتفرض على الدول اتخاذ مجموعة من التدابير الفعالة لضمان تمتع الجميع بهذا الحق، ومنها ضرورة تأمين الخدمة والعناية الطبية للجميع في حالة المرض<sup>(٢)</sup>. وقد أكدت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه يوجد التزام عام يقع على عاتق الدول باحترام الرعاية الصحية، من خلال منع أو تقييد إتاحة فرص متكافئة في الحصول على الرعاية الصحية بالنسبة للجميع، بما في ذلك ملتصقو اللجوء والمهاجرون غير الشرعيين والأقليات<sup>(٣)</sup>، كما أكدت على أنه لا يجوز لأية دولة أن تنتقص من حق الإنسان في الرعاية الصحية تحت أي ظرف<sup>(٤)</sup>. ويضاف إلى ذلك أن ضمان حياة صحية بالنسبة للجميع يعد ضمن أهداف التنمية المستدامة، الواردة في خطة التنمية المستدامة لعام ٢٠٣٠ التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٥ سبتمبر ٢٠١٥<sup>(٥)</sup>.

#### خامساً: جمع شمل الأسرة:

إذا كان الترابط الأسري يعد في حد ذاته أمراً هاماً للحفاظ على الثبات الذهني والجسدي للإنسان في الظروف العادية، فإن تلك الأهمية تتزايد في حالة اللاجئين الذين

(١) راجع:

Mahendra P. Lama, Afghan Refugees: Learning Lessons from the Past, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 2, 2002, p. 93.

(٢) انظر المادة ١٢(٢)(د) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المرجع السابق.

(٣) راجع:

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4, para. 34.

(٤) ذات المرجع، الفقرة (٤٧)

(٥) انظر الهدف الثالث من أهداف التنمية المستدامة، الوارد في قرار الجمعية العامة في ٢٥ سبتمبر ٢٠١٥، تحويل عالماً: خطة التنمية المستدامة لعام ٢٠٣٠، وثيقة الأمم المتحدة A/RES/70/1. (يشار إليه فيما بخطة للتنمية المستدامة ٢٠٣٠)

يجبرون على الفرار من ديارهم بسبب الكوارث والأزمات، ويعني ذلك أن تفكك الأسرة يمثل عبئاً ذهنياً وبدنياً إضافياً للاجئ الذي يفر سعياً عن ملاذ آمن تتوافر فيه احتياجاته الأساسية. ويصف هاتاواي هذا الوضع بقوله إن "اللاجئين الذين انفصلوا عن أسرهم ليسوا فحسب أقل استعداداً للتعامل مع الحياة في دولة اللجوء، بل كثيراً ما تعثر بهم الوحدة واليأس والقلق بشأن مصير أحبائهم الذين تركوهم خلفهم في ظروف خطيرة"<sup>(١)</sup>.

ويعتبر جمع شمل الأسرة family reunion من المسائل الهامة في إطار قواعد حقوق الإنسان بشكل عام<sup>(٢)</sup>، الأمر الذي يضع التزاماً على عاتق المجتمع الدولي باتخاذ كافة التدابير اللازمة للحفاظ على تماسك الأسر وعدم تفككها. لذلك جاء النص على أهمية حماية الأسرة في المادة ١٦ (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة ٢٣ (١) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(٣)</sup>، كما جاء النص صراحة على الحق في جمع شمل الأسرة في اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩<sup>(٤)</sup>، حيث نصت المادة ١٠ (١) على أن "تتظر الدول الأطراف في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والداه لدخول دولة طرف أو مغادرتها بقصد جمع شمل الأسرة، بطريقة إيجابية وإنسانية وسريعة. وتكفل الدول الأطراف كذلك ألا تترتب على تقديم طلب من هذا القبيل نتائج ضارة على مقدمي الطلب وعلى أفراد أسرهم"، بل إن المادة (٢٢) كانت أكثر تحديداً في إقرار حق الطفل اللاجئ في جمع شمل أسرته<sup>(٥)</sup>. وورد النص كذلك على الحق في جمع شمل الأسرة في المادتين

(١) راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op. cit., p. 533.

(٢) حيث عرّفت المادة ١٦ (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الأسرة بأنها "الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة".

(٣) نصت المادة ١٦ (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة ٢٣ (١) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن "الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة".

(٤) ودخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في ٢ سبتمبر ١٩٩٠.

(٥) نصت المادة (٢٢) من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ على أن: "١. تتخذ الدول الأطراف في هذه الاتفاقية التدابير الملزمة للطفل للحصول على مركز لاجئ، أو الذي يعتبر لاجئاً وفقاً للقوانين والإجراءات الدولية أو المحلية المعمول بها، سواء صحبه أو لم يصحبه والداه أو أي شخص آخر، تلقى الحماية والمساعدة الإنسانية المناسبتين في التمتع بالحقوق المنطقية الموضحة في هذه الاتفاقية وفي غيرها من الصكوك الدولية الإنسانية أو المتعلقة بحقوق الإنسان التي تكون الدول المذكورة أطرافاً فيها.

٢. ولهذا الغرض، توفر الدول الأطراف، حسب ما تراه مناسباً، التعاون في أي جهود تبذلها الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الحكومية المختصة أو المنظمات غير الحكومية المتهاونة مع الأمم المتحدة، لحماية طفل كهذا ومساعدته، وللبحث عن والدي طفل لاجئ لا يصحبه أخذ أو عن أي فرد آخرين من أسرته، من أجل الحصول على المعلومات اللازمة لجمع شمل أسرته. وفي



٤٤ (١) و ٥٠ (١) من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام ١٩٩٠<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من عدم اشتغال اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ على نص صريح يقرر الحق في جمع شمل الأسرة، إلا أن مؤتمر المفوضين الذي اعتمد الصيغة النهائية لاتفاقية اللاجئين قد أيد هذا الحق بالإجماع. كذلك مارست المفوضية السامية للأمم المتحدة دوراً بارزاً في تعزيز الحق في جمع الشمل<sup>(٢)</sup>، وتحديداً من خلال الاستنتاجات الصادرة عن اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين التي دعت الدول إلى ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لإعادة جمع شمل الأسر على إقليمها بدون أي تأخير غير مبرر. وقد أكدت اللجنة التنفيذية على ضرورة الاهتمام بشكل خاص بالأطفال اللاجئين المشتتين عن ذويهم، تمهيداً لإعادة جمع شملهم مع أسرهم، وعدم اتخاذ تدابير تبني الأطفال اللاجئين، إلا بعد استنفاد كافة الجهود الرامية للوصول إلى أسرهم، وإعادة لم شملهم<sup>(٣)</sup>.

---

الحالات التي يتعذر فيها العصور على الوالدين أو الأفراد الآخرين لأسرته، يمنح الطفل ذات الحماية الممنوحة لأي طفل آخر محروم بصفة دائمة أو مؤقتة من بينته العائلية لأي سبب، كما هو موضح في هذه الاتفاقية".  
<sup>(١)</sup> نصت المادة ٤٤ (١) من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم التي اعتمدت في ١٨ ديسمبر ١٩٩٠، ودخلت حيز التنفيذ في ١ يوليو ٢٠٠٣، على ما يلي: "تقوم الدول الأطراف باتخاذ ما تراه مناسباً ويدخل في اختصاصها من تدابير رامية إلى تيسير لم شمل العمال المهاجرين بأزواجهم أو بالأشخاص الذين تربطهم بهم علاقة تنشأ عنها، وفقاً للقانون المنطبق، آثار مكافئة للزواج، وكذلك بأولادهم المعالين القصر غير المتزوجين". ونصت المادة ٥٠ (١) على أنه "في حالة وفاة العامل المهاجر أو انفصام رابطة الزوجية، تتنظر دولة العمل بعين العطف في منح أفراد أسرة ذلك العامل المهاجر المقيمين فيها على أساس لم شمل الأسرة، إذناً بالبقاء، وتراعي دولة العمل طول الفترة التي أقاموا خلالها في تلك الدولة".  
<sup>(٢)</sup> راجع:

Helene Lambert, *The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion*, *International Journal of Refugee Law* 11, 1999, p. 430.

<sup>(٣)</sup> راجع:

UNHCR Executive Committee, 28<sup>th</sup> Session No. 9 (XXVIII), *Family Reunion*, 1977, p. 10, 45<sup>th</sup> Session, No. 74 (XLV), 1994, p. 105; 49<sup>th</sup> Session, No. 85, *Conclusion on International Protection*, 1998, p. 128; 50<sup>th</sup> Session, No. 88 (L) *Conclusions on the Protection of the Refugees*, 1999, p. 135; 52<sup>nd</sup> Session, No. 91 (LII) *Conclusions on Registration of Refugees and Asylum-seekers*, 2000, p. 141; 53<sup>rd</sup> Session, No. 93 (LIII) *Conclusions on Reception of Asylum-seekers in the Context of Individual Asylum System*, 2002, p. 144; 55<sup>th</sup> Session, No. 100, *Conclusions on International Cooperation and burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations*, 2004, p. 166; 55<sup>th</sup> Session, No. 101 (LV), *Conclusion on Legal Safety Issues in Context of Voluntary Repatriation of Refugees*, 2004, p. 171; 56<sup>th</sup> Session, No. 103 (LVI), *Conclusions on the Provision on International Protection including through Complementary Forms of Protection*, 2005, p.

وعلاوة على ذلك، جاء النص على الحق في لم الشمل في قواعد القانون الدولي الإنساني، حيث نصت اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ في المادة (٢٦) على ضرورة قيام أطراف النزاع المسلح بتسهيل عملية البحث التي يقوم بها أفراد الأسر المشتتة نتيجة الحرب من أجل تجديد الاتصال بهم وجمع شملهم، كلما كان ذلك ممكناً.

ونصت المادة (٧٤) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ على أنه يتعين على أطراف النزاع أن تتخذ كافة التدابير الممكنة لجمع شمل الأسر التي تفرقت على إثر النزاع المسلح.

وهناك العديد من الأسباب التي تؤدي إلى تشتت الأسرة أو عدم قدرة اللاجئين على جمع شمل أسرته في سياق اللجوء، ومن تلك الأسباب ما يلي:

أولاً: أثر الظروف أو الأزمة أو الكارثة التي دفعت إلى اللجوء في تشتت الأسرة؛ فكثيراً ما يتعرض رب الأسرة للاضطهاد على نحو يدفعه إلى الفرار خارج دولته تاركاً أسرته خلفه على نحو قد يعرضهم للاضطهاد بسبب سلوك رب الأسرة، أو في حالات أخرى إلى عدم قدرتهم على الوفاء باحتياجاتهم الأساسية نظراً لعدم وجود عائل لهم. كذلك في سياق النزاعات المسلحة والكوارث البيئية الخطيرة<sup>(١)</sup>، قد تلجأ الأسرة إلى إرسال أطفالهم بعيداً عن مناطق النزاعات أو الكوارث، أو أن تتركهم لذي جهات أو هيئات يمكن فقط أن توفر الحماية للأطفال دون ذويهم<sup>(٢)</sup>، كما يمكن في الظروف الخطيرة أن يعمل القائمين على الإغاثة بإبعاد الأطفال عن مناطق الخطر دون أن تتوفر

---

178; 56<sup>th</sup> Session, No. 104(LVI) Conclusion on Local Integration, 2005, p. 181; 57<sup>th</sup> Session, No. 105 (LVII), Conclusion on Women and Girls at Risk, 2006, p. 186; 58<sup>th</sup> Session, No. 107(LVIII), Conclusion on Children at Risk, 2007, p. 191, 193-194.

(١) راجع:

Mark Rohan, Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence 15, Chicago Journal of International Law, Summer 2014, p. 367.

(٢) هناك آلاف الأطفال من سوريا والصومال وأفغانستان وأريتريا قد وصلوا إلى دول اللجوء بدون ذويهم، حيث تحرص المنظمات الإنسانية على إعطاء الأولوية لإيواء اللاجئين من خلال وضعهم في مركز خاص أو عند قريب بعيد عنهم أو عائلة استقبال إذا كانوا دون الثالثة عشرة عاماً. انظر في هذا الشأن موقع إيلاف، آلاف القاصرين يصلون إلى السويد بدون ذويهم، السبت ١٩ سبتمبر ٢٠١٥، من خلال الرابط التالي:

<http://elaph.com/Web/News/2015/9/1040647.html> (last visited on 24 December 2017).

لديهم الفرصة في إخطار ذويهم<sup>(١)</sup>.

ثانياً: قصر الحق في جمع شمل الأسرة على الأشخاص الذين اكتسبوا وصف اللاجئ؛ لا تقر العديد من الدول بالحق في جمع شمل الأسرة للشخص الذي دخل إلى إقليمها بطريق غير مشروع، أو الذي اكتسب فقط الحماية المؤقتة<sup>(٢)</sup>، فعلى سبيل المثال، لا تقر أستراليا للأشخاص الذين منحوا الحماية المؤقتة بالحق في جمع شمل أسرهم<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك، فإن توجيهات الاتحاد الأوروبي بشأن الحماية المؤقتة لعام ٢٠٠١، أقرت بحق جمع شمل الأسرة بالنسبة للمستفيدين من الحماية المؤقتة في أقاليم الدول الأعضاء<sup>(٤)</sup>. كذلك الحال بالنسبة للأشخاص المشردين بسبب الكوارث البيئية والنزاعات المسلحة الذين لا يثبت لهم وصف اللاجئ وفقاً لمفهوم اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، إذ أن الدول المضيفة غالباً ما لا تقر لهم بالحق في جمع شمل أسرهم<sup>(٥)</sup>.

ثالثاً: عدم القدرة على إثبات العلاقة الوثيقة مع أفراد الأسرة أو عدم الاعتراف بتلك

---

(١) ويلاحظ أن المادة (٩) من اتفاقية حقوق الطفل قد حظرت فصل الطفل عن والديه على كره منهما إلا إذا كان هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل القسوى. ويتعين في حالة فصل الطفل عن والديه أن تقدم المعلومات الأساسية المتعلقة بمحل وجود الطفل إلى والديه أو لعضو آخر في الأسرة، إلا إذا كان تقديم هذه المعلومات ليس في صالح الطفل. كذلك يذهب رأي في الفقه إلى أن فصل الطفل عن والديه أو نوبه دون بذل الجهد اللازم يعد انتهاكاً للمادة (٢) من اتفاقية حقوق الطفل. راجع:

Guy S. Goodwin-Gill, Unaccompanied Refugee Minors, International Journal of Children's Rights 3(issues 3 & 4), 1995, p. 407.

(٢) لذلك يذهب رأي إلى أن عدم إقرار الدول لحق اللاجئ في جمع شمل الأسرة بسبب تمتعه فقط بالحماية المؤقتة، يمثل انتهاكاً واضحاً لحق من حقوق الإنسان الأساسية. راجع:

Mohammund Jaamae Hafeez-Baig, Putting the Protection in Temporary Protection Visa, 28(2), 2016, p. 130-133.

(٣) راجع:

Mary Crock and Kate Bones, Australian Exceptionalism: Temporary Protection and the Rights of Refugees, Melbourne Journal of International Law 16, December 2015, p. 46.

(٤) راجع:

European Union: Council of the European Union, Council Directive 20 01/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences Thereof, 7 August 2001, OJ L.212/12-212/23; 7.8.2001, 2001/55/EC.

(٥) راجع:

Helene Lambert, The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion, op. cit., p. 431.

العلاقة؛ إذ أن غالبية الدول تعترف للاجئ فقط بحق جمع شمل الأسرة تجاه زوجته وأولاده القصر، وبالتالي قد لا يتمكن اللاجئ في جمع الشمل مع أي فرد آخر من أفراد أسرته، خاصة إذا كان يعول على اللاجئ في معيشتته بشكل أساسي<sup>(١)</sup>. وغالباً ما لا يتم الاعتراف بالحق في جمع الشمل بالنسبة لشريك اللاجئ بدون زواج رسمي أو بالنسبة لأولاده بالتبني، أو خارج العلاقة الزوجية<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: عدم إمكانية إثبات القدرة المادية على إعالة أفراد الأسرة؛ خاصة أن العديد من دول اللجوء تشترط، لكي تسمح للاجئ بجمع شمل أسرته، أن يثبت قدرته المادية على الوفاء بالاحتياجات الأساسية لأسرته<sup>(٣)</sup>.

خامساً: الإجراءات المعقدة والمطولة التي تتخذها دولة اللجوء؛ فقد كان من شأن تأخر سلطات دولة الملجأ في الترخيص للاجئ بإمكانية جمع شمل أسرته أن بلغت مدة انتظار اللاجئين إلى ما يقرب من عشرين عاماً لكي يجتمعوا مرة أخرى بأفراد أسرهم، بل إن مد الإجراءات بهذه الشكل قد يؤدي في العديد من الحالات إلى استحالة جمع شمل أسرة

---

(١) ومع ذلك أجازت التوجيهات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي بشأن جمع شمل الأسرة لعام ٢٠٠٣ لكل دولة أن ترخص بدخول وإقامة الأشخاص من الدرجة الأولى الذين يعتمدون على اللاجئ بشكل أساسي، بشرط عدم وجود فرد آخر من أفراد الأسرة يكفلهم داخل دولتهم الأصلية، وينطبق الأمر ذاته على أولاده البالغين وأزواجهم إذا كانوا غير قادرين على الوفاء باحتياجاتهم الأساسية بسبب ظروفهم الصحية. راجع:

Article 4(2) of European Union: Council of the European Union, Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the Right to Family Reunification, 3 October 2003, OJ L. 251/12-251/18; 3.10.2003, 2003/86/EC. (hereinafter referred to as Council Directive on the Right to Family Reunification).

وتطبيقاً لذلك، أقرت اليونان للاجئ بالحق في جمع شمل الأسرة بالنسبة لأبوية، شريطة إثبات أنهم كانوا يعيشون مع اللاجئ وأن الأخير كان يعولهم بشكل كامل قبل قدومهم إلى اليونان. راجع:

Achilles Skordas, The New Refugee Legislation in Greece, International Journal of Refugee Law 11, 1999, p. 693.

(٢) وإن كانت للتوجيهات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي بشأن جمع شمل الأسرة لعام ٢٠٠٣ قد سمحت لكل دولة عضو، وفقاً لسلطتها التقديرية أن تقرر جمع شمل الأسرة بالنسبة للشريك بدون زواج أو أولاده بالتبني أو خارج العلاقة الزوجية. انظر:

Article 4(3) of Council Directive on the Right to Family Reunification, op. cit.

(٣) فعلى سبيل المثال، يشترط القانون الأسترالي بأن يبدي موافقته على الوفاء باحتياجات أفراد أسرته الذين يعولهم لمدة سنتين، ويتعين عليه في سبيل تحقيق ذلك أن يقدم صك تأميني بقيمة ٣٥٠٠ دولار أسترالي بالنسبة لمقدم الطلب الرئيسي، و١٥٠٠ دولار أسترالي لكل فرد آخر من أفراد أسرته. كذلك الحال بالنسبة للقانون الكندي الذي تطلب من الكفيل الذي يرغب في استقطاب أفراد أسرته أن يتعهد بتوفير المسكن والرعاية والاحتياجات الأساسية لمقدم الطلب ولذويه لمدة تصل إلى عشر سنوات. راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, op. cit., p. 537.

اللاجئ، كما في حالة وفاة الزوجة أو حل رابطة الزوجية تحت وطأة طول فترة الفراق أو بلوغ أولاده سن الرشد القانوني، على نحو يجعلهم غير مستحقين للقبول داخل دولة اللجوء<sup>(١)</sup>.

سادساً: السلطة التقديرية لدولة الملجأ في رفض طلب جمع شمل الأسرة؛ فقد يستوفي اللاجئ كافة الشروط التي تجعله مستحقاً لجمع شمل أسرته، ومع ذلك ترفض دولة الملجأ طلبه، استناداً إلى اعتبارات السياسة العامة، أو النظام العام، أو الصحة العام<sup>(٢)</sup>.

ويتبين مما سبق أنه يتعين على الدول أن تبذل مزيداً من الجهد في سبيل وضع تدابير سريعة وأكثر فاعلية تضمن تمتع اللاجئ بالحق في جمع شمل أسرته، حتى لا يمثل هذا الأمر ضغطاً نفسياً مستمراً على اللاجئ، قد يدفعه في العديد من الحالات إلى العودة إلى موطنه أو محل إقامته، مما يعرضه للخطر الذي فر بسببه.

ويترتب على إقرار الحق في جمع شمل الأسر المشتتة نتيجة هامة، تتمثل في أنه في حالة ما إذا كان رب الأسرة تتوافر فيه شروط اللاجئ، فإن تابعيه، سواء زوجته، أو أولاده القصر، يتم منحهم وضع اللاجئ بشكل مشتق من رب الأسرة، وهو ما يعرف باسم الوضع المشتق للحق في اللجوء، مع ملاحظة أنه إذا توافرت في تابعي رب الأسرة شروط اللاجئ فإنهم يمنحون وضع اللاجئ وليس الوضع المشتق للاجئ<sup>(٣)</sup>.

#### سادساً: الحق في العدالة:

لا شك أن اللاجئ لن يتمكن من الدفاع عن حقوقه أو المطالبة برفع أي ظلم يقع عليه، إذا لم يثبت له الحق في الوصول إلى الجهات الإدارية والقضائية المختصة في دولة

(١) فعلى سبيل المثال، منحت أستراليا اللجوء عام ١٩٩٦، ولكنه انتظر حتى عام ٢٠٠١ حتى سمحت له السلطات بجمع الشمل مع زوجته وبناته الثلاثة، كذلك تركت الولايات المتحدة الأمريكية لاجئي جواتيمالا والسلفادور ينتظرون لمدة وصلت إلى عشرين عاماً حتى رخصت لهم بجمع شمل أسرهم. ذات المرجع، ص ٥٣٧-٥٣٨.

(٢) فقد أعطت التوجيهات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي بشأن جمع شمل الأسرة السلطة التقديرية للدول الأعضاء في رفض طلب دخول وإقامة أفراد الأسرة استناداً إلى اعتبارات السياسة العامة أو النظام العام أو الصحة العام. راجع:

Article 6(1) of Council Directive on the Right to Family Reunification, op. cit.

(٣) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ١٤٧. راجع أيضاً:

اللجوء<sup>(١)</sup>. والحقيقة أن اللجوء قد لا يتمكن من الناحية العملية في الدفاع عن حقوقه داخل دولة اللجوء إذا لم يتلق مساعدة فعلية من دولة معينة أو هيئة دولية، خاصة أن اللجوء في إطار قواعد اللجوء الحالية لا يتمتع بالحماية الدبلوماسية لدولته، وذلك على عكس الوضع بالنسبة للأجانب<sup>(٢)</sup>.

ويتعين الانتباه إلى أن عدم تمتع اللجوء بالحماية الدبلوماسية لدولته يمكن تصورها في سياق اللجوء البيئي، إذا كانت دولته قد تعرضت لدمار كامل بسبب الكارثة البيئية، أما في حالة الدمار الجزئي للدولة، فإن ذلك لن يمنع الأخيرة عن ممارسة الحماية الدبلوماسية عن مواطنيها في الخارج. ويبرز هذا الأمر الفارق الجوهرى بين مفهوم اللجوء في إطار اتفاقية اللجوء لعام ١٩٥١، ومفهوم اللجوء البيئي الذي لا يستند إلى وجود نوع من أنواع

(١) أقر الإسلام حق الإنسان في العدالة، لا تمييز في ذلك بين مسلم وغير مسلم. وقد روى ابن عبد الحكم أن الخليفة عمر بن الخطاب خطب يوماً، فكان من خطبته: "ألا إني إنما أبعث عمالي ليعلموكم دينكم وسنة نبيكم، ولا أبعثهم ليضربوا ظهوركم ولا يأخذوا أموالكم. ألا فمن أتى إليه شيء من ذلك فليرفعه إلى، فو الذي نفس عمر بيده لأقصنه منه. فقام عمرو بن العاص فقال: أرايت يا أمير المؤمنين إن عتب عامل من عمالك على بعض رعيته فأدب رجلاً، إنه لمقصنه منه؟ قال: نعم. ألا أقصه وقت رأيت رسول الله ﷺ يقص من نفسه؟ ألا لا تضربوا المسلمين فتقتلوهم، ولا تمنعوهم حقوقهم فتكفروهم ولا تجرمهم فتقتلوهم، ولا تنزلوهم الغياض فتضيعوهم.

فأتى رجل من أهل مصر إلى عمر فقال: يا أمير المؤمنين عاند بك من الظلم. قال عُتد معاذاً. قال: سأقت ابن عمرو بن العاص فسبيته، فجعل يضربني بالسوط ويقول: أنا ابن الأكرمين.

فكتب عمر إلى عمرو يأمره بالقدوم عليه فقدم، فقال عمر أين المصري، خذ السوط فاضرب. فجعل يضربه بالسوط ويقول عمر: اضرب ابن الأكرمين! قال أس (راوي الخبر): فضرب، والله لقد ضربه ونحن نحب ضربه، فلما ألق عنه حتى تمنينا أن يرفع عنه. ثم قال عمر للمصري: ضع على صلعة عمرو، فقال: يا أمير المؤمنين، إنما ابنه الذي ضربني وقد اشتفيت منه. فقال عمر لعمرو: مذ كم تعبتكم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً! قال: يا أمير المؤمنين لم أعلم ولم يأتي. راجع: أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ١٦٣-١٦٤، مشيراً إلى ما جاء في كتاب ابن عبد الحكم: فتوح مصر والشام، تحقيق عبد المنعم عامر، دار التعاون، القاهرة، ١٩٦١، ص ٢٢٤-٢٢٦.

(٢) والفارق بين الحماية المقررة للأجانب وتلك المقررة للأجانب هي:

"If a State violated the rights of foreigners on its territory, the State of nationality could intervene to provide its nationals with diplomatic or consular protection. As for refugees, there was a protection vacuum and it was necessary to create a specific regime of rights for them." Volker Turk and Frances Nicholson, Refugee Protection in International Law: An Overall Perspective, in Erika Feller, Volker Turk and Frances Nicholson, Refugee Protection in International Law, op. cit., p. 37.

ويرى أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أنه يمكن لدولة الملجأ أن تمارس الحماية الدبلوماسية على لاجئها، واستند في تبرير وجه نظره إلى نص المادة ٨(٢) من مشروع المواد الخاص بالحماية الدبلوماسية الذي تبنته لجنة القانون الدولي عام ٢٠٠٦، والتي قررت أنه "يمكن للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية بخصوص شخص تعترف به هذه الدولة كلاجئ، وفقاً للقواعد الدولية المقبولة، إذا كان هذا الشخص، وقت وقوع الضرر ووقت التقديم الرسمي لطلب الحماية، مقيم بطريقة مشروعة ومعتمدة في تلك الدولة". راجع: د. أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ١٥٢.

الاضطهاد داخل الدولة الأصلية للاجئ.

وقد كان يتم النظر إلى اللاجئ في بادئ الأمر باعتباره شخص لا يتمتع بجنسية أية دولة، ومن ثم لا يستحق الحماية القانونية المقررة للمواطنين العاديين. ومع ذلك، كانت عصبية الأمم تمنح السلطة للمفوضين الساميين لتحديد ممثلين قنصلين للدفاع عن حقوق اللاجئين وتقديم كافة مطالبات اللاجئين إلى سلطات دول اللجوء<sup>(١)</sup>. ولكن تغير هذا الوضع في ظل النظام الأساسي للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين الذي تم وضعه بالتزامن مع اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، حيث لم يمنح هذا النظام سلطات واضحة وصريحة للمفوضية للدفاع عن حقوق اللاجئين، وإنما اكتفى بمنح اختصاصات للمفوضية بالسعي نحو عقد اتفاقيات دولية مع الدول المعنية، لحماية اللاجئين والإشراف على تطبيقها واقتراح التعديلات عليها، بالإضافة إلى إبرام اتفاقيات خاصة مع الحكومات بصدد تنفيذ أية تدابير ترمي إلى تحسين أحوال اللاجئين وإلى خفض عدد الذين يحتاجون إلى حماية<sup>(٢)</sup>. ويمكن القول، بشكل عام، إن دور المفوضية السامية لا يتعدى الإشراف على تطبيق اتفاقية اللاجئين، ولا يثبت لها، كما كان الحال في ظل عصبية الأمم، الاختصاص بأن تمثل اللاجئين في الدفاع عن حقوقهم، فعلى سبيل المثال: عندما هددت سويسرا بترحيل اللاجئين بسبب ممارستهم لحقهم الدولي في حرية التنقل، لم تستطع المفوضية أن تتخذ أي إجراء حيال ذلك سوى أن تطلب مد المهلة المحددة حتى يتسنى لها ترتيب حماية بديلة للاجئين<sup>(٣)</sup>.

ورغم ما سبق أن أشرنا إليه فيما يتعلق بعدم وجود جهة دولية محددة تعمل على الدفاع عن حقوق اللاجئين داخل دول اللجوء، إلا أن ذلك لا ينفي أن حق الأفراد في الوصول إلى القضاء-أو العدالة بصفة عامة-يعد من حقوق الإنسان الأساسية المقررة

(١) راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op. cit., p. 627.

(٢) راجع: المادة ٨(د) من النظام الأساسي للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، اعتمده الجمعية العامة للأمم

المتحدة بموجب قرارها رقم ٤٢٨(د-٥) المؤرخ في ١٤ ديسمبر ١٩٥٠.

(٣) راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op. cit., p. 628.

بموجب المواثيق الدولية<sup>(١)</sup>، دون تمييز لأي سبب من الأسباب، كما أنها تعد ضمن الأهداف الرئيسية لتحقيق التنمية المستدامة<sup>(٢)</sup>، حيث نصت المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن "لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة، نظراً منصفاً وعلانياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة توجه إليه"، كما نصت المادة ١٤(١) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن "الناس جميعاً سواء أمام القضاء، ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قبل محكمة مختصة مستقلة وحيادية".

كذلك أقرت المادة ١٦(١) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، حق كل لاجئ في التقاضي أمام محاكم الدول الأطراف في الاتفاقية، وأقرت المادة ٢٥(١) على حق اللجوء في المساعدة الإدارية، حيث جاء نصها على النحو التالي: "عندما تقتضي ممارسة لاجئ لأحد حقوقه عادة طلب مساعدة سلطات بلد أجنبي يتعذر عليه الرجوع إليها، تعمل الدول المتعاقدة التي يقيم اللجوء على أراضيها على تأمين هذه المساعدة إما بواسطة سلطاتها أو بواسطة دولية. وقد أكدت الدول الأطراف، تعليقاً على هذا النص الأخير، أن إنفاذ حقوق اللاجئين يعد ضمن مسؤوليتها الرئيسية، الأمر الذي يؤكد السلطة المحدودة للمفوضية السامية في الدفاع عن حقوق اللاجئين داخل دول الملجأ<sup>(٣)</sup>."

(١) ويذهب رأي إلى أن حق اللاجئين في الدفاع عن حقوقهم لا يقتصر فقط على اللجوء إلى المحاكم بل يمتد ليشمل الجهات الإدارية المختصة إذا كان من شأنها أن تنصف اللجوء وتعيد له حقوقه المفقودة. راجع

Atle Grahl-Madsen, op. cit., p. 66.

(٢) جاء في الهدف (١٦) من أهداف التنمية المستدامة التي اعتمدها الجمعية العامة في ٢٥ سبتمبر ٢٠١٥ ما يلي: "التشجيع على إقامة مجتمعات مسالمة لا يُهمش فيها أحد من أجل تحقيق التنمية المستدامة، وإتاحة إمكانية وصول الجميع إلى العدالة، وبناء مؤسسات فعالة وخاضعة للمساءلة وشاملة للجميع على جميع المستويات". انظر: خطة التنمية المستدامة ٢٠٣٠، المرجع السابق.

(٣) وقد جاء التعليق على الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ والتي كانت ضمن المادة (٢٣) قبل اعتماد النص النهائي للاتفاقية في منكرة الأمين العام للأمم المتحدة في ٣ يناير ١٩٥٠ على النحو التالي:

"Refugees do not enjoy the protection and assistance of the authorities of their country of origin.

Consequently, even if the Government of the country of asylum grants the refugee a status which ensures him treatment equivalent to or better than that enjoyed by foreigners, it does not follow that on that account alone he will be allowed to enjoy the rights granted to him. If the refugee is actually to enjoy these rights, he must obtain the



ومن الناحية العملية، فإن محاكم الدول المضيفة للاجئين تتفاوت فيما بينها تجاه إقرار وحماية حقوق اللاجئين. فنجد أن بعض المحاكم تقر وتحكم لصالح اللاجئين، حتى في الحالات التي لا يقر لها القانون سلطة الفصل في تحديد وصف اللاجئ، وأيضاً في الحالات التي لا تكون الدولة طرفاً في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ وبروتوكولها لعام ١٩٦٧، فعلى سبيل المثال: حكمت محكمة يابانية على الحكومة بدفع مبلغ ٩,٥ مليون ين لصالح أحد لاجئي بورما، بسبب احتجازه غير المشروع، على إثر الرفض الخاطئ لطلبه في الحصول على الحماية الدولية. وكذلك الحال في الهند التي لم تصدق على اتفاقية اللاجئين أو بروتوكولها، حيث أنصف قضائها للاجئين في العديد من أحكامه<sup>(١)</sup>.

وعلى عكس ذلك، لم تسمح دول أخرى للاجئين في الوصول إلى نظامها القضائي للحصول على حقوقهم، مثال ذلك: كينيا رفضت وصول اللاجئين لنظامها القضائي، وتركتهم لإقرار نظاماً للعدالة خاصاً بهم، وكذلك الأمر في أوغندا التي أقر دستوراً في المادة (٢٢) حق الجميع في الاستفادة من حماية القضاء، حيث أصدرت قانون تنظيم اللاجئين الأجانب الذي سمح للسلطات بنقل اللاجئين وفقاً لسلطتها التقديرية، بدون السماح لهم بالتظلم من قرار النقل أمام الجهات القضائية، كما لا يجوز للاجئ الذي يتم احتجازه لأسباب تتعلق بالنظام العام، أن يتظلم من قرار احتجازه أمام القضاء<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالإضافة إلى تمتع اللاجئ بالحق في اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوقه، أن توفر له المساعدة القضائية اللازمة، بنفس القدر الذي يوفر لمواطني الدولة المضيفة، كما يلزم إعفائه من دفع ضمان مالي أو عيني لتغطية التكاليف المحكوم عليه بها في حالة

---

assistance of an authority which will perform for him the services performed by national authorities in the case of persons with a nationality. In the absence of an international authority, the High Contracting Parties must appoint a national authority which will furnish its assistance to refugees and deliver the documents they require." UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons - Memorandum by the Secretary-General, 3 January 1950, E/AC.32/2.

(١) راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, op. cit., p. 628-9.

(٢) ذات المرجع، ص ٦٢٩-٦٣٠.

خسارته للدعوى<sup>(١)</sup>. ويذهب رأي إلى أن اتباع مبدأ المعاملة الوطنية فيما يتعلق بمنح المساعدة القضائية قد لا تكون مجدية للاجئين، إذا لم تكن الدولة تقرر المساعدة القضائية لمواطنيها<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك فإنه من غير المتصور أن تقرر الدولة للأجانب أو اللاجئين معاملة أفضل من المعاملة التي تقررها لمواطنيها، إلا إذا تم ذلك من خلال هيئات دولية معنية بمشكلة اللاجئين.

وفي جميع الأحوال، فإنه يتعين أن يتم الاعتراف للاجئين بالحقوق الكامل في اللجوء إلى القضاء والجهات الإدارية المختصة للحصول على حقوقهم والدفاع عنها، كما يتعين على الجهات الدولية المختصة، وعلى وجه الخصوص المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، أن تدرج مهمة تمثيل اللاجئين والدفاع عن حقوقهم ضمن مهامها الرئيسية. فلا مراء أن الوضع الذي ساد في عهد عصبة الأمم فيما يتعلق بإقرار التمثيل القنصلي للاجئين يعد أكثر حماية وصيانة لحقوقهم في الدول المضيفة، ولكن يبدو أن الدول عند وضع اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ قد اتجهت إرادتها نحو تعضيد سيادتها والتقليل من تدخل ورقابة الهيئات الدولية، واحتفظت بالتبعية لنفسها بالسلطة الخالصة في الدفاع عن حقوق اللاجئين، الأمر الذي يترتب عليه، في العديد من الحالات، إهدار حقوق اللاجئين.

### سابعاً: الحق في العمل:

يعد الحق في العمل من حقوق الإنسان الأساسية التي ورد النص عليها في المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وتحديداً: المادة (٢٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>، والمادتين (٦) و(٧) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية

(١) ومع ذلك، فإن المادة ١٦(٢) من اتفاقية اللاجئين اشترطت لكي يستفيد اللاجئ من الحق في المساعدة القضائية والإعفاء من الضمان، أن تكون لديه إقامة معتادة داخل الدولة المضيفة. راجع:

Atle Grahl-Madsen, op. cit., p. 63.

(٢) راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, op. cit., p. 911.

(٣) تنص المادة (٢٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي:

١. لكل شخص حق العمل، وفي حرية اختيار عمله، وفي شروط عمل عادلة ومرضية، وفي الحماية من البطالة.

٢. لجميع الأفراد، دون أي تمييز، الحق في أجر متساو على العمل المتساوي.

٣. لكل فرد يعمل حق في مكافأة عادلة ومرضية تكفل له ولأسرته عيشة لائقة بالكرامة البشرية، وتستكمل، عند الاقتضاء

بوسائل أخرى للحماية الاجتماعية.

والثقافية<sup>(١)</sup>، كما أقرت المادة ٨(٣)(أ) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عدم جواز إكراه أي شخص على السخرة أو العمل الإلزامي. وفي سياق الحماية الدولية للاجئين، أوردت اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ ثلاثة نصوصاً متعلقة بالأنشطة الاقتصادية للاجئين، حيث أقرت المادة (١٧) حق اللاجئين في العمل مقابل أجر، وتناولت المادة (١٨) العمل الحر أو الخاص، والمادة (١٩) ممارسة المهن الحرة.

ولا مرأه أنه عندما تقرر الدولة المضيفة قبول اللاجئين داخل إقليمها، فإنها تكون أمام أحد خيارين للوفاء باحتياجاته الأساسية للزمنة لبقائه: إما أن توفر له المساعدة الكاملة، أو أن تقرر له الحق في العمل. والحقيقة أن الخيار الأول من شأنه أن يؤدي إلى نفقات باهظة على عاتق الدول ويدفع اللاجئين إلى الاعتماد كلية على الدول في الحصول على احتياجاتهم الأساسية، وإذا كانت البرامج الوطنية لمساعدة اللاجئين من شأنها أن توفر قدرأ من الإعانة المؤقتة، إلا أن الاعتماد عليها لفترة طويلة من شأنه أن يضعف من معنويات اللاجئين، نظراً لعدم كفايتها في العديد من الحالات للوفاء بكافة احتياجاتهم، أو بسبب وضعهم في حالة ثبات مستمر دون أن يكون لهم قدرة على الاعتماد الذاتي، فضلاً عن أنه غالباً ما يصحب تقييد حق اللاجئين في العمل تقييد حقهم في التنقل<sup>(٢)</sup>. وعلى جانب آخر، فإن إقرار حق اللاجئين في العمل من شأنه أن يوفر لهم وضع يسمح لهم بدعم وكفاية أنفسهم وأسرهم من الاحتياجات الأساسية للزمنة للمعيشة، لا سيما إذا كانت فترة بقاءهم في الدولة المضيفة سوف تطول بسبب عدم احتمالية تغير الأوضاع التي دفعتهم إلى اللجوء في دولتهم الأصلية<sup>(٣)</sup>.

(١) تنص المادة ٦(١) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أن:

"تتعترف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل، الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية، وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق". وفقاً للمادة (٧): "تتعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عائلية ومرضية تكفل على وجه الخصوص: (أ) مكافأة توفر لجميع العمال، كخد أدني: ١. أجر منصفاً، ومكافأة متساوية لدى تساوي قيمة العمل دون تمييز، على أن يضمن للمرأة خصوصاً تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل، وتقاضيها أجراً يساوي أجر الرجل لدى تساوي العمل، ٢. عيشاً كريماً لهم ولأسرهم [...]".

(٢) راجع:

Inge Brees, *Refugee Business: Strategies of Work on Thai-Burma Border*, *Journal of Refugee Studies* 21(3), 2008, p. 381.

(٣) راجع:

وفي الواقع، فإن دوافع الدول في تقييد حرية اللاجئين في العمل تنطلق من اعتبارات اقتصادية بحتة. فالدول النامية، على وجه الخصوص، عندما تواجه أعداد كبيرة من اللاجئين على إقليمها، في ظل ظروف اقتصادية غير مستقرة، فإنها تجد نفسها مجبرة على الاختيار بين التزامين أساسيين: التزامها بإقرار حق العمل للاجئين، والتزامها الوطني بتوفير العمل وسبل الرزق لمواطنيها، ومما لا شك فيه أن الدول سوف تعطي الأولوية لمواطنيها في مواجهة كافة الأجانب المقيمين على إقليمها، ومن ضمنهم اللاجئين<sup>(1)</sup>.

وتختلف الدول في الوسائل التي تتخذها لتقييد حق اللاجئين في العمل؛ فمن ناحية أولى، تفرض بعض الدول حظر تام على اللاجئين في العمل، كما هو الحال بالنسبة لنتزانيا التي فرضت حظر على لاجئي الهوتو من بوروندي، ومن ناحية ثانية، لا تصدر بعض الدول تراخيص العمل للاجئين، كما هو الحال في كمبوديا، ومن ناحية ثالثة، تفرض بعض الدول رسوماً باهظة للحصول على تراخيص العمل، والتي غالباً ما تتجاوز قدرة الغالبية العظمى من اللاجئين، كما هو الحال في زامبيا، وأخيراً تسمح بعض الدول للاجئين بالقيام ببعض المهن الحرفية البسيطة وفقاً لشروط قانونية قاسية، كما هو الحال

---

U.C. Jha, Refugee's Right to Work: An Indian Perspective, ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law 3, 2003, p. 195.

<sup>(1)</sup> وهذا الأمر هو ما أكدته المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بقولها:

"The arrival of large numbers of asylum-seekers and the absorption of some or even all of them as refugees, even on a temporary basis, can create serious strains for host countries. This is particularly the case for poorer communities where the ability of the people and the inclination of the government to shoulder the resulting burden may be severely diminished by economic difficulties, high unemployment, declining living standards, and shortages in housing and land. Such problems are often compounded by continuing man-made disasters, or natural disasters such as drought, as well as the detrimental effects of population influxes on the environment and already scarce natural resources. Inevitably, there are tensions between international obligations and national responsibilities in such circumstances, with the result, in a number of States, that priority is accorded to nationals over all aliens, including refugees, in fields such as employment, education or housing." UNHCR, Implementation of the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees Implementation of the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, Un Doc. EC/SCP/54, 7 July 1989, para. 11.

بالنسبة لكوستاريكا<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، فإنه قد يحدث في بعض الحالات ألا يكون للحظر الذي تفرضه الدولة المضيفة على اللاجئين في العمل أية قيمة من الناحية العملية، وذلك في حالة عدم امتلاك الدولة لنظام إداري لتنظيم العمالة داخل الدولة، كما هو الحال بالنسبة لموريشيوس، حيث يمكن للاجئين أن يجدوا فرص عمل في الجهات غير الرسمية داخل الدولة بدون الحصول على تراخيص لمزاولة العمل. ولا ينفي ذلك أن بعض الدول النامية قد أقرت الحق في العمل للاجئين المتواجدين على إقليمها، مثال ذلك جنوب أفريقيا وباكستان وبعض دول غرب أفريقيا<sup>(٢)</sup>.

وفي ظل القيود التي تفرضها بعض الدول المضيفة على اللاجئين، فإنهم كثيراً ما يضطرون إلى قبول مهن بسيطة لا تتناسب مع مؤهلاتهم وقدراتهم مقابل أجور زهيدة، كما هو الوضع بالنسبة للاجئي بورما في تايلاند<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت الدول المتقدمة تفر للأشخاص الذين اكتسبوا وصف اللاجئ بالحق في العمل، إلا أن العديد من تلك الدول لا تفر الحق في العمل بالنسبة للاجئين الذين حصلوا فقط على حماية مؤقتة، وكذلك الحال بالنسبة لملتزمي اللجوء الذين لم يتم اتخاذ قرارات من الجهات المختصة بشأن طلبات لجوئهم<sup>(٤)</sup>.

ولا يعترضنا أدنى شك في أن إقرار حق اللاجئ في العمل داخل دولة الملجأ من شأنه أن يحقق مزايا اقتصادية واجتماعية وإنسانية ملموسة، سواء بالنسبة للاجئ أو للدولة

(١) يشترط في كوستاريكا ألا يزيد عدد الجانب العاملين في أي قطاع اقتصادي عن ١٠ في المائة، كما لا يجوز أن يحل اللاجئ محل مواطن كوستاريكي في العمل. راجع:

Tanya Basok, Keeping Heads Above Water: Salvadorian Refugees in Costa Rica, First Edition, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 61.

(٢) ومع ذلك يقول هاثاواي بأن الواقع ليس دائماً مطابقاً لتعهدات الدول، فلم يتم الاعتراف للاجئي موريشيوس في السنغال بالحق في العمل وظلوا يعيشون على المعونة الغذائية، بل إن لاجئي ليبيريا في ساحل العاج كانوا يفقدون حقهم في المعونة الغذائية، إذا ثبت مغادرتهم لمحل إقامتهم المحدد سعياً في البحث عن عمل. راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, op. cit., p. 731-2.

(٣) راجع:

Inge Brees, op. cit., p. 386, 390, 394.

(٤) راجع:

James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, op. cit., p. 734-7.

- فمن ناحية المزايا الاقتصادية، يمكن الاستفادة من اللاجئ في القيام بالأعمال والمهام التي يجيها داخل الدولة المضيفة، وهو أمر سوف يساعده في تغطية تكاليفه المعيشية، ويساهم كذلك في النهضة والتطور الاقتصادي داخل الدول. وعلى عكس ذلك، فإن حرمان وتقييد حرية اللاجئ في العمل يعني مزيداً من الأعباء على عاتق الدولة المضيفة في توفير احتياجاته، دون أن يكون له أي دور أو نتيجة إيجابية ملموسة تفيد المجتمع داخل الدولة المضيفة.
- ومن ناحية المزايا الاجتماعية، فإن إقرار حق اللاجئ في العمل يجعله قادراً على إدارة شؤون حياته الخاصة، طالماً أن لديه أجر ثابت واستقلال اقتصادي، وفرصة على التفاعل والاندماج مع مواطني الدولة المضيفة، كما يساعده على الخروج من حياة العزلة وعدم الأمان، ونسيان المآسي التي عانى منها في الماضي والتفكير في المستقبل والمساهمة بفعالية داخل المجتمع الجديد الذي انتقل إليه. وعلى عكس ذلك، فإن حرمان اللاجئ من العمل من شأنه أن يعمق الشعور بالعزلة لدية والخوف من المجتمع، الأمر الذي قد يترتب عليه في العديد من الحالات إصابة اللاجئ بالأمراض النفسية المستعصية<sup>(1)</sup>.
- ومن ناحية المزايا الإنسانية، فإن العمل يعد عنصراً أساسياً في الحفاظ على كرامة اللاجئ داخل الدولة المضيفة، ويساعده على تأمين كافة الاحتياجات الأساسية اللازمة لمعيشته من طعام وشراب ومأوى وتعليم ورعاية طبية ملائمة، خاصة في حالة إقامته الطويلة داخل دولة اللجوء نتيجة استمرارية الظروف التي دفعته إلى الفرار من دولته. وعليه، فإن حرمان اللاجئ من حقه في العمل من شأنه أن يضعه تحت وطأه العوذ والاحتياج في سبيل الحصول على مساعدات زهيدة لا تكفي احتياجاته الأساسية، الأمر الذي يترتب عليه الإخلال بالعديد من

(1) راجع بشأن تأثير البطالة على الصحة العقلية للإنسان:

Olivera Batic-Mujanovic, Samir Poric, Nurka Pranjic, Enisa Ramic, Esad Alibasic, and Enisa Karic, Influence of Unemployment on Mental Health of the Working Age Population, Mater Sociomed 29(2), June 2017, p. 92-96.

حقوقه الإنسانية المقررة بموجب المواثيق والاتفاقيات الدولية<sup>(١)</sup>.

### ثامناً: الحق في التعليم:

يعد التعليم ذات أهمية قصوى بالنسبة للاجئين؛ إذ يدرك الآباء أن تعليم أبنائهم وأنفسهم هو الوسيلة المثلى للتعايش في الملجأ وتحسين أوضاعهم والمحافظة على هويتهم وجلب السلام والاستقرار لأوطانهم<sup>(٢)</sup>، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن نصف عدد اللاجئين والنازحين والمشردين لأسباب مختلفة من القصر الذين تقل أعمارهم عن ثمانية عشرة عاماً<sup>(٣)</sup>. فعلاوة على أنه يعد أحد حقوق الإنسان الأساسية، فهو أيضاً وسيلة لضمان التمتع بحقوق الإنسان الأخرى؛ إذ لا جرم أن التعليم يساعد اللاجئين على التخلص من الفقر والمساهمة في بناء المجتمع، كما أنها تمنح النساء القدرة على مواجهة ظروف الحياة القاسية، وتحمي الأطفال من الاستغلال بكافة أشكاله غير المشروعة<sup>(٤)</sup>. كذلك فإن التعليم يساهم في سرعة اندماج واستقرار اللاجئين في المجتمعات الجديدة من خلال تعلم لغتهم وثقافتهم المختلفة التي تمكنهم من حسن التواصل وتنمية العلاقات الاجتماعية مع سكان دول الملجأ، كما أن التدريب وتنمية القدرات من شأنه أن يساعد اللاجئين على إيجاد فرص عمل ملائمة تكفل لهم حياة كريمة<sup>(٥)</sup>.

وجاء النص على الحق في التعليم في العديد من المواثيق الدولية المعنية بحقوق

<sup>(١)</sup> راجع:

U.C. Jha, op. cit., p. 196-8.

<sup>(٢)</sup> لذلك تقول المفوضية السامية للأمم المتحدة أن "التعليم يساعد الأطفال ليس فحسب على النجاة، وإنما أيضاً على الازدهار". راجع:

UNHCR, Missing Out: Refugee Education in Crisis, Report, September 2016, p. 4.

UNHCR, Refugee Children: Guidelines on Protection and Care, 1994, p. 31.

<sup>(٣)</sup> راجع:

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), Protecting the Right to Education for Refugees, Working Papers on Education Policy, UNESCO, 2017, p. 6.

<sup>(٤)</sup> راجع:

CESCR General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13), Adopted at the Twenty-first Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1999, UN Doc. E/C.12/1999/10, para. 1.

<sup>(٥)</sup> راجع:

Danièle Joly, Clive Nettleton and Hugh Poulton, Refugees: Asylum in Europe? Minority Rights Publications, 1992, p. 59.

الإنسان، حيث تم إقرار حق كافة الأشخاص في التعليم الابتدائي، مع إتاحة التعليم الثانوي والفني والمهني والعالي للجميع تبعاً لكفاءتهم، في المادة (٢٦) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة (١٣) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمادة (٢٨) من اتفاقية حقوق الطفل<sup>(١)</sup>، كما دعت المادة (١٠) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ إلى ضرورة اعتماد وتطبيق شروط وضوابط متساوية بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بإقرار التعليم في مراحل مختلفة<sup>(٢)</sup>، كما جاءت المادة (٢٢) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ لتفرض على الدول الأطراف ضرورة معاملة اللاجئين معاملة مماثلة لتلك التي تقرها لمواطنيها فيما يتعلق بالتعليم الابتدائي، على أن تعاملهم معاملة مماثلة للأجانب المقيمين على إقليمها فيما يتعلق بالتعليم غير الابتدائي. وأكدت الجمعية العامة على أهمية الحق في التعليم في حالات الطوارئ في قرارها رقم ٢٩٠/٦٤ لسنة ٢٠١٠<sup>(٣)</sup>، واعتبرته ضمن أهداف خطة التنمية المستدامة لعام ٢٠٣٠<sup>(٤)</sup>.

وبالرغم من الأهمية البارزة للتعليم بالنسبة للاجئين على نحو ما أسلفناه، فإن التقارير والإحصائيات الصادرة عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين تؤكد على أن قدرة اللاجئين في الحصول على التعليم محدودة، خاصة بالنسبة للفتيات وعند مستوى التعليم الثانوي والعالي؛ حيث يدخل المدارس الابتدائية ٦١ في المائة فقط من مجموع الأطفال اللاجئين في العالم<sup>(٥)</sup>، وتقل هذه النسبة إلى ٢٣ في المائة بالنسبة للتعليم الثانوي، وواحد في المائة فقط بالنسبة للتعليم العالي، وتواجه الفتيات صعوبة في دخول المدارس

(١) كما حرصت المادة (٢٣) على إقرار الحق في التعليم والتدريب للأطفال ذوي الإعاقة.

(٢) دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في ٣ سبتمبر ١٩٨١.

(٣) راجع: قرار الجمعية العامة رقم ٢٩٠/٦٤، الحق في التعليم في حالات الطوارئ، ٩ يولييه ٢٠١٠، وثيقة الأمم المتحدة رقم A/RES/64/290.

(٤) ينص الهدف (٤) من أهداف التنمية المستدامة على ما يلي:

"ضمان التعليم الجيد المنصف والشامل للجميع وتعزيز فرص التعلم مدى الحياة للجميع". انظر خطة التنمية المستدامة لعام ٢٠٣٠، المرجع السابق.

(٥) ومع ذلك فإن نسبة الأطفال اللاجئين الذين يحصلون على التعليم الابتدائي قد زادت من ٥٠ في المائة عام ٢٠١٥ إلى ٦١ في المائة عام ٢٠١٦. راجع:



المدارس مقارنة بالفتيان، ولا سيما في أفريقيا، حيث يتم قبول ٥ فتيات فقط مقابل كل ١٠ فتيان. وقد أصدرت المفوضية تقريراً في ١٢ سبتمبر ٢٠١٧ أبرزت بموجبه أزمة تعليم الأطفال اللاجئين، حيث أشارت إلى أن هناك "أكثر من ٣،٥ مليون طفل لاجئ تتراوح أعمارهم بين ٥ أعوام و ١٧ عاماً لم تتح لهم فرصة الالتحاق بالمدرسة في العام الدراسي الماضي"<sup>(١)</sup>.

علاوة على ذلك، فإن جودة التعليم متدنية للغاية، كما أن معدل أعداد التلاميذ بالنسبة لكل معلم مرتفعة جداً تصل إلى معلم لكل سبعين تلميذ، أضف إلى ذلك ضعف التدريب الذي يحصل عليه المعلمين، لذلك تشير بيانات المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين إلى أن مستوى إلمام ومعرفة الطلاب ضعيف للغاية، فلم يتمكن من الوصول إلى مستوى القراءة بطلاقة سوى ٦ في المائة من الطلاب الذين يصلون إلى المستوى الرابع من التعليم الابتدائي<sup>(٢)</sup>.

وفي الواقع، فإن عدم قدرة اللاجئين في الحصول على مستوى تعليم مناسب هو أمر متوقع بالنظر إلى أن مسؤولية الغالبية العظمى من اللاجئين تقع على عاتق الدول النامية التي قد لا يتوافر لديها في العديد من الحالات التمويل اللازم للوفاء باحتياجات مواطنيها من التعليم، ومن ثم فإن تلك الدول تفقر للموارد اللازمة لتوفير مستوى تعليمي ملائم للاجئين، سواء في إطار نظام التعليم الوطني أو من خلال إنشاء مؤسسات تعليمية مستقلة<sup>(٣)</sup>، فعلى سبيل المثال، كان من شأن نقص الموارد أن قررت حكومة كمبوديا

<sup>(١)</sup> بشأن تلك الإحصائيات والبيانات راجع تقرير المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين:

UNHCR, Left Behind: Refugee Education in Crisis, 12 September, 2017, p. 4-5, available at: <http://www.unhcr.org/left-behind/> (last visited on 31 December, 2017).

<sup>(٢)</sup> راجع:

Sarah Dryden-peterson, Refugee Education: A Global Review, UNHCR, Policy Development and Evaluation Service, November 2011, p. 6.

<sup>(٣)</sup> وقد أشارت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إلى أنه يوجد في الدول النامية ما يقدر بحوالي ١٣٠ مليون طفل في سن الدراسة ولا يستطيعون الحصول على التعليم الابتدائي، وثلاثي هذا العدد من الفتيات. راجع:

CESCR General Comments No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art. 14), Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 10 May 1999, UN Doc. E/1992/23, para. 3.

إعطاء الأولوية في التعليم لأطفالها على الأطفال اللاجئين الذين يعيشون في بنوم بنه<sup>(١)</sup>. وكان من شأنه النزاع الذي اندلع في سوريا منذ عام ٢٠١١ أن دفع أعداد هائلة من السوريين إلى النزوح خارج ديارهم بحثاً عن ملاذ آمن في دول أخرى، منها لبنان وتركيا والأردن ومصر<sup>(٢)</sup>، ونظراً لعدم توافر القدرات المالية والمؤسسية لتوفير تعليم ملائم للاجئين، لم يتمكن حوالي ٩٠٠ ألف طفل من اللاجئين السوريين من دخول المدارس، وذلك وفقاً للإحصائية التي أوردتها المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في يونيو ٢٠١٦<sup>(٣)</sup>.

كذلك قد تعتمد بعض الدول إلى حرمان اللاجئين من التعليم كوسيلة لإثراء اللاجئين عن التماس اللجوء داخل أقاليمها، أو لتشجيع اللاجئين على سرعة العودة إلى أوطانهم بالرغم من استمرارية المخاطر التي دفعتهم إلى اللجوء، فعلى سبيل المثال لم تخصص الحكومة التركية خلال فترة التسعينات أية مؤسسات تعليمية للاجئين الأكراد، كما حظرت إنشاء أية برامج تعليمية لحوالي ١٣ ألف طفل لاجئ<sup>(٤)</sup>، والأمر ذاته بالنسبة للحكومة التايلندية التي ترددت في اعتماد البرامج الدراسية للاجئين كمبوديا للحيلولة دون استمرارية معسكرات اللاجئين على أراضيها، وحتى لا تخلق بيئة ملائمة لجذب المزيد من اللاجئين<sup>(٥)</sup>.

وأكدت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين أن توفير مستوى تعليم ملائم وكافي للاجئين يتجاوز مواردها المادية ويستدعي مزيداً من التعاون والتضافر من جانب

(١) راجع:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op. cit., p. 734-7.

(٢) ويتعين الانتباه إلى أن مصر تحفظت على الفقرة الأولى من المادة (٢٢) التي تنص بمساواة اللاجئين بالمواطن فيما يتعلق بمجانبة التعليم، ومع ذلك فإن انضمام مصر إلى اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ جعلها ملزمة بمنح التعليم الأساسي لجميع الأطفال المقيمين على أراضيها.

(٣) وكانت نسبة حصول الأطفال السوريين على التعليم الابتدائي والمتوسط قد وصلت إلى ٩٤ في المائة عام ٢٠٠٩، وهبطت تلك النسبة إلى ٦٠ في المائة في يونيو ٢٠١٦. راجع:

UNHCR, *Missing Out: Refugee Education in Crisis*, op. cit., p. 11.

(٤) ذات المرجع، ذات المكان.

(٥) واجهت تايلاند بسبب النزاع في كمبوديا خلال الفترة من ١٩٨٤ إلى ١٩٨٥ نزوح جماعي لأعداد هائلة من لاجئي كمبوديا، وصلت إلى مائتي ألف لاجئ. راجع:

Peter Gyallay-pap, *Reclaiming a Shattered Past: Education for the Displaced Khmer in Thailand*, *Journal of Refugee Studies* 2(2), 1989, p. 265.

كافة الأطراف الفاعلة في المجتمع الدولي، لذلك وضعت المفوضية خطة بهدف تحقيق مستوى تعليمي فعال للاجئين، اشتملت على ما يلي:

- إدماج الأطفال اللاجئين في نظم التعليم الوطنية، وإيجاد التمويل اللازم لتغطية تكاليف التعليم، مع الحرص على عدم استبعاد الأطفال اللاجئين من التعليم بسبب نقص الموارد المالية<sup>(١)</sup>. لذلك كان من شأن الجهود الدولية والتدابير التي اتخذتها الدول المضيفة للاجئين السوريين أن ساهمت، بحلول عام ٢٠١٧، في توفير فرص تعليم ملائمة للأطفال اللاجئين، مما ساهم في تقليل أعداد الأطفال اللاجئين الذين لم يتمكنوا من دخول المدارس في السنوات السابقة<sup>(٢)</sup>.
- توفير التعليم في المراحل التالية على الدراسة الابتدائية لجميع اللاجئين حتى نهاية المرحلة الثانوية، مع إيلاء الاهتمام الواجب بشأن تعليم الفتيات والفئات المهمشة، فضلاً عن توفير فرص إضافية للتعليم العالي، سواء من خلال المنح الدراسية أو البرامج القائمة على المواقع الإلكترونية أو التي تستخدم نظام التعليم عن بعد.
- توفير تدريب ملائم للمعلمين لتنمية قدراتهم في علم أصول التدريس، لتقديم مستوى تعليمي ملائم للتلاميذ.
- وضع معايير جديدة للتعليم لقياس مخرجات التعلم.
- إقرار العلاقة بين النزاعات والتعليم في جميع سياسات وخطط التعليم، مع التشديد على أهمية التعليم من أجل الاستقرار السياسي وإعداد القادة، سواء في الدول المضيفة أو عند العودة إلى الوطن، وإحلال السلام بوصفه عنصراً أساسياً من عناصر تعليم اللاجئين؛
- دعم الموارد البشرية والمالية المتزايدة في مجال التعليم، بما في ذلك تعيين

(١) تسعى الحكومة الأوغندية نحو إدماج الأطفال اللاجئين ضمن النظام الوطني للتعليم بالتعاون مع المنظمات المعنية، ومع ذلك فهي لازالت في احتياج إلى مزيد من الدعم من أجل استيعاب عدد أكبر من الأطفال اللاجئين وتوفير تعليم ملائم لهم. راجع: UNHCR, Left Behind: Refugee Education in Crisis, op. cit., p. 44-46, 53.

(٢) ذات المرجع، ص ٩.

## مستشارين إقليميين في مجال التعليم<sup>(١)</sup>.

وتعمل المفوضية السامية بالتعاون مع العديد من الهيئات والمنظمات الحكومية وغير الحكومية، وفي مقدمتها منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) من أجل إيجاد حلول فعالة بهدف حصول الأطفال اللاجئين على تعليم فعال<sup>(٢)</sup>.

### تاسعاً: حرية الدين والعقيدة:

يعد الحق في حرية الدين والعقيدة من حقوق الإنسان الأساسية المقررة بموجب المواثيق الدولية لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>، حيث جاء إقرار هذا الحق في المادة (١٨) الواردة في كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(٤)</sup>،

(١) راجع:

Sarah Dryden-peterson, op. cit., p. 7.

(٢) راجع:

UNHCR, Left Behind: Refugee Education in Crisis, op. cit., p. 12.

(٣) ما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية الغراء قد أكدت على حرية الدين والعقيدة، فيقول الله تعالى: {لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لِأَنَّ الْإِنصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} [البقرة: ٢٥٦]، {وَقُلِ الْحَقُّ مِن رَّبِّكُمْ فَمَن شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَن شَاءَ فَلْيُكْفِرْ} [الكهف: ٢٩]. ومما يؤكد عظمة القرآن الكريم أنه أيد بقاء الناس على دينهم ويكون الفصل لله سبحانه وتعالى يوم القيام، فيقول تعالى: {هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ فَمِنْكُمْ كَافِرٌ وَمِنْكُمْ مُّؤْمِنٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ} [التغابن: ٢].

ومن الأمثلة الشهيرة على عدم جواز الإكراه على الدخول في الإسلام:

المثال الأول: أن موسى بن ميمون اليهودي كان قد أكره على الإسلام في الأندلس فأظهره وأسر اليهودية. ولكنه هرب إلى مدينة القسطنطينية بمصر وأظهر دينه بين يهودها وارتزق بالتجارة. وقد جاءه من الأندلس فقيه يعرف بابي العرب "حافقه" على إسلامه ورام إداه، فمنعه القاضي الفاضل وقال له: رجل يكره لا يصح إسلامه شرعاً". راجع: غريغوريوس أبي الفرج بن أهرن الطبيب الملطي المعروف بابن العبري، تاريخ مختصر الدول، وقف على تصحيحه وفهرسته الأب أنطون صالحاني اليسوعي، دار الرائد اللبناني، الطبعة الثانية، ١٩٩٤، ص ٤١٧-٤١٨.

المثال الثاني: ما جاء في رسالة المأمون إلى قسطنطين ملك الروم: "وكتاب أمير المؤمنين ننذره بين يدي جنوده، ومقدمه إن شاء الله من جيوشه، إلا أن تؤدوا الجزية عن التي دعاك أمير المؤمنين إليها، وهداك ومن قبلك عليها، ورحمة للضعفاء الذين لا ترحمهم، وتوجعا للمساكين مما لا ترجع منه لهم من الجلاء والسياء والقتل والأسر والقهر، وقساوة من قلوبكم، وأثرة لأنفسكم، واعتصاماً بخواصكم، وإجلاء لعوامكم الضعفاء الفقراء المساكين الذين لا تمنعونهم بقوة، ولا تدفعون عنهم بحيلة، ولا تراقبون فيالرحمة لهم والتعطف عليهم، أدب المسيح إياكم، وقوله في الكتاب لكم: "طوبى للذين يرحمون الناس؛ فإن أولئك أصفياء الله." وأيم الله لو يعلم من قبلك من المساكين والزرايع والفقراء والضعفاء والعملة بأيديهم، ما لهم عند أمير المؤمنين لتحذروا إليه وأقبلوا عليه، من إيوانهم، وإنزالهم الأرض الواسعة، وإمكانهم من مسائل المياه الساتحة، والعدل عليهم بما لا تبلغه أنت ولا تقاربه. رفقاً بهم ونظراً لهم وإحساناً إليهم، مع تخليته إياهم وأديانهم، لا يكرههم على خلافها ولا يجبرهم على غيرها، لاختاروا أقرب أمير المؤمنين على قريته، وجواره على جوارك". راجع: أحمد فريد رفاعي، عصر المأمون، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، ٢٠١٣، ص ٦٧٢-٦٧٣.

راجع أيضاً فيما يتعلق بالأمثلة العملية على إقرار واحترام المسلمين لحرية الدين والعقيدة أساتذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ١٥٩-١٦٠.

(٤) جاءت الفقرة الأولى من المادة (١٨) للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية مماثلة لصيغة المادة (١٨) الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. ونصت المادة (١٨) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على ما يلي: "١. لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حريته في تغيير دينه ومعتقده، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة

والمادة ١٣ (٣) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>(١)</sup>، كما فرضت المادة (٤) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ التزاماً عاماً على عاتق أطرافها بمنح معاملة مماثلة لتلك التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحرية ممارسة اللاجئين لشعائهم الدينية، فضلاً عن حرية توفير التربية الدينية لأولادهم<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن المادة ١٨ (٣) من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية قد فرضت قيوداً على ممارسة حرية الدين والعقيدة، إذا كانت تلك القيود يفرضها القانون أو تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية. وأكدت لجنة حقوق الإنسان بأن تلك القيود يتعين تطبيقها لتحقيق غاية قانونية مشروعة فحسب، ومن ثم لا يجوز اتخاذها وسيلة للتمييز بين الأفراد على أساس ديني، حتى لو كانت تلقى قبول الأغلبية داخل المجتمع. لذلك فإن القيود الدينية المشروعة تتمثل في منع الأنشطة المجرمة مثل القتل الشعائري، والممارسات الدينية التي تتسبب في أضرار خطيرة للأطفال، أو تجريم الدعوة إلى الكراهية التي تتم تحت شعار ديني<sup>(٣)</sup>.

الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملاء أو على حدة. ٢. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره. ٣. لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية. ٤. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة".

<sup>(١)</sup> نصت المادة ١٣ (٣) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أن: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في اختيار مدارس لأولادهم غير المدارس الحكومية، شريطة تقييد المدارس المختارة بمعايير التعليم الدنيا التي قد تفرضها أو تقرها الدولة، ويتمين تربية أولئك الأولاد دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة".<sup>(٢)</sup> ولا يجوز لأية دولة بموجب نص المادة (٤٢) من اتفاقية اللاجئين أن تبدي أية تحفظات على المادة (٤) عند توقيعها أو تصديقها أو انضمامها للاتفاقية.

ومع ذلك، كان نص المادة (٤) محل اعتراض من ممثلي الكرسي الرسولي (بابا الفاتيكان) استناداً إلى أن منح اللاجئين معاملة مماثلة لتلك التي تمنحها الدولة لمواطنيها من المحتمل أن ينتج عنه في بعض الحالات تقييد حرية اللاجئين في ممارسة شعائهم الدينية، وذلك إذا كانت الدولة تفرض بشكل عام على مواطنيها قيوداً بشأن ممارسة الشعائر الدينية. انظر:

Statement of Monsignor Comte of the Holy See, UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, UN Doc. A/CONF.2/SR.33, 24 July 1951, p. 7-8.

<sup>(٣)</sup> راجع:

UNHCR, Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/GIP/04/06, 28 April 2004, para. 15.

ويمكن أن تترد القيود على حرية اللاجئيين في ممارسة شعائهم الدينية في حالتين رئيسيتين:

الأولى: اختلاف الدين الذي يعتنقه اللاجئيين عن الدين السائد داخل دولة اللجوء، حيث قد يتعرضون لمحاولات وضغوط لتغيير دينهم، أو قد يتم القبض عليهم ومحاكمتهم بتهمة الكفر، نظراً لاتباعهم تعاليم وأفكار مختلفة للدين ذاته، وعلى وجه الخصوص في الدول التي تتأثر بالحكم الديني<sup>(١)</sup>.

الثانية: وجود أقلية دينية داخل معسكر اللاجئيين في ظل وجود أغلبية تتبع تعاليم دينية متشددة على نحو يحظر على الأقلية مباشرة شعائرها الدينية<sup>(٢)</sup>.

وبناء على ذلك، فإنه لا يمكن إنكار أهمية إقرار حق اللاجئيين في حرية الاعتقاد وممارسة شعائهم الدينية، ذلك لأن الدين يعد بمثابة الغذاء الروحي للاجئيين الذي يدفعهم إلى التمييز بين الخطأ والصواب، وهو الضابط النفسي والذهني الذي يلهمهم الصبر على الآلام والمآسي التي عانوا منها في الماضي، ويعزز من قدرتهم على العمل والتقدم نحو المستقبل. ويؤكد أهمية حرية الدين بالنسبة للاجئ أن الاضطهاد لأسباب دينية يعد ضمن الأسباب الرئيسية لقبول طلب اللجوء، وفقاً لاتفاقية للاجئيين لعام ١٩٥١، وهو يشمل ليس فحسب التعرض للعقوبات البدنية أو السالبة للحرية، وإنما أيضاً أية قيود من شأنها الحيلولة دون ممارسة الشخص لشعائره الدينية بحرية<sup>(٣)</sup>. إذن، فإنه من غير المستساغ قانوناً أن يتعرض اللاجئ في دولة الملجأ لقيود على حقه في حرية الدين والعقيدة على نحو يمكن توصيفه بأنها اضطهاد ديني، بعد أن يكون هذا اللاجئ قد فر من دولته بسبب تعرضه للاضطهاد، أو لأي أضرار أخرى ناشئة عن النزاعات المسلحة أو الكوارث البيئية، إذ يمكن في رأينا وصف هذا اللاجئ بأنه قد تعرض لاضطهاد مزدوج؛

(١) ذات المرجع، الفقرة ٢٠.

(٢) راجع:

James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, op. cit., p. 560-561.

(٣) راجع:

UNHCR, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, p. 3-4.

اضطهاد داخل دولته، ثم اضطهاد داخل الدولة المضيفة.

### عاشراً: حرية التنقل:

كثيراً ما تفرض الدولة المضيفة قيوداً على حرية التنقل عندما تواجه تدفق جماعي للاجئين، وذلك كتدبير وقائي خشية أن يمثل بعض الأشخاص تهديداً على أمنها أو سلامتها، نظراً لعدم التحقق من هويتهم أو لعدم تقديمهم للبيانات والوثائق الضرورية لبدء إجراءات نظر طلبات اللجوء. ومع ذلك، تفرض دول أخرى قيوداً على حرية اللاجئين في التنقل حتى بعد الموافقة على طلبات لجوئهم داخل الدولة، حتى لا يتسبب تنقلهم وتحركهم داخل الدولة في إثارة غضب وضيق سكانها.

وتفرض الدول تلك القيود على اللاجئين إما بشكل مباشر، من خلال منعهم من مغادرة المعسكرات وفرض عقوبات جزائية على من يحاول الخروج منها، أو بشكل غير مباشر، من خلال تهديدهم بمنع المعونات والمساعدات الإنسانية حال ثبوت خروجهم من المعسكر المخصص لهم<sup>(١)</sup>. وبالرغم من تلك القيود التي تفرضها بعض الدول على تنقل اللاجئين، إلا أن تطبيقها يبدو عسيراً من الناحية العملية، حيث يعتمد العديد من اللاجئين الخروج من معسكراتهم والتنقل داخل الدولة المضيفة، بغض النظر عن العقوبات التي يمكن أن تفرض عليهم، فهم يفضلون المخاطرة في مخالفة القواعد والقوانين المفروضة عليهم، سعياً في البحث عن فرص عمل ومعيشة أفضل، بدلاً من المكوث في حالة ثبات داخل معسكرات اللجوء في انتظار مساعدات زهيدة<sup>(٢)</sup>.

(١) فعلى سبيل المثال، قامت كينيا بحبس اللاجئين الذين ضبطتهم في المناطق الحضرية داخل الدولة بتهمة عدم تسجيل وجودهم في تلك المناطق، بالرغم من عدم وجود جهات رسمية للتسجيل داخل الدولة، كذلك رفضت الهند السماح لأسر اللاجئين بأن يجتمعوا بعضهم في مكان واحد، مهددة بقطع المساعدة المقررة لهم والتي تقدر بثلاثة دولارات شهرياً في حالة تركهم للمعسكرات المخصصة لهم. راجع:

James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, op. cit., p. 695-7.

(٢) ويذهب رأي إلى أن الدول عندما تفرض قيوداً على حرية اللاجئين في التنقل فإنها تحرمهم من أية خيارات في تطوير سبل حياتهم، لذلك لا يجدون أمامهم سوى المخاطرة ومخالفة القوانين من أجل البحث عن فرص أفضل، ويقول هذا الرأي تأكيداً لذلك: "Many African refugees are, in a very real sense, conscientious objectors to the wishes of host governments and international humanitarian institutions. When they become refugees, they face two dramatically different practical alternatives: living in organized settlements or camps, or pursuing what has come to be known as settling spontaneously. In legal terms, however, the local government usually gives them no alternative because virtually all refugees are ordered to live in camps or settlements. Yet almost from the

ومع ذلك، فإن بعض الدول المتقدمة تفرض قيوداً أقل تشدداً على اللاجئين استناداً إلى اعتبارات النظام العام أو الأمن العام، فعلى سبيل المثال، تسمح إسبانيا والسويد للاجئين بحرية اختيار محل إقامتهم، فضلاً عن حرية التنقل شريطة أن يتم إخطار السلطات المختصة بأية تغييرات بشأن محل الإقامة، وتحفز هولندا اللاجئين بالإقامة في مراكز استقبال خاصة من خلال منحهم دعم على الدخل، وتخصيص فصول لتعليم اللغة، ومساعدتهم في الحصول على عمل ملائم خارج مراكز الاستقبال<sup>(١)</sup>.

ولا جرم أن الحق في التنقل يعد من حقوق الإنسان الأساسية التي تم إقرارها في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وتحديداً: المادة (١٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي نصت على أن "لكل فرد حق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة"، والمادة (١٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي نصت على أن:

١. لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته.
٢. لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده.
٣. لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحريةهم، وتكون متناسبة مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد.

---

outset, the reality of refugee lives confounds common perceptions of them as passive, compliant victims of violence. Given a chance, refugees turn entrepreneurial, violating camp regulations along the way. They are risk-takers who prefer to conceal illegal activities rather than constrict their lives inside camp or settlement enclosures." Marc Sommers, Young, Male and Pentecostal: Urban Refugees in Dar es Salam, Tanzania, *Journal of Refugee Studies*, 14(4), 2001, p. 348.

(١) وتقرر بعض الدول الأوروبية قيوداً أكثر صرامة، ففي النمسا، على سبيل المثال، يترتب على ترك اللاجئ لمحل إقامته المحدد له لفترة تزيد عن ثلاثة أيام بدون الحصول على إذن من السلطات المختصة إلى فقدان أفضيته في المساعدات القدرالية.  
راجع:

James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, op. cit., p. 702-703.



٤. لا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من حق الدخول إلى بلده.

وأقرت المادة (٢٦) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ صراحةً حق اللاجئين في حرية التنقل، حيث تطلبت من الدول الأطراف أن تمنح اللاجئين المقيمين على أراضيها الحرية في اختيار محل إقامتهم داخل أراضيها، على أن يلتزم اللاجئين بكافة القواعد والأنظمة التي تطبق على الأجانب داخل الدولة.

وبشكل عام، فإن وضع قيود صارمة على حرية اللاجئين في التنقل يعد انتهاكاً واضحاً لأحد حقوقهم الإنسانية الأساسية، فهو بمثابة عقوبة سالبة للحرية بدون ذنب اقترفوه<sup>(١)</sup>، بل إن تلك القيود التي تفرضها بعض الدول قد تعود بنتائج سلبية فادحة، ولن تحقق إلا نتائج إيجابية محدودة، فإذا كانت الدولة التي تفرض تلك القيود تهدف إلى المحافظة على نظامها وأمنها العام، فإن تلك القيود يمكن أن تدفع اللاجئين إلى الهرب خارج معسكرات اللاجئين بحثاً عن الحرية وحياة أفضل، مما يحتمل تعرضهم في العديد من الحالات للانغماس في الجرائم المنظمة مثل الإتجار بالبشر والمخدرات، أو غيرها من الأعمال الإجرامية الخطيرة التي يكون لها آثارها الضارة على الدولة. وعليه، فإن إقرار حق اللاجئين في حرية التنقل داخل دولة اللجوء، في إطار القواعد والأنظمة المقررة، من شأنه أن يحقق نتائج إيجابية، سواء بالنسبة للاجئين أو دولة اللجوء.

### المطلب الثالث

#### التزامات اللاجئين

إذا كان هناك مجموعة من الحقوق يتمتع بها اللاجئون بموجب قواعد وأحكام القانون الدولي المنظمة لشؤون اللاجئين، فإنه لا شك يقابل التمتع بهذه الحقوق مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق اللاجئين. ويلاحظ أن الكتابات التي اهتمت بدراسة موضوع اللاجئين قد اهتمت بشكل أساسي بحقوقهم دون الاهتمام بشكل واضح

(١) وإذا كانت بعض الدول تعد إلى تقييد حرية اللاجئين في التنقل استناداً إلى تدابير الحجز الإداري، فإن البعض الآخر قد يتخذ تدابير الحجز الجنائي استناداً إلى الدخول غير المشروع للاجئين إلى أراضيها، وفي كلتا الحالتين فإن تلك التدابير تعد خروجاً على القواعد الدولية. راجع:

بالتزاماتهم. ويرجع السبب في ذلك-في رأينا-إلى أن اللاجئين هو الطرف الضعيف في العلاقة مع الدولة المضيفة. ومع ذلك، فإنه يتعين أن يكون اللاجئين عالماً وملمأً بنطاق ومدى الالتزامات التي تقع على عاتقه حتى يستمر في التمتع بحقوقه داخل دولة الملجأ. ويمكن القول، بشكل عام، إن الالتزامات التي تقع على عاتق اللاجئين تتمثل في الالتزام بالقوانين واللوائح والنظام العام داخل الدولة المضيفة، عدم ارتكاب الجرائم الخطيرة، والمساهمة الفعالة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وسوف نوضح تلك الالتزامات بمزيد من التفصيل على النحو التالي:

#### أولاً: الالتزام بالقوانين واللوائح والنظام العام داخل الدولة المضيفة:

لا شك أن هناك التزام عام، يقع على عاتق كل فرد يقيم داخل إقليم أية دولة، باحترام قوانينها ولوائحها ونظامها العام، وألا يضطلع بأي عمل أو يتخذ أي موقف من شأنه زعزعة الأمن والاستقرار داخل تلك الدولة. وعليه، فإن هذا الأمر ينطبق من باب أولى على اللاجئين الذي يتم قبوله داخل الدولة التي منحتة الحماية ضد ما يتعرض له من أضرار أو مخاطر جسيمة داخل دولته الأصلية.

وبمراجعة اتفاقية جنيف بشأن الوضع الخاص للاجئين لعام ١٩٥١، باعتبارها تتضمن القواعد الدولية العامة المنظمة لشؤون اللاجئين، نجدها قد نصت في مادتها الثانية على أنه يتعين "على كل لاجئ إزاء البلد الذي يوجد فيه واجبات تفرض عليه، خصوصاً، أن ينصاع لقوانينه وأنظمتها، وأن يتقيد بالتدابير المتخذة فيه للمحافظة على النظام العام". وأشارت اللجنة المعنية بشؤون عديمي الجنسية والمشاكل المرتبطة بها تعليقاً على هذا النص بأنه أمر بدهي، استناداً إلى أن اللاجئين يخضعون للقوانين الوطنية، كما هو الحال بالنسبة للمواطنين وغير المواطنين، ومع ذلك، أكدت اللجنة أن إضافة نص صريح بشأن التزام اللاجئين باحترام قوانين الدولة المضيفة والمحافظة على نظامها العام، يعد أمراً مطلوباً، لإضفاء نوع من التوازن على الاتفاقية<sup>(١)</sup>.

(١) وقالت اللجنة أنه كان من الممكن إغفال هذا النص كلية دون أن يؤثر ذلك من الناحية القانونية على التزام اللاجئين بضرورة احترام القوانين الوطنية لدولة الملجأ. راجع:

وكان الوفد الفرنسي قد تقدم باقتراح أثناء مناقشات المادة (٢) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ لإضافة بند يقضي باحتفاظ الدول بحقها في تقييد أو حرمان اللاجئين من ممارسة الأنشطة السياسية، حيث رأى الوفد الفرنسي أن تقييد وحرمان اللاجئين من ممارسة الأنشطة السياسية أفضل من اتخاذ قرارات بإبعادهم بسبب أنشطتهم السياسية الضارة داخل الدولة المضيفة، ولكن هذا الاقتراح قد تم رفضه في الصيغة النهائية للاتفاقية، استناداً إلى تعارضه الواضح مع الالتزامات الدولية التي تقرر حق الإنسان في حرية الرأي والتعبير، كما أنه ينطوي على تمييز واضح تجاه اللاجئين، فضلاً على أنه يظل لكل دولة الحق في وضع القيود التي تراها، وفقاً لأنظمتها وقوانينها الداخلية، بما يحافظ على أمنها ونظامها العام<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ قد فرضت على اللاجئين احترام الأنظمة والقوانين والتدابير المتخذة للمحافظة على النظام العام داخل الدولة المضيفة، فإن المادة (٣) من الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩ قد ذهبت إلى أبعد من ذلك، فعلاوة على الالتزامات المقررة في المادة (٢) من اتفاقية اللاجئين، فرضت الاتفاقية الإفريقية التزاماً على عاتق اللاجئين بالامتناع عن ممارسة أية أنشطة تخريبية ضد أية دولة عضو بمنظمة الوحدة الإفريقية، وكذلك الامتناع عن مهاجمة أية دولة عضو بمنظمة الوحدة الإفريقية بأي نشاط من المحتمل أن يسبب التوتر بين الدول الأعضاء وخاصة استخدام الأسلحة أو عن طريق الصحافة أو الإذاعة<sup>(٢)</sup>. والهدف من هذا الالتزام هو منع اللاجئين من القيام بأنشطة تؤدي إلى توتر العلاقة مع جيرانها، سواء تم ذلك باستخدام القوة المسلحة أو من خلال استخدام وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة. ومع ذلك، كان يتعين على الاتفاقية الإفريقية أن تفرض التزاماً

---

Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the eleventh Meeting Held at Lake Success, New York, January 1950, UN doc. E/AC.32/SR.11, p. 10.

(١) راجع:

Andres B. Johnsson, The Duties of Refugees, International Journal of Refugees Law 3(3), July 1991, p. 579-580.

(٢) انظر: المادة (٣) من الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، المرجع السابق.

عاماً على عاتق اللاجئين بعدم استخدام القوة المسلحة، أو وسائل الإعلام في الهجوم على أية دولة أخرى، وليس فحسب الدول الأعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية، وذلك حفاظاً على السلم والأمن الدوليين، بما يتفق مع أهداف وأغراض الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>. ويؤكد هذا الأمر أن إعلان الملجأ الإقليمي لعام ١٩٦٧ قد تطلب صراحة من الدول عدم السماح للاجئين بالقيام بأنشطة تتعارض مع أهداف وأغراض الأمم المتحدة<sup>(٢)</sup>.

كذلك فرضت الاتفاقية العربية لعام ١٩٩٤- والتي لم تدخل بعد حيز النفاذ- التزاماً على عاتق اللاجئين باحترام قوانين وأنظمة الدولة المضيفة والامتنال لأحكامها، والامتناع عن القيام بأي نشاط تخريبي ضد أية دولة بما في ذلك دولته الأصلية، كما فرضت قيوداً على ممارسته لحرية الرأي والتعبير، إذا كان من شأنه مهاجمة أية دولة بما في ذلك دولته الأصلية على نحو ما يمكن أن يخلق توتراً بين الدولة المضيفة وغيرها من الدول<sup>(٣)</sup>. وهذا النص بالتأكيد أفضل من نص المادة (٣) الوارد في الاتفاقية الإفريقية، حيث لم يقصر التزام اللاجئين على دول معينة، كما هو الحال في الاتفاقية الإفريقية التي قصرتها على الدول الأعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية.

ويلاحظ أن الاتفاقيات السابقة لم تقرر صراحة الجزاء المترتب على مخالفة اللاجئين لالتزامه باحترام قوانين وأنظمة الدولة المضيفة، فهي لم توضح فيما إذا كان سيترتب على عدم الالتزام فقدانه لوصف اللاجئين، أم عدم تمتعه ببعض الحقوق المقررة له بموجب اتفاقية اللاجئين، أم مجرد توقيع العقوبات المقررة بموجب القوانين الوطنية<sup>(٤)</sup>. ونرى أنه يتعين التفرقة بين حالتين:

الأولى: إذا كانت مخالفة اللاجئين للأنظمة والقوانين الوطنية لا تتسم بدرجة عالية من الخطورة، فإن الدولة المضيفة سوف توقع على اللاجئين العقوبات المقررة بموجب قوانينها

(١) وكانت المادة (٢) من اتفاقية هافانا بشأن الملجأ لعام ١٩٢٨ قد فرضت التزاماً على عاتق اللاجئين بعدم القيام بأعمال تتعارض مع السلم العام. كذلك نصت المادة (١١) من اتفاقية مونتفيدو بشأن اللجوء والملجأ السياسي لعام ١٩٣٩ على التزام الدول بمنع اللاجئين من ارتكاب أعمال على أراضيها من شأنها أن تعرض السلم العام للدول التي قدموا منها للخطر.

(٢) انظر: المادة (٤) من إعلان الملجأ الإقليمي، المرجع السابق.

(٣) انظر: المواد ١٣-١٤ من الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية لعام ١٩٩٤، المرجع السابق.

(٤) راجع:

الوطنية، كما هو الحال بالنسبة للمواطنين والأجانب داخل الدولة.

الثانية: إذا كانت مخالفة اللاجئ للأنظمة والقوانين الوطنية تتسم بدرجة عالية من الخطورة على نحو يهدد الأمن الوطني والنظام العام داخل الدولة، فإن الدولة المضيفة أن تتخذ ما تراه ملائماً من تدابير لحماية نظامها وأمنها العام، بما في ذلك طرده خارج إقليمها، مع ضرورة مراعاة الضوابط القانونية التي تضمن عدم تعرض حياته أو حريته أو سلامته للخطر<sup>(١)</sup>.

وتتطبق تلك الالتزامات على كافة اللاجئين بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى لجوئهم، وبالتالي فإنه في حالة إقرار نظام قانوني يعترف بوصف اللاجئين للنازحين خارج حدودهم الوطنية بسبب الكوارث البيئية، فإنه يتعين عليهم أيضاً التقيد بتلك الالتزامات.

#### ثانياً: الالتزام بعدم ارتكاب الجرائم الخطيرة:

لا شك أن ارتكاب اللاجئ لمخالفة أو جريمة أيا كانت خطورتها داخل إقليم الدولة المضيفة سوف يعرضه للعقوبات المقررة بموجب قوانينها الوطنية، ومع ذلك يبرز الفارق بين المخالفات والجرائم البسيطة من ناحية، والجرائم الخطيرة من ناحية أخرى، حيث إن ارتكاب اللاجئ للمخالفات والجرائم البسيطة لن يؤدي إلى إسقاط وصف اللاجئ عنه واتخاذ الدولة المضيفة قراراً بطرده خارج إقليمها بعد قضائه للعقوبة المقررة، وعلى العكس يكون من شأن ارتكاب اللاجئ للجرائم التي تشكل خطراً على المجتمع، أن تقرر الدولة المضيفة إسقاط وصف اللاجئ عنه، واتخاذ قراراً بطرده، بعد مراعاة الضوابط التي يقتضيها مبدأ عدم الرد.

والتزام اللاجئ بعدم ارتكاب الجرائم الخطيرة لا يقتصر فقط على إقليم الدولة المضيفة، وإنما أيضاً إقليم أية دولة أخرى بما في ذلك دولته الأصلية. ومفاد ذلك أنه حتى في الحالات التي لا يثبت للدولة المضيفة الاختصاص بمحاكمة اللاجئ، فلها أن تتخذ قراراً بحرمانه من وصف اللاجئ وطرده خارج إقليمها.

(١) انظر: المادتين (٣٢) و(٣٣) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، المرجع السابق. راجع أيضاً ما سبق توضيحه بخصوص مبدأ عدم الرد.

وبمراجعة المواثيق والاتفاقيات الدولية المعنية بشؤون اللاجئين، نجد أن مفهوم الجرائم الخطيرة يشمل ما يلي<sup>(١)</sup>:

١. الجرائم ضد السلام والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، وذلك وفقاً لمفهومها الوارد في المواثيق والاتفاقيات الدولية. ويمكن أن يضاف إليها أيضاً جرائم العدوان وجرائم الإبادة الجماعية، على الرغم من عدم ذكرها صراحة في المواثيق والاتفاقيات الدولية المعنية بشؤون اللاجئين.

٢. الجرائم العامة الخطيرة غير السياسية التي يرتكبها اللاجئ خارج الدولة المضيفة. ويتعذر في الواقع وضع تعريف محدد للمقصود بالجرائم العامة الخطيرة غير السياسية، نظراً لاختلاف الأنظمة القانونية في تحديدها للجرائم الخطيرة، ومع ذلك يتعين تفسير الجرائم الخطيرة بأنها تشمل تلك الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبات جسيمة، مثل الإعدام أو السجن المشدد، مع استبعاد الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبات بسيطة<sup>(٢)</sup>.

٣. الأفعال التي تتنافى مع أهداف ومبادئ الأمم المتحدة. ويمكن القول إن كافة الأفعال التي تؤدي إلى تهديد السلم والأمن الدوليين وتوتر العلاقات بين الدول، تعد ضمن الأفعال التي تتنافى مع أهداف ومبادئ الأمم المتحدة، فعلى سبيل المثال، قيام اللاجئ باستخدام القوة المسلحة لشن هجمات على دولته الأصلية أو أية دولة أخرى يعد من الأفعال التي تتنافى مع أهداف ومبادئ الأمم المتحدة<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الملاحظة إلى أن اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، لم تفرض صراحة التزاماً على عاتق اللاجئ بعدم ارتكاب الجرائم السابقة للتمتع بوصف اللاجئ، وإنما ذكرت تلك الجرائم باعتبارها سبباً لاستبعاد اللاجئ من الحماية الدولية المقررة بموجب الاتفاقية.

(١) انظر: المادة (و) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، والمادة (١)(٤)(هـ) و(٥) من الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، والمادة (٢) من الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية. ويلاحظ أن الاتفاقية العربية قد اعتبرت أن ارتكاب اللاجئ لجريمة إرهابية سبباً لاستبعاده من التمتع بالحقوق المقررة بموجب الاتفاقية.

(٢) راجع: دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، المرجع السابق، البند ١٥٥، ص ٤٨.

(٣) وأشارت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ إلى أن عبارة "الأعمال المخالفة لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة" قد تم صياغتها بعبارات عامة جداً، وهي تشمل الجرائم ضد السلام وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وأن تطبيقها يفترض أن شخصاً قد تقلد مركز سلطة داخل دولته وساهم في ارتكاب أفعال تخالف تلك الأهداف والمبادئ. ذات المرجع، ص ٥٠.

ومع ذلك، فإن ارتكاب اللاجئ لأي من تلك الجرائم على نحو يهدد الأمن والنظام العام داخل الدولة المضيفة سوف يكون سبباً لطرده خارج إقليم الدولة، وفقاً لنص المادة ٣٣(٢) من الاتفاقية.

وبالنسبة للاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، نجدها قد اعتبرت ارتكاب اللاجئ لجريمة غير سياسية خطيرة خارج الدولة المضيفة بعد قبوله بها كلاجئ<sup>(١)</sup>، يعد سبباً لانقطاع تطبيق الاتفاقية عليه، بينما اعتبرت أن ارتكاب اللاجئ لجريمة ضد السلام، أو جريمة حرب، أو جريمة ضد الإنسانية، أو ارتكابه لجريمة خطيرة غير سياسية خارج الدولة المضيفة قبل قبوله بها كلاجئ، أو إذا تمت إدانته بارتكاب أفعال تخالف أهداف ومبادئ منظمة الوحدة الإفريقية، أو أهداف ومبادئ الأمم المتحدة، يعد سبباً لاستبعاده من تطبيق الاتفاقية.

وإذا كانت الاتفاقية الإفريقية قد قصرت انقطاع تطبيق الاتفاقية على حالة الشخص الذي يرتكب جريمة غير سياسية خطيرة خارج الدولة المضيفة بعد قبوله بها كلاجئ، بينما اعتبرت ارتكابه للجرائم الدولية الأخرى سبباً لعدم تطبيق الاتفاقية عليه، إذا كان قد ارتكبها قبل قبوله كلاجئ في الدولة المضيفة، فإن ذلك لا يعني أنه لا يمكن للدولة المضيفة أن تسقط عنه وصف اللاجئ ومن ثم طرده خارج إقليمها، إذا قدرت أن ارتكابه لتلك الجرائم من شأنه أن يخل بالأمن والنظام العام داخل مجتمعها.

وإذا كان الالتزام بعدم ارتكاب الجرائم الخطيرة مقررأ على عاتق اللاجئين المعترف بهم بموجب الاتفاقيات الدولية القائمة، فإنه أيضاً التزام واجب على عاتق النازحين خارج حدودهم الوطنية بسبب الكوارث البيئية، حال إقرار نظام قانوني يعترف لهم بوصف اللاجئين. ولكن يلاحظ أن النص على عدم ارتكاب جريمة غير سياسية خطيرة هو أمر منطقي بالنسبة للاجئين السياسيين الذين يفرون خارج إقليم دولهم، بحثاً عن ملجأ آمن بسبب ارتكابهم لجرائم سياسية، وقد يحدث أن يغلب الطابع الوحشي على الجرائم المرتكبة بحيث يجعلها غير متناسبة مع الهدف السياسي المرجو<sup>(٢)</sup>، لذلك حرصت

(١) انظر: المادة ١(٤)(و) من الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا، المرجع السابق.  
(٢) راجع: دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ، المرجع السابق، البند ١٥٢، ص ٤٧-٤٨.

الاتفاقيات الدولية المعنية بشؤون اللاجئين على استبعاد الحماية الدولية بالنسبة للأشخاص الذين يثبت ارتكابهم لجرائم خطيرة غير سياسية. وهذا الأمر غالباً ما لا يتوافر بالنسبة للنازحين بسبب الكوارث البيئية الذين لم ينغمسوا في أي نشاط سياسي أو يتعرضوا للاضطهاد داخل دولهم، وبالتالي فإن مسألة ارتكابهم لجرائم خطيرة قبل قبولهم في الدولة المضيفة قد تكون أمر نادر الحدوث. ومع ذلك، يثور التساؤل بشأن الوضع الخاص بالنازح البيئي في حالتين: الأولى، إذا ثبت ارتكابه لجريمة خطيرة قبل منحه الملجأ في أية دولة، والثانية، إذا ثبت ارتكابه لجريمة خطيرة في دولة أخرى بعد منحة الملجأ، وعلى وجه الخصوص إذا كانت دولته الأصلية قد زالت كلية بسبب الكارثة البيئية. إن القول بأن هذا الشخص لن يتم قبوله داخل أية دولة في الحالة الأولى، أو سوف يتم طرده خارج إقليم الدولة في الحالة الثانية، حفاظاً على أمنها ونظامها العام، فإن هذا الشخص الذي أصبح بدون دولة يقيم بها سوف يسعى بطرق غير مشروعة للدخول إلى أية دولة وكسب رزقة من خلال ارتكاب العديد من الجرائم الخطيرة. لذا نرى أنه من الأفضل، لاعتبارات عملية بحتة، أن يتم قبول هذا الشخص داخل الدولة في الحالة الأولى، وعدم طرده في الحالة الثانية، مع وضع كافة القيود والضوابط التي تقرها الدولة المضيفة بما يضمن عدم إخلاله بأمنها ونظامها العام.

**ثالثاً: الالتزام بالمساهمة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للدولة المضيفة:**

لا يعد هذا الالتزام من الالتزامات المقررة صراحة بموجب الاتفاقيات والمواثيق الدولية المعنية بشؤون اللاجئين، وإنما يمكن استخلاصه ضمناً من طبيعة اللجوء ذاته الذي يتخذ في العديد من الحالات شكل النزوح الجماعي إلى أقاليم دولة معينة، مما يمثل عبئاً اقتصادياً واجتماعياً وأمنياً هائلاً على تلك الدول، ولا سيما إذا كانت من الدول النامية. لذلك نجد أن اللجنة التنفيذية بشأن الحماية الدولية للاجئين قد أكدت على أهمية التضامن الدولي ومشاركة الأعباء من أجل تخفيف معاناة اللاجئين وتوفير احتياجاتهم



الأساسية<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، قد لا تكون المساعدات الدولية في حد ذاتها كافية في توفير كافة احتياجات اللاجئين الأساسية طيلة فترة مكوثهم داخل دولة اللجوء، ومن هنا تبرز أهمية مساهمة اللاجئين في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للدولة المضيضة في سبيل تخفيف الأعباء الواقعة عليها جراء النزوح الجماعي للاجئين إلى إقليمها.

بل إن أهمية هذا الالتزام تبدو كذلك لتحقيق ما ننادي به من ضرورة الاعتراف بحق الأشخاص في الملجأ وليس مجرد الحق في التماس الملجأ، طالما توافرت بشأنهم الشروط الموجبة للجوء، إذ يتعين على الدول أن تعترف بالحق في اللجوء داخل أراضيها، طالما أنه لا يوجد من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والأمنية ما يحول دون قبولهم. وتتمثل مساهمة اللاجئين في الحياة الاقتصادية من خلال القيام بالأنشطة والأعمال التي يجيدها لزيادة الناتج المحلي للدولة، على أن يكون ذلك مقابل أجر عادل، وفقاً لما تقرره القوانين والأنظمة الوطنية<sup>(٢)</sup>. بينما تتمثل مساهمة اللاجئين في الحياة الاجتماعية والثقافية من خلال الانخراط بفعالية في مجتمع الدولة المضيضة، وهو ما يمكن تحقيقه من خلال تعلم لغة الدولة المضيضة، واحترام العادات والتقاليد السائدة بها، ونقل الأفكار والعلوم والتكنولوجيا السائدة في دولة اللاجئين الأصلية والامتناع عن القيام بالأنشطة والممارسات التي تتسبب في توترات اجتماعية وتدخل بالنظام الأمني، فعلى سبيل المثال، لا يجوز للاجئين أن يقيموا الاحتفالات الوطنية أو الشعائر الدينية من خلال استخدام موسيقى صاخبة أو مكبرات صوت على نحو يخل بالسكينة العامة للسكان، أو التي تنطوي على التعذيب أو التضحية بالأشخاص، أو التي يكون من شأنها المساس بالمعتقدات الدينية بالسكان المحليين.

وإذا كان هناك التزام يقع على عاتق اللاجئين بالمشاركة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للدولة المضيضة، فإن هذا الالتزام يقابله التزام آخر من جانب الدولة المضيضة بالسماح للاجئين بالقيام بتلك المساهمة؛ وذلك من خلال السماح لهم بممارسة

(١) راجع ما سبق ذكره بشأن مبدأ تقاسم الأعباء.

(٢) لا شك أن تمتع اللاجئين بمؤهلات علمية وقدرات فنية سوف تساعدهم في الحصول على فرص عمل ملائمة والاندماج في الحياة الاجتماعية، ومن ثم الاضطلاع بدرر فعال داخل مجتمع الدولة المضيضة. راجع:

حقوقهم في العمل والتعليم والتنقل وغيرها من الحقوق اللازمة التي تمكنهم من القيام بتلك المساهمة بفعالية<sup>(١)</sup>. وغالباً ما تقوم الدولة المضيفة بتوطين السكان في مناطق تتوافر بها فرص العمل وتكون بحاجة إلى التطوير الاقتصادي والاجتماعي، الأمر الذي يساعد اللاجئين على أداء دور منتج داخل مجتمع الدولة المضيفة<sup>(٢)</sup>.

ولا يمكن القول إن هناك جزء محدد يمكن توقيعه على اللاجئين إذا أخل بهذا الالتزام، فلا يجوز للدولة المضيفة، على سبيل المثال، أن تتخذ قراراً بطرد اللاجئين نظراً لعدم مساهمته في بناء نظامها الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي، وإنما يمكن للدولة أن تقرر، في حالة التدفق الجماعي للاجئين، عدم منح الملجأ داخل إقليمها لكافة ملتزمي اللجوء، نظراً لما يمثلونه من عب على اقتصادها وأمنها، وعدم إمكانية قيامهم بدور فعال لتطوير نظامها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

وإذا كانت الدولة المضيفة لا يجوز لها قانوناً معاقبة اللاجئين الذي لا يضطلع بعمل إيجابي للمساهمة في الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية داخل المجتمع، فإنه يجوز لها أن تعاقبه وفقاً لقانونها الوطني، إذا قام بعمل سلبي من شأنه الإضرار بنظامها الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي، بل يمكن لها أن تتخذ قراراً بطرده إذا أدى هذا الضرر إلى الإخلال بأمنها الوطني أو نظامها العام<sup>(٣)</sup>.

ولا مرأ أن هذا الالتزام يعد ذات أهمية خاصة في سياق اللجوء البيئي الذي يتسم بنزوح أعداد هائلة من الأشخاص بسبب الكوارث البيئية، وبالتالي يتعين التقيد به لتخفيف الأعباء الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والأمنية التي يتوقع أن تتقل كاهل الدولة المضيفة.

(١) راجع: المواد من (١٢) إلى (٣٠) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ بشأن الحقوق التي يتمتع بها اللاجئين.  
(٢) راجع:

Eric Werker, Refugee Camp Economies, Journal of Refugee Studies 20(3), 2007, p. 463-470.

(٣) تنص المادة ٣٢(١) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ على أنه "لا تطرد الدولة المتعاقدة لاجئاً موجوداً في إقليمها بصورة نظامية إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام".

## المبحث الثالث القواعد الخاصة باللجوء البيئي

تمهيد وتقسيم:

بما أن مشكلة اللجوء البيئي مشكلة عالمية فهي بالتأكيد تحتاج إلى تضافر الجهود الدولية من أجل معالجتها. وعلى الرغم من وجود العديد من الموائيق والآليات الدولية التي تهدف إلى الحد من الآثار السلبية على البيئة والتي من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالأشخاص ودفعهم نحو النزوح عن مواطنهم ومحال إقامتهم، إلا أن الآليات الحالية في حد ذاتها غير كافية لتوفير الحماية الملائمة لهؤلاء الأشخاص، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة تضافر جهود أعضاء الجماعة الدولية في سبيل وضع اتفاقية دولية لتوفير حماية شاملة للاجئين البيئة.

ويتعين أن تشمل الاتفاقية المقترح إنشائها بشأن اللاجئين البيئيين على موضوعات رئيسية، بحيث تتضمن المبادئ والآليات التي من شأنها مواجهة مشكلة اللاجئين البيئيين: فمن ناحية أولى، يجب أن تضمن هذه الاتفاقية توفير المساعدات لضحايا المخاطر البيئية، ممن يتوافر فيهم وصف اللاجئ البيئي، وذلك من خلال حماية حقوقهم الإنسانية وتقديم المساعدات اللازمة لهم.

ومن ناحية ثانية، يلزم أن تشمل الاتفاقية على نظام للمسئولية المشتركة، بحيث يتم توزيع عبء تقديم المساعدات بين دول المجتمع الدولي، وذلك وفقاً لقدرة كل دولة على تقديم المساعدات اللازمة.

وأخيراً، يجب أن تشمل تلك الاتفاقية على آليات لتطبيقها بطريقة فعالة.

وعليه، يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ضمان المساعدات الإنسانية للاجئين البيئيين.

المطلب الثاني: إقرار مبدأ المسئولية المشتركة.

المطلب الثالث: آليات الإنفاذ الفعالة

## المطلب الأول

### ضمان المساعدات الإنسانية للاجئين البيئيين

يتعين على اتفاقية اللاجئين أن تضمن حصول الأشخاص الذين يدخلون ضمن نطاق تطبيقها على المساعدات الإنسانية اللازمة، ويتطلب ذلك بدءاً أن تكون الاتفاقية مشتملة على معايير محددة بشأن كيفية اكتساب الشخص لوصف اللاجئ.

أولاً: معايير اكتساب الشخص لوصف اللاجئ البيئي:

يتعين أن تشتمل الاتفاقية المقترحة على القواعد المتعلقة بتحديد وصف اللاجئ البيئي للشخص طالب اللجوء، سواء تم ذلك على أسس فردية أو جماعية.

وبالرجوع إلى النظام المتبع من جانب المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، نجد أن تحديد وصف اللاجئ يتم وفقاً لكل حالة منفردة<sup>(١)</sup>، وذلك باستثناء حالات النزوح الجماعي، حيث تتبع المفوضية السامية معياراً للتحديد الجماعي. إذ أنها تفترض -لأسباب عملية وحرصاً على حقوق وسلامة الأشخاص المتضررة- ثبوت وصف اللاجئ لكافة النازحين بسبب خطر محدد، وفقاً لاتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١<sup>(٢)</sup>.

وبالتالي، فإنه يمكن اتباع النظام المتبع من جانب المفوضية السامية لشؤون اللاجئين لتحديد وصف اللاجئ البيئي، وذلك سواء كان النزوح ناتجاً عن خطر بيئي مفاجئ، كما هو الحال بالنسبة للأعاصير العنيفة، أو ناتجاً عن خطر بيئي تدريجي، كما هو الحال بالنسبة لغرق جزيرة بسبب ارتفاع منسوب مياه البحر تدريجياً.

والغالب أن يكون النزوح في حالة الكوارث البيئية نزوحاً جماعياً، لذلك فإنه يتعين

(١) وفقاً لتوجيهات المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، فإنه يتعين على ملتمس اللجوء أن يبين أسباباً مبررة بأن الخوف يصل إلى درجة معينة من التبرير، على أن يفسر الشك يتعين أن يفسر لمصلحة ملتمس اللجوء. ويلزم الانتباه إلى أن الدول الأطراف في اتفاقية ١٩٥١ يظل لها الحرية الكاملة في تحديد من يثبت له وصف اللاجئ، بما في ذلك تحديد وسائل إثبات الخوف من التعرض للاضطهاد. فبعض الدول قد تكون أكثر تشدداً من البعض الآخر فيما يتعلق بتحديد وصف اللاجئ. انظر في هذا الشأن:

Helene Lambert, Protection against refoulement from Europe, op. cit., p. 535-536.

(٢) وتتبع أيضاً المفوضية السامية معيار التحديد الفردي. فإذا قررت أن شخص معين لا يثبت له وصف اللاجئ أو أنه لا يحتاج إلى أي شكل من الحماية الدولية، فإنها تقرر عودته مرة أخرى إلى دولته. انظر:

United Nations High Commissioner for Refugees, Protecting refugees and the Role of the UNHCR, 2014, p. 6. (hereinafter referred to as: UNHR, Protecting Refugees and the Role of the UNHCR 2014).

اتباع معيار جماعي لتحديد اكتساب الأشخاص النازحة لوصف اللاجئين البيئيين<sup>(1)</sup>. ويكون المعيار الجماعي هو الأساس في الاتفاقية المقترحة عند تحديد اكتساب الشخص لوصف اللاجئ البيئي، مع الأخذ بالمعيار الفردي في حالات نزوح الأشخاص بشكل فردي عند وقوع المخاطر البيئي، وهو أمر يمكن تصوره بالنسبة للمخاطر البيئية التدريجية والتي قد لا يظهر تأثيرها بشكل فوري، ولكنها مع ذلك تدفع بعض الأشخاص إلى طلب اللجوء نظراً لعدم قدرتهم على الوفاء باحتياجاتهم الأساسية. وبشكل عام، فإن تبني الاتفاقية للمعيار الجماعي لتحديد وصف اللاجئ البيئي سوف يحقق النتائج التالية:

- تقليل الإجراءات المعقدة التي قد تؤدي إلى تأخير منح الحماية للأشخاص المتضررين من المخاطر البيئية.
- ضمان المساواة والعدالة في التطبيق تجاه كافة الأشخاص طالبي اللجوء البيئي.
- تسهيل اتخاذ تدابير تقديم المساعدات اللازمة للاجئين البيئيين.
- تقليل تقديم طلبات اللجوء من الأشخاص الذين لا يتوافر بالنسبة لهم وصف اللاجئ البيئي<sup>(2)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن اتباع معيار جماعي لتحديد وصف اللاجئ البيئي سوف يساعد على اتخاذ الحلول الملائمة للمحافظة على وحدة الجماعة النازحة، ولا سيما المحافظة على هويتها الثقافية والوطنية. وغالباً ما يتم التحديد الجماعي بناء على رأي خبراء متخصصين في مجال المخاطر

<sup>(1)</sup> وكثيراً ما تم اتباع معيار التحديد الجماعي لوصف اللاجئ البيئي في الدول الأفريقية عندما يكون هناك تدفق جماعي للاجئين. راجع:

François Crépeau and Leanne Holland, Temporary Protection, Continuing Insecurity: A Regime Replacing Convention Protection of Refugees in Violation of International Law, Canadian Journal of Law and Society, Spring 1997, p. 240.

<sup>(2)</sup> ونقول المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين فيما يتعلق بهذا الموضوع:

"The efficiency of any asylum system is key. If the asylum system is both fast and fair, people who know they are not refugees have little incentive to make a claim in the first place, which benefits both the host country and the refugees for whom the system is intended." UNHR, Protecting Refugees and the Role of the UNHCR 2014, op. cit., p. 6.

البيئية، تحت مظلة منظمة أو هيئة دولية متخصصة، ويكون عليهم تحديد فيما إذا كان الخلل البيئي الذي وقع في نطاق إقليم أو دولة معينة وأدى إلى النزوح الجماعي، يندرج ضمن التعريف الوارد في الاتفاقية.

ومع ذلك، قد يتعرض الأخذ بمعيار التحديد الجماعي لوصف اللاجئين البيئي للنقد، استناداً إلى أن بعض الدول تنظر إلى التحديد الجماعي باعتباره إجراءً وقتياً يتم اتخاذه في الظروف الاستثنائية، مما يعني أن العديد من الدول المضيفة سوف تتردد في الاعتراف بهذا التحديد الجماعي باعتباره أساساً قانونياً كافياً لمنح اللجوء الدائم للأعداد الهائلة من اللاجئين الذين ينزحون إلى إقليمها<sup>(١)</sup>.

ولكن هذا النقد يمكن الرد عليه على النحو التالي:

أولاً: أنه يتعين أن يتم التحديد الجماعي بواسطة هيئة أو مؤسسة دولية يتوافر لديها الخبرات والتقنيات والأليات والمعلومات التي تمكنها من التحديد الواقعي المقبول دولياً. ثانياً: أن الهدف من التحديد الجماعي هو تسهيل تقديم المساعدات الإنسانية اللازمة للاجئين، وذلك من خلال ضمان تعاون المجتمع الدولي في تقديم المساعدات إلى الدولة المضيفة التي تستقبل تلك الأعداد الهائلة من اللاجئين.

ثالثاً: لكي نتحقق من أن المساعدة سوف تصل إلى مستحقيها، يتعين أن تشمل الاتفاقية المقترحة على أسباب معينة يترتب على توافرها زوال وصف اللاجئين البيئي، وبالتبعية توقف الحماية الدولية بالنسبة للشخص الذي توافرت في حقه تلك الأسباب. ويمكن في هذا النطاق الاستناد إلى بعض الأسباب الواردة في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، فيما يتعلق بزوال وصف اللاجئين<sup>(٢)</sup>، والتي تكون قابلة للتطبيق على اللاجئين البيئيين، ومنها:

١. اكتساب الشخص لجنسية دولة جديدة بحيث أصبح يتمتع بحماية تلك الدولة.
٢. إذا عاد باختياره إلى الدولة التي غادرها بسبب الأضرار البيئية على الرغم من

(١) ويذهب رأي إلى أنه سوف يكون أمراً مستحيلاً على الدول المضيفة أن تمنع دخول الأعداد الهائلة من اللاجئين مهما كانت التدابير والسياسات التي تتخذها، لأن اللاجئين غالباً ما سيجدون طرقاً مختلفة للدخول إلى إقليم الدولة. راجع:

Norman Myers with Jennifer Kent, op. cit., p. 151

(٢) انظر المادة (ج) من اتفاقية اللاجئين، المرجع السابق.

استمراريتها.

٣. إذا كانت المخاطر البيئية في الدولة التي غادرها قد زالت بحيث أصبحت قادرة على استيعاب وتوفير الاحتياجات الأساسية للأشخاص الذين غادروها بسبب الأضرار البيئية<sup>(١)</sup>.

ويتعين الانتباه إلى أن الأشخاص الذين حصلوا على وصف اللاجئ البيئي بسبب زوال دولتهم نهائياً، كما هو الوضع بالنسبة لغرق الدول الجزرية الصغيرة بسبب ارتفاع منسوب مياه البحر، فإنهم سيستمررون في التمتع بالحماية الدولية للاجئين البيئيين<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: حماية الحقوق الإنسانية للاجئين البيئيين:

يتعين أن تشمل اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة على قواعد صريحة لحماية حقوق الإنسان الخاصة بالأشخاص الذين يدخلون ضمن نطاق تطبيقها. وبالنظر إلى أن اتفاقية ١٩٥١ هي أبرز اتفاقية دولية قائمة بشأن إقرار الحماية الدولية للاجئين، كما أنها أكدت في ديباجتها على مبدأ تمتع جميع البشر دون تمييز بالحقوق والحريات الأساسية، فإنها يمكن أن تعتبر نموذجاً أساسياً بشأن تحديد حقوق الإنسان الواجب حمايتها بموجب اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة. فقواعد حماية حقوق الإنسان المقررة في اتفاقية عام ١٩٥١ هي قواعد ثابتة وقابلة للتطبيق على كل من اللاجئين التقليديين والبيئيين<sup>(٣)</sup>.

لذلك، فإنه يلزم أن تشمل اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة على مجموعة من الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وحقوق خاصة باللاجئين فيما يتعلق

(١) مع ضرورة مراعاة أنه يمكن للدولة المضيئة أن تقرر استمرار التمتع بوصف اللاجئ نظراً لوجود أسباب جديدة تبرر ذلك كما في حالة عدم قدرة اللاجئ على ترك دولة اللجوء بسبب إقامته بها لفترة طويلة، مما أدي روابط أسرية واجتماعية واقتصادية وطيدة تجمعها بها. انظر:

UNHCR Executive Committee, 43rd Session, No. 69, Cessation of Status, 1992, p. 94.

(٢) ويتعين على الدولة المضيئة أن تتخذ التدابير اللازمة لتوفير أوضاع هؤلاء اللاجئين، من خلال منحهم الجنسية أو الإقامة الدائمة داخل الدولة.

(٣) تعتبر غالبية قواعد حقوق الإنسان من القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومنها الحق في الحياة وسلامة الجسد والمعاملة الإنسانية، والحق في الطعام والشراب والعقيدة. ومع ذلك هناك بعض الحقوق الإنسانية التي يمكن للدولة أن تعطلها أن تقيدها في الظروف الاستثنائية وفقاً لما ورد في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، من ذلك حرية التنقل أو دخول الشخص إلى وطنه (المادة ١٢) وعدم جواز إبعاد الأجنبي بدون مراعاة قواعد المحاكمات العادلة (المادة ١٣) والحق في الخصوصية (المادة ١٧) وحرية الرأي والتعبير (المادة ١٩) والحق في التجمع السلمي (المادة ٢١) والحق في المساواة أمام القانون (المادة ٢٦).

بحرية الانتقال. ويتعين أن تقرر هذه الحقوق بشكل متساو بين جميع اللاجئين البيئيين دون تمييز لأي سبب، مع ضرورة ضمان حد أدنى للمعاملة داخل الدولة المضيفة. فمن ناحية أولى، يجب أن تضمن الاتفاقية المقترحة حصول اللاجئين البيئيين على معاملة عادلة، متمثلة في حصولهم على أقل تقدير على معاملة مساوية للأجانب المقيمين داخل الدولة المضيفة، وهي التي يشار إليها بالحد الأدنى للمعاملة<sup>(١)</sup>. بينما يمكن في حالات أخرى منح اللاجئين البيئيين معاملة أفضل من تلك التي يحصل عليها الأجانب وتكون مساوية لمعاملة المواطنين، وهي التي يشار إليها بمعيار المعاملة الاستثنائية<sup>(٢)</sup>. وبصفة عامة، يتعين أن تكون حماية حقوق الإنسان المقررة في الاتفاقية المقترحة وفقاً للمعيارين السابقين.

ومن ناحية ثانية، يجب أن تشمل على نصوص صريحة لضمان بعض حقوق الإنسان وحرياته الأساسية. فبالنسبة للحقوق المدنية والسياسية، يتعين أن تضمن الاتفاقية المقترحة-كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية ١٩٥١- حق اللجوء البيئي في التقاضي وفي الحصول على المساعدة القانونية، فضلاً عن ضمان حقهم في التجمع السلمي وفي حرية الرأي والتعبير<sup>(٣)</sup>، على أن يكون ذلك كله وفقاً لمعاملة لا تقل عن تلك المقررة لمواطني الدولة المضيفة، أي أن يؤخذ فيها بمعيار المعاملة الاستثنائية<sup>(٤)</sup>.

كما يتعين أن تضمن الاتفاقية المقترحة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للاجئين البيئيين، على نحو يمكنهم من متابعة حياتهم الطبيعية في البيئة الجديدة داخل الدولة المضيفة. فيتعين أن تتبع الدولة المضيفة معيار المعاملة الاستثنائية، فيما يتعلق بحق التعليم الأساسي والرعاية الطبية والضمآن الاجتماعي وبدل العجز والبطالة<sup>(٥)</sup>. وتضمن الاتفاقية الحق في العمل والسكن وفرص التعليم العالي وفقاً لمعيار المعاملة

(١) ويطلق على معيار الحد الأدنى للمعاملة أيضاً معيار المعاملة العامة. انظر:

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, op. cit., p. 192.

(٢) ذات المرجع، ص ٢٢٨-٢٣٠.

(٣) راجع: المانتين (١٥) و(١٦) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١، المرجع السابق.

(٤) راجع:

François Crépeau and Leanne Holland, op. cit. p. 243-244.

(٥) راجع: المواد ٢٠، ٢٢(١)، ٢٣، ٢٤ من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، المرجع السابق.



العامّة<sup>(١)</sup>.

وأخيراً، فبالنظر إلى أن اللاجئين البيئيين هم الأشخاص الذين يهاجرون خارج الحدود الوطنية لدولهم بسبب المخاطر البيئية التي جعلتهم غير قادرين على متابعة حياتهم الطبيعية والوفاء باحتياجاتهم الأساسية، فإنه يتعين على اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة أن تقرر لهم قواعد خاصة فيما يتعلق بحرية التنقل<sup>(٢)</sup>.

فإذا كانت اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ تمنع الدولة المضيفة من رد اللاجئين، وفقاً لأحد المبادئ الأساسية في قانون اللجوء Principle of Non-refoulement، لدولته أو لأي دولة أخرى تكون حياته أو حريته معرضة للخطر بسبب عرقه أو دينية أو جنسيته أو عضويته في جماعة اجتماعية أو لآرائه السياسية، فإن اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة يتعين أن تتبنى ذات المبدأ فيما يتعلق بعدم رد اللاجئين البيئية إلى دولته إذا كانت المخاطر البيئية لازالت قائمة على نحو يعرض حياته أو قدرته على البقاء للخطر<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أنه على الرغم من أن مصدر التهديد على حياة اللاجئين أو بقاءه هو المخاطر البيئية-على عكس الحال في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١- إلا أن أثر التهديد متماثل في الحالتين.

يلزم أيضاً أن تشمل الاتفاقية المقترحة على قواعد تمنع الدولة المضيفة من معاقبة اللاجئين الذين يدخلون إلى إقليمها بطريقة غير قانونية، طالما كان ذلك نتيجة للتهديد الذي يقع على حياتهم أو بقائهم<sup>(٤)</sup>.

كذلك يتعين على الدولة المضيفة أن تقرر حرية اللاجئين البيئيين في التنقل داخل إقليمها وفقاً للمعايير المقررة للأجانب. ويلزم أن تصدر الدولة المضيفة وثائق السفر اللازمة التي تمكن اللاجئين البيئيين من التنقل داخل وخارج إقليمها. كما أنه في حالة اللاجئين البيئيين الذين قد لا يرجى عودتهم مرة أخرى إلى دولهم بسبب زوالها تماماً على إثر المخاطر البيئية، فإنه يتعين على الدولة المضيفة أن تتخذ كافة التدابير اللازمة

(١) ذات المرجع، المواد ١٧-١٩، ٢١، ٢٢(٢).

(٢) ذات المرجع المادة (٢٦).

(٣) ذات المرجع، المادة (٣٣).

(٤) ذات المرجع، المادة (٣١).

من أجل منحهم جنسيتها أو على أقل تقدير الإقامة الدائمة داخل الدولة<sup>(١)</sup>.

وبصفة عامة، فإنه يتعين على اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة أن تلزم أطرافها باحترام وتطبيق تلك الحقوق دون تمييز لأي سبب. ورغم أن اتفاقية عام ١٩٥١ قد قررت في مادتها الثالثة مبدأ عدم التمييز، إلا أنها قصرت عدم التمييز على أسباب معينة، وهي العرق أو الدين أو بلد المنشأ، الأمر الذي يمكن تفسيره أن الاتفاقية تسمح بالتمييز بين اللاجئين لأسباب أخرى بخلاف الأسباب المذكورة صراحة في الاتفاقية.

لذلك جاءت المادة (٢٦) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لتقرر الناس جميعاً سواء بدون تمييز "لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب". فقد أوردت هذه المادة صراحة بعض الأسباب التي لا يجوز التمييز بناء عليها، ثم قررت مرتين في ذات النص أنه لا يجوز التمييز لأي سبب. وقد أصبحت هذه المادة جزء من العرف الدولي.

وعليه، فإنه لا يجوز التمييز وفقاً لاتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ لأي سبب آخر بخلاف الأسباب المذكورة صراحة في المادة (٣) لأن مبدأ عدم التمييز قد أصبح جزء من العرف الدولي<sup>(٢)</sup>، وذلك فيما عدا بعض الحالات التي يمكن فيها للدولة أن تفرق بين المواطنين والأجانب فيما يتعلق بالتمتع ببعض الحقوق والحريات، كما هو الحال بالنسبة للالتحاق بالوظائف العسكرية أو الترشح للمناصب السياسية، أو إقرار مزايا وحقوق أكثر بالنسبة للمواطنين.

(١) ذات المرجع، المواد ٢٦-٢٨، ٣٤.

(٢) لذلك فإننا نجد أن هناك بعض الاتفاقيات الحديثة المتعلقة بحماية حقوق الإنسان قد أقرت مبدأ المساواة وعدم التمييز لأي سبب، وذلك دون تحديد لأسباب معينة لا يجوز التمييز على أساسها. فعلى سبيل المثال قررت المادة (٥) من اتفاقية الأشخاص ذوي الإعاقة لعام ٢٠٠٧، أنه:

١. "تقرر الدول الأطراف بأن جميع الأشخاص متساوون أمام القانون وبمقتضاه ولهم الحق دون أي تمييز وعلى قدم المساواة في الحماية والفائدة اللتين يوفرهما القانون.

٢. تحظر الدول الأطراف أي تمييز على أساس الإعاقة وتكفل للأشخاص ذوي الإعاقة الحماية المتساوية والفعالة من التمييز على أي أساس".

وإذا كانت المادة (٢٥) قد ذكرت في بدايتها أنه لا يجوز التمييز على أساس الإعاقة، فإن ذلك يرجع إلى الطبيعة الخاصة للاتفاقية التي وضعت لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة. ويحلل على ذلك أن ذات الفقرة قد أكدت في نهايتها أنه لا يجوز التمييز تجاه الأشخاص ذوي الإعاقة لأي سبب من الأسباب.

وبناء على ما سبق، فإنه يمكن لاتفاقية اللاجئين المقترحة أن تشتمل على نص يقرر عدم التمييز تجاه اللاجئين البيئيين لأي سبب، وذلك دون حاجة إلى تحديد أسباب معينة صراحة. بيد أنه يمكن أن تورد في النص بعض الأسباب التي لا يجوز اتخاذها أساساً للتمييز على سبيل المثال أن تورد في نهاية النص عبارة "أو لأي سبب آخر" كما هو الحال في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: تقديم المساعدات الإنسانية للاجئين البيئيين:

إذا كانت حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية أمراً لا غنى عنه في أعقاب النزوح الناتج عن المخاطر البيئية المختلفة، فإن اللاجئين البيئيين في حاجة أيضاً إلى ضمان الوفاء بالمساعدات الإنسانية الضرورية.

فقد أصبح هناك قبول دولي عام بأن الحق في تلقي المساعدات الإنسانية في أوقات الكوارث يعتبر ضمن حقوق الإنسان الثابتة بموجب القانون الدولي العرفي<sup>(٢)</sup>.

وتبرز أهمية المساعدات الإنسانية باعتبارها السبيل الوحيد لتخفيف معاناة ضحايا الكوارث البيئية التي قد تصل حدتها إلى درجة تدمير البنية التحتية للدولة التي وقعت فيها الكارثة، بحيث تعجز الدولة التي وقعت فيها الكارثة، وخاصة في الدول النامية، عن الحد من آثارها وتقديم المساعدات اللازمة للضحايا، مما يستدعي الحصول على المساعدات الإنسانية من الدول الأخرى والمنظمات الحكومية وغير الحكومية المعنية للمساعدة في عملية إنقاذ الضحايا<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ذلك، يمكن تعريف المساعدة الإنسانية بأنها: "كل عمل عابر للحدود تمارسه منظمات الإسعاف الحكومية وغير الحكومية والحكومات المختلفة من أجل إنقاذ

(١) انظر المادة (٢٦) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٣ كانون/ديسمبر ١٩٦٦، ودخلت حيز النفاذ في ٢٣ آذار/مارس ١٩٧٦، وفقاً لأحكام المادة (٤٩).  
(٢) راجع:

Huma Haider, International Legal Frameworks for Humanitarian Action: Topic guide, Birmingham, UK: GSDRC, University of Birmingham, 2013, p. 38.

(٣) راجع:

Fabrice Renaud, Janos J. Bogardi, Olivia Dun and Koko Warner, op. cit., p. 34.

جماعة بشرية في حالة خطر مؤكد"<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الهدف الأساسي من تقديم المساعدات الإنسانية هو إنقاذ الأرواح والحد من الآثار السلبية الناتجة عن الكوارث، فإن تأخير وصول تلك المساعدات من شأنه أن يعوق تحقيق الهدف المرجو منها. وغالباً ما ترجع أسباب تأخير وصول تلك المساعدات إلى الإجراءات البيروقراطية الصارمة التي تنتهجها الدول في منح تأشيرات الدخول أو تدابير التخليص الجمركي أو أدونات النقل، فضلاً عن غياب التنسيق بين الجهات المانحة والجهات المستقبلة للمساعدات<sup>(٢)</sup>.

فعلى سبيل المثال: وقفت إجراءات التخليص الجمركي المعقدة حائلاً أمام وصول المساعدات الإنسانية في الوقت الملائم للمتضررين من أحداث تسونامي عام ٢٠٠٤، نتيجة حجز ما يقارب من ٤٠٠ حاوية تحتوي على الطعام والشراب والغطاء في عهدة الجمارك الإندونيسية حتى عام ٢٠٠٦. وعندما هبت رياح قوية في سوازيلاند، أدت إلى هطول أمطار غزيرة شردت ما يقارب من ثلاثة عشر ألف شخصاً من ديارهم، حالت الإجراءات الجمركية المعقدة دون وصول المساعدات الإنسانية في موعدها<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فإن القوانين والسياسات الوطنية قد تكون عائقاً كبيراً في وصول المساعدات الإنسانية في موعدها المحدد، لذلك تعين التخفيف من تلك القوانين والسياسات عند وقوع الكوارث، أو لمزيد من الفعالية، يتعين على الدول أن تتبنى تشريعات خاصة يتم تطبيقها في وقت الأزمات والكوارث، للحد، إلى أقصى درجة ممكنة من أثارها السلبية، بهدف وصول المساعدات الإنسانية إلى الضحايا في الوقت الملائم.

لذلك، قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتبني قرار بشأن "تدابير تسريع الإغاثة الدولية" التي تم وضعها بواسطة منسق الأمم المتحدة بشأن إغاثة الكوارث والاتحاد

(١) راجع: محمد غازي ناصر الجنابي، التدخل الإنساني في ضوء القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ١٥٠-١٦٠.  
(٢) راجع:

Mona Reide, Decreasing Barriers to Aid in Global Emergencies, Human Rights 33(4), 2006, p. 14.

(٣) راجع: نَعَم حمزة عبد الرضا حبيب، المرجع السابق، ص ١٠٩-١٠٠.  
1722

الدولي لجمعيات للصليب الأحمر والهلال الأحمر عام ١٩٧٧<sup>(١)</sup>. وأصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة أيضاً القرار رقم ٢٥٥/٣٦ عام ١٩٨١ بشأن تعزيز قدرة الأمم المتحدة للتجاوب مع الكوارث الطبيعية والحالات الأخرى للكوارث، دعت فيه أجهزة الأمم المتحدة المختلفة والمنظمات الدولية المتخصصة أن تتعاون في مجال تخصصاتها في أن تتجاوب بفعالية وسرعة في حالات الكوارث المختلفة لتقديم المساعدات والاحتياجات للدول المتأثرة بتلك الكوارث<sup>(٢)</sup>. كما أصدرت الجمعية العامة القرار رقم ١٨٢/٤٦ بشأن تعزيز تنسيق المساعدة الإنسانية التي تقدمها الأمم المتحدة في حالات الطوارئ، حيث أبرزت وجوب أن "تكمل المساعدة الغوثية الدولية الجهود الوطنية لتحسين قدرات البلدان النامية على التخفيف من آثار الكوارث الطبيعية على نحو سريع وفعال ومواجهة كل حالات الطوارئ، بكفاءة"<sup>(٣)</sup>. وأيضاً، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم ١٥٠/٥٧ بشأن تعزيز وتنسيق المساعدة الدولية المقدمة في مجال البحث والإنقاذ بالمناطق الحضرية، حثت بموجبه جميع الدول على التخفيف من الإجراءات الجمركية والإدارية المتعلقة بدخول وخروج فرق البحث والإنقاذ الدولية، بالإضافة إلى الأجهزة والمعدات اللازمة.

كذلك، فإنه يتعين على الاتفاقية المقترحة أن تشمل على ضمانات أكثر من تلك المقررة بموجب اتفاقية عام ١٩٥١ فيما يتعلق بضمان الاحتياجات الأساسية للاجئين البيئيين. فيجب أن تتضمن تلك الاتفاقية نصوصاً تلزم أطرافها بالمساهمة بنسب متفاوتة

(١) راجع: قرار الجمعية العامة الصادر في جلستها الثانية والثلاثين، في ١٢ مايو ١٩٧٧.

(٢) وقررت الجمعية أنه في حالة وجود طلب إغاثة من الكوارث من إحدى الدول، فإنه يتعين على منسق الأمم المتحدة بشأن إغاثة الكوارث بعد الحصول على موافقة حكومة الدولة المتأثرة والتنسيق معها، الدعوة إلى عقد اجتماعات مع أجهزة الأمم المتحدة المعنية والمنظمات المتخصصة لاتخاذ تدابير عاجلة بشأن تقديم المساعدات. ويمكن دعوة اللجنة الدولية للصليب الأحمر والاتحاد الدولي لجمعيات للصليب الأحمر والهلال الأحمر والمنظمات التطوعية الأخرى للمشاركة في تلك الاجتماعات. راجع:

United Nations Resolution No. 36/255, Strengthening the Capacity of the United Nations to respond to natural disasters and other disaster situations, 17 December 1981, para. 7, 8.

(٣) ولتحقيق هذا الغرض، طالبت الجمعية العامة من الأمين العام ضرورة إنشاء صندوق تمويل مركزي لحالات الطوارئ، باعتباره آلية لتأمين الاستجابة السريعة والمنسقة. راجع: قرار الجمعية العامة رقم ١٨٢/٤٦ بشأن تعزيز تنسيق المساعدة الإنسانية التي تقدمها الأمم المتحدة في حالات الطوارئ، الذي تبنته في ١٩ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩١.

في المساعدات الإنسانية للاجئين البيئيين، وذلك دون الخوض في تفاصيل حول كيفية تقديم تلك المساعدات. إذ أن هذا الأمر سوف يترك أمر تحديده إلى هيئة دولية تنسيقية، وهو الأمر الذي سوف نوضحه لاحقاً بمزيد من التفصيل.

ويمكن أن تستند الاتفاقية المقترحة عند وضع القواعد المتعلقة بالمساعدات الإنسانية للاجئين البيئيين إلى القواعد والمبادئ الحالية المتعلقة بحماية الضحايا، مثال ذلك المادة (٥) من اتفاقية الذخائر العنقودية لعام ٢٠٠٨ التي ألزمت أطرافها بتقديم ما يكفي من المساعدة للضحايا مراعية السن والجنس، فضلاً عن الرعاية الطبية والتأهيل والدعم النفسي، وكفالة إدماجهم الاجتماعي والاقتصادي<sup>(١)</sup>.

بيد أن هناك بعض المساعدات الإنسانية التي يتعين مراعاتها بشكل خاص في اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة. فإذا كانت المساعدات الطبية هي أمر غاية في الأهمية، فإن توفير الطعام والشراب والمأوى للاجئين البيئيين هو أمر لا يقل أهمية.

وتبرز أهمية وجود نص خاص بتقديم المساعدات الإنسانية لضحايا المخاطر البيئية بالنظر إلى التأثير المباشر لتلك المساعدات على حماية حقوق الإنسان الأساسية. لذلك أكد مكتب المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين على أن الحماية والمساعدة أمران مترابطان، وأنه لا يمكن للمفوضية أن تقدم الحماية القانونية الفعالة إلا إذا كان قد تم الوفاء باحتياجات الشخص الأساسية من مأوى وطعام وشراب ورعاية صحية وطبية<sup>(٢)</sup>. ونخلص من ذلك أن حماية حقوق الإنسان للاجئين البيئيين سوف تساعد على ضمان

<sup>(١)</sup> راجع: المادة (٥) من اتفاقية الذخائر العنقودية، اعتمدت في مؤتمر دبلوماسي عُقد في دبلن بإيرلندا في مايو/أيار ٢٠٠٨، ودخلت حيز النفاذ في ١ أغسطس ٢٠١٠.  
<sup>(٢)</sup> راجع:

United Nations High Commissioner for Refugees, Protecting Refugees and the Role of UNHCR, 2008-2009, p. 21.

See also: UNHR, Protecting Refugees and the Role of the UNHCR 2014, p. 6.

أشارت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين إلى فئات الأشخاص الذين يدخلون ضمن حمايتها ومساعدتها، والتي لم تتضمن فئة اللاجئين البيئيين أو حتى النازحين بسبب الأضرار البيئية الجسيمة، وإن كان يلاحظ أنها قد شملت بحمايتها ومساعدتها فئة النازحين داخلياً. وذلك على النحو التالي:

"Persons of concern to the UNHCR, are those whose protection and assistance are of interest. They include refugees, asylum-seekers, stateless people, some internally displaced people and returnees."

وصول وتوزيع المساعدات الإنسانية لهم بدون تمييز.  
وجملة القول إنه يتعين على الاتفاقية المقترحة أن تضمن وفقاً لمعايير متساوية حماية الحقوق الإنسانية للاجئين البيئيين، وحصولهم على المساعدات الإنسانية اللازمة.

## المطلب الثاني

### إقرار مبدأ المسؤولية المشتركة

تمهيد وتقسيم:

يتعين أن تشمل اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة على مبدأ المسؤولية المشتركة لكافة دول المجتمع الدولي بدرجات متفاوتة، فيما يتعلق بحماية حقوق الإنسان وتقديم المساعدات الإنسانية للاجئين البيئيين.

وهذا المبدأ يستند إلى أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي للبيئة وهو مبدأ "مسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة" حيث يقرر المسؤولية المشتركة لكافة الدول فيما يتعلق بحماية البيئة وإزالة الأضرار الناتجة عن المخاطر البيئية، مع إقرار أعباء مختلفة فيما بين الدول المتقدمة والدول النامية، إذ يقع على عاتق الدول المتقدمة مسؤولية أكبر بالنظر إلى مساهمتها في إحداث الضرر البيئي وقدرتها على إزالة تلك الأضرار.

لذلك، فإن كافة الدول سوف تشترك أيضاً في توفير الحماية والمساعدة للاجئين البيئيين، ولكن كما سبق أن ذكرنا بدرجات متباينة. وبالنظر إلى أن الدولة المضيفة هي التي تستقبل اللاجئين المنكوبين بسبب الأضرار البيئية، فإنه يقع على عاتقها المسؤولية الرئيسية في ضمان حقوقهم، وحصولهم على المساعدات الإنسانية اللازمة. كما يقع على عاتق دولة اللاجئين مهمة اتخاذ تدابير جبر الأضرار كلما كان ذلك ممكناً، وبصفة خاصة اتخاذ التدابير التي من شأنها إما الحد، إلى أقصى درجة ممكنة، من نزوح الأشخاص خارج حدود إقليمها، أو تسهيل عملية خروج النازحين ودخولهم إلى الدولة المضيفة.

وعلى الجانب الآخر، فإنه يقع على باقي أعضاء الجماعة الدولية مهمة دعم جهود الدولة المضيفة ودولة اللاجئين وتقديم المساعدات المادية والعينية اللازمة للاجئين البيئيين. ويقع العبء بصفة خاصة على الدول التي ساهمت بشكل رئيسي في وقوع

العديد من الأضرار البيئية الناتجة عن تغير المناخ الذي يعزو مباشرة إلى النشاط الإنساني.

وسوف نوضح الالتزامات التي تقع على الدولة المضيفة ودولة اللاجئين والمجتمع الدولي على النحو التالي:

### أولاً: التزامات الدولة المضيفة:

يقع على عاتق الدولة المضيفة الالتزام بضمان حماية حقوق الإنسان وتقديم المساعدات الإنسانية الأساسية للاجئين المتواجدين على إقليمها. وتقع كافة الالتزامات المنصوص عليها في اتفاقية عام ١٩٥١ على عاتق الدولة المضيفة. فقد فرضت تلك الاتفاقية معياراً للمعاملة يضمن حصول اللاجئين على ضمانات حقوق الإنسان بشكل مساو للأجانب أو المواطنين على إقليم الدول المضيفة، وهو الأمر الواجب تطبيقه على اللاجئين البيئيين<sup>(١)</sup>.

ويقع الالتزام الرئيسي على عاتق الدولة المضيفة في توزيع المساعدات الإنسانية على اللاجئين البيئيين المتواجدين على إقليمها. وغالباً ما تتم عملية توزيع المساعدات الإنسانية بواسطة حكومة الدولة المضيفة، أو هيئة دولية معنية بمشكلة اللاجئين البيئيين أو المنظمات غير الحكومية المعنية. كما يمكن للدول الأخرى تقديم المساعدات المادية والعينية للاجئين البيئيين، بموافقة الدولة المضيفة احتراماً لاعتبارات السيادة الوطنية.

### ثانياً: التزامات دولة اللاجئين:

يقع على دولة اللاجئين الالتزام بتقديم المساعدات اللازمة لهم وفقاً لقدراتها. وإذا كان القانون الدولي يتطلب من الدول ضرورة ضمان حقوق وحريات الإنسان الأساسية لشعبها، انطلاقاً من سيطرة الدولة على إقليمها وشعبها واحتراماً لاعتبارات السيادة

(١) فرضت اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ العديد من الالتزامات على عاتق الدولة المضيفة في العديد من موادها، مثال ذلك: المادة (١٧) فيما يتعلق بحق ممارسة عمل مقابل أجر، والمادة (١٨) المتعلقة بالعمل الحر، والمادة (١٩) المتعلقة بالمهنة الحرة، والمادة (٢١) المتعلقة بالسكن، والمادة (٢٢) المتعلقة بالتعليم الأساسي، والمادة (٢٣) المتعلقة بالإسعاف العام، والمادة (٢٤) المتعلقة بتشريع العمل والضمان الاجتماعي، والمادة (٢٦) المتعلقة بحرية التنقل، والمادة (٢٧) المتعلقة ببطاقات الهوية، والمادة (٢٨) المتعلقة بوثائق السفر، المواد ٣١-٣٣ المتعلقة بحظر الطرد.



الوطنية<sup>(١)</sup>، فإنه في سياق اللاجئين البيئيين لم يعد للدولة سيطرة على المواطنين الذين فروا خارج إقليمها بسبب المخاطر البيئية، كما لا يوجد لديها سيطرة على الإقليم الذي يلجأ إليه مواطنيها. ومع ذلك، تقع بعض الالتزامات على عاتق دولة اللاجئين، وتحديدًا ضرورة تعاونها مع الدولة المضيفة في حل المشاكل والأزمات التي تواجه اللاجئين البيئيين من خلال النص على ذلك صراحة في الاتفاقية الدولية المقترحة<sup>(٢)</sup>.

وتشمل التزامات دولة اللاجئين، بحسب ما تسمح به مواردها المتاحة بعد تعرضها للأضرار البيئية، القيام بالمهام التالية، كلما كان ذلك ممكنًا<sup>(٣)</sup>:

(١) فقد أكدت الجمعية العامة في قرارها رقم ١٣١/٤٣ وقرارها رقم ١٠٠/٤٥ على "سيادة الدول وسلامتها الإقليمية ووحدها الوطنية" وتعترف بأن المسؤولية الأساسية تقع على عاتق كل دولة في أن "تعتني بضحايا الكوارث الطبيعية وحالات الطوارئ المماثلة التي تحدث في أراضيها". راجع: قرار الجمعية العامة رقم ١٣١/٤٣ الذي اتخذته في ٨ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٨ بشأن تقديم المساعدة الإنسانية إلى ضحايا الكوارث الطبيعية وحالات الطوارئ المماثلة، وقرارها رقم ١٠٠/٤٥ الذي اتخذته في نفس الموضوع في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٠.

(٢) راجع:

Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 3-4.

(٣) انظر على سبيل المثال بشأن اللغة المستخدمة في الاتفاقيات الدولية الحالية بالنسبة لقدرة وإمكانات الدولة على ضرورة توفير الحماية والمساعدة لمواطنيها:

المادة (١٢) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦، ودخلت حيز النفاذ في ٣ كانون الثاني/يناير ١٩٧٦. وقد جاء في تلك المادة ما يلي:

"تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ، بمفردها وعن طريق المساعدة والتعاون الدوليين، ولا سيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصاً سبيل اعتماد تدابير تشريعية"، حيث استخدمت المادة هنا عبارة "جميع السبل المناسبة".

والمادة ١٠(١) من العهد التي قررت "وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة".

وقررت المادة ١٣(٢)(د) أنه يتعين على الدول الأطراف "تشجيع التربية الأساسية وتكثيفها إلى أبعد مدى ممكن".

أيضاً: المادة (٩) من معاهدة تجارة الأسلحة، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢ أبريل ٢٠١٢، ودخلت حيز النفاذ في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٤، والتي نصت على أن: "تتخذ كل دولة طرف، حيثما كان ذلك ضرورياً وممكناً من الناحية العملية، تدابير مناسبة".

أيضاً: المادة (١٧)(ح) من اتفاقية الذخائر العنقودية، المرجع السابق، والتي استعملت عبارة "إلى الحد الممكن".

أيضاً: المادة (٣)(ب) من البروتوكول بشأن المتفجرات من مخلفات الحرب (البروتوكول الخامس) الملحق باتفاقية حظر وتقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر (يشار إليه فيما بعد بالبروتوكول بشأن المتفجرات من مخلفات الحرب)، وقعت في جنيف، في ٢٨/١١/٢٠٠٣، والتي جاء بها: "تقدير الاحتياجات وترتيبها حسب الأولوية وكذلك القدرة على التطبيق". والمادة (١) والتي استخدمت عبارة "إلى أبعد حد ممكن". والمادة (٢) استخدمت عبارة "دون تأخير" و"قدر الإمكان من الناحية العملية". والمادة (١) استخدمت عبارة "يوفر الحماية، قدر المستطاع". وجاءت عبارة "توفير أكبر قدر من الحماية" في المادة (٢). كما جاء في المادة (١) تحت عنوان "التدابير الوقائية العامة" عبارة "مراعاة لمختلف الحالات والقدرات".

١. تسهيل خروج اللاجئين من الدولة بعد وقوع الكارثة البيئية، من خلال المحافظة على حقوقهم الإنسانية وتوفير احتياجاتهم الأساسية حتى وصولهم إلى الدولة المضيفة.
٢. اتخاذ التدابير الوقائية التي تحول دون وقوع أزمة للاجئين ناتجة عن حدوث حالات تدفق جماعي للاجئين خارج الحدود الوطنية على نحو قد يعرضهم لحوادث إنسانية جسيمة. ومن أبرز الأمثلة على تلك التدابير، ما أعلنته المالديف عام ٢٠٠٨ بأنها سوف تنشئ صندوق تمويلي يهدف إلى شراء إقليم جديد لإعادة توطين سكان المالديف حال تعرضها للغرق بسبب ارتفاع منسوب مياه البحر. ومن شأن تلك التدابير الوقائية، حقاً، أن تساعد على بقاء واستمرارية المجتمعات المعرضة للمخاطر البيئية الجسيمة من خلال المحافظة على وحدتها الوطنية والثقافية<sup>(١)</sup>.
٣. العمل على جمع شمل الأسر المتأثرة بالأضرار البيئية وعدم تعرضها للتشتت<sup>(٢)</sup>.
٤. المساهمة في عودة اللاجئين المتواجدين بالخارج من خلال اتخاذ التدابير اللازمة لإزالة آثار المخاطر البيئية التي أدت إلى اللجوء.
٥. توفير المساعدات المالية والمادية واللوجستية اللازمة لتسهيل إعادة توطين اللاجئين البيئيين في الدولة المضيفة.
٦. منح تعويضات إلى اللاجئين البيئيين عن الأضرار البيئية التي تعرضوا لها، مما يساعدهم على بداية حياة كريمة داخل الدولة المضيفة، ومنها على سبيل المثال:

(١) وتشير الدراسات إلى وجوب اتخاذ تدابير وقائية للحد من المخاطر البيئية قبل عام ٢٠٢٠، ويؤكد أن عدم اتخاذ تلك التدابير بفعالية قبل عام ٢٠٢٠، فإن تكاليف التخفيف من الآثار الاجتماعية والأمنية سوف تزيد بدرجة كبيرة. بل إن عدم اتخاذ تدابير وقائية فعالة قبل النصف الثاني من القرن الواحد وعشرين، سوف يترتب عليه أضراراً جسيمة بالاقتصاد العالمي. وتؤكد تلك الدراسات أنه بالرغم من أن تكاليف اتخاذ التدابير الوقائية تبدو جوهرياً، إلا أنها تقل بكثير عن التكاليف التي ستجبر الدول على دفعها لمواجهة آثار المخاطر البيئية نتيجة عدم اتخاذ تلك التدابير. انظر بشأن تلك الدراسات:

German Advisory Council 2007, op. cit., p. 190, 208.

(٢) راجع:

Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, op. cit., p. 3.

توفير سكن ملائم أو بدء عمل خاص كمصدر للرزق، أو دفع نفقات التعليم<sup>(١)</sup>. ويتعين الانتباه، من ناحية أولى، إلى أن الالتزامات السابقة المقررة على عاتق دولة اللاجئين، هو أمر خاص ومميز لنظام اللجوء البيئي، على عكس الحال بالنسبة للاجئين التقليديين الذين يفرون بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد داخل دولهم. وبالتالي، فإنه من غير المتصور أن توفر تلك الدولة الحماية للأشخاص الذين عرضتهم للاضطهاد، فضلاً عن أن اللاجئين أنفسهم قد لا يقبلون مساعدتهم.

ولكن بالنظر إلى وضع اللاجئين البيئيين، فإن دولهم غالباً ما لا تكون قادرة على مساعدتهم داخل أقاليمها. ولا يمكن القول إن دولهم غير راغبة في مساعدتهم كما هو الحال بالنسبة للاجئين التقليديين. وعليه، فإنه يتعين على دول اللاجئين أن تساهم وتساعد في توفير المساعدة والحماية لمواطنيها في الخارج، والتي تظل مستمرة، إما لحين زوال الأضرار البيئية التي أدت إلى لجوئهم، أو بحصولهم على جنسية دولة أخرى<sup>(٢)</sup>.

كذلك، فإنه لو افترضنا جدلاً أن دولة اللاجئين غير راغبة أو متعاسرة عن تقديم المساعدات اللازمة لمواطنيها في الخارج، فإن الهدف من اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة هو إلزامها قدر الإمكان على تقديم تلك المساعدات.

ومن ناحية أخرى، فإن تلك الالتزامات تقع على عاتق دولة اللاجئين التي أصابها أضراراً بيئية جسيمة، أو التي زال جزء بسيط من إقليمها، دون أن يؤثر ذلك على بقائها وقدرتها على الاستمرار، أما الدول التي زالت تماماً بسبب المخاطر البيئية الجسيمة، كما هو متوقع بالنسبة لبعض الدول الجزرية الصغيرة، فإن الالتزامات التي تقع على عاتق تلك الدولة سوف تنقضي نظراً لزوال الدولة نهائياً، بيد أن الالتزام بتقديم الحماية والمساعدة للاجئين البيئيين يظل قائماً على عاتق باقي الدول الموقعة على الاتفاقية الدولية المقترحة.

<sup>(١)</sup> ويقع على عاتق الدولة التي أصابها الأضرار البيئية التزام بتوفير الحماية والمساعدة أيضاً للأشخاص الذين نزحوا داخلياً بسبب تلك الأضرار، ولكن هذا الأمر لن يتم مناقشته في إطار هذه الدراسة، حيث سبق أن أشرنا أن توفير الحماية والمساعدة للنازحين داخلياً بسبب الأضرار البيئية يحتاج إلى معالجة مستقلة.

<sup>(٢)</sup> راجع:

## ثالثاً: التزامات دول المجتمع الدولي:

لا جرم أن المخاطر البيئية تتسم بأنها ذات أبعاد وطبيعة دولية، نظراً إلى أن أسبابها وآثارها السلبية التي تصيب دولة أو دول معينة، لا تكون ناتجة في كثير من الحالات عن عوامل بيئية تقليدية أو عن أنشطة ناتجة عن ممارسات دولة واحدة، كما هو الحال بالنسبة لمخاطر تغير المناخ العالمي الناتج عن الأنشطة الصناعية والتكنولوجية للعديد من الدول، ولا سيما الدول المتقدمة. لذلك فإن معالجة ومواجهة الآثار السلبية الناتجة عن المخاطر البيئية تستلزم تعاون كافة أعضاء المجتمع الدولي.

وهذا الأمر قد أكدته الجمعية العامة في قرارها رقم ١٣١/٤٣ لسنة ١٩٨٨، وكذلك قرارها رقم ١٠٠/٤٥ عندما أشارت إلى أن "أحد أهداف الأمم المتحدة هو تحقيق التعاون الدولي على حل المشاكل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، وعلى تعزيز وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً بلا تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين". كما أكدت على سيادة الدول وسلامتها الإقليمية ووحدتها الوطنية، على اعتبار أن تقديم المساعدات الإنسانية لدولة معينة تمر بكارثة بيئية، لا يعتبر من قبيل التدخل في الشؤون الداخلية لتلك الدولة<sup>(١)</sup>.

وعليه، فإنه لا يكفي أن يقع عبء تقديم الحماية والمساعدة للاجئين البيئيين على عاتق الدولة المضيفة ودولة اللاجئين فحسب، بل يتعين أن يشترك كافة أعضاء المجتمع في تقديم تلك الحماية والمساعدة في سبيل الحد، إلى أقصى درجة ممكنة، من مشكلة اللجوء البيئي، وما يمكن أن يترتب عليها من أزمات إنسانية وخيمة.

ويتم توزيع الالتزام بتقديم الحماية والمساعدة للاجئين البيئيين على دول المجتمع الدولي، وفقاً لمعيار موضوعي، يأخذ في الاعتبار قدرة الدولة على تقديم تلك الحماية والمساعدة، فضلاً عن مساهمتها في إحداث الضرر البيئي الذي نجم عنه حالات اللجوء البيئي. ويعني ذلك أنه إذا كانت الدول المتقدمة والدول النامية سوف تشترك في مسؤولية حماية ومساعدة اللاجئين البيئيين، إلا أن الالتزام الأكبر سوف يقع على عاتق الدول

(١) راجع: قرار الجمعية العامة رقم ١٣١/٤٣ وقرارها رقم ١٠٠/٤٥، المرجع السابق.

المقدمة، نظراً إلى امتلاكها إمكانيات وقدرات أكثر في توفير تلك الحماية والمساعدة، علاوة على أنها قد ساهمت بشكل جوهري في إحداث العديد من المخاطر البيئية. ويتفق هذا المعيار مع مبدأ مسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة، وهو أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي للبيئة<sup>(١)</sup>.

ويمكن الاسترشاد في هذا الإطار بالمبادئ المستقرة في القانون الدولي فيما يتعلق بالتعاون وتقديم المساعدة الدولية، والتي وردت في العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية<sup>(٢)</sup>، وذلك في سبيل وضع نص خاص بالتعاون والمساعدة الدولية في اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة.

ولا جرم أن أبرز اتفاقية يتعين الاسترشاد بها، في هذا السياق، هي اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ والتي أكدت في ديباجتها أن "منح الحق في الملجأ قد يلقي أعباء باهظة على

<sup>(١)</sup> وتفتقد غالبية الدول النامية إلى الموارد الأساسية التي تمكنها من اتخاذ تدابير فعالة للتكيف مع المخاطر البيئية، كما أن الدول الصناعية المتقدمة باعتبارها المتسبب الأساسي في مشكلة تغير المناخ العالمي، بما يترتب عليها من أضرار بيئية جسيمة، يقع على عاتقها الالتزام الرئيسي بتقديم المساعدات إلى الدول النامية لتمكينها من معالجة آثار المخاطر البيئية التي تواجهها. انظر في هذا الشأن:

German Advisory Council 2007, op. cit., p. 200.

<sup>(٢)</sup> ويبرز هذه الالتزام بشكل أساسي في الاتفاقيات المتعلقة بحظر بعض أنواع الأسلحة الخطيرة. ومن أحدث الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن، معاهدة تجارة الأسلحة لعام ٢٠١٣، حيث نصت المادة (١٦) منها على ما يلي:

"١. يجوز لكل دولة طرف، في إطار تنفيذ هذه المعاهدة، أن تطلب المساعدة، بما في ذلك المساعدة القانونية أو التشريعية، وبناء القدرات المؤسسية، والمساعدة التقنية أو المادية أو المالية. ويجوز أن تشمل مجالات هذه المساعدة إدارة المخزونات وبرامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج والتشريعات النموذجية والممارسات الفعالة القابلة للتطبيق. وتقوم كل دولة طرف قادرة على تقديم هذه المساعدة بتقديمها، متى طلب منها ذلك.

٢. يجوز لكل دولة طرف أن تطلب المساعدة أو تقدمها أو تتلقاها عن طريق جهات شتى منها الأمم المتحدة والمنظمات الدولية أو الإقليمية أو دون الإقليمية أو الوطنية، أو المنظمات غير الحكومية، أو على الصعيد الثنائي". انظر المادة (١٦) من معاهدة تجارة الأسلحة، المرجع السابق.

كذلك أقرت اتفاقية الذخائر العنقودية لعام ٢٠٠٨ حق كل دولة طرف في طلب وتلقي المساعدة. كما يتعين على كل دولة لديها القدرة على تقديم المساعدة أن تقوم "بتوفير المساعدة التقنية والمادية والمالية للدول الأطراف المتضررة من الذخائر العنقودية". ويمكن تقديم المساعدة من خلال عدة جهات منها الأمم المتحدة والمنظمات أو المؤسسات الدولية أو الإقليمية أو الوطنية، والمنظمات أو المؤسسات غير الحكومية أو على أساس ثنائي. انظر المادة (١) و(٢) من اتفاقية الذخائر العنقودية، المرجع السابق.

انظر أيضاً: المادة (٨) من البروتوكول بشأن المفجرات من مخلفات الحرب، المرجع السابق.

أيضاً: المادة (٦) من اتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد لعام ١٩٩٧ (اتفاقية أوتاوا).

أيضاً: المادة (١٠) من اتفاقية حظر استحداث وصنع وتخزين واستخدام الأسلحة الكيميائية وتدمير هذه الأسلحة لعام ١٩٩٣.

أيضاً: المادة (٧) من اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية وتدمير هذه الأسلحة، لعام ١٩٧٢.

عائق بلدان معينة، وأن ذلك يجعل من غير الممكن، دون تعاون دولي، إيجاد حل مرض لهذه المشكلة التي اعترفت الأمم المتحدة بأبعادها وطبيعتها الدولية". لذلك أعربت الأطراف السامية المتعاقدة عن أملها في أن "تبذل جميع الدول، إدراكاً منها للطابع الاجتماعي والإنساني لمشكلة اللاجئين، كل ما في وسعها للحيلولة دون أن تصبح هذه المشكلة سبباً للتوتر بين الدول".

كما أن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لم يقتصر على تعزيز حقوق الإنسان الواردة فيه، بل دعا الدول الأطراف إلى ضرورة التعاون وتقديم المساعدات الإنسانية الأساسية لضمان تلك الحقوق، حيث نصت المادة ٢(١) على أن "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ، بمفردها وعن طريق المساعدة والتعاون الدوليين، ولا سيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصاً سبيل اعتماد تدابير تشريعية"<sup>(١)</sup>.

وبناء على ذلك، فإنه يتعين النص صراحة على الالتزام بالتعاون الدولي وتقديم المساعدات الإنسانية في الاتفاقية الدولية المقترحة بشأن اللاجئين البيئيين. ومع ذلك، فإنه لا يكفي مجرد النص على وجود التزام عام بالتعاون وتقديم المساعدات الإنسانية، بل يتعين أن يتم ذلك من خلال آليات دولية فعالة تكون مهمتها الحصول على تلك المساعدات وتوزيعها على مستحقيها بشكل عادل. وتتمثل إحدى تلك الآليات الدولية الفعالة في إنشاء صندوق دولي لإغاثة اللاجئين البيئيين، وهو ما سوف نوضحه لاحقاً في موضعه.

### المطلب الثالث

#### آليات الإنفاذ الفعالة

مما لا شك فيه أنه لن يتأتى إعمال الاتفاقية الدولية المقترحة بشأن اللاجئين البيئيين ما

<sup>(١)</sup> راجع:

لم تكن تلك الاتفاقية تتضمن آليات فعالة تُسهل وتُنظّم إعمال وإنفاذ الاتفاقية. وتتمثل أبرز الآليات اللازمة لإنفاذ اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة في إنشاء ثلاث أجهزة رئيسية، وتحديدًا: إنشاء صندوق دولي لجمع وتوزيع الإعانات، وإنشاء هيئة تنسيقية-مماثلة للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين- لمتابعة الإجراءات والتدابير المتخذة بشأن حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية، ومراقبة برامج المساعدات الإنسانية للاجئين البيئيين، وأخيراً، إنشاء هيئة خبراء متخصصة تكون مهمتها تحديد كافة الموضوعات والأشخاص الذين يدخلون ضمن نطاق تطبيق الاتفاقية، وكيفية توزيع الالتزامات على عاتق الدول الأطراف.

وإذا كانت الهيئات السابقة سوف تتولى بنفسها وضع كافة التفاصيل المتعلقة بكيفية أداء وظائفها، فإنه يتعين على اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة أن تنص صراحة على ضرورة إنشائها وأن تبين مهامها إجمالاً.

#### أولاً: الصندوق الدولي لتمويل اللاجئين البيئيين:

يتعين على اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة أن تنشئ صندوقاً دولياً للتمويل يهدف إلى وضع بنود الاتفاقية المتعلقة بالمساعدات الدولية موضع التنفيذ. ويلزم أن تحدد الاتفاقية نسب المساهمات الملزمة وكيفية جمعها وتوزيعها على الدول والمنظمات الدولية التي تقدم المساعدات للاجئين البيئيين<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نتخذ من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ مثلاً توجيهياً بشأن إنشاء صندوق تمويل للتعاون والمساعدة الدولية. فقد قامت بإنشاء نظاماً مالياً لتوزيع المساعدات وعهدت بمهمة تنفيذه إلى مرفق البيئة العالمي Global Environmental Facility. ويدير مرفق البيئة العالمي العديد من الصناديق وتعمل على توزيعها كل عام في شكل مساعدات للمساهمة في معالجة مشاكل تغير المناخ المختلفة.<sup>(2)</sup>

(1) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 385.

(2) راجع بصفة عامة بشأن مرفق البيئة العالمي والبرامج البيئية التي يتولى تمويلها:

علاوة على ذلك، فقد اقترح بعض الكتاب نماذج مختلفة لإنشاء صناديق دولية لتمويل اللاجئين المتضررين من المخاطر، وإن كانوا قد اختلفوا في وسيلة إنشاء تلك الصناديق ونطاق المساعدات التي تقدمها، وذلك على النحو التالي:

اقترح جانب إنشاء صندوق إعانة ضد الكوارث Disaster Relief Fund تابع لاتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ، بحيث تساهم الدول الصناعية الأطراف في الاتفاقية بالمبالغ اللازمة لتغطية جهود الإعانة الدولية في حالة الكوارث الناتجة عن تغير المناخ<sup>(1)</sup>.

واقترح جانب ثان ضرورة إنشاء بروتوكول ملحق باتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ. ويهدف هذا البروتوكول إلى إنشاء صندوق لتوفير الحماية للاجئين بسبب تغير المناخ وإعادة توطينهم. ويقوم هذه النظام المالي المقترح على أربعة مبادئ أساسية:

- أولاً: أن تكون كافة مساهمات الصندوق في شكل منح مالية.
- ثانياً: يخصص الصندوق لتمويل اللاجئين المتضررين بيئياً، بحيث لا تتداخل مع الاحتياجات التي يتم تمويلها من صناديق أخرى.
- ثالثاً: أن يكون الصندوق مخصصاً لتغطية كافة التكاليف اللازمة لتوفير الحماية والمساعدة للاجئين بسبب الأضرار الناتجة عن تغير المناخ. ويتم تغطية التكاليف جزئياً بالنسبة للأشخاص المتضررين من مخاطر بيئية أخرى.
- رابعاً: تتولى الدول الأطراف في البروتوكول تحديد قيمة المساعدات والمستفيدين منها<sup>(2)</sup>.

---

Anastasia Telesetsky, Emerging International Regimes to Control Environmental Impacts (Panel 4): Restoration and Large Marine Ecosystems: Strengthening Governance for an emerging International Regime Based on "Ecoscape" Management, University of Hawaii Law Review, Spring 2013, p. 736-766.

(1) راجع:

Ernest B. Abbott, Flood Insurance and Climate Change: Rising Sea Levels Challenge the NFIP, Fordham Environmental Law Review, Vol. 26, Issue 1, 2014, p. 39.

(2) راجع:

Frank Biermann and Ingrid Boas, op. cit., p. 76-77.



واقترح جانب ثالث إنشاء صندوق دولي للتمويل في إطار مقترح اتفاقية دولية بشأن الأشخاص النازحين بسبب مخاطر تغير المناخ، والتي تغطي كافة النازحين داخل أو خارج الحدود الوطنية للدولة التي تأثرت بالأضرار البيئية. ويهدف هذا الصندوق إلى المساعدة في إعادة توطين النازحين داخلياً، وفي عملية التكيف والتخفيف من الآثار الضارة الناتجة عن تغير المناخ<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت تلك الاقتراحات تختلف من حيث محتواها ومداهها، إلا أنها تدعم إلى حد بعيد ضرورة إنشاء صندوق دولي للتمويل لتقديم الحماية والمساعدة للمتضررين من المخاطر البيئية.

وإن كنا من جانبنا نرى ضرورة ألا تنحصر الحماية الدولية أو تقديم المساعدات على الأشخاص المتضررين فقط من مخاطر تغير المناخ، فإقرار الحماية للاجئين البيئيين، يستند إلى هدف إنساني في المقام الأول، فإذا كان يقع على عاتق المجتمع الدولي بأكمله التزاماً بالحفاظ على البيئة باعتبارها تراثاً مشتركاً للإنسانية، فإنه يقع على عاتق كافة أطراف المجتمع الدولي، أيضاً، مهمة حماية حقوق الإنسان وتقديم المساعدات الإنسانية الأساسية للأشخاص المتضررين بشكل جسيم من الأضرار البيئية، بغض النظر عن مضدورها. وبعبارة أخرى، تعتبر حماية حقوق الإنسان من الالتزامات التي تقع على الكافة، متى وجدت أسباب تؤثر بشكل جسيم على التمتع بتلك الحقوق.

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن كافة الدول مشتركة في توفير الحماية والمساعدة إلى اللاجئين البيئيين، مما يعني مساهمتها بحصص في الصندوق المقترح إنشائه، إلا أن ذلك لا يعني أن تلك المساهمات سوف تكون متساوية. بل سوف يتم تطبيق مبدأ مسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة، بحيث يتم توزيع الحصص بحسب القدرات الاقتصادية للدول ومدى مساهمتها- إن كان الضرر البيئي ناتجاً عن الأنشطة الإنسانية- في الضرر الذي أدى إلى حالات اللجوء البيئي.

(1) راجع:

David Hodgkinson, Tess Burton, Heather Anderson and Lucy Young, The Hour when the Ship Comes IN: A Convention for Persons Displaced by Climate Change, Monash University Law Review, Vol. 36, No. 1, 2010, p. 92.

ويعني ذلك بالتبعية أن حصص الدول الصناعية المتقدمة سوف تكون أكثر من تلك التي تدفعها الدول النامية، نظراً لعدم امتلاكها القدرات الاقتصادية الكافية، كما أنه من غير المتصور إثبات أنها قد ساهمت بنسبة متساوية أو أكبر من الدول الصناعية في إحداث الضرر البيئي<sup>(١)</sup>.

وبصفة عامة، يتعين أن تشمل اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة على التفصيلات الأساسية المتعلقة بإنشاء وإدارة صندوق التمويل الدولي، ومنها ما يلي:  
أولاً: حق دولة اللاجئين البيئيين والدولة المضيفة في تلقي المساعدات مباشرة، نظراً لتأثرهما المباشر بمشكلة اللجوء البيئي.

ثانياً: ألا تقتصر المساعدات المالية المقدمة على مجرد تقديم العون للاجئين البيئيين، وإنما يتعين أن تمتد لتشمل اتخاذ التدابير اللازمة للحد من الآثار المتوقعة لأزمة اللجوء البيئي.

ثالثاً: وجود إجراءات مبسطة تضمن سرعة حصول الدول المتأثرة على المساعدات المالية من الصندوق، سواء في حالة الهجرة الناتجة عن المخاطر البيئية التدريجية، أو النزوح الجماعي الناتج عن الكوارث البيئية المفاجئة<sup>(٢)</sup>.

ويمكن القول بناء على ذلك إن من شأن الصندوق الدولي الذي تتوافر فيه العناصر السابقة أن يضمن مشاركة كافة أعضاء المجتمع الدولي لمواجهة أزمة اللجوء البيئي، وذلك من خلال ضمان وصول المساعدات المالية إلى مستحقيها.

#### ثانياً: الهيئة التنسيقية المعنية باللاجئين البيئيين:

لا يكفي مجرد وضع اتفاقية دولية تشمل على القواعد المتعلقة بحماية ومساعدة اللاجئين البيئيين من خلال فرض التزامات محددة على عاتق الدول، بل يتعين توافر هيئة تنسيقية تهدف إلى الإشراف على إنفاذ تلك الاتفاقية<sup>(٣)</sup>.

(١) وتأخذ الدول الصناعية المتقدمة الصدارة فيما يتعلق بمكافحة تغير المناخ واتخاذ التدابير التي من شأنها حماية النظام المناخي لمنفعة الأجيال الحالية والمستقبلية، وذلك وفقاً لمبدأ مسؤوليات مشتركة ولكنها متباينة. راجع: د. مصطفى سلامة حسين ود. مدوس فلاح الرشيد، المرجع السابق، ص ٣٨٥.  
(٢) راجع:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 387-388.

(٣) راجع:

ومن المتعين، بموجب الاتفاقية المقترحة، إسناد المهام التالية إلى الهيئة التنسيقية المعنية باللاجئين البيئيين:

١. التعاون مع دول اللاجئين البيئيين والدول المضيفة بشأن حماية حقوقهم الإنسانية وتقديم المساعدات اللازمة لهم.
  ٢. التعاون مع المنظمات الحكومية وغير الحكومية لضمان وصول المساعدات الإنسانية إلى مستحقيها في الوقت المناسب ودون تأخير غير مبرر.
  ٣. جمع واستلام المساعدات العينية وتوزيعها على اللاجئين البيئيين، فضلاً عن توزيع المساعدات المالية التي يتم الحصول عليها من الصندوق الدولي للتمويل بشأن اللاجئين البيئيين.
  ٤. سماع آراء وشكاوى اللاجئين البيئيين، وإشراكهم في اتخاذ القرارات الهامة المتعلقة بهم.
  ٥. مساعدة اللاجئين البيئيين في العودة إلى أوطانهم أو محال إقامتهم المعتادة بعد زوال الضرر البيئي، أو مساعدتهم في الحصول على إقامة دائمة أو جنسية دولة أخرى، في حالة زوال دولهم جراء الأضرار البيئية الجسيمة.
- ولا مراء أن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين تعتبر أفضل نموذج يمكن الاقتداء به بشأن إنشاء هيئة تنسيقية خاصة للاجئين البيئيين. وتتولى المفوضية السامية مهمة تنسيق الأعمال والأنشطة الدولية لتوفير الحماية للاجئين ومعالجة المشاكل التي تواجههم. وتهدف المفوضية بشكل أساسي إلى ضمان حقوق اللاجئين ورفاههم<sup>(١)</sup>،

---

David Hodgkinson, Tess Burton, Heather Anderson and Lucy Young, op. cit., p. 79.

(١) وفي ذلك تقول المفوضية السامية لشؤون اللاجئين في "بيان المهام" الصادر عنها:

"UNCHR's primary purpose is to safeguard the rights and well-being of refugees. In its efforts to achieve this objective, the Office strives to ensure that everyone can exercise the right to seek asylum and find safe refuge in another State, and to return to home voluntarily. By assisting refugees to return to their own country or to settle permanently in another country, UNHCR also seeks lasting solutions to their plight." UNHCR – The United Nations Refugee Agency, Mission Statement. (hereinafter referred to as UNHCR Mission Statement). available at:

<http://www.unhcr.org/publ/PUBL/4922d43f11.%20pdf> (Last visited on April 2, 2017).

وهو ما يتفق مع الضمانات التي نسعى إلى إقرارها في اتفاقية اللاجئين البيئيين المقترحة، وتحديدًا حماية حقوقهم الإنسانية وتقديم المساعدات الإنسانية لهم.

وتستند المفوضية إلى البنود الواردة في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ في سبيل حماية الحقوق الإنسانية للاجئين. وتتولى المفوضية تنفيذ مهامها من خلال تقديم المساعدات الإنسانية المتمثلة في إدارة مخيمات اللاجئين ونقل وتقديم المواد الغذائية والخدمات اللازمة لبقائهم، مثل الطعام والشراب والمأوى والرعاية الطبية.

وتشترك المفوضية مع العديد من المنظمات الحكومية وغير الحكومية في أداء مهامها، وتتشاور مع اللاجئين وغيرهم ممن يستفيدون من أنشطة وخدمات المفوضية في اتخاذ القرارات التي تؤثر على حياتهم وسبل معيشتهم<sup>(١)</sup>.

ومن المستبعد أن تتولى للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بمفردها مهمة اللاجئين البيئيين لأسباب سياسية وعملية. فإذا كانت المفوضية قد قامت في الأعوام الأخيرة بتوفير الحماية لجماعات أخرى بخلاف اللاجئين التقليديين وفقاً لاتفاقية ١٩٥١، مثل النازحين داخلياً، وضحايا الكوارث الطبيعية، فإن المفوضية قد رفضت اعتبار المخاطر البيئية سبباً لاكتساب وصف اللاجئ البيئي، مقرررة وجوب قصر مواردها المحدودة على الأشخاص الذي يفرون نتيجة الاضطهاد لأسباب سياسية أو دينية أو اجتماعية.

يمكن القول، بعبارة أخرى، إنه بالرغم من أن المفوضية قد مدت نطاق مهامها في حالات محددة، لتشمل جماعات أخرى بخلاف اللاجئين التقليديين، إلا أنها لا تملك الرغبة أو القدرة على تولي المهام الكاملة للاجئين البيئيين.

ونخلص مما سبق، أنه يتعين على اتفاقية اللاجئين المقترحة أن تنشئ هيئة تنسيقية مستقلة، على غرار المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، بحيث يمكن

(١) هذا ما أكدته المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بقولها:

"The Office Works in partnership with governments, regional organizations, international and non-governmental organization. It is committed to the principle of participation, believing that refugees and others who benefit from the organization's activities should be consulted over decisions which affect their lives." UNHCR Mission Statement, op. cit.

الاستفادة من تجارب وممارسات المفوضية عند إنشاء هيكلها وإقرار سياساتها، مع ضرورة إيلاء المراعاة الواجبة للطبيعة الخاصة للاجئين البيئيين عند استقاء القواعد والإجراءات والأنظمة المتبعة بواسطة المفوضية.

### ثالثاً: هيئة الخبراء الخاصة بالجوء البيئي:

يتعين على الاتفاقية الدولية المقترحة أن تنشئ هيئة خبراء تختص بتوفير المعلومات وتقديم المشورة الفنية بالنسبة للمسائل المتعلقة بالاتفاقية<sup>(١)</sup>، وتحديداً:

١. تحديد المخاطر البيئية الجسيمة التي تؤدي إلى حالات اللجوء البيئي التي تدخل ضمن نطاق تطبيق الاتفاقية. وعلى الرغم من أننا نأدي بضرورة تغطية الاتفاقية لكافة المخاطر البيئية التي تؤدي إلى حالات اللجوء البيئي، إلا أن ذلك لا يعنى أن كافة المخاطر البيئية سوف تؤدي إلى النزوح خارج الحدود الوطنية للدولة المتأثرة بتلك المخاطر.

ومن ثم يبرز دور لجنة الخبراء في تحديد نطاق تلك المخاطر وتأثيرها على حالات اللجوء البيئي، حتى لا يتخذ الأفراد اللجوء البيئي ذريعة للنزوح خارج الحدود الوطنية لدولهم، بدون سند واقعي أو قانوني، مما يؤدي إلى إقبال كاهل الدول الأخرى بتوفير حماية دولية إلى أشخاص غير مستحقين لها.

(١) وقد اقترح البعض إنشاء هيئة خبراء مختصة بالجوء البيئي على غرار الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتكنولوجية المنشئة بموجب المادة (٩) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢. انظر بشأن هذا الاقتراح:

Bonnie Docherty and Tyler Giannini, op. cit., p. 389-390.

See also: David Hodgkinson, Tess Burton, Heather Anderson and Lucy Young, op. cit., p. 92.

وتختص الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتكنولوجية بالقيام بالمهام التالية:

أ. إعداد تقييمات عن حالة المعارف العلمية فيما يتصل بتغير المناخ وأثاره.

ب. إعداد تقييمات علمية عن آثار التدابير المتخذة تنفيذاً للاتفاقية.

ج. تحديد التكنولوجيات والدراسة التي تتسم بالابتكار والكفاءة والحداثة، وإسداء المشورة بشأن سبل ووسائل تعزيز وتطوير و/أو نقل تلك التكنولوجيات.

د. إسداء المشورة بشأن البرامج العلمية والتعاون الدولي في البحث والتطوير المتصلين بتغير المناخ وبشأن سبل ووسائل دعم بناء القدرة الذاتية في البلدان النامية.

هـ. الرد على الأسئلة العلمية والتكنولوجية والخاصة بالمنهجية التي قد يوجهها إلى الهيئة مؤتمر الأطراف وهيئات فرعية". انظر المادة (٩) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، المرجع السابق.

٢. إجراء الدراسات الفنية المتقدمة لتقدير مدى قدرة الدول على تقديم المساهمات اللازمة لحماية ومساعدة اللاجئين البيئيين. كذلك تقدير مدى مساهمة الدول في إحداث الأضرار البيئية التي أدى إلى حالات اللجوء البيئي، وذلك تمهيداً لتحديد مدى مساهمة كل دولة في الصندوق الدولي للتمويل وفقاً لمبدأ مسؤوليات مشتركة لكنها متباينة.

ويتعين الانتباه إلى أن دور هيئة الخبراء في اتخاذ قراراتها يستند إلى نتائج علمية متخصصة، وليس مجرد سياسات أو تدابير أو توقعات لا تستند إلى ثوابت علمية سلمية.

٣. إجراء دراسات علمية شاملة ومتعمقة حول كافة الأسباب التي تؤدي إلى المخاطر البيئية، بالإضافة إلى وضع توقعات حول أوقات حدوثها ومدى جسامتها وتحديد الدول التي سوف تتأثر منها، وأثرها على حالات اللجوء البيئي، ووضع التدابير التي يتعين اتخاذها للحد إلى أقصى درجة ممكنة من تلك المخاطر ومن ثم الحد من مشكلة اللجوء البيئي.

ويمكن لهيئة الخبراء أن تستفيد في عملها من كافة المعلومات والبيانات المتاحة لدى المنظمات الحكومية وغير الحكومية المعنية بالبيئة وآثارها على المجتمعات، ومنها الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، في سبيل التوصل إلى إحصائيات ونتائج علمية سليمة ومعبرة عن واقع الحال.

## الخاتمة:

لا جرم أن المجتمع الدولي سوف يواجه أزمة اللجوء البيئي، بشكل أكثر وطأة، خلال العقود القادمة، ومع ذلك يظل اللاجئون البيئيون يعيشون في ظل نظام قانوني دولي لا يقرر الحماية الملائمة لهم. ورغم أن هناك جهود ومحاولات دولية متتالية في الوقت الراهن في سبيل إيجاد تعريف للاجئ البيئي ووضع نظام قانوني متكامل لحمايته، إلا أن غالبية تلك الجهود تركز بشكل أساسي على منح الحماية للأشخاص الذين نزحوا خارج حدود دولتهم بسبب مشكلة تغير المناخ التي تنتج عن الأنشطة الإنسانية، دون أن تأخذ في الاعتبار مشكلة الأشخاص الذين أُجبروا على ترك أوطانهم بسبب المخاطر البيئية التقليدية الناشئة عن العوامل الطبيعية.

لذلك يتعين على المجتمع الدولي أن يُزيد من جهوده الرامية إلى إنشاء نظام قانوني بشأن حماية اللاجئين البيئيين، مع وجوب ألا يقصر هذا النظام القانوني بشكل تحكمي الحماية على فئة معينة من اللاجئين البيئيين دون غيرهم. فيلزم أن يمتد هذا النظام القانوني ليشمل بحمايته كافة اللاجئين البيئيين بغض النظر عن أسباب لجوئهم، سواء كانت بسبب المخاطر البيئية التقليدية أو بسبب مخاطر تغير المناخ أو بسبب المخاطر الناشئة عن النزاعات المسلحة، مع مراعاة أن منح الحماية يقتصر فقط على الأشخاص الذين نزحوا عن أوطانهم بسبب عدم قدرتهم على تأمين احتياجاتهم الأساسية اللازمة للحياة، لتفادي الحالات التي يلجأ فيها الأشخاص إلى دول أخرى رغبة في مستوى معيشي أفضل.

. ويلزم أيضاً أن يتضمن النظام القانوني قواعد من شأنها الحد من المخاطر البيئية التي تؤدي إلى حالات اللجوء البيئي، فضلاً عن توجيه ومساعدة الدول التي يقع على عاتقها استقبال اللاجئين البيئيين داخل حدودها الإقليمية.

وبناء على ذلك، فقد انتهينا، من خلال تلك الدراسة، إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١. من المتوقع أن تزداد أعداد اللاجئين البيئيين في السنوات القادمة<sup>(١)</sup>. وتشير التوقعات إلى أن أعداد الأشخاص المهجرين من ديارهم بسبب المخاطر والكوارث البيئية سوف يتجاوز أعداد الأشخاص الذين تتوفر لهم الحماية وفقاً للاتفاقية الخاصة باللاجئين لعام ١٩٥١.

٢. اختلفت تعريفات الفقهاء للمقصود بالملجأ في إطار أحكام القانون الدولي العام، إلا أننا نعرفه بأنه الحماية القانونية التي تقرها دولة معينة في إقليمها أو في منطقة خاضعة لسيادتها، لشخص يوجد خارج دولة جنسيته أو محل إقامته العادية إذا كان عديم الجنسية بمناسبة تعرضه للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية، أو بسبب وجود عدوان مسلط على هذه الدولة أو احتلاله أو السيطرة عليه أو لوقوع كوارث طبيعية أو أحداث جسيمة ترتب عليها إخلال جسيم بالنظام العام، في ظل عدم قدرة أو رغبة دولة جنسيته أو محل إقامته على توفير الحماية الملائمة له.

٣. حق الشخص في الحصول على الملجأ لم يستقر بشكل واضح، سواء في العرف أو العمل الدولي، حيث يثبت له فقط الحق في التماس الملجأ، طالما تحققت بشأته، الشروط والضوابط المقررة دولياً، لاكتساب وصف اللاجئ، ومع ذلك، فإنه متى حصل الشخص على اللجوء وفقاً للسلطة التقديرية للدولة مانحة اللجوء فإنه يكون مستحقاً للتمتع بكافة الحقوق المقررة للاجئين بموجب الاتفاقيات الدولية التي

(١) راجع:

Camillo Boano, Roger Zetter and Tim Morris, op. cit., p. 12-13.

وقد ذكر هذا الرأي أنه لا توجد إحصائيات دقيقة لتحديد أعداد اللاجئين البيئيين، وهو أمر يمكن أن يبنى بوقوع أزمة حقيقية نظراً لعدم وجود الاستعدادات وتوافر الآليات والإمكانات اللازمة لمواجهة تلك الأزمة. فقد ذكر هذا الرأي تحديداً: "their estimation methods and the underlying assumptions behind them are the subject of intense criticism and debate. Uncertain global estimates compromise the possibility of producing reliable, usable and comparable data-without which action is not possible. Whilst not denying the potentially widespread displacement consequences of environmental change, these estimates instil a fear of waves of migrants and humanitarian crises. They may obscure the positive role of human agency in mediating these potential outcomes- how, in practice, local communities actually do, or might, react and thus what the appropriate policy responses should be."



تلتزم بها الدولة مانحة الملجأ.

٤. مفهوم البيئة لا يقتصر فقط العناصر والموارد البيئية الطبيعية، وإنما يتضمن أيضاً العناصر والمواد والمنشآت التي شيدها الإنسان لخدمة وتعزيز الموارد الطبيعية والمساهمة في استدامتها، بما يحقق حياة وبيئة أفضل للإنسان. ومع ذلك، لا يوجد تعريف موحد مستقر عليه في المواثيق والاتفاقيات الدولية المختلفة المعنية بصيانة وحماية البيئة. فنجد أن كل وثيقة أو اتفاقية دولية تشتمل على عناصر بيئية معينة بحسب النطاق أو الموضوع البيئي الذي تهدف إلى معالجته وإقرار الحماية الدولية بشأنه

٥. أن ورود النص صراحة على حق الأنسان في بيئة سليمة وصحية ونظيفة في العديد من المواثيق والإعلانات والتقارير الدولية المعنية بحقوق الإنسان، يعكس وجود قبول عام من جانب غالبية أعضاء المجتمع الدولي بوجود هذا الحق وأهميته وضرورة العمل على حمايته، وعدم جواز انتهاكه أو الانتقاص منه. وقد تجسد ذلك بشكل واضح في إقرار العديد من دساتير الدول للحق في البيئة بموجب نصوص صريحة

٦. المخاطر البيئية التي تساهم بشكل رئيسي في نزوح الأشخاص خارج أوطانهم، تنقسم إلى أربعة أنواع رئيسية، تحديداً: المخاطر البيئية التقليدية، والمخاطر البيئية الناتجة عن تغير المناخ، والمخاطر البيئية الناشئة عن الأنشطة التنموية الخطرة، والمخاطر البيئية الناشئة عن النزاعات المسلحة.

٧. تشير الإحصائيات إلى أن هناك ٣ بليون نسمة سوف يتعرضون لخطر الجفاف بحلول عام ٢٠٢٥، وتصل هذه النسبة إلى ٤,٤ بليون نسمة بحلول عام ٢٠٢٥. كذلك فإن من شأنه الجفاف أن يؤدي إلى تفاقم مشكلة التصحر، ومن ثم نقص مساحة الأراضي الصالحة للزراعة، مما يعني عدم قدرة العديد من الدول على الوفاء باحتياجات سكانها من المنتجات الزراعية التي تعد مصدراً أساسياً للغذاء.

٨. يمثل نقص موارد المياه العذبة أزمة حقيقية على العديد من البلدان العربية، ولا سيما في منطقة الهلال الخصيب التي تمتد من البحر المتوسط إلى حوض دجلة

والفرات للخليج العربي، حيث تشير التوقعات إلى اختفاء تلك المنطقة قبل نهاية القرن الحالي، بسبب نقص إمدادات المياه من الأنهار الرئيسية، مما يعني تفاقم حالات النزوح الجماعي عن تلك المنطقة.

٩. يترتب على إزالة الغابات العديد من الأضرار البيئية المتمثلة في زيادة التصحر والفيضانات والإخلال بالتنوع الإحيائي وزيادة غاز الدفيئة المساهم الرئيسي في تغير المناخ العالمي. وتعد الدول الإفريقية الأكثر تأثراً بسبب ممارستها غير المستدامة في إزالة المساحات الشاسعة من الغابات المتواجدة داخل أقاليمها، حيث تشير التوقعات إلى إمكانية زوال الغابات نهائياً في إفريقيا بحلول عام ٢٠٥٠.

١٠. الدول النامية هي الأكثر تأثراً من الكوارث الطبيعية، متمثلاً في نزوح أعداد هائلة من الأشخاص خارج الحدود الوطنية لدولهم، ولا سيما في ظل عدم توافر الأليات والتقنيات الملائمة التي تمكن تلك الدول من إدارة الأزمات وتخفيف المعاناة عن الأشخاص الذين يتعرضون للكوارث الطبيعية.

١١. تغير المناخ العالمي سوف يؤدي إلى غرق العديد من المناطق المأهولة بالسكان في الدول الساحلية، بل قد يؤدي إلى زوال العديد من الدول الجزرية الصغيرة بأسرها، مما يعني نزوح سكان تلك المناطق والدول بحثاً عن ملجأ آمن في دول أخرى.

١٢. بالرغم من قلة الحوادث الناشئة عن الأنشطة التنموية الخطيرة، المتمثلة في إقامة المنشآت النووية والسدود ومصانع المواد الخطرة والتقيب، إلا أن الأضرار البيئية الناشئة عنها غالباً ما تفوق الأضرار الناشئة عن المخاطر البيئية التقليدية، وتؤدي إلى نزوح جماعي لسكان المناطق المتأثرة إما بشكل دائم أو لفترات زمنية طويلة.

١٣. يترتب على النزاعات المسلحة الإضرار بالبيئة إما بشكل غير مباشر نتيجة استخدام أنواع معينة من الأسلحة، مثل الأسلحة النووية والأسلحة الكيماوية والأسلحة البيولوجية والألغام الأرضية، أو بشكل مباشر نتيجة استهداف عناصر البيئة المختلفة بهدف تحقيق نصر عسكري سريع. ويترتب على ذلك

بالتبعية في غالب الأحوال أضرار شديدة أو طويلة الأمد أو واسعة النطاق بالبيئة، مما يعني عدم صلاحية المناطق المتضررة لحياة السكان لفترة طويلة، وبالتالي نزوحهم عنها إلى مناطق ودول أخرى أكثر أماناً.

١٤. تتسم مشكل اللجوء البيئي بأنها ذات صبغة عالمية، تستوجب تتضافر كافة أعضاء المجتمع الدولي لمعالجتها؛ ففوق كارثة بيئية في إطار إقليمي معين لن يؤثر فقط على الدول الواقعة في نطاق هذا الإقليم، بل قد تمتد إلى دول أخرى، لا سيما إذا كانت الدول المجاورة لا يتوافر لديها القدرات الاقتصادية والأمنية التي تمكنها من استيعاب كافة أعداد النازحين جراء الكارثة البيئية.

١٥. الحماية المقررة للاجئين البيئة في الوقت الراهن هي حماية غير مباشرة، تعد بمثابة وقاية للحيلولة دون وقوع الكوارث البيئية. وتتمثل في مجموعة المبادئ والقواعد والأنظمة القانونية التي أقرها أعضاء الجماعة الدولية بهدف حماية البيئة، وتشمل تحديداً ما يلي:

أ. مبادئ عدم الإضرار والتنمية المستدامة ومسؤوليات مشتركة لكنها متباينة والتحوط والملوث يدفع وتقييم الأثر البيئي.

ب. الاتفاقيات الدولية التي تحمي عناصر البيئة المختلفة من ماء وهواء وتربة وحيوانات ونباتات وغيرها من الكائنات الحية وغير الحية التي تعد ضمن عناصر البيئة الإنسانية.

ج. الاتفاقيات الدولية التي تقرر حماية البيئة في زمن النزاعات المسلحة. ومع ذلك، فإن هذا النوع من الحماية غير المباشرة لا يكفي في حد ذاته في توفير الحماية للاجئين البيئة حال وقوع الكوارث البيئية.

١٦. يترتب على النزاعات المسلحة في العديد من الحالات إلحاق أضرار بالغة أو واسعة الانتشار أو طويلة الأجل بالبيئة الإنسانية، خاصة في الحالات التي يلجأ فيها أطراف النزاع إلى استهداف البيئة بشكل مباشر، في سبيل تحقيق نصر عسكري سريع، الأمر الذي يجعل البيئة غير صالحة للحياة لفترات زمنية طويلة، ويدفع سكان المناطق المتأثرة إلى النزوح بعيداً عنها. وأدى هذا الأمر إلى قيام

المجتمع الدولي بتبني اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام ١٩٧٦، والبروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٧٧، بهدف إقرار حماية مباشرة للبيئة.

١٧. لا توفر اتفاقية جنيف الخاص بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١ وبروتوكولها لعام ١٩٦٧ حماية مباشرة وكافية للاجئي، ولا يمكن الاستناد إليها إلا في الحالات التي يثبت فيها الإضرار بالبيئة كوسيلة لاضطهاد السكان، أو عندما يلجأ أحد أطراف النزاع المسلح إلى استهداف البيئة بشكل مباشر على نحو يلحق بها أضرار بالغة أو واسعة الانتشار أو طويلة الأمد، على نحو يدفع السكان إلى النزوح خارج أوطانهم.

١٨. الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، هي الاتفاقية الإقليمية الوحيدة التي يمكن أن يستفاد منها ضمناً إقرار الحماية المقررة للاجئين تجاه النازحين خارج الحدود الوطنية لدولهم بسبب الكوارث البيئية. ومع ذلك، لا يوجد، حتى الوقت الراهن، اعتراف عام من جانب الدول بإمكانية إقرار وصف اللاجئين تجاه النازحين بسبب الكوارث البيئية، خشية أن يترتب على ذلك إقبال كاهل الدول بأعباء إضافية جراء النزوح الجماعي للمتضررين بيئياً، فضلاً عن عدم رغبة الدول في أن تقيد بالالتزامات المقررة لمصلحة اللاجئين تجاه النازحين بسبب الكوارث البيئية.

١٩. يستفاد ضمناً من إعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين لعام ١٩٨٤ الصادر عن دول أمريكا اللاتينية، إمكانية تمتع النازحين خارج حدودهم الوطنية بوصف اللاجئين. وبالرغم من أن هذا الإعلان غير ملزم بحكم طبيعته، إلا أنه يعد تأكيداً للقواعد العرفية الإقليمية التي توسعت في تعريف اللاجئ البيئي.

٢٠. لا جرم أن الدول النامية سوف تصبح أكثر الدول تأثراً من مشكلة اللجوء البيئي، حيث أدت مشكلة الجفاف والتصحر التي ضربت الساحل الإفريقي إلى نزوح أعداد هائلة من سكانها بحثاً عن ملاذ آمن في الدول الإفريقية المجاورة. كذلك تشير الإحصائيات إلى أن منطقة الدلتا في جمهورية مصر العربية سوف تتأثر

من الكوارث البيئية، ولا سيما تلك الناشئة عن تغير المناخ. وتتسم هذه المنطقة بأنها منطقة مأهولة بأعداد هائلة من السكان، فضلاً عن قيمتها الاقتصادية المتمثلة في وجود مساحات شاسعة من الأراضي الزراعية التي تعد مصدراً أساسياً للسكان.

٢١. أقرت الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية لعام ١٩٩٤ صراحة وصف اللاجئين لكل شخص يُجبر على ترك دولته أو محل إقامته المعتادة بسبب الكوارث الطبيعية. ومع ذلك، لم تدخل هذه الاتفاقية حيز النفاذ حتى وقتنا هذا.

٢٢. تتولى المفوضية السامية للأمم المتحدة تقديم المساعدات للنازحين بسبب الكوارث البيئية، انطلاقاً من الدور الإنساني الذي تضطلع به في تخفيف معاناة الأشخاص المتضررين من الكوارث المختلفة. وتقدم المفوضية السامية للأمم المتحدة المساعدات للنازحين بيئياً في ثلاثة حالات رئيسية:

الحالة الأولى: إذا كان ضحايا الكوارث البيئية قد فروا من ديارهم بسبب أن حكوماتهم تعمدت منع أو إعاقة تقديم المساعدات لهم، لمعاقتهم، أو تهمة شتمهم، استناداً إلى الأسس الخمسة الواردة في اتفاقية اللاجئين ١٩٥١. وبالتالي، يندرجون تحت اهتمام المفوضية السامية للأمم المتحدة باعتبارهم لاجئين وفقاً لمفهوم اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

الحالة الثانية: إذا ترتب على الكارثة البيئية زوال الدولة بأكملها، حيث يستحق النازحين حماية المفوضية السامية للأمم المتحدة باعتبارهم من عديمي الجنسية. الحالة الثالثة: إذا ترتب على الكارثة البيئية نزوح السكان، سواء داخلياً أو خارجياً، حيث تقدم المفوضية تلك المساعدات على سبيل التضامن والتعاون الدولي في إطار جهود الإغاثة التي تقدمها الأمم المتحدة. ومع ذلك، لم تقرر المفوضية السامية للأمم المتحدة نظاماً مؤسسياً لتقديم المساعدات الإنسانية للاجئين البيئية، ولم تعلن في، أي وقت، أن لاجئي البيئة يدخلون ضمن اهتماماتها.

٢٣. يدخل ضمن مهام الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر الدولي تقديم

المساعدات الإنسانية لضحايا الكوارث البيئية، لتخفيف المعاناة التي يتعرضون لها.

٢٤. تتجنب كافة الهيئات والمنظمات الدولية الحكومية استخدام اصطلاح "اللاجئ البيئي" نظراً لعدم وجود تعريف قانوني دقيق للمقصود باللاجئ البيئي، وحتى لا يؤدي استخدام هذا الاصطلاح إلى الانتقاص من حقوق اللاجئين التقليديين المحميين بموجب اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١. وتفضل الهيئات والمنظمات الحكومية استخدام اصطلاحات، مثل النازحين بيئياً أو المهجرين بيئياً. ومع ذلك، فإنه لا يوجد ما يمنع من الناحية الفقهية استخدام اصطلاح "اللاجئ البيئي"، نظراً إلى أنها حالة واقعية قائمة، تحتاج إلى معالجة قانونية، لإقرار حماية دولية ملائمة لها.

٢٥. بالرغم من تفاقم مشكلة النزوح بسبب المخاطر البيئية، فإنه لا توجد، حتى الوقت الراهن، ثمة محاولات دولية لإقرار نظام قانوني لحماية لاجئ، الأمر الذي لن يتأتى حدوثه بدون إقرار تعريف موحد ودقيق للمقصود باللاجئ البيئي.

٢٦. بذل الفقه الدولي محاولات حثيثة في سبيل تحديد المقصود باللاجئ البيئي، ومع ذلك لم يكن هناك استقرار بشأن هذا التحديد، حيث اشترط جانب من الفقه لكي يتمتع الشخص بوصف اللاجئ البيئي، أن يكون النزوح دائماً، واشترط جانب ثاني أن يكون النزوح خارجياً، بينما اشترط جانب ثالث أن يكون النزوح بسبب الأضرار الناشئة عن مخاطر تغير المناخ فقط.

٢٧. يذهب جانب في الفقه إلى ضرورة قصر الحماية الدولية على الأشخاص النازحين خارج الحدود الوطنية بسبب الأضرار البيئية الناتجة عن تغير المناخ، وذلك استناداً إلى ما أقره اتجاه إلى أن من بين عشرة كوارث بيئية تسعة منها ناتجة عن تغير المناخ<sup>(١)</sup>.

(١) راجع:

Sir John Holmes, Under-Secretary-General for Humanitarian Affairs and Emergency Relief Coordinator, Opening Remarks at the Dubai International Humanitarian Aid and Development Conference and Exhibition "DIHAD 2008 Conference", 8 April 2008,

٢٨. قد تتعرض المناداة بضرورة إقرار نظام قانوني دولي لحماية لاجئي البيئة إلى الانتقاد، على أساس أن قبول أعداد كبيرة من اللاجئين البيئيين، من شأنه أن يتقل كاهل الدول المضيفة، ويمثل عبئاً إضافياً قد لا تستطيع مواجهته، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن أعداد اللاجئين البيئيين قد يتجاوز إلى حد كبير الأعداد التي يمكن أن تستقبلها الدول وفقاً لاتفاقية عام ١٩٥١.

٢٩. يتضمن اللجوء البيئي العديد من الأشخاص والجهات المعنية بالمشكلة، بما في ذلك اللاجئين البيئيين والمجتمعات والدولة الواقع عليها الضرر البيئي والدولة المضيفة أو المستقبل لللاجئين والمجتمع الدولي بشكل عام، مما يؤدي إلى تعقيد الجهود الرامية إلى معالجة مشكلة اللجوء البيئي بفعالية.

٣٠. يتعين عند وضع إطار قانوني لمعالجة مشكلة اللجوء البيئي أن يؤخذ في الاعتبار المراكز القانونية والاحتياجات الخاصة بكل شخص أو جهة متأثرة أو معنية بمشكلة اللجوء البيئي. ومع ذلك، فإن هذا النظام القانوني المقترح بشأن اللاجئين البيئيين لا يمكن أن يشتمل في ذاته على كافة القواعد والأحكام التي تعالج مشكلة اللجوء البيئي، بل إن فعاليته تتوقف في غالب الأحوال على تطبيق القواعد الدولية الأخرى التي تهدف إلى الحد من آثار العوامل التي تدفع الأشخاص إلى النزوح عن أوطانهم.

#### ثانياً: التوصيات:

١. مشكلة اللجوء البيئي مشكلة واقعية تحتاج إلى معالجة قانونية فعالة، وإلا كان من شأن تفاقمها أن تضع المجتمع الدولي بأسره في أزمة حقيقية قد لا يسعفه الوقت في معالجتها، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار ما تشير إليه الإحصائيات من أن عدد الكوارث البيئية قد تضاعف في العقدين الأخيرين من مائتي إلى أربعمائة كارثة في العام الواحد<sup>(١)</sup>.

٢. وجوب إقرار نظام قانوني دولي يحدد الآليات والتدابير واجبة الاتباع لإزالة

(١) راجع:

- أو تخفيف الآثار الضارة للكوارث البيئية، بهدف المحافظة على بقاء ووحدة المجتمعات، ولتفادي الأزمات الإنسانية الناجمة جراء تلك الكوارث.
٣. ضرورة الالتزام بالمبادئ البيئية المتمثلة في عدم الإضرار والتحوط وإجراء تقييم الأثر البيئي عند إقامة الأنشطة التنموية الخطيرة، لتفادي الأضرار البيئية التي يمكن أن تنشأ عنها، وما تسببه من نزوح جماعي لسكان المناطق المتأثرة.
٤. إيلاء المجتمع الدولي مزيداً من الاهتمام لحماية البيئة ضد الأضرار الناشئة عن الأنشطة الإنسانية تحديداً، مع ضرورة إقرار نظام صارم للمسؤولية عن الأضرار البيئية، فضلاً عن توافر آليات فعالة لإنفاذ تلك المسؤولية.
- ٥.
٦. ضرورة وضع تعريف عام وموحد للمقصود "باللاجئ البيئي"، في سبيل إقرار نظام قانوني دولي لحماية اللاجئين البيئيين، ويتعين أن يراعى عند وضع هذا التعريف عدة أمور أهمها:
- أ. عدم قصر الحماية الدولية على فئة معينة من لاجئي البيئة؛ أي يتعين أن تشمل كافة اللاجئين بسبب الأضرار البيئية الجسيمة، سواء كانت ناشئة عن تغير المناخ أو المخاطر البيئية التقليدية أو النزاعات المسلحة.
- ب. عدم التمييز بين اللجوء المؤقت واللجوء الدائم، بحيث يتعين منح الحماية الدولية للاجئين، بغض النظر عما إذا كان الضرر البيئي قد تسبب في أضرار بيئية مؤقتة داخل دولهم، أو أضرار بيئية دائمة، تتمثل إما في زوال الدولة تماماً، أو في عدم قدرتها على التعافي لدعم الحياة الإنسانية مرة أخرى.
- ج. قصر الحماية الدولية على الأشخاص الذين يفرون خارج الحدود الإقليمية لدولهم بسبب الكوارث البيئية الجسيمة؛ إذ أن الأشخاص الذين يفرون داخل الحدود الإقليمية، بسبب تلك الكوارث البيئية، يظلون تحت الحماية الوطنية لدولهم.



٧. يتعين على منظمة الوحدة الإفريقية أن تعزز من جهودها في سبيل الاعتراف بحق الإنسان في اللجوء البيئي، لا سيما أن هذا الحق يستفاد من نصوص الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا لعام ١٩٦٩، كما يلزم أن تبذل جامعة الدول العربية مزيداً من الجهد في سبيل دخول الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية، بصيغتها الحالية لمفهوم اللجوء، نظراً لاعترافها صراحةً بالحق في اللجوء البيئي.

٨. ضرورة قيام الدول الإفريقية والعربية بتتي آليات فعالة للتصدي ومواجهة الكوارث البيئية في إطار التعاون المتبادل والمستمر بينها، للحد إلى أقصى درجة ممكنة من مشكلة اللجوء البيئي، التي سوف تمثل، لا محالة، ضغطاً شديداً على اقتصادات وأمن الدول.

٩. ضرورة بذل المجتمع الدول مزيداً من الجهد في سبيل وضع اتفاقية دولية شارة لحماية لاجئي البيئي، لاسيما في ظل عدم كفاية الأنظمة القانونية الدولية الحالية، فضلاً عن عدم قدرة المؤسسات الدولية القائمة على مواجهة الأزمة المتوقع حدوثها مستقبلاً، بسبب تدفق لاجئي البيئة، وفقاً لإحصائيات الجهات والهيئات الحكومية وغير الحكومية المعنية بهذا الموضوع-على نحو ما سبق أن أشرنا إليه في دراستنا.

١٠. إن القول بأن إقرار حماية دولية للاجئي البيئة من شأنه أن يتقل كاهل المجتمعات، نظراً إلى أن أعداد لاجئي البيئة يفوق بكثير أعداد اللاجئين التقليديين، وفقاً لاتفاقية جنيف لعام ١٩٥١، فإنه يتعين، مع ذلك، إدراك أن الاعتبارات الإنسانية يجب أن يكون لها الأسبقية على المصالح الخاصة بالدول، كما أن وضع نظام قانوني يشتمل على قواعد وضوابط وآليات دقيقة سوف تساهم من ناحية في تخفيف المعاناة الإنسانية التي يواجهها لاجئي البيئة، ومن ناحية ثانية، تخفيف الأعباء الاقتصادية والاجتماعية والأمنية التي تقع على عاتق الدول في سبيل توفير الحماية للاجئي البيئة.

١١. يتعين أن يشتمل النظام القانوني المقترح على قواعد تلزم الدول بضرورة

تبيني وسائل وآليات فعالة للسيطرة على كافة أنواع التلوث التي من شأنها إحداث أضرار جسيمة بالبيئة، وعلى وجه الخصوص تلوث الهواء والمياه والتلوث الناتج عن المواد الخطرة. وتبرز أهمية السيطرة على التلوث فيما يتعلق بمشكلة تغير المناخ العالمي الناتج عن زيادة غاز الدفيئة في المناخ كأثر مباشر للأنشطة الإنسانية المختلفة. لذلك يتعين أن يشمل النظام القانوني المقترح على قواعد مباشرة تهدف إلى تعزيز الاتفاقيات الدولية القائمة في هذا الشأن، مثل بروتوكول كيوتو، واتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام ١٩٩٢، واتفاق باريس للمناخ لعام ٢٠٠٥، فضلاً عن تعزيز التعاون مع الهيئات الدولية التي تعمل جاهدة على مكافحة تغير المناخ العالمي، مثل برنامج الأمم المتحدة للبيئة والهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ. وتستهدف تلك القواعد بالتأكيد الحد من حالات اللجوء البيئي الناتجة عن تغير المناخ.

١٢. لا بد أن يكون في إطار النظام القانوني المقترح تدابير لتقليل من آثار المخاطر البيئية، وذلك من خلال وجود بنود صريحة تفرض على الدول ضرورة اتخاذ إجراءات ووضع آليات لمواجهة الكوارث والتعافي منها، والتي من شأنها أن تمكن حكومات الدول من الاستجابة السريعة لمواجهة الأضرار الناجمة عن الكوارث البيئية المفاجئة. ويترتب على ذلك بالضرورة في العديد من الحالات-الحد من نزوح الأشخاص خارج حدود وطنهم باعتبارهم لاجئين بيئيين، حيث يمكن لتلك التدابير والآليات أن توفر الإغاثة الملائمة للأشخاص في أوقات الكوارث وتفادي الضرورة الملحة لترك موطنهم.

١٣. إذا كان من شأن الاتفاقية المقترحة توفير الرعاية والعناية الملائمتين للاجئين البيئية، المتمثلة في حماية حقوقهم الإنسانية وتوفير المساعدات الأساسية اللازمة لبقائهم واستمرارية حياتهم، فإنه يتعين اشتغالها على قواعد تؤدي إلى وضع تلك الضمانات موضع التطبيق الفعال، الأمر الذي يمكن تحقيقه من خلال توزيع عبء دعم وتحقيق تلك الضمانات على عاتق كافة

## الدول.

١٤. يتعين أن يتضمن النظام القانوني المقترح بنوداً من شأنها تمكين الدول المضيفة في أن يتوافر لديها الاستعداد الكافي لمواجهة أعداد كبيرة من اللاجئين البيئيين، وذلك كما يلي:

أ. قيام الدول المضيفة بالمتابعة المستمرة للمخاطر البيئية الحالية التي من شأنها أن تؤدي إلى حالات اللجوء البيئي في المستقبل القريب، مما يساعدها على توقع تقريبي لأعداد اللاجئين البيئيين الذين يطلبون الحماية داخل حدودها الإقليمية. وقد أدركت الأمم المتحدة هذا الأمر وطالبت الدول بضرورة التأهب لمواجهة الكوارث البيئية على كافة المستويات، وعلى وجه الخصوص المناطق المعرضة للخطر، وذلك من خلال وضع نظم للإنذار المبكر واتخاذ تدابير التأهب للكوارث والحد من آثارها<sup>(١)</sup>.

ب. تطبيق سياسات الاستخدام المستدام لأراضي الدول المضيفة، على نحو يمكنها من مواجهة الأعداد الكبيرة من اللاجئين البيئيين، ولتفادي إمكانية تدهور تربة الأراضي الصالحة للزراعة لديها نتيجة عدم استعدادها لمواجهة الأعداد الكبيرة للاجئين البيئية. ومما لا شك فيه أن الاستخدام المستدام للأراضي يعتبر وسيلة فعالة وهامة من شأنها تحقيق أمرين: أولاً: تفادي تفاقم حالات اللجوء البيئي بسبب المخاطر البيئية التي تعاني منها بعض الدول؛ وثانياً: تمكين الدول المستقبلية من مواجهة توافد أعداد كبيرة من اللاجئين البيئيين داخل حدودها الإقليمية، على نحو يجعلها قادرة على توفير الحماية الملائمة لهم<sup>(٢)</sup>.

١٥. يتعين على الاتفاقية الدولية المقترحة أن تنشئ آليات دولية لتعزيز

(١) راجع: قرار الجمعية العامة رقم ٢٣١/٦٧ الذي اتخذته في ٢١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٢ بشأن التعاون الدولي في تقديم المساعدة الإنسانية في ميدان الكوارث الطبيعية، من مرحلة الإغاثة إلى مرحلة التنمية، الفقرات ٣-٩.

(٢) وقد حرصت الجمعية العامة للأمم المتحدة على تأكيد هذا الأمر عندما أشارت إلى "ضرورة النظر إلى التدابير المتوخاة في حالات الطوارئ كخطوة على طريق التنمية المستدامة، من أجل كفالة الانتقال السلس من مرحلة الإغاثة إلى مرحلتي الإنعاش والتنمية". راجع: قرار الجمعية العامة رقم ٢٣١/٧٦، المرجع السابق.

التطبيق الفعال للاتفاقية، وذلك من خلال إنشاء هيئة دولية خاصة على غرار مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ويمكن أن تعمل هذه الهيئة بالتعاون مع المفوضية وغيرها من الهيئات الدولية الأخرى المعنية بالبيئة وآثارها، كبرنامج الأمم المتحدة للبيئة، والهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ.

١٦. ضرورة إنشاء جهات مالية وتنسيقية وعلمية خاصة، لتقديم الدعم اللازم للدول المتضررة من الكوارث البيئية والدول المضيفة للاجئين البيئية، بحيث يتم الاستفادة من الجهات الدولية القائمة التي تقوم بأدوار مماثلة مع ضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة لظاهرة اللجوء البيئي عند إنشاء تلك الجهات.

١٧. أن يتضمن النظام القانوني بنوداً لحث التعاون بين الدول المتوقع استقبالها للاجئين وبين مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين، وذلك من أجل إعداد رؤية مستقبلية حول أعداد اللاجئين البيئيين الذين ستستقبلهم كل دولة معنية.

ونخلص من جماع ما سبق، في كلمات موجزة، أنه قد آن الأوان على المجتمع الدولي أن يولي انتباه أكثر عمقاً إلى مشكلة اللاجئين البيئيين، ويبدأ في اتخاذ خطوات إيجابية نحو إقرار نظام قانوني يضمن حماية شاملة لهم.

## **أثر السياسة الضريبية على القطاع السياحي**

**دكتور: أحمد عبدالصبور الدلجاوي**

**أستاذ المالية العامة والتشريعات الاقتصادية والمالية المساعد**

**كلية القانون - جامعة الشارقة**

**دولة الإمارات العربية المتحدة**

تزداد- وبصورة مطردة- الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للسياحة على المستويين الجزئي والكلّي، إذ أصبحت السياحة من أهم الظواهر الاقتصادية والاجتماعية التي تحتل موقعا مهما في اقتصاديات العديد من الدول المتقدمة والنامية، نظرا لإسهاماتها الفعالة في الدخل القومي وفي مستوى الاستثمارات الوطنية والدولية في المناطق السياحية، كما تؤثر السياحة على مستوى التشغيل والبطالة، ولها كثير من الآثار الاجتماعية الإيجابية، ولم تعد السياحة قاصرة على السياحة الثقافية التي تركز على مشاهدة الآثار فقط بل تعدتها إلى أنماط سياحية جديدة وعديدة، وأخذت الدول تتسابق للتنمية وتطوير قطاع السياحة فيها، وزيادة القدرة التنافسية لقطاع السياحة في كل منها، ومن بين آليات زيادة هذه القدرة توظيف الضرائب- من خلال السياسة الضريبية- لجعلها عاملا من عوامل الجذب السياحي وليس العكس، وفي هذا الإطار يأتي هذا البحث الذي يحاول تحديد أثر السياسة الضريبية على القطاع السياحي، مع تدعيم الدراسة النظرية بدراسة السياسات الضريبية لبعض الدول فيما يتعلق بالقطاع السياحي، ويستند البحث إلى فرضيتين رئيسيتين، أولهما: أن الإسراف في فرض الضرائب على القطاع السياحي يؤثر سلبا على تنافسية هذا القطاع المهم، وثانيهما: أن الإعفاءات والحوافز الضريبية أحد أهم عوامل الجذب السياحي وتعزيز القدرة التنافسية للقطاع السياحي، وقد اعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج التأصيلي المقارن للإجابة على الإشكالية التي يثيرها البحث واختبار صحة الفرضيات التي يستند إليها، وقد تم تقسيم البحث إلى مطلب تمهيدي ومبحثين، تم تخصيص المطلب التمهيدي للتعريف بالسياحة وأهميتها، وتناول المبحث الأول ماهية السياسة الضريبية، واختص المبحث الآخر بأثر السياسة الضريبية على القدرة التنافسية للقطاع السياحي، وأخيرا تضمنت خاتمة البحث أهم ما توصل إليه من نتائج وما أوصى به من توصيات.

## **Research Summary**

The economic and social importance of tourism at both the partial and whole levels has been steadily increasing. Tourism has become one of the most important economic and social phenomena and has an important position in the economies of various developed and developing countries due to its effective contribution to national income and national and international investments in tourist areas. Tourism has an impact on the level of employment and unemployment. It has many positive social effects. Tourism is no longer limited to cultural tourism, which is based on the observation of the Archaeology only, but there are many new tourist patterns. Countries compete to develop their tourism sectors and increase the competitive ability of their tourist sectors. They follow some procedures such as tax functioning through tax policy to make it a tourist attraction and not the opposite. In this context, this research investigates the impact of the tax policy on the tourist sector. The study is based on two main hypotheses: First, imposing many taxes on the tourism sector has negative effects on the competitiveness of this important sector. Second: tax exemptions and incentives are one of the most important tourist attractions and enhancing the competitiveness of the tourism sector. The researcher adopted the analytical descriptive approach and the comparative research method to answer the problem questions of the research and test the validity of the hypotheses on which it is based. This research was divided into three sections. The first section addresses the definition of tourism and its importance. The second section addresses the definition of tax policy. The third section addresses the impact of tax policy on the competitiveness of the tourism sector. Finally, the conclusion of the research included the most important findings and recommendations.

## ■ التعريف بموضوع البحث:

أصبحت السياحة- في ظل تزايد العولمة والدخل المتاح- على مدى العقود القليلة الماضية من أهم الظواهر الاقتصادية والاجتماعية التي تحتل موقعا مهما في اقتصاديات العديد من الدول المتقدمة والنامية، فقد أخذت السياحة- باعتبارها نشاطا اقتصاديا- في النمو والتطور إلى أن أصبحت صناعة قائمة بذاتها لها مدخلاتها ومخرجاتها، وهي من أهم مصادر الدخل في الاقتصاد الوطني للعديد من الدول، إذ تمثل أحد أهم مكونات الصادرات الخدمية ذات التأثير الكبير على ميزان المدفوعات، كما أنها تسهم بفعالية في زيادة الناتج المحلي الإجمالي، وزيادة إيرادات الدولة من النقد الأجنبي، هذا فضلا عما لهذا القطاع من قدرة كبيرة على التحفيز الإيجابي لقطاعات اقتصادية، فالسياحة ما هي إلا حصيلة لجميع السلع والخدمات المتوفرة والمقدمة، وبالإضافة للآثار الاقتصادية للسياحة، فإن لها تأثيرات اجتماعية تؤدي إلى إيجاد نوع من التوازن الاجتماعي والثقافي، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، كما أن للسياحة تأثيرات مختلفة على البيئة، الأمر الذي حدا بالغالبية العظمى من الدول أن تولي قطاع السياحة اهتماما كبيرا، وظهر ما يعرف بالتنمية السياحية المستدامة التي تعتبر جزءا أساسيا من التنمية الشاملة المستدامة. ورغم الأهمية الكبيرة للسياحة على التنمية الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، فإن إسهام القطاع السياحي في قضايا التنمية يتوقف على مدى اندماج هذا القطاع في الاقتصاد الوطني، والاندماج في سلاسل القيمة الإقليمية والدولية، كما يتوقف على مدى استخدام الإيرادات الناتجة عن السياحة في تطوير البنى التحتية، ودعم المنشآت المحلية، بوصفها أحد أهم أدوات الجذب السياحي، وبصفة عامة ضمان استدامة التنمية السياحية الشاملة. والصناعة السياحية من أشد الصناعات التي تحتدم فيها المنافسة، الأمر الذي أوجب على الدول ضرورة العمل لكسب حصص معتبرة في الأسواق العالمية، إذ أصبحت الدول تصنف تنافسيا في تقارير التنافسية الدولية، وخير دليل على ذلك ما يصدره المنتدى الاقتصادي العالمي في تقرير خاص يسمى تقرير التنافسية العالمي لقطاع السياحة والسفر.



وتتوقف التنمية السياحية الشاملة والمستدامة، وتعزيز القدرة التنافسية لقطاع السياحة على السياسات والاستراتيجيات المعتمدة من الحكومات، وما إذا كانت تشجع زيادة الاستثمار المحلي والأجنبي في مجال السياحة، ونقل التكنولوجيا والمعرفة، أم أنها على عكس ذلك، فلا تولي النشاط السياحي الاهتمام الكافي، أو لا توليه اهتماما مطلقا.

وتعد السياسة الضريبية من أهم السياسات المؤثرة في القطاع السياحي، فالسياحة وعاء ضريبي مهم، تستطيع الدولة من خلاله تحقيق زيادة كبيرة في إيراداتها العامة، من خلال تحصيل أنواع مختلفة من الضرائب التي تفرض على الأنشطة والخدمات السياحية، إلا أن زيادة الحصيلة الضريبية المتولدة من النشاط السياحي قد يكون لها أثر سلبي على تنمية قطاع السياحة والتنافسية السياحية للدولة، لذلك قد يكون من الأفضل تقرير عدد من الإعفاءات والحوافز الضريبية لجذب السياح، وزيادة حجم الاستثمارات الوطنية والأجنبية في قطاع السياحة.

#### ■ إشكالية البحث:

إن الحكم على فاعلية السياسة الضريبية يتم من خلال معرفة مدى إسهامها في تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للدولة، وقد كانت الإعفاءات الضريبية والجمركية- دائما- إحدى الوسائل التشريعية، أو الأدوات القانونية التي تستخدمها الدول لجذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية، لدرجة أنه ساد في الفكر الاقتصادي والمالي، وكذلك التشريعي، أن منح إعفاء ضريبي أو جمركي لنشاط اقتصادي معين يمثل حافزا قويا لتشجيع الاستثمار في هذا النشاط، وبما أن النشاط السياحي ما هو إلا نشاطا اقتصاديا مهما، كمصدر أساسي للإيرادات العامة، وله تأثيرات كبيرة على كافة القطاعات الإنتاجية في الدولة، فضلا عما لهذا النشاط من تأثيرات على الجانب الاجتماعي والثقافي في المجتمع، فإنه يجب تحديد أثر السياسة الضريبية على القطاع السياحي، لتجنب الآثار السلبية لها، ومضاعفة آثارها الإيجابية، وفي هذا الإطار يأتي هذا البحث الذي يحاول الإجابة على إشكالية محددة يمكن صياغتها في السؤال الرئيس الآتي:

- ما أثر السياسة الضريبية على القطاع السياحي؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدد من التساؤلات الفرعية من أهمها ما يلي:

- ما أثر الضريبة على القدرة التنافسية للقطاع السياحي؟
  - ما دور الإعفاءات والحوافز الضريبية في تعزيز القدرة التنافسية للقطاع السياحي؟
- **فرضيات البحث:**

- تأسيسا على مشكلة البحث، فإنه يسعى إلى اختبار صحة الفرضيتين التاليتين:
- أن الإسراف في فرض الضرائب على القطاع السياحي يؤثر سلبا على تنافسية هذا القطاع المهم.
- أن الإعفاءات والحوافز الضريبية أحد أهم عوامل الجذب السياحي وتعزيز القدرة التنافسية للقطاع السياحي.

■ **أهداف البحث:**

- يسعى هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف يمكن إيجازها فيما يلي:
- توضيح المفاهيم المختلفة المتعلقة بالسياحة.
- التعرف بالسياسة الضريبية وأهدافها وأدواتها.
- تحديد مفهوم ومحددات القدرة التنافسية للقطاع السياحي.
- بيان أثر الضريبة على القدرة التنافسية للقطاع السياحي.
- بيان دور الإعفاءات والحوافز الضريبية في تعزيز القدرة التنافسية للقطاع السياحي.
- دراسة السياسة الضريبية لبعض الدول فيما يتعلق بالقطاع السياحي.

■ **أهمية البحث:**

يُعد البحث في المتغيرات المستقلة التي تؤثر في النشاط السياحي - بوصفه متغيرا تابعا لها - من الأمور المهمة، لتحديد الآثار الإيجابية لتلك المتغيرات من أجل تعزيزها وزيادتها، وتسليط الضوء على آثارها السلبية لتفاديها والحد منها، لذلك فإن أهمية هذا البحث تتمثل في كونه يتعرض لأحد أهم محددات النشاط السياحي، ألا وهو السياسة الضريبية التي تؤثر على القدرة التنافسية للقطاع السياحي، إيجابا وسلبا، وذلك من

خلال المفاضلة بين فرض الضريبة وزيادة الحصيلة المالية منها، أو منح المزيد من الإعفاءات والحوافز الضريبية كعامل مهم من عوامل الجذب السياحي، وتزداد أهمية هذا البحث لأنه يعرض لبعض السياسات الضريبية لبعض الدول فيما يتعلق بالقطاع الضريبي لتقييم الأثر الإيجابي للسياسة الضريبية، ودورها في الجذب السياحي بالنسبة للمستثمر في هذا القطاع الحيوي، وكذلك بالنسبة للسائح الذي يعد المستهلك الرئيس لمنتجات هذا القطاع.

#### ■ منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج التأصيلي المقارن:

- المنهج الوصفي التحليلي: هو المنهج الذي اعتمد عليه الباحث بشكل أساسي، إذ قام الباحث بتحليل المعلومات التي أتاحت له في موضوع البحث من المصادر المعتمدة تحليلاً دقيقاً من أجل الخروج بنتائج علمية دقيقة؛ وتقديم توصيات محددة وممكنة.

- المنهج التأصيلي المقارن: استخدم هذا المنهج لبيان السياسة الضريبية لبعض الدول فيما يتعلق بالقطاع السياحي.

#### ■ خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مطلب تمهيدي ومبحثين، تم تخصيص المطلب التمهيدي للتعريف بالسياحة وأهميتها، وتناول المبحث الأول ماهية السياسة الضريبية، وخصص المبحث الآخر لتحديد أثر السياسة الضريبية على القدرة التنافسية للقطاع السياحي.

### مطلب تمهيدي

#### التعريف بالسياحة وأهميتها

نتناول في هذا المطلب التمهيدي التعريف بالسياحة وأهميتها، وذلك من خلال التعرض للموضوعات التالية على التوالي: مفهوم السياحة والسائح، وخصائص السياحة، ومقومات السياحة، وأنواع السياحة، والأهمية الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية، والبيئية للسياحة.

(أولاً) مفهوم السياحة والسائح:

## (أ) مفهوم السياحة:

بدأت المحاولات الأولى لتعريف ظاهرة السياحة في بدايات القرن التاسع عشر، وكان أول تعريف محدد للسياحة يعود إلى العالم الألماني جويبر فرويلر (Guyer Freuler) عام ١٩٠٥م الذي عرف السياحة بأنها "ظاهرة عصرية تنبثق من الحاجة المتزايدة للحصول على الراحة والاستجمام، وتغيير الجو، والإحساس بجمال الطبيعة وتذوقها، والشعور بالبهجة والمتعة بالإقامة في مناطق لها طبيعتها الخاصة، وهي ثمرة تقدم وسائل النقل"، وما يعاب على التعريف السابق إهماله الجوانب الاقتصادية المترتبة على النشاط السياحي، وهو ما حاول العالم النمساوي هيرمان فون شوليرون (Herman Von Scholleron) التركيز عليه في تعريفه للسياحة عام ١٩١٠م، حيث عرف السياحة بأنها "اصطلاح يطلق على العمليات المتداخلة وخصوصا العمليات الاقتصادية التي تتعلق بدخول الأجانب وإقامتهم المؤقتة وانتشارهم داخل حدود منطقة أو دولة معينة"، وقد ركز هذا التعريف على الجانب الاقتصادي ولكنه أهمل الجانب النفسي والثقافي للسياحة، وبعد هذين التعريفين تعاقبت الكثير من التعريفات المختلفة والحديثة للسياحة من خلال كتابات الكثير من الباحثين والهيئات الإقليمية والدولية خاصة الاقتصادية والسياحية(١).

### • مفهوم السياحة عند بعض الباحثين:

- تعريف دي ماير (De Mayer) في عام ١٩٥٢م السياحة بأنها "مجموعة التنقلات البشرية والأنشطة المترتبة عليها، والناجمة عن ابتعاد الإنسان عن موطنه تحقيقا لرغبة الانطلاق الكامنة في كل فرد"(٢).
- تعريف العالمين السويسريين (Hunziker and Kraft) في عام ١٩٤٢م السياحة بأنها "مجموعة النشاطات الناتجة عن السفر أو انتقال الأفراد من مكان الإقامة الأصلي، طالما أن هذا الانتقال لا يدخل في اطار النشاط المريح"(٣).

١- د/ يحيى سعدي، سليم العمراوي، مساهمة قطاع السياحة في تحقيق التنمية الاقتصادية- حالة الجزائر، (مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد السادس والثلاثون، ٢٠١٣م)، ص: ٩٧.

٢- أبو بكر الحديدي، إدارة الفنادق، (القاهرة: مطبعة نحاس، ١٩٨٦م)، ص: ٢٩.

- تعريف جلاكسمان السويسري (Glucksmann) في عام ١٩٣٥م السياحة بأنها "عبارة عن مجموعة العلاقات المتبادلة بين الشخص الذي يوجد بصفة مؤقتة فقط في مكان إقامته وبين الأشخاص الذين يقيمون في هذا المكان"<sup>(١)</sup>.
- تعريف ماكنتوش وزملائه (McIntosh) السياحة بأنها "مجموعة الظواهر والعلاقات الناتجة عن عمليات التفاعل بين السياح ومنشآت الأعمال، والدول والمجتمعات المضيفة، وذلك بهدف استقطاب واستضافة هؤلاء السياح والزائرين"<sup>(٢)</sup>.
- مفهوم السياحة عند بعض المنظمات والمؤتمرات الدولية:
- مؤتمر أوتاوا (OTTAWA) في كندا عام ١٩٩١م: الذي عرف السياحة بأنها "الأنشطة التي يقوم بها الشخص المسافر إلى مكان خارج بيئته المعتادة لمدة أقل من فترة زمنية معينة من الزمن، وألا يكون غرضه من السفر ممارسة نشاط يكتسب منه دخلا في المكان الذي يسافر إليه"<sup>(٣)</sup>.
- مؤتمر الأمم المتحدة للسياحة والسفر الدولي المنعقد في روما عام ١٩٦٣م: الذي عرف السياحة بأنها "ظاهرة اجتماعية وإنسانية تقوم على انتقال الفرد من مكان إقامته الدائمة إلى مكان آخر لفترة مؤقتة لا تقل عن أربعة وعشرين ساعة، ولا تزيد عن اثني عشر شهرا بهدف السياحة الترفيهية، أو العلاجية، أو التاريخية، والسياحة كالتأثر لها جناحان هما السياحة الخارجية والسياحة الداخلية"<sup>(٤)</sup>.
- المنظمة العالمية للسياحة (WTO)<sup>(٥)</sup>: التي عرفت السياحة بأنها "نشاط من الأنشطة التي تتعلق بخروج الفرد عن الوسط الذي يقيم فيه، ولمدة لا تتجاوز السنة متواصلة، لغرض الترفيه والاستمتاع أو غيرها على ألا تكون مرتبطة بممارسة نشاط بهدف الحصول على دخل"<sup>(٦)</sup>.

١- موسى سيد، ٧٥ عاما من التعريف، (القاهرة: وزارة السياحة، مجموعة محاضرات غير منشورة)، ص: ١٣.

٢- حميد عبدالنبي الطائي، أصول صناعة السياحة، (الأردن: دار الوراق للخدمات الحديثة، ٢٠٠٦م) ط٢، ص: ٢٣.

٣- د/ محي محمد مسعد، الإطار القانوني للنشاط السياحي والفندقي، (القاهرة: المكتب العربي الحديث، بدون سنة نشر)، ص: ٦٢.

٤- د/ محي محمد مسعد، الإطار القانوني للنشاط السياحي والفندقي، المرجع السابق، ص: ٦١.

5- World Tourism Organization.

٦- صليحة عشي، الأداء والأثر الاقتصادي والاجتماعي للسياحة في الجزائر، تونس، المغرب، (اطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٠/٢٠١١م)، ص: ٤.

من خلال التعاريف السابقة يتضح أن السياحة لها أكثر من تعريف واحد، وكل من هذه التعاريف يختلف عن الآخر باختلاف الزاوية التي يُنظر منها إلى السياحة، فالبعض يركز على اقتصادات السياحة، والبعض الآخر يركز على الآثار الاجتماعية للسياحة، في حين يركز البعض على دور السياحة في تنمية العلاقات الإنسانية والثقافية بين الشعوب، لكن الأمر الذي تتفق فيه الكثير من التعاريف أن السياحة نشاط إنساني وظاهرة اجتماعية، وهي تعني انتقال الفرد من مكان إقامته الدائم إلى مكان آخر داخل أو خارج دولته، وأن الهدف من هذا الانتقال الراحة والاستجمام وليس العمل المربح، وأن مدة الرحلة يجب ألا تقل عن يوم وألا تزيد عن سنة.

(ب) مفهوم السائح:

لقد تطور مفهوم السائح عبر الزمن مع تطور مفهوم السياحة ذاتها، ولتعريف السائح أهمية كبيرة من عدة نواحي، كالناحية الإحصائية التي تهتم بجمع المعلومات، والبيانات والإحصائيات الخاصة بأعداد السياح، وأصنافهم، وأغراضهم، وقدرتهم على الإنفاق، وأعمارهم، ومواطنهم<sup>(١)</sup>، وكذلك الحال بالنسبة للناحية الاقتصادية، فكل إنفاق داخل البلد المضيف من قبل السياح يعد إنفاقاً سياحياً، كما يفيد تعريف السائح في تحديد طبيعة ونوعية السياح المستهدفين من وراء عملية التسويق السياحي، ونذكر فيما يلي بعض هذه التعاريف:

- تعريف الباحث الإنجليزي أوجليف (Ojilif) السياح بأنهم "الأشخاص الذين يتوفر فيهم شرطان، أولهما أن ينتقلوا من موطنهم الأصلي لمدة تقل عن سنة، والثاني أنهم بسبب إقامتهم خارج موطنهم ينفقون في المناطق التي يقيمون فيها أموالاً لم يكسبوها في هذه المناطق"<sup>(٢)</sup>.

١- ماهر عبدالعزيز توفيق، صناعة السياحة، (الأردن: دار زهران، ٢٠٠٨م)، ص: ٢٥.  
٢- د/ مثنى طه الخوري، د/ إسماعيل محمد الدباغ، مبادئ السفر والسياحة، (عمان: مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، ٢٠٠١م)، ص: ٢٥.

- تعريف تينارد (Tinard) السائح بأنه "كل شخص ينتقل خارج مكان إقامته المعتادة لمدة لا تقل عن (٢٤) ساعة ولا تزيد عن (٤) أشهر، وذلك لأسباب ترفيهية، أو صحية، أو دراسية، أو الخروج للمهمات والاجتماعات"<sup>(١)</sup>.
- تعريف مؤتمر الأمم المتحدة للسفر والسياحة الدوليين (روما ١٩٦٣م) السائح بأنه "أي شخص يزور دولة أخرى غير الدولة التي اعتاد الإقامة فيها لأي سبب غير السعي وراء عمل يجزى منه في الدولة التي يزورها"<sup>(٢)</sup>.
- تعريف الاتحاد الدولي للمنظمات السياحية (IUOTO) <sup>(٣)</sup> السائح بأنه "كل شخص يزور دولة أو جهة أو مكان غير الأماكن التي تقع داخل محل إقامته المألوفة"<sup>(٤)</sup>.

وبناءً على ما تقدّم يمكننا تعريف السائح بأنه ذلك الشخص الذي يزور بلداً غير البلد الذي يقيم فيه لمدة لا تقل عن (٢٤) ساعة ولا تزيد عن سنة لهدف غير العمل المربح.

(ثانياً) خصائص السياحة:

تأسيساً على التعاريف السابقة للسياحة والسائح يتضح أن السياحة تشمل كافة الأنشطة التي تتعلق بصفة مباشرة أو غير مباشرة بتقديم مجموعة من الخدمات المختلفة للسياح، فالنشاط السياحي يهدف إلى استثمار الموارد الطبيعية والبشرية المتاحة في الدولة، ويمكن حصر أهم خصائص النشاط السياحي فيما يلي<sup>(٥)</sup>:

١. أن السياحة تعد نشاطاً اقتصادياً متزايداً وبصورة مطردة.

١- فراح رشيد، يودلة يوسف، دور التسويق السياحي في دعم التنمية السياحية والحد من أزمات القطاع السياحي، (مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد ١٢، ٢٠١٢م)، ص: ١٠٠.

٢- د/ يسري محمد دعيبس، السلوك الاستهلاكي للسائح في ضوء واقع الدول المتقدمة والدول النامية- دراسة في الأنثروبولوجيا الاقتصادية، (الإسكندرية: البيطاش للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م)، ط١، ص: ١٤.

٣- International Union of Official Travel Organization.

٤- د/ يحيى سعدي، سليم العمراوي، مساهمة قطاع السياحة في تحقيق التنمية الاقتصادية- حالة الجزائر، مرجع سابق، ص: ٩٨.

٥- راجع:

- كواش خالد، أهمية السياحة في ظل التحولات الاقتصادية- حالة الجزائر، (أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، ٢٠٠٣/٢٠٠٤م)، ص: ١٩-٢٢.

- هاني نوال، تنافسية القطاع السياحي في الدول العربية، (مجلة الباحث، العدد ١٣، ٢٠١٣م)، ص: ٧٤.

٢. أن السياحة من أهم القطاعات الخدمية التي أصبحت تشكل مصدرا رئيسا للدخل الوطني في الاقتصادات الحديثة، لأنها تمثل منظومة متكاملة من الأنشطة المختلفة.
٣. أن السياحة صادرات غير منظورة، فهي لا تتمثل في ناتج مادي يمكن نقله من مكان إلى آخر، والدولة المصدرة للمنتج السياحي (الدولة المضيفة) لا تتحمل نفقات نقله خارج حدودها، كما هو الحال بالنسبة للمنتجات الأخرى التي تتطلب بالإضافة إلى تكاليف إنتاجها تكاليف نقلها، فالمستهلك هنا (السائح) يحصل على المنتج بنفسه في مكان إنتاجه.
٤. أن مقومات العرض السياحي تتميز بالندرة الشديدة والحساسية الشديدة للتغيرات التي تطرأ على قطاعات النشاط الإنساني الأخرى في المجتمع، لأن المنتج السياحي منتج مركب، فهو مزيج مشكل من مجموعة من عناصر متعددة تتكامل مع بعضها البعض.
٥. أن المنتج السياحي المتمثل في عوامل الجذب السياحي (الموارد السياحية) لا يتباع إلا من خلال السياحة، فهذه الموارد لا تدر عائدا بطبيعتها إلا إذا بيعت في شكل منتج سياحي.
٦. أن المنتج السياحي غير قابل للتخزين أو النقل من مكان إلى آخر بما يتفق وحجم العرض والأسعار، كما أن الطلب السياحي يتسم بالموسمية في معظم الأحوال مما يؤدي إلى ثبات مستويات التشغيل في صناعة السياحة.
٧. أن نطاق المنافسة التي يعمل فيها القطاع السياحي يمتد إلى خارج النطاق الإقليمي للدولة الواحدة.
٨. أن القطاع السياحي للدولة يتأثر بالتغيرات التي تطرأ على البيئة العالمية، كوجود اضطرابات سياسية، أو تغيرات في أسعار الصرف، والتغيرات المناخية غير المتوقعة، بالإضافة إلى قرارات الرقابة على النقد وتحديد حجم النقد الذي يسمح للسائحين الخروج به.
٩. أن السياحة تتأثر بأسعار السفر والخدمات السياحية ودخول الأفراد بصورة كبيرة، فالسياحة تتميز بمرونة عالية لكل من السعر والدخل.



### (ثالثا) مقومات السياحة:

تلعب مقومات السياحة (عوامل الجذب السياحي) دورا مهما في توجيه السائح إلى مناطق معينة، أو قضاء الإجازات في أقاليم بعينها، وقد تم تقسيم هذه المقومات إلى مقومات طبيعية ومقومات بشرية:

١. المقومات الطبيعية: وتشمل العوامل الطبيعية التي أوجدها الله في الطبيعة دون تدخل من جانب الإنسان، كالموقع الجغرافي، والمناخ، والبحار، والأنهار، والبحيرات، وسلاسل الجبال، والغابات الطبيعية... إلخ، فالموقع الجغرافي المتميز القريب من مناطق تصدير السائحين، والذي يمكن الوصول إليه بسرعة وتكاليف قليلة يعد عاملا مهما من عوامل الجذب السياحي، كما أن المناخ الجيد يعد أحد عوامل الجذب السياحي، إذ يتجه السائحون من الأقاليم ذات المناخ البارد والسحب الدائمة إلى الأقاليم الدافئة ذات الشمس الدائمة، ومن الأقاليم الحارة إلى الأقاليم ذات المناخ المعتدل، كما تمثل المناطق الجبلية مناطق جذب سياحية لما فيها من جمال المناظر، وما تحتويه من نباتات وحيوانات برية، كذلك تلعب البحار وسواحلها دورا مهما في جذب السياحة الداخلية والخارجية، وبصفة خاصة خلال فصل الصيف، للاستمتاع بالعديد من الأنشطة الرياضية والترفيهية مثل السباحة، والغطس، والصيد، والتجديف، والتزلج على الماء، وغيرها من الأنشطة، هذا فضلا عن السهول، والوديان، والشلالات، والعيون المعدنية، إلى غير ذلك من العناصر الطبيعية الأخرى.

٢. المقومات البشرية: وهي عوامل جذب من صنع الإنسان، وتشمل وسائل الإقامة المختلفة، والمنشآت السياحية، ووسائل النقل المختلفة، البرية والبحرية والجوية، والموانئ والمطارات، والآثار التاريخية، والمعالم الثقافية، والمعارض الفنية المختلفة، والمتاحف المتنوعة، والعروض الفنية والفلكلور، والسلع السياحية، والصناعات التقليدية، والمناسبات، والأعياد، والاحتفالات الثقافية والدينية

المختلفة<sup>(١)</sup>، كما تشمل الخدمات المكملة كالبريد، والفنادق، والمقاهي، ومراكز الترفيه والتسلية.

#### (رابعاً) أنواع السياحة:

تتعدد أنواع السياحة تبعاً للدوافع والرغبات والاحتياجات المختلفة للسياح، وقد صنف خبراء السياحة الأنواع المختلفة لها وفقاً لعدة معايير، منها تقسيم السياحة وفقاً لأغراضها (السياحة الترفيهية- السياحة الثقافية- السياحة الدينية- السياحة الرياضية- السياحة العلاجية- سياحة المؤتمرات- سياحة المعارض- سياحة المهرجانات)، وتقسيم السياحة وفقاً لعدد المسافرين (سياحة فردية- سياحة جماعية)، وتقسيم السياحة وفقاً لوسائل النقل (سياحة برية- سياحة نهريّة- سياحة بحرية- سياحة جوية)، وتقسيم السياحة وفقاً لمدة الإقامة (سياحة أيام- السياحة الموسمية- السياحة العابرة)، وتقسيم السياحة وفقاً للمناطق الجغرافية (سياحة داخلية- سياحة خارجية)، وتقسيم السياحة وفقاً للسن (سياحة الطلائع- سياحة الشباب- سياحة متوسطي الأعمار- سياحة كبار السن)، وتقسيم السياحة وفقاً لمستوى إنفاق السائحين (سياحة محدود الدخل- سياحة الطبقات المتميزة- سياحة الأغنياء)، كما أدت التطورات التي شهدتها السياحة إلى ظهور أنماط سياحية جديدة مثل: سياحة المعاقين، وسياحة المغامرات، وسياحة التأمل، وسياحة مراقبة الطيور، وسياحة الصحاري والواحات، وسياحة الفضاء... إلخ<sup>(٢)</sup>.

#### (خامساً) أهمية السياحة:

تشير الدراسات العلمية وتجارب الدول إلى التزايد الملحوظ في الدور المهم الذي تلعبه السياحة في المجتمعات المعاصرة، فأضحت السياحة من الصناعات التصديرية الأولى في العالم، وأثرت على الاقتصاد وخاصة اقتصادات الدول النامية، لأن السياحة تعتمد على

<sup>١</sup>- معهد التخطيط القومي، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية، اقتصاديات القطاع السياحي في مصر وانعكاساتها على الاقتصاد القومي، (القاهرة: ديسمبر ١٩٩٨م)، ص: ٢١.

<sup>٢</sup>- لمزيد من التفاصيل حول أنواع السياحة راجع:

- د/ محمد منير حجاب، الإعلام السياحي، (القاهرة: دار الفكر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م)، ط١، ص: ٤ وما بعدها.  
- د/ محمد الصيرفي، التخطيط السياحي، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م)، ط١، ص: ٤٨ وما بعدها.

الأيدي البشرية بصورة كبيرة، كما أن للسياحة آثارا اجتماعية وثقافية وبيئية مهمة، وفيما يلي سنعرض إلى الآثار الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، والبيئية للسياحة:

#### (أ) الأهمية الاقتصادية للسياحة:

ترجع الأهمية الاقتصادية للقطاع السياحي إلى تأثيره على العديد من المتغيرات الاقتصادية الرئيسية، والتي يأتي في مقدمتها ما يلي:

- أن السياحة قطاع مركب مرتبط مع القطاعات الإنتاجية الأخرى، لذلك فهي تسهم - بطريقة مباشرة وغير مباشرة - في خلق العديد من فرص العمل، وامتصاص جزء من البطالة، لأن السياحة تعمل على زيادة توظيف عناصر الإنتاج في المجتمع، وبصفة خاصة عنصر العمل، فهناك العديد من فرص العمل التي ما كانت لتوجد لولا السياحة، مثل المرشدون السياحيون، وموظفو الفنادق، وتجار المناطق السياحية.
- أن السياحة هي أحد المصادر المهمة للدخل من العملات الأجنبية نتيجة تدفق رؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة في المشروعات السياحية، والإيرادات السياحية التي تقوم الدولة بتحصيلها من السائحين، وهو ما ينعكس أثره على تحقيق التوازن في ميزان المدفوعات.
- أن السياحة تسهم في إعادة توزيع الدخل القومي، فالأماكن ذات الأهمية السياحية توجد على شواطئ البحار، والجبال، والصحاري، والمناطق الريفية، والأماكن الأثرية البعيدة، وهي الأماكن الأقرب إلى الطبيعة منها إلى العمران (المدن)، ويعيش أغلب أهل هذه المناطق على نظام إنتاج بسيط مما يؤدي إلى ضعف المستوى الاقتصادي والمعيشي لسكان هذه المناطق، ويمكن للسياحة في مثل هذه الظروف أن تكون موردا مهما لأهل هذه المناطق من خلال تنمية سياحية لهذه المناطق التي ستؤدي إلى خلق فرص عمل جديدة، وزيادة الدخل الفردية، ومن ثم تعمل السياحة على توزيع الدخل على كافة المناطق بدلا من تركيزه في المراكز الحضرية الرئيسية<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> - علي أحمد هارون، أسس الجغرافيا السياحية، (القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م)، ص: ١٣١.

- أن السياحة تعد ثروة قومية، خاصة بالنسبة للدول الفقيرة في الثروات الباطنية، فتعتمد على ثروتها السياحية بصورة كبيرة، لدرجة أن البعض يقول أن: "السياحة بتزول من لا بتزول له".
- أن تقدم السياحة، وما يترتب عليها من دخل سريع بالعملة الصعبة، يزيد من قدرة الدولة على زيادة الاستثمارات في البنى التحتية، والمتمثلة في الطرق، والمطارات والموانئ، ومحطات تنقية المياه، والمتاحف... إلخ، وهذا بدوره يؤدي إلى زيادة مستوى الرفاه الاقتصادي للمقيمين والسياح على حد سواء<sup>(١)</sup>.
- أن السياحة تساعد على تسويق بعض المنتجات الخاصة بالدولة المضيفة، وذلك من خلال طلب السياح على هذه المنتجات، وهو ما يعد بمثابة تصدير لمنتجات وطنية دون الحاجة إلى مصاريف الشحن والنقل إلى الخارج.
- أن الإنفاق الاستثماري في القطاع السياحي، وكذا الإنفاق الاستهلاكي من جانب السياح مقابل الحصول على الخدمات السياحية المختلفة- يؤديان إلى تنشيط القطاعات الاقتصادية الأخرى، لأن المبلغ الذي يدخل قطاع السياحة يدور في حركة الاقتصاد الوطني دورات متعددة بحسب قوة هذا الاقتصاد، وتفصيل ذلك أنه بالإضافة إلى زيادة حجم العمالة ودفع المرتبات والمكافآت التي تمثل قوة شرائية جديدة نتيجة للسياحة، فإن العملات التي تحصل عليها الدولة تُستخدم في الاستيراد، مما يؤدي إلى خلق دورات جديدة من الشراء والإنفاق داخل الدولة<sup>(٢)</sup>.
- وتزداد الأهمية الاقتصادية لقطاع السياحة بالنسبة للدول النفطية، وبصفة خاصة عندما تتعرض أسعار النفط إلى الانخفاض، الأمر الذي يحتم ضرورة اهتمام الاقتصادات الريعانية بصفة عامة، والنفطية بصفة خاصة، بقطاع السياحة لتتويع مصادر الإيرادات بها بدلا من الاعتماد على مصدر وحيد للإيرادات العامة، مما يجعلها عرضة لمخاطر تذبذب الأسعار العالمية، والآثار السلبية للعبة السياسية بين بعض الدول، لذلك يجب على

<sup>١</sup> - أحمد قايد نور الدين، الأهمية والأثر الاقتصادي لتنمية قطاع السياحة- حالة الجزائر، (الملتقى الوطني حول اقتصاديات السياحة ودورها في التنمية السياحية، جامعة بسكرة، ٢٠١٠م)، ص: ٤.

<sup>٢</sup> - سهيل الحمدان، الإدارة الحديثة للمؤسسات السياحية والفندقية، (عمان: دار الرضا للنشر، ٢٠٠١م)، ص: ٦١.

المستوى العربي تفعيل الكثير من القرارات المتعلقة بالقطاع السياحي، ومن أهمها تفعيل الاستراتيجية العربية السياحية بهدف تنمية هذا القطاع، وجذب المزيد من النشاط السياحي العالمي إلى المنطقة العربية، وزيادة نسبة السياحة البينية بين الدول العربية.

### (ب) الأهمية الاجتماعية والثقافية للسياحة:

ينتج عن انتقال السياح بلغاتهم وعاداتهم ودياناتهم المختلفة من منطقة إلى أخرى مجموعة من الآثار الاجتماعية والثقافية، من أهمها ما يلي<sup>(١)</sup>:

- أن السياحة تساعد على تحقيق التوازن الاجتماعي نتيجة لزيادة دخول الأفراد العاملين في القطاع السياحي، مما يؤدي إلى ارتفاع مستوى حياتهم الاقتصادية والاجتماعية، وينقلهم من شريحة اجتماعية معينة إلى شريحة اجتماعية أعلى، فيتقلص الفارق بين الطبقات ويتحقق التوازن الاجتماعي.
- أن السياحة تساعد على الحد من البطالة، وإعادة توزيع السكان بشكل أفضل، وذلك بالمشروعات السياحية التي تقام في المناطق العمرانية السياحية الجديدة.
- أن السياحة تساعد على تحسين الصحة بشكل عام، وتحسين مزاج الإنسان، إذ يساعد السفر والترحال على الابتعاد عن الحياة الشخصية للإنسان ونسيان المشاكل التي يعاني منها فيعود المواطن إلى عمله أكثر نشاطاً وإنتاجية.
- أن السياحة تساعد على تنمية وتعميق الوعي السياحي الذي هو أحد فروع الوعي الاجتماعي، لأن نشاط السياحة يتيح للأفراد الفرصة للإحاطة بالمجتمع المحيط بهم، مما يجعلهم يدركون قيمة ما يحيط بهم ويعملون على تقديمه في أفضل صورة لجذب السياح من مختلف دول العالم.
- أن السياحة أداة لتعميق الانتماء وتنمية الوعي القومي والاعتزاز بالوطن، كما تساهم في تماسك المجتمع بما تنتجه من ألوان التآلف والتعارف.

١- راجع:

د/ رؤوف محمد علي الأنصاري، السياحة في العراق ودورها في التنمية والإعمار، (بيروت: مطبعة هادي برس، ٢٠٠٨م)، ط١، ص: ١٣٣.

د/ هدى سيد لطيف، السياحة النظرية والتطبيق، (القاهرة: الشركة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٤م)، ط١، ص: ٤٤.

ماهر عبدالخالق السبسي، مبادئ السياحة، (الإسكندرية: مطابع اللواء الحديثة، ٢٠١٠م)، ص: ٩٨.

- أن السياحة تزيد من معارف الإنسان، وتوسع مداركه، فيكتشف الإنسان في كثير من الأحيان عند سفره العديد من الأفكار المختلفة، ويطلع على الحضارات المختلفة.
- أن السياحة وسيلة لتبادل المعارف والقيم الثقافية بين الشعوب والمجتمعات المختلفة، إذ تكتسب الدول السياحية المهارات الثقافية والخبرات المختلفة من سائحي الدول القادمين إليها مثل اللغات، والأفكار، والفنون، والآداب، ومختلف ألوان الثقافة، وهذا بدوره يعمل على دعم التراث الإنساني، واتساع الحلقة الحضارية على مستوى العالم. فالتبادل الثقافي أحد أهم التأثيرات الإيجابية للسياحة، والذي يمثل محورا مهما من محاور تنمية المجتمع.
- أن السياحة تؤدي إلى الاهتمام بالقيم الجمالية والمعالم الفنية في الدول المستقبلية للسياحة، ويكون ذلك من خلال الاهتمام بالفنون، والرقص الشعبي، والاحتفالات الخاصة بالأعياد، والمناسبات، بالإضافة إلى إحياء بعض العادات الدينية، وأنشطة وقت الفراغ التي تجذب السياح.
- وعلى الرغم من الآثار الإيجابية الكثيرة للسياحة على الناحيتين الاجتماعية والثقافية، فإن هناك بعض الآثار السلبية التي من الممكن أن تلحق بالبلد المضيف، فمثلا الاهتمام بالمناطق السياحية، وتنميتها، وإعدادها لاستقبال السائحين يتولد عنه ظهور قيم وتقاليد جديدة، وغير مألوفة، بصورة سريعة ومفاجئة بالنسبة لسكان هذه المناطق، والتي تختلف عن عاداتهم، وتقاليدهم، وموروثاتهم الحضارية والاجتماعية، مما قد يؤدي إلى تحولات وتغيرات جذرية في المجتمعات، كذلك قد يؤدي الاختلاف الكبير بين الثقافات وأساليب الحياة والمعتقدات والأفكار إلى تصادم ثقافي، أو مواجهة سلبية بين الثقافات، كما قد يحدث في بعض الدول التي تعاني من انخفاض مستويات المعيشة ونقص الإمكانيات المتاحة، في الوقت الذي يتوافد إلى هذه المناطق أصناف مختلفة من السائحين بعاداتهم الاستهلاكية وقدراتهم المالية، الأمر الذي قد يدفع بعض أبناء هذه الدول إلى محاولة تحقيق مكاسب مادية سريعة حتى وإن كانت بوسائل غير مشروعة، ومع ذلك فكل هذه الآثار السلبية للسياحة على الناحيتين الاجتماعية والثقافية من الممكن مواجهتها والتغلب عليها.

## (ج) الأهمية البيئية للسياحة:

تعد العلاقة بين السياحة والبيئة علاقة تكاملية، فالبيئة في ذاتها منتج سياحي، ولذا فإن من مصلحة صناعة السياحة حماية البيئة الطبيعية والثقافية والمحافظة عليها، قطاع السياحة- كأى قطاع اقتصادي- يعتمد في إنتاج الخدمات السياحية على الموارد الطبيعية، ومن أهم الآثار الإيجابية للسياحة على البيئة ما يلي(1):

- أن السياحة توفر الإيرادات المالية اللازمة للمحافظة على البيئة، والاستغلال الأمثل للموارد السياحية المتاحة.
- أن السياحة تشجع الحكومات على أن تبذل جهودا كبيرة للحفاظ على مقوماتها السياحية، وتوفير حماية منتظمة للمدن والقرى والمناطق الأثرية، وخاصة ذات الأهمية التاريخية والفنية.

- أن السياحة تعد وسيلة مهمة لزيادة الوعي البيئي لدى الأفراد والمؤسسات للحفاظ على البيئة، وعلى مقومات الجذب السياحي الطبيعية منها والبشرية. وعلى الرغم من الآثار الإيجابية للسياحة على البيئة الطبيعية والأثرية، فإنها في الوقت ذاته قد تجلب آثارا سلبية على البيئة، فالسياحة تستهلك الموارد الطبيعية، ويصدر عنها مخلفات صلبة وسائلة وغازية، وهي تتنافس على موارد محدودة من أجل الاستمرار والمنافسة، خاصة وأن السياحة يسيطر عليها القطاع الخاص الذي يركز على البعد المادي أكثر من أي أبعاد أخرى، والبيئة الطبيعية هي الرصيد الأساسي للسياحة، وهي ذات طاقة استيعابية معينة، فإذا تم تجاوز هذه الطاقة فستعاني البيئة من التدهور، وستلحق بها أضرارا جسيمة لا يمكن تداركها، لذلك ينبغي تلبية احتياجات السياحة بطريقة لا تلحق الضرر بالبيئة، ومواردها الطبيعية، والتاريخية التي تعد أهم عوامل الجذب السياحي.

1- Sounh Manivong, Souxay Sipaseuth, Environmental impacts of Trade liberalization in the tourism sector, commissioned for the rapid trade and environment assessment project, December 2007, p20 .

## المبحث الأول

### ماهية السياسة الضريبية

يتناول هذا المبحث ماهية السياسة الضريبية، فيتعرض لتحديد مفهومها، ثم أهدافها، وأخيرا أدواتها، وذلك على النحو التالي:

#### (أولا) مفهوم السياسة الضريبية:

يكاد يكون هناك اتفاق بين علماء المالية العامة على تعريف الضريبة، وما يمكن أن تسهم به في تحقيق أهداف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فعلى الرغم من تعدد التعاريف التي قيلت في تعريف الضريبة، فإن عناصر تعريف الضريبة تكاد أن تكون واحدة في مختلف هذه التعاريف، فالضريبة عبارة عن مبلغ من النقود يفرض بقانون، ويجبى جبرا، و بصفة نهائية، وبدون مقابل لتحقيق منفعة عامة، وفي المقابل لم يتفق علماء المالية العامة على تعريف محدد للسياسة الضريبية، وإنما تعددت مفاهيم السياسة الضريبية تبعا لتعدد أهداف الضريبة ذاتها، ومع ذلك فقد اتفقوا على ضرورة أن تواكب السياسة الضريبية التطورات التي يمر بها المجتمع في مجالاته المختلفة.

ويجدر بنا قبل أن نبين المقصود بالسياسة الضريبية أن نحدد موقع السياسة الضريبية بين السياسات المختلفة للدولة، فمن المسلم به أن السلطة السياسية في المجتمع وجدت كضرورة اجتماعية لازمة لإشباع الحاجات العامة، وهي تؤدي هذه المهمة باستخدام سلطتها العامة من خلال السياسة العامة للدولة، هذه السياسة التي تجسد فلسفة الحكم التي تعتنقها السلطة السياسية، وتتألف السياسة العامة للدولة من مجموعة من السياسات الفرعية التي تغطي كافة المجالات المالية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية.. إلخ، والسياسة الضريبية هي إحدى أدوات السياسة المالية التي هي إحدى أدوات السياسة الاقتصادية للدولة، وبالتالي يمكن القول إن السياسة الضريبية هي فرع من فروع السياسة الاقتصادية العامة للدولة، وبصفة عامة، فإن السياسة الضريبية هي إحدى سياسات الدولة وأدواتها لتحقيق ما ينشده المجتمع من أهداف عامة في مختلف المجالات، وهو ما يقتضي ضرورة التنسيق بين السياسة الضريبية وكل من السياسة المالية والسياسة الاقتصادية.



وقد عرف البعض السياسة الضريبية بأنها "مجموعة البرامج التي تخططها الحكومة وتنفذها عن عمد مستخدمة فيها كافة الأدوات الضريبية الفعلية والمحتملة لإحداث آثار معينة، ولتجنب آثارا أخرى لا توأم أهداف المجتمع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية"<sup>(١)</sup>، وقد جمع هذا التعريف كافة الأدوات الضريبية التي في الوقت نفسه أدوات للسياسة الضريبية، كما أنه لم يقتصر على الأدوات الضريبية المحتملة فقط بل أضاف إليها أية أدوات ضريبية مستقبلية يمكن الاستفادة منها في تحقيق الأهداف العامة للمجتمع، كما ربط هذا التعريف بين السياسة الضريبية وبين الأهداف التي يسعى المجتمع إلى تحقيقها، فهذه الأهداف هي مبرر وجود السياسة الضريبية، ومع ذلك فإنه يؤخذ على هذا التعريف أنه قصر مسألة صياغة وتنفيذ السياسة الضريبية على السلطة التنفيذية دون غيرها، وهو ما يجافي الواقع، لأن السلطة التنفيذية وإن كانت هي التي تتولى مهمة صياغة السياسة الضريبية إلا أنها لا تستطيع تنفيذ هذه السياسة إلا إذا تم اعتمادها وإقرارها من قبل السلطة التشريعية في صورة تشريعات ضريبية تكون بمثابة التطبيق العملي للسياسة الضريبية التي صاغتها السلطة التنفيذية، مع التأكيد على حق السلطة التشريعية في تعديل هذه السياسة، خاصة إذا كانت سيترتب عليها مزيدا من الأعباء المالية على عاتق الأفراد، وذلك استنادا إلى العنصر القانوني للضريبة، إذ يجب أن تصدر الضريبة بقانون صادر عن السلطة التشريعية، وليس بناءً على قانون صادر عن هذه السلطة كما في حالة فرض الرسوم على الخدمات التي تقدمها هيئات ومؤسسات الدولة التي يجوز تقريرها بناءً على قانون، أما الضريبة، فنظرا لخطورتها فهي لا تفرض ولا تلغى ولا تعدل ولا يُعفى منها إلا بقانون.

كما عرفها البعض الآخر بأنها "السياسة التي تتبعها الدولة حيال توجيه ضرائبها نحو تحقيق أهداف معينة محددة، ونابعة من الاستراتيجية العامة لها، مستخدمة في ذلك سلطتها العامة، وكافة الوسائل والأدوات الضريبية الممكنة الحالية، والمتوقعة، واللازمة

١- د/ علي لطفي ود. محمد رضا العدل، اقتصاديات المالية العامة، (القاهرة: بدون دار نشر، ١٩٨٧م)، ص: ٩٦.

لتحقيق تلك الأهداف<sup>(١)</sup>، ويؤخذ على هذا التعريف أنه عرف السياسة بالسياسة دون أن يوضح المقصود بمصطلح السياسة في المجال الضريبي.

وقد استند بعض ثالث<sup>(٢)</sup> في تعريف السياسة الضريبية إلى مفهوم كلمة السياسة نفسها، والتي تعني "فن الحكم"، أي الفن الذي يبحث في سلوك السلطة العامة وهي تعمل لتحقيق الأهداف التي ترنو إليها (تؤمن بها) فلسفة الحكم فيها، ولذلك فقد عرف هذا البعض السياسة الضريبية بأنها "فن تمارسه الدولة لتوجيه ضرائبها وفقا للأهداف التي ترنو إليها فلسفة الحكم"، أي أنها "فن استخدام الوسائل الضريبية"، ووفقا لهذا التعريف فإن السياسة الضريبية فن يختص بمرحلة سابقة على تكوين القاعدة القانونية الضريبية، لأن القاعدة الضريبية هي "السياسة الضريبية في التطبيق"، وبالطبع فإن ذلك لا يعني أن تتطابق دائما السياسة الضريبية والقاعدة القانونية، إذ من المتصور اخفاق السياسة الضريبية- في بعض الأحوال- في اختيار القاعدة الضريبية المناسبة، كما من المتصور أيضا، في بعض الأحوال الأخرى، أن تعجز القاعدة الضريبية عن تنفيذ السياسة الضريبية المقصودة "تحقيق أهداف السياسة الضريبية"، وذلك لأسباب قد تعود إلى قصور في الكيان الضريبي وغيوب فيه، أو إلى قصور وغيوب في السياسة الضريبية، أي إلى قصور في فن استخدام الوسائل الضريبية<sup>(٣)</sup>.

- ١- جمال الدين أبو بكر محمد حامد، دور السياسة الضريبية في التوزيع القطاعي للاستثمارات في مصر، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩م)، ص: ٥.
- ٢- حكمت عبدالكريم الحارس، السياسة الضريبية وتطور النظام الضريبي في العراق، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٧٣م)، ص: ١٢-١٣.
- ٣- من الجدير بالذكر أنه يوجد في كل دولة ثمة هرا ضريبيا تتبوأ السياسة الضريبية قمته ويتألف هذا الهرم من أربعة مستويات راسية متدرجة، هي: ١- السياسة الضريبية: وهي عبارة عن إجراءات أو أساليب تتبناها الدولة في المجال الضريبي لتحقيق أهداف معينة خلال فترة زمنية معينة، ٢- النظام الضريبي (التشريع): وهو الذي يقوم بتحويل السياسة الضريبية إلى واقع مادي ملموس من خلال قواعد قانونية وتشريعات تنظم الضريبة في المجتمع، وما يصاحب ذلك من وجود بعض اللوائح التنفيذية وبعض التعليمات التفسيرية التي تساعد الإدارة الضريبية على تنفيذ التشريع الضريبي، ٣- الإدارة الضريبية: وهي تختص بتنفيذ القوانين الضريبية والتحقق من سلامة تطبيقها حماية لحقوق الدولة وحقوق الممولين، ومن ثم يقع على عاتقها مهمة ربط وتحصيل الضريبة، ٤- المجتمع الضريبي: والذي يتكون من المخاطبين بالتشريعات الضريبية، وبالتدقيق في هذا التقسيم يتبين لنا أن السياسة الضريبية توجد على قمة هذا الهرم لأنها ترسم الخطوط العامة العريضة لفلسفة الضريبة ودورها في تحقيق أهداف المجتمع، والتي يتم تنفيذها في النظام الضريبي من خلال التشريع الذي يخاطب الإدارة للضريبة والمكلفين في المجتمع الضريبي، وذلك عن طريق الإدارة الضريبية التي تسند إليها مهمة تنفيذ أحكام هذا التشريع، وبذلك تتكامل مستويات الهرم الضريبي الذي تهيم فيه السياسة الضريبية على التشريع الضريبي الذي ينظم العلاقة بين الإدارة الضريبية والمكلفين داخل المجتمع الضريبي، لمزيد من التفاصيل راجع:

كما عرفت السياسة الضريبية بأنها "مجموعة متكاملة من أساليب استخدام الفن الضريبي للإسهام في تحقيق أهداف معينة"<sup>١</sup>، وجاءت كلمة "أهداف" في هذا التعريف نكرة لتدل على كافة الأهداف العامة التي تسعى السلطة العامة إلى تحقيقها لإشباع الحاجات العامة. وبناءً على ما تقدم يمكننا تعريف السياسة الضريبية بأنها الكيفية التي يتم من خلالها استخدام وتوجيه الضريبة إلى تحقيق الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها في إطار خطتها الاقتصادية.

### (ثانياً) أهداف السياسة الضريبية:

ارتبط تطور السياسة الضريبية بالتطور الذي طرأ على دور الدولة خلال مراحل تطور الفكر الاقتصادي، والتغيرات المتتالية في الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، والتحول في دور الدولة من دولة الرفاهية إلى دولة المنافسة، فالفكر التقليدي قصر الغرض من الضريبة على غرض واحد هو الحصول على موارد مالية تكفي لتغطية النفقات العامة، أي أن هدف الضريبة كان هدفاً مالياً فقط، أما في العصر الحديث فقد أصبحت الضريبة تُشكل أداة مهمة من أدوات السياسة المالية تستخدمها الدولة لتحقيق أهدافها العامة التي قد تكون مالية أو اقتصادية أو اجتماعية، وفي الوقت نفسه تكون الضريبة التي تفرض في المجتمع انعكاساً للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع، كما تتغير حجماً ووعاءً وغرضاً بتغير هذه الأوضاع، كما تتأثر

- د/ محمد مهير سليم، السياسة الضريبية ودورها في الاستثمار، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ٢٠١١م)، ص: ٤٠٩.

- د/ عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، السياسة الضريبية المتبعة في ظل نظام الخصخصة بالتطبيق على القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥م، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة بنها، ٢٠١١م)، ص: ١٣٠.

- د/ الوليد صالح عبدالعزيز، دور السياسة الضريبية في تحفيز الاستثمارات في ظل التطورات العالمية المعاصرة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م)، ص: ١٣.

- د/ رمضان صديق محمد، إصلاح الإدارة الضريبية أحد الركائز الأساسية لتحسين مناخ الاستثمار، (بحث مقدم إلى المؤتمر الضريبي الثامن لمنظمة مديري الضرائب الأفارقة، القاهرة: نوفمبر ١٩٩٦م)، ص: ٥٣٥ وما بعدها.

- د/ محي محمد سعد، العلاقة القانونية بين الممول والإدارة الضريبية، (بدون دار نشر، ٢٠٠٤م)، ط٢، ص: ١٩٣.

- د/ عصام عبدالقادر الشهابي، ضوابط السياسة الضريبية في ظل العولمة الاقتصادية والمالية، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٥م)، ص: ١٥.

- شريف عبدالواحد عبدالبيديع عبدالواحد، دور السياسة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر - مع دراسة خاصة للحالة المصرية، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، ٢٠١٧م)، ص: ١٥-١٤.

<sup>١</sup> - أمل عصام زكي، مدى ملائمة السياسة الضريبية لمواجهة متطلبات التنمية في ظل المتغيرات العالمية المعاصرة، (اطروحة دكتوراه، كلية التجارة - جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م)، ص: ٦.

الضريبة بالتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تطرأ على المجتمع، وعليه يمكن القول بأن أهداف السياسة الضريبية لا تقتصر فقط على الأغراض المالية، وإنما تشمل أيضا أهدافا أخرى اقتصادية واجتماعية وسياسية، وأن هذه الأهداف تتغير وتتطور وفقا لتطور النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي للدولة، أي وفقا لتطور دور الدولة. وتتميز السياسات الضريبية في الدول المتقدمة بالحرص الشديد على تحقيق التوظيف والتشغيل الكامل للطاقات الإنتاجية للموارد الاقتصادية والبشرية، بينما تتجه السياسات الضريبية في الدول النامية نحو تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ورفع مستويات الدخل وتحقيق الرفاهية، مما يتطلب حفز وتشجيع الاستثمار، ورفع الكفاءة الإنتاجية، وترشيد الاستهلاك، لذلك فالسياسة الضريبية في تلك الدول غالبا ما توصف بأنها فن استخدام الممكن أكثر منها السعي وراء الأمل، وعلى ذلك تلعب السياسة الضريبية دورا مهما في التخصيص الأمثل للموارد الاقتصادية المتاحة، وإعادة توزيع الدخل القومي بما يتفق والعدالة الاجتماعية، وتحقيق التوازن والاستقرار الاقتصادي والاجتماعي، وعلاج الاختلالات الاقتصادية الناجمة عن عدم تفعيل مبادئ الكفاءة في مزاوله النشاط في المجتمع، خاصة في الدول النامية<sup>(١)</sup>.

وبصفة عامة فإن السياسة الضريبية تهدف إلى تحقيق أربعة أهداف رئيسية هي كالآتي:

١. الأهداف المالية للسياسة الضريبية: يعد الهدف التمويلي للسياسة الضريبية من أهم الأهداف التي تسعى السياسة الضريبية إلى تحقيقها، وذلك لتوفير الموارد المالية اللازمة لتغطية جوانب الإنفاق العام للدولة لإشباع الحاجات العامة، إذ تمثل الضريبة المورد الرئيسي الذي يغطي النفقات العامة في مختلف القطاعات داخل الدولة، ويتحقق هذا الهدف باقتطاع الدولة عن طريق الضرائب جزءا من دخول الأفراد والشركات واستخدامها في أغراض تمويل النفقات العامة.

١- حكمت عبدالكريم الحارس، السياسة الضريبية وتطور النظام الضريبي في العراق، مرجع سابق، ص: ٥٥ وما بعدها.

ويجب ألا يترتب على الأهمية الكبيرة التي يحظى بها الهدف التمويلي للسياسة الضريبية إغفال الأهداف الأخرى للمجتمع، ومع ذلك يرى البعض<sup>(١)</sup> أنه إذا ما تعارض الهدف المالي للسياسة الضريبية مع أهدافها الاقتصادية والاجتماعية، فإنه يجب أن تكون الأولوية للهدف المالي، حتى تتمكن الدولة من تنفيذ سياساتها الاقتصادية والاجتماعية، وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي إلا أننا نرى أن أهداف السياسة الضريبية يجب أن تتكامل فيكامل بعضها بعضا، وأن التعارض بينها- حال وجوده- سيكون في حالات محدودة جدا، ويجب على واضعي السياسة الضريبية الحرص على تكامل أهدافها، فإن حصل تعارض لا يمكن التغلب عليه بين الهدف المالي للسياسة للضريبية وأيا من أهدافها الأخرى، أو حتى بين الهدف المالي وبقيّة الأهداف الأخرى، فإن الأولوية تكون للهدف المالي.

ويختلف الهدف التمويلي للسياسة الضريبية في الاقتصادات الريعية<sup>(٢)</sup> والاقتصادات الإنتاجية (غير الريعية)، فالإيرادات الريعية تقلل من اعتماد الدولة على الضرائب في تمويل النفقات العامة، وعلى العكس من ذلك، نجد الدول غير الريعية تعتمد كليا على الإيرادات الضريبية في تمويل النفقات العامة<sup>(٣)</sup>.

٢- الأهداف الاقتصادية للسياسة الضريبية: تعد الأهداف الاقتصادية للسياسة الضريبية من الأهداف الوليدة (غير التقليدية)، لأنه لم يكن من المتصور في ظل المالية المحايدة أن يكون للضريبة أهدافا اقتصادية، وإنما ظهرت هذه الأهداف مع بدء تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، وظهور ما يعرف بالمالية الوظيفية.

---

١- شريف رفاعي عبدالحميد، دور الإعفاءات الضريبية وتأثيرها في اتخاذ قرارات الاستثمار في مصر خلال الفترة من عام ١٩٨٩م حتى عام ١٩٩٧م، (اطروحة ماجستير، كلية التجارة- جامعة عين شمس، ٢٠٠٢م)، ص: ٢١.

٢- الاقتصاد الريعي هو الاقتصاد الذي يعتمد على ما تنتجه الأرض أي استغلال الموارد الطبيعية دون البشرية، بينما يعتمد الاقتصاد الإنتاجي (غير الريعي) على ما ينتجه الإنسان، إذن فالدولة الريعية هي الدولة التي يحصل اقتصادها على معظم إيراداته من مصادر خارجية، وفي ظل الظروف المالية والاقتصادية العالمية اضطرت الكثير من الدول الريعية إلى التحول للاقتصاد الإنتاجي، وتنوع مصادر إيراداتها العامة، فمثلا أدى الانخفاض في أسعار النفط في منتصف عام ٢٠١٤م إلى توجه الدول النفطية إلى الاعتماد على الضرائب ولو بشكل جزئي لتغطية جانب من نفقاتها العامة، كما أدى إلى اهتمام العديد من هذه الدول بزيادة حجم التدفقات الاستثمارية فيها.

٣- د/ عبدالله الصعيدي، تطور النظم الاقتصادية مع الإشارة إلى مفهوم التنمية وبعض مشكلاتها، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٢م)، ص: ١٨٠ - ١٨١.

ويتم تحقيق الأهداف الاقتصادية للسياسة الضريبية من خلال استخدام الدولة للسياسة الضريبية كأداة لتوجيه الاقتصاد القومي، وذلك بالتأثير في قرارات الإنتاج والاستثمار والاستهلاك والادخار، ففرض ضريبة على نوع معين من الأنشطة وإعفاء آخر منها سيؤدي حتماً إلى تحول جانب من الإنتاج إلى ذلك النوع المعفي منها، فالإعفاء الضريبي لنشاط اقتصادي معين سيؤدي إلى الحافز على الاستثمار فيه، وعلى العكس تؤدي الضريبة المفروضة على نشاط اقتصادي معين إلى تقليل الحافز على الاستثمار فيه، أو التحول عن هذا المجال إلى مجال آخر معفي تماماً من الضريبة، أو يخضع لسعر ضريبي منخفض، وينطبق هذا الكلام على القطاع السياحي بوصفه قطاعاً اقتصادياً.

ويمكن كذلك أن تساعد السياسة الضريبية على زيادة الادخار بإعفاء أرباح الودائع المصرفية من الضريبة، وكذلك إعفاء أرباح وفوائد الأسهم والسندات من ضريبة القيم المنقولة<sup>(١)</sup>، بالإضافة إلى ذلك تلعب السياسة الضريبية دوراً اقتصادياً كبيراً في تخفيف حدة التضخم، وترشيد الاستهلاك وتشجيع الادخار، وتشجيع الصناعات الوطنية وحمايتها من المنافسة الأجنبية عن طريق فرض ضريبة جمركية على الواردات الأجنبية، وذلك في ضوء السياسة التي تضعها الدولة لتجارها الخارجية، بالإضافة إلى دورها في تشجيع التصدير<sup>(٢)</sup>.

٣. الأهداف الاجتماعية للسياسة الضريبية: على عكس الأهداف الاقتصادية للسياسة الضريبية، فإن الأهداف الاجتماعية من الأهداف التقليدية للمالية العامة والضرائب، إذ ذكر "آدم سميث" في كتابه "ثروة الأمم" أن مراعاة العدالة الاجتماعية في فرض

---

١- د/ سعيد الخضري، النظرية الاقتصادية الغربية- الجزء الرابع- الاقتصاد المالي- دراسة في دور الدولة الاقتصادي والاجتماعي، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م)، ص: ٢١٤.

٢- لمزيد من التفاصيل راجع: د/ سعيد عبدالمنعم محمد، دراسات في المحاسبة الضريبية، (بدون ناشر، ٢٠٠٥م)، ص: ٦، وأيضاً د/ عز الدين إبراهيم، تقدير الإصلاح الضريبي وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١م بشأن فرض الضريبة العامة على المبيعات، (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، العدد الثاني، يوليو ١٩٩١م)، ص: ٨٢١ - ٨٢٢، وأيضاً د/ عبدالهادي محمد مقبل، نظرية الضريبة، (مكتبة جامعة طنطا، ٢٠٠٢م)، ص: ٥٢، وأيضاً د/ سعيد عبدالعزيز عثمان، النظم الضريبية- مدخل تحليلي مقارنة، (الإسكندرية: الدار الجامعية، ٢٠٠٣م)، ص: ١٣ - ١٤.

الضرائب هي ركن مهم من أركان النظام الضريبي الأمثل<sup>(١)</sup>، لذلك تعمل الدول على اختلاف مذاهبها السياسية والاقتصادية على بناء الأمن الاجتماعي، وذلك بتوفير مقومات الحياة الكريمة لكل أبنائها، وتطبيق مبدأ تكافؤ الفرص عليهم، وتحقيق التكافل الاجتماعي بينهم، وتعتمد في بناء ذلك الأمن على سلاح الضرائب الذي تقطع به من ثروات الأغنياء ودخولهم ما يمكنها من الوفاء باحتياجات الفقراء ومحدودي الدخل.

ويتطلب بناء الأمن الاجتماعي عن طريق الضرائب الاعتماد بصفة رئيسية على الضرائب المباشرة على الدخل، وعلى بعض أنواع الثروة، وذلك لإمكان تطبيق مبدأ شخصية الضريبة؛ فتراعى ظروف الممول وأحواله الشخصية عند فرض ضرائب، مع تطبيق مبدأ تصاعد سعر الضريبة، كما يجب استخدام حيلة الضرائب في توفير مقومات الحياة، وبصفة خاصة في مجالات: الصحة، والإسكان، والتعليم، ودعم السلع الضرورية، وتحقيق التنمية الشاملة<sup>(٢)</sup>.

وتتباين أهمية الوظيفة الاجتماعية للسياسة الضريبية باختلاف الظروف السياسية والاقتصادية السائدة في الدول، ففي الدول المتقدمة ذات الاقتصاد الرأسمالي الحر وتركيز الثروات، تزداد أهمية الوظيفة الاجتماعية لبناء الأمن الاجتماعي المنشود، على خلاف الدول الاشتراكية، ذات التخطيط المركزي الشامل، وتحديد الملكيات الخاصة أو إلغائها، والذي تتضائل فيه أهمية الوظيفة الاجتماعية للضرائب، أما في الدول النامية أو الآخذة في النمو التي تسعى جاهدة إلى حفز النمو الاقتصادي وتحقيق التنمية، فإنها تتغاضى عادة عن الوظيفة الاجتماعية للسياسة الضريبية، ولكن تمارسها بطريقة بسيطة وبأسلوب ميسر، تشجيعاً لعمليات الادخار، وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، للوفاء بأهداف التنمية المنشودة، خاصة في ظل اتساع حجم القطاع غير الرسمي وارتفاع معدل النمو السكاني ومعدلات الفقر<sup>(٣)</sup>.

١- د/ غزال منتسل العوسي، دور النظم الضريبية في تحقيق العدالة الاجتماعية- مع دراسة خاصة للنظام الضريبي المصري، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٢م)، ص: ٢٣.

٢- لمزيد من التفاصيل راجع: جمال الدين أبو بكر محمد حامد، دور السياسة الضريبية في التوزيع القطاعي للاستثمارات في مصر، مرجع سابق، ص: ١١-١٢.

٣- د/ معوض السيد محمد خليل، السياسة الضريبية وجذب رؤوس الأموال الأجنبية في مصر، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م)، ص: ٢١.

٤. الأهداف السياسية للسياسة الضريبية: كثيرا ما تستخدم الدولة سياستها الضريبية لتحقيق بعض الأهداف السياسية، فمثلا قد تخص دولة أو أكثر بمعاملة ضريبية متميزة، ترغيبا لهذه الدول في الانضمام إلى معسكرها السياسي، كما قد تستخدم الدولة سياستها الضريبية لتثبيت مركزها التجاري والتنافسي في الأسواق العالمية، وذلك من خلال خفض أو إعفاء بعض أو كل السلع المصدرة للخارج لدعم قدرتها التنافسية، كما أن للضريبة- خاصة الضريبة غير المباشرة- دور في المجال السياسي بين الدول، وذلك من خلال إعفاء احتياجات السفارات والقنصليات والمفوضيات الأجنبية من أثاث، وأدوات منزلية، وأمتعة شخصية... إلخ من الضريبة، سواء أكانت للاستعمال الشخصي أو الرسمي، وكذا إعفاء أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي الأجانب من الضريبة المفروضة على الإنفاق الاستهلاكي، وذلك كنوع من المجاملة الدولية طبقا لما جرى عليه العرف وبشرط المعاملة بالمثل<sup>(١)</sup>.

### (ثالثا) أدوات السياسة الضريبية:

تعتمد السياسة الضريبية على جملة من الأدوات لتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للدولة نذكر منها ما يلي:

١. الإعفاء الضريبي: وهو أحد أشكال الحوافز الضريبية الذي ينصب على إيراد خاضع أصلا للضريبة، غير أن المشرع- لمصلحة معتبرة وخرجا عن قاعدة العمومية- أعفاه من الضريبة بنص قانوني صريح<sup>(٢)</sup>، فالدولة في هذه الحالة تتنازل عن حقها في فرض الضريبة- بناء على تشريع ضريبي- على إيراد خاضع أصلا للضريبة مراعاة منها لاعتبارات اجتماعية واقتصادية<sup>(٣)</sup>، وهذا الإعفاء قد يكون كلياً أو جزئياً،

١- لمزيد من التفاصيل راجع: د/ عبدالهادي محمد مقل، الإعفاءات للأعباء المعيشية والعائلية بين الجمود والتطوير- دراسة في القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م)، ص: ٣٥ - ٣٨، وأيضا د/ عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، السياسة الضريبية المتبعة في ظل نظام الخصخصة بالتطبيق على القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥م، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة بنها، ٢٠١١م)، ص: ٢٤٢، وأيضا شريف عبدالواحد عبدالبديع عبدالواحد، دور السياسة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر، مرجع سابق، ص: ٢٥ - ٢٦.

٢- جمال الدين أبو بكر محمد حامد، دور السياسة الضريبية في التوزيع القطاعي للاستثمارات في مصر، مرجع سابق، ص: ١٧.

٣- د/ الوليد صالح عبدالعزيز، دور السياسة الضريبية في تحفيز الاستثمارات في ظل التطورات العالمية المعاصرة، مرجع سابق، ص: ١٦.



جزئياً، وقد يكون الإعفاء مؤقتاً بمدة محددة ينتهي بانتهائها (إجازة ضريبية Tax Holiday)، وذلك لبلوغ هدف أو أهداف معينة يراها المشرع، وقد يكون مؤبداً غير متقيد بمدة، بحيث يستفيد به المشروع طيلة حياته الإنتاجية.

٢. نظام تخفيض وعاء الضريبة: وتتمثل في تقرير معاملة ضريبية تفضيلية بتخفيض وعاء الضريبة، أي عدم سريان الضريبة على كامل الوعاء الخاضع للضريبة، وإنما على نسبة أو جزء منه، ففي بعض الدول يخفض وعاء شركات الاستثمار الصناعية بنسبة ٣٠% لنشاط التصدير<sup>(١)</sup>.

٣. الأسعار الضريبية المخفضة: ويقصد بها تخفيض أسعار الضريبة أو الضرائب على القطاع المرغوب تشجيعه مع إبقاء الأسعار ثابتة بالنسبة لباقي أوجه النشاط الاقتصادي الأخرى، أو تُرفع على بعض أوجه النشاط، وتبقى ثابتة بالنسبة للبعض المراد تشجيعه<sup>(٢)</sup>، فيزيد الاستثمار في المجالات الاقتصادية ذات السعر الضريبي المنخفض، وتقل الاستثمارات في المجالات ذات السعر الضريبي المرتفع، وهذا يعني أن السياسة الضريبية يمكن استخدامها في توجيه الاستثمارات إلى المجالات التي تتفق مع السياسة الاقتصادية للدولة.

٤. تأجيل الضريبة أو وقفها: وذلك بإرجاء إدخال الدخل أو العائد في الوعاء، أو تأخير استحقاق الضريبة أو دفعها، ويستخدم هذا النظام عادة لتشجيع المشروعات على إعادة استثمار الأرباح والعوائد، أو لتخصيص جزء من رأس المال لتمويل مشروعات اقتصادية أخرى<sup>(٣)</sup>.

٥. نظام تثبيت الضريبة: وذلك بتحديد سعر ثابت للضريبة طوال مدة المشروع أو الاستثمار، حتى لا يتعرض المشروع لاضطراب في أعماله نتيجة لتعديل نظام الضريبة أو سعرها.

١- د/ عبدالباسط وفا، نحو تطوير شامل لنظام الضريبة على أرباح شركات الأموال في مصر، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م)، ص: ٢٢.

٢- د/ عبدالحفيظ عبدالله عيد، المالية العامة، (القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة نشر)، ص: ٣٥٩-٣٦٠.

٣- د/ أحمد شرف الدين، اتجاهات السياسة الضريبية وأثرها على الاستثمار، (القاهرة: كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ٢٠، أكتوبر ١٩٨٩م)، ص: ٢١.

٦. نظام ترحيل الخسائر: وهو نموذج لمشاركة المشروع فشله في مقابل اقتطاع جزء من أرباحه في شكل ضريبة في فترات الرواج وتحقيق الربح<sup>(١)</sup>، ويساعد ترحيل الخسائر على تشجيع الاستثمار وتوجيهه، كما يحد من الآثار السلبية للضريبة على قرار الاستثمار الخاص، فضلا عما يحققه من العدالة الضريبية في المدى الطويل<sup>(٢)</sup>، وكلما زادت السنوات التي يسمح بترحيل الخسائر في حدودها زاد الحافز لدى المستثمرين<sup>(٣)</sup>، وقد يتم ترحيل الخسائر إلى الأمام لتعويض المشروع عن خسائره، سواء تم هذا الترحيل بشكل مطلق إلى أن تستنفذ الخسائر بشكل كامل (كما في المملكة المتحدة)، أو لمدة معينة لا يسمح بعدها بالترحيل، أو ترحيلها إلى الخلف لمساعدة المشروع على توفير سيولة تخرجه من عثرته (كالسويد، والنرويج اللتين تسمحان بترحيل الخسائر للخلف لمدة ثلاث سنوات)، أو الترحيل للأمام والخلف كما في الولايات المتحدة التي ترحل الخسائر للخلف إلى ٣ سنوات وإلى الأمام لمدة ١٥ سنة<sup>(٤)</sup>.

٧. السماح الاستثماري: وتهدف هذه الأداة من أدوات السياسة الضريبية إلى التغلب على أثر التضخم النقدي على إهلاك الأصول الثابتة؛ وذلك لأن الفكر المحاسبي يقوم باحتساب الاستهلاك على أساس التكلفة التاريخية دون مراعاة أثر التضخم، وبالتالي سيكون مخصص الإهلاك غير كاف لاستبدال الأصول الثابتة عند انتهاء عمرها الإنتاجي<sup>(٥)</sup>، فع ارتفاع الأسعار تتخض القيمة الحقيقية لأقساط الإهلاك التي يتم تحديدها على أساس التكلفة الأساسية (التاريخية) للأصول، مما يزيد من العبء الضريبي الحقيقي على المشروعات، لذلك يجب أن يرتفع معدل الإهلاك بارتفاع

- 
- ١- د/ عبدالرسول عبدالهادي، دور الحوافز والإعفاءات الضريبية في تشجيع النشاط الصناعي ونشاط التصدير، المؤتمر الضريبي السابع "تطوير النظام الضريبي في ضوء المتغيرات المعاصرة"، (القاهرة: الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب والمكتب الاستشاري المصري للمحاسبة والمراجعة بالإسكندرية، مايو ٢٠٠٢م)، ص: ٤.
  - ٢- د/ فوزي السيد سليمان الخولي، دور السياسة الضريبية في تنمية الاستثمار وفقا لمنهج الاقتصاد الإسلامي، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣م)، ص: ٣٨٤.
  - ٣- د/ محمد ريجان حسين، دور الحوافز الضريبية في توجيه الاستثمارات وأثارها على الدخل الضريبي، (المجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، المجلد الثاني، السنة الثانية، العدد الثالث، جامعة حلوان، ١٩٨٨م)، ص: ١٠٥.
  - ٤- د/ محمود السيد الناعي، دراسة تحليلية لسياسة الإعفاءات الضريبية في التشريع المصري، (القاهرة: مجلة الاقتصاد والتجارة، كلية التجارة- جامعة عين شمس، ١٩٨١م)، ص: ٢٠٤.
  - ٥- د/ محمد عبدالعزيز خليفة، النظم الضريبية المقارنة، (بدون مكان نشر، بدون ناشر، ٢٠٠٦م)، ص: ١٦٧.

الأسعار<sup>(١)</sup>، فيتم تقرير حافز السماح الاستثماري الذي يسمح للمستثمر بخصم نسبة معينة من إيراداته للوصول إلى وعاء الضريبة، وذلك بالإضافة إلى الاستهلاكات العادية التي يتم خصمها بصفة دورية، وبالتالي يتم استهلاك الأصول الرأسمالية بأكثر من قيمتها التاريخية، ولا يترتب على السماح الاستثماري تغيير في السعر الإسمي للضريبة المفروضة على أرباح المشروع بل تخفيض فعلي في وعاء الضريبة، ومن ثمّ مقدار الضريبة المستحقة<sup>(٢)</sup>.

٨. نظام الاستهلاك المعجل (الاستهلاك السريع للأصول): وذلك من خلال مضاعفة معدل استهلاك رأس المال الثابت المخصص من وعاء الضريبة، وتكوين احتياطي معفي من الضرائب ومخصص لأغراض معينة، ولا يجاوز نسبة معينة من قيمة الاستثمار، أو قيمة الربح الصافي<sup>(٣)</sup>، ويرتبط هذا الأسلوب ارتباطاً مباشراً بحجم الاستثمار في أصول رأسمالية، بالإضافة إلى ما يحققه من ميزة ضريبية هامة، كما ذلك الأسلوب - كأداة من أدوات السياسة الضريبية - يؤدي إلى زيادة معدلات الاستثمار؛ ذلك لأنه لكي يستفيد المستثمر استفادة أكبر يتعين عليه أن يزيد من حجم استثماراته في أصول جديدة من سنة إلى أخرى، وكذلك استبدال الأصول المستهلكة، وإحلال أصول أحدث فنياً وتكنولوجياً محل الأصول القديمة والأقل كفاءة<sup>(٤)</sup>.

٩. نظام الخصم الضريبي: وتطبيق مبدأ الخصم يعني حق المكلف في استرداد مبلغ الضريبة الذي سبق سداده عند شرائه السلع والخدمات التي قام ببيعها (مدخلاته)، ومن ثمّ فإن عبء الضريبة في نهاية مراحل الدورة الاقتصادية لا يقع على أصحاب الفعاليات الاقتصادية، بل على كاهل المستهلك النهائي كما في كافة الضرائب غير

١- د/ جنات فاروق السملوطي، الإصلاح الضريبي في مصر والمعادلة الصعبة، (المؤتمر العلمي التاسع لقسم الاقتصاد، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية- جامعة القاهرة: ٧-٨ يونيو ٢٠٠٥م)، ص: ١٥.

٢- د/ سعيد عبدالعزيز علي، دور السياسة الضريبية في ترشيد استثمارات القطاع الخاص مع التطبيق على مصر، (اطروحة دكتوراه، كلية التجارة- جامعة الإسكندرية، ١٩٨٩م)، ص: ١٥٥-١٥٦.

٣- د/ عبدالرسول عبدالهادي، دور الحوافز والإعفاءات الضريبية في تشجيع النشاط الصناعي ونشاط التصدير، مرجع سابق، ص: ٣.

٤- د/ أمين السيد أحمد لطفي، الجوانب التشريعية والممارسات المحاسبية للضرائب المباشرة على أرباح منشآت الأعمال "الضريبة على أرباح شركات الاستثمار"، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩١م)، ط١، ص: ٢٧.

المباشرة<sup>(١)</sup>، ومبدأ الخصم هو جوهر الضريبة على القيمة المضافة، وهو أرقى ما وصل إليه الفن الضريبي، وكان الوصول إليه وتطبيقه في فرنسا في بداية الخمسينات من القرن الماضي بداية ثورة عظيمة في تطور الضرائب على الإنفاق، بعد أن كانت هذه الضريبة تُطبق بطريقة تراكمية، بما في ذلك من المساوي والعيوب، وما يؤدي إليه من اضطراب في الأداء الاقتصادي<sup>(٢)</sup>.

١٠. نظام رد الضريبة: وذلك في حالة قيام الممول ببيع أصل ثابت قديم واستخدام ثمن البيع في شراء أصل جديد يحل محل الأصل القديم خلال فترة زمنية معينة، بهدف تشجيع المشروعات على تنفيذ برامج الإحلال والتجديد ودفع عملية التنمية الاقتصادية<sup>(٣)</sup>، كذلك هناك الرد الضريبي لمشتريات السياح التي يتم إخراجها معهم عند مغادرتهم حدود الدولة، وقد يكون الرد مطلق بدون حد أدنى أو حد أقصى لمبلغ الضريبة المدفوعة، وقد يكون مبلغ الضريبة التي ترد محددًا بحد أدنى، أو بحد أقصى، أو بالحدين معاً.

## المبحث الثاني

### أثر السياسة الضريبية على القدرة التنافسية للقطاع السياحي

بعد أن بيَّنا في المبحث الأول مفهوم، وأهداف، وأدوات السياسة الضريبية، نخصص هذا المبحث للوقوف على أثر السياسة الضريبية على القدرة التنافسية للقطاع السياحي، وحتى يتسنى لنا ذلك نين أولاً المقصود بالقدرة التنافسية للقطاع السياحي، وكذلك التعرض لمحددات القدرة التنافسية للقطاع السياحي، ثم بعد ذلك نتناول بشيء من التفصيل أثر السياسة الضريبية على القدرة التنافسية للقطاع السياحي:

### (أولاً) مفهوم ومحددات القدرة التنافسية للقطاع السياحي:

- ١- د/ سليمان محمد مصطفى، د/ صلاح الدين عبدالعليم: الضريبة على القيمة المضافة بين الواقع والمأمول- التحديات وآليات التطبيق، ( المؤتمر الضريبي العلمي العشرين تحديات الانتقال للضريبة على القيمة المضافة وآليات التطبيق، الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب بالاشتراك مع كلية التجارة بجامعة عين شمس ومصلحة الضرائب المصرية، الخميس ٢٧ فبراير ٢٠١٤م)، ص: ٨.
- ٢- د/ خالد عبدالعليم السيد عوض، الضريبة على القيمة المضافة- دراسة مقارنة للنظم الضريبية العالمية، (بدون مكان نشر، بدون سنة نشر)، ص: ١٨.
- ٣- د/ عبدالرسول عبدالهادي، دور الحوافز والإعفاءات الضريبية في تشجيع النشاط الصناعي ونشاط التصدير، مرجع سابق، ص: ٤.

إن مفهوم القدرة التنافسية بشكل عام يتمثل في الكيفية التي تستطيع بها المؤسسة أو الدولة أن تستخدم تدابير أو إجراءات معينة تؤدي إلى تمييزها عن منافسيها، وتحقيق لنفسها التفوق والتميز عليهم، وهكذا فإن القدرة التنافسية للمنتجات السلعية تأتي محصلة لعوامل عديدة متداخلة ومتباينة في أنماطها وتأثيراتها، أهمها تكاليف الإنتاج، والجودة، والنوعية، فضلا عن الدور المهم الذي تلعبه الحكومة في توفير خدمات البنية التحتية المساندة للقطاعات السلعية والخدمية، وإتباع السياسات الاقتصادية والإجراءات الإدارية المعززة للقدرة التنافسية، وكذلك وضوح وشفافية القوانين والتشريعات المنظمة للبيئة الاستثمارية الملائمة لمختلف القطاعات الاقتصادية<sup>(١)</sup>، وترتكز القدرة التنافسية بشكل عام على سبع مرتكزات أساسية هي<sup>(٢)</sup>:

١. الالتزام بالمواصفات الدولية للجودة.
٢. التطور التكنولوجي.
٣. توفير اليد العاملة المؤهلة التي تستجيب لمتطلبات السوق.
٤. تكييف نظام التعليم مع احتياجات السوق.
٥. الاهتمام بالبحث والتطوير.
٦. دراسة الأسواق الخارجية.
٧. تطوير نظم المعلومات (تقنية المعلومات).

أما عن القدرة التنافسية السياحية، فيمكن تعريفها عبر ثلاث مستويات<sup>(٣)</sup>:

- على مستوى المؤسسات السياحية: وتعرف بقدرة المؤسسات على خلق موارد وإمكانيات تتفوق على منافسيها في الأسواق العالمية من خلال دمج الأصول من الموارد الطبيعية مع عملية التصنيع كالبنية التحتية، ومن ثم تحويلها إلى نتائج

١- علال بن ثابت، متى يصبح الاقتصاد الجزائري تنافسي؟ دراسة في تحسين القدرة في ظل اتفاق الشراكة، (الملتقى الدولي حول: آثار وانعكاسات اتفاق الشراكة على الاقتصاد الجزائري وعلى منظومة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، ١٣ - ١٤ نوفمبر ٢٠٠٦م)، ص: ١٢.

٢- كمال زريق، فارس مسدور، مفهوم التنافسية، (الملتقى الوطني حول تنافسية مؤسسات القطاع الاقتصادي وتحولات المحيط) جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ٢٩ - ٣٠ أكتوبر، ٢٠٠٢م، ص: ١٥.

٣- د/ عبدوس عبدالعزيز، تعزيز تنافسية قطاع السياحة الجزائري: الواقع والمأمول، (مجلة الباحث الاقتصادي، العدد ٢٠١٣/٠١)، ص: ٣٨٩ - ٣٩٠.

اقتصادية، وتعرف أيضا بأنها قدرة المؤسسة على زيادة الإنتاج والتحسين في نوعية السلع والخدمات التي ترضي أذواق المستهلكين.

- **على مستوى القطاع السياحي:** تعرف القدرة التنافسية لقطاع السياحة بأنها قدرة المؤسسات المنتمية لقطاع السياحة في دولة ما على تحقيق نجاح مستمر في الأسواق الدولية دون الاعتماد على الدعم والحماية الجمركية، والقطاع التنافسي هو القطاع الذي تكون مؤسساته قادرة على التصدي للمنافسة، سواء المحلية الداخلية، أو الأجنبية الخارجية من خلال المحافظة على حصتها من السوق، والعمل على تنميتها باستمرار وتحقيق الأرباح.

- **على مستوى الدولة:** وتعرف القدرة التنافسية للسياحة على المستوى الدولي بقدرة البلد على الاحتفاظ أو الزيادة في حصتها في سوق الصادرات السياحية من خلال جذب أكبر عدد من السياح.

كما يعرف البعض<sup>(1)</sup> القدرة التنافسية للقطاع السياحي بأنها قدرة هذا القطاع على جعل مقصده وجهة سياحية تنافسية مع قدرته على زيادة الإنفاق السياحي، وزيادة جذب السائحين، مع تعزيز رفاهية سكان البلد المضيف، والحفاظ على رأس المال الطبيعي للأجيال المقبلة.

ونخلص مما سبق أن القدرة التنافسية لقطاع السياحة تعني قدرة المؤسسات السياحية في دولة ما على تحقيق نجاح مستمر في الأسواق الوطنية التي تنطلق منها إلى المنافسة الدولية، والقطاع التنافسي هو الذي يحقق عوائد عالية أعلى من المتوسط مع وجود منافسة حرة من قبل المؤسسات الأجنبية، أي الذي تكون إنتاجية عناصره أكبر من إنتاجية عناصر منافسيه، إلى جانب تحقيق التفوق من خلال ارتفاع نصيبه من إجمالي الصادرات العالمية.

وفيما يتعلق بمحددات التنافسية فقد توصل بورتر إلى طرح نموذج رائد للتنافسية المسمى بنموذج الماسة (porter's Diamond Model) لفهم كيفية تفاعل مجموعة من العوامل

<sup>1</sup>- J. R. Brent Ritchie, Geoffrey Ian Crouch. CROUCH The Competitive Destination: A Sustainable Tourism Perspective, (CAB Publishing, 2003), P: 2.

مع بعضها لبناء صناعة أو قطاع تنافسي، وهذه العوامل هي عبارة عن المحددات التي تحكم عملية تحقيق وتعزيز المزايا التنافسية للدولة، وتنقسم إلى أربع محددات رئيسية تتمثل: عوامل الإنتاج، وظروف الطلب، والصناعات الداعمة والصناعة ذات الصلة، واستراتيجية المؤسسة، ثم أضاف بورتر محددين آخرين لاكتساب ميزة تنافسية هما: دور الدولة، وأحداث الصدفة<sup>(1)</sup>:

١. عوامل الإنتاج: يصنفها بورتر إلى خمس مجموعات أساسية هي: الموارد البشرية، والموارد المادية، وموارد المعرفة، ورأس المال، والبنية التحتية، وهو يرى أن نجاح الدول في صناعتها يتحقق عند خلق منتج متميز وأكثر أهمية من خلال الاستغلال الأمثل لتلك العوامل.

٢. ظروف الطلب: ويشير هذا العنصر إلى أهمية تأثير الطلب المحلي على نجاح منتجات أو خدمات صناعة معينة، فتحقيق المزايا التنافسية يتطلب الانطلاق من الطلب المحلي المعتمد على الجودة، وهذا يعد خطوة أساسية في تحقيق القدرة على تلبية الطلب العالمي والمنافسة دولياً.

٣. الصناعات الداعمة والصناعات ذات الصلة: إن نجاح صناعة معينة دولياً يوفر فرص تدفق المعلومات وتبادل التقنيات التي ترفع مستوى الإنتاجية، وتسمح بزيادة الطلب على المنتجات أو الخدمات المكملة التي تعرضها الصناعات ذات الصلة، وعليه تتحقق المزايا التنافسية دولياً بالتفاعل والتكامل بين القطاعات المختلفة ذات الصلة وفروع الصناعة الواحدة.

٤. استراتيجية المؤسسة: تعد هذه الخاصية أهم محددات القدرة التنافسية الوطنية التي تتمكن من خلالها المؤسسات اختراق الأسواق الدولية، فلا يمكن لصناعة ما اكتساب ميزة تنافسية دولية إلا إذا كان لمؤسساتها الكفاءة الكاملة لاستراتيجياتها التنظيمية والقدرة العالمية لسياساتها وأساليبها الإدارية على أن تتلاءم مع البيئة المحلية.

<sup>1</sup> - نرجس حداد، نمر النشاط السياحي كمؤشر لقياس التنافسية- دراسة حالة المؤسسات الفندقية الأوراسية والجزائرية، (أطروحة ماجستير، قسم العلوم التجارية، جامعة العربي التبسي، تبسة، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩م)، ص: ٥٤.

استنادا إلى ما سبق لا يمكن الفصل بين المستوى المحلي والمستوى الدولي، كما لا يمكن حصر التنافسية في أحد المستويين، بل إن التنافسية الحقيقية هي القدرة على التحول من تغطية السوق المحلي إلى التوغل في الأسواق العالمية.

٥. دور الدولة: ويتمثل في إيجاد بيئة قانونية وتجارية مستقرة ملائمة للاستثمار والتجارة، ورغم الاختلافات المتعددة القائمة حول دور الدولة في دفع عجلة التنافسية، إلا أنه يمكن التأكيد على تحول هذا الدور من التدخل المباشر للحكومة بالدعم والحماية للأعمال التجارية إلى دور المساندة غير المباشرة التي تتمثل في إجراءات التهيئة للأعمال المحيطة بالمؤسسات كتقليص العوائق التجارية والضريبية، وخلق بيئة تساعد على اكتساب المزايا التنافسية.

٦. أحداث الصدفة: ويقصد بها حدوث تغييرات مفاجئة تؤثر على مجموعة من المحددات مما يؤدي إلى نجاح صناعة من الصناعات أو فشل صناعة أخرى، وتكون خارجة عن إرادة المؤسسات والدولة على حد سواء، ولا يمكن التحكم فيها، كحدوث تحولات هامة في الأسواق المالية العالمية، أو أسعار الصرف، أو انقطاع مفاجئ في التكنولوجيا، والقرارات السياسية للحكومات الأجنبية، والحروب، ومثل هذه الأحداث تخلق ظروفًا جديدة قد تلغي مزايا تنافسية لصناعة معينة، مما يجعل موازين التنافسية تتوزع أحيانا بشكل عشوائي وغير عادل.

وبما أن السياحة نشاطا اقتصاديا، وصناعة قائمة بذاتها، فإن محددات التنافسية التي أوردها بورتر في نموذج الماسي السابق ذكره تنطبق عليها تماما، فعوامل الإنتاج التي تعد مدخلات لصناعة السياحة، وظروف الطلب على مخرجات هذه الصناعة، والصناعات الداعمة والصناعات ذات الصلة بصناعة السياحة، واستراتيجيات المؤسسات السياحية، ودور الدولة الداعم لصناعة السياحة، وأحداث الصدفة الخارجة عن إرادة المؤسسات السياحية والدولة - كلها عوامل تؤثر على القدرة التنافسية لقطاع السياحة في أي بلد يحترف هذه الصناعة.

وما يهمنا- في إطار هذا البحث- من العوامل المحددة لتنافسية السياحة- سאלفة الذكر- هو دور الدولة، إذ يجب على الدولة أن توفر البيئة القانونية والاستثمارية الملائمة



لتنشيط القطاع السياحي وتعزيز القدرة التنافسية لهذا القطاع الحيوي، وتستطيع الدولة وباستخدام السياسة الضريبية أن تجعل من الضريبة أداة من أدوات الجذب السياحي، فالسياحة- كما ذكرنا من قبل- وعاء ضريبي مهم، تستطيع الدولة من خلاله تحقيق زيادة كبيرة في إيراداتها العامة، من خلال تحصيل أنواع مختلفة من الضرائب التي تفرض على الأنشطة والخدمات السياحية، إلا أن زيادة الحصيلة الضريبية المتولدة من النشاط السياحي قد يكون لها أثر سلبي على تنمية قطاع السياحة والتنافسية السياحية للدولة، لذلك قد يكون من الأفضل تقرير عدد من الإعفاءات والحوافز الضريبية لجذب السياح، وزيادة حجم الاستثمارات الوطنية والأجنبية في قطاع السياحة، لذا يجب أن يكون تقييمنا للقدرة التنافسية ليس فقط على أثر الضرائب على الشركات والسياح، ولكن أيضا على مساهمة هذه الضرائب في تمويل البنية التحتية والخدمات المطلوبة لضمان استمرار تنافسية قطاع السياحة، وهنا يثور التساؤل حول أثر الضرائب على القدرة التنافسية للقطاع السياحي، ودور الإعفاءات والحوافز الضريبية في تعزيز القدرة التنافسية للقطاع السياحي، وهو ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي.

(ثانيا) أثر السياسة الضريبية على القدرة التنافسية للقطاع السياحي:

حظيت مسألة تنافسية الأسعار في مجال السياحة باهتمام الباحثين، فتعددت الدراسات التي خصلت إلى نتيجة مهمة مفادها أن الطلب على السياحة عندما يكون مرنا بالنسبة للتغيرات الحاصلة في السعر، فإن تخفيض معدل الضريبة المفروضة على السلع والخدمات السياحية (مثل الفنادق والمطاعم) سيؤدي إلى زيادة الطلب السياحي، والعكس صحيح، ففي حالة زيادة معدلات الضرائب المفروضة على القطاع السياحي سينخفض الطلب السياحي، ومع ذلك فإن أثر الضريبة على سلوك السائحين يتوقف على ما يتحملونه في النهاية من عبء الضريبة، وبالقدر الذي يؤثر على السعر الذي يدفعونه مقابل السلع والخدمات السياحية<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup>- Craigwell, R., Tourism competitiveness in Small Island Developing States. (Research Paper, No. 19, UNU World Institute for Development Economics Research, Helsinki, Finland), 2007.

ونظرا لأهمية الطلب على السياحة بالنسبة للعديد من الحكومات، اهتمت العديد من الدراسات بالتأثيرات المحتملة للتغيرات في معدلات الضرائب السياحية زيادة ونقصانا، ففي دراسة لكل من: دواير، وفورسيت، وراو (Dwyer, Forsyth and Rao) (١)، أجريت على ١٩ دولة حول القدرة التنافسية للسياحة وقطاع السفر، باستخدام الكفاءة الإنتاجية كمحدد للقدرة التنافسية لقطاع السياحة فيما بين الدول محل الدراسة، وبمراعاة تعادل القوة الشرائية في هذه الدول (PPP) (٢)، واستخدام أستراليا كدولة أساس، والتقريب بين أسعار مجموعة من السلع والخدمات السياحية في الوجهات السياحية المتنافسة، وتضمنت الدراسة طريقة للتقييم الكمي لمقارنة المقدرة التنافسية لكل مقصد من المقاصد السياحية مع المقاصد السياحية الأخرى محل الدراسة من خلال توفير أنماط معينة من المشتريات السياحية، خلصت الدراسة إلى تأكيد العلاقة العكسية بين معدل الضريبة والطلب على السياحة.

كما أجرت وزارة الخزانة في المملكة المتحدة تقييما لتأثير انخفاض أسعار الضريبة على القيمة المضافة على السياحة البريطانية، وعلى الاقتصاد البريطاني ككل، وذلك باستخدام التوازن الديناميكي الجزئي، ونماذج التوازن العام القابلة للقياس، واستند التقييم إلى مجموعة من الفرضيات التي صيغت قبل إجراء التقييم، وللتحقق من صحة فرضياتهم أجروا دراسة استقصائية على جمعية الضيافة البريطانية (The British Hospitality Association)، وكانت النتيجة أن ٩٥% من عينة الدراسة الاستقصائية أفادت أن أي تغيير - جزئي أو كلي - في ضريبة القيمة المضافة سيكون له تأثير على الطلب السياحي، وأثبتت الدراسة أن انخفاض أسعار السلع والخدمات السياحية نتيجة لانخفاض معدل الضريبة بنسبة ١٠% يزيد الطلب السياحي بنسبة ١٢,٨%، وأكدت الدراسة ان هذا الأثر

---

<sup>1</sup>- Dwyer, L., Forsyth, P., Rao, P., "Price Competitiveness of Travel and Tourism: A Comparison of 19 Destinations". Tourism Management 21, 2000, available from: [https://www.researchgate.net/publication/263218239\\_The\\_Price\\_Competitiveness\\_of\\_Travel\\_and\\_Tourism\\_A\\_Comparison\\_of\\_19\\_Destinations](https://www.researchgate.net/publication/263218239_The_Price_Competitiveness_of_Travel_and_Tourism_A_Comparison_of_19_Destinations)

2- Purchasing Power Parity.

المتبادل بين انخفاض الأسعار نتيجة لانخفاض الضريبة وزيادة الطلب السياحي لن يكون فورياً، بل من الممكن أن يستغرق أربع سنوات<sup>(١)</sup>.

وفي بلدان منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD)<sup>(٢)</sup> توصلت دراسة مماثلة<sup>(٣)</sup> إلى أن مرونة الطلب السعرية للسياحة كانت (٢،-١)، وهي قريبة جداً من مرونة الطلب السعرية للسياحة البريطانية، وأكد الباحثون في هذه الدراسة أيضاً على أن الأثر المتوقع لتخفيض معدل الضريبة السياحية لن يكون فورياً، إذ قد يستغرق عامين لتحقيق ٨٠% تقريباً من هذا التأثير.

وفي دراسة أعدها Ihalanayake<sup>(٤)</sup> عام ٢٠١١م حول الآثار الاقتصادية للتغيرات الضريبية على السياحة في استراليا، استخدم فيها نموذج ضريبة السياحة، ونموذج التوازن العام من خلال إلغاء الضرائب السياحية، وزيادة الضريبة المفروضة على السلع والخدمات، وكما هو متوقع، فإن النتائج تشير إلى أن قطاع السياحة قد توسع بالفعل وزاد الطلب على السلع والخدمات السياحية نتيجة لإلغاء الضرائب المفروضة على السياحة، بينما انكشفت القطاعات الأخرى نتيجة لزيادة معدلات الضريبة على السلع والخدمات الأساسية، وهو ما أدى إلى انخفاض الناتج المحلي الإجمالي (GDP)<sup>(٥)</sup>، وبالتأكيد فإن تخفيض الضريبة السياحية لا يعني بالضرورة زيادة معدلات الضرائب المفروضة على السلع والخدمات الأساسية، وبالتالي سيكون الأثر المترتب على تخفيض الضريبة

---

1- Wason, G. & Nevin, M., The Price Sensitivity of Tourism to Britain, a research paper for The British Tourist Authority, 2001, available from: <https://www.scribd.com/document/129446760/British-Tourist-Authority-Price-Sensitivity-of-Tourism-to-Britain>

2- Organisation for Economic Co-operation and Development.

3- Nevin, Wason and Deloitte, 2011, Tourism Sector VAT analysis: A Report on the Impact of Reduced VAT Rates on British Visitor Accommodation, Attractions and the Wider Economy, 2011, available from: <http://docplayer.net/43868500-Tourism-sector-vat-analysis.html>

4- Ihalanayake, R. (2011) Economic Effects of Tourism Tax Changes in Australia: Empirical Evidence from a Computable General Equilibrium Model. Tourism Economics, Vol 18, No 1, 181-202.

5- Gross Domestic Product.

السياحية إيجابيا وليس سلبيا، لأنه سيؤدي إلى زيادة الطلب السياحي، وزيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية في قطاع السياحة.

ويقدم تقرير التنافسية والسياحة والسفر الصادر عن المنتدى الاقتصادي العالمي لعام ٢٠١٧م<sup>(١)</sup> مقياسا للقدرة التنافسية الشاملة لقطاعات السياحة في ١٣٦ دولة، ويتكون مؤشر التنافسية السياحية من تدابير متعددة، بعضها أكثر صلة بالضرائب وبيئة الأعمال من غيرها، ومن بين ٩٠ مؤشرا فرديا للتنافسية، تتصل أربعة مؤشرات بالقدرة التنافسية للأسعار، وتسيطر أوروبا، التي تضم ست اقتصادات في البلدان العشرة الأولى (إسبانيا، وفرنسا، وألمانيا، والمملكة المتحدة، وإيطاليا، وسويسرا) على تصنيفات المنتدى الاقتصادي العالمي التي تنشر كل سنتين، ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن العوامل المساهمة في هذا النجاح هي الثراء الثقافي في أوروبا، والبنية التحتية للخدمات السياحية، والظروف الصحية والنظافة الصحية الممتازة، وتبسيط التأشيرات بالنسبة لدول الاتحاد الأوروبي، والدرجة العالية للانفتاح الدولي، فضلا عن الاستقرار الأمني النسبي في أوروبا الغربية والجنوبية.

ومن ناحية أخرى، تميل الاقتصادات الأوروبية إلى الاهتمام بعوامل أخرى لتدعيم تنافسية القطاع السياحي فيها غير العوامل السعرية، وهي العوامل غير السعرية، لأنها توفر الإيرادات اللازمة للإنفاق على عوامل أخرى تسهم في القدرة التنافسية للسياحة، مثل الهياكل الأساسية والثقافية والسلامة والانفتاح والتكنولوجيا والتنمية الاجتماعية والبيئة، وفي كثير من الحالات تكون الضرائب على القطاع أعلى نسبيا من الضرائب المفروضة على القطاعات الأخرى، على سبيل المثال، في عام ٢٠١٣م، بحث مجلس السياحة والسفر العالمي (WTTC)<sup>(٢)</sup> نسبة الضرائب التي يدفعها القطاع في الولايات المتحدة مقارنة بالقطاعات الأخرى، ووجد أن صناعة السفر في الولايات المتحدة تخضع للضريبة بمعدل أعلى من القطاعات الأخرى، وشكلت الضرائب المباشرة على السياحة

<sup>1</sup>- World Economic Forum ranking, 2017, available from: <http://reports.weforum.org/travel-and-tourism-competitiveness-report2017/ranking#series=TTGOVEXP>

<sup>2</sup>- The World Travel and Tourism Council.

والسفر في الولايات المتحدة ٣,٢٪ من إجمالي الضرائب التي تم تحصيلها في عام ٢٠١٢، بينما بلغت مساهمة القطاع المحلي في الناتج المحلي الإجمالي ٢,٧٪ فقط<sup>(١)</sup>. ومما تقدم نخلص إلى أن إلغاء الضرائب السياحية أو تخفيض أسعارها، أو الإعفاء منها- عندما يكون الطلب على السياحة في بلد مرنا- يؤدي إلى انخفاض أسعار السلع والخدمات السياحية، فيزيد الطلب على السياحة، وتزيد قدرتها التنافسية على المستوى الدولي، وسيؤدي ذلك إلى ازدهار هذه الصناعة، فتعظم أهميتها وإسهامها في زيادة الدخل القومي، كذلك فإن إلغاء الضريبة، أو الإعفاء منها مدة من الزمن طالت أو قصرت قد يكون عاملا مهما من عوامل جذب مزيد من الاستثمارات الأجنبية في مجال السياحة، صحيح أن الإعفاء الضريبي ليس هو العامل الوحيد المحدد لقرار المستثمر، إذ يتعين على المستثمر أن يحسب العائد الواجب الحصول عليه من استثماره، وكذلك الوقت اللازم لاسترداد رأس المال، وهذا يدفع المستثمر إلى دراسة العوامل التي تؤثر على الربح، مثل الطلب المحتمل، سعر التكلفة، وتوافر عوامل الإنتاج ووسائل النقل، والقوى المحركة، والوضع الأمني والمستقبل السياسي للبلد الذي يرغب في الاستثمار فيه، فعلى الرغم من كل ذلك يبقى العنصر الضريبي عنصرا مؤثرا بشكل أو بآخر في قرار الاستثمار، خاصة عندما تتساوى أكثر من وجهة استثمارية في العوامل الأخرى غير عامل الضريبة.

كما نخلص بنتيجة أخرى مهمة، وهي أن الضريبة ليست هي المحدد الوحيد للتنافسية السياحية، وإنما هناك محددات أخرى لا تقل عنها في الأهمية، مثل حالة الأمن في الوجهة السياحية، والتنمية الثقافية والبيئية، والظروف الصحية والنظافة، والتقدم التكنولوجي، وتبسيط إجراءات التأشيرة والدخول، لذلك فمن الممكن أن نجد بلدا يتمتع بتنافسية سياحية عالية على الرغم من ارتفاع معدلات الضريبة السياحية فيه، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.

<sup>1</sup>- World Travel and Tourism Council, 2013, available from: <http://www.etoa.org/docs/default-source/Reports/other-reports/2013-travel-tourism-economic-impact-by-wttc.pdf?sfvrsn=0>.

وبطبيعة الحال، سيكون الوضع مختلفاً بالنسبة للدول النامية، فالغالبية العظمى من هذه الدول تعاني من عجز كبير في ميزانياتها العامة، كما أن مصادر الإيرادات فيها غير متنوعة، كما أن كثير من هذه الدول ذات اقتصادات ريعية فتتذبذب ارتفاعاً وانخفاضاً مع تذبذب الأسعار، والتطورات الإقليمية والعالمية، الأمر الذي يجعلها في أشد الحاجة لفرض مزيد من الضرائب على القطاع السياحي، لتمويل العجز المالي لديها، أو للإنفاق على البنية التحتية الجاذبة للاستثمار، وهي معادلة صعبة يجب على كل دولة أن توازن - وفقاً لظروفها- بين الحاجة الشديدة إلى الإيرادات الضريبية السياحية وبين تخفيض أو إلغاء الضرائب السياحية لزيادة الطلب على قطاعها السياحي وتدعيم قدرته التنافسية، ولن يتحقق ذلك إلا بإجراء الدراسات وإعادة صياغة السياسات العامة في الدولة اهتداء بالواقع الداخلي (الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي) والظروف والتطورات العالمية.

## الخاتمة

تناول هذا البحث أثر السياسة الضريبية على القطاع السياحي، وتمثلت إشكالية البحث في التساؤل حول أثر السياسة الضريبية على القطاع الضريبي، ولذلك هدف البحث إلى التعريف بالسياحة وأهميتها، والتركيز على أهداف السياسة الضريبية وأدواتها، ومحددات القدرة التنافسية لصناعة السياحة، وتأثيرا الضريبة فرضا وإعفاءً على القدرة التنافسية للقطاع السياحي.

وقد افترض الباحث في بداية البحث فرضيتين أساسيتين اعتبرنا بمثابة إجابات أولية لتساؤلات البحث، إذ افترض الباحث أن الإسراف في فرض الضرائب على القطاع السياحي يؤثر سلبا على تنافسية هذا القطاع المهم، وأن الإعفاءات والحوافز الضريبية تعد أحد أهم عوامل الجذب السياحي وتعزيز القدرة التنافسية للقطاع السياحي.

وللإجابة على التساؤلات التي أثارها موضوع البحث، وكذلك التحقق من صحة الفرضيات التي افترضها الباحث، فقد تم تقسيم البحث إلى مطلب تمهيدي ومبحثين، تم تخصيص المطلب التمهيدي للتعريف بالسياحة وأهميتها، وتناول المبحث الأول ماهية السياسة الضريبية، وخصص المبحث الآخر لتحديد أثر السياسة الضريبية على القدرة التنافسية للقطاع السياحي.

وقد تمكن الباحث من خلال هذا البحث من استخلاص بعض النتائج التي في ضوئها أوصى ببعض التوصيات، نذكرها فيما يلي على التوالي:

### (أولا) النتائج:

١. أن إلغاء الضرائب المفروضة على السياحة، أو تخفيض معدلاتها يؤدي إلى انخفاض أسعار السلع والخدمات السياحية، وهو ما يؤدي - في أغلب الأحوال - إلى زيادة الطلب السياحي وتعزيز تنافسية قطاع السياحة، ويجذب المزيد من السائحين، والمستثمرين في القطاع السياحي.

٢. أن الإسراف في فرض الضرائب على القطاع السياحي، أو المبالغة في تقرير أسعار ضريبية مرتفعة من الممكن أن يؤدي إلى انخفاض الطلب السياحي، ومن ثم التأثير سلبا على التنافسية السياحية.

٣. أن الضريبة ليست هي المحدد الوحيد للتنافسية السياحية، وإنما هناك محددات أخرى أكثر أهمية، مثل الوضع الأمني في الوجهة السياحية، والتنمية الثقافية والبيئية، والظروف الصحية والنظافة، والتقدم التكنولوجي، وتبسيط إجراءات التأشيرة والدخول، لذلك فمن الممكن أن نجد بلدا يتمتع بتنافسية سياحية عالية على الرغم من ارتفاع معدلات الضريبة السياحية فيه، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.

٤. أن الدول النامية لا تستطيع تقرير كثير من الإعفاءات الضريبية للقطاع السياحي بسبب حاجتها الملحة للإيرادات المالية، كما أنها لا تستطيع فرض المزيد من الضرائب السياحية، أو تقرير معدلات ضريبية مرتفعة على القطاع السياحي لما لذلك من سيئ الأثر على تنافسية قطاع السياحة فيها.

### (ثانيا) التوصيات:

بناءً على ما توصل إليه الباحث من نتائج يوصي بمجموعة من التوصيات هي:

١. أن تحظى السياسة الضريبية بمزيد من اهتمام الحكومات، لكونها أداة مهمة من أدوات السياسة المالية التي تعد جزء من السياسة الاقتصادية للدولة، وذلك لتحقيق الأهداف العامة في مختلف المجالات.

٢. ضرورة التنسيق بين السياسة الضريبية وكل من السياسة المالية والسياسة الاقتصادية لضمان تحقيق أهداف السياسة العامة للدولة.

٣. الاستفادة من أدوات السياسة الضريبية لدعم القطاع السياحي وتعزيز قدرته التنافسية.

٤. تقديم المزيد من الإعفاءات والحوافز الضريبية لجذب المزيد من السياح، وزيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية في مجال السياحة، نظرا للعلاقة العكسية بين سعر السلع والخدمات السياحية وبين الطلب السياحي، مع الاهتمام بالمحددات غير الضريبية للنشاط السياحي.

٥. عدم توسع الدول النامية- التي تعاني من العجز في ميزانياتها العامة وتدهور البنى التحتية- في منح الإعفاءات الضريبية على القطاع السياحي، خاصة وأن الضريبة ليست هي عامل الجذب الوحيد في قطاع السياحة، وضرورة الموازنة بين حاجة هذه الدول للإيرادات المالية وبين دعم قطاع السياحة وزيادة قدرته التنافسية.



## قائمة المراجع

### (أولا) المراجع باللغة العربية:

١. أبو بكر الحديدي، إدارة الفنادق، (القاهرة: مطبعة نحال، ١٩٨٦م).
٢. أحمد شرف الدين، اتجاهات السياسة الضريبية وأثرها على الاستثمار، (القاهرة: كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ٢٠، أكتوبر ١٩٨٩م).
٣. أحمد قايد نور الدين، الأهمية والأثر الاقتصادي لتنمية قطاع السياحة- حالة الجزائر، (الملتقى الوطني حول اقتصاديات السياحة ودورها في التنمية السياحية، جامعة بسكرة، ٢٠١٠م).
٤. أمل عصام زكي، مدى ملائمة السياسة الضريبية لمواجهة متطلبات التنمية في ظل المتغيرات العالمية المعاصرة، (اطروحة دكتوراه، كلية التجارة- جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م).
٥. أمين السيد أحمد لطفي، الجوانب التشريعية والممارسات المحاسبية للضرائب المباشرة على أرباح منشآت الأعمال "الضريبة على أرباح شركات الاستثمار"، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩١م)، ط ١.
٦. جمال الدين أبو بكر محمد حامد، دور السياسة الضريبية في التوزيع القطاعي للاستثمارات في مصر، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩م).
٧. جنات فاروق السمالوطي، الإصلاح الضريبي في مصر والمعادلة الصعبة، (المؤتمر العلمي التاسع لقسم الاقتصاد، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية- جامعة القاهرة: ٧-٨ يونيو ٢٠٠٥م).
٨. حكمت عبدالكريم الحارس، السياسة الضريبية وتطور النظام الضريبي في العراق، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٧٣م).
٩. حميد عبدالنبي الطائي، أصول صناعة السياحة، (الأردن: دار الوراق للخدمات الحديثة، ٢٠٠٦م).

١٠. خالد عبدالعليم السيد عوض، الضريبة على القيمة المضافة- دراسة مقارنة للنظم الضريبية العالمية، (بدون مكان نشر، بدون سنة نشر).
١١. رمضان صديق محمد، إصلاح الإدارة الضريبية أحد الركائز الأساسية لتحسين مناخ الاستثمار، (بحث مقدم إلى المؤتمر الضريبي الثامن لمنظمة مديري الضرائب الأفارقة، القاهرة: نوفمبر ١٩٩٦م).
١٢. رؤوف محمد علي الأنصاري، السياحة في العراق ودورها في التنمية والإعمار، (بيروت، مطبعة هادي برس، ٢٠٠٨م)، ط ١.
١٣. سعيد الخضري، النظرية الاقتصادية الغربية- الجزء الرابع- الاقتصاد المالي- دراسة في دور الدولة الاقتصادي والاجتماعي، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م).
١٤. سعيد عبدالعزيز عثمان، النظم الضريبية- مدخل تحليلي مقارن، (الإسكندرية-الدار الجامعية، ٢٠٠٣م).
١٥. سعيد عبدالعزيز علي، دور السياسة الضريبية في ترشيد استثمارات القطاع الخاص مع التطبيق على مصر، (اطروحة دكتوراه، كلية التجارة- جامعة الإسكندرية، ١٩٨٩م).
١٦. سعيد عبدالمنعم محمد، دراسات في المحاسبة الضريبية، (بدون ناشر، ٢٠٠٥م).
١٧. سليمان محمد مصطفى، د. صلاح الدين عبدالعليم: الضريبة على القيمة المضافة بين الواقع والمأمول- التحديات وآليات التطبيق، ( المؤتمر الضريبي العلمي العشرين تحديات الانتقال للضريبة على القيمة المضافة وآليات التطبيق، الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب بالاشتراك مع كلية التجارة بجامعة عين شمس ومصلحة الضرائب المصرية، الخميس ٢٧ فبراير ٢٠١٤م).
١٨. سهيل الحمدان، الإدارة الحديثة للمؤسسات السياحية والفندقية، (عمان، دار الرضا للنشر، ٢٠٠١م).

١٩. شريف رفاعي عبد الحميد، دور الإعفاءات الضريبية وتأثيرها في اتخاذ قرارات الاستثمار في مصر خلال الفترة من عام ١٩٨٩ حتى عام ١٩٩٧م، (اطروحة ماجستير، كلية التجارة - جامعة عين شمس، ٢٠٠٢م).
٢٠. شريف عبدالواحد عبدالبديع عبدالواحد، دور السياسة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر - مع دراسة خاصة للحالة المصرية، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، ٢٠١٧).
٢١. صليحة عشي، الأداء والأثر الاقتصادي والاجتماعي للسياحة في الجزائر، تونس، المغرب، (اطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٠/٢٠١١م).
٢٢. عبدالباسط وفا، نحو تطوير شامل لنظام الضريبة على أرباح شركات الأموال في مصر، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م).
٢٣. عبد الحفيظ عبدالله عيد، المالية العامة، (القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة نشر).
٢٤. عبدالرسول عبدالهادي، دور الحوافز والإعفاءات الضريبية في تشجيع النشاط الصناعي ونشاط التصدير، المؤتمر الضريبي السابع "تطوير النظام الضريبي في ضوء المتغيرات المعاصرة"، (القاهرة: الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب والمكتب الاستشاري المصري للمحاسبة والمراجعة بالإسكندرية، مايو ٢٠٠٢م).
٢٥. عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، السياسة الضريبية المتبعة في ظل نظام الخصخصة بالتطبيق على القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥م، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة بنها، ٢٠١١م).
٢٦. عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، السياسة الضريبية المتبعة في ظل نظام الخصخصة بالتطبيق على القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥م، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة بنها، ٢٠١١م).

٢٧. عبدالله الصعيدي، تطور النظم الاقتصادية مع الإشارة إلى مفهوم التنمية وبعض مشكلاتها، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٢م).

٢٨. عبدالهادي محمد مقبل، الإعفاءات للأعباء المعيشية والعائلية بين الجمود والتطوير - دراسة في القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م).

٢٩. عبدالهادي محمد مقبل، نظرية الضريبة، (مكتبة جامعة طنطا، ٢٠٠٣م).

٣٠. عبدوس عبدالعزيز، تعزيز تنافسية قطاع السياحة الجزائري: الواقع والمأمول، (مجلة الباحث الاقتصادي، العدد ٠١/٢٠١٣).

٣١. عز الدين إبراهيم، تقدير الإصلاح الضريبي وفقا للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١م بشأن فرض الضريبة العامة على المبيعات، (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، العدد الثاني، يوليو ١٩٩١م).

٣٢. عصام عبدالقادر الشهابي، ضوابط السياسة الضريبية في ظل العولمة الاقتصادية والمالية، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٥م).

٣٣. علال بن ثابت، متى يصبح الاقتصاد الجزائري تنافسي؟ دراسة في تحسين القدرة في ظل اتفاق الشراكة، (الملتقى الدولي حول: آثار وانعكاسات اتفاق الشراكة على الاقتصاد الجزائري وعلى منظومة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، ١٣ - ١٤ نوفمبر ٢٠٠٦م).

٣٤. علي أحمد هارون، أسس الجغرافيا السياحية، (القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م).

٣٥. علي لطفي ومحمد رضا العدل، اقتصاديات المالية العامة، (القاهرة: بدون دار نشر، ١٩٨٧م).

٣٦. غزال منتسل العوسي، دور النظم الضريبية في تحقيق العدالة الاجتماعية- مع دراسة خاصة للنظام الضريبي المصري، (القاهرة- دار النهضة العربية، ٢٠١٢م).

٣٧. فراح رشيد، يودلة يوسف، دور التسويق السياحي في دعم التنمية السياحية والحد من أزمات القطاع السياحي، (مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد ١٢، ٢٠١٢م).

٣٨. فوزي السيد سليمان الخولي، دور السياسة الضريبية في تنمية الاستثمار وفقا لمنهج الاقتصاد الإسلامي، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣م).

٣٩. كمال زريق، فارس مسدور، مفهوم التنافسية، (الملتقى الوطني حول تنافسية مؤسسات القطاع الاقتصادي وتحولات المحيط) جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ٢٩ - ٣٠ أكتوبر، ٢٠٠٢م).

٤٠. كواش خالد، أهمية السياحة في ظل التحولات الاقتصادية- حالة الجزائر، (أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، ٢٠٠٣/٢٠٠٤م).

٤١. ماهر عبدالخالق السيسي، مبادئ السياحة، (الإسكندرية، مطابع الولاء الحديثة، ٢٠٠٠م).

٤٢. ماهر عبدالعزيز توفيق، صناعة السياحة، (الأردن: دار زهران، ٢٠٠٨م).

٤٣. مثنى طه الخوري، د/ إسماعيل محمد الدباغ، مبادئ السفر والسياحة، (عمان، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، ٢٠٠١م).

٤٤. محمد الصيرفي، التخطيط السياحي، (الإسكندرية- دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م)، ط ١.

٤٥. محمد ريحان حسين، دور الحوافز الضريبية في توجيه الاستثمارات وآثارها على الدخل الضريبي، (المجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، المجلد الثاني، السنة الثانية، العدد الثالث، جامعة حلوان، ١٩٨٨م).

٤٦. محمد عبدالعزيز خليفة، النظم الضريبية المقارنة، (بدون مكان نشر، بدون ناشر، ٢٠٠٦م).
٤٧. محمد منير حجاب، الإعلام السياحي، (القاهرة: دار الفكر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م)، ط١.
٤٨. محمد مهير سليم، السياسة الضريبية ودورها في الاستثمار، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ٢٠١١م).
٤٩. محمود السيد الناغي، دراسة تحليلية لسياسة الإعفاءات الضريبية في التشريع المصري، (القاهرة: مجلة الاقتصاد والتجارة، كلية التجارة - جامعة عين شمس، ١٩٨١م).
٥٠. محي محمد سعد، العلاقة القانونية بين الممول والإدارة الضريبية، (بدون دار نشر، ٢٠٠٤م)، ط٢.
٥١. محي محمد مسعد، الإطار القانوني للنشاط السياحي والفندقي، (القاهرة: المكتب العربي الحديث، بدون سنة نشر).
٥٢. معهد التخطيط القومي، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية، اقتصاديات القطاع السياحي في مصر وانعكاساتها على الاقتصاد القومي، (القاهرة: ديسمبر ١٩٩٨م).
٥٣. معوض السيد محمد خليل، السياسة الضريبية وجذب رؤوس الأموال الأجنبية في مصر، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م).
٥٤. موسى سيد، ٧٥ عاما من التعريف، (القاهرة: وزارة السياحة، مجموعة محاضرات غير منشورة).
٥٥. نرجس حداد، نمو النشاط السياحي كمؤشر لقياس التنافسية - دراسة حالة المؤسسات الفندقيتين الأوراسي والجزائر، (اطروحة ماجستير، قسم العلوم التجارية، جامعة العربي التبسي، تبسه، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩م).
٥٦. نعيم الظاهر، سراب إلياس، مبادئ السياحة، (الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ٢٠٠٧م)، ط٢.

٥٧. هاني نوال، تنافسية القطاع السياحي في الدول العربية، (مجلة الباحث، العدد ١٣، ٢٠١٣م).

٥٨. هدى سيد لطيف، السياحة النظرية والتطبيق، (القاهرة: الشركة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٤م)، ط ١.

٥٩. الوليد صالح عبدالعزیز، دور السياسة الضريبية في تحفيز الاستثمارات في ظل التطورات العالمية المعاصرة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م).

٦٠. يحيى سعیدی، سليم العمراوي، مساهمة قطاع السياحة في تحقيق التنمية الاقتصادية- حالة الجزائر، (مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد السادس والثلاثون، ٢٠١٣م).

٦١. يسري محمد دعبس، السلوك الاستهلاكي للسائح في ضوء واقع الدول المتقدمة والدول النامية- دراسة في الأنثروبولوجيا الاقتصادية، (الإسكندرية: البيطاش للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م)، ط ١.

#### (ثانيا) المراجع باللغة الإنجليزية:

1. Craigwell, R., Tourism competitiveness in Small Island Developing States. (Research Paper, No. 19, UNU World Institute for Development Economics Research, Helsinki, Finland), 2007.
2. Dwyer, L., Forsyth, P., Rao, P., "Price Competitiveness of Travel and Tourism: A Comparison of 19 Destinations". Tourism Management 21, 2000, available from: [https://www.researchgate.net/publication/263218239\\_The\\_Price\\_Competitiveness\\_of\\_Travel\\_and\\_Tourism\\_A\\_Comparison\\_of\\_19\\_Destinations](https://www.researchgate.net/publication/263218239_The_Price_Competitiveness_of_Travel_and_Tourism_A_Comparison_of_19_Destinations).
3. Ihalanayake, R. (2011) Economic Effects of Tourism Tax Changes in Australia: Empirical Evidence from a Computable General Equilibrium Model. Tourism Economics, Vol 18, No 1, 181-202.
4. J. R. Brent Ritchie, Geoffrey Ian Crouch. CROUCH The Competitive Destination: A Sustainable Tourism Perspective, (CAB Publishing, 2003).

5. Nevin, Wason and Deloitte, 2011, Tourism Sector VAT analysis: A Report on the Impact of Reduced VAT Rates on British Visitor Accommodation, Attractions and the Wider Economy, 2011, available from: <http://docplayer.net/43868500-Tourism-sector-vat-analysis.html>
6. Sounh Manivong, Souxay Sipaseuth, Environmental impacts of Trade liberalization in the tourism sector, commissioned for the rapid trade and environment assessment project, December 2007.
7. Wason, G. & Nevin, M., The Price Sensitivity of Tourism to Britain, a research paper for The British Tourist Authority, 2001, available from: <https://www.scribd.com/document/129446760/British-Tourist-Authority-Price-Sensitivity-of-Tourism-to-Britain>
8. World Economic Forum ranking, 2017, available from: <http://reports.weforum.org/travel-and-tourism-competitiveness-report2017/ranking/#series=TTGOVEXP>
9. World Travel and Tourism Council, 2013, , available from: <http://www.etoa.org/docs/default-source/Reports/other-reports/2013-travel-tourism-economic-impact-by-wttc.pdf?sfvrsn=0>.

(ثالثا) المراجع باللغة الفرنسية:

1. Ahmed Tessa, Economie Touristique et Aménagement du Territoire, OPU, Alger.